وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية.
قسم الحقوق.

دور التحكيم التجاري الدولي في حل المنازعات التجارة الدولية

مذكرة لنيل شهادة الماستر
تخصص: قانون الأعمال

إعداد الطالب:
رزق الله محمد

بإشراف
أ.عميروش لحسن.

لجنة المناقشة:

1) الأستاذ: سردو محمود.....رئيساً.
2) الأستاذ: عميروش لحسن.....مشرفاً ومقرراً.
3) الأستاذ: يحياوي سعيد.....عضوا ممتحناً.

تاريخ المناقشة: .....

السنة الجامعية : 2020-2021

شكـــــر وعـــرفـــان

الحمد لله الذي أثار لنا درب العلم والمعرفة وأعاننا على أداء هذا العمل ووفقنا في ذلك والحمد لله.

أتوجه بالشكر والامتنان الى الأستاذ المشرف عميروش لحسن على قبوله الإشراف على المذكرة والذي لم يبخل علي بتوجيهاته ونصائحه القيمة التي كانت عونا لي في إتمام هذا البحث وتذليل الصعوبات وشكرا لكل من ساعدني من قريب أو من بعيد ولو بكلمة.

وأشكر أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة المذكرة.

إهداء

إلى من أرضعتني وأنارت دربي بالصلوات
والدعوات.إلى أغلى إنسان في الوجود أمي الحبيبة.
إلى من عمل بكد في سبيلي وعلمني معنى الكفاح من
أجل العلم والمعرفة أبي.
إلى من ساندوني طيلة حياتي إخوتي وأخواتي
وكما أهدي هذه المذكرة إلى كل أصدقائي
محمد

مقدمة

مـقدمـــــة:

المتتبع لحركة التجارة اليوم وخاصة منها الدولية والتي أصبحت تحتل مكانة هامة في العلاقات الدولية، هو كثرة المنازعات الناتجة عن تطورها واتساع مجالاتها ونشاطاتها الاقتصادي، وكما نعلم أن من مميزات ومتطلبات هذه الأخيرة هي السرعة في المعاملات التجارية مما أدى إلى ضرورة إيجاد حلول لتطويق هذه المنازعات وحلها بشكل مرن وسريع.

فظهرت عدة وسائل لحسم هذه الخلافات القائمة نتيجة التطورات وارتفاع حجم القعود التجارية الدولية، ومن بين هذه الوسائل التحكيم والذي يعد نظاما قديما حديثا وأصبح من أهم الظواهر القانونية الحالية، فهو يعد لغة العصر الحديث، حيث يشغل مكانا بارزا وهاما على مستوى الأنظمة القانونية المقارنة، وعلى المستوى الدولي، لهذا هو يعتبر من ضرورات ومستلزمات التجارة الدولية.

ومن منطلق ما سبق ذكره فإن التحكيم التجاري الدولي يعتبر الوسيلة الأفضل الاعتبارات قانونية وعملية ومادية، ولكثرة مميزاته وفوائده التي يقدمها في مجال العلاقات الدولية، وبين أطراف العقد، أهمها السرعة في الفصل والسرية في التعامل وكذا توفير الجهد والوقت وهذا ما أدى بالأطراف إلى اللجوء إلى التحكيم واعتباره كمرجع أساسي لحل خلافاتهم التجارية الدولية، وكذلك يعبر عن رغبة الأطراف في التحرر من قوانين الدولة وقيودها، واللجوء للفصل في نزعاتهم طبقا لقواعد قانونية أخرى، ورغبتهم أيضا في تفادي البطء الذي تعرفه المحاكم العادية وشكليات التقاضي فيها، بالإضافة إلى الحرية التي يتمتع بها الأطراف في تعيين هيئة التحكيم، وتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع والإجراءات المتبعة في ذلك، كل هذا جعل منه أداة مبتغاة لتنشيط التجارة الدولية.

وهذا ما أدى إلى خلق اتجاها قويا في مختلف دول العالم يدفعها إلى تعديل قوانينها بصور تتماشى وهذا النظام الفكري القانوني والاقتصادي الحديث على المستوى

العالمي، مما دفع بالجزائر إلى سن تشريعا يتعلق بالتحكيم الدولي بعد الموقف الرافض له، وذلك بموجب مرسوم تشريعي الصادر بتاريخ 25/04/1993 معدل ومتمم لقانون الإجراءات المدنية المؤرخ في جوان 1966

بالإضافة إلى قيامها بتنظيم مختلف أحكام التحكيم التجاري الدولي في الفصل السادس منه، وذلك في المواد1039–1061 قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي صدر في 25/02/2008 والذي دخل حيز التنفيذ في 25/04/2009 .

وفي ظل العولمة والتطور الاقتصادي. وتنامي إبرام القعود، وتبني سياسة السوق المفتوح أدى بمعظم الدول العالم ومنها الجزائر إلى زيادة الاستثمارات على إقليمها، مما يستتبع زيادة العلاقات الاقتصادية الدولية وخاصة منها التجارية، وتبعا لذلك تزيد الحاجة إلى التحكيم باعتباره الوسيلة المثلى والفعالة لفض ما ينشأ من منازعات، حتى قيل مجازا أن الأصل في تسوية المنازعات الناشئة عن العقود الدولية هو التحكيم، والاستثناء هو اللجوء إلى القضاء.

ومن ما سبق ذكره سنحاول في هذه الدراسة المتواضعة إلقاء الضوء على هذا الموضوع، والذي يبدو يسير إلا أنه في حقيقته يثير العديد من الانشغالات والإشكالات القانونية التي تحتاج إلى التوقف عندها والتمعن فيها، وخاصة التطور المتزايد والنمو المستمر الذي يعرفه التحكيم التجاري في جميع دول العالم.

وسيتم دراسة موضوع البحث المطروح من خلال استعراض وتحليل النصوص القانونية، والأنظمة المتبعة في المؤسسات والمراكز التحكيمية الدائمة والاتفاقيات الدولية الخاصة.

إشكالية البحث:

إن معظم أو أغلبية العقود تكون بين أطراف ينتمون إلى دول مختلفة تختلف تلك الدول باختلاف قوانينها في معالجة القضايا التي تطرح من جراء النزاعات الناشئة بين الأطراف، لذلك فاختلاف القوانين المختصة بحسم النزاع، وإضافة إلى البطء الذي تعرفه

المحاكم العادية، وكذا الجهد والوقت والتكلفة الباهظة، كل هذا وغيره من الأمور دفع أطراف النزاع إلى اللجوء للتحكيم كالية سريعة وفضلى للفصل في خلافاتهم، فبالتالي ما هو القانون الأنسب والواجب الإتباع والتطبيق على مسائل التحكيم التجاري الدولي؟

أسباب اختيار الموضوع

إن الأسباب التي دعت الباحثة إلى اختيار هذا الموضوع هي الأهمية التي حظا بها التحكيم، والذي يعد إحدى أهم النقاط القانونية التي تتعلق بمسألة حماية الحق، باعتباره الوسيلة الأفضل والبديلة لحل المنازعات القضائية وتخفيف العبء على القضاء، وكذا سرعة الفصل في النزاعات المطروحة، بالإضافة إلى أن قوام التحكيم هو إقامة السلام ودعم وحفظ العلاقات الودية بين الأشخاص المتنازعة، وأيضا الشيء الذي دفعني للبحث في هذا الموضوع هو قلة الدراسات المتخصصة في مجال التحكيم التجاري الدولي، والفراغ الذي تعانيه المكتبة الجزائرية بشكل عام، وميل الباحثة إلى دراسة هذا الموضوع لكون النزاعات المطروحة يتم حلها والفصل فيها بالطرق الودية والسلمية.

أهمية الموضوع.

إن الأهمية التي أدت إلى اختيار هذا الموضوع هي عدم وجود أسس واضحة المعالم متبعة في حسم النزاعات النشأة في إطار العقود التجارية، والتي يفصل فيها بواسطة التحكيم، الذي يعد الآلية الأفضل والفعالة لما يمتاز به من مزايا تنفع الأطراف إلى اللجوء إليه وتفضيله عن القضاء، لذلك كان لابد من التطرق للبحث في هذا الموضوع من اجل توضيح الأسس المتبعة في تطبيق القانون المختص، ومعرفة جوهر التحكيم الذي لا يزال غير واضح في كافة مراحله، وتبيان في هذه الدراسة على ما اعتمده المشرع الجزائري في مسائل التحكيم التجاري الدولي.

أهداف البحث

إن دراسة تنازع القوانين في التحكيم التجاري الدولي، تهدف إلى توضيح وبيان القانون الواجب التطبيق على النزاع، وتهدف أيضا إلى إيجاد مبادئ مشتركة، لتطبيقها

على النزاعات الناشئة عن المعاملات التجارية الدولية والتي يحسم فيها عن طريق التحكيم حيث أن الهدف المتوخى من هذا البحث، هو معرفة القانون الواجب التطبيق على النزاع التجاري الدولي وذلك ببيان القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم التجاري الدولي، والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وعلى الإجراءات، والقانون الواجب التطبيق على حكم التحكيم المنهي الخصومة، بالإضافة إلى توضح كيفية تنازع القوانين الواجبة الإعمال على النزاع، وأخيرا معرفة أهم التشريعات الدولية التي عالجت ونظمت التحكيم التجاري الدولي، والخروج بالنتائج والتوصيات اللازمة بشأن تحديد قواعد قانونية واضحة المعالم تعالج الجوانب العملية لهذا النظام الذي أصبح أمرا واقعا يفرض على التشريعات تنظيم جميع جوانبه، ليكون وسيلة ناجحة جديدة ومتجددة لمواكبة التطور الحاصل على صعيد العلاقات التجارية الدولية وفي حال عدم وجود مثل هذه القواعد حتى لا يصبح، التحكيم الذي أقرته التشريعات كآلية لفض النزاعات نزاع بحد ذاته.

تشعبت هذه الصعوبات وتنوعت، وأهمها صعوبة وغموض التحكيم في كثير من النواحي هذا من جهة، وارتباط البحث بقوانين متنوعة من جهة ثانية، فضلا إلى صعوبة الموضوع الحداثته، وخاصة حداثة التجربة الجزائرية في مجال التحكيم حيث نلمس قلة الدراسات القانونية والفقهية في موضوع التحكيم بصفة عامة، إضافة إلى ضيق الوقت، وكذلك قلة المصادر والمراجع التي عالجت هذا الموضوع بالطريقة التي أرادتها الباحث.

المنهج المتبع

سيتم إتباع المنهج الوصفي والتحليلي، الذي يقوم على التحليل وربط الأسباب النتائج، وأيضا المنهج المقارن، حيث تساعد هذه المقارنة على معرفة مزايا وعيوب القوانين محل المقارنة، كما أن نطاق البحث يقتصر على دراسة موضوعة في ظل القانون الجزائري والقانون الفرنسي، والقانون المصري رقم 27/1994 .

خطة البحث

من أجل الإحاطة بجوانب الموضوع وتحليل الإشكالية المطروحة، اقتضت طبيعة موضوع البحث أن يتم تناوله في مقدمة، فصلين، ثم خاتمة على النحو التالي:

الفصل الاول : مفهوم التحكيم التجاري الدولي

المبحث الاول : تعريف التحكيم التجاري الدولي و أنواعه

المبحث الثاني : القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الدولية

الفصل الثاني : دوره في حل منازعات التجارة الدولية

المبحث الاول : اتفاق التحكيم التجاري الدولي

المبحث الثاني : هيئة التحكيم التجاري الدولي

الفصل الأول

مفهوم التحكيم التجاري الدولي

الفصل الاول : مفهوم التحكيم التجاري الدولي

إن دراسة موضوع التحكيم والمسائل المتعلقة به من شأنه أن يكتسب أهمية بالغة، فالتحكيم ليس بنظام قانوني حديث وإنما هو نظام قديم يضرب بجذوره في عمق التاريخ واكتسب طابعا تجاريا دوليا على مر العصور، ثم فقد هذا الطابع بسبب الحروب التي كانت بين الدول الكبرى في القرنين السادس عشر والسابع عشر، ثم أخذ يسترد مكانته مع صدور الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم في بداية القرن العشرون باعتباره وسيلة لفض منازعات التجارة الدولية، وأخذت هذه الاتفاقيات تسري إلى أن بلغت أهمية التحكم في هذه المنازعات مبلغا كبيرا وسمي هذا التحكيم "بالتحكيم التجاري الدولي". يعتبر التحكيم أقدم وسيلة من وسائل فض المنازعات التي عرفها الإنسان منذ قديم الأزل ثم تطور بمرور الزمن إلى أن أصبح ظاهرة من ظواهر عصرنا الحديث في مجال الفصل في المنازعات وعدالة من نوع آخر تتلاءم مع مقتضيات العصر وعلاقاته المتشابكة والمتطورة بين أشخاص القانون الدولي العام والخاص، وهذا بإدراجه في العقود الدولية التي تبرمها والتي تدير أموالها واستثماراتها خارج مراكزها الرئيسية عبر قارات العالم، كما يلجأ إليها الأفراد لما يقدمه من مزايا وفوائد للمتخاصمين، كما يخفف العبء عن كاهل القضاء لكثرة القضايا وتشعب مواضيعها. فيعد التحكيم الطريق البديل أو الوسيلة الأكثر ملائمة لحل منازعات العقود الدولية بصفة عامة وعقود التجارة الدولية بصفة خاصة، لأن المحاكم لم تعد قادرة للنظر لمختلف المنازعات بشكل منفرد، إلى جانب ظهور الحاجة الماسة للتخصص من قبل من ينظر في هذه المنازعات، كما أن التحكيم لم يعد طريقا بديلا لحل منازعات التجارة الدولية والإستثمار فقط بل وأصبح ضرورة تمية.

المبحث الاول : تعريف التحكيم التجاري الدولي و أنواعه

إن التحكيم التجاري الدولي يشكل نوعا من العدالة الخاصة، تخضع في تشكيلها واجراءاتها لإرادة أطراف النزاع التجاري الدولي، حتى وإن كانت قوانين الإجراءات المدنية الوطنية لا تزال تنظم جوانب هامة من اجراءات التحكيم التجاري الدولي، إلا أن الهدف البعيد لهذا الفرع من القانون هو سحب موضوع منازعات التجارة الدولية من اختصاص القضاء الوطني، هذا ما قاله الفقيه فوشار فليب:

Dans sa forme la plus achevée ; en effet l'arbitrage international est celui qui c'est détaché de tout cadre étatique.... "![1]

ولإبراز مفهوم التحكيم التجاري الدولي نجد انه تعددت فيه التعاريف الفقهية والتشريعية وحتى القضائية، ومنه سيتضمن تحديد مفهوم التحكيم التجاري الدولي، تعريفه (المطلب الأول) وأنواعه (المطلب الثاني).

المطلب الاول : تعريف التحكيم التجاري الدولي

لم نضع قوانين المرافعات ولا قوانين التحكيم الصادرة تعريفا موحدا لنظام التحكيم ولكن تعددت التعاريف[2]، وسنوجز أهمها من خلال هذا المطلب، وسنبرز أهم الهيئات التحكيمية التي نشطت في مجل التحكيم التجاري الدولي حيث نتطرق لتعريف التحكيم التجاري الدولي لغة واصطلاحا في (الفرع الأول)، وتعريف الفقه في الفرع الثاني) وتعريف القضاء في الفرع الثالث) كما يلي:

الفرع الأول: تعريف التحكيم التجاري الدولي

لغة واصطلاحا سوف نتناول في هذا الفرع تعريف التحكيم من خلال المعنى اللغوي للتحكيم (أولا) والاصطلاح القانوني (ثانيا) كما يلي:

[1] –Phillipe Fouchard, L'arbitrage commercial international, volume II Librairie Dollaz, Paris 1965, P01.

[2]– لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 12.

أولا: تعريف التحكيم لغة

التحكيم لغة من مادة " حكم " بتشديد الكاف، وتعني طلب الحكم ممن يتم الاحتكام إليه ويسمى الحكم بفتح الحاء والكاف أو المحكم بضم الميم وفتح الكاف المشددة[1]، وحكموه فيما بينهم، أمروه أن يحكم في الأمر، أي جعلوه حكما بينهم[2].

ويقال حكمت فلان في مالي تحكيما اي فوضت إليه الحكم فيه[3] قال تعالى في كتابه الكريم "أفلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم، ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما"[4]. أي يجعلوك حكما فيما حل بينهم من شجار. والحكم بفتح الحاء اسم من أسماء الله تعالى[5]. وقال الله تعالى:" ...وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ...".[6]

وقال أيضا: "وإن خفتم شقاق بينهما، فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها[7].

أما التحكيم في اللغة الفرنسية يعني الفصل في النزاع أو الخلاف، والحكم هو الشخص الذي يفصل في النزاع[8] أما التحكيم في اللغة الانجليزية وردت تحت كلمة يحكم، من يطلب مساعدة شخص أو مجموعة أشخاص للوصول إلى اتفاق، والمحكم هو الشخص الذي يساعد شخصين أو أكثر للوصول إلى اتفاق أو يفصل بما يراه صحيح[9].

---

[1]– محمود مختار احمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية مصر، 2007، ص 05

[2]– المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، القاهرة، مصر،1995، ص 165.

[3]– لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 14.

[4]– سورة النساء الآية 3.

[5]– لزهر *بن سعيد*، المرجع السابق، ص 15.

[6]– سورة النساء الآية 58.

[7]- سورة النساء الآية 35.

[8] -Le Petit Robert، Dictionnaire de langue Française، Paris, 1973, P 83 .

[9] -Langman Dictionary، Active stady, 3rd Edition, 2000, P 30.

ثانيا: التحكيم في الاصطلاح القانوني

يقصد بالتحكيم في الاصطلاح القانوني، اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية على أن يتم الفصل في المنازعات التي ثارت بينهم بالفعل أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين[1].

إن مصطلح التحكيم التجاري الدولي مصطلح حديث النشأة، تم استعماله ولأول مرة في مؤتمر الأمم المتحدة المنعقدة في نيويورك في الفترة من 20 ماي إلى 10 جوان 1958 والذي انتهى بتوقيع اتفاقية نيويورك 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية. إلا أن الحقيقة التاريخية تثبت عكس ذلك لأن ملامح وجوده ترجع إلى عصور روما القديمة.

أ) –تعريف التحكيم الدولي في ظل الاتفاقيات الدولية: التعريف الساند للتحكيم هو ذلك الذي تضمنته المادة 37 من اتفاقية لاهاي للتسوية السلمية للمنازعات الدولية لسنة 1907 حيث قررت هذه المادة أن موضوع التحكيم الدولي هو تسوية المنازعات بين الدول بواسطة قضاة من اختيارهم على أساس احترام القانون، وان اللجوء إلى التحكيم ينطوي على تعهد بالخضوع بحسن نية للحكم.

ب) تعريف التشريعات الوطنية: لم تنص التشريعات الوطنية الحديثة المنظمة للتحكيم تحديد ما المقصود بالتحكيم التجاري الدولي بشكل مباشر، ولعل ذلك راجع إلى أن أغلبية هذه التشريعات استوحيت من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي[2] (الأونسترال) 1985، والذي جعل عدم تعريف التحكيم احتراما منه للخلافات الوطنية بشأن تحديد مفهوم التحكيم[3]

---

[1]– أبو زيد رضـــوان، الأســـس العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981، ص14.

[2]– قانون الاونســـترال النموذجي في التحكيم التجاري الدولي لعام 1985 من التعديلات التي اعتمدت في عام 2006 منشور على الموقع الالكتروني: org.uncitral.www

[3]– حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى. منشورات الحلبي الحقوقية، الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص40.

1-نجد أن القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 المستوحى من القانون النموذجي التحكيم التجاري الدولي 1985 نص في المادة 4 فقرة 01 على أنه: "ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى اجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك[1]".

2-كما نجد أن المشرع الأردني لم يتطرق إلى تعريف التحكيم في قانون التحكيم الجديد السنة 2001[2] لكن ورد تعريف التحكيم في القانون القديم رقم 18 سنة 1953 حيث نصت المادة الثانية منه: "وتعني عبارة (اتفاق التحكيم الاتفاق الخطي المتضمن إحالة الخلافات القائمة أو المقبلة على التحكيم سواء أكان اسم المحكم أو المحكمين مذكورا في الاتفاق أم لم يكن".

3-إن المشرع الفرنسي عرف التحكيم التجاري الدولي بأنه إجراء خاص لتسوية بعض أنواع الخلافات بواسطة محكمة تحكيم يعهد إليها الأطراف بمهمة القضاء فيه بمقتضى اتفاق تحكيم.

4-تجب الإشارة أن المشرع الجزائري لم يتناول تعريف واضح ودقيق للتحكيم التجاري الدولي رغم أنه تعرض إلى مختلف احكامه من خلال المرسوم التشريعي 93-90 [3]، وكذلك لم يتم تعريفه في القانون الجديد 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية[4]، الذي نظم فيه المشرع الجزائري التحكيم بنوعيه الداخلي والدولي.

---

[1]- من المعروف أن القانون المصري للتحكيم مستوحى من القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وهذا الأخير في صيغته المعتمدة في 21 يونيو سنة 1985 لم يضع تعريفا للتحكيم بشكل مباشر. إذا اكتفت المادة الثانية فقرة (أ) من القانون النموذجي بذكر: "أن لفظ التحكيم يقصد به (كل تحكيم سواء تم تنظيمه من خلال مؤسسة تحكيمية دائمة أم لا) وتعريف التحكيم على النحو المتقدم يعد تعريفا بتحديد أنواع التحكيم وليس بتعريف التحكيم ذاته، نقلا عن: حفيظة السيد الحداد الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص40.

[2]- قانون التحكيم الأردني، رقم 31 لسنة 2001، المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية رقم 4496 تاريخ 16/ /2001، ص 2821

[3]- المرسوم التشريعي 93-09 المؤرخ في 25 افريل 1993، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-14 المؤرخ في 8 جوان 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر العدد 27 الموافق ل 27 أفريل 1993 ص 57.

[4]- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري جر. العدد 21 المؤرخة في 23 أفريل 2008

الفرع الثاني: تعريف الفقه للتحكيم التجاري الدولي

يعرف التحكيم الدولي ولو بصفة تقريبية من طرف معظم الكتاب المهتمين بهذا الفرع من القانون بأنه يشكل عدالة خاصة موضوعة من قبل أطراف النزاع خارج الإطار الالزامي لقضاء الدولة.

وفي هذا السياق عرفه انطوان كاسيس «Cassis Antoine"بأنه حل النزاع من طرف شخص أو عدة أشخاص اختارهم بمحض ارادتهم للرجوع إليهم لحل النزاع الذي قد يقوم من جراء ابرام وتنفيذ عقود تجارية دولية[1].

ويضيف أن القانون الداخلي لأغلب الدول يعرف تنظيم هذا المفهوم وكيفية اللجوء إليه بداية باتفاقية التحكيم مرورا بالإجراءات المطبقة على المحكمين وتنظيم قرارات التحكيم الفاصلة في النزاع وتبيان طرق الطعن فيها وشروطها ووضعها موضع التطبيق.

كما عرفه الأستاذ تركي نور الدين " بأنه اجراء خاص لحل الخلافات، فهو نظام العدالة خاصة يسمح بسحب الاختصاص في حل نزاع معين من محاكم الدولة لإعطائه إلى أشخاص خواص، يختارهم من حيث المبدأ الأطراف أنفسهم أو يتم اختيارهم المساعدتهم[2].

وعرفه الدكتور محسن شفيق بأنه:" أسلوب لفض المنازعات الملزمة لأطرافه ويبني على اختيار الخصوم بإرادتهم أفرادا عاديين للفصل فيما يثور بينهم أو يحتمل أن يثور بينهم من نزاع[3].

جاء تعريف التحكيم التجاري الدولي طرف من فقهاء القانون الدولي بأنه: "الطريق الإجرائي الخصومي للفصل في نزاع معين بواسطة الغير[4].

---

[1] - Antoine Kassis «Problème de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international، l'arbitrage Juridictionnel et l'arbitrage contractuel.L.G.D.I Paris 1987, P13.

[2] -Terki Noureddine، L'arbitrage commercial international en Algérie، O.P.U.ALGER 1999, P01

[3]– محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية،1997، ص13

[4]– اسكندر احمد، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الدولية بالطرق السلمية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية الجزء37 رقم 4 جامعة الجزائر، 1999، ص 159 –177

كما عرفه جانب من الفقه بأنه: تسوية المنازعات بين الدول عن طريق قبول الأطراف المتنازعة بالاحتكام إلى أطراف ثالثة مثل الشخصيات الرسمية المرموقة، أو اللجان السياسية أو الهيئات القضائية على أساس التوصل إلى اتفاق خاص يفصل في النزاع القائم[1].

وقد جاء تعريف الاستاذ سعد الله بأنه: "يرمي إلى تسوية المنازعات بين الدول عن طريق قضاة من اختيار الدول المتنازعة وفقا لأحكام القانون.[2]

الفرع الثالث: تعريف القضاء

إن وظيفة القضاء في تطبيق القانون لتحقيق العدالة والحكم القضائي حجية مطلقة اتجاه الكافة ومنه نجد أن تصدي القضاء لتعريف التحكيم يعزز من قوة التحكيم باعتباره وسيلة أقرها القضاء دون اللجوء اليه. حيث عرف مجلس الدولة الفرنسي التحكيم بأنه: "التحكيم يتمثل في سلطة القرار التي يعترف بها لطرف ثالث والتسليم بصفة قضائية لقرار المحكم"[3].

وقد عرفته المحكمة الدستورية العليا المصرية التحكيم بكونه:"عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الغير يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار نهائيا وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية[4].

و منه اصبح اللجوء إلى التحكيم لحسم النزاعات الناشئة في مجال التجارة الدولية يلقى قبولا واسعا نتيجة لتطور المعاملات التجارية والخدماتية والعولمة، والتي في العالم الثالث

---

[1]– عمر سعد الله، حل النزاعات الدولية (بط) ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 111.

[2]– عمر ســـعد الله، معجم في القانون الدولي المعاصـــر، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2007، ص113.

[3]– مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدي عين مليلة الجزائر، 2010، ص 18–19.

[4]– حكم المحكمة الدستورية العليا 17 ديسمبر 1994 القضية رقم 13 لسنة 15 قضائية دستورية، منشور في الجريدة الرسمية ديسمبر 1994 وهو الحكم الذي صدر بعدم دستورية نص المادة 18 من القانون رقم 48 لسنة 1977 المنشئ لبنك فيصـــل الإســـلامي والتي كانت تجعل التحكيم الطريق الوحيد لحل أي نزاع بين البنك ومن يتعاملون معه، نقلا عن حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 41.

مازالت تحولاتها بطيئة لا تتناسب مع المعطيات الجديدة لذا برزت مراكز وهيئات للتحكيم التجاري الدولي من أهمها : محكمة التحكيم للغرفة التجارية الدولية في باريس، معهد التحكيم الدولي بإنجلترا (لندن)، جمعية التحكيم الأمريكية (نيويورك) المحكمة الدائمة للتحكيم بهولندا (لاهاي)، المجلس المتوسط للتحكيم والخاص بدول البحر الأبيض المتوسط (تونس) والمركز الاسلامي للتحكيم التجاري (القاهرة)، المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار .CIRDI

وأخيرا التحكيم هو قضاء خاص لا ينافس قضاء الدولة، بل مكمل له حيث يترك الفرقاء المتنازعين حرية اللجوء إليه عوضا عن القضاء العادي، وفقا للنظام الذي تتوافق ارادتهم عليه حيث لا يمكن إجبارهم عليه، ومنه التحكيم يقوم على أساسين هما إرادة الأطراف المتعاقدة واقرار المشرع لهذه الارادة.

المطلب الثاني: انواع التحكيم التجاري الدولي

سنتطرق الى التحكيم من حيث إرادة المحتكمين وحرية المحكم وسلطته في (الفرع الأول)، ومن حيث طبيعة العقد والتقييد بالإجراءات القضائية[1] في (الفرع الثاني)، وكذلك من حيث المعاملات في (الفرع الثالث) كما يلي:

الفرع الأول: من حيث إرادة المحتكمين وحرية المحكم وسلطاته

سنتناول التحكيم من حيث حرية المحكم وسلطاته (أولا)، التحكيم من حيث ارادة الأطراف (ثانيا).

أولا: من حيث حرية المحكم وسلطته

ويتضمن التحكيم المؤسسي (المؤسساتي) (أ) والتحكيم الحر (ب)

أ) –**التحكم المؤسسي (المؤسساتي)**: وتقوم به مؤسسة تحكيمية متخصصة في التحكيم و من أهم المؤسسات التحكيمية مراكز التحكيم الغرفة التجارة الدولية بباريس، التي غالبا ما ترجع

[1]– لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 25.

اليها الجزائر لفض منازعاتها التجارية الدولية[1]، والمركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار بواشنطن[2]، ولوائح هذه المؤسسة تكون واجبة التطبيق بمجرد اختيار الأطراف لهذه المؤسسة للفصل في النزاع، ولقد أصبح التحكيم المؤسسي هو القاعدة في مجال التجارة الدولية، حيث يفضل الأطراف اللجوء إلى الهيئات التحكيمية، لأنها تضمن قواعد تساعد على تخطي العقبات التي تصادف الأطراف، و كذا نتيجة لأسباب وظروف فرضتها العولمة في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية[3].

ب) –التحكيم الحر "AD–HOC": التحكم الحر أو الخاص هو التحكيم الذي يتولى الأطراف إقامته في نزاع معين، ويكون لهم مطلق الحرية في اختيار المحكمين والإجراءات والقواعد التي تطبق بشأن هذا النزاع.

ومن عيوب هذا النوع من التحكيم هو صعوبة تنبؤ المحتكمين (الأطراف) بالعقبات والمشكلات التي ستواجههم من ثم عدم القدرة على الاحتياط بها في اتفاق التحكيم.

ثانيا: من حيث إرادة المحتكمين (إرادة الأطراف)

تظهر إرادة المحكمين في: التحكيم الاختياري (أ) والتحكيم الاجباري (ب).

أ) –التحكيم الاختياري: الأصل في التحكيم أنه اختياري وأن المرجع لحل المنازعات هو القضاء، والتحكم طريق استثنائي لا يلجأ إليه إلا بإرادة الأطراف واختيارهم، وهذا ما عبرت عنه المادة الرابعة من قانون التحكيم المصري في فقرتها الأولى[4].

---

[1]– بومعزة فاطمة، التحكيم التجاري الدولي، مداخلة بالملتقى الوطني للتحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق، جامعة 08 ماي 1945 قالمة، مارس 2011، ص 10.

[2]– اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى الموقع عليها بواشنطن في 17 مارس 1965 الموافق عليها بموجب أمر رقم 04/95 المؤرخ في جانفي 1995 ج ر، العدد 07 لسنة 1997، صادقت عليها الجزائر بموجب مرسوم رئاسي رقم 346/95 مؤرخ في 30 اكتوبر 1995، ج.ر العدد 65 لسنة 1995.

[3]– جارد محمد، دور الادارة في التحكيم التجاري الدولي –دراسة مقارنة –، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2009–2010، ص13.

[4]– المادة 01/04 من قانون التحكيم المصري والتي جاء فيها: "ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز للتحكيم أو لم يكن كذلك"

ويجوز في التحكيم الاختياري أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع، سواء كان مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين، كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت بشأنه دعوى أمام جهة قضائية[1].

ب) -التحكيم الاجباري: قد يوجب المشرع في بعض الأحوال الالتجاء إلى التحكيم بحيث لا يجوز اطلاقا الالتجاء إلى القضاء العادي إلا بعد مراعاة ما نص عليه المشرع من وجوب طرح النزاع على هيئة التحكيم التي أشار إليها وهذا هو التحكيم الاجباري[2].

والحالات التي يجبر فيها الأطراف إلى الالتجاء إلى هذا النوع من التحكيم هي حالات في الغالب يكون أطراف النزاع فيها شركات أو هينات عامة تابعة للدولة[3].

الفرع الثاني: من حيث طبيعة العقد والتقيد بالإجراءات القضائية

سنتطرق الى التحكيم من حيث طبيعة العقد (أولا)، ومن حيث التقيد بالإجراءات (ثانيا).

أولا: من حيث طبيعة العقد.

وينقسم إلى نوعين: التحكيم الدولي (أ) والتحكيم الداخلي (ب).

أ) -التحكيم الدولي: ويكون التحكيم دوليا إذا كان موضوعه نزاع يتعلق بمصالح التجارة الدولية. ولا يوصف التحكيم بأنه دولي بمجرد وجود طرف أجنبي، أما سيرانه في الخارج فيؤدي إلى وصفه بالأجنبي أو بأنه حكم غير محلي.

ب). التحكيم الداخلي (الوطني): وهو الذي تتصل فيه جميع عناصره بدولة واحدة دون غيرها وذلك من حيث موضوع النزاع، جنسية الخصوم، جنسية المحكمين والقانون الواجب التطبيق.

---

[1]- لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص26

[2]- أسعد فاضل منديل، احكام عقد التحكيم وأجزائه (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، 2011، ص85.

[3]- لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 26. راجع في ذلك أحمد أبو الوفاء: التحكيم الاختياري والاجباري، منشأة المعارف، الأسكندرية، مصر، 2001، ص330-331.

ولعل أنسب معيار للتفرقة بين التحكيم المحلي والتحكيم الدولي، فالتحكيم الدولي يكون بين أطراف ينتمون لدول مختلفة أو ينتمون الدولة واحدة، ولكن يتعلق نزاعهم بأموال ومشروعات تجارية موجودة في دولة أخرى. أو الى مدى خضوع المنازعة لقانون التجارة الدولية[1].

ثانيا: من حيث التقيد بالإجراءات القضائية.

ينقسم التحكيم من حيث التقيد بالإجراءات القضائية إلى التحكيم بالقانون (أ) والتحكيم بالصلح (ب).

أ) –**التحكيم بالقانون:** هو الذي يلتزم فيه المحكم بتطبيق القواعد الإجرائية والموضوعية للقانون الذي يحكم النزاع، وكما يتصور اخضاع كل مراحل التحكم القانون واحد، فمن الممكن أيضا اخضاع كل مرحلة من مراحله القانون مختلف، وذلك حسب إرادة الأطراف[2].

والتزام المحكم بقواعد القانون هو ضمانة للخصوم الذين اختاروا التحكيم طريقا[3]. وفي هذا التحكيم لا يملك المحكم اجراء الصلح بين الأطراف إلا إذا فوض في ذلك من الأطراف صراحة[4].

ب) –التحكيم بالصلح: يعفي المحكم فيه من التقيد بأحكام القانون ويفصل في النزاع وفقا لما يراه محققا للعدالة، وصولا إلى حكم يحفظ التوازن بين مصالح الأطراف، حتى ولو كان في هذا الحكم مخالفة لأحكام القانون الذي يحكم وقائع النزاع، إلا أنه مقيد في ذلك بالالتزام بالمبادئ الأساسية للتقاضي. ويتمتع حكمه بقوة إلزامية في مواجهة الأطراف[5].

---

[1]– منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص37.

[2]– لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص29.

[3]– أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية –دراسة مقارنة –الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص65.

[4]– مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1998، بند 174، ص108.

[5]– لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص3

الفرع الثالث: من حيث المعاملات التحكيم الالكتروني)

يعرف التحكيم الإلكتروني بأنه التحكيم الذي تتم اجراءاته عبر شبكة الانترنت، وهو يكتسب صفة الالكترونية من الطريقة التي يتم بها وهي سمعية بصرية عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد دون حاجة إلى التقاء أطراف النزاع والمحكمين في مكان معين. كما عرف بأنه ذلك التحكيم الذي يتفق بموجبه الأطراف على إخضاع منازعاتهم الناشئة عن صفقات أبرمت غالبا بوسائل الكترونية إلى شخص ثالث يفصل فيها بموجب سلطة مستمدة من اتفاق أطراف النزاع وباستخدام وسائل اتصال حديثة[1].

والتحكيم الالكتروني تقنية مازالت جديدة وغير معروفة خاصة على مستوى الدول النامية بسبب التأخر في التطور التكنولوجي لوسائل الاتصال مقارنة بالدول الغربية.

[1]– خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص248–249.

المبحث الثاني: اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارية

إن من أهم الأسس التي يقوم عليها التحكيم، هي تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وذلك لأنه يعد الركيزة الأساسية والهامة التي يقوم عليها إصدار حكم التحكيم الذي يترتب عليه حسم النزاع وإنهائه[1].

والمقصود من هذه القواعد ليس هو القانون الوطني لدولة معينة، كما ليس المقصود به ما أصطلح على تسميته القانون الدولي الخاص، وإنما المقصود به مجموعة القواعد القانونية التي يصل المحكم إلى أنها مناسبة لإعمالها على النزاع المعروض أمامه سواء كان مصدرها قانونا وطنيا، أو كانت مشتقة من مجموعة قوانين وطنية، أم أنها قواعد متعارف عليها في حقل التجارة الدولية بعيدا عن القوانين الوطنية للدول.

فمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يعتبر من المسائل المعقدة التي تواجه التحكيم التجاري الدولي، وذلك لكونها في الكثير من الأحيان تمس ببعض الاعتبارات الأساسية في التشريعات الوطنية، بالإضافة إلى أنها غالبا ما تتعرض مع بعض أحكامها. كما تعتبر من المواضيع الهامة التي تواجه المحكم أثناء قيامه بالفصل في النزاع، لأن دوره يقوم أساسا في البحث عن القواعد التي تحكم موضوع النزاع من خلال بحثه عن الإرادة الصريحة أو الضمنية للخصوم، أو من خلال إعماله لقواعد غير وطنية وتكون أكثر ملائمة وصلة بالعقد الدولي[2].

وبما أن القاضي الوطني لا يجد صعوبة في معرفة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لأنه يقوم بإعمال النصوص القانونية للدولة التي يستمد منها سلطته.

---

[1] فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة في أحكام التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 179.

[2] أبو زيد رضوان: الضوابط العامة للتحكيم التجاري الدولي، القسم الثالث، المقال مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة، الكويت، السنة3، العدد1، 1997، ص144.

ويترتب على ذلك تطبيق قواعد القانون الدولي الخاصة بتنازع القوانين لتلك الدولة، والتي تتركز مهمتها في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة ذات العنصر الأجنبي، ويتم ذلك بواسطة قواعد تنازع القوانين (قواعد الإسناد)[1].

في المقابل نجد أن المحكم يستمد سلطته من اتفاق التحكيم، أي إرادة الأطراف التي تحدد ما يتعلق بالتحكيم وما هو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

حيث تظهر مسألة تنازع القوانين في النزاع المطروح على التحكيم في حالتين: الأولى أمام المحكم عندما يراد تحديد القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، والثانية أمام القاضي عندما يتدخل أثناء إجراءات التحكيم أو قبل البدء فيها، وكذلك من أجل تنفيذ حكم التحكيم[2]

المطلب الأول : اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارية

الفرع الأول: قانون الإرادة

ويقصد بقانون الإرادة القانون الذي يختاره الأطراف ليحكم علاقتهما العقدية، وليكون مصدرا للقواعد التي تحكمها، ولو كان قانون أخر هو الواجب التطبيق عند عدم اختيار الأطراف لذلك القانون [3].

وبناءا على ذلك يمكن للطرفين الاتفاق على إخضاع علاقتهما العقدية لقانون أخر غير قانون بلد إبرام العقد أو قانون بلد تنفيذه أو قانون موطن الأطراف المشترك أو لأي قانون أخر واجب التطبيق طبقا لقاعدة الإسناد في القانون الدولي الخاص.

فاختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع قد تتم الإشارة إليه صراحة في اتفاق التحكيم، سواء أكان ذلك في شرط التحكيم أو في مشارطة التحكيم، أو يوجد في الغالب مدونا في العقود النموذجية الدولية، حيث تبين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع[4].

[1] حبار محمد: القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص91.

[2] فوزي محمد سامي: المرجع السابق، ص 185.

[3] حسني المصري: التحكيم التجاري الدولي(دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 341.

[4] فوزي محمد سامي: المرجع السابق، ص186.

وفي هذه الحالة لا صعوبة تثار، لكن الصعوبة تكمن في حالة ما إذا لم يفصح أطراف النزاع صراحة عن إرادتهم في تحديد هذا القانون، وعند ذلك يتعين على هيئة التحكيم تحديده من خلال البحث عن الإدارة الضمنية أو المفترضة[1]، لأطراف النزاع، لكي يتمكن المحكم من خلالها تحديد القانون الذي سيطبق على موضوع النزاع، وتكون هذه الإرادة في نصوص العقد والظروف المحيطة به عن اتجاه هذه الإرادة، فإن تعذر عليه ذلك لجأ إلى مؤشرات أو توطين العقد، أي وضعه في مكان يخضع لقانون باعتباره الأنسب لحكم النزاع المترتب عليه، ومن المؤشرات الدالة على إرادة الأطراف الضمنية تحرير العقد بلغة معينة، أو إخضاع النزاع الاختصاص محاكم دولة معينة أو للتحكيم في هذه الدولة مما يدل على رغبة الخصوم الضمنية في تطبيق قانون هذه الدولة، بالإضافة إلى إدماج قانون معين في العقد، قد يستفاد منه أن إرادة الخصوم قد اختارت هذا القانون الحكم العقد[2].

كما أن المشكلة لا تقف عند معرفة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فقط، بل تتعداه إلى ضرورة معرفة قواعد القانون الدولي الخاص التي ستطبق، أي قواعد الإسناد التي من خلالها يستطيع المحكم معرفة القواعد القانونية التي سيطبقها للفصل في النزاع، إذ أن اختيار الخصوم لقانون معين أو معرفة ذلك القانون لا يغني عن البحث في قواعد القانون الدولي الخاص بتنازع القوانين، والعلة في البحث عن هذه القواعد تكمن في أن المنازعات الدولية غالبا ما تتعلق بالمسائل العقدية ولكنها قد تشتمل على مسائل تتعلق بالأهلية، أو المسؤولية غير العقدية أو المنافسة الغير مشروعة[3].

[1] الإرادة المفترضة تتحقق عند عدم معرفة الإرادة الضمنية للأطراف، حيث يكشف أن الأطراف قد قصدوا إعمال قانون معين كقانون مكان التحكيم.

[2] هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الإسكندرية، 1995، ص322.

[3] فوزي محمد سامي: المرجع السابق، ص188.

الفرع الثاني: موقف التشريعات الوطنية من قانون الإرادة

إن العديد من التشريعات الوطنية لمختلف الدول اتخذت من قانون الإرادة قاعدة إسناد أصلية، فقد أصبح خضوع موضوع النزاع لقانون الإرادة من المبادئ المسلم بها، سواء في القوانين الوطنية أو الاتفاقيات الدولية.

حيث أقرت التشريعات المقارنة بحرية الخصوم في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم، طالما أنها لا تتضمن مساسا بالقواعد الآمرة أو قواعد النظام العام.

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

وبالتالي فالمشرع المصري قد منح الأولوية للأطراف لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، وعند اختيار قانون موضوعي معين يتم استبعاد قواعد التنازع لذلك القانون وهذا وفقا لإرادة الأطراف. أما المشرع الفرنسي فقد نص على هذا المبدأ بموجب المادة 1496/ 1 ق.إ.م.ف[2].

ومن منطلق هذه المادة نجد أن المشرع الفرنسي قد أوجب على الأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وما على المحكم سوى تطبيقه، أي أن المشرع الفرنسي يشير إلى قواعد القانون، وبالتالي للأطراف أن يخضعوا النزاع القانون وطني معين، سواء كان قانون دولة أحد الخصوم أو قانون أجنبي أخر، لذلك فإن تعبير قواعد القانون يمنح الحرية الكاملة للأطراف لتحديد نوع هذه القواعد، فيمكن أن تكون وطنية أو دولية، ما لم تكن مخافة لقواعد القانون العام، كما قد يكون القانون هو القواعد الخاصة بتنازع القوانين[3].

---

[1] وائل أنور بندق: موسوعة التحكيم، الاتفاقيات الدولية والقوانين العربية، ط 2، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009، ص 257.

[2] Art 1496/1: " L'arbitre tranche le litige conformément au règles de droit que les parties ont choisies"

[3] محمد كولا: تطور التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، منشورات بغدادي، 2008، ص 201.

أما فيما يخص المشرع الجزائري فقد كرس مبدأ حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الواجب إعماله من قبل المحكم مع مراعاة قواعد النظام العام [1]، وهذا بموجب المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف..."

وباستعمال مصطلح قواعد القانون من قبل المشرع الجزائري، فهذا يمنح الحق للأطراف في إمكانية اختيار قانون وطني أو عدة قوانين أخرى، كما يمكنهم أيضا إخضاع منازعاتهم للأعراف التجارية والعادات والمبادئ العامة للقانون.

وفي هذا المجال فهناك بعض الحالات تشملها قواعد القانون، فقد تحيل العقود المبرمة في نطاق التجارة الدولية في اتفاق التحكيم إلى تطبيق قواعد التنازع على النزاع، وهذا ما جاءت به المادة 1/18 من القانون المدني الجزائري، بنصها على أنه" يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد"، بحث تشير هذه المادة إلى قانون معين وليس قواعد موضوعية للقانون، فهي قاعدة إسناد تشير إلى تطبيق قانون موضوعي معين.

كما أحالت بعض الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر مع بعض الدول إلى إمكانية إعمال قواعد تنازع القوانين، منها مثلا الاتفاقية الجزائرية الإسبانية في المادة 11/ 3 والاتفاقية الجزائرية الفرنسية في المادة 4/8 [2].

أيضا كثير ما تحيل الاتفاقيات الدولية كذا السائدة والقعود الدولية إلى إخضاع النزاع إلى المبادئ العامة للقانون أو العادات والأعراف في التعامل التجاري.

كما يمكن للأطراف وفقا لاتفاق التحكيم تسوية نزاعهما حول القانون الذي يطبق على النزاع عن طريق الصلح، فإن المحكم واستنادا للرخصة الممنوحة له لا يتقيد بالقواعد القانونية الموضوعية في إصدار حكمه، وإنما يكون له إصدار حكمه وفقا للعدالة.

[1] محمد كولا، المرجع نفسه، ص202.

[2] محمد كولا، المرجع السابق، ص 205.

كل ذلك بالاستناد إلى تفويض صريح من قبل الأطراف بتخويله سلطة التحكيم وفقا المبادئ العدالة، ويكون له أيضا الحرية في البحث عن الحل الذي يراه ملائما بالنسبة للأطراف[1].

فقد نص المشرع المصري عن دور المحكم كمفوض بالصلح بموجب المادة 4/39 من القانون رقم 1994/27 على أنه يجوز لهيئة التحكيم، إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون"[2].

أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة 1496 ق.إ.م.ف[3]، وبالتالي طبقا لهذه المادة فإذا إتفق أطراف النزاع على تعيين هيئة التحكيم كمفوض بالصلح فهذا يعني أن الخصوم قد رضوا بحكم التحكيم الصاد عن هيئة التحكيم مهما كان القانون المطبق، غير أنه إذا كان لهذه الهيئة التحكيمية الحرية الكاملة في إطار المفوض بالصلح، في المقابل تبقي في مجال النظام الدولي مقيدة بالنظام العام الدولي [4].

كما أن المشرع الجزائري نص على إمكانية الفصل في موضوع النزاع من قبل هيئة التحكيم كمفوض بالصلح، وذلك بموجب المرسوم التشريعي93/ 09 المادة 458/ 15 على أنه" تفصل محكمة التحكيم كمفوض بالصلح إذا خولتها اتفاقية الأطراف هذه السلطة، غير أنه لم ينص على هذه الطريقة في القانون الجديد08/ 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الثالث: موقف الاتفاقيات الدولية من قانون الإرادة

[1] عليوش قربوع كمال: الاعتراف والتنفيذ الجبري للقرارات التحكيمية، مداخلة ضمن الملتقى الدولي حول، التحكيم التجاري الدولي في الجزائري، جامعة بجاية ، 2006، ص56.

[2] وائل أنور بندق: المرجع السابق، ص 257.

[3] Art 1496:" L'arbitre statue comme amiable compositeur si la convention des parties lui a confère cette mission.

[4] محمد كولا: المرجع السابق، ص207.

لقد كرست الاتفاقيات الدولية مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق ومنها:

اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية التي أصبحت جزءا من التشريع الجزائري منذ سنة 1988 بعدما صادقت الجزائر عليها، حيث أكدت في مادتها 05/أ غلى أنه لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على... الاتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف"، فالأصل إذن تطبيق القانون الذي تم تحديده من قبل الأطراف المتنازعة[1].

وكذلك ما جاءت به المادة 1/13 من اتفاقية واشنطن الموقعة في 03/18/ 1965 الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بنصها على أنه " للطرفين كامل الحرية في تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع".

بالإضافة إلى ما نصت عليه اتفاقية جنيف لسنة 1961 في الفقرة الأولي من المادة السابعة على أن الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يجب على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع"[2]. وقد وردت الإشارة في المادة 1/21 من اتفاقية عمان العربية للتحكيم إلى قانون الإرادة صراحة فقد نصت المادة المذكورة على إن" تفصل الهيئة في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين، وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنا إن وجد"، فهذا النص منحت فيه الاتفاقية أطراف العقد الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، ولم تدع مجال للشك في طبيعة الإرادة في اختيار القانون فقد أشارت بأن إرادة الأطراف

[1] وائل أنور بندق: المرجع السابق، ص 51.

[2] لما أحمد كوجان: التحكيم في عقود الإستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار في واشنطن"، منشورات زين الحلبي الحقوقية، ص258.

الصريحة أو الضمنية، وحرية الأطراف وفقا للاتفاقية تمتد لاختيار أي قانون ولو لم يكن ذا صلة بالعقد أو قانونا وطنيا معينا[1].

لكن على الرغم من المساندة والإجماع الذي لقاه قانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فهذا لم يمنع من وجود جدل في أوساط الفقه حول الحرية الممنوحة للأطراف في الإطار، فهل للأطراف الحرية الكاملة في اختيار القانون الواجب إعماله على النزاع؟ أي هل لهم أن يختاروا قانون محايدا لا صلة له بالعقد ذاته أو بأطرافه؟ وهل يمكن تجزئة العقد بإخضاع كل جزء منه لقانون معين؟ للإجابة عن هذه التسأولات سوف نفصلها كالأتي:

أولا: صلة العقد بالقانون المختار، أثارت هذه المسألة جدلا في الفقه، حيث نتج عن ذلك نظريتين، النظرية الشخصية، والنظرية الموضوعية. فقد ذهب أنصار النظرية الشخصية إلى ضرورة إطلاق حرية الأطراف في إختيار القانون الذي يطبقه المحكم على نزاعاتهم، بغض النظر عن أي صلة بينه وبين العقد موضوع النزاع[2]، طالما لم يتم الاختيار لهذا القانون بسوء نية، فهذا الاختيار ينصب على إدماج النصوص القانونية القانون المختار في العقد لينزل منزلة الشوط التعاقدية، بحيث يمكن أن تكون محلا للتعديل والاشتراط بحيث تفقد طابع القانون بمعناه الدقيق [3]. كما يمكن للأطراف إبرام عقد مستقل عن كل قانون وطني، أي عقد له الكفاية الذاتية يجد المحكم في شروطه كل ما يحتاجه من أحكام الفصل في موضوع النزاع.

ويستند أنصار هذه النظرية لتبرير فكرتهم إلى أن تطبيق قانون الإرادة لا يكون على أساس الطبيعة الاتفاقية التحكيم فقط، بل على اعتبار أن مبدأ سلطان الإرادة قاعدة إسناد أكثر

---

[1] السمدان أحمد: القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق، كلية الحقوق جامعة الكويت، العدد 4، 1، 1993، ص 185.

[2] هناك بعض الإتفاقيات التي لم تشترط أن يكون هناك رابطة بين النزاع والقانون المختار كما جاء في المادة 2 من إتفاقية روما 1980 والمادة 1/128 من القانون النموذجي للتحكيم.

[3] منير عبد المجيد: التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة، المعارف، 1997، ص204.

ملائمة وما يحققه هذا المبدأ من توازن بين الأطراف، وهذا ما ذهبت إلية محكمة النقض الفرنسية في العديد من أحكامها، منها الحكم الصادر في 1935/01/15. [1]

ومن ما لاشك فيه أن هذه النظرية تؤدي إلى إفلات العقد الدولي من دائرة تنازع القوانين، استنادا إلى ما للإرادة من شبه قوة مطلقة دون الاستناد إلى قانون يبرر هذا الوجود. أما أنصار النظرية الموضوعية [2]، فقد ذهبوا إلى وجوب ربط العقد الدولي بقانون وطني له علاقة حقيقية به، فهذا القانون هو الذي يمد للاتفاق القوة الملزمة، حيث يرون أن جوهر إرادة المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد هو في الحقيقة عبارة عن توطين للعقد تبعا لإرادتهم، وبالتالي يجب أن يكون هذا الاختيار إشارة إلى رابطة التوطين هذه مثل إختيار الأطراف لقانون دولة تنفيذ العقد، أو قانون بلد إبرام العقد، أو قانون جنسية أحد الأطراف [3]، فإذا انعدمت هذه الرابطة اعتبر ذلك من قبيل الغش نحو القانون الأجنبي [4].

ومن أسانيد هذه النظرية أن الرضي وهو غير كافي ليكون محلا للالتزام بل لابد من قانون يضفي عليه طابع القوة الملزمة، ومن ثمة يجب أن تكون الاتفاقيات مبرمة بطريقة قانونية، وقد عبر الفقيه "باتيفول" عن مبدأ سلطان الإرادة على أنه " مبدأ للفوضى القانونية". ولا تفوتنا الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد تبني النظرية الموضوعية التي تقيد الأطراف في اختيار القانون المطبق على العقد وهذا ما نصت عليه المادة 18/ 1 ق.م.ج على أنه: "تسيري على الالتزامات التعاقدية القانون الذي المختار من التعاقدين إذا كانت له صلة بالمتعاقدين أو العقد"[5].

---

[1] التفصيل أكثر راجع منير عبد المجيد: المرجع نفسه، ص 205.

[2] من مؤيدي هذه النظرية في القانون الدولي الخاص، " Niboyet, Batiffol , Arminjon"

[3] كمال إبراهيم: التحكيم التجاري الدولي"حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولي"، دار الفكر العربي، القاهرة، ط.1، 1991، ص142.

[4] حسني المصري: المرجع السابق، ص345.

[5] محمد حبار: المرجع السابق، ص 151 ومايليها.

ثانيا: حرية الأطراف في تجزئة العقد، بإخضاع كل جزء لقانون معين، جانب من الفقه رأى أنه لا بد على المتعاقدين من اختيار قانون واحد يسري على العقد ككل، مراد ذلك أن العقد من الناحية الاقتصادية هو عملية واحدة يجب أن تخضع لقانون واحد، تفاديا لتشتيت العقد بين عدة قوانين، وأن كل مرحلة من مراحل التحكيم تأتي تنفيذا للمرحلة التي تسبقها.

بالإضافة إلى أن محاولة إخضاع أجزاء العقد إلى أنظمة مختلفة يؤدي إلى المساس بفكرة تركيز العقد، وبالتالي يصبح العقد خاضع لدولة أخرى غير التي ركز فيها، فالعقد يعتبر عملية قانونية واحدة فلا يتصور إخضاع كل من تكوين العقد وأثاره، وإبطاله إلى أنظمة قانونية مختلفة[1].

ومن ما سبق ذكره، يمكن إذا لأطراف النزاع اختيار قانون وطني معين، كما لهم أيضا اختيار المبادئ العامة للقانون، أو العادات والأعراف السائدة في التعامل التجاري، أو أن يقوم المحكم للفصل في الدعوى كمفوض بالصلح.

سلطة التقديرية للمحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق عند غياب قانون الإرادة

عند غياب الإرادة الصريحة للخصوم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وحين نكون أمام الفرض الذي لا يوجد فيه أتفاق بين الأطراف حول هذا الشأن تطفو على السطح مشكل تحديد هذا القانون، فهنا يقع على عاتق المحكم أن يتصدى لمثل هذه المشكلة، حيث يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في البحث عن هذا القانون.

فالمحكم الدولي ليس له قانون اختصاص، فهو غير مقيد بقانون وطني معين، ولا يصدر حكمه باسم هذه الدولة أو تلك، وبالتالي لا يخضع لسيادة أي دولة حتى ولو كانت هي أو أحد رعاياها طرفا في النزاع المطروح على التحكيم [2]، فالأصل في النظام الدولي أن المحكم

[1] وجدي راغب فهمي: هل التحكيم نوع من القضاء ؟ دراسة نقدية لنظرية الطبيعة القضائية التحكيم"، مجلة الحقوق، كلية الحقوق جامعة الكويت، السنة السابعة عشر، العدد الأول، 1993، ص178-179.

[2] أشرف عبد العليم الرفاعي: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية دراسة في قضاء التحكيم، دار الكتب القانونية، 2006، ص 539.

الدولي يكون مقيدا بالقانون الذي اختاره الأطراف مع تخويله حرية اختيار القانون الأنسب لحل النزاع.

قد يكون القانون الملائم لحل النزاع إما القانون الوطني لأحد الأطراف، أو قانون محل إبرام العقد، أو قانون محل التنفيذ، قواعد تنازع القوانين، إذا لم يوجد بينهما اتفاق بشان القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، بحيث يملك المحكم استبعاد هذا القانون، وذلك كله مع ضرورة مراعاة المحكم للأعراف والعادات التجارية المعمول بها، فضلا عن شروط العقد، وهو ما يظهر في أغلبية نصوص الاتفاقيات، وأنظمة التحكيم التجاري الدولي[1].

وفي هذا الصدد يرى أغلبية الفقه أن المحكم له دور مهم في تحديد أو اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، واستظهار الإرادة الضمنية لأطراف العلاقة، لذلك ذهب بعض الفقه القول أن حرية المحكم تتسع بمقدار سكوت الأطراف عن بيان القانون الذي يطبقه المحكم على موضوع النزاع[2].

موقف الأنظمة القانونية والمعاهدات الدولية من السلطة التقديرية للمحكم

لقد تم تأكيد السلطة التقديرية للمحكم في تحديد القانون الذي يطبق على موضوع النزاع في التشريعات الوطنية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، والاتفاقيات الدولية، وكذا الفقه والقضاء فقد أكد المشرع المصري على الدور الذي تلعبه الهيئة التحكيمية في تحديد القانون الواجب التطبيق، وذلك بموجب المادة 2/39 من قانون تحكيم رقم 27/ 1994 على أنه "وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانون واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع"[3].

فالمشرع المصري منح لهيئة التحكيم الصلاحية باختيار القانون الذي ترى أنه أكثر اتصالا بموضوع النزاع، واضعا ضوابط لهذا الاتصال أو الملائمة تاركا الأمر لتقدير المحكم

[1] حسني المصري: المرجع السابق، ص 338.

[2] حسني المصري: المرجع السابق، ص338.

[3] وائل أنور بندق: المرجع السابق، ص 257.

لما يراه مناسبا للفصل النزاع. وقد منحت المادة 1496/ 2 ق.إ.م.ف لهيئة التحكيم سلطة واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع عند تخلف اختيار الأطراف، وهذا طبقا لقواعد القانون التي تراها ملائمة لحسم النزاع[1].

أما عن موقف المشرع الجزائري فقد كان قريب من موقف المشرع الفرنسي، وذلك بنصه في المادة 1050 ق.إ.م. على أنه "... وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

وعليه المشرع الجزائري بدوره قد منح الحرية للمحكم لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وذلك في حال تخلف إرادة أطراف الخصومة.

وبالتالي يمكن إعمال العديد من الخيارات، الأخذ بالمبادئ العامة القانون وقواعد التجارة الدولية، العادات والأعراف التجارية السائدة، الأخذ بقانون أي دولة يراه مناسبا للنزاع، سواء كان قانون موضوعي أو قواعد التنازع.

وقد تم التأكيد أيضا على دور المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في الاتفاقيات الدولية، فقد نصت المادة 33/ 1و3 من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة على إنه" فإذا لم يتفق الطرفان على تعين هذا القانون، وجب أن تطبق هيئة التحكيم القانون الذي تعينه قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها الواجبة التطبيق في الدعوى، وفي جميع الحالات تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لشروط العقد وبمراعاة الأعراف التجارية الجارية"[2].

كما نصت المادة 28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أنه" تطبق هيئة التحكيم قانون الإرادة الذي اختاره الأطراف، وبالتالي فإن اختيار الأطراف لقانون دولة ما أو لنظامها القانوني يعد إشارة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس قواعدها المتعلقة بتنازع القوانين ما لم يتفق على خلاف ذلك[3]، إذ يجب على المحكم مراعاة شروط العقد،

[1] Art 1496/2 « … à défaut d'un tel chois conformément à celles qu'il estime appropriées, il tient compte, dans tous les cas des usages commerce ».

[2] وائل أنور بندق: المرجع السابق، ص 127.

[3] منير عبد المجيد: قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1995، ص 157

وعادات وأعراف التجارة الدولية عند تطبيقه للقانون المختص. وكذلك ما جاءت به المادة 13/ 3 ب من قواعد غرفة التجارة الدولية على أنه" للأطراف حرية تجديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع، فإذا لم يحدد الأطراف، طبق المحكم، قاعدة تنازع القوانين التي يراها مناسبة في هذا الخصوص".

بالإضافة إلى ما نصت عليه 7 من اتفاقية جنيف لسنة 1961 على حرية الخصوم في تحديد القانون الذي يلتزم المحكم بتطبيقه، وفي حال عدم وجود بيان من قبل الخصوم يجب على المحكم إعمال قواعد الإسناد المناسبة، وفي كلتا الحالتين ينبغي على المحكم مراعاة شروط العقد، وعادات وأعراف التجارة الدولية[1].

فقواعد التنازع غالبا ما يتكفل المشرع الوطني بتنظيمها بتشريع، وقد يتم تنظيمها عن طريق اتفاقيات دولية، ويمكن في حالة عدم وجود تشريع أو اتفاق دولي استكمالها بالرجوع إلى المصادر الأخرى وهي العرف والقضاء والفقه[2].

والملاحظ تشابه الصياغة في جميع الاتفاقيات السالفة الذكر، بحيث نجد كل من قواعد تنازع القوانين، المبادئ العامة للقانون، قواعد العدالة والإنصاف، مما يستنتج منه أن المحكم غير مقيد بقانون وطني موضوعي معين.

يتضح كذلك من خلال هذه النصوص أنه يؤخذ بعادات التجارة الدولية بوصفها عنصرا من عناصر القانون الذي يتم على أساسها الفصل في النزاع، وذلك لأهميتها ومناسبتها لظروف التجارة الدولية، لكن إعمال هذه العادات يكون بصورة تكميلية، أو تبعية، أو احتياطية لأن الأسبقية للقانون الذي تم الاتفاق على تطبيقه من قبل الأطراف، ولمنهج التنازع، ولا خلاف أن العادات والأعراف التجارية الدولية لا تطبيق إلا بما لا يتعارض مع القانون الواجب التطبيق، إذا لم يكن هناك نص يتضمن الإحالة إليها.

[1] لما أحمد كوجان: المرجع السابق، ص259.

[2] الهداوي حسن: القانون الدولي الخاص التنازع القوانين"، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1995، ص 49.

ومن خلال ما سبق يتبين مدي التوافق بين منهج التنازع وعادات أعراف التجارة الدولية، وهذا الموضوع لا يتعلق بالتنازع بين منهجين، بل يتعلق بمقدار التكامل بينهما، وبالتالي، وفي جميع الأحوال، وجوب مراعاة أحكام العقد وعادات التجارة الدولية عند تطبيق القانون المختص[1].

وبالرجوع إلى الاتفاقيات نجد أن اتفاقية نيويورك لسنة 1958 وتحديدا في المادة 1/5/أ منها والتي نصت على"...طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم"، فقد انفردت الاتفاقية بهذه الحالة بعد تأكيدها على أولوية تطبيق قانون الإرادة، لكنها لم تبين ما هو قانون البلد الذي صدر فيه، هل هو القانون الموضوعي مباشرة أم قواعد تنازع القوانين" [2].

الطرق المستخدمة من قبل المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق

إن العارفون بالتحكيم الدولي والمشتغلون به عن قرب من إداريين ومحكمين وباحثين يؤكدون أن المحكمين يتمتعون بحرية واسعة بالنسبة للتعامل مع آليات القانون الدولي الخاص عند غياب الدلائل على توافق إرادة المتعاقدين أو عند عدم الإحالة إلى نظام تحكيمي لإحدى مؤسسات التحكيم الدولية.

كما لوحظ أيضا في إطار هذه الاعتبارات ظهور طرائق وأساليب مختلفة لدى المحكمين من أجل الوصول إلى القانون الواجب تطبيقه، ومن ثم إلى حل النزاع المعروض على التحكيم وأهم هذه الطرائق والأساليب هي:

أولا: إعمال المحكم لقواعد تنازع القوانين

عند تخلف إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وحين لا يستطيع المحكم عن طريق المؤشرات ومن ظروف النزاع الكشف عن الإرادة الضمنية في تطبيق قانون معين، فإنه يقع على عاتق المحكم الدولي أن يتصدى لهذا المشكل بتوضيح القانون الذي يحكم النزاع، ويكون ذلك من خلال إعماله قواعد تنازع القوانين.

[1] منير عبد المجيد: الأسس العامة التحكيم، المرجع السابق، ص 201-202.

[2] محمد كولا: المرجع السابق، ص216.

ومن خلالها يكون للمحكم الدولي وعلى خلاف القاضي الوطني التمتع بسلطة تقديرية واسعة في تحديد قواعد التنازع التي بموجبها يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وذلك عند غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية[1].

فقد تلجأ هيئة التحكيم عند تطبيقها لقواعد تنازع القوانين، لقانون دولة أحد الخصوم، أو لقانون مكان إجراء التحكيم، أو لقانون مكان تنفيذ حكم التحكيم باعتباره الأنسب والأكثر ارتباطا بالموضوع المتنازع فيه [2]، لذلك فقد اختلفت المعايير بصدد اعتبار قانون معين هو الأكثر اتصالا بالنزاع.

1- إعمال المحكم لقواعد تنازع القوانين في مقر التحكيم: على المحكم الدولي أن يرجع من أجل تحديد القانون الواجب تطبيقه على موضوع النزاع لقواعد تنازع القوانين في قانون دولة مقر التحكيم، ومن أنصار هذا الاتجاه الفقه الهولندي سوزرهال"، "Sauser Hall" الذي يرى في التحكيم مؤسسة مختلطة، تعاقدية بمصدرها إجرائية بمضمونها. فيرى هذا الفقه أنه في حالة غياب الاختيار الصريح أو الضمني للخصوم للقانون الذي يحكم موضوع النزاع في العقد، فإنه ليس على المحكم إلا أن يطبق قواعد تنازع القوانين في قانون البلد الذي يجري في إقليمه التحكيم لتحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع[3].

غير أن هذا الاتجاه تعرض لعدة انتقادات، منها أنه يصعب تحديد مقر التحكيم، لأن هذا الأخير قد يتعذر تحديده، حيث أنه من الممكن أن يعقد المحكمين جلسات الاستماع في أكثر من دولة، وإذا كان هذا الاتجاه يمكن الأخذ به في حالات التحكيم الخاصة، إلا أنه من الصعب الأخذ به في حالات التحكيم التجاري الدولي عن طريق المؤسسات التحكيمية

[1] كمال إبراهيم: التحكيم التجاري الدولي "حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولي"، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1991، ص145.

[2] محمد كولا: المرجع السابق، ص219-220.

[3] كمال إبراهيم: المرجع نفسه، ص 148.

المتخصصة لم يكن المقصود منه تطبيق قواعد التنازع لقانون الدولة التي يوجد فيها مقر هذه المراكز، بل قد تكون لاعتبارات لا علاقة لها بالنزاع كاعتبارات السياحة أو غيرها مثلا[1].

وأنه لا يشكل بالنسبة للدولة التي يتم التحكيم على إقليمها أية أهمية، فلا يصدر حكم التحكيم باسم الدولة، لأن المحكم لا يخضع لسيادتها، [2]، ولهذا فإن توطين التحكيم إجرائيا لا يعني بالضرورة توطينه قانونيا[3].

وذلك أن أحكام التحكيم لا يمكن أن تشبه الأحكام القضائية، لأن المحكم لا يساهم في الوظيفة القضائية للدولة التي يتم على إقليمها التحكيم، فهو ليس مكلف بخدمة عامة ولا يباشر المهمة المسندة إليه إلا بعقد خاص [4].

2- إعمال المحكم لقواعد التنازع لقانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك للمتعاقدين: وفقا لهذا الاتجاه يجب على المحكمين في حالة تخلف الإرادة الصريحة أو الضمنية للتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع اللجوء للبحث عن هذا القانون إلى نظم تنازع القوانين البلد الذي يوجد فيه الإقامة المشتركة أو الجنسية المشتركة لأطراف النزاع [5].

لكن يعاب على هذا الاتجاه أنه يفترض وحدة الجنسية للخصوم، أو الموطن المشترك لأطراف النزاع، وهذا نادر الحدوث، لأنه في الغالب ما تكون مصالح التجارة الدولية محل النزاع بين أطراف من جنسيات ومواطن مختلفة[6].

3- إعمال المحكم لقواعد تنازع القوانين في بلد تنفيذ حكم المحكمين: يجب على المحكم الدولي البحث عن القانون الذي يطبق على النزاع باللجوء إلى نظام تنازع القوانين في قانون البلد الذي سينفذ فيه الحكم الصادر عن المنازعة المطرحة على النزاع، لذا على المحكم أن

---

[1] عيادي فريدة: سلطة المحكم في موضوع حل النزاعات المترتبة عن العقد التجاري الدولي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2001، ص40.

[2] شفيق محسن: التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 1997، ص 189.

[3] كمال إبراهيم: المرجع السابق، ص 150.

[4] منير عبد المجيد: قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية: المرجع السابق، ص 199

[5] سامي محمد فوزي: المرجع السابق، ص187

[6] محمد كولا: المرجع السابق، ص218.

يوفر أقصى قدر ممكن من الفعالية لحكمه على الصعيد الدولي، وذلك بمراعاة قواعد القانون الخاص وقواعد النظام العام في بلد التنفيذ.

لكن هذا الحل يعاب عليه كونه يستبق عمل المحكم الذي يحكم موضوع النزاع، بصعوبات عملية يتعين على المحكم حلها أولا، وفي هذا السياق قال الأستاذ "لايف"، أن هذا الحل سيكون وهما ولا حاجة إلى تأكيد الصعوبات العملية، وكيف يمكن تعين البلد المذكور بشكل أكيد وما العمل إذا كانت هناك العديد من الدول لتنفيذ حكم التحكيم؟

4-إعمال قواعد تنازع القوانين القانون الوطني للمحكم: نادي قلة من الفقه بضرورة لجوء المحكم إلى نظام تنازع القوانين في قانونه الوطني، لتحديد القانون الواجب تطبيقه على موضوع النزاع عند سكوت الأطراف أو عدم اتفاقهم بشأن هذا القانون، فهذا الاتجاه يقوم على أساس أن المحكم يعرف قانونه الوطني ونظام تنازع القوانين فيه أفضل من النظم القوانين الأخرى، وأن اتفاق الأطراف، واختيارهم المحكم معين يمكن أن يعتبر اختيارا ضمنيا لنظام تنازع القوانين في قانونها الوطني أو على الأقل قبولا بهذا النظام.

لكن يعاب على هذا الاتجاه أنه ينقص من كفاءة المحكم الدولي، وذلك بالتشكيك في قدراته على معرفة الأنظمة القانونية الخاصة بقواعد القانون الدولي الخاص وتلك التي تخص بلده [1]، كما أن هذا الرأي قد يؤدي إلى إعمال قانون ليس له أدني علاقة بالنزاع.

5-التطبيق الجامع للمبادئ المشتركة لقواعد التنازع: النزاع، ذهب الرأي الراجح في الفقه وقضاء التحكيم بضرورة الرجوع إلى التطبيق الجامع للمبادئ المشتركة لقواعد الإسناد، وذلك بلجوء المحكم بفحص كل قاعدة من قواعد الإسناد في النظم القانونية ذات الصلة بموضوع النزاع المعروض عليه، ويتم من خلالها استخلاص القانون الأكثر ملائمة لحل النزاع، كما أن هذا الأسلوب يؤدي إلى نتيجة هامة وهي وحدة قواعد التنازع في النتيجة وليس في الموضوع

[1] سامي محمد فوزي: المرجع السابق، ص186.

عن طريق إيجاد قانون معين مقبول من قبل هذه الأنظمة، ويؤدي إلى حل معترف به من الدول ذات العلاقة.

ثانيا: إعمال المحكم للمبادئ العامة للقانون

إن الحرية التي يتمتع بها المحكم بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، عند غياب أي إشارة من قبل الأطراف للقانون الواجب تطبيقه، تعد عامل مهم التمكينه من استبعاد العقد من دائرة التشريعات الداخلية وتدويله، باللجوء إلى إعمال المبادئ العامة المشتركة أو المبادئ العامة في القانون[1]، فالمبادئ العامة هي عموما المبادئ العامة في القانون الداخلي، والتي يمكن تطبيقها على النطاق الدولي.

وقد عرف الأستاذ "Mann" هذه المبادئ العامة للقانون بأنها القواعد التشريعية التي تصادف قبولا في الكثير من النظم القانونية أيا كانت درجة تقدمها، وهي قواعد تطبيق مباشرة على النزاعات دون أي تدخل لقواعد التنازع"[2].

كما أن العقود المبرمة في مجال التجارة الدولية تنص على الرجوع إلى المبادئ العامة للقانون لتسوية النزاعات، ويكون ذلك سواء بإدراجها بصفة احتياطية أو باعتبارها نظام قانوني رئيسي[3]، ويعد اختيار المحكم للمبادئ العامة للقانون كقانون واجب في التطبيق على موضوع النزاع، مناسبا من الناحية العملية للتحكيم التجاري الدولي، وهذا ما أخذت به المادة 2 من القرار الصادر عن معهد القانون الدولي في دورة انعقاده بأثينا "Athenes" في 1979 على أن للأطراف اختيار... واحد أو أكثر من القوانين الداخلية، أو المبادئ المشتركة من بين هذه القوانين، أو المبادئ العامة للقانون، أو المبادئ المطبقة في العلاقات الاقتصادية الدولية[4].

---

[1] من بين هذه المبادئ العامة:قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، قاعدة تنفيذ العقد بحسن النية'، قاعدة عدم التعسف استعمال الحق"...راجع في ذلك د/ منير عبد المجيد: الأسس العامة للتحكيم، الأسس العامة للتحكيم، اسكندرية– منشاة المعارف, 2001، ص48.

[2] منير عبد المجيد: الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، المرجع السابق، ص 260.

[3] محمد كولا: المرجع السابق، ص220.

[4] P. Fouchard, op-cit, p81.

وكما سبق الإشارة إليه فإن بعض الاتفاقيات الدولية، وكذا التشريعات الوطنية قد أخذت بالمبادئ العامة للقانون، ومنها المشرع الجزائري الذي قام بتكريس هذه المبادئ في المادة 1050 قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وأيضا بإبرامها–الجزائر – العديد من الاتفاقيات التي جعلت من المبادئ العامة للقانون تحتل الصدارة، ثم تليها النظم القانونية الأخرى[1].

أما عن موقف القضاء التحكيمي التجاري الدولي من هذه المبادئ، فقد صدرت العديد من الأحكام التحكيمية بموجب المبادئ العامة للقانون، سنتعرض لجملة منها على سبيل المثال لا الحصر على النحو التالي:

1- قضية أبو ظبي:

تتلخص وقائع القضية في إبرام عقد بين شيخ أبو ظبي وشركة " Petroleum development company اتفقا فيه على تطبيق القانون السائد في أبو ظبي على أي نزاع يمكن أن يثور بين الطرفين وهو الشريعة الإسلامية، وعندما ثار خلاف بين الطرفين المتعاقدين وتم اللجوء إلى قضاء التحكيم قرر المحكم الإنجليزي "Lord Aquith "عدم تطبيق القانون السائد في أبو ظبي استنادا إلى أن الشيخ يمارس القضاء في أبو ظبي بسلطة تقديرية مستعينا بالقرآن، ومن غير المعقول أنه في مثال هذا المكان القبلي أن توجد مجموعة.

من القواعد القانونية التي تنشأ في ظل التجارة الدولية الحديثة، كما أضاف أن الأطراف لم يقصدوا تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على النزاع وإنما أرادوا تطبيق قواعد العدالة والمساواة وحسن النية، وانتهى المحكم إلى إصدار حكم تحكيمي بتاريخ 1951/08/28ومستبعدا القانون الوطني لشيخ أبو ظبي وطبق قانون دولته–القانون الإنجليزي – بوصف أن هذا القانون يمثل المبادئ العامة المشتركة للأمم المتمدينة[2].

" Les parties peuvent notamment choisir comme loi du contrat soit un ou plusieurs droits internes ou les principes communs à ceux-ci, soit les principes généraux du droit, soit les principes appliqués dans les rapports économiques internationaux, soit le droit international, soit une combinaison de ces sources de droit "

[1] الإتفاقية الثنائية المبرمة بين الجزائرية الفرنسية في المادة 8/ 4، راجع د/محمد كولا، المرجع السابق، ص 221–222.

[2] محمد كولا: المرجع السابق، ص 223–224.

2- قضية الحكومة السوفيتية ضد شركة Gold Fields: تتلخص وقائع القضية في أن العقد المبرم بين الطرفين نص في المادة 75 منه على إخضاع أي نزاع يثور بينهما إلى القانون الروسي، وبالرغم من تحديد الطرفين القانون الواجب التطبيق غير أن محكمة التحكيم لم تطبق القانون الروسي فقد كان لها رأي آخر، وهو ما يتجلى من خ لال استبعاد هذه الأخيرة تطبيق القانون الروسي على الكثير من جوانب العقد، وأرجعت ذلك لكون القانون الروسي يحكم القواعد الخاصة بتنفيذ العقد داخل الإقليم الروسي فقط، وما عدا ذلك من مسائل فإنه يخضع للمبادئ العامة للقانون.

3- قضية أرامكو ARAMCO: تعتبر هذه القضية من القضايا المشهورة في قضاء التحكيم التجاري الدولي وأقدمها، حيث تتلخص وقائع القضية في حصول الشركة الأمريكية " أرامكو " على عقد امتياز من طرف المملكة السعودية سنة 1933 لنقل البترول، لكن المملكة السعودية لجأت إلى إبرام عقد آخر مع شركة "La Saoudi Arabian Maritime"، تعطي بموجبه حق الأولوية لهذه الشركة لنقل البترول لمدة 30 سنة منذ (1954)، وبالتالي وقع خلاف على أساس أن شركة "ARAMCo" تدعي حقها المطلق في نقل البترول وفقا لاتفاق سنة 1933 فطرح النزاع على الهيئة التحكيمية في جنيف بسويسرا، حيث تعرضت الهيئة إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع وتوصلت في البداية إلى أنه ما دام النزاع قام بين دولة وشركة أمريكية خاصة، فلا تعتقد الهيئة التحكيمية بأن قانون مكان إجراء التحكيم هو الواجب التطبيق"، ومن ثم استبعدت الهيئة القانون السويسري، واستطردت قائلة" نظرا لحصانة الجهاز القضائي للدول الأجنبية المعترف به دوليا والمستمد من مبدأ السيادة، فإن قانون جنيف لا يمكن تطبيقه احتراما لسيادة الدولة الطرف، وعليه فلا يمكن إخضاع هذا التحكيم سوى المبادئ القانون الدولي "ومنه توصلت الهيئة التحكيمية في حكمها الصادر في 03/08/ 1958 إلى استبعاد القانون الوطني وإخضاع النزاع إجرائيا وموضوعيا للقانون الدولي.

ومن ما سبق فإن هذه القضايا تأكد على الاتجاه الغالب لدى المحكمين هو الأخذ بالقواعد العامة في القانون الدولي وعدم حصر النزاع في القانون الوطني فحسب، مما يوحي إلى التوجه العام نحو فكرة تدويل العقود في حقل التجارة الدولية.

وفي هذا السياق يقول الدكتور هشام علي صادق:" يعمل المحكمون في المنازعات العقدية على تطبيق المبادئ القانونية المشتركة رغم سكوت المتعاقدين أنفسهم عن النص على القانون واجب التطبيق، وهم بمسلكهم على هذا النحو يهدفون بدورهم إلى تدويل العقد وإخراجه من دائرة اختصاص القوانين الوطنية، خاصة فيما لو سكتت الأعراف والعادات الدولية عن تقديم حل النزاع المطروح على قضاء التحكيم، وهذا يعني أن العقد لا يخضع لمبادئ قانون داخلي لإحدى الدول أو أكثر من قانون داخلي، وإنما يخضع لنظام قانوني أشمل يستخلص من الدراسة المقارنة لما هو مستقر في مضمون مختلف النظم القانونية الأخرى [1].

يرى البعض أنه من المستحيل ومن غير الواقعي الإحالة إلى المبادئ العامة المعترف بها من الأمم المتمدنة، فهي ليست بقانون، أو نظام قانوني يمكن تطبيقه أو الإحالة إليه [2].

فهذه المبادئ عاجزة على تغطية كافة المنازعات، بالإضافة إلى طابعها النسبي، ويقصد بنسبية هذه المبادئ اختلاف مفهوم المبدأ من نظام إلى آخر رغم الاتفاق عليه بحد ذاته.

ورغم اعتماد المحكم على تلك المبادئ إلا أنه كان يلجأ لإثبات عمومية مبدأ ما في البحث عما هو سائد في قوانين الدول الغربية فقط، لذلك نعتقد أن المصطلح القديم " المبادئ العامة للقانون في الأمم المتحضرة " لا زال موجودا إلا أنه متنكر بثوب آخر أقل جهرا بتلك الدلالة[3].

غير أن عمومية هذه المبادئ تحول دون أن تكون حلولا فنية ملائمة وكافية لعقود الدولة، كما أن الحالات الملموسة للمبادئ العامة الممارسة من قبل هيئات التحكيم ورجال

---

[1] طالب يحسن موسى: خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 1، السنة 2008، ص 82

[2] وفاء مزيد فلحوط: المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 890-891.

[3] وفاء مزيد فلحوط: مرجع نفسه، ص894.

الفقه، لا تعد في حقيقة الأمر سوى مبادئ قائمة في بعض قوانين الدول الغربية أطلق عليها وصف العالمية.

ثالثا: إعمال المحكم للعادات والأعراف التجارية الدولية

تمثل العادات والأعراف التجارية تنظيما جديدا من الأحكام الموضوعية الموحدة التي درج المتعاملون على إتباعها، وتجد مصدرها في عادات وأعراف المهنة والسوابق القضائية، نتيجة الجهد الإنشائي لقضاء التحكيم الذي يقوم بدور فعال في خلق هذه القواعد، وهي قواعد تلقائية النشأة في إطار الأوساط المهنية والتجارية التي ترتبط بأكثر من دولة، وتستجيب إلى متطلبات التجارة الدولية[1]. كما أطلق عليها الفقيه" M .KAHN " قانون حقيقي للمجتمع الدولي للبائعين والمشترين." [2].

وانطلاقا من الطبيعة الخاصة التي يتميز بها التحكيم التجاري الدولي وما يتوافر عليه من مقومات المرونة، والتي تمكن المحكم من إخضاع النزاع لمجموعة من القواعد القانونية غير الوطنية يطلق عليها مبادئ قانون التجارة الدولية، فغالبا ما يجد المحكمون أنفسهم أمام ضرورة الرجوع إلى ما تقضي به الأعراف والعادات التجارية الدولية، وهذا لعدة أسباب ومبررات ترجع في الغالب لعدم الإشارة صراحة في العقد إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع، أو وجود نص غامض غير كافي لتطبيقه على النزاع بحجة ملائمة هذا الأعراف والعادات التجارية للنزاع المعروض عليهم[3].

وتجد هذه العادات والأعراف مصدرها أصلا في الممارسة التجارية، فهي تستقل عن القوانين الوطنية، فكما يراها الأستاذ" هانس كلس "عبارة عن قواعد معيارية من خلق الجماعات

[1] عبد السلام منسول قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2001 / 2000، ص69

[2] منير عبد المجيد: الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، المرجع السابق، ص57.

[3] د/محمد كولا، المرجع السابق، ص 225.

المستقلة على صعيد التجارة الدولية "وهي كما ي راها البعض الآخر بمثابة "قانون جديد للشعوب "، وهو قانون يعلو فوق الدول ويجسد واقع قانون التجارة الدولية[1]

وقد عملت العديد من المؤسسات التجارية المتخصصة لتقنين هذه العادات والأعراف ضمن الشروط العامة للعقود النموذجية لكل مهنة أو تجارة، [2]. وأما الاتفاقيات الدولية فقد أولت أهمية بالغة للأعراف والعادات التجارية الدولية باعتبارها قانون اختصاص المحكم،حيث نصت المادة 07 من الاتفاقية الأوربية للتحكيم العام 1961 في فقرتها الأولى".في حالة تطبيق المحكم لقانون الإرادة، أو للقانون الذي تحدده قواعد التنازع الملائمة للنزاع، فإنه يتعين في كلتا الحالتين أن يضع المحكمون في اعتبارهم عادات وأعراف التجارة الدولية".

وقد كرست اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي بدورها صراحة هذا الحكم في المادة 21 والتي تنص": تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنا إن وجد، وإلا وفقا لأحكام القانون الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع، على أن تراعي قواعد وأعراف التجارة الدولية المستقرة." [3].

ومن تطبيقات العادات والأعراف التجارية الدولية في مجال التحكيم، نجد القضية المعروضة على محكمة النقض الفرنسية في قضية"VALENCIANA" والتي طبق فيها المحكم ما يسمى قانون، التجار، حيث تتلخص وقائع القضية أن شركة "Americain primary coal" التزمت بتوريد لمدة 3 سنوات لشركة إسبانية " Espagnole Valenciana de Cementos Portland" كمية من الفحم، حيث نصت المادة من العقد على تسوية النزاع وفق نظام تحكيم (CCI) في مسائل الإجراءات، أما القانون الواجب التطبيق على الموضوع فلم يحدد من قبل الأطراف. وعليه أصدر المحكم حكما جزئيا يقضي بخضوع النزاع لعادات

[1] د/أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص48.

[2] كما هو الشأن بالنسبة للشروط التي وضعتها جمعية لندن لتجارة القمح التي تأسست عام 1877 والجمعية الأمريكية لتجارة الحرير عام 1873، إضافة إلى مجموعة المصطلحات التجارية والمعروفة باسم"INCOTERMS" الصادرة عن غرفة التجارة الدولية سنة

[3] وائل أنور بندق: المرجع السابق، ص 99-100.

التجارة الدولية باعتبارها القانون الأكثر ملائمة للنزاع، فدفعت الشركة الإسبانية ببطلان الحكم للأخذ بالعادات التجارية، في حين كان من المفروض تطبيق قواعد تنازع القوانين في حالة غياب الإرادة الصريحة لكن محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الدفع، وتم صدور الحكم بتاريخ 10/22/ 1991 لصالح الطرف الفرنسي [1].

وبما أن الأعراف والعادات التجارية الدولية إلزامية للمحكم، يذهب البعض إلى أنها تمثل ضوابط تبعية أو احتياطية أو تكميلية، لكن البعض الآخر مثل الفقيه" لوسوارن "يري أنها تمثل المصدر الأساسي للمحكم، مما ينبغي معه إسناد العقد الدولي إلى القواعد التجارية التي تشكل نظاما قانونيا له صفة الإلزام [2].

غير أن هذه العادات والأعراف التجارية الدولية تعرضت للانتقاد، رغم اعتبارها لدى البعض نظاما قانونيا مستقلا بذاته، تعفي المحكم من مشكل الرجوع إلى قواعد تنازع القوانين، إلا أن البعض انتقدها على أساس أنها لا تشكل نظاما قانونيا بسبب عجزها على تغطية كل النزاعات التجارية الدولية، مما يستدعي في بعض الحالات إعمال القانون الوطني بجانبها مثل حالة الأهلية، بالإضافة إلى أنها تمثل نظرية بدون أساس قانوني، فهي غير مستمدة من قوانين داخلية للدول، بل من عادات وأعراف التجار، كما أن مجتمع التجار لا يشكل مؤسسة موحدة من شأنها خلق قواعد منظمة ومقننة [3].

رابعا: إعمال المحكم لقواعد العدالة والإنصاف.

إن التحكيم التجاري الدولي بوصفه نظاما خاصا لتسوية المنازعات ينشأ العديد من الازدواجيات المتقابلة التي تنتج العديد من المشاكل كما هو الحال بالنسبة للمقارنة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، والتحكيم التعاقدي والتحكيم القضائي والتحكيم الاختياري الإجباري وغيرها.

[1] محمد كولا: المرجع السابق، ص 227.

[2] كمال ابراهيم: المرجع السابق، ص155.

[3] محمد كولا، المرجع السابق، ص226.

ومن بين هذه الازدواجيات التحكيم بقانون أو التحكيم وفقا للقانون، أو التحكيم مع التفويض بالصلح أو التحكيم وفقا لقواعد العدل والإنصاف أو التحكيم وفقا للعدالة. وإذا كان الأصل يقتضي أن يتم الفصل في النزاع المحال على التحكيم وفقا لأحكام القانون، ليمارس المحكم بذلك سلطة القاضي في تطبيق أحكام القانون على النزاع المطروح عليه ويلتزم بالحدود المرسومة لهذه السلطة، مع ذلك فقد فرض القانون طرفي النزاع الحق في تخويل المحكم صلاحية الفصل في النزاع وفقا لما يراه محققا للعدالة ذلك للوصول إلى حكم يحفظ التوازن بين مصالحهم ولو كان مخالفة لأحكام القانون التي يفترض أن تحكم وقائع النزاع، إذ خولت التشريعات الوطنية والاتفاقيات التي أخذت بالتحكيم وفقا للعدالة الأطراف حق منح المحكم سلطة الفصل بالنزاع وفقا لقواعد العدل والإنصاف واستبعاد القواعد القانونية بقدر ما يتطلب ذلك شعورهم بالعدالة.

ويرى في هذا الصدد الفقيه "CARRABIER" على أنه: " من بين الأهداف الأساسية للتحكيم أنه يعمل على إيجاد عدالة مبنية على المعطيات العملية لكل حالة على حدي بدلا من التطبيق الصارم للنصوص القانونية".

فقواعد العدالة في التحكيم بالصلح تعتبر الغاية التي يسعى إليها المحكم للوصول إلى الحل العادل الذي يرضي أطراف النزاع[1].

ولقد تم التأكيد على مبدأ احترام إرادة الأطراف في إطار التحكيم مع التفويض بالصلح في الكثير من النصوص القانونية، فقد بينت المادة 3/39 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 القواعد التي يحكم المحكم بمقتضاها بنصها" ويجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون." [2]

[1] حسني المصري، المرجع السابق، ص 400.

[2] وائل أنور بندق: المرجع السابق، ص 257.

وهو ما أكده المشرع الفرنسي في نص المادة 1474 ق.إ.م.ف على أنه" يفصل المحكم في النزاع على مقتضى قواعد القانون، ما لم يخوله الطرفان في اتفاق التحكيم، مهمة الفصل فيه كمحكم مصالح [1]. وهذا ما كان قد أكده المشرع الجزائري في المادة 458/مكرر 15 من المرسوم 93/ 09 [2]، ولم يؤكده في التعديل الذي قام به بموجب القانون 09 08/09 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أما في إطار الاتفاقي الدولي فلم ترد أي إشارة في اتفاقية جنيف1927 أو اتفاقية نيويورك لسنة 1958 لهذا الموضوع، على خلاف الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 والتي أكدته في المادة 2/7 منها على أن" المحكمون في التحكيم الودي يفصلون على أساس إرادة الأطراف إذا أجاز القانون المطبق ذلك".

وبالرجوع إلى قضاء التحكيم نجد أنه هناك العديد من قضايا التي تم فيها إعمال قواعد العدالة والإنصاف، وأشهرها القضية التي كانت بين اليامكو"LIAMCO وشركة" Libyan American Oil Company "ضد الحكومة الليبية حيث قرر المحكم اللبناني الأستاذ "المحمصاني" في حكمه الصادر12/04/ 1977 بجنيف تطبيق قواعد العدالة والإنصاف التي تقضي بحق التأميم الليبي مقابل تعويض منصف وعادل [3].

ففي قضية "Sapphire" بين شركة "Saphir international petrolem" ضد الشركة البترولية الإيرانية سنة 1963 قرر المحكم" كافان" "CAVIN" القاضي بالمحكمة الفيدرالية السويسرية تطبيق قواعد العدالة باعتبار ذلك موقفا وديا، وهي تمثل مجموعة القواعد القانونية المشتركة بين الدول المتمدنة والواردة في القوانين الوضعية والقانون الدولي[4].

---

[1] Art 1474:"L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit, a moins que, dans la convention d'arbitrage les partie ne lui aient confère mission de statuer comme amiable compositeur."

[2] المادة 458/مكرر15 من المرسوم 93/ 09" تفصل محكمة التحكيم كمفوض بالصبح إدا خولتها اتفاقية الأطراف السلطة"

[3] منسول عبد السلام، قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، السنة الجامعية، 2001/2000، ص 71.

[4] انظر زروتي الطيب: النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر،1991، ص396

وكذلك قضية حكومة قطر ضد شركة، "International Marine Oil Company "، والتي انتهى فيها المحكم لتطبيق ما أسماه بمبادئ العدالة والإنصاف [1]

وبالتالي فالمحكم في التحكيم بالصلح يتمتع بحرية الفصل في موضوع النزاع، المستمدة من إرادة الأطراف، وهي على حسب تعبير الأستاذ عبد الحميد الأحدب:" تهدف إلى إعطاء حل مهدئ يطيب الخواطر، بحيث يأتي المحكم بحل يكون بردا وسلاما على القلوب التي بدأت تشتعل فيها الخلافات وتتصادم بينهما المصالح والحقوق".

وكما يرى الأستاذ الدكتور سليمان مرقص، بأن العدالة هي تحقيق في حالة خاصة بتطبيقه على واقعة معينة أو حالة فردية ليكون الحكم المستمد منه مطابقا لظروفها الخاصة [2]، وإذا انتهى المحكم بالصلح إلى صحة العقد، فإن إرادته لا إرادة القانون هي التي تحسم النزاع. [3]

فالمحكم بالصلح كما يقول الأستاذ عبد الحميد الأحدب:" يحمل مصباح العدل في يده ليستدل على الطريق، ويحفظ نص القانون في حقيبته، هذا القانون الذي فيه خريطة الطريق، فإذا استشرق الحل في ذهنه وضميره واستكشف الطريق على ضوء المصباح الذي بيده فلا يكون بحاجة إلى الاستعانة بالخريطة، أما إذا استعصى عليه الأمر فإنه يفتح حقيبته ويطرح منها الخريطة ويتفحص خطوطها على ضوء مصباح العدالة ".[4]

إن تطبيق المحكم لقواعد العدالة يكون في التحكيم بالصلح وهذا الأخير يعتبر فيه المحكم هو الشخص الذي يتحكم في زمام الأمور، ونقصد بهذا أن التحكيم يتحول إلى المحكم

---

[1] علاء محي الدين مصطفي أبو أحمد، التحكيم في المنازعات العقود الإدارية الدولية "دراسة مقارنة"،دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2008، ص373-374.

[2] أنظر:منير عبد المجيد بقضاء التحكيم في منازعات عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1995 ص223.

[3] Ph. Fouchard & Emmanuel Gaillard. & Berthold Godman: Traité de l'arbitrage commercial international éd. Litec. 1996 P. 405.

[4] انظر عبد الحميد الأحدب: التحكيم وأحكامه ومصادره، الجزء الأول، مؤسسة نوفل للنشر، لبنان، 1999، ص289.

لأنه تم استبدال المعايير الموضوعية بالمعايير الذاتية التي تلعب فيها شخصية المحكم أهمية بالغة، وذلك باستبدال تطبيق القانون وقواعده بالعدالة والضمير.

ويكون مفهوم العدالة هو مفهوم ضمير المحكم لمعنى العدالة، والشيء الملاحظ أن في التحكيم بالصلح يكون متمتعا وحائزا على ثقة كبيرة من الطرفين بموجب تنازلهم له بالسلطة كمفوض بالصلح لهذا قامت بعض القوانين باشتراط تسمية المحكم بالصلح في شرط التحكيم السابق للنزاع بالنظر للسلطات الهائلة التي يتمتع بها، والتي لا يمكن له التمتع بها إلا بوجوده وتوافر الإرادة الحقيقية للأطراف التي تقوم بإعفائه من تطبيق القانون.

وتجدر الإشارة إلى أن العدالة تختلف عن العدل، فالأولى تتعلق بظروف كل حالة على جدة، أما العدل، فهو يرتبط بالقانون، ولا يراعي الظروف المختلفة [1].

وقد اختلف الفقه حول إمكانية رجوع المحكم إلى أحكام القانون بعد تنازل الأطراف عنها بمقتضى شرط التحكيم الودي.

فمنهم من اعتبر أن الأطراف قد اختاروا مجالا محددا للتحكيم، فإذا خرج المحكم عن هذا المجال ودخل في نطاق القانون ونصوصه فإنه يكون قد خرج عن إرادة الأطراف الذين لو أرادوا أن يطبق نصوص القانون لاختاروا القضاء، ولكنهم استبعدوا القانون عند اختيارهم التحكيم بالصلح وعليه فإرادتهم تلزم المحكم. [2]

أما الجانب الغالب من الفقه فذهب إلى القول أنه إذا كان المحكم الدولي في التحكيم بالصلح يؤسس أحكامه على قواعد العدالة والإنصاف، أي أن الأسس والاعتبارات الجوهرية التي يقوم عليها التحكيم والصلح، هو استكمال النقص بشأن المواضيع التي أغفلها قانون التجارة الدولية، فإن ليس هناك ما يمنعه من الاستناد إلى القانون متى كان فيه تدعيما لحكمه،

[1] عيادي فريدة: سلطة المحكم في موضوع حل النزاعات المترتبة على العقد التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001، ص31.

[2] عبد الحميد الأحدب، المرجع السابق، ص 286.

ذلك أن المحكم بالصلح، وإن كان فيه إعفاء للمحكم من تطبيق القانون، فإنه لا يمنعه من ذلك شريطة أن تكون هذه النصوص القانونية ملائمة لحل النزاع[1].

وقد ذهب الفقيه"Bredin" إلى القول بأن" كل محكم ومفوض بالصلح يعتبر محكما بالقانون، وهو يمارس مهمته عن طريق مزج القانون بالعدالة "[2].

لكن جانب من الفقه، يصف هذا النوع من التحكيم بأنه يحل النزاع أكثر ما يحسمه، ويغلب فيه روح المصلحة على روح النزاع، وإذا جئنا إلى تعريف العدالة، فنجد أنها فكرة وشعور نفسي، تختلف بحسب ما نعتقده ظلما أو عدلا، فلا يوجد اتفاق حول تحديد مضمونها كفكرة متعددة الاستعمالات، فقد تبرز أحيانا التمرد على القانون، وأحيانا ملائمة هذا الأخير، وأحيانا تكون هي القانون ذاته [3].

ومما لا شك فيه أن نظام من هذه النظم، أيا كانت أهميته نظرية أو تطبيقية، له مزايا كما له عيوب.

المطلب الثاني: القيود الواردة على اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارية

الفرع الأول: تكريس مبدأ قانون الإرادة في ظل بعض الاتفاقيات الدولية

لقد أخذت الاتفاقيات الدولية في معظمها بمبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع، والتي وضعت في هذا الشأن الأساس القانوني الذي يستمد منها الأطراف سلطة اختيار هذا الأخير، وهذا ما يظهر على سبيل المثال في كل من: اتفاقية روما (أولا)، الاتفاقية الأوروبية (ثانيا)، اتفاقية واشنطن (ثالثا)، قانون الأونستيرال النموذجي (رابعا)، واتفاقية عمان العربية (خامسا).

[1] منير عبد المجيد: الأسس العامة التحكيم الدولي والداخلي، المرجع السابق، ص 277

[2] راجع منير عبد المجيد: التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي والداخلي، المرجع السابق، ص 240

[3] أنظر أحمد عبد الكريم سلامة: نظرية العقد الدولي الطليق، المرجع السابق، ص287.

- أولا اتفاقية روما لسنة 1980:

لقد عمدت اتفاقية روما المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية على إقرار مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع وذلك في المادة 1/03 منها، والتي تنص:

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

من خلال النص أعلاه يتبين لنا أن الأطراف أحرار في اختيار أي قانون وطني حتى وإن كان لا ينتمي إليه أحد الطرفان، كما أنه أجاز إمكانية إخضاع جزء من العقد لقانون دولة معينة وجزء أخر لقانون دولة أخرى.

- ثانيا الاتفاقية الأوربية لسنة 1961:

لقد جاء في مضمون الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي إقرار مبدأ سلطان الإرادة ما يؤكد ذلك المادة 07 منها، والتي تنص على أنه:

" **للأطراف الحرية في تحديد القانون الذي ينبغي على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع**".[2]

نستنتج من النص المذكور أن الاتفاقية الأوربية تعترف صراحة بحرية الأطراف في تعيين القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع[3]، فبالتالي يكون تحديد هذا القانون حسب ما آلت إليه حرية الأطراف في الاتفاق، ما يعني أن الأطراف أحرار في تحديد القانون الوطني لضبط قواعد الموضوعية وليس قواعد التنازع، كما يمكن أن تتجه هذه الإرادة إلى اختيار قانون

[1] Règlement (CE) No 593 /2008 du parlement Européen et de conseil sur la loi applicable aux obligation contractuelles (romel), du 17 juin 2008.

[2] نقلا عن: موكه عبد الكريم، القانون واجب التطبيق في خصومة التحكيم، مداخلة ألقيت في أعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لتسوية النزاعات الحقائق والتحديات-، يومي 26 و27 أفريل 2016، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، ص. 9.

[3] فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي: (دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص. 191.

أجنبي عن العقد أو المتعاقدين[1]، طالما أن المادة أعلاه أتاحت حرية تطبيق القانون الذي أرست عليه إرادة الأطراف، الأمر الذي يستوجب تطبيقه على موضوع النزاع من قبل هيئة التحكيم، والنص أعلاه يستلزم الاختيار المبني على الإرادة الصريحة، فبالتالي استبعاد كل من الإرادة الضمنية والمفترضة[2].

- ثالثا اتفاقية واشنطن لسنة 1965:

لقد أقرت اتفاقية واشنطن مبدأ سلطان إرادة الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع حيث جاء في المادة 1/42 منها ما يلي:

"**تحكم المحكمة في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان...**" [3]

ومن خلال النص أعلاه، يتبين أن للأطراف الحرية في اختيار القانون الذي يخدم موضوع النزاع بغض النظر إذا كان هذا الأخير هو قانون الدولة الطرف في التعاقد، أو قانون دولة الطرف الأجنبي، أو قانون دولة ثالثة أجنبية لكلا الطرفين.

- رابعا قانون الأونستيرال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985:

لقد تبني قانون الأونستيرال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي مبدأ سلطان الإرادة، وهذا ما يظهر من خلال المادة28/ 1 منه والتي تنص على أنه:

الفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع، وأي اختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني يجب أن يؤخذ على أنه

---

[1] مراد محمود الموجدة، العقود في تحكيم الدولة ذات الطابع الدولي : دراسة مقارنة، ط1، عمان–دار الثقافة للنشر و التوزيع, 2010، ص. ص. 195–196.

[2] المرجع نفسه، ص 195.

[3] المادة 1/42 من اتفاقية واشنطن حول تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج.ر عدد 66 مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 346 / 95، مؤرخ في 10/10/ 1995، المشار إليها في الموقع الإلكتروني www. egyiac.org.

إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعدها الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك "[1].

من ذلك يتبين لنا أن القانون النموذجي أعطى للأطراف حرية اختيار القانون الذي يطبق على موضوع النزاع على أن اختيارهم لقانون ما لا يعني تطبيق قواعد التنازع وإنما تطبق القواعد الموضوعية فيه ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك ما يعني أن القانون أعلاه حظر اللجوء إلى الإحالة.

- خامسا اتفاقية عمان العربية لعام 1987:

لقد جاء في مضمون المادة 21 من اتفاقية عمان العربية للتحكيم أن المحكم ملزم بتطبيق القانون الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف لحسم النزاع الذي يشوب العقد، أي إقرار مبدأ سلطان الإرادة والتي تنص على أنه: "**تفصل الهيئة في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين، وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحتا أو ضمنيا إن وجد**"[2].

نستنتج من النص أعلاه أن اتفاقية عمان العربية تقر بحرية الأطراف في تعيين القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع سواء بإرادة صريحة أو ضمنية، فبالتالي ليس من الضروري أن يكون القانون الوطني هو صاحب الاختصاص الوحيد، حيث يمكن لقوانين أخرى حتى وإن لم تكن لها علاقة لا بالعقد ولا بالمتعاقدين أن تفرض نفسها وتكون هي الأخرى واجبة التطبيق، فالمادة أعلاه أستبعدت كل قيد من شأنه أن يحد من حرية الخصوم، فبالتالي يكون المحكم ملزم بتطبيق القانون الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف لحسم النزاع الذي يشوب العقد ولقد انفردت اتفاقية عمان بهذا الحكم. [3]

---

[1] المادة 1/28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي العام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، المنشورة على الموقع الإلكتروني: www. unictral.org.

[2] 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.

[3] مراد محمود المواجدة، مرجع السابق، ص. 198.

الفرع الثاني: تكريس مبدأ قانون الإرادة في ظل بعض التشريعات الوطنية

لقد أخذت معظم التشريعات الوطنية في مجال التحكيم التجاري الدولي لإرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية، وسمحت للأطراف اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، وهذا ما عمد إليه كل من التشريع الفرنسي (أولا)، التشريع المصري (ثانيا)، والتشريع الجزائري (ثالثا).

- أولا التشريع الفرنسي:

أعتبر من التشريعات التي سلمت بمبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع وفقا للمادة 1946 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد لسنة 1981 والمعدلة بموجب المادة 1511 من المرسوم 11/48 والتي تنص:

«Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies aux, à défaut, conformément a celle qu'il estime appropriées[1] . »

يفهم من المادة السالفة أن المشرع الفرنسي فرض مسبقا على الأطراف تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع، أي أن المشرع يشير إلى قواعد القانون التي جاءت بصيغة les regles de droit" فبالتالي يمكن للأطراف أن يخضعوا موضوع النزاع إلى قانون وطني معين سواء كان قانون أحد الأطراف أو قانونا أجنبيا آخر، كما يمكن أن يكون القانون المختص هو قواعد التجارة الدولية.

تعبير " قواعد القانون " يعطى الحرية الكاملة للأطراف لتحديد نوع هذه القواعد[2]، ومنه فالمشرع الفرنسي وسع من نطاق اختيار القانون واجب التطبيق الذي يتعدى القواعد الوطنية

[1] تنص المادة 1496 من ق. م. ف لسنة 1981 المشار إليها على الموقع الالكتروني: www. légéfrance. Fr
"L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies, a défaut d'un tel choix conformément a celle qu'il estime appropriées, il tient compte dans tout les usages du commerce "

[2] مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص. 188.

ليشمل القواعد الموضوعية ما لم تكن مخالفة للنظام العام[1]، وما على هيئة التحكيم سوى تطبيقها حسب ما آل إليه اتفاق الأطراف.

- ثانيا التشريع المصري:

لقد أخذ المشرع المصري بمبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع حيث أعطى الأولوية لتطبيق قانون الإرادة [2]، وعند اختيار قانون موضوعي معين يتم استبعاد قواعد التنازع لذلك القانون حسب ما اتجهت إليه إرادة الأطراف، فالمادة 1/39 من قانون التحكيم المصري تنص على أنه: " **تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذ اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة، اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفقا على غير ذلك**"[3].

بهذا تصدر هيئة التحكيم حكمها وفقا لقانون الإرادة الذي اختاره الأطراف بمطلق الحرية مع الأخذ بعين الاعتبار استبعاد قواعد التنازع عندما يختار الأطراف قانونا موضوعيا معينا.

ثالثا- التشريع الجزائري:

أقر المشرع الجزائري مبدأ سلطان إرادة الأطراف في اختيار القانون المطبق على موضوع النزاع ولم يشترط المشرع عند إقراره لهذا المبدأ أن يكون هناك صلة أو ارتباط بين القانون محل الاختيار أو موضوع النزاع[4]، وهذا وفقا لما نصت عليه المادة 458 مكرر 14 من المرسوم التشريعي93/ 09 الملغى، ويظهر بأن المشرع الجزائري أخذ هذه الأخيرة من المادة 1946 المعدلة بموجب المادة 1511 من المرسوم 48-11، وبهذا يكون قد كرس مدى

[1] موكه عبد الكريم، مرجع سابق. ص5.

[2] مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص. 189.

[3] المرجع السابق، ص. 134.

[4] كود محمد، مرجع سابق، ص. 202.

حرية الأطراف في اختيار القانون الذي تطبقه هيئة التحكيم على النزاع مع مراعاة دائما النظام العام الدولي"[1].

بعد صدور ق. إ. م. إ.ج لسنة 2008 استبقى المشرع الجزائري مبدأ قانون الإرادة في اختيار القانون واجب التطبيق وفقا للمادة 1050 منه والتي تنص: "**تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة**"[2].

عليه فإن المشرع الجزائري أعطى للأطراف حرية اختيار القانون واجب التطبيق وفقا لمبدأ سلطان الإرادة وفي حال عدم الاتفاق تطبق القواعد القانونية والأعراف التي تراها ملائمة[3].

يقصد بقواعد القانون القواعد الموضوعية التي يمكن أن يشير إليها الأطراف[4]، فبالتالي بمجرد اختيار الأطراف القانون دولة أحدهم أو لقانون أجنبي أخر فإن ذلك يعتبر أنه تطبيق القواعد الموضوعية لتلك الدولة مباشرة دون قواعد التنازع[5].

تجدر الإشارة إلى أن المحكم في كل الحالات يتعين أن يأخذ بعين الاعتبار القواعد الآمرة والنظام العام الجزائري. [6]

---

[1] تنص المادة 458 مكرر 14 من المرسوم التشريعي رقم93/ 09 الملغي أنه: " تفصل محكمة التحكيم في نزاع طبقا القواعد القانون الذي يختاره الأطراف وفي غياب ذلك تفصل محكمة التحكيم وفقا لقواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة. "

[2] المادة 1050 من قانون رقم 08-09 مؤرخ في02/25/ 2008، متضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، عدد 21، صادر في04/23/ 2008

[3] العايبي البشر، " القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة) "، مداخلة ألقيت في إطار أعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لتسوية النزاعات الحقائق والتحديات، يومي 26 و27 أفريل 2016، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ص. 11.

[4] عواشرية رقية، " القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مداخلة ألقيت في إطار أعمال الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية، يومي 14 و15 جوان 2006، كلية الحقوق جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ص. 345.

[5] موكه عبد الكريم، مرجع سابق، ص. 7.

[6] عواشرية راقية، مرجع سابق، ص. 345

اتجاه إرادة الأطراف إلى اختيار قواعد التجارة الدولية

قد يفضل المتعاملون في عقود التجارة الدولية اختيار القواعد التي أنشأتها المعاملات التجارية الدولية لحكم موضوع النزاع، وهذا تكريسا لإرادتهم وابتعادا عن النصوص القانونية الوطنية، وتفاديا لكل السلبيات التي قد تنجم عن تطبيق هذه الأخيرة ليصير بعدها كقانون يلتزم المحكم بتطبيقه على موضوع النزاع[1].

يعرف الدكتور بشار الأسعد قواعد التجارة الدولية أنها "مجموعة من القواعد عبر الدولية المستقلة عن الأنظمة القانونية الداخلية وعن نظام القانون الدولي العام، والتي تجد مصدرها من الأعراف التجارية الدولية والمبادئ العامة التي يستقر عليها قضاء التحكيم التجاري الدولي، ويقدم تنظيما قانونيا، وحلولا ذاتية لمعاملات التجارية الدولية"[2] فبالتالي انصراف إرادة الأطراف إلى اختيار أعراف وعادات التجارة الدولية (الفرع الأول)، كما قد ينصب هذا الاختيار على المبادئ العامة للقانون (الفرع الثاني)، وصولا إلى إمكانية وجود حل يقضي تماما على النزاع بصفة ودية، ذلك بتفويض المحكم الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف وهذا ما سيتم دراسته في الفرع الثالث).

اختيار الأطراف أعراف وعادات التجارة الدولية

تعتبر أعراف وعادات التجارة الدولية المصدر الأول، والمكون الأساسي لقواعد التجارة الدولية (القواعد عبر الدولية) [3] والتي يطلق عليها مصطلح "Lex Mercatoria[4]، باعتبار أنها نشأت في وسط مهني واحد ولا تنتمي إلى دولة معينة، فبالتالي إذ اختلف الوسط اختلفت معه القواعد حسب مثلا نوعية السلعة المتعامل بها، والتي تتسم بطابع التكرار على نحو اعتاد التجار

[1] موكه عبد الكريم، مرجع سابق، ص. 5

[2] نقلا عن عبد الوهاب عجيري، شرط التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة سطيف 2، 2014، ص. 78.

[3] جمال محمد الكوردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 136

[4] نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 2004، ص. 273.

ممارستها في مجال عقود التجارة الدولية، والتي تنطوي على قواعد دولية غير وطنية درج عليها العمل في مجال المعاملات التجارية الدولية[1]، فهي قواعد نشأت تلقائيا في الأوساط التجارية أو المهنية استجابة لمتطلبات التجارة الدولية، وقد ساعد على تشكيل هذه القواعد واستقرار العمل بها انتشار استعمال العقود النموذجية[2]، فهي قواعد من صنع ممتهني التجارة الدولية مباشرة ودون تدخل تشريعي تفرض نفسها كقواعد قانونية لها بيئتها وخصائصها الملزمة على الأشخاص على حد قول الفقيه " قولمان". [3]

لقد حرص المتعاملين على الالتجاء إليها لفض النزاعات التي تنشأ فيما بينهم كونها تنطوي على قواعد موضوعية وضعت خصيصا لتنظيم العلاقات القائمة في المجتمع الدولي للتجارة والأعمال، فبالتالي تنظيم الروابط الخاصة بالتجارة الدولية من جهة والاستجابة إلى أهدافها ومتطلباتها من جهة أخرى، الأمر الذي يجعل المتعاملين في هذا المجال يرتاحون لمثل هذه القواعد العرفية التي صنعوها بأنفسهم حتى تستجيب إلى حاجاتهم وكذا مصالحهم المشتركة، إذ هي قواعد يعرفونها مسبقا ويجدون فيها الأمان، ومن هنا كان تفضيلهم للخضوع في روابطهم التعاقدية لأحكام هذه القواعد الدولية بدلا من اختيار قانون داخلي لدولة معينة، والتي لم توضع أحكامه إلا لمواجهة متطلبات المجتمع الداخلي، والتي تختلف بدورها عن متطلبات وحاجات التجارة الدولية. [4]

من هنا يتضح أن أهم الأسباب التي تدعو المتعاملين في مجال التعامل التجاري الدولي إلى تدوين عقودهم والعمل على تحريرها من الخضوع للأحكام التي تسود القانون الوطني لدولة

---

[1] شويرب خالد، القانون واجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2009، ص. 179.

[2] هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية، ط 2، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2001، ص187.

[3] نقلا عن عجيري عبد الوهاب، مرجع سابق، ص. 78.

[4] هشام علي صادق، مرجع سابق، ص. 190

معينة وتفضيل إخضاعها للقواعد العرفية إنما يعود إلى كون هذه الأخيرة أنها قواعد مألوفة لديهم يرتاحون للعمل بمقتضاها[1].

على هذا النحو قد تكون هذه الأخيرة الاختيار الذي أفصحت عنه إرادة الأطراف[2] وتصبح بعد ذلك كقانون يلتزم المحكم بتطبيقه على موضوع النزاع على أن يؤسسوا علاقاتهم في هذا الشأن على مبادئ الود وحسن النية وكذا الثقة الخالصة[3]، فبالتالي تحرير العقود من سلطان القانون الوطني لدولة معينة وإخضاعها على هذا النحو الأعراف وعادات التجارة الدولية. [4]

إن إعمال هيئة التحكيم لهذه القواعد نتيجة اتجاه إرادة الأطراف إلى اختيار أحكامها كطريق الحل النزاع، إنما يقوم على قاعدة أساسية ألا وهي انتماء الخصوم إلى نفس الوسط المهني أو جانب انتماء المحكم شخصيا إلى نفس الوسط أو المجال التجاري الذي يدور فيه النزاع، إلى المجال[5].

هذا المبدأ أكدت عليه اتفاقية عمان العربية لسنة 1987 وفقا للمادة21/ 1: " **تفصل الهيئة وفقا للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنيا إن وجد، وإلا وفق أحكام القانون الأكثر ارتباط بموضوع النزاع على أن تراعي القواعد والأعراف التجارية الدولية المستقرة** "[6].

كذلك نصت المادة 1496 من قانون المرافعات الفرنسي القديم التي تقابلها المادة 1511 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد، التي تنص:

"Il tient compte, dans tout les cas, usage du commerce"

---

[1] المرجع نفسه، ص. 187.

[2] هشام علي صادق، مرجع نفسه، ص. 753.

[3] نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص. 360.

[4] هشام علي صادق، مرجع سابق، ص. 753.

[5] نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص. 673.

[6] نقلا عن: مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص. 196.

ما يعني أن المحكم يفصل في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي اختارها الأطراف وطبقا لما يراه مناسب في حال غياب الاختيار مراعيا في ذلك الأعراف التجارية[1].

نجد كذلك الفقيه "Flavien lolive" الذي يعترف بدوره بحرية الأطراف في اختيار قانون عبر الدولية الذي يشمل المبادئ العامة، الأعراف والعادات التجارية وبعض القوانين الموحدة، ومحاكم التحكيم، وما يهمنا في هذه الدراسة القواعد المتعلقة بالأعراف والعادات التجارية، فبالتالي قبول هيئة التحكيم بهذا الاختيار وتطبيق هذه القواعد متى اتجهت رغبة الأطراف لاختيارها.

اختيار الأطراف المبادئ العامة للقانون

لم تقتصر حرية أطراف الخصومة التحكيمية في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع على تطبيق أعراف وعادات التجارة الدولية، وإنما امتدت لتشمل كذلك المبادئ القانونية المشتركة في الدول المختلفة، خاصة في الحالة التي لم تستقر في شأنها عادات وأعراف معينة في الأسواق التجارية الدولية.[2]

إن اقتران الإرادة بالمبادئ العامة للقانون كطريق لحل النزاع يجعل أطراف النزاع[3] يعتبرون هذه الأخيرة عنصرا من عناصر المكونة لقواعد التجارة، والتي تعتبر المكون الثاني لهذا النوع من القواعد التي تحكم العلاقات ذات الصلة بالقانون الخاص والتي ترتبط بأكثر من دولة واحدة[4]، وإذا كان أطراف النزاع يعتبرون هذه الأخيرة من المصادر التي تحكم علاقاتهم التجارية والتي تستمد أساسها في قانون التجارة الدولية، فإن التساؤل يثور حول مدى اعتبار هذه الأخيرة مصدر القانون التجارة الدولية؟

[1] محمد أحمد الصانهوري، مرجع سابق، ص. 136.

[2] هشام على صادق، مرجع سابق، ص. 192.

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

[4] وسام توفيق عبد الله، "مبادئ القانون الدولي الخاص"، مجلة الرافدين للحقوق، عدد 58، كلية الحقوق، جامعة الموصل، (د. ب.ن)، ص. 37.

إن هذا التساؤل كان محل خلاف بين الفقهاء، إذ اتجه البعض منهم إلى القول أن هذه المبادئ لا تعتبر مصدر للقانون باعتبارها تمثل مبادئ مشتركة بين الدول الأمر الذي يتعارض مع طبيعة هذا القانون كونه نظام قانوني مستقل على أنظمة القوانين الوطنية، ويضيف هؤلاء أنه يتيح الهيئة التحكيم التعسف في تقدير هذه القواعد بصفة عامة وهذا من شأنه أن يحيل دون القدرة على التحكم بكل تفاصيل النزاع، فبالتالي استبعاد الوصول إلى حل مناسب لفك النزاع طالما أن هذه الأخيرة تستدعي ضرورة إخضاعه لمبادئ دقيقة والبحث في كل حيثيات النزاع. [1]

في حين أن الاتجاه الثاني أعتبر المبادئ العامة للقانون مصدر القانون التجارة الدولية، ودعموا موقفهم هذا كون انصراف إرادة الأطراف إلى هذه القواعد يعود إلى رغبة هؤلاء في تدوين العقد، كما أن وجود هذه القواعد في غالبية الدول من شأنه أن يؤدي إلى عدم القدرة على حصرها في حدود معينة وهذا الاتجاه هو الراجح في هذا الخصوص. [2]

في هذا الصدد نجد المشرع الفرنسي في المادة 1511 من قانون التحكيم الفرنسي الجديد، التي تنص:

"Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties choisies "

ما يعني أن المشرع اعترف في نص المادة أعلاه بمبدأ سلطان إرادة الأطراف في اختيار قانون مناسب ليحكم موضوع النزاع، حيث اتجه معظم الفقه إلى القول أن استعمال المشرع الفرنسي عبارة القواعد القانونية بدلا من كلمة قانون، ليس سهوا منه إنما تعمد ذلك كونه يقصد من خلال تلك العبارة إطلاق حرية الخصوم في تعيين القانون الذي يخضع له الجانب الموضوعي للنزاع، فهو لا يلزم الأطراف التقيد بقانون محدد، وإنما فتح لهم المجال

[1] شويرب خالد، مرجع سابق، ص. 135.

[2] مرجع نفسه، ص. 136.

في ذلك والدليل عبارة قواعد القانون [1]، فبالتالي حرية الأطراف في اختيار المبادئ العامة للقانون والتحرر من القواعد المنصوص عليها في التشريعات الوطنية. نفس النهج سار عليه المشرع الجزائري وذلك في المادة 1050 من ق... م. إ الذي أقر بدوره بحرية الأطراف اللجوء إلى القواعد العامة للقانون الدولي التولي هذه الأخيرة ضبط موضوع النزاع، وما على هيئة التحكيم سوى الاستجابة لإرادة الأطراف في هذا الشأن [2].

كذلك نجد المشرع المصري في المادة39/ 1 من قانون التحكيم المصري والتي تنص:

تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان"

ما يعني تكليف هيئة التحكيم الفصل في الخلاف وفقا لقواعد التي اختارها الخصوم[3].

كما نجد كذلك القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدول العام 1985 حيث نص على أن هيئة التحكيم تتولى النظر في النزاع بتطبيق القواعد القانونية التي ترى الأطراف أنها مناسبة لتحكم موضوع النزاع، والشأن نفسه فيما يخص اتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965 وفقا للمادة 42 منها، التي تنص:

" **تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون المختارة بواسطة الأطراف...**" [4]

الفرع الثالث: تفويض هيئة التحكيم الفصل في النزاع

وفقا لقواعد العدالة والإنصاف الطرفي الخصومة التحكيمية الابتعاد عن اختيار أي قانون وطني لدولة معينة أو قواعد قانونية أو الاستناد إلى مراكز التحكيم الدائمة لتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، فبالتالي الاعتراف لهيئة التحكيم الحكم بالصلح وفقا لقواعد

[1] علاء محي الدين مصطفي أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص. 344.

[2] المادة 1050 من القانون رقم 08-09، مرجع سابق.

[3] أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون واجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص. 13.

[4] مرجع نفسه، ص. 345.

العدالة والإنصاف ما يعني أن المحكم لا يقوم بهذا الدور إلا إذا خولته اتفاقية الأطراف هذه السلطة [1].

في صدد تأكيد هذا المبتغى نجد اتفاقية عمان العربية لعام 1987 وفقا للمادة 2/22 منها والتي جاء في مضمونها أن هيئة التحكيم تفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة إذا اتفق الطرفان صراحة على ذلك، فبالتالي عدم تقيد الأطراف اختيار قانون وطني معين وإنما منح الحرية في الإشارة إلى مبادئ العدالة الأمر الذي يلزم المحكم استخلاصها من أي مصدر على غرار القانون الوطني لأحد الأطراف، فبالتالي تطبيقه على العقد كقانون مختار ومفاد هذا النص هو تحرير العقد من الارتباط بأي قانون. [2]

نفس الموقف اتخذه المشرع المصري وذلك في نص المادة 4/39 من قانون التحكيم المصري والتي تنص: " **يجوز لهيئة التحكيم أذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح، أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون**" [3].

عليه فإن اتفاق أطراف النزاع بعبارات صريحة وواضحة تفويض المحكم بالصلح بينهما ينجم عنه فصل المحكم في هذا النزاع وفقا لهذه القواعد، فبالتالي استبعاد قواعد القانون والاستغناء عن تطبيق هذه الأخيرة يتم بناءا على مبدأ الإرادة كما سبق الذكر، ما يعني قبولهم الفصل في النزاع طبقا لقواعد أخرى غير قواعد القانون وهي قواعد العدل والإنصاف، فبالتالي إلزام المحكم بالبحث عن الحل الأكثر عدالة لموضوع النزاع المعروض أمامه [4].

---

[1] بعزيزى سعاد وبكوش سامية، مظاهر سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص: القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2015، ص.91.

[2] مراد محمد المواجدة، مرجع سابق، ص. 197.

[3] المادة 4/39 من القانون رقم 27 لسنة 1994 يتضمن قانون التحكيم المصري المنشور في مجلة إتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، عدد 4 لسنة 1996.

[4] نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص. ص. 275-276.

تنص كذلك المادة28/ 3 من القانون النموذجي Model Law على أنه: **لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع على أساس صراحة**" [1].

نفس النهج أخذت به المادة 3/17 من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية والتي تنص: "**المحكمة التحكيمية الفصل في النزاع كمفوض بالصلح في الحالة التي يخولها الأطراف مثل هذه السلطات**" [2].

بالتالي ضرورة البحث عن حل غير مجحف في حق كلا الطرفين دون الأخر، والمحكم في هذه الحالة لا يكون مقيد بأي قانون معين المهم إيجاد قانون عادل ومنصف كما سبق الذكر، ما يتيح له فرصة الفصل في النزاع وفقا للقانون إذا كان الحل الأنسب لحسم النزاع [3]، والفصل في هذا الأخير بمقتضى قواعد الإنصاف يفتح له المجال في البحث عنها في كل مصادر القانون من تشريع وعرف ومبادئ عامة... الخ، وفي هذا السياق يجب على المحكم المفاوض اجتناب كل قاعدة قانونية سيؤدي تطبيقها على الحالة المعروضة أمامه إلى نتائج غير عادلة في حق الخصوم وإلا يكون قد خالف واجبات مهنته [4]، وفي كل الحالات على المحكم الأخذ بعين الاعتبار القواعد الآمرة والنظام العام، فبالتالي مخالفة هذين الآخرين يقود إلى عدم تنفيذ الحكم التحكيمية [5].

صحيح أن هيئة التحكيم ملزمة بتطبيق ما اتفق عليه الأطراف غير أنه هناك حالة لا تتقيد فيها بهذا الأخير إذا كان تطبيق ما تم الاتفاق عليه مجحف لأحد الأطراف أو أنه لا يخدم الموضوع محل النزاع فبالتالي تطبيق ما هو عادل ومنصف [6]، وأبرز مثال في هذا الشأن القضية التي ثارت بين حاكم من قطر ضد شركة تنتمي إلى international marine

---

[1] المرجع نفسه، ص. 141.

[2] مرجع نفسه، ص. 142.

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

[4] نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص. 276.

[5] عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص. 56.

[6] نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص. 157.

al، فقد اتفق طرفي العقد على أن يكون القانون القطري هو القانون الذي سيطبق كحل لأي نزاع يشوب بينهما مهما كان النزاع، إلا أن الحاكم القطري أكد على أنه بالرغم من الاتفاق الصريح فقد أعلن رفضه على تطبيق القانون القطري كون أن المبادئ القانونية هي الأحسن لتفسير هذا النوع من العقود، وطبق قواعد العدالة والإنصاف بدلا من القانون القطري [1].

إن السلطة التقديرية المخولة لهيئة التحكيم لا تدع مجالا للشك فيها إذا كانت قواعد العدالة والإنصاف التي اعتمدها المحكمون في الأنسب للفصل في النزاع المعروض عليهم كون أن لها الفصل في النزاع وفقا لاختيارات موضوعية تتناسب مع النزاع المعروض عليها، فليس لها سلطة الاختيار العشوائي للقانون الفاصل في النزاع [2].

ومن خلال ما سبق يمكن القول أن تفويض المحكم الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف يؤدي إلى التحرر من القيود التي تفرضها القوانين الوطنية وغيرها من القواعد المختلفة المصدر، الأمر الذي يجعل هيئة التحكيم متحررة وتسمع لضميرها في تطبيق الأحكام بما تقتضيه مبادئ العدالة والإنصاف ما يجعلها تمارس عمل استثنائي أخلاقي، فبالتالي اعتبار موقفها كموفق القاضي الجنائي لاعتباره يحقق مبدأ المساواة بين طرفي العقد [3].

– يثور التساؤل حول مدى التزام المحكم بقانون الإرادة؟

استقر كل من الفقه وقضاء التحكيم التجاري الدولي على أن المحكم ملتزم بتطبيق القانون المختار من قبل الأطراف، فبالتالي تقيد هيئة التحكيم بتطبيق القانون الذي أرست عليه الإرادة باعتبار أن الأطراف في العقد هم الأقدر على اختيار القانون الملائم لطبيعة العلاقة، فقد نظمت معظم القوانين الوطنية النص على هذا المبدأ كما اعتدت به الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي كما اشرنا إليه سالفا. [4]

---

[1] علاء محي الدين ومصطفي أبو أحمد، المرجع السابق، ص. 349.

[2] العايبي البشير، مرجع سابق، ص. 7.

[3] لزهر سعيد كرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي: (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2010، ص271.

[4] جمال محمد الكردي، مرجع سابق، ص. 126.

والإشكال الذي يثور في هذا الشأن حالة غياب التعبير الصريح في اتفاق التحكيم فيتعين في هذه الحالة على هيئة التحكيم البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف، فبالتالي الوصول إلى القاعدة القانونية المناسبة لحل النزاع [1]. لكن ما الحكم إذا ما خالف المحكم ذلك، ولم يلتزم بإعمال وتطبيق قانون الإرادة؟

لقد وردت نصوص في سبيل حماية حق أطراف النزاع في اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم التعاقدية والتي تقضي بدورها أنه إذا لم تلتزم هيئة التحكيم بما اتفق عليه الأطراف يكون الحكم التحكمي باطلا، فبالتالي حقهم في رفع دعوى البطلان ضد حكم التحكيم إذا ما تبين أن المحكم أهمل واستبعد تطبيق قانون الإرادة الأمر الذي أكد عليه التشريع المصري وفقا للمادة1/53/د والتي أجازت بدورها رفع دعوى بطلان حكم التحكيم [2].

[1] بالغول 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 الرحمن ميرة، بجاية، 2010، ص..34

[2] جمال محمد الكردي، مرجع سابق، ص. ص. 126-127.

الفصل الثاني

دوره في حل منازعات التجارة الدولية

الفصل الثاني : دوره في حل منازعات التجارة الدولية

الأصل في التحكيم مبدأ حرية إطراف العلاقة القانونية في اختيار وسيلة تسوية منازعاتها, سواء فيما يتعلق بهيئة التحكيم التي تقوم به، أو بالقواعد واجبة التطبيق على سير إجراءاته وموضوعه.

ومن المسائل التي يثيرها التحكيم مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المحكم فيه.

المبحث الأول: تعريف اتفاق التحكيم

المقصود باتفاق التحكيم[1]، هو ذلك العقد الذي يتفق الأطراف بمقتضاه على عرض النزاع القائم فعلا، أو النزاع الذي ينشأ في المستقبل بمناسبة تنفيذ عقد معين على المحكمين بدلا من عرضه على قضاء الدولة[2].

كما عرفته المادة السابعة من القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على أنه اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية أو غير تعاقدية".

وعرفته المادة 1011من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الإطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم "، فهو إذن اتفاق بين الطرفين على أن يحال إلى التحكيم جميع المنازعات أو بعضها والتي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة.

ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط التحكيم أو في عقد أو صورة اتفاق مستقل[3]، فهو يكون في شكل صورتين تقليديتين هما مشارطة التحكيم، أي الاتفاق الذي يبرمه

---

[1] عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي: النظام القانونى لإتفاق التحكيم " دراسة تحليلية مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، 2008، ص 63.

[2] المشرع الجزائري لم يعرف اتفاق التحكيم لا في المرسوم09/93 ولا في القانون 09/08.

[3] حفيظة السيد الحداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص118.

الأطراف وذلك باللجوء إلى التحكيم في إطار نزاع قائم فعلا بينهم، وشرط التحكيم الذي يقرر اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض النزاعات التي قد تثور مستقبلا بين الخصوم، فمعظم التشريعات الوطنية تجيز الاتفاق بالصورتين السابقتين الذكر[1].

كما اتفاق التحكيم يعتبر دوليا طالما كانت العلاقة محل النزاع تعتبر دولية، بمعنى أن دولية العلاقة محل النزاع هي التي تضفي الطابع الدولي على اتفاق التحكيم[2].

ومن خلال هذا المطلب نتطرق إلى بيان صور اتفاق التحكيم وشروطه في فرعين.

المطلب الأول: صور اتفاق التحكيم

توافق إرادة الطرفين على التحكيم هي أساس ومصدر سلطة المحكم، وقد يأخذ اتفاق التحكيم إحدى الصورتين التاليتين:

أولا: مشارطة التحكيم

هو اتفاق بين الخصوم، في نزاع معين ناشئ بينهم بالفعل، وبمقتضاه يلتزمون بعرض النزاع على محكم أو محكمين يختارونهم للفصل فيه بدلا من المحكمة صاحبة الولاية والاختصاص[3].

ثانيا: شرط التحكيم

وهو الاتفاق الذي يرد كبند من بنود عقد معين،يكون مبرم بين أطراف الاتفاق على التحكيم، بشأن الفصل في نزاع محتمل، وغير محدد، يمكن أن ينشأ في المستقبل عن تفسيره أو تنفيذه، بواسطة هيئة تحكيم بدلا من المحكمة المختصة[4].

---

[1] سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 75ومايلها.

[2] منير عبد المجيد: الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، المرجع السابق، ص87- 88.

[3] أشرف عبد العليم الرفاعي: اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص22.

[4]محمود السيد التحتوي طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص35 ومابعدها، أنظر في ذلك أيضا: عبد الحميد المنشاوي: التحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص 27 وما بعدها.

ونجد أن المشرع الفرنسي لم يميز بين مفهوم مشارطة التحكيم وبين شرط التحكيم وجعلهما تحت تسمية واحدة "اتفاق التحكيم"، وقد استقرت عليها الاجتهادات الفقهية. وأما على الصعيد الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم فان النصوص الحديثة مثل اتفاقية نيويورك 1985 الموقعة بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية فهي كذلك لم تميز بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم.

أما المشرع الجزائري نفس المصطلح العام "اتفاق التحكيم" الذي يشمل شرط التحكيم ومشارطة التحكيم وهذا ما جاء في نص المادة1/1040 من القانون 09/08" تسرى اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية"، وبالتالي يكون قد ساير في ذلك الاتجاه الحديث، فاتفاق التحكيم مهما كان شكله فهو عقد بين الأطراف المتعاقدة، فوجب بذلك توفر الشروط العامة في العقد.

الفرع الأول: شروط اتفاق التحكيم

إن شروط اتفاق التحكيم تنقسم بدورها إلى قسمين موضوعية وشكلية.

أولا: الشروط الموضوعية [1]

الصحة اتفاق التحكيم وجوب توافر شروط موضوعية[2]، تتمثل في التراضي الصحيح، وأن يريد هذا الأخير على محل ممكن، وأن يكون السبب مشروعا.

أ/ فالتراضي يعد أول شروط موضوعي يتطلبه اتفاق التحكيم وهو يعني تطابق الإيجاب والقبول بقصد إحداث أثر قانوني تبعا لمضمون العقد، وبالتالي لا بد من تطابق الإيجاب والقبول لاختيار التحكيم كآلية لتسوية المنازعات التي قد تثور بين طرفي العلاقة، ويجب أن تتطابق إرادة الخصوم على اتخاذ التحكيم وسيلة لحل الخلافات الناشئة أو التي سوف تنشأ بينهما[3].

[1] حفيظة السيد الحداد: الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1996، ص 17-18

[2] أنظر الشروط الموضوعية المنصوص عليها في المادة 59 وما بعدها من القانون المدني الجزائري

[3] عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراس: المرجع السابق، ص97 وما بعدها.

وفضلا عن وجود رضا بين الخصوم يجب أن يكون صحيحا، أي أن يصدر عن أطراف ذوي الأهلية اللازمة لإصداره، وان يكون خالي من العيوب المفسدة له كالإكراه، الغلط، التدليس والاستغلال [1].

بالإضافة إلى أن اتفاق التحكيم سواء كان شرط أو مشارطة، فانه يخضع لقانون غير القانون الذي يخضع له الاتفاق الأصلي، وبالتالي يكون المرجع في كافة المسائل المتعلقة بهذا الاتفاق القانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم، وهو إما قانون الإرادة أو قانون الموطن المشترك أو قانون مكان إبرام الاتفاق[2].

وقد نصت المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك على أن اتفاق التحكيم يخضع أيضا القانون الإرادة وإلا خضع لقانون البلد الذي يصدر فيه حكم التحكيم.

ب/ أما فيما يخص قابلية النزاع للتسوية عن طريق التحكيم ويقصد به محل التحكيم [3]، حيث نصت المادة 11 من القانون المصري على أنه "لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح "[4].

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:"

– يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في العلاقات الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية "، وبالتالي يجوز التحكيم في الحقوق التي يملك الأشخاص

[1] محسن شفيق:مرجع سابق، ص174.

[2] محمود السيد التحتوي: طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به، المرجع السابق، ص 123 وما بعدها.

[3] عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي: المرجع السابق، ص126 وما بعدها.

[4] قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

الحق في التصرف فيها [1]، فيما عدا الأمور المتصلة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم لا يجوز أن تكون محلا للتحكيم.

فموضوع محل الاتفاق يثير مسألتين هامتين: الأولى القابلية الشخصية والتي تتعلق بأهلية الدولة التي تخضع للمجموعات العامة والأشخاص المعنوية للقانون العام في الالتجاء إلى التحكيم، وهذه يحكمها، إما القانون الشخصي للدولة الطرف في الاتفاق أو الشخص المعنوي في القانون العام، وإما لقانون العقد الأصلي الممتد لاتفاق التحكيم.

والثانية القابلية الموضوعية والتي تخص موضوع النزاع فإنها تتحدد طبقا للقانون المطبق على اتفاق التحكيم للمسائل المتنازع عليها إذا كانت تخرج عن نطاق العقد[2].

ج/أما الشرط الثالث وهو السبب فلا يثير أية صعوبة في اتفاق التحكيم، فهو يتمثل في إرادة الأطراف في استبعاد طرح النزاع على القضاء وتفويض الأمر للمحكمين، وهذا سبب مشروع دائما إلا إذا ثبت أن المقصود بالتحكيم التهرب من أحكام القانون الذي كان سيطبق على النزاع في حال طرحه على القضاء.

ثانيا: الشروط الشكلية

تتمثل الشروط الشكلية في اتفاق التحكيم بوجوب كتابة اتفاق التحكيم، حيث يعد هذا الأخير صحيحا في إطار المبادئ العامة إذا أبرم وفق ما يتطلبه القانون الوطني وهو في الغالب مقر الإبرام أو القانون الذي يحكم الموضوع أو قانون الموطن المشترك أو قانون الجنسية المشتركة للأطراف[3].

وعلى الرغم من أن اتفاق التحكيم هو عقد رضائي إلا أن اختلاف التشريعات حول شرط الكتابة في التحكيم فيما إذا كان شرط لصحة اتفاق التحكيم أوركن من أركانه أو يعد وسيلة لإثباته، فقد نص المشرع المصري في المادة 12 من قانون التحكيم المصري على أنه

---

[1] عليوش قربوع كمال: التحكيم التجاري الدولي الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص28.

[2] عبد المجيد منير التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1995، ص 85.

[3] انظر أمل أحمد الفزايري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف الإسكندرية، 1993، ص 251.و عبد المجيد منير: المرجع نفسه، ص 85.

يجب أن يكون شرط اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله من رسائل أو برقيات أو غيرها من رسائل الاتصال المكتوبة ".

بالإضافة إلى ما نصت عليه المادة 1433 من المرسوم الفرنسي للتحكيم الداخلي على" يجب أن يكون شرط التحكيم مكتوبا في العقد أو في أي مستند وإلا كان الحكم باطلا "، المرسوم يجب أن تكون مشارطة التحكيم ثابتة وكذلك المادة 1499 من نفس بالكتابة ".

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة1040/ 2 من القانون08/ 09 على أنه يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة".

أما فيما يتعلق بالاتفاقيات الدولية فقد نصت المادة الثانية الفقرة الأول من اتفاقية نيويورك لسنة 1985 المتعلقة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية على أنه " كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم الأفراد بمقتضاه بأن يخضعوا كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنش بينهم ".

بالإضافة إلى القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي اتجه إلى توحيد شكل اتفاق التحكيم، فأوجب الكتابة كشرط لانعقاد اتفاق التحكيم، وهو ما جاءت به المادة 32 من قانون التحكيم التجاري الدولي لسنة 1950 [1].

وكذلك ما نص عليه قانون التحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 في المادة7/ 2 "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا..." [2]. لذلك لابد أن يصاغ إتفاق التحكيم بدقة وحرص، وأن يستوفي كل الشروط المتعلقة بتنظيم سير إجراءات التحكيم مثل طرق تعيين المحكمين، وكيفية اختيارهم، تحديد المكان الذي سيتم فيه التحكيم، تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وموضوع النزاع... الخ.

[1] منير عبد المجيد: الأسس العامة التحكيم الدولي والداخلي، المرجع السابق، ص 92.

[2] عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي: نفس المرجع، ص156 وما بعدها.

وعليه فإن إغفال البعض من هذه التفاصيل قد ينجم عنه الدخول في متاهات وتعقيدات قد تؤدي إلى المساس بحقوق الأطراف، وإهدار الحكمة المرجوة من التحكيم التجاري الدولي.

ولتسهيل ظروف التجارة الدولية وتحريرها من القيود لما تتطلبه من سرعة ومرونة، لم تحدد التشريعات صيغة معينة يرد فيها اتفاق التحكيم، فاكتفت بورود هذا الاتفاق في صورة مرسلات أو برقيات وغيرها من وسائل الاتصال المكتوبة الحديثة بين الطرفين طالما كانت قاطعة الدلالة على إرادة اللجوء إلى التحكيم من جانب الطرفين [1].

وبالتالي التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية اشترطت كتابة التحكيم ولم تشترط صيغة معينة لكتابته، ومنحت للأطراف الحرية الكاملة في تدوين اتفاق التحكيم بالأمور التي يرغبون فيها مع عدم تعارضها وطبيعة التحكيم.

كما لا يفوتنا أن نشير إلى مبدأ هام، وهو مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي[2]، الذي كرسه المشرع الفرنسي في سنة 1963 بمناسبة قضية[3](GOSSET). والذي مفاده أنه إذا كان اتفاق التحكيم باطلا فهل يؤدي هذا إلى بطلان العقد الأصلي ؟ أم أن اتفاق التحكيم مستقل عنه؟

إن بطلان اتفاق التحكيم لا يؤدي إلى بطلان العقد الأصلي، وعدم مشروعية العقد الأصلي، أو بطلانه لا يؤثر على اتفاق التحكيم، والعلة في ذلك أن اتفاق التحكيم يعالج موضوعا مختلفا تماما عن موضوع العقد الأصلي، إذ يعد اتفاق التحكيم تصرفا قائما بذاته، له كيان مستقل عن كيان العقد الأصلي، وهذا ما أحذت به محكمة باريس في 12 فبراير 1963[4]، وقد تم النص على هذا مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في معظم قوانين الدول كما في قانون التحكيم المصري لسنة 1994 المادة 23 منه على أنه يعتبر شرط

[1] منير عبد المجيد:الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، المرجع السابق، ص 92-93.

[2] حفيظة السيد الحداد: النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 119 وما بعدها.

[3] منير عبد المجيد:الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، المرجع السابق، ص124.

[4] PHILIPPE FOUCHARD, E.GOUILLARD, B.GOLDMAN "Traité d'arbitrage commercial international édition L-I-T-E-C, 1996, page201 .

التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الآخر ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحة في ذاته".

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري حيث كرس هذا المبدأ في المادة4/1040 ق إم إ رقم 09/08 لسنة 2008 بنصه "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي ".

كما كرست هذا المبدأ اتفاقية جنيف الأوروبية سنة 1961، وكذلك قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، وغرفة التجارة الدولية، ويترتب علي مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، نتيجة مهمة في إطار تنازع القوانين، هو أن اتفاق التحكيم قد يخضع لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي، فيمكن إعمال المبادئ العامة وعادات التجارة الدولية على اتفاق التحكيم، دون النظر إلى القانون المطبق على العقد الدولي[1].

[1] منير عبد المجيد: المرجع نفسه، ص126-127.

المبحث الثاني : هيئة التحكيم التجاري الدولي

يبدأ تشكيل هيئة التحكيم في إطار قواعد القانون التجاري الدولي، بإرادة الأطراف المتنازعة التي لها مطلق الحرية في إختيار هيئة التحكيم، ويتوقف إختيار هيئة التحكيم على إتفاق الأطراف المعنية، فقد تتكون من محكم واحد يتم تعيينه باتفاق الطرفين أو بواسطة أي جهة أخرى يتم الإتفاق عليها، أو من ثلاثة محكمين يتم تعيين إثنين منهم بواسطة الطرفين المعنيين أي كل طرف يعين محكما ويسمى الطرف المعين بالمحكم المرجح. حيث يتوقف إختيار هذا التشكيل أو تشكيل أخر مخالف، على إرادة أطراف النزاع وان كان من الملاحظ –حاليا– أن الاتفاقيات تنص على إمكانية اللجوء إلى الغير لتعيين محكم أو أكثر عند عدم اتفاق الأطراف على ذلك، أو نتيجة لتقاعس أحدهما عن تعيين محكم أو أكثر.

المطلب الأول :تشكيلة هيئة التحكيم التجاري الدولي وإجراءات عملها

التعريف بالمحكم : المحكم l'arbitre هو شخص يتمتع بثقة الخصوم، أولوه عناية الفصل في خصومة قائمة بينهما.

الفرع الاول: شروط الواجب توفرها في المحكم

1– يجب أن يكون المحكم شخصا طبيعيا: فلا يجوز أن يكون المحكم شخصا معنويا مهما كان شكله، كمركز قائم للتحكيم أو غرفة تجارة أو صناعة أو نقابة أو غيرها، إذ أن المحكم يصدر حكما كأحكام القضاء، والمعروف أن سلطة القضاء لا يباشرها إلى الأشخاص الطبيعيون.

وإذا عين عقد التحكيم شخصا معنويا فإن مهمته تقتصر على تنظيم التحكيم[1].

2– يجب أن يكون المحكم كامل الأهلية: فلا يجوز أن يكون قاصرا بل يجب أن يكون بالغا، ولا يجوز أن يكون محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية أو مفلسا، ما لم يرد إليه اعتباره.

3– يجب أن يكون المحكم محايدا: فلا يجوز أن يكون خصما وحكما في آن واحد. ولا يجوز أن يكون محكما من كانت له مصلحة مباشرة في النزاع المطروح.

4– يجب أن يكون عدد المحكمين فرديا: كأن يكون فردا واحدا مهما كانت قيمة النزاع، أما

[1]– تمناني فراح، مرجع سابق، ص131.

إذا تعدد المحكمون فيجب أن يكون عددهم فرديا وإلى كان التحكيم باطلا.

5- لا يجوز عزل المحكم إلا بتراضي جميع الخصوم: والعزل يمكن أن يكون صريحا؛ كاتفاق الأطراف صراحة على عزله، وقد يكون ضمنيا ; كلجوء الخصوم إلى قضاء الدولة.

إن وفاة المحكم أو قيام مانع يحول دون مباشرته مهامه أو حرمانه استعمال حقوقه المدنية، تؤدي إلى الحول دون إمكانية تشكيل هيئة التحكيم، أو متابعته قانونيا ولقد أشار القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 إلى عدم تقييد حرية الأطراف في اختيار المحكم بأية قيود ومهما كانت جنسيتهم وهذا ما نصت عليه المادة 2/11 على أنه: لا يمنع أي شخص بسبب جنسيته عن العمل كمحكم ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

ويلاحظ أن كافة التشريعات لا تتطلب أية صفات خاصة في المحكم كتمتعه بدرجة معينة من الثقافة، ولكن المتعارف عليه أن يكون المحكم من ذوي الخبرة وحسن السيرة والسلوك[1].

الفرع الثالث: مكان التحكيم

إذا لم يتفق الطرفان على مكان إجراء التحكيم، تتولى هيئة التحكيم تحديد هذا المكان مع مراعاة ظروف التحكيم. كما لهيئة التحكيم تعيين مكان إجراء التحكيم داخل الدولة التي اتفق الطرفان عليها، وبإمكانها سماع الشهود وعقد إجتماعات للمداولة بين أعضائها في أي مكان تراه مناسبا مع مراعاة ظرف التحكيم. الهيئة التحكيم أن تجتمع في أي مكان تراه مناسبا لمعاينة بضائع أو أموال أو لفحص مستندات، ويجب إخطار الطرفين بوقت كاف قبل ميعاد هذه المعاينات أو الفحوص ليتمكنا من الحضور وقت إجرائها.

كما أن القرار التحكيمي يصدر في مكان إجراء التحكيم[2].

الفرع الرابع: اللغة

مع مراعاة ما قد يتفق عليه الطرفان، تبادر هيئة التحكيم إثر تشكيلها إلى تعيين اللغة أو اللغات التي تستخدم في الإجراءات. ويسري هذا التعيين على بيان الدعوى وبيان الدفاع وكل بيان مكتوب أخر. كما يسري على اللغة أو اللغات التي تستخدم في جلسات سماع المرافعات الشفوية إن عقدت مثل هذه الجلسات.

---

[1]- لمناني فراح، نفس المرجع، ص 134.

[2]- عيسى دباح، موسوعة القانون الدولي، دار الشروق للنشر، عمان، ط1، المجلد الرابع، 2003، ص208.

الهيئة التحكيم أن تأمر بأن ترفق بالوثائق التي تقدم بلغتها الأصلية مع بيان الدعوى أو بيان الدفاع وبالوثائق أو المستندات التكميلية التي تقدم أثناء الإجراءات، ترجمة إلى اللغة أو اللغات التي اتفق عليها الطرفان أو عينتها هيئة التحكيم.

الفرع الخامس: تقديم المذكرات والمستندات الخطية

ويتم خلال 30 يوم اعتبارا من تاريخ إستلام التبليغ من الكاتب والمتضمن تشكيل المحكمة التحكيمية، يرسل المدعي طلبا إلى الكاتب في مذكرة يذكر فيها تفاصيل كافة الوقائع وأية حجج قانونية يبني عليها طلبه، مع التدابير التي يطلبها تجاه الأطراف الأخرى. وخلال 30 يوم من إستلام الطلب – المذكرة –، أو التبليغ الخطي من المدعي الذي يعتبر فيه ادعائه كطلب – مذكرة –، يرسل المدعى عليه إلى الكاتب مذكرة دفاع يعرض فيه بتفاصيل كافية أيا من الوقائع والحجج القانونية المذكورة في الطلب – المذكرة للمدعي أو الإدعاء يقبلها وتلك التي يرفضها واستنادا إلى أية أسس وعلى أية أسس ووقائع يبني جوابه. ويجب عليه أن يقدم أية طلبات مقابلة في المذكرة الدفاعية وتسري عليها نفس الأسس المتعلقة بالمطالب المعروضة في المذكرة

خلال مهلة 30 يوم من إستلام المذكرة الدفاعية، يمكن للمدعي أن يرسل للكاتب مذكرة جوابية، فإذا كانت هناك ادعاءات مقابلة فيقتضي أن تتضمن المذكرة جوابا بنفس الطريقة التي يعرض بها الدفاع في مذكرة الدفاع. ويقتضي أن ترفق كافة المذكرات المشار إليها بنسخ من المستندات الأساسية التي يبني الطرف المعني موقفه عليها والتي لم تكن قد قدمت من طرف آخر بعد، وعند الإقتضاء ترفق المذكرة بعينات ذات دلالة.

بعد تقديم المذكرات المشار إليها وبمجرد أن يصبح ذلك ممكنا، تقوم المحكمة التحكيمية باتخاذ الإجراءات المناسبة وفقا لاتفاق الأطراف أو لسلطتها عملا بنظام محكمة لندن للتحكيم الدولي[1].

[1]– المادة 15 من نظام التحكيم لمحكمة لندن للتحكيم الدولي 1981.

الفرع السادس: الخبراء

يجوز لهيئة التحكيم تعيين خبير أو أكثر لتقديم تقرير كتابي إليها بشأن مسألة معينة تحددها، وترسل إلى الطرفين صورة من التفويض الذي أسند إلى الخبير كما حددته هيئة التحكيم.

يقدم الطرفان إلى الخبير المعلومات المتصلة بالنزاع ويمكناه من فحص أو معاينة ما يطلبه منهما من وثائق أو بضائع تتصل بالنزاع: وكل خلاف بين أحد الطرفين والخبير يتأكد صحة المعلومات أو الوثائق أو البضائع المطلوب تقديمها بالنزاع إلى الهيئة التحكيمية للفصل فيها.

بعدها ترسل هيئة التحكيم صورة من تقرير الخبير إثر تسلمها منه إلى كل من الطرفين مع إتاحة الفرصة لكل منهما لإبداء رأيه في التقرير كتابة. ولكل طرف الحق في طلب فحص أي وثيقة استند إليها الخبير في تقريره.

كما يجوز بعد تقديم تقرير الخبير وبناء على طلب أي من الطرفين سماع أقوال هذا الخبير في جلسة تتاح للطرفين فرصة حضورها واستجواب الخبير. ويجوز لكل من الطرفين أن يقدم في هذه الجلسة شهودا من الخبراء ليدلوا بشهاداتهم في المسائل موضوع النزاع[1].

المطلب الثاني: قرار التحكيم التجاري الدولي

إن القرار التحكيمي[2] هو الهدف الحقيقي والعملي لكل نظام تحكيم، الذي قصد به أصحابه إحالة نزاع معين ناشئ فيما بينهم ليفصل فيه قاض يختارونه بارادتهم، وقرار المحكم يتأثر بالأساس الإتفاقي للتحكيم، حيث أنه ناشئ عن عقد، كما يتأثر بمن أصدره، فهو فرد خاص ألبس ثوب القاضي عن طريق الإرادة الفردية الأطراف النزاع.[3]

ومنه سنلقي نظرة عامة على قرار التحكيم التجاري في فرع أول، ثم نتطرق لمسألة تنفيذه في فرع ثان.

---

[1]– عيسى دباح، مرجع سابق، ص 212.

[2] يستعمل بعض المؤلفين لفظ قرار بدلا من حكم بحجة تمييزه عن الحكم الذي يصدر من المحاكم، بخلاف البعض الآخر الذي يستعمل لفظ الحكم دون التمييز بين الجهة التي أصدرته سواء كانت محكمة أو محكم، والترجمة العربية لنظام غرفة التجارة الدولية استعملت لفظ "الحكم".

[3] أنظر، د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، المرجع السابق، ص 169.

الفرع الأول: نظرة عامة على قرار التحكيم التجاري الدولي

سنتعرض في هذا الصدد للمسائل العامة المتعلقة بقرار التحكيم وذلك من أجل بيان مدى مشابهة هذا القرار للحكم الصادر عن القضاء.

أولا- التعريف بقرار التحكيم التجاري الدولي

سنتطرق في البداية إلى تعريف قرار التحكيم، بعدها نتطرق إلى أنواعه على النحو التالي:

1- تعريف القرار: إن القانون النموذجي للتحكيم الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لم يضع تعريف محددة لقرار التحكيم، وذلك على الرغم من أن موضوع تعريف التحكيم كان قد تم إثارته أثناء وضع هذا القانون.

هذا وتعرف الدكتورة حفيظة السيد الحداد قرارات التحكيم بأنها« تشمل جميع القرارات الصادرة عن المحكم، والتي تفصل بشكل قطعي في المنازعة المعروضة على المحكم، سواء كانت أحكاما كلية تفصل في موضوع المنازعة ككل، أم أحكاما جزئية تفصل في شق منها سواء تعلقت هذه القرارات بموضوع المنازعة ذاتها أو بالاختصاص، أو بمسألة تتعلق بالإجراءات أتت بالمحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة »[1].

أما معاهدة نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية فتشير إلى أن «المقصود بأحكام التحكيم ليس فقط أحكام التحكيم الصادرة من المحكمين المعينين للفصل في حالات محددة، ولكن أيضا يشمل هذا اللفظ أحكام التحكيم الصادرة عن أجهزة التحكيم الدائمة التي يخضع لها الأطراف»[2].

[1] فهناك أحكام الحكم القطعية، الغيابية الاتفاقية، الإضافية، التفسيرية، التصحيحية، وتفصيلا في هذه الأنواع أنظر أ.د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق ص 289-301.

[2] راجع المادة 1/ 2 من معاهدة نيويورك 1958.

ومن الآثار المترتبة على وصف القرار الصادر عن المحكم بأنه حكم تحكيم، أن الأحكام التحكيمية وحدها هي التي تسري عليها قواعد المعاهدات الدولية بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها.

2 – أنواع القرار: هناك عدة أنواع للقرارات التحكيمية[1]، غير أن الذي يهمنا في هذا المجال هو القرارات التحكيمية التي تضع حدا للنزاع، وذلك بحسمها جميع الأمور المتنازع عليها، ويمكن تقسيمها كالآتي:

أ– قرار الصلح: ويكون هذا القرار في حالة ما إذا كان المحكم أو المحكمون مخولين باتخاذ قرار الصلح من قبل الطرفين المتنازعين، حيث يطبق المحكم في هذه الحالة أو يستند في قراراته إلى مبادئ العدالة والإنصاف. [2] وهو القرار الأحسن والأسهل تطبيق من الناحية العملية.

ب– القرار المبني على اتفاق: يحدث ذلك عندما يأتي الطرفان إلى المحكم ويخبرانه بأنهما قد توصلا إلى اتفاق لحل النزاع موضوع التحكيم، وفي هذه الحالة قد يسحب المدعي طلبه الخاص بإجراء التحكيم وعندئذ ينهي المحكم إجراءات التحكيم، أو أن الطرفين يطلبان من المحكم أن يصدر قراره متضمنا اتفاقهما على حل النزاع وبالشكل الذي توصلا إليه، غير أن المحكم يستطيع أن يرفض الطلب إذا رأى بأن الطريقة التي توصلا إليها في حل النزاع غير مشروعة أو مخالفة لقواعد النظام العام[3]. هذا ويكون لهذا القرار نفس الصفة ونفس الأثر الذي لأي قرار قائم آخر يصدر في موضوع الدعوي[4].

ج– القرار النهائي: يعالج قرار التحكيم النهائي النزاع العروض على المحكم بجميع عناصره ويجد له حلا نهائية ويكون ملزمة للأطراف المتنازعة[5].

---

[1] أنظر، أ.د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 302–319.

[2] أنظر، أ.د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 309.

[3] وهو ما نصت عليه الفقرة 1 من المادة 34 من قواعد تحكيم اليونسترال وكذلك المادة 30 من القانون النموذجية.

[4] أنظر المادة 30 من القانون النموذجي.

[5] أنظر تفصيلا في هذا، أ.د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 302.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن قرار التحكيم سواء أكان مبنية على الصلح أو على التسوية هو قرار نهائي أيضاً يضع حدا للنزاع ويجد له حلوة، ولكن صفة القرار النهائي التي في هذا النوع الأخير من القرارات تعني القرار الذي يتخذه المحكم أو المحكمون بعد إقفال باب المرافعة[1]، أي دون أن يتضمن الصلح أو أن يكون مبنية على أساس الاتفاق الذي تم بين الأطراف المتنازعة.

ثانيا – شروط صدور قرار التحكيم التجاري الدولي

سنتناول في هذا البند النقاط الهامة التالية:

1– شكل القرار: إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين تصدر هيئة التحكيم القرار بأغلبية الآراء، حسب المادة 29 من القانون النموذجي، أي اثنين من ثلاثة، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك[2]، ولا يشترط أن يصدر القرار بالإجماع.

وإذا رفض أحمد المحكمين من الثلاثة توقيع القرار، يجب أن يثبت في القرار ذاته سبب عدم توقيع المحكم الثالث، وإغفال ذلك في القرار يؤدي إلى بطلانه لكن قد تثور هناك مشكلة عندما يكون لكل من المحكمين رأي مخالف عن الآخر مما لا تتحقق معه الأغلبية في إصدار القرار، فما هو الحل لهذه المشكلة؟

يجب في ذلك الرجوع إلى القانون الواجب التطبيق، فإذا كان يرجح صوت رئيس الهيئة وجب عليه أن يصدر القرار، كما هو الحال في نظام غرفة التجارة الدولية، ويصدر القرار باسم هيئة التحكيم لا باسم رئيس الهيئة[3].

[1] أنظر، أ.د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 312.

[2] ويعاب على هذا النص أنه منح الأطراف سلطة الاتفاق على خلاف قاعدة الأغلبية، ذلك أن الأغلبية قاعدة متعلقة بالنظام العام الدولي، وترتبط بإجراءات التقاضي وحسن سير العدالة أمام قضاء التحكيم والمفروض أنه يمتنع مخالفتها

[3] راجع المادة 19 من قواعد غرفة التجارة الدولية.

لكن هذا يؤدي إلى الإخلال بإجراءات التحكيم وضماناته، وتضيع الحكمة من إسناد التحكيم إلى ثلاثة محكمين روعيت فيهم خبرات مختلفة، فضلا عن مخالفة القرار للأسس الجوهرية في إصدار القرارات. [1]

كما يرى الباحث أن القرار في هذه الحالة قد يفقد مصداقيته، ويقلل من قناعة أطراف النزاع في قبوله. هذا وتوجب المادة 3/31 من القانون النموذجي أن يبين القرار مكان التحكيم، ويعتبر أن قرار التحكيم قد صدر في ذلك المكان. كما لا يوجب هذا القانون النطق بالقرار في جلسة علنية.

2- الكتابة: تنص غالبية القواعد التحكيمية على ضرورة إصدار القرار التحكيمي كتابة لكي يتسني إيداعه المحكمة المختصة لإضفاء الصيغة التنفيذية عليه.

فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 34 من قواعد اليونسترال على أنه: «يصدر قرار التحكيم كتابة...».

كما تضمن القانون النموذجي نصا مماثلا في المادة 31 منه حيث جاء فيها: «يصدر قرار التحكيم كتابة ويوقعه المحكم أو المحكمون ...».

3- اللغة التي يحرر بها القرار: للأطراف حرية الاتفاق على استعمال لغة أو لغات معينة في إجراءات التحكيم، فإذا لم يتفقا على ذلك فعندئذ يرجع إلى نصوص القواعد الإجرائية للتحكيم المتعلقة بمعرفة اللغة التي تستخدم في التحكيم، حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة 15 من قواعد الغرفة التجارية الدولية أن « المحكم يحدد اللغة أو اللغات التي يجري بها التحكيم مراعية في ذلك الظروف ولاسيما لغة العقد». وهو ما نص عليه أيضا القانون النموذجي في المادة 22 منه.

4- آجال إصدار القرار: عند النظر في قواعد القانون النموذجي وقواعد الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي فإننا لا نجد تحديدا لمواعيد يجب صدور قرار التحكيم فيها، وهذا ما نلاحظه في اتفاقية واشنطن ونظام محكمة لندن. غير أن الدكتور محسن شفيق يرى أن" تحديد ميعاد

[1] أنظر، أ.د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي الداخلي، المرجع السابق، ص 319.

إصدار القرار أمر مهم حتى لا يتراخي المحكمون في نظر النزاع فتضيع ميزة السرعة التي ينشدها الخصوم[1]. وهو ما يتفق معه الباحث.

وهو ما فعلته غرفة التجارة الدولية، حيث حددت المادة 18 من نظام تلك الغرفة المدة التي يصدر فيها القرار ب6 أشهر من تاريخ استكمال واستيفاء وثيقة التحكيم وتوقيع المحكمين والأطراف عليها، كما يمكن احتساب هذه المهلة من تاريخ إخطار الأمين العام بانتهاء إيداع قيمة الأمانة المطلوبة إذا وقع ذلك الإخطار في وقت لاحق عن المواعيد السابقة، إلا أنه يمكن للمحكمة تمديد تلك المدة بناء على طلب مسبب يقدمه المحكم أو من تلقاء نفسها عندما ترى ضرورة لذلك[2].

5- تسبيب القرار: وتعني قاعدة التسبيب إيراد الحجج الواقعية والقانونية التي أدت إلى ص دور القرار ويقصد بالأسباب الواقعية بيان الوقائع والأدلة التي يستند إليها القرار في تقرير وجود الواقعة الأساسية، ويقصد بالأسباب القانونية المبدأ القانوني الذي يصدر القرار تطبيقا له، ويشتمل على الحجج القانونية التي يستند إليها القرار، وهاتان المجموعتان تساعد المحكم أو القاضي بالخروج إلى رأيه في القانون وفي الوقائع على التوالي، وتكشف بذلك عن الطريق المنطقي الذي اتبعه المحكم في تكوين الآراء والأعمال التي يقوم بها المحكم بصفة عامة. [3]

هذا وقد نصت المادة 31 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أنه يجب تسبيب هيئة التحكيم لقرارها ما لم يتفق الطرفان على عدم تسبيبه، وكذلك في حالة ص دور القرار بإثبات الصلح الذي أبرمه الخصوم أثناء نظر الدعوى.

ولا تستوجب اتفاقية نيويورك تسبيب القرار، لأنها لا تسمح بمراجعته عند التنفيذ.

---

[1] أنظر، د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 162.

[2] أنظر، د. عبد العزيز قادري، الإستثمارات الدولية¬: التحكيم التجاري الدولي ضمان الإستثمارات، الجزائر : دار هومة، 2004، ص 295-296.

[3] أنظر، د. نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، مكتب الجامعي الحديث، 2006، ص 410-411.

وبعد أن يتحقق القاضي من أن القرار كان قد اتخذ خلال المدة المعينة، وأن القرار المذكور قد استوفي شروط صحته والشروط الشكلية، يأمر بتنفيذه ويكون للقرار عندئذ نفس قوة الحكم القضائي، فهو يشبهه. لكن الإشكال المطروح: كيف ينفذ القرار التحكيمي؟ وهو ما سنحاول الإجابة عليه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني تنفيذ قرار التحكيم التجاري الدولي

يعتبر التزام الطرفين بتنفيذ القرار التحكيمي أول أثر للقرار التحكيمي، ونجد أحيانا أن هذا الالتزام يذكر بشكل صريح من قبل الطرفين في الاتفاق على التحكيم، حيث يذكر أن قرار التحكيم يعتبر ملزمة ونهائي binding and final، فالأصل إذا أن يتم تنفيذ القرار طوعا من قبل الأطراف.

هذا وللطرف الذي تم القرار لصالحه بموجب القرار التحكيمي أن يلجأ في حالة تقاعس الطرف الآخر أو امتناعه عن التنفيذ إلى طلب التنفيذ الجبري من الجهات المختصة (فالقرار التحكيمي نهائي إلا أنه غير ملزم) ، وهذه المسألة تنظمها مختلف الدول بموجب نصوص في قوانينها الوطنية، وعليه فإن قرارات التحكيم المحلية أو الوطنية تنفذ بموجب أحكام القانون الوطني، أما تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية فتنفذ أيضا وفقا لقوانين الإجراءات الوطنية مع الأخذ بعين الاعتبار الاتفاقيات الثنائية أو الجماعية في حالة كون الدولة المراد تنفيذ القرار فيها منظمة إلى تلك الاتفاقيات، وهو الأمر الذي يهمنا لأننا بصدد دراسة التحكيم الدولي[1].

ومادمنا نتكلم عن القرار الأجنبي، فإن الحديث يتطرق إلى الاعتراف والتنفيذ، فهناك فرق بين الاعتراف والتنفيذ، فقد يعترف بالقرار ولكن لا ينفذ، ولو نفذ فمن الضروري أن يكون قد تم الاعتراف به من الجهة التي أعطته القوة التنفيذية[2].

وتتم إجراءات الاعتراف والتنفيذ وفقا للقواعد التي تنظم هذه الأمور، وسنتطرق إلى ضوابط تنفيذ القرار التحكيمي طبقة اتفاقية نيويورك لسنة 1958 والتي دخلت حيز التنفيذ في

[1] أنظر، أ.د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 353-354.

[2] الاعتراف يعني أن القرار قد صدر بشكل صحيح وملزم للأطراف، والتنفيذ يعني الطالب إلى الخصم الذي صدر القرار ضده أن ينفذ ما جاء في القرار التحكيمي.

24 أيول 1959، وتتكون من 16 مادة[1]، باعتبارها أحسن ما توصل إليه المجتمع الدولي في مجال الاعتراف وكيفية تنفيذ القرار[2] بموجب إجراءات مبسطة وواضحة. ولقد وجدت هذه الاتفاقية قبولا واسعة من قبل غالبية دول العالم وأثرت في تشريعاتها الوطنية"[3].

ونعني بهذه الضوابط الشروط الواجب توفرها في قرار التحكيم الأجنبي، للاعتراف به وتنفيذه والتحقق من واقع التنفيذ، وهناك شروط شكلية وأخرى موضوعية.

أولا- الشروط الشكلية لتنفيذ القرار

بالرجوع إلى نص المادة الرابعة من اتفاقية نيويورك نجدها تنص على أن: من يطلب الاعتراف والتنفيذ المنصوص عليها في المادة السابقة أن يقدم مع الطلب أصل القرار الرسمي أو نسخة تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند (شروط التصديق) إضافة إلى أصل الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية أو نسخة تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند.

كما على طالب الاعتراف والتنفيذ، إذا كان القرار أو الاتفاق المشار إليهما غير محررين باللغة الرسمية للبلد المطلوب إليه التنفيذ، أن يقدم ترجمة لهذه الأوراق بهذه اللغة، ويجب أن يشهد على هذه الترجمة مترجم رسمي أو محلف أو أحد رجال السلك الدبلوماسي أو القنصلي[4].

هذا وقد وردت هذه الشروط على سبيل الحصر لا على سبيل المثال، أي أنه ليس لأية دولة طرف الترع بأسباب أخرى تحتوي عليها قوانينها الداخلية تطبق على قرارات التحكيم الداخلي، لكي لا تعترف أو لا تنفذ قرارات التحكيم الأجنبية.[5]

---

[1] أنظر، http://www.jus.uio.no/lm/un.arbitration.recognition.and Enforcement .convention new.york

[2] ومن بين الاتفاقيات التي عالجت موضوع الاعتراف والتنفيذ، اتفاقية جنيف 1927، اتفاقية نيويورك 1958، اتفاقية واشنطن لعام 1965، يضاف إليها الاتفاقيات التي عقدت بين الدول العربية كاتفاقية تنفيذ الأحكام لعام 1952، اتفاقية الرياض للتعاون القضائي العام 1983، واتفاقية عمان للتحكيم التجاري لعام 1987.

[3] أنظر: A journal (Clare Ambrose, Arbitration and the free movement of judgments, (Arbitration international published quarterly, volume 19, number 1, LCIA, 2003, p 12

[4] أنظر: DAHLAB, , Boumedienne Abderrahmane, L'entreprise Algérienne L'état et L'arbitrage commercial. ALGER, 1989, P218

[5] أنظر، د. عبد العزيز قادري، الاستثمارات الدولية، المرجع السابق، ص 309.

هذا ويجعل توافر هذه الشروط الشكلية قرار التحكيم نهائية وملزمة، ويجب تنفيذه. إلا أن هناك حالات تنص عليها المادة الخامسة قد تؤدي إلى رفض التنفيذ، وهي الشروط الموضوعية التي نتناولها كما يلي:

ثانيا- الشروط الموضوعية لتنفيذ القرار

حددت المادة الخامسة من معاهدة نيويورك في فقرتها الأولى الحالات التي يجوز للدولة المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ قرار التحكيم أن ترفض الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه إذا كان الخصم الذي يحتج عليه بالقرار قدم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الدليل على توافر حالة من الحالات الواردة فيها.

كما أن الفقرة الثانية من نفس المادة أجازت للمحكمة المطلوب منها الاعتراف والتنفيذ أن تحكم من تلقاء نفسها برفض الاعتراف والتنفيذ في حالتين. ومنه سنقسم دراستنا لحالات رفض تنفيذ قرار التحكيم وفقا لمعاهدة نيويورك إلى حالات رفض التحكيم بناء على طلب أحد الأطراف، وحالات رفض التنفيذ التي تقضي بها المحكمة من تلقاء نفسها.[1]

أ- حالات رفض التنفيذ بناء على طلب أحد أطراف النزاع: بالرجوع إلى نص المادة الخامسة من معاهدة نيويورك في فقرتها الأولى، نجد أنها حددت حالات يمكن للخصم الصادر ضده قرار التحكيم أن يطلب من السلطة الوطنية المختصة بتنفيذ القرار أن ترفض هذا التنفيذ، وهذه الحالات تتعلق بما يلي:

1- عدم صحة اتفاق التحكيم: حيث نصت الفقرة الأولى من المادة الخامسة على أنه يجوز للدولة رفض الاعتراف وتنفيذ قرار التحكيم إذا قدم الخصم لتلك السلطة الدليل على أن أطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا طبقا للقانون الذي ينطبق عليه عديمي الأهلية أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضع له الأطراف، أو طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه القرار في حالة عدم النص على ذلك[2].

---

[1] أنظر: Rena M Rico, Searching for standards: suspension of enforcement , proceedings under articled VI of the new York convention, Asian International Arbitration Journal, sample articles from volume 1, Number 1, 2005, pp 3 - 18.

[2] أنظر، د. عبد العزيز قادري، الاستثمارات الدولية، المرجع السابق، ص 310.

هذا ويرى الباحث أنه كان من الأجدر استخدام عبارة "مصابين بأحد عوارض الأهلية بدل "عديمي الأهلية"، وهو تعبير أفضل لأنه يتسع ليشمل نقص الأهلية. وللخصم في هذه الحالة أن ينزل على البطلان مما يؤدي إلى تصحيح الإجراء.

كما تركت الاتفاقية تقدير أهلية الأطراف للقانون الذي يحدد قاعدة التنازع في قانون الدولة المطلوب الاعتراف بالقرار وتنفيذه على إقليمها[1].

2- انتهاك حقوق الدفاع: كذلك يمكن رفض تنفيذ القرار إذا قدم الطرف الصادر ضده القرار الدليل على أن الخصم المطلوب تنفيذ القرار عليه، لم يعلن إعلان صحيحا بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه[2]، والسبب الأساسي وراء ذلك يستمد من المبادئ الأساسية التي تحكم الدعوى القضائية، وهو مبدأ احترام حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة والمساواة بين الخصوم.

3- تجاوز المحكمين لحدود النزاع: كما يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ قرار المحكم إذا أثبت المحكوم عليه أن قرار التحكيم قد عالج نزاعا غير وارد في مشارطة التحكيم، أو اتفاق التحكيم أو تجاوز حدوده فيما تم القضاء فيه. بمعنى أن المحكم يجب أن يلتزم بنطاق الخصومة المعروضة عليه.

ومع ذلك يجوز الاعتراف أو تنفيذ جزء من القرار الخاضع أصلا التسوية بطريق التحكيم إذا أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم غير المتفق على حلها بهذا الطريق، ومدى إمكانية هذا الفصل خاضع لتقدير سلطة التنفيذ[3].

4- عدم صحة تشكيل محكمة التحكيم أو الإجراءات التحكيمية: حيث يجوز رفض الاعتراف بقرار التحكيم أو بتنفيذه إذا أثبت الطرف الذي صدر القرار ضده أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة

---

[1] على أن قاعدة التنازع التي تحكم الأهلية قد تشير إلى قانون مكان الإبرام أو القانون الذي يحكم العقود بوجه عام كما هو الحال في الو.م.أ، أنظر، Boumedienne Abderrahmane, L'entreprise Algérienne L'état et L'arbitrage.., op.cit,p221

[2] أنظر، أ.د. حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 512.

[3] أنظر، أ.د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، المرجع السابق، ص04.

عدم الاتفاق[1]، ويتعلق الأمر هنا بشروط سلبية يترتب على عدم التدليل عليها أن يصبح القرار صحيحة ونافذا.

هذا ويلاحظ أن اتفاقية نيويورك تعطي الأولوية لاتفاق التحكيم للتحقق من صحة تشكيل الهيئة أو الإجراءات التحكيمية، أما إذا لم يتناول ذلك الاتفاق تلك المسائل فيجب الرجوع إلى قانون مقر التحكيم بشكل احتياطي أو مكمل إذا احتوى الاتفاق على البعض من تلك المسائل[2].

5- إذا لم يصبح القرار ملزمة بعد أو أبطل أو أوقف تنفيذها: فيجوز رفض تنفيذ قرار التحكيم إذا قدم الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف أو التنفيذ الدليل على أن قرار التحكيم لم يصبح بعد ملزمة للأطراف، أو أنه قد ألغي أو أوقف تنفيذه من قبل السلطة المختصة في البلد التي فيها أو بموجب قانونها قد صدر القرار[3].

فهناك حالتين يجوز فيهما رفض تنفيذ القرار:

الحالة الأولى تتعلق بان يكون قرار التحكيم لم يصبح بعد ملزمة للأطراف.[4]

لقد ثار الخلاف كثيرا حول تفسير مصطلح "ملزم" الوارد في المادة الخامسة (1)-هـ من معاهدة نيويورك، سواء على المستوى الفقهي أو على صعيد الأحكام القضائية الصادرة في الدول المصادقة على معاهدة نيويورك، فبينما ذهبت بعض الأحكام القضائية في إعطاء تفسير مستقل للفظ ملزم الوارد في المعاهدة كما هو الحال في القضاء الإيطالي والسويدي

---

[1] أنظر: Boumedienne Abderrahmane, op.cit, p222.

[2] أنظر، د. عبد العزيز قادري، الاستثمارات الدولية، المرجع السابق، ص 313.

[3] أنظر:

Rena M Rico, Searching for standards: suspension of enforcement , proceedings under articled VI of the new York convention, op.cit, p 05.

[4] معاهدة جنيف الموقعة عام 1927 الخاصة بأحكام التحكيم تشترط لتنفيذ قرار التحكيم أن يكون هذا القرار نهائيا في الدولة التي صدر فيها، بينما لا تتطلب معاهدة نيويورك سوى أن يكون هذا القرار ملزمة لأطرافه، كما أن معاهدة جنيف تضع على عاتق طالب التنفيذ عبء إثبات أن القرار أصبح نهائيا في الدولة التي صدر فيها أما معاهدة نيويورك ألغت عبء الإثبات على المحكوم ضده لإثبات أن القرار لم يصبح بعد ملزما في الدولة التي صدر فيها.

والهولندي فإن القضاء الصادر من المحاكم الفرنسية والسويسرية والإيطالية قد ذهب عكس هذا الاتجاه وأخضع تفسير لفظ ملزم لقانون دولة المقر[1].

وهو ما جعل البعض يرى عدم الارتباط بالقوانين الوطنية، والقول أنه مادام قرار التحكيم ناتجة عن اتفاق إرادي، فإنه يعد ملزمة للطرفين بمجرد صدوره، وعلى المحكمة المنفذة اعتباره كذلك ما لم يكن قد أبطل أو أوقف تنفيذه، وهذا رغم إمكانية الطعن فيه[2]. وهو ما يتفق معه الباحث.

الحالة الثانية– ألا يكون قرار التحكيم قد أبطل أو أوقف تنفيذه.

إذ أنه إذا قدم المحكوم ضده الدليل على أن القرار قد أبطل أو أوقف تنفيذه من قبل السلطة المختصة[3] في البلد الذي صدر القرار فيه أو طبقا لقانونه، وذلك باعتبار أن هذه السلطة هي الوحيدة التي لها روابط وثيقة بالقرار ومن ثمة يتحتم قبول رأيها في قرار التحكيم.

ومن جهة أخرى ولتفادي العراقيل التي قد يضعها الخاسر أمام التنفيذ، نصت المادة السادسة من اتفاقية نيويورك على إمكانية إهمال طلب البطلان على أساس أنه ليس من الأسباب الخمس التي حصرتها المادة الخامسة، أما إذا رأت محكمة التنفيذ أن طلب البطلان أو وقف التنفيذ جدير بالنظر، فلها أن توقف إجراءات تنفيذ القرار، وتنظر نتائج ذلك الطلب ولها أيضا أن تلزم الطرف الذي صدر قرار التحكيم ضده، بتقديم الضمانات الكافية لحماية حقوق المستفيد من التنفيذ خلال فترة وقف التنفيذ. [4]

هذا ويلاحظ أن الفقه الفرنسي و أيضا أحكام القضاء الفرنسي تذهب إلى القول بأن القضاء بالبطلان لا يحول دون تنفيذ قرار التحكيم، فالقرار الذي يقضي ببطلانه وفقا لقانون دولة المقر والذي يفقد إمكانية تنفيذه وفقا لأحكام معاهدة نيويورك إعمالا لنص المادة 5(1)

---

[1] أنظر تفصيلا في هذا، أ.د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص.522-518

[2] أنظر، د. عبد العزيز قادري، الاستثمارات الدولية، المرجع السابق، ص 314.

[3] يلاحظ أن الاتفاقية لا تستعمل لفظ (المحكمة المختصة) بل السلطة المختصة والسبب في ذلك ربما راجع إلى أن بعض البلدان الاشتراكية فيها مؤسسات غير المحاكم تكون هي المختصة في الأمور الخاصة بالتجارة الدولية.

[4] أنظر، د. عبد العزيز قادري، الاستثمارات الدولية، المرجع السابق، ص 314-315.

هـ يمكن مع ذلك تنفيذه ليس وفقا لأحكام المعاهدة وإنما وفقا للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون الفرنسي، والتي يتم إعمالها بناء على إحالة نص المادة السابعة من معاهدة نيويورك إليها على اعتبار أنها الحل الأفضل، ولقد ذهبت أحكام القضاء الفرنسي إلى تنفيذ قرار التحكيم على الرغم من القضاء ببطلانه في الخارج في العديد من القضايا أهمها قضية Hilmarton و Chromallory.[1]

وإلى جانب هذه الحالات لرفض تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي أو الاعتراف به والمستندة إلى طلب أحد الأطراف، فإن معاهدة نيويورك حددت حالتين أجازت فيهما للمحكمة المطلوب منها الاعتراف والتنفيذ أن تقضي من تلقاء نفسها برفض الاعتراف والتنفيذ وهو ما سنتعرض له فيما يلي:

ب- حالات رفض التنفيذ من قبل المحكمة

تنص المادة الخامسة من معاهدة نيويورك في فقرتها الثانية على أنه يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ قرار المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها أن النزاع غير قابل للتسوية عن طريق التحكيم، أو كان قرار التحكيم مخالفة للنظام العام[2].

1- النزاع غير قابل للتسوية عن طريق التحكيم

ومعنى ذلك رفض الاعتراف وتنفيذ قرار التحكيم الأجنبي، إذا كان قانون مكان التنفيذ لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم، أي أن يكون القرار قد صدر في حالة مما لا يجوز التحكيم فيها من الناحية الموضوعية طبقا لقانون الدولة التي يراد الاحتجاج بالقرار على إقليمها.[3]

---

[1] أنظر، أ.د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 524.

[2] أنظر: ts Shaleva, The public policy exception to the recognition and enforcement of arbitral awards in i the theory and jurisprudence of the Central and East European states and Russia, (Arbitration international) A journal published quarterly, volume 19, number 1, LCIA, 2003, PP 77 -78.

[3] أنظر:
Me Nicole Lacasse, L'arbitrage commercial international entre parties privées dans les pays de l'ALÉNA, op.cit, p 10 .

وأول ما يلاحظ على نص المادة الخامسة من معاهدة نيويورك في فقرتها الثانية، أنها أعطت لدولة التنفيذ سلطة رفض تنفيذ قرار التحكيم الذي صدر في مسألة لا تقبل التسوية بطريق التحكيم وفقا لمفاهيمها الخاصة التي تستند إلى أسباب جوهرية تتعلق بالسياسة التشريعية في دولة التنفيذ[1].

كما يؤخذ على نص اتفاقية نيويورك انتقاد كبير، إذ كيف يمكن الاعتراف من جهة الاتفاق التحكيم بتنظيم عملية التحكيم بناء على احترام سلطان الإرادة، ثم الاعتماد على قانون البلد المنفذ لقرار التحكيم في تقدير قابلية حل النزاع عن طريق التحكيم؟

2- مخالفة قرار التحكيم للنظام العام

هناك مجموعة من الفقهاء يكيفون النظام العام ب: FLUIDE أي منحدر متعلق بالمكان والزمان والمكونات الأخلاقية والإيديولوجية[2]. والمقصود بالنظام العام[3] في نظر اتفاقية نيويورك هو النظام العام في الدولة التي ينفذ فيها قرار التحكيم. ووفقا للقانون الدولي الخاص الذي يختلف مفهومه النظام العام عن القانون الوطني، إذ يفترض القانون الدولي الخاص أن المعاملات تقوم على التضامن الدولي بهدف تحقيق التوازن بين الأنظمة الوطنية من جهة ومتطلبات المعاملات الدولية من جهة أخرى، وذلك اعتمادا على الاعتقاد بوجود حد أدنى من القواعد المشتركة بين تلك القوانين لا يجب المساس به[4].

كما أن ترك مهمة النظر في مدى تعارض قرار التحكيم مع النظام العام للقضاء الوطني الدولة تنفيذ القرار يثير التخوف من عرقلة التنفيذ بناء على نظرة اعتباطية أو نظرة على الأقل ضيقة القانون الوطني لتلك الدولة"[5].

---

[1] أنظر، أ.د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 528

[2] أنظر: Boumedienne Abderrahmane, L'entreprise Algérienne L'état et L'arbitrage.., op.cit, p 224.

[3] يعبر القانون الدولي الخاص عن النظام العام بعدة مصطلحات أهمها :" قوانين الشرطة أو البوليس" و" قوانين التطبيق المباشر ".

[4] أنظر، د. عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 111.

[5] نفس المرجع، ص 112-113.

وهو دفع إلى القول أن التحكيم الدولي لا يتقيد إلا بالنظام العام بمفهومه الدولي وحده[1] إذ أن النظرة الوطنية للنظام العام قد لا تكون ملائمة في مجال العلاقات التجارية الدولية.

فعلى الرغم من أن المادة الخامسة فقرة (2) ب من معاهدة نيويورك لم تشر إلا للنظام العام، فإن هذا اللفظ يقيده ما جرى عليه العمل في إطار القانون الدولي الخاص من صرف هذا المصطلح إلى مفهوم النظام العام الدولي وليس النظام العام الداخلي[2].

هذا ونشير إلى أن العمل قد جرى في إطار اتفاقية نيويورك على أن التمسك ببطلان اتفاق التحكيم أو محاولة منع تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية لا يجوز خارج نطاق الاتفاقية، وهو ما يمنع من الاحتجاج بالنصوص الوطنية ولو كانت آمرة خارج نطاق الاتفاقية[3].

ورغم أن اتفاقية نيويورك تعتبر أحسن ما توصل إليه المجتمع الدولي في مجال الاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية، حيث أنها يسترت كيفية الاعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي بموجب إجراءات مبسطة وواضحة، إضافة إلى تميزها بالوضوح وسهولة الفهم الأمر الذي جعل عددا كبيرا من الدول تقبل الاتفاقية المذكورة. إلا أن بعض نصوصها تترك مجالا رحبة لتفسيرات عديدة من قبل الدول، ومن هذه الأمور: معرفة مكان إصدار القرار وكذلك متى يعتبر التحكيم ملزما؟ وما هو المعيار لتقدير ذلك؟ هل عندما يصدر القرار موقع من المحكمين؟ أم عندما يكتسب الدرجة القطعية؟ وهل يستوجب الأمر صدور أمر بالتنفيذ من السلطة المختصة في الدولة التي صدر فيها القرار؟

---

[1] أنظر: op.cit, pp 329 ,Lalive.p, ordre public transnational(ou réellement . international) et arbitrage international ets.

وانظر أيضا: Vesselina Shaleva, The public policy exception to the recognition and enforcement of arbitral…, op.cit, pp 73-74.

[2] فعلى سبيل المثال لو اعتبرنا جدلا أن موضوع نزاع تحكيمي دولي يدور حول صفقة مشروبات روحية يصعب تنفيذ أي قرار تحكيمي يأتي في هذا الشأن في دولة تحرم الكحول على أراضيها حتى لو أن هذه الدولة تنتمي إلى معاهدة نيويورك أو أي معاهدة أخرى وحتى لو حصلت الصفقة خارج أراضيها.

[3] أنظر، د. عبد العزيز قادري، الاستثمارات الدولية، المرجع السابق، ص 317.

كما أن مسألة النظام العام (ordre publique) فهي فكرة تختلف في مفهومها من دولة إلى أخرى فلم تحاول الاتفاقية أن تعطي معيارة أو مؤشرا واحدا لفكرة النظام العام على الصعيد الدولي[1].

ولكن رغم كل هذه الانتقادات فإن اتفاقية نيويورك تعتبر أكثر الاتفاقيات التي لقيت نجاحا دولية في مجال الاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم، حيث صادقت عليها غالبية الدول الصناعية الكبرى التي تهيمن على معظم التجارة الدولية، أما الدول الأقل نموا فانظم إليها القليل منها.

وتجدر الإشارة إلى أن الطعن في القرار التحكيمي يجب أن يؤسس على أحد الحالات التي تناولناها في الشروط الموضوعية لتنفيذ القرار التحكيمي، كما نشير إلى أن القانون النموذجي لم يترك مجالا للطعن في القرار التحكيمي إلا بطلب الإلغاء، وقد عدد الأسباب التي يمكن الاستناد إليها في طلب الإلغاء، في نص المادة 34، وكان محتوي هذه المادة مشابهة لما درسناه في الشروط الموضوعية لتنفيذ القرار التحكيمي. ومنه نستغني عن دراسة طرق الطعن في القرار التحكيمي تجنبا للتكرار.

[1] أنظر: R.David, l'arbitrage dans le commerce international, op.cit, p 287 .
وأنظر كذلك بالنسبة للأمور التي لم تتناولها اتفاقية نيويورك والتي أدت إلى اختلاف في تفسير المادة الثانية من الاتفاقية د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 170 وما بعدها.

خاتمة

نخلص في ختام دراستنا أن التحكيم التجاري الدولي آلية بديلة قانونية لتسوية منازعات التجارة الدولية في الوقت الراهن وقد عرفت هذه الآلية تطورات عبر المراحل التاريخية منذ القدم، إذ لجأت إليه مختلف الحضارات والشعوب والأمم عبر مختلف العصور وبأنواع وأشكال متعددة، وعرفه أيضا المجتمع الدولي بعد الحرب العالمية الأولى والثانية في تسوية المنازعات الدولية المتعلقة بالحروب ونزاعات الحدود والأسرى وغيرها، بإنشاء آليات ومؤسسات دولية التحكيم. وبعد إستتباب السلم والأمن الدوليين توجه المجتمع الدولي إلى بناء علاقات إقتصادية وتجارية عن طريق إبرام الإتفاقيات والمعاهدات الدولية المتعلقة بالتجارة الدولية مثل إتفاقية نيويورك المتعلقة بالإعتراف بأحكام التحكيم التجاري الدولي وتنفيذها لسنة 1958 واتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية منازعات الإستثمار لسنة 1965 وإنشاء منظمات دولية كلجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة والمنظمة العالمية للتجارة وغيرها؛ بالإضافة إلى إنشاء مؤسسات دولية تحكمية مثل غرفة التجارة الدولية بباريس ومحكمة لندن للتحكيم والجمعية الأمريكية للتحكيم كما لا نغفل عن دور لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة – اليونسترال– في مجال الإهتمام بالتجارة الدولية والتعاون الإقتصادي وحل المنازعات التي تثور بشأن تنفيذ الإلتزامات العقدية وغيرها، أقرت الية بديلة قانونية عن القضاء الوطني وهي التحكيم التجاري الدولي عن طريق إنشاء قانون نموذجي للتحكيم التجاري الدولي في مسائل التجارة الدولية، ويمكن للدول الإسترشاد به عند إصدار القوانين الداخلية بالإضافة إلى إعتماده من طرف المؤسسات التجارية منها غرفة التجارة الدولية بباريس ومحكمة لندن للتحكيم الدولي وغيها من المؤسسات الدولية.

وفي الأخير وبعد دراستنا المعمقة لموضوع التحكيم التجاري الدولي توصلنا للإجابة على الإشكالية الرئيسية لموضوعنا بأن التحكيم التجاري الدولي هو آلية قانونية بديلة عن القضاء الوطني في تسوية منازعات التجارة الدولية.

قائمة المراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولا- النصوص القانونية:

أ- القوانين:

- قانون الاونسترال النموذجي في التحكيم التجاري الدولي لعام 1985 من التعديلات التي اعتمدت في عام 2006 منشور على الموقع الالكتروني: org.uncitral.www
- قانون التحكيم الأردني، رقم 31 لسنة 2001، المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية رقم 4496 تاريخ 16/ /2001.
- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.
- القانون المدني الجزائري
- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي العام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، المنشورة على الموقع الإلكتروني: .www. unictral.org
- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري جر. العدد 21 المؤرخة في 23 أفريل 2008
- القانون رقم 27 لسنة 1994 يتضمن قانون التحكيم المصري المنشور في مجلة إتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، عدد 4 لسنة 1996.

ب- الإتفاقيات

- اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى الموقع عليها بواشنطن في 17 مارس 1965 الموافق عليها بموجب أمر رقم 04/95 المؤرخ في جانفي 1995 ج ر، العدد 07 لسنة 1997، صادقت عليها الجزائر بموجب مرسوم رئاسي رقم 346/95 مؤرخ في 30 اكتوبر 1995، ج.ر العدد 65 لسنة 1995.
- إتفاقية روما 1980 والمادة 1/128 من القانون النموذجي للتحكيم.

- اتفاقية واشنطن حول تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج.ر عدد 66 مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 346 / 95، مؤرخ في 10/10/ 1995.

ج- المراسيم

- المرسوم التشريعي 93-09 المؤرخ في 25 افريل 1993، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-14 المؤرخ في 8 جوان 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر العدد 27 الموافق ل 27 أفريل 1993.

ثانيا- الكتب:

- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.
- أحمد أبو الوفاء: التحكيم الاختياري والاجباري، منشأة المعارف، الأسكندرية، مصر، 2001.
- أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية -دراسة مقارنة -الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- أحمد كوجان: التحكيم في عقود الإستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار في واشنطن"، منشورات زين الحلبي الحقوقية.
- أسعد فاضل منديل، احكام عقد التحكيم وأجزائه (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، 2011.
- أشرف عبد العليم الرفاعي: اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- أشرف عبد العليم الرفاعي: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية دراسة في قضاء التحكيم، دار الكتب القانونية، 2006.

- أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون واجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
- أمل أحمد الفزايري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف الإسكندرية، 1993.
- جمال محمد الكوردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- حبار محمد: القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- حسني المصري: التحكيم التجاري الدولي(دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
- حفيظة السيد الحداد: الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1996.
- حفيظة السيد الحداد: النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى. منشورات الحلبي الحقوقية، الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- زروتي الطيب: النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر،1991.
- سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- شفيق محسن: التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 1997.

- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراس، النظام القانونى لإتفاق التحكيم " دراسة تحليلية مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، 2008.
- عبد الحميد الأحدب: التحكيم وأحكامه ومصادره، الجزء الأول، مؤسسة نوفل للنشر، لبنان، 1999.
- عبد الحميد المنشاوي: التحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.
- عبد العزيز قادري، الإستثمارات الدولية¬: التحكيم التجاري الدولي ضمان الإستثمارات، الجزائر: دار هومة، 2004.
- عبد المجيد منير التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1995.
- عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- علاء محي الدين مصطفي أبو أحمد، التحكيم في المنازعات العقود الإدارية الدولية "دراسة مقارنة"،دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2008.
- علبوش قربوع كمال: التحكيم التجاري الدولي الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
- عمر سعد الله، حل النزاعات الدولية (بط) ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- عمر سعد الله، معجم في القانون الدولي المعاصر، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2007.
- عيسى دباح، موسوعة القانون الدولي، دار الشروق للنشر، عمان، ط1، المجلد الرابع، 2003.
- فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة في أحكام التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.

- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي: (دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
- كمال إبراهيم: التحكيم التجاري الدولي "حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولي"، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1991.
- لزهر سعيد كرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي: (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2010.
- محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية،1997.
- محمد كولا: تطور التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، منشورات بغدادي، 2008.
- محمود السيد التحتوي طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
- محمود مختار احمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية مصر، 2007.
- مراد محمود الموجدة، العقود في تحكيم الدولة ذات الطابع الدولي : دراسة مقارنة، ط1، عمان–دار الثقافة للنشر و التوزيع, 2010.
- مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1998، بند 174.
- المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، القاهرة، مصر،1995.
- مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدي عين مليلة الجزائر، 2010.
- منير عبد المجيد: الأسس العامة للتحكيم، اسكندرية– منشاة المعارف, 2001.
- منير عبد المجيد: التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة، المعارف، 1997، ص204.

- منير عبد المجيد: قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1995، ص 157
- منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص37.
- نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 2004.
- نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، مكتب الجامعي الحديث،, 2006.
- الهداوي حسن: القانون الدولي الخاص التنازع القوانين"، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1995.
- هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الإسكندرية، 1995.
- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية، ط 2، دار الفكر الجامعي، القاهرة، .
- وائل أنور بندق: موسوعة التحكيم، الاتفاقيات الدولية والقوانين العربية، ط 2، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009.
- وفاء مزيد فلحوط: المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.

ثالثا- المذكرات:

- 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.

- بالغول 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 الرحمن ميرة، بجاية، 2010.
- بعزيرى سعاد وبكوش سامية، مظاهر سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص: القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2015.
- جارد محمد، دور الادارة في التحكيم التجاري الدولي –دراسة مقارنة –، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2009–2010.
- شويرب خالد، القانون واجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2009.
- عبد السلام منسول قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2000/2001.
- عبد الوهاب عجيري، شرط التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة سطيف 2، 2014.
- عيادي فريدة: سلطة المحكم في موضوع حل النزاعات المترتبة على العقد التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001.
- منسول عبد السلام، قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، السنة الجامعية، 2001/2000.

رابعا– المجلات

- أبو زيد رضوان: الضوابط العامة للتحكيم التجاري الدولي، القسم الثالث، المقال مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة، الكويت، السنة3، العدد1، 1997.

- اسكندر احمد، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الدولية بالطرق السلمية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية الجزء37 رقم 4 جامعة الجزائر، 1999.
- السمدان أحمد: القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق، كلية الحقوق جامعة الكويت، العدد 4، 1، 1993.
- طالب يحسن موسى: خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 1، السنة 2008.
- وجدي راغب فهمي: هل التحكيم نوع من القضاء ؟ دراسة نقدية لنظرية الطبيعة القضائية التحكيم"، مجلة الحقوق، كلية الحقوق جامعة الكويت، السنة السابعة عشر، العدد الأول، 1993.
- وسام توفيق عبد الله، "مبادئ القانون الدولي الخاص"، مجلة الرافدين للحقوق، عدد 58، كلية الحقوق، جامعة الموصل، (د. ب.ن).

خامسا –المداخلات والملتقيات:

- بومعزة فاطمة، التحكيم التجاري الدولي، مداخلة بالملتقى الوطني للتحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق، جامعة 08 ماي 1945 قالمة، مارس 2011.
- العايبي البشر، " القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة) "، مداخلة ألقيت في إطار أعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لتسوية النزاعات الحقائق والتحديات، يومي 26 و27 أفريل 2016، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية.
- عليوش قربوع كمال: الاعتراف والتنفيذ الجبري للقرارات التحكيمية، مداخلة ضمن الملتقى الدولي حول، التحكيم التجاري الدولي في الجزائري، جامعة بجاية ، 2006.
- عواشرية رقية، " القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مداخلة ألقيت في إطار أعمال الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر بين

التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية، يومي 14 و15 جوان 2006، كلية الحقوق جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية.

- موكه عبد الكريم، القانون واجب التطبيق في خصومة التحكيم، مداخلة ألقيت في أعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لتسوية النزاعات الحقائق والتحديات–، يومي 26 و27 أفريل 2016، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية.

سادسا: المراجع باللغة الأجنبية:

Boumedienne Abderrahmane, L'entreprise Algérienne L'état et L'arbitrage commercial , DAHLAB, ALGER, 1989

Clare Ambrose, Arbitration and the free movement of judgments, (Arbitration international) A journal published quarterly, volume 19, number 1, LCIA

http://www.jus.uio.no/lm/un.arbitration.recognition.and Enforcement .convention new.york

Lalive.p, ordre public transnational(ou réellement . international) et arbitrage international

Le Petit Robert ،Dictionnaire de langue Française ،Paris, 1973, P 83 .

Me Nicole Lacasse, L'arbitrage commercial international entre parties privées dans les pays de l'ALÉNA.

Ph. Fouchard & Emmanuel Gaillard. & Berthold Godman: Traité de l'arbitrage commercial international éd. Litec. 1996

PHILIPPE FOUCHARD, E.GOUILLARD, B.GOLDMAN "Traité d'arbitrage commercial international édition L-I-T-E-C, 1996

Phillipe Fouchard, L'arbitrage commercial international, volume II Librairie Dollaz, Paris 1965

Règlement (CE) No 593 /2008 du parlement Européen et de conseil sur la loi applicable aux obligation contractuelles (romel), du 17 juin 2008.

Rena M Rico, Searching for standards: suspension of enforcement , proceedings under ، articled VI of the new York convention, Asian International Arbitration Journal, sample articles from,volume 1, Number 1, 2005.

Rena M Rico, Searching for standards: suspension of enforcement , proceedings under articled VI of the new York convention.

Terki Noureddine ،L'arbitrage commercial international en Algérie ،O.P.U.ALGER 1999.

ts Shaleva, The public policy exception to the recognition and enforcement of arbitral awards in i the theory and jurisprudence of the Central and East European states and Russia, (Arbitration international) A journal published quarterly, volume 19, number 1, LCIA, 2003.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

شكـــر وعـــرفـــان

إهداء

مـقدمـــــة:..... 1

مفهوم التحكيم التجاري الدولي..... 6

الفصل الاول : مفهوم التحكيم التجاري الدولي..... 7

المبحث الاول : تعريف التحكيم التجاري الدولي و أنواعه..... 7

المطلب الاول : تعريف التحكيم التجاري الدولي..... 8

الفرع الأول: تعريف التحكيم التجاري الدولي..... 8

الفرع الثاني: تعريف الفقه للتحكيم التجاري الدولي.....12

الفرع الثالث: تعريف القضاء 13

المطلب الثاني: انواع التحكيم التجاري الدولي.....14

الفرع الأول: من حيث إرادة المحتكمين وحرية المحكم وسلطاته.....14

الفرع الثاني: من حيث طبيعة العقد والتقيد بالإجراءات القضائية.....16

الفرع الثالث: من حيث المعاملات التحكيم الالكتروني).....18

المبحث الثاني: اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارية 19

المطلب الأول : اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارية.....20

الفرع الأول: قانون الإرادة.....20

الفرع الثاني: موقف التشريعات الوطنية من قانون الإرادة.....22

الفرع الثالث: موقف الاتفاقيات الدولية من قانون الإرادة.....24

المطلب الثاني: القيود الواردة على اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارية 47

الفرع الأول: تكريس مبدأ قانون الإرادة في ظل بعض الاتفاقيات الدولية.....47
الفرع الثاني: تكريس مبدأ قانون الإرادة في ظل بعض التشريعات الوطنية.....51
الفرع الثالث: تفويض هيئة التحكيم الفصل في النزاع 59
الفصل الثاني: دوره في حل منازعات التجارة الدولية 65
المبحث الأول: تعريف اتفاق التحكيم 65
المطلب الأول: صور اتفاق التحكيم.....66
الفرع الأول: شروط اتفاق التحكيم.....67
المبحث الثاني : هيئة التحكيم التجاري الدولي.....73
المطلب الأول :تشكيلة هيئة التحكيم التجاري الدولي وإجراءات عملها 73
الفرع الاول: شروط الواجب توفرها في المحكم.....73
الفرع الثالث: مكان التحكيم.....74
الفرع الرابع: اللغة.....74
الفرع الخامس: تقديم المذكرات والمستندات الخطية.....75
الفرع السادس: الخبراء.....76
المطلب الثاني: قرار التحكيم التجاري الدولي.....76
الفرع الأول: نظرة عامة على قرار التحكيم التجاري الدولي 77
الفرع الثاني تنفيذ قرار التحكيم التجاري الدولي.....82
قائمة المصادر والمراجع:.....95