مظاهر تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي

محمد كافي[1]،
[1] طالب دكتوراه، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مخبر النقل البحري والموانئ في الجزائر.
البريد الالكتروني: m.kafi@univ-skikda.dz
فهيمة محجوب [2]،
[2] دكتورة في القانون الخاص-تخصص قانون الأعمال والملكية الفكرية.
البريد الالكتروني: mahdjoubfahima75@gmail.com

الملخص:

يقوم إبرام العقود على مبدأ سلطان الإرادة، وهو المبدأ الذي نجده يظهر بشكل كبير في التحكيم بصفة عامة، والتحكيم المتعلق بعقود التجارة الدولية بصفة خاصة، وتتجلى هذه المظاهر من خلال حرية أطراف هذه العقود في اللجوء إلى التحكيم بدلا من القضاء الوطني، من أجل فض المنازعات المتعلقة بهذا العقد، وكذلك حرية الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم، اختيار المحكمين وردهم واستبدالهم، كما تمتد إلى تنفيذ العملية التحكيمية من خلال اختيار القانون الذي يطبق على إجراءات التحكيم وتحديد مكان التحكيم ولغته، وصولا إلى اختيار القانون الذي يفصل في الموضوع لفض النزاع المتعلق بهذا العقد.

الكلمات المفتاحية:

مبدأ سلطان الإرادة، التحكيم، تشكيل هيئة التحكيم، القانون المختار لفض النزاع.

تاريخ إرسال المقال:2024/02/25، **تاريخ قبول المقال:**2024/06/09، **تاريخ نشر المقال:**30 /2024/06

لتهميش المقال: محمد كافي، فهيمة محجوب، "مظاهر تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 15، العدد 01، السنة 2024، ص ص459-482.

المقال متوفر على الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72

المؤلف المراسل: محمد كافي، m.kafi@univ-skikda.dz

Manifestations of the Application of the Principle of Volition in International Commercial Arbitration

Summary:

The conclusion of contracts is based on the principle of the power of will, which is the principle that we find appears largely in arbitration in general, and arbitration related to international trade contracts in particular, and these manifestations are evident through the freedom of the parties to these contracts to resort to arbitration instead of the national judiciary, in order to Resolving disputes related to this contract, as well as the freedom of the parties to form the arbitration panel, choose the arbitrators, reject them, and replace them. It also extends to the implementation of the arbitration process through choosing the law that applies to the arbitration procedures and determining the place and language of the arbitration, all the way to choosing the law that decides on the matter. To resolve the dispute related to this contract.

Keywords:

The principle of sovereignty of will, arbitration, formation of the arbitration panel, the law chosen to resolve the dispute.

Manifestations de l'application du principe de la volonté dans l'arbitrage commercial international

Résumé :

La conclusion des contrats repose sur le principe de la liberté contractuelle, un principe qui apparaît de manière significative dans l'arbitrage en général, et particulièrement dans l'arbitrage lié aux contrats de commerce international. Cette liberté se manifeste par la possibilité pour les parties à ces contrats de recourir à l'arbitrage plutôt qu'aux juridictions nationales pour résoudre les différends relatifs à ces contrats. Elle se traduit également par la liberté des parties de constituer le tribunal arbitral, de choisir, de récuser et de remplacer les arbitres. De plus, cette liberté s'étend à la conduite de la procédure arbitrale, en permettant aux parties de choisir la loi applicable aux procédures d'arbitrage, de déterminer le lieu et la langue de l'arbitrage, ainsi que de choisir la loi qui réglera le fond du différend relatif à ce contrat.

Mots-clés :

Le principe de la souveraineté de la volonté, l'arbitrage, la formation du groupe arbitral, la loi choisie pour résoudre le litige.

مقدمة

كان التحكيم بصفة عامة يعتبر وسيلة من وسائل حل النزاع، وهو الوسيلة البديلة للقضاء، لكن بتطور المجال التجاري الدولي، ونظر الخصوصية التحكيم في فض منازعات عقود التجارة الدولية، أصبح اللجوء الى التحكيم يتزايد بمرور الوقت، حتى أصبح التحكيم في هذا المجال يغطي معظم المنازعات المتعلقة به.

ومن أهم مميزات التحكيم التي ساعدت على ذلك، تميزه بالسرعة، السرية إلى جانب تطبيق مبدأ سلطان الإرادة، حيث تكون الحرية بنسبة كبيرة لأطراف النزاع في مجمل مراحل الاتفاق على التحكيم وخلال العملية التحكيمية.

فأطراف النزاع المتعلق بعقد من عقود التجارة الدولية، لهم كامل الحرية في اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، من خلال وضع اتفاق يتم من خلاله تحديد المجالات أو المواضيع التي يمكن طرحها على التحكيم، سواء كانت تخص كل ما يتعلق بها من تكوينها إلى تنفيذها، كما لهم اختيار منازعات محددة يتم النظر والفصل فيها عن طريق التحكيم.

بل لأطراف النزاع الحرية حتى أثناء إجراء العملية التحكيمية، وذلك من خلال تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المنازعات، سواء ما تعلق بالإجراءات أو موضوع النزاع، كما لهم الحرية في تشكيل هيئة التحكيم سواء تم اللجوء إلى التحكيم الحر أو المؤسسي.

تكمن أهمية الدراسة في كون مبدأ سلطان الإرادة يتم تطبيقه وإعماله بشكل كبير عند اللجوء إلى التحكيم لفض نزاعات عقود التجارة الدولية، وأن لأطراف النزاع الحرية في اللجوء إلى التحكيم وتنظيم العملية التحكيمية المتعلقة بتلك المنازعات.

أما الهدف من الدراسة هو تسليط الضوء على مظاهر تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في الاتفاق على التحكيم لحل منازعات عقود التجارة الدولية، والوقوف على الحالات التي يكون فيها تطبيقه بنسبة كبيرة من الحالات التي يتضاءل فيها ويتم التضييق على الأطراف وتقييد حريتهم أو الإنقاص منها في هذا المجال.

من هنا تكون إشكالية البحث: **ما هي مظاهر تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم المتعلق بعقود التجارة الدولية؟**

ويتفرع عنها التساؤلات التالية:

أين تكمن مظاهر حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم؟

في حالة الاتفاق على التحكيم أين تكمن مظاهر حرية الأطراف في تدخلهم في تنظيم العملية التحكيمية؟

للإجابة على هذه الإشكالية والتساؤلات الفرعية تم اعتماد المنهج التحليلي الذي يعتبر المنهج الأنسب لمثل هذه الدراسة، وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية ذات الصلة بالموضوع.

ولتحقيق الهدف المراد من هذه الدراسة تم تقسيم هذا البحث على النحو التالي:

المبحث الأول بعنوان تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في اللجوء إلى التحكيم ويحتوي حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم، ويتضمن حرية الأطراف في إبرام اتفاق التحكيم، وحريتهم في تشكيل هيئة التحكيم.

المبحث الثاني نتناول من خلاله مبدأ سلطان الإرادة في العملية التحكيمية، ويتضمن حرية الأطراف في اختيار قانون إجراءات التحكيم، وحرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم موضوع التحكيم.

المبحث الأول: تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في اللجوء إلى التحكيم

إذا كان التصرف القانوني هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني يرتبه القانون إعمالاً لتلك الإرادة، فمبدأ سلطان الإرادة يعني أن الإرادة قادرة على أن تنشئ التصرف القانوني، وتحدد الآثار التي تترتب عليه، فهو مبدأ ذو شقين: يتعلق الشق الأول منه بالشكل، وهو مبدأ الرضائية الذي يجعل الإرادة وحدها مجردة عن أي شكلية كافية لإنشاء التصرف[1]، ويتعلق الشق الثاني بالموضوع، ومقتضاه أن تكون الإرادة كذلك صاحبة السلطان في تحديد آثار التصرف، لذلك يظهر جليا تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في إبرام العقود، ويعرف العقد بأنه "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر، وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب عليه التزام كل من هما بما وجب عليه"[2]. والأمر ذاته في التحكيم الدولي حيث يكون هناك إيجاب وقبول بين طرفيه، لذلك يعرف اتفاق التحكيم بأنه "اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية، على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين، ويتولى الأطراف تحديد أشخاص المحكمين، أو يعهدون لهيئة أو مركز من الهيئات أو مراكز التحكيم الدائمة لتولي تنظيم عملية التحكيم وفق قواعدها الخاصة"[3].

فمن هذه التعاريف يتضح أن أهم ما يميز اتفاق التحكيم سيادة مبدأ سلطان الإرادة، فهذا المبدأ يسمو على معظم أحكام قانون التحكيم، ولما كان للأطراف الحرية في اللجوء إلى التحكيم (المطلب الأول)، فإن لهم كذلك كامل الحرية في اختيار المحكمين (المطلب الثاني).

---

[1] مبدأ سلطان الإرادة، الموسوعة العربية، متصفح من موقع https://arab-ency.com.sy/law/details/2568/6 بتاريخ/2023/11/30 على الساعة 20:43.

[2] أحمد عبد الحي السيد، أحكام التحكيم الالكتروني، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، 2019، ص 23.

[3] حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 16.

المطلب الأول: حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم

يتضح مما سبق ذكره أن لأطراف عقود التجارة الدولية كامل الحرية في اللجوء إلى التحكيم، من أجل فض النزاعات التي قد تثور جراء هذا العقد، ولابد من اتفاق الطرفين على التحكيم، هذه الموافقة يجب أن يتم التعبير عنها بطريقة واضحة لا لبس فيها، ومع ذلك، لا يمكن افتراض مثل هذه الموافقة ويجب إثباتها إما صراحةً من خلال التعبير الصريح عن النية، أو ضمنيًا من خلال اعتماد سلوك يسمح بإثبات الواقعة[4]، ولإبرام اتفاق التحكيم لابد من توافر شروط موضوعية وأخرى شكلية كما يلي:

الفرع الأول: الشروط الموضوعية لإبرام اتفاق التحكيم

لكي يكون اتفاق التحكيم صحيحا ومجديا وينتج الغرض المبتغى منه لابد من توافر شروط موضوعية، وهي نفسها الأركان الموضوعية لتشكيل أي عقد من العقود والتي تتمثل في الرضا، والمحل والسبب.

أولا: الرضا (التراضي) في اتفاق التحكيم

يعتبر اتفاق التحكيم عقدا من عقود القانون الخاص يسوده مبدأ سلطان الإرادة وتسري عليه القواعد العامة في العقود، وبناءً على ذلك فلابد لقيام اتفاق التحكيم من وجود الرضا، وإلا كان الاتفاق غير قائم، فيجب أن تتطابق إرادة الطرفين وتتجه إلى ترتيب آثار قانونية تبعا لمضمون ما اتفق عليه، فلابد من إيجاب وقبول يتطابقان على اختيار التحكيم اختيارا حُرا، كوسيلة لحسم المنازعات التي تثور بشأن العلاقة الأصلية كبديل عن قضاء الدولة[5]، فإذا تعلق الأمر بشرط التحكيم، سيكون مدار الأمر على التحقق من تطابق إرادة الأطراف بشأن شرط التحكيم كحد شرط العقد، أما إذا تعلق الأمر بمشارطة فسيكون التحكيم هو محل هذا الاتفاق، وليس مجرد بند أو شرط في العقد، أو العلاقة القانونية الأصلية[6]، فوجود التراضي يعني أن تكون إرادة كل طرف حرة لا يشوبها أي عيب

---

[4] PatricK JACOB et FrancK LATTY et Arnaud de NANTEUIL, *Arbitrage d'investissement et droit international général*, annuaire français de droit international LXIII –CNRS Éditions, Paris, 2017, p.682.

[5] لزهر بن سعيد، كريم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي– دراسة مقارنة بين قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 09 لسنة 2008، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2010، ص 53.

[6] محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة 2004، ص 45.

من عيوب الرضا، فيجب وجود الرضا ويجب أن يكون هذا الرضا صحيحا سليما خاليا من عيوب الإرادة، المتمثلة في الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال[7].

واتفاق الأطراف على الالتجاء إلى التحكيم بدلا من اللجوء إلى القضاء، يعتبر طريقا استثنائيا، وبالتالي ينبغي أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا حاسما، يدل بوضوح على اختيار هذا الطريق الاستثنائي، فلا يكفي للجزم بوجود اتفاق تحكيم في عقد ما، مجرد اعتياد الطرفين على إنهاء النزاع بينهما عن طريق اتفاق التحكيم في العقود السابقة، بل يجب الإحالة بشرط صريح في العقد محل النزاع على اتفاق التحكيم[8].

ويجب أن يصدر الرضا من أطراف كاملة الأهلية، والأهلية المطلوبة هي أهلية التصرف، وتكون العبرة بقانون الجنسية، وكما يصح الاتفاق على التحكيم من قبل أشخاص طبيعيين، كذلك يصح للأشخاص الاعتبارية كالشركات مدنية أو تجارية، عامة أو خاصة، أو الهيئات أو المؤسسات العامة، ويتعين التحقق من الشروط التي يستلزمها القانون للإقرار بالشخصية الاعتبارية، مثلا بالنسبة للشركات يلزم الشهروالقيد في السجل التجاري، وتجدر الإشارة إلى أن اتفاق التحكيم شرطا أو مشارطة[9] قد يخضع لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم الاتفاق الأصلي، ولذا يكون المرجع في توفر التراضي وصحته وخلوه من العيوب الذي يخضع له اتفاق التحكيم[10].

---

[7] عيوب الرضا هي الغلط، التدليس، الاكراه والاستغلال، راجع: علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية –موفم– الجزائر، 2008، الغلط ص 157 وما بعدها، التدليس، ص 174 وما بعدها، الاكراه ص 185 وما بعدها، الاستغلال ص 198 وما بعدها.

[8] شحاتة غريب شلقامي، اشكالات اتفاق التحكيم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2015، ص ص 67–68.

[9] شرط التحكيم هو " اتفاق يتم عند إتمام التعاقد، وقبل حدوث النزاع، فلا ينتظر فيه أطراف العلاقة القانونية نشوب النزاع، بل يسبقون الأحداث ليتفقوا على التحكيم مقدما في العقد أو باتفاق مستقل قد يكون لاحقا ولكنه– على أية حال– سابق على قيام النزاع"، راجع عبد الباسط محمد عبد الواسع، شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي،–دراسة مقارنة– دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2014، ص 18، كذلك: شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص 19، أما مشارطة التحكيم فهي عبارة عن اتفاق يبرمه الأطراف استقلالا عن العقد الأصلي بعد نشوء نزاع فعلي بينهما بهدف اللجوء إلى طريق التحكيم لفض هذا النزاع، راجع: مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 26، كذلك حسان نوفل، مرجع سابق، ص 53.

[10] محمود مختار أحمد بريري، مرجع سابق، ص 46

ثانيا: محل اتفاق التحكيم

يتمثل محل اتفاق التحكيم في النزاع المراد الفصل فيه عن طريق التحكيم، ويشترط أن يكون موضوع النزاع مشروعا وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، فمحل اتفاق التحكيم كمحل أي عقد يجب أن يكون ممكنا ومعينا ومشروعا، ولكن يشترط أن يكون موضوع النزاع محل الاتفاق من المسائل التي يجوز فيها التحكيم، والنزاع المراد حسمه قد ينشأ في المستقبل وقد ينشأ قبل اتفاق التحكيم، فالمحل في شرط التحكيم هو عبارة عن نزاع محتمل قيامه، وهو حق متنازع فيه أو مشكوك في مصيره، وهناك من يعرفه بأنه تلك المنازعة التي يراد حسمها عن طريق التحكيم في المسائل التي يجوز فيها الصلح، أو هو عبارة عن منازعة أو منازعات احتمالية يتفق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية على أن يتم الفصل فيها بطريق التحكيم، ويختلف محل شرط التحكيم عن محل العقد الأصلي المرتبط به، لكن هذا لا يلغي الارتباط الوثيق بين محل شرط التحكيم ومحل العقد الأصلي، فمحل شرط التحكيم يتمثل في الالتزام بطرح النزاع المتوقع حدوثه على التحكيم، والالتزام بعرضه على شخص أو أشخاص معينين، يتم اختيارهم من قبل المتعاقدين دون اللجوء إلى القضاء المختص أصلا بالفصل في هذا النزاع[11]، وفي حالة كون محل اتفاق التحكيم غير محدد وإنما يكون قابلا للتحديد مستقبلا، فإن ذلك لا يؤثر على صحة اتفاق التحكيم من حيث المبدأ الذي يعني انصراف طرفيه عن اللجوء إلى القضاء، وتفضيل طريق التحكيم، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى عند بداية إجراءات التحكيم، أما إذا كان اتفاق التحكيم قد نشأ بعد أن ثار النزاع بين طرفي العلاقة التعاقدية السابقة في صورة عقد لاحق مستقل، فينبغي أن يحدد فيه موضوع النزاع بدقة باعتباره محل اتفاق التحكيم، الذي لا يصح العقد بدونه في هذه الحالة، وإلا كان الاتفاق باطلا[12].

ثالثا: سبب التحكيم

إن اتفاق التحكيم يجد سببه في اتفاق الأطراف لاستبعاد طرح النزاع على القضاء، وتفويض الأمر للمحكمين، والسبب يجب أن يكون مشروعا دوماً، ولا يتصور عدم مشروعيته إلا إذا ثبت أن الهدف من اتفاق التحكيم هو التهرب من أحكام القانون الذي كان يتعين تطبيقه لو طرح النزاع على القضاء، نظرا لما يتضمنه هذا القانون من قيود والتزامات يراد التحلل منها، وهو ما يعتبر غشا نحو القانون، فعندئذ يكون التحكيم وسيلة غير مشروعة يراد بها الاستفادة من حرية الأطراف، أو حرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق[13]، فركن السبب لا يثير أي صعوبات فيما يتعلق بتكوين اتفاق التحكيم، فالسبب الرئيسي يكمن في سرعة الفصل في الخصومات بدلا

[11] عبد الباسط محمد عبد الواسع، مرجع سابق، ص 203.

[12] شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص ص 70-71.

[13] لزهر بن سعيد، كريم محمد زيدان النجار، مرجع سابق، ص 60.

من بطء إجراءات قضاء الدولة، وهذا الأمر يعد مشروعا على المستوى المحلي والدولي، لوجود العديد من التشريعات الداخلية والدولية، التي أقرت مشروعية الالتجاء إلى التحكيم دون اللجوء إلى قضاء الدولة[14]، ويجب أن يكون السبب مشروعا، وهو كذلك ما دام القانون يقره ويعترف به وينظمه بقواعد مكملة في الغالب لإرادة أطراف النزاع التحكيمي، ويفترض أن هذا السبب مشروع دائما إلا إذا ثبت خلاف ذلك، ويكون السبب غير مشروع إذا انطوى على حالة من حالات الغش نحو القانون[15].

الفرع الثاني: الشروط الشكلية لإبرام اتفاق التحكيم

تشترط معظم التشريعات الوطنية أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، وإلا اعتبر باطلا[16]، فلا يجوز إثبات اتفاق التحكيم إلا بالكتابة، حتى ولو تعلق الأمر بالمواد التجارية فلا يجوز إثباته بشهادة الشهود، وإن كان يكفي الإقرار واليمين الحاسمة، ولا يلزم في الكتابة شكل خاص أو ألفاظ معينة[17]. فشرط التحكيم يجب أن يكون مكتوبًا، وهو إجراء توافقي يعتمد على إرادة الأطراف، حيث يتم التعبير عن نية اللجوء إلى إجراء التحكيم في عقد مكتوب، واتفاق التحكيم يتم التفاوض عليه بين الطرفين، وهو مستقل عن العقد التجاري الذي تم دمجه فيه، وحتى لو تم إبرام العقد الأولي شفويا، فإن هذا ليس هو الحال بالنسبة لشرط التحكيم، إذ تتطلب معظم قوانين التحكيم المحلية والدولية، بما في ذلك اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، من خلال المادة الثانية منها التي تنص على أن يتم تحديد شرط التحكيم كتابيًا حتى عند إبرام العقد الأصلي شفويًا[18].

وتكون حرية الأطراف في ضبط المنازعات التي تعرض على التحكيم، فقد يكون الاتفاق شاملا لكل المنازعات التي قد تثور بسبب عقد من عقود التجارة الدولية، كما قد يتم تحديد مجالات أو مواضيع محددة يتم

---

[14] شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص 71.

[15] جعفر ذيب المعاني، التحكيم الالكتروني ودور القضاء الوطني في تفعيله، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2014، ص 93.

[16]من التشريعات التي تشترط كتابة اتفاق التحكيم نذكر، القانون الفرنسي المادة 1443 من قانون المرافعات الجديد، القانون المصري ضمن المادة 12 من قانون التحكيم المصري رقم 1994/27، وهناك بعض الدول التي لا تشترط الكتابة في اتفاق التحكيم كالسويد، ألمانيا والدنمارك عندما يكون اتفاق التحكيم قد وقع بين التجار، بينما تعتبر بعض الدول الكتابة شرطا للإثبات وليس شرطا لانعقاد منها إنجلترا، بلجيكا وايطاليا، ومعظم الدول العربية منها قانون المرافعات المصري الملغى المادة 501 منه، قانون المرافعات العراقي في المادة 252، قانون أصول المحاكمات السوري المادة 509، قانون أصول المحاكمات اللبناني المادة 766، راجع محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، مرجع سابق، ص ص402 و403.

[17] محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، مرجع سابق، ص 403.

[18]Centre du Commerce International, Règlement des litiges commerciaux arbitrage et règlement alternatif des différends 2eme édition, Genève, 2016, p.37. https://intracen.org/file. Consulté le 30/11/2023 a 21 :42

فيها اللجوء إلى التحكيم، وفي الحالتين ينبغي على الأطراف الالتزام بمضمون الاتفاق المبرم بينهم، حيث ينعقد الاختصاص لقضاء الاتفاق دون قضاء الدولة، ولا يمكن لأي منهم النكول عن هذا الاتفاق بإرادته المنفردة، ولذلك يمكن لأي منهم التمسك بوجود الاتفاق على التحكيم لمنع قضاء الدولة من نظر المنازعة، حيث يعد هذا الاتفاق أساس وجوهر ونقطة الارتكاز التي يقوم عليها التحكيم، ولا يمكن التنازل عن التمسك باتفاق التحكيم صراحة أو ضمنا إلا بموافقة الطرفين، كما في حالة عرض أحدهما النزاع على قضاء الدولة، ولم يدفع الطرف الثاني بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق التحكيم، فيعتبر ذلك تنازلا ضمنيا عن التمسك بهذا الاتفاق[19].

المطلب الثاني: حرية الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم

إذا كان للأطراف كامل الحرية في اللجوء إلى التحكيم، وترك قضاء الدولة لحل منازعات عقد من عقود التجارة الدولية، فإن هذه الحرية تمتد كذلك حتى في تشكيل هيئة التحكيم، لكن هذه الحرية تتميز في التحكيم الحر عن التحكيم المؤسسي، كما يمكن للأطراف كذلك رد أو عزل المحكم، لكن بتوافر جملة من الشروط.

الفرع الأول: اختيار الأطراف للمحكمين

تعتبر إرادة الأطراف في اتفاق التحكيم، المرجع الأساسي في اختيار الهيئة التحكيمية، بحيث أنه إذا اتفقوا على طريقة معينة لاختيار المحكمين فيتعين الالتزام بهذا الاتفاق، ويعبر عن ذلك بمبدأ سمو اتفاق التحكيم، والسبب في إعطاء الأولوية للإرادة بالنسبة إلى تشكيل الهيئة التحكيمية، هـ وتحقيق الهدف الذي من أجله تم اختيار القضاء الخاص المسمى التحكيم، فعندما يختار أحد الفرقاء محكما، يكون ذلك لوجود تقارب في الآراء بينهما، ولكون المحكم على دراية بموقف الفريق الذي عينه أكثر من القاضي، وللثقة في حسن تقدير المحكم وعدالته[20].

ويمكن القول أن معيار التفرقة بين التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي[21]، أن التحكيم المؤسسي يتمثل في وجود عنصرين هامين، لو تخلف أحدهما لكنا أمام تحكيم حر، العنصر الأول هو وجود مركز تحكيم دائم بأجهزته العضوية، والتنظيمية من محكمين ولوائح تحكيمية، والعنصر الثاني في تمثل في وجود أجهزة إدارية وسكرتارية، لتنظيم وإدارة العملية التحكيمية والإشراف عليها، منذ تلقي طلب التحكيم وحتى إصدار قرار هيئة التحكيم[22].

---

[19] شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص 103.

[20] إلياس ناصيف، العقود الدولية، التحكيم الالكتروني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص155.

[21] محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، مرجع سابق، ص 409.

[22] من أهم مراكز التحكيم البحري المؤسسي التي يتوفر لديها كلا العنصرين نجد غرفة التحكيم البحري بباريس، المنظمة الدولية للتحكيم البحري وغرفة اللويدز للتحكيم البحري، أما أهم مراكز التحكيم البحري الحر نجد جمعية المحكمين البحريين بلندن، جمعية

أولا: تشكيل هيئة التحكيم في التحكيم الحر

إذا كان التحكيم خاصا أو حرا (Arbitrage Ad-HOC) أي دون الإشارة إلى مؤسسة تحكيمية، ففي هذه الحالة، على الطرفين اختيار محكم واحد أو عدة محكمين، وفي أغلب الأحيان يتولى كل طرف في النزاع اختيار أو تعيين محكم واحد، ومن ثم يتولى المحكمان الاثنان تعيين محكم ثالث يسمى بالمحكم الرئيس، أو المحكم المرجح أو الفيصل[23]. وقد يتم تعيين المحكمين بذكر الطريقة التي بموجبها يتم تعيين المحكمين في اتفاق التحكيم، وهذا غالبا ما يكون سابقا لحدوث النزاع، أي في شرط التحكيم[24].

وفي بعض العقود يجري اختيار المحكم الذي سيفصل في النزاع سلفا، وينص العقد على اسمه، لكن يرى بعض الفقه أن هذه الطريقة سيئة للغاية، لأنها قد تفضي إلى اختيار المحكم غير المناسب لحل النزاع، فقبل نشوب النزاع لا يعرف الأطراف نوع النزاع الذي سينشب، وأي نوع من المحكمين هم بحاجة إليه، أما إذا خلا الشرط التحكيمي من اسم محكم، فعند نشوب النزاع يصبح على الأطراف أن يتفقوا على المحكم المناسب لخصائص النزاع، والذي يحصل حينئذ هو مفاوضات بين الأطراف وبين محاميهم، فيضع كل طرف لائحة بأسماء محكمين مقترحين من ثلاثة أو أربعة أسماء، فإذا وجد اسم مشترك بين اللائحتين كان به، وإلا تعاد العملية حتى الوصول إلى أسماء مشتركة، ومن خلال هذا التكرار تظهر مواصفات المحكم الذي يتطلع إليه كل طرف[25]، ومعظم القوانين تجعل أمر تسمية المحكمين مربوطا بإرادة الطرفين[26].

لكن الملاحظ أنه يتم تقييد حرية الأطراف في التعيين من حيث العدد، فأغلب التشريعات الوطنية تشترط أن يكون عدد المحكمين وترا[27]، كما نصت المادة السادسة من القواعد التي وضعتها لجنة القانون التجاري الدولي

المحكمين البحريين بنيو يورك والتحكيم طبقا للائحة الأونسيترال لسنة 1976، راجع محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، مرجع سابق، ص 409.

[23] فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي– دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والاقليمية والعربية مع إشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2006، ص 136.

[24] لزهر بن سعيد و كريم محمد زيدان النجار، مرجع سابق، ص ص 74–75.

[25] عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص ص274– 275.

[26]أغلب القوانين تمنح الحرية للأطراف في تسمية المحكمين، من ذلك المادة 766 من قانون المحاكمات اللبناني، المادة 1/15 من قانون التحكيم المصري الجديد، المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

[27]أغلب القوانين تلزم أن يكون عدد المحكمين وترا، من ذلك المادة 1453 من القانون الفرنسي، المادة 2/174 من القانون الكويتي، المادة 2/234 من قانون دولة البحرين، المادة 263 من القانون التونسي، المادة 511 من القانون السوري، المادة 257 من القانون العراقي، المادة 744 من القانون الليبي.

التابعة للأمم المتحدة، ذلك لأن هذه القواعد قد وضعت أصلا لمعالجة أمور تتعلق بالتحكيم الخاص، ونص المادة المذكورة يتعلق بتعيين محكم واحد، أما المادة السابعة من نفس القواعد فعالجت تعيين ثلاثة محكمين[28].

أما المشرع الجزائري فقد ميز في تعيين عدد المحكمين بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، فقد نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية ضمن المادة 1042 على أن تشكيل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي، فيكون بذلك المشرع الجزائري قد اختار العدد الوتر للتحكيم، ترجيحا للطبيعة القضائية للتحكيم وبغية الوصول إلى حسم النزاع، أما قانون التحكيم الدولي فقد ترك الأمر لسلطان الإرادة، ولم يضع أي قيد على عدد المحكمين[29]. وهو بهذا تراجع عمّا كان يتبناه في ظل قانون الإجراءات المدنية الملغى لاسيما المادة 3/447[30]، التي كانت تنص على أنه يمكن أن تتشكل هيئة التحكيم من محكمين إثنين فقط، بحيث يقوم كل طرف بتعيين محكم، على أن يفصل المحكمان في النزاع ويأخذان فرصتهما كاملة في الاتفاق وإصدار حكم التحكيم، فإن اتفقا انتهت الدعوى التحكيمية بإصدار الحكم، وإذا لم يتفقا انتهى التحكيم، أي تنتهي العملية التحكيمية بالفشل في تحقيق الهدف المرجو منها[31].

ثانيا: تشكيل هيئة التحكيم في التحكيم المؤسسي

نكون أمام تحكيم مؤسسي في نزاعات التجارة الدولية، إذا ما أحال أطراف عقد تجاري النزاع إلى التحكيم وفق قواعد إحدى مؤسسات التحكيم، التي تتولى تنظيم العملية التحكيمية، بدءا من تعيين هيئة التحكيم، مرورا بإجراءات التحكيم، وانتهاءً بصدور قرار التحكيم وتبليغه لأطراف النزاع، بمعنى اتفاق أطراف عقد تجاري على التحكيم وفق قواعد مركز أو مؤسسة أو هيئة معينة[32]، فالتحكيم المؤسسي هو منح المتخاصمين مهمة الفصل في ا لنزاع إلى مركز من مراكز التحكيم، ولا تختلف لوائح وأنظمة مراكز التحكيم عن بعضها البعض اختلافا كبيرا في الإجراءات، والضوابط التي تطبقها لتعيين المحكمين، سواء من قبل الأطراف أو من قبل المراكز

---

[28] فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 137.

[29] عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، التحكيم في البلدان العربية، الجزائر – الإمارات العربية المتحدة– السودان، ملحق الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 61. كذلك مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 129.

[30] انظر المادة 3/447 من الأمر 154-66، المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري المؤرخ في 1966/08/08، والذي تم إلغاؤه بموجب المادة 1064 من القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[31] عصنون عبد الكريم، "النظام القانون للمحكم في الميدان التجاري"، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية 2015 -2016، ص 23.

[32] عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية النظرية المعاصرة، – مصادر قانون التجارة الدولية– عقود التجارة الدولية – حل نزاعات التجارة الدولية، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 277.

والهيئات ذاتها، حيث أنها تعطي الحرية كاملة للأطراف في اختيار المحكمين، أو تعيين عددهم ولا تتدخل إلا في حالة عدم الاتفاق، والجدير بالذكر أن في حالة اللجوء إلى المراكز التحكيمية من قبل المحتكمين، فإن القواعد التنظيمية لتلك المراكز هي التي تتبع في اختيار المحكمين[33]. وعند اللجوء إلى مؤسسة تحكيم فإنها تحتوي قائمة أو مجموعة مؤلفة من محكمين محتملين متخصصين في المجال المعني، وقد تزود بعض المؤسسات الأطراف بقائمة مختصرة من الأشخاص الذين يمكنهم اختيارهم كمحكمين، كما يجوز لبعض مؤسسات التحكيم أن تقتصر قائمة المحكمين هذه على مواطني دولتهم، ولا يجوز لمؤسسات التحكيم الأخرى استخدام القائمة، وتترك للأطراف الحرية الكاملة في اختيار المحكمين[34].

الفرع الثاني: رد وعزل المحكم من قبل الأطراف

رد المحكم هو تنظيم قانوني إجرائي، بمقتضاه يستطيع أحد أطراف خصومة التحكيم أن يستبعد محكما أو أكثر من تشكيلة هيئة التحكيم، إذا كان من الممكن أن يفقد هذا المحكم حياده واستقلاليته، إذا توافرت أحد الأسباب التي نص عليها القانون، وذلك وفق شروط وإجراءات نظمها المشرع لتقديم طلب رد المحكم، يترتب عليها جملة من الآثار، أهما بالنتيجة رد أو عدم رد المحكم[35]، ويجب على المحكم الإفصاح عن أي ظروف أو ملابسات قد تؤثر على حياده واستقلاله تجاه الأطراف[36]، والمقصود بالاستقلال في التحكيم هو عدم ارتباط المحكم بأي صلة مباشرة أو غير مباشرة بموضوع النزاع، أو بأحد أطراف الخصومة، فالاستقلال هو عدم تبعية المحكم لأي من أطراف النزاع، أو عدم ميل العاطفة تجاه أحد الخصوم، وأن لا يستلم توجيهات من أحدهم، وعدم وجود تأثيرات من عداوة أو مودة يرجح معها عدم قدرته على الحكم.

إن عدم تبعية المحكم لا يختلف عن استقلال القاضي الوطني، وعدم تبعيته لأي سلطة أخرى، سوى ضميره الوظيفي، فطبيعة عمل المحكم لا تقبل سوى الاستقلال عن أي شخص أو مؤثر خارجي[37].

---

[33] لزهر بن سعيد، كريم محمد زيدان النجار، مرجع سابق، ص ص 96-97.

[34] Centre du Commerce International,op.cit, p.34

[35] تغريب شعبان أبو شربي، "الآثار القانونية لطلب رد المحكم (دراسة مقارنة)"، رسالة ماجيستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، الأردن، كانون الأول، 2014، ص 8.

[36] محمود مختار أحمد بريري، مرجع سابق، ص83.

[37] منير يوسف المناصير، التزامات وسلطات المحكم في الإثبات في خصومة التحكيم التجاري الدولي- دراسة مقارنة- الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2016، ص ص 109-110.

ولا يجوز رد محكم إلا إذا وجدت ظروف تثير شكوكا لها ما يبررها حول حياده واستقلاله، أو إذا لم يكن حائزا لمؤهلات اتفق عليها الطرفان، ولا يجوز لأي من طرفي النزاع رد محكم عينه هو أو اشترك في تعيينه، إلا لأسباب تبينها بعد أن تم تعيين هذا الحكم[38].

ويتم عزل المحكم من قبل الأطراف، أو من قبل الجهة التي قامت بتعيينه عندما يكون التحكيم مؤسسيا، وفي ذلك ينص نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس في المادة السابعة منه، وكذلك نظام محكمة لندن للتحكيم الدولي ضمن المادة الثالثة منه، وإذا تعذر عزل المحكم بواسطة اتفاق الأطراف أو بواسطة الجهة التي عينته، في مكن لأي خصم أن يلجأ للقضاء طالبا رده، إذا كانت هناك أسباب تثير الشك حول حياده واستقلاله[39]، وفي حالة استبدال أي من المحكمين، فإن التعيين يتم بنفس طريقة التعيين الأولى، وتتولى هيئة التعيين حالة استبدال المحكم الرئيس، كما أنه في حالة استقالة أحد المحكمين، فإن سلطة التعيين هي التي تتولى تعين مستخلف مكانه، والعلة في ذلك أن لا تتحول استقالة المحكمين إلى لعبة في يد الطرف سيء النية لتجميد التحكيم أو عرقلته[40].

ومما سبق يتضح أن إعمال مبدأ سلطان الإرادة في الاتفاق على التحكيم يتم بنسبة كبيرة خاصة في حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم، لكن تقيد الحرية نوعا ما من ناحية الجانب الشكلي بإلزامية كتابة اتفاق التحكيم، كما أن حرية الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم تكون كبيرة في التحكيم الحر عنها في التحكيم المؤسسي، ولكنها مقيدة من حيث العدد إذ يجب أن يكون عدد المحكمين وترا.

---

[38] هذا ما تبنته الكثير من القوانين في صورة المادة 18 القانون المصري الجديد الصادر سنة 1994، والمادة 23 من القانون اليمني للتحكيم ولكنه أضاف أنه يجوز رد المحكم للأسباب التي يرد بها القاضي، والأمر نفسه في القانون القطري ضمن المادة 194 من قانون المرافعات المدنية القطري لسنة 1990 في فصل التحكيم، كما نصت على ذلك المادة 4/207 من قانون الإجراءات المدنية للإمارات العربية المتحدة، والمادة 770 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، لسنة 1983 المعدل بالقانون رقم 440 تاريخ 2002/07/29، كما أن القانون الهولندي الصادر سنة 1986 قضى أنه يمكن رد المحكم إذا ظهرت ظروف من طبيعتها أن تثير ريبة جدية حول استقلاله وحياده، والقانون الانجليزي لسنة 1950 يلحظ في الفصل 23 منه إمكانية عزل المحكم إذا كان مسلكه خلال سير الدعوى غير مرضي، فأي إثبات على الخروج عن الحياد أو الانحياز يشكل سببا للعزل، راجع: عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، 2008، صص 341-342.

[39] طلعت يوسف خاطر، حياد المحكم واستقلاله بين النظرية والتطبيق (دراسة تأصيلية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2015، ص 149 وما بعدها.

[40] عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 188.

المبحث الثاني: تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في العملية التحكيمية

لا تتوقف حرية الأطراف في الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم، بل تمتد إلى العملية التحكيمية، وذلك بتدخلهم في اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات أو الذي يحكم موضوع النزاع.

المطلب الأول: حرية الأطراف في اختيار قانون إجراءات التحكيم

يمكن لأطراف النزاع المتعلق بعقد من عقود التجارة الدولية اختيار القانون الواجب تطبيقه على إجراءات النزاع، وقد اعترفت جل التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ولوائح مراكز التحكيم الدائمة، بحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وكذلك الحرية في اختيار مكان ولغة التحكيم.

الفرع الأول: اختيار القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم

قد يتم وضع إجراءات معينة من قبل الأطراف وعلى هيئة التحكيم الالتزام بها، كما يمكن للأطراف اختيار قانون إجرائي وطني لدولة معينة، أو اختيار نظام مؤسسة تحكيم دائمة.

أولا: وضع الإجراءات من قبل أطراف النزاع

قد يتولى المحكمون بأنفسهم وضع إجراءات التحكيم، ويسمى التحكيم في هذه الحالة بالتحكيم العائم، ويقصد به التحكيم الذي يتحرر فيه الأطراف من كل القواعد الوطنية، وفي هذا التحكيم لا يختار فيه الأطراف هيئة أو مركزا دائما للتحكيم، وإنما يجري وفق مشيئة الخصوم من حيث اختيارهم للمحكمين، وكيفية مباشرة إجراءات التحكيم ومكان انعقاد هيئة التحكيم[41]...، حيث تقوم إرادة الأطراف بصياغة وتقنين القواعد الإجرائية التي تحكم سير المنازعة فيه بشكل مفصل[42]، وذلك بوضعها في اتفاق التحكيم ذاته، أو أي محرر آخر يحدد فيه كيفية تشكيل هيئة التحكيم، وإجراءات رد واستبدال المحكمين أو عزلهم، وتحديد وقت بداية ونهاية العملية التحكيمية، وكذلك مكان ولغة التحكيم، كيفيات إخطار الأطراف، كيفية تقديم طلب التحكيم وأجل تقديمه والبيانات الواجب أن يتضمنها، كيفية ووقت تقديم أدلة الإثبات، المرافعات الشفوية، إمكانية سماع الشهود وكيفية السماع، حكم تخلف أحد الأطراف عن تقديم ما يطلب منه من مستندات ووثائق تخص موضوع النزاع، وقت إقفال باب المرافعات وكيفية إنهاء إجراءات التحكيم[43].

---

[41] أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية (دراسة في قضاء التحكيم)، دار الكتب القانونية، مصر 2006، ص 417.

[42] خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الالكتروني، في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2009، ص299.

[43] لزهر بن سعيد، كريم محمد زيدان النجار، مرجع سابق، ص 211.

ثانيا: اختيار الأطراف قانون دولة أو نظام تحكيم معين

في التحكيم المؤسسي، يجب على الأطراف احترام القواعد الإجرائية لمؤسسة التحكيم المختارة، وهذه الأخيرة ليست محكمة، إذ يقتصر دورها على إدارة وتوفير البنى التحتية اللازمة للتحكيم، الذي يجري تحت رعايتها تطبيق قواعدها الخاصة، التي تحدد القواعد الأساسية للتحكيم وصلاحيات وواجبات المحكمين، والالتزام بقواعد التحكيم التي تكفلها هيئة مسؤولة عن إدارة التحكيم ومراقبته، على غرار محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية، وهذا ما يوفر ضمانًا معينًا لا يوفره التحكيم الحر[44]. فقد يقوم المحتكمون باختيار قواعد إجرائية معينة وتلزم هيئة التحكيم بتطبيقها، وهذا هو الطريق الأكثر شيوعا في الجانب العملي وذلك لسببين هما: التحديد والوضوح الذي يميز القواعد المختارة، ومن ثم اليقين حول وجودها ومداه، والرغبة في اختصار الإجراءات، والخشية من وضع قواعد إجرائية قد تكشف ظروف خصومة التحكيم عن عدم ملاءمتها. ففي هذا الفرض تلعب إرادة الأطراف دورها المعتاد، في نظرية تنازع القوانين الدولية كضابط إسناد إلى النظام القانوني، الذي تستمد منه القواعد الإجرائية وقد يكون هذا النظام القانوني هو: – قواعد دولة معينة – قواعد تنتمي إلى أكثر من نظام قانوني وضعي – قواعد أو لائحة أحد مؤسسات التحكيم الدائمة – المبادئ العامة المشتركة بين النظم القانونية وقضاء التحكيم[45].

وفي هذا الصدد نجد اتفاقية نيويورك لسنة 1958 قد اتبعت الاتجاه القائل بإخضاع اتفاق التحكيم لقانون البلد الذي اتفق على إجراء التحكيم فيه، والأخذ بمبدأ خضوع الإجراءات لقانون محل التقاضي، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة الخامسة على أن " رفض الاعتراف أو تنفيذ الحكم التحكيمي إذا لم يكن اتفاق التحكيم صحيحا وفقا للقانون المختار من قبل الأطراف، وفي حالة عدم وجود اختيار من قبلهم وفقا لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم"، كما أن معاهدة جنيف 1961 نصت في الفقرة (أ) من المادة التاسعة منها وفي صياغة مماثلة لمعاهدة نيويورك 1958 على أنه " إذا تعلق الأمر بوجود وصحة اتفاق التحكيم، فإن محاكم الدول المتعاقدة تفصل في هذه المسألة وفقا للقانون الذي اختاره الأطراف ليسري على اتفاق التحكيم، وفي حالة عدم وجود تقنين أو إشارة في هذا الشأن، فإن اتفاق التحكيم يخضع لقانون الدولة التي صدر فيها الحكم التحكيمي[46]. كذلك بروتوكول جنيف لعام 1923، حيث تنص المادة الثانية منه على "إجراءات التحكيم بما في ذلك تشكيل هيئة التحكيم تحدد بإرادة الأطراف، وبقانون البلد الذي يجري على إقليمه التحكيم"، وغرفة التجارة العربية

---

[44]HOCINE Farida, L'influence de l'accueil de la sentence arbitrale par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international, Thèse pour le Doctorat en Droit, Université Mouloud MAMMERI de Tizi-Ouzou, Faculté de Droit et Sciences Politiques, 20 Juin 2012, p.6.

[45] لزهر بن سعيد، كريم محمد زيدان النجار، مرجع سابق، ص 212.

[46] خالد ممدوح ابراهيم، مرجع سابق، ص 301.

الأوربية(1982) أين تنص المادة 23 من قواعد التحكيم والتوفيق والخبرة لهذه الغرفة على أن القواعد التي تطبق على إجراءات التحكيم هي تلك التي تتضمنها هذه القواعد، وفي حالة سكوتها فإن القواعد المطبقة تكون وفق قانون الإجراءات الذي تم اختياره من الأطراف، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاختيار تكون الإجراءات تلك التي يختارها المحكم[47].

الفرع الثاني: تحديد مكان ولغة التحكيم

لأطراف النزاع المتعلق بعقد من عقود التجارة الدولية الحرية كذلك في اختيار مكان التحكيم، الذي يرونه مناسبا لهم لإمكانية التواجد فيه بسهولة ويسر ودون عراقيل، كما يمكنهم الاتفاق على لغة معينة لتكون لغة التحكيم، أو هي اللغة الأولى للاستعمال في العملية التحكيمية في حالة تعدد اللغات.

أولا: تعيين مكان التحكيم

الأصل في نظام التحكيم هو قيام الأطراف المتخاصمة بالاتفاق على تحديد المكان المناسب لنظر الخصومة التحكيمية، لكن إذا خلا اتفاقهم من تحديد مكان التحكيم، يكون لهيئة التحكيم ذلك، واختيار مكان التحكيم يترتب عليه آثار إجرائية عديدة، فللقضاء في الدولة التي يقام التحكيم فيها سلطات واسعة في تدعيم سير التحكيم، أو إفساد فاعليته، فقانون مكان التحكيم يفرض رقابته على الإجراءات، وقد يمنح لهيئات التحكيم سلطات واسعة، أو يضع قيودا على اختيار المحكمين، وبصفة خاصة ما يتعلق بمؤهلاتهم وشروط تعيينهم وشكل الإجراءات، فضلا عن الدور الذي يلعبه اختيار مكان التحكيم كمؤشر لتحديد القانون الإجرائي الواجب التطبيق[48].

إن اختيار مكان التحكيم متروك للأطراف الذين لهم حرية مطلقة لانتقائه، وإذا لم يتم ذلك فإذا كان التحكيم نظاميا تابعا لمركز تحكيمي، فإن المركز التحكيمي يحدد مكان التحكيم، أما إذا كان التحكيم خاصا فهناك حالتين: إما أن يعطي النظام الذي يحيل إليه العقد التحكيمي للمحكمين سلطة تعيين مكان التحكيم، فهنا يكون اختيار مكان التحكيم للعديد من الاعتبارات منها: من حيث الجنسية فمن المفروض أن يكون مكان التحكيم حياديا عن جنسية الأطراف، ومن ناحية مكان الإقامة والمكان الذي يمارسان فيه عملهما بشكل دائم يفضل اختصار المسافات، وتقليل مصاريف الانتقال لكي يكون مكان التحكيم قريبا من أطراف النزاع، ومن الناحية السياسية يجب أن يكون المكان مقبولا من الطرفين بحيث يسهل الوصول إليه من قبل الأطراف والمحامين والمحكمين الذين هم من مختلف الجنسيات، وتدخل كذلك عوامل اقتصادية، كما نظام القطع وحرية التحويلات

[47] محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق، ص 429.

[48] عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 419.

النقدية في البلد، وكذلك تدخل اعتبارات عملية كالفنادق والمطارات والقطارات ومكان لائق ومناسب لعقد لجلسة المحاكمة، الاتصالات التلفونية والفاكس مع هذا البلد[49]...

ثانيا: اختيار لغة التحكيم

تنص معظم القوانين المتعلقة بالتحكيم وأنظمة المؤسسات التحكيمية الدائمة على تحديد لغة التحكيم، خاصة إذا كان أطراف النزاع والمحكمين لهم لغات مختلفة، بل يجب الاتفاق على لغة واعتبارها هي اللغة الأولى، يمكن الرجوع إليها في حالة الاختلاف في الترجمة من اللغات المتعددة، ومن ذلك تنص المادة 16 من نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية " تعين محكمة التحكيم، ما لم يوجد اتفاق مخالف لغة أو لغات التحكيم، آخذة بعين الاعتبار جميع الظروف ذات الصلة بما فيها لغة العقد"، وتعتمد معظم التشريعات العربية هذه القاعدة أي أنها تترك للفرقاء تحديد لغة التحكيم، وإلا فمحكمة التحكيم هي التي تحدد لغة التحكيم، فالمادة 28 من القانون الأردني تنص على أن لغة التحكيم هي العربية ما لم يتفق الطرفان على تحديد لغة أو لغات أخرى، كذلك المادة 22 من القانون البحريني تنص على أن للطرفين حرية الاتفاق على اللغة أو اللغات التي تستخدم في إجراءات التحكيم، فإذا لم يتفقا على ذلك، بادرت هيئة التحكيم إلى تعيينها، ويسري هذا الاتفاق أو التعيين على أي بيان مكتوب يقدمه أي من الطرفين، وأية مرافعة شفوية، وأي قرار تحكيمي، أو أي بلاغ آخر يصدر من هيئة التحكيم، مالم ينص الاتفاق على غير ذلك، وللمحكمة التحكيمية أن تأمر بأن يرفق بأي مستند ترجمة له إلى اللغة أو اللغات التي يتفق عليها الطرفان، أو حددتها المحكمة، كما ينص الفصل 56 من مجلة التحكيم التونسي على أنه للأطراف أن يتفقوا على اللغة أو اللغات التي تستعمل في هذه الإجراءات، ويسري هذا الاتفاق أو التعيين على أي ملحوظات كتابية يقدمها أحد الأطراف، وعلى أي مرافعة شفوية، وأي حكم تحكيم أو قرار أو أي إبلاغ آخر، ولهيئة التحكيم الإذن بأن يرفق بأي وثيقة ترجمة لها إلى اللغة أو اللغات التي اتفق عليها الأطراف، أو عينتها هيئة التحكيم.

كما قد تكون لغة العقد هي لغة التحكيم، إذ يرى بعض الفقه أنه من المنطقي أن تكون لغة التحكيم هي لغة العقد، لكن ذلك لا يمنع المحكمين من اعتماد لغة أخرى في بعض الأحيان، أو لغتين للتحكيم أو على الأقل اعتماد المستندات والوثائق بلغتها فتقدم دون أن تترجم، وأحيانا يحصل أن يطالب أحد الأطراف أن تكون لغة التحكيم هي لغة القانون المطبق، ويستحسن تحديد اللغة الأولى للعقد عندما يكون العقد محررا بلغتين[50].

[49] المرجع نفسه، ص 420.

[50] عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، التحكيم في البلدان العربية، مرجع سابق، ص 191.

الفرع الثاني: حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم موضوع التحكيم

إن المعاهدات الدولية والأنظمة القانونية ولوائح هيئات التحكيم الدائمة، التي تعنى بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، في مادة التحكيم الدولي تضع إلزاما على هيئة التحكيم بتطبيق القانون الذي تم اختياره بواسطة الأطراف، حيث تنص اتفاقية جنيف 1961 في المادة السابعة منها على أن للأطراف الحرية في تحديد القانون الذي يجب تطبيقه من قبل المحكم على موضوع النزاع، وتنص المادة 27 من نموذج القانون الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة لسنة 1985 على أنه " تفصل هيئة التحكيم في النزاع بموجب قواعد القانون الذي اختاره الأطراف على موضوع النزاع"، ونفس المعنى تنص عليه المادة 42 من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965[51].

فمن الأفضل أن يكون تحديد القانون المطبق على العقد من اختيار الأطراف، فعدم تحديده في شرط التحكيم لا يعد شرطا لصحة الشرط التحكيمي، لكن عندما يغفل الأطراف عن تحديده ويتولى المحكمون تحديده عند سير العملية التحكيمية، فإنه يخشى ألا يكون متوافقا مع الطريقة التي كتبها العقد. ومن الفقه من يعتبر صحة اتفاق التحكيم تقدر من حيث الجوهر وفقا للقانون الذي يختاره الأطراف، وهذه الحرية الممنوحة للأطراف في اختيار القانون المنطبق على موضوع النزاع، تتوافق تماما مع الفقرة 1/18 من القانون المدني الجزائري، التي تكرس القاعدة المقبولة عالميا لاستقلالية الأطراف[52]، وهو الأمر الذي تنص عليه المادة 3/13 من نظام غرفة التجارة الدولية بنصها" للأطراف حرية تحديد القانون الواجب تطبيقه لحكم موضوع النزاع"، وهو ما نص عليه قانون التحكيم الجيبوتي، وقانون التحكيم الفرنسي الجديد الصادر سنة 1981، وقانون التحكيم المصري الجديد رقم 27 الصادر 1994[53]. وهو ما تنص عليه كذلك المادة 5/10 من القانون المدني الإسباني لعام 1974 على أن " تخضع العلاقة القانونية بين الطرفين في الالتزامات التعاقدية بين الطرفين للقانون الذي يختارانه..."، وكذلك المادة 1/116 من القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 التي تنص على أنه " يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف..."[54]، ويستنتج المفسرون من هذه النصوص أن حرية الأطراف في اختيار القانون

---

[51] أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 417.

[52]Nour-ddine TERKI, l'Arbitrage commercial international en Algérie, Edition AJED, Algérie, 2015, p. 36.

[53] أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 417.

[54] بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص ص 127-128.

الواجب التطبيق غير محدودة، وأن لهم اختيار أي قانون يرونه مناسبا، حتى لو لم يكن له صلة بالمتعاقدين، حتى أنه يجوز أن يطبق على شرط التحكيم قانون غير القانون الذي يطبق على العقد الذي يحمله[55].

أولا: اختيار قانون دولة معين أو نظام تحكيم معين

قد تتجه إرادة الأطراف إلى اختيار قانون دولة معينة وفقا لما يتضمنه هذا القانون من نصوص، سواء كان القانون وطنيا أو أجنبيا، ولو لم يكن بين القانون الذي اختاروه ومحل النزاع أي صلة، بحيث قد يكون أجنبيا عن مكان التحكيم أو عن جنسية الأطراف أو جنسية المحكمين، وهو يمس التحكيم الدولي حيث لا يتصور تطبيق قانون أجنبي على علاقة وطنية[56]، وتعد الحالة الأكثر عمومية هي الأخذ بقانون المقر الوطني للأطراف أو بقانون مكان تنفيذه[57]، فحرية اختيار القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه ماهي إلا تطبيق لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين المتعارف عليه في نظرية العقود، وبموجب هذه الحرية يستطيع الأطراف اختيار القانون أو القواعد القانونية التي تحكم منازعاتهم المحتملة منذ لحظة التعاقد، ومن المنطقي أن يحدد الأطراف القواعد القانونية التي تحكم نزاعهم تحديدا صريحا، سواء في العقد الأصلي أو في عقد مستقل، لكن إذا لم يقم الأطراف بالاختيار الصريح للقواع القانونية التي تحكم النزاع، فإن المحكم يستطيع أن يستخلص الاختيار الضمني للقواعد القانونية من ظروف العقد، والقرائن التي تعبر بوضوح عن إرادة المتعاقدين في هذا الشأن، تأسيسا على أن هيئة التحكيم تستمد ولايتها من طرفي التحكيم ولا تلتزم إلا بما يتفقان عليه[58].

ويرى بعض الفقه أنه إذا اتفق الأطراف على قانون أجنبي، فإن هذا القانون يطبق باعتباره قواعد قانونية اتفق الأطراف على تطبيقها، وليس باعتباره قانونا وطنيا واجب التطبيق، ولهذا فإنه يمكن للأطراف الاتفاق على بعض قواعده دون البعض الآخر[59]، وإذا اتفق الأطراف على قانون معين فإنه على المحكم أن يطبق فرع

---

[55] خالد دوادي، مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي المؤسساتي، دار الاعصار العلمي، عمان، الأردن، 2018، ص 57.

[56] لزهر بن سعيد، كريم محمد زيدان النجار، مرجع سابق، ص 263.

[57] وفاء مزيد فلحوط، "النظام القانوني الواجب التطبيق في إطار التحكيم التجاري الدولي"، المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق، 2008، ص 567.

[58] نور حمد الحجايا، "القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه"، المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق، سنة 2008، ص656- 658.

[59] علي أبو عطية هيكل، بطلان حكم التحكيم لاستبعاد القانون الموضوعي المتفق على تطبيقه، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2014، 34.

القانون الأكثر انطباقا على موضوع النزاع[60]، كما قد يكون القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع مدونا في العقود النموذجية الدولية[61].

كما يجوز للأطراف بدلا من تطبيق قانون دولة معينة، الاتفاق على تطبيق نظام معين، وإذا كان لا ينتمي إلى دولة معينة، ولهذا فإنه يصح الاتفاق على تطبيق قواعد الشريعة الاسلامية، وعندئذ يلتزم المحكمون بتطبيقها على موضوع النزاع، وقد أخذ المشرع الجزائري بخصوص التحكيم الدولي باحترام مبدأ سلطان الإرادة، وذلك ضمن المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على عكس التحكيم الوطني الذي يفصل فيه وفق قواعد القانون الوطني حسب نص المادة 1023[62].

ثانيا: تطبيق مبدأ تنازع القوانين

إن اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل أطراف النزاع يمكن أن يكون صريحا أو ضمنيا، كما يمكن أن يكون مباشرا بتعيين القانون المطبق على النزاع، أو أن يكون غير مباشر باختيار قاعدة تنازع القوانين الواجبة التطبيق، أو قواعد تنازع القوانين الخاصة بمؤسسة تحكيمية معينة[63].

وقد نجد الكثير من الأنظمة القانونية التي تمنح الحرية للأطراف في وضع القانون الواجب التطبيق، باختيار قانون موضوعي لدولة معينة أو ترك المجال لإعمال قواعد تنازع القوانين، حيث تنص المادة 1/39 من قانون التحكيم المصري على أنه " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفق على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك"[64] وهو ما اعتمدته معظم التشريعات الوطنية، فالمشرع الفرنسي نص عليها ضمن المادتين 1474 و1496 من قانون المرافعات، والمشرع الكويتي وضعها ضمن نص المادة 2/172 من قانون المرافعات الكويتي، والأمر نفسه بالنسبة للقانون اللبناني حسب المادة 733 من أصول المحاكمات اللبناني، كذلك ما جاء ضمن المادة 237 من قانون المرافعات البحريني، والمادة 755 من قانون المرافعات الليبي[65].

---

[60] لزهر بن سعيد و كريم زيدان النجار، مرجع سابق، ص 264.

[61] مثال ذلك ما جاء في العقود النموذجية الخاصة بتوريد المواد الانشائية بين الدول الغربية حيث نصت المادة 12 على أن العقد وما ينشأ عنه من منازعات تخضع لقانون دولة البائع، إلا إذا اتفقت الأطراف على خلاف ذلك، كذلك ما جاء في المادة 110 من الشروط العامة لتسليم البضائع بين مؤسسات الدول الأعضاء في مجلس التعاضد الاقتصادي المشترك حول تطبيق قانون بلد البائع بالنسبة لتنظيم العلاقات التي ينظمها العقد، راجع فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 180.

[62] لزهر بن سعيد، كريم زيدان النجار، مرجع سابق، ص 265.

[63] خالد دوادي، مرجع سابق، ص 57-58.

[64] علي أبو عطية هيكل، مرجع سابق، ص 9.

[65] المرجع نفسه، ص 31.

وذهب رأي آخر إلى القول بأن قواعد القانون الدولي الخاص التي يلجأ إليها المحكم، تكون تلك القواعد الخاصة بالبلد الذي يجري فيه التحكيم، وهذا الرأي ناتج عن ما يذهب إليه الفقه التقليدي، حول الطبيعة القضائية للتحكيم، فالمحكم كالقاضي لذا يتوجب عليه أن يطبق القواعد القانونية للبلد الذي يمارس فيه سلطته في الحكم، وقد لقي هذا الرأي قبولا من الفقه الحديث، الذي لم يسلم بشكل مطلق بالفكرة القائلة بالطبيعة القضائية للتحكيم، كما أنه لم يُسلم بشكل مطلق أيضا بالطبيعة العقدية للتحكيم، ذلك لأنه يرى في التحكيم طبيعة مختلطة[66].

وقد وجد هذا الرأي صدا في توصية أمستردام لمعهد القانون الدولي العام، والتي تم اعتمادها كقواعد، حيث سميت بقواعد أمستردام عام 1958، والتوصية رقم 11 من هذه القواعد تذهب إلى اتباع قواعد الإسناد المعمول بها في المكان الذي يجري فيه التحكيم، لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وفي حدود تلك القواعد يطبق المحكمون القانون الذي تم اختياره من قبل الأطراف، وهذا الرأي لم يسلم من الانتقادات منها: أن الدافع إلى اختيار مكان ما للتحكيم قد يكون راجعا إلى بحث أطراف النزاع عن مكان يمثل موقعا حياديا، أو أن المكان المذكور هو المكان الملائم لممارسة التحكيم، وأن اختيار مكان التحكيم قد يتم من قبل أطراف النزاع أو من قبل المؤسسة التي تتولى التحكيم، أو من قبل المحكمين أنفسهم وكل ذلك لا علاقة له بموضوع النزاع، كما أن الأمر يبدو صعبا جدا في حالة عدم تحديد مكان واحد للتحكيم، فقد يجتمع المحكمون في عدة أماكن أي في عدة دول[67].

الفرع الثاني: اختيار العادات والأعراف الدولية

إن حرية أطراف النزاع بخصوص عقد من عقود التجارة الدولية لا تتوقف في اختيار قانون دولة معين، أو نظام تحكيم مؤسسة تحكيم دائمة، بل يمكن للأطراف اللجوء إلى اختيار العادات البحرية الدولية، أو الأعراف التجارية الدولية في هذا المجال.

أولا: اختيار العادات الدولية

يمكن للأطراف أن يضعوا تنظيما خاصا وقواعد تواجه ما قد ينشأ من منازعات، هم الأقدر على تصورها وعلى وضع ما يلائمها من حلول، لا تجد مصدرها في قانون معين، وإنما في إرادة الأطراف مباشرة وغالبا ما يكون ذلك مأخوذا من العادات والأعراف الدولية في مجال التحكيم في عقد من عقود التجارة الدولية[68]، ويقصد

---

[66] فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 184.

[67] المرجع نفسه، ص 185.

[68] العرباوي نبيل صالح، "اتفاق التحكيم"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد 15، جوان 2016، ص 363.

بعادات وأعراف التجارة الدولية مجموع الأساليب التي ابتدعها التجار الدوليون لتنظيم تعاملاتهم التجارية العابرة للحدود، فتكرست بكثرة الممارسة، ورست واستقرت، ثم تطورت بتطور المعاملات التجارية الدولية، نظير الحاجة إلى حلول نوعية وموضوعية، ملائمة للنزاعات التجارية الدولية، وبعيدة عن الحلول المقدمة من طرف القوانين الوطنية، التي وجدت أساسا لتنظيم العقود التجارية الداخلية بشكل لا يتلاءم مع العقود التجارية الدولية، التي تحتاج تنظيما خاصا بها يراعي طبيعتها وانفتاحها على المعاملات الدولية العابرة للحدود[69].

وقد نصت على ذلك التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، فمن التشريع نذكر على سبيلا لمثال التشريع الجزائري والتشريع الفرنسي، إذ أن تعبير "قواعد القانون " الواردة في المادة 1050 من القانون 09/08 الجزائري والمادة 1/1496 من القانون الفرنسي، تفيد إمكانية تطبيق الأطراف المبادئ العامة للقانون، أو العادات والأعراف التجارية الدولية[70]، ونذكر من الاتفاقيات الدولية التي منحت الأطراف الحق في توجيه إرادتهم إلى تطبيق العادات والأعراف التجارية الدولية، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لسنة 1980، ضمن المادة 09 منها التي تنص على أنه " يلتزم الأطراف بالأعراف التي اتفقا عليها وبالعادات التي استقر عليها التعامل بينهما، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، يفترض أن الطرفين قد طبقا ضمنيا على عقدهما، أو على تكوينه كل عرف كان يعلمان به، أو كان ينبغي أن يعلما به متى كان معروفا على نطاق واسع، ومراعى بانتظام في التجارة الدولية بين الأطراف في العقود المماثلة السارية في نفس التجارة" فهذا النص يبين اتجاه هذه الاتفاقية إلى الاعتراف للأطراف بحق اختيار عادات وأعراف التجارة الدولية، سواء كان الاختيار صريحا أو ضمنيا[71].

ثانيا: اختيار الأعراف الدولية

إن الأعراف والعادات الدولية المطبقة على المعاملات التجارية، هي عبارة عن مجموعة قواعد اعتاد المتعاملون والمهنيون في ميدان التجارة الدولية العمل بها في معاملاتهم، وكرسوا جهودهم لتطويرها، حتى أصبحت تمثل نظاما قانونيا مهنيا ذا تطبيق عالمي على أساس عرفي، حيث أن هذه الأعراف ليست سوى عادات معروفة في مكان معين أو في مهنة معينة، ولا تستمد قوتها، إلا بالإرادة الصريحة أو بالانضمام الضمني للمتعاقدين، ولها أهمية في ميدان البيع التجاري الدولي والتجارة الدولية بصفة عامة، وقد وردت لها عدة تعاريف منها التعريف الصادر عن القانون الموحد حول المبيعات الدولية بتاريخ أول جويلية 1964 بأنّها

---

[69] أيوب دينوري، "تطبيق المحكم الدولي لعادات وأعراف التجارة الدولية"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، المجلد 05، العدد 04، سنة 2020، ص 361.

[70] جارد محمد، الدعوى التحكيمية في إطار العلاقات الدولية الخاصة (دراسة مقارنة) أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2017-2018، ص 166.

[71] أيوب دينوري، مرجع سابق، ص 363.

"الأساليب التي يعتبرها الأشخاص العاديون الموجودون في نفس الظروف، قابلة للتطبيق على العقد الذي يبرمونه..."[72]، فالأعراف التجارة الدولية إذن هي عبارة عن مجموعة قواعد تعارف عليها مجتمع التجار ورجال الأعمال، العابر للحدود في نطاق التجارة الدولية أو إحدى مجالاتها، وساروا عليها بشكل مستمر ومنظم حتى استقرت في نفوسهم، وأصبحت ملزمةً لهم، ومن الأعراف التجارية التي تكون تعبر السنين في التجارة الدولية والتي يطلق عليها (قانون البحارLex Mercatoria)، وكذلك بعض الأعراف التي تجري عليها التجارة الدولية مثل مبدأ القوة القاهرة، ومبدأ إعادة التوازن الاقتصادي في العقود الدولية، وكذلك بعض المبادئ التي استقر عليها قضاء التحكيم، كما توجد بعض الأعراف التي استقرت في مجال التجارة الدولية[73].

لذلك يمكن لأطراف النزاع المتعلق بعقد من عقود التجارة الدولية، اختيار حل النزاعات المتعلقة بهذا العقد، عن طريق تطبيق هذه الأعراف الدولية، ولقد أعطت التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية المعنية بمجال التحكيم الدولي المكنة لأطراف النزاع باختيار الأعراف التجارية، لحل النزاعات التي تنشأ بين الأطراف بسبب هذه الأعمال التجارية. من ذلك نجد المشرع الجزائري أعطى لهيئة التحكيم إمكانية تطبيق الأعراف التجارية، وذلك بنص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي تنص على أنّه "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة". ولا يفترض علم هيئة التحكيم بالأعراف التجارية، ولهذا فإنه على الطرف ذي المصلحة التمسك بها، وتقديم التدليل على وجودها، مادام أنه يرى فيها سندا قانونيا لما يقدمه من ادعاء أو دفاع، ولكن إذا تعارض العرف مع نص تشريعي واجب التطبيق، أو مع قاعدة قانونية اتفق الأطراف على تطبيقها على موضوع النزاع، فإن هيئة التحكيم لا تطبق العرف في هذه الحالة لأن تطبيق الأعراف يكون تطبيقا تكميليا[74].

مما سبق يتضح أنه يتم إعمال مبدأ سلطان الإرادة في العملية التحكيمية، وذلك من خلال حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم الإجراءات والقانون الذي يحكم الموضوع.

خاتمة

تتجلى مظاهر تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم المتعلق بعقود التجارة الدولية، ويكون إعمالها بداية من اتفاق أطراف على أي عقد من هذه العقود على اللجوء إلى التحكيم من أجل فض المنازعات المتعلقة بهذا العقد، وتجنب عرض هذه المنازعات على القضاء الوطني، ثم تدخل إرادة الأطراف في اختار وتعيين هيئة

[72] مباركي توفيق ميلود، "وضع قواعد التجارة الدولية"، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير، القطب الجامعي الجديد بوهران بلقايد، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2009-2010، ص11.

[73] لزهر بن سعيد، كريم محمد زيدان النجار، مرجع سابق، ص 267.

[74] المرجع نفسه، ص ص 268-269.

التحكيم التي تنظر في حل النزاع مع إلزامها بتطبيق ما اتفق عليه الأطراف، أو اختاروه من قوانين إجرائية أو موضوعية لحل النزاع.

ولقد تم التوصل من خلال هذا البحث إلى جملة من النتائج نذكر منها:

– يتم إعمال مبدأ سلطان الإرادة لفض منازعات عقود التجارة الدولية، بنسبة كبيرة عن طريق التحكيم الدولي مقارنة بالقضاء الوطني، بل معظم المنازعات الدولية في هذا المجال تكون أمام التحكيم.

–تكون كامل الحرية لأطراف النزاع في اللجوء إلى التحكيم، سواء كان الأمر في حالة شرط تحكيم أو مشارطة تحكيم، لكن في الحالة الأولى يمكن الاتفاق على التحكيم فقط، ثم يتم وضع كل الجزئيات عند نشوب النزاع واللجوء الفعلي للتحكيم، أما في حالة مشارطة التحكيم، وهي التي تكون بعد نشوب النزاع، فهنا لابد من الاتفاق بين الأطراف ووضع كل النقاط المتعلقة بالنزاع.

–تلعب إرادة الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم دورا كبيرا، لكنها تكون أوسع وأكبر في التحكيم الحر مقارنة بالتحكيم المؤسسي، الذي تكون فيه ملزمة باتباع نظام المؤسسة التحكيمية المختارة لحل النزاع.

–تتدخل إرادة الأطراف في وضع قواعد إجرائية أو اختيار قانون إجرائي، لإعماله وتطبيقه أثناء سير العملية التحكيمية، وكذلك تقوم باختيار قانون دولة موضوعي للفصل في النزاع، أو تطبيق قواعد التنازع، كما يمكنها اللجوء إلى اختيار العادات والأعراف الدولية في مجال من مجالات العقود التجارية الدولية لفض النزاع.

–تُقيد نوعا ما إرادة الأطراف عند الاتفاق على التحكيم من الجانب الشكلي، حيث تنص معظم القوانين والاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالموضوع على كتابة اتفاق التحكيم.

–تقيد حرية الأطراف من حيث عدد المحكمين المشكلين لهيئة التحكيم، حيث تنص جل القوانين على أن يكون العدد وترا.