

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي  
جامعة الحاج لخضر باتنة 1  
كلية الحقوق و العلوم السياسية  
قسم الحقوق

# تتارع القوانين في منازعات التحكيم في عقود التجارة الدولية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم  
في الحقوق تخصص قانون الأعمال

تحت إشراف:

الأستاذة اذكتورة/ موساوي

إعداد الطالب:

بلهوان حسين

أمام لجنة المناقشة المكونة من:

رئيسا	جامعة باتنة 1	أستاذ التعليم العالي	أ.د. بشير سليم
مشرفا و مقرا	جامعة باتنة 1	أستاذ التعليم العالي	أ.د. موساوي أمال
ممتحنا	جامعة باتنة 1	أستاذ التعليم العالي	أ.د. قصوري فهيمة
ممتحنا	جامعة تبسة	أستاذ التعليم العالي	أ.د. نويري سعاد
ممتحنا	جامعة خنشلة	أستاذة محاضر (أ)	أ.د. دمان ذبيح عماد
ممتحنا	جامعة قسنطينة 1	أستاذ محاضر (أ)	أ.د. كحول وليد

السنة الدراسية 2021/2020

# إهداء

أهدي ثمرة جهدي

إلى اللذين كانا سببا في وجودي، إلى  
اللذين شجعاني في دربي ورفعنا بطموحي  
إلى العلا، إلى من كان سندي  
**أبي الغالي وإلى أمي الغالية**

إلى من تشاركني حياتي و تتقاسم معي  
أفراحي و مشاقي إلى زوجتي العزيزة  
إلى أبنائي و عماتي وكل أهلي

**إلى كل من فارقنا بجسده دون روح**  
وإلى كل أصدقائي وزملائي

إلى كل من ينتظر نجاحي

إلى كل هؤلاء أهدي هذا المجهود  
المتواضع

# تَشْكُرُ وَعَرَفَانُ

أشكر الله عز وجل على إتمام هذا  
العمل

أتقدم بشكري الجزيل إلى كل من  
ساعدني على إنجاز هذا العمل، وأخص  
بالذكر الأستاذة المشرفة الأستاذة  
**الدكتورموساوي أمال** التي لم تبخل  
علينا بتوجيهاتها وإرشاداتها.

إلى كل من قدم يد العون من أساتذة  
وموظفي جامعة باتنة.

وإلى كل من ساهم من قريب أو من بعيد  
في إنجاز هذا العمل أتقدم بالشكر  
الجزيل.

بلهوان حسين

مقدمة

عرف النظام الاقتصادي العالمي في أواخر القرن الماضي، تغيراً جوهرياً، و خاصة بعد تخلي أغلبية الدول على المنظومة الاشتراكية التي تقوم على سياسة اقتصادية موجهة، و انتقلوا إلى اقتصاد السوق المفتوح، الذي يعتبر عنوان الليبرالية و ركيزتها، ما اضطرت معه الدول النامية إلى تشجيع عملية انتقال رؤوس الأموال و إبرام عقود التجارة الدولية و خاصة عقود الاستثمار، و من تم إزالة كل الحواجز و العراقيل التي يمكن أن تعيق تلك العمليات التجارية ذات الطابع الدولي، سعياً منها إلى تحقيق التنمية و الخروج من دائرة التخلف، ولتحقيق ذلك كان يجب على هذه الدول تقديم مجموعة من الضمانات، هدفها جذب المستثمرين الأجانب، و خلق المناخ الاستثماري الملائم و الكافي لتدفق أموالهم. و بالرغم من ذلك، فإن طبيعة العلاقة بين تلك الدول و المستثمر الأجنبي، قد تؤدي إلى نشوء العديد من المنازعات بينهم، نظراً لاختلاف مصالح الطرفين، و عدم اتجاهاهما في مسار واحد، ففي حين يستهدف المستثمر الأجنبي تحقيق أكبر قدر ممكن من الربح، فإن الدول المضيفة له لا تستهدف استقطاب رؤوس الأموال فحسب، و إنما تسعى أيضاً إلى فرض رقابتها عليها.

و يعتبر التحكيم من أحد صور الضمانات التي تقدمها الدول للمستثمرين، حيث أصبح يحظى بأهمية كبيرة و متزايدة، لما يحتويه هذا النظام من خصائص تتناسب مع طبيعة عقود التجارة الدولية، و ما تتطلبه من سرعة الفصل في المنازعات، هذا من جهة، و من جهة أخرى فإن الشركات الأجنبية قد تحاول جاهدة تجنب قانون الدولة المعنية بالاستثمار، إما لانعدام الثقة في نظامها القانوني، أو لانعدامها في نظامها القضائي، أو التخوف من مواجهة قرارات مفاجئة أو تعسفية تصدرها الدولة بما لها من سيادة، لتحقيق أي اعتبار سياسي أو اقتصادي أو غير ذلك، لذا فقد ارتبط حل المنازعات بين المستثمر و الدولة المضيفة بنظام التحكيم، إلى حد اعتباره أكثر الوسائل ذبوعاً لحل المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الدولية.

و قد تأكدت أهمية اللجوء إلى التحكيم و الاعتراف به، بعد صدور عدة قوانين في الكثير من الدول، حيث حرصت هذه الأخيرة على إدراجه كضمان لحل المنازعات الخاصة بعقود التجارة الدولية و الاستثمار، و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري، فقد عمل منذ البداية على تخصيص أجزاء مستقلة في قانون الإجراءات المدنية، تختص في معالجة التحكيم عموما، و التحكيم التجاري الدولي على وجه الخصوص.

حيث عالج المشرع الجزائري التحكيم في بادئ الأمر، في الكتاب الثامن من الفصل الرابع للمرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أبريل 1993، بشأن تعديل قانون الإجراءات المدنية رقم 66-154، ثم في الفصل السادس من الباب الثاني من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد رقم 08-09، المؤرخ في 25 فيفري 2008، و التي ألغت المادة 1064 منه أحكام قانون الإجراءات المدنية رقم 66-154 بمجرد سريانه، و حددت المادة 1062 من ناحية أخرى نطاق تطبيقه الزمني بعد سنة من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، أي اعتبارا من 23 أبريل 2009، إذ نصت على أنه: " يسري مفعول هذا القانون، بعد سنة من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية".

كما وضعت لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة قواعد خاصة بالتحكيم، و وضعت هذه اللجنة أيضا قانونا، سمي بالقانون النموذجي للتحكيم يمكن للدول أن تتخذه مصدرا لتطوير قوانينها الخاصة بالتحكيم، بحيث تجعلها متفقة مع التطورات التي حدثت في هذا المجال، كذلك العمل قدر الإمكان على توحيد القواعد القانونية لمختلف التشريعات لتسهيل سير إجراءات الخصومة التحكيمية من جهة، و تسهيل تنفيذ قرارات و أحكام هيئات التحكيم من جهة أخرى، فتحقيق ذلك سوف يؤدي بالضرورة إلى تقليل التعارض بين تشريعات مختلف الدول، و بذلك التقليل من المنازعات المتعلقة بالغش نحو القانون و الدفع بالنظام العام.

كذلك و دائما على المستوى الدولي، فقد تم إبرام العديد من الاتفاقات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، ففي ظل عصبة الأمم المتحدة تم إبرام بروتكول جنيف في 24 سبتمبر 1924 بشأن الاعتراف بصحة شروط التحكيم، كما تم إبرام اتفاقية جنيف في 26 ديسمبر عام 1967 بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، و في إطار هيئة الأمم المتحدة تم إبرام اتفاقية نيويورك في 10 جوان 1958 بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية و تنفيذها، كما تم إبرام الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي في جنيف، في 21 أبريل 1961، كما تم إبرام معاهدة واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى في مارس 1965.

و قد زاد أن الاهتمام بالتحكيم أيضا و امتد إلى أكثر من هذا الحد عندما عمدت بعض الدول على إنشاء مراكز دائمة للتحكيم على إقليمها، و التي من أهمها محكمة التحكيم الدائمة لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، و الجمعية الأمريكية للتحكيم، ومحكمة لندن للتحكيم، و في مجال الاستثمار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار CIRD، الذي يعد أفضل الوسائل المتاحة لتسوية المنازعات الاستثمارية، لذلك فقد لجأت الكثير من الدول المضيفة للاستثمار إلى تقرير اختصاص المركز سواء في قوانينها الوطنية، أو في عقود الاستثمار التي تبرمها مع المستثمرين الأجانب.

و على الصعيد العربي نذكر المركز الإقليمي للتحكيم بالقاهرة، وهيئة التحكيم بالمحكمة العليا بالكويت، وغرفة التجارة و الصناعة بالبحرين، والأمانة العامة لإتحاد الغرف الخليجية، و ما إلى ذلك من مراكز التحكيم الدائمة في مختلف الدول.

إن دراسة موضوع التحكيم توجب علينا التعرف على ثلاثة مراحل يمر بها التحكيم: الأولى هي مرحلة الاتفاق على التحكيم، وهذه المرحلة تعتبر حجر الأساس الذي يقوم عليه التحكيم، و الثانية هي مرحلة الخصومة التحكيمية، أو الإجراءات المطبقة أثناء الخصومة، أما المرحلة الثالثة فهي مرحلة صدور

الحكم و الطعن فيه. و موضوع الدراسة المسمى بتنازع القوانين في منازعات التحكيم التجاري الدولي، يعالج إشكالية تنازع القوانين في أي مرحلة من مراحل التحكيم الثلاثة.

و تكتسي مرحلة القانون الواجب التطبيق على العقود بصفة عامة، أهمية كبيرة في الدراسات القانونية، حيث تعتبر من المواضيع الشائكة و الصعبة غي فقه القانون الدولي الخاص، و تزداد هذه الصعوبة بصفة خاصة عندما تثور هذه المسألة أمام المحكم الدولي، فالمعروف أن هذا الأخير ليس له قانون اختصاص أو كما هو معروف في فقه تنازع القوانين بالقانون الوطني للقاضي، الذي يحدد على أساسه القانون الواجب التطبيق، أو ما يعرف أيضا بقواعد الإسناد التي تعتبر قواعد وطنية و داخلية ومستقلة عن باقي قواعد الإسناد الخاصة ببقية الدول.

و من المسلم به في مجال المعاملات الدولية الخاصة أن للأطراف المتعاقدة الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقاتهم التعاقدية، و أنه في الحالة التي يختار الأطراف فيها قانونا ما ليحكم العلاقة، فعلى المحكمة المعروض أمامها النزاع أن تلتزم بتطبيق هذا القانون المختار طالما أنه لم يتعارض مع النظام العام في الدولة المعنية، و لم يكن مشوبا بالغش نحو القانون، و تؤيد ذلك قواعد التنازع في الغالبية العظمى من الدول، حيث كشفت لنا الدراسة المقارنة لمختلف هذه القواعد، على اتفاقها على إعطاء الأولوية لإرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، كما سوف نبينه في المراحل اللاحقة من هذا البحث.

كما تظهر لنا أهمية موضوع الدراسة، في أنه عندما يتفق الأطراف في علاقة ما، على حل ما قد يثور بينهم من منازعات عن طريق التحكيم، فإن قيام نزاع معين بينهم قد يؤدي إلى تداعي إجراءات التحكيم، و تبدأ هذه الإجراءات بتشكيل هيئة التحكيم أو كما سماها المشرع الجزائري: "محكمة التحكيم"، و تستمر حتى تنتهي بصدور الحكم الفاصل في موضوع النزاع. كل هذه المراحل لا بد أن تتم و بدون أي



شك وفقاً لقواعد قانونية معينة، و إذا كان من المتصور في أول نظرة على الموضوع أن تطبق قواعد و أحكام قانون واحد على كافة مراحل التحكيم، منذ الاتفاق على طرح النزاع على التحكيم مروراً بالإجراءات المطبقة على الخصومة، و انتهاءً بالفصل في موضوع النزاع، إلا أنه بالخوض في الموضوع فإن الباحث يفهم بسرعة أن هذا الفرض ليس بالضرورة أن يكون على هذا النحو، فمن الممكن اختلاف القانون الواجب التطبيق على مختلف هذه المراحل، بل لا يوجد ما يمنع ذلك سواء من الناحية القانونية أو العملية.

ويرجع ذلك إلى أن الاعتبارات التي تقود الأطراف أو هيئة التحكيم إلى اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، قد تختلف عن تلك التي تدفعهم لاختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

و مما لا شك فيه هو أن مختلف الأنظمة القانونية، قد وجهت اهتمامها لوضع تنظيم قانوني خاص بالتحكيم بصفة عامة، بالإضافة إلى موضوع تنازع القوانين و طرق تحديد القانون الواجب التطبيق في المنازعات التي تحل بالتحكيم، حيث يتبين من خلال استقراء هذه الأنظمة، أن نظام التحكيم يخضع إلى مبدأ قانوني هام، يتمثل في حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق عليه، و بالتالي امتداد العمل بمبدأ استقلال الإرادة حتى في مجال التحكيم، فحرية الأطراف لا تقتصر على الالتزامات التعاقدية فحسب، و إنما تمتد إلى غيرها من المنازعات القابلة للتحكيم، و يؤسس الفقه المعاصر ذلك ليس على قاعدة إسناد وطنية أو دولية، و إنما على قاعدة موضوعية فحواها أن لطرفي النزاع اختيار القانون الذي يطبقه المحكم، و هذه القاعدة مستقلة في نطاقها و في مداها عن كافة القوانين الوطنية.

انطلاقاً من ذلك فإننا يمكننا القول أن حرية الأطراف هي جوهر التحكيم مهما كان الموضوع الذي ندرسه، فلأطراف النزاع الحرية في اللجوء إلى التحكيم أم لا، ولهم الحرية في اختيار المحكمين الذين سوف يفصلون في نزاعهم، و في الأخير يمكنهم اختيار القانون الواجب التطبيق تحكيمهم.

والواقع أن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، هي فكرة سائدة في فقه القانون الدولي الخاص وتتازع القوانين في مجال العقود، إلا أن أهل الاختصاص في هذا المجال يعرفون أن هذه الحرية ليست مطلقة، بل مقيدة بما يسمى بالقوانين المرشحة للفصل في النزاع، أو بمعنى آخر القوانين ذات الصلة بالنزاع، و عليه فإن الإشكالية التي تثار هنا هي: كيف يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاعات التي تُحل بالتحكيم في مجال عقود التجارة الدولية، سواء في مرحلة إبرام اتفاق التحكيم أو إجراءاته أو موضوع النزاع؟

وهي الإشكالية التي تتفرع عنها التساؤلات الفرعية التالية:

- ما هي الأسس القانونية التي تقوم عليها حرية الأطراف في اختيار القوانين الواجبة التطبيق على تحكيمهم.
- وهل هي حرية مطلقة أم وضعت لها قيود كما هو الحال بالنسبة للعقود التي لا تحل بالتحكيم؟
- ما هي المعايير والضوابط التي يلجأ إليها المحكمون في حالة عدم تمكن الأطراف من الاتفاق على القوانين التي سوف تحكم علاقاتهم التحكيمية؟ انطلاقاً من اتفاق التحكيم إلى إجراءاته وموضوع نزاعه.

وأهم الأهداف التي يصب فيها هذا البحث هو الوصول إلى إيجاد حلول قانونية ذات طابع عملي للإشكاليات المثارة، التي قد تبدو بسيطة في ظاهرها أو مألوفة لأهل الاختصاص في مجال القانون

الدولي الخاص عموماً، و تنازع القوانين في العقود على وجه الخصوص، ففي موضوع تنازع القوانين دائماً يطرح دارسو هذه المادة التساؤل التالي: "ما هو القانون الواجب التطبيق على النزاع المشوب بعنصر أجنبي؟ فالإشكالات التي تطرح في مجال تنازع القوانين في موضوع التحكيم التجاري الدولي تختلف تماماً عن ما هو مألوف في هذا المجال، نظراً للطبيعة الخاصة التي تميز التحكيم الذي كما سبق وبيناه يمر بمراحل ثلاث، تستهل كل مرحلة البحث عن قانونها الواجب التطبيق عليها.

كذلك سوف نقوم من خلال هذه الدراسة، برصد أوجه القصور التشريعي و اقتراح معالجتها، كما سوف نقوم بالكشف عن مواطن الخلاف الفقهي، و دراسة الآراء التي قدمت بشأن محل كل خلاف وتحليلها وصولاً إلى ترجيح أحدها أو الخروج بوجهة نظر مغايرة لما قدم فيها، هذا بالإضافة إلى دراسة نصوص العديد من التشريعات الأجنبية والاتفاقيات الدولية ذات الصلة، للوقوف على ما يمكن أن تكون قد أسهمت به من حلول للإشكالات التي يثيرها موضوع البحث، ومدى التزام المشرع الجزائري بمواءمة تشريعاته للاتفاقيات الدولية النافذة عند سنه لقانون المدنية و الإدارية.

و لتكون الدراسة ذات هدف عملي حقيقي، يستوجب علينا استنباط المبادئ القانونية التي يمكن تعميمها من خلال دراسة الأحكام القضائية الداخلية و الدولية، و أحكام هيئات التحكيم المختلفة ذات الصلة بموضوع البحث، كما أننا وضعنا كل سعينا و جهدنا في جعل هذا البحث يهدف إلى الإسهام في تقديم أفكار قانونية و عملية جديدة، لمعالجة الإشكالات المتعلقة بتنازع القوانين في المنازعات التي تحل بالتحكيم.

يعتمد البحث المقدم على عدد من المناهج العلمية كطريق لمعالجة ما يثيره موضوعه من إشكالات في محاولة الوصول إلى حلول معالجتها، فيعتمد على المنهج الوصفي التحليلي و المقارن في دراسة نصوص القواعد القانونية ذات الصلة بموضوع البحث الواردة في التشريع الجزائري، و عدد من

التشريعات المقارنة و الاتفاقيات الدولية و الهيئات الدائمة للتحكيم، و المقارنة بينها لرصد أهم أوجه الاختلاف، و محاولة تحليلها لبيان مدى إسهام كل منها في إيجاد الحلول المناسبة لما قد يوجد من قصور في نظام التحكيم المعمول به في الجزائر.

وعليه ارتأينا تقسيم الدراسة إلى بابين اثنين، الباب الأول ندرس فيه اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه، وهو بدوره نقسمه إلى فصلين، سنقوم من خلال الفصل الأول بالتطرق إلى مفهوم اتفاق التحكيم و علاقته بعقود التجارة الدولية باعتبارها هي الإلزام الأصلي الذي من دونها لا يمكن حتى الكلام عن إمكانية وجود اتفاق التحكيم، و في الفصل الثاني سوف نعالج موضوع القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم و تحديد المناهج القانونية التي وضعها الفقه و التشريعات الدولية لذلك.

أما الباب الثاني فخصصناه لدراسة القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم و موضوع النزاع، انطلاقا من المنطق القائل بإمكانية تطبيق قانون مختلف على إجراءات التحكيم و الموضوع، حيث أننا سوف نتطرق لهذين النقطتين من خلال فصلين، و ذلك باعتبار أنه يوجد اختلاف بين المناهج القانونية لتحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات و موضوع النزاع.

## الباب الأول

إتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

سوف نقوم في بادئ الدراسة، من خلال الباب الأول بتناول تعريف ذلك التصرف الإرادي الذي يتمثل في الاتفاق على التحكيم من حيث الطبيعة المتميزة التي يكتسبها، و بوصفه تصرفا ينصب على إخراج نزاع من سلطة القضاء وإسناد الفصل فيه إلى نوع من القضاء الخاص، فهو من حيث الموضوع يتسم بذاتية تثير عدة مسائل قانونية أبرزها:

- مدى استقلاله عن العقد الأصلي الذي نشأ النزاع بصدده، أو تبعيته لهذا العقد وارتباطه به، كون العقد الدولي الخاص هو مصدر الالتزام ومصدر نشوء العلاقة القانونية بين أطراف النزاع.
- تعديل السلطة التي تملك الفصل في مسائل الاختصاص التي تثار بمناسبة اتفاق التحكيم، هل هي من سلطة القضاء أم هيئة التحكيم التي اتفق الأطراف على اللجوء إليها.
- طبيعة القواعد القانونية التي تحكم شروط صحته وآثاره، وهل تتحدد في مجال العلاقات الدولية الخاصة بالإسناد إلى النظام القانوني الداخلي في الدولة التي تشير إليها قاعدة التنازع المتعلقة بالعقود، أو بالتطبيق لتنظيم دولي يتضمن قواعد موضوعية وضعت خصيصا لإعطاء حولا مباشرة.

و لدراسة كل هذه الفرضيات، قمنا تخصيص فصل أول نعالج فيه ذاتية الاتفاق على التحكيم والعلاقة المباشرة والغير مباشرة التي تربطه بالعقد التجاري الدولي باعتباره السبب المنشأ للالتزام باتفاق التحكيم، وذلك بالنظر إلى الطبيعة المتميزة للمشكلات التي يثيرها لتحديد مدى استقلاليته والسلطة التي تملك الفصل في مسائل الاختصاص في ظل مختلف النظم القانونية الوطنية أو في المجال الدولي، سنقوم من خلاله دراسة اتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية.

سنقوم بعدها بتخصيص الفصل الثاني من هذا الباب لدراسة القانون الواجب التطبيق على اتفاق

التحكيم ونطاق تطبيقه، وسيكون ذلك حسب التقسيم التالي

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

الفصل الأول: إتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم

## الفصل الأول

### اتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية

نقطة البداية في نظام التحكيم هي الاتفاق على مبدأ التحكيم واختياره سببا لحل منازعات معينة أو المنازعات التي تثيرها معاملات معينة. وبدون هذا الاتفاق لا يمكن أن يجرى التحكيم أو يتم، لذلك فإن ما ينبغي على المحكم أو القاضي القيام به، هو أن يكرس اتفاق التحكيم و أن يساهم في فعاليته، أو أن يأمر بتنفيذ ما صدر فيه من أحكام، كذلك يجب عليه أن يتحقق من وجود هذا الاتفاق وصحته، فالاتفاق الباطل أو غير الموجود لا يسمح للقاضي أو المحكم أن يمارس اختصاصه بشأن هذا التحكيم.

كما تبرز الحاجة أيضا إلى تحديد طبيعة العلاقة بين اتفاق التحكيم وبين العقد الذي يثار بمناسبة النزاع، وإذا كانت هذه العلاقة علاقة تبعية أو علاقة استقلال، وهي تثار في فرضيتين:

فقد تثار عند التمسك ببطلان العقد أو فسخه أو انقضائه، فهل يمتد البطلان أو الفسخ أو الانقضاء، إلى اتفاق التحكيم؟ .

كما تثار مسألة العلاقة بين اتفاق التحكيم والعقد في فرض معاكس، وذلك عندما يتمسك أحد الأطراف بعدم صحة اتفاق التحكيم ذاته أو بطلانه، وفي هذا الفرض يثار التساؤل عن مدى تأثير العقد بما لحق اتفاق التحكيم من بطلان.

كل هذه النقاط تبرز لنا أهمية العقد الدولي في اتفاق التحكيم، وتزدادا هذه الأهمية إذا عرفنا أيضا أن عقود التجارة الدولية تشويها مشكلة تنازع القوانين، بل هي الأصل الذي جاء بفرضية تطبيق قانون أجنبي غير القانون الوطني للقاضي، والتحكيم هو نظام من أحد دعائمه أنه يعتبر حلا لهذه



## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

المشكلة، و ذلك لأنه في فلسفته يسمح للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على نزاعهم.

فالعقد المنشأ لاتفاق التحكيم، هو من أهم صور التصرف القانوني في المعاملات التجارية الدولية، خاصة إذا عرفنا أن العقد الدولي بمفهومه التقليدي بدأ يتلاشى نتيجة للجهود المبذولة لتوحيد أحكام التجارة الدولية، وتوحيد القواعد الموضوعية للعلاقة القانونية، أو إلى توحيد قاعدة إسناد في شأن تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد، على نحو يجعل هذه العقود عاملا حيويا و رئيسيا في تحقيق التنمية الاقتصادية عموما، ويجعلها تتماشى مع نظام التحكيم الدولي بصفة خاصة.

لذلك فإننا من خلال هذا الفصل سوف نقوم بدراسة أولا مفهوم عقود التجارة الدولية، وذلك بمعرفة تعريفها الدقيق والخصائص التي تميزها وعلاقتها بموضوع تنازع القوانين حتى يمكننا الربط بين العقد التجاري الدولي واتفاق التحكيم الذي يعتبر في الظاهر جزءا منه أو بندا من بنوده، وفي مرحلة أخرى سوف نتطرق لمفهوم اتفاق التحكيم والصور التي يظهر فيه، وطبيعته القانونية هل هو عقد أم إجراء؟

ولتجسيد ذلك فإننا نقسم هذا الفصل إلى مبحثين كالتالي:

المبحث الأول: مفهوم عقود التجارة الدولية

المبحث الثاني: مفهوم التحكيم و طبيعته القانونية

### المبحث الأول

### مفهوم عقود التجارة الدولية

بما أن أغلبية الحالات التي يقوم فيها اتفاق التحكيم الدولي تكون بمناسبة أو بسبب عقد دولي، فإنه لا يمكن تصور دراسة تنازع القوانين في الخصومة التحكيمية دون التعرف أولاً على عقود التجارة الدولية، كونها هي أيضاً قد تشوبها مشكلة تنازع القوانين، دون أن تكون خاضعة للتحكيم لفض النزاعات التي قد تقع بمناسبةها.

فتنازع القوانين في عقود التجارة الدولية التي لا تحل بالتحكيم وإن كانت له علاقة غير مباشرة بالموضوع البحث، إلا أنه وبتزايد الأهمية التي أصبحت التجارة الدولية تغلبها على الصعيد العالمي أدى ذلك إلى إعادة النظر في المفهوم التقليدي لفكرة تنازع القوانين، وبتعيين علينا في مستهل هذه الدراسة أن نتعرف بداية على موضوع البحث من حيث مفهوم عقود التجارة الدولية من خلال تعريفها وبيان المعايير المتبعة في إضفاء صفة الدولية على هذه العقود، وطريقة حل مشكلة تنازع القوانين الناجمة عن علاقة خاصة دولية ولتجسيد كل ذلك فإننا سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي:

#### المطلب الأول: تعريف عقود التجارة الدولية

#### المطلب الثاني: مبدأ سلطان الإرادة في عقود التجارة الدولية

#### المطلب الثالث: التجارة الدولية والقانون الدولي الخاص

#### المطلب الأول

### تعريف عقود التجارة الدولية

التجارة في اللغة تعني حرفة التاجر الذي يمارس البيع والشراء<sup>(1)</sup>.

والحقيقة أن هناك عاملاً جديداً دخل للتأثير في تحديد المقصود بالعقد الدولي وهو الجانب الاقتصادي في العقد. إذا لا يمكن وصف العقد ما لم يعتد باعتبارات التجارة بين الأمم، أي تصدير و استيراد البضائع ورؤوس الأموال، فنقل القيم الاقتصادية عبر حدود الدول في عقد ما، يسبغ عليه طابع خاص ببعده عن الخضوع للقانون الوطني، ولا شك أن التعويل على الجانب الاقتصادي في العقود الدولية ما هو إلا انعكاس لتزايد أهمية التجارة الدولية وظهور أشكال جديدة من العقود طغت أهميتها على العقود التقليدية<sup>(2)</sup>.

حيث يعد العقد من أهم صور التصرف القانوني فهو التعبير القانوني لإجراء المعاملات سواء على المستوى الداخلي أو على المستوى الدولي لذلك يمكن القول أن العقد إما أن يكون داخلياً وإما أن يكون دولياً<sup>(3)</sup> و العقود الدولية هي أداة تسيير التجارة الدولية، ووسيلة المبادلات الاقتصادية عبر الحدود.

وتتنوع العقود بتنوع موضوعاتها.

فهناك العقود الدولية التقليدية، كعقد البيع الدولي، وعقد التأمين، وعقد النقل، وعقد الهبة، وعقد العمل، ومع ظهور قوانين الاستثمار والتنمية الاقتصادية، ظهرت عقود أخرى لها وزنها الاقتصادي

---

(1) \_ المعجم الوجيز ، مجمع اللغة العربية، القاهرة، طبعة 2003، ص 72.

(2) \_ إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 348.

(3) \_ محمود سمير الشراوي، العقود التجارية الدولية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 12.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

والقانوني<sup>(1)</sup>، كعقود نقل التكنولوجيا، وعقود المفتاح في اليد، وعقود المساعدة الفنية وعقود التعاون الصناعي<sup>(2)</sup>.

وهنا لا بد أن نشير ونتعرف على عقود التجارة الإلكترونية نظرا للنمو الحادث والطلب المتزايد على التجارة الإلكترونية من خلال شبكة المعلومات الدولية "الانترنت" و حاجة رجال الأعمال والمستهلكين، للتعامل مع هذه العقود الإلكترونية الخاصة أو المغلقة، المستخدمة بالفعل عقود الاتصالات الإلكترونية فيما بين الكيانات التجارية<sup>(3)</sup>، وبسبب انتشار عقود التجارة الإلكترونية، وما ترتب عليه من إلغاء للحدود والحواجز بين الدول. كان لا بد من تدخل المشرع الوطني لوضع التنظيم القانوني المناسب لها بغية المساهمة في تنشيط حجمها.

وفي ما يلي سوف نعرض أهم العقود الخاصة بالتجارة الدولية والتي كثر التعامل بها.

### الفرع الأول

#### عقود التعاون الصناعي

تعتبر عقود التعاون الصناعي من العقود الحديثة نسبيا، حيث ترجع نشأتها إلى أوائل الستينات من القرن العشرين<sup>(4)</sup>، وذلك إبان التطور والتحول التكنولوجي الهائل الذي شهده العالم، والحاجة إلى نقل

---

(1) \_ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 5.

(2) \_ عبد الحكيم مصطفى، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي لخاص، مكتبة النصر، جامعة القاهرة، 1991، ص 33.

(3) \_ ممدوح محمد خيرى هاشم المسلمي، مشكلات البيع الإلكتروني عن طريق الانترنت في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2000، ص 81.

(4) \_ عوض الله شيبية الحمد السيد، النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة (مع دراسة تطبيقية على العقود المصرية) رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة أسيوط سنة 1992، ص 41

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

التكنولوجيا من الدول المتقدمة إلى الدول النامية بهدف تطبيق الفجوة العميقة في التقدم الاقتصادي والصناعي والفني بين الدول المتقدمة من جانب والدول الأقل نمو من جانب آخر.

ويمكن القول أن عقود التعاون الصناعي هي صورة خاصة للتعاون الاقتصادي الدولي تتعاون فيها مشروعات مستقلة من دول مختلفة بهدف إنتاج منتج معين بمزيد من الفاعلية في استخدام الظروف التكنولوجية، بزيادة التخصص والتعاون في الإنتاج والبحث والتطوير من أجل تحقيق الآثار الاقتصادية المستهدفة<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني

#### عقود الخدمة

وتعرف عقود الخدمة على أنها عمل قانوني تعد بمقتضاه الدولة إلى شركة أجنبية تعمل لحساب شركة محلية استغلال مورد طبيعي في نطاق معين ولمدة محددة ولا تختلط هذه العقود أيضا وعقود "تقسيم الإنتاج" حيث تقوم الشركة باستثمار رأس المال للتقريب على مسؤوليتها للإنتاج في حالة الكشف ويكون للمشروع الأجنبي حصة من الإنتاج في حالة النجاح التقنيي .

ويعتبر هذا النوع من العقود أول عقل حل محل عقد الامتياز، كونه له مجموعة من المزايا بالمقارنة مع عقد الامتياز وهي:

-تؤكد أن الدول هي المالك الوحيد للمصدر الطبيعي حتى بعد استخراج.

-تتميز عن عقل الامتياز الذي يعطي الملكية كاملة للشركة الأجنبية على المورد الطبيعي وقت

---

(1) \_ صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا (دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 150

### الفرع الثالث

#### عقود تقسيم الإنتاج

وفقا لهذا النوع من العقود تمول شركة أجنبية عمليات التنقيب و الاستخراج و تتحمل كل المخاطر المالية كالعقد السابق، غير أن الفارق بين الاثنين يتمثل في أن أجرة الشركة عند الخدمة هو حقها في شراء نسبة من إنتاج البترول بسعر أقل من سعر السوق أما في عقد تقييم الإنتاج فإن الشركة تحصل على حصة من الإنتاج.

### الفرع الرابع

#### عقود نقل التكنولوجيا

تشمل هذه العقود على كل ما يتعلق بإمكان نقل تطبيقات الملكية العلمية مثل: الترخيص والمساعدة الفنية، عقود المفتاح في اليد. عقود الإنتاج في اليد<sup>(1)</sup>.

### الفرع الخامس

#### عقود التجارة الإلكترونية

يعرف عقد التجارة الإلكترونية على أنه عقد مبرم بشكل غير شخصي عبر شبكة الانترنت من خلال ما يعرف بالتحكم عن بعد، وعلى الرغم من أن إبرام هذا العقد يتم بشكل ميكانيكي إلا أنه يظل من الضروري الحفاظ على الشكليات أو الصياغات التي يتطلبها القانون.

---

(1) \_B.hugonnier, investissement directs, coopération internationale et firmes multinationales, économique, paris, 1984, p19.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي تتميز بأن الإيجاب والقبول فيها يتم التعبير عنهما من خلال وسائط متعددة، أهمها شبكة تتميز بأن الإيجاب والقبول فيها يتم التعبير عنهما من خلال وسائط متعددة، أهمها شبكة المعلومات الدولية الانترنيت، بين أشخاص يسعون إلى إشباع حاجاتهم المتبادلة بإبرام عقودهم من خلال هذه الوسائط<sup>(1)</sup>.

ولا بد من إثارة تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية الإلكترونية لكن في المقابل لا تثار مشكلة التنازع في عقود التجارة الداخلية كونها تخضع للقانون الداخلي مع علم المتعاقدين المسبق بالقانون الذين تعاقدوا عليه، لكن يختلف الأمر بخصوص عقود التجارة الدولية لتحديد القانون الواجب التطبيق والتي تثير مشكلة تنازع القوانين، غير أنه من غير المستساغ أن تخضع الدولة وهي بصدد القيام بوظيفة من وظائفها لقانون دولة أخرى ما لم تكن قد ارتضت ذلك صراحة<sup>(2)</sup>.

إن العقود السابق ذكرها تأخذ بمعايير الإسناد السائدة في القانون الدولي الخاص وتطبيقاتها، والتي تعرف العقد الدولي على أنه العقد الذي يرتبط بأكثر من نظام قانوني ويخضع لنفس قاعدة الإسناد المطبقة على الالتزامات التعاقدية بصفة عامة<sup>(3)</sup>.

وبناء على ما سبق فإننا سوف نعرف عقود التجارة الدولية بأنها العقود التي تتعلق بأكثر من نظم قانوني واحد، وترتبط بمصالح التجارة الدولية والتي تؤدي إلى انتقال للأموال والخدمات عبر

---

(1) \_ أحمد الهواري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص. بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، كلية الشريعة والقانون، الفترة الممتدة من 10 إلى 12 ماي 2003.

(2) \_ فؤاد رياض وسامية راشد. الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، القاهرة، 1996، ص 339.

(3) \_ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969 الدولين، الطبعة السابعة، داره النهضة، القاهرة، 1972، ص 461.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

الحدود، وتثير إشكالية معرفة القانون الواجب التطبيق على العقد.

### المطلب الثاني

#### مبدأ سلطان الإرادة في عقود التجارة الدولية

إن الإرادة هي أساس القوة الملزمة للعقد، بل هي المصدر الوحيد المنشأ للالتزام العقدي، فإذا تم الاتفاق فكل ما اتفق عليه يقوم مقام القانون لمن تعاقداً<sup>(1)</sup>.

ولم يقف مبدأ السلطان الإرادة عند إعطاء الحرية للأطراف المتعاقدين في إختيار القانون الواجب التطبيق، وإنما تخطى ذلك إلى إعطائهم الحق في تغيير طبيعة القانون المختار من نصوص تشريعية يكتسب قوتها من صدورها عن مشروع وطني أو دولي معين لتكتسب إلزاميتها من كونها شروطاً تعاقدية<sup>(2)</sup>، وفي هذه الحالة تخضع عقود التجارة الدولية لمبدأ سلطان الإرادة، وكان من المستقر عليه إخضاع العقد لقانون محل إبرام منذ نشأة نظرية الأحوال وقيل في تبرير هذه القاعدة أن المتعاقدين يعتبران قد رضيا ضمناً بتطبيق هذا القانون، فمن المنطقي أنه ما دام العقد يخضع لقانون محل إبرامه باعتبار أن المتعاقدين ارتضيا الخضوع لأحكامه فإنه يجب الاعتراف بأن للمتعاقدين أن يختارا قانوناً آخر غيره يحكم العقد، ومن هنا نشأة فكرة سلطان الإرادة<sup>(3)</sup>.

وإذا رجعنا إلى القوانين الداخلية فإننا سوف نجد مبدأ سلطان الإرادة هو السائد في حالة تنازع القوانين في العقود التجارية، فقد نص المشرع الجزائري صراحة على ذلك في قاعدة الإسناد الخاصة

---

(1) \_ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المجتمع العربي الإسلامي، بيروت، لبنان، 1934، ص 86.

(2) \_ صلاح الدين جمال الدين محمد، نظرات في القانون لواجب لتطبيق وفقاً للمادة 01/42 من اتفاقية مركز تسوية الاستثمار (crdi)، در النهضة العربية، 1996، ص 12.

(3) \_ إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 349.



## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

بالعقود، وذلك في نص المادة 18 من القانون المدني<sup>(1)</sup>، فقد أعطى أولاً الحرية للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على نزاعهم، وفي حالة عدم إمكان ذلك فإن القاضي يعتد بالموطن المشترك، وإن لم يكن هناك موطن مشترك فالعبرة بالجنسية المشتركة، ثم بعد ذلك يطبق القاضي قانون محل إبرام العقد باعتبار هذا الاحتمال دائماً موجود. حيث يفهم من نص المادة 18 أن المشرع رجح الكفة العقدية بأعماله لمبدأ سلطان الإرادة وجعل الحرية أولاً للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة كما يظهرها مضمون النص بل يجب على القانون المختار أن يكون قانوناً ذات صلة حقيقية بالنزاع أو بعبارة أخرى يجب أن يكون ضمن القوانين المرشحة لحل النزاع وهم، قانون الموطن المشترك وقانون الجنسية المشتركة وقانون محل إبرام العقد، وفي حالة عدم تمكن الأطراف فقط من الوصول إلى اتفاق يطبق القاضي أحد هذه القوانين حالة بحالة وبالترتيب المنصوص عليه في نص المادة.

وعليه فإن تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية واختيار القانون من بين القوانين المختلفة هو الذي يمثل المبدأ الأساسي لسلطان الإرادة في العقود، التي تستمد قوتها من حرية الأطراف في إبرام العقود وتكوين بنوده والآثار التي تترتب عليه بل وفي جميع الروابط ولو كان غير تعاقدية، فالأطراف الذين يملكون كل هذه الصلاحيات دون تدخل القانون بنصوص أمرة من المنطقي أثبت لهم حرية اختيار القانون الذين يرونهم ملائماً لحل ما قد يقع من نزاعات بخصوص العقد الذين أنشئوه<sup>(2)</sup>.

---

(1) \_ تنص المادة 18 من القانون المدني على: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة. وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد." القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 الجريدة الرسمية رقم 44، ص 20. المعدل و المتمم للأمر 58/75 المتعلق بالقانون المدني.

(2) \_ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، المجلد الأول، 1981، الصفحة 176.

### المطلب الثالث

#### عقود التجارة الدولية والقانون الدولي الخاص

سوف نقسم هذا المطلب على فرعين ندرس في الفرع الأول تعريف قانون التجارة الدولية و خصائصه، و في الفرع الثاني معايير دولية العقد و تنازع القوانين.

### الفرع الأول

#### تعريف قانون التجارة الدولية وخصائصه

##### أولاً: تعريف قانون التجارة الدولية:

لقد عرفت الأمانة العامة للجمعية العامة بهيئة الأمم المتحدة عند البحث في إنشاء لجنة لتوحيد أحكام قانون التجارة الدولية سنة 1965 هذا القانون على أنه "مجموعة القواعد التي تسري على العلاقات التجارية المتعلقة بالقانون الخاص والتي تجري بين دولتين أو أكثر".<sup>(1)</sup>

و يعرف قانون التجارة الدولية بأنه مجموعة القواعد التي تخضع مباشرة حلولا موضوعية لمشاكل العقود الدولية للتجارة، والتي تختلف بذلك عن قواعد الإسناد، التي تحتويها النظم الوطنية في القانون الدولي الخاص، فلو رجعنا إلى تعريف الأمانة العامة للجمعية نجده مشابه لتعريفات أخرى حيث يشمل هذا التعريف مجموعة القواعد المتعلقة بالبيع الدولي للمنقولات و الإعتمادات المصرفية والنقل و التأمين و حقوق المؤلف و الملكية الصناعية والتحكيم التجاري و عقود الاستثمارات<sup>(2)</sup>.

---

(1) \_ محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998. ص 05.

(2) \_ سامي مصطفى فرحان، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق جامعة

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

وبالرغم من تعدد التعريفات الفقهية لقانون التجارة الدولية، غير أن الملاحظ عليها هو عدم اتفاقها على تعريف موحد هذا القانون، حيث يختلف الأمر تبعاً لاختلاف مذهب كل فقيه، فيعرفه فريق منهم على أنه ذلك القانون الذي يتضمن القواعد القانونية لتعاملات المؤسسات التجارية عبر الدولية و العلاقات المالية المصاحبة لتلك التعاملات، كما يعرفه آخر بأنه النظام القانوني الذي يضم القواعد التي تحكم ذاتية العقود أو الأدوات التي بواسطتها تجرى فعلاً المعاملات التجارية<sup>(1)</sup>.

استناداً إلى ما تقدم فإننا نعرف قانون التجارة الدولية بأنها مجموعة القواعد القانونية العابرة للحدود والتي تهدف إلى توحيد القواعد الموضوعية وقاعدة الإسناد لتعيين القانون الواجب التطبيق لتتناسب وخصوصية نمو وتطور عقود التجارة الدولية.

### ثانياً: خصائص قانون التجارة الدولية:

من خلال ما تقدم من تعريفات لقانون التجارة الدولية يتضح لنا مجموعة من الخصائص نبين أهمها في ما يلي:

1- قانون التجارة الدولية يحتوي على مجموعة من الاتفاقيات الدولية المبرمة في مجال التجارة الدولية.

وعلى ذلك نرى أنه بينما يعني القانون الدولي الخاص بتعيين القانون الوطني الواجب التطبيق في حالات تنازع القوانين على العلاقة القانونية موضوع النزاع، فإن قانون التجارة الدولية يهدف إلى إيجاد قواعد موضوعية في شأن هذه العلاقة تحل محل القواعد الوطنية وتقضي بالتالي على التنازع

---

عين شمس كلية الحقوق، 2006، ص 25.

(1) \_ ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية (اتفاقية إفيان 1980. مكتبة الجلاء المنصورة، 1995، ص 16.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

بينها، وذلك في الحالة التي يقع فيها تنازع بين القوانين الوطنية المختلفة بشأن علاقة قانونية معينة<sup>(1)</sup>.

### 2- تمتع قواعد قانون التجارة الدولية بصفة النظام القانوني:

يرى جانب كبير من الفقه أن قانون التجارة الدولية يحتوي على قواعد قانونية تشكل نظاماً قانونياً ومستقل بذاته، فهي قواعد عامة ومجردة وهي متناقضة ولا يمنع من إلزامها الذاتي خاصة في ظل قواعد عبر دولية آمرة، فضلاً عن أن هذه القواعد تستوفي الركن المؤسسي حيث تنتمي إلى مجتمع يتمتع بقدر من التنظيم ووحدة المصلحة<sup>(2)</sup>.

### 3- يتسم قانون التجارة الدولي بأنه من صنع التجار:

وهذه الصفة تعود إلى أن المتتبع لنشأة قانون التجارة الدولي يجد أن التجار كانوا هم أنفسهم واضعي هذا القانون عن طريق عاداتهم وممارساتهم في الأسواق لتبادل السلع، وإذا كان العرف التجاري من الناحية التاريخية هو المصدر الحقيقي الأول للقانون التجاري كله، فإن التاجر يعتبر منذ فجر التاريخ هو المشرع الحقيقي للقانون التجاري<sup>(3)</sup>.

### 4- أن عقود المعاملات التجارية الدولية تأخذ الصبغة الدولية:

يعد العقد أهم صور التصرف القانوني لإجراء المعاملات سواء كان ذلك على المستوى الداخلي أو الدولي، ولكن العقود الخاضعة لقانون التجارة الدولية تتجاوز حدود الدول لأنها تنظم علاقات تجري

---

(1) \_ محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 05.

(2) \_ حمزة حداد، دراسة في قانون التجارة الدولية، الدار المتحدة للنشر ببيروت، 1980، ص 29.

(3) \_ علي البارودي، العرف التجاري (مكانته ودور القضاء والفقه في احترامه وتطويره، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد الأول، 1987، ص 14.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

في إقليم دولتين أو أكثر.

أن قانون التجارة الدولية يحتوي على قواعد موضوعية ولا يهتم إلا بعلاقات القانون الخاص، ونلاحظ أن العقد يستمد صفته الدولية من طبيعة العلاقات التجارية التي يحكمها و أن معيار الدولية يختلف من عقد إلى آخر، لهذا فإن العلاقات التجارية التي لا تحتوي على عنصر أجنبي يخرجها عن الحدود الجغرافية أو الاقتصادية أو القانونية، لا يسري عليها قانون التجارة الدولية<sup>(1)</sup>، مثال ذلك البيع الدولي الذي وضع بموجب اتفاقية سنة 1964 لتحديد دولية عقد البيع وفقا لهذا المعيار لا يرتبط باختلاف جنسية المتعاقدين، إذ قد يعد البيع دوليا ولو كان كل من البائع و المشتري من جنسية واحدة، وإنما العبرة باختلاف مراكز أعمال الأطراف المتعاقدة أو محال إقامتهم العادية، وهذا ما يعرف بالمعيار الشخصي، وهناك أيضا معايير موضوعية لتحديد معنى الدولية للعلاقات القانونية التي كون محل التنظيم، وذلك من حيث موضوعه أو محله أو ظروف إبرامه وتنفيذه<sup>(2)</sup>.

يفهم من خلال ما تقدم أنه لا مجال للكلام عن العقد الدولي دون وجود عنصر أجنبي، والعنصر الأجنبي قد يكون، إما أطراف العقد والعبرة هنا بالجنسية التي يحملها كل طرف من العقد، وإما أن يكون العنصر الأجنبي في محل العقد، أي مصدر الإلتزام فيكون الشيء المبيع هو المحل إذا كان عابرا للحدود، وفي الأخير إما أن يكون في سبب العلاقة، ولكن السبب هنا ليس له علاقة بالمشروعية كما هو معروف في النظرية العامة للالتزامات، بل يقصد بالسبب هنا السبب المنشئ للعلاقة الدولية وهو العقد الذي تم إبرامه خارج الحدود الوطنية.

---

(1) \_ ثروت حبيب، ، ص 19.

(2) \_ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، 2001، ص 48.

## الفرع الثاني

### معايير دولية العقد وتنازع القوانين

من المتعارف عليه أن القانون الدولي الخاص يعتبر من فروع القانون الذي لا شأن له بعلاقات القانون الداخلي، ومما لا شك فيه أن تكييف عقد ما، إذا كان يعد عقدا دوليا من عدمه هو أمر لا يتوقف على إرادة الأطراف، وإنما يستمده القاضي من الخصائص الذاتية للرابطة العقدية، حيث أن البحث في دولية العقود في مجال التجارة الدولية يعد بحثا لمسألة أولية لازمة لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص<sup>(1)</sup>.

وهناك عدة معايير في تحديد الصفة الدولية للعقد وسوف نتناول في هذا الفرع موضوع معيار العقد الدولي ويمكن حصرها في المعيار القانوني، والمعيار الاقتصادي، والمعيار المختلط.

#### أولا: المعيار القانوني:

وقد حظي هذا المعيار بتأييد الفقه التقليدي، حيث يعتبر العقد دوليا لمجرد أن أحد أطرافه يتمتع بجنسية دولة أجنبية أو متوطنا في الخارج أو لأنه أبرم في دولة أجنبية، أو كان من المقرر أن ينشأ بعض الالتزامات في الخارج<sup>(2)</sup>.

ويتسم المعيار القانوني بالوضوح والسهولة والبساطة، فالمعيار الذي استقر عليه الفقه هو أن تطرق الصفة الأجنبية إلى أي عنصر من عناصر العلاقة القانونية يؤدي إلى اعتبارها من العلاقات ذات الصفة الأجنبية وهو ما يثير البحث عن القانون الواجب لتطبيق على هذه العلاقة وتعتبر هذه

(1) \_ إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي لخاص (الموطن ومركز الأجانب)، مرجع سابق، ص 12.

(2) \_ إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 346.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

العلاقات ذات طابع دولي، وكان السائد في الفقه التقليدي، أن معيار العقد الدولي هو دائما معيارا قانونيا، كالعقد بين جزائري وفرنسي أو الذي محله شيء موجود خرج التراب الوطني الجزائري، أو الذي كان واجبا تنفيذه في دولة أخرى، أو الذي يكون أبرم في إقليم دولة أجنبية، فالعبرة إذن بالأطراف أو المحل، أو السبب المنشأ للعلاقة<sup>(1)</sup>.

وتطبيقا لهذا المعيار فإن الأجنبي الذي يشتري جريدة أو علبة سجائر فإنه يبرم عقدا من عقود القانون الداخلي، إذ أن جنسيته هنا تعتبر عنصرا سلبيا غير مؤثر في تكييف العملية العقدية، أما إذا أبرم العقد بين جزائري محل إقامته بمصر وآخر تونسي مقيم بفرنسا، على أن ينفذ العقل في إيطاليا هنا نكون فعلا بموجب عقد دولي لاتصال عناصره بأكثر من نظام قانوني.

فإذا تطرق العنصر الأجنبي إلى أطراف العلاقة أو إلى موضوعها أو سببها أو لأي منها أكسبت العقد للطابع الدولي الذي يبرر إخضاعه لأحكام القانون الدولي الخاص، فهذه الفكرة هي فكرة راسخة وأصبحت من البديهيات أو المسلمات، ولكن الفقه الحديث ذهب إلى غاية التفرقة بين العناصر القانونية للعقد لإكسابها الصيغة القانونية الدولية والتي أوردتها الصفة الأجنبية بين العناصر الفاعلة والمؤثرة وغير المؤثرة، ولوجود هذه العناصر تصبح العلاقة المطروحة على بساط البحث دولية، وبتعيين لإكسابها هذا الطابع أن تكون قد تطرقت إلى عقد فاعل ومؤثر، لذلك فإن الجنسية الأجنبية للمتعاقد لا تعد عنصرا مؤثرا في عقود التجارة الدولية وعقود المعاملات المالية بصفة عامة<sup>(2)</sup>.

وعلى العكس فإن محل تنفيذ العقد، وكذلك اختلاف موطن المتعاقدين ولو اتحدا في الجنسية يعد من العناصر الحاسمة أو المثيرة في إضفاء الطابع الدولي على عقود المعاملات المالية والتبادل

(1) \_ سامي مصطفى فرحان، المرجع السابق، ص 42.

(2) \_ إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 337.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

التجاري<sup>(1)</sup>.

إلا أنه ما جاء به الفقه الحديث في التفرقة بين ما يكون العنصر الاجنبي وتفريقها إلى عناصر فعالة وأخرى غير فعالة يمكن انتقاده بشدة، حيث لا يمكن تصور إمكانية إستبعاد جنسية أطراف العقد، لأن جنسية الأطراف هي جوهر ظهور فكرة تطبيق القاضي لقانون غير قانونه الوطني، فالقاضي يكون دائماً أميل إلى تطبيق قانونه الوطني لذلك تبدو خطورة هذا المعيار من حيث أنه قد يكون سندا للعودة إلى فكرة الإقليمية في تطبيق القوانين.

ومما لا شك فيه، أن في المعيار القانوني سواء في الفقه الحديث أو التقليدي هو أن سلطة القاضي في تحديد ما إذا كان العقد دولياً أم لا، ليست سلطة مطلقة وإنما تخضع لرقابة محكمة النقض، لما تتطوي من تكييف لمدى دولية العلاقة المطروحة وبالتالي ضرورة إعمال قواعد الإسناد من عدمه، فرقابة محكمة لنقض هنا إنما ينبع من اختصاص المحكمة بالإشراف على سلامة تطبيق قاعدة الإسناد ذاتها، وقواعد الإسناد من القواعد الوطنية التي يخضع تفسيرها وتطبيقها لرقابة محكمة النقض<sup>(2)</sup>.

غير أن تطور ونمو تزايد عمليات التجارة عبر الحدود أظهر معياراً آخر أطلقه عليه المعيار الاقتصادي:

### ثانياً: المعيار الاقتصادي:

اتجهت محكمة النقض الفرنسية منذ الثالث الأول من القرن العشرين إلى وضع بعض القواعد

---

(1) \_ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص 62، 63

(2) \_ Jean Michel Jacquet, le contrat international. Edition Dalloz (collection du droit), page 09.



## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

الخاصة بالعقود المتعلقة بالتجارة الدولية من ذلك إقرارها لصحة شرط التحكيم المدرج في العقود المبرمة بين الدولة وأحد الأشخاص الخاصة الأجنبية رغم بطلان مثل هذا الشرط إذا ورد في عقد داخلي، ومن ذلك أيضا إقرارها بسلامة شرط الذهب وما في حكمه من الشروط النقدية التي تهدف إلى ضمان مخاطر تحويل العملة إذا تضمنها عقد دولي رغم بطلان هذه الشروط في المعاملات الداخلية بطلانا مطلقا لتعارضها مع النظام العام<sup>(1)</sup>.

انطلاقا من ذلك فقد اعتد أنصار هذا المعيار الجديد بالمضمون الاقتصادي للعقد، خاصة بعد ظهور أشكال جديدة من العقود طغت أهميتها على العقود التقليدية، كعقود نقل التكنولوجيا وعقود التجارة الإلكترونية وبدأت مثل هذه العقود تنتشر في معظم الدول منذ بداية النصف الثاني من القرن العشرين، حيث اعتمد أنصاره في البداية على حركة المد والجزر للبضائع والسلع ورؤوس الأموال والخدمات عبر حدود دولتين أو أكثر، واعتبر بمقتضاه أن كل عقد لا يستتبع ذهاب وعودة أو تصدير واستيراد، للقيم الاقتصادية بين الدول لا يعد دوليا، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في قضية "موريس فرحات ليفي ضد البنك الزراعي المصري" التي أقرت انه حتى يكون العقد دوليا يجب أن ينشئ تحركات متقابلة للأموال على شكل حركات المد والجزر (ذهابا وإيابا) عبر الحدود الدولية<sup>(2)</sup>.

يفهم من ذلك أنه وفقا لهذا المعيار، أنه لا يمكن وصف العقد دوليا ما لم يعتد باعتبارات التجارة بين الأمم أي تصدير و استيراد البضائع وما يستتبعه من انتقال لرؤوس الأموال<sup>(3)</sup>، فأتصاف تلك العقود بالطابع الدولي يفتح المجال لتطبيق مختلف قواعد القانون الدولي الخاص سواء تعلق بالقواعد المادية أو

(1) \_ إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 348.

(2) \_ جمال محمود الكردي، حق المؤلف في العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، الطبقة الأولى القاهرة، 2002، ص 136.

(3) \_ حسام الدين فتحي ناصف، عقود الوسيطاء في التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 17.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

المتعلقة بتنازع القوانين (1).

وقل تعمقت الدراسات المقارنة، في التدليل على أن المضمون الاقتصادي للعقد صار هو المناط في تحدي طابعه الدولي، فالعقد يعتبر دولياً إذا كان متعلقاً بمصالح التجارة الدولية، أو على العكس من ذلك، فإن عدم توفر المعيار الاقتصادي يصب بالعقد في إطار الوطنية، وذلك بصرف النظر عن المضمون أو العناصر التقليدية كالجنسية والموطن ومحل الإبرام<sup>(2)</sup>، وأن أي عقد يمكن أن يكون دولياً في مفهوم المعيار القانوني ليس بالضرورة أن يكون ذلك في المعيار الاقتصادي، الذي يتوقف على مضمونه أو موضوعه، والهدف من هذا التحرر من الفكر التقليدي هو خدمة مصالح التجارة الدولية، وجعل القانون يتماشى مع المتطلبات الاقتصادية والتجارية وليس العكس.

هذا وقد اختلفت وجهة نظر الفقه بالاعتداد بدولية لعقد، فمهم من أخذ بالمعيار الاقتصادي باعتباره أوسع مجالاً، بينما ينادي البعض الآخر بضرورة الإبقاء على المعيار القانوني وتطبيقه كمعيار عام لتحديد دولية العقد مع تطبيق المعيار الاقتصادي بصورة استثنائية وذلك من منطلق أن المعيار الاقتصادي أضيق نطاقاً، لا يمكن إعماله إلا في حالات محددة تنحصر بصفة عامة في المسائل المتعلقة بالتجارة الدولية وخاصة ما يتعلق منها بالتحكيم الدولي على وجه الخصوص<sup>(3)</sup>.

وهكذا فإن المعيار الاقتصادي ورغم ما يقدمه من سهولة في التطبيق لعملي فإنه لا يمكن تصور وجوده، المتمثل في تجاوز العملية القانونية لحدود الدولة الواحدة، دون وجود العنصر القانوني.

---

(1) \_ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 137.

(2) \_ إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 342.

(3) \_ أشرف وفا، تنازع القوانين في مجال القوانين في مجال الحقوق الذهنية للمؤلف، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 188.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

وهذا ما أطلق عليه بالمعيار لمختلط، فلا بد في النهاية من الجمع بين المعيار القانوني والمعيار لاقتصادي، فهما متكاملان لا متناقضان.

### ثالثاً: المعيار المختلط أو المزدوج:

لمعرفة دولية العقد وفقاً للمعيار المزدوج لا بد من الجمع بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي، ويترتب على هذا الجمع التضييق من معيار دولية العقود، بحيث لا يؤدي مجرد تضمينها لعنصر أجنبي إلى إعمال قواعد القانون الدولي الخاص، وإنما يتعين لهذا الإعمال أيضاً أن تهدف العملية العقدية إلى إنتقال للأموال أو الخدمات عبر الحدود.

وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 04 جويلية 1972 المتعلق بدولية العقد، وبالتالي صحة شرط التحكيم المدرج به، وهو ما سبق أن انتهى إليه أيضاً الحكم المطعون فيه، وذلك لأن العقد المذكور قد أبرم في هولندا بين شركة هولندية وشخص فرنسي الجنسية أصبح بمقتضاه وكيلا للشركة المذكورة مما يجيز له تسويق منتجاتها في فرنسا<sup>(1)</sup>.

وقد استندت المحكمة عند تأكيد دولية العقد على المعيار القانوني أولاً الذي يقبل اتصال الرابطة العقدية بأكثر من نظام قانوني فالعقد المبرم في هولندا بين شركة هولندية وشخص فرنسي كلف بتوزيع منتجات الشركة بفرنسا، وهو ما يكشف عن اتصال الرابطة العقدية بكل من النظام القانوني الهولندي والنظام الفرنسي.

على أن لم تكتف بتوافر العناصر الأجنبية في الرابطة العقدية على هذا النحو، وإنما أشارت في

---

(1) \_ هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014، ص 95.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

معرض حكمها إلى ما تهدف إليه هذه الرابطة من تشجيع لصادرات الشركة الهولندية في فرنسا، وهو ما سيؤدي إلى انتقال للأموال عبر الحدود، ويمس على هذا النحو مصالح التجارة الدولية وهذا هو جوهر المعيار الاقتصادي<sup>(1)</sup>.

والجمع بين المعيارين بهذا الشكل يؤكد الصفة الأجنبية للرابطة العقدية بصورة أفضل، وتوافر المعيار الاقتصادي مع المعيار القانوني، هو الذي يعطي للعنصر الأجنبي صفته المؤثرة والفعالة في الرابطة العقدية في عقود التجارة الدولية التي تحقق التنمية الاقتصادية فما انتقال القيم الاقتصادية من بلد لآخر إلا نتيجة لتصرف قانوني سبق هذا الانتقال<sup>(2)</sup>.

ونخلص مما قدمناه في شأن معايير دولية العقد من معيار قانوني اشتمل على عنصر أجنبي إلى معيار اقتصادي اتصل بمصالح التجارة الدولية ثم معيار مختلط يؤدي بالضرورة إلى المناداة للجمع بين المعيارين وكل هذه المعايير تهدف إلى التحقق من دولية العقد من عدمه. وعلى هذا النحو يمكننا القول بضرورة الإبقاء على المعيار القانوني وتطبيقه كمعيار عام لتحديد دولية العقد، إلا أن المعيار القانوني رغم احتوائه للمعيار الاقتصادي إلا أنه يمكن الفصل بينها، وذلك لأن مجال كل منهما يختلف عن الآخر، لذلك فإننا نميل إلى تطبيق المعيار المختلط خاصة في العقود التي يتم تسويتها بشرط التحكيم وما يرتبه ذلك من آثار قانونية خاصة فيما يخص القانون الواجب التطبيق سواء في إجراءات سير الخصومة التحكيمية في موضوع النزاع.

---

(1) \_ عكاشة عبد العال، قانون العقوبات المصرفية الدولية، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة لدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 155.

(2) \_ محمد عبد العزيز علي بكره، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، دراسة في لنظام القانوني لقود المبركة بين الدول ولأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2000، ص 65.

## المبحث الثاني

### مفهوم التحكيم وطبيعته القانونية

ظهر اصطلاح "اتفاق التحكيم" لأول مرة في اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية الموقعة بتاريخ 10 جويلية 1958 حيث نصت المادة الثانية منها على أن "تلتزم كل دولة متعاقدة بالاعتراف باتفاق التحكيم المكتوب".

وقد سار على نهج هذه الاتفاقية جميع الإتفاقيات الأخرى التي تلتها، كالاتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجاري، كما أخذ بذلك القانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية "أونسترال لعام 1985"<sup>(1)</sup>.

كل هذه الإتفاقيات وخاصة اتفاقية نيويورك، كانت المهد لوضع نظام قانوني جديد وهذا بخلق مناهج قانونية جعلت للتحكيم أسس تشريعية وفقهية وجعلت منه نظاما قانونيا في خدمة التجارة الدولية التي هي في تطور مستمر.

وقد درسنا في المبحث السابق عقود التجارة الدولية لأنه لا يمكن تصور وجود اتفاق التحكيم دون وجود العقد المتنازع فيه لذلك سوف نقوم من خلال هذا المبحث بدراسة مفهوم التحكيم وطبيعته القانونية حتى يمكننا إبراز العلاقة القانونية بين العقد التجاري الدولي و اتفاق التحكيم، وسيكون ذلك بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي المطلب الأول نتناول فيه تعريف التحكيم وصوره و

المطلب الثاني ندرس فيه الطبيعة القانونية للتحكيم.

---

(1) \_ أحمد مخلوف، إتفاق لتحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 2005، ص 31.

## المطلب الأول

### تعريف التحكيم وصوره

سوف نخصص هذا المطلب لدراسة تعريف التحكيم و الصور القانونية التي يتخذها، و ذلك

حسب التفصيل التالي:

## الفرع الأول

### تعريف التحكيم

التحكيم لغة من مادة "حكم" وحكم بتشديد الكاف تعني طلب الحكم ممن يتم الاحتكام إليه

ويسمى الحكم بفتح الحاء والكاف أو المحكم بضم الميم وفتح الحاء والكاف مشددة<sup>(1)</sup>.

وسوف نتعرض فيما يلي لكل من تعريف الفقه والقضاء ومختلف التشريعات للتحكيم

أولاً: تعريف الفقه للتحكيم:

اختلف الفقهاء في وضع تعريف اصطلاحي لنظام التحكيم، إلا أن هذا لاختلاف ليس اختلافاً

سلبياً، فإن معظمها يدور حول معنى ومضمون واحد، ولتجنب الوقوف في التكرار سوف نعرض أهم

لتعريفات الفقهية في هذا المجال .

فقد عرفه الأستاذ "رونيه دافيد rene david على أنه: تقنية تهدف إلى إعطاء حل لمسألة

تتعلق بالعلاقات بين شخصين أو عدة أشخاص، من طرف شخص أو عدة أشخاص آخرين (المحكم

أو المحكمين)، يستمدون من اتفاق خاص ويحكمون بناء على هذا الاتفاق دون أن يكونوا مكلفين بتلك

---

(1) \_ محمد مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة، 2007، ص 05.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

المهمة من طرف الدولة (1).

كما عرفه لأستاذ فيليب فوشار " Philippe fauchard بأنه إتفاق الأطراف على أن يخضع نزاعهم إلى قضاء خاص يختارونه (2) .

فيما عرفه الأستاذ "جاروسون" بأنه النظام الذي يسمح لشخص آخر غير طرفي أو أطراف النزاع ممارسة اختصاص قضائي في نطاق ما هو مقرر له بواسطة هؤلاء (3).

كما عرفه الفقه العربي بأنه النظام أو الوسيلة التي بمقتضاها يستغنى الأطراف عن قضاء الدولة، فكما أن الأفراد يستطيعون باتفاقهم حل منازعتهم بالصلح فيما بينهم، فإنهم يستطيعون عرض هذه المنازعة على شخص أو أشخاص يختارونهم، لكي يتولوا الفصل في هذه المنازعة (4).

كذلك عرفه البعض على أنه اتفاق بين طرفين أو أكثر على إخراج نزاع أو عدد محدد من النزاعات من اختصاص القضاء العادي، وأن يعهد به إلى هيئة تتكون من محكم أو أكثر للفصل فيه

---

(1) \_ ولقد ورد هذا التعريف باللغة الفرنسية كالتالي:

« l'arbitrage est une technique visant a faire donner la solution d'une question, intéressant les rapport entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs autres personnes-l 'arbitre ou les arbitres- lesquelles tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention, Sans être investis de cette mission par l'état »

R.David, l'arbitrage dans le commerce international, Economica, 1982, p9.

(2) \_ ولقد ورد هذا التعريف باللغة الفرنسية كالتالي:

« l'arbitrage, les parties conviennent de soumettre leur différend au jugement de, ph. fauchard, E. Gaillard, B Goldman traité de l'arbitrage commercial international, paris, litec-Delta, 1996, p 11.

(3) \_ لقد ورد هذا التعريف باللغة الفرنسية كالتالي:

« l'arbitrage est l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties en exerçant la mission juridictionnelles qui lui a été confiée par celles-ci »

Ch.Jarrosso, la notion d'arbitrage, paris, L.G.D.J, 1987, p785.

(4) \_ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 2001، ص 37.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

بقضاء ملزم<sup>(1)</sup>.

كما يمكن اعتباره اتفاق يقضي بطرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به<sup>(2)</sup>.

وفي الجزائر عرفه الأستاذ محمد بجاوي على أنه، ذلك النظام القضائي الخاص، والغير المألوف، أي أن النزاع يسلب من إختصاص محاكم الدولة ليمنح إلى أشخاص خواص يختارهم أطراف النزاع مباشرة أو بواسطتهم<sup>(3)</sup>.

وفي رأينا فإن التعريف الفقهي الأشمل هو ذلك الذي يعرف التحكيم على أنه، حق يقرره القانون أو هو امتياز يعطيه القانون للأفراد يخول لهم الاتفاق على إحالة ما ينشأ بينهم من نزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة ينشأ بينهم بالفعل على واحد بالفعل على واحد أو أكثر من الأشخاص يسمون محكمين ليفصلوا في النزاع المذكور بدلا من أن يفصل فيه القضاء العام<sup>(4)</sup>.

### ثانيا: تعريف التشريعات للتحكيم:

لم يتعرض المشرع الجزائري سواء في المرسوم التشريعي رقم 09/93، أو في قانون الإجراءات

---

(1) \_ محمد أبو العينين، المبادئ القانونية التي يقوم عليها التحكيم في الدول العربية والافريقية التي تبنت قانون اليونسترال النموذجي، بحث في مجلة التحكيم العربي، العدد الأول، 1999، ص 08.

(2) \_ أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري وإلجباري، منشأة المعارف، القاهرة، 2001 ص 14.

(3) \_ Mohamed Bejaoui, l'évolution des conception et de la pratique algérienne en matière d'arbitrage international, REV MUTATIONS n 3, 1997, p60.

(4) \_ أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم (27) لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 10.



## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

المدنية والإدارية الجديد<sup>(1)</sup> -لتعريف التحكيم، وإنما اكتفى بإبراز عناصره وخصائصه الذاتية التي تميزه عن أية وسيلة أخرى من وسائل تسوية النزاعات<sup>(2)</sup>.

أما المشرع المصري فقد عرف التحكيم في المادة 10 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، إلا أن جانب كبير من الفقه لا يرى في نص المادة تعريفاً مباشراً لتحكيم كنظام، فالمادة المذكورة عرفت اتفاق التحكيم الذي يعتبر آلية من آليات التحكيم، ولكنها لم تعرف نظام التحكيم في حد ذاته<sup>(3)</sup>.

كذلك المشرع الفرنسي، فقد عرف الشرط التحكيمي في المادة 1442 من تقنين المرافعات المدنية المعدل بمقتضى المرسوم الصادر بتاريخ 14 ماي 1980، بأنه الاتفاق الذي يتعهد بموجبه أطراف عقد من العقود على حل المنازعات التي نشأ عنه بواسطة التحكيم. ثم عرف مشاركة التحكيم في مادة 1447 من نفس التقنين بأنها عقد يتفق بمقتضاه أطراف النزاع نشأ بالفصل على إحالته محكم أو عدة محكمين<sup>(4)</sup>.

ويمكن القول أن هذه التشريعات لم تعطي تعريفاً دقيقاً للتحكيم كنظام، ربما كان هدفه عدم تقيده

---

(1) \_ القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(2) \_ مونية جمعي، التحكيم كنظام لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في ظل القانونيين الجزائري والمصري، رسالة ماجستير جامعة القاهرة، كلية الحقوق، سنة 2009، ص 120.

(3) \_ تنص المادة 10 على: "اتفاق التحكيم هو إتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية...".

القانون رقم 27 لسنة 1994 المعدل والمتمم بالقانون رقم 09 لسنة 1997. جمهورية مصر العربية، الجريدة الرسمية، 16.

(4) \_ عبد الحميد الاحدب، ترجمة لنصوص تقنين المرافعات المدنية الفرنسية في موسوعة التحكيم، الجزء الثاني، التحكيم الدولي، دار المعارف، سنة 1998، ص 443.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

في تعريف ثابت وجامد، وإنما عرفه من خلال مختلف آلياته وخصائصه، وهذا راجع إلى الجانب العملي الكبير الذي يخص التحكيم إضافة إلى الجانب العقدي الذي يميزه والحرية التي يعطيها للأطراف.

وعلى خلاف كل من هذه التشريعات، نجد أن القانون التونسي رقم (42) لسنة 1993، المتعلق بإصدار مجلة التحكيم، قد عرف نظام التحكيم صراحة في الفصل الأول منه وذلك على النحو التالي: «التحكيم هو طريقة خاصة لفصل بعض أصناف النزاعات قبل هيئة تحكيم يسند إليها الأطراف مهمة البث فيها بموجب اتفاقية تحكيم. وهو نفس التعريف الذي أخذ به المشرع الموريتاني في قانون التحكيم رقم 06 لسنة 2000<sup>(1)</sup>».

### ثالثا: تعريف القضاء للتحكيم:

لقد تعرضت جهات القضاء المختلفة لتعريف التحكيم في لعديد من الأحكام الصادرة عنها، نذكر منها: حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر الصادر بتاريخ 17 ديسمبر عام 1994 والذي جاء فيه أن التحكيم هو: «عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما، أو بتفويض منهما، أو على ضوء شروط يحددها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائيا عن شبهة الممالة، مجردا من التحامل، وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبهما التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره

تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية»<sup>(2)</sup>.

(1) \_ مونية جمعي، المرجع السابق، ص 121.

(2) \_ القضية رقم 13 لسنة 15 قضية "دستورية. جملة 1994/12/17 مجموعة الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا، الجزء السادس، ص 414.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

وكذلك حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 16 ديسمبر 1971، حيث عرضت التحكيم بأنه: «طريق إستثنائي لفحص الخصومات، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، وما تكفل من ضمانات، ومن تم فهو مقصور حتما على ما تتصرف إرادة المحكمتين إلى عرضه على هيئة التحكيم» (1).

كذلك عرفه مجلس الدولة الفرنسي في القرار الصادر بتاريخ 21 أبريل عام 1994، إذ ذهب إلى أن: «التحكيم هو سلطة القرار التي يعترف بها لطرف ثالث والتسليم بالصفة القضائية لقرار المحكم» (2).

من خلال ما تقدم فإننا نلاحظ أن التعريفات التي ذكرها الفقه للتحكيم تختلف كثيرا ن تلك التي جاءت بها القوانين والأنظمة الوضعية أو تلك التي وردت بأحكام القضاء، ولكن جميعها تدور حول جوهر واحد وتعتبر عن مضمون ومعنى واحد، وعلى ضوء ما تقدم، نحاول إستخلاص تعريف شامل للتحكيم فنقول: أنه ذلك الاتفاق أو التعهد بين طرفين أو أكثر في عقد أو علاقة قانونية والذي يعبرون عن إرادتهم الواضحة بإخضاع كل أو بعض منازعتهم المستقبلية لنظام التحكيم بواسطة هيئة تحكيم، يتم تشكيلها من طرفهم عند نشوء النزاع، مما يستلزم نزع الاختصاص للقضاء العادي الذي يكون أصلا المختص بنظر النزاع، ما لم يوجد نص قانوني يمنع ذلك.

وبناء عليه يتضمن تعريف التحكيم عنصرين: الأول هو أن اللجوء إلى نظام التحكيم لحل

---

(1) \_ الطعن رقم 275 لسنة 36 قضائية جلسة 1971/12/16 مجموعة الأحكام الصادرة من لهيئة العامة للمواد التجارية والمدنية ومن دائرة الأحوال الشخصية، العدد الأول مطبعة دار القضاء العالي، 1972، ص 179.

(2) \_ « l'arbitrage se caractérise par le pouvoir de décision reconnu au tiers, et il reconnaît un caractère juridictionnel à la décision de l'arbitre » conseil d'état. 21 avril 1943. société de constructions du nord de la France. Rec.leb, p107.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

النزاعات هو وليد تراضي أطراف النزاع، والثاني هو الطابع الإلزامي هذا الحل الذي يقرره أشخاص لا ينتمون إلى القضاء يسمون المحكمون ويكونون من اختيار أطراف النزاع.

### الفرع الثاني

#### صور اتفاق التحكيم

قد يكون اتفاق التحكيم سابقا على نشوء النزاع وفي هذه الحالة يسمى شرطا، كما يمكن أن يبرم بعد نشوء النزاع فيسمى مشارطة .

وعلى ذلك فإن معيار التفرقة بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم هو معيار زمني "قبل وبعد" فإذا أبرم الاتفاق قبل نشوء النزاع سمي شرطا وإذ أبرم الاتفاق بعد نشوء النزاع يسمى مشارطة.

كما أن الاتفاق على التحكيم قد يأتي من خلال الإحالة إلى عقد أو مستند يشتمل على شرط التحكيم، وهو ما يعرف باسم شرط التحكيم بالإحالة. وعلى ذلك يأخذ اتفاق التحكيم صورا ثلاثا وهي:

#### أولاً: شرط التحكيم:

هذه الصورة عرفها القانون الجزائري في المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>(1)</sup>. والمشرع المصري في المادة 02/10، من قانون لتحكيم المصري الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994<sup>(2)</sup>.

(1) \_ القانون رقم 09/08 المذكور سابقا.

(2) \_ نصت المادة 02/10 من القانون رقم 27 لسنة 1994 على «يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين وفي هذه الحالة يجب ان يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة 30 من هذا القانون.» سامح

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

كما أشارت المادة 01/07 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي "أونسيترال" لعام 1985 إلى شرط التحكيم بقولها «ويجوز أن يكون إتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق مستقل».

يتضح من ذلك أن اتفاق التحكيم الذي يسبق نشوء بإجماع التشريعات "شرطاً" يمكن أن يرد في شكل بند أو شرط في عقد معين، كما يمكن أن يرد في محرر مستقل عن العقد الأصلي.

وفي كلتا الحالتين فإنه يتضمن اتفاقاً على التحكيم لتسوية كل المنازعات أو بعض المنازعات التي من المحتمل أن تنشأ بين الطرفين.

ولكون هذه النزاعات عند الاتفاق، في عداد المحتمل ومن تم غير محددة الموضوع، فقد أوجب المشرع الجزائري في المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن يثبت شرط التحكيم بالكتابة مع بيان أسماء المحكمين أو طريقة تعيينهم.

ولكن ما يميز شرط التحكيم ليس وروده في العقد الأصلي، إذ يرد شرط التحكيم في محرر مستقل، ومع ذلك يسمى شرطاً، إنما الذي يميز شرط التحكيم، هو سبقه لنشوء النزاع، بمعنى كون المنازعات التي ينصب عليها اتفاق التحكيم هي منازعات محتملة لم تنشأ بعد.

ونظراً لما يترتب عليه شرط التحكيم من أثر خطير يتمثل في نزول الطرفين عن حقهما في اللجوء إلى القضاء، وكذا ما يقتضيه مبدأ الرضائية الذي تقوم عليه فلسفة التحكيم من التحقق من صحة الإرادة،

---

عاشور وعبد السلام كشك. قوانين المرافعات و التحكيم في المواد المدنية والتجارية. شركة ناس للطباعة. نقابة المحامين، القاهرة، 2007، ص 224.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

وكونها إرادة حرة مختارة وسليمة من العيوب، لذلك تدخلت أغلب التشريعات لوضع شكل معين لشرط التحكيم.

### ثانيا: مشاركة التحكيم:

عرف المشرع الجزائري المشاركة في التحكيم في نص المادة 1011، التي جاء فيها ما يلي «إتفاق لتحكيم هو الإتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشؤه على التحكيم»<sup>(1)</sup>.

يتبين من هذا النص أن مشاركة التحكيم هي إتفاق التحكيم الذي يبرم بين الطرفين بعد نشوء نزاع بينهما، ولكننا نلاحظ أن المشرع المصري في الفترة الثانية من المادة 10<sup>(2)</sup> من قانون التحكيم لم يكتفي بهذا التعريف البسيط، حيث أضاف في معنى المادة أن الاتفاق على التحكيم في شكل مشاركة يبقى قائما ولو كان النزاع محل المشاركة قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية أيا كانت المرحلة التي فيها الدعوى أو درجة التقاضي ما دام لم يصدر فيها حكم نهائي، فصدور حكم نهائي حول نزاع ما، يمنع الاتفاق على التحكيم بشأنه لأن حجية الشيء المقضي فيه تتعلق بالنظام العام<sup>(3)</sup>.

فالمشاركة في التحكيم هي اتفاق خاص يبرمه الأطراف بشكل مستقل عن العقد الأصلي، وذلك للجوء إلى التحكيم بصدد حل نزاع قائم فعلا بينهما، فمن خلال مقارنة كل من القانون الجزائري والمصري نلاحظ أن المشرع المصري كان أكثر تفصيلا ووضوحا من نظيره الجزائري، فمن خلال نص

(1) \_ القانون رقم 09/08 المذكور سابقا.

(2) \_ تنص لمادة 10 من القانون رقم 27 لسنة 1994: «...كما يجوز أن يتم إتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم و إلا كان الاتفاق باطلا» سامي عاشور وعبد السلام كشك. المرجع السابق، ص 224.

(3) \_ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة الأولى، 2007، ص 92.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

قانوني واحد (المادة 10) استطاع المشرع المصري توضيح الفرق بين مفهومي الشرط والمشاركة في التحكيم على خلاف المشرع الجزائري الذي وقع خلط كبير بين إتفاق التحكيم الذي يضم كل من الشرط والمشاركة، والمشاركة في التحكيم التي تعتبر إتفاق لاحق للنزاع.

فالمشاركة لا تكون إلا بعد نشوء النزاع، والشرط لا يكون إلا قبل نشوء النزاع، ويترتب على هذه التفرقة بين صورتى إتفاق التحكيم حتمية قانونية هامة تتمثل في:

- أن اتفاق التحكيم في صورة شرط يكون بصدد نزاع محتمل.

- أن اتفاق التحكيم في صورة المشاركة يكون بصدد نزاع قائم.

فالسائد في الفقه استعمل مصطلح "إتفاق التحكيم" على كل من الشرط الذي يرد في العقد أو مستقلا عنه، والذي بمقتضاه يقبل الأطراف اللجوء إلى التحكيم لتسوية ما قد ينشأ بينهما من نزاعات في المستقبل و"مشاركة" وهي الإتفاق اللاحق على إبرام عقد معين ويتضمن تفاصيل تسوية النزاع عن طريق التحكيم<sup>(1)</sup>.

وذهب رأي في الفقه الحديث، إلى أنه عندما يضمن الأطراف عقدهم بندا بحل المنازعات التي قد يثيرها العقد بطريق التحكيم، فإن هذا البند يسمى شرط تحكيم، إلا أنهم عندما يبرمون عقدا مستقلا عن عقدهم الأصلي يسمى شرط تحكيم، إلا أنهم عندما يبرمون عقدا مستقلا عن عقدهم الأصلي يسمى مشاركة التحكيم، أو اتفاق تحكيم، والأصل أنه لا فرق بين الصورتين سوى أن شرط التحكيم لا يتصور أن يتم الإتفاق عليه إلا بعد إثارة النزاع أما المشاركة كعقد مستقل فيمكن إبرامها قبل إثارة النزاع أو

---

(1) \_ أحمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2000، ص 21.

بعده. (1)

نلاحظ أن الفقه الحديث قد جعل معيار التفرقة بين شرط التحكيم ومشارطته هو الرابطة العضوية بالعقد الأصلي من حيث تحريره فيعتبر اتفاق التحكيم المرتبط عضويا بالعقد الأصلي بوروده ضمن بنوده "شرطا"، من جهة أخرى فإن اتفاق التحكيم الذي يبرم في عقد مستقل عن العقد الأصلي، سواء قبل النزاع أو بعد النزاع يعتبر مشارطة وقد تعرض هذا الرأي للانتقاد من وجهين.

**الوجه الأول:** أنه قصر استخدام مصطلح إتفاق التحكيم على مشارطة التحكيم دون شرطه وما يتعارض مع ما تسيّر عليه تشريعات ولوائح التحكيم التي تستخدم اصطلاح اتفاق التحكيم وتدرج تحته شرط التحكيم والمشارطة معا.

**الوجه الثاني:** في أن المشارطة في التحكيم يمكن إبرامها قبل إثارة النزاع كما يمكن إبرامها بعد ذلك، ينتقد في أنه يخالط بين شرط التحكيم ومشارطته، إذ أن المعيار الوحيد للتمييز بينهما هو أن الأول يبرم قبل وقوع النزاع والآخر بعد وقوعه (2).

### ثالثا: شرط التحكيم بالإحالة:

إن ورود اتفاق التحكيم في صورة شرط أو مشارطة هو الشكل التقليدي لصور اتفاق التحكيم، ومع زيادة أهمية التحكيم في التجارة الدولية ظهرت صورة جديدة من صور إتفاق التحكيم وهو شرط التحكيم بالإحالة والذي يثير صعوبات عديد تبرز بصفة خاصة في مجال تنازع القوانين.

(1)\_ jean robert , l'arbitrage- droit interne- droit international privé- 6 édition, 1993, p14.

(2) \_ أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم التجاري الدولي والداخلي، الطبقة الأولى، دار النهضة العربية القاهرة، 2004، ص 204-209.



## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

ويقصد بشرط التحكيم بالإحالة أن شرط التحكيم لا يكون واردا في العقد الأصلي، وإنما يكتفي بالنص في هذا العقد على الإحالة إلى وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم، ومن ثم ينسحب أثر شرط التحكيم الوارد في تلك الوثيقة إلى العقد الأصلي من حيث التزام أطرافه بهذا الشرط، وتعتبر هذه الإحالة اتفاقا على التحكيم ويستوي في ذلك أن تكون الوثيقة المحال إليها اتفاقا سابقا بين الطرفين أو لائحة من لوائح المراكز الدولية للتحكيم<sup>(1)</sup>.

وقد نصت على شرط التحكيم بالإحالة المادة السابقة من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "أونسيترال" لعام 1975، التي جاء فيها «وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشمل على شرط تحكيم بمثابة إتفاق تحكيمي شريطة أن يكون مكتوبا وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث يجعل ذلك الشرط جزءا من العقد» وهذا ما ذهب إليه أيضا المشرع المصري في المادة 10 في فقرتها الثالثة من قانون التحكيم بقولها «ويعتبر إتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزء من العقد<sup>(2)</sup>.

على خلاف ذلك، فإن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى شرط التحكيم بالإحالة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، واكتفى فقط بتعريف شرط التحكيم والمشاركة في التحكيم، ولكن وحسب رأينا فإن عدم نص المشرع لجزائري على هذه الصورة من صور إتفاق التحكيم، لا يعني أنه لا يجوز أو أنه يقع باطلا، فمن جهة نص المشرع صراحة على الصور التقليدية للتحكيم، ومن جهة أخرى فقد رجح الكفة العقدية وترك الحرية للأطراف العقد الدولي في اختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، أو القانون لذي يراه المحكم ملائما، وقد جاء ذلك في نص المادة 02 / 1040 من قانون الإجراءات

(1) \_ فتحي والي، المرجع السابق، ص 98.

(2) \_ سامح عاشور وعبد السلام كشك، المرجع السابق، ص 244.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

المدنية والإدارية (1).

فالاعتراف بشرط التحكيم بالإحالة، واعتباره اتفاقا صحيحا رغم عدم ورود إتفاق تحكيم صريح في العقد الأصلي والاكتفاء بالإشارة إلى عقد آخر أو وثيقة أخرى، هو أمر تقتضيه طبيعة المعاملات التجارية الدولية، وذلك لتكملة النقص أو سد الثغرات فيما يبرم من عقود، فإحالة إتفاق التحكيم إلى عقود نموذجية عامة معروفة في مجال التعامل التجاري الدولي هو أمر أكثر عملية.

إلا أنه يجب وضع مجموعة من الضوابط من شأنها إحكام الرقابة على سلامة الرضا، وتوافر الإرادة الصحيحة في شرط التحكيم بالإحالة منها أن يكون العقد الوارد به الإحالة مكتوبا، وأن تكون الإحالة واضحة في اعتبار شرط التحكيم المحال إليه جزءا من العقد المحيل ذاته سواء علم الأطراف ذلك صراحة باطلاعهم على العقد أو المستند المحال إليه، أو ضمنا، إذا كانوا بحكم تعاملهم المتكرر في نشاط معين يبرمون عقودهم وفقا لشروط عامة أو عقود نمطية تحتوي على شرط تحكيم ويفترض قطعيا علمهم بها.

ومقتضى ذلك أنه إذا أثبت أن الطرف الذي ينكر شرط التحكيم بالإحالة لم يكن ليعلم بذلك الشرط في الظروف المعتادة، أو يتعذر أو يستحيل عليه أن يعلم به فلا يلزم به ويبقى الاختصاص بتسوية النزاع للقضاء العادي، ما لم يبرم اتفاق أو مشاركة تحكيم يعيدون به الاختصاص للتحكيم (2).

### المطلب الثاني

---

(1) \_ المادة 2/1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: «..تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابة للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما...» القانون رقم 09/08 المذكور سابقا.

(2) \_ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 464.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

### الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم

إن تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم هو أمر بالغ الأهمية، من حيث معرفة نوع المعاملة القانونية التي سيعامل بها الحكم الصادر عن هيئة التحكيم، سواء في الدولة التي صدر فيها أو خارجها، كما تظهر أهمية تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق في النزاعات التي سوف تطرح بخصوص إتفاق التحكيم، لذلك سوف نتعرض لها من خلال موقف الفقه وموقف مختلف التشريعات في الأنظمة المقارنة.

### الفرع الأول

#### موقف الفقه من الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم

لقد ثار جدل كبير فيما يخص الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم، مما أدى إلى ظهور عدة مذاهب فقهية، فذهب جانب من الفقه بالقول بغلبة الطبيعة التعاقدية عليه، فيما رجح جانب آخر الطبيعة القضائية، في حين وقف اتجاه ثالث موقفاً وسطاً وقال بالطبيعة المختلطة للتحكيم، ونظراً لعدم استقرار تلك الاتجاهات ظهر في الآونة الأخيرة اتجاه رابع ينادي بالطبيعة المستقلة.

#### أولاً: النظرية العقدية:

يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن جوهر التحكيم هو إتفاق الأطراف على اللجوء إليه، وبالتالي فإن التحكيم عقد رضائي ملزم للجانبين ويعتبر من عقود المعاوضة، ويعتبرون أن حكم التحكيم جزء لا يتجزأ من اتفاق التحكيم بل يندمج معه، فالأولوية في نظام التحكيم ليست لمهمة المحكم، وإنما لمن

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

أولاده وخوله هذه المهمة. فأطراف اتفاق التحكيم هم الذين يختارون الإجراءات الواجب إتباعها، ويعينون شخص أو أشخاص المحكمين، ويدفعون أتعابهم، ويحددون القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ومما يؤكد صحة هذه النظرية-حسب رأيهم- أن تشريعات التحكيم التي سنتها الدول أو الاتفاقيات الدولية لم تضع أحكاماً آمرة إلا في أضيق الحدود، ولخدمة وتحقيق إرادة الأطراف، فدور الدولة يقف عند حدود الدولة الحارسة التي تسهر على منع المساس بالنظام العام<sup>(1)</sup>.

وقد أبدت محكمة النقض الفرنسية الطبيعية التعاقدية للتحكيم في حكمها الصادر في 27 جويلية 1937، والذي جاء فيه أن قرارات التحكيم الصادرة من محاكم التحكيم على أساس مشاركة تحكيم تكون وحدة واحدة مع هذه المشاركة وتشاركها في صفتها التعاقدية .

وبالرغم من الحجج العديدة التي ساقها أنصار هذه النظرية إلا أنها تعرضت لبعض الانتقادات من جانب الفقه المنكر لها وتتمثل فيما يلي:

-إذا كانت هذه النظرية تعطي الأولوية لاتفاق التحكيم وتبين أهمية الإرادة كأساس لتحديد طبيعته القانونية، إلا أنها لا تكفي وحدها لإقامة نظام التحكيم، كما أنها لا تصلح أيضاً لإضفاء الحجية على أحكامه<sup>(2)</sup>.

-كما أن هذه النظرية انتقدت في أنها عجزت عن تبرير ما يتمتع به المحكم من سلطات قضائية، كما أنها تهدف إلى إنكار الطبيعة القضائية للتحكيم واستبعاد أحكامه باعتبارها أحكاماً أجنبية.

---

(1) \_ محمود مختار أحمد بري، المرجع السابق، ص 07.

(2) \_ غسان علي علي. الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي تثور بصدها. رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، سنة 2004، ص 262.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

كما أنه يصعب النظر إلى التحكيم كعقد لأن العقد في حد ذاته لا يحل النزاع، وإن كان هناك إتفاق بين الأطراف على حل النزاع، فيجب عدم الخلط بين هذا الإتفاق وبين التحكيم فالعقد ليس جوهر التحكيم بدليل عدم وجوده في التحكيم الإجباري<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: النظرية القضائية:

يذهب أنصار هذه النظرية إلى القول بأن الصفة القضائية للتحكيم هي السمة البارزة في تكييف وتحديد طبيعته القانونية، فمهمة المحكم تشكل أساس وجود نظام التحكيم، حيث يفصل هذا الأخير في النزاع المعروض عليه بحكم له حجية الأمر المقضي فيه، شأنه في ذلك شأن الأحكام القضائية<sup>(2)</sup>.

وهذا ما تؤكدته أغلب التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية التي حرصت على النص بعدم قابلية حكم المحكم للطعن، ويعتبر أصحاب هذه النظرية أن اتفاق التحكيم ما هو إلا عمل إرادي يقتصر على تحريك نظام التحكيم، شأنه في ذلك شأن العمل الإرادي للأطراف، والمتمثل في اللجوء إلى قضاء الدولة، فجوهر النظامين هو تسوية النزاعات.

ومما يؤكد الطبيعة القضائية للتحكيم ما درجت عليه الأنظمة من إطلاق مصطلح الأحكام على أحكام المحكمين، بالإضافة إلى ذلك فإن الأنظمة المختلفة تطبق على المحكمين العديد من القواعد التي تطبقها على القضاة مثل قواعد الردّ وعدم الصلاحية، إذ يردّ المحكم بذات الأسباب التي يردّ بها

---

(1) \_ خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في المشروعات الدولية المشتركة، دار الشروق، القاهرة، 2002، ص 114.

(2) \_ أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 19.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

القاضي أو يعتبر بسببها غير صالح لنظر الدعوى (1).

بالرغم من الآراء التي أبدت وأكدت الطبيعة القضائية للتحكيم، غير أن العديد من الانتقادات قد وجهت إليها. فقول إن هذه النظرية لا تستقيم مع طبيعة التحكيم، فالمحكم وإن كان يمارس وظيفة قضائية كتلك التي يمارسها القاضي وهي الفصل في النزاع، غير أنه لا يتمتع بما يتمتع به القاضي من سلطة الأمر، فهو يقوم بمهمة القاضي بصفة وقتية، أي إلى حين النظر في النزاع، على خلاف القاضي الذي يقوم بوظيفة عامة، ويتمتع بالحصانة والدوام والاستقرار، كما أن له سلطة الأمر والإجبار، في حين لا يتوفر ذلك بالنسبة للمحكم، مما لا يمكن معه إضفاء صفة القضاء عليه.

كما وجه لهذه النظرية انتقادات على أساس أن وظيفة القاضي ليس حل النزاعات بحكم حاسم كما ذهب أنصارها بل تتجسد في حماية القانون، على حين أن المحكم قد يتحرر من تطبيق قواعد القانون الموضوعية، فضلا على أنه ليس بالضرورة أن يلتزم بمنهج إجرائي معين، بالإضافة إلى ذلك، فإن اعتبار المحكم قاضيا خاصا أو عاما، لا يستقيم مع قواعد القانون الوضعي، التي تجعل المحكم يخضع لنظام قانوني غير الذي يخضع له القاضي من حيث صلاحيته ومسؤوليته وسلطته (2).

وبسبب الانتقادات التي وجهت إلى الآراء القائلة بالطبيعة التعاقدية والطبيعة القضائية فقد برزت فكرة أخرى مفادها أن التحكيم ليس اتفاقا محضا، ولا قضاء محضا، وإنما نظاما يجمع بين طيات الجانب العقدي والقضائي، وهو ما يعرف بالطبيعة المختلطة للتحكيم.

### ثالثا: النظرية المختلطة:

(1) \_ CH Jabrosson. La nation d'arbitrage. L.G.D.J. Paris, 1987, p29.

(2) \_ عاطف شهاب، إتفاق التجاري لدولي والاختصاص التحكيمي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 51.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

يرى فريق ثالث من الفقه أن فكرتي الطبيعة التعاقدية والطبيعة القضائية تلامس كل منهما جانبا من الحقيقة، وأن الأخذ بإحدهما دون الآخر يثير الكثير من الصعاب، وأنه يتعين الجمع بينهما، وبناء على ذلك فإن للتحكيم طبيعة تعاقدية وقضائية، وبالتالي فهي طبيعة مختلطة فهو تعاقدى حيث يبدأ باتفاق التحكيم، وهو قضائي حيث ينتهي بحكم ملزم للأطراف (1).

غير أن أنصار هذه الفكرة يختلفون حول الحد الزمني الذي يتغير فيه التحكيم من الطبيعة التعاقدية إلى الطبيعة القضائية، فيرى البعض أن التحكيم نظاما مختلط يبدأ باتفاق فيتحول إلا إجراء، ثم ينتهي بقضاء يشكل قرار التحكيم.

ويذهب البعض الآخر إلى القول بأنه طبقا لهذه النظرية الوسيطة أو التوفيقية، فإن قرارات التحكيم، وإن اعتبرت عقدا قبل أمر التنفيذ إلا أنها تصبح بهذا الأمر بمثابة الحكم القضائي (2).

ويترتب على فكرة الطبيعة المختلطة للتحكيم نتائج مختلفة عن تلك المترتبة على النظريتين السابقتين، وخاصة عند تنفيذ قرارات التحكيم، إذ تبقى هذه القرارات بمثابة عقد أو إتفاق ولو حازت على أمر التنفيذ طبقا لفكرة الطبيعة التعاقدية، كما تعتبر أحكاما قضائية حتى لو لم تشمل بأمر التنفيذ لفكرة الطبيعة القضائية، غير أن ووفقا للطبيعة المختلطة للتحكيم فإنها وإن اعتبرت عقدا قبل أمر التنفيذ إلا أنها بمجرد شمولها بأمر التنفيذ تصبح أحكاما قضائية وتخضع عند تنفيذها للقواعد الخاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية.

هذه النظرية وكسابقاتها لم تسلم من النقد، فحسب منتقديها فإنه لا يكفي لتحديد طبيعة التحكيم،

---

(1) \_ محسن شفيق، التحكيم الجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 199، ص 20.

(2) \_ محسن شفيق، نفس المرجع، ص 24.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

القول بأنه يبدأ باتفاق ثم ينتهي بحكم قضائي، فضلا عن أن هذا الاتجاه يعتبر هروبا من مواجهة المشكلة، ويظهر ذلك في أن اعتبار اتفاق التحكيم عقدا في حين أنه يترتب عليه نتائج تتجاوز في أهميتها وخطورتها أي عقد آخر، ومن جهة أخرى إن اعتبار حكم التحكيم بمثابة حكم قضائي شأنه في ذلك شأن الأحكام الصادرة عن المحاكم العادية، أمر غير مقبول، والسبب في ذلك هو الطبيعة العقدية التي قد تشوب هذا الحكم ويظهر ذلك في إمكانية الأطراف الاتفاق على جعل الحكم نهائي وحائز لحجية الشيء المقضي فيه، الأمر الذي لا يمكن تصوره في القضاء العادي.

إضافة إلى ذلك، يمكن أيضا انتقاد هذه النظرية، في أن تبنيها يؤدي إلى إهدار كل قيمة قانونية لأحكام المحكمين التي لا يصدر بشأنها أمر بالتنفيذ، الأمر الذي يتناقض مع إقرار المشرع لنظام التحكيم، إضافة إلى أن التحكيم يقوم أساسا على التنفيذ الاختياري لحكمه، حيث يكتسب الحجية بمجرد صدوره ولا يتوقف هذا الأثر على صدور الأمر بتنفيذه<sup>(1)</sup>.

ونتيجة لهذه الانتقادات التي وجهت إلى فكرة الطبيعة المختلطة للتحكيم ظهر اتجاه آخر يقول بالطبيعة المستقلة للتحكيم .

### رابعاً: النظرية المستقلة:

يرى جانب آخر من الفقه أن التحكيم له طبيعة خاصة وذاتية مستقلة، تختلف عن العقود كما تختلف عن أحكام القضاء، لذلك لا ينبغي الزج بالتحكيم في أحضان أنظمة قانونية أخرى يتشابه معها في أمور، ويختلف عنها في أمور أخرى فالتحكيم لدى أنصار هذه النظرية هو أداة قانونية لحل

---

(1) \_ عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، مجلة مصر المعاصرة، العدد 07 لسنة 1978، ص 20.



## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

المنازعات وهو مختلف عن العقود والقضاء، يرمي إلى تحقيق نوع من عدالة تختلف عن العدالة التي يحققها كل منهما.

والتحكيم حسب أنصار النظرية المستقلة قد ظهر في المجتمعات البدائية قبل القضاء، ونشأ نشأة مستقلة عنه واستمر قائم بعد ظهور القضاء، لأنه يشبع حاجة اجتماعية مختلفة لا يحققها القضاء، وهذا يقتضي تميزه عن القضاء وخضوعه لنظام خاص، يحتفظ له بمرونته عن نظام القضاء، بقواعده الشكلية الكثيرة والجامدة، وبناء على ذلك فإننا نقول بأن لجوء الأفراد للتحكيم إنما يرمي إلى نوع من العدالة المختلفة عن عدالة المحاكم<sup>(1)</sup>.

### ويستند أنصار هذا الرأي إلى الحجج والأسانيد التالية:

إنه وإن كان الأصل في التحكيم، أنه طريق اختياري يتم بناء على اتفاق بين أطراف النزاع، فإن هذا الاتفاق ليس هو جوهر التحكيم، بدليل أن القانون قد يستبعد في بعض الحالات القضاء ويفرض على المتنازعين اللجوء إلى التحكيم لحل منازعاتهم وهو ما يعرف بالتحكيم الإلزامي<sup>(2)</sup>. وفي هذه الحالة لا مجال للعقد، ولا للصفة العقدية للتحكيم التي دافع عنها أصحاب النظرية العقدية، وجعلوها جوهر وأساس نظام التحكيم<sup>(3)</sup>.

---

(1) \_ حميد محد علي اللهبي، المحكم في التحكيم التجاري الدولي الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 79.

(2) \_ لجأت بعض الأنظمة القانونية إلى أسلوب الحكيم الإلزامي أي أن يصبح التحكيم أمرا مفروضا لا يملك معه الأطراف رفع هذه المنازعة أو المنازعات إلى القضاء، فأطراف النزاع وإن أرادوا حل نزاعهم لا يملكون سوى خيار الالتجاء إلى نظام التحكيم لذلك أطلق عليه بالتحكيم الإلزامي، محمود سمير الشرقاوي، التحكيم الإلزامي في مصر، مداخلة مقدمة في مؤتمر العريش سنة 2002 حول التحكيم التجاري الدولي.

(3)\_ Nour-Eddine terki. l'arbitrage commercial international en Algérie. office de publications universitaires. Ben aknoun. Alger 1999.p53

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

- أن التحكيم يتميز عن القضاء في أن الأول أداة قانونية خاصة للفصل في النزاع، أما الثاني فهو طريق عام لحماية الحقوق والمراكز القانونية، فالأول يتشكل في كل حالة على حدة حسب مقتضيات النزاع، أما الثاني فتحكمه قواعد عامة ومجردة موضوعة سلفاً لأية قضية.

- أنه إذا كان التحكيم يقترب من القضاء في بعض الصور، فإن هذا لا يعني تجاهل الاختلاف الجوهرى بين وظيفة كل منهما، إذ بينما تكون وظيفة القاضي القانونية بحتة، وهي حماية الحقوق والمراكز القانونية بصرف النظر عن وجود نزاع أو عدم وجوده والدور التي تلعبه لمحكمة في حالة وجوده، فإن وظيفة المحكم هي وظيفة اجتماعية واقتصادية ترمي إلى حل النزاع وهذا سواء بتطبيق قواعد قانونية أو بعدم استعمالها.

- أن اعتبار المحكم قاضياً أو عاماً يتنافى مع قواعد القانون الوضعي التي تخضع المحكم لنظام قانوني مغاير لذلك الذي يخضع له القاضي، من حيث صلاحيته ومسؤوليته<sup>(1)</sup>.

وكسابقتها من النظريات لم تسلم هذه الفكرة من النقد لا سيما فيما قاله مؤيدها من أن التحكيم يقدم عدالة خاصة تختلف عن عدالة القضاء فلا يمكننا الوصول إلى طبيعة التحكيم من خلال الأثر لذي يربته، وإنما من خلال رده إلى الأصل الذي ينتمي إليه، فإذا كان هذا الأصل هو سلطان الإرادة كانت الطبيعة تعاقدية، ونكون أمام طبيعة مستقلة للتحكيم إذا كان غير ذلك، وفيما يتعلق باختلاف البناء الداخلي للتحكيم مما هو عليه في القضاء، فإن الأعمال القضائية تصدر بهياكل مختلفة بالرغم من اتحاد الأصل المنتمية إليه واتحاد الغاية التي تسعى لتحقيقها<sup>(2)</sup>.

---

(1) \_ إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 40.

(2) \_ أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر لعربي، القاهرة، سنة 1981، ص 104.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

انطلاقاً من ذلك فقد ذهب جانب كبير من الفقه إلى القول أن النظرية المستقلة للتحكيم لا تختلف عن النظرية القضائية بل تؤكدتها وإن كانت قد حرصت على بيان أصالة التحكيم و ذاتيته حتى تبرر ما يختلف فيه التحكيم عن القضاء، وما تختلف فيه أحكام المحكمين عن الأحكام القضائية من بعض الوجوه، سواء من حيث حجيتها، أو قوتها التنفيذية أي من حيث الآثار القانونية المترتبة على كل منهما بصفة عامة (1).

### الفرع الثاني

#### موقف التشريعات في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم

تبنى المشرع الفرنسي الرأي الفقهي القائل بالطبيعة القضائية للتحكيم وذلك يبرز من خلال ما يلي:

-لقد أطلق المشرع الفرنسي، في قانون المرافعات المدنية الجديد، رقم 500/81 الصادر في 12 ماي 1981 على هيئة التحكيم وصف المحكمة التحكيمية "tribunal arbitral" وذلك في المواد 1445، 1452، 1455، 1457.

كما وصف نفس المشرع الحكم الصادر عن المحكمين، بأنه حكم يجوز لحجية الشيء المقضي فيه "l'autorité de la chose jugée" وذلك في المادة 1476 من قانون المرافعات المدنية، أيضاً وصف المشرع القرار الصادر من المحكمين، بأنه حكم يقبل التنفيذ الجبري *exécution forcée* شأنه في ذلك شأن الأحكام الصادرة عن المحاكم العادية (2).

---

(1) \_ خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الولي، دار الشروق، 2002، ص 115.

(2) \_ Jean Robert, *l'arbitrage, droit interne, droit international*, op cit, p170.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

أما المشرع المصري فقد تبنى هو الآخر النظرية القضائية فيما يخص طبيعة التحكيم إذ استخدم مصطلح حكم التحكيم لوصف القرار الصادر عن المحكمين في المادة 17 من القانون رقم 27 لسنة 1994، وألزم هيئة التحكيم بضرورة إحترام الحق في الدفاع، وقضى بعدم تشغيل الحكم الصادر عنها إلا بعد الحصول على أمر تنفيذ من رئيس المحكمة المختصة أصلاً بالنزاع في المادة 56.

وقد اعتبر المشرع المصري الحكم الصادر عن المحكمة التحكيمية، حكماً صادراً عن درجة أولى للتقاضي، حيث أجاز رفع دعوى ببطالان حكم التحكيم أمام محكمة الدرجة الثانية التي تكون لمحكمة المختصة أصلاً بفصل النزاع تحت دائرة اختصاصها، هذا فيما يخص التحكيم الداخلي، وتكون محكمة استئناف القاهرة هي صاحبة الاختصاص فيما يخص التحكيم التجاري الدولي، حسب المادة 54 من القانون السابق الذكر، كما أن المادة 55 منه قررت أن أحكام هيئات التحكيم تحوز حجية الشيء لمقضي فيه ولا فرق بينها في ذلك وبين أحكام المحاكم في القضاء العادي<sup>(1)</sup>.

أما المشرع الجزائري، فقد أخذ بالنظرية القضائية في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، ولعل انحياز المشرع الجزائري لهذه النظرية كان أكثر صراحة من نظيره المصري وأغلب التشريعات العربية، وما يؤكد ذلك هو إطلاق مصطلح الأحكام على أحكام المحكمين، بالإضافة إلى ذلك فإنه يطبق على المحكمين العديد من القواعد التي يطبقها على القضاة مثل قواعد الرد وعدم الصلاحية، إذ يرد المحكم بنفس الأسباب التي يرد بها القاضي أو يعتبر بسببها غير صالح لنظر الدعوى.

كذلك استعماله لمصطلح "محكمة" لوصف هيئة التحكيم، مما يؤكد أن المشرع الجزائري قد وضع أعمال هيئة التحكيم على حد سواء مع الأعمال التي تقوم بها المحاكم التابعة للسلطة القضائية

---

(1) \_ سامح عاشور وعبد السلام كشك، المرجع السابق، ص 271.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

في الدولة، فبمجرد وجود اتفاق التحكيم فإن ذلك يخلق لنا محكمة لها نفس قوة الحجية للمحكمة المختصة أصلا في الفصل في النزاع، بل وأكثر من ذلك فقد اعتبرها محكمة أول درجة، فإذا استؤنف الحكم الصادر عن المحاكم التحكيمية فهو يستأنف مباشرة في المجالس القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها المحكمة التي كانت مختصة أصلا في فصل النزاع.

وقد استعمل المشرع الجزائري مصطلح "محكمة التحكيم" لأول مرة في المادة 1044: «تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفع في الموضوع». واستمر في وصف هيئة التحكيم بالمحكمة في جميع المواد التي تتلو المادة المذكورة<sup>(1)</sup>.

ونذكر أيضا المشرع الكويتي الذي سبغ هو الآخر التحكيم بالطابع القضائي، إذ قرر القانون رقم (38) لسنة 1980 المتعلق بالمرافعات المدنية والتجارية، أن حكم المحكم هو حكم يصدر على مقتضى قواعد القانون لا إذا كان مفوضا بالصلح، فهو لا ينقيد بهذه القواعد عدا ما تعلق منها بالنظام العام ونص على ضرورة إيداع أصل هذا الحكم في إدارة كتاب المحكمة المختصة أصلا بالنزاع، كما نصت المادة 182 على تمتع هذا الحكم بحجية الشيء المقضي فيه، كما أجاز تنفيذ الحكم الصادر على المحكمين بصدور أمر بالتنفيذ من رئيس المحكمة التي كانت مختصة أصلا بالنظر في النزاع وأجاز الطعن في حكم التحكيم بالاستئناف، وكذلك بالبطلان أمام المحكمة المختصة أصلا بالفصل في النزاع<sup>(2)</sup>.

### ملخص الفصل:

(1) \_ القانون رقم 09/08 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية المذكور سابقا.

(2) \_ أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 47.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

من خلال ما تقدم فإننا يمكننا القول، أن كلا من العناصر التعاقدية والعناصر القضائية تتداخل مع بعضها البعض وتشكل فرعا من القضاء الخاص إلى جانب قضاء الدولة مع ملاحظة غلبة العناصر القضائية، ذلك لأن دور الإرادة يقتصر على تحريك نظام التحكيم الذي بعدها ينطلق بذاتيته الخاصة، التي تسيطر عليها الطبيعة القضائية، وبهذا يمكننا القول بأن نظام التحكيم التجاري الدولي يتمتع بطبيعة قضائية خاصة أو هو قضاء خاص يكشفها الواقع العملي على صعيد التجارة الدولية، كما ان حكم التحكيم كالحكم القضائي يجوز لحجية الأمر المقضي فيه، كما يمكننا القول إن التحكيم ليس بقضاء عام وأن المحكمين لا يباشرون وظيفة القضاء العام، بل يستمدون سلطتهم واختصاصهم من إتفاق التحكيم الذي يملك طبيعة عقدية محضة، وهذا ما يفسر الطبيعة القضائية الخاصة للتحكيم باعتباره استثناء على الأصل العام واعتباره قضاءا خاصا وليس قضاء دولة.

وقولنا بأن للتحكيم طبيعة قضائية خاصة هو حسب رأينا الأكثر تماشيا مع الاعتبارات العملية التي تملئها مظاهر عدة للتحكيم على المستوى الدولي والإقليمي والمحلي، وخاصة في الأوقات الراهنة، وهذا لكي نتلاءم مع متطلبات عولمة الاقتصاد والتجارة والتطور التقني وعولمة المعارف المعلوماتية الدولية.

## الفصل الثاني

### القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم

تبرز أهمية معرفة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في أن اتفاق التحكيم وإن كانت له طبيعته الخاصة، إلا أن كونه عقدا يجعله يخضع لأحكام العقود، من حيث ضرورة توافر أركانه وشروطه، التي قد تختلف أحكامها في تشريعات الدول المختلفة.

واتفاق التحكيم في مجال التحكيم الدولي تتنازع بشأنه القوانين التي يمكن تطبيقها عليه، والتي قد يترتب على إعمال أحدها الحكم على اتفاق التحكيم بالصحة، بينما يترتب على إعمال قانون آخر الحكم عليه بالبطلان.

ويطرح التساؤل في هذه النقطة عن مدى صلاحية القواعد العامة في تنازع القوانين بشأن العقد الدولي للإعمال بشأن اتفاق التحكيم، خاصة إذا اعتبرنا أن مجرد اتفاق التحكيم في شكل شرط أي قبل نشوب أي نزاع، أنه اتفاق قد يكون في أحد بنود العقد الأصلي أو في عقد آخر، فبإعمال هذا الاعتبار يصبح اتفاق التحكيم هو مجرد عقد دولي خاص وبالتالي يطبق عليه ما يطبق على العقد الدولي في مجال تنازع القوانين.

ولكن بدراستنا للطبيعة القانونية للتحكيم، استنتجنا أن اتفاق التحكيم له طبيعة خاصة يتسم بها، تميزه عن غيره من العقود، فهل تصلح قواعد الإسناد الخاصة بالعقود الدولية الخاصة للإعمال بشأن اتفاق التحكيم الدولي؟ أم أن لاتفاق التحكيم الدولي قواعد إسناد، أو قواعد موضوعية خاصة به تميزه عن العقد الدولي.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

كما يجب علينا من خلال بحثنا عن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ضرورة التفرقة بين موضوع الاتفاق وشكل الاتفاق، والسبب في هذه التفرقة يعود إلى أن قاعدة الإسناد التي كانت سائدة قديما في شأن العقود، هي خضوع العقد لقانون محل إبرامه سواء ما تعلق بشكله أو بموضوعه، إلا أن التطور الذي مر به تنازع القوانين قد أدى إلى إخراج موضوع العقد من مجال تطبيق قانون محل الإبرام إلى قانون الإرادة وبقي شكل العقد خاضعا لقانون محل إبرامه<sup>(1)</sup>.

وإذا كانت أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم تبرز في اختلاف الأحكام المنظمة للمسائل الموضوعية في العقد من أركان وشروط وغيرها بين تشريعات الدول المختلفة، مما يترتب عليه صحة اتفاق التحكيم لدى إعمال قانون ما، وبطلان لدى إعمال قانون آخر، الأمر الذي يظهر بوضوح التباين الكبير في الأثر القانوني الذي يترتب على إعمال هذا القانون أو ذلك.

ومن ثم فإن تعدد المسائل التي يتضمنها موضوع اتفاق التحكيم، واختلاف قواعد التنازع بشأن بعضها يبرز لنا أيضا أهمية البحث في هذا الموضوع، خاصة بعد ظهور عدد من القواعد الموضوعية التي قررتها أعراف التجارة الدولية، وجعلت منها قواعد مادية مستقلة خارج إطار أي قانون وطني.

استنادا على ذلك فإننا سوف نقسم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث، نتناول في المبحث الأول المنهجية الموضوعية في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم و ندرس في المبحث الثاني منهج قواعد الإسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم و المبحث الثالث نخصه لدراسة القانون الواجب التطبيق على شكل اتفاق التحكيم.

### المبحث الأول

---

(1) \_ المادة 18 والمادة 19 من القانون المدني الجزائري.



## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

### المنهجية الموضوعية في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم

المنهج الموضوعي، هو ذلك الذي يستبعد اللجوء إلى قاعدة إسناد تشير إلى القانون الواجب التطبيق، فيقوم بتقديم الحل مباشرة من خلال قاعدة مادية أو موضوعية واجبة الأعمال، خاصة وأن جانب كبير من الفقه الحديث اتجه إلى ضرورة استبعاد منهج الإسناد في كل ما يتعلق بعقود التجارة الدولية، واعتبر أن للتحكيم باعتباره نظاماً قضائياً خاصاً، هو السبيل لإعمال المنهجية الموضوعية مما يقتضي البحث أولاً على مبررات إعمال منهج القواعد الموضوعية، ثم البحث عن أهم المبادئ التي يقرها هذا المنهج، وذلك سوف يكون على النحو التالي:

**المطلب الأول: مبررات إعمال منهج القواعد الموضوعية.**

**المطلب الثاني: مبدأ إستقلال التحكيم عن العقد الأصلي والاختصاص بالاختصاص**

**المطلب الثالث: مبدأ استغلال إتفاق التحكيم عن سائر القوانين الوطنية**

### المطلب الأول

مبررات إعمال منهج القواعد الموضوعية

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

منهج القواعد الموضوعية بشأن إتفاق التحكيم، هو ذلك المنهج الذي يستبعد تماما اللجوء إلى قواعد الإسناد التقليدية في حل مشكلة تنازع القوانين، ويفضل اللجوء إلى قواعد مادية أو موضوعية، تقدم الحل القانوني مباشرة دون حاجة إلى أي قانون وطني<sup>(1)</sup>.

وقد زاد الالتجاء إلى هذا المنهج في مجال المعاملات التجارية، ذلك أن القواعد الوضعية الوطنية لا تتناسب مع احتياجات التجارة الدولية، لأنها وضعت لكي تحكم بيئة وطنية، تختلف تماما عن معطيات البيئة وظروفها الخاصة<sup>(2)</sup>.

ويمكن القول أن التجارة الدولية لا تجد أفضل الظروف لنموها، إلا إذ تمكنت من الإفلات من قيود التشريعات الوطنية، التي تجعلها تعاني من عدم الاستقرار القانوني، حيث أنه من الثابت أن التشريعات الوطنية تختلف وتتفاوت في تنظيم المسائل الداخلية، وبالتالي الحلول التي تتبع في هذا الشأن، ولذلك عندما يدخل رجل الأعمال في عقود دولية تظهر العقبات والعراقيل التي تعوق إبرام هذه العقود، وأي قانون وطني يمكن الإحتكام إليه و بالتالي تظهر الخطورة، نظرا لاختلاف القوانين الوطنية مع التوجهات التجارية والاقتصادية<sup>(3)</sup>.

ومن هنا يظهر القلق وعدم الأمان، ويعد عقبة ملازمة للمعاملات التي تتم بين رجال الأعمال والحدود الدولية ولا يمكن اجتياز هذه العقبة أو التخلص من هذا القلق، إلا إذا وضعت المعاملات الدولية في مجال بعيد وآمن عن سلطات القوانين الوطنية.

---

(1)\_ PH. France scakis. **Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits des lois.** Crit.1966. p02

(2 )\_ K.Medjad. **droit international des affaires, le contrat international** Nathan université , p07.

(3)\_ minoci l'arbitrage, facteur d'unification du droit et d'éliminer les conflits des lois.crit.1996, 63

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

وانطلاقاً من هذه الاعتبارات التي أصبحت واضحة ومعروفة في ميدان التجارة الدولية، بدأت تظهر قواعد قانونية جديدة يمكن أن تمثل قانوناً ذات نشأة تلقائية، يمكن اعتباره قانون مهني أرسى قواعد الواقع العملي في أوساط المتعاملين في التجارة الدولية، من عادات وأعراف وشروط عامة وقواعد ذاتية خاصة بتلك التجارة، وأصبح يشكل نظاماً قانونياً شبه كامل، تتميز قواعده بأنها لا تستمد من أي قانون وطني، وإنما ولدت من البيئة التي حتمتها ظروف التجارة الدولية، فهي قواعد تتميز بأنها موحدة وتختلف عن المنهجية التنافسية التقليدية، ويمكن القول أن تطبيقها المستمر بدأ يوضح للمتعاملين في هذا المجال أنها قواعد أكثر استجابة لاحتياجات معاملات التجارة الدولية<sup>(1)</sup>.

انطلاقاً مما سبق فإنه يمكن القول أن هذا النظام الجديد يقوم على تقديم تنظيم مباشر لمشكلات التجارة الدولية، عن طريق قواعد موضوعية موحدة، وهي قواعد جد مستقلة عن القواعد الوطنية التي تحكم المعاملات الداخلية<sup>(2)</sup>.

وقد تعددت المصطلحات المستخدمة في الفقه للتعبير عن القواعد الموضوعية الموحدة، التي تحكم المعاملات الدولية، ومن هذه المصطلحات: مصطلح قانون التجارة الدولية ومصطلح القانون الموحد، ومصطلح القانون الخاص المشترك الدولي ومصطلح *lex mercatoria*، أو القانون الدولي للأعمال<sup>(3)</sup>.

ويتكون هذا القانون من مجموعة من المبادئ والنظم والقواعد، المنتقاة من كل المصادر التي

---

(1) \_ Goldman, un bataille judiciaire de *lex mercatoria*, rev Arb, 1983, n30.

(2) \_ أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية إنتقادية، دار النهضة العربية، 1989، ص 283

(3) \_ هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، 1995، ص 196

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

تغذي الهياكل القانونية الخاصة بحماية ممارسي التجارة الدولية، حيث تضع هذه القواعد حولا موضوعية لمشاكل عقود التجارة الدولية تختلف اختلافا جوهريا عن منهج قواعد الإسناد، بحيث يمكنها معالجة الإشكاليات التي تنفرد بها معاملات التجارة الدولية التي تتسم بالتعقيد، ويغيب عن بال كل مشروع وطني معالجتها لأن قانونه وضع أصلا لمعالجة المنازعات الداخلية، فيكون من شأن هذه القواعد القانونية الجديدة تسهيل تعاملات العلاقات التجارية الدولية وتوفير المناخ القانوني الذي يناسبها<sup>(1)</sup>.

مما يكرس أيضا ضرورة إعمال هذا النظام هو أنه يستمد قيمته من عدة عوامل منها التضامن والتعاون بين جماعة رجال الأعمال وممارسي التجارة الدولية، كذلك وجود جزاءات ذاتية تضمن احترام تلك القواعد، مما أدى إلى خلق أجهزة وهيئات تسهر على العمل على إعمال وتطبيق تلك القواعد، خاصة ما يعرف بهيئات التحكيم الدولية.

فالتحكيم هو أداة إعمال هذه القواعد، حتى ولو لم يكن تطبيق هذه المبادئ منصوص عليه في شرط صريح، حسب أنصار هذا الاتجاه، هذا وقد وصل الأمر بالبعض إلى القول أن تطبيق القواعد الذاتية أو ما يسمى بقانون التجارة الدولي، يصبح واجبا بمجرد اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، وعلى نحو أكثر دقة بمجرد تضمين العقد الدولي شرطا للتحكيم، يوضع العقد بموجبه وبطريقة ضمنية في دائرة بعض المبادئ وبعض القواعد الواجبة التطبيق تلقائيا وبنحو كامل على مثل هذا النوع من العلاقات القانونية<sup>(2)</sup>.

وعلى هذا ظهرت بعض المبادئ اللازمة لضمان فعالية التحكيم في عقود التجارة الدولية طبقا لمنهج القواعد المادية، وبعض النظر عن أي قانون وطني يمكن أن تشير إليه قواعد الإسناد.

(1) \_ مرجع نفسه، ص 196

(2) -محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع للبضائع، المرجع السابق، ص 56.

## المطلب الثاني

### مبدأ استقلال شرط التحكيم والاختصاص بالاختصاص

نظرا لأهمية دور التحكيم في حسم المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية، والتنامي المتزايد إلى اللجوء إلى أعمال قواعد موضوعية لتجديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم فإنه لا بد من تطبيق مجموعة من المبادئ القانونية، حتى يمكن تكريس ذلك وهي مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي ومبدأ الاختصاص بالاختصاص.

## الفرع الأول

### مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي

نشأ مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي في بداية الأمر، لدرء ما قد يثار من شبهة حول تأثير شرط التحكيم الذي قد يرد كبند في العقد الأصلي، بما قد يشوب هذا العقد من حالات البطلان، ومن تم يبطل شرط التحكيم الوارد به، ولا تختص هيئة التحكيم بنظر النزاع بموجب هذا البطلان، إلا أن التطور الذي تعرفه التجارة الدولية عامتا و نظام التحكيم خاصتا، قد لحق هذا المبدأ ليتقرر استقلال اتفاق التحكيم على أي صورة يرد عليها "شرطا أو مشارطة"، عن العقد الأصلي حيث تختص هيئة التحكيم بحل المنازعات الناشئة عنه.

ويعد القضاء الهولندي هو أول من قرر صراحة مبدأ استقلال اتفاق التحكيم الدولي عن العقد الأصلي، فقد أصرت المحكمة الهولندية في 27 ديسمبر 1935 حكما يقضي بأنه في حالة تنازع الأطراف حول صحة أو بطلان العقد فإن ذلك لا يمنع من اختصاص المحكم بالفصل في النزاع، رغم

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

احتمال عدم صحة العقل الذي ورد به شرط التحكيم<sup>(1)</sup>

ثم أصدر القضاء الألماني في 14 ماي 1952 حكما، يقضي بأن مصير شرط التحكيم ينفصل تماما عن مصير العقد الذي يتضمنه، وهو كذلك ما قرره القضاء الايطالي في الحكم الصادر عن محكمة النقض الايطالية في 12 جانفي 1959<sup>(2)</sup>

وقد تأثر بدوره القضاء الفرنسي بهذه الأحكام، فأصدر بدوره حكما هاما في 07 ماي 1963 يقضي هو الآخر باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وذلك في دعوى شهيرة تعرف باسم GOSSET<sup>(3)</sup>

ومفاد ذلك أنه في مجال التحكيم التجاري الدولي، فإن اتفاق التحكيم سواء أبرم منفصلا عن التصرف القانوني، أو متضمنا إياه، يمثل دائما استقلالا قانونيا متكاملًا، مما يستبعد إمكان تأثره بعلم الصحة المحتمل لهذا التصرف.

ويلاحظ عن المشرع الفرنسي أنه لم ينص صراحة عن مبدأ استقلال شرط التحكيم، إلا أنه مطبق و معترف به من خلال أحكام القضاء، فبعد الحكم الصادر في قضية GOSSET ، توالت

---

(1)-hoge road, 17/12/1935,nerderladse jurisprudentie(nj)1936,no 42.

(2)-الحكم الصادر عن المحكمة الفدرالية الألمانية بتاريخ 14 ماي 1952:

Monatsschrift fur devtsches recht (md.r)1952, p487.

(3)-تتلخص وقائع هذه القضية في أنه أثير نزاع حول تنفيذ حكم التحكيم صدر في إيطاليا بناء على شرط تحكيم ورد في عقد بين مستورد فرنسي ومصدر إيطالي، حيث قضى الحكم صدر في ايطاليا بناء على شرط تحكيم ، حيث قضى الحكم بالتعويض للمصدر الايطالي نظرا لخطأ المستورد الفرنسي في تنفيذ التزاماته التعاقدية، فرفض المستورد الفرنسي تنفيذ حكم التحكيم على أساس أن العقد الذي تضمن شرط التحكيم باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته للنظام العام الفرنسي، إلا

أن محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الدفع وقضت باستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي. Cf.cour de cassation,7mai 1963, dalloz, 1963, p545

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

مجموعة من الأحكام الصادرة عن محكمة النقض، كلها جاءت تأكيدا لمبدأ استقلال شرط التحكيم، نذكر منها حكم قضية impex الصادر في 17 ماي 1971 والذي قضى بما يلي: «بطلان العقد الأصلي لعدم مشروعيته بسبب الغش لا يترتب عليه بطلان شرط التحكيم إعمالا بمبدأ الاستقلالية التي يتمتع بها شرط التحكيم عن العقد الأصلي»<sup>(1)</sup>

وأياضا حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1993/12/20 في قضية dalico إذن ذهبت المحكمة إلى أنه وفقا لقاعدة من القواعد المادية في القانون الدولي للتحكيم فإن شرط التحكيم يعد مستقلا من الناحية القانونية عن العقد الأصلي الذي يتضمنه.<sup>(2)</sup>

كما أن المشرع المصري قد أخذ بهذا المبدأ صراحة في المادة 23 من قانون التحكيم، إذ نصت على أنه: «يعتبر اتفاق التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه، أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته»<sup>(3)</sup>

كما نص المشرع الجزائري صراحة على هذا المبدأ سواء في المرسوم التشريعي 09/93 في المادة 458 مكرر 01 فقرة 04، أو في قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجديد في المادة 1040 فقرة 04، وذلك نقلا عن المادة 178 فقرة 03 من القانون السويسري<sup>(4)</sup>

أما على الصعيد الدولي فقد كرست معظم لوائح مراكز التحكيم الدولية هذا المبدأ وعلى رأسها

---

(1)-CF.affaires impex :colmar 29 novembre 1968,Revue de l'arbitrage 1968, p149.

(2)-CF.affaires dalico , 20 decembre 1993 crit.rev 1994, p663.

(3)-سامح عاشور وعبد السلام كشك، المرجع السابق، ص251.

(4)-تنص المادة 458 مكرر 01 فقرة 04 على مايلي: «لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح».

-تنص المادة 04/1040: «لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي».

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

نظام غرفة التجارة الدولية CCI في المادة 8 فقرة 4<sup>(1)</sup>

كما نجد أن لائحة التحكيم التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 28 أبريل 1976 والتي أعدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري قد أقرت واعترفت به وباختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه وذلك في نص المادة 02/21<sup>(2)</sup>

كما تبناه القانون النموذجي للتحكيم، الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي أونسيترال لعام 1985 وهذا في نص المادة 16 في فقرتها الأولى<sup>(3)</sup>

ولم تتضمن اتفاقية نيويورك لعام 1958، أي نص صريح يوضح إقرار مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وكذلك الحال بالنسبة لاتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961، واتفاقية واشنطن لعام 1965 التي أنشأت المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، فكلاهما لم ينص صراحة على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، ولكنهما نصا على التوالي في المادتين 05 فقرة 03 والمادة 41 على مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

---

(1) -تنص المادة 04/08 على: «إذا لم يكن ثمة اتفاق على خلاف ذلك، فإن الادعاء ببطلان العقد أو الزعم بانعدامه لا يترتب عليهما عدم اختصاص المحكم إذا ارتأى صحة اتفاق التحكيم ويظل المحكم حتى في حالة انعدام العقد نفسه أو بطلانه مختصا لتحديد حقوق الأطراف والفصل في إدعاءاتها وطلباتها» محمود مختار أحمد بربري، المرجع السابق، ص506.

(2) -تنص المادة 02/21 على « تختص هيئة التحكيم بالفصل في وجود أو صحة العقل الذي يكون شرط التحكيم جزءا منه وفي حكم المادة 21 يعامل شرط التحكيم الذي يكون جزءا من العقد وينص على اجراء التحكيم وفقا لهذا النظام بوصفه اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، وكل قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم. محمود مختار أحمد بربري، نفس المرجع، ص473.

(3) -تنص المادة 01/16 «يجوز لهيئة التحكيم البث في اختصاصها، بما في ذلك البث في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته، ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءا من عقد كما لو كان اتفاق مستقلا عن شروط العقد الأخرى». محمود مختار أحمد بربري، نفس المرجع، ص449.



## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

أما بالنسبة لأحكام التحكيم، فقد صدر أول حكم عن غرفة التجارة الدولية بباريس عام 1968، حيث قرر هذا الحكم صراحة، أن هذا المبدأ قد أصبح قاعدة مقبولة في التحكيم الدولي، وفي طريقه ليكون مبدأ عاما، ثم أورد الصياغة الكاملة التي أوردتها محكمة النقض الفرنسية في حكم GOSSET .

من خلال ما تقدم فإنه يمكن القول أن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، من أهم المبادئ التي تحكم نظام التحكيم، كما أنه من خلال هذا المبدأ تبرز بوضوح الخصوصية التي يتسم بها اتفاق التحكيم في شأن القانون الواجب التطبيق عليه.

ويقصد بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي أنه حينما يأتي اتفاق التحكيم في صورة شرط أو بند في العقد الأصلي، فإنه يستقل عن هذا العقد، فلا يسري على شرط التحكيم الأحكام التي تسري على العقد الأصلي.

بحيث لا يتأثر شرط التحكيم بما قد يصيب العقد الأصلي من بطلان أو فسخ أو إنهاء أو غير ذلك، باعتبار أن اتفاق التحكيم، و إن ورد في صورة شرط أو بند في العقد الأصلي، إلا أنه تصرف قانوني مستقل بذاته.

هذا يعني أنه لا يوجد ارتباط لمصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي الذي يتضمنه، وبالتالي فإنه يستمر شرطا أو مشاركة في ترتيب كل آثاره حتى وإن حكم ببطلان العقد الأصلي<sup>(1)</sup>

فاتفاق التحكيم هو اتفاق له ذاتيته المتميزة والمستقلة عن العقد الأصلي، فتستمر هيئة التحكيم في

---

(1)-PH-fouchard-e.gaillard B. goldman, trate de l'arbitrage comercial-international-litec, 1996, p213.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

اجراءاتها، وتفصل في النزاع، كما لها أيضا أن تفصل في مدى صحة العقد الأصلي<sup>(1)</sup>

ويعتبر مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، قاعدة مادية أو موضوعية من قواعد التحكيم التجاري الدولي، بصرف النظر عن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، وبالتالي لا تعد هذه القاعدة من قواعد تنازع القوانين التقليدية التي تشير إلى القانون الواجب التطبيق، في شأن مسألة يمكن أن ينطبق عليها أكثر من قانون<sup>(2)</sup>

ويؤيد هذا التفسير الاتجاه الفقهي الراجح في فرنسا، الذي يرى أن استقلال شرط التحكيم ليس قاعدة انساد ولكنها قاعدة مادية في القانون الدولي الخاص، وهي قاعدة خاصة بالتحكيم الدولي، ولا تترك أي مكان لتطبيق قانون أجنبي<sup>(3)</sup>

وهذه القاعدة تقابل اعترافا وقبولا من طرف رجال الأعمال، نظرا لأنها تستجيب لاحتياجات التجارة الدولية.

وقد أيد القضاء الفرنسي تكييف قاعدة استقلال التحكيم بأنها قاعدة موضوعية من قواعد القانون الدولي للتحكيم وفي هذا الشأن، قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 19 ديسمبر 1991 بأن «في مجال التحكيم الدولي فإن لمبدأ استقلال شرط التحكيم تطبيقا عاما، باعتباره قاعدة مادية دولية تقرر مشروعية اتفاق التحكيم، دون أي نظام وطني لتنازع القوانين»<sup>(4)</sup>

---

(1) -باسمة لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 293.

(2) -فتحي والي، المرجع السابق، ص 95.

(3) -B.gd dman-les valonte des parties etle role de l'arbitrage international rev-arb, 1981, p469.

(4) -حكم محكمة استئناف باريس الصادر في 19 ديسمبر 1991 ومنشور في مجلة التحكيم عدد 1993، ص 281.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

وقد تقرر هذا الحكم في قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 20 ديسمبر 1993 والذي قضى بأنه: «وفقاً لقاعدة مادية للقانون الدولي للتحكيم، فإن لشرط التحكيم استقلالاً قانونياً عن العقد الأصلي الذي يتضمنه صراحة، أو إحالتها، ويتم تقدير وجوده وفعاليتها طبقاً للإرادة المشتركة للأطراف دون أن تكون هناك ضرورة للرجوع إلى أي قانون وطني».

استناداً إلى ذلك فإننا نقول أن اتفاق التحكيم هو اتفاق مستقل عن العقد الأصلي الذي وجد من أجله وهذا ما يترتب نتائج وآثار هامة تتمثل في عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي وأيضاً إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير القانون الذي يحكم العقد الأصلي، كما يترتب عن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم مبدأ آخر هام، وهو مبدأ الاختصاص بالاختصاص والذي سوف نفضله في الفرع التالي<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني

#### مبدأ الاختصاص بالاختصاص

يعد مبدأ الاختصاص بالاختصاص، من المبادئ الأساسية الهامة التي يستند إليها التحكيم التجاري الدولي، ويقصد به أن لهيئة التحكيم سلطة الفصل في المنازعات المتعلقة بأصل اختصاصها وبنطاقه وبعبارة أخرى فإن هيئة التحكيم تختص بالفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما فيها الدفوع المبينة على بطلان العقد الأصلي، أو فسحة وانقضائه، أو حتى الدفوع المتعلقة ببطلان أو انعدام اتفاق التحكيم ذاته.

---

(1)-حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 20 ديسمبر 1993 منشور في جريدة القانون الدولي عدد 1994، ص

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

حيث يستوجب على هيئة التحكيم وفقا لهذا المبدأ، الاستمرار في أداء مهمتها حتى لو كان وجود أو صحة اتفاق التحكيم محل منازعة من أحد الأطراف، ويعتبر هذا المبدأ قاعدة أساسية من القواعد الموضوعية التي تطبق على اتفاق التحكيم، والتي تهدف للحيلولة دون إعاقة أو عرقلة إجراءاته برجوع أحد الأطراف إلى قضاء الدولة، والتمسك بعدم اختصاص هيئة التحكيم.

ويترتب على هذا المبدأ أثران هامان، أحدهما إيجابي والآخر سلبي، ويتمثل الأثر الأول في ثبوت البث في اختصاص هيئة التحكيم وحدها وبصفة تلقائية دون انتظار قضاء الدولة ليمنحها إياه، ويكون أمامها في هذه الحالة فرضان، أما أن تقر باختصاصها وبالتالي تصدى للنظر في موضوع النزاع، وأما أن تعلن عدم اختصاصها إذا ما تبين لها أن اتفاق التحكيم باطل أو منعدم.

أما الأثر السلبي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، فيتمثل بوجود امتناع قضاء الدولة عن تقرير اختصاصه بالبث في شأن اتفاق التحكيم قبل أن تقرر هيئة التحكيم هذه المسألة، فإن أقرت اختصاصها بقي الامتناع قائما، وإن أقرت بعدمه جاز للقضاء البث حينئذ في تلك المسألة.

وقد نظمت معظم التشريعات الوطنية نصوصا صريحة تؤكد هذا المبدأ، فنجد أن المشرع

الفرنسي قد جاء به في المادة 1466، من قانون الاجراءات المدنية<sup>(1)</sup>

كما حرص المشرع الجزائري على الأخذ بهذا المبدأ، فقد تبناه في أول الأمر في المرسوم التشريعي 09/93 من خلال المادة 458 مكرر 07 فقرة 01 التي تنص على «تفصل محكمة في الاختصاص الخاص بها ويجب اثاره الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفع بتعلق بالموضوع» بعدها

---

(1) -مونية جمعي، المرجع السابق، ص 139.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

نصت المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والادارية على نفس الحكم<sup>(1)</sup>

وهذا ما ذهب إليه أيضا المشرع المصري إذ نص في المادة 01/22 من قانون التحكيم على أنه: «تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع».<sup>(2)</sup>

وعند مقارنة نص المادة 22 من القانون المصري، مع نص المادتين 458 مكرر 07 و 1044 من القانون الجزائري، نلاحظ أن المشرع المصري قد حسم موقفه بوضوح عن نظيره الجزائري، إذ نص في المادة 22 من قانون التحكيم المصري على مبدأ الاختصاص بالاختصاص ثم تعرض لشرح هذا المبدأ في المادة ذاتها بقوله: «بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم...»، أما المشرع الجزائري فأقتصر على ذكر المبدأ دون أي شرح أو توضيح له.

كما كرس كل من المشرعين المصري والجزائري، الأثر السلبي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص فالمادة 13 فقرة 01 من قانون التحكيم المصري التي تنص على أنه: " يجب على المحكمة التي يرفع إليها النزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى".

وعند التمعن في النص السابق، نظن أنه كان من الأجدر بالمشرع المصري، استعمال عبارة عدم الاختصاص "Incompetence" عوضا عن عبارة عدم القبول "Irrecevabilite"، لأن الدفع بعدم القبول جائز في أي مرحلة من مراحل الدعوى، فهو يرجع إلى وقائع معينة ينكر بها الخصم حق

(1)-القانون رقم 09/08 المتعلق بالإجراءات المدنية والادارية، المذكور سابقا.

(2)-سامح عاشور وعبد السلام كشك، المرجع السابق، ص 250

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

خصمه في رفعها، مثل عدم توافر الشروط اللازمة لمباشرتها كشرط الصفة، أو سبق الفصل فيها، إلى غير ذلك من الأسباب التي تتعلق بالحق في الدعوى ذاتها، وهذا ليس من طبيعة الدفع بعدم الاختصاص بالتحكيم الذي يجب إبدائه قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى.

أما المشرع الجزائري فقد نص على الأثر السلبي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص في بادئ الأمر في المادة 458 مكرر 08 من المرسوم التشريعي الجزائري رقم 09/93 إذ تقول: «تكون دعوى التحكيم معلقة عندما يرفع أحد الأطراف دعوى أما المحكم أو المحكمين المعنيين في اتفاقية التحكيم، أو عندما يباشر أحد الأطراف في تأسيس محكمة التحكيم في حالة غياب مثل هذا التعيين، يكون القاضي غير مختص للفصل في الموضوع متى كانت دعوى التحكيم معلقة».

نستنتج من نص هذه المادة أن القاضي غير مختص متى كانت دعوى التحكيم معلقة، و يكون مختصا ما لم يرفع أحد الأطراف دعوى أمام المحكم أو المحكمين أو باشر في إجراء تأسيس محكمة التحكيم، وفي هذا الإطار نجد أن نص هذه المادة يتناقض مع نص المادة 02 فقرة 03 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 التي تقضي بأنه: «على محكمة الدولة التي تطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة- أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم...».

وأمام هذا التعارض وسعيا لحله كان يتوجب علينا الرجوع إلى نص المادة 153 من الدستور الجزائري لسنة 2020 والتي تنص على أنه: « المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون»<sup>(1)</sup>

---

(1) - المرسوم الرئاسي 442/20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

لذا وحسب ما سبق، يبدو لنا أن المشرع الجزائري قد أخفق في نص المادة 458 مكرر 08، فكان عليه إعادة صياغتها والأخذ بعين الاعتبار أن مجرد وجود اتفاق التحكيم يؤدي إلى عدم اختصاص المحاكم الوطنية في كل الحالات التي يثير بشأنها أحد الأطراف هذا الاتفاق، لأنه وفي غياب هذا الحل ستكون الآثار وخيمة، حيث يمكن للطرف السيئ النية الإسراع برفع دعوى أمام المحاكم الوطنية كلما كان مههد بإجراء تحكيمي<sup>(1)</sup>

ونظرا للسياسية الاقتصادية التي انتهجتها الدولة الجزائرية في الآونة الأخيرة، وإرادتها الجادة في جلب المستثمرين، قام المشرع الجزائري بإلغاء المادة السابقة، والنص صراحة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08، على الأثر السلبي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص بمجرد وجود اتفاقية التحكيم، حيث جاءت المادة 1045 منه على ما يلي: «يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من احد الأطراف».

ومن جهة أخرى فقد كرست الاتفاقيات الدولية في معظمها مبدأ الاختصاص بالاختصاص كاتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 التي نصت عليه في المادة 05 فقرة 03 اتفاقية واشنطن سنة 1965 والتي نصت عليه في المادة 41<sup>(2)</sup>.

كما كرس هذا المبدأ في الكثير من أحكام القضاء والتحكيم، ففي مصر في قضية الأهرام، انتهت محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس إلى أن هناك شبهة وجود اتفاق تحكيم،

---

استفتاء أول نوفمبر 2020 ، الجريدة الرسمية، عدد 82 المؤرخة في 30 ديسمبر 2020.

(1)-M.issad-le décret algerien du 23 avril, 1993, relatif al'arbitrage internatnl, rev, arb, 1993, p392.

(2) \_Cass com, 14 janvier 2004, Dalloz, 2004, N4, p278.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

ويتعين ترك الفصل في المسألة لهيئة التحكيم ذاتها، بوصفها صاحبة الولاية في تحديد اختصاصها، وعند الطعن على الحكم الصادر في هذه القضية أكدت محكمة استئناف باريس على مبدأ اختصاص هيئة التحكيم بتحديد اختصاصها وتقرير مدى وجود أو صحة اتفاق التحكيم.

ملخص القول هو أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص مبدأ أساسي يقوم عليه التحكيم التجاري الدولي، ومن شأنه أن ييسر أعمال منهج القواعد الموضوعية في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم، وذلك من خلال أن الدفع الذي يعتبر أن محكمة التحكيم غير مختصة نتيجة لبطلان اتفاق التحكيم ذاته، لا يؤدي إلى وقف إجراءات التحكيم، وإنما لهيئة التحكيم سلطة الفصل فيه.

### المطلب الثالث

#### مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن سائر القوانين الوطنية

تطورت فكرة استقلال شرط التحكيم الدولي عن العقد الأصلي، ومن تم عن القانون الواجب التطبيق عليه، إلى فكرة استقلال اتفاق التحكيم الدولي عن سائر القوانين الوطنية القابلة لحكم هذا الاتفاق استقلالا كاملا.

وقد نادى بهذه الفكرة جانب كبير من الفقه الحديث، وقيل في ذلك أن استقلال اتفاق التحكيم الدولي عن قانون كل دولة هو استقلال قصد به تحرير الاتفاق من قيود القوانين الوطنية، ليكتسب في ذاته استقلالا قانونيا متكاملا وفاعلية خاصة، يستمدّها من إرادة الأطراف وواقع المعاملات التجارية الدولية التي تكفل اللجوء إلى التحكيم بلا قيد أو شرط، إلا بمراعاة اعتبار واحد وهو أن لا يأتي إتفاق التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي<sup>(1)</sup>.

---

(1) \_ احمد مخلوف، المرجع السابق، ص 134، 142.



## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

مفاد ذلك أن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن أي قانون وطني هو التجسيد الأمثل لإعمال المنهجية الموضوعية في شأن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، إذ يرى أصحاب هذا الاتجاه، أن خروج اتفاق التحكيم من بوتقة القوانين الوطنية لا يعني خروجه عن كل نطاق قانوني فهو خاضع لنظام قانوني مادي أو موضوع يتمثل في المبادئ العامة للتجارة الدولية وعاداتها، التي تشكل الآن قانوناً معترفاً به، وهو قانون التجار الدولي *Lex mercatoria*.

وعملاً بذلك فإن قانون التجار الدولي هو المنوط به تقدير صحة اتفاق التحكيم على اعتبار أن التحكيم نفسه يعد عادات وأعراف التجارة الدولية.

وعلى ذلك يكتسب اتفاق التحكيم الدولي قيمة قانونية ذاتية يستمدّها من قانون التجار الدولي بحيث ينظر إلى اتفاق التحكيم على كونه ذات فعالية خاصة أو يفترض له الفعالية المحضة بمجرد وجوده في عقد من عقود التجارة الدولية، حيث إذا ورد اتفاق التحكيم في صورة غامضة أو مبهمّة مثلاً، ونازع أحد الأطراف في صحته، فإن مبدأ حسن النية الذي يقوم عليها قانون التجار يلزمه بهذا الاتفاق مادامت إرادته الحقيقية قد اتجهت إلى الأخذ به<sup>(1)</sup>.

كما يجب أعمال مبدأ الأثر النافع أو المقيد (*Effet vtile*)، وهو ما استقر وفق قانون التجار ويعطي فاعلية كبيرة لاتفاق التحكيم، إذ بموجب هذا المبدأ، إذا احتل اتفاق التحكيم معنيين، أحدهما يرتب بعض الأثر والآخر لا يرتب أي أثر فيجب الأخذ بالمعنى الأول لأنه النافع للاتفاق<sup>(2)</sup>.

---

(1) \_ عامر فتحي البطانية، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الثقافة والنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2008، ص 102.

(2) \_ Sentence CCI no 3380 (1980), JDI, 1981 p 927 note Y.Deraina, Sentence CCI no, 3460 (1980), JDI, 1981, p939, Cour d' app, De, paris, 22 mars, 1991, Rev.arb, p652.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

ويرى هذا الاتجاه أن قضاء التحكيم قد أخذ بهذا المبدأ في كثير من أحكامه منها:

حكم التحكيم الصادر في الدعوى رقم 4381 لسنة 1986 حيث جاء في هذا الحكم أن للمحكمن سلطة تقدير صحة ومجال شرط التحكيم استقلالا عن القانون الذي يحكم العقد وبدون الرجوع إلى قانون أي دولة<sup>(1)</sup>.

وقد أكد ذلك حكم محكمة النقض الفرنسية في الحكم الصادر في 22 من أكتوبر 1991، حيث قررت أنه ينتج عن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم في المجال الدولي، أن يتم تقدير شروط تكوين هذا الاتفاق بالرجوع فقط إلى عادات التجارة الدولية.

كما أكد قضاء التحكيم التجاري الدولي هذا الحكم مرات عديدة، من ذلك حكم التحكيم الصادر في الدعوى رقم 5065 لسنة 1986، إذ قضى هذا الحكم بأن القانون الأكثر ملائمة لحكم مسألة وجود اتفاق التحكيم ليس قانونا وطنيا خاصا، وإنما يتمثل في المبادئ العامة للقانون والعادات المتبعة في التجارة الدولية<sup>(2)</sup>.

كما تقرر في حكم التحكيم الصادر في الدعوى رقم 5721 لسنة 1990، أن مبدأ استقلال الاتفاق المعترف به على نطاق واسع اليوم، هو وحده الذي يبرر اللجوء إلى عادات التجارة الدولية دون

---

(1) \_Les arbitres ont le pouvoir d'apprécier la validité et la portée de la clause d'arbitrage indépendamment du droit régissant le contrat et sans recours a un droit étatique sentence CCI no, 4381 (1986), p1102, note Y. Derains.

(2) \_Le droit le plus approprié pour réagir la question de l'existence de la convention d'arbitrage n'est pas celui d'un systèmes national particulier mais les principes généraux du droit et les usages acceptés dans le commerce international « Sentence CCI no, 5065 (1986), JDI, 1987, p 1039.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

الاستناد إلى قانون وطني<sup>(1)</sup>.

وقد وجه لهذا المبدأ عدة انتقادات عملية يمكن تلخيصها في النقاط التالية:

- أن اتفاق التحكيم لا يمكن عزله عن القانون تماما، والقول بغير ذلك يعني إعلاء شأن الإرادة الفردية على القانون، فالقوة الملزمة لاتفاق التحكيم وقدرته على إنتاج آثاره لا محل لها إلا بمقتضى القانون، الذي اعترف للأطراف منذ البداية بحق اللجوء إلى التحكيم، وعلى ذلك فلا بد أن يوجد القانون الذي يتم اتفاق التحكيم وفقا له<sup>(2)</sup>.

- أن فكرة الصلاحية الذاتية لاتفاق التحكيم في نظر جانب من الفقه هي خيال ووهم يمنحان التحكيم حصانة مطلقة ضد ما قد يصيب اتفاق التحكيم من عيوب، فهو عقد كسائر العقود، ويخضع للنظرية العامة للعقود، وذلك في احتمال أن يكون مثلا أحد الأطراف عديم الأهلية، أو أن يكون هناك عيب من عيوب الإرادة من غلط و تدليس و إكراه، وقد يكون التحكيم في مسألة من المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم<sup>(3)</sup>، فهل يمكن في مثل هذه الحالات أن يتحصن اتفاق التحكيم وراء هذه الفكرة، التي تجعله طليقا من الارتباط بأي قانون، وتجعلنا نعترف باتفاق التحكيم رغم ما قد يوجد من عيوب تستوجب بطلانه.

- إن فكرة الصلاحية الذاتية لاتفاق التحكيم، ما هي إلا صدى لفكرة العقد الدولي الطليق، وهي

---

(1) \_ « l'autonomie de la clause d'arbitrage, largement reconnue aujourd'hui, justifie cette référence a une règle non étatique déduite des seuls usages du commerce international » Sentence CCI no 5721 (1990) JDI 1990, p 1020.

(2) \_ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 337.

(3)\_CH. Brocher cour de droit international prive, paris, p 67.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

فكرة يراها جانب كبير من الفقه تخالف العديد من المبادئ القانونية الثابتة<sup>(1)</sup>.

### المبحث الثاني

#### منهج قواعد الإسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكم

يقتضي منهج قواعد الإسناد وجود قاعدة إسناد، وتتضمن ضابط إسناد يشير إلى القانون الواجب التطبيق.

وباعتبار "اتفاق التحكيم" عقداً، إذا تعلق بتحكيم دولي يسري عليه ما يسري على العقد الدولي من قواعد إسناد، وبوجه خاص في ظل خلو قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري من قواعد تنظم القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، ما يضطر معه إلى العودة إلى القواعد العامة في هذا الشأن.

و بالنظر إلى القواعد العامة لتنازع القوانين في شأن العقود المقررة في المادة 18 من القانون المدني الجزائري والتي نصت: «يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد»<sup>(2)</sup>.

يتبين من هذا النص أن المشرع الجزائري قد وضع قاعدة إسناد أصلية تتمثل في إخضاع العقد لقانون

---

(1) \_ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 338.

(2) \_ المادة 18، عدلت بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية، 44، ص 20، المعدل والمتمم للأمر رقم 58/75 المتعلق بالقانون المدني الجزائري.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

إرادة المتعاقدين.

ولا شك أن هذه القاعدة تتفق مع مبدأ "الرضائية"، وإعلاء شأن الإرادة الذي يقوم عليه نظام التحكيم، ومن ثم فهي لا تتعارض مع الخصوصية التي يقوم عليها نظام التحكيم عامة واتفاق التحكيم بصفة خاصة.

كما أنه لا تتور إشكالية ما إذا كانت إرادة الأطراف صريحة في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، إلا بشأن مدى ضرورة وجود صلة بين القانون المختار والعلاقة الأصلية.

أما إذا تخلفت الإرادة الصريحة، فقد أشار القانون إلى الأخذ بالإرادة الضمنية للأطراف وهي التي تستفاد من الظروف المختلفة المحيطة بالتعاقد، وهنا تتور الإشكالية حول كيفية استخلاص هذه الإرادة الضمنية، وهل يكون الأقرب لها القانون الذي اختاره الأطراف ليحكم علاقتهم الأصلية، أم قانون مقر التحكيم أم غير ذلك؟

ومن تم سوف يتولى البحث في هذا المقام تناول المعايير التي قدمت لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم.

وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: قانون الإرادة الصريحة.

المطلب الثاني: قانون العقد الأصلي.

المطلب الثالث: قانون مقر التحكيم.

المطلب الرابع: القانون الأصلح لاتفاق التحكيم.

## المطلب الأول

### قانون الإرادة الصريحة

مضمون أعمال قاعدة الإرادة الصريحة، أنه إذا اتفق المتعاقدان على نحو صريح على القانون الذي يخضع عقدهم الدولي لأحكامه، فإن هذا القانون يكون هو الواجب التطبيق.<sup>(1)</sup>

وهذه القاعدة كما هي مقررة بشأن العقود الدولية فإنها تجد مجال أعمالها أيضا في اتفاق التحكيم الدولي، ليس بحسابه عقدا دوليا فحسب، وإنما بالنظر أيضا إلى خصوصية نظام التحكيم وقيام فلسفته على مبدأ الرضائية، والإعلاء من قيمة إرادة أطرافه.<sup>(2)</sup>

وعلى ذلك فإن الأمر لا يثير أية صعوبة في حال اتفاق الأطراف صراحة على إخضاع موضوع اتفاق التحكيم لقانون معين، لوجوب تطبيق هذا القانون على اتفاقهم.

إلا أن ثمة إشكالية تنور، إذا كان القانون الذي اتفق الأطراف صراحة على تطبيقه على موضوع عقدهم، منبت الصلة على هذا العقد، فهل يجوز أعمال هذا القانون رغم وجود صلة بينه وبين العقد، أم لا بد من وجود صلة بين العقد وقانون الإرادة تبرر تطبيقه عليه.

وهذه الإشكالية لم تثار بشأن اتفاق التحكيم على وجه الخصوص، وإنما ثارت بشأن العقد الدولي عموما، وانسحبت إلى اتفاق التحكيم الدولي باعتباره عقدا دوليا بالمعنى الفني.

---

(1) \_ محمد علي سكيكر، تشريعات التحكيم في مصر و الدول العربية، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، 2002 ص148.

(2) \_ هشام محمد إبراهيم السيد الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة عين شمس كلية الحقوق، 2009، ص 145.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

وقد اختلف الفقه في هذه المسألة إلى رأيين: الأول يرى ضرورة وجود صلة بين العقد وقانون الإرادة، والثاني يرى عدم وجود ضرورة وجود صلة بين العقد وقانون الإرادة.<sup>(1)</sup>

والملاحظ في هذا الشأن، أنه لو طبقنا قاعدة الإسناد الوطنية، أي نص المادة 18<sup>(2)</sup> فإنها لا تدع مجال للشك، لأنها جاءت صريحة عندما نصت على «...إذا كانت له صلة حقيقة بالمتعاقدين أو بالعقد...»، فالمشرع الجزائري هنا قد قبل حرية الأطراف في اختبار القانون الواجب التطبيق على عقد اتفاق التحكيم، فهذه الحرية ليس مطلقة بل حصرها المشرع الجزائري في حدود القانون الذي له صلة بالمتعاقدين أو العقد وإذا حاولنا فهم المقصود بالصلة بين المتعاقدين والعقد، فإن المقصود بذلك هو قانون الموطن والجنسية بالنسبة للأطراف، أما فيما يخص العقد فإن المقصود به هو قانون البلد الذي أبرم فيه العقد.

وهذا التقييد حسب رأينا، لا يتماشى مع الفلسفة التي أتى بها التحكيم الذي يقوم على الحرية المطلقة لأطراف العقد إذا كان التحكيم في شكل شرط، وأطراف النزاع إذا كان التحكيم في شكل مشاركة، هذه الحرية التي لم تكن معهودة قبل ظهور نظام التحكيم وارتقائه هي جوهر نجاحه ومساهمته في تطوير التجارة الدولية.

وقد أخذ العديد من الاتفاقيات الدولية بقاعدة قانون الإرادة في شأن اتفاق التحكيم منها:

-الاتفاقية الأوروبية حول التحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف عام 1961، إذ نصت صراحة على هذه القاعدة في المادة 02/06 التي جاء فيها: «تفصل محاكم الدول المتعاقدة في وجود أو

---

(1) \_ أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 115

(2) \_ القانون رقم 10/05 المذكور سابقا.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

صلاحية اتفاق التحكيم طبقاً للقانون الذي أخضع له الأطراف اتفاق التحكيم».

كما جاء في المادة 01/09 منها: أن بطلان قرار التحكيم في دولة متعاقدة لا يعد سبباً لرفض الاعتراف به وتنفيذه في دولة متعاقدة أخرى إلا إذا كان هذا البطلان قد تقرر في الدولة التي صدر فيها أو وفقاً لقانونها....»<sup>(1)</sup>.

ويظهر من هذين النصين بوضوح وجلاء، أن الاتفاقية تعتمد في شأن تقرير وجود وصحة اتفاق التحكيم، بالقانون الذي أخضع له الأطراف اتفاق التحكيم أي قانون إرادة الأطراف، وذلك في أي مرحلة تثار بشأنها هذه المسألة.

كما أن الاتفاقية الأوروبية، قد واجهت الغرض الذي تثار فيه مشكلة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم أمام القاضي الوطني، وقبل صدور حكم التحكيم، وقد ميزت الاتفاقية بين حالتين، حالة ما إذا كان من الممكن توقع البلد الذي يصدر فيه حكم التحكيم، فإن قانون هذا البلد هو الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، والحالة الثانية إذا لم يكن ممكن معرفة البلد المحتمل صدور الحكم فيه، فإن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو القانون الذي تعينه قواعد الإسناد في المحكمة المعروض عليها النزاع، وبعبارة أخرى قواعد الإسناد التابعة لدولة القاضي<sup>(2)</sup>.

ومع ذلك تظل مشكلة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم قائمة في الفرض الذي تثار فيه هذه المسألة أمام محكمة التحكيم قبل صدور حكم التحكيم، ويكون من غير الممكن معرفة البلد الذي

---

(1) \_ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، الجزء الثاني، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، ص 245.

(2) \_ سراج حسن محمد أبوزيد، التحكيم في عقود البترول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة، 2000، ص 247.



## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

يصدر فيه حكم التحكيم، ففي هذا الفرض فإن الحل الذي قرره الاتفاقية، بالنسبة للقاضي الوطني، من الصعب تطبيقه بالنسبة للمحكم، وذلك لأن المحكم ليس له قانون اختصاص أو قواعد إسناد يمكن أن يلجأ إليها كما هو الحال بالنسبة للقاضي الوطني، ومن ثم يبقى التساؤل قائما عن الحل الواجب الإلتباع في هذا الغرض.

-اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية الموقعة بتاريخ 10 يونيو 1958 إذ نصت لدى بيانها للحالات التي يجوز فيها رفض الاعتراف بحكم التحكيم وعدم تنفيذه في المادة 01/05، والتي نصت على: « أن من بين هذه الحالات إذا أثبت المحكوم ضده أن اتفاق التحكيم لم يكن صحيحا طبقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف، أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم»<sup>(1)</sup>.

وهذا النص وإن كان خاصا بتقرير صحة اتفاق التحكيم في مرحلة الاعتراف بالحكم وتنفيذه، إلا أن عموم النص يشير إلى القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو القانون الذي أخضعه له الأطراف، أي قانون الإرادة.

وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه:

كما أن هذه الاتفاقية (اتفاقية نيويورك) جعلت المرجع في انعدام اتفاق التحكيم أو عدم صحته فيما عدا الأهلية للقانون الذي اختاره الأطراف ليحكم اتقاقهم على التحكيم ذاته أو ليحكم العقد الأصلي الوارد باتفاق التحكيم في إطاره أو إلى قانون البلد الذي صدر فيه الحكم عند عدم وجود هذا الاختيار، وذلك وفقا لقاعدة إسناد موحدة دوليا تكفل بهذا القانون وحده دون غيره الاختصاص بحكم الاتفاق

---

(1) \_ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري ، المرجع السابق، ص 247.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

التحكيمي في كل ما يتصل بالشروط الموضوعية اللازمة لوجوده وصحته وتربيته لآثاره فيما عدا الأهلية التي تخضع للقانون الشخصي لطرف التحكيم الذي يدور البحث حول اكتمال أو نقصان أهليته وقت إبرام اتفاق التحكيم أو العقد الأصلي المتضمن شرط التحكيم ذاته<sup>(1)</sup>.

-القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1985 "أونسترال"، حيث نصت المادة رقم 02/34 على أنه: «لا يجوز للمحكمة المبيّنة في المادة 06 أن تلقي أي قرار تحكيم إلا إذا قدم طالب الإلغاء دليلاً يثبت... أن الاتفاق المذكور غير صحيحاً بموجب القانون الذي أخضع الطرفان الاتفاق له».

كما نصت المادة 01/36 منه على أنه: «لا يجوز رفض الاعتراف بأي قرار تحكيم أو رفض تنفيذه بصرف النظر عن البلد الذي صدر فيه إلا بناء على طلب الطرف المطلوب تنفيذ القرار ضده وقدم دليلاً يثبت أن الاتفاق المذكور غير صحيح بموجب القانون الذي أخضع الطرفان الاتفاق له»<sup>(2)</sup>.

يتبين لنا أيضاً من خلال هذين النصين أن القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1985 «أونسترال»، قد أخذ بقاعدة قانون الإرادة في شأن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، بل وأنه قد كرس ذلك على نطاق واسع.

إلا أنه يجدر بنا هنا بالذات أن نتوقف لنتساءل إذا كان هذا القانون النموذجي هو الأصل الذي أخذ منه القانون الجزائري وأغلبية الأنظمة المقارنة، جل أحكامه وسار على نهجه، خاصة وأن المشرع المصري قد نص على ذلك صراحة في المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التحكيم المصري والتي قد

(1) \_ نقض مدني، 1996/03/07، مجموعة الأحكام، السنة 47، الجزء الأول، ص 558.

(2) \_ محمود مختار أحمد بربري، المرجع السابق، ص 458.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

تضمنت: « أن مشروع قانون التحكيم المصري قائم على عدد من الأسس أولها السير في ركب الاتجاهات الدولية الحديثة بشأن التحكيم التجاري، وكانت مراعاة هذا الأمر سهلة وميسرة أمام اللجنة الفنية، إذ سبق في عام 1985 أن أعدت لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة أونتسرال قانونا نموذجيا للتحكيم التجاري الدولي ودعت الدول إلى نقله إلى تشريعاتها الوطنية، وأوصت أن يكون النقل موضوعا وشكلا، مطابقا للأصل بقدر المستطاع ليتحقق التوحيد التشريعي العالمي في هذا الجانب من التجارة الدولية وهو هدف الأمم المتحدة<sup>(1)</sup>.

إذا كان هذا هو ما قرره المذكرة الايضاحية لمشروع قانون التحكيم المصري، فلماذا أهمل المشرع تماما مشكلة تنازع القوانين في شأن اتفاق التحكيم في قانون التحكيم المصري، وعقد عن تنظيم أحكامها فخلت نصوصه تماما من أي إشارة إلى القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم؟

ويرى جانب من الفقه أنه بالرغم من هذا الإهمال الواضح الذي اتسم به مسلك المشرع المصري للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، إلا أنه يجب تطبيق قانون الإرادة على اتفاق التحكيم وفقا للقانون المصري، والسبب في ذلك هو أن اتفاق التحكيم هو تصرف قانوني إرادي، أي أن له في ذلك مثل العقد، والعقد الدولي يخضع عموما لقاعدة التنازع الواردة بالمادة 01/19 من القانون المدني، والتي تخضع العقود الدولية لمبدأ قانون الإرادة<sup>(2)</sup>.

أما المشرع الجزائري فإنه من خلال نص المادة 1040<sup>(3)</sup>، من قانون الإجراءات المدنية

---

(1) \_ هشام محمد إبراهيم السيد الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، سنة 2009.

(2) \_ أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم التجاري الدولي والداخلي، المرجع السابق، ص 298.

(3) \_ القانون رقم 09/08 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية، المذكور سابقا.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

والإدارية، قد أخذ بازدواجية الإرادة، حيث ترك للأطراف حرية اختيار قانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم صراحة، أو ضمناً عن طريق اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وفي غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية تقدر صحة وفعالية هذا الاتفاق وفقاً لإرادة المحكم، وبذلك يكون قد جمع بين منهج النزاع وبين منهج القواعد المادية، وكرس ثلاث حلول تطبق بالتناوب و تهدف كلها إلى توسيع مجال صحة اتفاق التحكيم في مجال التجارة الدولية.

ويعتبر هذا الحل الذي اعتمده المشرع الجزائري، تجسيدا لتراجع الجزائر عن حرصها التقليدي على تطبيق القانون الوطني ضماناً لسيادتها السياسية والاقتصادية، والمضي قدماً نحو نظام قانوني يواكب التطور الذي تشهده التجارة الدولية.

فالفقرة الثانية من نص المادة 1040، تسمح بأن يقوم الأطراف باختيار أي قانون ليحكم اتفاق التحكيم الذي أبرموه، حيث كرس المشرع الجزائري بموجب نص هذه المادة مبدأ الإرادة المستقلة المعترف به عالمياً، أكثر من ذلك فإن هذه المادة تسمح ليس فقط بإعطاء الحرية للأطراف في اختيار تطبيق قانون أجنبي أو قانون وطني، مثل ما هو معمول به في إطار قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص، وإنما تمكنهم من اللجوء إلى إخضاع اتفاقهم لأنه قاعدة قانونية مهما كان مصدرها، أهم من ذلك فإنها ترفع القيد الذي وضعته المادة 18 من القانون المدني المتعلق بالقانون ذات الصلة الحقيقية بالنزاع والأطراف، والذي يقيد حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق.

يمكن لأطراف اتفاق التحكيم، أن يتفقوا إذن على خضوع هذا الاتفاق لنظام التحكيم الساري المفعول لدى مركز تحكيم معين أو هيئة معينة، كما يمكن إخضاعه لحكم المبادئ العامة للقانون، أو لقواعد يحددها مباشرة في نفس الاتفاق أو في اتفاق لاحق.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

لذلك أنه حسب رأينا أنه يجب استبعاد نص المادة 18 من القانون المدني في مجال التحكيم التجاري الدولي، ذلك أن المشرع الجزائري وضع حولا خاصة في قانون الاجراءات المدنية والإدارية، حيث حدد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في نص المادة 1040.

### المطلب الثاني

#### قانون العقد الأصلي

اتجهت غالبية التشريعات إلى ضرورة تحري الإرادة الضمنية للأطراف في حال تخلف إراداتهم الصريحة ويقصد بالإرادة الضمنية تلك التي تستساغ من الظروف المختلفة المحيطة بالتعاقد، والتي تستشف في الواقع من خلال عدة قرائن، مثل اللغة التي حرر بها العقد، والعملية التي اتفق على استخدامها في الوفاء، والاتفاق على تنفيذ العقد في دولة معينة، وإلى غير ذلك من الضوابط التي يمكن التوصل إليها من خلال بحثها إلى معرفة المحل الذي قصد الأطراف تركيز عقدهم فيه، ومن ثم تكون إرادتهم الضمنية قد اتجهت إلى إعمال قانون التركيز الموضوعي للعقد.

وبذلك تقول قاعدة قانون الإرادة الضمنية إلى قاعدة إسناد أخرى يكون ضابطها هو المحل الذي تركز فيه العقد.

وعلى ذلك جاء تقنين التشريعات المختلفة في تنازع القوانين بوضع ضابط الإرادة الضمنية في حالة تخلف الإرادة الصريحة.

فتضمن ذلك قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في المادة 1040، فقد نصت هذه المادة على خيار تطبيق القانون المنظم لموضوع النزاع لتقدير صحة اتفاق التحكيم التجاري الدولي، غير أن هذا الخيار لا يجب أن يفهم كأنه نتيجة عن عدم استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

العقد الأصلي، استنادا لصريح عبارة الفقرة الأخيرة من نفس المادة، وإنما نتيجة اختياره من قبل الأطراف، أو نتيجة لنفس التركيز القانوني لهما<sup>(1)</sup>.

هذا ما دفع بالمشرع الجزائري إلى النص على تطبيق القانون المنظم لموضوع النزاع على اتفاق التحكيم في حالة تخلف الأطراف على تعيين القانون الواجب التطبيق، وهو الحل الذي أعتبر بمثابة اختيار ضمني للأطراف.

كما نص على هذه القاعدة القانون المدني المصري في المادة 01/19 والتي نصت على: «يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولية التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتخذوا موطنًا، فإن اختلفا موطنًا سري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه»<sup>(2)</sup>.

كما تضمنت الاتفاقيات الدولية ذات القاعدة، ومن ذلك ما تضمنه المادة 01/03 من اتفاقية روما لعام 1980 حول القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية من أنه « يسرى على العقد القانون الذي يختاره الأطراف، ويجب ان يكون هذا الاختيار صريحا أو يستخلص بطريقة مؤكدة من أحكام العقد أو من ظروف التنفيذ».

ولم تكن هناك أية صعوبة في تطبيق قانون الإرادة الضمنية على اتفاق التحكيم، كما تطبق في الأصل على العقد الدولي، ومرجع ذلك أن قاعدة قانون الإرادة الضمنية هي مظهر من مظاهر التوسع في أعمال مبدأ سلطان الإرادة، ومن تم وكما ذكرنا سابقا، فهي تتحد مع الفلسفة التي يقوم عليها نظام

---

(1) \_ المادة 1040 من القانون رقم 09/08 المذكور سابقا.

(2)\_ Pierre Lalive, Emmanuel Gaillard. Le nouveau Droit de l'arbitrage international en Suisse, JDI, N-4, 1989, p 928.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

التحكيم من اعتماده على مبدأ الرضائية<sup>(1)</sup>.

ولكن وبالرغم من تداخل اتفاق التحكيم مع العقد الدولي، من حيث مبدأ إعمال قاعدة الإرادة الضمنية، إلا أن اختلافهما في تطبيقه كان محتوماً.

إذ يفرض اختلاف اتفاق التحكيم، عن العقد الدولي في تطبيق قانون الإرادة الضمنية، ما يتسم به اتفاق التحكيم من طبيعة خاصة تميزه عن غيره من العقود، والتي تتمثل في كون محله ينصب على عمل إجرائي قوامه تسوية نزاع ناشئ عن علاقة أخرى تعاقدية بطريق التحكيم.

وقد استند في تقديم قاعدة قانون العقد الأصلي أو العلاقة الأصلية، بوصفه قانون الإرادة الضمنية، إلى ارتباط اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي أو العلاقة الأصلية برابطة توصف بثلاثة أوصاف أنها رابطة موضوعية، وأنها رابطة وظيفية وأنها رابطة عضوية<sup>(2)</sup>.

فهي رابطة موضوعية باعتبار أن موضوع اتفاق التحكيم هو تهيئة وسيلة قضائية ملائمة لفض ما يثور من نزاع بشأن موضوع العلاقة الأصلية، وهي رابطة وظيفية بحسبان أن اتفاق التحكيم هو مجرد اتفاق *Acte instrumental* أو اتفاق خادم للعقد *convention de service*، أو للعلاقة الأصلية، بإبعاد ما ينشأ عنهما من منازعات عن قضاء الدولة، وجعله لقضاء التحكيم، وهي أخيراً رابطة عضوية لأن اتفاق التحكيم يندرج حينما يأخذ صورة شرط أو بند التحكيم في صلب العقد الأصلي وبنائه الصياغي، حتى وإن اتخذ صورة المشاركة، فهو يدون في محرر أو مستند يلحق بملف العلاقة الأصلية

---

(1) \_ سراج حسن محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 262.

(2) \_ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 301.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

أو العقد أو يشير إلى انه أبرم بخصوصه (1).

فعلى أساس ذلك، وفضلا عن أن الواقع يدل على أنه حينما يتفق الأطراف على قانون معين ليحكم عملية التحكيم فهو يحكم كل جوانب تلك العملية من بدايتها إلى نهايتها، بما فيها اتفاق التحكيم، فإنه عملا بذلك بتعين، عند غياب الاختيار الصريح للقانون الذي يحكم ذلك الاتفاق نطبق القانون الذي يحكم العلاقة الأصلية المبرم بشأنها اتفاق التحكيم، وهو قانون العقد الأصلي أو قانون موضوع التحكيم، كما جاء في المادة 1040 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

كما تبنت هذا الاتجاه أحكام تحكيم عديدة، وبصفة خاصة تلك التي اصدرتها غرفة التجارة بباريس:

- ومن ذلك الحكم الصادر في القضية التحكيمية رقم 6840 لعام 1991 والتي جاء فيه «من المعقول والطبيعي عند انعدام أي تحديد من جانب الأطراف بشأن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم إخضاع شروط التحكيم لنفس قانون العقد الأصلي، بحيث يختص ذلك القانون بتحديد صحة أو بطلان الشرط واستقلاله عن العقد الأصلي، بحيث يختص ذلك القانون بتحديد صحة أو بطلان الشرط واستقلاله عن العقد الأصلي من عدمه، وقد يبدو ذلك مقبولا حيث إنه في الغالبية العظمى من الحالات يخضع أطراف العقد الأصلي واتفاق التحكيم لقانون واحد وعند غياب التعبير الصريح عن الإرادة فإن دلائل الإسناد تحدد أيضا ذات القانون ليحكم كلاهما» (2).

- وفي شأن تطبيق قانون العقد الأصلي على اتفاق التحكيم قضت محكمة النقض المصرية

---

(1) \_ هشام محمد ابراهيم السيد الرفاعي، المرجع السابق، ص 155.

(2)\_F. Klein.Du Caractaire Autonome de la clause compromissoire en Matière D'arbitrage international- REV-crit, p199.



## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

بأنه: « إذا كان الطاعنان تمسكا بعدم جواز تنفيذ حكم المحكمين موضع التداعي لمقولة أن عقد الإيجار التمويلي الذي تضمن شرط التحكيم الذي صدر على أساسه هذا الحكم لم ينعقد قانونا بما مؤداه أن حكم المحكمين قد صدر دون وجود اتفاق على التحكيم وكان يبين من عقد الإيجار أنف الذكر والمقدم ترجمة رسمية له بالأوراق إنه يتضمن في البند الواحد والعشرين منه النص على أن القانون واجب التطبيق على هذا العقد هو القانون السويدي وعلى إحالة أي نزاع ينشأ عن تفسيره أو تنفيذه إلى التحكيم بالسويد وفقا لأحكام قانون التحكيم السويدي فإن المرجع في ذلك يكون إلى القانون السويدي باعتباره القانون الذي اختاره الأطراف ليحكم العقد الأصلي الوارد باتفاق التحكيم ضمن بنوده وإليه وحده يكون القول الفصل فيما أثير حول وجود هذا العقد والاتفاق التحكيمي المتصل به من حيث وجود التراضي وكيفية تلاقي القبول بالإيجاب وتحديد القوة الملزمة للإيجاب والشروط اللازمة لاعتبار القبول متأخرا من عدمه إلى آخر ذلك من الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاده ووجوده، دون القانون المدني المصري الذي يصدر عنه دفاع الطاعنين في هذا الشأن وإذا لم يقدم الطاعنان الدليل على القانون السويدي المشار إليه حتى تتبين المحكمة على هدى من قواعده مدى صحة هذا الادعاء وخلافا للأصل الذي يفترض في حكم المحكمين صدوره استنادا إلى اتفاق تحكيمي تتوافر له مقوماته وصحته قانونا وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه وهو في سبيله للتحقيق من موجبات إصدار الأمر بتذييل حكم المحكمين موضوع التداعي بالصيغة التنفيذية قد خلص إلى الاعتداد بوجود الاتفاق على التحكيم معولا في ذلك على شرط التحكيم المدرج بعقد الإيجار التمويلي فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون في

نتيجته»<sup>(1)</sup>.

حيث يعد هذا الحكم مثلا نموذجيا في أعمال قانون العقد الأصلي باعتباره قانون الإرادة

---

(1) \_ الطعن رقم 2660 لسنة 59 قانونية جلسة 1996/03/27، مكتب فني 47، الجزء الأول، ص 558.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

الضمنية في شأن اتفاق التحكيم.

هذا وقد بدا واضحا أن الحكم يتصدى لفرض خاص، وهو عدم وجود اتفاق صريح بين الأطراف على القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، بينما يوجد اتفاق على إعمال القانون السويدي على العقد الأصلي، فقرر الحكم سريانه أيضا على اتفاق التحكيم باعتباره القانون الذي اختاره الأطراف ضمنا.

لم يسلم هذا الاتجاه الذي يجعل من تطبيق قانون العقد الأصلي على اتفاق التحكيم باعتباره قانون الإرادة الضمنية، من الانتقادات من طرف جانب آخر من الفقه والتي يمكن حصرها في مايلي:

- أنه لا يوجد مبرر قانوني للربط بين اتفاق التحكيم والعلاقة الأصلية في شأن القانون الواجب التطبيق، حيث أن موضوعها مختلف تماما، فالأول اتفاق له طبيعة إجرائية، في حين أن الثاني اتفاق له طبيعة موضوعية تتعلق بالمعاملات المالية بين الطرفين.

- يترتب على تطبيق قانون العلاقة الأصلية على اتفاق التحكيم اختلاف الحلول القانونية، حيث يخضع كل اتفاق تحكيم لقانون مختلف حسب نوع العلاقة المبرم بخصوصها ذلك الاتفاق، وهذا مع أن اتفاق التحكيم يتعلق في كل الأحوال بمسائل إجرائية ذات الطبيعة الواحدة لا تتعدد بتعدد الخصومات، ومن تم بتعيين تطبيق قانون واحد على اتفاق التحكيم أيا كانت العلاقة المتعلقة به<sup>(1)</sup>.

- إن مثل هذا الحل لا يمكن التسليم به، لأنه يؤدي إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق على العقد أو موضوع النزاع، قبل الفصل في مسألة أولية تتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على

---

(1) \_ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 312.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

اتفاق التحكيم لتقرير صحة وجوده، والذي يتحدد بناءً عليه مدى اختصاص محكمة التحكيم<sup>(1)</sup>.

وكاستنتاج عن ما تقدم وحسب رأينا فإن اللجوء إلى قانون العقد الأصلي، أو القانون المطبق على موضوع النزاع، لا يمكن العمل به من الناحية العملية إلا في الحالة التي يختار فيها الأطراف القانون الواجب التطبيق على نزاعهم، دون الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، ففي هذه الحالة يسهل اللجوء إلى إعمال قانون العقد الأصلي.

أما في حالة عدم اتفاق الأطراف عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فلا يمكن تصور تطبيق قانون العقد الأصلي وهو لم يحدد بعد، والحل هنا نجده فيما جاء في المادة 1040 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، والمتمثل في توحيد المعاملة التي يعامل بها كل من اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، ففي حالة عدم الاتفاق عليهما، اعطى للمحكم سلطة تقديرية واسعة في سبيل تحديد القانون الذي يراه ملائماً لتقدير صحة اتفاق التحكيم.

### المطلب الثالث

#### قانون مقر التحكيم

ذهبت بعض الاتجاهات الفقهية والتشريعية والقضائية إلى إعمال قانون دولة مقر التحكيم على اتفاق التحكيم، إلا أن أولوية إعمال هذا القانون وأسباب اختياره لم تكن واحدة حيث قدمه البعض باعتبار

---

(1) \_ معاشر عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية في عقود المفتاح والانتاج في البلد، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1998، ص 347.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

أن مقر التحكيم هو ضابط الإسناد الأصلي، وقدمه البعض على أنه قانون الإرادة الضمنية، بينما قدمه فريق ثالث باعتباره قانون الإجراءات، أي اعتبره جزءاً من الإجراءات.

### الفرع الأول

#### قانون مقر التحكيم باعتباره ضابط الإسناد الأصلي

قدم جانب من الفقه رأياً يقضي بخضوع اتفاق التحكيم لقانون دولة مقر التحكيم وليس لمبدأ قانون الإرادة، وقد أبدى هذا الرأي ودافعوا عنه و استندوا لعدة أسس منها:

أولاً: أن نظام التحكيم نظام اتفاقي طليق لا يرتبط بدولة معينة، وهو ما قد يعرقل فاعليته ولا بد لاجتتاب ذلك من ربطه بنظام أساسي système de Base ينطلق منه، وهذا النظام يجب أن يكون هو السائد في دولة مقر التحكيم، أي المكان الذي تدور فيه عملية التحكيم.

ثانياً: أنه يصعب قياس نظام التحكيم على نظام العقود الدولية، وإخضاعه على ذلك لمبدأ قانون الإرادة وهذا لاختلاف طبيعة كل منهما، فالتحكيم وإن كان جوهره اتفاقاً، إلا أنه يمر بإجراء وينتهي بقضاء، فهو نظام مختلط من عناصر تعاقدية وقضائية.

ثالثاً: أن دولة مقر التحكيم هي الدولة التي تتركز فيها عملية التحكيم، ويرتبط بها نظام التحكيم أكثر من غيرها، حسب النظرية الموضوعية في تحديد القانون الواجب التطبيق، وقد لاقى هذا الاتجاه صدقاً في مجمع القانون الدولي في أحد أدوار انعقاده عام 1959 وتبنى هذا الاتجاه مقررًا: أنه يحكم صحة اتفاق التحكيم قانون مقر محكمة التحكيم»<sup>(1)</sup>.

---

(1) \_ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 291.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

وقد وجه لهذا الاتجاه مجموعة من الانتقادات أهمها:

- أن اتفاق التحكيم يبرم في مرحلة سابقة على تشكيل هيئة التحكيم، وعلى تحديد مقر التحكيم، وبالتالي يجب أن يعرف مقدما القانون الذي يحكمه ولن يكفل هذا إلا بتطبيق مبدأ قانون الإرادة وتحديد الأطراف لذلك القانون.

- أن أطراف النزاع عند قيامهم بتحديد القانون الواجب التطبيق، لا يتصور إلا اختيارهم قانونا واحدا يطبق على اتفاق التحكيم وعلى موضوع النزاع.

- أن قانون دولة مقر التحكيم كقانون محل إبرام العقد، فلا يكون ملائما في العديد من الحالات حيث يخضع لاعتبارات غير منضبطة كالصدفة أو الملائمات الجغرافية أو المناخية<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني

#### قانون مقر التحكيم باعتباره قانون الإرادة الضمنية

إذا كان قانون الإرادة الضمنية هو القانون الذي ركز الأطراف علاقاتهم عليه، فقد قدم قانون دولة مقر التحكيم بحسبان أنه القانون الذي اتجهت الإرادة الضمنية للأطراف إلى تطبيقه، كما أن دولة مقر التحكيم هي الدولة التي تتركز فيها عملية التحكيم، ويرتبط بها نظام التحكيم أكثر من غيرها<sup>(2)</sup>.

وقد أخذ بهذا الاتجاه بعض التشريعات الوطنية مثل القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 في المادة 2/178، والتي كانت تقابلها المادة 458 مكرر 01 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري لعام 1993 والملغى.

---

(1) \_ إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 74.

(2) \_ Pierre Lalive, Emmanuel gaillard, op, cit, p928.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

كما أخذت به بعض الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية الموقعة بتاريخ 10 يونيو 1958، وذلك في المادة 01/05 وكذلك القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "أونسترال" في المادة رقم 01/26<sup>(1)</sup>.

وقد اعتبر بعض الفقه أن قانون دولة مقر التحكيم على ذلك النحو الذي تبنته الاتفاقيات المشار إليها لا يعد قانون الإرادة الضمنية، إذا أنه لا يعبر عن نية الأطراف في ذلك الإسناد، كما أن العديد من القوانين المقارنة لا تعرف البحث عن الإرادة الضمنية<sup>(2)</sup>.

وهو بذلك يعد ضابط إسناد احتياطي قاطع يجب الالتزام به خارج الإرادة الضمنية.

إلا أن أنصار هذا الاتجاه دافعوا عليه، كون قانون دولة مقر التحكيم هو قانون الإرادة الضمنية لأطراف التحكيم، وأنه يقف على قدم المساواة مع القانون الذي يحكم العلاقة الأصلية خارج إطار تطبيق اتفاقية نيويورك والاتفاقية الأوروبية التي أخذت به.

### الفرع الثالث

#### إعمال قانون التحكيم باعتبار اتفاق التحكيم جزءاً من الإجراءات

اتجه أنصار هذا الرأي إلى أن اتفاق التحكيم يخضع لقانون دولة مقر التحكيم، استناداً إلى أن

---

(1) \_ محمود مختار أحمد بري، المرجع السابق، ص 458.

(2) \_ هشام محمد ابراهيم السيد الرفاعي، المرجع السابق، ص 157.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

اتفاق التحكيم جزء من إجراءاته والإجراءات تخضع لقانون محل التحكيم<sup>(1)</sup>.

وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الاتجاه، مقررة خضوع اتفاق التحكيم لقانون البلد الذي اتفق على إجراء التحكيم فيه وذلك استناداً على المادة 22 من القانون المدني، التي وضعت قواعد إسناد خاصة بالإجراءات والتي تنص على أنه: « يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل المتعلقة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات».

ومن تطبيقات ذلك في القضاء المصري:

-حكم محكمة النقض المصرية في 1981/02/09 حيث قضت بأنه « لما كان شرط التحكيم قد نص على أن يسوى النزاع في لندن طبقاً لقواعد قانون التحكيم الانجليزي لسنة 1950 وكان المشرع قد أقر إجراء التحكيم في الخارج، ولم يرى في ذلك ما يمس بالنظام العام، فإنه يرجع في تقرير صحة شرط التحكيم وترتيبه لآثاره إلى قواعد القانون الانجليزي باعتباره قانون البلد الذي اتفق على إجراء التحكيم فيه وبشرط عدم مخالفة تلك القواعد للنظام العام»<sup>(2)</sup>.

-كذلك حكم محكمة النقض المصرية الصادر في 1983/01/13 حيث قضت بأنه: « لما كان الثابت أن شرط التحكيم المدرج في سند الشحن قد نص على أن يحال أي نزاع ينشأ عن هذا السند إلى ثلاثة محكمين في مرسيليا وكان المشرع قد أقر الاتفاق على إجراء التحكيم في الخارج ولم يرى في ذلك ما يمس بالنظام العام فإنه يرجع في شأن تقرير صحة شرط التحكيم إلى قواعد القانون الفرنسي باعتباره قانون البلد الذي اتفق على إجراء التحكيم فيه طبقاً لما تنص عليه المادة 22 من القانون المدني بشرط

(1) \_ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 192.

(2) \_ النقض المدني المصري، مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض، لسنة 32 قضائية، ص 445.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

عدم مخالفة تلك القواعد للنظام العام<sup>(1)</sup>.

وفي الأخير وكخلاصة عن ما سبق فإننا يمكننا القول بأن لمعيار قانون دولة مقر التحكيم أهمية معتبرة، تقوم على توافر مصلحة عملية للأطراف في اختيار قانون دولة مقر التحكيم، ذلك أنه لا يمكن بحال الاستغناء عن طلب المعونة والمساعدة من قضاء دولة مقر التحكيم.

كما أن دولة مقر التحكيم هي التي تشهد صدور حكم التحكيم، وهذا الحكم تتوقف صحته على صحة اتفاق التحكيم، ومن هنا يظهر أن قانون دولة مقر التحكيم هو الأقرب لحكم اتفاق التحكيم مع الوضع في اعتبار التحفظات التالية:

- أن قانون دولة مقر التحكيم لا يمكن أن يتقدم على قانون الإرادة الصريحة للأطراف، أو يحل محله ليصبح هو ضابط الإسناد الأصلي، لما في ذلك من إهدار لمبدأ الرضائية الذي تقوم عليه فلسفة التحكيم والمصدر الذي يستمد منها شرعيته.

- أنه لا يمكن تأسيس تطبيق قانون دولة مقر التحكيم على اتفاق التحكيم واعتباره جزءا من إجراءات التحكيم، ذلك أن الثابت أن اتفاق التحكيم هو تصرف قانوني وليس عملا إجرائيا فهو عقد حقيقي لا يغير ذلك طبيعته الخاصة المتمثلة في أن محله يتصل بمسألة إجرائية.

### المطلب الرابع

#### القانون الأصلح لاتفاق التحكيم

---

(1) \_ الطعن رقم 1259 لسنة 49 قضائية جلسة 13/06/1983 مكتب في 34، ص 12.



## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

ظهر اتجاه في الفقه الحديث، لا يبحث عن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، ولكنه يبحث عن صحة اتفاق التحكيم في اي قانون كان، فهو يهدف إلى تحقيق أقصى درجات الفاعلية لاتفاق التحكيم حتى يحقق الغاية المرجوة منه كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية.

ومن هذا المنطلق فإن هذا الاتجاه يخشى على اتفاق التحكيم من حكم القانون الواجب التطبيق عليه والذي قد يؤدي إلى بطلانه، ومن تم عدم فعاليته، وعلى ذلك فهو يسعى إلى تطبيق القانون الذي يحقق الفاعلية لاتفاق التحكيم، أو بمعنى آخر يطبق أي قانون يؤدي إلى صحة اتفاق التحكيم<sup>(1)</sup>.

ويبرر هذا الاتجاه فكرته في هذا الشأن بما لاتفاق التحكيم من أهمية في الحياة التجارية الدولية تتمثل في اتخاذ الأفراد والأشخاص المعنوية الخاصة منه أسلوب لتسوية منازعاتهم في علاقاتهم التجارية، وما يعقده هؤلاء على اتفاق التحكيم من آمال كبيرة، لا يقبل معها أن يصبح اتفاق التحكيم مهددا بزوال قيمته القانونية، لأن ذلك ينذر بعواقب وخيمة، ليس فقط على المعاملات التجارية الدولية محل هذا الاتفاق، وإنما أيضا على مصالح التجارة الدولية عموما.

وعلى أساس هذا التبرير اخذ هذا الاتجاه في البحث عن المقومات الأساسية التي تحقق الفاعلية الكاملة لاتفاق التحكيم الدولي، والتي كان منها معالجة خاصة للقانون الواجب التطبيق عليه باعتبار هذا القانون إذا ما تقرر بموجبه بطلان الاتفاق، سيحول ذلك دون فاعليته المنشودة<sup>(2)</sup>.

وقد عرض هذا الاتجاه مفهوما جديدا، اعتبره بمثابة طوق نجاة لاتفاق التحكيم، يحميه من تطبيق أحكام أي قانون قد تؤدي في أحيان كثيرة إلى بطلانه.

---

(1) \_ أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 75.

(2) \_ هشام محمد السيد الرفاعي، المرجع السابق، ص 167.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

تقوم قاعدة القانون الأصلح لاتفاق التحكيم على تعدد القوانين الواجبة التطبيق على اتفاق التحكيم الدولي وتسري هذه القوانين بدون ترتيب معين، فالقانون الذي يؤدي منها إلى صحة الاتفاق هو الذي يتم تطبيقه بصفة نهائية.

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 1040<sup>(1)</sup>، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذ تقضي الفقرة الثالثة من هذه المادة، بخضوع اتفاق التحكيم إلى ثلاثة قوانين يكفي أن تتوفر صحة اتفاق التحكيم وفقا لأي منها.

فهناك قانون الإرادة، وهناك القانون الذي يحكم موضوع النزاع، وهناك القانون الذي يراه المحكم ملائما، حيث تسري هذه القوانين بدون ترتيب معين، فالقانون الذي يؤدي منها إلى صحة اتفاق التحكيم هو الذي يتم تطبيقه بصفة نهائية، خاصة وأن خيار القانون الذي يراه المحكم ملائما بفتح المجال للمحكم لتكريس دوره في عملية اختيار القانون الواجب التطبيق ليس حسب إرادة الأطراف بل حسب إرادته هو.

فإرادة الأطراف وإن كانت هي جوهر نظام التحكيم، تبقى دائما تحركها اعتبارات المصلحة وسهر كل واحد منهم على الالتجاء إلى القانون الذي يحقق له مصلحته، أما ما فعله المشرع الجزائري بمنح المحكم سلطة اختيار ما يراه صالحا أو ملائما لحكم اتفاق التحكيم، كان الخيار الأمثل، لأن المحكم بدوره الحيادي يكون بدون أي شك هو صاحب الاختيار الأمثل والأصلح للقانون الذي يحكم اتفاق التحكيم.

---

(1) \_ المادة 02/1040 « تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

ولعل ما دفع بالمشرع الجزائري إلى ذلك هو رغبته في التوسع في معنى القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم الدولي، إلى رغبته في إتاحة الفرصة أمام صحة اتفاق التحكيم بتطبيق أكثر من قانون يحكمه تحقيقا لفاعليته.

وقد ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أكثر من ذلك، فقد نادى فريق كبير منهم بإمكانية تطبيق أي من قانون مكان التحكيم، أو قانون مكان إبرام اتفاق التحكيم أو قانون العقد نفسه، أو أي قانون آخر بشرط أن يؤدي القانون الذي سيتم تطبيقه إلى صحة اتفاق التحكيم الدولي.

ولكن الإشكالية الحقيقية هنا لا تكمن في اختبار القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم خاصة وأن نص المادة 1040 جاء واضحا، بل تكمن في إيجاد القانون الذي يحمي اتفاق التحكيم من البطلان.

معنى ذلك فإن الإشكالية التي يمكن أن تواجه فكرة هذا الاتجاه، هي أن تجمع أحكام القوانين المختلفة على تقرير بطلان اتفاق التحكيم الدولي، فما هو الحل الذي جاء به أصحاب هذا الاتجاه لإنقاذ اتفاق التحكيم من شبح البطلان؟

نادى أصحاب هذا الاتجاه بفكرة أخرى تقوم على تجزئة القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم، وذلك بأن يتم تطبيق جزء من حكم القانون وليس القانون كله، وهكذا تتعدد القوانين التي تسري على اتفاق التحكيم الدولي بما لا يجعل بطلانه رهنا بقانون بعينه، فيكون من شأن ذلك أن يكفل له صحته وفاعليته.

ولكن هذه الفكرة انتقدت بشدة لما فيها من مجافات لقواعد العدالة، ذلك أن مسألة بطلان اتفاق التحكيم لا تثار إلا من قبيل أحد أطراف العلاقة الذي يتمسك بذلك أمام هيئة التحكيم، أو المحكمة

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

القضائية، والتي عليها أن تنزل أحكام القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم حتى تصل إلى بطلانه كما يدعى هذا الطرف، أو صحته كما يدعى الطرف الآخر. ومن ثم فإن القول مسبقاً بضرورة البحث عن القانون الذي يقر بصحة اتفاق التحكيم، يؤدي إلى الحكم المسبق بترجيح ادعاء الطرف المتمسك بصحة اتفاق التحكيم على ادعاء الطرف المتمسك ببطلانه، وهو ما يتناقض مع قواعد العدالة (1).

### المبحث الثالث

#### القانون الواجب التطبيق على شكل اتفاق التحكيم

---

(1) \_ أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 77.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

ظلت قاعدة قانون محل إبرام العقد تحكم شكل العقد الدولي، بعد أن استقل موضوع العقد عنها، لتسري عليه قاعدة أخرى هي قاعدة قانون الإرادة، واستقرت قاعدة خضوع شكل العقد لقانون محل إبرامه في معظم تشريعات دول العالم في القانون المقارن.

وقد استتبع التفرقة بين موضوع العقد الدولي وشكله من حيث القانون الواجب التطبيق على كل منهما، تفرقه مماثلة في هذا الشأن بين موضوع اتفاق التحكيم وشكله، باعتباره عقدا يسري عليه ما يسري على العقد الدولي من أحكام تنازع القوانين، إلا أن ذلك لم يمنع من انفراد اتفاق التحكيم في شأن القانون الواجب التطبيق على شكله بأحكام يتميز بها عن غيره من العقود بحكم ما له من طبيعة خاصة<sup>(1)</sup>.

كما أن الأمر لا يقف عند تضيق المسألة أو توزيعها تحت طائفة مسائل الشكل أم مسائل الموضوع، إذ تختلف المسائل الشكلية ذاتها من حيث جوهرها وكيفية تحققها ووظيفتها، أو الهدف الذي يبتغى من تحققها، ويختلف تبعاً لذلك القانون الواجب التطبيق عليها، كما يختلف الحكم جراء إعمال كل قانون.<sup>(2)</sup>

وكما هو معروف فإن الكتابة هي أهم مظاهر الشكل التي يتطلبها اتفاق التحكيم، إلا أن اختلاف التشريعات بشأن الوظيفة التي تؤديها الكتابة في اتفاق التحكيم من كونها لازمة لإثبات الاتفاق أم لإثبات انعقاده، وهذا ما أثار العديد من الإشكاليات، في ظل الخلاف الفقهي بشأن القانون الواجب التطبيق على الشكل اللازم للإثبات والقانون الواجب التطبيق على الشكل اللازم للانعقاد، حيث ذهب

---

(1) \_ أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، 1998، ص 389.

(2) \_ عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، المرجع السابق، ص

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

البعض منهم إلى إعمال القانون الذي يحكم الموضوع على الشكل اللازم للانعقاد، بينما تمسك جانب آخر بإعمال المنهجية الموضوعية في هذا الشأن، وهناك من دعى إلى تطبيق منهج التنازع.

سوف نقوم من خلال هذا المبحث بالتعرض إلى أهم الآراء الفقهية والتشريعية فيما يخص القانون الواجب التطبيق على شكل اتفاق التحكيم، وذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: نطاق الشكل في اتفاق التحكيم.

المطلب الثاني: إعمال قواعد الإسناد الخاصة بالعقد الدولي على شكل اتفاق التحكيم.

المطلب الثالث: إعمال المنهجية الموضوعية في شكل اتفاق التحكيم.

### المطلب الأول

#### نطاق الشكل في اتفاق التحكيم

إذا كان الاتفاق على التحكيم يتم برضاء الأطراف المتعاقدة فهل يكفي هذا الرضا لقيام التحكيم؟ وهل يكفي تحقق الشروط الموضوعية التي تطبق على العقود عامتا واتفاق التحكيم خاصة ليرتب اتفاق التحكيم لآثاره؟ أم يجب أن يتم إفراغه في تشكل معين، وبعبارة أخرى هل تتطلب مختلف التشريعات أو الهيئات الدولية المختصة في التحكيم شكلا معيناً لقيامه؟.

عادة ما يخضع شكل العقد لذات القانون الذي يحكم الموضوع منذ أن كانت قاعدة الإسناد في فقه تنازع القوانين هي خضوع التصرف القانوني، سواء كان عقداً أم واقعة قانونية لقانون المحل، بحيث يخضع العقد لقانون محل إبرامه وتخضع الواقعة لقانون محل وقوعها، إلا أن التطورات اللاحقة على نشأة هذه القاعدة قد أخرجت العقود من نطاقها وفرقت بين شكل العقد وموضوعه، فإذا كان موضوع

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

العقد يخضع لقانون الإرادة فإن الشكل يخضع لقانون محل الإبرام<sup>(1)</sup>.

وإذا كان اتفاق التحكيم، يعتبر من العقود الرضائية إلا أن بعض التشريعات اعتبرته من العقود الشكلية، بمعنى أنه لا يتم بمجرد تراضي المتعاقدين، بل يجب لتمامه إتباع شكل يتطلبه القانون. وعليه فإننا سنتعرض أولاً لموقف القوانين الوطنية ثم الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية.

### الفرع الأول

#### القوانين الوطنية

اشتترطت معظم القوانين أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، ولكنها قد اختلفت فيما بينها حول شكل الكتابة المطلوب، وما إذا كانت رسمية أم عرفية، وحول ما إذا كانت الكتابة شرطاً لصحة اتفاق التحكيم أم أنها فقط لمجرد الإثبات.

تذهب بعض القوانين الوطنية إلى ضرورة كتابة اتفاق التحكيم كتابة رسمية، بمعنى أن يبرم اتفاق التحكيم في محرر رسمي موثق، وذلك باعتبار أن الاتفاق يمثل الأساس القانوني للتحكيم، كالتشريع الكوستاريكي وتشريع البيرو، وفنزويلا، والمكسيك والبرتغال<sup>(2)</sup>.

إلا أن غالبية القوانين الوطنية لا تتطلب أن تكون الكتابة رسمية، وتكتفي أن يكون التحكيم في عقد مكتوب، وذلك كما هو الحال في بريطانيا وأمريكا وروسيا والهند، وفي بعض دول أمريكا اللاتينية

---

(1) \_ إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 85.

(2) \_ محمود محمد هاشم، النظرية العامة متحكم في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول، اتفاق التحكيم، دار الفكر العربي، القاهرة، 1990، ص 102.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

كالأرجنتين والشيلي والبرازيل، بل هناك بعض القوانين التي لم تشترط الكتابة في اتفاق التحكيم كما هو الحال في ألمانيا، حيث يجوز التحكيم الشفوي بالنسبة للمعاملات التجارية<sup>(1)</sup>.

والملاحظ أن معظم التشريعات التي اشترطت كتابة اتفاق التحكيم نصت على الكتابة كشرط للإثبات وليس شرطاً لصحة اتفاق التحكيم، كما هو الحال في إيطاليا وبلجيكا وانجلترا، وقد أخذت بهذا قوانين بعض الدول العربية منها قانون المرافعات العراقي في المادة 252، وقانون أصول المحاكمات السوري في المادة 509، وكذلك قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني في المادة 766<sup>(2)</sup>.

أما المشرع الفرنسي فقد نص على شرط الكتابة في المادة 1443 من قانون الإجراءات المدنية، فبنسبة للتحكيم الداخلي على أنه، يجب أن يكون شرط التحكيم مكتوباً في العقد الأصلي أو في مستند يحيل إليه هذا العقد، وإلا كان باطلاً، ولم يتضمن هذا النص أي بند فيما يتعلق باتفاق التحكيم الدولي، هذا يعني أن شرط التحكيم المنصوص عليه في هذه المادة لصحة شرط التحكيم لا يسري على التحكيم الدولي، إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك، ومن هذا يتضح أن المشرع الفرنسي اشترط أن يكون شرط التحكيم مكتوباً، وإلا كان باطلاً في التحكيم الداخلي فقط<sup>(3)</sup>.

وكان المشرع المصري، يتطلب الكتابة كشرط لإثبات، حيث كانت المادة 501 من قانون المرافعات تنص على أنه «لا ثبت التحكم إلا بالكتابة»، فالكتابة إذن حسب هذه المادة هي شرط للإثبات

---

(1) \_ سراج حسن محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 272 و 273.

(2) \_ فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الجزء الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997، ص 124.

(3) \_ Article 1443 «la chouse compromissore doit, a peine de nulité, être stiprileé por écrit dous la convention principale ou dous un document au quel celle-ci se réfère»



## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

وليست شرطا للصحة، سواء كان التحكيم سابقا على وقوع النزاع أو لاحقا له<sup>(1)</sup>، ولكن المشرع المصري في القانون الجديد للتحكيم رقم 27 لسنة 1994 أقر وجوب كتابة اتفاق التحكيم، ورتب على تخلف الكتابة بطلان هذا الاتفاق، فقد نصت المادة 12 من هذا القانون على أنه: « يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا...»، ولكن الملاحظ أن هذا النص، قد أضفى مرونة كبيرة على نوع الكتابة المطلوبة فلم يشترط صيغة معينة أو شكلا معيناً في الكتابة وذلك بنصه: « ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محرر وقعه الأطراف أو إذا تضمنه ما يتبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة<sup>(2)</sup> ».

وقد سار في نفس الاتجاه المشرع الجزائري في المادة 01/1040 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية والتي نصت على: «تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة»<sup>(3)</sup>.

فالمشرع الجزائري هو الآخر قد جعل الكتابة شرطا لصحة اتفاق التحكيم، فهو من الشروط الشكلية وتخلفه يجعل هذا الاتفاق مشوبا بالبطلان، فالمشرع الجزائري وإن ربط إجراء الكتابة بالبطلان وجعله إجراء جوهريا، إلا أنه حاول أن يجعل هذا الإجراء مرنا وسهل التطبيق وهذا بعدم تقييده بشكل معين، فالأطراف لهم كل الحرية في اختبار الشكل المناسب لعقدهم، سواء كان ذلك في العقد الأصلي أم في عقد آخر أو أي وسيلة من وسائل الاتصال.

(1) \_ سراج حسن محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 174.

(2) \_ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 190.

(3) \_ القانون رقم 09/08، المنكور سابقا.

## الفرع الثاني

### الاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية

نصت المادة 01/02 من اتفاقية نيويورك، الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية التي أقرها مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بالتحكيم التجاري الدولي المنعقد في نيويورك سنة 1985، على ضرورة وجوب كتابة اتفاق التحكيم، حيث نصت على أنه « تعرف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب التي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم»<sup>(1)</sup>.

وقد قامت نفس المادة بتغيير معنى الاتفاق المكتوب في فقرتها الثانية والتي جاء فيها « يقصد باتفاق مكتوب شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات»<sup>(2)</sup>.

يتضح من هذا النص أن اتفاقية نيويورك قد تطلبت أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا حتى تعترف به الدول الأعضاء، بمعنى أن الدول الأعضاء لا تكون ملزمة بالاعتراف باتفاق التحكيم إذا لم يكن هذا الاتفاق مكتوبا، ومع ذلك فقد أضفت هذه الاتفاقية هي الأخرى مرونة كبيرة على الكتابة المطلوبة حيث أنها لم تشترط في الكتابة شكلا معينا.

إلا أن المادة الثانية من اتفاقية نيويورك لم توضح مصير اتفاق التحكيم الذي تخلف عنه شرط

(1) \_ سامح عاشور و عبد السلام كشك، المرجع السابق، ص 185.

(2) \_ محمود مختار أحمد بربري، المرجع السابق، ص 569.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

الكتابة صراحة كما فعل مثلاً كل من المشرع الجزائري والمصري، حيث وضع تحت طائلة البطلان.

وقد ذهب بعض من الفقه إلى القول بأن الكتابة تعد ركناً أساسياً يجب توافره لإمكان القول بوجود اتفاق التحكيم، حيث أن نص المادة 01/02 من هذه الاتفاقية، تقتضي الكتابة كشرط صحة يتعلق بوجود الاتفاق ذاته وليس عنصراً خارجياً متطلباً للإثبات فقط<sup>(1)</sup>.

في حين ذهب رأي آخر في الفقه، إلى القول بأن الكتابة وفقاً لاتفاقية نيويورك تعتبر شرط وجود وليس للإثبات، هو محل شك كبير، فهو يتعارض مع أبسط قواعد التفسير ويحمل النص أكثر مما يحتمل، فالنص لم يربط البطلان أو الانعدام على عدم الكتابة، كما فعلت التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه على غرار وكما ذكرنا التشريع الجزائري والمصري، فضلاً على ذلك فإن الاتفاقية قد تطلبت الكتابة لإلزام الدول الأعضاء باتفاق التحكيم، وهذا يعني أن الدول الأعضاء لا يحق لها أن ترفض إثبات وجود اتفاق التحكيم أو الاعتراف به إذا كان مكتوباً، ولكن لا يمكن تفسير ذلك بأن الاتفاقية تمنع الدول من الاعتراف باتفاق التحكيم غير المكتوب إن هي أرادت ذلك، متى كان قانونها يقضي بذلك، ويرى أن استخدام الاتفاقية للاصطلاح "تعترف" يعني الإقرار بالاتفاق المكتوب، وهذا لا يعني بأي حال من الأحوال أن الاتفاق غير المعترف به غير موجود، بل هذا الاتفاق موجود وتملك الدول الاعتراف به إن أرادت، ولكنها لا تلتزم بهذا الاعتراف<sup>(2)</sup>.

أما الاتفاقية الأوروبية لعام 1961، فقد نصت في الفقرة الثانية من مادتها الأولى<sup>(3)</sup>، وبشكل

---

(1) \_ سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة ومدى خضوعه للقانون المصري، منشأة المعارف الإسكندرية، 1986، ص 225.

(2) \_ ابراهيم أحمد ابراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 73.

(3) \_ المادة 02/01 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم المنعقدة في جنيف 1961 « لأجل تطبيق هذه الاتفاقية، لما يلي من التعابير والمداولات التالية: أ- اتفاقية التحكيم الناتجة عن شرط تحكيمي مدرج في عقد أو اتفاق تحكيمي موقع من

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

يطابق ما جاء في اتفاقية نيويورك، بأن الاتفاق الخاص بالتحكيم يشمل شرط التحكيم الذي يتضمنه العقد، ويشمل كذلك مشاركة التحكيم التي يتم عقدها والتوقيع عليها من قبل الأشخاص أو تتضمنها الرسائل المتبادلة أو البرقيات أو الاتصالات بالتلكس، إلا أن الاتفاقية الأوروبية أشارت إلى العلاقات بين الدول التي لا تفرض قوانينها الكتابة، فإن اتفاق التحكيم يعتبر صحيحا إذا تم بموجب الشكل الذي تقرره تلك القوانين<sup>(1)</sup>.

ويتضح من هذا النص أن الاتفاقية الأوروبية قد تطلبت من حيث المبدأ أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، حيث أنها لم تستلزم أن يتخذ اتفاق التحكيم شكلا معينا، وأجازت أن يتخذ اتفاق التحكيم شكل شرط التحكيم وارد في العقد الأصلي، أو في اتفاق تحكيم موقع عليه من الأطراف قد يكون وارد في الرسائل أو الخطابات، وكذلك فإن الاتفاقية الأوروبية أجازت اتفاق التحكيم المبرم في الأشكال التي تقرها القوانين الأكثر تحررا، وذلك في العلاقات التي تتم في إطار الدول التي لا تتطلب قوانينها كتابة اتفاق التحكيم.

أما بالنسبة للاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987، فلم تتضمن في نصوصها ما يستوجب الكتابة، ولكن يمكن استنتاج ذلك من نص المادة 03<sup>(2)</sup>، من الاتفاقية المذكورة، حيث عالجت

---

الفرقاء أو بموجب رسائل متبادلة أو برقيات أو أبراق بواسطة التلكس، وفي العلاقات ما بين البلدان التي لا تفوض الشكل الكتابي بهذا الصدد تعتبر اتفاقية تحكيم أية اتفاقية معقودة ضمن الأشكال المفروضة بموجب تلك القوانين...».

[www.uobabylon.edu-iq](http://www.uobabylon.edu-iq)

(1) \_ ابراهيم أحمد ابراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 83.

(2) \_ المادة 03 من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987 «يتم الخضوع للتحكيم بإحدى الطريقتين الأولى بإدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة بين ذوي العلاقة، والثانية باتفاق لاحق على نشوء النزاع.

يقترح إدراج الصيغة التالية في العقود التي تخضع للتحكيم كل النزاعات الناشئة عن هذا العقد تتم تسويتها من قبل المركز العربي للتحكيم التجاري وفقا للأحكام الواردة في الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري.».

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

كبقية الاتفاق على التحكيم، واقتُرحت في فقرتها الثانية شرطاً نموذجياً يمكن إدراجه في العقود التي يراد إخضاعها أو إخضاع المنازعات الناشئة عنها للتحكيم، وبهذا تكون الاتفاقية قد أخذت بالكتابة لإدراج الشرط في العقد أو لتنظيم اتفاق لاحق حول جسم النزاع بالتحكيم<sup>(1)</sup>.

وقد سارت في نفس الاتجاه قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، فقد نصت المادة 02/07 من القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة "أونسيترال" لسنة 1985 على أنه: «يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، ويعتبر الاتفاق مكتوباً إذا ورد في وثيقة موقعه من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي تكون بمثابة سجل للاتفاق، أو في تبادل المطالبة والدفاع التي يدعى فيها أحد الطرفين وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر، وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم، شريطة أن يكون العقد مكتوباً وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءاً من العقد»<sup>(2)</sup>.

يلاحظ أن التعريف الذي أورده القانون النموذجي يتسم بالوضوح والتحديد والتفصيل، ويشير إلى الكثير من الأمور الموجودة في التجارة الدولية، مثال ذلك تأكيد الإيجاب والقبول وعقد البيع واستعمال بعض العقود النموذجية، وكذلك العقود التي تحيل إلى بعض الشروط العامة الجاري التعامل بها في مجال التجارة الدولية، ويكون التحكيم فيها هو الطريق لحل النزاعات.

وكذلك الأمر بالنسبة للاتحة محكمة لندن للتحكيم، فطبقاً للمادة الأولى<sup>(3)</sup>، من هذه اللائحة

---

<https://qistas.com>

(1) \_ فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 125.

(2) \_ محمود مختار أحمد بربر، المرجع السابق، ص 445.

(3) \_ المادة 01 من اتفاقية لندن للتحكيم الدولي السارية المفعول سنة 1998، « أي طرف يرغب في بدء التحكيم وفق القواعد يقوم بإرسال طلب للتحكيم مكتوب إلى مسجل محكمة لندن للتحكيم الدولي بحيث يشمل ذلك الطلب أو يكون

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

فإن على الطرف الذي يرغب في بدء إجراءات التحكيم أن يقدم طلب تحكيم مكتوباً على أن يكون مصحوباً بصورة من المستندات التعاقدية الوارد فيها شرط التحكيم، ويستتاد من هذا النص ضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، ولكن ليس من اللازم أن يرد اتفاق التحكيم في العقد الأصلي، بل من الممكن أن يرد في رسائل وبرقيات متبادلة بين الأطراف أو في أية وسيلة أخرى مكتوبة.

وكخلاصة عن ما تقدم، فإن الاتفاقيات الدولية، وكذلك قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية تطلب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً حيث أنها لم تشرط أن تتم كتابة اتفاق التحكيم في شكل معين، إذ أنها أجازت أن يتخذ اتفاق التحكيم صورة شرط التحكيم وارد في العقد، أو أن يتخذ صورة اتفاق موقع عليه من الأطراف، أو أن يرد اتفاق التحكيم في رسائل وبرقيات أو فاكسات متبادلة بينهم.

### المطلب الثاني

#### إعمال قواعد الإسناد الخاصة بالعقد الدولي على شكل اتفاق التحكيم

أثار اختلاف تشريعات الدولة المختلفة في الأحكام الخاصة بشكل اتفاق التحكيم، من حيث ماهيته ووظيفته، وكيفية تحققه إشكالية تنازع القوانين بشأن اتفاق التحكيم حيث قد يترتب على إعمال قانون معين الحكم على اتفاق التحكيم بصحته شكلاً، بينما يترتب على إعمال قانون آخر الحكم على اتفاق التحكيم ببطلانه شكلاً.

وهنا تبرز أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل اتفاق التحكيم، وهذا بالنظر إلى الطبيعة العقدية لاتفاق التحكيم من ناحية، وإلى استقرار قواعد تنازع القوانين في شأن شكل العقد الدولي

---

مصحوباً بالآتي:..... صورة من شرط التحكيم المكتوب أو اتفاق التحكيم المنفصل المكتوب الذي يلجأ إليه المدعى مصحوباً بصورة من المستندات التعاقدية التي تضمنت شرط التحكيم أو التي نشأ التحكيم بسببها...».

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

من ناحية أخرى، فإنه قد بدا مناسباً أن يسري على شكل اتفاق التحكيم أحكام تنازع القوانين، التي يتوصل من خلالها إلى القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي.

### الفرع الأول

#### تطبيق قانون محل الإبرام على شكل العقد الدولي

ظلت قاعدة التنازع التي تحكم شكل العقد الدولي هي قاعدة قانون محل الإبرام، وذلك بعد أن انسلخ موضوع العقد الدولي عن تلك القاعدة ليحكم بمقتضى قانون الإرادة، وفقاً لنظرية الفقه الفرنسي "ديمولان" وبذلك تحولت القاعدة التقليدية من قانون المحل يحكم التصرف لتصبح قانون المحل يحكم شكل التصرف.

وعندما ظهرت فكرة تقسيم الأحوال إلى عينة وشخصية على يد الفقيه "دارمنريه" وكان من الطبيعي أن تصنف قاعدة "المحل يحكم شكل التصرف"، اختلف الفقه بشأن الطائفة التي يدخل تحتها شكل التصرف، فذهب البعض إلى إدخاله في طائفة الأحوال الشخصية، لكي يمتد للقانون المحلي ويسري على شكل العقد باعتباره واقعة حدثت داخل الإقليم، وبظهور فكرة تقسيم الأحوال إلى عينية ومختلطة على يد فقهاء المدرسة الهولندية في القرن السابع عشر، وجدوا أنه من الأنسب إدخال قواعد الشكل في طائفة الأحوال المختلطة.

إلا أنهم ألحقوها في النهاية بالأحوال العينية من منطلق كونها إقليمية التطبيق، وقد ظل القضاء يطبق قاعدة المحل يحكم شكل التصرف كقاعدة عرفية مستقرة طوال القرن الثامن عشر وحتى ظهور حركة التقنين في أوائل القرن التاسع عشر، لتحل مكانها بين نصوص التقنيات، ويتبلور مضمونها في أن كل عقد أو تصرف يتم في بلد ولو بين الأجانب، يمكن أن يفرغ في الشكل المقرر في قانون ذلك

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

البلد، و كل عقد أو تصرف يتم على هذا النحو يعتبر صحيحا شكلا، ويجب الاعتراف به في باقي البلدان حتى في البلد الذي يتوطن فيه الأطراف أو يتمتعون بجنسيته<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني

#### أساس قاعدة قانون محل الإبرام وخصائصها

بالرغم من محاولة بعض الفقه تقديم عدد من الأسس النظرية للدفاع على قاعدة قانون المحل إلا أن الأساس الحقيقي الراجح في الفقه، هو الاعتبارات العملية التي تتمثل في التيسير ورفع العناء عن المتعاقدين في مجالات المعاملات الدولية، إذ يتجلى ذلك في سهولة معرفة المتعاقدين بأحكام ذلك القانون، لوجودهم بمحل عند إبرام العقد، كما تتوفر لديهم الأدوات اللازمة لإتمام الشكل، إذا ما استلزم هذا القانون أشكالا معينة كالتوثيق أو الشهر، أو تصديق من طرف سلطة ما<sup>(2)</sup>.

ومن أهم خصائص قاعدة خضوع شكل العقد الدولي لقانون محل إبرامه أنها قاعدة تختيارية، ذلك أنه باستقراء نصوص التشريعات التي قننت هذه القاعدة، تبين أنها أتاحت الاختيار أمام الأطراف بشأن شكل عقودهم في إفراغها في الشكل المقرر في قوانين عدة، من بينها قانون محل الإبرام.

ويجد هذا الطابع التخييري لتلك القاعدة سنده ومبرره في الأساس الذي قامت عليه من مراعاة الاعتبارات العملية والتيسير على المتعاقدين.

ولم يخرج مسلك المشرع الجزائري عن ذلك في نص المادة 19 من القانون المدني التي جاء

---

(1) \_ أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 1149.

(2) \_ هشام إبراهيم السيد الرفاعي، المرجع السابق، ص 244.



## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

في نصها: « تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية»<sup>(1)</sup>.

هذا وفي غياب نص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية يعالج فيه موضوع القانون الواجب التطبيق على الجانب الشكلي لاتفاق التحكيم، فعند دراستنا لموضوع القانون الواجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم، توصلنا لنتيجة مفادها عدم تماشي نص المادة 18 من القانون المدني مع الطبيعة الخاصة للتحكيم، وقد تقطن إلى ذلك المشرع الجزائري وعالج ذلك في المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

والسؤال المطروح هنا كيف يمكن إخراج اتفاق التحكيم في جانبه الموضوعي من حلقة العقود الدولية الخاصة وإعطائه أحكام تتماشى مع طبيعته الخاصة، وعدم اللجوء إلى نفس الفلسفة أو الفكرة، فيما يخص جانبه الشكلي، خاصة وأننا توصلنا إلى النتيجة القائلة أن اتفاق التحكيم لا يكتمل إلا باكتمال أركانه الموضوعية والشكلية؟

ويظهر جليا تبني النص للطابع التخييري للقاعدة، فأجاز المشرع للأطراف الاختيار بين خضوع شكل عقودهم إلى قانون الموطن المشترك، أو قانون الجنسية المشتركة، أو القانون الذي يسري على أحكام العقد الموضوعية، ولكن تمكين أطراف العقد من الاختيار لا يقضي على الإشكالية والتناقض والتفرقة بين الأحكام الموضوعية والشكلية لاتفاق التحكيم، فباتباع المنهج المنصوص عليه في نص المادة 19 من القانون المدني، فإن الإشكالية المطروحة تنتهي إذا توصل الأطراف إلى الاتفاق على

---

(1) \_ المادة 19 من القانون المدني، عدلت بقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية، رقم

44، ص 20.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

القانون الواجب التطبيق، وتبقى قائمة إذا لم يتمكنوا من التوصل إلى هذا الاتفاق، فذلك يؤدي إلى إجبارهم على تطبيق قاعدة قانون محل إبرام العقد.

### الفرع الثالث

#### اختلاف قاعدة إسناد شكل العقد عن قاعدة إسناد الشكل دليل إثباته

يقصد بشكل العقد، الإطار أو القالب الذي يتم فيه إفراغ الإرادة أو تجسيدها لإظهارها إلى العالم الخارجي، ويمكن أن يتمثل هذا القالب في الكتابة، سواء كانت رسمية أو عرفية أو إشهاد، أو تدخل سلطة معينة في إبرام العقد أو غير ذلك، وقد يكون الغرض من طلب الشكل من كون العقد رضائياً.

كما قد يكون الغرض من طلب شكل معين في العقد استيفاء شرط انعقاده، وعندها يكون العقد شكلياً لا يتم بمجرد تراضي المتعاقدين، بل يجب لانعقاده إتباع هذا الشكل المعين<sup>(1)</sup>.

وكون الشكل مطلباً لإثبات العقد الدولي أو مطلباً لانعقاده له أثره من حيث القانون الواجب التطبيق عليه، إذ يثور التساؤل حول ما إذا كان كل من الشكل اللازم للإثبات والشكل اللازم للانعقاد يخضعان للقانون الذي يحكم شكل العقد، أو القانون الذي يحكم موضوع العقد؟

فبالنسبة للشكل اللازم لإثبات العقد فلم يختلف الفقه بشأنه، فمن المقرر خضوعه للقانون الذي يحكم شكل العقد، إذ قانون الشكل هو المرجع في معرفة لزوم أو عدم لزوم شكل معين لإثبات العقد، فإذا كان القانون الذي يحكم موضوع العقد يستلزم الكتابة للإثبات بينما لا يستلزمها قانون محل الإبرام باعتباره قانون الشكل، فلا تلزم الكتابة لإثبات العقد.

---

(1) \_ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 164.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

ومن زاوية أخرى فإذا كان القانون الذي يحكم موضوع التصرف لا يستلزم الكتابة للإثبات بينما يستلزمها قانون محل الإبرام باعتباره قانون الشكل، فتلزم الكتابة للإثبات.

وهذا ما قرره محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في 1973/06/17 إذا قضت بأن: «الشكلية المعتبرة ركن في انعقاد التصرف دون تلك المفضية لإثباته خضوعها لقانون الموضوع»<sup>(1)</sup>.

كما أقرت بهذا المبدأ نصوص بعض الاتفاقيات الدولية، منها اتفاقية روما لعام 1980 المبرمة بين دول السوق الأوروبية المشتركة، حيث نصت في مادتها رقم 14 على خضوع طرق إثبات التصرف إلى القانون الذي يحكم الشكل<sup>(2)</sup>.

أما بشأن الشكل اللازم لانعقاد العقد باعتباره ركناً فيه، فقد ثار بشأنه خلاف فقهي، فذهب رأي إلى أن اشتراط شكل معين لانعقاد العقد بحيث يترتب على تخلفه بطلانه، يعد من الأمور المتعلقة بموضوع العقد، وبالتالي يجب أن يخضع للقانون الذي يحكم الموضوع، لا القانون الذي يحكم الشكل، لأن الشكلية في حال لزومها لانعقاد العقد لاتعد مجرد مظهر خارجي للعقد، وإنما هي شرط جوهري يدخل فيه، وركن من أركانه<sup>(3)</sup>.

يمكننا القول إذاً أن الغاية من هذه الشكلية هي تنمية المتعاقدين إلى خطر التصرف الذي هم مقدمون عليه، ومن ثم تكون الحكمة من شكلية العقد هي حماية رضائهم، الأمر الذي يجعل استلزامها من عدمه خاضع للقانون الذي يحكم موضوع العقد، وليس شكله.

(1) \_ مجموعة النقض المدني المصري، للسنة القضائية 24، ص 772 جلسة 1973/05/17.

(2) \_ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، مرجع سابق، ص 372.

(3) \_ أحمد حسان القندور، التحكيم في العقود الدولية لإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 389.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

وقد تبني هذا الرأي صراحة المشرع المصري، وذلك في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، التي أقرت أن اختصاص القانون الذي يسري على الشكل، لا يتناول إلا عناصر الشكل الخارجية أما الأوضاع الجوهرية في الشكل وهي التي تعتبر ركنا لانعقاد التصرف، كالرسمية في الرهن التأميني فلا يسري عليها إلا القانون الذي يرجع إليه الفصل في التصرف من حيث الموضوع<sup>(1)</sup>.

أما الرأي الراجح في الفقه فيرفض هذا الاتجاه، ويرى إخضاع الشكل اللازم لانعقاد العقد لقانون محل الإبرام باعتباره القانون الذي يحكم شكل العقد، ويستند في ذلك، إلى أن إخضاع الشكل اللازم لانعقاد العقد للقانون الذي يحكم موضوعه بدلا من قانون محل الإبرام، الذي يحكم الشكل أمر يتنافى مع الاعتبارات العملية وفكرة التسيير، بوصفها الأساس الذي قامت عليه قاعدة الإسناد في مجال شكل التصرفات القانونية، وهي خضوع الشكل لمحل إبرامه<sup>(2)</sup>.

### الفرع الرابع

#### إعمال قاعدة قانون محل الإبرام على شكل اتفاق التحكيم

ظهر توجه إلى إعمال قاعدة قانون محل الإبرام على اتفاق التحكيم باعتباره عقدا، وقد ساهم في تأييد ذلك، التوجه إلى إعمال قواعد تنازع القوانين الخاصة بشكل العقد الدولي على اتفاق التحكيم. إن من أهم الخصائص التي تتميز بها قاعدة إعمال قانون محل الإبرام على شكل العقد الطابع

---

(1) \_ عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، المرجع السابق، ص 39.

(2) \_ أحمد حسان الغندور، المرجع السابق، ص 390.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

الاختياري، ومن أهم الأسس التي قامت عليها مراعاة الاعتبارات العملية والتي منها التيسير على المتعاملين في العلاقة الدولية، وهي مفاهيم تتناسب مع اتفاق التحكيم الدولي كوسيلة لتسوية منازعات المتعاملين في التجارة الدولية.

كما ساهم في تأييد توجهه نحو أعمال قواعد تنازع القوانين، الخاصة بشكل العقد الدولي على اتفاق التحكيم أيضا، أن معظم دول العالم قد ضمنت تشريعاتها تقنين قاعدة خضوع العقد لقانون محل الإبرام لذات طابعها الاختياري، وعلى ذات أساسها المبني على التيسير على المتعاملين في العلاقات الدولية<sup>(1)</sup>.

وكما ذكرنا فإن المشرع الجزائري قد تبنى هذا المبدأ في نص المادة 19 من القانون المدني، على غرار المشرع المصري، الذي نص على ذلك في نص المادة 20 من قانونه المدني، التي تتطابق في المعنى مع أحكام نص المادة 19 من التشريع الجزائري، وهو الشيء الملاحظ بالنسبة لأغلبية الأنظمة المقارنة كالشريع الإماراتي في المادة 01/19 من قانون التحكيم المدني لعام 1975، والقانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1979 المادة 08، والقانون الدولي الخاص المجري لعام 1979 في المادة 01/30، والقانون الدولي الخاص التركي لعام 1982 في المادة 06<sup>(2)</sup>.

وبالفعل اتجهت هيئات التحكيم إلى تطبيق قاعدة أعمال قانون محل الإبرام على شكل العقد في اتفاق التحكيم الدولي، حيث قضت هيئة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس في عام 1988 بأنه: «في أي معاملة دولية يمكن لشكل اتفاق التحكيم أن يلزم أيضا بقانون مكان إبرام الاتفاق طبقا لمبدأ المحل

---

(1) \_ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 164.

(2) \_ هشام محمد إبراهيم السيد الرفاعي، المرجع السابق، ص 250.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

بحكم شكل التصرف<sup>(1)</sup>.

وإذا كان الطابع التخييري لقاعدة قانون المحل يبدو مناسباً للاتفاق التحكيم إذ بمقتضاه يتسع مجال أعمال الإرادة، والتي تجسد أهم المبادئ التي تقوم عليها نظام التحكيم وهو مبدأ الرضائية، فيحق لأطراف اتفاق التحكيم اختبار أي قانون آخر ليحكم شكل الاتفاق خلاف قانون محل إبرام اتفاق التحكيم. إلا أنه يتبين من خلال التطبيق العملي لقاعدة قانون المحل أن طابعها التخييري قد يؤدي إلى نتائج تصطدم مع مبدأ مهم في المبادئ التي تحكم اتفاق التحكيم، وهو مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، ذلك أنه بمقتضى هذا الطابع التخييري لقاعدة قانون المحل يمكن تطبيق قانون العقد الأصلي على اتفاق التحكيم، ومن ثم يبطل اتفاق التحكيم ببطلان العقد الأصلي، وهذا ما يتنافى مع أهم الأسس التي أقيم عليها مبدأ استقلال شرط التحكيم.

وقد حدث هذا فعلاً في الطعن على حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس بتاريخ 1986/09/25، والذي طبق فيه قانون العقد الأصلي على اتفاق التحكيم بمقتضى قاعدة أعمال قانون محل الإبرام على شكل العقد، ومن ثم إهدار ما كان مقرراً لاتفاق التحكيم من استقلال عن العقد الأصلي وقانونه.

وتتلخص وقائع تلك القضية في أن نزاعاً ثار بين شركة لبنانية وشركة باكستانية، وبين شركة من إمارة الشارقة بدولة الإمارات العربية المتحدة، حول عقد تنفيذ توسيع الملعب الرياضي بمدينة كراتشي الباكستانية، وكان العقد قد أبرم في هذه المدينة، وتضمن شرط تحكيم لصالح غرفة التجارة الدولية بباريس، حيث قضت هيئة التحكيم بها في 25 سبتمبر 1986 بثبوت تبادل التراضي ووجود اتفاق

---

(1) \_ سراج حسين محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 286.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

تحكيم صحيح بين الطرفين، وعندما طعن في هذا الحكم أمام محكمة استئناف باريس قضت في حكمها الصادر في 1988/04/26 بأنه: «إذا كان لاتفاق التحكيم في نطاق التحكيم الدولي، استقلال كامل بالنسبة للعقد الأصلي الذي يندرج فيه، إلا أنه يجب تقدير سلامته طبقاً لقاعدة التنازع التي تحدد القانون واجب التطبيق في حالة الادعاء بعدم وجود الاتفاق لعيب في شكل العقد، كما هو الحال في القضية المعروضة، وحيث إن الأطراف كانوا يعملون تماماً الشكليات المتطلبة لقيام عقد جديد ومستوفي الشكل الذي يتطلبه القانون الباكستاني: الدمغة، والتاريخ، التوقيع، توفر الصفة في الشخص الذي يوقعه، فإنهم لم يستوفوا تلك الشكليات، بما يقيم الدليل على أنهم لم يقصدوا إلى جعل المستند محل النزاع عقداً يرتبط به الأطراف، ومن ثم فإنه لا يمكن أن يكون اتفاقاً صحيحاً يخضع بمقتضاه للتحكيم كل نزاع ينشأ عن ذلك العقد»<sup>(1)</sup>.

وهو ما أبدته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1990/09/10<sup>(2)</sup>.

وقد أخذ على هذا الحكم أنه وإن كان يتفق مع القواعد العامة في حل تنازع القوانين في شكل التصرفات القانونية والتي يعد اتفاق التحكيم منها لكونها عقداً، إلا أنه يبدو أنه لا يتفق مع بعض القواعد الموضوعية التي تقرر استقلال الشرط عن العقد الأصلي المتصل به، إلا أن ذلك لم يكن من شأنه التغيير من توجه معظم النظم القانونية إلى إعمال قواعد تنازع القوانين المعمول بها في العقد الدولي على شكل اتفاق التحكيم.

### المطلب الثالث

#### المنهجية الموضوعية في شكل اتفاق التحكيم

(1)\_Paris 26 Février 1988. Rev .arb, 1990, p851.

(2)\_CASS.civ.10 juillet, 1990, clunet, 1992, p168, note, e-loovin.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

نادى جانب من الفقه إلى ضرورة البحث عن قواعد موحدة يتم تطبيقها مباشرة على شكل اتفاق التحكيم، بصرف النظر عن موقف التشريعات الداخلية، واستندوا في ذلك إلى أن التباين الواضح في أحكام التشريعات المقارنة بشأن شكل اتفاق التحكيم من شأنه، إذا طبق منهج تنازع القوانين، أن يؤدي إلى تطبيق أحكام مختلفة ونتائج مصطنعة<sup>(1)</sup>.

كما أنه من الأحسن تجنب قضاء التحكيم التعقيدات والمنازعات التي قد يسفر عنها أعمال قواعد تنازع القوانين.

ويعزز هذا الاتجاه رأيه بالاستناد إلى مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، و الذي بمقتضاه يعترف بصحة اتفاق التحكيم من حيث الشكل وذلك استقلالا عن العقد الأصلي وما يستلزمه القانون الواجب التطبيق عليه<sup>(2)</sup>.

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية مبدأ استقلال اتفاق التحكيم في حكمها الصادر عام 1993 في قضية داليكو، الذي صدر بمناسبة عقد أشغال عامة مبرم بين شركة دانيماركية و إحدى المحليات في ليبيا، وجاء في الحكم: «إن اتفاق التحكيم يكون طبقا لقاعدة مادية في القانون الدولي للتحكيم، له استقلال قانوني عن العقد الأصلي الذي يحتويه مباشرة أو بطريق الإحالة ويتم تقدير وجوده وفعالته طبقا للإرادة المشتركة للأطراف ودون الحاجة للرجوع إلى قانون وطني، هذا دون الإخلال بالقواعد الآمرة في القانون الفرنسي وقواعد النظام العام الدولي»<sup>(3)</sup>.

ويعتبر الاتجاه الفقهي القائل بضرورة البحث عن تحقيق أقصى درجات الفاعلية لاتفاق التحكيم

---

(1)\_PH. fouchard, E gaillard, Bgoldman, op, cit, p383.

(2) \_ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 417.

(3)\_ CASS.civ.20 decembre 1993, affaire dakuci, rev, arb, 1994.



## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

حتى يحقق الغاية المرجوة منه كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، أن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي كان بمثابة الحصانة أو المناعة التي جعلته بمنأى عن أي عيب يلحقه من جراء بطلان أو فساد العقد الذي ورد به، وأن هذا المبدأ يعتبر أساساً مهماً في تحقيق الفاعلية الكاملة لاتفاق التحكيم.

وفي ذات الوقت يعتبر هذا الاتجاه أن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم قد وصل في تطوره الأخير ليس فقط إلى استقلال الاتفاق عن العقد الأصلي، ولكن استقلال اتفاق التحكيم عن سائر القوانين الوطنية القابلة لحكم هذا الاتفاق استقلالاً كاملاً<sup>(1)</sup>.

انطلاقاً من ذلك يجد هذا الاتجاه أن أنسب الحلول فيما يخص شكل اتفاق التحكيم هو الأخذ بالحكم الذي قرره اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لسنة 1958 في المادة 01/2، التي تنص على ضرورة توافر الشكل المكتوب في اتفاق التحكيم، يفسر ذلك أن هذه المادة تحتوي على قاعدة مادية وموضوعية، حيث أنها اعتبرت اتفاق التحكيم صحيحاً وسليماً من حيث الشكل، إذا كان مكتوباً أي كان نوع هذه الكتابة، وذلك حينما أوجبت أن تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يخضع بمقتضاه الأطراف كل أو بعض منازعاتهم القائمة أو المستقبلية لقضاء التحكيم<sup>(2)</sup>.

### ملخص الفصل:

من خلال ما تقدم فإنه تظهر لنا أهمية التفرقة بين ما هو شكلي وما هو متعلق بموضوع اتفاق التحكيم وما هو متعلق بشكل اتفاق التحكيم في ما يخص القانون الواجب التطبيق على كل منهما،

---

(1) \_ أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 134.

(2) \_ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 418.

## الباب الأول — اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه

والملاحظ في هذا الصدد أن للأطراف والمحكمين حرية واسعة في ما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم، مهما كان المنهج الذي سيتبعونه، سواء قرروا الالتجاء لمنهج القواعد الموضوعية أو منهج الإسناد أو تطبيق قاعدة مقر التحكيم، أما في ما يخص القانون الواجب التطبيق على شكل اتفاق التحكيم فإنه يخضع أكثر لاعتبارات عملية، أهمها البلد الذي يحتوي على محل الخصومة التحكيمية، ذلك وحسب رأينا كان على الأطراف اختيار قانون البلد الذي ينفذ فيه الحكم التحكيمي، حتى يتسنى لهم تقادي التناقض بين القوانين الداخلية لهذا البلد وشكل اتفاق تحكيمهم.

## الباب الثاني

القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم

وموضوع النزاع

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

تعد مسألة التفرقة بين ما هو إجرائي وما هو موضوعي في مجال التحكيم من الدراسات الشاقة في فقه القانون الدولي الخاص، فمحاولة وضع معيار حاسم يفصل بين هذا وذاك ليست أمراً هيناً، ويرجع ذلك إلى أن هناك العديد من القواعد القانونية التي تتصل بالموضوع والإجراءات في نفس الوقت، بحيث يصعب فصل هذه المسائل عن تلك (1).

ومما يصعب المسألة هو صعوبة وضع تعريف محدد وجامع للإجراءات بالنظر إلى تعدد أشكال الحماية التي توفرها للخصوم، فإذا قيل إن القانون يعتبر إجرائياً إذا كان لا يمس الموضوع، كان الرد أن من القوانين الإجرائية ما قد يمس الموضوع كالقوانين التي تنظم طرق الطعن في الأحكام على سبيل المثال (2).

هذا ويلاحظ أن القانون الواجب التطبيق على الإجراءات ليس بالضرورة هو القانون الواجب التطبيق على الموضوع، ومرجع ذلك أن الاعتبارات التي تقود الأطراف أو هيئة التحكيم إلى اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، قد تختلف عن الاعتبارات التي تحكم عملية اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، وهذه الحجة تعد من أكثر الحجج إقناعاً في هذا الشأن.

وقد صدر عن القضاء الوطني في بعض الدول ما يؤكد هذه الحقيقة وصار مبدأ الفصل بين القانون الواجب التطبيق على الإجراءات والقانون الواجب التطبيق على الموضوع من المبادئ المستقرة في مجال التحكيم، فقد أكدت محكمة النقض الفرنسية (3)، على سبيل المثال على أنه باستطاعة

---

(1) أبو العلا علي أبو العلا: القانون الواجب التطبيق على المسائل الاجرائية في مجال التحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة 20، ص 6.

(2) جمال محمد الكردي: القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، الطبعة الأولى، 2000، دار النهضة العربية، ص من 17 إلى 20.

(3) جمال محمد الكردي، المرجع السابق، ص 12.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

الأطراف إسناد كل من موضوع النزاع وإجراءات التحكيم لقانونين منفصلين.

بل إن هناك فارق جوهري بين القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم وذلك الواجب التطبيق على موضوع النزاع، يكمن مضمونه في أن القواعد الإجرائية ليست غاية في ذاتها بقدر ما هي وسيلة تستخدم من أجل الوصول إلى غاية معينة تكمن في كفالة إظهار جوانب الحقيقة المتنازع عليها فيما بين أطراف التحكيم أمام من يتولى الفصل فيه، بينما يجسد القانون الذي يحكم موضوع النزاع حقوق والتزامات الأطراف، وبمقتضاه تتعين حدود هذه الحقوق والالتزامات وأوصافها، ويعد بالتالي غاية في ذاته<sup>(1)</sup>، ويتطلب ذلك عدم الخلط بين كلا القانونين هذا الذي يحكم الإجراءات، وذلك الذي سيطبق على موضوع النزاع<sup>(2)</sup>.

وتبدو أهمية التفرقة بين المسائل الإجرائية والموضوعية من زاويتين:

**الأولى:** تظهر أهمية التفرقة بين القوانين التي تنظم المسائل الإجرائية والموضوعية من حيث سلطة المحكم في الخروج على القاعدة القانونية، إذ قد يعفى المحكم من إتباع الأولى دون الثانية، ومرجع ذلك أن القواعد الإجرائية ليست غاية في ذاتها، وإنما هي وسيلة لذلك فلا يوجد إشكال في التجاوز عنها كلما كان التجاوز محققا لغرض آخر جدير بالاعتبار دون مساس بالغاية التي وضعت من أجلها.

**الثانية:** تظهر أهمية التفرقة من ناحية تحديد القانون الواجب التطبيق في نطاق القانون الدولي الخاص، ووفقا للمبادئ التقليدية السائدة في نظرية تنازع القوانين يتوقف تحديد القانون الواجب التطبيق

(1) مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة عبد العال: المرجع السابق، ص 208.

(2) إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 132.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

على المسألة المتنازع عليها على تحديد طبيعة هذه المسألة وإدراجها في إحدى الأفكار المسندة وذلك تمهيدا.

انطلاقاً من ذلك و نظراً للأهمية الجوهرية لمسألة التفرقة بين ما هو إجرائي و ما هو من موضوع النزاع، فإننا قسمنا هذا الباب إلى فصلين، نعالج في الفصل الأول القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وندرس في الفصل الثاني القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي.

## الفصل الأول

### القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم

سوف نتصدى في هذا الفصل لبيان القانون الذي يحكم المنازعة التي تطرح على التحكيم، أو بمعنى آخر تبيان القواعد التي تكون بمثابة البيئة القانونية الإجرائية لقرار المحكم، أي: تلك المتعلقة بإجراءات سير الخصومة التحكيمية<sup>(1)</sup>.

ولإجراءات التحكيم أهمية كبيرة في إنجاح نظام التحكيم أو فشله، وهي مسألة في منتهى الدقة، فعلى قدر المساحة الكبيرة من الحرية المتاحة للأطراف أو المحكمين في شأن إجراءات التحكيم، بقدر ما يجعل من تلك التسهيلات سببا في فشل التحكيم

للخطأ في الإجراءات، ويكون المحك في نجاح التحكيم هو ألا تصبح الحرية الكبيرة هي ذاتها عامل انهيار التحكيم<sup>(2)</sup>.

فحرية الأطراف وإن كانت غير مقيدة من ناحية اختيار ما يروونه مناسبا في طريقة سير إجراءاتهم إلا أن الواقع يفرض عليهم اختيار نطاق تشريعي شامل و متكامل مما في ذلك من سهولة في الرجوع إلى مختلف القواعد الإجرائية التي يستعملونها أثناء سير خصومتهم، فيمكنهم مثلا اختيار الرجوع إلى القانون الفرنسي أو الإسباني أو القوانين الخاصة بالهيئات الدولية للتحكيم، فالإشكال إذن و كما قلناه في مستهل بحثنا لا يطرح إذا ما اتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على إجراءات خصومتهم التحكيمية فهذا بحد ذاته ينهي إشكالية تنازع القوانين،

(1) \_ أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 83.

(2) \_ إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 131-132.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

وسوف نقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين: نتناول في المبحث الأول موقف الفقه والاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، وفي المبحث الثاني سوف نتناول موقف التشريعات الوطنية وأحكام التحكيم.

### المبحث الأول

#### موقف كل من الفقه والاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية

حظيت مسألة القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم باهتمام الفقه والاتفاقيات الدولية المتعلقة وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، لذلك سوف نعرض أولاً لموقف الفقه في مطلب أول، وموقف الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية في المطلب الثاني.

### المطلب الأول

#### موقف الفقه

علينا أن نفرق في هذا المجال بين اتجاهين للبحث عن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، حيث تبدأ هذه الإجراءات منذ إبداء أحد أطراف النزاع رغبته في تسوية النزاع المذكور بالتحكيم، أي منذ طلب التحكيم لحين إصدار قرار التحكيم بصفته النهائية.

الاتجاه الأول يذهب إلى ربط التحكيم وإجراءاته بإرادة الأطراف، أما الاتجاه الثاني فيذهب إلى ربط التحكيم وإجراءاته بمكان التحكيم، فقانون الإجراءات لذلك المكان، أي قانون الدولة التي يجرى على إقليمها التحكيم، هو الذي يطبق بالنسبة لسير الإجراءات.

أما بالنسبة لقواعد تنازع القوانين على صعيد التعامل الدولي، فيجب الرجوع إلى التكييف



## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

القانوني للتحكيم، فإذا اعتبرناه تصرفاً إتفاقياً، فالقانون الواجب التطبيق يكون القانون الذي اختاره الطرفان المتنازعان، أما إذا اعتبرنا التحكيم كتصرف قضائي أو إجرائي، ففي هذه الحالة من الضروري خضوع التحكيم إلى قانون المكان الذي يجري فيه التحكيم<sup>(1)</sup>.

### الفرع الأول

#### خضوع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة:

يسود الفقه والقضاء والقانون المقارن والمعاهدات الدولية ولوائح مراكز التحكيم الدائمة مبدأ خضوع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة، أي القانون الذي يتفق عليه الخصوم، ويأخذ هذا الاتفاق صوراً مختلفة، فقد يتولى الخصوم أنفسهم وضع قواعد الإجراءات أو على الأقل جانب منها، وقد يتركون للمحكمين اختيار هذه القواعد بالنيابة عنهم، وقد يتفقون على إتباع الإجراءات المنصوص عليها في لائحة منظمة دائمة معينة، وهناك قضاء<sup>(2)</sup>، بأن مجرد الاتفاق على إسناد التحكيم إلى منظمة دائمة معينة يعني ضمناً الاتفاق على إتباع لائحة هذه المنظمة بما تشتمل عليه من قواعد تتعلق بالإجراءات. ولا قيود على حرية الخصوم في اختيار قواعد الإجراءات التي تسري على التحكيم الخاص بالنزاع القائم أو الذي سيقوم بينهم إلا ضرورة مراعاة القواعد الآمرة والنظام العام في الدولة التي يجري فيها التحكيم<sup>(3)</sup>.

وحكم مبدأ سلطان الإرادة مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق في التصرفات الإرادية منذ

---

(1) فوزي محمد سامي، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة التاسعة عشرة، العدد 1-4-1988، ص 17 وما بعدها.

(2) محسن شفيق، المرجع السابق، ص 410.

(3) محسن شفيق، المرجع السابق، ص 415.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

البدايات الأولى لنشأة علم تنازع القوانين.

فقد قدمت مدرسة الأحوال الإيطالية في القرنين الثاني عشر الثالث عشر البدايات الأولى للقاعدة حين أخضعت التصرف القانوني لقانون بلد إبرامه سواء من حيث الشكل أو حيث الموضوع، وقد علل فقهاء هذه المدرسة خضوع العقد لقانون محل الإبرام بالرضا الضمني للمتعاقدين حين إبرامهما عقدهما تحت ظل هذا القانون<sup>(1)</sup>.

وقد استند الفقيه الفرنسي ديمولان على هذا التبرير، فنادي بتحرير العقد من قانون بلد الإبرام وإخضاعه إلى أي قانون آخر يرتضيه أطرافه على أساس مبدأ سلطان الإرادة العقدية، وإعمال إرادة المتعاقدين في تحديد القانون الذي يحكم العقد، فطالما أن العقد يخضع لقانون إبرامه بالاستناد إلى رضا المتعاقدين به، فإن للمتعاقدين أن يختار صراحة قانوناً آخر غيره ليحكمه دون تكليفهما مشقة الانتقال إلى بلد القانون الذي يرغبان في تطبيقه على عقدهما وإبرامه فيه<sup>(2)</sup>.

ويثور التساؤل دائماً حول القانون أو القواعد التي تحكم إجراءات سير المنازعة أمام التحكيم، أو تلك الإجراءات الواجب إتباعها من قبل المحكم أو هيئة التحكيم، ومدار التساؤل هو: هل لإرادة أطراف التحكيم في هذا الشأن أي دور في اختيار القانون الواجب التطبيق، أم ليس لها دور في ذلك؟

وقبل أن نبدأ بالبحث في هذه الجزئية نود الإشارة إلى أن المقصود بإجراءات التحكيم وسير المنازعة التي نبحث لها عن قانون هو تلك القواعد الإجرائية التي يتعين إتباعها بعد تعيين المحكم أو تشكيل هيئة التحكيم وحتى صدور قرار التحكيم، أما الإجراءات السابقة على ذلك، أو اللاحقة عليه، فلا

---

(1) عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، المرجع السابق، ص 270.

(2) محسن شفيق، المرجع السابق، ص 415.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

تعيننا في هذه الجزئية.

ودور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم يختلف ضيقا واتساعا حسب نوع التحكيم الذي يلجأ له الأطراف، وفيما إذا كان هو التحكيم الحر أم كان التحكيم المنظم.

فبالنسبة للتحكيم الحر أو الخاص، فإن الإرادة الخصوم عند غالبية الفقه والقضاء، وفي القواعد التشريعية الوطنية على السواء دورا رئيسيا في صياغة القواعد الإجرائية، واختيار القانون الواجب التطبيق الذي يحكم الإجراءات المتبعة لفض النزاع، وقد تكون هنا الإرادة صريحة أو إرادة ضمنية.

فأطراف اتفاق التحكيم بمقدورهم بناء على ذلك وضع قواعد إجرائية مفصلة تحكم سير المنازعة أمام المحكم أو هيئة التحكيم<sup>(1)</sup>، فهم يستطيعون في بادئ الأمر وبتفاهم خلق أو إنشاء قواعد إجرائية خاصة بهم أيا كان مصدرها، سواء كانت مستمدة من قانون داخلي أو أكثر، أم من لوائح تحكيم لهيئات دولية أو مزيجا من هذه القوانين أو تلك اللوائح، فيستطيع أطراف اتفاق التحكيم تضمين عقدهم بنودا لتنظيم سير الإجراءات ومكانها وميعاد تقديم المستندات وأسماء الشهود وإجراء التحقيقات والاستعانة بالخبراء و تسبيب القرارات، إلى غير ذلك من تفاصيل المسائل الإجرائية، وهذا الاتجاه وإن كان متاحا، إلا أنه من الأمور غير المألوفة لذلك فقليلا ما يلجأ الأطراف له ويكتفون ببعض التفاصيل الإجرائية المهمة مثل كيفية تشكيل هيئة التحكيم، واختيار الرئيس، فمن الناحية العملية فإنه يصعب إعمال فكرة الحرية المطلقة للأطراف في وضع جميع القواعد الإجرائية منذ بداية الخصومة التحكيمية، انطلاقا من فكرة أن أصحاب النزاع ليسوا بالضرورة مختصين في العلوم القانونية، بل و قد نذهب إلى أبعد من ذلك بقولنا أن المحكمين أنفسهم يصعب عليهم ذلك فهم في أغلب الأحيان يكونون مختصين في موضوع

---

(1) \_ أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 91.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

النزاع و لا يملكون تكويننا قانونيا أو قضائيا.

ومن الواضح أن مسأيرة منطق هذا الاتجاه توصل في الحقيقة إلى أعمال قواعد القانون الذي يختاره الطرفان لا بصفتها قواعد قانونية ترشد إليها قاعدة الإسناد في مجال الإجراءات، وإنما بصفتها قواعد اتفاقية مادية صارت جزءا من مضمون اتفاق التحكيم من خلال الإحالة إليها، تماما كما هو الحال بالنسبة للإحالة إلى اللوائح الإجرائية المعمول بها في مركز أو آخر من مراكز التحكيم النظامي<sup>(1)</sup>.

إذا كان مبدأ استقلال الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم هو المبدأ السائد لدى الفقه، إلا أن هذا المبدأ يثير عند وضعه موضع التنفيذ بعض التساؤلات، حيث يثور التساؤل عن مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق هذا من ناحية، كما يثور التساؤل عن القانون الواجب التطبيق في حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف من ناحية أخرى، وهذا ما سنعرضه الآن.

### أولا: مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم:

يثور التساؤل عن مدى حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وما إذا كان الأطراف يتمتعون بحرية مطلقة في اختيار هذا القانون، بحيث يجوز لهم اختيار أي قانون وطني حتى إن كان هذا القانون منقطع الصلة بموضوع النزاع أو بالعقد الذي نشأ عنه النزاع أو بإجراءات التحكيم، أم أن هذه الحرية مقيدة بضرورة وجود مثل هذه الصلة، بحيث تنحصر إرادة

---

(1) مصطفى محمد الجمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، الفتح للطباعة و النشر، الطبعة الأولى، 1998 ص 213-214.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

الأطراف- على سبيل المثال- في اختيار قانون دولة أحد الطرفين أو قانون محل إبرام العقد أو اتفاق التحكيم.

إن الاتجاه السائد لدى الفقه<sup>(1)</sup>، يتمثل في الاعتراف للأطراف بالحرية المطلقة في اختيار القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، بحيث يجوز لهم اختيار قانون دولة ليس لها أي صلة بالأطراف أو بالعقد الذي نشأ عنه النزاع أو باتفاق التحكيم أو إجراءات التحكيم ذاتها، كما يجوز لهم أن يصيغوا بأنفسهم في اتفاق التحكيم القواعد الإجرائية التي يجب على المحكمين إتباعها، أو الاتفاق على إتباع القواعد الإجرائية السارية لدى أحد المراكز الدولية للتحكيم، أو تفويض المحكمين في تحديد الإجراءات واجبة التطبيق<sup>(2)</sup>، ولا قيود على حرية الخصوم في اختيار قواعد الإجراءات التي تسري على التحكيم الخاص بالنزاع القائم أو الذي سيقوم بينهم إلا ضرورة مراعاة القواعد الآمرة والنظام العام في الدولة التي يجري فيها التحكيم.

ويبرر البعض هذه الحرية المعطاة للأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق قائلين: إن الباعث الحقيقي على اللجوء إلى التحكيم بدلا من القضاء الوطني لأحد الطرفين هو تحقيق مبدأ المساواة بين الطرفين، وانطلاقا من هذا الباعث يأتي الاختيار المتكرر لمحكمين ليس لهم جنسية أي من الطرفين واختيار محل التحكيم في بلد محايد، وكذلك اختيار قانون محايد بالنسبة للطرفين، إن الحرص على تحقيق مبدأ المساواة بين الأطراف في مجال التحكيم الدولي يكفي لإعطاء هذه الحرية للأطراف في اختيارهم لقانون دولة ليس بينها وبين النزاع أي صلة<sup>(3)</sup>.

(1) \_ محسن شفيق، المرجع السابق، ص 293 وما بعدها بند 205.

(2) \_ أبو العلا علي أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص 67

(3) سراج حسين محمد، المرجع السابق، ص 466-467.

## الباب الثاني – القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

وانتهى أنصار هذا الاتجاه إلى أنه يستخلص من كل ما تقدم أن الأطراف في اتفقاتهم ومراكز التحكيم في لوائحها والمحكمين في أحكامهم يمكنهم أن ينظموا مباشرة إجراءات التحكيم، وأن القواعد المنشأة في مسائل الإجراءات بواسطة المتعاملين في مجال التجارة الدولية لها القوة الملزمة استقلالا عن كل تدخل لأي قانون وطني.

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في حالة غياب الاختيار الصريح من قبل

### الأطراف:

يثار التساؤل عن القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم في حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف، فهل تخضع إجراءات التحكيم للقانون المختار بواسطة الأطراف ليحكم موضوع النزاع، أم يخضع لقانون الدولة مقر التحكيم، أم أنه يجب ترك هذه المسألة للمحكمين؟

### 1- تطبيق القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع:

قد يحدث أن يتفق الطرفان على القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، وذلك دون تحديد للقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم-التساؤل الذي يمكن أن يثار في هذا الصدد هو: هل يمكن أن تخضع إجراءات التحكيم في هذا الفرض للقانون المختار بواسطة الطرفين ليطبق على موضوع النزاع؟

نجد انه مما لاشك فيه أن إخضاع إجراءات التحكيم لنفس القانون الذي يحكم موضوع النزاع يحقق ميزة مؤكدة هي وحدة النظام القانوني المطبق على العلاقات بين الطرفين، والحد بذلك من حدوث تنازع القوانين وتقادي تعقيدها.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

بيد أنه من المسلم به من حيث المبدأ، أن القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم ليس هو القانون الذي يحكم موضوع النزاع، ويترتب على ذلك من ناحية أنه يجوز للطرفين بالضرورة إخضاع إجراءات التحكيم وموضوع النزاع لقانونين مختلفين، ومن ناحية أخرى فإنه في حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الطرفين للقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يلتزم المحكمون بأن يخضعوا لإجراءات التحكيم للقانون المختار بواسطة الطرفين، أو المحكمين أنفسهم، ليحكم موضوع النزاع<sup>(1)</sup>.

وهناك العديد من الأسباب التي تدعو إلى التمسك بهذا المبدأ يمكن أن نوجزها فيما يلي:

- أن اتفاق التحكيم يتمتع باستقلال قانوني كامل تجاه العقد موضوع النزاع خصوصا فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق، وإجراءات التحكيم ما هي إلا أثر لاتفاق التحكيم، وامتداد له، إلا أن هذا القول مردود، ولا يمكن الأخذ به على إطلاقه، وذلك لأن المبررات التي دعت إلى الأخذ بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم، تختلف تماما عن تلك المتعلقة باختيار قانون إجرائي معين، هذا بالإضافة إلى أن هذا القول يفترض أن القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم هو نفسه القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم.

وهو ما لا يمكن التسليم به، فليس بالضرورة أن يكون القانون الذي يحكم كلا من اتفاق التحكيم

وإجراءات التحكيم واحدا.

ومن ناحية ثانية: إن القانون الذي يحكم العقد قد يتم تحديده، ليس بالاختيار الصريح من قبل الطرفين، بل من قبل المحكمين عن طريق الإسناد الموضوعي، أي بإعطاء الأفضلية لهذا الضابط أو ذاك من ضوابط الإسناد الموضوعية، وفي هذه الحالة، فإن القانون المختار ليحكم موضوع النزاع لا يكون له سند جاد لكي يحكم إجراءات التحكيم.

---

(1) \_ سراج حسين محمد أبو زيد: المرجع السابق ، ص 477-478.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

ومن ناحية ثالثة: فإن الاعتبارات التي يمكن أن تدفع أو تحث الطرفين أو المحكمين في اختيار القانون واجب التطبيق قد تختلف بالنسبة للعقد موضوع النزاع عنها بالنسبة لإجراءات التحكيم، فقد يرغب الطرفان في الاستفادة من نظام إجرائي معين، وفي المقابل يرغبون في إخضاع العقد موضوع النزاع لقانون آخر يبدو لهم أكثر مناسبة، آخذين في الاعتبارين طبيعة العقد أو الظروف المحيطة بالنزاع<sup>(1)</sup>.

### 2- قانون الدولة مقر التحكيم:

تخضع الإجراءات لقانون دولة مقر التحكيم، إذا كان قد تم اختيار هذا القانون من قبل الأطراف بوصفه قانون إرادتهم الصريحة، أو الضمنية، وهذا أمر ليس نادر الحدوث<sup>(2)</sup>، إذ ليس هناك ما يمنع من اختيار الخصوم صراحة أو ضمنا لقانون الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم ليحكم المسائل الإجرائية الخاصة بالتحكيم، وذلك حتى مع فرض اختيارهم لقانون آخر ليحكم موضوع النزاع، ويكون قانون مقر التحكيم في هذا الفرض هو قانون الإرادة<sup>(3)</sup>.

ويرى جانب من الفقه، أن إجراءات التحكيم تخضع لقانون دولة مقر التحكيم أيضا في حالات معينة، عند غياب اتفاق الأطراف بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات<sup>(4)</sup>، وعند وجود

---

(1) \_ سراج حسين محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 479، انظر أيضا: أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 94.

(2) \_ جمال محمد الكردي: المرجع السابق، ص 39 .

(3) \_ حيث أنه غالبا ما تختار الإرادة الصريحة للأطراف، قانون دولة مقر التحكيم ليحكم المسائل الاجرائية فيه لكون تلك الدولة هي التي سيجري على إقليمها تنفيذ الحكم، أو بسبب ما يتجه اختيار هذا القانون بالذات من تسهيلات لمهمة المحكمين، كما يجد قانون دولة التحكيم تطبيقه أيضا في أحوال أخرى، باعتباره قانون الإرادة الضمنية للأطراف، أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 95.

(4) \_ إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 135-136.



## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

اتفاق بين الأطراف على مسألة القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، ولكن تبين أن القواعد التي اتفقوا على تطبيقها غير كافية، وأخيراً فإن دور قانون دولة مقر التحكيم يظل قائماً حتى في حالة عقد الاختصاص لقانون آخر ليحكم إجراءات التحكيم، وذلك فيما يتعلق بالإجراءات الوقتية والتحفيزية<sup>(1)</sup>.

وقاعدة خضوع الإجراءات لقانون مقر التحكيم، كانت تعتمد على تطبيق تلقائي لقاعدة إسناد احتياطية في القانون الفرنسي، تجعل من مقر التحكيم ضابط إسناد يعبر عن إرادة الأفراد الضمنية، والتي يعبر عنها الأفراد صراحة في اختيار مكان معين للتحكيم، فاختيار مكان معين لإجراء التحكيم يعد دليلاً أو قرينة على اتجاه نية الأطراف الضمنية نحو تطبيق قانون هذه الدولة على الإجراءات<sup>(2)</sup>، وإن محاولة تبرير تطبيق قانون مقر التحكيم بالاستناد إلى الإرادة الضمنية للأطراف، مرجعه الإيمان بضرورة إعلاء شأن الإرادة في مجال التحكيم بالنظر إلى الطابع الإتفاقي له، ولكن يبدو أنه من الأفضل الاعتراف بأن هذا القانون له طابع احتياطي ويأتي في المرتبة الثانية بعد إرادة الأطراف، والقول بغير ذلك يتعارض مع الاتجاه الراجح في الفقه، الذي يرفض الاعتماد على إرادة الأطراف في تحديد إجراءات التحكيم ما لم تكن هذه الإرادة صريحة وواضحة وصافية<sup>(3)</sup>.

ويتحسب جانب من الفقه لقانون مقر التحكيم، ويرى أن جوهر المشكلة لا يكمن في الركض وراء إرادة الخصوم بقدر ما يكمن في اختيار القانون الأنسب موضوعياً ليحكم المسائل الإجرائية في التحكيم، وأنسب القوانين في هذا الخصوص هو قانون مقر التحكيم<sup>(4)</sup>، وإذا كان التحكيم من طبيعة

---

(1) \_محمد الكردي، المرجع السابق، ص 40.

(2) \_أبو العلا علي أبو العلا، المرجع السابق، ص 41.

(3) \_محمد أبو العينين، الوسائل البديلة لحل المنازعات، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي عن قواعد المناقصات و المزايدات، أسوان 1998، ص من 01 إلى 12 .

(4) \_أبو العلا علي أبو العلا، المرجع السابق، ص 43.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

مختلطة، فإننا بإعمال هذا الاعتبار المزدوج يقضي القول بأن قانون محل التحكيم هو الذي يتعين أن يسري على مجموع التحكيم، أي من حيث الإجراءات، ومن حيث الموضوع وفقا لنظرية المؤشرات التي قال بها بعض الفقه<sup>(1)</sup>، فإنه إذا كان أطراف الخصومة قد اختاروا قانونا وطنيا ليحكم النزاع ذلك يعني بالضرورة اختيار دولة هذا القانون مكانا لإجراء التحكيم، ومن سريان قانونها على إجراءات التحكيم ليحكم المسائل الإجرائية.

وقد وجه نقد لهذا الرأي، يكمن في عدم وجود رابطة جدية أو موضوعية—في كثير من الأحيان— بين موضوع النزاع وقانون دولة مقر التحكيم، فكيف يكون هو الأنسب على الرغم من عدم ارتباطه بالموضوع، فضلا عن ذلك فهناك العديد من العقبات المادية والقانونية التي تواجه محاولة إعمال هذا القانون في كثير من الفروض<sup>(2)</sup>، وأخيرا: فإن القول بتطبيق قانون مقر التحكيم على هذا النحو، يعد في نظر البعض، بمثابة رجوع إلى ما إذا كان سائدا في بعض الدول كفرنسا وغيرها في فترة زمنية معينة، من اعتبار تطبيق قانون مقر التحكيم هو الأمر الطبيعي تماما، ولا يخفى أن هذا قول قد عفا عليه الزمن، ولم يعد صالحا لمفهوم التحكيم المعاصر، كما أن قانون المرافعات المدنية الفرنسي لعام 1981، لم يتضمن أي إشارة إلى قانون مقر التحكيم فيما يتعلق بكيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات<sup>(3)</sup>، كما أنه يستحيل إعمال هذه النظرية حال وجود اتفاق صريح بين الأطراف على إجراءات التحكيم، إذ إنه لا يمكن القول بأن قانون مقر التحكيم هو الأنسب.

### 3-تحديد إجراءات التحكيم بواسطة هيئة التحكيم:

(1) \_أبو زيد رضوان: المرجع السابق، ص 96-97.

(2) \_أبو العلا علي أبو العلا: المرجع السابق، ص 43.

(3) \_محمد الكردي: المرجع السابق، ص 41.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

إزاء الانتقادات والتحفظات التي وجهت إلى كل من الحلين السابقين، أي الأخذ بقانون الدولة مقر التحكيم في حالة غياب القانون المختار صراحة بواسطة الطرفين، ذهب جانب كبير في الفقه<sup>(1)</sup>، إلى أنه من حق المحكمين أنفسهم تحديد القانون أو القواعد واجبة التطبيق على إجراءات التحكيم، مع الاعتراف لهم بسلطة تقديرية كبيرة في هذا الخصوص، فيجوز للمحكمين اختيار أي قانون إجرائي وطني، قانون الدولة مقر التحكيم مثلا، أو أن يضيفوا بأنفسهم القواعد واجبة التطبيق دون اللجوء إلى قانون وطني معين.

وعندما تتولى هيئة التحكيم مهمة تعيين إجراءات التحكيم لعدم الاتفاق بين الأطراف على تنظيم المسائل الإجرائية أو اتفاق الأطراف على تفويض هيئة التحكيم للقيام بهذا التحديد، فإن هيئة التحكيم تتمتع بنفس الحرية أو الإمكانيات التي كانت متاحة للخصوم في هذا الشأن، ومن ثم فإنه يمكن لهيئة التحكيم، أن تضع بنفسها ولنفسها القواعد الإجرائية التي تراها مناسبة لظروف النزاع في كل مسألة من المسائل الإجرائية التي تصادفها في مسيرة التحكيم، ولها أن تضع هذه القواعد جملة عند اتصالها بالنزاع، كما لهيئة التحكيم أن تقرر إتباع النظام الإجرائي المعتمد في لائحة منظمة أو مركز من منظمات أو مراكز التحكيم الدائم، كما لها أن تقرر اتباع الإجراءات النافذة في قانون إجرائي لدولة معينة<sup>(2)</sup>.

ولقد برر البعض، هذا الحل بالقول إن سكوت الطرفين عن تحديد القانون واجب التطبيق يفسر على أنهما قد تركا أمر تحديد هذا القانون للمحكمين أنفسهم، وذلك لأنه من غير الراجح في مجال التجارة الدولية أن يكون إغفال الطرفين لهذه المسألة مرجعه الجهل أو الإهمال، بل الراجح أنهما نظرا في

(1) \_ أبو زيد رضوان: المرجع السابق، ص 101، بند 62.

(2) \_ أبو العلا على أبو العلا: المرجع السابق، ص 85 .

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

هذه المسألة، وفضلا عدم إثارته نظرا لاستحالة الاتفاق بشأنها فيما بينهما<sup>(1)</sup>.

وقد ذهب رأي ثان من أجل تبرير هذا الحل، إلى أن المحكم ليس له قانون تحكيم يحدد مباشرة سلطاته في تنظيم إجراءات التحكيم، وذلك على خلاف القاضي الوطني، فمن المعروف أن القاضي المطروح عليه نزاع ذو طابع دولي، يجب عليه أن يفصل في هذا النزاع بالتطبيق للقواعد الإجرائية النافذة في قانونه الوطني، أما المحكم فليس له مثل هذا القانون ويترتب على ذلك من ناحية أولى تمتع الطرفين بالحرية الكاملة في تحديد القواعد الإجرائية المنظمة لخصومة التحكيم، ومن ناحية ثانية يكون للمحكم السلطة في تحديد القواعد المنظمة لخصومة التحكيم في حالة عدم اتفاق الطرفين في هذا الخصوص، وذلك نظرا لعدم وجود قانون إجرائي يمكن للمحكم تطبيقه بصفة احتياطية في حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الطرفين<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني

#### إخضاع إجراءات التحكيم لقانون مقر التحكيم

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم هو قانون الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم، مبررين ذلك بقولهم إن المحكم إنما يقيم العدالة في الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم، وإقامة العدالة تنبثق دائما من سيادة الدولة، فكل دولة تبين في أي الحالات ووفقا لأي شروط يجوز للمحكمين أن يقيموا العدالة على إقليمها، وينتزعوا الاختصاص من

---

(1) سراج حسين محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 483.

(2) المرجع نفسه، ص 483.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

محاكمها القضائية.

ويرى أصحاب هذا الرأي أنه في حالة انعقاد جلسات التحكيم في أكثر من دولة، فإنه يجب الاعتراف بالدولة التي عقدت فيها محكمة التحكيم جلساتها بصفة رئيسية، وخصوصاً الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم، وفي الحالة التي يحدد فيها الأطراف الدولة التي يجب أن يجري على إقليمها التحكيم، ينبغي على المحكمين أن يتخذوا من هذه الدولة مقراً للتحكيم، وإلا كان حكم التحكيم غير صحيح<sup>(1)</sup>.

وإن جريان التحكيم في دولة معينة خاصة، إذا كان نتيجة اتفاق الأطراف، يعد من المؤشرات التي قد تسهم في تحديد القانون الذي يحكم الإجراءات، هذا علاوة على أن الدولة التي يجري التحكيم على أرضها قد ارتضت سحب اختصاص قضائها، فلا أقل من احترام ما يتضمنه قانونها من نصوص منظمة لكيفية سير إجراءات خصومة التحكيم التي تتم على إقليمها، سواء تعلق الأمر بقواعد آمرة، أو قواعد مقررة، أما الآمرة فلأنها تتعلق بالنظام العام في معظم الأحيان، وأما المقررة فلأن الأولى بتكلمة وسد الثغرات في عملية تنظيم الإجراءات هو قانون المكان الذي تتم فيه هذه الإجراءات<sup>(2)</sup>.

وإذا كانت الاعتبارات السابقة تبرر تبني قانون مكان التحكيم، فإنها بداهة تقتض أن الأمر يتعلق بتحكيم دولي أو على الأقل "أجنبي" يثير تنازعا بين القوانين، أما التحكيم الداخلي فمن البديهي خضوعه لنصوص القانون الوطني المنظم لإجراءات التحكيم.

وتتزايد أهمية مكان التحكيم إذا تعلق الأمر بتحكيم يخضع لاتفاقية نيويورك، إذ تعتبر مخالفة قانون مكان التحكيم مبرراً لرفض تنفيذ حكم التحكيم، سواء فيما يتعلق بتشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات

---

(1) سراج حسين محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 458.

(2) محمود مختار أحمد بربري، المرجع السابق، ص 90 وما بعدها.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

التحكيم، وذلك إذا لم يكن هناك اتفاق بين الأطراف على تبني قانون آخر.

ولكن الاعتبارات السابقة تقتض أن مكان التحكيم أمر مرتبط دوما بإرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية، والواقع أنه مع التسليم بذلك، فقد يحدث أن يترك الأمر لهيئة التحكيم التي لا يكون اختيارها للمكان منصرفا حتما إلى اختيار قانون هذا المكان ليحكم إجراءات التحكيم، وهذا يصدق بدوره حتى في حالة اختيار الأطراف أنفسهم لمكان التحكيم، ومؤدى ذلك أنه لا يصح فرض قانون مكان التحكيم ليكون الحاكم لسير الإجراءات، ويقضي ذلك أن بترك الأمر ابتداء لاتفاق الأطراف على أن نلجأ لقانون مكان التحكيم كخيار في حالة عدم الاتفاق.<sup>(1)</sup>

وقد أيد أحد الفقهاء ، وجهة النظر هذه في تقريره الذي قدمه إلى مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده بأثينا سنة 1952، فقد ذهب الفقه إلى أنه عند تحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم في مجال المعاملات الخاصة، يجب الأخذ في الاعتبار الطبيعة المختلطة لهذا النظام وكونه ذا طبيعتين اتفاقية وقضائية في آن واحد، وبناء على الطبيعة التعاقدية وطبقا لنظرية المؤشرات يجب إسناد التحكيم إلى قانون الدولة ذات الصلة الإقليمية الأكثر وثاقة به، وهذه الدولة هي بكل وضوح تلك التي يجب أن يجري على إقليمها التحكيم.

ولأجل المزيد من الإيضاح، ذهب صاحب هذا الرأي إلى القول بأنه وفقا للطبيعة التعاقدية للتحكيم، فإن للأطراف الحق في اختيار القانون واجب التطبيق على التحكيم في مجموعه، ولكن مع الأخذ في الاعتبار الطبيعة القضائية للتحكيم، مثله في ذلك مثل اختيار قضاء أجنبي، فكما يجوز للأطراف في ممارستهم لإرادتهم اختيار قضاء أجنبي، وأن هذا الاختيار يكون من شأنه تطبيق القواعد

---

(1) \_سراج حسين محمد أبو زيد: المرجع السابق، ص 458 .

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

الإجرائية والنصوص الآمرة في قانون دولة القاضي المختار، كذلك الأمر بالنسبة للتحكيم في مجال المعاملات الدولية الخاصة، حيث يجوز للأطراف تحديد الإجراءات واجبة الإتباع أمام المحكمين أو يتركون لهؤلاء تحديدها، ولكن مع مراعاة القواعد الآمرة في الدولة مقر التحكيم والتي لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها<sup>(1)</sup>.

وترتيباً على ذلك انتهى صاحب هذا الرأي إلى أنه يجوز للأطراف وفقاً لمبدأ استقلال الإرادة، تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات، فإذا اتفق الأطراف على تطبيق قانون بلد معين بدون تحديد مكان التحكيم فإنه يتعين تفسير إرادتهم المشتركة على أنها قد اتجهت إلى اختيار مكان التحكيم في البلد الذي تم اختيار قوانينه ليحكم الإجراءات، كما يجوز للأطراف تحديد المكان الذي تتعقد فيه محكمة التحكيم دون تحديد للقانون الواجب التطبيق، وفي هذا الفرض فإن القانون واجب التطبيق هو قانون الدولة التي تم اختيارها كمقر للتحكيم، وفي الفرض الذي لا يتفق فيه الأطراف على مقر التحكيم ولا على القانون الذي يحكم الإجراءات، فإنه يجب أن يستخلص من ذلك أن الأطراف قد اتفقوا على أن يتركوا للمحكمين أنفسهم تحديد المقر الذي تتعقد فيه محكمة التحكيم، ويكون القانون الواجب التطبيق هو القانون النافذ في البلد المختار من قبل المحكمين كمقر للتحكيم<sup>(2)</sup>.

خلص صاحب هذا الرأي إلى أن تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم على الإجراءات هو الحل الذي يحقق التوازن بين الطبيعة التعاقدية والطبيعة القضائية لنظام التحكيم الدولي الخاص.

والانتقاد الأساسي الذي يوجه إلى هذا الاتجاه يتلخص في أن الأطراف قد يلجئون إلى التحكيم في مكان معين لاعتبارات ملائمة لا تمت بصلة للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات، مثل سهولة

(1) عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، المرجع السابق، ص 81.

(2) محمود مختار أحمد بربري، المرجع السابق، ص 93.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

الاتصال وجودة المناخ وتوافر الإمكانيات، فضلا عن حيدة المكان تحقيقا لتكافؤ الفرص، منعا لأن يحقق أحد الأطراف ميزة نسبية نتيجة لإمامه هو ومحاميه بقانون الإجراءات المحلي.

ومن غير المناسب إخضاع الأطراف الأجانب في نزاع لا علاقة له بدولة مقر التحكيم لقواعد لا قبول لهم بها، وإن مبدأ خضوع الإجراءات لقانون القاضي، ليس مبعثه مجرد أن التقاضي يتم في النطاق الإقليمي لهذا القانون، وإنما مبعثه استمداد القاضي ولايته من دولة هذا القانون من ناحية وجود صلة بين النزاع وبين هذا القانون تبرر إخضاع النزاع له، صلة عبر عنها هذا القانون ذاته في القواعد المقررة لاختصاص القضاء الوطني بنظر هذا النزاع، أما بالنسبة للتحكيم فليس هناك من صلة موضوعية مطردة بين النزاع وبين مقر معين توصل إلى حتمية إعمال قانون هذا المقر، إنما الأمر في اختيار مقر أو آخر للتحكيم مرده إلى إرادة الطرفين، بصرف النظر عن الدوافع الحقيقية الكامنة وراء انصرافها إلى اعتماد مقر معين دون آخر، والتحكيم من بعد ما هو إلا قضاء اتفاقي يختاره الطرفان ويحددان كفيته بإرادتهما<sup>(1)</sup>.

على أنه يبقى بعد ذلك أن قانون مقر التحكيم يكون أكثر القوانين قابلية للتطبيق بالنسبة لبعض مسائل الإجراءات، حتى في حال اختيار طرفي التحكيم قانونا آخر للتطبيق، وهذا هو الشأن في الأمور المستعجلة بصفة خاصة.

### المطلب الثاني

#### موقف الاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية

سوف نقوم من خلال هذا المطلب بالتطرق إلى موقف الاتفاقيات الدولية، بعد ذلك سوف ندرس

---

(1) \_ مصطفى محمد الجمال و عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 216.



## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

أهم مواقف قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية.

### الفرع الأول: موقف الاتفاقيات الدولية:

إن دراسة موقف الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم تكشف عن مدى التطور الكبير الذي حدث بصدد مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، ويمكن أن نميز بين ثلاث مراحل لهذا التطور، وسوف نتناول تباعاً هذه المراحل.

### المرحلة الأولى: خضوع إجراءات التحكيم لقانون إرادة الأطراف وقانون مكان التحكيم.

حيث نجد المادة الثانية من بروتوكول جنيف لعام 1923<sup>(1)</sup>، قد أشارت إلى أن إجراءات التحكيم بما فيها تشكيل هيئة التحكيم تتبع إرادة الطرفين، وقانون البلد الذي يجري التحكيم على إقليمه، وهذا يعني أن أطراف العقد الذين اختاروا التحكيم كطريق لحل منازعاتهم لهم أن يختاروا أيضاً القانون الذي يطبق على إجراءات التحكيم بما في ذلك كيفية تشكيل هيئة التحكيم، وفي حالة عدم تحديد ذلك من قبل أطراف العقد فإن قانون مكان التحكيم هو الذي يطبق.

وإن الرأي الغالب فقها هو فهم حكم هذا النص على أنه يعطي الأولوية لاتفاق الأطراف، وأن قانون مقر التحكيم لا يلجأ إليه إلا بصفة احتياطية في حالة عدم وجود هذا الاتفاق أو عدم كفايته<sup>(2)</sup>، حيث مازال البعض يرى أن هذا النص جاء معيباً في صياغته، لأنه لم يبين كيفية التنسيق بين كل من قانون الإرادة وقانون الدولة مقر التحكيم، إذا كانا على نفس الدرجة، كما انه لم يبين

---

(1) نصت المادة الثانية من بروتوكول جنيف 1923 على: "إجراءات التحكيم بما فيها تشكيل محكمة التحكيم، تنظمها إرادة الأطراف و قانون الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم". أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 95.

(2) عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، المرجع السابق، ص 58.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

ما إذا كان أحدهما يطبق بصفة رئيسية، والآخر يطبق بصفة احتياطية، وبذلك كان تفسير هذا النص محلاً للخلاف بين الفقهاء<sup>(1)</sup>، حيث ذهب جانب منهم إلى القول إن هذا النص ليس له سوى معنى واحد هو أن التحكيم يجب أن يخضع لقانون الدولة مقر التحكيم.

وبالنسبة لاتفاقية جنيف بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية فإنها لم تأت بجديد، ولم تحرز أي تقدم في هذا الخصوص، فقد أحالت في شأن القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم إلى نص المادة الثانية من بروتوكول جنيف السابق بيانها، ولعل ذلك يرجع إلى أن اتفاقية جنيف كان موضوعها الوحيد هو تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة بناء على اتفاقات التحكيم التي تدخل في إطار البروتوكول.

وبناء عليه ظل الخلاف الذي ثار بصدد تفسير المادة الثانية من البروتوكول قائماً في ظل اتفاقية جنيف لسنة 1927، حتى صدرت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 وأخذت بالتفسير الذي تبناه الفقه الغالب على نحو ما سنرى الآن

### المرحلة الثانية: قانون الإرادة المستقلة والدور الاحتياطي لقانون مكان التحكيم:

قضت الفقرة الأولى من المادة الخامسة<sup>(2)</sup>، من اتفاقية نيويورك على أنه: «لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم، إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليه الاعتراف والتنفيذ الدليل على أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف، أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق».

(1) فوزي محمد سامي: المرجع السابق، ص 170.

(2) اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لعام 1958، النص العربي مأخوذ من جريدة الرقابة المصرية الصادرة بتاريخ 5 مايو 1959.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

وقد جاء هذا النص صريحا ودافعا لكل شك في خضوع الإجراءات لاتفاق الأطراف، دون مجال لتطبيق مقر التحكيم إلا في حالة وجود أي نقص فيها، وبهذا تكون الاتفاقية قد منحت قانون الإرادة المستقلة دورا أصليا، وقانون مقر التحكيم دورا احتياطيا، وبذلك يكون قد انتصر الاتجاه المؤيد لقانون الإرادة المستقلة للأطراف ليحكم إجراءات التحكيم.

ويرى الفقه الغالب أن هذا النص قد أعطى للأطراف الحرية الكاملة في تشكيل هيئة التحكيم، وتنظيم إجراءات التحكيم، فيجوز لهم الاتفاق في شرط التحكيم الوارد في العقد أو في اتفاق التحكيم، على المحكمين الذين تتشكل منهم محكمة التحكيم، وأن يصيغوا بأنفسهم القواعد الإجرائية الواجبة الإلتباع، أو أن يحيلوا في ذلك إلى لائحة تحكيم معمول بها لدى أحد مراكز التحكيم الدائمة<sup>(1)</sup>.

وهكذا نجد أن اتفاقية نيويورك قد أقرت مبدأ حرية الأطراف في تعيين القانون والقواعد الواجبة التطبيق في إجراءات التحكيم، وأن قانون مكان التحكيم لا يطبق إلا في حالة عدم اتفاق الأطراف.

ويجد هذا المبدأ أهميته في تطبيق الإجراءات التي نصت عليها قواعد التحكيم المعروفة دوليا، فعندما يختار الأطراف تطبيق قواعد إحدى مؤسسات التحكيم فإنهم يختارون قواعد عرفية جرى التعامل بها وتواتر الأخذ بأحكامها على صعيد المعاملات التجارية الدولية<sup>(2)</sup>.

### المرحلة الثالثة: قانون الإرادة المستقلة أو القانون المختار بواسطة المحكمين:

نصت الفقرة الأولى من المادة الرابعة من الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 على أن "للأطراف تحديد قواعد الإجراءات التي يتعين على المحكمين إتباعها"، كما نصت في المادة

(1) \_سراج حسين محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 488.

(2) \_فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 171.

## الباب الثاني – القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

01/09 على أنه: «إذا لم يكن تشكيل محكمة التحكيم، أو إجراءات التحكيم، مطابقة لاتفاق الطرف أو لأحكام المادة الرابعة من هذه الاتفاقية في حالة عدم وجود هذا الاتفاق»<sup>(1)</sup>.

وهكذا فإن الاتفاقية الأوروبية قد أخذت في المقام الأول-مثلها في ذلك مثل اتفاقية نيويورك- بمبدأ استقلال الإرادة في تحديد القواعد واجبة التطبيق على إجراءات التحكيم، بيد أن القانون واجب التطبيق في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف-في الاتفاقية الأوروبية- ليس هو قانون الدولة مقر التحكيم، على نحو ما فعلت اتفاقية نيويورك، بل القواعد المنصوص عليها في المادة الرابعة من الاتفاقية ذاتها.

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة الرابعة من الاتفاقية على أنه: «يجوز للأطراف النص في اتفاق التحكم على:

أ- أن تخضع منازعاتهم لمركز تحكيم دائم، وفي هذه الحالة يجري التحكيم طبقاً للاتفاقية هذا المركز المختار.

ب- أن تخضع منازعاتهم لإجراءات التحكيم الحر، وفي هذه الحالة يكون للأطراف القدرة على تحديد الإجراءات واجبة الإلتباع من قبل المحكمين».

كما نصت الفقرة الثالثة من نفس المادة على أنه: «إذا اتفق الأطراف على تسوية منازعاتهم بطريق التحكيم الحر، دون أن يتضمن اتفاق التحكيم أي بيان حول الإجراءات اللازمة لتنظيم التحكيم، فإن من حق المحكمين اتخاذ هذه الإجراءات»

---

(1) عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، المرجع السابق، ص 58، أيضاً: فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 171.

## الباب الثاني – القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

كما نصت الفقرة الرابعة من نفس المادة على أنه: "الرئيس الغرفة التجارية المختصة-حسب الأحوال- القدرة على تحديد القواعد الإجرائية الواجب مراعاتها من قبل المحكمين، سواء مباشرة أو باللجوء إلى لائحة مركز دائم للتحكيم، وذلك إذا لم يتم المحكمون بتحديد هذه القواعد في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف في هذا الصدد».

وكما هو واضح من النص فقد ميزت الاتفاقية بين فرضين: الفرض الأول الذي يتفق فيه الأطراف على إتباع أسلوب التحكيم المؤسسي، وهو التحكيم الذي يرجي لدى أحد المراكز الدائمة للتحكيم، وفي هذا الفرض أوضحت الاتفاقية أن التحكيم يسري وفقا للإجراءات المنصوص عليها في لائحة هذا المركز الذي اتفق الأطراف على أن يتم التحكيم تحت رعايته.

والفرض الثاني هو الذي يتفق فيه الأطراف على إتباع أسلوب التحكيم الحر، أو ما يسمى بتحكيم الحالات الخاصة، وفي هذا الفرض وضعت الاتفاقية ثلاثة قواعد متتابعة تؤخذ على التوالي، وهي:

1/- من حق الأطراف تحديد القواعد الإجرائية واجبة الإتباع من قبل المحكمين.

2/- في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف في هذا الصدد يكون من حق المحكمين أنفسهم القيام بهذه المهمة.

3/- في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف وعدم قيام المحكمين بتحديد القواعد الإجرائية، فإن لرئيس الغرفة التجارية المختصة أو اللجنة الخاصة المختصة-حسب الأحوال- تحديد هذه القواعد سواء مباشرة أو باللجوء إلى لائحة مركز دائم للتحكيم.

ومن الجدير بالذكر أن هذا النص لم يشر إلى تطبيق أي قانون وطني ولو بصفة احتياطية، بيد

## الباب الثاني – القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

أن ذلك لا يمنع الأطراف-طبقاً للحرية الممنوحة لهم في تحديد القواعد الإجرائية واجبة الإلتباع من قبل المحكمين في حالة التحكيم الحر-من النص على تطبيق قانون وطني معين ليحكم الإجراءات.

ويرى جانب من الفقه<sup>(1)</sup>، أن هذا النص، بالنظر إلى الحلول المختلفة التي وضعها لمسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم دون أن يشير إلى تطبيق أي قانون وطني معين يكشف عن إرادة واضعي هذه الاتفاقية في تحرير إجراءات التحكيم، وتخليصها من سيطرة وسلطان القوانين الوطنية، وكذلك الابتعاد عن أي تدخل محتمل من جانب السلطات القضائية في الدول المتعاقدة، حيث إن الاتفاقية قد أسندت الدور الذي يمكن أن يقوم به القضاء الوطني، سواء عند بدء الإجراءات أو أثناء سيرها، إلى رئيس الغرفة التجارية المختصة أو اللجان الخاصة حسب الأحوال.

وتنص (م/44) من اتفاقية واشنطن<sup>(2)</sup>، الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى على أن: «يتم السير في إجراءات التحكيم، طبقاً لأحكام هذا القسم، وتبعاً لقواعد التحكيم السارية في يوم الاتفاق على التحكيم ما لم تتفق الأطراف المعنية على خلاف ذلك، وإذا عرضت مسألة تتعلق بإجراءات غير مدرجة في هذا القيم أو في نظام التحكيم أو أي قواعد أخرى يتفق عليها الطرفان، فإن المحكمة هي التي تفصل في أمرها».

ويتضح من هذا النص أن القواعد الإجرائية واجبة التطبيق على التحكيم الذي يتم في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار هي:

1/- القواعد الإجرائية الواردة في الاتفاقية، فهذه القواعد ملزمة للأطراف وللمحكمة التحكيم، وذلك

(1) \_سراج حسين محمد، المرجع السابق، ص 492.

(2) \_عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة، الطبعة الثانية 1998، ص 597.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

فيما عدا القواعد التي أجازت الاتفاقية للأطراف الاتفاق على مخالفتها.

2/- القواعد الإجرائية التي يتفق عليها الأطراف مع الاعتراف للأطراف بحرية كبيرة في اختيار هذه القواعد، فيجوز لهم إعداد هذه القاعد بأنفسهم، أو اختيار أي لائحة تحكيم معدة سلفاً، أو اختيار قانون وطني معين، كل ذلك بشرط عدم مخالفة القواعد الآمرة في الاتفاقية والتي لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها.

3/- وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف في هذا الخصوص، تطبق القواعد الإجرائية الواردة في لائحة التحكيم السارية لدى المركز الدولي في اللحظة التي اتفق فيها الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لدى المركز.

4/- وإذا ثارت أي مسألة إجرائية غير منصوص عليها في الاتفاقية أو في اللائحة الإجرائية التي يتبناها الأطراف أو اللائحة النافذة لدى المركز، يكون من سلطة محكمة التحكيم ذاتها حسم هذه المسألة، دون أن تكون ملزمة في ذلك بالاستناد إلى قانون دولة معينة.

ويلاحظ على هذا النص أنه عند تحديده للقواعد الإجرائية واجبة التطبيق، لم يشر إلى تطبيق أي قانون وطني معين ولو بصفة احتياطية، وهذا يكشف عن إرادة واضعي الاتفاقية في تحقيق الاستقلال لإجراءات التحكيم التي تجري في إطار المركز الدولي تجاه القوانين الوطنية.

### الفرع الثاني

#### موقف قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية

نصت الفقرة الأولى من المادة الأولى من لائحة التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة

## الباب الثاني – القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

للقانون التجاري الدولي لسنة 1976<sup>(1)</sup>، على أنه: «إذا اتفق طرفا عقد كتابة على إحالة المنازعات المتعلقة بهذا العقد إلى التحكيم وفق النظام التحكيم الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وجب عندئذ تسوية هذه المنازعات وفقا لهذا النظام مع مراعاة التعديلات التي قد يتفق عليها الطرفان كتمة».

كما نصت (م/1/15) من هذه اللائحة على أنه: «مع مراعاة أحكام هذه القواعد، لهيئة التحكيم ممارسة التحكيم بالكيفية التي رأتها مناسبة، شريطة أن تعامل الطرفين على قدم المساواة وأن تهئى لكل منهما في جميع مراحل الإجراءات فرصة كاملة لعرض قضيته»<sup>(2)</sup>.

ونرى أن اللائحة قد أكدت على مبدأ حرية الأطراف في وضع القواعد الإجرائية واجبة التطبيق، وأن هذه القواعد تكون لها الغلبة على القواعد الواردة في هذه اللائحة<sup>(3)</sup>.

كما أن اللائحة قد اعترفت للمحكمن بسلطات واسعة في تسيير إجراءات التحكيم، ولكنها قيدت من هذه السلطات بضرورة توافر شرطين:

1/- احترام القواعد الإجرائية الواردة في هذه اللائحة التي لا يكون للمحكمن بشأنها أي سلطة تقديرية، وبالتالي تكون اللائحة قد اعترفت للأطراف بسلطات أوسع من سلطات المحكمن، حيث إنها أجازت للأطراف الاتفاق على قواعد إجرائية تكون لها الغلبة في التطبيق على القواعد التي تتضمنها، بينما فرضت على المحكمن إتباع بعض القواعد الإجرائية الواردة فيها.

---

(1) قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، القرار 97/31 الذي اتخذته الجمعية العامة بتاريخ 15 ديسمبر 1986- (م/1) وكذلك (م/1/15).

(2) محمود مختار احمد بربري، المرجع السابق، ص 100، بند 55.

(3) سراج حسين محمد، المرجع السابق، ص 496 وما بعدها.



## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

2/- احترام مبدأ المساواة وحقوق الدفاع و المبادئ الأساسية بصفة عامة.

نجد أن المادة الأولى الفقرة الثانية قد نصت على أن: "تحكم هذه اللائحة التحكيم، مع مراعاة أنه في حالة التنازع بين أحد نصوص هذه اللائحة وأحد نصوص القانون واجب التطبيق على التحكيم الذي لا يجوز للأطراف مخالفته، فإن هذا النص الأخير هو الذي يكون راجحا".

ويستفاد من هذا النص أن لائحة لجنة الأمم المتحدة لا تسمح بالأخذ بالاتجاه الذي ينادي بتحرير إجراءات التحكيم كلية من الخضوع لأي قانون وطني، بل إنها تفترض دائما أن هناك قواعد قانونية وطنية تخضع لها إجراءات التحكيم، ولا يجوز للأطراف- ومن ثم المحكمين- الخروج عليها.

وإن هذه القواعد الوطنية تسمو في حالة التنازع على القواعد الواردة في هذه اللائحة، بحيث تستبعد هذه القواعد الأخيرة في حالة تعارضها مع القواعد الواردة في القانون واجب التطبيق على التحكيم.

وقد وجه النقد لهذا النص لأن اللائحة لم تبين ما هو القانون واجب التطبيق، أو كيفية تحديد هذا القانون: هل يتحدد بناء على الإرادة الصريحة، أو الضمنية للأطراف؟ وما هو الدور الذي يمكن أن يؤديه ضابط مكان التحكيم في تحديد هذا القانون؟ وهل يمكن الاستناد على ضوابط أخرى للإسناد؟

قد ذهب بعض الفقهاء ، إلى أن القانون الوطني واجب التطبيق والذي لا يجوز للأطراف، وبالتالي المحكمين، الاتفاق على مخالفة القواعد الآمرة فيه هو قانون الدولة مقر التحكيم، فهذا القانون هو الذي يحدد ما إذا كان من الممكن تطبيق القواعد الواردة في لائحة التحكيم المختارة بواسطة الأطراف، وإذا تعرضت بعض القواعد الواردة في هذه اللائحة مع النصوص الآمرة في هذا القانون، فإن

## الباب الثاني – القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

الغلبة تكون لهذا القانون وليس للقواعد الواردة في اللائحة.<sup>(1)</sup>

ويرى جانب آخر من الفقه ، أنه يجب الرجوع بشأن تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، عندما يتفق الأطراف على التحكيم وفقا لللائحة التحكيم لجنة الأمم المتحدة، إلى نص المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك.<sup>(2)</sup>

أي في المقام الأول بالقانون الوطني المختار صراحة بواسطة الأطراف، وفي حالة غياب هذا القانون يكون القانون واجب التطبيق هو قانون الدولة مقر التحكيم.

ومن ناحية كيفية التعرف على القواعد الآمرة في القانون واجب التطبيق فيرى أنه بمجرد معرفة هذا القانون سواء أكان القانون المختار صراحة من قبل الأطراف أو قانون الدولة مقر التحكيم في حالة غياب الاختيار الصريح من جانب الأطراف، فإنه يتعين الرجوع إلى هذا القانون ذاته في شأن تحديد ما يعد من قبيل القواعد الآمرة التي لا يجوز للأطراف الخروج عليها، و ما يعد من قبيل القواعد المكملة التي يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها.

وقد نصت (م/19)<sup>(3)</sup>، من القانون النموذجي الصادر بتاريخ 21 جويلية 1985 فترة أولى: «مع مراعاة أحكام هذا القانون، يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها لدى السير في التحكيم في الفقرة الثانية: «فإن لم يكن ثمة مثل هذا الاتفاق، كان لهيئة التحكيم - مع مراعاة أحكام هذا القانون- أن تسيّر في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة وتشمل السلطة

(1) \_ سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة ومدى خضوعه للقانون المصري، منشأة المعارف بالإسكندرية 1986، ص 59.

(2) \_ سراج حسين محمد: المرجع السابق، ص 498-499.

(3) \_ عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، الطبعة الثانية، 1998 ص 457.

## الباب الثاني – القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

المخولة لهيئة التحكيم سلطة تقرير جواز قبول الأدلة المقدمة وصلتها بالموضوع وجدواها وأهميتها».

يستفاد من هذا النص أن القانون النموذجي قد تبنى مبدأ حرية الأطراف في اختيار القواعد الإجرائية واجبة التطبيق، كما أنه أعطى للمحكّمين حرية كبيرة في تسيير إجراءات التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف.

إلا أن هذه الحرية المعطاة للأطراف- وكذلك المحكّمين- في تحديد القواعد الإجرائية مقيدة بضرورة احترام القواعد الآمرة في هذا القانون، وهي تلك القواعد التي لم يجز هذا القانون للأطراف الاتفاق على مخالفتها، التي لم يعط للمحكّمين بشأنها أي سلطة تقديرية.

كما نصت (م/2/43) من هذا القانون على أنه: «لا يجوز للمحكمة القضائية المشار إليها في (م/6) من هذا القانون إبطال أي حكم تحكيم، إلا قدم الطرف مقدم الطعن الدليل على أن تشكيل محكمة التحكيم أو إجراءات التحكيم لم تكن مطابقة للاتفاق الأطراف، شريطة ألا يكون هذا الاتفاق مختلف لأحد أحكام هذا القانون التي لا يجوز للأطراف مخالفتها، أو لم تكن مطابقة لهذا القانون، في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف...»<sup>(1)</sup>.

يستفاد من هذا النص المتعلق ببطلان حكم التحكيم أن القانون النموذجي يشترط لعدم إبطال حكم التحكيم من جانب السلطة القضائية المختصة في الدولة مقر التحكيم أن يكون تشكيل محكمة التحكيم، وكذلك إجراءات التحكيم مطابقة لاتفاق الأطراف، وبهذا يكون القانون النموذجي قد أخذ بمبدأ حرية الأطراف في تشكيل محكمة التحكيم، وتحديد الإجراءات واجبة الإلتباع أمام المحكّمين ولكن بشرط عدم مخالفة اتفاق الأطراف للقواعد الإجرائية الآمرة في هذا القانون، أي قانون الدولة مقر التحكيم.

---

(1)\_عاشور مبروك، المرجع السابق، ص 467.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

وفي حالة عدم وجود أي اتفاق بين الأطراف في هذه الخصوص أوجب القانون النموذجي أن يكون تشكيل محكمة التحكيم، وكذلك إجراءات التحكيم، مطابقاً لأحكام هذا القانون—أي قانون الدولة مقر التحكيم.

كما يشترط القانون النموذجي للاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه أن يكون تشكيل محكمة التحكيم، وكذلك إجراءات التحكيم، مطابقاً لاتفاق الأطراف في المقام الأول، أو لقانون الدولة مقر التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف في المقام الثاني (م/4/1/36).

نخلص مما تقدم إلى أن القانون النموذجي قد تضمن ثلاثة حلول متباينة لمسألة القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، ويتمثل الحل الأول في الاعتراف باتفاق الأطراف في تحديد القواعد الإجرائية واجبة الإلتباع، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق يكون للمحكّمين حرية تحديد هذه القواعد، ولكن بشرط مراعاة القواعد الأمرة في قانون الدولة مقر التحكيم التي لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها، وتلك التي لا يكون للمحكّمين بشأنها أي سلطة تقديرية (م/19-1-2)، والحل الثاني يتمثل في الاعتراف باتفاق الأطراف في المقام الأول شريطة ألا يتعارض هذا الاتفاق مع أحد النصوص الأمرة في قانون الدولة مقر التحكيم، وفي حالة وجود مثل هذا الاتفاق يعتد بقانون الدولة مقر التحكيم (م/1/34)، الحل الثالث يأخذ في المقام الأول باتفاق الأطراف، وفي حالة غياب هذا الاتفاق يعتد بقانون الدولة مقر التحكيم (م/1/36).

وتنص (م/11) من قواعد التجارة الدولية<sup>(1)</sup>، على أنه: «تطبق أمام المحكم الإجراءات المستمدة من هذه القواعد، وفي حالة سكوت هذه الأخيرة تطبق تلك التي اتفق عليها الطرفان، وعند عدم الاتفاق

---

(1) فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 172-174. وكذلك سراج حسين محمد، المرجع السابق، ص 504.

## الباب الثاني – القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

يقوم المحكم بتحديد الإجراءات، سواء استند أم لم يستند في ذلك إلى قانون داخلي للإجراءات يطبق على التحكيم.

وكما هو واضح من النص، فإن القواعد الإجرائية واجبة التطبيق على إجراءات التحكيم الذي يتم تحت رعاية غرفة التجارة الدولية هي كآلاتي:

1- القواعد الإجرائية الواردة في لائحة التحكيم النافذة لدى الغرفة ذاتها.

2- وفي حالة وجود أي نقص في هذه اللائحة، تطبق القواعد التي يختارها الأطراف بأنفسهم سواء استندوا في ذلك إلى قانون وطني أم لا.

3- وفي حالة غياب القواعد المختارة بواسطة الأطراف، تطبق القواعد التي يحددها المحكمون بأنفسهم سواء بالاستناد إلى قانون وطني معين أم لا.

ويلاحظ على هذا النص أنه قد ألغى الاختصاص الاحتياطي والأمر لقانون الدولة مقر التحكيم، وجعل الاختصاص الاحتياطي للمحكمين أنفسهم، كما أنه أشار صراحة إلى حرية الأطراف والمحكمين احتياطياً في تحديد القواعد الإجرائية واجبة التطبيق دون أن يلزمهم بالالتجاء إلى قانون وطني معين، وهو ما يخول المحكم سلطة واسعة في إدارة الإجراءات، كما أن السلطة التي تمنح للمحكمين لتكملة النصوص الاتفاقية التنظيمية قد تستعمل بحيث لا تشير إلى قانون دولة ما، وهو اتجاه يؤدي إلى عزل إجراءات التحكيم عن النطاق التقليدي لتنازع القوانين، وفي هذه الحالة لن يكون هناك ثمة تنازع قوانين بالمعنى التقليدي بشأن القانون والإجرائي الواجب التطبيق<sup>(1)</sup>.

---

(1) \_ منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2000، ص 182 .

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

كما تنص (م/2/1/14) من قواعد محكمة تحكيم لندن<sup>(1)</sup>، على أن الأطراف يمكن أن يتفقوا على إجراءات التحكيم، وفي حالة عدم الاتفاق وعدم وجود قواعد إجرائية متفق عليها بواسطة الأطراف أو في حالة سكوت هذه اللائحة، تتمتع محكمة التحكيم بأوسع سلطة في ظل القانون الممكن تطبيقه لضمان الفصل النهائي للنزاع.

وهذا يعني أن القواعد واجبة التطبيق على إجراءات التحكيم التي تتم تحت رعاية محكمة لندن للتحكيم هي القواعد الإجرائية التي يتفق عليها الأطراف، أولاً: والقواعد الواردة في اللائحة ثانياً، وفي حالة غياب القواعد المتفق عليها من قبل الأطراف ووجود أي نقص في لائحة التحكيم، فإن اللائحة قد اعترفت لمحكمة التحكيم بسلطات واسعة في تحديد الإجراءات واجبة الإلتباع، حيث إن اللائحة قد اشترطت أن يمارس المحكمون هذه السلطات وفقاً للقانون واجب التطبيق دون أن تحدد هذا القانون أو تبين كيفية تحديده.

خلاصة القول: إن قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، تعتد 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، بيد أن هذه القواعد تختلف فيما بينها من حيث مدى الحرية المقررة للأطراف والمحكمين في هذا الشأن، ففي حين أن قواعد التحكيم النافذة لدى غرفة التجارة الدولية تمنح 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 واجب التطبيق.

---

(1) عبد الحميد الأحديب، موسوعة التحكيم، الجزء الثاني، ص 581 .

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

### المبحث الثاني

#### موقف التشريعات الوطنية وأحكام التحكيم

سوف نتناول في هذا المبحث موقف بعض القوانين الوطنية، وخاصة تلك التي صدرت مؤخرا بشأن التحكيم، وكذلك موقف بعض الممارسات التحكيمية للتعرف على كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق في الإجراءات.

وعليه سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

نتناول في المطلب الأول موقف القوانين أو التشريعات الوطنية، ونتناول في المطلب الثاني موقف أحكام التحكيم.

### المطلب الأول

#### موقف التشريعات الوطنية

سننتاول في هذا المطلب موقف بعض التشريعات الوطنية، وبصفة خاصة تلك التي صدرت مؤخرا بشأن التحكيم، للتعرف على القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وكيفية اختياره، ومدى حرية الأطراف والمحكمين في تحديد القواعد الإجرائية واجبة التطبيق.

نجد أن القانون الفرنسي<sup>(1)</sup>، بشأن التحكيم الدولي الصادر في 12 مايو 1981 نص في المادة (المادة 1494) على أنه:

«يجوز لاتفاق التحكيم أن يحدد مباشرة أو بالإحالة إلى نظام تحكيمي الإجراءات التي يجب

---

(1) قانون المرافعات المدنية الجديد (مرسوم 1981/5/12 المتعلق بالتحكيم الدولي، عبد الحميد الأحديب: موسوعة التحكيم، الجزء الثاني، ص 451.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

إتباعها في الدعوى التحكيمية، ويجوز أيضا إخضاع هذه الدعوى إلى قانون إجراءات معين يحدده العقد التحكيمي، وفي حالة غياب النص على ذلك في العقد التحكيمي، يطبق المحكم بحسب الحال الإجراءات التي يراها مناسبة، إما مباشرة، أو بالإشارة إلى قانون معين أو إلى نظام تحكيمي".

وكما هو واضح من النص، فقد أخذ المشرع الفرنسي في المقام الأول بمبدأ استقلال الإرادة في تنظيم إجراءات التحكيم، كما أنه أخذ في المقام الثاني بمبدأ حرية المحكمين في تنظيم هذه الإجراءات، وذلك في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف في هذا الخصوص، فقد أعطى المشرع لإرادة الأطراف الحرية الكاملة في تنظيم إجراءات التحكيم، فأجاز لهم أن ينظموا الإجراءات إما مباشرة أو باللجوء إلى لائحة تحكيم أو بإخضاع الإجراءات لقانون وطني من اختيارهم.

ومن ثم يجوز للأطراف تنظيم كافة المسائل الإجرائية في اتفاقهم التحكيمي، دون أن يكونوا ملزمين باللجوء إلى قواعد إجرائية معدة سلفا<sup>(1)</sup>.

وقد منح المشرع الفرنسي للمحكمين نفس السلطات التي منحها للأطراف، فأجاز لهم تنظيم إجراءات التحكيم سواء بطريق مباشر أو باللجوء إلى قانون وطني أو لائحة تحكيم، وبناء عليه يجوز للمحكمين أن يصيغوا بأنفسهم إجراءات التحكيم، أو أن يلجئوا في ذلك إلى لائحة تحكيم، أو اختيار قانون وطني معين، أو المزج بين عدة قوانين وطنية، أو اللجوء إلى مبادئ إجرائية فوق وطنية<sup>(2)</sup>.

وقد أخذ بنفس هذا الاتجاه المتحرر المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية 08/09، فقد نصت المادة 1043 من هذا القانون على أنه: «يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب

---

(1) سراج حسين محمد، المرجع السابق، ص 510 وما بعدها.

(2) منير عبد المجيد: المرجع السابق، ص 185.



## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم. إذا لم تنص الإتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات، عند الحاجة، مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام التحكيم<sup>(1)</sup>.

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري قد أخذ في المقام الأول بمبدأ استقلال الإرادة في تحديد القواعد الإجرائية واجبة التطبيق، مع الاعتراف للأطراف بالحرية الكاملة في تحديد هذه القواعد، فأجاز للأطراف أن يصيغوا بأنفسهم في اتفاق التحكيم القواعد الإجرائية واجبة الإتباع أمام المحكمين أو أن يتفقوا على أن تسري الإجراءات وفقا لإحدى لوائح التحكيم، كما أجاز لهم أن يتفقوا على تطبيق قواعد قانون وطني معين.

وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف أو عدم كفاية القواعد الإجرائية المتفق عليها من قبلهم، أعطى المشرع الجزائري سلطة تحديد هذه القواعد للمحكمين أنفسهم، مع الاعتراف لهم بنفس الحرية التي قررها للأطراف، ومن ثم يجوز للمحكمين أن يصيغوا بأنفسهم إجراءات التحكيم أو أن يستندوا في ذلك إلى لائحة تحكيم معينة أو تطبيق قانون إجراءات وطني معين.

خلاصة القول: أن القانون الجزائري الجديد للتحكيم قد أعطى للأطراف والمحكمين الحرية الكاملة في تنظيم إجراءات التحكيم دون أن يلزمهم بتطبيق قانون وطني معين، ودون أن ينص على تطبيق قانون وطني معين، ولو بصفة احتياطية، ومن ثم يكون القانون الجزائري قد اتجه نحو الأخذ باستقلال إجراءات التحكيم تجاه القوانين الوطنية وتحريرها كلية من الخضوع لأي قانون وطني، على نهج القانون الفرنسي.

---

(1) القانون رقم 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية و الإدارية، المذكور سابقا.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

وإذا انتقلنا إلى القانون المصري<sup>(1)</sup>، نجد أن المشرع المصري كان مرتبطاً إلى حد كبير بإتباع إجراءات المرافعات، حيث كان وفقاً للمادتين 834، 835 من قانون المرافعات رقم 77 لسنة 1949 لا يعني من إتباع إجراءات المرافعات إلا إذا حصل الإعفاء منها صراحة أو كان المحكم مصالحاً، ولكن تطور الأمر بعد ذلك خطوة إلى الأمام، حيث كانت م/506 من قانون المرافعات الحالي رقم 13/1968 والملغاة بقانون التحكيم رقم 67 لسنة 1994 تنص على أن المحكمين يصدرون حكمهم غير مقيدتين بإجراءات المرافعات عدا ما نص عليه في باب التحكيم، وبمقتضى النص المذكور كان المحكم معفي من التقيد بإجراءات المرافعات ماعدا الإجراءات والأوضاع والمواعيد المقررة في باب التحكيم (مواد 501-513).

أيضاً كانت محكمة التحكيم تتقيد في ظل المادة المذكورة باحترام الإجراءات والأوضاع المتعلقة بالنظام العام، خاصة تلك المتعلقة بحقوق الدفاع وضمائنه، كما كانت تلتزم باحترام الإجراءات والأوضاع والمواعيد التي قد يتفق عليها الخصوم في اتفاق التحكيم أو في اتفاق لاحق ليسير على هديها المحكمون<sup>(2)</sup>.

وإذا كان هذا هو حال التشريع المصري السابق، فإن المشرع الحالي قد خطا خطوات جريئة في عالم التحكيم، بجمعه لكافة أحكامه—أياً كان نوعه— في قانون واحد، حيث تتصدى فيه للقواعد التي تحكم إجراءات سير المنازعة كما جاء في (المادة 25) التي تقضي بأن 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 الاتفاق كان

(1) \_عاشور مبروك: المرجع السابق، ص 100.

(2) \_أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والاجباري، المرجع السابق، ص 216 .

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

لهيئة التحكيم-مع مراعاة أحكام هذا القانون-أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة.

فالمرجع المصري بهذا النص خول الأطراف إمكانية تنظيم سير عملية التحكيم ووضع القواعد الإجرائية التي تسيّر هيئة التحكيم وفقا لها في نظر خصومة التحكيم، فيستطيع الأطراف صياغة هذه الإجراءات في نصوص من عنايتهم أي من خلقهم وابتكارهم، سواء شملت كل أو بعض الإجراءات، مع ترك الإجراءات الأخرى للقانون المصري، أو لقانون أجنبي أو للائحة إحدى المراكز الدائمة للتحكيم، كما يمكن أن يمزجوا بين القواعد الإجرائية فيجروا نوعا من الانتقاء من مصادر متعددة، ويضعوا لائحة تسيّر هيئة التحكيم وفقا لأحكامها، ويعني اتفاق الأطراف على القواعد الإجرائية على أي نحو مما سبق الخروج جملة وتفصيلا عن القواعد التي تضمنها القانون المصري بخصوص إجراءات التحكيم كان التحكيم يجري في مصر، سواء كان تحكيميا دوليا أو داخليا<sup>(1)</sup>.

والسؤال الذي يثار هنا-هل يتمتع الأطراف بحرية مطلقة، بحيث يتسنى لهم الاتفاق على مخالفة نصوص القانون الآمرة سواء باتفاق مباشر أو بالإحالة إلى تنظيم خاص بهيئة أو مركز تحكيم، يتضمن نصوصا إجرائية تتعارض مع نصوص القانون المصري المنظمة لإجراءات التحكيم؟

للإجابة على هذا التساؤل<sup>(2)</sup>، نرجع إلى نص المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي ذكرناها سابقا، حيث نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يورد أي قيد على حرية الأطراف، سواء في حالة اتفاقهم على وضع قواعد إجرائية من إبداعهم، أو اتفاقهم على تطبيق قانون دولة معينة، وقد ذهب إلى نفس الشيء عندما تعرض لفرض تولي هيئة التحكيم اختيار إجراءات التحكيم إذ قيدها في عملية الاختيار التي ربطها بعبارة "...يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم...."، فقد يستشف من

(1) محمود مختار أحمد بريري: المرجع السابق، ص 93 .

(2) المرجع نفسه، ص 92-93.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

ذلك أن المشرع أطلق حرية الأطراف باعتبار أنهم الأقدر على اختيار وتنظيم سير عملية التحكيم الملائمة لحاجاتهم والمحقة لمصالحهم، فلم الخروج على النصوص الآمرة إذا كانت تنظم أموراً مقصوداً بها مصالح الأطراف، ولا تحد حريتهم إلا القواعد المتعلقة بالنظام العام، والتي تهدف إلى ضمان سير عملية التحكيم مع كفالة المساواة وضمن حصول الأطراف على فرص متكافئة، وهذه القواعد تمثل ما يسمى بالمبادئ الحاكمة أو الموجهة لسير الخصومة، وهي يلزم مراعاتها دون حاجة إلى نص، إذ تعتبر من المبادئ الأساسية التي تحكم الدعاوى قضائية كانت أو غير قضائية، وتكرسها التشريعات الداخلية، والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم، كما ترددها دوماً نصوص لوائح التحكيم الدولية وهيئات مراكز التحكيم الدائمة، وتدور هذه المبادئ حول تحقيق المساواة بين الأطراف، ومعاملتهم على قدم المساواة دون تمييز وكفالة حقوق الدفاع، أي حق كل طرف في أن تتاح له فرصة المواجهة والرد على خصمه<sup>(1)</sup>.

الملاحظ هنا أن المشرع الجزائري و الكثير من التشريعات المقارنة قد أخضع إجراءات التحكيم في المقام الأول للقواعد التي يتفق عليها الأطراف، مع الاعتراف لهم بحرية كاملة في اختيار هذه القواعد، وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف أو عدم كفاية القواعد المتفق عليها من قبلهم فإن للمحكمن سلطة تحديد القواعد الإجرائية التي يرونها مناسبة، زيادة على ذلك فإن المشرع لم يقرر للمحكمن نفس الحرية التي قررها للأطراف.

وإذا انتقلنا إلى قانون دولة الإمارات<sup>(2)</sup>، نجد أن المشرع نص في (م/1/9) على أن تطبق هيئة التحكيم في إجراءات التحكيم القانون أو القواعد التي اختارها أطراف النزاع وفي حالة عدم اتفاق الأطراف

(1) محمود مختار أحمد بربري: المرجع السابق، ص 94.

(2) عبد الحميد الأحديب: التحكيم في البلاد العربية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 173.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

فإنه:

أ/- إذا كان التحكيم خاصا يطبق قانون مكان التحكيم.

ب/- إذا كان التحكيم مؤسسيا تطبق قواعد المؤسسة التي تنظم التحكيم إن كان لها قواعد، وإلا يطبق قانون مكان التحكيم.

ويلاحظ أن المشرع الإماراتي سار على درب معاهدة نيويورك في فك الارتباط بين التحكيم وقانون مكان التحكيم في التطبيق على إجراءات التحكيم، وهذا يعني أن المشرع قد اعتد في المقام الأول بالقواعد الإجرائية المتفق عليها من قبل الأطراف، مع الاعتراف لهم بالحرية الكاملة في اختيار هذه القواعد، حيث إن المشرع لم يلزمهم باختيار قانون إجراءات وطني معين أو باختيار قواعد إجرائية معينة، وفي حالة عدم وجود قواعد إجرائية متفق عليها من قبل الأطراف أو عدم كفايتها، ففي هذه الحالة نجد أن المشرع قد فرق بين ما إذا كان التحكيم خاصا، وفي هذه الحالة يطبق قانون مكان التحكيم، أو تحكيميا مؤسسيا، وفي هذه الحالة تطبق قواعد المؤسسة أو المركز إن كان له قواعد وإلا يطبق قانون مكان التحكيم.

وإذا انتقلنا إلى موقف المشرع السوداني، نجد أنه في التحكيم القضائي والتحكيم المودع اتفاقه لدى المحكمة<sup>(1)</sup>، تشرف المحكمة على التحكيم القضائي وتطبق القواعد التي ينص عليها قانون التحكيم سواء المتفق عليها من الطرفين أو التحكيم المودع اتفاقه لدى المحكمة، إذا لم يتعارض ذلك مع الاتفاق التحكيمي الذي تبقى لقواعده التعاقدية الأفضلية على القواعد القانونية، إلا تلك الإلزامية منها والمتعلقة بالبطلان مثلا لسوء سلوك المحكم.

---

(1) عبد الحميد الأحديب، التحكيم في البلاد العربية، المرجع السابق، ص 101.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

أما التحكيم المودع قراره لدى المحكمة فإنه بعد صدور الحكم التحكيمي يكون قد خرج من تحكيم سار في ظل الإلزام التعاقدي، أي في ظل التوافق بين الطرفين اللذين تراضيا على إجراءاته، وطبقت فيه قواعد وضعها الطرفان أو أحالا إليها، وظلا متراضيين ومتوافقين عليها حتى صدور الحكم، فهو إذن لم يخضع لقواعد قانونية ولا لقواعد تعاقدية إلزامية، بل لقواعد ظل الطرفان متراضيين عليها<sup>(1)</sup>.

يتضح من ذلك ان التحكيم القضائي المتفق عليه من الطرفين يخضع لقواعد قانونية إلزامية ولإشراف المحكمة على سير إجراءاته.

والتحكيم المودع اتقاؤه لدى المحكمة ترجح فيه القواعد التعاقدية على القواعد القانونية التي يضعها قانون التحكيم، إلا عندما تكون هذه الأخيرة إلزامية فتكون القواعد القانونية متممة.

والتحكيم المودع قراره لدى المحكمة يبقى خاضعا لإشراف وتوافق وقبول وتراضي طرفيه على سير إجراءاته، وهو غالبا يحيل إلى نظام تحكيمي، وإلى إشراف هيئة تحكيم دائمة على سيره وفق هذا النظام والقواعد القانونية المتممة أيضا<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني

#### موقف أحكام التحكيم

لم تتخذ أحكام التحكيم الصادر موقفا موحدا تجاه مسألة القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، ويمكن أن نميز في هذا الصدد بين طائفتين من هذه الأحكام، فقد ذهبت بعض أحكام التحكيم

---

(1) المادة/155 من قانون المرافعات المدنية السوداني لسنة 1984، عبد الحميد الأحديب، موسوعة التحكيم في البلاد العربية، المرجع السابق، ص 385.

(2) عبد الحميد الأحديب: موسوعة التحكيم في البلاد العربية، المرجع السابق الإشارة إليه، ص 397-398.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

إلى إخضاع إجراءات التحكيم للقانون الدولي العام، في حين ذهب جانب آخر إلى إخضاع إجراءات التحكيم لقانون الدولة مقر التحكيم، ونعرف فيما يلي لهاتين الطائفتين.

### الفرع الأول

#### أحكام التحكيم التي أخضعت إجراءات التحكيم للقانون الدولي العام

نجد أن من أوائل أحكام التحكيم وأبرزها التي أخضعت إجراءات التحكيم للقانون الدولي العام حكم التحكيم الصادر في النزاع الذي ثار بين حكومة السعودية وشركة أرامكو<sup>(1)</sup>، في 23 أغسطس عام 1958، وتتخلص وقائع النزاع الخاصة بهذا الحكم في أنه في 29 مايو عام 1933 أبرمت حكومة المملكة العربية السعودية عقد امتياز بترول مع شركة استاندردأويل أوف كاليفورنيا، والتي أصبحت فيما بعد الشركة العربية الأمريكية للبرترول "أراكو".

وأثناء سريان هذا العقد وفي 20 يناير عام 1954 أبرمت حكومة السعودية عقدا مع شخص آخر لنقل البترول المنتج ومشتقاته من السعودية إلى الخارج، طالبت حكومة السعودية شركة أرامكو بالالتزام بأحكام هذا العقد، حيث إن أرامكو قدرت أن أحكام هذا العقد تتعارض مع عقد الامتياز المبرم بينهما في عام 1933 والذي يمنحها الحق المطلق في نقل البترول المنتج وتصديره بما في ذلك حرية اختيار وسائل النقل الضرورية.

ومن أجل حل الخلاف الناشئ بين حكومة السعودية وشركة أرامكو، اقترحت حكومة السعودية

---

(1) إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 137-138 و حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 464، وانظر أيضا: سراج حسين محمد: المرجع السابق، ص 535، انظر أيضا، جمال محمد الكردي، المرجع السابق، ص 37 .

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

عرض النزاع على التحكيم إعمالاً لنص (م/31) من العقد المبرم بينهما عام 1933، وبالفعل تم إبرام اتفاق تحكيم في 23 فبراير عام 1955، وتطبيقاً لهذا الاتفاق تم تشكيل محكمة تحكيم من ثلاثة محكمين وكانت أول مشكلة تواجه محكمة التحكيم هي تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وإعمالاً لنص المادة السادسة قررت محكمة التحكيم تطبيق القواعد الإجرائية المعتمدة من قبل الأطراف في المادة السادسة من اتفاق التحكيم، مع الاحتفاظ لها بالحق في تعديلها أو تكملتها بقرار من أغلبية أعضاء المحكمة، وذلك بما لا يخل بالأحكام الواردة في اتفاق التحكيم.

وقد ارتأت محكمة التحكيم عدم ترك تحديد الإجراءات لتقديرها الشخصي وضرورة الاستناد في ذلك على نظام قانوني قائم، وقررت المحكمة إخضاع إجراءات التحكيم للقانون الدولي، ولكن لكي تصل المحكمة إلى هذه النتيجة بدأت باستبعاد تطبيق القانون الوطني لكل من الطرفين، فاستبعدت القانون السعودي على أساس أن شرط التحكيم المنصوص عليه في (م/31) من عقد الامتياز المبرم في عام 1933 قد حدد مكان التحكيم في لاهاي بهولندا، ثم تحول هذا المقر إلى سويسرا، ثم أخيراً إلى جنيف، وهكذا فإن التحكيم طبقاً لقول المحكمة نفسها، كان مقره خارج السعودية في كل الأحوال، وبالتالي فإن الشيء المؤكد أن القانون الذي يحكم هذا النظام ليس هو قانون هذه الدولة لأن الأطراف قد اتفقوا منذ البداية على إبعاد منازعاتهم عن قضاء المحاكم المحلية، وهو شرط أساسي يحقق للمستثمر ضماناً وجود قاض محايد.

واستبعدت المحكمة أيضاً تطبيق القانون الأمريكي، وذلك على أساس أن هذا القانون ليس له أي سند من الاختصاص، ليس فقط لأن مقر التحكيم لم يكن محددًا في الولايات المتحدة الأمريكية، بل أيضاً استناداً إلى مبدأ المساواة الكاملة بين الأطراف أمام المحكمة.



## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

كما استبعدت محكمة التحكيم تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم، وذلك على أساس أن مبدأ الحصانة القضائية للدول يتعارض مع ممارسة السلطات القضائية للدولة مقر التحكيم لحقها في الرقابة على التحكيم والتدخل في بعض الأحيان أثناء إجراءات التحكيم.

وبناء عليه انتهت محكمة التحكيم إلى أن هذا التحكيم لا يمكن إلا أن يخضع مباشرة للقانون الدولي العام، حيث إن المحكمة قررت ضرورة إسناد الإجراءات إلى نظام قانوني قائم واستبعدت فكرة ترك تحديد الإجراءات لتقديرها الشخصي، وانتهت إلى إخضاع إجراءات التحكيم للقانون الدولي العام نظراً لأن أحد أطراف النزاع دولة<sup>(1)</sup>.

ويرى جانب من الفقه، أن هذا التبرير يعتبر خروجاً على القاعدة التي كانت سائدة في مجال القانون الدولي العام، ومؤداها أن قواعد القانون الدولي العام لا تنطبق إلا في المنازعات فيما بين الدول ذات السيادة<sup>(2)</sup>.

وهذا ما انتهت إليه محكمة العدل الدولية الدائمة، إذ قررت في قضية قروض الصرب والبرازيل<sup>(3)</sup>، أن لكل عقد أطرافه ليسوا من الدول يجد أساسه في القانون الداخلي.

وعلى الرغم من الانتقادات التي وجهت إلى الحل الذي أخذ به حكم تحكيم أرامكو، فقد تم الأخذ بنفس الحل في حكم التحكيم الصادر في قضية تكساكو ضد الحكومة الليبية، ويتعلق الحكم بنزاع بين الحكومة الليبية وشركة تكساكو، بسبب تأميم ليبيا لشركات البترول بها رغم حصول الشركة السابقة على عقد استغلال بترول في الأراضي الليبية قبل قيام الثورة بها، وقد استبعد المحكم في هذه القضية تطبيق

(1) إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 138.

(2) حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 468 وما بعدها.

(3) سراج حسين محمد: المرجع السابق، ص 543 وما بعدها.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

قانون دولة مقر التحكيم بحجة تيسير التنفيذ المحتمل للحكم لأن مشكلة التنفيذ يجب ألا تؤثر في تحديد القانون واجب التطبيق، ومن ناحية أخرى فإن الحصانة القانونية للدولة تستوجب عدم إخضاعها لقانون دولة أخرى.<sup>(1)</sup>

فقد أوضح المحكم أنه عندما يكون أحد طرفي إجراءات التحكيم دولة ذات سيادة، فإن مبدأ الحصانة القضائية التي تتمتع بها الدولة يتعارض مع ما يمكن أن تمارسه السلطات القضائية في الدولة صاحبة المقر لحقها في الرقابة على التحكيم والتدخل في بعض الأحيان أثناء الإجراءات، وانتهى المحكم إلى أن التحكيم في القضية الحالية لا يمكن غلا أن يخضع مباشرة للقانون الدول.

ولقد استند المحكم على بواعث أخرى إضافية لصالح تطبيق القانون الدولي العام على إجراءات التحكيم، فقد ارتأى المحكم في طريقة تعيينه، وصحة خاصة النص على اللجوء إلى رئيس محكمة العدل الدولية لتعيينه، أن هذا يعني أن الأطراف قد اتفقوا على أن يكون التحكيم الحالي موضوعا تحت رعية منظمة الأمم المتحدة، وبالتالي فإن النظام القانوني الذي يحكمه هو القانون الدولي العام.<sup>(2)</sup>

ومن الأحكام التي سارت في نفس الاتجاه، حكم التحكيم الصادر في قضية ليامكو ضد الحكومة الليبية<sup>(3)</sup>، في النزاع الذي نشأ بين الحكومة الليبية والشركة الأمريكية ليامكو على أثر قيام الحكومة الليبية بتأميم أموال وممتلكات وحقوق هذه الشركة.

وفي هذه القضية أوضح المحكم أن شرط التحكيم المخصوص عليه في المادة (3/7) من عقد

---

(1) إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 139-140.

(2) \_سراج حسين محمد: المرجع السابق، ص 544.

(3) إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 140 وأيضا: حفيظة السيد، المرجع، ص 449، و أيضا، سراج حسين محمد: المرجع السابق، ص 546.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

الامتياز المبرم بين الحكومة الليبية وشركة ليامكو ينص على أن يتم تحديد مقر التحكيم والإجراءات واجبة الإلتباع بواسطة محكمة التحكيم، وذلك في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف في هذا الشأن.

و إنصافا لهذا الشرط، ونظرا لعدم وجود اتفاق بين الأطراف بشأن تحديد مقر التحكيم والإجراءات واجبة الإلتباع، قررت محكمة التحكيم في حكمها التمهيدي، في 09 يونيو عام 1975 أن مدينة جنيف هي المقر الرسمي للتحكيم.

فيما يتعلق بالإجراءات واجبة الإلتباع قرر المحكم الاهتداء بقدر الإمكان بالمبادئ العامة لواردة في مشروع الاتفاق بشأن إجراءات التحكيم والمعد بواسطة لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي عام 1958، ولقد أوضح المحكم أن هذا المبدأ كان معتمدا من قبل اتفاقية البنك الدولي للإنشاء والتعمير لعام 1965 (م/44).

ويؤيد بعض الفقه، الاتجاه إلى تطبيق أحكام القانون التي في هذا الصدد، ونبذ الفكر الذي يرى أن كل تحكيم يجب أن يطبق فيه قانون داخلي على أساس تعلق التحكيم بالمعاملات الدولية يجب أن يخضع لأحكام القانون الدولي. وليس معنى هذا إلغاء القوانين الوطنية، بل يختار المحكم منها الحل الأكثر اتفاقا مع أحكام القانون الدولي<sup>(1)</sup>.

ويرى جانب آخر من الفقه، أنه يجب أن تبقى قواعد القانون الدولي العام تقتصر فقط على العلاقات فيما بين الدول، أما المعاملات الاقتصادية والتجارية فيجب أن تبقى في إطار القانون الدولي الخاص ولو كان أحد أطرافه من الدول، وغالبا ما يخفي إخراج هذه العلاقات من مجال القانون الخاص وإدخالها في القانون العام تحقيق نتيجة معينة وعي غالبا ما تكون التهرب من قانون الدولة الطرف في

---

(1) \_ إبراهيم أحم إبراهيم، المرجع السابق، ص 74.

العلاقة<sup>(1)</sup>.

وأيًا كانت النوايا المستترة وراء التجاء المحكم لقواعد القانون الدولي العام أو المبادئ العامة للقانون في هذا الصدد، فإن الأمر الذي يثير كثير من الشكوك: هل يتضمن القانون الدولي قواعد إجراءات في لحكم منازعات القانون الدولي الخاص؟

### الفرع الثاني

#### أحكام التحكيم التي أخضعت إجراءات التحكيم لقانون الدولة مقر التحكيم

يعتبر من أوائل أحكام التحكيم وأبرزها التي أخضعت إجراءات التحكيم لقانون الدولة مقر التحكيم، حكم التحكيم الصادر في 15 مارس 1960 في قضية الشركة الكندية سافير ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبتروول<sup>(2)</sup>.

وتتلخص وقائع النزاع الخاصة بهذا الحكم في أنه 27 أوت عام 1958 أبرمت الشركة الوطنية الإيرانية للبتروول عقدا للبحث عن البتروول وإنتاج واستغلاله مع الشركة الكندية للبتروول سافير وفي 15 أغسطس عام 1957 تنازلت شركة سافير الطرف في العقد عن حقوقها والتزاماتها إلى شركة سافير الدولية للبتروول، باعتبارها أحد الفروع التابعة لها، وذلك إعمالا للمادة (36) من العقد والتي تجيز لشركة سافير الطرف في العقد أن تتنازل عن كل أو جزء من حقوقها والتزاماتها الناتجة عن العقد إلى شركة أخرى تخضع لرقابتها.

وفي 24 يناير 1961، قامت الشركة الإيرانية للبتروول بفسخ العقد نظرا لعدم استطاعة شركة

---

(1) \_ مرجع نفسه، ص 211.

(2) \_ سراج حسين محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 459.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

سافير الدولية الوفاء بالتزاماتها المنصوص عليها في العقد، وعلى أثر ذلك طلبت الشركة سافير من الشركة الإيرانية اللجوء إلى التحكيم، وعينت محكما لها ودعت هذه الأخيرة لتعين محكم لها، وذلك إعمالا للمادة 48 من العقد بينهما.

رفضت الشركة الإيرانية تعيين محكم لها متمسكة في ذلك بأن شركة سافير قد تنازلت عن حقوقها إلى شركة سافير الدولية، ومن ثم فإن هذه الأخيرة وحدها هي التي لها الصفة في التمسك بالعقد وخصوصا شرط التحكيم الوارد فيه.

وفي 10 يناير 1961 طلبت شركة سافير الدولية من رئيس المحكمة الفيدرالية بسويسرا تعيين محكم وحيد للفصل في النزاع وذلك إعمالا للمادة 41 من العقد المبرم بين الطرفين، وبموجب القرار الصادر في 21 يناير عام 1961 قام رئيس المحكمة الفيدرالية لمذكورة بتعيين محكم وحيد للفصل في النزاع. واستمر المحكم في إجراءات التحكيم رغم امتناع الشركة الإيرانية عن المشاركة في إجراءات التحكيم وكان من بين المسائل التي واجهت المحكم مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم. وفي هذه القضية لم يكن القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم محددًا من قبل الطرفين، وإعمالا للمادة 4 من العقد المبرم بين الطرفين فإن التحكيم هو الذي يتولى القيام بهذه المهمة، وبالفعل قام المحكم بتحديد مقر التحكيم والاجراءات واجبة الاتباع بموجب القرار الذي أصدره في 13 يونيو عام 1961 ولقد حدد المحكم لوزان بسويسرا مقرا للتحكيم كما حدد قانون الدولة مقر التحكيم، أي القانون السويسري، كقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم<sup>(1)</sup>.

ولقد برر المحكم ذلك بقوله: إن الأطراف قد أعربوا في العقد المبرم بينهم عن رغبتهم بدون لبي

---

(1) \_ سراج حسين محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 459.

## الباب الثاني – القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

وغموض في الحصول على حكم تحكيم يفصل في المنازعات المحملة التي تنور بينهم بشأن تفسيره وتنفيذ العقد<sup>(1)</sup>.

كما أن شرط التحكيم الوارد في المادة 41 من العقد قد تضمن بشكل محدد تنظيمًا حقيقيًا للإجراءات إذا طابع قضائي، حيث حدد هذا الشرط بعناية كيفية تشكيل محكمة لتحكيم، كما نص على أن يضع الأطراف أو المحكمون في حالة تخلفهم، إجراءات التحكيم، كما فرض على الأطراف واجب التعاون والمساهمة في إجراءات التحكيم<sup>(2)</sup>.

ولما كان من الثابت في الفقه والقضاء أن للأطراف الحق في توطين التحكيم، أي اختيار قانون الإجراءات واجب التطبيق على التحكيم، أوضح المحكم أنه في حالة عم وجود اتفاق بين الأطراف فإن من حقه هو طبقًا للعقد تحديد مقر التحكيم ويكون قانون دولة المقر هو واجب التطبيق ولقد حدد القرار الصادر من لمحكم في 13 يونيو عام 1961 القواعد الإجرائية واجبة الإلتباع، فقد نصت المادة الأولى من هذا القرار على تطبيق القانون الفيدرالي للمرافعات المدنية الصادر في 14 ديسمبر سنة 1947.

وأيضًا من أحكام التحكيم التي اعتدت بقانون مكان لتحكيم ليسرى على الإجراءات، حكم التحكيم الصادر في 10 أكتوبر عام 1973 في النزاع بين الحكومة الليبرالية وشركة B.P.Britchpetroleum. و تتعلق وقائع النزاع في هذه القضية بعقد استغلال منحه ليبيا في 18 ديسمبر 1957 لمدة خمسون عام لمواطن أمريكي، حول 50% من نصيبه في 10 نوفمبر 1969 لشركة B.P. وبذلك بقرار السلطات الليبية وبعد قيام الثورة في ليبيا سنة 1969 و إلتباع سياسة التأميم بها، تم تأميم تلك الشركة في ديسمبر

---

(1) \_ أبو الهيجاء محمد إبراهيم، التحكيم الإلكتروني - الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات، الوساطة، التوفيق، المفاوضات المباشرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 324.

(2) \_ عامر فتحي البطانية، المرجع السابق، ص 130.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

1971 وهو ما أدى إلى قيام النزاع بين الشركة وبين الحكومة وتم تعيين محكم لحل هذا النزاع بالاستعانة برئيس محكمة العدل الدولية<sup>(1)</sup>.

وكان من بين المسائل التي واجهت محكمة التحكيم مسألة القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

وأوضح المحكم في هذا الصدد أن القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم سيكون مددا منذ البداية، وبعد أن عرض المحكم للحل الذي أخذ به حكم التحكيم الصادر في قضية أرامكو والحجج التي استند عليها، رفض أن يشاركها الأخير في حجته التي مفادها أن تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم على الإجراءات يعد بمثابة اعتداء على الحصانة القضائية للدولة الطرف التحكيم، موضحاً أنه في الحدود التي يسمح بها القانون الدولي، فإن السلطة القضائية أو التنفيذية في كل إقليم تفرض في الواقع وفي القانون قيوداً على الحصانة التي تتمتع بها الدول الأخرى.

كما أوضح المحكم أنه بالنص على اللجوء إلى التحكيم كآلية ودية دون غيرها لحل المنازعات التعاقدية فإنه يجب افتراض أن الأطراف، حتى وإن كان أحدهم دولة، كان لديهم النية في إيجاد وسيلة فعالة. كما أن فعالية حكم التحكيم عديم الجنسية—وهو الأمر الذي يتحقق عندما يكون القانون الدولي هو القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم—تكون أضعف بكثير من فعالية حكم التحكيم المبني على قانون إجراءات لنظام قانوني وطني معين. زد على ذلك أن حتى وإن كان المحكمون لهم السلطة الكاملة في تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، كما هو الحال بالنسبة لمحكمة التحكيم الحلية،

---

(1) \_ سراج حسين محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 552-545، وأنظر أيضاً: أبو العلا على أبو العلا، المرجع السابق، ص 47.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

فإنه من المناسب والمفيد إسناد إجراءات التحكيم إلى نظام قانوني معين<sup>(1)</sup>.

وانتهى المحكم في هذا النزاع إلى أنه بالنسبة للقانون واجب التطبيق على الإجراءات، فلا مفر من الرجوع إلى نظام قانوني داخلي، ومن الأفضل تطرق القانون الدانماركي على إجراءات التحكيم، وقرر أنه بتطبيق هذا القانون على الإجراءات تتحقق ميزة لتيسير تنفيذ حكم التحكيم الصادر في النزاع<sup>(2)</sup>. وكذلك من أحكام التحكيم التي اعتدت بقانون مقر التحكيم ليسري على الإجراءات، حكم تحكيم أمينويل Aminoil الصادر في 24 مارس 1982.

وتتلخص وقائع النزاع المتعلقة بهذا الحكم، في أنه في عام 1948 أبرم أمير الكويت عقدا مع الشركة الأمريكية أمينويل حصلت بمقتضاه على امتياز للبحث عن البترول واستغلاله في دولة الكويت لمدة ستين عاما ولقد تضمن هذا العقد شرطا للثبات وعدم المساس يحول دون قيام الدولة بإجراء أي تعديل خلال مدة سريان العقد، ولكن عندما رفضت الشركة طلب الحكومة الكويتية بتعديل العقد طبقا للاتفاقيات التي أبرمت بين الدول المصدرة للبترول، والتي تم التوقيع عليها في طهران عام 1971 وفي جنيف 1972-1973، قامت الحكومة الكويتية بوضع نهاية العقد وتأميم الشركة بموجب القرار بقانون رقم 124 لسنة 1977<sup>(3)</sup>.

وتمسكت الشركة باللجوء إلى التحكيم وتم إبرام اتفاق تحكيم بين الطرفين في 23 يوليو سنة 1979 وتم تشكيل هيئة ثلاثية للنظر في هذا النزاع، وقد أوضحت محكمة التحكيم أن الطرفين قد تناولا مسألة القانون واجب التطبيق في اتفاق التحكيم المبرم بينهما في عام 1979 وأنهما فرقا في هذا الصدد

(1) — عامر فتحي البطانية، المرجع السابق، ص 134.

(2) — إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 138.

(3) — سراج حسين محمد، المرجع السابق، ص 556 .



## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

بين القانون لذي يحكم إجراءات التحكيم وذلك الذي يحكم موضوع النزاع.

وفيما يتعلق بالإجراءات، أكدت محكمة التحكيم أنه من غير المتنازع فيه أن الطرفين قد اختارا لنظام القانوني الفرنسي كقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم حيث تنص (المادة 1/4) من اتفاق التحكيم على خضوع إجراءات محاكم التحكيم، التي تترك وفقا لاختيار الأطراف الذين يجوز لهم الاتفاق على عدم تطبيق قانون المقر.

### خلاصة الفصل:

وكخلاصة لما سبق فإنه يمكن القول أن محكمة التحكيم قد قررت أن القانون واجب التطبيق على الإجراءات هو القانون الفرنسي باعتباره قانون الدولة مقر التحكيم، وذلك بالنسبة للمسائل غير المنظمة في اتفاق التحكيم أو القواعد الإجرائية المنشأة بواسطة محكمة التحكيم في 16 يوليو عام 1980.

بعد أن استعرضنا موقف كل من الفقه والاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، وبعض التشريعات الوطنية، وبعض أحكام التحكيم في مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم يمكننا أن نخلص من ذلك إلى أن الاتجاه السائد يعتد في المقام الأول بإرادة الأطراف في تحديد القانون أو القوانين الإجرائية واجبة التطبيق مع الاعتراف للأطراف بحرية كبيرة في هذا الصدد، القواعد الإجرائية واجبة الإلتباع، أو أن يتفقوا على إلتباع القواعد النافذة لدى أحد مراكز التحكيم الدائمة أو أن يتفقوا على تطبيق قانون وطني معين ولو لم تكن له أية صلة بعناصر التحكيم أو موضوع النزاع.

وفي حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف، فإن الاتجاه السائد يتمثل في منح المحكمين سلطة تحديد القانون أو القواعد الإجرائية واجبة التطبيق.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

إلا أننا نجد اختلافا في الفقه حول مدى إمكانية استقلال إجراءات التحكيم تجاه القوانين الوطنية، ففي حين ذهب اتجاه إلى القول بضرورة خضوع التحكيم بما في ذلك الإجراءات-لقانون وطني معين-فإننا جانبا كبيرا في الفقه ذهب إلى القول بإمكانية استقلال إجراءات التحكيم تجاه القوانين الوطنية، ولكن في داخل هذا الاتجاه الفقهي يمكن أن نميز بين اتجاهين الأول يرى أنه في مثل هذا الفرض يتعين أن يخضع التحكيم -بما في ذلك الإجراءات- للقانون الدولي العام، والثاني يرى إمكانية خضوع إجراءات التحكيم لقواعد إجرائية غير وطنية مستندا في ذلك إلى ما يجري عليه العمل لدى مراكز التحكيم الدائمة وإلى نصوص الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم<sup>(1)</sup>.

كما نلمس هذا الاختلاف على صعيد قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية. ففي حين أن البعض منها، يعترف للأطراف -واحتياطيا للمحكمن- بالحرية الكاملة في تنظيم إجراءات التحكيم، فإن البعض الآخر يقيد من هذه الحرية بشرط مراعاة القواعد الأمرة في القانون واجب التطبيق التي لا يجوز مخالفتها، وهو ما يفترض بالضرورة خضوع إجراءات التحكيم دائما لقانون وطني معين.

وعلى صعيد أحكام التحكيم، هنالك بعض الاختلاف ففي حين ذهب بعض أحكام التحكيم إلى تطبيق قواعد القانون الدولي العام لتسري على إجراءات التحكيم، إلا أن الغالبية ذهب إلى تطبيق قواعد قانون مقر التحكيم لتسري على إجراءات التحكيم، وذلك في حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف في تحديد قواعد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

ويمكن القول من حيث المبدأ إن الاتجاه السائد لدى الفقه والاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية والقوانين الوطنية تتمثل في الاعتراف أو لا بإرادة الأطراف في تحديد القانون أو القواعد الإجرائية واجبة التطبيق على إجراءات التحكيم. وفي حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف، فإن للمحكمن سلطة تحديد القانون أو القواعد الإجرائية واجبة التطبيق، سوى اتفاقية نيويورك التي نصت

(1) \_ أبو الهيجاء محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 324.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

على تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف، ولم تعط للمحكمن أي سلطة في هذ الشأن، وكذلك بروتوكول جنيف لعام 1923، وأيضاً نفس الأمر بالنسبة لاتفاقية جنيف لعام 1927.

### الفصل الثاني

#### القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

قد تعرض مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أمام المحاكم القضائية، وذلك بمناسبة بطلان حكم المحكمن لمخالفته القواعد الآمرة في قانون القاضي، أو بمناسبة الطعن في هذا الحكم بطريق الاستئناف، أو بمناسبة طلب صدور الأمر بتنفيذه عندما يكون قانون القاضي المطلوب منه إصدار هذا الأمر بتنفيذه عندما يكون قانون القاضي المطلوب منه إصدار هذا الأمر بموجب مراجعة الحكم<sup>(1)</sup>.

وقد تعرض هذه المسألة لدى المحكمن، فيبحثونها لمعرفة القانون الواجب التطبيق على الموضوع، حتى يتمكنوا من الفصل في النزاع، ومن المعروف أن المحكم ليس قانون اختصاص - يحدد على أساسه القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع المطروح أمامه.

وتعرضنا للقانون الذي يحكم موضوع النزاع سيكون قائماً على التفرقة بيت فرضين - الأول هو اختيار المتعاقدين لقانون العقد، وفي هذه الحالة يجب إعمال هذا الاختيار وتطبيق القانون المختار،

---

(1) \_ عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، المرجع السابق، ص 60.

## الباب الثاني – القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

استنادا إلى النظرية التي نادى بها جانب من الفقه الفرنسي<sup>(1)</sup>، والقائلة بإعمال قانون الإرادة. وأما الفرض الثاني فيقوم على أساس عدم اختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم العقد، فنرى مدى سلطة المحكمين في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع.

وبناء على ما تقدم سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين: نتناول في المبحث الأول اختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم العقد، وفي المبحث الثاني سلطة المحكمين في اختار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

### المبحث الأول

#### خضوع موضوع النزاع لقانون الإرادة

يختلف التحكيم على القضاء بأصله الإتفاقي، وانطلاقا من هذا الأصل يؤكد الفقه والقضاء على حرية طرفي التحكيم في اختيار القواعد الموضوعية التي يطبقها المحكم على النزاع المحكم فيه. وهي حرية تتسع للاتفاق على تطبيق قواعد قانون دولة معينة أو أخرى على هذا النزاع.

والغالب أن يختار الطرفان قانونا أو نظاما واحدا للتطبيق على اتفاق التحكيم ذاته، وعلى النزاع المطروح على المحكم، وهذا ما يصادف عادة في حال إدراج شرط تحكيم العقد الأصلي المنشئ لعلاقة الطرفين. لكنهما قد يختاران قانونا أو نظاما قانونيا للتطبيق على اتفاق التحكيم، مغايرا للقانون المختار للتطبيق على موضوع النزاع<sup>(2)</sup>. مثل ذلك أن يتفق الأطراف على اتخاذ مقر التحكيم في بلد معين، وعلى خضوع التحكيم (باتفاق صريح أو حملا على إرادة مفروضة) لقانون هذا البلد، فإن هذا القانون لا يكون

(1) \_ مرجع نفسه، ص 25.

(2) \_ عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، المرجع السابق، ص 60.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

بالضرورة الواجب التطبيق في موضوع النزاع. وبعبارة أعم هو الواجب التطبيق في العقد الأصلي.

### المطلب الأول

#### مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

واستقراء أحكام القوانين المختلفة، يكشف عن اتجاه عام فحواه إلزام القاضي بإعمال القانون الذي يتفق عليه الطرفان، أو يتبين من الظروف أنه هو المراد تطبيقه في شأن الالتزامات التعاقدية، لكن حرية الطرفين في اختيار القانون الواجب التطبيق أمام المحكم تبدو أوسع من حريتهما في اختيار القانون الواجب التطبيق أمام القاضي، في أكثر من وجه<sup>(1)</sup>.

لذلك سوف نتعرض من خلال هذا المطلب لمختلف الفقه و التشريعات و أحكام التحكيم

### الفرع الأول

#### موقف الفقه

إن دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق أمام القاضي، في الفقه السائد هو من المبادئ المتفق عليها، بمعنى اختيار أي من عناصر العقد التي تعتبر أساسية في تحديد النظام القانوني الذي يحكم العقد من بين الأنظمة القانونية المختلفة التي ترتبط به. أي الأخذ بنظرية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية بما يؤدي إليه من توطين هذه الرابطة في مركز الثقل الذي تشير إليه ظروف التعاقد

---

(1) \_ مصطفى محمد الجمال، عكاشة عبد العال: المرجع السابق ، ص 248 ، بند 164 .

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

وملابساته، والذي تكشف عنه مظاهر مادية أو خارجية تلعب إرادة المتعاقدين دورا كبيرا في تحديدها (1).

ويتم إسناد الرابطة العقدية إلى القانون الأوثق صلة بها على هذا النحو بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين المزدوجة في دولة القاضي المطروح أمامه النزاع (2).

أما في ميدان التحكيم فالرأي السائد في الفقه وفي ممارسات هيئات التحكيم الدولي هو أن للأطراف الحرية الكاملة في اختيار القانون الذي يطبقه المحكمون على المنازعات التي تثور بشأن عقود التجارة الدولية، بغض النظر عن أي صلة بينه وبين العقد محل النزاع.

ومن ناحية ثانية، حرية طرفي التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق أمام المحكم لا تقتصر على اختيار القانون الواجب التطبيق في شأن المنازعات المتعلقة بالالتزامات التعاقدية، وإنما تنبسط على غيرها من المنازعات القابلة للتحكيم، كالمنازعات المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية، والحد الحقيقي لهذه الحرية هو قد يفرضه اعتبار ضمان تنفيذ حكم المحكم في دولة معينة من مراعاة القواعد الآمرة في قانونها (3).

### الفرع الثاني

#### موقف التشريعات

لقد كرست مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع مجموعة

---

(1) \_ عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، المرجع السابق، ص 61.

(2) \_ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الثانية، 2001، ص 505 بند 334.

(3) \_ مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 249-250.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

من التشريعات الدولية و الداخلية نعرض منها ما يلي:

حيث نجد أن (المادة/7) من الاتفاقية الأوروبية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي المبرمة في سنة 1961 تقضي بأنه:

«للأطراف تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه في موضوع النزاع، وإذا لم تحدد الأطراف القانون الواجب التطبيق، يطبق المحكمون القانون الذي تعينه قاعدة الإسناد التي يرى المحكمون ملاءمتها للقضية محل النزاع، وفي الحالتين، تراعي شروط العقد وعادات التجارة».<sup>(1)</sup>

ويتضح أن هذا النص يقر سلطان الأطراف في اختيار لقانون الواجب التطبيق في موضوع النزاع، والمقصود هو اختيار القواعد الموضوعية وليس مجرد قواعد الإسناد، والنص يستلزم الاختيار المبني على إرادة صريحة، فلا يعتد بالإرادة الضمنية أو بالإرادة المفروضة أما المحكمون فليس لهم أن يعينوا القواعد الموضوعية التي يتولون تطبيقها في موضوع النزاع، وإنما عليهم أن يعينوا قاعدة الإسناد التي تؤدي إلى تعيين هذه القواعد<sup>(2)</sup>.

إلا أن الاتفاقية وضعت شرطا وهو ألا يهمل المحكمون ما هو موجود في شروط العقد موضوع النزاع، وما جرت عليه العادة في التعامل التجاري المماثل.

ويعتبر هذا الاتجاه في معالجة مسألة القانون الواجب التطبيق على النزاع اتجاها سليما، ويلائم

---

(1) \_ أنظر الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي، لمعقودة في جنيف عام 1961 عبد الحميد الأحذب، المرجع السابق، ص 447.

(2) \_ عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص ، المرجع السابق، ص 63.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

ما يجب إتباعه في مجال التعامل الدولي الذي قد لا يتلاءم مع قواعد معينة لنظام قانون معين<sup>(1)</sup>، وقد ذهب رأي في الفقه<sup>(2)</sup>، إلى أن الاتفاقية الأوربية-بموجب هذا النص-قد كرست مبدأ الاستقلال المطلق لإرادة الأطراف، بحيث يجوز لهم اختيار أي قانون وطني ولو لم يكن له أدنى صلة بالعقد-أو على وجه التحديد-بموضوع النزاع.

وقد توجد قواعد أخرى أكثر ملاءمة لو ترك الخيار في اختيارها للمحكمن لتحقيق السبيل الأفضل في حل المنازعات التجارية الدولية، ونجد هذا المعنى في نصوص مماثلة حديثاً مثال ذلك: ما جاء في المادة الحادية والعشرين، من الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987<sup>(3)</sup>، حيث جاء في فقرتها الأولى النص الآتي: «تفصل الهيئة وفقاً للعقد المبرم بين الطرفين، وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمناً، إن وجد، وإلا فوفق أحكام القانون الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع، على أن تراعى قواعد الأعراف التجارية الدولية المستقرة» .

وواضح من هذا النص أيضاً أنه يأخذ أو يقر سلطان الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، سواء كان هذا الاختيار من قبل الأطراف صراحة أو ضمناً، وهذا يعني أنه إذ لم يختار أطراف العقد القانون الواجب التطبيق صراحة وجب على هيئة التحكيم أن تستنبط أو تستشف إرادتهم الضمنية، وإلا على هيئة التحكيم أن تطبق أحكام القانون الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع، وفي كل الأحوال يجب على هيئة التحكيم أن تراعى قواعد الأعراف التجارية الدولية التي جرى عليها العرف والعادة أي المستقرة.

(1) \_ فوزي محمد سامي: المرجع السابق، ص 197.

(2) \_ سامي حسين محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 566.

(3) \_ أنظر: اتفاقية عمان للتحكيم التجاري، عبد الحميد الأحذب، المرجع السابق، ص 552.



## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

وإذا انتقلنا إلى قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، نجد نصوصاً مماثلة، فقد النص المادة 28 من القانون النموذجي لذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1982، على أن: «تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقاً للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع، وأي اختيار لقانون دولة ما أو لنظامها القانوني يجب أن يؤخذ على أنه اختيار مباشر للقواعد القانونية الموضوعية لهذه الدولة، وليس لقواعدها الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق الأطراف صراحة على خلاف ذلك»<sup>(1)</sup>.

وكما هو واضح من النص، فإن القانون النموذجي قد أخذ في المقام الأول مبدأ استقلال الإرادة في تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، ولكن يلاحظ على هذا النص من ناحية أنه قد حظر اللجوء إلى الإحالة، وعلى هذا فإن اختيار الأطراف لقانون دولة معينة يعني وجوب تطبيق المحكم للقواعد الموضوعية في هذا القانون وليس لقواعد الإسناد فيه<sup>(2)</sup>.

وتنتقل حرية المحكم في اختيار القانون واجبة التطبيق على موضوع النزاع عند عدم اتفاق الأطراف على تحديد أو تعيين هذا القانون، أي عند غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف، كما أخذت بنفس المبدأ قواعد التحكيم التي وضعتها نفس اللجنة المذكورة عام 1976 إذ تنص الفقرة الأولى من المادة 33/ من قواعد الأونسترال على أن: «تطبق محكمة التحكيم القانون الذي اختاره الطرفان على موضوع النزاع، فإذا لم يحددا قانوناً تطبق المحكمة القانون الذي تسند إليه قواعد التنازع الواجبة التطبيق».

ويتضح أن محكمة التحكيم تطبق قانون الإرادة، وهو القانون الذي اختاره الأطراف، ولم يبين

(1) \_ (1/28/م) القانون النموذجي للتحكيم. عاشور مبروك: المرجع السابق، ص 461.

(2) \_ إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 173.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

النص المقصود بالإرادة، وهل تقتصر المحكمة على الاعتراف بالإرادة الصريحة للمتعاقدين؟ إلا أن جانباً من الفقه<sup>(1)</sup>، يرى بالرغم من عدم صراحة النص، أن على هيئة التحكيم البحث عن الإرادة الضمنية أيضاً للأطراف في حالة عدم اتفاقهما صراحة على القانون الواجب التطبيق.

وتظل المشكلة في حالة عدم اتفاق الأطراف صراحة على القانون الواجب التطبيق، وعدم استطاعة محكمة التحكيم الوصول إلى الإرادة الضمنية للأطراف. ويسند النص حكم العلاقة في هذه الحالة للقانون الذي تشير إليه قاعدة الإستاد الواجبة التطبيق، وهي قاعدة الإسناد الخاصة بموضوع النزاع، وهنا أيضاً لم يحدد النص الدولة التي يتعين الاعتراف بقواعد الإسناد فيها. وهنا تظهر مرونة هذه القواعد، إذ أن الأمر في الناهية سيكون مرجعه إلى محكمة التحكيم التي تتمتع بالحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق.

كما تنص الفقرة الثانية من المادة 33<sup>(2)</sup>، على أن: «تحكم المحكمة باعتبارها حكماً طليقاً، إذا فوضها الطرفان في ذلك وأجاز القانون الواجب التطبيق هذا التحكيم، ويقصد بذلك أنه إذا توافر شرطان، وهما أن يفوض الطرفان المحكم في الحكم بمطلق الحرية، وأن يجيز ذلك القانون الواجب التطبيق، أي إذا ما توافر هذان الشرطان تنطلق حرية المحكمة في الحكم، بمعنى أن تحكم وفقاً لمبادئ العدالة بين الطرفين.

والسؤال الذي يثور هنا هو: هل تنقيد المحكمة بأي قيود؟

---

(1) \_ مرجع نفسه، ص 137.

(2) \_ قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري، د. عبد الحميد الأحمد: مشار إليه (م/ 33/ 2)، ص 477.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

ويرى جانب من الفقه<sup>(1)</sup> أن المحكمة تقيد بثلاثة قيود وهي:

### القيد الأول: العقد:

إن محكمة التحكيم عند تطبيقها للقواعد القانونية التي تحل بها النزاع بين الطرفين، يجب أن تأخذ في اعتبارها الأحكام اتلي اتفق عليها المتعاقدان في عقدهما، فالأصل أن العقد شريعة المتعاقدين، وبالتالي فيجب ألا يترتب على تطبيق المحكمة لقواعد العدالة، أن تهدر أحكا العقد، لذا تنص الفقرة الثالثة من المادة 33 على أنه: «في جميع الأحوال تحكم المحكمة بمراعاة أحكام العقد».

### القيد الثاني: العادات التجارية:

وهي المبادئ والعادات التي ظهرت في مجال التجارة الدولية حيث إن هذه المبادئ تبلورت وتم رسوخها من ازدياد هيئات التحكيم الدولية وانتشارها، وقد تم النص على هذه المبادئ في الفقرة الثالثة من المادة 33 والتي تنص على أنه: «في جميع الأحوال تكم المحكمة...مع الأخذ في الاعتبار للعادات التجارية».

### القيد الثالث: القانون الواجب التطبيق:

لقد ورد النص على هذا القيد في الفقرة الثانية من المادة الأولى التي تجري على النحو التالي: «تنظم هذه القواعد إلا أن تعارضت إحدى قواعده مع القانون الواجب التطبيق الذي لا يمكن للأطراف الخروج عليه، فتغلب قاعدة القانون الواجب التطبيق».<sup>(2)</sup>

(1) \_ إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 138.

(2) \_ إبراهيم أحم إبراهيم: المرجع السابق ، ص 139.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

ويترتب على ذلك أن هيئة التحكيم يجب أن لا تذهب في تطبيقها لمبادئ العدالة على النزاع إلى ح إهدار قواعد القانون الواجب التطبيق، فيتعين تغليب تلك الأخيرة<sup>(1)</sup>.

وإذا ما انتقلنا إلى نظام غرفة التجارة الدولية بباريس، نجد أن نظام هيئة تحكيم الغرفة يتجه إلى الأخذ بقانون إرادة المتعاقدين، فتتص الفقرة الثالثة من المادة الثالثة عشرة من ذلك النظام على أن «للطرفين مطلق الحرية في تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع، فإذا لم يحددها، يطبق المحكم قاعدة تنازع القوانين التي يراها ملائمة في هذا النصوص»<sup>(2)</sup>.

أي أن الأصل هو أن يبحث المحكم في العقد عن القانون الذي اتفق الطرفان على تطبيقه على منازعتهم، فإذا لم يجد اتفاقاً صريحاً، يستخلص من ظروف العقد ما يدل على انصراف إرادة الطرفين ضمناً إلى تطبيق قانون ما، وهذا يعني أن القاعدة في تحديد القانون الواجب التطبيق هي الاعتداد بالإرادة الصريحة للمتعاقدين، فإن لم توجد يتعين البحث عن إرادتهما الضمنية.

إلا أن المشكلة تظل في حالة عدم اتفاق المتعاقدين على تحديد القانون الواجب التطبيق في العقد، وعدم استطاعة المحكم استخلاص إرادة ضمنية المتعاقدين—تغلب تفضيل قانون على غيره. والنص هنا يترك للمحكم اختيار قاعدة تنازع القوانين التي يراها ملائمة، ولكن هل يقصد بهذا أن للمحكم الأخذ بقاعدة إسناد أخرى في قانون دولة ما أم القيام بتطبيق القواعد الموضوعية في قانون الدولة التي يرى أنها مرتبطة بالنزاع؟

---

(1) \_ مرجع نفسه ، ص 140.

(2) \_ محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 441

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

يرى جانب من الفقه<sup>(1)</sup> الأخذ بالحل الأخير، أي أن يقوم المحكم بتطبيق القواعد الموضوعية مباشرة دون الأخذ بقاعدة الإسناد، باعتبار ذلك حلاً لمشكلة تنازع القوانين.

على أن تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا النحو يجب ألا يترتب عليه إهدار الأحكام الواردة في العقد.

فقد طبقت هيئات التحكيم العديد من المبادئ العامة وقواعد العرف التجاري، مما أدى إلى ظهور مبادئ وعادات يطبقها المحكمون في المنازعات المتعلقة بالمعاملات التجارية ذات الطابع الدولي، وهي مبادئ قد تختلف عن القوانين الوطنية، ومما يزيد من الاتجاه للأخذ بهذه المبادئ ويدعمها، نظام هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية، الذي ينص في الفقرة الخامسة من المادة 13 على أن: «يراعى المحكم في كل الأحوال أحكام العقد والعادات التجارية».

وهذا يعني أن المحكم يتقيد أولاً بأحكام العقد، وهذه الأحكام قد تتمثل في قاعدة إسناد أو في قواعد موضوعية.

كما أخذت القوانين الوطنية الحديثة المتعلقة بالتحكيم بمبدأ استقلال الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، ويمكن أن نذكر منها قانون المرافعات الفرنسي (م/1496)<sup>(2)</sup>، حيث أكدت المادة المذكورة حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، دون التقيد بأي قانون وطني ودون التقيد بقواعد قانونية معينة، وإنما يجوز اختار قواعد قانونية من قوانين متعددة لتطبيقها على النزاع، وفي حالة عدم وجود اتفاق صريح أو ضمني، ينص القانون الفرنسي على

(1) \_ إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 123.

(2) \_ فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 201.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

أن يختار المحكم القانون الملائم ليطبقه على النزاع، وفي كلتا الحالتين على هذا الأخير أن يأخذ بعين اعتبار العادات التجارية بالنسبة لمعاملة موضوع النزاع<sup>(1)</sup>.

ويرى الفقه الغالب<sup>(2)</sup>، أن هذا النص باستخدامه تعبير القواعد القانونية بدلا من تعبير القانون، يجيز للأطراف الاتفاق على حسم النزاع ليس فقط بالتطبيق لقانون وطني معين، بل أيضا بالتطبيق للقواعد المشتركة في القوانين الوطنية المتصلة بموضوع النزاع أو المبادئ العامة للقانون، أو القانون الدولي العام بصفة خاصة عندما تكون الدولة طرفا في النزاع، أو ما يسمى بقانون التجارة الدولية. ارتضوا إخضاع علاقتهم لها. وإذا أهمل الأطراف ذلك، تولت الهيئة نفسها تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق على الموضوع، كما يمكن أن يحررها الأطراف كلية من التقيد بأي نصوص أو أنظمة قانونية، وإطلاق حريتها في الفصل في موضوع النزاع وفقا لما تراه محققا للعدالة والإنصاف.

تنص المادة 39 من قانون التحكيم المصري في فقرتها الأولى على أن «تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفق على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق على غير ذلك»<sup>(3)</sup>.

ويظهر من صياغة النص، أن المشرع يفرق عند تحديد ما تطبقه الهيئة على موضوع النزاع بين القواعد التي يتفق عليها الأطراف من جهة وبين اتفاقهم على تطبيق قانون دولة معينة من جهة أخرى.

ويرى جانب من الفقه<sup>(4)</sup> أن استخدام المشرع المصري لتعبير "قواعد" معينة دون الإصرار على

---

(1) \_ المادة/1496: قانون المرافعات المدنية الجديد لسنة 1981، الباب الخامس، عبد الحميد الأحمد، ص 451.

(2) \_ سراج حسين محمد، المرجع السابق، ص 568.

(3) \_ محمود مختار أحمد بري، المرجع السابق، ص 134 وما بعدها.

(4) \_ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 1059، بند 691.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

إلحاق وصف "القانونية" بهذه القواعد قد قصد به عدم الاقتصار على القواعد القانونية التي تنتمي لقانون داخلي، أو حتى نظام عابر للحدود، بدليل أن النص قد أضاف قوله بأنه: «وإذ اتفق الطرفان على تطبيق قانون دولة معينة...» مما يفيد أن من حقهم أيضا الاتفاق على تطبيق قواعد لا تنتمي للقانون الداخلي لدولة ما.

أي أن يضع الأطراف تنظيما خاصا وقواد منتقاة تواجهه على نحو واقعي ما قد ينشأ من منازعات، هم الأقدر على تصورها، وعلى وضع ما يلائمها من حلول مبتكرة لا تجد مصدرها في قانون معين، وإنما في إرادة الأطراف مباشرة، كما يلجأ الأطراف إلى المزج بين عدة مصادر، فينشئون قانون عقدهم من مجموعة من القواعد المستخلصة من تشريعات وطنية أو أجنبية، أو يكرسون العادات والأعراف المتعلقة بموضوع العقد، أو الإحالة إلى لقواعد والشروط والتي تتضمننا وثيقة أو عقد نموذجي<sup>(1)</sup>، ففي كل هذه الصور لا توجد أي إشارة لتطبيق "قانون دولة معينة" وهي الضرورة الأخرى التي قد تتخذها إرادة الأطراف عند تحديد ما تلتزم الهيئة بأعماله عند التصدي للفصل في موضوع النزاع. ويفيد هذا بدوره أن المشرع لم يستلزم في قانون التحكيم الجديد أن يكون قانون العقد هو القانون الداخلي لدولة محددة.

ومن ناحية أخرى، فقد ألزم القانون الجديد هيئة التحكيم بأن تراعى عند الفصل في موضوع النزاع، وبصرف النظر عن القانون أو القواعد التي اختارها الأطراف لحكم العقد، "الأعراف الجارية في نوع المعاملة". ويؤكد هذا النص حق المحكم في التطبيق المباشر للقانون التجاري الدولي على العلاقات العقدية دون حاجة للجوء إلى قواعد الإسناد، ولا شك أن النص على هذا النحو يفيد إمكان خضوع

---

(1) \_ محمود مختار محمد بربري: المرجع السابق، ص 133.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

الرابطة العقدية لقواعد قانونية لا تنتمي لسيادة إقليمية معينة (1).

ومهما كان الأمر فإن اتجاه المشرع المصري في قانون التحكيم الجديد إلى تحويل المتعاقدين الحق في اختيار القواعد التي يرونها مناسبة لعقدهم، ولو لم تكن هذه القواعد تنتمي لقانون دولة معينة، بل ولو كانت مجرد قواعد جرى عليها التعامل في بعض النمذجية، يشير إلى اعتناق المشرع للنظرية الشخصية<sup>(2)</sup> في مجال التحكيم التجاري الدولي، وهو ما يؤدي إلى اندماج القواعد المختارة في العقد بوصفها مجرد شروط عقدية وقد يسمح هذا الوضع للمتعاقدين بالتثبت الزماني لقانون العقد، كما يسمح لهم باختيار قانون على غير صلة بالعقد<sup>(3)</sup>.

وفي حالة اختيار الأطراف لقانون وطني معين، تطبق القواعد الموضوعية فيه دون قواعد الإسناد، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك<sup>(4)</sup>.

أما المشرع الجزائري فقد نص على هذا المبدأ في المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي نصت على ما يلي: " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، و في غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة"<sup>(5)</sup>.

إن نص المادة 1050 قد جاء واضحا و صريحا فيما يخص إمكانية الأطراف اختيار القانون

المراد تطبيقه على موضوع نزاعهم، متبعا في ذلك ما ذهب إليه أغلبية التشريعات المقارنة سواء الدولية

---

(1) \_ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 1060.

(2) \_ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 1025.

(3) \_ هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 1061.

(4) \_ إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 178.

(5) \_ محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 134 وما بعدها.



## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

منها أو الداخلية، ولكن تكريس المشرع لمبدأ حرية الأطراف وحده غير كافي إذا نظرنا للموضوع من منظور أكثر واقعية، فتمكن الأطراف من الوصول إلى اتفاق ليس بالأمر المحسوم في كل الحالات، و هذا بالضبط ما يشكل أهم أوجه القصور بالنسبة للنص الجزائري إذا ما قارناه مع بقية النصوص التي تعرضنا لها بالدراسة.

ففيما يخص احتمال عدم تمكن الأطراف من التوصل إلى اختيار قانون يطبقونه على نزاعهم، اكتفى المشرع الجزائري بإسناد المهمة إلى المحكمين دون إعطائهم الآليات اللازمة للقيام بمهمتهم دون إهدار لعنصر الاتفاق، فلم يشر إلى الإرادة الضمنية للأطراف مثلاً، و لم يحدد نوعية القواعد القانونية التي يمكن اختيارها من طرف المحكمين هل هي قواعد موضوعية أم قواعد إسناد، و اكتفى بالنص على إمكانية المحكمين تطبيق الأعراف التجارية، مما يفتح المجال حسب رأينا إلى تطبيق قواعد غير مقننة و لا تتماشى مع طبيعة النزاع.

### الفرع الثالث

#### موقف الهيئات الدولية للتحكيم

و إذا ما انتقلنا إلى أحكام التحكيم نجد أن العديد منها قد أعملت مبدأ استقلال الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد موضوع النزاع. فهذه قاعدة ملزمة لأي محكم، أيا كان نوع التحكيم الذي يعمل في إطاره، سواء أكان تحكيم حالة خاصة أم تحكيما يتم في ظل هيئة دائمة للتحكيم.

ويثور السؤال دائما عما يحدث عند عدم تصريح الأطراف بالقانون واجب التطبيق؟

## الباب الثاني – القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

الأمر هنا لا يخرج على أحد احتمالين<sup>(1)</sup>:

**الاحتمال الأول:** اختيار المحكم لقانون دولة معينة بناء على إسناد موضوعي، أي إسناد حكم النزاع لدولة يقوم بتطبيق قانونها، مثل تطبيق قانون محل إبرام العقد أو قانون مكان التحكيم، أو قانون محل تنفيذ التزامات المتعاقدين (الرئيسية عند تعددها في أكثر من دولة).

**الاحتمال الثاني:** انطلاق المحكم في الفصل في النزاع من إطار النظام القانون الداخلي لدولة من الدول، والالتجاء إلى قواعد القانون الدولي أو المبادئ العامة للقانون، وذلك في حالة كون أحد أطراف العلاقة دولة، أو الالتجاء إلى الأعراف والعادات التجارية، والمبادئ العامة للقانون، وهذا يصح أيًا كان أطراف العلاقة.

ويمكن أن نذكر حكم التحكيم الصادر في 7 يوليو سنة 1985<sup>(2)</sup> من المركز الإقليمي للتحكيم بالقاهرة، في النزاع بين شركة نمساوية ووزير الزراعة المصري، ولما اضطلع المحكم بتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع قرر أنه: "متروك-كقاعدة عامة-لإرادة الطرفين، وفي حالة عدم النص في العقد محل النزاع على تحديد هذا القانون، يجوز الاتفاق في تاريخ لاحق على تطبيق القانون المصري أو أي قانون آخر". كما نصت (م/1/33) من قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي على أن: «تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القانون الذي يعينه الطرفان، فإذا لم يتفقا على تعيين هذا القانون، يجب أن تطبق هيئة التحكيم القانون الذي تعينه قواعد تنازع القوانين التي ترى أنها واجبة التطبيق في الدعوى».

---

(1) \_ القانون رقم 09/08 المذكور سابقا.

(2) \_ قضية رقم 1/1984، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

## الباب الثاني \_ القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

وإذا كان من الثابت في العقد محل التداعي أنه لم يتضمن اتفاق الطرفين على تطبيق قانون معين، وكانت قواعد تنازع القوانين تقضي في هذه الحالة بتطبيق قانون الدولة اتلي أبرم فيها العقد بين الطرفين المتنازعين مختلفي الوطن بالنسبة للالتزامات التعاقدية، وبتطبيق قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام بالنسبة للالتزامات غير العقدية، وهي القواعد التي تبناها المادتان 19 / 1-21 / 1 من القانون المدني المصري، ولما كان الثابت من واقع الدعوى أن العقد محل التداعي بين الطرفين قد أبرم في القاهرة، وأن موضوع هذه الدعوى قد وقع بمصر، فإن القانون المصري يكون هو القانون الذي يحكم النزاع المائل في هذه الدعوى.

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

ويمكن أن نذكر أيضا الحكم الصادر في قضية شركة الألومنيوم اليوغسلافية<sup>(1)</sup> الذي يتعلق بمشكلات ثارت عند تنفيذ عقود بيع بين شركة الألومنيوم يوغسلافية ومشتري أمريكي، عينت لحلها هيئة ثلاثية في إطار نظام غرفة التجارة الدولية جعلت مقر التحكيم في باريس.

وعند اضطلاع هيئة التحكيم بتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، تبين لها عدم اتفاق الطرفين على هذا القانون، مما يلقي هذا العبء على عاتق هيئة التحكيم.

وقد حاولت الهيئة البحث عما يمكن أن يشير إلى مقصد الطرفين، للوصول إلى إرادتهما الضمنية بدراسة ظروف العلاقة لاستخلاص ما يرجح تفضيل قانون على آخر، واتضح أن العقد أبرم

---

(1) \_ إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق ، ص 180.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

في يوغسلافيا، وأن البائع يوغسلافي والمشتري أمريكي.

وقد وجدت الهيئة أن جنسية البائع، ومكان إبرام العقد يرجحان تطبيق القانون اليوغسلافي، ومن ناحية أخرى فإن جنسية المشتري واللغة التي حرر بها العقد ترجحان تطبيق القانون الأمريكي.

ولم تجد الهيئة ما يدل على قصد إرادة الطرفين الاتجاه إلى تطبيق معين، بالإضافة إلى أن الهيئة قد استخلصت الطابع العشوائي لمحل إبرام العقد، وذلك نظرا لوجود معاملات مستمرة بين الطرفين يقومان بها في دول مختلفة.

وقد انتهت المحكمة إلى تطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون دولة مقر التحكيم، فهو المكان الوحيد الذي تربطه بالقضية علاقة محددة في تقدير الهيئة، ويبرر هذا الحكم<sup>(1)</sup> مدى السلطة التقديرية التي يتمتع بها المحكم في تحديد القانون واجب التطبيق في النزاع.

خلاصة القول: إن الاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية والقوانين الوطنية وأحكام التحكيم قد أخذت في المقام الأول بمبدأ استقلال الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع.

### المطلب الثاني

#### التحكيم الذي يكون أحد أطرافه من أشخاص القانون العام

والتساؤل الذي يثور هنا هو: هل يمكن الأخذ بهذا المبدأ في مجال العقود ذات الطابع الدولي التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص العامة طرفا فيها؟ وبعبارة أخرى هل تتمتع الدولة والأشخاص

---

(1) \_ إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 184.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

العامة بالحرية في اختيار القانون واجب التطبيق على العقد المبرم بواسطتها، شأنها في ذلك شأن الأشخاص الخاصة وفي الحدود المقررة لها؟

يرى الفقه الغالب أن للدولة والأشخاص العامة، شأنها في ذلك شأن أي متعاقد آخر، القدرة على اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الذي تكون طرفا فيه مع أحد الأشخاص الخاصة الأجنبية، حيث لا يوجد أي اختلاف فيما يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على العقد، حسب ما إذا كانت الدولة أو أحد الأشخاص العامة التابعة لها طرفا في العقد أم لا. فصفة الأطراف المتعاقدة ليس لها أي تأثير في هذا الخصوص. ولا يوجد أي سبب يبرر عدم الأخذ بقاعدة استقلال الإرادة في مجال العقود ذات الطبع الدولي التي تكون الدولة والأشخاص العامة طرفا فيها، فكما هو الشأن بالنسبة للعقد المبرمة بواسطة الأشخاص الخاصة، فإن مبدأ الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق يظل هو المبدأ الرئيسي واجب الإلتباع. وإذا اختار الأطراف القانون الذي يحكم عقدهم، يصبح المحكمون ملزمين بهذا الاختيار، فالدولة ليست ملزمة عند دخولها في علاقة تعاقدية مع شخص أجنبي بتطبيق قانونها الوطني، إنما تتمتع بحرية مساوية لتلك التي يتمتع بها الشخص الخاص في تحديد القانون واجب التطبيق.<sup>(1)</sup>

ولقد ذهب جانب من الفقه<sup>(2)</sup> في هذا الصدد قائلا: «لماذا يكون أحد الأطراف في العقد الدولي محروما-بسبب كونه شخصا عاما-من مكنة معترف بها عموما للأطراف الأخرى المتعاقدة؟ فكما أن للدولة أو الشخص العام السلطة في أن يلتزم بموجب العقد، يمكننا القول بأن للدولة الطرف في علاقة تجارية دولية يجب أن يكون لها بالضرورة سلطة الاتفاق على القانون واجب التطبيق، وإلا ستكون الدولة

---

(1) \_هدى مجد مجدي، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 92.

(2) \_ سراح حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص 532.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

محرومة من الاستفادة من بعض العقود التي تقدر أنها مفيدة أو ضرورية لتميتها الاقتصادية».

ولقد نصت المادة/42 من اتفاقية واشنطن<sup>(1)</sup> التي أنشأت المركز الدولي لحل المنازعات الناشئة عن الاستثمار، على القانون الذي يتعين على الحكم إعماله على المنازعات الناشئة بشكل مباشر عن الاستثمار، وهو من عقود الدولة، على النحو التالي:

1-42 «تفصل محكمة التحكيم في النزاع المعروض عليها وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف، فإن المحكمة تقوم بإعمال قانون الدولة المتعاقدة الطرف في المنازعة بما في ذلك قواعد تنازع القوانين التي يتضمنها هذا القانون، وكذلك مبادئ القانون الدولي المعمول بها في هذا الشأن».

2-42 «لا يمكن للمحكمة أن ترفض الفصل في المنازعة استنادا إلى عدم وجود نصوص قانونية في المسألة المعروضة عليها أو استنادا إلى غموض أو عدم وضوح القانون».

3-43 «لا تحول الفقرات السابقة بين سلطة محكمة التحكيم في الفصل في المنازعات وفقا لمبادئ العدالة، إذا كانت الأطراف قد اتفقت على ذلك».

ونظرا لأهمية تحديد الواجب التطبيق على عقود الدولة، فإن مجمع القانون الدولي قد أصدر في دورته المنعقدة في أثنيا عام 1974 والمخصصة لدراسة العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية التابعة لدولة أخرى، توصية بصدد هذا الشأن نصت في المادة الثانية منها على ما يلي:

1-تخضع العقود المبرمة بين الدولة وشخص خاص أجنبي إلى القاعدة القانونية المختارة من

---

(1) \_القسم الثالث سلطات ووظائف المحكمة، ملحق رقم (2) اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى،. عاشور مبروك: المرجع السابق ، ص 554.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

قبل الأطراف المتعاقدة، وتسري عليها القواعد القانونية التي يتصل بها العقد على نحو أوثق في حالة تخلف مثل هذا الاختيار.

2- ويكون للأطراف الحق في اختيار-كقانون حاكم للعقد- إما قانون أو عدة قوانين داخلية أو المبادئ المشتركة بين هذه القوانين، وإما المبادئ العامة للقانون، وإما المبادئ المطبقة على العلاقات الاقتصادية الدولية، وإما القانون الدولي، أو مزيج من هذه القوانين.

ويلاحظ أن هذه التوصية الصادرة عن مجمع القانون الدولي شأنها، في ذلك شأن معاهدة واشنطن، قد كرست مبدأ سلطان الإرادة وحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، على اعتبار أن هذا المبدأ من المبادئ المسلم بها في القانون الدولي الخاص، بشكل عام، في إطار الالتزامات التعاقدية<sup>(1)</sup>.

وإذا ما انتقلنا إلى قضاء التحكيم، فإنه لم يناع أو يشكك في قدرة الأطراف في أن يختاروا بأنفسهم القانون واجب التطبيق على العقد كان ولا يزال معترفاً بها من قبل المحكمين، ليس فقط في مجال العقود المبرمة بين الدول والأشخاص العامة من ناحية، والأشخاص الخاصة الأجنبية من ناحية أخرى.

ففي قضية أراك ضد حكومة السعودية، أكدت محكمة التحكيم في حكمها الصادر في 23 أغسطس سنة 1958 على أنه: «وفقاً لمبادئ القانون الدولي الخاص، فإن القانون واجب التطبيق على العقد ذي الطابع الدولي هو في المقام الأول القانون المختار صراحة من قبل الأطراف، وفي حالة غياب

---

(1) \_ حفيفة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1996، ص 409.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

مثل هذا الاختيار، يطبق في المقام الثاني قانون الإرادة المفترضة»<sup>(1)</sup>.

وفي قضية تكساكو<sup>(2)</sup> ضد الحكومة الليبية، فإن المحكم الوحيد الأستاذ دييوي، في الحكم الذي أصدره في هذه القضية في 19 يناير 1977 أجاب على التساؤل، عما إذا كان للأطراف الحق في تعيين القانون أو النظام القانوني الذي يحكم عقدهم بقوله: «إن الإجابة على هذا التساؤل ليست محل شك، حيث إن كل الأنظمة القانونية، أيا كانت، تطبق مبدأ استقلال الإرادة في مجال العقود».

نخلص مما تقدم إلى أن للدولة والأشخاص العامة القدرة، شأنها في ذلك شأن الأشخاص الخاصة، على اختيار القانون واجب التطبيق على العقد الذي تكون طرفا فيه.

ولكن السؤال الذي يثور و: ما مدى التزام المحكم بقانون الإرادة؟ استقر الأمر في فقه وقضاء التحكيم التجاري الدولي على أن المحكم ملتزم بتطبيق القانون المختار من قبل الأطراف بشرط الاختيار الصريح، يستوي بعد ذلك أن يتم هذا الاختيار في صلب العقد أم في وثيقة مستقلة، ويستوي كذلك أن يكون هذا الاختيار قد تم عند إبرام العقد أو في وقت لاحق على نشوب الخلاف بين أطرافه<sup>(3)</sup>.

ويؤسس ذلك في لفقه على احترام المبدأ التقليدي الثابت، وهو سلطات الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، وباعتبار أن الأطراف في العقد هم الأقدر على اختيار القانون الملائم لطبيعة العلاقة القانونية القائمة بينهم.

وقد تضمنت معظم القوانين الوطنية للنص على هذا المبدأ وقت لوائح مراكز التحكيم واعتدت به

---

(1) \_ سراج حسين محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 535.

(2) \_ حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 468، وأيضا: إبراهيم أم إبراهيم، المرجع السابق، ص 136 وأيضا: سراج حسين محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 126، هامش رقم 01.

(3) \_ محسن شفيق: المرجع السابق، ص 261، بند 180.



## الباب الثاني – القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي كما ورد سابقا.

ولكن ما هو الحكم إذا ما خلف المحكم ذلك، ولم يلتزم بإعمال وتطبيق قانون الإرادة، أي

القانون المختار من قبل الأطراف صراحة على التطبيق في موضوع النزاع؟

حرصت بعض الأنظمة القانونية على حماية حق أطراف المنازعة المطروحة على التحكيم في

اختيار القانون الدولي ليحكم منازعاتهم، فضمنت تشريعاتها نصوصا تقضي بالتزام المحكم بإعمال هذا

القانون المختار من قبل الأطراف، وحقهم في رفع دعوى بالبطلان ضد حكم التحكيم إذا ما ثبت أن

المحكم قد أمل أو استبعد تطبيق قانون الإرادة.

فقد تضمن التشريع المصري الخاص بالتحكيم- على سبيل المثال- النص على إجازة رفع

دعوى بطلان حكم التحكيم، إذا استبعد المحكم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على

موضوع النزاع (م/1/53/د).

ويكفل مثل هذا الحكم دون شك احترام المحكمين لقانون الإرادة الذي بات مستقرا عليه كذلك في

قضاء التجارة الدولية.

ولكن يثور التساؤل عن مدى الأخذ بنظرية الإحالة المفروضة في فقه القانون الدولي الخاص

في مجال التحكيم<sup>(1)</sup>. وبمعنى أكثر وضوحا إذ ما اختار الأطراف قانون دولة معينة ليحكم النزاع فيما

بينهم حال طرحه على التحكيم، هل يطبق المحكم القواعد الموضوعية التي يتضمنها قانون تلك الدولة

مباشرة، ودون المرور بقواعد تنازع القوانين فيها، أم يتعين عليه المرور بهذه القواعد؟

---

(1) \_ إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين ، مرجع سابق، ص 322 .

## الباب الثاني – القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

يستبعد الفقه الأخذ بنظرية الإحالة في شأن عقود التجارة الدولية، بحيث يتعين على المحكم تطبيق القواعد الموضوعية في القانون المختار من قبل الأطراف، دون تلك المتعلقة بقواعد التنازع، وذلك لذات الاعتبارات التي تقف وراء استبعاد فكرة الإحالة في فقه تنازع القوانين.

وقد نصت على إقصاء فكرة الإحالة في مجال التحكيم العديد من الاتفاقيات الدولية، كما بينا سابقاً عند تناولنا لموقف الاتفاقيات الدولية بشأن تطبيق أو تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

ولكن إذا ما تم استبعاد الإحالة في خصوص القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم، هل تكون هناك حاجة لقاعدة الإسناد في هذا المجال؟

يرى جانب من الفقه<sup>(1)</sup> أن الحاجة إلى قاعدة إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق تظل قائمة حتى مع اتساع حرية طرفي التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، إذ تبقى لهذه القاعدة وظيفة تكمن في تعيين القانون الواجب التطبيق في خصوص أمرين:

الأمر الأول يخص المسائل التي تخرج بطبيعتها عن سلطات قانون الإرادة كما هو الحال بشأن الأهلية وما يتبعها من نظم، وكما في النيابة في التعاقد<sup>(2)</sup>.

أما الأمر الثاني فيتعلق بالحالات التي يتم فيها استبعاد القانون المختار من الطرفين إذا ما رأى فيه المحكم ما يخالف النظام العام أو وجود غش نحو القانون في الاختيار، إذ يتعين في مثل هاتين الحالتين البحث عن قاعدة إسناد تعين القانون الواجب التطبيق فيهما.

(1) \_ محمد الكردي، المرجع السابق، ص 76-77.

(2) \_ مصطفى محمد الجمال، وعكاشة عبد العال: المرجع السابق، ص 426 .

## المبحث الثاني

### سلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

رأينا في المبحث السابق أن أطراف التحكيم بإمكانهم تحديد القانون الذي يحكم نزاعهم، و أن اختيارهم لهذا القانون قد يكون صريحا بالنص عليه و قد يكون ضمنيا، و في حالة الاختيار الصريح لقانون معين فعلى المحكم تطبيق هذا القانون و احترام رأي الأطراف، و بالتالي فإن دور المحكم في هذه الحالة سيكون بالمبحث عن تحديد هذا القانون للعمل بأحكامه، و لكن قد يتعد الأمر عندما يقوم الأطراف بالإشارة من بعيد أو باستعمال ألفاظ و دلائل تقصح عن اختيارهم لقانون معين، و هو ما يسمى بالإرادة الضمنية، و في هذه الحالة يكون دور المحكم أكثر جهدا مما لو نص عليه الأطراف صراحة، و يقوم المحكم في هذه الحالة بالكشف عن الدلائل التي تشير إلى أن الأطراف قد اختاروا قانونا معيناً ضمنيا، و لكن الواقع العملي يكشف عن وجود حالات تغفل فيها الأطراف المتنازعة الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق لا صراحة و لا ضمنا، حيث يتضح من خلال أحكام التحكيم التجاري الدولي أنه توجد نسبة كبيرة من عقود التجارة الدولية لا تولي فيها الأطراف المتعاقدة أي اهتمام بمسألة القانون الواجب التطبيق، و يرجع ذلك إلى أنهم لم يهتموا بهذه المسألة أثناء مرحلة التفاوض بشأن العقد ، حيث يتركز كل اهتمام الأطراف في هذه المرحلة على الشروط التي تحدد الحقوق و الالتزامات، ثم قد لا يتوقعون حدوث نزاع بينهم.

وأمام هذا الوضع الذي ينعلم فيه اختيار الأطراف لقانون معين فلم يكن هناك من خيار آخر سوى أن يقوم المحكمون بهذا الدور بالعمل على تحديد القانون المناسب لحل النزاع المعروض أمامهم. حيث ينبغي على المحكم أعمال كل جهده لتطبيق منهج قانوني سليم يوصله إلى القانون

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

الواجب التطبيق، سواء كان ذلك بالرجوع إلى منهج تنازع القوانين أو بتطبيق مناهج مختلفة تحكمها الأعراف التجارية

وعليه فإننا سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، ندرس في الطلب الأول تحديد القانون الواجب التطبيق بواسطة قواعد الإسناد، و في المطلب الثاني التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق دون الإستعانة بقواعد تنازع القوانين، و في المطلب الأخير سوف نتناول كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق في أحكام التحكيم وسيكون ذلك كالتالي:

### المطلب الأول

#### تحديد القانون الواجب التطبيق بواسطة قواعد تنازع القوانين

يرى أنصار هذا الاتجاه الفقهي وجوب الاعتماد على قواعد تنازع لقوانين لتحديد القانون الذي سيخضع له النزاع المطروح للتحكيم، وتتميز هذه القواعد عن سائر قواعد القانون الدولي الخاص بأنها قواعد لا تتكفل مباشرة بإعطاء الحل النهائي للنزاع، وإنما هي قواعد تقوم بالإرشاد إلى القانون الذي تتكفل قواعده بإعطاء الحل النهائي للنزاع<sup>(1)</sup>، ذلك أن وظيفتها تنحصر في توزيع الاختصاص القانوني بين مختلف الدول دون أن تقدم حلاً موضوعياً للنزاع، إذ ليس لها مضمون أو محتوى<sup>(2)</sup>.

والسؤال الذي يثور هو: ما هي قواعد تنازع القوانين التي يمكن للمحكم اللجوء إليها؟.

### الفرع الأول

---

(1) \_ فؤاد عبد المنعم رياض و سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني: تنازع القوانين، دار النهضة العربية 1974، ص 33 .

(2) \_ أحمد صادق القشيري، الانتخابات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي الخاص 1965، ص 68.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

### مبررات إعمال المحكم لنظام تنازع القوانين

يمكن القول بأن المحكم يستطيع أن يلجأ إلى نظام تنازع القوانين في الدولة التي يحمل جنسيتها أو التي يوجد بها محل إقامته، وذلك بحجة أن النظام يكون المحكم أكثر إلماماً عن غيره، كما أنه يعد النظام المختار ضمناً من قبل الأطراف، حيث إن اختيار الأطراف لمحكم معين يدل بشكل غير مباشر -على رغبة هؤلاء في تطبيق نظام تنازع القوانين في دولة المحكم المختار.

وقد وجه إلى هذا الحل العديد من الانتقادات، منها أنه يترتب عليه تطبيق قانون وطني ليس له أية صلة بموضوع النزاع، ويكون بمثابة التطبيق الجزائي لقواعد قانونية، ربما لم تخطر على بال أطراف الخصومة<sup>(1)</sup>، كما أن المحكم قد لا يكون مختاراً من قبل الأطراف، فقد يتم اختياره بواسطة الغير أو بواسطة أحد مراكز التحكيم الذي يجري التحكيم تحت رعايته كما هو الحال في حالة عدم اتفاق الأطراف على تعيين المحكم. كما أن هذا الحل يتعذر الأخذ به عندما تكون محكمة التحكيم، مشكلة من أكثر من محكم واحد، ويكون المحكومون من جنسيات مختلفة أو مقيمين في بلدان مختلفة<sup>(2)</sup>.

هناك اتجاه ثان يرى أن يتوحد القانون الذي يحكم موضوع المنازعة مع القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم، أي أن القانون الذي يختار ليحكم إجراءات سير المنازعة، سواء صراحة أو ضمناً، هو الذي يجب أن يحكم موضوع المنازعة، وبمعنى آخر، يتعين إعمال قواعد تنازع القوانين في القانون الذي اختير لحكم إجراءات سير المنازعة ليتحدد على ضوءها القانون الذي يحكم موضوع النزاع<sup>(3)</sup>.

هذا الحل يمكن أن توجه إليه بعض الانتقادات، حيث إن اختيار قانون لحكم إجراءات التحكيم

(1) \_ أبو زيد رضوان: المرجع السابق، ص 154 .

(2) \_ سراج حسين و محمد أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 578

(3) \_ أبو زيد رضوان: المرجع السابق، ص 155.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

لا يعدو كونه مؤشرا ثانويا لا يعتد به كأساس للقول بأن على المحكم أن يعمل قواعد التنازع فيه ليتحدد على ضوءها القانون الذي يحكم النزاع، كما أن هذا الاتجاه لا يصلح أساسا بالنسبة لتحكيم هيئات ومراكز التحكيم الدائمة التي تنظم لوائحها إجراءات سير المنازعة، وهو أساسا قانون الإرادة، وإلا فإن المحكم يطبق قواعد تنازع القوانين التي يراها مناسبة، أو التي تكون أكثر ملاءمة في خصوص النزاع<sup>(1)</sup>.

وحتى بالنسبة لتحكيم الحالات الخاصة أو التحكيم الحر، فإن اختيار قانون لحكم إجراءات سير المنازعة يتم غالبا على ضوء اعتبارات لا تتسق في الغالب مع تلك التي يجب على المحكم البحث عنها والسير على هديها بالنسبة للبحث عن القانون الذي يحكم موضوع النزاع في حالة غياب الاختيار الصريح أو الضمني لأطراف النزاع لمثل هذا القانون أي لا بد من البحث عن القانون الأنسب properlaw لحكم موضوع المنازعة، وهو القانون الذي يكون أكثر ارتباطا وبصفة جوهرية بالعقد مثار المنازعة، أي القانون الذي يمثل مركز الثقل بالنسبة للقوانين المحتمل تطبيقها.

ويرى جانب آخر من الفقه التقليدي<sup>(2)</sup>، أن المحكم يستطيع تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع من خلل إتباعه قواعد تنازع القوانين في قانون المحكمة التي كان من المفروض أن تختص بالفصل في النزاع والتي استبعدت بمقتضى شرط أو اتفاق التحكيم، أي أن هذا الاتجاه يرى أن يعمل المحكم قانون القاضي الذي استبعد اختصاصه بمقتضى شرط التحكيم.

إلا أن هذا الاتجاه<sup>(3)</sup> يهدر أساسا الحكمة من قيام نظام التحكيم الدولي وهي في المقام الأول إعتاق المعاملات الدولية الخاصة في شأن ما يثار فيه من منازعات—من الخضوع لقواعد تنازع القوانين

(1) \_ أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 155.

(2) \_ أبو زيد رضوان، نفس المرجع، ص 158.

(3) \_ سراح حسين محمد: المرجع السابق، ص 579.

## الباب الثاني – القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

كما تعرفها التشريعات الوطنية، وكذلك تغادى الصعوبات المرتبطة بمشكلة تنازع الاختصاص القضاء الدولي. كما أن هذا الحل على فرض الأخذ به، يقتضي من الحكم أن يحدد مقدما لقضاء الوطني المختص الذي يجب تطبيق قواعد تنازع القوانين فيه، لمعرفة القانون واجب التطبيق على العقد، وهذا بدوره يقتضي معرفة قواعد القانون الدولي الخاص التي يجب عليه أن يحدد وفقا لها القضاء الوطني المختص.

وأخيرا فإن إتباع نظام التنازع في الدولة التي سوف يطلب فيها تنفيذ حكم التحكيم بعد صدوره، تعترضه الكثير من الصعوبات العملية، والتي من أهمها كيفية تحديد المحكم، مسبقا وعلى وجه اليقين، للدولة التي سوف يتم تنفيذ الحكم فيها، ويزداد الأمر صعوبة إذا ما كان تنفيذ الحكم سوف يتم تنفيذ الحكم<sup>(1)</sup> الذي سوف يتم في أكثر من دولة.

وقد دفعت الانتقادات التي منيت بها الآراء السابقة، بشأن تحديد نظام التنازع الذي سيتبعه المحكم للوصول إلى القانون الواجب التطبيق، بالفقه الغالب إلى التسليم بترك المحكم حرا في الاختيار وتبني قاعدة التنازع التي تبدو له أكثر ملائمة، تبعا لظروف القضية، والبعد عن الإلزام بإتباع قواعد التنازع في دولة معينة بدلا من تلك المعمول بها في أخرى، ولكون ذلك هو الحل الوحيد المنطقي في هذا الشأن.

ويمكننا تبرير دور المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق بصورة أدق من خلال النقاط

التالية:

---

(1) \_ جمال محمد الكردي، المرجع السابق، ص 93.

أولاً: اختلاف المحكم الدولي عن القاضي الوطني:

يأتي اختلاف دور المحكم الدولي عن دور القاضي الوطني من حيث سهولة معالجة الأمر، حيث لا خلاف في أن القاضي الوطني ملزم بإعمال قواعد الإسناد التي يتضمنها قانون دولته و التي يصدر أحكامه باسمها حتى يصل إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع<sup>(1)</sup> و في الوقت الذي نرى فيه سهولة الأمر أمام القاضي الوطني، فإن الأمر قد يصعب أمام المحكم الدولي، لأنه بخلاف القاضي لا يملك قانون اختصاص يرجع إليه حتى يكشف عن قواعد الإسناد الواجبة الإلتباع لأن المحكم لا يصدر أحكامه باسم هذه الدولة أو تلك، و هو لا يخضع لسيادة أي دولة<sup>(2)</sup>، و إنما يأخذ سلطاته القضائية من إرادة الأطراف الذين فوضوه بالتحكيم في النزاع.

و هذا ما أقرته محكمة تحكيم في غرفة التجارة الدولية سنة 1971 " أن المحكم الدولي ليس

تحت تصرفه قانون قاضي يمكن أن يستمد منه قواعد تنازع القوانين".<sup>(3)</sup>

و أياً كان الأمر فإن المحكم الدولي لابد أن يتصدى لتحديد القانون الذي يرجع إليه حتى يتمكن

من الكشف عن قواعد الإسناد الواجبة الإلتباع في شأن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

---

(1) \_ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 76 .

(2) \_ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 78 .

(3) \_ عصام الدين القصبي، المرجع السابق، ص 255 .



ثانياً: تمتع المحكم الدولي بحرية واسعة:

إن عدم وجود قانون اختصاص للمحكم الدولي يجعل حريته واسعة في تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع، لأنه غير مقيد بالتشريعات الوطنية و ما قد يوجد بها من نقص و تعارض مع متطلبات التجارة الدولية، و يكون له ذلك فقط في الحالة في حالة انعدام الاختيار الصريح أو الضمني للأطراف المتعاقدة<sup>(1)</sup>.

و على المحكم الدولي عند بحثه لتحديد القانون الواجب التطبيق أن يحترم توقعات الأطراف، و يلاحظ في هذا الشأن أن المحكمون يفضلون دائماً تطبيق القانون الذي يتوقعه الأطراف و هو الأمر الذي يجعل المحكم يلجأ إلى اختيار قواعد الإسناد في الدول التي لها علاقة بالنزاع أو المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص، لأنها قواعد مستقرة في الإطار الضيق للأطراف المتنازعة، كما أنها تعتبر معترف بها دولياً و بالتالي تكون قريبة إلى توقعات الأطراف<sup>(2)</sup>.

أن حرية المحكم الدولي في اختياره لقواعد تنازع معينة لا تعني أن يتجه إلى اختيار السهولة دون النظر إلى القانون الأنسب لحل موضوع النزاع، ثم إن حرية المحكم الدولي ثم إن حرية المحكم الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق ليست مطلقة، فهو لا يستطيع الخروج عن المؤلف، و ما هو

---

(1) \_ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 227.

(2) \_ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 86.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

متعارف عليه، و يجب أن يكون اختياره مبنيًا على أسس سليمة مردها تحديد القانون الأكثر صلة بموضوع النزاع<sup>(1)</sup>.

أن قيام المحكم الدولي بإعمال نظام تنازع القوانين سيؤدي حتماً إلى تطبيق قانون وطني معين، وهذا ما يقضي به المبدأ التقليدي في منازعات التجارة الدولية، وقد استند هذا المبدأ على قرار محكمة العدل الدولية في قضية القروض الصربية البرازيلية سنة 1929، والذي جاء فيه "إن أي عقد لا يكون أطرافه دولاً باعتبارها من أشخاص القانون الدولي يجد أساسه في قانون وطني معين، و مسألة تحديد هذا القانون تعتمد على القانون الذي يسمى اليوم بالقانون الدولي الخاص أو نظرية تنازع القوانين"<sup>(2)</sup>.

و عليه و وفقاً لهذا الحكم يمكن القول بضرورة خضوع المنازعات الناجمة عن عقود أطراف العلاقات الخاصة الدولية لقانون وطني معين.

و بهذا فإن غالبية الفقه اليوم يرى ضرورة خضوع موضوع النزاع إلى قانون دولة معين، و في هذه الحالة يكون المحكم كالقاضي الوطني ملزم بتطبيق قانون دولة معينة، و لكن الإشكال الحقيقي لا يكمن في هذه النقطة بالذات، بل يكمن في تحديد هذه الدولة التي سيقوم المحكم بإعمال قواعد التنازع الخاصة بها، و ذلك لأن العلاقات الخاصة قد تشعبت أطرافها بحيث يكون فيها جنسيتين أو أكثر، و أن موضوع النزاع قد يتعلق بأكثر من دولة، الأمر الذي يجعل المحكم في حيرة عندما يقوم بانتقاء قواعد تنازع معينة، و أمام كثرة الخيارات على المحكم أن ينتقي أحدها و يقوم بتطبيق قواعد تنازع القوانين في قانون الدولة الذي اختاره، و يجب أن يكون هذا القانون أكثر القوانين المعروضة صلة بالنزاع.

---

(1) \_محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، دار الحبيب، عمان، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثانية، 2005 ص 217.

(2) \_عصام الدين القسبي، المرجع السابق، ص 207.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

و عليه فإن اختيار قانون دولة التنفيذ قد يكون في عقد ما أكثر من عقد آخر يكون ذات صلة بقانون دولة الإبرام، و هكذا فإن العقود تختلف بحسب طبيعتها من عقد إلى آخر و الرجوع إلى قواعد الإسناد في قانون الدولة الأوثق صلة بموضوع النزاع قد يؤدي ذلك إلى الإحالة إلى قانون اختصاص آخر<sup>(1)</sup>.

هذا الإتجاه الفقهي أيدته مجموعة من الإتفاقيات الدولية و طبقته هيئات و مراكز التحكيم التجاري الدولي، و نصت عليه بعض التشريعات الوطنية.

### ثالثاً: موقف الاتفاقيات الدولية:

سنتناول في هذا الشأن موقف اتفاقيتين ابرمتا في مجال التحكيم التجاري الدولي، و هما الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي جنيف 1961، واتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار واشنطن 1965.

### 1-الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي جنيف 1961:

تعرضت هذه الاتفاقية للحالة التي يغفل فيها الأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق، و ذلك بإعطاء المحكم دوراً مهماً في تحديده لهذا القانون الموضوعي حيث تنص المادة السابعة من الاتفاقية على: "عند انعدام اشارة الأطراف إلى القانون الواجب التطبيق يطبق المحكمون القانون الذي تحدده قاعدة الإسناد الذين يقدرون ملائمتها للقضية"<sup>(2)</sup>.

(1) \_ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 408.

(2) \_ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 227.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

ويستفاد من نص المادة السابقة أن الدور المنوط بالمحكم هو اقتصاره على العمل على تفعيل نظام تنازع معين، و أن يراعي مدى ملائمة هذه القاعدة للنزاع المعروض، و لا يذهب بعيدا باختياره لقاعدة تنازع ليست لها صلة بموضوع النزاع.

### 2-اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار واشنطن 1965:

لم تنتهج هذه الاتفاقية في معالجتها للحالة التي يغفل فيها الأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ما انتهجته الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي، حيث نجد أن هذه الاتفاقية تلزم المحكم إما بتطبيق القانون الموضوعي المطبق في الدولة التي يقع فيها النزاع، أو تطبيق قواعد الإسناد الخاصة بهذه الدولة، و في هذه الحلة يمنع على المحكم تطبيق أي قانون وطني آخر إلا من خلال قواعد الإسناد للدول الضيفة للاستثمار، و هذا راجع إلى أن القيام بالاستثمار في بلد ما يعني ضمنا الرضاء بقبول قانون هذا البلد<sup>(1)</sup>، و بهذا يمكن القول بأن الاتفاقية قد حددت قانون اختصاص للمحكم و هو قانون الدولة الطرف في النزاع ، كما أراحت المحكم من تعب البحث و التكير في مدى ملائمة أيا من القوانين المطروحة.

كما يمكن القول بأن صياغة نص المادة 42 له مبرراته حيث أن هذه الاتفاقية تختص بالعقود الدولية التي تبرم بين الدول و أحد أشخاص القانون الخاص، الأمر الذي يجعل أن هناك اعتبارات تراعى تتمثل في حصانة الدول و عدم خضوعها للقانون الأجنبي، كما أن نص المادة 42 قد وضع ترتيبا معيناً يراعى إتباعه من قبل المحكم، فأعطى الأولوية للقانون المختار من قبل الأطراف و في حالة غيابه يطبق القانون الخاص بالدولة الطرف في النزاع، و هذا المقصود به القانون الموضوعي، و

---

(1) \_مونية جمعي، المرجع السابق. ص 197.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

في حالة وجود نقص في هذا القانون يسد عن طريق أعمال قواعد الإسناد في هذه الدولة، ثم بعد ذلك مبادئ القانون الدولي لسد الفراغ<sup>(1)</sup>.

كما يمكن تطبيق القواعد المناسبة في نظم قانونية أخرى مثل قانون دولة المستثمر أو حتى قانون دولة محايدة ذلك في حالة اكتشاف أن قواعد القانون الدولي فيها نقص و لا تعالج موضوع النزاع<sup>(2)</sup>.

بالمقارنة بين النصين السابقين للاتفاقيتين يلاحظ أن الاتفاقيتين تفران أعمال منهج تنازع القوانين، الذي يشير في النهاية إلى تطبيق قانون وطني على موضوع النزاع المطروح، سواء كانت الدولة طرف في النزاع، أم كان بين أشخاص يخضعون للقانون الخاص، كما يلاحظ أن الاتفاقية الأوروبية لم تضع سياقاً معيناً يقوم بإتباعه المحكم، بل أعطته حرية مطلقة في أعمال قاعدة الإسناد التي يراها مناسبة، و لكن المادة 42 من اتفاقية واشنطن وضعت نهجاً معيناً يلزم المحكم بإتباعه حتى يصل إلى القانون الواجب التطبيق، و بهذا فإننا نعطي الأفضلية لاتفاقية واشنطن و ذلك لأنها أكثر عملية و واقعية و خاصة و أنها تمكن الأطراف من معرفة القانون الذي سوف يطبقه على موضوع النزاع، و هذا الاتجاه هو الاتجاه الذي كان على المشرع الجزائري تبنيه في نص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، التي تأثرت بالنص الخاص بالاتفاقية الأوروبية.

---

(1) \_ جلال وفاء محيين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 1995، ص 45 .

(2) \_ إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 101 .

## الباب الثاني – القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

فالمادة 42 من اتفاقية واشنطن بتطبيقها لقانون دولة محل الاستثمار، يعتبر ذلك تطبيق لقانون مكان التنفيذ لأنه في أغلب الحالات يتم الاستثمار فوق إقليم الدولة المضيفة، و أن تطبيق قانون دولة التنفيذ يعتبر ملائما في مثل هذه الحالات.

نفس الشيء بالنسبة لقواعد التحكيم النافذة لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، فقد نصت المادة (3/13) من هذه القواعد على أنه في غياب أي بيان من قبل الأطراف بصدد القانون واجب التطبيق يطبق المحكم القانون الذي تعينه قاعدة تنازع القوانين التي يرها ملائمة في القضية<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني

#### طريقة اختيار المحكم لقواعد الإسناد الواجبة التطبيق

انتهينا في الفرع السابق بأنه لا مفر من أن يقوم المحكم الدولي بإعمال نظام تنازع القوانين حتى يصل إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، و أن هذا لا يمكن أن يتم إلا في الحالة التي يندم فيها اختيار صريح أو ضمنى للأطراف، فحرية المحكم و كما بيناه سابقا ليست مطلقة بل تحكمها عدة اعتبارات منها دوره الحيادي الذي يقيد به بأن يختار قواعد الإسناد الأكثر ملائمة و الأكثر اتصالا بالنزاع و الأطراف.

و في ما يلي سوف نقوم بدراسة الطريقة التي يختار بها المحكم الدولي نظام تنازع القوانين الذي يقوم بإعماله، حيث يوجد أمامه عدة خيارات و هي، قانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك، و قواعد الإسناد التي تحددها إرادة الأطراف، و القانون الدولة التي يختص قانونها بتنظيم إجراءات التحكيم، و هذا على النحو التالي:

---

(1) \_ فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 199.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

أولاً: قانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك:

ومضمون هذا الرأي هو القول بأنه على المحكم الدولي في حالة انعدام الاختيار الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف أن يبحث عن هذا القانون من خلال أعمال قواعد تنازع القوانين في الدولة التي يقيم فيها الأطراف المتعاقدة وستتناول أولاً: الجنسية المشتركة ثم نعقبها بالموطن المشترك.

### 1- الجنسية المشتركة للأطراف المتعاقدة:

بموجب هذا الرأي هو أن يقوم المحكم الدولي بأعمال نظام تنازع القوانين في الدولة التي يحمل جنسيتها الأطراف المتعاقدة ، وذلك لأنه قد يكون لها دور مهم وحاسم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، وإذا كانت الأطراف من جنسية واحدة فهذا يعني أنهم يرغبون في إخضاع عقدها لقانون الدولة التي ينتميان إليها بجنسيتها ، وينادي بهذا الرأي الذين تأثروا بآراء الفقيه الإيطالي " مانشيني " حيث يجعل من الجنسية المشتركة للأطراف ضابط إسناد احتياطي<sup>(1)</sup>، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 18 من القانون المدني<sup>(2)</sup> وقد أخذ القانون الإيطالي بهذا الرأي حيث تنص المادة (20) من القانون المدني الإيطالي على أن يخضع الالتزام التعاقدى لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين<sup>(3)</sup>، وقد وجد أيضا بعض النجاح في ألمانيا، ويلاحظ أن مفهوم الجنسية

---

(1) \_ عاطف شهاب، المرجع السابق، ص 107.

(2)\_ القانون رقم 10/05 المذكور سابقا.

(3) \_ أحمد محمد حشيش، المرجع السابق، ص 85.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

المشتركة يعتبر مفهومة أجنبية عن العلاقات الدولية أن ينسب إلى القانون العام ، وله دور هام في مجال الأحوال الشخصية<sup>(1)</sup>.

### 2-الموطن المشترك للأطراف المتعاقدة:

وكما سبق تبرير قاعدة الجنسية المشتركة يذهب البعض إلى القول بأنه إذا كان الأطراف المتعاقدون يقيمون في دولة واحدة فهذا يعني رغبتهم في تطبيق قانون هذه الدولة ، ويأتي ذلك من احترام الأطراف المتعاقدون لقانون الدولة التي يعيشون فوق أرضها<sup>(2)</sup>، وقد أخذت بهذه القاعدة بعض التشريعات الوطنية، كالمشرع الجزائري في نص المادة 18 من القانون المدني ، حيث تنص المادة 18 على تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين في حالة غياب قانون الإرادة الصريحة أو الضمنية ، ونص على هذه القاعدة أيضا القانون البولوني لسنة 1965 ، حيث يقول النص أن العقد يخضع القانون الموطن المشترك للأطراف المتعاقدة وقت إبرام العقد إذا اتخذوا موطنا ، ونص على هذه القاعدة أيضا القانون الليبي في المادة 19 من القانون المدني، والملاحظ هنا هو تطابق نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري وبعض القوانين العربية الأخرى.

ويتضح من استقراء نص المادة 18 أن المشرع الجزائري فرق بين حالتين ينعدم فيهما الاختيار الصريح والضمني للأطراف المتعاقدة حالة إتحد موطن الأطراف المتعاقدة ، وحالة اختلاف الموطن ، وهنا نلاحظ أن النص قد أعطى أهمية خاصة للموطن قبل أعمال أية قاعدة إسناد أخرى . حالة اتحد موطن الأطراف المتعاقدة ولم يقوموا باختيار قانون معين لا صراحة وضمنا.

(1) \_ عمران علي خليفة علي، دور المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، رسالة مقدمة للحصول على درجة دكتوراه، معهد البحوث و الدراسات العربية، 1996، ص123.

(2) \_ أحمد محمد حشيش، المرجع السابق، ص 92.



3-تطبيق قانون الجنسية المشتركة و قانون الموطن المشترك:

في الواقع إن تطبيق هذه القاعدة في مجال التحكيم التجاري الدولي ليس كثيرا ، وذلك للأسباب التي ذكرناها سلفا ، ومن بين الأحكام التي صدرت في هذا الشأن كانت في قضية (تدور وقائعا بين مؤسستين بلجيكيتين وهما المؤسسة (ب) والتي تعاقدت على توريد كمية من الأحذية للمؤسسة(أ)<sup>(1)</sup>، وفي سبيل تأمين كمية الأحذية المتعاقد عليها قامت المؤسسة (ب) بالتعاقد مع مورد روماني الجنسية لكي يقوم بتوفيرها للمؤسسة (ب) وقد قامت المؤسسة (أ) بالإدعاء بأن المؤسسة (ب) قد تأخرت في تنفيذ التزامها بالتسليم ، وكذلك مخالفة المواصفات المتفق عليها بالعقد ، وحدث النزاع بين المؤسستين (أ وب) ورفع النزاع إلى هيئة التحكيم في بال بسويسرا للنظر في النزاع الذي نشب بين الطرفين .

وفي البداية نظرت هيئة التحكيم إلى مسألة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وظهر لها جليا أن القانون البلجيكي هو الواجب التطبيق بما فيه قواعد القانون الدولي الخاص ، وذلك لأن الطرفين بلجيكيان ومركزا أعمالهما في بلجيكا حيث يقيمان ، وأضافة إلى ذلك فإن مكان توقيع العقد وتنفيذه هو بلجيكا<sup>(2)</sup>.

ونلاحظ في هذه القضية أن القانون البلجيكي هو الواجب التطبيق دون منازع التوفر عدة قرائن ترجحه دون غيره أبتداء من جنسية الأطراف المتعاقدة ، وكذلك موطنها المشترك حيث توجد مراكز أعمالها في بلجيكا ، بالإضافة إلى مكان إبرام العقد وتنفيذه في بلجيكا ، وقد أصاب المحكم عندما قام باختيار القانون البلجيكي ذلك لأن الأطراف المتعاقدة يعلمون بإحكام هذا القانون لأنه قانون دولتهما ، بالإضافة إلى أنهما لا يعترضان على تطبيقه ، كما أنه يتلائم وتوقعات الأطراف المنشود في

(1) \_ نظرا لطابع السرية الذي يتميز به التحكيم التجاري الدولي فإنه يشار للمؤسستين بالرمزين "أ" و "ب".

(2) \_ أحمد محمد حشيش، المرجع السابق، ص 94..

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

المعاملات الدولية ، وإن الاتجاه نحو تطبيق قانون آخر في مثل هذه الحالة يعتبر خروجاً عن المألوف ومخالفاً لتوقعات الأطراف ، وفي الحقيقة تندر القضايا التي من هذا القبيل والتي تتحد فيها جنسية الأطراف المتعاقدة أو اتحاد موطنها المشترك ، لأن عقود التجارة الدولية تتم في العادة بين أطراف لا ينتمون إلى جنسية واحدة ولا يقيمون في مكان واحد.

### ثانياً: نظام التنازع الذي تحدده إرادة الأطراف المتعاقدة:

ومضمون هذا الرأي هو في حالة انعدام الاختيار الصريح أو الضمني للأطراف المتعاقدة للقانون الموضوعي المطبق على النزاع فإنه على المحكم الدولي الذي ينظر النزاع أن يقوم بأعمال نظام التنازع الذي اختاروه بدلاً من القانون الموضوعي الذي كان من الممكن أن يتم اختياره<sup>(1)</sup>.

وفي هذا الشأن نود أن نشير إلى موقف القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، والمعد بواسطة ( الأنسيترال) والذي ينص على أعمال نظام تنازع القوانين في الحالة التي ينعدم فيها الاختيار الصريح أو الضمني للقانون المطبق على النزاع من قبل الأطراف المتعاقدة حيث يقوم المحكم في هذه الحالة في أعمال قاعدة تنازع القوانين التي يرى أنها واجبة التطبيق والتي يستطيع من خلال أعمالها الوصول إلى القانون الموضوعي الذي يعطي الحل للنزاع القائم ، وفي هذا الشأن تنص المادة 01/28 من القانون بأنه " إذا لم يعين الطرفان أية قواعد وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق " وباستقراء نص المادة يتضح بأنه إذا لم يقوم الأطراف المتعاقدة باختيار أي قواعد سواء كانت قواعد موضوعية تطبق على النزاع أم قواعد تنازع معينة فإن الهيئة التحكيمية لها أن تقوم بأعمال قواعد التنازع التي ترى أنها مناسبة ، و بالتالي فإن

---

(1) \_حميد محمد علي اللهبي، المرجع السابق، ص 122.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

هيئة التحكيم لها حرية واسعة في اختيار نظام التنازع بشرط أن يكون هذا الاختيار مناسباً ويتلاءم مع موضوع النزاع وبالإضافة إلى ذلك فإن المادة 01/28 أعطت للأطراف المتعاقدة حرية اختيار نظام التنازع الذي يرغبون في أن يطبقه المحكم لكي يصل إلى القانون الموضوعي المطبق على النزاع و تنص المادة 02/28 على أن " تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع، وأي اختيار القانون دولة ما أو نظامها القانوني يجب أن يؤخذ على أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك " وبهذا يتضح من نص المادة السابقة أنها تبيح اتفاق الأطراف على اختيار قواعد التنازع لدولة ما على أن يكون هذا الاختيار صريحاً وواضحاً<sup>(1)</sup> .

ووفقاً لمبدأ قانون الإرادة فإن اختيار الأطراف لنظام تنازع القوانين قد يكون صراحة بالنص عليه في أحد بنود الاتفاق وقد يكون ضمناً يتم الكشف عنه من خلال الظروف المحيطة بالاتفاق ، وسنتناول فيما يلي الاختيار الصريح والاختيار الضمني :

### 1-الاختيار الصريح لنظام تنازع القوانين:

لاشك أن أيسر الحلول بالنسبة للمحكم الدولي هو تطبيق نظام تنازع القوانين الذي تحدده الأطراف المتعاقدة لأن هذا الاختيار يرفع عن كاهل المحكم عبء القيام باختيار نظام تنازع معين ، كما يتم استبعاد ما قد يدعيه الأطراف فيما بعد من أن المحكم قد أختار نظاماً لتنازع القوانين غير ذي صلة بموضوع النزاع ، وإذا كان باستطاعة أطراف عقود التجارة الدولية تحديد القانون الموضوعي فإنه بالتأكيد أيضاً سيكون لهم الحق في اختيار نظام تنازع يوضح للمحكم القانون الذي يحكم النزاع ، حيث

---

(1) \_أحمد مختار أحمد بري، المرجع السابق، ص 436.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

أنه من المعترف به في مجال التحكيم التجاري الدولي أن الأطراف المتعاقدة يستطيعون أن يضعوا جملة من المسائل في اتفاق التحكيم ابتداء من إجراءات التحكيم ، وتحديد مكانه ، وتعيين المحكمين ، وزمان التحكيم ، وطريقة السماع إلى غير ذلك<sup>(1)</sup>، فإن الشيء نفسه بالنسبة لنظام تنازع القوانين المراد تطبيقه فإن إرادة الأطراف الصريحة تستطيع اختياره ، وإذا ما تم هذا الاختيار فإن المحكم عليه أن يلتزم بما اختارته الأطراف المتعاقدة.

### 2-الاختيار الضمني لنظام تنازع القوانين

أن حق الأطراف في اختيار نظام معين للتنازع المراد تطبيقه يمكن أن ينطبق على الاختيار الضمني أيضا إذا انصرفت نية الأطراف الضمنية إلى ذلك ، وفي شأن الإرادة الضمنية يمكن القول أن الأطراف قد اختاروا نظام تنازع معين من خلال وقائع وظروف العقد فمن خلال مضمون الاتفاق يستطيع المحكم تحديد نظام تنازع القوانين الذي أراه الأطراف ضمنا ، وإن أكثر الأمثلة في الاختيار الضمني هو حالة اتفاق الأطراف على أن التحكيم سوف يكون في بلد معين أو بموجب نظام قانوني معين وفقا للأحكام التحكيم في قانون معين ، وعليه يستطيع المحكم من خلال وجود هذا النص الاستدلال على أن رغبة الأطراف الضمنية قد اتجهت إلى نظام تنازع القوانين في ذلك البلد<sup>(2)</sup> ، كما يمكن أن يعتبر النص الذي يشير على أن اتفاق التحكيم تتم إجراءاته وفقا للقانون الإنجليزي - مثلا - دليلا على نية الأطراف في تطبيق نظام التنازع في القانون الإنجليزي ، وفي هذا الشأن نود أن نشير إلى أن القانون الجزائري لا يعترف بالإرادة الضمنية للأطراف المتعاقدة في شأن اختيار نظام تنازع

(1) \_ حميد محمد علي اللهيبي، المرجع السابق، ص 81.

(2) \_ سامي مصطفى فرحان، المرجع السابق، ص 214.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

معين ويتطلب لكي يتم ذلك أن يتفق الأطراف صراحة على اختيارهم قواعد تنازع القوانين في دولة معينة .

انتقد نظام التنازع المختار من الأطراف المتعاقدة من عدة نواحي، فقد يبدو من الناحية القانونية أن اختيار الأطراف لنظام تنازع معين صحيحا، ذلك أن يتفق الأطراف صراحة على اختيارهم قواعد تنازع القوانين في دولة معينة.

إلا أنه في الحقيقة لا ينسجم مع الواقع ، وذلك لأن الأطراف يجب عليهم أن يوجهوا قواهم نحو اختيار القانون الموضوعي الذي يطبق على النزاع مباشرة ويعطى الحل دون الرجوع إلى نظام تنازع القوانين ، فإذا كان بإمكان الأطراف ذلك فإنه من المفضل أن يفعلوا ذلك بنص صريح وواضح ، ولأن أعمال نظام تنازع القوانين المختار من قبل الأطراف عملية شاقة ومتعبة فقد يقوم المحكم بأعمال نظام تنازع القوانين الذي اختاره الأطراف وفقا لرغبتهم ويصل بهم في النهاية إلى تطبيق قانون يخالف توقعاتهم) ، وهو مالا يتلاءم ومقتضيات التجارة الدولية ، وهذا ما يؤكد الواقع العملي في مجال التحكيم التجاري الدولي فلا نجد حالات كثيرة قام فيها الأطراف باختيار نظام تنازع معين ، وإذا لم يغفل الأطراف عن اختيار قانون موضوعي فإنهم سيختارون القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع<sup>(1)</sup>.

وعليه فإنه للأسباب سالفه الذكر لم تعرض قضايا كثيرة في مجال التحكيم التجاري الدولي اتفق فيها الأطراف المتعاقدون على نظام تنازع القوانين سوى حكم تحكيم واحد قام فيه الأطراف المتعاقدون بالاختيار الصريح لنظام تنازع القوانين .

---

(1) \_ سراج حسين محمد، المرجع السابق، ص 580.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

وتدور وقائع هذه القضية<sup>(1)</sup> بين طرفين الأول : ايطالي والثاني : بلجيكي وقد نظرت هذه القضية في بال بسويسرا وقد أوكل الطرفان في هذه القضية إلى المحكم حلها عن طريق أعمال نظام تنازع القوانين المنصوص عليها في القانون الفرنسي ، وكانت هذه القضية قد حلت عن طريق الجمع بين ما يتفق مع الأحكام المناسبة في القانونين البلجيكي والإيطالي .

### ثالثا: إعمال المحكم لنظام تنازع القوانين في دولة مقر التحكيم:

ومضمون هذا الرأي هو القول بأنه في الحالة التي ينعدم فيها الاختيار الصريح أو الضمني للأطراف المتعاقدة للقانون الموضوعي الذي يحكم النزاع ، فعلى المحكم أن يقوم بأعمال نظام تنازع القوانين في الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم<sup>(2)</sup> لكي يصل إلى تحديد القانون الذي يحكم النزاع وهو في ذلك أسوة بالقاضي الوطني حيث يقر له بوجود قانون اختصاص للمحكم .

وأساس هذا الرأي هو الطبيعة القضائية للتحكيم باعتباره قضاء خاصا يمارس وظيفته في دولة معينة وينتقد بقواعد التنازع في هذه الدولة<sup>(3)</sup>.

ويعتبر الفقيه (سوزارهيل ) هو الذي صاغ هذه النظرية وحاول في تبريره لها أن يتجنب الاستناد إلى الطبيعة القضائية للتحكيم ، ألا أن أحد أنصار هذه النظرية اللاحقين وهو الأستاذ (مني) أقر بأن هناك تشابها واضحا بين القاضي الوطني والمحكم في أن كل واحد منهم يتبع السيادة المحلية ، كما

---

(1) \_ محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 244.

(2) \_ هشام علي صادق، مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين في العلاقات الخاصة الدولية، دا الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1999، ص 75 .

(3) \_ أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 160 .

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

اعتنق هذه النظرية أيضا من الفقهاء القدامى (نيبويه) كذلك على أساس أن التحكيم يتطلب أساسا قانونيا قويا أسوة بالنظام القانوني الوطني ، وأن أي تحكيم لابد أن يخضع لقانون دولة معينة<sup>(1)</sup>.

وقد لاقى هذا الرأي صدى في توصية معهد أمستردام للقانون الدولي والتي تم اعتمادها لقواعد سميت بقواعد ( أمستردام عام 1957) والتي تنص المادة (11) منها، على أن قواعد الإسناد المعمول بها في المكان الذي يجري فيه التحكيم يجب اتباعها من قبل المحكم لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع<sup>(2)</sup>، كما أوجدت حلا المعنى مكان التحكيم تناولته في المادة 2/2 حيث نصت على أنه " في حالة اجتماع المحكمين بالتوالي في دول مختلفة فإن مكان التحكيم يعتبر مكان الانعقاد الأول ما لم يتحفظ المحكمون لصالح مكان آخر " أما في حالة إقامة المحكمين في دول مختلفة فتتضى المادة 3/2 على أنه "في حالة اتصال المحكمين فيما بينهم دون اجتماعات فإن مكان التحكيم يكون هو مكان الإقامة العادية لرئيس محكمه أو هيئة التحكيم ، فإذا لم يوجد رئيس فإن المكان يكون هو الذي يحدده الأطراف اتفاقا أو يحدده المحكمون بالأغلبية ، أما إذا لم يوجد إلا محكم واحد فمكان التحكيم هو محل إقامة هذا المحكم"<sup>(3)</sup>، وكانت هذه المادة قد وضعت لغرض حل الصعوبة التي قد تواجه المحكمين في تحديد مكان التحكيم ألا أنها لم تعطي حلا حاسما لتحديد هذا المكان وقد وضعت عدة احتمالات متروكة للاجتهادات .

وبالرغم من تسليم الفقه بهذا الرأي ألا أنه تعرض لعدة انتقادات شديدة نتناولها فيما يلي :

(1) \_ منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 189.

(2) \_ فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 191.

(3) \_ أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 123.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

قد يكون مبناه بحث الأطراف عن مكان حيادي بالنسبة لهم أو أن اختيار مكان للتحكيم قد يكون راجعا للثقة التي يعطيها الأطراف في ذلك التحكيم أو أنه هو المكان المناسب لممارسة نوع معين من التحكيم ، وبالتالي فإن اختيار مكان التحكيم يكون ذا صفة عرضية ولا توجد رابطة موضوعية بينه وبين موضوع النزاع<sup>(1)</sup> ، كما أنتقد أيضا بالقول كذلك من جهة صعوبة تطبيقه في الحالة التي تعقد فيها جلسات التحكيم في أكثر من مكان أو في الحالة التي يتم فيها التحكيم بالمراسلة<sup>(2)</sup>، حيث قد يجتمع المحكمون في عدة أماكن أي في عدة دول فهل يعتد بمكان الاجتماع الأول أو مكان إقامة رئيس هيئة التحكيم ، ثم أن تحديد مكان اجتماع المحكمين قد يكون راجعا إلى اعتبارات شخصية تتعلق بالمحكمين ، وبالتالي يكون قانون الدولة التي اتخذت مكانا للتحكيم لا تربطه أي صلة بموضوع النزاع وتحديد هذا المكان القائم على محض الصدفة لا يصلح أساسا للإسناد<sup>(3)</sup>، وفي حالة عدم معرفة مكان التحكيم مسبقا فإن الغموض والابهام سيحيط بالقانون الواجب التطبيق وهو الأمر غير المرغوب فيه في معاملات التجارة الدولية لأن أطرافها يفضلون دائما أن يكونوا على دراية بالقانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية بما يتلائم وتوقعاتهم ، وبالرغم من الانتقادات سالفة الذكر الأعمال المحكم لنظام تنازع القوانين في الدولة التي يجري على أقليمها التحكيم ، فقد وجدت قضايا عدة قام فيها المحكمون بأعمال نظام تنازع القوانين في الدولة التي جرى على أرضها التحكيم.

وسنورد لذلك التطبيق التالي :

---

(1) \_ محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية و التطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص88.

(2) \_ محمد ابراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2007، ص 138.

(3) \_ عبد الحميد الأحذب، قانون المرافعات المدنية لسنة 1981، الباب الخامس، التحكيم الدولي، ص 451.



## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

تتلخص وقائع هذه القضية<sup>(1)</sup> أنه في أغسطس 1979 أبرم نمساوي (مسترس) عقد امتياز مع شركة جنوب أفريقيا تتعلق بصناعة معدات معينة بواسطة شركة جنوب أفريقيا حسب تصميم (مسترس) ودفعت شركة جنوب أفريقيا إلى (مسترس) إتاحة معينة على العقد وفقا للمادة 04/10 من العقد، وكان الطرفان قد نسا على شرط تحكيم في أحد بنود العقد أمام محكمة تحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس وحين فشلت شركة جنوب أفريقيا في دفع الحد الأدنى من الإتاوات المقررة وفقا لنصوص العقد رفع ( مسترس ) في 20 يناير 1983 دعوى أمام المحكمة العليا بجنوب أفريقيا مطالبا الشركة بدفع مبلغ 228000 راند جنوب أفريقي مع فائدة بسعر 11% وقد دفعت شركة جنوب أفريقيا في 11 أكتوبر 1983 بأن العقد ينص على شرط للتحكيم وهي متمسكة بالتحكيم وأن الدعوى المقامة متعلقة بالنزاعات التي يغطيها شرط التحكيم، وعليه فإن الشركة طلبت وقف السير في الدعوى ومباشرة إجراءات التحكيم.

### رابعا:إعمال المحكم لنظام تنازع القوانين في الدولة التي يحكم قانونها إجراءات التحكيم:

مضمون هذا الرأي هو القول بأنه في حالة عدم اتفاق الأطراف المتعاقدة على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع صراحة أو ضمنا ، فإن على المحكم أن يقوم بأعمال نظام تنازع القوانين في الدولة التي يحكم قانونها اجراءات التحكيم ، لكي يحدد المحكم على ضوءه القانون الموضوعي الذي يحكم النزاع<sup>(2)</sup>.

وقد أيد هذا الرأي بعض الفقهاء ومنهم ( فرجستاس ) حيث يقول " في رأي أن القانون الذي يطبق على التحكيم يطبق أيضا على المشاكل الخاصة بتنازع القوانين . ويجب على المحكمين تطبيق

(1) \_ محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص 88.

(2) \_ كمال ابراهيم، المرجع السابق، ص 147.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

القانون الدولي الخاص للبلد الذي يخضع التحكيم لقانونه، فالأطراف عندما يحددون القانون الواجب التطبيق على التحكيم فإنهم في نفس الوقت يعينون قواعد القانون الدولي الواجب التطبيق على نزاعهم

"(1).

ومن الفقهاء الذين قالوا بهذا الرأي أيضا ( جولدمان ) حيث يقول " إن تعيين الأطراف للقانون سوف يحترم في جميع الأحوال ، ولكن إضافة إلى ذلك وبالنسبة للمسائل التي تدخل في نطاق القانون المذكور يتم الرجوع فيها إلى قواعد القانون الدولي الخاص لذلك البلد "(2) .

ومن المعلوم أن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في حالة التحكيم الحر عنه في حالة التحكيم المؤسسى ، ففي التحكيم الحر يكون لإرادة الأطراف المتعاقدة دور في اختيار القانون الذي تخضع له إجراءات التحكيم ، أو تنظيم الكيفية التي تسير عليها إجراءات النزاع حيث يقوم الأطراف المتعاقدون بإنشاء إجراءات يلتزم بها المحكمون ، والتي قد تكون عبارة عن مزيج من العديد من لوائح التحكيم وتكون احتمالات قصور هذه الإجراءات وارد، الأمر الذي يجعل الأطراف يختارون قانونا وطنيا معيناً يرجع إليه المحكمون لسد النقص في الإجراءات المتفق عليها(3).

لم يسلم هذا الرأي هو الآخر من الانتقاد، فيرى جانب من الفقهاء أن اختيار نظام تنازع القوانين في الدولة التي يحكم قانونها إجراءات التحكيم لا يمكن الاعتداد به كأساس لتحديد القانون الذي يحكم النزاع(4) ، ذلك أن الأطراف المتعاقدة عندما يقومون باختيار قانون بلد معين لتطبيقه على

---

(1) \_ فوزي سامي، المرجع السابق، ص 179.

(2) \_ أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 156.

(3) \_ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 169.

(4) \_ كمال ابراهيم، المرجع السابق، ص 147.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

إجراءات التحكيم في لا يعني أنهم يرغبون في أعمال نظام تنازع القوانين في هذا البلد<sup>(1)</sup> ، وبالإضافة إلى تلك فإن هيئات ومراكز التحكيم الدائمة لديها لوائح تنظم إجراءات التحكيم كما تحدد الطريقة التي يقوم بها المحكم في تحديد القانون الذي يحكم النزاع ، وكذلك من الصعب أعمال هذا الرأي في حالة قيام الأطراف بخلق قواعد معينة تتكون من مجموعة قواعد مختلفة الأمر الذي يصعب معه تحديد القانون المطبق على الإجراءات ، وبالتالي صعوبة تحدي قواعد تنازع القوانين واجبة التطبيق .

### المطلب الثاني

#### التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق دون الاستعانة بقواعد تنازع القوانين

تتفق غالبية الأنظمة الوطنية في مجل لتحكيم على منح المحكم سلطة التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المطروح أمامه دون أن تلزمه باللجوء إلى قواعد تنازع القوانين . حيث نجد أن المادة/1496<sup>(2)</sup> من القانون الفرنسي للتحكيم الدولي تولى المحكمين سلطة مطلقة في تحديد القواعد القانونية التي يرونها مناسبة لحل النزاع، عند غياب الاختيار الصريح والواضح من قبل الأطراف. والمحكمون ليسوا ملزمين بحصر اختيارهم بقاعدة من قواعد تنازع القوانين التي يجري بمقتضاها تحديد القانون الذي يطبق على النزاع<sup>(3)</sup>. وبهذا يختلف نص (م/1496) عن الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم، وعن أنظمة هيئات التحكيم الدائمة التي توجب على المحكم في حال عدم تعيين الطرفين للقانون الواجب التطبيق، أن يطبق القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يعتبرها الأكثر ملاءمة مع القضية المعروضة عليه.

(1) فوزي سامي، المرجع السابق، ص 190.

(2) عبد الحميد الأحذب، قانون المرافعات المدنية لسنة 1981، الباب الخامس، التحكيم الدولي، ص 451.

(3) مصطفى نزو، المرجع السابق، ص 138 .

## الباب الثاني \_ القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

وقد أخذ بنفس الحل القانون الجزائري للتحكيم<sup>(1)</sup>. فقد نصت 1050 من هذا القانون على أن: «تفصل محكمة التحكيم في النزاع في حالة غياب القواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف طبقاً لقواعد القانون والعادات التي تقدر أنها ملائمة»، فلقد أعطى المشرع الجزائري للمحكّمين الحق في أن يحدّدوا مباشرة القانون واجب التطبيق دون أن يلزمهم في ذلك باللجوء إلى قواعد تنازع القوانين، كما أنه لم يقيد من سلطة المحكّمين بالفصل في النزاع طبقاً لقواعد القانون الأكثر اتصالات بالنزاع، كما فعلت بعض التشريعات الوطنية<sup>(2)</sup>.

كما أخذ بنفس الحل القانون المصري الحلي للتحكيم، فقد نصت (م/39) على أنه: «إذ لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، تطبق هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالات بالنزاع».

ويتضح من النص أن المحكم يتمتع بسلطة تقديرية واسعة، فهو يختار لقانون الذي يقدر أنه أكثر اتصالات بالنزاع. وأمام مرونة القانون المصري، قد يجد المكم أن القانون الأكثر اتصالات بالنزاع هو قانون مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه أو قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم..الخ<sup>(3)</sup>.

ويلاحظ أن هذا النص يتميز عن النصوص السابقة في أنه قد استخدم تعبير "القانون" بدلاً من تعبير قواعد القانون" مما يفيد أن سلطة المحكّمين تقتصر على تطبيق قانون وطني معين<sup>(4)</sup>.

---

(1) \_ القانون رقم 09/08، الذكور سابقاً.

(2) \_ المادة (1/187) من القانون السويسري للتحكيم الدولي، مشار إليها في مؤلف: . سراج حسن محمد: المرجع السابق، ص 585 كذلك نص (م/2/39) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

(3) \_ محمود مختار أحمد بربري، المرجع السابق، ص 138 .

(4) \_ سراج حسين محمد، المرجع السابق، ص 586.

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

ويرى جانب من الفقه<sup>(1)</sup> أنه رغم أن النص المصري يلزم المحكم باختيار القواعد الموضوعية الأكثر اتصالاً بالنزاع، فإن المحكم قد يجد أن سبيله إلى ذلك هو تطبيق القانون الذي تؤدي إليه قواعد التنازع في الدولة التي يجري فيها التحكيم، أو قانون الدولة التي سيطبق قاضيا قواعد التنازع السارية فيها إذا عرض عليه النزاع وهو—أي المحكم— إذ يلجأ إلى هذه الوسيلة، لا يعلن سوى ما انتهى إليه من نتائج، فيعلن تطبيق القانون الذي أدت إليه هذه القواعد باعتباره القانون الذي رآه أكثر اتصالاً بالموضوع.

ونجد كذلك أن بعض قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية<sup>(2)</sup> قد سارت على نفس النهج، مثل قواعد التحكيم السارية لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم، فق نصت (م/291) منها على أنه: «في حالة عدم وجود أي بيان من قبل الأطراف، تطبق محكمة التحكيم القانون أو القوانين التي تسرى أنها ملائمة».

وكما يتضح من النص، أعطت هذه القواعد للمحكمين سلطة التحديد المباشر للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، دون أن تلزمهم باللجوء إلى نظام تنازع قوانين معين.

### المطلب الثالث

#### كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق في أحكام التحكيم

يكشف الإطلاع على بعض أحكام التحكيم عن إتباع المحكمين إحدى ثلاث طرق:

1- التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق.

2- التطبيق الجامع لأنظمة تنازع القوانين المعنية

---

(1) \_ محمد مختار أحمد بربري، المرجع السابق، ص 140.

(2) \_ عبد الحميد الأحمد، المرجع السابق، ص 576 .

## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

3- اللجوء إلى المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص.

### الفرع الأول

#### التحديد المباشر

وفقا لهذه الطريقة فإن المحكم يقوم بتحليل عناصر العقد الموضوعية والقانونية في مرحلة أولى، ثم يطبق في مرحلة ثانية القانون الأكثر صلة به عن غيره من القوانين الأخرى، والذي يمثل من وجهة نظره القانون المناسب.

وبعبارة أخرى فإن المحكم لا يهتم بالاستناد إلى نظام تتنازع قوانين معينة، وإنما يقرر مباشرة خضوع العقد لقانون هذه الدولة أو تلك، آخذاً في الاعتبار طبيعة العقد والظروف المحيطة به<sup>(1)</sup>.

ومن أحكام التحكيم التي اتبعت هذا المسلك، الحكم الصادر في القضية رقم 1747 عام 1972<sup>(2)</sup>، ففي هذه القضية قرر المحكم تطبيق القانون الإيراني وذلك باعتباره النظام القانوني الأكثر صلة بالعقد حيث إن لعقد كان قد أبرم في طهران، والبضائع موضوع العقد كان من الواجب تسليمها في إيران.

كما أن المدعي كان مقيماً في طهران، وهكذا فإن المحكم قد حدد مباشرة القانون واجب التطبيق على العقد دون أن يلجأ إلى نظام وطني لتنازع القوانين.

وكذلك الحكم الصادر في النزاع بين تاجر بلجيكي وشركة سجا باكستانية<sup>(3)</sup>، بخصوص الاتفاق

(1) \_ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 96.

(2) \_ سراج حسن محمد، المرجع السابق، ص 588.

(3) \_ إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 187. و أيضاً: محي الدين علم الدين، منصة

## الباب الثاني – القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

الذي تم بينهما على أن يقوم التاجر البلجيكي بترويج ما تنتجه الشركة الباكستانية من سجاد شرقي في بلجيكا مقابل عمولة 5% فحينما تعرض المحكم لبحث موضوع القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع، تمسك التاجر البلجيكي بطلب تطبيق القانون البلجيكي على موضوع النزاع، إلا أن المحكم قرر أن القانون الباكستاني أولى بالانطباق نظرا لوجود عدة روابط تربطه بموضوع النزاع.

### الفرع الثاني

#### التطبيق الجامع لأنظمة تنازع القوانين المرتبطة بالنزاع

طبقا لهذه الطريقة لا يلزم المحكم -كقاعدة عامة- بتطبيق قواعد الإسناد المنصوص عليها في قانون العقد الذي اختاره الأطراف، ولا قانون دولة مقر التحكيم، ولا أي قانون آخر<sup>(1)</sup>، فالمحكم غير ملزم بتفضيل قواعد الإسناد في نظام قانوني معين على قواعد الإسناد في الأنظمة القانونية الأخرى، بل يفحص المحكم قواعد تنازع القوانين في مختلف الأنظمة القانونية الوطنية التي لها صلة بالنزاع المطروح أمامه، فإذا ما أجمعت هذه القواعد على قانون داخلي معين، فإنه يقرر تطبيق هذا القانون. بمضى آخر: أن المحكم قد يلجأ إلى الجمع بين أكثر من نظام قانوني وطني من أجل تحديد قاعدة أو قواعد الإسناد الواجبة للإعمال من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق.

والواقع أن التجاء المحكم لاستخدام مبدأ الجمع بين أكثر من نظام من أنظمة القانون الدولي الخاص الوطنية، من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، مبعثه أنه أيا ما كان النظام الذي يلجأ إليه المحكم، فإن هناك وحدة في الحلول المترتبة على هذا الإعمال، أي تعيين نفس القانون ليحكم

---

التحكيم، المرجع السابق ص 139.

(1) \_ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 496.

## الباب الثاني – القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

موضوع العقد<sup>(1)</sup>.

ويؤكد الواقع العملي وجود اتجاهين من جانب المحكمين بشأن تحديد المحكم لأنظمة التنازع المرتبطة بالنزاع على هذا النحو، الاتجاه الأول يقتصر المحكم بمقتضاه على التطبيق الجامع لأنظمة تنازع القوانين في الدول التي لها صلة بالعقد موضوع النزاع، دون الاعتداد بتلك النافذة في دولة مقر التحكيم.

ومن الأحكام التي سلكت هذا النهج-الحكم الصادر في عام 1986 في القضية رقم 5118، حيث فحصت محكمة التحكيم، التي اتخذت من باريس مقرا لها، قاعدة الإسناد التونسية فوجدت أنها تؤدي إلى تطبيق القانون الفرنسي، ثم تطرقت إلى قاعدة الإسناد الإيطالية فوجدتها تؤدي إلى ذات النتيجة، وكانت كل من تونس وإيطاليا هما الدولتان المرتبطتان بموضوع النزاع، حيث كان طرفا النزاع المطروح للتحكيم من إيطاليا وتونس، فضلا عن أن العقد كان موقعا في تونس، كما أن تسليم البضائع يتم في جميع الأحوال في تونس كذلك وبالتالي فلم يكن للنزاع الذي وقع بين شركة إيطالية وشركتين عموميتين من تونس، من ضوابط الإسناد سوى من هاتين الدولتين فقط، ولم تشر هيئة التحكيم إلى ما تقضي به قواعد التنازع في دولة مقر التحكيم<sup>(2)</sup>.

والاتجاه الثاني: يرى المحكمون ضرورة وجود تطابق بين قواعد تنازع القوانين في البلدان المرتبطة بالنزاع، وتلك السارية في البلد مقر التحكيم.

ومن الأحكام التي تنتمي إلى هذا الاتجاه-الحكم الصادر في عام 1978 في القضية رقم 4330

(1) \_ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 498.

(2) \_ حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، ص 496، وكذلك انظر: سراج حسين محمد، المرجع السابق، ص 59، هامش رقم 4.



## الباب الثاني — القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

في النزاع الذي كان قد يثار بين شركة تحمل جنسية دولة جنوب إفريقيا، وأخرى تحمل جنسية دولة ألمانيا، واتخذت فيه محكمة التحكيم من باريس مقراً لها فقد قررت محكمة التحكيم في حكمها المذكور، أن أنظمة النزاع الثلاثة في ألمانيا وجنوب أفريقيا وفرنسا لا تختلف فيما بينها فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق، وبالتالي فلم تقتصر محكمة التحكيم على الأخذ بالتطبيق الجامع لأنظمة النزاع في دولة مقر التحكيم، وهي فرنسا<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث

#### اللجوء إلى المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص:

طبقاً لهذه الطريقة، يلجأ المحكم في بحثه عن القانون واجب التطبيق على العقد موضوع النزاع، ليس إلى قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص لبلد معين، مثل قواعد القوانين في إحدى الدول المرتبطة بالنزاع، وإنما إلى قاعدة تنازع القوانين التي تحظى بقبول واسع من قبل الجماعة الدولية.

ومن الأحكام التي سارت في هذا الاتجاه -الحكم الصادر في القضية رقم 1512 لسنة 1971<sup>(2)</sup>، ففي هذا الحكم أكدت محكمة التحكيم أن مختلف أنظمة القانون الدولي الخاص التي يمكن تطبيقها تؤدي إلى نفس النتيجة، حيث يوجد اتفاق بشأن مسألة القانون واجب التطبيق على العقود بين مختلف الأنظمة الرئيسية لتنازع القوانين في العالم. ففي مسائل العقود، من الممكن الحديث عن قانون دولي خاص مشترك، على الأقل عندما يتعلق الأمر بمعرفة القانون الذي يحكم لعقد في حالة الاختيار الصريح من جانب الأطراف، حيث يوجد مبدأ مسلم به عالمياً في القانون الدولي الخاص، مفاده أن القانون الذي يحكم العقد هو ذلك القانون المختار بواسطة الأطراف صراحة أو ضمناً.

(1) \_ جمال محمود الكردي، المرجع السابق ص 97.

(2) \_ سراج حسن محمد، المرجع السابق، ص 596 .

## الباب الثاني – القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

وعليه نجد أن المحكم في هذا الحكم لم يستند إلى قاعدة تنازع في القانون الدولي الخاص لبلد معين، بل استند إلى المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص مؤكداً على أن حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد-صراحة أو ضمناً-يعد مبدأ مسلماً به عالمياً في مختلف أنظمة القانون الدولي الخاص<sup>(1)</sup>.

### خلاصة الفصل:

وفي ضوء ما تقدم من أحكام يمكننا أن نخلص إلى أن المحكم هو المنوط به تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع عند غياب قانون الإرادة، وأنه يسلك في سبيل ذلك طريق التحديد المباشر، فيطبق القانون الذي يرتبط به العقد برابطة أكثر وثاقة، أو يلجأ إلى قواعد تنازع القوانين، ويطبق القانون الذي تعينه قواعد التنازع في الأنظمة المرتبطة بموضوع النزاع.

هذا ما يظهر لنا جلياً الدور الذي يلعبه في إنجاح التحكيم وإجراءاته، كذلك الدور الذي يلعبه في اختيار القانون الواجب التطبيق المناسب لحل موضوع النزاع، خاصة بالنسبة للمحكّمين المعيّنين من طرف أحد الهيئات الدولية الدائمة للتحكيم، الذين نجدهم في أغلب الحالات يجمعون بين خبرتهم في مجال موضوع النزاع من جهة، وخبرتهم في مجال القضاء التحكيمي.

---

(1) \_ محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 139.

الختامة

إن الطبيعة الخاصة لنظام التحكيم تجعله مختلف كل الاختلاف عن ما هو معروف و مألوف في الأنظمة القضائية، و خاصة فيما يتعلق بمجال تنازع القوانين، حيث أن الأطراف هنا يملكون حرية واسعة في اختيار القانون الذي يرونه مناسباً لحكم نزاعاتهم في جو من السرعة وبساطة الإجراءات، فتكاد جميع التشريعات، و المعاهدات الدولية و الهيآت الدائمة للتحكيم، تقر بهذا المبدأ.

و هذه الحرية لا تخص فقط القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، بل تتعداها إلى القوانين الواجبة التطبيق على اتفاق التحكيم، و إجراءات الخصومة التحكيمية، لذلك فإننا نقول أن إشكالية تنازع القوانين تطرح في أي مرحلة يكون عليها التحكيم ابتداءً من اتفاق التحكيم، مروراً بالإجراءات التي سوف تحكم الخصومة التحكيمية و وصولاً إلى القانون الذي سوف يحكم موضوع النزاع، و هذا يعني أن نظام التحكيم يقر بالفكرة، التي مفادها إمكانية تطبيق قانون مختلف في كل مرحلة يكون فيها.

إلا أنه قد يحدث أن يهمل الأطراف اختيار القوانين التي سوف تنظم علاقتهم التحكيمية، أو قد لا يتمكنوا من الوصول إلى اتفاق، هنا يظهر دور المحكم و ما خوله له القانون من حريات واسعة للتصدي لهذه الإشكالية، إلا أن حرية المحكم تبقى دائماً مقيدة لعدم ارتباطها بالمصلحة كما هو الحال بالنسبة للأطراف، فيجب عليه أن يكون دائماً محايداً، وأن يطبق الآليات المناسبة حتى يتمكن من التوصل إلى تطبيق القانون المناسب دون إهدار حقوق الأطراف المتنازعة.

وعليه فإن أهم النتائج التي توصلنا إليها هي كالتالي:

- 1- إن عقود التجارة الدولية هي العقود التي تتعلق بأكثر من نظم قانوني واحد، وترتبط بمصالح التجارة الدولية والتي تؤدي إلى انتقال للأموال والخدمات عبر الحدود، و هي التي تثير إشكالية معرفة

القانون الواجب التطبيق على العقد فبدون وجود عقد لا مجال للكلام عن إمكانية وجود اتفاقية تحكيم، لذلك يمكننا القول أن العقد التجاري الدولي هو حجر الأساس لنظام التحكيم.

وعليه فإن تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية واختيار قانون من بين القوانين المختلفة هو الذي يمثل المبدأ الأساسي لسلطان الإرادة في العقود، التي تستمد قوتها من حرية الأطراف في إبرام العقود وتكوين بنوده والآثار التي تترتب عليه، بل وفي جميع الروابط ولو كانت غير تعاقدية، فالأطراف الذين يملكون كل هذه الصلاحيات دون تدخل القانون بنصوص أمرة من المنطقي أن تثبت لهم حرية اختيار القانون الذين يرونهم ملائماً لحل ما قد يقع من نزاعات بخصوص العقد الذين أبرموه.

2- وفي شأن معايير دولية العقد، من معيار قانوني اشتمل على عنصر أجنبي إلى معيار اقتصادي اتصل بمصالح التجارة الدولية ثم معيار مختلط يؤدي بالضرورة إلى المناداة للجمع بين المعيارين وكل هذه المعايير تهدف إلى التحقق من دولية العقد من عدمه. وعلى هذا النحو يمكننا القول بضرورة الإبقاء على المعيار القانوني وتطبيقه كمعيار عام لتحديد دولية العقد، إلا أن المعيار القانوني رغم احتوائه للمعيار الاقتصادي إلا أنه يمكن الفصل بينها، وذلك لأن مجال كل منهما يختلف عن الآخر، لذلك فإننا نميل إلى تطبيق المعيار المختلط خاصة في العقود التي يتم تسويتها بشرط التحكيم وما يترتب عليه ذلك من آثار قانونية خاصة فيما يخص القانون الواجب التطبيق سواء في إجراءات سير الخصومة التحكيمية أو في موضوع النزاع.

3- و فيما يخص التحكيم فإننا خلصنا إلى أن التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأعيان يعين باختيارهما، أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها، كي يفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة الانحياز مجرداً من التحامل وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات

التقاضي الرئيسية.

4- وعن تميز التحكيم و خصوصيته كنظام لتسهيل حل المنازعات في مجال التجارة الدولية فقد خلصنا بأن التحكيم يقوم على أمرين، الأمر الأولي : كونه أحد المسارات التي يطرحها النظام القانوني للفصل في النزاع فصلا لا رجعة فيه لأي من طرفيه، والأمر الثاني : كونه مسارا اتفاقيا خاصا بنزاع الطرفين اللذين اختاراه.

فالتحكيم هو وسيلة هامة لتسوية المنازعات القائمة بين المتعاملين في حقل التجارة الدولية، لما يضمنه من تحقيق للسرعة في الإجراءات تماشيا مع متطلبات الحياة الاقتصادية على المستوى الدولي، خاصة مع ما عرفه المجتمع حاليا من تطور تكنولوجي أدى إلى ظهور المعاملات التجارية الإلكترونية. فساير بذلك التحكيم التجاري هذا التطور الحاصل في المجتمع، فنشأ بصورته التقليدية المتمثلة في تحكيم الحالات الخاصة أو التحكيم الحر، الذي يعطي الحرية الواسعة التي تكاد أن تكون مطلقة للأطراف لتنظيم إجراءات التحكيم التجاري، واختيار القانون الواجب التطبيق عليها إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة، ابتداء من اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم إلى حين تنفيذ القرار التحكيمي، ويتمتعون من أجل ذلك بحرية وصلت إلى حد وضع، وسن القواعد الإجرائية من طرفهم مباشرة بابتكارها أو استخراجها من قوانين مختلفة ودمجها فيما بينها.

5- وعن الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، فإن المشرع الجزائري، قد أخذ بالنظرية القضائية في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، ولعل انحياز المشرع الجزائري لهذه النظرية كان أكثر صراحة من نظيره المصري وأغلب التشريعات العربية، وما يؤكد ذلك هو إطلاق مصطلح الأحكام على أحكام المحكمين، بالإضافة إلى ذلك فإنه يطبق على المحكمين العديد من القواعد التي يطبقها على القضاة مثل قواعد الرد

وعدم الصلاحية، إذ يرد المحكم لنفس الأسباب التي يرد بها القاضي أو يعتبره بسببها غير صالح لنظر الدعوى.

6- إن كلا من العناصر التعاقدية والعناصر القضائية تتداخل مع بعضها البعض وتشكل فرعا من القضاء الخاص إلى جانب قضاء الدولة مع ملاحظة غلبة العناصر القضائية، ذلك لأن دور الإرادة يقتصر على تحريك نظام التحكيم الذي بعدها ينطلق بذاتيته الخاصة، التي تسيطر عليها الطبيعة القضائية، وبهذا يمكننا القول بأن نظام التحكيم التجاري الدولي يتمتع بطبيعة قضائية خاصة أو هو قضاء خاص يكشفها الواقع العملي على صعيد التجارة الدولية، كما ان حكم التحكيم كالحكم القضائي يجوز لحجية الأمر المقضي فيه، كما يمكننا القول إن التحكيم ليس بقضاء عام وأن المحكمين لا يباشرون وظيفة القضاء العام، بل يستمدون سلطتهم واختصاصهم من إتفاق التحكيم الذي يملك طبيعة عقدية محضة، وهذا ما يفسر الطبيعة القضائية الخاصة للتحكيم باعتباره استثناء على الأصل العام واعتباره قضاءا خاصا وليس قضاء دولة.

انطلاقا من ذلك فيمكننا القول أن اتفاق التحكيم هو اتفاق مستقل عن العقد الأصلي الذي وجد من أجله وهذا ما يرتب نتائج وآثار هامة تتمثل في عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي وأيضا إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير القانون الذي يحكم العقد الأصلي، كما يترتب عن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم مبدأ آخر هام، وهو مبدأ الاختصاص بالاختصاص والذي سوف نفضله في الفرع التالي

7- وعند مقارنة نص المادة 22 من القانون المصري، مع نص المادتين 458 مكرر 07 و1044 من القانون الجزائري، نلاحظ أن المشرع المصري قد حسم موقفه بوضوح عن نظيره الجزائري، إذ نص في المادة 22 من قانون التحكيم المصري على مبدأ الاختصاص بالاختصاص ثم تعرض

لشرح هذا المبدأ في المادة ذاتها بقوله: «بما في ذلك الدفع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم...»، أما المشرع الجزائري فأقتصر على ذكر المبدأ دون أي شرح أو توضيح له.

ونظرا للسياسية الاقتصادية التي انتهجتها الدولة الجزائرية في الآونة الأخيرة، وإرادتها الجادة في جلب المستثمرين، قام المشرع الجزائري بإلغاء المادة السابقة، والنص صراحة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08، على الأثر السلبي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص بمجرد وجود اتفاقية التحكيم، حيث جاءت المادة 1045 منه على ما يلي: «يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من احد الأطراف».

8- إن مبدأ الاختصاص بالاختصاص مبدأ أساسي يقوم عليه التحكيم التجاري الدولي، ومن شأنه أن ييسر أعمال منهج القواعد الموضوعية في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم، وذلك من خلال أن الدفع الذي يعتبر أن محكمة التحكيم غير مختصة نتيجة لبطلان اتفاق التحكيم ذاته، لا يؤدي إلى وقف إجراءات التحكيم، وإنما لهيئة التحكيم سلطة الفصل فيه.

وكاستنتاج عن ما تقدم وحسب رأينا فإن اللجوء إلى قانون العقد الأصلي، أو القانون المطبق على موضوع النزاع، لا يمكن العمل به من الناحية العملية إلا في الحالة التي يختار فيها الأطراف القانون الواجب التطبيق على نزاعهم، دون الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، ففي هذه الحالة يسهل اللجوء على أعمال قانون العقد الأصلي.

9- إن أهم مسألة و أكثرها تعقيدا هي موضوع القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، لأننا ندرس في نفس الموضوع حالتين من تنازع القوانين، الحالة الأولى فيما يخص القانون الواجب



التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم، و الحالة الثانية تتعلق بشكل اتفاق التحكيم، و لعل أهم نتيجة فيما يخص هذه النقطة هو أهمية التفرقة بين ما هو موضوعي و ما هو شكلي، والإقرار بضرورة الفصل بينهما، و هو ما يذهب بنا إلى قبول احتمال تطبيق قانون مختلف بالنسبة للموضوع عن الذي يطبق في شكل التحكيم، وخلصت من ذلك إلى أن الاتجاه السائد يتمثل في الأخذ بقانون الإرادة في المقام الأول، وقانون الدولة مقر التحكيم في المقام الثاني، وفي أثناء ذلك عرضت لموقف بعض أحكام التحكيم التي استندت في تقرير صحة اتفاق التحكيم إلى إرادة الأطراف المشتركة، وعادات التجارة والمبادئ العامة، دون الاستناد في ذلك إلى قانون وطني معين.

10- وإن إرادة الأطراف هي مركزا لقوة التحكيم وضعفه في نفس الوقت، حيث تتمثل قوته في كون المتعاملين في حقل التجارة الدولية استطاعوا وضع طرق مرنة لحل النزاعات القائمة بينهم بعيدا عن صرامة القوانين الداخلية، أما ضعفه فيمكن في أن هذا النوع من التحكيم يحمل عدّة مخاطر لأنه كثيرا ما يتسبب الطرف السيئ النية في شلل إجراءات التحكيم، كما أنه من الصعب أن يصل الأطراف الذين ليسوا على دراية تامة بالتفاصيل التي قد تخلقها الخصومة التحكيمية من إجراءات أن يتوقعوا تلك التفاصيل ويسنوها مسبقا في اتفاق التحكيم الذي يبرمونه كما أنهم قد لا يفلحون دائما في اختيار القانون الإجرائي الأنسب لحل النزاعات الإجرائية التي قد تثيرها الدعوى التحكيمية.

ونظرا لهذه المصاعب والمخاطر التي يتعرض لها تحكيم الحالات الخاصة، ظهر بوضوح في أوائل هذا القرن ما يعرف بالتحكيم التنظيمي L'arbitrage institutionnel وأصبح من النادر أن تترك لأطراف حرية في الاختيار المباشر للمحكّمين والإجراءات الواجب إتباعها، بل على العكس فهم يذعنون للقواعد المدونة لدى الهيئة التي وقع عليها الاختيار سواء القواعد التي تبين كيفية تشكيل هيئة التحكيم أو المواعيد المقررة أو تلك التي تحكم النزاع إلى حين صدور القرار التحكيمي.

11- لقد اكتفى المشرع الجزائري في تنظيمه للإجراءات الواجب إتباعها من طرف هيئة التحكيم وكذا الأطراف أثناء سير الخصومة التحكيمية بتوضيح أن للأطراف الحرية التامة، كذلك جعل لهيئة التحكيم الإرادة المطلقة في الاتفاق على الإجراءات التحكيمية الواجبة الإتباع، وكيفية تحديدها، وأن يكون ذلك بوضع الإجراءات مباشرة في اتفاق التحكيم أو إخضاعها إلى نظام تحكيم أو قانون إجرائي معين، دون أدنى تبيان لهذه الإجراءات التي تحكم سير الخصومة التحكيمية، مما قد يؤدي بهيئة التحكيم في حالة اختيار الأطراف تطبيق القانون الإجرائي الجزائري، إلى تطبيق الإجراءات التي تحكم سير الخصومة القضائية التي تتسم بالبطء والتعقيد خلافا لطبيعة التحكيم والغاية المنشودة من ورائه.

12- وأما بالنسبة لتدخل القاضي الوطني لمد يد المساعدة لهيئة التحكيم من أجل إضفاء القوة الإلزامية لتنفيذ التدابير المؤقتة والتحفظية أثناء سير الخصومة التحكيمية، فإن المشرع الجزائري لم يوضح من هو القاضي المختص الذي يجب على هيئة التحكيم تقديم الطلب أمامه، وما هو الإجراء المخول اتخاذه من طرف القاضي الوطني من أجل حل مسألة التدبير المؤقت المطلوب منه، حتى يكون تصرفه مطابقا للقانون.

13- كما خلصنا أيضا، أنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم فإن لهيئة التحكيم السلطة والحرية في تنظيم هذه الإجراءات تصل حريتها إلى حد مخالفة ما اتفق عليه الأطراف من إجراءات إذا جاءت مخالفة لإحدى القواعد الإجرائية الآمرة في قانون دولة مقر التحكيم، أو قانون دولة تنفيذ الحكم أو تلك التي يمارس على إقليمها إجراء التحكيم التجاري الدولي إلا أن هذه السلطة مقيدة بما هو متعلق بالنظام العام الدولي منها المبادئ الأساسية للتقاضي وهي: احترام مبدأ المساواة بين الأطراف، مبدأ الوجاهية ومبدأ احترام حقوق الدفاع وقد وجدت هذه المبادئ تدعima كبيرا في الممارسات التحكيمية والقضائية.

هنا أيضا، فإن الأنظمة واللوائح التي تنظم المراكز الدائمة للتحكيم التجاري الدولي لا تمنح الحرية المطلقة لهيئة التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الذي يحل بالتحكيم التحكيم بل تركتها معظمها للقواعد الموجودة في لوائحها.

ورغم اعتماد المجتمع الدولي على التحكيم لحل النزاعات الناتجة عن العلاقات الاقتصادية الرابطة بين الدول، و خاصة منها المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار إلا أن المشرع الجزائري لم يول بعد الاهتمام الكافي لهذا النوع من العقود إذا ما حلت بالتحكيم، إذ نظمه بشكل سطحي في مواد قليلة جدا لا تكفي لفهم كافة الإجراءات المسيرة له.

14- أضف إلى ذلك، أن المشرع الجزائري قد أغفل الإشارة إلى إذعان الأطراف وهيئة التحكيم للإجراءات الواردة في لوائح مراكز التحكيم الدائمة، ونظم القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم التجاري الدولي الحر، متناسيا أنه ليس الطرق الوحيد للتحكيم التجاري الدولي وإنما يوجد كذلك التحكيم المؤسساتي الذي يعد أحدث طريقة لتنظيم التحكيم.

وعلى ضوء النتائج المتوصل إليها، نتقدم بالتوصيات التالية:

1- وتبعا لما ورد أعلاه، نقترح على المشرع الجزائري أن يذكر في المواد المنظمة للتحكيم، أنه في حالة اختيار الأطراف لنظام تحكيمي مؤسساتي، فإنهم إلى جانب هيئة التحكيم يدعون للإجراءات الواردة في لائحته.

2- وعلى المشرع الجزائري تضمين قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالإجراءات الخاصة التي تحكم سير الخصومة التحكيمية، حتى لا تجد هيئة التحكيم في إطار التحكيم التجاري الدولي نفسها مجبرة على تطبيق إجراءات الخصومة القضائية الواردة في القانون الجزائري في حالة اختيار الأطراف

تطبيق ما ورد به من إجراءات، وهذا ما يتنافى مع أهداف التحكيم الذي من المفروض أن يتسم بالليونة والسرعة وإبعاد النزاعات التجارية عن القضاء العادي الذي يمتاز بإجراءاته المعقدة والبطيئة.

3- كما يتعين على المشرع الوطني توضيح وتدقيق المصطلحات والإجراءات التي يتعين إتباعها من طرف هيئة التحكيم وطرف القاضي الوطني في حالة طلب المساعدة منه من طرف هيئة التحكيم والأطراف، إذ أنه إذا كانت المواد المنظمة للتحكيم الداخلي موجهة للمتعاملين الوطنيين فإن النصوص المنظمة للتحكيم التجاري الدولي موجهة كذلك للمتعاملين الأجانب الذين يعدون أطرافا في العلاقة التعاقدية، لذا فإن وضوح وتيسير الإجراءات المنظمة للتحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري سيشجع هؤلاء المتعاملين إلى اختيار هذا القانون من أجل تطبيقه على الدعوى التحكيمية.

4- وفي الأخير نقترح على المشرع الجزائري، أن يعطي أهمية أكثر للتحكيم عموما، و لموضوع تنازع القوانين بصفة خاصة، فتكريس مبدأ حرية الأطراف يعتبر خطوة لا يمكن إنكارها، إلى أن هذه الحرية تصبح سلاحا ذو حدين إذا أهمل احتمال عدم تمكن الأطراف من الوصول إلى الاتفاق على القوانين الواجبة التطبيق، و هذا ما يشكل وجه القصور في معظم المواد التي تنص على ذلك، فهي تركز على إعطاء الحرية التامة للأطراف، ثم تهمل تنظيم هذه المسائل بالنسبة للحالة التي لا يتمكن فيها الأطراف على الاتفاق، و تصب على كاهل المحكم مشقة ذلك مما قد يؤدي إلى إهدار حقوق المتخاصمين كون المحكمين في أغلبية الحالات لا يملكون تكويننا حقوقيا يجعلهم قادرين على فهم الآليات الصحيحة للمسائل الخاصة بتنازع القوانين.

5- كما أنه حان الوقت للمشرع الجزائري، أن يحذو حذو أغلبية المشرعين في الأنظمة المقارنة، و أن يخرج نظام التحكيم من دائرة قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي يجب عليها أن تنظم

المسائل الإجرائية الخاصة بالمحاكم، لهذا يجب وضع تقنين جديد خاص بالتحكيم الذي يعتبر بعيدا كل البعد عن النظام القضائي المعمول به في المحاكم العادية، و يكون هذا التقنين دقيقا و ملما بجميع المسائل و الإشكالات الخاصة بنظام التحكيم.

# قائمة المصادر المراجع

## أولاً: قائمة المصادر:

### **I - الدساتير:**

- 1- المرسوم الرئاسي 442/20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020 ، الجريدة الرسمية، عدد 82 المؤرخة في 30 ديسمبر 2020.

### **II - الاتفاقيات الدولية:**

- 1- إتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول و بين رعايا الدول الأخرى، الموقع عليها في واشنطن بتاريخ 18 مارس 1965 المصادق عليها في الجزائر بمقتضى الأمر رقم 95/04 المؤرخ في 21 جانفي 1995.
- 2- إتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لعام 1958، النص العربي مأخوذ من جريدة الرقابة المصرية الصادرة بتاريخ 5 مايو 1959 ملحق العدد رقم 35.
- 3- إتفاقية جنيف الأوروبية الموقعة في 21/04/1961.

### **III - القوانين:**

#### **أ: القوانين الوطنية:**

#### **الأوامر والقوانين :**

- 1- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.الجريدة الرسمية رقم

31

- 2- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل و المتمم للأمر رقم 75-58. الجريدة

الرسمية رقم 44.

3- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و

الإدارية. الجريدة الرسمية رقم 48.

#### **المراسيم التشريعية:**

1- مرسوم التشريعي 09/93 المؤرخ في 25 أفريل 1993، المعدل و المتمم للأمر 154/66

المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية رقم 27.

#### **ب: القوانين الأجنبية:**

1- قانون المرافعات المدنية السوداني لسنة 1984.

2- قانون المرافعات المدنية المصري الجديد (مرسوم 1981/5/12 المتعلق بالتحكيم الدولي، عبد

الحميد الأحديب: موسوعة التحكيم، الجزء الثاني.

3- قواعد التحكيم الخاصة بلجنة القانون التجاري الدولي لهيئة الأمم المتحدة C.N.U.D.C.I، لسنة

1985.

4- القانون النموذجي المعتمد من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1984.

5- اللائحة التنظيمية للغرفة التجارية الدولية بباريس النافذة سنة 1998.

6- اللائحة التنظيمية لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي 1984-2000

#### **VI- الإجتهاادات القضائية:**

1- الحكم الصادر عن المحكمة الفدرالية الألمانية بتاريخ 14 ماي 1952.

2- الطعن رقم 275 لسنة 36 قضائية جلسة 1971/12/16 مجموعة الأحكام الصادرة من لهيئة

العامة للمواد التجارية والمدنية ومن دائرة الأحوال الشخصية، العدد الأول مطبعة دار القضاء العالي،



1972، ص 179.

- 3- الطعن رقم 1259 لسنة 49 قضائية جلسة 1983/06/13 موسوعة التحكيم عدد 34،.
- 4- حكم محكمة استئناف باريس الصادر في 19 ديسمبر 1991 ومنشور في مجلة التحكيم عدد 1993،.
- 5- حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 20 ديسمبر 1993 منشور في جريدة القانون الدولي عدد 1994.
- 6- القضية رقم 13 لسنة 15 قضائية 1994/12/17 مجموعة الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا، الجزء السادس.
- 7- الطعن رقم 2660 لسنة 59 قانونية جلسة 1996/03/27، المكتب الفني رقم 47، الجزء الأول.

### ثانياً: المراجع:

#### I- باللغة العربية :

##### 1- الكتب:

- 1- إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولي الخاص-الكتاب الأول، مركز الأجنبي وتنازع القوانين 1992.
- 2- إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخالص، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 1997.
- 3- إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة،

.2002

4- إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي لخاص (الموطن ومركز الأجنبي)، دار النهضة العربية،

.2001

5- أبو العلا علي أبو العلا: القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم،

الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.

6- أبو الهيجاء محمد إبراهيم، التحكيم الإلكتروني - الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات، الوساطة،

التوفيق، المفاوضات المباشرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

7- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر لعربي، القاهرة، سنة

.1981

8- أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري وإلجباري، منشأة المعارف، القاهرة، 2001.

9- أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم (27) لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، دار

النهضة العربية، القاهرة، 2002.

10- أحمد حسان القندور، التحكيم في العقود الدولية لإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة،

.1997

11- أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة،

.2008

12- أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم التجاري الدولي والداخلي، الطبقة الأولى، دار النهضة العربية

القاهرة، 2004.

13- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة،  
2001.

14- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة  
الدولية، دراسة تأصيلية إنتقادية، دار النهضة العربية، 1989.

15- أحمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، القاهرة،  
2000.

16- أحمد مخلوف، إتفاق لتحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية،  
الطبعة الثانية، القاهرة، 2005.

17- أشرف وفا، تنازع القوانين في مجال القوانين في مجال الحقوق الذهنية للمؤلف، دار النهضة  
لعربية، القاهرة، 1999.

18- باسمة لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

19- ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية (إتفاقية إفيان 1980. مكتبة الجلاء المنصورة،  
1995.

20- جمال محمد الكردي: القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة  
العربية 2000 .

21- جمال محمود الكردي، حق المؤلف في العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، الطبعة

الأولى القاهرة، 2002.

22- حسام الدين فتحي ناصف، عقود الوسطاء في التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

23- حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1996.

24- حمزة حداد، دراسة في قانون التجارة الدولية، الدار المتحدة للنشر ببيروت، 1980.

25- حميد محمدي علي اللهيبي، المحكم في التحكيم التجاري الدولي الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

26- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في المشروعات الدولية المشتركة، دار الشروق، القاهرة، 2002.

27- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، 2002.

28- سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة ومدى خضوعه للقانون المصري، منشأة المعارف الإسكندرية، 1986.

29- سراج حسن محمد أبوزيد، التحكيم في عقود البترول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة، 2000.

30- صلاح الدين جمال الدين محمد، نظرات في القانون لواجب لتطبيق وفقا للمادة 01/42 من اتفاقية مركز تسوية الاستثمار (crdi)، دار النهضة العربية، 1996.

- 31- صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا (دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- 32- عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، الطبعة الثانية 1998.
- 33- عاطف شهاب، إتفاق تجاري لدولي والاختصاص التحكيمي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- 34- عامر فتحي البطانية، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الثقافة والنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2008.
- 35- عبد الحكيم مصطفى، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي لخاص، مكتبة النصر، جامعة القاهرة، 1991.
- 36- عبد الحميد الأحذب: التحكيم في البلاد العربية، الجزء الأول.
- 37- عبد الحميد الأحذب، ترجمة لنصوص تقنين المرافعات المدنية الفرنسية في موسوعة التحكيم، الجزء الثاني، التحكيم الدولي، دار المعارف، سنة 1998.
- 38- عبد الحميد الأحذب، قانون المرافعات المدنية لسنة 1981، الباب الخامس، التحكيم الدولي.
- 39- عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، الجزء الثاني.
- 40- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، الجزء الاول، المجلد الأول، 1981.

- 41- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المجتمع العربي الإسلامي، بيروت، لبنان، 1934.
- 42- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، الجزء الثاني تنازع القوانين، مكتبة النهضة المصرية، الطبعة الثالثة، مصر، 1957.
- 43- ، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، مجلة مصر المعاصرة، العدد 07 لسنة 1978.
- 44- عكاشة عبد العال، قانون العقوبات المصرفية الدولية، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة لدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- 45- فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 2001.
- 46- فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة الأولى، 2007.
- 47- فؤاد رياض وسامية راشد. الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، القاهرة، 1996.
- 48- فؤاد عبد المنعم رياض و سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني: تنازع القوانين، دار النهضة العربية 1974 .
- 49- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الجزء الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997.

- 50- فوزي محمد سامي، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة التاسعة عشرة، العدد 1-4 سنة 1988 .
- 51- محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع للبضائع، دار النهضة العربية، 1988.
- 52- محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- 53- محمد عبد العزيز علي بكره، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، دراسة في لنظام القانوني لقود المبركة بين الدول ولأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2000.
- 54- محمد مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة، 2007.
- 55- محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، الطبقة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- 56- محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- 57- محمود محمد هاشم، النظرية العامة متحكم في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول، اتفاق التحكيم، دار الفكر العربي، القاهرة، 1990.
- 58- مصطفى محمد الجمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، الفتح للطباعة و النشر، الطبعة الأولى، 1998 ص 213-214.

59- مصطفى نزو، سلطة المحكم الدولي في تعيين القواعد القانونية على موضوع النزاع، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

60- ممدوح محمد خيرى هاشم المسلمي، مشكلات البيع الإلكتروني عن طريق الانترنت في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2000.

61- منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2000.

62- هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014.

63- هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، 1995.

## 2- الرسائل و البحوث العلمية:

1- سامي مصطفى فرحان، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق جامعة عين شمس كلية الحقوق، 2006.

2- عوض الله شيبه الحمد السيد، النظام القانوني العقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الاجنبية الخاصة (مع دراسة تطبيقية على العقود المصرية) رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة أسيوط سنة 1992.

3- معاشر عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية في عقود المفتاح والانتاج في البلد، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1998.



4- هشام محمد إبراهيم السيد الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، سنة 2009.

5- غسان علي علي. الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي تثور بصدها. رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، سنة 2004.

6- مونية جمعي، التحكيم كنظام لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في ظل القانونيين الجزائري والمصري، رسالة ماجستير جامعة القاهرة، كلية الحقوق، سنة 2009.

### 3- المقالات العلمية:

1- أحمد الهواري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص. بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، كلية الشريعة والقانون، الفترة الممتدة من 10 إلى 12 ماي 2003.

2- علي البارودي، العرف التجاري (مكانته ودور القضاء والفقهاء في احترامه وتطويره، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد الأول، 1987.

3- أحمد صادق القشيري، الانتخابات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي الخاص 1965.

4- عز الدين عبد الله. تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، مجلة مصر المعاصرة، العدد 07 لسنة 1978.

5- محمد أبو العينين، المبادئ القانونية التي يقوم عليها التحكيم في الدول العربية والافريقية التي تبنت قانون اليونسترال النموذجي، بحث في مجلة التحكيم العربي، العدد الأول، 1999.

6- محمد أبو العينين، الوسائل البديلة لحل المنازعات، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي عن قواعد المناقصات و المزايدات، أسوان 1998.

#### 4- المواقع الإلكترونية:

- 5- [www.uobabylon.edu.iq](http://www.uobabylon.edu.iq)
- 6- <https://qistas.com>
- 7- [www.Aproarab.org-int-EtfaqiatInt-18](http://www.Aproarab.org-int-EtfaqiatInt-18).

#### II - باللغة الأجنبية :

- 1- B.gd dman-les valonte des parties etle role de l'arbitrage international rev- arb, 1981.
- 2- B.hugonnier, investissement directs, **coopération internationale et firmes multinationales, économique**, paris, 1984.
- 3- CF.affaires impex :colmar 29 novembre 1968,Revue de l'arbitrage 1968,.
- 4- CH Jabrosson.**La nation d'arbitrage**. L.G.D.J .Paris, 1987.
- 5- CH. Brocher courde droit international prive, paris.
- 6- Ch.Jarrosson, la notion d'arbitrage, paris, L.G.D.J, 1987.
- 7- F. Klein.Du Caractaire Autonome de la clause compromissoire en Matière D'arbitrage international- REV-crit.
- 8- Goldman, un bataille judiciaire de lex mercatoria, rev Arb, 1983, n30.
- 9- hoge road, 17/12/1935,nerderladse jurisprudentie(nj)1936,no 42.
- 10- Jean Michel Jacquet, le contrat international. Edition Dalloz (collection du droit.

- 11- Jean Robert, **l'arbitrage, droit interne, droit international privé** édition dalloz ; 1993.
- 12- K.Medjad. **droit international des affaires, le contrat international** Nathan université.
- 13- M.issad-le décret algerien du 23 avril, 1993, relatif al'arbitrage international, rev, arb, 1993.
- 14- minoci l'arbitrage, facteur d'unification du droit et d'éliminer les conflits des lois.crit.1996.
- 15- Mohamed Bejaoui, l'évolution des conception et de la pratique algérienne en matière d'arbitrage international, REV MUTATIONS n 3, 1997.
- 16- Monatsschrift fur devtsches recht (md.r)1952.
- 17- Nour-Eddine terki .l'arbitrage commercial international en Algérie. office de publications universitaires. Ben aknoun. Alger 1999.
- 18- Paris 26 Février 1988. Rev .arb, 1990.
- 19- PH. France scakis. **Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits des lois.** Crit.1966.
- 20- PH-fouchard-e.gaillard B. goldman, trate de l'arbitrage comercial-international-litec, 1996.
- 21- Pierre Lalive, Emmanuel gaillard.le nouveav Droit de l'arbitrag international en suisse, JDI, N-4, 1989.
- 22- R.David, l'arbitrage dans le commerce international, Economica, 1982.

# الفهرس

01	.....	مقدمة
11	.....	الباب الأول: إتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه:
13	.....	الفصل الأول: إتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية:
15	.....	المبحث الأول: مفهوم عقود التجارة الدولية
16	.....	المطلب الأول: تعريف عقود التجارة الدولية:
17	.....	الفرع الأول: عقود التعاون الصناعي:
18	.....	الفرع الثاني: عقود الخدمة:
19	.....	الفرع الثالث: عقود تقسيم الإنتاج:
19	.....	الفرع الرابع: عقود نقل التكنولوجيا:
19	.....	الفرع الخامس: عقود التجارة الإلكترونية:
21	.....	المطلب الثاني: مبدأ سلطان الإرادة في عقود التجارة الدولية:
23	.....	المطلب الثالث: عقود التجارة الدولية والقانون الدولي الخاص:
23	.....	الفرع الأول: تعريف قانون التجارة الدولية وخصائصه:
23	.....	أولاً: تعريف قانون التجارة الدولية:
24	.....	ثانياً: خصائص قانون التجارة الدولي:
27	.....	الفرع الثاني: معايير دولية العقد وتنازع القوانين:
28	.....	أولاً: المعيار القانوني:
30	.....	ثانياً: المعيار الاقتصادي:
32	.....	ثالثاً: المعيار المختلط أو المزدوج:
35	.....	المبحث الثاني: مفهوم التحكيم وطبيعته القانونية:
36	.....	المطلب الأول: تعريف التحكيم وصورة:
36	.....	الفرع الأول: تعريف التحكيم:
36	.....	أولاً: تعريف الفقه للتحكيم:
38	.....	ثانياً: تعريف التشريعات للتحكيم:
40	.....	ثالثاً: تعريف القضاء للتحكيم:
42	.....	الفرع الثاني: صور اتفاق التحكيم:
42	.....	أولاً: شرط التحكيم:
44	.....	ثانياً: مشاركة التحكيم:
46	.....	ثالثاً: شرط التحكيم بالإحالة:

- 49.....المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم:
- 49.....الفرع الأول: موقف الفقه من الطبيعة القانونية للتحكيم:
- 49.....أولاً: النظرية العقدية:
- 51.....ثانياً: النظرية القضائية:
- 53.....ثالثاً: النظرية المختلطة:
- 54.....رابعاً: النظرية المستقلة:
- 57.....الفرع الثاني: موقف التشريعات في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم:
- 61.....الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم:**
- المبحث الأول: المنهجية الموضوعية في تحديد القانون الواجب التطبيق على
- 63.....موضوع اتفاق التحكيم:
- 64.....المطلب الأول: مبررات إعمال منهج القواعد الموضوعية:
- 67.....المطلب الثاني: مبدأ استقلال شرط التحكيم والاختصاص بالاختصاص:
- 67.....الفرع الأول: مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي:
- 73.....الفرع الثاني: مبدأ الاختصاص بالاختصاص:
- 78.....المطلب الثالث: مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن سائر القوانين الوطنية:
- المبحث الثاني: منهج قواعد الإسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق على
- 82.....موضوع اتفاق التحكم:
- 84.....المطلب الأول: قانون الإرادة الصريحة:
- 91.....المطلب الثاني: قانون العقد الأصلي:
- 98.....المطلب الثالث: قانون مقر التحكيم:
- 98.....الفرع الأول: قانون مقر التحكيم باعتباره ضابط الإسناد الأصلي:
- 99.....الفرع الثاني: قانون مقر التحكيم باعتباره قانون الإرادة الضمنية:
- 101.....الفرع الثالث: إعمال قانون التحكيم باعتبار اتفاق التحكيم جزءاً من الإجراءات:
- 103.....المطلب الرابع: القانون الأصلح لاتفاق التحكيم:
- 107.....المبحث الثالث: القانون الواجب التطبيق على شكل اتفاق التحكيم:
- 108.....المطلب الأول: نطاق الشكل في اتفاق التحكيم:
- 109.....الفرع الأول: القوانين الوطنية:
- 112.....الفرع الثاني: الاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية:
- 116.....المطلب الثاني: إعمال قواعد الإسناد الخاصة بالعقد الدولي على شكل اتفاق التحكيم:
- 117.....الفرع الأول: تطبيق قانون محل إبرام على شكل العقد الدولي:

- الفرع الثاني: أساس قاعدة قانون محل الإبرام وخصائصها: 118.....
- الفرع الثالث: اختلاف قاعدة إسناد شكل العقد عن قاعدة إسناد شكل دليل إثباته: 120.....
- الفرع الرابع: إعمال قاعدة قانون محل الإبرام على شكل اتفاق التحكيم: 123.....
- المطلب الثالث: المنهجية الموضوعية في شكل اتفاق التحكيم: 126.....
- الباب الثاني: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع: 130.....
- الفصل الأول: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم: 133.....
- المبحث الأول: موقف كل من الفقه والاتفاقيات الدولية وقواعد التحكم ذات الطبيعة الدولية: 134.....
- المطلب الأول: موقف الفقه: 134.....
- الفرع الأول: خضوع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة: 135.....
- أولاً: مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم: 138.....
- ثانياً: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف: 140.....
- 1- تطبيق القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع: 140.....
- 2- قانون الدولة مقر التحكيم: 142.....
- 3- تحديد إجراءات التحكيم بواسطة هيئة التحكيم: 145.....
- الفرع الثاني: إخضاع إجراءات التحكيم لقانون مقر التحكيم: 146.....
- المطلب الثاني: موقف الاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية: 151.....
- الفرع الأول: موقف الاتفاقيات الدولية: 151.....
- أولاً: خضوع إجراءات التحكيم لقانون إرادة الأطراف و قانون مكان التحكيم: 151.....
- ثانياً: قانون الإرادة المستقلة و الدور الإحتياطي لقانون مكان التحكيم: 153.....
- ثالثاً: قانون الإرادة المستقلة أو القانون المختار بواسطة المحكمين: 154.....
- الفرع الثاني: موقف قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية: 158.....
- المبحث الثاني: موقف التشريعات الوطنية وأحكام التحكيم: 166.....
- المطلب الأول: موقف التشريعات الوطنية: 166.....
- المطلب الثاني: موقف أحكام التحكيم: 174.....
- الفرع الأول: أحكام التحكيم التي أخضعت إجراءات التحكيم للقانون الدولي العام: 174.....
- الفرع الثاني: أحكام التحكيم التي أخضعت إجراءات التحكيم لقانون الدولة مقر التحكيم: 179.....
- الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع: 187.....
- المبحث الأول: خضوع العقد لقانون الإرادة: 188.....

المطلب الأول: مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع:...	189
الفرع الأول موقف الفقه:.....	189
الفرع الثاني موقف التشريعات:.....	190
الفرع الثالث موقف الهيئات الدولية للتحكيم:.....	201
المطلب الثاني التحكيم الذي يكون أحد أطرافه من أشخاص القانون العام:.....	204
المبحث الثاني سلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع:.....	211
المطلب الأول تحديد القانون الواجب التطبيق بواسطة قواعد تنازع القوانين:.....	212
الفرع الأول مبررات إعمال المحكم لنظام تنازع القوانين:.....	213
أولاً: اختلاف المحكم الدولي عن القاضي الوطني:.....	216
ثانياً: تمتع المحكم الدولي بحرية واسعة:.....	217
ثالثاً: موقف الاتفاقيات الدولية:.....	220
1-الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي جنيف 1961:.....	220
2-اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار واشنطن 1965:.....	220
الفرع الثاني طريقة اختيار المحكم لقواعد الإسناد الواجبة التطبيق:.....	223
أولاً: قانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك:.....	223
1-الجنسية المشتركة للأطراف المتعاقدة: .....	224
2-الموطن المشترك للأطراف المتعاقدة:.....	224
3-تطبيق قانون الجنسية المشتركة و قانون الموطن المشترك:.....	225
ثانياً: نظام التنازع الذي تحدده إرادة الأطراف المتعاقدة:.....	227
1-الاختيار الصريح لنظام تنازع القوانين:.....	228
2-الاختيار الضمني لنظام تنازع القوانين:.....	229
ثالثاً: إعمال المحكم لنظام تنازع القوانين في دولة مقر التحكيم:.....	231
رابعاً: إعمال المحكم لنظام تنازع القوانين في الدولة التي يحكم قانونها إجراءات التحكيم:.....	234
المطلب الثاني التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق دون الاستعانة بقواعد تنازع القوانين:.....	236
المطلب الثالث كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق في أحكام التحكيم:.....	239
الفرع الأول: التحديد المباشر:.....	239
الفرع الثاني: التطبيق الجامع لأنظمة تنازع القوانين المرتبطة بالنزاع:.....	240
الفرع الثالث: اللجوء إلى المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص:.....	242
الخاتمة:.....	245



256.....قائمة المصادر و المراجع:

270.....الفهرس:

الملخص

أصبحت عقود التجارة الدولية تكتسي دورا هاما في تحريك و إنعاش الحياة الاقتصادية العالمية، خاصة بعد ظهور أنواع جديدة من العقود، و الالتجاء المتزايد للأشخاص للتعامل بها نذكر منها مثلا العقود الإلكترونية، لهذا استوجب علينا كباحثين في مجال القانون الدولي للأعمال تكثيف البحوث التي تتعلق بهذا المجال، خاصة بعد انتشار تفضيل الأطراف المتعاقدة حل ما قد ينشأ بينهم من نزاعات بطريقة التحكيم.

فنظام التحكيم له علاقة وثيقة بعقود التجارة الدولية، فبدون وجود عقد لا يمكن حتى تصور وجود اتفاق تحكيم، لذلك فإن هذا الاتفاق، إما أن يكون في أحد بنود العقد، و هو ما يعرف بشرط التحكيم و يكون سابقا للنزاع، و إما أن يكون في اتفاق لاحق بمناسبة نشوء نزاع بين الأطراف، و هو ما يعرف بمشاركة التحكيم، و مهما كانت الصورة التي يأخذها اتفاق التحكيم فإن ذلك لا يمنعه من أن تكون له طبيعة خاصة تجادل فيها الفقهاء وظهرت مجموعة من الآراء لكل منهم حججه و براهينه.

فالطبيعة الخاصة لنظام التحكيم تجعله مختلف كل الاختلاف عن ما هو معروف و مألوف في الأنظمة القضائية، و خاصة فيما يتعلق بمجال تنازع القوانين، حيث أن الأطراف هنا يملكون حرية واسعة في اختيار القانون الذي يروونه مناسبا لحكم علاقاتهم في جو من السرعة و بساطة الإجراءات، فتكاد جميع التشريعات، و المعاهدات الدولية و الهيئات الدائمة للتحكيم، تقر بهذا المبدأ.

و هذه الحرية لا تعني فقط القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، بل تتعداها إلى القوانين الواجبة التطبيق على اتفاق التحكيم، و إجراءات الخصومة التحكيمية، لذلك فإننا نقول أن إشكالية تنازع القوانين تطرح في أي مرحلة يكون عليها التحكيم ابتداء من اتفاق التحكيم، مروراً بالإجراءات التي سوف تحكم الخصومة التحكيمية و صولا إلى القانون الذي سوف يحكم موضوع النزاع، و هذا يعني أن نظام التحكيم يقر بالفكرة، التي مفادها إمكانية تطبيق قانون مختلف في كل مرحلة يكون فيها.

إلا أنه قد يحدث أن يهمل الأطراف اختيار القوانين التي سوف تنظم علاقتهم التحكيمية، أو قد لا يتمكنوا من الوصول إلى اتفاق، هنا يظهر دور المحكم و ما خوله له القانون من حريات واسعة للتصدي لهذه الإشكالية، إلا أن حرية المحكم تبقى دائما مقيدة لعدم ارتباطها بالمصلحة كما هو الحال بالنسبة للأطراف، فيجب عليه أن يكون دائما محايدا، وأن يطبق الآليات المناسبة حتى يتمكن من التوصل إلى تطبيق القانون المناسب دون إهدار حقوق الأطراف المتنازعة.

## ———— *resumé*

Les contrats commerciaux internationaux sont devenus un rôle important pour faire bouger et relancer la vie économique mondiale, en particulier après l'émergence de nouveaux types de contrats et le recours croissant aux personnes pour les traiter. Nous mentionnons, par exemple, les contrats électroniques.

C'est pourquoi nous, en tant que chercheurs dans le domaine du droit des affaires internationales, avons dû intensifier les recherches dans ce domaine. Surtout après la diffusion de la préférence des parties contractantes pour la résolution des différends qui peuvent surgir entre elles par arbitrage. Le système d'arbitrage a une relation étroite avec les contrats commerciaux internationaux, donc sans l'existence d'un contrat, il n'est même pas possible d'imaginer l'existence d'une convention d'arbitrage, donc cet accord est soit dans l'un des termes du contrat, qui est ce que l'on appelle la clause d'arbitrage et précède le différend, soit il est dans un accord.

Postérieurement à l'émergence d'un différend entre les parties, ce qu'on appelle la stipulation d'arbitrage, et quelle que soit l'image de la convention d'arbitrage, cela ne l'empêche pas d'avoir un caractère particulier dans lequel les juristes se sont disputés et un ensemble d'opinions a émergé, chacun ayant ses arguments et ses preuves. La nature particulière d'un système d'arbitrage le rend complètement différent de ce qui est connu et familier dans les systèmes judiciaires, notamment en ce qui concerne le domaine des conflits de lois, car les parties ont ici une grande liberté pour choisir la loi qu'elles jugent appropriée pour régir leurs relations dans une atmosphère de rapidité et de simplicité des procédures, il est donc presque. Toutes les législations, traités internationaux et organes permanents d'arbitrage reconnaissent ce principe.

Et cette liberté ne signifie pas seulement la loi qui est applicable à l'objet du litige, mais l'étend aux lois qui sont applicables à la convention d'arbitrage, et aux procédures d'arbitrage contentieux, nous disons donc que le problème de conflit de lois se pose à tout stade où l'arbitrage est, à partir de la convention d'arbitrage, en passant par les procédures qui sont. Le litige d'arbitrage régira jusqu'à la loi qui régira l'objet du litige, ce qui signifie que le système d'arbitrage reconnaît l'idée, selon laquelle la possibilité d'appliquer une loi différente à chaque étape dans laquelle il se situe. Cependant, il peut arriver que les parties négligent le choix des lois qui régiront leur relation d'arbitrage, ou qu'elles ne parviennent pas à parvenir à un accord, apparaît ici le rôle de l'arbitre et les larges libertés que la loi lui a autorisées à aborder ce

## ———— *resumé*

problème, mais la liberté de l'arbitre reste toujours restreinte car elle n'est pas liée à l'intérêt. Comme c'est le cas pour les parties, il doit toujours être impartial et appliquer les mécanismes appropriés afin de pouvoir parvenir à l'application de la loi appropriée sans porter atteinte aux droits des parties au conflit.