وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة قاصدي مرباح – ورقلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم : الحقوق

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي

التخصص : علاقات دولية خاصة

إعداد الطالبة : علال مروة

بعنوان

أثر النظام العام الدولي على خصومة التحكيم

نوقشت و أجيزت بتاريخ: 2015/06/02

لجنة المناقشة المكونة من الأساتذة :

الدكتور/عبد القادر مهداوي (أستاذ محاضر ب ـــــ جامعة قاصدي مرباح ــ ورقلة رئيسا

الدكتورة / لعجال يسمينة (أستاذة محاضرة أ ـــــ جامعة قاصدي مرباح ورقلة) مشرفة مقررة

الأستاذ/غزيز محمد الطاهر (أستاذ محاضر أ ـــــــ جامعة قاصدي مرباح ـــــ ورقلة) مناقشا

السنة الجامعية : 2015/2014

بسم الله الرحمن الرحيم

فلا و ربك لا يؤمنون حتى
يحكموك فيما شجر بينهم
ثم لا يجدوا
في أنفسهم حرجا
مما قضيت و يسلموا تسليما

صدق الله العظيم

الآية 65 من سورة النساء

الإهـــــــداء

الحمد لله الذي أمطر علينا من وابل فضله فيسر لنا السبيل ووفقنا إلى بلوغ المقصد أهدي هذا العمل

المتواضع إلى من قال فيهما سبحانه و تعالى "و قضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه و بالوالدين إحسانا".

إلى.....أمي الغالية.

إلى من كانوا و لا يزالون دائما صوب عيني مبعث القوة و العزيمة أخواتي الثلاث سناء؛ كوثر؛ هدى.

إلى من كانوا دائما بجانبي أخوالي و خالاتي الأعزاء؛ كما أهدي عملي إلى جدتي و جدي رعاهم الله و أطال

عمرهم؛ و إلى كل من ساهم في إنجاح هذا العمل.

إلى كلمة صداقة .....الدفعة الأولى ماستر علاقات دولية

خاصة 2015/2014.

مـــــــــروة

شـــــكر و عرفـــــان

ـــــــــــــ أشكر الله سبحانه و تعالى على كل نعمة منحها لي منها نعمة إنجاز هذه المذكرة ، فالحمد لله المعين و لأن شكر العبد من شكر الرب فأول من يستحق الشكر، هي مشرفتي المحترمة الدكتورة لعجال يسمينة على دعمها و ثقتها و تكرمها بالإشراف على مذكرتي .

ـــــــــــــ أشكر جزيل الشكر كل من الدكتور مهداوي عبد القادر و الأستاذ غزيز محمد الطاهر اللذان سيتفضلان بمناقشة هذه المذكرة و تقييم عملي .

ـــــــــــــ أوجه تشكراتي إلى مسؤولي جامعة قاصدي مرباح ورقلة و أخص بالذكر الأستاذ عمران بوليفة رئيس قسم الحقوق ، هذا لمساندته الطلبة و الباحثين و وقفاته التي لا تنسى .

ـــــــ كما لا أنسى أمين مكتبة الحقوق عبد القادر الذي لم يبخل علينا بالنسخ الورقية و الالكترونية من أجل استكمال هذه الدراسة.

مـــــــروة

مقدمة

لقد بات معروفا أن تزايد المعاملات و التبادلات التجارية على المستوى الدولي أدى إلى تزايد التحكيم حتى أصبح السمة المميزة لعصرنا ، فمعظم العقود الدولية لا تخلو من اتفاقية تحكيمية ، حتى قيل عنه أنه المرجع الأساسي لحسم الخلافات الدولية ، فالتحكيم إذن قضاء موازي للقضاء العادي.

إن مرد تطور التحكيم و اعتباره وسيلة طبيعية أكثر من المعتاد لحل المنازعات في عالم التجارة الدولية راجع لعدة أسباب منها رغبة الأفراد في التحرر من كل القيود التي تفرضها القوانين الوطنية لما يتسم به التحكيم من سرعة و سرية في الإجراءات ، إضافة إلى أهم ميزة يتصف بها التحكيم في القانون المعاصر و هي الحيادية ، فالتحكيم ليس جزء من أي نظام قانوني و هذا يعني عدم وجود اختصاص للمحكم ، فهو مستقل عن جميع حقوق الدول ، هذا لأن الحق في الوصول إلى عدالة حقيقية في عقود التحكيم الدولية من الحقوق الأساسية التي تتماشى و روح التجارة الدولية ، و التي يمكن أن يعبر عنها بالنظام العام ، و الحياد عن هذه العدالة يؤدي إلى الاصطدام بجدار النظام العام ، فهو يهدف إلى حماية المصالح العامة ، من خلال المحافظة على سيادة النظام في الإقليم الذي يسري فيه في نطاق العلاقات الوطنية البحتة ، ليحكم كل شخص و كل رابطة قانونية تدخل في مجال سريانه ، كما يهدف على مستوى العلاقات الدولية الخاصة إلى حماية المبادئ الأساسية الضرورية لتنظيم المجتمع الدولي فالأمر يتعلق بالقواعد المشتركة التي يتعين معاقبة إخلالها من قبل المحكم الدولي بغض النظر عن التشريع الوطني الذي يحكم موضوع النزاع .

هكذا فإن التحكيم و النظام العام يرتبطان من بعضهما البعض في القانون الدولي الخاص ، و المظهر العملي لهذا الارتباط هو بطلان كل عمل إرادي يأتيه أطراف التحكيم و يكون مخالفا لقواعد النظام العام ، و هو بهذه المثابة من الروادع القانونية التي تحفل بها القرارات التحكيمية ، لأن جزاء مخالفته هو جزاء صارم يؤدي إلى البطلان المطلق ، لاسيما إذا علمنا أنه مدعاة للتقرير من طرف الفرقاء المعنيين في أي لحظة من مراحل التحكيم ، الأمر الذي أدى إلى تنظيم بعض الاتفاقيات الخاصة بالتحكيم للحالات التي تعد من النظام العام بنصوص أمرة على غرار اتفاقية نيويورك 1958 [1] الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، و غيرها من الاتفاقيات الدولية ، و لم تبقى التشريعات المقارنة بمعزل بما فيها المشرع الجزائري فقد تناول هذه الحالات في العديد من مواد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية من بينها المادة 1006، 1008 ، 1012 ، 1015 ، 1056 ، 1058 [2] .

1— مرسوم رئاسي رقم 233/88 المؤرخ في 25 ربيع الأول 1409 الموافق ل 05 نوفمبر 1988 ، يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 و الخاصة باعتماد القرارات الأجنبية و تنفيذها، ج ر عدد 48 سنة 1988 .

2 قانون رقم 08_09 مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،ج.ر عدد 21الصادر في 23 أفريل 2008.

و قد حاولنا في هذه الدراسة شرح تأثير النظام العام على خصومة التحكيم و ذلك بتسليط الضوء على أبرز الحالات التي تمر بها الخصومة التحكيمية ، بدءا بالاتفاق على التحكيم و ذلك بدراسة ما يتعلق بالجوانب الموضوعية للتحكيم من حيث التنازع بين نصوص العقد و النظام العام للقانون الواجب التطبيق الذي اختاره الأطراف ، إلى غاية صدور قرار التحكيم و مدى انسجامه مع اعتبارات النظام العام الدولي فيما يخص الجانب الإجرائي لخصومة التحكيم.

و تبرز أهمية موضوع أثر النظام العام على خصومة التحكيم من ناحيتين: علمية و عملية ، فتكمن أهمية هذا الموضوع من الناحية العلمية في التعرف على العلاقة الحقيقية للنظام العام بخصومة التحكيم بجانبيها الموضوعي و الإجرائي، و الاطلاع على النصوص القانونية بما فيها نصوص الأنظمة التشريعية و الاتفاقيات الدولية التي نصت على هذه الحالات و ذلك بوصفها و تحليلها و تقصي الأثر المترتب على تدخل النظام العام في كل حالة على حدى من مراحل التحكيم ، و ذلك من خلال الوقوف على بعض التطبيقات العملية لمحاكم التحكيم ، أما الأهمية العملية لهذا الموضوع فتتمثل في ضرورة توحيد الجهود من أجل ترسيخ مبادئ نظام عام دولي حقيقي لا يخالف النظام العام الدولي ، كما تعد دراسة هذا الموضوع مصدرا أكاديميا مهما يستفيد منه المهتم بدراسة هذا المجال .

أما عن أسباب اختيار الموضوع فتنصرف بين دوافع ذاتية و أخرى موضوعية ، فالأسباب الذاتية تتجلى في رغبتنا في تناول موضوع أثر النظام العام على خصومة التحكيم ، و مواكبة الاتجاهات نحو الاهتمام بهذا الموضوع الذي هو محل إشكالات قانونية مطروحة على الساحة الدولية ، و هذا ما تبرزه الأحكام الصادرة عن محاكم التحكيم ، أما الأسباب الموضوعية فترجمت في إمكانية إثراء المكتبة القانونية في مجال التحكيم الدولي و الوقوف على أحد أهم الروادع القانونية التي تحفل بها القرارات التحكيمية و التي تم تثبيطها بسبب تعارضها مع النظام العام .

و نشير أننا بمناسبة إنجاز هذا البحث لم نعثر على دراسات و أبحاث تتطابق و الموضوع فيما عدا دراسات و أبحاث تتشابه معه في جوانب معينة ، ذلك أن غالبية البحوث العلمية و الأكاديمية ليست في منأى عن صعوبات تواجهها حيث أنه لا يوجد بحث إلا و تعترضه معوقات ، و أهم هذه المعوقات دقة موضوع الدراسة.

أما عن أهداف الدراسة الرئيسية فهي تتمحور حول :

عرض معلومات و معارف تمثل الحد الأدنى النظري حول أثر النظام العام على خصومة التحكيم ، و تسليط الضوء على أحد أهم العراقيل التي تعيق سلامة عملية التحكيم ، ذلك أن تحديد أطر هذه العلاقة يكمن من خلال الكشف

عن جزاء مخالفة النظام العام فيما يخص كل مرحلة من مراحل التحكيم ، هذه المحاولة العلمية المجسدة من خلال هذه المذكرة اختير لها الإشكالية التالية : ما هو أثر النظام العام على خصومة التحكيم ؟ .

و للإجابة على الإشكالية الرئيسية تم الاعتماد على التقسيم التالي للموضوع:
فالفصل الأول عنون ب: أثر النظام العام على التنظيم الموضوعي لخصومة التحكيم ، فتطرقنا فيه لربط مفهوم النظام العام بالتحكيم ورأينا أن أول تأثير للنظام العام على التحكيم يبدأ من وقت صياغة الشروط التعاقدية للاتفاق محل التحكيم ، و لقد جاء هذا الفصل مقسما إلى مبحثين ، فالمبحث الأول جاء موسوما ب: مفهوم النظام العام لجأنا من خلاله إلى عرض مفهومي النظام العام في مجالي القانون الدولي الخاص و التحكيم ، أما المبحث الثاني فعنون ب: القانون الواجب التطبيق على الموضوع و الذي تطرقنا فيه إلى شرح تأثير النظام العام بوصفه قانون داخلي للعقد و بصفته قانون بوليس.

أما الفصل الثاني فعنون ب : أثر النظام العام على التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم و الذي تناولنا فيه الحالات التي يعرقل فيها النظام العام سير إجراءات التحكيم ، و قد جاء هذا الفصل مقسما إلى مبحثين ، فالمبحث الأول جاء بعنوان : الجوانب المتعلقة باتفاق التحكيم و أصول المحاكمة ، أما المبحث الثاني فجاء موسوما ب : الجوانب المتعلقة بهيئة التحكيم و القرار التحكيمي بينا من خلاله أنه يجب مراعاة اعتبارات النظام العام في كل إجراء من إجراءات التحكيم من أجل الحصول على حكم تحكيم سليم قابل للتنفيذ .

وفي خضم هذه الدراسة تم الاعتماد على كل من المنهج الوصفي الذي يقوم على جمع الحقائق والمعلومات ومقارنتها وتحليلها وتفسيرها للوصول إلى تعميمات مقبولة ، وذلك لوصف المعلومات التي تم جمعها ، و كذا المنهج التحليلي و هو تجزئ و تفكيك محتوى الشيء وقد عمدنا إليه لتحليل بعض الأفكار الواردة في الدراسة .

الفصل الأول :

أثر النظام العام على التنظيم الموضوعي لخصومة التحكيم

تمهيد :

إن التنظيم الموضوعي لخصومة للتحكيم يتمثل في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من الناحية الموضوعية ، وهذه المسألة تثير احتمالية تضمن العقود المزمع إخضاعها لقضاء التحكيم شرطا يخالف النظام العام ، في الفرض الذي يضع فيه الأطراف شروطا تعاقدية مخالفة للقانون الواجب التطبيق ، ومما لاشك فيه أن المحكم يمكنه استبعاد نصوص القانون الواجب التطبيق الذي اختاره المتعاقدان باسم النظام العام الدولي عندما يكون هذا الأخير مخالفا له من أجل حماية المصالح العليا للمتعاقدين في التجارة الدولية ، و بما أن القرار التحكيمي يجب تنفيذه في دولة معينة فإنه من المفروض على المحكم أيضا احترام النظام العام في دولة التنفيذ ، و هو ما يتطلب تحديد مفهوم النظام العام (المبحث الأول) و بتحديد المفهوم يمكن أن يتضح أثر النظام العام على القانون واجب التطبيق (المبحث الثاني) .

المبحث الأول: مفهوم النظام العام

يقصد بالنظام العام القواعد الآمرة [1] ، فهو فكرة متطورة ومرنة تتغير بتغير الزمان والمكان[2]، فهي لا تخضع لمعيار ثابت [3] ، المقصود منه تحقيق مصلحة عامة تتعلق بنظام المجتمع الأعلى[4]، وهو الأساس السياسي والاجتماعي والاقتصادي والخلقي الذي يقوم عليه كيان المجتمع في الدولة كما ترسمه القوانين المطبقة فيها[5]وهو الدعامة التي تمثل الحد الأدنى الذي لا يتصور بقاء الجماعة بدونه[6] ، ومنه فمفهومه قد لا ينضبط وهذا ما يشكل نسبية النظام العام من حيث المفهوم [7]، و يختلف مفهوم النظام العام في القانون الداخلي عن القانون الدولي الخاص من ناحية نطاق الإعمال ، إذ أن الأول مجاله العلاقات الوطنية البحتة ، أما الثاني فمجاله القانون الدولي الخاص ، وهذا الأخير يختلف بدوره في مجال تنازع القوانين (المطلب الأول) و في مجال التحكيم (المطلب الثاني).

---

[1]– وحيد رضا سوار، القانون المدني الجزائري التصرف القانوني ، ج1، دار الشعب ، القاهرة، 1975، ص: 121 و 122 .

[2]– بن عصمان جمال ، المسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص ، مذكرة لنيل متطلبات الدكتوراه في القانون الخاص ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، 2008، 2009 ، ص: 402 للاطلاع أكثر أنظر الموقع :
http://dspace.univ-tlemcen.dz/bitstream/112/2774/3/dbenosmane.pdf

[3]– عبد النور أحمد ، إشكاليات تنفيذ الأحكام الأجنبية ،مذكرة لنيل متطلبات الماجيستر في القانون الدولي الخاص ، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان ، 2009، 2010 ، ص: 79 للاطلاع أكثر أنظر الموقع :
http://dspace.univ-tlemcen.dz/bitstream/112/2707/3/abdennour.pdf
أنظر في هذا المعنى: فيصل نسيغة ، النظام العام ، مجلة المنتدى القانوني ، العدد 5،جامعة محمد خيضر بسكرة ، قسم الكفاءة المهنية ، ص: 166.
Gaston Kenfach Douajni, la notion d'ordre public internationale dans l'arbitrage OHADA, Revue camerounaise de l'arbitrage N°29,Avril-mai-juin 2005, P :3,Sur site :
http://library.ohada.org/greenstone/collect/dohada/index/assoc/HASH0196.dir/notion-ordre-public-international-arbitrage-ohada.pdf
Stéphane cartier, l'arbitrage internationale au Québec : Ordre public internationale, Revus Québécoise de droit internationale 1/11/1998 , P :230, sur site :
http://www.fnq.qc.ca/uploads/officiels/OfficielsEspoir2013-2014.pdf

[4]– عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،ج1 المجلد الأول ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، ط3 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 1989 ، ص: 435.

[5]– محمد حسنين ، الوجيد في نظرية القانون في القانون الوطني الجزائري ، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر ، 1986 ، ص: 38 .

[6]– محمد حسين منصور، نظرية القانون ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية، 2004، ص : 19 انظر ايضاً عبد المنعم فرج الصدد، أصول القانون ، دار، النهضة العربية ، بيروت، 1989 ، ص : 59.

[7]– محمد حسين قاسم ، مبادئ القانون ، المدخل إلى القانون ، الالتزامات ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002، ص: 44.

المطلب الأول: النظام العام في مجال تنازع القوانين

النظام العام في مجال تنازع القوانين يثار في إطار المنازعات ذات العنصر الأجنبي، والغرض منه هو استبعاد كل ما من شأنه يمس باستقرار المجتمع وأمنه وسلاماته أو يؤثر سلباً على تعاقدات الأفراد فيما بينهم ، والدور الحديث لفكرة النظام العام هو استبعاد القانون الواجب التطبيق إذا تبين للقاضي أن أحكام هذا القانون تتعارض مع الأصول العامة في قانونه[1] كما يعتبر أداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي تحت غطاء ما يسمى بالقوانين ذات التطبيق المباشر أو الفوري[2] ، و هناك فرق بين النظام العام كدفع لاستبعاد القانون الأجنبي (الفرع الأول) والنظام العام كوسيلة لإسناد النزاع إلى قانون القاضي (الفرع الثاني).

الفرع الأول : النظام العام كدفع لاستبعاد القانون الأجنبي

يستعان بفكرة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص لاستبعاد القانون الأجنبي ، الذي أشارت إليه قواعد الإسناد [3] متى كان هذا القانون الأجنبي الواجب التطبيق يخالف النظام العام ، حيث تنص المادة 24 من القانون المدني الجزائري "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر ، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون .
يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة [4] " .

نستنتج من نص المادة أن الحديث عن الدفع بالنظام العام يثور عندما يكون القانون الأجنبي واجب التطبيق طبقا لقواعد التنازع في دولة القاضي يخالف النظام العام و الآداب العامة فيها ، ولا يثار هذا الدفع إذا كان القانون الأجنبي يمكن استبعاد تطبيقه لسبب أخر ، و أن يكون القانون الأجنبي الواجب التطبيق مختلف في حكمه المطلوب مع مقتضيات النظام في دولة القاضي ، على أن يكون ذلك متروكا لتقرير القاضي تحت إشراف

---

[1]- نادية فوضيل ، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني ، دار هومة ،الجزائر، 2001 ، ص : 115.

[2]- هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1993 ص : 304 وما بعدها.

[3]- دايم بلقاسم، النظام العام الوضعي والشرعي وحماية البيئة ،مذكرة لنيل متطلبات شهادة دكتوراه دولة في القانون العام ،جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ،2004،2003،ص: 14 للاطلاع أكثر أنظر الموقع :
http://dspace.univ-tlemcen.dz/bitstream/112/2667/3/ddayem.pdf

[4]- أمر رقم 75_58 مؤرخ في رمضان 20 عام 1935 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 78 الصادر في 30 سبتمبر1975 ، معدل و متمم.

المحكمة العليا، و أخيرا أن تكون المخالفة للنظام العام عند رفع الدعوى ، و سلطة القاضي التقديرية على الوجه السابق لا تعني ترك الأمر لتقديره الشخصي ومعتقداته الخاصة، وإنما عليه أن يستلهم المبادئ الجوهرية السائدة في
دولته ، وبمعنى آخر يجب أن يكون تقدير القاضي موضوعيا يستوفي شعور الجماعة لا شخصيا يترجم مشاعره [1]

و يرى بعض الفقه أن النظام العام كدفع l'ordre public d'éviction يقابله في الاصطلاح الحديث النظام العام الحمائي l'ordre public de protection ، ويجمع بين النظام العام كدفع والنظام العام الحمائي أن كلاهما نظام عام سلبي ordre public négatif يقومان بوظيفة استبعادية [2] حيث يعملان على الحفاظ على المبادئ و الأسس اللازمة لكيان المجتمع عن طريق استبعاد كل اتفاق أو قانون يتعارض معها، بيد أن هذه الوظيفة الاستبعادية ترد على ملاحظتين أولهما أن مسالة تدخلها تثور في كل الحالات التي تكون فيها القواعد المختارة من جانب الأطراف أو الواجبة التطبيق من قبيل المبادئ العامة أو عادات وأعراف التجارة الدولية ، حتى أن بعض الفقه ذهب إلى ابعد من ذلك حين أقر بوجود تدرج بين الأنظمة العامة ، بحيث يتيح للنظام العام الدولي باستبعاد النظام العام الوطني إذا وجده مخالفا لأحد هذه المبادئ العامة ، ثانيهما أن الوظيفة السلبية تبدو تبعية بالنسبة للوظيفة الإيجابية والتي تستغرقها في الغالب[3].

الفرع الثاني: النظام العام كضابط لإسناد النزاع لقانون القاضي

لقد حاول الفقيه :A–chapeell أن ينقل التفرقة المتعلقة بالقانون الداخلي إلى مجال القانون الدولي الخاص حيث قارن النظام العام التوجيهي l'ordre public de direction بالنظام العام كضابط لإسناد النزاع إلى قانون القاضي l'ordre public de rattachement ، فقواعد النظام العام التوجيهي تعمل على حماية المصلحة العامة عن طريق توجيه كافة الأنشطة لخدمة ما تبتغيه الدولة من وراء سياستها الاقتصادية

[1]– هشام علي صادق ، دروس في تنازع القوانين ،دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2003 ، ص: 195.

[2]– أشرف عبد العليم الرفاعي ، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الدولية الخاصة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ،2003 ، ص : 80.

[3]– محمد بلاق ، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية ،مذكرة لنيل متطلبات شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص ، جامعة أبو بكربلقايد، تلمسان ، 2010،2011 ، ص: 50 للاطلاع أكثر أنظر الموقع :
http://dspace.univ-tlemcen.dz/bitstream/112/2916/1/bellag.pdf

والاجتماعية ، ويدخل في نطاقها على سبيل المثال القوانين الخاصة بتنظيم الائتمان والصرف والأسعار والاستثمارات والبيئة والتجارة [1] .

وبهذه المثابة فالنظام العام كضابط للإسناد لصالح قانون القاضي والنظام العام التوجيهي كلاهما نظام عام إيجابي public positif ordre، لا يبتغي استبعاد قانون معين بل يفرض تطبيق قواعد قانون القاضي اللازمة لإدراك أهداف التوجيه الاقتصادي والاجتماعي التي أرادها المشرع ، ويضيف صاحب هذا الرأي قوله أنه إذا طرحنا جانبا النظام العام كدفع أو النظام العام الحمائي فإنه يمكن التمييز بين نوعين من القواعد التي يحتويها النظام العام التوجيهي ، أولها يتعلق بتنظيم وتوجيه نشاط التجارة الدولية في اتجاه معين عن طريق تشجيع وابتداع القواعد الذاتية الخاصة التي تتفق ونمو التجارة عبر الحدود، أي أن هذا النوع يشتمل على القواعد المادية في القانون الدولي الخاص و المتعلقة بالتجارة الدولية بجوانبها المختلفة ، ثانيها يتضمن القواعد التي تعمل على تحقيق مصالح الجماعة الوطنية ، وهي قواعد لازمة لحماية وتحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي لا قيام لمجتمع بدونها وهي تصاحب عادة تدخل الدولة[2].

من المستقر عليه قضاء أنه لا يجوز للمحكم عند الحكم وفقا لمبادئ العدالة والإنصاف استبعاد القواعد المتعلقة بالنظام العام التوجيهي، فهذه القواعد ترتبط بتنظيم الدولة ، و لا يجوز المساس بها ، أو الاتفاق على يخالفها[3].

مما تقدم فالنظام العام في مجال تنازع القوانين تعتبر الأداة التي يستخدمها القاضي الوطني لاستبعاد القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي رغم اختصاصها[4] و يقتضي عدم المساس بالنظام العام عدم تعارض مضمون قواعد القانون الأجنبي مع الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني في دولة القاضي[5].

إضافة إلى دور النظام العام في استبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد الوطنية هناك أدوار أخرى يلعبها النظام العام في غير مجال تنازع القوانين ، من ذلك مثلا دوره في مجال الإجراءات المدنية ، فإن وظيفة النظام العام هي الحيلولة دون إصدار الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي الذي يبدو متعارضًا سواء من حيث مضمون ما قضي به ، أو من حيث الإجراءات التي أتبعت في إجرائه ، مع الأسس الجوهرية المتعارف عليها في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها [6] .

---

[1]- أشرف عبد العليم الرفاعي ، المرجع السابق ، ص : 80.

[2]- أشرف عبد العليم الرفاعي ، المرجع السابق ، ص: 82 .

[3]- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2010، ص: 765 .

[4]- بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، <<دراسة مقارنة >>مذكرة لنيل متطلبات شهادة الماجيستر، جامعة الجزائر ، 1986، ص : 40.

[5]- الطيب زورتي، القانون الدولي الخاص الجزائري ، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 200 ، ص:271 .

[6]- عكاشة عبد العال، أصول القانون الدولي الخاص اللبناني المقارن، الدر الجامعية ، بيروت ، 1998، ص : 614.

المطلب الثاني : النظام العام في مجال التحكيم

تنص المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية : "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي"[1] .

على خلاف غالبية التشريعات التي لا تعرف التفرقة بين النظام العام الداخلي و النظام العام الدولي فإن المشرع الجزائري يميز بين نوعين من النظام العام و هو ما يتجلى في نص المادة 1051 ق إ م إ أعلاه، و النظام العام الدولي غير مقتصر على خصومة التحكيم فهو مرتبط بدراسات فقهية أوسع و أشمل من خصومة التحكيم ، و ما يهمنا في هذا المقام النظام العام الدولي في مجال خصومة التحكيم ، لكن المشرع الجزائري لم يعرف النظام العام بل ترك الأمر للفقه الذي ميز بدوره بين نوعين من قواعد النظام العام الدولي ، النوع الأول النظام العام الدولي (المطلب الأول) والثاني النظام العام عبر الدولي(المطلب الثاني).

الفرع الأول: النظام العام الدولي

إن فكرة النظام العام فكرة مرنة تختلف من دولة إلى أخرى وفي ذات البلد من وقت لآخر[2]، لذاك لازالت هذه الفكرة تستعصي على الباحثين من حيث إمكانية وضع تعريف جامع مانع لها يغنينا عن السلطة التقديرية للمحكمة[3] ، إذا كان الأمر كذلك فيما يتعلق بالنظام العام ، فما هو الحال بالنسبة لقواعد النظام العام الدولي ، و كيف يمكن تمييزه عن النظام العام الداخلي ؟.

مما لا شك فيه أن النظام العام الدولي أضيق من مفهوم النظام العام الوطني ، فالنظام العام الدولي يتشكل من مجمل القواعد الأساسية والمفاهيم والاعتبارات المتعلقة بالمصالح العامة الاقتصادية العليا السائدة في المجتمع الدولي، التي تحكم سلامة العلاقات التجارية وأمنها وتكفل تطورها مثل القواعد المتعلقة بمحاربة الرشوة والفساد والقرصنة واستثمار النفوذ والغش وسوء النية في التعامل من جهة، وتلك التي تقوم عليها العدالة التحكيمية ، ولاسيما احترام حقوق الدفاع من جهة أخرى ، أما من حيث نطاق تدخله فإنه والحالة هذه يكون ضمن مساحة أضيق من نطاق تدخل النظام العام الوطني.

---

[1]- قانون رقم 08_09 مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،ج.ر عدد 21الصادر في 23 أفريل 2008.

[2]- بيومي حجازي عبد الفتاح ، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2003 ، ص: 182 .

[3]- عامر فتحي البطاينة ، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ، 2008 ، ص : 187.

وقد عبر الفقه عن هذا التباين بصور مختلفة ، سواء من حيث الشكل أو المضمون ، منهم من ميز بين القوانين التي تتعلق بالضمانات الاجتماعية وبين القوانين المتعلقة بالحماية الفردية ، بحيث تعد تلك المتعلقة بالمصلحة الاجتماعية من النظام العام دون تلك المتعلقة بالمصالح الفردية ، ومنهم من ميز بينهما بتشبيههما بدائرتين لها مركز واحد ، وليس بدائرتين متداخلتين الدائرة الكبرى تمثل النظام العام الوطني والصغرى تمثل النظام العام الدولي ، ومنهم من قال بمفهوم الحد الأدنى لحالات تدخل النظام العام الدولي والحد الأقصى لحالات تدخل النظام العام الداخلي بحيث يتدخل النظام العام الدولي عند وجود تعارض ظاهر دون الدخول في موضوع القرار التحكيمي.

ويرى بعضهم أن مفهوم النظام العام الدولي يتضمن القواعد المتعلقة برقابة السلطات العامة على الاستثمارات الأجنبية وتحقيق التوازن في العلاقات الاقتصادية مع الخارج والسيطرة على حركة الأموال عبر الحدود [1] غير أنه لابد من الإشارة أيضا ، من الناحية الواقعية ، إلى أن من الأمور المستقرة في نطاق التحكيم التجاري الدولي ، أن المحكم يبقى حريصا على عدم تعريض حكمه للإبطال أو لعدم التنفيذ بسبب مخالفة النظام العام ، لذلك فإنه يعمل دوما على الأخذ بالحسبان ، ليس فقط اعتبارات النظام العام في دولة أو مكان التحكيم ، بل في البلد الذي يمكن أن يتم فيه تنفيذ حكم المحكمين أيضًا، وهو غالبًا موقع المال الذي يمكن أن يضمن أكثر من غيره حقوق المحكوم له ، كما أنه يجد نفسه ملزمًا أيضًا أن يأخذ بالحسبان متطلبات النظام العام الدولي الذي يقوم على اعتبارات أخرى تهم المجتمع الدولي الاقتصادي وتتجاوز اعتبارات النظام العام الوطني ولكنها لا يستوعبها جميعها ، ومنها مثلاً محاربة الاتجار بالمخدرات والقرصنة والفساد التي يكون من الصعب على المحكم تجاهلها عند إصدار قراره ، وذلك نظرً لأن بعض الدول تقبل أو تتساهل في بعض أشكال تلك المحرمات أوهي في الطريق إلى الأخذ ببعضها ، فضلاً عن استثمار النفوذ والغش في الإجراءات فليس كل ما هو من النظام العام الوطني يمكن أن يكون دوليًا على صعيد التحكيم التجاري الدولي[2]

يرى بعض الفقه ، أن المقصود بالنظام العام الدولي هو تلك الصورة المخففة من النظام العام التي تتماشي مع مقتضيات المرونة التي تتسم بها التجارة الدولية، سواء تعلق الأمر بالقواعد الموضوعية، أو الإجرائية[3].

---

[1] – فؤاد ديب، تنفيذ أحكام التحكيم الدولي بين البطلان والكساء في الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية الحديثة، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد27، العدد الثالث ،2011، ص : 91 للاطلاع انظر الموقع :
http://www.damascusuniversity.edu.sy/mag/law/images/stories/5555-102.pdf

[2] – فؤاد ديب ، المرجع السابق ، ص: 92 .

[3] – حدادن الطاهر ، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي ، مذكرة لنيل متطلبات الماجستير ، فرع قانون التنمية الوطنية ،جامعة مولود معمري ، تيزي وزو كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون ،2012،ص : 117 للاطلاع انظر الموقع :
http://dspace.univ-ouargla.dz/jspui/bitstream/123456789/8222/1/D1205.pdf

يمكن القول أن النظام العام الدولي هو مجموعة من القواعد التي تضعها الاتفاقيات الدولية والأعراف الدولية ومجموعة المبادئ الدولية المتفق عليها، وقد أورد الفقه بعض الفرضيات حول قواعد النظام العام الدولي تتمثل في التزام احترام سلطات الرقابة للسلطات العمومية في مجال العلاقات المالية مع الخارج ، مبدأ حسن النية في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية ، احترام القواعد الأساسية للعدالة لاسيما حقوق الدفاع[1].

تحتفظ كل دولة لنفسها بمفهومها الخاص للنظام العام الدولي ، فما يعدُّ من النظام العام الدولي في دولة ما قد لا يعدُّ كذلك في دولة أخرى فقواعد النظام العام الدولي ذات المفهوم الوطني تختلف من دولة لأخرى تبعًا لمفاهيمها واتجاهاتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلقية ، فعلى سبيل المثال يعتبر الاتفاق على الوفاء مقومًا بالذهب مخالفاً للنظام العام الداخلي في فرنسا ، على أنه لا يخالف النظام العام الدولي بمفهومه الفرنسي ، في حين أن القاعدة السابقة تخالف النظام العام الداخلي والدولي على السواء بمفهومه في مصر، على هذا النحو يختلف النظام العام بمفهوم النظام القانوني المصري على النظام العام الدولي بمفهومه الفرنسي ، وإذا كان المحكم ملزمًا باحترام القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام الداخلي، فإنه يستطيع بالمقابل تجاهل هذه القواعد إذا تعلق الأمر بتحكيم دولي ، بحيث لا يقف أمامه سوى ما يمس النظام العام الدولي بمفهومه الداخلي[2].

في هذا الصدد لو فرضنا أن نزاعًا عرض على القضاء بشأن عقد تضمن شرط الدفع بالذهب ولو أن القانون الأجنبي المختص يجيزه ، فيستبعد القاضي هذا الشرط إذا كان قانونه يمنعه فيعتبر كأن لم يكن ، ويبقي العقد خاضعًا للقانون الأجنبي فيما لا يتعارض فيه مع النظام العام.

وقد حكم القضاء الجزائري بهذا المعنى حيث نقض المجلس الأعلى جزئيًا قرار صادر من مجلس قضاء تيزي وزو في 1982/04/19 كان قد وافق على حكم الدرجة الأولى الذي قضى بمنح صيغة تنفيذية لحكم قضائي فرنسي قصد تنفيذه بالجزائر حكم بتعويضات للمدعى عليها دون تمييزه بين التعويض المستحق عن أصل الحق المطالب به طبقا لاتفاق الطرفين ، ومبلغ الفائدة المتفق عليه المقدر ب 12%والتي يجيزها القانون الفرنسي المختص ، وممنوعة في القانون الجزائري عملاً بالمادة 453 مدني التي تمنع تقاضي فوائد بين الأشخاص الطبيعيين ، لذلك عمد المجلس الأعلى إلى نقض القرار المطعون فيه جزئيًا فيما يخص مبلغ الفائدة وحده ،

[1]- حدادن الطاهر ، المرجع السابق ، ص: 117.

[2]- وليد محمد عباس ، المرجع السابق ، ص : 769 و 770.

تأسيسًا على أن الحكم الأخير المراد تنفيذه في الجزائر بهذا الشكل مخالف للنظام العام ، وفيما عدا ذلك وافق المجلس الأعلى على القرار المطعون فيه[1].

و إذا كانت فكرة النظام العام الدولي تأبى على التحديد فما هو الوضع بالنسبة لفكرة النظام العام عبر الدولي؟ .

الفرع الثاني : النظام العام عبر الدولي

يرصد بعض الفقهاء المعاصرين على خلاف فكرة النظام العام الدولي ظهور نظام عام عبر دولي ، حقيقي réellement ، international ، يستمد مصادره من الأدوات الدولية ، فهو ينتج عن ممارسات دول أو تجمعات مهنية أو تجارية معينة على الصعيد الدولي ، ويحتل بهذه المثابة مكانة أعلى من الأنظمة القانونية على اختلاف أشكالها،وقد أطلق الفقه على هذه الظاهرة النظام العام عبر L'ordre public transnational دولي[2] .

تعود جذور هذه الفكرة إلى القرن التاسع عشر ميلادي ، إذ أشار الفقيه ، Despagent في مقاله المنشور عام 1889 إلى وجود نظام عام مطلق ordre public osbalu مشترك بين كل الدول المتحضرة ، ويرى بعض الفقهاء أن أساس وجود فكرة النظام العام عبر الدولي يرجع إلى مبدأ استقلال التحكيم الدولي فالتحكيم الدولي لا يرتبط بأي نظام قانوني ، وبالتالي يصبح من المتعين البحث عن نظام قانوني آخر تكون مصادره غير وطنية وذلك من أجل استبعاد بعض قواعد القانون الواجبة التطبيق عن أصل الموضوع إذا وجد المحكم ضرورة لذلك.

هكذا فإن فكرة استقلال التحكيم الدولي هو الذي يبرر وجود فكرة النظام العام عبر الدولي ،فهذه الفكرة تجد أساسها في غياب ارتباط التحكيم الدولي بأي قانون من ناحية ، وفي وجود قواعد عبر دولية lex mercatoria يكون النظام العام عبر الدولي أحد مكوناتها من ناحية أخرى.

وقد لاقت فكرة النظام العام عبر الدولي رواجاً لدى قضاء التحكيم الدولي ، إذ تواتر المحكمون على الاعتماد عليها، سواءً في الفساد corruption المتمثل في الرشاوى في مجال الأعمال عبر الدولية ، أو لوضع حدود على إرادة الأطراف ، أو لاستبعاد بعض قواعد النظام العام لقانون العلاقة إذا بدت غير ملائمة

[1]- خالد شويرب ، المرجع السابق. ص : 72 .

[2]- وليد محمد عباس، المرجع السابق، ص:772 .

لاحتياجات التجارة الدولية [1]، وفي هذا الصدد يخلق المحكم قاعدة مادية تماما كما يفعل القاضي الوطني عندما يستبعد في المجال الدولي بعض قواعد النظام العام الداخلي ومثال ذلك ، استبعاد القاضي العادي الفرنسي تطبيق بعض القواعد

الآمرة في القانون الداخلي استنادًا إلى قاعدة مادية ابتدعها في مجال القانون الدولي الخاص مفادها تقرير صحة اتفاقات التحكيم في المجال الدولي استقلالاً عن القواعد الآمرة في القانون الداخلي.

بيد أن هناك اتجاها فقهيا آخر يعارض بشدة فكرة النظام العام عبر الدولي ، واصفًا إياها بأنها فكرة غير مفيدة ، وغير فعالة ولا وجود لها أصلا ، فمن ناحية تعد فكرة النظام العام عبر الدولي غير مفيدة في كل مرة يحمل فها النظام العام الداخلي حلولا مطابقة للنزاع ،ومن ثم لماذا يربك المحكم نفسه بمفهوم غير واضح ودقيق ومتنازع فيه ، في اللحظة التي يستطيع تأسيس قراره فيها على قواعد وطنية موضوعة جيدًا و قد ذهب الفقيه "P.lalive" إلى القول بأنه ليس من المؤكد أن المحكم الدولي يملك جرأة التعبير في نموذج مبتدع تطبيق النظام العام عبر الدولي في اللحظة التي يملك فيها تسبيب قراره وفقًا لتصور أكثر تقليدية ويكون قادرًا علي ضمان الاعتراف به وتنفيذه من قبل القضاء الوطني في مختلف الدول المعنية .

ومن ناحية ثانية فقد وجهت اعتراضات إلى فكرة النظام العام عبر الدولي انطلاقا من كونها فكرة غير فعالة وتؤدي إلى نتائج غير مقبولة على الصعيد الداخلي[2] .

نستنتج من رأي الأستاذ lalive أن فكرة النظام العام الحقيقي لازالت فكرة غير محددة المعالم وذات مفهوم غير واضح ، وبالتالي إصدار المحكم لأحكامه وفقا لهذه القواعد التي لازالت متنازع فيها من شأنه عدم ضمان فاعلية أحكامه في الدولة المطلوب لديها تنفيذ الحكم .

ويذهب الفقيه Goldman إلى القول بأن إذا كان من الصحيح أن فكرة النظام العام المشترك تفرض نفسها سواء أمام القضاء الدولي ، أو أمام محاكم التحكيم ، وقد تتلاقي في بعض الحالات مع النظام العام الدولي بمفهومه الوطني ، إلا أنه من غير المتصور عملا أن يضع القاضي الوطني في اعتباره هذه الفكرة إذ أن الأمر يتعلق هنا إما بمبدأ النظام العام المشترك الذي يشكل أيضًا النظام العام الدولي في دولة القاضي ففي هذه الحالة لا يكون القاضي الوطني في احتياج للجوء إلى فكرة النظام العام المشترك ، إما أن يكون مبدأ النظام العام المشترك متعارضًا مع التشريع في دولة القاضي ،وفي هذه الحالة سوف لا يستطيع القاضي الوطني رفض تطبيق القانون الأجنبي أو المصدر الدولي للقانون المخالف دون أن يتعدى على قانونه المناسب ، وبالتالي فإن القاضي الذي يفصل في نزاع دولي ينبغي اعتباره مكلفًا باستيعاب النظام القانوني الدولي ، ونتيجة لذلك يتحرر من مقتضيات

---

[1]- المرجع نفسه ، ص: 774.

[2]- وليد محمد عباس ، المرجع السابق ، ص : 775.

نظامه القانوني ومن ثم يكون غير ملتزم به ، ولكن هذا الازدواج الوظيفي سيكون مخالفًا بطبيعة الحال لطبيعة وظيفته[1].

نستنتج من رأي الأستاذ Goldman و هو الرأي الغالب أن قواعد النظام العام الدولي الحقيقي أو عبر الدولي أو المطلق كما يسميها البعض، بمثابة نظام قانوني قائم بذاته خاص بالمحكم الدولي ، فهو بذلك مثله مثل القاضي الوطني الذي يملك قانونه الخاص lex fori ، هذا الرأي يبرره تبني محاكم التحكيم نظاما عاما لا يخالف النظام العام الدولي في العديد من القضايا .

المبحث الثاني: أثر الظام العام على القانون الواجب التطبيق على الموضوع

إن النظام العام يستطيع أن يؤثر على الحلول المعطاة من المحكم الدولي بالسنية للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بصفتين مختلفتين ، بصفته قانون داخلي للعقد (المطلب الأول) وبصفته قانون بوليس (المطلب الثاني).

المطلب الأول: النظام العام الداخلي لقانون العقد

ترتب على تزايد اللجوء إلى التحكيم بصدد العقود ذات الطابع التجاري ، أن برزت على السطح مشكلة عملية تتمثل في كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود من الناحية الموضوعية، وما تثيره هذه المسألة من احتمالية تضمنها شرطًا يخالف النظام العام ، في الفرض الذي يتفق فيه الأطراف على إخضاع العقد المبرم بينهما لقانون معين ،غير أنهما أدرجا في هذا العقد شرطًاً يعتبر باطلاً في هذا القانون فهل يطبق المحكم القانون الذي اختارته إرادة الطرفان بالرغم من مخالفته للنظام العام في هذا القانون أم أنه يطبق هذا القانون ويقرر بطلان الشرط المخالف له ؟ ، في مثل هذه الحالة ينبغي التميز بين فرضين حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع (الفرع الأول)، وسلطة المحكم التقديرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع (الفرع الثاني).

[1]-وليد محمد عباس ، المرجع السابق ، ص : 776.

الفرع الأول: حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع

من القواعد المستقر عليها في فقه القانون الدولي، هي إخضاع العقد الدولي للقانون الذي تختاره إرادة الأطراف[1].

فالأطراف يملكون الحرية الكاملة في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد في لحظة إبرامه ، ويتسع هذا المبدأ لكي يسمح لهم أيضًا بأن يتفقوا على القانون الذي يحكم المنازعات الناشئة عن ذلك العقد حتى ولو كانت تلك المنازعات قد نشبت بينهم بالفعل[2] ، ولقد أكد المشرع الفرنسي على مبدأ استقلال الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع في قانون الإجراءات المدنية لعام 1981 ، فقد نصت المادة 1496 على : "يحسم المحكم النزاع طبقًا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف "[3] ، ولقد ساير المشرع الجزائري ذات المنهج من خلال المادة 3/1040 من ق إ م إ ، وفي ذات السياق القانون المصري الخاص بالتحكيم الدولي ، فقد نصت المادة 139 منه على أنه "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان".

يتضح مما سبق أن هؤلاء المشرعون قد أخذوا بفكرة الاستقلال المطلق لإرادة الأطراف في اختيار القانون أو القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع ، حيث لم يقيدوا إرادة الأطراف بأي قيد في هذا الخصوص ، وبالتالي يجوز لهم اختيار أي قانون وطني لدولة معينة ولو لم يكن له صلة بالعقد محل التحكيم[4] ويجد مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع صدى له في معظم التشريعات المقارنة[5].

---

[1]– منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، الإسكندرية ،1992 ، ص: 59.

[2]– وليد محمد عباس ،المرجع السابق ، ص: 633.

[3] -l'article 1496 l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisisses(…)

[4]- FAUCHARD philippe، GAILLARD (E) GOLDMAN (B) ،traité de l'arbitrage commercial international ،Edition ،Litec،Paris،1996 ،p :1015.

[5]– المشرع العماني المشرع البحريني ،المشرع الليبي للاطلاع أنظر موقع قوانين التحكيم العربية :

http://www.egyiac.com/commissions.php

نصوص قانون التحكيم المصري، القانون رقم 27 لسنة 1997 بإصدار القانون في شأن التحكيم في المواد المدنية و التجارية، للاطلاع أنظر الموقع : http://www.alu-1944.org/egypte.htm

علاوة على ذلك فإن المعاهدات الدولية[1]و الأنظمة القانونية ولوائح هيئات التحكيم الدائمة التي تعنى بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في مادة التحكيم الدولي تضع نفس الالتزام علي المحكم ، حيث تنص اتفاقية جنيف لعام 1961 في مادتها السابعة على أن : " للأطراف الحرية في تحديد القانون الذي يجب تطبيقه من قبل المحكم على موضوع النزاع".

وتنص المادة 28 من نموذج القانون الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي لسنة 1985 على ما يلي :" تفصل هيئة التحكيم في النزاع بموجب قواعد القانون الذي اختاره الأطراف على موضوع النزاع ، فالمحكم الدولي لا يملك تقدير الأساس الذي بمقتضاه تم هذا الاختيار للقانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف ، فهو لا يملك سوى أن يحترم هذا الاختيار[2].

لكن التوغل في احترام إرادة الأطراف من قبل المحكم قد يؤدي به باسم النظام العام للقانون المختار إلى الخروج عن الاتفاق التعاقدي الذي ينبثق من ذات الإرادة ؟.

الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي الموقعة في جنيف 1961[3] و قانون التحكيم الفرنسي لعام 1981، ولائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس كلها تنص على أنه يجب على المحكم تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف وأن يأخذ في الاعتبار فقط الشروط التعاقدية التي يعترف بمشروعيتها القانون الذي اختاره الأطراف ، هذا يعني ألا يضع الأطراف شروطًا تعاقدية خارج نطاق القانون الواجب التطبيق لأن ليس لهم الحق في ذلك[4] وكمثال على هذا إذا أبرم الطرفان عقد بينهما ، وضمنًاه شرطا ينص على خضوع العقد للقانون الفرنسي ، فإن هذا يعني وجود تسلسل وانسجام بين القانون الفرنسي والشروط التعاقدية ،ويكون الأطراف قد اختاروا إعطاء إرادتهم الآثار لتي خولها لهم القانون الفرنسي ، إذن فالشرط الذي يعتبر باطلاً طبقاً للنظام العام الفرنسي ينبغي على المحكم استبعاده ، اللهم إلا إذا استبعد الأطراف صراحة قواعد معنية في هذا القانون ، فلا يجوز للمحكم في هذه الحالة أن يفرض تطبيق مثل هذه القواعد باسم النظام العام.

---

[1] –مرسوم رئاسي رقم 95_346 مؤرخ في 30 أكتوبر ،1995 المتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى الموقعة في18 مارس سنة 1965 بواشنطن ، الجريدة الرسمية، عدد 66، سنة 1995 حيث تنص المادة 1/42 منها على أنه : تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي يتفق عليها الأطراف .

[2] – أشرف عبد العليم الرفاعي ، المرجع السابق ، ص : 52.

[3] -The parties will be free to determine by agreement the law to be applied by the arbitrators to the substance of the dispute failing any indication by the parties as the applicable law the arbitrators will apply the proper law under the rule of conflict that the arbitrators deem applicable in both cases the arbitrators will take into account of terms of the contract and trade usages available at : http://www arbitratrage.org/fr/presentation/texte_convention_eur pdf

[4] – أشرف عبد العليم الرفاعي ، المرجع السابق ، ص: 53 .

وقد أكد قضاء التحكيم الدولي على مبدأ تطبيق القانون صراحة من قبل الأطراف على العقد الدولي، في العديد من الأحكام الصادرة عنه في هذا الشأن[1].

الفرع الثاني : سلطة المحكم التقديرية في تحديد القانون واجب التطبيق الموضوع

إذا لم يتفق الأطراف على تحديد القانون واجب التطبيق سواءَ كان ذلك راجعا إلى إهمال تعثر المفاوضات بينهم، فهنا يظهر دور المحكم في تحديد هذا القانون[2] لكن ما هو المنهج الذي سوف يتبعه المحكم من أجل تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع؟.

يمكن أن نميز في هذا الصدد بين اتجاهين ، أن يحدد المحكم القانون واجب التطبيق من خلال اللجوء إلى منهج تنازع القوانين (الفرع الأول) أو التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق (ثانيا).

أولا : اللجوء إلى منهج تنازع القوانين

وضع المحكم إزاء المنازعات الدولية يختلف عن ذلك المقرر بالنسبة للقاضي الوطني ، فبينما يملك الأخير نظام قانوني متكامل ويلتزم بتطبيقه وعدم الخروج على قواعد الإسناد الواردة فيه ، حال عدم وجود اتفاق بين الأطراف على اختيار القانون واجب التطبيق على الموضوع ، فإن المحكم خلاف ذلك ليس لديه قانون وطني يمكنه الاستعانة به في حال غيبة إرادة الأطراف ليحدد على أساسه القانون واجب التطبيق على الموضوع.
كما أن المحكم لا يحمي نظاما داخليا لدولة ما ، مما ينتج عنه تنوع الطرق التي يلجأ إليها المحكم لتحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع تبعاً للمنهج الذي سوف يتبعه ، فيمكن للمحكم أن يلجأ إلى قواعد تنازع القوانين الواردة في قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته ، أو التي بها محل إقامته على اعتبار أن هذا النظام يكون المحكم أكثر إلماما به عن غيره من الأنظمة الأخرى ، كما انه يعد النظام المختار ضمنيا من قبل الأطراف ، حيث أن اختيار الأطراف لمحكم ما يشكل قرينة غير مباشرة على اتجاه إرادتهم لتطبيق نظام تنازع القوانين في دولة المحكم المختار[3].

---

[1]- قضية Aramco ضد حكومة المملكة العربية السعودية ، قضية :Calasiatic-texaco ضد الحكومة الليبية ، لتفاصيل أكثر حول هذه القضايا أنظر كل من : محمد يوسفي علوان ، القانون الدولي للعقود ،مجلة الحقوق والشريعة ،السنة الرابعة ،العدد الأول الكويت 1980 ، ص: 132- عليوشقربوع كمال، التحكيم التجارة الدولي في الجزائر ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ، 2001.ص: 24.

[2]- وليد محمد عباس، المرجع السابق، ص: 643 .

[3]- المرجع نفسه ، ص: 645.

تعرض هذا الاتجاه لبعض الانتقادات منها أن الحل الذي أتى به قد يؤدي إلى تطبيق قانون لا يمت بصلة لموضوع النزاع وذهب جانب آخر إلى أنه في حالة غياب كل اتفاق صريح أو ضمني ، لا يملك المحكم سوى إعمال قواعد تنازع قوانين في قانون دولة مقر التحكيم ، بحيث يعد قانون الدولة التي يجرى التحكيم على أرضها بمثابة قانون القاضي lex fori بالنسبة للمحكم ، كما أن من شأن إتباع منهج تنازع القوانين في دولة مقر

التحكيم ، أن ينتج عنه إعمال قواعد النظام العام للدولة التي يجرى التحكيم على أرضها على الرغم من عدم وجود أي ارتباط بين النزاع وهذه الدولة[1].

وقد يلجأ المحكم في البحث عن القانون الواجب التطبيق إلى التطبيق الجمعي أو الشامل cumulative application لقواعد التنازع الوطنية بحيث يفحص المحكم قواعد تنازع القوانين بالنسبة للقوانين المقترحة لمختلف الأنظمة القانونية المتعلقة بالنزاع ، فإذا كان مضمون هذه القواعد مختلفا يجوز له تحديد قانون وطني منفرد ليكون القانون الواجب التطبيق الأكثر ارتبطا بالواقعة[2] .

ثانيا : التحديد المباشر للقانون واجب التطبيق

منحت غالبية القوانين الوطنية المحكمين سلطة التحديد المباشر voie direct للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع دون أن تلزمهم باللجوء إلى قواعد تنازع القوانين أي اختيار قاعدة تنازع القوانين المقبولة على نطاق واسع على المستوى الدولي[3] .

و يمكن أن نذكر في هذا الصدد القانون الفرنسي للتحكيم الدولي فقد نصت المادة 1/1969منه على أن" يفصل المحكم في النزاع في حالة غياب القواعد المختارة من قبل الأطراف، لقواعد القانون التي يقدر أنها ملائمة "، و كما هو واضح من النص أعطى المشرع الفرنسي للمحكم سلطة تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع مباشرة دون أن يلزمه في ذلك باللجوء إلى قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص لبلد معين.

---

[1]- وليد محمد عباس ، المرجع السابق ، ص: 647.

[2]- من أحكام التحكيم التي أخذت بهذا الاتجاه القضية رقم 5118 في عام 1986 ، لتفاصيل أكثر حول القضية أنظر يوسف سليمان عبد الرحمن ، القواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق على منازعات البترول ، المؤتمر السنوي 19 حول التحكيم في عقود النفط و الإنشاءات الدولية ، صلالة عمان، 26 – 27 أوت ، 2014 ، ص: 23 للاطلاع أنظر الموقع :
http://www.gcac.biz/salalh19/ar2/wp-content/uploads/2014/09

[3]- أشرف عبد العليم الرفاعي ،المرجع السابق ، ص : 33.

و قد أخذ بنفس الحل القانون الجزائري للتحكيم ، فقد نصت المادة 1050 ق إ م إ "أن تفصل محكمة التحكيم في النزاع ، في حالة غياب القواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف ،طبقا لقواعد القانون و العادات التي تقدر أنها ملائمة ". و كما هو واضح من النص ، لقد أعطى المشرع الجزائري للمحكمين الحق في أن يحددوا مباشرة القانون واجب التطبيق دون أن يلزمهم في ذلك باللجوء إلى قواعد تنازع القوانين ، كما أنه لم يقيد من سلطة المحكمين القيد الوارد في بعض القوانين الذي يفرض على المحكمين الفصل في النزاع طبقا لقواعد القانون الأكثر اتصالا بالنزاع على غرار القانون السويسري الذي نص في المادة 1/127منه على أن تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي ترتبط بصلات أكثر وثاقة ، وذلك في حالة غياب القواعد القانونية المختارة بواسطة الأطراف" [1] .

المطلب الثاني : النظام العام بوصفه قانون بوليس

قواعد البوليس أو القواعد ذات التطبيق الضروري les loi d'application immédiate هي تلك القواعد القانونية التي تلازم تدخل الدولة وترمي إلى تحقيق وحماية المصالح الحيوية والضرورية والاقتصادية والاجتماعية في المجتمع ، والتي يترتب على عدم احترامها إهدار ما تبتغيه السياسة التشريعية، وتكون واجبة التطبيق على كافة الروابط التي تدخل في مجال سريانها أيا كانت طبيعة تلك الروابط وطنية كانت أم ذات طابع دولي[2]، فمنهج القواعد ذات التطبيق الضروري لا يهتم بالعنصر الأجنبي أو بالطبيعة الدَولية للعلاقة المطروحة، وإنما يعتمد أصلاً على تحليل القواعد القانونية من حيث مجال سريانها المكاني بهدف تثبيت الاختصاص لقانون القاضي في بعض الفروض، وذلك لتحقيق الحماية اللازمة للنظام القانوني لدولة القاضي[3]، حيث يمثل هذا المنهج خصوصية أمام قضاء التحكيم نظراً لغياب قانون القاضي وبالتالي تجد القوانين المتنازعة نفس المجال لحكم المسائل محل النزاع، فالمحكم على خلاف القاضي الوطني، لا يعرف فكرة قوانين البوليس الأجنبية[3] فكافة قوانين البوليس تتسم أمامهم بالصفة الأجنبية[4] .

إن اصطدام قواعد البوليس بالنظام العام يتخذ صورة خاصة أمام المحكمين نتيجة لعدم وجود قانون اختصاص داخلي لهم وبالتالي ينعدم وجود نظام عام وفقا للمعنى المحدد لهذه الفكرة في القانون الدولي الخاص الداخلي ، فما يسهر المحكم على حراسته هو النظام العام الدولي ، إضافة إلى ما قد يضطر إليه من احترام

---

[1]- يوسف سليمان عبد الرحمن ، المرجع السابق، ص : 18.

[2]- أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،2000 ، ص : 183 .

[3]- محمد محمود ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق ، دار الفكرة الجامعي ، الإسكندرية ، 2003 ، ص: 27.

[4]- محمد إبراهيم علي محمد ، القواعد الدولية الآمرة ، دار الفكرة الجامعي ، الإسكندرية 2001 ص : 63.

للنظام العام في دولة مقر التحكيم [1]، لكن هل المحكم مظطر لمراعاة قوانين البوليس في الدولة المطلوب لديها التنفيذ ؟ (المطلب الأول) و إذا كان الأمر كذلك فما هو الوضع بالنسبة لقوانين البوليس الأجنبية عن العقد؟ (المطلب الثاني).

الفرع الأول : قوانين البوليس المنتمية إلى قانون العقد

إن تردد المحكم في تطبيق قوانين البوليس تنبع من كون هذا التطبيق يجعله مثل قاضي الدولة عند حمايته للمصالح العامة في حين أن مهمته هي رعاية المصالح الخاصة للأطراف ، غير أن تطبيق المحكم لقوانين البوليس يبدو وكأنه الضريبة التي يدفعها المحكم لضمان تنفيذه حكمه[2]، إذ كيف يمكن للدولة أن تقبل الاعتراف بعدالة خاصة دون أن تفرض في الوقت نفسه على أولئك الذين يطبقونها مراعاة المصالح العامة التي تدافع عنها الدولة ؟.

يرى أحد الفقهاء أنه ينبغي على المحكم أن يطبق قوانين البوليس لأنه إذا لم يطبق القواعد التي تحمي المصالح الأساسية للدولة فإن قاضي الدولة يمكن أن يعتبر المنازعات التي تمس هذه الموضوعات ، غير قابلة للتحكيم ، وفي هذه الحالة ينبغي عليه شأنه شأن قاضي الدولة البحث عند الاقتضاء عن التطبيق المحتمل لقوانين البوليس المتنازعة مع القانون الذي اختاره الأطراف.

ويرى جانب آخر أنه ينبغي على المحكم تطبيق قوانين البوليس المنتمية إلى النظام القانوني الذي اختاره المتعاقدان تحت تحفظ وحيد ألا تكون متعارضة مع النظام العام الدولي الحقيقي ، الذي يفرض نفسه على المحكمين .

على سبيل المثال يمكن للمحكم استبعاد قوانين البوليس المتعلقة بالحظر الاقتصادي على إسرائيل المنصوص عليه في قرارات الجامعة العربية لمخالفتها النظام العام الدولي بعدم التمييز العنصري أو الديني ، أو العرقي حتى ولو كان هو القانون الذي اختاره الأطراف لتسوية النزاع[3].

ويبدو أن المحكمين يعالجوا مشكلة تدخل قوانين البوليس لقانون العقد بطريقة مختلفة بحسب ما إذا كان الأطراف هم الذين اختاروا هذا القانون (أولا)، أو أن المحكم هو الذي اختاره (ثانيا).

---

[1]- أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق ، ص : 84 .

[2]- محمد إبراهيم علي محمد، المرجع السابق، ص : 65 .

[3]- أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص : 87 .

أولا : تحديد قانون العقد من قبل الأطراف

يلتزم المحكم بتطبيق القانون الذي اختاره الأطراف، وكنتيجة لذلك فإنه عندما يحدد الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم نستنتج من ذلك أن المحكم ينبغي عليه أن يطبق قانون البوليس لهذا القانون لأن إعمال قواعد البوليس في هذا القانون لا يشكل مفاجأة للمتعاقدين، ولا يخل بتوقعاتهم المشروعة.
ويبدوا أن المسائل التي يثيرها قانون البوليس لقانون العقد الذي تم تحديده من قبل الأطراف تكون مشابهة لتلك المسائل المتعلقة بالنظام العام الداخلي لهدا القانون، إلا أن هذا التشبيه ليس تماماً فالتنازع بين شروط التعاقدية والنظام العام الداخلي للقانون الذي اختاره الأطراف يمكن تسويته عن طريق البحث عن إرادة الأطراف من جهة
مضمون شرطهم في اختيار هذا القانون، وعلى العكس من ذلك فإن البحث فقط عن إرادة الأطراف من ناحية مضمون شرطهم لترشيح القانون، لن يسمح بتسوية التنازع بين الشروط التعاقدية، وقانون البوليس لقانون العقد[1].

لو افترضنا مثالا، أن شركة ألمانية أبرمت عقدا مع شركة إيطالية واتفقا على أن يحيلا أي نزاع ينشأ بينهما للتحكيم وحددا بدقة في اتفاقهما أن لا يخضع العقد لقانون المنافسة للمجموعة الأوروبية مع أن هذه القواعد تعتبر قواعد آمرة في كلا القانونيين ، وبدلا من اختيار القانون السويسري اتفقا على اختيار القانون الألماني فهل يجوز للمحكم في هذه الحالة عدم تطبيق هذه القواعد بحجة أن الأطراف قد اختاروا القانون الألماني اختيارا جزئيا كقانون للعقد، وذلك باستبعاد بعض القواعد الآمرة في هذا القانون ؟[2].
يرى جانب من الفقه أن الإجابة على هذا التساؤل تكون بالنفي، لأن طموح قوانين البوليس إلى ضبط العملية التعاقدية لا يعتمد بالضرورة على اختياره قانون للعقد يتعارض مع النظام العام الداخلي.

ثانيا: تحديد قانون العقد قبل المحكم

المحكم على عكس قاضي الدولة يجهل مفهوم القانون المختص لحكم العقد، أي ليس له قانون اختصاص وكنتيجة لذلك إذا لم يختر الأطراف قانون العقد فإن كل القوانين التي تطمح إلى التطبيق على العقد تكون على قدم المساواة ، إذن سوف لا يكون مدهشا أن يعلن المحامين رأيهم فيما يخص قابلية قوانين البوليس للتطبيق

[1]- أشرف عبد العليم الرفاعي ، المرجع السابق ، ص : 89 .
[2]- المرجع نفسه ، ص: 90 .

بطريقة مباشرة دون الاستفهام عن انتمائها لقانون العقد أي دون فحص عما إذا كانت متعلقة بقانون العقد أم لا[1].

الفرع الثاني : قوانين البوليس الأجنبية عن قانون العقد

في بعض الأحيان القوانين الأجنبية قد تؤثر على العقد نظرا لأنها قواعد آمرة هدفها هو عدم السماح للأطراف باستبعادها ، وكمثال على هذا اتفقت شركة إيطالية وأخرى ألمانية في العقد المبرم بينهما على أنه في

حالة نشوء نزاع يعرض على التحكيم ، وحدادتا جنيف مكان للتحكيم والقانون السويسري هو القانون الواجب التطبيق على النزاع، وهذا العقد يتعارض مع نصوص قانون المنافسة في اتفاقية روما التي تعتبر قواعد آمرة في كل
من القانونين الإيطالي والألماني فهل يمكن للمحكم إبطال عقد خاضع للقانون السويسري طبقا لأحكام اتفاقية روما فيما يخص المنافسة ؟.

من الضروري التمييز بينما إذا كان الأطراف هم الذين اختاروا القانون الواجب التطبيق (أولا) وبينما إذا كان المحكم هو الذي اختاره (ثانيا).

أولا : تحديد قانون العقد من قبل الأطراف

المبدأ الذي بمقتضاه يلتزم المحكمون بتطبيق القانون الذي اختاره الأطراف يكفي أحيانا بالنسبة للمحكمين لاستبعاد قانون البوليس الأجنبي عن هذا القانون ، ففي حكم التحكيم الصادر سنة 1982 عن محكمة التحكيم بأمستردام ، حيث يتعلق الأمر بقابلية تطبيق قواعد القانون النمساوي للرقابة على الصرف على عقود خاضعة للقانون الهولندي، بينت المحكمة أن قانون البوليس النمساوي ينبغي أن يستبعد في كل الأحوال بسبب محتواه[2].

كما أن حكم التحكيم الصادر من غرفة التجارة الدولية بباريس سنة 1974 في القضية رقم 1512 رفض تطبيق قواعد البوليس التي لا تنتمي لقانون العقد ، حينما استشعر المحكمون أن تطبيقها على المسألة المطروحة سيؤدي إلى الإخلال بالتعيين القانوني للأطراف[3].

---

[1]- حكم التحكيم صادر من غرفة التجارة الدولية بباريس في قضية رقم 4132 في سنة 1983: أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص : 91.

[2]- أشرق عبد العليم الرفاعي ، المرجع السابق ، ص : 136 .

[3]- المرجع نفسه ، ص : 143.

ثانيا: تحديد قانون العقد من قبل المحكم

نظرا لعدم وجود قانون اختصاص بالنسبة للمحكم الدولي فإن كل القوانين الوطنية أو غير الوطنية بالنسبة له تكون على قدم المساواة ، وكمحصلة لذلك لا أحد يعترض على تطبيق قانون بوليس أجنبي عن القانون الذي سيحدده المحكم كقانون العقد ومن هنا تبرز مشكلة تنازع القواعد ذات التطبيق الضروري أمام المحكم ، ففي الواقع سوف يتعلق الأمر أساسا بقوانين البوليس للدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها ، بيد أنه لا يوجد حقيقة مجمع عليها من قبل المحكمين فيما يتعلق بتطبيق قوانين البوليس الأجنبية عن قانون العقد ، عندما لا يكون هذا القانون قد تم اختياره من قبل الأطراف .

تميل بعض الأحكام إلى تطبيق قوانين البوليس لمكان تنفيذ العقد حيث يستند المحكمون إلى مبدأ الفاعلية عن طريق تطبيق قاعدة البوليس التي تنتمي إلى قانون الدولة التي يتوقع المحكمون أن حكمهم سينفذ في إقليمها و التي

سوف يرفض قضاؤها غالبا الأمر بتنفيذ الحكم فيما لو كان قد تجاهل قاعدة البوليس الآمرة التي ينطوي عليها قانونها لمخالفته في هذا الفرض للنظام العام في دولة التنفيذ مما يجرد الحكم التحكيمي من فعاليته.

ويرى جانب من الفقه ردا على الرأي السابق أنه من الصعب التوقع المسبق للدولة التي سيتم فيها تنفيذ الحكم بالنظر لوجود أموال المحكوم ضده عادة في دول مختلفة مادمنا بصدد علاقة دولية بطبيعتها، ويميل جانب من أحكام المحكمين إلى ترجيح إعمال قواعد البوليس السائدة في الدولة التي يتوقع الأطراف تطبيق قانونها فإذا تبين للمحكم أن إعمال قاعدة من قواعد البوليس التي تريد الانطباق يؤدي إلى مفاجأة الأطراف فإنه يتجاهل إعمالها مفضلا الرجوع إلى القاعدة التي لا تناهض توقعات الأطراف[1].

إن الاهتمام بالإجابة على توقع الأطراف يقود المحكم إلى احترام أو رفض القوانين ذات التطبيق الفوري لنظام قانوني آخر غير النظام القانوني الذي يحكم العقد بصفة أساسية[2].

[1]- أشرف عبد العليم الرفاعي ، المرجع السابق ، ص : 136.

[2]- هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية ،1995 ، ص : 772 .

وعلى هذا النحو وفي قضية رقم 1859 التي تشير من حيث المبدأ احترام القوانين ذات التطبيق الفوري لمكان تطبيق العقد، محكمة التحكيم لفتت الأنظار إلى أن المصدر الياباني لا يستطيع الادعاء بأنه يجهل هذه القوانين في وقت التوقيع على العقد[1].

إذن فمحاكم التحكيم صارت تتبنى نظاما عاما لا يخالف النظام العام الدولي ألا وهو النظام العام الدولي الحقيقي، و النظام العام عموما يؤثر على خصومة التحكيم من الناحية الموضوعية فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الموضوع من ناحيتين مختلفتين من ناحية كونه قانون داخلي للعقد، وفي هذه الحالة يجب على المحكم استبعاد الشروط المخالفة للنظام العام في الفرض الذي يضع فيه الأطراف شروط تعاقدية خارج نطاق القانون الواجب التطبيق إلا إذا استبعد الأطراف صراحة قواعد معينة في هذا القانون فلا يجوز للمحكم في هذه الحالة أن يفرض تطبيق مثل هذه القواعد باسم النظام العام، كما يؤثر من ناحية كونه قانون بوليس ففي هذه الحالة يجب

على الأطراف احترام قوانين البوليس المنتمية لقانون العقد دون الاتفاق على استبعادها لأن ذلك يعد مخالفا للنظام العام.

[1]- أشرف عبد العليم الرفاعي ، المرجع السابق ، ص : 137.

الفصل الثاني :

أثر النظام العام على التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم

تمهيد :

إن إرادة الأطراف تلعب دورا رئيسيا في صياغة القواعد الإجرائية لا سيما في تحكيم الحالات الخاصة إلا أن الواقع كثيرا ما يثبت أن صياغة الأطراف للقواعد الإجرائية و هو من الأمور غير المألوفة وكذا خوض هيئة التحكيم في هذه الإجراءات قد يصطدم مع بعض القواعد الإجرائية الآمرة أو تلك التي تتعلق بالنظام العام في دولة التنفيذ ، لاسيما فيما يخص الجوانب المتعلقة باتفاق التحكيم و أصول المحاكمة (المبحث الأول) ، و الجوانب المتعلقة بهيئة التحكيم و القرار التحكيمي (المبحث الثاني) .

المبحث الأول: الجوانب المتعلقة باتفاق التحكيم وأصول المحاكمة

التحكيم هو الحكم في منازعة بواسطة أشخاص يتم اختيارهم كأصل عام بواسطة أشخاص آخرين ، و ذلك بموجب اتفاق سواء كان شرط أو مشارطة فهما ليسا في الواقع سوى [1]اتفاق تحكيم[2] ، كما يحدد الأطراف بموجب هذا الاتفاق الإجراءات الواجب إتباعها من طرف هيئة التحكيم ويكون المحكم مقيد بالإجراءات والأوضاع المتعلقة بالمبادئ الأساسية للدعوى ، وخلو اتفاق التحكيم من أحد العناصر الأساسية والجوهرية قد يؤثر على سلامته (المطلب الأول) ، كما أن إغفال المحكم أو المحكمين أحد المبادئ الأساسية لحق التقاضي (المطلب الثاني) ينتج عنه بطلان حكم التحكيم وهو بطلان مطلق متعلق بالنظام العام الدولي .

المطلب الأول: صحة اتفاق التحكيم

جل الاتفاقيات الدولية، ومن بينها اتفاقية نيويورك [3] جعلت من الكتابة ركنا أساسيا لابد من وجوده ليكون التحكيم موجودا ، وهو شرط صحة يتعلق به وجود الاتفاق أو عدم وجوده ، وإذا تخلف هذا الشرط الكتابي وفقا لهذه الاتفاقية ، كان الاتفاق التحكيمي باطلا بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام .

وأخذا بعين الاعتبار إن معظم دول العالم قد انضمت إلى اتفاقية نيويورك وبالتالي التزمت بجميع مبادئها وقواعدها بما فيه وجوب أن يكون اتفاق التحكيم كتابيا وإلا فهو باطل ومخالف للنظام العام[4]ومن خلال تفحص أحكام الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة في مادة التحكيم يمكن رصد تأثير النظام العام على اتفاق التحكيم من عدة جوانب تتمثل في عدم وجود اتفاق التحكيم (الفرع الأول) ، أهلية الأطراف للجوء إلى التحكيم (الفرع الثاني).

---

[1]- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2004 ص: 42.

[2]- عمر مشهور حديثة الجازي، اتفاق التحكيم في ظل قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 ، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 22، السنة 2003، ص: 2 للاطلاع أنظر الموقع : http://www.jcdr.com/pdf/2-ar.pdf

[3]- مرسوم رئاسي رقم 233/88 المؤرخ في 25 ربيع الأول 1409 الموافق ل 05 نوفمبر 1988 ، يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 و الخاصة باعتماد القرارات الأجنبية و تنفيذها، ج ر عدد 48سنة 1988 . المادة 2.

[4]- ممدوح عبد العزيز العنزي ، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان،2006، ص: 192.

الفرع الأول: عدم وجود اتفاق التحكيم

ما يصدر عن التحكيم بغير اتفاق عليه في صورة شرط أو مشارطة لا يكون حكما له المقومات الأساسية للأحكام ، بما يتيح لأي من الأطراف رفع الاحتجاج عليه بمجرد إنكاره و التمسك بعدم وجوده دون حاجة إلى الادعاء بتزويره أو اللجوء إلى الدعوى المبتدأة لإهداره ، فاتفاق التحكيم هو أساس التحكيم ، فحيث لا اتفاق فلا تحكيم ولا حكم تحكيمي [1] فنقطة البداية في نظام التحكيم هي الاتفاق على مبدأ التحكيم واختياره سبيلا لحل نزاعات معينة ، أو المنازعات التي تثيرها معاملات معينة فبدون هذا الاتفاق لا يمكن أن يجرى تحكيم أو يتم، لذلك فان أول ما ينبغي على المحكم أو القاضي القيام به التحقق من وجود اتفاق التحكيم [2] وهذا الاتفاق ،هو من ثم المبرر القانوني لمهمة المحكمين القضائية.

و عدم وجود هذا الاتفاق ينفي أي أساس قانوني للتحكيم ، ويمكن لهذا الاتفاق أن يتخذ أشكالا مختلفة عند التعاقد وقبل قيام أي نزاع سواء بصورة اتفاق مستقل بحد ذاته أو بصورة شرط في العقد الأصلي أو بعد التعاقد وعند قيام نزاع بموجب اتفاق لاحق على العقد الأصلي ،وهذا الاتفاق يشكل في الحقيقة مصدر السلطة التي يتمتع بها المحكمون بموجب أحكام القانون وغيابه يعني افتقار التحكيم لأسباب وجوده القانونية[3] وبموجب المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري اشترطت أن يحصل الاتفاق على التحكيم كتابة ، والكتابة هنا ليست وسيلة إثبات بل هي شرط صحة يترتب على تخلفها بطلان اتفاق التحكيم بحكم القانون ولا يكفي وجود اتفاق تحكيم بل لابد أن يكون هذا الاتفاق صحيحا، أي خاليا من عيوب البطلان ، فقد نص المشرع الجزائري على أن اتفاقية التحكيم تكون صحيحة في القانون الذي اختاره الخصوم أو في القانون الذي يحكم موضوع النزاع أو في القانون الذي يرى المحكمون أنه الأكثر ملائمة« المادة 3/1040 »أي الأفضل لصحة اتفاق التحكيم .

كما أن الأصل في تحديد مدة التحكيم ،أي المدة التي يجب على المحكمين إصدار حكمهم خلالها اتفاق الخصوم وفي حال عدم اتفاقهم على مدة معينة ،يعمل بالمدة التي حددها القانون [4] وهي في قانون الإجراءات المدينة والإدارية المادة 1018: 4 أشهر ويبدأ سريان هذه المدة من تاريخ تعيين المحكمين أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم.

---

[1]- أحمد هندي ، التحكيم دراسة إجرائية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ،2013 ، ص : 178 .

[2]- إبراهيم رضوان الجغبير، بطلان حكم المحكم ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، 2009 ، ص : 128 .

[3]- فؤاد ديب ، المرجع السابق ، ص: 77 .

[4]- أشرف عبد العليم الرفاعي ، المرجع السابق ، ص :81 .

المشرع الجزائري أخذ بالتمديد الاتفاقي أو الرضائي الذي يتم باتفاق الطرفين والأخذ بهذا النوع من التمديد ينسجم مع الطبيعة الاتفاقية للتحكيم القائمة على احترام إرادة الأطراف.

الفرع الثاني : أهلية الأطراف للجوء إلى التحكيم

تنص المادة 3/2/1006 من ق إ م إ ما على أنه "لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام[1] العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم.

ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية" .

إذا كان التحكيم اليوم يؤدي دورا كبيرا في التجارة الدولية[2]، فهذا لا يعني أنه بإمكان أي شخص سواء كان شخص طبيعي أو معنوي الالتجاء إليه ، إلا بشروط تكاد تجمع عليها جل التشريعات المقارنة في مادة التحكيم وكذا الاتفاقات الدولية ، فالقول بعكس هذا الرأي يؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم وهذا البطلان هو مطلق متعلق بالنظام العام الدولي ، لهذا لابد لنا من التمييز بين حالتين أهلية الشخص الطبيعي لإبرام اتفاق التحكيم (أولا) و أهلية الشخص الاعتباري لإبرام اتفاق التحكيم (ثانيا).

أولا: أهلية الشخص الطبيعي لإبرام اتفاق التحكيم

يكون الشخص متمتعا بأهلية التصرف القانونية إذا توفرت فيه الشروط المقررة لذلك في قانونه الوطني ، أي قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته عملا بالمادة 40 من القانون المدني الجزائري يكون كامل الأهلية إذا أتم سن 19 سنة من العمر متمتعا بقواه العقلية و لم يحجز عليه و لم يكن محروما من ممارسة حقوقه المدنية بحكم قضائي .

وعلى هذا فان فاقد الأهلية ناقصها لا يتمتعان بالأهلية اللازمة لممارسة أهلية التصرف أي إذا كان أحد أطراف اتفاق التحكيم لا تتوافر فيه شروط أهلية التصرف وفق قانونه الوطني يكون غير أهل لإبرام اتفاق التحكيم[3].

---

[1]- التحكيم لا يجوز في مسائل الصلح ومسائل الجنسية والزواج والطلاق: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، قواعد و إجراءات التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 27 العدد 1-2 مارس يونيو 1993 ص: 75.

[2]- أفراح عبد الكريم خليل ، التحكيم في المنازعات البحرية ، مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد 14،العدد 50، السنة 2012 ، ص : 146.

[3]- فؤاد ديب ، المرجع السابق ، ص: 82.

ثانيا: أهلية الشخص الاعتباري لإبرام اتفاق التحكيم

ويقصد بذلك أهلية الشركات والمؤسسات الاقتصادية و المنشآت الخاصة والعامة لإبرام اتفاقية التحكيم ، ويرجع في تحديد مدى تمتع الشخص الاعتباري بالأهلية اللازمة لذلك إلى قانون إحداثه ونظامه الأساسي أو الداخلي الذي ينظم ممارسة هذه السلطة وحدودها،فالقانون الدولي الخاص لا يفرض على الدول في هذا الصدد أي موجب إذ يعود لكل دولة أن تقول إذا كان يسمح للهيئات أو الإدارات الحكومية باشتراط عقد تحكيم، فمختلف قوانين الدول تنقسم فيما يتعلق بهذه النقطة إلى ثلاثة فئات:
الفئة الأولى تسمح بالتحكيم ، و الفئة الثانية لا تسمح به ، و الفئة الثالثة لا تسمح بالتحكيم في الميدان الداخلي لكن تسمح به عندما يتعلق الأمر بعمليات التجارة الدولية[1].

ولقد أثارت مسألة أهلية الشخص الاعتباري لإبرام اتفاق أو مشارطة تحكيم جدلا في الفقه والقضاء ، فبعض الدول تحضر على الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة اللجوء إلى التحكيم إطلاقا في التحكيم الداخلي وبعضها الأخر يقيد سلطتها بإبرام اتفاقية التحكيم بالحصول على إذن مسبق من الجهات الرقابية أو الوصائية المختصة[2].

المشرع الجزائري يقيد أهلية الأشخاص الاعتبارية لإبرام اتفاقيات التحكيم بأنواع معينة من المنازعات وبنطاق علاقات محددة وذلك في علاقاتها الاقتصادية الدولية وفي المسائل المتعلقة بالأشخاص العامة "المادة 1006 ق إ م إ" فكل نظام قانوني خاص بدولة معينة يضع لنفسه معايير محددة حول أهلية الأشخاص الطبيعة أو الاعتبارية للجوء إلى التحكيم والحياد على هذه القواعد يعتبر خرق للنظام العام.
و إذا كان النظام العام وفقا لما انتهى إليه غالبية الفقهاء الفرنسيين ،هو تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة[3] فان اتفاق الجماعة الدولية على أن يبرم اتفاق التحكيم في إطار معين من المنازعات وبنطاق علاقات محددة يعتبر من النظام العام الدولي.

نستنتج أن غالبية التشريعات المقارنة لم تعر الاهتمام لنقطة معينة مفادها أن التمسك بحالة عدم وجود اتفاق تحكيم كسبب من أسباب البطلان وهذا البطلان مطلق متعلق بالنظام العام الدولي ، لا يجب إثارته بعد صدور القرار التحكيمي و إنما قبل صدور حكم التحكيم ، فليس من المعقول أن تفصل هيئة التحكيم في نزاع معروض أمامها بدون اتفاق تحكيم ، كما أن التمسك بعدم وجود اتفاق تحكيم بعد صدور حكم التحكيم فيه

[1]- عبد الحميد الأحدب، التحكيم الدولي، ج3 ،مؤسسة نوفل ، بيروت لبنان، 1990، ص: 148.
[2]- فؤاد ديب ، المرجع السابق ، ص: 82 .
[3]- وليد محمد عباس ، المرجع السابق ، ص : 129 .

نوع من الإهدار لطبيعة نظام التحكيم والذي يبني على سرعة الفصل في المنازعات والمشرع الايطالي كان أكثر دقة بهذا

الخصوص حيث أجاز التمسك بحالة عدم وجود اتفاق التحكيم كسب من أسباب البطلان وذلك بشرط إثارته أثناء إجراءات التحكيم المادة 2/829 من قانون التحكيم الايطالي

المطلب الثاني : النظام العام وأصول المحاكمة

تنص المادة 1043 من ق إ م إ "يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم ،كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف و اتفاقية التحكيم.

إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك ، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة ، مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم".

وتنص المادة 1494 من قانون التحكيم الفرنسي"يمكن لاتفاق التحكيم مباشرة أو بالإحالة إلى نظام تحكيم تنظيم الإجراءات التي ينبغي إتباعها أمام هيئة التحكيم ،كما يمكنه إخضاع هذه المحاكمة إلى قانون إجرائي معين"[1].

يتضح في ضوء ما تقدم أن قانون الإجراءات المدنية الجزائري قد أخضع إجراءات التحكيم لإرادة الأطراف حيث أن هذه الإرادة تكون حرة في إخضاع هذه الإجراءات لقانون ما،أو إخضاعها للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في الجزائر أو خارجها ،فإذا لم يتفق الأطراف على الإجراءات الواجبة الإتباع كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة.

كما أن المحكم يكون ملزم بكل القواعد المقررة في قانون التحكيم ولا يتقيد بإجراءات المرافعات التي نص عليها القانون الوطني بل يكون مقيدا بالإجراءات والأوضاع المتعلقة بالمبادئ الأساسية للدعوى والمقصود منها احترام حقوق الدفاع "الفرع الأول" ومبدأ المواجهة بين الخصوم "الفرع الثاني".

[1]-article 1494-la convention d'arbitrage peut directement ou par référence a un règlement d'arbitrage, elle peut aussi soumettre celle-cilla loi de procédure quelle détermine. Le code civil français sur site : http://codes.droit.org/cod/civil.pdf

الفرع الأول : مبدأ احترام حقوق الدفاع

يتيح القانون للمدعي حق الدفاع عن دعواه ، كما يتيح للمدعى عليه حق الدفاع للرد على الدعوى ، ويقتضي هذا تمكين الخصوم من تقديم الدفوع والأسانيد المثبتة لحقهم[1]، ومن مظاهر هذه الحرية تمكين الخصم من المرافعة شفويا وكتابيا عن طريق تقديم مذكرات ومن مظاهرها أيضا تمكينه من تقديم الأدلة المنتجة في الدعوى ودحض الأدلة الموجهة ضده.

حقوق الدفاع من الحقوق الطبيعية التي تعترف بها كل دساتير العالم[2]وينحصر مضمون حقوق الدفاع في تمكين الخصم من وسائل تكوين الرأي القضائي لصالحه وذلك توصلا لحكم في صالحه وهي في الحقيقة جوهر المركز القانوني للخصم ، وأهم عناصره ولذا يعترف بها القانون لكل خصم ،وقد نصت المادة 1/15 من قواعد اليونسترال صراحة على أن حرية المحكمين بالنسبة للإجراءات مشروطة بوجوب احترام حقوق الدفاع ، وحقوق الدفاع هي حقوق للخصم يباشرها في مواجهة الخصوم الآخرين وليس من السهل حصر حقوق الدفاع ولكن يمكن تقسيمها إلى حقوق الدفاع الأساسية "أولا" وحقوق الدفاع المساعدة "ثانيا".

أولا : حقوق الدفاع الأساسية

تتميز هذه الحقوق بأن مضمونها تمكين الخصم من تقديم مادة دفاعه إلى المحكمة ، ولذا فان واجب المحكمة باحترام هذه الحقوق لا يقف عند تمكين الخصم من مباشرة هذه الحقوق أثناء الخصومة ، وإنما يمتد إلى وجوب الاعتداد بها في الحكم ، حيث يجب أن يتضمن تسبيب الحكم دراسة لما قدمه الخصوم من دفوع وأدلة جوهرية،كما أن ينبغي ألا يبنى الحكم إلا على العناصر التي تمكن الخصوم من مناقشتها والمرافعة فيها وهذه الحقوق هي، الحق في الدفع: وهو حق الخصم في التمسك في الدفوع المتعلقة بالإجراءات أو الموضوع ، الحق في الإثبات: و هو حق الخصم في تقديم الأدلة المثبتة لدعواه أو دفوعه و في دحض أدلة خصمه[3]،الحق في المرافعة :و هو حق الخصم في الكلام أمام المحكمة في و قائع القضية أ و القانون سواء في صورة شفوية أو كتابية.

---

[1]- أشرف عبد العليم الرفاعي ، النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ،2003 ، ص : 77 و 78.

[2]- الدستور اللبناني ، الكويتي، البحريني للاطلاع أنظر الموقع :

http://www.presidency.gov.lb/Arabic/LebaneseSystem/Documents/.pdf

[3]- أشرف عبد العليم الرفاعي ، المرجع السابق ، ص : 82.

ثانيا: حقوق الدفاع المساعدة

مضمون هذه الحقوق هي تمكين الخصم من حسن إعداد دفاعه وتقديمه ويقتصر واجب المحكمة في احترامها على تمكين الخصم من مباشرتها أثناء الخصومة وهذه الحقوق هي:

حق الخصم في العلم بإجراءات الخصومة، بالوسيلة التي يحددها القانون.

حق الخصم في طلب الأجل للاستعداد و ذلك بغية إعداد دفاعه .

حق الخصم في الحضور.

حق الخصوم في الدفاع الشخصي أو الاستعانة بمحامي.

و أيا كانت الطريقة التي يجرى عليها سير المنازعة أي سواء كانت في التحكيم الحر أو تحكيم المراكز والهيئات الدائمة فانه يتعين أن يكفل المحكمون لأطراف الخصومة كافة حقوقهم المتعلقة بضمانات الدفاع وبالمساواة بينهم ، ولقد أشارت إلى أهمية احترام حقوق الدفاع من قبل المحكم الكثير من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي منها:

اتفاقية جنيف الموقعة في سبتمبر 1927 حيث نصت في المادة الثانية فقرة ب على جواز قرار إبطال التحكيم إذا أثبت الخصم المحكوم عليه أنه لم يستطع في الوقت الملائم العلم بإجراءات التحكيم أو تقديم دفاعه و لم يمثل على الوجه الصحيح في الدعوى.

تنص المادة 1/9 _ب من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي الموقعة في جنيف 1961 على أن للخصم الحق في طلب إبطال قرار التحكيم إذا ثبت أنه استحال عليه تقديم دفاعه في المنازعة الصادر فيها القرار، وتنص المادة 5/ب-ج من اتفاقية نيويورك سنة 1958 على : "جواز إبطال قرار التحكيم إذا استحال على أي من الخصوم أن يقدم دفاعه أو إذا كان القرار قد فصل في نزاع غير وارد في مشارطة التحكيم" .

وتنص المادة 5/ب من اتفاقية موسكو سنة 1972 بشأن التحكيم في منازعات التعاون الاقتصادي والعلمي بين دول مجلس المساعدة الاقتصادية المتبادلة على جواز رفض تنفيذ قرار التحكيم إذا أثبت الطرف المحكوم عليه لخرق إجراءات التحكيم أو لأسباب أخرى لم تستطع استبيانها[1].

إضافة للمادة 4/24 من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى، والمادة 22 من لائحة التحكيم الصادرة عن اللجنة الاقتصادية الأوروبية للأمم المتحدة ، والمادة 6 من لائحة التحكيم التجاري الدولي الخاصة باللجنة الاقتصادية للأمم المتحدة لأسيا والشرق الأقصى والموقعة في بانكوك أفريل 1966.

[1]- أشرف عبد العليم الرفاعي ، المرجع السابق ، ص : 83.

الفرع الثاني: مبدأ المواجهة بين الخصوم

يعد هذا المبدأ من أهم المبادئ المميزة للخصومة حيث لا يجوز الحكم على خصم دون سماع دفاعه أو على الأقل دعوته للدفاع عن نفسه فيما يوجه إليه من طلبات ، و لقد نصت المادة 3 ق إ م إ / 3 : "على أن يلتزم الخصوم و القاضي بمبدأ المواجهة " والحقيقة أن ما يضيفه مبدأ المواجهة هو تمكين كل خصم من العلم بطلبات خصمه ودفاعه ، ويؤدي احترام هذا المبدأ متى اقترن بحرية الدفاع إلى إجراء مناقشة بين الخصوم في المسائل التي يفصل فيها القاضي بحيث تبدوا الخصومة منهجا جدليا، يكشف للقاضي حقيقة الدعوى[1].

فالمواجهة بين الخصوم غايتها الالتزام بالحد الأدنى من الأمانة ومراعاة القاضي عدم مفاجأة الخصوم في كافة التصرفات والأعمال التي تتم في إطار القضية ،فلا يجوز للقاضي أن يباغت الخصوم بتكييف جديد للوقائع ولا يتعين عليه إعادة فتح باب المرافعة ووضع هذا التكيف تحت نظرا الخصوم فالقضاء الفرنسي لا يوافق على إبطال الحكم أو رفض تنفيذه على أساس المدة إلا إذا كان ثابتا أن المدة المعطاة لم تكن كافية للسماح لأحد الأطراف بتقديم دفاعه.

ومبدأ المواجهة بين الخصوم ورد في العديد من المواد في القانون الفرنسي ومن ذلك ما نصت عليه المادة 14 من قانون المرافعات المدني الفرنسي الجديد من أنه "لا يمكن الحكم على أي خصم بدون أن يسمع أو يدعى" ، ويدور تنظيم احترام مبدأ المواجهة حول ثلاثة مبادئ : فمن ناحية حق كل طرق من الأطراف في أن يسمعه المحكم أو المحكمون "أولا" ومن ناحية أخرى حق كل خصم في مناقشة حجج خصمه "ثانيا" و أخيرا حق كل خصم في مناقشة ما جمعه المحكمون من عناصر الواقع والقانون (ثالثا).

أولا : حق الخصم في أن يسمعه المحكمون

هذا الوجه من أوجه مبدأ المواجهة بين الخصوم يلزم المحكمين على احترام العديد من القواعد[2] فالمحكمون لا يمكنهم الفصل في النزاع بدون دعوة أو تكليف الخصوم بالحضور أمامهم ، و الالتزام بسماع كل خصم من الخصوم.

---

[1]-أشرف عبد العليم الرفاعي ، المرجع السابق ، ص : 86 و 88.

[2]-American arbitration association, dispute resolution service worldwide, online library,p2 , available at : https://www.aaau.org/media/5045/federal%20arbitration%20act.pdf

ومن المبادئ المتفرعة عن مبدأ المواجهة بين الخصوم المبدأ الذي قررته المادة 14 من قانون المرافعات المدني الفرنسي الجديد: يعد باطلا ، الحكم على أحد الخصوم بدون أن يسمع أو أن يدعى ، وهذا المبدأ الجوهري يجب على المحكمين دائما احترامه.

كما أن مبدأ المواجهة يستلزم أن يسمع المحكمون الخصوم إذ ما تم دعوتهم، وأن كل خصم من الخصوم يجب أن يتمكن من تقديم حجة سواء شفاهة أو كتابة أمام المحكمين وذلك بحسب النموذج الذي تحدده المحكمة التحكيمية أو اتفاق التحكيم[1].

ثانيا : حق كل خصم في مناقشة حجج خصمه

يقتضي مبدأ الوجاهية ، كما تنص المادة 15 من قانون المرافعات المدني الفرنسي الجديد ، بأنه يجب أن يطلع الخصوم ويخبروا في الوقت المناسب بالأسباب الواقعية التي يستندون عليها في تأسيس ادعاءاتهم وبعناصر الإثبات التي قدمت والأسباب القانونية التي يثيرونها بغية أن يتمكن كل خصم من تنظيم دفاعه والمحكم يجب أن يعمل كالقاضي في كل الظروف على مراعاة وملاحظة مبدأ الوجاهية بين الخصوم.

كما أعلنت محكمة استئناف باريس بأن مبدأ المواجهة بين الخصوم بفرض نفسه بماله من صيغة أمرة على كل من المحكمين وقضاة الدول على حد سواء ، و يقتضي على وجه الخصوص تبادل المستندات بغية السماح للخصم أن يبدي و يعرض ملاحظاته بخصوص هذه الوثائق ويجيب في الوقت نفسه على الوسائل المثارة استنادا على المستندات المقدمة.

ثالثا : حق كل خصم في مناقشة ما جمعه المحكمون من عناصر الواقع والقانون

يقع على عاتق المحكمة التحكيمية الالتزام بأن تطرح للمناقشة الوجاهية لكل خصم كل عناصر الواقع التي تلقتها أو جمعتها في إطار التحقيق وكل عناصر القانون التي يثيرها أو يتمسك بها المحكمون من تلقاء أنفسهم، وهذه القاعدة تفرض نفسها على مراحل الخصومة[2].

وحرية الأطراف أو حرية المحكمين هي حرية كاملة فيما يتعلق بالإجراءات ولا يتقيد كقاعدة عامة إلا بالمبادئ القانونية العامة المشتركة مابين كافة الدول وبصفة خاصة مبدأ المساواة بين الخصوم ومبدأ احترام حقوق الدفاع، ومبدأ المواجهة بين الخصوم في ضوء الوقائع موضوع الخلاف والتحقق من أن الأطراف قد أعطوا فرصة كافية

[1]- أشرف عبد العليم الرفاعي ، المرجع السابق ، ص : 90.

[2]-المرجع نفسه ، ص : 100.

لعرض قضيتهم ، ونلاحظ أن الخطوة الأولى في أي تحكيم هو الإعلان ببداية الإجراءات وأغلب الأنظمة تتطلب إشعار الخصم بتعيين محكمه ،حيث تنص المادة 3 من لائحة غرفة التجارة الدولية في باريس 1988 على ما يلي :" على الطرف الراغب في اللجوء الى تحكيم غرفة التجارة الدولية أن يوجه طلبه إلى أمانة الهيئة، عن طريق لجنته الوطنية أو مباشرة وفي الحالة الأخيرة تبلغ الأمانة الطلب إلى اللجنة الوطنية المعينة....".

هذا ما ذهبت إليه كذلك المادة 1/53/ح من قانون التحكيم المصري والمادة 5/أ/2 من اتفاقية نيويورك والمادة 3/د من اتفاقية جامعة الدول العربية لسنة 1952.

يتضح من هذه النصوص أن استلام المدعى عليه للإعلان يعتبر بينة لتنفيذ أي حكم صادر فيما بعد، وخاصة إذا تغيب أحد الأطراف أو رفض الاشتراك في التحكيم[1].

كما أن المادة 37 من اتفاقية الرياض العربية نصت على أنه: لا يجوز للهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ أن تبحث في موضوع التحكيم ولا أن ترفض تنفيذ الحكم إلا في الحالات الآتية:... د إذا كان الخصوم لم يعلنوا بالحضور على الوجه الصحيح[2].

المبحث الثاني: الجوانب المتعلقة بهيئة التحكيم و القرار التحكيمي

يلعب التحكيم دورا هاما كآلية لفض المنازعات التي تثور بين المتعاملين في إطار العلاقات التجارية الدولية إذ يلجأ أطراف هذه العلاقة إلى اختيار التحكيم كوسيلة لحل ما ينشأ بينهم من منازعات لما يتسم به التحكيم من مزايا السرية والتخصصية واحترام إرادة الأطراف ، والتحرر من سيطرة القواعد الإجرائية والموضوعية [3] إلا تلك المتعلقة بالنظام العام في دولة المقر أو دولة التنفيذ، وفيما يتعلق بقواعد النظام العام الإجرائية فلا يكفي أن يكون العقد التحكيمي صحيحا كما رأينا ولا يكفي عدالة أصول المحاكمة للإفلات من أزمة النظام العام وإنما يجب مراعاة سلامة بقية مراحل خصومة التحكيم والتي تبقى مدعاة لتقرير مسألة النظام العام بصددها ، وما نقصده هنا الجوانب المتعلقة بهيئة التحكيم (المطلب الأول) و القرار التحكيمي (المطلب الثاني) .

---

[1]- أشرف عبد العليم الرفاعي ، المرجع السابق ، ص : 103 و 104 .

[1]- مرسوم رئاسي رقم 47/01 مؤرخ في 11 فبراير سنة 2001، يتضمن التصديق على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة في الرياض بتاريخ 06 أفريل سنة 1983، الجريدة الرسمية العدد 11، السنة 2001.

[3]- حفيظة السيد الحداد ، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2001 ، ص : 3.

المطلب الأول : النظام العام وهيئة التحكيم

نصت المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك 1958" لا يجوز رفض الاعتراف بالقرار وتنفيذه ، بناء على طلب الطرف المحتج ضده بهذا القرار إلا إذا قدم ذلك الطرف إلى السلطة المختصة التي يطلب إليها الاعتراف والتنفيذ ما يثبت ... د/ أن تشكيل هيئة التحكيم أو أن إجراءات التحكيم لم تكن وفق اتفاق الطرفين...".

يتضح من هذه المادة أن لإرادة الأطراف دور بارز في تشكيل هيئة التحكيم لذلك يجب احترام هذه الإرادة تماشيا مع النشأة الاتفاقية لقضاء التحكيم ، لكن قد يحدث أن تصطدم مسألة تشكيل هيئة التحكيم بالنظام العام (الفرع الأول) و ذلك من خلال جملة من المشكلات أولها مشكلة تعين أسماء المحكمين والشروط الواجب توافرها في المحكم وكذا مسألة أساس سلطة المحكم القضائية ومدى تعلقها بالنظام العام (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تشكيل هيئة التحكيم

بسبب كون مصدر التحكيم هو الإرادة ابتداء ، فقد أعطى مشرعو الدول وواضعو الاتفاقيات الدولية هذه الإرادة دورا مهما وحاسما في تحديد القانون واجب التطبيق، ويجري الفقه في غالبيته نحو هذا الاتجاه، كما أن هذا هو ما يجري عليه العمل في التحكيم التجاري الدولي[1]، فرضاء طرفي الخصومة هو أساس التحكيم بما يتضمنه من تفويض أشخاص ليست لهم ولاية القضاء أن يقضوا فيما شجر بينهم من نزاع، فمصدر ولاية المحكم يستمدها من اتفاق الخصوم على تحكيمه ، ذلك الاتفاق الذي أجازه المشرع ليغنى الخصوم بالتحكيم عن الالتجاء إلى القضاء وما يقتضيه من وقت وجهد ونفقات[2] .

ويملك الأفراد حرية كبيرة في مجال اختيار المحكم وتحديد نطاق سلطته ووسائل مباشرتها وأثارها، إذ تعد إرادة الأطراف المحتكمة هي المصدر المباشر والواقعي لسلطة المحكمين[3] ومن ثم يترك المشرع للأفراد الحرية في الاتفاق بشأن المحكم سواء من حيث كيفية اختياره والعدد الذي سيشكل منه هيئة التحكيم والضوابط الواجب توافرها فيه ، وسوف نتناول من خلال هذا الفرع كيفية تعيين أسماء المحكمين" أولا" والشروط الواجب توافرها في المحكم " ثانيا". و مدى تعلقها بالنظام العام.

---

[1]- أحمد ضاغن السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي مجلة الحقوق، السنة 27، العدد 1-2 مارس كيونيو،1993، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ص : 175.

[2]- سحر عبد الستار أمام يوسف، المركز القانوني للمحكم، دار النهضة العربية القاهرة، 2006، ص : 54.

[3]- وجدي راغب فهمي ، هل التحكيم نوع من القضاء، مجلة الحقوق، السنة27، العدد 1-2 مارس يونيو 1993، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ص : 141.

أولا : تعيين أسماء المحكمين

المشرع الجزائري ومن خلال المادة 1041 ق إ م إ و المعطوفة على المادة 17 من قانون المرافعات المصري بين الإجراءات المتبعة في اختيار المحكمين في حالة عدم اتفاق الأطراف على اختيارهم وقد نصت هذه المادة على أنه : "يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم.

في غياب التعيين وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي:

- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة.....".

نستنتج من هذه المادة أن مسألة تعيين أسماء المحكمين لا تتعلق بالنظام العام الدولي[1] وهذا واضح من خلال عبارات المادة " يمكن للأطراف"، فبالرجوع إلى أحكام المادة المكملة يمكن للأطراف تعيين أو تحديد شروط تعيين المحكمين في اتفاق التحكيم وهذا استجابة وتماشيا مع نصوص العديد من الاتفاقيات الدولية وقوانين مراكز التحكيم من بينها المادة 2/9 من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس والتي تنص:

" يجوز للأمين العام أن يثبت الأشخاص المسمين من قبل الأطراف أو حسب اتفاقهم كمحكمين مساعدين أو محكمين منفردين، أو رؤساء المحاكم التحكيم شرط أن يكونوا قد قدموا شهادة استقلال دون تحفظات..".

هذا خلافا لنص المادة 1006 من قانون المرافعات الفرنسي القديم التي تتطلب تعيين أسماء المحكمين في اتفاق التحكيم وإلا كان التحكيم باطلا، إلا أن القضاء الفرنسي قرر أن البطلان الناشئ عن عدم تسمية المحكمين في اتفاق التحكيم هو بطلان نسبي لا يتعلق بالنظام العام حيث يمكن تغطية هذا البطلان بتسمية المحكمين في اتفاق لاحق، لذلك ذهب قانون التحكيم الفرنسي الجديد إلى عدم اعتبار تعيين المحكمين في اتفاق التحكيم شرطا لصحته، فيكون الاتفاق صحيحا ولو جاء خاليا من هذا التعيين، شريطة أن يتضمن هذا الاتفاق طريقة تعيين المحكمين، وفي هذه الحالة يتولى القضاء تعيين المحكمين بناء على طلب أحد الأطراف[2].و هذه هي الصورة المخففة لحدة أثر النظام العام.

[1]- أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق ، ص : 36 .

[2]- المرجع نفسه ، ص : 38 .

ثانيا: الشروط الواجب توافرها في المحكم

القاعدة الأساسية أنه لا يجوز تعيين أحد خصوم الدعوى محكما إذ لا يتصور أن يكون الشخص خصما وحكما في آن واحد، وهذه القاعدة من النظام العام.

وتجمع الأنظمة الوضعية على أن يكون المحكم كامل الأهلية حيث نصت المادة 1014 من ق إ م إ على ما يلي:" لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي، إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية" [1].

والنصوص المتعلقة بأهلية المحكم تعتبر من النظام العام فهي نصوص أمرة واجبة الإتباع بالنسبة للتحكيم الوطني أو التحكيم الدولي على حد السواء ، فإذا صدر حكم تحكيم ممن لا يصح أن يكون محكما فان حضور الخصوم أمامه أو الإدلاء بطلبات موضوعية أو دفع لا يصحح هذا البطلان المتعلق بالنظام العام كما لا يصححه نزول الخصوم مقدما عن الطعن في حكم المحكم أو التمسك ببطلانه حيث يستطيع أي من الأطراف التمسك ببطلان الحكم ،[2] عملا بالمادة 1058 من ق إ م إ الجزائري حيث قضت هذه المادة أن حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في مجموعة من الحالات من بينها: إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون".

أما إذا صدر حكم المحكم أيا كان نوع التحكيم وقبله بعدئذ الخصوم أو تنازلوا عن رفع دعوى البطلان فان هذا التنازل أو ذلك القبول يصحح الإجراءات ويمنع من التمسك بعدئذ ببطلان الحكم الصادر من محكم غير صالح للحكم.

نستنتج أن حرية الأطراف في اختيار المحكمين في أغلب الأنظمة القانونية[3] مقيدة بالنظام العام حيث يجب على الأشخاص المراد اختيارهم كمحكمين أن يفصحوا عن أية ظروف قد تؤثر في نزاهتهم واستقلالهم ، وعدم نزاهة المحكم قد يترتب عليه عدم تنفيذ الحكم إذا تعارض مع النظام العام في دولة التنفيذ.

---

[1]- المادة 174 الفقرة 1 مرافعات كويتي نصت على ما يلي: لا يجوز أن يكون المحكم قاصرا أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو مفلسا لم يرد إليه اعتباره.

وتنص المادة 29 من لائحة القواعد المنظمة لإجراءات التحكيم بالمركز الدولي للتحكيم التجاري بالإسكندرية على ما يلي: لا يجوز أن يكون المحكم قاصرا أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بعقوبة جنائية أو بسبب إشهار إفلاسه ما لم يرد عليه اعتباره.

[2]- أشرف عبد العليم الرفاعي ، المرجع السابق ، ص : 42.

[3]- تنص المادة 9 من قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي في 21 يونيو 1985 على ما يلي: يجب على الشخص المراد اختياره كمحكم أن يفصح عن أية ظروف من المحتمل أن تثير بعض الشكوك في نزاهته واستقلاله ومتى تم تعيينه كمحكم يجب عليه أن يفصح عن هذه الظروف للطرفين ما لم يكونا على علم بها". وهذا ما تنص عليه كذلك المادة العاشرة من قواعد التحكيم التي وضعتها الأمم المتحدة، والمادة 7/2 من لائحة غرفة التجارة الدولية في أول يناير 1988

الفرع الثاني : أساس سلطة المحكم القضائية

يقصد بهذا المبدأ أن المحكم دون غيره يختص بفحص صحة ونطاق اختصاصه أي التصدي لكافة الاعتراضات المثارة بمناسبة التحكيم بما في ذلك الناشئة عن مدى التأثير المتبادل بين العقد الأصلي واتفاق التحكيم دون حاجة إلى وقف إجراءات التحكيم وطرح تلك المشكلات على قضاء الدولة ليفصل فيها ولقد احتدم الخلاف حول هذا المبدأ " مبدأ الاختصاص بالاختصاص"[1] إلا أن المشرع الجزائري حسم هذا الجدل من خلال نص المادة 1044 من ق إ م إ الجزائري و المعطوفة على المادتين 1466 من القانون المدني الفرنسي الجديد والمادة 1/22 من قانون التحكيم المصري والتي تنص على مايلي:

تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع".

يفهم من هذه المادة أنه إذا نازع أحد الأطراف أمام المحكم في أساس أو في نطاق السلطة القضائية، فان له الفصل في صحة ونطاق ولايته، وهذه المادة لا تخول المحكمين فقط فحص حدود ولا يتهم بمعنى نطاق سلطاتهم بالنسبة لاتفاق التحكيم ، و لكن أيضا و هدا ما استحدثه المشرع الفرنسي من تحديد فحص مشروعية ولايتهم بمعنى التحقق من اتفاق التحكيم من حيث صحته أو بطلانه[2].

والمحكم لكي يفصل في اختصاصه في هذه الحالة يجب عليه أن ينظر في مدى مشروعية العقد المتضمن لشرط التحكيم من ناحية مخالفته أو مطابقته للنظام العام، فإذا تحقق المحكم من أن هناك خرقا للنظام العام من قبل الأطراف ينبغي عليه من حيث الأصل التخلي عن مهمته " يعلن عدم اختصاصه" وهذا ما أكده بطريقة مباشرة حكم Tissot في 29 نوفمبر 1950 وحكم محكمة باريس في 15 يونيو 1956 حيث اتجه القضاء منذ ذلك الوقت إلى الحكم ببطلان اتفاق التحكيم في حالة ما إذا كان الخرف متعلق بالنظام العام كما هو الحال في القضية:

Potihe marconi c/varimex والتي حكمت فيها محكمة باريس: ويتعلق الأمر بعقد بين شركة فرنسية وشركة بولونية حيث أن طريقة الدفع كانت مخالفة لتشريع الرقابة على الصرف.

[1]- لمزيد من التفاصيل حول الجدل الفقهي والقضائي بخصوص مبدأ الاختصاص بالاختصاص راجع تفصيلا: سحر عبد الستار أمام يوسف ، المرجع السابق ، ص147 وما بعدها.

[2]- أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص : 60.

وحكم الغرفة التجارية في 21 أكتوبر 1981 الصادر في القضية dauphin c. Decaux الذي أبطل اتفاق التحكيم المبرم بخصوص اتفاق غير مشروع ، في غياب استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، فإذا كان العقد الأصلي الذي أدرج فيه شرط التحكيم باطلا فان الشرط يكون كذلك, وبناء على هذا ينبغي على المحكم بالرغم من ذلك التخلي عن مهمته.

وقد اعترفت المادة 1466 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد للمحكمين بالاختصاص في الفصل في اختصاصهم وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 1044 ق إ م إ.
ونتيجة لوجود القيود التي تجعل اتفاق التحكيم باطلا بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام إذا ما نصب على مسألة لا يجوز التحكيم فيها أصلا، برزت قاعدة أن العقد الأصلي يمكن أن يكون صحيحا في حين يبطل اتفاق التحكيم، ولا يؤثر بطلان اتفاق التحكيم على بقاء العلاقة الأساسية واختصاص القضاء العادي ينظر المنازعات الناشئة عنها[1].

إن القول بارتباط اتفاق التحكيم وجودا وعدما بالعقد الذي يتضمنه يترتب عليه عدم إمكانية السير في إجراءات التحكيم حتى يفصل القاضي الوطني في المنازعات المتعلقة باختصاص هيئة التحكيم، أو بانعدام ولايتها، وعلى العكس من ذلك فالأخذ بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه ، يؤدي إلى عدم تأثر شرط التحكيم بمصير العقد الأصلي، بحيث يعتبر التحكيم ملزما ومرتبا لآثاره من حيث عدم اختصاص القضاء الوطني و بالتالي تختص هيئة التحكيم بتقرير ولايتها ومدى هذه الولاية[2].

المطلب الثاني: النظام العام والقرار التحكيمي

تنتهي الخصومة التحكيمية بإصدار هيئة التحكيم لحكم التحكيم، فحكم التحكيم هو الثمرة الحقيقية للتحكيم[3]، لكن لن يكون لهذا الأخير قيمة قانونية إذا لم تراعى فيه بعض الاعتبارات الشكلية في صياغته وبنيته (الفرع الأول) ، وإذا لم يراعي المحكم أثناء إصداره اعتبارات النظام العام في البلد المراد التنفيذ فيه(الفرع الثاني) ،

[1]- أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق ، ص : 74.

[2]- نصت المادة 4/6 الخاصة بنظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس، النظام الجديد للمصالحة ونظام التحكيم المعدل الساري اعتبارا من 1 يناير 1998: مالم يتفق على خلاف ذلك فان الادعاء ببطلان العقد أو الزعم بانعدامه لا يرتب عليه عدم اختصاص المحكم إذا قبل صحة اتفاق التحكيم وحتى في حال انعدام العقد أو بطلانه يستمر اختصاص المحكم لتحديد حقوق الأطراف والبث فيما يدعونه" .

[3]- حدادن الطاهر ، المرجع السابق ، ص : 104.

مما يمكن أن يؤدي إلى تقرير أداة النظام العام من طرف الفرقاء المعنيين لعرقلة الخصومة التحكيمية في الفرض الذي يعتري القرار التحكيمي خلل ما .

الفرع الأول: صحة القرار التحكيمي في صياغته وبنيته

تقتضي صحة قرار التحكيم توفره على بعض المعطيات الشكلية من حيث المداولة (أولا) ميعاد صدور الحكم (ثانيا) كتابة الحكم (ثالثا) تاريخ الحكم (رابعا) اللغة (خامسا) التسبيب (سادسا) لكن ما مدى تعلق هذه المقتضيات الشكلية بالنظام العام ؟

أولا : المداولة

المداولة هي التشاور في الحكم بين أعضاء المحكمة وبغرض تكوين الرأي القضائي للمحكمة[1]، وقد نصت المادة 1026 من ق إ م إ الجزائري:"تصدر أحكام التحكيم بأغلبية الأصوات"، ومن الطبيعي أن الأغلبية لا تكون إلا بعد التشاور وان كان المشرع لم ينص صراحة على المداولة فهذا مفهوم من سياق النص.

إذا لم يتعدد المحكمون فان المحكم يصدر حكمه بغير مداولة بطبيعة الحال فالمداولة لا تكون إلا في حالة تعدد المحكمين ومن المبادئ الأساسية أن يصدر الحكم ذات المحكم الذي كلف بالمهمة والذي سمع المرافعة، وفي حدود سلطته فلا يمكن أن يشرك غيره معه، لأن المهمة التي يقوم بها ذات طابع شخصي كذلك لا يمكن أن يشرك غيره معه في المداولة لأن ذلك يؤدي إلى بطلان الحكم بطلانا متعلقا بالنظام العام.

وقد نصت المادة 1025 ق إ م إ ج الجزائري على أن تكون مداولات المحكمين سرية ، وبناء على ذلك لا يتصور صدور الحكم بدون مداولة فالمداولة تعد من القواعد الأساسية في التقاضي يجب على المحكمين مراعاتها، فهي قاعدة من القواعد المتعلقة بالنظام العام لأن من شأنها احترام حقوق الدفاع.

نستنتج مما سبق أنه يجب أن يصدر حكم التحكيم بعد مداولة وتخلف المداولة يؤدي إلى بطلان الحكم، وهذا البطلان من النظام العام لتعلقه بحقوق الدفاع ، وإذا لم يوقع الأغلبية على الحكم فان الحكم يكون باطلا لأن عدم التوقيع على الحكم يمكن أن يستشف منه أنه قد صدر بدون مداولة.

[1]- أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق ، ص : 110 و 111.

ثانيا : ميعاد صدور الحكم

نصت المادة 1018 ق إ م إج "يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجلا لإنهائه، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف 4 أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ .... محكمة التحكيم".
طبقا لنص هذه المادة فان الميعاد القانوني الذي يجب صدور حكم التحكيم خلاله ليس من الأمور ذات الطبيعة التي لا يجوز الخروج عنها، وهذه المادة لا تتعلق بالنظام العام.

ثالثا : كتابة الحكم

نصت المادة 1028 ق إ م إ الجزائري " يتضمن حكم التحكيم البيانات الآتية:1 اسم ولقب المحكم أو المحكمين2 تاريخ صدور الحكم 3 مكان صدور الحكم ...."، وقد فرق المشرع الجزائري بين أسماء المحكمين وبين أسماء الخصوم، ورتب على تخلف هذه البيانات البطلان أي بطلان الحكم، ويرجع ذلك ، أن هذا البيان يسمح بالتأكد من صلاحية المحكم في القيام بالعمل وذلك لأنه يسمح بالتأكد من أنه هو المحكم الذي سماه الخصوم في وثيقة التحكيم[1]، وأنه شخص طبيعي وليس معنوي و لم يقم به مانع يحول بينه وبين القيام بعمله ، أما البيان الخاص بأسماء الخصوم فلا يترتب على تخلفه البطلان وذلك لأنه يمكن تكملة هذا البيان من بيانات أخرى في ذات الورقة.

رابعا: تاريخ الحكم

يعتبر تاريخ الحكم من البيانات الضرورية بمقتضى المادة 1028 ق ا م ا الجزائري ، وعدم بيان تاريخ صدور الحكم يؤدي إلى بطلانه، لأن أهمية هذا البيان أساسية لتحديد ما إذا كان قد صدر الحكم في خلال الميعاد المقرر للتحكيم أو جاوز هذا الميعاد .

خامسا: اللغة

يمكن تحرير حكم المحكمين بأي لغة يتفق عليها الخصوم أو المحكمين أو الهيئة المنظمة للتحكيم، وهذا يتفق مع طبيعة التحكيم، حيث أن التحكيم اتفاقي النشأة فضلا عن أن المحكم لا يخضع لأحكام قانون السلطة القضائية الذي ينص على أن لغة المحاكم هي اللغة العربية، و لم يتعرض القانون لموضوعات اللغة التي تتم على

[1]- أشرف عبد العليم الرفاعي ، المرجع السابق ، ص : 116.

أساسها إجراءات التحكيم سواء فيما يتعلق بالمذكرات أو المرافعات الشفوية وسماع الشهود وكذلك بالنسبة للغة الحديث في الجلسات والتراسل والمداولة بين المحكمين وإعداد مسودة حكم التحكيم[1].

لكن نحن نؤيد رأي جانب من الفقه المصري والذي يرى : يجب أن يكتب الحكم بلغة البلد الذي صدر فيه حتى يمكن إيداعه قلم كتاب المحكمة واتخاذ الإجراءات المقررة لتنفيذه واستطرد هذا الرأي محاولا تبرير ذلك بقوله: لما كان قانون السلطة القضائية يقرر لغة الحكم هي اللغة العربية فان حكم المحكم الصادر في مصر يجب أن تكتب نسخته الأصلية باللغة العربية" ، ونفس الأمر ينطبق على حكم التحكيم الصادر في الجزائر وهذا استنادا إلى نص المادة 31 من اتفاقية الرياض العربية و التي تنص في الفقرة ب منها: تخضع الإجراءات الخاصة بالاعتراف بالحكم أو تنفيذه لقانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف بالحكم وذلك في الحدود التي لا تقضي فيها الاتفاقية بغير ذلك".

سادسا : التسبيب

يقصد بالتسبيب بيان الحجج والأدلة الواقعية والقانونية التي اعتمد عليها المحكم في إصداره حكمه وهذا الالتزام يعد ضمانة لأطراف النزاع من تحكم المحكمين، كما انه يؤدي إلى احترام حقوق الدفاع، وأي كانت أسباب حكم المحكمين واقعية أو قانونية أو مستمدة من العدالة فيكفي أن يعبر عنها بإيجاز وحتى ضمنا وأن تكون ملائمة وخالية من التناقض فعدم كفاية التسبيب وإيراده في صورة عامة يؤدي إلى البطلان[2] وهذا ما تنص عليه المادة 1027 ق إ م إ الجزائري: "يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة".

كما أن حكم التحكيم الصادر في الجزائر يمكن أن يكون موضوع طعن بالبطلان إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها ، أو إذا وجد تناقض في الأسباب " المادة 1056 ق ا م ا الجزائري.

و تنص المادة 1471 من قانون التحكيم الفرنسي الجديد على أن " القرار التحكيمي يجب أن يكون مسببا وإلا اعتبر باطلا"[3]، فسواء أكان التحكيم بالقضاء أو بالصلح ينبغي أن يكون الحكم مسببا نظرا لتعلق التسبيب بالنظام العام لكن من جهة ثانية القضاء الفرنسي أكد في العديد من القضايا على أن عدم تسبيب

[1]- أشرف عبد العليم الرفاعي ، المرجع السابق ، ص : 119 و 120.

[2]- المرجع نفسه ، ص : 122.

[3] - Article 1471 code civil français : la décision doit être motivée.

الحكم لا يتعارض مع النظام العام الدولي الفرنسي وذلك بعد استشارة القانون الواجب التطبيق ، فإذا كان هذا القانون لا يشترط التسبيب فان القاضي الفرنسي لا يعتد بعدم التسبيب[1] .

الفرع الثاني : النظام العام و مضمون القرار التحكيمي

ينفذ قرار التحكيم متى روعيت فيه شروط النظام العام على النحو الذي فصلناه سابقا ، و تجدر الإشارة إلى أن حكم التحكيم الدولي يبطل إذا كان مخالفا للنظام العام الدولي، أما مخالفته للنظام العام الداخلي ليس لها أي أثر على إبطاله[2]، وبناء على نص المادتين 1056- 1058 ق إ م إ الجزائري فان حكم التحكيم يبطل في حالة مخالفته لستة عناصر من بينها إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي، وفي الحقيقة أن الحالة الأخيرة هي نتيجة حتمية للحالات الخمس الأولى بحيث أن حكم التحكيم يعتبر مخالفا للنظام العام إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو منقضية المدة، أو تشكلت محكمة أو تم تعيين المحكمين أو المحكم بشكل يخالف القانون أو فصلت بما يخالف المهمة المسندة إليها ، إذا لم يراع مبدأ الوجاهية أو إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها أو إذا وجد تناقض في الأسباب كما أن اتفاقية الرياض العربية أضافت سببا أخر وهو ألا يخالف القرار التحكيمي مبادئ و أحكام الشريعة الإسلامية وهذا الشرط يعتبر مساسا بالنظام العام في نطاق معين أي في الدول الإسلامية.

من هذا المنطلق نستنتج أن النظام العام مصطلح ومفهوم يستخدم بشكل غير صريح [3]وضمني وهو مفهوم وظيفي دائم التغير، حيث أطلق عليه أحد الفقهاء بأنه جملة من المشاعر أكثر منها قواعد[4]، فنسبية مفهومه تجعل من أثره يختلف من حالة إلى أخرى ، فالقيم و الأفكار السائدة في المجتمع الدولي في تغير مستمر ودائم، ومحاولة رسم معالم محددة للنظام العام بشكل راسخ في مجال التحكيم أمر في غاية الصعوبة ، فمثلا قد أشرنا في موضوع البحث أن تخلف شرط الكتابة في اتفاق التحكيم يجعل منه اتفاقا باطلا بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام الدولي، لكن قد يحدث أن تهجر هذه القاعدة وتستبدل بقاعدة أخرى تجيز إبرام اتفاق تحكيم شفاهة لاعتبار أن القاعدة الأولى تمثل أقصى درجات التشدد والشدة ولا تتماشى مع الفكرة المرنة لنظام

[1]- أشرف عبد العليم الرفاعي ، المرجع السابق، ص :125.

[2]- عبد الحميد الأحدب، المرجع السابق ، ص :381.

[3]- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص : 555.

[4] - Mohammad walled al- masri , an attempt to Draw the outlines of the arabe international public order by the use of the concept of public order Under Private international Law, journal of Law، N 04 ,vol 27, December 2003, the académique publication Council, Kuwait university،p :4.

التحكيم و المبنية على السرعة في الإجراءات و الليونة في التعامل ، و بهذه المثابة قد تخفف حدة أثر النظام العام من البطلان المطلق إلى البطلان النسبي .

خاتمة

الخاتمة

تناولنا في هذه الدراسة أثر النظام العام على خصومة التحكيم ، و ذلك بحصر الحالات التي يتدخل فيها النظام العام ليعرقل سير الخصومة التحكيمية ، وصولا لتقدير الجزاء المترتب على مخالفته ، حيث جدنا أن هذا الأثر تختلف حدته من مرحلة إلى أخرى و هذا مرده لنسبية مفهوم النظام العام في حد ذاته.

فتناولنا تأثير النظام العام على موضوع العقد ، و رأينا أن التنازع بين نصوص العقد و النظام العام للقانون الذي اختاره الأطراف يجب على المحكم الدولي حله على ضوء الشروط التعاقدية المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق ويفرض هذا الاستنتاج أن لا يضع الأطراف شروطا تعاقدية خارج نطاق هذا القانون ، و لهم في ذلك استبعاد بعض النصوص في القانون الواجب التطبيق حتى و لو كانت هذه النصوص من النظام العام بشرط أن يعبروا عن ذلك بوضوح ، و يستطيع المحكم أن يستبعد الشروط التعاقدية في القانون الذي اختاره الأطراف في حالة تعارضها مع النظام العام الدولي الحقيقي حتى ولو كانت إرادتهم واضحة أو صريحة في إعمال هذا الشرط.

أما إذا كان المحكم هو من حدد قانون العقد ففي هذه الحالة ينبغي عليه أن يطبقه كما هو لأن المحكم قبل أن يحدد القانون الواجب التطبيق عليه أن يستخلص النتائج المترتبة عن عدم التطابق الموجود بين نصوص العقد ومضمون القانون المحتمل تطبيقه.

كما تعرضنا لقوانين البوليس المنتمية إلى قانون العقد و رأينا أن المسائل التي يثيرها قانون البوليس لقانون العقد الذي تم تحديده من قبل الأطراف تكون مشابهة لتلك المسائل المتعلقة بالنظام العام الداخلي لهذا القانون، إلا أن هناك فرقا وحيد وهو أن التنازع بين الشروط التعاقدية والنظام العام الداخلي للقانون الذي اختاره الأطراف يمكن تسويته عن طريق البحث عن إرادة الأطراف من جهة مضمون شرطهم في انتخاب هذا القانون، وعلى العكس من ذلك فان البحث فقط عن إرادة الأطراف من ناحية مضمون شرطهم لترشيح القانون لن يسمح بتسوية التنازع بين الشروط التعاقدية وقانون البوليس لقانون العقد، وفي حالة اتفاق الأطراف على استبعاد قوانين البوليس ينبغي على المحكم أن يعلن عن عدم اختصاصه ، وإذا لم يختر الأطراف قانون العقد فان كل القوانين التي تطمح إلى التطبيق على العقد تكون على قدم المساواة.

وفيما يتعلق بقوانين البوليس الأجنبية عن قانون العقد فإن المحكم يحدد قوانين البوليس القابلة للتطبيق على العقد أي القوانين ذات الصلة الوثيقة بالعقد وهذا ضمانا لفاعلية نظام التحكيم.

كما رأينا أنه تكاد تكون هناك معايير موحدة للنظام العام الدولي تحدد شكل إجراءات التحكيم ، وهذا يتضح من اتفاق المعاهدات الدولية و لوائح هيئات التحكيم و الأنظمة القانونية بشأن شكل هذه الإجراءات، حيث

الخاتمة

شرحنا تأثير النظام العام على صحة عقد التحكيم من ناحية ضرورة توفره على شرط الكتابة وتخلف هذا الشرط يجعل اتفاق التحكيم باطل بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام الدولي ، أما فيما يخص النظام العام والإجراءات المتعلقة بالمبادئ الأساسية للدعوى فقد لوحظ أن المحكم الدولي يكون ملزما بكل القواعد المقررة في قوانين التحكيم خصوصا في الدولة المطلوب لديها التنفيذ كاحترام حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة بين الخصوم ، حيث أن هذه المبادئ تتعلق بالنظام العام ، ثم تعرضنا لمسألة تعيين أسماء المحكمين و رأينا أن قوانين التحكيم القديمة تتطلب تعيين أسماء المحكمين في اتفاق التحكيم و إلا كان باطلا ، إلا أن تطور هذه القوانين جعل من البطلان الناشئ عن عدم تسمية المحكمين في اتفاق التحكيم بطلان نسبي لا يتعلق بالنظام العام يمكن تغطيته بتسمية المحكمين في اتفاق لاحق ، و هذه هي الصورة المخففة لحدة أثر النظام العام.
و فيما يخص الشروط الواجب توافرها في المحكم ، رأينا أن الشروط المتعلقة بأهلية المحكم ليست لها وجود من الناحية العملية في التحكيم التجاري الدولي، لأنه من غير المتصور في ظل تحكيم هيئات التحكيم أو مراكز التحكيم الدائمة تعيين شخص كمحكم إذا كان هذا الشخص قاصرا أو محجورا عليه وإذا صدر حكم تحكيم ممن لا يصح أن يكون محكما فان حضور الخصوم والإدلاء بطلبات موضوعية أو دفوع أمامه لا يصحح هذا البطلان المتعلق بالنظام العام.

وفيما يتعلق باختصاص المحكم فقد لوحظ أنه لا يمكن للأطراف منازعة المحكم في أساس سلطته القضائية لأن له وحده سلطة الفصل في ذلك هذا ضمانا لعدم تعطيل إجراءات التحكيم ، كما أن المحكم عند إصداره لقرار التحكيم يجب أن يراعي فيه بعض المعطيات في صياغته وبنيته وتخلف أحد هذه العناصر يؤدي إلى بطلان قراره وهذا البطلان متعلق بالنظام العام وأخيرا انتهينا أن المحكم يجب عليه أن يراعي النظام العام برمته في الدولة المطلوب لديها تنفيذ حكم التحكيم وهذا ليضمن فاعلية لتنفيذ حكمه.

هذه الدراسة لم تتوقف على جانبها المفاهيمي و التحليلي و النقدي ، و إنما تم تطعيمها بنتائج ، و هي التوصل إلى حصر أهم الحالات التي يؤثر فيها النظام العام الدولي على التحكيم.

و تتمثل أهم هذه النتائج فيما يلي:

- النظام العام يستلزم الانسجام بين الشروط التعاقدية و القانون واجب التطبيق .
- النظام العام يستلزم احترام قوانين البوليس المنتمية إلى قانون العقد.
- النظام العام يستلزم انسجام حكم التحكيم مع قواعد النظام العام الدولي الحقيقي.

ـــــــــــــــ المادة 1058 ق إ م إ نصت على أن حكم التحكيم يبطل في حالة مخالفته لستة عناصر من بينها إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي، وفي الحقيقة أن الحالة الأخيرة هي نتيجة حتمية للحالات الخمس الأولى

بحيث أن حكم التحكيم يعتبر مخالفا للنظام العام إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو منقضية المدة، أو تشكلت محكمة أو تم تعيين المحكمين أو المحكم بشكل يخالف القانون أو فصلت بما يخالف المهمة المسندة إليها ، إذا لم يراع مبدأ الوجاهية أو إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها أو إذا وجد تناقض في الأسباب .

و في الأخير إن موضوع أثر النظام العام على خصومة التحكيم دائم التجدد ، يحتاج إلى المزيد من البحث و التعمق، و يبقى لمحاكم التحكيم الدور الأكبر في الكشف عن المزيد من الحالات التي يؤثر فيها النظام العام على كل شرط من الشروط الأساسية لسلامة العملية التحكيمية ، من خلال الأحكام التي تصدرها في هذا المجال .

تمت هذه المذكرة بعون الله و توفيقه.

قائمة المراجع

أولا : المراجع باللغة العربية

أ _الكتب :

1_ إبراهيم رضوان الجغبير، بطلان حكم المحكم ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ،2009 .

2_أ حمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000.

3_ أحمد هندي ، التحكيم دراسة إجرائية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2013.

4_ أشرف عبد العليم الرفاعي ، النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ،2003.

5_ أشرف عبد العليم الرفاعي ، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الدولية الخاصة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ،2003.

6_ بيومي حجازي عبد الفتاح ، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر ،دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية،2003.

7_ هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1993.

8_ هشام علي صادق ، دروس في تنازع القوانين ،دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية ، 2003.

9_ هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ،1995 .

10_ وحيد رضا سوار، القانون المدني الجزائري التصرف القانوني،ج1 ، دار الشعب ،القاهرة، 1975.

11_ وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية ،دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ،2010

12_ حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2004.

13_ حفيظة السيد الحداد ، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2001.

14_ حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2008.

15_ الطيب زورتي، القانون الدولي الخاص الجزائري ، تنازع القوانين ، مطبعة الكاهنة ، الجزائر، 2000.

16_ سحر عبد الستار أمام يوسف ، المركز القانوني للمحكم ، دار النهضة العربية القاهرة ، 2006.

17_ عامر فتحي البطاينة ، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ،2008.
18_ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1 المجلد الأول ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، ط3 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 1989.
19_ عبد الحميد الأحدب ، التحكيم الدولي، ج3 ، مؤسسة نوفل، بيروت لبنان، 1990.
20_ عبد المنعم فرج الصدد ، أصول القانون ، دار، النهضة العربية ، بيروت، 1989.
21_ عكاشة عبد العال ، أصول القانون الدولي الخاص اللبناني المقارن ، الدر الجامعية ؛ بيروت ،1998.
22_ عليوش قربوع كمال ، التحكيم التجارة الدولي في الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2001.
23_ محمد حسنين ، الوحيد في نظرية القانون في القانون الوطني الجزائري ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1986 .
24_ محمد حسين منصور، نظرية القانون ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية، 2004.
25_ محمد حسين قاسم ، مبادئ القانون ، المدخل إلى القانون ، الالتزامات ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002.
26_ محمد محمود ياقوت ،نحو مفهوم حديث القانون عقود التجارة الدولية ،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ،2012.
27_ محمد محمود ياقوت ، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق ، دار الفكرة الجامعي ، الإسكندرية ، 2003.
28_ محمد إبراهيم علي محمد ، القواعد الدولية الآمرة ، دار الفكرة الجامعي ، الإسكندرية 2001.
29_ ممدوح عبد العزيز العتري ، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، 2006.
30_ منير عبد المجيد ، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ،1992.
31_ نادية فوضيل ، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني ، دار هومة ،الجزائر، 2001.

2 ـــــــــ الرسائل و المذكرات الجامعية :

أ ـــــــــ الرسائل

1بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل متطلبات الدكتوراه في القانون الخاص،جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ،2008، 2009 .

2_ دايم بلقاسم، النظام العام الوضعي والشرعي وحماية البيئة ،مذكرة لنيل متطلبات شهادة دكتوراه دولة في القانون العام ،جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ،2004،2003 .

ب_ بالمذكرات :

1_عبد النور أحمد، إشكاليات تنفيد الأحكام الأجنبية ،مذكرة لنيل متطلبات الماجيستر في القانون الدولي الخاص، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان ، 2009 ،2010 .

2_ محمد بلاق ،قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية ،مذكرة لنيل متطلبات شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص ،جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ،2011،2010 .

3_ بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، <<دراسة مقارنة >>مذكرة لنيل متطلبات شهادة الماجيستر، جامعة الجزائر ،1986.

4_ حدادن الطاهر ، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي ، مذكرة لنيل متطلبات الماجستير ، فرع قانون التنمية الوطنية ،جامعة مولود معمري ، تيزي وزو كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون ، 2012.

3)مقالات :

1_ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، قواعد و إجراءات التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 27 العدد 1-2 مارس يونيو 1993.

2_ أحمد ضاغن السمدان ، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي مجلة الحقوق ، السنة 27 ، العدد 1-2 مارس كيونيو، 1993 ، مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت.

3_ أفراح عبد الكريم خليل ، التحكيم في المنازعات البحرية ، مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد 14 ، العدد 50 ، السنة 2012.

4_ فؤاد ديب ، تنفيذ أحكام التحكيم الدولي بين البطلان والكساء في الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية الحديثة ، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 27، العدد الثالث ، 2011.

فيصل نسيغة ، النظام العام ، مجلة المنتدى القانوني ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، قسم الكفاءة المهنية، العدد 5.

6_ عمر مشهور حديثة الجازي، اتفاق التحكيمفي ظل قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي ، العدد 22 ، السنة 2003 .
7_محمد يوسفي علوان ، القانون الدولي للعقود ،مجلة الحقوق والشريعة ،السنة الرابعة ،العدد الأول الكويت 1980.
8_ وجدي راغب فهمي ، هل التحكيم نوع من القضاء ، مجلة الحقوق ، السنة 27 ، العدد 1-2 مارس يونيو 1993 ، مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت.

4_ المؤتمرات :

1 _ أنضر يوسف سليمان عبد الرحمن ، القواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق على منازعات البترول ، المؤتمر السنوي 19 حول التحكيم في عقود النفط و الإنشاءات الدولية ، صلالة عمان، 26 – 27 أوت ، 2014 .

5_ القوانين :

أ _ القوانين العادية :

1_قانون رقم 75_58 مؤرخ في رمضان 20 عام 1935 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المعدل و المتمم يتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 78 الصادر في 30 سبتمبر1975 .
2_ قانون رقم 08_09مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008المعدل المتمم يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،ج.ر عدد 21 الصادر في 23 أفريل 2008.

ب_ المراسيم الرئاسية :

1_ مرسوم رئاسي رقم 47/01 مؤرخ في 11 فبراير سنة 2001، يتضمن التصديق على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة في الرياض بتاريخ 06 أفريل سنة 1983، الجريدة الرسمية العدد 11.
2_ مرسوم رئاسي رقم 233/88 المؤرخ في 25 ربيع الأول 1409 الموافق ل 05 نوفمبر 1988 ، يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 و الخاصة باعتماد القرارات الأجنبية و تنفيذها، ج ر عدد 48سنة1988 .

3_ مرسوم رئاسي رقم 95_346 مؤرخ في 30 أكتوبر ،1995 المتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى الموقعة في18 مارس سنة 1965 بواشنطن ، الجريدة الرسمية، عدد 66، سنة 1995.

ج_ نصوص قانونية عربية :

1_ الدستور اللبناني للاطلاع انظر الموقع :
http://www.presidency.gov.lb/Arabic/LebaneseSystem/Documents/.pdf
2_نصوص قانون التحكيم المصري، القانون رقم 27 لسنة 1997 بإصدار القانون في شأن التحكيم في المواد المدنية و التجارية، للاطلاع أنظر الموقع : http://www.alu-1944.org/egypte.htm
3 _قانون التحكيم البحريني ، الليبي ، الكويتي: http://www.egyiac.com/commissions.php

ثانيا : المراجع باللغة الفرنسية :

A/ Ouvrages

1_Philippe Fouchard،traité de l'arbitrage commercial international ،Edition ،LITEC ،1996 .

B/Articles

1_ Gaston Kenfach Douajni, la notion d'ordre public internationale dans l'arbitrage OHADA, Revue camerounaise de l'arbitrage N°29، Avril-mai-juin 2005 Sur site :
http://library.ohada.org/greenstone/collect/dohada/index/assoc/HASH0196.dir/notion-ordre-public-international-arbitrage-ohada.pdf

2_ Stéphane cartier, l'arbitrage internationale au Québec : Ordre public internationale, Revus Québécoisede droit internationale 1/11/1998 sur site :
http://www.fnq.qc.ca/uploads/officiels/OfficielsEspoir2013-2014.pdf

C/ Textes :

1_ Le code civil français sur site : http://codes.droit.org/cod/civil.pdf

ثالثا : المراجع باللغة الانجليزية :

1_ Mohammad walled al- masri , an attempt to Draw the outlines of the arabe international public order by the use of the concept of public order Under Private international Law, journal of Law، N 04 ,vol 27, December 2003, the académique publication Council, Kuwait university.

2_American arbitration association, dispute resolution service worldwide, online library,p2 , available at :
https://www.aaau.org/media/5045/federal%20arbitration%20act.pdf

الموضوع	الصفحة
أية قرآنية	أ
الإهداء	ب
شكر و عرفان	ج
مقدمة	1
الفصل الأول : أثر النظام العام على التنظيم الموضوعي للتحكيم	5
المبحث الأول : مفهوم النظام العام	7
المطلب الأول : النظام العام في مجال تنازع القوانين	8
الفرع الأول : النظام العام كدفع لاستبعاد القانون الأجنبي	8
الفرع الثاني: النظام العام كضابط لإسناد التزاع لقانون القاضي	9
المطلب الثاني : النظام العام في مجال التحكيم	11
الفرع الأول : النظام العام الدولي	11
الفرع الثاني : النظام العام عبر الدولي	14
المبحث الثاني : القانون الواجب التطبيق على الموضوع	16
المطلب الأول: النظام العام الداخلي لقانون العقد	16
الفرع الأول: حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع	17
الفرع الثاني : سلطة المحكم التقديرية في تحديد القانون الواجب التطبيق الموضوع	19
المطلب الثاني : النظام العام بوصفه قانون بوليس	21
الفرع الأول : قوانين البوليس المنتمية إلى قانون العقد	22
الفرع الثاني : قوانين البوليس الأجنبية عن قانون العقد	23
الفصل الثاني: أثر النظام العام على التنظيم الإجرائي للتحكيم	26
المبحث الأول: الجوانب المتعلقة باتفاق التحكيم وأصول المحاكمة	28
المطلب الأول : صحة اتفاق التحكيم	28
الفرع الأول : عدم وجود الاتفاق التحكيم	29
الفرع الثاني : أهلية الأطراف للجوء إلى التحكيم	30
المطلب الثاني : النظام العام وأصول المحاكمة	32

الفرع الأول : مبدأ احترام حقوق الدفاع	32
الفرع الثاني : مبدأ المواجهة بين الخصوم	35
المبحث الثاني : الجوانب المتعلقة بهيئة التحكيم و القرار التحكيمي	37
المطلب الأول : النظام العام وهيئة التحكيم	38
الفرع الأول : تشكيل هيئة التحكيم	38
الفرع الثاني : أساس سلطة المحكم	41
المطلب الثاني : النظام العام والقرار التحكيمي	42
الفرع الأول : صحة القرار التحكيمي في صياغته وبنيته	43
الفرع الثاني: النظام العام و مضمون القرار التحكيمي	46
خاتمة	47
قائمة المراجع و المصادر	51
الفهرس	58

الملخص :

إن النظام العام يؤثر على العملية التحكيمية بجانبيها الموضوعي و الإجرائي ، و المظهر العملي لهذا التأثير هو بطلان كل عمل يأتيه أطراف التحكيم و يكون مخالفا لقواعد النظام العام ، فهو يشكل عقبة أمام الاتفاقيات التحكيمية خاصة إذا علمنا أنه مدعاة للتقرير من طرف الفرقاء المعنيين في أي مرحلة من مراحل التحكيم ، و من الواضح أن النظام العام يلازم كل شرط من الشروط الأساسية التي تتوقف عليها سلامة التحكيم و ذلك بدءا بصياغة الشروط التعاقدية للاتفاق محل التحكيم إلى غاية صدور القرار التحكيمي .

الكلمات المفتاحية :

النظام العام ، التحكيم ، المحكم ، الخصوم ، التنظيم الموضوعي ، التنظيم الإجرائي ، قواعد البوليس .

Résumé :

L'ordre public affecte le processus d'arbitrage objective et la procédure, et la manifestation concrète de cet effet, il est l'annulation tout le travail accompli par les parties de l'arbitrage et à l'encontre des règles d'ordre public, Il est un obstacle aux conventions d'arbitrage surtout si nous sais qu'il est une source pour le rapport par les parties concernées, à toute étape de l'arbitrage, et il est clair que l'ordre public hanté chaque état des conditions de base sur lesquels l'intégrité de l'arbitrage en commençant par la rédaction des clauses .contractuelles d'arbitrage entente, jusqu'à l'émission de la sentence arbitrale

Mots clés :

L'ordre public, l'arbitrage, l'arbitre, les parties, La réglementation de fond, le règlement de procédure, les règles de la police.

Abstract :

The public order affects the arbitration process objectively and procedurally , And the practical manifestation of this effect it is annulment all the work done by the parties of arbitration and be contrary to the rules of public order , It is an obstacle to arbitration agreements especially if we know it is a source for the report by the parties concerned in any stage of the arbitration , and it is clear that public order haunted every condition of the basic conditions upon which the integrity of Arbitration starting with the drafting of the contractual terms of the arbitration agreement, until the issuance of the arbitral award.

Key words :

Public order, arbitration, the arbitrator , the parties , The substantive regulation , the procedural regulation, the rules of the police.