جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون العام

جامعة بجاية
Tasdawit n Bgayet
Université de Béjaïa

المحاضرة السادسة

في

مقياس قانون التحكيم التجاري الدولي

المحور الثالث: إجراءات التحكيم التجاري الدولي
المبحث الثاني: سير إجراءات التحكيم

موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر
تخصص القانون العام الاقتصادي

من إعداد
الدكتور تعويلت كريم

السنة الجامعية 2024/2023

سير خصومة التحكيم التجاري الدولي

بعد تشكيل محكمة التحكيم تشكيلا صحيحا، ينبغي عليها أن تنظر في مسألة الإجراءات التي ستتبعها في سبيل الفصل في النزاع، وتحديدها يكون وفقا للقانون واجب التطبيق عليها، وبعد معالجة مسألة القواعد الإجرائية، تأتي مرحلة تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع تمهيدا لتطبيقه للفصل النهائي في النزاع المعروض على محكمة التحكيم.

1-تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي

أخرج المشرّع الجزائري مسألة تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات خصومة التحكيم من حكم القاعدة العامة المنصوص عليها في قواعد تنازع القوانين، وبالتحديد في المادة 21 مكرر من القانون المدني، والتي مفادها أنّ مسائل الإجراءات تخضع لقانون القاضي، أي أنّ الإجراءات تخضع للقانون الإجرائي للدولة التي تباشر فيها هذه الإجراءات، حيث تنص المادة المذكورة على أنّه:

" **يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات**"

في إطار التحكيم التجاري الدولي، يخضع إذن تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم لحكم خاص منصوص عليه في المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي جاءت كما يلي:

"**يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم.**

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

انطلاقا من نص هذه المادة، يكون تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات باتفاق الأطراف، وفي غياب الاتفاق تتولى محكمة التحكيم هذا التحديد.

- اختيار الأطراف للقواعد الإجرائية لمحكمة التحكيم

يتماشى تكريس حق الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، واستبعاد قاعدة التنازع التي تخضع الإجراءات لقانون القاضي الذي تباشر أمامه هذه الإجراءات، مع ما استقرت عليه التشريعات الوطنية الحديثة والاتفاقيات الدولية، خاصة أنّ هذا الحل يمثل امتداد للطابع الإرادي للتحكيم من جهة، ويقضي على الصعوبات التي تنتج عن عدم تمتع المحكم بقانون القاضي "*Lex fori*"، كونه يعيّن من قبل الأطراف ولا يعمل باسم الدولة التي يجري فيها التحكيم،

أي أنّه لا يوجد هناك قانونا إجرائيا يفرض عليه عكس القاضي الذي يلزم بتطبيق قانون دولته على إجراءات الخصومة.

بالعودة إلى نص المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجد أنّ **المشرّع الجزائري كرّس الحرية الكاملة للأطراف في تحديد القانون الإجرائي**، حيث يمكن لهؤلاء ضبط الإجراءات مباشرة في اتفاق التحكيم، كما يمكنهم الاستناد في تحديد هذه الإجراءات إلى قانون داخلي لدولة معينة أو لنظام تحكيم معمول به لدى مركز معيّن من مراكز التحكيم.

غير أنّ الحرية التي يتمتع بها الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات، والتي كرّسها المشرّع في المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تجد حدودها في القواعد المتعلقة بالنظام العام الدولي الإجرائي، كتلك المتعلقة بحقوق الدفاع والوجاهية، ومخالفة هذه القواعد من شأنه أن يجعل حكم التحكيم الصادر عن محكمة التحكيم باطلا وغير قابل للتنفيذ.

-اختيار القانون الإجرائي من طرف محكمة التحكيم

قد لا يحدّد أطراف اتفاقية التحكيم القانون أو القواعد الإجرائية التي تتبعها هيئة التحكيم، سواء كان ذلك عن قصد أو عن غير قصد، وفي هذه الحالة تطرح مسألة تحديد هذه القواعد في غياب اختيار الأطراف.

تنص الفقرة الثانية من المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي تنص على أنّه:

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

واضح من خلال هذا النص أنّ المشرّع الجزائري توقع مثل هذه الحالة، وعالجها بوضع قاعدة احتياطية لإرادة الأطراف، مفادها إعطاء سلطة تحديد قواعد إجراءات التحكيم لمحكمة التحكيم نفسها، وفقا لما تراه مناسبا، وذلك سواء بصفة مباشرة أو بالاستناد إلى قانون داخلي معيّن أو نظام تحكيم معمول به لدى مركز معيّن من مراكز التحكيم أو نظام التحكيم الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

إنّ الحرية التي تتمتع بها محكمة التحكيم في اختيار القواعد الإجرائية، وعلى غرار الحرية التي يتمتع بها الأطراف أنفسهم، لا يحدّها إلا النظام العام الدولي الإجرائي.

بهذا يكون المشرّع الجزائري قد ساير الاتجاه الحالي على مستوى القانون المقارن في استبعاد تطبيق قواعد التنازع التقليدية في مجال التحكيم التجاري الدولي- على الأقل في مسألة تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، إذ لم يُحِل على تطبيق الضوابط القانونية التقليدية لتحديد هذا القانون، كتطبيق

قانون دولة مقر التحكيم(وهو الضابط الذي نصت عليه مثلا اتفاقية نيويورك في المادة (1/5 د)) ، أو قانون الدولة التي يطبّق قانونها على موضوع النزاع.

يبقى أن نشير إلى أنّ محكمة التحكيم ليس لها سلطة مطلقة في تحديد القانون الإجرائي، إذ عليها أن تأخذ بعين الاعتبار القانون الإجرائي لكل من دولة مقر التحكيم وقانون الدولة التي يحتمل تنفيذ حكم التحكيم فيها، وذلك بغرض توقي إبطال هذا الحكم أو رفض تنفيذه بدعوى مخالفته للإجراءات التي تعتبرها هذه القوانين من النظام العام الدولي.

-تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

عرف موقف القانون الجزائر تطورًا كبيرا في مسألة تحديد القانون واجب التطبيق على العقود الاقتصادية الدولية، ويتجلى ذلك بوضوح في تراجع الدولة الجزائرية عن حرصها التقليدي على تطبيق القانون الوطني ضمانا لسيادتها السياسية والاقتصادية، وقد تم تكريس هذا التراجع صراحة في المرسوم التشريعي رقم 93-09، المعدّل والمتمّم لقانون الإجراءات المدنية، الذي أعطى لإرادة الأطراف الدور الأساسي في تحديد هذا القانون، وفي غياب اختيار الأطراف جعل سلطة تحديده في يد محكمة التحكيم.

لقد أبقى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر في سنة 2008 على هذا الموقف الجديد، وذلك من خلال المادة 1050 منه، والتي تنص عل أنّه:

"تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

وفقا لهذا النص، يُحدّد القانون المطبّق على موضوع النزاع باتفاق الأطراف كأصل، وفي حالة غياب هذا التحديد تحدّده محكمة التحكيم.

1- تطبيق قانون إرادة الأطراف على موضوع النزاع

من خلال نص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المشار إليه أعلاه، يتضح بما لا يدع مجالا للشّك، تكريس المشرّع لمبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يرغبون في تطبيقه على موضوع النزاع المتفّق على حلّه عن طريق التحكيم، ويأتي ذلك كتتويج لسياسة الانفتاح التي فرضتها الظروف الاقتصادية الوطنية وتوسّع نطاق العولمة بما تحمله من توحيد للنظام القانوني للعلاقات التجارية الدولية، وحماية الاستثمارات الأجنبية التي لا تحتمل القيود والاختلافات القانونية الداخلية.

إنّ الملاحظ على نص المادة المذكورة، أنّها ذهب بإرادة الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع إلى أبعد من مبدأ استقلالية الإرادة المكرّس في المادة 18 من القانون المدني التي يتحدد

وفقا لها القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي في إطار قواعد تنازع القوانين، ويظهر ذلك من جانبين هما:

- وضعت المادة 18 من القانون المدني قيدًا على اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق يتمثل في وجود علاقة حقيقية بين هذا القانون المختار وبين العقد أو أطرافه.

إنّ مثل هذا القيد لا وجود له تطبيقا للمادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية، إذ يمكن للأطراف اختيار أي قانون يرونه مناسبا حتى ولو لم تكن له أيّة علاقة لا بالعقد ولا بالمتعاقدين.

- تسمح المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بتوسيع نطاق القانون واجب التطبيق ليشمل كل "القواعد القانونية" مهما كانت طبيعتها ومصدرها، سواء كانت ذات مصدر تشريعي داخلي أو مصدر اتفاقي أو عرفي، بينما تقتصر حرية الأطراف، وفقا للمادة 18 من القانون المدني، على اختيار قانون دولة معينة بمفهومه الشكلي، أي القواعد القانونية ذات المصدر التشريعي فقط، إذ ولو أنّ المادة 18 أعلاه، في صيغتها العربية، استعملت مصطلح "القانون"، إلا أنّ نص هذه المادة باللغة الفرنسية هو الأكثر وضوحا، حيث استعمل مصطلح "Loi"، فبالرغم من كون النص العربي هو النص الرسمي، إلا أنّه وبالنظر لكون النص مأخوذ من القانون الفرنسي، فإنّ ذلك لا يترك مجالا للشّك حول النية الحقيقية للمشرّع الجزائري كون النص الأصلي هو النص الفرنسي.

-أكثر من ذلك، وعلى عكس نص المادة 18 من القانون المدني، يسمح نص المادة 1050 بتجزئة القانون واجب التطبيق وإخضاع كل مسألة من المسائل محل النزاع إلى قاعدة أو قواعد مستمدة من مصادر مختلفة بما فيها قواعد التجارة الدولية (*LEX MERCATORIA*) أو قوانين داخلية مختلفة.

2- القانون الذي يختاره المحكم

رأينا أنّ الأصل هو تطبيق محكمة التحكيم للقانون الذي اختاره الأطراف عند الفصل في موضوع النزاع، غير أنّ هؤلاء قد يتخلفون عن تحديد هذا القانون، لذلك وضع المشرّع الجزائري قاعدة احتياطية تتمثل في تكريس "إرادة محكمة التحكيم"، أي أنّه أعطى لمحكمة التحكيم سلطة اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع إذا تخلف الأطراف عن اختياره.

يعتبر الحل الذي اعتمده المشرّع الجزائري لمواجهة غياب اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، خطوة عملاقة في اتجاه تحرير التحكيم من القيود التي تفرضها القوانين الوطنية، وذلك من خلال تكريس منهج التحديد المباشر للقانون واجب التطبيق واستبعاد منهج تنازع القوانين التقليدي.

ينبغي الإشارة هنا إلى أنّه وفقا للمادة 18 من القانون المدني، وفي حالة غياب اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق، وإعمالا لمنهج تنازع القوانين، يتولى القاضي الجزائري تطبيق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للأطراف، وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد، فالقاضي ليس له أيّة سلطة في اختيار هذا القانون.

ما يلاحظ على هذا الحل، أنّه يكرّس سلطة شبه مطلقة لمحكمة التحكيم في اختيار قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة لتطبيقها على موضوع النزاع المعروض عليها، ويمكن أن تستقي هذه القواعد من كل مصادر القانون، بما فيها أعراف التجارة الدولية التي عادة ما يميل المحكمون إلى تطبيقها نظرا لملاءمتها لمقتضيات التجارة الدولية باعتبارها من خلق المتعاملين في مجال التجارة الدولية أنفسهم.

إنّ القيد الوحيد الذي يحدّ من سلطة محكمة التحكيم في اختيار القواعد القانونية التي تراها ملائمة لتطبّق على موضوع النزاع هو القيد المتعلق بالنظام العام الدولي، الذي تؤدي مخالفته إلى بطلان حكم التحكيم ورفض الاعتراف بهذا الحكم أو تنفيذه، عملا بالمادتين 1051 و1056 من قانون الإجراءات المدنية.

تجدر الإشارة إلى أنّ الحل الذي كرّسه المشرّع الجزائري في هذا المجال ذهب إلى أبعد مما ذهب إليه كل من القانون الفرنسي والقانون السويسري اللذان استلهم منهما قواعد التحكيم التجاري الدولي في سنة 1993، حيث لم ينقل القيد المنصوص عليه في القانون السويسري الذي يشترط في القانون الذي يختاره المحكم للفصل بموجبه في موضوع النزاع أن تكون له علاقة وثيقة بهذا الأخير، كما أنّه لم يأخذ بالنص الفرنسي الذي يلزم المحكم عند اختياره للقانون واجب التطبيق بمراعاة أعراف التجارة الدولية.

يتماشى موقف المشرّع الجزائري مع موقف الذين يرون أنّ محكمة التحكيم التجاري الدولي تعمل دائما على اختيار القواعد القانونية التي تحسم النزاعات الناشئة عن معاملات التجارة والمبادلات الاقتصادية الدولية من ناحية، وتخدم المصالح الحيوية للتجارة الدولية من جهة أخرى، بغض النظر عن النظام القانوني الذي يمكن أن تستقى منه تلك القواعد، خاصة أنّها تفتقد إلى نظام إسناد أو قواعد تنازع قوانين تلزمها بتطبيق قانون وطني معيّن.