جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم القانون العام

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص قانون دولي اقتصادي

عنوان

التحكيم التجاري الدولي

قانون واجب التطبيق

من إعداد الطالب : تحت إشراف الأستاذة :

- **بختي قدور- مجبر فتيحة**

أعضاء لجنة المناقشة :

▪	رئيسا
▪ أ/ مجبر فتيحة :	مشرفا و مقررا
▪	عضوا مناقشا

السنة الجامعية : 2017/2016

بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

الحمد لله الذي وفقنا لهذا

و لم نكن لنصل إليه لو لا فضل الله علينا أما بعد

و أهدي هذا العمل المتواضع

إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله لي اللذان ساهما في

تعليمي في إتمام هذا العمل من قريب او من بعيد

و الحمد لله من قبل و من بعد.

شكر وتقدير

بسم الله و الحمد لله نحمده و نستعين به

و الصلاة و السلام على رسول الله سيد الخلق و هادي البشرية

شكري لله تعالى الذي أنار دربنا إلى الطريق الصحيح و وفقنا في انجاز هذه الثمرة من العمل نشكره شكرا حتى يرضى.

وأتقدم بالشكر إلى كل أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة مستغانم وإلى جميع أساتذتي على مساعدتهم لنا.

كما أشكر الأستاذة المشرفة**مجبر فتيحة** على ملاحظاته الهامة ومنحه لي الوقت بالرغم من إلتزاماتها الكثيرة.

كما أشكر اللجنة على قبولها مناقشة هذا العمل البسيط ومنحها لي البعض من وقتها.

كما أتوجه بالشكر إلى طاقم مكتبة كلية الحقوق والعلوم السياسية.

خطة البحث:

المقدمة

الفصل الأول : تعريف التحكيم و القانون الواجب تطبيق على اجراءات التحكيم

المبحثالأول: ما هية التحكيم وفقا لإجراءات الهيئات الدائمة

- المطلبالأول :تعريف التحكيم التجاري و أهميته
- المطلبالثاني :التحكيم في حالات خاصة ووفق لإجراءات الهيئات الدائمة

المبحثالثاني : مبدأ كفالة حقوق الدفاع لأطراف الخصوصية في إجراءات تسير المنازعة

- المطلبالأول: مبدأ كفالة حقوق الدفاع في إجراءات سير المنازعة
- المطلبالثاني: علاقة مبدأ كفالة الحقوق بالنظام العام

الفصل الثاني :القانون الواجب تطبيق في موضوع النزاع و تطبيق القواعد العبر الدولية

المبحث الأول :التحكيم في إطار اختيار الخصوم للقانون و مبدأ تنازع القوانين و أعراف التجارة الدولية

- المطلب الأول : تحكيم في إطار اختيار الخصوم للقانون و فبإطار مبدأ تنازع القوانين
- المطلب الثاني : تحكيم وفق اعراف التجارة الدولية

المبحث الثاني: تطبيق القواعد عبر الدولية في تحكيم التجاري الدولي

- المطلب الأول :تطبيق قواعد عبر الدولية في التحكيم التجاري الدولي
- المطلب الثاني: تطبيق القواعد العبر الدولية دون إسناد الى اتفاق

مقدمـة عـامة

مقدمة :

يعتبر التحكيم التجاري القديم قدم البشرية حيث أنه لم يقتصر علي حضارة معينة ، قديما قال أرسطوا فيلسوف اليونان : أن أطراف النزاع تفضل التحكيم علي القضاء ، ذالك أن المحكم يرى العدالة بينما لا يعتد القاضي إلي بالتشريع .

يوم يردد الفقه المعاصر ما انبأبه أرسطو ، حيث أن تطور التحكيم التجاري و اتساع مجاله هو بمثابة رد فعل مضاد لعرفيه قانون القضاة و يعبر عن رغبة أطراف المنازعة في التخلص منه

التحكيم التجاري الدولي نظام أساسي لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم مباشرة أو عن طريق أية وسيلة أخري يرتضونها .بمعني أخر يجوز أن يكون التحكيم مكنة أطراف النزاع بإقصاء منازعاتهم عن الخضوع لقضاء المحاكم المخول لها طبقا للقانون.

كما تحل خصوماتهم طبقا لمبادىء أكثر راحة من تلك التي يتضمنها القانون الوضعي .

إذا كان مصطلح التحكيم التجاري الدولي لم يستعمل في أول مرة إلا في مؤتمر الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي الذي إنعقد بنيويورك إنتهي بالتوقيع علي اتفاقية نيويورك سنة 1958 بشأن اعتراف و تطبيق القرارات الأجنبية إلا أن ارهاماتوجوده ترتد إلي عصور قديمة[1].

كما أن مصطلح التحكيم التجاري رغم حداثته إلي أنه قد ارتبط بالتجارة الدولية و تبادل التجاري بين الشعوب و ازدهار هذه التجارة ، حيث كانت هذه الأخيرة هي المرتع الخصيب لإنماء و تطوير قواعده .

كما أن اتساع التجارة الدولية يعتبر من بين إحدى أسباب انتشاره .

و إذا كان التحكيم يستهدف إقامة العدل بين الطرفي الخصومة فإنه يستهدف كذلك و بذات الدرجة حفظا على سلامة بينها ، و ذلك لأن إلتجاء إلي التحكيم يراد به الحصول علي حل للنزاع مع رغبة في المصالحة و هو يتفادى باذلك الثأر الخاص دون أن يتضمن كما يري البعض التنازلي عن القانون[2].

[1]- أبو زيد رضوان ، الأسس العامةفي التحكيم التجاري، دار الفكر العربي ، طبعة 1 ، سنة 1998 ، ص70

[2]- طالب حسين موسي ، قانون التجارة الدولية – دار الثقافة للنشر و التوزيع ، طبعة رقم 4 ص 22

كما أن التحكيم يؤدي إلي التقليل من حالات تنازع القوانين فشرط التحكيم لا يخضع لأحكام القانون الدولي الخاص ، كما أن الالتجاد إلي التحكيم في تجارة الدولية قد يكون تنفيذا لأحد شروط العقد الذي تمخضتت عنه المنازعة و هو الأمر الأكثر شيوعا في العقود الدولية ذات الشكل النموذجي .

و كذلك كون اللجوء إليه تنفيذا لمشاركة مستقلة يبرمها أطراف الخصوم[1] و نشير في الأخير ان المشرع الجزائري قد أخذ بالتحكيم مؤخرا و ذلك بالمرسوم التشريعي رقم 93-09 الصادر في 25 أبريل سنة 1993 ، و يرجع الكلام عنه في الجزائر إلي غداة الاستقلال .

و في هذا المجال و بصدد دراستنا لهذا الموضوع يستلزم الأمر الإجابة عن عدة تساؤلات و الجدير بالطرح منها :

- ما هو التحكيم و ما هي أهميته ؟
- و ما هو القانون الواجب تطبيق في التحكيم علي الإجراءات و الموضوع ؟
- ما هي القواعد العبر الدولية و كيف يتم تطبيقها علي النزاع ؟

[1] - الدكتور منير عبد السعيد الكاتب الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي ، دار النشر منشأة المعارف طبعة سنة 2000 ص 102.

الفصل الأول

تعريف التحكيم و القانون الواجب التطبيق على التحكيم

مقدمة :

إن دراستنا في هذا الفصل الأول الخاص بالتحكيم تعريفه و القانون الواجب التطبيق علي الإجراءات التحكيم يقتضي التطرق إلي تعريف التحكيم بإعتباره أداة فعالة في حل النزاعات التي تطرح علي الأشخاص أو تسويتها في عدة مسائل يريدون حلها بالطرق يرتظونها .

إد هو الوسيلة المثلي التي يرجع إليها البعض من خلال محامين يختارون بأنفسهم و ذلك لأن هؤولاء الخصوم لهم مطلق الحرية في ذلك مقارنة مع حل النزاع أمام المحاكم و ذلك لعدة إعتبارت منها : سرعة الفصل في النزاع حيث تستغرق وقتا أقل من الوقت الذي تطلبه نضر الدعوى لدي المحاكم و يكون بأقل كلفة بمقارنته مع مصاريف التقاضي[1].

عدم إفشاء أسرار المنازعات مقارنة مع علانية القضاء و هو بذلك الأمر الذي تنفر منه الأوساط الاقتصادية و التجارية علي الصعيد الدولي .

و تطرقنا أيضا في هذا الفصل إلي القانون الإجرائي الذي يحكم المنازعة المطروحة علي التحكيم .

أو بمعني أخر تبيان القواعد التي تكون بمثابة البنية القانونية الإجرائية التي يسير ليها المحكم الدولي لإصدار قراره و في الواقع تعتبر هذه المسألة من المسائل الهامة و التي تطرح إشكالا كبيرا في موضوع التحكيم التجاري الدولي .

و أساس وجود الأشكال هو عدم الاتفاق علي قانون محدد يحكم إجراءات السير المنازعة المطروحة أمام ساحة التحكيم التجاري الدولي . فالاستقلالية شرط التحكيم يمنح الاطراف الحرية إختيار مسار الاجراءات . و لقد أشارات إلي تلك الحرية علي سبيل المثال المادة السابعة من الاتفاقية الأوروبية الموقعة في جنيف 1961 بما نصت عليه " أن الأطراف لهم الحرية في تحديد القانون الذي يجب ان يطبقه المحكمون علي لنزاع " . غير أنه في غالب الأحيان لا يمكن توسيع مجال حرية الخصوم عندما تكون المنازعة منبثقة علي أحد العقود النموذجية الدولية التي يحكم المنازعات فيها أما القانون الوطني أو القواعد العرفية ، أو أن تخضع المنازعات التي تتعلق بهذه العقود للقواعد التي تحددها الهيئات .

[1] - الدكتور طالب حسن موسي – قانون التجارة الدولية– دار الثقافة للنشر و التوزيع – طبعة رقم 4 سنة 2013 ص 12

المبحث الأول : ماهية التحكيم و وفقا لإجراءات الهيئات الدائمة :

التحكيم هو الاتفاق بين طرفي العلاقة علي إحالة النزاع الذي قد ينشأ بينهما إلي هيئةمكونة من شخص أو أكثر يسمون المحكمين و ذلك للفصل فيه وفقا للبنود و الشروط التي يتفق عليها الطرفين و ذلك بدلا عن اللجوء إلي القضاء العادي لحل النزاع . أما هيئة التحكيم فيشترط لتكوينها ثلاثة عناصر بحيث إذا تخلف أحدها أو كلما صار التحكيم باطلا و من الشروط أن يكون عدد المحكمين فردا و ليس زوجا .

المطلب الأول: تعريف التحكيم التجاري الدولي و أهميته .

لقد اتسم مفهوم التعريف التحكيم التجاري الدولي كطريقة لحل النزاعات في البداية بالبساطة .ذلك أن المفهوم قد ظهر في المؤسسات القانونية البدائية ثم استمر بعد إنشاء القضاء من طرف الدولة بسبب إرادة الأطراف النزاعات تفادي الشكليات و الإجراءات التي يتسم بها القضاء[1]و تكريس حق اللجوء إلي التحكيم لا يعني بأي حال من الأحول الاستخفاف بالمؤسسة القضائية و تجاهل دورها الفعال في تكريس العدالة و إنما يندرج في سياق البحث عن طريقة لفصل النزاعات بشكل أفضل .

الفرع الأول : تعريف التحكيم التجاري الدولي:

يبدوا إيجاد المعيار لوصف دولية التحكيم عملا سهلا فالتحكيم الوطني هو التحكيم الذي تكون مكوناته أو عناصره من موضوع النزاع إلي جنسية و محل إقامة طرفي النزاع و المحكمين و القانون الواجب تطبيق و مكان جريان التحكيم فإذا كانت هذه لا تنتمي كلها الي دولة معينة فاتحكيم هنا غير وطني أو بتعبير أوضح هو تحكيم أجني أو دولي .

و الغرض أن المعاملات التجارية الدولية تتدخل فيها عنصر أو أكثر يتصل ببلد أجنبي و من ثم ففي هذا الميدان الظاهر أن التحكيم لن يكون وطنيا أبدا مما يتعين وصف التحكيم غير الوطني أنه أجنبي أو دولي فالراجع أن جنسية المحكمين و إختلاف جنسية طرفي النزاع محل إقامتهم لا يجعل التحكيم أجنبيا من جهة نضر القانون الوطنى بل و لا مكان لنضر النزاع بوجه عام فلا يبقي منا سوي معيار إجرائي أو

[1] - دكتور قادري عبد العزيز ، الاستثمارات الدولية التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات ، دار هومة ، الجزائر سنة 2004، ص221.

موضوعي فيري البعض أن التحكيم يكون أجنبيا حينما يجري وفقا الإجراءات خاضعة للقانون أجنبي أو وفقا لإجراءات حددتها اتفاقية دولية أو وفقا للائحة إجراءات وضعتها منضمة التحكيم أجنبية أو دولية[1]

يفيد هذا المعيار الاجرائي في بيان الصفة الاجنبية للتحكيم و القرار الذي إنبثق منه حين يطلب تنفيذه أمام قاضي معين

يعرف القانون الفرنسي وفقا للمادة 1492 من القانون مرفعات المدنية الجديد الفرنسي :

International l'arbitrage qui met en couse des inertes du commerce international

التحكيم الدولي هو ذلك التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية .

و يشير هذا صراحة بأنه لم يأخذ بالمعيار المذكورة سالفا كالاختلاف الجنسية الأطراف أو المحكمين أو مكان توقيع العقد أو تنفيذه أو مكان إجراء التحكيم .

إنما أخذ بالطابع الاقتصادي للنزاع بكونه تجاريا دوليا .

فقد قضت محكمة الاستئناف باريس بان التحكيم الجاري بين شركة ليبية و شركة سويدية في نزاعهما بشأن تنفيذ عقد لبناء و تسليم ثلاث ناقلات بترول في السويد .يمثل هذه المسألة لها علاقة بالتجارة الدولية .

قضت محكمة التمييز الفرنسي بأن التحكيم الجاري بين الفرنسيين أحدهم يقيم في كندا بشأن عقد وكالة توزيع أنابيب منتجة في فرنسا لتوزيعها وكالة عن فرنسي الأخر في كندا و أمريكا .

التحكيم الجاري بشأن هذا النزاع له علاقة بمسائل التجارة الدولية فالمعيار الموضوعي و لو أن طابعه الاقتصادي أو الجغرافي إلا أنه سهل الاستخدام فهو يتفق مع الحقيقة الاقتصادية لتجارة الدولية التي تجري عبر الحدود للدول .

[1] - الدكتور منير عبد المجيد –التنضيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي . منشأة المعارف .سنة 1997 ص 8

إن هذا المعيار هو الذي مكن القضاء الفرنسي إيجاد قواعد موضوعية خاصة بهذا التحكيم كما أنه يعتبر خطوة في توحيد قانون التجارة الدولية [1].

و أكد القضاء الفرنسي علي المعيار الموضوعي بقضائه بأن مكان التحكيم أو جنسية المحكمين لا علاقة لهما بالتحكيم التجاري الدولي و يكون التحكيم التجاري دوليا عندما يتناول مسائل تعود للتجارة الدولية.

أما تعريفه وفقا للقانون الجزائري

فقد جاء في نص المادة 458 مكرر يعتبر التحكيم التجاري دوليا التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدوليةو الذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الأطراف علي الأقل في الخارج[2]

كما عرفه البعض نظام لتسوية النزاعات

في حين يمكن تعريف هذا التحطيم بأنه الاتفاق على إحالة النزاع المتصل بمسألة من مسائل المتعلقة بالتجارة الدولية و الناشئ بين الخصوم إلي جهة غير المحاكم للفصل فيه.

ويكون القرار التحكيمي الصادر ملزما لهم و يسمى الاتفاق علي التحكيم في النزاع معين مشاركة التحكيم أو اتفاق التحكيم أو عقد التحكيمي أو وثيقة التحكيم.

فرع الثاني : أهمية التحكيم التجاري الدولي :

يلعب التحكيم التجاري الدولي دورا بارز كوسيلة لتوحيد قانون المجتمع التجار علي الصعيد الدولي إذ انه يحيل إلى قانون المهنة في التجارة الدوليةو أعرافها و أكثر من إحالته إلى فكرة غامضة للعدالة يصعب كثير علي المحكمين ضبط و تحديد معناها و هو بذلك يعيق التجارة الدولية من الخضوع للقواعد الصماء في القوانين لوطنية ويتفادى الشكوك التي يضهرها أطراف هذه التجارة في القضاء الوطني .

[1] - الدكتور ثروت حبيب شرح القانون التجاري الجديد ، دار النهضة العربية ، طبعة 1 سنة 1998 ص 117

[2] - عليوشقربوع كمال– قانون الاستخبارات في الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية طبعة 1 سنة 1999 ص 192

فضلا عما يوفره من سرعة في كل النزاعات و الإبقاء علي الوفاق بين الأطراف و عدم إفشاء الأسرار المنازعات نتيجة لعلانية القضاء ،و الأمر الذي تنفر منه الأوساط الاقتصادية و التجارية علي الصعيد الدولي .

إن التحكيم التجاري الدولي يعب الآن دورا أساسيا في تكوين و صياغة قانون المهني أو إن أردنا القول قانون تعاوني خاص بالتجارة الدولية .و هو قانون غير وطني يبتعد عن قانون الدولة و أيضا عن القانون الدولي العام الذي ينضم علاقات الدول مع بعضها البعض و لقد أصبح التحكيم التجاري الدولي نظاما قضائيا عالميا يعلو فوق النظم القضائية الوطنية .كما أنه تغلب إلي حد ما علي عدم الثقة الناجمة إختلاف النظم الاقتصادية و السياسي للمتعاملين في التجار الدولية[1] .

يذهب البعض إلي القول بأن الدور الذي يقوم به التحكيم ربما قد تخطي بكثير ذلك الدور الذي تقوم به القواعد القانونية الوطنية لحل مشكلة تنازع القوانين التي تكاد أن تفقد ضرورتها تماما نتيجة لتوحيد القواعد القانونية الموضوعية لتجارة الدولية من خلال فعالية شروط التحكيم .

فضلا عن اتفاقيات التجارة الدولية و العقود ذات الشكل النموذجي حسبان أن المنهج التقليدي في القانون الدولي الخاص هو تحديد القانون واجب تطبيق عن طريق إعمال قواعد التنازع القوانينلم يعد مؤهلا الآن لحل المشاكل التي يطرحها واقع العلاقات القانونية علي مستوي العالمي لا سيما تجارة الدولية .

بل بعض من الفقه يذهب إلي القول بأنه مادام ان التحكيم التجاري الدولي يحمل بذاته جذور توحيد القانون التجاري الدولي فإن ذلك يعني اختفاء القانون الدولي الخاص أو علي الأقل سيكون بمستطاع علي نضام التحكيم التجاري الدولي أن ينشأ قانون خاص دولي ليحل محل قانون دولي خاص .

لم يعد التحكيم التجاري سلطة يجب استظهار محاسنها بل أصبح ضرورة يفرضها واقع التجارة الدولية[2].

لم يعد دوره قاصر علي فض النزاعات بعد نشوءها بل أصبح في نضر الكثير من اعضاء المؤتمر الدولي الرابع للتحكيم المنعقد في موسكو سنة 1972 و المؤتمر الدولي الخاص المنعقد في لندن سنة 1974.

[1] - الدكتور أبو زيد رضوان نفس المرجع السابق ص 82

[2] - تقرير عن مؤتمر الثالث المنعقد في فينيسيا 1969 ص :260

أداة فعالة يجب إستخداها لتفادي القيام المنازعات أثناء مفاوضات إبرام العقود الدولية طويلة المدى التي تتعلق بتصنيع أو نقل التكنولوجيا أو المشاركات المشتركة أو أثناء تنفيد هذه العقود[1] .

لقد حضي التحكيم التجاري الدولي بإهتمامات الدول منذ مايو علي نصف قرن فأبرمت بشأنه الكثير من الاتفاقيات و البروتوكولات الدولية .

منها إتفاقيةمونتيفيديو الموقع بتاريخ 08 يناير 1889 و المعدلة بتاريخ 19 مارس 1940 الخاصة بقانون الاجراءات التي تسري علي التحكيم و البروتوكلجونيف في سبتمبر 1923 و خاص بشروط التحكيم و قد تم ذلك بإشراف عصبة الأمم .

إتفاقيةجونيف في ديسمبر 1927 الخاصة بتنفيذ قرارات تحكيم الاجنبية و كذلك قد إنتشرت مراكز و هيئات دائمة للتحكيم التجاري الدولي في الدول الرأس المالية و في الدول الاشتراكية هذا فضلا عن محكمة التحكيم بطريقة التجارة الدولية .

نتيجة لذلك أولت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي و التي أنشأت بمقتضى القرار رقم 2205 الصادر في دور الانعقاد الحادي و العشرين للجمعية العمومية للأمم المتحدة .

سنة 1966 أولت اهتمامها بالتحكيم التجاري الدولي من بين الموضوعات ثلاث حددتلها .

لقد عينت هذه اللجنة في اجتماعها الثاني الممثل الروماني لدراسة و تقدير الاقتراحات المحددة بهدف إعطاء التحكيم التجاري الدولي فعالية أكثر في سبيل تدعيم التجارة الدولية .

كما أن التحكيم التجاري يمثل طريقا استثنائيا فهو محدد بقدر ما حدده الاتفاق .فلا ينسحب إلى عقود أخري لم يشملها التحكيم .

قد تتجلي أهمية التحكيم أيضا في سرعة الفصل في نزاع حيث يستغرق وقتا أقل ن الوقت الذي يستغرقه نظرا لدعوى لدي المحاكم و يكون بأقل كلفة بمقارنته مع صاريف التقاضي أمام المحاكم و يكون جريانه في جو مريح للخصوم .

[1] - طالب حسن موسي ، الموجز في قانون التجارة الدولي بالطبعة الاولي عمان 1997 ص 158.

الي أن التحكيم التجاري الدولي رغم أهميته و منها أنه يقوم علي السرية و الدور الايجابي الذي يلعبه و ميزاته الخاصة به إلي انه لا يخلو من نقائص و سلبيات .

و منها أنها يقوم علي السرية حيث يجري التحكيم بسرية و هي ميزة يبحث عنها التجار لإعتبارات خاصة بهم و أنا ما يتم الاطلاع عليه من قرارات تحكيمه و القليل منها و التي تتخذ طريق التنفيذ الجبري فأغلب القرارات تنفذ طوعا[1].

و حينئذ لا يمكن الاطلاع علي اغلبها و لا يتسن الرجوع إليها لاطلاع علي مبادئها مما أدى بالمؤلفين الي توجيه الدعوة بوجوب لنشرها أو علي الأقل ملخصات منها[2].

كما أن التحكيم يقوم ابتداء و إنتهاء علي إرادة الخصوم . حرصتالتفاقية الدولية علي ضمان استمرار التحكيم بالرغم من تقاعس أحد أطرافه و بالرغم من أن عند التنفيذ لبد من إرادة المطلوب التنفيذ ضده و عند عدم تحقق هذه الإرادة فلا بد من اللجوء إلي المحكمة المختصة في الدولة المطلوب التنفيذ فيها و حين إذن يدفع المطلوب التنفيذ ضده بعدم التنفيذ و يشير المؤلفون ألي التخفيف من هذه السلبية لأن كمية عالية من قرارات المحكمي يبادر فيها المحكوم عليه إلى التنفيذ تلقائيا .

و تفسر هذه الظاهرة بأن المتعامل في التجارة الدولية يكون في الغالب منتميا إلى جماعة مهنية لتجارة معينة .فيلتزم بعاداتها و يخرج عن قرارات هيئة التحكيم فيها .

إلا فإنه يخاطر بسمعته في الوسط المهني و أن المتعاملين دوليا تربطهم علاقات تعاقدية علي نحو دائم.

و المرجو الا يأثر خلافة عارض في إحدى هذه العلاقات علي العمل المستمر لهذا النشاط الدائم فيقرربالمنطق التجاري أنه إذا كان قد خسر في هذه المرة فسوف يكسب في المرات القادمة .

إضافة إلى المنظمات التحكمية تمارس ضغطها علي المحكوم عليه لحمله علي التنفيذ لتسليطها صورا علي الجزاءات المهنية المتعدد و الفعالة كتوجيه اللون أو الإعلان عن اسم التاجر المتخلف عن التنفيد في لوحات منظمات و قد يصل الجزاء إلي حرمانه من بعض المزايا التي يتمتع بها كعضو في تلك الجماعة .

[1] - دكتور ثروت حبيب ، نفس الرجع السابق ص 188-191

كذالك في صعوبة تثبيت الخطأ في الحكم : و ذلك عندما يخطأ المحكوم في تحديد المبادىء العامة للقانون الواجب تطبيق في تفسيرها فمن صعوبة بمكان تثبيت خطأ القانون[1] .

المطلب الثاني : التحكيم في الحالات خاصة و وفق لإجراءات الهيئات الدائمة .

مقدمة:

فرع الأول: التحكيم في الحالات الخاصة.

هذا التحكيم لا يختار فيه أطراف هيئة أو مركز دائم للتحكيم سواء ذات الطابع الوطني أو ذات الطابع الدولي و إنما يجري التحكيم وفق إختيار و ّإرادة الخصوم من حيث إختيارهم للمحكمين و كيفي مباشرة لإجراءات و التحكيم و مكان إنعقاد هيئة التحكيم و القانون الذي يحكم الموضوع النزاع أي أن التحكيم يجري وفق إرادة الخصوم المطلقة شرط ان لا يتعارض مع مبدأ حقوق الدفاع و ضمانات التقاضي و بالرغم من التراجع في هذا النوع من التحكيم إلا أنه مازال موجود مثل هذا التحكيم في مجال المنافسة بين الشركات و في براءات الاختراع و عقود انتقال التكنولوجيا لما يحققه من السرية المطلوبة في مثل هذه الأحوال .

كذلك في كثير من المنازعات التي تشب بين الشركات الخاصة و بين الدول لا سيما تلك المتعلقة بعقود الامتياز الدولية[2] .

و بديهي أن يكون لإرادة الخصوم في هذا التحكيم دورا رئيسيا في صياغة القواعد الإجرائية أو اختيار القانون الإجرائي لتحكيم و هذا الاختيار اما أن يكون صريحا أو بطريقة غير مباشرة و بهذا الشأن يلعب قانون محل التحكيم دورا احتياطيا أو مساعدا .

و هذا ما يوضحه من خلال التطرق إلي قانون الإرادة و قانون مقر التحكيم.

أولا : قانون الارادة :

[1] - الدكتور كالب حسن موسي ، مرجع السابق ذكره ص 163

[2] - راجع علي سبيل المثال التحكيم بين السعودية ، و شركة أرامكو ، للدكتور أبوزيد رضوان كاتب الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ص 91

نعني بقانون الارادة ثان إجراءات سير التحكيم يجري وفقا لإرادة الصريحة للخصوم .

و عليه يجب علي الخصوم بإعداد سياغةإتفاقية لإجراءات سير المنازعة و نعني بسياغة الاتفاقية أن يكون بمقدور طرفين المنازعة التي تطرح علي التحكيم الحر أو تحكيم الحالات الخاصة تقنيين قواعد إجرائة مفصلة تحكم سير هذه المنازعة امام المحكمة أو هيئة التحكيم تشكل لهذا الغرض .

بمعني أخر يستطيع الخصوم في مثل هذا التحكيم تنضيم سير المنازعة وفقا لقواعد إجرائاتهم من قاموا بوضعها و مزجها أو الاستهذاء بها في ذلك بقواعد إجرائية تكون بمثابة تركيب مزجي من العديد من لوائح التحكيم الدولية مثلا لائحة الأمم المتحدة الصادرة في 15 ديسمبر 1976 أو من لوائح مراكز و هيئات التحكيم الدولية او مراكز أو محاكم التحكيم ذات الطابع الوطني[1].

هنا يقوم الخصوم بتنفيذ قواعد سير المرافعات أمام هيئة التحكيم و مكانها و ميعاد تقديم المساندات و كيفية سماع الشهود و إجراء التحقيقات و الاستعانة بالخبراء و اللغة التي يجري بها التحكيم و جوازي الإنابة في الحضور و تنحي المحكمين و القطاع سير الخصومة واستئنافها و تسبيب أو عدم تسبيب القرارات و قبليتها الاستئناف أو عدم قبليتها لدالك و غير ذلك من المسائل الإجرائية الأخرى .

من خلال إستقراء التحكيم التجاري الدولي وفق إرادة الخصوم نرى انه يبدو كقضاء إتفاقي يعتمد في الأساس علي إرادة الخصوم الذين يقومون بتحديد قانون الإجراءات سير المنازعة و ذلك أما في العدد الذي يجمعهم أو في مشارطة المستقلة .

بالرغم من إن الخصوم هم أصحاب الشأن في وضع الاجراءات إلى أن الواقع كثيرا ما يثبت ان صياغة الخصوم للقواعد الجرائية سواء في العقد المشار المنازعة أو في مشاركة مستقلة .

يبقي هذا الأمر غير مؤلوف و هذا راجع ليس لعدم توقع الخصوم أو تصنيفهم لكافة المسائل التي يثيرها سير المنازعة المطروحة علي ساحة التحكيم و إنما أيضا لسبب ماقد تجره تلك الاجراءت التي هي صياغة الأطراف الإرادية من صدام مع بعض القواعد الأمرة او تلك المتعلق بالنظام العام في دولة التنفيذ أو بسبب بطلان محتمل مشاركة التحكيم ذاتها لمخالفتها النظام العام[2]لذلك كثير من نجد أن مثل هذه

[1] - راجع علي سبيل المثال لائحة التحكيم لغرفة التجارة الدولية السارية إعتبار من أول يونيو 1975

[2] - الدكتور منير عبد المجيد ، مرجع سبق ذكره ص 182.

الإجراءات التي هي من اختيار إرادة الخصوم تنصب أساس علي بعض أسس العامة التي تحكم المنازعة كالتشكيلهيءة التحكيم مثلا و كذا مكان انعقاد التحكيم ثم يحدد الخصوم قانون وطني معين تسير علي هداه إجراءات التحكيم سواء كان ذلك صراحة أو كان ذلك ضمنيا عن طرق اختيار مكان التحكيم .

ثانيا : قانون مقر التحكيم :

إذا لم يقم الخصوم بتحديد قانون إجراءى يحكم سير منازعتهم من خلال إرادتهم الحرة و المستقرة و الصريحة فلا مفر لهم من اللجوء إلي قانون الوطني لحكم إجراءات النزاع و يسمي هذا القانون بقانون مقر التحكيم .

إذا كان من المقر و انه هناك تباعد بين مجال القواعد التحكيم الداخلية التي يقتصر تطبيقها علي التحكيم الداخلي دون التحكيم التجاري الدولي الذي يخضع في أحكامه لاجرائاةقانون الارادة او القانون النموذجي لتحكيم التجاري الدولي أو لنظام غرفة التجارة الدولية[1] ومع ذلك فإنه يتعين الرجوع الي نظام القانوني السائد في دولة مقر التحكيم بالقدر اللازم عند عدم كفاية قواعد الاجرائية المطبقة أو لسد ما قد يشوبها من قصور عند سكوتها و رجوع إلي قانون دولة مقر التحكيم إنما يأتي في المقام الثاني و بصورة تكميلية او إحتياطية[2].

و كثير من الفقهاء يرون بهذا الخصوص أن القانون الأنسب للتحكيم هو قانون محل التحكيم فإذا التجأت إرادة الخصوم إلى قانون دولة معينة فذلك يعني بالضرورة سريان قنونها علي إجراءات التحكيم .

مما يعطي مجالا واسعا لكل من الخصوم طرفي النزاع و محكمي من التسهلات و الضمنات في سير المنازعة كذلك في تنفيذ قراره التحكيميبإعتباره تابع للقانون دولة و ليس إرادة اطراف يمكن للدولة المختصة بتنفيذ أن لا تعترف لهذه الأخيرة بشرعية و القانونية كما انه يؤمن صحة الاجراءات و لقد ضهر هذا في القضاء من الكثير من الدول من القضاء الفرنسي الذي يرى بأنه قانون الارادة هو الذي يحكم إجراءات التحكيم بل و يسمح لإرادة إختيار أكثر من قانون لحكم الاجراءات و اتاحه هذا القضاء أيضا الي أن إختار مقر التحكيم أي البلد الذي باشر فيه المحكمون مهمتهم قد يعتبر دليلا علي

[1] - الدكتور منير عبد المجيد مرجع سبق ذكره ص185

[2] - الدكتور أبو زيد رضوان مرجع سبق ذكره ص95

إختيارقانون هذا المقر ليحكم إجراءات التحكيم[1] كما إتجهت معاهدة نيويورك إلي وجوب الرجوع في شان الاجراءات إلي قانون الارادة و عندما تخلف الارادة الصريحة يتم تركيز الإجراءات في دولة المقر و يحكمها قانون هذه الدولة أي قانون الدولة التي اتخذت فيها الإجراءات و في حالة ما إذا أثار شك في مكان تحديد هذا المقر لتعدد جلسات الاستماع فإنه يحتد لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم .

ما يلاحظ ان غالبية القوانين الداخلية تقضى بخضوع اجراءات التحكيم الى قانون البلد الذي يجرى التحكيم على اقليمه و من هذا القبيل القانون الهولندي سنة 1986 اذ يقرر ان قواعد اجراءاته تطبق على كل تحكيم يجري على اقليمه دون التفرقة بينما اذا كان التحكيم داخلي أم دولي[2] و تظهر السهولة التي يعطيها القانون مقر التحكيم على اجراءات سير النزاع من ان هذا النوع من التحكيم يتبع للمحكمين فرص طلب المساعدة من السلطات القضائية المختصة في دولة التحكيم مثل شهادة الشهودو الاجراءات الوقت وتخفيضية . و مع هذا يبقى الجدل قائما في اي قانون انسب للخصوم طرفي المنازعة المطروحة على ساحة التحكيم التجاري الدولي هدموا قانون ارادة الخصوم ام قانون مقر التحكيم فيما يخص اجراءات التحكيم و لهذا يرجع دائما الى ارادة الخصوم لانها هي و حدها التي تحدد اي قانون اجرائي تاخذ به ارادة الأطراف أم قانون مقر التحكيم .

وعليه يبقى قانون مقر التحكيم يلعب دورا احتياطيا أو مساعدا إلى جانب قانون الإرادة بنسبة اختيار القواعد التي تحكم إجراءات سير المنازعة .

بمعنى أخر إن الأفضلية في هذا الشأن هي القانون الذي يختاره الخصوم أطراف النزاع ولا مجال لقانون مقرالتحكيم في حالة ما إذا كان هذا الاختيار صريحا و قاطعا ، كما يقع هذا الاختيار الصريح القاطع في كثير من الحالات على قانون دولة مكان التحكيم ولا يكون تطبيقه في هذه الحالة أعمالا لقاعدة موضوعية تقدر ما يكون هو أعمال لإرادة الخصوم في المنازعة المطروحة على التحكيم التجاري الدولي.

الفرع الثاني : التحكيم وفق قانون الإجراءات الهيئات الدائمة .

[1] - الدكتور منير عبد المجيد .

[2] - الدكتور ابو زيد رضوان المرجع السابق ص 98

إذا كان الخصوم يتمتعون بحرية كاملة في إختيار القانون الذي يحكم الاجراءات سير المنازعة المطروحة علي ساحة التحكيم .التجاري الدولي سواء بإختيار قانون إرادي صريح أو ضمني يتجه لقانون دولة معينة .قانون مقر التحكيم و هذا ما يسمي بالتحكيم الحر و تحكيم الحلات الخاصة لأن هذا النوع من التحكيم قد قل سطيعه أمام تزايد لجوء الخصوم إلي التحكيم التجاري الدولي أمام الهيئات الدائمة و يتسم التحكيم التجاري الدولي لدي هيئات ومراكز التحكيم الدائمة سواء تلك التي تنشأها الاتفاقيات جماعية أو دولية أو مراكز دائمة ذات الطابع الدولي او ذات الطابع الوطني بانه تحكيم منظم تسري فيه أحكامه اللائحية علي إجراءات التقاضي أمام هيئة أو محكمة التحكيم.

يتظمنإختيار أطراف المنازعة إلتجائهم للقضاء هذه الهيئات الضرورة الادمان للقواعد الاجرائية المقررة في لائحة التحكيم سواء تلك المتضمنة كيفية تشكيل المحكمة وإختيار المحكمين و عددهم و المواعيد المقرر في ذلك أو تلك المتعلقة بالاجراءات سير المنازعة بل كذلك القواعد المتعلقة بتقديم الادلة و أحيانا إتخاذ إجراءات الوطنية أو التحفضية وظيفة صدور القرار في المنازعة و شروطه[1].

التحكيم أمام هذه الهيئات أو المحاكم أصبح يتمتع بقانون مستقل الإجراءات كما أصبح واقع التجارة الدولية يوسع من مجال التحكيم التجاري الدولي لدي هيئات و مراكز التحكيم الدائمة حيث صار إجباريا في الكثير من العقود الدولية ذات الشكل النموذجي و التي تعتبر إلي حد ما محور في التجارة الدولية مثل عقود المنشأت الصناعية و التوريدات الدولية و عقود التجميع التي تتضمن نصوصا ضرورة فض النزاعات التي تنشأ بأسبابها عن طريق التحكيم أمام محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية و طبقا لاجرءاتها .

و سنعالج في هذا الفرع تعريف الهيئات الدولية الدائمة التحكيم التجاري الدولي مع إعطاء مثال توضيحي عنها[2].

كما سنتطرق إلي الإجراءات التي تحكم سير المنازعات أمام هذه الهيئات .

أولا : تعريف هيئات الدولية الدائمة :

[1] – الدكتور أبو زيد رضوان ، مرجع السابق ص 104

[2] - دكتور أبو زيد رضوان ،مرجع سبق ذكره ص 106

هيئات التحكيم الدائمة هي هيئات دولية توجد بناءا علي الرغبة الأطراف و إنما وجدت خصيصا لفض النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية .

أنشأت هذه الهيئات عن طريق اتفاقيات و معاهدات دولية و علي الدول أن تظهر الرغبة صريحة في الانضمام إليها و ذلك بموافقة علي البنود التي تنصها .

ينطلق واقع التجارة الدولية باتساع مجال التحكيم التجاري الدولي لدي هيئات و مراكز التحكيم الدائمة مثل ذلك التحكيم في منازعات المتعلقة بالاتفاقية الدولية الخاصة بنقل البضائع بالسكك الحديدية و الموقعة في برن – سويسرا في 25 فبراير 1961[1].

السارية اعتبار من أول يناير 1965 و المعروفة ب CIM convention و كذا الاتفاقية الخاصة بنقل الركاب و أمتعتهم و المعروفة ب CIV conventionو الموقعة و السارية في نفس التواريخ السابقة[2] حيث أقام هاتان الاتفاقيات بمقتضي نصوص ملحقة .محكمة التحكيم تختص في الفصل في المنازعات المتعلقة بالنقل في السكك الحديدية بين رعايا الدول المتعاقدة بل و غير المتعاقدة.

كذلك الأمر بالنسبة للمركز الدولي لتسوية المنازعات الخاصة بالاستمارات و الذي أنشأته اتفاقية واشنطن الموقعة في 18مارس 1965 أو السارية اعتبارا من 14 أكتوبر 1966 المتعلقة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول المتعاقدة و رعايا الدول الأخرى و المعروفة باسم BIRD... و بالمثل تجد اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمار بين الدول المضيفة الاستثمارات العربية و بين مواطني الدول العربية الاخرى و الموقعة في 10 يونيو 1974 و التي أقامت محكمة التحكيم .

ذلك لحل المنازعات في حالة عدم التوفيق بين الأطراف التي تنشأ مباشرة عن احد الاستثمارات بين الدول العربية المضيفة أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها العامة و بين مواطني الدول العربية الأخرى سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا و تتم إجراءات التحكيم و الفصل في النزاع متى وافق الطرفين علي التحكيم و فضلا عن ذلك فقد انتشرت مراكز أو محاكم الدائمة للتحكيم في معظم أرجاء العالم و لها لوائحها الخاصة التي لم يتم التحكيم علي ضوئها متى لجأ إليها الخصوم في المنازعة .

[1] - الدكتور أبو زيد رضوان ، مرجع السابق ص 104.

[2] - الاتفاقية الدولية الخاصة بنقل البضائع بالسكة الحديدية الموقعة في برن سويسرا في 25 أفريل و السارية في أول يناير 1966 CIM و CIV المتعلقة بنقل الركاب و أمتعتهم بنفس التاريخ .

بعض من مراكز الدائمة ذات الطابع الدولي متخصص نذكر منها علي سبيل المثال المكتب الدولي للتحصيل منذ سنة 1948 و مقره باريس و غرفة التحكيم الحبوب و حصالات الزراعية بلندن[1].

إضافة إلي هذا توجد من هذه المراكز و الهيئات الدائمة ذات الطابع الدولي و الغير المتخصص نذكر منها علي سبيل الخصوص محكمة التحكيم لدي غرفة التجارة الدولية بباريس .

فضلا عن هذا توجد مراكز أو هيئات تحكيم ذات الطابع إقليمي مثل الجنة الاسكندافية في تجارة الجلود (السويد ، النرويج ، الدنمارك ، فلندا) و كذا محكمة التحكيم الاوروبية للفصل في النزاعات التي تثور بشأن العقود التي تبرم بين التجار من رعايا الدول الاعضاء السوق الاوروبية المشتركة .

كما لا ننسي بالذكر المراكز و الهيئات التحكيم الدائمة التي انتشرت في الكثير من الدول حيث يجري نضر المنازعة أمامها وفقا للائحتها و هذه المراكز و الهيئات ان اتخذت الصبغة وطنية إلا ان ذلك لا يعدو كونه لمجرد ارتباط أو توطين جغرافي بهذه الدولة أو تلك [2].

ذلك لان نشاط الكثير من الدول أو الهيئات و المراكز التي توجدها دولة معينة بذات يكاد يقتصر كما هو واضح من خلال لوائحها علي النضر في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية سواء بين الرعايا هذه الدول او الاجانب من جنسيات مختلفة متي رغبوا للوجوء الي التحكيم هذه الحاكم أو الهيئات و المراكز الدائمة للتحكيم ذات الطابع الوطني و مع تعدد هذه الهيئات و مراكز الدئمة للتحكيم ذات الطابع الوطني أو للأدق ذات الارتباط الجغرافي للدول المختلفة يكفي الإشارة فقط الي بعض منها كغرفة تحكيم باريس[3].

أما عن الجزائر فقد إنضمت الجزائر إلي الاتفاقية التي صادقت عليها المؤتمر الامم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958.

يعتبر المرسوم التشريعي رقم 93-09 هو باب لدخول الجزائر ميدان التحكيم التجاري الدولي من بابه الواسع و الذي استمد من قوانين الفرنسي و السويسري فهو اعتراف صريح من الدولة الجزائرية بشريعة

[1] - الدكتور إيهاب السنباطي الموسوعة القانونية للتجارة الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة سنة 2008 ص 254.

[2]– تكونت هذه الغرفة سنة 1955 ، للنضر في كل النزاعات التجارية التي يطلب الخصوم الاحتكام اليها.

[3] – الدكتور منير عبد المجيد مرجع سابق ذكره ص 110.

التحكيم التجاري الدولي بعد مدة 30 سنة رفض للخضوع إليه كما أن هذا المرسوم التشريعي 93-09 هو الاعتراف بشريعة هيئات و مراكز التحكيم الدائمة بكل أنواعها[1].

كما أن هذا القانون يعتبر قانون عام يسمح الأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام أن تطلب التحكيم في علاقاتها التجارية الدولية بمعني هذا أن الدولة و المجموعات المحلية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري يمكنها أن تلجأ إلى التحكيم .

ثانيا : الإجراءات التي تحكم سير المنازعات أمام الهيئات الدائمة

كما سبق ان قلنا ان اقرار الخصوم بالاتجاه الى هيئة التحكيم الدائمة يعني بالضرورة الذعان التي قانونها جبريا دون نقاش او جدال في ذلك .

ان التحكيم او بالأخرى فض النزاع المطروح يسري وفقا للائحة هيئات و مراكز التحكيم الدائمة لانه اصلا هذه المراكز و الهيئات هي التي تقوم بتنفيذ جميع الاجراءات التي تحكم النزاع من يوم طرحهاعليها الى غاية الخروج بقرار فيه .

و عليه يتميز اللجوء الى هذا النوع من التحكيم بان تتم اجراءات سير المنازعة فيه على ضوء اللائحة المحكمة اي وفقا للمواعيد التي تحددها هذه اللوائح.

تضم كل محكمة أو مركز سكرتارية تشرف على إجراء سير المنازعة و تكون بمثابة حلقة الاتصال بين الخصوم و المحكمين و لحفظ الوثائقو المستندات و تسليم المذكرات . فضلا عما تقوم به من توجيه أطراف الخصومة فيما يتعلق بالمراحل المختلفة لسير النزاع[2] .

تشير غالبية لوائح هيئات و مراكزالتحكيم الدائمة إلى قاعدة أساسية و هي : تطبيق القواعد المستمدة من نصوصها على إجراءات سير المنازعة في حالة سكون او قصور هذه اللائحة عن بعض هذه الإجراءات يكون بمقدور المحكمين تكملة هذا النقص[3] .

[1] - الدكتور عليوشقربوع كمال مرجع ذكر سابقا ص 201

[2] - الدكتور طالب حسن مرسي مرجع سبق ذاكره ص 48

[3] - راجع المادة 11 من لائحة محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية .

ان يكون ذلك على ضوء قانون المرافعات في دولة هيئة او محكمة التحكيم أما فيما يخص اللغة التي تستخدم في الإجراءات فمن الملاحظ ان الكثير من اللوائح في هذا التحكيم تعطي مجالا واسعا من الحرية للخصوم يجبر لهم البعض منها استخدام لغتهم او لغة أخرى و تستخدم لذلك هيئة أو مركز للترجمة وهذا دليل على مساعدة مراكز التحكيم الدائمة للخصوم اللذين تختلف جنسياتهم و لغاتهم و البعض الآخر يترك للمحكمين حرية تحديد اللغة التي تستخدم في الجلسات و المرافعات .

أما بالنسبة للاجرتءاتالتخفيضية أو الوقتية للحفاظ على مصالح احد الخصوم فيلاحظ أن بعض اللوائح لهيئات التحكيم الدائمة تذهب إلى إعطاء المحكمين مثل هذه السلطة على خلاف البعض الآخر التي يمنع عن المحكمين هذه السلطة و تبقيها للسلطات القضائية و دولة محكمة التحكيم[1] .

إما بخصوص علانية أو سرية جلسات و إجراءات التحكيم لدى مركز و هيئات التحكيم الدائمة . فيبدوا من استقرار لوائح مراكز و محاكم التحكيم أنها تختلف بهذا الخصوص فبعض يرى ضرورة احترام السرية للجلسات و هذا في إطار احترام الأطراف و مراعاة مصالحهم بينما تذهب بعض اللوائح الأخرىإلىإعطاء المحكمين سلطة تقديرية بهذا الشأن حسب ضرورة النزاع المطروح على ساحة التحكيم الدولي . كما يراعي في إجراءات التحكيم أن لاتعقد الجلسات إلا بحضور المتحاكمين و لها عقدها أي مراكز التحكيم الدائمة بعد تحقق من وصول التبليغ صحيحا إلى المطلوب حضوره و عدم وجود عذر مقبول لعدم الحضور برغم من التبليغالمذكور حسب المادة 2/15 لغرفة التجارة الدولية[2] .

و الواقع من الأمر أن حقوق الدفاع التي يتعين كفالتها لأطراف المنازعة المطروحة علي التحكيم وبالنظر إلي طبيعته لا يرتبط بقانون معين بقدر ما هي معطي علني[3] حر أن يعامل الخصوم علي قدم المساوات و أن يكفل لهم علي هذا النحو حق السماع دفاعهم في كل ما يتعلق أو يثار في النزاع ، و هذا ما جاء في أمر رئيس المحكمة الابتدائية في باريس 10 ماي 1971 المنشور في مجلة التحكيم 1971 الصفحة 108 ألي 118 و يتعلقان هذان الامرن بتحكيم أجري بين شركة سانجوبان الفرنسية و شركة fcl الهندية كان قرار التحكيم قد صدر من هيئة التحكيم الهندية و كان قرار التحكيم قد أخل هذا القرار بحقوق الدفاع

[1] -راجع على 3 فقرة 2 منها من لائحة تحكيم الدنمركية

[2] - الدكتور ابو زين رضوان مرجع سابق الذكر ص 112

[3] - الدكتور أبوزيد رضوان ،نفس المرجع السابق ص 117

المبحث الثاني : مبدأ كفالة حقوق الدفاع لأطراف الخصومة في إجراءات سير المنازعة .

ايا كانت الطريقة التي يجري عليها سير المنازعة أي سواء كانت في التحكيم الحر أو تحكيم الحالات الخاصة او كانت في تحكيم المراكز و الهيئات الدائمة فإنه يتعين ان يكفل المحكمون لأطراف الخصومة كافت حقوقهم المتعلقة بضمنات الدفاع و المساوات بينهم .

إن مبدأ كفالة حقوق الدفاع لأطراف النزاع يعتبر من الاسس الجوهرية التي يقوم عليها نظام التقاضي بوحه عام ، و المتعلق بنظام العام سواء في الدولة التي يتم علي إقليمها التنفيذ[1] .

لقد اشارت إلي أهمية إحترام مبدأ حقوق الدفاع من قبل المحكمين الكثير من الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية نيويورك التي تشير في المادة الخامسة الفقرةب.و.ج منها علي جواز أبطال قرار التحكيم إذا استحال علي اي من الخصوم أن يقدم دفاعه أو إذا كان القرار قد فصل في النزاع غير وارد في مشارطة التحكيم .

كما أشارت إلي هذا المبدأ اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول العربية التي ورد في نص المادة 4124 من هذه الاتفاقية[2] لأي من طرفي النزاع طلب تحكيم بإبطال قرار التحكيم إذا أثبت أنه قد وقع تجاوز خطير لقاعدة أساسية من قواعد الإجراءات .

إن مبدأ كفالة حقوق الدفاع مبدأ مهم و لا يجوز التغاضي عنه لأنه في الأساس يتعلق بالنظام العام .

فمتي كان هناك مساس لمبدأ كفالة حقوق الدفاع كان هناك مساس بنظام العام و هو من الظمانات الأساسية للتقاضي التي تتفق مع طبيعة و أهداف التحكيم ، لذلك يجب أن تحترم الأهداف الأساسية كتحقيق المساوات بين الخصوم في المعاملة من حيث الإجراءات أو من حيث تطبيق القانون عموما لذلك يجب أن تكون الهيئة محايدة و أن تحترم حقوق الدفاع بين الخصوم و تحترم حق الموجهة بينهم و يجب أن تحترم الظمانات الأساسية من إستقلالية وان تعمل علي تحقيق مبدأ الأمانة الاجراءية بين الخصوم ، و تعمل علي مراعات مبدأ السرية التي تتطلبه طبيعة التحكيم و مراعات علانية التحكيم ، فظمانات التقاضي الواجب كفالتها في خصومة التحكيم ، إحترام مبدأ حقوق الدفاع و هذه الضمنات يجب

[1] - الدكتور منير عبد المجيد ، المرجع سابق الذكر ص 190

[2] - اتفاقية تسوي المنازعات الاستثمار بين الدول العربية بتاريخ 2000/12/06

إحترامهاأي كان نوع أو شكل التحكيم و اي كان سلطات المحكم سواء كان مقيدا أو طليقا او مفوضا أو غير مفوض للصلح .

و عليه سنعالج في المطلب الأول مبدأ حقوق كفالة في إجراءات سير المنازعة و في المطلب الثاني سنتعرض غلي علاقة مبدأ كفالة حقوق الدفاع بنظام العام[1] .

المطلب الأول: مبدا كفالة حقوق الدفاع في إجراءات المنازعة .

لأن كان التحكيم هو صورة من صور العدالة و لأن كان المحكم الدولي هو أسوة للقاضي لأنه يعالج الأمور علي هذه المبادء القانونية العامة المستمدة من التشريعات المختلفة .

فلابد ان يتوفر في مرافعات التحكيم من بدايتها الي نهايتها احترام و كفالة حقوق الدفاع الأطراف الخصومة علي قدم المساوات من دون تمييز او تفصيل بين أطراف الخصومة .

الواقع من الامر أن حقوق الدفاع التي يتعين كفالتها لأطراف المنازعة المطروحة علي التحكيم و بالنظر إلي طبيعته لا يرتبط بقانون معين بقدر ما هي معطي علني[2] حر ان يعامل الخصوم علي قدم المساوات و أن يكفل لهم علي هذا النحو حق السماع دفاعهم في كل ما يتعلق أو يثار في النزاع ، و هذا ما جاء في أمر رئيس المحكمة الابتدائية في باريس 10 ماي 1971 المنشور في مجلة التحكيم 1971 الصفحة 108 ألي 118 و يتعلقان هذان الامران بتحكيم أجري بين شركة سانجوبان الفرنسية و شركة fcl الهندية كان قرار التحكيم قد صدر من هيئة التحكيم الهندية و كان قرار التحكيم قد أخل هذا القرار بحقوق الدفاع حسب ما ادعت به الشركة الفرنسية إذا غيرت من إطار القانوني الذي حدده الأطراف و أن المحكم قد إستبدل .

و السبب هو طلب التحكيم بسبب أخر مختلف تماما لم يكن هو الذي يستدعي اللجوء الي التحكيم من أجله ، و أن المحكم لم يترك للشركة الفرنسية سانجوبان توضيح اوجه الدفاع بهذا الخصوص و أن المحكم فضلا عن ذلك قد إستبعد من النقاش بعض الوسائل دون إيضاح الأسباب .

[1] - نفس المرجع السابق.

[2] - الدكتور أبوزيد رضوان ،نفس المرجع السابق ص 117

عليه لبد من إلتزام هيئة التحكيم أو المحكم علي حد سواء بالمحافظة علي الحيادي بين الطرفين فيضل محل الثقة للمتحاكمين .

كما انه يجب علي هيئة التحكيم فسح المجال للمتحاكمين علي قدم المسوات لتقديم الطلبات و الدفوع و وسائل الاثبات و توفير ما امكن توفيره من توجهات و ضمانات لهذا الغرض لا سيما تحديد المهل و المواعيد مع أخذ بإعتبار لغة كل طرف و مكان إقامته و إلتزامته المهنية و الاجتماعية كما أن علي هيئة التحكيم بما فيها المحكم أن تضمن معاملة كل طرف و وكلائه و خبراءه و شهوده بإحترام و صبر و تفهم تبعا للعادت و التقاليد السائدة و كل طرف توكيل محامي بمجرد تفويظ خطي غير ذلك من االضمانات الجوهرية التي تكفل لكل خصما حماية التعبير عن وجهة نضره أو رئيه دون إرهاق أو تعجيز أو دون إنحراف لطلبات الخصوم أطراف النزاع[1] .

ان مبدأ كفالة حقوق الدفاع لأطراف الخصومة مبدا أشارت إليه كثير من الاتفاقيات المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي إن لم نقل مطلقها أو كلها بما فيها القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي .و هذا بهدف تحقيق ضمنات التقاضي ، الي ان هذا المبدأ يجب مراعاته بغير نص لما يترتبه عليه من بطلان لحكم التحكيم و عدم الاعتراف به و تنفيذه[2] .

لذلك من المقرر أنه لا يكفي الاعتراف والتنفيذ حكم التحكيم ان تكون الاجرءات قد روعيت بمعرفة المحكمين كما أرادها الطرف بل يلزم كذلك أن تكون الإجراءات المذكورة لا تتضمن اية مخالفة للنظام العام في هذه المسألة علي الأخص في شأن احترام حقوق الدفاع و عدم الاخلال بها .

فيقتضي مبدأ المواجهة أن تمنح هيئة التحكيم الفرصة الكافية المعقولة لكل خصم لأبداء دفاعه و دفوعه سواء في الواقع أو القانون .

يعتبر من قبل الاخلال بحق الدفاع السماح لأحد الطرفين بتوكيل محامي و حرمان الطرف الأخر من هذا الحق و مناقشة أحد الطرفين و سماع دفاعه في غيبة الطرف الأخر[3] .

[1] - الدكتور منير عبد المجيد ، نفس مرجع السابق ص 191

[3] - الدكتور منير عبد المجيد ، مرجع سابق ذكره ص 193

كما لا يفوتنا الذكر علي ان بعض لوائح التحكيم صراحة الي ضرورة أحترام حقوق الدفاع بالنسبة للخصوم المنازعة مثلها في ذلك مثل الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي مثل اللائحة الخاصة لقواعد التحكيم الصادرة أخير عن الامم المتحدة في 15 ديسمبر 1976 و كذا لائحة التحكيم الصادرة عن الجنة الاقتصادية الاوروبية للأمم المتحدة بي جونيف في 1966 .و التي تنص في المادة 22 منها علي أنه يتعين علي المحكمين في جميع الأحوال إعطاء الاطراف إمكانية الدفاععن مصالحهم و حقوقهم علي قدم المساوات .

يقوم مبدأ المسوات بتهيئة فرص متكافـءة و كاملة لكل خصم لغرض دعوه و تحقيق دفاعه و لا يعطي لأحد الاطراف حق دون أن يعطي للطرف الأخر و هناك مبدأ أخر من المبادء الأساسية في الخصومة و هو مبدأ المواجهة إذا يقوم هذا المبدأ عليإحترام حقوق الدفاع وو تطبيق مبدأ المواجهة في مجال التحكيم و يتلائم مع الطبيعة القضائية لهذا الأخير ، و علي ذلك يتعين علي محكم التقيد به و إن لا يفقد عمله الصفة القضائية و من تم يتعين علي الطرف الذي يزعم عدم إحترام هذا المبدأ إثبات ذلك ، و مبدأ المواجهة هو المبدأ العام للخصومة[1] .

يطبق هذا المبدأ عندما تكون القاعدة المثارة هي عرف إعتباري القرار معدلا لقاعدة قانونية ، ما يلاحظ من جهة أخري ان الطبيعة الخاصة لنظام التحكيم تأثر في إلتزام المحكم في إحترام هذا المبدأ و المحكم يحترم مبدأ المواجهة كهدف في ذاته بالوسيلة التي يراها مناسبة لتحقيق دون الاعتدادبالاشكال و الاجراءت المنصوص عليها في القانون .

كما ان لكل خصم الحق في ان يستمع المحكمون إليه و إستدعاء الخصوم يمكن أن يعتبره مشكلة لإعتداء علي هذا المبدأ إذا اصفر عن عدم تمكن الخصم من معرف كيفية سير الاجرءات امام هيئة التحكيم و لا يلتزم المحكمون بدعوة الخصوم إلي الحضور جميع الجلسات طالما ان هؤولاء قد حضرو بعض هذه الجلسات و اتاح لهم المحكمون التعرف علي بعض الجلسات التي لم يحضروها و يجب ان يعلم كل خصم بما تم إتخاذه من اجراءات في غيبته[2] .

[1] – الدكتور فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الطبعة رقم1 سنة 1997 ص 80.

[2] - الدكتور فوزي محمد سامي مرجع سبق ذكره ص 84

يتعين علي المحكم ان يحترم بصفة خاصة مبدا المواجهة اذا أستند في حكمه الي معلوماته الشخصية فلا يعطي بعلمه الشخص عن وقائع تتعلق بالنزاع الذي ينظره إلي إذا تواجهه بشان مع الخصوم و علي من يتمسك بإنتهاء هيئة التحكيم لحقوق الدفاع ان يقوم بإثبات ذلك و إقامة الدليل الفعلي علي هذه المخالفة [1].

خلاصة هذا ان كل اللوائح و الاتفاقيت الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي جاء في فحوها ضمان حماية مبدأ كفالة حقوق الدفاع لأطراف الخصومة علي قدم المساواة و هذا كله يدخل في إطار مبادىء العدالة و الانصاف التي يسعي التحكيم الي تحققها مثله في ذلك مثل القضاء .

المطلب الثاني: علاقة مبدأ كفالة الحقوق بنظام العام .

يجب ان يتمتع كل من يعهد إليه القضاء أو التحكيم بالموضوعية و الاستقلالية وذلك يعتمد علي الاحاطة بموضوع المنازعة و الالمامبالاحكام القانونية المتعلقة بها وما تحتوه المنازعة من إشكاليات و محل ذلك لا يمكن بين تحقيقه من عدمه الي بعد الحكم في النزاع المعروض علي القاضي أو علي المحكم وقد رسم النظام الطرق الكفيلة بمعرفة مدى موضوعية المحكم و اتفاقه مع أحكام االنضام و يتمثل ذلك في طريقة الطعن في الأحكام .

بما أن المحكم يمارس عملا قضائيا فهو يشترك مع القاضي في ضرور ة إحترام حقوق الدفاع الاساسية للخصوم بهدف كفالة الضمانات و الحقوق الأساسية لهم و هو أمر يتعلق بالنظام العام ، و من هذه الحقوق و الضمنات تلك المتعلق بكفالة حق الدفاع لكل من الطرفين و معاملتهما علي قدم المساوات و إتاحة فرصة متكافئة لكل منهما في عرض دعوات و طلبات و تقديم مستنداته و حججه و أدلته علي أن يجري ذلك من خلال إحترام مبدأ المواجهة[2] .

الفرع 1 : تعريف النظام العام

أولا تعريف نظام العام :

[1] - الدكتور فوزي محمد سامي مرجع سابق ذكره ص 86.
[2] - الدكتور طالب حسن موسي مرجع سبق ذكره ص 58

يقصد بالنظام العام مجموعة من القواعد القانونية التي تهدف الي تحقيق المصلحة العامة سياسية أو اجتماعية او اقتصادية المتعلقة بنظام المجتمع الاعلي و تعلو علي مصلحة الأفراد الذين يجب عليهم جميعا مراعات هذه المصلحة و تحقيقها و لا يجوز لهم أن يناهضوها بالاتفاقات فيما بينهم حتي و ان حققت هذه الاتفاقات مصالح فردية لأن المصالح الفردية لا تقوم امام المصلحة العامة و في هذا الايطار يقول الفقيه عبد الرزاق الصنهوري في شرح مفهو النظام العام مايلي : (المسئلة لا يجدي فيها نص تشريعي و هي من أكثر الوسائل القانونية تعقيدا إذ ان تحديد مفهوم نظام العام و ما قد يثيره من مشاكل متعدد في الانظمة القانونية المختلفة سواء من حاجة الطابع الوطني أو الدولي و أثر هذه المفهوم بظرورة علي اتفاق التحكيم .فإن فكرة نظام العام ترمي بصفة عامة الي حماية المجتمع الوطني و الأسس الجوهرية التي يقوم عليها و حماية نظام القانوني الوطني[1] .

الفرع الثاني : علاقة مبدأ اكفالة بنظام العام .

من خلال دراستنا لإجراءات سير المنازعة علي ساحة التحكيم التجاري الدولي نرى انه في إطار السعي هيئة التحكيم و المحكمين بوجه عام إلي احترام حقوق الدفاع و كفائتها لأطراف الخصومة علي قدم المساوات و علي ما يترتب علي اهدارها و عدم احترامها من البطلان بقرار التحكيم ، تلعب فكرة النظام العام نفس الدور إذا لم يحترمها المحكمون .

فعلي المحكم الدولي ان يظمن مبدأ كفالة حقوق الدفاع لأطراف الخصومة من جهة و من جهة أخري عليهم مراعات احترام قواعد العدالة و مبادئ الإنصاف المتعلقة بالنظام العام سواء في الدولة التي يجري علي إقليمها التحكيم او تلك التي تتعلق بالنظام العام في الدولة التي يجري تنفيذ القرار في إقليمها[2] و ضرورة احترام قواعد النظام العام بشان إجراءات تسير المنازعة مر بها في الواقع إلى أن الأنظمة القانونية للدول علي اختلاف نظمها تحتوي علي قواعد او ما يمكن أن يسمي بشروط المحافظة علي النظام الاجتماعي ، تستبعد بمقتضاها اي قرار او قانون أجنبي تري فيه اعتداء علي قواعد نظامها العام من مصالح تلك الدولة و أساسها الاجتماعي .

[1] - خالد دك طالب باحث جامعة محمد الخامس سويسي الرباط
[2] - الدكتور ابو زيد رضوان مرجع سبق ذكره ص 118

إذا اردنا توضيح علاقة مبدأ الكفالة لحقوق الدفاع في اطار النظام العام في الدولة التي يتم التحكيم علي إقليمها كما هو متفق عليه من غالبية الفقهاء ان النظام العام في الدولة التي يتم علي اقليمها التحكيم يوجب ظرورة احترام القواعد الامرة في القانون مقر التحكيم و تقديم الادلة وفق لقواعد التي تسري عليها الاجراءات سواء من الاطراف او نظام مركز التحكيم و المتفق عليها[1]و منها وجوب نظر نيزاع في مواجهة الخصوم و اتخاذ الاجراءات بحضور جميع اعضاء هيئة التحكيم .

اذا كان النظام العام الداخلي ليس له في مسائل التحكيم الدولي إلى اثر يماثل فكرة النظام العام الدولي فإن القضاء قد أجبر المحكم الدولي علي اترم النظام العام الداخلي و علي هذا الأساس يلتزم المحكم في إيطار الاجراءاتبالقواعد الاجراءية الجوهرية التي تتعلق بالنظام العام التي يفرضها مكان التحكيم و يجب عليه ان يتقيد به و لا يجوز مخالفتها إذا كان تحكيم يجري علي إقليمها[2] .

أما في حالة ما إذا كان الأمر يتعلق بكفالة حقوق الدفاع في إطار النظام العام للدولة التي يتم التنفيذ علي اقليمها فهنا حكم التحكيم الأجنبي و إن كان لا يتعارض مع النظام العام لدولة معينة من حيث مضمون ما قضي به ، فإنه لا يكون قابلا للتنفيذ فيها من كان يتعارض مع النظام العام لتلك الدولة في إجراءات إصداره أي فيما يخص مقتضيات العادلة الإجرائية إذا لا يتمكن إطلاق بالتمسك بفكرة الأثر مخفف للنظام العام متي كان حكم التحكيمي الاجنبي قد صدر بالمخالفة لبعض القواعد الاجرائية الجوهرية لأن االحق المكتسب في هذه الحالة لا يتأهل الحماية[3] ففكرة النظام العام إذا كانت علي الصعيد الداخلي تثير نوعا من الأشكال و الصعوبة فكيف يمكن ضبطها علي المستوي الدولي لا سيما في معاملات التجارة الخارجية أو الدولية ذلك لأنه ليس بضرورة أن يكون كل حكم إن يتعلق في النظام العام في التطبق الداخلي للنصوص هو كذلك علي الصعيد الدولي هذا من ناحية و من ناحية أخري الي طبيعة الاختلافات بين نظم القانونية و الاجتماعية بين الدول .

يترتب علي ذلك بضرورة القول بعدم تطابق فكرة النظام العام الداخلي في كل الاحوال مع فكرة النظام العام الدولي او كما يراه المحكومون الدوليون ان حققنا القول باعتبار أن التحكيم التجاري الدولي هو القضاء للتجارة الدولية يحول الاطراف المتنازعين بحدف الاسس الي محاولة اخراج التجارة الدولية و

[1] - الدكتور منير عبد المجيد ص 192
[2] - الدكتور منير عبد المجيد مرجع سبق ذكره ص 192
[3] - الدكتور منير عبد المجيد مرجع سبق ذكره ص 196

منازعاتها من دائرة القوانين الوطنية الداخلية التي لا تستوعب في بعض الاحيانمعطيات التبادل التجاري الدولي[1].

في حقيقة الامر لقد بدأ هذا المفهوم أي النظام العام الدولي يأخذ معني حقيقي و جدي بعيدا عن النظام العام الداخلي . مع إن فكرة النظام العام الدولي تطرح عدة استفسارات فهل نعتبره قانون طبيعي علي المستوي العالمي أم مبادىء العدالة العالمية أو مايسمي بالدولة المتحضرة ....

مع ذلك يمكن القول بان بان فكرة النظام العام الدولي تعني القواعد المعيارية و التي تعتبر بمثابة الحد الادني او القياسي التي يفرضها واقع المجتمع الدولي لحماية حقوق الانسان[2] . وعلي اية حال فانه اذا ما تعلق الامر بالتحكيم التجاري الدولي فان تطبيق فكرة النظام العام الدولي هو مفهوم يحمل مدلولين هامين او كاما سماها الدكتو ابو زيد رضوان انها بمثابة سلاح الضل الذي يمكن اشهاره دائما في وجه تنفيد القرار الصائب لا سيما فيما يتعلق في سلامة الاجراءات سير المنازعة و احترام حقوق و ظمانات الدفاع .

هذا ما يقع علي مسؤولية المحكم الدولي مرعات أمرين هامين :

اولهما ظرورةمراعته لسلامة اجراءات التحكيم و سلامة الدفاع وفقا للقانون الذي يحكم الاجراءات مهما كان القانون من ارادة الخصوم او لائحي لهيئة او مركز او قانون مقر التحكيم .

ثانيهما انه يتعين علي المحكم ان يضع في اعتباره دائما احترام القواعد المتعلقة بالنظام العام للدولة التي ينفذ قرار التحكيم علي اقليمها .

اذا ما وقع اهدار لهذين الاعتبارين فيمكن و كنتيجة لذلك ان يتعرض حكم التحكيم الاجنبي الا عدم الاعتراف به و كذا عدم تنفيذه[3] .

هذا ما نصت عليه المادة الخامسة فقرة (د) من اتفاقية نيويورك 1958 بشأن الاعتراف و التنفيذ قرارت المحكمين الاجنبية[1]مايلي :

[1] - الدكتور ابو زيد رضوان مرجع سبق ذكره ص 119
[2] - الدكتور منير عبد المجيد ص 192
[3] - الدكتور ابو زيد رضوان مرجع سبقذكره ص 121

تشكيل هيئة التحكيم او اجراءات التحكيم يخالف لما اتفق عليه الأطراف او لقانون الدولة التي تم فيها التحكيم في حالة عدم الاتفاق فهنا وفقا لهذه الفقرة يجوز الاعتراف و التنفيذ للحكم التحكيمي .

و خلاصة لهذا كله مرعات مبدا كفالة حقوق الدفاع و كذا محاولة إصدار حكم تحكيمي لا يتعارض مع النظام العام الوطني في دولة التنفيذ يسمو الي تحقيق النظام العام الدولي للتجارة الدولية .

[1] - اتفاقية نيويورك بشان الاعتراف و تنفيذ القراراتالمحكمين الاجنبية سنة 1958

الفصل الثاني

القانون الواجب تطبيق في موضوع النزاع المطروح على التحكيم و تطبيق القواعد العبر الدولية

مقدمة :

يجد ان تطرقنا في الفصل الاول في القانون واجب التطبيق على الاجراءات سير المنازعة ففي فصلنا الثاني سنتطرق الى دراسة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المطروح على ساحة التحكيم التجاري الدولي .

فالقنون الواجب تطبيق على موضوع النزاع بدوره هو الاخر يطرح اشكالا عريضا و فحوي الاشكال هو كيف نهتدي في القانون الذي يحكم موضوع او ماهو القانون الذي يستند عليه المحكم الدولي للفصل في النزاع .

المبحث الاول:التحكيم فى اطار اختيار الخصوم و مبدأ تنازع القوانين

فنحن نعلم ان اصل ايجاد التحكيم التجاري الدولي هو محاولة اخراج التجارة الدولية من دائرة الخضوع للقوانين الوطنية و من اجل ايجاد قواعد موضوعية اكثر ملائمة لطبيعة المنازعة و اطرافها .

على ضوء ما تقدم فان مسالة تحديد اقانون او القواعد التي تحكم موضوع النزاع يعتبر من المسائل الحيوية التي تواجه المحكم عند سعيه لايجاد حكم قانوني بين طرفي الخصومة موضوع المنازعة[1] .

تعتبر هذه المسالة من اهم المسائل التي تستحوذ على فكرة المحكمين و الواقع ما يواجهه الحكم و هو اذا اضطلاع بهذا الدول يتلخص اساسا على تقنية البحث عن القانون او القواعد التي تحكم موضوع النزاع.

المطلب الاول : التحكيم فى اطار اختيار الخصوم

فالعمل الذي يواجه المحكم من منازعات التجارة الدولية بشان اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع يتلخص في البحث عن هذا القانون من خلال إرادة الخصوم الصريحة او عن طريق الإرادة الضمنية و في حالة غياب هذا الاختيار يكون الحكم في النزاع وفق قواعد تنازع القوانين و اخيرا البحث عن حل للنزاع وفقا لما تقتضيه قواعد عادات و اعتراف التجارة الدولية في اطار قانون التجارة الدولية .

الفرع الأول : تحكيم وفق قانون من اختيار الخصوم .

[1] - بو زيد رضوان نفس المرجع السابق ص 128

ان خضوع التحكيم لمبدا قانون ارادة يعتبر قاعدة مسلم بها فقها و قضاءا في القانون المقارن لدى مختلف الدول و تتمثل في حرية الاطراف في اختيار القانون الواجب تطبيقه على الموضوع .

اي ان اطراف العقود في التجارة الدولية الحق في تعيين او تحديد القانون الذي يحكم العقد مثار المنازعة شرط ان لا يصطدم بالقواعد الامرة في النضم القانونية اي انه بنفس الحرية التي يملكها الاطراف في اختيار القانون الاجرئي لسير المرافعات التحكيم لهم الحرية ذاتها في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع و يكون اختير هذا القانون خالصا من اي اذعان يتم عن طريق احد بنود العقد المثار المنازعة او بمقتضى الحسم با اختيار الخصوم للقانون الوطني لحكم منازعتهم هو تطبيق للمبادئ التي تقرها الغالبية الكبرى من التشريعات المقارنة عند معرض تنفيذها لقواعد تنازع القوانين في العلاقات التعاقدية ذات العنصر الاجنبي اد تقر هذه التشريعات الاولوية لارادة المتعاقدين الصريحة او الضمنية لاختيار القانون الذي يحكم موضوع منازعاتهم طالما ان ذلك لا يتضمن تعديا على القواعد الامرة او المتعلقة بالنضام العام في الدولة ذات الشأن ان يكون هذا القانون منشوبا بالغش نحو القانون الذي كان من المفروظ ان يحكم النزاع [1].

أولا : التحكيم وفقا لقانون مبدأ سلطان الإرادة :

لقد اتجهت كل القوانين الي تكريس مبدأ سلطان الارادة في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع .

فكل الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي تقر بها المبدء بما فيها اتفاقية جونيف 1961 بشأن التحكيم التجاري الدولي التي تنص الفقرة الاولي من المادة السابعة منها علي : الاطراف هم احرار في تحديد القانون الذي يجب أن يطبقه لمحكمون علي موضوع المنازعة .

كما ورد هذا المبدأ باتفاقية نيويورك 1957 بشأن الاعتراف و تنفيذ قرارات التحكيم الاجنبية و ان يكن ذلك بطريقة غير مباشرة .

كذلك تقر هذه الطريقة من التحكيم اتفاقية وشنطن الموقعة في 13 مارس 1965 الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول المتعاقدة و رعايا الدول الاخري المعروفة باسم اتفاقية .BIRD

[1] - منير عبد المجيد نفس المرجع السابق ص 240

اذا تقضي المادة 42 الفقرة (أ) منها علي ان محكمة التحكيم تتصدي للفصل في المنازعات وفقا للقواعد القانونية التي يحددها الاطراف .

كما تقر حرية اختيار الخصوم وفقا لمبدأ سلطان ارادتهم لقانون يحكم موضوع النزاع جميع اللوائح الدولية بما فيها لائحة محكمة التحكيم لدي غرفة التجارة الدولية بباريس اذ تنص المادة 13 فقرة 3 منها علي ان للطرفين كامل الحرية في تحديد قانون الذي يتعين علي المحكم تطبيقه علي موضوع النزاع[1].

كذلك الامر بالنسبة للائحة التحكيم الخاصة باللجنة الاقتصادية الاوروبية التابعة للامم المتحدة يناير 1966 اذ تنص المادة 38 منها علي انه مع عدم الاخلال بحكم المادة 39 و هي الخاصة بالتحكيم الودي اذا كان ذلك هو رغبة الاطراف انه يجب علي المحكمين تطبيق القانون الذي يحدده الاطراف بحكم موضوع النزاع .

كما ان القانون الجزائري بدوره يقر بهذا المبدأ أي حرية الاطراف في اختيار القانون الواجب تطبيق وفقا لمبدأ سلطان الارادة و هذا ما نصت عليه المادة 458 مكرر 14 علي مايلي :

تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون و الاعراف و التي تراها ملائمة فمن خلال استقراء هذا المادة[2] نجد ان المشرع الجزائري لأطراف حرية قانون الواجب تطبيقة علي موضوع المنازعة المطروحة علي ساحة التحكيم التجاري وفق مبدأ سلطان ارادتهم .

إذا كان الاتجاه الغالب في احكام القضاء و قرارات التحكيم التجاري الدولي و معه الفقه يقرون بحق اطراف التجارة الدولية اعمالا لمبدأ سلطان الارادة في اختيار القانون الذي يطبقه المحكمون علي موضوع منازعاتهم بغض النضر عن أية صلة بينه و بين لعقد مثار المنازعة مدام ان ذلك الاختيار كان يحذوه حسن النية ، بل يستطيع أطراف التجارة الدولية وفق هذا الاتجاه الغالب استبعاد بعض النصوص قانون الذي يخترونه حكم النزاع[3].

[1] - منير عبد المجيد نفس المرجع السابق ص 242
[2] - راجع ذلك المرسوم التشريعي رقم 93-09 الصادر بالجريدة رسمية العدد 27 .
[3] - ابو زيد رضوان نفس المرجع ص 133 .

بمفهوم أخر يستطيع أطراف المنزاعة المعروضة علي ساحة التحكيم التجاري الدولي اختيار بعض نصوص القانون و استبعاد البعض الاخر ذلك لأن النصوص مثل هذا القوانين القانون المختار لا تعدو كونها في وصفها حسب ما ذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية علي انها مجرد اتفاقية او تعاقدية اكثر منها نصوص قانونية او ملزمة .

هناك راي يخالف هذا الراي تبناه بعض فقهاء القانون الدولي الخاص مثل الفقيه..ARMINJON و الفقيه هنري بيتغور[1] و يري هذا الاخير ان جوهرة ارادة المتعاقدين اختيار القانون الذي يحكم العقد و ما يثار من منازعات هي في حقيقتها عبارة عن توطين العقد تبعا لارادتهم .

من تم يجب انيكون هذا الاختيار سيما او اشارة الي رابطة التوطين هذا مثل اختيار الاطراف لقانون الدولة المنشأة التي تصنع السلع محل التعاقد او قانون دولة تنفيذ العقد بحيث اذا انعدمت هذه الرابطة اعتبر ذلك من قبيل الغش نحو القانون الاجنبي .

مع هذا كله الاختيار الصريح للقانون الواجب تطبيق الذي يحكم موضوع المنازعة من طرف الاطراف لا يثير اشكالا بقد ما يثار عندما لا يكون هناك اختيار صريح لذلك القانون .

ثانيا : قانون الارادة المفترضة او الضمنية .

يطرح قانون الارادة المفترضة او الضمنية اشكالا جديرا بالاهتمام في حالة غياب اختيار الخصوم صراحة لقانون وطني معين لحكم موضوع المنازعة التي تطرح على التحكيم ، حيث يثور امام المحكم الدولي مشكلة التصدي لمعرفة ما اذا كان الاطراف الخصومة قد استضهروا نيتهم في اخضاع موضوع المنازعة لقانون معين .

ففي حالة انتقاء الارادة الصريحة يتجه هيئات التحكيم الي فكرة الارادة الضمنية التي تستخلصها من ظروف النزاع و واقع الحق بصورة مؤكدة القاطعة ، مثل قانون مكان الابرام او قانون مكان التنفيذ الذي يتحدد عادة بإمكان التسليم للبضاعة و انتقال ملكيتها الي المشتري[2].

[1] - ابو زيد رضوان نفس المرجع السابق ص 134
[2] - أبو زيد رضوان نفس المرجع السابق ص 137

فما استقر عليه في قضاء التحكيم التجاري الدولي ان المحكم يتمتع في هذا الصدد قد رامت السلطة التقديرية تقف عند حدود ضرورة استضهار المحكم لمؤشرات موضوعية و معقولة لهذه الارادة المفترضة و الضمنية

جوهر عمل المحكم الدولي في حالة غياب الارادة الصريحة هو تبني المحكم الدولي لأي من المؤشرات الارادة الضمنية سيكون بمثابة اشتهاد من المحكم ذاته من دون تجاهله لواقع المنازعة المطروحة على التحكيم .

من اجل تفادي ذلك التجاهل على المحكم الدولي البحث عن رابطة موضوعية يمكن الاطمئنان معها على ان ارادة الاطراف قد اتجهت حقا في هذا القانون او ذلك بحيث تستشف ارادة الاطراف من واقع ظروف الحال[1] .

فقد استخلصت هيئة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية في حكمها الصادر في القضية رقم 7/17 لسنة 1972 ان القانون الايراني هو واجب تطبيق على عقد البيع المبرم بين ايراني و يوغسلافي . استنادا الى ان الايران هي مكان تسليم البضاعة و من ثم فان قانون هذا المكان هو قانون الارادة الضمنية .

فما يلاحظ على هذه القضية ان المحكم الدولي اعتبر مكان تسليم البضاعة كقانون الارادة المفترضة هو مؤشر عن ارادة الاطراف باعتبار قانون المكان هو قانون الارادة الضمنية .

من القرائن التي قد تكشف عن الارادة الضمنية لاطراف لغة المستعملة في العقد او في التحكيم او المكان الذي اتفق على اجراء التحكيم فيه .

بخصوص هذا المؤشر الاخير بالمكان الذي اتفق على اجراء التحكيم فيه قد لا يتشكل اهمية عندما تكون مراكز او هيئات التحكيم الدائمة هي المختصة اما في حالة التحكيم الحر ، فقد يكون اختيار الاطراف لمكان تحكيم الواقعة يستخلص منها اتجاه ارادة الاطراف الضمنية الى تطبيق قانون هذا المكان.

يمكن ان تستخلص الارادة الضمنية من اتجاه الأطراف إلى مراكز التحكيم يعتنق لائحة معينة .

[1] - منير عبد المجيد نفس المرجع السابق ص250 .

مؤشرات الارادة الضمنية أو المفترضة التي يتصدي المحكم للبحث من خلالها علي القانون الذي يحكم موضوع المنازعة التي تطرح علي التحكيم و هي نوعان :

مؤشرات عامة مثل مؤشر قانون محل ابرام العقد و قانون محل التنفيذ .

مؤشرات يطلق عليها بمؤشرات خاصة مثل محل اقامة المتعاقدين و موضوع العقد مكان التحكيم[1] .

مؤدي هذه المؤشرات علي اختلاف درجتها في قوة الاستدلال اقامة قرينة قاطعة علي اتجاه ارادة الخصوم علي اختيار القانون الانسب علي حكم الموضوع منازعاتهم مع ان القضاء الدولي يأخذ غالبا بالمؤشرات العامة للاستدلال علي ارادة الضمنية او المفترضة لاطراف المنازعة .

مع ذلك بعض الفقه يشك في تغليب بعض المؤشرات مثل قانون محل الابرام او قانون محل التنفيذ.

مع هذا تتضارب الاراء في اي مؤشرات أقوي دلالة من الاخري ، و هناك راي يرفض الارادة المفترضة لانه يري فيها انها كشف عن الارادة الخاصة للمحكم الدولي في سبيل تحديده القانون الواجب تطبيقه ليقوم بعد ذلك بنسبتها الي الاطراف بهدف حل النزاع مستندا في ذلك الي مجرد قرائن لا تعكس في حقيقة القصد المشترك للاطراف و من ثم فهي ارادة وهمية او غير موجودة اصلا .

كما سبق الاشارة اليه ان هناك مؤشرات خاصة يمكن للمحكم الدولي المطروح عليه المنازعة ان يستشف منها الارادة الضمنية للاطرافكالغة المستعملة او المكان الذي اختاره الاطراف لاجراء التحكيم .

مع ان هذا الاخير يعتبر قرينة نسبية باعتبار مكان التحكيم هل هو مكان الذي تنعقد فيه هيئة التحكيم لاول مرة او المكان الذي يصدر فيه القرار .

فاختيار مكان الذي يجري فيه التحكيم يفترض في حالة عدم اختيار الخصوم الصراحة لقانون معين لحكم النزاع اتجاه نية الاطراف المنازعة الي تطبيق قانون دولة مكان التحكيم .

اذا كان صحيحا ان تحديد القانون الذي يحكم قانون المنازعة في حالة عدم اختيار الصريح لقانون معين يثير الكثير من الجدل و الصعوبات بتعلقه بامر هام و هو الحضانة القضائية للدولة و كذا بضرورة

[1] - ابو زيد رضوان نفس المرجع السابق ص 138

احترام مبدأ سيادة الدولة مع هذا كله يبقي قانون الارادة المفترضة او الضمنية هو قانون احتياطي الي جانب قانون الارادة الصريحة[1] .

الفرع الثاني : التحكيم في إيطار تنازع القوانين :

كما سبق و وضخنا في مقدمة الفصل بأنه في حالة ما اذا لم يعين اطراف الخصومة المطروحة علي ساحة التحكيم التجاري الدولي للقانون الذي يحكم موضوع خصوماتهم ، و هذا التعين اما يكون بإرادة صريحة معلنة او بارادة مفترضة أو ضمنية عن طريق المؤشرات العامة او الخاصة .

ففي حالة انتقاء هذا التعين فان يقع علي عاتق المحكم الدولي التصدي لهذا الامر بتبيان القانون الذي يحكم قانون النزاع .

يجدر القول ابتداء ان الامر يختلف في هذا الصدد بالنسبة للمحكم الدولي عنه بالنسبة للقاضي الوطني ، فليس له قانون اختصاص مقيد به و لا يصدر قراره باسم هذه الدولة او تلك و من تم لا يخضع بالتالي لسيادة اي دولة و لو كانت هي او احد رعياها طرفا في المنازعة التي تطرح علي التحكيم .

هذا الامر اكدته قرارات التحكيم التجاري الدولي فهناك قرار يقول بأن المحكم الدولي لا يملك تحت تصرفه قانون اختصاص يستطيع علي مداه تطبيق قواعد تنازع القوانين .

يقول قرار اخر في نفس الصدد بأنه اذا كان من المعروف ان القضاة سلطة التحكيم قانون واجب التطبيق من خلال اتباعهم لقواعد تنازع القوانين الخاصة بالدولة التي يقومون العدل بإسمها ، بحسبان أنهم لا يستمدون سلطتهم في المنازعة من اية دولة .

لذا علي المحكم الاهتداء الي القانون الاكثر ملائمة لأطراف الخصومة مع التقيد بالحرية الممنوحة لهم في إطار قواعد قانون الدول و هذا ما سنديره من خلال مايلي :

أولا حرية المحكم في اختيار قانون يحكم موضوع النزاع :

[1] - منير عبد المجيد نفس المرجع السابق ص 263

ما ان تغيب ارادة الاطراف الصريحة أو الضمنية في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع فأنه علي المحكم الدولي ايجاد القانون الذي يحكم المنازعة دون التقيد بأي قانون وطني معين .

اذا المحكم هو الذي يقوم باختيار القانون وفقا لقواعد تنازع القوانين التي يراها ملائمة و نحن نعلم ان المحكم ليس كالقاضي في تقيده بقواعد اسناد وطنية او قواعد اختصاص معينة مثل ما هو الحال عند القاضي .

علي ذلك يتمتع المحكم علي خلاف القاضي الداخلي بقدر من الحرية السلطة التقديرية عند معرض بحثه عن القانون الذي يمكن ان يحكم موضوع النزاع من خلال اعماله من قواعد تنازع القوانين .

يدعم هذا الكلام القرار التحكيمي سابق الذكر رقم 1763 لسنة 1970 الصادرة عن محكمة التحكيم لدي غرفة التجارة الدولية .

كما تقر هذه الحرية للمحكم الدولي بعض اتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي ، مثل المادة السابعة الفقرة الاولي من الاتفاقية الاوروبية بشان التحكيم التجاري الدولي بجونيف 1961 و التي تقضي بانه يجب علي المحكم تطبيق القانون الذي تحدده قاعدة التنازل التي يرونها ملائمة في الحالة المعروفة[1].

كذلك الامر بالنسبة للمادة الثالثة من اتفاقية انتر امريكان الموقع في بانما و المعروفة باسمو نفس الامر بالنسبة للوائح الدولية التي تقوم معضمها علي حرية المحكم الدولي مثل لائحة قواعد التحكيم الخاصة الصادرة عن الامم المتحدة 15 ديسمبر 1967 اذ تقضي المادة 33 فقرة الاولي منها بانه في حالة غياب الاختيار الصريح او الضمني لاطراف المنازعة للقانون الذي يحكم الموضوع فان محكمة التجكيم تطبق القانون الذي يحدد قواعد تنازع القوانين التي تراها ملائمة في هذا الخصوص .

كذلك فعلت المادة 38 من لائحة التحكيم الخاصة بالجنة الاقتصادية الاوروبية التابعة للامم المتحدة جانفي 1966

كذا المادة السابعة الفقرة الرابعة من لائحة التحكيم التجاري الدولي الخاص بلجنة الاقتصادية للامم المتحدة لدول أسيا و الشرق الأقصي و المعروفة بأسم .....CEAEO.. و مما لا شك فيه أن هذه

[1] - منير عبد المجيد نفس المرجع السابق ص 263

الحرية أو بمعني أدق هذه السلطة التقديرية المخولة للمحكم الدولي تضعه أمام العديد من الاختبارات النضرية بين النضم القانونية المختلفة و التي توجب عليه الاختيار من بينها قواعد التنازع الاكثر ملائمة لطبيعة المنازعة المطروحة علي التحكيم و لكن الاشكال الذي يطرح .

هل حرية الاختيار هي الاختيار للطريق السهل أو هذا بقصد بحرية الاختيار ؟

الإجابة علي هذا الطرح أن حرية الاختيار لا تعني بذاتها الطريق السهل بقدر ما تعني سعي المحكم الدولي المطروح عليه المنازعة للبث فيها من اجل إيجاد قانون الأكثر ملائمة لحكم موضوع النزاع و لو كان عدم وجود أمام المحكم الدولي قانون اختصاص أو ما يعرف باسم قانون دولة القاضي .

لأنه كذلك لا يستطيع المحكم الدولي أن يحل اختياره مع اختيار الاطراف في اختيار هذا القانون مما سمح له بأستعاد كافة النظريات الفقهية التي تجيز للقاضي هذه السلطة لان البحث عن القانون المختص بالنسبة للمحكم الدولي لا يأخذ نفس المفهوم بالنسبة للقاضي الوطني علي بعض الأخر[1].

لهذا الامر و بتحديد فان سلطة المحكم الدولي لا تعد و كونها سلطة ترجيح لأحد القوانين الوطنية علي بعض الأخر و لهذا فقد ضهرت أراء بشأن التطبيق المحكم الدولي لقواعد تنازع القوانين فرأي يري أنه في حالة تخالف الاختيار الصريح و تعذر كشف الارادة الضمنية فان القانون النموذجي التحكيم التجاري الدولي و كذلك نظام غرفة التجارة الدولية و كذا اتفاقية جونيف لسنة 1960 يرون بضرورة أعمال المحكم الدولي لقواعد التنازع القوانين [2]

بينما يري الرأي الاخار من الفقه بأن المحكم الدولي لا يمكنه اعمال قواعد تنازع القوانين ذلك ان المحكم الدولي ليس كالقاضي الوطني صاحب الاختصاص في شأن قواعد تنازع القوانين و قانونه الوطني هو الذي يجيز له قواعد الاسناد للقانون الاكثر ملائمة .

مع هذا يبقي الاشكال قائما و هو ، ما هو القانون الاكثر ملائمة و الانسب و الاطراف الخصومة الذي يتعين علي المحكم الدولي اختياره في اطار منهج تنازع القوانين و هذا ما سنح الاجابة عليه في :

ثانيا : القانون الأنسب و الأكثر ملائمة لموضوع النزاع :

[1] - ابو زيد رضوان ، نفس المرجع ص 159.
[2]- منير عبد المجيد نفس المرجع السابق ص 278

ان الاقرار الصريح للمحكم الدولي بالحرية الكاملة في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع في حالة غياب الاختيار الصريح أو ضمني لذلك و هو أمر معترف به و لا يمكن التشكيك فبه بحيث نصت عليه جميع الاتفاقيات الدولية و كذا اللوائح الخاصة و حتي القوانين الوطنية .

لكن هذه الحرية بالرغم من توسع نطاقها الا انها تقف عند حدود الاختيار الموضعي أو ما تسمي بالقانون الاكثر ملائمة لحكم موضوع النزاع .

فحرية المحكم هي حرية وضيفيةتضهر في البحث عن القانون الانسب و الاكثر ارتباطا بموضوع النزاع . و ان لا يكون هذا الاختيار عشوائي او انحيازي و لهذا الامر بالذات ضهرت هذه الاتجاهات بخصوص الرجوع الي القواعد تنازع القوانين عند تخلف الاختيار الصريح و تعذر الكشف عن الارادة الضمنية فهناك رأي يري بضرورة اسناد حكم العلاقة الي قانون الذي يشير اليه قاعدة الاسناد التي تراها ملائمة و ذلك ما لم يتفق الاطراف علي قاعدة اسناد معينة عندئذ يلتزم المحكم بها و كذلك الحال إذا ارتبط الاطراف بقانون يطبق علي الموضوع . فإنهم يفكرون اولا في قانون المادي و عندما لا تتضمن هذا القانون المختار حلا يواجه كل ما يتعلق بشأن النزاع كالاهلية و النظام العام للدولة ذلك القانون فعلي المحكمين إستنادا الي تمتعهم بالحرية التامة في اختيار قاعدة التنازع و لتحميلهم عبء الفصل في النزاع أعمال قواعد التنازع القوانين[1].

ما يفترض في هذا أن المحكم يختار قاعدة الاسناد الملائمة من واقع الانظمة القانونية الوطنية التي يستحسن أن ترتبط عناصرها الموضوعية بالنزاع أو تكون لها صلة به .

واتجه راي اخر الي تطبيق قواعد تنازع القوانين في الدولة التي يجري عليٌ ليمها التحكيم . أي قواعد التنازع التي يتضمنها قانون مقر التحكيم و هذا الرأي إعتنقته ..... و أشار اليه في تقريره المقدم الي المعهد القانون الدولي أساسه في ذلك أن القانون مقر التحكيم يمثل أساس قانون متين أبوة بأي نضام قانون داخلي و ان كل التحكيم يجب ان يخضع بضرورة لقانون دولة معينة و هذا ما ذهب اليه كل الفقهاء مع ان هذا الاتجاه يعاب اليه لان مقر التحكيم يعتذر تحديده في الكثير من الحالات لانه من المتصور أن يعقد المحكم الدولي جلساته في في عدة دول . كما قد يجري التحكيم بالمراسلة .

[1] - منير عبد المجيد نفس المرجع السابق ص 283

هناك رأي أخر اتجهت اليه غالبية هيئات التحكيم و هو اعمال قواعد تنازع القوانين في دولة التي يتم فيها تنفيذ القرار التحكيمي الصادر عنها بشأن المنازعة المطروحة من طرف الخصوم علي الساحة التحكيم التجاري الدولي .

هذا وفقا لنص المادة 5 الفقرة ب من اتفاقية نيويورك التي لا تجيز الاعتراف بحكم التحكيم و لا تنفيذه اذا ثبت ان ذلك القرار التحكيمي يخالف النظام العام في الدولة المطالبة بتنفيذ علي ارضها[1].

فحتي لو يبدو هذا الاتجاه صحيحا لو كان التنفيذ يقع علي اقليم الدولة واحدة و لكنه يثير اشكالا في ماهيته الحل الواجب الاتباع عندما يتم التنفيذ في اكثر من دولة .

إضافة الي ذلك يوجد اراء فقهية عديدة أخري منها ما تري باضرورة اللجوء الي قواعد تنازع القوانين في الدولة التي يحمل جنسيتها أو الدولة التي يقي فيها اقامة دائمة و الذي انتقد علي انه يمكن ان يكون قانون الدولة المحكم لا يمتد بأي صفة للموضوع النزاع [2] و رأي المخالف لهذا يري بالبحث عن القانون الانسب من خلال اعمال القواعد التنازع القوانين الخاصة بدولة جنسية المشتركة او الموطن المشترك أطراف النزاع و لا ننسي ذكر الرأي الذي يعين علي المحكم اعمال قواعد تنازع القوانين في القانون الذي اختير لحكم اجراءات سير المنازعة ليحدد علي ضوءها القانون الذي يحكم موضوع النزاع و ما يمكن ان يقال عن هذا الرأي انه لا يصلح في الحالات التحكيم لعدم وجود أصلا قانون اجراءات معتمد عليه .

اذن فالقانون الذي يجب أن يجده المحكم الدولي هو القانون الذي يكون اكثر ارتباطا و بصفة جوهرية عقد المثار المنازعة أو القانون الذي يمثل المركز الثقل بالنسبة للقوانين المحتمل تطبيقها .

ما يمكن ان يخرج بها كقاعدة ان المحكم الدولي لا يتقيد سلفا في حالة غياب الاختيار الصريح أو الضمني لقانون وطني لحكم موضوع المنازعة باتباع تنازع قوانينها في قانون معين لتحدد علي ضوئها القانون الذي يحكم موضوع النزاع .

[1] - منير عبد المجيد نفس لمرجع السابق ص 281
[2] - أبو زيد رضوان نفس المرجع السابق ص 165

يكاد يصبح هذا المعيار أن القانون الأنسب موضوعيا من المبادئ التي ترسخ في لوائح هيئات التحكيم أو في قرارات التحكيم التجاري الدولي و أصبح السمة البارزة للقانون الدولي الخاص للتحكيم التجاري الدولي .

المطلب الثاني : التحكيم وفق الأعراف التجارة الدولية

ان التحكيم التجاري الدولي يمكن ان يفسر علي انه هروب من أطراف الخصومة من هيمنة القوانين الوطنية و ما تتميز به مفاهيمها من الانطواء و التي لا تتناسب في الكثير من الحالات ما تتميز به التجارة الدولية و عقودها من تفتح و عدم الانطواء و ما يسمي بلا حدود في إطار التجارة الدولية .

فالتجارة الدولية هي بمثابة كسر للحدود الوطنية و قوانينها و كسر القيود و عتق و التجارة من الوطنية المقيدة الي الدولية اللا محددة بالأقاليم . تنشأ تعاملات دولية بين تجار العالم مما ينهي بينهم عادات و اعراف مثلها مثل التي تنشأ بين الافراد التجارة الوطنية بحيث لا يمكن الخروج عن اطارها و لا تجاوزها .

لما كان المحكم الدولي هو قاضي المنازعات التجارة الدولية فهو مطالب بالخروج عن هيمنة القوانين الوطنية التي تعي تصويرا كاملا أو حلا مقبولا دائما لمعطيات التجارة الدولية[1].

لهذا يجد المحكم الدولي نفسه في كثير من الأحيان عندما تغلق الاختيار الصريح أو الضمني للقانون الواجب تطبيق علي موضوع النزاع . وكذلك عند تعذر إيجاد القانون من خلال أعمال قواعد التنازع القوانين

لهذا كله و لأسباب موضوعية اخري فهو مظطر إلى حل النزاع علي ضوء قواعد من إنشاء عادات وأعراف التجارة الدولية قواعد تستقل بكليها عن القوانين الوطنية و هيمنتها و سيطرتها علي التجارة الدولية.

أما اللجوء الي الاعراف و عادات التجارة الدولية يأتي في مقام الثالث بعد غياب الارادة الصريحة او الضمنية لقانون الارادة

[1] - طالب حسين موسي نفس المرجع السابق ص 260

كذلك عند عدم التواصل الي قانون ملائم من خلال قواعد تنازع القوانين و سنعالج مدى اعتبار عادات و اعراف التجارة الدولية قانونا في الفرع الاول أما الفرع الثاني سنتطرق الي قانون التجارة الدولية و مصادره .

الفرع 1 : مدى اعتبار عادات و اعراف التجارة الدولية قانونا .

من الملاحظ و منذ وقت غير قريب ان علاقات التجارة الدولية تبتعد رويدا و باستمرار عن سيطرة و هيمنة القوانين و الانظمة الداخلية لتنظيم عن طريق قواعد الذات طابع مهني أو قواعد عرفية لا تنتمي بأسسها الي قواعد مستمدة من قانون الدولة ما بقدر ما يستمد من واقع مما يمكن ان يطلق عليه المجتمعدولي للتجارة [1].

ان كانت هذه القواعد هي قواعد عرفية و نوعية تختلف بحسب نوع السلعة المتعامل فيها الا انها قواعد معيارية كما قال بحق الفقيه هانس كلسن باعتبارها من من خلق الجماعات المستقلة علي الصعيد التجارة الدولية و ليس من لدي الجهاز التشريعي لدولة ما .

الفقه يرى في عادات و اعراف التجارة الدولية باعتبارها اعراف المهنة لا تطبق الا باوصفها شروط تعاقدية تتجرد من الطابع القانوني و هي لا تستعمل قوتها الملزمة الا من موافقة "اتفاق" الاطراف عليها.

بالرغم من انها مجرد عادات اتفاقية تفتقر الي عنصر الجزء و لا ترقي الي مرتبة العرف الملزم . و كذا فقدها لصفة العموم و التجريد لأختلافها من عقد الي اخر و من حرفة الي اخري .

مع هذا كله يصل الرأي الراجع الي انه بالرغم من هذا النظام مازال في دور التكوين . و يشوبة كثير من النقص و الخصوص و عدم التحديد . مثل أهلية أطراف و فوائد التأخير و عيوب الارادة و لم يصل بعد الي حد الشمول فإنه يشكل نظاما قانونيا له صفة الالزام .

ذلك ان استقرار العمل بهذه العادات و الاعراف و تكرار تطبيقها علي نحو مضطرد و تغليفها في ايطار مجتمع معين لحكم مصالحه المشتركة ثم ادراجه في العقود النموذجية . أضفي عليها طابع القانون الملزم تحولت هذه الاعراف من السوابق قضائية الي قواعد مجردة و هدا ما يغني عن الخضوع عقود التجارة

[1] - فوزي محمد سامي التحكيم التجاري الدولي دار الثقافة للنشر و التوزيع الطبعة 4 سنة 2010 ص 240.

الدولية لدولة ما و يفرض علي المحكم الدولي هنا تطبيق النضام من تلقاء نفسه تطبيقا مباشرا و يسري عليه مبدأ عدم جواز الاعذار بجعل القانون و لقد أطلق عليه الفقيه ..... بالقانون الحقيقي للمجتمع الدولي للبائعين و المشترين[1].

ما تجدى إليه الإشارة أنه ينبغي فهم صفة العموم للقاعدة علي أنه يجب الاعتياد جميع الناس علي اتباعها بقدر ما يكفي ان تكون القاعدة متخصصة في مهنة أو حرفة معينة أو في نوع من المعاملات .

استنادا علي ذلك طبقت محكمة التحكيم لجمعية المصدرين الهولندية للجيوب و التقاوي و البذور و عادات هذا الفرع من التجارة في خصوص تاريخ المطالبة ، و التزام بضمان البائع .

كما ان قواعد اللازمة للتحكيم التي تنصب علي نوع معين من البضاعة تكون بضرورة مختلفة عن تلك التي يجب اتباعها عندما ينصب النزاع علي التوريد مهمات . و يجب أيضا ان يراعي المحكم الدولي عند تطبيقه لعادات و أعراف التجارة الدولية تلائم الاجراءات و القانون الواجب تطبيق إذا تعلق الامر بأنهاء مشروع دولي مشترك .

مما لا شك فيه ان العرف التجاري يعتبر في كل التشريعات مصدر للقاعدة القانونية فهو و القانون سواء و هذا يرافق رأي الدكتور محسن شفيق و مع ان القواعد الاعراف التجارية لا تنتمي إلي جهاز تشريعي معين فقد أضفت محكمة النقص الفرنسية عليها طابع القانون[2].

نفس الشيء رددته محكمة باريس في أحكامها المتتالية ، موضعةففي أحد هذه الاحكام بأن عادات و اعراف التجارة الدولية في شأن تجارة بيع و شراء البصل تعد أحكاما قانونية يجب تطبيقها علي النزاع دون الحاجة الي اتفاق الاطراف علي ذلك و ان هذه القواعد يفترض العلم بها من الجانب المهنيين و تمنع عليهم الاعتذار بجهلها .

مع ذلك يكفي ان تعتبر عادات و أعراف التجارة الدولية نظام قانوني يحكم موضوع التحكيم الشعور النفسي الكامن .و الوعي السائد لدي المهنيين و مجتمع التجار بالتباع تلك القواعد المحاطين بأحكامها و

[1] - فوزي محمد سامي نفس المرجع السابق ص 242
[2] - طالب حسن موسي نفسه المرجع سابق ص266

استقرار الايمان في أنفسهم ان هذه القواعد صارت ملزمة و يخضعون تلقائيا و اراديا لها و يعملون علي احترامها بما يضفي عليها طابع القانون الملزم .

علي اساس ما تقدم يمكن رد هذه القواعد نظام القانوني القائم بذاته ينضم مصالح مشتركة مترابطة رغم انه نظام قانوني مستقل عن النضم القانونية الاخري تقوم هيئات التحكيم و كذا المحكمين الدوليين علي كفالة احترامه و تطبيقه و لا يمكن في هذا المقام اغفال الدور الذي تؤديه عادات و اعراف التجارة الدولية في إيطار التحكيم الدولي في عدة مراحل سواء في مرحلة ابرام العقود في التجارة الدولية او التفاوض بش

انها أو فيما يتعلق بشأنها و كذلك بتنفيذها و ما تقدمه هذه الاعراف من حلول في مجال تسوية ما ينشأ عن العقود المشار اليها من المنازعات[1] .

فا قواعد اعراف التجارة الدولية تقوم بحسم منازعات التجارة الدولية بعيدا عن منهج تنازع القوانين مما أضفي عليها الطابع العالمي القانوني و أوجب علي أفراد التجارة العالمية احترامها و اللجوء اليها في التحكيم التجاري الدولي و هذا ما أشارت اليه المادة 7 من اتفاقية جنيف لسنة 1961 ، كما اشار اليها المشرع الجزائري في المادة 458 مكرر 14 و التي تقضي بضرورة احترامم الاعراف الدولية[2].

الفرع الثاني : قانون التجارة الدولية و مصادره

من خلال دار استئناف هذا الفصل للقوانين التي يمكن أن يسند اليها المحكم الدولي للفصل في المنازعة المطروحة أمامه نري بانها قوانين متشيعة لا تخضع في أي حال من الاحوال لسلطان الدولة ما و انها وجدت خصيصا من اجل إعتاق التجارة الدولية .

فاوجدت أعراف و عادات تجارية و كذا عقود نموذجية و المبادء العامة للقانون المشتركة بين الامم المتحدة و قواعد العدالة و انصاف و كذلك الاتفاقيات الدولية الموحدة في شأن التجارة الدولية . فيلاحظ ان هذه الاصناف القانونية تكب في نهر واحد يجمعها و يوحدها خدة التجارة الدولية و يسمي بقانون

[1] - طالب حسن موسى نفس المرجع ص 268.
[2] - را جع في ذلك المرسوم التشريعي رقم 23-09 الادر لاجريدة الرسمية العدد 27 ص 63

التجارة الدولية فهذا القانون بذات هو من طبيعة المهنية أساسا لتنظيم علاقات التجار الدوليين ، ان يعتبر قانون تكون خارج حدود الدولة[1].

يقصد بقانون التجارة الدولية مجموعة القواعد التي تنظم علاقات القانون الخاص المتعلقة بالتجارة علي مستوي الدولي .

قد ارتبط إلتجاء الي التحكيم التجاري لميادين التجارة الدولية بوصفه المجال الخصب لنشأة القواعد التجارة الدولية التي تخضع لهذا النموذج من التحكيم .

قانون التجارة الدولية هو التنظيم الذاتي و الموحد لعقود التجارة الدولية بما يوفر لهذه العلاقات الثبات و الاستقرار المتطلبين .

من بين عقود التجارة الدولية و هو عقد النقل البحري للبضائع و هو العقد الذي يلتزم بمقتضاه الناقل بنقل البضائع من مكان الى اخر بحرا مقابل اخر .

المقصود بنقل البضائع بحرا هو نقلها عبر البحار من خلال سفينة القائمة بالملاحة البحرية سواء كان الناقل هو مالك السفينة او مجهزها و مستاجرها . فاحكام عقد النقل لا تقيم وزنا لصفة الناقل في علاقته بالسفينة ، فيسري ان يكون مالكا لها فور تجهيزها و استخدامها في نقل البضائع او كان مستاجرا لها قرر تجهيزها او استلهمها مجهزة و قرر استغلالها في نقل البضائع[2] .

المسالة هنا ليست مسالة قانونية بقدر ماهو امر يرتبط بالواقع فيمن ابرم عقد النقل هل هو المالك باعتباره مجهزا للسفينة و قام هو بتجهيزها . المهم فيما نرى من هو مستغل السفينة ، فهو الذي يطلق عليه الناقل في حالة المقصود القائم على مراحل متعددة و في اماكن بحرية مختلفة اذا كان العقد تم مع شخص واحد فانه يعتبر اتفاقا واحدا يخضع لاحكام القانون البحري حتى لو تم جزء من الملاحة في النهر او المياه الداخلية لان العبرة في هذه الحالة بالجزء الغالب من الرحلة اذا كان قد تم في البحر .

اما اذا تم التعاقد مع عدة ناقلين على عدة مراحل فان كل عقد يعتبر مستقلا و يخضع لاحكام الجزء الذي تم فيه ، فانتم بابرام عقد نقل البضائع في النهر او في المياه الداخلية مع احد الناقلين فانه يخضع لاحكام

[1] - منير عبد المجيد نفس المرجع السابق ص 52

القانون التجاري ، اما الجزء الاخر من الرحلة و لذي تم ابرام عقد النقل مع ناقل اخر و كان ذلك وفقا للملاحة البحرية فان هذا العقد يخضع لإحكام قانون التجارة البحرية او المعاهدة الدولية التي تجد مجال تطبيقها سريا على هذا العقد .

اما عقد النقل المركب و الذي يتم جزء منه في البر و جزء في البحر و الاخر في الجو فان كل جزء يخضع لقانونه سواء تم ذلك بعقد واحد مع احد الناقلين او بعقود متعددة مع عدة ناقلين ، اذلك يجب تحديد اولا الواضعة تمت في اي جزء لتحديد المسؤولية و الاحكام التي تخضع لها[1] .

من ناحية اخرى فقد كشفت المعاملات الدولية عن نماذج عديدة من العقود مثل عقود نقل التكنولوجيا ، والمساعدة الفنية و بناء المساكن الجاهزة على التسليم او على الانتاج و المشروعات ذات النشاط الاشعاعي لا تستطيع التشريعات الوطنية مواجهتها باعتبار ان هذه الاخير لا تواجه الا عقود تقليدية .

لهذا الخصوص يجدر بنا التعرض بصفة موجزة لمكونات و مصادر القانون التجارة الدولية .

فبادي ذي بدئ ما يمكن ان يكون اهم مصدر و مكون لقانون التجارة الدولية و هو عادات و اعراف التجارة الدولية او ما يسمى بالقانون المهني ، اذ يمثل هذا التنضيم الجديد في الاحكام الموضوعية الموحدة التي درج المتعاملون على اتباعها و تجد مصدرها في عادات و اعراف مهنية و السوابق القضائية نتيجة الجهد الانشائي لقضاء التحكيم الذي يقوم بدورفعال في خلق هذه القواعد .

فهذه القواعد تشكل مصدر الاول لقواعد التجارة الدولية بالرغم من انه بطئ التكوين لا ينشا عادة في فترة وجيزة[2] .

اما الثاني مصدر فهو القواعد التي تتضمنها العقود النموذجية و الشروط العامة باعتبار ان العقد النموذجي هو وثيقة مطبوعة يمكن ان تستخدم كأنها العقد ذاته تنطوي هذه الوثيقة على جميع القواعد التي تحكم هذا العقد و هي معقدة سلفا مثل التزامات الاطراف و ضمانات التنفيذ و مكانه و اسباب الاعفاء من المسؤولية و نوع البيع سيف و ربط تبعة الهلاك اما بالتسليم ، و انتقال الملكية و غيرها من القواعد و

[1] - فوزي محمد سامي نفس المرجع السابق ص 260 .
[2] - فوزي محمد سامي نفس المرجع السابق ص 263

من امثلة هذه العقود الجمعية لندن للقمح التي ادت الى توحيد المعاملات في تجارة الحبوب في معظم انحاء العالم .

اما فيما يخص الشروط العامة [1]فهي احكام يلجا اليها المتعاملون في التجارة الدولية و يلتزمون بها في معاملاتهم ولا شك ان اعتياد الاطراف الى اللجوء الى الشروط العامة يؤدي الى تحويلها الى اعراف ملزمة دون ثمة حاجة الى النص عليها .

ما يمكن ان يكون ثالث مصدر للقانون التجارة الدولية هو المبادئ العامة المشتركة بين الامم المتمدنة و هي المبادئ المتعارف عليها و السائدة في كل من النضم القانونية المتحضرة ، مثل مبدا العقد شريعة المتعاقدين و مبدا توازن الاداءات التعاقدية و مبدا تنفيذ العقود باحسن نية و كذلك مبدا الادلال بكل بيان للشريك او الطرف الاخر في العملية و يعد هذا المبدا الاخير قاعدة عملية .

غني عن البيان ان الحرية التي يتمتع بها المحكم في خصوص تحديد القانون الواجب تطبيق على الموضوع كانت عاملا اساسيا في اللجوء الى فكرة المبادئ العامة المشتركة بعيدا عن التشريعات الوطنية و عرقلتها لحركة التجارة الدولية .

باعتبار ان التحكيم يمتاز بخصائص ذاتية و بمرونة في حل النزاع و امتداده إلى حل النزاع بطريقة توفيقي يستجيب لمصالح الأطراف المتنازعة كذلك إن المفوض كثيرا ما يكون مفوض كثيرا ما يكون مفوضا بصلح من جاني الإطراف و هو ما يطلق عليه بتحكيم العدالة فنخلص إلى قواعد العدالة و الإنصاف هي مصدر هام من مصادر قانون التجارة الدولية .

يمتد قانون التجارة الدولية الى الاتفاقيات الدولية الموحدة للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية فهذه الاتفاقيات تعتبر المجال الخصب لتقنين عادات او اعراف التجارة الدولية و من هذا القبيل المعاهدات المتعلقة بنقل التكنولوجيا مثل اتفاقية باريس لحماية حقوق الملكية الادبية و الفنية فهذه الاتفاقيات ترمي الى توحيد قواعد التنازع او تقديم حل موضوعي او مادي ينطبق مباشرة على النزاع .

[1] - منير عبد المجيد بنفس المرجع ص 55 .

لا ننسى بالذكر قواعد الاسناد ، و من ثم يدخل في مفهوم قانون التجارة الدولية معاهدة لاهاي بشان القانون واجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية التي وجدت قواعد تنازع القوانين في هذه البيوع .[1]

اضافة الى هذا كله . تعتبر التشريعات الوطنية مصدر من مصادر قانون التجارة الدولية التي تساعد في حل منازعات التجارة الدولية متى لجا الأطراف إليها .

لذا قانون التجارة الدولية قانون متشعب مما يعطي للمحكم الدولي مجالا واسعا في شان تطبيق القانون الأنسب في التحكيم التجاري الدولي .

المبحث الثاني : تطبيق القواعد عبر الدولية في التحكيم التجاري الدولي .

تندرج دراسة القواعد عبر الدولية امام التحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية او التحكيم الاقتصادي الدولي في اطار دراسة القانون الواجب تطبيق ، امام ذلك التحكيم . فالقواعد عبر الدولية تاخذ صورة الاعراف التجارية الدولية و المبادئ العامة التي استقر عليها قضاء التحكيم الاقتصادي الدولي .

القواعد عبر الدولية تجاور القواعد القانونية في الانضمة القانونية الداخلية و قواعد قانونية في نضام قانون الدولى العام دون ان تختلط باي منها و من هنا ، فان تلك القواعد لا توصف بكونها قواعد داخلية ، او قواعد دولية ، ولكن توصف بكونها قواعد عبر دولية نضرا لانتمائها لمجتمع الاعمال الدولية و هو المجتمع الذي تتميز انشطته بنقل القيم الاقتصادية عبر الدول انها الظاهرة الحديثة التي يفضل الفقه الغربي وصفها بالمصطلح و هي الدراسة التي تشتهر في الفقه العربي بمصطلح { قانون التجار } .[2]

المطلب الاول : تطبيق القواعد عبر الدولية بالاستناد إلى الاتفاق .

من الملاحظ تمتع { مبدا سلطان الارادة } امام التحكيم الاقتصادي الدولي بمجال و اسع يختلف عنه أمام القضاء الداخلي و لعل احد اسباب المفسرة لذلك احتلال اتفاق الأطراف مكان الصدارة في النظام المختلط

[1] - د. منير عبد المجيد نفس المرجع السابق ص 60 .
[2] - نادر محمد ابراهيم مركز القواعد عبر الدولية امام التحكيم الاقتصلدي الدولي ، دار الفكر الجامعي ، طبعة رقم 1 1998 ص 260 .

للتحكيم و من التطبيقات التي تشير الى المجال الواسع لمبدا سلطان الارادة امام التحكيم الاقتصادي الدولي .

استناد تطبيق القواعد عبر الدولية الى اتفاق الاطراف ، سواء صريح منه او الضمني .

الفرع 1: الاتفاق الصريح على تطبيق القواعد عبر الدولية .

على الرغم من الارتباط الوثيق بين القواعد عبر الدولية و التعبير عنها بمصطلح اللاتينيالى انه يندر استخدام هذا المصطلح للتعبير عن الرغبة في تطبيق تلك القواعد و يغلب ان يستخدم الاطراف تعبيرات ذات { ضوابط غير داخلية }

عند رغبتهم في تطبيق القواعد الدولية ومثال ذلك اتفاقهم على اخضاع العقد لاخذ انواع القواعد عبر الدولية ، منفردة او مجتمعة مع القانون الداخلي او اخضاعهم التحكيم لقواعد تلتزم المحكم بمراعاة الاعراف التجارية[1] .

بناءا على ما سبق فان تناول الاتفاق الصريح على تطبيق القواعد عبر الدولية يتطلب التعرض : لاتفاق الاطراف على تطبيق القواعد عبر الدولية مستخدمين مصطلح ولاتفاق الاطراف على تطبيق احد انواع القواعد عبر الدولية .

اولا: الاتفاق على تطبيق القواعد عبر الدولية باستخدام مصطلحEX MERCATORIA

بمناسبة خصومة التحكيم رقم 4721 تحت رعاية نضام تحكيم غرفة التجارة الدولية بين طرف ايطالي ، واخر ليبي ، صدر { حكم باتفاق الاطراف } بصفة جزئية ، يحدد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على النزاع ، وينص على ان : {1-القانون الليبي هو القانون الواجب تطبيق من حيث المبدا على اوجه النزاع فيما لا يخالف النضام العام الدولي و مبادئ حسن النية .

2 :لو فرض ان القانون الليبي لم يتم اثباته اعمالا لمادة 4 من وثيقة تحديد مهمة المحكم . فان هيئة التحكيم ستطبق القانون التجاري او مبادئ العامة للقانون .

[1] - عبد المالك باسودمامية القواعد عبر الدولية في التحكيم التجاري الدولي مجلة الدراسات الحقوقية طبعة 1 سنة 2016 ص 6 .

3 : القانون التجاري سينطبق ايضا حيث يكون القانون الليبي كما اثبته ايا من الاطراف ناقصا بشكل واضح ولم يكن كاملا في شان وجه او اكثر من اوجه النزاع } .

على الرغم من ان الحكم المشار اليه لا يمنع القانون التجاري يوصفه القانون الواجب التطبيق على النزاع ، اكثر من الدور الاحتياطي ، الا ان خصوصية تظهر في استخدام الاطراف لمصطلح بشكل صريح .

ثانيا : الاتفاق على تطبيق القواعد عبر الدولية باستخدام مصطلح يصف احد أنواعها من المشاهد في مجال الإعمال عبر الدولية ، و بالذات في مجال عقود الدولة عدم تركيز الإطراف لشرط اختيار القانون و ذلك باستخدام صياغة يعبرون بها عن رغبتهم في عدم تطبيق قانون داخلي على العقد إنها الصياغة التي يرى فيها التحكيم الاقتصادي الدولي أحيانا اتفاقا صريحا على الخضوع للقواعد عبر الدولية[1] .

من أمثلة الشروط السابق الإشارة إليه الاتفاق على تطبيق مبادئ قانون التجارة الدولي و التي طبقتها المحاكم الوطنية و الدولية .

الاتفاق على ان { تلتزم لجنة التحكيم بالاخذ في الحسبان ببنود العقد و الاعراف التجارية } و ايضا الاتفاق على ان تلتزم هيئة التحكيم باصدار حكمها { وفقا للمبادئ العامة المعتدة في الامم المتمدينة } ، و بالمثل النص على ان { الاطراف يؤسسون علاقاتهم فيما يتعلق بهذا الاتفاق على مبادئ الود و حسن النية ، وكدلك على التفسير المعقول لشروط هذا الاتفاق } ، كذلك النص على ان { كلا من المحاكم و الشركة يعلن انهما يؤسسان عملهما بموجب هذا الاتفاق على الود و الثقة الخالصة على تفسير هذا الاتفاق بما يوافق الصواب ايضا الاتفاق على ان { القانون الواجب التطبيق على المسائل الموضوعية بين الاطراف سيتم تحديده من قبل هيئة اخذت في الاعتيار صفة الاطراف و الصفة عبر الدولية لعلاقاتهم و مبادئ القانون و العادات السائدة في العالم المتقدم[2].

غالبا ما يكون اتفاق الاطراف على تطبيق احد انواع القواعد عبر الدولية مقترنا بالاتفاق على تطبيق قانون داخلي وفقا لترتيب معين .فعلى سبيل المثال نصت الفقرة السابعة و الشروط رقم 24 و الوارد في

[1] - نادر محمد ابراهيم نفس المرجع السابق ص 262 .

[2] - فوزي محمد سامي : التحكيم التجاري الدولي ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع الطبعة 1995ص220 ..

امتياز البحث عن البترول في ليبيا و الشركات الاجنبية في التحكيمات المشهورة {topco} و { lamco } bp ; على ان يخضع هذا الامتياز و يفسر وفقا للمبادئ العامة المشتركة بين القانون الليبي و القانون الدولي ، فان لم توجد تطبق المبادئ العامة المشتركة وفقا للمبادئ العامة للقانون و التي يدخل من ضمنها تلك التي تطبقها المحاكم الدولية .

ومن امثلة ذلك ايضا اتفاق الاطراف في احد العقود على ان { تنفذ هذه الاتفاقية و يتم تطبيقها و تفسيرها وفقا لبنودها ثم وفقا للقانون الفدر الى الامارات العربية المتحدة ، ثم وفقا للمبادئ المعترف بها عموما لقانون التجارة الدولي .

كذلك اتفاق الاطراف على انه { الاخذ في الاعتبار بالجنسيات المختلفة للاطراف فان اتفاقاتهم تنفذ و يجب تفسيرها و تطبيقها وفقا للمبادئ المشتركة بين قوانين الكويت وولاية نيويورك في ولايات المتحدة الامريكية ، وعند عدم وجود مثل تلك المبادئ وفقا لمبادئ القانون المعترف بها عادة في الدول المتمدنية بصفة عامة ، و يدخل ضمنها التي طبقتها المحاكم الدولية .

مما تجدر الاشارة اليه ان التحكيم لا يستلزم الاتفاق الصريح على تطبيق القواعد عبر الدولية ان يتم قبل نضر انزاع فقد يظهر اتفاق الاطراف على الجمع بين تطبيق القانون الداخلي و القواعد عبر الدولية عندما يستند الاطراف في طلباتهم و دفوعهم الى قواعد عبر الدولية انه الامر الذي اخذت به هيئة التحكيم في قضيةفلقد انتهى المحكم الى استبعاد تطبيق الشريعة الاسلامية على الرغم من اعترافه بان المنازعة تتركز موضوعيا فيها ، و تطبق القواعد عبر الدولية استنادا الى ان مثل ذلك التركيز كان سيترقب عليه البطان الكلى او على الاقل الجزئي و نضرا لاستناد الاطراف الى تلك القواعد عبر الدولية في طلباتهم و دفوعهم[1] .

من واجب لفت النضر الى ان التحكيم لا يكتفي بان يشير الاطراف الى رغبتهم في تطبيق قواعد { غير ذات مصدر داخلي } حتى يمكن الاستناد الى ارادتهم في تطبيق القواعد عبر الدولية انها الملاحظة التي ياكدها ما انتهت اليه احد هيئات التحكيم حديثا تحت رعاية نضام التحكيم لغرفة التجارة الدولية ، بموجب حكم التحكيم الجزئي الصادر في القضية رقم 4319 في 1992.

[1] - نادر محمد ابراهيم نفس المرجع السابق ص 268.

فنضرا لنص العقد على ان هذا الاتفاق يلزم تفسيره وفقا بموجب القوانين و الاوائح المطبقة على اعضاء المجموعة الاروبية تمسك المدعي بان ذلكالنص يعني عدم اتفاق الاطراف على قانون داخلي معين و لكن تطبيق نضام القانون الدول و الذي يندرج ضمنه ، اي قواعد عبر دولية أما المدعي عليه فقد تمسك ببطلان ذلك النص لعدم تحديده للقانون الواجب التطبيق على الرغم من ان المحكم لم يرى في النص السابق اتفاقا على المبادئ المشتركة بين المجموعة الاروبية الا انه راه اتفاقا على القواعد القانونية الاروبية التي تاخذ صورة المعاهدات و التشريعات الاروبية و استبعد تطبيق القواعد عبر الدولية نضرا لعدم الاتفاق الصريح بين الأطراف و نضرا لعدم كفاية سكوت الأطراف للدلالة على اتفاق الأطراف على تطبيق تلك القواعد[1] .

لا يقتصر تطبيق القواعد عبر الدولية باتفاق الاطراف على نصهم في العقد على تطبيق احد انواع تلك القواعد فقد يتم ذلك الاتفاق بالاشارة وذلك بان يتفق الاطراف على تطبيق قواعد التحكيم تشير الى تطبيق تلك القواعد.

فمن الملاحظ ان القواعد عبر الدولية تحصي على الاقل بالتطبيق الجزئي بالاستناد الى قواعد التحكيم التي اتفق الاطراف على تطبيقها . فمن المعلوم ان معظم قواعد التحكيم خاصا قواعد التحكيم لدى منضمات. التحكيم الدائمة ، تنص على التزام المحكم بمراعات الاعراف التجارية [2].

انه الامر المتحقق في شان الفقرة الثانية من المادة السابعة عشر من قواعد تحطيم غرفة التجارة الدولية لسنة 1997 و التي تنص على انه { يجب على هيئة التحكيم ان تراعي في كل الاحوال احكام العقد و اعراف التجارة المعينة } .

كذلك الفقرة الثالثة من المادة 33 من قواعد لجنة الامم المتحدة للقانون التجارى الدولي و التي تنص على انه :{ و في جميع الاحوال تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لشروط العقد وبمراعات الاعراف التجارية السارية على المعاملة } .

[1] - فوزي محمد ابراهيم نفس المرجع السابق ص 230 .
[2] - فوزي محمد سامي نفس المرجع السابق ص 232 .

تطبيقا لما سبق فلقد انتهت احد هيئات التحكيم تحت رعاية نضام التحكيم غرفة التجارة الدولية الى انه : ....{ باعتماد هيئة لتحكيم على الفقرة الثالثة من المادة الثالثة عشرة من نضام تحكيم لغرفة التجارة الدولية ، فانها ستطبق على النزاع القانون الامريكي و قانون ولاية ماساتشوست . ونضرا لان الفقرة الخامسة من المادة الثالثة عشر من نضام التحكيم لغرفة التجارة الدولية تلزم المحكم من جهة اخرى بان يتخذ في الاعتبار بالاعراف التجارية المعينة ، و نضرا ان القانون التجاري يستهل مصدره من الاعراف التجارية و المبادئ العامة المطبقة بالشكل العام في التجارة الدولية ..... لذلك فان هيئة التحكيم تقرر ان القانون الامريكي ، بصفة عامة ، وقانون ولاية ماساتشوست ، بصفة خاصة مع تكملها عند الحاجة بالقانون التجاري هما القانون الواجب تطبيق على النزاع } .

مما تجدر ملاحظته ان اتفاق الاطراف على تطبيق القواعد عبر الدولية لا يعني عدم جواز اللجوء الى قواعد قانونية اخرى عندما يجد المحكم نقصا في تلك القواعد فلقد مضت الاشارة الى ان القواعد عبر الدولية و ان كانت خصاما قانونيا الا ان هذا النضام لا يتمتع بالكما فمن المعلوم ان القواعد عبر الدولية لا تغطي ، على سبيل المثال اهلية التعاقد اصحة الرضى على العقد[1] .

فالمحكم ملتزم بتحديد القانون الداخلي الذي يمكنه ان يكمل نقص القواعد عبر الدولية التي اتفق عليها الاطراف على تطبيقها . و تطبيقا لذلك انتهت احد هيئات التحكيم تحت رعاية نضام اتحكيم لغرفة التجارة الدولية الى انه على الرغم من اتفاق الاطراف على تطبيق القواعد عبر الدولية : الى ان هيئة التحكيم تجد من ضروري اللجوء الى قانون داخلي لتحديد سعر الفائدة الذي يحسب على اساسه التعويض نضرا لعدم احتواء القواعد عبر الدولية لقواعد تفصيلية في هذا الشان .

الفرع 2 : الاتفاق الضمني على تطبيق القواعد عبر الدولية .

–من الملاحظ ان اكثر فروض تطبيق القواعد عبر الدولية هي تلك التي لا يتفق فيها الاطراف صراحتا على مثل ذلك الامر . فقد يستند المحكم احيانا في تطبيقه لقواعد عبر الدولية الى الاتفاق الضمني

[1] - نادر محمد ابراهيم نفس المرجع السابق ص 272 .

لاطراف و المستمد من مجرد اتفاقهم على اللجوء الى التحكيم بصفة عامة او الزام المحكم بتطبيق القواعد القانونية الداخلية المشتركة او اللجوء الى التحكيم بالصلح[1] .

اولا : مدى الدلالة الضمنية على تطبيق القواعد عبر الدولية بمجرد الاتفاق على التحكيم لم نصادف حكما تحكيميا يربط بين تطبيق القواعد عبر الدولية و مجرد الاتفاق على لجوء الى التحكيم الاقتصادي الدولي سواء في صورة التحكيمية الخاصة او المنضمات الدائمة الا ان اجتماع واقعة عدم تحديد القواعد واجبة التطبيق مع وجود اتفاق التحكيم غالبا ما تعد احد القرائن التي يجوز الاستناد اليها في شان الاتفاق الضمني على اخضاع العلاقة للنضام القانوني عبر الدولي[2].

فعلى سبيل المثال و نضرا لعدم تحديد الاطراف للقواعد الواجبة التطبيق . تمسك احد الاطراف امام احد الهيئات التحكيم العاملة تحت رعاية نضام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بتطبيق المبادئ العامة للقانون و القانون التجاري و مع ذلك انتهت هيئة التحكيم الى انها ملازمة بتطبيق القانون الذي تتمتع فيه العلاقة بمركز الثقل و نضرا الى ان المدعي قد طلب { اطلاق للمستندات المودعة في البنك حنيف، بموجب عقد مبرم مع البنك و الخاضع للقانون سويسري . ودفع العمولات كما ينبغي ان يتم من حساب المدعي في بنكه السويسري الى حساب المدعي عليه في بنكه السويسري ....} فلقد انتهى المحكم الى تطبيق القانون السويسري بوصفه القانون الاكثر ارتباطا بالنزاع .

كذلك انتهت احد هيئات التحكيم تحت رعاية نضام التحكيم لغرفة التجارة الدولية الى انه : { تاسيسا على ادلة الاثبات المقدمة الى هيئة التحكيم . فان مسالة القانون الواجب لم يبدو انها قد تم مناقشتها بين الاطراف و بالتالي يبدو واضحا انه لا يوجد اتفاق ضمني او تفاهم تم الحصول اليه . و في ضل عدم وجود اية دليل في شان اتفاق حقيقي او توافق نوايا الاطراف فان هيئة التحكيم ترى انه لا يمكن للمرء ان يعتبر ان الاطراف قد اختاروا تطبيق القانون الموضوعي السويسري او القانون التجاري فوفقا لهيئة التحكيم اختيار مثل ذلك القانون يتطلب اتفاق بين الاطراف و هو ما لم يتم الوصول اليه في هذه القضية[3].

[1] - نادر محمد ابراهيم نفس المرجع السابق ص 274 .
[2] - نفس المرجع السابق ص 275 .
[3] - فوزي محمد سامي نفس المرجع السابق ص 245 .

مع ذلك ، فلقد انتهتاحد هيئات التحكيم تحت رعاية نضام التحكيم لغرفة التجارة الدولية الى انه : { طالما ان {ب} قد قرر اخضاع النزاع الناتج عن العقد لنضام التحكيم لغرفة التجارة الدولية فان {ب} اراد في الحقيقة ان يرى هذا النزاع يسوى على اساس شروط العقد ووفقا للعادات و الاعراف الدولية دون اشارة الى اية قانون داخلي } .

يعلق {loquin} على الحكم السابق بان الاتفاق على اللجوء الى تحكيم المؤسسات الدائمة هو مجرد قرينة قد تؤازرها قرائن اخرى فينتهي التحكيم الى وجود اتفاق ضمني على اخضاع النزاع للقواعد عبر الدولية بشكل استشاري .

فاذا استخدم الاطراف عقدا نموذجيا و تبين لهيئة التحكيم ان الاطراف قد حذفوا منه شرط القانون الواجب التطبيق و حرصوا على الا يخضع عقدهم الا لبعض من قواعد القانون الداخلي التي لم يكن من الممكن استبعادها ، كما في شان قوانين العمل و قوانين المقاطعة الاقتصادية لبعض الدول فانه يجوز ان يكفي المحكم بتطبيق بعض القواعد القانونية الداخلية مع استكمالها بالقواعد عبر الدولية [1].

تطبيقا لذلك انتهت احد هيئات التحكيم تحت رعاية نضام تحكيم غرفة التجارة الدولية بمناسبة منازعة حول تنفيذ عقد انشاءات متنية {FIDIC }على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، و نضرا لان الاطراف قد حذفوا من العقد النموذجي نص تطبيق قانون الدولة التي يتم فيها الاعمال ، ونضرا لاقتصار العقد على الاشارة الى قوانين العمل السعودية و قوانين مقاطعة اسرائيل : فانه يتبين بوضوع عدم رغبة الاطراف في اخضاع عقدهم اجمالا {en tet } للقانون السعودي .

بناءا على ذلك و اخذا في الاعتبار بالطبيعة الدولية للعقد انتهت هيئة التحكيم الى انه { تحكم الهيئة بانها ستعطي في هذا النزاع للقواعد التي انشاها الاطراف في شان علاقتهم . اي لشروط عقودهم مستكملة اياها بالاعراف التجارية الواجبة التطبيق و المتعلقة بالموضوع و في شان المسائل التي تتصل مباشرة بموضوع العلاقة العقدية و التي قد تثور اثناء التحكيم و التي لم تعالجها العقود ، فن الهيئة ستستكملها بالقانون السعودي في المرتبة الاولى .

[1] - فوزي محمد سامي نفس المرجع السابق ص 247 .

مفهوم المخالفة : اذا لم يحدد الاطراف القواعد القانونية الواجبة التطبيق و عدد بدء اجراءات التحكيم تمسكاكلامنهمابقانون داخلي بوصفة القانون الاكثر ارتباطا بالعقد ، فان هذا المسلك يكشف عن استبعادهم لتطبيق القواعد عبر الدولية بشكل اساسي على العقد .

تطبيقا لهذا انتهت احد هيئات التحكيم تحت رعاية نضام التحكيم لغرفة التجارة الدولية الى انه { من المثار في الفقه ان المحكمين الدولين ينبغي ان يطبقوا القانون التجاري بقدر الامكان و بغض النظر عن ان مضمون ذلك القانون ليس من السهل تحديد ، فان ايا من الاطراف لم يتمسك بوجوب تطبيق القانون التجاري . فعلى العكس فانما كلا من الطرفين دافع بشدة على اساس قانون داخلي .... و بالتالي فان المحكم سياخذ بالرغبة الاطراف المنضمة بان يطبق قانونا داخليا[1] .

بذلك نستخلص ان التحكيم الدولي الاقتصادي الدولي يستقر على ان مجرد الاتفاق على اللجوء اليه لا يرقي في ذاته الى الاتفاق الضمني على تطبيق القواعد عبر الدولية حيث لا يعد ذلك اكثر من مجرد قرينة تحتاج الى تكاتف قرائن اخرى للدلالة على ذلك الامر .

ثانيا: مدى الدلالة الضمنية على تطبيق القواعد عبر الدولية بالتفاق على تطبيق { القواعد الداخلية المشتركة } .

مضت الاشارة الى ان مفهومنا المعتبر للقواعد عبر الدولية يجعلها متميزة عن مفهوم { القواعد القانونية الداخلية المشتركة } . ولقد سبق وان اشرنا ايضا الى ان اتفاق الاطراف على تطبيق { القواعد القانونية الداخلية } ، سواء المشتركة بين دولتين او عدة دول او بعض الانضمة القانونية الداخلية ، يصلح لان يكون اتفاقا ضمنيا على تطبيق القواعد عبر الدولية . وذلك بقدر تلبية القواعد عبر الدولية لتقوية الاشتراك التي يتطلبها الاطراف[2] .

فان امثلة الاتفاق على تطبيق { القواعد القانونية الداخلية المشتركة } ما حدث في احد العقود بين اطراف مصرية و اخرى من الولايات المتحدة الامريكية حيث اتفق على ان هيئة التحكيم تلتزم بتطبيق { المبادئ المشترك بين جمهورية مصر العربية و الولايات المتحدة الامريكية } .

[1] - نادر محمد ابراهيم نفس المرجع السابق ص 278 .
[2] - نادر محمد ابراهيم نفس المرجع ص 280.

من المعلوم انا الاتفاق على تطبيق { القواعد القانونية الداخلية المشتركة } قد يكون احيانا في صورة الاتفاق على { المبادئ العامة للقانون المطبق في اوروبا الغربية } . و مبادئ العامة للقانون المطبق في { شمال اوروبا } .

قد يتفق الاطراف على القواعد القانونية الداخلية المشتركة وعلى تطبيق القواعد عبر الدولية كما حدث في قضية { نفق الاوروبي } .

فلقد اتفق الاطراف على ان القانون الواجب تطبيق هو {المبادئ المشتركة بين القانون الفرنسي و القانون الانجليزي } وعند عدم توفر تلك المبادئ المشتركة تطبق {مبادئ قانون التجارة الدولي و التي طبقتها المحاكم الدولية و الوطنية } .

يلاحظ على المثال السابق وجود اتفاق صريح على تطبيق القواعد عبر الدولية موصوفة بكونها { مبادئ قانون التجارة الدولي و التي طبقتها المحاكم الدولية و الوطنية } .

انه الاتفاق الذي احتفظ للقواعد عبر الدولية بدور معاون او احتياطي .

نلاحظ ان الاتفاق على تطبيق {القواعد القانونية الداخلية المشتركة } مجتمعة مع تطبيق القواعد عبر الدولية هو امر يجري عليه العمل في عقود القرض الدولية الصادرة عن عديد من مؤسسات التمويل العربية . فعلى سبيل المثال يجري الصندوق العربي للانماء الاقتصادي و الاجتماعي على الاتفاق على ان تطبق على القرض { المبادئ العامة المشتركة بين قوانين الدول العربية و الاعراف السائدة في المعاملات الدولية و مبادئ العدالة } . كما يجري الصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية على النص على ان يطبق على عقد القرض { المبادئ العامة المشتركة في القوانين السارية في دولة الظامن ودولة الكويت و مبادئ العدالة[1] } .

ثالثا : مدى الدلالة الضمنية على تطبيق القواعد عبر الدولية بمجرد الاتفاق على التحكيم بالصلح .

[1] - فوزي محمد سامي نفس المرجع السابق ص 250 .

كما مضت الاشارة يختلف التحكيم بالصلح قي حالة التحكيم المطبق للقواعد عبر الدولية على ان التحكيم يستقر على ان الاتفاق على التحكيم بالصلح يصلح لان يكون اتفاقا ضمنيا على تطبيق القواعد عبر الدولية المطابقة لقواعد العدالة و الانصاف من المنضور الذاتي للنزاع .

فلقد انتهت احد هيئات التحكيم تحت رعاية نضام التحكيم غرفة التجارة الدولية الى انه على الرغم من تمتعها بسلطة التفويض بالصلح بموجب اتفاق الاطراف الا ان :تطبيق القانون التجاري ينبغي تحققه هنا في الحدود و الاطار الذي سيتم تحديده تاليا .

في معنى مقارب انتهت احد هيئات التحكيم ، تحت رعاية نضام تحكيم غرفة التجارة الدولية ، الى انه يوجد في ضوء تمتعها بسلطة التفويض بالصلح فان : هيئة التحكيم سوف تحكم عند الضرورة وفقا للقواعد المشتركة بين القوانين الفرنسية و التونسية و المنضمة لالتزامات و عقود , حيثما يختلف النضامات حول الحل المتعلق بمسالة معينة يلائمها تطبيق قانون الدولة , فان هيئة التحكيم ستضلع بتحديده لكنها سوف تطبق بشكل اساسي الشروط التعاقدية و ستاخذ في حسابات الاعراف التجارية و ستمارس عند لزوم سلطات المحكم المفوض بالصلح[1] .

كذلك انتهت احد هيئات التحكيم تحت رعاية نضام تحكيم غرفة التجارة الدولية في حكمها الجزئي الصادر قبل الفصل في الموضوع ، الى انه في ضوء اتفاق الاطراف على منحها سلطة التفويض بالصلح فانه : عندبقيامها بالفصل التي تتعلق بالخصومة الحالية ، فان هيئة التحكيم ستطبق المبادئ العامة ذات قبول

العام و الحاكمة للقانون الدولي التجاري دون اي اشارة الى نضام قانوني معين .

المطلب التانى ;تطبيق القواعد عبر الدولية دون الاستناد الى اتفاق

يستقر التحكيم الاقتصاديالدولى على تطبيق قواعد عبر الدولية على رغم من من عدم اتفاق الاطرافعلى القواعد القانونية الواجبة التطبيق

الفرع 1: تطبيق قواعد عبر الدولية على الرغم من عدم اتفاق الاطراف على تحديد قواعد الواجبة التطبيق

[1] - فوزي محمد سامي نفس المرجع السابق ص 252 .

مضت الاشارة الى ان قواعد عبر الدولية تتصف بالطبيعة الوضعية فهي تعد من قبيل القواعد القانونية فالمحكم الدولي يتمتع في ضوء نضام قانوني عبر الدولي بسلطة تحديد القواعد عبر الدولية بوصفها القواعد واجبة التطبيق و لو لم يحدد الاطرف القواعد القانونية التي يخضع لها التحكيم .فالمحكم الدولي قد يطبق القواعد عبر الدولية نظرا لتركيز المنازعة في النضام القانوني عبر الدولي او لمجرد كون ذلك النضام اكثر ملائمة لطبيعتها او لمجرد ان المنازعة يكفيها تطبيق قاعدة عبر دولية ذات تطبيق مباشر[1].

اولا : تركيز المنازعة في النضام القانوني عبر الدولي .

–الاصل ان تطبيق القواعد عبر الدولية يتم بفضل تركزها في النضام القانوني عبر الدولي . انه المر الذي يتحقق في العلاقات التي تنتمي بطبيعتها الى مجتمع الاعمال عبر الدولية ، سواء كونها غريبة عن كافة الانظمة القانونية الداخلية ، او نضرا لتمتعها بتنظيم عبر دولي تفصيلي .

فلقد انتهت احد هيئات التحكيم تحت رعاية نضام تحكيم غرفة التجارة الدولية الى تركيز منازعة بين مجموعة من الشركات عبر الدولية في النضام القانوني عبر الدولي نضرا لانتماء تلك المنازعة بطبيعتها الى ذلك النضام و ابلغ مثال للمنازعات الاقتصادية الدولية التي يتم تركيزها في النضام القانوني عبر الدولي نضرا لتمتع ذلك النضام بقواعد تفصيلية تتعلق بها تلك المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع .

مما يجدر التنبيه اليه ان تركيز المحكم للعلاقة في النظام القانوني عبر الدولي لا يضع من تحديد القانون الداخلي في ذات الوقت بصفة احتياطية لاستكمال نقص القواعد عبر الدولية ،فعلى السبيل في شانمنازعة بيع المنازل سابقة التجهيز بين بائع من تكساس و احد الوزارات السورية ، لم ينص في شانها الاطراف على القانون واجب التطبيق . حكمت هيئة التحكيم تحت رعاية نظام التحكيم غرفة التجارة الدولية بان : الهيئة ترى ان المنازعة التي تختص بالفصل فيها بين الاطراف تتمتع بالطابع التجاري يجوز حسمها في ضوء احكام العقد و الاعراف التجارية الدولية دون ان تكون هناك حاجة الى الاسناد الى قانون معين[2] .

مع ذلك فقد احتفظت هيئة التحكيم للقانون الداخلي بالدور الاحتياطي حيث اردفت في حكمها بانه : ومع ذلك فان الهيئة ترى بانه بقدر ما قد تتطلب الحاجة من الرجوع الى قانون معين ، و امام اي غياب غير متوقع لشرط في العقد في هذا الخصوص ، فان قواعد التنازع الفرنسية ، و كذلك المنطق سيؤدي الى

[1] - نادر محمد ابراهيم نفس المرجع السابق ص 284 .
[2] - فوزي محمد سامي نفس المرجع السابق ص 256

اختيار قانون ولاية تكساس ، حيث ان الادار الاساسي و المميز للعقد يتمثل في بيع مواد تتصف اساسا بكونها امريكية ، عن طريق شركة ولاية تكساس ، بموجب تسليم سيف انطلاقا من ميناء تكساس ، و الوفاء في الولايات المتحدة الامريكية .

الملاحظ ان هيئات التحكيم لا تتوافى في تركيز العقود التي تكون احد اطرافها هو الدولة في مجال القواعد عبر الدولية ، كلية اذا ما كانت القواعد عبر الدولية اكثر ارتباطا بالنزاع كما هو الحال في شان بعض المنازعات لمتياز البحث عن البترول.

لقد انتهت احد هيئة التحكيم تحت رعاية نضام التحكيم غرفة التجارة الدولية ، في شان نزاع حول عقد الامتياز للبحث عن البترول المرفوع من الشركة الالمانيةو مشار اليها اختصارا بالمصطلح من حكومة امارة راس الخيمة الوطنية و شركة راس الخيمةالى ان قواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع ، اعمالا للفقرة الثالثة عشر من نضام تحكيم الغرفة و في ضل عدم الاتفاق الصريح بين الاطراف ، وهي مبادئ القانون المقبولة عالميا و الحاكمة لالتزامات التعاقدية و بناءا على ذلك طبقت هيئة تحكيم المبادئ المستقر عليها في احكام التحكيم في المنازعات المشابهة[1] .

على الرغم من ان البعض يرى في اشارة بمناسبة حكمه في قضية من ان العقود بين الدول و الاشخاص الخاصة يمكن بشروط معينة ان تقع ضمن نطاق فرع جديد و متميز من القانون الدولي هو القانون الدولي للعقود تعبيرا عن اتجاه التحكيم الاقتصادي الدولي نحو تركيز العقود الدولية في نضام قانوني عبر الدولي . الا اننا لم نلاحظ اشارة اي حكم تحكيمي الى تركيز عقود الدولة ان القانون الداخلي للدولة الطرف هو غالبا القانون الاكثر ارتباطا بالمنازعات . تلك العقود و تطبيقا انتهت احد هيئات التحكيم تحت رعاية نضام تحكيم غرفة التجارة الدولية الى انه : في حالة غياب الاختيار الصريح لاطراف فان القانون الذي يطبق على العقد المتنازع عليه هو قانون الدولة . على الرغم من ان العقد قد ابرم في بروكسل و مع احد الرعايا البلجكيين و بالرغم من صفته الدولية . فذلك العقد يخضع في موضوعه لقانون الدولة .

ثانيا : عدم ملائمة تطبيق الانضمة القانونية الداخلية .

[1] - فوزي محمد سامي نفس المرجع السابق ص 257 .

قد يلجا المحكم الى تطبيق القواعد عبر الدولية نتيجة لصعوبة التركيز المنازعة في احد الانضمة القانونية الداخلية . انه الامر الذي يعود الى غلبة كون كون علاقات الاعمال عبر الدولية من قبل العقود المركبة ، وكونها تدور حول عقود غير دارجة في علاقات الاعمال الداخلية .

فعلى سبيل الثال اشارت احد هيئات التحكيم تحت رعاية نضام التحكيم غرفة التجارة الدولية الى ان العقد ينبغي تنفيذه في ثلاثة دول مختلفة ، و تحديد قانون معين يخضع له تطبيقه يمثل بعض الصعوبات ، فواضحا ان الاطراف قد ارادوا اللجوء الى المبادئ العامة و اعراف التجارة الدولية[1] .

ايضا انتهت احد هيئات هيئات التحكيم تحت رعاية نضام التحكيم غرفة التجارة الدولية الى تركيز المنازعة في نضام قانوني عبر الدولي نضرا لان قواعد تنازع القوانين في الانضمة الداخلية المتصلة بالنزاع تشير الى تطبيق القانون لا يرغبه ايا من الاطراف .

انه دات الامر الذي واجهته هيئة التحكيم تحت رعاية نضام تحكيم غرفة التجارة الدولية في قضية فلقد تعلقت المنازعة بعقد المنازعة بعقد الوكالة ، بين وكيل منا من الوفاء للاصيل تركي موكل فرنسي ، وواجهت الهيئة صعوبة تركيز عقد الوكالة في احد الانضمة القانونية الداخلية .

فمن الجائز القول بوجوب اعمال القانون التركي بوصفة القانون تنفيذ عقد الوكالة و هي القاعدة التي تنص عليها اغلب التشريعات الاوربية ، لكن تلك القاعدة قد قررت لحماية الطرف الثالث المتعامل مع الوكيل و المنازعة تدور بين الوكيلو الموكل.

تزداد الصعوبة اذا اخذ في الاعتبار بجوتز القول بخضوع عقد الوكالة للقانون الموكل بالاستناد الى خصوصية مركز الوكيل هنا او ذلك القانون هو الذي في ضوئه يتم تحديد سلطات الوكيل .

على الرغم من مشروعية الاخذ بمبدا سلطان الارادة في التحكيم القانون الواجب تطبيق في شان عقد الوكالة وفقا لمعاهدة لاهاي لينة 1978 ، الا ان الهيئة وجدت صعوبة في استنتاج الارادة الضمنية لاطراف في ضل عدم افصاحهم في رغبتهم : فالعقد تمت صياغته في فرنسا و تم قبوله في تركيا .

[1] - نادر محمد ابراهيم تفس المرجع السابق ص 290

بناءا على ما تقدم ، انتهت الهيئة الى انه : نضرا لعقبة صعوبة اختيار القانون داخلي يكون تطبيقه ملزما بقدر كافي ، فان الهيئة تعتبر من الملائم اخذا في الاعتبار بالطبيعة الدولية للاتفاق ان تترك جانبا اي اشارة ملزمة الى تشريع معين سواء كان التركي ام الفرنسي ا وان تطبق القانون التجاري الدولي .

ثالثا : تطبيق قاعدة عبر دولية بصفة مباشرة .

على ان تطبيق القواعد عبر الدولية قد يتم اسناد الى كون تلك القواعد ذات تطبيق مباشر و يتميز فرض تطبيق قواعد عبر الدولية بالاستنادالى كون تلك القواعد ذات تطبيق مباشر و يتميز فرض تطبيق قواعد عبر دولية باستناد الى طبيعتها المباشرة بانه يفسر التطبيق الجزئي للقواعد عبر الدولية ، بعد تركيز المنازعة في احد الانضمة القانونية الداخلية و تتميز المبادئ العامة عبر الدولية بصفة خاصة بالتطبيق المباشر نظرا لان اغلبها يتمتع بالطابع الامر[1].

على ا تطبيق القواعد عبر الدولية بالستناد الى طبيعتها المباشرة لا يعني انه ينبغي ان يوجد قانون داخلي ينطبق بشكل اساسي على النزاع . فقد يكتفي المحكم بتطبيق القاعدة عبر الدولية مباشرة التطبيق اذا كانت تكفي لفض المنازعة .

فعلى سبيل المثال ، اثيرت امام احد هيئات التحكيم العاملة تحت رعاية نضام التحكيم لغرفة التجارة الدولية ، مدى التزام احد الاشخاص الاعتبارية بالالتزامات الواقعة عليه عندما كان تحت الانشاء و نضرا لان الاطراف لم يحدد و القواعد القانونية الواجبة التطبيق على النزاع ، و نضرا لان المبادئ العامة عبر الدولية تتضمن قاعدة مسؤولية مؤسسي الشخص الاعتباري عن الالتزامات المتولدة في مرحلة انشائه ، ومن المعلوم ان تلك القاعدة ذات تطبيق مباشر لطبيعتها الامرة . فلقد انتهت الهيئة الى اخضاع العقد للمبادئ العام للقانون التجارة الدولية و الاعراف و حسن النية و طبقت المبدا عبر الدولي السابق الاشارة اليه . ففي حقيقة لامر القاعدة عبر الدولية المباشرة التطبيق و كانت كافية لفض النزاع[2] .

الفرع 2 : تبيق القواعد عبر الدولية على الرغم من الاتفاق الصريح على تطبيق القانون الداخلي .

[1] - فوزي محمد سامي نفس المرجع السابق ص 262 .
[2] - فوزي محمد سامي نفس المرجع السابق ص 264 .

يستقر التحكيم لاقتصادي الدولي على ان قواعد عبر الدولية تصبح واجبة التطبق على الرغم من عدم اتفاق الاطراف على تطبيقها في خمس حالات : في الحالة الاولى ، تطبق القاعدة عبر الدولية مع استبعاد تطبيق القانون الداخلي نضرا لمخالفة ذلك الاخير للقاعدة من قواعد عبر الدولية الامرة و في الخالة الثانية ، يلجا المحكم الى تطبيق قواعد غبر الدولية نتيجة الى اتصافها انها مباشرة التطبيق ، و في الحالة الثالثة ، يتم اللجوء الى القواعد عبر الدولية للتغلب على النقص في نضام القانوني الداخلي الواجب تطبيق ، وفي الحالة الرابعة ، تتقاسم القواعد عبر الدولية و قواعد قانونية داخلية و تنضم علاقة محل التنازع ، و ذلك نتيجة احالة القانون الواجب تطبيق او اشارة العقد الى اعمال القواعد عبر الدولية و في الحالة الخامسة يلجا المحكم الى تطبيق القواعد عبر الدولية على الرغم من اتفاق الاطراف على تطبيق القانون الداخلي . نضرا لعدم قيام الاطراف باثبات مضمون ذلك القانون .

اولا : اولوية تطبيق القواعد عبر الدولية الامرة .

لا يمنع اتفاق الاطراف على تطبيق قانون داخلي معين من تطبيق القواعد عبر دولية . فالتحكيم الاقتصادي الدولي يرجع كفة القواعد عبر الدولية الامرة على احكام القانون الداخلي . فعلى الرغم من ان بعض انواع قواعد عبر الدولية تتمتع بذات القوة لقواعد القانون الداخلي ، الا انها قد تتمتع باولوية في التطبيق ، و الغالب لا يؤدي التزاحم بين القواعد عبر الدولية الامرة و قواعد قانوني الداخلية لمخالفة الى الاستبعاد الكلي لهذه الاخيرة و لكن مجرد الاستبعاد الجزئي ، و هكذا تشتبه هذه الحالة مع حالة التطبيق الجامع للقواعد عبر الدولية مع القانون الداخلي و لتي سيلى بينها في مكان اخر .

من اكثر المجالات التي تستبعد فيها القاعدة القاونية الداخلية لصالح القواعد عبر الدولية نص بعض قوانين الدول على عدم جواز لجوء الدولة احد هيئاتها الى التحكيم [1].

كذلك من امثلة الستبعاد الجزئي للقواعد الداخلية ، تطبيق القواعد الامرة عبر الدولية التي تحارب الفساد في مجال الاعمال عبر الدولية كما في شان الرشاوي ، فقد مضت الاشارة الى ان النضام الفرنسي يتهاون مع ظاهرة دفع الفرنسيين للرشاوي الى جانب في سبيل الفوز بالصفقات في الخارج . حيث يجيزالقانون الفرنسي خصم تلك النفقات من الوعاء الضريبي ومع ذلك فان القضاء الفرنسي يقر استقرار قضاء التحكيم الاقتصادي الدولي على ابطال او عدم ابطال نفاذ الاتفاقات المتعلقة بتلك الرشاوي . وهو

[1] - نادر محمد ابراهيم نفس المرجع السابق ص 292 .

الامر الذي لا يمكن بالتالي تفسيره الا في ضوء تغليب القواعد عبر الدولية الامرة على قواعد القانونية الداخلية .

جدير بالذكر ان تمتع القواعد عبر الدولية الامرة بالاولوية التطبيق على القانون واجب التطبيق الداخلي المختار قد يؤكد عليه الاطراف بموجب اتفاق صريح و نذكر في هذا المقام بحكم التحكيم الصادر بموجب اتفاق الاطراف تحت رعاية نضام التحكيم غرفة التجارة الدولية و الذي نص على ان : القانون الليبي هو القانون الواجب التطبيق من حيث مبدا على اوجه النزاع فيصلا يخالف النضام العام الدولي و مبادئ حسن النية .

ثانيا : التطبيق المباشر لبعض قواعد عبر الدولية .

يلاحظ السكريتير العام السابق لمحكمة التحكيم الدولية بغرفة التجارة الدولية ، و المحكم الدولي في احد ابحاثهما المشتركة ان : بعض المعاملات التجارية الدولية تتصل بشكل وثيق بالاعراف لدرجة ان المحكمين يشيرون اليها مباشرا لحل المشاكل المتعلقة بها دون توجيه النظر الى حلول القانون الداخلي التي تطبق بصفة عامة على المنازعة . فذلك هو الحال على سبيل المثال فيما يتعلق بالبيوع الدولية حيث يشير المحكمون بشكل نضامي الى لتفسير المصطلحات التجارية مثلالخ حتى و لو كانت القوانين الداخلية التي تطبق على النواحي اخرى تنضم مثل تلك المصطلحات[1].

غالبا ما يكون التطبيق المباشر للقواعد عبر الدولية ناتج عن وجود نضام خاص للمعاملة في اطار النضام القانوني عبر الدولي ، كما هو الحال في مجال الاعتمادات المستندية و الضمانات و عملة الوفاء و اثر تخفيضها .

بهذه المثابتة فان تطبيق القواعد عبر الدولية المباشر يتحقق سواء اتفق الاطراف او لم يتفقوا على القواعد القانونية واجبة التطبيق . على ان التطبيق المباشر في حالة وجود اتفاق على قانون داخلي واجب التطبيق ينبغي الا ينتهي الى عدم تطبيق ذلك القانون و الا اصبح المحكم مخالفا لاتفاق الاطراف . و اصبح حكمه معيبا جائزا ابطاله .

ثالثا : اللجوء لقواعد عبر الدولة لاستكال النقص .

[1] - نادر محمد ابراهيم نفس المرجع السابق ص 294 .

لا يضع اتفاق الاطراف على تطبيق قانون وطني معين من اللجوء الى قواعد عبر الدولية لاستكمال النقص الذي قد يوجد في ذلك القانون .

نفكر في هذا المقام بحكم التحكيم الصادر في باتفاق الاطراف تحت رعاية نضام تحكيم غرفة التجارة الدولية و الذي انتهى الى ان القانون التجاري سينطبق ايضا حيث يكون القانون الليبي كما اثبته ايا من الاطراف ناقصا بشكل واضح او لم يكن كاملا في شان وجه او اكثر من اوجه النزاع .

غالبا ما يكون النقص في القانون الداخلي معتمدا حيث يفضل المشرع عدم تنضيم العلاقات ذات الطابع الفني و التي تخضع لاعراف عبر الدولية في حالة تطور مستمر . فعلى سبيل المثال انتهى الدكتور عبد المنعم خلاف رسالته عن غرامة لمنازعات النقل البصري و ما يتعلق منها بغرامات التاخير و مكافاة كسب الوقت يتضاءل موقف اي قانون وطني امام الاعراف الدولية التي استقرت في هذا المجال المهم ماقد يتعلق بالنضام العام[1] .

رابعا: عدم اثبات الاطراف للقانون الداخلي المختار .

نضرا لكون كافة القوانين الداخلية بالنسبة للمحكم الدولي تعد بمثابة قوانين اجنبية عنه ، عكس القواعد عبر الدولية التي تصلح لان تكون قانون وطني ان از التعبير . فانه لا يمكن ان يفترض علم المحكم بكافة القوانين الداخلية ، و يتفرع عن القاعدة السابقة تمتع القواعد عبر الدولية بالدور الاحتياطي حيث يجوز للمحكم ان يلجا اليها عند عدم اثبات الاطراف لمضمون القانون الداخلي المختار .

على الرغم من اننا لم نصادف سابقة تطبق القاعدة السابقة ، الا ان مضمونها ليس غريبا على التحكيم . فلقد مضت الاشارة الى ان حكم التحكيم الجزئي الصادر بالاتفاق الاطراف ، في خصومة رقم 4721 تحت رعاية نضام تحكيم غرفة التجارة الدولية بين : طرف ايطالي ، واخر ليبي ، قد نص في البند الثاني منه على انه لو رفض ان القانون الليبي لم يتم اثباته اعمالا للمادة 7 من وثيقة تحديد مهمة المحكم ، فان هيئة التحكيم ستطبق القانون التجاري او المبادئ العامة للقانون . وعلى الرغم ان هذا النص لم يتم تفعيله ، كما يتضح عند صدور حكم التحكيم النهائي ، الا انه يضل معبرا عن القاعدة التي نحن بصدورها .

[1] - نادر محمد ابراهيم نفس المرجع ص 298 .

خامسا : اشارة العقد او القانون الواجب تطبيق في ذات الوقت الى قواعد عبر الدولية ان اتفاق الاطراف على تطبيق القانون الداخلي المعين لا يمنع من تطبيق قواعد عبر الدولية ، اذا ما كان العقد او القانون الداخلي الذي اختاره الاطراف يشير في ذات الوقت الى تطبيق تلك القواعد . انها احد حالات التطبيق الجامع للقانون الداخلي و القواعد عبر الدولية .

فعلى سبيل المثال و بمناسبة عقد بيع مواد ، مبرم بين الشركة النيجيرية للمنتجات البترولية و شركة والتي يقع مركزارادتها في كراسو، اتفق الطرفان في العقد على ان صحته و كمال اتمامه سيكون محكوما بالقانون الفرنسي كما اتفقا على اتمام تسوية المنازعات عن طريق التحكيم في باريس وفقا لقواعد الاونسيترال .

مع ذلك فان المحكم طبق اعراف تجارة البترول الدولية على ثلاثة اسانيد تتمثل في احالة القانون الفرنسي ذاته الى الاعراف للمادة 1135 من التقنين المدني ، و اشارة العقد الى اعمال 1980 و الزام المادة 33 من قواعد الاونبستترالللمخكم بمراعات الاعراف التجارية السارية على المعاملة[1] .

[1] - فوزي محمد سامي نفس مرجع 268

خـاتمـة

خاتمة :

ان واقع التجارة الدولية في وقتنا الحالي يسير في طريق حتمية لجوء أطرافه الى التحكيم التجاري الدولي ليس فقط لانه تجسيد لمبدا ارادة اللأطراف باعتباره انه يسمح لهم باختيار قانون في كل من الاجراءات و الموضوع الذي يرتضونه يسير عليه التحكيم .

بل هو ابعد واوسع مجالات من ذلك لانهق يهدف بالدرجة الاولى الى محاولة اخراج التجارة الدولية من الدائرة المغلقة التي وضعتها فيها التشريعات الوطنية ، فالتحكيم التجاري بذلك يعتن التجارة الدولية من الخضوع للقواعد الجامدة في القوانين الوطنية ، هذا من جهة و من جهة اخرى فالتحكيم التجاري كما سبق و ان درسناه جاء قياسا وطبيعة منازعات التجرة الدولية التي تلعب فيها السرية و السرعة اهم دافعين للجوء اليه.

و باعتبار ان التحكيم التجاري الدولي صار السبيل الاصلح و الانفع امام اشخاص التجارة الدولية وتزايد اللجوء اليه ومبادرة الدول في تقنين القواعد تحكم سيره وتنظيمه ما هو الا دليل هام و قاطع على اهميته وضرورة توحيد قوانينه واعطائها شرعية اكثر و اصباغه بالصيغة التنفيذية حتى لا تجد القرارات التحكيمية عوائق في تنفيذها امام السلطات الوطنية.

فاللجوء الى التحكيم لم يصبح ضرورة فحسب بل هو حتمية ملحة يجب التصديق عليها في سبيل توحيد قواعد القانون الدولي الخاص التي كثيرا ما تصادمت مع واقع النظم القضائية.

و ما حظي به التحكيم التجاري الدوي من اهتمام واضح على مستوى التشريعيات الاجنبية كان مقدرا لهذه الاهمية باصداره للمرسوم التشريعي 93-09 سنة 1993 الذي يعتبر خطوة جريئة و هامة في طريق بناء ارضية قانونية للتحكيم التجاري الدولي.

فبعد الرفض الصريح للجزائر من اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي على المستوى الشكلي و تقبله في ميدان العقود الصناعية ، فتحت الجزائر أبوابها له بدون تحفظ إذ أخذ المشرع الجزائري بآخر التطورات التي وصلت اليها التشريعات الفرنسية و السويسرية.

و كراي شخصي ، نجزم القول بأن التحكيم التجاري الدولي من خلال القانون الواجب التطبيق من حيث الاجراءات و الموضوع على المنازعات المطروحة على ساحة التحكيم التجاري الدولي ، نتنبؤ له بمستقبل زاهرو ياطع لمماسته لمبادئ التجارة الدولية و تطورها المتواصل.

و في الاخير و باليقين بان الكمال لله وحده ، فبحثنا هذا و المتواضع جدا لا يخلوا من النقائص و الثغرات بالرغم من سعينا الى تجميع اكبر قدر من المعلومات من اجل الافادة ولو بقليل لهذا الموضوع الهام جدا و الذي علينا السعي من اجل اثرائه و شرحه.

و في الختام نسال الله العلي القدير فواتح الخير و خواتمه و جوامعه و اوله و اخره وظاهره وباطنه والدرجات العلي من الجنة.

الملاحق

اتفاقيات دولية

مرسوم رقم 88-223 مؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1409 الموافق ل 5 نوفمبر سنة 1988 يتضمن الإنضمام ، بتحفظ الى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها.

ان رئيس الجمهورية ،

-بناء على تقرير وزير الشؤون الخارجية،

- وبناء على الدستور، لاسيما المادتان 11-17و158 منه،

- وبمقتضى القانون رقم 88-18 المؤرخ في 28 ذي القعدة عام 1408 الموافق ل 12 يوليو لسنة 1988 المتضمن الانضمام الى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها،

يرسم مايلي:

المادة الأولى: تنضم الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، بتحفظ الى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، وتنشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

المادة الثانية: ينشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

حرر بالجزائر في 25 ربيع الأول عام 1409 هـ الموافق ل 5 نوفمبر سنة 1988

الشادلي بن جديد

اتفاقية لاعتماد القرارات التحكيمية وتنفيذها

نص الإتفاقية الذي أقرها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958.

المادة الأولى:

تطبق هذه الإتفاقية على اعتماد وتنفيذ القرارات التحكيمية التي تصدر في تراب دولة اخرى غير الدولة التي يطلب فيها اعتماد القرارات التحكيمية وتنفيذها والناشئة عن نزاعات بين أشخاص طبيعيين أو معنويين، كما تطبق على القرارات التحكيمية التي تعد قرارات وطنية في الدولة التي يطلب اعتمادهاوتنفيذها.

2 . المراد" بالقرارات التحكيمية" ليست هي القرارات التي يصدرها حكام يعينون لحالات معنية فحسب، بل هي القرارات التي تصدرها أيضا اجهزة تحكيم دائمة يخضع لها أطراف النزاع.

3. لكل دولة أن تعلن عند امضاء هذه الاتفاقية أو اعتمادها، أو الإنضمام اليها، أو التبليغ بامتداد مفعولها المنصوص عليه في المادة 10 ، على أساس المعاملة بالمثل، أنها لاتطبق الاتفاقية الا على اعتماد القرارات التي تصدر في تراب دولة أخرى متعاقدة كما يمكنها أن تعلن بانها تقتصر تطبيق الاتفاقية على النزاعات الناشئة عن علاقات قانونية تعاقدية يعتبرها قانونها الوطني علاقات تجارية .

المادة الثانية

تعتمد كل دولة من الدول المتعاقدة الاتفاقية المكتوبة التي يلتزم فيها الأطراف بأن تعرض على التحكيم جميع الخلافات التي قامت أو يمكن أن تقوم بينها بخصوص علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أم غير تعاقدية تتضمن قضية قضية من شأنها أن تسوى عن طريق التحكيم.. المراد بالإتفاقية هو الشرط التحكيمي المدرج في العقد أو في اتفاق التحكيم الموقع من اطراف أو المتضمن رسائل أو برقيات متبادلة.

3- تقوم أية دولة متعاقدة يرفع اليها نزاع بشأن قضية أبرم الأطراف بخصوصها اتفاقية حسب مفهوم هذه المادة بإحالة الأطراف على التحكيم، بناء على أحد أطراف الا اذا لاحظ أن الاتفاقية المذكورة باطلة، أو عديمة التأثير، أو لايمكن تطبيقها.

يبطل مفعول بروتوكول جنيف موقع سنة 1923 والمتعلق ببنود التحكيم، واتفاقية جنيف المبرمة سنة 1927 لتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية، بين الدول المتعاقدة في ذلك التاريخ اذا ارتبطت هذه الدول بهذه الاتفاقية.

المادة الثالثة

تقر كل من الدول المتعاقدة سلطة أي قرار تحكيمي و توافق على تنفيذ هذا القرار طبقا للقواعد الاجرائية المتبعة في التراب الذي يستهدف فيه القرار ووفقا للشروط المقررة في المواد الآتية، ولا تفرض لاعتماد القرارات التحكيمية التي تطبق عليها

هذه الاتفاقية او لتنفيذها شروط أشد صرامة بشكل محسوس ، ولامصاريف قضائية أشد ارتفاعا بشكل محسوس من الشروط والمصاريف المفروضة لاعتماد القرارات التحكيمية الوطنية او لتنفيذها.

المادة الرابعة

1.يجب على الطرف الذي يطلب الاعتماد والتنفيذ المذكورين في المادة السابقة ، قصد الحصول عليهما أن يرفق طلبه بما يأتي:

أ- النسخة الأصلية المصدقة قانونا من القرار أو نسخة من النص الأصلي تتوفر فيها الشروط المطلوبة لتصديقها ،

ب- اذا لم يكن القرار او الاتفاقية المذكورة في المادة 2 أو نسخة منه تتوفر فيها الشروط المطلوبة لتصديقها.

2. اذا لم يكن القرار أو الاتفاقية المذكوران محررين بلغة البلد الرسمية المستشهد بالقرار فيها ، فانه يتعين على الطرف الذي يطلب اعتماد القرار وتنفيذه أن يقدم ترجمة الطرف الذي يطلب اعتماد القرار التنفيذي أن يقدم ترجمة لتلك الوثيقتين بلغته. ويجب أن يصدق الترجمة مترجم رسمي أو مترجم محلف أو عون دبلوماسي أو قنصلي.

المادة الخامسة

1. لايرفض اعتماد القرار وتنفيذه بناء على طلب من طرف المستشهد به ضده الا اذا قدم هذا الطرف الى السلطة المختصة في البلد المطلوب الاعتماد والتنفيذ فيه الدليل على ما يأتي :

أ- ان الأطراف في الاتفاقية المذكورة في المادة 2 كانت بموجب القانون المطبق عليها محكوما عليها بعدم الأهلية ، أو أن الاتفاقية المذكورة غير صالحة بموجب القانون الذي أخضعها الأطراف اليه ،اوان لم توجد الاشارة الى هذا الصدد ، بموجب قانون البلد الذي صدر فيه القرار أو ،

ب- أن الطرف المستشهد بالقرار ضده لم يخبر قانونا بتعيين الحكم أو بإجراء تحكيم ، أو تعذر عليه ، لسبب آخر أن يستخدم وسائله ، أو التابعة لاختصاص السلطة الاتحادية التشريعي.

ج-أن القرار يشمل خلافا غير مذكور في اتفاق التحكيم أو أنه لايدخل في عداد توقعات البند التحكيمي ، أو انه ينطوي على قرارات تتجاوز حدود اتفاق التحكيم أو البند التحكيمي ، غير أنه اذا كانت أحكام القرار التي لها صلة بالقضايا المعروضة على التحكيم يمكن فصلها عن الأحكام التي لها صلة بالقضايا المعروضة على التحكيم فان الأحكام الأولى يمكن أن تعتمد وتنفذ ، أو

د. أن تشكيل المحكمة التحكيمية أو اجراء التحكيم لم يكن مطابقا لقانون البلد الذي وقع فيه التحكيم ،

هـ. إن القرار لما يكتسب صفة اجبارية للأطراف ، أو أنه الغته ، أو علقة العمل به سلطة مختصة في البلد الذي صدر القرار فيه أو صدر حسب قانونه.

2.كذلك يمكن أن تفرض اعتماد قرار تحكيمي وتنفيذه اذا لاحظت السلطة المختصة في البلد الذي طلب فيه الاعتماد والتنفيذ ما يأتي:

أ. ان موضوع الخلاف، حسب قانون هذا البلد ، ليس من شأنه أن يسوي بطريق التحكيم ، أو

ب. أن اعتماد القرار أوتنفيذه قد يخالف النظام العام في هذا البلد.

المادة السادسة

اذا طلبت السلطة المختصة المذكورة في المادة 5 الفقرة 1 *هـ* الغاء القرار أو تعليق العمل به، كان للسلطة التي يستشهد بالقرار أمامها ان ترجيء البت في تنفيذ القرار متى رأت ذلك مناسبا ، ولها أيضا ، بناءا على التماس من الطرف الذي يطلب تنفيذ القرار ، أن تأمر الطرف الأخر بتقديم طالبات لائقة .

المادة السابعة

1.لاتطعن أحكام هذه الاتفاقية في صحة الاتفاقات المتعددة الأطراف أو الثنائية التي تبرمها الدول المتعاقدة في مجال اعتماد القرارات التحكيمية وتنفيذها ، ولاتحرم أي طرف معني من الحق الذي قد يستظهر به في قرار تحكيمي بالكيفية وبالقدر الذين يقبل بهما تشريع البلد الذي يستشهد بالقرار فيه أو مواثيقه.

المادة الثامنة

1.تبقى هذه الاتفاقية مفتوحة للتوقيع حتى يوم 31 ديسمبر سنة 1958 أمام كل دولة عضو في الأمم المتحدة ، وكل دولة أخرى هي عضو أو ستغدوا عضوا في مؤسسة أو عدة مؤسسات متخصصة تابعة للأمم المتحدة ، أو هي طرف في القانون الأساسي لمحكمة العدل الدولية ، أو كل دولة تدعوها الجمعية العامة للأمم المتحدة .

2/ تودع المصادقة على هذه الاتفاقية وإيداع وثائق المصادقة عليها لدى الأمانة العامة لمنظمة الأمم المتحدة.

المادة التاسعة

1/ يمكن لجميع الدول المذكورة في المادة 8 أن تنضم الى هذه الاتفاقية.

2/ يتم الانضمام عن طريق إيداع وثيقة الانضمام لدى الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة.

المادة العاشرة

1. يمكن كل دولة أن تعلن عند التوقيع المصادقة أو الإنضمام، أن هذه الاتفاقية تشمل جميع أقاليم التي تمثلها على الصعيد الدولي ، أو اقليما واحدا ، أو عدة أقاليم فيها.ويثبت مفعول هذا الاعلان ساعة دخول الاتفاقية حيز التنفيذ بالنسبة الى الدولة المذكورة.

2. يتم كل امتداد بعد ذلك من هذا القبيل عن طريق اشعار يوجه الى الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة ، ويثبت مفعوله ابتداء من اليوم التسعين الموالي للتاريخ الذي يتلقى فيه الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة الاشعار ، أو في تاريخ دخول الاتفاقية حيز التنفيذ بالنسبة الى الدولة المذكورة اذا كان هذا التاريخ لاحقا.

3. تتمتع كل دولة معينة ، فيما يخص الأقاليم التي لاتطبق عليها هذه الاتفاقية عند توقيعها أو المصادقة عليها أو الانضمام اليها ، امكانية اتخاذ التدابير اللازمة لمدة الاتفاقية الى تلك الأقاليم بشرط موافقة حكومات هذه الأقاليم عند الاقتضاء عندما تتطلب ذلك نواعي دستورية.

المادة الحادية عشر

تطبق على الدول الاتحادية أو غير الوحدوية الأحكام التالية:

أ/تكون التزامات الحكومية الاتحادية هي نفسها التزامات الدول المتعاقدة التي ليست دولا اتحادية، فيما يخص بنود هذه الاتفاقية .

ب. وفيما يخص بنود هذه الاتفاقية التابعة للاختصاص التشريعي في كل دولة من الدول أو المقاطعات المكونة لها ، والتي ملزمة باتخاذ التدابير التشريعية ، بموجب النظام التأسيسي للاتحادية، فان الحكومة الاتحادية تقوم في أقرب وقت ممكن ، وبموافقتها بتبليغ البنود المذكورة الى السلطات المختصة في الدول أو المقاطعات التي تتكون منها الدول الاتحادية.

ج. تقوم كل دولة اتحادية منضمة الى هذه الاتفاقية ، وبناءا على طلب من أية دولة متعاقدة أخرى ينقل اليها عن طريق الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة بارسال عرض عن التشريع والممارسات المعمول بها في الاتحادية والوحدات التي تتكون منها ، وفيما يخص هذا الحكم أو ذاك من أحكام الاتفاقية ، مع بيان الاجراءات الذي نفذ به الحكم المذكور عن طريق اجراء تشريعي أو غيره.

المادة الثانية عشر

1. تدخل هذه الاتفاقية حيز التنفيذ في اليوم التسعين الموالي لتاريخ ايداع الوثيقة الثالثة للمصادقة أو الانضمام.

2. وتدخل حيز التنفيذ بالنسبة الى كل دولة من الدول التي تصادق على الاتفاقية أو تنضم اليها بعد ايداع الوثيقة الثالثة للمصادقة أو الانضمام في اليوم التسعين لتاريخ ايداع تلك الدولة وثيقة مصادقتها او انضمامها.

المادة الثالثة عشر

1. لكل دولة متعاقدة أن تلغي هذه الاتفاقية عن طريق اشعار كتابي يرسل الى الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة ، ويسري مفعول الالغاء بعد سنة من تاريخ تسلم الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة الاشعار.

2. يمكن كل دولة أصدرت اعلانا أو اشعارا وفقا للمادة 10 أن تبلغ الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة في وقت لاحق بأن الاتفاقية يوقف تطبيقها على الاقليم المقصود بعد سنة من تاريخ تسليم الأمين العام ذلك الاشعار.

3. تبقى هذه الاتفاقية قابلة للتطبيق على القرارات التحكيمية التي شرع في اجراء اعتماد أو تنفيذ بصددها قبل دخول الالغاء حيز التنفيذ.

المادة الرابعة عشر

لايجوز إلية دولة متعاقدة أن تستند الى أحكام هذه الاتفاقية لمقاضات دول أخرى متعاقدة الا بقدر ما تلتزم هي تطبيق هذه الاتفاقية.

المادة الخامسة عشر

يبلغ الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة لكل الدول المذكورة في المادة مايأتي:

أ. التوقعات والمصادقات المذكورة في المادة 8،

ب. الانضمامات المذكورة في المادة 9،

ت. الاعلانات والاشعارات المذكورة في المواد 1و10و11

ث. التاريخ الذي تدخل فيه هذه الاتفاقية حيز التنفيد ، عملا بالمادة 12،

ج. الالغاءات المذكورة في المادة 13 ،

المادة السادسة عشر

1. تودع هذه الاتفاقية التي تعتمد نصوصها الانجليزية والصينية والاسبانية والفرنسية والروسية أيضا في محفوظات منظمة الأمم المتحدة،
2. يسلم الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة نسخة مصدقة مطابقة لأصل هذه الاتفاقية الى الدول المذكورة في المادة 8.

المراجع و المصادر

قائمة المراجع و المصادر

أولا : المراجع باللغة العربية :

1. ابو زيد رضوان " الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي " القاهرة 1981.
2. ناريمان عبد القادر: " اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية و التجارية" ، دار النهضة العربية ، الطبقة الأولى 1996.
3. هشام علي صادق : " عقود التجارة الدولية" دراسة تحليلية ومقارنة للاتجاهاتالحديثة في التشريعات الداخلية و الاتفاقات الدولية و اهتمام القضاء المحكمين و توصيات جمع القانون الدولي ، منشأة المعارف الاسكندرية 1995.
4. محمد بن طالب يعقوبي : " قانون الاجراءات المدنية مع التعديلات التي دخلت عليه " 1994"
5. المرسوم التشريعي 93/09 الصادر في 1993/04/25
6. [1]- طالب حسين موسي ، قانون التجارة الدولية – دار الثقافة للنشر و التوزيع ، طبعة رقم 4
7. مصطفى حمال التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية – الطبعة الأولى 1995.
8. منير عبد المجيد الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي – منشأة المعارف الاسكندرية.
9. حفيظة السيد الحداد – الاتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم.
10. - قادري عبد العزيز ، الاستثمارات الدولية التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات ، دار هومة ، الجزائر سنة 2004، ص221.

ثانيا :الاتفاقيات :

1. الاتفاقية الدولية الخاصة بنقل البضائع بالسكة الحديدية الموقعة في برن سويسرا في 25 أفريل و السارية في أول يناير 1966 CIM و CIV المتعلقة بنقل الركاب و أمتعتهم بنفس التاريخ .
2. اتفاقية نيويورك بشان الاعتراف و تنفيذ القراراتالمحكمين الأجنبية سنة 1958
3. اتفاقية جونيف الخاصة تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية ، ديسمبر 1927.
4. إتفاقيةمونتيفيديو الموقع بتاريخ 08 يناير 1889 و المعدلة بتاريخ 19 مارس 1940 الضام بقانون الاجراءات التي تسري علي التحكيم و البروتوكلجونيف في سبتمبر 1923.

ثالثا : المراجع بالفرنسية :

5. Philipe fouchard : l'arbitrage commercial international – volume II , Librairie dolloz, paris 1965.
6. Terki Noureddine : l'arbitrage commercial international en Algérie, O.P.U Alger 1999.
7. Antoine KASSIS : problème de base de l'arbitrage en droit comporté et en droit international .
8. ISSAD (M) : « le décret législatif algerien du 23 avril 1993 relatif a l'arbitrage internationional ».
9. ROBERT (jean) : « l'arbitrage , droit interne et droit international privé » D.S 1981.DOCT 209-2016.

الفهرس

الفهرس

العنوان **الصفحة**

الإهداء

شكر و تقدير

خطة البحث **04**

المقدمة **05**

الفصل الأول

تعريف التحكيم و القانون الواجب تطبيق على اجراءات التحكيم

تمهيد **09**

المبحثالأول: ما هية التحكيم وفقا لإجراءات الهيئات الدائمة **10**

- المطلبالأول :تعريف التحكيم التجاري و أهميته..... **10**
- المطلبالثاني :التحكيم في حالات خاصة ووفق لإجراءات الهيئات الدائمة **16**

المبحثالثاني : مبدأ كفالة حقوق الدفاع لأطراف الخصوصية في إجراءات تسير المنازعة **25**

- المطلبالأول: مبدأ كفالة حقوق الدفاع في إجراءات سير المنازعة..... **26**
- المطلبالثاني: علاقة مبدأ كفالة الحقوق بالنظام العام **29**

الفصل الثاني

القانون الواجب تطبيق في موضوع النزاع و تطبيق القواعد العبر الدولية

تمهيد **35**

المبحث الأول :التحكيم في إطار اختيار الخصوم للقانون و مبدأ تنازع القوانين **37**

- المطلب الأول :تحكيم في إطار اختيار الخصوم للقانون 38
- المطلب الثاني :تحكيم في إطار مبدأ تنازع القوانين 42

المبحث الثاني: تطبيق القواعد عبر الدولية في تحكيم التجاري الدولي 53

- المطلب الأول :تطبيق قواعد عبر الدولية في التحكيم التجاري الدولي 53
- المطلب الثاني: تطبيق القواعد العبر الدولية دون إسناد إلىاتفاق 67

الخاتمة 73

الملاحق 76

المراجع 84