

دور المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع - دراسة تحليلية -

The role of the arbitrator in determining the law applicable to the subject matter of the dispute

فاطمة الزهراء رباح¹، بشرى عمور²

¹ كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1 (الجزائر)، f.rebah@univ-alger.dz

² كلية العلوم الإسلامية (جامعة الجزائر 1) (الجزائر)، b.ammour@univ-alger.dz

القبول: 2023-04-18

الاستلام: 2023-01-25

ملخص: تناولت الدراسة دور المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الذي يعد من المسائل القانونية المهمة، لكونه السند الذي يستمد منه المحكم قدرته في إصدار حكم تحكيم قابل للتنفيذ، ولقد استعرضت الدراسة الحالات التي يظهر فيها هذا الدور معتمدين على تحليل واستعراض مختلف النصوص القانونية التي عاجلت المسألة، والتي تم التنصيص عليها في التشريعين الجزائري والمصري، وكذا نصوص الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم. وفي الأخير توصلت الدراسة إلى مجموعة من النتائج أهمها: بالرغم من التعديلات التي جاء بها القانون 08-09 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، إلا أنه لا يزال حريا بالدراسة والتقييم للاستفادة من الملاحظات التي ثبتتها العاملون والمهتمون بالتحكيم على قانون اليونسترال، عدم كفاية نص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك لعدم معالجتها لجميع الجوانب المتعلقة بهذا بتحديد القانون الواجب التطبيق، إضافة إلى غموض العبارات الواردة فيها.

كلمات مفتاحية : المحكم، القانون الواجب التطبيق، موضوع النزاع، هيئة التحكيم، قواعد العدالة والإنصاف.

Abstract:

This study dealt with the issue of the arbitrator's role in determining they left the matter to the arbitrator to choose what he deems appropriate. Relying on analyzing and reviewing the various legal texts that dealt with the issue that were stipulated in the Algerian and Egyptian legislation, as

well as the texts of international agreements related to arbitration. the law applicable to the subject of the dispute which is one of the important legal issues as it is the basis from which the arbitrator derives his ability to issue an enforceable arbitration award. The study has reviewed the cases in which this role appears which differs in the case of the parties has agreed to define a law, or have. Finally, the study reached a set of results. The most important of which are: Despite the amendments introduced by Law 08-09 that includes the EMG Law, it is still free to study and evaluate to benefit from the observations made by workers and those interested in arbitrating the UNCITRAL law, especially Determining the law applicable to the subject of the dispute The insufficiency of the text of Article 1050 to address this issue. Due to its failure to address all aspects related to it. In addition to the ambiguity of the expressions contained therein compared to the Egyptian arbitration law.

Keywords: arbitrator, applicable law, subject matter of dispute, arbitration committee, rules of justice and fairness.

المؤلف المراسل: بشري عمور، الإيميل: b.ammour@univ-alger.dz

1. مقدمة:

إن خصومة التحكيم قوامها المحكم، الذي يعتبر أهم عنصر فيها، فهو الذي يوجهها ويقودها لإيصالها إلى غايتها المتمثلة في حل النزاع بأسلوب يرضي أطرافه، ونظرا لأهمية الدور الذي يقوم به تم منحه صلاحيات واسعة تمكنه من الفصل في موضوع النزاع، ويستمد المحكم صلاحياته من إرادة المحكمين الذي قد يحددون صلاحياته في صلب اتفاقهم، أو يحيلون الأمر إلى نظام تحكيم أو مركز تحكيم، ومن إرادة القانون الذي أجاز له ممارسة مهمة التحكيم من جهة أخرى.

وتكمن أهمية صلاحيات المحكم في معرفة أمور مهمة مثل: تحديد الوقت الذي تبدأ فيه إجراءات التحكيم، تقديم المستندات، سماع الشهود، تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، أو

ذلك الذي يحكم النزاع، هذا الأخير الذي يعتبر الأساس في إصدار حكم التحكيم، وبالتالي حسم النزاع وإنهائه، والذي سيكون محور بحثنا.

وإذا كان الأصل أن المحكم يقوم بتطبيق القانون الذي اختاره الأطراف على موضوع النزاع، احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة، إلا أنه في ظل غياب هذا الاختيار يجد المحكم نفسه أمام فراغ قانوني يتعين عليه التصدي له، وبالتالي يفتح له المجال لتفعيل سلطاته التي نظمها القانون له.

إن تحديد المحكم للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، هو استخدام لسلطة من السلطات التي منحها له القانون، وعليه نطرح الإشكالية التالية: ما مدى سلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع؟

تهدف الدراسة إلى تسليط الضوء على دور المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، لعله يشكل مساهمة في لفت النظر إلى أهمية الوصول إلى أحكام تصدر عن المحكم دون تجاوزات لسلطاته التي نصت عليها القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم، ذلك أنه يلاحظ في الآونة الأخيرة عدد من أحكام التحكيم تتعرض للبطلان نتيجة لحدثة وتطور هذا القانون، وما تقع فيه هيئة التحكيم من أخطاء وتجاوزات للمهمة الموكلة إليها.

وفي سبيل الإجابة على الإشكالية السابقة، تم اعتماد منهج البحث التحليلي (تحليل المضمون) القائم على تحليل النصوص القانونية المتعلقة بموضوع الدراسة في ضوء القانون رقم 08_09 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، وكذلك تحليل آراء الفقه القانوني مقارنة بموقف الاتفاقيات الإقليمية والدولية ذات الصلة بموضوع الدراسة.

2. سلطة المحكم في ظل اتفاق الأطراف

إن الأصل الاتفاقي للتحكيم يجعله متميزاً عن القضاء، حيث يمنح للأطراف الحرية الكاملة في اختيار القانون أو القواعد التي يطبقها المحكم على المنازعات المعروضة عليه، ولقد حرصت غالبية التشريعات الوطنية (القانون 08-09، 2008) والاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم على ضرورة التزام هيئة التحكيم بالقواعد والقانون الذي اتفق عليه الخصوم ليحكم نزاعهم، فنصت المادة 1/39 من قانون

التحكيم المصري على أنه: "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك". (قانون التحكيم المصري رقم 27، 1994).

كما أخذت بذات المبدأ قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، فنصت المادة 1/28 من القانون النموذجي للتحكيم على أنه: "تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع...." (القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، 1985).

2. طبيعة القواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف

لا يخرج اتفاق الطرفين عن القانون الذي يحكم موضوع النزاع عن أحد الفرضين:

- الفرض الأول: اختيار المحكمين لقوانين وطنية

ألزم المشرع الجزائري هيئة التحكيم بتطبيق القانون الذي اتفق عليه الأطراف وهذا ما أكدته المادة 1050 من ق.إ.م.إ.ج والتي نصت على أن: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة"، والحال كذلك في ظل المادة 1/28 من القانون النموذجي بشأن التحكيم التجاري، والتي نصت على أنه: "تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع". (القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، 1985).

من هذه النصوص يتضح بأن المحكم ملزم بتطبيق القانون الذي اختاره الأطراف، إلا أن مسألة احتواء كل نظام قانوني وطني على مجموعة قواعد موضوعية—والتي يقصد بها مجموعة القواعد الموضوعية أو المادية ذات المضمون الدولي أو العالمي الموجودة أصلا أو المعدة خصيصا لتعطي حلا مباشرا ينهي النزاع أو يتفاداه في علاقة خاصة ذات طابع دولي - (خالد، 2001، صفحة 09)، بجانب قواعد الإسناد- وهي قواعد قانونية ذات طبيعة فنية تسري على العلاقات الخاصة الدولية فتصطفي أكثر القوانين المناسبة والملائمة لتنظيم تلك العلاقات حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق عليها - (سلامة، تأملات في

ماهية قاعدة التنازع، 1995، صفحة 97)، يدفعا للتساؤل التالي: هل يلجأ المحكم في حالة اختيار الأطراف لقانون محدد إلى القواعد الموضوعية، أم إلى قواعد الإسناد؟

توجد العديد من الآراء الفقهية بهذا الصدد، فيذهب رأي بأنه يتعين على المحكم تطبيق القواعد الموضوعية دون القواعد المتعلقة بتنازع القوانين (القاضي، صفحة 261)، ولقد أخذت بهذه القاعدة العديد من الاتفاقيات والقواعد الدولية الخاصة بالتحكيم، مثل ما نصت عليه المادة 1/35 من قواعد اليونسטרال التي جاء فيها: "تطبق هيئة التحكيم قواعد القانون التي يعينها الأطراف باعتبارها منطبقة على موضوع المنازعة، فإذا لم يعين الأطراف تلك القواعد طبقت هيئة التحكيم القانون الذي تراه مناسباً"

(قواعد اليونسטרال)، وكذلك المادة 42 من اتفاقية واشنطن التي نصت على أن: "تفصل المحكمة في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي يقرها طرفي النزاع، وإذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه المبادئ فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع" (اتفاقية واشنطن، 1965)، فألزمت هذه النصوص المحكم بإتباع القواعد القانونية التي يتفق الأطراف عليها بوصفها واجبة التطبيق، وأي اختيار لقانون دولة ما أو لنظامها القانوني يجب أن يؤخذ على أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعدها الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك، ولقد أخذ المشرع المصري بهذه القاعدة وهذا ما أكدته المادة 2/39 من قانون التحكيم المصري "وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك" (قانون التحكيم المصري رقم 27، 1994)، وأهم ما يمكن ملاحظته على نص هذه المادة أن المشرع المصري رهن تطبيق المحكم للقواعد الموضوعية في حالة عدم اتفاق الأطراف على اللجوء إلى القواعد الخاصة، أما بالنسبة للمشرع الجزائري لم يأخذ بهذا الاتجاه بصفة صريحة في نص المادة 1050 من القانون رقم

09_08 إلا أنه يمكن استخلاص ذلك بصفة غير مباشرة من سياق النص، أنه يريد تطبيق القواعد الموضوعية مباشرة ما دام لم يأت باستثناء يحد من هذا الأصل (الكردى، 2003، صفحة 91).

وذهب جانب آخر من الفقه إلى أنه لا بد من اللجوء إلى قواعد الإسناد، باعتبارها ضرورية لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في بعض الحالات، كما في حالة استبعاد المحكم للقانون المختار من قبل الأطراف إذا كان يخالف النظام العام أو يشوبه غش نحو القانون (الكردى، 2003، صفحة 129)، وهذا ما أخذت به الاتفاقية الأوروبية (جنيف) لسنة 1961م، التي نصت على أنه في حالة عدم وجود بيان من الطرفين للقانون الواجب التطبيق، يقوم المحكم بتطبيق قواعد الإسناد الملائمة (الهداوي، 1995، صفحة 49).

-الفرض الثاني: اختيار الأطراف لقواعد دولية

يمكن للمحتكمين اختيار قواعد ذات طابع دولي، ولقد استخدمت العديد من التشريعات لفظ قواعد القانون أو القواعد القانونية عندما نصت على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المحكم فيه، فقضت المادة 1050 من ق. إ. م. إ. ج على أنه: "... وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة" (القانون 09-08، 2008)، وهو ما ذهب إليه القانون المصري في المادة 39 منه.

ولفظ القواعد القانونية، يشير إلى القواعد الوطنية والقواعد الدولية على حد سواء، ومنه يحق للمحتكمين اختيار قواعد دولية لتطبق على نزاع التحكيم (Dimitrios, 2008, p. 6). ومن بين القواعد غير الوطنية التي يمكن للمحتكمين اختيارها ما يلي:

1. قانون التجار: ثار جدل فقهي حول إمكانية اللجوء إلى قواعد التجارة الدولية، فذهب البعض إلى أنه يصعب إضفاء الصفة القانونية على قواعد التجارة الدولية، ذلك أن لفظ القانون ينصرف إلى القوانين الوطنية فقط⁽¹⁾ (محسوب، 2003، صفحة 297)، في حين ذهب جانب آخر إلى إضفاء الصفة القانونية لهذه القواعد باعتبارها نظام قانوني بمعزل عن النظم الوطنية، والاعتراف بهذه الحقيقة بات أمراً لا مفر منه، وبالتالي فالاستناد إليه يعد استناداً إلى قاعدة قانونية (الكردى، 2003، صفحة 243).

2. تطبيق المبادئ العامة للقانون: يرى جانب من الفقه أنه لا يوجد ما يحول دون تطبيق المبادئ العامة للقانون ما دامت إرادة الأطراف اتجهت إلى ذلك، وهذا ما تبناه المعهد الدولي Athèmes لسنة 1979م، حيث منح الطرفين وكذا المحكم إمكانية اختيار قانون وطني للعقد أو المبادئ المشتركة سواء العامة للقانون أو المطبقة في مختلف العلاقات الاقتصادية الدولية (جارد، 2010، صفحة 66)، وهو ما ذهب إليه ن المشرع الجزائري في المادة 1050 من القانون 09-08.

2.2 سلطة المحكم في استبعاد القانون الذي اختاره الأطراف

يملك المحكم بالقانون سلطة استبعاد القانون الواجب التطبيق في حالات معينة، وتتمثل هذه الحالات في:

- مخالفة القانون المختار لمقتضيات النظام العام.

يتعين على المحكم عند تطبيق القانون الذي اختاره المحكمين، التأكد من عدم مخالفة قواعد هذا القانون لقواعد النظام العام للدولة التي سينفذ فيها الحكم، حيث أن مخالفة هذه القواعد ستؤدي بالضرورة إلى عدم الاعتراف بالحكم وبالتالي عدم تنفيذه.

فلقد نصت اتفاقية جنيف لعام 1927م، على أنه إذا أريد الحصول على الاعتراف وتنفيذ الحكم، وفقا للمادة الأولى من الاتفاقية المذكورة، فمن الضروري أن لا يكون حكم التحكيم مخالفا للنظام العام أو لمبادئ القانون العام للبلد المراد تنفيذ الحكم فيها، كما أعطت اتفاقية نيويورك لعام 1958م الحق للدول المتعاقدة أن ترفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم إذا كان في الحكم ما يخالف النظام العام (اتفاقية نيويورك، 1958) واعتبره شرطا قانونيا، وهذا ما أكدته المادة 2/5 منها التي جاء فيها: "يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها: أ_ أن قانون البلد لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم.

ب- أن يكون في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد"، وهذا ما تضمنه قانون التحكيم الدولي الجزائري في المادة 1051 من القانون 09-08 المتضمن ق. إ. م. و. إ. ج.

" يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي..." (القانون 08-09، 2008).

كما نصت المادة 58 من قانون التحكيم المصري (قانون التحكيم المصري رقم 27، 1994)، على أنه لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقا لهذا القانون إلا بعد التحقق من أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في مصر، مما يعني استبعاد القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام. -وجود غش نحو القانون:

يرى جانب من الفقه أنه يمكن للمحكم استبعاد القانون المختار من طرف المحكمين، لوجود غش نحو القانون (محمد ابراهيم خليفة، 1997، صفحة 120)، ولا يعمل به إلا في حالة لجوء الأطراف إلى اصطناع عنصر أجنبي بقصد التهرب من الأحكام الآمرة في قانون مقر التحكيم متى كان هذا القانون يتطلب وجوب مراعاة القوانين الآمرة في الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم (فهمي، صفحة 589).

وتعتبر مسألة إثبات الغش نحو القانون مسألة صعبة الإثبات، لكونها من المسائل النفسية التي لا يمكن الكشف عنها بسهولة، فمقتضى حسن النية أن يستخدم الفرد الرخص القانونية لما خصصت من أجله، وليس بهدف التهرب من الأحكام القانونية الآمرة في نظام معين، وهذا ما جعل الفقه يرى أنه إذا ثبت أمام المحكم أن القانون المختار المهدف منه التحايل والتهرب من نظام قانوني معين، فإن المحكم يستبعد ذلك القانون، ويطبق القانون الذي يراه صحيحا (محمد ابراهيم خليفة، 1997، صفحة 124).

3. صلاحية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق في ظل غياب اتفاق الأطراف

في حالة خلو اتفاق التحكيم من النص صراحة على القانون الواجب التطبيق، يتعين على المحكم الكشف عن الإرادة الضمنية، بالاعتماد على مجموعة من القرائن مثل: اللغة المستعملة في العقد أو في التحكيم، أو المكان الذي اتفق على إجراء التحكيم فيه، كما أن استخدام اصطلاحات مقررّة في

قانون معين يدل على اتجاه إرادة المتعاقدين الضمنية نحو تطبيق هذا القانون على العقد في مجموعه (عبد المجيد، 2012، صفحة 182)، وتكون مهمة المحكم معقدة في حالة عجزه عن الكشف عن الإرادة الضمنية، ذلك أن المحكم لا يرتبط بدولة ما خلافا للقاضي الذي يرتبط بدولة معينة ويكون مقيدا بإتباع القواعد القانونية لقانون اختصاصه، فالأمر مختلف بالنسبة للمحكم فليس له قانون اختصاص ولا يستمد صلاحيته من دولة معينة (ولاء، 1994، صفحة 163).

وفي سبيل مواجهة هذه الإشكالية منحت بعض الشريعات المحكم سلطة تطبيق قواعد العدالة والإنصاف، حتى ولو خالف ذلك أحكام القانون.

1.3 الأسس التي يستند إليها المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

إذا لم يتفق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، قامت هيئة التحكيم، وفقا لما يقضي به القانون بالتصدي لهذه المشكلة، فأرشد المشرع الجزائري في المادة 1050 ق.إ.م.إ.ج على أنه في حالة غياب اتفاق الأطراف، تقوم محكمة التحكيم بالفصل في النزاع حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة، ويقصد بالقواعد المذكورة في نص المادة _ القواعد الموضوعية- التي يمكن أن يشير إليها الأطراف، كما يمكن أن يطبقها المحكم في حالة غياب الاختيار الذي يعطي الأولوية لتطبيق قانون الإرادة، وفي حالة غياب هذه الإرادة يعتبر اختيار المحكم تطبيق المهمة المسندة إليه (كراش، 2002، صفحة 168)، وبمقتضى هذه المادة يكون المحكم حرا في البحث عن الحل الذي يبدو له ملائما ومشروعا بالنسبة للأطراف، كما يمكن له أن يتولى هذه المهمة وفقا للقانون إذا تأكد أنه الأصلح لحل النزاع، أو الاستعانة بقواعد الإنصاف ولكن بشرط وجود اتفاق صريح بين الأطراف في اللجوء إلى هذا النوع من التحكيم (قربوع، 2001، صفحة 56) وهذا ما سنوضحه لاحقا.

كما منح المشرع المصري المحكم سلطة تطبيق القواعد الموضوعية للقانون الذي يرى أنه أكثر اتصالا بالنزاع، وهذا ما وضحته المادة 39/ 2 التي جاء فيها: "إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه أكثر اتصالا بالنزاع" (قانون التحكيم المصري رقم 27، 1994)، من خلال هذا النص يتضح أن

المشرع المصري منح المحكم سلطة التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع دون التقيد بقواعد التنازع ، ذلك أن المحكم قد يرى أن القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع هو قانون مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه أو قانون بلد المصدر أو المستورد ، أو قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم أو في فرع الشركة المرتبطة بالعقد المتضمن لشرط التحكيم (الشرقأوي، صفحة 456)، وعليه يمكن القول بأن نص قانون التحكيم المصري يتسم بقدر من المرونة.

أما المعاهدات الدولية ولوائح هيئات التحكيم، ألزمت المحكم في ظل غياب اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، باللجوء إلى قواعد التنازع، وهذا ما أكدته المادة 12 من نظام مركز التحكيم التجاري لدى مجلس التعاون لدول الخليج العربية، والتي نصت على أنه: "لأطراف حرية تحديد القانون الذي يجب على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع، وفي حالة عدم تعيين الأطراف للقانون الواجب التطبيق سواء في العقد أو في مشاركة التحكيم يطبق المحكمون القانون الذي تحدده قواعد تنازع القوانين التي يرونها مناسبة سواء كان قانون مكان إبرام العقد أو قانون مكان تنفيذه أو قانون المكان الذي يجب تنفيذه فيه أو أي قانون آخر، وذلك مع مراعاة شرط العقد وقواعد و أعراف التجارة الدولية".

كما نصت المادة 2/28 من القانون النموذجي الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية لسنة 1985م على أنه: "إذا لم يعين الطرفان أية قواعد، وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق" (القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، 1985)، وكذلك نص المادة 1/21 من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية على أنه: "يتمتع الأطراف بحرية الاتفاق على القواعد القانونية الواجب على هيئة التحكيم تطبيقها على موضوع المنازعة ، وفي غياب مثل هذا الاتفاق، تطبق هيئة التحكيم قواعد القانون التي تعتبرها ملائمة " (قواعد تحكيم)

يتضح من هذه النصوص أن المحكم يختار قاعدة التنازع التي يستعين بها لاختيار القانون الواجب التطبيق، إلا أن هذه الحرية مقيدة باختيار قاعدة تنازع تتلاءم مع النزاع المحكم فيه (شفيق، صفحة 258).

ونخلص إلى أنه يوجد اختلاف بشأن الطريقة التي يستند إليها المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وهذا ما أوضحته النصوص السابقة، إلا أن غالبية الأنظمة الوطنية في مجال التحكيم منحت المحكم سلطة التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع دون الالتزام بقواعد التنازع ومن بين هذه التشريعات، القانون الفرنسي، السويسري والروسي (Salpius, 2006)، وكذلك قانون الإجراءات الإدارية والمدنية الجزائري وكذا قانون التحكيم المصري.

كما يتعين التنبيه إلى مسألة مهمة بهذا الصدد، وهي ضرورة مراعاة شروط العقد العادات والأعراف المعمول بها، وهذا ما وضحته المادة 4/28 من القانون النموذجي لليونسترال على أنه: "في جميع الأحوال تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لشروط العقد و تأخذ في اعتبارها العادات المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري المنطبقة على المعاملة" (القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، 1985)، ومن خلال هذا النص يتضح وجود التزام على عاتق المحكم وهو بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وهو مراعاة شروط العقد والعادات المتبعة في النشاط التجاري.

2.3 سلطة المحكم في الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف

يمكن للمحتكمين تحويل المحكم سلطة الفصل في النزاع، على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقييد بأحكام القانون.

- إرادة الأطراف أساس سلطة المحكم بالعدالة.

لقد منحت الأنظمة اللاتينية المحكم سلطة تطبيق قواعد العدالة والإنصاف حتى ولو خالف ذلك أحكام القانون، حرصا منها على مصالح الأطراف المشروعة، خلافا للأنظمة الأنجلوسكسونية التي تلزم هيئات التحكيم بالأخذ بأحكام القانون (الجمال و عكاشة، 1998، صفحة 109).

فنصت المادة 4/39 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م على أنه: "يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقييد بأحكام القانون" (قانون التحكيم المصري رقم 27، 1994).

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أكد على مبدأ احترام إرادة الأطراف في مجال التحكيم بالصلح في مجال التجارة الدولية، من خلال المادة 458 مكرر 15 من المرسوم 93_09 التي جاء فيها: "تفصل محكمة التحكيم كمفوض بالصلح إذا حولتها اتفاقية الأطراف هذه السلطة" (المرسوم التشريعي 93-09، 1993)، لكنه لم يؤكد في التعديل الذي قام به بموجب القانون 08-09 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أما في المجال الاتفاقي الدولي لم ترد أي إشارة في اتفاقية جنيف لسنة 1927م، أو اتفاقية نيويورك لسنة 1958 لهذا الموضوع، على خلاف الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961م، والتي أكدت في المادة 2/7 منها على أن "المحكمون في التحكيم الودي يفصلون على أساس إرادة الأطراف إذا أجاز القانون المطبق ذلك" (جنيف، 1961)

كما أخذ قضاء التحكيم بمبادئ العدالة والإنصاف في عدة مناسبات، ففي قضية "Sapphir" بين شركة "Patroleum Sapphir International" ضد الشركة البترولية الإيرانية سنة 1963م، قرر المحكم "CAVIN" القاضي بالمحكمة الفيدرالية السويسرية تطبيق قواعد العدالة باعتبار ذلك موقفا وديا (يراجع حيثيات القضية: نور الدين باكلي، اتفاق التحكيم الدولي، رسالة ماجستير، ص34)، و أيضا قضية "LIAMCO" بين شركة "Libyan American oil Company" ضد الحكومة الليبية حيث قرر المحكم الأستاذ "المحمصاني" في قراره الصادر في 12/04/1977 بجنيف تطبيق قواعد العدالة والإنصاف التي تقضي بحق التأمين اللبي مقابل تعويض عادل ومنصف (منسول، 2011، صفحة 280).

من خلال هذه النصوص والقضايا يتضح أن سلطة المحكم بالعدالة تتأسس على إرادة الأطراف، ولا بد من وجود اتفاق صريح فلا تكفي الإرادة الضمنية، ويرجع ذلك إلى أن التحكيم بالعدالة هو نوع من التنازل من قبل الأطراف عن حقهم الشخصي في التمتع بحماية القانون، المتمثلة في قواعده و أحكامه (سلامة، 1989، صفحة 245)، وعليه يترتب على قيام هيئة التحكيم الفصل بالنزاع بمقتضى قواعد العدالة و الإنصاف دون وجود اتفاق صريح ببطلان حكم التحكيم (القصاص، 2007، صفحة

267، ولقد قضت محكمة استئناف باريس أنه " إذا فصل المحكم بالنزاع دون وجود اتفاق صريح مكتوب وكان الحكم مستندا على قواعد العدالة و الإنصاف كان حكم التحكيم باطلا (قرار محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ 4 شباط 1996م)، ويكون التعبير الصريح عن هذا الاتفاق كتابة، ذلك أن الكتابة شرط في اتفاق التحكيم بالصلح (أبو الوفاء، 2002، صفحة 185).

وما يدفع الأطراف إلى الاتفاق على التحكيم بالصلح، يرجع في أغلب الأحيان إلى أن الأحكام الواردة في القوانين الوطنية غير كافية أو صالحة لإعطاء حل منصف للنزاع بسبب تعقد العلاقات القانونية الناشئة عن العقد أو مجموعة العقود محل النزاع، أو تعدد أطرافها أو اختلاف مراحل تنفيذها أو لغير ذلك من الأسباب التي لم تأخذها القوانين الوطنية بعين الاعتبار (حداد، 2010، صفحة 149)، الأمر الذي يستدعي إعفاء الخصوم من الخضوع لقوانين طالما لم ترى هيئة التحكيم أنها توفر حلا عادلا، ذلك أن اختيار حكم العدالة وكأنه يغير في القواعد التي يعرفها علم القانون بما يعرف ب (هرم كلسن)، أي تصبح الأفضلية والأولوية لقواعد الإنصاف والعدالة على حساب النصوص التشريعية الجاهزة (Bebvolise, 2007, pp. 122-123).

وفي حالات قد لا يكون الهدف من تحويل المحكم مهمة التحكيم بالصلح وجود عجز في القانون الوطني، وإنما هو رغبة الأطراف منح المحكم صلاحية البحث عن حل ملائم حتى ولو لم يستمد من هذا القانون (M.Gremades, 1999, p. 526).

- ماهية القواعد التي يطبقها المحكم بالعدالة على موضوع النزاع.

لقد أتاحت نصوص التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية التي اعترفت بنظام التحكيم بالصلح للمحكم ممارسة سلطته في حسم النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف إذا ما اتفق الطرفان على تخويله هذه السلطة، فيكون حسم النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف. لكن ما المقصود بقواعد العدالة محل التطبيق؟

يعرف البعض قواعد العدالة في مجال التجارة الدولية بأنها: "مجموع الأفكار والمفاهيم التي تسود لدى الأوساط التجارية، وتستقر في ضمائر أفرادها عما هو حق أو عدل" (سلامة، 1989، صفحة

(291)، " فالمقصود بالعدالة التي يستلهم منها المحكم الحل الواجب الإلتباع في حالتنا ليس هو العدل المطلق، وإنما هو مفهوم العدل كما يعرفه مجتمع التجارة والمال، فالقاضي أو المحكم إذ يستلهم العدل المطلق ليخلق حلا يواجه به النقص في التشريع أو القانون بصفة عامة، فهو يقوم بما كان يقوم به المشرع فيما لو تبين هذا النقص، أي أنه يقدم حلا وضعيا مستلهما من القانون الطبيعي أي نوعا من العدل المصنوع" (علي صادق، 1974، صفحة 231)، أي يقوم بعمل إنشائي (البريري، 2004، صفحة 140).

وتتعد المصادر التي يستمد منها المحكم قواعد العدالة بين عادات و أعراف التجارة الدولية والمبادئ المشتركة في القانون، فضلا على نصوص القوانين الوطنية ذاتها سواء تلك التي تنطبق أصلا على النزاع فيما لو لم يتفق على التحكيم الطليق، أو تلك التي تراها هيئة التحكيم الطليق أكثر عدالة أو ملائمة لحل النزاع (الزعي، صفحة 278_279)، هذا الأمر يفرض على الهيئة إتباع طريقة التجربة والقياس لتحديد القواعد التي تراها كذلك، وقد تؤدي لها هذه الطريقة إلى تطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية أو تطبيق شروط العقد الموضوعية أو تطبيق أي قواعد تستمدتها من مصدر آخر إذا رأها محققة للعدالة (الجداي، 1966، صفحة 18).

كما لا يوجد لدى المحكم ما يمنعه من تطبيق قواعد القانون الواجب التطبيق إذا رأى في ذلك تحقيق للعدالة، فالمشرع المصري سمح للمحكم الفصل بمقتضى العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون ولكنه لم يفرض عليه ذلك (الكردى، 2003، صفحة 174)، فإذا كانت مهمة المحكم المفوض بالصلح تتحقق بتطبيق قواعد العدالة، فليس هناك ما يمنعه من تطبيق قواعد القانون الموضوعي إذا تحققت هذه العدالة، وننبه في هذا الصدد أن المشرع المصري لم يقيد المحكم بالعدالة بمراعاة شروط العقد والعادات التجارية المتبعة، خلافا للمحكم بالقانون الذي قيده بمراعاة شروط العقد و الأعراف التجارية في نوع المعاملة وفقا لأحكام المادة 3/39 ، وإن كنا نرى أنه من الملائم أن ينص المشرع المصري على أن يلتزم المحكم بمراعاة شروط العقد والعادات التجارية من نوع المعاملة سواء كان تحكيم بالقانون أو تحكيم بالعدالة، كما جاء في نص المادة 5/13 من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية، التي نصت على أنه

يتعين على المحكم في كل الأحوال أن يراعي أحكام العقد والعادات التجارية (الرفاعي، 1998، صفحة 280).

4. خاتمة:

في نهاية هذا البحث تم التوصل إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، هي كالتالي:

أولاً: النتائج

1. تتعدد السلطات الممنوحة للمحكم ومن أهمها تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، الذي يعد أمر مهم يتعين على الأطراف عدم إغفاله، لأن من شأن غياب مثل هذا الاتفاق أن يثير الكثير من الغموض أثناء قيام المحكم بمهمته لحسم النزاع.
2. منحت جل التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية الاختصاص في حسم النزاع المحكم فيه للقانون الذي اتفق المحتكمين على اختياره، فقانون الإرادة هو محل ارتكاز عمل المحكم.
3. عدم كفاية نص المادة 1050 لمعالجة مسألة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، والتي تعد مسألة قانونية ذات وزن في مجال التحكيم التجاري الدولي، وذلك لعدم معالجتها لجميع الجوانب المتعلقة بهذا الموضوع، إضافة إلى غموض العبارات الواردة فيها.
4. أتاح كل من المشرع المصري والجزائري للأطراف مكنة اختيار قواعد تحسم النزاع، ولا يشترط بهذه الأخيرة أن تكون ذات مصدر وطني.
5. في حالة غياب اتفاق الأطراف سواء الصريح أو الضمني على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، يتعين على المحكم اختيار القانون الأنسب للنزاع من خلال اعتماد الصلة بين ذلك القانون والنزاع، وفي سبيل تحديد ذلك القانون قيد المشرع الجزائري والمصري ضرورة مراعاة شروط العقد و أعراف التجارة الدولية وكذا قواعد النظام العام.
6. يملك المحكم بالعدالة سلطة أوسع مما يملكها المحكم بالقانون في استبعاد القانون الواجب التطبيق، حيث يتقيد المحكم بالقانون بإعمال القانون الواجب التطبيق على خلاف المحكم بالعدالة الذي لا يتقيد بإعمال القواعد القانونية واجبة التطبيق.

ثانيا: المقترحات

1. ضرورة تفسير كلمة (قواعد القانون) الواردة في نص المادة 1050 ق.إ.م.إ.ج تفسيرنا مرنا، حتى يتسنى للقائمين عليه والعاملين بأحكام هذا القانون شمول قواعد قانون التجارة الدولية بالتطبيق.

2. نقترح تعديل نص المادة (1050) ق.إ.م.إ.ج ، من خلال إضافة فقرة لها تنص على ضرورة احترام المحكم للقانون المختار من قبل المحكّمين، مع بيان الجزاء المترتب في حالة استبعاده دون الحالات التي يسمح له فيها بذلك، ليصبح النص كالتالي: " / تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة.

ب/ يترتب على مخالفة هيئة التحكيم للقانون المختار من قبل الأطراف دون الحالات التي يسمح فيها لها باستبعاده، تعريض حكمها للبطلان، مع إمكانية رفع دعوى المسؤولية".

3. نوصي المشرع المصري بضرورة النص على التزام المحكم بمراعاة شروط العقد والعادات التجارية في نوع المعاملة سواء كان تحكيم بالقانون أو تحكيم بالصلح.

5. قائمة المراجع:

أولا: الاتفاقيات الدولية.

- اتفاقية نيويورك. (10 يونيو، 1958). المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.
- اتفاقية واشنطن. (1965). المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى.
- اتفاقية جنيف. (21 أبريل، 1961). إتفاقية جنيف المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي.
- اليونسترال القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي. (1985). <http://www.Unictral.org>.
- اليونسترال قواعد اليونسترال. (بلا تاريخ). قواعد الأونسترال للتحكيم (بصيغتها المنقحة في عام 2010). <http://www.Unictral.org>.

- قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية. (بلا تاريخ). www.lccwbo.org.

ثانياً: القوانين:

- القانون 09-08. (25 02 2008). المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري. الجريدة الرسمية عدد 21 المؤرخة في 23/04/2008.
- المرسوم التشريعي 09-93. (25 أفريل، 1993). المعدل والمكمل للأمر رقم 66-15 المؤرخ في 8 جوان 1966. الجريدة الرسمية عدد 42 المؤرخة في 27 أفريل 1993.
- قانون التحكيم المصري رقم 27. (1994). مجلة إتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية.

ثالثاً: الكتب.

أ/ باللغة العربية:

- أحمد أبو الوفاء. (2002). التحكيم في القوانين العربية. الإسكندرية: منشأة المعارف.
- أحمد عبد الكريم سلامة. (1989). نظرية العقد الدولي الطليق في القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. القاهرة: دار النهضة العربية.
- أحمد قسمت الجداوي. (1966). تنازع القوانين في شأن قابلية النزاع للتحكيم. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية.
- أشرف عبد العليم الرفاعي. (1998). النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية. القاهرة: دار النهضة العربية.
- جمال محمود الكردي. (2003). القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم. القاهرة: دار النهضة العربية.
- حسام الدين ناصيف. (1996). قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية (المجلد 1). القاهرة: دار النهضة العربية.
- حسن الهداوي. (1995). تنازع القوانين. مكتبة دار الثقافة.
- حمزة حداد. (2010). التحكيم في القوانين العربية. عمان: دار الثقافة.
- رضوان أبو زيد. (1981). الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي. الإسكندرية: دار الفكر العربي.
- رفعت ولاء. (1994). التحكيم التجاري الوطني والدولي في المملكة العربية السعودية. جدة: غرفة التجارة الصناعية.
- طالب حسن موسى. (2010). قانون التجارة الدولية. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- عبد السلام منسول. (2011). قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري. كلية الحقوق: جامعة الجزائر.

- عصام الدين القصبي. (2007). القانون الدولي الخاص المصري. المنصورة: مطبعة جامعة المنصورة.
- عليوش قريوع. (2001). التحكيم التجاري الدولي في الجزائر. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.
- عيد محمد القصاص. (2007). حكم التحكيم (المجلد 2). القاهرة: دار النهضة العربية.
- كمال فهمي. أصول القانون الدولي الخاص (المجلد 2). القاهرة.
- محسن شفيق. اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع. دار النهضة العربية.
- محمد عبد الخالق الزعبي. شرح قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001. عمان: دار اليراع للنشر والتوزيع.
- محمد كولا. (2008). تطور التحكيم التجاري الدولي في الجزائر. منشورات بغداد.
- محمد محسوب. (2003). نظرية قانون التجارة الدولية بين الوهم والحقيقة.
- محمود مختار أحمد البريري. (2004). التحكيم التجاري الدولي. القاهرة: دار النهضة العربية.
- مصطفى الجمال، و عبد العال عكاشة. (1998). التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- ملحم أحمد عبد الرحمان. (1994). عقد التحكيم المبرم بين المحكمين والخصوم. مجلة الحقوق (2)، الصفحات 228-239.
- منير عبد المجيد. (2012). قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية. دار المطبوعات الجامعية.
- هدى محمد مجيد عبد الرحمان. (1997). دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته. القاهرة: دار النهضة العربية.
- هشام خالد. (2001). العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.
- هشام علي صادق. (1974). تنازع القوانين. الإسكندرية: منشأة المعارف.

ب/ باللغة الأجنبية:

- Bebvolve. (2007). *The arbitration development contract Harvaed international law*. London.
- Fouchard, P., Graillad, E., & Goldman, b. (1996). *Taité de l arbitre commercial international*. paris.

- M.Gremades, D. (1999). *The impact of international arbitration on the Development Businss Law*. London.
- Salpius, E. (2006). *Arbitration in eastern Europe*. International arbitration journal.Issue2.