



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة الدكتور مولاي الطاهر - سعيدة -



كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر

تخصص: قانون اقتصادي

## مبدأ سلطان الارادة وقضاء التحكيم التجاري الدولي

إعداد الطالب:

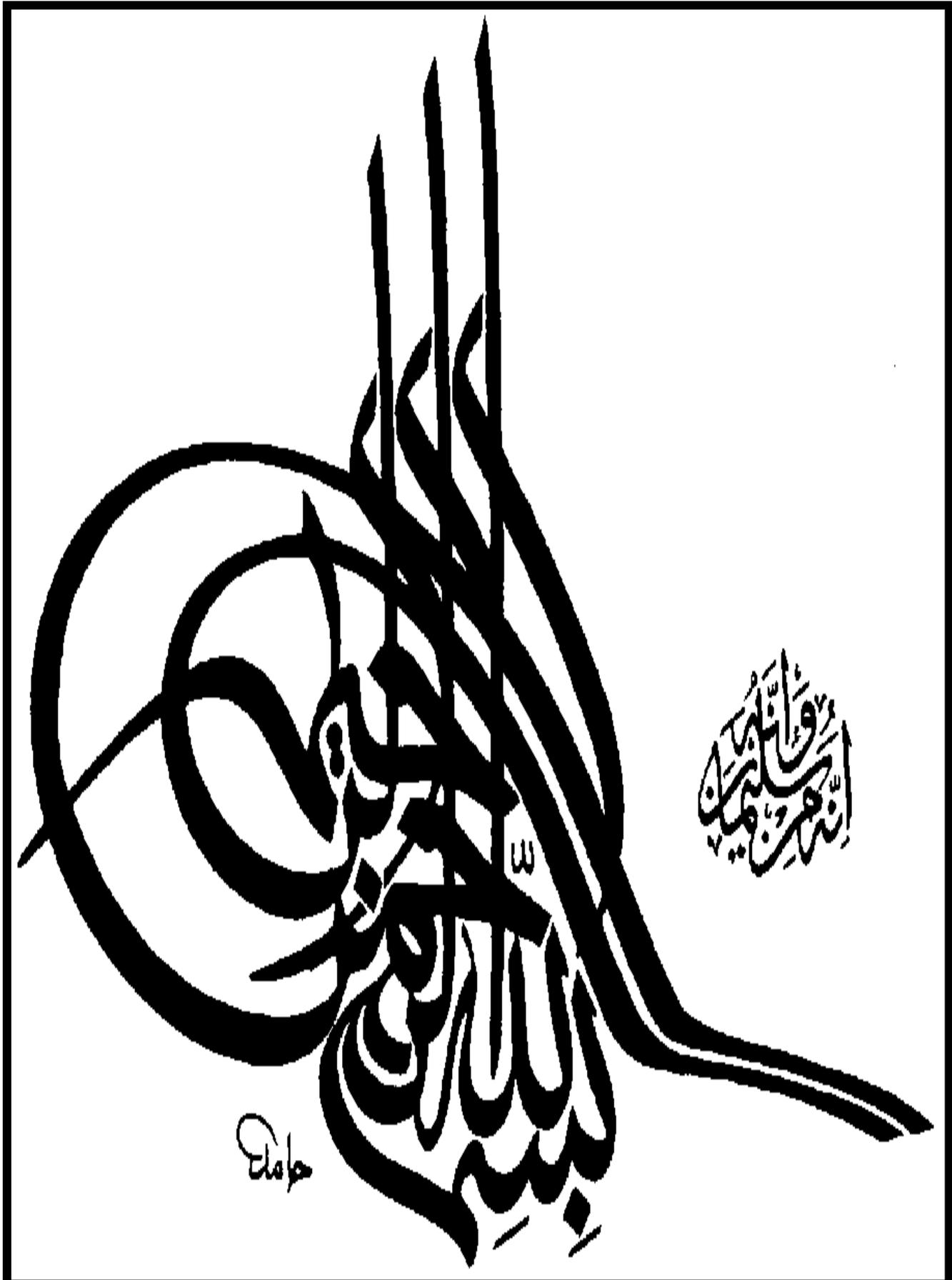
حجاج عبد الله العزيز

لجنة المناقشة

الدكتور بن احمد الحاج	رئيسا
الدكتور عثمانى عبد الرحمان	مشرفا و مقرا
الدكتور سعيدى بن يحي	عضوا مناقشا

السنة الجامعية:

2018-2017



## شكر وامتنان

الحمد لله الذي تتم بحمده الصالحات، وأطلي وأسلم علي أفضل خلق الله رسولنا وحبيبنا وشفيعنا محمد ﷺ.

أتقدم بجزيل الشكر ومعظيم الامتنان إلى أستاذي " الدكتور عثمانى عبد الرحمان " الذي تكرم بإشرافه علي هذه المذكرة كما أتوجه بالشكر لأعضاء لجنة المناقشة كل باسمه لتفضلهم بمناقشة هذا العمل وعلى جهدهم المبذول وتقديمهم للتوجيهات القيمة.

كما أتوجه بالعرفان والامتنان إلى كل أساتذة كلية الحقوق لجامعة سعيدة الكرام كل باسمه وعلى رأسهم عميد الكلية و نائبي العميد لما قدموه من جهد ووقت طيلة المشوار الدراسي.

فلكم جميعا جميل الشكر والعرفان.



اهدي ثمرة هذا العمل المتواضع إلى:  
الوالدين الكريمين حفظهما الله و أطال في عمرهما  
و إلى كل أفراد العائلة كل باسمه  
و إلى ولدي عبد الحق حفظه الله  
و إلى كل أصحابي و رفقائي و اخص منهم بالذكر أخي و صديقي  
ورفيق دربي سجاد بن فاخة و علي بن يحي  
فلكم مني كل السلام

## ملخص المذكرة

لا يختلف اثنان في أن التحكيم هو الوسيلة المفضلة لفض النزاعات التي قد تنشأ في حقل التجارة الدولية خاصة بين المتعاملين الاقتصاديين الذين لا تجمعهم حدود جغرافية واحدة، هذه الميزة التي يتمتع بها التحكيم لم تكن وليدة الصدفة، بل لأنه يستجيب لتطلعات هؤلاء المتعاملين الاقتصاديين الذين يرون في التحكيم الأداة الأمثل لتحقيق العدالة التي ينشدونها .

و لعل الحكمة من اتخاذ من التحكيم كقضاء خاص لهم كون انه يطلق العنان لإرادتهم أي الأطراف المتعاقدة في اختيار نوع التحكيم وطبيعته وحتى القانون المطبق عليهما. إذن قضاء التحكيم مبني على مبدأ أساسي هام هو مبدأ سلطان الإرادة.

### Résumé :

Personne ne peut ignorer le rôle de l'arbitrage commercial international comme étant un moyen de règlement des litiges entre les différents opérateurs économiques notamment ceux qui pratiquent le commerce international.

Cette valeur que l'arbitrage a connu, n'est pas venue au hasard, puisqu'elle est basée sur le respect de la volonté des parties durant tout son processus, cela indique que l'arbitrage ne peut avoir lieu qu'en présence d'un principe important c'est le principe de l'autonomie de la volonté.

حققت

يعتبر التحكيم التجاري الدولي من المفاهيم القانونية الحديثة نسبيًا والتي تقوم على سحب الاختصاص من القضاء الوطني لحل المنازعات التي تنشأ بسبب إبرام أو تنفيذ عقود التجارة الدولية المبرمة بين الدول بعضها البعض أو بين الدول والشركات التجارية الدولية أو الأفراد، وإسناد حل هذه المنازعات إلى أشخاص أو هيئات خاصة يتم اختيارهم بصفة إرادية من قبل الأطراف المتعاقدة ويسمون محكمين.

وبذلك يعتبر التحكيم التجاري الدولي عدالة خاصة يقوم بها أشخاص عاديون من اختيار أطراف المنازعة أنفسهم تتوفر فيهم خصائص معينة.

و حيازة المحكمين لثقة الأطراف تجعلهم في مركز أحسن من مركز القاضي العادي، مما يسهل عمله ويعطيه مصداقية لدى الأطراف تمكن من تنفيذ قرار التحكيم بسرعة وسهولة.

و قد أورد أرسطو بهذا الخصوص: " بأن أطراف النزاع يستطيعون تفضيل التحكيم عن القضاء، لأن المحكم يرى "العدالة" بينما القاضي لا يعتد إلا بالتشريع. ويمكن القول انه و منذ القرن التاسع عشر و الدول تحاول إيجاد نظام يضمن لها حماية حقوقها وبالتالي يجنبها اللجوء الى استعمال القوة لحماية ما تدعيه من حقوق لذا لجأت إلى التحكيم كوسيلة لفض النزاعات<sup>1</sup>

ويرجع معظم الباحثين في هذا المجال أسباب اختيار هذا النظام لحل منازعات التجارة الدولية إلى عدة أسباب أهمها أسباب عملية، قانونية، نفسية ثم مادية.

أما الأسباب العملية: فتتعلق بأهمية المبادلات التجارية الدولية في العصر الحديث، هذه الأهمية فرضت التفكير في إيجاد إطار قضائي خارج إطار قضاء الدولة، يتمثل في

<sup>1</sup> ا.د. عبد العزيز العشراوي و د. علي علي ابو هاني ، فض المنازعات الدولية بالطرق السلمية ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر ، الطبعة الاولى ، 2010 ، ص 243.

استحداث هيئات قضائية دولية، تتسجم مع متطلبات التجارة الدولية، ولا سيما فيما يتعلق بسرعة الفصل في هذه المنازعات، عن طريق إخراجها من دائرة القضاء الوطني الذي يعاب عليه ثقله وطول إجراءاته إضافة لتكلفته الباهظة.

هذا زيادة عن ذلك للأسباب المادية: نظرا لكون المنازعة التجارية الدولية تتعلق بأطراف يقطنون عادة بأقاليم متباعدة مما يشكل انعكاسات على الكلفة النهائية للفصل في المنازعة. أما الأسباب القانونية: فتتمثل في وجود عائق أو حاجز قانوني أساسي هو جهل المتعاملين في التجارة الدولية للقوانين الوطنية المختلفة وإجراءاتها.

هذا بالإضافة إلى أن التحكيم التجاري الدولي يمكن من تجاوز مسألة تنازع القوانين في إطار ما يسمى بالقانون الدولي الخاص الذي يشكل عقبة قانونية حسب البعض، وحتى إذا تم تجاوزها بالاعتماد على قواعد الإسناد الوطنية، فإن هذا الحل يكون في النهاية لصالح تطبيق قانوني وطني على حساب قانون وطني آخر، مع المشاكل الموضوعية والإجرائية التي يطرحها اللجوء إلى القانون الوطني في وجه المتعاملين التجاريين الدوليين.

وأخيرا يرجع البعض أسباب اختيار نظام التحكيم التجاري الدولي استناداً إلى اعتبارات نفسية تتمثل في رفض أطراف التجارة الدولية لقبول محاكم الأجنبي وتخوفهم من معاملة متحيزة.

كل هذه العوامل مجتمعة إلى جانب وجود خلفية سياسية في بعض الأحيان دفعت بالمتعاملين بشكل مستمر كل من جانبه إلى الاتجاه نحو التحكيم التجاري الدولي بالنظر إلى المزايا التي يحققها.

و تأتي في إحدى مبررات اختيار التحكيم الحجة في رغبة أطراف العلاقة القانونية تقادي طرح نزاعاتهم على القضاء بما يتسم به هذا الأخير من بطئ و تعقيد، إضافة إلى طول فترة التنفيذ بسبب تعدد درجات التقاضي<sup>1</sup>

<sup>1</sup> ا.د. محمود مختار احمد بري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الثالثة، 2007 ص 09.

وازدهر التحكيم قبل و بعد الإسلام عند العرب وبرز عديد من المحكمين حيث أن كل قبيلة لها محكميها وكانت أبرز قضية في ذلك حكم فيها رسولنا العظيم عليه الصلاة والسلام في رفع الصخرة المشرفة إلى مكانها عندما اختلفت قبائل قريش عليها في حينه وجاء الإسلام ليضع التحكيم في أهم موقع، في العلاقات الأخرى حتى وصلنا إلى معركة صفين التي حكم فيها عمر بن العاص وأبو موسى الأشعري بين سيدنا علي ومعاوية بن أبي سفيان والتي لا يزال كثير من المسلمين يخشون عند اللجوء إلى التحكيم أن يصلوا إلى ما وصلت إليه نتائج التحكيم في تلك الواقعة واستمر التحكيم بالإزدهار حيث تزدهر التجارة الدولية والنشاط التجاري بين الناس ويزداد التحكيم حتى أصبح على شكل منظمات وهيئات دولية ومراكز ونمى التحكيم في هذه الفترة لأسباب ازدهار التجارة بين الدول ومواطنيها وازدهار عقود الاستثمار وحرية انتقال الأشخاص ورؤوس الأموال وعقود نقل التكنولوجيا وعقود النقل والتأمين والعلاقات المصرفية.

ومن حيث أن التحكيم هو ضرب من القضاء الخاص يقوم على مبدأ سلطان الإرادة أي أن أطراف النزاع أو أطراف العلاقة تتفق فيما بينها على اللجوء إلى التحكيم في حل خلافاتها ومنازعاتها التي قد تحصل أو حصلت وهو تخل من المتعاقدين أو الخصوم عن حقهم في اللجوء إلى القضاء واعتمادهم التحكيم كسبيل لحل الخلاف بينهم.

يضاف إلى ذلك أن التحكيم يستند في الأساس إلى إرادة الطرفين ، فهما يختاران الأشخاص الذين يتولون مهمة التحكيم ممن يتصفون بمعرفة نوعية للتعامل التجاري ، ومن المعروفين بحيادهم واستقلالهم.<sup>1</sup>

وبما أن التحكيم يبنني على أساس قبول واتفق الأطراف على اللجوء إليه في حالة حصول خلاف بينها فقد سمي ذلك بشرط التحكيم، أما إذا حصل الخلاف بين الأطراف ولم يكن بينهما مسبقا اتفاق للتحكيم ثم اتفقا بعد ذلك أي بعد حصول الخلاف على حله بواسطة التحكيم سمي ذلك بمشارطة التحكيم.

<sup>1</sup> د. فوزي مُجَّد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ،عمان ،الأردن ، الجزء الخامس ، ص 11

ويرى الفقه المعاصر بأن تطور التحكيم التجاري وإتساع مجاله هو بمثابة رد فعل لحرفية قانون القضاء، ويعبر عن رغبة أطراف النزاع في التخلص منه كي تحل منازعاتهم طبقاً لمبادئ أكثر رحابة من تلك التي يتضمنها القانون الوضعي.

و الواقع ان البدايات المتواضعة للتحكيم في المجالات المتعددة ، السابقة على مفهوم الدولة و القضاء الرسمي ، قد تطورت حتى اصبح يفضل التحكيم على الوسيلة التقليدية المتضمنة اللجوء الى القضاء<sup>1</sup>

تأسيساً على ما سبق بيانه يتضح أن التحكيم هو وسيلة فض نزاع قائم أو مستقبلي، ويتضمن العزوف عن اللجوء إلى القضاء المختص بشأنه وطرحه أمام أفراد وهم المحكمون أنيطت بهم مهمة نظره والفصل فيه، بناء على اتفاق بين المتنازعين على ذلك، والتحكيم معناه رغبة الطرفين في عدم عرض نزاعهم على القضاء العادي في الدولة و رغبتهم في إقامة محكمة خاصة بهم يختارونها بأنفسهم ويحددون لها موضوع النزاع والقانون الذي يرغبون تطبيقه فيما بينهم، فالمحكم ليس قاضياً مفروضاً على الطرفين وإنما هو قاضي مختار بواسطتهم فهو يحفظ أسرار الطرفين لذلك يحرص أطراف المنازعة على تشكيل هيئة تحكيم خاصة بهم على اللجوء إلى مراكز التحكيم المتخصصة مثل غرفة التجارة الدولية بباريس ومحكمة التحكيم بلندن وغيرها من المراكز، فالتحكيم يحافظ على العلاقة بين الطرفين فهو ليس طريقاً هجومياً عنيفاً، وإنما هو أقرب إلى التفاهم بين الطرفين بخلاف استعمال أساليب الكيد - في الغالب - أمام القضاء العادي، لذلك يقال أن الأطراف يدخلون في التحكيم وهم ينظرون إلى الإمام.

وباعتبار أن التحكيم يحقق عدالة فعالة لأطراف النزاع عكس تلك التي يحققها القضاء، فالحكمة من كل ذلك أن المحكم يسعى جاهداً من أجل تحقيق إرادة الأطراف المتعاقدة محاولة منه لإرضاء كلا الطرفين.

<sup>1</sup> احمد بشير الشرايري ، بطلان حكم التحكيم و مدى رقابة محكمة النقض (التمييز) عليه ،دراسة مقارنة ،الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع ،الاردن ، الطبعة الثانية 2016 ، ص 13.

ولأجل ذلك كرسست غالبية التشريعات الداخلية قوانينها وعمدت إلى تبني التحكيم كوسيلة أخرى لفظ النزاعات التي تقع غالباً في عقود التجارة الدولية.

وانطلاقاً من ذلك وإدراكاً منا أن هذا الموضوع " مبدأ سلطان الإرادة وقضاء التحكيم التجاري الدولي " هو موضوع ذو شقين شق اصيل يتحدث عن أحد أهم المبادئ الواردة في العقود بصفة عامة وهو مبدأ سلطان الإرادة (principe d'autonomie de la volonté) وهذا المبدأ الذي له تأصيل في القانون المدني لدى اعتبره قديم، أما قضاء التحكيم فرغم قدم فكرة التحكيم، إلا أن الميكانزمات التي يعرض بها التحكيم غالباً ليست تلك التي عرف بها التحكيم عند اليونان والرومان سالفاً، فالتطور الذي وصل إليه اليوم شمل حتى التحكيم الإلكتروني " وهو بطبيعة الحال نتاج العقود الإلكترونية " وبالتالي فالهدف من دراستنا هذه هي الوقوف على أحد المبادئ الهامة التي يتبنى عليها التحكيم التجاري الدولي إلا وهي إرادة الأطراف أو ما يسمى بمبدأ سلطان الإرادة/ فالإشكالية المطروحة هنا هي:

**ما هي صور وتجليات مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي؟**

وللإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا على خطة ثنائية مقسمة إلى فصلين هما: ماهية التحكيم ودوافع اللجوء إليه في **الفصل الأول** والذي عالجت فيه بموجب مبحث تمهيدي التطور التاريخي للتحكيم، ثم مفهومه وطبيعته القانونية في المبحث الأول، أما المبحث الثاني فقد خصصناه لأنواعه ودوافع اللجوء إليه.

أما في **الفصل الثاني** فقد أشرنا بموجب مبحث تمهيدي لماهية مبدأ سلطان الإرادة، ثم لتجليات مبدأ سلطان الإرادة في اتفاق التحكيم في المبحث الأول لنتطرق في المبحث الثاني لتجلياته في الخصومة التحكيمية، لنختم هذه الدراسة ببعض النتائج عن هذا الموضوع

# الفصل الأول

ماهية التمكيم ودوافع اللجوء إليه

## المبحث التمهيدي: التطور التاريخي للتحكيم

لقد لجأت الدول الى التحكيم منذ القدم لتسوية المنازعات التي تنشأ بينها<sup>1</sup> ، اذ ان فكرة التحكيم تضرب بجذورها في المجتمعات البشرية القديمة بحيث عرف عند اليونان و الرومان الى ان وصل الى ما هو عليه اليوم.

و لمعرفة المراحل التاريخية للتحكيم لا بد من دراسة التحكيم في المجتمعات البشرية القديمة وفي عهد الدولة القديمة، وعند العرب قبل الإسلام وفي الإسلام.

## المطلب الأول: التحكيم في المجتمعات البشرية القديمة

عاش الانسان منذ وجوده على هذه الارض مع غيره من البشر ، وما إن يعيش ضمن تجمعات بشرية لكل منها عاداتها وتقاليدها، وعند حدوث منازعات بين أفراد هذه التجمعات البشرية كانت القوة هي الأساس في حسم هذه المنازعات، فالقوي يكون دائماً هو المنتصر وصاحب الحق، إلا أن هذه المجتمعات تطورت في شكلها القبلي الذي أصبح يترأسها شيخها أو رئيسها، أما التي تحصل بين فرد أو أفراد من عشيرة وفرد أو أفراد من عشيرة أخرى فكانت تحل عن طريق حرب بين تلك العشيرتين أو القبيلتين.

فمن تلك الوسائل الاحتكام إلى مهارة الخصمين في مجال الفنون حيث كانت تدور بين أطراف النزاع مبارزات غنائية أو شعرية على مسمع من المحكمين، وكان الطرف الذي يتفوق فنياً على الطرف الآخر يعتبر هو الفائز وصاحب الحق ويفصل في النزاع لصالحه بغض النظر أكان فعلاً صاحب الحق أم لا. ومن وسائل التحكيم الأخرى، استخدام أساليب فطرية تعتمد على عامل الصدفة أو المحنة، فمن الأساليب التي كانت تعتمد على الصدفة إطلاق طير في مكان معين فإذا سار باتجاه اليمين أو الشمال مثلاً يحكم لصالح احد الطرفين ضد الطرف الآخر، والاعتماد على اتجاه حركة بعض الحشرات وغير ذلك من أساليب التحكيم التي تعتمد على الفطرة، ومن الأساليب التي كانت تعتمد على المحنة وضع وعائين في احدهما مادة سامة والأخر خالياً منها فإذا تناول احد الخصمين الوعاء الذي

<sup>1</sup> ا.د. عبد العزيز العشاوي و د. علي علي ابو هاني ، المرجع السابق ، ص 246

يحتوي المادة السامة كان هو الخصم المذنب، وأيضا من تلك الأساليب وضع المتخاصمين في ماء والذي ينجو من الغرق هو صاحب الحق والذي يغرق هو المذنب.

ومن أساليب التحكيم الاختياري الأخرى الاحتكام إلى القوة، حيث كانت تقام مبارزات بين المتخاصمين والذي يفوز في المباراة يعتبر صاحب الحق. ومن ثم تطور التحكيم في هذه المرحلة بحيث أصبح التحكيم يأخذ شكل الاحتكام إلى شخص ثالث ( محكم ) يكون صاحب خبرة ودارية ومعرفة في موضوع النزاع كأن يكون هذا المحكم رئيس العشيرة أو حكيماً أو شيخها أو رجل الدين فيها.

### التحكيم في ظل الدولة القديمة ( المدن القديمة ):

بعد أن استقرت المجتمعات البشرية في نظام سياسي، وزال معه عهد الاحتكام إلى القوة وظهر دور القضاء في الدولة، أصبح التحكيم في هذه المرحلة إجبارياً وفق قواعد قانونية ثابتة، وفي مدن الرومان كنموذج لهذا النوع من التحكيم.

### الفرع الأول: التحكيم عند اليونان

حسب الباحثين فقد ظهر التحكيم عند اليونان القديمة في القرن السادس قبل الميلاد<sup>1</sup>، و كانت أثينا من أهم المدن اليونانية، وكان لها نظامها القانوني الخاص بها، وفيها عرف التحكيم في العلاقات الداخلية والخارجية، ففي مجال العلاقات الداخلية، المدنية والتجارية، كانت تتشكل لهذا الغرض ما يسمى (بالمحاكم الشعبية الهيئية). وكانت هذه المحاكم تتألف من ستة آلاف محلف يختارون بالقرعة من سجل أسماء المواطنين، وكان هؤلاء يوزعون على عشرة سجلات يحتوي كل سجل على خمسمائة محلف تقريباً، وكان الفصل في القضايا الصغرى يتم من قبل ثلاثين محلفاً ينتقلون في مقاطعات ( انتكأ ) في مواسم معينة وكانت مدة كل محلف عام واحد في كل كرة يتم فيها اختياره محلفاً، حيث كانت

<sup>1</sup> د. نور الدين قارة، قانون التحكيم (مقدمة عامة، التحكيم الداخلي)، مركز النشر الجامعي 2017م، المركب الجامعي، منوبة،

ر.ا.ب، 2010م، ط2، 2017م ص31.

تتاح الفرصة لكل مواطن في الغالب لأن يكون محلفاً مرة كل ثلاث سنوات باختياره. أما القضايا الهامة ، فكانت تنظرها محاكم ضخمة مؤلفة من ألف ومائتي رجل . وكان أعضاء المحكمة يختارون في آخر لحظة بطريق القرعة لتجنب الفساد وكانت مدة كل قضية يوم واحد فقط، ولما كان الأثنيين ( نسبة إلى أثينا ) كثيري التقاضي كانت القضايا تتراكم في أثينا على الرغم من سرعة إجراءاتها. ولكي يبتعدوا عن هذه المعضلة كانوا يختارون محكمين يعرض عليهم أطراف النزاع نزاعهما وأوجه دفاعهما وكان يتم اختيار المحكم بطريق القرعة في آخر لحظة لتجنب الفساد والرشوة، وكان لكل من الطرفين إن يستأنف الحكم إلى المحاكم، وكانت ترفض عادة القضايا الصغرى التي عرضت على المحكمين، وقبلت المحاكم استئناف حكم المحكمين كانت تنظرها من قبل هيئة تختارها. أما في مجال العلاقات الخارجية فقد كان عند اليونان مجلس دائم للتحكيم مهمته الفصل في المنازعات التي تقوم بين المدن اليونانية ، سواء كانت تلك المنازعات متعلقة بالمسائل المدنية أو التجارية أو تلك المتعلقة بالحدود بين المدن اليونانية .

### الفرع الثاني: التحكيم عند الرومان

عرف التحكيم في روما عديد الاشكال ومنها امكانية اللجوء الى محكم لتحديد الغرامات الواجبة على المحكوم عليه جزائياً من قبل القاضي جبراً للضرر الناتج عن الجريمة<sup>1</sup> كان الملك في روما يتولى بمعاونة الكهنة مهمة الفصل في المنازعات بين الأفراد وتحديد العقوبات، ولما كثرت المنازعات أصبح من اللازم أحداث جهة تتولى الفصل في هذه المنازعات، وتم إحالتها إلى والي القضاء ( البريتور ) . ومنذ ذلك الحين كان الخصمان يحضران إلى المحكمة أمام البريتور للبدء بإجراءات التقاضي. وبعد أن يسمع البريتور ادعاءاتهما يسمح لهما أو يمنعهما من الاستمرار بالدعوى فان سمح لهما بمواصلة الدعوى فانه يأمرهما بالامتناع عن القيام بأي عمل من أعمال العنف قبل أن يفحص صحة أقوالهما محكم كان يطلق عليه اسم قاضي، حيث كان المحكم

<sup>1</sup> د. نور الدين قارة، المرجع السابق ص 31.

يطلب من كل منهما أن يحلف اليمين عن صحة ادعائه ويستمتع إلى ادعاء كل منهما ثم يقضي بصحة يمين أحدهما .

أما في عهد الإمبراطورية الرومانية فقد تم إنشاء المحاكم العامة، وبقي التحكيم إلى جانب هذه المحاكم للنظر في المسائل المدنية والتجارية قائماً، حيث إذا قضى المحكم لأحد أطراف النزاع بمبلغ من المال، وامتنع الطرف الآخر عن تنفيذه كان للمحكوم له أن يرفع دعوى بالمبالغ المحكوم به، وكان القاضي يحكم به دون النظر في أصل النزاع، وفي عهد الإمبراطورية جوستيان أصبح الحكم الذي يصدر عن المحكم واجب التنفيذ دون اللجوء إلى إقامة دعوى متى كان التحكيم يستند إلى عقد بين الطرفين. كما كانت الأنظمة الإجرائية الرومانية تميز بين نوعين من القضاة، قضاة دائمون ولهم اختصاصات محددة ينظرون بالدعوى التي موضوعها سؤال محدد في أحكام القانون، وأفراد عاديون يتم اختيارهم في كل قضية وتنتهي مهمتهم بانتهاء النزاع، ويطلق عليهم اسم محكمين. وكانت المنازعات التي ينظرها المحكم تتطلب تقييماً وفقاً لأحكام مبدأ حسن النية. وكانت القاعدة العامة أن يقوم الطرفان باختيار المحكم من بين القوائم المعلقة في الساحة العامة والتي يعدها البريتور أما في عهد الإمبراطورية السفلى الرومانية، فقد عرف الرومان ما يسمى بدعوى تعيين محكم للنظر في دعوى الدين الناتج عن تعهد أو وعد بدفع مبلغ من المال، وفي دعوى القسمة والتخمين .

### المطلب الثاني: التحكيم عند العرب

تشير الدراسات التاريخية إلى أن العرب قبل الإسلام عرفوا التحكيم بحيث كان سائداً في المجتمعات القبلية أو في المجتمعات المدنية التي لا توجد بها سلطة مركزية قوية.<sup>1</sup>

#### الفرع الأول: التحكيم عند العرب قبل الإسلام

كان العرب في الجاهلية يعيشون حياة قبلية اتسمت بالتنقل والترحال جرياً وراء الكلاً والماء وهذا كان له أكبر الأثر على حياتهم الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، فكانت القبيلة الواحدة مكونة من مجموعة من الأفراد تربط بينهم رابطة الدم وحسن الجوار، وكان لكل قبيلة شيخ يدير شؤونها الداخلية والخارجية مع غيرها من القبائل الأخرى.

<sup>1</sup> د. حسنى المصري، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، المجلة الكبرى، طبعة 2006م، ص 22.

ولهذا لم يكن للعرب في الجاهلية نظام قضائي منظم يتولى الفصل في منازعاتهم بل كانت تحل عن طريق الاحتكام إلى شيخ العشيرة أو القبيلة، وكان حكم الشيخ القبيلة ينفذ على أفراد القبيلة لكونه صاحب مكانة بينهم أو خوفاً من سطوه وبشطه إذا كان صاحب جماعة قوية وكبيرة. ولم يكن الاحتكام إلى شيخ العشيرة هو الصورة الوحيدة للتحكيم عند العرب في الجاهلية، بل كان هناك احتكام إلى أشخاص اشتهروا بجودة الرأي، وأصالة الحكم من أفراد القبيلة أو غيرها من القبائل الأخرى، أمثال اكثم بن صفي بن رباح الذي كان يقول لقومه إذا رأيتم مني حسناً فاقبلوه، وإذا رأيتم غير ذلك فقوموني استقم، ولما علم بالإسلام دعا قومه إليه، والأقرع بن حابس، وعامر بن الطرب، وقيس بن ساعده، وحاجب ابن زراره وعبد المطلب بن هشام وغيرهم .

كما عرف العرب الاحتكام إلى الكهنة، فقد كان العرب في الجاهلية يحتكمون إلى الكهنة اعتقاداً منهم بأن الكاهن يفرق بين المظلوم من الظالم، فقد تحاكم عبد المطلب جد النبي ( ﷺ ) وقريش عندما نازعته في تحديد حفر بئر زمزم إلى كاهنه بني سعد بإشراف الشام، وحاكم قريش عندما حاولت منعه من تنفيذ نذره بذبح ابنه عبد الله إلى عرافة بالحجاز . و السلطة التي يتمتع بها الحكم ليست مستمدة من السلطان و انما كان يستمدها من اختيار الخصمين له.<sup>1</sup>

كما أن العرب في الجاهلية عرفوا الاحتكام إلى النار، حيث كان العرب يلجؤون إلى النار اعتقاداً منهم بأنها تأكل الظالم ولا تمس البريء، وقد كان أهل اليمين يزعمون بأن عندهم نار تأكل الظالم ولا تضر المظلوم والجدير بالذكر بأن الاحتكام إلى النار كان معروفاً إلى وقت قريب عند البدو، عن طريق ما يسمى بالبشعة، وهي عبارة عن لمس المتهم بمقلاة محمأة بحضور جمع من الناس، فإذا تردد أو لسعته فعليه الحق، وإذا لم تلسعه فهو بريء . كما كان ( لازم ) نصيب في الاحتكام إليها عند العرب وبشكل كبير، فقد كانوا يلجأون لها في تجارتهم ومناكحاتهم، وعندما يحصل نزاع كان الخصوم يلجأون إلى أمين الأزمات ليستقسم بينهم

### الفرع الثاني: التحكيم في الشريعة الإسلامية

<sup>1</sup> د. حسنى المصري، المرجع السابق، ص 22.

ان بظهور الإسلام أصبح التحكيم وسيلة عادية لفض النزاعات<sup>1</sup> ، حيث ثبتت مشروعية التحكيم في الشريعة الإسلامية بالقرآن الكريم والسنة النبوية، وبإجماع الصحابة وبالمعقول.

### أولاً: التحكيم في القرآن الكريم

ثبتت مشروعية التحكيم في القرآن الكريم فيما ينشأ بين الزوجين من شقاق لقوله تعالى "وأن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها أن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما"<sup>2</sup> . يستدل من هذه الآية على جواز التحكيم في حال وقوع خلاف بين الزوجين إذا لم يعرف المحق من المبطل منهما وإنما الأساس في جواز التحكيم في سائر الخصومات .

ويرى بعض الفقهاء بأن الحكمين المذكورين في الآية القرآنية يقصد بهما وكيلان، والبعض الآخر يرى بأنهما رسولان شاهدان، إلا أن الإمام القرطبي يرى إنهما قاضيان لا وكيلان ولا شاهدان، إذ يقول لأن الله تعالى قال "فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها" وهذا نص من الله سبحانه بأنهما قاضيان، لا وكيلان ولا شاهدان .

وللوكيل اسم في الشريعة ومعنى، وللحكم اسم في الشريعة ومعنى، فإذا الله أرده إن يكون وكيلاً لما ذكر كمحكم. فلا يجوز أن يركب معنى أحدهما على الآخر والله اعلم.

**الوكيل في الشريعة هو:** الشخص الذي يفوض إليه حق التصرف في شيء من قبل شخص آخر ( الموكل ) .

**والحكم في الشريعة هو:** الذي نصب وعين من قبل السلطان لأجل فصل وحسم الدعوى والمخاصمة الواقعة بين الناس توفيقاً لإحكامهما.

ويقول ابن كثير في تفسيره لهذه الآية " فان تقام أمرهما وطالت خصومتها بعث الحاكم ثقة من أهل المرأة وثقة من قوم الرجل ليجتمعا فينظرا في أمرهما ويفعلا ما فيه المصلحة مما يريانه من التقريب أو التوفيق وتشوف الشارع إلى التوفيق ولهذا قال تعالى " إن يريدوا

<sup>1</sup> د. نور الدين قارة، المرجع السابق ص32.

<sup>2</sup> سورة النساء، الآية 35.

إصلاحاً يوفق الله بينهما ". جاء في أدب القاضي تفسيراً لهذه الآية " فهذا أصل في جواز اتفاق التحكيم بين الخصمين "

**ثانياً : التحكيم في السنة النبوية :**

ثبتت مشروعية التحكيم بالسنة النبوية سواء كانت قولية أو فعلية أو تقريرية ومن ذلك :

ما جاء في سنن أبي داود في باب تغيير الاسم القبيح : حدثنا الربيع بن نافع . عن يزيد عن أبيه عن جده شريح عن أبيه هاني ، انه لما وفد إلى رسول الله ( ﷺ ) فقال ( إن الله هو الحكم واليه الحكم ، فلم تكني أبا الحكم ؟ فقال : إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم، فرضي كلا الطرفين، فقال رسول الله ( ﷺ ) ما أحسن هذا، فمالك من الولد ؟ قال لي : لي شريح ومسلم وعبد الله ، قال فمن أكبرهم ؟

قلت : شريح : قال فأنت أبي شريح . روي عن أبي بكر عن النبي ( عليه الصلاة والسلام ) انه قال : ( من حكم بين اثنين تحاكماً إليه ، وارتضيا به ، فلم يعدل بينهما بالحق ، فعليه لعنة الله . ) وروي عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ( ﷺ ) قال ( أن كانوا ثلاثة فليأمرؤا احدهم، قال نافع : فقلت لأبي سلمة فأنت أميرنا . يستدل من هذه الأحاديث جميعها أن الرسول ( ﷺ ) قد أجاز التحكيم قولاً ومارسه فعلاً ، وبالفعل فإن الرسول ( ﷺ ) مارس التحكيم و نصح به القبائل<sup>1</sup> وهذا ما تمثل فيما أقتضيته بين المسلمين ، كما هو واضح في تحكيم الرسول ( ﷺ ) ، لسعد بن معاذ في بني قريضة .

وبالتالي فإن القرآن الكريم والسنة النبوية وهما مصدرا التشريع الإسلامي الرئيسيين قد اقرا التحكيم كوسيلة لفض المنازعات بين المتخاصمين.

أما المصادر الفرعية الأخرى كالإجماع والقياس فقد أخذت بالتحكيم استدلالاً بالقرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة باعتبار أن التحكيم يفض النزاع بين الناس بما يرضي الله والرسول ( ﷺ ) ولأنه يصعب على الناس الحضور إلى مجلس الحكم فجواز التحكيم في هذه المصادر للحاجة تنزل منزلة الضرورة .

**ثالثاً التحكيم في الفقه الإسلامي :**

<sup>1</sup> د. نور الدين قارة، المرجع السابق ص 33.

بعد وفاة الرسول ( ﷺ ) ، اختار المسلمون اللجوء للتحكيم لحسم نزاعاتهم حتى السياسية منها المتعلقة بالسلطة<sup>1</sup>.

و لدراسة ذلك ينبغي الإشارة الى معنى الفقه الإسلامي في هذه الدراسة المذاهب الإسلامية الأربعة، وهي الشافعية والمالكية والحنبلية والحنفية.

**المذهب الشافعي :** يذهب أئمة هذا المذهب إلى إقرار مشروعية التحكيم استناداً إلى الوقائع الثابتة في التاريخ الإسلامي والتي تقر بمشروعية التحكيم، ويعتبر هذا المذهب أن موقع القاضي أعلى من موقع المحكم إذ انه يمكن عزله بينما يتعذر ذلك بالنسبة للقاضي كما ويذهبون إلى أن التحكيم تزداد قيمته وأهميته في المرحلة التي ينتشر فيها الفساد في الجسم القضائي .

**المذهب المالكي:** يذهب أصحاب هذا المذهب إلى إعطاء التحكيم ثقة كبيرة إلى درجة جواز ان يكون المحكم احد الخصوم على أساس أن حل النزاع يكون متروكاً لضمير الخصم. ويغطي أصحاب هذا المذهب الصفة الإلزامية لحكم التحكيم إلا في حالة التي يبرز فيها الحكم ظلم فادح، ويعطي أصحاب هذا المذهب للقاضي سلطة رقابية على قرار المحكم للتأكد من أن القرار لا يحتوي على ظلم فادح، وأخيراً فأثار التحكيم بالنسبة لأصحاب هذا المذهب محصورة بالفرقاء دون الغير .

**المذهب الحنبلي :** أصحاب هذا المذهب يعتبرون حكم التحكيم ملزم لأطراف النزاع كحكم القاضي، ويفترضون أن المحكم أهلاً لممارسة مهام القاضي لذا فان قراراته تكون ملزمة للفريقين اللذين عمدا إلى اختياره.

**المذهب الحنفي :** أئمة هذا المذهب يقرون بمشروعية التحكيم انطلاقاً انه مجاز في القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع والقياس، كما وإنهم يرون انه ضرورة اجتماعية من حيث انه يبسط إجراءات اللجوء إلى القضاء إذ انه اقل منها تعقيداً.

<sup>1</sup> د. نور الدين قارة، المرجع السابق ص 34.

يلعب التحكيم دوراً أساسياً ومهما يوصفه وسيلة من وسائل فض النزاعات بجانب القضاء والصلح، وهو أقدم وسيلة من وسائل فض المنازعات التي عرفها الإنسان منذ قديم الأزل.

وما يمكن قوله في ان التحكيم كوسيلة اخرى لحل النزاعات حيث أصبح ظاهرة من ظواهر عصرنا الحديث في مجال الفصل في المنازعات، وعدالة من نوع آخر تتلاءم مع مقتضيات العصر وعلاقاته المتشابكة والمتطورة بين الأفراد والدول على حد سواء، تطالب به المنظمات الدولية وتلجأ إليه الشركات وذلك بالنص عليه في العقود التي تدير بها أموالها، واستثماراتها داخل مراكزها الرئيسية أو خارجها عبر قارات العالم كما يلجأ إليه الأفراد لما يقدمه من مزايا وفوائد للمتخاصمين، في الوقت نفسه الذي يخفف فيه العبء عن كامل القضاء، لكثرة القضايا وتشعب مواضيعها فالاعتبارات العلمية تدعو في الغالب إلى الإتفاق على التحكيم لطرح المنازعات على أشخاص محل ثقة الخصوم بدلا من طرحها على المحاكم المختصة، إما للاستفادة من خبرتهم الفنية، وإما لتجنب مشاكل التنازع الدولي للقوانين.<sup>1</sup>

فالمتعاملين في حقل التجارة الدولية اللجوء للتحكيم باعتباره نظام أو طريق خاص للفصل في المنازعات بين الأفراد والجماعات سواء كانت مدنية أو تجارية عقدية كانت أو غير عقدية، فالتحكيم قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية فيعتمد أساسا على أن أطراف النزاع هم أنفسهم من يختارون قضاتهم بدلا من الإعتماد على التنظيم القضائي للبلاد التي يقيمون بها وتسمى فيه " هيئة التحكيم " وتتكون من محكم واحد أو أكثر حسبما يتفق الأطراف بمشاركة التحكيم أو في اتفاق التحكيم.

فالخلاف يدور حول طبيعته فأضفى عليه البعض الطبيعة القضائية إنطلاقا من طبيعة عمل المحكم التي تشبه عمل القاضي، بينما ذهب البعض الآخر إلى تبني الطبيعة العقدية للتحكيم إستنادا إلى أن أساس التحكيم هو إتفاق الأطراف، بينما ذهب الرأي الراجح

<sup>1</sup> الأستاذ لزهو بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 2014م، ص 09.

إلى اعتبار التحكيم ليس اتفاقاً محض ولا قضاء محض فهو في بيدها باتفاق وفي وسطه إجراء وحكم وفي آخره.

### المبحث الأول: مفهوم التحكيم وطبيعته القانونية

كان التحكيم سابقاً عن ظهور القضاء بسبب تأخر ظهور الدولة بمختلف سلطاتها، إلا أنه لم يلاقي الصدى الواسع الذي يشهده خلال السنوات الأخيرة حيث شهد التحكيم عدة تطورات نتيجة زيادة الإهتمام به كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات ولقد لعبت المنظمات الدولية دوراً كبيراً في تنظيم التحكيم حيث سارعت إلى تنظيمه من خلال إبرام المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تهتم بمختلف جوانب التحكيم، ولم تكتفي بهذا الحد فقد تم وضع قانون نموذجي، لذلك وتم استحداث هيئات تتولى مهمة التحكيم.

ومن خلال هذا سنتناول في هذا المبحث مفاهيم التحكيم، ثم نتطرق لتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم خصوصاً في ظل الاختلاف الفقهي الكبير في هذه المسألة، حيث أن هناك من يرى بأنه ذو طبيعة تعاقدية بالنظر لطابع التحكيم الإتفاقي والذي يجسده اتفاق التحكيم، وهناك من يرى بأنه ذو طابع قضائي بالنظر إلى طبيعة المحكم الذي يفصل في النزاع بحكم قابل للتنفيذ، بينما ذهب فريق آخر للقول بأن التحكيم نظام مختلط يجمع بين الطبيعة التعاقدية والطبيعة القضائية حيث يبدأ التحكيم تعاقدياً عن طريق إبرام اتفاق التحكيم وينتهي قضائياً بصدور الحكم الفاصل في النزاع.

غير أنه ظهر إتجاه آخر فيما يعرف بالطابع المستقل للتحكيم، حيث يرى بأن التحكيم نظام مستقل قائم بذاته.

### المطلب الأول: مفهوم التحكيم

يعتبر التحكيم نظام بديل للقضاء الرسمي، وهو أداة قانونية اتفاقية خاصة لحل النزاعات التي تنشأ بين الأطراف المتعاقدة في المواد المدنية والتجارية، وإختيار هذا الطريق لا يكون إلا بالإرادة الحرة السليمة التي تتضمن الإتفاق المسبق كتابة على رغبتهم في اللجوء إلى التحكيم وإنهاء منازعاتهم بواسطة هذا النوع من القضاء ووفقاً لأحكامه، ومن الممكن أن تكون عملية التحكيم بين شخصين، مجموعتين أو حتى بلدين<sup>1</sup> وقد يكون الاتفاق على التحكيم

<sup>1</sup> د. فارس محمد عمران، قوانين و نظم التحكيم، الجزء الثاني، المركز القومي للإصدارات القانونية القاهرة، الطبعة الثانية، 2015 ص 21.

ضمنا حيث يقبل الأطراف الالتزام بشروط عقد نموذجي ويكون هذا النموذج متضمنا لشروط التحكيم المتفق عليها من طرف الاطراف المتعاقدة. وسوف نتناول في هذا المطلب تعريف التحكيم من خلال استعراض المعنى اللغوي للتحكيم ثم نعرض على المعنى الإصلاحي للتحكيم وكذا المفهوم الفقهي والتشريعي له.

### الفرع الأول: التحكيم لغة

ان كلمة تحكيم في اللغة العربية هو مصدر الفعل حكم بتشديد الكاف، وكما جاء في لسان العرب المحيط لابن منظور: يقال حكمت فلانا في مالي تحكيما، أي فوضت إليه الحكم فيه،<sup>1</sup> ويقول صاحب مختار الصحاح تحت حرف (حكم) حكمه في ماله تحكيما إذا جعل إليه الحكم فيه فاحتكم عليه ذلك. وحكموه فيما بينهم: أمروه أن يحكم في الأمر، أي جعلوه حكما بينهم، وحكمت بين القوم أي فصلت بينهم.

ولقوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾.<sup>2</sup>

والمحكم بتشديد الكاف هو الشخص الذي يسند إليه الحكم في الشيء، والحكم بفتح الحاء والكاف بنفس المعنى أي من يختار الفصل بين المتنازعين، والحكم إسم من أسماء الله تعالى.

ولقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾.<sup>3</sup> وقد تأثرت التعريفات الشرعية بذلك التحديد اللغوي، فقد قيل بأن التحكيم هو اختيار الشخص لغيره حكما، فيكون

<sup>1</sup> ابن منظور الدمشقي ، لسان العرب ، المجلد الثاني عشر ، دار صادر للطباعة و النشر و دار بيروت للطباعة و النشر 1056 م ، ص 142.

<sup>2</sup> سورة النساء، الآية 65.

<sup>3</sup> سورة النساء، الآية 58.

الحكم فيما بين الخصمين كالقاضي في حق كافة الناس والتحكيم في اللغة الفرنسية يعني الفصل في النزاع أو الخلاف، والحكم هو الشخص الذي يفصل في النزاع. وفي اللغة الإنجليزية ورد تحت كلمة يحكم، من يطلب مساعدة شخص، أو مجموعة أشخاص للوصول إلى اتفاق، والمحكم هو الشخص الذي يساعد شخصين أو أكثر للوصول إلى اتفاق أو يفصل بما يراه صحيحا.

### الفرع الثاني: التحكيم اصطلاحا

لم يرد في معظم الأنظمة القانونية تعريف للتحكيم، ومنها المشرع المصري والجزائري وذلك تلافيا لصعوبات وضع التعريف، واكتفت بالإشارة إلى عناصر التحكيم، مما فتح الباب أمام اجتهادات الفقه، وسنحاول التعرض لبعض هذه الاجتهادات فيما يلي. فقد عرف بعض الفقه التحكيم بأنه الاتفاق على طرح النزاع على شخص أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحاكم المختصة.

وقد عرفه البعض أيضا بأنه عقد يتفق الأطراف بمقتضاه على طرح النزاع على محكم شخص، أو أشخاص يختارونهم للفصل في النزاع دون المحكمة المختصة<sup>1</sup>. ويؤخذ على هذين التعريفين الخلط بين التحكيم كنظام، واتفاق التحكيم كآلية لتفعيله وذهب البعض الآخر إلى أنه قضاء خاص يتولاه أفراد مزودين بولاية الفصل في المنازعات وذلك خروجاً على الأصل العام، وهو أن أداء العدالة وظيفة من وظائف الدولة تقوم بها سلطاتها القضائية.

وحسن هذا الرأي لأنه ركز على تمتع التحكيم بالطبيعة القضائية، وتمتع المحكم بولاية الفصل في النزاع، إلا أننا نعتقد أنه تعذر تعريف التحكيم على نحو يحدد مضمونه وعناصره، إلا تحديد الهدف منه ودوافع الإلتجاء إليه دون الاكتفاء بالتركيز على الجانب الرضائي أو الاختياري فتعريف التحكيم يدور وجوداً وعدمًا مع الهدف منه.

ويرى بعض الفقه أن الهدف الذي يرمي إليه الخصوم من الإلتجاء إلى التحكيم هو السعي إلى العدالة على أسس تختلف عن المفهوم التقليدي للعدالة أمام محاكم الدولة.

<sup>1</sup> د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء الوطني، دار النهضة العربية، 1980، ص 26.

فمفهوم العدالة لا يغير بين التحكيم والقضاء، فليس هناك مفهوم تقليدي وآخر مستحدث للعدالة، وهناك اتجاه فقهي يرى بأن التحكيم هو تسوية شخص أو أكثر نزاعاً عهد به إليه للفصل فيه، وفي نفس الإتجاه يرى البعض أن التحكيم هو مجموع التصرفات والعمليات التي تهدف إلى حل المنازعات بموجب اتفاق الأطراف المعنية عن طريق قضاة متخصصين يختارونهم هم، و ان التحكيم قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية.<sup>1</sup>

وفي ذات السياق يقول البعض الآخر أن التحكيم هو وسيلة عن طريقها يحيل الأطراف برغبتهم منازعاتهم لشخص ثالث محايد يختارونه ليصدر قراراً قائماً على الأدلة والبراهين التي تقدم إلى محكمة التحكيم، أو هو نظام قضائي خاص، بمقتضاه تخرج المنازعة من القضاء العادي كي يتولى أفراد مخولون مهمة الحكم فيها، أو هو نظام بمقتضاه يتولى شخص من الغير تسوية نزاع يقوم بين طرفين أو أكثر ممارسة المهمة القضائية التي عهد بها هؤلاء إليه. أو هو النظام الذي يعهد به الأطراف إلى محكمين عينهم بحرية مهمة الفصل في منازعاتهم.

والمتمأمل في هذه التعريفات يدرك أنها تركز على أمرين: الأول أن التحكيم لا يكون إلا في مسألة محل نزاع، ووظيفة المحكم هي فض النزاع بقرار ملزم، والثاني أن التحكيم وسيلة اتفاقية لفض المنازعات، قوامها إرادة الأطراف التي تتجه إلى اختيار شخص من الغير ليحكموه بينهم ويرتضون ما ينتهي إليه.

ومما سبق يمكن تعريف التحكيم بأنه نظام قضائي خاص، يختار فيه الأطراف وبارادتهم قضائهم، ويخولونهم بمقتضى اتفاق مكتوب مهمة الفصل في المنازعات التي نشأت، أو قد تنشأ بينهم بخصوص علاقاتهم العقدية أو غير العقدية، وفقاً لمبادئ وأحكام بإصدار حكم ملزم يفصل في النزاع.

### الفرع الثالث: التحكيم بمفهوم فقهي

أثار مفهوم التحكيم جدلاً فقهيًا منذ زمن بعيد واعتبره شق من الفقهاء بمثابة المفهوم المتمرد عن التعريف لما بجانبه من الناحية المنهجية من عدم الثبات وذهب البعض الآخر إلى أبعد من ذلك معتبرين صرامة أن التحكيم ليس بمفهوم يقبل التعريف القانوني وبالرغم

<sup>1</sup> د. فارس محمد عمران، المرجع السابق، ص 22.

من صعوبة تعريف التحكيم، فقد حرص العديد من الفقهاء على ضبط مفهومه ومع أن اتجاهاتهم تنتزل في إطار واحد، فإنها تتميز بالإختلاف من الناحية النظرية.

ويمكن إبراز هذا الاختلاف بالتطرق إلى أهم الاقتراحات المقدمة من أبرز منظري التحكيم فقد اعتبر البعض أن التحكيم يعد تقنية *technique* ترمي إلى إيجاد حل مسألة تهم علاقات بين طرفين أو عدة أطراف من قبل شخص أو عدة أشخاص المحكم أو المحكمين الذين تكون سلطتهم مؤسسة على إتفاقية التحكيم التي بموجبها يتم الفصل في النزاع دون أن يكون التعهد بالمهمة من قبل الدولة.<sup>1</sup>

ويختلف هذا التعريف مع تعريف آخر، أكد فيه صاحبه أن التحكيم يمثل طريقة *méthode* لفصل النزاعات، وهو ما يختلف كذلك مع تعريف التحكيم بكونه مؤسسة قانونية *institution juridique* بمقتضاها يتعهد الغير بفصل النزاع الذي يجمع طرفين أو أكثر، مستعملا في ذلك السلطة القضائية التي منحها إياه الأطراف.

وتقاديا لهذه الاختلافات النظرية اعتبر شق آخر من الفقهاء أن التحكيم يمثل بكل بساطة اتفاق الأطراف على عرض نزاعهم على الأشخاص الذين تم اختيارهم للحكم فيه، ومهما يكن من أمر، فإن التحكيم هو طريقة لفصل النزاعات مثله مثل القضاء التابع للدولة، لكن بخلاف قضاء الدولة، فإن التحكيم لا يقوم إلا على إرادة جميع الأطراف المتنازعة.

#### الفرع الرابع: التحكيم بمفهومه التشريعي

على الرغم من أن مسألة تعريف التحكيم تعتبر مسألة نظرية بحتة، فإن مجلة التحكيم التونسية خلافا لجل القوانين الأخرى المقارنة، تضمنت تعريفا له بالفصل الأول الذي ورد به أن التحكيم هو طريقة خاصة لفصل بعض أصناف النزاعات من قبل هيئة تحكيم يسند إليها الأطراف مهمة البث فيها بموجب اتفاقية تحكيم.

أما المشرع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى لم يورد تعريفا للتحكيم في قانونه للإجراءات المدنية والإدارية، واكتفى بالإشارة إلى إمكانية لجوء الأشخاص للتحكيم في

<sup>1</sup> د. نور الدين قارة المرجع السابق ص 8.

الحقوق التي له مطلق التصرف فيها<sup>1</sup>، أو الإشارة إلى اعتبار التحكيم دوليا حينما يتعلق الأمر بالنزاعات الخاصة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل.<sup>2</sup>

### المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم

تصدرت طبيعة التحكيم حيزا لا بأس به من اهتمام الفقه، وحاول العديد من الفقهاء التوصل إلى الطبيعة التي يكتنفها الغموض، واختلاف المفاهيم، ويرجع هذا الاختلاف إلى الأساس الإتفاقي الذي يقوم عليه التحكيم، والنتيجة ذات الصفة القضائية التي ينتمي إليها المحكم.

فالتحكيم يتكون من عمليتين الأولى هي اتفاق يبرمه طرفا النزاع، والثانية هي الحكم الصادر عن هيئة التحكيم، فهذه التركيبة الوظيفية للتحكيم خلفت آراء متباينة حول طبيعته وسنحاول استعراض أهمها.

### الفرع الأول: الطبيعة الاتفاقية للتحكم ( النظرية العقدية )

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أنه لا يجوز الإعتقاد بأن التحكيم الذي ينتهي بحكم يعد عملا قضائيا طالما صدر هذا الحكم من محكمة تحكيم اعتمد تأليفها وتحديد مهمتها وتنظيمها على الأسلوب التعاقدية.<sup>3</sup>

وينبني هذا الرأي على أن المحكمين في هذه الحالة، ليسوا بقضاة حيث تستمد أحكامهم قوتها من إرادة الخصوم، لذا لا تكون هذه الأحكام، وهي تمثل محصلة العملية التحكيمية، التي تكون قابلة للتنفيذ، ومن ثم لا ترقى إلى مرتبة الأحكام القضائية العادية، إلا بعد صدور الأمر بتنفيذها من المحكمة المختصة، إذ يمدها هذا الأمر التنفيذي بقوة السلطة العامة، ومن قبيل الأحكام التحكيمية التي تلعب إرادة الخصوم دورا كبيرا في تعيين هيئة التحكيم التي تصدرها وتحديد القواعد والإجراءات الواجبة الإتباع أمامها وبيان أعضائها

<sup>1</sup> م 1006، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، رقم (09/08) سنة 2008م.

<sup>2</sup> م 1038، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، رقم (09/08) سنة 2008م.

<sup>3</sup> الدكتور حسنى المصري، المرجع السابق، ص 11.

تلك الأحكام التي كانت تصدر من هيئات التحكيم بالتطبيق للمادة 1/81 من القانون المصري رقم 43 لسنة 1974م بشأن استثمار المال العربي والأجنبي والمناطق الحرة، حيث كانت تنص على أن " تتم تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها من المستثمر...".

ويرى البعض أن هذا النوع من التحكيم " العقدي " يستند إلى قانون الإرادة باعتباره ضابطاً للإسناد في خصوص العقود الدولية *contrats internationaux* التي تتضمن عنصر أجنبياً، ومن قبيل هذه العقود، في مجال التجارة الدولية، الاتفاقيات الدولية *conventions internationales* المنشئة للمشروعات العامة الدولية، حيث تقوم هذه الاتفاقيات على أساس تعاقدية وتتضمن النص على لجوء الأطراف إلى محاكم تحكيم خاصة *ad hoc* للفصل فيما يثور بينهم من منازعات حول تفسير أو تطبيق الاتفاقية، ومثال هذه الاتفاقيات الاتفاقية المنشئة لمشروع ميناء كحل *port de kehl* بين الحكومة الفرنسية والحكومة

الألمانية بتاريخ 19 أكتوبر 1951م، والاتفاقية المنشئة لشركة سكك حديد جيبوتي - أديس أبابا *addis ababa jipoti* بين الحكومتين الفرنسية والأثيوبية بتاريخ 17 نوفمبر 1959م، والاتفاقية المنشئة للبنك العربي الأفريقي المبرمة عام 1964م بين مصر والكويت، والاتفاقية المنشئة للشركة العربية لأنابيب البترول المبرمة عام 1974م بين مصر والكويت، وعدد من الدول العربية، ذلك أن هذه الاتفاقيات الدولية وما شابهها، وهو كثير تتضمن النص على شرط التحكيم مع بيانها لطريقة تكوين هيئات التحكيم المختصة بالفصل في المنازعات والقانون الواجب التطبيق أمامها، وبالتالي تظهر إرادة الأطراف المتعاقدة *CO- contractantes* صافي الإفلات بهذه المنازعات من سلطان القضاء العادي وإخضاعها لمحاكم التحكيم الخاصة.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> الدكتور حسني المصري، المرجع السابق، ص 12.

## الفرع الثاني: الطبيعة القضائية للتحكيم ( النظرية القضائية )

تقوم هذه النظرية على أساس مستمد من أن أصل الوظيفة التي يقوم بها المحكم هي في ذاتها التي يقوم بها القاضي، وبالتالي فإن عمله يكون عملاً قضائياً، ويتم نظر النزاع أمامه على ذات المراحل التي تتم أمام القضاء.<sup>1</sup>

فمن ناحية نشأة التحكيم إذا كان صحيحاً أي اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم هو بداية التحكيم وبذرة وجوده، إلا أنه لا ينبغي تناسي أو إهمال الغرض والهدف الذي وجد من أجله هذا الإتفاق، وهو الحصول على حماية قضائية وحسم النزاع الذي نشب بين الأطراف، وهي غاية أي نظام قضائي، خصوصاً إذا علمنا بأن التحكيم كان هو الطريق الأسبق ظهوراً من قضاء الدولة لتحقيق العدالة في المجتمع.

وإذا كان التحكيم يقوم بالوظيفة ذاتها التي يقوم بها قضاء الدولة، وهي حسم النزاع، وتحقيق العدالة بين المتنازعين، فإنه يكتسب بالضرورة الطبيعة القضائية، ومن ثم فنظر النزاع أمام المحكم يمر بذات الإجراءات التي يمر بها أمام القاضي، وينتهي بحكم مماثل لحكم القاضي، سواء فيما يتعلق بالطعن فيه، أو فيما يتعلق بقابليته للتنفيذ.

فمن ناحية سير عملية التحكيم فالملاحظ أن التحكيم والقضاء يسيران في ركاب قواعد إجرائية تكون واحدة في جوهرها، وإن اختلفت أحياناً مصادرها، فهناك قواعد تقديم الإدعاء، وإعلان الخصوم وبدء الخصومة ووقفها، وانقطاعها، وفحص أسس ومشروعية الإدعاء، وفحص الأدلة واحترام ضمانات التقاضي، كالمساواة بين الخصوم، وحماية حقوق الدفاع، واحترام مبدأ المواجهة.

أما عن جهة التحكيم، فتكون بصدور حكم تتوفر فيه سائر خصائص وسمات الأحكام القضائية، من ناحية شكله وكتابته، وتسببها وتوقيعا، ومن ناحية محتواه، أي بيان عناصر الإدعاء والقواعد القانونية المطبقة، وهو يحسم النزاع ويحول دون طرحه مجدداً أمام أية جهة قضائية، إذ أنه يحوز بمجرد صدوره حجية الأمر المقضي، ويكون واجب التنفيذ وفقاً للقواعد المقررة قانوناً.

<sup>1</sup> الأستاذ لزهير بن سعيد، المرجع السابق، ص 21.

ويستنفذ المحكم ولايته بمجرد إصداره حكم التحكيم، فلا يملك بعد ذلك أن يعدله، أو يرجع فيه، أو أن يصدر ما يخالفه وهذا هو جوهر الوظيفة القضائية للتحكيم، فإن استندت مهمة المحكم في جوهرها على اتفاق التحكيم، فالعقد وإن كان هو المحرك الأساسي للتحكيم إلا أن ذلك ليس إلا نتيجة لكون التحكيم نظاما خاصا للفصل في المنازعات، يقوم إلى جانب نظام القضاء.

وخلاصة ما ذهب إليه أنصار هذه النظرية، أنهم نظروا إلى التحكيم من زاوية أنه قضاء ملزم للخصوم، متى اتفقوا عليه، وأن التملص منه لا يجدي، وأنه يحل محل قضاء الدولة الإجماعي، وأن عمل المحكم ما هو إلا شكل من أشكال ممارسة العدالة التي تمارسها الدولة، فإذا رخصت للأطراف اللجوء إلى التحكيم، فإن مهمة المحكم تنحصر في ممارسة وظيفة قانونية، وبالتالي فعمل المحكم عمل قضائي لتوفر مقومات العمل القضائي وهي الإدعاء والمنازعة، الشخص الذي يخوله القانون حسم النزاع.

كما أن حكم المحكمين يعتبر عملا قضائيا بالمعنى الدقيق من حيث الشكل والموضوع، فمن حيث الشكل فإنه يصدر في شكل حكم قضائي وبنفس إجراءات إصدار الأحكام القضائية، ومن ناحية قضائي وبنفس إجراءات إصدار الأحكام القضائية، ومن ناحية الموضوع فالمحكم غالبا ما يطبق قواعد القانون الموضوعي ويفصل في نزاع حقيقي بين الخصوم، ويلتزم باحترام حقوق الدفاع.

### الفرع الثالث: الطبيعة المركبة للتحكيم ( النظرية المختلطة )

لا يمكن تبني كلية الرأي الأول القائل باعتبار التحكيم عملا عقديا أو إراديا ولا للرأي الثاني القائل باعتباره عملا قضائيا بحتا، لأن القضاء ولئن كان لا بد أن يلعب دورا في شأن التحكيم بما يمارسه من نشاط قضائي يتمثل في قيامه بتعيين المحكم في حالة تقاعس الخصم في تعيينه أو في اختصاصه بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم أو بتزويده بالأمر بالتنفيذ فإن حكم التحكيم لا ينبت الصلة - مع ذلك - بفكرة العقد التي تحكم الجانب الأعظم من النشاط التجاري عموما والتجارة الدولية خصوصا.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> الدكتور حسن المصري، المرجع السابق، ص 15.

ذلك أن عقود التجارة الدولية غالباً ما تتضمن شرط التحكيم، بل وغالباً ما يتفق الخصوم على مشاركة التحكيم التي يضعونها كلما ثار النزاع حول تنفيذ هذه العقود، كما قدمنا أن هذه العقود كثيراً ما تنص على اختيار التحكيم الحر كوسيلة لفض المنازعات، وهو تحكيم تلعب إرادة الخصوم دوراً كبيراً في تحديد مساره، وبالتالي لا يصح النظر إلى هذا التحكيم بنفس النظر إلى التحكيم الإلزامي الذي تكاد أن تقتلص فيه هذه الإرادة وإذا كان تلتقي عنده إرادة الخصوم دولية التي ترتضي الخضوع لتحكيم هيئات التحكيم أو مراكز التحكيم الدائمة المتخصصة دولية كانت أو إقليمية إلا أن هذه الهيئات والمراكز غالباً ما لا تكون مقيدة بالقواعد والإجراءات المقررة في قوانين المرافعات المدنية والتجارية، ومن ثم يصعب وصف هذا النوع من التحكيم بالتحكيم القضائي البحت حتى لو تولت الأنظمة تنظيم إرادة الخصوم وفرضت عليها بعض القيود في اختيار المحكمين أو تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات.

وعلى أساس أن التحكيم لا يعتبر عملاً رضائياً محضاً كما لا يعتبر عملاً قضائياً محضاً فإن بعض الفقه قد أتجه إلى القول بأنه يقوم على طبيعة مركبة أو مختلطة<sup>1</sup> لأنه ولئن كان في أساسه وجوهره تصرف إرادي فإنه ينطلق إلى تحريك نشاط ذي طابع قضائي يسفر عن حسم منازعة بواسطة قضاء خاص، بل أن بعض الفقه يرى هذه الطبيعة المركبة أو المختلطة حتى في نطاق التحكيم الإلزامي، إذ يذهب إلى أن " نظام فض المنازعات الذي أرساه المشرع بقوانين تنظيم القطاع العام هو نظام للتحكيم - وإن كان تحكيم مفروض - يصدر قرارات لها خصائص العمل القضائي، ومن ثم فإنه قد خلق نمطاً جديداً هو في حقيقته خلط من التحكيم والقضاء وإن كانت عناصره الغالبة من نظام القضاء.

#### الفرع الرابع: نظرية استقلال التحكيم

يرى جانب من الفقه أن التحكيم وسيلة قانونية متميزة لفض المنازعات ونظام مستقل قائم بذاته، وذلك لاعتبارات عديدة، منها أن العقد ليس هو جوهر التحكيم، وليس إلا أداة خاصة تحقق الهدف الذي يسعى إليه الخصوم، وتدعيماً لهذه النظرية أتجه البعض إلى الربط بين الهدف الذي يسعى إليه الخصوم، وهو السعي إلى العدالة على أسس تختلف عن

<sup>1</sup> الدكتور حسن المصري، المرجع السابق، ص 16.

المفهوم التقليدي لها أمام المحاكم،<sup>1</sup> وبين استقلاليته على الأنظمة الأخرى، ويرى عدم تفسير التحكيم في ضوء المبادئ التقليدية ومحاولة ربطه بالعقد أو بالحكم القضائي.

ونادى بعض الفقه باستقلال نظام التحكيم من خلال التأكيد على طبيعته الخاصة، وذاتيته المستقلة التي تختلف عن العقود وعن أحكام القضاء.

كما ذهب البعض إلى القول بأن التحكيم ليس نوعاً من القضاء وإنما هو نظام مختلف في وظيفته وطبيعته وبنائه الداخلي عن القضاء وهو بذلك يمشي موازياً له.

و عليه فإن التحكيم التجاري الدولي ما هو الا نظام قضائي من نوع خاص يراد به تسوية المنازعات المرتبطة بالتجارة الدولية و هذا يكون على اساس ارادة التعاقدية للاطراف.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص 70 اشار اليه الأستاذ زهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 24.

<sup>2</sup> الدكتور بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مركز الكتاب الأكاديمي، عمان، الأردن، طبعة الاولى، 2017م، ص 95.

## المبحث الثاني: أنواع التحكيم ودوافع اللجوء إليه

في الواقع ان التحكيم يتنوع بالنظر الى الزاوية التي ينظر اليها و رغم ذلك فإن هذا التعدد لا ينفي أن أساس التحكيم هو واحد والإختلاف يمكن تبعا لما ينظر إليه ، فيمكن تقسيمه من حيث إرادة المحكّمين إلى تحكيم اختياري وتحكيم إجباري، ومن حيث طبيعة العقد الذي تضمنه ونطاقه إلى تحكيم وطني وتحكيم دولي، ومن حيث التقيد بالإجراءات القضائية إلى تحكيم بالصلح وتحكيم بالقانون، ومن حيث مدى حرية المحكم وسلطاته إلى تحكيم حر وآخر مؤسسي.<sup>1</sup>

و جدير بالذكر أن المتعاقدين في مجال التجارة الدولية المعاصرة يفضلون اللجوء للتحكيم التجاري الدولي لحل النزاعات الواقعة فعلا او الممكنة الوقوع واستبعاد في اغلب الاحيان اللجوء للقضاء الوطني.<sup>2</sup>

و بخصوص دوافع اللجوء للتحكيم فيمكن ذكر دوافع تتعلق بسرية قضاء التحكيم و سرعة اجراءاته، وأخرى تتعلق بالمستثمر الاجنبي.

<sup>1</sup> الأستاذ لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 25.

<sup>2</sup> الدكتور بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص 102.

## المطلب الأول: أنواع التحكيم

تتعدد أنواع التحكيم تبعاً للمعيار المستخدم في التفرقة بينها، فمن حيث مدى وجود منظمة أو مؤسسة تحكيمية تشرف على إدارة التحكيم ينقسم التحكيم إلى تحكيم حر وتحكيم مؤسسي.

وينقسم التحكيم بالإستناد إلى مدى سلطة المحكم في تطبيق القانون إلى تحكيم بالقانون وتحكيم بالصلح.

كما ينقسم التحكيم إلى تحكيم دولي وتحكيم وطني من حيث طبيعة العقد الذي تضمنه ونطاقه. وأخيراً إلى تحكيم إختياري وآخر إجباري من حيث إرادة المحكّمين.

## الفرع الأول: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري

الأصل في التحكيم أنه اختياري وأن المرجع لحل النزاعات هو القضاء، والتحكيم طريق استثنائي لا يلجأ إليه إلا بإرادة الأطراف واختيارهم، إلا أن هناك حالات تجبر فيها منشأة وشركات ووزارات الدولة، فتشكل بعض الدول محاكم تحكيم خاصة لفض النزاعات بين هذه الجهات، وهذا النظام موجود في مصر منذ العام 1966م، وحتى الآن حيث أنشئت هيئات تحكيم إلزامية لحل نزاعات الهيئات العامة والمؤسسات وشركات القطاع العام.<sup>1</sup>

ولكن الأصل في التحكيم كما سبق أن يكون اختياريًا وهذا ما عبرت عنه المادة الرابعة من قانون التحكيم المصري في فقرتها الأولى والتي جاء فيها:

<sup>1</sup> د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري و الإجباري، الاسكندرية، 1988، ص 330 ، 331

ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين، منظمة أو مركز دائم للتحكيم، أو لم يكن كذلك.

ويجوز في التحكيم الاختياري أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع، سواء كان مستقلا بذاته، أو ورد في عقد معين كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع، ولو كانت قد أقيمت بشأنه دعوى أمام جهة قضائية.

وبهذا يختلف التحكيم الاختياري عن التحكيم الإجباري الذي يوجب القانون الالتجاء إليه في بعض الأحوال كطريق لحل النزاع، والذي غالبا ما تسبقه إجراءات للتفاوض نص عليها القانون حتى إذا تعذرت التسوية الودية، توجب طرح النزاع على هيئة التحكيم التي نص القانون على تشكيلها.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: التحكيم الوطني والتحكيم الدولي

تتعدد الاجتهادات بشأن المعيار المقترح لحسم وتحديد وصف التحكيم إذا ما كان وطني أو محلي، وما إذا كان أجنبي أو دولي، ويوجد من يأخذ بمعيار مكان التحكيم، ومنهم من يأخذ بمعيار القانون الواجب التطبيق، ومنهم من يأخذ بطبيعة النزاع، ويوجد من يأخذ بمعيار جنسية الأطراف وطبيعة النزاع.

فالتحكيم يعد أجنبيا إذا تم خارج مصر مثلا حتى لو كان أطرافه مصريين، وتعلق بعقد أو علاقة محلية بحتة، والأمر نفسه لو كان أحد الأطراف مصريا والآخر أجنبيا.

<sup>1</sup> د.علي عوض حسن، التحكيم الاختياري و الاجباري في المنازعات المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،

ولا يوصف هذا التحكيم بأنه دولي بمجرد وجود طرف أجنبي، أمّا جريانه في الخارج، فيؤدي إلى وصفه بالأجنبي، أو بأنه تحكيم غير محلي.

والتحكيم الداخلي هو الذي يتعلق بعلاقات وطنية داخلية في جميع عناصرها الذاتية موضوعا وأطرافا وسببا، ويرى البعض أنه يكفي أن تكون العناصر الموضوعية الرئيسية المكونة لهذه العلاقة مرتبطة بدولة معينة حتى يكون التحكيم وطنيا.<sup>1</sup>

ويكون التحكيم دوليا وفقا للمادة الثالثة من قانون التحكيم المصري إذا كان موضوعه يتعلق بالتجارة الدولية، ويصف المشرع الجزائري التحكيم بأنه دولي إذا كان يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل، وبهذا يكون التحكيم دوليا وفقا للقانونين المصري والجزائري إذا تعلق بعلاقة تجارية أساسها المعيار الاقتصادي الحديث الذي يتضمن انتقال الأموال والقيم الاقتصادية والخدمات عبر الدول.

وللتفرقة بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي أهمية كبيرة: فمن ناحية التنظيم القانوني لكليهما، يخضع التحكيم الوطني لقواعد قانونية موضوعية وإجرائية داخلية اضطلع بوضعها المقنن الوطني في كل دولة، أمّا التحكيم الدولي فهو إن كان يخضع في تنظيمه لقواعد قانونية خاصة من وضع المقنن الداخلي، إلا أنّ هناك العديد من الاتفاقات الدولية التي أبرمت بشأن التحكيم بعضها ثنائي والآخر جماعي، من ذلك الاتفاقية الأوروبية حول التحكيم التجاري الدولي المبرمة بجنيف 1961م، واتفاقية نيويورك حول الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها 1958م، واتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري 1987م.

<sup>1</sup> د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية و التجارية و الوطنية و الدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، الطبعة الثانية 2005، ص 38.

ومن ناحية نطاق مبدأ سلطان إرادة المحكّمين، تضيق في مجال التحكيم الوطني قدرة الأطراف على وضع قواعد تنظيم عملية التحكيم لوجود العديد من القواعد الموضوعية والإجرائية التي تقيد من سلطان إرادة المحكّمين، وهذا بخلاف التحكيم الدولي، حيث يمتد نطاق مبدأ سلطان الإرادة إلى أقصى مدى، سواء من حيث حرية الأطراف في تحديد القواعد الإجرائية والقواعد الموضوعية واجبة التطبيق، حيث تعترف جميع النظم القانونية برخصة وحق الأطراف في فض ذلك النزاع في مجال العقود الدولية، بتحديد واختيار القواعد الموضوعية واجبة التطبيق.

كذلك معاملة حكم التحكيم تختلف بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي، حيث أن عدم تسبب حكم التحكيم قد يبطله في التحكيم الداخلي، وهو حكم يقبل الطعن فيه بالاستئناف، وهذا أمر غير جائز لدى أغلب النظم في التحكيم الدولي.

### الفرع الثالث: التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح

يعتبر التحكيم بالقانون التحكيم الذي يلتزم فيه المحكم المعين بتطبيق القانون لا غير و لا يحق له الاجتهاد امام نصوص إجرائية و تنظيمية ، وهنا يراعى ارادة الاطراف المتعاقدة سواء احتكموا لقانون واحد او اتفقوا على تطبيق عدة قوانين.<sup>1</sup>

والأصل العام إذن هو التزام هيئة التحكيم بتطبيق القانون الذي يتم تحديده من قبل الأطراف المحكّمين، أو من قبل هيئة التحكيم ذاتها عند سكوت الأطراف، ومن ثم فعلى هيئة التحكيم أن تعلم أنها مقيدة بأحكام القانون، وبالتالي تلتزم بالبحث عن قواعد القانون

<sup>1</sup> د إبراهيم احمد إبراهيم، اختيار طريق التحكيم و مفهومه، بحث مقدم إلى الدورة العامة لإعداد المحكم، مركز حقوق عين شمس، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، من 22 إلى 27 يناير 2000، ص 07.

التي يجب عليها تطبيقها، سواء على إجراءات خصومة التحكيم، أو على موضوع النزاع، وهذا الأصل العام يقوم على عدة اعتبارات أهمها:

\_ أن التزام المحكم بقواعد القانون هو ضمانته ليس فقط للخصوم أنفسهم الذين اختاروا التحكيم طريقا، بل هو كذلك للمحكم من هوى نفسه.

\_ أن التحكيم ما زال طريقا فرعيا لحسم المنازعات، وهو مقيد بالقانون الموضوعي والإجرائي اللازم لتحقيق الحماية للحقوق والمراكز القانونية المتنازع عليها، مثل قضاء الدولة المقيد بتلك القواعد.

و ينبغي ملاحظة أنه في التحكيم بالقانون لا يملك المحكم إجراء الصلح بين الأطراف إلا إذا فوض في ذلك من المحتكمين صراحة.<sup>1</sup>

أما التحكيم بالصلح فهو الذي يعفي المحكم فيه من التقيد بأحكام القانون، ويفصل في النزاع وفقا لما يراه محققا للعدالة، وصولا إلى حكم يحفظ التوازن بين مصالح المحتكمين، حتى لو كان في هذا الحكم مخالفة لأحكام القانون الذي يحكم وقائع النزاع والذي يلتزم القاضي بتطبيقه فيما لو عرض النزاع عليه إلا أنه مقيد في ذلك بالالتزام بالمبادئ الأساسية في التقاضي وأهمها احترام حقوق الدفاع ليتمتع حكمه بقوة إلزامية في مواجهة المحتكمين.

ويجب على المحكم الالتزام في مهمته بما فوضه به الخصوم وما اتفقوا عليه، فإذا كان اتفاق المحتكمين على تفويضه بالقانون مثلا: فلا يصح له أن يجري تحكما بالصلح، والعكس صحيحا.

<sup>1</sup> د.مصطفى الجمال و د.عكاشة عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، دار الفتح للطباعة و النشر ، الاسكندرية 1998 ص 108.

## الفرع الرابع: التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي

التحكيم الحر أو الخاص هو ذلك التحكيم الذي يتولى المحكمتين إقامته بمناسبة نزاع معين ولهم الحرية في اختيار من يشاءون من المحكمين بأنفسهم، ولهم تحديد القواعد الإجرائية والموضوعية التي تحكم النزاع، فهم يتولون إبرام اتفاق التحكيم قبل نشوء النزاع أو بعده، ويختارون أعضاء هيئة التحكيم، ويحددون مكانه وزمانه ولغته.

ومن عيوب هذا النوع من التحكيم صعوبة تنبأ المحكمتين بالعقبات والمشكلات التي ستواجههم ومن ثمة عدم القدرة على الاحتياط لها في اتفاق التحكيم، وقد يحدث أن تطرأ مشاكل لا يغطيها قانون الإرادة، ويظل المحكمتين في حالة قلقة لحين تنفيذ حكم التحكيم.<sup>1</sup>

أما التحكيم النظامي أو المؤسسي فهو الذي تتولاه هيئات أو مؤسسات أو مراكز وطنية أو دولية دائمة مختصة بالتحكيم استناداً إلى قواعد وإجراءات معينة تحددها الاتفاقيات الدولية أو القرارات المنشئة لهذه الهيئات، وهذا النوع من التحكيم هو الأكثر شيوعاً في مجال التحكيم في منازعات العقود الدولية، وسائر عمليات التجارة لما به من مزايا تستقطب غالب المنازعات الناشئة عن عمليات التجارة الدولية.

فهو يبعث الثقة والاحترام والهيبة في نفوس المحكمتين لما يجدونه في التحكيم المؤسسي أو المنتظم من توفر - لدى مراكز التحكيم المختلفة - لوائح ونظم داخلية مستقرة تنظم مختلف جوانب ومراحل عملية التحكيم، وقيام أجهزة إدارية تتولى تحضير كل مراحل وإجراءات عملية التحكيم في هذه المراكز.

وما يعيب التحكيم المؤسسي مقارنة بالتحكيم الحر هو أنه غالباً ما تكون تكلفته عالية مقارنة بالتحكيم الحر، وكذلك تطبيق القواعد والإجراءات المحددة في نظام المركز نفسه دون اختيار القانون الأقرب للأطراف مثلاً، أو لموضوع النزاع.

<sup>1</sup> د. محمد أبو العينين، المبادئ القانونية التي يقوم عليها التحكيم في الدول العربية و الأفريقية التي تبنت قانون الأونسترال النموذجي

للتحكيم، مجلة التحكيم العربي، العدد الأول، مايو 1999، ص 15

## المطلب الثاني: دوافع اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي

ان الانتقادات الموجهة لرافضي قضاء التحكيم كوسيلة لفض النزاعات بدلا من القضاء لم تقنع ممارسي التجارة الدولية من اللجوء اليه كوسيلة للنظر في النزاعات التي قد تنور بينهم فحسب زعمهم هو الوسيلة الوحيدة لتحقيق عدالة بعيدا عن القضاء العادي الذي ينحاز لمصالح طرف دون الطرف الآخر خاصة إذا تعلق الأمر بطرف متعاقد يتمثل في الدولة.

## الفرع الأول: دوافع تتعلق بسرية قضاء التحكيم و سرعة إجراءاته

يلجا غالبية المتعاملين في حقل التجارة الدولية إلى قضاء التحكيم لحل النزاعات التي تنور بينهم، إذ أن هذا الاختيار لهذا النوع يجد بعض تبريراته في المساوى التي يعاني منها النظام القضائي الوطني، والتي لا تستجيب لما تطمح إليه الأطراف المتنازعة من تحقيق للعدالة ولا تتلاءم مع مقتضيات ممارساتهم التجارية.<sup>1</sup>

### أولا : من حيث السرية :

إذ أن من الخصائص التي يمتاز بها القضاء الوطني هو مبدأ علنية الجلسات و الذي يعتبر احد الضمانات الأساسية للتقاضي ، هذه الضمانات و أن كانت من المبادئ العامة إلا أن اغلب المتعاملين الاقتصاديين في مجال التجارة الدولية لا يرغبون فيها ، بل و يفضلون اللجوء إلى التحكيم كون انه يوفر لهم السرية ولا يحق إلا لأصحاب المصلحة الحضور للجلسات ، و هذا في نظر هؤلاء المتعاملين قد يمس بمراكزهم المالية و الاقتصادية.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> الدكتور بن أحمد الحاج ، الرجوع السابق ، ص 102.

<sup>2</sup> أ.د حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 2007، ص 20.

## ثانيا : من حيث سرعة الإجراءات :

تتسم عقود الاستثمار و عقود التجارة الالكترونية بالتعقيد و بالسرعة في التطور وكلها عقود نشأت نشأة عملية بعيدا عن القواعد القانونية الوطنية التقليدية، التي قد تظل عاجزة لسنوات عن إدراك ومواجهة المسائل الفنية لتلك العقود، مما يجعل القاضي الوطني في موقف العاجز عن إيجاز الحلول الملائمة للنزاعات المطروحة أمامه بشأن هذه العقود.<sup>1</sup>

و ما يتسم به قضاء التحكيم من جهة أخرى سرعة الفصل في المنازعات المطروحة أمامه وذلك على خلاف القضاء الوطني الذي يعاني من البطء في الإجراءات والتراخي في الفصل في الدعاوى، لذي يلجأ المتعاملون في ميدان التجارة الدولية إلى التحكيم، حيث يلتزم المحكم بالفصل في المنازعة خلال فترة زمنية محددة سواء باتفاق الأطراف أو بغير اتفاقهم، إضافة إلى أن إجراءات الفصل فيها أكثر تبسيطا من تلك المتبعة أمام القضاء الوطني.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> الدكتور بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص 103 و 104.

<sup>2</sup> الدكتور بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص 105.

## الفرع الثاني: دوافع تتعلق بالمستثمر الأجنبي:

تمثل هذه الدوافع علاقة المستثمر الأجنبي حينما يتعلق الأمر باستثمار في دولة أخرى بحيث خوف هذا الأخير من الإجحاف في حقه باللجوء إلى تطبيق القضاء الوطني و الذي يشكل له عائقا مقارنة مع التحكيم.

## أولا : ثقة المستثمر الأجنبي بالتحكيم بدلا من القضاء الوطني:

إن الدولة وباعتبارها صاحبة سلطة و سيادة تعتبر طرفا غير عادي حينما تبرم عقودا مع أطراف أجنبية ، ورغم أنها طرفا في علاقة تعاقدية إلا أنها تستفرد ببعض المزايا السيادية مما يجعل السلطة القضائية الوطنية منحازة لها مما يؤدي بالإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد.<sup>1</sup>

ف رغم حياد القضاء الوطني للدولة المتعاقدة إلا انه يبقى منحازا لمصالح الدولة التي ينتمي إليها، فلهذا يفضل المستثمر الأجنبي اللجوء للتحكيم، ولو اقتضى هذا الشرط عدم التعاقد.

## ثانيا : تمسك الدولة المتعاقدة بالحصانة القضائية أمام المستثمر الأجنبي :

إن من بين أهم المخاوف التي تعترض المستثمر الأجنبي حينما يتعلق الأمر بعقد من العقود التجارية مع دولة ما هو إمكانية تمسك الدولة المتعاقدة بالحصانة القضائية إذ وبالنتيجة تؤدي إلى غل يد القضاء الوطني لأي دولة أخرى و تؤدي في نهاية الأمر لضياع بعض حقوق الطرف المتعاقد تحت ذريعة الحصانة القضائية<sup>2</sup>

<sup>1</sup> أ.د حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 32.

<sup>2</sup> أ.د حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 33.

# الفصل الثاني

مبدأ سلطان الإرادة وتجلياته في 2

من إتفاق التمكيم والخصومة

التمكينية

## الفصل الثاني: مبدأ سلطان الإرادة وتجلياته في كلا من إتفاق التحكيم والخصومة التحكيمية

لا ينكر حتى رافضي الاتجاه الذي يرى إلى أعمال إرادة الأطراف المتعاقدة في اختيار الإجراءات المتعلقة بالتحكيم دور سلطان الإرادة في ذلك. حيث لعب مبدأ سلطان الإرادة الدور الأكبر في تطور التحكيم وانتشاره في ربوع العالم. بحيث استطاع هذا المبدأ التوفيق حتى بين التجار العابرين للقارات، وهذا إن دل على شيء إنما يدل على أن الأفراد فيما بينهم يمكن لهم حتى صياغة القواعد القانونية التي تطبق عليهم بعدما كانت مجرد أعراف متفرقة.

ولهذا ارتأينا في هذه الفصل التطرق لتجليات مبدأ سلطان الإرادة في إتفاق التحكيم في المبحث الأول كون أنه أول إتفاق بين الأطراف المتعاقدة ودور إرادتهما في ذلك سواء كانت شرطاً تحكيمياً أو مشاركة، ثم تحدثنا في المبحث الثاني عن دور مبدأ سلطان الإرادة في الخصومة التحكيمية التي تعتبر آخر مرحلة من مراحل التحكيم.

## مبحث تمهيدي: ماهية مبدأ سلطان الإرادة والنتائج والقيود الواردة عليه عرض عام للمبدأ:

يذهب أنصار هذا المبدأ إلى أن الإرادة لها السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي الآثار التي تنبثق عليه، بل وفي جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية. وعندهم أن النظام الاجتماعي يركز على الفرد، فهو الغاية، ولخدمته يسخر المجموع والفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية، بل إن مظهر هذه الشخصية هي الإرادة الحرة المستقلة، وكما أن رجال الفلسفة يجعلون التفكير آية الشخصية من الناحية الفلسفية فإنّ رجال القانون من أنصار هذا المبدأ يتخذون الإرادة آية الشخصية من الناحية القانونية، ولما كان الفرد يعيش في المجتمع، ولما كانت الغاية الأولى هي احترام حريته وإرادته، كان من الواجب أن تكون روابطه بغيره من أفراد المجتمع أساسها الإرادة الحرة، فلا يخضع لواجبات إلا إذا كان قد ارتضاها مختاراً، وكل التزام أساسه الرضاء والاختيار يتمشى مع القانون الطبيعي، لأنّ هذا القانون إنّما يقوم على الحرية الشخصية ووجوب احترامها، فالإرادة الحرة هي إذن مبدأ القانون، والغاية التي ينتهي إليها، وما المهمة التي يضطلع بها القانون إلا تحقيق حرية كل فرد بحيث لا تتعارض هذه الحرية مع حريات الآخرين، هذا التوازن ما بين الحريات جميعاً هو ما يجب على المشرع أن يعني به، وليس عليه بعد ذلك أن يرى ما إذا كان النشاط الفردي الحر يتفق مع ما تقتضيه مبادئ الأخلاق، ولا عليه أنه يرى إلى أي حد يتفق صالح المجموع مع صالح الفرد، فالفرد لا المجموع هو الذي يحميه القانون.<sup>1</sup>

هذا المبدأ كان له خط كبير من الأثر في القانون الحديث بعد انتشار المذهب الفردي على أثر تطور النظم الاقتصادية، ولكن استمرار هذه النظم في التطور وظهور الصناعات الكبيرة، واختلال التوازن بين القوى الاقتصادية، مهد المذاهب الاشتراكية سبيل الانتشار فقامت هذه المذاهب معارضة للمذاهب الفردية، وكان من ذلك أن انتكص مبدأ سلطان

<sup>1</sup> د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصادر الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة الجديدة ، ص 153.

الإرادة، وجعل خصومه يمعنون في نقده، حتى قام أخيراً فريق من المعتدلين يضعون الأمور في حدودها المعقولة.

### المطلب الأول: ماهية مبدأ سلطان الإرادة:

وفيه نتطرق لمفهوم المبدأ ثم نعرض عن نشأته عبر العصور القديمة ثم نتطرق لتطوره و الوقوف على عوامل ذلك التطور.

### الفرع الأول: تعريف مبدأ سلطان الإرادة

سبق القول أن العقد توافق بين إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني إذ أن أساس العقد هو الإرادة المشتركة لطرفيه فمبدأ سلطان الإرادة هو توافق إرادتين لإنشاء العقد وأن إرادة المتعاقدين هي التي تحدد من الالتزامات ما ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة وأن هذه الإرادة هي التي تحدد ما يترتب على الالتزام من آثار قانونية ويترتب عن هذا وجوب احترام حرية المتعاقدين والقوة الملزمة للعقد المستمدة من مشيئة المتعاقدين فلا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاقها فلا يتدخل المشرع أو القاضي في هذا العقد إلا في حالات خاصة.

### الفرع الثاني: نشأة وتطور مبدأ سلطان الإرادة

لم يعترف القانون الروماني في أي عصر من عصوره بمذهب سلطان الإرادة كاملاً، بدأت العقود فيه تكون شكلية تحوصلها أوضاع معينة من حركات وإشارات وألفاظ وكتابة، أما مجرد توافق إرادتين (nudum pactum) فلا يكون عقداً ولا يولد التزاماً، فكان المدين يلتزم لا لسبب سوى أنه استوفى الأشكال المرسومة، ويكون التزامه صحيحاً حتى لو كان السبب الحقيقي الذي من أجله التزم لم يوجد أو لم يتحقق أو كان غير مشروع أو كان مخالفاً للآداب، فالعقد الشكلي كان عقداً مجرداً صحته تستبد من شكله لا من موضوعه،<sup>1</sup> ولكن الحضارة الرومانية ما لبثت أن تطورت وتعقدت سبل الحياة، فكان من ذلك توزيع

1 د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 154.

العمل، والحاجة إلى كثرة التبادل، ووجوب السرعة في المعاملات، واقترن هذا كله بتقديم في التفكير القانوني أدى إلى التمييز بين الشكل والإرادة في العقد وإعطاء الإرادة قسطاً من الأثر القانوني، ودعا هذا إلى اعتبار الاتفاق موجوداً بمجرد توافق الإرادتين، والشكل ليس إلا سبباً قانونياً (causa civilis) للالتزام قد توجد أسباب غيره، ومن ثم ظهر إلى جانب العقود الشكلية العقود العينية والعقود الرضائية والعقود غير المسماة، وانتصر مبدأ سلطان الإرادة في دائرة العقود الرضائية، وانتصر بعد ذلك في بعض عقود أخرى عرفت بالعقود البريطورية (pactes prétoriens) والعقود الشرعية (pactes légitimes).

ولكن القانون الروماني لم يقرر في أية مرحلة من مراحل مبدأ سلطان الإرادة في العقود بوجه عام، بل ظلت الأوضاع بعد أن تهذبت هي التي تخلق العقد بقدر اختلاف قوة وضعفاً بحسب تطور القانون واتساع نطاق التبادل والمعاملات، وبقي العقد اللفظي (contrat verbal) إلى آخر عهود القانون الروماني هو القالب الذي يصبون فيه ما تبدو الحاجة إليه من الاتفاقات غير المعروفة حتى تصبح ملزمة.

أما في العصور الوسطى فلم تنقطع الشكلية وتستقل الإرادة بتكوين العقد إلا تدرجاً، وقد استمرت الشكلية في أوضاعها السابقة الذكر إلى نهاية القرن الثاني عشر ثم أخذت تتمحور، وكانت متجهة إلى التناقص، وأخذت الإرادة بقوى أثرها في تكوين العقد شيئاً فشيئاً، وساعد على هذا التطور عوامل أربعة:

### 1\_ تأثير المبادئ الدينية وقانون الكنسية:

فكان المتعاقد إذا أقسم على احترام عقده، ولو لم يفرغه في شكل مخصوص عد الحدث باليمين خطيئة يعاقب عليها، بل كان مجرد عدم الوفاء بالوعد خطيئة دينية، وسهل الانتقال من فكرة العقوبة إلى فكرة الإلتزام المدني حتى أصبح مجرد الاتفاق يجوز تنفيذه بدعوى (action ex nudo pacto) أمام المحاكم الكنسية.<sup>1</sup>

2\_ إحياء القانون الروماني والتأثر به: ونحن نعلم أن القانون الروماني كان قد وصل في تطوره من حيث استقلال الإرادة إلى حد كبير بمختلف عقود الملزمة، وتوسعوا في تفسير

1 د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 155.

تلك الروح، وفهموا خطأ أن القانون الروماني يقرر مبدأ سلطان الإرادة، فساعد ذلك على قبول هذا المبدأ، وأصبحت القاعدة في القانون الفرنسي القديم هي ما كان استثناء في القانون الروماني.

### 3\_ العوامل الاقتصادية:

بعد أن زاد النشاط التجاري وقويت حركة التعامل اقتضى الأمر إزالة ما يعوق المبادلات التجارية من الأوضاع والأشكال، فكانت المحاكم التجارية الإيطالية في القرن الرابع عشر تقضي طبقاً لقواعد العدالة، والعدالة لا تميز عن العقد الشكلي ومجرد الاتفاق من حيث الإلزام.

### 4\_ العوامل السياسية:

وكان ذلك بطريق التدرج في بسط نفوذ الدولة، وتدخلها شيئاً فشيئاً في الروابط القانونية بين الأفراد، والأخذ في حماية العقود التي تتم بمجرد الاتفاق، وكان من شأن ذلك أن هجرت الأوضاع القديمة، وحل محلها أشكال أخرى أقل إغراقاً في الفطرية والسذاجة.<sup>1</sup> وما جاء القرن السابع عشر حتى أصبح مبدأ سلطان الإرادة ثابتاً مقررًا، وما كاد أثر الدين يضعف حتى حل محله ما انتشر من نظريات اقتصادية وفلسفية وسياسية، وكلها مشبعة بروح الفردية، وقد بلغت أوجها في القرن الثامن عشر، وهي تشيد بوجود قانون طبيعي مبني على حرية الفرد ووجوب استغلال إرادته وتسيير هذه الإرادة لكل ما في الحياة من نظم اقتصادية واجتماعية، وقد قام الفزيوقراطيون (physiocrates) ينادون بالحرية الاقتصادية قانوناً طبيعياً، ويذهبون إلى أنه لو تركت الناس أحراراً في نشاطهم الاقتصادي وفتحت أبواب المنافسة بينهم، فلا تلبث الأمور أن تستقر، وتتحدد الأسعار من طريق المنافسة والعرض والطلب، لا من طريق تحكيمي يمليه المشرع، ومعنى هذا أن الإرادة وحدها هي التي يجب أن تسيطر في الميدان الاقتصادي، وأن العقود لا تخضع في تكوينها وفي الآثار التي تترتب عليها إلا لإرادة المتعاقدين، وسحب هذه النظريات الاقتصادية نظريات فلسفية وسياسية حمل لواءها روسو (Rousseau) في كتابه المعروف بالعقد الاجتماعي

<sup>1</sup> د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 156.

(cantrat social)، فكانت حرية الفرد واستقلال إرادته هي المحور الذي يدور عليه تفكير ذلك العصر، وقد تلقت الثورة الفرنسية هذه النظريات وقامت عليها، وسلمتها إلى المشرعين في أوائل القرن التاسع عشر، فوضع تقنين نابليون على أساس تقديس حرية الفرد والإمعان في احترام إرادته.

### \_ مدى ما وصل إليه مبدأ سلطان الإرادة:

استقر هذا المبدأ وصار دعامة تبنى عليها النظريات القانونية، وهو بعد أن تمشى في المنطق القانوني أصبح تشتمل على أصليين: (أولاً) كل الالتزامات، بل كل النظم القانونية، ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة. (ثانياً) لا تقتصر الإرادة على أن تكون مصدر الالتزامات، بل هي أيضاً المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من آثار. فالإرادة الحرة هي التي تهيمن على جميع مصادر الإلتزام، وهذه الإرادة تتجلى قوية في العقد، فالمتعاقدان لا يلتزمان إلا بإرادتهما، ولا يلتزم أحد بعقد لم يكن طرفاً فيه، كما لا يكسب أحد حقاً من عقد لم يشترك فيه، أما نظرية الاشتراط لمصلحة الغير فتبدو ضيقة محدودة في تقنين نابليون، ولم يحصل التوسع فيها إلا في العهد الأخير فالعقد إذن يركز على الإرادة، بل هو يتمحض إرادة خالصة إذا قلنا إن إرادة المدين وحدها هي التي تلزمه. وليس سلطان الإرادة مقصوراً على توليد الالتزامات وحدها، بل أيضاً يولد كل الحقوق الأخرى، فالملكية مبنية على حرية الإرادة، بل هي الحرية في مظهرها الملموس المادي، وحقوق الأسرة مبنية على عقد الزواج أي على الإرادة، والميراث مبنى على وصية مفروضة، وطرق التنفيذ الإجباري ذاتها تركز على الإرادة الحرة فهي طرق وإن كانت إجبارية قد ارتضاها المدين وقت الإستدانة، بل العقوبة الجنائية لا مبرر لمشروعيتها إلا في الإرادة، فالمجرم الذي خرج على المجتمع قد ارتضى مقدماً أن يناله الجزاء، ذلك لأن القانون ما هو إلا وليد الإرادة ارتضاء الناس بأنفسهم أو بتمثيلهم واختاروا الخضوع لسلطانه، والمجتمع البشري ذاته، أليست دعامته هذا العقد الاجتماعي الذي نادى به روسو ومن قبله من الفلاسفة والمفكرين.<sup>1</sup>

1 د.عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 157.

وكما أن منشأ الالتزامات يرجع للإرادة الحرة، كذلك الأثر الذي يترتب على الالتزام، فهو خاضع للإرادة أيضا، ولهذا الأصل ناحيتان:

### الناحية الأولى:

أن كل ما ارتضاه الملتزم ديناً في ذمته يكون صحيحاً وينتج أثره لأن التزامه إما بنى على إرادته، فلا يصح أن نقيده من أثر العقد بدعوى أن هناك عبئاً لحق أحد المتعاقدين ما دام قد ارتضى هذا العبء، والعامل الذي يتعاقد مع رب العمل حراً مختاراً يجب عليه أن ينفذ ما التزم به، ولا يحتج بأن الشروط التي ارتضاها جائزة، وليس المهم في العقد أن يكون هناك تعادل بين الشئيين المتبادلين، بل يكفي أن يكون التعادل بين الشخصين المتعاقدين وقد توفر كل منهما على حريته وإرادته المستقلة، والأصل في الإنسان الحرية واستقلال الإرادة، ولا يكون الأمر غير ذلك إلا في حدود رسمها القانون كأن يكون المتعاقد قاصراً في السن أو في العقل، أو يكون ضحية غلط أو إكراه أو غش. أما في غير هذه الحدود فالإنسان حر مستقل في إرادته، فإذا التزم بشيء كان العدل أن يقوم بما التزم به، أما ما يقال عن التضامن الاجتماعي والتعسف في استعمال الحقوق وقواعد العدالة والنظام العام، فهذه الأشياء لا ينبغي أن تفرق في التحديد من سلطان الإرادة، وإذا كانت قواعد العدالة والنظام العام تعني بشيء، فلا أحق بعنايتها من سلطان الإرادة والتسليم بأثره كاملاً في تفسير العقد وترتيب نتائجه القانونية.<sup>1</sup>

### والناحية الثانية:

من هذا الأصل أن العقد، وقد تم بتوافق إرادتين مستقلتين، لا يجوز تعديله إلا بتوافق هاتين الإرادتين، فلا يستقل أحد من المتعاقدين بتعديله، ولا يجوز للقاضي نفسه بدعوى إتباع قواعد العدالة أن يعدل فيه أو أن يضيف إليه ما ليس منه.

<sup>1</sup> د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 158.

## المطلب الثاني: النتائج والقيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة

كما اسلفنا ان لمبدأ سلطان الارادة الدور الكبير في تحرير ارادة الافراد في القيام بجميع التصرفات الا انه يترتب على ذلك نتائج و ترد عليه بعض القيود سيتم التطرق اليها،

### الفرع الأول: نتائج مبدأ سلطان الإرادة

يترتب على مبدأ سلطان الإرادة عدة نتائج هي:

#### 1\_ الالتزامات الإرادية هي الأصل:

لا يلزم الشخص بحسب الأصل إلا بإرادته، وإذا اقتضت حاجات المجتمع في بعض الأحوال إنشاء التزامات تفرض عليه بالرغم من إرادته، فيجب حصر هذه الحالات في أضيق الحدود، فتقرير الالتزامات غير الإرادية لا يكون إلا استثناء إذ أن الفرد أعلم بما يحقق مصالحه، ولذا فالتزاماته الإرادية تكون عادلة بالضرورة إذ أنه تحمل هذه الالتزامات بإرادته.

#### 2\_ حرية التعاقد:

إرادة الفرد وحدها تكفي لإبرام العقود وبالتالي تستطيع هذه الإرادة إنشاء الالتزامات العقدية، دون قيد على حرية الإنسان الكاملة ولا يحد من هذه الحرية سوى اعتبارات النظام العام وحسن الآداب، ( لا إجبار عليه في أن يدخل في رابطة عقدية لا يرغبها )<sup>1</sup>.

#### 3\_ الحرية في تحديد آثار العقد:

إذ دخل شخصان في رابطة عقدية، فإن لهما كامل الحرية في تحديد آثار هذه الرابطة، فلا يلتزم على كل منهما إلا بما أراد الالتزام، فكل ما أراده يترتب على العقد الذي تم بينهما، فالفرد حر أن يتعاقد وفقا لما يريد وبالشروط التي يرتضيها.

<sup>1</sup> موقع FORUM DES INGENIEURS MAGREBINS ، بحث حول مبدأ سلطان الإرادة ، جامعة

يحي فارس ، المدينة ، 16 نوفمبر 2009 ، تاريخ الدخول 26 مارس 2018 ص 05.

**4\_ العقد شريعة المتعاقدين:**

والمقصود بذلك أنّ العقد يلزم المتعاقدين كما يلزمهما القانون، لذا فلا يمكن لأي منهما الإنفراد بتعديل العقد أو إنهائه وكذلك لا يجوز للقاضي أن يقوم بذلك.

**الفرع الثاني: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة وصور تقلصه:**

**أولاً :** بيان هذه القيود:

**1\_ القيود على حرية التعاقد وعدم التعاقد:**

إذا كان منطق سلطان الإرادة يقضي بحرية الفرد في التعاقد وحرية في عدم التعاقد إلاّ أنّه وردت القيود الآتية على هذه النتيجة ويتمثل ذلك في:

أ\_ حرية التعاقد تجد قيدا يتعلّق بالنظام العام والآداب: فإذا ما أبرم عقد يخالف النظام العام والآداب في المجتمع فإنّه يكون باطلا بطلانا مطلقا أي لا أثر له، وهذا القيد موجود منذ زمن بعيد، ففكرة النظام العام هي نسبية ومتطورة فإننا نجد في الوقت الحاضر توسعا كبيرا في نطاقها، خاصة كلما ساد الاتجاه الاشتراكي في الدولة يزداد النظام العام اتساعا.

ب\_ حرية عدم التعاقد قد قيدت: فظهرت صورة العقود الجبرية، التي يجبر الشخص على إبرامها عقود التأمين الجبرية من المسؤولية عن حوادث السيارات، وعقود إيجار الأماكن السكنية، ومن القيود الجبرية أيضا إلزام الإرادة التشريعية في بعض الأحوال، الأشخاص أو الهيئات التي تقدم الخدمات للجمهور أو تبيع السلع ففي كل الحالات السابقة يكون العقد مفروضا لا يستطيع المتعاقد رفضه.

**2\_ القيود على حرية تحديد آثار العقد:**

أ\_ كان من تأثير الأفكار الاشتراكية أن قامت القوانين بتحديد تلك الآثار في بعض العقود بقواعد أمرّة، ومن ذلك عقد العمل تحديدا يكاد يكون شبه كامل، وكذلك أيضا بالنسبة لعقد الإيجار فقد نظمت القوانين علاقة المستأجر والمؤجر.<sup>1</sup>

ب\_ وفيما يتعلّق بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، فقد أجازت القوانين الحديثة تدخل المحاكم في كثير من الحالات لتعديل بنود العقد أو لإعفاء أحد طرفي العقد من بعض الشروط، أو لإنهائه بناء على طلبه، ومن ذلك نص القانون المدني الجزائري على تحويل

<sup>1</sup> موقع FORUM DES INGENIEURS MAGREBINS ، المرجع السابق ص 06.

القاضي سلطة إعادة النظر في التزامات المتعاقدين إذا وقعت أثناء تنفيذ العقد ظروف طارئة غير متوقعة من شأنها جعل التزامات أحدهما مرهقة وهي نظرية الظروف الطارئة مادة (107/ف03) ومن ذلك أيضا إعطاء سلطات للقاضي تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان مادة (110) قانون المدني.<sup>1</sup>

### ثانياً\_ صور تقلص مبدأ سلطان الإرادة ( نقد المبدأ ):

إذا ارجعنا انتصار مبدأ سلطان الإرادة إلى عوامل اقتصادية، وهي العوامل التي أدت إلى انتشار روح الفردية في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، فهذه العوامل ذاتها بعد أن تطورت، وقامت الصناعات الكبيرة وتأسس الشركات الضخمة، ونظمت طوائف العمال على أثر اختلال التوازن بين القوات الاقتصادية، مما أدى إلى انتشار روح الاشتراكية وقيامها في وجه المذاهب الفردية، هذه العوامل كما قلنا كان من شأنها أن تنتقص من سلطان الإرادة، فيكون هذا المبدأ قد قام على أساس اقتصادي وانتقص متأثراً بعوامل اقتصادية.

ويتولى خصوم المبدأ تنفيذ النتائج التي وصل إليها أنصاره، فيقولون إن جعل الإرادة مصدراً لكل الحقوق فيه إغراق في نواح ووهم في نواح أخرى. فالالتزامات التعاقدية ذاتها وهي مبني على توافق إرادتين لا تستند إلى محض الإرادة الداخلية، والمتعاقد لا يتقيد بتعاقد لأنه أراد ذلك فحسب، بل هناك اعتبارات اجتماعية ترجع للثبات والاستقرار الواجب توافرها في المعاملات والثقة التي يولدها التعاقد في نفوس المتعاقدين، وهي التي تستند إليها قوة الإلزام في العقود، وقد لا يتم اتحاد تحقيق بين الإرادتين عند التعاقد، ومع ذلك فاتحادهما حكماً يكفي ما دام التعاقد قد ولد ثقة مشروعة يترتب على الإخلال بها ضرر، وما العقد إلاّ نظام من النظم الاجتماعية يراد به تحقيق التضامن الاجتماعي وتوجيه الإرادة في هذا السبيل، وليس الفرض منه تحقيق ما للإرادة من سلطان، وهناك نظرية ألمانية لا تعترف بالإرادة الباطنة ولا تجعل لها سلطاناً، بل تنظر إلى الإرادة الظاهرة لأنها وحدها الشيء المحسوس كحقيقة اجتماعية، وهي التي لها لأنها تولد الثقة المشروعة.

أما إسناد مصادر الالتزام الأخرى إلى الإرادة فالحجة فيه أوهى، وقد تبين أن ما يسمى بشبه العقد لا يشبه العقد في شيء من حيث استناده إلى الإرادة، كما أنّ الجريمة

<sup>1</sup> المادة 170 و110 من القانون المدني الجزائري

وشبه الجريمة إنّما يتولد الالتزام فيهما من القانون، وهو التزام يترتب على عكس مقتضى إرادة من صدر منه العمل غير المشروع، فإنّ هذا لم يرد أن يلتزم بعمله، بل أراد النقيض به ذلك، فيلزمه القانون رغما عن إرادته، فأين نحن هنا من سلطان الإرادة! ولقد كانت نظرية سلطان الإرادة عائقاً يحول دون الأخذ بمسؤولية المجنون والطفل والأخذ بالمسؤولية المادية، وهذه مذاهب تطورت إليها الشرائع الحديثة، وفي الأخذ بها إلى مدى معين إرضاء للعدالة، ومطاوعة لأسباب الاستقرار، وسير في طريق التقدم.

وإذا تركنا الالتزامات جانباً ونظرنا إلى الحقوق الأخرى التي يزعمون أن مصدرها الإرادة، رأينا أن وهم القائلين بهذا الرأي هنا أيضا يتجسم، فالملكية ليست إرادة المالك، بل إنّ هذه الإرادة يرد عليها قيود متعددة ترجع إلى التضامن الاجتماعي، وبخاصة ما يتصل منه بمراعاة حسن الجوار، وليس الميراث مبنيا على وصية مفترضة، بل الواقع من الأمر أن الميراث سبق الوصية في التطور التاريخي وأساسه اشتراك الأسرة في ملكية الأموال، أريت لو كان المورث طفلا أو مجنونا أكان يصح الرغم بأنّ ميراثه وصية مفترضة وهو لا يستطيع أن يترك وصية صريحة! كذلك روابط الأسرة لم ينظمها عقد الزواج، فإنّ هذا العقد إنّما وضع الزوجين في مركز قانوني نظمه المشرع نفسه طبقاً لصالح المجتمع وصالح الأسرة، ولا دخل لإرادة الزوجين في ذلك، أمّا القول بأنّ المجرم قد ارتضى توقيع العقوبة عليه فهو قول أقرب إلى التهكم منه إلى الحقيقة، وإلاّ فأى مجرم رأى في العقوبة جزاء ارتضاء لنفسه! إنّما العقوبة ترجع في مشروعيتها إلى اعتبارات اجتماعية لا دخل لإرادة المجرم فيها.

### \_ وضع الأمور في نصابها إلى أي حد تسطير الإرادة على العقود:

تبين من نقد مبدأ سلطان الإرادة أن الخطأ الذي وقع فيه أنصار هذا المبدأ هو اتخاذه مبدأ مطلقاً في كل نواحي القانون، وهذه المبالغة كانت سببا في مبالغة تعارضها وقام خصوم المبدأ هم أيضا يقولون بنبذه مرة واحدة، وبين الإمعان في إطلاق المبدأ إلى أوسع مدى والمبالغة في رده إلى أضيق الحدود، وجد المعتدلون مجالا لوضع الأمور في نصابها الصحيح.<sup>1</sup>

1 عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 160

ونحن إذا توخينا الاعتدال وجانبنا التطرف، تبينا أن الإرادة لا سلطان لها في دائرة القانون العام، فالروابط الاجتماعية التي تخضع لها القانون إنما حددها المصلحة العامة لإرادة الفرد، أما العقد الاجتماعي المزعوم فقد أصبح نظرية عتيقة مهجورة.

وإذا انتقلنا إلى دائرة القانون الخاص، فما يتعلق منها بالأسرة لا مجال للإرادة فيه إلا بقدر محدود، فعقد الزواج وهو الأساس الذي تركز عليه الأسرة، مصدره إرادة المتعاقدين، ولكن الآثار التي تترتب على العقد ليست خاضعة للإرادة، بل ينظمها القانون طبقاً لمصلحة الأسرة والمجتمع، وكذلك بقية روابط الأسرة لا شأن للإرادة فيها.

وما يتعلق من دائرة القانون الخاص بالأموال نرى الإرادة تنشط فيها تدرجاً وهي في الحقوق العينية أضعف نشاطاً منها في الحقوق الشخصية، فإن الحقوق العينية وإن كانت الإرادة مصدراً لكثير منها، حقوق محصورة لا تستطيع الإرادة أن تخلق شيئاً جديداً فيها، ثم إن آثار هذه الحقوق لا تخضع لإرادة الأفراد إلا نادراً، بل إن القانون هو الذي يتولى في الغالب تحديد مداها.

ولكن الإرادة في الحقوق الشخصية لها مجال واسع، فهي مصدر لكثير من هذه الحقوق، وهي التي تترتب آثارها، مع ذلك لا نريد أن نبالغ في أهمية الإرادة حتى في الحقوق الشخصية، فإنها إذا كانت من أهم المصادر لهذه الحقوق، فذلك لا يمنع من أن يوجد بجانبها مصادر أخرى قد تعدلها في الأهمية كالعمل غير المشروع، أو تقرب منها كالإثراء بلا سبب.<sup>1</sup>

وإذا خلصنا إلى الالتزامات التعاقدية وجدنا الإرادة تجول في هذا الميدان أوسع ما تكون خطى وأبعد ما تكون مدى، ولكن حتى في هذا الميدان، إذا نظرنا إلى الإرادة من حيث إنها تترتب أحكام الالتزامات التعاقدية، وجدنا أنها محدودة في ذلك بقيود النظام العام والآداب، بل إن إرادة الفرد، حتى في داخل هذه القيود يضعف أثرها في بعض العقود التي تضع نظاماً ثابتة للطوائف والجماعات، كما في الجمعيات والشركات والنقابات فهذه تنظمها الجماعة التي تنتمي إليها ولا تمتد في تنظيمها بإرادة كل فرد من أفرادها وهناك عقود الجماعة (contrats collectifs)، كعقد العمل الجامع (contrat collectif)، وصلح أغلبية الدائنين

<sup>1</sup> عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 161

مع المفلس، نرى فيها الأقلية تخضع لإرادة الأغلبية كذلك توجد قيود على حرية الإرادة ترجع لاختلال التوازن بين القوى الاقتصادية وانتصار القانون للجانب الضعيف، كما نرى في تشريع العمال وفي عقود الإذعان وفي نظرية الاستغلال وهي نظرية تتوسع تدرجاً في القوانين الحديثة حتى تتناول كل العقود ثم إن الإرادة وهي في دائرة كل هذه القيود لا تزال خاضعة أيضاً لشكلية تتطلبها بعض العقود لحماية للمتعاقد الذي يقدم على أمر خطير كما في الهبة والرهن الرسمي، وهي تخضع كذلك لقواعد الشهر حماية للغير حسن النية، وتخضع أخيراً لقواعد الإثبات وهي قواعد من شأنها أن تقيد سلطان الإرادة من الناحية العملية.

هذه هي الحدود التي يرسمها القانون في الوقت الحاضر ميداناً لسلطان الإرادة، فهو يعترف بهذا السلطان، ولكن يحصره في دائرة معقولة، تتوازن فيها الإرادة مع العدالة والصالح العام.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 161

### المبحث الأول: تجليات مبدأ سلطان الإرادة في إتفاق التحكيم

لم يحظى أي إتفاق من الإتفاقات الخاصة في الأونة الأخيرة بمثل ما حظي به إتفاق التحكيم من عناية واهتمام، ولم يقتصر هذا الإهتمام على صعيد التشريعات الوطنية، ولكن أيضاً على صعيد المعاهدات الدولية، ولا يغيب عن الذهن السبب الأساسي وراء هذا الإهتمام وتلك العناية، فإتفاق التحكيم هو المحرك الذي يستند عليه هذا النظام القضائي الخاص، والسبيل المعتاد لحل المنازعات الخاصة بالتجارة الدولية ألا وهو نظام التحكيم.<sup>1</sup> فلا حديث عن إتفاق التحكيم في غياب إرادة طرفي العلاقة التعاقدية، فهذه الإرادة هي التي تصنع إتفاق التحكيم الذي يأخذ أحد الشكليين شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم.

### المطلب الأول: إرادة الأطراف ودورها في صياغة إتفاق التحكيم

تعتبر إرادة الأطراف المصدر الأهم في الإجراءات التحكيمية بدأ من تحديد المنازعة التحكيمية التي تعرض على المحكم إلى اختيار الهيئة التي ينوط لها الفرض في النزاع، وهذا يؤدي حتماً لحريتهم في تعيين المحكمين، واستبدالهم وعزلهم إن اقتضى الأمر ليصلوا لتحديد مكان وزمان الإجراءات التحكيمية ومن خلال هذا سنحاول التطرق لإتفاق الأطراف وأثره في اختيار هيئة التحكيم وكذا إتفاقهم في اختيار لغة التحكيم ومكانه ثم الحديث عن إتفاق الأطراف في اختيار وقت سريان التحكيم وإجراءاته ثم نختم بإتفاق الأطراف والمسائل التي يجوز فيها التحكيم.

باعتبار أن إتفاق الأطراف يعد مصدراً للتحكيم فإنه وبالضرورة لا يخلوا من إرادة الأطراف، حيث يكون لهؤلاء سلطة تنظيم الإتفاق، بداية من تحديد النزاعات التي تعرض على التحكيم مروراً باختيار هيئة التحكيم، وكل ما يتعلق بتعيين المحكمين وعزلهم واستبدالهم، وحتى تحديد زمانه ومكانه وكيفية إجراءاته ومن خلال هذا المطلب سوف نفصل أكثر في النقاط التي استعرضناها أنفاً ومن خلالها نتبين لنا حرية الأطراف في الإتفاق التحكيمي.

<sup>1</sup> أ.د حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 115.

### الفرع الأول: إتفاق الأطراف وأثره في اختيار هيئة التحكيم

لا تبدأ الخصومة التحكيمية إلا بعد اتفاق طرفي العلاقة التعاقدية إلى إحالة النزاع للتحكيم ، ويستلزم الأمر تعيين أشخاص مؤهلين ومختصين تسند إليهم مهمة النظر في النزاع هذا ما يسمى هيئة التحكيم وباعتبار أن نجاح التحكيم من عدمه مقترن بالمحكمن، فمن الضروري أن يحسن الطرف إختيارهم، وعليه فقد خصصنا هذا الفرع للتطرق لإتفاق الأطراف في تعيين المحكمن واستبدالهم وعزلهم.

#### اولا : تعيين المحكمن:

القاعدة في تعيين المحكمن هو اتفاق الأطراف بصفة تلقائية، فيتولى هؤلاء اختيار المحكمن وبأسمائهم بصفة مباشرة أو بطريقة كالإتفاق على أحد مراكز التحكيم، وفي حالة تعذر ذلك يجوز للأطراف رفع الأمر إلى القاضي المختص، هذا ما نص عليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

#### ا \_ حرية الأطراف في تعيين المحكمن:

تنص المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن " يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمن تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم واستبدالهم".<sup>1</sup>

اذ أن المشرع اعترف للأطراف بصفة مباشرة أو استناداً إلى نظام تحكيمي معين الحرية في تعيين الشخص والأشخاص الذين يتولون النظر في النزاع، فالنسبة لتعيين المحكمن يختلف ما إذا كان الأطراف قد أحالوا النزاع إلى تحكيم حر أو مؤسساتي، ففي حالة لجوء الأطراف إلى التحكيم المؤسساتي فإنهم سوف يخضعون لمبادئ وقواعد معدة سلفاً من قبل المؤسسات والهيئات التحكيمية، ومثل هذا الاختيار لا يحرم الأطراف في اختيار هيئة التحكيم ولا يسلب حريتهم في ذلك، بل يأخذ طابع احتياطي وذلك في حالة فشل الأطراف في الاختيار تتولى

<sup>1</sup> المادة 1041 من قانون 09.08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري

هذه الهيئات مهمة التعيين، أما في حالة اختيارهم للتحكيم الحر فإن الأطراف هم الذين يتولون بأنفسهم تسيير وتشكيل هيئة التحكيم أو الاتفاق على طريقة أخرى لتعيينها.<sup>1</sup> ونظرا لاعتبارات بالغة الأهمية والتي لا يستطيع إلا أطراف النزاع تقديرها منحت لهم الحرية في اختيار هيئة التحكيم، ومن هذا المنطلق تقرر حقهم في تعيين واختيار المحكمين. ولقد ثبت هذا الحق في مختلف التشريعات ومنها التشريع المصري الذي منح للأطراف الحرية في اختيارهم للهيئة التحكيمية وقرر إمكانية تعدد المحكمين وهذا ما نستشفه في نص المادة 15 من القانون المصري والتي تقضي أنه تشكل هيئة التحكيم من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يتفق الأطراف على عدد المحكمين، كان عددهم ثلاثة وإذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا وإلا كان التحكيم باطلاً، وغالبا ما يكون للنزاع أهمية في تحديد المحكمين بحيث نجد الخصوم يفضلون أن يقع النزاع في يد أكثر من محكم نظراً للأهمية الخلاف الذي يتطلب كفاءة وخبرة واسعة، فتعددهم قد يسمح للمحكمين الإحاطة بكل حيثيات النزاع وهذا ما يساعد في الفصل فيه بكل نزاهة.

وكذلك نجد المشرع الجزائري قد نص على وترية عدد المحكمين وذلك في نص المادة 1017 التي تقضي على: " تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي "

والجدير بالذكر أن الحرية الممنوحة للأطراف من قبل قوانين وتشريعات التحكيم المختلفة في تعيين المحكمين واختيار الهيئة التحكيمية مقيدة بمبدأ يتمثل في مراعاة توفر المساواة بين الأطراف في اختيار وتشكيل الهيئة التحكيمية وبالتالي فإن أي شرط يراد به استقلالية وحياد أو امتياز طرف على آخر في تعيين المحكمين أو استقلال المحكم المختار من قبل أحد الأطراف للفصل في النزاع يكون باطلاً.

#### ب\_ التعيين بالاستناد إلى نظام تحكيمي دائم:

يمكن لأطراف الخصومة التحكيمية الإختلاف على أن مهمة تعيين المحكمين المكلفين بالفصل في النزاع لا تعود إليهما، وإنما يكون ذلك بالرجوع إلى نظام تحكيمي دائم معين وهذا

<sup>1</sup> TERKI Noureddine, l'arbitrage commercial international en Algérie, O P U

ما نصت عليه المادة 1041 من ق إ ج م إ المذكورة سابقا والتي أقرت إمكانية لجوء المنازعات إلى هيئات التحكيم التي تتولى النظر في النزاع، وإمكانية اللجوء إلى هذه الهيئات يكون في حالة التحكيم المؤسسي، أين يقوم الأطراف بتعيين المحكمين وفقا للقواعد التي يعدها المركز أو الهيئة التحكيمية، وتخويل هيئة التحكيم لتعيين المحكمين وباستكمال تشكيلتها يعني أن الأطراف قبلوا بالقواعد الإجرائية المقررة في لائحة التحكيم سواء تلك التي تتضمن كيفية تشكيل محكمة التحكيم واختيار المحكمين والمواعيد المقررة في ذلك أو تلك التي تتعلق بقواعد وإجراءات سير المنازعة، ويمكنها على غرار نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية وفقا للمادة 08 أن تقوم بتعيين المحكم المنفرد في حالة عدم اتفاق الأطراف على ذلك، أو محكم الطرف المتقاعس أو المهمل الذي لم يتمكن من تعيين محكمة أو المحكم أو المحكم الثالث الذي يصطاح بمهام رئاسة محكمة التحكيم، وبتعيين الإشارة إليه هنا أن مهمة المؤسسة التحكيمية تنظيم التحكيم فحسب، فليس لها صلاحية الفصل لأنّ هذا الأخير يترك للمحكمين المعيّنين من طرف الأطراف.

### ج- تعيين المحكمين من قبل القاضي الوطني:

الاصل في اختيار هيئة التحكيم لأطراف النزاع فلهم أن يعينوا المحكمين مباشرة دون اللجوء إلى أي جهة أخرى أو إلى نظام تحكيمي دائم.<sup>1</sup> وبالتالي فإن تدخل القضاء في تعيين المحكمين غالبا ما يكون في حالة اختيار الأطراف اللجوء إلى التحكيم الحر، أمّا في التحكيم المؤسسي فعادة ما يتدخل وذلك في حالة ما إذا شاب نزاع بين أطراف التحكيم ومركز التحكيم الذي اتفق الأطراف على إدارته، وفي هذه الحالة يجد القضاء نفسه مدعوا للفصل في النزاع، ذلك يعود إلى أن اتفاق الأطراف لحل النزاع عن طريق التحكيم لا يعني أنهم تنازلوا عن حقهم في اللجوء إلى القضاء، لأنّ كل ما يفعله الأطراف هو تخويل هيئة التحكيم للفصل في النزاع بدلا من القضاء، لذلك فمثلا في حالة فشل هيئة التحكيم في الفصل يعود الاختصاص للقضاء، ولكي يتدخل القضاء لا بد من توفر شروط تعيد للقضاء هذا الاختصاص ( اختصاص الفصل في النزاع).

<sup>1</sup> بشير سليم، دور القاضي في التحكيم، رسالة لنيل شهادة الماجستير، قانون اعمال، كلية الحقوق، جامعة العقيد الحاج لخضر، 2003، ص 46.

وقد أكدت مختلف التشريعات القانونية أن إحالة الأطراف النزاع للتحكيم للفصل فيه يمنع تدخل القضاء الوطني من الفصل في الدعوى، إلا أنه يمكن لهذا الأخير إعادة الاختصاص إليه بحيث اثبت الواقع العملي أن كثير ما يتقاعس أحد الأطراف بتعيين محكمه، سواء بقصد أو دونه، مما دفع أغلب التشريعات العالمية إلى تنظيم هذه الحالة وفتح المجال للأطراف للاستئجاب بالقضاء وطلب تعيين المحكمين، إذ نجد المشرع الفرنسي عالج هذه المسألة بحيث أقر أن طلب التعيين يكون في إطار النظام الاستعجالي وإن الأمر بذلك غير قابل لأي طعن ولا يجوز الاستئناف إلا في حالة رفض طلب التعيين.

وعليه فالقاعدة العامة التي يقوم عليه تعيين المحكمين هي إعمال سلطان إرادة الأطراف والمحكمة لا تتدخل إلا لوضع إرادة الأطراف الواردة في اتفاق التحكيم موضع التنفيذ إذ لم يتمكن الأطراف أو المحكومين إنقاذها.

وتنص الفقرة الثانية من المادة 1041 من ق.إ.م.و.إ الجزائر على أنه في غياب التعيين وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يأتي:  
\_ رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

\_ رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختياره الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.  
إذن حسب هذه المادة يكون التعيين مباشرة عن طريق الأطراف أو عن طريق القضاء، الذي ميز بين مرحلتين هما:

المرحلة الأولى: إذا كان التحكيم يجري في الجزائر ولم يكن باستطاعة الأطراف تشكيل هيئة التحكيم نظرا لاختلافهما حول تشكيلها أو صعوبة التعيين، فإنه يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل أن يرفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، أي مكان التحكيم في حالة الاتفاق عليه في اتفاقية التحكيم.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> حدادان الطاهر، دور القاضي في مجال التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون الاعمال، كلية الحقوق لجامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2009، ص36.

أما في حالة عدم تحديد مكان التحكيم في اتفاقية التحكيم فالجهة المخولة لها لاستكمال هيئة التحكيم هي رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها محل إبرام أو تنفيذ العقد الذي تم اتفاق الأطراف على تسوية النزاع الذي يثور بشأنه عن طريق التحكيم.

المرحلة الثانية: إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف القانون الجزائري، وفي مثل هذه الحالة يتعين على الطرف الذي يهمله التعجيل في تشكيل هيئة التحكيم واستكمالها حق اللجوء إلى رئيس محكمة الجزائر، الذي يكون بدوره ملزم باتخاذ أمر التعيين على عريضة كما هو منصوص عليه في المواد المتعلقة بالتحكيم الذي يجري في الجزائر، ويكون القاضي في هذه الحالة ملزم بتعيين المحكم أو المحكمين الذين تتوفر فيهم الشروط المطلوبة والمقررة دولياً.

### ثانياً: استبدال وعزل ورد المحكمين

لأطراف العلاقة التعاقدية حرية في استبدال وعزل المحكمين وهذا إكمالاً لحرية الأطراف في ذلك وتجسيد المبدأ سلطان الإرادة.

#### أ\_ استبدال المحكمين:

يمكن اعتبار حالة الاستبدال ضرورة حتمية عندما لا يتمكن من الاستمرار في وظيفته أو يفشل فيها أو ارتكاب خطأ في حق الطرفين، كما أن فقدان المحكم الوحيد يؤدي إلى الاستبدال في حالة استمرار عملية التحكيم.<sup>1</sup>

وعليه فإن عبارة الاستبدال تعبر عن حادثة الوفاة حسب المادة العاشرة من لائحة نظام التحكيم للغرفة التجارية الدولية التي جاءت بمفهوم عام كما يلي: "يستبدل المحكم غيره إذا مات أو قبلت هيئة التحكيم طلب رده أو استبداله".

#### ب\_ عزل المحكمين:

كذلك عزل المحكمين يعبر عن إرادة الأطراف والذي يجب أن يكون الاتفاق عليه من قبل كل الأطراف ولا يمكن لأي طرف أن يقرر العزل بصفة فردية حتى ولو كان المحكم الذي يراد عزله معين من قبل أحد الأطراف.

<sup>1</sup> حدادان الطاهر ، المرجع السابق ، ص 97.

\_ عندما يتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلالية لا سيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط. وعليه فحسب هذه المادة فإن المشرع منح للأطراف الحرية في رد المحكم فقط يجب التوفر الشروط الرد والمتمثلة في:

### 1\_ عدم توفر المؤهلات المتفق عليها:

ففي هذه الحالة إذا ما تبين للأطراف النزاع أن هيئة التحكيم أو المحكم المتفق عليه لا تتوفر هذه المؤهلات المتفق عليها والخاصة بحل النزاع، يحق لهم أن يقدموا طلب برده.

2\_ عندما يكون سبب الرد منصوص عليه في نظام التحكيم الذي اعتمده الأطراف قائماً: وهذا يكون في حالة التحكيم المؤسسي، بحيث يتحقق هذا الشرط في حالة ما إذا اعتمد الأطراف نظاماً تحكيمياً ويحتوي هذا الأخير على الأسباب الرد.

### 3\_ عندما تسمح الظروف بالتبيان المشروع في استقلالية المحكم:

أي في حالة ما إذا ثار شك لدى أطراف النزاع في استقلالية المحكم وخاصة في حالة وجود علاقات اقتصادية أو علاقات المصالح مباشرة أو بواسطة شخص آخر مع الأطراف فله، أن يتقدم بطلب الرد وهذا الأخير يجب أن يكون مدعماً ومؤسساً.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: اتفاق الأطراف في اختيار لغة التحكيم ومكانه

يعتبر تحديد مكان التحكيم في غاية الأهمية بالنسبة لطرفي النزاع، فلمم مطلق الحرية في تحديد هذا الأخير، خاصة إذا كانت إرادة طرفي الخصومة التحكيمية قد اختارت تحكيم الحالات الخاصة كطريق لحل النزاع الناشئ بينهما، أما بالنسبة لتحديد لغة التحكيم فإنه لا يقل أهمية عن تحديد مكان التحكيم، فهو أمر ضروري بالنسبة للأطراف خاصة في حالة ما إذا كان التحكيم دولياً، الذي يكون فيه إثبات الدعوى نظراً لاختلاف لغة الأطراف.

### أولاً: اتفاق الأطراف في اختيار مكان التحكيم

اختيار مكان التحكيم من قبل الأطراف يعد مظهر من مظاهر إرادتهم ويستحسن أن يكون البلد الذي يعينه الأطراف مكاناً للتحكيم، مرتبطاً بمعاهدة دولية مع الدولة التي تطلب تنفيذ

<sup>1</sup> بشير سليم، مرجع سابق، ص 74، 75.

حكم التحكيم فيها، وفي حالة اختيار الأطراف قانونا وطنيا يحكم النزاع، فهذا يعني ضرورة اختيار دولة هذا القانون مكانا للتحكيم.

وتكمن أهمية اختيار مكان التحكيم بالنسبة لطرفي الخصومة التحكيمية، أو بالنسبة لهيئة التحكيم، إذ يلقي هذا الاختيار بضلالة على خصومة التحكيم وحسن سيرها وما يسفر عنها من حكم، ليس فقط من زاوية المكان لطرفي النزاع وهيئة التحكيم والشهود، وما قد يستعان بهم من خبراء الأمر الذي يوفر الكثير من الوقت والنفقات، ويؤدي إلى تتابع الجلسات وانتظامها وسرعة الفصل في النزاع، إنما أيضا من زاوية أخرى أكثر أهمية إذا كان قانون الدولة التي يجري التحكيم على أرضها هو القانون الواجب التطبيق سواء على موضوع النزاع أو على إجراءات الخصومة التحكيمية، وما يتعين مراعاته في هذه الحالة هو من قواعد تتعلق بالنظام العام بالمفهوم المرن وفضلا عن أن المكان قد يحدد ما إذا كان الحكم وطنيا أم لا، لذا على أطراف النزاع عند اختيارهم لمكان التحكيم أن يقدروا عواقب هذا الاختيار.

إذ نص المشرع الجزائري في المادة 1042 ق.إ.م.و.إ على الجهة المختصة في اتفاقية التحكيم يؤول الاختصاص إلى محكمة التي تقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ.<sup>1</sup> نستخلص من هذه المادة أن التحكيم يتحرر من القيود المحددة للاختصاص المحلي الواردة في القوانين الداخلية فالاختصاص الإقليمي يحدد وفقا لإرادة الأطراف وفي حالة عدم وجود الاتفاق يرجع الاختصاص إلى مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ.

### ثانياً: اتفاق الأطراف في اختيار لغة التحكيم

تجسيدا لإرادة الأطراف في التحكيم فإن للأطراف الحرية في اختيار لغة التحكيم، وإذ اتفقا على لغة معينة على المحكم اتباع ما جاء في هذا الاتفاق، والمشرع الجزائري سار على هذا النحو بحيث يجوز لأطراف العلاقة اتفاق على اللغة المستعملة والمشاركة في جميع وسائل التحكيم، في حالة اختلاف اللغة بينها سيستعين بترجمة رسمية ويقنسموا أتعاب المترجم بينهما.

على غرار بعض التشريعات ومنها التشريع المصري الذي جعل لغة التحكيم هي اللغة العربية إذا تم لاتفاق على خلاف ذلك، وكان على المشرع الجزائري أن يكون له نفس

1 المادة 1042 من قانون 09.08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري

الموقف بحيث يجعل لغة التحكيم كأصل هي اللغة العربية، إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك واللغة المستعملة دائماً تبقى هي المستخدمة على لغة البيانات والمذكرات والمرافعات الشفهية وكذلك على قرار تتخذه هيئة التحكيم إلا إذا كان اتفاق الطرفين بخلاف ذلك.

### الفرع الثالث: اتفاق الأطراف في اختيار وقت سريان التحكيم وإجراءاته

تخضع قواعد الإجراءات التحكيمية لإرادة الأطراف الحرة وتبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذي يستلم فيه المدعى عليه طلب التحكيم من المدعي وهو ما تنص عليه المادة 21 من قانون التحكيم النموذجي والفقرة الثانية من المادة الثالثة من قواعد اليونسترال.

فالمشرع الجزائري سواء فيما يخص تقديم الطلب الافتتاحي للخصومة وكيفية تقديم المدعى عليه لمذكراته الجوابية قد تركها لإرادة أطراف النزاع فهي المسيطرة لتحديد انطلاق الخصومة التحكيمية، فيمكن أن يتفق على الموعد من تاريخ تقديم الطلب أو من تاريخ تشكل هيئة التحكيم.<sup>1</sup>

كذلك لأطراف النزاع الحرية في تحديد كيفية إعلام الخصم والمواعيد المقررة لذلك لأنّ الخصومة التحكيمية هي خصومة حقيقية لذلك يتعين على أطراف النزاع إقامة دعواهم وتقديم دفاعهم ومذكراتهم، وطلباتهم بصفة دقيقة حتى لا تضيع حقوقهم، كما يستوجب إعلام كل خصم بالإجراء الذي اتخذه ضد الخصم الآخر، لكن نجد احترام هذه الاجراءات قد يؤدي إلى تعطيل الفصل في النزاع في حين أن الأطراف أخذوا سبيل التحكيم رغبة منهم الوصول إلى حل عادل وسريع مما يستلزم توفر المرونة لإجراءات التحكيم، من أجل ذلك عملت معظم التشريعات القانونية على الموازنة بين ضرورة احترام مبدأ المواجهة والذي قد يؤدي تعطيل الفصل في النزاع وبين مرونة التحكيم، كما نجد البعض منها ومن بينها المشرع الجزائري الذي لا يشترط وضع شكل معين أو طريقة خاصة في تقديم الطلب الافتتاحي لخصومة التحكيم هذا من جهة ومن جهة أخرى يجوز أن يتم إعلان الخصوم بأي وسيلة يراها الأطراف مناسبة كأن يكون إعلام المدعي أو محكمة التحكيم للمدعي عليه للحضور بالبريد العادي أو عن طريق الفاكس أو عن طريق محضر قضائي فالمشرع الجزائري قد ترك

<sup>1</sup> السيد صاوي احمد ،اجراءات التحكيم طبقا لقانون التحكيم المصري وفقا لاهم قواعد و انظمة التحكيم الدولي ، المؤتمر السنوي السادس عشر( التحكيم التجاري الدولي)، كلية الحقوق، جامعة الامارات العربية المتحدة ، (د س ن)، ص 779 ، 803.

لأطراف النزاع الحرية في اختيار طريقة وشكل الإعلام باعتبار أن مسألة تطبيق القواعد الإجرائية مسألة اختيارية، وهذا ما يتوافق مع الطابع الرضائي للتحكيم، الذي يقوم على مبدأ سلطان إرادة الأطراف.

وزيادة على كل هذا يجوز لأطراف النزاع تحديد بعض المواعيد فيما يتعلق بميعاد صدور القرار التحكيمي أو ميعاد اختيار المحكم وتحديد مصلحة المحكمين لاختيار المحكم المرجع أو الرئيسي، إذا كانت الهيئة التحكيمية مكونة من ثلاثة أعضاء.

ولا تخفى أهمية تحديد التاريخ الذي تبدأ فيه خصومة التحكيم فعلى ضوءه يبدأ حساب المواعيد وفقا لاتفاق الأطراف كاتفاقهم على أن بيان المدعي لدعواه خلال 30 يوما من تاريخ بدء الإجراءات، أو اتفاقهم على تبادل المذكرات وتسليم المستندات خلال شهرين من تاريخ بدأ الإجراءات، كما أنه قد يتم دون تاريخ يبين فيه الوقت الذي ستصدر الهيئة التحكيمية حكمها.

#### الفرع الرابع: اتفاق الأطراف والمسائل التي يجوز فيها التحكيم

إن الحديث عن طبيعة المنازعات الخاصة بالتحكيم يلزم التطرق إلى محل التحكيم أو موضوع المنازعات التي يشملها، فيجب أن يكون محدد ومعروفا أو يمكن تحديده بشكل عام دون معرفة تفاصيله ولذلك تلجأ الاتفاقيات أو المؤسسات التحكيمية لوضع البنود النموذجية لتحديد هذا الأمر، ووفقا للمادة الحادية عشر من قانون التحكيم المعنوي فإنها تنص على أنه لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح.<sup>1</sup>

ووفقا لذلك نجد أن المشرع المصري قد حصر الحالات التي لا تقبل عرضها على التحكيم التجاري الدولي، والمشرع الجزائري حد حدو المشرع المصري في المسائل التي يجوز فيها التحكيم، والمسائل التي لا يجوز فيها التحكيم، حيث تنص المادة 1006 من ق.إ.م.إ على: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها".

<sup>1</sup> الهام عزام وحيد الخراز ، التحكيم التجاري الدولي في اطار منهج التنازع ، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الكنية، نابلس، فلسطين، 2009، ص11.

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم، ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية.

ويفهم من ذلك حسب المشرع الجزائري أن كل شخص له الحق في اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، أما ما يتعلق بالنظام العام وبحالة الأشخاص فلا يجوز عرضها على التحكيم.

وعليه لا يجوز التحكيم في الحقوق التي لها علاقة بالغير سواء الحقوق ذات الصلة بالفرد أو المجتمع، فالمشرع أعطى الحرية لأطراف النزاع في اللجوء إلى التحكيم لكنه قيدها في المادة 1006، كون أن موضوع النفقة مرتبط بحياة الشخص وأن هذا ليس ملكا له بل هي حق للمجتمع، كذلك عدم جواز التحكيم في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن وحالة الأشخاص وأهليتهم.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم

الأصل في نظام التحكيم هو الاتفاق على مبدأ التحكيم واختياره سببا لحل منازعات التجارة الدولية، وأول مهمة يجدر بالمحكم أو القاضي القيام بها هي التحقق من وجود اتفاق التحكيم وأن يحدد القانون الواجب التطبيق عليه للتأكد من صحته، وإذا قام المحكم بتولي مهمة الفصل في النزاع بطريق التحكيم وأصدر قرارا أو حكما فلا يمكن تنفيذه لعدم وجود اتفاق التحكيم أو لصدوره بناء على اتفاق تحكيم غير صحيح، وتجمع تشريعات العالم على هذا الموقف وكذلك مختلف الاتفاقيات الدولية ذات الصلة وأنظمة الهيئات الدولية للتحكيم الدولي، لا بد إذا من معرفة القانون الواجب التطبيق للتحقق من وجود اتفاق التحكيم.

ومن خلال ذلك نتطرق للقانون الواجب التطبيق من خلال تبني منهج تنازع القوانين ثم الحديث عن منهج القواعد المادية، ثم بعدها نتطرق إلى المنهج الذي يجمع بين المنهجين السابقين وأخيرا نتحدث عن موقف المشرع الجزائري في القانون الواجب التطبيق في اتفاق التحكيم.

<sup>1</sup> بشير سليم، مرجع سابق، ص 92

## الفرع الأول: إعمال منهج تنازع القوانين لتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم

وفقا للمبادئ السائدة في النظرية العامة في القانون الدولي الخاص، يتوقف تحديد القانون الواجب للتطبيق على المسألة المتنازع عليها، على تحديد طبيعة هذه المسألة وإدراجها في أحد الأفكار المسندة وذلك تمهيداً لإعمال القانون الذي يشير إليه ضابط الإسناد في قاعدة التنازع التي تم إدراج هذه المسألة في الفكرة المسندة فيها.

وإعمال هذه المبادئ المتقدمة على اتفاق التحكيم يؤدي إلى تنازع في التكييفات بشأن تحديد طبيعة اتفاق التحكيم وبالتالي إمكانية خضوعه إما للقانون الذي يحكم الإجراءات أو لقانون الإرادة، فالنظر إلى اتفاق التحكيم من حيث ما يرتبه من أثر يتعلق باختصاص القضاء العام يجعل منه مسألة تتعلق بالإجراءات تخضع للقانون الذي يحكم هذه الأخيرة، بينما النظر إلى اتفاق التحكيم على أنه عقد مستقل عن الإجراءات التي يعد مصدره الأساسي ويؤدي إلى إخضاع اتفاق التحكيم إلى القانون الواجب التطبيق الذي تختاره الأطراف وفقاً للقواعد المستقرة والمعمول بها بشأن العقود الدولية بصفة عامة.<sup>1</sup>

ولقد ذهب جانب من الفقه إلى تبني التكييف الإجرائي لاتفاق التحكيم بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى تبني التكييف العقدي لاتفاق التحكيم وسنتعرض لكليهما.

سنتطرق لتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من خلال منهج تنازع القوانين:

### أولاً: التكييف القضائي أو الإجرائي لاتفاق التحكيم

يتفق جانب كبير من الفقه على خضوع اتفاق التحكيم للقانون الذي يتواجد فيه مقر التحكيم،

فيذهبون إلى اعتبار إخضاع إجراءات التحكيم لقانون الدولة الواقع فيها التحكيم،<sup>2</sup>

1. أ.د حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 155.

2 خالد ابراهيم التلاحمة، القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم التجاري الدولي، دار جهينة للنشر و التوزيع ، عمان، 2006، ص 19 .

فالدولة التي يجري فيها التحكيم لها السلطة في ذلك إعمالاً لمبدأ سيادة الدولة، وأن الدولة هي صاحبة السيادة في تحديد النزاعات التي ينظر فيها المحكمين بدلاً من القضاة، ويرى البعض الآخر من الفقه تحديد طبيعة اتفاق التحكيم عند تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، فهي ليست عقدية بحثاً ولا قضائية بحثاً، فإذا اعتبرنا التحكيم ذو طابع تعاقدية فهنا يكتسب الأطراف حق اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، لكن مع الأخذ بعين الاعتبار الطابع القضائي للتحكيم.

أصحاب هذا الموقف يرون أن إخضاع الإجراءات لقانون دولة يعد الحل الأمثل لتحقيقه للتوازن بين الطبيعة العقدية والقضائية لنظام التحكيم الدولي الخاص من جهة ومن جهة أخرى تطبيق قانون دولة مكان التحكيم يحدد جنسية حكم التحكيم الذي يصدره المحكمون نظراً لأهمية ذلك عند طلب حكم التحكيم، إلا أن هذا الموقف انتقد على أساس أن المحكم يستمد سلطته من إرادة الأطراف وليس من طرف الدولة فهو مستقل عنها وأكبر دليل على ذلك أن النزاعات الناشئة عن ذلك والتي تعرض على التحكيم تختلف عن تلك الواقعة في قانون دولة مقر التحكيم، بالتالي هذا يفسر عدم ملائمة تطبيق قانون تلك الدولة، بالإضافة إلى الصعوبات التي تقف في وجه المحكمين عند تطبيق قانون الدولة، لذا يمكن القول أن تطبيق قانون مقر التحكيم يكون بصفة استثنائية وهذا في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الذي تخضع له الإجراءات بالتالي قانون مقر التحكيم هو الأجدر تطبيقه من الناحية العملية، لكن قد تتصرف إرادة الأطراف إلى اختيار هذا القانون أي قانون دولة المقر وتخضع له إجراءات التحكيم.

إن خضوع إجراءات التحكيم لقانون دولة مقر التحكيم مستمد من إرادة الأطراف، فيرى بعض المفكرين إعمال قانون إرادة الأطراف، فحسب هذا الاتجاه فإن إرادة الأطراف تأخذ المكانة الأولى في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، باعتبار أن هذا الأخير يستمد سلطته من إرادة الأطراف، أي أنه في البداية كان العقد يخضع لقانون محل إبرامه وفقاً لنظرية الأحوال الإيطالية في القرنين الثاني والثالث عشر، لكن لم يبقى الوضع على حاله، ففي القرن السادس عشر وفي عهد الفقيه الفرنسي ديمولان الذي نادى بتحرير العقد من قانون بلد الإبرام وإخضاعه لقانون يكون أساسه إرادة الأطراف، فقد أصبح الأطراف

يتمتعون بحرية اختيار أي قانون يطبق على الإجراءات مع استبعاد تطبيق قانون مقر العهد سواء باتفاق صريح أو ضمني، فيفهم من سكوت الأطراف في تحديد القانون تطبيق قانون محل إبرام العقد.

لكن لم يعد يعمل بهذه القاعدة فقد تطورت واعتبرت قاعدة تقليدية، فأصبح منذ القرن التاسع عشر الاختصاص في تحديد القانون الواجب التطبيق يعود لإرادة الخصوم كأصل نظرا للعلاقة التعاقدية التي تربطهما.

### ثانيا: التكييف العقدي لإتفاق التحكيم

يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن اتفاق التحكيم، وعلى الرغم من أن محله ينصب أساسا على تنظيم الإجراءات التي سوف تتبع في التحكيم، فإنه يتعين تكييفه على أنه عقد تتولد عنه التزاماته شأنه في ذلك شأن أي عقد آخر، فاتفاق التحكيم عقد يسبق الإجراءات ولا يشكل مرحلة من مراحلها.

وبالتالي فإن القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم يتعين تحديده في ظل مبدأ قانون الإرادة، فالأطراف حرة في اختيار القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم، وعلى المحكم أو القاضي في حالة رقابته على حكم التحكيم إذا ما طعن على هذا الحكم أمامه أو أثناء نظره للاستئناف عن القرار الذي صدر الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، أن يحترم هذا الاختيار.

ويبدو أن الحل المتقدم هو الذي سارت عليه أحكام القضاء الفرنسي التي تبنت منهج تنازع القوانين من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وأخضعت هذا الاتفاق، بناء على التكييف العقدي الذي أعطته للقانون الذي يحكم العقد.<sup>1</sup>

والحل المتقدم لا يواجه أدنى صعوبة عند إعماله في حالة قيام الأطراف صراحة باختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة، بينما يصعب إعمال الحل المتقدم في حالة عدم اختيار الأطراف صراحة للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، إذ يتعين على المحكم أو القاضي حسب الأحوال تحديد القانون الواجب التطبيق مستهديا بالعوامل والقرائن التي بالرجوع إليها يمكن التوصل إلى الإرادة المشتركة للأطراف أو الإرادة الضمنية، والتي تقيده في التركيز الموضوعي للعقد في إطار نظام قانوني محدد.

1 أ.د حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 164.

والمشاهد من الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي أنها قامت بإعمال العديد من القرائن من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم في حالة عدم اختيار الأطراف صراحة لهذا القانون، وسنعرض لهذه الضوابط تباعاً.

### أ- إخضاع إتفاق التحكيم لقانون دولة المقر:

ذهبت بعض أحكام القضاء الفرنسي إلى القضاء بأن اختيار الأطراف للدولة التي سوف تعقد فيها جلسات التحكيم يؤدي إلى ضرورة تطبيق قانون دولة المقر على إتفاق التحكيم، وتطبيق قانون دولة المقر على إتفاق التحكيم هو الحل الذي تبناه معهد القانون الدولي في قراراته الصادرة في عامي 1957\_1959، على نحو ما أشرنا إليه سابقاً.

ويرى الأستاذ Goldman أن تبني معهد القانون الدولي للحل المذكور لم يكن قائماً على تركيز للإرادة الضمنية للأطراف، ولكن بوصفه حلاً يفرض بشكل موضوعي وفي جميع الحالات وهو ما يعني بشكل أو آخر تبني التكييف الإجرائي لإتفاق التحكيم والإشارة علاوة على ذلك إلى وجود مبدأ وفقاً له تخضع إجراءات التحكيم بالضرورة إلى قانون الدولة التي تتم فيها هذه الإجراءات، ولقد ذهبت بعض المعاهدات الدولية المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية كمعاهدة نيويورك الموقعة في 10 يونيو 1958، وكذلك معاهدة جنيف بشأن التحكيم الدولي الموقعة سنة 1961، إلى إخضاع إتفاق التحكيم في حالة عدم وجود اختيار صريح من قبل الأطراف، إلى قانون الدولة التي صدر حكم التحكيم فيها، ويتسم ضابط دولة المقر في الفرض المذكور بأنه ضابط احتياطي إذ أن هذه المعاهدات قد أعطت الأولوية لقانون الإرادة.<sup>1</sup>

وإلى جانب ضابط مقر دولة التحكيم فإن هناك ضوابط أخرى تقيد في تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم كاختيار الأطراف لشرط تحكيم يرد بصفة عامة في عقد نموذجي أعدته هيئة أو مؤسسة متخصصة في دولة معينة، والذي يستلهم النظام القانوني لهذه الدولة.

إلا أن هذا الضابط لا يلقي ذات الرواج الذي صادفه ضابط مقر دولة التحكيم والضابط الذي سنعرض له الآن وهو ضابط القانون الذي يحكم العقد الأصلي.

1 أ.د حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 165.

**ب\_ خضوع اتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم العقد الأصلي:**

من بين نتائج مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه أو يشير إليه عدم خضوع اتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم العقد الأصلي، ومع ذلك فالمحكم أو القاضي الذي يرى ضرورة تحديد قانون وطني من أجل أن يفصل في المسائل المتنازع عليها والمتصلة باتفاق التحكيم، يلجأ عادة إلى اختيار القانون الذي يحكم العقد الأصلي، إلا إذا قامت الأطراف باستبعاد أعمال هذا القانون على اتفاق التحكيم بشكل واضح.

ويرى الأستاذ Goldman أن الصلة بين القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم وذلك الذي يحكم العقد الأصلي لها ما يبررها، فهي تعبر عن الرابطة الوثيقة القائمة بين كل الاتفاق على التحكيم والعقد الأصلي، فاتفاق التحكيم ينصب هدفه على حل المنازعات الناشئة أو المحتملة الناجمة عن العقد الأصلي، ومع ذلك فإنه تجدر الإشارة إلى أن هذه الرابطة، والنتيجة المترتبة عليها فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، يتعين أن لا تؤثر أو تمس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ولا مبدأ صحة اتفاق التحكيم الدولي.

**ج\_ تقدير خضوع اتفاق التحكيم لمنهج التنازع:**

يعد تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من خلال أعمال منهج التنازع من أكثر الحلول قبولا سواء على صعيد الأنظمة القانونية الوطنية أو المعاهدات الدولية بل ومن أكثرها قدما، إذ نصت العديد من الأنظمة القانونية المعاصرة المنظمة للتحكيم على خضوع اتفاق التحكيم صراحة للقانون الواجب التطبيق عليه.<sup>1</sup>

ويعد هذا المنهج المتمثل في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من خلال أعمال قواعد الإسناد، من أقدم المناهج وأكثرها قبولا في الأنظمة القانونية الوضعية المقارنة، فعلى سبيل المثال تنص المادة 1074 من قانون الإجراءات المدنية الهولندي الصادر في عام 1986 بشأن تغيير نظام التحكيم على أن صحة اتفاق التحكيم تتحدد وفقا للقانون الواجب التطبيق عليه.

<sup>1</sup> أ.د حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 166.

كذلك فإن المادة 61 من القانون الإسباني الصادر عام 1988 بشأن التحكيم نصت على أن يكون القانون المختار من قبل الأطراف لحكم اتفاق على التحكيم، على صلة بالمنازعة المتفق على حلها بواسطة التحكيم.

كذلك فإن المعاهدات الدولية الرئيسية التي تتصل بالتحكيم تشير إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من خلال إعمال منهج التنازع، فمعاهدة نيويورك الموقعة في عام 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية تنص في المادة الخاصة منها فقرة 2، على رفض الاعتراف أو تنفيذ الحكم التحكيمي إذا لم يكن اتفاق التحكيم صحيحاً وفقاً للقانون المختار من قبل الأطراف، وفي حالة عدم وجود اختيار من قبلهم وفقاً لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم.

كذلك فإن معاهدة جنيف الموقعة في عام 1961 نصت في المادة التاسعة فقرة أ وفي صياغة مماثلة لمعاهدة نيويورك على ذات المبدأ المتقدم.

وعلى الرغم من حرص بعض الأنظمة القانونية الوطنية المنظمة للتحكيم على النص صراحة على إخضاع اتفاق التحكيم للقانون الواجب التطبيق عليه وهو الأمر الذي يتحقق من خلال إعمال منهج التنازع فإن جانباً آخر من هذه الأنظمة، على الرغم من أنه لم يعرض على نحو صريح ومباشر إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ذاته عن طريق إعمال منهج التنازع، فإن إعماله لهذا المنهج سواء فيما يخص القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم أو على القانون الذي يحكم موضوع المنازعة محل التحكيم دفع بجانب من الفقه إلى تبني أي منهما، حسب التكييف الذي يضيفه على اتفاق التحكيم، فمن المعروف أن القانون الفرنسي بشأن التحكيم يتضمن مادتين هما المادة 1494 والمادة 1396 الواردتين في قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد.<sup>1</sup>

وتنص المادة 1494 المذكورة على أنه: " يحدد اتفاق التحكيم مباشرة أو عن طريق الإشارة إلى لائحة تحكيم، الإجراءات الواجبة الأتباع أثناء سريان التحكيم، كما يمكن أن تخضع هذه الإجراءات، إلى القانون الواجب التطبيق على الإجراءات الذي يحدده.

1 أ.د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 168.

وفي حالة عدم فصل اتفاق التحكيم في هذه المسألة، يفصل المحكم في مسائل الإجراءات إما على نحو مباشر أو عن طريق الإشارة إلى قانون أو لائحة تحكيم حسب الاقتضاء. كما تنص المادة 1496 على أنه: " يفصل المحكم في المنازعة وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف، وفي حالة تخلف هذا الاختيار، وفقا للقواعد التي يقدر أنه من الملائم إعمالها، ويراعي المحكم في جميع الأحوال الأعراف التجارية".

ويتضح من هذه النصوص أنها تعالج بشكل مباشر القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم من ناحية والقانون الواجب التطبيق على موضوع المنازعة محل الاتفاق على التحكيم من جهة أخرى، وبعبارة أخرى فإن النصوص المتقدمة لم تتعرض للفصل في مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ذاته بشكل مباشر وصريح، والسؤال الذي يتعين طرحه هو هل يمكن إعمال الحلول التي تضمنتها هذه المواد على اتفاق التحكيم نفسه؟ يذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى استبعاد إعمال نص المادة 1493 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد على اتفاق التحكيم وذلك لأن اتفاق التحكيم لا يعد عنصرا من العناصر الداخلة في فكرة إجراءات التحكيم ذاتها.

أما بالنسبة لنص المادة 1496 الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع المنازعة فإن هذا الجانب من الفقه يذهب إلى أنه وإن كان صحيحاً أن المادة المذكورة تتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع المنازعة محل التحكيم إلا أن صياغتها من العمومية بمكان على نحو يسمح معه بعد نطاق تطبيقها أيضا على اتفاق التحكيم، إذ أنها تنص على أنه يفصل المحكم في "المنازعة" واللفظ الأخير يحتمل أن يشمل وجود ومضمون وتفسير اتفاق التحكيم،<sup>1</sup> هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فإن المادة المذكورة تقدم سندا للحلول التي وضعها القضاء الفرنسي، وتساعد على تدعيمها وتطورها، فالقانون الذي يحكم اتفاق التحكيم، يتم اختياره في المقام الأول من قبل الأطراف، وفي حالة تخلف هذا الاختيار فإن المحكم يقوم بتحديد، إلا أن صياغة نص المادة 1496 تترك لهذا الأخير، مجالا واسعا عند قيامه بهذا التحديد دون أن يتوقف على البحث عن قرائن محددة لإرادة ضمنية أو لتركيز موضوعي، كما تخول له أن

1 أ.د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 169.

يطبق في هذا الصدد، القواعد القانونية ذات المصدر العابر للدول، مع إلزامه بأن يأخذ في الحسبان، في جميع الأحوال بالأعراف التجارية.

وعلى الرغم من أن الاتجاه العام سواء على الأنظمة القانونية الوضعية المقارنة أو على صعيد المعاهدات الدولية يظهر سيادة فكرة تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم من خلال منهج التنازع فإن جانبا من الفقه الفرنسي يذهب إلى أن أعمال منهج التنازع التقليدي يثير العديد من المشاكل بعضها يتعلق باختيار طائفة أو طوائف الإسناد الواجبة للإعمال أو بضوابط الإسناد القادرة على تعيين القانون الواجب التطبيق.

ولما كان الرأي المتقدم، يمثل أهمية إذ أن الاعتقاد في سداة هذا الرأي وسلامته، تؤدي إلى تحديد القواعد التي تحكم إتفاق التحكيم من خلال هجر منهج التنازع بأكمله وإحلال منهج آخر بدلا منه هو مبدأ القواعد المادية، فإننا سنعرض له بشيء من التفصيل وذلك من خلال عرض الصعوبات التي تواجه أعمال منهج التنازع والمتعلقة بإيجاد طائفة أو طوائف الإسناد التي يدرج فيها إتفاق التحكيم، هذا من جهة والصعوبات المتعلقة بضابط الإسناد الذي يتعين إعماله.

### الفرع الثاني: إعمال منهج القواعد المادية لتحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم

كرست الأحكام الصادرة من كل محكمة استئناف باريس أولا ثم بعد ذلك محكمة النقض الفرنسية منهجا يسمح بتقدير وجود وصحة إتفاق التحكيم من خلال إعمال القواعد المادية استقلالا في البحث عن القانون الواجب التطبيق، ويتعين لإبراز ذاتية هذا المنهج أن نعرض أولا للأحكام القضائية التي كرسته ثم نعرض بعد ذلك لمدى تقدير الفقه له.<sup>1</sup>

### \_ تكريس القضاء الفرنسي لمنهج القواعد المادية للفصل في مسألة وجود وصحة إتفاق التحكيم:

اتجه القضاء الفرنسي، الذي استخلص في بداية الستينات مبدأ صحة إتفاق التحكيم من مبدأ استقلالية هذا الإتفاق، إلى بلورة هذه النتيجة في نهاية الثمانينيات وبداية التسعينيات، في

1 أ.د حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 171.

العديد من الأحكام الصادرة عن محكمة استئناف باريس والتي أكدت بشكل حاسم على أنه في المسائل الدولية، يتمتع شرط التحكيم بصحة وفعالية ذاتية. ويؤكد الفقه الفرنسي في مجموعته على أن ذلك القضاء ليس إلا مجرد طريقة أخرى لفرض مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن كل نظام قانوني وضعي يحكم هذا الاتفاق، فإتفاق التحكيم يتضمن في ذاته صحته وفعالته.

فبعد أن قررت أحكام القضاء الفرنسي مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي تتضمنه تلك الاستقلالية التي تستبعد إمكانية تعرض اتفاق التحكيم للمساس به بالنظر إلى عدم صحة العقد الأصلي، ذهبت هذه الأحكام إلى تقرير استقلالية هذا الاتفاق عن كل قانون وضعي.

ولقد ظهر هذا المفهوم الجديد لأول مرة في حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية Hecht المعروفة، إذ ذهبت المحكمة العليا الفرنسية إلى استخلاص مبدأ الصحة الذاتية لشرط التحكيم من استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الذي يحكمه ودون اللجوء إلى استخدام منهج التنازع التقليدي، وتتعلق المنازعة التي استخلص فيها القضاء الفرنسي هذا المفهوم الجديد بصحة شرط تحكيم مندرج في عقد دولي للوكالة التجارية اتفقت الأطراف صراحة على إخضاعه للقانون الفرنسي الصادر عام 1958 بشأن الوكلاء التجاريين.

ولقد تمسك المدعى عليه بعدم صحة شرط التحكيم استناداً إلى أن القانون الفرنسي المختار من قبل الأطراف يحرم مثل هذه الاتفاقات بين التجار وبين غير التجار.

وبتاريخ 19 يونيو سنة 1970 رفضت محكمة استئناف باريس هذه الحجة التي تمسك بها المدعى عليه مشيرة إلى أنه على الرغم من الإشارة إليه في القانون الفرنسي المذكور،<sup>1</sup> فإن الأطراف المتعاقدة تبنت شرطاً تحكيمياً خارج الفروض التي يسمح بها القانون الفرنسي. وأسندت المحكمة هذا الحل إلى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم والذي أشارت في صياغة مماثلة لتلك التي ذكرها قضاء Gosset، ولكنها ذهبت إلى مدى أبعد من مجرد تقرير النتائج التي تترتب منطقياً على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الذي يتضمنه،

1 أ.د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 183.

فالتحكيم المذكور لا يسند اتفاق التحكيم إلى أي قانون وضعي لدولة ما ويستخلص صحة هذا الاتفاق من مجرد اتفاق إرادة الأطراف على قبول شرط التحكيم. فمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم تطور ليشكل قاعدة مادية تقيد الصحة الذاتية لاتفاق التحكيم الدولي، شريطة احترام ما وضعته المحكمة من تحفظ مزدوج يتمثل في ضرورة احترام القواعد الآمرة في القانون الفرنسي والنظام العام، والذي اعتبرت المحكمة أنه لا مجال لإعماله على واقعة الحال.

وبتاريخ 4 يوليو 1972 رفضت محكمة النقض الفرنسية الطعن المرفوع ضد ما قضيت به محكمة استئناف باريس، مشيرة إلى أن القضاء المتقدم لا مطعن عليه " فبعد أن أشار هذا القضاء إلى الطابع الدولي للعقد المبرم بين الطرفين وذكر أيضا أن الاتفاق التحكيمي يتمتع في إطار التحكيم الدولي باستقلالية كاملة، وترتبا على ذلك استخلص القضاء المطعون عليه بالنقض، أن الشرط محل المنازعة يجب إعماله على واقعة الحال، وهو استخلاص لا غبار عليه.

ولقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي، تعقبا على القضاء المتقدم، إلى الإشارة إلى أن ما ذهب إليه محكمة النقض يعني أنها استخلصت من مبدأ استقلالية شرط التحكيم، صحة شرط التحكيم ذاته، دون أية إشارة إلى القانون الذي يحكم هذا الشرط، وبالتالي فإن القانون الذي تحدده قاعدة الإسناد من أجل تقرير هذه الصحة ثم التغاضي عنها بشكل كامل. فكأن استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي اتخذت أساسا لتفسير استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للقانون الذي يحكم هذا العقد، وهي مسألة قد لا تستخلص بشكل تلقائي على النحو الذي ذهب إلى تقريره القضاء الفرنسي، فاستقلالية شرط التحكيم بالنسبة للقانون الذي يحكم العقد، تعني أن القانون الذي يحكم هذا الشرط من الممكن تحديده من خلال قاعدة تنازع القوانين.<sup>1</sup>

ويشير هذا الفقه إلى أنه حتى قبل أن تفصل محكمة النقض في قضية Hecht فإن محكمة استئناف باريس، قضت في حكمها الصادر في 25 يناير 1973 ليس فقط أن اتفاق التحكيم لا يخضع بالضرورة للقانون الذي يخضع له العقد الأصلي، ولكن أيضا قبلت صحة هذا

1 أ.د. حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 184.

الاتفاق، نزولا عند إرادة الأطراف ولائحة التحكيم المؤسسي الذي قبلت الأطراف الخضوع لها، ودون الإشارة إلى أي قانون وضعي.

وأيضاً فإن محكمة باريس كرست ذات المبدأ المتقدم في قضية Menicucci في قضائها الصادر في 13 ديسمبر عام 1975، وذلك بإلغائها للحكم الصادر في قضاء أول درجة والذي قضى ببطلان شرط التحكيم المدرج في العقد المبرم بين فرنسيين ويتعلق بالتوكيل بالبيع في كندا والولايات المتحدة الأمريكية، لأشياء مصنعة في فرنسا، إذ استند قضاء أول درجة في تقريره بطلان شرط التحكيم إلى أن العقد المبرم يعد عملاً تجارياً مختلطاً لأنه مبرم بين تاجر وغير تاجر، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن العقد محل المنازعة يفتقد الطابع الدولي.

وعلى الرغم من اتفاق محكمة استئناف باريس مع محكمة أول درجة فيما يتعلق بالطابع المختلط للعقد محل المنازعة، والذي يحرم القانون الفرنسي الداخلي إدراج شرط التحكيم به، فإن المحكمة لاحظت، وذلك على عكس ما قضى به قضاء أول درجة، أن العقد يعد عقداً دولياً وأن الحظر الوارد في القانون الفرنسي لا محل لإعماله بشأنه، وقررت بناء على ذلك صحة شرط التحكيم لما يتمتع به من استقلالية تامة.

ولقد أكدت محكمة استئناف باريس بشكل قاطع أنه دون الحاجة إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد الأصلي أو على إجراءات التحكيم والحكم التحكيمي، فإنه يكفي لقبول الدفع بعدم الاختصاص المتمسك به أمام المحكمة، والذي ذهب قضاء أول درجة إلى رفضه استناداً إلى بطلان شرط التحكيم\_تقرير أن استقلالية شرط التحكيم الوارد في عقد دولي تؤدي إلى صحة هذا الشرط استقلالا عن الإشارة إلى أي قانون وطني.<sup>1</sup>

وأيضاً وفي ذات المعنى السابق فإن محكمة استئناف Toulouse ذهبت عند الفصل في دعوى بطلان شرط التحكيم المدرج في عقد دولي للوكالة التجارية يتعين تنفيذه في فرنسا، إلى أنه يكفي لاستبعاد النص الفرنسي الذي يحظر مثل هذا الشرط في العقود المختلطة الإشارة إلى المبدأ المستقر لاستقلالية شرط التحكيم، إذ يكرس القضاء الفرنسي الحديث هذه

1 أ.د حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 185.

الاستقلالية ليس فقط في علاقة شرط التحكيم بالشروط التعاقدية الأخرى في العقد ولكن أيضا في علاقة هذا الشرط بكل قانون وطني.

ولعله مما تجدر الإشارة إليه أنه بالنسبة لهذه الطائفة الأولى من الأحكام فإن محكمة استئناف باريس لم تستخدم هذه الصياغة إلا من أجل استخلاص نتائج محددة تتعلق بنطاق اتفاق التحكيم، ولا سيما في مواجهة الأطراف التي لا تعد موقعة على هذا الاتفاق من الناحية الرسمية والشكلية وليس بغرض تقرير صحة اتفاق التحكيم.

كذلك فإن بعض الأحكام القضائية ذهبت إلى أنه في إطار التحكيم الدولي، يعد مبدأ استقلالية شرط التحكيم ذو تطبيق عام، يكرس باعتباره قاعدة مادية دولية، صحة اتفاق التحكيم، دون الإشارة إلى أي نظام لتنازع القوانين، فصحة اتفاق التحكيم لا تخضع إلا لمقتضيات النظام العام الدولي وهو ما قضت به محكمة استئناف باريس في قضية Gatoil في 17 ديسمبر 1991.

ولقد ذهبت ذات المحكمة في قضية Ducler في حكمها الصادر في 8 مارس 1991 إلى أنه " في التحكيم التجاري الدولي، يتمتع شرط التحكيم باستقلالية قانونية كاملة في علاقته بالعقد الأصلي والذي لا أثر لوجوده أو لبطلانه على الشرط المذكور، وأيضا في علاقته بالقانون الداخلي الواجب التطبيق على العقد الأصلي، إلا نزولا على مقتضيات النظام العام الدولي".

كما قضت محكمة باريس في حكمها الصادر في 26 مارس 1991 في قضية Dalico بأنه " في إطار التحكيم الدولي، فإن مبدأ صحة واستقلالية شرط التحكيم يكرس استقلالية اتفاق التحكيم في مواجهة النصوص المادية للعقد الذي يشير إليه وأيضا في مواجهة القانون الداخلي الواجب التطبيق على هذا العقد، بشرط عدم مخالفة النظام العام الدولي ولا سيما ما تعلق منه بقابلية المنازعة للفصل فيها بواسطة التحكيم.<sup>1</sup>

فوفقا لهذا المفهوم الذي اعتنقته محكمة استئناف باريس فإن اتفاق التحكيم لا يفلت من الخضوع بشكل مطلق للقانون إذ يتقيد بالخضوع لمقتضيات النظام العام الدولي.

<sup>1</sup> حكم محكمة باريس مؤرخ في 26 مارس 1991 و التعلق بقضية DALICO .

وفي 20 ديسمبر 1993 كرّست محكمة النقض الفرنسية في قضية Dalico هذا النظر في تقدير اتفاق التحكيم الدولي، وذلك عند نظرها للطعن المرفوع أمامها ضد الحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس بشأن ذات القضية والذي صدر عنها في 26 مارس 1991، إذ ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى القضاء بأنه " وفقاً لقاعدة مادية من قواعد القانون الدولي للتحكيم، يعد شرط التحكيم مستقلاً من الناحية القانونية عن العقد الأصلي الذي يتضمنه سواء بطريق مباشر أو عن طريق الإشارة، فوجود اتفاق التحكيم وصحته تتقرّر، وفقاً للإرادة المشتركة للأطراف، دون حاجة إلى الإشارة إلى قانون وطني وضعي، باستثناء التقييد بالقواعد الآمرة في القانون الفرنسي والنظام العام الدولي".

ولقد حرصت محكمة النقض إلى الإشارة إلى أن محكمة استئناف باريس قد أصابت صحيح القانون عندما رفضت، في المنازعة القائمة بين الشركة الدانماركية Dalico والحكومة الليبية، الحجة المستندة إلى القانون الليبي كقانون يتعين إعماله من أجل تقدير وجود وصحة اتفاق التحكيم.<sup>1</sup>

وتتعلق الوقائع التي صدر فيها حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 20 ديسمبر 1993 بما يلي: في 15 يونيو 1981 أبرمت إحدى الوحدات المحلية التابعة للدولة الليبية عقداً مع شركة دانماركية هي شركة Dalico يخول لهذه الأخيرة القيام بالأعمال اللازمة من أجل صرف المياه، ولقد نص في العقد المذكور، على اعتبار أنه جزء لا يتجزأ من هذا العقد، علاوة على الوثائق الخاصة بالمناقصة، الشروط النموذجية أو المعدلة في الملحق. وتتضمن الشروط النموذجية الموقعة شرطاً مانحاً للاختصاص للمحاكم الليبية، بينما عدل الملحق غير الموقع عليه هذا الشرط عن طريق الإحالة إلى شرط التحكيم الوارد في إحدى الوثائق المتعلقة بالمناقصات.

ولقد تقدمت شركة Dalico بعرض المنازعات الناشئة بينها وبين الطرف الليبي للتحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس إعمالاً لشرط التحكيم الوارد في المناقصة.

<sup>1</sup> حكم محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 20 ديسمبر 1993 \_ قضية DALICO.

ولقد قررت محكمة التحكيم اختصاصها بنظر المنازعة القائمة بين كل من الشركة الدانماركية والطرف الليبي، وقررت تعيين خبير وانتهت إلى تقرير مسؤولية الطرف الليبي عن فسخ العقد وألزمته بدفع مبالغ متنوعة للطرف الدانماركي.

ولقد طعن الطرف الليبي في هذه الأحكام الثلاثة المتعاقبة بالبطلان، ولعل الطعن الأساسي الذي يعنينا في هذا الصدد هو تمسك الطرف الليبي بعدم اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في المنازعة المعروضة عليها استناداً إلى بطلان شرط التحكيم وفقاً لكل من القانون الليبي والقانون الفرنسي.

ولقد رفضت محكمة استئناف باريس الطعن بالبطلان مقدرة أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم وصحته، لا يقتضي الإشارة إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد فالمحقق الذي ينص على شرط التحكيم عن طريق الإشارة، قد تم إدماجه، نزولاً عند الإرادة المشتركة للأطراف، في الإطار التعاقدية الذي يعد بمثابة قانون الأطراف. وعندما طعن الطرف الليبي في حكم محكمة استئناف باريس أمام محكمة النقض ذهبت هذه الأخيرة إلى القضاء على النحو المشار إليه أعلاه، مقدرة صحة اتفاق التحكيم دون حاجة إلى الإشارة إلى قانون وطني وضعي باستثناء التقيد بالقواعد الآمرة في القانون الفرنسي والنظام العام الدولي.

والواقع أن ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية ومن قبلها محكمة استئناف باريس وإن كان محلاً لتأييد جانب من الفقه الفرنسي، فإنه كان محلاً أيضاً لانتقاد جانب آخر من الفقه، وسوف تعرض لهذا الجانب الأخير ثم نتبع ذلك بعرض رأي الجانب الفقهي المؤيد لاتجاه محكمة النقض.

**الفرع الثالث: أعمال قاعدة الجمع بين كل من منهج تنازع القوانين ومنهج القواعد المادية**  
أدى قيام بعض التشريعات الحديثة، بضرورة تقرير صحة اتفاق التحكيم المتصلة بالمنازعات الدولية دون أن يتوقف فحص تلك المسألة على الاعتبارات الخاصة بأي نظام قانوني،<sup>1</sup> يكون هذا الاتفاق على اتصال به إلى قيام هذه التشريعات بوضع قواعد مادية خاصة بصحة

<sup>1</sup> أ.د حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 203.

اتفاق التحكيم من حيث الموضوع ولكنها قرنت بالالتجاء إلى هذه القواعد بإعمال منهج التنازع التقليدي على نحو من شأنه زيادة فرص صحة اتفاق التحكيم، وسوف نعرض لجانب من القوانين التي سلكت هذا المسلك في الجمع بين القواعد المادية وقواعد تنازع القوانين.

**\_ القوانين الأجنبية التي مزحت بين كل من القواعد المادية ومنهج التنازع لتقرير صحة اتفاق التحكيم**

يعتبر المشرع السويسري أول مشرع قبل إمكانية تطبيق كل من القواعد المادية وقواعد التنازع من أجل تقرير صحة اتفاق التحكيم، فالمادة 178 من القانون الدولي الخاص السويسري الذي يعالج اتفاق التحكيم تسمح بالاعتراف بصحة اتفاق التحكيم من الناحية الموضوعية إذا كان هذا الاتفاق يتماشى مع الشروط التي يتطلبها القانون المختار من قبل الأطراف، أو القانون الذي يحكم موضوع النزاع ولا سيما القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي أو وفقاً للقانون السويسري.<sup>1</sup>

وهذا النص المتقدم يعد بمثابة قاعدة إسناد ذات مضمون مادي، إذ أنها تسمح للقاضي السويسري المعروض عليه مسألة الفصل في صحة اتفاق التحكيم، والذي بناء عليه صدر الحكم التحكيمي الذي يتعين على هذا القاضي أن يعترف به، بالتطبيق للقواعد المادية لقانونه.

وتظهر ذاتية الحل الذي وضعه المشرع السويسري بمقارنته بذلك الذي عليه القانون الوضعي الفرنسي المستخلص من القضاء الفرنسي من أن صحة اتفاق التحكيم من حيث الموضوع يمكن أن تخضع للقانون المختار من قبل الأطراف أو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، أي بعبارة أخرى للقانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي في غالبية الحالات وتطبيق القانون المختار من قبل الأطراف ليس إلا مجرد تكريس للمفهوم التقليدي لمبدأ سلطان الإرادة.

<sup>1</sup> Lalive, Poudret et Reymond, le droit de l'arbitrage interne et international en

suisse, payot 1989, P132 . أشارت إليه أ.د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 204.

أما تطبيق القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي للفصل في مسألة صحة اتفاق التحكيم، فهو يعني تقرير ما سبق لجانب من الفقه أن اقترحه، بإعمال قواعد هذا القانون لتقرير صحة اتفاق التحكيم.

والحلول المتنوعة التي وضعها القانون السويسري والتي يتعين إعمالها بالتناوب، إذ أنها تتنافس فيما بينها من أجل تقرير صحة اتفاق التحكيم، تعبر بشكل واضح عن موقف هذا القانون من تشجيع التحكيم.

والموقف الذي انتهجه المشرع السويسري ليس موقفا منفردا إذ تبعته فيه العديد من الأنظمة القانونية الأخرى، كالقانون الجزائري الصادر في 25 أبريل 1993، فالمادة 458 مكرر 1 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية الصادر بالقانون المذكور تتضمن نصاً مماثلاً لنص المادة 178 فقرة 2 من القانون الدولي الخاص السويسري الجديد.

ويذهب الأستاذ E. Gaillard إلى أن الحل الذي انتهجه المشرع السويسري والمشرع الجزائري والذي يقرر صحة اتفاق التحكيم بالإعمال لقواعد تنازع القوانين أو بالتطبيق للقواعد المادية، يمكن إتباعه في فرنسا دون حاجة إلى وجود نص تشريعي يقر ذلك الحل واستناداً إلى ذات المنطق الذي من أجله تقرر الحل المتقدم في القوانين المذكورة.<sup>1</sup>

وإذا كانت القواعد المادية الفرنسية الواجبة التطبيق على اتفاق التحكيم الدولي لا تكفي لتقرير صحة هذا الاتفاق، فإنه يمكن على الأقل من الناحية النظرية، التساؤل هل يمكن للقاضي الفرنسي مع ذلك، أن يصل إلى تلك النتيجة، أي إلى تقرير صحة الاتفاق بالتطبيق لقانون آخر؟

فالقانون الفرنسي بشأن التحكيم وأيضاً المعاهدات الدولية المتصلة بالتحكيم والواجبة التطبيق في فرنسا تسمح وفقاً لرأي الأستاذ E. Gaillard بالإجابة على التساؤل المطروح بالإيجاب إذا كان اتفاق التحكيم صحيحاً وفقاً للقانون المختار من قبل الأطراف أو في حالة سكوت الإرادة عن الاختيار، وفقاً لقانون دولة المقر.

<sup>1</sup> M.BEDJAOUI et A .MEBROUKINE : le nouveau droit de l'arbitrage en

فإذا كانت القواعد المادية الواجبة التطبيق وفقا لما قرره قضاء Dalico لا تسمح بتقرير صحة إتفاق التحكيم الذي كان أساسا للحكم التحكيمي المطلوب الاعتراف به أو تنفيذه في فرنسا، فإن القضاء الفرنسي لا يمكنه أن يرفض منح الأمر بالتنفيذ لهذا الحكم التحكيمي طالما كان إتفاق التحكيم صحيحا وفقا للقانون المختار من قبل الأطراف أو في حالة عدم الاختيار وفقا لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم المطلوب الاعتراف به أو تنفيذه. فهذه هي النتيجة الطبيعية المترتبة على المادة 5-1-أ من معاهدة نيويورك الموقعة عام 1958، وإذا كان صحيحا أن هذه المادة يمكن تجاوزها في حالة وجود قواعد أكثر تحررية لصالح التحكيم، ولكن القضاء الفرنسي لا يمكنه انتهاك المعاهدة، أن يكون أكثر تشددا منها، وأيضا في حالة عدم صدور أي حكم تحكيمي فإن المادة 6 فقرة 2 أ، ب من معاهدة جنيف الموقعة عام 1961 تحظر على القاضي الفرنسي أن يمتنع عن ترتيب الآثار على إتفاق تحكيم صحيح وفقا للقانون المختار من قبل الأطراف، وفي حالة سكوت الإرادة عن الاختيار، وفقا لقانون دولة المقر.

ومن هنا، واهتداء بالقانون السويسري، يذهب الأستاذ E.Gaillard إلى القول بأن القانون الوضعي الفرنسي يقرر صحة إتفاق التحكيم المتفق إما مع القانون المختار من قبل الأطراف أو في حالة عدم الاختيار، وفقا لقانون مقر التحكيم أو وفقا للقواعد المادية للقانون الفرنسي الواجبة التطبيق على التحكيم الدولي.<sup>1</sup>

ويرى هذا الجانب من الفقه الفرنسي إلى أن هناك محلا للقول بأن هذا الفرض قد يكون فرضا نظريا محضا، فلكي يكون هذا الفرض متحققا فإنه يجب أن يكون إتفاق التحكيم غير صحيح وفقا للقانون الفرنسي على الرغم من الطابع التحري لهذا القانون، ولكنه يعد صحيحا وفقا لنظام قانوني آخر كالقانون المختار من قبل الأطراف على سبيل المثال. وإذا كان مثل هذا الفرض من المتصور حدوثه، فإنه من المشكوك فيه أن الطابع التحري لهذا النظام القانوني الأخير قد لا يبدو من وجهة نظر القاضي الفرنسي مبالغا فيه، ولا يقوم هذا القاضي باستبعاده باسم فكرة النظام العام الدولي بوصفها وسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي المتعارض مع المبادئ الأساسية في قانون القاضي.

<sup>1</sup> أ.د حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 207.

فإمكانية رفض الاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه في حالة مخالفة هذه الأحكام للنظام العام في الدولة المطلوب منها هذا الاعتراف أو ذلك التنفيذ، أمر قررته صراحة معاهدة نيويورك في المادة 5 فقرة 2 ب.

أما بالنسبة لمعاهدة جنيف فهي لا تشير على الأقل صراحة، إلا لحالة عدم قابلية المنازعة للفصل بشأنها من خلال التحكيم وفقا لقانون القاضي مادة 6 بند 2 فقرة 2. ومن هنا وتبعاً للطابع التقليدي لهذه المعاهدة، فإن الدفع بالنظام العام بوصفه وسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي المختص، يعد مندرجا في إطار القانون الواجب التطبيق الذي تم تعيينه وفقا لنص المادة 6 من هذه الاتفاقية.

ويرى هذا الجانب من الفقه الفرنسي أن الطابع التحرري الذي يميز القانون الفرنسي فيما يتعلق باتفاق التحكيم الدولي قد بلغ حداً يصعب معه التصور أن يكون اتفاق التحكيم الصحيح وفقاً لقانون أجنبي، لا يكون كذلك وفقاً للقانون الفرنسي، دون أن يكون الطابع التحرري للقانون الأجنبي مقررًا بشكل مبالغ فيه على نحو يتعارض مع القانون الفرنسي.

فعلى سبيل المثال يعد اتفاق التحكيم المبرم بناء على استغلال النفوذ من قبل ممثلي أحد الأطراف فيه يعد اتفاقاً معيباً وفقاً للقواعد المادية في القانون الفرنسي للتحكيم الدولي، فإذا افترض أن القانون المختار من قبل الأطراف أو قانون مقر التحكيم لا يرى في هذا العيب سبباً لبطلان اتفاق التحكيم، إما لأنه لم يعن بتنظيم المسألة، وإما لأن الأطراف استبعدت صراحة كل رقابة على هذا الأمر، فإنه لا يمكن على الأقل رفض إصدار الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي الصادر بناء على هذا الاتفاق في فرنسا استناداً إلى عدم وجود اتفاق تحكيم صحيح، فالحل يتقرر إذا في ضوء التطبيق النظري للقانون الأجنبي الذي يتسنى مع المفاهيم المادية للقانون الفرنسي، وذلك في المرحلة الأولى من التفكير، ثم بعد ذلك يتم استبعاد مضمونه المخالف للنظام العام بوصفه أداة لاستبعاد القانون الأجنبي.<sup>1</sup>

فكرة النظام العام الدولي المشار إليها في قضاء Dalico من أجل تعيين القواعد المادية الواجبة التطبيق في النظام القانوني الفرنسي من أجل تقدير وجود وصحة اتفاق التحكيم

<sup>1</sup> أ.د حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 208.

تتطابق بشكل كامل مع فكرة النظام العام كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي المختص وهي الوظيفة التقليدية المقررة لهذه الفكرة في إطار النظرية العامة لتنازع القوانين.

رابعاً: موقف القانون المصري للتحكيم من مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم

لم يتضمن القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 المنظم للتحكيم نصوصاً مباشرة تعالج مشكلة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، ومع ذلك فإن هذا القانون قد تضمن نصين على جانب كبير من الأهمية بصدد المسألة التي نحن بصددنا الآن.

النص الأول هو نص المادة 25 من القانون المذكور والتي تنص على أن: "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة.

واعتبار اتفاق التحكيم بمثابة اتفاق يتعلق بتنظيم إجراءات التحكيم يؤدي إلى مؤازرة أعمال نص المادة 25 عليه، والتي وفقاً لها يحق للأطراف تحديد القواعد التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها بشأن الإجراءات، وبهذه المثابة فإن إخضاع اتفاق التحكيم لهذه المادة من شأنه تحرره في حالة قيام الأطراف بتحديد هذه القواعد، من الخضوع لأي قانون وطني وخضوعه لهذه القواعد المختارة من قبل الأطراف أسوة بالحل الذي تقرر بشأن تحديد القواعد التي تسري على هذه الإجراءات.<sup>1</sup>

كذلك فإن هذه المادة تعطي الحق للأطراف في اتفاق التحكيم في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها، أما في حالة اتفاق الأطراف على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم، فإن لهذه الأخيرة أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة مع مراعاة أحكام القانون المصري.

1 أ.د. حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 209.

## الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري

عبرت عنه المادة 1040 من ق.إ.م.إ التي تنص على "...تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها، إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائماً...".<sup>1</sup> يستتج من خلال هذه المادة أن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم يخضع لثلاث مصادر هي:

1\_ خضوع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة: حيث أن الأصل في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم يكون لإرادة الأطراف الحرة، وهذا ما نلاحظه في نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه " يسري على الإلتزامات التعاقدية، القانون المختار من المتعاقدين أو بالعقد".<sup>2</sup>

2\_ خضوع اتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم موضوع النزاع، يمكن كذلك أن يخضع اتفاق التحكيم للقانون الذي يخضع له موضوع النزاع.

3\_ خضوع اتفاق التحكيم للقانون الذي يراه المحكم ملائماً: في حالة غياب الاختيار الصريح للأطراف للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم، المشرع أعطى للمحكم الحرية في اختيار أي قانون يراه ملائماً، سواء اختيار قانون العقد الأصلي أو المبادئ العامة للقانون والعادات والأعراف التجارية التي يراها ملائمة.

1 المادة 1040 من قانون 09.08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري

2 المادة 18 من الامر 75\_ 58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري ، منشور على موقع الامانة

العامة للحكومة. WWW.JORADP.DZ.

وبالنتيجة فإن المشرع الجزائري وفقا لهذه المادة قد تقادى الانتقادات التي توجه إليه في ظل القانون القديم (93-09) بشأن التعارض الموجود بين المادة 458 مكرر 3/1 التي تنص على تطبيق القانون الجزائري في حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم وبين المادة 458 مكرر 14 التي سمحت للمحكم بتطبيق المبادئ العامة للقانون وأعراف التجارة الدولية، والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري قد أخذ الإدارة الصريحة للأطراف ولم يعتد بالإرادة الضمنية، حيث إذا يقوم الأطراف بتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم فإنه يتم اللجوء إلى المصادر الأخرى التي ذكرناها سابقا.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> جارد مُجّد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بلقايّد، تلمسان، 2009، ص 27

### المبحث الثاني: تجليات مبدأ سلطان الإرادة في الخصومة التحكيمية

يتميز التحكيم التجاري الدولي بخاصية لعلها هي التي دفعت بالأطراف اللجوء إليه وهي إعمال إرادتهم في اختيار القانون الواجب التطبيق في الخصومة التحكيمية أو في موضوع النزاع، حرية تنعدم في القضاء العادي، وهذه الميزة تصب في غاية واحدة هي إرادة الأطراف في تحقيق العدل وفي هذا المبحث سنتناول مطلبين الأول نخرج فيه على القانون الواجب التطبيق على الإجراءات بينما في المطلب الثاني نتطرق للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

#### المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الإجراءات

إن خضوع التحكيم لمبدأ قانون الإرادة، يعتبر قاعدة مسلم بها فقها وقضاء في القانون المقارن لدى مختلف الدول، وتتمثل في حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق.

وقد تضمنت الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم هذا المبدأ، مثل اتفاقية نيويورك لسنة 1958، واتفاقية جنيف سنة 1921.

وتقضي المادة (3) من اتفاقية روما بأن قاضي الدولة يستطيع أن يطبق القانون المختار بمعرفة الأطراف على العقد أو الذي يستخلص بطريقة مؤكدة من نصوص العقد، أو ظروف الدعوى.

وقد يرد على هذا المبدأ قيود من النظام العام في دولة التنفيذ، ويجب في الوقت ذاته مراعاة، قوانين البوليس والأمن التي تفرض في مجال العقد التزامات قانونية تتأى عن مبدأ قانون الإرادة.<sup>1</sup>

وفي هذا الخصوص نعرض مبدأ تطبيق قانون الإرادة على أنواع التحكيم، سواء كان هذا التطبيق عن طريق الاختيار الصريح أو الاختيار الضمني.

<sup>1</sup> د منير عبد المجيد ، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي في ضوء الفقه و قضاء التحكيم، منشأة المعارف بالإسكندرية ، طبعة سنة 1996، ص 196.

### الفرع الأول: تطبيق قانون إرادة الأطراف

نتعرض في هذا الصدد، لمبدأ قانون الإرادة بوصفه قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية، فنبين الاختيار الصريح ثم الاختيار الضمني.

#### أولاً: الاختيار الصريح

إن حرية الاختيار التي يقوم عليها هذا المبدأ تمثل قاعدة تنازع وليست قاعدة قانون دولي مادي، كما ذهب أنصار ازدواج نظام العقد.

ويتم اختيار القانون استناداً إلى قاعدة الإسناد المذكورة بوصفة قانوناً بالمعنى الدقيق، وليس بوصفة شرطاً تعاقدياً، كما ذهب أنصار المذهب الشخصي المؤسس على مبدأ سلطان الإرادة أو فكرة الإدماج، لأن قاعدة الإسناد المشار إليها، أساسها إخضاع العقد للقانون، وليس إدماج القانون في العقد، ولهذا كانت القاعدة إنه لا يمكن تعديل الاختيار أو استبعاده الذي يتم عند إبرام العقد.<sup>1</sup>

ومع ذلك لم يرى الفقه الحديث، مانعاً من اتفاق المتعاقدين على تعديل اختيار القانون، ولو كان هذا الاتفاق يتضمن تعديلاً يترد بأثر رجعي إلى وقت إبرام العقد بشرط رعاية حقوق الغير التي تظل خاضعة للقانون الذي يحكم العقد منذ البداية.

كما لا يجوز أن يؤدي تغيير قانون العقد في مرحلة لاحقة على إبرامه إلى إبطاله.

وأتجه المشروع المقدم من مجموعة الدول الاشتراكية إلى ضرورة أن تكون هناك رابطة بين قانون الإرادة المختار، وعقود نقل التكنولوجيا، ومراعاة القيود التي تفرضها التشريعات الوطنية الأمانة ذات التطبيق الضروري، وهو ما إشتراطه الفقه كذلك.

وقد اعتد المشرع، في إطار قانون الإرادة بالإتجاه الذي يتطلب الصلة أو الرابطة المنطقية بين القانون المختار والعقد، أخذاً بالنظرية الموضوعية، ذلك أن حق الأطراف في اختيار القانون لا. "يجوز أم يجاوز أهداف المشرع بمقتضى قاعدة تنازع القوانين الوطنية

<sup>1</sup> د منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 198.

التي خولت الأطراف الحق في تعيين القانون الواجب التطبيق من بين القوانين التي تتزاحم حكم الرابطة العقدية، أي القوانين التي تتصل بهذه الرابطة على نحو أو آخر". ومثال ذلك أن يكون القانون المختار، هو قانون الدولة التي سوف يتم تنفيذ حكم التحكيم على إقليمها. وتتحقق هذه الرابطة عند اختيار معاهدة دولية، مثل معاهدة لاهاي لسنة 1964 التي توجب إسناد الاختصاص التشريعي إلى قانون الدولة التي يقيم فيها البائع بصفة دائمة. ويكفي في هذا الصدد أن توجد صلة فنية بين العقد والقانون الذي يحكمه، وهذه الصلة الفنية تتحقق في مجال التجارة الدولية، كأن يجري العقد في صورة نموذجية، متعارف عليها، لتجارة معينة في قانون محدد. ومن هذا القبيل، العقود التي وضعها إتحاد تجارة المطاط والقطن. فقد ورد النص في هذه العقود على إخضاعها للقانون الإنجليزي. وكذلك الحال بالنسبة لوثيقة تأمين اللويدز بوضعها من العقود النموذجية التي تخضع لقانون الإنجليزي.

وإذا استعبد الأطراف صراحة نصوصًا معينة من القانون المختار، فلا يجوز لهيئة التحكيم تطبيقها، حتى ولو باسم النظام العام.

### ثانياً: الاختيار الضمني

وفي حالة إنتقاء الإرادة الصريحة، تتجه هيئات التحكيم إلى فكرة الإرادة الضمنية التي تستخلصها من ظروف النزاع وواقع الحال بصورة مؤكدة أو قاطعة، مثل قانون مكان الإبرام، أو القانون مكان التنفيذ، "الذي يتحدد عادة بمكان تسليم البضاعة وانتقال ملكيتها إلى المشتري"<sup>1</sup>.

وقد إستخلصت هيئة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية في حكمها الصادر في القضية رقم 1717 لسنة 1972، أن القانون الإيراني هو الواجب التطبيق على عقد البيع المبرم بين إيراني ويوغسلافي، إستنادًا إلى أن إيران هي مكان قانون الإرادة الضمنية. ومن القرائن التي قد تكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف، اللغة المستعملة في العقد أو في التحكيم أو المكان الذي إتفق على إجراء التحكيم فيه.

<sup>1</sup> د منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 199.

كما أن استخدام "إصطلاحات مقرر في قانون معين يدل على إتجاه إرادة المتعاقدين الضمنية نحو تطبيق هذا القانون على العقد في مجموعة".

وقد تستخلص الهيئة - بحق - الإرادة الضمنية من العلاقات التجارية المتبادلة بين الطرفين.

ومع ذلك، فإن مكان إجراء التحكيم قد لا يشكل أهمية عندما تكون مراكز أو هيئات التحكيم الدائمة هي المختصة. أما في حالة التحكيم الحر، فقد يكون اختيار الأطراف لمكان التحكيم واقعة يستخلص منها إرادة الأطراف الضمنية إلى تطبيق قانون هذا المكان. ويمكن أن تستخلص الإرادة الضمنية من التجاء الأطراف إلى مركز تحكيم يعتنق لائحة معينة.

ومتى كان قانون الإرادة هو مطبق على العلاقة، فإنه هو الذي يحدد السبب من حيث وجوده، ومدى مشروعيته، وهو الذي يحدد الجزاء المترتب على تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته، وهو الذي يحدد أيضا مدى تجزئة العقد وهو الذي يبين متى يعتبر العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال، وحكم الإجازة وتقادم الدعوى. أما الآثار المترتبة على بطلان العقد، مثل التعويض، فإنها تخضع للقانون الذي يحكم المسؤولية التقصيرية. ويجب استبعاد فكرة الإحالة عند إسناد العقد لقانون الإرادة. احتراماً لتوقعات الأطراف في اختيار قانون معين يعلمون مضمونه سلفاً بهدف تحقيق مصالحهم ومصالح التجارة الدولية يستوي أن يكون الاختيار صريحاً أو ضمناً.<sup>1</sup>

#### الفرع الثاني: تصدي هيئة التحكيم لتحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات

قد لا يحدد المحكّمون القانون، أو القواعد الإجرائية التي تتبعها محكمة التحكيم بمناسبة نظر النزاع المطروح عليها، إما لنسيان تحديد تلك المسائل الإجرائية اعتقاداً منهم بأنها مسائل قضائية تخص عمل هيئة التحكيم، أو اختلفوا حولها، أو تعذر عليهم الاتفاق حولها أو قدروا أن هيئة التحكيم هي الأقدر على تحديد القواعد الإجرائية التي تتبع أمامها.

<sup>1</sup> د منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 201.

وأمام غياب اتفاق الأطراف حول تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات، كان لزاماً على محكمة التحكيم تحديد القواعد التي تتبع أمامها، غير أن سلطة هيئة التحكيم في تحديد هذه القواعد ليست مطلقة وتحكمها عدة اعتبارات.

فقد تطبق هيئة التحكيم قانون مكان التحكيم ليحكم الإجراءات أمامها، وقد تطبق القانون الذي اختاره الأطراف ليحكم موضوع النزاع، كما قد تلجأ محكمة التحكيم إلى تطبيق قواعد أحد مراكز أو مؤسسات التحكيم الدائمة لينظم الإجراءات أمامها، كما يمكن لهيئة التحكيم أن تكمل القواعد الإجرائية التي اختارها الأطراف إذا ظهر عليها النقص أثناء نظر النزاع.

#### أولاً: تطبيق القانون الإجرائي لدولة مكان التحكيم

لقي تطبيق قانون التحكيم على إجراءات التحكيم في حالة غياب اتفاق الأطراف قبولا واسعا لدى الفقه والاتفاقيات الدولية وحتى بعض التشريعات الوطنية. ليحكم إجراءات التحكيم في حالة غياب اتفاق الأطراف بشأنه. حيث تلجأ محكمة التحكيم هنا لتطبيق قانون الإجراءات للدولة التي يجري فيها التحكيم.

وباستقراء التطور التاريخي للاتجاه المؤيد لقانون مقر التحكيم، يمكننا استخلاص دعائمه التي يستند عليها<sup>1</sup> وهي:

من ناحية، أنه ليس باتفاق التحكيم وحده يؤتي التحكيم ثماره، بل لا بد من ميلاد حقيقي لعملية التحكيم، وهو ما لا يتم إلا في الدولة التي يجري فيها، وفق الإجراءات التي تقرها قوانينها.

ومن ناحية ثانية، فإن تطبيق قانون دولة محل إجراء التحكيم ليس فيه أية مفاجأة لأطراف التحكيم، فهم بحسب الأصل الذين يحددون محل أو مكان التحكيم، فلا غرابة بذلك في تطبيق قانون ذلك المكان.

<sup>1</sup> د. أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية و الدولية المدنية و التجارية و الجمركية و الضريبية، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 2006، ص 330، 331.

ومن ناحية ثالثة، فإنه لا يمكن إنكار الروابط العضوية بين دولة مقر التحكيم وعملية التحكيم ذاتها، ففي بداية العملية التحكيمية تتدخل محاكم دولة مقر التحكيم في المساعدة في تشكيل هيئة التحكيم عند إخفاق الأطراف في اختيار المحكمين.

### ثانياً: تطبيق القانون الإجرائي للدولة التي يطبق قانونها على موضوع النزاع

ليس من سلطة محكمة التحكيم أن تطرح القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه في موضوع النزاع، ليطبق قانوناً آخرًا، إلا في حالات معينة كما سبق أن أشرنا، بل يملك المحكم سلطة أعمال ذلك القانون الذي اتفق الأطراف على أعمال قواعده في النزاع، على الإجراءات بجانب الموضوع عند عدم تجديد الأطراف ذلك.

فقد يختار الأطراف قانون دولة أجنبية معينة ليحكم عملية التحكيم في مجموعها بعيداً عن قضاء الدولة، وهذا يعتبر بمثابة تنازل من الدولة التي يتم فيها التحكيم، عن الحصانة القضائية فيها دعمًا لاتفاق الأطراف.

ويرى جانب من الفقه<sup>1</sup> أن التنازل الكلي عن هذه الحصانة يفترض فيه علاوة على الاتفاق على التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها، أن يشير هذا الاتفاق إلى أعمال القواعد الإجرائية الواردة في قانون أجنبي معين، فمجرد الاتفاق على اللجوء للتحكيم ليس من شأنه إهدار كل قيمة للحصانة القضائية التي تتمتع بها الدولة، حيث أن القوانين الوطنية المختلفة في تنظيمها لإجراءات التحكيم تخول محاكمها الوطنية سلطات واسعة فيما يتعلق بالتحكيم التي يتم على أرضها سواء ما يتعلق بأسلوب اختيار المحكمين، أو تعيين رئيس هيئة التحكيم، خاصة في حالات انتهاك أحد الأطراف لاتفاق التحكيم، أو إجماعه عن تعيين محكمه لدى قلم كتاب المحكمة.

وإذا كان المراد بالموضوع هنا موضوع النزاع، أي الإدعاءات المتصلة بالحق أو المركز القانوني الناشئ عن العلاقة القانونية، العقدية أو غير العقدية بين الأطراف، ومن ثم

<sup>1</sup> د. هدى محمد مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم و حدود سلطاته، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق لجامعة القاهرة، سنة 1997، ص 279.

فإن القانون الذي يحكمه هو الذي يحكم الإجراءات ليطبق على كل من المسائل الموضوعية والإجرائية.

ولعل هذه الإعتبارات تدفع نحو التفكير في البعد عن القوانين الإجرائية الوطنية، والبحث عن قانون أو قواعد إجرائية بديلة لها.<sup>1</sup>

### ثالثاً: تطبيق القواعد الإجرائية لأحد مراكز أو مؤسسات التحكيم الدائمة

إذا تخلف اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، ولم تقدر هيئة التحكيم ملائمة قانون مكان إجراء التحكيم، أو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أو أي قانون آخر قد تكون له القابلية لتنظيم إجراءات التحكيم أمامها، فإنه يمكن لهيئات التحكيم الحر أن تلجأ إلى تطبيق القواعد الإجرائية، المنصوص عليها في أحد لوائح مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة.

وقد أعطت غالبية تشريعات التحكيم الحديثة هيئة التحكيم اختيار قواعد أحد مراكز التحكيم أو مؤسساته الدائمة لتنظيم سير الإجراءات أمامها، فقد أعطى المشرع المصري هيئة التحكيم سلطة اختيار القواعد التي تراها لحكم إجراءات التحكيم في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، حيث نصت المادة (25) على أنه "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن اختيار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة".

كما تصدى المشرع الجزائري لمشكلة غياب أو انعدام اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، حيث خول محكمة التحكيم مهمة تحديد الإجراءات مباشرة، أو بالاستناد إلى أحد قوانين التحكيم الوطنية، أو الاتفاقيات الدولية، وكذلك أحد لوائح مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة، حيث نصت المادة (2/1043)

1 د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 336، 337.

من ق، إ، م، إ، ج على أنه "إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة، أو استناداً إلى قانون أو نظام تحكيم والمقصود هنا بلفظ الاتفاقية هو اتفاق التحكيم.

أما في التحكيم المؤسسي فإن هناك عدد قليل من هيئات التحكيم الدائمة التي لا تفرض قواعد الإجرائية على كل تحكيم يعهد به إليها، إلا عند تخلف اتفاق طرفي التحكيم على تطبيق إلا القواعد المنظمة للإجراءات المعمول بها لديها والمقررة في لوائحها ونظمها الخاصة، من ذلك لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، كذلك الاتفاقية الأوروبية لعام 1961 بشأن التحكيم التجاري الدولي، كذلك قواعد التحكيم الخاصة بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، وأيضاً القواعد الإجرائية المنصوص عليها في اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام 1987.

**الفرع الثالث: موقف الفقه والقوانين الدولية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات**

إن لمسألة القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم دور كبير لدى الفقه و الإتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية والقوانين الوطنية الحديثة<sup>1</sup>

هذه المواقف كان لها الدور الكبير في إرساء معالم القانون الواجب التطبيق والتي سيتم التفصيل فيها كآتي:

### 1. الآراء الفقهية

لا بد من التمييز بين أمرين انقسمت حولهما آراء الفقهاء بمناسبة البحث عن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، فهذه الإجراءات تبدأ منذ ابداء أحد أطراف النزاع رغبته في تسوية النزاع بالتحكيم أي منذ طلب التحكيم لحين إصدار قرار التحكيم بصيغته النهائية.

<sup>1</sup> د. سراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، مصر ، طبعة سنة 2000، ص 455 وما بعدها.

حيث يذهب الرأي الأول إلى ربط التحكيم وإجراءاته بمكان التحكيم، أي قانون الإجراءات لذلك المكان، بمعنى آخر للدولة التي يوجد على إقليمها مكان التحكيم هو الذي يطبق بالنسبة لسير الإجراءات<sup>1</sup>

أما الرأي الثاني فيذهب إلى ربط التحكيم وإجراءاته بإرادة الطرفين.

## 2. موقف الإتفاقيات الدولية وقواعد ذات الطبيعة الدولية

أ. **موقف الإتفاقيات الدولية:** إن دراسة الإتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم، بدأ من برتوكول جنيف لسنة 1923 بشأن الاعتراف بشروط التحكيم، وإتفاقية جنيف لسنة 1927 بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ثم إتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن التحكيم التجاري الدولي وحتى إتفاقية البنك الدولي لسنة 1965 لتسوية منازعات الاستثمار وبين الدول ورعايا الدول الأخرى، تكشف عن التطور الكبير الذي حدث بصدد مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم ويمكننا أن نميز بين ثلاث مراحل لهذا التطور.

1. **المرحلة الأولى:** خضوعه لقانون الإرادة وقانون مكان التحكيم "برتوكول جنيف لسنة 1923 وإتفاقية جنيف لسنة 1927.

2. **المرحلة الثانية:** خضوعه لقانون الإرادة المستقلة والدور الاحتياطي لقانون مكان التحكيم "إتفاقية نيويورك" لسنة 1958.

3. **المرحلة الثالثة:** خضوعه لقانون الإرادة المستقلة أو القانون المختار بواسطة المحكمين "الإتفاقية الأوروبية" لسنة 1961 وإتفاقية البنك الدولي لسنة 1965.

## ب. موقف قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية

فهي تعتمد في المقام الأول بإرادة الأطراف في تحديد القواعد الإجرائية واجبة التطبيق، وفي حالة عدم وجود قواعد إجرائية مختارة بواسطة الأطراف تمنح المحكمين سلطة تحديد هذه القواعد كما نجد أن هذه القواعد تختلف فيما بينها من حيث مدى الحرية المقررة للأطراف والمحكمين في هذا الشأن فقواعد التحكيم النافذة لدى غرفة التجارة الدولية تمنح

<sup>1</sup> بوكريطة موسى، القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي وفق القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب بالبلدية، نوفمبر 2012، ص 101 نقلا عن سامي فوزي مُجد، التحكيم التجاري الدولي، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص 166.

الأطراف والمحكمين على سبيل الاحتياط الحرية الكاملة في تنظيم إجراءات التحكيم، فإن قواعد التحكيم الأخرى تمنح الأطراف والمحكمين حرية مشروطة بمراعاة القواعد الآمرة في القانون الواجب التطبيق.

### 3. موقف القوانين الوطنية

كذلك نجد أن هناك اختلاف على صعيد القوانين الوطنية فنجد القانون الفرنسي والسويسري والجزائري يعترف للأطراف واحتياطيا للمحكمين بالحرية الكاملة في تحديد القواعد الإجرائية واجبة التطبيق، بينما البعض الآخر القانون الإيرلندي والإسباني يقيد من حرية الأطراف وكذلك المحكمة بشرط مراعاة القواعد الآمرة التي لا يجوز لهم مخالفتها، وهناك فريق ثالث من هذه القوانين على سبيل المثال القانون المصري يعطي للأطراف الحرية الكاملة في اختيار القواعد الإجرائية واجبة التطبيق بينما يقيد من سلطة المحكمين في هذا الشأن.

وبإيجاز شديد يمكن القول من حيث المبدأ بأن الاتجاه السائد لدى الفقه والاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية والقوانين الوطنية يتمثل في الاعتراف أولاً بإرادة الأطراف، في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات. ولا يستثنى من ذلك سوى إتفاقية نيويورك والتي نصت على تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف، ولم تعط أي سلطة في هذا الشأن.<sup>1</sup>

### 4. موقف قواعد تنازع القوانين عبي على صعيد التعامل الدولي

فيجب الرجوع إلى التكييف القانوني للتحكيم، فإذا اعتبر تصرفاً اتفاقياً، فالقانون الواجب التطبيق يكون القانون الذي اختاره الطرفان المتنازعان، إما إذا اعتبر التحكيم قضائياً أو إجرائياً ففي هذه الحالة من الضروري خضوع التحكيم إلى قانون المكان الذي يجري فيه التحكيم.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> سراج حسين مُجد أبو زيد، المرجع السابق، ص 485 وما بعدها.

<sup>2</sup> بوكريطة موسى، المرجع السابق، ص 101.

### الفرع الرابع: موقف القانون الجزائري من إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات

تبعاً للمفهوم الكلاسيكي الذي كان يهيمن على القانون والممارسة التطبيقية سابقاً للتحكيم التجاري الدولي في الجزائر، فإن القواعد الإجرائية التي كانت تطبق على المحاكم الوطنية، وهي القواعد الواردة في قانون الإجراءات المدنية رغم مفاهيمها الضيقة التي كانت تحويها مقارنة بنظام التحكيم، كانت لوحدها تشكل الضمانة للمتفاوض الجزائري ضد التعسف الذي يمكن أن يخلقه الخضوع لنظام تحكيمي أو دولي لا يتقنه، لهذا السبب كان الطرف الوطني يعطي مفهوماً واسعاً للإجراء التحكيمي لإخضاع جميع مراحل التحكيم إلى الرقابة، منها اتفاقية التحكيم وطرق الطعن، وكان يحاول تطبيق القواعد الوطنية الواردة في قانون الإجراءات المدنية، أما الآن، فإن الإجراءات اكتسبت مفهوماً ضيقاً لا يشمل سوى القواعد الإجرائية الضرورية التي تنظم سير الدعوى التحكيمية، وهو المفهوم الذي يضعه الأطراف أو هيئة التحكيم.<sup>1</sup>

وبعد كل ذلك، أصبحت إجراءات التحكيم ليست فقط مستقلة عن القانون الذي يحكم موضوع النزاع التحكيمي، وقانون مكان التحكيم، وإنما خاضعة بأكملها لمبدأ سلطان الإرادة الذي يقصد به أن الأطراف هم الذين يختارون القواعد الإجرائية، وفي حالة غياب إتفاقهم عليها فإن هيئة التحكيم هي التي تقوم بهذا الاختيار.

وتم تجسيد مبدأ خضوع إجراءات التحكيم لإرادة الأطراف في الوقت الذي كانت نظرية (for arbitral) تتراجع في قوانين الدول التي كانت تستقبل عادة التحكيم الذي يكون أحد أطرافه من المتعاملين الجزائريين، فكان إذن المفهوم القديم أي نظرية (for arbitral) والتي كانت تساوي المحكم بالقاضي الوطني، فكان المحكم حسبها (for) وبالنتيجة عليه لحل المسائل الإجرائية الرجوع لقانون هذا الأخير، أي القانون الساري المفعول في دولة مكان التحكيم، وهذا هو الشأن بالنسبة للممارسة سويسرا للتحكيم التجاري مع الجزائر إلا أن هذه النظرية عرفت تراجعاً ملحوظاً، ونظراً لتأثير مكان إجراء التحكيم على القانون الإجرائي

<sup>1</sup> Mostefa Trari : Droit algérien de l'arbitrage commercial international, première édition, Berti édition, Alger, 2007, p 113.

الواجب التطبيق، فإن الطرف الجزائري كان دائما يحاول أن يتم الاتفاق على اختيار مكان التحكيم في الجزائر، إلا أنه نادرا ما يكون اتفاق الأطراف أو المحكمين قد حصل على أن يتم التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، والسبب يعود خاصة إلى مشاكل تنقل الأجانب إلى الجزائر في سنوات التسعينات التي أدت في كثير من الأحيان بالمحكمين إلى اختيار مكان حصول العملية التحكيمية في الخارج.

وقبل ذكر ما تضمنه القانون الجزائري فيما يخص القواعد الإجرائية التي تحكم التحكيم التجاري الدولي نشير إلى أن مبدأ سلطان الإرادة تجد أساسه في الاتفاقيات الدولية نذكر منها إتفاقية نيويورك لعام 1958، وهي الاتفاقية الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية التي أقرها مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بالتحكيم الدولي المنعقد في نيويورك.<sup>1</sup>

إن المشرع الجزائري الذي يفرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي كرس حرية الأطراف في اختيار القانون الذي ينظم إجراءات التحكيم الدولي، شأنه في ذلك شأن التحكيم الداخلي، إذ أعطى المشرع الجزائري الأطراف حرية اختيار القواعد الإجرائية التي يرونها مناسبة لتنظيم خصومتهم، حيث نصت المادة 1019 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

ومن نص المادة السابقة يتضح لنا جليا أن المشرع الجزائري أعطى الأولوية لاتفاق الأطراف في تحديد القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم، أما في حالة تخلف إتفاق الأطراف عن تحديد هذا القانون فلم يعط المشرع الجزائري في مجال التحكيم الداخلي محكمة التحكيم سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وتصدي للفراغ الذي يخلفه غياب إتفاق الأطراف، إذ ألزم محكمة التحكيم بتطبيق قانون الإجراءات الجزائري، وذلك من خلال نص المادة السالفة الذكر على أنه (تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية).

<sup>1</sup> محمد شهاب: أساسيات التحكيم التجاري الدولي والقوانين والاتفاقيات المنظمة للتحكيم عربيا وعالميا، مكتبة الوفاء القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 2009، ص 39.

أما في مجال التحكيم التجاري الدولي، فقد نصت المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على انه: "يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام التحكيم كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم".

ويظهر من النص السابق أن المشرع الجزائري كرس إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي، وذهب إلى حد إعطائهم حرية وضع وسن قواعد إجرائية من إبتكارهم، وتكون محكمة التحكيم ملزمة باحترامها وتطبيقها على خصومة التحكيم.<sup>1</sup>

إذن في القانون الجزائري، فالأطراف هي التي تحدد الإجراءات التي يتبعها المحكم بالتفصيل في كل مراحل الإجراءات التي تمر بها الخصومة، أي لأن الأطراف تحدد القواعد القانونية المنظمة للإجراءات التي يخضع لها التحكيم التجاري، وتحدد هذه الإجراءات إما بسنها بعد إبتكارها أو استنادا إلى قانون إجرائي وطني، أو إلى نظام تحكيمي مؤسساتي. والقانون الجزائري بغاية عدم عرقلة حسن سير الخصومة التحكيمية، منح لهيئة التحكيم في حالة عدم إتفاق الأطراف على قانون معين يحكم الإجراءات نفس الحرية والسلطة الممنوحة لتحديد القانون الواجب التطبيق.

### المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

لقد سبق القول أن جميع التشريعات والاتفاقيات الدولية كرست مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه، لكن ما مدى هذه الحرية؟.

#### الفرع الأول: تطبيق القانون المتفق عليه من قبل الأطراف

إن حرية اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع المحكم فيه ما هي إلا تطبيق لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين المتعارف عليه في نظرية العقود. وهذه الحرية لاشك تدفع الأطراف نحو اختيار القانون الملائم الذي يتفق ورغباتهم وتوقعاتهم ويحقق لهم الأمان المتطلب في المعاملات الدولية. وبموجب هذه الحرية يستطيع الأطراف اختيار القانون أو القواعد القانونية

<sup>1</sup> بعزيري سعاد، بكوش سامية، مظاهر سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستير في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014، 2015، ص 40.

التي تحكم منازعاتهم المحتملة منذ لحظة التعاقد، كما يجوز لهم أيضا تعديل القانون السابق اختياره مع مراعاة حقوق الغير، وأن لا يؤدي ذلك التغير إلى إبطال العقد الذي نشأ صحيحًا وفقا للقانون الذي تم اختياره سابقا، وأن لا يكون المقصود من التغير التحايل على القواعد القانونية الأمرة في القانون السابق أو القانون الواجب التطبيق الذي حدده المشرع عند سكوت الإرادة عن الاختيار.

أما عن كيفية تعيين الإرادة، فإنه من المنطقي أن يحدد الأطراف القواعد القانونية التي تحكم نزاعهم تحديداً صريحاً، كأن يتفقوا على أن قانون دولة (س) هو القانون الواجب التطبيق، أو أن الأعراف والعادات التي استقر التعامل فيها بشأن مسألة معينة هي واجبة التطبيق.<sup>1</sup>

إن هذا الاختيار الصريح للقواعد القانونية واجبة التطبيق أما أن يكون في العقد الأصلي، أو في اتفاق مستقل، لكن إذا لم يقر الأطراف بالاختيار الصريح للقواعد القانونية التي تحكم النزاع المحكم فيه، فإن المحكم يستطيع أن يستخلص الاختيار الضمني للقواعد القانونية من طرف العقد والقرائن التي تعبر بوضوح عن إرادة المتعاقدين في هذا الشأن، وبما أن الوقوف على الإرادة الضمنية للأطراف يكتنفها الكثير من الصعوبات، نرى ضرورة تشجيع الشركات والمشروعات التي تستثمر في التجارة الدولية أن تختار بصراحة القانون أو القواعد القانونية التي تحكم منازعاتهم المحتملة وذلك لقطع أي شك حول الإرادة الضمنية للأطراف.

إذ ما اختار المتعاقدان القواعد القانونية واجبة التطبيق على منازعتهم، فإنه يلقي على عاتق المحكم كقاعدة عامة واجب تطبيق القواعد القانونية المختارة، وإلا يكون حكمه باطلا تأسيساً على أن هيئة التحكيم تستمد ولايتها من طرفي التحكيم ولا تلتزم إلا بما يتفقان عليه، لكن يجب أن لا يفهم من ذلك أن أعضاء هيئة التحكيم يمثلوا طرفي التحكيم وإنما مهمتهم تتجاوز التمثيل إلى الفصل في النزاع ومن الجدير بالملاحظة أن هيئة التحكيم لا تطبق القانون المختار إذا تبين لها أنه لا يتناسب مع موضوع النزاع، في مثل هذه الحالة يجب على المحكم أن يبحث عن القواعد القانونية المناسبة للانطباق على موضوع، ويستطيع

<sup>1</sup> د. نور حمد الحجايا، القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه، المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، جامعة قطر.

المحكم أو هيئة التحكيم استبعاد القانون أو القواعد القانونية المختارة بسبب مخالفتها لقواعد النظام العام أو أنه قد تم الحصول عليها بطريق التحايل.

### الفرع الثاني: تطبيق قانون دولة معينة

قد تتجه إرادة الأطراف لاختيار قانون دولة معينة ليكون الفصل في النزاع وفقاً لما تضمنه هذا القانون من نصوص وأحكاما، وإطلاق النص يسمح باختيار أي قانون سواء كان قانون وطني أو أجنبي، ولو لم يكن بين القانون الذي اختاروه ومحل النزاع أي صلة، بحيث قد يكون أجنبياً عن مكان التحكيم أو عن جنسية المحكمين، وهو إطلاق يتفق وحالات التحكيم الدولي، ويصعب تصور قانون أجنبي على علاقة قانونية يدور النزاع فيها في إطار علاقة محلية بحتة، ولكن النص يسمح بذلك من الناحية النظرية على الأقل.

وقد حرص المشرع المصري في حالة اختيار الأطراف لقانون معين على انصراف هذا الاختيار للقواعد الموضوعية هذا القانون وليس ما يتضمنه من قواعد خاصة لتنازع القوانين. إلا إذا عبر الأطراف عن قصدهم إلزام هيئة التحكيم لاختيار القانون الذي تشير إليه قواعد التنازع الواردة في القانون الذي وقع عليه اختياره.

ويجوز للأطراف - بدلاً من الاتفاق على تطبيق قانون دولة معينة - الاتفاق على تطبيق نظام قانوني معين، وإن كان لا ينتمي إلى دولة معينة، ولهذا فإنه يصح الاتفاق على تطبيق القواعد الشرعية الإسلامية، وعندئذ يلتزم المحكمون بتطبيقها على موضوع النزاع.<sup>1</sup> وإذا اتفق الأطراف على تطبيق قانون معين فإن على المحكم أن يطبق فرع القانون الأكثر انطباقاً على موضوع النزاع.

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الاتجاه المتمسح باحترام مبدأ سلطان الإرادة في نصوصه المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، حيث نصت المادة (1050) من ق، إ، م، الجزائري، على أن "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف...".

أما في التحكيم الداخلي فقد نصت المادة (1023) من القانون سالف الذكر، على أن يفصل المحكمون في النزاع وفقاً لقواعد القانون.

<sup>1</sup> أ. د. فتحي والي، مرجع سابق، ص 420.

## الفرع الثالث: تطبيق هيئة التحكيم للأعراف الجارية

بالنظر إلى 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".

يتضح لنا جلياً أنه يجب على هيئة التحكيم مراعاة الأعراف الجارية في نوع المعاملة، سواء كانت تطبق قواعد قانونية اختارها الأطراف أو قانوناً رأت هي تطبيقه، ذلك أن النص على تطبيق الأعراف الجارية ورد في فقرة مستقلة من المادة (39) فإذا كان النزاع يتعلق بتجارة التمور، فيجب على الهيئة أن تراعي ما جرى عليه العرف بالنسبة لدفع الثمن، وتقدير نوع التمر، ودرجة جودته، وكيفية وزنه والمسؤول عن عمليات جنيّه... إلخ ولا يفترض علم هيئة التحكيم بالأعراف الجارية، ولهذا فإنه على الطرف ذي المصلحة التمسك بها، وتقديم الدليل على وجودها، ما دام أنه يرى فيها سنداً قانونياً لما يقدمه من إدعاء أو دفاع.

كما أعطى المشرع الجزائري محكمة التحكيم إمكانية الفصل في النزاع وفق ما تراه ملائماً من أعراف من خلال نص المادة (1050) التي نصت على أنه "... وفي غياب الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

على أنه يلاحظ أن ما يجري عليه العرف باعتباره مصدرًا من مصادر القانون، يظل أحد مصادر التشريع، فإذا تعارض العرف مع نص تشريعي واجب التطبيق أو مع قاعدة قانونية اتفق الأطراف على تطبيقها على موضوع النزاع، فإن هيئة التحكيم لا تُلقي أي اعتبار لما يجري عليه العرف، فتطبيق الأعراف يكون تطبيقاً تكميلياً، ويظهر هذا جلياً من نص المادة (39) من قانون التحكيم المصري، التي لم توجب على هيئة التحكيم تطبيق الأعراف الجارية، وإنما أوجبت عليها فقط أن تراعي الأعراف الجارية.<sup>1</sup>

ومن الأعراف الجارية مجموعة الأعراف التي تكونت عبر السنين في التجارة الدولية، والتي يطلق عليها (قانون التجار) (Lex Mercatoria)، وكذلك بعض الأعراف التي تجري عليها التجارة الدولية مثل مبدأ القوة القاهرة، ومبدأ إعادة التوازن الاقتصادي في العقود

<sup>1</sup> أ. د. فتحي والي، مرجع سابق، ص 420.

الدولية، وكذلك بعض المبادئ التي استقر عليها قضاء التحكيم، كما توجد بعض الأعراف التي استقرت في مجال التجارة البحرية الدولية.

#### الفرع الرابع: الفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف

تتفق غالبية التشريعات على أنه لا يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق الأطراف صراحة على تفويضها لصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام لقانون "انطلاقاً من ذلك تقتضي الفقرة د من المادة 36 من قانون التحكيم الأردني بأنه "لا يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام لقانون".

لا شك أن النص المذكور أعلاه يتحدث عن التحكيم بالصلح الذي بموجبه تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف، ولا يتسنى لها فعل ذلك إلا إذا تحققت الإرادة الصريحة في اختيار هذا النوع من التحكيم، بحيث أنه إذا ثار الشك حول تحقق الإرادة الصريحة في اختيار التحكيم بالصلح يجب على هيئة التحكيم الفصل في النزاع بمقتضى القانون.<sup>1</sup>

ومن تطبيقات قواعد العدالة والإنصاف أنه يجوز لهيئة التحكيم تعديل أثر القوة القاهرة على المسؤولية أو توزيع مخاطرها على الطرفين إذا ما رأت في أن ذلك تحقيقاً للعدالة، كما يجوز إذا اقتضت العدالة أن تقضي بالتعويض عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه رغم عدم توافر الاعذار الذي يتطلبه القانون.

نلخص من كل ما سبق أن الأطراف لهم الحرية في اختيار القواعد القانونية التي تحكم النزاع المحكم فيه إلا أن هذه الحرية مقيدة بأن يكون الاختيار بحسن نية وأن لا تخالف القواعد المختارة قواعد النظام العام الدولي أو القواعد ذات التطبيق الضروري التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالنزاع أو قواعد النظام العام في الدولة الأجنبية المراد تنفيذ حكم التحكيم فيها.

<sup>1</sup> د. نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 670 .

الخاتمة

إن من نتائج تطور المعاملات التجارية الدولية والذي هو بدوره نتاج وقائع اقتصادية فرضتها العولمة، جعل التحكيم التجاري هو القاعدة لفض النزاعات الناتجة عن تلك التعاملات الاقتصادية بدلا من القضاء الذي يبين قصوره فيما يخص حل النزاعات الناشئة عن المعاملات التجارية الدولية، ولعل العلة من ذلك رفض أطراف العلاقة التعاقدية الخضوع للقضاء لتسوية الخلافات كون أن القاضي ملزم بتطبيق القانون ولا يهمله في ذلك مصالح الأطراف المتعاقدة على عكس التحكيم الذي يراعي فيه المحكم تحقيق العدالة بين الأطراف وليس الانصياع لقواعد القانون، ومن ذلك يستنتج أن المحكم يسعى من أجل الخضوع لإرادة الأطراف ولا يهمله في ذلك سوى اتفاق طرفي العلاقة التعاقدية، ولهذا يجد مبدأ سلطان الإرادة ضالته في التحكيم، بل يمكن القول أن التحكيم في حد ذاته تم تبنيه لأنه مبني على إرادة الأطراف بدأً من الاتفاق على فض النزاعات عن طريق التحكيم واستبعاد القضاء الوطني مروراً باختيار المحكمين وهذا فيما يخص التحكيم الحر، واختيار الهيئة التحكيمية في التحكيم المؤسسي كذا الحال في اختيار مكان التحكيم واللغة التي يتم تبنيها في الخصومة التحكيمية، وانتهاءً بتحديد الإجراءات وكذا القانون الواجب التطبيق فكل هذه الإجراءات تعتبر صورة من صور مبدأ سلطان الإرادة.

إن اختيار الأطراف للتحكيم كوسيلة لفض النزاعات لم يكن وليد الصدفة، بحيث أنهم يدركون أن القضاء لا يوفر لهم الحرية الكافية للاختيار وأن إرادتهم منعدمة في حالة تبني القضاء على عكس التحكيم الذي يوفر لهم الضمانات الكافية لتطبيق ما إتفق عليه من طرفهم. ويتضمن الاتفاق على التحكيم بالضرورة سلب الاختصاص القضائي من المحاكم الاعتيادية.<sup>1</sup>

ولكن قد تصطدم إرادة الأطراف في التحكيم ببعض القيود التي تجعل مبدأ سلطان الإرادة شبه منعدم، فالإرادة منعدمة فيما يخص بعض النزاعات التي تعرض على التحكيم

<sup>1</sup> عوني محمد الفخري ، ارادة الاختيار في العقود الدولية التجارية و المالية (دراسة مقارنة ) ، مكتبة زين الحقوقية و الادبية ، بغداد ، الطبعة الاولى ، 2012 ، ص 34

كحالة الأشخاص وأهليتهم، وتلك المتعلقة بالنظام العام، هذا من جهة ومن جهة أخرى تضيق إرادتهم في حالة تبني التحكيم المؤسسي أي اللجوء لهيئة تحكيمية متخصصة، فهنا تطبق هذه الأخيرة قواعدها ولا مجال لإرادتهما في ذلك على عكس التحكيم الحر الذي يمنح لهم كامل الحرية في تطبيق ما إتفق عليه.

إن إرادة الأطراف المتعاقدة في خلق التحكيم يعبر عنه عادة بشرط التحكيم الذي يكون بندا من بنود العقد الدولي أو باتفاق مستقل بعد نشوء النزاع يسمى مشاركة التحكيم و سواء كان التحكيم خاصا أو مؤسسيا.<sup>1</sup>

لذا نرى أن في التحكيم المؤسسي تقييد لإرادة الأطراف، وأن هذا النوع من التحكيم هو صورة شبيهة للقضاء العادي خاصة في حالة انحياز هذه الهيئة التحكيمية لأحد الأطراف أو في حالة تحايل أحدهما أو حالة الغش فهنا العلاقة العقدية تصبح غير متكافئة تغلب فيه مصلحة طرف على طرف آخر، وبالتالي تغيب فيه العدالة التي يصبو إليها الأطراف في التحكيم.

ولكن ورغم ذلك فيفضل الأطراف المعاملات التجارية الدولية اللجوء للتحكيم لفض نزاعاتهم عن القضاء العادي الذي بحسبهم يحقق مصالح طرف عن طرف.

لدى كان لزاما عن كل الدول بدون استثناء الإسراع في تبني التحكيم كوسيلة لفض النزاعات وإمضاء إتفاقيات دولية ثنائية ومتعددة الأطراف لتحتوي قواعدها التحكيم وخلق التكافؤ بين المتعاملين وجلب الاستثمارات الأجنبية، ولعل حسن ما فعل المشرع الجزائري في التعديلات التي يتبناها لإعطاء مكانة كبيرة للتحكيم ولعل أكبر دليل على ذلك صياغة مشروع تبني العقود الإلكترونية وبالتبعية التحكيم الإلكتروني لمسايرة التطور التكنولوجي الذي شهده العالم اليوم.

<sup>1</sup> عوني مُجد الفخري ، المرجع السابق ، ص 36 .

وما يمكن الإشارة إليه أن أحكام التحكيم الصادرة سواءً داخل أو خارج الجزائر يمكن القول عنها أنها مقيدة في بعض الحالات ونذكر على سبيل المثال رقابة القاضي الوطني لهذه الأحكام خاصة في مرحلة التنفيذ ويمكن للثاني رفض تنفيذها والحجة في ذلك مثلاً مخالفتها للنظام العام.

وما يمكن أن يعاب عن المشرع الجزائري في مجال التحكيم أنه إكتفى بوضع بعض المواد المتفرقة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بل ينبغي عليه تبني قانون التحكيم مستقل عن القانون السابق ذكره فبهذا يجد لكل حالة حل ومن هنا نناشد المشرع الجزائري بأن يصدر قانوناً مستقلاً يعني بالتحكيم كما فعل المشرع المصري، وهذا يحقق أكبر ضمان للاستثمار الأجنبي في الجزائر.

### النتائج المستخلصة من المذكرة:

- التحكيم وسيلة مهمة لفض النزاعات القائمة بين المتعاملين في مجال التجارة الدولية، وهذه الأهمية مستمدة من إرتباط مصالح الدول مع المتعاملين الاقتصاديين الذين يملكون رؤوس أموال كبيرة ومدى قدرة التوفيق بين مصالح الدولة وتطلعات هؤلاء المستثمرين.

- إن مبدأ سلطان الإرادة يجد ضالته في التحكيم الحر بحيث يتسع نطاقه اتساعاً كبيراً، والعلة في ذلك أن الأطراف المتعاقدة تتفق على إيجاد حلول لنزاعاتهم دون اللجوء إلى هيئة تحكيمية أو إلى إجراءات خاصة، كون أن هذا الإتفاق لا تحده قواعد الهيئات التحكيمية وذلك منذ بدأ مراحل التحكيم من إتفاقيهم على تبني التحكيم كوسيلة لفض النزاعات إلى غاية تنفيذ القرارات التحكيمية، وهذا عكس التحكيم المؤسسي الذي تضيق فيه إرادة الأطراف وينكمش فيه مبدأ سلطان الإرادة.

- قواعد سلطان الإرادة في حقيقة الأمر تعبر عن إرادة الأطراف المتعاقدة في مجال عقود التجارة إلا أنها ليست في جميع الأحوال الأمثل، بل في بعض الأحيان تشكل مشكلاً. خاصة في حالة وجود أحد الأطراف المتعاقدة سيء النية، أين يصبح تنفيذ العقد مستحيلاً والحال كذلك بالنسبة للتحكيم فنجد بعض الدول وخاصة في مجال عقود التجارة الدولية تلجأ لإعادة التفاوض من أجل جعل العقد أكثر ملائمة لكلا أطراف العلاقة التعاقدية.

- إصطدام مبدأ سلطان الإرادة بقواعد النظام العام، إن فكرة سلطان الإرادة تعبر عن إرادة الأطراف التعاقدية إذ لا تجد لها حدوداً إلا ما تعلق بتعدي عن النظام العام ففي هذه الحالة تنكمش إرادة الأطراف ولا يمكن لها في أي حال من الأحوال تطبيق إرادة الأطراف إذا اصطدمت بفكرة النظام العام.

- على المشرع الجزائري اصدار قانون مشتمل للتحكيم، وليس الاعتماد على بعض المواد القانونية المتفرقة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهذا يحقق ضماناً للمستثمرين الأجانب، والمصادقة على اتفاقيات دولية ثنائية ومتعددة الأطراف في التحكيم وذلك من أجل جلب المتعاقدين الاقتصاديين الدوليين.

قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المصادر و المراجع :

القرءان الكريم

أولاً: المصادر

1- قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، رقم (09/08) سنة 2008م.

2- أمر رقم 58\_75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 متضمن القانون المدني الجزائري معدل و متمم بالقانون رقم 10\_05 مؤرخ في 20 يوليو 2005.

ثانياً : المراجع باللغة العربية

1- د.احمد ابو الوفا ،التحكيم الاختياري و الاجباري، الاسكندرية ،1988

2- احمد بشير الشرايري ، بطلان حكم التحكيم و مدى رقابة محكمة النقض (التميز) عليه ،دراسة مقارنة ،الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع ،الاردن ، الطبعة الثانية 2016.

3- د. أحمد عبد الكريم سلامة،التحكيم في المعاملات المالية و الدولية المدنية و التجارية و الجمركية و الضريبية، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 2006.

4- الدكتور بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مركز الكتاب الأكاديمي، عمان، الأردن، طبعة الاولى، 2017م.

- 5- د. حسنى المصري، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، المجلة الكبرى، طبعة 2006م.
- 6- أ.د حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 2007.
- 7- الأستاذ لزهى بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 2014م.
- 8- د. محمد شهاب: أساسيات التحكيم التجاري الدولي والقوانين والاتفاقيات المنظمة للتحكيم عربياً وعالمياً، مكتبة الوفاء القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 2009.
- 9- ا.د محمود مختار احمد بريري ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، مصر، الطبعة الثالثة ، 2007.
- 10- د منير عبد المجيد ، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي في ضوء الفقه و قضاء التحكيم، منشأة المعارف بالإسكندرية ، طبعة سنة 1996.

- 11- د.مصطفى الجمال و د.عكاشة عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى، دار الفتح للطباعة و النشر ، الاسكندرية 1998.
- 12- د.نبيل إسماعيل عمر ،التحكيم في المواد المدنية و التجارية و الوطنية و الدولية،دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،الطبعة الثانية 2005.
- 13- د. نور الدين قارة، قانون التحكيم (مقدمة عامة، التحكيم الداخلي)، مركز النشر الجامعي 2017م، المركب الجامعي، منوبة، ر.ا.ب، 2010م، ط2، 2017م.
- 14- د.سامية راشد ،التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة،دار النهضة العربية، القاهرة 1984،
- 15- د. سراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، مصر ، طبعة سنة 2000.
- 16- ا.د. عبد العزيز العشراوي و د. علي علي ابو هاني ، فض المنازعات الدولية بالطرق السلمية ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر، الطبعة الاولى ، 2010.

17- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،مصادر الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة الجديدة.

18- د.عوني محمد الفخري ، ارادة الاختيار في العقود الدولية التجارية و المالية (دراسة مقارنة ) ،مكتبة زين الحقوقية و الادبية ، بغداد ، الطبعة الاولى ، 2012.

19- د.علي عوض حسن،التحكيم الاختياري و الاجباري في المنازعات المدنية والتجارية ،دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،2001 .

20- د.فارس محمد عمران، قوانين و نظم التحكيم، الجزء الثاني ، المركز القومي للإصدارات القانونية القاهرة ،الطبعة الثانية ،2015.

21- د. فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ،مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ،عمان ،الأردن ، الجزء الخامس.

22- د.فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء الوطني ،دار النهضة العربية ،1980.

23- د. خالد ابراهيم التلاحمة ،القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم التجاري الدولي،دار جهينة للنشر و التوزيع ، عمان،2006.

ثالثا : المعاجم :

- ابن منظور الدمشقي ، لسان العرب ، المجلد الثاني عشر ، دار صادر للطباعة و النشر و دار بيروت للطباعة و النشر 1056 م.

رابعا : المراجع باللغة الاجنبية :

- 1- M.BEDJAOUI et A .MEBROUKINE : le nouveau droit de l'arbitrage en Algérie, Clunet 1993.
- 2- Mostefa Trari : Droit algérien de l'arbitrage commercial international, première édition, Berti édition, Alger, 2007.
- 3- TERKI Noureddine,l'arbitrage commercial international en Algérie,O P U \_Alger , -7 1999 p32.

خامسا : المؤتمرات و الملتقيات و الأبحاث العلمية:

1- د إبراهيم احمد إبراهيم ،اختيار طريق التحكيم و مفهومه،بحث مقدم إلى الدورة العامة لإعداد المحكم ،مركز حقوق عين شمس، كلية الحقوق،جامعة عين شمس ،من 22 إلى 27 يناير 2000.

2- السيد صاوي احمد ، اجراءات التحكيم طبقا لقانون التحكيم المصري وفقا لاهم قواعد و انظمة التحكيم الدولي ، المؤتمر السنوي السادس عشر ( التحكيم التجاري الدولي)، كلية الحقوق، جامعة الامارات العربية المتحدة ، (د س ن).

3- د.نور حمد الحجايا،القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه، المؤتمر السنوي السادس عاشر (التحكيم التجاري الدولي) ،جامعة قطر.

سادسا: المجالات العلمية :

د. محمد ابو العينين ، المبادئ القانونية التي يقوم عليها التحكيم في الدول العربية و الافريقية التي تبنت قانون الاونسترال النموذجي للتحكيم، مجلة التحكيم العربي ، العدد الاول ، مايو 1999.

سابعا ا: الأطروحات و المذكرات:

1- د. هدى محمد مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم و حدود سلطاته، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق لجامعة القاهرة، سنة 1997

2- الهام عزام وحيد الخراز ، التحكيم التجاري الدولي في اطار منهج التنازع ، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون،كلية الدراسات العليا،جامعة النجاح الكنية،نابلس، فلسطين، 2009.

بشير سليم ،دور القاضي في التحكيم، رسالة لنيل شهادة الماجستير ، قانون اعمال ، كلية الحقوق، جامعة العقيد الحاج لخضر ،2003.

جارد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بلقايد، تلمسان، 2009

حدادان الطاهر، دور القاضي في مجال التحكيم التجاري الدولي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ،قانون الاعمال ،كلية الحقوق لجامعة ابي بكر بلقايد ، تلمسان ، 2009

بعزيزي سعاد، بكوش سامية ، مظاهر سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستير في القانون ، تخصص القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، 2014، 2015

ثامنا: المواقع الالكترونية:

موقع FORUM DES INGENIEURS MAGREBINS ، بحث حول مبدأ سلطان الإرادة ، جامعة يحي فارس ، المدينة ، 16 نوفمبر 2009 ، تاريخ الدخول 26 مارس 2018.

الفهرس

رقم الصفحة	العنوان
--	البسمة
--	شكر وعران
--	إهداء
--	خطة
01	مقدمة
06	الفصل الأول: ماهية التحكيم ودوافع اللجوء إليه
06	المبحث التمهيدي: التطور التاريخي للتحكيم.
06	المطلب الأول: التحكيم في المجتمعات البشرية القديمة
07	الفرع الأول: التحكيم عند اليونان.
08	الفرع الثاني: التحكيم عند الرومان.
09	المطلب الثاني: التحكيم عند العرب.
09	الفرع الأول: التحكيم عند العرب قبل الإسلام.
11	الفرع الثاني: التحكيم في الشريعة الإسلامية.
15	المبحث الأول: مفهوم التحكيم وطبيعته القانونية.
15	المطلب الأول: مفهوم التحكيم.
16	الفرع الأول: التحكيم لغة.
17	الفرع الثاني: التحكيم اصطلاحاً.
18	الفرع الثالث: التحكيم بمفهوم فقهي.
19	الفرع الرابع: التحكيم بمفهوم تشريعي.
20	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم.
20	الفرع الأول: الطبيعة الاتفاقية للتحكيم ( النظرية العقدية).
22	الفرع الثاني: الطبيعة القضائية للتحكيم ( النظرية القضائية).

23	الفرع الثالث: الطبيعية المركبة للتحكيم (النظرية المختلطة).
24	الفرع الرابع: نظرية استقلالية التحكيم.
26	المبحث الثاني: أنواع التحكيم ودوافع اللجوء إليه.
27	المطلب الأول: أنواع التحكيم.
27	الفرع الأول: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري
28	الفرع الثاني: التحكيم الوطني والتحكيم الدولي.
30	الفرع الثالث: التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح.
32	الفرع الرابع: التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي.
33	المطلب الثاني: دوافع اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي.
33	الفرع الأول: دوافع تتعلق بسرية قضاء التحكيم و سرعة إجراءاته.
35	الفرع الثاني: دوافع تتعلق بالمستثمر الأجنبي
37	الفصل الثاني: مبدأ سلطان الإرادة وتجلياته في كلا من اتفاق التحكيم و الخصومة التحكيمية
38	مبحث تمهيدي: ماهية مبدأ سلطان الإرادة والنتائج والقيود الواردة عليه.
39	المطلب الأول: ماهية مبدأ سلطان الإرادة.
39	الفرع الأول: تعريف مبدأ سلطان الإرادة.
39	الفرع الثاني: نشأة وتطور مبدأ سلطان الإرادة.
44	المطلب الثاني: النتائج والقيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة
44	الفرع الأول: نتائج مبدأ سلطان الإرادة.
45	الفرع الثاني: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة وصور تقلصه
50	المبحث الأول: تجليات مبدأ سلطان الإرادة في اتفاق التحكيم
50	المطلب الأول: إرادة الأطراف ودورها في صياغة إتفاق التحكيم

51	الفرع الأول: إتفاق الأطراف وأثره في اختيار هيئة التحكيم
56	الفرع الثاني: إتفاق الأطراف في اختيار لغة التحكيم ومكانه
68	الفرع الثالث: إتفاق الأطراف في اختيار الوقت وسريان التحكيم وإجراءاته
59	الفرع الرابع: إتفاق الأطراف والمسائل التي يجوز فيها التحكيم
60	المطلب الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم
61	الفرع الأول: إعمال منهج تنازع القوانين
68	الفرع الثاني: إعمال منهج القواعد المادية
74	الفرع الثالث: إعمال قاعدة الجمع بين كل من منهج تنازع القوانين ومنهج القواعد المادية
80	الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري
82	المبحث الثاني: تجليات مبدأ سلطان الإرادة في الخصومة التحكيمية
82	المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الإجراءات
83	الفرع الأول: تطبيق قانون إرادة الأطراف
85	الفرع الثاني: تصدي هيئة التحكيم لتحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات
89	الفرع الثالث: موقف الفقه والقوانين الدولية في تحديد الواجب التطبيق على الإجراءات
92	الفرع الرابع: موقف القانون الجزائري من إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات
94	المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع
94	الفرع الأول: تطبيق القانون المتفق عليه من قبل الأطراف
96	الفرع الثاني: تطبيق قانون دولة معينة
97	الفرع الثالث: تطبيق هيئة التحكيم للأعراف الجارية
98	الفرع الرابع: الفصل في النزاع وفقًا لقواعد العدالة والإنصاف
99	الخاتمة و النتائج المستخلصة.
104	قائمة المصادر والمراجع

