

جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



## مدى استقلالية المحكم في التحكيم التجاري الدولي

مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون

تخص قانون أعمال

شعبة القانون الخاص

إشراف الدكتور:

بو القمح يوسف

إعداد الطالب:

داودي خليل

أمام لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
عليوش قريوع كمال	أستاذ	جامعة باجي مختار عنابة	رئيساً
بو القمح يوسف	أستاذ محاضر قسم أ	جامعة 20 أوت 1955	مقرواً
مرامرية حمة	أستاذ محاضر قسم أ	جامعة 20 أوت 1955	عضواً مناقشاً
بلغيث عمارة	أستاذ محاضر قسم أ	جامعة باجي مختار عنابة	عضواً مناقشاً

السنة الجامعية: 2012-2013

## شكر وعرفان

أتوجه بالشكر الجزيل إلى أستاذي المشرف الدكتور بو القمح يوسف علي  
كل ما بذله من جهد ونصح في توجيهي عبر مراحل هذه المذكرة .

كما أتوجه بالشكر إلى الأستاذ بوالصلال نور الدين علي مدته لنا يد العون  
في إنجاز هذا العمل .

إهداء....

أهدي هذا العمل المتواضع الي كل من الأم العزيزة اداهما الله خيرالنا

وإلى روح والدي الطاهرة رحمه الله

وإلى كافة الإخوة الكرام

## مقدمة:

إن نظام التحكيم يعتبر نظام العدالة الخاصة، وذلك راجع للحرية الممنوحة لأطراف العلاقة التعاقدية في تنظيم العملية التحكيمية في اتفاق التحكيم المبرم بينهما، كتحديد القانون الواجب التطبيق سواء على الإجراءات التحكيمية أو على موضوع النزاع، أو فيما يتعلق باختيار الهيئة التحكيمية أو مكان التحكيم أو مدة التحكيم وغيرها من الامتيازات.

غير أن كثيرا من الاتفاقات التحكيمية التي يبرمها الأطراف إنما تأتي بما لا يجد له محلا من التنفيذ على أرض الواقع، سواء دفعا بمبدأ النظام العام أو قانون دولة الإبرام أو قانون دولة التنفيذ. كما أن هناك من العقود ما يصدر خاليا من أي إشارة للقانون الواجب التطبيق سواء على الإجراءات التحكيمية أو على موضوع النزاع.

فأمام عدم إلمام الأطراف بالقانون أو تعنتهم بيبقي اتفاق التحكيم المبرم في وضع العدم، إلا إذا ارتضى الأطراف اللجوء بعد ذلك إلى القضاء الوطني وهذا ما لا يرغبون به، ولذلك فإن دور المحكم يبقو فاصلا في حل الخلاف والفصل في الخصومة ومحاولا تقريب وجهات النظر لأطراف العلاقة التحكيمية.

إن دور المحكم في الخصومة التحكيمية يضاهي دور القاضي الوطني في حل النزاع، غير دور القاضي الوطني في الفصل في النزاع ينحصر في تطبيق قانون الدولة التي يستمد منها سلطته وبالتالي يطبق القانون أو قواعد القانون الدولي الخاصة بتنازع القوانين لتلك الدولة. ولكن الأمر يختلف تماما بالنسبة للمحكم الذي يستمد سلطته من اتفاق التحكيم.

في كثير من الأحيان لا يقوم الاطراف بتحديد القانون الواجب التطبيق على الخصومة التحكيمية سواء فيما يتعلق بالإجراءات أو بموضوع النزاع، وهنا يقع عبئ تحديد القانون الواجب التطبيق وتنظيم العملية التحكيمية بالكامل على عاتق المحكم الدولي، ولقد أقرت مختلف التشريعات المقارنة و الاتفاقيات الدولية في نصوصها القانونية بسلطة وحرية المحكم الدولي في ذلك، و لقد كرس المشرع الجزائري استقلالية المحكم في اختيار القانون المطبق على الخصومة التحكيمية، إذ جاء ذلك في القانون رقم 09/08 ، المؤرخ في 23 فبراير 2008، و المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، وقد جاء في المادة 1043 تحت فرع الخصومة التحكيمية ما يلي : " يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم، الإجراءات

الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا إلى نظام تحكيم كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم؛ إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم".<sup>1</sup> لقد أعطى المشرع الجزائري للمحكم سلطة تحديد القانون ما لم يتفق الأطراف على ذلك في عقدهم، كما أن المشرع هنا لم يلزم المحكم بالتقيد بقاعدة إسناد بلد معين، أو الرجوع إلى نظام تحكيم فالمشرع منح المحكم الحرية الكاملة في التحديد المباشر للقانون، كما أتاح له الرجوع إلى قانون معين أو نظام تحكيم بغرض تحديد القانون الإجرائي على سبيل الخيار لا الإلزام.

إن أمر استقلالية المحكم الدولي في تنظيم العملية التحكيمية ومدى حريته في ذلك تبقي وفي عديد الأحيان موضع لبس وتوجس، سواء من قبل الاطراف أو من قبل المشرع الوطني، إذ نجد و في كثير التشريعات الداخلية يعمد المشرع إلى محاولة ضبط سلطة المحكم والحد من استقلاليته وذلك حرصا على سيادة القانون الوطني وعلى مصالح الأطراف المتنازعة أنفسهم، ويتجلى ذلك خاصة في إلزام المحكم الدولي بضرورة مراعاة بعض المبادئ كمبدأ الوجاهية و مبدأ النظام العام، وقوانين البوليس وغيرها من المبادئ التي يجب على المحكم مراعاتها والإلتزام بها تحت طائلة البطلان، فصدور القرار التحكيمي مخالفا لواحد من المبادئ أمر يحول دون حصوله على الصيغة التنفيذية ما يعرض العملية التحكيمية بالكامل إلى الإنهيار.

#### - أهمية الدراسة:

إن الأهمية التي استدعت اختيار هذا الموضوع هي عدم وجود أسس واضحة أو نظام قانوني محدد لتحديد سلطات المحكم الدولي قصد حل الخلافات التي تنثور بصدد العقود التجارية التي يفصل فيها عن طريق التحكيم الذي يعد وسيلة يلجأ إليها الأطراف بما يمتاز به من مزايا تفوق اللجوء للقضاء، لذا كان لا بد من محاولة البحث بهذا الموضوع من أجل بيان وتوضيح المركز القانوني للمحكم الدولي ومدى الحرية التي يتمتع بها في حل النزاع، إن موضوع هذه الدراسة يتمحور في دراسة مدى استقلالية المحكم في التحكيم التجاري الدولي، ومدى سلطته التقديرية وحريته في تنظيم العملية التحكيمية، ودوره في الفصل في النزاع.

---

1- قانون 08-09 المؤرخ في 23 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 21.

## - أهداف الدراسة:

دراسة استقلالية المحكم في التحكيم التجاري الدولي لا تقتصر على بيان القانون الواجب التطبيق على النزاع فحسب ، وإنما تهدف إلى الوصول إلى تحديد صلاحيات المحكم وتبيان سلطاته، كما أن الأمر لا يقف عند هذا الحد بل أن الأمر يتجاوز لمعرفة مدى نجاعة نظام التحكيم بصفة عامة، فأمر استقلالية المحكم تقف عليه عدة اعتبارات، تمس إرادة الأطراف أنفسهم وسلامة العملية التحكيمية بالكامل.

## - إشكالية الدراسة

إن المحكم ولكونه قاض خاص انطلاقاً من كون التحكيم عدالة خاصة، فإن دوره لا ينحصر في دور المنفذ لإرادة الأطراف المتعاقدة فحسب، خاصة حال اعتراض الخصومة التحكيمية بعض العوائق والقيود التي تقف أمام مبدأ سلطان الإرادة، فإذا كانت القاعدة العامة لفكرة التحكيم قائمة على أن للإرادة المشتركة للأطراف الحرية في تنظيم عملية التحكيم، فنحن نقول إن لكل قاعدة استثناء، بل و قيود تحد من إطلاق هذه الحرية.

فسواء كانت القيود كلاسيكية تتعلق بالنظام العام و الآداب العامة و قوانين البوليس التابعة للدولة التي سيطبق القرار التحكيمي على أراضيها، أو تعلق الأمر بقيود خاصة بنظام التحكيم خاصة في مجال تدخل القاضي في مراحل التحكيم، كجهة مساعدة أو مرافقة له، أو في حال خلو اتفاق التحكيم من أي ظوابط أو قرائن علي القانون الواجب التطبيق أو غيرها ؛ و بناء على ما تقدم نطرح تساؤلنا:

- ما مدى استقلالية المحكم في التحكيم التجاري الدولي ؟

- وما هي مظاهر و حدود استقلالية المحكم الدولي ؟

- وهل يجد المحكم الدولي سنداً لحرية واستقلالته في تنظيم العملية التحكيمية في كل من القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية ؟

## - المنهج العلمي المتبع في الدراسة:

إن دراسة موضوع مدى استقلالية المحكم في التحكيم التجاري الدولي يستلزم توظيف المنهج الوصفي والتحليلي، الذي يقوم على التحليل وربط الأسباب بالنتائج، والاستعانة ببعض المناهج الأخرى كالمنهج المقارن للمقارنة بين الأنظمة القانونية المختلفة، حيث تساعد هذه المقارنة في معرفة مزايا القوانين محل المقارنة.

## - خطة الدراسة:

على ضوء ما تقدم إرتأيت أن أقوم بتقسيم هذه الدراسة إلى فصلين رئيسيين وخاتمة، أما الفصل الأول من هذه الدراسة فقد تم تخصيصه لدراسة استقلالية المحكم في الإجراءات التحكيمية، أما الفصل الثاني فنخصه لدراسة استقلالية المحكم في تسوية موضوع النزاع و في خاتمة دراستنا سنستعرض أهم ما توصلنا إليه من نتائج وتوصيات من خلال مراحل هذه الدراسة.

## الفصل الأول

### استقلالية المحكم في الإجراءات التحكيمية الدولية

إن السمة المميزة لنظام التحكيم هي طبيعته الاتفاقية، حيث نجد أن لأطراف النزاع الحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، عبر اتفاق سابق، هو ما نسميه شرط التحكيم أو باتفاق لاحق نسميه اتفاق تحكيم، كما يمكنهم القانون من حرية تحديد المحكم الذي يفصل في النزاع، كما لهم أن يتنازلوا عن كل هذا لصالح مركز تحكيم معين بياشر الأمر، أو لصالح محكم مختار ينوب عنهم في ذلك، و هذا ما هو حاصل في الوقت الراهن.

نجد أن للمحكم دورا في تحديد إجراءات التحكيم و تنظيمها، بل إن القول بهذا فقط هو خطأ، إذ أن المحكم هو وحده من له سلطة تطبيق هذه الإجراءات سواء أكان وضعها أم قدمت له من الأطراف، أو من مركز من مراكز التحكيم و إذا كانت القاعدة العامة لفكرة التحكيم قائمة على أن للإرادة المشتركة للأطراف الحرية في تنظيم إجراءات التحكيم، إلا أنه هناك قيود ما يحد من إطلاق هذه الحرية.

فسواء كانت القيود كلاسيكية تتعلق بالنظام العام و الآداب العامة و قوانين البوليس التابعة للدولة التي سيطبق القرار التحكيمي على أراضيها، أو تعلق الأمر بقيود خاصة بنظام التحكيم خاصة في مجال تدخل القاضي في مراحل التحكيم، كجهة مساعدة أو مرافقة له، إما في مرحلة إجراءات التحكيم أو أثناء تنفيذ القرار التحكيم؛ و بناء على ما تقدم نطرح تساؤلنا:

- ما مدى استقلالية المحكم في الإجراءات التحكيمية؟

و بصورة أخرى إن علمنا أن سلطة المحكم في تحديد الإجراءات التحكيمية و تنظيمها يرد عليها من القيود و الحدود التي توضع له سواء من الأطراف أو من قانون دولة مقر التحكيم، أو من نظام التحكيم نفسه، فما هي حدود سلطة المحكم في مواجهة كل هذه القيود؟

و للإجابة عن هذه التساؤلات قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، ندرس في المبحث الأول مدى استقلالية المحكم في مواجهة قانون دولة المقر، أما في المبحث الثاني فندرس امتداد السلطات الإجرائية للمحكم الدولي.

## المبحث الأول

### مدى استقلالية المحكم في مواجهة قانون دولة المقر

إن تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات ليس بالأمر الهين كما يبدو لأول وهلة، فقد تعددت الطرق إلى كيفية تحديد هذا القانون. ومن أبرز هذه الطرق نجد أنصار قانون دولة مقر التحكيم الذين يقدمون هذا الرأي، كقانون أولى بالتطبيق على إجراءات التحكيم حال غياب الإرادة الصريحة للأطراف. غير أنه يبقى للمحكم دور بارز في مجال تحديد القانون واجب التطبيق، فله أن يدخل بعدة صفات و ذلك حسب تعبير الأطراف عن إرادتهم إن كانت صريحة أو ضمنية، و حتى في حال سكوتهم التام عن تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات.

ولدراسة هذا المبحث قمنا بتقسيمه إلى مطلبين: نعالج في المطلب الأول القانون المطبق على الإجراءات و قانون دولة مقر التحكيم، أما المطلب الثاني فنخصصه للتأكيد على استقلالية المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات.

## المطلب الأول

### القانون المطبق على الإجراءات و قانون دولة المقر

من الملاحظ أن الإجراءات التي يمر بها التحكيم على درجة من كبيرة من الأهمية، إذ أن تيسير الإجراءات أو إعاقته يسهم إلى حد كبير في تحديد مستقبل التحكيم في العلاقات الدولية، كما أن عدم صحة الإجراءات التي يمر بها التحكيم عادة ما تكون سببا لرفض تنفيذ حكم التحكيم، و هو ما يفقد التحكيم قيمته و أهميته.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - أشرف عبد العليم الرفاعي . النظام العام و القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ط، 2003، ص 2.

لدراسة هذا المطلب ارتأينا تقسيمه إلى ثلاثة فروع، فالفرع الأول خصصناه لدراسة الدعائم النظرية لاختصاص قانون دولة المقر، أما الفرع الثاني فخصصناه لدراسة قضاء التحكيم و الاتفاقيات الدولية المتنبية لتطبيق قانون دولة المقر، أما الفرع الثالث فسنعالج فيه مآل قانون دولة المقر.

## الفرع الأول

### الدعائم النظرية لاختصاص قانون دولة المقر

سوف نتعرض في هذا الفرع إلى سرد بعض النظريات التي ينادي أصحابها بألوية قانون دولة مقر التحكيم بالتطبيق على الإجراءات التحكيمية واختصاصه بذلك.

**أولاً - النظرية الموضوعية :** أساس إرادة الأطراف لا تقوم في حقيقة الأمر باختيار قانون معين لحكم العقد، بل كل ما تقوم به هو تركيز هذه العلاقة في مكان معين ، و الإرادة و إن كانت عنصراً رئيساً في عملية التركيز إلا أنها ليست العنصر الحاسم في الموضوع، و من هنا يقول العميد " باتيفول " : " يجب أن نتكلم عن قانون الإرادة، و نتجنب العبارة المطلقة بمبدأ سلطان الإرادة ".<sup>1</sup>

فالعميد " باتيفول " لا يلغي إرادة الأطراف بل يسلم بها، و إنما في صيغة جديدة و هي أن إرادة الأطراف لا تحسم أمر القانون واجب التطبيق على الإجراءات و تحدده، و لكن دورها يقتصر على تركيز العقد فقط ( و هو ما نسميه بالتركيز الموضوعي للعقد )، بمعنى أن إرادة الأطراف تقوم بتحديد مقر العقد فقط.<sup>2</sup>

إن النظرية الموضوعية تقوم على تركيز العقد إذ ليس لدى الأطراف إلا أن يقوموا بتركيز العقد و ذلك باختيار مقر التحكيم، و مع هذا الاختيار سيتحدد تلقائياً أنهم ارتضوا إخضاع عقدهم لقانون ذلك البلد أي مقر التحكيم، كما أن لدى أنصار هذه النظرية العديد من الحجج لتغليب قانون دولة المقر كقانون أولى بالتطبيق على الإجراءات التحكيمية، و يستند أنصار هذه النظرية إلى أن اختيار الأطراف لدولة معينة كمقر للتحكيم إنما يعد رغبة منهم في تطبيق القانون الإجرائي لهذا البلد على الخصومة

<sup>1</sup> - الموهاب فيروز ، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي طبقاً للقانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2009 ، ص 103.

<sup>2</sup> - منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي في ضوء الفقه و قضاء التحكيم، منشأة المعارف الإسكندرية، دط، 1999، ص ص 182-183.

التحكيمية القائمة، فأطراف العلاقة العقدية ليس بمقدورهم تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات الخصومة، فليس لهم سوى القيام بتركيز العقد الدولي المبرم في الدولة المستضيفة للخصومة التحكيمية، و هو ما سيضمن حسب رأي أنصار هذه النظرية نفاذ الحكم التحكيمي، و فاعليته في إحداث أثره، و عدم تعرضه للطعن بالبطلان في حال طبق قانون غير قانون مقر التحكيم.

كما يرى أنصار هذه النظرية أن الأخذ بقانون دولة المقر كقانون يطبق على الإجراءات التحكيمية لا يتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة، فحسب قولهم فإن الأطراف قد احترمت إرادتهم فعلا عند تحديدهم لمقر التحكيم و لا يبقى على المحكم سوى تحقيق رغبة الأطراف، ألا و هي تطبيق قانون دولة المقر و هو ما اتفق الأطراف عليه أصلا.

كما يقدم أنصار النظرية الموضوعية قولاً مضمونه " إن فكرة التركيز الموضوعي للعقد الدولي تعد وسيلة ناجعة لضمان وحدة القانون المطبق على الخصومة التحكيمية "، و بذلك تنتفي حالة تفتيت العلاقة العقدية على أكثر من قانون، و هو أمر يؤدي في نهاية المطاف إلى توقيع نتائج غير متناسقة.<sup>1</sup>

كما أنه بالبحث في مضمون هذه النظرية نجد أن الأخذ بها - و بالتالي بقانون دولة المقر كقانون أولى بالتطبيق على الإجراءات التحكيمية- هو أمر يسهل من عمل المحكم الدولي، و يعفيه من مهمة البحث عن القانون الأنسب، و هو ما يوفر الجهد و الوقت، و يسرع في الفصل في الخصومة، و هذا ما يريه الأطراف و ما يميز التحكيم أساساً، و فوق كل هذا أن الأخذ بالنظرية الموضوعية ليس سوى تطبيقاً لإرادة الأطراف في قانون دولة مقر التحكيم.

و هناك أيضاً من يدعم هذه النظرية بقوله "... جوهر المشكلة لا يكمن في الركض وراء إرادة الخصوم بقدر ما يكمن في اختيار القانون الأنسب موضوعياً ليحكم المسائل الإجرائية، و أنسب القوانين في هذه الخصومة هو قانون مقر التحكيم..."<sup>2</sup>، هذا ما تضمنته النظرية الموضوعية التي ينادي أنصارها بأولية و اختصاص قانون دولة المقر بالتطبيق كما أسلفنا، وقد أوردنا أهم حججهم الداعمة

<sup>1</sup> - الموهاب فيروز، المرجع السابق، ص 107.

<sup>2</sup> - صبري أحمد محسن الذيابات، إجراءات التحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، ص

لفكرة التركيز الموضوعي، لنأتي بعد ذلك إلى الحديث عن نظرية أخرى نادى كذلك بأولوية و اختصاص قانون دولة المقر بالتطبيق على الإجراءات التحكيمية أ ل و هي نظرية المؤشرات.

**ثانيا - نظرية المؤشرات:** يرى أصحاب هذه النظرية أن قانون دولة المقر هو الأصلح للتطبيق على المنازعات التحكيمية و يعد الأستاذ سوسر هول " **G-Sausser Hall** " من أنصار هذه النظرية في الفقه الحديث و يغلب أنصار هذه النظرية الطبيعة القضائية لنظام التحكيم، إذ يرون أن هذه الطبيعة القضائية تتحدد من الاستقلال المطلق أو الكامل لإرادة الخصوم بالنسبة لإجراءات سير المنازعة، و ترجح الكفة لصالح سريان قانون مقر التحكيم<sup>1</sup> . كما يرى الفقيه سوسر " **Sausser** " أنه : "إذا وقع اختيار أطراف النزاع على قانون وطني ليحكم النزاع فذلك يجبرهم بالضرورة إلى اختيار دولة هذا القانون مكانا لإجراء التحكيم، و بالتالي سريان قانون هذه الدولة على إجراءات التحكيم، حتى يكون هذا التحكيم بمجمله خاضعا لقانون واحد."<sup>2</sup>

أما إذا نصب اختيار الأطراف على مقر التحكيم فقط، فمعنى ذلك بالضرورة اختصاص قانون دولة المقر بالتطبيق على إجراءات المنازعة التحكيمية<sup>3</sup>، فمضمون نظرية المؤشرات، و كما يرى أنصارها أن لنظام التحكيم طبيعة قضائية، و ذلك كأن سندهم فيما ذهبوا إليه من أولوية و اختصاص قانون دولة المقر في التطبيق على الإجراءات التحكيمية، فالطبيعة القضائية لنظام التحكيم في رأيهم من شأنها الحد من سلطان الإرادة ذلك أن النظام القضائي لا يسمح للأفراد بالتدخل في شأن القانون المطبق.

إن هذا ما قصده الأستاذ سوسر " **Sausser** " بإضافته الصبغة القضائية على التحكيم. و عليه نرى أن أنصار نظرية المؤشرات مثلما هو الشأن لدى أنصار النظرية الموضوعية، حصروا إرادة الأطراف في تحديد مقر التحكيم لا غير، و بذلك تتضح إرادة الأطراف بإخضاع عقدهم لقانون هذه الدولة.

<sup>1</sup> - صبري أحمد محسن الذيابات، المرجع السابق، ص 52.

<sup>2</sup> - أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، د ط، 1981، ص 96.

<sup>3</sup> - صبري أحمد محسن الذيابات، المرجع السابق، ص 52.

و حجة أنصار نظرية المؤشرات نحصرها في الصبغة القضائية لنظام التحكيم التي أضفاها أنصار النظرية و بعد اختيار الأطراف لدولة مقر التحكيم فهنا تنتهي حريتهم عند بداية حرية القانون الوطني.

## الفرع الثاني

### قضاء التحكيم و الاتفاقيات الدولية المتبينة لتطبيق قانون دولة المقر

سنحاول في هذا الفرع البحث عن السوابق التحكيمية و الاتفاقيات الدولية التي تبنت تطبيق قانون دولة المقر كقانون يعود إليه الاختصاص بالتطبيق على الإجراءات التحكيمية.

#### أولا - قضاء التحكيم :

**1- قضية الحكومة الليبية و شركة British Petroleum البريطانية:** تتعلق وقائع النزاع في هذه القضية بعقد استغلال البترول منحتة ليبيا في 7 ديسمبر 1957 لمدة 50 سنة لمواطن أمريكي ، وبعد قيام الثورة في ليبيا سنة 1969 وإتباع سياسة التأميمات بها ، تم تأميم تلك الشركة في 7 ديسمبر 1971 وهو ما أدى إلى قيام نزاع بين الحكومة الليبية والشركة وتم تعيين المحكم lagergren لحل هذا النزاع والاستعانة برئيس محكمة العدل الدولية ، وبتاريخ 10 أكتوبر 1973 أصدر المحكم lagergren حكمه ، حيث انتهى فيه إلى أن القانون واجب التطبيق على الإجراءات هو القانون الدانمركي، باعتباره قانون دولة مقر التحكيم، كما أشار في حكمه إلى أنه لا مفر من الرجوع إلى نظام قانون داخلي، و قرر أنه بتطبيق القانون الدانمركي يحقق ميزة تنفيذ حكم التحكيم الصادر في النزاع.<sup>1</sup>

**2- قضية تحكيم ليبيا لسنة 28 أكتوبر 1997:** في هذه القضية صدر الحكم ضد ليبيا فطعننت الحكومة الليبية في القرار أمام محكمة استئناف باريس و كان مقر التحكيم في سويسرا (جينيف)، و صدر الحكم في تلك الدولة، لذلك لم تقبل محكمة استئناف باريس هذا الطعن بحكمها الصادر بتاريخ 28 أكتوبر 1997 و قضت بأنه " لا يكون الطعن بالبطلان مقبولا أمام السلطة القضائية الفرنسية بصدد حكم صدر في الخارج في مواده الدولية، و رغم سوء صياغة شرط التحكيم، إذ تقول تحكيم غرفة

<sup>1</sup> - أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 8.

التجارة الدولية لجنيف، فإنه لا يمكن تفسيره إلا على أنه يعني اختيار غرفة التجارة الدولية في باريس، على أن يكون مقر التحكيم في جنيف ومقر التحكيم فكرة قانونية بحتة تستتبع نتائج هامة وبصفة خاصة اختصاص الجهات القضائية للدولة بنظر الطعن بالبطلان وليست فكرة مادية تعتمد على مكان اجتماع محكمة التحكيم أو مكان توقيع الحكم".<sup>1</sup>

**3- قضية مسترس و شركة جنوب إفريقيا رقم 5460 لسنة 1987:** في أوت 1979 أبرم مواطن نمساوي (مسترس) عقد امتياز مع شركة من جنوب إفريقيا يتعلق بصناعة معدات معينة بواسطة شركة من جنوب إفريقيا حسب تصميم مسترس ودفعت شركة جنوب إفريقيا أتاواة معينة على العقد وفقا للمادة العاشرة الفقرة الرابعة من العقد، وكان الطرفان قد نصا على شرط التحكيم في أحد بنود العقد أمام محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس ، وحين فشلت شركة جنوب إفريقيا من دفع الحد الأدنى من الأتاواة المقررة وفقا لنصوص العقد رفع مسترس في 25 يناير 1983 دعوي أمام المحكمة العليا بجنوب إفريقيا مطالبا الشركة بدفع مبلغ 228.000 راند جنوب إفريقي مع فائدة بسعر 11 بالمائة وقد دفعت الشركة بتاريخ 11 أكتوبر 1983 بأن العقد ينص على شرط التحكيم وهي متمسكة به وأن الدعوى متعلقة بالنزاعات التي يغطيها التحكيم وعليه فإن الشركة طلبت وقف سير الدعوى و مباشرة إجراءات التحكيم ، وفي 12 نوفمبر بدأ مسترس إجراءات التحكيم أمام غرفة التجارة الدولية بباريس وقد حددت الغرفة أن مكان التحكيم في لندن وعينت محكم فرد هو "بول سيجهارت " من المملكة المتحدة لكن بعد هذا لم يتفق الأطراف على القانون واجب التطبيق، مما حدا بالمحكم نحو البحث في المسألة، حيث ذكر أن مقر التحكيم هو لندن، و انتهى المحكم الإنجليزي " بول سيجهارت " إلى تطبيق القانون الإنجليزي و ذكر انه بشأن القانون الواجب التطبيق يتعين أن تطبق القواعد المتصلة بالقانون الدولي الخاص في بريطانيا وعليه فإنه بموجب نظام تنازع القوانين في بريطانيا فإن القانون الذي يحكم النزاع هو القانون الأنسب للعقد....وفي الأخير عاد المحكم إلى القول أن " وبموجب قواعد القانون الدولي الخاص ببريطانيا فإن القانون الأجنبي مسألة حقيقية يتعين على الخبير إثباتها ، وان إخفاقي في إثبات العكس يجبرني في القانون الدولي الخاص البريطاني على افتراض أن أي قانون أجنبي هو مثل القانون

---

<sup>1</sup> - صبري أحمد محسن الذيابات، المرجع السابق، ص 51.

البريطاني المحلي وحيث أنه لم يزودني أي من الطرفين بأي دليل عن القانون الموضوعي الجنوب إفريقي للعقد فأنا ملزم بتطبيق القانون الإنجليزي " وانتهى المحكم إلى تطبيق القانون الانجليزي.<sup>1</sup>

**ثانيا - الاتفاقيات الدولية المتبينة تطبيق قانون دولة المقر:** إن الاتفاقيات الدولية التي تبنت قانون دولة مقر التحكيم عديدة، لكن هذه الاتفاقيات تجمع كلها على احترام مبدأ التدرج في الاختصاص أو الأولوية في التطبيق إلا أننا وجدنا اتفاقية واحدة غلبت قانون دولة مقر التحكيم و منحته الاختصاص بالتطبيق على الإجراءات التحكيمية بالدرجة الأولى و هي اتفاقية" نيوشاتيل"، و سنورد في هذا المجال بعض الاتفاقيات التي تبنت قانون دولة المقر كمؤشر يستند عليه المحكم لتحديد القانون واجب التطبيق.

**1- بروتوكول جنيف 24 سبتمبر 1923:** حيث تنص المادة 02 من هذا البروتوكول على أن إجراءات التحكيم ، بما فيها تشكيل محكمة التحكيم تنظمها إرادة الأطراف ، و قانون الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم<sup>2</sup>؛ غير أن ما نلاحظه في هذا النص أنه يضع قانون الإرادة و قانون دولة مقر التحكيم في درجة واحدة فهو اعتمد في صياغة هذه المادة على أداة الربط " و"، و نفهم من هذا أن للمحكم هنا أن يطبق قانون دولة المقر اعتمادا على هذه المادة دون حرج أو شك ، كما له أن يطبق قانون إرادة الأطراف تماما، غير أن هذه المادة أثارت العديد من التساؤلات و تعرضت لكثير من التأويل فهناك من فسرها على أنها تثبت أولوية قانون الإرادة بالتطبيق، و يبقى لقانون دولة المقر دور احتياطي مكمل فقط ذو أولوية، في حال سكوت الأطراف عن تحديد القانون واجب التطبيق.

غير أن هناك فريق آخر يقول بالمساواة بين كل من قانون الإرادة و قانون دولة مقر التحكيم، و بالتالي التساوي بين القانونين.

**2- اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف و تنفيذ قرارات المحكمين الأجنبية 1958:** حيث تنص المادة 05 ( الفقرة 1/ د ) على جواز رفض قرار التحكيم إذا ثبت أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم جاء مخالفا لما اتفق عليه الأطراف، أو لقانون الدولة التي تم فيها التحكيم في حال عدم الاتفاق<sup>3</sup>. إن ما

<sup>1</sup> - عمران على السائح، التحكيم و القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2006، ص293.

<sup>2</sup> - أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 5.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 5.

جاءت به اتفاقية نيويورك هو تكريس لدور كل من إرادة الأطراف و قانون دولة مقر التحكيم في تحديد الإجراءات التحكيمية، فنص المادة الخامسة من الاتفاقية أجاز رفض الاتفاق التحكيمي في حال صدوره مخالفا لكل من قانون الإرادة و قانون دولة المقر، في حال سكوت الأطراف عن تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات و بهذا فاتفاقية نيويورك قد تبين قانون دولة مقر التحكيم كقانون يختص بالتطبيق على الإجراءات التحكيمية في حال عدم اتفاق الأطراف على ذلك

بعد استعراضنا لدور قانون دولة المقر في تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات التحكيمية و مدى اختصاصه و أولويته بالتطبيق في كل من الاتفاقيات الدولية و النظريات الداعمة لذلك، نكون قد حددنا تلقائيا موقع هذا القانون و دوره في الخصومة التحكيمية، و بهذا نأتي إلى تحديد مآل هذا القانون و مدى إعماله كقانون واجب التطبيق على الإجراءات التحكيمية، و هذا ما نعالجه في الفرع التالي .

### الفرع الثالث

#### مآل قانون دولة المقر

بعد أن قمنا بسرد النظريات التي تبنت قانون دولة المقر، نأتي في هذا الفرع لدراسة مصير هذا القانون أو بالأحرى لتحديد دوره ومدى اختصاصه بالتطبيق على الإجراءات التحكيمية. هذا ما سوف نعالجه على ضوء كلا من قضاء التحكيم و الاتفاقيات الدولية.

**أولا - فيما يخص قضاء التحكيم :** إن ما لمسناه أثناء عرضنا لبعض القضايا التحكيمية التي طبق فيها قانون دولة المقر كقانون يحكم الإجراءات التحكيمية إنما كان السبب هو سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، و لقد كان هذا واضحا و صريحا، و نورد لذلك بعض الأمثلة :

**1- قضية مسترس و شركة جنوب إفريقيا رقم 5460 لسنة 1987:** في هذه القضية والتي سبق الإشارة إليها انتهى المحكم الإنجليزي " بول سجهارت " إلى تطبيق القانون الإنجليزي معلا حكمه بالقول أنه " وبموجب قواعد القانون الدولي الخاص ببريطانيا فان القانون الأجنبي مسألة حقيقية يتعين على الخبير إثباتها ، وان إخفاقي في إثبات العكس يجبرني في القانون الدولي الخاص البريطاني على

افتراض أن أي قانون أجنبي هو مثل القانون البريطاني المحلي وحيث أنه لم يزودني أي من الطرفين بأي دليل عن القانون الموضوعي الجنوب إفريقي للعقد فأنا ملزم إلى تطبيق القانون الإنجليزي " وانتهى المحكم إلى تطبيق القانون الانجليزي<sup>1</sup> .

**2- قضية الحكومة الليبية و شركة British Petroleum البريطانية:** في 10 أكتوبر 1973 أصدر المحكم lagergren حكمه في القضية -التي سبق الإشارة إليها- ، حيث انتهى فيه إلى "أن القانون واجب التطبيق على الإجراءات هو القانون الدانمركي، باعتباره قانون دولة مقر التحكيم، كما أشار في حكمه إلى أنه لا مفر من الرجوع إلى نظام قانون داخلي"<sup>2</sup> ، وذلك مرده إلى غياب الإرادة الصريحة للأطراف المتعاقدة في تحديد القانون الواجب التطبيق.

في هذه القضايا والتي سبق تفصيلها ، وجدنا أن المحكم يلجأ إلى إعمال قانون دولة المقر وذلك لغياب إرادة الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق ، فغالبية الفقهاء تجعل من قانون دولة المقر قانون الإرادة الضمنية، و بهذا فقد أنزلوه درجة القانون الاحتياطي حال بروز الإرادة الصريحة، و قيام الأفراد بتحديد القانون واجب التطبيق، و هذا يأتي مطابقا لما وصلنا إليه في مجال النظريات الداعمة لقانون دولة المقر؛ إذ نجد أن لقانون دولة المقر دورا احتياطيا لا يؤخذ به إلا في حال غياب إرادة الأطراف، و هو مآل قانون دولة المقر أي دوره الاحتياطي و ربما التكميلي كذلك.

**ثانيا: فيما يخص الاتفاقيات الدولية:** إن مآل قانون دولة المقر يتضح بشدة في بنود الاتفاقيات الدولية التي حددت درجة هذا القانون و مرتبته التي يحتلها في تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات التحكيمية.

**1- بروتوكول جنيف 24 سبتمبر 1923:** تنص المادة 02 من هذا البروتوكول على أن إجراءات التحكيم بما فيها تشكيل محكمة التحكيم تنظمها إرادة الأطراف، و قانون الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم<sup>3</sup> . لقد اختلف الفقهاء في تفسير هذا النص فمنهم من اعتبر هذا النص قاعدة استناد

<sup>1</sup> - عمران على السائح، المرجع السابق، ص293.

<sup>2</sup> - أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 8.

<sup>3</sup> - بروتوكول جنيف المؤرخ في 24 سبتمبر 1923.

شارعه بمعنى أن الإرادة ينحصر سلطانها ضمن النطاق الذي تسمح به القوانين الإقليمية، في حين ذهب أغلب الفقهاء للقول إن هذا النص يعني سلطان إرادة الأطراف، و أن قانون مكان انعقاد التحكيم لا يطبق إلا بشكل احتياطي<sup>1</sup>، و هناك أيضا من يضع قانون الإرادة و قانون دولة المقر على حد سواء، و ذلك حسبهم واضح من صياغة النص، فهذه المادة لا تفاضل بين قانون الإرادة و قانون محل التحكيم ، عن قضية **Alsing**، و التي صدر فيها حكم في 22 ديسمبر 1954 ، إلا أن المحكم قد استبعد بعض النصوص في قانون الإجراءات المدنية لإقليم " **Vaud** " السويسري و ذلك لاتفاق الأطراف على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بوضوح تام، أي أن المحكمة وضعت قانون الإرادة في المقام الأول، و قانون مقر التحكيم في المقام الثاني (أي بصفة مكملة)<sup>2</sup>.

**2- اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958:** حيث تنص المادة الخامسة منها في الفقرة 1 د على جواز رفض قرارات التحكيم إذا ثبت أن تشكيل المحكمة أو إجراءات التحكيم جاء مخالفا لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون الدولة التي تم فيها التحكيم في حالة عدم الاتفاق<sup>3</sup>. إن هذه الاتفاقية لم تدع مجالا للتأويل أو التفسير كغيرها، بل جاءت واضحة و صريحة، فكرست مبدأ سلطان الإرادة في المقام الأول كقانون يعنى بالتطبيق على الإجراءات التحكيمية، و ذو الاختصاص في ذلك، أما عن قانون دولة المقر فكرس كذلك دوره الاحتياطي، بالرجوع إليه في حال لم يتفق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق.

من خلال ما تقدم، نخلص إلى أن قانون دولة المقر لا يجد له مجالا للتطبيق على الإجراءات التحكيمية إلا في حالتين، أولا هما: كقانون احتياطي و ذلك في حال سكوت الأطراف و عدم اتفاقهم في تحديد القانون واجب التطبيق ، و ثانيهما: كقانون تكميلي و ذلك في حال وجد نقص أو ثغرات في القانون الذي حدده الأطراف و لم يعمد إلى سدها و إعمالها، وفي هذين المجالين فقط وجدنا لقانون دولة المقر محله من التطبيق على الإجراءات التحكيمية.

<sup>1</sup> - كراش ليلي، مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2002، ص 58.

<sup>2</sup> - صبري أحمد محسن الذبابات، المرجع السابق، ص 54.

<sup>3</sup> - اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958.

## المطلب الثاني

### التأكيد على استقلالية المحكم في اختيار القانون الإجرائي

في هذا المطلب سندرس دور المحكم في تحديد القانون الإجرائي المطبق على الخصومة التحكيمية، ولقد ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين اثنين، حيث ندرس في الفرع الأول استقلالية المحكم في اختيار القانون الإجرائي، و التأكيد على ذلك من خلال القانون الاتفاقي و التطبيقات التحكيمية و القوانين الوطنية ، أما في الفرع الثاني فسنطرق لحدود استقلالية المحكم في اختيار القانون الإجرائي و نعالج في هذا الفرع العوارض التي تحد من استقلالية المحكم و نركز هنا على النظام العام الإجرائي في كل من التطبيقات التحكيمية و القوانين الوطنية التي رسمت حدودا للمحكم لا يمكنه تجاوزها، كما سندرس مسألة الرقابة على أحكام التحكيم و دورها في الحد من استقلالية المحكم في البلدان التي تكون فيها أحكام المحكمين محل مراقبة.

## الفرع الأول

### استقلالية المحكم في اختيار القانون الإجرائي

#### أولا - في القوانين الداخلية :

**1 - القانون الجزائري :** كرس المشرع الجزائري استقلالية المحكم في اختيار القانون الإجرائي الذي يطبق على الخصومة التحكيمية، و جاء ذلك في القانون رقم 09/08 ، المؤرخ في 23 فبراير 2008، و المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، وقد جاء في المادة 1043 تحت فرع الخصومة التحكيمية ما يلي : " يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا إلى نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم؛ إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم ".<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - قانون 08-09 المؤرخ في 23 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري ، الجريدة الرسمية ، العدد 21.

لقد أعطى المشرع الجزائري للمحكم سلطة اختيار القانون الإجرائي ما لم يتفق الأطراف على ذلك في عقدهم، كما أن المشرع هنا لم يلزم المحكم بالتقيد بقاعدة إسناد بلد معين، أو الرجوع إلى نظام تحكيم، فالمشرع هنا منح المحكم الحرية الكاملة في التحديد المباشر للقانون الإجرائي، كما أتاح له الرجوع إلى قانون معين أو نظام تحكيم بغرض تحديد القانون الإجرائي و لكن على سبيل الخيار لا الإلزام، فنص المادة هنا صريح و واضح و يعطي المحكم سلطة واسعة في ذلك.

**2- القانون المصري:** أجاز القانون رقم 27 لسنة 1994، بإصدار قانون في شأن التحكيم في المواد المدنية و التجارية، و جاء في نص المادة 25: " لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها ، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم- مع مراعاة أحكام هذا القانون- أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة ".<sup>1</sup>

في نص هذه المادة، كرس المشرع المصري حق الأطراف في تفويض المحكم مهمة اختيار الإجراءات التحكيمية التي تراها مناسبة، و بذلك منح المحكم سلطة تحديد القانون الإجرائي دون قيود على حريته في الاختيار، فالمشرع لم يلزم المحكم بأكثر من أن يناسب القانون الإجرائي الخصومة التي يكون الأطراف بصددتها مراعاة لمصالحهم، و في هذا تأكيد على استقلالية المحكم في تحديد الإجراءات التحكيمية.

**3- القانون الفرنسي :** جاء في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في الفصل الثالث بعنوان " إجراءات التحكيم " المادة 1464 المعدلة بالمرسوم رقم 48- 2011 بتاريخ 13 جانفي 2011 ، حيث نصت المادة 1464 في الفقرة الأولى على أن " تحدد هيئة التحكيم إجراءات التحكيم دون الحاجة لإتباع القواعد الموضوعة لمحاكم الدولة، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك ".<sup>2</sup>

في نص هذه المادة تتضح إرادة المشرع الفرنسي في تحويل المحكم سلطة واسعة في تحديد الإجراءات التحكيمية المتبعة لسير الخصومة التحكيمية، فالمشرع الفرنسي أعفى المحكم صراحة من

---

1- قانون التحكيم المصري، رقم 27 لسنة 1994، المتعلق بإصدار قانون في شأن التحكيم في المواد المدنية و التجارية رقم 27.

2- قانون الإجراءات المدنية الفرنسي 1981، المعدل بالمرسوم رقم 48- 2011 بتاريخ 13 جانفي 2011 .

ضرورة إسناد القانون الإجرائي لنظام التحكيم إلى القانون الإجرائي الوطني الذي تتبعه المحاكم الوطنية، أو محاكم الدولة كما أنه يضع للمحكم بدائل يلزمه الأخذ بها، كما هو الحال مثلا في القانون الانجليزي وغيره من التشريعات ، التي وجدنا فيها أن سكوت الأطراف عن تحديد القانون الإجرائي لا يعني منح المحكم سلطة تحديد ذلك القانون كيفما رآه مناسبا، بل وضعت له في هذه التشريعات خيارات محددة على سبيل الحصر، و هو ما لا يدع مجالا للمحكم غير التقيد بواحد من هذه البدائل، و هذا ما لم يسر عليه المشرع الفرنسي، بل نجد أنه وسع من سلطة المحكم في تحديد الإجراءات التحكيمية، بل و أعفاه من واحد من أهم القيود و هي النظام الإجرائي لمحاكم الدولة و ضرورة إتباعه.

**4- القانون السويسري :** قانون الإجراءات المدنية السويسري الكتاب الخامس من الباب الثالث ، بعنوان: إجراءات التحكيم/ المادة 371 /الفقرة 02 : " إذا لم ينظم الأطراف الإجراءات التحكيمية فهذه الأخيرة ستحدد من قبل محكمة التحكيم ".<sup>1</sup>

المنهج نفسه اتبعه القانون السويسري، إذ خول لمحكمة التحكيم سلطة تحديد الإجراءات التحكيمية بعيدا عن كل قيد أو حدود، فالمشرع السويسري كرس استقلالية المحكم في تحديد القانون الإجرائي و لم يلزمه بإحالة الأمر إلى قانون معين، أو الاعتماد على نظام إسناد معين، بل إنه لم يشترط سوى في حالة عزوف الأطراف عن تحديد الإجراءات التحكيمية، و عليه تنكسر و تتأكد استقلالية المحكم في اختيار القانون الإجرائي المناسب للخصومة التحكيمية في التشريع السويسري.

**5 - القانون الهولندي :** جاء في قانون الإجراءات المدنية لتاريخ 1 ديسمبر 1986 في الكتاب الرابع الموسوم بـ " التحكيم " ، في الباب الثاني المعنون بـ " إجراءات التحكيم "، في المادة 1036 التي تحمل اسم " تحديد الإجراءات التحكيمية "، على أنه " (تخضع لأحكام هذا الباب)، يجب أن تسري إجراءات التحكيم على النحو الذي اتفق عليه الطرفان، و في غياب ذلك تكون على النحو الذي تحدده هيئة التحكيم"<sup>2</sup>، في نص هذه المادة نجد أن المشرع الهولندي أكد على ضرورة احترام إرادة الأطراف ، بإخضاع عقدهم للقانون الإجرائي الذي يرتضونه، كما كرس و أكد مرة أخرى على أن الأمر يعود مباشرة إلى هيئة التحكيم حال غياب اتفاق الأطراف فيما يخص تحديد الإجراءات التحكيمية ، فبعكس

<sup>1</sup>- قانون الإجراءات المدنية السويسري 2006.

<sup>2</sup>- قانون الإجراءات المدنية الهولندي 1986.

بعض التشريعات التي اعتمدت مبدأ التدرج -أي إن دور المحكم يأتي آخرًا - فهناك مثلًا من أحال الأمر حال غياب الأطراف- و بدرجة ثانية - إلى نظام أحد مراكز التحكيم و في درجة ثالثة على حسب ما تراه هيئة التحكيم مناسبة ، على عكس ما نص عليه المشرع الهولندي الذي جعل قضية تحديد القانون الإجرائي في حال غياب إرادة الأطراف من اختصاص هيئة التحكيم.

و بذلك أعطى المشرع الهولندي للمحكم سلطة واسعة في هذا الخصوص، مؤكدا بهذا على استقلالية المحكم، إذ لم يحد من حريته بوجوب إعمال المحكم لقواعد إسناد معينة، أو الرجوع إلى نظام تحكيم محدد، بل ترك لهيئة التحكيم مهمة اختيار القانون الإجرائي بكل استقلالية و حرية.

إن استقلالية المحكم في اختيار القانون الإجرائي كرستها التشريعات الوطنية، فقد استعرضنا أكثر من قانون دولة بدءًا بالقانون الجزائري، المصري، مرورًا إلى القانون الفرنسي والقانونين السويسري و الهولندي، وقد أجمعت كل هذه التشريعات على اختصاص المحكم في اختيار القانون الإجرائي في حال لم يحدد الأطراف ذلك القانون كما أكدت على استقلاليته في مهمته و حريته الكاملة ، من ضرورة إعمال قاعدة إسناد معينة أو اللجوء إلى نظام تحكيم معين.

### ثانيا - قضاء التحكيم:

كثيرة هي القضايا التحكيمية التي أكدت على استقلالية المحكم في تحديد القانون الإجرائي، بل و من القضايا ما كان فيها للمحكم سلطات أوسع مما تضمنه اتفاق التحكيم الذي يعد مصدر سلطة المحكم، و نورد لهذا بعض أهم أحكام التحكيم :

**1 - قضية Norsolor ضد Pabalak Ticaret Limited Sirketi :** تتعلق وقائع هذه القضية بعقد وكالة بين الشركة الفرنسية Ugnor و التي أصبحت فيما بعد Norsolor الموكلة و الشركة التركية Pabalak ، و لأسباب خاصة رأت الشركة الفرنسية إنهاء معاملاتها مع الشركة التركية، فقامت هذه الأخيرة بالتقدم لهيئة التحكيم المنعقدة تحت رعاية نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية إعمالا لاتفاق الأطراف و حددت هيئة التحكيم مدينة فيينا كمكان لذلك التحكيم، و نظرا لعدم تحديد الأطراف للقانون واجب التطبيق على العقد فقد انتهت هيئة التحكيم في حكمها الصادر في 26 / 10 / 1979 إلى أنه نظرا لصعوبة اختيار قانون داخلي يكون بطبيعته ملزما بقدر كاف، فإن هيئة التحكيم ترى أنه من الملائم ، -أخذا في الاعتبار الطبيعة الدولية للعقد - أن تترك جانبا أي إشارة ملزمة في تشريع

معين سواء أكان التركي أم الفرنسي، و تطبق القانون التجاري الدولي<sup>1</sup>، في هذه القضية لم يحدد الأطراف القانون واجب التطبيق مما حدا بالمحكم إلى تولي هذه المهمة حيث لم يتم بتركيز العقد في أي دولة سواء دولة إبرام العقد ( فرنسا ) أم دولة التحكيم ( فيينا )، بل عمد إلى تطبيق ما رآه ملائماً للخصومة التحكيمية و القرار التحكيمي.

وجد في هذه القضية التحكيمية أن المحكم لم يستبعد القانون السعودي بل رأى به من النقص ما يستلزم تكملته بقواعد دولية متخصصة، كما أنه رأى ضرورة في الاستعانة بهذه القواعد لتفسير ما قد يكون مبهما في القانون السعودي، و لهذا فإن المحكم مارس مهمته هنا بكل استقلالية و حرية عن اتفاق التحكيم نفسه الذي أعطاه هذه المهمة أصلاً، فهذه القضية تبين لنا أن للمحكم سلطة تقديرية واسعة تتيح له تحديد ما يراه مناسباً للمنازعة التحكيمية، حتى و لو خالف إرادة الطرفين في تحديد القانون واجب التطبيق و هذا ما لمسناه في هذه القضية.

**2- قضية LIAMCO :** ثار نزاع بين شركة ليامكو و الحكومة الليبية بسبب قيام هذه الأخيرة بتأميم هذه الشركة البترولية في 11 فيفري 1947، و خلص المحكم " محمصاني " آنذاك إلى ضرورة إخضاع إجراءات التحكيم للقواعد التي تضمنها مشروع الأمم المتحدة، فالمحكم قرر الاستهداء بالمبادئ العامة للقانون الدولي في شأن إجراءات التحكيم.<sup>2</sup>

**3- قضية الحكومة الليبية وشركة Texaco over seas :** و انتهى المحكم " Dupuy " في هذه القضية إلى إصدار حكمه في 19 / 1 / 1997، فاستبعد المحكم تطبيق قانون دولة المقر بحجة أن الحصانة القانونية للدولة تستوجب عدم إخضاعها لقانون دولة أخرى، و أشار إلى أن نظام التحكيم هو ذلك الذي يقره القانون الدولي، و هو ما يستوجب الرجوع في شأن إجراءات التحكيم إلى قواعد القانون الدولي العام.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> - الموهاب فيروز، المرجع السابق، ص 192.

<sup>2</sup> - مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة، القاهرة، 2005، ص 131.

<sup>3</sup> - صبري أحمد محسن الذيابات، المرجع السابق، 67.

### ثالثاً - في القانون الاتفاقي

يستمد المحكم الدولي سلطته من اتفاق التحكيم ، فهو غير مقيد بقانون محلي و ليس له قانون اختصاص ، فمصدر سلطة المحكم هي إرادة الأطراف ، حيث قررت محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية أن: "المحكم الدولي لا يملك تحت تصرفه قانون اختصاص يستطيع على أساسه تطبيق قواعد تنازع القوانين".<sup>1</sup>

للأطراف أن يمدوا سلطة المحكم في تحديد القانون الإجرائي خاصة في غياب قانون اختصاص يقيده فللأطراف أن يفوضوا المحكم مهمة تحديد القانون الإجرائي، و هو ما يحدث في غالب الأمر فعدم إلمام الخصوم بالمسائل الإجرائية التحكيمية، و غياب الثقة في مرحلة الاتفاق، فيعتمد الأطراف إلى ترك مسألة تحديد القانون الإجرائي بأكملها للمحكم، كما لهم أن يتفقوا على بعض منها فقط، و يبقى للمحكم إتمام النقص في الإجراءات، و بهذا تختلف مهمة المحكم.

يستطيع المحكمون بحسب الأصل أن يحددوا الإجراءات الواجب إتباعها، أيا كان المصدر الذي تستقى منه هذه الإجراءات<sup>2</sup>، و قد يعهد الأطراف إلى المحكمين باختيار القانون الإجرائي الواجب التطبيق الذي يروونه ملائماً، أو تكملة نصوص هذا القانون الإجرائي، و هو ما يخول للمحكم سلطة واسعة في إدارة الإجراءات<sup>3</sup>.

تتضح سلطات المحكم الإجرائية و تزداد اتساعاً عندما يفوضه الأطراف في تحديد إجراءات التحكيم ،...، فقد يتعذر وضع التنظيم الإجرائي خاصة وأنه يتطلب درجة من التخصص والتأهيل، قد لا تتوافر لديهم فيتم الاتفاق على تفويض المحكم في وضع التنظيم الإجرائي ومثال ذلك ما جاء في اتفاق التحكيم الموقع بين الحكومة السعودية و الشركة الأمريكية للنفط ( أرامكو )، حيث نص الاتفاق

<sup>1</sup> - الموهاب فيروز ، المرجع السابق، ص 83.

<sup>2</sup> - منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 159.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 160.

الموقع بينهما في: 23 / 02 / 1955 في المادة السادسة منه على أن "هيئة التحكيم تقرر قواعد الإجراءات التي تتبعها".<sup>1</sup>

كثيرة هي الاتفاقيات و المعاهدات الخاصة بالتحكيم التي خولت للمحكم سلطة تحديد القانون الإجرائي، بل و هناك من المعاهدات من وسعت في صلاحيات المحكم و من حدود سلطاته ، كما منحت للأطراف حرية تفويض المحكم أمر البحث عن القانون الإجرائي الذي يحكم الخصومة فبإمكان الأطراف أن يعقدوا اتفاقهم دونما تحديد للقانون واجب التطبيق، سواء أكان ذلك عن غفلة منهم أم عمداً، كما لهم كذلك أن يضعوا الإطار العام للإجراءات التحكيمية دون الخوض في التفاصيل، و للأطراف أيضاً أن يفوضوا للمحكم أمر تحديد القانون الإجرائي صراحة، و في كل هذه الحالات تتأكد استقلالية المحكم في تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات التحكيمية فغياب إرادة الأطراف في تحديد القانون الإجرائي هو تحرير المحكم من الالتزام بالقواعد الإجرائية لدولة مقر التحكيم، و بذلك يمتلك المحكم سلطات واسعة في تنظيم الإجراءات التحكيمية واجبة التطبيق.<sup>2</sup>

في هذا السياق نصت المادة 15 من قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1976 على أنه " مع مراعاة أحكام هذه القواعد لهيئة التحكيم ممارسة التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة...".<sup>3</sup>

إن سكوت الأطراف عن تحديد القانون الإجرائي أياً كان سببه أو تفويضهم المحكم، و إسنادهم إياه هذه المهمة صراحة، يمنح المحكم السلطة الكاملة في تحديد الإجراءات الملزمة للخصومة التحكيمية، و بالحد الذي يضمن فض النزاع و يحفظ مصالح كل من الطرفين، و هذا ما أقره كل من الفقه و القانون الدولي و أعراف التجارة الدولية.

---

<sup>1</sup> - صبري أحمد محسن الذيابات، المرجع السابق، ص 59.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 61.

<sup>3</sup> صبري أحمد محسن الذيابات، المرجع السابق، ص 60.

## الفرع الثاني

### حدود استقلالية المحكم في اختيار القانون الإجرائي

إن ما استقرت عليه مختلف التشريعات الداخلية و أغلب القضايا التحكيمية هو إطلاق حرية المحكم في تحديد القانون الإجرائي المتبع في الخصومة التحكيمية .

لكن هذه الحرية و إن أثبتت فاعليتها في تحديد الإجراءات التحكيمية المناسبة للنزاع، و التي تضمن سلامة العملية التحكيمية بصفة عامة و تضمن سلامة القرار التحكيمي من جانبه الإجرائي بصفة خاصة من تعرضه للإبطال و عدم نفاذه، و بالتالي عدم إحداث أثره المرجو منه. فإن حرية المحكم و استقلاليته في اختيار الإجراءات التحكيمية المناسبة لا يمكن القول بإطلاقها، و عدم وجود أي عارض أو حدود لها، ففي الواقع يخضع المحكم في ممارسة سلطاته في وضع التنظيم الإجرائي لقيود عملية تترجمها اعتبارات قانونية يتعين على المحكم مراعاتها.<sup>1</sup>

لهذا خصصنا هذا الفرع لتبيان الحدود التي يقف عندها المحكم و التي لا يمكنه تجاوزها بل يجب عليه مراعاتها، حيث سنسلط الضوء على إثنيين من القيود الواردة على سلطة المحكم، أولهما يخص النظام العام الإجرائي و مدى استقلالية المحكم في مواجهته، و ندرس هذه النقطة على ضوء كل من القوانين الوطنية و التطبيقات التحكيمية، أما في النقطة الثانية فنعالج استقلالية المحكم في تحديد القانون الإجرائي في الدول التي تكون أحكام التحكيم محل مراقبة.

**أولاً- استقلالية المحكم و النظام العام الإجرائي :** إن أول ما يجب القيام به في هذا المقام هو تحديد مفهوم النظام العام الإجرائي فيما يخص مجال بحثنا .

إن محاولة التعريف بالنظام العام ليس بالأمر اليسير، إذ يعد فكرة مرنة، فمن خلال بحثنا في المسألة لم نجد قولاً فصلاً يحدد أو يضع إطاراً عاماً لمبدأ النظام العام، فهو فكرة تختلف حسب تشريع كل دولة، فما يعد مخالفاً للنظام العام في بلد معين لا يعد كذلك في بلد آخر، إلا أن أغلبية الفقه تجمع على أنه " مجموع القواعد القانونية التي تستهدف تحقيق مصلحة عامة، سياسية أو اجتماعية أو

<sup>1</sup> - صبري أحمد محسن الذيابات، المرجع السابق، ص 62.

اقتصادية تتعلق بمصلحة المجتمع الأعلى و تعلق على مصلحة الأفراد الذين يجب عليهم جميعا مراعاة هذه المصلحة ،...، و لا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقاتهم فيما بينهم...<sup>1</sup> .

هو مجموع القواعد الخاصة التي تحمل في طياتها تحقيق المصلحة العامة، وهي تشكل الحاجز الذي تقف أمامه الحرية الفردية<sup>2</sup>، إن المسألة لا يجدي فيها نص تشريعي و هي من أكثر المسائل القانونية تعقيدا، فنحن نريد أن نعرف ما إذا كانت قاعدة قانونية معينة تتعلق بالنظام المجتمعي الأعلى حتى يخضع لها الجميع، و لا يجوز لأحد أن يخالفها،...، يوجد دون شك من القواعد القانونية ما يحقق مصلحة عامة تمس النظام الأعلى للمجتمع و هذه المصالح إما أن تكون سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية...<sup>3</sup> .

تتعدد التعريفات، و المستسقى منها أنه لا مجال لحصر قواعد قانونية محددة لتحديد قواعد النظام العام و تعدادها، بل تبقى فكرة النظام العام فكرة مرنة للقاضي أن يحدد أيها تعد من النظام من دونه.

كل هذا يترك للقاضي يفسره التفسير الملائم لروح عصره، فالقاضي يكاد إذا أن يكون مشرعا في هذه الدائرة المرنة، بل هو مشرع يتقيد بأداب عصره، و نظم أمته الأساسية و مصالحها العامة.<sup>4</sup>

إذا كان لزاما على المحكم الأخذ بالنظام العام في مباشرته لمهمته التحكيمية في كل أطوارها فلا بد أن لا يصدر قراره التحكيمي مخالفا لقواعد النظام العام في البلد المراد تنفيذ حكم التحكيم فيه كما عليه في الوقت نفسه، احترام قواعد النظام العام السائد في التعامل التجاري الدولي، " ذهب الفقه و القضاء إلى أن النظام العام هو عبارة عن القواعد الأساسية و المبادئ العامة لقانون الشعوب أو لمبادئ التجارة.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - الموهاب فيروز، المرجع السابق، ص 121.

<sup>2</sup> - فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، القاهرة، 2006، ص 174.

<sup>3</sup> - عبد الحميد الأحذب، المرجع السابق، ص 541.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 542.

<sup>5</sup> - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 174

بعد محاولة توضيح فكرة النظام العام سواء الداخلي أو الدولي ، نأتي إلى توضيح علاقة النظام العام بالإجراءات التحكيمية، حيث " تذهب غالبية الفقه إلى أن مفهوم النظام العام الذي يتعين على محكمة التحكيم أن تراعيه يشتمل مختلف أبعاد هذا المفهوم الموضوعية والإجرائية فالنظام العام لا يقتصر فقط على الجوانب الموضوعية، ولكنه يتناول الضمانات الإجرائية التي تعد مسألة مراعاتها من المسائل الجوهرية...بحيث يكون إهدارها موجبا لبطلان الحكم أو رفض الاعتراف به ".<sup>1</sup>

إن فكرة النظام العام الإجرائي إذا، هي مراعاة الإجراءات التحكيمية للنظام العام ، غير أن ما يعترضنا هنا أنه إذا كان وضع إطار عام للنظام العام الموضوعي يمكن من خلاله تحديد ما يخالف النظام العام موضوعيا فكيف هو الحال فيما يخص الجانب الإجرائي، وبتعبير آخر ما هي قواعد النظام العام الإجرائي و التي يجب على المحكم الوقوف عنها و مراعاتها، " هي تعني القواعد المعيارية التي تعتبر بمثابة الحد الأدنى أو القياسي التي يفرضها واقع المجتمع الدولي لحماية العدالة، باعتبارها من أهم حقوق الإنسان، و تتمثل في مراعاة المبادئ الإجرائية الثلاث المواجهة و المساواة و الاستمرارية.<sup>2</sup>

إن تحديد مهمة قواعد النظام العام الإجرائي و محاولة حصرها ليس بالأمر الهين المتاح، إذ كما سبق الذكر أن فكرة النظام العام هي فكرة اعتبارية مرنة غير أن هناك من المبادئ الإجرائية و المتفق عليها في التشريعات المقارنة خصصت بالذكر و كانت سببا مستقلا للطعن بالبطلان حال مخالفتها، فيرى الأستاذ عبد الحميد الأحذب في معرض شرحه للمادة الخامسة من اتفاقية نيويورك من ضوابط إلزامية تقضي إلى عدم تنفيذ حكم التحكيم حال مخالفتها " و هي عدم الإعلان الصحيح بتعيين المحكم و الإجراءات التحكيمية من قبل أحد الأطراف أو عدم تقديم الخصم دفاعه لاستحالة ذلك " <sup>3</sup>، إذ اعتبر أن هذه الضوابط فعلا تؤدي إلى بطلان القرار التحكيمي حال مخالفتها - تدخل نطاق النظام العام -

---

<sup>1</sup> - صبري أحمد محسن الذيابات، المرجع السابق، ص 125

<sup>2</sup> - المرجع نفسه ، ص 127.

<sup>3</sup> - عبد الحميد الأحذب، المرجع السابق، ص 445.

لكن تعددها جاء على سبيل الضمان و التأكيد على إجراءات محددة لصيانة التحكيم، أما باقي الإجراءات يغطيها النظام العام و تقضي مخالفتها إلى رد التنفيذ.<sup>1</sup>

من هنا يتضح لنا أن مسألة تحديد القواعد الإجرائية التي تدخل نطاق النظام العام من عدمه تبقى مهمة مستعصية، لكن محاولتنا الوصول إليه، هي محاولة لحصر بعض القواعد الإجرائية التي لا مناص من إعمالها لارتباطها بالنظام العام، و في معرض بحثنا في كل من الاتفاقات الدولية و القوانين المقارنة و التطبيقات التحكيمية، وجدنا أن أقرب ما يجمع عليه الفقه الدولي وأغلب التشريعات الوطنية هي المبادئ الأساسية الإجرائية، ألا و هي المواجهة و المساواة و الاستمرارية، لكن هذا القول لا يعني حصر قواعد النظام العام في هذه المبادئ ، بل إن المشرع لم يأت على تصنيفها كقواعد من النظام العام.

و لهذا كان مبدأ النظام العام الإجرائي أشمل من أن يختزل في قواعد محددة، لذلك أمكن القول أن على المحكم احترام النظام العام الإجرائي الدولي، فيما يخص التحكيم التجاري الدولي، فمبدأ النظام العام يعتبر أحد الحدود التي يجب على المحكم الوقوف عندها و عدم الاجتزاء عليها و مخالفتها، و إلا عرض حكمه لعدم الاعتراف به أو عدم تنفيذه أو الطعن فيه بالبطلان.

بعد تحديد بعض معالم النظام العام الإجرائي بعض قواعده الإجرائية، نأتي إلى تبيان أثره في الحد من استقلالية المحكم وذلك على ضوء بعض القوانين المقارنة.

**1- التشريع الجزائري:** جاء في المادة 1051 /الفقرة 01 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08/09، أنه " يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، و كان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي ".<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 444.

<sup>2</sup> - قانون 08-09 المؤرخ في 23 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، الجريدة الرسمية ، العدد 21 ،

في هذا النص وضع المشرع شرطا يلزم القاضي الجزائري بمراعاته عند الاعتراف و تنفيذ القرار التحكيمي هو مدى مراعاة هذا الحكم التحكيمي النظام العام الدولي، و إلا كان أمر القاضي بالاعتراف أو بالصيغة التنفيذية لحكم التحكيم معرضا للطعن بالاستئناف ؛ و هذا ما جاء في المادة 1056 من القانون نفسه، و التي نصت على انه :لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية:

أ- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية،

ب - إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون.

ج - إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.

د - إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.

هـ - إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكما، أو إذا وجد تناقض في الأسباب.

و - إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

لقد جعل المشرع الجزائري احترام النظام العام الدولي شرطا للاعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي، فإن جاء في المادة 1051 ليحدد شرط الحصول على الاعتراف بعدم مخالفة النظام العام دون تحديد للقواعد التي ضمن هذا المبدأ، بل تبقى للقاضي الوطني السلطة التقديرية في تحديد مدى مخالفة الحكم للنظام العام من عدمه.

أما في نص المادة 1056 فقد عد المشرع الحالات التي يجوز فيها استئناف أمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ، و على سبيل الحصر، جاء في الحالة الرابعة " إذا لم يراع مبدأ الوجاهية "، و في الحالة السادسة " إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي "، و مبدأ الوجاهية يعد من صميم المبادئ الإجرائية، كما جاء ذكر النظام العام، و هما سببان مستقلان للطعن بالاستئناف في الأمر القاضي بالاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الذي يأتي مخالفا لكل من هاتين الحالتين أو المبدئين.

يعد مبدأ الوجاهية من المبادئ الأساسية الإجرائية التي يمكن أن تكون سببا مستقلا للطعن ببطلان الحكم التحكيمي الذي يأتي مخالفا لهذا المبدأ ، لكن تخصيصها بالذكر لم يأت سوى للتأكيد عليه و ضمانه فقط، و هناك من المبادئ الأساسية الإجرائية ما لم يذكر، و ذلك راجع حتما إلى إدراجها تحت مبدأ النظام العام الدولي الذي أكد المشرع الجزائري على ضرورة مراعاته.

و بهذا وجب على المحكم الدولي مراعاة مبدأ النظام العام الإجرائي في سائر أطوار الخصومة التحكيمية عموما، و أثناء وضع الإجراءات التحكيمية على الخصوص، فمبدأ الوجاهية و المساواة و الاستمرارية، هي مبادئ إجرائية أساسية ، غير أن تخصيصها بالذكر لا يصبغها بصبغة القواعد الضرورية أو الإلزامية، فاصلا إياها عن مبدأ النظام العام، بل هي من صميم النظام العام داخليا كان أم دوليا ، و جب على المحكم الوقوف عند حدود هذا المبدأ، و ليس له الإخلال بأي من قواعده يقول الأستاذ فوشار : " على المحكم موجبا أخلاقيا بالسهر و العمل على تأمين الفعالية التنفيذية للقرار الذي سيصدر عنه و أن يعمد إلى كل ما من شأنه أن يجعل هذا القرار بعيدا عن الإبطال أو رفض الاعتراف به.<sup>1</sup>

**2- التشريع الفرنسي:** نصت المادة 1520 من قانون الإجراءات المدنية، من الفصل الرابع بعنوان طرق الطعن أن : " الطعن بالبطلان لا يكون إلا في الحالات الآتية:<sup>2</sup>

أ- إذا كان الاعتراف بالحكم التحكيمي أو تنفيذه مخالفا للنظام العام.

و نصت المادة 1492 من القسم الثاني بعنوان الطعن بالبطلان على: " الطعن بالبطلان لا يجوز إلا في الحالات التالية:

أ- إذا كان الحكم مخالفا للنظام العام.

ب- إذا لم يحترم مبدأ الوجاهية.

كما جاء في القانون الفرنسي للتحكيم الدولي/ في المادة 1502 منه أن: " القرار الذي يقبل الاعتراف أو التنفيذ لا يقبل الاستئناف إلا في الحالات التالية:

<sup>1</sup> - الموهاب فيروز ، المرجع السابق، ص 125.

<sup>2</sup> - قانون الإجراءات المدنية الفرنسي 1981، المعدل بالمرسوم رقم 48- 2011 بتاريخ 13 جانفي 2011.

ج- في حالة عدم احترام مبدأ الوجاهية .

د- إذا كان الاعتراف أو التنفيذ مخالفا للنظام العام.

يأخذ المشرع الفرنسي بمبدأ النظام العام صراحة، سواء أعلق الأمر بحكم تحكيم داخلي أم دولي، فتأكيد المشرع على جواز الطعن في الحكم القاضي بالاعتراف أو التنفيذ للحكم التحكيمي في حالة ما كان هذا الأخير يحتوي على خرق لمبدأ النظام العام الدولي، و لمبدأ الوجاهية، و كما سبق و بينا أن النظام العام يشمل كافة المبادئ الإجرائية أو الموضوعية و التي يجب على المحكم مراعاتها حفاظا على سلامة الحكم التحكيمي و تحصينا له من الطعن فيه.

**3- التشريع المصري:** قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، جاء في المادة 53 الفقرة 2 :  
" و تقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية "، و جاء في المادة 58 من القانون نفسه : " لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقا لهذا القانون إلا بعد التحقق مما يأتي : أنه لا يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية ". يجب ألا يتضمن حكم المحكمين ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية، ... و المقصود هنا هو النظام العام الداخلي في مصر و ليس النظام العام الدولي "<sup>1</sup> إذا المشرع المصري سار بدوره على أن مخالفة النظام العام يكون سببا للطعن ببطلان الحكم التحكيمي و عدم الاعتراف به و تنفيذه، لكن المشرع هنا لم يفرق بين مفهومي النظام العام الداخلي والدولي. إن في هذا مثالب كثيرة، إذ إن القاضي المرفوع أمامه دعوى البطلان أو طلب التنفيذ أن يعتمد إلى التفرقة بين ما إذا كان الحكم التحكيمي موضوع الدعوى قد صدر في تحكيم داخلي في إطار علاقة اقتصادية داخلية أو قد صدر في تحكيم دولي، فإن كنا بصدد تحكيم داخلي أعمل القاضي فكرة النظام العام وفق مفهوم القانون الداخلي، أما إن كنا بصدد تحكيم دولي أعمل القاضي فكرة النظام العام وفقا لقواعد القانون الدولي "<sup>2</sup>.

<sup>2</sup>- فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية و التطبيق، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص 490 .

<sup>1</sup>- صبري أحمد محسن الذيابات، المرجع السابق، ص 124.

إن ما يهمننا في مجال بحثنا أن المشرع المصري قد وضع حداً لسلطة وحرية المحكم في تحديد القانون الإجرائي و كانت أهم وسيلة بيد هذا المشرع هي مبدأ النظام العام، و سواء أتلحق الأمر بنظام عام دولي أم وطني، و جب على المحكم احترام قواعد هذا النظام و عدم تجاوزها، بل عليه مراعاتها.

**4- القانون الإنجليزي :** جاء في قانون التحكيم الإنجليزي لسنة 1996/ المادة 103 ، الفقرة 3 أنه :  
" يمكن رفض الاعتراف أو التنفيذ إذا كان قرار التحكيم يتعلق بمسألة لا يجوز فيها التحكيم، أو إذا كان مخالفاً للنظام العام ."

علق المشرع الإنجليزي بدوره الاعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي باحترام مبدأ النظام العام كحد لا مناص للمحكم من إعماله أو التعاطي معه بالقدر الذي يضمن سلامة قراره و يكسبه الاعتراف و النفاذ، و بالتالي يكسبه الفاعلية المرجوة منه.

**5- القانون الأردني :** جاء في التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 في الجريدة الرسمية عدد 4496 بتاريخ 16 / 07 / 2001 في الفقرة السابعة من المادة 49 البند الثاني: " تقضي المحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم فيما يتضمن ما يخالف النظام العام في المملكة أو إذا وجدت أن موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها، و جاء في نص المادة 54 " تنظر المحكمة المختصة في طلب التنفيذ تدقيقاً و تأمر بتنفيذه إلا إذا تبين لها أن هذا الحكم يتضمن ما يخالف النظام العام في المملكة..."<sup>1</sup>

لقد سار المشرع الأردني على النهج نفسه ، إذ أتاح للقاضي المرفوع إليه دعوى البطلان أن يقضي بالبطلان من تلقاء نفسه، حال ثبوت وجود خرق للنظام العام في الحكم التحكيمي، كما له أن يأمر بتنفيذ الحكم حال التأكد من وجود خرق للمبدأ ذاته، و بهذا يسلك المشرع الأردني نهج التشريعات الوطنية السابقة نفسه التي أجبرت المحكم على احترام مبدأ النظام العام سواء الدولي كما هو الحال عليه في القانون الفرنسي أو الداخلي مثل القانون الإنجليزي و المصري.

<sup>1</sup> - قانون التحكيم الأردني، رقم 31 لسنة 2001 ، الجريدة الرسمية عدد 4496.

من خلال عرضنا لبعض التشريعات الوطنية وجدنا أنها نصت كلها على ضرورة التقيد بمبدأ النظام العام في سائر أطوار الخصومة التحكيمية، و لذلك وجدنا أن فكرة النظام العام تقف حدا أمام السلطة التقديرية للمحكم الدولي، حال اختياره للقانون الإجرائي الذي سيطبقه؛ و لغاية أو لأخرى صار مبدأ النظام العام من الحدود التي يجب على المحكم التعاطي معها و مراعاتها، و إلا عرض حكمه للطعن فيه بأي وسيلة تضمنتها هذه القوانين الوطنية، و عدم الاعتراف به أو تنفيذه بحجة مخالفة النظام العام.

ثانيا- استقلالية المحكم في الإجراءات في الدول التي تكون الأحكام التحكيمية محل مراقبة: إن مسألة الرقابة على الحكم التحكيمي من شأنها الحد من استقلالية المحكم الدولي في مجال الإجراءات التحكيمية، حيث يرى الأستاذ عبد الحميد الأحذب في هذه النقطة أنه : " برغم حرية المحكمين التي استقر عليها الاجتهاد التحكيمي و القضائي و كذلك التشريع التحكيمي الحديث تبقى هناك قواعد أمره يجب أن يراعيها المحكم حتى يبقى حكمه محصنا من الإبطال، هذه القواعد الآمرة هي الحدود الحقيقية لحرية المحكمين في إجراءات المحاكمة التحكيمية ".<sup>1</sup>

إن التحكيم التجاري الدولي يستند إلى مجموعة من المبادئ الأساسية التي تزيد من فاعلية هذه الوسيلة، للفصل في النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية ، غير أن هذه المبادئ لا تكفي وحدها بل لابد من قدر أدنى من السلطة الرقابية للمحاكم على عملية التحكيم.<sup>2</sup>

لقد أجازت أغلب التشريعات الوطنية التحكيم كوسيلة بديلة عن الطريق العادي ألا و هو القضاء غير أن التنازل عن اختصاص أصيل للدولة لا يعني فك الارتباط كلية بين القضاء و التحكيم، فانفراد التحكيم بطبيعة خاصة تتيح للأطراف حرية تنظيم عملية التحكيم، من تعيين هيئة التحكيم إلى القانون واجب التطبيق، إلى مكان التحكيم و غيرها من الإجراءات التي لهم مطلق الحرية فيها كل هذا المجال

<sup>1</sup> - عبد الحميد الأحذب، مجلة التحكيم التجاري الدولي ، العدد السادس عشر، ص 407.

<sup>2</sup> - كراش ليلي، المرجع السابق، ص 112.

من الحرية لا يعني الغياب الكلي لسلطة القضاء الوطني على نظام التحكيم، بل تخضع هذه العملية لرقابة محاكم الدول، و في عدة مراحل،و ذلك ضمانا لسلامة العملية التحكيمية.

إن على المحكم أثناء السير في الإجراءات التحكيمية أن يراعي ثلاثة قوانين في ذلك : قانون مكان التحكيم و القانون المطبق على الخصومة التحكيمية و قانون بلد تنفيذ الحكم التحكيمي، كما أرفف قائلاً أن على المحكم أن يراعي في هذه القوانين ثلاثة مبادئ إجرائية أساسية : مبدأ الوجاهية و احترام حقوق الدفاع و المساواة بين أطراف النزاع".<sup>1</sup>

إن المحكم و حال تنظيمه للإجراءات التحكيمية، و السير فيها لا بد له من مراعاة هذه المبادئ التي تعد من النظام العام الدولي، و التي نصت عليها أغلب التشريعات، فالحكم الذي سيصدر في نهاية المطاف سيكون محل رقابة من محاكم الدولة، و لذلك وجب عليه مراعاة هذا الأمر، إذ إن الرقابة على الحكم التحكيمي قد كرستها أغلب التشريعات، و تعددت مبررات تلك الرقابة.

إن جل التشريعات الحديثة تنظم العلاقة بين القضاء و التحكيم لتوضيح أوجه المساعدة بينهما من جهة، و من جهة أخرى حدود الرقابة،<sup>2</sup> و هكذا يتبدى لنا أن خصومة التحكيم ليست بمنأى عن ولاية القضاء في شقها الرقابي على إجراءات خصومة التحكيم، و في الدور المساعد الذي يكمل من خلاله القاضي سلطة المحكم المنقوصة، و بدون هذه الولاية يصبح التحكيم نظاما قانونيا بلا فاعلية.<sup>3</sup>

لقد سبق و بينا دور القضاء الوطني في رقابة حكم التحكيم فيما يتعلق بمدى احترامه لقواعد النظام العام في الدولة المعنية بتنفيذ حكم التحكيم فيها، و قد كرست أغلب التشريعات من الجزائري إلى الفرنسي إلى المصري رقابة القضاء على حكم المحكم الدولي، و سمحت بذلك و لعدة اعتبارات، فرقابة القضاء تمتد إلى ما قبل صدور الحكم التحكيمي بمراحل.

<sup>1</sup> - عبد الحميد الأحذب، مجلة التحكيم التجاري الدولي ، العدد السادس عشر المرجع السابق، ص 408.

<sup>2</sup> - ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم (وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 / 1994) دراسة مقارنة، دار النهضة العربية الطبعة الأولى، 1996، ص 68 .

<sup>3</sup> - محمد أحمد البديرات، مجلة التحكيم التجاري الدولي ، العدد السادس عشر، ص ص 711-712.

فإذا كانت نتيجة المنازعة التحكيمية تتلخص في الحكم التحكيمي، و هذا الأخير تظهر فاعليته و الغاية منه في الاعتراف به و إصباغه الصيغة التنفيذية، و هنا يأتي دور القضاء في تجسيد هذه الفاعلية، لكن ذلك في نفس الوقت يرسخ الدور الرقابي الذي تمارسه المحاكم الوطنية، إذا كان تدخل القضاء أمرا مطلوباً بل و لازماً لإضفاء الفاعلية على القرار التحكيمي، فإن هذه الفاعلية تتطلب معها و بصفة آلية رقابة الحكم التحكيمي على شقيه، سواء الإجرائي أو الموضوعي، و هذا أمر مسلم به، فلا يعقل أن يمنح الحكم التحكيمي الصيغة التنفيذية أو الاعتراف به دون أعمال للرقابة القضائية على هذا الحكم، للتأكد من سلامة العملية التحكيمية كاملة.

إن الدور الرقابي الذي تمارسه الدولة على الحكم التحكيمي يشكل حدا لاستقلالية المحكم في تحديد الإجراءات التحكيمية، و بالتالي تنقلص مساحة الحرية و السلطة التقديرية للمحكم في اختيار القانون الإجرائي و تنظيم سير الإجراءات.

## المبحث الثاني

### امتداد السلطات الإجرائية للمحكم الدولي

يقوم المحكم بدور محوري هام في العملية التحكيمية بكل أطوارها، و كما سبق التأكيد على دوره في تحديد القانون الإجرائي و مدى حرته و استقلاليته في مهمته، نجده أيضا يتمتع بسلطة إجرائية كرسنها معظم التشريعات الوطنية و الاتفاقيات الدولية، فسلطة المحكم الدولي مصدرها إرادة الأطراف و بالتالي هي سلطة غير قضائية، و منه أمكن للأطراف رسم حدود لحرية المحكم و نطاق سلطته الإجرائية، هذه الأخيرة تمتد لتشمل عدة مراحل تحكيمية، و هذا ما نخصه بالدراسة في مبحثنا هذا، للتأكيد على امتداد سلطة المحكم الدولي في الإجراءات التحكيمية، ولأجل ذلك قمنا بتقسيم هذا المبحث إلي مطلبين، ندرس في المطلب الأول استقلالية المحكم في تسيير و إدارة الإجراءات التحكيمية، أما في المطلب الثاني فندرس استقلالية المحكم في تقديم الأدلة.

## المطلب الأول

### استقلالية المحكم في تسيير و إدارة الإجراءات التحكيمية

تمتد سلطة المحكم الدولي في عملية التحكيم، لتشمل مرحلة تسيير و إدارة الإجراءات التحكيمية و قد خولت أغلب التشريعات الوطنية و الاتفاقيات الدولية المحكم الدولي سلطة تنظيم الإجراءات التحكيمية بالطريقة التي يراها مناسبة، و هذا ما يكرس استقلالية المحكم في تسيير و إدارة هذه الإجراءات بمختلف مراحلها.

هذا ما سنحاول تأكيده في هذا المطلب الذي ارتأينا تقسيمه إلى أربعة فروع، أو بالأحرى أربعة مراحل إجرائية، أول هذه الفروع نعالج فيه سلطة المحكم في تعيين مقر التحكيم، أما الثاني فنتناول فيه سلطة المحكم في اختيار اللغة المستعملة في الإجراءات، و ندرس سلطة اتخاذ الإجراءات المؤقتة و التحفظية في الفرع الثالث و سلطة المحكم في تحديد معاد المحكمة التحكيمية في الفرع الرابع.

و سندرس هذه الفروع على ضوء كل من القوانين الوطنية و الاتفاقيات الدولية و الفقه التي خولت المحكم هذه السلطات الإجرائية، و ذلك لتأكيد استقلالية المحكم و مدى اتساع نطاق سلطته التقديرية في هذا المجال.

## الفرع الأول

### سلطة المحكم في تعيين مقر التحكيم

إن سلطة المحكم في اختيار مقر التحكيم أمر أساسي في التحكيم الدولي، فهذا الاختيار له تأثيرات كبيرة فهو لا يعبر عن موقع جغرافي فحسب، بل له نتائج و آثار هامة.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>– Natalie Najjare , L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigence du commerce internationale édition DELTA, 2007, p 293.

لقد عالج القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي كيفية تحديد مكان التحكيم، فنصت المادة 20 منه على ترك اختيار مكان التحكيم لإرادة الأطراف، وإلا تولت ذلك محكمة التحكيم على أن تراعي عند تحديد هذا المكان ملائمة موضوع النزاع و ملائمة ذلك التحديد لأطراف النزاع.<sup>1</sup>

إن مقر التحكيم يعد من الأمور الإجرائية ذات الأهمية البالغة لعملية التحكيم ككل، فسبق وأن أفردنا مقر التحكيم بجزء من الدراسة، و بينا أن مكان التحكيم لا يفهم معه الموقع الجغرافي فحسب بل النظام القانوني السائد في البلد الذي يجري التحكيم على إقليمه، و إمكانية انطباقه على الإجراءات التحكيمية، و قد أكدت نظرية التركيز الموضوعي ذلك، فمن الفقهاء من أخذ بفكرة مقر التحكيم كتعبير من الأطراف على رغبتهم في تطبيق قانون الدولة الراعية للعملية التحكيمية على الخصومة.

جاء في المادة 28 من قانون التحكيم المصري، ورقم 27 لسنة 1994، على أنه : " لطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في مصر أو خارجها، فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى و ملائمة المكان لأطرافها، و لا يخل ذلك بسلطة هيئة التحكيم في أن تجتمع في أي مكان تراه مناسباً للقيام بإجراء من الإجراءات ...".<sup>2</sup>

ضمن المشرع المصري في نص هذه المادة سلطة المحكم في تحديد مكان التحكيم حال عزوف الأطراف عن القيام بذلك، عكس المشرع الجزائري و الفرنسي. للأطراف كامل الحرية في تحديد مكان التحكيم، ولا يهم تفويض المحكم هذه المهمة، سواء ضمنا بسكوتهم عن الاختيار أو صراحة.

كما نصت المادة 65 من قانون التحكيم التونسي على أنه: " للأطراف أن يتفقوا على مكان التحكيم داخل تراب الجمهورية أو خارجه، فإن لم يتفقوا تولت هيئة التحكيم تعيين هذا المكان مع الأخذ بعين الاعتبار ظروف القضية بما في ذلك راحة الأطراف مع مراعاة أحكام هذا الفصل".

---

1- محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 103.

2- قانون التحكيم المصري، ورقم 27 لسنة 1994

وقد سار على هذه الشاكلة المشرع الأردني في تحويل المحكم سلطة تحديد مكان التحكيم، فقد جاء في نص المادة 27 من قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001 أنه: " لطرفي التحكيم في المملكة أو خارجها، فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى و ملائمة المكان لأطرافها، و لا يحول ذلك دون أن تجتمع هيئة التحكيم في أي مكان تراه مناسباً للقيام بإجراء من إجراءات التحكيم ...".

لقد أعطى المشرع الأردني الحرية الكاملة للأطراف في تحديد مكان التحكيم و خول المحكم مباشرة هاته المهمة حال سكوت الأطراف عن الاتفاق على ذلك، غير أنه أكد على ضرورة مراعاة ظروف الدعوى و ملائمة المكان لأطرافها ؛ إنه من المستحسن أن يكون مكان التحكيم قريباً من الخصوم و ممثليهم و قريباً من الشهود لتشجيعهم على الإدلاء بشهادتهم.<sup>1</sup>

و في قانون التحكيم الإنجليزي لسنة 1996، نصت المادة الثالثة منه على أنه: " في هذا الجزء مقر التحكيم يعني المقر القانوني للتحكيم، و يحدد بالطرائق التالية:

- عن طريق الأطراف في اتفاق التحكيم .
- من قبل أي مركز تحكيم أو شخص مخول من قبل الأطراف مع الصلاحيات في هذا الشأن.
- من قبل هيئة التحكيم في حال تفويضها من قبل الأطراف.

وتحدد في ظل غياب أي تحديد من هذه الطرائق مع مراعاة اتفاق الطرفين و جميع الظروف ذات الصلة".

إن المشرع الإنجليزي، و إن أعطى المحكم الدولي سلطة تحديد مكان التحكيم، إلا أنه اشترط تفويض الأطراف له بذلك صراحة، كما أنه أقر بالتصريح الضمني لتفويض المحكم، بل إنه و في حال سكوت الأطراف أرجع سلطة تحديد مكان التحكيم إلى المركز الذي تتم على مستواه العملية التحكيمية.

---

<sup>1</sup> - فتحي والي . مرجع سابق، ص 313.

إن ما عرضناه من تشريعات وطنية تحكيمية كرست كلها سلطة المحكم في تحديد مكان التحكيم كما أن أغلب التشريعات الوطنية كرست هذه السلطة في قوانينها، إلا أننا نجد من التشريعات ما لم تأت على ذكر مكان التحكيم كالقانون الجزائري و القانون الفرنسي.

إن المشرع الفرنسي لم يعرض أصلا لموضوع مكان التحكيم سواء في تنظيمه للتحكيم الداخلي أو الدولي إذ تفترض النصوص المنظمة للتحكيم الداخلي جريانه في فرنسا، أما التحكيم الدولي فالأصل أن يخضع لمبدأ سلطان الإرادة، و يتمتع الأطراف بحرية تكاد تكون مطلقة في تحديد كافة شروطه.<sup>1</sup> و بذلك يكون للأطراف تفويض المحكم مهمة تحديد مكان التحكيم، و بهذا تتحدد سلطة المحكم في هذا الخصوص.

و قد نصت أغلب الاتفاقيات الدولية و البروتوكولات و المعاهدات على سلطة المحكم في تحديد مقر التحكيم و ذلك حرصا منها على ضمان سلامة العملية التحكيمية، فالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة، و في المادة 20 من هذا القانون بعنوان "مقر التحكيم" نص على أنه:

- « الأطراف أحرار في تحديد مقر التحكيم، و في غياب مثل هذا الاتفاق تحدد هيئة التحكيم هذا المقر مع مراعاة ظروف النزاع بما في ذلك ملاءمته للأطراف.

- بغض النظر عن أحكام الفقرة 01 من هذه المادة يجوز لهيئة التحكيم - إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك - أن تجتمع في أي مكان تراه مناسباً لتنظيم المشاورات بين أعضائها... أو لسماع الشهود أو الخبراء أو الأطراف...".<sup>2</sup>

إن استقلالية المحكم و سلطته في تسيير الإجراءات التحكيمية و إدارتها تتكرس بصورة واضحة في تعيين مقر التحكيم، و لقد كرست أغلب التشريعات الوطنية هذه السلطة و سلمت بها كما أوضحنا أنه حتى التشريعات التي لم تورد مسألة تحديد مكان التحكيم كان مرد ذلك إلى تسليمها المطلق بسلطان

<sup>1</sup> - محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 104.

<sup>2</sup> - قانون الاونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، 1985.

الإرادة للأفراد الاتفاق على ذلك أو تحويل المحكم مهمته تحديد مقر التحكيم و هذا هو الحاصل في الواقع نظرا لأهمية هذا العامل المؤثر، و الذي تمتد آثاره إلى أبعد مما قد تدركه الأطراف المتنازعة.

لتحديد المكان أهمية كبيرة، ذلك أن مكان التحكيم هو الذي يصدر فيه الحكم و يتحدد وفقا له ما إذا كان الحكم التحكيمي وطنيا أم أجنبيا، و هي مسألة هامة بالنسبة لصحته، إذ أن بعض الدول لا تجيز التحكيم في الخارج فيما يدخل في ولاية محاكمها كما أن لتحديد المكان أهمية بالنسبة لتحديد المحاكم ذات الولاية بالنسبة لبعض مسائل التحكيم و بالنسبة للمحكمة المختصة بالطعن في الحكم.<sup>1</sup>

## الفرع الثاني

### سلطة المحكم في اختيار اللغة المستعملة في الإجراءات التحكيمية

إذا كان أطراف النزاع قد اتفقوا على لغة التحكيم كان به، و إلا صار لزاما على المحكمين أن يحددوا لغة التحكيم، فلأطراف كامل الحرية في تحديد لغة التحكيم بموجب القانون حيث يمكنهم تضمين اتفاقهم اللغة الواجب استعمالها في الإجراءات التحكيمية، غير أن الواقع غالبا ما يثبت غياب مثل هذا الاتفاق. إن لغة الإجراءات التحكيمية ليست لغة العقد المبرم، فلغة العقد ليست مؤشرا صحيحا دائما حول خيار لغة المحاكمة التحكيمية، فالطرفان اختارا لغة العقد لأن كلا منهما لا يعرف لغة الآخر، بحيث لجأ للغة الثالثة.<sup>2</sup>

و لهذا لا بد من القول إن اللغة المستعملة في الإجراءات التحكيمية مقصود بها أمور مثل وثيقة التحكيم و الحكم التحكيمي و الرسائل المتبادلة و مستندات الدعوى أي ما يدخل في الإطار الإجرائي. إن تحديد اللغة المستعملة، يرجع في الأساس إلى إرادة الأطراف المتنازعة، و لذلك نجد أن أغلب التشريعات الوطنية و الاتفاقيات الدولية قد نصت على حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد اللغة المستعملة في الإجراءات التحكيمية و التي أحالت أغلبها الأمر في هذا الوضع إلى المحكم و مكنته سلطة ضبط اللغة المستعملة حال عدم اتفاق الأطراف على ذلك أو حال اختلافهم عليه.

<sup>1</sup> - فتحي والي، المرجع السابق، ص 213.

<sup>2</sup> - عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة التحكيم الدولي، العدد الثاني، المرجع السابق، ص 66 .

إذا كان أطراف النزاع قد اتفقوا على لغة التحكيم كان به، و إلا صار على المحكمين أن يحددوا لغة التحكيم، لهذا فإن المحكم احتراماً للعدل، و إذا لم يتفق الأطراف على غير ذلك، من الأفضل أن يترك كل طرف يتحدث بلغته و يمكن اعتماد لغة أخرى واحدة رسمية لإجراءات التحكيم، كوثيقة التحكيم أو الحكم التحكيمي.<sup>1</sup>

يتم تحديد لغة التحكيم بالاتفاق على عدة لغات يجري بها التحكيم كما يجوز لهيئة التحكيم تحديد لغة أخرى، و اللغة المحددة تسري على كل الأوراق و الإجراءات الشفوية و الكتابية، كما يجوز للمحكمين تحديد لغة أخرى بالنسبة لإجراء معين، و إذا كانت اللغة الأصلية للمستندات تختلف عن لغة التحكيم وجب ترجمتها إلى اللغة المستخدمة في التحكيم، و إذا تعددت الترجمات يجوز قصر الترجمة على بعضها فقط حسب ما يراه المحكم مناسباً.<sup>2</sup>

للمحكم سلطة تحديد اللغة المستعملة في الإجراءات التحكيمية و هي سلطة توازي لحد بعيد سلطة الأطراف في ذلك، بل إن هناك من يقول بضرورة مراعاة معرفة المحكم للغة التي تتم بها إجراءات التحكيم كما له أن يختار لغة محددة لإجراء معين دون باقي الإجراءات كما له سلطة الأمر بترجمة بعض المستندات إلى لغة معينة حسب ما يراه مناسباً، و من هذا تتأكد سلطة المحكم في تحديد اللغة المستعملة في الإجراءات التحكيمية.

إذا كانت الهيئة التي تولت تحديد اللغة فهي تملك أيضاً صلاحية التعديل و التنوع شأنها شأن الأطراف،...، فلهيئة التحكيم أن تأمر بإرفاق ترجمة اللغة المستعملة في التحكيم، و إذا تعددت اللغات فلهيئة التحكيم قصر الترجمة على لغة واحد.<sup>3</sup>

إن مسألة تحديد اللغة التي تتم بها الإجراءات يرجع الأمر فيها أساساً لإرادة الأطراف، لكن سلطة المحكم في هذا الشأن تغدو موازية لسلطتهم في ذلك، بل و قد تتجاوزها، إذ للمحكم الأمر بترجمة كل ما يراه ضرورياً إلى لغة معينة، و ذلك دليل على ضرورة مراعاة الأطراف لمدى ملاءمة اللغة المتفق عليها

<sup>1</sup> - عبد الحميد الأحذب، مجلة التحكيم التجاري الدولي، العدد السادس عشر، المرجع السابق، ص 491.

<sup>2</sup> - محمود مختار احمد بريري، المرجع السابق، ص 105.

<sup>3</sup> - نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية و التجارية الوطنية و الدولية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 143.

للمحكم من عدمها و بذلك ترجع سلطة تحديد اللغة المستعملة في الإجراءات للمحكم سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

و لقد نصت الفقرة الثالثة من المادة السادسة عشر من قواعد غرفة التجارة الدولية على أن " المحكم يحدد اللغة و الإجراءات التي يجري بها التحكيم مراعيًا في ذلك الظروف، و لاسيما لغة العقد"<sup>1</sup>، في هذه الفقرة لم يتم إسناد الأمر في تحديد اللغة إلى الأطراف بل منحت سلطة تحديد ذلك مباشرة و بدرجة أولى للمحكم، مع مراعاة الأطراف في ذلك و هذا أمر منطقي، إذ لا يعقل أن تتم إجراءات التحكيم بلغة يجهلها أطراف النزاع، كما لا بد للمحكم من مراعاة اللغة التي تم بها تحرير العقد. رغم هذا السكوت..... لحرية الأطراف في التحكيم، فإن الطرفين إذا كانا قد اتفقا على استعمال لغة معينة في التحكيم ففي هذه الحالة على المحكم إتباع ما جاء في الاتفاق.<sup>2</sup>

جاء في قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، في المادة 29 منه على أنه: " يجري التحكيم باللغة العربية ما لم يتفق الطرفان أو تحدد هيئة التحكيم لغة أو لغات أخرى..."، رغم نص هذه المادة على أن يجري التحكيم باللغة العربية، إلا أنها جعلت ذلك مشروطًا بعدم اتفاق الأطراف على خلافه أم إذا لم يتفق الأطراف فيمكن للهيئة أيضا أن تستبعد اللغة العربية و تقرر اختيار لغة أو لغات أخرى.<sup>3</sup>

إن المشرع المصري حرص على جعل اللغة العربية هي اللغة الأساسية للتحكيم عامة، لكن ذلك لا يتأتى حال اتفاق الأطراف على لغة أخرى أو لم يتفقوا، فالأمر بعد ذلك يرجع إلى سلطة المحكم في تقرير ذلك فله كامل الحرية في تحديد اللغة المستعملة في الإجراءات، غير أننا نجد بعض التشريعات تفرض لغة معينة لا مجال لاستبعادها أو الاتفاق على خلافها كنظام التحكيم السعودي، الذي جاء في لائحته التنفيذية في المادة 25 منه على أن: " اللغة العربية هي اللغة الرسمية التي تستعمل أمام هيئة

<sup>1</sup> - غرفة التجارة الدولية، قواعد التحكيم التجاري، 2012.

<sup>2</sup> - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 273 .

<sup>3</sup> - محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 106 .

التحكيم سواء في المناقشات أو المكاتبات و لا يجوز للهيئة أو المحكمين و غيرهم التكلم بغير اللغة العربية...".<sup>1</sup>

### الفرع الثالث

#### سلطة اتخاذ الإجراءات المؤقتة و التحفظية

إن أول ما يجب القيام به في هذا المجال هو تحديد مفهوم الإجراءات المؤقتة و التحفظية و تحديد المقصود منها؛ فالإجراءات التحفظية هي التي تتخذ لحماية أموال أو لصون حقوق، مثل الحجز الاحتياطي أو التأمين البحري و حق حبس المنقول و غير المنقول، أما الإجراءات المؤقتة فهي التي تنظم وقتيا حالة مستعجلة إلى أن يصدر قرار نهائي، و مثال ذلك: الحراسة القضائية على الأموال.<sup>2</sup>

و تهدف الإجراءات التحفظية و الوقتية إلى حفظ الأدلة اللازمة للفصل في النزاع أي إجراءات التحقيق كما أنها تشمل الإجراءات التي تهدف إلى حفظ توازن العلاقات القانونية بين الخصوم، كما تشمل أيضا الإجراءات التي تهدف إلى خلق حالة واقعية أو قانونية لضمان تنفيذ الحكم الذي سيصدر.<sup>3</sup>

فإن كان هذا المقصود من الإجراءات التحفظية و المؤقتة، فهل للمحكم سلطة اتخاذها ؟ يجوز لهيئة التحكيم أن تتخذ بناء على طلب أحد الطرفين ما تراه من تدابير مؤقتة، و لهيئة التحكيم إثبات واقعة يخشى زوال معالمها عند النزاع فيها، و لها تقدير نفقة مؤقتة للمدعي ريثما يتم الفصل في التعويض الناشئ عن دعوى المسؤولية.<sup>4</sup>

أعطت أغلب التشريعات الوطنية للمحكم سلطة اتخاذ التدابير المؤقتة و التحفظية و يبدو الاتجاه الحالي في التحكيم الدولي هو تضمين القوانين الوطنية نصوصا تعطي المحكم الحق في إصدار قرارات لاتخاذ الإجراءات الوقائية أو المؤقتة.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - نظام التحكيم السعودي الرقم م /46 التاريخ 1403/7/12 هـ .

<sup>2</sup> - عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2001، ص 50.

<sup>3</sup> - نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 141.

<sup>4</sup> - منير عبد المجيد، المرجع سابق، ص 187.

<sup>5</sup> - محمد سامي فوزي، المرجع السابق، ص 122.

جاء في المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري والتي نصت على أنه: " يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك ، و جاء في القانون السويسري الجديد الخاص بقواعد القانون الدولي الخاص في الفصل الثاني عشر منه، وفي المادة 183 ما يلي: " إلا إذا كان هناك اتفاق على خلاف ذلك يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر بالإجراءات المؤقتة أو الإجراءات التحفظية بناء على طلب أحد الأطراف "، فالمبدأ في القانون السويسري هو اختصاص المحكمة التحكيمية باتخاذ التدابير المؤقتة و التحفظية، و المحكمة القضائية لا تنظر بالأمر إلا بعد أن يبت به المحكمون.<sup>1</sup>

أما قانون التحكيم المصري نصت المادة 24 الفقرة 1 على أنه " يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم بناء على طلب أحدهما أن تأمر أيا منهما باتخاذ ما تراه من تدابير نص هذه المادة يؤكد مدى سلطة المحكم، حيث تتجاوز مجرد الفصل في النزاع إلى سلطة اتخاذ التدابير المؤقتة و التحفظية، و مناط هذه السلطة يرجع في الأساس إلى اتفاق الأطراف على ذلك.

فمؤدى هذه الفقرة تخويل أطراف اتفاق التحكيم إمكانية مد سلطة الهيئة و عدم قصرها الفصل في الموضوع، بحيث يتسنى لها الأمر بما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع.<sup>2</sup> غير أن هناك جدلا قد يثور حال عدم اتفاق الأطراف على منح المحكم هذه السلطة فهل له الأمر بمثل هذه التدابير في غياب الاتفاق على ذلك من قبل الأطراف؟.

إن عدم تضمين الأطراف اتفاقهم مثل هذا الشرط إنما يحيل الأمر في ذلك و مباشرة إلى القضاء فإذا لم ينصب الاتفاق صراحة على منح الهيئة سلطة البت في طلبات اتخاذ هذه التدابير فإن الأمر يظل في يد القضاء،<sup>3</sup> لكن التجاء الأطراف إلى التحكيم كطريق لتسوية النزاع القائم يمنع أساسا القضاء من نظر الموضوع، بما في ذلك أمر اتخاذ هذه التدابير، ففي نص المادة 17 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي نجد أنه " يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر أيا من الطرفين بناء على طلب أحدهما باتخاذ أي تدبير وقائي تراه ضروريا بالنسبة إلى موضوع النزاع، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

<sup>1</sup> - عبد الحميد الأحمد، مجلة التحكيم التجاري الدولي، العدد السادس عشر، المرجع السابق، ص 512.

<sup>2</sup> - محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 147 .

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 150 .

حسب نص هذه المادة فالأصل هو اختصاص المحكم الذي ينظر في النزاع باتخاذ هذه التدابير المؤقتة أو التحفظية إلا إذا نزع عنه الأطراف هذه السلطة صراحة في اتفاقهم، و بذلك يتمتع القضاء عن نظر هذه الطلبات حال تقديمها من أحد الأطراف ما علم بوجود اتفاق التحكيم زيادة على ذلك وجود شرط يمنع المحكم من اتخاذ التدابير المؤقتة و التحفظية، و قد قضي في فرنسا بهذا الرأي: " أما في التحكيم الدولي فبعد اتصال محكمة التحكيم بالنزاع فإن التمسك بشرط التحكيم يحجب القضاء من نظر الموضوع و أيضا من الطلبات الوقتية و التحفظية ".<sup>1</sup>

إن هذه القوانين الداخلية قد كرست جميعها سلطة المحكم في الأمر بالإجراءات التحفظية و المؤقتة بناء على طلب أحد الأطراف، و السبيل نفسه انتهجته الاتفاقيات الدولية، و نورد لذلك بعض الأمثلة:

أولاً- المادة 26 من قواعد اليونسترال التي نصت على: " لهيئة التحكيم أن تتخذ بناء على طلب أحد الطرفين ما تراه ضروريا من تدابير مؤقتة بشأن الموضوع محل النزاع ...".

ثانيا- المادة 47 من اتفاقية واشنطن الخاصة بحسم خلافات الاستثمار بين الدول و مواطني الدول الأخرى جاء فيها: " المحكمة التحكيمية تملك سلطة الأمر باتخاذ تدابير احتياطية أو مؤقتة حفاظا على حقوق أطراف النزاع ".<sup>2</sup>

ثالثا- المادة 17 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي نصت على أنه: " يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر أيا من الطرفين بناء على طلب أحدهما باتخاذ أي تدبير وقائي،" ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، يجوز لهيئة التحكيم حال تحويل الملف إليها أن تأمر بناء على طلب أحد الأطراف باتخاذ أي إجراء تحفظي أو مرحلي تراه مناسبا...".<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 151.

<sup>2</sup> - عبد الحميد الأحمد، مجلة التحكيم التجاري الدولي، العدد السادس عشر، المرجع السابق، ص 510 .

<sup>3</sup> - محمود مختار أحمد بريري . المرجع السابق ، 152 .

كرست أغلب هذه الاتفاقيات و المعاهدات اختصاص و سلطة المحكم باتخاذ الإجراءات التحفظية و المؤقتة، مع سلطة تقدير مدى ضرورتها و جديتها و علاقتها بموضوع النزاع، و بذلك يتأكد لنا امتداد السلطات الإجرائية للمحكم و عدم قصر سلطته في إجراءات النزاع أو موضوعه فقط.

## الفرع الرابع

### سلطة تحديد ميعاد المهمة التحكيمية

المقصود بميعاد المهمة التحكيمية هو ميعاد صدور الحكم التحكيمي الفاصل في النزاع، و هو بالأحرى المدة الزمنية التي يتم تحديدها كأجل لصدور الحكم إبانها و لا يتجاوزها.

أما في خصوص سلطة المحكم في تحديد هذا الميعاد أو الفترة الزمنية التحكيمية فتختلف من حالة لأخرى فالأمر يختلف حال كنا بصدد تحكيم داخلي أم دولي، كما يختلف الأمر حال التفويض الصريح من الأطراف للمحكم بهذه المهمة من عدم وجود مثل هذا التفويض، أيضا حال تضمين اتفاق التحكيم مدة زمنية للفصل في النزاع من عدمه.

يجوز للأطراف الاتفاق على تحكيم دون ميعاد ، فيخولون هيئة التحكيم سلطة الفصل في النزاع في الميعاد الذي تراه مناسبا، أو يتفقون على تطبيق لائحة تحكيمية لا تشترط أي ميعاد، و عندئذ لا تنقيد الهيئة بميعاد معين لإصدار حكم التحكيم.<sup>1</sup>

إن هذه الحالة تعتبر تفويضا ضمنا للمحكم لتحديد الميعاد المناسب لفض المنازعة التحكيمية إذ إن سكوت الأطراف على ذلك نابع من عدم إمامهم بالمدة الزمنية التي تقتضيها هذه الخصومة و لعل المحكم في هذا الشأن هو الأدرى بهذه الأمور و ما تتطلبه إجراءات المنازعة التحكيمية ، و هو الأقدر على ضبط هذه المدة الزمنية. لا شك أن أطراف النزاع ثم هيئة التحكيم هم الأقدر على تحديد الظروف و الملابسات الخاصة بالنزاع، و ما قد تستلزمه من وقت لإمكان استكمال العناصر الكافية

<sup>1</sup> - فتحي والي، المرجع السابق، ص 405.

لإصدار الحكم المنهي للخصومة<sup>1</sup> فتحدد ميعاد المهمة التحكيمية خاضع أساسا لمبدأ سلطان الإرادة فلأطراف أن يحددوا هذا الميعاد من عدمه كما لهم تفويض المحكم بذلك.

غير أن أغلب القوانين الوطنية تتضمن تحويل المحكم هذه السلطة، فقانون التحكيم الجزائري ، و في تنظيمه للتحكيم التجاري الدولي لم يحدد ميعادا للمهمة التحكيمية، مسندا الأمر في ذلك لإرادة الأطراف تكريسا لمبدأ سلطان الإرادة، و التي لها أن تفوض المحكم هذه السلطة في تحديد ميعاد المهمة التحكيمية، أما في التحكيم الداخلي فقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 118 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: " يكون اتفاق التحكيم صحيحا و لو لم يحدد أجلا لإنهائه، و في هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة أشهر ...".

ففي حالة عدم اتفاق الأطراف على مدة زمنية معينة للمهمة التحكيمية يلتزم المحكم بالمدة التي يحددها القانون، و هنا تنعدم سلطة المحكم في تحديد ميعاد المهمة، و لذلك فإن مبدأ التفويض الضمني للمحكم هذه السلطة لا يعتد بها في هذا الشأن

أما قانون التحكيم المصري فنصت المادة 45 الفقرة 01 على أنه : " على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان و إن لم يوجد وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهرا من تاريخ بدء إجراءات التحكيم ....".

من الواضح أن سلطة المحكم في تحديد ميعاد المهمة التحكيمية لا يجد سنده إلا باتفاق الأطراف صراحة على تفويضه هذه السلطة، فأغلب القوانين الوطنية سارت على نهج المشرعين المصري و الجزائري في ذلك.

ففي التحكيم الداخلي العقد التحكيمي هو الذي يحدد المدة التي يجب أن يصدر فيها المحكمون حكمهم قبل انقضائها، و إذا خلا العقد التحكيمي من تحديد المدة، فإن القانون هو الذي يفعل ، أما في التحكيم الدولي فإن إجراءات التحكيم يشارك فيها أطراف من جنسيات مختلفة و من ثقافات قانونية

<sup>1</sup> - محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 156.

مختلفة، ومن هنا فإن مدة التحكيم ليست في التحكيم الدولي كما في التحكيم الداخلي، لكن ذلك لا يعني أن التحكيم له بداية لكن ليست له نهاية.<sup>1</sup>

في الاتفاقيات الدولية نجد مثلا قواعد اليونسترال لم تحدد مدة للمهمة التحكيمية، إذا اتفق الأطراف على تطبيق قواعد اليونسترال بالنسبة لإجراءات التحكيم أو اتفقوا على أن يكون التحكيم وفقا لنظام مركز القاهرة الإقليمي، فإن هذا يعني اتفاقهم على أن يكون التحكيم بغير ميعاد، ذلك أن قواعد اليونسترال لا تحدد ميعادا للتحكيم "،<sup>2</sup> و لذلك فإن مسألة تحديد ميعاد المهمة التحكيمية في التحكيم الدولي سواء أكان تحكيما حرا أم منظما يرجع الأمر في ذلك إلى سلطة المحكم الدولي.

إن ما سبق من القول كان في شأن الميعاد الأصلي للمهمة التحكيمية و مدى سلطة المحكم في تحديدها فسلطة هذا الأخير و اختصاصه بذلك يتلف سندهما حسب نوع الميعاد، إن كنا بصدد تحديد الميعاد الأصلي للمهمة التحكيمية أو بصدد تمديد هذا الميعاد، فإن كانت حرية المحكم في تحديد الميعاد مرهونة باتفاق الأطراف بتفويضه صراحة بذلك - كما أن القانون لم يجز ذلك للمحكم حال غياب هذا التفويض - فالأمر يختلف في شأن هذا الميعاد.

إن لهيئة التحكيم إذا استشعرت أن هذا الميعاد ليس كافيا لإصدار الحكم المنهي للخصومة كلها أن تقرر مد الميعاد، و لو لم يخولها اتفاق التحكيم ذلك،<sup>3</sup> حيث جاء في نص المادة 45 فقرة 1 من قانون التحكيم المصري: "... و في جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على أن لا تزيد فترة المد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك"، لقد خول المشرع هيئة التحكيم في جميع الأحوال، أي سواء كان ميعاد إصدار الحكم محددًا باتفاق الأطراف، أو بنص القانون سلطة مد الميعاد، ... ، و لعل المشرع قدر أن الهيئة قد يعوزها الوقت للتداول لإمكان الوصول إلى حكم منه للخصومة، أو قد تقتضي طبيعة النزاع مزيدا من الوقت لتجميع العناصر الكافية للوصول إلى

<sup>1</sup> - عبد الحميد الأحدثب، مجلة التحكيم التجاري الدولي، العدد السادس عشر، المرجع السابق، ص 461.

<sup>2</sup> - فتحي والي . المرجع سابق، ص 406 .

<sup>3</sup> - فتحي والي . المرجع سابق، ص 410 .

مثل هذا الحكم مما دفعه إلى تحويلها هذه السلطة بنص لا يخضع لشرط اتفاق الأطراف على قبول هذه المدة.<sup>1</sup>

إن مد ميعاد المهمة التحكيمية و بموجب القانون و اتفاق الأطراف يرجع الأمر فيه إلى سلطة المحكم ذلك لأنه الأقدر على تحديد مدى كفاية الميعاد الأصلي المحدد قانونا أو باتفاق الأطراف من عدمه فهو الأدرى بما تتطلب مختلف الإجراءات التحكيمية كجمع الأدلة و المداولات، و مع ذلك فإن بعض التشريعات كالتشريع الفرنسي و الإنجليزي لم تعط المحكم سلطة مد الميعاد الأصلي.

إن المشرع الفرنسي يعتبر أن مهلة التحكيم هي ستة أشهر اعتبارا من يوم قبول آخر المحكمين المعينين مهمته، و يمكن تمديد المهلة القانونية أو الاتفاقية إما باتفاق الفرقاء أو بطلب من أحدهم أو من المحكمة التحكيمية إلى رئيس المحكمة العليا، أو إلى رئيس محكمة التجارة " و ليس للمحكمة التحكيمية صلاحية التمديد إلا إذا فوض الفرقاء إلى المحكمين بصورة واضحة و يقتضي أن يكون التفويض بالتمديد محدد و واضحا إذ إن مهمة المحكمين لا تتضمن في حد ذاتها صلاحية التمديد.<sup>2</sup>

## المطلب الثاني

### استقلالية المحكم في تقديم الأدلة

إن تقديم الأدلة و البحث عنها يعد نقطة فاصلة في الخصومة التحكيمية، تبنى عليها قناعة المحكم و اطمئنانه إلى هذه الأدلة، و استنادا إليها سيصدر حكمه الذي به يفصل في النزاع، و لذلك نجد أن مسألة الإثبات أو الأدلة قد أخذت حيزا كبيرا من الاهتمام، حيث تم تنظيم إجراءاتها و طرائق تحصيلها في قوانين وطنية عدة، كما تم تعداد وسائل الإثبات المختلفة و بيان إجراءات كل واحد من هذه الوسائل، ولقد ارتأينا تقسيم هذا الطلب إلى فرعين ، ندرس في الفرع الأول السند القانوني و الاتفاقي لاستقلالية المحكم في تقديم الأدلة أما في الفرع الثاني فندرس مدى استقلالية المحكم في إجراءات الأدلة.

<sup>1</sup> - محمود مختار أحمد بري، المرجع السابق، ص 162 .

<sup>2</sup> - عبد الحميد الأحديب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة التحكيم الدولي، العدد الثاني، المرجع السابق، ص

## الفرع الأول

### السند القانوني و الاتفاقية لاستقلالية المحكم في تقديم الأدلة

في هذا المجال سنستعرض بعض القوانين الوطنية التي تضمنت نصوصها تكريسا لسلطة المحكم و استقلاليته في تقديم الأدلة، و التي حددت كذلك الوسائل المعتمدة في سبيل ذلك و كيفية مباشرته لهذه الوسائل.

**أولا - السند القانوني لاستقلالية المحكم في تقديم الأدلة:** في هذه النقطة سنحاول تقديم بعض القوانين الداخلية التي أعطت المحكم الدولي سلطة تقديم الأدلة والبحث عنها حسب الإجراءات التي تنظمها هذه القوانين.

**1- القانون الجزائري :** نصت المادة 1047 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على أن " تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة "، و المشرع الجزائري بنص هذه المادة قد خول المحكم سلطة البحث عن الأدلة و تقديمها تاركا له الحرية الكاملة في اعتماد كل الوسائل المساعدة في ذلك و المقررة قانونا ، لقد أخذ هنا المشرع الجزائري بالقانون السويسري - المادة 184 - و كرس حرية تقديم الأدلة بالنسبة إلى لأطراف و المحكم، و يمكن لهذا الأخير أن يقدم الأدلة بكل الوسائل المتاحة له.<sup>1</sup>

كما جاء في المادة 1048 من نفس القانون أنه: " إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكم أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى، جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة أو للطرف الذي يهمله التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص ، و يطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي"، لقد أتاح المشرع الجزائري زيادة على تقرير حرية المحكم في تقديم الأدلة بكل الوسائل المتاحة سلطة اللجوء إلى القضاء للمساعدة في تقديم الأدلة و حتى الأطراف لا بد لهم من ترخيص هيئة التحكيم حال أرادوا طلب مساعدة القضاء في ذلك.

<sup>1</sup> - عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص53.

## 2- القانون التونسي: نصت المادة 64 من قانون التحكيم التونسي على أنه:

أ- مع مراعاة أحكام هذا الباب للأطراف أن يتفقوا على الإجراءات التي على هيئة التحكيم إتباعها.

ب- فإن لم يتفقوا كان لهيئة التحكيم - مع مراعاة هذا القانون - أن تسيّر في التحكيم حسب الطريقة التي تراها مناسبة و تشمل السلطة المخولة لهيئة التحكيم سلطة تقرير جواز قبول الأدلة المقدمة إليها، و صلتها بالموضوع و جدواها و أهميتها .

أما المادة 714 فنصت على أنه: " يجوز لهيئة التحكيم:

أ- أن تعين خبيراً أو أكثر لتقديم تقرير إليها بشأن مسائل معينة تحددها.

ب- أن تطلب من أي طرف أن يقدم إلى الخبير أية معلومات لها صلة بالموضوع، و أن يسمح له بالاطلاع على أي مستند لفحصه، أو مشاهدة أي بضاعة أو أموال أخرى لمعاينتها".

و جاء في المادة 42 من القانون نفسه أنه: " يجوز لهيئة التحكيم أو لأي طرف بموافقتها طلب المساعدة من محكمة مختصة للحصول على أدلة، و يجوز لهذه المحكمة الاستجابة للطلب في حدود اختصاصها و وفقاً للقواعد المقبولة لديها في الحصول على الأدلة".

يتضح من نصوص هذه المواد أن المشرع التونسي كرس بدوره سلطة المحكم في البحث عن الأدلة و تقديمها بالسبل التي يراها مناسبة، فلم يحدد المشرع التونسي لهيئة التحكيم طرائق مباشرة البحث عن الأدلة و لا القانون الإجرائي المتبع في ذلك ، بل كرس مبدأ حرية الأطراف و هيئة التحكيم في تقديم الأدلة مستندا في ذلك على مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري، كما نجد أن المشرع التونسي على عكس المشرع الجزائري قد نص على مسألة تعيين الخبير كوسيلة من وسائل البحث عن الأدلة، موضحاً في ذلك سلطة المحكم في تعيين هذا الخبير و تحديد مهامه، كما نصت المادة على سلطة المحكم في أمر الأطراف بالتعاون مع الخبير و مده بأية معلومات لها صلة بالموضوع و تسهيل اطلاعه على أية مستندات و معاينة البضائع و الأموال و السماح له بذلك.

ثانيا - السند الاتفاقي لاستقلالية المحكم في تقديم الأدلة: نعمل في هذه النقطة على محاولة توضيح سند المحكم في تقديم الأدلة انطلاقا من تفويض الأطراف له ذلك في اتفاقهم.

تدير الهيئة النزاع وفقا لما تحدده إرادة الأطراف، فإذا تم الاتفاق على إخضاع التحكيم لقانون معين فيما يتعلق بقواعد الإثبات، تعين مراعاة نصوص هذا القانون، و إذا ترك الاختيار للهيئة فلها أن تختار قانونا معيناً أو تضع قواعد يتم الاتفاق عليها مع الأطراف لتنظيم كيفية الإثبات، و ما يقبل و ما لا يقبل من أدلة.<sup>1</sup>

إن سلطة المحكم و استقلاليته في تقديم الأدلة و إدارة كافة وسائل الإثبات إنما نجد سندها و منبعها إرادة الأطراف في تفويض المحكم هذه المهمة ، فلأطراف أن يفوضوا المحكم سلطة تحديد القانون الإجرائي الذي يطبق على الخصومة التحكيمية بصفة عامة - سبق أن بينا ذلك في المبحث الأول - كما لهم تفويض المحكمين سلطة إدارة نظام الأدلة و تحديد القانون الإجرائي الذي سيطبق على هذه المرحلة بصفة خاصة.

فالأصل في نظام التحكيم هو حرية الأطراف في تنظيم الإجراءات التحكيمية، فمبدأ سلطان الإرادة و تكريس حرية الأطراف في تنظيم إجراءات التحكيم يعد من أهم مميزات نظام التحكيم، و لذلك - و باستقراء كافة القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية- نجد أن للأطراف تفويض المحكم سلطة و مهمة تحديد القانون الإجرائي بصفة عامة.

و يتسم تحديد قواعد الإجراءات بحرية تامة، يمكن للأطراف أن تحددها في اتفاق التحكيم، أي إن اتفاق التحكيم- مبدئياً - هو الذي يحدد الإجراءات، و إذا لم يفصل الأطراف في المسألة فالمحكم هو الذي يحددها إما بكل حرية أو بالرجوع إلى قانون وطني، و إما بالرجوع إلى نظام تحكيمي.<sup>2</sup>

للفرقاء تفويض المحكم مهمة ضبط القانون الإجرائي، و تنظيم الإجراءات حسب النظام الذي يراه مناسباً و كما هو معلوم فنظام الأدلة يعد واحداً من المراحل الإجرائية التي تطالها سلطة المحكم الدولي

<sup>1</sup> - محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 113 - 114.

<sup>2</sup> - عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 49.

بالتنظيم، يقصد بالإجراءات التي تبحث القانون واجب التطبيق عليها تحديد الإجراءات،.....، مدة التحكيم، تداول المستندات و غير ذلك من المسائل الإجرائية الأخرى.<sup>1</sup>

إن أساس سلطة المحكم في تقديم الأدلة قد كرسه أغلب القوانين الوطنية و التي ضمنت نصوصها هذه السلطة، كما أن سلطة المحكم في هذا المجال يكرسها كذلك القانون الاتفاقي، فمبعث اختيار الأطراف للمحكم مرده ثقتهم فيه، و في نظام التحكيم بصفة عامة، كما نجد أن عدة اتفاقيات دولية و عدة مراكز تحكيم إقليمية و دولية قد كرسست استقلالية المحكم و سلطته في تقديم الأدلة.

## الفرع الثاني

### مدى استقلالية المحكم في إجراءات الأدلة

سنعالج في هذا الفرع من الدراسة مسألة استقلالية المحكم الدولي في إجراءات الأدلة، و مدى سلطته في ضبط هذه الإجراءات و في تحديد القانون الإجرائي المطبق على نظام الأدلة، كما نتطرق في هذا الفرع إلى سلطة المحكم في تحديد وسائل الإثبات المختلفة التي سيتم اعتمادها لحل النزاع، و مدى استقلاليته و سلطته في كل واحدة من هذه الوسائل سواء من حيث اعتمادها كوسيلة للإثبات و مدى ملاءمتها للنزاع أو من حيث سلطته و استقلاليته حال مباشرتها.

و لأجل هذا قسمنا هذا الفرع إلى نقطتين نعالج في النقطة الأولى سلطة المحكم في تحديد الإجراءات المتبعة في تقديم الأدلة، و في النقطة الثانية ندرس سلطة المحكم في ضبط مختلف وسائل الإثبات و مباشرتها، و هذا كله سيتم على ضوء القوانين الوطنية و الاتفاقيات الدولية، و الفقه و قواعد بعض مراكز التحكيم الإقليمية و الدولية.

أولاً- سلطة المحكم في تحديد الإجراءات المتبعة في تقديم الأدلة : إن لهيئة التحكيم عند عدم اتفاق الأطراف أن تقرر إجراءات الإثبات التي تراها مناسبة، فهي ليست ملزمة بإجراءات الإثبات التي ينص

---

<sup>1</sup> - نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص105.

عليها قانون الإثبات، و تكون سلطة الأطراف في هذا الشأن هي سلطتهم نفسها بالنسبة لإجراءات التحكيم.<sup>1</sup>

و كما سبق و بينا في المبحث الأول فللمحكم سلطة ضبط الإجراءات التحكيمية بكل حرية، حال فوضه الأطراف ذلك إما صراحة و إما ضمناً، و ذلك يكون بسكوتهم عن تحديد القانون الإجرائي واجب التطبيق في اتفاقهم.

و حيث أن الإجراءات التي تحكم نظام الأدلة ليست سوى مرحلة من مراحل الإجراءات التحكيمية فللمحكم بذلك سلطة تحديدها و ضبطها بكل حرية ، لقد كانت هيئة التحكيم لا تملك اتخاذ إجراءات الإثبات من تلقاء نفسها إعمالاً لمبدأ حياد المحكم، إلا أنه قد عدل عن ذلك و أجازت المادة 27 من لائحة غرفة تحكيم باريس لهيئة التحكيم اتخاذ إجراءات الإثبات من تلقاء نفسها، كما سمحت بهذا المادة 10 و المادة 02 من قانون المرافعات الفرنسي.<sup>2</sup>

فحسب المادة 27 من لائحة غرفة تحكيم باريس، لا يشترط اتفاق الأطراف تفويض المحكم سلطة تحديد الإجراءات المطبقة على نظام الأدلة، بل للمحكم مباشرة سلطته هذه دون قيد و بكل حرية.

جاء في المادة 1047 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري: "تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة"، فالمحكم هنا حر في كيفية مباشرته لهذه المهمة حسب نص القانون و يدخل ضمن هذه السلطة بلا شك سلطته في تحديد الإجراءات المتبعة في ذلك.

يمكن أن يخضع تقديم الأدلة إما إلى قواعد ملائمة لا علاقة لها بأي قانون و وطني، و إما أن يخضع لقانون وطني أو إلى نظام تحكيم<sup>3</sup>، فالقانون الجزائري لم يفرض إجراءات معينة لزم معها الأمر ضرورة إتباعها، بل ترك هذه المسألة للمحكم و للأطراف لتنظيمها حسب إرادتهم و مدى ملائمة هذا الإجراء للنزاع، و بذلك فالمشرع الجزائري بدوره أحال الأمر في تحديد الإجراءات المتبعة في تقديم الأدلة

---

<sup>1</sup> - فتحي والي، المرجع السابق، ص 363.

<sup>2</sup> - نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 17.

<sup>3</sup> - عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 53.

إلى سلطة المحكم و الأطراف كما هو الشأن في تحديد الإجراءات التحكيمية بصفة عامة، كما سبق وبيننا في المبحث الأول، لكن مع مراعاة بعض الأمور كالنظام العام و احترام مبدأ الواجهة وغير ذلك.

تدير الهيئة النزاع وفقا لما تحدده إرادة الأطراف، فإذا تم الاتفاق على إخضاع التحكيم لقانون معين فيما يتعلق بقواعد الإثبات، تعين مراعاة نصوص هذا القانون، و إذا ترك الاختيار للهيئة فلها أن تختار قانونا معيناً أو تضع قواعد يتم الاتفاق عليها مع الأطراف لتنظيم كيفية الإثبات وما يقبل وما لا يقبل من أدلة.<sup>1</sup>

إن الملاحظ من نظام تحكيم إلى آخر، و فقه طائفة إلى فقه أخرى أن سلطة المحكم في تحديد إجراءات الإثبات محققة و معترف بها، إلا أن الاختلاف الواقع هو في مدى استقلالية المحكم في ذلك، فهناك من يرجع سلطة المحكم في مباشرته لهذه المهمة إلى ضرورة تفويضه من قبل الأطراف بذلك أو سكوتهم عن تنظيم ذلك أي التفويض الضمني.

هناك من يؤكد على استقلالية المحكم و سلطته في تحديد إجراءات نظام الأدلة من تلقاء نفسه و بكل حرية، مستندا في ذلك إلى نص القانون الذي يكرس بدوره هذه السلطة، يملك المحكم اتخاذ إجراءات الإثبات المتعلقة بخصومة التحكيم سواء كان ذلك من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصوم متى كان ذلك لازما للوصول إلى الحقيقة.<sup>2</sup> إذا قدم أحد الأطراف طلبا لاتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات فإن لهيئة التحكيم السلطة التقديرية الكاملة في الاستجابة له أو رفضه.<sup>3</sup>

إن سلطة المحكم في تحديد الإجراءات المتبعة في تقديم الأدلة أمر ثابت تم تكريسه سواء من قبل الفقه أو القوانين الوطنية أو الاتفاقيات الدولية، كما أن سلطة المحكم هذه تتضح بصورة أقوى حال مباشرة أي من الإجراءات الخاصة بالإثبات، و التي تأتي على بيانها في النقطة الثانية من هذا الفرع.

**ثانيا - سلطة المحكم في تحديد وسائل الإثبات و مباشرتها:** إن استقلالية المحكم في تقديم الأدلة تتضح و تتأكد من خلال تعرضنا لمدى سلطته في تحديد وسائل الإثبات، و حرته الكاملة في تقييمها

<sup>1</sup> - محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 114.

<sup>2</sup> - فتحي والي . المرجع السابق، ص 363.

<sup>3</sup> - نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 136.

إن كانت مجدية للوصول إلى الحقيقة من عدمها ، كما أن للمحكم سلطة اتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات و مباشرته و الأمر به.

تملك هيئة التحكيم الأمر باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات التي تراها مجدية لإظهار الحقيقة في النزاع محل التحكيم، كالمعاينة و الاستجواب و سماع الشهود و تعيين الخبراء،<sup>1</sup> فإذا قدم أحد الأطراف طلبا لاتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات فإن لهيئة التحكيم السلطة التقديرية الكاملة في الاستجابة له أو رفضه،<sup>2</sup> للمحكم كامل السلطة في نطاق الاتفاق على التحكيم في استخدام كافة طرق الإثبات كالكتابة و القرائن شهادة و الشهود الخبرة و المعاينة و الإنابة القضائية.<sup>3</sup>

كما هو واضح من هذه الآراء أن سلطة المحكم في تقديم الأدلة لا تقف عند تحديد وسائل الإثبات المعتمدة في النزاع واستقلاليتها في اتخاذ أي منها فقط، بل له أن يقدر مدى جدوى هذه الوسيلة من عدمها كما للمحكم تقدير مدى فاعلية الدليل المحصل وقوته في الإثبات، وهنا تتسع السلطة التقديرية للمحكم في مجال تقديم الأدلة، و تنكسر استقلاليتها في ذلك بصورة أوضح و أفضل، و لهيئة التحكيم الأمر بما تراه مناسبا ومنتجا في الدعوى من وسائل الإثبات مع احترام مبدأ حقوق الدفاع،<sup>4</sup> و يكون للمحكم السلطة نفسها التي لقاضي المحكمة بالنسبة إلى تقدير الأدلة المقدمة إليه ...، للمحكم السلطان المطلق في تقدير الدليل المقدم إليه لكي لا يبنني حكمه إلا على ما يطمئن إليه وجدانه و شعوره.<sup>5</sup>

إن السلطة المقررة للمحكم في تحديد وسائل الإثبات التي ستعتمد في تحصيل الأدلة و حريته في تقدير قيمتها و جدواها للوصول إلى حقيقة، و حل النزاع إنما هي دعامة أساسية لاستقلاليتها في مجال تقديم الأدلة بصورة خاصة، و لامتداد سلطاته الإجرائية بصورة عامة، غير أننا نعرض فيما تبقى من هذا الفرع لمدى استقلالية المحكم إزاء مختلف وسائل الإثبات كالمعاينة و شهادة الشهود و الخبرة

<sup>1</sup> - سحر عبد الستار إمام يوسف، المركز القانوني للمحكم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 167.

<sup>2</sup> - فتحي والي، المرجع السابق، ص 359.

<sup>3</sup> - نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 135.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 138 .

<sup>5</sup> - فتحي والي، المرجع السابق، ص 362.

أما في مجال المعاينة، يجوز لهيئة التحكيم أن تستند إلى الدليل المستمد من المعاينة، و قد تجري المعاينة في الجلسة إذا تعلق الأمر بمنقول،...، و قد تجري المعاينة بعد الانتقال لمحل المعاينة، و إذا قررت الهيئة الانتقال للمعاينة فإنه يجب إعلام الأطراف بميعاد الانتقال و مكانه، و أن يتم تحرير محضر بهذه المعاينة.<sup>1</sup>

يجوز لهيئة التحكيم الانتقال لمعاينة الأماكن أو البضائع أو غيرها إذا كان لازماً للفصل في النزاع دون التقيد بشكل معين، و دون الحاجة لإصدار حكم بهذا الشأن؛ و هيئة التحكيم هي الوحيدة التي تقدر جدية و لزوم الانتقال للمعاينة.<sup>2</sup>

إن إجراء المعاينة يرجع الأمر به إلى هيئة التحكيم، أو بناء على طلب من الأطراف، و يتم ذلك وفق إجراءات محددة، كإعلام الأطراف بتاريخ المعاينة و مكانها، و ضرورة تحرير محضر بالمعاينة، لكن الأمر لا يستلزم إصدار حكم فيما تم الوصول إليه من خلال ذلك.

أما عن سلطة المحكم في تعيين الخبراء و انتدابهم ، فقد جاء في قانون التحكيم المصري و في نص المادة 36 الفقرة 01 على أنه: " لهيئة التحكيم تعيين خبير أو أكثر لتقديم تقرير مكتوب أو شفهي يثبت في محضر الجلسة بشأن وسائل معينة تحددها، و ترسل إلى كل من الطرفين صورة من قرارها بتحديد المهمة المسندة إلى الخبير ".<sup>3</sup>

و قد عالج القانون استعانة الهيئة بالخبرة فحولها إمكانية انتداب خبير أو أكثر تحدد له الهيئة المسائل موضوع التقرير المطلوب منه إعداد كتابته أو شفاهة،<sup>3</sup> إن مسألة الخبرة و ضرورة الاستعانة بها متروكة لسلطة المحكم التقديرية فله أن يأمر بها كما له ألا يلجأ إليها إذا ما قدر أن الأمر لا يستلزم ذلك، كما له حال اللجوء إلى ذلك أن يعين الخبير بكل حرية، و أن يحدد له الموضوع محل الخبرة، و ما يجب على الخبير البحث فيه و تقديم تقريره فيه.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 367.

<sup>2</sup> - نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 140.

<sup>3</sup> - محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 114 .

فلهيئة التحكيم أن تستعين بالخبرة الفنية والعملية، كما أن لها أن لا تستعين بها إن وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها، فيدخل الأمر في سلطتها التقديرية،<sup>1</sup> و مما سبق أمكننا القول إن مسألة الاستعانة بالخبرة كوسيلة من وسائل الإثبات، إنما يرجع الأمر فيها لسلطة المحكم التقديرية في ذلك، غير أن استقلالية المحكم في إجراء الخبرة لا يتوقف عند الفصل في ضرورة الاستعانة بها من عدمه ، بل يتعداها إلى استقلاليته و حريته في الأخذ بما وصل إليه هذا الخبير أو طرحه جانبا، فرأي الخبير في الواقعة المطلوب منه تقديم تقرير بشأنها إنما رأي استشاري غير ملزم لهيئة التحكيم.

إذ يخضع رأي الخبير أيا كان لسلطة المحكم التقديرية، فعمله لا يعدو أن يكون عنصرا من عناصر الإثبات الواقعية في الدعوى، فللمحكم سلطة الأخذ بما انتهى إليه الخبير إذا رأى فيه ما يقنعه و يتفق مع وجه الحق في الدعوى.<sup>2</sup>

أما عن سلطة المحكم و استقلاليته تجاه شهادة الشهود، فقد خول القانون الهولندي المحكم سلطة استجواب الشهود كما خولها سلطة تنظيم الطريقة التي يتم بها ذلك، و ذلك في نص المادة 1041 من هذا القانون التي نصت على أنه: " إذا تم استجواب الشهود تتولى هيئة التحكيم تحديد وقت الاستجواب و مكانه و الطريقة التي يتم بها ذلك، و إذا رأت هيئة التحكيم أهمية في ذلك يجب أن يتم استجواب الشهود تحت اليمين أو الإقرار، و على النحو المنصوص عليه في المادة 107 " فالمرجع الهولندي يعطي المحكم سلطة تنظيم الإجراءات التي يتم بها الاستجواب كما يوجب ضرورة سماع الشهود تحت اليمين.

أما قانون التحكيم المصري فلم ينص على إجراءات خاصة لسماع الشهود، بل يترك الأمر لتقدير هيئة التحكيم ما لم يتفق الأطراف على إجراءات خاصة،<sup>3</sup> غير أن المشرع المصري لم يمنح المحكم سلطة توجيه اليمين للشاهد، و جاء بيان ذلك في نص المادة 33 الفقرة 4 " يكون سماع الشهود

<sup>1</sup> - فتحي والي، المرجع السابق، ص 369.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 378 .

<sup>3</sup> - فتحي والي، مرجع سابق، ص 368 .

بدون أداء يمين"، و هذا عكس ما ذهب إليه المشرع الهولندي، أما فيما يخص استقلالية المحكم تجاه شهادة الشهود، أقوال الشهود إنما تخضع لتقدير هيئة التحكيم، فلها ألا تأخذ بشهادة شاهد لم تطمئن إلى شهادته ما دامت قد أقامت قضاؤها على أسباب تكفي لحمله.<sup>1</sup>

إن حرية المحكم في اتخاذ قرار استجواب الشهود سواء بطلب من الأطراف أو من تلقاء نفسه و سلطته في تنظيم ذلك حسب ما يراه مناسباً من الإجراءات، إضافة إلى سلطته التقديرية الواسعة في الأخذ بشهادة الشاهد أو طرحها جانباً، إنما دليل على الاستقلالية التي خوله إياها المشرع في مختلف القوانين الوطنية أو التي خوله إياها الأطراف في اتقاقهم.

مما سبق ذكره نخلص إلى أن المحكم يملك من السلطة ما يسمح له بمباشرة مهمته في تقديم الأدلة بكل استقلالية، فبدءاً من سلطته في تحديد الإجراءات المتبعة في تقديم الأدلة و حرية في ضبط وسائل الإثبات المعتمدة في سبيل ذلك وصولاً إلى استقلاليته في مباشرة هذه الإجراءات، كما أشرنا في بداية هذا المطلب إلى السند الذي بموجبه يمارس المحكم الدولي مهمته، سواء السند القانوني أو السند الاتفاقي و اللذين كرّسا معاً سلطة المحكم و استقلاليته في تقديم الأدلة.

---

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 369 .

## الفصل الثاني

### استقلالية المحكم في تسوية موضوع النزاع

إن مسألة استقلالية المحكم في التحكيم التجاري الدولي تتطلب دراسة الشق الإجرائي والموضوعي للتحكيم، حني يتسنى لنا الحكم على مدى استقلالية المحكم ومدى الحرية التي يتمتع بها في هذا المجال، كما نتيج لنا هذه الدراسة معرفة الدور الحقيقي للمحكم في الفصل في النزاع. بعد ضبط الإجراءات التحكيمية وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها، يباشر المحكم الفصل في النزاع من جانبه الموضوعي وفي هذا الخصوص نطرح تساؤلنا الرئيسي لهذا الفصل، ما مدي استقلالية المحكم في تسوية موضوع النزاع؟.

وللإجابة علي هذا التساؤل ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلي مبحثين نتناول في المبحث الأول مدي استقلالية المحكم في تحديد القانون الواجب لتطبيق علي موضوع النزاع ، أما المبحث الثاني فندرس فيه حدود استقلالية المحكم الدولي في تسوية موضوع النزاع.

## المبحث الأول

### مدي استقلالية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق علي موضوع النزاع

إن اختيار الأطراف لقانون وطني لحكم موضوع منازعتهم المطروحة على التحكيم أصبح مسألة واقعية مسلما بها التحكيم التجاري الدولي، غير أن الصعوبة تظهر في حالة ما إذا لم يحدد الأطراف القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع سواء بشكل صريح أو ضمني، فقد يبرم العقد من دون تحديد القانون الواجب التطبيق فقد يرجع ذلك إلى إهمال الأطراف، و لكن في غالب الأحيان نجد أن ذلك متعمدا و هذا تفاديا للخلافات التي قد تطرأ بينهما بسبب هذه النقطة، بعدما اتفقا على الشروط الجوهرية للعقد، علما أن العناصر التي تهم أطراف العقد عادة، هي المسائل الفنية و المالية، و عليه فإنهم لا يرغبون في تعريض عقدهم للفسخ بسبب الخلاف حول القانون الواجب التطبيق علي موضوع النزاع، وهنا يقع على المحكم أن يتصدى لهذه المشكلة و تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع.

## المطلب الأول

### دعائم استقلالية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق

إذا لم يحدد أطراف الخصومة التحكيمية القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع سواء بشكل صريح أو ضمني فإنه على المحكم الدولي أن يتصدى لهذه المشكلة حيث يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في هذا الصدد.

إن الأمر يختلف بالنسبة للمحكم الدولي عنه بالنسبة للقاضي الوطني ذلك لأنه إذا كان القاضي مقيد بإتباع القواعد القانونية لقانون اختصاصه أي قانون دولته التي يصدر باسمها أحكامه ويتعين عليه بالتالي إتباع قواعد الإسناد في قانونه للاهتداء إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فإن الأمر يختلف تماما بالنسبة للمحكم الدولي ذلك لأن المحكم الدولي وكما سبق القول ليس له قانون اختصاص ولا يصدر أحكامه باسم هذه الدولة أو تلك ومن ثم لا يخضع بالتالي لسيادة أي دولة حتى ولو كانت هي أو أحد رعاياها طرفا في المنازعة التي تطرح على التحكيم.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 9.

إن استقلالية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أمر لا بد من توافره وهذا ما سنحاول أن نبينه في دراستنا لهذا المطلب الذي ارتأينا تقسيمه إلى ثلاثة فروع، خصصنا الفرع الأول لدراسة دعائم استقلالية المحكم في الاتفاقيات الدولية ، أما الفرع الثاني فخصصناه لدراسة دعائم استقلالية المحكم في القوانين الداخلية، أما الفرع الثالث فسنعالج فيه دعائم استقلالية المحكم في التطبيقات التحكيمية.

## الفرع الأول

### دعائم استقلالية المحكم في الاتفاقيات الدولية

ندرس في هذا الفرع بعض الاتفاقيات الدولية والمعاهدات التي أكدت من خلال نصوصها على استقلالية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

**أولاً- اتفاقية جنيف المؤرخة في 21 أبريل 1961 المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي:** جاء في نص المادة السابعة من هذه الاتفاقية على ما يلي : " للأطراف الحرية في تحديد القانون الذي ينبغي على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع وفي حالة عدم تحديد ذلك يطبق المحكمون القانون الذي عينته قاعدة الإسناد والتي يرون أنها ملائمة أو مناسبة في هذا الخصوص، وفي الحالتين يجب على المحكمين أن يضعوا في الاعتبار أحكام العقد، والأعراف التجارية."<sup>1</sup>

**ثانياً- اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965 :** نصت المادة 42 من هذه الاتفاقية على انه "في حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق تطبق هيئة التحكيم قانون الدولة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الواردة في قانون هذه الدولة وكذلك مبادئ القانون الدولي."<sup>2</sup>

---

- اتفاقية جنيف المؤرخة في 21 أبريل 1961 المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي (الاتفاقية الأوروبية للتحكيم).

<sup>1</sup> التجاري الدولي

<sup>2</sup> - اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965.

ثالثا - قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، 1985: تنص المادة 28 على ما يلي:

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

ب - إذا لم يعين الطرفان أية قواعد، وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق.<sup>1</sup>

رابعا - الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لسنة 1986: جاء في نص المادة 21 من هذه الاتفاقية وفي الفقرة الأولى منها على أنه: " تفصل الهيئة في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين، و أحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنا إن وجد ، و إلا وفق أحكام القانون الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع على أن تراعى قواعد الأعراف الدولية التجارية المستقرة ".<sup>2</sup>

خامسا - اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية لسنة 2001: نصت المادة 12 فقرة (أ) من هذه الاتفاقية على انه " للمحكمة أن تفصل في النزاع وفقا للقواعد التي نصت عليها هذه الاتفاقية و الأنظمة التي يقرها المجلس ولها أن تطبق قانون الدولة المضيفة للاستثمار الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الخاصة بها وما يصلح للتطبيق من قواعد القانون الدولي أو أية قواعد أخرى تراها مناسبة للفصل في النزاع إذا اتفق أطراف النزاع على ذلك".<sup>3</sup>

مما تقدم يتضح لنا أن اغلب الاتفاقيات الدولية تعترف إما بطريقة صريحة أو ضمنية أن للمحكم من السلطة التقديرية فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ما يسمح له بتبني أي قانون يراه ملائما ليحكم موضوع النزاع.

<sup>1</sup> - أشرف عبد العليم الرفاعي ، مرجع سابق ، ص12.

<sup>2</sup> - الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لسنة 1986 .

<sup>3</sup> - اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية لسنة 2001 .

## الفرع الثاني

### دعائم استقلالية المحكم في القوانين الوطنية

سنعمل على تبيان استقلالية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع على ضوء القوانين الداخلية أو المقارنة التي كرست سلطة المحكم استقلالية في توقيع ذلك.

**أولاً- قانون التحكيم الفرنسي الجديد الصادر 13 جانفي 2011:** إن مسألة سلطة المحكم في تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي لم تكن مثار غموض أو لبس لدى رجال القانون بفرنسا، طالما أن قانون التحكيم الفرنسي الجديد المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي قد فصل صراحة في المسألة. تنص المادة 1511 من هذا القانون على انه: "يحسم المحكم النزاع طبقا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف وفي غياب مثل هذا الاختيار فطبقا لما يراه مناسبا وفي كلتا الحالتين ينبغي على المحكم أن يضع في الاعتبار الأعراف التجارية".<sup>1</sup>

ما تجدر الإشارة إليه، أن الفقه القانوني الفرنسي قد اختلف بخصوص الصفة التكميلية لأعراف التجارة الدولية، إذ يرى البعض، استحالة تطبيق قواعد التجارة الدولية في ظل وجود قواعد قانونية يمكن تطبيقها على موضوع النزاع، بحيث ينحصر مجال أعمالها على الحالات التي لا تنظمها نصوص قانون العقد بما يجعل من الأعراف التجارية مسألة تخضع لتقدير المحكمين الذين يقدرون معاملتها من عدمها، بينما دافع فريق آخر على ضرورة تطبيق الأعراف التجارية الدولية.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup>- Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011, portant réforme de l'arbitrage Art. 1511.  
« Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées. Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce » Journal officiel de la république française.

<sup>2</sup>- Eric Loquin, " La réalité des usages du commerce international", Revue de droit international, Paris, 1989, P 163.

بالنتيجة لما سبق، يتضح أن المشرع الفرنسي لم يتوان في تكريس الحرية الواسعة للمحكّمين في تعيين القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي، من خلال أخذه بمبدأ الملائمة و غياب معايير موضوعية تضبط حدود تدخلهم.

**ثانيا - قانون التحكيم المصري الجديد (القانون رقم 28 لسنة 1994) :** لقد سار المشرع المصري كأصل عام على ذات النهج الذي كرسه المشرع الفرنسي، فيما يتعلق بسلطة المحكم في تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، من خلال منحه المحكمة التحكيمية سلطة اختيار هذه القواعد في حالة غياب قانون إرادة الأطراف، لكنه كان أكثر توفيقا و وضوحا في رسم حدود هذه السلطة.

نصت المادة 02/39 من قانون رقم 27 لسنة 1994: على أنه "إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي تراه أنه أكثر اتصالا بالنزاع".

تضيف الفقرة الثالثة من المادة نفسها ما يشير إلى ضرورة مراعاة الهيئة التحكيمية ممثلة في شخص المحكم لبعض العوامل الجوهرية بنصها: "يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد و محل النزاع و الأعراف الجارية على نوع المعاملة"<sup>1</sup>.

بهذا الشكل يتضح أن النص المصري قد ذهب أبعد مما قرره المادة 1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي السالف ذكرها، فمن ناحية استخدامه لتعبير القواعد الموضوعية في القانون الذي تراه "أكثر اتصالا بالنزاع" يفهم منه أنه منح هيئة التحكيم سلطة الأعمال المباشر للقواعد الموضوعية و ترك خيار أعمال قواعد التنازع بيد الأطراف المتعاقدة، فلم الحرية في اختيارها كما لهم الحرية في إغفالها أيضا و علاوة على ذلك يبدو أن النص المصري قد ضبط حرية المحكمين في البحث عن القانون الواجب التطبيق، من خلال اشتراطه تعيين القانون الأكثر اتصالا بالنزاع، و لعل ذلك عين الصواب باعتباره يحد من تعسف المحكمين في ممارسة حقهم المذكور، و من ناحية أخرى يبدو أن النص المصري قد ألزم هيئة التحكيم بمراعاة "الأعراف الجارية في نوع المعاملة" بمناسبة البحث عن القواعد التي تحكم موضوع النزاع التحكيمي، وهذا ما يؤكد سلطة المحكمين في تطبيق قواعد التجارة

---

<sup>1</sup> - قانون التحكيم المصري الجديد، قانون رقم 27 لسنة 1994 مؤرخ في 18 أبريل 1994

الدولية على موضوع النزاع المطروح و هو الحكم ذاته الذي قرره الاتفاقية الأوروبية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي.<sup>1</sup>

**ثالثا- قانون التحكيم التونسي 1993:** جاء في المادة 73 من هذا القانون أنه:

أ- تبت هيئة التحكيم في النزاع وفقا لأحكام القانون الذي يعينه الأطراف.

ب- إذا لم تحدد الأطراف القانون المنطبق فإن هيئة التحكيم تعتمد القانون الذي تراه مناسبا.<sup>2</sup>

إن المشرع التونسي قد أعطى للمحكم السلطة اللازمة والحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، لكن في حال خلو عقد التحكيم من مثل ذلك القانون، أن على المحكم حال تحديد القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف فليس له سوى الإذعان لإرادة الأطراف، غير أن الأمر يؤول إليه مباشرة حال غياب مثل ذلك التحديد كما أن المشرع في هذه المادة لم يقيد المحكم بأي قواعد إسناد معينة، إنما اشترط فقط أن يكون القانون الذي يختاره المحكم مناسبا لموضوع النزاع.

**رابعا- قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري:** تناول المشرع الجزائري مسألة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي والمبادئ التي تحكمه وفي هذا الصدد لا يوجد أدنى شك في معالجة تلك القواعد للسلطة المخولة للمحكمة التحكيمية في سبيل البحث عن القواعد التي تحكم النزاع عند غياب قانون الإرادة الصريحة للأطراف.

نصت المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

---

1- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص 106.

2- قانون التحكيم التونسي، عدد 42، لسنة 1993 مؤرخ في 26 أبريل 1993، يتعلق بإصدار مجلة التحكيم الرائد الرسمي عدد 33، المادة 73.

إن المادة 1050 جاءت مخالفة نوعا ما عن القانون المصري وبصورة مطابقة تقريبا للمرسوم الفرنسي عن سلطة المحكمة التحكيمية في تعيين القواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع في حال غياب قانون الإرادة حيث تنص المادة السالف ذكرها علي ما يلي " في غياب ذلك تفصل محكمة التحكيم وفقا لقواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة ".

من خلال هذا النص نستنتج أن المشرع الجزائري قد منح المحكمين الحرية الواسعة في البحث عن القواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع لكن ما يؤخذ عليه أنه استخدم معيار "الملاءمة"، فيمكن للمحكم عملا بهذا المبدأ أن يختار تلك القواعد بناء علي معايير شخصية و وفقا لمطلق تقديره الشخصي طالما أن مفهوم الملاءمة مصطلح غير مضبوط وواسع المعاني.

إن كان نص المادة 1027 و في فقرته الثانية، من هذا القانون يقضي بالزامية تسبب الحكم التحكيمي مما يفيد انه بمثابة ضابط لحرية المحكم غير أن ذلك لا يكفي أنه ليس واجبا على الأطراف تحديد قانون موحد لحكم موضوع النزاع و الإجراءات، بل قد يختلف القانون الذي يحكم موضوع النزاع عن ذلك الذي يحكم الإجراءات، و ليس مستبعدا أن يختار الأطراف قانون إجراء يستثني الإلزام المتعلق بتسبب الحكم التحكيمي مما يترك للمحكم اليد الطولى في تطبيق الحل الملائم.<sup>1</sup>

إن النص الجزائري يثير ملاحظة هامة و هي أنه رتب إرادة المحكم في درجة ثانية على إرادة الأطراف مما يناقض ما جاء به نص المادة 01/18 من القانون المدني الجزائري حيث تخضع هذه الأخيرة للالتزامات التعاقدية لقانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للأطراف أو لمكان إبرام العقد في حال غياب اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق عليها و لعل ذلك يجعل التشريع الوطني يتمشى مع اتجاهات التحكيم التجاري الدولي في الوقت الراهن.<sup>2</sup>

و هكذا نخلص من دراسة عنوان هذا الفرع أن المشرع الجزائري و على غرار التشريعات المقارنة قد منح للمحكمين سلطة البحث عن القواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع في حال غياب قانون

---

<sup>1</sup> - عيادي فريدة، سلطة المحكم في موضوع حل النزاعات المترتبة عن العقد التجاري الدولي، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2001، ص 16.

<sup>2</sup> - المادة 18 من قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20/06/2005 يعدل و يتم أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني.

الإرادة لكن ما يلاحظ هو إطلاق حريتهم في ممارسة هذه السلطة، فلم يحددها بضوابط و معايير موضوعية من شأنها حماية إرادة الأطراف و قد توسعت تلك السلطة بصورة واضحة من خلال ظهور قواعد ذات صبغة دولية يطلق عليها القواعد الموضوعية إذ أضحي المحكم يتولى أعمالها مباشرة.

### الفرع الثالث

#### دعائم استقلالية المحكم في التطبيقات التحكيمية

إن السلطة التقديرية التي يتمتع بها المحكم الدولي في شأن تعيين القانون الذي يحكم موضوع النزاع تضعه أمام الكثير من الخيارات النظرية بين النظم القانونية المختلفة، والتي يتعين أن يختار من بينها قواعد التنازع الأكثر ملائمة بطبيعة المنازعة المطروحة على التحكيم<sup>1</sup>

سنورد في هذا الفرع بعض التطبيقات التحكيمية التي عالجت كلها مسألة سلطة المحكم الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

**أولاً - قضية شركة الألمنيوم اليوغسلافية:** ثار نزاع عند تنفيذ عقود بيع بين شركة ألمنيوم يوغسلافية ومشتري أمريكي، عينت لحلها هيئة ثلاثية في إطار نظام غرفة التجارة الدولية جعلت مقر التحكيم في باريس وعند اضطلاع هيئة التحكيم بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع تبين لها عدم اتفاق الطرفين على هذا القانون مما يلقي هذا العبء على عاتق هيئة التحكيم.<sup>2</sup>

لقد حاولت الهيئة البحث عما يمكن أن يشير إلى إرادة الطرفين، بدراسة ظروف العلاقة لاستخلاص ما يرجح تفضيل قانون على آخر، اتضح منها أن العقد أبرم في يوغسلافيا باللغة الانجليزية، و أن البائع يوغسلافي والمشتري أمريكي وقد وجدت الهيئة أن جنسية البائع ومكان إبرام العقد يرجح تطبيق القانون اليوغسلافي، واتفاقية لاهاي المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على البيوع للمنقولات المادية ترجح الأخذ بقانون جنسية البائع في حالة الشك، ومن ناحية أخرى فإن جنسية المشتري واللغة التي حرر بها العقد يرجحان تطبيق القانون الأمريكي، ولم تجد الهيئة ما يدل على اتجاه

<sup>3</sup> اشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة

الدولية، الطبعة الثالثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003. ص ص 22-23

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 32.

إرادة الطرفين إلى تطبيق قانون معين بالإضافة إلى أن الهيئة قد استخدمت الطابع العشوائي لمحل إبرام العقد، وذلك نظرا لوجود معاملات مستمرة بين الطرفين يقومان بها في دول مختلفة.<sup>1</sup>

وقد انتهت الهيئة التحكيمية إلى تطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون دولة مقر التحكيم، فهو المكان الوحيد الذي تربطه بالقضية علاقة محددة، ويبرز هذا الحكم مدى السلطة التقديرية التي يتمتع بها المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

ثانيا- قضية ليامكو في 12 أبريل 1977: في نزاع شركة LIAMCO الأمريكية مع الحكومة الليبية، قام المحكم محمصاني بالبحث عن قاعدة الإسناد إلى احد الأنظمة القانونية دون الآخر بدون إهدار مبدأ المساواة بين الأطراف وإنما بالاستناد إلى المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون الدولي الخاص كما أكد حكمه بدراسة القانون الداخلي الليبي والقانون الدولي حيث يسود نفس المبدأ.

فالمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص أساس يستند إليه المحكم لتبرير الحل الذي يقتنع به أو يرغب في الوصول إليه وبالتالي فيمكن عن طريق تطبيق المحكمين لهذه المبادئ الوصول إلى نتائج مختلفة من قضية لأخرى.<sup>2</sup>

رابعا - حكم تحكم قضية تكساكو: استبعد المحكم تطبيق قانون دولة المقر بحجة أن هذا العقد يعتبر بلا شك من العقود الدولية إذ هو لا يتوطن في دولة واحدة، وهو لا يخضع بالتالي لقانون داخلي لدولة من الدول ولا للأعراف التجارية، ولقد حاول المحكم تبرير الخروج على ما انتهت إليه محكمة العدل الدولية الدائمة سنة 1929 في قضية قروض الصرب والبرازيل وذلك بالاستناد إلى تطور التحليل القانوني تبعا لحاجة التجارة الدولية وانتهى إلى أن أشارة الأطراف في عقدهم إلى التحكيم الدولي يكفي لتدويل العقد مما يستتبع تطبيق قواعد القانون الدولي مستبعدا بذلك القانون الليبي.<sup>3</sup>

يتضح من الأحكام السابقة أن المحكم الدولي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فالمحكم الدولي ليس له قانون اختصاص ومن هنا فان موقف

---

<sup>1</sup> - أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق ص ص 22- 23.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 35.

<sup>3</sup> - صبري أحمد محسن الذيابات، المرجع السابق، ص 67.

المحكم الدولي يختلف اختلافا جوهريا عن موقف القاضي الوطني عندما يتصدى لمشكلة تنازع القوانين، فالقاضي يكون مقيدا بإتباع القواعد القانونية في قانون دولته أما المحكم الدولي فليس له قانون اختصاص ولذلك فإن تحديد المحكم للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لا يتم بنفس الطريقة التي يتبعها القاضي.

إن المحكم الدولي يلتزم بتحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع النزاع إبتداء من تصور آخر غير تصور المحاكم الوطنية، أو بعبارة أخرى فإن المحكم الدولي غير ملزم بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بنفس الطريقة التي تتبعها المحاكم الوطنية وعليه أن يحترم التوقعات المشروعة للأطراف وهو بصدد ممارسته لهذه السلطة. كما نلاحظ أن المحكم الدولي لا يتقيد سلفا في حالة غياب الاختيار الصريح أو الضمني لقانون وطني لحكم موضوع النزاع بإتباع منهج تنازع القوانين في قانون معين ليتحدد على ضوءها القانون الذي يحكم موضوع النزاع، وأنه في غياب قانون اختصاص محدد سلفا بالنسبة للمحكم الدولي ، فإن هذا الأخير يقع على عاتقه البحث عن أي قانون يكون "الأنسب موضوعيا" لحكم موضوع النزاع.

## المطلب الثاني

### استقلالية المحكم في اختيار الطرق المتبعة في تحديد القانون الواجب التطبيق

إنه من المستقر عليه فقها وقانونا أن المحكم الدولي ليس له قانون اختصاص يستمد منه سلطاته فلا يصدر قراراته باسم هذه الدولة أو تلك، و من ثم فهو لا يخضع لسياسة أية دولة حتى و لو كانت هي أو أحد رعاياها طرفا في المنازعة المطروحة على التحكيم، و كما جاء في قرار محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية أن "المحكم الدولي لا يملك تحت تصرفه قانون اختصاص يستطيع على أساسه تطبيق قواعد تنازع القوانين".

و في حكم آخر لغرفة التجارة الدولية قررت المحكمة ما يلي: " و إذا كان من المعروف أن للقضاة سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال إتباعهم لقواعد تنازع القوانين الخاص بالدولة

التي يقيمون العدل باسمها فإن المحكمين الدوليين لا يستطيعون الالتجاء إلى مثل هذه الطريقة و تلك القواعد لأنهم لا يستمدون سلطاتهم في القضاء في المنازعات من أي دولة".<sup>1</sup>

يتمتع المحكم بالسلطة التقديرية الواسعة في تحديد الطرق التي يتبعها لتحديد القانون الواجب التطبيق إلا أن هذه السلطة التقديرية في مثل هذه الحالة لا تعني اختيار الطريق الأسهل بقدر ما يعني اختيار القانون الأكثر ملائمة لحكم موضوع النزاع و من البديهي أن تتعدد و تختلف اجتهادات المحكمين بهذا الخصوص نظرا لعدم وجود قانون اختصاص أو قانون دولة القاضي أمام المحكم الدولي فإن سلطة هذا الأخير ما هي إلا سلطة ترجيح لأحد القوانين الوطنية على البعض الآخر.<sup>2</sup>

سوف نعالج في هذا المطلب مسألة تحديد الطرق التي يختارها المحكم في سبيل الوصول إلى القانون الذي يحكم موضوع النزاع، ولذلك نقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع ندرس في الفرع الأول إعمال المحكم لقواعد التنازع، وفي الفرع الثاني ندرس إعمال المحكم للمبادئ العامة في القانون الدولي الخاص، أما المطلب الثالث فنخصصه لدراسة طريق آخر هو التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق.

## الفرع الأول

### إعمال المحكم لقواعد تنازع القوانين

ندرس في هذا الفرع واحدة من الطرق التي يتبعها المحكم الدولي لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع و هي إعماله لقواعد تنازع القوانين، كما سوف نورد بعض الآراء والاتجاهات الفقهية التي نادى بهذا الحل، وندرس كذلك في هذا الفرع تكريس هذا المبدأ في كل من الاتفاقيات الدولية ولدى الهيئات الدائمة للتحكيم كما نورد بعض التطبيقات التحكيمية التي اعتمد هذا الحل.

لقد تعددت الاتجاهات الفقهية حول القواعد التي يعتمدها المحكم لتحديد القانون الواجب التطبيق في حال إعماله لمبدأ تنازع القوانين. ففي حالة غياب اختيار الخصوم في منازعات التجارة الدولية

<sup>1</sup> - أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 151.

<sup>2</sup> - أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة

الدولية، المرجع السابق ص 15.

لقانون وطني لحكم موضوع النزاع صراحة أو ضمنا، يستطيع المحكم الدولي أن يلجأ إلى قواعد تنازع القوانين في الدولة التي يحمل جنسيتها أو الدولة التي يقيم فيها إقامة دائمة، بدعوى أن المحكم سيكون أكثر إلماما بهذه القواعد كما أن اختيار الأطراف لمثل هذا المحكم ينبئ عن نيته في الرغبة في تطبيق تنازع القوانين الخاصة بالنظام القانوني للمحكم المختار.<sup>1</sup>

كما أن المحكم يستطيع اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص في الدولة التي يحمل الأطراف جنسيتها أو التي يوجد بها مواطنهم المشترك، غير أن هذا الاختيار كثيرا ما يصعب الأخذ به في مجال التحكيم التجاري الدولي و معاملات التجارة الدولية، بحيث لا يكون الأطراف غالبا من جنسية واحدة و لا من موطن واحد.<sup>2</sup>

يرى فريق آخر أن للمحكم إتباع قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص في الدولة التي سوف يطلب فيها تنفيذ حكم التحكيم بعد صدوره، و قد عيب على هذا الحل لأنه يعترضه الكثير من الصعوبات فكيف يمكن للمحكم أن يحدد مسبقا الدولة التي سيجري تنفيذ حكم التحكيم على إقليمها، و ما هو الحال إذا كان تنفيذ حكم التحكيم يتم في أكثر من دولة.<sup>3</sup>

وفي نفس الشأن ينادي فريق آخر أنه يجب على المحكمين تطبيق قواعد الإسناد في قانون الدولة مقر التحكيم، و قد تبنى هذا الحل مجمع القانون الدولي في التوصية التي أصدرها في دور انعقاده بمدينة أمستردام سنة 1957، فقد نصت المادة 11 على أن: " قواعد الإسناد النافذة في الدولة مقر محكمة التحكيم هي التي يجب إتباعها لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع". لقد تعرض هذا الحل إلى النقد من باب أن الدولة مقر التحكيم قد لا يكون لها أدنى صلة بموضوع النزاع، فغالبا ما يحدد الأطراف مكان التحكيم في بلد محايد، و ما تجدر الإشارة إليه أن صاحب هذا الاتجاه هو الأستاذ

---

<sup>1</sup> - أبو زيد رضوان ، المرجع السابق، ص 155.

<sup>2</sup> - محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، 1998، ص 287.

<sup>3</sup> - صلاح الدين جمال الدين، التحكيم و تنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، دار الفكر الجامعي، 2005 ص 214.

"سوزر هال" الذي لم يضع هذا الحل محل التنفيذ في الحكم الذي أصدره في قضية "أرامكو" كما سبق و أن رأينا.<sup>1</sup>

إنطلاقاً من كل هذه الاتجاهات الفقهية والتي قدمت عدة حلول نستخلص أن غالبية الفقه قد اتجهت إلى الاعتراف بحرية المحكمين و سلطتهم في اختيار قواعد تنازع القوانين التي يستعان بها في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع،<sup>2</sup> و قد وجد هذا الحل تطبيقات عديدة، ولذا نأتي في هذا الفرع لنتبين ذلك علي ضوء كل من الاتفاقيات الدولية و هيئات التحكيم الدائمة و كذا في أحكام محاكم التحكيم.

**أولاً- الاتفاقيات الدولية:** كرسست عدة اتفاقيات دولية سلطة المحكم في إعماله لقواعد تنازع القوانين كحل لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

**1- اتفاقية جنيف 1961 المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي:** نصت المادة السابعة في الفقرة الأولى على ما يلي: "للأطراف الحرية في تحديد القانون الذي ينبغي على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع، و في حالة عدم تحديد ذلك يطبق المحكمون القانون الذي عينته قاعدة الإسناد التي يرون أنها ملائمة و مناسبة في هذا الخصوص و في الحالتين يجب على المحكمين أن يضعوا في عين الاعتبار أحكام العقد و الأعراف التجارية...".<sup>3</sup>

**2- قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985:** كذلك الأمر بالنسبة للقانون النموذجي الذي وضعتة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي فقد نص في المادة 68 منه على أنه: "...و إذا لم يعين الطرفين أية قواعد و يجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد التنازع التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق".<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 161.

<sup>2</sup> - سراج الدين حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 582 .

<sup>3</sup> - اتفاقية جنيف المؤرخة في 21 أبريل 1961 المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي (الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي).

<sup>4</sup> - قانون الاونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، 1985

3- اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965: تنص المادة 42 من الاتفاقية على أنه: " في حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق تطبق هيئة التحكيم قانون الدولة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الواردة في قانون هذه الدولة و كذا مبادئ القانون الدولي".<sup>1</sup>

هذه الاتفاقيات وغيرها كرست كلها سلطة المحكم الدولي في إعماله لقواعد تنازع القوانين كطريق لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

ثانيا- الهيئات الدائمة للتحكيم: لقد تأكدت سلطة المحكم في اعتماده لقواعد تنازع القوانين كسبيل لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لدي الهيئات الدائمة للتحكيم، ولأجل ذلك نورد عدة نصوص من قواعد تحكيم بعض الهيئات الدولية لتأكيد ذلك.

تنص المادة 13 فقرة 03 من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس أن: " في حالة غياب أي بيان من قبل الأطراف حول القانون الواجب التطبيق، طبق المحكم قاعدة تنازع القوانين التي يراها ملائمة في هذا الخصوص".

و تنص المادة 13 فقرة 05 من ذات اللائحة على ما يلي: " يراعي المحكم في كل الأحوال أحكام العقد و العادات التجارية".

كما تنص المادة 38 من لائحة تحكيم اللجنة الأوروبية للأمم المتحدة جنيف 1966 على أن: " القانون الذي يحكم موضوع النزاع هو قانون الإرادة أو القانون الذي تعينه قواعد التنازع التي يراها المحكمون مناسبة للنزاع و في جميع الأحوال يتعين على المحكمين مراعاة شروط العقد و عادات التجارة." و يتطابق مع هذا القول نص المادة 07 فقرة 04 أ من لائحة اللجنة الاقتصادية للأمم المتحدة و المعروفة باسم لائحة C.E.A.E.O الموقعة في بانكوك تايلاند 1966.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965

<sup>2</sup> - عبد الحميد الأحمد، التحكيم وثائق تحكيمية، الجزء الرابع، دار نوفل للنشر، بيروت ص 553-554.

## ثالثاً - أحكام التحكيم:

لقد حرصت العديد من أحكام التحكيم الصادرة تحت رعاية غرفة التجارة الدولية على التأكيد على حرية المحكم في هذا الخصوص، و يمكن أن نذكر من ذلك حكم التحكيم الصادر في القضية رقم 2120 لسنة 1980، و في هذا الحكم أكد المحكم الوحيد الذي اتخذ باريس مقراً له، بعد أن أثبت عدم وجود اتفاق بين الأطراف بخصوص القانون الواجب التطبيق على العقد ، وأكد أنه من حقه تحديد هذا القانون، و ذلك عن طريق إعمال قاعدة تنازع القوانين الأكثر ملاءمة و تطبيق القانون الذي تعينه هذه القاعدة.<sup>1</sup>

كذلك الأمر بالنسبة للحكم الصادر في القضية رقم 2886 لسنة 1977، ففي هذا الحكم بعد أن أثبت المحكم عدم وجود اتفاق بين الأطراف يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، أكد على أنه غير ملزم بقواعد التنازع الوطنية، و إنما يطبق قواعد التنازع التي يقدر أنها ملائمة.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني

#### إعمال المحكم للمبادئ العامة في القانون الدولي الخاص

وفقاً لهذه الطريقة تلجأ هيئة التحكيم في تحديدها للقانون المطبق على العقد ليس إلى نظام تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص لبلد معين ولكن إلى نظام تنازع القوانين يحظى بقبول واسع من الجامعة الدولية، وبعبارة أخرى قاعدة تنازع القوانين المعترف بها من قبل أنظمة القانون الدولي الخاص في مختلف بلدان العالم.<sup>3</sup>

ومن أحكام التحكيم التي كرسست هذه الطريقة، حكم التحكيم الصادر في جنيف في القضية رقم 1434 في سنة 1975، ففي هذا الحكم قدرت محكمة التحكيم أنه على الرغم من اتفاق الأطراف على

<sup>1</sup> - سراج الدين حسين أبو زيد ، التحكيم في عقود البترول، المرجع السابق، ص 583.

<sup>2</sup> - سراج الدين حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص 582.

<sup>3</sup> - أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية ، المرجع السابق،

ص 33، و سراج الدين حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص 595.

تطبيق القانون الفرنسي على موضوع النزاع إلا أنه يجب عليها فحص الأساس السليم لتطبيق هذا القانون في ضوء المبادئ المعترف بها عموماً في مسائل تنازع القوانين وذلك بقولها "تسترشد محكمة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق بالمبادئ المعترف بها عموماً في تنازع القوانين والتي تتفق بكل وضوح مع قواعد القانون الدولي الخاص النافذة سواء في جنيف بسويسرا باعتبارها البلد مقر التحكيم، أو في البلدان الأخرى التي لها صلة بالقضية الحالية".<sup>1</sup>

وهنا نجد أن محكمة التحكيم لم تستند في تبرير اختيار الأطراف إلى قاعدة إسناد في القانون الدولي الخاص لبلد معين، بل استندت إلى المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص ولكي تؤكد المحكمة على الطابع العام لقاعدة التنازع التي أخذت بها أشارت إلى اتفاق أنظمة تنازع القوانين المرتبطة بالنزاع في الأخذ بهذه القاعدة ومن ثم يكون هذا الحكم التحكيمي قد أخذ بطريقتين في آن واحد، اللجوء إلى المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص، والتطبيق الجامع لأنظمة تنازع القوانين المرتبطة بالنزاع.

### الفرع الثالث

#### التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق

يقصد بالطريق المباشر المنهج الذي بموجبه يتمتع المحكم بسلطة تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق مباشرة دون الحاجة إلى الإشارة إلى قاعدة التنازع التي استخدمها في هذا الشأن شرط أن تكون تلك القواعد ملائمة للنزاع، و تعد المادة 1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد أول نص تبنى نظرية "الطريق المباشر"، حيث تنص على أنه: "يفصل المحكم في المنازعة وفقاً للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف و في حالة تخلف هذا الاختيار وفقاً للقواعد التي يقدر أنه من الملائم إعمالها، و يراعي المحكم في جميع الأحوال الأعراف التجارية".<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - نادر محمد محمد إبراهيمي، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الإقتصادي الدولي، رسالة دكتوراه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000 ص 451.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 45.

إن تبني المادة 1496 قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لنظرية الطريق المباشر قد ساهم في الترويج لتلك النظرية في العديد من التشريعات الداخلية من بينها المادة 26 من القانون الإسباني الصادر في 1984/02/03، و كذا المادة 813 من القانون اللبناني الصادر في 1983 بشأن التحكيم و كذا المادة 458 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري و تقابلها المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية الجديد إلى جانب التشريعات الداخلية اعتتقت النظرية أحد المعاهدات الدولية الإقليمية و المتمثلة في معاهدة عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي في مادتها 21 فقرة أولى التي تنص على أنه: "تفصل الهيئة في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين و أحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنا، إن وجد، و إلا فوفق أحكام القانون الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع على أن تراعي قواعد الأعراف التجارية الدولية المستقرة".<sup>1</sup>

و قد تأثر تعديل قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية و الساري منذ 1998/01/01 بنظرية "الطريق المباشر"، حيث عدلت الفقرة الثالثة من المادة 03 التي تنص على أنه: "للأطراف حرية تحديد القانون الواجب التطبيق و على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع، فإذا لم يحدده الأطراف طبق المحكم القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يراها المحكم ملائمة في هذا الخصوص"، إلى نص الفقرة الأولى من المادة 17 بقولها "للأطراف حرية الاتفاق على القواعد القانونية الواجب على المحكم تطبيقها على موضوع النزاع فإذا لم يوجد مثل ذلك الاتفاق طبقت هيئة التحكيم القواعد القانونية التي تراها ملائمة في هذا الخصوص،" و لا شك كما يرى Schwartz أن تحويل المحكم تطبيق القواعد القانونية لمجرد كونها ملائمة دون استخدام قاعدة التنازع معينة هو أمر يلاءم تطبيق القواعد عبر الدولية، عكس ما كان عليه النص القديم.<sup>2</sup>

إن سلطة المحكم في اعتماده التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع واقع كرسنه اغلب التشريعات الداخلية كما وجد هذا الحل صداه في التطبيقات التحكيمية.

<sup>1</sup> - عبد الحميد الاحدب، التحكيم وثائق تحكيمية، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص 552.

<sup>2</sup> - نادر محمد محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 453.

## أولاً - سند المحكم في التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق في التشريعات الداخلية:

نذكر في هذا الصدد القانون الفرنسي للتحكيم الدولي فقد نصت المادة 1496 فقرة 01 منه على أنه: "يفصل المحكم في النزاع في حالة غياب القواعد المختارة من قبل الأطراف وفقا لقواعد القانون التي يقدر أنها ملائمة " كما هو واضح من نص المادة فان المشرع الفرنسي قد منح للمحكم سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع مباشرة دون الزامه من ذلك باللجوء الي قاعدة تنازع في القانون الدولي الخاص لبلد معين.<sup>1</sup>

جاء في القانون السويسري للتحكيم الدولي الخاص حيث نصت المادة 187 فقرة 01 منه على انه: " تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي تكون لها علاقة وثيقة بموضوع النزاع"، و يستفاد من هذا النص أن المشرع السويسري لم يلزم المحكم بالتقيد بأي قاعدة من قواعد التنازع بل ترك له حرية تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق دون أن يضع قيد سوى أن تكون هذه القواعد على صلة وثيقة بموضوع النزاع.

و قد أخذ بنفس الحل القانون الجزائري في مادته 485 مكرر 14 من قانون الإجراءات المدنية و تقابله المادة 1050 من قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد و التي تنص على أنه: " تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا للقواعد القانون الذي اختاره الأطراف و في غياب ذلك تفصل محكمة التحكيم وفقا لقواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة"، فالمشرع الجزائري أعطى للمحكمين سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق مباشرة دون اللجوء إلى قاعدة من قواعد تنازع القوانين كما أنه لم يقيد سلطة المحكمين بالقيد الوارد في القانون السويسري الذي يفرض على المحكمين الفصل بالنزاع طبقا لقواعد القانون الأكثر اتصالا بالنزاع كما أن المشرع قد استعمل عبارة قواعد القانون بدلا من القانون و هذا ما يجعلنا نقول أن المحكم الدولي ليس ملزما بتطبيق قانون وطني معين و إنما حريته أوسع من ذلك. كذلك هذه القواعد أعطت للمحكم سلطة التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق دون أن تقيده للجوء إلى نظام تنازع القوانين.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - أشرف عبد العليم الرفاعي القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 33.

<sup>2</sup> - محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص 281.

ثانياً - التطبيقات التحكيمية: لقد وجد الاتجاه المتمثل في التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق صداه في التطبيقات التحكيمية نذكر منها بعض الامثلة :

1- الحكم الصادر في القضية رقم 1717 في سنة 1976، ففي هذه القضية قرر المحكم تطبيق القانون الإيراني باعتباره النظام القانوني الأكثر صلة بالعقد حيث أن العقد كان قد أبرم في طهران، و البضائع موضوع العقد كان من الواجب تسليمها في إيران، كما أن المدعي كان مقيماً في طهران، وهكذا فإن المحكمة قد حددت مباشرة القانون الواجب التطبيق على العقد دون أن يلجأ إلى نظام وطني لتنازع القوانين.<sup>1</sup>

2- الحكم الصادر في القضية 2880 في سنة 1982 ففي هذه القضية قررت محكمة التحكيم و التي اتخذت من مدينة Bale بسويسرا مقراً لها تطبيق القانون البلجيكي، و أوضحت أنه ليس من الضروري البحث عن قواعد القانون الدولي الخاص واجبة الإلتباع لتعيين القانون واجب التطبيق على العقد موضوع النزاع، بل يكفي إثبات أن كل عناصر العقد، مقر كل من البائع و المشتري ومكان تنفيذ العقد و كذلك مكان إبرامه يقع في بلجيكا.<sup>2</sup>

3- قضية Norsolor ضد Pabalk ticaret limited cirketi: تتعلق وقائع هذه القضية بعقد وكالة بين الشركة الفرنسية Uginor و التي أصبحت فيما بعد تسمى Norsolor الموكلة و الشركة التركية Pabalk الوكيلة محله قيام الشركة التركية بأعمال قانونية لصالح Norsolor تتمثل في تسليم منتج معين إلى شركة تركية اسمها Aksa و ذلك في مقابل عمولة، و لظروف خاصة رأته Norsolor إنهاء معاملتها مع شركة Aksa و بالتالي إنهاء عقدها مع Pabalak إخلالاً بعقد الوكالة يجوز لهذه الأخيرة طلب التعويض و سداد العمولات غير المدفوعة و هو ما تقدمت به إلى هيئة التحكيم المنعقدة تحت رعاية نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية إعمالاً لاتفاق الطرفين حيث حددت هيئة التحكيم مدينة فيينا كمكان للتحكيم. و نظراً لعدم تحديد الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد و لقد انتهت هيئة التحكيم في حكمها الصادر في 1979/10/26 بعد بحث مدى إمكانية تطبيق القانون التركي أو الفرنسي حيث واجهت هيئة التحكيم صعوبة في تركيز عقد الوكالة في أحد الأنظمة القانونية الداخلية و

<sup>1</sup> - سراج الدين حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص 588.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 588.

و جدت صعوبة في استنتاج الإرادة الضمنية للأطراف في ظل عدم إفصاحها عن رغبتهم فالتعدت صياغته في فرنسا و تم قبوله في تركيا و عليه انتهت هيئة التحكيم إلى أنه: " نظرا لصعوبة اختيار قانون داخلي يكون تطبيقه ملزما بقدر كاف فإن الهيئة ترى أنه من الملائم أخذًا في الاعتبار الطبيعة الدولية للعقد أن نترك جانبا أي إشارة ملزمة في تشريع معين و تطبق القانون التجاري الدولي، و عليه انتهت هيئة التحكيم أن مبدأي حسن النية و التعامل العادل أهم المبادئ الأساسية للقانون التجاري الدولي و أن سلوك Norsolor يتنافى مع هذين المبدأين فقد انتهت إلى الحكم لصالح الشركة التركية الوكيله بتعويض جزافي قدره 800 ألف فرنك فرنسي و قد طعنت Norsolor في أمر التنفيذ بالبطلان و كان مأخذها على هيئة التحكيم أنها أشارت مرتين إلى أن حكمها يتفق مع العدالة دون أن تبني ذلك الحكم على أية قاعدة من القواعد القانونية الفرنسية أو التركية فقد كان تأسيس هيئة التحكيم للمسؤولية و التعويض على العدالة وحدها بدلا من تطبيق القواعد القانونية واجبة التطبيق على النزاع.

لقد قوبل الطعن بالرفض من قبل المحكمة الابتدائية لدائرة باريس بموجب حكمها الصادر في 04 مارس 1981 حيث انتهت إلى أن: " المحكمين قد حددوا القانون الواجب التطبيق بواسطة قاعدة إسناد التي قدروا ملاءمتها للقضية وفقا للمادة 13 من لائحة غرفة التجارة الدولية و هي المبادئ العامة للالتزامات المطبقة بشكل عام في التجارة الدولية..."

و قد استأنفت الشركة الفرنسية حكم محكمة الدرجة الأولى و أبطلته محكمة الاستئناف النمساوية في 1982/01/29 على أساس أنه لا بد من إبطاله و ذلك لعدة أسباب منها: " أن المحكمين قد خالفوا المادة 13 فقرة 03 من قواعد غرفة التجارة الدولية،...، و بإخفاقهم في تحديد القانون الواجب التطبيق وفقا لقواعد تنازع القوانين التي يرونها مناسبة، لكنهم رجعوا إلى قانون التجارة الدولية و هو قانون علني مشكوك في صحته و على ذلك أسس المحكمون قرارهم على اعتبارات العدالة دون ربط الحكم بأي نظام قانوني وطني."

و في الأخير رفع الأمر إلى المحكمة العليا النمساوية في 1982/11/18 و حكمت المحكمة بإبطال الاستئناف و رأت فيما يتعلق بالحكم بالتعويض أن المحكمين طبقوا مبدأ من مبادئ القانون

الدولي الخاص و الذي لا يتعارض أو يخالف القواعد الآمرة في قوانين الأطراف و أن تطبيق المحكمين لقواعد العدالة دون تصريح مسبق من الأطراف بذلك لم يشكل تجاوزا منهم للسلطات المخولة لهم.<sup>1</sup>

نستنتج من خلال هذه القضية أن القانون التجاري الدولي أو ما يسمى بقانون التجار قد تم الاعتراف به في المحاكم الفرنسية و النمساوية كأحد مصادر القانون حيث يلجأ إليه المحكم متى تبين له استحالة تطبيق قانون معين على موضوع النزاع لعدة أسباب و هنا يلجأ المحكم إلى التطبيق المباشر لعادات و أعراف التجارة الدولية و كذا المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص.

و حسب هذه الطريقة يجوز للمحكم عدم التقيد بقواعد تنازع القوانين المحددة و له أن يقرر إخضاع العقد لقانون دولة معينة، وذلك بمقتضى طبيعة خصائص العقد، و في سبيل ذلك يقوم المحكم بتحليل عناصر العقد الموضوعية و القانونية، و يطبق القانون الأكثر صلة بالعقد من غيره، أي القانون المناسب للعقد و بعبارة أخرى فإن المحكم لا يهتم بالاستناد إلى نظام تنازع قوانين معين و إنما يقرر مباشرة خضوع العقد لقانون هذه الدولة أو تلك، آخذاً في الاعتبار طبيعة العقد و الظروف المحيطة به.<sup>2</sup>

إن الملاحظ من خلال ما سبق أن معظم التشريعات اعتمدت التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق كما وجد هذا الاتجاه تطبيقه في الأحكام التحكيمية، إلا أن هذا لم يمنع من التعرض للنقد حيث يرى بعض الفقهاء أن لهذا الاتجاه جانب سلبي و آخر إيجابي.

فالجانب السلبي يتمثل في أن المحكم يلجأ إلى الطريق المباشر في تحديد القانون الواجب التطبيق عندما لا يشير إلى قاعدة التنازع التي يطبقها، و عليه يصبح المنهج المباشر منهجا يقابل منهج التنازع و قد رفض هذا الرأي قبول برأي آخر مفاده أن الطرق المباشر هو مثال تطبيقاً لقواعد تنازع القوانين عبر الدولية، فالمحكم عندما يلجأ لتطبيق الطريق المباشر، فهو يستهدي بسوابق التحكيم و المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص و بالتالي ينتهي إلى تطبيق قواعد تنازع عبر الدولية،<sup>3</sup> و يتوسط هذان الاتجاهان يرى أن " الطريق المباشر " هو رخصة للمحكم يجوز معها تحديد القواعد القانونية

<sup>1</sup> - محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص 283.

<sup>2</sup> - أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق ص ص 33-34.

<sup>3</sup> - نادر محمد محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 554-555.

الواجبة التطبيق بشكل مباشر و دون اللجوء إلى قاعدة التنازع، دون أن يشكل ذلك منعا من استخدام منهج التنازع أما الجانب الإيجابي في نظرية (الطريق المباشر) يتمثل في إلزام المحكم بتطبيق القواعد القانونية "الأكثر ارتباطا بالنزاع" أو "الملائمة" أو "الواجب التطبيق"، و يبقى الطريق المباشر هو أكثر مناهج ملائمة لنظرية القواعد عبر الدولية.

### ثالثا - المقصود بقواعد القانون:

لقد حاول الفقه الفرنسي تحديد المقصود من قواعد القانون المذكورة في المادة 1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وتوصل معظمهم إلى ضرورة اعتماد التفسير الواسع بشأن هذه العبارة، بحيث لا يجب أن يقتصر مجال تطبيقها على القواعد الوطنية، بل يتعين أن يمتد ليشمل القواعد العابرة للدول والمعروفة باسم قانون التجار ودليلهم في ذلك أنه لو أراد المشرع تطبيق التشريعات الوطنية لاستعمل مصطلح قانون أو تشريع.<sup>1</sup>

وفي مجال التحكيم التجاري الدولي كما هو في القانون الدولي الخاص فاصطلاح التشريع يستعمل لنفس الغرض مع مصطلح قانوني وذلك لتحديد كل القواعد المنتمية لنظام قانوني معين.<sup>2</sup>

وقد استعملت هذا الاصطلاح عدة تشريعات وأرادت من ورائه نفس الهدف، وتأكيدا لهذا التحليل ما جاء في هذه الحالة أنه عندما قدمت المادة 1054 من قانون الإجراءات المدنية الهولندي لبرلمان الحكومة الهولندية، فقد تم لفت الانتباه في المذكرة الإيضاحية أن مصطلح قواعد القانون يشمل ليس فقط قواعد القانون الوطني ولكن حتى غير الوطنية أو ما يسمى قانون التجار.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - الموهاب فيروز، المرجع السابق، ص 203.

<sup>2</sup> - Philippe fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, Traité de l'arbitrage commerciale internationale, Litec delta année 1996 P 803.

<sup>3</sup> - نادر محمد محمد الإبراهيم، مرجع سابق، ص 527 .

وفي نفس الإطار فإن المادة 187 من القانون السويسري لسنة 18 ديسمبر 1987 تنص على أنه: " تفصل محكمة التحكيم طبقا لقواعد القانون المختارة من قبل الأطراف وفي غياب ذلك وفقا لقواعد القانون التي يكون لها علاقة وثيقة بموضوع النزاع ".<sup>1</sup>

كذلك المادة 42 فقرة 01 من معاهدة واشنطن لسنة 1965، والتي استعملت مصطلح قواعد قانونية والتي أرادت من وراءه نفس المعنى، كما تبنى الاتجاه المتحرر استخدام مصطلح قواعد القانون سواء في شأن تنظيم سلطة الأطراف أو المحكم في تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع في كل من الولايات المتحدة وجمهورية ألمانيا الديمقراطية سابقا.<sup>2</sup>

ونظرا لكون المشرع الجزائري قد استنبط أحكام المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية الجديد من القانون الفرنسي، وعلى وجه التحديد من المادة 1496، فإنه يكون منطوقا جدا تطبيق هذا التفسير على المادتين الواردتين في القانون الجزائري كونهما صيغتا بنفس الطريقة واستعمل لذلك نفس المصطلحات.

إن المشرع الجزائري لا يحيل إلى معنى القانون أو التشريع، وإنما إلى قواعد القانون وهذا ما يجعلنا نعتمد التفسير الواسع بشأن هذه العبارة سواء تعلق الأمر بالأطراف أو المحكمين بحيث لا يجب أن يقتصر مجال تطبيقها على القواعد الوطنية فقط، بل يتعين أن يمتد ليشمل القواعد العابرة للدول أو كما يسميها البعض الآخر بالقواعد الموضوعية و المعروفة بقانون التجار و الدليل على ذلك أن المشرع الجزائري لو أراد القواعد الوطنية فقط لاستعمل مصطلح تشريع أو قانون، الذي يصرف أصلا لاختيار قانون وطني معين تربطه بالنزاع صلة ما.<sup>3</sup>

كما أن المشرع الجزائري في نص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية الجديد نجده يساوي بين سلطة الأطراف وسلطة المحكمين في اختيار القواعد القانونية أو قواعد القانون وليس القانون الواجب التطبيق.

---

<sup>1</sup> - قانون الإجراءات المدنية السويسري 2006.

<sup>2</sup> - نادر محمد محمد الإبراهيم، مرجع سابق، ص 527.

<sup>3</sup> - الموهاب فيروز، المرجع السابق، ص 205.

إن المشرع الجزائري قد تحرر من الإسناد لأي قانون وطني، و بالتالي حرر المحكم من الخضوع لأي منهج تنازعي للقوانين، و أعطاه سلطة واسعة تفوق سلطة القاضي بحيث وضع إرادة الأطراف مع إرادة المحكمين في اختيار القانون الواجب التطبيق دون أن يتطرق إلى تطبيق الأعراف، و هكذا يكون المشرع الجزائري قد سمح للمحكم بتطبيق مباشرة قواعد القانون و الأعراف الملائمة من دون أن يمر بأي نظام وطني تنازعي و السؤال المطروح في هذا الإطار هو ما المقصود بالأعراف التجارية؟.

#### رابعاً - مضمون قواعد القانون و الأعراف التجارية طبقاً للقانون الجزائري:

تعتبر عادات و أعراف التجارة الدولية المصدر الأساسي لقانون التجارة الدولية، و تتصف هذه العادات بأنها قواعد عامة مجردة و تلقائية النشأة، إذ أنها من خلق الجماعات المهنية التجارية، و لا تنتمي إلى قواعد مستمدة من قانون مدني معين و إنما مستمدة من واقع التجارة الدولية.

و طبقاً لأحكام المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق فإن الاختيار يقع على عاتق المحكم، و اختياره ينصب إما على قانون وطني أو الأعراف التجارية أو السوابق التحكيمية.

#### 1- اختيار قانون وطني :

في حالة ما إذا لم يعين أطراف المنازعة المطروحة على التحكيم القانون الذي يحكم موضوع النزاع، سواء بشكل صريح أو ضمني، فإنه يقع على عاتق المحكم أن يتصدى لهذه المشكلة، باختيار قواعد قانون وطني يراها ملائمة أو مناسبة في هذا الخصوص، و عبارة " لقواعد القانون" المراد منها القانون الوطني الذي يختاره المحكم سواء كان قانون الدولة طرف في العقد أو أي قانون وطني آخر، و نظراً لكون المشرع الجزائري قد اعتمد الطريق المباشر في تحديد القانون الواجب التطبيق فهنا يكون على المحكم أن يحدد مباشرة القانون الواجب التطبيق على العقد موضوع النزاع، دون أن يبحث عن قاعدة تنازع القوانين التي يتحدد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق، بمعنى أن المحكم لا يهتم بالإسناد إلى نظام تنازع القوانين و إنما يقرر مباشرة خضوع العقد لهذه الدولة أو تلك أخذاً في الاعتبار طبيعة العقد و الظروف المحيطة به، كما يسمح له اللجوء إلى قواعد عابرة للدول أو ما يسمى بقانون التجار و الحرية مستفاداً من استعمال المشرع لعبارة قواعد القانون.

## 2 - السوابق التحكيمية:

إن المراقب لأحكام التحكيم المنشورة لا ينكر مدى تأثير السوابق التحكيمية على قرارات التحكيم إنه الأمر الذي أصبح ملحوظا في إطار التحكيم تحت رعاية غرفة التجارة الدولية والتحكيم تحت رعاية المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، كما أن قائمتي Mustille و Berger، هما في حقيقة الأمر تأصيل للمبادئ العامة المستقرة في قضاء التحكيم الاقتصادي الدولي، وهو ما يطلق عليه البعض "قضاء التحكيم الدولي" أو "قانون السوابق" لما لها من دور في بلورة قواعد قانونية عبر الدولية، و ما يعاب على اعتبار قضاء التحكيم من مصادر القواعد عبر الدولية هو أن الأحكام التحكيمية لا تتمتع بالانسجام، حيث لا توجد سلطة قضائية عليا تقع على عاتقها مسؤولية تحقيق ذلك الانسجام كما هو الشأن في الأنظمة القانونية الداخلية.<sup>1</sup>

و يرد على هذا الانتقاد أن عدم وجود سلطة قضائية عليا تحقق الانسجام بين هيئات التحكيم لا يمنع من وجود الانسجام على الأقل بين الأحكام الصادرة تحت رعاية منظمة التحكيم الدائمة الواحدة، و هو الأمر الذي يؤكد الواقع كذلك التمسك بسرية الأحكام أمر مبالغ فيه، فالسرية المطلقة للتحكيم التجاري الدولي أصبح أمرا محل شك، لأن السرية لا تمنع من النشر الذي ينقل البيانات التي من شأنها الكشف على المحكمين.<sup>2</sup>

كما هو الأمر في شأن أحكام التحكيم الصادرة عن الغرفة التجارية الدولية، كما أن السرية لا تمنع من موافقة أصحاب الشأن على نشر أحكام التحكيم.

مما تجدر الإشارة إليه أن نشر النص الكامل لأحكام التحكيم الصادرة في المنازعات البحرية في نيويورك يعد من الخدمات الأساسية التي تقدمها جمعية المحكمين البحريين في نيويورك، و هو الأمر الذي يساهم كما يشير Michael Cohen في تكوين قانون تجاري بحري<sup>3</sup>، و عليه يمكن القول أن قضاء التحكيم يلعب دورا مهما في تجسيد قواعد التجارة الدولية.

<sup>1</sup> - نادر محمد الإبراهيم، مرجع سابق، ص 211.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 211 .

<sup>3</sup> - مصطفى محمد جمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 739.

### 3- الأعراف التجارية :

يعطي بعض الفقه و الاجتهاد التحكيمي مصطلح الأعراف التجارية مفهوما واسعا يشمل بالإضافة إلى الأعراف في حد ذاتها على المبادئ العامة عبر الدولية، ففي قضية Framatome أشارت الهيئة التحكيمية إلى وجوب تطبيق مبادئ حسن النية و العقد شريعة المتعاقدين لأنهما من أعراف التجارة الدولية ، و مثل هذا المسلك منتقد لأنه خلط بين مفاهيم مستقلة و دمجا غير مبرر.<sup>1</sup>

و نظرا لأهمية الأعراف و العادات التجارية فهي أول ما يرجع إليه المحكم في التعرف على القواعد التجارية الدولية و يصرف النظر عن الاعتراف لهذه الأعراف و العادات التجارية فهي أول ما يرجع المحكم في التعرف على قواعد التجارة الدولية، و بصرف النظر عن الاعتراف بهذه الأعراف و العادات السائدة في مجال السلعة أو النشاط محل العلاقة التي يتعلق بها النزاع بصفة القواعد الملزمة، فكثيرا ما نجد سند تطبيقها في شروط الاتفاق المبرم بين الطرفين، أو في إحالة القوانين الواجبة التطبيق إليها على نحو معهود في معظم التشريعات الوطنية.<sup>2</sup>

و المقصود بهذه الأعراف و العادات معنى واسع يشمل الممارسات المعتادة بين أطراف المعاملات الدولية سواء كانت قد وصلت إلى مرحلة العرف الملزم لهذه الأطراف، أو لم تكن قد وصلت إليه، الأصل أن لا تكون هذه الأعراف و العادات مكتوبة، و في هذه الحالة يكون المحكم على دراية بها، إذا ما اختير لفض هذا النزاع و هذا ما يحدث عادة للتحكيم الدولي، كما يستطيع إثباتها من طرف الذي يدعي وجودها و يتمسك بتطبيقها.

كذلك العقود النموذجية الدولية، و كذا الشروط العامة المعدة لتسهيل العقود في مجال المعاملات الدولية على أنه ينبغي على المحكم دائما في تقصيه للأعراف و العادات السائدة في التجارة الدولية من خلال العقود النموذجية و الشروط العامة المدونة أن يراعي عدة اعتبارات منها:

إن نصوص العقود النموذجية و الشروط العامة كثيرا ما لا تقتصر على تسجيل الممارسات السائدة بالفعل في مجال المعاملات الدولية، و إنما تتضمن إلى جانب ذلك قواعد لم تحقق لها بعد

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 740.

<sup>2</sup> - نادر محمد الإبراهيم، مرجع سابق، ص 21.

السيادة في المعاملات الدولية و على هذا النحو فإن العقود النموذجية و الشروط العامة المدونة سلفا ليست لها قوة الأعراف و العادات و من ناحية أخرى هي أداة من الأدوات التي تستخدمها أطراف المعاملات الدولية في بناء الأعراف و العادات الحاكمة للتجارة الدولية.<sup>1</sup>

كذلك لا يمكن اعتبار مجرد وجود نص في عقد من العقود التمويلية كأنه تدوين لعرف أو عادة لتطبيقه على العلاقة محل النزاع و إنما يتعين التثبت من أن العمل مازال يجري بالفعل على ما يتضمنه هذا النص.<sup>2</sup>

و الاعتبار الأخير أنه ينبغي على المحكم أن يراعي دائما الحذر في تطبيق القواعد المنصوص عليها في العقود النموذجية و في مجموعات الشروط العامة انطلاقا من التسليم بدورها في رصد الأعراف و العادات السائدة، ذلك أن هذه النصوص هي في النهاية من صنع هيئات مهنية الغلبة في توجيهها للأقوياء من المنتمين إليها على نحو تخرج معه الوثائق الصادر عنها معبرة عن مصالحهم على حساب الضعفاء من أطراف المعاملات الدولية.<sup>3</sup>

## المبحث الثاني

### حدود استقلالية المحكم الدولي في تسوية موضوع النزاع

استقرت أغلب القوانين الوطنية و الاتفاقيات الدولية ، على إطلاق حرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق علي موضوع النزاع وهذا ما أكدته بدورها عدة تطبيقات تحكيمية كما سبق وأوردنا.

غير أن هذه السلطة المخولة للمحكم الدولي والتي تثار حولها جدل كبير في دورها في التضييق علي مبدأ سلطان الإرادة و إن أثبتت فاعليتها في الوصول إلى تطبيق القانون الأنسب والملائم للفصل في النزاع إلا أنه لا يمكن تصورهما من دون ضابط أو حدود تقف أمامها. فالمحكم الدولي لا بد له من ضوابط يلزمها وحدود يقف عندها، وكل ذلك قصد حماية الأطراف والخصومة التحكيمية من ذاتية

<sup>1</sup> - منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص ص 41-42.

<sup>2</sup> - الموهاب فيروز، المرجع السابق، ص 208.

<sup>3</sup> - نادر محمد محمد الإبراهيم، المرجع السابق، ص 21.

المحكم الدولي و إبقاء العملية التحكيمية بالكامل في إطارها الموضوعي. وهذا ما يضمن سلامتها بصفة عامة و يضمن سلامة القرار التحكيمي بصفة خاصة من تعرضه للإبطال و عدم نفاذه، و بالتالي عدم إحداث أثره المرجو منه.

لقد خصصنا هذا المبحث لدراسة الحدود التي تقف عندها استقلالية المحكم الدولي، و مدي تأثيراتها علي تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. ولدراسة هذا المبحث ارتأينا تقسيمه ه إلى مطلبين، نعالج في المطلب الأول دور الإرادة الضمنية أو المفترضة لأطراف العلاقة التعاقدية في الحد من استقلالية المحكم الدولي، أما في المطلب الثاني فندرس مدي استقلالية المحكم في مواجهة خصوصية النظام العام.

## المطلب الأول

### مدى استقلالية المحكم في مواجهة قانون الإرادة الضمنية للأطراف

يحدث في كثير من الأحيان أن لا يقوم الأطراف بشكل صريح بتحديد القانون الواجب التطبيق علي النزاع المحكم فيه، الأمر الذي يفرض علي المحكم البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف من خلال ظروف وملابسات التعاقد، إلا انه قد يقول قائل بأن المحكم لا يختص بتحديد القانون الذي يحكم النزاع طالما عبر الأطراف عن إرادتهم الصريحة أو الضمنية بخصوص القانون أو القواعد المختارة.<sup>1</sup>

إن حرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، إنما نجد لها حدا مؤثرا وبصورة واضحة علي نوع القانون الواجب التطبيق، ولعل قانون الإرادة المفترضة أو الضمنية للأطراف إنما يشكل قيديا هاما بالحد الذي يستوجب علي المحكم الدولي الوقوف عنده ومراعاته، إذ نجد أن اغلب الفقه ينادي بضرورة احترام التوقعات المشروعة لأطراف كما نصت علي ذلك معظم التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية.

إن ثمة مشكلة علي درجة من الأهمية، بل والصعوبة، تثور أمام المحكم الدولي، وهي التصدي لتبيان ما إذا كان أطراف الخصومة قد استظهروا نيتهم في إخضاع موضوع المنازعة لقانون معين. وإذا

---

<sup>1</sup> - نور حمد الحجايا، القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه، مجلة التحكيم التجاري الدولي، المؤتمر السنوي السادس عشر، ص671.

كان من المستقر عليه في " قضاء " التحكيم التجاري الدولي ، أن المحكم يتمتع في هذا الصدد بقدر من السلطة التقديرية إلا أنها على كل حال ، سلطة تقف عند ضرورة استظهار المحكم لمؤشرات موضوعية ومعقولة لهذا الإدارة المفترضة Hypothetique أو الإدارة الضمنية Tacite في كل حلة على حدها ووفقا لظروف الحال<sup>1</sup>.

تلعب الإرادة الضمنية أو المفترضة للأطراف دورا بارزا في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق، وهذا ما نحن بصدد دراسته، وقد قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، نعالج في الفرع الأول مؤشرات الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف، أما الفرع الثاني فخصصناه لدراسة الدعائم النظرية والقانونية لاختصاص قانون الإرادة الضمنية.

## الفرع الأول

### مؤشرات الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف

إن حرية المحكم في الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف تتقيد بالبحث عن القرائن والدلائل التي تعبر عن الإرادة الحقيقية للأطراف من أجل اختيار القانون أو القواعد القانونية التي تتناسب مع توقعاتهم.<sup>2</sup>

إن جوهر عمل المحكم الدولي في التصدي لتبيان القانون الذي يحكم موضوع المنازعة، و في حال غياب الاختيار الصريح لمثل هذا القانون، و هو البحث خلال مؤشرات توطين العقد Indice de localization وهي عديدة، و تلك مسألة تختلف فيها النظم القانونية لا سيما حول -القيمة المرجحة- لهذا المؤشر أو لذلك، عند استظهار الإرادة الضمنية أو المفترضة لأطراف الخصومة بشأن البحث عن القانون الذي يحكم موضوع النزاع.<sup>3</sup>

إن ما يقوم به المحكم في سبيل الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف ، هو إتباعه وتوظيفه لمؤشرات أو لقرائن تساهم وبدرجة كبيرة في تسهيل عمله وتساهم في الكشف عن إرادة الأطراف

<sup>1</sup> - أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص136.

<sup>2</sup> - نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص673.

<sup>3</sup> - أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص136.

الحقيقية،. وعليه فعلم المحكم الدولي في التصدي لتبيان القانون الذي يحكم موضع النزاع يواجه صعوبات ليست في الإرادة الصريحة التي يعبر فيها الأطراف عن اختيارهم عن تطبيق قانون معين ولكن في الإرادة الضمنية التي تفرض علي المحكم البحث عنها من خلال الاستدلال بالقرائن والمؤشرات وذلك بتوطين العقد وإقامة قرينة حقيقية يستدل بها علي اختيار الأطراف لتطبيق قانون معين علي موضوع النزاع.

إن مؤشرات الإدارة الضمنية أو المفترضة التي يتصدى المحكم للبحث من خلالها علي القانون الذي يحكم موضوع المنازعة التي تطرح علي التحكيم هي - في الواقع الأمر - مؤشرات عديدة، منها ما يمكن أن يطلق عليه بالمؤشرات العامة، مثل قانون محل إبرام العقد، وقانون محل تنفيذ، وأخرى يمكن اعتبارها مؤشرات خاصة مثل محل إقامة المتعاقدين وموضوع العقد مكان التحكيم، و مؤدى هذه المؤشرات، علي اختلاف درجاتها في قوة الاستدلال، إقامة قرينة علي اتجاه إدارة الخصوم علي اختيار القانون الأنسب لحكم موضوع منازعتهم فيما لو كان قد قدر لهم مثل هذا القانون صراحة.<sup>1</sup>

**أولاً- المؤشرات العامة:** نتناول في هذا الخصوص محل إبرام العقد ومكان تنفيذ العقد كمؤشرين هامين يمكن للمحكم الاستدلال بهما للوصول إلى الإرادة الضمنية للأطراف.

**1- محل إبرام العقد:** يكتسي محل إبرام العقد مناط النزاع أهمية بالغة في الكشف علي أن إرادة الأطراف قد انصرفت إلي أعمال قانون ذلك المكان الذي ابرم فيه العقد. و نورد في هذا الشأن بعض الأمثلة التي اعمل فيها المحكمون قانون محل إبرام العقد، الأمر الذي شكل في نضرمهم مؤشرا علي انصراف إرادة الأطراف إلى تطبيق قانون هذا البلد.

ففي إحدى المنازعات التي طرحت علي محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، وتتلخص وقائعها في نزاع نشب بشأن تنفيذ عقد ( وكالة عامة في البيع ) بين شركة إيطالية وأخرى سويسرية تقوم بمقتضاه هذه الأخيرة بتوزيع منتجات الشركة الأولى في الولايات المتحدة الأمريكية والمكسيك، ولم يوضح في العقد القانون الذي يحكم النزاع الذي عرض علي التحكيم وفقا للائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية . ولقد طالبت الشركة الإيطالية بتطبيق القانون الإيطالي، بينما طالبت الشركة

<sup>1</sup> - أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص137.

السويسرية تطبيق " القواعد العامة للأمم المتحدة" دون الإشارة إلى قانون وطني معين. غير أن المحكم بعد أن أكد في قراره على السلطة التقديرية بشأن تعيين القانون الذي يحكم موضوع النزاع في حالة عدم اختيار الخصوم صراحة للقانون الذي يحكم النزاع، قرر أعمال القانون الإيطالي باعتباره القانون الأكثر ملاءمة le plus appropriée استنادا إلى أن العقد وقد وقع في إيطاليا، وأن المكان الرئيسي للتنفيذ كان في إيطاليا حيث سلمت البضاعة وانتقلت ملكيتها إلى المشتري.<sup>1</sup>

وعليه يمكن القول أن الدولة التي أبرم فيها العقد هي التي تكون أكثر اهتماما بتنظيم العلاقة التعاقدية وأن القول بغير ذلك يعتبر إنكارا لصالح الدولة محل إبرام العقد و إضافة لذلك فإن معيار قانون محل الإبرام له ميزة أخرى وهي وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد سواء من ناحية الشكل أو الموضوع ، ،...،...وقد دافع بعض الفقهاء وعلي رأسهم (سافيني) و (نيبوايه) عن هذه القاعدة ذلك لأنها أفضل القواعد وأسهلها من حيث التطبيق ومن الناحية العملية ، فمكان إبرام العقد دائما موجود ومعروف لدي الأطراف المتعاقدة ، ويدل علي نية الأطراف المتعاقدة في إخضاع عقدهما لقانون هذا المكان.<sup>2</sup>

مما تقدم يتضح لنا أن محل إبرام العقد يعتبر قرينة هامة يستدل بها المحكم وذلك لغرض الكشف عن الإرادة الضمنية لأطراف العلاقة التعاقدية.

**2- مكان تنفيذ العقد:** يعد هذا المؤشر اقرب الروابط موضوعية إذ انه يمنح العقد توطينا حقيقيا يمكن علي ضوئه افتراض إرادة الطرفين ، ويعتبر هذا المؤشر أهم ركائز نظرية التركيز الموضوعي ، إذ ينادي أنصار هذه النظرية أن إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق ،أنما تنحصر في تركيزهم للرابط العقدية في إقليم معين ليس إلا، ويعتبر مكان تنفيذ العقد واحدا من مؤشرات التركيز الموضوعي للعقد.

لقد قضت المحكمة الفدرالية الألمانية في دعوي طبقت فيها المحكمة القانون الألماني علي عقد منحت فيه شركة انجليزية إلى شركة طباعة ألمانية حق استغلال ترجمة مؤلف انجليزي في ألمانيا،

<sup>1</sup> - المرجع نفسه ، ص138.

<sup>2</sup> - عمران علي السائح، المرجع السابق، ص.301

اعتبرت أن تنفيذ العقد في ألمانيا بشكل الالتزام المميز للعقد في شأن تركيزه، وهو الأكثر ارتباطا بالنزاع.<sup>1</sup>

يتمتع قانون دولة محل تنفيذ العقد بمكانة بارزة في مجال عقود التجارة الدولية ذلك لأنه هو الحدث الرئيسي والذي بالنظر إليه يمكن تقدير مدى أهمية خضوع العقد لقانون واحد، كما أن مصالح الأطراف المتعاقدة وكذلك الغير تتركز ماديا في دولة التنفيذ ، وهذا ما يتماشى مع الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص والتي تعطي أهمية للتركيز المكاني للروابط القانونية بعناصرها المادية التي تظهر للعالم الخارجي ، ثم إن اهتمام الأطراف المتعاقدة منصب من البداية نحو الدولة التي سيتم فيها التنفيذ والتي سيتحقق فيها الهدف من إبرام العقد.<sup>2</sup>

**ثانيا- المؤشرات الخاصة:** نتناول في هذه النقطة مكان التحكيم و اللغة و الجنسية و العملة الواجب الدفع بها و بعض حالات التحكيم التي تكون الدولة أو إحدى هيئاتها أو مؤسستها العامة طرفا في العقد كمؤشرات خاصة يستدل بها المحكم للوصول إلى الإرادة الضمنية للأطراف.

**1- مكان التحكيم:** إن اختيار المكان الذي يجرى فيه التحكيم يفترض - في حالة عدم اختيار الخصوم صراحة لقانون معين يحكم النزاع - اتجاه نية أطراف المنازعة إلى تطبيق قانون دولة مكان التحكيم<sup>3</sup>، فمكان التحكيم إنما يعد قرينة هامة وأساسية يمكن للمحكم على أثرها الاستدلال على القانون الواجب التطبيق، إن المقصود " بمكان التحكيم " هو المكان الذي تتعقد فيه هيئة التحكيم لأول مرة أو المكان الذي يصدر فيه القرار و قد يختلف المكان في الحالتين، لأن مكان التحكيم قد يكون غير ثابت. غير أنه توجد حالة لاختيار مكان التحكيم يمكن الاعتداد بها في حالات التحكيم الخاص، إذ يمكن القول في مثل هذا التحكيم أن اختيار مكان التحكيم في دولة محايدة يمكن اعتباره قرينة على اتجاه إرادة الأطراف إلى اختيار قانون هذه الدولة لحكم موضوع منازعتهم باعتباره قانونا محايدا.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص173.

<sup>2</sup> - عمران علي السائح، المرجع السابق، ص304.

<sup>3</sup> - أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص141.

<sup>4</sup> - الموهاب فيروز، المرجع السابق، ص114.

ومع ذلك فإن قيمة هذه القرينة تظل نسبية، ذلك لأنه فضلا عن التساؤل الذي يمكن أن يثار حول معنى مكان التحكيم، فهو المكان الذي تتعقد فيه هيئة التحكيم لأول مرة أم المكان الذي يصدر فيه القرار التحكيمي وقد يختلف المكان في الحالتين. بالإضافة إلى ما قد يكون في هذا الاختيار من العشوائية قد تعود أحيانا إلى الذوق السياحي للمحكمين.

إن اختيار الأطراف لمكان التحكيم ربما لا يلعب دورا حاسما في استظهار إرادتهم المفترضة لتعيين القانون الذي يحكم موضوع النزاع إلا في حالات التحكيم الحر أو تحكيم الحالات الخاصة إذ يمكن القول، في مثل هذا التحكيم في دولة محايدة يمكن أن ينهض - بذاته - كقرينة على اتجاه أطراف المنازعة لاختيار قانون هذه الدولة لحكم موضوع منازعتهم باعتباره قانونا محايدا.<sup>1</sup>

2- اللغة، الجنسية و العملة الواجب الدفع بها: إن هذه المؤشرات لا تعدو أن تكون سوي مؤشرات ثانوية يمكن الاعتماد بها كمؤشرات مكملة أو مرجحة مما يساعد على الاستدلال على الإرادة الضمنية لأطراف النزاع، و قد اتضح أنه ليس لها وحدها (أي كل واحد على حدى) صدى تقريبا في قرارات التحكيم التجاري الدولي، إلا بمقدار أن تكون مؤشرا ثانويا يمكن أن تكون مع مؤشرات أخرى دليلا مفترضا على اتجاه نية الأطراف على اختيار قانون وطني معين لحكم النزاع.<sup>2</sup>

3- حالات التحكيم التي تكون الدولة أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها العامة طرفا في العقد: كذلك الأمر بالنسبة للقانون الذي يحكم موضوع النزاع التي تكون الدولة أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها العامة طرفا في عقد من عقود التجارة الدولية مع طرف آخر من أشخاص القانون الخاص، كالأفراد أو الشركات الخاصة و من أمثلتها عقود الامتياز التي تبرم بين الدول و شركات أجنبية خاصة بشأن استغلال و استخراج الثروات الطبيعية مثل البترول والغاز.

وإذا كان صحيحا أن الكثير من هذه العقود State contrats التي تبرم بين الدولة أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها العامة وبين رعايا الدول الأخرى من الأشخاص الخاصة ، تخضع المنازعات التي تنور بشأنها لنظام التحكيم، وإذا كان صحيحا كذلك أن قانون الإرادة الصريحة هو الذي يسري في هذه الحالة. ولو لم يكن هو قانون الدولة طرف النزاع ما دامت هذه الدولة قد ارتضت ذلك. والدليل على

<sup>1</sup> - أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص142.

<sup>2</sup> - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 322.

ذلك ما تشير إليه المادة 42 من اتفاقية واشنطن ( مارس 1965 ) والمعروفة باسم اتفاقية ( B.I.R.D ) والخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى ، والتي تقضي بسريان القانون الذي يختاره المتعاقدان وإلا سرى قانون الدولة المضيفة للاستثمارات.<sup>1</sup>

و أحكام التحكيم التجاري الدولي، عند بيانها للقانون الذي يحكم موضوع النزاع في مثل هذه العقود، و ذلك في حالة غياب الاختيار الصريح فإن محكمة النقض الفرنسية أثارت على وجود قرينة هي أن قانون هذه الدولة هو قانون الإرادة المفترضة الذي يجب أن يحكم موضوع النزاع.<sup>2</sup>

## الفرع الثاني

### الدعائم النظرية والقانونية لاختصاص قانون الإرادة الضمنية

إن الهدف الرئيسي لعملية التركيز الموضوعي للعقد وفقا لأنصار هذا الرأي هو إسناد الرابطة العقدية لقانون المكان الذي يشكل مركز الثقل في هذه الرابطة أي القانون الأوثق صلة بها، وهنا نجد تطبيقا لنظرية باتيفول التي ترى أنه يجب أن يكون ذلك الربط بين الاختيار الإرادي للقانون الواجب التطبيق على النزاع و على القانون الأوثق صلة به.<sup>3</sup>

و قد رتب الفقيه باتيفول على هذا الوضع نتيجة هامة و هي حق تصحيح اختيار المتعاقدين لقانون العقد في حالة ما إذا تبين من الاختيار الصريح للأطراف أنه لا يمثل مركز الثقل في العلاقة التعاقدية و عليه فإن الاختيار الصريح في فقه الأستاذ باتيفول هو مجرد عنصر من عناصر تركيز الرابطة العقدية.<sup>4</sup>

في دراساتنا لهذا الفرع سنعمل على تحديد الدعائم النظرية و القانونية التي نادى بأولوية قانون الإرادة الضمنية أو المفترضة بحكم موضوع النزاع.

<sup>1</sup> - أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 144.

<sup>2</sup> - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 32.

<sup>3</sup> - الموهاب فيروز، المرجع السابق، ص 109.

<sup>4</sup> - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 395.

أولاً- **الدعائم النظرية:** في هذا المجال سنقدم بعض النظريات والتي سبق و درسناها في الفصل الأول من هذه الدراسة وذلك للتدليل علي اختصاص قانون الإرادة الضمنية بالتطبيق على موضوع النزاع.

**1- النظرية الموضوعية:** تقوم هذه النظرية - والتي سبق دراستها الفصل الأول- علي أساس إرادة الأطراف لا تقوم في حقيقة الأمر باختيار قانون معين لحكم العقد، بل إن كل ما تقوم به هو تركيز هذه العلاقة في مكان معين و الإرادة، و إن كانت عنصراً رئيساً في عملية التركيز إلا إنها ليست العنصر الحاسم في الموضوع، و من هنا يقول العميد باتيفول: " يجب أن نتكلم عن قانون الإرادة، و نتجنب العبارة المطلقة بمبدأ سلطان الإرادة".<sup>1</sup>

تقوم النظرية الموضوعية علي تركيز العقد، إذ للأطراف أن يقوموا بتركيز العقد و ذلك باختيار مكان التحكيم، مع هذا الاختيار سيتحدد تلقائياً أنهم ارتضوا إخضاع عقدهم لقانون ذلك البلد أي مقر التحكيم، فحال سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق علي موضوع النزاع، فذلك لا يعني بأي حال أنهم منحوا المحكم السلطة الكاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق، بل أنهم ارتضوا إخضاع عقدهم لقانون ذلك البلد.

كما أنه بالبحث في مضمون هذه النظرية نجد أن الأخذ بها هو أمر يسهل من عمل المحكم الدولي، و يعفيه من مهمة البحث عن القانون الأنسب، و هو ما يوفر الجهد و الوقت، و يسرع في الفصل في الخصومة، و هذا ما يرجوه الأطراف و ما يميز التحكيم أساساً، و فوق كل هذا أن الأخذ بالنظرية الموضوعية ليس سوى تطبيقاً لإرادة الأطراف الضمنية.

لقد لاقت هذه النظرية العديد من الانتقادات، ويبدو من العسير التسليم بما ذهب إليه الأستاذ باتيفول من كون إرادة الأطراف في هذا الخصوص ما هي إلا رغبة في تركيز العقد في مكان معين و تتحصر إرادة الأطراف في هذا الصدد أنها مجرد عنصر من عناصر التركيز. والأطراف عند اختيارهم

---

<sup>1</sup>- زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتوراه، معهد العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1991، ص172.

للقانون الواجب التطبيق لا يدركون معني التركيز الموضوعي الذي يتحدث عنه الأستاذ باتيفول عليه فعملهم يتمثل فقط في اختيار القانون الذي سيحكم المثار للمنازعة.<sup>1</sup>

علي هذا الأساس دعا البعض من الفقه إلي القول بان تركيز الرابطة العقدية في حالة الاختيار الصريح هو مجرد تركيز معنوي. وهو ما يختلف تماما عن التركيز المادي أو المكاني في حال سكوت الإرادة عن اختيار القانون الواجب التطبيق.

**2- نظرية المؤشرات :** يرى الفقيه سوسر " **Sausser** " أنه : " إذا وقع اختيار أطراف النزاع على قانون وطني ليحكم النزاع فذلك يجبرهم بالضرورة إلى اختيار دولة هذا القانون مكانا لإجراء التحكيم، و بالتالي سريان قانون هذه الدولة على إجراءات التحكيم، حتى يكون هذا التحكيم بمجمله خاضعا لقانون واحد "2.

إن مضمون نظرية المؤشرات، أن لنظام التحكيم طبيعة قضائية وهذا في رأيهم من شأنه الحد من سلطان الإرادة، ذلك أن النظام القضائي لا يسمح للأفراد بالتدخل في شأن القانون المطبق على موضوع النزاع، و نعتقد أن هذا ما قصده الأستاذ سوسر " **Sausser** " بإضافته الصبغة القضائية على التحكيم. و عليه نرى أن أنصار نظرية المؤشرات مثلما هو الشأن لدى أنصار النظرية الموضوعية، حصروا إرادة الأطراف في تحديد مقر التحكيم لا غير، و بذلك تتضح إرادة الأطراف بإخضاع عقدهم لقانون هذه الدولة.

فغاية أنصار هذه النظرية أن أطراف العلاقة التعاقدية إنما ينحصر دورهم في تحديد مكان التحكيم دونما حاجة لتحديد القانون الواجب التطبيق، فهذا المؤشر حسبهم يكفي للإفصاح عن إرادة الأطراف في تطبيق قانون هذه الدولة علي موضوع النزاع المحكم فيه، وما علي المحكم الدولي سوى الرجوع إليه كضابط، وضرورة إعماله للإستدلال علي القانون الواجب التطبيق علي موضوع النزاع.

**ثانيا- الدائم القانونية:** سندرس في هذه النقطة بعض الاتفاقيات الدولية و التطبيقات التحكيمية التي حرصت على تقديم قانون الإرادة الضمنية كقانون يختص بالتطبيق على موضوع النزاع.

<sup>1</sup> - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 402.

<sup>2</sup> - أبو زيد رضوان ، المرجع السابق ، ص 96.

## 1- الاتفاقيات الدولية:

أ- **قواعد نيوشاتيل** : أصل هذه الاتفاقية أو القواعد ناتج من إعمال نظرية المؤشرات، فقد صدرت عن معهد القانون الدولي قواعد محددة تم التصديق عليها في اجتماعات أمستردام (هولندا) سنة 1957، في نيوشاتيل (سويسرا) 1959، وهي تعرف الآن باسم "قواعد نيوشاتيل".<sup>1</sup> و تكرر هذه القواعد - كما سبق واشترنا في الفصل الأول- ما جاءت به نظرية المؤشرات بأولوية و اختصاص قانون دولة المقر بالتطبيق على المنازعة التحكيمية. وذلك حال غياب التعبير الصريح للأطراف وعدم تحديدهم للقانون الواجب التطبيق علي موضوع النزاع ، الأمر الذي يدفع المحكم للبحث في الإرادة الضمنية للأطراف ،وعليه نجد إن هذه الاتفاقية قد وضعت للمحكم مؤشر قانون دولة مقر التحكيم للاستدلال علي القانون الواجب التطبيق . و بذلك تكون هذه الاتفاقية قد وضعت حدا للسلطة التقديرية للمحكم في خصوص تحديد القانون الواجب التطبيق.

ب- **اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري 1987**: جاء في نص المادة 21 من هذه الاتفاقية "تفصل الهيئة في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين، وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنا، أن وجد، وإلا فوفق أحكام القانون الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع على أن تراعى قواعد الأعراف التجارية الدولية المستقرة".<sup>2</sup>

تعطي هذه الاتفاقية نصا واضحا وصريحا في تجسيد مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق، فبعد تأكدها على ضرورة تطبيق المحكم لقانون لإرادة الصريح للأطراف نجدها تحيل الأمر مباشرة لقانون الإرادة الضمنية حال غياب التعبير الصريح للأطراف. ونفس الحل ورد في الإتفاقية العربية للتحكيم التجاري لسنة 1986.

ج- **اتفاقية لاهاي 1986**: وفي هذا الشأن نصت اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق علي عقد البيع الدولي لسنة 1986 علي قاعدة إسناد أصلية وهي تطبيق قانون دولة البائع ذلك أن البائع يقوم بدور هام في مجال البيوع الدولية ،خاصة فيما يخص بيع المنتجات المصنعة وعلي فان منشأة

<sup>1</sup> - أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق علي موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 52.

<sup>2</sup> - اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري 1987.

البائع هي المكان الرئيسي الذي يتجسد فيه تنفيذ العقد وان تطبيق قانون دولة البائع يعتبر أمراً لازماً لضمان تنفيذ البائع لالتزاماته علي الوجه المطلوب ، وهذا هو الاتجاه الغالب في مجال عقود التجارة الدولية ويعتبر أمراً مقبولاً وله مبرراته.<sup>1</sup> لقد جسدت هذه الاتفاقية اختصاص قانون الإرادة المفترضة للأطراف بالتطبيق علي موضوع النزاع وذلك حال غياب الاختيار الصريح للأطراف، واضعنا بذلك أمام المحكم الدولي حدا لسلطته التقديرية في تحديد القانون الواجب التطبيق علي موضوع النزاع.

## 2- التطبيقات التحكيمية:

أ- قضية شركة الألمنيوم اليوغسلافية: ثار خلاف عند تنفيذ عقود بيع بين شركة ألمنيوم يوغسلافية و مشترٍ أمريكي، عينت لحلها هيئة ثلاثية في إطار غرفة التجارة الدولية، و جعلت مقر التحكيم في باريس، و عند اضطلاع هيئة التحكيم بتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع تبين لها عدم اتفاق الطرفين على هذا القانون ...و انتهت المحكمة إلى تطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون دولة مقر التحكيم.<sup>2</sup>

ب- قضية مسترس و شركة جنوب إفريقيا : تحت رقم 5460 لسنة 1987، و خلاصة هذه القضية أن الأطراف لم يتفقوا على القانون واجب التطبيق، مما حدا بالمحكم نحو البحث في المسألة، حيث ذكر أن مقر التحكيم هو لندن، و انتهى المحكم الإنجليزي " بول سجهارت " إلى تطبيق القانون الإنجليزي.<sup>3</sup>

في هذه القضايا وغيرها وجد المحكمون أنفسهم أمام عقود سكت الأطراف فيها عن تحديد القانون الواجب التطبيق ، غير أن الحل الذي سلكه هؤلاء كان إعمالهم لقانون الإرادة المفترضة أو الضمنية ، مستأنسين بمؤشرات موضوعية ، كمكان التحكيم أو عملة الوفاء أو لغة التحكيم وغيرها من المؤشرات، سواء العامة أو الخاصة ،وذلك حرصاً منهم علي احترام التوقعات المشروعة للأطراف.

<sup>1</sup> - عمران علي السائح، المرجع السابق، ص304.

<sup>2</sup> - أشرف عبد العليم الرفاعي . القانون الواجب التطبيق علي موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة

الدولية، المرجع السابق، ص ص22- 23.

<sup>3</sup> - collection office arbitral anard case N° 5460-1987

ذهب بعض الفقهاء إلى حد القول أن إعطاء المحكم حرية البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف من شأنه أن يؤدي إلى الإخلال الصارخ بتوقعاتهم. في الواقع إن إعطاء المحكم حرية البحث في إرادة الأفراد الضمنية من خلال القرائن وملابسات الحال لا يؤدي إلى الإخلال بتوقعاتهم طالما كان هذا البحث لا يمسح توقعاتهم. لذلك نرى ضرورة أن يتأكد المحكم من وجود الإرادة الضمنية للأطراف من خلال قرائن وظروف وملابسات أكيدة لا تترك مجالاً للشك في دلالتها على الإرادة الحقيقية للأطراف وإلا أدى ذلك إلى إدخال عناصر ذات طبيعة شخصية محضة من قبل المحكم.<sup>1</sup>

## المطلب الثاني

### مدي استقلالية المحكم في مواجهة خصوصية النظام العام

إن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع قد يحمل ما يخالف به النظام العام سواء لقانون بلد الاعتراف و التنفيذ أو لقانون بلد الإبرام، وفي هذا الحال يجد المحكم نفسه أو لبلد التحكيم. ولذلك يستوجب على المحكم أن يراعي هذا المبدأ وأن يولييه العناية الكاملة، وإلا عرض حكمه لعدم الاعتراف به ومن ثم عدم تنفيذه بحجة مخالفة النظام العام، إذا كان لزاماً على المحكم الأخذ بالنظام العام في مباشرته لمهمته التحكيمية في كل أطوارها فلا بد أن لا يصدر قراره التحكيمي مخالفاً لقواعد النظام العام في البلد المراد تنفيذ حكم التحكيم فيه كما عليه في الوقت نفسه، احترام قواعد النظام العام السائد في التعامل التجاري الدولي، " ذهب الفقه و القضاء إلى أن النظام العام هو عبارة عن القواعد الأساسية و المبادئ العامة لقانون الشعوب أو لمبادئ التجار.<sup>2</sup>

في هذا المطلب سوف ندرس مدي استقلالية المحكم أمام مبدأ النظام العام وكيف السبيل إلى احترامه ومراعاته، حرصاً على العملية التحكيم بصفة عامة، وعلى قراره التحكيمي بصفة خاصة، وكل هذا على ضوء كل من القوانين الداخلية و الاتفاقيات الدولية.

<sup>1</sup> - نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص ص172-173.

<sup>2</sup> - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 174

## الفرع الأول

### إعمال المحكم لمبدأ النظام العام في القوانين الوطنية

إنه من الواضح انم بدا النظام العام قد اصحب يشكل واحدا من الحدود التي تقف أمام سلطة المحكم الدولي و تكف من استقلالية، كما أنه صار عر على المحكم أن لا يتجاهل هذا المبدأ، خاصة مع التجاء الدول إلى تضمين هذا المبدأ في قوانينها لعدة اعتبارات ، وهذا ما نحن بصدد دراسته في هذا الفرع.

أولاً- قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري: جاء في المادة 1051 الفقرة 1 من هذا القانون أنه " يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها ، و كان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي ".<sup>1</sup>

في هذا النص وضع المشرع شرطا يلزم القاضي الجزائري بمراعاته عند الاعتراف و تنفيذ القرار التحكيمي، و هو مدى مراعاة هذا الحكم التحكيمي النظام العام الدولي، و إلا كان أمر القاضي بالاعتراف أو بالصيغة التنفيذية لحكم التحكيم معرضا للطعن بالاستئناف.

و هذا ما جاء في المادة 1056 من نفس القانون، و التي نصت على أنه " لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية:

1- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية،

2 - إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون.

3 - إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.

4 - إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.

5 - إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب.

6 - إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

---

<sup>1</sup> - قانون 09-08 المؤرخ في 23 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

لقد جعل المشرع الجزائري احترام النظام العام الدولي شرطا للاعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي فإن جاء في المادة 1051 ليحدد شرط الحصول على الاعتراف بعدم مخالفة النظام العام، دونما تحديد للقواعد التي تدخل ضمن هذا المبدأ، بل تبقى للقاضي الوطني السلطة التقديرية في تحديد مدى مخالفة الحكم للنظام العام من عدمه.

أما في نص المادة 1056 فقد عدد المشرع الحالات التي يجوز فيها استئناف أمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ، و على سبيل الحصر، جاء في الحالة السادسة " إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي" لقد جاء ذكر النظام العام و هما سببين مستقلين للطعن بالاستئناف، في الأمر القاضي بالاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الذي يأتي مخالفا لهذا المبدأ.

و بهذا وجب على المحكم الدولي مراعاة مبدأ النظام العام في سائر أطوار الخصومة التحكيمية عموما ، و أثناء تحديد القانون الواجب التطبيق على الخصوص ، يقول الأستاذ فوشار : " على المحكم موجبا أخلاقيا بالسهر و العمل على تأمين الفعالية التنفيذية للقرار الذي سيصدر عنه و أن يعتمد إلى كل ما من شأنه أن يجعل هذا القرار بعيدا عن الإبطال أو رفض الاعتراف به.<sup>1</sup>

ثانيا- قانون الإجراءات المدنية الفرنسي 1981: نصت المادة 1520 من الفصل الرابع بعنوان طرق الطعن

أن : " الطعن بالبطلان لا يكون إلا في الحالات الآتية :

- إذا كان الاعتراف بالحكم التحكيمي أو تنفيذه مخالفا للنظام العام".

و نصت المادة 1492 من القسم الثاني بعنوان الطعن بالبطلان على: " الطعن بالبطلان لا يجوز إلا في الحالات التالية :

- إذا كان الحكم مخالفا للنظام العام.

---

<sup>1</sup> - الموهاب فيروز ، المرجع السابق، ص 125.

كما جاء في القانون الفرنسي للتحكيم الدولي، في المادة 1502 منه أن: "القرار الذي يقبل الاعتراف أو التنفيذ يقبل الاستئناف إلا في الحالات التالية:

إذا كان الاعتراف أو التنفيذ مخالفا للنظام العام".<sup>1</sup>

يأخذ المشرع الفرنسي بمبدأ النظام العام صراحة سواء تعلق الأمر بحكم تحكيم داخلي أو دولي، فتأكيد المشرع على جواز الطعن في الحكم القاضي بالاعتراف أو التنفيذ للحكم التحكيمي في حالة ما كان هذا الأخير يحتوي على خرق لمبدأ النظام العام الدولي، و كما سبق و بينا أن النظام العام يشمل كافة المبادئ الإجرائية أو الموضوعية و التي يجب على المحكم مراعاتها حفاظا على سلامة الحكم التحكيمي و تحصينا له من الطعن فيه.

كما جاء في المادة 1498 من نفس القانون في الفقرة الأولى: "يتم الاعتراف بالأحكام التحكيمية في فرنسا إذا ما أثبت من تمسك بها وجودها و إذا ما كان هذا الاعتراف لا يتعارض تعارضا واضحا مع النظام العام الدولي"، و يؤكد نص هذه المادة مرة أخرى مدى ضرورة احترام مبدأ النظام العام و مراعاته، من قبل المحكم الدولي، فحسب هذا النص إن مخالفة الحكم التحكيمي بالمخالفة لمبادئ النظام العام الدولي يكون سببا لعدم الاعتراف بهذا الحكم، و لذا فالنظام العام يضع حدا لحرية المحكم لا يمكنه تجاوزه أو مخالفته، بل يجب عليه إعماله و احترامه في تحديد القانون الإجرائي.

من ذلك يظهر أن هناك شرطين للاعتراف بالقرار التحكيمي و إعطائه الصيغة التنفيذية :

شرط مادي : يقتضي إثبات وجود القرار التحكيمي من قبل الجهة التي تستفيد منه ، و هذا الوجود يتمثل في تقديم أصل القرار مرفقا بالاتفاقية التحكيمية .

شرط قانوني : يقتضي ألا يكون الاعتراف أو تنفيذ القرار التحكيمي مخالفا للنظام العام الدولي بصور واضحة.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> - قانون الإجراءات المدنية الفرنسي 1981، المعدل بالمرسوم رقم 48- 2011 بتاريخ 13 جانفي 2011

ثالثا - قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994: جاء في المادة 53 فقرة 2 : " و تقضي المحكمة التي تنتظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية".

و جاء في المادة 58 من نفس القانون: " لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقا لهذا القانون إلا بعد التحقيق مما يأتي :

- أنه لا يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية "

يجب ألا يتضمن حكم المحكمين ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية،...، و المقصود هنا هو النظام العام الداخلي في مصر و ليس النظام العام الدولي،<sup>2</sup> إذا المشرع المصري سار بدوره على مخالفة النظام العام سببا للطعن ببطلان الحكم التحكيمي، و عدم الاعتراف به و تنفيذه، لكن المشرع هنا لم يفرق بين مفهومي النظام العام الداخلي و الدولي، و في هذا مثالب كثيرة، إذ أن القاضي المرفوع أمامه دعوى البطلان أو طلب التنفيذ أن يعتمد إلى التفرقة بين ما إذا كان الحكم التحكيمي موضوع الدعوى قد صدر في تحكيم داخلي في إطار علاقة اقتصادية داخلية أو قد صدر في تحكيم دولي، فإن كنا بصدد تحكيم داخلي أعمل القاضي فكرة النظام العام وفق مفهوم القانون الداخلي، أما إن كنا بصدد تحكيم دولي أعمل القاضي فكرة النظام العام وفقا لقواعد القانون الدولي.<sup>3</sup>

إن ما يهمننا في مجال بحثنا أن المشرع المصري قد وضع للمحكم حدا لسلطة و حرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع و لعل أهم وسيلة بيد هذا المشرع هي مبدأ النظام العام ، و سواء تعلق الأمر بنظام عام دولي أو وطني ، و جب على المحكم احترام قواعد هذا النظام و عدم تجاوزها بل عليه مراعاتها.

---

- عبد الحميد الأحذب ، قانون التحكيم الجزائري الجديد ، مجلة التحكيم الدولي ، العدد الثاني، المرجع السابق،<sup>1</sup>2009.

<sup>1</sup>- فتحي والي، المرجع السابق، ص 490.

<sup>2</sup>- صبري أحمد محسن الذيابات، المرجع السابق، ص 124.

رابعاً- قانون التحكيم الانجليزي لسنة 1996: جاء في المادة 103 ، الفقرة 3 أنه: " يمكن رفض الاعتراف أو التنفيذ إذا كان قرار التحكيم يتعلق بمسألة لا يجوز فيها التحكيم، أو إذا كان مخالفا للنظام العام ".

لقد علق المشرع الانجليزي بدوره الاعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي باحترام مبدأ النظام العام كحد لا مناص للمحكم من إعماله أو التعاطي معه بالقدر الذي ضمن سلامة قراره و يكسبه الاعتراف و النفاذ، و بالتالي يكسبه الفعالية المرجوة منه.

خامساً- قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001: جاء في الفقرة السابعة من المادة 49 ، البند الثاني : " تقضي المحكمة المختصة التي تنتظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم فيما يتضمن ما يخالف النظام العام في المملكة أو إذا وجدت أن موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها ، و جاء في نص المادة 54 " تنتظر المحكمة المختصة في طلب التنفيذ تدقيقا و تأمر بتنفيذه إلا إذا تبين لها أن هذا الحكم يتضمن ما يخالف النظام العام في المملكة ..."<sup>1</sup>.

سار المشرع الأردني على نفس المنهج، إذ أتاح للقاضي المرفوع إليه دعوى البطلان أن يقضي بالبطلان من تلقاء نفسه، حال ثبوت وجود خرق للنظام العام في الحكم التحكيمي، كما له أن يأمر بتنفيذ الحكم حال التأكد من وجود خرق للمبدأ ذاته، و بهذا يسلك المشرع الأردني نفس نهج التشريعات الوطنية السابقة، التي أجبرت المحكم على احترام مبدأ النظام العام سواء الدولي، كما هو الحال عليه في القانون الفرنسي أو الداخلي مثل القانون الانجليزي و المصري.

من خلال عرضنا لبعض التشريعات الوطنية وجدنا أنها نصت كلها على ضرورة التقيد بمبدأ النظام العام في سائر أطوار الخصومة التحكيمية، و لذلك وجدنا أن فكرة النظام العام تقف حدا أمام السلطة التقديرية للمحكم الدولي ، حال اختياره للقانون الواجب التطبيق علي موضوع النزاع، و لغاية أو لأخرى صار مبدأ النظام العام من الحدود التي يجب على المحكم التعاطي معها و مراعاتها، و إلا

---

<sup>1</sup>- قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 في الجريدة الرسمية عدد 4496 بتاريخ 16 / 07 / 2001 .

عرض حكمه للطعن فيه بأي وسيلة تضمنتها هذه القوانين الوطنية، و عدم الاعتراف به أو تنفيذه بحجة مخالفة النظام العام.

## الفرع الثاني

### إعمال المحكم لمبدأ النظام العام في الاتفاقيات الدولية

في هذا الفرع الأخير من الدراسة سوف نعالج مسألة إعمال المحكم لمبدأ النظام العام علي ضوء الاتفاقيات الدولية التي ضمنت هذا المبدأ في نصوصها القانونية.

أولاً- اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958: جاء في المادة الخامسة من هذه الاتفاقية في الفقرة الثانية أنه يمكن رفض الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه إذا رأت السلطات في البلد المطلوب تنفيذ القرار فيه ما يلي:

أ - أن موضوع الخلاف لا يمكن حله بطريق التحكيم بموجب قوانين ذلك البلد، أو

ب - أن الاعتراف بذلك القرار وتنفيذه يناقض السياسة العامة لذلك البلد.<sup>1</sup>

ولعل المقصود بالسياسة العامة لذلك البلد ليس القصد منها سوي مبدأ النظام العام، فمسألة الاعتراف بالقرار التحكيمي إنما هي ضرورة يقتضيها الحكم التحكيمي حتى يحدث أثره ويحوز الصيغة التنفيذية، وهذا هو الغاية من المنازعة التحكيمية أساساً، ولذلك توقف هذه الاتفاقية الدولية الاعتراف بالقرار التحكيمي على شرط عدم مخالفته لمبدأ النظام العام في البلد المراد تنفيذ الحكم فيه.

ثانياً- اتفاقية تنفيذ الاحكام بين دول الجامعة العربية لسنة 1954: جاء في نص المادة الثالثة من هذه الاتفاقية وفي الفقرة (هـ) ما يلي:

مع مراعاة ما ورد في المادة الأولى من هذه الاتفاقية لا تملك السلطة المطلوب إليها تنفيذ حكم محكمين صادر في إحدى دول الجامعة العربية إعادة فحص موضوع الدعوى الصادر فيها حكم

---

<sup>1</sup> - اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958

المحكّمين المطلوب تنفيذّه وإنّما لها أن ترفض طلب تنفيذ حكم المحكّمين المرفوع إليها في الأحوال الآتية:

- إذا كان الحكم مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الدولة المطلوب إليها التنفيذ وهي صاحبة السلطة في تقدير كونه كذلك وعدم تنفيذ ما يتعارض منه مع النظام العام أو الآداب العامة فيها أو إذا كان الحكم مناقضا لمبدأ معتبر كقاعدة عمومية دولية.

نفس النهج سلّكه المشرع في هذه الاتفاقية ، إذ وضع أمام المحكم الدولي و أطراف العلاقة التحكيمية ما يلزمهم به احترام مبدأ النظام العام وضرورة إعماله ومراعاته، كما منح الدولة التي يطلب منها التنفيذ أو الاعتراف سلطة تقدير مدي مراعاة مبدأ النظام العام فيها من عدمه.

هذه الاتفاقيات وغيرها جسدت كلها ضرورة مراعاة المحكم لمبدأ النظام العام تحت طائلة البطلان، وهذا ما يشكل حدا وعائقا أمام المحكم الدولي، لا بد له من مراعاته واحترامه حال تعرضه لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

إن المحكم الدولي عند انفراده بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في غيبة الاختيار الصريح للأطراف لهذا القانون، له أن يلجأ إلى طرق ثلاث هي اغلب ما اتفق عليها الفقه وجسده اغلب الاتفاقيات الدولية والتشريعات الداخلية المقارنة بتضمين هذه الحلول في نصوصها، فللمحكم اللجوء إما إلى إعمال قواعد التنازع و بالتالي يطبق القانون الذي تعينه قواعد التنازع في النظام المتعلق بموضوع النزاع، أو له اللجوء إلى إعمال المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص كما له اللجوء إلى إعمال الطريق المباشر في تحديد القانون الواجب التطبيق.

## خاتمة

إنه وكما سبق و أوضحنا في بحثنا هذا، أن المحكم الدولي أضحى يمتلك من السلطات ما يتيح له إستبعاد أرادة الأطراف سواء من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق علي موضوع النزاع أو علي الإجراءات، أو فيما يخص مكان التحكيم، أو نظام الأدلة ... وغيرها من الأمور الاجرائية.

إن الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري وما يميزه من حرية ممنوحة سواء لأطراف النزاع أو للمحكم الدولي إنما كان السبب الأول الذي حدا بالدول النامية من التوجس خيفة منه وإدبارها عن اللجوء إلي في العقود التي تبرمها مع أحد أشخاص القانون الخاص.

ولذلك ما يبرره في منطق عدة فقهاء فالعلاقة الإقتصادية الغير المتوازنة القوى و القائمة بين طرفي العلاقة، انما تدفع بالطرف الخاضع الي الركون الي القضاء الوطني دون التحكيم، عكس الطرف الأخر وذلك خشية من تأثير الإختلال الحاصل في القوى سواء السيادة أو الالاقتصادية علي استقلالية المحكم الدولي خصوصا امام استقلالية هذا الاخر من أي ولاء لاي نظام قانوني.

كما أن الطرف الأجنبي إنما يعد إقباله علي التحكيم نابع من عدم ثقته في القضاء الوطني للدولة الطرف في العقد.

إن المحكم الدولي وأمام غياب قانون إختصاص إنما يبقى هو أهم عنصر شخصي في الخصومة التحكيمية، إذ سبق وبينا مدى استقلاليته من أي نظام قانون وطني وبينا كذلك ان ما للمحكم الدولي من سلطة تقديرية منحه إياها التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية.

فالمحكم الدولي يبقى حرا في تطبيق القانون المحدد من قبل الأطراف من عدمه ما لمس فيه خرقا للنظام العام الخاصة إما بدولة الإبرام أو دولة التنفيذ أو دولة التحكيم . كما له حرية تحديد القانون الواجب التطبيق حال خلو العقد التحكيمي من ذلك ، كما له كامل الحرية في الإنفلات من قانون دولة مقر التحكيم وكثيرة هي قرائن حرية واستقلالية المحكم الدولي في النظام التحكيم التجاري، وفي الأخير نستعرض بعض النتائج التي توصلنا إليها من خلال دراستنا لهذا الموضوع.

إن من تمت حوله الدراسة والبحث في هذه الدراسة هو مدى استقلالية المحكم في التحكيم التجاري الدولي، ولعل اهم ما تم الوصول اليه هو:

- أن استقلالية المحكم الدولي أمر لازم وضروري لسلامة عملية التحكيم بصفة عامة وللقرار التحكيمي بصفة خاصة.
- أن استقلالية المحكم تنتسح في حال غياب الإرادة الصريحة للأطراف المتعاقدة حول القانون الواجب التطبيق سواء على الشق الإجرائي أو الشق الموضوعي، وعلى العكس من ذلك فإن استقلالية المحكم وحرية تضيق و تنحصر في حال التعبير الصريح على إرادة الأطراف.
- أن استقلالية المحكم الدولي تنحصر أمام تدخل القضاء الوطني الذي يمثل الدور الرقابي على العملية التحكيمية، وذلك من خلال منح الإعراف و الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي، الأمر الذي لا يتم إلا من خلال القضاء الوطني.
- للمحكم الدولي من السلطة ما يسمح له بالوقوف في وجه إرادة الأطراف الصريحة حرصا على العملية التحكيمية، والقرار التحكيمي، وذلك لعدة اعتبارات كاحترام مبدأ النظام العام خاصة في حال تضمين الأطراف المتعاقدة لما يخالف النظام العام في عقدهم.
- إن نظام التحكيم بصفة عامة يستلزم المزيد من الحرية والليونة تمنح له من قبل الدول وعدم التدخل في عمل المحكم الدولي، وذلك راجع لما صار يمثل نظام التحكيم من قبلة للمتعاملين في المجال الاقتصادي، ولعل ذلك يشكل أهمية بالغة بالنسبة للدول في حد ذاتها، خاصة مع انتهاجها لسياسة جذب الإستثمارات الخارجية، ولذلك نقدم في هذا المقام بعض التوصيات.
- محاولة الدول تعديل قوانينها الداخلية بما يتلاءم مع متطلبات التحكيم التجاري الدولي ومتطلبات التجارة الدولية.
- محاولة الدول تخفيف دورها الرقابي على العملية التحكيمية، وعدم التدخل في عمل المحكم الدولي، وذلك لإضفاء الشفافية اللازمة لحسن سير عملية التحكيم، وبالتالي خلق نوع من الثقة لدى المستثمر الأجنبي.
- السهر على التقليل من دور هيئات التحكيم الدولية والإقليمية من فرض شروطها على الأطراف المتعاقدة التي تختصم لدى هذه الهيئات.

## قائمة المراجع

أولاً : المراجع باللغة العربية :

أ-الكتب :

- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي القاهرة، دط 1981.
- أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، دط 2003.
- أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام و القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دط 2003.
- سحر عبد الستار إمام يوسف، المركز القانوني للمحكم ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2006.
- صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول لمشكلة تنازع القوانين ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دط 2004.
- عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دط 2001.
- فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية و التطبيق ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1 2007.
- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة القاهرة ، دط 2006.
- كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الاولى 1991.
- محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، دط 1998.
- محمود مختار احمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة ، ط3 2007 .
- مصطفى محمد جمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، دط 1998.
- منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه و قضاء التحكيم، مطابع الشرطة، القاهرة، دط 2005.
- مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة، القاهرة، دط 2005.

- نادر محمد محمد إبراهيمي، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الإقتصادي الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، دط 2000.
- ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1966.
- ناصر ناجي محمد جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية ، دار المكتب الجامعي الحديث القاهرة، دط 2008 .
- نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية و التجارية الوطنية و الدولية ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ،ط1 2004.
- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، منشأة المعارف، الإسكندرية، دط 1995.

#### ب- الرسائل و المذكرات :

- زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتوراه، معهد العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1991.
- صبري أحمد محسن الذيابات، إجراءات التحكيم التجاري الدولي ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس، مصر.
- عمران علي السائح، التحكيم و القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006.
- عيادي فريدة، سلطة المحكم في موضوع حل النزاعات المترتبة عن العقد التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001.
- كراش ليلي، مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2002.
- الموهاب فيروز، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي طبقا للقانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009.

### ج- القوانين :

- قانون الاونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، 1985
- قانون الإجراءات المدنية الهولندي 1986.
- قانون التحكيم التونسي، عدد 42، لسنة 1993 مؤرخ في 26 أبريل 1993 ، يتعلق بإصدار مجلة التحكيم الرائد الرسمي عدد 33، المادة 73.
- قانون التحكيم المصري، رقم 27 لسنة 1994، المتعلق بإصدار قانون في شأن التحكيم في المواد المدنية و التجارية رقم 27
- قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 في الجريدة الرسمية عدد 4496 بتاريخ 16 / 07 / 2001/
- قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20/06/2005 يعدل و يتم أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري.
- قانون الإجراءات المدنية السويسري 2006.
- قانون 08-09 المؤرخ في 23 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، الجريدة الرسمية العدد 21.
- قانون الإجراءات المدنية الفرنسي 1981، المعدل بالمرسوم رقم 48- 2011 بتاريخ 13 جانفي 2011

### د- الاتفاقيات الدولية :

- بروتوكول جنيف المؤرخ في 24 سبتمبر 1923.
- اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958

- اتفاقية جنيف المؤرخة في 21 أبريل 1961 المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي (الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي).

اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965.

- الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لسنة 1986 .

- اتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول المتعاقدة و رعاية الدول

الأخرى B.I.R.D .

هـ- المقالات :

- عبد الحميد الأحذب، التحكيم وثائق تحكيمية، الجزء الرابع، دار نوفل للنشر، بيروت.

- قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة التحكيم الدولي، العدد

الثاني 2009. -مجلة التحكيم التجاري الدولي ، العدد السادس عشر.

-مجلة التحكيم العربي، بيروت، العدد السابع.

- محمد أحمد البديرات، مجلة التحكيم التجاري الدولي، العدد السادس عشر.

- نور حمد الحجايا، القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه، مجلة التحكيم التجاري الدولي المؤتمر

السنوي السادس.

- ثانيا : المراجع باللغة الأجنبية :

## -OUVRAGES

- Nathalie Najjar , L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce internationale , édition DELTA, 2007 .

- Eric Loquin , La réalité des usages du commerce international, Revue de droit international, Paris, 1989, P 163.

- Philippe fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, Traité de l'arbitrage commerciale internationale, Litec delta année 1996.

## الفهرس

الموضوع	الصفحة
المقدمة.....	1-4
الفصل الأول: استقلالية المحكم في الإجراءات التحكيمية الدولية.....	6-57
المبحث الأول: مدى استقلالية المحكم في مواجهة قانون دولة مقر التحكيم.....	6-33
المطلب الأول: القانون المطبق على الإجراءات و قانون دولة المقر.....	6-15
الفرع الأول: الدعائم النظرية لاختصاص قانون دولة المقر.....	7-10
الفرع الثاني: قضاء التحكيم و الاتفاقيات الدولية المتبنية لتطبيق قانون المقر.....	10-13
الفرع الثالث: مآل قانون دولة المقر.....	13-15
المطلب الثاني: التأكيد على استقلالية المحكم في اختيار القانون الإجرائي.....	16-33
الفرع الأول: استقلالية المحكم في اختيار القانون الإجرائي.....	16-22
الفرع الثاني: حدود استقلالية المحكم في اختيار القانون الإجرائي.....	23-33
المبحث الثاني: امتداد السلطات الإجرائية للمحكم الدولي.....	33-57
المطلب الأول : استقلالية المحكم في تسيير و إدارة الإجراءات التحكيمية .....	34-47
الفرع الأول : سلطة المحكم في تعيين مقر التحكيم.....	34-38
الفرع الثاني : سلطة المحكم في اختيار اللغة المستعملة في الإجراءات التحكيمية.....	38-41
الفرع الثالث : سلطة المحكم في اتخاذ الإجراءات المؤقتة و التحفظية .....	41-44
الفرع الرابع: سلطة المحكم في تحديد ميعاد المهمة التحكيمية.....	44-47
المطلب الثاني : استقلالية المحكم في تقديم الأدلة.....	47-57
الفرع الأول : السند القانوني و الاتفاقي لاستقلالية المحكم في تقديم الأدلة.....	48-51

الفرع الثاني : مدى استقلالية المحكم في إجراءات الأدلة .....57-51

الفصل الثاني: استقلالية المحكم في تسوية موضوع النزاع.....104-58

المبحث الأول: استقلالية المحكم في تحديد القانون الواجب لتطبيق علي موضوع النزاع.....85-59

المطلب الأول: دعائم استقلالية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق.....68-59

الفرع الأول: دعائم استقلالية المحكم في الاتفاقيات الدولية.....61-60

الفرع الثاني: دعائم استقلالية المحكم في التشريعات الوطنية.....66-62

الفرع الثالث: دعائم استقلالية المحكم في التطبيقات التحكيمية.....68-66

المطلب الثاني: استقلالية المحكم في تحديد الطرق المتبعة في اختيار القانون الواجب التطبيق.....85-68

الفرع الأول: إعمال المحكم لمبدأ تنازع القوانين.....73-69

الفرع الثاني: إعمال المحكم للمبادئ العامة في القانون الدولي الخاص.....74-73

الفرع الثالث: التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق.....85-74

المبحث الثاني: حدود استقلالية المحكم الدولي في تسوية موضوع النزاع.....104-85

المطلب الأول: مدى استقلالية المحكم في مواجهة قانون الإرادة الضمنية للأطراف.....97-86

الفرع الأول: مؤشرات الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف.....92-87

الفرع الثاني: الدعائم النظرية والقانونية لاختصاص قانون الإرادة الضمنية.....97-92

المطلب الثاني: مدى استقلالية المحكم في مواجهة خصوصية النظام العام.....104-97

الفرع الأول: إعمال المحكم لمبدأ النظام العام في القوانين الوطنية.....103-98

الفرع الثاني: إعمال المحكم لمبدأ النظام العام في الاتفاقيات الدولية.....104-103

106-105.....	الخاتمة
111-107.....	قائمة المراجع
114-112.....	الفهرس