جامعة أمحمد بوقرة بومرداس

كلية الحقوق والعلوم السياسية بودواو

قسم: القانون الخاص

القانون الواجب التطبيق على الخصومة التحكيمية في ظل الإتفاقيات الدولية والتشريع الجزائري

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر في القانون

تخصص: قانون أعمال

إعداد الطالبة:

- **بوقاسم حسيبة**
- **مواش نيهال**

إشراف الأستاذ:

مزعاش عبد الرحيم

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
د/ناجي زهرة	أستاذة محاضر (أ)	أمحمد بوقرة بومرداس	رئيسا
د/مزعاش عبد الرحيم	أستاذ محاضر(أ)	أمحمد بوقرة بومرداس	مشرفا ومقررا
د/خالف عبد الحق	أستاذ محاضر (ب)	أمحمد بوقرة بومرداس	ممتحنا

السنة الجامعية: 2024/2023

شكر و تقدير

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات

إلهي لا يطيب الليل إلا بشكرك ولا يطيب النهار إلا بطاعتك

ولا تطيب اللحظات إلا بذكرك ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك

بادئ الامر نشكر الله رب العباد العلي العظيم شكرا كبيرا مباركا فيه الذي أنارنا بالعلم وأكرمنا بالتقوى وانار طريقنا ووفقنا على إتمام الدراسة وتقديمها على الشكل الذي هي عليه اليوم.

الحمد لله والشكر لله وهو الرحمن المستعان

وعرفانا للمساعدات التي قدمت لنا حتى يقدم هذا العمل نتقدم بجزيل الشكر والعرفان الى استاذنا المشرف

مزعاش عبد الرحيم

فله خالص تحية وأعظم تقدير على كل ما قدمه لنا من توجيهات وارشادات وعلى كل ما خصنا به من جهد ووقت طوال فترة إشرافه، فتوجيهاته الكريمة ونصائحه القيمة ظاهرة في أكثر موقع من صفحات هذه الدراسة .

كما نتقدم بالشكر الخالص والإحترام الكبير إلى أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذه المذكرةالمتواضعة وإلى كل أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بودواو إلى كل هؤلاء....

نقول **شكرا جزيلا**....

الإهداء:

بسم الله الرحمان الرحيم

أهدي ثمرة جهدي وفرحتي إلى حبيبة قلبي ونور حياتي أمي الكريمة التي كرست حياتها من أجلي وفعلت المستحيل من أجل تحقيق أمنياتي.

وأهدي أيضا نجاحي إلى أبي الذي هو قدوتي في الحياة فلن أنسى تعبه وتضحياته لوصولي إلى هذه الدرجة الرفيعة، فأطال الله في عمرهما ورعاهما الله لي.

وإلى إخوتي الذين هم سندي في الحياة

أدعو الله أن يبقيهما بجانبي دائما في حياتي

نيهال

الإهداء:

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاه والسلام على طه الحبيب واصحابه اجمعين والتابعين ومن تبعهم باحسان الى يوم الدين

اهدي تخرجي هذا ....

إلى رفيقتي وأماني، بطلتي ومعلمتي الأولى،إلى من منحتني القوة والعزيمة لمواصلة الدرب، صاحبة البسمة الصادقة، لا فرق بينك وبين قلبي فكلاكما تجعلاني على قيد الحياة

إليك والدتي ملكتي أطال الله في عمركي

إلى من كلله الله بالهيبة والوقار،إلى من علمني العطاء بدون انتظار،إلى سندي وقوتي وضلعي الثابت،إلى الذي علمني كيف يكون الصبر طريقا للنجاح

إليك والدي العزيز أدامك الله تاجا فوق رأسي

إلى رياحين حياتي وسر سعادتي،إلى من أشد بهم أزري إخوتي وأخواتي

إلى مجهول الذي سيبحث عن موضوع مذكرتي،أهديك ثمرة جهدي لعلها تكون بدرة لمشروعك العلمي

حسيبة

مقدمة

مقدمة

أصبح التحكيم في الوقت الحاضر أهم وسيلة يلجأ إليه المتعاملون لحسم خلافاتهم ونزاعاتهم الناشئة فيما بينهم، ومصطلح التحكيم مصطلح قديم النشأة حيث عرفته المجتمعات القديمة وكان بمثابة الأساس الذي تشيد عليه نظام القضاء بعد ظهور نظام الدولة ثم أصبح الطريق الموازي له في كافة النظم الحديثة كما أقره الإسلام في القرآن الكريم والسنة النبوية من أجل تحقيق السلام والأمن والعدالة، وتطور حينها التحكيم وأصبح محل إقبال العديد من الدول والأفراد[1].

يعتبر التحكيم أسلوبا فريدا في مجال تسوية النزاعات حيث يختار الأطراف قضاتهم بدلا من الاعتماد على التنظيم القضائي ويمكن لهم أن يتفقوا على إجراءات التحكيم الحر ومدته أو التحكيم المؤسسي، كما يمكن لهم تحديد القواعد التي يفصل المحكم بناءا عليها سواء على مستوى الإجراءات أو موضوع النزاع أو على مستوى النزاعات المتعلقة باتفاق التحكيم بحد ذاته[2].

فنظام التحكيم يرتكز في أصله على إرادة الأطراف إذ لا يمكن أن يتم إلا بوجود اتفاق سابق بين الأطراف على حل النزاعات القائمة بينهم أو المستقبلية وفي هذا الصدد يقول الفيلسوف أرسطو "إن أطراف الخصومة يستطيعون تفضيل التحكيم عن القضاء ذلك أن المحكم يرى العدالة بينما لا يعتد القاضي إلا بالتشريع، إلا أن التحكيم التجاري الدولي أثار تنازعا بين القوانين فتعدد هذه القوانين يستدعى ضرورة البحث عن القانون الواجب التطبيق في هذا الشأن والذي يتماشي مع متطلبات التجارة الدولية إذ يعتبر القانون الواجب التطبيق شيء جديد إلا أنه حظي بدراسة وافية بطريقة غير مباشرة عن طريق الدراسات التي تخضع لها العقود الدولية بإثبات أن القانون التجاري الدولي شيء جديد بطبيعة الحال.

ويقصد بالقانون الواجب التطبيق مجموعة القواعد القانونية التي يصل المحكم إلى اعتبارها أنها مناسبة على النزاع سواء كان مصدرها قانونا وطنيا، أم كانت مشتقة من مجموعة قوانين وطنية أم أنها قواعد متعارف عليها في محيط التجارة الدولية بعيدا عن القوانين الوطنية للدول.

---

[1] حدوش تنهيان، قاسي دليلة، **القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي**، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2017/2016، ص6.

[2] تعويلت كريم، **فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص7.

يمتاز التحكيم بأنه نظام اتفاقي أساسه إرادة الأطراف وهم يملكون الحرية الواسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق كما يسمح لهم باختيار القواعد الموضوعية والإجرائية الملائمة والقابلة للتنفيذ بشكل يتفق مع حاجياتهم الخاصة.

إذ تعتبر المسائل الإجرائية من أعقد المسائل التي تواجه التحكيم كونها تمس عن قرب الكثير من الاعتبارات التي تتعارض مع بعضها البعض ولهذا يتعين على الأطراف أثناء وضعهم لهذه القواعد أن يتجنبوا عدم تعارضها مع القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام في دولة مقر التحكيم أو دولة مقر التنفيذ، لكن هذه الحرية سرعان ما تتلاشي وهذا راجع لبعض القيود التي ترد على الأطراف ولعل أهمها صعوبة ضبط النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي الخاص وكذا رغبة المتعاملين في الأسواق الدولية التحرر من القيود التي توجد في النظم القانونية الدولية، والهروب من دفع الرسوموالتكاليف الباهظة وأيضا سبب قلة الخبرة لدى قضاة المحاكم خاصة في المنازعات المعقدة[1].

وبدورها أيضا هيئة التحكيم تساهم في سير الخصومة التحكيمية وهذا نظرا لتمتعها بسلطات واسعة حيث أنها لا يجوز لها ممارسة هذه السلطات إلا إذا اتفقا الخصوم على ذلك فالمحكم له صلاحية البت في وجود اتفاق التحكيم وصحته ومدى تعلقه بالنزاع المعروض بالنظام العام من عدمه وهذا إلى جانب سلطته في اختيار مكان التحكيم والاجتماع في المكان الأكثر ملائمة في حالة عدة اتفاق الأطراف على تحديد لغة التحكيم[2].

كما أن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو الأخر لا يقل أهمية عن القانون الواجب التطبيق على الإجراءات سواء تم اختياره من قبل الأطراف أو من قبل هيئة التحكيم فهو له أهمية بالغة في العقود التجارية الدولية، فيما يتعلق بالنزاعات التي تشوب العقد والتي تنشأ بين الأطراف التعاقدية المكونة له، ومن هنا يبرز دور مبدأ سلطان الإرادة في حل هذه النزاعات سواء باتجاه إرادة الأطراف إلى اختيار قانون دولة معينة سواء كان قانون وطني أو أجنبي وفي حال الاتفاق يتوجب على هيئة التحكيم التقيد والامتثال لهذا الاتفاق واحترام إرادتهم ويكون ذلك الاتفاق بصفة صريحة أو ضمنية.

---

[1] بوجير أسية، لعيادي مروى، **سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي**، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات لنيل شهادة ماستر أكاديمي في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، برج بوعريريج، 2023/2022، ص3.

[2] سرور ياسين، خادر نادية، **الخصومة التحكيمية**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2016، ص41-48.

أما في الحالة التي لا يتم فيها اتفاق الخصوم على القانون الواجب التطبيق الذي يحكم موضوع النزاع ففي هذه الحالة تتولى هيئة التحكيم اختيار القانون الأكثر ملائمة واتصالا بالنزاع وهذا بالاستناد لقواعد تنازع القوانين، كما يمكن للهيئة التحكيمية أن تحدد القانون مباشرة ليكون محل التطبيق على موضوع النزاع المعروض أمامه، ويمكن أيضا لهيئة التحكيم أن تقوم بتطبيق المبادئ العامة للقانون سواء بتطبيقها لأعراف وعادات التجارة الدولية أو بتطبيق القواعد العدالة والإنصاف وهذا نظرا إلى الاستناد لقرينة التخصص المهني والكفاءة التي يتمتع بها المتعاملون في عقود التجارة الدولية.

ولقد تبنت مختلف التشريعات في العالم نظام التحكيم مما أدى إلى ظهور العديد من الاتفاقيات الدولية والتي نذكر منها اتفاقية نيويورك لعام 1958 التي تهدف إلى حث الدول على الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية[1]، اتفاقية واشنطن لعام 1965 الهادفة لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى[2]، والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 لهيئة الأمم المتحدة[3]، كما برزت العديد من المؤسسات والمراكز التحكيمية منها غرفة التجارة الدولية.

أما الجزائر والتي تعتبر من الدول النامية فقد مر التحكيم التجاري الدولي بمرحلتين وهما مرحلة المعارضة والتي كانت بعد الاستعمار مباشرة حيث اعتبرته الجزائر مخالف للسيادة الجزائرية واتخذت موقفا معاديا للتحكيم الدولي وذلك نتيجة مواكبة التحولات الاقتصادية والتجارية بحيث أصدرت أول قانون يتعلق بالتحكيم وهو المرسوم التشريعي رقم 09/93 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية والإدارية لعام 1996 اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول[4].

وأمام كل هذا التطور والالتفاف حول التحكيم التجاري الدولي وتأكيدا على الرغبة في اعتماده كآلية لفض النزاعات الحاصلة قام المشرع الجزائري بإصدار القانون الجديد للإجراءات المدنية والإدارية عام 2008 حيث خصص له بابا كاملا من المواد من 1006 إلى 1065 وبهذا أصبح اللجوء إلى التحكيم المرجع الأساسي لحل علاقات التجارة الدولية بين الجزائر والمتعاملين الدوليين

1 اتفاقية نيويورك المؤرخة في 10 يونيو 1958 المتعلقة بالاعتماد و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية

2اتفاقية واشينطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الاخرى الصادرة في 17مارس 1965 الموافق عليها بموجب الامر رقم 95 04 المؤرخ في جانفي 1995 الجريدة الرسمية العدد 7 في سنة 1997

القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر في 21يونيو 1985من التعديلات التي اعتمدت في سنة 2006

المرسوم التشريعي رقم93 09 المؤرخ في 25 افريل 1993 يعدل و يتمم الامر رقم 66 14 المؤرخ 8 جوان 1966 و المتضمن قانون الاجرات المدنية و الادارية الجريدة الرسمية العدد 27 الموافق ل 27 افريل 1993

1. أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة وقيمتها العلمية والعملية في:

- ✓ دراسة وبيان الدور الفعال الذي تلعبه إرادة الأطراف وهيئة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق؛
- ✓ إظهار أهمية الإرادة في التحكيم التجاري الدولي في دول العالم وفي التشريع الجزائري خاصة؛
- ✓ إبراز القيود التي ترد على مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي.

2. أسباب الدراسة:

من بين الأسباب التي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع والذي جاء تحت عنوان القانون الواجب التطبيق على الخصومة التحكيمية في ظل الاتفاقيات الدولية والتشريع الجزائري.

كان ذلك بناءا على عدة اعتبارات أهمها:

- ✓ الرغبة الذاتية في دراسة هذا الموضوع وفهم كل التفاصيل المتعلقة بالعملية التحكيمية؛
- ✓ عزوف الكثير من الطلبة عن اختيار هذا النوع من المواضيع نظرا لقلة المراجع القانونية خاصة الجزائرية التي تناولت دراسة التحكيم.

3. أهداف الدراسة:

- ✓ توضيح مفهوم التحكيم التجاري الدولي والقانون الواجب التطبيق؛
- ✓ توضيح ودراسة تنازع القوانين وذلك ببيان القانون الواجب التطبيق على النزاع؛
- ✓ الوقوف على أهم المبادئ المشتركة لتطبيقها على النزاعات الناشئة عن المعاملات التجارية الدولية والتي يحسم فيها عن طريق التحكيم؛
- ✓ معرفة القانون الواجب التطبيق على النزاع التجاري الدولي ومعرفة أهم التشريعات الدولية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع والإجراءات؛
- ✓ توضيح كيفية تنازع القوانين الواجبة الإعمال على النزاع؛
- ✓ إظهار القانون الواجب التطبيق على حكم التحكيم المنهي للخصومة.

4. تحديد نطاق الدراسة:

يقتصر نطاق الدراسة من خلال تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة التحكيمية أو موضوع النزاع على دراسة موضوعية في ظل الاتفاقيات الدولية، اتفاقية نيويورك لعام 1958 واتفاقية جنيف الأوروبية لعام 1961 واتفاقية واشنطن، واتفاقية عمان العربية لعام 1987.

وفي ظل التشريعات الوطنية التشريع الفرنسي والتشريع المصري والتشريع الجزائري رقم 08-09 المؤرخ في 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية.

5. إشكالية الدراسة:

نظرا لكون تحديد القانون الواجب التطبيق يكون في الغالب بين أطراف ينتمون إلى دول مختلفة بحيث تختلف تشريعاتهم في معالجة القضايا التي تطرح عليهم نتيجة خلافاتهم لذا يمكن للمحكم أو هيئة التحكيم أن تتولى هي بنفسها تحديد القانون الذي يحكم النزاع ومن هنا نطرح الإشكالية التالية: ما مدى تكريس مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات وموضوع الخصومة التحكيمية، وما مدى انعكاس ذلك على دور هيئة التحكيم عند الفصل في النزاع؟

6. المنهج المتبع في الدراسة:

لقد اتبعنا في دراستنا لهذا الموضوع على المنهج الوصفي والتحليلي والمقارن فيظهر المنهج الوصفي عند الاختيار الذي يظهر من خلال الدور الذي تلعبه إرادة الأطراف، أو بالنظر إلى الحالة التي يتدخل فيه المحكم أو هيئة التحكيم لاختيار هذا القانون الواجب التطبيق في حال سكوت الأطراف.

أما المنهج التحليلي فتم الاستعانة به في مناقشة وتحليل النصوص القانونية الصادرة عن مختلف التشريعات والاتفاقيات.

والمنهج المقارن يظهر من خلال الاستشهاد بالأنظمة القانونية المقارنة الخاصة بالتحكيم من تشريعات وطنية واتفاقيات دولية ولوائح مراكز التحكيم الدائمة والتعرف على موقف المشرع الجزائري.

7. خطة الدراسة:

من أجل الإحاطة بجوانب الموضوع وتحليل الإشكالية فقمنا بتقسيم الدراسة إلى فصلين:

الفصل الأول: القانون الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة التحكيمية والذي قسمناه بدوره إلى مبحثين: تطرقنا في المبحث الأول إلى تطبيق قانون إرادة الأطراف على إجراءات الخصومة

التحكيمية، أما المبحث الثاني فقد تطرقنا إلى دور هيئة التحكيم في سير إجراءات الخصومة التحكيمية.

أما الفصل الثاني: فقد خصصناه لدراسة القانون الواجب التطبيق على موضوع الخصومة التحكيمية والذي بدوره قسمناه إلى مبحثين: المبحث الأول تطرقنا إلى سلطة الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع، أما المبحث الثاني فقد خصصناه لدراسة دور هيئة التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

وانهينا مذكرتنا بخاتمة تطرقنا فيها لأهم النتائج والاقتراحات التي توصلنا إليها من خلال معالجتنا لهذا الموضوع.

الفصل الأول:

القانون الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة التحكيمية

يعتبر القانون الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة التحكيمية مجموعة من القواعد القانونية التي يصل الحكم إلى أنها المناسبة للتطبيق على النزاع سواء كان مصدرها قانونا وطنيا أم كانت مشتقة من مجموعة قوانين وطنية أم أنها قواعد متعارف عليها في محيط التجارة الدولية بعيدا عن القوانين الوطنية للدول.

وتلعب إرادة الأطراف دورها هام ورئيسي في اختيار القانون الواجب التطبيق على التحكيم وذلك بتطبيق حرية الأطراف سواء ما تعلق باختيار القانون الاتفاقي أو باختيار قواعد إجرائية ملائمة وقابلة للتنفيذ أو من خلال تحديها للقيود الواردة على حريتهم بضبط النظام العام وبتطبيق التحكيم التجاري الدولي، إلى جانب الدور الذي لعبته إرادة الأطراف فإن هيئة التحكيم هي الأخرى لها دور مهم وأساسي في تسيير إجراءات التحكيم وهذا نظرا لما تتمتع به هيئة التحكيم من سلطات واسعة في تحديد وتنظيم القواعد التي تحكم إجراءات التحكيم وكذا بتحديد اختصاصها للفصل في الخصومة التحكيمية وباختيارها للقانون الواجب التطبيق على مقر دولة التحكيم أو المطبق على موضوع النزاع.

ومن أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة التحكيمية سنتطرق في دراستنا لهذا الفصل إلى تطبيق قانون إرادة الأطراف على إجراءات الخصومة التحكيمية في (المبحث الأول) وإلى دور هيئة التحكيم في سير إجراءات الخصومة التحكيمية في (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تطبيق إرادة الأطراف على إجراءات الخصومة التحكيمية

يتميز التحكيم بأنه نظام اتفاقي وأساسه إرادة الأطراف، فبإرادتهم واختيارهم يوجد التحكيم، وبها تنقضي فهم يملكون الحرية الواسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وان معظم التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية ولوائح مراكز التحكيم قد اعترفت بحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

ويتم تحديد القانون الإجرائي المطبق على التحكيم بإرادة الأطراف وذلك إما بسن ووضع قواعد إجرائية، أو بتطبيق قانون إجرائي لدولة معينة، أو باختيار تطبيق الإجراءات الواردة في إحدى لوائح الهيئات أو المؤسسات الدائمة للتحكيم وهذا كأصل عام أو كقاعدة عامة، غير أنه يوجد استثناء لهذه القاعدة وهو أن حرية الأطراف في التحكيم ترد عليها بعض القيود التي يجب على الأطراف الالتزام بها وذلك لضمان فاعليتها في التحكيم التجاري الدولي الخاص لإعمال النظام العام وضبطه سواء على المستوى الدولي أو الداخلي.

ولهذا سوف نتطرق في هذا المبحث للحديث عن حرية اتفاق أطراف النزاع على اختيار قانون الاتفاقي في (المطلب الأول) وللقيود الواردة على حرية الأطراف في التحكيم في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حرية اتفاق أطراف النزاع على اختيار قانون الاتفاقي

لقد عمدت جل التشريعات على المستوى الدولي والوطني إلى إعطاء حرية واسعة للأطراف لوضع القواعد القانونية التي تحكم إجراءات التحكيم، سواء بالاعتماد على ابتكاراتهم الفردي لوضعها، أو استخلاصها من قانون دولة معينة أو مزج عدة قواعد قانونية مستخرجة من عدة قوانين وطنية واتفاقيات دولية وهذا الاتفاق وارد في اتفاق التحكيم أثناء إبرام العقد أو في وثيقة لاحقة.

وسنعالج هته المسائل في الفرعيين التاليين، تطبيق قانون إرادة الأطراف في الفرع الأول وكيفية التحديد الإداري للقانون الإجرائي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تطبيق قانون إرادة الأطراف

يختلف تطبيق قانون إرادة الأطراف في حالة التحكيم الخاص (الحر) وفي حالة التحكيم المؤسسي ويظهر الاختلاف في أن التحكيم الخاص يكون لإرادة الطرفين دور هام في اختيار القواعد القانونية والقانون الذي تخضع له إجراءات التحكيم، كما أن أطراف النزاع تختار عند اتفاقها على التحكيم قانونا معينا للإجراءات يتم بموجبه النظر في النزاع والسير في إجراءات المرافعة والإجراءات الأخرى الخاصة في التحكيم، كما يختار أطراف النزاع قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية وأخرى من قواعد أحد مراكز التحكيم.[1]

وبذلك فهذا الرأي يعطي الحرية الواسعة للأطراف في اختيار القواعد الواجب إتباعها في عملية التحكيم، ويذهب أنصار ذلك الرأي أيضا إلى أن القانون الواجب التطبيق يمكن تعيينه بشكل مباشر وذلك عندما تختار أطراف النزاع بلد ما، ففي هذه الحالة يفترض أن تلك الأطراف قبلت ضمنيا بالقواعد الخاصة بتنازع القوانين لذلك البلد وبالتاليصار إلى معرفة القانون الواجب التطبيق طبقا لقواعد الإحالة والاستناد لقانون ذلك البلد.[2]

---

[1] بوجير آسية، لعيادي مروة، **مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي**، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات لنيل شهادة ماستر أكاديمي في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، برج بوعريريج، 2023/2022، ص32-33.

[2] فوزي محمد سامي، **التحكيم التجاري الدولي**، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2006، ص162-163.

ولقد أقر القضاء والفقه والمعاهدات الدولية ولوائح مراكز هيئات التحكيم على مبدأ خضوع لإجراءات التحكيم بمبدأ سلطان الإرادة، والتي يجسدونها في عدة إمكانيات نذكرها كما يلي:

1. أن يضع الخصوم بأنفسهم تنظيم خاص بإجراءات التحكيم أي استخدام ما يسمى إجراءات التحكيم الدائمة؛
2. أن يتفق الخصوم على ترك المهمة لهيئة التحكيم تتولى هي بنفسها وضع إجراءات التحكيم نيابة عنهم، ويكون القانون الإجرائي في هذا الغرض هو قانون إدارة المحكم؛
3. قد يتفقون على إتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون وطني معين.[1]
4. قد يتفقون على إتباع الإجراءات المنصوص عليها في لائحة مركز دائم للتحكيم، ومن الثابت أن مجرد الاتفاق على إسناد التحكيم إلى مركز دائم يعني ضمنيا الاتفاق على إتباع لائحة هذا المركز بما يشمل عليه من قواعد تتعلق بالإجراءات.[2]

والهدف من اختيار الأطرف المتعاقدة للقانون الواجب التطبيق تتمثل في أنه يعطي للنصوص التعاقدية القوة التنفيذية، ويعمل على تكملة النقص الوارد في هذه العقود ويحدد القواعد التي يتم بمقتضاها تفسيرها ويشكل حماية لمصالح كلا الطرفين.[3]

أما في حالة اللجوء إلى التحكيم المؤسسي ففي هذه الحالة قد يرغب المحتكمين إلى اللجوء لإحدى مراكز التحكيم أو مؤسساته الدائمة، لما تحضى به من مكانة وخبرة وقبول في مجال التحكيم، وما تشتمل عليها لوائحها الداخلية من قواعد معلومة يسهل الرجوع إليها لضبط عملية التحكيم.[4] واللجوء إلى هذه المؤسسات يعفي الخصوم من اختيار المحكمين، لأن هذه المؤسسات هي التي تعالج هذه

---

[1] بوجير آسية، لعيادي مروة، **مرجع سابق**، ص33.

[2] سويسي محمد أدم، **التحكيم التجاري الدولي**، مذكرة ماستر الحقوق، قانون عام، قانون دولي عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2019/2018، ص42.

[3] مراد محمود المواجدة، **التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي**، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2015، ص162.

[4] مهند أحمد الصانوري، **دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص**، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي في غالبية التشريعات العربية والأجنبية والاتفاقيات والمراكز الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيععمان، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، 2005، ص57.

المسألة حسب طبيعة النزاع وأهميته، حيث يذكر (FOUCHARO) أن أكثر من خمسين مؤسسة من المؤسسات التحكيمية تسمح للمحكمين أن يكملوا القواعد الخاصة بإجراءات التحكيم.[1]

والملاحظ أن مثل هذه السلطة لا يمكن أن نجدها لدى القاضي في المحاكم العادية حيث أنه ملزم بتطبيق قانون الإجراءات في البلد الذي يمارس فيه سلطته، ويرى بعض الفقهاء أن التحكيم وإن كان أساسه إرادة الطرفين إلا أن طبيعته عمل قضائي ولهذا فإن القرارات التي تصدر نتيجة للتحكيم هي قرارات قضائية هدفها تطبيق العدالة بين أطراف النزاع.

وبما أن المحكم أو هيئة التحكيم ما هي إلا جهة قضائية وأن مكان القاضي هو إقليم الدولة التي يمارس فيها وظيفته، فعلى المحكم أن يطبق قانون المكان الذي يجري فيه التحكيم.[2]

ولذلك تتضمن قواعد التحكيم في الهيئات التحكيمية شرط إذعان للقواعد المقررة في لوائحها التحكيمية، وينحصر دور إرادة الأطراف على اختيار مكان التحكيم ولغته إذا سمحت قواعد التحكيم النظامية لهم بذلك.

وعليه نصت المادة 11 من قواعد غرفة التجارة الدوليةبباريس إذ تطبق أمام المحكم الإجراءات المستمدة من هذه القواعد، وفي حالة سكوت هذه الأخيرة تطبق تلك التي اتفق عليها الطرفان، وعند عدم الاتفاق يقوم المحكم بتحديد الإجراءات سواء استند أم لم يستند في ذلك إلى قانون داخلي للإجراءات يطبق على التحكيم.[3]

وكذلك قواعد التوفيق والتحكيم والخبرة للغرف التجارية العربية الأوروبية حيث جاءت في المادة 23 منها أن الأصول التي تطبق على إجراءات التحكيم هي تلك التي تتضمنها هذه القواعد، وفي حالة سكوتها فإن الإجراءات تكون طبقا لقانون الإجراءات الذي تم اختياره من الأطراف وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاختيار تكون الإجراءات تلك التي يختارها المحكم هذا النص يعطي الأولوية في الإجراءات إلى ما تتضمنه القواعد المذكورة، وفي حالة عدم معالجة القواعد المذكورة لبعض المسائل

---

[1] أبو زيد رضوان، **الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي**، القسم الثالث، القانون الذي يحكم النزاع، مجلة الحقوق والتشريعة، السنة الثالث، العدد الثاني، الكويت، يوليو 1979، ص38.

[2] فوزي محمد سامي، **مرجع سابق**، ص164.

[3] صادق محمد محمد الجبران، **التحكيم التجاري الدولي وفقا للاتفاقيات العربية للتحكيم التجاري** لعام 1987 (بحث في قانون التجارة الدولية)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2006، ص112.

الخاصة بالإجراءات، فعندئذ يصار إلى الأخذ بقواعد الإجراءات التي اختارها أطراف النزاع، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق تطبق القواعد الإجرائية الأكثر ملائمة للموضوع.[1]

وقد أكدت مختلف التشريعات موقفها من القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم ومن بينها نذكر:

أولا: الاتفاقيات الدولية

تم تكريس مبدأ سلطان الإرادة في إخضاع إجراءات التحكيم لإدارة الأطراف في مختلف التشريعات الدولية ويظهر هذا جليا في اتفاقية نيويورك لعام 1958 والتي جاءت أحكامها حول تنفيذ حكم التحكيم فقد وردت فيها إشارة إلى حرية إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على التحكيم فقد عددت المادة الخامسة الحالات التي يجوز فيها رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم ومنها الحالة الواردة في الفقرة (1/أ) وهي حالة ما إذا كان اتفاق التحكيم "غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف" وكذلك الحالة الواردة في الفقرة (1/د) وهي حالة ما إذا كان "تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الطرفين"، ومن خلال هذا نفهم من هذا النص أنها أقرت بمبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون والقواعد الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم[2]، ونجد أيضا أن بروتوكول جنيف لسنة 1923 قد نص على دور الأطراف في إجراءات التحكيم وذلك في نص المادة 2 منه، ويتضح من خلال هذه المادة هي الأخرى تؤكد على اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم ويكون من قبل إرادة الأطراف.[3]

ونجد أيضا أن اتفاقية جنيف الأوروبية لسنة 1961 قد ذهبت إلى أبعد مما ذهبت إليه اتفاقية نيويورك حيث أكدت اتفاقية جنيف على حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق وهذا ما نصت عليه المادة 4 منها.[4]

ونصت كذلك في الفقرة الفرعية (أ) من الفقرة الأولى من نفس المادة المذكورة سلفا على أنه "في حالة اختيار الأطراف إحدى مؤسسات التحكيم فإن إجراءات التحكيم تجري طبقا لقواعد تلك

---

[1] صادق محمد محمد الجبران، **مرجع سابق**، ص113-114.

[2] **المادة 5/د من اتفاقية نيويورك** الصادرة في 10 يونيو 1985 المتعلقة بالاعتراض وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ص16.

[3] بوجبر آسية، لعيادي مروة، **مرجع سابق**.

[4] **المادة 4 من اتفاقية جنيف الأوروبية** المتعلقة بالتحكيم التجاري والتي نصت ب... وقد أكدت أيضا على حرية الأطراف في اختيار نوع التحكيم.

المؤسسة[1]، وصولا إلى القانون النموذجي للأونسيترال الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية في 12 يونيو 1985 والذي ينص على مبدأ خضوع إجراءات التحكيم لإرادة الأطراف والمنصوص عنها في المادة 19 منه على "أن يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعينعلى هيئة التحكيم إتباعها لدى السير في التحكيم"

ثانيا: موقف التشريعات العربية

من بين هذه التشريعات نجد المشرع المصري والذي نص بدوره على إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في قانون التحكيم لرقم 27 لسنة 1994 في نص المادة 25 منه والتي مضمونها "أن لطرفي اتفاق التحكيم الاتفاق على الإجراءات النافذة في أي منظمة أو مركز التحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها.

فالمشرع المصري لا يميز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي وإنما يمكن للأطراف اختيار القانون الذي ينظم إجراءات التحكيم في كلتا الحالتين.[2]

بالإضافة إلى هذا فإن القضاء المصري قد كرس حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وذلك من خلال القرار الصادر عن محكمة استئناف القاهرة بتاريخ 2015/05/15 والذي جاء فيه "التحكيم إنما يقوم على مبدأ حرية الإرادة، وهو ما يعني خضوع العملية التحكيمية في مجموعها بما في ذلك سير إجراءات لاختيار الأطراف أي وفق إرادتهم".[3]

وكذلك أكد الدكتور محمد أمين المهدي في تعليقه على هذا القرار، على أن قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، يتضمن على أسس يمكن إجمالها في احترام إرادة أطراف التحكيم بحسبان أن الإرادة هي عماد النظام وفي استقلال محكمة التحكيم بوصفها قضاء اتفاقيا فلا يكون عليه من سلطان، بحسب الأصل، إلا لما يتفق عليه الأطراف، بيد أن الاستقلال لا يصل إلى حد القطيعة بين الجهات القضائية، إذ هناك حاجة إلى وجود جهات قضائية يرجع إليها كلما وقع أمر يترتب

---

[1] فوزي مجمد سامي، **مرجع سابق**، ص167.

[2] مريني فاطمة الزهراء، **ضوابط الاتفاق على التحكيم في العلاقات التجارية الدولية (دراسة مقارنة)**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2019، ص222.

[3] محكمة استئناف القاهرة، رئيس الدائرة السابعة التجارية، الطلب الوقتي رقم 14 لسنة 133 قضائية، أوامر التحكيم تاريخ 2015/05/15، باب الاجتهادات العربية، الاجتهاد القضائي المصري، مجلة التحكيم العالمية، العدد السادس والعشرون، ص587-592.

عليه إعاقة سير إجراءات التحكيم عن حالات لا مناص فيها من تقرير الرقابة لقضاء الدولة على محكمة التحكيم.[1]

ونجد أيضا المشرع الأردني رقم 31 لسنة 2001 هو الآخر نص في المادة 24 على ضرورة الاعتماد على مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الذي يطبق على إجراءات التحكيم.[2]

وأيضا نجد المشرع المغربي نص كذلك على إرادة أطراف الاتفاق على القواعد الإجرائية الواجب التطبيق، ويتضح هذا في الفصل 318 من القانون 05-08.

بالإضافة إلى أن هناك تشريعات غربية نصت هي الأخرى على مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي وذلك منصوص عليه في نص المادة 1/1494 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفرنسي.

فهذه المادة كرست مبدأ سلطان الإرادة للأطراف في تحديد القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم، فهي تعطي للأطراف الثلاثة خيارات وهي وضع قواعد الإجراءات مباشرة دون الاستناد إلى أي قانون وطني كان، أو بالإحالة إلى نظام تحكيمي معين وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا الأمر في قرارها الصادر في 9 ديسمبر 1955.[3]

ثالثا: موقف المشرع الجزائري

بين المشرع الجزائري الفرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، بحيث أكد على حرية الأطراف في اختيار القانون الذي ينظم إجراءات التحكيم،[4] بالنسبة للتحكيم الداخلي أعطى للأطراف سلطة اختيار القواعد الإجرائية التي يجدونها مناسبة لتنظيم خصومتهم وهذا طبقا لنص المادة 1019 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.[5]

---

[1] المهدي محمد أمين، **ولاية القاضي المصري بإنهاء إجراءات التحكيم بين حكم القانون وهدي مقتضيات التحكيم**، تعليق على القرار 2015/01/15 السابق الذكر، ص593-600.

[2] **المادة 24نصت على حد أنه** "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات لقواعد المتبعة في أي مؤسسة أو مركز التحكيم في المملكة أو خارجها".

[3] بوجير آسية، العيادي مروة، **مرجع سابق**، ص36.

[4] مريني فاطمة الزهراء، **مرجع سابق**، ص223.

[5] المادة 1019 (تطبيق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك).

ومستخلص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد منح الأولوية لاتفاق الأطراف في تحديد القانون الذي ينضم إجراءات التحكيم.

أما بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي فقد نص عليها المشرع الجزائري في نص المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[1]

ويتضح جليا من هذه المادة ضرورة احترام إرادة الأطراف بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في مجال التحكيم التجاري الدولي بحيث يمكن للأطراف حرية اختيار أي قانون إجرائي لدولة معينة، ليطبق على هذه الإجراءات أو القواعد الإجرائية المنصوص عنها في لوائح مراكز أو مؤسسات التحكيم الدائمة، كما يمكن للأطراف وضع قواعد إجرائية من ابتكارهم،وتكون لمحكمة التحكيم إلزامية وضرورة احترام إرادة الأطراف للنظر في النزاع.[2]

الفرع الثاني: كيفية التحديد الإرادي للقانون الإجرائي

إن الأطراف هممن يضعون القواعد الإجرائية الواجب تطبيقها على إجراءات التحكيم التجاري الدولي، ولهذا لا بد أن تكون لهذه القواعد شروط وضوابط يتعين عليهم مراعاتها حتى تتمكن هيئة التحكيم من تطبيقها عمليا دون أن تصادفها مشكلات تفشل هذه الإجراءات والتي تتمثل فيما يلي:

أولا: اختيار قواعد إجرائية ملائمة

يتضمن اتفاق التحكيم القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي، يتحرر الأطراف فيها من الخضوع لأي قانون وطني، بحيث يقومون بإرادتهم بسن القواعد الإجرائية التي تحكم سير المنازعة فيه بشكل مفصل[3]، ووصف الفقه هذا النوع من التحكيم الذي تمثل فيه حرية الأطراف إلى هذا الحد من التحرر بأنه "تحكيم بلا قانون" أو "تحكيم دولي محض" وتعني هذه المصطلحات، إظهار حقيقة معينة تتمثل في تحرير التحكيم فيما يتعلق بإجراءاته من خضوع لأي

[1] المادة 1/1043 (يمكن أن نضبط 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).

[2] بكيري رزقي، يودينار نبيل،**دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي الخاص**، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص قانون العون الاقتصادي، ، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015/2014، ص14.

[3] علي شريف سعيدة، **القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2014/2013، ص26.

قانون وطني، ليخضع لقواعد إجرائية يصوغه الأطراف بأنفسهم[1]، لذلك فهو نوع من التنظيم المادي للقواعد الإجرائية الذي يستمد مصدره من النظرية الشخصية التي تدعو إلى تكريس مبدأ سلطان الإرادة في نطاق واسع، وهذا دون إخضاعه إلى بعض القيود التي يمكن أن تفرضها القوانين الوطنية.[2]

ويفضل جانب آخر من الفقه أن يطلق على التحكيم في هذه الحالة بالتحكيم الحر، بحيث تكون إجراءات التحكيم عائمة ويكون التحكيم دولي، أي لا يرتبط بأي نظام قانوني داخلي، وكل من يستخدم أو يتمسك بهذا النظام يستند إلى بنود التحكيم ذاتها، وحسم النزاع في هذا التحكيم يكون وفقا لقواعد معيارية، لا تستمد من تشريعات وطنية بذاتها بقدر ما تستمد من عادات وأعراف التجارة الدولية.[3]

والواقع أن التحكيم نظام الحر أو الطليق لا يعد نظام جديدا بل هو نظام معروف نجد جذوره في "نظرية العقد لقانون" وهذه النظرية تقوم على أساس السماح للمتعاقدين في المعاملات الدولية بالتحرير من استناد حكم العلاقة إلى أي قانون وطني.

والأطراف عندما يخلقون القواعد الإجرائية التي تحكم الخصومة التحكيمية يتمتعون بالحرية المطلقة في ابتكارها أو استخراجها من قانون وطني معين ويضعونها في اتفاقهم، أو يستنبطونها من إحدى لوائح المراكز الدولية الدائمة للتحكيم التجاري أو من هذه اللوائح.[4]

بالرغم من أن كل القوانين الوطنية وكذا الوثائق الدولية اعترفت بحرية الأطراف المطلقة في وضع القواعد الإجرائية التي ستطبق على خصومة التحكيم إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة الذي يقوم على التحكيم التجاري الدولي، إلا أن ذلك قد يصعب على الأطراف تحقيقه باعتبارهم تجارا[5]، فهم لم يكونوا على دراية كافية بالممارسات الإجرائية، ولهذا تشترط فيهم الكفاءة اللازمة لخلق قواعد قانونية

---

[1] جارد محمد، **الدعوى التحكيمية في إطار العلاقات الدولية الخاصة** (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2018/2017، ص44.

[2] علوش صابرة، **النظام القانوني للخصومة التحكيمية** (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص قانون اقتصادي، كلية الحقوق، جامعة سعيدة الدكتور مولاي الطاهر، 2022/2021، ص108.

[3] جمال محمود الكودي،**القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم**، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2003، ص63.

[4] علي شريف سعيدة، **مرجع سابق**، ص27.

[5] رمضاني كريم، سابح جهاد، **القانون الواجب التطبيق علة التحكيم التجاري الدولي**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2016/2015، ص37.

ملائمة التطبيق على الخصومة التحكيمية، وعموما يتعين أن تتوفر في القواعد الإجرائية التي يضعها الأطراف من أجل تطبيقها على الخصومة التحكيمية الشروط التالية[1]:

- ✓ أن تكون محددة وواضحة؛
- ✓ أن تكون ملائمة لحل النزاعات الإجرائية التي قد تثور في الخصومة التحكيمية؛
- ✓ أن يتوقع الخصوم خلالها لكل التفاصيل التي قد تثور أثناء الخصومة التحكيمية.

ثانيا: اختيار قواعد إجرائية قابلة للتنفيذ

يجب على الأطراف أثناء وضعهم للقواعد القانونية الإجرائية التي تحكم الخصومة التحكيمية أن يتجنبوا التعارض مع القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام في دولة مقر التحكيم من جهة ودولة مقر تنفيذ الحكم التحكيمي من جهة أخرى.

أ. عدم تعارض القانون المختار من الأطراف وقانون دولة مقر التحكيم:

قد تتفق الأطراف على أن يكون القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي قانون دولة مقر التحكيم[2]، وقد يكون قانون الدولة الذي يختاره الأطراف من أجل تطبيقه على الخصومة التحكيمية يتطابق في إجراءاته و قواعده مع قانون دولة مقر التحكيم ويستبعد هنا وقوع التصادم بين القانونين.[3]

لكن قد يكون القانونين مختلفين فيفترض التصادم بينهما، ذلك أن اختيار مقر التحكيم غالبا ما يكون مراعاة لبعض الاعتبارات العملية، كمناخ المنطقة أو موقعها الجغرافي الذي قد يسر على أطراف الخصومة وهيئة التحكيم، وفي حالة ما إذا حدث تصادم، فالرأي الراجح في الفقه في هذه الحالة هو قانون مقر التحكيم[4]، "ويعتبره البعض بسيد الموقف" وإذا ما تم إهدار هذا المفهوم أو التعدي على مقدسات الدولة بمخالفة قواعدها ذات الطابع الأمر كان لها أن تتدخل لحماية النظام العام الإجرائي الدولي، وفي بعض الأحيان تتطلب إجراءات التحكيم إجراء معين يخرج عن سلطة هيئة التحكيم

[1] رمضاني كريم، سابح جهاد، **مرجع سابق**، ص38.

[2] بكيري رزقي، بودينار نبيل، **مرجع سابق**، ص17.

[3] علي شريف سعيدة، **مرجع سابق**، ص29.

[4] جارد محمد ، **مرجع سابق**، ص95.

كالحاجة إلى سماع شاهد أو إجراء معاينة في مكان بعيد، فيطلب المحكم من المحكمة الأمر بإنابة قضائية للقيام بهذه المهمة.[1]

وبالرغم من وجود تنظيم اتفاقي لإجراءات التحكيم تلجأ هيئة التحكيم إلى قانون أخر وهو قانون الدولة المطلوب اتخاذ الإجراء فيها،ويتم اتخاذ وتنفيذ الإجراء وفقا لأحكامه، وإذا حدث تعارض يصل لحد التصادم بينه وبين القانون المختار من قبل الأطراف أو هيئة التحكيم، فيتم تطبيق قانون دولة محل هذا الإجراء المطلوب اتخاذه ويستبعد القانون المختار.[2]

ب. عدم التعارض بين القانون الإجرائي المتفق عليه من الأطراف وقانون دولة التنفيذ:

يسود في القانون المقارن بشأن هذا الغرض حل مقتضاه ترجيح القواعد السارية في دولة محل التنفيذ، ذلك أن حكم التحكيم الذي يصدر مخالفا للقواعد الإجرائية في دولة يراد تنفيذه فيها بعدم الاعتراف به ويعتبر قانون دولة محل التنفيذ قد طبق في هذا الغرض من وجهة نظر البعض تطبيقا غير عادي على إجراءات التحكيم لكونه لم يكن واجب التطبيق أصلا على خصومة التحكيم.[3]

لهيئة التحكيم السلطة المطلقة في مخالفة ما هو وارد من إجراءات في القانون المتفق عليه بين الأطراف، إذا كانت هذه الإجراءات مخالفة، وتتصادم مع قواعد أمرة في قانون دولة مقر التحكيم، أو مخالفة لإحدى الإجراءات التي قد تنفذ لمواصلة الخصومة التحكيمية في دولة أخرى غير مكان التحكيم المتفق عليه، وإعمال وتطبيق قواعد القوانين الداخلية هذه التي لم تكن مختارة من الأطراف، بالإضافة إلى أن لهيئة التحكيم السلطة في مخالفة القانون الإجرائي التي تحكم خصومة التحكيم.[4]

ويمكن القول بأنه يستحيل على الأطراف وضعها وابتكارها بكل هذه الشروط وتوقع كل هذه التفاصيل التي قد تشل إجراءات التحكيم لاحقا إن لم يتفقوا عليها، وما دام الأطراف أحرارا في الاتفاق على الإجراءات التحكيمية التي تنظم الخصومة التحكيمية في أية مرحلة سواء يرد اتفاقهم في اتفاق التحكيم مباشرة أو في اتفاق لاحق على نشوب النزاع لذا فيمكنهم كلما طرأت مسألة إجرائية يتعين

---

[1] رحموني محمد ياسين، عروسي محمد، **دور المحكم في خصومة التحكيم في التشريع الجزائري**، مذكرة ماستر، تخصص قانون خاص: كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2023/2022، ص30.

[2] جارد محمد، **مرجع سابق**، ص96-97.

[3] علي شريف سعيدة، **مرجع سابق**، ص31.

[4] لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي وفقا للاتفاقية المدنية والإدارية والقوانين المقارنة**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، إيداع 2019، ص99.

حلها يمكنهم الاتفاق بينهم على إجراء معين وعلى هيئة التحكيم قبل أن تتخذ الإجراء من تلقاء نفسها أن تقترح على الأطراف أن يضعوا اتفاقا بينهم حولها ما دام من غير الممكن وضع جميع التفاصيل الإجرائية في اتفاقية التحكيم مباشرة وقبل نشوب النزاع.[1]

بالإضافة إلى إمكانية الأطراف من سن وتحديد القواعد الإجرائية التي تطبق على التحكيم التجاري الدولي، فإنهم بإمكانهم أيضا اختيار قانون إجرائي لدولة معينة لتطبيقه على إجراءات التحكيم التجاري الدولي، وهذه الطريقة وإن كانت تتنافى مع هدف التحكيم التجاري الدولي الذي يرمي إلى التنصل من القوانين الوطنية لما تتضمنها إجراءاتها من تعقد وطول للأمد، إلا أنها طريقة أسهل من الطريقة الأولى من اختيار القانون الإجرائي الواجب التطبيق فهي تتضمن كل التفاصيل التي قد تطرأ على الخصومة التحكيمية ما دامت موضوعة من طرف المشرع المختص في سن القواعد القانونية.[2]

المطلب الثاني: القيود الواردة على حرية الأطراف في التحكيم

تعتبر فكرة النظام العام أحد أهم الأسباب التي تقف أمام انطلاق التحكيم والقاضي الوطني عندما لا يجد مبررا معقولا الاستبعاد التحكيم فإنه يلجأ إلى مثل هذه الوسيلة، إضافة إلى ذلك فإن المحكميين الدوليين يلجؤون في بعض الأحيان إلى المفاهيم القانونية الوطنية العامة رغبة منهم في تفادي الاصطدام بهذه القوانين عند تنفيذ قراراتهم، ونظرا لما توصلت إليه التجارة الدولية من نمو وازدهار وتطور العلاقات التجارية بين مختلف الدول، أصبحت حقيقة ثابتة بحيث تحدث الحدود في الوقت الذي تبين ضعف النظم القضائية الوطنية لمواجهة التجارة الدولية والتصدي من ينشأ عنها من نزاعات وهذا ما أدى إلى انتشار التحكيم التجاري الدولي واكتسب أهمية بالغة في المنازعات التجارية الدولية، وبسبب هذا الانتشار أصبح من الضروري التعامل مع العراقيل التي تعترضه ومن أهم هذه العراقيل النظام العام.[3]

وعليه سنتطرق إلى صعوبة ضبط النظام العام في (الفرع الأول) واحترم إجراءات سير الخصومة التحكيمية في (الفرع الثاني).

---

[1] على شريف سعيدة، **مرجع سابق**، ص31.

[2] على شريف سعيدة، مرجع سابق، ص32.

[3] مريني فاطمة الزهراء،**مرجع سابق**، ص230-231.

الفرع الأول: صعوبة ضبط النظام العام

إن مختلف القوانين تنص على احترام فكرة النظام العم في القانون الداخلي وتنص أيضا مختلف التشريعات والتطبيقات القضائية على تطبيق القانون الأجنبي واستثناءا يمكن عدم تطيق القانون الأجنبي في حال ما إذا كان مخالفا للنظام العام، ولهذا سوف نتطرق إلى مفهوم النظام العام الداخلي (أولا) ثم مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص (ثانيا).

أولا: مفهوم النظام العام الداخلي

لقد وردت عدة تعاريف فقهية للنظام العام نذكر من بين هذه التعاريف:

يعرف النظام العام بأنه بأنه (مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المصالح التي تهم المجتمع مباشرة أكثر مما تهم الأفراد، سواء كانت تلك المصالح سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية).[1]

ويعرفه الدكتور أحمد مسلم (بأنه الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات سياسية تتعلق بالمساواة أمام القانون أو احترام أفكار دينية أساسية معينة أو عقائد مذهبية اقتصادية كالاشتراكية أو الرأسمالية وغيرها من المذاهب والأفكار الاقتصادية كالعدالة الاجتماعية وتكافؤ الفرص وغير ذلك).[2]

لا يعد مفهوم النظام العام مرادفا لمصطلح القانون العام كما يتصور البعض، لأن مفهوم النظام أوسع بكثير من مفهوم القانون العام[3]، ويعمل به حتى في نطاق المسائل التي تحكمها فروع القانون الخاص مثل الميراث، التبني، الأهلية، الزواج، الحضانة...الخ.

بالنسبة لمختلف التشريعات فهناك تشريعات لم تضع تعريفا محددا وواضحا للنظام العام ومن بين هذه التشريعات المشرع المصري لم يضع تعريفا لفكرة النظام العام وإنما اكتفى بتحديد ما يدخل في إطار النظام العام، فاعتبر من بين النظام العام التي تحكم الحالة المدنية، القواعد الخاصة بنظام الأسرة.

---

[1] فوزي محمد سامي،**مرجع سابق**، ص174.

[2] بكيري رزقي، بودينار نبيل، **مرجع سابق**، ص33.

[3] الداوودي غالب علي، **القانون الدولي الخاص**، الكتاب الأول وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، (دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، 2005، ص236.

أما بخصوص المشرع الجزائري فهو الأخر لم يضع تعريف محددا للنظام العام واكتفى بالنص عليه ضمن المادة 24 من القانون المدني المعدلة بالقانون رقم 05-10 وتنص على استبعاد القانون الأجنبي في حالة عدم مخالفته للنظام العام.[1]

بالرغم من مختلف التعاريف التي أعطيت للنظام العام، إلا أنه يبقى من أهم المفاهيم القانونية التي يصعب وضع تعريف مضبوط لها، وهذا ما يؤكده الفقهاء في القانون الدولي الخاص.

بالنسبة لعلاقة النظام العام الداخلي بالتحكيم فإنه بالرجوع إلى الدور الذي يلعبه المحكم نجد أن المحكم يكون ملزم فقط باحترام المفاهيم الدولية، فالنظام العام الداخلي يطبق أمام المحاكم بمناسبة تنفيذ أحكام التحكيم، وليس أمام الهيئة التحكيمية، إلا أن هذا لا يمنع من أن يكون المحكم عريضا على أن يكون حكمه قابلا للتنفيذ من قبل قاضي الدولة.[2]

وبالرجوع للواقع العملي نجد أن المحكم عليه احترام القواعد الأمرة والأساسية في قانون القاضي، وذلك رغبة منه في أن يرى حكمه ينفذ، إلا أنه من الناحية العملية فالحصول على أمر تنفيذ حكم التحكيم قليل الحدوث، ولهذا يلجأ الأطراف إلى تنفيذه رضائيا[3]، كون أن المحكم لا يستمد سلطاته إلا من إدارة الأطراف، فإنه يلتزم باحترام النظام العام في القانون الذي اختاره الأطراف بشرط ألا يتعارض مع النظام العام الدولي الحقيقي.

إن مختلف الاتفاقيات والنصوص التشريعية تؤكد على احترام القاضي الوطني لمسألة النظام العام الداخلي عند تنفيذ أحكام التحكيم، فاتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد قرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها من خلال نص المادة الخامسة سمحت للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين إذا تبين لها أن ذلك يخالف النظام العام في ذلك البلد[4]، وأيضا القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة

---

[1] **المادة 24** (لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالف للنظام العام أو الآداب العامة، أو تثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون).

[2] مريني فاطمة الزهراء، **مرجع سابق**، ص233-234.

[3] Mostefa TRARI IANI, Droit algérien de l'arbitrage commercial international, BERTI édion 1ére cd,2007,P12.

[4] **المادة 5** (لايجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ).

للقانون التجاري الدولي سمح من خلال نص المادة 34 للمحكمة القضائية المختصة أن تحكم ببطلان الحكم إذا كان مخالف للنظام العام للدولة المعنية بالتنفيذ.[1]

أما بخصوص القوانين الوطنية لدينا نص المادة 53 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994[2]، وكذا نص المادة 49 من التشريع الأردني وهو نفس ما جاء به التعديل الأخير لقانون التحكيم الأردني.[3]

وكذلك نص المادة 81 من مجلة التحكيم التونسية لسنة 1993[4]، من خلال النصوص القانونية الواردة في الاتفاقيات الدولية والواردة في النصوص القانونية نجد أن أغلبها استعمل مصطلح النظام العام للدولة مثلا النظام العام لجمهورية مصر العربية، النظام العام للمملكة الأردنية، وهذا يوافق ما جاء في اتفاقية نيويورك عندما استعملت مصطلح النظام العام لبلد التنفيذ.

ثانيا: مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص

لفهم فكرة النظام في القانون الدولي الخاص لابد من الرجوع إلى أوجه التشابه والاختلاف بين النظام العام في القانون الدولي الخاص والنظام العام في القانون الداخلي ومن بين أوجه التشابه بينهما يتشابها من حيث الهدف لأن كل منهما يسعى إلى حماية المبادئ الجوهرية والأساسية التي يقوم عليها المجتمع، والتمسك بكل من النظام العام الداخلي والنظام العام في القانون الدولي الخاص يكون داخل الدولة.[5]

بالرغم من وجود تشابه بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي إلا أنه يختلف دور النظام العام الداخلي عنه في مجال تنازع القوانين ويأخذ هذا المجال طابعا استثنائيا خاصا ومتميزا ويتمثل هذا الطابع الاستثنائي والخاص إلى إعمالها في أضيق نطاق لتقليص مجال استبعاد القانون الأجنبي،

---

[1] **المادة 34** (وجدت المحكمة أن موضوع النزاع لا يقبل التسوية بالتحكيم وفقا لقانون هذه الدولة أو أن قرار التحكيم يتعارض مع السياسة العامة لهذه الدولة).

[2] **المادة 53** (وتقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان التحكيم فيما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية).

[3] **المادة 49** (نقض المحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان التحكيم فيما يخالف النظام العام في المملكة أو إذا وجدت أن موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها).

[4] **المادة 81** (لا يجوز رفض الاعتراف بأي حكم تحكيم أو رفض تنفيذه بقطع النظر عن البلد الذي صدر فيه، إلا في حالة إذا أن المحكمة أن الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه يخالف النظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص).

[5] مريني فاطمة الزهراء، **مرجع سابق**، ص236.

ومن بين أوجه الاختلاف يختلفان من حيث النتيجة فالنتائج المترتبة على إعمال النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية عنه نتيجة إعمالها في المعاملات في مجال العلاقات الداخلية لا يتم وضع قانون محل قانون آخر، وإنما يؤكد الاختصاص لقانون القاضي.[1]

يتميز النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي بمجموعة من الخصائص ومن بين هذه الخصائص نسبية النظام العام واعتبار النظام العام نظام قضائي، كون أن فكرة النظام العام يسعى إلى حماية المجتمع والأسس الجوهرية التي يقوم عليه، وبالتالي فهو يمتاز بالصفة الوطنية.[2]

ومن خلال ما سبق يتضح أن هناك فرق بين فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص وفكرة النظام العام في القانون الداخلي.[3]

كما سبق الإشارة إليه فإن المحكم غير مقيد في وضع حكمه بالمفاهيم الوطنية للنظام العام، وإنما يكون مقيد فقط بالمفاهيم الدولية ولهذا فإن النظام العام الوارد في القانون الدولي الخاص والمتعلق بدولة ما لا يطبق أمام المحاكم التحكيمية بل أمام محاكم الدول، فالمحكم يحترم النظام العام الوارد في القانون الدولي الخاص المتعلق بقانون العقد وهذا في حالة عدم تعارضه مع النظام العام الدولي الحقيقي.[4]

إن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 458 مكرر 17 والمادة 458 مكرر 23 استعمل مصطلح النظام العام الدولي وهو نفس المصطلح الذي استعمله في المادتين 1051 والمادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008.

ومن خلاله أشار المشرع الجزائري على تحديد الشروط وإجراءات الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، فيقع على القاضي الجزائري إلزامية مراقبة ما إذا كان الحكم لا يتعارض مع المفهوم المقرر والسائد في الجزائر حول النظام العام الدولي[5]، ويرجع هذا الأمر إلى الموقف الذي يتخذه القاضي، فهناك من يرى أن الموقف يتخذه هذا الأخير يعتبر معيارا يتحدد بناءا عليه مدى تشجيع وتفعيل

---

[1] عكاشة محمد عيد العال، **تنازع القوانين** (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2007، ص457.

[2] بوجير آسية، لعيادي مروة، **مرجع سابق**، ص51.

[3] بكيري رزقي، بودينار نبيل، **مرجع سابق**، ص36.

[4] الرفاعي أشرف عبد العليم، **اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الدولية**، دراسة فقهية، قضائية مقارنة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2003، ص80.

[5] مريني فاطمة الزهراء، **مرجع سابق**، ص239.

التحكيم التجاري الدولي وتحريره وهذا بدوره يرجع إلى كيفية استقبال والتنفيذ أو بمناسبة الطعن ببطلان هذه الأحكام فلا جدوى من استبعاد فكرة النظام العام الداخلي وتعريضها بفكرة النظام العام الدولي إذا كان القاضي يعطي لها نفس المضمون[1]، وعليه يجب على القاضي الجزائري عند الاعتراف بتنفيذ القرار التحكيمي أن يراعي مفهوم النظام العام بالمفهوم الدولي وليس النظام العام بمفهومه الداخلي.

الفرع الثاني: احترام إجراءات سير الخصومة التحكيمية

رغم الطابع الاتفاقي الذي يتسم به التحكيم والذي يعتبر الأساس الذي يساهم في سير الحسن للعملية التحكيمية كونها تسير وفقا لما اتفق عليها الأطراف، وعليه يجب على الهيئة التحكيمية خلال توليها ذلك أن تلتزم باحترام مجموعة من المبادئ الأساسية وهي أحد أهم المسائل الجوهرية التي لا يمكن المساس بها وتتمثل هذه المبادئ في مبدأ احترام حقوق الدفاع (أولا) ومبدأ المساواة (ثانيا) ومبدأ المواجهة (ثالثا).

أولا: مبدأ احترام حقوق الدفاع

من بين المسائل الجوهرية في الإجراءات التحكيمية احترام وضمان حق الدفاع لكل طرف من أطراف النزاع وبحرية تامة، ومعاملة أطراف النزاع معاملة متساوية دون تمييز أو تفريق، وذلك بإعطاء الفرصة الكاملة لكل من الطرفين بأن يقدم من لديه من أدلة وأقوال وشهود، وهذا يعني إعطاء وقت كاف لجلب الشهود أو لتبادل اللوائح أو لاستدعاء الخبراء وغيرها من الأمور التي تجعل كل طرف في وضع يسمح لهم أن يدافع عن الإدعاء المفروض ضدهم، ويعتبر مبدأ حق الدفاع لكل من الطرفين مبدأ معترفا بع دوليا.[2]

ويتوجب على الهيئة التحكيمية مراعاته وهذا ما يبرز دور المحكم في ممارسة المهام الموكلة إليه بشكل مخلص وعادل.[3]

---

[1] مريني فاطمة الزهراء، **نفس المرجع**، ص240.

[2] منير عبد المجيد، **الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم**، مطابعالقاهرة، 2005، ص170.

[3] فوزي محمد سامي، **مرجع سابق**، ص173.

ونظرا للأهمية البالغة التي يقوم عليه هذا المبدأ فقد أصبح محل اهتمام العديد من الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم ونصت على هذا المادة الثانية الفقرة (ب) من اتفاقية جنيف لعام 1927 الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية[1]، والتي تنص على: إذا كان الطرف الذي صدر حكم التحكيم ضده لم يعلم في الوقت الملائم بإجراءات التحكيم بحيث يستطيع أن يقدم دفاعه، أو إذا لم يكن متمتعا بالأهلية اللازمة، أو أنه لم يكن ممثلا بشكل أصولي.

لا يتم تنفيذ الحكم التحكيمي ولا حتى الاعتراف به إذ تبين للقاضي أن الطرف الذي صدر ضده الحكم لم يتم تبليغه خلال وقت ملائم بإجراءات التحكيم لكي يتمكن من تقديم دفاعه، وهذا الاتجاه أخذت به اتفاقية نيويورك سنة 1958 المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها.

وقد نصت على ذلك المادة الخامسة الفقرة 02 من بند (ب) "أن الطرف الذي يحتج ضده بالقرار لم يخطر على الوجه الصحيح بتعين المحكم أو إجراءات التحكيم أو كان لأي سبب آخر غير قادر على عرض قضيته".[2]

ويتجلى أيضا مبدأ احترام حقوق الدفاع فيما يخص القضاء في الدولة الإسلامية وما بين ذلك أنه روى عن عل بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن قاضي، فقلت يا رسول الله ترسلني وأنا حديث السن، ولا علم لي بالقضاء فقال: إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك، إذا تقاضي إليك رجلا فلا تقضي للأول حتى تسمع كلام الأخر، فإن أحرى أن يتبين لك القضاء فما شككت في قضاء بعد.[3]

وإذا كانت الدفوع بصفة عامة هي ما يدلي به الخصم ليدحض به إدعاء خصمه إلا أنها تكون على ثلاث أنواع رئيسية بحسب كيفية توصل الدفع إلى تفادي الحكم على المدعى عليه ووجه المنازعة فيها.

وعليه تنقسم الدفوع بصفة عامة إلى ثلاثة أنواع وهي:

---

[1] **المادة 02** من اتفاقية جنيف الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة .

[2] عن يحياوي نورة، **ضمانات حق الدفاع في خصومة التحكيم**، مداخلة ألقيت في أعمال الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية، الذي أجريت فعاليته خلال يومي 14 و15 جوان 2006، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص394.

[3] أيت حبيب نبيلة، بوعلاق سلوى، **القانونالواجب التطبيق في الخصومة التحكيمية**، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، سنة المناقشة 2016/01/21، ص38.

أ. الدفوع الموضوعية:

يقصد بالدفوع الموضوعية تلك الدفوع التي توجه إلى ذات الحق المدعى به أي إلى موضوع الدعوى وتستهدف الحكم برفض الدعوى كليا أو جزئيا[1]، ومن هذه الدفوع منها ما هو سلبي يقتصر على مجرد إنكار الوقائع أو إنكار أثرها القانوني، ومنها ما هو إيجابي يتجاوز الإنكار إلى تأكيد واقعة معينة من شأنها أن تمنع قيام الحق المدعى به أو تؤدي إلى إنهائه كالدفع ببطلان العقد لعدم مشروعية السبب أو الدفع بالوفاء.

تخضع الدفوع الموضوعية لمجموعة من القواعد بصرف النظر عما إذا كانت مقدمة إلى القضاء أو إلى هيئة التحكيم، فالدفوع الموضوعية لا يتقيد إبداؤها بترتيب معين، ويعتبر الحكم الصادر بمناسبة تقديمها حكما فاصلا في الموضوع ويحوز حجية الأمر المقضي.[2]

ب. الدفوع الشكلية (الإجرائية):

الدفوع الشكلية هي الدفوع التي لا تتوجه إلى موضوع الحق وإنما تتوجه إلى الإجراءات، فهي تهدف إلى إثبات قيام عيب في الإجراءات مما يؤدي إلى ضرورة إنهائها حتى لا تصدر حكم مبني على إجراءات غير صحيحة مثال عن ذلك الدفع بالبطلان أو الدفع بعدم الاختصاص وإذا انتهت الخصومة نتيجة نجاح الدفع الشكلي فإنها تنتهي دون أن يكون الموضوع قد فصل فيه، أو يكون الفصل فيه تأخر بعض الشيء.[3]

فالمشرع الجزائري لم يفرد أي نص لمعالجة هذه الدفوع وترك ذلك للقواعد العامة إذا ما اتفق الطرفان على تطبيق قانون الإجراءات المدنية رغم ما للخصومة التحكيمية من خصائص، وهذا على عكس المشرع المصري الذي وضع تنظيم متميز لنوع خاص من الدفوع الشكلية في مجال التحكيم هو الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم إذا نص في المادة 22 من قانون التحكيم على أن تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع.

---

[1] وجدي راغب فهمي، **مبادئ القضاء المدني قانون المرافعات**، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1986، ص468.

[2] سامي بلعابد، **انعقاد الخصومة التحكيمية في القانون الجزائري**، جامعة قسنطينة 1، ص144.

[3] علوش صابر، **مرجع سابق**، ص100.

والدفوع المتعلقة بعدم اختصاص هيئة التحكيم بهذا المعنى الواسع يكاد يستغرق كافة الدفوع الشكلية إذ أنه يشمل كل الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو على سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع وهذا ما يشمل بالطبع الدفع بعدم قابلية النزاع أصلا للتحكيم باعتبار ما يؤدي إليه عدم القابلية للتحكيم من بطلان الاتفاق.[1]

إذا رفضت هيئة التحكيم الدفوع المتعلقة باختصاصها فيقتصر أثر هذا الرفض على قيامها بنظر موضوع النزاع والفصل فيه، فإذا لم يتم التمسك بالدفع من جديد أمام المحكمة من خلال دعوى بطلان حكم التحكيم كان للمحكمة أن تنظر في الدفع وهي تفصل فيه من حيث القانون والواقع على حد سواء وذلك خلافا للأصل من كون رقابة البطلان التي يمارسها القضاء تختلف عن رقابة الاستئناف في كونها لا تتعرض للوقائع.[2]

ت. الدفوع بعدم قبول الدعوى التحكيمية:

الدفع بعدم القبول هو كل سبب يرمى به الخصم إلى إعلان عدم قبول طلب خصمه دون البحث في موضوعه، وبالتالي فإن الدفع بعدم قبول الدعوى التحكيمية هو الدفع الذي لا يوجه إلى موضوع الدعوى بالمعنى الأضيق ولا يوجه إلى الإجراءات وإنما إلى الحق في الدعوى، وبعبارة أخرى يوجه إلى مكنه الحصول على حكم موضوع النزاع.[3]

والأكيد أن موضوع هذا الدفع هو التمسك بعدم توافر شروط الدعوى لإنتفاء الصفة أو إنتفاء المصلحة أو تقادم الحق موضوع الدعوى أو انقضاء الميعاد المحدد لرفع الدعوى[4]، أو سبق الفصل فيها بحكم نهائي يخضع الدفع بعدم قبول الدعوى التحكيمية لجملة من القواعد أخصها أنه يجوز ايداؤه في أي حالة تكون عليها الدعوى، فلا يسقط بالكلام في الموضوع ولا يجوز فيه حجية الأمر المقضي، ويرى البعض وجوب الفصل فيه استقلالا.

عادة ما يتصل الدفع بعدم القبول بقاعدة قانونية تتعلق بالنظام العام ولذلك لابد على المحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها ومناط إثارة المحكمة لمثل هذا الدفع هو مدى تعلقه بالنظام العام.[5]

---

[1] أحمد خليل، **أصول المحاكمات اللبناني**، الدار الجامعية، 2000، ص262.

[2] سامي بلعابد، **مرجع سابق**، ص146.

[3] وجدي راغب فهمي، **مرجع سابق**، 421.

[4] جارد محمد، **مرجع سابق**، ص86.

[5] أيت حبيب نبيلة، بوعلاق سلوى، **مرجع سابق**، ص39.

ومن خلال ما سبق يمكن القول بأن مبدأ حق الدفاع يعتبر بمثابة ضمانة أساسية تستند إليه الهيئة التحكيمية من حلال فصلها في النزاع، كونه يسعى للتشجيع باتخاذ إجراءات لازمة وتجعلها تكشف عن حقائق كانت غامضة مما يؤدي بها للوصول إلى حكم لا نقاش فيه.[1]

ثانيا: احترام مبدأ المساواة

يعتبر هذا المبدأ من المبادئ الأساسية بين أطراف النزاع التي تتحكم على الخصومة التحكيمية، سواء تمت الإجراءات التحكيمية أمام القضاء أو أمام قضاء التحكيم، وهذا المبدأ يقصد به تخويل الهيئة التحكيمية للخصوم فرصة متكافئة لإبداء مختلف أرائهم وإقناع المحكم بها[2]، وقد تم تأكيد هذا المبدأ في إطار القوانين الإجرائية بين مختلف التشريعات الوطنية ولوائح ومؤسسات التحكيم.

وهذا ما أخذ به المشرع المصري في المادة 26 من قانون التحكيم المصري سنة 1994[3]، فقد اقتصرت هذه المادة على الإشارة لمبدأ المساواة وحق الدفاع وذلك بقصد التأكيد على وجوب توافر المساواة وليس التنازل عما عداه من مبادئ.

فمبدأ المساواة لا يكون في إطار تحديد القانون الواجب التطبيق فقط وإنما حتى في اختيار المحكمين، حيث يجب أن تتساوى الأطراف في تحديد هذا الأخير ويظهر ذلك من خلال نص المادة 17 والتي نصت على "لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم".

وأكدت كذلك على هذا المبدأ مراكز التحكيم، كمركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية سنة 1994 وذلك في المادة الخامسة منه والتي تنص "وتعاملهم على قدم المساواة وتتيح لكل منهم في جميع الإجراءات الفرصة الكاملة لعرض قضيته"، والتي تتضمن أنه يقع إلزاما على الهيئة التحكيمية احترام المبدأ الذي يسعى لخلق نوع من الثقة والأمان.[4]

---

[1] سامي بلعابد، **مرجع سابق**، ص146.

[2] أيت حبيب نبيلة، بوعلاق سلوى، **مرجع سابق**، ص39.

[3] **المادة 26 من قانون التحكيم المصري** رقم 27اسنة 1994 والتي نصت (يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه).

[4] أيت حبيب نبيلة، بوعلاق سلوى، مرجع سابق، ص41.

وبدورها أكدت المادة 3/35 من نظام التوثيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي 1994 أكدت على إلزامية المحكم أو المحكمين باحترام المبدأ وذلك بمقتضى المادة أعلاه والتي تنص على "معاملة الأطراف على قدم المساواة".

وكذاك المشرع الهولندي هو الأخر نص في المادة 1/1039 من ق.إ.م لعام 1986 على أنه "يعامل الأطراف على قدم المساواة وتعطي محكمة التحكيم لكل طرف الإمكانية للتمسك بحقوقه وتقديم دفاعه".

كما أقرت محكمة النقض الفرنسية بمبدأ المساواة باعتباره من المبادئ التي تندرج ضمن النظام العام والذي يعني أنها من القواعد الأمرة التي لا يجوز التنازل عنها[1]، كما أن اعتبار مبدأ المساواة ومعاملة الخصوم معاملة واحدة معترف به دوليا.[2]

إن مبدأ المساواة بين الخصوم ليس مبدأ مفروض على الهيئة التحكيمية فقط بل مفروض أيضا على الخصوم بحد ذاتهم ويبرز ذلك في أنه لا يجب على أحد الأطراف المتنازعة اتخاذ أي إجراء أو أي قرار دون علم الأخر، فكلاهما المعنيان بالنزاع، وأي اتخاذ لذلك يعد تعدي على مبدأ المساواة دون وصول الأمر للهيئة التحكيمية، ففي حالة ما إذا نم إخطار الطرفين لحضور جلسات التحكيم وتغيب أحد منهم فللهيئة التحكيمية أن تباشر الإجراءات بل يجوز لها الاستمرار في تسييرها وإصدار الحكم وفقا للأدلة المعروضة أمامها فلا يعد ما قامت به إخلالا بمبدأ المساواة.[3]

ثالثا: احترام مبدأ الوجاهية بين الأطراف

ويقصد به ضرورة العلم بكل ما يقدم من أحد الأطراف فيما يخص الخصومة التحكيمية، سواء من طلبات، دفوع، أدلة إثبات ...الخ، وكذا ما تم اتخاذه فيه من مختلف الإجراءات لحسن سيرها[4]، فلا يجوز الحكم على أي طرف في الخصومة ما دام أنه لم يتم الاستماع إليه أو على الأقل دعوته للدفاع عن نفسه، كما يمكن لأطراف النزاع أو وكلائهم أو محاميهم حضورهم لغرض الإدلاء بأقوالهم، حتى أنه يمكن للهيئة التحكيمية الأمر بحضور الخصوم شخصيا، فإن مجرد تلقي المحكم قرار من

---

[1] لزهر بن سعيد، **مرجع سابق**، ص281.

[2] فوزي محمد سامي، **مرجع سابق**، ص173.

[3] أيت حبيب نبيلة، بوعلاق سلوى، **مرجع سابق**، ص40.

[4] طلعت محمد دويدار، **ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم** (دراسة مقارنة في التشريعات الدولية وأنظمة مراكز التحكيم والتشريعات الوطنية العربية)، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2003، ص170.

الغير وتم الأخذ به في النطق بحكمه دون إحاطة الأطراف بذلك فإن الحكم الصادر بهذا الصدد هو حكم يمس مبدأ المواجهة بين الأطراف.[1]

ومثال على ذلك نزاع ثار بين شركاء في مشروع ما وتم السماع لأحد شركاء المشروع دون علم الآخرون أو حتى إبلاغهم بالتقرير المصرح به من أحد الشركاء فبطبيعة الحال الحكم باطل لأنه خالف مبدأ المواجهة بين الأطراف المتعاقدة.

حيث يقوم مبدأ الوجاهية على عدة مبادئ أساسية تتمثل في أنه على المحكم سماع الخصوم ومناقشة كل خصم خصمه الأخر، حتى يصل الأمر إلى أنه من حق الخصوم مناقشة ما قام المحكم بجمعه من عناصر الواقع والقانون وأي خروج عن كل هذه الحقوق يعتبر مخالفة للمبدأ السالف الذكر.[2]

وقد أكدت مختلف التشريعات الوطنية ومؤسسات ومراكز التحكيم على ضرورة الأخذ بهذا المبدأ واحترامه وذلك حسب ما أخذ به المشرع المصري في المادة 31 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 والتي تنص على أنه "ترسل صورة مما يقدمه أحد الطرفين إلى هيئة التحكيم من مذكرات أو مستندات أو أوراق أخرى إلى الطرف الأخر وكذلك ترسل إلى كل من الطرفين صورة من كل ما يقدم إلى الهيئة المذكورة من تقارير الخبراء والمستندات وغيرها من الأدلة" وهذا تأكيد من المشرع على ضرورة إعمال مبدأ الوجاهية والمساواة من المحكم قبل المحكمين.

على خلاف المشرع الجزائري الذي لم ينص على نحو صريح على احترام مبدأ الوجاهية، وما قام به هو اعتباره من بين الحالات التي تؤدي إلى عدم الاستئناف وذلك وفقا لما نصت عليه المادة 4/1056 من ق.إ.م.إ[3]، حيث أنه أخذ به بصفة ضمنية وليس بصفة صريحة.

وهذا ما سارت عليه لوائح ومراكز التحكيم الدائمة التي أقرت بمبدأ المواجهة كما ورد في لائحة التحكيم لغرفة التجارة الدولية CCI بباريس لعام 1998، وذلك لما ورد في المادة 2/20 التي تنص على أنه "بعد فحص مذكرات الأطراف وكل المستندات المقدمة منهم تستمع محكمة التحكيم إلى الأطراف في مواجهة بعضهم البعض"، أي أنه بعد فحص ما تقدم به الطرفان تلتزم هذه الأخيرة بتقديم فرصة الاستماع لكلا الطرفين وفتح باب مواجهة طرف أخر كما نصت المادة 37 من نطاق

---

[1] طلعت محمد دويدار، **المرجع نفسه**، ص188.

[2] أيت حبيب نبيلة، بوعلاق سلوى، **مرجع سابق**، ص42.

[3] **المادة 1056 ق.إ.م.إ.** (لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ إلا في الحالات الآتية...4-إذ لم يراعي مبدأ الوجاهية).

التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة سنة 1994 على أنه "تقوم هيئة التحكيم بعد استلامها الملف بفحص مذكرات الأطراف وما قدموه من وثائق ومستندات وسماع أقوالهم في مواجهة بعضهم البعض".[1]

إن مجال التحكيم التجاري الدولي يصعب على الهيئة التحكيمية في المبادئ المذكورة أعلاه، وذلك لعدم إحاطتها بكل ما تتضمنه التشريعات الأجنبية، لذا يتوجب على الطاعن إقامة الدليل على عدم الإعمال بهذه المبادئ.[2]

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، **التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص522.

[2] أيت حبيب نبيلة، بوعلاق سلوى، **مرجع سابق**، ص44.

المبحث الثاني: دور هيئة التحكيم في سير إجراءات الخصومة التحكيمية

لقد سمح القانون للأطراف في الخصومة التحكيمية باختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة التحكيمية ويتميز هذا الاختيار بالحرية والإرادة في تحديد القانون بين الأطراف، وفي حالة غياب إرادة الأطراف، أو عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون، يمكن للأطراف إسناد هذه المهمة إلى المحكم، بحيث يمكن للهيئة التحكيمية اختيار القواعد الإجرائية المناسبة لسير الخصومة التحكيمية وكذا اختيار القانون الواجب التطبيق على الخصومة التحكيمية ويعتبر دورها هام وفعال في اختيار هذا القانون.

هذا ما سنحاول دراسته من خلال هذا المبحث الذي قمنا بتقسيمه إلى مطلبين: المطلب الأول نتطرق فيه إلى سلطات هيئة التحكيم في تحديد القواعد التي تحكم سير إجراءات الخصومة التحكيمية، أما المطلب الثاني سنتناول فيه سلطة هيئة التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة التحكيمية.

المطلب الأول: سلطات هيئة التحكيم في تحديد القواعد التي تحكم سير إجراءات الخصومة التحكيمية

تتمتع هيئة التحكيم بدور هام وفعال من أجل الفصل في الخصومة التحكيمية وهذا في غياب اتفاق الأطراف.

حيث تقوم هيئة التحكيم على عدة سلطات خولت لها ومنها سلطة اختيار القواعد الإجرائية التي تسير عليها إجراءات الخصومة التحكيمية والعمل على تنظيمها لتحقيق العدالة وهذا من خلال الفرع الأول الذي قمنا بتسميته سلطة هيئة التحكيم في تنظيم إجراءات الخصومة التحكيمية، أما الفرع الثاني فنتناول فيه عن تحديد هيئة التحكيم في اختصاصها بالفصل في الخصومة التحكيمية.

الفرع الأول: سلطة هيئة التحكيم في تنظيم إجراءات الخصومة التحكيمية

يمكن للمحكم أو هيئة التحكيم النظر في اختصاصه أو اختصاصها، إذ يمكن الاستمرار في الإجراءات التحكيمية، وهو الذي يقرر كونه مختص بالنظر في الخصومة التحكيمية وذلك تبعا لبعض القواعد الأساسية في الخصومة التحكيمية وإجراءاتها المناسبة.[1]

أولا: الفصل في وجود وصحة اتفاق التحكيم

نقطة البداية في نظام التحكيم هي الاتفاق على مبدأ التحكيم، واختياره سببا لحل منازعات معينة، أو المنازعات التي تثيرها معاملات معينة.[2]

وبدون هذا الاتفاق لا يمكن أن يجري التحكيم لذلك يجب على المحكم أن يضطلع بتحكيم أو يعاون في فعاليته أو يأمر بتنفيذ ما صدر فيه من أحكام، وتعمل على التحقق من وجود اتفاق التحكيم وأن يحدد القانون الواجب التطبيق عليه لتأكد من صحته، ولمعرفة وجود وصحة اتفاق التحكيم لابد إذ من معرفة القانون الواجب التطبيق.[3]

كقاعدة عامة لا يختلف اتفاق التحكيم في هذا الأمر عن غيره من العقود ذات الطابع الدولي، إذ تخضع في تشريعات مختلف الدول لسلطان الإرادة.

---

[1] فوزي محمد سامي، **مرجع سابق**، ص63.

[2] حسيني المصري، **التحكيم التجاري الدولي** (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2006. ص27.

[3] فوزي محمد سامي، **مرجع سابق**، ص64.

ولقد تبنى المشرع المصري هذه القاعدة صراحة في المادة 39من القانون المدني التي تخضع له العقود للقانون الذي يتفق عليه الأطراف أو الذي تبين من الظروف اتجاه إرادتهم إلى تطبيقه، وإلا طبق قانون الموطن للمتعاقدين إذا اتخذ موطنا، فإن اختلف موطنا يسري قانون محل إبرام العقد.[1]

فالمحكم عندما يقوم بالتحكيم في مصر لا يعني تقيده بقواعد الإسناد المقررة في القانون المصري، لأن المحكم على خلاف القاضي ليس له قانون اختصاص، وإذا كان التحكيم في الخارج فهو لا يقيد بقواعد الإسناد المقررة في القانون المصري حتى ولو اتفق الأطراف على تطبيق القانون المصري فهو لا يتقيد إلا بإرادة الأطراف.[2]

وقد أوضحت المادة 39 من قانون التحكيم المصري ذلك فالإرادة لازالت قاعدة مستقرة في القانون الدولي الخاص، ويقوم عليها أصل نظام التحكيم ككل وليس اتفاق التحكيم فحسب إذ تقضي الاتفاقية الأوروبية للتحكيم الدولي المبرمة في جنيف في 21 أفريل 1961 في الثانية من مادتها السادسة بأن "تطبق محاكم الدول المتعاقدة على وجود أو صحة اتفاق التحكيم فيما يتعلق بأهلية الأطراف القانون الواجب التطبيق عليهم وفي المسائل الأخرى" ولكي يتحقق من وجود اتفاق التحكيم وصحته لابد أن يتعين على المحكم قبل مباشرة مهامه التحقق من نطاق النزاع المطروح عليه من حيث الموضوع والسبب والأطراف، وأيضا التحقق من السلطة المخولة له بمقتضى عقد التحكيم.[3]

ولا بد أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا ومتضمنا لموضوع النزاع، وأسماء المحكمين، وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري على أنه يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، نفس الفكرة ذهب إليها المشرع المصري حيث أكد على أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطل، ولهذا أصبحت الكتابة أحد أركان انعقاد اتفاق التحكيم ولا تعتبر فقط كدليل للإثبات بل أخذت كشرط لصحته.

وهنا يمكن القول أن اتفاق التحكيم لا يمكن أن يقوم بدون شرط الكتابة وبغض النظر عن طريقة وسيلة الكتابة وشكلها.[4]

---

[1] إبراهيم أحمد إبراهيم، **التحكيم الدولي الخاص**، دار النهضة العربية،القاهرة، الطبعة الثانية، 1997، ص174.

[2] عبد القادر سرحان، **سلطان المحكم في خصومة التحكيم التجاري الدولي** (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2000، ص24.

[3] فوزي محمد سامي، **مرجع سابق**، ص64-65.

[4] أحمد إبراهيم عبد التواب، **اتفاق التحكيم، مفهومه وأركانه وشروطه، نطاقه**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص230-231.

وقد نصت المادة 10 من قانون التحكيم الأردني على أنه "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا..." إذ نضمه مستندوقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما يتبادله الطرفان من وسائل أو برقيات عن طريق الفاكس أو رسائل الاتصال الأخرى المكتوبة والتي تعتبر بمثابة محل الاتفاق.[1]

وبالإضافة إلى ذلك يوجد شرط آخر لصحة اتفاق التحكيم هو محل الاتفاق الذي يعتبره موضوع النزاع في التحكيم، بحيث يعبر عن موضوع النزاع بشكل تفصيلي إذ يكفي الاتفاق على التحكيم في شرط التحكيم من حيث المبدأ دون الدخول بكل التفاصيل.

اتفاق التحكيم مثل سائر العقود تعين أنيضمن محل معين وإلا يعتبر اتفاق التحكيم غير موجود.[2]

ثانيا: اختيار مكان التحكيم

تحديد مكان التحكيم أمرا مرتبطا إما بإرادة الأطراف فلهم الحرية في اختيار واتفاق على مكان التحكيم، فإذا لم يوجد اتفاق تقوم هيئة التحكيم بتعينه مراعية الظروف الملائمة لسير الدعوى من حيث المكان والأطراف ويعتبر تحديد مكان التحكيم ذو أهمية بالغة سواء بالنسبة للأطراف أو لمحكمة التحكيم بحيث يؤدي هذا الاختيار إلى نتائج جيدة في حسن سير الخصومة التحكيمية، الأمر الذي يتطلب قرب مكان التحكيم من الأطراف ولمحكمة التحكيم.[3]

وتظهر أهمية مكان التحكيم في تحديد جنسية التحكيم، هل هو تحكيم أجنبي أم وطني، كما تظهر وبشكل خاص بالنسبة لقرار التحكيم لمعرفة إمكانية تنفيذ الحكم المذكور في دولة أخرى، وما إذا كانت الدولة محل التنفيذ، منظمة اتفاقية نيويورك لسنة 1950 الخاصة الاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ويبرز فعالية حرية في اختيار مكان التحكيم في إعطاء الفرصة للأطراف من تجنب إجراء التحكيم في الدول التي يملك قانون تحكيمي صارم يقيد حرية الأطراف وهيئة التحكيم أو التشديد في الرقابة على الأحكام التحكيمية.[4]

أما نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية، فقد أعطى الأطراف حرية اختيار مكان التحكيم، فإن لم يتفقوا على ذلك تولت هيئة التحكيم هذا الاختيار وهذا ما نصت عليه المادة 14 " تحدد المحكمة مكان

---

[1] أحمد إبراهيم عبد التواب، **مرجع سابق**، ص232.

[2] عبد القادر سرحاني، **مرجع سابق**، ص20.

[3] سرور ياسين، خادر نادية، **الخصومة التحكيمية**، مذكرة ماستر، تخصص قانون أعمال، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2016، ص41-42.

[4] سرور ياسين، خادر نادية، **نفس المرجع**، ص43.

التحكيم ما لم يتفق الأطراف عليه"، بحيث يجوز لهيئة التحكيم اختيار المكان المناسب لسير الخصومة، وهذا بعد استشارة الأطراف، وهو نفس المبدأ الذي عملت به بعض التشريعات الوطنية.[1]

وحسب نص المادة 1042 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "إذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم، يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ.[2]

وعلى خلاف بعض التشريعات نجد المشرع المصري الذي جعل هيئة التحكيم هي المكلفة بتعيين مكان التحكيم بعد إرادة الأطراف وهو القرار الصائب، باعتبار أنه كان على المشرع الجزائري أن يدعم استقلالية الهيئة التحكيمية بعدم تدخله في تحديد مكان الانعقاد.[3]

وقد عالج القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على كيفية تحديد مكان التحكيم من خلال المادة 20 منه التي نصت على ترك اختيار مكان التحكيم لإرادة الأطراف وإلا تولت ذلك محكمة التحكيم على أن تراعي التحديد هذا المكان ملابسات موضوع النزاع، ويكون هذا التحديد ملائم للأطراف، وقد وردت المادة 28 من القانون المصري هذه الأحكام، وهذا بعني إمكانية اتفاق الأطراف على أن يتم التحكيم في الخارج حتى ولو تعلق الأمر النزاع محله في كل عناصره، ومن باب الأول إذا تضمن عنصرا أجنبيا أو كان تحكيما دوليا مع ملاحظة أن الغرص تعلق في كل الصور بتحكيم خاضع للقانون المصري.[4]

وقد ذهب نظام التحكيم الغرفة التجارة الدولية إلى حرية الأطراف في اختيار مكان التحكيم فإن لم يتفقوا على ذلك تولت هيئة التحكيم هذا الاختيار وهذا ما نصت عليه المادة 14 منه،[5] بحيث تقوم هيئة التحكيم بتعيين مكان إجراء التحكيم داخل الدولة التي اتفق الطرفان عليها، ولها إمكانية سماع الشهود وسير الخصومة وإجراءاتها بين أطرافها وأي مكان تكون مناسبا مع مراعاة التحكيم، فقد

---

[1] **قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985**، تعديلات في عام 2006، لجنة الأمم المتحدة لقانون االتجاري الدولي، منشورات الأمم المتحدة، 2008.

[2] **المادة 1042 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري**، المؤرخ في 25 فبراير 2008.

[3] سرور ياسين، خادر نادية، **مرجع سابق**، ص45.

[4] حمداوي زهرة، **التحكيم كآلية لتسوية النزاعات التجارة الدولية**، مذكرة ماستر، تخصص قانون اقتصادي، جامعة سعيدة، 2015، ص68.

[5] إبراهيم أحمد إبراهيم، **مرجع سابق**، ص294.

اعترفت لمضمونه قواعد اليونسترال لعام 1976 المادة 16 الفقرة 1 "فعلى هيئة التحكيم أن تراعي المكان الأكثر ملائمة بالنسبة لظروف الدعوى".[1]

ثالثا: لغة التحكيم

عالجت المادة 22 من القانون النموذجي أمر بتحديد اللغة المستخدمة في التحكيم، فتركت الاختيار لحرية الأطراف وإذا تم تحديد اللغة أو اللغات المستخدمة فيسريهذا الاستخدام على كل ما يتعلق بعملية التحكيم من تحرير البيانات والمذكرات المكتوبة أو المرافعات الشفهية وكذلك في كل قرار تتخذه الهيئة أو رسالة توجهها أو حكم تصدره، ومع ذلك يظل للأطراف إمكانية اتفاق على خلاف ذلك كاتفاقعلى استخدام لغة أخرى غير اللغة السابق تحديدها بشأن المرافعات الشفهية مثل وإذا كانت الهيئة هي التي تولت تحديد اللغة، فهي تملك أيضا صلاحية التحديد والتوزيع شأنها شأن الأطراف.[2]

يتولى المحكم أو هيئة التحكيم تحديد اللغة أو اللغات التي يجري بها التحكيم، وذلك في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد لغة التحكيم، أما إذا كان الأطراف على اتفاق فأن المحكم يلزم بلغة الأطراف وهي التي تكون اللغة الأصلية، ولكن إذا كانت الهيئة هي التي تولت تحديد اللغة، فهي تملك صلاحية التعديل أيضا.[3]

وقد أخذت بهذه الفكرة وجاء بها في القانون النموذجي الذي أخذته لجنة القانون التجاري الدولي اليونسترال وذلك في نص المادة 22 منه <<على أن للطرفان حرية الاتفاق على اللغة أو اللغات التي تستخدم في إجراءات التحكيم فإن لم يتفقا على ذلك بادرت هيئة التحكيم تعيين اللغة أو اللغات التي تستخدم في هذه الإجراءات..."، مراعية بذلك لغة العقد محل النزاع>>.[4]

---

[1] كوم محمد زيدان النجار، **المركز القانوني للمحكم**، دار الفكر الجامعي الإسكندرية،الطبعة الأولى،2010، ص163.

[2] عبد الحميد الأحدب، **التحكيم في البلدان العربية**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 2008، ص37.

[3] رحموني محمد ياسين، عروسي محمد، **دور المحكم في خصوم التحكيم في التشريع الجزائري**، مذكرة ماستر، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2022، ص31.

[4] سعيداني صارة، **إجراءات الخصومة التحكيمية**، مذكرة ماستر، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، 2015، ص14.

وإذا قدمت مستندات محررة بغير اللغة المستخدمة في التحكيم، فلهيئة التحكيم أن تأمر بإرفاق ترجمة للغة المستعملة في التحكيم، وإذا تعددت اللغات فلهيئة قصر الترجمة على لغة واحدة.[1]

وقد تطرق المشرع المصري لحرية الأطراف في اختيار لغة التحكيم في نص المادة 29 من قانون التحكيم، إذ جعل التحكيم باللغة العربية وذلك في حالة غياب اتفاق الأطراف أو عدم تحديد الهيئة التحكيمية للغة الواجب الاتفاق عليها.[2]

أما المشرع الجزائري بدوره لم يتطرق لمسألة تحديد لغة التحكيم، وهو نفس التوجه الذي كان موجه لمكان التحكيم، فهل عدم تطرق المشرع الجزائري يعني منه أنه لابد من اعتبار اللغة ومكان التحكيم أنهما يخضعان لنفس القواعد والإجراءات التي تحكم المحكمين ويعني القانون الواجب التطبيق الذي يكون في حرية الأطراف في الاختيار والخضوع لمبدأ سلطان الإرادة.[3]

الفرع الثاني: سلطة هيئة التحكيم في تحديد اختصاصها بالفصل في الخصومة التحكيمية

يعتبر مبدأ الاختصاص بالاختصاص من المبادئ الأساسية التي يبنى عليها التحكيم التجاري وهو الذي يعطي لقضاء التحكيم وحده مسألة الاختصاص حيث احتل أهمية كبيرة في قوانين التحكيم.

أولا: أساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص

لقد ظهرت عدة أسس لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، ويقصد بالأساس هو الفكرة التي يقوم عليها، فهناك أساس يقوم على استقلالية التحكيم في العقد وأساس آخر يكون في القانون الواجب التطبيق، في حين هناك أساس فني، وسوف نعطي بعض الأسس الأساسية لهذا المبدأ وهي:

1. الأساس الاتفاقي: يبنى هذا الأساس على أن المحكم يستمد سلطة تقرير اختصاصه من استقلالية اتفاق التحكيم في العقد، وقد أكدت عليه بعض الأحكام القضائية الصادرة في فرنسا، وقد جعلت هذا المبدأ من أهم المبادئ في إرساء قواعد مبدأ الاختصاص

[1] د. مختار أحمد بريري، **التحكيم التجاري الدولي**، دراسة خاصة للقانون المصري الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص103-104.

[2] مريني فاطمة الزهراء، **مرجع سابق**، ص217-218.

[3] مريني فاطمة الزهراء، **نفس المرجع**، ص55.

بالاختصاص[1]، ويعتبر هذا الأساس هو بمثابة وسيلة تعطي المحكم سلطة النظر في مسألة اختصاصه.

وقد يوجد هناك عدة حجج لذلك أن شرط التحكيم يعتبر منفصل عن العقد الأصلي، وإذا تواجد عيب في العقد الأصلي فإن هذا لا يؤثر على تقرير المحكم لاختصاصه لأنه لا يستمد سلطته منه.[2]

بالإضافة إلى أن للمحكم سلطة الفصل في النزاعات المتعلقة بالعقد الأصلي، فالمحكم لا يفصل في صحة عقد هو مصدر سلطته، لأن أساس مبدأ الاختصاص هو اتفاق التحكيم.[3]

2. الأساس القضائي:

ويكون على فكرة الطبيعة القضائية لمهمة المحكم التي يبنى عليها مبدأ الاختصاص بالاختصاص، فالمحكم هو المصدر الأول لسلطته القضائية باعتبار أن المحكم هو قاضي اختصاصه، حيث يقوم المحكم بالنظر في كافة النزاعات المتعلقة بالعقد الأصلي أو باتفاق التحكيم، فهنا يعني أن المحكم هو قاضي اختصاصه، فهو يطبق لمبدأ العام الذي مفاده أن كل قاضي هو قاضي اختصاصه على القضاء الخاص.[4]

3. الأساس التشريعي:

وهذا الأساس يعتمد على أن قانون التحكيم في دولة مقر التحكيم هو الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الاختصاص بالاختصاص فهو يستمد أساسه وقواعده من النص التشريعي في القانون التحكيمي المطبق أو من قانون التحكيم في دولة المقر، ومعنى هذا أن أساس المبدأ هو النص القانوني الذي يطبق في دولة مقر التحكيم.

---

[1] حنطة السيد حداد، **الوجيز في النظرية العامة للتحكيم في التحكيم التجاري الدولي**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص235.

[2] فوزي محمد سامي، **مرجع سابق**، ص208.

[3] بال أحمد، عبد النور طارق، **مبدأ الاختصاص بالاختصاص**، تجسيد الفعالية اتفاقية التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماستر، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2019، ص20.

[4] بال أحمد عبد النور طارق، **مرجع سابق**، ص21.

وعليه وجود نص تشريعي يعطي المحكم سلطة الفصل في اختصاصه وأساسه هو النص القانوني الذي يتم تكريسه في دولة مقر التحكيم، وبصفة عامة من مجموع الدول المحتمل أن تمنح المحكم سلطة الفصل في مسألة اختصاصه.[1]

يعتمد البعض على فكرة استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي لا يقدم أساسا كافيا لتقرير سلطة المحكم من أجل الابتعاد للفصل في اختصاصه وهذا راجع إلى أن يأتي اتفاق التحكيم في صورة شرط من شروط العقد الأصلي، ومن ثم العجز عن تبرير سلطة المحكم في الفصل في اختصاصه بحيث يكون اتفاق التحكيم مستقلا عن العقد الأصلي إذا ما كان له صورة المشارطة.[2]

وعندما يكون اتفاق التحكيم باطلا هنا ستنعدم سلطة المحكم تماما حيث المحكم يكون فاقد للوجودة وسلطاته، وهناك لا يمكن الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم على الإطلاق.

ثانيا: مبررات مبدأ الاختصاص بالاختصاص

قد شهد مبدأ الاختصاص بالاختصاص تأييد كبير من المختصين في مجال التحكيم، وقد عمل على مجموعة من الأسانيد المنطقية والواقعية التي تتمثل في ثقة الأطراف في قضاء التحكيم، فالحكم لا يقتصر فقط على موضوع النزاع، وإنما يشمل جميع القرارات الأولية والتمهيدية الصادرة عن المحكمة قبل الفصل.[3]

كما لها قرار ثبوت الاختصاص وهذا يزيد ثقة الأطراف.

يعمل مبدأ الاختصاص بالاختصاص بالتقليل من المعاملات السيئة والمعاملات التي بين أطراف النزاع الغير حسن النية من التحايل والغش من أجل إعاقة عملية التحكيم من خلال رفع الدعاوي أو تقديم الطعون وتكون اختصاص محكمة التحكيم التي تكمن فيها الثقة في منح هيئة التحكيم في مسألة اختصاصها.[4]

---

[1] علي أنور الطنشي، **مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم**، ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009 الطبعة الأولى ، ص70-71.

[2] بال أحمد عبد النور طارق، **نفس المرجع**، ص22.

[3] علي بشير سليمان، **مبدأ الاختصاص بالاختصاص الدولي**، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 63، جامعة تشرين، رقم العدد (2)، 206، ص16

[4] أحمد عبد الكريم سلامة، **التحكيم الدولي والداخلي**، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2004، ص517.

بالإضافة إلى ذلك يتضمن المبدأ سرعة الإجراءات وسرعة البث في النزاع.

وهنا نستنتج أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يتضمن أهم المبررات وهي:

- ✓ ثقة الأطراف في قضاء التحكيم الذي يشمل جميع القرارات الأولية والتمهيدية من قبل محكمة التحكيم؛[1]
- ✓ يعمل على حسن المعاملات التجارية والتقليل من التحايل والغش والتماطل؛
- ✓ الاختصاص بالاختصاص له مهمة اختصار مدة التقاضي أمام هيئة التحكيم بمعنى يعمل على الفصل في الدعوى بأفضل وقت ممكن.

ثالثا: آثار مبدأ الاختصاص بالاختصاص

يترتب على مبدأ الاختصاص بالاختصاص أثاران هامان، الأول يكون ايجابي والآخر سلبي.

يمكن أن يكون الأثر الايجابي في ثبوت البت في الاختصاص لهيئة التحكيم دون أن ينظر قضاء الدولة ليمنحها إياه وهنا يظهر فرضيتين:

- إما أن تعمل باختصاصها وبالتالي تنظر في موضوع النزاع.[2]
- وإما تعمل على عدم الاختصاص إذا كان اتفاق التحكيم باطل أو غير موجود، فهي لا تقضي بصحة الاتفاق أو بطلانه وإنما تبحث الصحة أو البطلان للفصل في اختصاصها، أو عدم اختصاصها بما قدم لها من طلبات.[3]

وهنا لهيئة التحكيم حالة لتقرير اختصاصها أن تمضي في المنازعة المعروضة دون أن توقف الفصل في إجراءات التحكيم حتى الفصل في صحة الاتفاق على التحكيم أو بطلانه، فإذا كانت هيئة التحكيم لها صفة اختصاصها، ورفض الدفع بعدم اختصاصها فإنها تستمر في نظر النزاع.

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، **نفس المرجع**، ص279.

[2] بلهوان حسين، **تنازع القوانين في منازعات التحكيم في عقود التجارة الدولية**، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون أعمال، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010، ص73.

[3] رشا على الدين أحمد، **مبدأ الاختصاص بالاختصاص أمم هيئات التحكيم الدولية**، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية للعدد 56، 2014، ص125-126.

بحيث لا يجوز الطعن في حكمها بالاختصاص على استغلال وإنما عليها الانتظار حتى صدور حكم التحكيم على موضوع الدعوى.[1]

أما الأثر السلبي فيتمثل في أن القضاء الدولة ليس له في هذا الاختصاص، بل يجب أن يترك الاختصاص للمحكم ابتداء ويعقب على حكمه انتهاء إذا لم يرضى به أحد الأطراف.

وقد أشار إليه المشرع الجزائري وتبين موقفه من خلال المادة 1044 وقد جاء متأثرا بما تقرر في القانون المصري.[2]

ويطبق هذا الأثر أمام محاكم الدولة، حيث يقتضي أن تمتنع هذه المحاكم عن النظر أو البث في أي دعوى يوجد الشرط التحكيمي أو صحته، وقد يسمح للمحكم فقط البث في مسألة اختصاصه، وإنما الفصل فيها أولا قبل أي جهة أخرى، بمعنى أن قضاء الدولة لا تفضل في اتفاق التحكيم المعروض عليه ولا تبث في مسألة التدخل في اختصاص المحكم قبل أن تكون له فرصة البث فيها، ومنه فشل التحكيم بوضع اتفاق التحكيم موضع طعن.[3]

المطلب الثاني: سلطة هيئة التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة التحكيمية

قد تتدخل الهيئة التحكيمية من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات في حالة غياب اتفاق الأطراف، غير أن هذه الهيئة في تحديدها يجب أن تنقيد ببعض الأسس والقواعد منأجل الفصل في النزاع وتطبيق قانون ملائم على الإجراءات.

بحيث تقوم هيئة التحكيم بتطبيق هذه القواعد لحسن سير الدعوى في الخصومة التحكيمية ومن بين هذه الأسس نجد تطبيق قانون دولة مقر التحكيم وهذا في الفرع الأول، كما لها حق تطبيق القانون الذي يطبق على موضوع النزاع وهذا تناولناه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم

[1] بلهوان حسين، **مرجع سابق**، ص31.

[2] بهوان حسين، **مرجع سابق**، ص32.

[3] عبد الحميد الأحدب، **موسوعة التحكيم الدولي**، الجزء الثاني، دار المعارف، مصر، 1998، ص250.

تحديد مكان التحكيم من المسائل الجد الهامة، إذ يتوقف عليه تعيين القانون الواجب التطبيق على الخصومة التحكيمية، فيعتبر تحديد مكان التحكيم الأساس في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات إذ عملت النصوص القانونية الحديثة وطنية أو دولية بإرباط مكان التحكيم بإقليم الدولة.[1]

فإذا لم يتفق الأطراف على مكان التحكيم تقوم هيئة التحكيم بتحديد هذا القانون، إذ يقوم محكمة التحكيم في هذه الحالة على قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم، ولكن يجب أن يكون مكان التحكيم المكان الأنسب للخصوم.[2]

وقد جاء الاعتماد عن مقر التحكيم لتحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات في معظم الاتفاقيات الدولية والتشريعات والقوانين الداخلية وكذلك الاجتهاد التحكيمي.[3]

ففكرة تطبيق قانون مقر التحكيم يستند على إدارة الضمنية للأطراف وهذا بشأن الإرادة بصفة عامة ولاسيما في مجال التحكيم وهناك من يرفض هذه الفكرة في إرادة الأطراف في تحدي إجراءات التحكيم، ما لم تكن هذه الإرادة صريحة وواضحة، ولكن هناك مشكلة تكمن في اختيار القانون الملائم والأنسب ليحكم المسائل الإجرائية ويعتبر قانون مقر التحكيم هو القانون الأنسب، وهناك من أعطى له تسمية قانون مقر التحكيم هو من يصنع المحكمة.

فالمحكم يقوم باختيار قانون الدولة الذي يجري فيه التحكيم أو قانون الدولة التي جرت فيها الوقائع المتعلقة بالخصومة التحكيمية، وقد ألزم المشرع باختيار القواعد الموضوعية للقانون الذي يكون أكثر اتصالا بالنزاع، وهو بطبيعة الحال قانون الدولة التي أبرم فيه العقد، والقانون الأنسب والملائم للنزاع هو قانون الدولة مقر التحكيم.[4]

فاختيار مكان التحكيم دلالة على تطبيق قواعد الإجراءات التحكيم المعمول بها في تلك الدولة، وأن إخضاع إجراءات التحكيم لقواعد دولة مقر التحكيم يتماشى مع قاعدة التنازع، وهي القاعدة التي

---

[1] مؤيني فاطمة الزهراء، **مرجع سابق**، ص225.

[2] دريسي كمال فتحي، **التحكيم التجاري الدولي**، تخصص قانون أعمال، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الثانية ماستر، جامعة الوادي، 2022، ص60.

[3] Béguin (J), L'arbitrage commercial internationalMontréal : édition y.von-Blais, 1987, P150.

[4] علي شريف سعيدة، القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماستر القانون الخاص، جامعة بسكرة، 2014، ص50.

تنص على أنه: " يسرى على قواعد الاختصاص، جميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي يقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات".[1]

ومن الاتفاقيات التي أحذت بهذه الفكرة من بينها اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالاعتراف قرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها في مادتها الخامسة الفقرة الأولى بند "ب" التي تنص على "أن تشكيل هيئة التحكيم أو أن إجراءات التحكيم لم تكن وفقا لاتفاق الطرفين أو لم تكن في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق وفقا لقانون البلد الذي جرى فيه التحكيم...".[2]

نفس الفكرة أخذ بها المشرع المصري الذي أكد على تحديد القانون الإجرائي ولم تعمل الأطراف على تحديد وكانت مصر هي المكان الذي يتم فيه التحكيم يطبق القانون المصري أي قانون مقر التحكيم وهذا ما جاءت به المادة الأولى من قانون التحكيم المصري.[3]

أما المشرع الجزائري لم يصرح ولم ينص على تطبيق قانون مقر التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهذا ما تبين من نص المادة 2/1043 التي تنص على:"... إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام التحكيم".

نفس الموقف أخذ به المشرع الفرنسي حول تطبيق قانون مقر التحكيم[4]، فيعتبر قانون مقر التحكيم هو أكثر القوانين قابلية للتطبيق بالنسبة لبعض مسائل الإجراءات كالمسائل المستعجلة والمسائل الأولية، وعليه يجب تحديد مكان التحكيم منذ بدء إجراءات الخصومة التحكيمية من أجل تحديد القانون المطبق عليه وهذا ما يتم تعيينه من قبل هيئة التحكيم عند عدماتفاق الأطراف على ذلك والرجوع لقانون مكان التحكيم وهذا ما جاءت به المادة 28 من لقانون المصري.[5]

---

[1] أيت حسين نبيلة، بوعلاق سلوى، **القانون الواجب التطبيق على الخصومة التحكيمية**، مذكرة ماستر ،جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية 2016، ص40.

[2] **نفس المرجع**، ص40.

[3] أيت حسين نبيلة، **نفس المرجع**، ص41.

[4] **المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.**

[5] د. طلعت محمد دويدار، **ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم**، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، جامعة بيروت، ص123.

الفرع الثاني: تطبيق القانون الذي يطبق على موضوع النزاع

إن اتفاق التحكيم يتمتع باستقلال قانوني كامل اتجاه العقد موضوع النزاع، خصوصا فيما يرتبط القانون الواجب التطبيق، وتعتبر إجراءات الخصومة التحكيمية في الحقيقة، ما هي إلا أثر لاتفاق التحكيم وامتداد له.

ولذلك أنه ليس من الضروري أن يكون القانون الذي يحكم كلا من اتفاق التحكيم وإجراءات التحكيم واحد، ومن أجل إخضاع إجراءات التحكيم للقانون الذي يحكم موضوع النزاع يجب عليه معرفة القانون الذي يحكم موضوع النزاع حيث يمكن لهيئة التحكيم إمكانية تطبيقه على إجراءات التحكيم.

ونظرا لصعوبة التي تعتري التفرقة بين المسائل الإجرائية وتلك المتعلقة بموضوع النزاع في مجال التحكيم التجاري الدولي، فإن هناك العديد من القواعد القانونية تتصل بالموضوع والإجراءات في ذات الوقت يصعب الفصل بينهما.[1]

هذا ما دفع القول أن تطبيق القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع على الإجراءات في حالة غياب قانون إرادة الأطراف وهذا ما يؤدي إلى البحث عن المسائل الإجرائية وما هو من المسائل الموضوعية، وقد تقوم هيئة التحكيم إلى تطبيق قانون موضوع النزاع على إجراءات الخصومة التحكيمية.

مبدأ استقلال الإجراءات التحكيمية عن القانون الواجب تطبيق على موضوع النزاع كان مكرس منذ زمن يعود لسنة 1971، وقد ظهرت فيها قضية وهي التي أدت إلى تكريسها وتطبيق قانون موضوع النزاع على إجراءاتها قد لا يكون مناسبا ولا ملائما لتطبيقه على المسائل الإجرائية.[2]

فالأصل هو وحدة القانون الواجب التطبيق على الموضوع والإجراءات، وإذا كان المراد بالموضوع هنا موضوع النزاع، أي يشمل الإدعاءات المتصلة بالحق أو المركز القانوني الناشئ عن العلاقة القانونية.[3]

---

[1] أيت حسين نبيلة، بوعلاق سلوى، **مرجع سابق**، ص42.

[2] علي شريف سعيدة، **مرجع سابق**، ص60.

[3] أشرف محمد خليل حماد، **التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانوني** (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة الأولى، ص305.

ومن ثم فإن القانون الذي يحكم الإجراءات ليطبق على كل من المسائل الموضوعية والإجرائية، وهنا قانون الموضوع، القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم ذاته، بحيث يكون القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو الذي يحكم أيضا إجراءات التحكيم.

فهذه الفكرة يؤيدها بعض الفقهاء في تطبيق القانون الإجرائي للدولة التي يتفق الأطراف على تطبيق قانونها على موضوع النزاع، فالأصل هو وحدة القانون الواجب التطبيق على الموضوع والإجراءات.

فيقصد بقانون الموضوع، القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم ذاته، بحيث يكون القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو الذي يحكم أيضا إجراءات التحكيم.[1]

في حين جانب آخر من الفقه يرى أن مسألة الإجراءات تعرض أولا أمام هيئة التحكيم خصوصا عند التفكير في التشكيل واختيار الأعضاء بحيث أن مسألة الموضوع تعرض في مرحلة لاحقة، وعند بدء أو سير خصومة التحكيم، بحيث يتفقون أنه لا يجب الانسياق وراء القول بهيمنة القانون الذي يحكم موضوع التحكيم وارباطه على مسائل الإجراءات حتى لا ترجع الطبيعة التعاقدية على الطبيعة القضائية للتحكيم.[2]

بالإضافة إلى ذلك أن المحكم يملك سلطة إعمال ذلك القانون الذي اتفق الأطراف على إعمال قواعده في النزاع على الإجراءات بجانب الموضوع عند عدم تحديد الأطراف ذلك مادام هذا القانون لا يصطدم بقواعد النظام العام في القانون المختار، بمعنى أن اختيار الأطراف لقانون موضوعي يعبر عن اختيارهم للقانون الإجرائي.[3]

---

[1] لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، دار هومة، الجزائر،2019، ص20-21.

[2] عبد القادر سرحاني، **مرجع سابق**، ص59.

[3]Fouchard (F), l'arbitrage commercial international, Dalloz, Paris, 1996, P320.

خلاصة الفصل الأول:

نستنتج من دراسة هذا الفصل بأن القانون الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة التحكيمية يعد بمثابة العمود الفقري الذي يقوم عليه التحكيم، وذلك بتولي أطراف النزاع اختيار قواعد قانونية تحكم إجراءات التحكيم إما باختيار قانون اتفاقي أو اختيار قانون إجرائي قابل للتنفيذ ويكون ملائم ويتعين على الأطراف أثناء وضعهم لهذه القواعد الإجرائية أن يتجنبوا عدم التعارض مع القواعد الأمرة لقانون مقر التحكيم وقانون دولة التنفيذ. بالرغم من الحرية الواسعة التي يتمتع بها أطراف النزاع.

إلا ان هذه الحرية ليست مطلقة إذا أنها تتقيد بمجموعة من القيود التي تعرقل تكريس فعاليتها وتتعلق بالنظام العام الدولي التي تعلو عن تلك المتعلقة بالنظام العام الداخلي كما يتعين على الهيئة التحكيمية أن تساهم على السير الحسن لإجراءات الخصومة التحكيمية وذلك باحترامها لمجموعة من المبادئ الأساسية والمتمثلة في حقوق الدفاع والمساواة والمواجهة، ولهيئة التحكيم سلطة اختيار مكان التحكيم والذي يعتبر أمرا في غاية الأهمية سواء بالنسبة للأطراف أو بالنسبة لمحكمة التحكيم أو بتحديدها للغة أو اللغات التي يجري عليها التحكيم وذلك في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد لغة التحكيم.

كما تعمل هيئة التحكيم على البحث في مسألة اختصاصها وذلك بالفصل في النزاع الذي يعرض عليها من خلال البحث في وجود وصحة اتفاقية التحكيم أو تقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات إما بتطبيق قانون دولة مقر التحكيم أو القانون المطبق على موضوع النزاع.

الفصل الثاني: القانون الواجب
التطبيق على موضوع
الخصومة التحكيمية

لقد أعطى القانون للأطراف الحرية في اتفاق على التفصيلات الإجرائية والموضوعية لسير الخصومة التحكيمية، ومن بين هذه التفصيلات نجد حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة التحكيمية وعلى موضوعها، ولكن قد لا يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق فتتدخل هيئة التحكيم بتحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة التحكيمية وموضوعها.

يتمتع أطراف النزاع بالحرية الواسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع الخصومة التحكيمية فلهم الإرادة في تحديد القانون، ولكن هذه الحرية ليست مطلقة بل تتميز ببعض القيود التي تقيدها وعلى الأطراف احترامها.

وفي حالة غياب اتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع الخصومة التحكيمية، وجب على هيئة التحكيم تحديد القانون المناسب الذي يفصل النزاع.

ومنه قمنا بتقسيم الفصل إلى مبحثين وهما:

المبحث الأول: سلطة الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع.

المبحث الثاني: دور هيئة التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع الخصومة التحكيمية.

المبحث الأول: سلطة الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع

تعتبر مسألة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بصفة عامة من المسائل الصعبة والشائكة في القانون الدولي الخاص، وتزداد هذه الصعوبة عندما تثون المسألة حول تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع الخصومة التحكيمية.

فتكون عملية تحديد القانون الواجب التطبيق من طرف أطراف النزاع فيقوم أطرافها باختيار القانون الذي يناسبهم فلهم الحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

لكن في بعض الأحيان لا يتفق الأطراف على القانون فهنا تقوم هيئة التحكيم بالتدخل وتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

ومنه قسمنا المبحث إلى مطلبين هما:

المطلب الأول: حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع.

المطلب الثاني: تطبيق قانون إرادة الأطراف على موضوع الخصومة التحكيمية.

المطلب الأول: حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع

تقوم الخصومة التحكيمية على بعض الإجراءات التي تؤدي لسير الحسن لحل النزاع ومن بين هذه الإجراءات هي احتيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

لقد أعطت بعض التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية لأطراف الخصومة التحكيمية الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ولكن في بعض الأحيان تكون هذه الحرية مقيدة بقيود وجب احترامها فهي ليست مطلقة، ومنه قمنا بتقسيم المطلب إلى فرعين.

الفرع الأول: يتحدث عن مدى حرية الأطراف في تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع.

الفرع الثاني: فهو عن القيود التي ترد على حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع.

الفرع الأول: مدى حرية الأطراف في تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع

لقد عملت مختلف أحكام القوانين المختلفة، بإلزام القاضي على إعمال القانون الذي يتفق عليه الطرفان، أو من خلال الظروف تبين أنه هو المراد تطبيقه، لكن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق أمام المحكم تبدو أوسع من حريتهما في اختيار القانون الواجب التطبيق أمام القاضي وعليه ظهرت عدة اتجاهات ومنها أراء الفقه والتشريعات وموقف الهيئات الدولية.

أولا: موقف الفقه

إن دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق أمام القاضي ويعتبر في الفقه من المبادئ المتفق عليها، ومن أهم العناصر الأساسية في تحديد النظام القانوني الذي يحكم الموضوع هو تحديد عناصر العقد، وقد أخذوا نظرية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية، وقد تؤدي إلى توطين هذه الرابطة، وتكشف عنه مظاهر مادية أو خارجية تلعب إرادة المتعاقدين دورا كبيرا في تحديدها.[1]

أما بخصوص مجال التحكيم فإن للأطراف الحرية الكاملة في اختيار القانون الذي يطبقه المحكمون على المنازعات التي تكون حول التجارة الدولية بغض النظر عن أي صلة بينه وبين محل النزاع وموضوعه.

---

[1] بلهوان حسين، **تنازع القوانين في منازعات التحكيم في عقود التجارة الدولية**، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون أعمال، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2016، ص187.

ومن جهة أخرى فحرية طرفي التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق أمام المحكم لا تقتصر على اختيار القانون الواجب التطبيق من أجل المنازعات المتعلقة بالالتزامات التعاقدية وإنما تشمل على غيرها من المنازعات القابلة للتحكيم، ويعتبر الحد الحقيقي لهذه الحرية هو الذي يفرضه اعتبار ضمان تنفيذ حكم المحكم في دولة معينة من مراعاة القواعد الآمرة في قانونها.[1]

ويعتبر هذه الحرية هي التي تدفع الأطراف في اختيار القانون المناسب الذي تتفق ورغباتهم وتوقعاتهم وتحقق لهم الأمن المتطلب في المعاملات الدولية، ومنه تستطيع الأطراف في اختيار القانون التي تحكم موضوع النزاع منذ لحظة التعاقد.[2]

ويتم إسناد الرابطة العقدية إلى القانون الأوثق صلة بها على هذا النحو بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين المزدوجة في دولة القاضي المطروح أمامه النزاع.[3]

فهذه الحرية هي التي تعكس حقيقة لمبدأ سلطان الإرادة الذي يعد ميدان العلاقات التعاقدية بمثابة عرض دولي أو مبدأ معترف به في كافة النظم القانونية المعاصرة.[4]

ومن بين التشريعات الوطنية التي كرست مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق وفقا لمبدأ سلطان الإرادة القانون الجزائري وذلك من خلال المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف...".[5]

نفس الفكرة جاء بها المشرع الفرنسي في مادته 1511 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفرنسية التي أكدت على أن محكمة التحكيم تفصل في النزاع وفقا للقانون الذي اختاره الأطراف.[6]

---

[1] بلهوان حسين، **مرجع سابق**، ص188.

[2] سرور ياسين، خادرنادية، **الخصومة التحكيمية**، مذكرة ماستر، تخصص قانون أعمال، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2016، ص68.

[3] عجيل طارق كاظم، **النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي**، جامعة ذي قار، مجلة المنصور، عدد 14،ا لجزء الثاني، 2010، ص55.

[4] عجيل طارق كاظم، **نفس المرجع**، ص56.

[5] **المادة 105 من القانون رقم 09/08** الصادر بتاريخ 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، عدد رقم 21 لسنة 2008.

[6] سرور ياسين، خادر نادية، **مرجع سابق** ، ص70.

ثانيا: موقف التشريعات

لقد تم تكريس مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في مجموعة من التشريعات الدولية والداخلية، ومن بينها المادة (7) من الاتفاقية الأوروبية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي الذي أبرمت سنة 1961 التي أكدت على الأطراف في تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع، وإذا لم يقم الأطراف بتحديده يقوم المحكمون بتعيينه بقاعدة الإسناد الذي يرى المحكمون ملائمتها لموضوع النزاع.[1]

ومن خلال هذه المادة يتضح لنا بإقرار سلطان الإرادة للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وهنا نفهم المقصود وهو اختيار القواعد الموضوعية وليس فقط قواعد الإسناد، ويستلزم الاختيار أن يكون مبني على إرادة صريحة يعمل بالإرادة الضمنية أو الإرادة المفروضة أمام المحكمون، وقد وضعت هذه الاتفاقية شرطا وهو ألا يعمل المحكمون ما هو موجود في شروط العقد موضوع النزاع.[2]

فحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الذي تعتمد على مبدأ سلطان الإرادة لطرفين النزاع الذي له دور بارز في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية، فيتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على عقدهم ما لم يكن هناك قواعد آمرة، سواء كان هذا قانون الدولة المتعاقدة أو قانون آخر، ولهذا حرصت معظم الاتفاقيات على إعطاء الأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق، لاسيما ما أثير النزاع بشأنها، وعرض الأمر على محكمة التحكيم.[3]

ويعتبر ذلك أن للأطراف اختيار نظام قانوني متكامل لكي يطبق في موضوع النزاع، أو أن يشترط تطبيق طائفة معينة من القواعد القانونية.[4]

---

[1] سرور ياسين، خادر نادية ، **نفس المرجع**، ص72.

[2] سراج حسن محمد أبو زيد، **التحكيم في عقود البترول**، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص568.

[3] سرور ياسين، خادر نادية ، **مرجع سابق** ، ص72.

[4] سراج حسن محمد أو زيد، **مرجع سابق** ، ص569.

وتنطلق حرية المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع عند عدم اتفاق الأطراف على تحديد أو تعيين هذا القانون أي عند غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف، ويتضح أن محكمة التحكيم تطبق قانون الإرادة، وهو القانون الذي اختاره الأطراف.[1]

ثالثا: موقف االهيئات الدولية

لقد عملت أحكام التحكيم على مبدأ استقلال الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فهذه قاعدة ملزمة لأي محكم مهما كان نوع التحكيم.[2]

ويثور التساؤل حول ما يحدث عند عدم تصريح الأطراف بالقانون الواجب التطبيق بحيث هناك احتمالين في هذا الأمر:

الاحتمال الأول: يقوم هنا المحكم باختيار قانون دولة معينة بناءا على إسناد موضوعي، أي إسناد حكم النزاع لدولة يقوم بتطبيق قانونها، مثل تطبيق قانون محل إبرام العقد أو قانون مكان التحكيم.

أما الاحتمال الثاني: وهو الفصل في النزاع من قبل المحكم من إطار النظام القانون الداخلي لدولة من الدول، والالتجاء إلى قواعد القانون الدولي أو المبادئ العامة للقانون وهذا في حالة يكون أحد أطراف العلاقة دولة والالتجاء إلى الأعراف والعادات التجارية والمبادئ العامة للقانون.[3]

وقد نصت المادة (3) فقرة (1) من قواعد التحكيم التي وضعته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي على أن: "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القانون الذي يعينه الطرفان، فإذا لم يتفقا على تعيين هذا القانون، يجب أن تطبق هيئة التحكيم القانون الذي تعينه قواعد تنازع القوانين التي ترى أنها واجبة التطبيق في الدعوى"، وإذا كان في العقد محل التداعي أنه لم يتضمن اتفاق الطرفين على تطبيق قانون معين، وكانت قواعد تنازع القوانين تعمل في هذه الحالة بتطبيق قانون الدولة التي أبرم فيها العقد بين الطرفين المتنازعين مختلفين الموطن بالنسبة للالتزامات التعاقدية، وتعمل على تطبيق قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشيء للالتزام بالنسبة للالتزامات غير العقدية وهي القواعد التي جاءت بها المادتان 19 و21 ومن القانون المدني المصري.[4]

---

[1] بلهوان حسين، **مرجع سابق** ، ص190.

[2] لهوان حسين، **نفس المرجع**، ص191.

[3] بلهوان حسين، **مرجع سابق** ، ص199.

[4] بلهوان حسين، **نفس المرجع**، ص200.

ونلاحظ أن موضوع النزاع قد وقع في مصر، فإن القانون المصري هو القانون الذي يحكم النزاع المماثل في الدعوى.[1]

فهناك المحكم يرى أن القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد المصرية يربطه بالنزاع أكثر من صلة، فهو قانون الدولة التي أبرم فيها العقد، وهو قانون دولة محل تنفيذه وهي الدولة التي وقع فيها الحادث سبب النزاع.[2]

ويمكن القول أن الاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية والقوانين الوطنية وكذلك أحكام التحكيم قد أخذت في المقام الأول بمبدأ استقلال الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.[3]

فحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الذي يعتمد على مبدأ سلطان الإرادة لطرفي النزاع الذي له دور بارز في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية، فيتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على عقدهم ما لم يكن هناك قواعد آمرة سواء كان هذا قانون الدولة المتعاقدة أو قانون آخر ولهذا حرصت معظم الاتفاقيات على إعطاء الأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق، لاسيما إذا ما أثر النزاع شأنها وعرض الأمر على محكمة تحكيم، ويعتبر ذلك أن للأطراف اختيار نظام قانوني متكامل لكي يطبق في موضوع النزاع، أو أن يشترط تطبيق طائفة معينة من القواعد القانونية.[4]

الفرع الثاني: القيود التي ترد على حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع

تعتبر حرية إعمال قانون الإرادة من أهم الضمانات الممنوحة للأطراف في التحكيم التجاري، غير أن هذه الحرية قد تجد قيود تؤدي إلى تهميش حرية الأطراف ومن بين هذه القيود نجد عنصر النظام العام وأيضا تدخل القاضي الوطني في تقيد هذه الإرادة.

---

[1] إبراهيم أحمد إبراهيم، **مرجع سابق** ، ص180.

[2] بلهوان حسين، **مرجع سابق** ، ص202.

[3] سراج محمد أبو زيد، **مرجع سابق**، ص193.

[4] بقنيش عثمان . بن حسان هواري مجلة منازعات الأعمال، **القانونالواجب التطبيق على المنازعات المعروضة أمام محكمة** التحكيم، العدد الخامس، مارس، 2015، ص33.

أولا: النظام العام

يعتبر النظام العام وسيلة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي تشيد قاعدة الإسناد باختصاصه لاسيما قانون الإرادة كونه يملك دور رقابي على القانون الواجب التطبيق.

فالنظام العام يرد كقيد على سلطان الإرادة وحرية الأطراف فإن مدى تعلقه بالقواعد القانونية يتناسب تلقائيا مع النظام السائد في الدولة.[1]

وبالرجوع إلى نص المادة 1006 الفقرة (2) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على "لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص مع أهليتهم" نجد أن المشرع الجزائري قد جاء بمصطلح النظام العام مع النص صراحة بعدم جواز التحكيم فيما يخالفه، ومنه نستنتج أن المشرع الجزائري أعطى قيدا على إرادة الأطراف وحريتهم وهو عدم الجواز الاتفاق على كل ما يخص التحكيم ويكون مخالف للنظام العام.

فالمشرع الجزائري منح الحرية للأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لكن ظهرت عدة قيود ترد على هذه الحرية بحيث يجب على الأطراف عدم مخالفتها من بينها النظام العام فهنا يتوجب على المحكم بأن يتأكد من القانون الذي تم اختياره من قبل الأطراف بحيث لا بد أن لا يشكل مخالفه للنظام العام في الدولة المرتبطة بالنزاع.[2]

فقد حرصت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي على ضرورة احترام قواعد النظام العام[3]، بحيث جاءت اتفاقية جامعة الدول العربية 1952 في المادة (3) على أنه: "لا يجوز تنفيذ حكم محكمين في أي دولة من الدول إذا كان في حكم المحكمين ما وهي صاحبة السلطة في تقدير كونه كذلك."[4]

---

[1] بوجبر أسية، لعيادي مروة، **مرجع سابق**، ص48.

[2] أبوجبر أسية، لعيادي **مروة**، **مرجع سابق** ، ص54-55.

[3] أمهاني حكيمة، **القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي**، مذكرة ماستر، قانون أعمال، جامعة المسيلة، 2013، ص97-98.

[4] **اتفاقية جامعة الدر العربية، سنة 1952 في المادة (3).**

ومنه أنه إذا كان هناك تعارض بين قاعدة أعراف التجارة الدولية وقاعدة من القواعد المتعلقة بقانون الدولة الواجب التطبيق على النزاع فهنا يجب على المحكم تطبيق أعراف التجارة الدولية إذ سلمنا لها بطابع النظام العام الدولي الحقيقي باعتبارها تسمو على القواعد الوطنية.[1]

ففكرة النظام العام يقوم على مجموعة من الأصول والمبادئ العامة التي تفرضها القيم الأساسية العالمية والتي يفرضها التعايش المشترك بين المجتمعات.[2]

فإن النظام العام يعتبر كقيد وارد على إرادة الأطراف الذي يعطي سلطة تقديرية واسعة على المحكم نظرا لغياب قانون القاضي، لهذا وجب على المحكم أن يفصل في النزاع بين إرادة الأطراف وقواعد النظام العام عن طريق تطبيق النصوص الآمرة في القانون المختص بشرط عدم تعارضها مع قواعد النظام العام الحقيقي.[3]

أما المشرع الجزائري فقد أكد على فكرة النظام في إطار التحكيم التجاري الدولي في القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد أشار إليه من خلال المادة 1051 فقرة (1) والتي تنص على أنه: "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بوجودها وكان الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي.

وفي جميع الحالات فإن النظام العام الدولي يعني أن يأخذ بعين الاعتبار الأحكام الآمرة دوليا والتي تكون لها علاقة وثيقة بالتنازع وتكون الأولوية للأحكام الجزائرية على أن تأخذ الاعتبار قواعد التجارة الدولية.[4]

ثانيا: تدخل القاضي الوطني

يعتبر التحكيم اتفاق بين الأطراف وذلك باستبعاد عرض النزاع على القضاء الوطني ونقله إلى القضاء التحكيمي ولكن قد يحدث استثناء في بعض الأمور يتطلب تدخل القضاء الوطني في حالات

---

[1] كمال سامية، **أعمال النظام العام في الرقابة القضائية على أحكام التحكيم التجارة الدولي**، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد (2)، سبتمبر 2019، ص38.

[2] عادي فريدة، **سلطة المحكم في موضوع حل المنازعات المترتبة على العقد التجاري الدولي**، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2001، ص95.

[3] المصري حسني، **التحكيم التجاري الدولي**، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص645.

[4] عرعار خولة، **مرجع سابق**، ص86.

عديدة كعدم اتفاق الأطراف على مسألة إجرائية معينة أو عدم قدرتهم على إيجاد حل للنزاع وتكون المحاكم وحدها تستطيع إيجاد حلول مناسبة.[1]

ويرى بعض الفقه أن لجوء أحد الأطراف إلى القضاء لا يؤثر سلبا على نزاع التحكيم ولا تعتبر مناقضا لإيقاف التحكيم، بحيث لا يعتبر الطلب إلى السلطة القضائية في حل النزاع تنازلاعن التمسك بالتحكيم.

ومنه فإن تدخل القضاء الوطني لمساعدة التحكيم بناءا على طلب من الأطراف أو من محكمة التحكيم من تلقاء نفسها وذلك لحل المشاكل المتعلقة بتشكيل المحكمة التحكيمية، وحل جميع المشاكل المتعلقة بالنزاع التحكيمي.[2]

وتنتهي الخصومة التحكيمية بإصدار الحكم التحكيمي الحاسم للنزاع الذي اتفق عليه الأطراف على إخضاعه لنظام التحكيم للارتقاء بالحكم التحكيمي الذي يصادق العمل الصادر من القاضي الوطني، يجب أن يصادق عليه أو يؤمر تنفيذه، ولا يتم ذلك إلا بعد خضوعه للرقابة من قبل الجهة المختصة.[3]

المطلب الثاني: تطبيق قانون إرادة الأطراف على موضوع الخصومة التحكيمية

إن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لا يقل أهمية عن تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، إذ أنه ليس من واجب الأطراف تحديد قانون موحد يحكم موضوع النزاع وإجراءات التحكيم في نفس الوقت، لأن القانون الذي يحكم موضوع النزاع قد يختلف عن الذي يحكم مسائل الإجراءات، والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع له أهمية بالغة ويظهر ذلك من خلال اتجاه إرادة الأطراف إلى اختيار قانون وطني أو قانون دولة معينة باعتباره الأنسب لحكم موضوع النزاع أو باختيار قانون أجنبي.

كما أكدت أيضا مختلف التشريعات على دور إرادة الأطراف في تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع وهذا ما أدى إلى ظهور العديد من الاتفاقيات الدولية والتي نذكر منها اتفاقية واشنطن لسنة 1965 الهادفة إلى تسوية منازعات الاستثمار، اتفاقية الأوروبية لسنة 1961 الخاصة بالتحكيم

---

[1] بوجير أسية، لعيادي مروة،**مرجع سابق**، ص55-56.

[2] الطبي أنور أحمد، **مبدأ الاختصاص في مجال التحكيم**، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 209، ص44.

[3] هنية شريف،**القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي**، رسالة ماجستير، الجزائر 2002، ص111.

التجاري الدولي، والتشريعات الوطنية هي الأخرى اتخذت قانون الإرادة قاعدة إسناد أصلية لمختلف الدول وتعتبر من المبادئ المسلم بها.

ولهذا سنتطرق في هذا المطلب إلى دور الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في (الفرع الأول) وموقف التشريعات من حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: دور إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

لإرادة الأطراف نطاق واسع في اختيار القانون الواجب التطبيق، وبهذا فإن المحكم يكون مقيد بتطابق إرادة الأطراف ويتمثل هذا الاختيار في اختيار القانون الوطني (أولا) واختيار قانون التجارة الدولية (ثانيا).

أولا: اختيار القانون الوطني

تتجه إرادة الأطراف إلى اختيار قانون دولة معينة لكونه الأنسب لحكم النزاع المرتبط بالمبادلات التجارية الدولية، وعليه يجوز لهم اختيار قانون سواء كان وطني أو أجنبي، ولو لم تكن له أية صلة بالعقد موضوع النزاع.[1]

حيث أن لأطراف الاتفاق على إخضاع موضوع النزاع لقانون أخر غير قانون مكان إبرام العقد أو قانون مكان تنفيذه أو قانون موطنهما المشترك[2]، فإذا اتفق الأطراف على تطبيق قانون دولة معينة أو قانون معين على موضوع النزاع، فمن واجب هيئة التحكيم التقيد والامتثال لهذا الاتفاق واحترام إرادتهم، لأن الأطراف هم الذين اختاروا التحكيم طريقا بديلا عن القضاء الوطني لتسوية نزاعهم، وأيضا اختاروا المحكمين الذين يفصلون في هذا النزاع، وقد يكون الاتفاق على تطبيق قانون معين لموضوع النزاع صريحا أو ضمنيا.[3]

ففي حالة الإشارة إلى الاتفاق الصريح يجب ذكره في اتفاق التحكيم أو اتفاق مستقل وغالبا ما يكون مدونا في العقود النموذجية الدولية التي تبين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ومثل

---

[1] بوجير أسية، لعيادي مروة، **مرجع سابق**، ص39.

[2] المصري حسني، **التحكيم التجاري الدولي**، (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص341.

[3] بورابح أحمد، **دور العقود النموذجية في تأطير التجارة الدولية**، مذكرة تحرج لنيل شهادة الماستر في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور طاهر مولاي، سعيدة، 2021، ص78.

على ذلك ما جاء في العقود النموذجية بتوريد المواد الإنشائية بين الدول الغربية في نفس المادة 13 منها[1]، فهي تعطي الأمان للمتعاقدين إضافة إلى كونها تؤمن الحل الراجح في حالة وجود نزاع، لذلك يرتاح المتعاقدان الدوليان إذا قامت باختيار القانون المطبق على العقد والنص عليه في هذا الأخير صراحة، لأن تطبيق هذا القانون ناتج عن إرادتهما، مما يدل بدون أدنى شك أنه يخدم مصالحها، إضافة إلى أن الاختيار الصريح يعد دليلا يقيني لا يدع مجالا للشك فيه.

أما في حالة الاتفاق الضمني تكون إرادة الأطراف أو المتعاقدين غير معلنة دون أن يتبار للذهن أن الإرادة غير موجودة، وهنا يبرز دور القاضي في تحديد إرادة الأطراف وذلك من خلال وضع النصوص في العقد التجاري الدولي، ويعين الاتفاق الضمني عند تخلف التحديد الصريح لقانون العقد ففي هذه الحالة يتعين البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف المتعاقدة بشرط وجود قرائن قوية على وجود هذه الإرادة وأهم هذه القرائن مثلا نجد الاتفاق على الاختصاص القضائي لدولة معينة، يعني ضمن اختيار قانونها ومكان الوفاء أو محل التنفيذ، وتبنى صيغة عقد نمطي معمول به طبقا لقانون دولة معينة[2]، ومن أمثلة الاتفاق الضمني في مجال العقود الدولية أن يتفق الأطراف على جعل المنازعات المتعلقة بالعقد من اختصاص محاكم دولة من الدول.[3]

ونلاحظ هنا أن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق أمام المحكم أوسع من الحرية الممنوحة لهما أمام القضاء[4]، بحيث نجد أن الحرية الكاملة في اختيار القانون الذي يطبقه المحكم على النزاعات الخاصة بالعقود التجارية الدولية دون أية رابطة بين هذا القانون وبين العقد محل النزاع، على عكس القاضي الذي يقتصر فيه دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق وفقا لاختياره لعنصر من العناصر الأساسية في تحديد النظام القانوني الذي يحكمه[5]، وهذا ما نصت عليه اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع لسنة 1955 والتي أصبحت نافذة المفعول منذ 3 مارس 1964 في المادة 2 منها على أن:"القانون الواجب التطبيق

---

[1] فوزي محمد سامي، **مرجع سابق**، ص180.

[2] منصور محمد حسين، **العقود الدولية**، دار الجامعة الجديدة، مصر، ص433-435.

[3] بورابح أحمد، **مرجع سابق**، ص79.

[4] بوجير أسية، لعيادي مروة، **مرجع سابق**، ص40.

[5] المواجدة مراد محمد،**مرجع سابق**، ص183-184.

هو القانون الوطني الذي عينه أطراف العقد".[1] أي أن للطرفين حرية اختيار أي قانون وطني، ويمكن أن يخضع جزء من العقد لقانون معين وجزء لقانون دولة أخرى.[2]

ثانيا: اختيار قانون التجارة الدولية

يفضل المتعاملون في عقود التجارة الدولية اختيار القواعد التي أنشأتها المعاملات التجارية الدولية لحكم موضوع النزاع، وهذا تكريسا لإرادتهم وابتعادا عن النصوص القانونية الوطنية وتفاديا لكل السلبيات التي قد تنجم عن تطبيق هذه الأخيرة، ليصبح بعدها كقانون يلتزم المحكم بتطبيقه على موضوع النزاع.[3]

ويعرف الدكتور بشار الأسعد قواعد التجارة الدولية بأنها: "مجموعة القواعد غير الدولية المستقلة عن الأنظمة القانونية الداخلية وعن نظام القانون الدولي العام والتي نجد مصدرها في الأعراف التجارية الدولية والمبادئ العامة التي يستقر عليها قضاء التحكيم التجاري الدولي، ويقدم تنظيما قانونيا وحلولا ذاتية لمعاملات التجارية الدولية".[4]

ويتضح من نص هته المادة أن ما تقره محاكم التحكيم الدولية وتلك الأعراف التجارية والعادات المتداولة دوليا هي المشكلة للقواعد التجارية الدولية أي قواعد قانون غير وطني.

وتقضي الكثير من التشريعات الوطنية في مجال التحكيم بوجوب تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية جنبا إلى جنب مع القانون الوطني المختار من قبل الأطراف، وتلعب هذه القواعد دورا هاما في تكملة قواعد القانون الوطني عند وجود نقص في هذه القواعد أو التخفيف من الأعباء على القانون الوطني أو عدم ملائمته.[5]

---

[1] بعزيزي سعاد، بكوش سامية، **مظاهر سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي**، مذكرة ماستر في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015/2014، ص81.

[2] حبيب نبيلة أيت، بوعلاقسلوى،**مرجع سابق**، ص51.

[3] حدوش تنهيان، قاسي دليلة، **القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص القانون العام الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2017/2016، ص79.

[4] بوجير أسية، لعيادي مروة،**مرجع سابق**، ص41.

[5] الأسعد بشار،**عقود الدولة في القانون الدولي**، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، ص181.

بالإضافة إلى هذا فإن قواعد قانون التجارة الدولية لها مصادر متنوعة وتتمثل هذه المصادر في مصادر داخلية ودولية.

1. المصادر الداخلية:

تقوم بعض التشريعات بتنظيم عقود التجارة عن طريق سن قواعد تتلاءم مع طبيعة هذه العقود، كما اتجه القضاء هو الآخر إلى وضع قواعد أخرى تنظم عقود التجارة الدولية.

أ. **التشريع:** قامت بعض التشريعات الداخلية بوضع أنظمة قانونية تنظم الروابط العقدية الخاصة بالتجارة الدولية، بالرغم من أن المشرع الداخلي لا يهتم إلا بالعلاقات الداخلية، إلا أنه هناك بعض التشريعات لم تتصدى لهذا التنظيم، ومن أبرز التشريعات التي قامت بهذا التنظيم نجد التشريع التشيكوسلوفاكي والتقنين الخاص بالعقود الاقتصادية الدولية الذي صدر في ألمانيا الديمقراطية.[1]

إلا أن هذين التشريعين اشترطا صفة الدولية في العلاقة العقدية من أجل الإعمال بهذه القواعد، كما اشترطا أيضا أن يكون كلا القانونين مختصا بمقتضى قواعد التنازع في حل نزاعات العقود التجارية الدولية، وبهذا لا يمكن تصور تطبيق القانون التشيكوسلوفاكي الخاص بعقود التجارة الدولية أمام القضاء الجزائري تطبيقا مباشرا لأنه لا يعد جزءا من نظامه القانوني، وإنما يتم تطبيقه على العقد الدولي المطروح أمام القضاء إذا اختاره الأطراف، أو إذا أشارت إليه ضوابط الاستناد الاحتياطية في القانون الجزائري وذلك في حالة غياب إرادة الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق.[2]

ب. **القضاء:** اتجه القضاء الفرنسي إلى وضع قواعد قانونية تنظم بعض المسائل المتعلقة بعقود التجارة الدولية ومن بين هذه القواعد نجد القاعدة التي تقضي بصحة شرط الدفع بالذهب في العقود الدولية، والقاعدة التي تؤكد على حق الدولة في الخضوع لتحكيم في الروابط العقدية الدولية رغم الخطر الوارد في القانون الداخلي.[3]

---

[1] حبيب نبيلة أيت، بوعلاقسلوى،**مرجع سابق**، ص68.

[2] بلاق محمد، **قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص106.

[3] بلاق محمد، **نفس المرجع**، ص105-107.

بالإضافة إلى هذه القواعد نجد أيضا ما يبين أن القضاء يعد مصدر لقواعد التجارة الدولية وذلك لاستخدامه أفكار موجودة في القانون الدولي الخاص، مثل فكرة النظام العام أو الاستناد إلى الإعمال بمنهج تنازع القوانين، كما أدى استخدام أحكام هذه القواعد إلى منح القضاء طابع العموم والتجريد الذي لا يخلوا من القوة الإلزامية المتوفرة فيه، وهذا ما جعل القواعد التي يضعها القضاء من ضمن قواعد القانون الدولي الخاص، التي لا يحتاج تطبيقها إلى منهج التنازع.[1]

2. المصادر الدولية:

بالإضافة إلى القواعد القانونية التي تشكل الإطار الوطني للفصل في منازعات عقود التجارة الدولية، نجد القواعد ذات الأصل الدولي المستمدة من الاتفاقيات الدولية والأعراف والعادات الدولية أو تلك المستمدة من المبادئ العامة للقانون أو قواعد العدالة والإنصاف.

أ. **المصادر الاتفاقية:** هي مجموعة الاتفاقيات المتعلقة بالتجارة الدولية سواء جماعية أو ثنائية، يتم دراستها من طرف منظمات دولية حكومية[2]، وتعد من أهم مصادر القانون الدولي الخاص، والتي يلجأ إليها مباشرة عند وضع قواعد تسرى على العلاقات الدولية الخاصة دون العلاقات الداخلية، التي تظل مقيدة بقوانين داخلية للدولة المتعاهدة[3]، حيث تتسم الاتفاقيات التجارية الدولية بكونها اتفاقيات ذات علاقة مباشرة بقطاع الأعمال والتجارة الدولية.[4]

ولهذا تنقسم الاتفاقيات التجارية الدولية إلى اتفاقيات عامة وأخرى خاصة حيث أن الاتفاقيات العامة في حقل التجارة الدولية متنوعة ولكن نكتفي بذكر ثلاثة أنواع منها.

فعلى سبيل الاتفاقيات العامة، نذكر اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها وهي ما تم اعتمادها في مؤتمر دبلوماسي في 10 يونيو 1958 تتضمن 16 مادة كما أنها تكون ذات قوة ملزمة لمحاكم الدول المتعاقدة بتنفيذ اتفاق التحكيم وأيضا بالاعتراف بقرارات التحكيم الصادرة في دولة أخرى، دخلت حيز التنفيذ في 7 يونيو 1959، وكذلك اتفاقية لاهاي لعام 1964 بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية وتعتبر هذه الاتفاقية من الاتفاقيات الشارعة غير الذاتية

---

[1] حبيب نبيلة أيت، بوعلاق سلوى،**مرجع سابق**، ص69.

[2] سعد الله عمر ، **قانون التجارة الدولية**، (النظرية المعاصرة)، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص48.

[3] بلاق محمد،**مرجع سابق**، ص110.

[4] سعد الله عمر،**مرجع سابق**، ص48.

التي يحتاج تنفيذها إلى إصدار نصوص، مراسيم...إلخ من طرف الدول المنظمة لها وتسعى هذه الاتفاقية لتحقيق التوازن بين مصالح البائعين والمشترين.[1]

كما نجد أيضا من بين الاتفاقيات العامة اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع لعام 1980، التي تعتبر من أهم مصادر قواعد التجارة الدولية التي تتميز أنها من ضمن الاتفاقيات الشارعة التي لا يحتاج تنفيذها إلى إصدار تشريع أو مرسوم، لكونها تندرج ضمن القوانين الداخلية للدول المنظمة لها.[2]

أما الاتفاقيات الخاصة فلقد شاهد العقد الدولي تطورا بشأن هذه الاتفاقيات في مجال التجارة الدولية، فهي تضم بدورها عدة اتفاقيات يتم الإشراف على تطبيقها من طرف المنظمة العالمية للتجارة لأنها تعد منبع للقواعد القانونية، وبالنظر إلى كل هذه الاتفاقيات فإن اعتبار الاتفاقيات الدولية مصدر القواعد التجارة الدولية لا يدع أي مجال للشك، وذلك للدور الفاعل والبارز لها في وضع قواعد خاصة بالروابط العقدية ذات الطابع الدولي.[3]

ب. **المصادر العرفية الموحدة للتجارة:** هي تلك التي نشأت تدريجيا في الوسط المهني والتجاري خاصة في المعاملات الدولية مثل العادات المتداولة في الأوساط المصرفية[4]، وتعتبر الأعراف والعادات التجارية الدولية مصدرا هاما في منازعات العقود التجارية الدولية، التي يقصد منها تلك القواعد الموحدة الغير المكتوبة التي نشأت بتكرار سلوكيات معينة في مجالات معينة كالمعاملات التجارية الدولية.[5]

إذ قام قضاء التحكيم التجاري الدولي بتطبيق الأعراف والعادات التجارية الدولية تطبيقا مباشرا دون اللجوء إلى تنازع القوانين، رغم أن العادة والعرف ليس لهما نفس القيمة القانونية أمام الهيئة التحكيمية[6]،هذا على خلاف القضاء الوطني الذي لا يقوم بتطبيق الأعراف والعادات على منازعات عقود التجارة الدولية كقانون لأنها ليس من نظامها القانوني.

---

[1] حبيب نبيلة أيت، بوعلاق سلوى،**مرجع سابق**، ص69-70.

[2] سعد الله عمر ،**مرجع سابق**، ص56.

[3] حبيب نبيلة أيت، بوعلاق سلوى،**مرجع سابق**، ص70.

[4] حبيب نبيلة أيت، بوعلاق سلوى، **نفس المرجع**، ص71.

[5] سعد الله عمر، **مرجع سابق**، ص 86.

[6] بلاق محمد، **مرجع سابق**، ص114.

ت. **العقود النموذجية:** ويقصد بها مجموعة من العقود النموذجية و الشروط العامة التي تشكل مصدرا لقواعد التجارة الدولية لأنها تتضمن التزامات الأطراف، وضمانات التنفيذ ومكانه، وأسباب الإعفاء من المسؤولية...الخ.

كما أنها جاءت في صيغ موضوعية من قبل جهات معينة إقليمية كانت أو دولية فهي تساهم بحد كبير في التهرب من تنازع القوانين وبالتالي عدم اللجوء لتطبيق قواعد وطنية.[1]

ث. **المصادر المبادئية:** تعد المبادئ العامة للقانون كأحد مصادر قواعد التجارة الدولية، لكونها عبارة عن قواعد قانونية مشتركة يتم تطبيقها أمام قضاء التحكيم التجاري الدولي، فلهذا نجد عدة أساليب تبين أن المبادئ العامة للقانون عبارة عن مصدر لقواعد التجارة الدولية وذلك في إنشاء المبادئ العامة إما عن طريق نصوص قانونية في مجال التجارة الدولية، أو استخلاصها من روح نص قانوني معين في مجال التجارة الدولية، أو إنشائها من طبيعة المعاملات التجارية ومن الأعراف والعادات التجارة الدولية، ولهذا نجد مجموعة من المبادئ العامة التي تشكل مصدرا مثل "مبدأ العقد شريعة المتعاقدين"، "مبدأ توازن الإدعاءات التعاقدية"، و"مبدأ تنفيذ العقد بحسن النية"...الخ.[2]

ج. **مصدر العدالة والإنصاف:** تعتبر العدالة كمصدر لقواعد التجارة الدولية، لإمكانية الهيئة التحكيمية باسم العدالة أن تستلهم حلولا للفصل في النزاعات المتعلقة بالعقود التجارية الدولية، ولا يمكن اعتبارها مصدرا إلا إذا تم تعويض الهيئة التحكيمية من قبل أطراف النزاع، وذلك على أساس التفويض لا يتم إلا في حالة غياب مصدرا أو قانون أخر يطبق على النزاع أو في حالة ما إذا كانت تلك القاعدة تحقق ضرر للأطراف.[3]

[1] سعد الله عمر، **مرجع سابق**، ص90-91.

[2] سعد الله عمر ،**مرجع سابق**، ص94.

[3] حبيب نبيلة أيت، بوعلاق سلوى،**مرجع سابق**، ص72.

الفرع الثاني: موقف التشريعات من حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

سوف نتطرق إلى دراسة موقف مختلف التشريعات وذلك في ظل الاتفاقيات الدولية (أولا) ثم موقف التشريعات الوطنية (ثانيا).

أولا: في ظل الاتفاقيات الدولية

كرست الاتفاقيات الدولية مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع والتي نذكر منها:

الاتفاقية الأوروبية لسنة 1961 والتي تنص على مبدأ سلطان الإرادة في نص المادة 7 منها:"للأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع...".[1]

ويتضح من خلال هته المادة أن الاتفاقية الأوروبية تعترف صراحة بحرية الأطراف في تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

نجد أيضا القانون النموذجي هو الأخر أعطى للأطراف حرية اختيار القانون الذي يطبق على موضوع النزاع وهذا ما نصت عليه المادة 28 منه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا للقاعدة القانونية المختارة من قبل الأطراف بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع".[2]

بالإضافة إلى اتفاقية واشنطن لسنة 1965 حول تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ومواطن الدول الأخرى، والتي أقرت على مبدأ سلطان الإرادة في المادة 42 منها على: "أن هيئة التحكيم تنظر في النزاع طبقا لقواعد القانون الذي حدده الطرفان".[3]

وصولا إلى نظام الوساطة والتحكيم لدى غرفة التجارة الدولية لعام 2012 والذي ينص هو الآخر على مبدأ الإرادة في نص المادة 21 منه[4]، نفس الموقف اتخذته قواعد التحكيم للغرفة التجارية

---

[1] عرعار خولة، مبدأ **سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي المؤسسي**، مذكرة ماستر، جامعة 8 ماي1945ن كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون خاص (استثمار)، 2016/2015، ص53.

[2] نور حليمة،**مرجع سابق**، ص21.

[3] فوزي محمد سامي، **مرجع سابق**، ص193.

[4] **المادة 21 من نظام الوساطة والتحكيم لدى غرفة التجارة الدولية** تنص على أن: "الأطراف أحرار في اختيار القواعد القانونية التي يتوجب على المحكمة التحكيمية تطبيقها على موضوع النزاع".

الدولية التي صدرت عام 1975 والتي عدلت سنة 1988 في نص المادة 3/13.أ.ق: "للطرفين كل الحرية في تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع...".

وكذلك نصت اتفاقية عمان العربية لعام 1987 على هذا المبدأ في المادة 21 وتنص على أنه: "تفصل الهيئة في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنيا..."[1]، ويتضح من خلال نص المادة أن اتفاقية عمان العربية تقر بحرية الأطراف في تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع سواء بإرادة صريحة أو ضمنية، وبالتالي ليس من الضروري أن يكون القانون الوطني هو صاحب الاختصاص الوحيد، حيث يمكن للقوانين الأخرى حتى وإن لم تكن لها علاقة لا بالعقد ولا بالمتعاقدين أن تفرض نفسها وتكون هي الأخرى واجبة التطبيق، فالمادة أعلاه استبعدت كل قيد من شأنه أن يحد من حرية الخصوم، فبالتالي يكون المحكم ملزم بتطبيق القانون الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف لحسم النزاع الذي يشوب العقد ولقد انفردت اتفاقية عمان بهذا الحكم.[2]

ثانيا: في ظل التشريعات الوطنية

قامت العديد من التشريعات الوطنية لمختلف الدول باتخاذ قانون الإرادة قاعدة استناد أصلية، فقد أصبح خضوع موضوع النزاع لقانون الإرادة من المبادئ المسلم بها.

لقد تبنى المشرع الفرنسي مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فكان من بين التشريعات التي سلمت بهذا المبدأ وذلك وفقا للمادة 1/1469من قانون المرافعات الفرنسي لسنة 1981 والمعدلة بموجب المادة 1511 من المرسوم 11/48، ومن منطلق هذه المادة نجد أن المشرع الفرنسي قد أوجب على الأطراف تحديد القانون الواجب على موضوع النزاع، وما على المحكم سوى تطبيقه[3]، 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 أخر لذلك

[1] المواجدة مراد محمد،**مرجع سابق**، ص196.

[2] حدوش تنهيان، قاسي دليلة،**مرجع سابق**، ص15.

[3] حدوش تنهيان، قاسيدليلة، **نفس المرجع**، ص16.

فإن تغيير قواعد القانون يمنح الحرية الكاملة للأطراف لتحديد نوع هذه القواعد، فيمكن أن تكون وطنية أو دولية ما لم تكن مخالفة لقواعد القانون العام.[1]

كما نص المشرع المصري أيضا في المادة 1/39 من قانون التحكيم المصري على أنه: "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذ اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة، اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك".[2]

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.

وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع الأردني فقد أخذ بقاعدة سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في المادة 36 الفقرة (أ) حيث جاء فيها: "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان"، نجد أن المشرع الأردني أنه قد اعتمد هو الآخر على مبدأ سلطان الإرادة للفصل في النزاع.[3]

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 الدولي.

وهذا بموجب المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف...".[4]

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

---

[1] رزق الله محمد،**دور المحكم التجاري الدولي في حل المنازعات التجارية الدولية**، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، 2021/2020، ص22-23.

[2] الصانهوري مهند أحمد، **دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص** (دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي في غالبية التشريعات العربية والأجنبية والاتفاقيات والمراكز الدولية)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى، 2009.

[3] بوجير أسية، لعيادي مروة،**مرجع سابق**، ص43.

[4] **المادة 1050 من قانون رقم 08-09 مؤرخ في 2008/2/25** متضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج،ر، عدد 21، صادر في 2008/4/23.

وفي هذا المجال فهناك بعض الحالات تشملها قواعد القانون، فقد تحيل العقود المبرمة في نطاق التجارة الدولية في اتفاق التطبيق 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 بمتعاقدين أو بالعقد"، بحيث تشير هذه المادة إلى قانون معين وليس قواعد موضوعية للقواعد فهي قاعدة إسناد تشير إلى تطبيق قانون موضوعي معين.[1]

كما أحالت بعض الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر مع بعض الدول إلى إعمال قواعد تنازع القوانين، منها الاتفاقية الجزائرية الإسبانية في المادة 3/11 والاتفاقية الجزائرية الفرنسية في المادة 4/8.[2]

كما يمكن للأطراف وفقا الاتفاق 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 وكل ذلك بالاستناد إلى تفويض صريح من قبل الأطراف بتخويله سلطة التحكيم وفقا لمبادئ العدالة، ويكون له أيضا الحرية في البحث عن الحل الذي يراه ملائما بالنسبة للأطراف.[3]

فقد نص المشرع الفرنسي عن دور المحكم كمفوض بالصلح في نص المادة 1496 ق، إ، م ،ف، وطبقا لهذه المادة فإذا اتفق أطراف النزاع على تعيين هيئة التحكيم كمفوض في الصلح 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 تبقى في مجال النظام الدولي مقيدة بالنظام العام الدولي.[4]

---

[1] رزق الله محمد،**مرجع سابق**، ص23.

[2] كولا محمد،**تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري**، منشورات بغدادي ،الجزائر 2008، 205.

[3] رزق اللهمحمد، **نفس المرجع**، ص23.

[4] كولا محمد، **نفس المرجع**، ص207.

وقد نص المشرع المصري أيضا عن دور المحكم كمفوض بالصلح بموجب المادة 4/39 من القانون 27 لسنة 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.[1]

كما أن المشرع الجزائري نص على إمكانية الفصل في موضوع النزاع من قبل هيئة الحكيم كمفوض بالصلح، وذلك بموجب المرسوم التشريعي رقم 09/93 المادة 458 مكرر 15 على أنه: "تفصل محكمة التحكيم كمفوض بالصلح إذا خولتا اتفاقية الأطراف هذه السلطة"[2]، غير أنه لم ينص على هذه الطريقة في القانون الجديد 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[3]

[1] رزق الله محمد، **نفس المرجع**، ص24.

[2] قربوع كمال عليوش، **التحكيم التجاري الدولي في الجزائر**، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2005، ص53.

[3] رزق الله محمد،**مرجع سابق**، ص24.

المبحث الثاني: دور هيئة التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع الخصومة التحكيمية

يظهر دور هيئة التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في ظل غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية للخصوم في اختيار القانون المطبق ويكتفون فقط بالإشارة إلى مبدأ حسن النية أو العدالة حتى يتفادوا تعرض العقد محل النزاع للفشل نتيجة الخلاف حول القانون الواجب التطبيق وعليه يتمتع المحكم بسلطة تقديرية احتياطية واسعة في البحث عن هذا الأخير.

وبالتالي في حال اختلاف الأطراف حول تحديد القانون الواجب التطبيق تتولى هيئة التحكيم تحديد القانون الأكثر ملائمة واتصالا بالنزاع ويتجلى ذلك من خلال لجوء هيئة التحكيم لتطبيقها لقواعد تنازع القوانين سواء باختيارها لقانون دولة معينة أو قانون دولة أحد الخصوم أو قانون دولة مقر التحكيم أو قانون دولة الجنسية أو الموطن المشترك.

بالإضافة أيضا يمكن لهيئة التحكيم أن تلجأ في كثير من الأحيان إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون وذلك من خلال تطبيقها للأعراف والعادات التجارية الدولية لكون هذه الأخيرة تتماشي مع تطورات وتطلعات التجارة الدولية، كما يمكنها أيضا أن تلجأ إلى تطبيق قواعد العدالة والإنصاف بحكم أنها تفصل في موضوع النزاع.

وعليه سنتطرق في دراستنا لهذا الفصل لاختيار هيئة التحكيم لقانون دولة معينة في (المطلب الأول) وإلى تطبيق هيئة التحكيم للمبادئ العامة في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: اختيار هيئة التحكيم قانون دولة معينة

إذا لم يتفق الأطراف على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع ففي هذه الحالة تتولي هيئة التحكيم اختيار القواعد القانونية الموضوعية التي تطبقها، والمحكمون هم الذين يختارون القانون الذي يطبقونه ويمكن أن يكون هذا القانون هو قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم أو قانون الدولة التي جرت فيها وقائع النزاع أو أي قواعد قانونية نافذة في دولة أخرى، فإن كان النزاع حول صحة العقد فإن القانون الأكثر اتصالا بالنزاع هو قانون الدولة التي تم فيها إبرام العقد وإذا كان النزاع حول تنفيذ التزام معين في العقد فالقانون الأكثر اتصالا بالنزاع هو قانون الدولة التي تم فيها تنفيذ هذا الالتزام والتي اتفق الأطراف على تنفيذه فيها.

كما منح لهيئة التحكيم أيضا سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وذلك من خلال التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق حيث يتم تحديد القواعد القانونية مباشرة دون الحاجة إلى الإشارة إلى قواعد التنازع ولهيئة التحكيم حرية في اختيار هذا القانون مباشرة وذلك من خلال إجراء تحليل لجميع الظروف القانونية ووقائع القضية المعروضة أمامه باعتبار القانون الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع.

وعليه سنتطرق في هذا المطلب إلى تطبيق هيئة التحكيم لقواعد تنازع القوانين في (الفرع الأول) ولتحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق ومدى حرية هيئة التحكيم في اختيار هذا القانون في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تطبيق هيئة التحكيم لقواعد تنازع القوانين

تتولي هيئة التحكيم اختيار القانون الواجب التطبيق على حكم النزاع إعمالا بقواعد الإسناد وبهذا يمكن أن يكون هذا القانون هو قانون دولة الجنسية أو الموطن المشترك (أولا) أو قانون دولة جنسية المحكم (ثانيا) أو قانون دولة مقر التحكيم (ثالثا).

أولا: تنازع قوانين دولة الجنسية أو الموطن المشترك

تقوم هيئة التحكيم بإعمال قواعد الإسناد في قانون الجنسية أو الموطن المشترك للأطراف العلاقة في حال تخلف الإرادة الصريحة أو الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.[1]

[1] فوزي محمد سامي، **مرجع سابق**، ص187.

وعليه إذا سكت الأطراف عن تحديد القانون الذي يحكم علاقاتهم فإن قانون الدولة التي ينتمي إليها الخصوم يكون هو القانون الواجب التطبيق[1]، وكذلك هو الحال إذا اتخذ كلا طرفي النزاع موطنا مشتركا فإن قانون الموطن المشترك هو الذي يفصل في النزاع باعتبار أن هذا الأخير هو القانون المعروف لدى الخصوم أكثر من غيرهم وقد تعودوا على تنظيم سلوكياتهم وفقا لأحكامه، الأمر الذي يسمح لهم بتوقع الآثار التي قد تنجم جراء إعمال المحكم لهذا القانون.[2]

والأصل في تحديد الموطن المشترك يعتمد أساسا على الربط بين الشخص والمكان برباط قانوني باعتباره المكان الذي يقيم فيه الشخص أو الذي يتخذ منه مقرا لأعماله.[3]

وقد أخذت بهذه القاعدة بعض التشريعات الوطنية، كالمشرع الجزائري في نص المادة 18 من القانون المدني، حيث تنص أنه: "في حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة..."[4]، ونص على هذه القاعدة أيضا القانون البولوني لسنة 1965، حيث يقول النص أن العقد يخضع قانون الموطن المشترك للأطراف المتعاقدة وقت إبرام العقد إذا اتخذ موطنا.

وكذلك الحال بالنسبة لقانون الجنسية المشتركة حيث نجد أن معظم التشريعات قد اختلفت حول موقع الأفضلية لقانون الجنسية إلى جانب أحكام القضاء، فنجد على سبيل المثال أن القضاء الفرنسي اعتبره دليلا عن الإرادة الضمنية أو مركز الأعمال المشترك[5]، مثلا لو تعاقد شخص متوطن في فرنسا مع جزائري له موطن مختار في فرنسا فإن القانون الذي يستند إليه هو القانون الذي يحكم العقد، لاعتباره قانون الموطن المشترك للمتعاقدين.

مثل آخر، يتم إبرام عقد بين شخص له جنسية تونسية أصلية وجنسية جزائرية مكتسبة مع طرف آخر جزائري الجنسية، في هذه الحالة يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري استنادا إلى الجنسية المشتركة لطرفي العقد.[6]

---

[1] حدوش تنهيان، قاسي دليلة، **مرجع سابق**، ص35.

[2] بلاق محمد، **مرجع سابق**، ص54.

[3] حدوش تنهيان، قاسي دليلة، **مرجع سابق**، ص36.

[4] **المادة 2/18 من القانون رقم 10/05 المتضمن القانون المدني الجزائري**، المؤرخ في 20 يونيو لسنة 2005، ج، ر، عدد 44 لسنة 2005.

[5] بلاق محمد، **مرجع سابق**، ص55-65.

[6] حدوش تنهيان، قاسي دليلة،**مرجع سابق** ، ص36.

فتبنى هيئة التحكيم لهذا الحل يفرض وجوب وحدة جنسية الخصوم أو موطنهم المشترك الأمر الذي يخالف ما يجري عليه العمل في المنازعات الدولية الخاصة، ففي أغلب الأحيان قد تغيب الجنسية المشتركة لأطراف النزاع بل أكثر من ذلك فيكون لكل منهما جنسيات متعددة، وكذلك الحال بالنسبة للموطن المشترك من الصعب أن يكون للخصوم محل إقامة مشترك.[1]

ثانيا: تنازع قوانين دولة جنسية المحكم

تتخذ هيئة التحكيم قواعد تنازع القوانين الخاصة ببلدها لتطبيقها على موضوع النزاع أي تطبيق قانون دولة جنسية المحكم التي يقيم فيها باعتبار أن المحكم يكون أكثر إلمام بالقوانين والقواعد القانونية لهذه الدولة.[2]

وبالتالي إمكانية تطبيق قواعد جنسية المحكم أو الدولة التي يقيم فيها إقامة دائمة باعتبار أن المحكم يعرف قانونه الوطني ونظام تنازع القوانين فيه أفضل من نظم القوانين الأخرى، وأن اتفاق الأطراف واختيارهم لمحكم معين يمكن أن يعتبر اختيارا ضمنيا لنظام تنازع القوانين في قانونها الوطني أو على الأقل قبولا بهذا النظام.[3]

مثلا قد تتجه إرادة الأطراف إلى اختيار محكم مصري بدلا من الجزائري، وبهذا يفهم من خلال هذا ضمنيا رغبة طرفي النزاع في تطبيق نظام التنازع لقانون دولة المحكم المختار أي المحكم المصري.[4]

إلا أن هذا الحل تعرض لعدة انتقادات باعتبار أن تبني هيئة التحكيم له قد يؤدي إلى تطبيق قانون ليس له أدنى صلة ولا علاقة بموضوع النزاع، كما أنه ينقص من كفاءة المحكم الدولي وهذا بالتشكيك بقدراته على معرفة الأنظمة القانونية الخاصة بقواعد القانون الدولي الخاص وتلك التي تخص بلده.[5]

ثالثا: تنازع القوانين لدولة مقر التحكيم

---

[1] الخراز إلهام عزام وحيد، **التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع** (دراسة مقارنة) مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، قسنطينة، 2009، ص45-46.

[2] علوش صابرة، **مرجع سابق**، ص129.

[3] رزق الله محمد، **مرجع سابق**، ص35.

[4] حدوش تنهبان، قاسي دليلة، **مرجع سابق**، ص35.

[5] فوزي محمد سامي، **مرجع سابق**، ص186.

في الحالة التي ينعدم فيها الاختيار الصريح أو الضمني، للأطراف المتعاقدة للقانون الموضوعي الذي يحكم النزاع، فعلى المحكم أن يقوم بإعمال نظام تنازع القوانين في الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم.[1]

ومن أنصار هذا الاتجاه الفقهي الهولندي "ستوزرهال" الذي يرى أنه في حال غياب الاختيار الصريح أو الضمني للخصوم للقانون الذي يحكم موضوع النزاع في العقد، في هذه الحالة ليس على المحكم إلا اللجوء إلى تطبيق قواعد تنازع القوانين في قانون البلد الذي يجرى في إقليمه التحكيم لتحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع.[2]

وقد لاقي هذا الرأي أيضا صدى في توصية معهد أمستردام للقانون الدولي والتي تم اعتمادها لقواعد سميت بقواعد أمستردام لعام 1957 وقد نصت المادة 11 منها على قواعد الإسناد المعمول بها في المكان الذي يجري فيه التحكيم يجب إتباعها من قبل المحكم لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.[3]

رغم تلقى قبول واسع من شرائح القانون في تطبيق قواعد الإسناد التي يجري عليها التحكيم إلا أنه تعرض للعديد من الانتقادات ولعل أهمها أنه من الصعب تحديد مقر التحكيم لأنه يتعذر تحديده حيث أنه من الممكن أن يعقد المحكمين جلسات الاستماع في أكثر من دولة إلى جانب إمكانية إجراء التحكيم بالمراسلة[4]، وإذا كان هذا الاتجاه يمكن الأخذ به في حالات التحكيم الخاصة، إلا أنه من الصعب الأخذ به في حالات التحكيم التجاري الدولي لدى مراكز التحكيم، لاعتبار أن اختيار هذا المكان يتم لاعتبارات لا علاقة لها بالنزاع كاعتبارات السياحة مثلا وغيرها.[5]

وأنه لا يشكل بالنسبة للدولة التي يتم التحكيم على إقليمها أية أهمية، فلا يصدر حكم التحكيم باسم الدولة، لأن المحكم لا يخضع لسيادتها، ولهذا فإن توطين التحكيم إجرائيا لا يعني بالضرورة توطينه قانونيا.[6]

---

[1] بلهوان حسين، **مرجع سابق**، ص288.

[2] زرق الله محمد، **مرجع سابق**، ص33.

[3] حبيب نبيلة أيت، بوعلاق سلوى، **مرجع سابق**، ص59.

[4] نورة حليمة، **مرجع سابق**، ص96.

[5] شفيق محسن، **التحكيم التجاري الدولي**، دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 1997، ص189.

[6] زرق الله محمد، **مرجع سابق**، ص34.

وذلك أن أحكام التحكيم لا يمكن أن تشبه الأحكام القضائية، لأن المحكم لا يساهم في الوظيفة القضائية للدولة التي على إقليمها التحكيم، فهو ليس مكلف بخدمة عامة ولا يباشر المهمة المسندة إليه إلا بعقد خاص.[1]

الفرع الثاني: التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق ومدى حرية هيئة التحكيم في اختيار هذا القانون

إن معظم الأنظمة الوطنية تتفق على منح المحكم سلطة التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الذي يطرح أمامه، دون أن تلزمه باللجوء إلى قواعد تنازع القوانين وعلى هذا الأساس سنتطرق لدراسة التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق (أولا) وإلى مدى حرية هيئة التحكيم في اختيار هذا القانون (ثانيا).

أولا: التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق

يقصد بالتحديد المباشر الأسلوب الذي يلجأ إليه المحكم لتعيين القانون الواجب التطبيق على النزاع.[2]

وبالتالي تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق مباشرة دون الحاجة إلى الإشارة إلى قاعدة التنازع التي استخدمها في هذا الشأن، أي أن المحكم يتجه مباشرة إلى حل النزاع دون الوقوف على مشكلة تنازع القوانين.[3]

لقد منحت غالبية الفقه والأنظمة في مجال التحكيم إعطاء حق التحديد المباشر للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع لهيئة التحكيم دون أن تلزمهم اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين.[4]

ومن الأمثلة عن ذلك ما أخذ به المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 1496 من قانون المرافعات المدنية الفرنسية والتي تقابلها المادة 1511 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد الذي اعتبر أول نص يتبنى فكرة الطريق المباشر والذي منح للمحكم سلطة الفصل في النزاع وفقا للقواعد القانونية

---

[1] منير عبد المجيد، **قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية**، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1995، ص199.

[2] حدوش تنهيان، قاسي دليلة، **مرجع سابق**، ص38.

[3] نادر محمد إبراهيم، **مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي**، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2000، ص453.

[4] كرمة سعد، **التحكيم التجاري الدولي في القانون التجاري**، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2019-2020، ص73.

المختارة من قبل الأطراف إلا أنه في حال تخلف هذا الاختيار فإن هذا الأخير يفصل وفقا للقواعد التي يقدر أنه من الملائم إعمالها.[1]

وقد أخذ بنفس الحل المشرع الجزائري وذلك من خلال نص المادة 1050 من ق.إ.م.إ[2]، والتي يتضح من خلالها أن المشرع الجزائري قد منح للمحكم سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق مباشرة دون أن يلزمه في ذلك اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين أو دون الإشارة إليها.[3]

وسار في نفس المسار أيضا المشرع المصري الذي أخذ يدوره بنظرية التحديد المباشر وذلك وفقا لنص المادة 39 من قانون التحكيم المصري والتي تنص: "وإذ لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع".

ويتضح من نص المادة أن المحكم يتمتع بسلطة تقديرية واسعة فهو يختار القانون الذي يقدر أنه أكثر اتصالا بالنزاع، وأمام مرونة القانون المصري قد يجد المحكم أن القانون الأكثر اتصالا بالنزاع هو قانون مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه أو قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم.[4]

كما نجد أيضا بعض قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، قد سارت على نفس النهج ونذكر على سبيل المثال غرفة المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس، وهذا ما يتضح من خلال نص المادة 17منها وذلك بقولها "... القانون الذي يراه ملائما".[5]

ثانيا: مدى حرية هيئة التحكيم في اختيار هذا القانون

إن انتهاج الطريق المباشر يلزم هيئة التحكيم بتطبيق القواعد القانونية الأكثر ارتباطا بالنزاع أو الملائمة أو المناسبة أو الواجبة التطبيق[6]، وإلزام المحكم تطبيق القواعد الأكثر ارتباط بالنزاع أمر

---

[1] نادر محمد إبراهيم، **مرجع سابق**، ص452.

[2] **المادة 1050 من ق.إ.م.إ**، تنص: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

[3] نورة حليمة، **مرجع سابق**، ص96..

[4] بلهوان حسين، **مرجع سابق**، ص234.

[5] كرمة سعد، **مرجع سابق**، ص73.

[6] نادر محمد إبراهيم، **مرجع سابق**، ص457.

يجعل تحديد هذه القواعد يتم بموجب منهج التنازع التقليدي لما في ذلك تطبيق القانون الذي يرتكز عليه العقد بغض النظر عن موضوعه وأثر تطبيقه على النزاع، إلا أن إعمال المحكم الطريق المباشر للبحث عن هذه الأخيرة يأخذ بعين الاعتبار طبيعتها الملائمة أو المناسبة للنزاع حسب ما تقتضيه الحادثة.[1]

للمحكم حرية تحديد القانون الواجب التطبيق مباشرة وذلك بإجراء تحليلي لجميع الظروف القانونية ووقائع القضية المعروضة أمامه باعتباره القانون الأكثر ارتباط بموضوع النزاع أو دون الإشارة إليه، وذلك من خلال تفسير العقد بحد ذاته والتمعن فيه بصورة مستقلة عن أي اعتبار أخر، أو الاستناد على تفسيره وذلك من خلال التفسيرات التي أرست عليها المبادئ العامة وكذا العامل التجاري مبتعدا في ذلك عن أي نظام من النظم القانونية الوطنية.[2]

وإعمال الطريق المباشر يقتضي كما أشرنا إليه سابقا مراعاة المحكم لجميع الظروف العلمية التعاقدية بما فيها الظروف النفسية، الاقتصادية، التنظيمية، وكذا التعامل المهني الأمر الذي يفضي على القرارات التحكيمية خصوصيتها من خلال إنهاء النزاع وحسمه.[3]

تدقيق النظر على السبيلين أعلاه يبين لنا بصورة واضحة اختلافهما وذلك من الناحية النظرية إلا أن الواقع العلمي يحرص على تأكيد اشتراكهما من حيث الهدف والغاية وبالتالي الوصول إلى نتيجة مفادها تطبيق قانون يلاءم موضوع النزاع ويعبر في آن واحد على غرار السبل الأخرى المستخدمة في التحكيم التجاري الدولي عن الحرية الواسعة التي يتمتع بها المحكم فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق.[4]

لعل أهم تطبيقات المنهج المباشر في القانون الدولي الخاص ما يسمى بقواعد البوليس، وهذه الأخيرة تدعو إلى إمكانية المحكم معرفة مدى إرادة مشرعها في تطبيقها على النزاع المطروح أمامه وهذا من خلال إجراء تحليل لموضوعها وكذلك الهدف الذي يسعى إلى إدراكه، فبالتالي تحليل المحكم لهذه

---

[1] صادق هشام علي، **القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية**، دار الفكر الجامعي، القاهرة، الطبعة الثانية، 2001، ص357.

[2] ديب فؤاد،**المحكم الدولي ونظم تنازع القوانين الوطنية**، مجلة العلوم الاقتصادية والقانون المجاد، رقم 24، العدد2، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2008، ص47.

[3] حدوش تنهيان، قاسي دليلة، **مرجع سابق**، ص41.

[4] ديب فؤاد، **مرجع سابق**، ص48.

القواعد القانونية يقضي إلى الكشف عن نطاق سريانها كما حددها مشرعها، الأمر الذي قد يؤدي إلى تطبيقها على العلاقة محل النزاع تطبيقا مباشرا دون الحاجة إلى منهج قواعد التنازع.[1]

يمكن القول أن هيئة التحكيم أخذت بالطريق المباشر في تحديد القانون واجب التطبيق دون المرور بقواعد التنازع ذلك من خلال الاختيار العادل والمناسب للقواعد القانونية مراعية في ذلك طبيعة المسألة المطروحة ودرجة الصلة التي تربطها بهذه القواعد التي سيجري الاختيار من بينها بما يلاءم تطلعات النزاع موضوع العلاقة، إلا أن انتهاج هذا المسلك ينتج عنه افتقار المحكم إلى سلطة تحكيمية طالما أنه يستند في ذلك إلى سوابق التحكيم إلى جانب المبادئ العامة للقانون، وبالتالي قد ينتهي إلى تطبيق قواعد تنازع القوانين.[2]

المطلب الثاني: تطبيق هيئة التحكيم للمبادئ العامة للقانون

تقوم هيئة التحكيم باختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من خلال العمل على تطبيق عدة مبادئ عامة للقانون ومن بين هذه المبادئ العامة التي يقوم عليها القانون نجد: تطبيق هيئة التحكيم للأعراف والعادات التجارية وهذا في الفرع الأول، أما المبدأ الثاني فهو تطبيق هيئة التحكيم لقواعد العدالة والإنصاف في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تطبيق هيئة التحكيم للأعراف والعادات التجارية

في بعض الأحيان يكون المحكم مضطر إلى حل النزاع على ضوء قواعد من عادات وأعراف تجارية دولية وذلك لأسباب مختلفة وهذه القواعد تكون مستقلة عن القوانين الوطنية.[3]

ويتعين تطبيق المحكم لعادات وأعراف التجارة الدولية على موضوع النزاع أن يكون الأساس القانوني لقرار التحكيم منفصل الصلة عن القوانين الوطنية أي معنى ذلك يكون قرار طليقا من عادات وأعراف

---

[1] صادق هشام علي، **مرجع سابق**، ص689.

[2] حدوش تنهيان، قاسي دليلة، **مرجع سابق**، ص41.

[3] ايلاف خليل إبراهيم الصالح، **القانون الواجب التطبيق على التحكيم**، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2014، ص74.

التجارة الدولية فقط وهذه العادات والأعراف ستكون بمثابة قانون القاضي بالنسبة للمحكم الدولي ومنه يتجاوز مشكلة تنازع القوانين.[1]

فتعتبر العادات والأعراف التجارة الدولية القانون الذي ينظم التعامل التجاري على المستوى الدولي ويعد المصدر الأساسي لقانون التجارة الدولية، كما أنها تشكل مجموعة ملائمة الحكم عقود التجارة الدولية.[2]

وتتعدد مصادر هذه العادات والأعراف باختلاف فروع التجارة الدولية ومن أهم مصادرها هي:

- ✓ **العقود النموذجية والشروط العامة:** وتعد من طرف الجماعات المهنية المتخصصة بوضع العقود النموذجية حتى يسهل على الأطرف استيعابها بكل سهولة وبساطة.
- ✓ **مصطلحات التجارة الدولية:** وهي من أهم الأعراف المدونة وهي عبارة عن قواعد متعلقة بتفسير العبارات المستخدمة في بعض العقود الدولية،وقد تضمنت غرفة التجارة الدولية سنة 1936 وتم تعديلها وتحديثها عدة مرات وتعتبر هذه المصطلحات شروط تجارية مقبولة دوليا.

وكذلك المبادئ العامة للقانون وهي مبادئ قانونية مشتركة بين الأمم المتحضرة تلجأ إليها عند غياب أي إشارة من الأطراف إلى القانون الذي يحكم النزاع و من بين هذه المبادئ التي تقوم عليها محكمة التحكيم هي العقد شريعة المتعاقدين مبدأ وجوب تنفيذ العقد بحسن النية.[3]

فالتجارة الدولية تعتبر بمثابة كسر للحدود الوطنية وقوانينها وكسر للقيود، وتنشأ تعاملات دولية بين تجار العالم مما ينهي بيهم عادات وأعراف مثلها ومثل التي تنشأ بين الأفراد التجارة الوطنية بحيث لا يمكن الخروج عن إطارها.

فالمحكم الدولي عند تعذره إلى إيجاد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فهو مضطر إلى حل النزاع على ضوء قواعد من إنشاء عادات وأعراف التجارة الدولية وهي قواعد تستقل عن كيانها عن القوانين الوطنية.[4]

---

[1] الصالح عمر علي، **التحكيم والقانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارية الدولية**، أطروحة دكتوراه جامعة الجزائر، 2005، ص289.

[2] إيلاف خليل إبراهيم الصالح،**مرجع سابق**، ص75.

[3] سرور ياسين، خادر نادية، **الخصومة التحكيمية**، مذكرة ماستر، قانون أعمال، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2016، ص18.

[4] الصالح عمران علي،**مرجع سابق**، ص17.

وقد منح المشرع الجزائري محكمة التحكيم إمكانية الفصل في موضوع النزاع وفق ما تراه مناسبا من أعراف من خلال المادة 105 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتطبيق الأعراف يكون تطبيقا تكميليا، ومن بين الأعراف الجارية مبدأ إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، والقوة القاهرة.[1]

وتوجد حالة استثنائية وهي عند تعارض العرف المطبق من هيئة التحكيم مع نص تشريعي واجب التطبيق أو مع قاعدة قانونية يكون الأطراف اتفقا عليها لتطبيقها على موضوع النزاع فإن هيئة التحكيم لا تقوم بتطبيق العرف وإنما تطبق القانون المتفق عليه.[2]

كما جاء في نص الفقرة الثالثة من المادة (39) من قانون التحكيم المصري والتي تنص على أنه: "يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة"، ومن خلال هذا النص يفهم لنا أنه يجب على هيئة التحكيم مراعاة الأعراف الجارية في نوع المعاملة، سواء طبقت قواعد قانونية اختارها الأطراف أو قانون اختارته هي في تطبيقه،وفي غياب الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها مناسبة، على أنه ما يجري عليه العرف باعتباره مصدرا من مصادر القانون يظل أحد مصادر التشريع.[3]

فإذا تعارض العرف مع نص تشريعي واجب التطبيق أو مع قاعدة قانونية اتفق الأطراف على تطبيقها على موضوع النزاع، فإن هيئة التحكيم لا تلقي أي اعتبار بما يجري عليه العرف، فتطبيق الأعراف تكون تطبيقا تكميليا، التي لم يوجب على هيئة التحكيم تطبيق الأعراف الجارية وإنما أوجبت عليها فقط أن تراعي الأعراف الجارية.[4]

وتفصل هيئة التحكيم في النزاع بحسب ما تقضي به قواعد القانون والأعراف الملائمة لذلك، ويقصد بقواعد القانون القواعد الموضوعية التي يمكن أن تشير إليها الأطراف.[5]

---

[1] شحاتة محمد نور الهدى، **النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999، ص422.

[2] رمضان كريم، سايح جهاد، **القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي**، مذكرة ماستر، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2015، ص49.

[3] رمضان كريم، سايح جهاد، **نفس المرجع**، ص50-51.

[4] رمضان كريم، سايح جهاد، **نفس المرجع**، ص52.

[5] الباح صليحة، **التحكيم كآلية لتسوية منازعات التجارة الدولية**، مذكرة ماستر، تخصص قانون دولي عام، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2019، ص71.

ويرى الفقه الجزائري بأن الأعراف في التشريع الجزائري لا تتمتع بالدور المكمل في الفصل في النزاع، وإنما تكون القواعد القانونية الأخرى في مستوى متوازي من خلال أن المشرع الجزائري قد تبنى نظرية القواعد غير الدولية بحيث يتمتع المحكم بتحديد القواعد الواجبة التطبيق على النزاع.[1]

الفرع الثاني: تطبيق هيئة التحكيم لقواعد العدالة والإنصاف

لقد جاء في نص الفقرة الرابعة (4) من المادة 39 من قانون التحكيم المصري على أنه يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرف التحكيم صراحة على أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون تقيد بأحكام القانون.[2]

وهنا يجب على المحكم الالتزام بالقواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام الداخلي، حيث لا يمكنه التحرر منه ولو كان مفوضا لإجراء تسوية وفقا لقواعد العدالة، ويتم تفويض المحكم بإجراء تسوية وفقا لقواعد العدالة، فالسائد أنه يستطيع تجاهل القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام ولا يقف أمامه سوء ما لمس بالنظام العام الدولي، وهنا تظهر أهمية اتفاق التحكيم على تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.[3]

وإن تحويل المحكم إجراء تسوية للنزاع يحرره من التقيد بأي نصوص تشريعية أو أية قواعد قانونية أي كان مصدرها، ليكون المحكم نوعا ما أمام التسوية للنزاع المعروض عليه ويعمل بذلك على تحقيق العدالة.[4]

وفيما يتعلق بتطبيق قواعد العدالة والإنصاف فيبدوا أنه لا يمكن تجاهل ما تنطوي عليه تلك القواعد من عمومية والذي قد يضع المتعاقدين أي الأطراف في حظر الانتقاد عن توقعاتهم ومن حرمانهم من الأمان القانوني.

ولقد نص قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي قي المادة 182بأنه يكون حكم المحكم على مقضي قواعد القانون إلا إذا كان مفوضا بالصلح فلا يقيد بهذه القواعد عدا ما تعلق منها بالنظام العام".

---

[1] بوكريطة موسى، **التحكيم التجاري كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة**، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 8، جامعة حنشلة، 2017، ص7.

[2] شحاتة محمد نور، **مرجع سابق**، ص423.

[3] رمضان كريم، سايح جهاد، **مرجع سابق**، ص53.

[4] مسعودي أسماء، **المحكم في خصومة التحكيم الدولي**، مذكرة ماستر، تخصص علاقات دولية خاصة، كلية الحقوق، جامعة قاصبي مرباح، ورقلة، 2014، ص53.

ومن تطبيقات قواعد العدالة والإنصاف فإنه يجوز لهيئة التحكيم تعديل أثر القوة القاهرة على المسؤولية أو توزيع مخاطرها على الطرفين إلا ما كانت هناك تحقيقا للعدالة، كما يمكن أن تقضي بالتعويض من عدم التنفيذ أو التأخير فيه رغم عدم توافر الأعذار الذي يطلبه القانون.[1]

لم ينص المشرع الجزائري على قواعد العدالة والإنصاف في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على عكس المشرع المصري الذي نص عليه في نص المادة (39) الفقرة الرابعة من القانون الحكم المصري السابق الذكر: وهذه القواعد تحرر المحكم من التقيد بأي نصوص تشريعية أو أية قواعد قانونية أي كان مصدرها، لكي يكون المحكم قادر على إيجاد تسوية للنزاع المعروض عليه وعليه تتحقق العدالة وما يرضي ضميره.[2]

لكي تكون هذه السلطة مقيدة بعدم مخالفة المبادئ الأساسية للتقاضي والالتزام بالقواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام الدولي ما دمنا أمام تحكيم تجاري دولي وحتى لو كان مخالفا للنظام العام الداخلي.[3]

وفقا لهذه القواعد يقوم المحكم باستبعاد جميع القواعد القانونية، ويتمتع المحكم في التحكيم وفقا لقواعد العدالة والإنصاف بسلطة تقديرية واسعة لمحاولة إدراك عدالة الحالة بحيث يغلب روح المصالحة على روح النزاع.[4]

وإذا كان القانون المطبق على إجراءات التحكيم يسمح بهذا النوع من التحكيم تماما كموقف القاضي الجنائي الذي يتمتع بحرية مطلقة في تكوين عقيدته طالما أنه حقق مبدأ المساواة، ويسمح للأطراف إبداء أوجه دفاعهم، فالمحكم يقضي وفقا لما يراه من مقتضيات العدل والإنصاف دون التقيد بالقيود التي أقرها القانون ليحقق الهدف المرغوب وهو الفصل في المنازعة.[5]

والمحكم يقوم بالتسوية ولا يقضي طبقا لقواعد العدالة كمصدر مستقل للقواعد القانونية وإنما بالنظر إلى العدالة كغاية وجب البحث عنها في كل مصادر القانون من تشريع وعرف ومبادئ عامة،

---

[1] إيلاف خليل إبراهيم، **مرجع سابق**، ص72-73.

[2] التلاحمة خالد إبراهيم، الموقف **الفقهي من تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات خصومة التحكيم التجاري الدولي**، مجلة العلوم القانونية والسياسية، فلسطين، جوان 2018، العدد 02، ص76.

[3] إيلاف خليل إبراهيم، **مرجع سابق**، ص77.

[4] سرور ياسين، خادر نادية، **مرجع سابق**، ص73.

[5] سرحاني عبد القادر، **سلطان في خصومة التحكيم التجاري الدولي**، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون أعمال، جامعة أحمد دراية أدرار، 2021، ص99.

والتفويض يشمل في وقت واحد رخصة تطبيق قواعد القانون وواجب استبعاد أي حل يتعارض مع مبادئ العدل والإنصاف.[1]

ولعل القضاء التحكيمي الدولي نفسه يعرض عن تطبيقها لهذا السبب مع وجود الإرادة الصريحة التي تخوله صلاحية ذلك التطبيق، نص قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي في المادة 182 بأنه: "يكون حكم المحكم على مقتضي قواعد القانون إلا إذا كان مفوضا بالصلح فلا يتقيد بهذه القواعد عدا ما يتعلق منها بالنظام العام.[2]

وكذلك نصت المادة 36/د من قانون التحكيم الأردني بأنه: "لا يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرف التحكيم طرحه على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التنفيذ بأحكام القانون".[3]

ومن خلال المادتين نفهم أن التحكيم يكون بالصلح وبموجبه تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف.[4]

---

[1] نبيل إسماعيل عمر، **التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011، ص276.

[2] **المادة 182 من القانون الكويتي**، رقم 11 الصادر بتاريخ 1995 المتضمن شأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية.

[3] المادة 36 من القانون التحكيم الأردني، رقم 31 الصادر بتاريخ 2001 المتضمن قانون التحكيم الأردني.

[4] إبلاف خليل إبراهيم،**مرجع سابق**، ص71.

خلاصة الفصل الثاني

يتجلى من خلال دراستنا لموضوع تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع والذي يعتبر بمثابة أساس للحكم التحكيمي ومضمونه، وذلك من خلال تمتع الأطراف بسلطة واسعة في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع وحرية تامة.

إضافة إلى الدور الذي يلعبه الأطراف في اختيار القانون الوطني أو أي قانون آخر وذلك بالاستناد لإرادتهم.

كما قد تعمل هيئة التحكيم على التدخل في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فيقوم باختيار القانون المناسب للأطراف ومن بين هذه القواعد هناك تنازع القوانين وقد يكون التحديد بصفة مباشرة للقانون الواجب التطبيق، كما يمكن فيه استبعاد القانون الذي اختاره الأطراف، وإذا لم يكن اتفاق على هذا القانون ولم ترغب به الأطراف هنا وإذا لم تقوم هيئة التحكيم بتطبيق للمبادئ العامة للقانون المناسبة لسير الخصومة التحكيمية والفصل فيها ومن بين هذه المبادئ الأعراف والعادات التجارية وقواعد العدالة والإنصاف.

الخاتمة

الخاتمة:

يعتبر التحكيم آلية قانونية يتم اللجوء إليها لتسوية المنازعات التجارية القائمة بين الأطراف لما يضمنه من تحقيق للسرعة في الإجراءات، وهذا تماشيا مع تطور الحياة الاقتصادية على المستوى الدولي، وفي الوقت الراهن يكون وسيلة اعترفت بها معظم التشريعات والأنظمة القانونية للفصل في النزاع، فهو يعتبر نظام بديل عن اللجوء إلى القضاء وسلطاته.

وقد ينشأ التحكيم التجاري الدولي بصورته التقليدية المتمثلة في تحكيم الحالات الخاصة أو التحكيم الحر، بحيث يرتكز التحكيم على عنصرين أساسيين هما: اتفاق التحكيم وحكم المحكمين الذي تنتهي به الخصومة التحكيمية والذي تفصل النزاع.

وقد يعطي هذا التحكيم الحرية الواسعة التي قد تكون مطلقة لأطراف تنظيم إجراءات التحكيم التجاري الدولي وقد يعمل اختيار القانون الواجب التطبيق عليها على مبدأ سلطان الإرادة الذي يتمحور على اتفاق الأطراف في اللجوء إلى التحكيم حتى يؤدي بذلك إلى الفصل في النزاع والنطق بالقرار التحكيمي النهائي، فبذلك لهم الحرية في سن القواعد الإجرائية المناسبة والمسائل الموضوعية التي تؤدي إلى استخراج القانون الملائم للفصل في الخصومة التحكيمية.

وبالتالي تتميز إرادة الأطراف بمركز قوي لبناء قوة التحكيم وضعفه في نفس الوقت، بحيث تبنى الخصومة التحكيمية على اتفاق الأطراف وتمتعهم بالحرية والإرادة في إنشاء القرار التحكيمي للفصل في النزاع.

فتتمثل قوة إرادة الأطراف في وضع طرق مرنة لحل المنازعات القائمة بين المتعاملين، يكون بعيدا عن صرامة القوانين الداخلية.

أما لضعفه فيكمن أن التحكيم يحمل عدة مخاطر وسلبيات ما يتسبب الطرف السيئ النية في شلل وخراب إجراءات التحكيم، كما قد يكون بعض الأطراف ليسوا في دراية تامة بالتفاصيل التي قد تولدها الخصومة التحكيمية بين إجراءات أن يتوقعوا تلك التفاصيل ويعملوا بها مسبقا في اتفاق التحكيم الذي يوقعوه.

كما قد يصعب عليهم اختيار القانون المناسب على الإجراءات لحل النزاعات التي قد تكمن في الدعوة التحكيمية.

كما أن دور إرادة الأطراف وتمتعهم بالحرية هو دور أساسي في بناء الخصومة التحكيمية والوصول إلى نهايتها.

فيتمتع الأطراف بالحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة التحكيمية بعد اتفاقهم على ذلك فقد منحت معظم التشريعات هذه الحرية للأطراف في اختيار القانون المناسب من أجل سير إجراءات الخصومة التحكيمية.

فبعد اتفاق الأطراف على القانون المحدد ما على المحكم إلى احترام رغبة الأطراف وتطبيق القانون الذي اختاره وهنا يقوم بتطبيق قانون إرادة الأطراف الذي يتعين ويتحدد بشروط معينة تتلاءم مع سير الخصومة التحكيمية والفصل في إجراءاتها وكذلك الفصل في موضوعها.

فقد حدد القانون هذه الإرادة الحرية لأطراف ووضع لها شروط يلزم الأطراف على إتباعها وكذلك المحكم الذي يفصل في ذلك، وهذه الشروط تجعل الدعوى التحكيمية تسير بطريقة صحيحة للوصول إلى القرار التحكيمي النهائي.

ولكن هذه الإرادة قد تكون مقيدة بقيود حددها القانون ليكون الفصل في النزاع فصلا حاكما وعادلا بين الأطراف، ومن بين هذه القيود التي تقيد هذه السلطة هو النظام العام والتي تبنى على مبادئ أساسية، أما القيد الثاني الذي يتمثل في احترام إجراءات سير الخصومة التحكيمية وهذه الإجراءات تتضمن في احترام مبدأ حق الدفاع واحترام مبدأ المساواة ومبدأ الوجاهة واحترام هذه القيود تؤدي إلى تدعيم الممارسات التحكيمية وكذلك القضائية.

وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة التحكيمية فإن هيئة التحكيم السلطة والحرية في تنظيم هذه الإجراءات المناسبة وقد تتمتع هذه السلطة لهيئة التحكيم بعدة ضوابط لتحديد القانون الملائم على الإجراءات ومن بين هذه الضوابط على المحكم تحديد صحة واتفاق التحكيم الذي يعتبر عنصر أساسي في الخصومة التحكيمية وأيضا تحديد لغة ومكان التحكيم الذي يستطيع أن تبرز القانون الأنسب لسير النزاع والفصل فيه، فهنا المحكم يكون على اختيارين إما قانون مقر التحكيم أي دولة التي صارت فيها الخصومة التحكيمية وإما قد يطبق قانون الذي يطبق على موضوع النزاع التحكيمي.

وبعد تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة التحكيمية التي تسير عليها سوف تصل إلي موضوع النزاع التي يكون محل الدعوى التحكيمية، التي تؤدي إلى تبيان القانون الواجب التطبيق على موضوع الخصومة التحكيمية للفصل في النزاع المطروح أمام محكمة التحكيم.

فهنا تكون أمام اتفاق الأطراف على اختيارهم للقانون التي منحت لهم القوانين هذه الحرية الواسعة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع الخصومة التحكيمية فالأطراف لهم الإرادة في أخذ القانون المناسب للفصل في النزاع.

ولكن قد تكون هذه الحرية ليست مطلقة، بل مقيدة ببعض القيود ومنها النظام العام الذي يجب احترامه من طرف الأطراف والمحكمين كذلك، وأما القيد الثاني فهو تدخل القاضي الوطني لإيجاد حلول للنزاع ونهاية الخصومة التحكيمية.

وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على قانون موحد ليطبق على موضوع النزاع، يذهب الاختصاص إلى هيئة التحكيم التي تفصل وتحدد القانون الواجب التطبيق المناسب لإنهاء النزاع، فتقوم هيئة التحكيم بتحديد القانون الذي قد يكون قانون وطني أو قانون دولة أخرى، وقد تطبق مبادئ عامة للقانون ومن بينها العادات والأعراف التجارية وكذلك قواعد العدالة والإنصاف، وهذا ليتم سير الخصومة التحكيمية والفصل فيها ضمن القانون الملائم لموضوع النزاع ولأطراف الخصومة التحكيمية.

وقد توصلنا من خلال دراستنا لهذا الموضوع إلى بعض النتائج التي تتمثل فيما يلي:

- التحكيم وسيلة لفضالنزاعات بين الأطراف بديلا عن القضاء العادي؛
- مبدأ سلطان الإرادة هو الأساس في تنظيم التحكيم وسير إجراءاته؛
- الخصومة التحكيمية تنتهي بنهاية طبيعته بإصدار الحكم الفاصل في النزاع؛
- تأكيد بعض التشريعات الوطنية والدولية ومنها التشريع الجزائري على إرادة الأطراف في عملية التحكيم سير الخصومة التحكيمية؛
- الدور الأساسي التي تقوم به هيئة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات وموضوع النزاع.
- هيئة التحكيم تقوم بالفصل في إجراءات وموضوع النزاع وذلك باحترام المبادئ العامة ورغبة الأطراف في القانون.

وبناءا على النتائج السالف الذكر، فقمنا بتقديم بعض الاقتراحات التالية:

- يمكن للمشرع الجزائري القيام بإنشاء مراكز متخصصة في عملية التحكيم والعمل على تكوين محكمين مختصين؛
- إعطاء الحرية الكاملة للأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عملية الفصل في الخصومة التحكيمية؛
- على المشرع الجزائري القيام بصياغة نصوص قانونية جديدة تدعم التحكيم وتحدد المسائل التي يجوز فيها التحكيم والتي لا يجوز فيها التحكيم مع ضرورة التفصيل في موضوع الخصومة التحكيمية؛
- وضع قانون مستقل يتعلق فقط بإجراءات التحكيم التجاري ومن الأحسن فصله عن قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛
- يتعين على المشرع الجزائري توضيح وتدقيق المصطلحات والإجراءات التي يتعين إتباعها من طرف هيئة التحكيم ومن طرف القاضي الوطني أيضا؛
- يتوجب المشرع الجزائري أن يولي اهتمام كافي في النظام الإجرائي وكثرة تحديده في مواد معينة من أجل فهم الإجراءات المسيرة له.

قائمة المراجع:

أولا: المراجع باللغة العربية

1. الكتب:

1) إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1997.

2) أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم، مفهومه وأركانه وشروطه، نطاقه، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.

3) أحمد خليل، أصول المحاكمات اللبناني، الدار الجامعية، 2000.

4) أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم الدولي والداخلي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

5) أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

6) الأسعد بشار، عقود الدولة في القانون الدولي، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان. بدون سنة طبع

7) أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانوني (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة الأولى. بدون سنة طبع

8) جمال محمود الكودي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2003.

9) حسيني المصري، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.

10) حنطة السيد حداد، الوجيز في النظرية العامة للتحكيم في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.

11) الداوودي غالب علي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، (دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، 2005.

12) الرفاعي أشرف عبد العليم، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الدولية، دراسة فقهية، قضائية مقارنة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2003، ص80.

13) سراج حسن محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

14) سعد الله عمر ، قانون التجارة الدولية، (النظرية المعاصرة)، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

15) شحاتة محمد نور الهدى، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999.

16) شفيق محسن، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 1997.

17) صادق محمد محمد الجبران، التحكيم التجاري الدولي وفقا للاتفاقيات العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 (بحث في قانون التجارة الدولية)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2006.

18) صادق هشام علي، القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، الطبعة الثانية، 2001.

19) الصانهوري مهند أحمد، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص (دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي في غالبية التشريعات العربية والأجنبية والاتفاقيات والمراكز الدولية)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى.2005

20) الطبي أنور أحمد، مبدأ الاختصاص في مجال التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2009

21) طلعت محمد دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم (دراسة مقارنة في التشريعات الدولية وأنظمة مراكز التحكيم والتشريعات الوطنية العربية)، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2003.

22) طلعت محمد دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، جامعة بيروت.2003

23) عبد الحميد الأحدب، التحكيم في البلدان العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 2008.

24) عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم الدولي، الجزء الثاني، دار المعارف، مصر، 1998.

25) عكاشة محمد عيد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2007.

26) علي أنور الطنشي، مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.

27) عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة ال

28) فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2006.

29) قربوع كمال عليوش، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بن عكنون الجزائر 2005.

30) كولا محمد، تطور التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، منشورات بغدادي،الجزائر 2008.

31) كوم محمد زيدان النجار، المركز القانوني للمحكم، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة الأولى،2010.

32) لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا للاتفاقية المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.2012

33) لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، دار هومة، الجزائر،2019.

34) مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة خاصة للقانون المصري الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

35) مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان. 2015.

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

37) منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، مطابع القاهرة، 2005.

38) منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1995.

39) مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي في غالبية التشريعات العربية والأجنبية والاتفاقيات والمراكز الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، 2005.

40) نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2000.

41) نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011.

42) وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني قانون المرافعات، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى،القاهرة 1986.

2. رسائل الجامعية

أ. رسائل الدكتوراه

1) علوش صابرة، النظام القانوني للخصومة التحكيمية، دراسة مقارنة أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه ل.م.د، تخصص قانون اقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة الدكتور مولاي الطاهر، 2022/2021.

2) جارد محمد، الدعوى التحكيمية في إطار العلاقات الدولية الخاصة، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2018/2017.

3) مريني فاطمة الزهراء، ضوابط الاتفاق على التحكيم في العلاقات التجارية الدولية، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بومرداس 2019

4) بهلون حسين، تنازع القوانين في منازعات التحكيم في عقود التجارة الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة 1 2021/2020.

5) عبد القادر سرحاني، سلطات المحكم في خصومة التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة،رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة أحمد دراية أدرار، 2000.

6) عمران علي الصائح، التحكيم والقانون الواجب التطبيق على منازعات العقود التجارية الدولية،أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005.

7) تمويلت كريم، فعالية إتفاق التحكيم التجاري الدولي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2017.

ب . مذكرات الماجستير :

1) على شريف سعيدة، القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في فرع القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2014/2013.

2) نورة حليمة، التحكيم التجاري، مذكرة ماجيستير، تخصص إدارة أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، 2013/2014.

3) يلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكر لنيل شهادة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2011.

4) إلهام عزام، وحيد الخراز، التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع (دراسة مقارنة) مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، قسنطينة 2009.

5) إيلاف خليل، إبراهيم الصالح، القانون الواجب التطبيق على التحكيم (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير مقدمة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2014.

6) عادي فريدة، سلطة المحكم في موضوع حل المنازعات المترتبة على العقد التجاري الدولي، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2001.

7) هنية شريف، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، رسالة ماجستير، الجزائر، 2002.

ج.مذكرات الماستر :

1) يوجير آسية ولحيادي مروة، مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات لنيل شهادة ماستر اكاديمي في الحقوق، تخصص قانون اعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد البشير الإبراهيمي برج بوعريريج، 2023/2022.

2) سويسي محمد آدم، التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماستر الحقوق قانون عام، قانون دولي عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2018/ 2019.

3) رمضاني كريم وسايح جهاد، القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة 2016/2015.

4) بكيري رزقي وبودينار نبيل، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون العون الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2015/2014.

5) رحموني محمد ياسين وعروسي محمد، دور المحكم في خصومة التحكيم في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دريعية، أدرار، 2023/2022.

6) آيت حبيب نبيلة وبوعلاف سلوى، القانون الواجب التطبيق في الخصومة التحكيمية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2016/1/21.

7) أحمد بورابح، دور العقود النموذجية في تأطير التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور طاهر مولاي سعيدة 2022/2021.

8) حدوش تينهنان وقاسي دليلة، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامع عبد الرحمان ميرة بجاية، 2017/2016.

9) خولة عرعار، مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي المؤسسي، جامعة 8 ماي 1945، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون خاص (الاستثمار)، 2016/2015.

10) رزق الله محمد، دور المحكم التجاري الدولي في حل المنازعات التجارية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة 2021/2022.

11) كرمة سعد، التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كليه الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة 2020/2019.

12) بعزيزي سعاد وبكوش سامية، مظاهر سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماستر في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية 2015/2014.

13) صليحة الباح، التحكيم النسوية منازعات التجارة الدولية مذكرة ماستر، تخصص قانون أولي عام، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2019.

14) سرور ياسين وخادر نادية، الخصومة التحكيمية، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، 2016.

15) مسعودي أسماء، المحكم في خصومة التحكيم الدولي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر أكاديمي، تخصص علاقات دولية خاصة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2015/2014.

16) حكيمة أمهتاني، القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة المسيلة، 2013.

17) فريدة عبادي، سلطة المحكم في موضوع حل المنازعات المترتبة على العقد التجاري الدولي، مذكرة ماستر كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001.

18) سعيداني صارة، إجراءات الخصومة التحكيمية، مذكرة ماستر، جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة، 2015.

19) بال أحمد وعبد النور طارف، مبدأ الاختصاص بالانتقاض تجسيد الفعالية اتفاقية التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماستر، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، 2019.

3. المقالات العلمية:

1) أبو زيد رضوان، الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي القسم الثالث، القانون الذي يحكم النزاع، مجلة الحقوق والشريعة السند الثالث العدد الثاني، الكويت، يوليو 1979.

2) فؤاد ديب، المحكم الدولي ونظم تنازع القوانين مجلة العلوم الاقتصادية والقانون المجلد رقم 24، العدد 2، كلية الحقوق، جامعة دمشق 2008.

3) خالد ابراهيم الدحمة، الموقف الفقهي من تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات خصومة التحكيم التجاري الدولي، مجلة العلوم القانونية والسياسية العدد 2، جوان 2018.

4) موسى بوكريطة، التحكيم التجاري كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة، مجلة الحقوق والعلوم السياسية العدد 8، جامعة خشلة 2017.

5) سامية كمال، أعمال النظام العام في الرقابة القضائية على أحكام التحكيم التجاري الدولي، مجلة العلوم القانونية والسياسية العدد 2، سبتمبر 2019.

6) علي بشير سليمان، مبدأ الاختصاص بالاختصاص الدولي، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية مجلد رقم 63، العدد 2، جامعة تشرين، 2006.

7) رشا علي الدين أحمد، مبدأ الاختصاص بالاختصاص أمم هيئات التحكيم الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 56، 2014.

8) عجيل طارق كاظم، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، مجلة المنصور، العدد 14، الجزء الثاني، جامعة ذي قار، 2010.

9) تفيش عثمان وبلحسان هواري، القانون الواجب التطبيق على المنازعات المعروضة أمام محكمة التحكيم، مجلة منازعات الأعمال العدد الخامس، مارس 2015.

4. النصوص القانونية:

أ. الإتفاقيات:

1) إتفاقية نيويورك المؤرخ في 10 يونيو 1958 المتعلقة بالاعتماد وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

2) إتفاقية جنيف الأوروبية المؤرخ في21 أفريل 1961 المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي.

3) إتفاقية عمان العربية الخاصة بالتحكيم التجاري المؤنة في سنة 1987.

4) إتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى الصادرة في 17 مارس 1965 الموافق عليها بموجب أمر رقم 04/95 المؤرخ في جانفي 1995 ج.ر. العدد 7 لسنة 1997.

صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 346/95 المؤرخ في 30 كتوبر 1995 ج.ر. العدد 65 لسنة 1995.

5) قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية (C.C.I) الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بيارس، النافذة إعتبارًا من أول جانفي 1998، والمعدلة بموجب اللائحة بقانون رقم 48 لسنة 2011 الصادرة في 13 يناير 2011، والمعدلة في أول يناير 2012.

6) قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر في 21 يونيو 1985 من التعديلات التي اعتمدت في عام 2006.

ب. القوانين :

1) قانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ج.ر. العدد 21 المؤرخة في 23 أفريل 2008، المعدل والمتمم بالقانون رقم 13/22 المؤرخ في 12 يوليو 2022 ج. ر. العدد 48 المؤرخ في 17 يوليو 2022.

2) قانون التحكيم الأردني، رقم 31 لسنة 2001، المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية، رقم 4496، تاريخ 16 جويلية 2001.

3) قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

4) القانون الكويتي رقم 11 الصادر في 1995 المتضمن بيان التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية.

5) القانون في رقم 10/05 المتضمن للقانون المدني الجزائري المؤرخ في 20 يونيو 2005.

ج. المراسيم :

1) المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 25 أفريل 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-14 المؤرخ في 8 جوان 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية ج. ر. العدد 27 الموافق ل 27 أفريل 1993.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية:

1) Béguin (J), L'arbitrage commercial international Montréal : édition y.von-Blais, 1987, P150.

2) Fouchard larbitryl comercial international . dalloz paris 1996

3) Mostefa TRARI IANI, Droit algérien de l'arbitrage commercial international, BERTI édion 1ére cd, 2007,

الفهرس:

شكر و تقدير 1

مقدمة.....1

المبحث الأول: تطبيق إرادة الأطراف على إجراءات الخصومة التحكيمية.....9

المطلب الأول: حرية اتفاق أطراف النزاع على اختيار قانون الاتفاقي.....10

الفرع الأول: تطبيق قانون إرادة الأطراف 10

أولا: الاتفاقيات الدولية 13

ثانيا: موقف التشريعات العربية 14

ثالثا: موقف المشرع الجزائري 15

الفرع الثاني: كيفية التحديد الإرادي للقانون الإجرائي 16

أولا: اختيار قواعد إجرائية ملائمة 16

ثانيا: اختيار قواعد إجرائية قابلة للتنفيذ 18

المطلب الثاني: القيود الواردة على حرية الأطراف في التحكيم 20

الفرع الأول: صعوبة ضبط النظام العام 21

أولا: مفهوم النظام العام الداخلي.....21

ثانيا: مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص 23

الفرع الثاني: احترام إجراءات سير الخصومة التحكيمية.....25

أولا: مبدأ احترام حقوق الدفاع.....25

الفهرس

ثانيا: احترام مبدأ المساواة 29

ثالثا: احترام مبدأ الوجاهية بين الأطراف.....30

المبحث الثاني: دور هيئة التحكيم في سير إجراءات الخصومة التحكيمية 33

المطلب الأول: سلطات هيئة التحكيم في تحديد القواعد التي تحكم سير إجراءات الخصومة التحكيمية 34

الفرع الأول: سلطة هيئة التحكيم في تنظيم إجراءات الخصومة التحكيمية 34

أولا: الفصل في وجود وصحة اتفاق التحكيم.....34

ثانيا: اختيار مكان التحكيم.....36

ثالثا: لغة التحكيم.....38

الفرع الثاني: سلطة هيئة التحكيم في تحديد اختصاصها بالفصل في الخصومة التحكيمية.....39

أولا: أساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص.....39

ثانيا: مبررات مبدأ الاختصاص بالاختصاص.....41

ثالثا: آثار مبدأ الاختصاص بالاختصاص.....42

المطلب الثاني: سلطة هيئة التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة التحكيمية43

الفرع الأول: تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم 43

الفرع الثاني: تطبيق القانون الذي يطبق على موضوع النزاع.....46

خلاصة الفصل الأول.....48

المبحث الأول: سلطة الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع.....3

المطلب الأول: حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع.....52

الفهرس

الفرع الأول: مدى حرية الأطراف في تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع.....52

أولا: موقف الفقه 52

ثانيا: موقف التشريعات.....54

ثالثا: موقف االهيئات الدولية.....55

الفرع الثاني: القيود التي ترد على حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع.....56

أولا: النظام العام.....57

ثانيا: تدخل القاضي الوطني 58

المطلب الثاني: تطبيق قانون إرادة الأطراف على موضوع الخصومة التحكيمية 59

الفرع الأول: دور إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.....60

أولا: اختيار القانون الوطني 60

ثانيا: اختيار قانون التجارة الدولية 62

الفرع الثاني: موقف التشريعات من حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.67

أولا: في ظل الاتفاقيات الدولية.....67

ثانيا: في ظل التشريعات الوطنية 68

المبحث الثاني: دور هيئة التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع الخصومة التحكيمية..72

المطلب الأول: اختيار هيئة التحكيم قانون دولة معينة 73

الفرع الأول: تطبيق هيئة التحكيم لقواعد تنازع القوانين 73

أولا: تنازع قوانين دولة الجنسية أو الموطن المشترك 73

الفهرس

ثانيا: تنازع قوانين دولة جنسية المحكم.....75

ثالثا: تنازع القوانين لدولة مقر التحكيم 75

الفرع الثاني: التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق ومدى حرية هيئة التحكيم في اختيار هذا القانون ..77

أولا: التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق 77

ثانيا: مدى حرية هيئة التحكيم في اختيار هذا القانون 78

المطلب الثاني: تطبيق هيئة التحكيم للمبادئ العامة للقانون 80

الفرع الأول: تطبيق هيئة التحكيم للأعراف والعادات التجارية.....80

الفرع الثاني: تطبيق هيئة التحكيم لقواعد العدالة والإنصاف.....83

خلاصة الفصل الثاني 86

الخاتمة:.....88

قائمة المراجع: 92

أولا: المراجع باللغة العربية.....92

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية: 102

الفهرس:.....103