جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

# مبـــدأ استقـــــلال الإرادة في التحكيم التجاري الـدولي

مذكـرة مقدمـة لنيـل درجة ماجستير في القـانون

**شعبة القانون الخـاص** **تخصص قانـون أعمال**

إعـــداد الطالب :

**بولعبايـز محمـد**

إشـراف الدكتور:

**بوالقمـح يوسف**

أمـــام لجنـــة المناقشـــة

| الاسم واللقب | الرتبـــــة | الجـامعـــة | الصفـــة |
|---|---|---|---|
| عليوش قربوع كمال | أستـــــــــاذ | جامعة باجي مختـــار عنـــابة | رئيســـــــا |
| بوالقمـح يوســـف | أستاذ محاضر قسم أ | جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة | مقـــــــررا |
| مرامـــرية حمـــة | أستاذ محاضر قسم أ | جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة | عضـوا مناقشـا |
| بلـغيث عمـــارة | أستاذ محاضر قسم أ | جامعة باجي مختـــار عنـــابة | عضـوا مناقشـا |

السنة الجامعيـة : 2012 - 2013

# قائمة المختصرات

| | |
|---|---|
| **ق إ م ج** | قانون الإجراءات المدنية الجزائري |
| **ق إ م ف** | قانون الإجراءات المدنية الفرنسي |
| **ق إ م إ** | قانون الإجراءات المدنية والإدارية |
| **ق م ج** | القانون المدني الجزائري |
| **د ط** | دون طبعة |
| **د ت ن** | دون تاريخ نشر |
| **د د ن** | دون دار نشر |
| **د ب ن** | دون بلد نشر |
| **ج** | جزء |
| **ج ر** | الجريدة الرسمية |
| **ع** | عدد |
| **ص** | الصفحة |
| **ط** | طبعة |

**C C I** Chambre de Commerce Internationale

**C I R D I** Centre International Pour Le Règlement des Différends Relatifs Aux Investissements

**C N U D C I** Commission des Nations Unies Pour le Droit du Commerce Internationale.

**A A A** American Arbitration Association.

**C A C I** Chambre Algérienne de Commerce et D'industrie.

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

**O P U** Office des Publications Universitaires.

# تشكر وعرفـــان

الحمد لله رب العالميـــن؛ اللهـم لك الحمـد كما ينبغـي لجلال وجهك وعظيم سلطـانك

سبحانك أنزلت القرآن، خلقت الإنسان، علمته البيـان، وميزته عن كثير

ممن خلقت بنعمة العقل، فلك وحدك سبحانك الحمد

والشكر كله، بأن وفقني لإنجاز هذا العمل

لا يسعني وأنا أنهـــي هذا العمل المتواضـــع إلا أن أتقدم بفائـــــق الشكر والعرفان

لأستاذي والمشـــرف على مذكرتي الدكتور بوالقمـــح يوسـف حفظه الله

الذي كان ولا يزال نبراســـا للعلم والمعرفـــة في الميدان القانـــوني

ومنهـا تعمقت تجربتـــي لرسم معالـم هـذا البحث

كما أتقدم بفائق الشكر والامتنان إلى أستاذي الفاضل نور الدين بوالصلصال حفظه الله

ورعاه، وسدد خطاه، الذي لم يبخـل عليّ بالمساعـدة، حتى بالكلمـة الطيبة

رغم ظروف عمله الصعبة، فشكرا... شكرا أستاذي

كما لا أنسى في هذا المقام الأستاذ الدكتور خليل بوصنوبرة من جامعة قالمة

الذي أمدني بالمراجع المتخصصة في المجال، وبنصائحه التوجيهية

فشكرا لك، وأسأل الله لك الجنة

وأتوجه بالشكر والامتنان كذلك لكل الأساتذة الذين قبلوا دون تردد مناقشة هذه المذكرة

**فشكرا جزيلا للجميع**

# الإهـــــــداء

إلى من ضحت و لا تزال مستعدة للتضحية من أجل سعادتي، إلى من حقنت

هذا القلم حبرا من صبرها و كرمها و عطائها و تشجعيها حتى أصبح

قادرا على الكتابة، إلى الوحيدة التي تتمنى أن تراني أحسن منها

إلى من رأتني بقلبها قبل عينيها، إلى الأولى في قلبي

إليك أنت يا غالية ،إليك أنت يا أمي

إلى ذلك الصرح الشاهـق في قلبي، إلى من لم يبخـل علي بما طلبتـه

و بما لم أطلبه، إلى من كان نجاحنا في الحياة هدفه، إلى من أتنمى

أن أتمكن من رد اليسير من فضله، إلى مربي الأجيال

الغالي، أبي حفظك ورعاك

إلى إخوتي وأخواتي و سندي في هاته الحياة

إلى رحووبة وسـراج

إلى من كانوا شعلة تضئ حياتي ودربي بالأمل والبسمة، إلى من لو كنت

أعرف فوق الشكر منزلة عند الله لقدمتها لهم

أساتذتي بالكلية وفقهم الله.

**محمـــــد بولعبـــــــاين**

# مقدمـــة

يؤكد الفقه والقضاء على حرية طرفي التحكيم في اختيار القواعد الموضوعية التي يطبقها المحكم على النزاع المعروض عليه، كما تقر الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم[1] والتشريعات الوطنية الصادرة بشأنه[2] مبدأ استقلال الإرادة في تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على الموضوع المطروح أمام المحكم.

فمن أجل تحقيق فاعلية التحكيم[3] الذي يعد كوسيلة خاصة وودية لفض المنازعات بين الخصوم حرصت غالبية النظم القانونية على احترام إرادة الأطراف فيما يتعلق باختيارها للقواعد التي تحكم سير الإجراءات التحكيمية وموضوع النزاع، صريحة كانت أم ضمنية، ما دامت لا تخالف النظام العام في الدولة المختصة وطالما لم يكن الاختيار مشوبا بالغش نحو القانون.

فيمكن لإرادة الأطراف أن تحدد القواعد التي ستطبق على موضوع النزاع مباشرة أو قد تحيل إلى قواعد التنازع لدولة معينة يتم على ضوئها تحديد تلك القواعد، التي يمكن أن تكون قواعد وطنية أو قواعد التجارة الدولية.

كما يمكن لهؤلاء الأطراف أن يختاروا قانونهم الوطني إن كانوا من جنسية مشتركة، كما لهم أن يختاروا قانونا أخر غير قانون جنسيتهم لاتفاقهم عليه أو لاختلاف جنسياتهم، ويمكنهم أن يسندوا هذا الأمر للمحكم المعين من طرفهم لنظر النزاع، أو يقوموا بإسناده لأحد هيئات التحكيم الدائمة الموجودة، منها غرفة التجارة الدولية بباريس، أو مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم، أو الجمعية الأمريكية للتحكيم، أو مركز التحكيم الخليجي أو غيرها من مراكز التحكيم الأخرى، وبه يكون التحكيم في هذه الحالة تحكيما مؤسسيا.

---

1- راجع على سبيل المثال المادة 7 من الاتفاقية الأوربية لعام 1961، والمادة 28 من القانون النموذجي لعام 1985 والمادة 1/13 من قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية.

2- راجع على سبيل المثال المادة 1496 من القانون الفرنسي، المادة 1/39 من قانون التحكيم المصري لعام 1994.

3- يعرف التحكيم على أنه : " تقنية تهدف إلى إعطاء حلول لمسألة تهم العلاقة بين شخصين أو أكثر من طرف شخص أو أشخاص آخرين الذين يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص، وليتأسسوا على أساس هذا الاتفاق دون أن يكونوا مكلفين بهذه المهمة من طرف الدولة " أنظر DAVID René, L'arbitrage Commercial International. Economica, 1982, p7.

فمردّ هذه الحرية في الواقع هو الأصل الاتفاقي للتحكيم الذي هو إرساء لعدالة خاصة بفضلها تحال النزاعات من قضاء القانون العام ليفصل فيها من قبل الأفراد[1] والذي يميزه ويجعله يختلف من هذه الناحية عن القضاء، وتلزم مختلف الأنظمة الوطنية في مجال الالتزامات التعاقدية المحكم بإعمال القانون الذي يتفق عليه الطرفان أو يتبين من مختلف الظروف أنه المراد تطبيقه على النزاع.

وفي حالة إغفال الأطراف تحديد القانون الذي يحكم نزاعهم فالأمر يختلف بين مختلف الأنظمة القانونية والتشريعات الوطنية بين من يقول بمقر التحكيم وبين من يحيل الأمر للمحكم سواء بالبحث في الإرادة الضمنية للأطراف، أو بتطبيق القانون الملائم في نظره أو بتطبيق قواعد التجارة الدولية.

وعليه فإن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق أمام المحكم تبدو أوسع من تلك الممنوحة لهم – الأطراف – أمام القضاء، حيث إن للأطراف الحرية الكاملـة في اختيار القانون الذي يطبقه المحكـم على المنازعات المتعلقة بالعقـود التجارية الدوليـة، ودون اشتراط توافر أية رابطة بين هذا القانـون وبين العقد محل النزاع.

ذلك أن الأمر يختلف أمام القضاء، حيث يقتصر دور الإرادة عنده في اختيار القانون الواجب التطبيق وفقا للفقه السائد على توطين العقد، أي اختيار عنصر من عناصره الأساسية في تحديد النظام القانون الذي يحكمه من بين مختلف الأنظمة التي ترتبط به، ويتولى القاضي ابتداء من هذا التوطين تحديد القانون الواجب التطبيق وما يترتب على ذلك من ضرورة توافر رابطة ما بين العقد وبين القانون المختار من قبل الأطراف لحكمه، ولكن لا ينبغي أن يفهم من ذلك أن حرية طرفي التحكيم تقتصر على اختيار القانون الواجب التطبيق في شأن المنازعات المتعلقة بالالتزامات التعاقدية إذ تتسع هذه الحرية لغير ذلك من المنازعات الأخرى التي تقبل التحكيم كالمنازعات المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية على سبيل المثال أو تلك الخاصة بالإثراء بلا سبب، ولا يحد من حرية الأطراف

1 – ROBERT Jean, L'arbitrage Droit Interne et Droit International Privé. 5eme Editions Dalloz, 1993, p3.

في هذا المجال حقيقة، سوى ما يفرضه اعتبار ضمان تنفيذ حكم المحكم في دولة معينة ومراعاة القواعد الآمرة فيها[1].

وتقوم فلسفة التحكيم على مبدأ حرية أطراف العلاقة القانونية في اختيار وسيلة تسوية منازعاتها سواء فيما يتعلق بالهيئة التي تقوم به، أو بالقواعد واجبة التطبيق على سير إجراءاته وموضوعه، ولا شك أن حرية الاختيار هذه تجعل الأطراف يشعرون بالاستقرار القانوني، حيث أن نظام التحكيم يحررهم من الشكليات والاختلاف في الآراء والقواعد الوطنية التي تختلف من دولة إلى أخرى.

فالتحكيم يعطي للأطراف فرصة اختيار محكميهم والاتفاق على الإجراءات المتبعة من قبل محكمين وكدا القانون الواجب التطبيق على إجراءاته من جهة والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من جهة أخرى، بينما يكون الأمر خلاف ذلك أمام القضاء العادي الذي تكون فيه هذه الأمور مفروضة أي أنه لا يتم فيه اختيار القاضي الذي يرتضيه الأطراف، ولا حتى اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح إنما يخضع في ذلك لقانون القاضي.

غير أنه يمكن للمحكم أن يستبعد تطبيق القواعد القانونية التي عينها الأطراف بإرادتهم لتحكم موضوع نزاعهم بدعوى إعاقة أحكامه لمعاملات التجارة الدولية، فيلجأ إلى حل النزاع وفق لقواعد أنشأتها العادات والأعراف التجارية الدولية المستقلة عن القوانين الوطنية وذلك حين يراها ملائمة، مما تمخض عنه ظهور قواعد تشبه إلى حد كبير القواعد التشريعية الموجودة على مستوى الداخلي والتي أعدت أساسا لحكم العلاقات الداخلية يطلق عليها تسمية "القواعد الموضوعية".

فقاعدة إخضاع منازعات عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة هي من القواعد المستقرة منذ فقه المدرسة الإيطالية القديمة،[2] حيث كان ذلك مع بداية ظهور مشكلة تنازع القوانين بين مدن ومقاطعات شمال إيطاليا في العصور الوسطى خلال القرنين الثاني عشر والثالث عشر.

1- مصطفى الجمال وعكاشه عبد العال، التحكيـــم في العلاقات الخاصـــة الدوليـــة والداخلية. الفتح للطباعة والنشر، ج1، ط1، الإسكندرية 1998، ص ص 250-251.

2- يقصد بالمدرسة الإيطالية القديمة فقهاء تلك المدرسة الذين قاموا بحل مشكلة تنازع الأحوال في إيطاليا منذ ظهورها في القرن الثالث عشر، أنظر في هذا الشأن عمران علي السائح، التحكيم والقانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية. رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005 – 2006، ص 114.

وقد ظل الحال كذلك حتى القرن السادس عشر عندما أكد الفقيه الفرنسي ديمولان (Damoulin)[1] الذي يرجع الفضل إليه في الكشف عن مبدأ سلطان الإرادة في العقود، والذي يرمي إلى إخضاع العقد لقانون الإرادة.

وفي القرن الثامن عشر رحب الفقهاء بقاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة ومنهم الفقيه بولينوا (Boullenois)،[2] الذي قرر صراحة وجوب الرجوع للقانون الذي ينص عليه الأطراف المتعاقدة صراحة.

وفي نهاية القرن التاسع عشر قرر الفقيه البلجيكي لوران (Laurent)[3] أن إرادة الأطراف المتعاقدة في مجال العقود هي كل شيء، فهذه الإرادة هي التي تضع شروط العقد وهي أيضا التي تختار القانون الذي يحكمه، وهكذا رتب على مبدأ سلطان الإرادة نتائجه المنطقية بالسماح للأطراف المتعاقدة بأن يختاروا صراحة قانونا يحكم تعاقدهم غير قانون محل الإبرام أو قانون محل التنفيذ الذي يعتبر الاختيار الضمني لإرادة الأطراف المتعاقدة.[4]

وبهذا لم يعد مبدأ سلطان الإرادة مجرد تبرير لحل مسبق في تنازع القوانين في العقود، بل أصبح هذا المبدأ هو الحل نفسه الذي بما يكفله للإرادة ذاتها من مكنة اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد.

1- كان ديمولان محاميا لدى برلمان باريس، وهو من أهل العمل لا يهمه بلوغ الغاية من التجريد والتأصيل بقدر ما يهمه البحث عن حل للمشكلة التي تعرض عليه في العمل مما يستشار فيه ويطلب إليه الدفاع عنه، وقد اعتبره البعض من أتباع المدرسة الإيطالية القديمة على أساس أنه يرتبط بفقهاء هذه المدرسة بالتزام طريقتهم في البحث واتباع فقههم في حين ينكر عليه البعض الآخر ذلك على أساس أنه وإن كان قد تأثر بفقه هذه المدرسة إلا أن فقهه قد تجرّد من الإفراط في التحليل وتناثر الأفكار، اللذين انطبع بهما فقه المدرسة الإيطالية وأنه يعتبر بالتالي واضع اللبنة الأولى في فقه المدرسة الفرنسية. للمزيد أكثر أنظر: عمران علي السائح، المرجع السابق، ص 117.

2- كان بولينوا محاميا لدى برلمان باريس، ويتميز بتأثره بفقه دار جنتريه، أنظر عمران علي السائح، المرجع السابق، ص 119.

3- لقد نصب لوران بالنظر لفقهه أبا روحيا لفقه قانون الإرادة في مجال العقود، حيث أخرج مؤلفه القانون المدني الدولي في ثمانية أجزاء، والذي أكد فيه أن إرادة الأطراف هي كل شيء. أنظر في هذا الشأن هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. منشأة المعارف الاسكندرية، 1995، ص 27.

4- عمران علي السائح، المرجع السابق، ص 122.

إلا أنه فيما بعد فقد اعتبر فقه بروشيه[1] إشراقة لفكر جديد فيما يتعلق بإخضاع العقود لقانون الإرادة ليس لأنه أول من استخدم اصطلاح سلطان الإرادة، ولكن لأنه لم يرجع مقدرة الأطراف المتعاقدة على الاختيار إلى مطلق سلطان الإرادة كما فعل لوران ومعاصروه.[2]

ومنذ ذلك أصبحت قاعدة خضوع العقود الدولية لقانون الإرادة، قاعدة معترف بها لدى الفقه والقضاء في مختلف دول العالم وكذلك التشريعات والاتفاقيات الدولية وأنظمة هيئات ومراكز التحكيم في العالم

## أهمية الدراسة

يكتسي البحث في موضوع مبدأ استقلالية الإرادة في التحكيم التجاري الدولي أهمية كبيرة، تنبُع أساسا من أهمية اختيار أطراف النزاع للهيئة التحكيمية من جهة، وللقانون الذي يحكم النزاع سواء تعلق الأمر بالإجراءات التحكيمية، أو بما يخص موضوع النزاع من جهة أخرى.

كما تبرز أهمية الموضوع من خلال مسألة القيود الواردة على المبدأ –مبدأ استقلال الإرادة–من نظام عام وإرادة المحكم وغير ذلك من الأمور التي تحد من إرادة الأطراف المتنازعة.

كذلك لما لهذا الموضوع من أهمية في الوقت الحاضر، من خلال الاهتمام الدولي بهذا الموضوع الذي تعقد له مؤتمرات دولية وندوات وملتقيات علمية وأيام دراسية، نظرا لما سيؤول إليه مستقبل التحكيم التجاري الدولي بصفة عامة، وقانون الإرادة في التحكيم بصفة خاصة.

## أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى معرفة ما مدى استقلال إرادة الأطراف في التحكيم الدولي، من خلال بيان ما جاءت به مختلف الأنظمة القانونية المتعلقة بالتحكيم، واتفاقيات التحكيم وهيئات ومراكز التحكيم وكذا ما جاء به المشرع الجزائري من نصوص قانونية، تبين هذه الحرية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية

1- بروشيه أستاذ القانون الدولي الخاص السويسري بجامعة جنيف 1883.

2- عمران علي السائح، المرجع السابق، ص 124.

وما مدى استقلال هذه الحرية عند تعارضها مع نصوص قانونية داخلية للدولة المقام على أرضها التحكيم من جهة ومع إرادة المحكم الذي خوله الأطراف نظر النزاع من جهة أخرى.

## منهجية الدراسة:

إن دراسة موضوع بمثل هذا التشعب يقتضي منا أن نتبع المنهج المقارن، والمنهج التحليلي في الوقت نفسه بالتعرض له في ظل أنظمة ومراكز التحكيم واتفاقيات التحكيم بتعددهـــا، ذلك أنه الأنسب لعرض الطرق المختلفة المنتهجة في ذلك، كما سنعمد بالتحليل لهذا الوصف من أجل الوصول إلى غايات وأهداف هذا البحث من خلال تحليل نصوص ق إ م إ القانون 08-09.

## إشكالية الدراسة:

إن دراسة موضوع مبدأ استقلالية الإرادة في التحكيم التجاري الدولي شديد الارتباط بتلك الاختلافات الفقهية حول الطبيعة القانونية للتحكيم، من طبيعة تعاقدية، طبيعة قضائية، طبيعة مختلطة وطبيعة مستقلة والتي تغيرت مع تطور التجارة الدوليـــة، لكن الأهمية في ذلك تكمن في نسبية تلك الإرادة وحدودها.

فإذا كانت هذه الحرية مطلقة، فإن للأطراف أيضا الحرية الكاملة في كل مراحل التحكيم من نشوئه حتى النطق بالحكم وتنفيذه، أي تقوم بصياغة اتفاق التحكيم وتحدد شروطه، وتقوم بتعيين المحكمين أو هيئة التحكيم وتبين القواعد التي يتبعونها في ذلك، وتحدد القانون الساري على الإجراءات من جهة وعلى موضوع النزاع من جهة أخرى.

لكن يمكن القول بأن هناك حالات تصطدم فيها أحكام التحكيم أو قواعد فيه مع قواعد آمرة في قانون الدولة الوطني، أي تمس بنظامها العام وسيادتها، أو يمتنع المحكم عن تطبيقها لصالح قواعد لأخرى بحجة أنها قاصرة عن تحقيق العدالة، وبذلك يحدّمن تلك الحرية الممنوحة للأطراف، والتي هي في الأصل أساس للتحكيم.

وعليه فإن إشكالية هذا البحث تتمحور حول مدى استقلال إرادة الأطراف في التحكيم التجاري الدولي؟ كتساؤل رئيسي، ويتفرع عن ذلك تساؤلين فرعيين، الأول حول مظاهر إعمال إرادة الأطراف في التحكيم التجاري الدولي؟ والثاني حول القيود الواردة على إرادة الأطراف؟

## خطـــة الدراسة

للإجابة على الإشكالية المطروحة قسمت هذه الدراسة إلى فصلين تناولت في الفصل الأول إعمال الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، حيث قسمته إلى مبحثين، تناولت في المبحث الأول منهما مبدأ استقلال الإرادة والإجراءات التحكيمية، ثم تناولت في المبحث الثاني مبدأ استقلال الإرادة والقانون الواجب التطبيق.

أما الفصل الثاني فخصصته لدراسة تقييد الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، حيث قسمته إلى مبحثين كذلك، تناولت في المبحث الأول تدخل المشرع واستبعاد قانون الإرادة، ثم تناولت في المبحث الثاني تدخل المحكم واستبعاد قانون الإرادة.

# الفصل الأول

## إعمال الإرادة في التحكيم التجاري الدولي

لقد كرست أغلب القوانين والأنظمة والتشريعات والاتفاقيات الدولية مبدأ سلطان الإرادة[1] الذي يعتبر أساس التحكيم، إذ منحت له دورا حاسما وكبيرا، وقد كان الفضل في نشأة وتبلور هذه الفكرة – سلطان الإرادة – للفقيه الفرنسي ديمولان في العصر الحديث، حيث نادى بضرورة تحرير العقود من قانون بلد الإبرام،[2] وإخضاعها لأي قانون آخر يرتضيه الأطراف على أساس مبدأ سلطان الإرادة الذي صار دعامة بنيت عليها نظم قانونية عديدة.

وقد أصبح هذا المبدأ من المسلمات في مجال المعاملات التجارية الدولية، وأصبح للأطراف الحق في تحديد واختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع المعروض على التحكيم.

فقد أخذت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم بهذا المبدأ –مبدأ استقلال الإرادة– سواء في تحديد الإجراءات التحكيمية من جهة (المبحث الأول) ومن جهة أخرى تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وعلى موضوع النزاع التحكيمي (المبحث الثاني).

1- يعرف البعض مبدأ سلطان الإرادة بـ: " أنه السلطة التي للأطراف لاختيار القانون الواجب التطبيق في المسائل العقدية". صلاح الدين جمال الدين محمد، نظرات في القانون الواجب التطبيق ( وفقا للمادة 1/42 من اتفاقية مركز تسوية منازعات الاستثمار CIRDI ). دار النهضة العربية دط، القاهرة، 1996، ص 8.

2- كانت العقود قبل ظهور نظرية قانون الإرادة في العصور الوسطى (القرنين الثاني والثالث عشر) في ظل فقه المدرسة الإيطالية القديمة تخضع من حيث الشكل والموضوع لقانون واحد وهو قانون محل الإبرام. عمران علي السائح، التحكيم والقانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية. رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005 – 2006، ص ص 114-118.

## المبحث الأول

## مبدأ استقلال الإرادة والإجراءات التحكيمية

إجراءات التحكيم هي جملة الأعمال الإجرائية المتوالية، التي ترمي إلى الوصول إلى حكم صادر من هيئة التحكيم يفصل في نزاع قائم بين طرفي التحكيم، وقبل الخوض في هذه الإجراءات لا بد علينا التحقق من أمور معينة تكون سابقة على عرض النزاع على هيئة التحكيم، الأمر الأول هو تشكيل هيئة التحكيم وقبول المحكمين أو المحكم لمهمة الفصل في النزاع، والأمر الثاني هو تحديد النزاع المعروض على التحكيم، مع الإشارة إلى دور إرادة الأطراف في ذلك.

وعلى إثر ذلك سنتناول في هذا المبحث تشكيل هيئة التحكيم في (مطلب أول)، ثم نتبعه بالكلام عن سير إجراءات التحكيم ضمن (مطلب ثاني).

### المطلب الأول

### تشكيل هيئة التحكيم ومبدأ استقلال الإرادة

إن مسألة تشكيل محكمة التحكيم ترتكز في الأساس على إرادة الأطراف المعنية من جهة،[1] فجوهر التحكيم هو الإرادة والاتفاق فلا يتصور أن يفرض على الأطراف محكمين دون انصراف إرادتهم إلى ذلك وإلاّ بماذا نفرق بين التحكيم والقضاء.[2]

ومن جهة أخرى ترتكز على قبول المحكم لمهمة التحكيم، ذلك أن لهذا الأخير الحرية في قبول المهمة المسندة والموكلة إليه أو رفضها.

لهذا سنتطرق أولا إلى تعيين المحكم أو المحكمين في (فرع أول)، ثم العوارض الخاصة بهيئة التحكيم في (فرع ثاني).

1- باهية مخلوف، الإختصاص التحكيمي للسلطات الإدارية المستقلة. مذكرة ماجستير، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2010، ص 46.

2- عبد الكريم أحمد أحمد الثلايا، التحكيم كوسيلة لحل منازعات الاستثمار في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية. رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ص ص 58 – 59.

## الفرع الأول

## تعيين المحكم أو المحكمين[1]

من أجل الوصول إلى حل للنزاعات التي قد تنشأ عن العقد المبرم بين أطراف التحكيم، وجب إناطة الأمر لشخص يتمتع بثقة الخصوم ليس له ولاية القضاء يسمى بالمحكم.[2] هذا الأخير يستمد ولايته من اتفاق الخصوم على تحكيمه، ذلك الاتفاق الذي أجازه المشرع ليغني به الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء وما يقتضيه من وقت وجهد ونفقات.[3] لذلك ذهبت التشريعات المختلفة إلى السماح لهؤلاء الأشخاص بالقيام بهذه المهمة،[4] غير أنها اختلفت حول طريقة تعيين محكمة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع، والتي تعتبر شرطا جوهريا لصحة اتفاقية التحكيم.[5]

من خلال ما سبق ذكره، سنقوم بتقسيم هذا الفرع إلى ثلاث نقاط أساسية، نتناولها كما يلي :

1- المُحكّم هو الشيخ المجرب المنسوب إلى الحكمة. أنظر: أبي الحسين أحمد بن فارِس بن زكَرِيّا، معجم مقاييسُ اللّغة، مكتبة مشكاة الإسلامية ج2 ص 51 . بولقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي (التحكيم نموذجا). رسالة ماجستير جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010-2011، ص 3.

2- أحمد هندي، خصومة التحكيم. ورقة عمل مقدمة في مؤتمر التحكيم في منازعات الاستثمار وعقود التجارة الدولية، جامعة الإسكندرية أيام 23-27 أبريل 2011.

3- سحر عبد الستار أمام يوسف، المركز القانوني للمحكم دراسة مقارنة. د ط، دار النهضة العربية للنشر، 2006، ص 54.

4- فالشخص الذي يعين محكمه قد يشعر في قرارات نفسه بأنه يفترض في ذلك المحكم أن يدافع عن مصلحة من عينه، أو يمثل وجهة نظره ولو جزئيا ارجع في ذلك إلى: حمزة حداد، التحكيم التجاري وجوانبه الاتفاقية. ورقة عمل مقدمة للمؤتمر الهندسي العربي الاستشاري الأول، دمشق 22-2001/9/26.

5- نور الدين بوالصلصال ، الاختصاص في تسوية المنازعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم. رسالة دكتوراه، جامعة منتوري قسنطينة 2010 – 2011، ص 89.

**أولا– اختلاف الأنظمة القانونية بشأن جوهرية تعيين المحكم في اتفاقية التحكيم :**

على الرغم من إجماع الأنظمة القانونية الوضعية على ضرورة تحديد شخص المحكم في اتفاقية التحكيم ذاتها،[1] أو في اتفاق مستقل عند حدوث النزاع، إلا أنها ومع ذلك انقسمت فيما بينها حول أهمية تعيين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع اتفاقية التحكيم.

فبعض الأنظمة القانونية تشترط ضرورة قيام أطراف النزاع بتحديد المحكمين، وإلا كان هذا التحكيم باطلا بطلانا مطلقا.[2]

غير أن البعض الآخر يرى أن اتفاقية التحكيم تكون صحيحة ومنجة لآثارها، حتى ولو لم تتضمن تحديدا لأسماء المحكمين، إذا دلت بصفة قاطعة الدلالة على شخص المحكم، بحيث لا يمكن توافرها إلا في شخص واحد فقط، أما في حالة ذكر الأطراف صفة معينة للمحكم يمكن أن تتوافر في أكثر من شخص فإن الاتفاقية في هذه الحالة تكون باطلة لعدم تعيين أشخاص المحكمين.[3]

وفي مقابل ذلك، نجد بعض الأنظمة القانونية الوضعية لم تجعل من تعيين محكمة التحكيم المخولة بالفصل في النزاع موضوع اتفاقية التحكيم شرطا لصحتها، ومنحت القضاء سلطة تعيين محكمة التحكيم وذلك في حالة عدم قيام الأطراف بتعيينها.

أما من جهة تشريعات التحكيم العربية فالغالبية منها كغيرها من معظم التشريعات الغربية توجب على أطراف الاتفاق على التحكيم تعيين محكم وحيد أو أكثر من محكم في اتفاقية التحكيم،[4] ويتم تعيينهم باتفاق الطرفين أو بواسطة أي جهة أخرى يتم الاتفاق عليها،[5] إلا أن هذه التشريعات اختلفت حول بعض الشروط التي تتوفر في الشخص المكلف بمهمة التحكيم، فجُل هذه القوانين والأنظمة

1- من التشريعات التي توجب تعيين المحكم أو المحكمين بأسمائهم في اتفاق التحكيم على سبيل المثال: المادة 17 من قانون التحكيم اليمني لسنة 1992، والمادة 174 من قانون التحكيم الكويتي لسنة 1980، والمادة 193 من نصوص التحكيم القطري لعام 1990.

2- أحمد أبو الوفا، الاختياري والتحكيم الإجباري. منشأة المعارف، ط5، 2001، ص 41.

3- نور الدين بوالصلصال، المرجع السابق. ص 91. كذلك أنظر عبد الكريم أحمد أحمد الثلايا، المرجع السابق. ص 60.

4 -TERKI Nourddine,L'arbitrage commercial international en algerie .OPU, Alger, 1999, p72.

5- أنظر في حالات تعدد تعيين المحكمين: أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار. مؤسسة شباب الجامعة للنشر، د ط، الاسكندرية، 1990، ص ص 61-68.

لم تشترط شروط تتعلق بمهنية أو تخصص الشخص الذي تم اختياره سواء من قبل أطراف النزاع أو المحكمين أومن الجهة القضائية المختصة باعتماد وثيقة التحكيم، وإن كانت بعض القوانين قد اشترطت في بعض الحالات شروطا كالخبرة أو الدراية بالأمور الشرعية أو النظامية.[1]

ونجد البعض من التشريعات تجيز للأطراف الاتفاق على تشكيل هيئة التحكيم، منها التشريع المصري في المادة 15فقرة1 من قانون التحكيم لسنة 1994، وبنص مماثل المادة 16 من قانون التحكيم الأردني لسنة2001، والمادة 15فقرة1 من قانون التحكيم العماني لسنة 1997، والمادة 204 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي لسنة 1992 وبالرغم من إجازة هذه التشريعات للأطراف الاتفاق على تعيين محكم أو أكثر إلا أنها لم تشترط عليهم ذلك في اتفاق التحكيم شرطا كان أم مشارطة.[2]

والمشرع الجزائري بدوره اشترط في المادة 1008ق إ م إ وكذلك المادة 1012 ق إ م إ،[3] وجوب تضمين اتفاقية التحكيم شرطا كانت أو اتفاقا تحت طائلة البطلان تعيين المحكمين أو تحديد طريقة تعيينهم إلا أنه نص في المادة 1041 ق إ م إ، الواردة ضمن الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي من نفس القانون على أنه:" يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم ".

كما نص في المادة 1042 من ذات القانون على أنه : " إذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم، يؤول الاختصاص إلي المحكمة التي في دائرة اختصاصها مكان ابرم العقد أو مكان التنفيذ ".

1- طلال صوفان، مؤهلات و ثقافة المحكم القانونية واثر ذلك في العملية التحكيمية. مقالة منشورة بمجلة التحكيم والقانون الخليجي، ع 10 أكتوبر 2009. ص 26.

2- الهام عزام وحيد الخراز، التحكيم التجاري الدولي – دراسة مقارنة –. رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، 2009 ص ص 17-18.

3- تنص المادة 1008 ق إ م إ على: " يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها. يجب أن يتضمن شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين، أو تحديد كيفيات تعيينهم "، كذلك المادة 1012 ق إ م إ تنص على: " يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا. يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم. إذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه، يستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة ".

وعليه فالمشرع الجزائري قد أجاز اللجوء إلى القضاء في حالة غياب أي تعيين للمحكمين أو عند صعوبة تعيين المحكمين وهذا يكون في التحكيم الدولي.[1]

إذ أن القضاء يمد يد المساعدة، فيعين محكماً عن الطرف الذي يمتنع عن تعيين محكمه ويعين المحكم الثالث إذا لم يتوصل المحكمان على الاتفاق عليه، ويترك بعد ذلك المحكمين يديرون شؤونهم بأنفسهم.[2]

وهو ما يعني أن المشرع الجزائري لم يعتبر تعيين المحكمين في اتفاقية التحكيم أو اشتمالها على كيفية تعيينهم في التحكيم الدولي، شرطا لصحة هذه الاتفاقية، إذ تكون هذه الاتفاقية صحيحة منتجة لجميع آثارها ويكون على القضاء أو الجهة ذات الاختصاص تعيين المحكم أو المحكمين.

**ثانيا – فرديـــة عدد المحكمين و تعددهم :**

تجيز كل التشريعات تعدد المحكمين أو انفراد محكم واحد بالنظر في النزاع المحكم فيه، وهذا حسب إرادة الأطراف المتنازعة.[3]

غير أن هذه التشريعات لم تحدد عددا معينا للمحكمين الذين يتولون الفصل في النزاع، وتركت هذه المهمة لاتفاق الأطراف،[4] فهم الذين يحددون عدد المحكمين المطلوب تكليفهم بنظر النزاع.[5]

كما نجد من هذه التشريعات من يشترط في حالة تعدد المحكمين أن يكون بعدد فردي، إذ يتم تشكيل محكمة التحكيم –عند تعددهم– من ثلاثة محكمين[6] بحيث يتكفل كل طـــرف بتعيين محكـــم، ثم يشتركان

1- TERKI Nourddine, Op : Cit, p 81.

2- أنظر: عبد الحميد الأحدب، قانون التحكيـــم الجزائري الجديد. مداخلـــة بتاريخ 15،16 جوان 2008، بمقر المحكمة العليا، حول الطرق البديلة لحل النزاعات ( الصلح، الوساطة، التحكيم ).

3- محسن شفيق ، التحكيم التجاري الدولي. دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، دط، القاهرة، د ت ن، ص 220.

4- المرجع نفسه. ص 222.

5- للإشارة فقط. هناك من التشريعات من يشترط أن لا يزيد عدد المحكمين عن عدد معين، من ذلك القانون الاسباني الذي لا يجيز أن يزيد عدد المحكمين عن خمسة.

6- إذ قد يحدث أن يكون عدد المحكمين خمسة أو سبعة خاصة في حالت التحكيم متعدد الأطراف.

في تعيين المحكم الثالث، أو قد يتركوا مهمة اختيار المحكم الثالث للمحكمين المختارين،[1] أو قد تقوم المحكمة بتعيينه في حالة فشلهم، وفي حالة التحكيم المؤسسي قد يفوضون المنظمة باختيار جميع المحكمين من قوائمها، أو اختيار المحكم الثالث فقط، أو يقترح الخصوم عددا من الأسماء، وتختار المنظمة محكما من بينهم.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد اشترط الفردية في تشكيل محكمة التحكيم في القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث أوجب في المادة 1017 ق إ م إ منه على: " تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي "، وهذا الموقف ينسجم مع ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في المادة 1453 من قانون الإجراءات المدنية الخاصة بالتحكيم الداخلي مع وجوب أن يكون عدد المحكمين فرديا.

على عكس ما كان قد ذهب إليه المشرع الجزائري قبل تعديل 2008، والذي لم يشترط فيه أن يكون عدد المحكمين فرديا، وبالتالي فالمشرع الجزائري ترك الحرية الكاملة للأطراف في تحديد عدد المحكمين دون اشتراط الفردية أو الزوجية، غير أنه في حالة تساوي الأصوات يلجأ إلى تعيين محكم مرجح لحل هذا الإشكال.[2]

ويرجح تعيين المحكم المرجح حسب أحكام هذه المواد إلى تحاشي الفرض الذي يمكن أن ينتج عن تساوي الأصوات، فالمحكم المرجح يقوم بدور المحكم الفاصل بمعنى المحكم صاحب القول الفاصل في النزاع وفي الفصل بين المحكمين المختلفين، فيصدر الحكم عنه، وكأن محكمة التحكيم لم تكن مشكّلة إلاّ منه وقراره وحده هو الذي يصبح ملزما، ويبدو المحكمان الآخران وكأنهما يعملان كمحاميين للأطراف الذين قاموا بتعيينهم وقد

1- هناك من يرى إلى أنه يوجد خطأ شائع جرى العمل به في العديد من قضايا التحكيم وهو أن المحكمين المعنيين هما اللذان يقومان بتعيين المحكم الثالث (الوتر)، ولكن الأصل أن السلطة الأولى بتعيين المحكم الوتر تكون دائما للأطراف لا تكون للمحكمين إلا بتفويض خاص منهم.

2- جاء في المادة 450 ق إ م قبل التعديل أنه: "على المحكمين المرخص لهم بتعيين محكم مرجح عند تساوي الأصوات، أن يعينوا هذا المحكم في الحكم الذي يصدر والمثبت لانقسام رأيهم وفي حالة عدم اتفاقهم على هذا التعيين تثبت ذلك في محضرهم ويعين الحكم المرجح بمعرفة الجهة القضائية المختصة بالأمر بتنفيذ حكم التحكيم" كما جاء في المادة 458 مكرر4 فقرة 2 من ذات القانون على أنه : " إذا دعي القاضي إلى تعيين حكم مرجح وجب أن يكون هذا الأخير من جنسية مختلفة "، وفي المادة 447 من قانون الإجراءات المدنية جاء فيها : " ينتهي التحكيم ..... 3) إذا تساوت أصوات المحكمين و لم تكن لهم سلطة ضم محكم مرجح لهم ".

يقوم المحكـــم الثالث بدور المحكم المرجح بمعنى المحكـــم الذي يعمل على تكملة هيئـــة التحكيم من محكمين اثنين إلى ثلاثة ينظرون جميعا في النزاع، ويصدرون حكم التحكيم بالأغلبية.[1]

ولذلك يرى البعض أنه بالإمكان على المستوى الدولي تشكيل هيئة التحكيم تشكيلا ثنائيا، مادام أن قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الخاص بالتحكيم الدولي لم ينص على هذا الحكم، إذ لو أراد اشتراط الفردية في عـــدد المحكمين، لكان قـــد نص على ذلك، كما فعل بالنسبة للتحكيـــم الداخلي. كما أن قاعـــدة فردية عـــدد المحكمين، وإن كانت من النظـــام العـــام الداخلي الفرنسي، فإنها ليست من النظام العام الـــدولي وعلى هذا الأساس صدرت أحكام من القضاء الفرنسي إبطال أحكـــام المحكمين الصـــادرة من هيئة مشكلـــة من عدد زوجي.[2]

أما بالنسبة لنظام غرفة التجارة الدولية بباريس فتقضي المادة الثانية منه بأنه يقوم بالفصل في النزاعات محكـــم أو ثلاث محكمين بناء على اتفاق الأطراف، أما إذا لم يتفقوا فإن المحكمة تقوم بتعيين محكم منفـــرد إلا إذا تبين أن النزاع يستدعي تعيين ثلاثة محكمين، وفي حالة اتفاقهم على أن يتولى النزاع ثلاث محكمين، فإن كل طرف يعين محكما، وتعين المحكمة المحكـــم الثالث، إلا إذا كان الأطراف قد اتفقوا على خـــلاف ذلك وإذا أمتنع أي طرف عن تعيين محكمة تقوم المحكمة بتعينه.[3]

أما اتفاقية واشنطن 1965 الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، فقد أوضحت في المادة 37 الفقرة الثانية أن تشكيل محكمة التحكيم يتم باتفاق الأطراف سواء أكان محكما واحـــدا أو عـــددا من المحكمين، ولكن حالة التعـــدد يشترط أن يكون عددهم فرديا، كما بينت أنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على عدد المحكمين أو طريقة تعيينهم فإن هيئة التحكيم تشكل من ثلاثة محكمين بحيث يقوم كل طرف بتعيين محكم واحد، أما المحكم الثالث فيتم تعيينه بموافقة الطرفين.[4]

1- نور الدين بوالصلصال، المرجع السابق. ص 94.

2- المرجع نفسه. ص ص 94- 95.

3- أنظر المادة 2 من نظام غرفة التجارة الدولة C C I.

4- أنظر المادة 2/37 من اتفاقية واشنطن 1965، الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى.

هذا عن تحديد عدد المحكمين، ومدى جوهرية فردية أو زوجية عددهم لتشكيل محكمة التحكيم للبدء في البث في ما أسند لها من نزاع للفصل فيه. الذي يؤدي إلى التساؤل عن مدى كفاية الاتفاق بين طرفي التحكيم على اختيار المحكمين؟ أم أنه يشترط قبول المحكم لمهمته التحكيمية؟ وهذا ما نحاول الإجابة عنه في النقطة الموالية.[1]

## الفرع الثاني

## العوارض الخاصة بهيئة التحكيم

يمكن أن يعترض في تشكيل المحكمة التحكيمية صعوبات تعيق السير العادي لهذه المحكمة التحكيمية من ذلك ردّ المحكمين أو استبدالهم أو حتى عزلهم، ولكي تسير العملية التحكيمية بصفة عادية وجب معالجة هذا الأمر ووضع حلول تتمثل في الإتيان بمحكم آخر بديل يحل مكان المحكم المستبدل أو المعزول أو الذي قد تم رده.

لهذا سنحاول معرفة مدى تدخل الإرادة عند حدوث هذه العوارض التي تعطل السير الحسن والعادي للتحكيم، كما سنحاول بعدها معرفة رأي المشرع الجزائري في هذا الأمر، من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09.

وعلى هذا سنتطرق (أولا) إلى الكلام عن ردّ المحكمين، ثم نتحدث عن العزل والاستبدال في (ثانيا).

### أولا – ردّ المحكمين :

تتولى محكمة التحكيم التي تم تعيينها من الأطراف بصفة مباشرة أو بالاستناد إلى نظام تحكيمي اختاره الأطراف بطبيعة الحال، بعد تعيينها مهمة الفصل في النزاع بحسب ما يتضمنه اتفاق التحكيم، لكن قد تطرأ أسباب[2] على أحد أو بعض المحكمين أثناء سير الخصومة التحكيمية، تجعلهم غير مؤهلين لمواصلة مهمتهم

1- نور الدين بوالصلصال، المرجع السابق. ص 95.

2- كعدم توفر المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف، توفر سبب للردّ منصوص علية في نظام تحكيمي، وجود شبهة في استقلالية المحكم.

التحكيمية، هذه الأسباب تفرض ضرورة ردّهم إلا إذا تم قبولهم من الخصوم كمحكمين رغم أنه يتوفر فيهم سبب من أسباب الردّ.[1]

إذ يجوز لأطراف النزاع التحكيمي ردّ المحكم إذا قامت ظروف تثير شكوك حول حيدته[2] واستقلاله ولأن الردّ حق لطالبه فإن له أن يستعمل هذا الحق أو لا يستعمله، أي له الحرية في الأخذ به أو تركه، فإن لم يستعمله في الميعاد المحدد له، فإنه بهذا يوافق على أن يفصل في القضية محكم لا تتوافر فيه الحيدة والاستقلال.[3] أي أنه موافق على استمراريته بصفة ضمنية.

وقد وضع المشرع ضوابط وقيود يتعين على الأطراف مراعاتها عند طلب الردّ، ويترتب على ردّ المحكم إنهاء مهمته واعتبار ما يكون قد تم من إجراءات التحكيم كأن لم يكن، ويتم تعيين بديل للمحكم طبقا للإجراءات التي تتبع في اختيار المحكم الذي انتهت مهمته.[4]

ولأجل ذلك سنحاول توضيح ما يلي :

1- تنظيم المشرع الجزائري لردّ المحكمين.
2- حالات التي يمكن فيها ردّ المحكمين من قبل الأطراف.
3- من له الحق في ردّ المحكم؟
4- إجراءات ردّ المحكمين سواء في حال الاتفاق على الردّ أو عدم الاتفاق.
5- الآثار المترتبة على ردّ المحكمين ( مصير الأعمال التي شارك فيها المحكم الذي تم رده ومدى تأثير ذلك على سير الخصومة التحكيمية ).

1- سالمي وردة، رد المحكمين- دراسة مقارنة بين المرسوم التشريعي 93-09 و قانون الإجراءات المدنية والإدارية -. الملتقى الوطني حول التحكيم التجاري الدولي، غير منشور، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، أيام 26 و27 افريل 2011.

2- المقصود بالحيدة عدم انحياز المحكم ضد طرف أو إلى جانب طرف، أرجع في هذا : فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق. منشأة المعارف، ط1، الإسكندرية، 2007.ص 254.

3- المقصود بالاستقلال: هو استقلال المحكم الكامل فيما ينتهي إليه من رأي غير متأثر فيه بعلاقة تربطه بأحد الطرفين سواء كانت علاقة مالية أو اجتماعية أو مهنية سابقة أو حالية، أرجع في هذا: فتحي والي، المرجع السابق. ص 248.

4- سحر عبد الستار أمام يوسف، المرجع السابق. ص ص 234 – 235.

**1- تنظيم المشرع الجزائري لردّ المحكمين :**

المشرع الجزائري لم يقم بتنظيم هذه المسألة - مسألة ردّ المحكمين - في سياق تنظيمه للتحكيم التجاري الدولي في المواد من 1039 إلى 1061 ق إ م إ حيث أننا لا نجد نص قانوني ضمن هذه المواد ينظم مسألة ردّ المحكمين، لكن بالرجوع للقواعد العامة في التحكيم في المواد من 1006 إلى 1038 ق إ م إ نجد نص المادة 1016 ق إ م إ الذي بين من خلاله المشرع حالات ردّ المحكمين وإجراءات الردّ[1] على غرار ما جاء به المشرع في المرسوم التشريعي 93-09، الذي قام فيه بتوضيح حالات ردّ المحكمين وإجراءات الردّ.[2]

فهل يمكن تطبيق هذا النص القانوني إذا تعلق الأمر بردّ محكم في إطار التحكيم التجاري الدولي؟ سنفترض إمكانية تطبيق هذا النص القانوني استنادا إلى جملة من النقاط نوردها كما يلي :

- أن المشرع الجزائري في تنظيمه للتحكيم في القانون 08-09 اعتمد على قاعدة العام ثم الخاص بمعنى أن وضع القواعد العامة للتحكيم سواء كان داخلي أو تجاري دولي في المواد من 1006 إلى 1018ق إ م إ، ثم بعد ذلك خص التحكيم التجاري الدولي بنصوص خاصة فلم يرد تكرار ما تضمنته المادة 1016 ق إ م إ بخصوص مسألة الردّ إذا تعلق الأمر برد محكم في إطار التحكيم التجاري الدولي.
- أن هناك تشابه كبير بين مضمون المادة 1016 والمادة 458 مكرر 5 من المرسوم التشريعي 93-09.

1- تنص المادة 1016 ق إ م إ على: " يجوز رد المحكم في الحالات الآتية

1. عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها من الأطراف،
2. عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف،
3. عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لا سيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط

2 - نظم المشرع الجزائري مسألة ردّ المحكمين وإجراءاته من خلال المرسوم التشريعي 93-09 بالمادة 458 مكرر5.

**2 – حالات رد المحكمين :**

أولا وقبل الخوض في حالات ردّ المحكمين نقول أن مسألة الردّ هي أمر يعود للسلطة التقديرية للأطراف استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة الذي كرسه المشرع الجزائري من خلال كافة النصوص القانونية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي وهو ما نستشفه من صياغة المادة 1016 " يجوز رد المحكم في الحالات الآتية..." فحتى وان توفر سبب للردّ، فان هذا لا يلزم للأطراف بالردّ، فإن رضي الأطراف بالمحكم كي يفصل في النزاع رغم وجود سبب الردّ، كان لهم ذلك.[1]

بالنسبة الآن لحالات ردّ المحكمين أو بعبارة أخرى أسباب الردّ، فقد أوردت المادة 1016ق إ م إ ثلاث حالات يمكن فيها ردّ المحكم،[2] نوردها بالتفصيل فيما يلي:

– عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف : هذه الحالة تحدث إذا تم تعيين المحكمين بصفة مباشرة من الأطراف سواء بصفاتهم أو بدواتهم فاتفقوا على ضرورة توفر مؤهلات محددة في المحكمين كأن يتفق الأطراف على تعيين أشخاص لهم خبرة ودراية كافية في مجال معين كالتجارة أو الصناعة وغيرها.[3]

– عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف: تكون هذه الحالة، إذا لجأ الأطراف للتحكيم باختيارهم لنظام تحكيم لهيئة تحكيمية متخصصة، كالتحكيم وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية مثل هذا النظام يتضمن كافة الخطوات المتبعة لتسوية المنازعات، فبعد اتفاق الأطراف على التحكيم وفقا لنظام التحكيم، سيتم تفويض محكمين من هذه الهيئة التحكيمية المختارة من أجل الفصل في النزاع القائم، لكن يفترض في هؤلاء أنه لا يشوبهم سبب من أسباب الردّ المنصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من الأطراف، لأن نظام التحكيم لأي هيئة عادة ما يتضمن أسباب للردّ

---

1- سالمي وردة، المرجع السابق.

2- حالات الرد التي جاءت بها المادة 1016 ق إ م إ هي: 1. عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها من الأطراف، 2 . عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف، 3. عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لا سيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط. وهذه الحالات هي نفس الحالات التي جاء بها المرسوم التشريعي 93-09 في المادة 458 مكرر5 ق إ م ج منه، المعدل بالقانون 08-09 لكن النص الجديد الوارد في المادة 1016 جاء أكثر دقة ووضوح من النص السابق.

3- سالمي وردة، المرجع السابق

إن تحقق أحـــدها في المحكم بإمكان الأطراف رده، كأن يشترط في نظام التحكيم أن لا يكون رئيس محكمة التحكيم من جنسية أحد أطراف النزاع فان كان المحكم من نفس جنسية أحد الأطراف جاز رده.[1]

– عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عـــلاقة عائليـــة مع أحد الأطـــراف مباشرة أو عن طـــريق وسيط...." : أثناء سير الخصـــومة التحكيميـــة أمام هيئة التحكيـــم، إذا تبين من الظـــروف المحيطـــة وجـــود بعض الأمـــور التي تثير الشـــك لدى الأطراف في استقلالية ونزاهة أحد أو بعض المحكمين في هذه الحالة يجوز ردّ المحكم.[2]

فالمشرع الجزائري قد استخلف عبارة حياد المحكمين بعبارة استقلاليتهم، وهي أكثر وضوحا وموضوعية متأثرا في ذلك بالمادة 180 من القانون السويسري. وهذا ما جاء به نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية في المادة 2 فقرة 7،1: " يجب أن يكون كل محكم تعينه هيئة التحكيم أو تثبته مستقلا عن الأطراف في التحكيم وأن يظل كذلك". كدا المـــــــادة 11 في فقرتها الأولى، حيث يمكـــــــن طلب الردّ استنادا إلى ادعاء انتفـــــاء الاستقلالية أو لأي سبب آخر يتم بتوجيه مذكرة كتابية للأمانة العامة، يتم من خلاله توضيح الوقائع والظروف التي يستند إليها هذا الطلب.[3]

يلاحظ أن المشرع الجزائري، وضع معايير وترك الحرية للأطراف لتسوية الإجراءات وهي نفس الحرية التي تركها للأطراف بالنسبة للإجراءات التحكيمية.[4]

### 3 – من له الحق في رد المحكمين :

أشارت المادة 1016 ق إ م إ، إلى أن لا يجوز ردّ المحكم من الطرف الذي عين المحكم إلا إذا كان هناك سبب علم به بعد التعيين.

1-ALLIOUCH-KERBOUA-MEZIANI Naïma: L'arbitrage commercial interntional en algerie .OPU,2010, p 38.

2- سالمي وردة، المرجع السابق.

3- حميداني محمد، التحكيم المؤسساتي – C.C.I كنموذج. الملتقى الوطني حول التحكيم التجاري الدولي. الملتقى الوطني حول التحكيم التجاري الدولي، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، أيام 26 و27 افريل 2011، ص5.

4- كمال عليوش قربوع ، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر. المرجع السابق،ص 48.

نستشف مما سبق، أن الطرف الذي لم يعين المحكم ولم يشارك في تعيينه هو الذي يكون له الحق في طلب ردّ المحكم كأصل عام، بينما الطرف الذي عين المحكم أو شارك في تعيينه فليس له الحق في طلب الردّ، حيث يكون له ذلك في حالة وحيدة وهي إذا أثبت أنه علم بسبب الردّ بعد التعيين.[1]

هكذا فقط بإمكانه من لم يقم بتعيين المحكم أن يطلب رده. مع العلم أنه في التحكيم الداخلي لا يجوز عزل المحكمين خلال مدة التحكيم إلا إذا اتفق على ذلك جميع الأطراف.[2] وأضاف المشرع الجزائري إلى ذلك قاعدة في الردّ وهي أن المحكم إذا علم بأنه قابل للرد، يقوم بإخبار الأطراف بذلك ولا يجوز له القيام بالمهمة التحكيمية إلا بعد موافقتهم.[3]

وفي حالة النزاع حول الردّ، ولم يكن نظام التحكيم يتضمن كيفيات تسويته أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الردّ، فللقاضي أن يفصل في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمه التعجيل، وهذا الأمر غير قابل لأي طعن.[4]

### 4 – إجراءات رد المحكمين :

إذا توفر سبب لردّ المحكم، وعلم بذلك الطرف الذي لم يعين المحكم ولم يشارك في تعيينه أو الطرف الذي عين المحكم، لكن علمه بسبب الردّ كان بعد التعيين، ولم يقبل أحد الطرفين أو كلاهما، بأن يستمر المحكم في مهامه بعد العلم بسبب الردّ، في هذه الحالة على الطرف الذي يحق له أن يرد المحكم بأن يبلغ الطرف الأخر بـــ :

- بوجود سبب الرد في أحد المحكمين
- والرغبة في الرد، وبأنه يرفض أن يواصل المحكم مهامه
- وتقديم الإثبات على توفر سبب الردّ

1- أنظر:حسن طالبي، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات. رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2005 – 2006، ص 130.

2- أنظر المادة 1018 الفقرة الثالثة من ق إ م د.

3- خليل بوصنوبرة، تطور نظام التحكيم في التشريع الجزائري. الملتقى الوطني حول التحكيم التجاري الدولي، غير منشور، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، أيام 26 و27 افريل 2011.

4- عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق. ص 543.

وعليه أن يعجل في اطلاع محكمة التحكيم على ذلك، لكن المشرع لم يحدد الآجال التي يلتزم خلالها الطرف الراغب في الردّ بإبلاغ الطرف الأخر ومحكمة التحكيم، إلا أن "دون تأخير"[1] في المادة 1016 تشير إلى أنه بمجرد العلم بسبب الرد وقيام الرغبة في الرد لدى الطرف الذي يحق له رد المحكم يكون على هذا الأخير واجب الإعلام تجاه الطرف الأخر ومحكمة التحكيم.[2]

بعد إتمام إجراءات الإبلاغ المطلوبة، نكون أمام إما حالة اتفاق الطرفين على الردّ وهنا لا يثور في هذه الحالة إشكال، حيث تتم التسوية باستبعاد المحكم الذي يشوبه سبب للردّ والاستغناء عنه، ويتم تعيين محكم أخر بدلا عنه وفقا للإجراءات المقررة للتعيين والاستبدال والعـــــــــــزل المنصوص عليهم في المـــادة 1041 من ق إ م إ.[3] وقد نكون أمام حالة عـــدم اتفاق الطرفين على الردّ، بحيث يتمسك أحدهما بالمحكـــم من أجل الفصل في النزاع بينما الطرف الأخر ردّ المحكم، وبالتالي لم يقم الأطراف بتسوية إجراءات الردّ وهذا في الحالة التي يكون فيها تعيين المحكمين مباشرة من الأطراف.

كذلك أيضا في حالة ما إذا لم يتفق الأطراف على الردّ، و لم يتضمن نظـــام التحكيـــم كيفيات تسوية إجراءات الردّ، وفي حال ما إذا كان تعيين المحكمين بالاستناد إلى نظام التحكيم. في كلا الحالتين، ومن أجل تسوية مسألة ردّ المحكم، يلجأ الطرف المعني بالتعجيل والذي لدية الرغبة في الردّ إلى القاضي، بناء على عريضة مستوفية لشروط صحتها، ومع تقديم الأدلة الكافية، فالقاضي يفصل في مسألة الردّ من خلال أمر بردّ المحكـــم أو أمرا بعدم ردّ المحكم. هذا الأمر الذي يصدره القاضي يكون غير قابل لأي طعن.[4]

إلا أن المشرع الجزائري لم يبين من هو القاضي المختص بالفصل في طلب الردّ في المادة 1016ق إ م إ على الأرجح سيكون القاضي المختص بالنسبـــة للتعيين والعزل والاستبدال، أما رئيس محكمة مكان التحكيـــم

1- استعمل المشرع لفظة "حالا" في المادة 458 مكرر5 ق إ م ج، بينما استعمل لفظة "دون تأخير" في المادة 1016 ق إ م إ ليخبرنا بأنه بمجرد العلم بتوفر سبب الرد وجب إعلام الطرف الأخر و محكمة التحكيم بذلك.

2- سالمي وردة، المرجع السابق.

3- أنظر المادة 1041 من قانون 08-09 ق ا م إ.

4- عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق. ص 543.

إذا كان التحكيم يجري في الجزائر، أو رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار فيه الأطراف تطبيق قانون الإجراءات المعمول به في الجزائر.[1]

وإذا لم تبين اتفاقية التحكيم ذلك كان رئيس محكمة مكان إبرام العقد أو رئيس محكمة مكان تنفيذ العقد هو المختص.[2]

### 5 – الآثار المترتبة على ردّ المحكين :

حقيقة، يثور الإشكال حول الآثار المترتبة على ردّ المحكم، إذا كان المحكم بعد التعيين، بدأ مهامه برفقة المحكمين الآخرين، بعد إخطارهم بنشوء النزاع قام بالعديد من الأعمال في سياق الإجراءات التحكيمية وبعد فترة تم الكشف من قبل أحد الأطراف على وجود سبب للردّ في هذا المحكم، وتم بعد ذلك تسوية إجراءات رده سواء من الطرفين بعد الاتفاق أو من الطرف المعني بالتعجيل بلجوئه للقاضي.[3]

غير أن المشرع الجزائري تكلم عن بعض الحالات الأخرى التي تعترض سير الخصومة التحكيمية، ويتعلق الأمر هنا باستبدال المحكم بمحكم آخر لأسباب سيتم التطرق إليها لاحقا، بالإضافة إلى العزل.

### ثانيا – عـــــزل واستبـــــدال المحكميـــن :

لقد قام المشرع الجزائري بالنص على مسألتي العزل والاستبدال في المادة 1024 فقرة1 ق إ م إ [4]

حيث جاء في هذه المادة – المادة 1024 فقرة 1– أنه " ينتهي التحكيـــم : – بوفاة أحـــد المحكمين أو رفضه القيام بمهمته بمبرر أو تنحيته أو حصول مانع له، ما لم يوجـــد شرط مخالـــف، أو إذا اتفـــق الأطراف

1– أنظر المادة 1041 من قانون 08–09 ق ا م إ.

2– أنظر المادة 1042 من قانون 08–09 ق ا م إ.

3– سالمي وردة، المرجع السابق.

4– يقابل هذه المادة في ق إ م قبل تعديله المادة 458 مكرر2 فقرة1 التي تنص على: " يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم. وفي غياب مثل هذا التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين وعزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف المعني بالتعجيل أن يقوم بما يأتي : رفع الأمر أمام المحكمة المختصة، طبقا للمادة 458 مكرر3، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر. رفع الأمر أمام رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج، وقرر الأطراف بصدده تطبيق قانون الإجراءات الجزائري.

على استبداله أو استبداله من قبل المحكم أو المحكمين الباقين. وفي حالة غياب الاتفاق تطبق أحكام المادة 1009 أعلاه،..."[1]

يتبين من هذا الكلام أن المشرع الجزائري من خلال المادتين السابقتين أنه من بين الحالات التي تنهي التحكيم هو عزل أو استبدال المحكم، وتبين أن هذا الأمر إنما يكون بإرادة الأطراف التي أوجدته أصلا وعلى الأطراف تعيين محكم أخر، وعليه ففي هذه الحالة تتوقف إجراءات التحكيم لحين تعيين المحكم البديل وإذا تعذر ذلك تنقضي خصومة التحكيم ولا يجوز اللجوء إليه إلا باتفاق آخر جديد.[2]

وبعد عزل المحكم، تأتي مرحلة استبداله وتتبع نفس الطريقة الأولى التي عين بها المحكم الأول أي يتم اختيار المحكم الجديد طبقا للإجراءات التي تتبع في اختيار المحكم الذي انتهت مدته. والمقصود هي الإجراءات التي اتبعت لاختياره ابتداء لمباشرة مهمته، سواء بإرادة الخصم الذي كان قد اختاره أو بإرادة الطرفين أو بقرار من المحكمة أو من سلطة التعيين أيا كانت فينظر إلى الوسيلة التي تم بها اختيار المحكم الذي انتهت مهمته.[3]

وتتبع نفس الوسيلة. على أن يلاحظ أنه إذا لم يتسير إتباع نفس الوسيلة، كما لو كان المحكم الذي انتهت مهمته قد تم تعيينه بإرادة أحد الطرفين أو باتفاقهما، ورفض الطرف الذي قام بتعيينه اختيار بديل له

1- تنص المادة 1009 ق إ م د على : " إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم، بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محا إبرام العقد أو محل تنفيذه.

إذا كان شرط التحكيم باطلا أو غير كاف لتشكيل محكمة التحكيم، يعاين رئيس المحكمة ذلك ويصرح بألا وجه للتعيين ".

2- محمد سامي فوزي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 307.

3- في حالة عدم قيام أحد المحكمين بمهمته أو في حالة وجود استحالة قانونية أو فعلية تحول دون القيام بها، تطبق الإجراءات المنصوص عليها في المواد السابقة بشأن ردّ المحكمين وتبديلهم. وهو نص مطابق لنص المادة 13 من قواعد الأونسيترال. وتنص لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس الـ ICC في المادة 12 على أنه : " لمحكمة التحكيم أن تستبدل المحكم من تلقاء نفسها إذا تبين لها وجود مانع قانوني أو فعلي يقف في سبيل تأدية مهمته أو أنه لا يؤدي وظيفته وفقا لهذه القواعد أو في المدد المحددة. وإذا رأت المحكمة استبدال المحكم على أساس معلومات وصلت إلى علمها فإنها تفصل في الأمر بعد أن تمكن المحكم والأطراف وباقي أعضاء الهيئة من تقديم ملاحظاتهم وفي حالة استبدال المحكم تقرر المحكمة وفقا لما تراه مناسبا إتباع إجراءات التعيين الأصلية أم لا.

يستبدل بالمحكم غيره في حالة الوفاة أو الردّ أو الاستقالة إذا قبلتها محكمة التحكيم أو بناء على طلب جميع الأطراف وتقرر محكمة التحكيم وفقا لما تراه مناسبا إتباع إجراءات التعيين الأصلية أم لا ( المادة 12 فقرة 4).

أو لم يتفق الطرفان اللذان كانا قد اختاراه على البديل، فعندئذ يعين البديل بحكم من المحكمة[1] وهو ما نصت عليه المادة 1009 ق إ م إ.

ويلاحظ أنه لا مجال لتطبيق نص المادة 1009 ق إ م إ، إذا اتفقا الطرفان على طريقة معينة لاستبدال المحكم عند تحقق أية حالة من تلك الحالات، أو إذا كانت قواعد المركز التي يجري التحكيم وفقا لها تنص على قواعد مخالفة.

## المطلب الثاني

## سير إجـــراءات التحكيـــم

يقصد بإجراءات التحكيم في مفهوم القانون الدولي العام " مجموعة القواعد التي يجب على المحكمة إتباعها في سير التحقيق في موضوع النزاع وحتى صدور الحكم".[2]

وقد جرى العمل أن مشارطة التحكيم هي التي يجب أن تبين قواعد الإجراءات التي تسير عليها المحكمة عند قيام الخلاف بين الطرفين، فتوضح الشكل الذي على أساسه يتم تبادل المذكرات والأوراق والمستندات ومواعيد ذلك، وتبين مشارطة التحكيم أيضا ما إذا كانت توجد ضرورة لإجراءات شفوية ثم بيان شروط ومواعيد سيرها.[3]

أما عن سير إجراءات التحكيم في إطار علاقات القانون التجاري الدولي، فالحديث فيه يطول وذلك لمناقشة عدد من الإجراءات المهمة التي تسير عليها دعوى التحكيم منذ بداية إجراءات التحكيم إلى عرض النزاع على هيئة التحكيم، وصولا إلى النطق بالحكم في النزاع. لذلك سنحاول في فرع أول البحث في مسألة اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية ثم تقديم الأطراف للأدلة والبحث عنها في فرع ثاني مع إبراز دور إرادة الأطراف في ذلك.

1- أحمد أبو الوفا، المرجع السابق. ص ص 272 – 273.

2- تناولتها المادة 15 من لائحة إجراءات التحكيم النموذجية التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1958.

3- خالد محمد القاضي، المرجع السابق. ص 213.

## الفرع الأول

### اتخـــاذ التدابير الوقتيـــة والتحفظيـــة.

قد تقتضي طبيعة موضوع النزاع أو ظروف وملابسات الدعوى المعروضـــة على هيئـــة التحكيم سرعـــة اتخاذ بعض التدابير المؤقتـــة أو التحفظيـــة، أو إصـــدار بعض الأحكام الوقتيـــة تجنباً لأضرار بـــالغة قد تلحق بأحد الخصوم نتيجـــة الانتظـــار حتى صدور حكـــم التحكيم المنهي للخصومـــة، أو التي تجعل الحكـــم بعد صدوره عديم الجدوى.[1]

فإلى جانب اختصاص هيئة التحكيم بتسيير الدعوى وفق لإرادة الأطراف، يمكن لها وبعد بدء سريان دعوى التحكيم أن تتخذ كما ذكرنا سابقا بعض التدابير الوقتية والتحفظية بناء على طلب من أحد أطراف الخصومة، في صورة قرار مؤقت لحين إصدار الحكم النهائي.[2] لذلك سنرى هذه التدابير في ظل الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم ومراكز وهيئات التحكيم (أولا)، وكذا في بعض قوانين التحكيم (ثانيا).

#### أولا– الإجراءات التحفظية والوقتية في الاتفاقية الدولية وأنظمة ومراكز التحكيم :

تميل الاتجاهات الحديثة في التحكيم إلى منح هيئة التحكيم هذه السلطات، وذلك متى طلب منها ذلك أحد الخصـــوم، على ما ذهبت إليه المـــادة 23 فقرة 2 من نظـــام غرفة التجارة الدولية بـــباريس بقولها: "... 2- يجوز للأطراف قبل إرسال الملف إلى محكمة التحكيم، وبعد ذلك وفي حالة وجود ظروف مبررة لذلك اللجوء إلى أي سلطة قضائية للحصول على تدابير مؤقتة أو تحفظية. ولا يعد اللجوء إلى سلطة قضائية بهدف الحصول على هذه التدابير أو تنفيذ تدابير مماثلة اتخذتها محكمة تحكيم، انتهاكا لاتفاق التحكيم، ولا يشكل عدولا عنه ولا ينال من اختصاص محكمـــة التحكيـــم في هـــذا الشأن. ويتعين إخطار الأمـــانة العامـــة، دون إبطاء بأي طلب يقدم إلى سلطة قضائية. وتلتزم الأمانة العامة بإعلام محكمة التحكيم بذلك".[3]

---

1- الإجراءات الوقتية والتحفظية التي تملك هيئة التحكيم اتخاذها، مقال منشورفي مركز العدالة للتحكيم والإستشارات القانونية، نظر يوم 15 جويلية 2012 على الساعة الرابعة مساء، على الموقع الالكتروني .www.aladalacenter.com

2- منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم. المرجع السابق، ص 212.

3- نظام غرفة التجارة الدولية. منشورات غرفة التجارة الدولية، باريس، 2009. ص 11.

كذلك يمكن للأطراف الاستناد إلى نظام التدابير المؤقتة والتحفظية السابقة للتحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية، ولا يعد هذا تعديا على صلاحية أي محكمة تحكيمية أو قضائية مختصة للبث في أساس النزاع.[1]

من ذلك أيضا نجد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ينص في المادة 17فقرة1 على: "يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر تدابير مؤقتة بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.[2]

كما تنص المادة 26 من اتفاقية واشنطن على أن اتفاق الأطراف على التحكيم في إطار هذه الاتفاقية يقتضي نزولهم عن أي طريق آخر إلا إذا اتفقوا على خلاف ذلك ونجد أن المادة 47 من ذات الاتفاقية تنص على أن لمحكمة التحكيم إذا اقتضت الظروف أن تتخذ كل الإجراءات التحفظية الكفيلة بالمحافظة على حقوق الأطراف إلا إذا حظر عليها الأطراف ذلك.[3]

واعتبار تدبير ما من التدابير المؤقتة أو التحفظية[4] أو مسألة ما من المسائل الوقتية التي تقتضيها طبيعة النزاع مسألة تقديرية لهيئة التحكيم، فقد ترى سرعة معاينة البضاعة لإثبات صلاحيتها إذا كانت قابلة للتلف أو ضرورة تعيين حارس على مصنع لاستمرار تشغيله أو الأشراف على صيانته، لاستمراره في الإنتاج تجنبا للخسائر الفادحة التي تترتب على توقفه عن الإنتاج، أو اتخاذ إجراءات سريعة للحفاظ على البضائع محل النزاع وسلامة تخزينها تجنبا لتلفها، بإيداعها مثلا ثلاجات أو مستودعات تحفظها من حرارة الجو خاصة إذا كانت سريعة التلف

1- للمزيد أنظر: نظام التدابير المؤقتة والتحفظية السابقة للتحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية. منشورات غرفة التجارة الدولية، باريس،2007.

2- قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006. المرجع السابق.

3- اتفاقية واشنطن 1965، الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى.

4- يقصد بالتدابير المؤقتة تلك الإجراءات التي تنظم وقتيا حالة مستعجلة إلى أن يصدر فيها قرار نهائي، مثال ذلك الحراسة القضائية على الأموال. فالإجراء المؤقت هو إجراء لا يرمي إلى الفصل في موضوع النزاع، ولكن يرمي إلى الحصول على نتيجة ثانوية لاحقة، كتقديم كفالة أو حجز أموال.

- أما الإجراءات التحفظية، فيقصد بها تلك الإجراءات التي تتخذ لحماية أموال أو لصون حقوق، مثل الحجز الإحتياطي أو التأمين البحري و حق الحبس المنقول وغير المنقول. أنظر: كمال عليوش قربوع، إجراءات الخصومة التحكيمية في القانون الجزائري. دروس ملقاة على طلبة السنة أولى ماجستير، مقياس التحكيم التجاري الدولي، فرع قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، غير منشورة 2011-2010.

كالأدوية واللحوم والفاكهة، أو سرعة سماع شاهد في مرض الموت أو التحفظ على البضائع المتنازع عليها منعا لتهريبها إلى غير ذلك من الحالات التي يصعب حصرها ووضع معيار محدد لها سلفا، وإنما يجمعها أنها مسائل تقتضى سرعة التدخل لكونها بطبيعتها لا تتحمل التأخير، الأمر الذي يقتضى سرعة إسعاف الخصوم بإجراءات وقتية سريعة حتى لا تضار مصالحهم ضررا بالغا إذا ما انتظروا الحكم المنهي للخصومة حتى لا يتمخض الحكم في النهاية عن مجرد ورقة بيضاء تؤكد حقا بات من العسير الحصول عليه أو إعادة الحال إلى ما كان عليه.[1]

كما أن لهيئة التحكيم أن تصدر أحكام جزئية وذلك قبل صدور الحكم المنهي للخصومة كلها، حيث إذا كان النزاع متعلقا بطلب تعويض عن أضرار لحقت البضاعة أثناء نقلها، و لم يكن مثار نزاع أو جدل إلا بمقدار التعويض، فيكون للمحكمة أن تحكم بناء على طلب المضرور بدفع مبلغ مؤقت لحين الفصل النهائي المتوقف على تقدير الخبراء المنتدبين، كما أن للهيئة أن تحكم بوقف استمرار العمل في الموقع أو باستمراره لحين الفصل في موضوع النزاع، وذلك حسبما تقدره من الظروف و الملابسات المحيطة.[2]

**ثانيا – الإجراءات التحفظية والوقتية في قوانين التحكيم:**

نجد من القوانين من سار في نفس طريق الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم وهيئات ومراكز التحكيم من ذلك قانون التحكيم المصري في مادته 24 التي قررت أنه "يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم، بناء على طلب أحدهما أن تأمر أياً منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذي تأمر به".

وإذا تخلف من صدر الأمر إليه عن تنفيذه، جاز لهيئة التحكيم بناء طلب الطرف الآخر، أن تأذن لهذا الطرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه وذلك دون الإخلال بحق هذا الطرف في أن يطلب من رئيس المحكمة

1- إبراهيم خليل، مدى سلطة هيئة التحكيم في اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية وإصدار أحكاماً وقتية أثناء سير خصومة التحكيم. مقال منشور على موقع المستشار القانوني إبراهيم خليل، نظر يوم 15 جويلية 2012. على الرابط www.kenanaonline.com

2- أوهاب حمزة، التحكيم التجاري. بحث منشور في منتديات الجلفة لكل الجزائريين و العرب، نظر يوم 10سبتمبر 2012 على الساعة الثامنة مساء على الرابط /www.djelfa.info/vb

المختصة أصلاً بنظر النزاع أو من رئيس محكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على محكمة استئناف أخري – في التحكيم التجاري الدولي – الأمر بالتنفيذ"[1]

ومؤدى هذه المادة السالفة الذكر هو تخويل أطراف التحكيم بإمكانية مد سلطة الهيئة وعدم قصرها على الفصل في الموضوع، بحيث يتسنى لها الأمر بما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع.[2]

ولا يعتبر الطلب الذي يقدمه أحد الطرفين إلى سلطة قضائية باتخاذ مثل هذه التدابير المؤقتة، مناقضا لاتفاق التحكيم ولا نزولا عنه، لأن هذا لا يمس أصل الحق الذي يبقى قائما لهيئة التحكيم.[3]

أما في القانون الفرنسي فتحقق الشـــرط المتمثل في اتفـــاق الأطراف على الخضوع لأوامر الهيئـــة بشأن ما تتخذه من تدابير مؤقتة أو تحفظية مؤداه استئثار الهيئة بهذه التدابير كاستئثارها بنظر الموضوع، بشرط التمسك بالاتفاق أمام القضاء لمنعه من اتخاذ هذه التدابير، فيطلب عدم قبول الدعوى المانع من نظر الموضوع.[4]

أما القانون الجزائري فينص المشرع في المادة 1046ق إ م إ " يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد أطراف إذا لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك". بذلك نجد المشرع الجزائري قد حرص على تمكين هيئة التحكيم من اتخاذ هذا النوع من التدابير إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك [5] ومنه فالأصـــل في ذلك؛ أخذ محكمة التحكيـــم بهذه التدابير بطلب من أحد الأطراف، والاستثناء لا يؤخذ به في حالة وجود اتفاق بين الأطراف يقضي بخلاف ذلك.

وبالتالي فهيئة التحكيم لها الحق في اتخاذ ما قد يقتضيه نظر الموضوع من اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية. ولكن لأن الهيئة لا تملك "سلطة " الإجبار التي يملكها القضاء، فمن المتصور تجاهل من صدر ضده الأمر وامتناعه

1- الإجراءات الوقتية والتحفظية التي تملك هيئة التحكيم اتخاذها، المرجع السابق.

2- محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ط3، القاهرة، 2007. ص 147.

3- منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم. المرجع السابق، ص 212.

4- أوهاب حمزة، المرجع السابق.

5- إذا كانت هناك اتفاقية بين الأطراف على عدم امكانية اتخاذ مثل هذه التدابير فلا يمكن للقاضي اتخاذها، لكن إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك فيمكن للمحكم بطلب من أحد الأطراف أن يأخذ مثل هـــذه التدابير. أنظر: كمال عليوش قربوع، إجراءات الخصومة التحكيمية في القانون الجزائري. المرجع السابق.

عن التنفيذ ولمواجهة ذلك نصت الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه – المادة 1046 ق إ م إ – على أنه " إذا لم يقـــم الطرف المعني بتنفيذ هـــذا التدبير إراديا، جاز لمحكمة التحكيـــم أن تطلب تدخل القاضي المختص ويطبق في هذاالشأن قانون بلد القاضي ".[1]

وجميع هذه الأحكام – الأحكـــام الوقتية والتحفظية – تصـــدر في مرحـــلة سابقة على " إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها "، فهي قد تنهي بعض المســـائل الفرعية أو جزءا من الخلافات المثـــارة، و لكنها لا تمثل " حكما منهي للخصومة " وهـــو ما ذهب إليه المشرع الجـــزائري في نص المـــادة 1049 ق إ م إ القائلة بأنه " يجـــوز لمـــحكمة التحكيـــم إصدار أحكـــام اتفـــاق أطراف أو أحكـــام جزئية، ما لم يتفـــق الأطراف على خلاف ذلك ".[2]

وعليه فان أساس صلاحيات هيئة التحكيـــم في إصدار مثل هذه التدابير هو اتفـــاق الطرفين على منحها هذه السلطة، فإذا ما تم الاتفـــاق على ذلك كان لها سلطـــة تقديرية في اتخـــاذ ما تراه مناسبـــا من هذه التدابير بناء على طلب من له المصلحة من الطرفين.

وباعتبار أن المحكم لا يتمتع بسلطة القمع المخصصة للمحاكم فقط، فإن فعالية الإجراءات التي تتخذ تخضع لإرادة الأطراف، وإذا رفض أحدهما الامتثال لها جاز للمحكم أن يطلب مساعدة القاضي المختص وعندئذ يطبق القاضي المختص قانونه الخاص به، ذلك أن التدابير المؤقتة أو التحفظية المتخذة من طرف المحكم لا تحوز في حد ذاتها على القوة التنفيذية، كما هو الحال بالنسبة للتدابير المتخذة من عند القضاء العادي.[3]

وفي المقابـــل يمكـــن لمحكمة التحكيـــم أو للقاضي أن يخضع التدابيـــر المؤقتـــة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير. وبالرجوع إلى تعدد أشكال الحماية التي توفرها الإجراءات الوقتية والتحفظية للخصوم في الواقع العملي، صار من الصعوبة بمكان وضع تعريف جامع مانع لهذه الإجراءات، إلا أنه يمكن القول بأنها تهدف في مجملهـــا وبصفة عامة إلى حفظ الأدلة اللازمة للفصل في النزاع

1- أوهاب حمزة، المرجع السابق.

2- المرجع نفسه.

3- كمال عليوش قربوع، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر.المرجع السابق، ص 51.

أو تحقيق توازن في المعاملات القانونية بين الخصوم أثناء نظر الخصومة، كما يكون الهدف منها أحيانا خلق حالة واقعية أو قانونية لازمة لضمان تنفيذ الحكم الذي سيصدر.[1]

ولكن هذه السلطة التي يقررها الأطراف لهيئة التحكيم في اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية لا تمنع أحد الطرفين من اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة لاتخاذ أي إجراء من هذه الإجراءات، إذا لا يجوز أن يسلبه هذا الاتفاق سلطة الأمر باتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية، لأن القول بغير ذلك يحرم ذلك الطرف من الحماية القضائية الواسعة التي يقررها له القانون في حالات الاستعجال.[2]

## الفرع الثاني

## البحث عن الأدلة

يتفق أطراف الخصومة التحكيمية على طرق الإثبات وأدلته، ولهم أن يختاروا القانون الذي يحكم الإثبات، فإن لم يتفقوا على ذلك اختارت هيئة التحكيم القانون الذي تراه مناسبا، أو تتفق مع طرفي النزاع عليه.

والأصل أن تتولى هيئة التحكيم مهمة البحث عن الأدلة، وإعطاء الأطراف الحق في تقديم الأدلة التي يرونها مناسبة لإثبات ادعاءاتهم، غير أن هذه الهيئة ونظرا لمصدرها الاتفاقي تفتقر إلى سلطة الأمر وهو ما يعني أنها تحتاج إلى مساعدة القاضي لها.[3]

فإذا تم الاتفاق على إخضاع التحكيم لقانون معين فيما يتعلق بقواعد الإثبات، تعين مراعاة نصوص هذا القانون، وإذا ترك الاختيار للهيئة فلها أن تختار قانونا معينا أو تضع قواعد يتم الاتفاق عليها مع الأطراف لتنظيم كيفية الإثبات وما يقبل وما لا يقبل من الأدلة.[4]

1- جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط 2، سنة 2003، ص 102.

2- عبد الرحمان خلفي، المرجع السابق.

3- تعويلب كريم، دور القاضي في تحقيق فعالة التحكيم التجاري الدولي. مقال منشور بالمجلة الأكاديمية للبحث القانوني الصادر عن كلية الحقوق بجامعة عبد الرحمان ميرة ببجاية، العدد 2010/1، ص 148.

4- محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق. ص ص 113- 114.

وهذا ما تضمنته المـــادة 1047 ق إ م إ بالنص " تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة "[1] فبالنظر إلى هـــذا النص نجـــده قد فـــرض على المحكمة وحملها مسؤولية تقـــديم الأدلـــة بعبـــارة (تقديم) في النص العـــربي، والذي جـــاء مختلفـــا عما جاء في النص الفرنسي، التي تعني إدارة.[2] ففـــرق كبير بين تقـــديم الأدلة وإدارة الأدلة.

كذلك المـــادة 1048 ق إ م إ بقولها " إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تحديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات، أو في حـــالات أخرى جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفـــاق مع هـــذه الأخيرة أن يطلبوا بموجب عريضـــة تدخـــل القاضي المختص، ويطبـــق في هـــذا الشأن قانـــون بلد القـــاضي".

يتبين من النص أنه يخول محكمة التحكيم أو الأطراف طلب مساعدة السلطة القضائية المختصة في حالة الضـــرورة أو لأي سبب آخر متعلـــق بإجراءات التحكيـــم، أو تقـــديم الأدلة أو تحـــديد مهمـــة المحكمين بناء على عريضة تقـــدم ممن يهمـــه الأمر للسلطة القضـــائية، تمكـــن من خـــلالها المساعـــدة من قاض مختص يطبـــق فيـــه قـــانونه.

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يشير إلى مسألة الاستعانة بالخبراء، وإن كان ذلك يخضع لإرادة الأطـــراف بحسب الأصل أو لقرار من هيئـــة التحكيـــم، وبالتبعية لذلك بإمكـــان هـــذه الأخيرة تعيين خبير أو أكثر لتقـــديم تقرير مكتوب أو شفهي يقوم بفحص الدفـــاتر أو الكشـــوف الحسابيـــة أو معاينة المنشآت المتنـــازع على عـــدم مطابقتها للمواصفـــات.[3]

1- وهو النص المشابه لنص المادة 458 مكرر10 من ق إ م قبل التعديل بقوله " تباشر محكمة التحكيم بنفسها تقديم الأدلة "

2- سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية نصا وتعليقا، وشرحا وتطبيقا. دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص 343.

3- عبد الرحمـــان خلفـــي، المرجع السابق.

## المبحث الثاني

## مبدأ سلطان الإرادة والقانون الواجب التطبيق

يقوم التحكيم على مبدأ سلطان الإرادة وعليه فهو يعكس رغبة الأطراف في التخلص من حرفية قانون القضاة، وحل منازعاتهم طبقا للقواعد القانونية والمبادئ التي يختارونها.

وتجدر الإشارة إلى أن نظام التحكيم من شأنه أن يؤدي إلى سرعة الفصل في المنازعات التي تنشأ عن العلاقات التجارية الدولية، خاصة وأن التجارة تعتمد في الأساس على خاصيتي السرعة والائتمان، ذلك للتغلب على بطء إجراءات الفصل في الدعاوى.

والواقع أن السلطة التقديرية الممنوحة للمحكمين في اختيار القواعد الإجرائية والموضوعية لحكم المنازعة أهم ما يميز التحكيم التجاري الدولي، كما أنه يعد أحد الأسباب المؤدية بالأطراف المتعاقدة إلى اختيار هذا الأسلوب لفض نزاعاتهم المحتملة بدل اللجوء إلى القضاء.

وعليه سوف نحاول من خلال هذه الدراسة تبيين القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي في شقيه الإجرائي والموضوعي وإبراز دور الإرادة في ذلك، حيث سنتناول استقلال الإرادة والقانون الواجب التطبيق على الإجراءات التحكيمية في (مطلب أول)، ثم نأتي للكلام عن استقلال الإرادة والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي ضمن (مطلب ثاني).

## المطلب الأول

## مبدأ استقلال الإرادة والقانون الواجب التطبيق على الإجراءات التحكيمية

يقصد بإجراءات التحكيم بداية تلك المسائل المتعلقة بولاية القضاء التحكيمي وتشكيل محكمة التحكيم واختصاصاتها، وإجراءات المرافعات التي تتبع لديها حتى إصدار الحكم في النزاع، وبخاصة شرط المداولة فيه والنطق به وشكله، وغير ذلك من الإجراءات الأخرى.

أما مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على تلك الإجراءات فلا تعد مسألة نظرية فحسب، بل إنها ذات أهمية عملية وذلك من ناحيتين: الأولى هي أن القانون المختص سيمثل مرجع الأطراف والمحكمين

والذي يزودهم بمجموعة القواعد اللازمة لحسم المسائل الإجرائية التي تثور أثناء الخصومة، كتبادل المذكرات وسماع الشهود، أما الثانيـــة فتعود إلى وجود الاختلافـــات المتعـــددة ما بين النـــظم الوطنية فيما يتعلق بالمسائل الإجرائية.[1]

ويرى جانب كبير من الفقه التقليـــدي فيما يتعلق بأهمية قانون الإجـــراءات إمكانية تدخـــل هذا القانون في تحديد الصفة الدولية للتحكيم، فإذا كان ذلك القانون هو قانون دولة التحكيم، كان التحكيم وطنيا بالنسبة لها أما إذا كان أجنبيا أو فيما لو تم إسناد التحكيم لمؤسسة دولية فإن التحكيم يعد تحكيما دوليا، حتى ولو قانونها الوطني هـــو القـــانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وفي الحقيقـــة رغـــم تغيير هذا المســـلك بتأثير من توجـــه الفقه الحديث ظل قـــانون الإجراءات محتفظا بمكانتـــه على اعتباره قرينة على الأقل من قرائن الصفة الدولية للتحكيم.[2]

وقد تعددت الآراء الفقهية والنصوص التشريعية والأحكام القضائية في مسألة تحديد قانون إجراءات التحكيم، إلا أن أبرزها تتمحور حول رأيين الأول منهما يذهب باتجاه قانون إرادة الأطراف، بينما الآخر يغلب قانون مقر التحكيـــم. على هذا الأســـاس يمكن تقسيـــم هذا المطلب إلى فرعين نتكلـــم في (الفرع الأول) عن قانون إرادة الأطراف وإجراءات التحكيم، أما (الفرع الثاني) فيتناول قانون مقر التحكيم وإجراءات التحكيم.

## الفرع الأول

## تحديد الأطراف للقانون الإجرائي الواجب التطبيق

استقر الفقه والتشريع[3] والقضاء والمعاهدات الدولية ولوائح مراكز التحكيم الدائمة على مبدأ خضوع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة،[4] ويعتمـــد في ذلك على تغليب الطبيعة الاتفاقية للتحكيم على طبيعته القضائية ومما تجـــدر الإشارة إليه في هذا الصدد هو أهمية الدور الذي تلعبـــه إرادة الأطراف في تحـــديد قانون الإجراءات

1- وفاء مزيد فلحوط، النظام القانوني الواجب التطبيق في إطار التحكيم التجاري الدولي. مداخلة ضمن المؤتمر السنوي السادس عشر، التحكيم التجاري الدولي، الإمارات، 2008، ص 553.

2- المرجع نفسه. ص 554.

3- المادة 1043ق إ م إ الجزائري، المادة 1494 ق إ م الفرنسي والمادة 25 ق التحكيم المصري.

4- أنظر: عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي. د د ن، 1995، ص 51.

ذلك الدور الحاسم الذي يعد إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة، المعمول به في مجال البحث عن القانون الواجب التطبيق على العقود بشكل عام.[1]

فمن خلال نص المادة 1043 ق إ م إ،[2] يتبين بأن المشرع الجزائري قد اعتمد قاعدة موضوعية فيما يخص تحديد القانون الإجرائي الواجب التطبيق، مكرسا بذلك مبدأ حرية الأطراف سعيا منه إلى تحرير التحكيم من هيمنة التشريعات الوطنية.[3]

من جهة أخرى، نجد أيضا أن القانون الدولي الاتفاقي يكرس مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الإجرائي الذي يحكم محكمتهم التحكيمية، وأحسن مثال على هذا المادة 5 فقرة1 من معاهدة نيويورك لسنة 1958.[4]

وكذا معاهدة جنيف لسنة 1961 في مادتها 4 فقرة 1( أ – ب )،[5] نفس الشيء لاختيار الأطراف لنظام من الأنظمة التحكيمية لمؤسسات دائمة للتحكيم، فإن قواعد هذا النظام هي التي ستطبق على سير محكمة

1- خالد ابراهيم التلاحمة، القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي. دار جهينة للنشر والتوزيع، دط، الأردن 2006، ص ص 23 - 24.

2- تنص المادة 1043 ق إ م إ على: " يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيمي، 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". وهي عبارة عن إعادة صياغة للمادة 458 مكرر6 ق إ م من المرسوم التشريعي 93-09 لكن بشكل آخر.

3- نور الدين بوكلي، نظام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر. مقال منشور بمجلة الفكر البرلماني، ع 12، أفريل 2006، ص 153.

4- تنص المادة 5 فقرة 1 من معاهدة نيويورك لسنة 1958 على : " لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على: إن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف...."

5- تنص المادة 4 من اتفاقية جنيف 1961 على " تنظيم التحكيم، 1- أن لفرقاء الاتفاقية التحكيمية الحرية في تقرير: أ- أن نزاعاتهم ستخضع إلى مؤسسة تحكيمية دائمة، وفي هذه الحالة يحصل التحكيم وفقا لنظام المؤسسة المعينة أو، ب- أن تكون نزاعاتهم خاضعة إلى إجراءات تحكيمية خاصة، وفي هذه الحالة يكون للفرقاء إمكانية : ....تحديد القواعد الإجرائية التي يقتضي اتباعها من قبل الحكام....".

التحكيم، مثل ما تنص عليه المادة 11 من نظام غرفة التجارة الدولية I C C،[1] والمادة 12 من النظام التحكيمي الجزائري الفرنسي لسنة 1983.[2]

واستخلاصا من المادة 1043 نجد أن قانون الإرادة يمكن أن يكون قانون وطني، أو يكون قانون لائحة مركز تحكيم، أو هو القانون الذي يضعه الأطراف أنفسهم، أو ما يسمى بإجراءات التحكيم العائمة أو هو قانون إرادة المحكم في حالة اتفاق الأطراف على ترك هذه المهمة له.

**أولا – قانون الإرادة هو قانون وطني:**

إذا كان الأطراف يملكون حرية اختيار القانون الواجب التطبيق إجرائيا فإنه بداية يمكن اختيارهم لقانون وطني، وهو ما يبعث على التساؤل حول موقف الأنظمة الوطنية من هذه الحرية.

رغم بعض الاختلافات ما بين هذه الأنظمة الوطنية في هذا الشأن ومع ذلك فإن بعضها اكتفى بوضع حدود يجب الخضوع لها في حين بعضها، تحرر إلى أقصى حد كما هو الحال لموقف المشرع الفرنسي Libérale au maximum.[3]

بحيث سمح لأطراف التحكيم تحديد الإجراءات دون الرجوع لقانون وطني، وأنه في حالة اختيارهم القانون الفرنسي، فإنه أعطى لهم مكنة تجزئة ما به من قواعد واختيار الأنسب منها واستبعاد ما عداها حتى ولو كانت آمرة وطبعا ذلك في إطار التحكيم التجاري الدولي.[4]

أما المشرع الجزائري ورغم تطابق بعض نصوصه بشأن التحكيم معيار نصوص القانون الفرنسي، فإنه أكد على أنه مهما كان اختيار الأطراف أو المحكم فإن ذلك يبقى رهنا لبعض القواعد الإجرائية منها ما هو تفسيري

1- تنص المادة 11 من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس على: " القواعد الواجبة التطبيق على الإجراءات أمام المحكم هي تلك المستمدة من هذا النظام وعند معالجتها لأمر معين، فالقواعد التي يحددها الأطراف وعند عدم تحقق ذلك، فتلك التي يحددها المحكم سواء أحالت إلى قانون إجرائي وطني يطبق على التحكيم أو لم تحل إليه ".

2 - Art 12, le règlement d'arbitrage algéro-français du 27 mars 1983, non publié

3- جمال محمود الكردي، المرجع السابق. ص 54.

4- المرجع نفسه. ص 56.

ومنها ما هو آمر هي واجبة التطبيق إذا كان القانون الجزائري هو المختار ومن بين هذه الأحكام ما تضمنته المادة 1046 قانون إ م إ بخصوص اللجوء للقضاء الجزائري بشأن التدابير الوقتية والتحفظية في الحالة التي لا تكون فيها محكمة التحكيم قد انعقدت، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ: 1985/03/23 في قضية بين شركة كروزولوار الفرنسية والشركة الجزائرية العمومية للأشغال والبناء ألغيت بموجب قرار محكمة قسنطينة الذي اعتبر أن قاضي الأمور المستعجلة غير مختص باتخاذ تدابير خبرة كون العقد محتوي على شرط تحكيم.[1]

ونفس المادة السالفة الذكر تنص على أن المحكم يمكن أن يستعين بالقاضي الوطني في حالة عدم انصياع الطرف المعني إراديا للتدابير وهنا يطبق القاضي القانون الجزائري.

وهو الأمر نفسه بالنسبة للمادة 1048 ق إ م إ بخصوص تدخل السلطات القضائية في أمور الإثبات أو تمديد مهمة المحكم.[2]

**ثانيا – قانون الإرادة هو قانون لائحة مركز تحكيم:**

إن اتفاق الأطراف على إسناد التحكيم إلى مركز تحكيم دائم يعني ضمنيا إتباع لائحة هذا المركز وهو ما أخذ به مركز تحكيم تونس في الفصل الثامن من نظامه، وذلك بنصه أن قواعد الإجراءات الواردة بهذا النظام تطبق على التحكيم المعهود لهذا المركز.[3]

وقد أكدت المادة 11 من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية C C I بباريس نفس الأمر بقولها:

"Art 11 : les règles applicables a la procédure devant l'arbitre sont celles qui résultent du présent règlement".

1- ابن النصيب عبد الرحمن، الدعوى التحكيمية. رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2004 – 2005، ص 65.

2- تنص المادة 1048 ق إ م إ على: " إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى، جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة، أو للطرف الذي يهمه التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم، أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي ".

3- ابن النصيب عبد الرحمن، المرجع السابق. ص ص 65 – 66.

ولكن في حالة اختيار مركز تحكيم، فهل يحق للأطراف مخالفة إجراءاته والرأي الراجح في هذا الصدد المكرس لمبدأ سلطان الإرادة يعطي للأطراف مكنة الاتفاق على مخالفة إجراءات لائحة المركز شريطة عدم مخالفته النظام العام الإجرائي الدولي.

**ثالثا – قانون الإرادة هو القانون الذي يضعه الأطراف:**

يطلق عليه التحكيم العائم[1] أو التحكيم الطليق أو التحكيم بلا قانون (l'arbitrage sans loi) أوالتحكيم الدولي المحض (l'arbitrage purement international) وهي مصطلحات على اختلافها تنصب في خانة واحدة وهي تحرر الأطراف من الخضوع لأي قانون وطني (l'arbitrage échappe àtout ordre juridique et étatique ) ليخضع إلى قواعد من صنع الأطراف أنفسهم.[2]

فالمشرع الجزائري وبالرجوع إلى نص المادة 1043 فقرة1 ق إ م إ التي تنص على إمكانية إخضاع الإجراءات إلى قانون الإجراءات المحدد من جانب الأطراف، ومن ثم فإن حرية الأطراف يمكن أن تكون هي الأساس في صنع الإجراءات الواجبة التطبيق والتي يمكن أن لا تستند للقانون الوطني أو لأي من القوانين الأجنبية.

كذلك إذا كان التحكيم يجري في الجزائر، ولا يخضع اختيار الإجراءات بشأنه للقانون الجزائري فإن ما يختاره الأطراف من إجراءات مرهون فقط بعدم المساس بالمبادئ الأساسية للدعوى كمبدأ المساواة بين الأطراف ومبدأ الوجاهية ووجوب مراعاة النظام العام الدولي.[3]

1- التحكيم العائم: هو التحكيم الذي يتحرر فيه الأطراف من كل القواعد الوطنية، حيث تقوم إرادة الأطراف بصياغة أو تقنين القواعد الإجرائية التي تحمي سير المنازعة فيه بشكل مفصل. أنظر جمال محمود الكردي، المرجع السابق. ص 63.

2- ابن النصيب عبد الرحمن، المرجع السابق. ص 66.

3- عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق. ص 554.

**رابعا – إخضاع الإجراءات التحكيمية لإرادة المحكم.**

يحدث في الكثير من الأحيان أن الأطراف يخولون هيئة التحكيم سلطة تنظيم الإجراءات التحكيمية مثلما حدث في اتفاق التحكيم ARAMCO بين المملكة العربية السعودية والشركة العربية للبترول.[1]

أو يحدث أيضا في حالة سكوت الأطراف عن تحديد هذا القانون الذي يحكم الإجراءات، فإن المحكم وفي الحالتين يتولى ضبط الإجراءات إما مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيمي حسب المادة 1043 فقرة1ق إ م إ، والفقرة 2 من المادة 1494 ق إ م الفرنسي الجديد بنصه:

"l'arbitrage règle la procédure, autand qu'il est besoin soit directement à une loi où à un règlement d'arbitrage"

كما أن المادة 15 فقرة 1 من قواعد التحكيم التي أعدتها هيئة الأمم المتحدة للقانون التجاري اليونسيترال UNCITRAL أكدت على حرية هيئة التحكيم في ممارسة التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة.[2]

والسؤال الذي يطرح في هذا الشأن ما هو مدى سلطة المحكم في تحديد الإجراءات الواجبة التطبيق في إخضاعها أو عدم إخضاعها لقانون وطني وبالتبعية لذلك إخضاعها للقانون الدولي.

إن التطبيقات العملية للقضاء تؤيد سلطة المحكم في تحرير الإجراءات التحكيمية من القانون الوطني وإخضاعها للقانون الدولي كقضية LIMCO في 1977/04/12 إلا أن جانبا من الفقه يقف ضد السلطة الواسعة داعيا إلى ضرورة تقييد هذه الحرية بقيود موضوعية تفاديا للتعسف والشطط في استعمال هذه السلطة.[3]

1- جمال محمود الكردي، المرجع السابق. ص 66.

2- تنص المادة 15 من قانون الأونسيترال النموذجي على: " عندما تنتهي ولاية أحد المحكمين وفقا للمادة 13 أو المادة 14، أو بسبب تنحيه عن وظيفته لأي سبب آخر، أو بسبب إلغاء ولايته باتفاق الطرفين، أو في أي حالة أخرى من حالات إنهاء الولاية، يعين محكم بديل وفقا للقواعد التي كانت واجبة التطبيق على تعيين المحكم الجاري تبديله".

3- ابن النصيب عبد الرحمن، المرجع السابق. ص 67.

## الفرع الثاني

## قانون المقر والإجراءات التحكيمية

إذا كان المستقـــر عليه أصلا في التحكيـــم، ضرورة معرفة المحكمين للقـــانون الواجب التطبيق إجرائيا من خلال ما اتفق عليه الأطراف في اتفاق التحكيم وهو ما يعرف بـــ La lex arbitri، باعتباره قضاء خاصا فإنه في الكثير من الأحيان يحدث إغفال الأطراف في اتفاقهم لهذا القانون الذي يحكم الإجراءات التحكيمية وكان ذلك مثارا للبحث عن القانون الواجب التطبيق على إجراءات الدعوى التحكيمية، حيث خضع في البداية إلى أنه يستمد من القانون الواجب التطبيق بمكان مقر التحكيم La lex fori أي قانون القاضي وهو المفهوم القديم الذي أخذ به في حالة سكوت الأطراف عن تحديد الإجراءات الواجبة الإتباع.[1]

من هـــذا المنظور إذا كان المفهوم القديم في حـــالة سكوت الأطراف يخضع الإجراءات لقانون المقر فإن اليوم ثبت بصفة عامة أن مقر التحكيم حتى في حالة اختياره صـــراحة فإن ذلك مرده أسباب الملاءمة أو لدواعي الحياد السياسي للدولة المعنية وذلك لا يعني بالضرورة تطبيق قانون هذه الدولة و هذا ما حدا بالفقه بأن يفصل بين قـــانون الإجراءات التحكيميـــة وبين قانون مقر التحكيـــم انعكـــاسا في ذلك للتطور الحاصـــل في التشريعـــات الوطنيـــة (أولا) وكذا الاتفاقيـــات الدوليـــة (ثانيا)، وأنظمـــة التحكيـــم (ثالثا)، وأخيرا الاجتهـــاد التحكيمـــي (رابعا).

### أولا – تطـــور التشريعـــات الوطنيـــة:

بـــداية كانت التشريعات الوطنية في حـــالة سكـــوت الأطراف عن تحـــديد الإجراءات تعتمـــد أساسا على قاعدة التنازع الاحتياطية والتي تجعل من المقر عنصر الربط الحصري، بدلا من البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف وذلك من خلال اختيارهم لمكان التحكيم.

هذه القاعدة التي أخذ بها القانون الفرنسي قبل التعديل تكرست من خلال ما أقرته محكمة النقض الفرنسية سنة 1914 بقولها:

1- ابن النصيب عبد الرحمن، المرجع السابق. ص 68.

" Les parties ayant décidé de régler leur différant par arbitrage à londers, les juges du fond on pu, par une interprétation légitime de leur volonté, considérer qu'elle s'étaient, quand aux conditions de cet arbitrage, retirées aux loi anglaises ".[1]

إلا أن هذه القاعدة وإثر التطور الذي حصل فإن التشريعات الوطنية في جلها أصبحت على قطيعة منها فهذا المرسوم الفرنسي الصادر سنة 1981 تخلى عن ذكر مقر التحكيم كمرجع لتحديد القانون الواجب التطبيق إجرائيا، واتبع نفس مسار القانون الهولندي والبرتغالي لسنة 1986، والقانون السويسري لسنة 1993 والذي لم يرد به ذكر مقر التحكيم كمرجع لتحديد الإجراءات الواجبة الإتباع وهو نفس الشيء بالنسبة لقانون التحكيم المصري الصادر سنة 1994.[2]

**ثانيا – تطور الاتفاقيات الدولية :**

إذا كانت أقدم الاتفاقيات الدولية تأخذ بوضوح تطبيق إجراءات مقر التحكيم، فإن بروتوكول جنيف الموقع عليه في 1923/09/24 ينص في مادته 2 على أن تشكيل محكمة التحكيم والإجراءات المتبعة تخضع لإرادة الأطراف وإلى قوانين البلد الذي يجري على إقليمه التحكيم، هذه الأخيرة كشرط للاعتراف والتنفيذ لقرارات التحكيم طبقا لاتفاقية جنيف جنيف المصادق عليها في 1927/09/26.[3]

أما اتفاقية نيويورك الصادرة في 1958/06/10 فإنها بدورها تؤكد دور قانون المقر التحكيمي من خلال رفض الصيغة التنفيذية للقرار المخالف لإرادة اتفاق الأطراف أو مخالفته لقانون المقر الذي جرى فيه التحكيم.

أما الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف في 1961/04/21 فإنها تضمنت تنظيما عصريا، إذ تنص المادة 4 فقرة 1 أن الأطراف لهم الحرية في تحديد الإجراءات الواجبة الإتباع وفي غياب هذه الإرادة فالمحكمون هم من يقومون بتحديد هذه القواعد الإجرائية، وفي غياب ذلك يؤول التحديد للسلطة المخولة في النظام التحكيمي لتعيين هذه القواعد إما مباشرة أو بالرجوع لنظام تحكيم دائم.

1- ابن النصيب عبد الرحمن، المرجع السابق. ص 70.

2- المرجع نفسه. ص 70.

3- المرجع نفسه. ص 70.

فهذه الاتفاقية تكرس حرية الأطراف واقتضاء حرية المحكمين في إدارة الإجراءات التحكيمية، وبذلك فقد عملت على التجريد من كل مرجعية لقانون مقر التحكيم.

وفي الأخير فإن اتفاقية واشنطن الصادرة في 1965/03/18 المنشئة لـ CIRDI قد تبنت المفهوم الحديث لإدارة الإجراءات التحكيمية، معتمدة في الأساس على حرية الأطراف، وفي غيابها فالمحكمون هم من يملكون سلطة الفصل في إشكالات الإجراءات، وذلك بالرجوع إلى قانون ما، أو عدم الرجوع لأي قانون.[1]

**ثالثا – تطور نظم التحكيم:**

إن نظم التحكيم المتعددة والمتواجدة هنا وهناك ترجمت بالفعل نفس التطور، فالتعديل الحاصل على سبيل المثال على نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس ICC بخصوص القانون الواجب التطبيق إجرائيا في التحكيم هو أحسن مثال على ذلك.

إذ النظام السابق الساري المفعول منذ 1955/06/01 وفي حالة الفراغ وغياب إرادة الأطراف فإن الأمر يقتضي تطبيق قواعد البلد الذي يجري فيه التحكيم حسب المادة 16 منه – قواعد الـ I C C – إلا أن التعديل الذي جاء فيما بعد في 1975/06/01 فيؤكد أن القواعد المطبقة إجرائيا أمام المحكم هي تلك المستخلصة من نظام الغرفة وفي حالة السكوت فتلك التي يختارها الأطراف أو المحكمون سواء بالرجوع أو عدم الرجوع لقانون داخلي، وهو نفس المنحى تقريبا الذي أخذ به نظام الوساطة والمصالحة في التحكيم بمركز تونس ضمن الفصل الثامن منه، في مادته11 من النظام الساري في 1988/01/01.[2]

وحديثا فإن نظام CNUDCI في 1976/04/28 ينص في مادته 15 فقرة1 معيار مراعاة وتحفظ نصوص هذا النظام، فإن محكمة التحكيم يمكنها إجراء التحكيم وفقا لما تراه مناسبا.

ويكفي فقط معاملة الأطراف على قدم المساواة بتمكين كلا الطرفين من التوصل لحقوقهم وتقديم وسائل دفاعهم.

ومنه فهذا يعكس المفهوم الحديث لقانون التحكيم الدولي والمستعمل كنموذج لدى محرري القانون النموذجي لسنة 1985.

1- ابن النصيب عبد الرحمن، المرجع السابق. ص 71.

2- المرجع نفسه. ص 71.

هذا التحرير للإجراءات من الخضوع لقانون مقر التحكيم وفقا للمفهوم الحديث تبناه نظـــام التحكيم الدولي AAA الســـاري المفعول في 1993/11/01 والمتضمـــن في مـــادته 16 الحرية الكبيرة للأطراف في تحديد سير الإجراءات.[1]

**رابعا – تطور الاجتهاد التحكيمي:**

إذا كان الاجتهاد التحكيمي عرف بدوره تطبيق قانون المقر في غياب إرادة الأطراف ولمدة طويلة والذي تجلى في عدة قرارات تحكيمية منـــها قرار COVIN الصادر في 1963/03/15 في قضية Sapphir C/NIOC.

فإن التراجع عن قانون المقر، بل وظهور تيار معادي، لذلك بدأ يظهر من خلال قرار صادر في 1958/08/23 في قضية ARAMCO ضد العربية السعودية، بحيث طبق قواعد القانون الدولي بدلا من قانون المقر ( الذي يجري في جنيف). اعتبـــارا في ذلك أنه لا يمكن تطبيق قـــانون دولة سيدة بإخضاعها لقانون دولة أخرى، نفس التطـــور أخـــذ به القرار الصادر من طرف السيـــد: M.Mahmassani في 1977/04/21 في قضية Liamco.c/libey والذي فضل أن:

« L'arbitre, dans le procédure qu'il suivra, devra être guidé, dans la mesure du possible par les principes généraux contenus dans le projet de convention sur la procédure arbitrale, élaboré par la commission du droit international des nations unies en 1958 ».[2]

إن هذا الاجتهاد التحكيمي والذي يرجع فيه إلى قواعد قانون التحكيم الدولي بدلا من قانون مقر التحكيم، هو المهيمن اليوم في الاجتهاد التحكيمي الدولي، وإنه من خلال كل ما سبق ذكره فإن أهمية قانون مقر التحكيم تبدو لكونه يأتي في المرتبة الثانية بعد قانون الإرادة، وأنه في غياب هذه الأخيرة يتجلى الأخذ بقانون المقر في حالات ثلاثة.[3]

1- ما تم العمل به سابقا باللجوء إلى قانون المقر والذي بدأ التراجع عنه.

2- عند وجود اتفاق الأطراف على مسألة القانون الواجب التطبيق ولكن يتبين أنه غير كاف.

1- ابن النصيب عبد الرحمن، المرجع السابق. ص 72.

2- المرجع نفسه. ص ص 72- 73.

3- جمال محمود الكردي، المرجع السابق. ص 77.

3- عندما يتعلق بالإجراءات الوقتية والتحفظية مثلما نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 1046 ق إ م إ، والذي كرس باجتهاد المحكمة العليا.

لكن من خلال ما توصل إليه التطور في هذا الميدان أن العبرة بالدرجة الأولى لإرادة الأطراف تليها مباشرة إرادة المحكمين.ولكن ذلك لا يعني تجاهل النصوص الآمرة سواء في البلد الذي يصدر فيه قرار التحكيم أو البلد الذي يتم السعي فيه للاعتراف به وتنفيذه، باعتبار أن هذا الأخير له ولاية المراقبة.

هذا الأمر يعني وجـــوب مراعاة نصوص النظام العام لقانون الـــدولة التي يعرض فيها القرار بغية إبطـــاله ومن ثم فالمحكمون ملزمون بالانشغال بمقتضيات قانون مقر التحكيم ليس باعتباره هو قانون القاضي المختص loi du for، ولكن باعتبـــار أن قانون مقر التحكيم ينظـــم سبل الطعن للقـــرارات الصادرة، ومن ثم فإن خرق المبادئ الإجرائية يفتح المجال للبطلان.[1]

إن هذا المفهوم اليوم أصبح مكرسا صراحة في جل التشريعات الوطنية والتي تتضمن نصوصها عدم الإخلال بمبدأ المساواة بين الأطراف ومبدأ الوجاهية principe du contradictoire ومبدأ احترام حقوق الدفاع (لاحظ ما تضمنته المادة 182 فقرة3 من القانون السويسري، والمادة 1502 فقرة 4 و5 من القانون الفرنسي والمادة 1051 ق إ م إ الجزائري).

واستخلاصا من كل ما سبق ذكره فإن مقر التحكيم وأهميته لتحديد القواعد الإجرائية في التحكيم أصبح موضوعا لنقد موضوعي باعتبار أن اختيار الأطراف لمكان التحكيم لا يعني بالضرورة قيام إرادتهم الضمنية لاختيار قانون المقر بدليل أن هذا الاختيار قد يكون مبني على ارتباط عرضي أو قانون لا صلة له تماما بالنزاع كاختيار المكان تعبيرا عن مزاج سياحي للمحكمين أو أنه وليد صدفة بحثه.[2]

كما أن التطور الحاصل في ميدان عالم الاتصالات الالكترونية ساهم في تقوية الاتجاه المنادي بإعادة النظر في مفهوم مكان التحكيم، فتسويق التجارة عن طريق الانترنت أنهى عصر سيطرة الجغرافيـــا، فالتحكيم حاليا يتم عن بعد بواسطة الصوت والصورة عن طريق vidéo conférence، وتعقد الجلسات بواسطة Cyber tribunal، كما وجد ما يسمى بالتحكيم على الخط The on line ombuds office ومن تم أصبح قانون المقر دون معنى لاعتماده على المكان الجغرافي.[3]

1- ابن النصيب عبد الرحمن، المرجع السابق. ص 74.

2- المرجع نفسه. ص 74.

3- جمال محمود الكردي، المرجع السابق. ص ص 85 – 86.

## المطلب الثاني

## مبدأ استقلال الإرادة والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي

لا يقل تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أهمية على القانون الواجب التطبيق على إجراءات النزاع، فبالرغم من أنهما منفصلين فلا يجبر الأطراف على اختيار قانون موحد أم لا، فقانون الموضوع مرتبط مباشرة بموضوع العقد وبصحة بنوده، لذلك نجدهم في حالة غموضها أو عدم كفايتها يستندون إلى القانون الموضوعي لتكملتها أو تفسيرها.

ومثله مثل الجانب الإجرائي، اتفقت معظم القوانين والاتفاقيات على إخضاع الجانب الموضوعي للنزاع لمبدأ عام وهو إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق، واستثناء لاختصاص الهيئة التحكيمية في حالة تخلف اتفاق الأطراف.[1]

ونظرا لدور الإرادة في التحكيم فلا تزال غالبية النظم القانونية تحترم إرادة الأطراف فيما يتعلق باختيارها للقواعد التي تحكم موضوع النزاع، ويمكن لإرادة الأطراف أن تحدد القواعد التي ستطبق على موضوع النزاع مباشرة أو قد تحيل إلى قواعد التنازع لدولة معينة يتم على ضوئها تحديد تلك القواعد، ومن تم فإن إرادة الأطراف قد تختار قواعد وطنية لحكم النزاع (الفرع الأول)، وقد تختار قواعد التجارة الدولية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

### إعمال القواعد الوطنية على موضوع النزاع

استقر الفقه والقضاء على حرية طرفي التحكيم في اختيار القواعد الموضوعية التي يطبقها المحكم على النزاع المعروض عليه وتؤكد أحكام التحكيم على المبدأ القاضي باستقلال الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المطروح أمام المحكم.[2]

---

1- حسين نوارة، تكريس التحكيم التجاري الدولي كضمان للإستثمارات الأجنبية. مداخلة ضمن الملتقى الدولي للتحكيم التجاري الدولي في الجزائر، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، أيام 14 و15 جوان 2006، ص 200.

2- راجع في ذلك المادة 28 من القانون النموذجي الذي وضعته الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في عام 1958 والمادة 7 من الاتفاقية الأوروبية لعام 1961، والمادة 1496 من القانون الفرنسي للتحكيم الدولي. كذلك أنظر: بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية. دار الجامعة الجديدة، د ط، الاسكندرية، 2007، ص ص 426-427.

وفي حالة مخالفة المحكم بعدم إعماله لقانون الإرادة فإن التشريعات المختلفة حماية منها للأطراف أجازت لهم رفع دعوى بالبطلان ضد حكم التحكيم، ومثال المادة 1058 فقرة1من ق إ م إ الجزائري التي أحالتنا إلى الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 فقرة 3 من ذات القانون.[1]

وقد يختار الأطراف قانون دولة معينة ليحكم النزاع فيما بينهم حال طرحه على التحكيم،[2] وفي هذه الحالة يذهب جانب من الفقه إلى أنه يتعين على المحكم تطبيق القواعد الموضوعية في القانون المختار من قبل الأطراف، دون المتعلقة بقواعد التنازع (أولا)، غير أنه يمكن للأطراف رغم الحرية التي منحها لهم المشرع في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فالحاجة إلى قاعدة إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق تظل قائمة خاصة في حالة المسائل التي تخرج بطبيعتها عن سلطان قانون الإرادة (ثانيا).

**أولا– تطبيق القانون الموضوعي المختار دون القواعد المتعلقة بتنازع القوانين:**

يتعين على المحكم عند اختيار الأطراف لقانون دولة معينة لتطبيقه على موضوع النزاع أن يبادر إلى تطبيق القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعدها الخاصة بتنازع القوانين، وقد أخذت بهذه القاعدة الكثير من الاتفاقات الدولية والتشريعات الوطنية كالمادة 28 فقرة1 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985، التي نصت على: " 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 قواعدها الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك.....".

1- تنص المادة 1058 فقرة1 ق إ م إ على: " يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه...."، وجاء في المادة 1056 ق إ م إ "....3- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها ".

2- لمزيد من التفاصيل حول أسباب اختيار الأطراف لقانون دولة معينة لحكم النزاع. أنظر: عبدالقادر ورسمه غالب، العقود التجارية الدولية والتحكيم. مقالة منشورة بمجلة التحكيم والقانون الخليجي، ع 11، ديسمبر 2010. ص ص 18-19.

ومثل هذا الاتجاه الذي يستبعد قواعد التنازع في حالة اختيار القانون الوطني، لم يأخذ به المشرع الجزائري بصفة صريحة في نص المادة 1050 ق إ م إ، إلاّ أنّ ما يمكن استخلاصه بصفة غير مباشرة من سياق النص بأنه يريد تطبيق القواعد الموضوعية مباشرة ما دام لم يأت باستثناء يحد من هذا الأصل.

وبقي الآن أن نتساءل: هل في حالة عدم وجود الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، يطبق المحكم قانون الإرادة الضمنية للأطراف أم أنه سيقوم بتركيز النزاع في أحد الأنظمة القانونية التي يراها ملائمة.

لقد اختلفت الحلول التي جاءت بها التشريعات الحديثة في حالة تخلف الاختيار الصريح لقانون العقد فهناك بعض التشريعات تجعل لقواعد الإسناد دورًا احتياطيًا في تحديد القانون الواجب التطبيق،[1] دون أن يتولى المحكم البحث عن القانون الذي قصدته إرادة الأطراف ضمنيًا، كما هو الشأن في المادة 13فقرة1 من قواعد لجنة التجارة الدولية اليونسيترال، وكذا المادة 7فقرة 1 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961.

ومثل هذا الحلّ الاحتياطي الذي يتم إعماله في حالة تخلف الاختيار الصريح، يعني استبعاد دور الإرادة الضمنية، بما أنّ قاعدة الإسناد تتولى مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق. وهذا على خلاف بقية التشريعات الأخرى التي خولت لهيئة التحكيم اختيار القانون الواجب التطبيق، فهذا ما يسمح للمحكم بالبحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين، ويستعين بذلك بمختلف القرائن التي من خلالها يمكن استظهار الإرادة الضمنية.[2]

1- مثل هذا الاتجاه قد تتخلله بعض الصعوبات تتمثل في تحديد النظام القانوني الذي تنتمي إليه قواعد التنازع، هل سيطبق المحكم نظام التنازع الموجود في الدولة التي يحمل جنسيتها أم تلك التي يتوطن فيها أو يقيم فيها أم في الدولة التي ينتمي إليها أطراف النزاع بجنسيتهم، أم سيتبع نظام التنازع المعمول به في دولة مقر التحكيم، أو في تلك التي كان من المفروض أن تختص محاكمها بالنظر في النزاع، أم في الدولة من المحتمل أن ينفذ فيها حكمه بعد صدوره. راجع في هذا الشأن: جمال محمود الكردي، المرجع السابق. ص 91 وما يليها.

2- موقة عبد الكريم، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في عقود التجارة الدولية. مداخلة ضمن الملتقى الوطني حول للتحكيم التجاري الدولي، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، أيام 26 و27 افريل 2011.

**ثانيا– تطبيق قواعد الإسناد في المسائل التي تخرج بطبيعتها عن سلطان قانون الإرادة:**

يرى جانب من الفقه إلى أنه على الرغم من حرية طرفي التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فإن الحاجة إلى قاعدة إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق تظل قائمة خاصة في حالة المسائل التي تخرج بطبيعتها عن سلطان قانون الإرادة، كما هو الحال بشأن الأهلية والنيابة في التعاقد والشكل اللازم لإفراغ التصرف فيه، وكذلك في الحالات التي يضطر فيها المحكم إلى استبعاد القانون المختار من الطرفين إذا ما كان هذا القانون يخالف النظام العام.[1]

وبشأن قاعدة الإسناد كذلك يذهب جانب من الفقه إلى إعمال قواعد الإسناد في القانون الذي اختاره طرفا النزاع، لأن اختيارهما يعني انصراف إرادتهما إلى قواعد الإسناد في هذا القانون المختار فضلا عن قواعده الموضوعية، بيد أن هذا الرأي لم يجد قبولا مما دعا إلى وجوب البحث عن نظام آخر للإسناد لمواجهة الحالات التي لا يكون الطرفان قد اختارا فيها صراحة أو ضمنا قانونا معينا للتطبيق.[2]

ويرى جانب آخر من الفقه أن اختيار دولة معينة أو أخرى لإجراء التحكيم فيها يستوجب إعمال قواعدها للإسناد للوصول إلى تحديد القانون الواجب التطبيق، أو بعبارة أخرى أنه يتعين على المحكم إعمال قواعد الإسناد في قانون مقر التحكيم[3] ولم يجد هذا الرأي أيضا قبولا في الفقه بصفة عامة ذلك أن التحكيم ليس له نظام إسناد وأن المحكم لا يستمد ولايته من قانون دولة مقر التحكيم، وإنما من اتفاق الطرفين ومن ثم فلا مبرر لالتزامه بقواعد إسناد قانون دولة المقر.[4]

ولكن من جهة أخرى يمكن للمحكم أن يطبق القانون الواجب التطبيق حسب ما يره ملائما لحكم النزاع المطروح وفقا لتقديره الشخصي، والواقع العملي يبين أنّ الحكام يميلون إلى تطبيق قوانين الدول المتقدمة بوصفها أكثر تحضرًا من غيرها، أو يقوم بتطبيق قواعد التجارة الدولية مباشرة.[5]

1- خالد محمد القاضي، المرجع السابق. ص 261.

2- المرجع نفسه. ص 262.

3- مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، المرجع السابق. ص 253.

4- خالد محمد القاضي، المرجع السابق. ص 262.

5- موقة عبد الكريم، المرجع السابق.

ونرى القول بتـــرك الحرية لهيئـــة التحكيـــم في اختيار القانون الواجب التطبيق حـــالة عدم تحديد طرفي التحكيم للنظام القانوني الذي يتعين إتبـــاعه للفصل في موضوع النزاع، أو بعبـــارة أخرى ترك المـــجال واسعا للمحكم كي يتمتع من خلالـــه بحرية في اختيار القانون الملائـــم لحكم موضوع النزاع، ومن ثم يكـــون لهيئـــة التحكيـــم أن تُعمل قواعد الإسناد في أحد القوانين المتصلـــة بالنزاع لتحـــديد القانـــون الواجب التطبيق عليه أو ما تراه مناسبا لحكم النزاع ولها في سبيل ذلك اختيار قانون دولة المقر أو قانون دولة محل تنفيذ الحكم.[1]

## الفرع الثاني

## إعمال القواعد الموضوعية للتجارة الدولية lex mercatoria [2]

تقضي الكثير من التشريعات الوطنية في مجال التحكيم بوجوب تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية جنبا إلى جنب مع القانون الوطني المختار من قبل الأطراف أو المحكم عند غياب قانون الإرادة والمقصود بقواعد التجارة الدولية " القواعد الموضوعية " حيث تلعب هذه القواعد دورا مهما في تكملة قواعد القانون الوطني عند وجود نقص في هذه القواعد.[3]

كذلك يمكن تسمية هذه القواعد بالقواعد غير الوطنية، والتي تتشكل أساسا من عادات وأعراف التجارة الدولية (أولا)، كمكون أول وأساسي لها والمعروفة باسم Lex mercatoria، وإلى جانب ذلك فإن المكون الثاني لها يتمثـــل في المبادئ القانـــونية العامـــة المنظمـــة للمعاملات الـــدولية والقواعـــد العـــامة المعتمدة من طرف الاجتهاد التحكيمي الدولي وقواعد التفسيـــر (ثانيا)، وفي هـــذا الشأن هناك من يطلق عليها تسميـــة

1- خالد محمد القاضي، المرجع السابق. ص ص 262 – 263.

2- بدأ استخدام مصطلح lex mercatoria في مجتمع التجارة الدولية في فرنسا-عميدة النظام القانونـــي اللاتيني- بإشارة استخدمـــها "V.R.RAULT" في مقالة نشرت له في عـــام 1930، على أن أول خطوة في تعميم استخدام ذلك المصطلح، كانت سنة 1961 بموقف جرئ يحسب للفقيهيـــن (René SAVATIER) و (J–M. LELOUP). أنظر: خالـــد محمـــد القاضي، المرجع السابق. ص 263.

3- راجع الفقرة الأولى من المادة 39من قانون التحكيم المصري رقم1994/27 وكذلك الفقرة الثالثة من ذات المادة والتي تقتضي بأنه يجب أن تراعى هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع و الأعراف الجارية في نوع المعاملة.

القواعد الخاصة بالمجموعة الدولية للتجار[1] Règles propres à la communauté des commerçants.

**أولا – تطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية :**

عادات وأعراف التجارة الدولية هي من قبيل القواعد غير الوطنية كما ذكرنا سابقا، لكن هناك سؤال كان موضوعا لجدل كبير، هل أن هذه القواعد غير الوطنية هي قواعد قانونية. وفصلا في هذا الجدل فإن محكمة النقض الفرنسية وضعت حلا لهذا الخلاف في قرارها الصادر في 1991/10/22 مضمونه أن المحكم استند على مقتضيات الأعراف التجارية الدولية أو مايسمى بـ : Lex mercatoria ويكون بذلك قد طبق قاعدة قانونية.[2]

وأن مصدر هذه القواعد السالفة الذكر يعود أولا إلى العقود النموذجية Contrats-type وثانيا إلى المصطلحات التجارية الدولية أو ما يعرف Incotermes وهي مصطلحات إما عامة كالنقل المتعدد أو خاصة كالنقل عبر السكك الحديدية، ولعل الدوافع إلى اللجوء لهذه القواعد قواعد التجارة الدولية ناجم أساسا عن المعاملات ذات الطابع الدولي ومن ثم فالتحكيم التجاري الدولي يجد الموقع المناسب لتطبيق هذه القواعد على موضوع النزاع، ولعل موقف التشريعات الوطنية ولوائح هيئات التحكيم تعمل جميعا أن يكون هناك تعايشا وتكاملا بين هذه القواعد وبين القوانين الوطنية.[3]

وبهذه المثابة فإن المحكم يلتزم بأعمال القواعد غير الوطنية كلما عبرت عن ذلك إرادة الأطراف صراحة أو باستخلاص ذلك ضمنيا من خلال بعض المؤشرات. ومع تنوع أنماط عقود التجارة الدولية ظهرت بصفة واضحة عدم فعالية منهج التنازع التقليدي في اتخاذ الحلول المناسبة التي تتلاءم مع طبيعة هذه العقود باعتباره يؤدي في الكثير من الحالات إلى تطبيق أحد القوانين التي وضعت أساساً لحكم العلاقات الداخلية.[4]

1- جمال محمود الكردي، المرجع السابق. ص 136-137.

2- ابن النصيب عبد الرحمن، المرجع السابق. ص 83.

3- المرجع نفسه. ص 83.

4- موقة عبد الكريم، المرجع السابق.

**ثانيا – تطبيق المبـــادئ القانونيـــة المنظمـــة للمعاملات الدوليـــة والقـــواعد المعتمـــدة من طرف الاجتهـــاد التحكيمـــي وقواعـــد التفسيـــر :**

تفاديًا لكل السلبيات التي تترتب في حالة تطبيق القانون الوطني، يفضل المتعاملون في إطار التجارة الدولية اختيار القواعد التي أنشأتها المعاملات التجارية – القواعد الموضوعية - لحكم موضوع النزاع،[1] والتي توفر للمتعاملين العلم المسبق بمضمونها باعتبارها قواعد عالمية اعتاد التجار متابعتها وتطوير محتواها، حسب ما تمليه الظروف المحيطة بالعقد، لذلك أصبحت تتجاوز الحدود الوطنية لدولة معينة وتستبعد كل القيود التي تفرضها التشريعات الوطنية.

وما يبين حقيقة ملائمة هذه القواعد لحكم المنازعات المرتبطة بالتجارة الدولية، يظهر أساسًا من حيث تنوع مصادرها، فبجانب المصـــادر التشريعيـــة المتمثلـــة في القوانين الـــوطنية هناك مصادر أخرى ذات أهمية أكبر من حيث التعبير عن الإرادة الجماعية والتجار، وهي تلك المتمثلة في المعاملات التجارية التي اعتاد المتعاملون على إتباعها بصفة عفـــوية، إلى أن أصبحت من القواعـــد القائمة بذاتها مستقلّة عن الأنظمـــة القانونية الوطنيـــة وتنطبق على النزاع مباشرة.[2]

ويذهب جانب من الفقه إلى وجوب إعمال قواعد التجارة الدولية كلما أحال إليها الطرفان وإذا تخلفت الإحالة الصريحة فيمكن استخلاص الإرادة الضمنية للطرفين من بعض المؤشرات، كما هو الحال عند اختيار الفصل في النزاع عن طريق مركز من مراكز التحكيم الدولي، ومن هذه المؤشرات أيضا تفويض هيئة التحكيم بالصلح، حيث أن ذلك يعني تطبيق قواعد التجارة الدولية لأن الصلح يقتضى التحرر من التقيد بأحكام القانون والحكم بمقتضى قواعد العدالة.[3]

ويعتبر القانون الجزائري المتعلـــق بالتحكيـــم التجـــاري الدولي حسب التعـــديل الأخير لسنـــة 2008 من بين التشريعات التي سمحت بتطبيق هذه القواعد حسب المـــادة 1050 ق إ م إ التي نصت على أنّ: "تفصل

1- تعرف القواعد الموضوعية بأنّها: « مجموعة القواعد الموضوعية أو المادية ذات المضمون الدولي أو العالمي الموجودة أصلا أو المعدة خصيصا لتعطي حلا مباشرا ينهي النزاع أو يتفاداه في علاقة خاصة ذات طابع دولي».

2- موقة عبد الكريم، المرجع السابق.

3- خالد محمد القاضي، المرجع السابق. ص 264.

هيئة التحكيم في النزاع طبقاً لقواعد القانون..."، ويقصد بهذه الأخيرة – حسب نص المادة – القواعد الموضوعية التي يمكن أن يشير إليها الأطراف، كما يمكن أن يطبقها المحكم من تلقاء نفسه في حالة غياب الاختيار هذا ما يبّن لنا أنّ المشرع الجزائري قد سوى بين الأطراف والمحكم في تطبيق هذه القواعد.[1]

وقد علّق أستاذ القانون "بن عبد الرحمان" على المادة سالفة الذكر، بأنّ الأعراف لا تتمتع بالنسبة للتشريع الجزائري بالدور المكمل، بل تقف على مستوى موازٍ مع القواعد القانونية الأخرى، وبهذه المثابة فإنّ التشريع الجزائري الجديد المتعلق بالتحكيم يُعد مثالاً للتشريع المناصر لنظرية القواعد عبر الدولية، بل ومثالاً لأكثر التشريعات تحررًا للمحكم عن تحديده للقواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع.

كما تجد هذه القواعد مجال تطبيقها في حالة التحكيم الذي نصّت عليه المادة 1050ق إ م إ فبمقتضاها يكون المحكم حرًا في البحث عن الحل الذي يبدو له ملائماً ومشروعاً بالنسبة للأطراف.

كما يمكن له أن يتولى هذه المهمة وفقاً للقانون إذا ما تأكد أنّه الأصلح لحل النزاع، أو الاستعانة بقواعد الإنصاف. ولكن هذا مع شرط أن يكون هناك اتفاق صريح بين الأطراف في اللجوء إلى هذا النوع من التحكيم.[2]

بعد أن تطرقنا إلى تحديد دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، تبيّن أنّ الأصل هو إعمال مبدأ سلطان الإرادة، ولكن مثل هذا التسليم قد يحتاج إلى نوع من التوضيح، فالقول بقانون الإرادة لا يعني أنّه سيطبق بالكيفية التي يريدها الأطراف وإنما هناك بعض القيود التي تحدّ من قدرة هذا الاختيار وأنه يمكن في بعض الحالات أن يؤدي هذا إلى استبعاد قانون الإرادة، وقد تتعدد الأسباب في ذلك خاصة عندما يتعلق الأمر بمخالفة القانون المختار من قبل الأطراف للنظام العام أو ثبوت الغش نحو القانون.

1- موقة عبد الكريم، المرجع السابق.

2-كمال عليوش قربوع، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر. المرجع سابق، ص56.

# الفصل الثاني

# تقييد الإرادة في التحكيم التجاري الدولي

تبين لنا مما سبق من خلال دراستنا في الفصل السابق أن المشـــرع الجزائري من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 أنه يتماشى والأنظمة القانونية المتطورة في البلدان المتقدمة، لا سيما في تكريسه لمبدأ سلطـــان الإرادة سواء على اتفاق التحكيم من جهة أو على الإجراءات المتبعة بما فيها القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، من جهة وعلى موضوع النزاع من جهة أخرى. تماشيا مع هذا المبدأ الذي وجد التحكيم في أساسه لخدمته وتكريسه.

لكن ورغم ما يتضمنه التشريع الوطني من نصوص تكرس مبدأ سلطان الإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيق، غير أن المتعاملين يصطدمون بوجود قيود قانونية وعملية، في الوقت الذي كانت فيه السهولة والأمن القانوني هما مدعاة اللجوء إلى التحكيم التجاري.

ففي ظل وجود نصوص تشريعية آمرة يتعين على الأطراف أخذها بعين الاعتبار عند تعيين تلك القواعد وعلى المحكم إعمـــالها إذا ما أراد ضمان نتيجـــة للقرار التحكيمي الذي يصدره، أضحت العلاقة بين المتعاملين في حقل التجارة الدولية تخضع " لقيود" تلك النصوص، والتي تنتفي معها إرادتهم في مناقشة القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع.

وعلاوة على تلك النصوص التشريعية، فقد منحت بعض التشريعات الوطنية المتعلقة بالتحكيم لهيئة التحكيم ممثلة في شخص المحكم، سلطة واسعة في البحث عن القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع سواء في التحكيم بالقانون أو في التحكيم مع التفويض بالصلح، وهذا ما يترتب عنه تعسف المحكمين في ممارستهم حقهم المذكور وما يؤدي إليه في نهاية المطاف إلى استبعاد القانون المختار بمعرفة الأطراف لصالح تطبيق قانون آخر لم يتم تعيينه.

ومن هذا المنطلق، يبدو أن هناك صورتان بارزتان لتقييد مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي أولاهما تتعلق بتدخل المشرع واستبعاد قانون الإرادة (المبحث الأول)، وثانيها تتكلم عن تدخل المحكم واستبعاد قانون الإرادة (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

## تدخل المشرع واستبعاد قانون الإرادة

توصلنا فيما سبق، إلى أنه يتعين على المحكمين احترام إرادة الأطراف المتعاقدة من خلال إعمال القواعد القانونية التي تم اختيارها من قبلهم، غير أن هذا الاحترام لا يمثل قاعدة مطلقة، إنما تحدوها الكثير من القيود والعوائق فرضتها الإرادة التشريعية للدول بمقتضى نصوص قانونية آمرة لا يمكن للأطراف إغفالها أو التهرب من أحكامها بصدد تعيين القواعد الواجبة التطبيق، كما يتعين على المحكم إعمالها رعاية لمبدأ فعالية أحكامه وكفالة لتنفيذها، إذا ما اضطر المحكوم لصالحه إلى طلب الأمر بالتنفيذ من القضاء الوطني متى رفض المحكوم ضده تنفيذ القرار رضائيا.

ومن بين تلك القيود نجد القيد المتعلق بضرورة إعمال فكرة النظام العام (المطلب الأول)، إلى جانب قواعد البوليس (المطلب الثاني)، التي تربطها بالعقد رابطة وثيقة، وهذا ما يحد من نطاق قانون الإرادة المختار بمعرفة الأطراف.

### المطلب الأول

### النظام العام واستبعاد قانون الإرادة

تعد فكرة النظام العام من أهم القيود التي ترد على حرية الأطراف في اختيار القواعد القانونية التي تحكم موضوع نزاعهم التحكيمي، إذ يمكن استبعاد نصوص القانون المختار بمعرفة الأطراف باسم النظام العام عندما تكون مخالفة لمقتضياته، وبما أن القرار التحكيمي يتم تنفيذه في دولة معينة فإنه يتعين توافق قواعد القانون المختار مع مقتضيات النظام العام في تلك الدولة، طالما أن قضاء هذه الأخيرة يمارس رقابته القرار التحكيمي قبل تنفيذه (الفرع الأول).

وعلى هذا الأساس يبدو الدور الحاسم الذي يقوم به المحكم في سبيل استبعاد تطبيق قواعد القانون المختار متى تبين له مخالفتها لمقتضيات النظام العام الدولي أو الوطني ( الفرع الثاني)، مما يدعونا للبحث في مدى تكريس قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 لهذا القيد في (الفرع الثالث).

## الفرع الأول

## المقصود بالنظام العام

يلعب النظام العام دورا مهما في مجال تنازع القوانين كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي، الذي أشارة قاعدة الإسناد باختصاصه لا سيما قانون الإرادة.[1] والواقع أن فكرة النظام العام قديمة عرفها رجال الفقه مند بداية ظهور ما يسمى بتنازع القوانين، ومن ذلك الحين صحبتها تطورات عديدة إلى أن استقرت في التشريعات الوطنية للدول وأصبح دورها هو استبعاد تطبيق القانون الأجنبي (أولا)، ومع التطورات المتلاحقة التي طرأت على حقل التجارة الدولية وما صاحبها من تبلور مجموعة من القواعد ذات الصبغة الدولية، تطورت هذه الفكرة أيضا حيث ظهرت فكرة النظام العام الدولي بدور جديد، وبمفهوم يختلف عن المفهوم الكلاسيكي المتعارف عليه بشأنها (ثانيا).

### أولا – التصور الكلاسيكي لفكرة النظـــام العـــــام:

لقد بدأت ملامح هذه فكرة النظام العام تبرز لأول مرة لدى فقهاء قانون الأحوال الإيطالي، حيث فرق الفقيه "باريطول" في العصور الوسطى بين الأحوال الملائمة والأحوال البغيضة،[2] بعدها جاء الفقيه"مانشيني" في القرن التاسع عشر واستخدام فكرة النظام العام ليس بوصفها الإستبعادي وإنما كأداة لتثبيت الاختصاص

1- كراش ليلى، مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي. مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر 2001. ص 91.

2- الأحوال الملائمة أو المستحسنة هي التي تصاحب الشخص أينما ذهب فتطبق عليه سواء وجد داخل إقليم دولته أو خارجها بخلاف الأحوال البغيضة أو المستهجنة فهي القواعد التي لا ترتب آثارها إلا في إقليم الدولة التي وضعتها. نادية فوضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني د ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2002، ص 114.

للقانون الإقليمي، وقد أورد على نظريته بعض الاستثناءات من بينها ما يتعلق بقواعد القانون العام والقواعد القانونية الخاصة بالأمن المدني وبالملكية العقارية، فهي ذات تطبيق إقليمي لتعلقها بفكرة النظام العام.[1]

وفي هذا يعد الفقيه"سافيني" أول من صور فكرة النظام العـــام على النحو المتعارف عليه لدى الفقه الحديث في القرن التاسع عشر من خلال تأسيسه لهذه الفكرة على نظرية الاشتراك القانوني في المدينة والثقافة الروحيـــة أو القانونية.[2]

وعلى هذا يتضح أن النظام العام فكرة قديمة تطورت عبر فترات متلاحقة، فكانت أداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي، قبل أن تأخذ دورا آخر يتمثل في اعتبارها أداة لاستبعاد القانون الأجنبي، لهذا سوف نتكلم عن تعريف فكرة النظام العام في (1)، ثم عن صور النظام العام في (2).

## 1- تعريف فكـــرة النظـــام العـــام:

لقد حاول غالبية الفقهاء تعريف فكرة النظام العام، بيد أنهم تعرضوا لانتقاد مرير بسبب غموض ومرونة هذه الفكرة، وصعوبة تحديدها على وجه دقيق، لأنه ليس من السهل تعريف النظام العام تعريفا جامعا مانعا مع تحديد نطاق تدخله مسبقا لكونه "فكرة وطنية مرنة" تختلف باختلاف الدول وتتغير في الدولة الواحدة بتعاقب الزمن، فما كان بالأمس قريبا من النظام العام قد يكون غير ذلك في فترة أخرى، وما يعد من النظام العام في دولة معينة قد يكون غير ذلك في دولة أخرى.[3]

لذلك نجد الكتاب الإنجليز تعرضوا للنظام العام بقولهم: "أنه المبدأ الذي يستوجب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في الأحوال التي يخالف فيها تطبيقه سياسة القانون الوطني أو قواعد الآداب العامة أو يتعارض مع ضرورة المحافظة على النظام السياسي فيها".[4]

1- كراش ليلى، المرجع السابق. ص 91.

2- خلاف فاتح، مبدأ سلطان الإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي في التشريع الجزائري. رسالة ماجستير، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل، 2007-2008، ص 69.

3- كراش ليلى، المرجع السابق. ص 92.

4- خلاف فاتح، المرجع السابق. ص 69.

وبرأي مجمل الفقه، يقصد بالنظام العام: "مجموع القواعد القانونية التي تستهدف تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد الذين يجب عليهم جميعا مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم حتى ولو حققت هذه الاتفاقات مصالح فردية وذلك لأن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة"[1]

وفي هذا الشأن، لجأ البعض نحو وضع قائمة للقوانين المتعلقة بفكرة النظام العام وهي:

1- القواعد القانونية التي تستهدف تنظيم وحماية أمن الدولة داخل إقليمها وخارجه.

2- القواعد التي تستهدف حماية الحقوق والحريات المكرسة دستوريا وكفالتها.

3- القواعد القانونية المتعلقة بالأمن والبوليس وقوانين المالية.

وهكذا يبدو أن تعاريف النظام العام قد تعددت واختلفت بشكل واضح، لكنها اتفقت في كونه يمثل مجموع الأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية والدينية، التي يقوم عليها مجتمع معين، بل أن مضمونه يختلف في الدولة الواحدة من زمن لآخر، ما دفع بالأستاذ "محند إسعاد" إلى القول: "إذا كنا نجهل محتوى النظام العام فإننا نعرف ما يرمي إليه".[2]

والنظام العام سواء في إطار العلاقات الداخلية، أم في إطار العلاقات الدولية، يرمي إلى تحقيق هدف رئيسي واحد، هو حماية النظام القانوني الوطني، وتدعيم قوانين الدولة الأساسية.[3]

ولما كان من غير الممكن وضع تعريف مانع جامع لفكرة النظام العام، في ظل المرونة التي تتميز بها هذه الفكرة ففي اعتقادنا تبقى المسألة متروكة لتقدير قاضي كل دولة، يطورها وفق المبادئ والأخلاق والتقاليد السائدة في دولة القاضي، فإذا تبين له أن قواعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق مخالفة للأسس الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والدينية لقانون دولته استبعد تطبيقها باسم النظام العام، على أن يبني موقفه على أسس ومعايير موضوعية.

1- أياد محمود بردان، التحكيم والنظام العام (دراسة مقارنة). منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، د ت ن، ص 154.

2- خلاف فاتح، المرجع السابق. ص 70.

3- أياد محمود بروان، المرجع السابق. ص 391.

### 2 – صور النظام العام:

من المسلم به لدى رجال الفقه والقانون أن قواعد النظام العام تستهدف حماية المصالح الجوهرية للمجتمع سواء تعلق الأمر بالقانون الدولي أو بالقانون الداخلي، غير أن ذلك لا يعني تطابق وظيفة النظام العام في كلا المجالين لذلك يتعين ضرورة التفرقة بين ما يسمى لدى رجال الفقه "النظام العام الداخلي" وما يسمى بـــ"النظام العام الدولي".[1]

فالنظام العام الداخلي يعني مجموعة القواعد القانونية التي تسنها الدولة من أجل حماية مصالحها والمحافظة عليها، بحيث يستبعد بمقتضاها أي قاعدة قانونية أو حكم أجنبي يمثل تجاوزا على هذه القواعد الملزمة ذات الطابع الآمر، أو يتعارض مع المصالح الاقتصادية والاجتماعية والسياسية للدولة،[2] وهذا ما يتطابق إلى حد كبير مع فكرة النظام العام في المفهوم الكلاسيكي كما سبق بيانه، وإذا كان من الصعب وضع تعريف جامع مانع لهذه الصورة بسبب مرونة الفكرة فإن الأمر يزيد صعوبة عند تعريف النظام العام الدولي لصعوبة تحديد جوهره.[3]

أما النظام العام الدولي أو النظام العام عبر الدولي أو النظام العام الدولي الحقيقي Ordre public transnational ou réellement international، فهو ينطلق من فرضية أساسية تتمثل في الإقرار بوجود نظام قانوني عبر دولي Ordre juridique transnational، والذي يتكون من مجموع القواعد التي استقر عليها العرف التجاري الدولي والتطبيقات التحكيمية والقضائية.[4]

وككل نظام قانوني، فلهذا القانون نظامه العام المتمثل في مجموعة القواعد عبر الدولية الآمرة التي لا يجوز خرقها بأيّ حال كقاعدة حظر الرشوة وحسن النيّة وإلزامية العقد

1- خلاف فاتح، المرجع السابق. ص 71.

2- المرجع نفسه. ص 71.

3- يستبعد بعض رجال الفقه وجود فكرة النظام العم الدولي بدعوى غياب سلطة عليا فوق الدول يمكنها أن تفرض هذا النظام وتحميه، راجع في هذا الصدد: نادية فوضيل، المرجع السابق. ص 123.

4- أحمد الورفلي، التّمسّك بقواعد النّظام العام في التحكيم. مقالة منشورة بمجلـــة التحكيـــم والقانون الخـــليجي، ع 10، أكتوبر 2009 ص 25.

فالمشكلة هي أن تسمية "النظام العام الدولي" في حد ذاتها قد تثير اللبس، وتفيد أن هناك نظاما عاما مشتركا وعالميا بين مختلف الدول، وهذا ليس صحيحا في جميع الفروض، كل ما يوجد هناك نظام عام واحد يتباين دوره بحسب المجال الذي يعمل فيه، ومن ثمة ليس من الصواب التأصيل لوجود نظام عام دولي.

مجمل القول؛ أن وظيفة النظام العام في القانون الداخلي، تختلف عنه وظيفة النظام العام في القانون الدولي والتحكيم التجاري الدولي، حيث ينحصر دوره في الأول في ضمان عدم الخروج الإرادي عن القواعد الآمرة وبالتالي فأية مخالفة لقاعدة آمرة يعد خرقا للنظام العام، أما دوره في مجال القانون الدولي الخاص والتحكيم التجاري الدولي فيتمثل في استبعاد تطبيق الأحكام القضائية والقرارات التحكيمية والقضاء ببطلانها.

**ثانيا – التصور الجديد لفكرة النظام العام:**

مع تطور التعامل على مستوى التجارة الدوليـــة، ظهرت مجموعة من المبادئ تختلف عن فكرة النظام العام في إطار القوانين الوطنية، من حيث تميزها بالقدرة على استيعاب معطيات التبادل التجاري في الوقت الراهن هذه المبادئ تشكل ما يطلق على تسميتها لدى الفقه الحديث بالنظام العام الدولي والحقيقي أو النظام العام الذي يعلو فوق الدول (1)، وقد لقيت هذه المبادئ ممارسات في ظل التحكيم التجاري الدولي (2).

**1- المقصود بالنظام العام الدولي والحقيقي:**

لقد اهتم رجال الفقه القانوني بهذا المفهوم الجديد أمثال الفقيه "Niboyet"، إذ يرى في المقصود بالنظام العام الحقيقي أنه النظام العـــام المشترك بين الأمم المتحضرة والذي يترتب على عدم احترامـــــــه الخروج عن نطاق الاشتـــراك القانوني الذي يعتبر أســـاس القانون الـــدولي الخاص، بل ويعتقد الفقيه "Goldman" أنه مهما كان مصدر النظام العام الحقيقي ومحتواه، فهو يعمل على حماية المبادئ الأساسية وإقامة الآداب الاتفاقية الدولية.[1]

وعلى هذا الأساس، يبدو أن مصادر النظام العام الحقيقي متعددة فهي لا تستمد مباشرة من القوانين الداخلية للدول، وإنما من النصوص الدولية أو المبادئ العامة المعمول بها في الأمم المتحضرة، وما وجود فكرة النظام العام بمعناها الجديد إلا حماية لهذه المبادئ وتلك النصوص.

1- خلاف فاتح، المرجع السابق. ص 72.

ولا شك في أن هذه القواعد قد أضحت تلعب دورا بارزا في مجال التحكيم التجاري الدولي، ويعود ذلك لكون غياب قانون يتبعه المحكمون يشبه قانون القاضي، جعلهم يحتاجون إلى نظام قانوني له صفة العالمية يرجعون أليه لاستبعاد القانون الواجب التطبيق على النزاعات التي يفصلون فيها متى كانت مخالفة لمقتضيات النظام العام بالمفهوم الدولي.[1]

**2- ممارسات النظام العام الدولي والحقيقي في ظل التحكيم التجاري الدولي:**

يؤيد الميدان التطبيقي لقضاء التحكيم التجاري الدولي هذه الفكرة، فبالرجوع إلى أحد السوابق التحكيمية الصادرة عن هيئة التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس عام 1982، يتضح أن المحكم الدولي قد وضع حدا لعقد مخالف لقاعدة دولية تدخل في تكوين ما يسمى النظام العام الدولي الحقيقي، تتمثل في فكرة الآداب الحسنة حيث جاء في حيثياته "بما أن العقد مخالف للقوانين الآمرة أو قواعد النظام العام ومخالف أيضا للآداب الحسنة فهو باطل مطلقا.[2]

وعلى هذا الأساس، لم يهد إعمال فكرة النظام العام يقتصر على القاضي الوطني حماية لقانون دولته بل أضحى للمحكمين أيضا نظام عام مطلق حقيقي يتولون تكريسه، فرض نفسه في الميدان التطبيقي باعتباره وسيلة تسمح بتطبيق الحلول التحكيمية.[3]

وبالنتيجة لما سبق، نخلص إلى القول بأنه إلى جانب النظام العام الكلاسيكي الذي يكون أصله وطني برز نظام عام دولي أصله دولي ومصدره ينبع مباشرة من لدن الناشطين في حقل التجارة الدولية، والذي يطلق على تسميته النظام العام الدولي الحقيقي، حيث يتم إعماله من قبل المحكم الفاصل في النزاع التحكيمي المطروح أمامه للتسوية.

1- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق. ص 589.

2- خلاف فاتح، المرجع السابق. ص 73.

3- المرجع نفسه. ص 73.

## الفرع الثاني

## إعمال المحكم لفكرة النظام العام

يعد إعمال المحكم لفكرة النظام العام من أهم القيود التي ترد على حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع التحكيمي، إذ يمكن للمحكمين استبعاد نصوص القانون المختار باسم النظام العام، طالما يقع عليهم عبء ضمان تنفيذ القرارات التحكيمية التي يصدرونها في الدولة التي من المفروض أن تنفذ فيها من خلال احترام مقتضيات النظام العام الوطني في قانون تلك الدولة حتى لا يكون مصير قراراتهم الرفض، وبالتالي يكون من العبث إصدارهم لقرارات متضمنة المساس بالنظام العام لدولة مقر إجراء التحكيم، أو على الأرجح مخالفتهم لفكرة النظام العام لدولة التنفيذ طالما أن قضاء هذه الدولة قد يمارس رقابة على تلك القرارات.

على هذا الأساس نتناول هذا الفرع في صورتين، موقف الفقه من مسألة إعمال المحكم لفكرة النظام العام (أولا)، وموقف القضاء من مسألة إعمال المحكم لفكرة النظام العام (ثانيا).

### أولا– موقف الفقه من مسألة إعمال المحكم لفكرة النظام العام:

يرى الفقيه Yves Derrains أن "المحكم ملزم بتطبيق القانون المختار من قبل الأطراف وبالتالي إعطاء أثر لإرادة الأطراف، ماعدا الحالات التي يلاحظ فيها المحكم أن إرادة الأطراف تهدف إلى استبعاد قواعد النظام العام"[1]

كذلك يرى جانب من الفقه أن "المحكم ملزم باحترام إرادة الأطراف باعتباره جزء لا يتجزأ من النظام الذي أنشأه العقد، وبالتالي فهو لا يملك أي سلطة في مواجهة الأطراف.[2]

بالإضافة إلى ما سبق ذكره، يتعين على المحكم مراعاة عدم المساس بالنظام العام الدولي الحقيقي عند إصداره للقرار التحكيمي، من خلال استبعاد القواعد المختارة بمعرفة الأطراف متى رأى أنها مخالفة للاعتبارات الجوهرية التي تقتضيها التجارة الدولية، وفي هذا الصدد "تكون الإرادة حرة في الحدود التي تسمح بها الأخلاق

1- كراش ليلى، المرجع السابق. ص 102.

2- المرجع نفسه. ص 102.

العليا الملزمة للتجار ومتطلبات تضامن هذا المجتمع" وبناء على ذلك ليس غريبا أن يتراجع إعمال مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القواعد التي تحكم موضوع النزاع، باسم النظام العام العابر للأوطان الذي أضحى نظاما قائما بذاته يتعين احترام مفاهيمه.[1]

**ثانيا– موقف القضاء من مسألة إعمال المحكم لفكرة النظام العام:**

لقد كان موقف القضاء صريحا في هذا الشأن، حيث قضت محكمة استئناف باريس المختصة بنظر الطعون المرفوعة ضد أحكام التحكيم بأن "المحكم يتمتع بسلطة تطبيق القواعد الآمرة في الدعوى، وتكون له السلطة الاحتمالية لبطلان العقد أو لفض شروطه التي تخالف النظام العام مع تعويضات للمضرور".[2]

وقد اعتنق هذا الاتجاه معهد القانون الدولي في دورة فيسبادن لسنة 1985 حيث قرر في توصياته أن "إسباغ طابع القانون الدولي على نص معين من القانـــون الأجنبي المحدد بمقتضى قاعدة لتنازع القوانين لا تقف عقبة في سبيل تطبيقه مع التحفظ الأساسي المتعلق بالنظام العام".[3]

وهكذا يتضح أن فكرة النظام العام تستعمل للحد من تدخل قانون إرادة الأطراف المتعاقدة، ويكون للمحكم الدور الحاسم في إعمال هذه الفكرة، من خلال استبعاده للقواعد المختارة من قبل الأطراف، إذا ما كانت مخالفة لقواعد النظام العام في مقر إجراء التحكيم أو مكان تنفيذ القرار، كما لا يوجد ما يحول بينه وبين استبعاد تلك القواعد باسم النظام العام الدولي، وفي هذا الإطار من الصواب فرض ضوابط رقابة بعدية على عمل المحكم طالما أنه قد يهدر قانون إرادة الأطراف لصالح قواعد أخرى، ليجد نفسه عن قصد أو بدونه أداة في خدمة مصالح أحد الأطراف المتنازعة تحت غطاء مراعاة فكرة النظام العام الدولي، لاسيما في ظل مرونة الفكرة وصعوبة تحديد محتواها ووظيفتها، هذا الوضع يدعونا لبحث موقف المشرع.

1- خلاف فاتح، المرجع السابق. ص 74.

2- كراش ليلى، المرجع السابق. ص 102.

3- منير عبد المجيد، المرجع السابق. ص 207.

## الفرع الثالث

## القانون الجزائري وفكرة النظام العام

القانون الجزائري مثله مثل القانون الفرنسي والقانون المصري جعل من النظام العام قيدا على تطبيق القانون الأجنبي، وبالتالي فإن اللجوء إلى النظام العام في القانون الجزائري يتم في صورة دفع وليس في شكل قاعدة إسناد فلا يكون إعمال فكرة النظام العام في مرحلة وضع قواعد الإسناد وإنما يأتي في مرحلة إعمال هذه القواعد القاضية بتطبيق القانون الأجنبي.[1] لهذا نحاول التعرف على رأي المشرع الجزائري في مسألة فكرة النظام العام (أولا)، ثم عن موقف القاضي الوطني من فكرة النظام العام (ثانيا).

### أولا– المشرع الجزائري وفكرة النظام العام:

للوقوف على تصور المشرع الجزائري لفكرة النظام العام، يقتضي البحث في كيفية استخدام هذه الفكرة في مادة التحكيم، وفي هذا الصدد يتبين من أحكام قانون الإجراءات لمدنية والإدارية 08- 09 المذكور سابقا أن المشرع الجزائري قد أدرج فكرة النظام العام في نص المادة 1051ق إ م إ،[2] بمناسبة شروط الاعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي كما وردت بنص المادة 1056 ق إ م إ[3]،عند تعداد حالات قبول الطعـــن بالاستئناف ضد القـــرار الذي يسمح بالاعتراف أو تنفيذ القرار التحكيمي.

1- كراش ليلى، المرجع السابق. ص 94.

2- تنص المادة 1051 ق إ م د على: " يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي.

وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني".

3- تنص المادة 1056 ق إ م د على: "لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية...،6- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي".

من خلال استقراء هته النصوص يتبين أن المشرع الجزائري باستخدامه "تعبير النظام العام الدولي" يكون قد نقل فكرة النظام العام من القانون الفرنسي الذي أدرجها لأول مرة في النص التنظيمي الذي أصدره سنة 1981.[1]

وهذا خلافا للتعبير الذي استخدمه المشرع المصري بموجب القانون رقم 27 لسنة 1994 المعدل والمتمم حيث استخدم تعبير " النظام العام الداخلي" وفقا لما تشير إليه المادة 58 منه بقولها: "لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم إلا إذا تحقق أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية".[2] فكان المشرع المصري واضحا في تحديد أي صورة من صور النظام العام التي يتعين إعمالها من قبل المحكم وهي النظام العام الداخلي لدولة مصر.

مع ملاحظة أن المشرع الجزائري قد أحسن فعلا عندما تحاشى استخدام تعبير " النظام العام" التي جاءت به نص المادة 5 من اتفاقية نيويورك 1958،[3] غير أنه استخدامه لفكرة النظام العام الدولي صراحة، لا يعني تغطيته لكل جوانب المسألة، طالما أن الإشكال يكمن في المقصود بهذ النظام العام الدولي في حد ذاته وما إذا كان يدخل تحت نطاقه النظام العام الداخلي أم لا.

**ثانيا– القاضي الوطني وفكرة النظام العام:**

على الرغم من تكريس المشرع لفكرة النظام العام، إلا أنه منح الحرية للقاضي الوطني في تحديد مضمونها وبالتبعية لذلك له الحرية في تقدير مدى مخالفة القرار التحكيمي الصادر في مادة التحكيم لتلك الفكرة أم لا وفي هذا الصدد يتعين على القاضي أن يعتمد على معايير موضوعية وأن يقتصر تدخله على إعمال الأحكام الآمرة دوليا والتي تكون لها علاقة وثيقة بموضوع النزاع على غرار إعماله للأحكام الآمرة الوطنية، ومراعاة لخصوصيات المعاملات الدولية يتعين عليه أيضا التقليل من إصدار قرارات رفض الاعتراف والتنفيذ للقرارات التحكيمية، إلا إذا قدر بأن هناك مصالح جوهرية في القانون الوطني جديرة بالحماية معرضة للخطر.

---

1- كمال عليوش قربوع ، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر. المرجع السابق، ص 32.

2- قانون رقم 27 لسنة 1994 الصادر بتاريخ 18 أفريل 1994، المعدل والمتمم بالقانون رقم 09 لسنة 1997، السالف الذكر.

3- فقد جاء في المادة 5 من اتفاقية نيويورك، المصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 88 – 233 السالف الذكر عبارة : "...أن الاعتراف لحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في البلد".

رغم أن الملاحظ بشأن القضاء الجزائري أنه لم يستقر على رأي في تحديد مفهوم النظام العام الدولي بمفهومه الداخلي كما فعلت بعض الدول الأخرى مثل فرنسا، وهذا راجع لكون قانون التحكيم التجاري الدولي في الجزائر جديد النشأة.[1] هذا ما يفسح المجال للقاضي للتعسف في ظل غياب ضوابط موضوعية فتكون الأطراف المتضررة من هذا الغموض ويجد المحكم صعوبة بمناسبة الفصل في النزاع.[2]

وبالنتيجة لكل ما سبق بيانه، يتضح أن فكرة النظام العام تعد من أهم القيود التي يمكن أن تؤدي إلى استبعاد تطبيق قانون الإرادة لصالح قواعد أخرى، وهذا ما يمس بتوقعات الأطراف من حيث العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق، حيث يميل المحكمون نحو إعمال فكرة النظام العام باعتبارهم حراسا على النظام التجاري الدولي والمصالح الجماعية التي يستهدفها، ورعاية لمبدأ فعالية أحكامهم وكفالة لتنفيذها، حتى ولو كان ذلك يمس بمبدأ سلطان الإرادة هذا الأخير لا يتردد المحكمين في استبعاده بدعوى إعمال قواعد البوليس أيضا.

## المطلب الثاني

## قواعد البوليس واستبعاد قانون الإرادة

على غرار فكرة النظام العام، تعد قواعد البوليس من بين القيود التي ترد على حرية تعيين الأطراف للقانون الواجب التطبيق، بحيث يتعين على الخصوم احترامها وعدم التهرب من أحكامها، وفي هذا الصدد لم يتفق الفقه على تحديد المقصود بها (الفرع الأول)، وأكثر من ذلك ثمة بعض الغموض فيما يخص التفرقة بينها وبين النظام العام (الفرع الثاني)، لكنها تبقى قيدا واردا على مبدأ سلطان الإرادة يتعين على المحكمين إعمالها عند الفصل في النزاع (الفرع الثالث).

1- كراش ليلى، المرجع السابق. ص 104.

2- خلاف فاتح، المرجع السابق. ص 76.

## الفرع الأول

## المقصود بقواعد البوليس

لقد قُدمت في هذا الشأن تعريفات متعددة تناولت القواعد ذات التطبيق المباشر أو ذات التطبيق الضروري Lois d'application immédiate، أو قواعد البوليس Lois de police، كما يفضل البعض تسميتها، ولهذا من البديهي الاكتفاء بذكر نماذج منها بما يدلل بعض الشيء الغموض الذي يكتنف هذه القـــــــواعد لهذا نتناول (أولا) تعريف قواعد البوليس، ثم المجالات التي تشملها قواعد البوليس في (ثانيا).

### أولا– تعريف قواعد البوليس:

تعرف قواعد البوليس بأنها "مجموعة القواعد اللازمة للمحافظة على النظام السياسي والاجتماعي أو الاقتصادي للبلاد"، كما يمكن القول بأنها " تمثل القواعد التي يبدو التقيد بها ضروريا لحماية التنظيم السياسي والاقتصادي والاجتماعي للدولة، وتُطبق مباشرة دون الرجوع إلى قواعد التنازع". كذلك يقصد بها تلك القواعد القانونية التي تنتمي لقانون القاضي والتي شُرعت في الأصل لتنظيم الروابط الداخلية.[1]

وعلى الرغم مما تضمنته التعاريف السالفة الذكر، غير أنها تبقى قاصرة لاسيما من خلال حصر مجال عمل تلك القواعد في المحافظة على النظام السياسي والاجتماعي أو الاقتصادي لدولة ما، والحق أن مجالها أوسع فهناك بعض القواعد التي تنتفي معها تلك الأهداف، لكنها تكتسب صفة قواعد البوليس لسبب بسيط وهو أن الغاية التي ترمي إلى تحقيقها تنطبق على الغاية التي ترمي إليها قواعد البوليس الأخرى، وليس أدل أن القواعد التي قررها المشرع في قانون حماية المستهلك تعد من قبيل قواعد البوليس رغم أنها ترمي في ظاهرها إلى تحقيق هدف فردي.[2]

وفي ضل صعوبة وضع تعريف جامع مانع لقواعد البوليس يكفي القول بأنها تشكل تلك القواعد القانونية التي تطبق على المسائل المطروحة مباشرة ودون حاجة إلى الرجوع لقواعد الإسناد، فرضتهـــا اعتبارات تنظيم بعض المسائل الاقتصادية مثل عمليات الائتمان والرقابة على النقد وحماية المستهلك أو لحماية الطرف الضعيف

1- محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق. د ط، منشأة المعارف، الاسكندريـــة، 2000 ص 191.

2- خلاف فاتح، المرجع السابق. ص 78.

في بعض العقود كعقد الإيجار وعقد العمل بموجب قواعد آمرة لا يمكن الاتفاق على مخالفة أحكامها أو التهرب من أعملها.

**ثانيا- المجالات التي تشملها قواعد البوليس:**

تعد قواعد البوليس تشريعات وطنية تعبر عن الخيارات الأساسية للنظام القانوني الوطني كالقوانين الجبائية (الضرائبية) وقوانين الشغل والضمان الإجتماعي والصرف والقوانين المنظمة للقطاع المصرفي وقوانين الإفلاس. وتتميز بكثافة درجة الإلزام فيها إلى حدّ إقرار عقوبات جزائية لمخالفيها.[1]

فقواعد البوليس هي تلك القواعد التي تبلغ درجة أمريتها حدا يقتضي إعمالها على المسائل التي في نطاق تطبيقها على نحو مباشر ودون حاجة إلى الرجوع للقانون الذي تشير قواعد الإسناد باختصاصه، بما يترتب عنه تعطيل إعمال قاعدة الإسناد.

لكن؛ أليس من الواضح أن قواعد البوليس تنطبق انطباقا ظاهريا مع فكرة النظام العام من حيث استبعادها للقانون الواجب التطبيق لصالح تطبيق قواعد أخرى آمرة وملزمة.

الواقع أن هذا الخلط قد تمخض عنه موقف مغلوط حول علاقة قواعد البوليس بفكرة النظام العام مما يستدعي ضرورة توضيح المسألة (الفرع الثاني).

## الفرع الثاني

## ضرورة التفرقة بين قواعد البوليس و النظام العام

الواقع أنه كثيرا ما حصل خلط بين قواعد البوليس وفكرة النظام العام، فكان لا بد من التمييز بينهما وتوضيح الفكرة أكثر، وفي هذا الصدد من المسلم به أن فكرة قواعد البوليس قد جاءت من خلال صفة بعض القواعد الوطنية التي تستدعي حسب المجالات الحيوية والإستراتيجية المنظمة لها أن تطبق تطبيقا إقليميا على كل الوطنيين الأجانب على أساس تعلقها بمصالح أساسية سياسية واقتصادية واجتماعية للدولة.[2]

1- أحمد الورفلي، المرجع السابق. ص 25.

2- خلاف فاتح، المرجع السابق. ص 79.

وعلى هذا الأساس؛ ذهب البعض إلى القول بأن قوانين البوليس ما هي إلا تجسيد لفكرة النظام العام حسب دوره التقليدي دون اللجوء إلى تحليل العلاقة المطروحة، وردها إلى إحدى الأفكار المسندة تمهيدا لتطبيق القانون المختص، وإنما يكفي تطبيق تلك القواعد آليا ودون الحاجة إلى الرجوع للقانون الذي تشير قواعد الإسناد باختصاصه. إلا أن جانبا من الفقه يرى استخدام اصطلاح النظام العام كمرادف لقواعد البوليس.[1]

وفي هذا الإطار بالذات قلل البعض[2] من أهمية الموقف السابق، ويرى في المقابل ضرورة التمييز بين قواعد البوليس والنظام العام لا سيما من خلال: الكفاية الذاتية لقواعد البوليس (أولا)، واستقلالية منهج قواعد البوليس عن منهج التنازع (ثانيا).

**أولا – الكفاية الذاتية لقواعد البوليس:**

قواعد البوليس لا يتطلب إعمالها الحاجة إلى فكرة النظام العام وإنما يكفي النص عليها من قبل المشرع في حين أن النظام العام يشكل ما يمكن أن نطلق عليه بسد النقائص التي قد يغفل المشرع عن النص عليها فيتدخل القاضي مستبعدا تطبيق القوانين الأجنبية المخالفة على إقليم الدولة، دون حاجة لنصوص آمرة.

**ثانيا – استقلالية منهج قواعد البوليس عن منهج التنازع:**

تتدخل قواعد البوليس بصفة مستقلة عن قواعد الإسناد، حيث يتم إعمالها بناء على تحليل مضمون هذه القواعد وأهدافها واستخلاص نطاق تطبيقها، وبالتالي مدى إرادتها في الانطباق على المسالة المطروحة خلافا لتدخل قواعد النظام العام فهو يفترض دائما العمل وفق منهج قواعد التنازع، فهذه الفكرة لا تعمل إلا في مرحلة لاحقة على الإسناد، وباعتبارها مجرد وسيلة حماية مما قد يتضمنه القانون الأجنبي المختص من أحكام مخالفة لهذه الفكرة فيتقرر استبعاد قواعد هذا القانون باسم النظام العام.

وانتصارا للرأي الثاني، يبدو أنه يوجد تميز واضح بين فكرة النظام العام وقواعد البوليس، من خلال اعتماد هذه الأخيرة على القواعد المباشرة التي تتوافر في شأنها تلك الصلة العقلانية التي تربط مضمونها وأهدافها بمجال سريانها المكاني.[3]

1- محمود محمد ياقوت، المرجع السابق. ص 193.

2- نادية فوضيل، المرجع السابق. ص 117.

3- محمود محمد ياقوت، المرجع السابق. ص 196.

وهو منهج يختلف عن منهج التنازع التقليدي الذي لا يهتم بمضمون القانون الذي تشير قواعد التنازع باختصاصه، وإنما يكتفي بتحليل الرابطة المطروحة تمهيدا لإسنادها للقانون الأوثق صلة، هذا الأخير يمكن استبعاد تطبيق قواعده إذا كانت مخالفة للنظام العام في الدولة.[1]

وذهب البعض كذلك إلى إحلال اصطلاح النظام العام الوقائي كمرادف لقواعد البوليس، في حين يرى البعض الآخر إحلال اصطلاح النظام العام التوجيهي كمرادف لهذه القواعد.[2]

ومما لا شك فيه أن الوقوف عند بحث تعريف قواعد البوليس والتفرقة بينها وبين فكرة النظام العام ما هي إلا بداية التمهيد لمعالجة مسألة جوهرية، تتمثل في كيفية إعمال المحكمين لقواعد البوليس بصدد نزاع في مادة التحكيم التجاري الدولي.

## الفرع الثالث

## إعمال المحكم لقواعد البوليس

قد يعتقد البعض أن دراسة هذا العنوان يعد غريبا نوعا ما، ومن البديهي تفهم هذا الموقف طالما لا يوجد قانون اختصاص المحكم، فلو تعلق الأمر بإعمال القاضي لقواعد البوليس لكان التفهم يسيرا لكن أن يتعلق بالمحكمين فثمة إشكال على الأقل من الناحية المبدئية.

غير أن الواقع يقر خلاف ذلك تماما، فإذا كان المحكمون لا يملكون قانون اختصاص داخلي يسهرون على حمايته، وبالتالي يستبعد تصور التزامهم بإعمال قواعد البوليس التي تنتمي لقانون داخلي، فإن ذلك لا يحول دون تطبيقهم لتلك القواعد متى تبين انطباقها على النزاع، حيث تجد تلك القواعد مجالها للتطبيق بصرف النظر عن اختصاصها لحكم النزاع.[3]

1- خلاف فاتح، المرجع السابق. ص 80.

2- محمود محمد ياقوت، المرجع السابق. ص ص 193 – 194.

3- خلاف فاتح، المرجع السابق. ص 80.

لذلك سنرى فيما يلي الموقف الفقه والتطبيقي (أولا)، وموقف المشرع الجزائري (ثانيا)، من مسألة إعمال المحكم لقواعد البوليس.

**أولا– موقف الفقه من مسألة إعمال المحكم لقواعد البوليس:**

في ظل غياب قانون اختصاص المحكمين، قد يجد هؤلاء صعوبة في التصدي لوضع حلول التنازع الإيجابي بين قواعد البوليس، وفي هذا الصدد لا مناص من اعتماد معايير خاصة لمواجهة المشكلة حتى لا يؤدي إعمالهم لتلك القواعد مفاجأة الأطراف المتعاقدة لا سيما وأنهم يستمدون اختصاصهم من قانون إرادة الأطراف، وإنما يتعين إعمال القاعدة التي لا يتوقع هؤلاء تطبيقها، ولعل تطبيق قواعد البوليس المتضمنة في القانون الواجب التطبيق هو الحل.[1]

غير أن ذلك لا يمنع إمكانية إعمال قواعد البوليس التي تنتمي لقانون آخر غير القانون الذي اختاره الأطراف ليكون واجب التطبيق على موضوع النزاع، وأمام هذا الخيار يتعين تطبيق قاعدة البوليس التي يقدر المحكمون أنها على صلة وثيقة بالنزاع، حتى وإن كان هناك شرط مدرج في صلب اتفاق الطرفين يقضي بالاستغناء عن قواعد البوليس والتي يصعب عليهم استبعادها أو الإفلات من أحكامها،[2] وفي هذا الإطار ثمة قرار صادر عن هيئة التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس عام 1973، حيث جاء في حيثيات القرار "... وما دام العقد سيجري تنفيذه في كل من لبنان وسوريا والأردن فإن المؤكد أن المستورد اللبناني كان سيحترم قوانين البوليس في الدولة المستـــوردة، ومن ثم لا يصح للمصدر الياباني الإدعاء بأنه لا يجوز التمسك بهذه القوانين في مواجهته".

ويضيف "كل تاجر يبيع منتجاته في دولة أخرى عليه أن يحترم قواعد البوليس السارية في هذه الدولة وهو لا يملك الادعاء بجهل هذه القواعد أو عدم الخضوع للقواعد الخاصة بالاستيراد في الدولة، خاصة ولو كانت هذه القواعد سارية المفعول عند إبرام العقد"

1- خلاف فاتح، المرجع السابق. ص 80.

2- منير عبد المجيد، المرجع السابق. ص75.

كذلك مثال آخر: "بنك سويسري أعطى قرضا بالدولار لشركة برتغالية، عقد القرض يخضع للقانون الإنجليزي ويتوقع الأطراف تحكيما في زيوريخ بسويسرا، امتنعت الشركة البرتغالية عن إرجاع الأموال المقترضة على أساس أنها لم تحصل على التصريح بالتحويل من السلطات البرتغالية.[1] فهل يستطيع المحكم الأخذ بعين الاعتبار قانون البوليس البرتغالي في حين يخضع العقد للقانون الإنجليزي.

وهكذا تبدو أهمية إعمال المحكمين لقواعد البوليس بصفة أساسية عندما يقتضي تنفيذ القرار التحكيمي احترام تلك القواعد في بلد التنفيذ، ولا شك في أن الغاية من وراء هذا الإعمال هي ضمان الفعالية والنجاعة لذلك القرار وتحاشي احتمال إلغائه، طالما أن تجاهل قاعدة البوليس الآمرة في بلد التنفيذ سيؤدي إلى رفض قضاء تلك الدولة الأمر بتنفيذه إذا طلب منها ذلك.

**ثانيا– موقف المشرع الجزائري من مسألة إعمال المحكم لقواعد البوليس:**

إن التطرق لمسألة إعمال المحكم لقواعد البوليس في ظل الموقفين الفقهي والتطبيقي، لا يغني عن ضرورة تقصي المسالة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث أنه وبالعودة إلى أحكامه يتضح أن المشرع الجزائري لم يورد أي نص يخول للمحكمين سلطة إعمال قواعد البوليس، كما لم يضع ما يحول دون ذلك، غير أنه وبالرجوع إلى نص المادة 1056 ق إ م إ، يبدوا أن حكمها يكفي لتجريد المحكمين من سلطة إعمال قواعد البوليس التي لا تنتمي لقانون الإرادة، فقد تضمنت هذه المادة النص على إجازة رفع دعوى البطلان ضد القرار التحكيمي إذا فصلت محكمة التحكيم دون الامتثال للمهمة المسندة إليها مما يستفاد منه ضمنيا أن هذا الحكم يمتد حتى للحالة التي يعين فيها المحكم قواعد بوليس لا تنتمي إلى القانون الذي اتفقت الأطراف المتعاقدة على تطبيقه في موضوع النزاع، لكن يتعين عدم التمادي في إطلاق هذا الحكم بل ينبغي حصر طلب البطلان في الحالة التي يتم فيها تعيين قواعد بوليس تشكل مفاجأة للمتعاقدين.[2]

مجمل القول؛ إذا كان على المحكم احترام إرادة الأطراف المتعاقدة من خلال تطبيق قانون إرادتهم كأصل عام فإن هذا الاحترام لا يمثل قاعدة مطلقة إنما تحدها بعض القيود من بينها ذلك القيد المتعلق بضرورة إعمال

1- كراش ليلى، المرجع السابق. ص 108.

2- خلاف فاتح، المرجع السابق. ص 83.

قواعد البوليس التي تربطها بالعقد رابطة وثيقة، وبالتالي وجود قواعد البوليس يحد من نطاق قانون الإرادة المعين بمعرفة الأطراف المتعاقدة.

## المبحث الثاني

## تدخل المحكم واستبعاد قانون الإرادة

علاوة على تدخل المشرع في تعيين القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع من خلال القواعد الآمرة التي يضعها بموجب القوانين الداخلية، فقد أضحى المحكمون يتمتعون باستقلالية في تعيينه بالنظر إلى السلطات الواسعة الممنوحة لهم بصدد البحث عن الحل المناسب للنزاع المطروح للتسوية عن طريق التحكيم الدولي، سواء تعلق الأمر بحالة التحكيم بالقانون أو حالة التحكيم مع التفويض بالصلح، ولعل التوجهات الراهنة لنظام التحكيم التجاري الدولي وما أحرزه من تطورات قد ساهمت مساهمة فعالة في الرفع من سلطة ومكانة المحكم وليس أدل على ذلك مكنة التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية المتعارف عليها لدى الناشطين في حقل التجارة الدولية، حتى ولو خالف باختياره ذاك قانون إرادة الأطراف.[1]

كل هذه العوامل وغيرها لم تكن في صالح المتعاملين الذين يلجؤون إلى تسوية نزاعاتهم عن طريق التحكيم حيث ترتب عنها تضييق مجال إعمال قانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق، و بهدف تحليل المسألة يتعين بحث تدخل المحكم في حالة التحكيم بالقانون (المطلب الأول)، ثم في حالة التحكيم مع التفويض بالصلح (المطلب الثاني).

1- خلاف فاتح، المرجع السابق. ص 89.

## المطلب الأول

## الإعمال المباشر للقواعد الموضوعية في التحكيم بالقانون

من المسلم به أن الأصل في تعيين القواعد القانونية الواجبة التطبيق في التحكيم بالقانون[1] يعود إلى إرادة الأطراف، لكن قد يغفل هؤلاء تعيين تلك القواعد مما يستدعي تدخل المحكم للتصدي لها، بدعوى ملأ الفراغ القانوني الذي يخلفه عدم تعيين القانون الذي يحكم النزاع.

أمام هذا الوضع، وتماشيا مع متطلبات التعامل ذات الطابع الدولي، تزايد استقلال دور المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق بموجب التشريعات الوطنية، من خلال حريته في الاختيار ومنحه خيار الإعمال المباشر للقواعد الموضوعية للفصل في موضوع النزاع على أساس تلك القواعد.

هذا التوجه وإن كان يتلاءم مع واقع التعامل التجاري،[2] إلا أنه أضحى يشكل خطرا كبيرا يهدد قانون إرادة الأطراف المتعاقدة، لاسيما وأن أغلب العقود يكون فيها تعيين الأطراف للقانون الذي يحكم موضوعها بصفة ضمنية، وقد لا يتم تعيين هذا القانون أصلا.

وحتى يتسنى لنا تفصيل ما سبق ذكره، يتعين تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: نتكلم في (الفرع الأول) عن دور المحكم في تعيين القانون الواجب التطبيق في التشريعات الوطنية للدول وفي (الفرع الثاني) دور المحكم في تعيين القانون الواجب التطبيق في ضوء الممارسات التحكيمية.

1- التحكيم بالقانون هو التحكيم الذي يلتزم بمقتضاه المحكم بتطبيق قانون أو عدة قوانين في جميع مراحله. أنظر: عمرو عيسى الفقي، الجديد في التحكيم في الدول العربية. د ط، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2003، ص18.

2- هشام خالد، عقد ضمان الإستثمار القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه. دار الفكر الجامعي، الاسكندرية د ت ن. ص 07.

## الفرع الأول

## دور المحكم في تعيين القانون الواجب التطبيق في التشريعات الوطنية

كما هو الحـــال بالنسبة للأطراف، يتسع دور المحكمين أيضا في اختيار القانـــون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ولكن هذا الدور يتناسب عكسيا مع وجود قانون الإرادة أو غيابه، فكلما عبر الأطراف عن نمط القواعد القانونية التي تحكم موضوع نزاعهم تراجع تدخل المحكم في تعيينه، وكلما أغفل الأطراف التعبير عن تلك القواعد فهذا يعني فسح المجال الواسع أمام تدخل المحكم في البحث عن القواعد التي يراها مناسبة لحكم النزاع وفقا لمطلق تقديره الشخصي، وفي غالبية الحالات يطبق أعراف ومبادئ التجارة الدولية.[1]

وفي هذا الصدد تتجه مختلف التشريعات المقارنة المعاصرة نحو إعطاء المحكمين الحرية في اختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي عند غياب قانون إرادة الأطراف المتعاقدة الصريحة أو الضمنية (أولا) وهذا ما يدعونا إلى تقصي الموقف الذي اتخذه المشرع الجزائري بموجب أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد في الجزء المتعلق بالتحكيم (ثانيا).

### أولا – دور المحكم في التشريع المقارن:

كما سبق ذكره، لم تتخلف التشريعات المقارنة المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي في منح السلطة الواسعة للمحكمين بصدد البحث عن القواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع التحكيمي، متى تخلفت إرادة الأطراف في تعيينها، وفي هذا الصدد ومن أجل توضيح الفكرة لما تقتضيه المنهجية القانونية يتعين طرح المسألة في التشريع الفرنسي كنموذج للأنظمة الغربية (1)، ثم طرح المسألة مرة ثانية في التشريع المصري كنموذج للأنظمة العربية (2).

### 1 – دور المحكم في التشريع الفرنسي:

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 المرسوم رقم 81 – 500 المتعلق بالتحكيم التجاري

1- خلاف فاتح، المرجع السابق. ص 90.

الدولي بفرنسا السالف ذكره قد فصل صراحة في المسألة.[1] حيث تنص المادة 1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد على ما يأتي:

« L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ; à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées.

Il tient compte dans tous les cas des usages du commerce ».[2]

من خلال مضمون ما جاء به هذا النص، يمكننا الوقوف على ثلاثة ملاحظات.

الملاحظة الأولى: وتوحي بأن المشرع الفرنسي قد أولى اهتمام كبيرا لسلطة المحكم التحكيمية في تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ويتجلى ذلك من خلال ترتيب إرادة المحكمين في درجة ثانية على إرادة الأطراف المتعاقدة.

أما الملاحظة الثانية: فتتعلق بأن اختيار الأطراف المتعاقدة للقانون الواجب التطبيق يعتمد على قاعدة مادية وليس على نظام تنازع القوانين.

أما الملاحظة الثالثة: تتمثل في إشارة المشرع إلى أن اختيار الأطراف لا تتعلق بقانون معين بذاته، بما يتيح الفرصة لتطبيق الأعراف الدولية.

وما 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 إعمالها على الحالات التي لا تنظمها نصوص قانون العقد بما يجعل من الأعراف التجارية مسألة تخضع لتقدير المحكمين الذين يقدرون ملاءمتها من عدمها، بينما دافع فريق آخر على ضرورة تطبيق الأعراف التجارية الدولية تطبيقا تلقائيا عملا بالنظرية الواسعة لأعراف التجارة الدولية.[3]

1- خلاف فاتح، المرجع السابق. ص 91.

2- Article 1496 de Nouveau Code de procédure civile, op. Cit.

3- خلاف فاتح، المرجع السابق. ص92.

وبالنتيجة لما سبق، يتضح أن المشرع الفرنسي لم يتوان في تكريس الحرية الواسعة للمحكمين في تعيين القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي، من خلال أخذه بمبدأ الملاءمة وغياب معايير موضوعية تضبط حدود تدخلهم.

### 2 – دور المحكم في التشريع المصري:

لقد سار المشرع المصري على ذات النهـــج الذي كرسه المشرع الفرنسي، فيما يتعلق بسلطة المحكـــم 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 ووضوحا في رسم حدود هذه السلطة.[1]

حيث تنص المادة 39 فقرة2 من القانون رقم 27 لسنة 1994 على: "وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي تراه أنه أكثر اتصالا بالنزاع ".[2]

وتضيف الفقرة 3 من المادة نفسها ما يشير إلى ضرورة مراعاة الهيئة التحكيمية ممثلة في شخص المحكم لبعض العوامل الجوهرية بقولها:

"يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد ومحل النزاع والأعراف الجارية على نوع المعاملة".[3]

وبهذا الشكل، يتضح أن النص المصري قد ذهب أبعد مما قررته المادة 1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي السالف ذكرها:

فمن ناحية: استخدامه لتعبير القواعد الموضوعية في القانون الذي تراه "أكثر اتصالا بالنزاع" ويفهم منه أنه منح هيئة التحكيـــم سلطة الإعمال المباشر للقواعد الموضوعية، وترك خيار إعمال قواعد التنازع بيد الأطراف المتعاقدة؛ فلهم الحرية في اختيارها كما لهم الحريـــة في إغفالها أيضـــا، وعلاوة على ذلك

1- خلاف فاتح، المرجع السابق. ص92.

2- قانون رقم 27 لسنة 1994مؤرخ في 18 أفريل 1994، المرجع السابق.

3- المرجع نفسه.

يبدو أن النص المصري قد ضبط حرية المحكمين في البحث عن القانون الواجب التطبيق، من خلال اشتراطه ضرورة تعيين القانون الأكثر اتصـــالا بالنزاع، ولعل ذلك عين الصـــواب باعتباره يحد من تعسف المحكمين في ممارسة حقهم المذكور.[1]

ومن 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 الدولية على موضوع النزاع المطروح وهو الحكم ذاته الذي قررته الاتفاقية الأوروبية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي.[2]

وهكذا نخلص إلى أن المشرع المصري منح للمحكمين الحرية بمناسبة البحث عن القواعد التي تحكم موضوع النزاع، ووُفق إلى حد كبير في ضبط سلطتهم.

مما سبق بيانه يستفاد أن التشريعات المقارنة قد عالجت صراحة مسألة مجال سلطة المحكم في تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في حالة غياب التعبير المباشر عن قانون الإرادة- إرادة الأطراف-، وهذا ما يبدو من النموذجين الفرنسي والمصري، وما يمكن قوله في هذا الصدد هو أنه وخلافا للنص الفرنسي الذي ترك للمحكمين السلطة المطلقة في هذه المسألة، فإن النص المصري كان أكثر توفيقا في رسم حدود هذه السلطة كل ذلك يدعونا لبحث الوضع الذي كرسه المشرع بموجب أحكام المواد المتعلقة بالتحكيم في القانون 08- 09 ق إ م إ.

**ثانيا – دور المحكم في التشريع الجزائري:**

رأينا فيما سبق أن المشرع الجزائري قد تناول 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 وهنا يثار التساؤل عن مجال تلك السلطة.

1- خلاف فاتح، المرجع السابق. ص93.

2- المرجع نفسه. ص93.

الواقع أنه وكمبدأ عام نصت المادة 1050 ق إ م إ بشيء من الاختلاف عن القانون المصري وبصورة مطابقة تقريبا للمرسوم الفرنسي السالف ذكره على سلطة المحكمة التحكيمية في تعيين القواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع، في حالة غياب قانون إرادة الأطراف المتعاقدة، حيت تنص المادة السالفة الذكر على ما يلي: "وفي غياب هذا الاختيار، تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".[1]

من خلال هذا النص، نستنتج أن المشرع الجزائري قد منح المحكمين الحرية الواسعة في البحث عن القواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع، لكن ما يعاب عليه أنه استخدم معيار "الملاءمة" مما يمكن المحكمين من اختيار تلك القواعد وفقا لمطلق تقديرهم الشخصي طالما أن مفهوم الملاءمة غير واضح المعالم.

وإن كان نص المادة 1056 ق إ م د يقضي بإلزامية تسبيب الحكم التحكيمي بما يفيد أنه بمثابة ضابط لحرية هيئة التحكيم، غير أن ذلك لا يكفي لأنه ليس واجبا على الأطراف تحديد قانون موحد لحكم الموضوع والإجراءات،[2] بل قد يختلف القانون الذي يحكم موضوع النزاع عن ذلك الذي يحكم الإجراءات، وليس مستبعدا أن يختار الأطراف قانون إجرائي يستثني الإلزام المتعلق بتسبيب الحكم التحكيمي، مما يترك للمحكم اليد الطولى في تطبيق الحل الملائم.

لذلك فعين الصواب هو ضبط سلطة هيئة التحكيم بموجب معايير موضوعية محددة، على اعتبار أنه من الصعب ضبط معنى الملاءمة، كما أن تحاشي تعسف المحكمين في اختيار الحلول الملائمة يفرض ذلك لا سيما وأن أغلب الهيئات التحكيمية المتخصصة تحتكرها الدول المتقدمة.

فكان حريا بالمشرع مسايرة النهج الذي اتبعه النص المصري السالف ذكره، وكذا ما كرسه النص السويسري المحكم بتطبيق القواعد "الأكثر صلة بالنزاع"، بما يتضمنه هذا التعبير من توجيه لإرادة المحكم حسب وصف الأستاذ "تراري ثاني"، بما يترتب على عاتق المحكم إلتزامه بطبيعة العقد وتركيزه في القانون الأكثر ارتباطا به.

1- المادة 1050 من القانون 08-09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، المرجع السابق.

2- عيادي فريدة، سلطة المحكم في حل المنازعات المترتبة عن العقد التجاري الدولي. مذكرة ماجستير في قانون الأعمال كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2001. ص 16.

إن النص الجزائري أعلاه يثير ملاحظة هامة وهي أنه رتب إرادة المحكم في درجة ثانية على إرادة الأطراف مما يناقض ما جاء به نص المادة 18 فقرة1 من القانون المدني الجزائري،[1] حيث تخضع هذه الأخيرة الالتزامات التعاقدية لقانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للأطراف أو مكان إبرام العقد في حالة غياب اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق عليها، ولعل ذلك يجعل تشريعنا الوطني يتماشى مع اتجاهات التحكيم التجاري الدولي في الوقت الراهن. من خلال ما سبق يبدو أن المشرع الجزائري قد منح المحكمة التحكيمية ممثلة في شخص المحكمة السلطة التقديرية الواسعة بمناسبة البحث عن القاعد الواجبة التطبيق على موضـــــوع النزاع، وهذا ما يجعل المتعاملين الوطنيين في وضع هش طالما أن المحكم لا يكون مقيدا بأي معيار موضوعي عدا معيار ذاتي يتمثل في معيار الملاءمة على مرونته وعدم وضوح معناه.

وهكذا نخلص من دراسة عنوان هذا الفرع أن المشرع الجزائري و على غرار التشريعات المقارنة –لاسيما التشريعين الفرنسي والمصري– قد منح للمحكمين سلطة البحث عن القواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع التحكيمي في حالة غياب قانون الإرادة، لكن ما يلاحظ هو إطلاق حريتهم في ممارسة هذه السلطة، فلم يحددها بضوابط ومعايير موضوعية من شأنها حماية إرادة الأطراف، وقد توسعت تلك السلطة بصورة واضحة من خلال ظهور قواعد ذات صبغة دولية يطلق عليها "القواعد الموضوعية "إذ أضحى المحكم يتولى إعمالها مباشرة.

## الفرع الثاني

## دور المحكم في تعيين القانون الواجب التطبيق على ضوء الممارسات التحكيمية

قد يستبعد المحكم تطبيق القواعد القانونية التي عينها اللأطراف بإرادتهم لتحكم موضوع نزاعهم بدعوى إعاقة أحكامه لمعاملات التجارة الدولية، فيلجأ إلى حل النزاع وفق لقواعد أنشأتها العادات والأعراف التجارية الدولية المستقلة عن القوانين الوطنية وذلك حين يراها ملائمة، مما تمخض عنه ظهور قواعد تشبه إلى حد كبير

1- المادة 18 من قانون رقم 05 – 10 مؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75 – 58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم المرجع السابق.

القواعد التشريعية الموجودة على مستوى الداخلي والتي أعدت أساسا لحكم العلاقات الداخلية يطلق عليها تسمية "القواعد الموضوعية".[1]

لكن يتعين عدم التسليم المسبق بعدالة الحلول المعتمدة واعتبارها وحيا إلاهيا مترها عن القصور والنقص لما تشكله تلك القواعد من خطر على قانون إرادة الأطراف الضعيفة، طالما أن المحكم أضحى يطبقها بصفة آلية ومباشرة (أولا)، فانقلبت من وسائل لمسايرة التجارة الدولية والتوفيق بين مصالح المتعاملين إلى وسائل لتقيد مبدأ سلطان الإرادة (ثانيا).

### أولا – مظاهر إطلاق دور المحكم في الممارسة التحكيمية:

يعد الإعمال المباشر للقواعد الموضوعية المظهر الهام المترتب على إطلاق حرية المحكمين في تعين القانون الواجب التطبيق، حيث غالبا ما يتم تطبيقها باعتبارها القواعد المعدة خصيصا لتعطي حلا مباشر للنزاع الناشئ عن علاقة خاصة ذات طابع دولي،[2] فتلك القواعد تتميز بالطبيعة المباشرة والسهولة والملاءمة لفض النزاعات طالما أنها تعطي حلولا مباشرة دون المرور بأي نظام تنازعي، كما يسهل تطبيقها والعلم بها سلفا، لقوة صلتها بالناشطين في حقل التجارة الدولية.[3]

وانطلاقا من هذه المزايا التي حققها تطبيق القواعد الموضوعية في مجال التحكيم، فقد تمسك بها المحكمين لأنها تعبر عن حريتهم في تطبيق الحلول الملائمة، وتنأى بالتحكيم عن الخضوع لسيطرة قانون وطني بما يتضمنه من قصور وعلاوة عن ذلك يساعد منهج القواعد الموضوعية على تيسير حل المنازعات الدولية، وحماية توقعات الأطراف المتعاقدة لافتراض علمهم بها.[4]

وعلى الرغم من أهمية تلك القواعد غير إعمالها المباشر لحسم النزاعات من خلال تطبيق الأعراف التجارية الدولية والمبادئ القانونية المشتركة، قد ترتب عنه استبعاد قانون إرادة الأطراف المتعاقدة، وفي هذا الصدد لا يستبعد عدم حياد المحكمين في الأخذ بتلك القواعد لاسيما وأن بعض السوابق التحكيمية المتعلقة بنزاعات

1- خلاف فاتح، المرجع السابق. ص96.

2- هشام خالد، المرجع السابق. ص10.

3- محمود محمد ياقوت، المرجع السابق. ص 353.

4- معروف كمال، التحكيم التجاري الدولي في ظل المرسوم التشريعي 09/93 المؤرخ في 25 أفريل 1993. مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2001.. ص 79.

نشبت بين الدول النامية وشركات غربية تؤكد هذا الفرض مما يجعل التشكيك في فعالية وحياد تلك القواعد أمر منطقي، لاسيما بالنسبة للطرف الضعيف في العلاقة التجارية الدولية.

**ثانيا – أثر إطلاق دور المحكم في الممارسة التحكيمية :**

يتجلى أثر إطلاق دور المحكم في الممارسة التحكيمية من خلال توسيع سلطاته في البحث عن الحل المناسب للنزاع، وتمتعه باستقلالية في استبعاد القانون الذي اختاره الأطراف بإرادتهم،[1] وهو ما نتج عنه التضييق من نطاق تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في الميـــدان التحكيمي.

وقد ساهمت في ذلك التطورات الحاصلة على نظام التحكيم التجاري الدولي في حد ذاته، حيث برز التحكيم المنظم الذي يشبه إلى حد كبير القضاء الوطني في الدولة، حيث تتلاشى معه إرادة الأطراف المتعاقدة في اختيار القواعد التي تحكم موضوع النزاع المطروح للتسوية عن طريق قضاء التحكيم أو اجراءاته، في مقابل توسيع حرية المحكمين في ممارسة سلطاتهم.[2]

هذا الوضع، انعكس سلبا على حرية اختيار الأطراف من خلال استبعاد قانون إرادتهم واستبدالها بقواعـــد أخرى لم تتجه إليها إرادتهم، وكثيرا ما يحصل هذا الاستبعاد في حالة تعيينهم لقواعد قانونيـــة تنتمـــي لتشريـــع داخلي لدولة معينة (1)، ولا يتوقف الأمر عند هذا الحد إنما يمتد إلى التحيز في تطبيق بنود العقـــد المتعلقـــة بالقانون الواجب التطبيق بما يعكس تعسف المحكمين بمناسبة الفصل في النزاعات المطروحة كما تؤكده السوابق التحكيمية (2).

**1– استبعاد المحكم لقانون الإرادة:**

يفضي استقراء أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد 08-09، إلى تكريس المشرع لمبدأ سلطان الإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيـــق بل وذهب إلى أبعـــــد حد فيما يتعلق بالحرية الممنوحة للأطراف، بخصوص إمكانية اختيار قانون وطنـــي لدولـــة معينة ليحكم موضوع النزاع بما يتعذر معه على الهيئة التحكيمية ممثلة في شخص المحكـــم استبعـــاد قانون إرادتهم.

1-كراش ليلى، المرجع السابق. ص 176.
2- خلاف فاتح، المرجع السابق. ص97.

ورغم لجوء المتعامل الاقتصادي الجزائري إلى طريق التحكيم لتسوية المنازعات التي تثور بمناسبة عقود التجارة الدولية، غير أنه لم يتسن العثور على أي نزاع مطروح أمام هيئة التحكيم استبعد فيه المحكم تطبيق القواعد القانونية المعينة من قبل الأطراف المتعاقدة.[1]

لكن بالرجوع إلى الميدان التطبيقي الدولي، يتضح أن المحكمين يميلون في أغلب الحالات نحو الإعمال المباشر للعادات و الأعراف التجارية و المبادئ العامة المشتركة بين الأمم المتحضرة، باعتبارها تتلاءم و متطلبات التجارة الدولية، و هو ما ترتب عنه الاستبعاد التلقائي لقانون إرادة الأطراف –إذا كان قانونا داخليا– بدعوى عدم ملاءمة القوانين الوطنية مع النظم القانونية الحديثة أو باعتبارها قوانين مختلفة، مما فسح المجال الواسع للمحكمين في إعمال سلطتهم في ظل غياب تحديد واضح لمفهوم المبادئ العامة للقانون التي كثيرا ما يتم تطبيقها على التراع.[2]

وهكذا أصبح للمحكمين الدور الحاسم في تقدير واختيار الحل الذي يبدو لهم مناسبا لموضوع التراع التحكيمي خارج إطار القواعد الوطنية التي تنتمي لتشريع داخلي للدولة، حيث أضحت قواعد هذه الأخيرة غير مرغوب في إعمالها لدى هيئات التحكيم الدولية، ويتجلى ذلك من خلال منح الحرية الكاملة للمحكمين في التطبيق المباشر للأعراف والعادات التجارية السارية المفعول بمناسبة النظر والفصل في موضوع التراعات المطروحة للتسوية فأضحى تطبيق تلك المبادئ والقواعد أمر عادي و تلقائي في الوظيفة التحكيمية فيما يخص التراعات الدولية.[3]

ومن هذا المنطلق، فإنه من بين المشاكل الرئيسية التي يصادفها أطراف العلاقة التحكيمية في الوقت الراهن هو عدم معرفتهم المسبقة بالقانون الواجب التطبيق بالنظر إلى الحرية التي يتمتع بها المحكم في هذا المجال وبالنتيجة لذلك يتراجع مجال إعمال مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الذي يحكم موضوع التراع المطروح للتسوية أمام قضاء التحكيم.

1- خلاف فاتح، المرجع السابق. ص97.

2- المرجع نفسه. ص98.

3- المرجع نفسه. ص98.

هذا وقد لا ينحصر استخدام المحكمين للسلطات الواسعة الممنوحة لهم من أجل استبعاد قانون إرادة الأطراف المتعاقدة بدعوى عدم ملاءمتها للنزاع، وإنما قد يتعسفون في ممارسة هذه السلطة بالتحيز لطرف دون الآخر.

### 2 – تعسف المحكم في تطبيق قانون الإرادة:

علاوة على استبعاد المحكم لقانون الإرادة قد يتعسف أيضا في تطبيق القواعد القانونية التي اختارها الأطراف، من خلال التحيز لطرف من هؤلاء دون الطرف الآخر، و بهذا أصبح نظام التحكيم بمثابة وسيلة لحماية مصالح الطرف القوي على حساب مصالح الطرف الضعيف، بما يناقض أساس وظيفة المحكم المتمثلة في النطق بالعدالة في القضية المطروحة.[1]

وتتجلى هذه النظرة على وجه الخصوص بمناسبة العقود الدولية التي يكون أحد أطراف ينتمي إلى الدولة النامية، والطرف الآخر ينتمي إلى الدول المتقدمة، والذي يتمثل في غالبية الحالات في الشركات البترولية حيث كانت الدول العربية ضحية لانحياز المحكمين من خلال استبعاد قانونها الواجب التطبيق لصالح تطبيق قواعد أخرى.

وليس أدل على ما نقول ما حصل في بعض القضايا التي رفعت أمام قضاء الدولي، لاسيما قضية شيخ أبو ظبي (أ)، وقضية آراموكو (ب)، وقضية تكساكو (ج).

#### أ– قضية شيخ أبو ظبي:[2]

وهو النزاع الذي حصل بين شيخ أبو ظبي وبين شركة التنمية البترولية المحدودة PDF الصادر في 1951/08/28، حيث قررت هيئة التحكيم ممثلة في المحكم الانجليزي Asquith of Bishop Ston

1- خلاف فاتح، المرجع السابق. ص99.

2- تلخص وقائع هذا النزاع في أن حاكم الإمارة كان قد منح امتيازا بتروليا في عام 1939 للشركة للتنقيب عن البترول في الإقليم البري للإمارة بما في ذلك الجزر والمياه الإقليمية التابعة له. ثم منح امتيازا لشركة أخرى للتنقيب عن البترول في منطقة الجرف القاري، حيث اعتبرت الشركة الأولى ذلك السلوك مخالفة للعقد مما دعاها لرفع الأمر للتحكيم في الوقت الذي لم يكن يتضمن نصا واضحا في شأن القانون الواجب التطبيق. صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين ( دراسة في أحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن ). دار الفكر الجامعي، دط، 2004، ص 25.

بشأن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الذي يوجد اتفاق صريح بشأنه بين طرفي العقد، وقام بتطبيق القانون الإنجليزي واستبعد قانون أبو ظبي باعتبار القانون الإنجليزي هو الأنسب لحكم موضوع النزاع.[1]

وقال في حيثيات هذا القرار المتعلقة باستبعاد قانون أبو ظبي، لا يمكن أن نقول باطمئنان بوجود قانـــــون فالشيخ يطبق عدالة تقديرية عن طريق القرآن،ومن الخيالي أن ندعي أنه في هذا الإقليم البدائي توجد مجموعة مستقرة من القواعد يمكن تطبيقها على منازعات التجارة الحديثة و إنما ينبغي تطبيق المبادئ العامة للأمم المتحضرة وبما أن القانون الإنجليزي جزء من القانون الطبيعي في الدول المتمدينة فقد تقرر تطبيقه،[2] مستبعد تطبيق الشريعة الإسلامية السارية بإمارة أبو ظبي لأن قواعدها بدائية لا تصلح لتفسير وحكم المنازعات التجارية الحديثة.

وهكذا نجد أن المحكم الدولي لم يأخذ بقانون محل التنفيذ ولا قانون محل الإبرام في التحكيم الذي أشرف عليه فقد استبعد تطبيق قواعد قانون محل التنفيذ بدعوى وجود فراغ بهذا القانون يحول دون تطبيقه على النزاعات التجارية الحديثة، يتمثل هادا الفراغ في كونه لا يشمل على قواعد في الموضوع لأنه عبارة عن أوامر تصدر من شيخ أبو ظبي مستعينا فيها بأحكام القرآن الكريم، وفي هذا الصدد يبدو أن المحكم ذاته قد اعترف بأن قانون أبو ظبي هو المختص لحكم النزاع تطبيقا لقانون الإرادة، لكنه تعمد استبعاده لصالح ما أطلق عليه تسمية "القانون الحديث للطبيعة" والذي يجد تطبيقه في القانون الإنجليزي دون مبادئ الشريعة الإسلامية، بما يعد تعديا واضحا على مبدأ سلطان الإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيق.[3]

### ب – قضية أرامكو ARAMCO :

تتمثل في النزاع الذي صدر في 1958/08/23 بخصوص عقد امتياز نقل البترول بين حكومة المملكة العربية السعودية وشركة أمريكية تسمى اختصارا "أرامكو" تقوم فيها الأخيرة بالتنقيب والاستثمار وتسويق البترول المصدر من المملكة، لكن الحكومة السعودية أبرمت عقدا آخر مع شركة "ساتكو" تمنحها بموجبه حق الأولوية في نقل البترول لمدة ثلاثين (30) عاما.

1- خلاف فاتح، المرجع السابق.ص100.

2-كراش ليلى، المرجع السابق. ص 184. كذلك الموهاب فيروز، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي طبقا للقانون الجزائري. رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2008 – 2009. ص 37.

3- خلاف فاتح، المرجع السابق. ص100.

وبناء على ما تقدم، اعترضت شركة "أرامكو" على تعاقد المملكة السعودية فرفعت النزاع للتسوية أمام الهيئة التحكيمية بجنيف، حيث قررت هذه الأخيرة عن طريق المحكم السويسري Suser Hall بشأن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الذي يوجد اتفاق صريح بشأنه بين طرفي العقد،[1] تطبيق المبادئ العامة للقانون والأعراف التجارية المتعارف عليها في مجال صناعة البترول، واستبعاد القانون السعودي الواجب التطبيق باعتبار أن أحكام الشريعة الإسلامية لا تصلح لحكم النزاع وتفسير العقد.[2]

وبهذا الشكل استبعد المحكم الدولي تطبيق القانون السعودي المتفق عليه من قبل الأطراف لصالح تطبيق قواعد أخرى، بدعوى وجود فراغ قانوني في القانون السعودي، بما يحول دون تطبيق أحكامه على علاقات بترولية معقدة ولعل هذه الحجة لم تكن سوى المبرر الذي يتخفى وراءه المحكم من أجل تقييد مبدأ سلطان الإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيق.

### ج – قضية تكساكو TEXACO :

تعد هذه القضية من بين القضايا الأخرى التي كرست لتأصيل سلطة المحكم في استبعاد القانون المختار من قبل الأطراف لصالح تطبيق قواعد أخرى تخدم أحد الأطراف دون الطرف الآخر، و تتمثل في النزاع الذي حصل بين الحكومة الليبية والشركة تدعى اختصارا تكساكو.[3]

ويمكن تلخيص وقائع هذه القضية في عقد امتياز وقعته الحكومة الليبية مع الشركة السالف ذكرها، فكان العقد ينص على إخضاعه من حيث الموضوع إلى مبادئ العامة في القانون الليبي ويفسر وفقا للمبادئ العامة في القانون، حينما ثار نزاع باشر الطرفان إجراءات التحكيم وقضى المحكم الفرد بتطبيق القانون الدولي على النزاع بناء على اتجاه نية الأطراف نحو تطبيق قانون دولي دون القوانين الوطنية الأخرى،[4] مما يعني في نهاية

1- حيث تنص المادة 4 من اتفاقية التحكيم المبرمة بين الطرفين على أنه يفصل في الخلاف:

"وفقا للقانون العربي السعودي كما هو مبين فيما يلي وذلك بالنسبة إلى مدى ما يدخل في اختصاص المملكة العربية السعودية من أمور..."

2- محمود محمد ياقوت، المرجع السابق. ص 287. كذلك الموهاب فيروز، المرجع السابق. ص 38.

3- خلاف فاتح، المرجع السابق. ص 101.

4-كراش ليلى، المرجع السابق. ص 186.

المطاف بالنسبة لقضية الحال أنه لا مجال لتطبيق القانون الليبي الذي تبقى قواعده قاصرة على إعطاء حل مناسب للنزاع المطروح بل تتعارض وتتناقض مع المبادئ القانون الدولي .

وعلى هذا الأساس يبدو أن المحكم قد تحيز إلى الطرف الأمريكي طالما أنه استبعد قانون الإرادة الذي عبرت الأطراف صراحة على تطبيقه، بل وحددت البنود المنصوص عليها بالعقد بدقة القواعد الواجبة التطبيق على النزاعات التي قد تطرح أمام قضاء التحكيم.

ومما لا شك فيه أن عمل المحكم بهذا الشكل يعد خرقا لاتفاق التحكيم التجاري الدولي، من حيث أنه يحمل بوادر الإنحياز لأحد الأطراف (الشركة البترولية الأمريكية) دون الطرف الآخر (الدولة الليبية) لاسيما أن الحجج التي ساقها في هذا الصدد غير وجيهة.[1]

هذا ما جعل الدول العربية تعتبر التحكيم الدولي وسيلة لهيمنة بلدان الشمال على الجنوب.

هكذا، كشفت مضامين القرارات السالف ذكراها عن الدور الحاسم الذي يتمتع به المحكم بمناسبة الفصل في النزاع من خلال الإعمال المباشر للقواعد القانونية، مما يحد من دور الأطراف في تعيين القواعد القانونية واجبة التطبيق بشكل يؤثر سلبا على نطاق إعمال قانون الإرادة، هذا الدور قد يزداد اتساعا في حالة التحكيم من التفويض بالصلح

## المطلب الثاني

## إطلاق سلطة المحكم في تعيين القانون الواجب التطبيق في التحكيم بالصلح

لا تنحصر سلطة المحكم في الفصل في موضوع النزاع طبق للتحكيم بالقانون وإنما يمكن أن تخوله اتفاقية الأطراف سلطة الفصل في النزاع عن طريق التحكيم مع التفويض بالصلح، حيث يكون حرا في البحث عن الحل الذي يبدو له ملائما فلا يكون المحكم مقيدا بقانون معين، وغالبا ما يلجأ هؤلاء إلى هذا النوع من التحكيم

1- خلاف فاتح، المرجع السابق. ص 102.

بقصد إعادة التوازن في العلاقات التجارية التي تربطهم دون الاهتمام بنصوص القانونية بمعناها الضيق، وإما بقصد إيجاد قانون يرتكز على مبادئ الإنصاف يكون متحررا من كل القيود والشكليات التي تميز القوانين الوطنية.[1]

وفي هذا الصدد يقصد بأحكام العدالة والإنصاف، تلك المبادئ العامة التي تهدف إلى الفصل في النزاع بناء على ما يعتقد المحكم ويقتنع به قناعة شخصية أنه يحقق العدالة لأطراف النزاع التحكيمي المطروح، وهو ما يمنح المحكمين الحرية الواسعة لتأسيس الحكم التحكيمي وفقا لمبادئ العدالة والإنصاف بعيدا عن الطبيعة الجامدة للقانون الوضعي، وهذا ما يطرح إشكال يتعلق بمبادئ التزام المحكم بالقواعد الوضعية التي تم اختيارها من قبل الأطراف أم أنه يطبق قواعد العدالة والإنصاف بغض النظر عن القانون الذي اتجهت أرادة الأطراف إلى تطبيقه على النزاع ؟

للإجابة عن هاذ الإشكال يتعين التطرق لوضع المبادئ في إطار التشريع المقارن (الفرع الأول) قبل التطرق لموقف المشرع الجزائري (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

## التحكيم بالصلح في التشريع المقارن

يوضح استقراء التشريعات الوطنية للدول تكريس نصوصها لتقنية الفصل في النزاع عن طريق التحكيم مع التفويض بالصلح باعتباره التقنية الأخرى التي يمكن لأطراف المتنازعة اللجوء إليها من أجل فض نزاعاتهم ولأجل توضيح المسألة يتعين التطرق إلى معالجة المرسوم الفرنسي رقم 81 - 500 السالف ذكره كنموذج للقوانين الغربية (أولا)، وفي ذات الإطار نتطرق لما كرسه النص المصري بموجب القانون المتعلق بالتحكيم التجاري السالف الذكر كنموذج عن القوانين العربية (ثانيا).[2]

1-كمال معروف، المرجع السابق. ص 84.

2- خلاف فاتح، المرجع السابق. ص 102.

**أولا- التحكيم بالصلح في التشريع الفرنسي:**

بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية الفرنسية السالف ذكره، يتضح أن المشرع الفرنسي قد تبنى التحكيم مع التفويض بالصلح بصريح نص المادة 1497 من ق إ م ف ، حيث :

« L'arbitre statue comme amiable compositeur si la convention des parties lui a conféré cette mission ».[1]

لكن ما يعاب على النص الفرنسي المذكور، هو عدم تحديده للقواعد القانونية التي على أساسها يتم الفصل في موضوع النزاع على طريق التفويض بالصلح، واكتفى فقط بإدراج شرط اتفاق أطراف النزاع على تخويل هيئة التحكيم هذه المهمة، وهو ما يؤدي إلى إطلاق يدها للفصل في النزاع وفقا لما تراه محققا للعدالة والإنصاف والتحرر من أحكام القانون، فلا يكون المحكم مقيدا إلى بأحكام القانون الواجب التطبيق التي تفرضها القواعد الآمرة لدولة التنفيذ.[2]

**ثانيا- التحكيم بالصلح في التشريع المصري:**

لم يبتعد المشرع المصري بدوره عما ذهب إليه النص الفرنسي من خلال تكريسه لطريق التحكيم مع التفويض بالصلح، بموجب القانون رقم27 لسنة 1994 المعدل والمتمم السالف ذكره، وهذا بصريح نص المادة 39فقرة 04 منه،حيث جاء فيها:

"يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفقا طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح، أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة و الإنصاف دون التقيد بأحكام القانون".[3]

1- Article 1497 de Nouveau Code de procédure civile, op. Cit.

2- خلاف فاتح، المرجع السابق. ص 104.

3- قانون رقم 27 لسنة 1994 مؤرخ في 18 أفريل 1994، المرجع السابق.

من خلال هذا النص يتضح أن المشرع المصري كان أكثر وضوحا بتأكيده الصريح على الفصل في النزاع بمقتضى قواعد العدالة والإنصاف مستبعدا تقيد المحكم بتطبيق القانون، هذا الحكم تأكد في الميدان التطبيقي بالنظر لبعض سوابق محكمة النقض المصرية.

وبالنتيجة لما سبق، يبدو أن تقنية التحكيم مع التفويض بالصلح قد لقيت اهتمام التشريعيين الفرنسي والمصري، بما يمنح للمحكمين الحرية في تطبيق أحكام العدالة والإنصاف التي يقدرون ملاءمتها لحكم النزاع وبهذا الشكل لا تكون لإرادة الأطراف أي دور في تطبيق تلك الأحكام والمبادئ، هذا الوضع يدعونا لبحث موقف المشرع الجزائري.

## الفرع الثاني

## التحكيم بالصلح في التشريع الجزائري

انطلاقا مما تم بيانه فيما سبق، يبدو أن المشرع الجزائري قد كرس التحكيم بالقانون بموجب نص المادة 1050 ( وقبلها المادة 458 مكرر 14 من المرسوم التشريعي رقم 09/93 السالف ذكره )، وعلاوة على ذلك يبدي الرجوع إلى حكم المادة 458 مكرر15 من المرسوم التشريعي رقم 09/93 السالف ذكره إشارة واضحة منه لتقنية التحكيم معه التفويض بالصلح،[1] مما يجعل موقف المشرع من هذا النوع من التحكيم واضحا (أولا) إلا أن المشرع جاء فيما بعد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد و لم يتكلم عن مسألة التفويض بالصلح.

لكن المسألة التي يكتسيها بعض اللبس والغموض تتعلق في الأساس بمدى التزام المحكم بتطبيق قانون إرادة الأطراف بمناسبة تفويضه تسوية النزاع المطروح بطريق التحكيم بالصلح (ثانيا).

1- تنص المادة 458 مكرر15 من المرسوم التشريعي 93-09 على: "تفصل محكمة التحكيم كمفوض في الصلح إذا خولتها اتفاقية الأطراف هذه السلطة".

**أولا – الأساس القانوني لتكريس التحكيم بالصلح :**

الواقع أن المشرع الجزائري أرسى تقنية التحكيم مع التفويض بالصلح بموجب نص المادة 458 مكرر 15 من المرسوم التشريعي رقم 93-09 المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي بالجزائر، حيث اعترف المشرع من خلالها بحرية الأطراف في تفويض المحكمة التحكيمية التحكيم بالصلح.

تنص المادة المذكورة على ما يلي :

" تفصل محكمة التحكيم كمفوض بالصلح إذا خولتها اتفاقية الأطراف هذه السلطة ".

يظهر من خلال نص هذه المادة مطابقته تقريبا لنص المادة 1497 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد السالف ذكره، غير أن النص الجزائري استخدم تعبير " السلطة "خلافا للنص الفرنسي الذي استخدم تعبير " المهمة "، حيث يفهم من مضمون التعبير الأول أن للمحكمة التحكيمية ممثلة في شخص المحكم السلطة الواسعة في تطبيق قواعد العدالة والإنصاف أو أي قانون يمكن أن ينطبق على النزاع التحكيمي المطروح للتسوية.[1]

وعلى ذلك، ليس هناك ما يحول دون تطبيق المحكمة التحكيمية لقواعد القانون الواجب التطبيق إذا ما رأت تطبيقها، فإذا كان من البديهي أن يفهم من إحالة المحكمة على التحكيم مع التفويض بالصلح رغبة الاطراف في تسوية النزاع طبقا للاعتبارات البحثة لمبادئ العدالة والإنصاف دون تقييده بقواعد القانون التي قد تختارها الأطراف المعنية.[2]

غير أنه لا يوجد ما يفرض عليه ذلك أو يمنعه من تطبيق قواعد القانون، وفي ظل هذه التأويلات كان حريا بالمشرع توضيح المسألة بدقة على غرار ما ذهب إليه النص المصري عندما عبر صراحة عن عدم تقييد المحكم بتطبيق قواعد القانون، وفي هذا الصدد يعتبر أول وأهم أثر يترتب عن هذا الغموض، وهو إطلاق يد المحكم في تطبيق هذه القواعد أو تلك المبادئ (ثانيا).

1- خلاف فاتح، المرجع السابق. ص 105.

2 – رأي الفقيه الفرنسي"FOUCHARD Philippe"، ذكره: معروف كمال، المرجع السابق. ص 84.

**ثانيا – أثر إطلاق سلطة المحكم في التحكيم بالصلح :**

لقد تبين أن طريق التحكيم مع التفويض بالصلح قد لقي اهتمام المشرع، غير أن جوهر المشكلة يتجلى في مدى التزام المحكمة التحكيمية بتطبيق القانون الواجب التطبيق الذي تعينه إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية بمعنى؛ هل المحكمة التحكيمية ملزمة بتطبيق القانون المختار فلا يبقى لها من سلطة سوى وضع قواعد مكملة أم أن لها الحرية في تطبيق قواعد العدالة والإنصاف فقط.[1]

الحقيقة أن نص المادة 458 مكرر 15 السالف ذكرها لم يشر إلى طبيعة القواعد التي يطبقها المحكم واكتفى بذكر التفويض بالصلح، ولعل إيراد المشرع لهذا الحكم في نص مستقل عن التحكيم بالقانون الوارد بنص المادة 458 مكرر 14، يستنتج منه أنه ثمة فرق بين المادتين يتعلق بطبيعة القواعد المطبقة في كلا الحالتين حيث يكون المحكم ملزم بالبحث عن القانون الواجب التطبيق في التحكيم بالقانون، بينما يكون متحررا من البحث عن أي قانون في التحكيم بالصلح.

وهكذا يكون للمحكمة التحكيمية ممثلة في شخص المحكم الحرية الواسعة كمفوض بالصلح في تطبيق قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بالقانون الموضوعي الواجب التطبيق على موضوع في النزاع، وأكثر منه لا تكون ملزمة بالبحث عن هذا القانون وإنما هو مطلوب منها الفصل في النزاع طبقا للعدالة والإنصاف.[2]

لكن وعلى خلاف هذا الرأي ذهب البعض إلى أن إطلاق سلطة المحكم في حالة التحكيم مع التفويض بالصلح لا تعني تحرره من الالتزام بتطبيق القانون الواجب التطبيق على النزاع والذي تم تعينه من قبل الأطراف.

وبذلك لا يتصور اللجوء غلى قواعد العدالة والإنصاف إلا على سبيل الإحتياط وتكملة النقص وهذا الموقف يجد سنده القانوني بنص المادة 458 مكرر 23 في فقرتها الثانية التي تقضي بإلزامية تسبيب المحكم للحكم التحكيمي الذي يصدره.

غير أن الاستناد إلى نص المادة 458 مكرر 23 لا يكفي لتبرير تقيد سلطة المحكم، لأنه ليس مستبعدا أن يلجأ المحكم المتمتع بالسلطات المفوض بالصلح إلى تسبيب الحكم الذي يصدره استنادا لنصوص العقد فقط

1- خلاف فاتح، المرجع السابق. ص 106.

2- عمرو عيسى الفقي، المرجع السابق. ص 18 وما بعدها. كذلك .TERKI Noureddine, op, Cit ,p. 110

بالإعتماد على فكرة الإنصاف، علاوة على ذلك من الممكن ألا يتضمن القانون الإجرائي الذي اختاره الأطراف لحكم إجراءات التحكيم ما يلزم المحكم بالتسبيب.[1]

إن محاولة إيجاد حل وفقا للمحيط التطبيقي الوطني يصطدم بقلة السوابق في هذا المجال، عدا بعض السوابق التي يبين مضمونها إمكانية استبعاد المحكمين للقانون الوطني لصلح تطبيق الاشتراطات العقدية و المبادئ العامة للقانون، وعلى سبيل المثال يتضح من خلال أحكام المادة أحكام المادة 04/13 من العقد المبرم بين الشريكة الوطنية "سوناطراك" والمتعامل الأجنبي المتمثل في شركة "آل با سو" أن هناك إشارة واضحة إلى تسوية النزاع عن طريق التحكيم مع التفويض بالصلح، مما يستنتج منه الاستبعاد التلقائي لقانون الوطني من مجال التطبيق وإطلاق سلطة المحكم في النزاع، على الرغم مما يشكله ذالك من خطورة على الطرف الوطني إذا لجأ طالما يستبعد هذا الطريق الطعن ضد القرار الفاصل في النزاع،[2] لذا يتعين توخي الحذر والدقة في الصياغة العقود.

وفي هذا الإطار، يبدو أن قضاء التحكيم الدولي يؤيد في بعض قراراته منح الحرية الواسعة لهيئة التحكيم المفوضة بالصلح في استبعاد القانون الواجب التطبيق وإخضاع موضوع النزاع لقواعد العدالة والإنصاف، فقد استندت هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس في إحدى قراراتها الصادرة عام 1978، إلى السلطة الواسعة التي يتمتع بها المحكم المفوض بالصلح عندما أعفت نفسها من تطبيق قواعد القانون الواجب التطبيق.[3]

وهكذا يتضح أثر تفويض المحكمة بالصلح على مسار الفصل في النزاع وعلى قانون إرادة الأطراف من خلال إمكانية تخلي الهيئة المعنية عن تطبيق قواعد القانون المختار من قبلهم واستبدالها بقواعد أخرى تتمثل على وجه الخصوص في قواعد العدالة والإنصاف، بما يكتنف هذه الأخيرة من مرونة وغموض من شأنها ترك هامش المناورة واسع لدى المحكم لاختيار الحل الذي يبدو له مناسبا لحكم النزاع المطروح للتسوية عن طريق التحكيم بالصلح.[4]

1- عيادي فريدة، المرجع السابق. ص 16.

2- لمزيد من التفاصيل بشأن تبرير استبعاد الطعن في القرار الصادر بناء على التحكيم مع التفويض بالصلح، راجع: محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص 343.

3- خلاف فاتح، المرجع السابق. ص 107.

4- المرجع نفسه. ص 108.

وبالنتيجة لكل ما سبق، يتضح أن المشرع الجزائري وعلى غرار التشريعات المقارنة الأخرى قد كرس تقنية التحكيم مع التفويض بالصلح في المرسوم التشريعي 93-09، غير أنه ترك الحرية واسعة للمحكم في تقرير الحلول التي يراها ملائمة لحكم النزاع تحت ستار فكرة العدالة، لاسيما في ظل مرونة هذه الفكرة بما يمس مبدأ سلطان الإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيق، الذي على ضوئه تحدد حقوق والتزامات كل طرف من الأطراف العلاقة محل النزاع وبالتالي مصيره ومركزه القانوني. لكن المشرع بعد تعديله في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 لم ينص على تقنية التحكيم مع التفويض بالصلح.

وهكذا تبين من خلال تحليل القيود الأساسية الواردة على إعمال سلطان الإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيق، أنها تتأرجح بين القيود ذات المصدر التشريعي، وقيود أفرزها الميدان التطبيقي في مجال التحكيم التجاري الدولي، ولذلك انتهينا إلى أن ذلك قد ترتب عنه استبعاد القواعد القانونية المختارة من الأطراف لصالح قواعد أخرى.

ففيما يخص تدخل المشرع واستبعاد قانون الإرادة فإنه يتم من خلال فرضه احترام القواعد الآمرة المنصوص عليها في قانونه، ولعل فكرة النظام العام تمثل أهم قيد يرد على قانون الإرادة و هو الأثر ذاته الذي ترتبه قواعد البوليس وقواعد الإسناد الأصلية بحيث يتعين على المحكمين إعمالها و على الأطراف عدم تجاوزها إذا ما أرادوا ضمان تنفيذ القرارات الصادرة، ففي كل هذه الصور ليس لإرادة هؤلاء دور في تعيين القانون الواجب التطبيق وإنما الإرادة التشريعية هي التي تتصدى لذلك وفقا لما تقتضيه المصلحة الوطنية أو حماية الطرف الضعيف في العلاقة.

وفي الجانب الثاني، يبدو من خلال الممارسة التحكيمية الدولية أن هناك استبعاد واضح للقواعد القانونية التي يختارها الأطراف بمطلق إرادتهم، سواء في التحكيم بالقانون أو في التحكيم مع التفويض بالصلح، ففي كلتا الحالتين يتمتع المحكم بسلطة واسعة في إعمال أو استبعاد تلك القواعد، وانتهينا إلى أن الغالب هو استبعادها لصالح تطبيق قواعد أخرى لم تتجه الإرادة نحو تطبيقها، وليس أدل على ذلك ما يتوفر من سوابق أكدت تحييز المحكمين لصالح الأطراف القوية في علاقة تحكيمية أحد أطرافها دولة ذات سيادة، فما بالك إذ تعلق الأمر بالأشخاص العاديين.[1]

1- خلاف فاتح، المرجع السابق. ص ص 108-109.

وبذلك ننتهي في هذه الخلاصة إلى أن هناك – فعلا – صورتين بارزتين لتقييد مبدأ سلطان إرادة الأطراف المتعاقدة في تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي؛ وتبرزان بتدخل المشرع من خلال النصوص الآمرة التي يقررها، وتدخل المحكم من خلال سلطته الواسعة في حالتي التحكيم بالقانون والتحكيم مع التفويض بالصلح من جهة أخرى.

# خاتمـــــــة

لقد ظهر التحكيم التجاري الدولي على إثر زيادة المعاملات التجارية الدولية بصفـــة مستمرة، وزيادة التحولات الاقتصادية الكبرى وتجاوز العلاقات التجارية الحدود الدولية، وفي وقت كشفت فيه النظم الوطنية والقضائية عن قصورها في بلوغ حد الكفاية لمواجهة عقود التجارة الدولية. كوسيلة ناجعة لحل النزاعات التي قد تنشأ عن العلاقات التجارية الدولية.

فالامتيازات التي يحققها من تبسيط في إجراءات الفصل في النزاع والتحرر من الشكليات بغيـــة الفصل في النزاع بأقصى سرعة ممكنة وفي سرية تامة. تعد من الأسباب الهامة التي تدفع إلى اللجوء إلى التحكيم.

كذلك عدم وجود قضاء دولي مختص ينظر في النزاعات التي قد تنشأ بين أطراف التجارة الدولية، يشكل السبب الرئيسي في اللجوء إلى التحكيم التجاري، إذ أن منح الاختصاص للقضاء التابع للدولة أمر غير مرغوب فيه وغير ملائم، كونه في الغالب يعمد إلى تطبيق المبادئ القانونية السائدة في دولته على العلاقات الدولية أي قانون القاضي، والتي قد لا تتلاءم في العديد من الحالات مع تلك العلاقات التجارية الدولية.

وتعد الجزائر من بين تلك الدول التي أبدت طويلا تحفظا إزاء التحكيم التجاري الدولي، وقد ظهرت هذه المعارضة في عدة مجالات من بينها خلو قوانينها من النصوص المتعلقة بهذا النوع الخاص من القضاء، غير أن هذا الوضع لم يدم طويلا، ونظرا للتحولات الاقتصادية الكبرى التي شهدها القانون الاقتصادي الجزائري، ظهرت حاجة ملحة لاعتناق الدولة الجزائرية هذا النوع الخاص من القضاء، مغيرة فيه موقفها اتجاهه لما له من مزايا، وقد عمل المشرع على إدراجه ضمن قوانينه المتعاقبة، وحدا في ذلك حدو التشريعات العربية المختلفة التي أخذت به في وقت سابق، كما أخذ عن تجارب الدول الغربية في التحكيم، وعن الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي.

فلقد جاءت المادة 1050 من القانون 08-09 والتي أعطت الأولوية لمبدأ قانون الإرادة، أي إرادة الأطراف تؤخذ بعين الاعتبار بالدرجة الأولى عند تطبيق المحكم للقانون المختار على موضوع النزاع، وقد سلّم بهذا المبدأ معظم التشريعات، وهو أيضا مسلم به في مجال التحكيم التجاري الدولي.

ويعد مبدأ استقلالية الإرادة أهـــم شيء يقوم عليه التحكيم ككل، من اتفاق التحكيم حتى النطـــق بالحكم وتنفيذه.

فتكون الإرادة موجودة في الإجراءات التحكيمية بتحديد المحكمين أو هيئة التحكيم وتحديد مهامها وترسم طريق عملها، وتقوم بتحديد القانون الذي يرجع إليه عند نشوء النزاع.

فلها أن تختار قانونها الوطني أو قانونا آخر لحكم النزاع، ولها أن تختار عدة قوانين، ويكون ذلك بتحديد قانون يحكم الإجراءات غير القانون الذي يحكم موضوع النزاع، وقانون آخر يحكم الإثبات والأدلة.

فمبدأ استقلال الإرادة هو أساس التحكيم ومن تم فالمحكم يخضع في كل إجراء تحكيمي إلى سلطان إرادة الأطراف التي خولته هذه السلطة والتي لها أن ترده أو تعزله أو تستبدله. وللأطراف الحرية في اختيار القواعد التي ستطبيق على النزاع، ومن تم لهم الحرية في وضع قواعد تحكم الإجراءات غير التي يضعونها لتحكم الموضوع. فلهم أن يخضعوا نزاعاتهم لقانون بلدهم، كما يمكنهم إخضاعها لقانون بلد المحكم، أو قانون أجنبي عن العلاقة أي قانون لا ينتمي له لا الأطراف ولا المحكم.

كما لهم أن يخضعوا علاقاتهم ويسندوها لأحد مراكز التحكيم الموجودة، كمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم، أو لغرفة التجارة الدولية (ICC)، أو الجمعية الأمريكية للتحكيم (AAA)، وغيرها من المؤسسات التحكيمية الأخرى.

وفي حالة إغفال إرادة الأطراف عن ذكر من يتولى مهمة الفصل في النزاع في اتفاقية التحكيم، جاز أن يكون في اتفاق مستقل لاحق، وفي حالة نسيان ذكر القانون الحاكم للنزاع يمكن للمحكم البحث في الإرادة الضمنية للأطراف، كما يوجد من الاتفاقيات من يخوله نظر الأمر بنفسه أي يعود الأمر لسلطته التقديرية، حيث يطبق القانون الذي يراه ملائما أو الأكثر صلة بالنزاع.

ويمكن في بعض الحالات اللجوء إلى القضاء للمساعدة من ذلك في حالة البحث عن الأدلة، أو في حالات التدابير الوقتية والتحفظية لصون حقوق أو حفظ أموال وغير ذلك.

إلا أن هذه الحرية الممنوحة للأطراف قد تصطدم ببعض الأمور التي تحدّ من إطلاقها وتجعلها مقيدة نوعا ما، منها مانص عليها المشرع في قوانينه، ومنها جاء بها المحكم المخول له نظر النزاع.

ففيما يخص تدخل المشرع واستبعاد قانون الإرادة فإنه يتم من خلال فرضه احترام القواعد الآمرة المنصوص عليها في قانونه، ولعل فكرة النظام العام تمثل أهم قيد يرد على قانون الإرادة و هو الأثر ذاته الذي ترتبه قواعد البوليس وقواعد الإسناد الأصلية بحيث يتعين على المحكمين إعمالها و على الأطراف عدم تجاوزها إذا ما أرادوا ضمان تنفيذ القرارات الصادرة، ففي كل هذه الصور ليس لإرادة هؤلاء دور في تعيين القانون الواجب التطبيق وإنما الإرادة التشريعية هي التي تتصدى لذلك وفقا لما تقتضيه المصلحة الوطنية أو حماية الطرف الضعيف في العلاقة.

كما قد ينص المشرع على بعض الأمور التي لا تقبل التحكيم أو لا يجوز التحكيم فيها، وهي غالبا تلك التي تعنى بسيادة الدولة، كذلك قد يتدخل المحكم المخول من الأطراف بنظر النزاع ويحد من إرادتهم، حيث يقوم بتطبيق قواعد غير القواعد التي اتفق الأطراف على تطبيقها، بحجة أنها فيها نقص، أو أن قواعد القانون المختار من الأطراف تعتبر قاصرة عن تحقيق العدالة المرجوة من التحكيم في النزاع، كما رأينا في قضية شيخ أبو ظبي، وقضية أرامكوا، وقضية تكساكو، فيكون بذلك المحكم قد تجاوز حدود ولايته واختصاصه، وتعدى حدود تفويضه، ومن تم يمكن للأطراف التدخل لإصلاح الوضع إما بردعه أو برده.

وفي الجانب الثاني، يبدو من خلال الممارسة التحكيمية الدولية أن هناك استبعاد واضح للقواعد القانونية التي يختارها الأطراف بمطلق إرادتهم، سواء في التحكيم بالقانون أو في التحكيم مع التفويض بالصلح، ففي كلتا الحالتين يتمتع المحكم بسلطة واسعة في إعمال أو استبعاد تلك القواعد، بدعوى إعاقة أحكامه لمعاملات التجارة الدولية، فيلجأ إلى حل النزاع وفق لقواعد أنشأتها العادات والأعراف التجارية الدولية المستقلة عن القوانين الوطنية وذلك حين يراها ملائمة، مما تمخض عنه ظهور قواعد تشبه إلى حد كبير القواعد التشريعية الموجودة على مستوى الداخلي و التي أعدت أساسا لحكم العلاقات الداخلية يطلق عليها تسمية "القواعد الموضوعية.

وانتهينا إلى أن الغالب هو استبعادها لصالح تطبيق قواعد أخرى لم تتجه الإرادة نحو تطبيقها، وليس أدل على ذلك ما يتوفر من سوابق أكدت تحييز المحكمين لصالح الأطراف القوية في علاقة تحكيمية أحد أطرافها دولة ذات سيادة، فما بالك إذ تعلق الأمر بالأشخاص العاديين

ومن ثم تكون إرادة الأطراف هي مركز لقوة التحكيم وضعفه في نفس الوقت، على حد تعبير البعض من الفقه، إذ تتمثل قوته في كون المتعاملين في حقل التجارة الدولية استطاعوا وضع طرق مرنة لحل النزاعات القائمة بينهم بعيدا عن صرامة القوانين الداخلية، أما ضعفه فيكمن في أن هذا النوع من التحكيم يحمل عدة مخاطر لأنه كثيرا ما يتسبب الطرف السيئ النية في شلل إجراءات التحكيم.

والمشرع الجزائري كغيره من باقي الأنظمة القانونية نص على التحكيم وبصفة خاصة مبدأ استقلال الإرادة وأولاه أهمية كبرى جعلته أساسا للتحكيم، بداية باتفاق التحكيم وسير إجراءاته بتعيين المحكمين وتحديد مهامهم والقانون الساري على الإجراءات وعلى موضوع النزاع وحتى النطق بالحكم وتنفيذه

ولقد وفق في ذلك إلى حد كبير بما يتماشى والأنظمة المتطورة في التحكيم وبما يخدم مصالح التجارة الدولية التي تتميز بالسرعة.

وختاما نرجو أن يكون مجهودنا هذا في دراسة مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، عاد علينا ببعض الفائدة، ونأمل أن يكون بحثنا المتواضع لبنة تساهم في بناء الفكر القانوني في بلادنا.

# قائمـة المراجـع

## أولا – المراجع باللغة العربية:

### أ- الكـتب


- القرآن الكريـــــم.
- إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص. دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، 2005.
- أبي الحسين أحمد بن فارِس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة. مكتبة مشكاة الإسلامية، ج2، دط، دون تاريخ نشر.
- أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري. منشأة المعارف، ط5، الإسكندرية، 2001.
- أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار. مؤسسة شباب الجامعة للنشر، دط، الإسكندرية، 1990.
- أياد محمود بردان، التحكيم والنظام العام (دراسة مقارنة). منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، د.ت.ن.
- بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية. دار الجامعة الجديدة، د ط، الاسكندرية، 2007
- جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم. دار النهضة العربية، ط2، القاهرة، 2003.
- خالد ابراهيم التلاحمة، القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي. دار جهينـة للنشـر والتوزيع دون طبعة، الأردن، 2006.
- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي. دار الشروق، ط1، 2002.
- سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية نصا وتعليقا وشرحا وتطبيقا. ط1، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2001.
- سحر عبد الستار أمام يوسف، المركز القانوني للمحكم دراسة مقارنة. دار النهضة العربية للنشر، دط، 2006.

- صلاح الدين جمال الدين محمد، نظرات في القانون الواجب التطبيق ( وفقا للمادة 1/42 من اتفاقية مركز تسوية منازعات الاستثمار CIRDI ). دار النهضة العربية، دط، القاهرة، 1996.
- صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين ( دراسة في أحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن ). دار الفكر الجامعي، دط، 2004.
- عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي. د د ن، دط، 1995.
- عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية. منشورات بغدادي، ط2، 2009.
- عمرو عيسى الفقي، الجديد في التحكيم في الدول العربية. المكتب الجامعي الحديث، دط، الإسكندرية، 2003.
- فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق. منشأة المعارف، ط1، الإسكندرية، 2007.
- كمال عليوش قربوع ، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر. ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، الجزائر، 2004.
- محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي. دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، دط، القاهرة، د ت ن.
- محمد سامي فوزي، التحكيم التجاري الدولي. دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
- محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق. منشأة المعارف، دط الإسكندرية، 2000.
- محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي. دار النهضة العربية، ط3، القاهرة، 2007.
- مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية. الفتح للطباعة والنشر ج1، ط1، الإسكندرية، 1998.
- منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم. منشأة المعارف، دط، الإسكندرية، 2000.
- نادية فوضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني. دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، دط، الجزائر، 2002

- هشام خالد، عقد ضمان الإستثمار القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه. دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، د ت ن.

## ب- الرسائل و المذكرات الجامعية :

- حسن طالبي، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات. رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2005 – 2006.
- عمران علي السائح، التحكيم والقانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية. رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005 – 2006.
- نور الدين بوالصلصال، الاختصاص في تسوية المنازعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم. رسالة دكتوراه جامعة منتوري، قسنطينة، 2010 – 2011.
- إلهام عزام وحيد الخراز، التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة -. رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، 2009.
- باهية مخلوف، الإختصاص التحكيمي للسلطات الإدارية المستقلة. مذكرة ماجستير، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية 2010.
- سناء بولقواس، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي (التحكيم نموذجا). رسالة ماجستير جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010-2011.
- عبد الرحمن ابن النصيب ، الدعوى التحكيمية. رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2004 – 2005.
- عبد الكريم أحمد أحمد الثلايا، التحكيم كوسيلة لحل منازعات الاستثمار في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة.
- فاتح خلاف، مبدأ سلطان الإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي في التشريع الجزائري. رسالة ماجستير، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2007-2008.

- فريدة عيادي، سلطة المحكم في حل المنازعات المترتبة عن العقد التجاري الدولي. مذكرة ماجستير في قانون الأعمال كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2001.
- فيروز الموهاب، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي طبقا للقانون الجزائري. رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2008 – 2009.
- كمال معروف، التحكيم التجاري الدولي في ظل المرسوم التشريعي 09/93 المؤرخ في 25 أفريل 1993. مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2001.
- ليلى كراش، مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي. مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2001.

## ت- المجلات والدوريات :

- أحمد الورفلي، التّمسّك بقواعد النّظام العام في التحكيم. مقالة منشورة بمجلة التحكيم والقانون الخليجي ع 10، أكتوبر 2009.
- طلال صوفان، مؤهلات وثقافة المحكم القانونية وأثر ذلك في العملية التحكيمية. مقالة منشورة بمجلة التحكيم والقانون الخليجي، ع 10، أكتوبر 2009
- عبد القادر ورسمه غالب، العقود التجارية الدولية والتحكيم. مقالة منشورة بمجلة التحكيم والقانون الخليجي ع 11، ديسمبر 2010.
- كريم تعويلت، دور القاضي في تحقيق فعالة التحكيم التجاري الدولي. مقال منشور بالمجلة الأكاديمية للبحث القانوني الصادر عن كلية الحقوق بجامعة عبد الرحمان ميرة ببجاية، ع10، 2010.
- نور الدين بوكلي، نظام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر. مقال منشور بمجلة الفكر البرلماني، ع 12، أفريل 2006.

## ث- المؤتمرات، الملتقيات، والأيام الدراسية :


- أحمد هندي، خصومة التحكيم. ورقة عمل مقدمة في مؤتمر التحكيم في منازعات الاستثمار وعقود التجارة الدولية جامعة الإسكندرية، أيام 23-27 أبريل 2011.
- حسين نوارة، تكريس التحكيم التجاري الدولي كضمان للإستثمارات الأجنبية. مداخلة ضمن الملتقى الدولي للتحكيم التجاري الدولي في الجزائر، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، أيام 14 و15 جوان 2006.
- حمزة حداد، التحكيم التجاري وجوانبه الاتفاقية. ورقة عمل مقدمة للمؤتمر الهندسي العربي الاستشاري الأول دمشق، أيام 22-26 سبتمبر2001.
- خليل بوصنوبرة، تطور نظام التحكيم في التشريع الجزائري. مداخلة ضمن الملتقى الوطني حول للتحكيم التجاري الدولي، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، أيام 26 و27 افريل 2011.
- عبد الحميد الأحدب، قانون التحكيم الجزائري الجديد. مداخلة حول الطرق البديلة لحل النزاعات ( الصلح الوساطة، التحكيم )، بمقر المحكمة العليا، بتاريخ 15،16 جوان 2008.
- عبد الكريم موقة ، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في عقود التجارة الدولية. مداخلة ضمن الملتقى الوطني حول للتحكيم التجاري الدولي، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، أيام 26 و27 افريل 2011
- محمد حميداني ، التحكيم المؤسساتي – C.C.I كنموذج. مداخلة ضمن الملتقى الوطني حول التحكيم التجاري الدولي جامعة 8 ماي 1945، قالمة، أيام 26 و27 افريل 2011.
- محمد سامي الشوا، التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية. مداخلة ضمن المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، الإمارات، 2008.
- وردة سالمي، رد المحكمين-دراسة مقارنة بين المرسوم التشريعي93-09 وقانون الإجراءات المدنية والإدارية-مداخلة ضمن الملتقى الوطني حول التحكيم التجاري الدولي، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، أيام 26 و27 افريل 2011.
- وفاء مزيد فلحوط، النظام القانوني الواجب التطبيق في إطار التحكيم التجاري الدولي. مداخلة ضمن المؤتمر السنوي السادس عشر(التحكيم التجاري الدولي)، الإمارات، 2008.

## ج- القـــوانين:


- قانون رقم 08 – 09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، ع 21، الموافق 23 أفريل 2008
- قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006 منشورات الأمم المتحدة، فيينا، 2008.
- قانون رقم 05 – 10 مؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75 – 58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- قانون التحكيم الأردني لسنة 2001.
- قانون التحكيم العماني لسنة 1997.
- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.
- مرسوم التشريعي 93 – 09 المؤرخ في 03 ذي القعدة لعام 1413 الموافق 25 أبريل 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 66 – 154 المؤرخ في 08 يونيو والمتضمن قانون الإجراءات المدنية الجريدة الرسمية العدد 27 الموافق لـ 27 أبريل 1993، ص 58.
- قانون الإجراءات المدنية الإماراتي لسنة 1992.
- قانون التحكيم اليمني رقم 22 لسنة 1992.
- قانون التحكيم القطري لعام 1990.
- قانون التحكيم الكويتي رقم 38 لسنة 1980.

## ح- الأنظمة، الاتفاقيات، والمعاهدات الدولية :


- نظام غرفة التجارة الدولية، منشورات غرفة التجارة الدولية، باريس، 2009.
- نظام التدابير المؤقتة والتحفظية السابقة للتحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية. منشورات غرفة التجارة الدولية باريس، 2007.
- اتفاقية واشنطن 1965، الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى.
- الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي، جنيف 1961.
- اتفاقية نيويورك لسنة 1958، بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها.


## خ- محاضرة:


- كمال عليوش قربوع، دروس في التحكيم التجاري الدولي، ملقاة على طلبة السنة أولى ماجستير، فرع قانون أعمـال كلية الحقوق، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2010-2011.


## ثانيا – المراجع باللغة الأجنبية:

## A- Les Ouvrages :


- ALLIOUCH-KERBOUA-MEZIANI Naïma, L'arbitrage Commercial International en Algerie. OPU, 2010.
- DAVID Réne, L'arbitrage Dans Le Commerce International. ECONOMICA Paris 1982.
- ROBERT Jean, L'arbitrage Droit Interne Et Droit International Privé. Edition 5 Dalloz, 1993.

- TERKI Nourddine, L'arbitrage Commercial International en Algerie. OPU Alger, 1999.

## B- Code :

- Nouveau Code des Procédures Civiles Françaises.1981

## C- Règlement :

- Le Règlement D'arbitrage Algéro–Français du 27 Mars 1983. Non Publié.

## D- Les cites web :

- أوهاب حمــزة، التحكيم التجـاري. منتديات الجلفـة لكـل الجزائـريين و العـــرب www.djelfa.info/vb/
- الإجراءات الوقتيـة والتحفظية التي تملك هيئة التحكيم اتخاذها، مركز العدالـة للتحكيم والاستشارات القانونية www.aladalacenter.com
- إبراهيم خليل، مدى سلطة هيئة التحكيم في اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية وإصدار أحكاماً وقتية أثناء سير خصومة التحكيم. www.kenanaonline.com/ibrahimkhalil

# الفهـــــــــرس

**الموضوع** **الصفحة**

**المقدمـــــة:** ..... **01 - 07**

**الفصل الأول: إعمال الإرادة في التحكيم التجاري الدولي** ..... **08 - 52**

المبحث الأول: مبدأ استقلالية الإرادة والإجراءات التحكيمية ..... **09 - 32**

المطلب الأول: تشكيل هيئة التحكيم ومبدأ استقلال الإرادة ..... **09 - 25**

الفرع الأول: تعيين المحكم أو المحكمين ..... **10 - 16**

الفرع الثاني: العوارض الخاصة بهيئة التحكيم ..... **16 - 25**

المطلب الثاني: سير إجراءات التحكيم ..... **25 - 32**

الفرع الأول: اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية ..... **26 - 31**

الفرع الثاني: البحث عن الأدلة ..... **31 - 32**

المبحث الثاني: مبدأ سلطان الإرادة والقانون الواجب التطبيق ..... **33 - 52**

المطلب الأول: مبدأ استقلال الإرادة والقانون الواجب التطبيق على الإجراءات التحكيمية ..... **33 - 44**

الفرع الأول: تحديد الأطراف للقانون الإجرائي الواجب التطبيق ..... **34 - 39**

الفرع الثاني: قانون المقر و الإجراءات التحكيمية ..... **40 - 44**

المطلب الثاني: مبدأ استقلال الإرادة والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي ..... **45 - 52**

الفرع الأول: إعمال القواعد الوطنية على موضوع النزاع ..... **45 - 49**

الفرع الثاني: إعمال القواعد الموضوعية للتجارة الدولية ..... **49 - 52**

**الفصل الثاني: تقييد الإرادة في التحكيم التجاري الدولي** ..... **53 - 94**

المبحث الأول: تدخل المشرع واستبعاد قانون الإرادة ..... **54 - 71**

المطلب الأول: النظام العام واستبعاد قانون الإرادة ..... **54 - 65**

الفرع الأول: المقصود بالنظام العام ..... **55 - 60**

الفرع الثاني: إعمال المحكم لفكرة النظام العام ..... **61 - 62**

الفرع الثالث: التصور الجزائري لفكرة النظام العام ..... **63 - 65**

المطلب الثاني: قواعد البوليس واستبعاد قانون الإرادة ..... **65 - 71**

الفرع الأول: المقصود بقواعد البوليس ..... **66 - 67**

الفرع الثاني: ضرورة التفرقة بين قواعد البوليس والنظام العام ..... **67 - 69**

الفرع الثالث: إعمال المحكم لقواعد البوليس ..... **69 - 71**

المبحث الثاني: تدخل المحكم واستبعاد قانون الإرادة ..... **72 - 93**

المطلب الأول: الإعمال المباشر للقواعد الموضوعية في التحكيم بالقانون ..... **72 - 86**

الفرع الأول: دور المحكم في تعيين القانون الواجب التطبيق في التشريعات الوطنية ..... **73 - 79**

الفرع الثاني: دور المحكم في تعيين القانون الواجب التطبيق على ضوء الممارسات التحكيمية ..... **79 - 86**

المطلب الثاني: إطلاق سلطة المحكم في التحكيم بالصلح ..... **86 - 93**

الفرع الأول: التحكيم بالصلح في التشريع المقارن ..... **87 - 88**

الفرع الثاني: التحكيم بالصلح في التشريع الجزائري ..... **88 - 94**

**الخاتمـــــــة** ..... **95 - 98**

**قائمـة المراجـع** ..... **99 - 106**

**الفهـــــرس** ..... **107 - 108**