

تخضع العقود في مجملها كأصل عام إلى قانون معين ينظمها بدءاً من شروط انعقادها وانتهاء بتنفيذ ما يترتب عليها من آثار مع وجوب احترامها من أطراف الخصومة بموجب القانون.

ولا يخرج اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن هذه القاعدة، غير أنه هناك من رأى وجوب عزل العقد عن كل قانون وإسناده في مجمله إلى إرادة الأطراف لتكون هي المصدر الوحيد للالتزامات التي يتضمنها، كما أن اتفاق التحكيم قد يخضع لتشريع معين إما قانون وطني أو اتفاقية دولية، إلا أن هذه الأخيرة قلما تهتم بالمسائل المتعلقة باتفاق التحكيم و العلة في ذلك هي صعوبة إيجاد توحيد تشريعي لها، فإذا وجدت القاعدة المادية الموحدة فلا مجال لتنازع القوانين في نطاقها، وإذا اشتملت الاتفاقية على قاعدة إسناد موحدة وجب تطبيقها، وفي غير هذه الفرضية فلا بديل عن أعمال قواعد تنازع القوانين، وبالتالي تحديد القانون الواجب التطبيق<sup>(1)</sup>

أما فيما يخص القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فهو يعد الأساس في إصدار حكم التحكيم وبالتالي حسم النزاع وإنهاءه، فالقاضي الوطني لا يجد صعوبة في تحديده ومعرفته، لأنه يقوم بأعمال النصوص القانونية للدولة التي يستمد منها سلطته، وبالتالي يطبق قواعد القانون الدولي الخاصة بتنازع القوانين لتلك الدولة، حيث أن القانون الدولي الخاص يعد المختص في تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي وبالأخص تحديد القانون الواجب التطبيق ويتم ذلك من خلال ما يصطلح عليه بقواعد الإسناد أو قواعد تنازع القوانين<sup>(2)</sup>.

(1) شفيق محسن: التحكيم التجاري الدولي، دون طبعة، دون مكان النشر، دار النهضة العربية، دون تاريخ النشر، ص 210-211.

(2) حبار محمد: القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 91. أيضا حسن الهداوي: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون دراسة مقارنة، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 13 وما بعدها

بالإضافة إلى أن هذا القانون يعد من المسائل المعقدة التي تواجه المحكم في تحديده، رغم أنه يستمد سلطته من اتفاق التحكيم، أي أن إرادة الخصوم هي التي تحدد ما يتعلق بالتحكيم وما هو القانون الواجب تطبيقه على النزاع.

و من هذا المنطلق سوف نتطرق إلى هذا الفصل في مبحثين.

### المبحث الأول: مفهوم اتفاق التحكيم

لقد حظي اتفاق التحكيم بعناية واهتمام كبيرين ولم يقتصر هذا الاهتمام على صعيد الاتفاقيات الدولية التشريعات الوطنية بل تعداه إلى التشريعات الوطنية، والعلّة وراء هذا الاهتمام والعناية هو أن اتفاق التحكيم يعد المحرك الذي يستند عليه هذا النظام القضائي الخاص ألا وهو نظام التحكيم التجاري الدولي<sup>(1)</sup>.

و يعد اتفاق الأطراف الشريعة العامة والأساس الذي يقوم عليه نظام التحكيم، حيث يمكن لطرفي التحكيم أن يتفقا على كافة القواعد التي يريدان تطبيقها إجرائيا وموضوعيا لتنظيم عملية التحكيم المتفق عليها.

فالإرادة تلعب دورا أساسيا في التحكيم التجاري الدولي، فمن خلالها يحدد موضوع النزاع وتعيين المحكم بالإضافة إلى تحديد الإجراءات المتبعة في تنظيم التحكيم، وقد تحدد القانون الواجب التطبيق.

وعلى ما سبق ذكره سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب.

---

(1) حفيظة السيد الحداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص115.

## المطلب الأول: تعريف اتفاق التحكيم

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

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

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

ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط التحكيم أو في عقد أو صورة اتفاق مستقل<sup>(3)</sup>، فهو يكون في شكل صورتين تقليديتين هما مشاركة التحكيم، أي الاتفاق الذي يبرمه الأطراف وذلك باللجوء إلى التحكيم في إطار نزاع قائم فعلا بينهم، وشرط التحكيم الذي يقرر اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض النزاعات التي قد تثور مستقبلا بين الخصوم، فمعظم التشريعات الوطنية تجيز الاتفاق بالصورتين السابقتين الذكر<sup>(4)</sup>.

كما اتفاق التحكيم يعتبر دوليا طالما كانت العلاقة محل النزاع تعتبر دولية، بمعنى أن دولية العلاقة محل النزاع هي التي تضيف الطابع الدولي على اتفاق التحكيم<sup>(5)</sup>.

(1) عبد الباسط محمد عبدالواسع الضراسي: المرجع السابق، ص 63.

(2) المشرع الجزائري لم يعرف اتفاق التحكيم لا في المرسوم 09/93 ولا في القانون 09/08.

(3) حفيظة السيد الحداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 118.

(4) سامية راشد: المرجع السابق، ص 75 ومايلها.

(5) منير عبد المجيد: الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، المرجع السابق، ص 87-88.

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

### الفرع الأول: صور اتفاق التحكيم

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

#### أولاً: مشاركة التحكيم

هو اتفاق بين الخصوم، في نزاع معين ناشئ بينهم بالفعل، وبمقتضاه يلتزمون بعرض النزاع على محكم أو محكمين يختارونهم للفصل فيه بدلا من المحكمة صاحبة الولاية والاختصاص<sup>(1)</sup>.

#### ثانياً: شرط التحكيم

وهو الاتفاق الذي يرد كبنود من بنود عقد معين، يكون مبرم بين أطراف الاتفاق على التحكيم، بشأن الفصل في نزاع محتمل، وغير محدد، يمكن أن ينشأ في المستقبل عن تفسيره أو تنفيذه، بواسطة هيئة تحكيم بدلا من المحكمة المختصة<sup>(2)</sup>.

ونجد أن المشرع الفرنسي لم يميز بين مفهوم مشاركة التحكيم وبين شرط التحكيم وجعلهما تحت تسمية واحدة "اتفاق التحكيم"، و قد استقرت عليها الاجتهادات الفقهية.

وأما على الصعيد الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم فان النصوص الحديثة مثل اتفاقية نيويورك 1985 الموقعة بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية فهي كذلك لم تميز بين شرط التحكيم و مشاركة التحكيم.

---

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي: اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص22.

(2) محمود السيد التحتوي: طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص35 و مابعداها، انظر في ذلك أيضا: عبد الحميد المنشاوي: التحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص27 وما بعدها.

أما المشرع الجزائري نفس المصطلح العام "اتفاق التحكيم" الذي يشمل شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، وهذا ما جاء في نص المادة 1/1040 من القانون 09/08 "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية"، وبالتالي يكون قد سائر في ذلك الاتجاه الحديث، فاتفاق التحكيم مهما كان شكله فهو عقد بين الأطراف المتعاقدة، فوجب بذلك توفر الشروط العامة في العقد.

### الفرع الثاني: شروط اتفاق التحكيم

إن شروط اتفاق التحكيم تنقسم بدورها إلى قسمين موضوعية وشكلية.

#### أولاً: الشروط الموضوعية (1)

لصحة اتفاق التحكيم وجوب توافر شروط موضوعية (2)، تتمثل في التراضي الصحيح، وأن يريد هذا الأخير على محل ممكن، وأن يكون السبب مشروعاً.

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

و فضلاً عن وجود رضا بين الخصوم يجب أن يكون صحيحاً، أي أن يصدر عن أطراف ذوي الأهلية اللازمة لإصداره، وأن يكون خالي من العيوب المفسدة له كالإكراه، الغلط، التدليس والاستغلال (4).

بالإضافة إلى أن اتفاق التحكيم سواء كان شرطاً أو مشاركة، فإنه يخضع لقانون غير القانون الذي يخضع له الاتفاق الأصلي، وبالتالي يكون المرجع في كافة

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

(2) أنظر الشروط الموضوعية المنصوص عليها في المادة 59 وما بعدها من القانون المدني الجزائري

(3) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراس: المرجع السابق، ص 97 وما بعدها.

(4) محسن شفيق: مرجع سابق، ص 174.

المسائل المتعلقة بهذا الاتفاق للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم ، وهو إما قانون الإرادة أو قانون الموطن المشترك أو قانون مكان إبرام الاتفاق<sup>(1)</sup>.

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

ب/ أما فيما يخص قابلية النزاع للتسوية عن طريق التحكيم ويقصد به محل التحكيم<sup>(2)</sup>، حيث نصت المادة 11 من القانون المصري على أنه " لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح "<sup>(3)</sup>.

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

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

- لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم

-ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ، ما عدا في العلاقات الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية "، و بالتالي يجوز التحكيم في الحقوق التي يملك الأشخاص الحق في التصرف فيها <sup>(4)</sup>، فيما عدا الأمور المتصلة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم لا يجوز أن تكون محلا للتحكيم.

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

(1)محمود السيد التحتوي: طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به، المرجع السابق، ص 123 وما بعدها .

(2) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراس: المرجع السابق، ص126 وما بعدها.

(3) قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

(4)عليوش قريوع كمال: التحكيم التجاري الدولي الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004 ، ص28.

والثانية القابلية الموضوعية والتي تخص موضوع النزاع فإنها تتحدد طبقا للقانون المطبق على اتفاق التحكيم للمسائل المتنازع عليها إذا كانت تخرج عن نطاق العقد<sup>(1)</sup>.

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

### ثانيا: الشروط الشكلية

تتمثل الشروط الشكلية في اتفاق التحكيم بوجوب كتابة اتفاق التحكيم، حيث يعد هذا الأخير صحيحا في إطار المبادئ العامة إذا أبرم وفق ما يتطلبه القانون الوطني وهو في الغالب مقر الإبرام أو القانون الذي يحكم الموضوع أو قانون الموطن المشترك أو قانون الجنسية المشتركة للأطراف<sup>(2)</sup>.

و على الرغم من أن اتفاق التحكيم هو عقد رضائي إلا أن اختلاف التشريعات حول شرط الكتابة في التحكيم فيما إذا كان شرط لصحة اتفاق التحكيم أو ركن من أركانه أو يعد وسيلة لإثباته، فقد نص المشرع المصري في المادة 12 من قانون التحكيم المصري على أنه " يجب أن يكون شرط اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله من رسائل أو برقيات أو غيرها من رسائل الاتصال المكتوبة".

بالإضافة إلى ما نصت عليه المادة 1433 من المرسوم الفرنسي للتحكيم الداخلي على " يجب أن يكون شرط التحكيم مكتوبا في العقد أو في أي مستند وإلا كان الحكم باطلا "،

(1) عبد المجيد منير: التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1995، ص 85.

(2) انظر أمل أحمد الفزائري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف الإسكندرية، 1993، ص 251 و.

عبد المجيد منير: المرجع نفسه، ص 85.

وكذلك المادة 1499 من نفس المرسوم "يجب أن تكون مشاركة التحكيم ثابتة بالكتابة"

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 2/1040 من القانون 09/08 على أنه "يجب من حيث الشكل، و تحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة".

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

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

وكذلك ما نص عليه قانون التحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 في المادة 2/7 "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً..." (2).

لذلك لابد أن يصاغ اتفاق التحكيم بدقة وحرص، وأن يستوفي كل الشروط المتعلقة بتنظيم سير إجراءات التحكيم مثل طرق تعيين المحكمين، وكيفية اختيارهم، تحديد المكان الذي سيتم فيه التحكيم، تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وموضوع النزاع... الخ.

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

(1) منير عبد المجيد: الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي، المرجع السابق، ص 92.

(2) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي: نفس المرجع، ص 156 وما بعدها.



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

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

كما لا يفوتنا أن نشير إلى مبدأ هام، و هو مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي<sup>(2)</sup>، الذي كرسه المشرع الفرنسي في سنة 1963 بمناسبة قضية GOSSET<sup>(3)</sup>. والذي مفاده انه إذا كان اتفاق التحكيم باطلاً فهل يؤدي هذا إلى بطلان العقد الأصلي ؟ أم أن اتفاق التحكيم مستقل عنه؟

إن بطلان اتفاق التحكيم لا يؤدي إلى بطلان العقد الأصلي، وعدم مشروعية العقد الأصلي، أو بطلانه لا يؤثر على اتفاق التحكيم، والعلة في ذلك أن اتفاق التحكيم يعالج موضوعاً مختلفاً تماماً عن موضوع العقد الأصلي، إذ يعد اتفاق التحكيم تصرفاً قائماً بذاته، له كيان مستقل عن كيان العقد الأصلي، وهذا ما أخذت به محكمة باريس في 12 فبراير 1963<sup>(4)</sup>، و قد تم النص على هذا مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في معظم قوانين الدول كما في قانون التحكيم المصري لسنة 1994 المادة 23 منه على أنه "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الآخر ولا يترتب

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

(2) حفيظة السيد الحداد: النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 119 وما بعدها.

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

(4) منير عبد المجيد: الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي، المرجع السابق، ص 124.

على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته".

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري حيث كرس هذا المبدأ في المادة 4/1040 ق إ م إ رقم 09/08 لسنة 2008 بنصه " لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي ".

كما كرست هذا المبدأ اتفاقية جنيف الأوروبية سنة 1961، و كذلك قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، وغرفة التجارة الدولية، ويترتب على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، نتيجة مهمة في إطار تنازع القوانين، هو أن اتفاق التحكيم قد يخضع لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي، فيمكن إعمال المبادئ العامة و عادات التجارة الدولية على اتفاق التحكيم، دون النظر إلى القانون المطبق على العقد الدولي<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم التجاري الدولي

إعمالاً لقاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، فلا يشترط خضوع اتفاق التحكيم لنفس القانون الذي يحكم العقد ، إذ يجوز للأطراف اختيار قانون يحكم العقد الأصلي وقانون آخر يحكم اتفاق التحكيم، لذلك فإن القانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم هو الفيصل في كل ما يتعلق بوجوده وصحته .

وقد كشف تتبع الفقه والقضاء عن وجود اتجاهين رئيسيين في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، أحدهما ينحاز إلى تطبيق قانون الإرادة، والآخر ينحاز إلى تطبيق قانون مقر التحكيم.

(1) منير عبد المجيد: المرجع نفسه، ص126-127.

أما الاتجاه الأول أنصار الطبيعة الاتفاقية ينا دون ضرورة إعمال قانون الإرادة استنادا إلى فكرة سيادة الإرادة في العقود الدولية وان اتفاق التحكيم عقد مستقل عن الإجراءات التي يعد مصدرها وفقا للقواعد المعمول بها.

أما الاتجاه الثاني أنصار الطبيعة القضائية ينا دون بإعمال قانون مقر التحكيم لان اتفاق التحكيم يعد في نظرهم مسألة تتعلق بالإجراءات يؤدي إلى خضوعه للقانون الذي يحكمها<sup>(1)</sup> ومن خلال ما تقدم سنحاول إيضاح موقف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، بالإضافة إلى الموقف الجزائري.

### الفرع الأول: إعمال قانون الإرادة

إن العقود التجارية الدولية تخضع لقانون الإرادة ، وبالتالي للأطراف الحق في اختيار القانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم ، فلم إذن أن يختاروا قانون آخر غير القانون الذي يحكم العقد الأصلي، قد يكون ذلك القانون هو قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم أو أي بلد آخر بحسب اتفاق الأطراف<sup>(2)</sup> .

فإذا لم يكن هناك اتفاق بين الأطراف على القانون الواجب التطبيق جاز تطبيق الضوابط الاحتياطية بحسب قواعد الإسناد في ذلك القانون التي قد تشير إلى قانون الجنسية المشتركة أو قانون الموطن المشترك أو قانون البلد الذي تم فيه العقد ، أو قانون البلد الذي يتم فيه التحكيم.

---

(1) مصطفى محمد جمال، و عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص304.

(2) مصطفى محمد جمال، و عكاشة محمد عبد العال: المرجع نفسه ، ص307.

وهذا مأخذ به المشرع المصري في قانونه المدني بنص المادة 19 منه التي تخضع العقود الدولية للقانون الذي يتفق عليه الأطراف، أو الذي يتبين من الظروف اتجاه إرادتهم لتطبيقه<sup>(1)</sup>.

أما المشرع الفرنسي كأصل فانه يأخذ بقانون الإرادة في مجال العقود الدولية، و في غياب هذا القانون يعطي للمحكم الاختصاص للنظر في القانون الملائم<sup>(2)</sup>، فقد نصت المادة 1496 ق.إ.م.ف :

«L'arbitre tranche le litige conformément aux règle de droits que les parties on choisies à défaut d'un tel choix conformèment à celle qu'il estimé appropriées, il tient compte dans tout les cas des usages du commerce ».

أما على مستوى الاتفاقات الدولية فقد نصت اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية من خلال المادة 1/5 بند 1 على أن تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم لتحديد صحته من عدمه يكون طبقاً لقانون الإرادة ، فإذا لم يوجد مثل هذا الاختيار يتم تطبيق قانون محل صدور حكم التحكيم ، وبذلك يتضح أن اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية قد جمعت بين الاتجاهين السائدين في هذا المجال ، بحيث يكون الاتجاه الأول احتياطياً للاتجاه الثاني<sup>(3)</sup>.

والمقصود بالإرادة في هذا المجال هي الإرادة الصريحة أو الضمنية، التي اتجهت إليها معظم الفقه و القضاء، وكذلك التشريعات الوطنية و الاتفاقيات الدولية باعتبار أن القانون الواجب التطبيق لا يفترض من نفسه و إنما لا بد أن يحدد بصفة صريحة أو ضمنية من قبل المتعاقدين<sup>(4)</sup>.

(1) منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي، المرجع السابق، ص102.

(2) محمد كولا، المرجع السابق، ص 123.

(3) منير عبد المجيد، المرجع نفسه، ص99

(4) ph. Fouchard, op-cit, page 77-78.

وبالتالي يمكن للأطراف اختيار قانون معين صراحة بتسميته، أو ضمنا بالإشارة غير المباشرة والتي يمكن استخلاصها من ظروف وملابسات العقد الدولي، وذلك في حالة سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

### الفرع الثاني: إعمال قانون مقر التحكيم

يرى هذا الاتجاه أن التحكيم مجرد صورة من صور التقاضي، فينظر إلى اتفاق التحكيم بأنه حلقة إجرائية من حلقات قضاء التحكيم<sup>(1)</sup>، وقد نادي جانب من الفقه المتأثرين بالطبيعة القضائية للتحكيم بضرورة خضوع اتفاق التحكيم إلى قانون الدولة التي تتم فيها إجراءات التحكيم على إقليمها، ذلك أن المحكم يخضع للاختصاص التشريعي للدولة التي يقوم بأداء مهمته على إقليمها، وبالتالي فإنه يخضع للقانون الوطني مثل القاضي<sup>(2)</sup>.

غير أن هذا الاتجاه وجهت إليه عدة انتقادات، فيما يتعلق بالطبيعة القضائية والإجرائية، حيث يرى الفقيه "pierre Mayer" ، أنه "صحيح أن العدالة هي ميزة تعمل السلطة العامة على تحقيقها والسهر عليها، وهي تعد من الأمور التي تدخل في النطاق القاصر عليها، لذلك إذا قام المحكم بتحقيق العدالة فإنه لن يكون إلا بتفويض من الدولة وفقا للقواعد التي تضعها الدولة"<sup>(3)</sup>.

و عليه فإن هذا الاتجاه يرى في التحكيم حقيقة قضائية، لأنه يتجاهل أن اتفاق التحكيم عقد كسائر العقود يخضع لضوابط الإسناد التي يحددها المشرع<sup>(4)</sup>.

أما فيما يخص موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، فنجد أنه أخذ بالإرادة الصريحة في هذا المجال، ولم يعتد بالإرادة الضمنية ،

(1) مصطفى محمد الجمال، و عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 304 .

(2) حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 56-57.

(3) حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، ص 60-61.

(4) مصطفى محمد الجمال، و عكاشة محمد عبد العال، المرجع نفسه، ص 306.

حيث اعتبر سكوت الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم تنازل منهم عن احتيـاره.

وبالتالي الرجوع إلى المصادر الاحتياطية التي حددها المشرع الجزائري فقد نصت المادة 1040 / 3 ق. إ.م. إ على أنه " تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره، أو القانون المنظم لموضوع النزاع ، أو القانون الذي يراه المحكم ملائما " وبالتالي يلاحظ من خلال هذه الفقرة أن اتفاق التحكيم يمكن أن يخضع إلى:

### 1/ خضوع اتفاق التحكيم لقانون إرادة الأطراف:

يكون اتفاق التحكيم صحيحا في حال استجابته للشروط التي وضعها القانون المختار من قبل الأطراف المتنازعة، وعلى هذا يكون المشرع الجزائري قد كرس مبدأ قانون الإرادة المنصوص عليه في المادة 1/18 ق.م.ج المعدلة و المتممة بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 على أنه " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد "

### 2/ خضوع اتفاق التحكيم للقانون المنظم لموضوع النزاع:

في حالة غياب الاختيار الصريح، يمكن أن يخضع اتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم موضوع النزاع، أي العقد الأصلي، وبالتالي يمكن اعتبار الاختيار الثاني بمثابة الاختيار الضمني لإرادة الأطراف وهو القانون الذي يخضع له العقد الأصلي<sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> محمد كولا، المرجع السابق، ص123.

### 3/ خضوع اتفاق التحكيم للقانون الذي يراه المحكم ملائما:

المصدر الثالث الذي يمكن أن يخضع له اتفاق التحكيم و هو تطبيق القانون الذي يراه المحكم مناسباً ، وبالتالي يكون المشرع الجزائري قد منح للمحكم سلطة تقديرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في حالة غياب الاختيار الصريح للخصوم، فقد يلجأ المحكم إلى تطبيق قانون آخر غير القانون المطبق على العقد الأصلي، كإعماله للمبادئ العامة و الأعراف التجارية التي يراها مناسبة<sup>(1)</sup>.

نستخلص مما سبق ذكره ، كأصل عام أن القانون الواجب التطبيق علي اتفاق التحكيم يتم اختيار من قبل المتعاقدين تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، و الذي يعد من الركائز الأساسية في التحكيم التجاري الدولي ، ذلك أن أساس قضاء التحكيم هو الاتفاق على التحكيم و الذي يعد مصدر اختصاص المحكم.

#### المطلب الثالث: تشكيل هيئة التحكيم

تشكيل هيئة التحكيم من المسائل الهامة التي يتفق عليها أطراف النزاع<sup>(2)</sup>، ومن المؤكد أن التشريعات الوطنية ، والاتفاقيات الدولية قد منحت للخصوم حرية كبيرة في اختيار المحكم أو المحكمين اللذين سيتولون الفصل في نزاعهم، باعتبار أن هذه الحرية هي أحد مزايا التحكيم، لكنها في المقابل لم تغفل على وضع بعض الشروط الواجب توافرها في شخص المحكم.

---

(1) انظر المادة 1050 ق.إ.م.إ. تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة".

(2) رضوان ابراهيم الجغبير: المرجع السابق، ص187.

فتشكيل هيئة التحكيم تخضع في الأصل لإرادة الأطراف من جهة، وعلى قبول المحكمين للمهمة المسندة إليهم من جهة أخرى، لأن للمحكم الحرية في أن يقبل أو يرفض المهمة المسندة إليه.

وعليه سوف يتم معالجة هذا المطلب في ثلاثة فروع:

### الفرع الأول: تعيين المحكمين

الأصل أن تشكيل هيئة التحكيم تعود لإرادة واتفاق الأطراف، فقد يتفقون على أن تكون الهيئة مشكلة من واحد أو أكثر، فإذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا، وذلك لغايات الترجيح عند الاختلاف في الرأي<sup>(1)</sup>.

و يمكن أن يتم التعيين بالاسم والصفة، في اتفاق التحكيم أو في اتفاق لاحق، وأيضا يمكن تفويض جهة معينة بمهمة اختيار المحكمين<sup>(2)</sup>.

كما أن اختيار هيئة التحكيم يسودها مبدأ الحرية و المساواة ، و بالتالي لا يكون لأحد الأطراف أفضلية على الآخر في اختبار المحكمين، بحيث يحق لكل طرف اختيار محكمه الخاص، ويتولى المحكمان المختاران اختيار المحكم الثالث، وهو المحكم الرئيس أو المحكم المرجح ولا يتدخل إلا في حالة وجود خلاف<sup>(3)</sup>.

ويؤخذ على فكرة ترك الأمر لإرادة الأطراف في اختيار المحكمين ، أن المحكم المختار بمعرفة الخصم يشعر بالتبعية له، وانتمائه إليه ، ويعتبر نفسه بمثابة محام يدافع

(1) رضوان ابراهيم الجغبير، المرجع السابق، ص189.

(2) محمد حسن منصور: العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، بدون سنة نشر، ص489.

(3) منير عبد المجيد: التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، 1997 ص 133.



عن وجهة نظره عن مصالحه في النزاع، وهو ما يؤدي إلى اهتزاز مبدأ الحياد والاستقلالية والنزاهة الواجب توافرها في فيه<sup>(1)</sup>.

وقد عالج قانون اليونسترال النموذجي بشأن التحكيم التجاري الدولي القواعد الخاصة بتشكيل هيئة التحكيم في مواده من (10 إلى 15) حيث كرست هذه المواد مبدأ سلطان الإرادة وذلك بترك الحرية للأطراف تعيين المحكمين و إلا كان العدد ثلاثة<sup>(2)</sup>.

كما نص القانون النموذجي على " أنه في حالة عدم وجود اتفاق علي تشكيل هيئة التحكيم تتولى الأمر الجهة التي يحددها القانون الوطني لكل دولة وتكون قراراتها في هذا الخصوص غير قابلة للطعن فيها " <sup>(3)</sup>.

أما فيما يتعلق بالمعاهدات الدولية، فقد أقرت بعض المعاهدات منها معاهدة جنيف في مادتها الرابعة لسنة 1961 على الطبيعة الاتفاقية لمسألة تعيين المحكمين، وأيضاً التنظيم الدقيق الذي وضعته ل كيفية تعيينهم في حالة عدم تحديد الأطراف لهذا التعيين<sup>(4)</sup>.

وقد نص المشرع الفرنسي على موضوع تشكيل هيئة التحكيم في المادة 1454 مرافعات على أنه في حالة تحديد عدد زوجي فلمحكمة التحكيم أن تختار محكما سواء اتفق الأطراف على ذلك أو لو لم يتفقوا، و يتولى الأمر المحكمون الذين تم اختيارهم ، وإذا اختلفوا فيتولى رئيس المحكمة الابتدائية ذلك.

(1) منير عبد المجيد: الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، المرجع السابق، ص143.

(2) مختار محمد بربري: المرجع السابق، ص80.

(3) راجع المواد 6.11.12.13.16 من القانون النموذجي للتحكيم. أنظر وائل أنور بندق: موسوعة التحكيم "الاتفاقيات الدولية و القوانين العربية"، ط2، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009، ص 29 وما بعدها.

(4) محسن شفيق: المرجع السابق، ص255.

وهذا ما أخذ به المشرع المصري أيضا بموجب نص المادة 15 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994<sup>(1)</sup>.

أما موقف المشرع الجزائري فقد سائر الفقه والقضاء الدوليين، والأنظمة المقارنة، بخصوص الطبيعة الاتفاقية المتعلقة بتعيين المحكمين، و ذلك بنصه في المادة 106 ق.م.ج " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون "

وكذلك ما نصت عليه المادة 1041 ق.م.أ على أنه "يمكن للأطراف، مباشرة أو الرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم..."

ومن خلال ما سبق يتبين أن معظم التشريعات نادت بحرية أطراف النزاع في اختيار المحكم، واكتفت بوضع بعض الضوابط العامة التي تضمن صلاحية المحكم لأداء مهامه<sup>(2)</sup>.

وهذه الحرية التي تكفلها الأنظمة القانونية المختلفة تلقي على عاتق المختصين مسؤولية اختيار المحكم ، الأمر الذي يستدعي توخي الدقة والحذر في الاختيار، لأن نجاح عملية التحكيم تتوقف على حسن اختيار المحكم<sup>(3)</sup>.

---

(1) انظر وائل أنور بندق: موسوعة التحكيم "الاتفاقيات الدولية وقوانين الدول العربية"، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط2، 2009، ص248.

(2) عليوش قريوع كمال: التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ط3، د.م.ج، 2005، ص40.

(3) رضوان ابراهيم الجغبير، المرجع السابق، ص200.

## الفرع الثاني :الشروط الواجب توفرها في المحكم

لقد نصت معظم التشريعات على الشروط الواجب توفرها في المحكم، إلا أنها اختلفت فيم بينها في كيفية تحديد هذه الشروط ، وذلك تبعا للغاية والحرص من هذا المشرع أو ذاك لإنجاح عملية التحكيم، وهي في الغالب نفس الشروط التي يجب أن تتوفر في القاضي.

فحسن أداء المحكم لمهمته يظل مرهون بشخصيته و ما يحمله من مؤهلات و خبرات فأتطرف اتفاق التحكيم لا يقدمون على اختيار التحكيم كأسلوب لحسم النزاع إلا من خلال توقع معاملة عادلة وأسلوب مميز ومتخصص في تسيير الإجراءات ، وتوافر مستوى أخلاقي و فني راق لدى المحكم، وهذا يلقي ما عليه عبئا والذي هو ليس بيسير ويتطلب توافر عدد من الشروط.

### أولاً:وجوب أن يكون المحكم شخصا طبيعيا

يجب أن يكون المحكم شخصا طبيعيا ، و لا يجوز أن يكون شخصا معنويا، وهذا الشرط يمكن استخلاصه من النصوص القانونية دون ورود صراحة، وهذا ما جاء في نص المادة 1415 من قانون المرافعات الفرنسي على أنه " لا يجوز إسناد مهمة التحكيم إلا لشخص طبيعي" <sup>(1)</sup>، أما إذا عين اتفاق التحكيم شخصا معنويا ، كأن ينص فيه على أنه في حالة نشوب نزاع ما بسبب العقد فيتم تسويته بالتحكيم عن طريق مركز للتحكيم مثل عرفة التجارة الدولية<sup>(2)</sup>، فهذا يعني أن مركز التحكيم يقوم بتنظيم عملية التحكيم فقط. <sup>(3)</sup> .

(1) حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي "دراسة مقارنة"، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص185.

(2) تأسست غرفة التجارة الدولية في العام 1919 ، وتعد مؤسسة من مؤسسات التحكيم التجاري الدولي، حيث تعمل محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة على حل المنازعات التجارية الدولية بمعدل 500 قضية سنويا.

(3) سامي محمد فوزي :المرجع السابق، ص155 .

## ثانياً: أن يكون المحكم متمتعاً بالأهلية القانونية كاملة

أجمعت أغلبية الأنظمة القانونية الخاصة بالتحكيم، وبصفة عامة على توافر الأهلية المدنية للمحكم ، فالأهلية المطلوب توافرها فيه ، هي صلاحيته لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، بمعنى آخر صلاحيته لمباشرة حقوقه المدنية<sup>(1)</sup> وصلاحيته لممارسة العمل القضائي كشرط الجنسية، أو مراعاة القيود الواردة في القوانين الوطنية المختلفة<sup>(2)</sup>.

ولا فرق في كونه ذكر أو أنثى، وبالتالي فأهلية المحكم منوطة بقانونه الشخصي الذي يحدد أهليته و الشروط الواجب توافرها فيه.<sup>(3)</sup>

## ثالثاً: استقلال و حياد المحكم

إن حياد المحكم واستقلاله ضمانات رئيسية لاستمرار إجراءات التحكيم، واحترام حكم التحكيم بعد صدوره<sup>(4)</sup>

و المقصود بالاستقلال إنتفاء صله المحكم بموضوع النزاع، و ألا يكون له مصلحة فيه ، أو ارتباط بأي من الأطراف، فالمحكم باعتباره قاضياً لا يجوز أن يكون طرفاً في النزاع بأي شكل من الأشكال أو له مصلحة فيه على أي وجه<sup>(5)</sup>، أما الحياد فهو عدم الميل أو الحكم بالهوى لصالح أي من الخصوم<sup>(6)</sup>.

(1) رضوان ابراهيم الجغبير: المرجع السابق، ص202.

(2) المادة 1/16 من قانون التحكيم المصري "لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره".

(3) رضوان ابراهيم الجغبير: المرجع نفسه، ص215.

(4) رضوان ابراهيم الجغبير: المرجع نفسه ، ص208.

(5) رضوان ابراهيم الجغبير: المرجع نفسه ، ص178.

(6) رضوان ابراهيم الجغبير: المرجع نفسه ، ص209.

وقد أكد المشرع المصري على هذا الشرط صراحة في المادة 1/18 من قانون التحكيم المصري، ذلك أن عدم الاستقلالية يعد سبب من أسباب رد المحكم (1).

أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة 2/1452 ق.أ.م.ف على أنه:

« Arbitre qui suppose en sa personne une cause de récusation doit en informer les parties, en ce cas il ne peut accepter sa mission qu'avec l'accord de ces parties ».

وبالتالي المشرع الفرنسي لم يتطرق لشرط الحياد و الاستقلالية، بل جاءت مادته عامة.

أما المشرع الجزائري فلم يتعرض لهذا الشرط صراحة ولكن يمكن استنتاجه من أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد 09/08 ، وبالتالي تبقي مسألة الحياد و الاستقلالية مسألة نسبية يرجع تقديرها للخصوم.

#### رابعاً: توفر الخبرة والكفاءة في المحكم

إن القواعد الدولية المعمول بها في مجال التحكيم الدولي بصفة عامة لا تضع شروطاً خاصة لاختيار المحكم، وترك ذلك كقاعدة عامة للخصوم الحرية في اختيارهم للشخص الموثوق فيه وفي نزاهته و الاطمئنان لعدالته في ضمان السير الحسن لعملية التحكيم.

فخبرة و كفاءة المحكم لا تعد شرطاً لاختياره إلا في الحدود التي يقرها الأطراف، فالمحكم ذو الخبرة والكفاءة يكون أقدر على حل النزاع المعروض عليه دون أن يتأثر بآراء الآخرين والمصالح الشخصية، بالإضافة إلى أن هذا الشرط يبعث الثقة في نفس الخصوم و بقدرته على تسوية النزاع، والرضا بحكمه، و تنفيذه (2).

---

(1) المادة 1/18 من قانون التحكيم المصري " لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكاً جدية حول حيده أو إستقلاله".

(2) رضوان ابراهيم الجبيري، المرجع السابق، ص 218.

كما لا يشترط شرط الجنسية بالنسبة المحكمين ولكن قد يكون لها دور عندما يتعلق الأمر بالمحكم الفرد أو المحكم الثالث كرئيس للهيئة التحكيمية<sup>(1)</sup>.

غير أنه نجد أن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 و الذي نص على عدم الأخذ بشرط الجنسية حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة 11 " لا يمنع أي شخص بسبب جنسيته من العمل كمحكم ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك "<sup>(2)</sup>.

وفي المقابل تذهب بعض الاتفاقيات الدولية إلى الأخذ بشرط الجنسية ، وذلك لضمان فعالية عملية التحكيم وحياد المحكم ، كما جاء في الفقرة الرابعة من المادة الرابعة من القواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة في القانون التجاري الدولي<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثالث: قبول المحكم للمهمة المسندة إليه

إن عنصر تعيين المحكم يعد العنصر الأساسي في اتفاق التحكيم ويكون خاضع للإرادة المشتركة للخصوم، فقبول المحكم المهمة المسندة إليه بموجب هذا الاتفاق يبقى متوقفا على إرادة هذا الأخير.

وبالتالي يتطلب قبول المحكم وجود علاقة تعاقدية أخرى تخضع لقانون الإرادة، وتختلف تماما على اتفاق التحكيم ومستقلة عنه<sup>(4)</sup>.

(1) رضوان ابراهيم الجغبير، المرجع السابق، ص174.

(2) سامي محمد فوزي : المرجع السابق ، ص 157.

(3) محمد كولا، المرجع السابق، ص 174.

(4) منير عبد المجيد: التنظيم القانوني للتحكيم الداخلي والدولي، المرجع السابق، ص 134.

فلا يمكن إجبار المحكم على القيام بالمهمة المسندة إليه حتى ولو كان تعيينه من قبل المحكمة المختصة، فالمحكم له خيار القبول من عدمه <sup>(1)</sup>.

فقبول المحكم لمهمته يعد إجراءات جوهرية لتشكيل هيئة التحكيم وهذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في نص مادته 1/1452 من قانون الرافعات الفرنسي أن تشكيل هيئة التحكيم لا يكون نهائياً و مكتملاً إلا بقبول المحكم للمهمة التي عهد إليه بها من قبل أطراف النزاع <sup>(2)</sup>.

كما أن أغلبية التشريعات و الاتفاقيات أجمعت على أن قبول المحكم لمهمته يجب أن يكون كتابياً، وهذا الإجراء يعتبر هاماً، لأن تخلف هذه الكتابة قد يخلق بعض العراقيل منها فتح المجال للطعن ببطالان حكم تحكيم وهذا ما جاء في نص المادة 3/1502 ق.إ.م.ف <sup>(3)</sup>. و هذا ما أكدته المشرع المصري في المادة 3/16 من قانون التحكيم المصري على أنه " يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة... " <sup>(4)</sup>.

أما فيما يخص المشرع الجزائري فلم يشر لهذا الشرط صراحة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08.

ويترتب على قبول المحكم لمهمة التحكيم خلق التزامات متبادلة بين المحكم وأطراف النزاع، يكون في صورة عقد يربط بين خصوم النزاع والمحكم أو المحكمون <sup>(5)</sup>.

(1) منير عبد المجيد: التنظيم القانوني للتحكيم الداخلي و الدولي، المرجع السابق، ص 134.

(2) رضوان إبراهيم الجعير: المرجع السابق ، ص 207.

3) Art 1452/1 : « La constitution du tribunal arbitral n'est parfaite que si les arbitres acceptent la mission que leur est confiée ».

(4) محمد كولا: المرجع السابق، ص، 180.

(5) اختلف الفقه في تسمية هذا العقد، اتجه أطلق عليه مصطلح عقد التحكيم، واتجاه ثاني أطلق عليه تسمية عقد تنصيب، كما ظهر جدل فقهي آخر حول التكييف القانوني للعقد فمنهم من رأى أنه عقد وكالة، ومن أنصار هذا الإتجاه الفقه السويسري، ومنهم من ذهب للقول على انه عقد مقاوله وذلك لأن المهمة المسندة للمحكم هي عبارة عن مجموعة خدمات ذات طابع فكري يقوم بأدائها المحكم مقابل تلقيه مقابل مالي، وهناك من أنكر هذه الصفة، لكن الفقه الغالب أكد على انه عقد من نوع خاص ومراد ذلك إلى الطبيعة المختلطة للتحكيم.

فيلتزم المحكم بالتحكيم ويلتزم الخصوم بدفع الأتعاب، ولذلك يلتزم لقيام عقد التحكيم هذا، قبول التحكيم ووجوب اتصاله بإيجاب الخصوم.

ولا يترتب على رفض المحكم لمهمته بطلان اتفاق التحكيم، وإنما تعلق آثاره إلى حين تمام القبول من محكم آخر يتفق عليه الأطراف.

ومسألة قبول المحكم لهذه المهمة تثير مسألتين هما: الأول هي تثبيت إنهاء تشكيل هيئة التحكيم، و الثانية: وهي تعد الأهم بداية العد، إذ من هذا الوقت تبدأ مهمة المحكمين<sup>(1)</sup>.

كما يجدر بالمحكم أن يفصح عن الأسباب التي قد تدعو لرده قبل إعلانه النهائي بقبول مهمة التحكيم حتى يكون الأطراف على بينة من الأمر<sup>(2)</sup>، فإما أن يقبل الأطراف تعيين نفس المحكم بالرغم من الأسباب التي قد تثير في تقديره طلب رده نظرا لإقتناعهم بأنها لن تؤثر في حياده واستقلاله، وهنا لا يجوز لأحد الأطراف طلب رد هذا المحكم لنفس الأسباب التي كشف عنها قبل تعيينه، وإما يتفقان على تعيين محكم آخر<sup>(3)</sup>.

---

(1) رضوان إبراهيم الجغبير: المرجع السابق، ص 208.

(2) نبيل إسماعيل عمر: التحكيم في المواد المدنية و التجارية الوطنية و الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 144.

(3) حسني المصري: المرجع السابق، ص 212.



## المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

إن من أهم الأسس التي يقوم عليها التحكيم، هي تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وذلك لأنه يعد الركيزة الأساسية و الهامة التي يقوم عليها إصدار حكم التحكيم الذي يترتب عليه حسم النزاع وإنهائه<sup>(1)</sup>.

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

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

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

(1) فوزي محمد سامي: المرجع السابق، ص 179.

(2) أبو زيد رضوان: المرجع السابق، ص 144.

ويترتب على ذلك تطبيق قواعد القانون الدولي الخاصة بتنازع القوانين لتلك الدولة، والتي تتركز مهمتها في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة ذات العنصر الأجنبي، ويتم ذلك بواسطة قواعد تتنازع القوانين (قواعد الإسناد)<sup>(1)</sup>.

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

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

من هذا المنطلق سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب.

### المطلب الأول: قانون الإرادة

و يقصد بقانون الإرادة القانون الذي يختاره الأطراف ليحكم علاقتهم العقدية، وليكون مصدرا للقواعد التي تحكمها، و لو كان قانون آخر هو الواجب التطبيق عند عدم اختيار الأطراف لذلك القانون<sup>(3)</sup>.

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

فاختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع قد تتم الإشارة إليه صراحة في اتفاق التحكيم، سواء أكان ذلك في شرط التحكيم أو في مشاركة التحكيم ، أو يوجد في

(1) حبار محمد: المرجع السابق، ص 91.

(2) فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 185.

(3) حسني المصري: المرجع السابق، ص 341.

الغالب مدونا في العقود النموذجية الدولية، حيث تبين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع<sup>(1)</sup>.

وفي هذه الحالة لا صعوبة تثار، لكن الصعوبة تكمن في حالة ما إذا لم يفصح أطراف النزاع صراحة عن إرادتهم في تحديد هذا القانون، وعند ذلك يتعين على هيئة التحكيم تحديده من خلال البحث عن الإدارة الضمنية أو المفترضة<sup>(2)</sup>، لأطراف النزاع، لكي يتمكن المحكم من خلالها تحديد القانون الذي سيطبق على موضوع النزاع، وتكون هذه الإرادة في نصوص العقد والظروف المحيطة به عن اتجاه هذه الإرادة، فإن تعذر عليه ذلك لجأ إلى مؤشرات أو توطين العقد، أي وضعه في مكان يخضع لقانون باعتباره الأنسب لحكم النزاع المترتب عليه، و من المؤشرات الدالة على إرادة الأطراف الضمنية تحرير العقد بلغة معينة، أو إخضاع النزاع لاختصاص محاكم دولة معينة أو للتحكيم في هذه الدولة مما يدل على رغبة الخصوم الضمنية في تطبيق قانون هذه الدولة، بالإضافة إلى إدماج قانون معين في العقد، قد يستفاد منه أن إرادة الخصوم قد اختارت هذا القانون لحكم العقد<sup>(3)</sup>.

كما أن المشكلة لا تقف عند معرفة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فقط، بل تتعداه إلى ضرورة معرفة قواعد القانون الدولي الخاص التي ستطبق، أي قواعد الإسناد التي من خلالها يستطيع المحكم معرفة القواعد القانونية التي سيطبقها للفصل في النزاع، إذ أن اختيار الخصوم لقانون معين أو معرفة ذلك القانون لا يغني عن البحث في قواعد القانون الدولي الخاص بتنازع القوانين، و العلة في البحث عن هذه القواعد

(1) فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص186.

(2) الإرادة المفترضة تتحقق عند عدم معرفة الإرادة الضمنية للأطراف، حيث يكشف أن الأطراف قد قصدوا إعمال قانون معين كقانون مكان التحكيم.

(3) هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الإسكندرية، 1995، ص322.

تكمّن في أن المنازعات الدولية غالبا ما تتعلق بالمسائل العقدية و لكنها قد تشمل على مسائل تتعلق بالأهلية، أو المسؤولية غير العقدية أو المنافسة الغير مشروعة<sup>(1)</sup>.

### الفرع الأول: موقف التشريعات الوطنية من قانون الإرادة

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

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

-حيث نص المشرع المصري في المادة 1/39 من قانون التحكيم المصري على أنه "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، و إذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة أتبعّت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك"<sup>(2)</sup>.

وبالتالي فالمشرع المصري قد منح الأولوية للأطراف لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، وعند اختيار قانون موضوعي معين يتم استبعاد قواعد التنازع لذلك القانون وهذا وفقا لإرادة الأطراف.

-أما المشرع الفرنسي فقد نص على هذا المبدأ بموجب المادة 1/1496 ق.إ.م.ف<sup>(3)</sup>. و من منطلق هذه المادة نجد أن المشرع الفرنسي قد أوجب على الأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وما على المحكم سوى تطبيقه، أي أن المشرع الفرنسي يشير إلى قواعد القانون، وبالتالي للأطراف أن يخضعوا النزاع لقانون وطني معين، سواء كان قانون دولة أحد الخصوم أو قانون أجنبي آخر، لذلك فإن تعبير قواعد القانون يمنح الحرية الكاملة للأطراف لتحديد نوع هذه القواعد، فيمكن أن

(1) فوزي محمد سامي: المرجع السابق، ص188.

(2) وائل أنور بندق: المرجع السابق، ص257.

3) Art 1496/1 : « L'arbitre tranche le litige conformément au règles de droit que les parties ont choisies ».

تكون وطنية أو دولية، ما لم تكن مخافة لقواعد القانون العام، كما قد يكون القانون هو القواعد الخاصة بتنازع القوانين<sup>(1)</sup>.

- أما فيما يخص المشرع الجزائري فقد كرس مبدأ حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الواجب إعماله من قبل المحكم مع مراعاة قواعد النظام العام<sup>(2)</sup>، وهذا بموجب المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف..."

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

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

كما أحالت بعض الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر مع بعض الدول إلى إمكانية إعمال قواعد تنازع القوانين، منها مثلا الاتفاقية الجزائرية الإسبانية في المادة 3/11 و الاتفاقية الجزائرية الفرنسية في المادة 4/8<sup>(3)</sup>. أيضا كثير ما تحيل الاتفاقيات الدولية كذا

(1) محمد كولا، المرجع السابق، ص 201.

(2) محمد كولا، المرجع نفسه، ص 202.

(3) محمد كولا: المرجع السابق، ص 205.

والقعود الدولية إلى إخضاع النزاع إلى المبادئ العامة للقانون أو العادات و الأعراف السائدة في التعامل التجاري.

كما يمكن للأطراف وفقا لاتفاق التحكيم تسوية نزاعهما حول القانون الذي يطبق على النزاع عن طريق الصلح، فإن المحكم واستنادا للرخصة الممنوحة له لا يتقيد بالقواعد القانونية الموضوعية في إصدار حكمه، وإنما يكون له إصدار حكمه وفقا للعدالة. كل ذلك بالاستناد إلى تفويض صريح من قبل الأطراف بتحويله سلطة التحكيم وفقا لمبادئ العدالة، ويكون له أيضا الحرية في البحث عن الحل الذي يراه ملائما بالنسبة للأطراف<sup>(1)</sup>.

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

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

كما أن المشرع الجزائري نص على إمكانية الفصل في موضوع النزاع من قبل هيئة التحكيم كمفوض بالصلح ، وذلك بموجب المرسوم التشريعي 09/93 المادة 15/458 على

(1) عليوش كمال: المرجع السابق، ص 56.

(2) وائل أنور بندق: المرجع السابق، ص 257.

3 ) Art 1496 « L'arbitre statue comme amiable compositeur si la convention des parties lui a confère cette mission ».

4 ) محمد كولا: المرجع السابق، ص 207.

أنه" تفصل محكمة التحكيم كمفوض بالصلح إذا خولتها اتفاقية الأطراف هذه السلطة"، غير أنه لم ينص على هذه الطريقة في القانون الجديد 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

### الفرع الثاني: موقف الاتفاقيات الدولية من قانون الإرادة

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

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

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

بالإضافة إلى ما نصت عليه اتفاقية جنيف لسنة 1961 في الفقرة الأولى من المادة السابعة على أن" الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يجب على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع"<sup>(2)</sup>.

وقد وردت الإشارة في المادة 1/21 من اتفاقية عمان العربية للتحكيم إلى قانون الإرادة صراحة فقد نصت المادة المذكورة على إن" تفصل الهيئة في النزاع

(1) وائل أنور بندق: المرجع السابق، ص51.

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

وفقا للعقد المبرم بين الطرفين، وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنا إن وجد"، فهذا النص منحت فيه الاتفاقية أطراف العقد الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، ولم تدع مجال للشك في طبيعة الإرادة في اختيار القانون فقد أشارت بأن إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية ، وحرية الأطراف وفقا للاتفاقية تمتد لاختيار أي قانون و لو لم يكن ذا صلة بالعقد أو قانونا وطنيا معيناً<sup>(1)</sup>.

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

**أولاً: صلة العقد بالقانون المختار،** أثارت هذه المسألة جدلا في الفقه، حيث نتج عن ذلك نظريتين، النظرية الشخصية، والنظرية الموضوعية.

فقد ذهب أنصار النظرية الشخصية إلى ضرورة إطلاق حرية الأطراف في إختيار القانون الذي يطبقه المحكم على نزاعاتهم، بغض النظر عن أي صلة بينه وبين العقد موضوع النزاع<sup>(2)</sup> ، طالما لم يتم الاختيار لهذا القانون بسوء نية ، فهذا الاختيار ينصب على إدماج النصوص القانونية للقانون المختار في العقد لينزل منزلة الشوط التعاقدية، بحيث يمكن أن تكون محلا للتعديل و الاشتراط بحيث تفقد طابع القانون بمعناه الدقيق<sup>(3)</sup>. كما يمكن للأطراف إبرام عقد مستقل عن كل قانون وطني، أي عقد له الكفاية الذاتية يجد المحكم في شروطه كل ما يحتاجه من أحكام للفصل في موضوع النزاع.

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

(2) هناك بعض الإتفاقيات التي لم تشترط أن يكون هناك رابطة بين النزاع و القانون المختار كما جاء في المادة 2 من إتفاقية روما 1980 و المادة 1/28 من القانون النموذجي للتحكيم.

(3) منير عبد المجيد: التنظيم القانوني للتحكيم الداخلي و الدولي، المرجع السابق، ص 204.



ويستند أنصار هذه النظرية لتبرير فكرتهم إلى أن تطبيق قانون الإرادة لا يكون على أساس الطبيعة الاتفاقية للتحكيم فقط ، بل على اعتبار أن مبدأ سلطان الإرادة قاعدة إسناد أكثر ملائمة وما يحققه هذا المبدأ من توازن بين الأطراف، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في العديد من أحكامها، منها الحكم الصادر في 15/01/1935<sup>(1)</sup>.

ومن ما لاشك فيه أن هذه النظرية تؤدي إلى إفلات العقد الدولي من دائرة تنازع القوانين، استنادا إلى ما للإرادة من شبه قوة مطلقة دون الاستناد إلى قانون يبرر هذا الوجود.

أما أنصار النظرية الموضوعية<sup>(2)</sup>، فقد ذهبوا إلى وجوب ربط العقد الدولي بقانون وطني له علاقة حقيقية به، فهذا القانون هو الذي يمد للاتفاق القوة الملزمة، حيث يرون أن جوهر إرادة المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد هو في الحقيقة عبارة عن توطين للعقد تبعا لإرادتهم، وبالتالي يجب أن يكون هذا الاختيار إشارة إلى رابطة التوطين هذه مثل إختيار الأطراف لقانون دولة تنفيذ العقد، أو قانون بلد إبرام العقد، أو قانون جنسية أحد الأطراف<sup>(3)</sup>، فإذا انعدمت هذه الرابطة اعتبر ذلك من قبيل الغش نحو القانون الأجنبي<sup>(4)</sup> .

و من أسانيد هذه النظرية أن الرضي وهو غير كافي ليكون محلا للالتزام بل لابد من قانون يضيف عليه طابع القوة الملزمة، ومن ثمة يجب أن تكون الاتفاقيات مبرمة بطريقة قانونية، وقد عبر الفقيه "باتيفول" عن مبدأ سلطان الإرادة على أنه " مبدأ للفوضى القانونية".

(1) للتفصيل أكثر راجع منير عبد المجيد: المرجع نفسه، ص205.

(2) من مؤيدي هذه النظرية في القانون الدولي الخاص، « Niboyet, Batiffol, Arminjon »

(3) د/ كمال إبراهيم: التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص142.

(4) حسني المصري: المرجع السابق، ص345.

و لا تفوتنا الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد تبني النظرية الموضوعية التي تقيد الأطراف في اختيار القانون المطبق على العقد وهذا ما نصت عليه المادة 1/18 ق.م.ج أنه: "تسيري على الالتزامات التعاقدية القانون الذي المختار من التعاقدين إذا كانت له صلة بالمتعاقدين أو العقد"<sup>(1)</sup>.

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

بالإضافة إلى أن محاولة إخضاع أجزاء العقد إلى أنظمة مختلفة يؤدي إلى المساس بفكرة تركيز العقد، و بالتالي يصبح العقد خاضع لدولة أخرى غير التي ركز فيها، فالعقد يعتبر عملية قانونية واحدة فلا يتصور إخضاع كل من تكوين العقد وأثاره، وإبطاله إلى أنظمة قانونية مختلفة<sup>(2)</sup>.

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

(1) محمد حبار: المرجع السابق، ص151 و مايليها.

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

## المطلب الثاني: سلطة التقديرية للمحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق عند غياب قانون الإرادة

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

فالمحكم الدولي ليس له قانون اختصاص، فهو غير مقيد بقانون وطني معين، ولا يصدر حكمه باسم هذه الدولة أو تلك، وبالتالي لا يخضع لسيادة أي دولة حتى ولو كانت هي أو أحد رعاياها طرفا في النزاع المطروح على التحكيم<sup>(1)</sup>.

فالأصل في النظام الدولي أن المحكم الدولي يكون مقيدا بالقانون الذي اختاره الأطراف مع تخويله حرية اختيار القانون الأنسب لحل النزاع.

قد يكون القانون الملائم لحل النزاع إما القانون الوطني لأحد الأطراف، أو قانون محل إبرام العقد، أو قانون محل التنفيذ، قواعد تنازع القوانين ، إذا لم يوجد بينهما اتفاق بشأن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، بحيث يملك المحكم استبعاد هذا القانون، وذلك كله مع ضرورة مراعاة المحكم للأعراف والعادات التجارية المعمول بها، فضلا عن شروط العقد، وهو ما يظهر في أغلبية نصوص الاتفاقيات، و أنظمة التحكيم التجاري الدولي<sup>(2)</sup>.

وفي هذا الصدد يرى أغلبية الفقه أن المحكم له دور مهم في تحديد أو اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، واستظهار الإرادة الضمنية لأطراف

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية دراسة في قضاء التحكيم، دار الكتب القانونية، 2006، ص539.

(2) حسني المصري: المرجع السابق، ص338.

العلاقة، لذلك ذهب بعض الفقه للقول أن حرية المحكم تتسع بمقدار سكوت الأطراف عن بيان القانون الذي يطبقه المحكم على موضوع النزاع<sup>(1)</sup>.

### الفرع الأول: موقف الأنظمة القانونية والمعاهدات الدولية من السلطة التقديرية للمحكم

لقد تم تأكيد السلطة التقديرية للمحكم في تحديد القانون الذي يطبق على موضوع النزاع في التشريعات الوطنية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، والاتفاقيات الدولية، وكذا الفقه والقضاء.

فقد أكد المشرع المصري على الدور الذي تلعبه الهيئة التحكيمية في تحديد القانون الواجب التطبيق، وذلك بموجب المادة 2/39 من قانون تحكيم رقم 27/ 1994 على أنه "وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانون واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع"<sup>(2)</sup>. فالمشرع المصري منح لهيئة التحكيم الصلاحية باختيار القانون الذي ترى أنه أكثر اتصالاً بموضوع النزاع، واضعاً ضوابط لهذا الاتصال أو الملائمة تاركاً الأمر لتقدير المحكم لما يراه مناسباً للفصل النزاع.

وقد منحت المادة 2/1496 ق.إ.م.ف لهيئة التحكيم سلطة واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع عند تخلف اختيار الأطراف، وهذا طبقاً لقواعد القانون التي تراها ملائمة لحسم النزاع<sup>(3)</sup>.

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

1 (حسني المصري: المرجع السابق، ص 338).

2 (وائل أنور بندق: المرجع السابق، ص 257).

3) Art 1496/2 « ... à défaut d'un tel choix conformément à celles qu'il estime appropriées, il tient compte, dans tous les cas des usages commerce ».

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

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

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

كما نصت المادة 28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أنه " تطبق هيئة التحكيم قانون الإرادة الذي اختاره الأطراف"، وبالتالي فإن اختيار الأطراف لقانون دولة ما أو لنظامها القانوني يعد إشارة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس قواعدا المتعلقة بتنازع القوانين ما لم يتفق على خلاف ذلك"<sup>(2)</sup>، إذ يجب على المحكم مراعاة شروط العقد، وعادات وأعراف التجارة الدولية عند تطبيقه للقانون المختص.

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

(1) وائل أنور بندق: المرجع السابق، ص127.

(2) منير عبد المجيد: قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1995، ص157.

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

فقواعد التنازع غالبا ما يتكفل المشرع الوطني بتنظيمها بتشريع، وقد يتم تنظيمها عن طريق اتفاقيات دولية، ويمكن في حالة عدم وجود تشريع أو اتفاق دولي استكمالها بالرجوع إلى المصادر الأخرى وهي العرف و القضاء والفقه<sup>(2)</sup>.

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

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

و من خلال ما سبق يتبين مدي التوافق بين منهج التنازع وعادات أعراف التجارة الدولية، و هذا الموضوع لا يتعلق بالتنازع بين منهجين، بل يتعلق بمقدار التكامل بينهما،

(1) لما أحمد كوجان: المرجع السابق، ص 259.

(2) الهداوي حسن: القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين"، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1995، ص 49.

وبالتالي، وفي جميع الأحوال، وجوب مراعاة أحكام العقد وعادات التجارة الدولية عند تطبيق القانون المختص<sup>(1)</sup>.

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

### الفرع الثاني: الطرق المستخدمة من قبل المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق

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

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

#### أولاً: أعمال المحكم لقواعد تنازع القوانين

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

(1) منير عبد المجيد: الأسس العامة للتحكيم، المرجع السابق، ص 201-202.

(2) محمد كولا: المرجع السابق، ص 216.

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

فقد تلجأ هيئة التحكيم عند تطبيقها لقواعد تنازع القوانين، لقانون دولة أحد الخصوم، أو لقانون مكان إجراء التحكيم، أو لقانون مكان تنفيذ حكم التحكيم باعتباره الأنسب والأكثر ارتباطاً بالموضوع المتنازع فيه<sup>(2)</sup>، لذلك فقد اختلفت المعايير بصدد اعتبار قانون معين هو الأكثر اتصالاً بالنزاع.

### 1- إعمال المحكم لقواعد تنازع القوانين في مقر التحكيم

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

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

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

(2) محمد كولا: المرجع السابق، ص219-220.

(3) كمال إبراهيم: المرجع نفسه، ص148.



يوجد فيها مقر هذه المراكز، بل قد تكون لاعتبارات لا علاقة لها بالنزاع كاعتبارات السياحة أو غيرها مثلاً<sup>(1)</sup>.

و أنه لا يشكل بالنسبة للدولة التي يتم التحكيم على إقليمها أية أهمية ، فلا يصدر حكم التحكيم باسم الدولة، لأن المحكم لا يخضع لسيادتها،<sup>(2)</sup>، و لهذا فإن توطين التحكيم إجرائياً لا يعني بالضرورة توطينه قانونياً<sup>(3)</sup>.

وذلك أن أحكام التحكيم لا يمكن أن تشبه الأحكام القضائية، لأن المحكم لا يساهم في الوظيفة القضائية للدولة التي يتم على إقليمها التحكيم، فهو ليس مكلف بخدمة عامة و لا يباشر المهمة المسندة إليه إلا بعقد خاص<sup>(4)</sup>.

## 2- إعمال المحكم لقواعد التنازع لقانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك للمتعاقدین

وفقاً لهذا الاتجاه يجب على المحكمين في حالة تخلف الإرادة الصريحة أو الضمنية للتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع اللجوء للبحث عن هذا القانون إلى نظم تنازع القوانين للبلد الذي يوجد فيه الإقامة المشتركة أو الجنسية المشتركة لأطراف النزاع<sup>(5)</sup>.

لكن يعاب على هذا الاتجاه أنه يفترض وحدة الجنسية للخصوم، أو الموطن المشترك لأطراف النزاع، وهذا نادر الحدوث، لأنه في الغالب ما تكون مصالح التجارة الدولية محل النزاع بين أطراف من جنسيات ومواطن مختلفين<sup>(6)</sup>.

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

(2) شفيق محسن: المرجع السابق، ص189.

(3) كمال إبراهيم: المرجع السابق، ص150.

(4) منير عبد المجيد: قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية: المرجع السابق، ص 199.

(5) سامي محمد فوزي : المرجع السابق، ص187.

(6) محمد كولا: المرجع السابق، ص218.

### 3-إعمال المحكم لقواعد تنازع القوانين في بلد تنفيذ حكم المحكمين

يجب على المحكم الدولي البحث عن القانون الذي يطبق على النزاع باللجوء إلى نظام تنازع القوانين في قانون البلد الذي سينفذ فيه الحكم الصادر عن المنازعة المطروحة على النزاع، لذا على المحكم أن يوفر أقصى قدر ممكن من الفعالية لحكمه على الصعيد الدولي، وذلك بمراعاة قواعد القانون الخاص وقواعد النظام العام في بلد التنفيذ.

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

### 4-إعمال قواعد تنازع القوانين للقانون الوطني للمحكم

نادي قلة من الفقه بضرورة لجوء المحكم إلى نظام تنازع القوانين في قانونه الوطني، لتحديد القانون الواجب تطبيقه على موضوع النزاع عند سكوت الأطراف أو عدم اتفاقهم بشأن هذا القانون، فهذا الاتجاه يقوم على أساس أن المحكم يعرف قانونه الوطني ونظام تنازع القوانين فيه أفضل من النظم القوانين الأخرى، وأن اتفاق الأطراف، و اختيارهم لمحكم معين يمكن أن يعتبر اختياراً ضمنياً لنظام تنازع القوانين في قانونها الوطني أو على الأقل قبولاً بهذا النظام.

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

(1) سامي محمد فوزي: المرجع السابق، ص186.

## 5- التطبيق الجامع للمبادئ المشتركة لقواعد التنازع

أمام عدم سلامة المعايير السابقة كضوابط إسناد لاختيار قواعد التنازع المطبقة على النزاع، ذهب الرأي الراجح في الفقه وقضاء التحكيم بضرورة الرجوع إلى التطبيق الجامع للمبادئ المشتركة لقواعد الإسناد، وذلك بلجوء المحكم بفحص كل قاعدة من قواعد الإسناد في النظم القانونية ذات الصلة بموضوع النزاع المعروض عليه، ويتم من خلالها استخلاص القانون الأكثر ملائمة لحل النزاع، كما أن هذا الأسلوب يؤدي إلى نتيجة هامة وهي وحدة قواعد التنازع في النتيجة وليس في الموضوع عن طريق إيجاد قانون معين مقبول من قبل هذه الأنظمة، و يؤدي إلى حل معترف به من الدول ذات العلاقة.

### ثانيا: إعمال المحكم للمبادئ العامة للقانون

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

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

كما أن العقود المبرمة في مجال التجارة الدولية تنص على الرجوع إلى المبادئ العامة للقانون لتسوية النزاعات، ويكون ذلك سواء بإدراجها بصفة احتياطية أو باعتبارها نظام قانوني رئيسي<sup>(3)</sup>، ويعد اختيار المحكم للمبادئ العامة للقانون كقانون واجب

(1) من بين هذه المبادئ العامة: قاعدة 'العقد شريعة المتعاقدين'، قاعدة 'تنفيذ العقد بحسن النية'، قاعدة 'عدم التعسف في استعمال الحق'... راجع في ذلك د/ منير عبد المجيد: الأسس العامة للتحكيم، المرجع السابق ص 48.

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

(3) محمد كولا: المرجع السابق، ص 220.

التطبيق على موضوع النزاع، مناسبة من الناحية العملية للتحكيم التجاري الدولي، وهذا ما أخذت به المادة 2 من القرار الصادر عن معهد القانون الدولي في دورة انعقاده بأثينا "Athènes" في 1979 على أن للأطراف اختيار... واحد أو أكثر من القوانين الداخلية، أو المبادئ المشتركة من بين هذه القوانين، أو المبادئ العامة للقانون، أو المبادئ المطبقة في العلاقات الاقتصادية الدولية<sup>(1)</sup>.

وكما سبق الإشارة إليه فإن بعض الاتفاقيات الدولية، وكذا التشريعات الوطنية قد أخذت بالمبادئ العامة للقانون، ومنها المشرع الجزائري الذي قام بتكريس هذه المبادئ في المادة 1050 قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وأيضاً بإبرامها- الجزائر- العديد من الاتفاقيات التي جعلت من المبادئ العامة للقانون تحتل الصدارة، ثم تليها النظم القانونية الأخرى<sup>(2)</sup>.

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

### 1- قضية أبو ظبي:

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

1) P. Fouchard, op-cit, p81.

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

(2) الإتفاقية الثنائية المبرمة بين الجزائرية الفرنسية في المادة 4/8، راجع د/محمد كولا، المرجع السابق، ص 221-222.

من القواعد القانونية التي تنشأ في ظل التجارة الدولية الحديثة، كما أضاف أن الأطراف لم يقصدوا تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على النزاع وإنما أرادوا تطبيق قواعد العدالة والمساواة وحسن النية، وانتهى المحكم إلى إصدار حكم تحكيمي بتاريخ 28/08/1951 ومستبعدا القانون الوطني لشيخ أبو ظبي وطبق قانون دولته-القانون الإنجليزي- بوصف أن هذا القانون يمثل المبادئ العامة المشتركة للأمم المتمدينة<sup>(1)</sup>.

## 2- قضية الحكومة السوفيتية ضد شركة Gold Fields

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

## 3- قضية أرامكو ARAMCO

تعتبر هذه القضية من القضايا المشهورة في قضاء التحكيم التجاري الدولي وأقدمها، حيث تتلخص وقائع القضية في حصول الشركة الأمريكية " أرامكو " على عقد امتياز من طرف المملكة السعودية سنة 1933 لنقل البترول، لكن المملكة السعودية لجأت إلى إبرام عقد آخر مع شركة "La Saoudi Arabian Maritime" ، تعطي بموجبه حق الأولوية لهذه الشركة لنقل البترول لمدة 30 سنة منذ (1954)، وبالتالي وقع خلاف على أساس أن شركة "ARAMCO" تدعي حقها المطلق في نقل البترول وفقا لاتفاق سنة 1933 فطرح النزاع على الهيئة التحكيمية في جنيف بسويسرا ، حيث تعرضت الهيئة إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع وتوصلت في البداية إلى أنه " ما دام النزاع قام بين دولة وشركة أمريكية خاصة، فلا تعتقد الهيئة التحكيمية بأن قانون مكان إجراء التحكيم هو الواجب التطبيق "، ومن ثم استبعدت الهيئة القانون السويسري، و استطردت قائلة " نظرا لحصانة الجهاز

(1) محمد كولا: المرجع السابق، ص 223-224.

القضائي للدول الأجنبية المعترف به دوليا والمستمد من مبدأ السيادة، فإن قانون جنيف لا يمكن تطبيقه احتراماً لسيادة الدولة الطرف، وعليه فلا يمكن إخضاع هذا التحكيم سوى لمبادئ القانون الدولي "ومنه توصلت الهيئة التحكيمية في حكمها الصادر في 1958/08/03 إلى استبعاد القانون الوطني وإخضاع النزاع إجرائياً وموضوعياً للقانون الدولي.

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

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

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

(1) طالب يحسن موسى : خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، العدد 1، السنة 2008، ص 85، 82.

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

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

ورغم اعتماد المحكم على تلك المبادئ إلا أنه كان يلجأ لإثبات عمومية مبدأ ما في البحث عما هو سائد في قوانين الدول الغربية فقط ، لذلك نعتقد أن المصطلح القديم " المبادئ العامة للقانون في الأمم المتحدة " لا زال موجودا إلا أنه متكرر بثوب آخر أقل جها بتلك الدلالة<sup>(1)</sup>.

غير أن عمومية هذه المبادئ تحول دون أن تكون حلا فنية ملائمة وكافية لعقود الدولة، كما أن الحالات الملموسة للمبادئ العامة الممارسة من قبل هيئات التحكيم ورجال الفقه، لا تعد في حقيقة الأمر سوى مبادئ قائمة في بعض قوانين الدول الغربية أطلق عليها وصف العالمية.

### ثالثا : إعمال المحكم للعادات والأعراف التجارية الدولية

تمثل العادات والأعراف التجارية تنظيما جديدا من الأحكام الموضوعية الموحدة التي درج المتعاملون على إتباعها، وتجد مصدرها في عادات وأعراف المهنة والسوابق القضائية، نتيجة الجهد الإنشائي لقضاء التحكيم الذي يقوم بدور فعال في خلق هذه القواعد، وهي قواعد تلقائية النشأة في إطار الأوساط المهنية والتجارية التي ترتبط بأكثر من دولة، وتستجيب إلى متطلبات التجارة الدولية<sup>(2)</sup>.

كما أطلق عليها الفقيه "M.KAHN" " قانون حقيقي للمجتمع الدولي للبائعين والمشتريين. " <sup>(3)</sup>.

وانطلاقا من الطبيعة الخاصة التي يتميز بها التحكيم التجاري الدولي وما يتوافر عليه من مقومات المرونة، والتي تمكن المحكم من إخضاع النزاع لمجموعة من القواعد القانونية غير الوطنية يطلق عليها مبادئ قانون التجارة الدولية، فغالبا ما يجد المحكمون أنفسهم أمام

(1) وفاء مزيد فلهوط : مرجع نفسه ، ص 894 .

(2) عبد السلام منسول قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2000/2001، ص 69

(3) منير عبد المجيد: الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي، المرجع السابق، ص 57.

ضرورة الرجوع إلى ما تقضي به الأعراف والعادات التجارية الدولية، وهذا لعدة أسباب ومبررات ترجع في الغالب لعدم الإشارة صراحة في العقد إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع، أو وجود نص غامض غير كافٍ لتطبيقه على النزاع بحجة ملائمة هذا الأعراف والعادات التجارية للنزاع المعروض عليهم<sup>(1)</sup>.

وتجد هذه العادات والأعراف مصدرها أصلاً في الممارسة التجارية، فهي تستقل عن القوانين الوطنية، فكما يراها الأستاذ "هانس كلز" "عبارة عن" قواعد معيارية من خلق الجماعات المستقلة على صعيد التجارة الدولية "وهي كما يراها البعض الآخر بمثابة "قانون جديد للشعوب"، وهو قانون يعلو فوق الدول ويجسد واقع قانون التجارة الدولية<sup>(2)</sup>.

وقد عملت العديد من المؤسسات التجارية المتخصصة لتقنين هذه العادات والأعراف ضمن الشروط العامة للعقود النموذجية لكل مهنة أو تجارة،<sup>(3)</sup>.

وأما الاتفاقيات الدولية فقد أولت أهمية بالغة للأعراف والعادات التجارية الدولية باعتبارها قانون اختصاص المحكم، حيث نصت المادة 07 من الاتفاقية الأوربية للتحكيم العام 1961 في فقرتها الأولى: "في حالة تطبيق المحكم لقانون الإرادة، أو للقانون الذي تحدده قواعد التنازع الملائمة للنزاع، فإنه يتعين في كلتا الحالتين أن يضع المحكمون في اعتبارهم عادات وأعراف التجارة الدولية".

وقد كرست اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي بدورها صراحة هذا الحكم في المادة 21 و التي تنص: "تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمناً إن وجد، وإلا وفقاً لأحكام القانون

(1) د/محمد كولا، المرجع السابق، ص 225.

(2) د/أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 48.

(3) كما هو الشأن بالنسبة للشروط التي وضعتها جمعية لندن لتجارة القمح التي تأسست عام 1877 والجمعية الأمريكية لتجارة الحرير عام 1873، إضافة إلى مجموعة المصطلحات التجارية والمعروفة باسم "INCOTERMS" الصادرة عن غرفة التجارة الدولية سنة 1935.



الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع، على أن تراعي قواعد وأعراف التجارة الدولية المستقرة<sup>(1)</sup>.

ومن تطبيقات العادات والأعراف التجارية الدولية في مجال التحكيم، نجد القضية المعروضة على محكمة النقض الفرنسية في قضية "VALENCIANA" والتي طبق فيها المحكم ما يسمى قانون ، التجار ، حيث تتلخص وقائع القضية أن شركة "Américain primary coal" التزمت بتوريد لمدة 3 سنوات لشركة إسبانية "Espagnole Valenciana de Cementos Portland" كمية من الفحم، حيث نصت المادة 7 من العقد على تسوية النزاع وفق نظام تحكيم (CCI) في مسائل الإجراءات، أما القانون الواجب التطبيق على الموضوع فلم يحدد من قبل الأطراف. وعليه أصدر المحكم حكما جزئيا يقضي بخضوع النزاع لعادات التجارة الدولية باعتبارها القانون الأكثر ملائمة للنزاع، فدفعت الشركة الإسبانية ببطلان الحكم للأخذ بالعادات التجارية، في حين كان من المفروض تطبيق قواعد تنازع القوانين في حالة غياب الإرادة الصريحة لكن محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الدفع، و تم صدور الحكم بتاريخ 1991/10/22 لصالح الطرف الفرنسي<sup>(2)</sup>.

وبما أن الأعراف والعادات التجارية الدولية إلزامية للمحكم، يذهب البعض إلى أنها تمثل ضوابط تبعية أو احتياطية أو تكميلية، لكن البعض الآخر مثل الفقيه "لوسوارن" يرى أنها تمثل المصدر الأساسي للمحكم، مما ينبغي معه إسناد العقد الدولي إلى القواعد التجارية التي تشكل نظاما قانونيا له صفة الإلزام<sup>(3)</sup>.

غير أن هذه العادات والأعراف التجارية الدولية تعرضت للانتقاد، رغم اعتبارها لدى البعض نظاما قانونيا مستقلا بذاته، تعفي المحكم من مشكل الرجوع إلى قواعد تنازع القوانين، إلا أن البعض انتقدها على أساس أنها لا تشكل نظاما قانونيا بسبب عجزها على تغطية كل النزاعات التجارية الدولية، مما يستدعي في بعض الحالات إعمال القانون الوطني بجانبها مثل

(1) وائل أنور بندق: المرجع السابق، ص 99-100.

(2) محمد كولا: المرجع السابق، ص 227 .

(3) كمال إبراهيم: المرجع السابق، ص 155.

حالة الأهلية، بالإضافة إلى أنها تمثل نظرية بدون أساس قانوني، فهي غير مستمدة من قوانين داخلية للدول، بل من عادات وأعراف التجار، كما أن مجتمع التجار لا يشكل مؤسسة موحدة من شأنها خلق قواعد منظمة ومقننة (1) .

#### رابعا : إعمال المحكم لقواعد العدالة والإنصاف.

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

و من بين هذه الازدواجيات التحكيم بقانون أو التحكيم وفقاً للقانون، أو التحكيم مع التفويض بالصلح أو التحكيم وفقاً لقواعد العدل والإنصاف أو التحكيم وفقاً للعدالة.

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

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

(1) محمد كولا، المرجع السابق، ص226.

فقواعد العدالة في التحكيم بالصلح تعتبر الغاية التي يسعى إليها المحكم للوصول إلى الحل العادل الذي يرضي أطراف النزاع<sup>(1)</sup>.

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

وهو ما أكدته المشرع الفرنسي في نص المادة 1474 ق.إ.م.ف على أنه " يفصل المحكم في النزاع على مقتضى قواعد القانون، ما لم يخوله الطرفان في اتفاق التحكيم، مهمة الفصل فيه كمحكم مصالح" <sup>(3)</sup>.

وهذا ما كان قد أكدته المشرع الجزائري في المادة 458/مكرر 15 من المرسوم 09/93 <sup>(4)</sup>، ولم يؤكد في التعديل الذي قام به بموجب القانون 09/08 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أما في إطار الاتفاقية الدولية فلم ترد أي إشارة في اتفاقية جنيف 1927 أو اتفاقية نيويورك لسنة 1958 لهذا الموضوع، على خلاف الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 والتي أكدت في المادة 2/7 منها على أن " المحكمون في التحكيم الودي يفصلون على أساس إرادة الأطراف إذا أجاز القانون المطبق ذلك" <sup>(5)</sup>.

(1) حسني المصري، المرجع السابق، ص 400.

(2) أوائل أنور بندق: المرجع السابق، ص 257.

(3) Art 1474 : "L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit, a moins que, dans la convention d'arbitrage les parties ne lui aient confié mission de statuer comme amiable compositeur".

(4) المادة 458/مكرر 15 من المرسوم 09/93 تفصل محكمة التحكيم كمفوض بالصبح إذا خولتها اتفاقية الأطراف هذه السلطة

(5) "Les arbitres statueront en amiable compositeurs si telle est la volonté des parties, et si la loi régissant l'arbitrage le permet."

وبالرجوع إلى قضاء التحكيم نجد أنه هناك العديد من قضايا التي تم فيها إعمال قواعد العدالة والإنصاف، وأشهرها القضية التي كانت بين "ليامكو" LIAMCO و شركة "Libyan American Oil Company" ضد الحكومة الليبية حيث قرر المحكم اللبناني الأستاذ "المحصاني" في حكمه الصادر 1977/04/12 بجنيف تطبيق قواعد العدالة والإنصاف التي تقضي بحق التأميم الليبي مقابل تعويض منصف وعادل<sup>(1)</sup>.

ففي قضية "Sapphire" بين شركة "Saphir international petroleum" ضد الشركة البترولية الإيرانية سنة 1963 قرر المحكم "كافان" "CAVIN" القاضي بالمحكمة الفيدرالية السويسرية تطبيق قواعد العدالة باعتبار ذلك موقفاً ودياً، وهي تمثل مجموعة القواعد القانونية المشتركة بين الدول المتمدنة والواردة في القوانين الوضعية والقانون الدولي<sup>(2)</sup>.

وكذلك قضية حكومة قطر ضد شركة "International Marine Oil Company"، والتي انتهى فيها المحكم لتطبيق ما أسماه بمبادئ العدالة والإنصاف<sup>(3)</sup>.

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

وكما يرى الأستاذ الدكتور سليمان مرقص، بأن العدالة هي تحقيق في حالة خاصة بتطبيقه على واقعة معينة أو حالة فردية ليكون الحكم المستمد منه مطابقاً لظروفها الخاصة<sup>(4)</sup>.

(1) منسول عبد السلام، المرجع السابق، ص 71.

(2) انظر زروتي الطيب: النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1991، ص 396.

(3) علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في المنازعات العقود الإدارية الدولية "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2008، ص 373-374.

(4) أنظر: منير عبد المجيد: قضاء التحكيم في منازعات عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1995، ص 223.

وإذا انتهى المحكم بالصلح إلى صحة العقد، فإن إرادته لا إرادة القانون هي التي تحسم النزاع<sup>(1)</sup>.

فالمحكم بالصلح كما يقول الأستاذ عبد الحميد الأحذب: "يحمل مصباح العدل في يده ليستدل على الطريق، ويحفظ نص القانون في حقيبته، هذا القانون الذي فيه خريطة الطريق، فإذا استشرق الحل في ذهنه وضميره واستكشف الطريق على ضوء المصباح الذي بيده فلا يكون بحاجة إلى الاستعانة بالخريطة، أما إذا استعصى عليه الأمر فإنه يفتح حقيبته ويطرح منها الخريطة ويتفحص خطوطها على ضوء مصباح العدالة"<sup>(2)</sup>.

إن تطبيق المحكم لقواعد العدالة يكون في التحكيم بالصلح وهذا الأخير يعتبر فيه المحكم هو الشخص الذي يتحكم في زمام الأمور، ونقصد بهذا أن التحكيم يتحول إلى المحكم لأنه تم استبدال المعايير الموضوعية بالمعايير الذاتية التي تلعب فيها شخصية المحكم أهمية بالغة، وذلك باستبدال تطبيق القانون وقواعده بالعدالة والضمير.

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

وتجدر الإشارة إلى أن العدالة تختلف عن العدل، فالأولى تتعلق بظروف كل حالة على حدة، أما العدل، فهو يرتبط بالقانون، ولا يراعى الظروف المختلفة<sup>(3)</sup>.

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

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

(2) انظر عبد الحميد الأحذب: التحكيم وأحكامه ومصادره، الجزء الأول، مؤسسة نوفل للنشر، لبنان، 1999، ص 289.

(3) عيادي فريدة: المرجع السابق، ص 31.

فمنهم من اعتبر أن الأطراف قد اختاروا مجالا محددا للتحكيم، فإذا خرج المحكم عن هذا المجال ودخل في نطاق القانون ونصوصه فإنه يكون قد خرج عن إرادة الأطراف الذين لو أرادوا أن يطبق نصوص القانون لاختاروا القضاء، ولكنهم استبعدوا القانون عند اختيارهم التحكيم بالصلح وعليه فإن إرادتهم تلزم المحكم<sup>(1)</sup>.

أما الجانب الغالب من الفقه فذهب إلى القول أنه إذا كان المحكم الدولي في التحكيم بالصلح يؤسس أحكامه على قواعد العدالة والإنصاف، أي أن الأسس و الاعتبارات الجوهرية التي يقوم عليها التحكيم والصلح، هو استكمال النقص بشأن المواضيع التي أغفلها قانون التجارة الدولية، فإن ليس هناك ما يمنعه من الاستناد إلى القانون متى كان فيه تدعيما لحكمه، ذلك أن لمحكم بالصلح، وإن كان فيه إعفاء للمحكم من تطبيق القانون، فإنه لا يمنعه من ذلك شريطة أن تكون هذه النصوص القانونية ملائمة لحل النزاع<sup>(2)</sup>.

وقد ذهب الفقيه "Bredin" إلى القول بأن "كل محكم ومفوض بالصلح يعتبر محكما بالقانون، وهو يمارس مهمته عن طريق مزج القانون بالعدالة"<sup>(3)</sup>.

لكن جانب من الفقه، يصف هذا النوع من التحكيم بأنه يحل النزاع أكثر ما يحسمه، و يغلب فيه روح المصلحة على روح النزاع، وإذا جئنا إلى تعريف العدالة، فنجد أنها فكرة وشعور نفسي، تختلف بحسب ما نعتقد ه ظلما أو عدلا، فلا يوجد اتفاق حول تحديد مضمونها كفكرة متعددة الاستعمالات، فقد تبرز أحيانا التمرد على القانون، وأحيانا ملائمة هذا الأخير، وأحيانا تكون هي القانون ذاته<sup>(4)</sup>.

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

(1) عبد الحميد الأحذب، المرجع السابق، ص 286.

(2) منير عبد المجيد: الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، المرجع السابق، ص 277.

(3) راجع منير عبد المجيد: التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي و الداخلي، المرجع السابق، ص 240.

(4) أنظر أحمد عبد الكريم سلامة: نظرية العقد الدولي الطليق، المرجع السابق، ص 287.

### المطلب الثالث: القيود الواردة على قانون الإرادة

إن الحرية الممنوحة للأطراف في مجال التحكيم التجاري الدولي، تعد حرية نسبية وغير مطلقة، وذلك لورود بعض القيود عليها والتي بموجبها يلتزم كل من الأطراف والمحكمين بالتقيد بها ، لضمان تنفيذ القرارات التحكيمية، وضمان فاعليتها في المجال الدولي ومن أثار الخروج عنها رفض الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية، وبالتالي انتفاء الحكمة المتوخاة من التحكيم التجاري الدولي فهذه القيود قد تكون معروفة في القانون الدولي الخاص، مثل قواعد النظام العام وقوانين البوليس، وقد تكون قيودا خاصة بعملية التحكيم وذلك في الحالات التي يستلزم فيها الأمر تدخل القضاء الوطني لمرافقة أو مساعدة التحكيم ضمانا لحسن سير عملية التحكيم.

#### الفرع الأول: قواعد النظام العام

لا يوجد اختلاف فقهي أو قضائي أو تشريعي في القانون الدولي الخاص على مبدأ النظام العام وتأثيره على تنازع القوانين، بحيث لا توجد دولة في العالم لا تجعل من النظام العام سببا في عدم تطبيق القانون الأجنبي الذي تقرر تطبيقه وفق قواعد الإسناد الوطنية<sup>(1)</sup>. فمعظم الأنظمة القانونية للدول تشتمل على ما يسمى بقواعد النظام العام، التي تحقق المصلحة العامة، وتحمي المصالح الاجتماعية والاقتصادية والدينية للمجتمع<sup>(2)</sup>.

وممالا شك فيه أن النظام العام من المسائل الهامة التي يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار خلال مختلف مراحل التحكيم، وذلك لما لها من تأثير على مرحلة الاعتراف بحكم التحكيم النهائي وتنفيذه، وذلك إذا وجدت المحكمة المراد منها التنفيذ أن الحكم مخالف للنظام العام، كما أن سبل البحث عن مدى مخالفة النظام العام قد تختلف باختلاف تلك المراحل، فالنتيجة التي قد يتوصل إليها المحكم ممكن أن تختلف عن تلك التي يتوصل إليها القاضي في محكمة مقر صدور حكم التحكيم، خاصة عند اللجوء لاستخدام مبدأ النظام العام لتحديد القانون الذي سيطبق على إجراءات التحكيم أو على موضوع النزاع.

(1) ممدوح عبد الكريم: القانون الدولي الخاص، "تنازع القوانين"، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، ط2005، ص195.

(2) إبراهيم رضوان الجعيري: المرجع السابق، ص229.

إن النظام العام في القانون الداخلي يقتدر بكافة فروعته المختلفة بالكلام عن القواعد القانونية الآمرة التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، فالنظام العام يعد قيداً على سلطان الإرادة.

لقد استعصى على الكثير من الباحثين وضع تعريف جامع مانع لفكرة النظام العام يغني عن السلطة التقديرية للمحكمة، فهو عبارة عن فكرة مطاطة و مرنة<sup>(1)</sup>.

فقد حاول جانب من الفقه تعريف هذه القواعد على أنها "القواعد التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة، سياسية، أو اجتماعية، أو اقتصادية، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى، وتعلو على مصلحة الأفراد"<sup>(2)</sup>.

و البعض الآخر رأى أنه "يقصد بالنظام العام الداخلي في دولة ما، مجموعة الأصول و القيم التي تشكل كيانها المعنوي، وترسم صورة الحياة الإنسانية المثلى فيها، وحركتها نحو تحقيق أهدافها، سياسية كانت أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية، وهي بهذه المثابة مبادئ وقيم تفرض نفيها على مختلف أنواع المعاملات القانونية في الدولة وجوداً وأثراً، غالباً في صورة قواعد قانونية أمرة تحكم هذه العلاقة"<sup>(3)</sup>.

وعليه فكل عمل إرادي أو اتفاق يخالف هذه القواعد يكون باطلاً، فأغلبية التشريعات عند صياغتها للقواعد القانونية الآمرة تنص على عدم الاتفاق على مخالفتها، أو بطلان هذا الاتفاق، أو عدم جواز التنازل على ما تقرر من حقوق.

أما الدكتور الأحديب عبد الحميد فيرى: أن النظام العام و الآداب هما الباب الذي تدخل منه العوامل الاجتماعية، والاقتصادية، والخلقية، فتؤثر في القانون و ضوابطه، وتجعله يتماشى مع التطورات الاجتماعية، والاقتصادية، والخلقية، وتتسع دائرة النظام العام و

(1) البطانية عامر فتحي: دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 187.

(2) عبد الهادي عباس: التحكيم، التحكيم الاختياري، التحكيم الإلزامي، التحكيم في المنازعات الدولية، التحكيم في التجارة الدولية، المكتبة القانونية، ط 1، دمشق، 1982، ص 87.

(3) مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 153.



الآداب أو تضيق تبعا لهذه التطورات وبطريقة فهم الناس لنظم عصرهم، وما توافقوا عليه من آداب، وتبعاً لتقدم العلوم الاجتماعية.

كل هذا يترك للقاضي، أن يفسره التفسير الملائم لروح عصره، بل هو يكاد إلا أن يكون مشرعاً في هذه الدائرة المرنة، بل هو مشرع يتقيد بآداب عصره و نظم أمته الأساسية ومصالحها العامة<sup>(1)</sup>، وهناك من ربط فكرة النظام بحرية الإنسان<sup>(2)</sup>.

من خلال التعارف السابقة والتي أظهرت مدى صعوبة تحديد فكرة النظام العام، لكون أنها متغيرة وغير ثابتة، دائمة التطور و التغير المستمرين<sup>(3)</sup>.

فالنظام العام له مفهوم نسبي متغير من زمان إلى زمان، ومن مكان لآخر لتعلقه بالمصالح العليا للمجتمع<sup>(4)</sup>.

وقد اختلفت حتى القوانين الوطنية في تحديد فكرة النظام العام، فهناك من الدول من استبعد تطبيق القانون الأجنبي المختص بعد أن نصت عليه قوانينها ضمن قواعد الإسناد كقيد عام على اختصاص القانون الأجنبي مع اختلاف صياغة فكرة النظام العام، وهناك قوانين أخرى اكتفت بذكر مضمونه، وذلك بأن اشترطت أن لا يكون القانون الأجنبي مخالف للمبادئ الأساسية للنظام القانوني في بلد القاضي<sup>(5)</sup>.

و بما أن فكرة النظام العام فكرة لا يمكن تحديدها نظراً لطبيعتها الخاصة والتي تتسم بالمرونة و الغموض، الذي هو إحدى مميزاتها في مجال القانون الدولي الخاص، فقد اكتفي الفقه بإبراز الغاية والهدف الذي تسعى هذه الفكرة لتحقيقه وحماية المصالح

(1) الأحدث عبد الحميد: موسوعة التحكيم، «التحكيم الدولي»، المرجع السابق، ص 539.

2 ) Robert(Jean), L'arbitrage, droit interne et droit international privé, 5eme éd, Dalloz, paris, 1983, p 350.

«L'ordre public, au sens le plus général, exprime sans doute la limite que rencontre la liberté de l'homme dans l'intérêt général, principe du droit de la société auquel l'individu doit accepter de se plier dans l'intérêt de l'ordre nécessaire à la vie d'une communauté ».

(3) البطانية عامر فتحي: المرجع السابق، ص 189.

(4) ممدوح عبد الكريم: المرجع السابق، ص 195.

(5) راجع زروني الطيب: النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 333-334.

العليا في المجتمع، وكذلك ترك تقديرها للقضاء في كل دولة، والذي يعد-القضاء- كهيئة رقابة تمنح القانون الأجنبي أو لا تمنحه تأشيرة الدخول لإقليمه<sup>(1)</sup>.

إذ أن فكرة النظام العام هذه تأتي على التحديد، فما هو الوضع بالنسبة لفكرة النظام العام الدولي، فمفهوم فكرة النظام العام الدولي، تقوم على أساس مجموعة من الأصول والمبادئ العامة التي تفرضها القيم الإنسانية العالمية والتي يفرضها التعايش المشترك بين المجتمعات<sup>(2)</sup>.

كما عرف الدكتور نور الدين تركي النظام الدولي الحقيقي على أنه " مجموعة من المبادئ الأساسية و الضرورية لتنظيم المجتمع الدولي، يتعلق الأمر بالقواعد المشتركة التي يتعين معاقبة المخل بها من قبل المحكم الدولي بغض النظر عن التشريع الوطني الذي يحكم موضوع النزاع"<sup>(3)</sup>.

وذهب الدكتور تراري الثاني مصطفى للقول: "أن المقصود هنا ليس النظام العام الوطني الذي يتم إعماله في الحالات التي يكون فيها التحكيم وطنيا بحتا لا تتوفر فيه معايير دولية، ولا ما يعرف لدى بعض الفقه بالنظام العام الدولي الحقيقي، الذي يضم القواعد المشتركة بين المجتمعات دولا و شعوبا، كما هو الحال بالنسبة لتجريم التجارة بالرقيق و المخدرات، والرشوة، واستعمال النفوذ في المعاملات التجارية الدولية، وإنما المقصود

(1) علي علي سليمان: مذكرات في القانون الدولي الخاص، دم.ج، 1993، ص148.

(2) من بين هذه القيم والأصول، مبدأ حسن النية في المعاملات التجارية الدولية، مبدأ إبطال الغش، مبدأ عدم جواز إساءة استعمال الحق، احترام المبادئ الأساسية في التقاضي لا سيما حقوق الدفاع، راجع في ذلك إبراهيم رضوان الجغبير: المرجع السابق، ص233.

3) Terki nourddine, op, cit, p 46.

« D'une façon schématique, l'ordre public « réellement » international peut être défini comme l'ensemble des principes fondamentaux indispensables à l'organisation de la société internationale, il s'agit en quelque sorte des règles communes dont la transgression doit être sanctionnée par l'arbitre internationale indépendamment de la législation nationale régissant le fond du litige ».

هو تلك الصورة الحقيقية من النظام العام الجزائري الذي يتمشى مع مقتضيات المرونة التي تتسم بها التجارة الدولية، سواء تعلق الأمر بالقواعد الموضوعية أو الإجرائية<sup>(1)</sup>.

قد يطرح الإشكال حول القواعد التي يجب على المحكم مراعاتها عند الفصل في النزاع، وإصدار حكم التحكيم، أتكون قواعد النظام العام الداخلي أم قواعد النظام العام الدولي؟ وما مدي حرية المحكم في إعمال هذه القواعد؟

لقد انقسم الفقه في محاولة تحديد مجال النظام العام في كل من القانون الداخلي والقانون الدولي الخاص إلى فريقين، ففريق رأى أن فكرة "النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص يستمد وجوده من الأساس الذي يقوم عليه القانون الدولي الخاص نفسه" وكذلك يهدف-النظام العام- إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير قاعدة الإسناد باختصاصه، أما فكرة النظام في القانون الداخلي تطبق على علاقات الأفراد الخالية من العنصر الأجنبي، وتهدف إلى ضمان عدم الخروج الإرادي عن أحكام القواعد القانونية الآمرة، وكما أنه ليس كل قاعدة آمرة تتعلق بالنظام العام في التحكيم الداخلي تعد من النظام العام في المعاملات الدولية<sup>(2)</sup>.

ويذهب فريق آخر إلى أنه لعجز الفقه على تحديد مفهوم للنظام العام الدولي، وتحديد مجاله، تبقى العلاقات الدولية الخاصة خاضعة لاختصاص القضاء الوطني في مختلف الدول، ويطبق عليها القانون الذي أشارت إليه قواعد التنازع في دولة القاضي، وهذا ما أكد عليه الأستاذ زروتي الطيب بقوله: "النظام العام الداخلي ليس له إلا أثرا مماثلا لفكرة النظام العام الدولي، وأن وحدة النظام العام الداخلي و الدولي حقيقة مؤكدة، ولكن الغرض من اللجوء إليها يختلف في كلا المجالين"<sup>(3)</sup>.

(1) تراري الثاني مصطفى: "التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، إثر صدور المرسوم التشريعي رقم 93/09 المؤرخ في 1993/04/25، المعدل و المتمم لقانون الإجراءات المدنية"، مجلة الدراسات القانونية، العدد الأول، جوان 2002، ص 52.

(2) راجع في ذلك، إبراهيم رضوان الجعير: المرجع السابق، ص 235.

(3) راجع زروتي الطيب: النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 336-337.

وبالتالي استبعد هذا الاتجاه هذه التفرقة من الأساس، ففكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص تسعى ذات سعيها في مجال القانون الداخلي، لتحقيق حماية النظام القانوني الوطني والمصالح الجوهرية و الأساسية لمجتمع الدولة ومصالحها العليا.

كما سبقت الإشارة إليه أن المحكم الدولي يستمد سلطته من إرادة الأطراف بموجب اتفاق التحكيم فمن حيث المبدأ ونظرا لكون المحكم ليس له قانون اختصاص، فإنه غير ملزم باحترام المفاهيم الوطنية ويكون ملزم فقط باحترام المفاهيم الدولية، ولهذا فإن النظام العام الوارد في القانون الدولي الخاص والمتعلق بدولة ما لا يطبق أمام المحاكم التحكيمية، بل يطبق أمام محاكم الدول، فالمحكم يطبق في هذه الحالة النظام العام في القانون الدولي الخاص-النظام العام لقانون العقد-(<sup>1</sup>).

لقد اختلف الفقه في تحديد مدى التزام المحكم بمراعاة واحترام قواعد النظام العام في منازعات التجارة الدولية، منها ما هو مستمد من الالتزام العقدي حيث يرى جانب من الفقه " أن المحكم ملزم باحترام إرادة الأطراف باعتبارها جزءا لا يتجزأ من النظام الذي أنشأه العقد، وبالتالي فهو لا يملك أي سلطة في مواجهة الأطراف"(<sup>2</sup>).

ومنهم من يرى أن اعتبار النظام العام كقيد وارد على إرادة الأطراف يمنح سلطة تقديرية واسعة للمحكم نظرا لغياب قانون القاضي، ففي مثل هذه الأحوال يجد المحكم نفسه أمام تنازع في الولاء، فمن ناحية يجد المحكم نفسه ملزما تجاه الأطراف بأن يقوم بواجب الفصل في النزاع القائم بين الخصوم وفقا لما اتفقوا عليه وبشكل لا يؤدي إلى تعطيل مصالحهم، وبالتالي يفترض فيه أن يطبق القواعد التي اختارها الأطراف لحكم نزاعهم.

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية دراسة في قضاء التحكيم، المرجع السابق، 63.

(2) أنظر لرأي الأستاذ "pierre Mayer"، في مذكرة عيادي فريدة: المرجع السابق، ص 104.

« L'arbitre est l'intérieur d'un système créé par le contrat. et ne possède donc aucun pouvoir hétéronome par rapport aux parties ».

ومن ناحية أخرى يجد المحكم نفسه أمام التزامه نحو أداء مهمته على نحو مساوي لالتزام القاضي.

وبالتالي يتوجب عليه منح الأولوية لحماية المصالح العامة في دولة معينة، ومن جهة أخرى فإن المحكم ليس مكلفاً بتحقيق مصالح الأطراف فقط ، و في هذه الحالة عليه عدم الأخذ بإرادة الأطراف <sup>(1)</sup>، من أجل حماية و عدم مخالفة النظام العام.

و عليه يجب على المحكم أن يقوم بفحص اتفاق الأطراف و أن يتأكد من أن القانون الذي تم تحديده من قبلهم لتطبيقه على النزاع لا يشكل مخالفة للنظام العام في الدولة المرتبطة بالنزاع ارتباطاً وثيقاً<sup>(2)</sup>.

حيث لا يجوز للأطراف أن يختاروا نصوص أو أجزاء معينة من القانون الذي يرغبون في تطبيقه، ويستثنون أجزاء أخرى، لأن المحكم يطبق القانون المختار كله، بما في ذلك كافة القواعد الآمة التي يتضمنها ذلك القانون<sup>(3)</sup>، فالأطراف والمحكمون لا يتمتعون بسلطة تخولهم من استثناء تطبيق ما وجده المشرع في دولة معينة ملزماً وواجب الأعمال، فالمحكم بمراعاته للنظام العام الدولي على منازعات التجارة الدولية سيوفر له إمكانية تجنب مشكلة تنازع قواعد النظام العام<sup>(4)</sup>.

(1) عبادي فريدة: المرجع السابق، ص 97.

(2) أنظر حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 1859 لسنة 1973، حيث قررت هيئة التحكيم "بما أنه سيتم تنفيذ العقد في كل من سوريا و الأردن ولبنان فإن من المؤكد بأن المستورد اللبناني كان ملزماً بعدم مخالفة القواعد الآمرة في الدول المرتبطة بالعقد وأن الطرف الياباني لا يستطيع الإدعاء بأن تلك القوانين ليست ملزمة على العقد".

(3) أشرف عبد العليم الرفاعي: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية دراسة في قضاء التحكيم ، المرجع السابق، 64.

(4) أنظر اتفاقية روما لسنة 1980، الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العلاقات العقدية، والتي تهدف إلى توحيد القواعد القانونية بين دول الاتحاد الأوروبي خاصة في مجال تنازع القوانين بين الدول الأعضاء، وهذه الاتفاقية قد نصت على نصوص مميزة التي أشارت إلى حلول الواجبة الإتباع في حالة وجود تنازع بين قواعد النظام العام المطبقة في الدول الأعضاء في الاتفاقية، حيث تتضمن المواد 7 و 16 ضوابط إرشادية لتحديد قواعد النظام العام الواجبة التطبيق، تنص المادة 7: "يتوجب عند تطبيق هذه الاتفاقية مراعاة القواعد الآمرة لأية دولة يكون بينها وبين المسألة المطروحة ارتباطاً جوهرياً، خاصة في الأحوال التي تنص فيها قوانين تلك الدول على وجوب تطبيق تلك القواعد بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق على العقد" أما المادة 16 نصت: "لا يجوز رفض تطبيق القواعد القانونية لأية دولة طرف في هذه الاتفاقية إلا في الأحوال التي يكون فيها تطبيق تلك القواعد يشكل مخالفة جوهرياً للنظام العام".

ويبرز ذلك من عدة نواحي: لأن المحكم التجاري الدولي يحظى بفرص أفضل من فرصة القاضي العادي من حيث فهمه لما تحتاجه المنازعات التجارة الدولية، بالإضافة إلى أن المحكم في التحكيم التجاري الدولي ليس مقيدا بقانون معين ، ولا يتوقع منه الالتزام بالنظام العام الداخلي الذي تشكل طبقا لمعايير وطنية، وهذه الأخيرة عادة ما تكون موضوعة لحكم العلاقات الداخلية في تلك الدولة.

و بالتالي يجب علي المحكم أن يصدر الحكم تحكيمي مبني على أسس صحيحة حتى يكون حكمه قابلا للتنفيذ<sup>(1)</sup>.

لذلك عليه أن يكون حريصا عند اختياره للقواعد التي سيطبقها على التحكيم، إذ لا بد من أن يتحقق من وجود علاقة وثيقة بين تلك القواعد مع موضوع النزاع، وأن لا تبتعد تلك القواعد عما يتوقعه الأطراف من نتائج قانونية، كذلك عليه أن يتجنب أي تعارض بين القانون المختار مع النظام العام الخاص بالدول الأخرى التي لها صلة وثيقة بالنزاع، سواء كانت دولة مكان التحكيم، أو الدولة التي يحتمل أن يتم فيها تنفيذ حكم التحكيم، أو النظام العام للقانون الذي اختار الخصوم تطبيقه على النزاع ، أو النظام العام للدولة التي سيتم فيها تنفيذ الالتزام العقدي، فإنه يجب على المحكم احترام ومراعاة جميع هذه الأنظمة القانونية وفق تقديره لوجوب مراعاتها، غير أن هذا لا يؤدي إلى الاعتقاد أن المحكم التجاري الدولي ملزم بتطبيق النظام العام بمفهومه الداخلي على العلاقات التجارية الدولية إذ عليه أن يقوم بالبحث عن قواعد النظام العام التي تعتبر ذات أهمية جوهرية لحماية المصالح الوطنية والمبادئ الأساسية التي لا يسمح قانون الدولة بأي حال من الأحوال بمخالفتها عن طريق تطبيق قوانين دولة أخرى.

ونجد أن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي قد ساهمت بشكل كبير في تكريس الجهود الفقهية على احترام قواعد النظام العام، فعلى الصعيد العربي فقد نصت اتفاقية جامعة الدول العربية لسنة 1952 بشأن تنفيذ أحكام القضاء و التحكيم في الدول الأطراف في المادة 3/هـ من أنه " لا يجوز تنفيذ حكم محكمين في أي دولة من

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، 24-25.

هذه الدول، إذا كان في حكم المحكمين ما يخالف النظام العام أو الآداب العامة في الدولة المطلوب إليها التنفيذ، وهي صاحبة السلطة في تقدير كونه كذلك... أو إذا كان الحكم مناقضاً لمبدأ معتبر كقاعدة عمومية دولية<sup>(1)</sup>.

وبالتالي، يحتوى هذا النص على أمرين الأول هو النظام العام الوطني للدولة المراد فيها التنفيذ، فلقاضي دولة التنفيذ السلطة التقديرية في رفض تنفيذ حكم المحكمين إذا ما كان يتعارض والنظام العام في دولته، والثاني فهو المبادئ التي تعتبر قاعدة عمومية دولية، فقد يقصد بها النظام العام الدولي، إذ لا يجوز تنفيذ حكم المحكمين إذا ما خالف تلك المبادئ المتعارف عليها دولياً.

في المقابل نجد أن أغلبية الاتفاقيات الدولية الأخرى الخاصة بالتحكيم لم تشر إلى النظام العام الدولي، وهذا ما جاءت به اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بنصها في المادة 2/5 ب على أنه "يجوز للسلطة المختصة في البلد المراد منه الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها أن في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذه الدولة"<sup>(2)</sup>.

وكما نصت المادة الأولى الفقرة و"(1/و) من اتفاقية جنيف لسنة 1927 على أنه "يتوقف الاعتراف و تنفيذ حكم التحكيم على أن لا يكون حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام ولمبادئ القانون العام للبلد المراد تنفيذ الحكم فيه".

أما فيما يخص التشريعات الوطنية فقد نص المشرع المصري في المادة 58 ب من قانون التحكيم المصري على أنه "لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم إلا إذا تحقق أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية"، وعليه يكون المشرع المصري قد اعترف صراحةً بنظامه العام الداخلي<sup>(3)</sup>.

(1) حسني المصري: المرجع السابق، ص 645.

(2) وائل أنور بندق: المرجع السابق، ص 52.

(3) وائل أنور بندق: المرجع السابق، ص 265.

فحين أن المشرع الجزائري قد نص على فكرة النظام العام الدولي في مجال التحكيم التجاري الدولي في المواد 1/1051 و 6/1056 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، لكنه أشار إليها بشكل غامض.

فهو لم يميز بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، وترك مهمة تقدير وتحديد فكرة ومضمون النظام العام الدولي للقاضي، دون أن يضع ضمانات و معايير موضوعية يمكن من إخضاعه للرقابة الدولية،

وقد أكد الأستاذ محمد بجاوي على أن النظام العام الدولي في كل الحالات، يعني أن يؤخذ بعين الاعتبار الأحكام الآمرة دولياً، والتي تكون لها علاقة وثيقة بالنزاع، وتكون الأولوية للأحكام الجزائية، على أن تؤخذ بعين الاعتبار قواعد التجارة الدولية<sup>(1)</sup>.

#### الفرع الثاني: قواعد البوليس و الأمن(قواعد ذات التطبيق الضروري)

الأصل هو خضوع العقود الدولية للقانون الذي اختاره الأطراف، فإذا لم يحدد الأطراف هذا القانون تعين إسناد العقد لقانون الدولة الأكثر صلة به، وقد يؤدي تخويل الأطراف حرية اختيار قانون العقد على هذا النحو إلى فتح الطريق أمامهم للتهرب من الأحكام الآمرة في القوانين التي ترتبط بالعلاقة العقدية ، وهو ما دعا إلى البحث عن إعادة التوازن بين حق الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق من جهة و احترام النصوص الآمرة التي تحكم العقد من جهة أخرى. وهذا لن يكون إلا من خلال تقييد دور هذه الإرادة.

وبهذا يظل العقد خاضعاً للقواعد الآمرة في القانون الذي يحكمه، مع تخويل الأطراف الحق في اختيار قانون آخر فيما يخص المسائل التي اكتفى المشرع بتنظيمها<sup>(2)</sup>.

حيث يجب على المحكم ضرورة احترام القواعد الآمرة الواجبة التطبيق في القانون الذي يحكم العقد والمنتمي إلى الدولة المتعاقدة ، سواء أكان قانون الإرادة أو الأوثق صلة بالعقد ،

(1) عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 72-73.

(2) هشام علي صادق :القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001، 761.



ويلتزم المحكم بالتطبيق الإجمالي لقواعد هذا القانون على الرغم من سلطته الواسعة في تقدير القواعد الواجبة التطبيق .

لذا يذهب البعض إلى القول بضرورة أن يتحقق الطرف الخاص الأجنبي من القواعد الآمرة للدولة المتعاقدة، لأن عدم مراعاة هذه القوانين أثناء تنفيذ العقد يعيق التنفيذ، وعدم مراعاة حكم التحكيم لهذه القوانين يجعله غير قابل للتنفيذ،<sup>(1)</sup>.

و قد ظهرت القواعد ذات التطبيق الضروري نتيجة لتزايد تدخل الدولة في كافة المجالات بقصد حماية الطرف الضعيف في النطاق العقدي من خلال التشريع ويقصد بها "مجموعة القواعد الموضوعية في النظام القانون الوطني ، والتي يتعين تطبيقها تطبيقاً مباشراً دون النظر إلى تصنيفها أو انتمائها للقانون العام أم للقانون الخاص"<sup>(2)</sup> .

يرى البعض من الفقه أن "قواعد البوليس هي كل قاعدة تعتبرها الدولة التي أصدرتها واجبة التطبيق على العلاقات التي تربطها بها والتي تجعل نظامها القانوني مختصاً" و"أن مسألة مراعاة هذه القواعد هي أمر ضروري لحماية التنظيم السياسي والاقتصادي والاجتماعي للدولة"<sup>(3)</sup> .

وقد تعددت تسميات هذا النوع من القواعد الآمرة، فذهب الفقه التقليدي وعلى رأسه الفقيه "BOUIHIER" إلى تسمية "قواعد أو قوانين البوليس" على كافة القواعد التي تتصل بحماية المجتمع الوطني والمصلحة العامة، حيث أكد المشرع الفرنسي صراحة على ذلك بموجب نصت المادة 3/1 ق.م.ف على أن "قوانين البوليس والأمن ملزمة لكل من يقطن الإقليم الفرنسي"<sup>(4)</sup>.

(1) هاني محمود حمزة : النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي ، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2008 ، ص 111-112

(2) وفاء مزيد فلهوط : المرجع السابق ، ص 806 .

(3) Jean robert, op, cit, p 308.

(4) أشرف عبد العليم الرفاعي: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية دراسة في قضاء التحكيم، المرجع السابق، ص 605-606.

وجانب من الفقه أطلق مصطلح "القواعد فوروية التطبيق"، حيث يرون أن هذا المصطلح يحقق بعض المزايا التي لا يحققها مصطلح "قواعد البوليس والأمن"، فمن جهة تعد هذه التسمية أساساً منطقياً لاختصاص قانون القاضي، ومن ناحية ثانية تبين هذه التسمية أن أعمال القواعد اللازمة لحماية الأسس الاقتصادية والاجتماعية للمجتمع يتم مباشرة دون الإسناد إلى قاعدة إسناد، ومن ناحية أخيرة تعالج القصور الوارد في عبارة "قوانين البوليس والأمن"، وفي المقابل هناك بعض القواعد الأخرى التي لا يمكن وصفها بقوانين البوليس ومع ذلك يطبقها القاضي مباشرة<sup>(1)</sup>.

وبذهب اتجاه آخر إلى تسمية "قواعد البوليس والأمن" بقوانين النظام العام الوقائي أو التوجيهي"، حيث يرون أن قوانين البوليس ليست إلا قوانين للنظام العام الإقليمي، لأن هدفها الأساسي هو الحافظة على سيادة النظام على الإقليم الذي تسري فيه<sup>(2)</sup>.

ويرون أيضاً أنه ليس من ضرورة تعميق هوة الخلاف بين "قوانين البوليس والأمن" "وقوانين النظام العام الوقائي أو التوجيهي"، لأن كلاهما يهدف إلى الحفاظ على المبادئ الأساسية والقيم الاجتماعية والاقتصادية في المجتمع<sup>(3)</sup>.

فقواعد البوليس ذات التطبيق الضروري يؤدي تطبيقها إلى تعطيل أعمال قاعدة الإسناد في خصوص المسألة التي تدخل في نطاق القواعد ذات التطبيق الضروري.

ويترتب على هذا الأعمال للقواعد ذات التطبيق الضروري تجزئة العقد الذي يخضع بذلك لقانون الإرادة الواجب التطبيق بمقتضى قواعد التنازع فيما عدا جوانبه التي تدخل في نطاق سريان قواعد البوليس.

(1) أحمد عبد الكريم سلامة: القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، بدون سنة، 26 و مايليها.

(2) أشرف عبد العليم الرفاعي: المرجع نفسه، ص 611-612.

(3) أحمد عبد الكريم سلامة: القواعد ذات التطبيق الضروري، المرجع السابق، ص 33.

ولعل هذا ما ذهب إليه جانب من الفقه عندما أكد على حق القاضي في تجزئة الرابطة العقدية احتراماً لسيادة القانون<sup>(1)</sup>.

ويضيف الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة " إن العقد الدولي ، لا ينشأ في فراغ ، فهو يبرم في دولة ، ويتم تنفيذه فيها ، أو في دولة أخرى ، وهناك من القواعد ضرورية التطبيق في دولة الإبرام ، أو التنفيذ ، ما لا يمكن الهروب منها".

قد يتبادر للذهن أنه إذا كانت القواعد ذات التطبيق الضروري من غير النظام القانوني الذي اختاره الأطراف، فإنه لا يجوز للمحكم الدولي إعمال قواعد البوليس التي تنتمي لقانون دولة أجنبية غير الدولة التي تم الاتفاق على تطبيق قانونها، على أساس أن هذا التطبيق سيتضمن بالضرورة استبعاداً جزئياً لقانون العقد ، مما يعرض حكم التحكيم للبطلان.

ويرى البعض أنه في هذه الحالة يعتبر المحكم غير ملزم بتطبيق هذا القانون ، إلا أنه يتخذة كواقعة مادية لتقدير حالة القوة القاهرة أو يعتد به كقانون وليس كواقعة مادية إذا كان هذا القانون ينتمي إلى مكان تنفيذ حكم التحكيم وكان بالإمكان تفسير نية الطرفين بأنهما لا يستبعدان تطبيق مثل هذا القانون.

وقد استقر القضاء التحكيمي على إطلاق سلطان هيئة التحكيم والسماح لها بتطبيق قوانين البوليس، ولو لم تكن جزءاً من القانون الذي اختاره الأطراف شريطة ألا يترتب على هذا التطبيق مفاجأة للأطراف ، ويلاحظ في هذا المقام أن المادة السابعة من اتفاقية روما تلزم بتغليب تطبيق القواعد الآمرة حتى ولو كانت تنتمي إلى غير قانون العقد.

وفي الواقع ، وعلى الرغم من صعوبة إعمال القواعد الآمرة المنتمية إلى دولة ثالثة أمام المحكم ، فإنه يتعين على المحكم الدولي مراعاة أن الالتزام بالقواعد الآمرة في القانون مقيد باحترام التوقعات المشروعة للأطراف فإذا خالف المحكم القواعد الآمرة في قانون

(1) هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 767

العقد ، فإن هذا لا يمنع من الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم، على أساس أن الواجب مراعاته في هذه الحالة أكثر ليست تلك القواعد الأمرة المنتمية إلى قانون العقد، وإنما تلك الخاصة بقانون الدولة الغالب فيها تنفيذ الحكم فيها ،

وبالتالي فإن مخالفة المحكم للقواعد الأمرة في قانون العقد لا تعتبر بالضرورة مخالفة للنظام العام في دولة التنفيذ<sup>(1)</sup>.

من خلال دراسة هذا الفصل نجد أن القانون الواجب التطبيق بشأن اتفاق التحكيم هو القانون الذي اختاره أطراف النزاع إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة الذي يعتبر إحدى الركائز الأساسية في التحكيم التجاري الدولي، لأن قضاء التحكيم أساسه الاتفاق على التحكيم والذي يعد مصدر اختصاص المحكم، فهذا الاتفاق هو الذي يخلق هذا الاختصاص، ويرسم حدوده.

كما تبين أن أطراف الخصومة يتمتعون بحرية واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع استناداً لإرادتهم، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال بحث المحكم على هذا القانون من خلال إرادة الأطراف سواء كانت صريحة أو ضمنية، أو إعماله لقواعد التنازع، أو تطبيقه للمبادئ العامة للقانون وعادات وأعراف التجارة الدولية، أو قواعد العدالة والأنصاف التي تكون أكثر ملائمة لموضوع النزاع المطروح أمامه .

(1) هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 114-115 .