ISSN: 2663-5798 || Arab Journal for Scientific Publishing

الإصدار السابع – العدد الثالث والسبعون
تاريخ الإصدار: 2 – تشرين الثاني – 2024م
www.ajsp.net

"القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم"

(مشروع بحثي)

إعداد الباحث:

شاكر بن خلف الله الثمالي

الرقم الجامعي:

1801782

إشراف الأستاذ الدكتور:

عبد الهادي بن محمد الغامدي

كلية الحقوق

جامعة الملك عبد العزيز

جدة –المملكة العربية السعودية

وزارة التعليم

1440هـ - 2019م

AJSP
المجلة العربية للنشر العلمي
ISSN: 2663-5798 || Arab Journal for Scientific Publishing
الإصدار السابع – العدد الثالث والسبعون
تاريخ الإصدار: 2 – تشرين الثاني – 2024م
www.ajsp.net

الملخص:

لقد تعرض المنظم السعودي في نظام التحكيم رقم (34) وتاريخ 1433 /5/24هـ إلي بيان القانون واجب التطبيق على أقضية محل النزاع في مادته الثامنة والثلاثون والتي نصت على أنه (1–مع مُراعاةِ عدم مُخَالَفة أحكام الشريعة الإسلاميّة والنظام العام بالمملكة، على هيئة التَحكيم أثناء نظر النزاع الآتي: أ – تطبيق القواعد التي يَتّفق عليها طرفا التَحكيم على موضوع النزاع، وإذا اتفقا على تطبيق نظام دولةٍ مُعينةٍ اتُّبعَت القواعد الموضوعيّة فيه دون القواعد الخاصّة بتنازع القوانين، ما لم يُتّفق على غير ذلك. ب – إذا لم يَتّفق طرفا التَحكيم على القواعد النظاميّة واجبة التطبيق على موضوع النزاع، طُبّقَت هيئة التَحكيم القَواعد الموضوعيّة في النظام الذي تَرى أنه الأكثر اتصالًا بموضوع النزاع. جـ – يجب أن تُراعي هيئة التَحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العَقد مَحل النزاع، وتأخذ في الاعتبار الأعرافُ الجاريّة في نوع المُعامَلة، والعادات المُتَّبَعة، وما جرى عليه التعامل بين الطرفيّن. 2– إذا اتّفق طرفا التَحكيم صراحةً على تفويض هيئة التَحكيم بالصلح جاز لها أن تَحكُم به وِفقَ مُقتضى قواعد (العدالة والإنصاف).

المقدمة:

يعتبر التحكيم من أقدم الوسائل التي أتخذتها الأمم والشعوب والأفراد لحل المنازعات وفصل الخصومات ولجأوا إليه في مختلف الأزمنة والعصور حتي أصبح في عصرنا اليوم من أبرز الوسائل لحل تلك المنازعات وتسويتها فصار التحكيم مظهر من مظاهر العصر، إذ لم يعد نظام استثنائي لمنافسته للعدالة التي تؤديها الدولة أو حتى نظام مصاحب وقرين له بل أصبح في الأونة الأخيرة نظام بديل عن قضاء الدولة لما يمتاز به التحكيم من السرية وسرعة الفصل في المنازعات بكافة أنواعها، إضافة إلي أن الهدف الاساسي للاتفاق على حل النزاع عن طريق التحكيم بدل القضاء يكمن في الرغبة في اختيار المحكم المؤهل للقيام بهذه المهمة بالإضافة إلى الثقة به من قبل أطراف النزاع ، بينما نجد في واقع الأمر أن اطراف النزاع يهتمون بمقدار ثقتهم بالمحكم أكثر من اهتمامهم بمعرفة القانون واجب التطبيق على القضية محل النزاع مما قد تصدر عنه اجراءات قد تؤدي إلى بطلان التحكيم بالكلية ، وبالتالي يجد أطراف النزاع أنفسهم مرة ثانية أمام القضاء وعلى ضوء ما تقدم فسأعرض في هذا الصدد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم من خلال المباحث المبينة بتقسيمات الدراسة.

ثانياً: أهمية البحث:

1) لم يتعرض نظام التحكيم السعودي بشكل واضح لموضوع القانون واجب التطبيق على اتفاقية عقد التحكيم أو الاستثناءات الواردة عليها.
2) عدم وجود دراسات سابقة تتناول بالبحث موضوع القانون الواجب التطبيق على عقد التحكيم في النظام السعودي، كدراسة مقارنة.
3) تستمد الدراسة أهميتها من الموضوع التحكيم، نظراً لما له من أهمية، وكونه يعد أي التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات الأكثر مرونة وسرعة وسهولة ويسر.
4) الأهمية التي استدعت اختيار هذا الموضوع هي عدم وجود أسس واضحة وأنظمة متبعة في حل التنازع بين القوانين عند تطبيق القانون على عقود التحكيم.

ثالثاً: أهداف البحث:

1) يهدف الباحث إلى التعرف على القانون الواجب التطبيق في التحكيم السعودي.
2) بيان دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الذي ينبغي تطبيقه في التحكيم التجاري.
3) توضيح سلطة المحكم في تحديد القانون واجب التطبيق.
4) توضيح سلطة القاضي في تحديد القانون واجب التطبيق.

رابعاً: منهج البحث:

تسير هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي المقارن بطريقته العلمية التي تجمع بين الطريقتين الاستقرائية والاستنتاجية ، والذي يعني معالجة الموضوع في النظام السعودي والانظمة الاخرى المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

خامساً: خطة البحث:

المبحث التمهيدي: مفهوم القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

المطلب الأول: مفهوم القانون الواجب التطبيق.

المطلب الثاني: شروط اتفاق التحكيم وخصائصه وصوره.

المطلب الثالث: مفهوم اتفاق التحكيم.

المبحث الأول: مبادئ تحديد القانون واجب التطبيق و قيوده ونطاقه.

المطلب الأول: مبدأ سلطان الإرادة.

المطلب الثاني: القيود الواردة على سلطان الإرادة.

المطلب الثالث: تحديد القانون المختار ونطاقه.

المبحث الثاني: احكام تحديد القانون واجب التطبيق

المطلب الأول: اسباب تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

المطلب الثاني: سلطة المحكم في تحديد القانون واجب التطبيق.

المطلب الثالث: سلطة القاضي في تحديد القانون واجب التطبيق.

المبحث التمهيدي

مفهوم القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم

لا يخفى على الجميع أن التحكيم هو عملية تسوية المنازعات المتفق عليها بين الطرفين حيث يتم عرض النزاع على هيئة التحكيم لإصدار الحكم وللتعرف على القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم سنقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول

مفهوم القانون الواجب التطبيق

القانون الواجب التطبيق في التحكيم هو قانون البلد التى ابرم فيه اتفاق التحكيم او تم توقيع العقد به او ماتفق عليه بالعقد وقد يتفق على قاعدة تطبيق العداله والانصاف وهذا امر يبتعد عن مقتضيات القانون من حيث التقادم او الشكل او الاجراءات وانما يتطرق لشى واحد وهو واقعه النزاع ان كان قد تم فيها اجحاف بحقوق الاخر من عدمه وفى هذه الحاله يجب على المحكم تطبيق قاعده الانصاف والعداله بدون النظر الى شكل او الاجراءات او حتى التقادم ويستمد المحكم سلطته من الاتفاق السابق او اللاحق للنزاع فقد يكون شرطا او مشارطه المشكله التى نعاني منها الان ان قضاه التنفيذ غائب عنهم قانون التحكيم ومايجب ان يتخذ حيال حكم قُدم لديهم[1].

المطلب الثاني

شروط اتفاق التحكيم وخصائصه وصوره

أولا: الشروط الموضوعية:

أولاً: الرضا:

اتفاق التحكيم عقد رضائي يكفي لانعقاده تراضي أطراف الخصومة على اللجوء إلى التحكيم للفصل في النزاع الحاصل بينهم، فالتراضي وحده هو الذي يُكون العقد، ويعتبر عند جمهور الفقهاء ركناً من أركان العقد لا يصح بدونه[2]، ويتم التراضي بارتباط وتطابق إيجاب وقبول أطراف الخصومة على اللجوء إلى التحكيم، فالإيجاب والقبول ركنين يمثل كل واحد منهما شطراً للرضا ويعد جزءاً منه لا يصح الرضا بدونهما، وبالتإلى لابد من تعلق أحدهما بالآخر لتمام انعقاد العقد، وبناء عليه فإن وجود الإيجاب وحده لا يكفي لإنشاء الالتزام، فالموجب له الخيار دائماً في الرجوع عن إيجابه قبل أن يتعلق به القبول، كذلك من وجه له الإيجاب مخير بالقبول أو الرفض[3].

وبناء على ما تقدم ينعقد التحكيم بمجرد صدور إيجاب وقبول أطراف الخصومة على اللجوء إلىه وتعلق أحدهما بالآخر بشكل نافٍ للجهالة، لذا يشترط لصحة صدور الإيجاب والقبول أن يتم التعبير عنهما عن إرادة الموجب والقابل بشكل صحيح، ولا يعتد بالتعبير الضمني في هذا الخصوص، ويكون التعبير عن الإرادة صريحاً إذا كان المظهر الذي اتخذه هذا التعبير مخصصاً للكشف عن هذه الإرادة بطريقة صريحة وواضحة ومألوفة بين الناس[4].

كما قد يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا كان المظهر الذي اتخذه هذا التعبير غير مخصص للكشف عن هذه الإرادة، ولكن لا يمكن تفسيره دون افتراض وجودها، وجدير بالذكر أنه لا يمكن اعتبار السكوت طريقة معبرة للإيجاب بحيث لا يمكن أن يتصور ذلك، أما السكوت كوسيلة للتعبير عن القبول فيمكن تصوره في بعض الحالات، والقاعدة العامة أن السكوت كوسيلة للتعبير عن القبول لا

1 أنس كيلاني وآخرين، الكامل في التحكيم في السعودية، نظرياً وعليماً، مطابع وزارة الإعلام، دمشق، 2007م ، ص 98
2 قحطان الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، مطبعة الخلود، بغداد، 1405، ص113.
3 أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف الإسكندرية، 1970م، ص60.
4 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، 1952م، ص157/1.

يعتبر رضا، فالسكوت عمل سلبي يدل على انعدام الإرادة فهو إذا عكس الرضا الذي هو عمل إيجابي[5] تتخذ الارادة فيه شكلاً واضحاً وصريحاً يفهم منه لموافقة على العرض المقدم من الطرف الآخر، ومن ثم لا يعقل أن يعتبر امتناع الشخص عن إبداء رأيه موافقة أو رضاء ضمنياً بما عرض عليه، بل عكس ذلك حيث من الأولى أن يعتبر السكوت دلالة على الرفض[6].

ويشترط لصحة الرضا أن يكون القبول موافقاً للإيجاب ومطابقاً له، والأصل أن يطابق القبول الإيجاب مطابقة تامة، لكي يتم اتفاق التحكيم بتلاقي إرادتيهما واتجاههما إلى شيء واحد[7].

ثانياً: المحل:

المحل في عقد التحكيم هو فض النزاع بين الخصمين من قبل شخص أو أشخاص معينين (هية التحكيم – المحكم الفرد)يتم اختيارهم من قبل المتعاقد، دون اللجوء إلى القضاء المختص أصلاً بالفصل في هذا النزاع، ويستوجب ذلك تنازل أطراف الخصومة المؤقت عن حقهم في اللجوء إلى القضاء العادي لحل النزاع الحاصل بينهم، وعرض هذا النزاع على شخص أو أشخاص معينين، وهو بهذا الشكل منفعة ما ليس بمال مترتبة على عقد التحكيم المبرم بين أطراف الخصومة[8].

والمحل في عقد التحكيم يكون دائماً مشروعاً لمشروعية التحكيم في الشريعة الإسلامية، إلا أن هذه المشروعية مقيدة بموضوع النزاع الدائر بين الأطراف، فإذا كان موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم، فليس من الممكن إجبار أحد الخصوم على تنفيذ عقد التحكيم، حتى لو أن الخصوم نفذوا عقد التحكيم فإن هذا التنفيذ يعتبر باطلاً ولا يمكن الاعتداد به، ويجوز لكل ذي مصلحة في الدعوى أن يتمسك ببطلان التحكيم الصادر من المحكمين في هذا الحالة، فمشروعية محل التحكيم مرتبطة بطبيعة النزاع وما إذا كان النزاع يدخل في نطاق المسائل التي يجوز فيها التحكيم أم لا[9].

ثالثاً: السبب:

السبب هو الغرض المباشر والمقصود من العقد، ويكون السبب مشروعاً متى ما كان موجود أو مباحاً وغير مخالف للنظام العام، والسبب في عقد التحكيم يكون عادة رغبة الطرفين في الحصول على المزايا التي يقدمها التحكيم، وسبب التحكيم بالمفهوم السابق يعتبر دائماً سبباً مشروعاً، وانطلاقاً من مشروعية التحكيم في الإسلام[10].

بالرغم من مشروعية سبب عقد التحكيم فإنه يرتبط ارتباطاً وثيقاً ومباشراً بسبب العقد الأساسي مصدر النزاع، خصوصاً في حالة كون الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم قد تم بموجب شرط تحكيم مدرج في العقد الأساسي مصدر الالتزام المبرم بين الأطراف، أما إذا

---

5 صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين ، بيروت ، 1948 م ، ص309.

6منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الثالثة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1995، ص175/1.

7 محمد بن ناصر بن محمد البجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، معهد الإدارة العامة، مركز البحوث والدراسات الإدارية، 1999م، ص62.

8 محمد بن ناصر بن محمد البجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، المرجع السابق، ص64.

9 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص413/1.

10 منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص31.

كان سببه غير مشروع فإنه يعتبر عقداً باطلاً وبالتالي لا يكون هناك مجال للفصل في أي نزاع قد ينشأ بسببه عن طريق التحكيم، وذلك لعدم استقلال شرط التحكيم عن العقد الأساسي مصدر الالتزام المدرج فيه هذا الشرط، إلا إذا نص هذا العقد على خلاف ذلك[11].

رابعاً: الاهلية:

الأهلية شرط لازم لصحة العقد، فالرضا لا يكون صحيحاً إلا إذا كان صادراً من ذي أهلية، والأهلية هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق و التعهد و الالتزام بالواجبات، ولا يكفي رضا الأطراف باللجوء إلى التحكيم لحل منازعاتهم، من أجل صحة اتفاقهم، بل لا بد أن تتمتع الأطراف المتفقة بالأهلية اللازمة من أجل إبرام اتفاق التحكيم، فقد أجمعت كل الأنظمة والاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري على ضرورة توافر الأهلية لكافة أطراف التحكيم، ويقصد منها تمتع الأطراف المتنازعة بأهلية التصرف في الحقوق[12].

وبشأن الأهلية فقد نص نظام التحكيم السعودي الجديد في الفقرة الأولى من المادة العاشرة على أن: (لا يصح الاتفاق على التحكيم إلا ممن يملك التصرف في حقوقه سواء أكان شخصاً طبيعياً أو من يمثله أم شخصاً اعتبارياً...)، والجدير بالذكر أنه يصح اتفاق التحكيم للأشخاص الاعتبارية كالشركات المدنية والتجارية عامة كانت أو خاصة، ويتعين هنا التحقق من اكتساب واستيفاء الشروط التي يستلزمها القانون أو النظام للإقرار بالشخصية الاعتبارية[13].

ثانياً: الشروط الشكلية

1) الكتابة:

تحتل الكتابة في المرتبة الأولى بين طرق الإثبات في الأنظمة العدلية، وهي الأصل في إثبات التصرفات والوقائع القانونية[14]، ويقصد بالدليل الكتابي المحرر الذي يثبت التصرفات سواء كانت ورقة رسمية أو عادية موقعاً عليها[15].

ولما أن التحكيم من العقود الرضائية التي يكفي لانعقادها توافق إرادة أطرافها، عليه فإن الكتابة ليست شرطاً ملزماً لصحة العقد ما لم ينص النظام صراحة على وجوب كتابته، وتعتبر الكتابة لازمة لإثبات كل شرط من شروط اتفاق التحكيم، ولكن يلاحظ أن القاعدة ليست عامة، حيث يتم إثبات التحكيم بوسيلة أخرى غير الكتابة عندما يكون هناك الحالات التي حددها نظام المرافعات، مثل جواز إثبات التحكيم بغير الكتابة عندما يكون هناك مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي، أو في حالة فقدان عقد التحكيم المكتوب لسبب خارج عن إرادة من يريد إثباته، أو عندما يكون هناك مجال لإعمال مبدأ الثبوت بالكتابة [16].

11 صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص354.
12 محمد أمين الرومي، النظام القانوني التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006م، ص 104.
13 مختار بربري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995م، ص27.
14 أنس كيلاني وآخرين، الكامل في التحكيم في السعودية، نظرياً وعلمياً، مطابع وزارة الإعلام، دمشق، 2007م ، ص119.
15 محمد بن ناصر بن محمد البجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، المرجع السابق، ص83.
16 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص414/1.

هذا وقد نص النظام التحكيم السعودي الجديد في المادة التاسعة الفقرة الثانية على أنه يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً.

2) شرط تحديد موضوع النزاع:

لما كان التحكيم خارجاً عن نطاق القضاء صاحب الولاية العامة، والمحاط بالضمانات الكافية لتحقيق العدالة بين أطراف النزاع ومعاملتهم على قدم المساواة، هذا ما يستدعي أن يتم الاتفاق بين أطراف النزاع على موضوع النزاع حتى لا يخرج المحكمون عن موضوع النزاع، نظراً لأن قاعدة قاضي الأصل هو قاضي الفرع لا تطبق في التحكيم، فقد نصت المادة التاسعة من نظام التحكيم السعودي الجديد على أن: (1- يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء أكان مستقلاً بذاته أم ورد في عقد معين، كما يجوز أن يكون اتفاق التحكيم لاحقاً لقيام النزاع، وإن كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام المحكمة المختصة وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً، 2- يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر صادر من طرفي التحكيم، أو إذا تضمنه ما تبادلاه من مراسلات موثقة أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال الإلكترونية أو المكتوبة، وتعد الإشارة في عقد ما، أو الإحالة فيه إلى مستند يشتمل على شرط للتحكيم، بمثابة اتفاق تحكيم، كما يعد في حكم اتفاق التحكيم المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي، أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد).

لم يوضح نظام التحكيم السعودي الجديد بشكل صريح ضرورة تحديد موضوع نزاع التحكيم في وثيقة التحكيم قبل عرضها على الجهة المختصة بأصل النزاع، إلا أنه يمكن أن نتلمس ذلك من مضمون المادة التاسعة سالفة الذكر، وأن المقصود بشرط تحديد النزاع (نقطة الخلاف بين الطرفين بشكل محدد وليس بيان محل الخلاف)، فإذا كان الخلاف حول ثمن البيع فلا يكفي القول إن الخلاف بين الطرفين حول العقد المبرم بينهما بتاريخ كذا لأن الغاية من هذا التحديد هي الحيلولة دون أن يتنازع أطراف النزاع عن ولاية القضاء النظامي إلا في موضوع محدد على وجه الدقة أو في مسألة بذاتها، كما أن تحديد النزاع يؤدي إلى تحديد ولاية المحكمين، فتكون لهم ولاية الفصل في هذه المسألة المحددة دون غيرها، فإن خرج المحكم عنها كان قراره باطلاً[17].

3) شرط الإحالة:

فقد نصت المادة التاسعة من نظام التحكيم السعودي الجديد على أن: (1- يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء أكان مستقلاً بذاته أم ورد في عقد معين، كما يجوز أن يكون اتفاق التحكيم لاحقاً لقيام النزاع، وإن كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام المحكمة المختصة وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً، 2- يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر صادر من طرفي التحكيم، أو إذا تضمنه ما تبادلاه من مراسلات موثقة أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال الإلكترونية أو المكتوبة، وتعد الإشارة في عقد ما، أو الإحالة فيه إلى مستند يشتمل على شرط للتحكيم، بمثابة اتفاق تحكيم، كما يعد في حكم اتفاق التحكيم المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد

17 أنس كيلاني وآخرين، الكامل في التحكيم في السعودية، المرجع السابق، ص122.

نموذجي، أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد) ، هذا ويعتبر شرط التحكيم بالإحالة من الصور المستحدثة لاتفاق التحكيم [18].

المطلب الثالث

مفهوم اتفاق التحكيم

يعد اتفاق التحكيم هو حجر الأساس في التحكيم فبه تبدأ الإجراءات التي تستوجب إصدار حكم في المنازعة وهو الذي يظهر رغبة الأطراف في تسوية النزاع من خلال التحكيم، وبوجود اتفاق التحكيم الصحيح والسليم ينعقد الاختصاص لهيئة التحكيم وتلتزم المحكمة القضائية بإحالة الخصوم إلى هيئة التحكيمية عند دفع الخصوم بوجود اتفاق التحكيم ما لم يكن الاتفاق ظاهر البطلان، ويتطرق اتفاق التحكيم إلى تحديد اللغة التي سيستخدمها الأطراف في المرافعة التحكيمية، والقواعد الواجبة التطبيق والمكان الذي سيتم من خلال تسوية النزاع، هذا بالإضافة إلى تعيين المحكمين، أو تحديد الطريقة التي سيتم من خلالها التعيين، لهذا يعتبر لابد من وجود اتفاق تحكيم سليم، ولهذا أهتمت العديد من أنظمة التحكيم باتفاق التحكيم[19]، ويقصد باتفاق التحكيم الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الطرفان بإحالة نزاعهما المالي في إطار القانون الخاص، الناشئ عن العقد الأصلي إلى التحكيم بدلا من القضاء حسب أحكام وشروط ذلك الاتفاق. وبوجه عام، فان مثل هذا الاتفاق جائز وملزم لطرفيه[20]،

كما يعرف اتفاق التحكيم بأنه: "اتفاق الطرفين علي الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية"[21].

كما عرف نظام التحكيم السعودي رقم (م/34) وتاريخ 1433/05/24 هـ اتفاق التحكيم بأنه (اتفاق التحكيم: هو اتفاق بين طرفين أو أكثر على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما في شأن علاقة نظامية محددة، تعاقدية كانت أم غير تعاقدية، سواء أكان اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد، أم في صورة مشارطة تحكيم مستقلة)[22].

ويعرف اتفاق التحكيم بأنه: "موافقة الطرافين علي الالتجاء إلى التحكيم والتي تشملها وثيقة التحكيم (أي عقد مستقل) أو شرط التحكيم (أي بند في عقد)"[23]، فالتحكيم هو عمل قضائي ذو طبيعة خاصة أساسها أن المحكم يستمد ولايته من اتفاق الخصوم علي تحكيمه، وتفسير إدارة الطرفين في شأنه تفسيرا ضيقا وقصره علي طرفيه ، وعلي ما تتصرف إدارة المحتكمين بعرضه علي هيئة التحكيم[24]

18 محمود عمر محمود، نظام التحكيم السعودي الجديد، ، الطبعة الأولى، خوارزم العلمية للنشر والتوزيع، الرياض، 1434هـ ، ص66.
19 ماهر محمد صالح عبد الفتاح، اتفاق وحكم التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م، ص147.
20 خالد رأفت محمد ، اتفاق التحكيم ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولي ، القاهرة ، ص24
21 المادة (1/10) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 م
22 المادة (1/1) من نظام التحكيم السعودي رقم (م/34) وتاريخ 1433/05/24 هـ
23 المادة (2) من قانون التحكيم إلىمني رقم (22) لعام 1992 المعدل بالقانون رقم (32) لعام 1997 م
24 شاهر مجاهد الصالحي ، اتفاق التحكيم (تعريفة – صوره – شروط صحته ، استقلإلىته – أثره المانع) ،المرجع السابق ص 4.

المبحث الأول

مبادئ تحديد القانون واجب التطبيق و قيوده ونطاقه

السمة الرئيسية للتحكيم هي طبيعته التوافقية فيمكن حل النزاع من المحكم إلا إذا اتفق الطرفان على هذا بعد تحديد القانون واجب التطبيق على النزاع ولمعرفة مبادئ تحديد القانون واجب التطبيق و قيوده ونطاقه سنقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول

مبدأ سلطان الإرادة

أرتبط مبدأ سلطان الإرادة بالعقود ارتباطاً وثيقاً، وحرية الأطراف في التعاقد ولما كان العقد يعتبر توافق بين إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، إذ أن أساس الاتفاق هو الإرادة المشتركة لطرفيه، فمبدأ سلطان الإرادة هو توافق إرادتين لإنشاء اتفاق معين وأن إرادة الطرفين هي التي تحدد من الالتزامات التي يرتبها الاتفاق وهذا يعني أن كل الالتزامات ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة وأن هذه الإرادة هي التي تحدد ما يترتب على الالتزام من آثار قانونية ويترتب عن هذا وجوب احترام حرية الأطراف المتعاقدة والقوة الملزمة للاتفاق المستمدة من مشيئة الأطراف، فلا يجوز نقض الاتفاق أو تعديله إلا باتفاقهما فلا يتدخل المنظم أو القاضي أو المحكم إلا في حالات خاصة[25].

فمن بين أهم المبادئ الأساسية القائم عليها التنظيم القانوني المعاصر ومنها التحكيم، تطبيق مبدأ الرضائية التبادلية، أو ما يعرف بمدأ سلطان الإرادة بين طرفيه، وبحيث يشمل تطبيق ذلك المبدأ تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، والإجراءات المتبعة في تسيير عملية التحكيم واختيار لغة ومكان التحكيم، واختيار المحكمين أنفسهم [26].

هذا وقد جاءت الشريعة الإسلامية سباقة لكل الأنظمة في إقرار وإرساء هذا المبدأ – العقد شريعة المتعاقدين – فقد دل على ذلك الكتاب والسنة، قال تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ)[27]، وقال صلى الله عليه وسلم: (المسلمون على شروطهم)[28].

أما إذا خالف العقد أو الشرط الشرع فلا عبرة به وهو باطل، وإن تراضى الطرفان عليه، فالتراضي لا يحل الحرام، وقد دل على ذلك ما رواه البخاري عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له، وإن اشترط مائة مرة)[29].

25 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني – العقد، دار الفكر العربي، القاهرة، 2002م، ص120.
26 محمود عمر محمود، نظام التحكيم الجديد – دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، خوارزم العلمية، الرياض، 1434هـ، ص92.
27 سورة المائدة، الآية 1.
28 رواه البخاري، كتاب الإيجارة، تعليقاً وأبو داود وحسن اسناده ابن الملقن في خلاصة البدر المنير.
29 رواه البخاري حديث صحيح، باب الأقضية.

المطلب الثاني

القيود الواردة على سلطان الإرادة

لا شك في أنه توجد قيود على مبدأ سلطان الإرادة ترد عليه تمنع من تطبيق هذه الإرادة سوف نعرض بشيء من التوضيح فيما يلي.

1) عدم مخالفة قواعد الشريعة الإسلامية

يعني هذا القيد عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية إلا أن بعض شراح القانون يرى أن عبارة "أحكام الشريعة الإسلامية" عبارة مستحدثة في أنظمة القضاء السعودي حيث أنها لم ترد بلفظها في نظام مرافعات عام 1355هـ ولا في نظام تنظيم الأعمال الإدارية في الدوائر الشرعية الصادر عام 1372هـ، ولا كذلك نظام تركيز مسؤوليات القضاء الصادر عام 1372 ولا في نظام القضاء الصادر عام 1395هـ ولا في نظام التنفيذ الصادر برقم 53 في 1433/8/13هـ ولم يرد نص يتحدث عن التطبيق الموضوعي بلفظة في أياً من الأنظمة المتقدمة ذكرها ولعل السبب في ذلك هو أن الشريعة الإسلامية مطبقة مباشرة في المملكة.

إلا أنه ظهرت أحكام الشريعة الإسلامية مع نظام المرافعات الشرعية الصادر في 1421/4/14هـ حيث نصت المادة الأولى منه على الآتي: (تطبق المحاكم أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة وتتقيد في نظرها بهذا النظام)، مع أن هذا النظام احتضن أفكار ونظريات متطورة جداً في مجال العدالة في المملكة العربية السعودية، إلا أن صدوره دون تفسير ولا بيان لعبارة "أحكام الشريعة الإسلامية" فتح باب الاجتهاد حول تفسير المقصود بعبارة "أحكام الشريعة الإسلامية" الواردة في نصوص أنظمة القضاء ومنها نظام التحكيم.

وبالنظر إلى مصدر أحكام الشريعة الإسلامية المنصوص عليها في المادة الأولى من نظام المرافعات يظهر أن المقصود بأحكام الشريعة الإسلامية هو ما دل عليه الكتاب والسنة أما ما يصدره ولي الأمر من أنظمة فلم يشترط النص أن تكون نفس مصدر أحكام الشريعة الإسلامية وإنما اكتفى بأن لا تتعارض الأنظمة مع أحكام الكتاب وبالتالي فعلى ضوء ما تقدم فإن المقصود بعبارة "أحكام الشريعة الإسلامية" هي أنظمة القضاء الحالية المستقاة من الشريعة الإسلامية ولو قيل بغير ذلك لتعارض نص المادة 48 من نظام الحكم مع نص المادة 67 الذي يتحدث عن اختصاص السلطة التنظيمية وكذلك مع نص المادة 44 من نظام الحكم الذي يتحدث عن مبدأ فصل السلطات.

2) عدم مخالفة قواعد النظام العام في السعودية

يعرف النظام العام بأنه مجموعة القواعد التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية والتي تتعلق بالوضع المادي والمعنوي لمجتمع منظم وتعلو فيه المصلحة العامة على مصالح الأفراد فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية

لأن المصالح الفردية لا تقوى أمام المصالح العامة، فينظر إلى النظام العام على أنه يشمل الأساس الجوهري للمجتمع مثل اللغة العربية ونظام الدولة وغيرها من الأساسيات المجتمع[30].

والنظام العام ينقسم إلى نظام عام موضوعي ونظام عام إجرائي: فالنظام العام الإجرائي يتمثل في القواعد التي تنظم إجراءات التقاضي وتحديد المحكمة المختصة، وعلى ذلك فإن الاختصاص الولائي أو النوعي يعد من النظام العام نظراً لتعلق ذلك بالمصلحة العامة وفق رؤية معينة قرر فيها المشرع أنه ثمة مسائل معينة تكون فيها المحكمة المختصة ولائياً أو نوعياً أقدر على الفصل فيها من غيرها نظراً لطبيعة الرابطة القانونية ذاتها موضوع الدعوى فضلاً عن مدى ملائمة ما يتبع أمامها من إجراءات بالنسبة لنوع معين منة القضايا التي عقد الاختصاص لها وعليه لا يجوز الاتفاق على رفع دعوى من اختصاص جهة قضائية معينة مثل القضاء الإداري، أمام القضاء العادي أو من اختصاص المحكمة الجزائية أو العكس[31].

أما النظام العام الموضوعي يتمثل في القواعد القانونية التي تنظم موضوعاً معيناً يرى المشرع أنه يشكل أحد مظاهر النظام العام بحدوده الثلاثة الاجتماعية أو الاقتصادية أو السياسية وبالتالي فهو يغل يد لأفراد عن الاتفاق فيما بينهم على مخالفة تلك القواعد الآمرة والاتفاق على ما يخالفها باطل، وذلك مثل القانون العام التي تضمن قواعد تنظيم كيان الدولة وأيضاً بعض قواعد القانون الخاص مثل مسائل الأحوال الشخصية وهي ما اصطلح على تسميته بالقواعد الآمرة مثل عدم الانتقاص من نصاب المواريث[32]، إلا أن النظام العام في المملكة العربية السعودية أخذ معنى أخر فنجد أن المنظم لم يعرف النظام العام في نصوص نظام التحكيم وإنما عرفة اللائحة التنفيذية لنظام التنفيذ رقم 53 الصادر في 1433/8/13هـ حيث نصت المادة 3/11 من اللائحة على أن: (المقصود بالنظام العام هو أحكام الشريعة الإسلامية).

المطلب الثالث

تحديد القانون المختار ونطاقه

يكمن تحديد القانون واجب التطبيق ونطاقه من حيث المكان والزمان في ضوء نظام التحكيم السعودي فيما يلي ذكره وتوضيحه:

1) تطبيق القانون المختار من حيث المكان

يسري النظام على الأفراد المقيمين الموجودين في إقليم الدولة سواء كانوا مواطنين أم أجانب أم كانوا عابرين، فمن مظاهر السيادة الوطنية الداخلية للدولة سريان قوانينها وأنظمتها على الأجانب المقيمين فيها، أو العابرين منها إلى دولة أخرى، وهذا ما يعبر عنه بمبدأ إقليمية القانون أو الاختصاص المكاني، وهناك وجهان لهذا المبدأ هما وجه إيجابي ووجه سلبي[33]:

1. **الوجه الإيجابي:** مفاده سريان النظام (القانون) أو نفاذه على جميع الهيئات والأفراد الموجودة في إقليم الدول، كذلك جميع الوقائع أو الأفعال أو الأشياء التي تخضع للقاعدة النظامية (القانونية) سواء كان الفاعل أو الطرف الآخر مواطناً أو أجنبياً.

30 محمود عمر محمود، نظام التحكيم الجديد، المرجع السابق، ص93.
31 محمود مصطفى يونس، النظرية العامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م، ص40.
32 محمود عمر محمود، نظام التحكيم الجديد، المرجع السابق، ص93.
33 أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974م، ص112.

2. **الوجه السلبي:** مفاده أن قوانين الدولة وأنظمتها لا تسري خارج حدود إقليم الدولة، وبما أن للدولة مصالح تمتد إلى الخارج كوجود ثروات للمواطنين في خارج الدولة، فقد جرى العرف الدولي، أو اتفاق الدول فيما بينها بموجب اتفاقية قانونية وقضائية تجمد بموجبها تطبيق مبدأ الإقليمية وسريان القانون الشخصي للدولة الأجنبية على مواطنيها الموجودين في دولة أخرى، وهذا ما يعني بمدأ شخصية القانون، أو مبدأ سريان القانون الوطني على الأشخاص والوقائع والأشياء ووجوده في الخارج وهو ما يعرف بمدأ امتداد القانون من حيث المكان من جهة أخرى.

ويظهر مبدأ شخصية القانون في مجال القانون الدولي الخاص من ناحية منازعات سريان القانون من حيث المكان كأن يبرم عقد في دولة أجنبية، أو كانت الواقعة في دولة أجنبية، أو كان أحد أطرافها أجنبياً، وينص القانون المقارن بالنسبة للنزاع الذي يحصل في شأن الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم، أما النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية (المعنوية الأجنبية) من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، فيسري عليهم قانون الدولة التي اتخذ فيها هؤلاء الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي، فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في إقليم الدولة فإن القانون الواطني هو الذي يسري[34].

2) تطبيق القانون المختار من حيث الزمان

إلغاء القاعدة النظامية (القانونية): تطبق القاعدة النظامية طالما بقيت نافذه، ويتوقف نفاذها إذما إلغيت من قبل السلطة المختصة، بيد أن الموضوع يثير مشكلات نظامية، أهمها فيما يآتي:

أولاً: طرق وسلطة الإلغاء[35]:

يتم الإلغاء بإحدى طريقتين: الأولى استبدال قاعدة نظامية (قانونية) نافذة بقاعدة جديدة، والثانيةإلغاء القاعدة النظامية النافذة دون أن يصاحب ذلك تنظيم جديد، سلطة الإلغاء: إن السلطة التي تلغي القاعدة النظامية هي التي السلطة التي قررتها، ويمكن أن يتم الإلغاء من قبل سلطة أعلى من السلطة المقررة لقاعدة النظامية، فالعرف قانوناً يمكن أن يصبح قاعدة نظامية نافذة، أما بالنسبة للقاعدة التي سنها المنظم فلا يمكن إلغائها إلا بالأداة ذاتها (أي النظام أو القانون)، وقواعد الأنظمة الأساسية (الدستورية) تلغي بقاعدة في قوتها ولا يجوز إلغائها بقاعدة نظامية لأن النظام الأساسي أعلى من من النظام العادي، كما أن اللائحة الصادرة من السلطة التنفيذية باعتبرها عملاً تنظيمياً تلغى بلائحة مثلها.

ثانياً: أقسام الإلغاء في الأنظمة:

الإلغاء الصريح وهو صدور قاعدة نظامية جديدة تنص صراحة على هذا الإلغاء، كما أن النظام الجديد ينص على إلغاء النظام المعمول به، ويلغى النظام المؤقت إذا مضت مدة سريانة أو المدة المقررة للعمل به، أو يلغى إذا ارتبط بموضوع معين وزوال ذلك، كأن يكون النظام بشأن حرب فإذا انتهت يعد النظام قد انتهى سريانه، الإلغاء الضمني وهذا الإلغاء يمكن استنتاجه من حالة تعارض، من حالة تعارض حالة نظامية جديدة مع قاعدة سابقة لها، كأن يعدل المنظم من الحد الأدنى لبلوغ سن الرشد فيعد التعديل ملغياً لكل نص

34 عبد القادر الشيخلي، المبادئ العامة للأنظمة في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، مكتبة فهد الوطنية، الرياض، ص76.
35 أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، المرجع السابق، ص113

مخالف، وتعتبر القاعدة الجديدة ناسخة بطريقة ضمنية للقاعدة السابقة، ويتحقق الإلغاء الضمني في صورتين: الأولى تعارض النص الجديد مع النص القديم جزئياً أو كلياً، الثانية تنظيم المنظم للوقائع أو الموضوعات على نحو يختلف عن التنظيم القانوني النافذ[36].

ثالثاً: تنازع الأنظمة من حيث الزمان:

لا شك أن النظام يسري على الوقائع والأشخاص من تاريخ نفاذه حتى تاريخ إلغائه، ويعبر عن ذلك بالأثر المباشر أو الأثر الحالي، وهذا يعني أن النظام لا يسري على الوقائع التي تحدث قبل نفاذه، ويعبر عن ذلك بعدم رجعية النظام أو مبدأ عدم سريان النظام على الماضي، وهناك مشكلات تثور في هذا الصدد، فيجري التنازع بين أنظمة ملغاة وأنظمة جديدة فيما إذا كانت الوقائع بدء حدوثها في ظل نظام نافذ ثم استمرت أو إكتملت في ظل نظام جديد، بعد أن تم إلغاء النظام النافذ، كما هو الحال في قواعد التقادم المكتسب أو المُسقِط، فإذا تغيرت المدة الزمنية في ظل زمنين إحداهما ملغي والآخر نافذ فأي من النظامين يطبق، وكذلك في حالة ارتكاب شخص جريمة في ظل النظام النافذ قبل صدور الحكم النهائي عليه صدر نظام جديد يخفف من العقوبة أو يشددها أو يلغي الجريمة في النظام الجديد الذي يطبق[37].

رابعاً: مبدأ عدم رجعية الأنظمة:

يقوم هذا المبدأ على أساس المنطق العقلي والعدالة، إذ لا حكمة في سريان النظام على الماضي، لأن ما هو مباح في الماضي يبقى على إباحته ولا يمكن تجريم أو تحريم إلا الوقائع التي تمت بعد نفاذ النظام الجديد، وإن تغيير النظام ونصه على تنظيم نظام جديد يوجب سريان هذا التنظيم على الوقائع الجديدة، لكي يعلم الجميع التوجه النظامي الجديد، وما يتضمنه من أحكام وعقوبات ، ومن مصلحة المنظم تجنب إصدار أنظمة تسري بأثر رجعي، لأن مفادة ذلك إفقاد النظام الاحترام الواجب له، وكذلك بث قلق والإضطراب في نفوس المتعاملين به، فمبدأ عدم رجعية الأنظمة لصالح حرية الأفراد واستقرار مراكزهم النظامية، كما انه يوفر الثقة بالنظام والدولة من خلال انتظام الأوضاع النظامية واستقرارها في الدولة والمجتمع، فإن هذا المبدأ من المبادئ المستقرة في العدالة القضائية وغالباً ما تنص عليه الأنظمة الأساسية، كفالة لحقوق الأفراد[38].

المبحث الثاني

أحكام تحديد القانون واجب التطبيق

لا ينشأ التحكيم إلا نتيجة اتفاق طرفي النزاع على اللجوء إليه، لكن القرار الذي يصدره المحكّم بعد ذلك لا يختلف في جوهره عن الحكم الصادر عن قضاء الدولة وللتعرف على أحكام تحديد القانون واجب التطبيق فسنقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

36 حسن كيرة، المدخل إلى القانون، الطبعة السادسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993م، ص346.
37 عبد القادر الشيخلي، المبادئ العامة للأنظمة في المملكة العربية السعودية، المرجع السابق، ص80.
38 حسن كيرة، المدخل إلى القانون، المرجع السبق، ص347.

المطلب الأول

أسباب تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم

لتحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم فهناك عدة أسباب وراء ذلك تتمثل هذه الأسباب فيما يلي ذكره

1) تنازع القوانين:

قد تتصل علاقة قانونية خاصة بعنصر أو أكثر من عناصرها بأكثر من قانون واحد كقانون جنسية أطراف العلاقة وقانون موطنهم وقانون محل حصول العقد وقانون موقع المال وقانون محل التنفيذ وقانون المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى إلى أخره، وتعلق القانون بمثل هذه القوانين العائدة لدول مختلفة يجيز في الظاهر على الأقل لكل قانون من هذه القوانين أن يطبق دون غيره على العلاقة القانونية سواء من حيث إنشاؤها أو من حيث إنتهاؤها وينتج عن تعلق القوانين هذا تزاحم وتنازع فيما بينها مما يستزم معرفة أي من هذه القوانين يجب أن تخضع له هذه العلاقة القانونية[39].

والجدير بالذكر أنه ليس هناك تنازع قوانين بالمعنى الحرفي، ذلك لأن التنازع إنما يفترض المساواة بين القوانين المختلفة من حيث السيادة ومثل هذه المساواة منتفية، والأصل أن تكون السيادة في الأقليم الوطني للقانون الوطني، ولا يطبق القانون الأجنبي إلا إذا أمر بذلك النظام الوطني أو أطراف نزاع التحكيم لإقتناعهم بضرورة تطبيق القانون الأجنبي في حكم العلاقة القانونية، فتم فسح المجال للقانون الأجنبي بدلاً من القانون الوطني في هذه الحالة سيكون بناء على إرادة المنظم الوطنية، والتنازع إن كان هناك تنازع فإنه لا يقوم إلا في نصوص النظام القانوني الذي أختارته إرادة أطراف التحكيم على شكل موازنة ومفاضلة يجريها بين قوانين دول مختلفة[40].

ولا يبرز تنازع القوانين بشكله الواضح إلا في حالة ما إذا كانت العلاقة القانونية موضوع دعوى تطرح أمام المحاكم أو هيئة التحكيم للبت فيها فيها عن طريق تطبيق القانون المختص عليها، بل إن التنازع قائم منذ اللحظة التي تنشأ فيها العلاقة القانونية، لأن نشوءها وتكوينها يتطلب تحديد القانون الذي يحكم وضعها من الناحية الشكلية والموضوعية، وتحديد هذا القانون يثير منذ الإبتداء التزاحم والتنافس بين قوانين الدول التي يعنيها الأمر، ويكون حل التنازع بترجيح أحد القوانين المتنازعة وتفضيله سواء أكان وطنياً أم أجنبياً ويتم ذلك بالرجوع إلى قواعد تنازع القوانين من حيث الماكن –قواعد الإسناد– التي يضعها قانون إرادة طرفي النزاع، وإلى مصادر القانون الدولي الخاص الأخرى عند افتقاد النص، لتعيين القانون الواجب التطبيق، ويفض التنازع بإسناد العلاقة القانونية إليه ليحكمها[41].

ويشترط في تنازع القوانين ما يلي :

1. أن يكون هناك امتداد في العلاقات والتبادل الدولية فمتى كانت العلاقة القانونية وطنية بحتة بجميع عناصرها، لأن العلاقة من وجهة نظر الباحث ترتبط بوجود قانون واجب التطبيق على نزاع التحكيم، ولا يمكن أن تشاب العلاقة بعنصر أجنبي إلا إذا كان انتماء عناصرها لدول متعددة وهذا لا يتم إذا قبل مبدأ التبادل الدولي في مختلف الميادين الحقوقية، كلما زاد الاتصال بين الدول كلما زادت

39 حامد زكي، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1941م، ص16.
40 عبد الحميد وشاحي، القانون الدولي الخاص في العراق، مطبعة الأمل، بغداد، 1940م، ص17.
41 هشام علي صادق، تنازع القوانين، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974م، ص23.

الحالات التي يظهر فيها تنازع القوانين، ولهذا يشترط قيام التنازع بين القوانين أن يكون هناك تبادل دولي ليظهر في العلاقة القانونية عنصر أجنبي من أحد عناصر العلاقة القانونية[42].

2. أن تكون هناك مكانة في أن يقبل المنظم الوطني في حالات معينة تطبق قانون غير قانونه لأن التمسك بمبدأ سيادة القانون الوطني على إطلاقه وفي جميع الأحوال لا يظهر والحالة هذه أي تنازع بين قانون المحكم –القاضي– وأي قانون أخر، لأن المسألة ستكون معلومة وهي بأن ليس من قانون يصار إليه إلا القانون الوطني، ولا يظهر التنازع إلا إذا قبل المنظم المحلي مبدأ إحتمال تطبيق قانون آخر غير القانون المحلي، ويتوقف ظهور تنازع القوانين أيضاً على عدم الأخذ بمبدأي إقليمية القوانين وشخصية القوانين بصورة مطلقة [43].

3. أن يكون هناك اختلاف في القوانين بين الدول، فمتى كانت قوانين الدول التي تتصل بها عناصر العلاقة القانونية متشابهة وموحدة فإن اختيار أحدها دون غيره لا يؤدي إلى منفعة نظرية، أما عملاً فإن الحكم سيكون ذاته سواء أعطى الاختصاص إلى قانون دولة مادام لقانون دولة أخرى، وما دام الحكم واحداً فليس هناك من جدوى ولا مصلحة من قيام التنازع، وحين يكون اختلاف القوانين عنصراً أساسياً لابد منه لقيام التنازع بين القوانين، فإن هذا الاختلاف ينبغي أن لا يبلغ حد التعارض في الأسس التي تقوم عليها أنظمة المتنازعة وإلا ترتب على ذلك تنافر بين فهم كل دولة للمفاهيم القانونية للدولة الأخرى، الأمر الذي يؤدي إلى عدم التسامح والتهاون في قبول تطبيق القانون الأجنبي المتضمن لأفكار تختلف اختلافاً جوهرياً عن المبادئ والأسس التي تقوم عليها قوانينها[44].

2) التكييف:

تفرض مشكلة التكييف نفسها على المحكم، ليس فقط في مجال القانون الدولي الخاص، ولكن في جميع فروع القانون الأخرى وعملية اسناد العلاقة القانونية ذات العنصر لأجنبي إلى القانون المختص – قانون إرادة طرفي نزاع التحكيم، والذي تحدده قواعد تنازع القوانين، تستلزم قبل كل شيء تكييف تلك العلاقة موضوع النزاع، ذلك لأن قواعد تنازع القوانين، لا تضع الحلول لكل مسألة من المسائل، بل إنها تبين القانون الذي يحكم كل طائفة من المسائل القانونية، فهي تقضي مثلاً بأن شكل التصرف خاضع لقانون بلد تحريره، وأن الأهلية تخضع لقانون الجنسية، فإذا تم تطبيق هذه القواعد واستخدامها لتحديد القانون المختص في حكم العلاقة القانونية موضوع النزاع، فيلزم قبل كل شيء التعرف على ما إذا كانت العلاقة المختلفة بشأنها هي من مسائل الأهلية فنعطي فيها الاختصاص إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص، أما إذا كانت من مسائل اشكال التصرف فيخضعها لقانون البلد الذي تمت فيه، فتحديد طبيعة العلاقة القانونية المتنازع فيها وردها لنظام قانوني معين مسألة أساسية يجب حلها أولاً وقبل كل شيء وتسمى عملية التحديد هذه بالتكييف[45].

والتكييف بحد ذاته لم يكن مسألة قانونية خاصة بالقانون الدولي الخاص، بل إن وجوده عام وفي جميع افروع القانون، ولا سيما في القانون الداخلي، إلا أنه إذا ما ظهر في الميدان الدولي فإنه يثير تنازعاً، آخر في موضوع التكييف ينشأ بين قوانين الدول التي يعنيها الأمر، وحتى لو كانت قواعد الاسناد لهذه الدول واحدة ولا خلاف بينها فإنه لا مفر من ظهور التنازع بشأن التكييف ويعود هذا التنازع

42 منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص20.

43) حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص29.

44) جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مطبعة الخلود، بغداد، 1948م، ص422.

45) عز الدين عبد الله، االقانون الدولي الخاص، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972م، ص114.

لاختلاف المفاهيم القانونية من دولة لأخرى، فإخضاع الأهلية مثلاً لقانون الجنسية في كل القوانين المتنازعة في حكم العلاقة القانونية التحكيمية لا يعدم التنازع بينها في موضوع التكييف[46].

يتضح مما تقدم أن للتكييف أثراً في تعيين القانون الواجب التطبيق، لأنه الوسيلة الأساسية في اختيار قاعدة الإسناد وكل اختلاف فيه يجر إلى اختيار قاعدة إسناد دون أخرى ومن ثم تطبيق أحكام قانون دون الآخر، ويظهر هنا أهمية التكييف بسبب اختلاف مفاهيمه من بلد لآخر، إذ ليس هناك أساس موحد في جميع الدول لوصف طبيعة علاقة قانونية معينة، والاختلاف في وصف طبيعة العلاقة القانونية يجر إلى اختلاف في اختيار قاعدة الإسناد ومن ثم إلى اختلاف في الحلول الواجب اتباعها، فالتكييف أمر أساسي وأولى لحل تنازع القوانين لأن تحديد قاعدة الإسناد وبالتالي القانون الواجب التطبيق يعتمد على تعيين طبيعة العلاقة القانونية وإدخالها ضمن صنف قانوني معين[47]، إلا أن هناك تساؤل يطرح نفسه هو لأي قانون يجب أن يتم التكييف؟ بمقتضى قانون المحكم ناظر النزاع أم بمقتضى القانون الذي سيحكم العلاقة القانونية أم بمقتضى قانون آخر؟

هناك عدة توجهات في هذا الشأن كل منها يسند التكييف لقانون معين وهي:

1. الاتجاه الأول: يعطي بموجبها الاختصاص في التكييف للقانون المقارن، وبمقتضى هذه القاعدة يحل التنازع الناشئ بسبب التكييف بصورة مستقلة ومنفصلة عن مفاعيم قوانين الدولة الداخلية وذلك دون التقييد بقانون دولة معينة، فإذا نص قانون المحكم مثلاً على أن الأهلية تخضع لقانون الجنسية فإن مفهوم الأهلية يجب أن لا يتحدد وفقاً لقانون المحكم فقط أو بموجب قانون جنسية الشخص فحسب، بل يجب أن يرجع في ذلك إلى المفهوم العالمي في هذا الشأن، وتتميز هذه القاعدة بأنها تؤدي إلى توحيد أوصاف العلاقة القانونية فيجعل لقواعد الإسناد معنى عالمي بالإضافة إلى أنه يذلل الصعوبات التي تواجه المحكم وهو بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق عند تكييف علاقة قانونية تتعلق بنظام قانوني لا وجود له في النظام الداخلي[48].
2. الاتجاه الثاني: بموجبها يعطى الاختصاص في موضوع التكييف للقانون الذي سيحكم العلاقة موضوع النزاع، فقواعد التكييف المقررة في القانون الذي سيحكم النزاع تكون مختصة بتكييف العلاقة القانونية ويبرر أنصار هذا النظام اتجاههم هذا بقولهم أن القانون إذا ما أشار بموجب حل النزاع وفقاً لقانون ما فإن هذا القانون يجب أن يحكم العلاقة بشكل كامل بما في ذلك تكييف العلاقة ووصفها كي تتحقق العدالة المتوخاة من تطبيق القانون واجب التطبيق سواء كان قانون الإرادة أو غيره، لأن تحقيق العدالة لا يتم إلا بإعطاء القانون المشار إليه صفة الاختصاص بصورة كاملة لقواعد الموضوعية التي تحكم العلاقة وكذلك القواعد والأفكار التي تتعلق بالتكييف، وإعطاء الاختصاص في موضوع التكييف لقانون آخر غير القانون الي سيحكم العلاقة من شأنه أن يؤدي إلى عدم تطبيق القانون المذكور، والسبب في هذا هو أن وصف العلاقة ليس واحداً في جميع الأحوال في قوانين الدول لمختلفة، والسماح لقانون آخر غير الذي سيحكم العلاقة بالتدخل في تكييفها قد ينسبها لمجموعة أخرى غير ما هي عليه في القانون الذي سيحكم العلاقة، فقد ترى هيئة التحكيم بأن العلاقة من الأهلية ومن ثم تخضعها لقانون الجنسية، في حين تعتبر هي بمقتضى قواعد التكييف في القانون المشار إليه من العلاقات المتعلقة بالشكل ويجب إخضاعها قانون المحل الذي نشأت فيه، فتكييف العلاقة القانونية بمقتضى قانون القاضي وعلى خلاف ما يقضي به القانون الواجب التطبيق يكون خرقاً لهذا القانون وتطبيقاً له في غير الحالات التي أراد المنظم الأجنبي تطبيقه فيها، وهذا

46 أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، جامعة بنها، 2005م، ص263.
47 عز الدين عبد الله، االقانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص116.
48 سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، بيروت، 1992م، ص192.

لا يتفق مع ما تتطلبه العدالة من تطبيق صحيح، ولتلافي وقوع مثل هذه النتيجة يرى أصحاب هذا الرأي إعطاء الاختصاص في التكييف للقانون الواجب التطبيق على العلاقة موضوع النزاع[49].

3. الاتجاه الثالث: بمقتضى هذا الاتجاه يعطي التكييف لقانون المحكم المرفوع أمامه النزاع أوقانون الإرادة، وقد اتبع بصورة عامة منذ زمن طويل في كثير من الدول بصورة تلقائية قبل ظهور نظرية التكييف وقد أقرت هذا النظام بعض المؤتمرات والمعاهدات الدولية[50]، وقد قدمت حجج كثيرة لتبرير هذا النظام فقيل أن القواعد التي يطبقها المحكم –بموجب قانون الإرادة– لحل لتنازع هي من النظام ذاته، وأن تطبيق قانون أجنبي عن هذا القانون لا يكون إلا بأمر نص في قانون الإرادة، وبهذا تكون قواعد القانون الأجنبي التي أعطى لها الاختصاص كأنها نصوص أقرها قانون الإرادة، وحدد نطاق تطبيقها بدلاً من قانون الإرادة، ومثل هذا الإبدال يجب تقيده وحصره في الظروف التي يراها قانون الإرادة، فالقول بأن الأهلية تحكم بقانون الجنسية يفيد بأن قانون الإرادة أعطى الاختصاص للقانون الأجنبي عنه أو قانون أخر غيره بشأن العلاقة التي يعتبرها هو من الأهلية ومفهوم طبيعة العلاقة القانونية وكونها من الأهلية أو لا، ويكون وفق تصور هذا القانون – قانون الإرادة – لا غيره إذ أنه لا يرد عادة من المصطلحات التي يستعملها في قواعد الإسناد إلا المدلولات التي تتفق ووجهة نظره هو لا كما تعني وفق وجهة نظر غيره من المنظمين[51].

3) الإسناد:

جاءت القوانين الوطنية متفاوتة في حلولها لمشكلة تنازع القوانين ولم تأخذ بأقليمية القوانين أو شخصيتها كل على انفراد وإنما عملت وبشكل مختلف بالمبدأين في آن واحد، فإذا انتهى المحكم من تكييف موضوع النزاع، وأدخلها في نظام معين من النظم القانونية التي يحددها أطراف التحكيم، انتقل إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق على هذه المسألة، أي أسند حكم المسألة إلى القانون الذي يجب تأن يخضع له، ويلاحظ اختلاف قواعد التنازع في القوانين الوطنية، فبعض القوانين تجعل قاعدة التنازع فردية، إذا اقتصرت على حالة اختصاص قانون الإرادة، دون أن تتعرض لاختصاص قانون أخر، وتكون مزدوجة إذا بينت الوقت الذي يرجع فيه لقانون الإرادة والوقت الذي يرجع فيه لقانون آخر، مثال ذلك أن تقول قاعدة الجنسية المصرية يتعبر مصرياً من توافرت فيه شروط معينة، فهذه قاعدة فردية لا تتعرض إلا لتحديد الجنسية المصرية، دون أن تتعرض لجنسية أجنبية، أما إذا قالت قاعدة التنازع الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم، فإنها تكون قاعدة مزدوجة، إذ هي تبين أن القانون المصري يري على حالة الممصريين وعلى أهليتهم، وأن الأجنبي يخضع في حالتهه وأهليته لقانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته[52]، فإذا كانت قاعدة التنازع مزدوجة، وجعلت الاختصاص إما لقانون الإرادة وإما لقانون أخر، فإنه قد يحدث حينئذ فرضان تنازع إيجابي أو تنازع سلبي، فيحدث التنازع الإيجابي حينما يقضي كل من قانون الإرادة وقانون آخر بحكم العلاقة، مثال ذلك أن يقوم سعودي مقيم في مصر بتصرف معلق بحالته وأهليته، فالنظام السعودي يقضي باختصاصه بحكم هذا التصرف لأنه يعلق حالة الشخص وأهليته بقانون جنسيته طبقاً لنظام المرافعات الشرعية، وفي ذات الوقت يقضي القانون المصري باختصاصه بحكم هذا التصرف، لأنه يخضع حالة الشخص وأهليته

49 أحمد مسلم، موجز القانون الدولي الخاص المقارن، دار المعرفة، بيروت، 1966م، ص187.

50 كاتفاقية لاهاي لعام 1925م الذي أقرت هذا الاتجاه.

51 أدمون نعين، القانون الدولي الخاص، دار القلم، بيروت، 1967م، ص75.

52 أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص274.

لقانون موطنه، وإذن فهناك تنازع إيجابي بين لقانونين، من المتفق عليه فقهاً وقضاء أن على المحكم أن – يطبق قانون الإرادة احتراماً لإرادة طرفي النزاع[53].

ويحدث التنازع السلبي حينما يتخلى كل من القانونين عن اختصاصه بحكم المسألة مثال ذلك أن يقوم سعودي مقيم في مصر بتصرف متعلق بأهليته، ففي هذا المثال يقضي القانون المصري بإخضاع هذا التصرف لقانون جنسية السعودي أي القانون السعودي، أي أن كل من القانونين يتخلى عن عن اختصاصه للآخر بحكم العلاقة[54].

المطلب الثاني

سلطة المحكم في تحديد القانون واجب التطبيق

قد يكتفي أطراف النزاع بالاتفاق على اللجوء إلى التحكيم في النزاع القائم أو المحتمل قيامه، دون أن يعرضا أصلاً للاتفاق على القواعد الإجرائية التي تنظم هذا التحكيم أو يتفقا على بعض هذه القواعد التي يعتقد أنها من الأهمية بمكان ويلتزمان الصمت إزاء القواعد الأخرى التي تستوجبها مسيرة التحكيم للفصل في موضوع النزاع[55].

وهنا يثور التساؤل عن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم عند غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف فهناك اتجاه يرى بتطبيق قانون دولة مقر التحكيم، وهناك رأي أخر يرى حرية هيئة التحكيم في الاختيار.

أولاً: تطبيق قانون دولة مقر التحكيم:

إن اتفق طرفي نزاع التحكيم على إجرائه في دولة معينة دون أن يتفقا على القواعد الإجرائية واجبة التطبيق، أو كان اتفاقهما مشوباً بالقصور وعدم الشمولية، يعد قرينة على اتجاه نيتهما الضمنية على تطبيق قانون هذه الدولة على إجراءات التحكيم[56]، حيث إن المحكم كالقاضي يخضع كلاهما للاختصاص القانوني للدولة التي يقوم بأداء مهمته على إقليمها فكل نشاط يتم على إقليم الدولة يخضع بالضرورة لاختصاصها، ومن غير المسموح به أن لا يكون لدولة المقر تقديرها الخاص بشأن الاتفاقيات التي يقوم الأطراف بإبرامها أياً كانت طبيعتها[57].

وإذا كان من الطبيعي اللجوء إلى قانون مقر التحكيم إذا لم يتفق طرفي التحكيم على خلاف ذلك باعتبار أن هذا القانون له اختصاصاً احتياطياً، فإنه يتعين مراعاة أن الرجوع إلى هذا القانون بالرغم من وجود إتفاق على خلاف ذلك من شأنه أن يجعل بالضرورة كل تحكيم يجرى على إقليم الدولة خاضعاً ظامها الإجرائي، ومن ثم فإذا كانت القواعد الإجرائية في القانون المختار مخالفة للقواعد

53 حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص85.
54 أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص276.
55 عبد الحميد علي الزيادة، إتفاق التحكيم التجاري، المرجع السابق، ص305.
56 سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984م، ص56.
57 أبو علا علي أبو العلا، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، (د – ن)، ص46.

الإجرائية الأمرة في قانون مقر التحكيم، فإنه يتعين استبعادها، وأعمال القواعد الآمرة في هذا القانون الأخير[58]، ويرجع ذلك إلى اعتبارين أساسيين هما[59]:

1. تأكيد الصفة القضائية للتحكيم أو على الأقل تغليب هذه الصفة على صفة الاتفاقية.
2. مبدأ التطبيق الإقليمي للقانون الإجرائي على نحو لا يسمح بمزاحمة قانون إجرائي آخر للقواعد الإجرائية الآمرة فيه.

ثانياً: حرية هيئة التحكيم في الاختيار:

إزاء الانتقادات التي وجهت إلى الاتجاه السابق، ذهب رأي نحو تحرير إجراءات التحكيم بالكلية خاصة في مجال المعاملات الدولية، من نظام إجرائية الوطنية المعمول بها في الدول المختلفة سواء تلك النظم السائدة في دولة مقر التحكيم أو في أي دولة آخرى وهذا ما ترتب عليه استبعاد أي دور احتياطي لقواعد الإجراءات في قانون الدولة التي يتم التحكيم على إقليمها عند عدم إتفاق طرفي النزاع على اختيار قانون إجرائي معين، من ناحية واطلاق يد هيئة التحكيم في اختيار الإجراءات التي تراها مناسبة لإدارة التحكيم، غير مقيدة في ذلك إلا بما ينص عليه اتفاق التحكيم أو بما تفرضه المبادئ العامة في القانون الدولي من هذه الإجراءات من ناحية أخرى[60].

وقد برر البعض الأخذ بهذا الاتجاه إلى أن سكوت الطرفين – التحكيم – عن تحديد القانون الواجب التطبيق قرينة على أنهما قد تركا أمر تحديد هذا القانون للهيئة التحكيمية، وذلك قرينة على أنه من غير الراجح في مجال التجارة الدولية أم يكون إغفال الطرفين لهذه المسألة مرجعه الجهل أو الاهمال، بل الراجح أنهما فضلاً عن عدم إثارتها وتركها إلى حين نشوء النزاع[61].

وعندما تتولى هيئة التحكيم مهمة تعيين القواعد الإجرائية واجبة التطبيق على النزاع، فإنها تتمتع بنفس الحرية التي كانت متاحة لطرفي التحكيم في هذا الشأن، ومن ثم فإنه يمكنها أن تضع بنفسها ولنفسها هذه القواعد التي تراها مناسبة لظروف الزاع في كل مسألة من المسائل الإجرائية التي تصافها خلال عملية التحكيم، ولها أن تضع هذه القواعد جملة عند اتصالها بالنزاع، ولها أن تقرر إتباع النظام الإجرائي المعتمد في لائحة منظمة أو مركز من منظمات أو مراكز التحكيم الدائم ولها أن تقرر اتباع الإجراءات النافذة في قانون إجرائي لدولة معينة[62].

وبناء على ما تقدم أخذ النظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/34 وتاريخ 1433/5/24هـ في مادته الخامسة والعشرون على أن: (1– لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم، بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو هيئة، أو مركز تحكيم في المملكة أو خراجها بشرط عدم مخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية، 2– إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية، وأحكام هذا النظام أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة) ويتضح من هذين النصين أن النظام السعودي أخضع إجراءات التحكيم عند عدم تحديدها من قبل طرفي نزاع التحكيم

58 إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986م، ص81

59 مصطفى الجمال، وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية والداخلية، الطبعة الأولى، دار الفتح للطباعة والنشر، 1998م، ص214.

60 أبو علا علي أبو العلا، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم، المرجع السابق، ص56.

61 عبد الحميد علي الزيادة، إتفاق التحكيم التجاري، المرجع السابق، ص312.

62 مصطفى الجمال، وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية والداخلية، المرجع السابق، ص227.

لهيئة التحكيم، بل أوجب عليها اتباع القواعد الإجرائية الواردة في هذا النظام أو القانون، كما أكدت أيضاً بعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم ومن أهمها الاتفاقية الأوربية بشأن التحكيم التجاري الدولي لسنة 1961م حيث نصت في المادة 3/9 على أنه إذا اتفق الأطراف على تسوية منازعتهم بطريق التحكيم الحر، دون أن يتضمن إتفاق التحكيم أي بيان حول الإجراءات اللازمة لتنظيم التحكيم كان من حق المحكمين اتخاذ هذه الإجراءات[63]، وللمحكم اختيار هذا القانون على ضوء مدى الصلة بين النزاع وبين القوانين المختلفة المتنازعة على حكم التحكيم وإجراءاته[64].

لما أن ما سبق هو دور المحكمة في تحديد القواعد الشكلية فيأتي دور آخر للمحكم وهو دوره في تحديد القواعد الموضوعية واجبة التطبيق

فقد نص نظام التحكيم السعودي الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/34 وتاريخ 1433/5/24هـ بمادته الثامنة والثلاثون منه: (1- مع مراعاة عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام بالمملكة، على هيئة التحكيم أثناء نظر النزاع الآتي: ... ب) إذا لم يتفق طرفا التحكيم على موضوع النزاع وطبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في النظام الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع، ...)، كما نصت المادة 39 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م، على أن: (... 2- وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية فى القانون الذى ترى أنه الأكثر أتصالا بالنزاع ...).

وقد يرجع عدم الاتفاق بين الأطراف إلى الإهمال أو النسيان أو ترك هذه المسألة لهية التحكيم على التحكيم دون أن يشتمل على تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع فذلك ليس شرطاً لانعقاده إلا إذا علق الانعقاد على شرط الاتفاق على هذه القواعد وإختيار هيئة التحكيم للقانون الواجب التطبيق هو اختيار له بصفته قانوناً حاكماً لعلاقة الطرفين، وفي الحالة التي يتنازع فيها القوانين الحاكمة للعلاقة المطروحة على التحكيم تقوم هيئة التحكيم بإختيار القانون الذي تراه أكثر اتصالاً بالنزاع[65].

وتحديد القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع مسألة تدخل في السلطة التقديرية لهيئة التحكيم فقد تراه القانون الذي يتصل بجنسية الطرفين أو قانون لدولة التي يجرى التحكيم على أرضها أو قانون الدولة التي سينفذ الحكم على أرضها، أو القانون الذي اتجهت إرادة أطراف النزاع – طبقاً لظروف التعاقد وملابساته – على أن يكون هو القانون الذي يحكم النزاع لإختيارهم إخضاع نزاعهم للقواعد الإجرائية في قانون معين أو إختيارهم لغة معينة في تحرير العقد وفي التحكيم أو الدفع بعملية معينة إلى غير ذلك من المؤشرات الخاصة التي تحاول هيئة التحكيم استظهارها لتساعدها في إختيار القانون الموضوعي الواجب التطبيق على النزاع[66].

63 عبد الحميد علي الزيادة، إتفاق التحكيم التجاري، المرجع السابق، ص315.
64 مصطفى الجمال، وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية والداخلية، المرجع السابق، ص219.
65 نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004م، ص162.
66 أحمد السيد الصاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1997م وأنظمة التحكيم الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م، ص209.

المطلب الثالث

سلطة القاضي في تحديد القانون واجب التطبيق

ولا يجوز للمحكم المصلح أن يحكم على أحد الأطراف بكل طلبات خصمه لأنه بذلك يخرج عن طبيعة الصلح وأحياناً لتنظيم العلاقة التعاقدية داخل الاتفاق نصوص كافية لحل النزاع دون الحاجة إلى نصوص القانون[67]، من هنا يطرح تساؤل هام نفسه وهو هل يستطيع المحكم المفوض بالصلح استبعاد بعض بنود العقد أو تعديل آثاره ؟

ذهب جانب من الفقه إلى أن هذا التساؤل تزداد أهميته بالنسبة للعقود طويلة المدة أو المتتابعة التنفيذ أو التي تصادف تنفيذها متغيرات أو اضطرابات تشكل عبء على تنفيذها وعادة ما يحتاط أطراف هذه لظروف أثناء التعاقد بالنص على بنود تواجه هذه المتغيرات وتحكم آثارها ولا يوجد رأي حاسم في الفقه بالنسبة لمكانية تدخل المحكم المصلح بالتعديل في هذه شروط حسب المفهوم المعطى لمسألة التوازن الاقتصادي داخل العقد[68].

وذهب جانب آخر إلى ضرورة اتفاق الخصوم على منح المحكم هذه السلطة ويستوي في ذلك التحكيم بالصلح والقضاء فليس للمحكم في كلا النمطين سلطة التصدي لتعديل العقد من تلقاء نفسه أو بناء على رغبة أحد الأطراف فقط وإنما يلزم موافقة كلا الطرفين، أما عن القيود التي تحكم ممارسة المحكم لهذه السلطة، فإنه لا يتقيد بذات القيود القانونية التي يتقيد بها القاضي عن ممارسة سلطة تعديل العقد فهذه القيود تجد أساسها في نصوص القانون التي تخاطب القاضي وهو ما لا يتحقق[69]

المراجع:

أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين. (1420 هـ) .معجم مقاييس اللغة (الطبعة الثانية). دار الجيل.

جمال الدين بن محمد بن منظور .لسان العرب .دار صادر.

ابن الأثير، المبارك بن محمد. (1963م) .النهاية في غريب الحديث والأثر .المكتبة الإسلامية.

عبد الله محمود خنين. (1420 هـ) .التحكيم في الشريعة الإسلامية (الطبعة الأولى). مكتبة الاقتصاد والقانون.

وهبة الزحيلي .الفقه الإسلامي وأدلته .دار الفكر المعاصر.

عجيل جاسم النشمي. (2002م) .التحكيم والتحاكم الدولي في الشريعة الإسلامية .بحث مقدم للدورة العادية التاسعة للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث المنعقدة في فرنسا، 3-7 جمادى الأولى 1423هـ.

67 نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، المرجع السابق، ص167.

68 عبد الحميد علي الزيادة، إتفاق التحكيم التجاري، المرجع السابق، ص215.

69 عبد الحميد علي الزيادة، إتفاق التحكيم التجاري، المرجع السابق، ص308.

محمد عرفه. (2007م) .المنازعات الهندسية التي يتم تسويتها عن طريق التحكيم الهندسي .جريدة الاقتصادية، (العدد 5128).

أحمد عبد الكريم سلامة. (2006م) .التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية .دار النهضة العربية.

عصمت عبد الله الشيخ. (2000م) .التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي .دار النهضة العربية.

حسين الحسين. (2015م) .التحكيم التجاري في المملكة العربية السعودية (الطبعة الأولى). جامعة دار العلوم – كلية الحقوق.

محمود عمر محمود. (1434 هـ) .نظام التحكيم السعودي الجديد (الطبعة الأولى). خوارزم العلمية.

علي حيدر. (1422 هـ) .دور الحكام شرح مجلة الأحكام .دار عالم الكتب.

سمير حامد عبد العزيز الجمال. (2012م) .القواعد القانونية المستحدثة في عقود الفيديك .مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق جامعة الإمارات، 26.(52)

هشام عبد الرحيم ميرغني. (2002م) .عقود البناء المعاصرة .دار النهضة العربية.

زكي عبد المتعال. (1935م) .تاريخ النظم القانونية .دار النهضة العربية.

فخري أبو سيف. (1974م) .مظاهر القضاء الشعبي في المجتمعات القديمة .دار الفكر العربي.

عبد الكريم محمد عبد الكريم. (1996م) .التحكيم عند العرب كوسيلة لفض المنازعات بين الأفراد .رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة طنطا.

أحمد عبد الكريم سلامة .قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي .دار النهضة العربية.

جواد علي. (1980م) .المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام (الطبعة الثالثة). دار العلم للملايين.

جعفر مشيمش .التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية: دراسة مقارنة .منشورات زين الحقوقية.

قادري عبد العزيز. (2004م) .الاستثمارات الدولية: التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات .دار هومة.

منير عبد المجيد. (1997م) .التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي .منشأة المعارف.

محمد حسن الجير. (1959م) .العقود التجارية .مكتبة النهضة للطباعة والنشر.

مصطفى كمال طه. (1965م) .الوجيز في القانون التجاري .منشأة المعارف.

طالب حسن موسى. (2001م) .الموجز في قانون التجارة الدولية (الطبعة الأولى). مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع.

نبيل محمد علي عباس. (2013م) .مقدمة في عقود الفيديك .ورقة عمل مقدمة لمؤتمر صناعة المقاولات، غرفة الشارقة.

عبد الحميد المنشاوي. (1995م) .التحكيم الدولي والداخلي .منشأة المعارف.

إبراهيم، أ. أ .(1986) .التحكيم الدولي الخاص (الطبعة الأولى). دار النهضة العربية.

الجمال، م.، &عبد العال، ع .(1998) .التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية والداخلية (الطبعة الأولى). دار الفتح للطباعة والنشر.

عمر، ن. إ .(2004) .التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية (الطبعة الأولى). دار الجامعة الجديدة.

الصاوي، أ. س .(2002) .التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1997 وأنظمة التحكيم الدولي .دار النهضة العربية.

"The Law Applicable to the Arbitration Agreement"

Prepared by:

Shakir bin Khalaf Allah Al-Thamali

The Saudi legislator has addressed, in Arbitration Law No. (34) dated 24/5/1433 AH, the law applicable to the subject matter of the dispute in Article 38, which states:

With due regard to the provisions of Islamic Sharia and the public order in the Kingdom, the arbitration panel during the consideration of the dispute shall:

Apply the rules agreed upon by the parties for the subject of the dispute, and if they have agreed to apply the laws of a specific country, the substantive rules thereof shall be followed without regard to the specific rules of conflict of laws, unless otherwise agreed.

If the parties have not agreed on the procedural rules applicable to the subject of the dispute, the arbitration panel shall apply the substantive rules of the system that it deems most relevant to the subject of the dispute.

The arbitration panel must consider the terms of the contract that is the subject of the dispute when resolving the matter and take into account the prevailing customs in the type of transaction, the established practices, and what has been customary between the parties.

If the parties explicitly agree to delegate the arbitration panel to amicably settle the dispute, it may rule accordingly based on the principles of justice and fairness.