EL - HAKIKA (the Truth) Journal for Social and Human Sciences مجلة الحقيقة
Volume 17, Issue 04, December 2018 ISSN: 1112-421 مجلد 18 عدد 01 - مارس 2019
(Issue 47 of the previous sequence) EISSN: 2588-2139 (العدد 48 من التسلسل السابق)

القانون الواجب التطبيق على المنازعات التحكيمية
The law applicable to arbitration disputes

ا.د العرباوي نبيل صالح، القانون الخاص (قانون الأعمال)، كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة طاهري محمد بشار، البريد الإلكتروني:prof_droit@yahoo.fr.

- Received date: 20/12/2017
- Accepted date: 06/03/2019
- Publication date: 15 /04/2019

الملخص:

يعتبر التحكيم نظام قانوني يتم بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص من الغير يستمدون سلطتهم من إتفاق أطراف النزاع.

و أصبح التحكيم حاليا من أهم الوسائل القانونية التي اتسع نطاقها، حتى أعترف بها و تم تنظيمها قانونا في معظم دول العالم، على الرغم من اختلاف أنظمتها القانونية و ظروفها الاقتصادية، و ذلك بغية تحقيق العدالة بين أطراف النزاع.

و تزايد اللجوء إلى التحكيم في الآونة الأخيرة سواء بالتجارة الدولية أو الداخلية، و لعل السبب الرئيسي في ذلك يرجع إلى أن التحكيم يمثل إرادة أطرافه سواء في اختيار المحكمين أو مكان التحكيم أو القانون الواجب التطبيق على النزاع.

الكلمات المفتاحية: التحكيم-إتفاق التحكيم-محكمة التحكيم-الخصومة التحكيمية.

Résume

Au lieu de porter leurs contestations devant les tribunaux, il arrive fréquemment que les particuliers s'adressent à d'autres personnes en vue d'arbitrer un différend.

Donc, l'arbitrage est une procédure simple qui permet de régler un litige sans passer par les tribunaux, en confiant le différend à un ou plusieurs particuliers choisis par les parties. C'est une justice privée et payante rendue dans le respect des principes du droit.

L'essor et l'utilisation de l'arbitrage comme mode habituel de règlement des litiges dans les rapports commerciaux internationaux sont devenus monnaie courante dans le discours juridique contemporain. La doctrine et la jurisprudence affirment, sans

hésitation, que l'arbitrage commercial international offre, compte tenu de ses caractéristiques particulières, un cadre juridique plus flexible et plus approprie à l'appréciation et à la solution des différends provenant des relations commerciales internationales que celui offert par les tribunaux étatiques. En effet, contrairement au processus judiciaire, les fondements contractuels de l'arbitrage permettent aux parties de contrôler plusieurs aspects de la procédure, dont la nomination des arbitres et le choix de la loi applicable à la procédure et au fond du litige.

Les mots clés; l'arbitrage-la convention d'arbitrage- le tribunal arbitral -l'instance arbitrale.

مقدمة :

إن هدف المحكمين هو تحديد خصومة التحكيم من القيود الإجرائية التقليدية بما تفرضه من شكليات معقدة، ووقت طويل أمام قضاء الدولة. و من القواعد الأساسية التي بني عليها نظام التحكيم هو حرية الأطراف على جميع مراحل التحكيم في اختيار التحكيم كطريق بديل لحل النزاعات و مرورا باختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم أو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، و انتهاءا بتنفيذ حكم التحكيم.

إن اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية يعبر عن رغبة الأطراف في الإفلات من قوانين الدولة و يكشف عن رغبتهم في الفصل في منازعاتهم وفقا لقواعد القانون التجاري الدولي. فهيئة التحكيم تلتزم عند الفصل في النزاع بالرجوع إلى إرادة الأطراف، و إذا لم يحدد الأطراف ذلك تولت الهيئة تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق على الموضوع.

وعلى ضوء ما سبق تتمحور الإشكالية حول تحديد القانون المختص بالنظر في المنازعات التحكيمية، وهل المحكم-هيئة التحكيم- ملزم بتطبيق القانون الذي إختاره أطراف التحكيم؟

-أهمية الدراسة:

تكتسي هذه الدراسة أهمية بالغة لأنها تتعلق بتبيان موقف المشرع الجزائري من مسألة القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم ،إنطلاقا من فكرة أن إتفاق التحكيم هو مجرد عقد، مع تدعيم هذا الموضوع بالقوانين المقارنة و الاتفاقيات الدولية المنظمة لهذا الموضوع.

-الهدف من الدراسة:

-تهدف هده الدراسة إلى تحديد القانون الذي يطبق على المنازعات التحكيمية، وكذا إبراز دور هيئة التحكيم في تطبيق القانون الأكثر إتصالا بالنزاع ، مع مراعاة القيود التي تفرضها مختلف التشريعات الوطنية في هذا المجال.

وعليه يتم تقسيم الموضوع إلى مبحتين: مبدأ حرية أطراف التحكيم في إختيار القانون الواجب التطبيق على المنازعات التحكيمية والقيود الواردة عليه **في المبحث الأول،** و دور هيئة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع **في المبحث الثاني.**

المبحث الأول : حرية أطراف التحكيم في اختيار القانون الذي يطبق على النزاع المحكم فيه.

والقيود الواردة عليه.

تلعب إرادة الأطراف دور بارزا في إختيار القواعد القانونية التي تحكم النزاع المحكم فيه، حيث أقرت كل التشريعات و الاتفاقيات الدولية حرية الأطراف في تحديد القانون أو القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع[1].

و تنص المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه **"يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم.**

إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم"[2].

و يظهر من النص أن المشرع يكرس مبدأ حرية الأطراف في اختيار القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع باعتبار مالها من سلطات في تحديد حقوقهما و التزاماتها و التصرف فيها، فإذا تخلف هذا الاختيار يكون لهيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تراه أكثر اتصالا بالنزاع[3].

المطلب الأول : حرية الأطراف في اختيار القواعد التي تحكم موضوع النزاع.

فالمبدأ هو إعطاء الأولوية لقانون الإرادة و تفسير ذلك أي نظام التحكيم في مجمله يستمد وجوده من اتفاق الأطراف على اللجوء إليه[4]. فكل التشريعات و الاتفاقيات الدولية كرست مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه.

إن حرية اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع المحكم فيه هي تطبيق لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين تطبيقا لنص المادة **106** من القانون المدني[5]. و الأصل أن

---

1 - أنظر المادة 28 من القانون النموذجي للتحكيم لسنة 1985 م.

2 - يقابل المادة 1043 في القانون الجزائري المادة 39 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 م و المادة 1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

3 - أنظر أكثر تفصيلا د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الولي، 2010، ص154 ما يليها.د نبيل إسماعيل عمر: التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة،2011،ص 238 .

4 - نص المادة 39 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994م.

5 - د. نور حمد الحجايا : القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه، المؤتمر السنوي السادس عشر في التحكيم التجاري الدولي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، ص 656.د محمود مختار

يكون هذا الاتفاق صريحا بتسمية قانون المحكم. و قد يكون ضمنيا يستفاد من اتفاق الطرفين على التحكيم في دولة معينة دون أن يصرحوا باختيار قانون إجرائي معين، فيكون قانون هذه الدولة هو قانون الخصومة التحكيمية[1].

وهذه الحرية تدفع الأطراف نحو اختيار القانون الملائم الذي يتفق و رغباتهم و توقعاتهم و يحقق لهم الأمان المتطلب في المعاملات الدولية. و اختيار الأطراف لقانون معين هو تطبيق القواعد الموضوعية التي يتضمنها هذا القانون و ليس ما يتضمنه من قواعد خاصة بتنازع القوانين. إلا إذا عبر الأطراف عن قصدهم إلزام هيئة التحكيم باختيار القانون الذي تشير إليه قواعد التنازع الواردة في القانون الذي وقع عليه اختيارهم[2].

إن الاختيار الصحيح للقواعد القانونية الواجبة التطبيق إما أن تكون في العقد الأصلي أو في اتفاق مستقل، لكن إذا لم يقم الأطراف بالاختيار الصحيح للقواعد القانونية التي تحكم النزاع المحكم فيه، فإن لهيئة التحكيم أن تستخلص الاختيار الضمني من ظروف العقد و التي تعبر بوضوح عن إرادة المتعاقدين[3].

و يجب على هيئة التحكيم في فصلها في النزاع المعروض أمامها أن تطبق القواعد القانونية المختارة، و إلا كان حكما باطلا تأسيسا على أن هيئة التحكيم تستمد سلطتها من طرفي التحكيم. وقد أخذ المشرع الجزائري هذا الاتجاه المتسم باحتدام مبدأ سلطاه الإرادة في النصوص المنظمة للتحكيم التجاري الدولي في نص المادة **1043** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية السالفة الذكر[4].

و الجدير بالملاحظة أن هيئة التحكيم لا تطبق القانون الذي اختاره الأطراف إذا تبين لها أنه لا يناسب موضوع النزاع. فالمشرع يحتم تطبيقها لاعتبارات اقتصادية أو اجتماعية أو لحماية النظام العام و الآداب العامة. و في مثل هذه الحالة تفصل محكمة التحكيم حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها مناسبة و هو ما أكده المشرع الجزائري في نص المادة **1050** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية **"تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف و في غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة".**

المطلب الثاني: القيود التي ترد على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق.

أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة،2007 ،ص 129 وما يليها.

1 - أنظر أكثر تفصيلا د. طلحت محمد دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم دراسة مقارنة في التشريعات الدولية و أنضمه مراكز التحكيم و التشريعات الوطنية العربية، الطبعة الأولى 2009، ص 27 و ما يليها.

2 - أنظر أكثر تفصيلا د. محمود مختار أحمد بريري: مرجع سابق، ص 132.

3 - د. نور حمد الحجايا : مرجع سابق، ص 657.

4 - هو نفس نهج المشرع الفرنسي المادة 1496 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية.

الأمر مستقر في قضاء التحكيم على أن أطراف التحكيم لهم الحرية في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع ، لكن هذه الحرية ليست مطلقة، بل مقيدة بقواعد النظام العام الدولي.

فالمحكم له سلطات واسعة في تحديد التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم، إلا أن هذه السلطات ينبغي أن تحترم ضمانات التقاضي الأساسية و يمكن تخصيص نقطتين للإجابة على هذا التساؤل، النقطة الأولى لمعالجة مسألة ملائمة الإجراءات للنزاع و النقطة الثانية نناقش فيها احترام النظام العام[1].

الفرع الأول: ملائمة الإجراءات للنزاع :

ذهب بعض الفقهاء الى عدم تقيد حرية الأطراف عند اختيار القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه بضرورة توافر صلة بين القانون المختار و النزاع[2]. فإذا اختار الأطراف قانون واجب التطبيق على النزاع المحكم فيه فإنه يجب على هيئة التحكيم أن تطبق هذا القانون دون أن تصحح اختيار الأطراف. أي اختيار قواعد قانونية عكس اختيار الأطراف من شأنه الإخلال بالاستقرار القانوني و المساس بمبدأ سلطاه الإرادة.

وفي المقابل ذهب رأي ثاني من الفقه إلى القول بضرورة توافر صلة بين القانون المختار من طرف الأطراف و النزاع، فإذا لم توجد الصلة فيحق للمحكم أن يستبعد القانون المختار و يحدد القانون الذي يراه مناسبا للتطبيق على النزاع[3].

و هناك رأي ثالث يرى بضرورة توفر صلة بين القانون المختار و النزاع، و يكفي أن تكون الصلة فنية. فيجب على المحكم أن يطبق القانون المختار و إلا يكون قد خالف مهمته.

فالمحكم أثناء قيامه بدوره عليه الموافقة بين طبيعة النزاع و ظروف نشأته و أساسه القانوني، و بين الإجراءات اللازمة لحسمه. فالمحكم قاض خاص نصبه أطراف التحكيم للقيام بمهمة معينة و محددة يفصل فيها بقرار ملزم، وهو بذلك يختلف عن قاضي الدولة[4].

الفرع الثاني: النظام العام:

إن حرية أطراف التحكيم مقيدة في اختيارها للقانون الذي يحكم موضوع النزاع بالقواعد المعتبرة من النظام العام. فينبغي على المحكم أن يضع من القواعد الإجرائية و يطبقها بما يتماشى مع فكرة النظام العام، و إلا كان حكمه عرضة للبطلان و عدم التنفيذ[5].

---

1 - أنظر أكثر تفصيلا د. محمد دويدار : ص 22.د فتحي والي: مرجع سابق، ص 295.

2 - د. نور حمد الحجايا : مرجع سابق، ص 659.

3 - د. نور حمد الحجايا : مرجع سابق، ص 653.

4 - عكاشة محمد عبد العال : القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري و الأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم، المؤتمر السنوي السادس عشر في التحكيم التجاري الدولي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون ، ص 600.

5 - أنظر أكثر تفصيلا د. طلعت محمد دويدار : مرجع سابق، ص 33 و ما يليها.

ويلاحظ أن الأنظمة القانونية للدول تشتمل على قواعد خاصة تسمى بقواعد النظام العام التي تحمل في طياتها تحقيق المصلحة العامة. و عليه من الضروري أن لا يتضمن قرار التحكيم ما يتعارض و قواعد النظام العام في البلد المراد تنفيذ الحكم فيه. و هذا ما يجعل المحكم إلى أن يأخذ بعين الاعتبار عند إصدار قراره بمبدأ احترام قواعد النظام العام الداخلي مع قواعد النظام العام الدولي السائر في المعاملات التجارية[1].

نخلص مما سبق إلى أن هناك قواعد للنظام العام الداخلي لكل دولة، و هناك قواعد للنظام العام الدولي يتعلق بالتعامل الدولي. ولاشك أن المحكم عندما يعالج موضوع النزاع عليه أن يأخذ بعين الإعتبار قواعد النظام العام الدولي، لأن مخالفة هذه القواعد من قبل الأطراف عند تعاقدهم يؤدي إلى بطلان العقد موضوع النزاع.[2] فعلى الأطراف عند اختيارهم للقانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه ضرورة مراعاة القواعد الأمرة في القانون المختار، وذلك لأن دمج القانون المختار في العقد لا يفقده عناصره الأمرة[3].

كذلك على المحكم أن يأخذ بعين الاعتبار عند إصدار حكم التحكيم قواعد النظام العام للدولة التي سوف ينفذ فيها ذلك الحكم إذ أن عدم احترام تلك القواعد سيؤدي إلى رفض الاعتراف بالحكم و بالتالي عدم تنفيذه، فطبقا لنص المادة **1051** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .[4]التي تقضي على أنه **"يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أتبث من تمسك بها وجودها و كان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي."**

حيث أن كل الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم أفردت نصوصا خاصة بالاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم، فاتفاقية نيويورك لعام **1958م** أعطت الحق للدول المتعاقدة في أن ترفض الاعتراف و تنفيذ حكم التحكيم إذا كان في الحكم ما يخالف النظام العام (المادة **5** الفقرة **2**/ب).

ويترك للقاضي الوطني في البلد المراد تنفيذ الحكم فيه تقدير ما إذا كان قرار التحكيم لا يخالف قواعد النظام العام،ولكن ليس للقاضي مناقشة موضوع النزاع[5].

---

1 - د. فوزي محمد سامي : التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة 2008، ص 174.

2 - د. نور حمد الحجايا : مرجع سابق، ص 660.

3 - د. فوزي محمد سامي: مرجع سابق،ص175.

4 Article 1486 du code de procédure civile France « l'appel et le recours en annulation sont portés devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence arbitrale a été rendue.

Ces recours sont recevables dés le prononcé de la sentence ; iles cessent de l'êtres s'ils n'ont pas été exercés dans le mois de la signification de la sentence revétue de l'exequatur.

Le délai pour exercer ces recours suspend l'exécution de la sentence arbitrale. le recours exercé dans le délai est également suspensif.

5 - د. فوزي محمد سامي : مرجع سابق، ص 176.

فالنظام العام الدولي يعبر عن الأصول و المبادئ العامة التي يفرضها التعايش المشترك بين المجتمعات كمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، و مبدأ تنفيذ العقود بحسن النية، و مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق.....الخ.

هذه المبادئ و غيرها تشكل نظاما عاما دوليا للمحكم يجب احترامها لأنها تعبر عن مصالح عليا وقيم قانونية، و هي تعلو على المصالح الفردية. و هذه الأصول و المبادئ التي تشكل جوهر النظام العام الدولي تجد مصدرها في الاتفاقيات الدولية و الممارسات و الأعراف الدولية[1].

وخضوع العلاقات الاقتصادية و الدولية للنظام العام الدولي يقتضي استبعاد تطبيق القواعد الآمرة في القانون الوطني الواجب التطبيق على العلاقات الدولية كلما كانت متعارضة مع النظام العام الدولي[2].

ويترك للقاضي الوطني في الدولة التي يراد تنفيذ الحكم فيه تقرير ما إذا كان قرار التحكيم لا يخالف قواعد النظام العام. فالقاضي له سلطة تقديرية في التحقق من ذلك[3]. وهو ما تبناه المشرع الجزائري طبقا لنص المادة 6/1056 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي قضت على أنه **"لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية :**

إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي".

المبحث الثاني : دور هيئة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع.

إن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يجب أن يكون متصورا منذ إبرام العقد هذا في حالة الشرط التحكيمي. أما إذا تم إبرام العقد تم حصل نزاع بشأنه و تدخل المحكم لفضه فإن أهم ما يمكن ملاحظته هنا هو غياب مبدأ سلطاه الإرادة.

فالمحكم يفصل كما يريد إلا أنه يبقى دائما يفكر بضرورة ألا يصطدم حكمه بالنظام العام في دولة القاضي الذي يراد تنفيذ الحكم في بلده.و يلعب المحكم دورا بارزا في تحديد القانون الواجب التطبيق، و يكون ذلك خاصة في حالة عدم تعبير الأطراف صراحة عن إرادتهم في تحديد القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه.

و تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي يجب أن يكون متصورا منذ وقت المفاوضات. أما إذا حصل نزاع و تدخل المحكم لفضه، فإنه في هذه الحالة إما أن يطبق مبدأ سلطاه الإرادة أو قواعد الأعراف التجارة الدولية، أو المبادئ العامة للقانون أو مبادئ العدالة و الإنصاف.

---

1 - د. مصطفى كمال طه، عكاشة محمد عبد العال : التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، الطبعة الأولى 1998، ص 289 ما يليها.

2 - نفس المرجع، ص 290.

3 - و هناك بعض القرارات القضائية التي فرقت بين قواعد النظام العام الدولي و قواعد النظام العام الداخلي و اعترفت تلك القرارات بأحكام المحكمين إذا كانت لا تتعارض مع النظام العام الدولي و أن كانت تلك الأحكام لا تتفق مع قواعد النظام العام الداخلي.

و نتعرض في هذا المبحث في دور المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع (أولا)، و الأثر المترتب على عدم تطبيق المحكم للقانون الذي اختاره الأطراف (ثانيا).

المطلب الأول: دور المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

بالرجوع إلى نص المادة **1043** السالفة الذكر، فإن المشرع الجزائري[1]على غرار كل التشريعات المقارنة يكرس مبدأ حرية الأطراف في اختيار القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع على اعتبار مالهم من سلطات في تحديد التزامات كل طرف في العقد المبرم بينهما[2].فإذا تخلف هذا الاختيار فإنه يكون لهيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تراه أكثر اتصالا بالنزاع.

و تتجه معظم المعاهدات الدولية و أنظمة مراكز و مؤسسات التحكيم و التشريعات الوطنية إلى تحديد مشكلة تحديد النظام الإجرائي لخصومة التحكيم من نظرية تنازع القوانين، و إعطاء الحرية إلى سلطة المحكمين و إرادة الخصوم في تحديد القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق على خصومة التحكيم الدولي[3].

و تحديد خصومة التحكيم من قيود نظرية تنازع القوانين يرجع إلى فكرة بديهية هي أنه لا يمكن العمل بقاعدة الإسناد لأنه لا يمكن تطبيقها فلا يوجد في النظام الدولي قاعدة إسناد خاصة[4].

الفرع الأول: مبدأ سلطاه الإرادة.

يعد مبدأ سلطاه الإرادة بمثابة عرف دولي معترف به في كافة النظم القانونية، فقانون المحكم الواجب التطبيق على خصومة التحكيم هو القانون الذي اختاره الطرفان بإرادتهما.[5]

---

1 - المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارة تقابلها المادة 33 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 و المادة 814 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، و كذلك نص المادة 1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

2 - أ. د عكاشة محمد عبد العال : القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري و الأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم، المؤتمر السنوي السادس عشر في التحكيم التجاري الدولي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون ،ص601.

3 Christophe Seraglini -Jérôme ORTSCHEIDT: Droit de l'arbitrage interne et international ,LGDJ,2013 page 324.

4 - أنظر أكثر تفصيلا، مصطفى كمال، و عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 218.

5 - طلعت محمد دويدار : مرجع سابق، ص 27.

و الدوافع في تفضيل أطراف العقد لهذا المبدأ هو الرغبة في اختيار القواعد التي تحكم العقد دون التقيد بقوانين دولة معينة.[1] والأصل أن يكون اتفاق الطرفين صريحا بتسميته قانون المحكم، وقد يكون ضمنيا يستفاد من إتفاق الطرفين على التحكيم في دولة معينة، دون أن يصرحوا باختيار قانون معين، فيكون القانون الإجرائي لهذه الدولة هو القانون الذي يحكم خصومة التحكيم.

فولاية المحكم لا تستند الى قانون دولة معينة و إنما تستمد مباشرة من اتفاق الخصوم، و قد يحدث في كثير من الأحيان أن لا يقوم الأطراف بشكل صريح بتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المحكم فيه، الأمر الذي يفرض على المحكم البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف من خلال ظروف و ملابسات التعاقد[2].

إن حرية المحكم في الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف تتقيد بالبحث عن القوانين و الدلائل التي تعبر عن الإرادة الحقيقية للأطراف من أجل اختيار القانون الذي يتناسب مع توقعاتهم[3].

فالمحكم يملك الحرية في تحديد القانون الوطني الذي تحكم النزاع المحكم فيه، كما يحق له تطبيق قواعد القانون التجاري الدولي و المبادئ العامة في القانون و قواعد العدالة و الإنصاف على النزاع المحكم فيه إذا كشف أن هذه القواعد تم اختيارها ضمنيا من قبل الأطراف[4].

و إن سكوت الأطراف عن تحديد القواعد القانونية أو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يلقى على عاتق المحكم واجب البحث عن ذلك القانون. و ذلك إما بتطبيق القانون الأكثر اتصالا بموضوع النزاع، أو قواعد التنازع التي يراها مناسبة لتحديد ذلك القانون[5].

الفرع الثاني: تطبيق القانون الوطني للدولة الطرف في العقد.

و هذه الحالة تعتبر الأكثر تطبيقا، و هنا نطبق إما قانون دولة مقر التحكيم أو قانون مكان تنفيذه.ويسود في الدول الأنجلو أمريكية على أن القانون الإجرائي الواجب التطبيق على خصومة التحكيم هو قانون دولة مقر التحكيم، و هنا يعتبر قانون المحكم[6]، سواء إتفق أطراف العقد على ذلك أو لم يتفقوا.

و إذا اتفقوا على قانون إجرائي آخر، تبقى لقانون دولة المقر السيادة، و يمكن استبعاد القانون المتفق عليه إذا خالفت قواعد الإجرائية النظام العام في القانون

1 - د. وفاء مزيد فلولا : النظام القانوني الواجب التطبيق في إطار التحكيم التجاري الدولي، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري و الأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم، المؤتمر السنوي السادس عشر في التحكيم التجاري الدولي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، ص 504.

2 - د. نور حمد الحجايا : مرجع سابق، ص 671

3 - نفس المرجع، ص 672.

4 - نفس المرجع، ص 673.

5 - راجع مصطفى الحبال، و عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 218.

6 - طلعت محمد دويدار : مرجع سابق، ص 28 و ما يليها.

الإجرائي لدولة المقر[1]. غير أن خصومة التحكيم لقانون دولة المقر قد لا يكون ملائما خاصة إذا كان أطراف العقد في نزاع لا علاقة له بدولة التحكيم إزاء قواعد لا قبل لهم بها.[2]

الفرع الثالث: تطبيق قانون التجارة الدولية.

على اعتبار أن التحكيم التجاري الدولي يتعلق بمسائل تجارية كمنازعات الاستثمار و المحروقات و التأمين و عقود النقل و عقود التوزيع و عقد نقل التكنولوجيا....الخ. فإن القضاء التحكيمي يستند في تطبيق قانون التجارة الدولية إلى إشارة العديد من الأنظمة القانونية الوطنية و الدولية إلى قواعده القانون النموذجي للتحكيم في المادة **28** منه، و الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة **1961**م في المادة **7** الفقرة **01**.

الفرع الرابع: المبادئ العامة للقانون و قواعد العدالة و الإنصاف.

المبادئ العامة للقانون و يقصد بها مجموعة المبادئ العامة في القانون الداخلي و التي يمكن تطبيقها على النطاق الدولي[3].وفي تطبيق هذه المبادئ فإن قضاء التحكيم يميز في تقسيمه لها إلى فرضين :

- **الفرض الأول :** حالة وجود نص صريح يقضي بإعمال المبادئ العامة للقانون و هنا المحكم يتدخل لإعمال القانون الملائم في النزاع مع إمكانية إدخال المبادئ العامة للقانون بغرض تدويل العقد.وذلك عندما اعتبر تلك المبادئ مصدرا احتياطيا للقانون الوطني و هناك العديد من الأمثلة في هذا إعمال نذكر أهمها.
- تحكيم **Liamco :** و فيه قضى المحكم فيه الى وجود مبادئ مشتركة ما بين القانون الليبي و القانون الدولي في مسألة إنهاء العقد بالإرادة المشتركة مع التعويض، ثم انتهى إلى تفسير تلك المبادئ بالقواعد المطبقة من قبل المحاكم الدولية مع الإشارة إلى مبادئ العدالة و الإنصاف.[4]
- **الفرض الثاني** : حالة عدم وجود الإشارة الصريحة حول تطبيق المبادئ العامة للقانون، و هنا يتعين على هيئة التحكيم تطبيق تلك المبادئ، أما في حالة وجود نص صريح يشير إلى تطبيق قانون وطني، هنا يتم إشكال على هيئة التحكيم في إمكانية استبعاد القانون لصالح المبادئ العامة للقانون[5].

و المشكل في تطبيق هاته المبادئ تكمن في قصرها عن تغطية كل منازعات التحكيم التجاري الولي[6] و تضمن المشرع الجزائري هاته الحالة في نص المادة **1050** من قانون الإجراءات المدنية و التي تقضي بأنه**" تفصل محكمة التحكيم في**

1 - أنظر أكثر تفصيلا د. طلعت محمد دويدار، مرجع سابق، ص 28 و مايليها.
2 - مصطفى الحبال، عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 215.
3 - د. محمد عزيز شكري : مرجع سابق، ص 58.
4 - نقلا عن د. وفاء مزيد فلولا: مرجع سابق، ص 551.
5 - نفس المرجع، ص 575.
6 - د. حفيظة السيد الحداد : مرجع سابق، ص 781.

النزاع عملا بقواعد القانون الذي إختاره الأطراف، وفي غياب هذا الإختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

أما تطبيق قواعد العدالة و الإنصاف فلها أهمية لا يمكن تجاهلها لما تحتوي عليه تلك القواعد من عمومية و عدم تحديد، قد يضعا المتعاقدين في خطر و يحرمهم من الأمن القانوني. و مثال ذلك موقف محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس حينما فصلت في النزاع الذي كان بين شركة حكومية من الكاميرون و شركة أمريكية حول إنشاء محطة أقمار صناعية، حيث كان العقد ينص على تطبيق قانون ولاية كاليفورنيا مع تفويض المحكمة بالصلح، إلا أن محكمة التحكيم لم تطبق التفويض و طبقت قانون ولاية كاليفورنيا[1].

المطلب الثاني : الأثر المترتب على عدم تطبيق المحكم القانون الذي اختاره الأطراف.

تنص المادة **1058** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه **"يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه"**. و بالرجوع إلى نص المادة **1056** من نفس القانون فإنها تنص في فقرتها الثالثة على أن دعوى البطلان تكون في حالة ما إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها[2]. و عليه يطرح التساؤل الآتي هل مخالفة المحكم للقانون الذي اختاره أطراف العقد يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم.

إن التزام المحكم –الهيئة التحكيمية- بتطبيق القانون الذي اختاره الأطراف مصدره المهمة التي أولها إياه أطراف التحكيم. فالمحكم ملزم باحترام إرادة الأطراف.[3]فالمحكم في فصله في النزاع المعروض عليه لا يمكن أن يعطي تفسيرا للقانون مغايرا لذلك المعتمد في الدولة التي يعود إليها هذا القانون المختار[4].

والملاحظ أن الأنظمة القانونية و التشريعات الداخلية لمراكز التحكيم أو التشريعات الوطنية لم تترك حرية المحكمين مطلقة في هذا الشأن بل قيدت هذه الحرية بقيدين هما :

- احترام النظام العام الدولي في التحكيم الدولي و احترام النظام العام الداخلي في التحكيم الداخلي.
- احترام ضمانات التقاضي الأساسية على غرار احترام حقوق الدفاع و المساواة و مبدأ الوجاهية[5].

---

1 - أنظر د. صالح الدية عبد الرحمان: مرجع سابق، ص 552 و ما يليها.
2 - تقابلها المادة 1/57 من قانون التحكيم الإماراتي لسنة 2006.
3 - أ. د عكاشة عبد العال: مرجع سابق، ص 606.
4 - طلعت محمد دويدار : مرجع سابق، ص 30 و ما يليها. هات محي الدين اليوسفي: الأثر المانع لاتفاق التحكيم ومدى تأثيره على الإختصاص القضائي، دار الفكر الجامعي،2014،ص199.
5 - أنظر طلعت محمد دويدار : مرجع سابق، ص 31.

و عليه فإن القانون الذي يختاره أطراف العقد ينطبق على موضوع النزاع بحالته التي يكون عليها وقت الاختيار و القواعد القانونية التي تختارها الأطراف تندمج في اتفاقية التحكيم، و تصبح بمثابة شروط تعاقدية و تلزم المحكم بهذه الصفة.

و نتيجة لذلك فإن عدم تطبيق القانون المختار من قبل أطراف العقد فيه خروج عن المهمة المسندة إلى هيئة التحكيم (المادة **1056**) و عدم تطبيق القانون يستتبع بطلان القرار التحكيمي[1].

و نفس الحال ينطبق في حالة ما إذا طبق المحكمون، قانون دولة أخرى غير ذلك الذي اختاره أطراف العقد، أو طبق المحكمون قواعد التجارة الدولية متجاهلين القانون الوطني لدولة معينة الذي اختاره الأطراف.

إن احتمال تطبيق قانون غير القانون المختار من طرف الأطراف مسألة نادرة الحدوث، إنما يأتي الخروج من خلال الخطأ في وصف الوقائع أو تطبيق قواعد غير تلك التي اختارها الأطراف.

و تحريف الوقائع الذي يفتح باب البطلان طبقا لنص المادة **1056** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية هو عدم تطبيق المحكم للقانون الذي اختاره أطراف العقد[2].

و في الأخير تنهي إجراءات التحكيم بصدور حكم التحكيم، و تنتهي معه مهمة هيئة التحكيم و تبقى لها فقط مهمة إصدار ما أجازه لها القانون من قرارات تصحيحية و تفسيرية لحكم التحكيم طبقا لمواد **1030** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الخاتمة:

أصبح نظام التحكيم يلقى هجوما يبلغ حد العنف أحيانا، خاصة في الدول النامية وإن كان التحكيم هو وسيلة لفض المنازعات في عقود التجارة، ويقوم على سحب الاختصاص من القضاء الوطني لحل المنازعات التي تحدث بسبب إبرام وتنفيذ عقود التجارة المبرمة بين الدول بعضها البعض أو بين الدول والشركات التجارية.

وأصبح التحكيم ضرورة حتمية يجب النص عليها في بنود العقد، عند نشوب النزاع بين أطراف التعاقد سواء تعلق الأمر بتفسير أو تنفيذ محل العقد.

1- د ممدوح عبد العزيز العنزي: بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي، الأسباب و النتائج، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى 2006،ص 45 وما يليها.

2 د الصاوي أحمد السيد: التحكيم وفقا لقانون رقم 27 لسنة 1994،القاهرة،ص60. د مصلح احمد الطراونة: الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية، الطبعة الاولى 2010،ص159. د. حفيظة السيد الحداد: الطعن بالبطلان على احكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي،2003،ص111. د إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة،2000،ص223.

ونظرا لتطور التجارة والاقتصاد، دخلت الجزائر في عدة تعاقدات مع الدول الأوروبية خاصة فيما يتعلق الأمر بالاستيراد والتصدير ومجال التجارة الدولية ومجال المحروقات، وهذه العقود طرحت العديد من المشاكل سواء من ناحية تنفيذها، أو من ناحية تفسيرها، وهذا ما جعل مسألة التحكيم له مشاكلها العملية، ويظهر ذلك جليا في القضايا التحكمية العملية.

من خلال هذه الدراسة يمكننا استخلاص النتائج التالية:

-إن أطراف التحكيم لهم الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع .

-يجوز لهيئة التحكيم – إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على ذلك- أن تفصل في موضوع النزاع بناء على قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون.

-على هيئة التحكيم عند فصلها في النزاع أن تطبق القانون الذي يكون أكتر إتصالا بالنزاع.

-إن حرية الأطراف مقيدة في إختيارها للقانون الذي يحكم موضوع النزاع بالقواعد المعبرة من النظام العام الدولي.

ومن خلال دراسة الموضوع تم التوصل إلى العديد من التوصيات:

-ضرورة تكوين محكمين مختصين في التحكيم التجاري الدولي وذلك بفتح دورات تكوينية في هذا الإطار.

-تتجلى غالبية مشاكل التحكيم في العقود التي تبرم مع الدول المتقدمة سواء كان الطرف المتعاقد هو الدولة أو أحد الشركات الوطنية، هو ضخامة عقود التجارة وطبيعتها من جهة، وخطورتها على أمن وسلامة الوطنين من جهة أخرى، مما ينعكس سلبا على إقصاد الدولة. لذا وجب تحديد الإطار القانوني للتحكيم بشكل دقيق.

- إن من بين المشاكل التي تتعرض للتحكيم هو اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، لأنه قد يفضل الطرف الأجنبي تطبيق أحكام قانونية على موضوع النزاع، مما يفرض على الشركات الجزائرية دراسة ومعرفة القانون الأجنبي سواء من حيث تطبيقه، وكذلك محل التعاقد ومدة التقادم ومعرفة قانون الإجراءات المدنية لهذه الدولة الأجنبية. وعليه يتعين على هاته المؤسسات الإلمام بكافة القواعد القانونية التي تطبق على المنازعات التحكيمية.

- بالرجوع إلى معظم التحكيمات التي تمت، نجد أن لغة التحكيم هي اللغة الإنجليزية وبدرجة أقل اللغة الفرنسية، ولا يكون للطرف الوطني أن يفرض لغته الوطنية. وهذه الإشكالية تثير صعوبات على الطرف الوطني، حيث يكون مضطرا إلى اختيار

محكمين أجانب يجيدون اللغة الانجليزية، وهذا في غير مصلحة الطرف الوطني. وعليه ينبغي الأخذ بعين الإعتبار هذه المسألة.

- ضرورة اللجوء إلى تكوين محكمين جزائريين، والعمل على إنشاء غرف ومراكز التحكيم داخل الجزائر من شأنها تنظيم ندوات تعمل على تشكيل هيئات تحكيمية، مع المطالبة بإدخال اللغة الانجليزية والفرنسية في كليات الحقوق، وذلك من أجل تكوين دفعات يكون بمقدورها التعامل مع هذه القضايا وبالسيطرة عليها من خلال التمكن من لغة التحكيم

قائمة المراجع:

أولا: الكتب

1-د. حفيظة السيد الحداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الولي، 2010
2- د نبيل إسماعيل عمر: التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة،.2011
3- د. طلحت محمد دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم دراسة مقارنة في التشريعات الدولية و أنضمه مراكز التحكيم و التشريعات الوطنية العربية، الطبعة الأولى .2009
4- د محمود مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة،.2007
5-. فوزي محمد سامي : التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة .2008
6- د. مصطفى كمال طه، عكاشة محمد عبد العال : التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، الطبعة الأولى 1998
7- هات محي الدين اليوسفي: الأثر المانع لاتفاق التحكيم ومدى تأثيره على الإختصاص القضائي، دار الفكر الجامعي،2014.
8- د ممدوح عبد العزيز العنزي: بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي، الأسباب و النتائج، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى 2006.
9-د مصلح احمد الطراونة: الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية، الطبعة الاولى 2010.
10-د نبيل إسماعيل عمر: التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدية،.2011
11-د فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف الطبعة الأولى ،.2007
12-د الصاوي أحمد السيد: التحكيم وفقا لقانون رقم 27 لسنة 1994،القاهرة.
13-د. حفيظة السيد الحداد: الطعن بالبطلان على احكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي،.2003

14-د إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة،2000.

ثانيا: القوانين:

1-قانون الإجراءات المدنية الجزائري.
2- -قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.
3-قانون أصول المحاكمات اللبناني.
4-قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 م.
5-القانون النموذجي للتحكيم لسنة 1985 م.
6-إتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة 1958م.

ثالثا: المقالات:

1-. نور حمد الحجايا : القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه، المؤتمر السنوي السادس عشر في التحكيم التجاري الدولي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون .2012
2- عكاشة محمد عبد العال : القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري و الأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم، المؤتمر السنوي السادس عشر في التحكيم التجاري الدولي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون.2012
3-د. وفاء مزيد فلولا : النظام القانوني الواجب التطبيق في إطار التحكيم التجاري الدولي، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري و الأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم، المؤتمر السنوي السادس عشر في التحكيم التجاري الدولي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون.2012
4-د أحمد السيد صاوي: إجراءات التحكيم طبقا لقانون التحكيم المصري، المؤتمر السنوي السادس عشر في التحكيم التجاري الدولي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون.2012
5-د مصلح أحمد الطراونة: تنفيد حكم التحكيم الأجنبي الباطل وفقا لإتفاقية نيويورك لسنة 1958، المؤتمر السنوي السادس عشر في التحكيم التجاري الدولي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون.2012
6-د أحمد علي السيد خليل:مدى أمكانية التعايش بين التحكيم وطرق الطعن، المؤتمر السنوي السادس عشر في التحكيم التجاري الدولي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون.2012