الدرس الرابع: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وعلى الإجراءات

إن المجرى العادي لسير عملية التحكيم ينتهي بصدور حكم يفصل في موضوع النزاع، فوفقا لأي قانون يصدر المحكمون حكمهم ؟ وكيف يصدر هذا الحكم، وما هي الشروط والبيانات التي يلزم استقاؤها؟ كل هذا نحاول الإجابة عنه فيما يأتي.

المنهج المتبع: المنهج التحليلي

التقسيم:

المبحث الأول: تحديد القانون الذي تطبقه هيئة التحكيم على موضوع النزاع

المطلب الأول: تطبيق قانون إرادة الأطراف

المطلب الثاني: تصدي هيئة التحكيم لتحديد القانون المطبق على موضوع النزاع

المطلب الثالث: الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة و الإنصاف

المبحث الثاني: القواعد الواجب تطبيقها على الإجراءات التحكيم

المطلب الأول: حالة وجود قانون الارادة وحالة غياب قانون الإرادة

الفرع الأول: قــانـون الإرادة

الفرع الثاني: حالة غياب الإرادة – الارادة الضمنية -

المطلب الثاني: اختصاص هيئة التحكيم باتخاذ التدابير المؤقتة و التحفظية وسلطتها في إصدار أحكام وقتية أو في جزء من الطلبات

المطلب الثالث: ميعاد إصدار الحكم و سلطة الهيئة في مده

الأسئلة المراد الإجابة عنها:

كيف يتم وضع القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع؟

في حالات عدم تبيان قانون الارادة، كيف تضع محكمة التحكيم قانون للفصل في النزاع؟

هل ذات الحكام في وضع قانون للفصل في النزاع بالنسبة للهيئات والمراكز الدولية؟

قائمة المصادر ولمراجع:

أولاً: قائمة المصادر

قانون الإجراءات المدنية والإدارية
قانون الاجراءات المدنية الفرنسي
نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية

ثانياً الكتب:

أحمد محمود عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم، بدون دار نشر، الطبعة 3، 2005.
سميحة القليوبي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 2009.
فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الثقافة والنشر والتوزيع، 2012 .
لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، دار هومه، الجزائر، الطبعة الثانية، 2014.
محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 1997.
محمد عبد المجيد اسماعيل، دراسات في العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2013.
محمود جمال الدين زكي، العقود المسماة، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، 1960.
محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 2007.
محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم، دار الفكر العربي، 1990.
مصطفى محمد الجمال، د.عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات العامة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى، بدون ناشر، 1998.
معوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي الإسكندرية،1991.
ناريمان عبد القادر، إتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994، دار النهضة العربية، 1996.

.المقالات العلمية:

سميحة القليوبي،اتفاق التحكيم، مقال منشور في إحدى الند وات" ندوة التحكيم في عقود الأشغال و المقاولات "الصادرة عن المنظمة العربية للتنمية الإدارية، و المنعقدة بالشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، من 4-7 ديسمبر2005 .

المبحث الأول: تحديد القانون الذي تطبقه هيئة التحكيم على موضوع النزاع

المطلب الأول: تطبيق قانون إرادة الأطراف

تنص المادة (1050) بالنسبة للقانون الجزائري على أن: « تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، و في غياب هدا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة ». و بالتالي فإن للأطراف حرية اختيار ما يرونه مناسبا من قواعد تطبق عليهم.

مثال: المزج بين عدة قواعد، تحديد قانون دولة معين؛ احالة إلى الأعراف والعادات، المزج بين عدة قواعد؛ ... الخ. لأنهم هم الأجدر على تصور حلول، وبناءاً على ارادة الأطراف في التحكيم.

المطلب الثاني: تصدي هيئة التحكيم لتحديد القانون المطبق على موضوع النزاع

حسب نص المادة (1050) من ق إ م إ د إن لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع فصلت محكمة التحكيم فيه بحسب قواعد القانون و الأعراف التي تجدها مناسبة و ملائمة و بالتالي عدم الإخلال بالنظام العام للدولة وهذا سواء في حالة تطبيق قانون الإرادة، أو القانون الأكثر اتصالا بالنزاع. وقد يكون هذا القانون اعمالا لقانون الإرادة الضمنية، وصوره كما يلي:-

1 - من جراء اعمال قواعد التنازع المادة 28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

2 - اعمال قانون محل إبرام العقد،

3 - قانون محل التنفيذ العقد

4 - قانون بلد الذي يجري فيه التحكيم

5 - قانون الدولة التي استخدمت لغتها في العقد وهو ما تنص عليه الاتفاقية الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار .

المطلب الثالث: الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة و الإنصاف

وهنا في هذه الصورة هو تحرير المحكم من التقيد بأي نصوص تشريعية أو أي قواعد قانونية أياً كان مصدرها ليجري المحكم نوعاً من التسوية للنزاع المعروض عليه.

ولا يكون ذلك إلا بناءاً على الإرادة الصريحة للاطراف بأن تطبق عيئة التحكيم قواعد العدالة والانصاف.

ويجب أن يحترم مبادئ التقاضي ومنها تحقيق المساواة، واحترام حقوق الدفاع؛ مستلهما ما يراه محققا للعدالة وما يرضي ضميره، فهو يقوم بعمل "إنشائي " خلاق لا يخضع فيه إلا لما يرضي وجدانه، تماما كموقف القاضي الجنائي الذي يتمتع بحرية مطلقة في تكوين عقيدته.

المبحث الثاني: القواعد الواجب تطبيقها على الإجراءات التحكيم

المطلب الأول: حالة وجود قانون الارادة وحالة غياب قانون الإرادة

الفرع الأول: قـــانـون الإرادة

من بين الفرضيات المتعددة التي يمكن أن تتوافق عليها إرادة الأطراف لاختيار القانون الذي سينظم إجراءات التحكيم هي كالآتي:

أولا: تطبيق القانون الوطني

بينما المشرع الجزائري بالرجوع إلى نص المادة 1043 التي تنص على أنه:« يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام التحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم. »

من النص نستنج أن المشرع الجزائري يقر بمبدأ حرية الاختيار صراحة، فالقانون الذي ينظم إجراءات التحكيم قد يكون القانون الوطني الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف وفقا لمبدأ الحرية.

ثانياً: تطبيق قانون ولوائح مراكز التحكيم

إن إجراءات التحكيم المنظمة في لوائح المراكز، والمنظمات التحكيم الدولية يمكن أن تتجه إرادة الأطراف لاختيار تلك القواعد لتنظيم إجراءاتها وهو الأمر المعتاد عليه في الواقع التطبيقي. وبالرجوع إلى نص المادة 1043 من ق ا م ا د نجد أن المشرع لم يمنع الأخذ بما تحتوي عليه لوائح المراكز أو منظمات التحكيم من قواعد تنظيمية إذا أراد الأطراف الاتفاق عليها.

الفرع الثاني: حالة غياب الإرادة – الارادة الضمنية -

عند غياب هذه الإرادة الصريحة في تحديد القانون، أو القواعد القانونية التي ستنظم إجراءات التحكيم، فعلى المحكم أن يطبق قواعد القانون الدولي، وقد يكون القانون المتبع في الإجراءات المنظمة للتحكيم هو قانون مكان إجراء التحكيم، أو يرجع ذلك لما سيختاره المحكم وفقا للسلطات المخولة له.

أولاً: تطبيق قانون مقر التحكيم

إذا لم يوضع قانون خاص بالاجراءات التحكيم، ولم تتجه ارادة الأطراف لتطبيق قانون معين على النحو السالف ذكره. نجد أن المشرع المصري ألزم المحكمين على تطبيق قانون المصري باعتباره قانون مقر التحكيم، وهذا إقرار صريح من التشريع المصري.

ولا يوجد نص صريح في القانون الجزائري يقر بتطبيق قانون مقر التحكيم.

بينما يوجد موقف للاتفاقيات الدولية تتمثل في:

- اتفاقية نيويورك أنه إذا لم تتجه إرادة الأطراف إلى تحديد قانون معين، جاز الأخذ بقانون الدولة التي يجري فيها التحكيم، و هذا ما تقر به الفقرة د من نص المادة الخامسة.
- نظام التحكيم لغرفة التجاري الدولي يستنتج من خلال نص المادة 15 منها بأن محكمة التحكيم لها الحرية في اختيار، أو تحديد قانون معين ينظم إجراءات التحكيم، إذا لم يتفق الأطراف على ذلك التحديد، ومنها يجوز اختيار قانون دولة مقر التحكيم لأنه يدخل ضمن مبدأ حرية اختيار محكمة التحكيم.

ثانيا: سلطة المحكم في اختيار القواعد الواجب تطبيقها على الإجراءات

إن القانون الإجرائي الذي يلزم المحكم تنفيذه على إجراءات التحكيم، قد لا تتجه إليه إرادة الأطراف لتعيينه، وبالتالي تنتقل سلطة التحديد التي كانت في الأصل للأطراف إلى المحكم، غير أن إرادة الأطراف يمكن أن تتجه إلى منح هذه السلطة للمحكم، أو تمنح من خلال النصوص التشريعية الوطنية، والدولية التي سبق الإشارة إليها.

وهذه السلطة الممنوحة للمحكم ليست مطلقة، بل تحدها بعض الحدود التي يمكن مثلا أن يفرضها القانون الوطني الذي يوجد فيه مقر التحكيم، بواسطة الهيئات الرقابية لديه، وحتى لا يكون حكم التحكيم الصادر عن هيئة التحكيم معرضا للبطلان، فيلزم الأخذ في الحسبان ما يحتويه القانون الوطني من قواعد آمرة عند ممارسة المحكم لهذه السلطة.

المطلب الثاني: اختصاص هيئة التحكيم باتخاذ التدابير المؤقتة و التحفظية وسلطتها في إصدار أحكام وقتية أو في جزء من الطلبات

يرى المشرع الجزائري في المادة (1046) أنه:« يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك»

فلهيئة التحكيم الحق في اتخاذ ما قد يقتضيه نظر الموضوع من اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفيظية. و لكن الهيئة لا تملك سلطة الإجبار التي يملكها القضاء، فمن المتصور تجاهل من صدر ضده الأمر و امتناعه عن التنفيذ ولمواجهة ذلك، وبذلك نصت الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه على أنه: « إذا لم يقم الطرف المعني بتفنيد هذا التدبير إراديا، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي » . وهو ذات الحكم للمشرع الفرنسي.

ووفقا لنص المادة (26) من قواعد اليونسترال المعمول بها في المركز في المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة، يكون لمحكمة التحكيم، بناءاً على طلب أحد الأطراف إتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية التي تراها ضرورية تبعا لطبيعة النزاع وعلى وجه الخصوص الإجراءات التحفظية المتعلقة بالبضائع موضوع النزاع مع إمكانية الأمر بإيداعها لدى الغير أو بيع المعرض للتلف منها.و يمكن أن تأخذ هده التدابير شكل حكم مؤقت مع إمكانية طلب كفالة لتغطية التكاليف.

وتنص المادة 47 من اتفاقية واشنطن على أن: « لمحكمة التحكيم إذا اقتضت الظروف أن تتخذ كل الإجراءات التحفظية الكفيلة بالمحافظة على حقوق الأطراف إلا إذا حظر عليها الأطراف ذلك » .

كما أن لهيئة التحكيم أن تصدر أحكام جزئية وذلك قبل صدور الحكم المنهي للخصومة كلها، طبقا لنص المادة (1049) القائلة بأنه: « يجوز لمحكمة التحكيم إصدار أحكام إتفاق أطراف أو أحكام جزئية، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك » .

المطلب الثالث: ميعاد إصدار الحكم و سلطة الهيئة في مده

الأصل: اصدار الحكم بناءا على المدة المتفق عليها بين الأطراف.

في حالة سكوت الأطراف: وفقا للقانون الجزائري الأ تتجاوز مدة 04 أشهر المادة 1018، المشرع الفرنسي 6 أشهر المادة 1456.

قد لا تنتهي هيئة التحكيم من صدور حكم نهائي فهنا يمكن أن تمد لهم مدة اضافية ولكن بناءاً على اتفاق الأطراف، أو بأمر من رئيس المحكمة.

و إمكانية المد مقصورةعلى الأطراف فهم الذين يخولون لمحكمين إمكانية إصدار قرار بمد الميعاد، كما يرجع الامر استثناءا لرئيس المحكمة بناءا على طلب من هيئة التحكيم.

في حين لم تتضمن قواعد اليونسترال، أو القانون النموذجي الذي أخد عنه المشرع المصري، تحديدا لميعاد يتعين مراعاته لإصدار حكم التحكيم.

و الأمر نفسه في نظام محكمة تحكيم لندن، وإتفاقية واشنطن الخاصة بمنازعات الاستثمار.

أما الإتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية فقد نصت المادة 9/2 من ملحق التوفيق والتحكيم على وجوب صدور حكم التحكيم خلال مدة لا تتجاوز ستة أشهر من تاريخ

انعقاد للهيئة، ويمكن للأمين العام لجامعة الدول العربية بناء على طلب مسبب من الهيئة أن يمد تلك المدة إذا رأى ضرورة لدلك لمرة واحدة و بما لا يجاوز ستة أشهر أخرى.