

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

Ministry of High Education and Scientific Research

جامعة محمد البشير الإبراهيمي - برج بوعريريج -

University of Mohamed el Bachir el Ibrahimi-Bba

كلية الحقوق والعلوم السياسية

Faculty of Law and Political Sciences



مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات لنيل شهادة ماستر أكاديمي في الحقوق

تخصص: قانون أعمال

الموسومة ب:

## مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي

من إعداد الطالبتان:

تحت إشراف:

الدكتور رفيق زاوي.

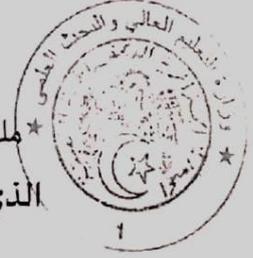
• بوجير آسية.

• لعيادي مروة.

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الصفة
رفاف لخضر	أستاذ محاضر -أ-	رئيسا
رفيق زاوي	أستاذ محاضر -ب-	مشرفا ومقررا
سي حمدي عبد المؤمن	أستاذ محاضر -ب-	ممتحنا

السنة الجامعية: 2023/2022 م



ملحق بالقرار رقم 1082/... المؤرخ في 27 ديسمبر 2020  
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي:

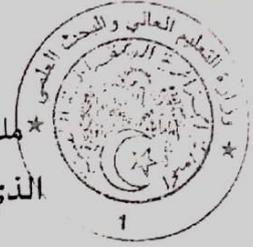
نموذج التصريح الشرفي  
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا المضي أسفله،

السيد(ة): ألسية بوجمير ..... الصفة: طالب، أستاذ، باحث ..... جامعة .....  
الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 403150481 والصادرة بتاريخ: 10/02/2015 / 10/02/2015 .....  
المسجل(ة) بكلية / معهد الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق .....  
والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)،  
عنوانها: .....  
حداية المظنة للإرادة في التحكم التجاري التوحي .....  
أصرح بشرفي أنني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية  
المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه .

التاريخ: 10/03/2020 / 06/05 .....

توقيع المعني (ة)



ملحق بالقرار رقم 1082/2020... المؤرخ في 27 ديسمبر 2020  
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي:

نموذج التصريح الشرفي  
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة): **لعيادي مروة** ..... الصفة: طالب، أستاذ، باحث ..... **طالبة**  
الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: **403842770** والصادرة بتاريخ: **2020/12/17**  
المسجل(ة) بكلية / معهد **العلوم والحقوق** قسم: **الحقوق**  
والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)،  
عنوانها: **مبدأ سلطان الإرادة في التحكم التجاري الدولي**

أصرح بشرفي أنني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية  
المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه .

التاريخ: **2020/12/17**.....

توقيع المعني (ة)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## شكر وتقدير

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات والصلاة والسلام على رسوله الكريم وتبعه بإحسانه إلى يوم الدين

بادي الأمر أشكر ربه العباد العليّ التقدير شكراً حبيباً مباركاً فيه الذي أثارنا بالعلم وأكرمنا بالتقوى وأثار طريقنا ووفقنا على إتمام الدراسة وتقديمها على الشكل الذي هي عليه اليوم الحمد لله والشكر لله وهو الرحمان المستعان.

ومرفاناً للمساعدات التي قدمت لنا حتى يقدم هذا العمل إلى النور ،نتقدم بجزيل الشكر والعرفان للدكتور [زاوي رفيق] الذي تواضع وقبل الإشراف على هذا العمل فله خالص تحية وأعظم تقدير على كل ما قدمه لنا من توجيهات وإرشادات وعلى كل ما خصنا به من جهد و وقت طوال فترة إشرافه فتوجيهاته الكريمة وندائحه القيمة ظاهرة في أكثر من موقع من صفحات هذه الدراسة.

نتقدم بالشكر الخاص للدكتور "بومخيلة زكرياء" على كل النصائح والدعم المقدم طوال فترة العمل من بداية المذكرة إلى نهايتها.

كما نتقدم بالامتنان والعرفان للأساتذة الكرام أعضاء لجنة الإشراف الموقرة

"د.رفاهة لخضر" و " د.سي حمدي عبد المؤمن " على تفضلهم لمناقشتهم هذا البحث العلمي وخروجها على هذا الشكل ولا يفوتني توجيه الشكر والتقدير إلى كافة الأساتذة الكرام العاملين في كلية الحقوق و العلوم السياسية- جامعة محمد البشير الإبراهيمي برج بوعر يريج وكل الإداريين والعاملين في الكلية على حسن المعاملة طيلة سنوات التمدرس سواء بالتشجيع أو المساعدة.

إلى كل هؤلاء..... نقول شكراً جزيلاً ....

## الإهداء

"الحمد لله الذي ما انتهى درج وختم جهد ولا تم سعي إلا بفضله"

أهدي تنرجي هذا.....

إلى حبي المقدس.....إلى من كانت سندا لي في كل حياتي

إلى من رضاها غايتي وطموحي.....إلى باعثة العزم والإرادة.....صاحبة البسمة الصادقة

إلى الأميرة أمي أطل الله في عمرها

إلى من أحمل اسمه بكل فخر واعتزاز....إلى من في ابتسامته حياة

إلى الذي علمني كيف يكون الصبر طريقا للنجاح....إلى السند والقوة

والذي الحبيب أدامه الله تاجا فوق رأسي

وإلى رباحين حياتي وسر سعادتي أختي الحبيبة وأخي الغالي

وإلى كل من ساهم في وصولي إلى هذا المستوى أساتذتي الأعزاء

\*ونحدا تزهروا في البيداء أمنيتي وأحوم طيرا في سماوات الفرح\*

## الإهداء

بسم الله الرحمن الرحيم

{ الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات }

إلهي لا يطيب لي الليل إلا بشكرك ولا يطيب لي النهار إلا بطاعتك

ولا تطيب لي اللحظات إلا بذكرك ولا تطيب لي الآخرة إلا بعفوك

أبدأ شكري وثنائي على نعمة الله عز وجل الذي لولا توفيقه ورعايته لما وصلنا.

\* لم يبق لي لأخريين ما يقدمونه لي فوالدي فعلا كل شيء \*

إلى من كلفه الله بالهبة والوقار إلى من علمني العطاء بدون انتظار إلى سدي وقوتي  
وخلعي الثابت الذي لا يميل حين ينادونني باسمه أسعد وأزدهمي بأني ابنته وثمرته.

إليك والدي العزيز

إلى رفيقتي وأمانتي وطلتي ومعلمتي الأولى إلى من منحتني القوة والعزيمة لمواصلة الدرب لا  
فرق بينك وبين قلبي فكلاهما تجعلاني على قيد الحياة.

إليك والدتي ملكتي

إلى أختي وإخوتي كل الشكر والتقدير والعرفان على جميل صبرهم ودعمهم لي طيلة المشوار  
الدراسي.

إلى المجهول الذي سيبحث عن موضوع مذكرتي أهديك ثمرة مجهودي لعلها تكون بذرة  
لمشروعك العلمي.

لعيادي مروية

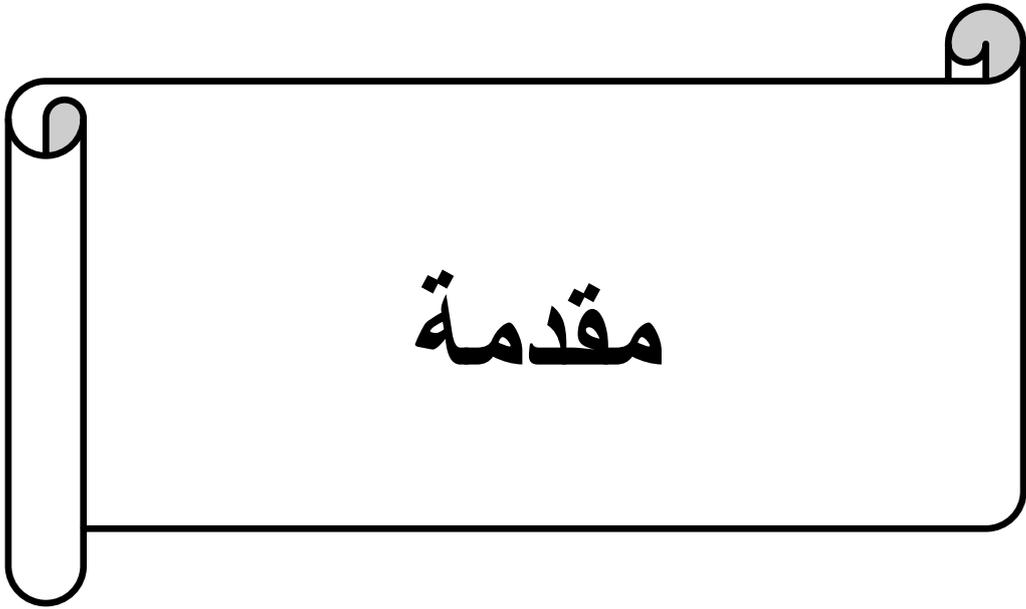
## قائمة المختصرات:

ق . م : القانون المدني

ق.إ.م.إ : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

م . ج : المشرع الجزائري

**CPC : code pénal civile**



مقدمة

## مقدمة:

يعد التحكيم أقدم وسيلة لجأ إليها الإنسان لفض النزاعات التي نشأت فيما بينهم وقد عرف تطورا كبيرا في الأنظمة المقارنة الحديثة والقديمة، بحيث كان معروفا منذ الحضارات القديمة منها دول الشرق في علاقاتها المتبادلة وكذلك في المدن اليونانية القديمة من النزاعات التي كانت تثور بينهم من خلال مجلس دائم للتحكيم في أثينا فيما يتعلق بالمسائل المدنية أو التجارية كما قد عرفته القبائل العربية الجاهلية من خلال لجوء الأفراد إلى شيخ القبيلة للفصل في النزاعات القائمة في القبيل الردة.

وبعدها جاء الإسلام ليقره بالنصوص القرآنية من أجل تحقيق السلام والأمن بدلا من القتال والحرب، وذلك يظهر جليا في قول الله تعالى " **وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها أن يريدوا عليها إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا**<sup>1</sup> " وكذلك في السنة النبوية فيما روي عن ابن داوود وغيره حيث قال: "يا رسول الله إن قومي إذا اختلفوا في شيء، فأتوني فحكمت بينهم فرضى عني الفريقان، فقال الرسول: ما أحسن هذا"

يحظى التحكيم التجاري الدولي بأهمية بالغة وكبيرة خاصة في مجال التجارة الدولية أين يوصف التحكيم بأنه الطريقة القانونية للفصل في النزاعات الدولية -لم نقل أنه الوحيد- والذي يلجأ له المتعاملون ويفضلونه عن طريق القضاء الرسمي أو الطرق البديلة الأخرى لما له من مزايا وحلول فعالة لمواجهة المشكلات التي تطرح عليه. غير أنه لم يبقى التحكيم على هذا الوضع بل شهد تطورا واضحا خاصة في القرن العشرين في كامل ربوع العالم وفرض وجوده كوسيلة قضائية مستقلة عن القضاء العادي الداخلي والخارجي.

ويعرف التحكيم بأنه وسيلة لفض النزاعات القائمة فعلا، أو التي يعترض أن تقوم مستقبلا بين والذي يتميز ببعض الخصائص أهمها أنه يقوم على مبدأ سلطان الإرادة

<sup>1</sup> الآية 35 من سورة النساء

بحيث يظهر جليا أن التحكيم التجاري الدولي يعتمد أساسا على إرادة أطراف النزاع بدلا من التنظيم القضائي. فالمتعاقدين الحرية التامة في تنظيم سير إجراءات التحكيم بناء على الاتفاق القائم بينهما من خلال تعيين المحكمين تحديد اختصاصاتهم وسلطاتهم.... وغيرهم من الإجراءات، إلا أن هذه الحرية سرعان ما تتلاشى من خلا بعض القيود التي تخضع لها والتي تفرضها الضرورة وذلك لضمان استمرار عملية التحكيم من خلال ضرورة تدخل القاضي الوطني أثناء سير عملية التحكيم كمساعد أو مراقب لها.

إن شيوع التحكيم واتساع مجاله في حقل التجارة الدولية، راجع إلى عدة اعتبارات أهمها رغبة المتعاملين في الأسواق الدولية التحرر من القيود التي توجد في النظم القانونية الدولية ورغبتهم في الهروب من مشكلة تنازع القوانين نظرا لميل القاضي لتطبيق قانونه الوطني حتى في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية، إضافة إلى تجنب تحمل الرسوم والتكاليف الباهظة وكذا قلة الخبرة لدى قضاة المحاكم خاصة في المنازعات المعقدة والحاجة إلى السرعة في حسم هذه المنازعات.

ولقد تبنت مختلف التشريعات في العالم نظام التحكيم مما أدى إلى ظهور العديد من الاتفاقيات الإقليمية والدولية والتي نذكر منه اتفاقية نيويورك لعام 1958 التي تهدف إلى حث الدول على الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، اتفاقية واشنطن لعام 1965 الهادفة إلى تسوية منازعات الإستثمار والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 لهيئة الأمم المتحدة.

كما برزت العديد من المؤسسات والمراكز التحكيمية منها غرفة التجارة الدولية. أما الجزائر والتي تعتبر من الدول النامية فقد مر بها التحكيم الدولي بمرحلتين هما: مرحلة المعارضة والتي كانت بعد الاستعمار مباشرة حيث اعتبرته الجزائر مخالفا للسيادة الجزائرية، واتخذت موقفا معاديا للتحكيم الدولي والتي جاءت نتيجة مواكبة التحولات الاقتصادية والتجارية، بحيث أصدرت أول قانون يتعلق بالتحكيم بالمرسوم

التشريعي 93/09 لسنة 1993 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية لعام 1996 واتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول.

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

وتكمن أهمية البحث وقيمه العلمية والعملية في:

- دراسة وبيان الدور الفعال الذي تلعبه الإرادة في مجال التحكيم التجاري الدولي.
- إظهار أهمية الإرادة في التحكيم التجاري الدولي وفي دول العالم وفي التشريع الجزائري بصفة خاصة.

- إبراز القيود التي ترد على مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي وتبيان دور القاضي الوطني في التحكيم التجاري الدولي.

أما عن أسباب اختيار الموضوع و الذي جاء تحت عنوان "مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي كان بناءا على عدة اعتبارات ومن أهمها:

- الرغبة الذاتية في دراسة هذا الموضوع وفهم كل التفاصيل المتعلقة بالعملية التحكيمية.
- إبراز أهم القواعد التي تحكم مبدأ سلطان الإرادة من مظاهر وتجليات هذا المبدأ في الدعوى التحكيمية وكذلك الحدود والضوابط التي تقيد إرادة الأطراف في التحكيم التجاري الدولي.

- عزوف الكثير من الطلبة عن اختيار هذا النوع من الموضوع نظرا لقلّة المراجع القانونية خاصة الجزائرية التي تناولت دراسة التحكيم

وتتضح الأهداف المرجوة من هذا البحث في:

- توضيح مفهوم التحكيم التجاري الدولي
- الوقوف على أهم المبادئ التي يبنى عليها التحكيم التجاري مبدأ سلطان الإرادة والدور الفعال الذي تلعبه في العملية التحكيمية.

• الوقوف على القيود التي ترد على إرادة الأطراف في التحكيم التجاري الدولي وتوضيح الغاية المرجوة من ذلك من خلال دراستنا لموضوع التحكيم التجاري.

من خلال دراستنا لموضوع التحكيم و انطلاقا مما سبق نطرح الإشكالية التالية:

ما هو الدور الذي تلعبه ضوابط التحكيم في تجسيد و تطبيق مبدأ سلطان الارادة في

التحكيم التجاري الدولي ؟

ومن خلال الإشكالية المحورية يمكن طرح الأسئلة التالية:

✓ ما هو مفهوم مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي؟

✓ ما هي مظاهر مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي؟

✓ ما هي القيود الواردة على مبدأ سلطان الارادة في التحكيم التجاري الدولي ؟

وللإجابة على الإشكالية المطروحة والأسئلة الفرعية يتم الاعتماد في هذه الدراسة على المنهج الوصفي و المنهج التحليلي ،بحيث ظهر المنهج الوصفي من خلال التطرق لأهم تجليات مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي ومختلف الاتجاهات التي تبنت هذا المبدأ.

أما المنهج التحليلي فتم الاستعانة به في مناقشة وتحليل النصوص القانونية الصادرة عن مختلف الاتجاهات و الاتفاقيات.

وبغية الإجابة عن الإشكالية والأسئلة الفرعية تم تقسيم الدراسة على فصلين: الفصل الأول

لمظاهر مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي والذي قسم بدوره إلى مبحثين فخصص الأول إلى مظاهر مبدأ سلطان الإرادة في تنظيم التحكيم ،أما المبحث الثاني فقد

خصص لمظاهر سلطان الإرادة أثناء سير الخصومة التحكيمية.

أما الفصل الثاني فقد خصص للقيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة ،حيث اشتمل هو الآخر على مبحثين ،المبحث الأول تضمن تقييد النظام العام لمبدأ سلطان الإرادة أما المبحث الثاني فقد تناولنا فيه تدخل القاضي الوطني في تقييد الإرادة.

الفصل الاول:

مظاهر مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري  
الدولي

## الفصل الأول: مظاهر مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي.

الأصل في التحكيم أنه اختياري يتم بمحض إرادة أطراف النزاع ليستغنوا به عن اللجوء إلى المحاكم قسداً ففي النفقة والوقت وبعداً عن شطط الخصومات القضائية غير أن التحكيم قد يكون اجبارياً وهو يكون كذلك عادة في مجال الفصل في الخلافات التي تنشأ بين أشخاص معنوية عامة أو مملوكة للدولة لمشروعات القطاع العام أو قطاع الأعمال.<sup>1</sup> وذلك يدل على أن الإرادة هي المحرك الأساسي الذي تدور حوله معاملات الأفراد في نطاق المال والأعمال وتسود الإرادة بصفة جلية خاصة في التشريعات التي تأخذ بالمذهب الفردي.

وقد عرف مبدأ سلطان الإرادة بعدة تعريفات نذكر منها أنه : "قدرة المتعاقدين على إنشاء ما يتراضيان عليه من العقود وعلى تحديد آثار العقود حسبما يريدان ، عن طريق الشروط التي تغير في الآثار الموضوعية للعقد كما عرف بأنه : "قدرة الإرادة وحدها على إنشاء ما تشاء من العقود والتصرفات ما دامت تلتزم في ذلك حدود النظام العام والآداب ، وأنها كذلك جزء في رسم نطاق العقد وتحديث آثاره وهي وحدها قادرة على إنهاءه"<sup>2</sup> وبالتالي الإرادة وحدها تكفي لانعقاد العقد بمعنى أن الشخص حر من البداية في الإقدام على إبرام العقود مع غيره أو تركها.

كما يعد الرضا هو العنصر الجوهري اللازم لإنشاء العقد وتحديد الالتزامات المترتبة عليه فلا ينبغي أن يتقيد بأي قيد يقلل من حرية التعاقد.

<sup>1</sup> سعيد عميرة ،التحكيم التجاري، دار الإعصار العلمي ،ط 1 ،عمان-الأردن ،2019م-1440 هـ ،ص 55  
<sup>2</sup> عبد الرؤوف دبابش وحملوي دغيش ،مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة و القانون،مجلة العلوم الإنسانية،العدد 2016،44،ص 2

ولقد ذهب البعض الى تعريف قانون الارادة بأنه: "السلطة المعترف بها في نظام قانوني معين لواحد أو أكثر من الأشخاص لإنشاء مراكز قانونية يعترف بها هذا النظام الذي لولا تدخله و منحه إياهم هذه السلطة ما كان لهذه المراكز وجود ،أو لو وجدت و لكن في صورة مختلفة "وهناك من يعرفها بأنها:"الاعتراف للأطراف بحق اختيار و تحديد القانون الواجب التطبيق على عقودهم وإعطائهم الحرية الكاملة وعدم تقييدهم"وبالتالي فإن السلطة المعترف بها للأفراد في ظل نظام قانون معين هو جوهر مبدأ سلطان الارادة في عقود التجارة الدولية حيث يسمح للمتعاقدین باختيار القانون الانسب لحكم علاقاتهم و الوصول الى الغاية المرجوة من ابرام تصرفاتهم القانونية.<sup>1</sup>

وبالتالي فإن مبدأ سلطان الارادة يعد الركيزة الأساسية التي يقوم عليها التحكيم التجاري الدولي فمن خلالها يتم الاتفاق على اللجوء الى التحكيم كوسيلة لفض النزاعات وحلها. ومن أجل أعمال مبدأ سلطان الإرادة في تنظيم التحكيم التجاري الدولي سنتطرق من خلال هذا الفصل إلى إبراز سيادة قانون الإرادة على اتفاق التحكيم (المبحث الاول) ومظاهر قانون الإرادة اثناء سير الخصومة التحكيمية في (المبحث الثاني).

<sup>1</sup> بوخالفة عبد الكريم، نطاق تطبيق قانون الارادة في عقود التجارة الدولية، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014/2015، ص 24

## المبحث الأول: مظاهر قانون الإرادة في تنظيم التحكيم

يعتمد نظام التحكيم الدولي في الأساس على إرادة الطرفين باللجوء إليه، فهم الذين يختارون الأشخاص الذين يتولون مهمة التحكيم من بين المعروفين لديهم و ممن يتصفون بمعرفة نوعية التعامل التجاري الذي حدث النزاع بسببه، ومن المعروفين بحيادهم و استقلالهم.<sup>1</sup>

فدور الإرادة أساسي إذن في التحكيم التجاري الدولي، فهي التي تحدد موضوع النزاع وتعيين المحكمين وتحديد الإجراءات التي تتبع في تنظيم التحكيم، وقد تحدد القانون الواجب التطبيق.<sup>2</sup>

وعليه سنقسم المبحث إلى مطلبين نتطرق من خلالها إلى سيادة قانون الإرادة على اتفاق التحكيم (المطلب الأول) ثم إلى سيادة قانون الإرادة على تشكيل محكمة التحكيم (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: سيادة قانون الارادة على اتفاق التحكيم

يعتبر اتفاق التحكيم هو لب وجوهر عملية التحكيم فهو يعتبر بمثابة المحرك الأساسي الذي ينشأها ويرسم خطاها ويحدد نهايتها فهو ليس مجرد اتفاق شأنه شأن أي اتفاق تعبيراً عن إرادة طرفين تراضا على اختيار التحكيم كوسيلة لتسوية نزاعات ثارت أو قد تثور مستقبلا بينهما وعلى اعتبار أن هذا الاتفاق يلعب دورا هاما في التعبير عن ارادة الأطراف كان لا بد من التطرق لأهم التعريفات المتعلقة به كما يلزم توافر مجموعة من

<sup>1</sup> فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي-دراسة مقارنة في احكام التحكيم التجاري، دار الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة 1، 2012، ص ص 5-6

<sup>2</sup> محمد جارد، دور الارادة في التحكيم التجاري الدولي-دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010، ص 17

الشروط الموضوعية اللازمة لصحة أي اتفاق كما يلزم توفر الشروط الشكلية التي يتطلبها القانون.<sup>1</sup>

وهذا ما سنتناوله في (الفرع الأول) تعريف اتفاق التحكيم وفي (الفرع الثاني) شروط صحة اتفاق التحكيم و(الفرع الثالث) تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

### الفرع الأول: تعريف اتفاق التحكيم

يعتبر اتفاق التحكيم هو نقطة البداية في انطلاق العملية التحكيمية فهو الأساس الذي منه تبدأ اجراءات التحكيم كما أنه يظهر رغبة الأطراف في حسم منازعاتهم عن طريق التحكيم و بدونه لا تقوم لهذا الأخير قائمة باستثناء حالات التحكيم الإجباري التي استقر عليها الرأي.<sup>2</sup>

و لقد تعرض المشرع المصري لتوضيح ماهية اتفاق التحكيم في المادة العاشرة من قانون التحكيم الجديد التي نصت على أنه: "اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء للتحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية"

ويعرف اتفاق التحكيم هو ذلك الاتفاق الذي يتعهد بمقتضاه أطراف العلاقة التجارية بأن يتم الفصل في المنازعات التي نشأت بينهم أو التي قد تنشأ من خلال التحكيم ومن خلا التعريف يأخذ اتفاق التحكيم صورتين هما شرط التحكيم و هو اتفاق الطرفين في العقد المبرم بينهم على احالة النزاع الذي سينشأ بينهما في المستقبل الى حله عن طريق التحكيم وذلك بوضع نص في العقد او باتفاق مستقل يكون لاحقا للعقد و لكنه في كل الاحوال سابق على قيام النزاع.

<sup>1</sup> زهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الاجراءات المدنية و الادارية و القوانين المقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2012، ص49

<sup>2</sup> أحمد على حسن عثمان، الغير واتفاق التحكيم(دراسة مقارنة)، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، ط 2019، ص 46-47

أما الصورة الثانية فهي اتفاق اطراف العلاقة على ابرام عقد مستقل يتضمن الاتفاق على احالة النزاع الذي نشأ بينهما بالفعل على التحكيم و هذا ما يسمى مشاركة التحكيم.<sup>1</sup>

وقد نصت قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر في 06 ديسمبر 2010 في المادة الأولى من الباب الأول في نطاق الانطباق على أنه: "إذا اتفق الأطراف على إحالة ما ينشأ بينهم من منازعات بشأن قواعد الأونسترال للتحكيم سويت تلك المنازعات عندئذ وفقا لهذه القواعد رهنا بما قد يتفق عليه الاطراف من تعديلات"<sup>2</sup>

كما عرفت اتفاقية نيويورك اتفاق التحكيم في الفقرة الأولى من المادة الثانية،و التي نصت على أنه:"الاتفاق المكتوب الذي يلتزم بموجبه الأطراف , بأن يخضعوا إلى التحكيم كل أو بعض المنازعات التي نشأت،او يمكن ان تنشأ بينهم بشأن علاقة قانونية محددة عقدية أو غير عقدية تخص مسألة يمكن تسويتها بطريق التحكيم"<sup>3</sup>

أما المشرع الجزائري فقد تطرق لاتفاق التحكيم من خلال نص المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي نصت على "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سابق نشؤه على التحكيم"<sup>4</sup>

وبالتالي فلا يتم ابرام اتفاق التحكيم إلا بعد نشوء النزاع ووقوع الخلاف بين أطراف العلاقة القانونية ,ولا يتم اللجوء اليه إلا إذا خلا العقد من شرط أو بند التحكيم.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> محسن جميل جريح ،التحكيم التجاري الدولي و التحكيم الداخلي "دراسة مقارنة"،مكتبة زين الحقوقية والأدبية ، ط 1 2016،ص 55

<sup>2</sup>المادة الأولى من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي "الأونسترال" في 2010 ،"هو هيئة فرعية تابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة ولها ولاية عامة تتمثل في تعزيز التنسيق والتوحيد التدريجين لقانون التجارة الدولية أنشئت عام 1966"

<sup>3</sup>المادة الثانية من اتفاقية نيويورك المؤرخة في 10 يونيو 1958 ،المتعلقة باعتماد و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية

<sup>4</sup> المادة 1011 من القانون 09/08 ،المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية ،الجريدة الرسمية ،العدد 21 بتاريخ أبريل 2008

<sup>5</sup>محمد جارد،المرجع السابق ،ص 20

بحيث يقوم الأطراف بالاتفاق على تكليف شخص من الغير للفصل في النزاع القائم بينهم فباتفاقهم على التحكيم يكون الاطراف قد فضلوا اسناد مهمة الفصل في نزاعهم الى أفراد عاديين عوضا من رفع الدعوى امام جهات قضائية رسمية.

ويتضح من خلال عرض التعريفات السابقة لاتفاق التحكيم ان هذا الاتفاق يركز بصورة اساسية على وجود التراضي بين طرفي العلاقة القانونية بشأن اتخاذ التحكيم وسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن تلك العلاقة أيا كان نوعها سواء كانت مدنية، أو تجارية أو إدارية، طالما كانت تصلح لأن تكون محلا لاتفاق التحكيم.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: شروط صحة اتفاق التحكيم.

أولا: الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم.

تتمثل في التراضي، المحل، السبب

#### 1. التراضي:

إن الاتفاق على إنشاء أي تصرف قانوني منتج لأثره يتطلب تحقق تطابق الإرادتين المفصح عنهما بحيث تكون الإرادة التي يعبر عنها الطرف الثاني "القبول" تطابق أو توافق الإرادة التي أفصح عنها الطرف الاول "الإيجاب" وهذا ما يثبت وجود التراضي المطلوب توافره عندما يكون طريق التحكيم هو السبيل الذي تحذوه إرادة الاطراف المتعاقدة لحل المنازعات التي يمكن أن تثور فيما بينهما.<sup>2</sup>

وقد نصت المادة 59 من القانون المدني الجزائري على انه: "يتم العقد بمجرد ان يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"<sup>3</sup>

<sup>1</sup> أحمد على حسن عثمان المرجع السابق، ص 48

<sup>2</sup> عبد الوهاب عجبري، شرط التحكيم الدولي في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سطيف 2، 2013/2014، ص 10

<sup>3</sup> الامر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم

أي بمجرد انصراف إرادة الأطراف الى إحداث أثر قانوني معين سواء تمثل في إنشاء التزام معين أو نقله أو تعديله أو انقضائه ويكون ذلك من خلال قيام الأطراف باختيار التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي قد تثور بينهم مستقبلا أو التي ثارت بالفعل بشأن علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية.

وتلعب إرادة الأطراف دورا مزدوجا في حياة اتفاق التحكيم كنظام قانوني لحسم المنازعات، مفاده أن هذه الإرادة قد تكون مناط قوة لهذا الاتفاق وأحيانا تكون مناط ضعف، فمناط قوة هذه الإرادة يتمثل فيما يملكه هؤلاء الأطراف من حرية أو امكانية اللجوء إلى أطراف أخرى أكثر مرونة من قضاء الدولة والقوانين الداخلية بما تحمله من صرامة، حيث أن هذه الإرادة هي التي تحدد نطاق سلطة المحكم بالفصل في النزاع و نطاق اتفاق التحكيم من حيث أطرافه، وأحيانا تكون مناط ضعف لنظام التحكيم و يظهر ذلك في الحالات التي يتسبب فيها أحد الأطراف بسوء نية ويمحض إرادته في فشل إجراءات التحكيم.<sup>1</sup>

وحتى يكون التراضي صحيحا لابد من أن يكون خاليا من كافة عيوب الإرادة من غلط، إكراه، تدليس، استغلال، غبن بحيث أن وجود هذه العيوب يخل بتطابق الإرادتين على اتخاذ التحكيم كوسيلة لحل المنازعات والمشتراط أصلا سلامة الإرادة من تلك العيوب حتى يرتب الرضا اثاره.<sup>2</sup>

## 2. المحل:

محل الالتزام هو الأمر الذي يلتزم المدين به سواء كان هذا الأمر نقل حق عيني أو أداء عمل أو الامتناع عن عمل أي أن المحل ركن في الالتزام بالنسبة للعقد بصفة عامة أما بالنسبة لاتفاق التحكيم و بما أنه توافق إرادتين على إسناد المنازعة التي ثارت أو التي قد تثور في المستقبل للتحكيم و بما أن محل الالتزام في العقد قد يكون أداء عمل أو

<sup>1</sup> أحمد عى حسن عثمان، مرجع سابق، ص ص 102-103

<sup>2</sup> عبد الوهاب عجيري، المرجع نفسه، ص 19

الامتناع عن عمل فإن محل الالتزام في اتفاق التحكيم و التزام الأطراف بعرض المنازعة للتحكيم، ويولد في الحقيقة التزام سلبى هو عدم اللجوء إلى القضاء العادي لعدم اختصاصه و التزام إيجابى يتمثل في اخضاع المنازعة لقضاء التحكيم.<sup>1</sup>

إن محل اتفاق التحكيم هو موضوع المنازعات التي يشملها اتفاق التحكيم والتي ينص على حلها عن طريق التحكيم وهو الذي يحدد اختصاص المحكم والذي لا يمكنه الفصل إلا في النزاع أو المنازعات التي اتفق الأطراف على أن يعهدوا بها اليه وتفرض القوانين في هذا المجال مبدئين رئيسيين أولهما أن يكون موضوع اتفاق التحكيم محددًا بما فيه الكفاية وثانيهما عدم مخالفة هذا الموضوع للنظام العام.<sup>2</sup>

وبميز البعض بين محل التراضي في اتفاق التحكيم ومحل اتفاق التحكيم حيث يعتبر أن الأول يتمثل في اتجاه إرادة أطراف الإتفاق إلى عرض النزاع على التحكيم بينما محل اتفاق التحكيم يتمثل في عدة أمور يمكن أن يغيب بعضها ومنها : تعيين المحكمين تحديد سلطاتهم ،تحديد النزاع الذي يعرض عليهم وغير ذلك وهذه الأمور تتعلق أكثر بوضع اتفاق التحكيم موضع التنفيذ و ليس بصحته وفعاليتة.<sup>3</sup>

كما تنص الفقرة الاولى من المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أنه: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها"<sup>4</sup> فالمرشح أجاز لجميع الأشخاص اللجوء إلى التحكيم في جميع المنازعات التي تتعلق بالحقوق التي له مطلق الحرية في التصرف فيها.

<sup>1</sup> نور الدين بكلي، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات

الدولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1995-1996، ص 20

<sup>2</sup> محسن جميل جريج، مرجع سابق، ص 71

<sup>3</sup> طيب قبايلي، كريم تعويلت، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بلقيس للنشر،

الجزائر، ص 5

<sup>4</sup> المادة 1006 من القانون رقم 09/08، مرجع سابق

ولا بد أن يكون المحل متوفرا على كافة الشروط الخاصة به أي أن يكون معينا أو قابلا للتعيين المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية"<sup>1</sup> ويجب أن يكون موجودا ومشروعا غير مخالف للنظام العام.

### 3. السبب:

إن اتفاق الأطراف على التحكيم يجد سببه في إرادة الأطراف فاستبعاد طرح النزاع على القضاء وتفويض الأمر للمحكمن، وهذا سبب يكون مشروع دائما ولا يتصور عدم مشروعيته إلا إذا ثبت أن المقصود بالتحكيم التهرب من أحكام القانون الذي كان يستعين تطبيقه لو طرح النزاع على القضاء نظرا لما يتضمنه هذا القانون من قيود أو التزامات يراد التحلل منها وهو ما يمثل حالة من حالات الغش نحو القانون، فيكون التحكيم وسيلة غير مشروعة يراد بها الاستفادة من حرية الأطراف أو حرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق.<sup>2</sup>

### 4. الأهلية:

الأهلية لغة تعني الصلاحية فالقول أن الشخص أهل لعمل ما يعني صلاحيته لهذا العمل و الأهلية في مجال القانون تعني المعنى ذاته فهي صلاحية يعترف بها القانون للشخص.

هذه الصلاحية قد يقصد بها مجرد صلاحية اكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات و عندئذ يواجه ما يسمى بأهلية الوجوب أي وجوب الحقوق و تحمل الالتزامات و إنما القدرة

<sup>1</sup> المادة 1040 من القانون 09 /08، مرجع سابق

<sup>2</sup> شعران فاطمة، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم

السياسية، العدد الثاني، ص 18

على إنشاء الحقوق و الالتزامات عن طريق مباشرة التصرفات القانونية المختلفة عندئذ نواجه ما يسمى بأهلية الأداء.<sup>1</sup>

الأصل أن المتعاقدين الذين اتفقا على التحكيم سواء تم الاتفاق على التحكيم بالنص عليه في العقد الأصلي الموقع بينهما باعتباره شرطا من شروط العقد أو تم الاتفاق عليه لاحقا بعد نشوء الخلاف في عقد مستقل هم طرفا الاتفاق على التحكيم و لكن قد يوكل صاحب المصلحة شخصا غيره في ابرام اتفاق التحكيم و قد يكون غير قادر على رعاية مصالحه بنفسه فيعين القانون نائبا قانونيا لرعايتها أما بيان الوكيل بالاتفاق على التحكيم فهو بطلان نسبي يكون لصالح الأصيل و يجوز أن ترد عليه الإجازة.<sup>2</sup>

إن القوانين والاتفاقيات قد حسمت في الأهلية المطلوبة في اتفاق التحكيم وهي أهلية التصرف حيث نصت المادة 15 الفقرة الأولى من اتفاقية نيويورك على ذلك بقولها: "لا يجوز فض الاعتراف و تنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف و التنفيذ. الدليل على أن أطراف الاتفاق كانوا طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية" ووفقا لهذا النص لا يمكن رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي لا يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم أطراف اتفاق التحكيم الدليل على أنهم كانوا طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية.

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1986، ص

<sup>2</sup> أحمد على حسن عثمان، مرجع سابق، ص ص 102-103

## ثانياً: الكتابة كشرط شكلي لصحة اتفاق التحكيم

أشرنا فيما سبق إلى أن اختيار الأطراف لطريق التحكيم كوسيلة بديلة لفض النزاعات التي تنشأ بينهم يترتب عليه أثر هام وهو استبعاد اختصاص القضاء العادي في النظر للنزاع، ومن ثم لا بد أن يندرج هذا التحكيم في إطار وثيقة مكتوبة.<sup>1</sup> إذ أن المشرع الجزائري أوجب كتابة اتفاقية التحكيم وإلا كانت باطلة وذلك في المادة 2/1040 من القانون 09/08 بنصها: "يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة"<sup>2</sup> ومن هنا يكون القانون 09/08 قد ساير اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بصدد الاعتراف و تنفيذ الاحكام التحكيمية الاجنبية، على اعتبار أن الجزائر قد انضمت إلى هذه الاتفاقية سنة 1988 .

وذلك في نص المادة 1/2 من اتفاقية نيويورك 1958 التي جاء فيها: "تعترف كل دولة متعاقدة بأي اتفاق مكتوب يتعهد فيه الطرفان بأن يحيلوا إلى التحكيم جميع الخلافات أو أية خلافات نشأت أو قد تنشأ بينهما بالنسبة لعلاقة قانونية محددة تعاقدية أو غير تعاقدية تتصل بموضوع النزاع يمكن تسويته عن طريق التحكيم"<sup>3</sup>

ولتسهيل ظروف التجارة الدولية وتحريرها من القيود، لما تتطلبه من سرعة ومرونة لم تحدد التشريعات صيغة معينة يرد فيها اتفاق التحكيم، فاكتفت بورود هذا الاتفاق في صورة مراسلات أو برقيات و غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة الحديثة بين الطرفين طالما كانت قاطعة في الدلالة على إرادة اللجوء إلى التحكيم من الطرفين.<sup>4</sup>

و فيما يتعلق بصلاحيه استيفاء البرقيات أو الرسائل غير الموقعة لشكل الكتابي المتطلب لإبرام اتفاق التحكيم، فإن هذه الوسائل تصلح لإبرام هذا الاتفاق رغم عدم

<sup>1</sup> محمد جارد، مرجع سابق، ص 20

<sup>2</sup> القانون 09 / 08، مرجع سابق

<sup>3</sup> اتفاقية نيويورك، مرجع سابق

<sup>4</sup> محمد جارد، مرجع سابق، ص 22

توقيعها من المرسل، وخلافا للقواعد العامة في الإثبات، وذلك تأسيسا على أن المشرع لم يشترط توقيعها، ولو كان ذلك لازما لنص عليه صراحة.<sup>1</sup>

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري اشترط أن تكون اتفاقية التحكيم مكتوبة لكن لم يشترط شكلا معيناً لكتابة، وترك ذلك لإرادة الأطراف الذين لهم كامل الحرية في صياغة اتفاقية التحكيم، ووضع البيانات التي يرونها مناسبة والتي يرغبون فيها والتي لا تتعارض مع طبيعة التحكيم.

### الفرع الثالث: تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم

يعرف القانون الواجب التطبيق بأنه: مجموعة القواعد القانونية التي يصل المحكم إلى أنها المناسبة للتطبيق على النزاع، سواء أكان مصدرها قانونا وطنيا أم كانت مشتقة من مجموعة قوانين وطنية أم أنها قواعد متعارف عليها في محيط التجارة الدولية بعيدا عن القوانين الوطنية للدول.<sup>2</sup>

وهذا ما سنوضحه كالآتي:

#### 1. خضوع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة:

يجوز للأطراف اختيار نظام قانوني متكامل لكي يطبق على التحكيم، أو أن يشترطوا تطبيق طائفة معينة من القواعد القانونية، فعلى سبيل المثال يمكن للأطراف اختيار نظام قانوني لأي من الطرفين أو كليهما أو حتى قانون دولة ثالثة وعلاوة على ذلك يمكنهم الاتفاق على فض منازعاتهم طبقا للمبادئ العامة للقانون أو بعض القواعد السائدة في نظام قانوني معين.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> أحمد على حسن عثمان مرجع سابق، ص 223

<sup>2</sup> خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دار الثقافة للنشر والتوزيع ط الأولى، 2014، ص 219

<sup>3</sup> شعران فاطمة، مرجع سابق، ص 14

وقد تبنى المشرع الجزائري قاعدة إرادة الأطراف في تحديد القانون الذي ينظم اتفاق التحكيم.

حيث تنص المادة 18 من القانون المدني على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر"<sup>1</sup> و نفس الحكم أخذت به اتفاقية نيويورك في شأن الإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية و تنفيذها في مادتها الثانية.

إن إرادة الأطراف لها دور كبير في مجال العقود الدولية و بالتالي فإن هذه الإرادة لها نفس في مجال اختيار القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود سواء أكان هذا الاتفاق مشروطا في العقد بشرط التحكيم أم أنه في اتفاق خاص.<sup>2</sup> كقاعدة عامة لا يختلف اتفاق التحكيم عن غيره من العقود ذات الطابع الدولي إذ تخضع في تشريعات مختلف الدول لقاعدة سلطان الإرادة.

وقد تبنى المشرع المصري هذه القاعدة صراحة في المادة 19 من القانون المدني التي تخضع العقود للقانون الذي يتفق عليه الأطراف أو الذي يتبين من الظروف اتجاه إرادتهم إلى تطبيقه وإلا طبق قانون محل إبرام العقد.<sup>3</sup>

كما قد يكون اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق صريحا وذلك عندما يعين المتعاقدان في العقد قانونا بالاسم على النزاع يخضع له ويمكن أن نلاحظ ذلك بصورة واضحة في مجال التجارة الدولية حيث شاع استعمال العقود النموذجية التي تخضع كل منها للقانون المنصوص عليه، كما قد يكون اختياره ضمنيا يستخلصه القاضي من الظروف المحيطة بالعقد ومن تفسير عباراته الدالة على هذا الاختيار الضمني.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> نور الدين بكلي، مرجع سابق، ص 120

<sup>2</sup> أسامة احمد الحوري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، دار الثقافة

للنشر والتوزيع، ط الأولى، عمان، 2008، ص 87

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 80

<sup>4</sup> شعران فاطمة، مرجع سابق، ص 14

ويسمح تطبيق نص المادة 1040 في فقرتها الثالثة<sup>1</sup> بأن يقوم الأطراف باختيار أي قانون ليحكم الاتفاق على التحكيم الذي أبرموه حيث كرس المشرع الجزائري بموجب نص هذه المادة مبدأ الإرادة المستقلة المعترف به عالمياً أكثر من ذلك فإن هذه المادة تسمح ليس فقط بإعطاء الحرية للأطراف في اختيار تطبيق أي قانون وطني مثل ما هو معمول به في إطار قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص، وإنما تمكنهم من اللجوء إلى إخضاع اتفاقهم لأية قاعدة قانونية مهما كان مصدرها.<sup>2</sup>

## 2- موقف مختلف التشريعات من مبدأ سلطان الإرادة:

لقد تبنى المشرع المصري صراحة إرادة الأطراف وذلك في نص المادة 19 من القانون المدني والتي تخضع العقود الدولية للقانون الذي يتفق عليه الأطراف والذي يتبين من الظروف اتجاه إرادتهم إلى تطبيقه.<sup>3</sup>

وهو ذات الأمر الذي أخذ به القضاء الفرنسي في محل العقود التجارية الدولية وذلك في نص المادة 1496 من ق.إ.م.ف.<sup>4</sup> والتي تنص على:

**"L'arbitre tranche le litige confortement aux règle de droit que les parties à défaut d'un tel choix conformèment a celle qu'il estime appropriées il tient compte dans tout les cas des usages du commerce."**

كما أن اتفاقية نيويورك لسنة 1958 قد حددت القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم بقانون الإرادة وذلك في نص المادة 5 الفقرة الأولى منها ونفس الأمر بالنسبة للاتفاقية الأوروبية لسنة 1961 والتي أخذت بمبدأ سلطان الإرادة في مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

<sup>1</sup> المادة 1040 من القانون 09/08، مرجع سابق

<sup>2</sup> تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017/05/17، ص 285-286

<sup>3</sup> المادة 19 من القانون المدني المصري الصادر في 9 رمضان 1967 الموافق ل 16 يوليو 1947

<sup>4</sup> Article 1496 du code du procédure civil décret n°2011 du 13 janvier 2011

## المطلب الثاني: سيادة قانون الإرادة على تشكيل محكمة التحكيم.

إن مسألة تشكيل محكمة التحكيم تركز في الأساس على إرادة الأطراف المعنية من جهة، فجوهر التحكيم هو الإرادة والاتفاق فلا يتصور أن يفرض على الأطراف محكمين دون انصراف إرادتهم الى ذلك وإلا بماذا يفرق التحكيم عن القضاء ومن جهة أخرى تركز على قبول المحكم لمهمة التحكيم فهذا الأخير الحرية في قبول المهمة المسندة و الموكلة اليه و رفضها.<sup>1</sup>

على غرار القوانين الحديثة المنظمة للتحكيم التجاري الدولي كرس قانون الإجراءات المدنية و الإدارية مبدأ حرية الأطراف في تعيين المحكمين وتشكيل محكمة التحكيم، و تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم حيث تنص المادة 1041 منه على أنه: "يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم"<sup>2</sup> وبالتالي يمكن لأطراف اتفاق التحكيم التجاري الدولي أن يتفقوا على تعيين تشكيلة المحكمة إما بصفة مباشرة، أو بالرجوع إلى نظام التحكيم.

وعليه سنتطرق في (الفرع الأول) إلى تعيين المحكمين وفي (الفرع الثاني) رد وعزل المحكم وتحديد سلطاته والتزاماته وفي (الفرع الثالث) قبول المحكم للمهمة المسندة إليه وفي (الفرع الرابع) موقف المشرع الجزائري.

### الفرع الثاني: تعيين المحكمين

من أهم مواضيع التحكيم، الشروط التي يتفق عليها الطرفان حول كيفية اختيار الأشخاص الذين سوف يتولون مهمة التحكيم وتختلف الإجراءات الخاصة باختيار أو

<sup>1</sup> مهدي مخلاف، مبدأ استقلال الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق، جامعة

العربي بن مهيدي، ام البواقي، 2015/2016، ص 10

<sup>2</sup> المادة 1041 من القانون 09/08، مرجع سابق

تعيين المحكمين طبقاً لنوعية التحكيم الذي يختاره الطرفان فإذا كان قد اختار التحكيم المنظم أو المؤسسي وهو الذي يتم من خلال مؤسسة متخصصة لها قواعد خاصة فهنا يتم التحكيم وفقاً للقواعد التي تتبعها المؤسسة أما إذا لم يلجأ الطرفان إلى مؤسسة تحكيمية فعندئذ يقومون باختيار المحكمين بأنفسهم.<sup>1</sup>

يخضع تعيين المحكمين لإرادة الأطراف أو يمكن أن تتكون الهيئة التحكيمية من شخص واحد أو عدة أشخاص بشرط أن يكون العدد وتراً، حيث نصت المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: "تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي"<sup>2</sup>

وتجدر الإشارة إلى أنه لا بد من تجسيد المساواة والحرية بين الأطراف أثناء اختيار المحكمين بحيث لا يتم تفضيل أحدهم على الآخر مثلاً إذا كان عدد المحكمين هو ثلاثة ففي هذه الحالة يختار كل طرف محكمه الخاص.

ويتولى الطرفان أو المحكمان المختاران اختيار المحكم الثالث والذي يسمى بالمحكم الرئيس والمحكم المرجح والذي لا يتدخل إلا في حالة وجود خلاف.<sup>3</sup>

كما نصت المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية "يمكن للأطراف... بالرجوع إلى نظام تحكيمي تعيين المحكم أو المحكمين"<sup>4</sup> بحيث يؤدي الرجوع إلى نظام تحكيمي، إلى تدخل هيئة دائمة للتحكيم من أجل تعيين المحكمين وبذلك تكون طرق تعيين المحكمين المحددة في النظام التحكيمي مقبولة من الأطراف يمكن للأطراف أن تختار أي هيئة تحكيمية دائمة.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 135

<sup>2</sup> المادة 1017 من القانون رقم 09/08، مرجع سابق

<sup>3</sup> محمد جارد، مرجع سابق، ص 30

<sup>4</sup> المادة 1041 من القانون 09/08، مرجع سابق

<sup>5</sup> عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ط الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 41

ويشترط في المحكم أن يكون متمتعاً بالأهلية أو أن لا يعرض له عارض يؤدي الحجر عليه وإلا يكون محروماً من حقوقه المدنية للحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو شهر افلاسه طالما لم يسترد اعتباره.

وهو ما ذهبت إليه المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث تقول: "لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي إلا إذا كان متمتعاً بحقوقه المدنية"<sup>1</sup>

## الفرع الثاني: رد وعزل المحكم وتحديد سلطاته والتزاماته

### 1. رد وعزل المحكم:

#### أ. رد المحكم:

في مادة التحكيم الداخلي يمكن طلب رد المحكم لأسباب نفسها التي يمكن بموجبها طلب رد القضاة، إلا أنه يقتضي أن يكون على علم بهذه الأسباب أو أن يكون قد طرأت بعد حصول التعيين، لأنه على المحكم تحت طائلة المسؤولية، أن يبلغ الفرقاء بأي سبب للرد وأن قبول المحكم للمهمة يشكل إذن إقراراً واضحاً بأن مثل هذه الأسباب غير موجودة و إلا لكان سيعلم الفرقاء بالأمر الذي كان سيمنع تعيينه ومن المفترض بالنتيجة أن سبب الرد يجب ان يطرأ بعد قبول المحكم لمهمته.<sup>2</sup>

و قد تطرق المشرع الجزائري لهذا الموضوع من خلال المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص على أنه: "يجوز رد المحكم في الحالات الآتية:

- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف
- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل

الأطراف

<sup>1</sup>المادة 1014 من القانون 09/08، مرجع سابق

<sup>2</sup>عبد الحميد الأحديب، التحكيم في البلدان العربية، ط الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009، ص 58

- عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.
- لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه، أو شارك في تعيينه، إلا لسبب علم بعد التعيين<sup>1</sup>

فمن خلال هته النقطة الأخيرة يتبين أنه منعا للتلاعب حظر المشرع على أي طرف طلب رد المحكم الذي اختاره بنفسه إلا إذا أثبت وجود أسباب طرأت بعد تعيينه.

إضافة إلى ذلك فإن اتفاق أطراف النزاع على تعيين محكم معين يبنى على فرضية خلو هذا المحكم من الأسباب الداعية لرده بعد تعيينه، وهي من الأسباب التي تؤثر في حياده واستقلاله لذا يجدر بالمحكم أن يفصح عن هذه الأسباب التي قد تدعو لرده قبل إعلانه النهائي قبول مهمة التحكيم حتى يكون الأطراف على بينة من الأمر فإما يقبل الأطراف تعيين نفس المحكم بالرغم من الأسباب التي قد تثير في تقديره طلب رده وهنا لا يجوز لأحد الأطراف طلب رد هذا المحكم لنفس الأسباب التي كشف عنها قبل تعيينه و إما يتفقان على تعيين محكم آخر.<sup>2</sup>

وهذا يدل على أن مبدأ سلطان الإرادة يلعب دورا هاما في اختيار المحكمين وإسناد المهام لهم وتحديد سلطاتهم والتزاماتهم.

## ب. عزل المحكم:

لا يمكن عزل المحكم إلا استنادا إلى موافقة جماعية من قبل سائر الأطراف وهو بذلك لا يكون مجرد ممثل عن الطرف الذي عينه سواء كان ذلك في التحكيم بموجب القانون أم في التحكيم بالصلح وتفسر هذه القاعدة بأن تعيين المحكم، هو تعبير عن إرادة الأطراف المشتركة وبالتالي فإنه لا يمكن إلا لهذه الإرادة المشتركة أن تضع حد لمهمته.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>المادة 1016 من القانون 09/08، مرجع سابق

<sup>2</sup>محمد جارد، مرجع سابق، ص 36

<sup>3</sup>عبد الحميد الأحذب، مرجع سابق، ص 57

أما في حالة عزل أو استبدال المحكمين إلى جانب صعوبة التعيين فإنه يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل حسب المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية القيام بما يأتي:

- رفع الأمر الى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم يجري في الجزائر
- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.<sup>1</sup>

## 2. تحديد سلطات و التزامات المحكم:

### أ. تحديد سلطات المحكم:

تتبع سلطة المحكم من اتفاق الطرفين ومما ورد في العقد التحكيمي أو في وثيقة التحكيم في الأنظمة التي تقضي بأن يوقع الطرفان وثيقة التحكيم في بداية إجراءات المحاكمة كما هو النظام المتبع، في غرفة التجارة الدولية.<sup>2</sup> على سبيل المثال قواعد الأونيسترال تقضي بأنه:

"مع مراعاة أحكام هذه القواعد لهيئة التحكيم ممارسة التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة شريطة أن تعامل الطرفين على قدم المساواة وأن تهيأ لكل منهما في جميع مراحل الإجراءات فرصة كاملة لعرض قضيته"

كذلك تعطي قواعد تحكيم الاونيسترال سلطات محددة للمحكمين مثل:

- سلطة تعيين مكان التحكيم اذا لم يكن الأطراف قد اختاروا هذا المكان
- سلطة تعيين اللغة أو اللغات
- سلطة تعيين الخبراء<sup>3</sup>

<sup>1</sup> المادة 1041 من القانون 09/08، مرجع سابق

<sup>2</sup> عبد الحميد الأحذب، مرجع سابق، ص 357

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 358

إن سلطة المحكم للفصل في النزاع هي محور عملية التحكيم والأساس الذي يستمد منه المحكم من إرادة الاطراف، فعلى الرغم من الأساس الإتفاقي لوظيفة المحكم فهو يمارس وظيفته القضائية يفصل من خلالها المحكم في النزاع القائم بين الأطراف عن طريق فحص الإدعاءات المضادة المعروضة عليه فالمحكم بمقتضى إرادة الأطراف يتمتع بصلاحيات وسلطات هامة تشمل توجيهات حول السلطات المخولة له من أجل السير في الدعوى غير أنه لا بد أن يراعي ولا يخرج في قضائه عن الإطار العام للقانون ومبادئ العدالة في الحالات التي يكون الأطراف قد أجازوا له ذلك.<sup>1</sup>

### ب. تحديد التزامات المحكم:

من أهم التزامات المحكم بموجب عقد التحكيم، هو النظر في النزاع وإصدار القرار النهائي بشأنه، وتشتترط بعض القوانين وكذلك القواعد الدولية أن يتم إصدار قرار التحكيم خلال مدة معينة وقد يرد مثل هذا الشرط في عقد التحكيم وهناك التزامات أو واجبات عديدة يترتبها العقد على عاتق المحكم.<sup>2</sup>

يلتزم المحكم بإعمال قواعد القانون، سواء أكانت إرادة في القانون المدني أو التجاري أو البحري أو قانون الإثبات، ما لم يكن مصالحا فعندئذ لا يتقيد بها عدا ما تعلق منها بالنظام العام.<sup>3</sup>

ويكون المحكم ملزما باحترام القواعد الإجرائية الاتفاقية فعلى اعتبار أن الطبيعة الاتفاقية للتحكيم تعود لإرادة الأطراف من خلال منحهم الحرية في اختيار القواعد التي تسير عليها الخصومة التحكيمية إما بوضع قواعد خاصة أو بإخضاع اجراءات التحكيم لنظام تحكيمي أو بدمج هذه القوانين في قالب واحد لتصبح قانون اجرائي اتفاقي بين

<sup>1</sup> محمد جارد، مرجع سابق، ص 43

<sup>2</sup> فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 230

<sup>3</sup> أحمد ابو الوفا، التحكيم في القوانين العربية مكتبة الوفاء القانونية، طبعة 2015، الاسكندرية، ص 80

الأطراف وبما أن المحكم يستمد سلطاته من إرادة الأطراف فلا بد عليه من احترام هذه القواعد الإجرائية وعدم مخالفتها.<sup>1</sup>

كما يلزم المحكم بأن يصدر القرار الخاص بالتحكيم خلال المدة التي اتفق عليها الطرفان في عقد التحكيم ويلتزم أيضا بإصدار قرار حكم التحكيم وفقا للصيغة التي يتطلبها القانون.<sup>2</sup>

يجب على المحكم أيضا الالتزام بالمحافظة على سرية المستندات وعدم إفشاء أسرار الخصوم.<sup>3</sup>

ويقع على عاتق المحكم الالتزام باحترام حقوق الدفاع فقد جعلت اتفاقية نيويورك من مبدأ حقوق الدفاع في مادتها 1/05 قاعدة مادية دولية تؤكد على ضرورة احترام حقوق الدفاع دون استثناء قانون أي دولة معينة.

أيضا يتوجب على المحكم احترام مبدأ المساواة بين الخصوم ويقصد به قيام المحكم بإعطاء فرص متكافئة ومتساوية لإبداء وجهة نظرهم وإلا اختل ميزان العدل.<sup>4</sup>

### الفرع الثالث: قبول المحكم للمهمة المسندة إليه:

قد يكلف المحكم بالمهمة من جانب أطراف العقد التحكيمي وقد يكلف بها من جانب المحكمة ومن الأصح اثبات قبول المحكم للمهمة وتقدير أتعابه فيها في صلب عقد التحكيم أو شرطه منعا من الخلافات وقد يصدر القبول في كتاب يرسله لطرفي التحكيم أو أحدهما ولقبول المحكم أهمية كبيرة إذا كان مصالحا ومن واجب الخصوم التحقق من هذا القبول أثناء الاتفاق على التحكيم بالصلح.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> محمد جارد، مرجع سبق ذكره، ص 29

<sup>2</sup> فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 230

<sup>3</sup> لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 217

<sup>4</sup> محمد جارد، مرجع سابق، ص 47

<sup>5</sup> أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 54

تطرق القانون الجديد إلى قبول المحكم من خلال نص المادة 1015 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه: "لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم"<sup>1</sup> وبالتالي فإن قبول المحكم أصبح من القواعد الامرة التي ترتبط بها صحة تشكيل المحكمة التحكيمية وتطرق القانون الداخلي للتحكيم إلى الموضوع أيضا من زاوية رفض المحكم إذ أشار إلى ذلك من خلال المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "إذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه، يستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة"<sup>2</sup>

وبترتب على ذلك أنه يجب أن تفرض المهمة على المحكم المعين سواء أكان محكما معينا من طرف أو محكما ثالثا معينا من الطرفين أو من القضاء أو من مركز تحكيمي إما أن يقبلها أو يرفضها فإذا قبلها صح تشكيل محكمة التحكيم وأجيز للأطراف تسمية محكميهم أما إذا رفض فليس الذي عينه هو الذي يعين البديل عنه إلا إذا كان القضاء هو الذي عينه أما في التحكيم الدولي فالقانون لم يتطرق للموضوع وتركه برمته لسلطان الإرادة.<sup>3</sup>

## الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري من مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي

طبقا للقانون 08/09 نجد أن المشرع الجزائري قد أكد على مبدأ سلطان إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق وذلك يظهر جليا في نص المادة 3/1040 من ق.إ.م.إ.ج والتي تنص على: "...تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها، إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره..."

<sup>1</sup>المادة 1015 من القانون 09/08، مرجع سابق

<sup>2</sup>المادة 1012 من القانون 09/08، مرجع سابق

<sup>3</sup>عبد الحميد الاحدب، مرجع سابق، ص 63

نجد أن المشرع الجزائري قد كرس مبدأ سلطان الإرادة المنصوص عليه في المادة 18 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 والتي تخضع للالتزامات التعاقدية للقانون المختار بين المتعاقدين شرط أن يكون له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد.<sup>1</sup>

يتضح جليا أن المشرع الجزائري قد ساير اتفاقية نيويورك في المادة 2/5<sup>2</sup> والتي حددت القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم بقاعدة أصلية وهو قانون الإرادة.

## المبحث الثاني: مظاهر سلطان الإرادة أثناء سير الخصومة التحكيمية.

تتعد خصومة التحكيم بإعلان أحد أطراف النزاع عن رغبته في إجراءات التحكيم إلى الطرف أو الأطراف الآخرين وهذه الرغبة ما هي إلا تصرف إداري تنشأ به خصومة التحكيم.<sup>3</sup> فبعد تشكيل الهيئة التحكيمية وقبول المحكمين للمهمة المسندة إليهم يكون الأطراف قد بدؤوا إجراءات التحكيم وفقا للاتفاق المبرم بين الأطراف وإعمالا لإرادتهم تبدأ الهيئة التحكيمية في تجسيد هته الإرادة تطبيقا لهذا الاتفاق.

وللإطلاع أكثر على القانون الواجب التطبيق أثناء سير الخصومة التحكيمية سوف نقسم المبحث إلى مطلبين بحيث خصصنا (المطلب الأول) حول تطبيق إرادة الأطراف من خلال القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم و(المطلب الثاني) حول القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

<sup>1</sup> محمد جارد، مرجع سابق، ص 27

<sup>2</sup> راجع المادة 5 الفقرة الثانية من اتفاقية نيويورك 1958

<sup>3</sup> مصطفى محمد جمال و عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط الأولى، الإسكندرية، 1998، ص 572

## المطلب الأول: تطبيق إرادة الأطراف من خلال القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

تتمتع إجراءات التحكيم بأهمية خاصة إذ يتوقف نجاح نظام التحكيم أو إخفاقه على مدى سلامة إجراءات التحكيم المتبعة للنظر في الدعوى التحكيمية والفصل فيها، إذ تعتبر الإجراءات بمثابة العمود الفقري لنظام التحكيم وهي السياج الذي يضمن شرعيته، حيث أن مراعاة هذه الإجراءات على نحو صحيح من شأنه الوصول إلى حكم يكون بمنأى عن الطعن فيه، وبالتالي يكون قابلاً للاعتراف به وتنفيذه.<sup>1</sup>

والمقصود بإجراءات التحكيم التجاري الدولي تلك المسائل المتعلقة بولاية القضاء التحكيمي وتشكيل محكمة التحكيم وتحديد اختصاصاتها، وإجراءات المرافعات التي تتبع لديها حق إصدار الحكم التحكيمي في النزاع و خاصة شرط المداولة فيه، والنطق به، وشكله، ومسألة ما إذا كان تسببيه واجبا أم لا.

ولذلك قسمنا هذا المطلب إلى (الفرع الأول) سيادة مبدأ سلطان الإرادة (الفرع الثاني) موقف مختلف التشريعات من القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم (الفرع الثالث) موقف المشرع الجزائري من مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي

### الفرع الأول: سيادة مبدأ سلطان الإرادة

تبدأ إجراءات التحكيم عندما يبدي أحد طرفي النزاع رغبته في تسوية النزاع عن طريق التحكيم وفي هذا الصدد يرتبط التحكيم وإجراءاته بإرادة الطرفين من خلال التكييف القانوني للتحكيم، حيث يتم تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف المتنازعة في حال كان اتفاقاً.

<sup>1</sup> عصام عبد الفتاح مطر، عقود الفيديو، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 458

وينطبق الشيء نفسه على التحكيم الخاص، بحيث تكون لإرادة الطرفين دور مهم في اختيار القواعد القانونية والقانون الذي تخضع له إجراءات التحكيم، قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية وأخرى من قواعد أحد مراكز التحكيم.<sup>1</sup> وبذلك فهذا الرأي يعطي الحرية الكاملة للأطراف في اختيار القواعد الواجب اتباعها في عملية التحكيم.

"ويذهب أنصار ذلك الرأي أيضا إلى أن القانون واجب التطبيق يمكن تعيينه بشكل غير مباشر وذلك عندما تختار أطراف النزاع قانون بلد ما، ففي هذه الحالة يفترض أن تلك الأطراف قبلت ضمنا بالقواعد الخاصة بتنازع القوانين لذلك البلد وبالتالي يصار إلى معرفة القانون الواجب التطبيق طبقا لقواعد الإحالة والإسناد."<sup>2</sup>

ولقد أقر الفقه والقضاء والقانون والمعاهدات الدولية ولوائح مراكز هيئات التحكيم على مبدأ الخضوع لإجراءات التحكيم لمبدأ سلطان الإرادة، والتي يجسدونها في عدة إمكانيات نذكرها على النحو التالي:

1. "أن يضع الخصوم بأنفسهم تنظيم خاص بإجراءات التحكيم أي استخدام ما يسمى إجراءات التحكيم الدائمة.
2. أن يتفق الخصوم على ترك المهمة لهيئة التحكيم تتولى هي بنفسها وضع إجراءات التحكيم نيابة عنهم، ويكون القانون الإجرائي في هذا العرض الغرض هو قانون إرادة المحكم.

3. قد يتفقون على اتباع الإجراءات، المنصوص عليها في قانون وطني معين."<sup>3</sup>

<sup>1</sup> فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص ص 162-163

<sup>2</sup> فوزي محمد سامي، المرجع نفسه، ص 163

<sup>3</sup> خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 245

وتكمن أهمية اختيار الأطراف المتعاقدة للقانون الواجب التطبيق في أنه يعطي للنصوص التعاقدية القوة التنفيذية، ويعمل على تكملة النقص الوارد في هذه العقود ويحدد القواعد التي يتم بمقتضاها تفسيرها وبشكل حماية لمصالح كلا الطرفين.<sup>1</sup>

## الفرع الثاني: موقف مختلف التشريعات من القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم

### أولاً: الاتفاقيات الدولية

تم تكريس مبدأ سلطان الإرادة في إخضاع إجراءات التحكيم لإرادة الأطراف في مختلف التشريعات الدولية وهذا يظهر جليا في اتفاقية نيويورك لعام 1958 والتي تنص في نص المادة الخامسة منها في الفقرة (د) على ما يلي: "أن تشكيل هيئة التحكيم أو أن إجراءات التحكيم لم تكن وفقا لاتفاق الطرفين" ويفهم من هذا النص أنها أقرت بمبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون والقواعد الواجبة التطبيق على إجراءات التحكيم.<sup>2</sup>

نجد أيضا أن بروتوكول جنيف لسنة 1923 قد نص على دور الأطراف في إجراءات التحكيم وذلك في نص المادة 2 منه والتي تنص: "إجراءات التحكيم في ذلك تشكيل هيئة التحكيم تحدد بإرادة الأطراف..." والتي تؤكد على اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم و يكون من قبل إرادة الأطراف.<sup>3</sup>

كما نجد أن اتفاقية جنيف الأوربية لسنة 1961 قد ذهبت إلى أبعد مما ذهبت إليه اتفاقية نيويورك بحيث أكدت اتفاقية جنيف على حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب

<sup>1</sup> مراد محمد المواجهة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط الثانية، 2015، ص 182

<sup>2</sup> المادة 5/د من اتفاقية نيويورك الصادرة في 10 يونيو 1985 المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ص

<sup>3</sup> فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 166

التطبيق ولقد نصت على هذا الأمر في نص المادة 04 منها والتي تنص على: "...وقد أكدت أيضا على حرية الأطراف في اختيار نوع التحكيم"

ونصت كذلك في الفقرة الفرعية (أ) من الفقرة الأولى من نفس المادة المذكورة سلفا على أنه في حالة اختيار الأطراف إحدى مؤسسات التحكيم فإن إجراءات التحكيم تجري طبقا لقواعد تلك المؤسسة.<sup>1</sup>

وصولا إلى القانون النموذجي للأونيسترال والذي أعدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية في 12 يونيو 1985 والذي ينص على مبدأ خضوع إجراءات التحكيم لإرادة الأطراف والمنصوص عنها في نص المادة (19) منها: "على أن يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي تعين على هيئة التحكيم إتباعها لدى السير في التحكيم."

### ثانيا: موقف التشريعات العربية

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

ونجد أن المشرع المصري لا يميز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي وإنما يمكن للأطراف اختيار القانون الذي ينظم إجراءات التحكيم في كلتا الحالتين.<sup>2</sup>

أما بالنسبة للمشرع الأردني رقم (31) لسنة 2001 فقد نصت المادة 24 منه: "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها في إخضاع

<sup>1</sup> فوزي محمد سامي، المرجع نفسه، ص 167

<sup>2</sup> خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 246

هذه الإجراءات لقواعد المتبعة في أي مؤسسة أو مركز التحكيم في المملكة أو خارجها..."

يتضح من هيئة المادة أن المشرع الأردني نص أيضا على اعتماد مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الذي يطبق على إجراءات التحكيم.<sup>1</sup>

نجد أيضا المشرع العماني قد اتخذ نفس الموقف من خلال نص المادة 25 من قانون التحكيم العماني والتي ينص على: "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات القواعد النافذة في أي منظمة أو مركز التحكيم في سلطنة عمان أو خارجها..."<sup>2</sup>

بالإضافة إلى اتفاقية عمان العربية لسنة 1987 والتي نصت على الحرية الأطراف أيضا من خلال نص المادة 21 في الفقرة الأولى منها.<sup>3</sup>

المشرع المغربي هو الآخر نص على إرادة الأطراف الاتفاق على القواعد الإجرائية الواجب التطبيق ويتضح هذا في الفصل 318 في القانون 05-08.

وأخيرا نجد أيضا أن هناك تشريعات عربية نصت هي الأخرى على مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي وذلك منصوص عنه في نص المادة 1/1494 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفرنسي.

فهذه المادة تكرر مبدأ سلطان الإرادة للأطراف في تحديد القانون الذي يحكم اجراءات التحكيم، فهي تعطي للأطراف الثلاثة خيارات وهي: وضع قواعد الإجراءات مباشرة دون

<sup>1</sup> خالد كمال عكاشة، المرجع نفسه، ص 247

<sup>2</sup> شهاب محمد، أساسيات التحكيم التجاري الدولي، مكتبة الوفاء القانونية، مصر 2009، ص 187

<sup>3</sup> المادة 21 الفقرة الأولى من اتفاقية عمان العربية و التي نصت على: "هيئة التحكيم تخضع لقانون إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية، و هو ما يتفق مع المبادئ العامة في التحكيم التجاري و خاصة الدولي منه

الإسناد إلى أي قانون وطني كان ،أو بالإحالة إلى نظام تحكيمي معين وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا الأمر في قرارها الصادر في 9 ديسمبر 1955.<sup>1</sup>

## الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي

نجد أن المشرع الجزائري فرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي ،بحيث أكد على حرية الأطراف في اختيار القانون الذي ينظم إجراءات التحكيم. فبخصوص التحكيم الداخلي أعطي للأطراف سلطة اختيار القواعد الإجرائية التي يجدونها مناسبة لتنظيم خصومتهم وهذا طبقا لنص المادة 1019 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على: "تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك"<sup>2</sup>

مستخلص من هيئة المادة أن المشرع الجزائري قد منح الأولوية لاتفاق الأطراف في تحديد القانون الذي ينظم إجراءات التحكيم.

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

يتضح جليا من نص المادة سالفة الذكر ضرورة احترام إرادة الأطراف بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في مجال التحكيم التجاري الدولي بحيث يمكن للأطراف حرية اختيار أي قانون إجرائي لدولة معينة. ليطبق على هته الإجراءات أو القواعد الإجرائية المنصوص عنها في لوائح مراكز أو مؤسسات التحكيم الدائمة.

<sup>1</sup> حسين نوار، تكريس التحكيم التجاري الدولي كضمان للاستثمارات الأجنبية، مداخلة ضمن الملتقى الدولي حول

التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، جامعة بجاية، 14/15 جوان 2006، ص 199

<sup>2</sup> المادة 1019 من القانون 09/08، مرجع سابق

كما يمكن للأطراف وضع قواعد الإجرائية من ابتكارهم، وتكون لمحكمة التحكيم إلزامية وضرورة احترام إرادة الأطراف للنظر في النزاع.

وعليهم عدم ترك المسائل الإجرائية مفتوحة أمام هيئة التحكيم ويقومون بتحديد المسائل الإجرائية التي تتبعها الهيئة بصفة شخصية وعليهم على الأقل اختيار قانون وطني ملائم ولائحة التحكيم تتميز بقواعد الإجرائية بنوع من الإتقان.<sup>1</sup>

## المطلب الثاني: تطبيق إرادة الأطراف من خلال القانون الواجب

### التطبيق على موضوع النزاع

إن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لا يقل أهمية عن موضوع تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، إذ ليس من الواجب على الأطراف تحديد قانون موحد يحكم إجراءات التحكيم وموضوع النزاع في ان واحد، بل قد يختلف القانون الذي يحكم موضوع النزاع الذي يحكم مسائل الإجراءات.<sup>2</sup>

وللقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أهمية بالغة بحيث نجد أن مختلف تشريعات التحكيم والاتفاقيات الدولية ولوائح مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة أولت اهتماما كبيرا بهذا الجانب.<sup>3</sup>

و لذا سنتناول في هذا المطلب دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في (الفرع الأول) وموقف مختلف التشريعات من القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في (الفرع الثاني) وموقف المشرع الجزائري في (الفرع الثالث)

<sup>1</sup> زهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 247

<sup>2</sup> نورة حليلة، التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماجستير، تخصص إدارة أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة

خميس مليانة، 2013/2014، ص 51

<sup>3</sup> زهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 313

## الفرع الأول: دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

استقر ومن هنا نجد أن الإرادة تكون في نطاق واسع في اختيار القانون وهنا نجد أن المحكم يكون مقيد بتطابق إرادة الأطراف ويتولى هذا الاختيار بعنصرين:

### أولاً: اختيار القانون الوطني

في حالة مخالفة المحكم بعدم اعماله لقانون الإرادة فإن التشريعات المختلفة حماية منها للأطراف أجازت لهم رفع دعوى بالبطلان ضد الحكم التحكيمي ومثال ذلك التشريع المصري رقم 27 لسنة 1994 في المادة 1/53 د.<sup>1</sup>

ونجد أنه قد تتجه إرادة الأطراف إلى اختيار قانون دولة معينة ليكون الفصل في النزاع ويسمح النص باختيار قانون سواء كان قانون وطني أو أجنبي ولو لم يكن بين القانون الذي اختاروه محل النزاع أي صلة، بحيث يكون أجنبياً عن مكان التحكيم أو عن جنسية أطرافه أو جنسية المحكمين، وهو اطلاق يتسق وحالات التحكيم الدولي، وصعب تصور تطبيق قانون أجنبي على علاقة قانونية يدور النزاع فيها في اطار علاقة محلية بحتة ولكن النص يسمح بذلك.<sup>2</sup>

وتعيين القانون الواجب التطبيق من قبل الاطراف قد يكون صريحا وذلك بذكره في اتفاق التحكيم سواء في شرط أو مشاركة التحكيم وغالبا يكون مدونا في العقود النموذجية الدولية التي تبين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع مثل ما جاء في العقود النموذجية الخاصة بتوريد المواد الانشائية بين الدول الغربية في نفس المادة 13 منها.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع اشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري، دار الشروق، الطبعة الأولى، القاهرة، 2002، ص ص 264-265

<sup>2</sup> لزه بن سعيد، مرجع سابق، ص 314

<sup>3</sup> فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 180

ونجد أيضا أنه لا يمكن لأحد أطراف العقد أن يستقل بهذا الاختيار دون موافقة الطرف الآخر إلا في حالات استثنائية، والمحكمون ملزمون باحترام اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق أيا ما كان التكييف الذي يعطى لقاعدة الإرادة.<sup>1</sup>

الملاحظ هنا أن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق أمام المحكم أوسع من الحرية الممنوحة لهما أمام القضاء، بحيث نجد أن الحرية الكاملة في اختيار القانون الذي يطبقه المحكم على النزاعات الخاصة بالعقود التجارية الدولية دون أية رابطة بين هذا القانون و بين العقد محل النزاع.

عكس القاضي الذي يقتصر فيه دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق وفقا لاختياره لعنصر من العناصر الأساسية في تحديد النظام القانوني الذي يحكمه.<sup>2</sup>

وهذا ما نصت عليه اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع لسنة 1955 والتي أصبحت نافذة المفعول منذ 3 مارس 1964 في المادة 2 منها على أن: "القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني الذي عينه أطراف العقد"<sup>3</sup> ونفس الأمر بالنسبة لاتفاقية روما وذلك وفقا للفقرة الأولى من المادة الثالثة منها والتي تنص على

**"Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprimé ou résulté de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat "**

<sup>1</sup> أسامة احمد الحواري، مرجع سابق، ص 104

<sup>2</sup> محمود المواجدة، مرجع سابق، 183-184

<sup>3</sup> بعزيزي سعاد وبكوش سامية، مظاهر سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماستر في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، كنية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة ن بجاية، 2014-2015 ص 81

أي أن للطرفين حرية اختيار أي قانون وطني، ويمكن أن يخضع جزء من العقد لقانون معين وجزء آخر لقانون دولة أخرى.<sup>1</sup>

### ثانياً: اختيار قواعد التجارة الدولية

قد تكون قواعد التجارة الدولية هي الاختيار الذي أفصحت عنه إرادة الأطراف ويصبح بعدها القانون يلزم المحكم ليحكم به موضوع النزاع، وعليه يجب مغرفة هته القواعد التجارية الدولية، التي يكون تطبيقها في مجال التحكيم التجاري الدولي هو أنسب مجال لها.<sup>2</sup>

ويعرف الدكتور بشار الأسعد قواعد التجارة الدولية بأنها: "مجموعة القواعد عبر الدولية المستقلة عن الأنظمة القانونية الداخلية وعن نظام القانون الدولي العام والتي تجد مصدرها في الأعراف التجارية الدولية"<sup>3</sup>

ويتضح من نص هته المادة أن ما تقره محاكم التحكيم الدولية وتلك الأعراف التجارية والعادات المتداولة دولياً هي المشكلة للقواعد التجارية الدولية أي قواعد قانون غير وطني. وتفرض الكثير من التشريعات الوطنية في مجال التحكيم بوجوب تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية جنباً إلى جنب مع القانون الوطني المختار من قبل الأطراف. وتلعب هته القواعد دوراً مهماً في تكملة قواعد القانون الوطني عند وجود نقص في هته القواعد أو التخفيف من العبء على القانون الوطني أو عدم ملاءمته.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> أية حبيب نبيلة وبوعلاق سلوى، القانون الواجب التطبيق في الخصومة التحكيمية، مذكرة ماستر في الحقوق

تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016، ص 51

<sup>2</sup> عبد الوهاب عجيري، مرجع سابق، ص 85

<sup>3</sup> بشار الأسعد، عقود الدولية في القانون الدولي، منشورات زين الحقوقية، ط الأولى، لبنان ص 181

<sup>4</sup> خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص 267-268

## الفرع الثاني: موقف مختلف التشريعات من القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

### أولاً: الاتفاقيات الدولية

إن هذا المبدأ أخذت به العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم والتي نذكر منها الاتفاقية الأوروبية لسنة 1961 والتي تنص على مبدأ سلطان الإرادة في نص المادة 07 منها: "للأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع..."<sup>1</sup> كما نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في مادته 32.<sup>2</sup> و نجده هو الآخر يأخذ بمبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

نجد كذلك أن قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية قد أخذت بهذا المبدأ بحيث نصت في المادة 28 من القانون النموذجي الذي وصفته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985 على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقاً للقاعدة القانونية المختارة من قبل الأطراف بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع"<sup>3</sup> بالإضافة إلى اتفاقية واشنطن لسنة 1965 حول تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى والتي نصت كذلك على سلطان الإرادة في نص المادة 42 منها على: "أن هيئة التحكيم تنظر في النزاع طبقاً لقواعد القانون الذي حدده الطرفان"<sup>4</sup>

<sup>1</sup> خولة عرعار، مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي المؤسسي، مذكرة ماستر، جامعة 08 ماي 1945،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون خاص (استثمار)، 2015/2016، ص 53

<sup>2</sup> المادة 32 من القانون النموذجي للأونسترال لسنة 1985

<sup>3</sup> نور حليلة، مرجع سابق، ص 91

<sup>4</sup> فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 193

وصولاً إلى نظام الوساطة والتحكيم لدى غرفة التجارة الدولية لعام 2012 والذي ينص هو الآخر على مبدأ الإرادة في نص المادة 21 منه<sup>1</sup> نفس الموقف اتخذته قواعد التحكيم للغرفة التجارية الدولية التي صدرت عام 1975 والتي عدلت سنة 1988 في نص المادة 3/13.أ.ق: "للطرفين كل الحرية في حديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع...".

نجد من بين أهم هذه التشريعات المشرع المصري الذي أعطى الأولوية للأطراف لتحديد القانون الذي يطبق على موضوع النزاع وذلك في المادة 39 الفقرة الأولى من التحكيم المصري لسنة 1994.<sup>2</sup> وعليه يفرض على المحكم أن يطبق القواعد القانونية التي توافقت عليها إرادة الأطراف على موضوع النزاع.

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

ونصت اتفاقية عمان العربية لعام 1987 على هذا المبدأ في المادة 21 الفقرة (أ) حيث جاء فيها: "تفصل الهيئة وفقاً للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمناً...".<sup>4</sup>

<sup>1</sup> تنص المادة 21 من نظام الوساطة والتحكيم لدى غرفة التجارة الدولية على: "الأطراف أحرار في اختيار القواعد القانونية التي يتوجب على المحكمة التحكيمية تطبيقها على موضوع النزاع".  
<sup>2</sup> "... تنص المادة 1/99 من قانون التحكيم المصري على "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان"

<sup>3</sup> مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 193

<sup>4</sup> مراد محمود المواجدة، المرجع نفسه، ص 196

وهذا النص اعتد صراحة بإرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

وقد تبني التشريع الفرنسي مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

فكان من بين التشريعات التي سلمت بهذا المبدأ وذلك في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم لسنة 1981 وفقا للمادة 1496<sup>1</sup> والمعدلة بالمادة 1511 من المرسوم 2011/48 السالف الذكر و التي تنص على:

**Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies a défont conformément a elles qu'il estime appropriées.**

**Il tient compte dans tous les cas des usages du commerce.**

يفهم من نص هته المادة أن المشرع المصري قد فرض سابقا على الأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع و ما على المحكم إلا تطبيقه.

### الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري

باستقراء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قد حذا حذو المشرع الفرنسي وأكد على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وذلك من خلال المادة 1050<sup>2</sup> من ق.إ.م.إ.ج والتي تنص على: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف..." يتضح من هته المادة أن القانون الجزائري قد أعطى الحرية التامة للأطراف وفق اتفاقهم سواء في شرط أو مشاركة التحكيم.

نجد أن هذه المادة تقابلها المادة 458 مكرر 14 حيث علق الأستاذ بن عبد الرحمان ويرى أن المشرع الجزائري قد اعتبر الأعراف لها نفس الدرجة مع غيرها من القواعد

---

<sup>1</sup> المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،مرجع سابق

القانونية ولم يجعلها إلا قواعد مكملة<sup>1</sup> كما أن الأطراف هم الذين اختاروا التحكيم بديلاً عن قضاء الدولة واختاروا المحكمين للفصل في نزاعهم ولهم أيضاً اختيار إجراءات الخصومة فيكون لهم أيضاً اختيار القواعد الموضوعية لأطراف التحكيم والاتفاق على القواعد القانونية غير قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> عبد الحفيظ عبد، مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة

ماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2007، ص 68

<sup>2</sup> لزه بن سعيد، مرجع سابق، ص 313-314

## خلاصة الفصل الأول:

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة عنصرا جوهريا متعارف عليه فقها في المعاملات الناشئة بين الأفراد من حيث التعاقد و الالتزام ،ويكون ذلك إما بأداء شيء معين أو الامتناع أو المنح و هذا ما تم النص عليه في المادة 106 من القانون المدني كما يعد هذا المبدأ بمثابة الركيزة الأساسية التي يقوم عليها التحكيم التجاري الدولي فمن خلاله يتم الاتفاق على اللجوء للتحكيم و اتخاذه كوسيلة لفض النزاعات الناشئة بين الأطراف و يصدر القانون 09/08 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية قام المشرع الجزائري بإعطاء أطراف العلاقة التجارية الدولية حقا واسعا في استعمال إرادتهما في كل المجالات القانونية.

كما يتجسد هذا المبدأ من خلال الحرية الممنوحة للأطراف في اتفاق التحكيم ففي حالة حدوث نزاع بين الأطراف يمكنهم الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم و اعتباره مسارا لحل الخلافات كذلك يمكنهم القيام باختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم وهذا ما تم ذكره في نص المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وتجدر الإشارة أيضا إلى سيادة قانون الإرادة على تشكيل محكمة التحكيم بحيث يحق للأطراف أن يتفقوا على تعيين تشكيلة المحكمة إما بصفة مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم وهذا ما تطرقت له المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وصولا إلى سير الخصومة التحكيمية بحيث يظهر دور الإرادة جليا في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وعلى موضوع النزاع من خلال اختيار قانون دولة معينة أو اختيار قواعد التجارة الدولية.

الفصل الثاني:

القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة

من المعروف أن مبدأ سلطان الإرادة هو المبدأ المعمول به في التحكيم التجاري الدولي، فعلى الرغم من أن هذا المبدأ يعتمد على حرية إرادة الأطراف إلا أنه قد ترد عليه بعض القيود التي يلتزم الأطراف و المحكمون في حقل التجارة الدولية باحترامها، و ذلك لضمان تنفيذ القرارات التحكيمية و ضمان فعاليتها في المجال الدولي.

ويظهر جليا من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 أن المشرع الجزائري يتماشى مع الأنظمة القانونية المتطورة في البلدان المتقدمة لاسيما في تكريسه لمبدأ سلطان الإرادة سواء على اتفاق التحكيم من جهة أو على الإجراءات المتبعة من جهة أخرى، لكن ورغم ما يحتويه التشريع الوطني من نصوص تعمل على تكريس وتطبيق مبدأ سلطان الإرادة في مختلف مواطن التحكيم، إلا أن المتعاملين يصطدمون بوجود قيود قانونية وعملية في الوقت الذي كانت فيه السهولة و الأمن القانوني سببا في اللجوء إلى التحكيم التجاري.

ومن هذا المنطلق يبدو أن هناك صورتان بارزتان لتقييد مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي أولهما يتعلق بتقييد النظام العام لمبدأ سلطان الإرادة(المبحث الأول) وثانيتهما حول تدخل القاضي الوطني في تقييد الإرادة(المبحث الثاني).

## المبحث الأول: تقييد النظام العام لمبدأ سلطان الإرادة

إذا كانت قواعد القانون الدولي الخاص تهدف إلى تنظيم المجتمع والأفراد وإلى تحقيق التعايش بين النظم القانونية المختلفة، وهي في سبيل تحقيق ذلك تقضي بوجود تنازل القانون الوطني عن حكم بعض العلاقات ذات الطابع الدولي، وإخضاع المنازعات المتعلقة بالعقد التجاري الدولي إلى التحكيم التجاري الدولي و بالتالي إلى القانون الذي يتفق عليه الأطراف غير أن ذلك لا يعتبر توقيعا على بياض، لأن تحقيق هذه الأهداف لا يجب أن يكون على حساب المبادئ الأساسية للمجتمع.<sup>1</sup>

وعلى الرغم من أن حرية إعمال قانون الإرادة تعد من أهم الضمانات الممنوحة للأطراف في التحكيم التجاري، غير أن هذه الحرية غالبا تجد أمامها عنصر النظام العام هذا الأخير يقوم بتهميش حرية الأطراف ويحد منها، إذ ترافق قواعده إجراءات العملية التحكيمية منذ الاتفاق على التحكيم وإلى حين إعمال الحكم التحكيمي وتنفيذه لذلك سنعمل من خلال هذا المبحث إلى إبراز مفهوم النظام العام (المطلب الأول) والتطرق لمظاهر تقييد النظام العام لإرادة الأطراف في (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: مفهوم النظام العام

يعتبر النظام العام أداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير قاعدة الإسناد باختصاصه لاسيما قانون الإرادة، نظرا لكونه يملك دورا رقابيا على القانون الواجب التطبيق، وبالتالي يتم استبعاد القانون الذي يختاره الأطراف ليحكم العقد التجاري الدولي.<sup>2</sup> وعلى اعتبار أن النظام العام في القانون الدولي الخاص يهدف إلى حماية المبادئ و الأسس العامة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي يقوم عليها كيان المجتمع وهو ذات الهدف الذي تسعى لتحقيقه فكرة النظام العام في القانون الداخلي ولكن بطريقة مختلفة

<sup>1</sup> محمد جارد، مرجع سابق، ص 85

<sup>2</sup> محمد جارد، المرجع نفسه، ص 86

فالنظام العام في القانون الداخلي يهتم أكثر بالقاعدة الوطنية ولذلك سنتطرق لتعريف النظام العام (الفرع الأول) ثم سنقوم بإبراز الفرق بين النظام العام الداخلي و الدولي (الفرع الثاني)

### الفرع الأول: تعريف النظام العام

دخلت فكرة النظام العام الدولي إلى القانون الجزائري بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أبريل 1993، المعدل و المتمم للأمر رقم 66-54 المؤرخ في 8 جوان 1966 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية والذي أدخل لأول مرة فصلا كاملا لتنظيم التحكيم التجاري الدولي وبذلك يكون القانون الجزائري من بين القوانين التي حذت حذو القانون الفرنسي في الأخذ بهذه الفكرة.

ونظرا لمرونة مصطلح النظام العام فإنه يصعب القيام بضبط تعريف جامع و مانع له لكونه فكرة وطنية مرنة تختلف باختلاف الدول وتتغير بتعاقب الزمن ولذلك نجد بأن هناك العديد من التعريفات التي تم إطلاقها على النظام العام من بينها: "عبارة عن مجموع المصالح الأساسية للجماعة، أي مجموع الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها، بحيث لا يتصور هذا الكيان سليما دون استقراره عليها"<sup>1</sup>

كما تعد فكرة النظام العام أنها: "الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة، بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية ومعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون، أو احترام أفكار دينية أساسية معينة أو عقائد مذهبية اقتصادية كالاشرابية والرأسمالية"

<sup>1</sup> بكيري رزقي وبودينار نبيل، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي الخاص، مذكرة ماستر، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014/2015، ص 33

وقد تجنب الفقه التطرق لمفهوم النظام العام وذلك راجع لتعرضهم للعديد من الانتقادات لذلك فضلوا ترك الأمر لتقدير القاضي مع تقييد سلطته بمعيار موضوعي يلتزم به في أعمال الدفع بالنظام العام، ويخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا.

أما المشرع الجزائري فقد جعل من النظام العام قيدا على تطبيق القانون الأجنبي المختص كقيد عام حيث أن اللجوء إلى النظام العام في القانون الجزائري يتم في صورة دفع و ليس في شكل قاعدة اسناد حيث نصت المادة 1/24 من القانون المدني الجزائري على أنه: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام و الآداب العامة في الجزائر..."<sup>1</sup> وقد قام المشرع هنا بإدخال عبارة "الآداب العامة" إلى جانب "مخالفة أحكام القانون الأجنبي للنظام العام" بحيث أن الآداب العامة تعد بمثابة تعبير يدخل في مفهوم النظام العام بمعناه الاجتماعي والأخلاقي في دولة القاضي.

و النظام العام يتميز بقيامه على قاعدتين أساسيتين قاعدة المعيارية وقاعدة النسبية فالأولى تكمن في أن قوام النظام العام المصلحة العامة حيث هي متعلقة بنظام المجتمع الأعلى الذي هو بيئتها فالقانون يفترض فيه التعبير الصادق عن ظروف المجتمع أي أنه يأخذ الواقع كما درج عليه الناس.

أما الثانية فتكمن في كون النظام العام يرد كقيد على سلطان الإرادة وبالتالي فإن مساحته ومدى تغلغه بالقواعد القانونية أمر يتناسب تلقائيا مع النظام السائد في الدولة ولذلك فقد حرصت اليوم معظم التشريعات الحديثة المنظمة للتحكيم.ت.د على الأخذ "بالنظام العام الدولي" وعدم التقييد "بالنظام العام الوطني" من أجل مراقبة مدى ملائمة حكم التحكيم على المستوى العالمي كقضاء أصيل لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> المادة 24 الفقرة 1 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق

<sup>2</sup> بن تركية ليندة أدبية، مطابقة أحكام التحكيم التجاري الدولي للنظام العام الدولي في القانون الجزائري و الفرنسي -

دراسة مقارنة-مجلة القانون العام الجزائري المقارن، العدد 02، ديسمبر 2022، ص 723

وهذا ما كرسه المشرع الجزائري في المادة 1051 ق.إ.م.إ و المشرع الفرنسي من خلال المادة 1514 من قانون الإجراءات المدنية.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: الفرق بين النظام العام الداخلي و الدولي

لقد أشار المشرع الجزائري من خلال القانون 09/08 إلى وجود نوعين من النظام بحيث هناك قواعد النظام العام الداخلي المنتسبة لكل دولة من جهة و هناك النظام العام الدولي من جهة أخرى ،وهو ما أكد عليه من خلال المادة 1/1051 من ق.إ.م.إ والتي تنص على أنه:"يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها و كان هذا النظام غير مخالف للنظام العام الدولي"<sup>2</sup>

وعلى الرغم من صعوبة التفرقة بين النظامين السابق ذكرهما إلا أنه يتوجب في التحكيم القيام بذكر أهم نقاط الاختلاف الموجودة بينهما ولقد ميز الفقه والقضاء و التحكيم بين النظام العام الدولي وبين النظام العام الداخلي ،فالنظام العام الداخلي هو ما يكون أثره مقتصرًا على داخل الدولة الواحدة و في العلاقات القائمة بين السلطة الإقليمية والمواطنين الخاضعين لها أي الحاملين لجنسيتها.

أما النظام العام الدولي فيظهر في العلاقات الدولية أي بين الأجنبي ودولة أي لا يخضع لها وبالتالي فإنه يشمل الحالات القانونية ذات العنصر الأجنبي.

إن فكرة النظام العام في القانون الداخلي تتلخص في القواعد التي لا يجوز للأفراد الإتفاق على ما يخالفها ،فهذه الفكرة تستخدم في مجال القانون الداخلي لضمان عدم الخروج الإرادي على أحكام القواعد القانونية الآمرة ،أما في مجال القانون الدولي الخاص فإن الدور الذي يضطلع به النظام العام يتلخص في منع تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية ،إذا كان تطبيقه يتعارض مع المبادئ السياسية و

<sup>1</sup> Art.1514 du CPC: "les sentences arbitrales sont reconnues ou exécutées en France si leur existence est établie par celui qui sen prévaut et si cette reconnaissance ou cette exécution n'est pas manifestement contraire a l'ordre public international "

<sup>2</sup>المادة 1051 من القانون 09/08 ،مرجع سابق

الاجتماعية والخلقية التي يقوم عليها المجتمع الوطني.<sup>1</sup> ففي علاقته بالنظام الوطني يقوم بدور حمائي وفي علاقته بقواعد الإسناد يقوم بدور الحاجز الذي يمنع تطبيق القانون الأجنبي.

وتجدر الإشارة إلى أن النظام العام الداخلي يشكل قيوداً على حرية الأطراف وقيوداً على إرادتهم وبالتالي يستبعد ما متى كانت مخالفة له في حين أن النظام العام في إطار العلاقات الخاصة الدولية دوراً مغايراً حيث يعتبر أداة لاستبعاد القانون الوطني في بعض الأحيان ويترتب على مجمل ما تقدم نتيجة هامة هي أن نطاق النظام العام في إطار العلاقات الخاصة الدولية يضيق عنه في إطار العلاقات القانونية الداخلية.<sup>2</sup>

### المطلب الثاني: مظاهر تقييد النظام العام لإرادة الأطراف

يعتبر التحكيم قضاءً خاصاً ذو استقلالية واسعة، ولكن هذه الاستقلالية ليست مطلقة بل ترد عليها بعض القيود ومن أبرزها فكرة النظام العام الذي يعد من الأفكار الأساسية في علم القانون بصفة عامة، إلا أن طبيعة قواعده الآمرة تؤدي إلى تقييد إرادة الأطراف والحد من فعاليتها سواء عند إبرام اتفاق التحكيم (الفرع الأول) أو عند تحديد القانون الواجب التطبيق (الفرع الثاني)

#### الفرع الأول: عند إبرام اتفاق التحكيم

إن مناط تعلق القواعد القانونية بالنظام العام هو مدى ارتباط المصلحة التي تحميها هذه القواعد بالأصول والقيم العليا التي تشكل كيان الدولة المعنوي وترسم صورة الحياة الإنسانية المثلى فيها وحركاتها نحو تحقيق أهدافها، سواء كانت أهداف سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية وغالباً ما تقنن بصورة أمرة لا يجوز مخالفتها وتطبيق ذلك على

<sup>1</sup> بكيري رزقي وبودينار نبيل، مرجع سابق، ص 36

<sup>2</sup> إباد محمود بدران، التحكيم والنظام العام - دراسة مقارنة -، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2004، ص ص

اتفاق التحكيم نجد أنه عمل إرادي أساسه إجازة المشرع للأفراد بسلوك طريق التحكيم بديلا عن قضاء الدولة لحسم منازعاتهم وذلك في بعض المسائل التي يجوز فيها الصلح ولا تتعارض مع النظام العام سواء من الناحية السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية أي أنه اتفاق يتعلق بالصالح الخاص للأفراد ولا يتعلق بالصالح العام للمجتمع.<sup>1</sup>

وعلى الرغم من ذلك فإنه لا يجوز اللجوء إلى إجراء التحكيم في بعض المسائل وهذا لحماية المصلحة التي تشكل جوهر النظام العام، بحيث يستلزم أن يكون موضوع النزاع مشروعاً وقابلًا للتحكيم ولا يمكن الاتفاق على خرقها حتى ولو حققت هذه الأخيرة مصالح فردية، بحيث أن ما لا يجوز فيه التحكيم ينحصر فقط في المسائل المتعلقة بالنظام العام فيجب عرض هذه النزاعات على القضاء كونه يتمتع بالولاية العامة و يختص بالنظر في كل النزاعات إلا ما استثنى بنص قانوني.<sup>2</sup>

لا بد من الإشارة إلى أن النظام العام يتدخل أيضا قبل إبرام اتفاق التحكيم من جهة تحديد أطراف التحكيم ويتضح ذلك في ارتباط أهلية المحكّمين بالنظام العام حيث ينص الفصل 308 من قانون المسطرة المدنية على أنه: "يجوز لجميع الأشخاص من ذوي الأهلية الكاملة سواء كانوا طبيعيين أو معنويين أن يبرموا اتفاق التحكيم في الحقوق التي يمتلكون حرية التصرف فيها... أي يتعين أن يكون التحكيم باطلا نظرا لاعتبار الأهلية من النظام العام.

### الفرع الثاني: عند تحديد القانون الواجب التطبيق

بالرجوع إلى نص المادة 1006 الفقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية والتي تنص على: "لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم" نجد بأن المشرع الجزائري أتى بمصطلح النظام العام مع النص

<sup>1</sup> أحمد على حسن عثمان، مرجع سابق، ص 62

<sup>2</sup> بغداددي عماد، ارتباط التحكيم بالنظام العام الدولي، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 33، جوان 2019، ص 54

صراحة على عدم جواز التحكيم فيما يخالفه، فمن ذلك نستنتج بأن المشرع الجزائري وضع قيودا على إرادة الأطراف بأن لا يجوز لهم الاتفاق على إجراء التحكيم فيما يخالف النظام العام.<sup>1</sup>

وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري منح الحرية التامة لإرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع إلا أنه ظهرت العديد من القيود التي ترد على حرية تعيين الأطراف لهذا القانون بحيث يتعين على الخصوم احترامها وعدم مخالفتها نذكر من بينها النظام العام الذي أضحى يشكل قيودا على حرية الأطراف.

على اعتبار أن المحكم التجاري الدولي ملزم ببذل كل الجهود اللازمة لتزويد أطراف النزاع بحكم قابل للتنفيذ كما أنه يستمد سلطته من إرادة الأطراف بموجب اتفاق التحكيم فمن حيث المبدأ أو نظرا لكون المحكم ليس له قانون اختصاص فإنه غير ملزم باحترام المفاهيم الدولية غير أنه يتوجب عليه أن يتأكد من القانون الذي تم تحديده من قبل الأطراف بحيث لا بد ان لا يشكل مخالفة للنظام في الدولة المرتبطة بالنزاع ارتباطا وثيقا حيث لا يجوز للأطراف أن يختاروا نصوص أو أجزاء معينة من القانون الذي يرغبون في تطبيقه، ويستثنون أجزاء أخرى لأن المحكم يطبق القانون المختار بما في ذلك كافة القواعد الآمرة التي يتضمنها ذلك القانون.<sup>2</sup>

وقد حرصت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي على ضرورة احترام قواعد النظام العام بحيث نصت اتفاقية جامعة الدول العربية 1952 في المادة 3/هـ على أنه: "لا يجوز تنفيذ حكم محكمين في أي دولة من هذه الدول، إذا كان في حكم المحكمين ما يخالف النظام العام و الآداب العامة في الدولة المطلوب إليها التنفيذ وهي

<sup>1</sup> مهدي ديانة وبلحيمرعمار، مظاهر تقيد إرادة الأطراف في التحكيم في التشريع الجزائري، دفاتر السياسة والقانون العدد 17، جوان 2017، ص 68

<sup>2</sup> حكيمة أمهاني، القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قانون أعمال، جامعة المسيلة، 2014/2013، ص ص 97-98

صاحبة السلطة في تقدير كونه كذلك... أو إذا كان الحكم مناقضا لمبدأ معتبر كقاعدة  
عمومية دولية"

تجدر الإشارة إلى أنه إذا كان هناك تعارض بين قاعدة أعراف التجارة الدولية وقاعدة  
من القواعد المتعلقة بقانون الدولة الواجب التطبيق على النزاع، فهنا لا بد للمحكم تطبيق  
أعراف التجارة الدولية إذا سلمنا لها بطابع النظام العام الدولي الحقيقي باعتبارها تسمو  
على القواعد الوطنية وكذلك باعتبار المحكم الدولي ليس له قانون اختصاص، وغير ملزم  
باحترام النظام العام الوطني لدولة ما.<sup>1</sup> كما تتقيد هيئة التحكيم أثناء تسييرها للإجراءات  
ببعض المبادئ الأساسية التي تتضمن محاكمة عادلة لكل أطراف النزاع ومن أهم هذه  
المبادئ نجد مراعاة القواعد الإجرائية المتعلقة بالنظام العام وكذلك احترام حق الدفاع و  
مبدأ المواجهة بين الخصوم.

### المبحث الثاني: تدخل القاضي الوطني في تقييد الإرادة:

على الرغم من كون التحكيم اتفاق بين الأطراف و ذلك لاستبعاد عرضهم النزاع على  
القضاء الوطني، وبالتالي نقل الاختصاص من القضاء الوطني إلى القضاء التحكيمي إلا  
أنه قد تحدثت بعض الأمور في سير الإجراءات التحكيم تتطلب تدخل القضاء الوطني  
والتي تكون في حالات عديدة كعدم اتفاق الأطراف على مسألة إجرائية معينة أو عدم  
قدرتهم على إيجاد حل للنزاع وتكون المحاكم وحدها هي التي تستطيع إيجاد حلول  
مرضية<sup>2</sup>

<sup>1</sup> سامية كسال، إعمال النظام العام في الرقابة القضائية على أحكام التحكيم التجاري الدولي، مجلة العلوم القانونية و

السياسية، العدد 02، سبتمبر 2019، ص 1138

<sup>2</sup> H.Van Haute, Le juge et L arbitre, le rôle du juge pendant la procecedure arbitrale, Rev-  
arb-1993, n01, page 29.

وهذا ما سنتطرق اليه في مبحثنا هذا بحيث سنتناول في (المطلب الأول) تدخل القاضي الوطني من خلال سير إجراءات التحكيم و في (المطلب الثاني) تدخل القاضي الوطني في تنفيذ الحكم التحكيمي.

### المطلب الأول: تدخل القاضي الوطني من خلال سير إجراءات التحكيم

الأصل أن القضاء لا يتدخل في مجريات إجراءات التحكيم بعد انطلاقها، بحيث أن المحكم هو من يتولى مهمة إدارة سير العملية التحكيمية، لكن و يحدث أن يتدخل القضاء وذلك لأنه المرجع الأول الوحيد للتدخل في إجراءات التحكيم وذلك بناء<sup>1</sup> على طلب أحد الخصوم و من محكمة التحكيم من تلقاء نفسها.

ويرى بعض الفقه أن لجوء أحد الاطراف إلى القضاء لا يؤثر على سير إجراءات التحكيم ولا يعتبر مناقضا لاتفاق التحكيم، بحيث لا يعتبر الطلب إلى السلطة القضائية اتخاذ الاجراءات المناسبة تنازلا عن التمسك بالتحكيم.<sup>2</sup>

وعليه فإن الدراسة في ها المطلب ستتصب على الحالات التي يتدخل فيها القاضي الوطني خلال سير إجراءات التحكيم، من خلال تعيين المحكمين و ردهم في (الفرع الاول) واتخاذ الاجراءات الوقتية والتحفظية في ( الفرع الثاني).

### الفرع الاول: تعيين المحكمين و ردهم

#### أولا: تعيين المحكمين

يتم اللجوء إلى القضاء لتعيين المحكم في حالة عدم اتفاق الاطراف وفي حالة المحكم فرد او امتناع احد الطرفين على تعيين المحكم في حالة ما اذا كان عدد المحكمين ثلاثة فيعين كل واحد من الاطراف محكما واحدا و الثالث يتم تعيينه من قبل المحكمين معينين

<sup>1</sup> محسن جميل جريح، مرجع سابق، ص 109.

<sup>2</sup> فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 277.

وفي حالة عدم تمكن المحكمين الاثنتين من تعيين محكم ثالث.<sup>1</sup> ومنعا لأي إعاقة قد تحدث لعملية التشكيل أناط المشرع للمحكمة المختصة مسؤولية تدخل للقيام بأي عمل أو إجراء نتيجة تقاعس أحد الأطراف أو المحكمين المختارين أو الغير للقيام بهذا العمل.<sup>2</sup> وقد نصت المادة 256 من قانون المرافعات المدني على اعطاء الحق لأحد الخصوم مراجعة المحكمة المختصة بقوله: "1- إذا وقع النزاع ولم يكن الخصوم قد اتفقوا على المحكمين أو امتنع واحد أو اكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل أو اعتزله أو عزل عنه أو قام مانع من مباشرته ولم يكن هناك اتفاق في هذا الشأن بين الخصوم فلاي منهم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع بعريضة لتعيين المحكم أو المحكمين بعد تبليغ باقي الخصوم وسماع اقوالهم.

2- يكون قرار المحكمة بتعيين المحكم أو المحكمين قطعيًا وغير قابل لأي طعن أما قرارها برفض طلب تعيين المحكمين فيكون قابلاً للتمييز طبقاً للإجراءات المبينة في المادة 216 من هذا القانون"<sup>3</sup>

وعليه يمكننا القول بأن اللجوء إلى القضاء لتعيين المحكمين يجعل دوره احتياطياً يرجع إليه عند تخلف اتفاق الاطراف على اختيار المحكمين أو اختلافهم عند التعيين.<sup>4</sup> ويحق للقضاء الاختيار بناء على طلب أحد الطرفين بشروط وحالات معينة نذكرها على النحو التالي:

### 1- شروط تدخل القاضي في التعيين:

- ألا يكون هناك اتفاق على التحكيم يحدد فيه كيفية تشكيل الهيئة التحكيمية.

<sup>1</sup> محسن جميل جريح، مرجع سابق، ص 109.

<sup>2</sup> محمود مختار احمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية للنشر الطبعة الثالثة، القاهرة، 2004، ص 72.

<sup>3</sup> نقلا عن فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 288.

<sup>4</sup> لزهرة بن سعيد، مرجع سابق، ص 124.

- يجب ألا يتفق طرفا التحكيم على تسمية المحكم او تعيين محكم في التحكيم الخاص.
- يجب ان يقيم احد طرفي التحكيم الى المحكمة المختصة طلبا لتعيين المحكم.<sup>1</sup>

## 2 - الحالات التي تستدعي تدخل القاضي الوطني للتعيين:

ويمكن حصرها في ما يلي:

أ- **غياب التعيين**: تفترض هذه الحالة غياب تشكيل هيئة التحكيم وبالتالي تدخل القاض الوطني تمليه الاعتبارات العلمية.

ب- **صعوبة التعيين**: ولقد واجه المشرع الجزائري هته الصعوبات التي تواجه اطراف النزاع بحيث أقر للقاضي الجزائري دورا هاما في مساعدة التحكيم و ذلك في نص المادة 2/1041<sup>2</sup>

من ق.ا.م.اج والتي تنص على ما يلي: "في غياب التعيين وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يأتي:

1- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

2- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق لقواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر"

يتضح من نص هته المادة ان المشرع الجزائري قد ميز بين حالتين:

- **الحالة الأولى**: إذا كان التحكيم يجري في الجزائر، فإن الاختصاص يؤول لرئيس المحكمة التي يجري التحكيم في دائرة اختصاصها.

<sup>1</sup> زرقون نور الدين، **الدور المساعد للقاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي**، دراسة حالة المساعدة في تعيين المحكمين، دفاتر السياسة و القانون، ورقلة، الجزائر، العدد 12، جانفي 2015، ص ص 47-75.

<sup>2</sup> المادة 2/1041 من قانون 09/08، مرجع سابق.

• الحالة الثانية: إذا كان التحكيم يجري في الخارج فإن القاضي يتدخل في مجال تعيين محكمة التحكيم فقط إذا اتفق الاطراف على تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر وفي هذه الحالة يؤول الاختصاص لرئيس محكمة الجزائر.

نجد كذلك أن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي لسنة 1985 قد اخذ بهذا المبدأ وذلك في نص المادة 11 في الفقرة 3 منها بقولها: "إذا لم يتفق الطرفان على الإجراء الواجب اتباعه في تعيين المحكم أم المحكمين الثلاثة يتبع الإجراء التالي:

أ- في حالة التحكيم بثلاثة محكمين يعين من الطرفين محكما ويقوم المحكمان على هذا النحو بتعيين المحكم الثالث، وإذا لم يقم أحد الطرفين بتعيين المحكم خلال 30 يوما من تسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان على المحكم الثالث خلال 30 يوما من تعيينهما، يجب أن تقوم بتعيينه بناء على طلب أحد الطرفين، المحكمة أو السلطة الأخرى المسماة في م 6 من هذا القانون.

ب- فإذا كان التحكيم بمحكم فرد، ولم يستطع الطرفان الاتفاق على المحكم يجب أن تقوم بتعيينه بناء على طلب أحد الطرفين، المحكمة أو السلطة الأخرى المسماة في المادة 6 من هذا القانون"<sup>1</sup>

ونجد أيضا أن قانون المرافعات المدنية العراقي نص على تعيين المحكمة للمحكم و ذلك في نص المادة 256 الفقرة الأولى منها و الفقرة الثانية منها والتي تنص على: "قرار المحكمة بتعيين المحكم أو المحكمين قطعي وغير قابل لأي طعن أما قرارها برفض طلب تعيين المحكمة فيكون قابلا للتمييز"<sup>2</sup>

<sup>1</sup> نبيل عافري، دور القاضي الوطني في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماستر، تخصص قانون أعمال، جامعة العربي

بن مهدي، أم البواقي، 2015/2016، ص 17

<sup>2</sup> فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 277

وكذلك بالنسبة للتحكيم الأردني و الذي نص على ممارسة القضاء لسلطته في تشكيل محكمة التحكيم وذلك في نص المادة 2/16 منه والتي تنص على: "...فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال 15 يوما التالية لتسليمه طلبا بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال 15 يوما التالية لتاريخ التعيين تتولى المحكمة المختصة تعيينه بناء على طلب أي من الطرفين وتكون رئاسة هيئة التحكيم للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان أو الذي عينته المحكمة..." وكذلك الفقرة 4 منها والتي تنص على "...وإذا خالف أحد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها، أو لم يتفقا على كيفية القيام بتلك الإجراءات، أو لم يتفق المحكمان المعينان على أمر مما يجب الاتفاق عليه، أو إذا تخلف الغير على أداء ما عهد إليه في هذا الشأن تتولى المحكمة المختصة بناء على طلب أي من الطرفين القيام بالإجراءات أو العمل المطلوب"<sup>1</sup>

نفس الاتجاه الذي سار نحوه المشرع المصري في المادة 1/17 منه مع تغيير في المادة فقط حيث نص على مدة 30 يوم عكس المشرع الأردني.<sup>2</sup>

كما نجد أن المشرع الفرنسي عبر صراحة عن التدخل الإسعافي للقاضي الوطني وذلك باستعماله لمصطلح "Juge d'appui" في نص المادة 1/1452<sup>3</sup> والتي تنص على :

"في حالة عدم وجود اتفاق بين الطرفين على شروط تعيين المحكم أو المحكمين .

1- في حالة التحكيم من خلال محكم فردي، إذا لم يتفق الأطراف على تعيين المحكم، يعين الأخير من قبل الشخص المكلف بتنظيم التحكيم أو من القاضي المختص..."

<sup>1</sup> عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع ط1، عمان، 2008، ص

<sup>2</sup> المادة 1/17 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994

<sup>3</sup> Article 1452 du code de procédure civile, décret n°2011-48 du 13 janvier 2011.

نجد أن الغرض من هذه المساعدة المقدمة إلى الطرفين وإلى المحكم على حد سواء، هو ضمان أن تبدأ إجراءات التحكيم دون تأخير، بأن تجري بعد ذلك بأكبر قدر ممكن من الكفاءة صوب تحقيق نتائجها الطبيعية، وهي قرار التحكيم، ويتجلى دور مساعدة القاضي في مرحلة تشكيل هيئة التحكيم، ومن ثم فهو يعود بالفائدة على الأطراف أثناء سير الإجراءات التي ستؤدي إلى صدور قرار التحكيم.

وتكتسي هذه الوظيفة أهمية خاصة في التحكيم المؤسساتي بصفة خاصة<sup>1</sup>

### ثانياً: رد المحكمين:

رد المحكم هو من الأمور التي تظهر فيها دور القضاء في التحكيم التجاري الدولي بحيث تتدخل المحكمة في رد المحكم في حال أية أمور تثير غموضاً أو شكوكاً حول حياده.

وبقصد برد المحكم أن يعبر أحد الأطراف في الخصومة التحكيمية عن إرادته بعدم المثل أمام المحكم لتوفر عدة أسباب وشروط محددة في القانون.<sup>2</sup>

أو بمعنى آخر منع المحكم من النظر في الدعوى التحكيمية أو لأخر من الأسباب التي أثارت الشكوك حول حياده واستقلاله في القضية موضوع النزاع.

ولقد أجاز المشرع للقاضي منع المحكم من النظر والفصل في القضية التحكيمية والتي يمارسها القاضي على التحكيم وهو بذلك أحد الضمانات المهمة للتحكيم.<sup>3</sup>

ويرى الأستاذ أبو الوفا: "القانون رسم للمحكم ما رسمه للقاضي في صدد حماية مظاهر الحيادة الذي يجب ان يتحلى به، وإن كان كقاعدة عامة يتطلب غير ما تتطلبه في المحكم

<sup>1</sup> Hocine Français "L'intervention du juge dans le processus arbitral en droit de Larbitrage.commercial international algérien" Reoue critique de droit et de Sciences politique، université Mouloud MAMRI، Tizi ouzo N2 2010 page 38.

<sup>2</sup> عامر فتحي البطاينة، مرجع سابق، ص ص 97-98

<sup>3</sup> زكرياء بومخيلة ورفيقة قصوري، التحكيم التجاري بين حرية الإرادة والقيود القانونية، مجلد 07، العدد 02، جامعة عباس لغرور، خنشلة، الجزائر، 2022، ص 245

، لأن الأول يحمي مظاهر العدالة في الدولة ،بينما الثاني يحمي أساسا الحيادة في نطاق الخصومة القائمة أمامه"<sup>1</sup>

ونص المشرع الجزائري على الدور المساعد و الاستثنائي للقضاء حيال رد المحكم في نص المادة 1016 من قانون إ.م.إ.ج أين حددت حالات الرد وشروطه والتي نذكر منها ما يلي: "يجوز رد المحكم في الحالات الآتية:

1- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف.

3- عندما يوجد سبب منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف.

3- عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلالته لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الاطراف مباشرة أو عن طريق وسيط"

ونجد في هذا الصدد أيضا أنه إذا تعذر إجراء الرد من طرف الأطراف فإن القاضي يكون مختصا في ذلك وهذا ما نص عليه م.ج في نص المادة 02/1016 من قانون إ.م.إ.ج والتي تنص على: "...في حالة النزاع إذا لم يتضمن نظام التحكيم كفيات تسويته أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراء الرد يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على من يهمله التعجيل..."<sup>2</sup> يتضح من نص هته المادة أن م.ج قد منح سلطة الفصل في الرد للقاضي ،إلا أنه ربطه بطلب الخصوم حتى لا يكون التدخل تلقائيا.

وهكذا يمكن ضمان عدم تدخل القاضي الوطني في اجراءات التحكيم إلا في الأحوال التي ترد في القانون على سبيل الحصر احتراماً لإرادة الأطراف وضمن استقلال التحكيم من القضاء العادي.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> رأي الأستاذ أبو الوفا، مشار إليه في كتاب عامر فتحي البطاينة، مرجع سابق، ص 104

<sup>2</sup> المادة 2/1016 من القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات و المدنية والإدارية الجزائري، مرجع سابق

<sup>3</sup> محمد جارد، مرجع سابق، ص 121

كما نصت المادة 1041 الفقرة الثانية على اعتبار أن رد المحكمين يعتبر إجراء استعجاليا بنصها: "...في غياب التعيين وفي صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم، أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يأتي:

-رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

-رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في خارج واختيار الأطراف تطبيق قواعد الاجراءات المعمول به في الجزائر<sup>1</sup>

يتضح من نص هته المادة أن الطلب المقدم إلى القضاء الجزائري فيما يتعلق برد المحكمين في مجال التحكيم يكون في فرضين:

-الفرض الأول: عندما يجري التحكيم في الجزائر فإذا طلب رد المحكمين يقدم إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم.

-الفرض الثاني: عندما يجري التحكيم خارج الجزائر، ويختار الأطراف تطبيق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري فيقدم الطلب إلى رئيس محكمة الجزائر.

وهذا ما نصت عليه التشريعات المقارنة، بحيث نجد أن المشرع الفرنسي قد نص على تدخل المحكمة أثناء اجراءات التحكيم في حالة طلب أحد أطراف النزاع رد أحد المحكمين أو عزله وهذا في نص المادة 1463 من القانون الفرنسي<sup>2</sup>، والتي تعطي الاختصاص للفصل في النزاع حول رد المحكم لرئيس محكمة باريس، حيث يرفع إليه هذا الطلب سواء من أحد الأطراف أو من هيئة التحكيم.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> المادة 2/1041 من القانون 09/08 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، مرجع سابق

<sup>2</sup> محمد جارد، مرجع سابق، ص 119

<sup>3</sup> فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 291

وكذلك القانون الدولي الخاص السويسري و الذي نص على تدخل القاضي المختص مكان هيئة التحكيم وأن له القرار النهائي في هذا الموضوع وذلك في حالة عدم اتفاق الأطراف على اجراءات الرد و المنصوص عليه في نص المادة 3/180 منه.

أما على الصعيد العربي فنجد أن قانون التحكيم الأردني قد نص على تدخل القاضي في رد المحكم بناء على طلب الخصوم وذلك في نص المادة 11 من هذا القانون المذكور و التي تنص على: "إذا أساء أحد المحكمين أو الفيصل(الرئيس) سلوكه أو أهمل قصد العمل بمقتضى اتفاق التحكيم بعد أن طلب إليه ذلك أحد الفريقين كتابة يجوز للمحكمة أن تقيله و تعين خلفا له إذا لم يقم الفريق الذي عينه أو المحكمون الذي عينوه"<sup>1</sup>

وكذلك نصت المادة 261 من قانون المرافعات العراقي على الأمر ذاته.<sup>2</sup> ومن جهة أخرى نجد أن معظم التشريعات الدولية نصت على تدخل القاضي في رد المحكمين بداية بقانون الأونسيترال النموذجي للجنة الأمم المتحدة لسنة 1985 بموجب المادة 13<sup>3</sup> الفقرة الثانية و الثالثة منها والتي تنص على: "إذا لم يوجد مثل هذت الإتفاق وجب على الطرف الذي يعترزم رد المحكم أن يرسل خلال خمسة عشر يوما من تاريخ علمه بتكوين هيئة التحكيم، أو من تاريخ علمه بأي ظرف من الظروف المشار إليها في المادة 12 / 2 بيانا مكتوبا بالأسباب التي تستند إليها طلب رد هيئة التحكيم، فإذا لم يتتح المحكم المطلوب رده. أو لم يوافق الطرف الآخر على طلب الرد، فعلى هيئة التحكيم أن تبت في طلب الرد"

2- إذا لم يقبل طلب الرد وفقا للإجراءات المتفق عليها بين الطرفين أو وفقا للإجراءات الواردة في الفقرة 2 جاز للطرف الذي قدم طلب الرد أن يطلب من المحكمة

<sup>1</sup> فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 290

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 289

<sup>3</sup> المادة 13 الفقرة الثانية والثالثة من القانون النموذجي لسنة 1985

أو السلطة الأخرى المسماة في المادة 2 خلال ثلاثين يوما من تسلمه اشعارا بقرار رفض طلب الرد أن ثبت في طلب الرد ..."

كما أن قواعد التحكيم الدولية ومنها قواعد غرفة التجارة الدولية قد نصت في الفقرة الثامنة من المادة الثانية على: "طلب الرد المستند على الإدعاء بعدم توافر الحيادة أو لأي سبب آخر يكون تقديم الطلب المذكور بإرساله ألى الأمانة العامة للمحكمة -محكمة التحكيم- ببيان مكتوب يتضمن على الوقائع و الظروف التي يستند عليها الطلب"<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: تدخل القاضي الوطني من خلال اتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية

جعل المشرع تدخل القضاء هنا شديد الأهمية لحفظ الحق من الضياع أو تضييع أدلته وتدخل القضاء هنا يقوم على فكرة الحماية العاجلة والتي تعد عاملا مساعدا لكسبه وحمايته.<sup>2</sup> وبما أن المحكم ليس له سلطة الأمر بالتنفيذ فإن اتخاذه للقرارات الخاصة بالإجراءات التحفظية لا يكون لها أثر فعال من الناحية العملية، فسلطة التنفيذ محصورة بالسلطة العامة والتي على القاضي إصدارها.<sup>3</sup>

ونجد أن الفقه قد اختلف في تعريفه للإجراءات الوقائية والتحفظية حيث تم تعريفها على أنها إجراءات تحقيق تهدف إلى حفظ الأدلة اللازمة بين الخصوم أثناء الخصومة، ويكون القرار بشأنها وقتي، لا يكون الغرض من وراءه الحصول على حكم في موضوع النزاع، وإنما كسب حماية بديلة تحل مؤقتا محل الحماية القضائية والتنفيذية العادية.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 290

<sup>2</sup> خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص 347

<sup>3</sup> فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 282

<sup>4</sup> إبراهيم العسري، ضمانات التحكيم التجاري، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وحدة 2015/2016، ص 100

وكقاعدة عامة نجد أن القرارات الخاصة بالإجراءات التحفظية تصدر من قبل القاضي وهذا حسب الفقيه<sup>1</sup> Mendez: "جانبا من جوانب التعاون بين قضاء الدولة وهيئة التحكيم"<sup>2</sup> ومن حالات تدخل القاضي أثناء إجراءات التحكيم، هي قيام القاضي بإصدار قرارات مستعجلة، لها صفة مؤقتة لحماية حق أو مال من وقوع ضرر قبل فوات الأوان، وقبل البت في أصل الحق، وهذه الإجراءات تنفذ فوراً بما أن المحكم ليس له سلطة الأمر بالتنفيذ، وكقاعدة عامة القرارات الخاصة بالإجراءات التحفظية تصدر من قبل القاضي، وهذا يمثل جانب من جوانب التعاون بين قضاء الدولة وهيئة التحكيم.<sup>3</sup>

وهذا ما نصت عليه المادة 269 من قانون المرافعات المدنية: "يجب على المحكمين الرجوع إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع لإصدار قرارها في الإنابة القضائية التي قد يقتضيها في النزاع أو إذا اقتضى الأمر اتخاذ إجراء مترتب على تخلف الشهود أو الامتناع عن الإجابة"<sup>4</sup>

إن لجوء الأطراف إلى القضاء لا يؤثر على سير الإجراءات الخاصة ولا يعتبر مناقضاً لاتفاق التحكيم ولا يعتبر تنازلاً عن التمسك بالتحكيم.<sup>5</sup>

ولقد عالجت مختلف التشريعات مسألة تدخل القاضي في اتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية بداية بالتشريعات الغربية، بحيث نجد أن المشرع السويسري قد نص على تدخل القاضي وهذا في نص المادة 183 منه والتي تنص على ما يلي: "...إلا إذا كان هناك اتفاق على خلاف ذلك، يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر بالإجراءات المؤقتة التحفظية بناء على طلب أحد الأطراف.

<sup>1</sup> خوان إي مونديز، من مواليد 11 ديسمبر 1944، محام أرجنتيني ومقرر الأمم المتحدة الخاص، ناشط في مجال حقوق الإنسان

<sup>2</sup> فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 283

<sup>3</sup> بكيري رزقي ويودينار نبيل، مرجع سابق، ص 52

<sup>4</sup> محسن جميل جريح، مرجع سابق، ص 115

<sup>5</sup> فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 283

فإذا لم يخضع الطرف المعني لتلك الإجراءات من تلقاء نفسه، يمكن لهيئة التحكيم أن تطلب مساعدة القاضي المختص ويقوم هذا الأخير بتطبيق قانونه<sup>1</sup> ويتبين من الفقرة الثانية من هذه المادة أنها تعطي المحكم أو هيئة التحكيم عند عدم خضوع الطرف الذي صدر ضده قرار اتخاذ الإجراءات التحفظية أن تلجأ هيئة التحكيم أو المحكم إلى القاضي وتطلب معاونته في اتخاذ القرار الخاص بالتنفيذ الجبري لتلك الإجراءات.

وفي فرنسا نجد أن اتخاذ هذه الإجراءات من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة دون أن يتعارض ذلك مع اتفاق التحكيم، بحيث يكون الرجوع على هذا القرار من المحكمين أو من الأطراف مباشرة شرط توفر حالة الاستعجال وشرط عدم الاختصاص لهيئة التحكيم، وهذا منصوص عليه في نص المادة 1/809 من ق.إ.م.ف.<sup>2</sup>

كما أن مختلف التشريعات العربية قد نصت هي الأخرى على تدخل القاضي المساعد في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، وهذا واضح لدى المشرع المصري في نص المادة 145 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 المعدل سنة 1997 والتي تنص على "يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة 09 من هذا القانون أن تأمر بناء على طلب أحد طرفي التحكيم باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها"<sup>3</sup>

وقانون المرافعات الليبي نص هو الآخر صراحة على تدخل القاضي وذلك في نص المادة 758 والتي تنص على: "ليس للمحكمين أن يأذنوا بالحجز واتخاذ إجراءات تحفظية، وإذا أذن القاضي المختص بالحجز في قضية منظورة بطريق التحكيم فعليه أن يقرر

<sup>1</sup> مرجع نفسه، ص 285

<sup>2</sup> محمد جارد، مرجع سابق، ص 116

<sup>3</sup> المادة 145 من قانون التحكيم المصري لسنة 1997، مرجع سابق

صحة الحجز دون المساس بموضوع القضية، وعلى هذا القاضي أن يصدر قرارا بإلغاء الحجز حين يقرر المحكمين ذلك"<sup>1</sup>

وكذلك بالنسبة لقانون المرافعات العراقي الذي نص هو الآخر على هذا المبدأ وذلك في نص المادة 141 من هذا القانون.<sup>2</sup>

أما على الصعيد الدولي نجد أن القانون النموذجي قد نص هو الآخر على ذات الأمر وذلك في نص المادة 09 منه والتي تنص على: "يجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الأطراف أن تأمر باتخاذ أي إجراء تحفظي بشأن النزاع سواء قبل إجراءات التحكيم أو أثناء سيرانها، وإن ذلك لا يتعارض مع التحكيم"<sup>3</sup>

وكذلك بالنسبة لغرفة التجارة الدولية والتي نصت على أنه يجوز للأطراف قبل تسليم المحكم لملف الدعوى، أو بصفة استثنائية أثناء خصومة التحكيم، أن يطلبوا إلى أية سلطة قضائية اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية، دون أن يشكل هذا المخالفة لاتفاق التحكيم.<sup>4</sup>

وصولاً للمشرع الجزائري فقد أقر واعترف بمبدأ التعاون بين القضاء الوطني وهيئة التحكيم والسماح لمحكمة التحكيم الطلب من القاضي الوطني التدخل لاتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية، وذلك منصوص عليه في نص المادة 2/1046 من ق.إ.م.إ.ج والتي تنص على: "...إذا لم يتم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إرادياً جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي."<sup>5</sup>

بالإضافة إلى سلطة الأمر بالتدابير المؤقتة والتدابير التحفظية، أعطى المشرع الجزائري أيضاً للقضاء الوطني إمكانية مساعدة هيئة التحكيم وتزويدها بالأدلة التي من

<sup>1</sup> فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 187

<sup>2</sup> فوزي محمد سامي، المرجع نفسه، ص 283

<sup>3</sup> المادة 09 من قانون الأونسترال النموذجي لسنة 1958، مرجع سابق

<sup>4</sup> حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص ص 253-253

<sup>5</sup> المادة 2/1046 من القانون 09/08 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية

شأنها تسهيل مهمة المحكمين ، واستعمال مل وسائل التعاون القضائي للحصول مثلا على الوثائق ، أو طلب سماع الشهود وغيرها.<sup>1</sup>

نستنتج في الأخير أن معظم التشريعات الوطنية و الغربية وكذا الدولية قد اعترفت بدور القضاء الوطني وسلطته في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفيزية اللازمة لحماية حقوق أطراف النزاع وتأكيد التعاون بين القضاء الوطني وهيئة التحكيم

### المطلب الثاني: تدخل القاضي الوطني في تنفيذ الحكم التحكيمي

لا يقتصر تدخل القاضي الوطني على تقديم يد المساعدة أثناء سير الإجراءات التحكيمية التي تكون قبل صدور الحكم التحكيمي فقط، بل يتعدى ذلك إلى ممارسة الرقابة على أحكام التحكيم.

ولقد عرف EGAILLARD<sup>2</sup> حكم التحكيم على أنه:

**"L'acte des arbitres qui tranche de manier. Définitive en tout ou en partie le litige qui leur a été soumis que ce soit sur le fend sur la compétence ou sur un motif de procédure qui les conduit à mettre fin a l instances"<sup>3</sup>**

من خلال هذا التعريف ، نجد أنه اعتبر القرارات الصادرة من مؤسسات التحكيم هي أحكام تحكيمية ، والإجراءات التي يتخذها المحكمون تهدف إلى الفصل في المنازعة بصفة كلية أو جزئية.

<sup>1</sup> محمد جارد، مرجع سابق، ص 117

<sup>2</sup> فقيه فرنسي ومختص في القانون والتحكيم التجاري الدولي، أستاذ في كلية الحقوق جامعة هارفارد ومحام، ولد في

1 جانفي 1952 في شامبييري، وتوفي في 1 أبريل 2021 في باريس

<sup>3</sup> Philippe Fan chard, Emmanuel gaillard, Berthold Goldman, Trarte de larbitrage commercial international, litec France, 1996, page 748

كما عرفه Poudret lalunie Reymond بأنه: "القرارات الصادرة عن محكمة التحكيم حتى تلك المتصلة بموضوع المنازعة، والتي تفصل في طلب محدد لا تعد أحكاماً تحكيمية إلا إذا أنهت بشكل كلي أو جزئي منازعة التحكيم"<sup>1</sup> والحكم التحكيمي هو الثمرة الحقيقية للتحكيم، ولا تكون له قيمة قانونية أو علمية إذا ظل مجرد عبارات مكتوبة غير قابلة للتنفيذ، لذا يظهر دور القضاء من خلال إظهار الرقابة التنفيذية على القرار التحكيمي، وهذا متسنتطرق إليه في (الفرع الأول) الرقابة القضائية على حكم التحكيم و(الفرع الثاني) الأمر بتنفيذ حكم التحكيم.

### الفرع الأول: الرقابة القضائية على حكم التحكيم

جعلت أغلب التشريعات الوطنية من القضاء جهة للرقابة على أعمال المحكمين للتأكد من شرعية هته الأعمال، إذ لا يجوز التنفيذ بمقتضى القرار التحكيمي إلا بعد صدور أمر من القضاء بتنفيذه، وكان لابد من تدخل القضاء لتكملة عمل المحكمين من خلال ممارسة الرقابة على القرار التحكيمي، وذلك للتأكد من صحة مشروعيته، وحتى ينتج آثاره كما لو كان صادراً عن قضاء الدولة.<sup>2</sup>

وتثير مسألة الرقابة القضائية على القرارات التحكيمية نقطتين هامتين هما أساس الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية وصور هته الرقابة واللذان سنتناولهما على النحو التالي:

### أولاً: أساس الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية

اختلف الفقه حول أساس الرقابة القضائية على أعمال المحكمين حيث يرى الدكتور "أحمد أبو الوفا" أن هذه الرقابة ترجع في الأساس إلى كون المحكم لا يستمد سلطته من

<sup>1</sup> صديق سهام، الطرق البديلة لحل النزاعات الإدارية، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر

بلقايد، تلمسان، 2013/2012، ص 229

<sup>2</sup> محمد جارد، مرجع سابق، ص 127

القضاء وإنما يستمدها من اتفاق الخصوم على التحكيم باعتباره وسيلة اتفاقية للتقاضي ومن ثم رقابة المشرع على عمل المحكم قبل تنفيذ حكمه وقبل اصباح الصبغة التنفيذية لابد من الخضوع لرقابة قاضي التنفيذ كإجراء تمهيدي للتأكد من مراعاة المحكم للشكل الذي يتطلبه القانون لتنفيذ اتفاق التحكيم.<sup>1</sup>

كما ذهب الفقيه vizioz إلى القول أن "حكم المحكمين يعد عملاً قضائياً غير كامل، وتأسيساً على ذلك فإنه يتطلب لتنفيذه صدور الأمر بالتنفيذ من قاضي الدولة المختص، وهذا القاضي لا يقتصر دوره على مجرد إتمام شكل معين، وإنما يمارس سلطة رقابية، فقاضي الدولة الأمر بالتنفيذ وهو يمارس رقابته القضائية على عمل المحكم لا يمس بالطابع القضائي للتحكيم لكونه يمارس رقابة لاحقة وخارجية، ذلك أن القاضي المختص قانوناً بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين لا يعد هيئة استئنافية عند إصداره لهذا الأمر، كما أنه لا يقصد من وراء ذلك التحقق من عدالة المحكم لأن صدور الأمر بتنفيذ حكم المحكم لا يعد دليلاً قاطعاً على سلامة حكم التحكيم.<sup>2</sup>

كما ذهب الفقيه الإيطالي "CHIOVENDA" إلى أن حكم التحكيم لا يصبح حكماً قضائياً إلا بعد صدور الأمر بتنفيذه من قاضي الدولة المختص بعد ممارسة سلطة رقابية على حكم المحكم على أساس أنه عمل قضائي يحتاج إلى صدور الأمر بالتنفيذ من قاضي الدولة المختص.<sup>3</sup>

من خلال كل هذا يتضح أن أساس الرقابة القضائية على حكم المحكمين نجد أساسها لدى غالبية الفقه في كون أن القضاء يستند إلى اتفاق الأطراف على التحكيم وليس من السلطة العامة وبالتالي كان لزاماً على القضاء الوطني الرقابة على أعمال المحكمين من خلال الأمر بتنفيذه.

<sup>1</sup> أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختباري والتحكيم الاجباري، منشأة المعارف، ط 5، الإسكندرية، 1996، ص 293

<sup>2</sup> أمال أحمد الفزيري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993، ص 135

<sup>3</sup> أمال أحمد الفزيري، المرجع نفسه، ص 132

## ثانياً: صور الرقابة القضائية على حكم التحكيم

اختلفت التشريعات حول الرقابة التي تباشرها الجهات المختصة، فمنها من تعتبرها رقابة شكلية دون مواجهة الخصوم ومن يعتبرها رقابة موضوعية والتي تتم بحضور الخصوم والتي سنفصلها كالتالي:

### 1. الرقابة الشكلية:

إن الرقابة الشكلية هي نوع من الرقابة ذات الطابع الشكلي، وهي نمط من الرقابة الإدارية، تكون في الحدود التي يتم فيها وضع حكم المحكمين تحت رقابة القاضي من النظام القضائي.<sup>1</sup>

والغرض من هذه الرقابة هو تحقق القضاء الوطني من خلو القرار التحكيمي من العيوب الجوهرية التي قد تشوبه وانتفاء ما يمنع تنفيذه، وهي بذلك لا تعد رقابة موضوعية لأن القاضي لا يبحث في وقائع النزاع، ولا في موضوع حكم التحكيم أو ملائمة ما انتهى إليه حكم التحكيم لفض النزاع.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أنه على قاضي التنفيذ أن يراقب كل الشكل الذي يوجبه القانون لإصدار حكم التحكيم، وأي مخالفة يلاحظها تؤدي إلى بطلان الحكم توجب عليه حتماً أن يمتنع عن إصدار الأمر إلا إذا استوثق من توافر الشكل الذي يتطلبه القانون.<sup>2</sup>

إن الغرض من هذه الرقابة هو تحقق القضاء الوطني من خلو القرار التحكيمي من العيوب الجوهرية التي قد تشوبه وانتفاء ما يمنع تنفيذه لأن القاضي هنا يبحث في وقائع النزاع لا في موضوع حكم التحكيم أو ملائمته وبالتالي تكون رقابة القاضي مقتصرة على الرقابة الشكلية فكل توسع يؤدي إلى الخروج عن القواعد الإجرائية نحو رقابة صحة الحكم.

<sup>1</sup> بوخالفة عبد الكريم، مرجع سابق، ص 203

<sup>2</sup> عامر فتحي البطاينة، مرجع سابق، ص 226

## 2. الرقابة الموضوعية:

يطلق عليها نظام المراجعة، ويتم فيها حضور طالب التنفيذ والمطلوب التنفيذ ضده ويتم سماع كلا الطرفين وفحص كل ما يبيده كل منهما من دفع في مواجهة الآخر ولا بد من الفصل في هذه العيوب قبل إصدار الأمر بالتنفيذ أو المصادقة على هذا الحكم<sup>1</sup> حسب هذا النظام لا يكفي بمجرد الرقابة المادية ذات الطابع الشكلي، وإنما يذهب إلى حد مراجعة القرار التحكيمي من حيث الموضوع.<sup>2</sup> هذا النوع من الرقابة تتشابه مع الرقابة التي تمارسها محاكم الإستئناف مع الحكم الابتدائي المطعون فيه، لذا فالأخذ بها غير مرغوب فيه بالنسبة لأحكام المحكمين الدوليين لأنها تشجع على عدم اللجوء إلى نظام التحكيم.<sup>3</sup> ونجد أن المشرع الجزائري في مجال تنفيذ أحكام التحكيم قد أخذ بنظام الرقابة الشكلية فقط بحيث أن على كل من يرغب في تنفيذ حكم تحكيمي أجنبي التقدم بطلبه إلى الجهة المختصة متبوعاً بوثيقتين الأصل الرسمي لحكم التحكيم وأصل اتفاق التحكيم متبوعاً في ذلك نهج اتفاقية نيويورك 1958 في نص المادة الثانية منها.<sup>4</sup> وهذا ما نصت عليه في نص المادة 2/1051 من ق.إ.م.إ.ج والتي تنص على: "وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط بأمر من رئيس المحكمة التي أصدرت حكم التحكيم، ومن شأنه التشجيع على عدم اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض النزاعات الدولية"

<sup>1</sup> نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة

الإسكندرية، مصر، 2006، ص 174

<sup>2</sup> خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 305

<sup>3</sup> محمد جارد، مرجع سابق، ص 126

<sup>4</sup> أنظر المادة 02 من اتفاقية نيويورك سنة 1958

## الفرع الثاني: الأمر بتنفيذ حكم المحكمين

نجد أن أحكام التحكيم مجردة في ذاتها لا تحوز القوة التنفيذية، فإنه على الرغم من أن حكم التحكيم يتمتع بحجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدوره، فإنه لا يكون له القوة التنفيذية إلا بعد صدور أمر خاص من القضاء الوطني يسمى "أمر التنفيذ" والأمر بالتنفيذ هو الإجراء الذي يصدر من القاضي المختص قانوناً، ويأمر بمقتضاه يتمتع بالقوة التنفيذية سواء كان وطنياً أو أجنبياً.<sup>1</sup> ولا يقصد بإجراء الأمر بالتنفيذ أن يتحقق القاضي من عدالة المحكم كما لا يعد صدور الأمر بالتنفيذ في حد ذاته دليلاً على سلامة هذا القضاء.<sup>2</sup>

فالأمر بالتنفيذ الذي يصدر من القاضي المختص ليس حكماً قضائياً يخضع لنظام الأحكام، وإنما هو أمر ولائي يمارس به القاضي سلطة الأمر المزود بها وذلك لمعالجة قصور إرادة المحكم في الوصول إلى تحقيق مصلحة معينة لأن المشرع يشترط الوصاية القضائية وضرورة إعمالها لرقابة سعي الخصوم للوصول إلى الهدف الذي يرغبون في تحقيقه.<sup>3</sup>

ونجد أن أغلب القوانين الوطنية تشترط احترام نظامها العام لتنفيذ أحكام التحكيم وضرورة احترام حقوق الدفاع وسلامة الإجراءات وذلك حرصاً على عدم تعرض حكمه للبطلان ورفض تنفيذه.<sup>4</sup>

ولقد نظمت التشريعات المقارنة نصوصاً لتنظيم تمتع حكم التحكيم بالقوة التنفيذية بعد صدور الأمر بتنفيذه من القاضي المختص قانوناً.

<sup>1</sup> عامر فتحي البطانية، مرجع سابق، ص 216-217

<sup>2</sup> محمد جارد، مرجع سابق، ص 130

<sup>3</sup> نبيل اسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 347

<sup>4</sup> المهدي الشناني، مرجع سابق ص 37

ونجد ذلك في نص المواد 1478، 1477، 185 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والمادة 09 من قانون التحكيم الدولي المصري رقم 27 لسنة 1994.<sup>1</sup> و  
المشروع الجزائري قد ساير التشريعات المقارنة وذلك في نص المادة 2/1051 من  
القانون 09/08 والتي تنص على: "وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط  
بأمر صادر من رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو  
محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني"<sup>2</sup>  
ويتضح مما سبق أن الحق في التحكيم هو حق مراقب بواسطة القضاء، وتقتصر سلطة  
المحكم على النظر في النزاع، والفصل فيه وليس له سلطة الأمر ولذلك اشترط المشرع  
لإنتاج الحكم التحكيمي آثاره في الحياة القانونية، ويرقى إلى مصاف أحكام المحاكم  
الوطنية أنه يجب الحصول على الأمر بتنفيذه.<sup>3</sup>

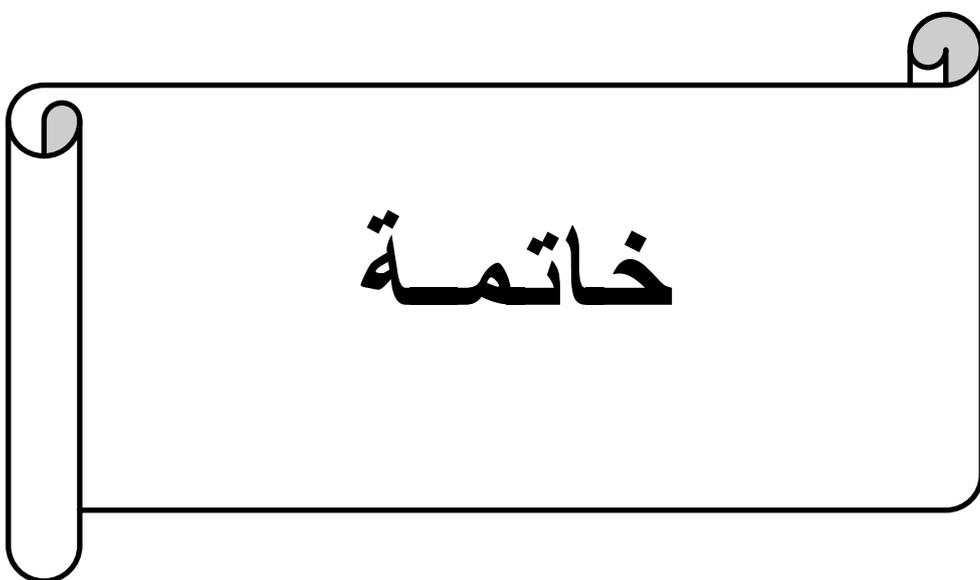
<sup>1</sup> راجع المواد 1478، 1477، 185، من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والمادة 09 من قانون التحكيم المصري

<sup>2</sup> المادة 2/1051 من القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

<sup>3</sup> خولة عرعار، نرجع سابق، ص ص 111-112

## خلاصة الفصل الثاني:

من خلال ما سبق يتضح أنه على الرغم من تمتع الأطراف بالحرية المطلقة في مجال التحكيم، إلا أن هناك قيود تقلص من هذه الحرية وذلك من خلال تدخل النظام العام عند إبرام اتفاق التحكيم وعند تحديد القانون الواجب التطبيق ومن ثم تدخل القاضي الوطني في مجال التحكيم والذي يبرز أثناء سير إجراءات التحكيم من خلال تعيين المحكمين وردهم وكذا اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية وأخيرا تدخل القاضي الوطني أثناء تنفيذ الحكم التحكيمي والذي يؤثر سلبا على نظام التحكيم.



## خاتمة:

نخلص في ختام دراستنا أن التحكيم التجاري الدولي آلية قانونية يتم اللجوء إليها لتسوية منازعات التجارة الدولية في الوقت الراهن وقد عرفت هذه الآلية تطورا كبيرا سواء على المستوى التشريعي من خلال الاتفاقيات الدولية أو التشريعات الداخلية، وحتى القواعد التحكيمية التي عملت على تنظيم أحكامه ونظرا لتزايد المعاملات التجارية بين الدول والرغبة في التحرر بقدر الإمكان من قيود النظم القانونية للتقاضي زادت الرغبة في اللجوء إلى التحكيم شيئا فشيئا وذلك لأهميته البالغة في عصرنا الحالي، حيث أصبح يمثل الوجهة الرئيسية التي يتجه إليها مجتمع التجارة الدولية لحل نزاعاتهم ويعتبرونه بمثابة بديل للقضاء العادي.

وقد تبين من خلال ما سبق ذكره أن الإرادة تلعب دورا هاما في التحكيم التجاري الدولي فتكون الإرادة موجودة في كافة مراحل التحكيم انطلاقا من اتفاق التحكيم وإلى غاية النطق بالحكم وتنفيذه ولعل أبرز ما يجسد حرية الأطراف في مجال التحكيم هو إنشاء اتفاقية التحكيم سواء كانت شرطا أم مشاركة والتي بمقتضاها يتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو المحتمل نشؤها من خلال نظام التحكيم.

فقد جاءت المادة 1050 من القانون 09/08 والتي أخذت بعين الاعتبار إرادة الأطراف عند تطبيق المحكم للقانون المختار على موضوع النزاع وبذلك تكون الإرادة موجودة أيضا في الإجراءات التحكيمية بتحديد المحكمين أو هيئة التحكيم وتحديد المهام المسندة إليها، وتقوم بتحديد القانون الذي يتم الرجوع إليه في حالة حدوث نزاع، وعلى الرغم من الحرية الواسعة التي تم منحها لقانون الإرادة إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة نظرا لتعرضها للعديد من الضوابط والقيود التي تحد من حريتها نوعا ما.

فمنها ما نص عليه المشرع في قوانينه، ومنها ما جاء به المحكم المخول له النظر في

النزاع.

ولعل أبرز هذه العوائق نجد قواعد النظام العام التي تهدف إلى حماية المبادئ والأسس العامة التي يقوم عليها المجتمع، والتي لا يمكن مخالفتها وكذا تدخل القاضي الوطني خلال سير إجراءات التحكيم وذلك بتعيين المحكمين واتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية وكذا التدخل للرقابة على القرار التحكيمي للأمر بتنفيذه.

ولذلك لا يمكن التسليم بالحرية المطلقة لمبدأ سلطان الإرادة نظرا لوجود قيود تعرقل وتحد من سير هذا المبدأ.

ولقد توصلنا من خلا دراستنا لهذا الموضوع إلى مجموعة من النتائج والتوصيات والتي تتمثل في:

### النتائج:

- ❖ التحكيم وسيلة لفض النزاعات بين الأطراف بديلا عن القضاء العادي.
- ❖ مبدأ سلطان الإرادة هو الأساس في تنظيم التحكيم وسير إجراءاته.
- ❖ تبني التحكيم من قبل المشرع الجزائري بعد التطورات التي وصلت لها التشريعات الفرنسية والسويسرية وتأكيد على إرادة الأطراف في عملية التحكيم.
- ❖ تقييد التحكيم التجاري في معظم التشريعات وارتباطه بالنظام العام
- ❖ تدخل القاضي الوطني يكون بناء على طلب أحد الأطراف وليس من تلقاء نفسه دون خروجه عن الحدود المفروضة له.
- ❖ اعتراف المشرع الجزائري بالقاضي الوطني في العملية التحكيمية من خلال تشكيل محكمة التحكيم، تعيين المحكمين وردهم.

### الاقتراحات:

- ❖ يتعين على المشرع الجزائري أن يقوم بإنشاء معاهد ومراكز متخصصة في عملية التحكيم والعمل على تكوين محكمين متخصصين.

❖ إعطاء حرية أكبر للمتعاقدین في اختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم.

❖ يتوجب على المشرع الجزائري القيام بصياغة نصوص قانونية جديدة يحدد فيها المسائل التي يجوز فيها التحكيم من التي لا يجوز فيها للتحكيم مع ضرورة التفصيل في موضوع الخصومة التحكيمية.

❖ فصل المواد الخاصة بإجراءات التحكيم التجاري الدولي عن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وتخصيصه بقانون مستقل.

❖ تشجيع المؤسسات على أهمية التحكيم التجاري الدولي في حل منازعاتهم والخاصة بالعملية الاقتصادية.



قائمة المصادر والمراجع

## قائمة المصادر

- القرآن الكريم

- الاتفاقيات والمعاهدات الدولية:

1- اتفاقية نيويورك المؤرخة في 10 يونيو 1958، المتعلقة باعتماد وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية

2- قانون الأونيسترال النموذجي في التحكيم التجاري الدولي، الصادر في 21 جوان 1985 من التعديلات التي اعتمدت في سنة 2010

3- اتفاقية جنيف الأوروبية المؤرخة في 21 أبريل 1961، المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي

4- اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1987

النصوص التشريعية الجزائرية:

1- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

2- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 الصادر في 13

ماي 2007، الجريدة الرسمية رقم 31

3- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994

قائمة المراجع باللغة العربية:

الكتب:

1- أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختياري والتحكيم الإجباري، ط 5، منشأة

المعارف، الإسكندرية، 1996

- 2- أحمد أبو الوفا ،التحكيم في القوانين العربية، ط 2015، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية
- 3- أحمد على حسن عثمان ،الغير و اتفاق التحكيم-دراسة مقارنة-، ط 2019 ، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع
- 4- أسامة أحمد الحوري ،القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008
- 5- أمال أحمد الفزائري ،دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة 6- المعارف، الإسكندرية، 1993
- 6- إياد محمود بدران ،التحكيم والنظام العام-دراسة مقارنة-، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004
- 7- بشار الأسعد ،عقود الدولة في القانون الدولي، ط 1، منشورات زين الحقوقية ، لبنان
- 8- حسني المصري ،التحكيم التجاري الدولي-دراسة مقارنة-، دار الكتب القانونية ، مصر، 2006
- 9- خالد كمال عكاشة ،دور التحكيم في فض منازعات عقود الإستثمار، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2014
- 10- خالد محمد القاضي ،موسوعة التحكيم التجاري الدولي في أحكام القضاء المصري، ط 1، دار الشروق ، القاهرة ، 2002
- 11- سعيد عميرة ،التحكيم التجاري ، ط 1، دار الإعصار العلمي ، عمان- الأردن، 1440 هـ - 2019 م
- 12- شهاب محمد ،أساسيات التحكيم التجاري الدولي ، مكتبة الوفاء القانونية مصر، 2009

13. طيب قبايلي وكريم تعويلت، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بلقيس للنشر، الجزائر،
14. عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008
15. عبد الحميد الأحذب، التحكيم في البلدان العربية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009
16. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1986
17. عصام عبد الفتاح مطر، عقود الفيديو، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009
18. عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية
19. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي-دراسة مقارنة في أحكام التحكيم التجاري-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2012
20. لزهرة بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012
21. محسن جميل جريح، التحكيم التجاري الدولي والتحكيم الداخلي-دراسة مقارنة - ط1، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، 2016
22. محمود مختار أحمد البربري، التحكيم التجاري الدولي، ط3، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 2004
23. مراد محمد المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي-دراسة مقارنة-، ط2، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2015

24. مصطفى محمد جمال وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية، 1998
25. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006
- الرسائل والمذكرات:
- أطروحة الدكتوراه:
- 1- إبراهيم العسري، ضمانات التحكيم التجاري الدولي-دراسة مقارنة-، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، 2016/2015
- 2- تعويبت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017
- مذكرات الماجستير:
- 1- عبد الوهاب عجيري، شرط التحكيم الدولي في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف، 2014/2013
- 2- صديق سهام، الطرق البديلة لحل النزاعات الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013/2012
- 3- عبد الحفيظ عيد، مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة ماجستير في الحقوق، قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2007

- 4- محمد جارد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي-دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2009
- 5- نور الدين بكلي، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1996/1995
- 6- نورة حليلة، التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماجستير، تخصص إدارة أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، 2014/2013
- مذكرات الماستر:
- 1- أية حبيب نبيلة وبوعلاق سلوى، القانون الواجب التطبيق في الخصومة التحكيمية، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016
- 2- بعززي سعاد وبكوش سامية، مظاهر سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماستر، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015/2014
- 3- بكيري رزقي وبودينار نبيل، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي الخاص، مذكرة ماستر، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015/2014
- 5- بوخالفة عبد الكريم، نطاق تطبيق قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2015/2014
- 4- حكيمة أمهاني، القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماستر، قانون أعمال، جامعة المسيلة، 2014/2013

5- خولة عرعار، مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي المؤسسي، جامعة  
08 ماي 1945 كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون  
خاص (استثمار)، 2016/2015

6- مهدي مخلاف، مبدأ استقلال الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة  
ماستر، كلية الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2016/2015

7- نبيل عافري، دور القاضي الوطني في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماستر، شعبة  
الحقوق، تخصص قانون أعمال، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2016/2015

#### المجلات:

1- بغداداي عماد، ارتباط التحكيم بالنظام العام الدولي، حوليات جامعة الجزائر 1  
العدد 33، جوان 2019

2- بن تركية ليندة أدبية، مطابقة أحكام التحكيم للنظام العام الدولي في القانون  
الجزائري والفرنسي-دراسة مقارنة-، مجلة القانون العام الجزائري المقارن، العدد  
02، ديسمبر 2022

3- حسين نوار، تكريس التحكيم التجاري الدولي كضمان للاستثمارات الأجنبية،  
مداخلة ضمن الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، جامعة  
بجاية، 2006

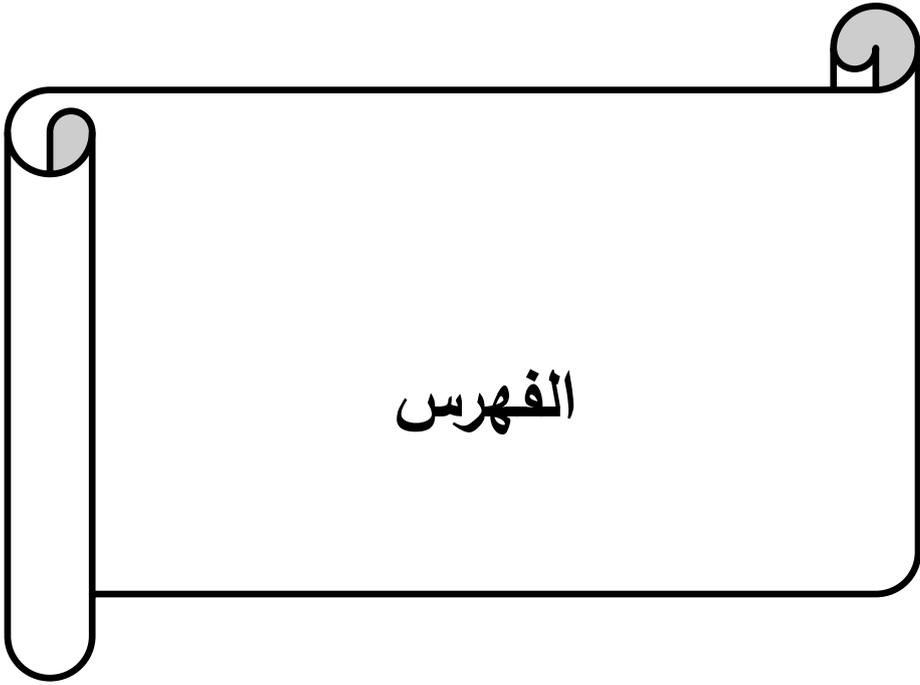
4- زكرياء بومخيلة ورفيقة قصوري، التحكيم التجاري بين حرية الإرادة والقيود  
القانونية، مجلد 07، العدد 02، جامعة عباس لغرور، خنشلة، الجزائر، 2022

5- سامية كسال، إعمال النظام العام في الرقابة القضائية على أحكام التحكيم  
التجاري الدولي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 02، سبتمبر 2019

- 6- شعران فاطمة ،اتفاق التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري-دراسة مقارنة-،المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية ،العدد الثاني
- 7- عبد الرؤوف دبابش وحملوي دغيش ،مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون ،مجلة العلوم الإنسانية ،العدد 2016،44
- 8- مهدي ديانة وبلحيمر عمار ،مظاهر تقييد إرادة الأطراف في التحكيم في التشريع الجزائري،دفاتر السياسة والقانون،العدد 17،جوان 2017

**المراجع الأجنبية:**

- 1-H.Van Hautte, le juge et L'arbitre, le rôle du juge rendant la procédure arbitrale, revu-arb-1993, n01, page 29
- 2-Houcine Farida L'intervention du juge dans le processus arbitrale en droit de l'arbitrage commerciale internationale algérien Reoue critique de droit de droit et de Sciences politique , université Mouloud Mamri , Tizi ousou , n02, 2010,page 38
- 3-Philippe Fan Char, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, Trarte de larbitage commercial international, Litec-France, 1996, page748.



الفهرس

## الفهرس

5.....	شكر و تقدير
6.....	الإهداء
1.....	المقدمة
2.....	الفصل الاول: مظاهر مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي
11.....	المبحث الأول : مظاهر قانون الإرادة في تنظيم التحكيم
11.....	المطلب الأول : سيادة قانون الارادة على اتفاق التحكيم
12.....	الفرع الأول : تعريف اتفاق التحكيم
14.....	الفرع الثاني: شروط صحة اتفاق التحكيم
14.....	أولاً : الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم
14.....	1.التراضي
15.....	2.المحل
17.....	3.السبب
17.....	4.الأهلية
19.....	ثانياً: الكتابة كشرط شكلي لصحة اتفاق التحكيم
20.....	الفرع الثالث: تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم
20.....	1.خضوع اتفاق التحكيم لقانون الارادة
22.....	2- موقف مختلف التشريعات من مبدأ سلطان الإرادة:
23.....	المطلب الثاني: سيادة قانون الإرادة على تشكيل محكمة التحكيم
23.....	الفرع الثاني: تعيين المحكمين
25.....	الفرع الثاني: رد وعزل المحكم وتحديد سلطاته والتزاماته

- 1.رد وعزل المحكم. .... 25
- أ.رد المحكم. .... 25
- ب.عزل المحكم. .... 26
- 2.تحديد سلطات و التزامات المحكم. .... 27
- ب.تحديد التزامات المحكم. .... 28
- الفرع الثالث: قبول المحكم للمهمة المسندة إليه. .... 29
- الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري من مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي. .... 30
- المبحث الثاني: مظاهر سلطان الإرادة أثناء سير الخصومة التحكيمية. .... 31
- المطلب الأول: تطبيق إرادة الأطراف من خلال القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم. .... 32
- الفرع الاول: سيادة مبدأ سلطان الإرادة. .... 32
- الفرع الثاني: موقف مختلف التشريعات من القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم ... 34
- أولاً: الاتفاقيات الدولية. .... 34
- ثانياً: موقف التشريعات العربية. .... 35
- الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي. .... 37
- المطلب الثاني: تطبيق إرادة الأطراف من خلال القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ... 38
- الفرع الأول: دور الارادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. .... 39
- أولاً: اختيار القانون الوطني. .... 39
- ثانياً: اختيار قواعد التجارة الدولية. .... 41
- الفرع الثاني: موقف مختلف التشريعات من القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. .... 42
- أولاً: الاتفاقيات الدولية. .... 42
- الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري. .... 44

46	..... خلاصة الفصل الأول
46	..... الفصل الثاني: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة
48	..... المبحث الأول: تقييد النظام العام لمبدأ سلطان الإرادة
48	..... المطلب الأول: مفهوم النظام العام
49	..... الفرع الأول: تعريف النظام العام
51	..... الفرع الثاني: الفرق بين النظام العام الداخلي و الدولي
52	..... المطلب الثاني: مظاهر تقييد النظام العام لإرادة الأطراف
52	..... الفرع الأول: عند إبرام اتفاق التحكيم
53	..... الفرع الثاني: عند تحديد القانون الواجب التطبيق
55	..... المبحث الثاني : تدخل القاضي الوطني في تقييد الارادة
56	..... المطلب الأول : تدخل القاضي الوطني من خلال سير إجراءات التحكيم
56	..... الفرع الاول : تعيين المحكمين و ردهم
56	..... أولاً : تعيين المحكمين
57	..... 1-شروط تدخل القاضي في التعيين
58	..... أ-غياب التعيين
61	..... ثانيا: رد المحكمين
65	..... الفرع الثاني: تدخل القاضي الوطني من خلال اتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية
69	..... المطلب الثاني:تدخل القاضي الوطني في تنفيذ الحكم التحكيمي
70	..... الفرع الأول: الرقابة القضائية على حكم التحكيم
70	..... أولاً: أساس الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية
72	..... ثانيا: صور الرقابة القضائية على حكم التحكيم

72	.....1. الرقابة الشكلية.....
73	.....2. الرقابة الموضوعية.....
74	..... الفرع الثاني: الأمر بتنفيذ حكم المحكمين
<b>Erreur ! Signet non défini.</b>	..... خلاصة الفصل الثاني
75	..... قائمة المصادر والمراجع
75	..... الفهرس

## ملخص

يعتبر التحكيم التجاري الدولي في الوقت الحاضر الطريق المفضل من قبل المتعاملين الاقتصاديين لفض الكثير من النزاعات الدولية التي تثور بينهم نتيجة لمواكبته التطورات الحاصلة في مجال المعاملات الاقتصادية الدولية والذي يقوم على مبدأ سلطان إرادة الأطراف في مختلف مراحلها بداية من الاتفاق على اللجوء إليه مروراً بإجراءاته في اختيار هيئة التحكيم والقانون الواجب التطبيق إلى غاية تنفيذ حكم التحكيم.

وبالرغم من تمتع الأطراف بالحرية التامة في التحكيم، إلا أنه ويحدث أن تكون هناك قيود تحد من هذه الحرية من خلال تدخل النظام العام في تحديد القانون الواجب التطبيق وكذا تدخل القاضي الوطني أثناء سير إجراءات التحكيم من خلال تعيين المحكمين وردهم واتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية والذي يلعب الدور المساعد في نظام التحكيم.

**الكلمات المفتاحية:** التحكيم التجاري الدولي ، مبدأ سلطان الإرادة ، هيئة التحكيم ، تنفيذ حكم التحكيم القاضي الوطني .

## Résumé

L'arbitrage commercial international est actuellement considéré comme le meilleur moyen par les opérateurs économiques pour résoudre de nombreux différends internationaux qui se structurent entre eux en raison de l'évolution des transactions économiques internationales, qui repose sur le principe de l'autonomie du volonté des parties dans ses différentes étapes, depuis l'accord d'y recourir, en passant par ses procédures de choix du tribunal arbitral et de la loi applicable jusqu'à l'exécution de la sentence arbitrale.

Malgré que les parties jouissent d'une liberté totale dans l'arbitrage, il existe des restrictions qui limitent cette liberté par l'ingérence de l'ordre public dans la détermination de la loi applicable, ainsi que par l'intervention du juge

national au cours des procédures d'arbitrage par la désignation des arbitres et leur réponse et en prenant des mesures provisoires et conservatrices, qui joue le rôle d'assistant dans le système d'arbitrage.

**Les mots-clés :** L'arbitrage commercial international, le principe de l'autonomie de la volonté, le tribunal arbitral, l'exécution de la sentence arbitrale par le juge national.