

جامعة الشاذلي بن جديد - الطارف
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مذكرة بعنوان:

النظام القانوني لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية

مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة ماستر أكاديمي في تخصص: قانون أعمال

إشراف الأستاذ:
صياد الصادق

إعداد الطالب (ة):
❖ تومي إيمان

لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة الشاذلي بن جديد - الطارف -	أستاذ محاضر "ب"	أ. حرزي السعيد
مشرفا ومقررا	جامعة الشاذلي بن جديد - الطارف -	أستاذ مساعد "أ"	أ. صياد الصادق
ممتحنا	جامعة الشاذلي بن جديد - الطارف -	أستاذة محاضرة "ب"	أ. عبد الحميد عائشة

السنة الجامعية: 2018-2019

جامعة الشاذلي بن جديد - الطارف
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مذكرة بعنوان:

النظام القانوني لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية

مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة ماستر أكاديمي في تخصص: قانون أعمال

إشراف الأستاذ:
صياد الصادق

إعداد الطالب (ة):
❖ تومي إيمان

لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة الشاذلي بن جديد - الطارف -	أستاذ محاضر "ب"	أ. حرزي السعيد
مشرفا ومقررا	جامعة الشاذلي بن جديد - الطارف -	أستاذ مساعد "أ"	أ. صياد الصادق
ممتحنا	جامعة الشاذلي بن جديد - الطارف -	أستاذة محاضرة "ب"	أ. عبد الحميد عائشة

السنة الجامعية: 2018-2019

شكر وعرافان

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " من لم يشكر الناس لم يشكر الله ".
الحمد لله على إحسانه والشكر له على توفيقه وامتنانه أن لا اله إلا الله وحده لا شريك له
تعظيمًا لشأنه ونشهد أن سيدنا ونبينا محمد عبده ورسوله الداعي إلى رضوانه صلى الله عليه
وسلم وعلى آله وأصحابه وأتباعه وسلم.

بعد شكر الله عز وجل على توفيقه لي لإتمام هذا البحث المتواضع أتقدم بجزيل الشكر إلى
الوالدين الذين أعانوني وشجعوني على الاستمرار في مسيرة العلم والنجاح ، كما أتوجه
بالشكر الجزيل إلى من شرفني بإشرافه على مذكرة بحثي: الأستاذ القدير " صياد الصادق"،
الذي لم تكفي حروف هذه المذكرة لإيفائه حقه بصبره الكبير عليا، ولتوجيهاته العلمية التي
لا تقدر بثمن، والذي ساهم بشكل كبير لاستكمال هذا العمل.

كما أتقدم بالشكر الجزيل والامتنان العظيم للأستاذة الأجلة رئيس لجنة المناقشة

الدكتور " حرزي السعيد"، والعضو الممتحن الدكتور " عبد الحميد عائشة" على

تفضلهم المشاركة في مناقشة هذا العمل العلمي المتواضع وإثرائه بأفكارهم ومعلوماتهم

القيمة التي تزيد لهذه الرسالة إثارة ووضوحا.



إهداء

احمد الله عز وجل على عونه لإتمام هذا البحث.

إلى الذي وهبني كل ما يملك حتى أحقق له آماله، إلى من كان يدفعني فيما نحو الآمال
قدما نحو الأمام لنيل المبتغى، إلى الإنسان الذي امتلك الإنسانية بكل قوة، إلى الذي
سهر على تعليمي بتضحيات جسام مترجمة في تقديمه للعلم، إلى مدرستي الأولى في
الحياة.

أبي الغالي على قلبي أطال الله في عمره.

إلى التي وهبت كل العطاء والحنان، إلى التي صبرت على كل شيء التي رعنتني حق الرعاية
وكانت سندي في الشدائد، وكانت دعواها لي بالتوفيق، تتبعني خطوة بخطوة في علمي،
إلى من ارتحت كلما تذكرت ابتسامتها في وجهي نبع الحنان.

أمي اعز ملاك على القلب والعين جزاها الله خيرا وأطال عمرها.

إليهما اهدي هذا العمل المتواضع .

كما اهدي ثمرة جهدي لأستاذي الكريم " صياد الصادق"، الذي كلما تظلمت الطريق
أمامي لجأت إليه فأناهاها لي وكلما دب اليأس في نفسي زرع فيا الأمل لأسير قدما وكلما
سألت عن معرفة زودني بها وكلما طلبت القليل من وقته الثمين وفره لي بالرغم من
مسؤولياته المتعددة.

إلى كل هؤلاء اهدي هذا العمل.



قائمة المختصرات

ج.ر.ج.ج: جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية

ق.إ.م.إ: قانون إجراءات المدنية والإدارية

ق.م.ج: قانون مدني الجزائري

ج: الجزء

ط: الطبعة

د.ط: دون طبعة

ص: صفحة

المقدمة

عرف التحكيم منذ العصور الأولى للمجتمعات البشرية، فبعد أن كانت النزاعات الحاصلة يتم حلها عن طريق اللجوء إلى القوة والانتقام والثأر أصبحت تسوى عن طريق اللجوء إلى التحكيم، وهو اختيار طرف ثالث سواء كان فرداً أو جماعة ليفصلوا في النزاع الحاصل بينهما، وهذا الطريق هو البداية الأولى لنشوء القضاء.

وقد عرفت بلاد الرافدين التحكيم ويشهد التاريخ أن أهله بدءوا حضارتهم سنة 3000 قبل الميلاد والتي ازدهرت في شتى المجالات¹، حيث تعد شريعة "اورانمو" أقدم تقنين عرفه الإنسان يشمل واحد وثلاثين مادة، ثم قانون "البت عشتار" نسبة إلى اسم الملك الذي أصدره وذلك سنة 1924 قبل الميلاد ويشمل على مقدمة وتسعة وثلاثين مادة، ثم جاء قانون "حمورابي" والذي تميز بكثرة النصوص القانونية دونت على حجر كبير، فقد احتوى على مقدمة و مائتين واثنان وثمانون مادة وخاتمة، كما تطور التحكيم عند الفراعنة إذ أصبح نظام يلجأ إليه الأفراد بمحض إرادتهم ويبرمون اتفاقاً يسمى اتفاق التحكيم، كما عرفه اليونان ولجأوا إليه في فض نزاعاتهم، إذ فرق الفيلسوف "أرسطو" بين المحكم والقاضي كون المحكم يسعى لتطبيق العدالة أما القاضي يسعى إلى تطبيق القانون.

والرومان عرفوا التحكيم أيضاً منذ القدم بين القرن الثامن عشر والسادس قبل الميلاد وكانوا يلجأون إليه في نطاق القانون الداخلي أما في مجال القانون الدولي فلم يسلكوه لأنهم لا يعترفون بالمساواة بينهم وبين الدول الأخرى الخاضعة لسيطرتهم.

وقد عرف العرب قبل الإسلام التحكيم فقد كانت الحياة في الصحراء قاسية جدا ويسود فيها مبدأ الانتقام الشخصي، فلم تكن لديهم سلطة تشريعية تسن لهم القوانين بل لديهم سلطة قبلية متمثلة بشيخ القبيلة كما كان هناك رجال عرفوا بالحكمة والعقل يتم اختيارهم كمحكمين ليفصلوا في الخلافات بين الأفراد أو بين القبائل، وكانت العادات والتقاليد القبلية هي السائدة آنذاك، وهي بمثابة

¹ - محسن جميل شفيق، التحكيم التجاري الدولي والتحكيم الداخلي، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط الأولى،

نصوص قانونيو غير مدونة، حيث كانت قبيلة قريش تتولى التحكيم بين القبائل العربية وقد اشتهرت بأسماء لامعة في هذا المجال كسطيح الكاهن وهاشم بن عبد مناف وأبي طالب وعامر بن الضرب..... الخ، فقد كانت إجراءات التحكيم بسيطة وبدائية في ذلك الوقت وكان المحكمون غالبا ما يطلبون حضور طرفي النزاع أمامهم عند إجراء المحاكمة بينهما إذ يعد ذلك شرطا أساسيا لصحة التحكيم.

إن نظام التحكيم هو نظام قديم وحديث في آن واحد، فهو قديم كون التحكيم عرفته البشرية منذ القدم وحديث كونه ضرورة من ضرورات التطورات الحديثة التي شهدتها العالم، فالمجتمع الدولي شهد تطورا كبيرا في مجالات التجارة الدولية نتيجة تطور طرق المواصلات الدولية والتجارة الدولية وانتقال رؤوس الأموال بين الدول، فقد أصبح سمة هذا العصر لأهميته الكبيرة وتزايد اللجوء إليه لفض المنازعات التجارية الدولية للاستفادة من مزاياه المتمثلة في رغبة أطراف النزاع على فض نزاعاتهم بأكبر قدر من السرية، وأقل قدر من العلانية والنشر إضافة إلى اختصار مدة التقاضي من خلال سرعة الإجراءات وإصدار الأحكام ، وذلك للتحرر من القيود التي تتسم بها النظم القانونية في مختلف الدول وتجنب مشكلات التنزع الدولي للقوانين.

فاتفاق التحكيم عقدا تلتقي فيه إرادة المتعاقدين على إحالة نزاعاتهم على محكم أو أكثر يتم اختيارهم ليفصلوا فيه دون اللجوء إلى المحكمة صاحبة الولاية والاختصاص أصلا بالفصل فيه، ويجب أن يتم أطراف الاتفاق بأهلية قانونية كاملة لإبرام عقد مكتوب لحسم نزاعهم القائم فعلا أو الذي قد ينشأ مستقبلا، وبهذا الحال يمكن أن يتخذ هذا الاتفاق شكل شرط في العقد الأصلي فيسمى " شرط التحكيم" أو يكون في شكل اتفاق مستقل عن العقد الأصلي أي بعد حدوث النزاع فيسمى "مشاركة"، ويعد مبدأ سلطان الإرادة المرتكز الأساسي وجوهر العملية التحكيمية فمنه استقى التحكيم أهم ميزاته الايجابية التي جعلت منه وسيلة مرغوبة ومحبذة للأطراف في تسوية منازعاتهم، ولكي يرتب حكم التحكيم آثاره يجب أن يرتبط باتفاق التحكيم وجودا وعدما، فانعدام هذا الأخير ينتج عنه بطلان حكم التحكيم والعكس صحيح ومتى كان اتفاق التحكيم صحيحا فإنه في حالة

نشوء نزاع ينتج عنه نزع الاختصاص من القضاء فيرفع يده عن نظر النزاع إذ يعود حينها من اختصاص هيئة بديلة ألا وهي هيئة التحكيم.

الإشكالية

إن التحولات الاقتصادية التي يشهدها العالم ومع تطور العلاقات التجارية بين الدول دفعت العديد من الأشخاص اعتبارية كانت أم طبيعية إلى الاعتماد على وسيلة التحكيم لفض منازعاتهم بدل اللجوء إلى وسائل أخرى التي تثار في مجال تعاملاتهم التجارية سواء داخلية أو دولية، نظرا لما تمتاز به العملية التحكيمية من خصائص ومميزات تجعله الطريق الأمثل لحل النزاعات وذلك عن طريق اتفاق التحكيم شرطا كان أو مشاركة بحيث إذا استوفى هذا الاتفاق جميع الشروط التي يتطلبها القانون وقع حكم التحكيم صحيحا منجلا لآثاره لذا لا بد من طرح الإشكالية التالية:

- كيف نظم المشرع الجزائري اتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية شرطا كان أو مشاركة ومتى يكون هذا الاتفاق صحيحا مرتبا لآثاره القانونية؟.

لقد وجد من الأنسب للوقوف على الأهداف المرجوة من هذه الدراسة، الأخذ بالمنهج التحليلي وذلك بهدف تحليل النصوص القانونية والاجتهادات الفقهية والقضائية، مع الاعتماد على المنهج المقارن أثناء تطرقا لمختلف القوانين الداخلية لبعض الدول وكذا الاتفاقيات الدولية و الهيئات التحكيمية الخاصة بالتحكيم.

أسباب اختيار الموضوع

أسباب ذاتية

- الرغبة في اختيار هذا الموضوع كان نابعا من أهميته في الحياة الاقتصادية في بلادنا، والتي تتجه نحو اقتصاد السوق الحر و ما يصاحبه من انفتاح في مجالي التجارة و الاستثمار، باعتبار التحكيم هو النظام الأمثل لحل المنازعات التجارية بعيدا عن تعقيدات التقاضي.

أسباب موضوعية

-مكانة اتفاق التحكيم في العملية التحكيم والخصوصيات التي ينفرد بها من حيث انعقاده وآثاره التي يرتبها خاصة في عقود التجارة الدولية وكيف نظمها المشرع الجزائري من بدايته حتى تنفيذ حكم التحكيم.

-الوقوف علي خصوصية اتفاق التحكيم من حيث كونه طريق بديل عن القضاء وما يتميز به من خصائص تجعله مثار جدل من طرف الفقه القانوني علي غرار الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم.

أهداف الدراسة

-إن الهدف من دراسة هذا الموضوع هو إيجاد حلول للنزاعات القائمة بين الأطراف بشأن تعاملاتهم التجارية.

- تطوير هذه الدراسة من قبل الباحثين المهتمين بهذا الموضوع ولعل هذه الدراسة تكون دافعا لاستكمال النقص الوارد فيها ومحاولة تطويرها للوصول إلى نتائج أفضل.

أهمية الموضوع

- تسليط الضوء على جزء يكتسي أهمية بالغة في العملية التحكيمية، الذي هو اتفاق التحكيم، والأحكام التي نظمته من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

- كما تتأكد هذه الأهمية في إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية في هذا المجال والمصادقة عليها إلى جانب الاهتمام المتزايد لمراكز وهيئات التحكيم في اغلب أنحاء العالم بالتحكيم لمزاياه التي فرضت نفسها كوسيلة مفضلة لحل النزاعات التي قد تنشأ خاصة في عقود التجارة الدولية.

تقسيم الموضوع

وبناء على ما تقدم فان الحديث على النظام القانوني لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية يستدعي تقسيم هذا الموضوع إلى فصلين:

الفصل الأول: الإطار العام لاتفاق التحكيم والذي بدوره تم تقسيمه لمبحثين:

المبحث الأول: ماهية اتفاق التحكيم التجاري الدولي

المبحث الثاني: شروط صحة اتفاق التحكيم التجاري

الفصل الثاني: النتائج المترتبة على انعقاد اتفاق التحكيم، والذي بدوره تم تقسيمه لمبحثين:

المبحث الأول: آثار اتفاق التحكيم

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم

الفصل الأول

تمهيد:

يعد اتفاق التحكيم نقطة البداية في التحكيم وجوهره، حيث يعتبره الفقه حجر الزاوية في نظام التحكيم، إذ لا يعرض أي نزاع على هيئة التحكيم باستثناء حالات التحكيم الإجباري باتفاق أطرافه ذوي الشأن صراحة على أن يتم الفصل فيه عن طريق التحكيم.

لذا نظرا لهذه المكانة التي يحتلها اتفاق التحكيم في نظام التحكيم، فقد حظي هذا الاتفاق باهتمام كبير من جانب الفقه وكذلك القانون الذي نظمه تنظيمًا يتلاءم مع أهميته، ولذلك لا بد من تحديد ماهية اتفاق التحكيم كمبحث أول، ثم بيان شروط انعقاده كمبحث ثاني.

المبحث الأول : ماهية اتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية

يعتبر اتفاق التحكيم عقدا من عقود القانون الخاص يسوده مبدأ سلطان الإرادة ، وتسري عليه القواعد العامة التي نظمتها النظرية العامة، وباعتبار أن اتفاق التحكيم يمتاز بعدة خصائص ومميزات جعلت منه طريق بديل عن اللجوء للقضاء الأمر الذي يستدعي دراسته باعتباره الأساس الذي يبنى عليه فيما بعد كل نظام قانوني للتحكيم، وعليه سنتناول في هذا المبحث ثلاث مطالب مفهوم اتفاق التحكيم كمطلب أول، تحديد الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم كمطلب ثاني، ومفهوم عقود التجارة الدولية كمطلب ثالث.

المطلب الأول: مفهوم اتفاق التحكيم

إن المطلع على مختلف تشريعات التحكيم الحديثة يدرك أنها تتشابه فيما بينها بشأن تعريف اتفاق التحكيم¹، ويقتضي ذلك تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، تعريف اتفاق التحكيم "فرع أول"، الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم "فرع ثاني".

الفرع الأول: تعريف اتفاق التحكيم

حاولت تشريعات معظم الدول وكذا الاتفاقيات الدولية وأنظمة مراكز التحكيم إعطاء تعريف لاتفاق التحكيم ، لكنها لم تتوصل إلى تعريف محدد كما سيأتي بيانه.

أولاً: في المعاهدات الدولية والتشريعات العربية

1- في المعاهدات الدولية:

لقد عرفت اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية الموقعة بنيويورك سنة 1958، المصادق عليها من قبل الجزائر وأغلبية الدول العربية، عرفت اتفاق التحكيم بأنه: "الاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي

¹ - لزهري بن سعيد وكرم محمد زيدان، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط. الأولى، 2010، ص47.

قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم¹، وهذا ما تضمنته المادة الثانية في الفقرة "أ" من هذه الاتفاقية كما تضمنت الفقرة "ب" من نفس المادة ما يلي: " يقصد باتفاق التحكيم شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف: " يقصد باتفاق التحكيم شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق التي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات"².

إضافة إلى ذلك فقد عرفه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1958، حيث نصت المادة السابعة "7" من هذا القانون في فقرتها الأولى على: " اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، سواء كانت هذه العلاقة تعاقدية أو غير تعاقدية ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في شكل اتفاق منفصل"، إذ أخذت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بمبدأ صحة ونفاذ التزام الطرفين أن يحيلوا إلى التحكيم أي نزاع قائم "اتفاق التحكيم أو ما يسمى بمشاركة التحكيم"، أو نزاع مقبل "شرط التحكيم وهو ما استوحت معظم التشريعات تعريفها لاتفاق التحكيم وصوره"³.

¹ - نور الدين بكلي، "دور وأهمية اتفاق التحكيم في العقود التجارية الدولية (في القانون الجزائري والقوانين العربي)"، مجلة المحكمة العليا، الجزائر، عدد خاص، 15 و16 جوان 2008، ص 263-264.

² - حيواني جمال، النظام القانوني لاتفاق التحكيم في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2016، ص 10.

³ - عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، د.ت.م، ص 21.

2- في القانون الجزائري والمقارن

لقد عرف المشرع الجزائري اتفاق التحكيم في قانون إجراءات المدنية والإدارية وذلك من خلال المادة 2011 على ما يلي: "الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم"¹.

أما المشرع المصري فقد عرفه في المادة العاشرة "10" من قانون التحكيم الجديد على أن: "اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية"، حيث يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين².

كما عرفه المشرع اليمني من خلال المادة السادسة "6" من قانون التحكيم اليمني بأنه: "موافقة الطرفين على اللجوء إلى التحكيم والتي تشملها وثيقة التحكيم أي عقد مستقل أو شرط التحكيم أي بند في عقد" ويلاحظ من هذا التعريف أن القانون اليمني بدأ تعريفه لاتفاق التحكيم بأنه موافقة وكان غير موفق في استخدامه هذا اللفظ لأن دلالاته القانونية لا تعبر تعبيرا دقيقا عن التقاء الإرادتين، إضافة إلى ذلك أن لفظ الطرفين غير جامع لأنه عبر عن أطراف النزاع بعبارة الطرفين، وهنا يظهر التساؤل عما هو الحل إذا تعدد أطراف النزاع، أي انه كان ينبغي استخدام لفظ الأطراف بدلا من طرفين³.

¹ - القانون رقم 08-09، الصادر بتاريخ: 2008/2/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج. ج. العدد 21، مؤرخة في 23 أبريل 2008.

² - حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د. ط، 2001، ص 15.

³ - عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، دراسة تحليلية ومقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ط الثانية، 2008، ص 23-24.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية

من خلال تعريف اتفاق التحكيم يمكن استخلاص طبيعته القانونية والتي تجعله مستقلا عن العقد بما أن له كل مقومات العقد وأكثر من ذلك أنه يمتاز بخصائص يفتقدها العقد العادي¹، فقد اختلفت الآراء الفقهية في إضفاء طابعا قانونيا مناسباً لاتفاق التحكيم، حيث انقسم الفقه إلى ثلاث نظريات حول الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم فمنم من يأخذ بالنظرية التعاقدية، ومنهم من يعتبره ذو طبيعة قضائية ورأي ثالث توفيق بين النظريتين السابقتين حيث يأخذ موقفا وسطا بينهما إذ يعتبر اتفاق التحكيم ذو طبيعة مختلطة أو مزدوجة، وفيما يلي شرح لكل واحدة من هذه النظريات.

أولاً: الطبيعة التعاقدية

يذهب اتجاه فقهي إلى أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية، حيث تعتمد أساساً هذا الاتجاه على الدور الجوهرية الذي تلعبه إرادة الأطراف في التحكيم²، إذ أن عملية التحكيم تتمثل في شكل هرم قاعدته الاتفاق وقيمتها الحكم، رغم أن حكم التحكيم هو الهدف من عملية التحكيم برمتها من حيث كونه يسوي النزاع أو يفصل فيه إلا أنه يبدو وفقاً لهذا التحليل مجرد عنصر تبعية في هذه العملية لأنه مجرد تحديد لمحتوى العقد بمعرفة غير المتعاقدين³.

فالأطراف باتفاقهم على التحكيم يتخلون عن بعض الضمانات القانونية والإجرائية التي يحققها النظام القضائي، وذلك بهدف تحقيق مبادئ العدالة وتطبيق العادات التجارية وإتباع إجراءات سريعة وأقل رسمية من إجراءات المحاكم القضائية، وإذا كان في هذا التحلي يسفر عن بعض المخاطر فهي ولاشك مخاطر محسوبة⁴.

¹ - نور الدين بكلي، مرجع سابق، ص 270.

² - عبد المجيد الأحمد، " قانون التحكيم الجديد"، مجلة التحكيم، العدد الثاني، 2009، ص 43-44.

³ - شعران فاطمة، "اتفاق التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري (دراسة مقارنة)"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، تيسيمسلت، العدد الثاني، ديسمبر، 2016، ص 13.

⁴ - محمد نعيم علوه، التحكيم الدولي، ج الثاني عشر، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط. الأولى، 2012، ص 56.

فمركز الثقل في نظام التحكيم بكل تركيباته المعقدة ومصدر قرارات التحكيم الصادرة في المنازعات موضوع اتفاقات التحكيم - شروطا كانت أم مشارطات - هو اتفاق أطراف النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم ، ولا تجدد قوتها التنفيذية إلا في هذا الاتفاق الخاص، فالأطراف المحكّمين " أطراف اتفاق التحكيم" لا يملكون التدخل في عمل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم على الرغم من أن إرادتهم تكون هي مصدر سلطتها¹.

وتبعاً لهذا المفهوم يجب أن يؤخذ التحكيم كمجموعة من التصرفات التعاقدية الخاصة والمحكم لا يمكن تشبيه قرار التحكيم بالأحكام القضائية في الدولة، حيث أن قرار التحكيم ليس إلا انعكاسات لاتفاق التحكيم وقد أيدت محكمة التمييز الفرنسية الطبيعة التعاقدية لاتفاق التحكيم بشكل صريح في حكمها الصادر في 27 تموز 1937 حيث قالت: " إن قرارات التحكيم الصادرة على أساس عقد تحكيم تكون وحدة واحدة مع هذا العقد وتنسحب عليه صفته التعاقدية"، لكن هذا الاتجاه لم يلق تأييداً حاسماً في الاجتهاد الفرنسي².

وخلاصة القول ، أن عمل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم يختلف في طبيعته عن عمل القاضي العام في الدولة وهو ما يفرض ضرورة المساعدة ضرورة التأكيد من عبارة "المساعدة" بينهما، فهو ليس عملاً قضائياً وإنما هو عملاً متميزاً يجد أساسه في عقد يستند إلى الإرادة التصرفية للأطراف المحكّمين " أطراف الاتفاق على التحكيم"، ولذا فإن أعمال هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم تستمد آثارها من الاتفاق على التحكيم شرطاً كان أم مشاركة الذي كان سبباً لها، ولا يمكن عزل حكم التحكيم الصادر في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم في وجوده وصحته عن هذا الاتفاق.

¹ - محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، د.ط، 2003، ص 256.

² - محمد نعيم علوه، مرجع سابق، ص 56.

ثانيا: الطبيعة القضائية

يرى أنصار النظرية القضائية أن القرار التحكيمي هو عمل من أعمال القضاء والمحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها، بل أن فكرة المنازعة وكيفية حلها هي التي تحدد طبيعة العمل الذي يقوم به المحكم باعتباره قاضيا يختاره الخصوم ليقول الحق أو حكم القانون بينهم، وعليه فهو ينظم الإجراءات ويتخذ الخطوات الضرورية ليضمن لقراره الاحترام ، وبالتالي يضفي عليه صفات الحكم الملزم للخصوم، فمهمة المحكم لا يمكن تصورها في غياب أي نزاع ، حيث يتمسك كل فريق بمطالب يدافع عنها ويكون الواجب الفصل فيه، بحيث يفرض وجود نية لدى الأطراف تتمثل في الادعاءات المتقابلة والتي تكون خاضعة للنقاش والتحليل من جانب هيئة التحكيم التي هي سلطة قضائية¹.

فأنصار هذه النظرية الطبيعية القضائية لنظام التحكيم قد ذهبوا إلى أنه رغم أن حكم التحكيم الصادر في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم يعتبر عملا قضائيا، فانه مع ذلك لا تنطبق عليه جميع القواعد الخاصة بالأحكام القضائية الصادرة من القضاء العام في الدولة ، فإذا كان حكم التحكيم الصادر في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم يعد حكما إلا أنه ليس كغيره من الأحكام القضائية الصادرة من القضاء العام في الدولة، لأنه لا يمكن عزله عن الاتفاق على التحكيم شرطا كان أم مشاركة الذي كان سبب له².

وتحظى اليوم الطبيعة القضائية للتحكيم بتأييد واسع من أحكام القضاء الفرنسي ، فقد اعتبر أن التحكيم يعد قضاء استثنائيا يملك فيه المحكم سلطة ذاتية مستقلة للفصل في النزاعات التي يطرحها عليه الخصوم ، وقد ذكرت محكمة التمييز الفرنسية في قرار صادر 25 تموز 1962 " إن

¹ - جعفر مشمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية، منشورات زين الحقوقية، ط. الأولى، 2009، ص 69-70.

² - محمود السيد عمر التحيوي، مرجع سابق، ص 337.

أطراف الخصومة بلجوئهم إلى التحكيم إنما يعبرون عن إرادتهم بإعطاء الغير سلطة قضائية ، و خلاصة القول أن عقد التحكيم يخضع لقواعد القانون من حيث انعقاده¹ .

ثالثا: الطبيعة المزدوجة أو المختلطة

إن الذين قالوا بهذه الطبيعة أرادوا في هذا الاتجاه الموازنة بين فكرتين جوهريتين داخل نظام التحكيم وهما فكرة العقد وفكرة القضاء، حيث أن لهاتين الفكرتين دورا بارزا في تحديد الطبيعة الخاصة والمستقلة للتحكيم وبما أنه يوجد هناك شيء من التداخل والتعاقب بين هاتين الفكرتين في هذا النظام، الأمر الذي أدى إلى أن يرجح الفقه إحداها على الأخرى من أجل تحديد طبيعة هذا النظام² .

فهذه النظرية تفرق بين العلاقات التعاقدية البحتة والعلاقات القانونية والإجرائية القضائية البحتة، وهي تسعى إلى التوفيق بين النظريتين السابقتين العقدية والقضائية، حيث قيل أنها جاءت لتلاقي الانتقادات الموجهة للنظريات السابقة، حيث تجعل التحكيم يحتل موقعا وسطا بين الطبيعة التعاقدية والقضائية، وأن له طابعا مرحليا فهو يبدأ تعاقديا من خلال اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم دون التوجه للقضاء، وينتهي قضائيا بصدور حكم التحكيم وأمر تنفيذه من قضاء الدولة محل التنفيذ ومن ثم فإن التحكيم يظل تعاقديا إلى حين صدور الحكم وأمر تنفيذه فيصبح قضائيا³ ، فالتحكيم يعتبر نوعا من القضاء الخاص ذا أساس اتفاقي تتناوب على طبيعته التأثيرات المختلفة لفكرة العقد والقضاء معا ، وأن طبيعة هذا النظام ما هي إلا تطبيق توزيعي لقواعد العقد ولقواعد الحكم القضائي، إذن فإن وظيفة المحكم قضائية في طبيعتها وموضوعها، حيث أن المحكم يقوم

¹ - محمد نعيم علوه، مرجع سابق، ص 59.

² - أسعد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم التجاري وإجراءاته، دراسة مقارنة، دار نيوز، العراق، ط. الأولى، 2011، ص 55.

³ - زهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة، الجزائر، د.ط، دون سنة النشر، ص 23-24.

بتدقيق في صحة أو شرعية ادعاءات الخصوم المطروحة أمامه ولكن يبقى مصدرها تعاقديا، فهذا التحكيم تتعاقب عليه صفتان الأولى وهي الصفة التعاقدية ، حيث تبدو واضحة في اختيار الخصوم لقضاء التحكيم لحل منازعاتهم واختيارهم للمحكمين والفانون الواجب التطبيق، غير أن التحكيم يأخذ الطبيعة القضائية بفضل المهمة الموكلة إلى المحكم ووظيفته القضائية التي يباشرها، وعندها يلجأ الأطراف أو أحدهم لإعطاء القرار الصيغة التنفيذية¹.

في نهاية مطاف هذا الفرع المتواضع في طبيعة اتفاق التحكيم فانه يمكن القول بأن هذا النظام هو خليط من عناصر ذات طابع تعاقدي وعناصر ذات طابع قضائي مما يقتضي على التحكيم مرة الصفة التعاقدية ومرة الصفة القضائية ، ولكي نستطيع تحديد هذه الطبيعة بالضبط يجب أن نحدد مدى التداخل فيما بينهما داخل هذا النظام حتى تتمكن بعد ذلك من تحديد معالمها الخارجية ومن ثم معرفة لمن تكون الأغلبية في إبراز طبيعة اتفاق التحكيم وإذا حللنا هذا النظام إلى عناصره الأساسية نلاحظ بوضوح أن دور الإرادة ضئيل ومقتصر فقط على رسم نقطة بداية ثم ينتهي بعد ذلك هذا الدور ليترك هذا النظام إلى إرادة المشرع، حيث يتناوله ضمن قواعد قانونية محددة ولا يكون دور الإرادة فيما بعد إلا تطبيقا حرفيا لهذه النصوص، ومن ثم تتضح الطبيعة القضائية إلى حد النهاية بصدر القرار التحكيمي.

¹ - جعفر مشمش، مرجع سابق، ص 75.

المطلب الثاني: صور اتفاق التحكيم

يأخذ اتفاق التحكيم ثلاث صور، صورة ما قبل نشوء النزاع ويكون منصوب عليه في العقد ألا وهي شرط التحكيم، وصورة تكون بعد نشوء النزاع ألا وهي مشاركة التحكيم وتكون في عقد مستقل عن العقد الأصلي، وسنتطرق لهاتين الصورتين كما يلي:

الفرع الأول: شرط التحكيم

لقد عرف المشرع الجزائري شرط التحكيم في المادة 1007 من قانون إجراءات المدنية والإدارية رقم 09 سنة 2008 بأنه: " هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".¹

أما المشرع المصري فلم يضع تعريفا لشرط التحكيم ، وإنما أورد ما يدل عليه وذلك بنص الفقرة الثانية من المادة العاشرة بقوله: " يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي تنشأ بين الطرفين "، ومن التعاريف السابقة يمكننا أن نستنتج أنه لكي نكون بصدد شرط تحكيم يجب أن يكون اتفاق الأطراف سابقا على نشوء النزاع، إضافة إلى ذلك أن لشرط التحكيم صورتين الأولى أن يدرج في صلب العقد أو المعاملة الأصلية بين الأطراف، ويكون شرطا ضمن باقي شروط أو بنود العقد فقد يكون مادة إذا صيغ العقد في صورة مواد، وقد يكون بندا إذا صيغ العقد في صورة بنود²، وعادة ما يشتمل شرط التحكيم على حد ادني من النقاط الأساسية التي يتم الاتفاق عليها كالقانون الموضوعي الواجب التطبيق على الخلاف الذي يتم إحالته إلى التحكيم ، والإجراءات الواجب إتباعها أمام هيئة التحكيم وغيرها ، وأما فيما يتعلق بصيغة الشروط التحكيمية، فليس هناك صيغة محددة لها، كما أنها

¹ - قانون رقم 08-09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

² - لزهري بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، مرجع سابق، ص 52-53.

ليست على نمط واحد وكل ما يجب فيها أن تكون واضحة ومحددة المعالم، حتى لا تثير صعوبات وتفسيرات مختلفة في أذهان الأطراف المتنازعة أو المحكمين.¹

ويأتي شرط التحكيم بصيغة عامة بحيث لا يتطرق إلى التفصيلات لكنه يشير إلى عرض النزاعات التي قد تنشأ في المستقبل على التحكيم، وهذا لا يمنع من تحديد الإجراءات الأخرى، وقد يرد الشرط في ذلك العقد أو في وثيقة مستقلة، ويجب أن يرد قبل نشوء النزاع، ويتميز شرط التحكيم بأن له فائدة وقائية، إذ يستبعد الاختلاف والتعطيل في مسار عرض النزاع، الذي قد ينشأ عند إبرام مشاركة التحكيم لأنه يرد قبل نشوء النزاع.²

إضافة إلى ذلك فإن شرط التحكيم يعد تنازلاً من قبل الأطراف منذ البداية عن اللجوء إلى القضاء والتعهد بإرادتهما الصريحة بأن يتم حل أي نزاع مستقبلي بينهم حول العقد بواسطة طرف ثالث يتم اختياره من قبلهما أو من قبل جهة أخرى يتفقون عليها مسبقاً لإدارة عملية التحكيم، والواقع أن شرط التحكيم هو الأكثر شيوعاً في التطبيق من الناحية العملية لأنه يبرم في وقت تسوده روح الود، بعكس المشاركة التي تبرم بعد وقوع النزاع، حيث يجد الأطراف صعوبة في إبرام مشاركة التحكيم.³

وتجدر الإشارة أنه لكي يحقق شرط التحكيم هدفه لا بد أن يصاغ صياغة دقيقة وواضحة لأن أي غموض في شرط التحكيم يمكن أن يترتب عليه استحالة حل النزاع بالتحكيم، فالصياغة السليمة لشرط التحكيم في العقد الأصلي أو في أي اتفاق مستقل يؤدي إلى انجاز عملية التحكيم

¹ - محمد فوزي سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، عمان، د. ط، ، 2008، ص110.

² - عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق، ص 79.

³ - ناصر ناجي محمد جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، د.ط، 2008، ص 68-69.

والتنفيذ النهائي لحكم المحكم، لذا يجب أن يشمل شرط التحكيم على جميع مشاكل التحكيم المتوقعة من اختيار المحكمين وعددهم وطريقة تعيينهم ومدة التحكيم ومكان التحكيم.... الخ، وأن يكون الحكم نهائي في النزاع وملزم لأطرافه.

الفرع الثاني: مشاركة التحكيم

لقد عرف المشرع الجزائري مشاركة التحكيم من خلال تعريف اتفاق التحكيم حيث نص في المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نص على أن " اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم " ، أما المشرع المصري فقد تناول مشاركة التحكيم في الفقرة الثانية من المادة 10 من قانون التحكيم، حيث نص "..... كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع، ولو كانت أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية".

يتضح مما سبق أن مشاركة التحكيم هي اتفاق أطراف علاقة قانونية ما على تسوية ما ثار بينهم من منازعات بشأن هذه العلاقة بواسطة التحكيم¹، حيث يكون هذا الاتفاق منفصلا ومستقلا عن العقد الأصلي، حيث يتم اللجوء إلى مشاركة التحكيم عند خلو العقد الأصلي من شرط التحكيم، كأن يبرم طرفان عقدهما دون أن يتضمن شرطا لتسوية المنازعات بينهما باللجوء للتحكيم، ولكن في مرحلة لاحقة يثور نزاع بينهما متعلق بالعقد، فيتفق الطرفان على تسوية النزاع الناشئ بينهما إلى التحكيم².

والجدير بالذكر أن مشاركة التحكيم تقترب من عريضة الدعوى حيث يجب ان تتضمن نقاط الخلاف بين الأطراف، حيث نص المشرع المصري على ضرورة تحديد المسائل التي يشملها التحكيم،

¹ -زهري بن سعيد و كرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط. الأولى، 2010، ص 51.

² - عدنان بن صالح العمر وحسني صالح عمارين، الأصول القانونية للتجارة الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط. الأولى، 2017، ص 200.

وإلا كان الاتفاق باطلا وهو نفس ما ذهب إليه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 1012، حيث اوجب تحديد موضوع النزاع وأسماء المحكمين ، وكيفية تعيينهم في مشاركة التحكيم وإلا كانت باطلة، وهذا عكس شرط التحكيم الذي لا يحدد موضوع النزاع كونه لم ينشأ بعد¹.

إضافة إلى ذلك فان مشاركة التحكيم تكون في حالة مجيء العقد المبرم بين الأطراف حاليا عند نشوء النزاع من شرط التحكيم، فيتم إبرام مشاركة التحكيم من اجل عرض هذا النزاع على التحكيم لحله ، ولذلك فهي اتفاق بينهم بمناسبة نزاع قائم فعلا، حيث يشترط لصحة عقد المشاركة ما يشترط لصحة العقود الأخرى فهي من العقود المسماة ، وقد تبطل المشاركة بسبب من الأسباب الواقعية باعتبارها عقدا مستقلا وما دام أن المشاركة عقدا فهذا لا يمنع الأطراف من إبرامها حتى قبل النزاع، فمن الجائز إبرامها بعد أن يلجأ الأطراف إلى القضاء العادي².

ومن الأمثلة الحديثة التي تشير إلى مشاركة التحكيم المبرمة بين مصر وإسرائيل بتاريخ 1986/9/10 على إحالة النزاع على محكمة تحكيمية مكونة من خمسة أعضاء انعقدت بمدينة جنيف وهذا تطبيقا لنص المادة 7 من اتفاقية كامب دافيد للسلام باللجوء إلى التحكيم بشأن أي نزاع قد يثور نتيجة تطبيق هذه الاتفاقات ، وقد ثار الخلاف فعلا بين الطرفين حول منطقة طابا الواقعة بالقرب من خليج عقبة، ولعل أهم المشاركات التي تضمنها اتفاق الإحالة هي إصدار التحكيم بالاستناد إلى قواعد القانون الدولي العام وهو ما يعني محاولة استبعاد مبادئ العدالة والإنصاف³.

¹ - لزهري بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، مرجع سابق، ص 55.

² - مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط. الأولى، 2010، ص 29.

³ - أحمد بلقاسم، التحكيم الدولي، دار هومة، الجزائر، بوزريعة، ط. الثانية، 2006، ص 132.

المطلب الثالث: مفهوم عقود التجارة الدولية

تلعب عقود التجارة الدولية دورا هاما على صعيد المبادلات الاقتصادية والتجارية وهذا لكونها أداة تسيير التجارة الدولية و وسيلة المبادلات الاقتصادية عبر الحدود، ونظرا للدور الكبير الذي تحتله هذه العقود في اقتصاديات الدول، أصبح الاهتمام بها يزداد يوما بعد يوم.

الفرع الأول: تعريف عقود التجارة الدولية

يقصد بالعقد بصفة عامة اتفاق إرادتين على إحداث اثر قانوني معين، وقد يتمثل هذا الأثر القانوني في إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل¹، أما التجارة فتؤلف الروابط الإنسانية ذات الأهداف الاقتصادية وهي تصبح ذات طابع دولي بالانقطاع عن حصر روابطها مع بلد واحد، ويحدد القانون النموذجي للتحكيم التجاري للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي مفهوم "التجارة" كما يلي: "ينبغي تفسير مصطلح "التجاري" تفسيرا واسعا، بحيث يشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطبيعة التجارية تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، والعلاقات ذات الطبيعة التجارية تشمل دون حصر المعاملات التالية:

أي معاملة تجارية لتوريد السلع أو الخدمات أو تبادلها، اتفاقات التوزيع، التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية، إدارة الحقوق لدى الغير، التأجير الشرائي، تشييد المصانع، الخدمات الاستشارية، الأعمال الهندسية، إصدار التراخيص، الاستثمار، التمويل، الأعمال المصرفية، التأمين، اتفاق أو امتياز الاستغلال، المشاريع المشتركة وغيرها من أشكال التعاون الصناعي أو التجاري، نقل البضائع أو الركاب جوا أو بحرا، أو بالسكك الحديدية، أو بالطرق البرية².

¹ - بكاكية حسبية، عقود التجارة الدولية، رسالة ماستر، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص 6.

² - عبد الحميد الأحذب، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط. الثالثة، 2008، ص 14.

إذن عقود التجارة الدولية هي تلك العقود المنصبة على معاملات تجارية موجهة لان تتخطى حدود الدولة لتنتج آثارها في دولة أخرى التحكيم الداخلي لا يسري على القانون الدولي إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك.

الفرع الثاني: صور عقود التجارة الدولية

تنوع العقود التجارية الدولية بتنوع موضوعاتها، ويمكن تصنيفها بصفة عامة إلى عقود دولية عامة كعقود الزواج والهبة والبيع والتأمين وعقود المعاملات العقارية وعقود التجارة الدولية، أي المبادلات التجارية التي تتعدى آثارها إطار الاقتصاد الوطني، لما تؤدي إليه من انتقال الأموال والمنتجات والبضائع والخدمات عبر الحدود.

أولاً: عقود البيع الدولي للبضائع

يعد العقد الدولي للبضائع الدعامة الأساسية للتجارة الدولية في جميع البلدان مهما كان نظامها القانوني أو مستوى التنمية الاقتصادية فيها، لذا فقد عملت بعض الهيئات الدولية على وضع قواعد موضوعية موحدة دولية تخضع لها مباشرة عقود البيع الدولية، منها المعهد الدولي لتوحيد القانون الدولي الخاص، وقد أسفرت جهوده في هذا المجال عن توقيع اتفاقيتي لاهاي في تموز يوليو سنة 1964، حيث تضمنتها قواعد موحدة للبيع الدولية، الأولى منها تتعلق بالقانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية، والثانية تشتمل على قواعد موحدة خاصة بتكوين هذا العقد¹، وعقود البيع الدولي للبضائع في حقيقتها يعني بيع أي شيء محسوس بثمن محدد على النطاق الدولي أو هي البيوع التي تتعلق بالمنقولات المادية التي تقوم عليها التجارة الدولية.

ثانياً: عقود نقل التكنولوجيا

يقصد بنقل التكنولوجيا بأنه: شراء المعرفة المؤدية إلى الصناعة بواسطة ترخيص أو تنازل يمنحه مالك التكنولوجيا للمتلقي لقاء مقابل يتفق عليه، أو هي العملية الفكرية التي تقوم ما بين مورد

¹ - عدنان بن صالح العمر وحسني صالح العمارين، مرجع سابق، ص 83.

التكنولوجيا ومستوردها أو متلقيها، حيث يتوجب على المورد أن يتيح فرصة للمستورد للوصول إلى معلوماته وخبراته، كما ويتوجب عليه أن يقر بها ويوفرها للمستورد، وقد أصبحت مبادلات أدوات التكنولوجيا "بيع وشراء المعلومات والمعلومات والاختراعات"، على درجة كبيرة من الأهمية في الوقت الحاضر، كما تبين أن التطور التقني يقود إلى نمو سريع للتجارة الخارجية لذلك فقد اهتمت بها المنظمات الدولية المعنية بالتجارة، وأولتها عناية خاصة ومنها منظمة التجارة العالمية التي نصت على تسهيل نقل التكنولوجيا من الدول من الدول الصناعية إلى الدول النامية¹.

ثالثا: عقود التجارة الالكترونية

تقوم التجارة الالكترونية على عملية ترويج وتبادل السلع و الخدمات وإبرام العقود باستخدام تقنية المعلومات ووسائل الاتصال الحديثة، ولاسيما شبكة المعلومات الدولية "الانترنت"، دون الحاجة لانتقال الأطراف والتقاءهم في مكان معين، سواء أمكن تنفيذ جميع الالتزامات المتبادلة أو جزء منها بالوسائل الالكترونية.

نود الإشارة إلى العقد التجاري الالكتروني، فقد عرفه بعض الفقه بأنه "العق الذي تتلاقى فيه عروض السلع و الخدمات بقبول من أشخاص دول أخرى وذلك من خلال الوسائط التكنولوجية المتعددة، ومنها شبكة المعلومات الدولية الانترنت، بهدف إتمام العقد"².

المبحث الثاني: شروط صحة اتفاق التحكيم التجاري

لقد سبقت الإشارة إلى أن اتفاق التحكيم أيا كانت صورته يعد عقدا من العقود مع تميزه بطبيعة خاصة، ومن اللازم لوجود أي عقد أن يكون مستكملا لأركانه، حيث يحدد غالبية فقهاء القانون أركان العقد بالتراضي والمحل والسبب، وهو ما سيتم الأخذ به في هذه الدراسة، فانعقاد اتفاق التحكيم يجب أن يكون مستوفيا لأركانه، ومن خصوصية هذا الاتفاق أن له أركان عامة وأركان

¹ - عدنان بن صالح العمر وحسني صالح العمارين، مرجع سابق، ص128.

² - مرجع نفسه، ص139.

خاصة ، وعليه يقسم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث سنتناول في المطلب الأول الأركان العامة وفي المطلب الثاني الأركان الخاصة.

المطلب الأول: الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم التجاري

يتطلب لصحة اتفاق التحكيم شرطا كان أم مشاركة أن تتوافر فيه الشروط اللازمة لصحة أي عقد بصفة عامة، والتي تحددها النظرية العامة للعقود ويتعلق الأمر باركان العقد وهي: التراضي والأهلية والمحل والسبب.

الفرع الأول: التراضي في اتفاق التحكيم

يعد التراضي أول شرط موضوعي لصحة اتفاق التحكيم ويعني تطابق إرادتين واتجاههما إلى ترتيب آثار قانونية تبعا لمضمون الاتفاق، فلا بد أن يطابق الإيجاب قبولاً ويتلاقيان على اختيار التحكيم اختياراً حراً كوسيلة لحسم المنازعات التي تثور بشأن العلاقة الأصلية بين طرفي العقد، فيجب أن تتقابل إرادة طرفي الاتفاق على اتخاذ التحكيم وسيلة لفض النزاع الناشئ أو الذي سينشأ بينهما¹، وإذا تعلق الأمر بشرط التحكيم سيكون مدار الأمر على التحقق من تطابق إرادة الأطراف بشأن شرط التحكيم كأحد شروط العقد، أما إذا تعلق الأمر بمشارطه التحكيم فسيكون التحكيم هو محل هذا الاتفاق، وليس مجرد بند أو شرط في العقد أو العلاقة القانونية الأصلية².

ومن المعلوم يلزم أن تتوفر الأهلية لدى الأطراف وهي أهلية التصرف في الحق، حيث كما يصح للأشخاص الطبيعيين الاتفاق على التحكيم، كذلك يصح للأشخاص الاعتبارية كالشركات سواء كانت مدنية أم تجارية عامة أو خاصة أو الهيئات أو المؤسسات العامة.

¹ - محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، القاهرة، د.ط، 1993، ص174.

² - عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، بوساحة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سوق أهراس، ط.الرابعة، 2017، ص 23.

أولاً - مفهوم الرضا

يعرف التراضي بأنه: توافر إرادتين بقصد إحداث اثر قانوني وعرفته المادة 147 مدني يعني رقم 2002/14 بأنه: " تعبير كل من طرفي العقد عن إرادته على أن تكون الإرادتان متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد" إذ تقرر المادة أن أساس التراضي هو الإرادة، واتفاق التحكيم شأنه في ذلك شأن العقود الأخرى يجب أن يتوافر فيه التراضي¹، فالإرادة هي أساس الرضا، حيث يقصد بالإرادة أن يعي الشخص أمر التعاقد الذي هو قادم عليه وينتهي إلى أن يقصده، ولكي يوجد التراضي في اتفاق التحكيم لابد من وجود إرادة صحيحة لدى كل من طرفي العقد واتجاه هذه الإرادة إلى اختيار التحكيم كطريق لتسوية المنازعة بدلا من القضاء العادي، وان تقصد هذه الإرادة إحداث اثر قانوني ويقصد صاحبها الارتباط بأمر معين على سبيل الجبر والإلزام الذي تكفله السلطة العامة².

وتجدر الإشارة أن الإرادة لا يعتد بها إلا إذا حصل التعبير عنها، والتعبير عن الإرادة يوجد فور صدوره ممن أجراه ولكنه مع ذلك لا ينتج أثره في الأنظمة القانونية الوضعية -وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها- إلا بعد أن يتصل بعلم من وجه إليه، أما قبل تلك اللحظة فالتعبير يكون قائما وموجودا ولكنه غير منتج لأثره القانوني، وفي ذلك تنص المادة 91 من القانون المدني المصري: " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك"³، وتنص المادة 147 من القانون المدني اليمني على أن: " التراضي هو تعبير كل من طرفي العقد عن إرادته....."، فتوضح المادة السابقة أن التراضي هو تعبير ضمني، ويكون التعبير صريحا إما باللفظ أو بالإشارة المفهومة والمتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع

¹ - عبد الباسط محمد عبد الضراسي، مرجع سابق، ص 97.

² - مرجع نفسه، ص 99.

³ - محمود السيد عمر التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم، دار الفكر الجامعي، ط. الأولى، 2007، ص 134.

ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود " م 148 من نفس القانون"، بينما يكون التعبير ضمناً إذا كان المظهر الذي اتخذه ليس في ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة، ولا يمكن بأي حال من الأحوال الاعتداء بالتعبير الضمني عن الإرادة فيما يتعلق باتفاق التحكيم، فالتحكيم من المسائل المهمة التي يجدر بالمتعاقدين التنبيه لها وإدراك مغزاها¹.

ولا تظهر أهمية تراخي اثر التعبير عن الإرادة إلى وقت اتصاله بعلم من وجه إليه إلا في التعاقد بالمراسلة بين غائبين، إذ توجد في هذا النوع من التعاقد بالضرورة فترة من الزمن-تطول أو تقصر- بين صدور التعبير من صاحبه ووصوله إلى من يرسل إليه -بالنسبة للإيجاب والقبول على السواء- إما في التعاقد بين حاضرين، فإنه لا يظهر في العمل أية أهمية لتراخي اثر التعبير عن الإرادة إلى ما بعد اتصاله بعلم من وجه إليه، إذ أن صدور التعبير ووصوله يتمان في هذه الحالة في نفس الوقت، والتعبير عن الإرادة يوجد فور صدوره من صاحب².

ثانياً-عيوب الرضا

يجدر التنبيه إلى أن اتفاق التحكيم -شرطاً أو مشاركة- قد يخضع لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم الاتفاق الأصلي، ولذا يكون المرجع في توفر التراضي وصحته وخلوه من العيوب كالغلط والتدليس أو الإكراه للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم، وهو إما قانون الإرادة أو الموطن المشترك أو قانون بلد محل إبرام الاتفاق وفقاً لقاعدة الإسناد التي تضمنتها المادة 1/19 مدني³، وإذا كان الاتفاق بشأن تحكيم يدخل في نطاق نصوص اتفاقية نيويورك، فالتراضي يخضع أيضاً لقانون الإرادة

¹ - عبد الباسط محمد عبد الضراسي، مرجع سابق، ص 101.

² - محمود السيد عمر التحيوي، مرجع سابق، ص 135.

³ - أمر رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 31 المؤرخة في 13 ماي 2007.

وإلا خضع لقانون البلد الذي يصدر فيه حكم التحكيم والأولوية في حالة التعارض لأحكام الاتفاقية بحكم نص المادة الأولى وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 10 من القانون المدني الجزائري¹.

1- القانون الواجب التطبيق على عيوب الرضا في اتفاق التحكيم

من المستقر عليه أن عيوب التراضي تخضع لقانون العقد، كما يخضع لنفس القانون السبب غير المشروع، وجزاء عدم المشروعية، ويمكن القول بأن الأحكام الفرنسية التي صدرت في شأن عيوب الإرادة "الغش والخطأ" لا تستند إلى أفكار خاصة بقانون معين، وعلى الأخص القانون الفرنسي ولكنها لجأت صراحة في هذا الصدد إلى عادات وأعراف تجارية دولية، وان اتفاق التحكيم المشوب بمثل عيب الخطأ يجب اعتباره مخالفا للنظام العام بمفهومه الدولي، أو على الأقل يعد بمثابة قاعدة مادية للتحكيم الدولي.

ونضيف في هذا الخصوص أن بروتوكول جنيف 1963، ومعاهدة جنيف 1967، ومعاهدة نيويورك 1958، واتفاقية جنيف 1961، لا تحتوي على قواعد مادية خاصة بالتراضي المتعلق باتفاق التحكيم وذلك دون المساس بالقواعد المادية المتعلقة بشكل اتفاق التحكيم، ومن المقرر أن الأهلية وسلطة الالتجاء إلى التحكيم تخرج عن نطاق القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم، مع التحفظ بالنسبة لمدى قدرة الأشخاص المعنوية للقانون العام في الالتجاء إلى التحكيم².

ثالثا- الأهلية

يقصد بالأهلية في اللغة الصلاحية فالقول بان شخص أهل لعمل ما، يعني صلاحيته لهذا العمل والأهلية في مجال القانون تعني: "صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات ومباشرة الالتزامات" أي قدرة الشخص على القيام بالتصرفات القانونية لحساب نفسه، وتنقسم

¹ - زهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، مرجع سابق، ص 61-62.

² - منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، د. ط، 1995، ص 86-85.

الأهلية إلى أهلية الوجوب والتي يتمتع بها الشخص منذ ولادته، وأهلية الأداء والتي يقصد بها صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية وبالتالي لا يكون المتعاقدان أهلا لإبرام اتفاق التحكيم إلا ببلوغه سن الرشد 19 سنة وفقا لأحكام المادة 40 من قانون المدني الجزائري.

1- أهلية الشخص الطبيعي

إن اغلب التشريعات لم تشترط بلوغ المحكم أهلية معينة حتى يتمكن من الفصل بالنزاع المعروف عليه بل اشترطت هذه التشريعات أن يكون المحكم كامل الأهلية أي أن يكون بالغ سن الرشد فلا يجوز أن يكون المحكم قاصرا أو محروما من حقوقه المدنية أو محجوزا عليه أو مفلسا لم يرد له اعتباره، أما في التشريع العراقي فان قانون رد الاعتبار قد الغي بقرار من مجلس قيادة الثورة رقم 997 لسنة 1978 وبالتالي فان مجرد الحكم على أي شخص بجناية أو جنحة مخلة بالشرف يجرم من حقوقه المدنية ويمنع من أن يكون محكما¹.

إضافة إلى ذلك يجب أن تتوافر في الأطراف المتحكمين " أطراف اتفاق التحكيم " الأهلية اللازمة لصحة الالتجاء إلى التحكيم للفصل في منازعتهم المحتملة وغير المحددة أو القائمة لحظة إبرام الاتفاق على التحكيم عن طريق هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين أو هيئات غير قضائية دون المحاكم المختصة بتحقيقها والفصل في موضوعها²، فقد أعطى المشرع المصري كل شخص طبيعي يتمتع بأهلية التصرف وفقا لأحكام القانون المدني حرية الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم، في حين استلزم المشرع الجزائري أن يكون التراضي صادرا من أطراف أهل للتصرف وهذا ما نصت عليه المادة 1006 من قانون إجراءات المدنية والإدارية بقولها: " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها"³.

¹ - اسعد فاضل منديل ، مرجع سابق، ص 89.

² -محمود السيد عمر التحيوي، مرجع سابق، ص 232.

³ -قانون رقم 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

حيث يتضح أن اتفاق التحكيم يقع باطلا إذا قام به شخص لا يملك حق التصرف في حقوقه، فمن لم يبلغ سن الرشد الذي حدده المشرع الجزائري ب 19 سنة لا يجوز له إبرام اتفاق التحكيم، وكذلك المحجور عليه والمعتوه والسفيه، لا يمكنه الاتفاق على اللجوء للتحكيم كذلك المحروم من حقوقه المدنية ومن أشهر إفلاسه لا يمكنه كذلك الاتفاق على اللجوء للتحكيم كوسيلة لفض ما قد يثور من نزاع بينه وبين خصمه¹.

1/أ- اختصاص قضاء التحكيم بالتحقق من توافر الأهلية

إن قضاء التحكيم هو المنوط به بداية أن يتحقق من توافر أهلية الأطراف كل بحسب قانونه الشخصي وقت إبرام هذا الاتفاق، فان كان أحد طرفي الاتفاق مصري الجنسية قام المحكم بتطبيق القانون المصري الذي يشترط أن تتوافر أهلية التصرف في الحقوق" المادة 11 من قانون التحكيم المصري"، وبالتالي يلزم أن يكون المصري له أهلية أداء كاملة، متمتعاً بقواه العقلية، وبالمثل بالنسبة للطرف الآخر، فإذا كان فرنسي الجنسية مثلاً قام المحكم بتطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانونه الشخصي، ويلاحظ أن المحكم لا شأن له بما يقرره القانون الشخصي لكل طرف من أحكام بالنسبة لأهلية الطرف الآخر أي تلك التي تتعلق بقواعد الإسناد، فهو يقوم بتطبيق الأحكام الواردة في القانون الشخصي لكل طرف فيما يخص أهليته، لا تلك التي تخص الأطراف الأجانب².

1/ب- كيفية تحقيق الفاعلية لاتفاق التحكيم ناقص الأهلية

قد تجتمع القوانين المختلفة على نقص أهلية أحد أطراف الاتفاق، فتبدو الصعوبة واضحة في تحقيق الفاعلية لاتفاق التحكيم الدولي، ولا تثار مشكلة إذا كان القاصر مأذوناً له بمباشرة التجارة، إذ يصبح في هذه الحالة في حكم كامل الأهلية، ويستطيع مباشرة كافة الأعمال التي تتعلق بتجارته ومنها إبرام اتفاق التحكيم، أما إذا كان القاصر غير مأذون له بمباشرة التجارة ومع ذلك قام بإبرام اتفاق

¹ - لزهري بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، مرجع سابق، ص 58.

² - أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ط، 2001، ص 80.

التحكيم الدولي، فهذا يجب أن نبحث عن الحلول الأزمة التي تحقق لهذا الاتفاق فعاليته ما استطعنا لذلك سبيلا، ولم يخيب الفقه الفرنسي هذا المسعى فذهب الأستاذ "Gaillard" على أثر الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية في قضية DALICO بتاريخ 20 ديسمبر 1993 إلى القول بتطبيق القواعد المادية في القانون الفرنسي على اتفاق التحكيم الدولي¹.

2- أهلية الشخص الاعتباري

والجدير بالذكر فإن الأشخاص الاعتبارية بجميع أنواعها يحق لها اللجوء إلى التحكيم متى تم التحقق من اكتساب واستيفاء الشروط التي يستلزمها القانون للإقرار بالشخصية المعنوية، فالدول كاملة السيادة هي الشخص القانوني الذي يتمتع بأهلية اللجوء إلى التحكيم لأنها تتمتع بالشخصية القانونية الدولية أي أهلية اكتساب الحقوق وتحمل الواجبات ولأنها تملك الإرادة للقيام بالتصرفات القانونية في العلاقات الدولية، وهناك بعض الوحدات القانونية الطبيعية في المجتمع الدولي والتي لا تتمتع بالأهلية الكاملة أو بعبارة أخرى فإن هذه الوحدات تصطبغ بصبغة قانونية خاصة أو تتمتع بوضع قانوني خاص وهو ما يقتضي التعرض لها تباعا لبيان أهليتها في اللجوء إلى التحكيم الدولي².

فقد نص المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: " ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية"، فيظهر من هذا النص أن الأشخاص المعنوية الخاصة كالشركات التجارية التي تخضع للقانون الجزائري إذا كانت تمارس نشاطها في الجزائر لها حق اللجوء إلى التحكيم بعد قيدها في السجل التجاري، أما بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة فقد وضع المشرع الجزائري شرطين حتى يمكن لها الاتفاق على التحكيم وهي لعلاقات الدولية الاقتصادية والمتمثلة في مؤسسات الدولة والشركات العمومية والمؤسسات الاقتصادية العامة الحق في اللجوء إلى

¹ - احمد مخلوف، مرجع سابق، ص 82-83.

² - خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشرف، القاهرة، ط. الأولى، 2002، ص 181-182.

التحكيم، أما الشرط الثاني فيتمثل في الصفقات العمومية حيث يحق للأشخاص المعنوية العامة إمكانية اللجوء إلى التحكيم فيما يتعلق بإبرام الصفقات العمومية¹.

الفرع الثاني: محل اتفاق التحكيم

إن محل اتفاق التحكيم هو موضوع المنازعات التي يشملها اتفاق التحكيم والتي ينص على حلها عن طريق التحكيم، وهو الذي يحدد اختصاص المحكم والذي لا يمكنه الفصل إلا في النزاع أو المنازعات التي اتفق الأطراف على أن يعهدوا بها إليه، وتفرض القوانين في هذا المجال مبدئين رئيسيين أولهما أن يكون موضوع اتفاق التحكيم محددًا بما فيه الكفاية، وثانيهما عدم مخالفة هذا الموضوع للنظام العام²، حيث نصت معظم قوانين التحكيم العربية على عدم جواز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح أو المخالفة للنظام ومن هذه القوانين القانون المدني المصري على أنه: " لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم"³، كما نجد أيضا قانون المرافعات المدنية العراقية رقم 83 سنة 1969م المعدل، الذي نص في المادة 254 منه على أنه: " لا يصح التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح...."، وكذلك نص قانون التحكيم السوري في الفقرة 2 من المادة 9 منه على أنه: " لا يجوز الاتفاق على التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، أو المخالفة للنظام العام...."، وكذلك بنفس المضمون نص كل من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد، في المادة 762 منه، وقانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي وقانون التحكيم المصري في المادة 11 منه، وقانون التحكيم الأردني في المادة 9 منه⁴.

¹ -لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، مرجع سابق، ص 58-59.

² - محسن جميل جريح، مرجع سابق، ص 71.

³ -لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، مرجع سابق، ص 62.

⁴ -كاوه عمر محمد، التحكيم في منازعات العقود النفطية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط. الأولى، 2015، ص 46-47.

وللمحل بصورة عامة في كل العقود شروط سنحاول تطبيقها على عقد التحكيم تبعا لخصوصيته:

أولا- أن يكون المحل موجودا أو ممكن الوجود

هذا الشرط يمكن تطبيقه على ركن المحل في عقد التحكيم فقد يتفق الطرفان على إبرام عقد التحكيم بعد حصول النزاع، مثلا لو اختلف الطرفان حول ملكية سيارة معينة ثم بعد حصول النزاع اتفقا على إحالة النزاع المذكور إلى هيئة تحكيم مختارة من قبلهم بدلا من اللجوء إلى القضاء فهنا يكون المحل موجودا و قد تم تحديده وتحديد كل أبعاده، أما في حالة كون اتفاق التحكيم يرد في صيغة شرط ضمن بنود عقد معين فان شرط الوجود يكون متحققا أيضا في ركن المحل لان شرط التحكيم سوف يرد على نزاع من الممكن وجوده مستقبلا عند تنفيذ ذلك العقد¹.

ثانيا- أن يكون المحل معين أو قابل للتعين

يؤكد هذا الشرط ما نصت عليه اغلب التشريعات بسبب تحديد موضوع النزاع في عقد التحكيم وعلى هذا فمن الواجب على الطرفين أن يحدد وبشكل دقيق كل جوانب وأبعاد النزاع وهنا يجب أن نميز بين اتفاق التحكيم الذي يعقد بصورة مستقلة بعد قيام النزاع وبين الاتفاق الذي يكون بصورة شرط يضمن شروط العقد²، ففي الحالة الأولى تكون مسألة تعيين النزاع وتحديده مسألة اعتيادية لان كل طرف يعرف ما يريد من الطرف الآخر فالمسألة ليست مستحيلة ولا صعبة أما بالنسبة إلى الحالة الثانية فان المشرع أراد بان يكون النزاع قابلا للتعين وهذا ما يمكن تحقيقه بالنسبة إلى شرط التحكيم.

¹- اسعد فاضل منديل، مرجع سابق، ص90.

²- هاشمي فاطمة، أثار اتفاق التحكيم، دراسة مقارنة، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، 2017، ص28.

ثالثاً- أن يكون المحل مما يجوز التعامل فيه

وهذا الشرط يحدد نطاق اتفاق التحكيم من حيث الموضوع، أي انه يحدد المنازعات التي يمكن أن تكون محلاً لاتفاق التحكيم، فلا يجوز أن يتعلق النزاع التحكيمي بمسائل تتعلق بالنظام العام أو الآداب العامة ولكنه يجوز أن يتعلق بالمصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب الجرائم¹.

الفرع الثالث: السبب في اتفاق التحكيم التجاري

يعد هذا الشرط ضرورياً ولازماً لتكوين اتفاق التحكيم أسوة بأي عقد آخر، فاتفاق الأطراف على التحكيم يجد سببه في إرادة الأطراف استبعاد طرح النزاع على القضاء وتفويض الأمر للمحكمين، وهذا سبب مشروع دائماً، ولا تتصور عدم مشروعيته إلا إذا ثبت أن المقصود بالتحكيم التهرب من أحكام القانون الذي كان سيطبق في حال طرح النزاع على القضاء نظراً لوجود قيود أو التزامات يرغب الأطراف في التخلص منها، وبالتالي نكون أمام حالة من الغش نحو القانون الذي كان فيكون التحكيم وسيلة غير مشروعة يراد بها الاستفادة من حرية الأطراف وحرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق².

ولكون التحكيم طريقاً استثنائياً لحل المنازعات بين الأطراف فلا بد أن يكون السبب مشروعاً، حتى يحقق التحكيم الهدف المرجو منه، وأن لا يكون وسيلة لدى الأطراف للتهرب من الخضوع لأحكام القضاء، ويجب عدم الخلط بين السبب غير المشروع والمحل غير الممكن أو غير المشروع فالأول يقتضي البحث عن إجابة السؤال لماذا لجأ الأطراف للتحكيم، أما الثاني فيتعلق بتحديد الموضوع المراد تسويته بطريقة التحكيم³.

¹- اسعد فاضل منديل، مرجع سابق، ص 91.

²- هاني سري الدين، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 13.

³- محمود مختار بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، د. ط، 1995، ص 58.

المطلب الثاني: الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم التجاري

إن الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم يمكن أن تتلخص في شرط واحد فقد نصت عليه اغلب الاتفاقيات والتشريعات الوضعية، وهذا الشرط الوحيد هو الكتابة أي أن يكون عقد التحكيم مكتوباً وهذا ما سنتطرق إليه فيما يلي:

الفرع الأول: الكتابة

إن معظم قوانين التحكيم العربية نصت على ضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، ومن هذه القوانين قانون المرافعات المدنية العراقية الذي نصت المادة 252 المعدلة منه على أنه: " لا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة ويجوز الاتفاق عليه أثناء المرافعة...."، ومن نفس المضمون نص كل من قانون المرافعات المدنية و التجارية الكويتي في المادة 173 منه على: "...ولا يثبت التحكيم إلا بالكتابة..... وإلا كان التحكيم باطلاً...."، وكذلك نص قانون التحكيم الجزائري في المادة 444 منه على أنه: "..... يجب أن يثبت شرط التحكيم بالكتابة ويوافق عليه على وجه الخصوص أطراف العقد وإلا كان الشرط باطلاً....."¹.

الفرع الثاني: موقف الاتفاقيات الدولية من شرط الكتابة

تناولت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم مسألة الشرط الشكلي اللازم توافره في اتفاق التحكيم شرطاً كان أو مشاركة، فعلى سبيل المثال نصت المادة 1/2 من اتفاقية نيويورك على أنه: " تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم الأطراف بمقتضاه أن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم...."، تضيف الفقرة 2 من نفس المادة المقصود من الاتفاق المكتوب إذ تنص: " يقصد بالاتفاق المكتوب شرط التحكيم المدرج في العقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات أو البرقيات المتبادلة بينهم"، يتضح من النص أن اتفاقية نيويورك قد اشترطت أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً حتى تفره

¹ - كاوه عمر محمد، مرجع سابق، ص 48، 49.

الدول الأعضاء وتعترف به، إلا أنها أصبغت على الكتابة نوع من المرونة، بحيث لم تشترط فيها نوع معين¹.

وقد ذهب رأي فقهي في التعقيب على هذا النص إلى أن الكتابة تعد ركنا أساسيا لصحة اتفاق التحكيم ويجب توافرها لإمكان القول بوجود اتفاق التحكيم وفقا لاتفاقية نيويورك فالمادة 1/2 من هذه الاتفاقية تقتضي الكتابة كشرط صحة وليس عنصرا خارجيا متطلبا للإثبات، بينما ذهب رأي آخر أن القول بأن الكتابة وفقا لاتفاقية نيويورك تعد شرط صحة وليست شرط إثبات يتعارض مع أبسط قواعد التفسير ويحمل النص أكثر مما يحتمل، فالنص لم يرتب البطلان أو الانعدام على عدم الكتابة كما فعلت التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه مثل التشريع المصري².

كما أن الاتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 قد نصت على نفس المبدأ في المادة الأولى ف/2 منها، إذ جاء نصها كما يلي: " يقصد باتفاق التحكيم شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو المتضمن في رسائل متبادلة بينهم أو برقيات أو تلكسات، وفي العلاقات بين الدول التي لا تفرض قوانينها الشكل المكتوب، كل اتفاق مبرم في الأشكال التي تقرها هذه القوانين"³، ويستفاد من هذا النص أن الاتفاقية الأوروبية قد تطلبت من حيث المبدأ أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا بيد أنها لم تستلزم أن يتخذ اتفاق التحكيم شكلا معيناً، حيث أجازت أن يتخذ اتفاق التحكيم شكل شرط التحكيم وارد في العقد أو اتفاق موقع عليه من الأطراف أو وارد في خطابات أو فاكسات متبادلة.

¹ - قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 117.

² - علاء محي الدين مصطفى أبو احمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د. ط، 2012، ص 262.

³ - قبائلي طيب، مرجع سابق، ص 118.

ولقد ثار تساؤل هل هناك تعارض بين ما جاء في اتفاقية نيويورك 1958 والاتفاقية الأوروبية

1961؟

في الواقع ليس هناك تعارض بين الاتفاقيتين وليست هناك صعوبة في تطبيقهما معا، حيث أنهما يتفقان في حكم وتزيد الاتفاقية الأوروبية حكما آخر يجعلها أكثر تحررا من اتفاقية نيويورك وذلك لأنها قررت صحة اتفاق التحكيم حتى ولو لم يستوف الشكل المطلوب في الدول التي تتطلب قوانينها كتابة اتفاق التحكيم¹.

كما اشترطت لائحة التحكيم الصادرة من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام 1976 أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا دون أن تشترط شكلا معينا في هذه الكتابة، في هذا الصدد تنص المادة 18 ف/1 من هذه اللائحة ضرورة أن تكون عرضة التحكيم مصحوبة بصورة من العقد ومن اتفاق التحكيم إذا لم يكن واردا في العقد مما يعيناه يكفي تقديم أي مستند يرد فيه الاتفاق على التحكيم.

سارت لائحة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس "CCI" على نفس النهج، حيث تنص المادة: 3فقرة 2 منها على ضرورة أن يتضمن طلب التحكيم الاتفاقات المبرمة بين الطرفين وخاصة اتفاق التحكيم، مما يدل على أن اللائحة تشترط أن يكون هذا الاتفاق واردا في مستند أو عدة مستندات مكتوبة².

كما نص القانون النموذجي لليونسترال في الفقرة الثانية من المادة السابعة على أنه: " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، ويعتبر اتفاق التحكيم مكتوبا إذا ورد في مستند موقع عليه من الأطراف أو في تبادل وسائل أو توكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلبي أو اللاسلكي التي تكون بمثابة سجل للاتفاق أو في تبادل المطالبة والدفاع التي يدعي فيها احد الطرفين

¹ - علاء محي الدين مصطفى أبو احمد، مرجع سابق، ص 264.

² - قبائلي طيب، مرجع سابق، ص 118-119.

وجود اتفاق التحكيم ولا ينكره الطرف الآخر ، وبالتالي فان القانون النموذجي لم يرتب جزاء البطلان على تخلف الشكل المكتوب وعلى ذلك فان القانون النموذجي لم يرتب جزاء البطلان على تخلف الشكل المكتوب وعلى ذلك فان الاتفاق الشفوي في مفهوم هذا القانون يعتبر صحيحا¹.

الفرع الثالث: موقف التشريعات الوطنية

يكشف الواقع العملي عن تباين مواقف التشريعات الداخلية للدول بشأن مسألة كتابة اتفاق التحكيم شرطا كان أو مشاركة، فعلى سبيل المثال فان التشريعات الأنجلوسكسونية لم ترى مانعا لإخراجه من نطاق الشكلية وتعتبر كتابته شرطا للإثبات فقط ، إذ يجوز الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم ولو في غياب شرط التحكيم، على عكس من ذلك فان التشريعات اللاتينية تريد إحاطة اتفاق التحكيم بضمانات معينة وإخراجه من دائرة التصرفات الرضائية، وجعله تصرفا شكليا يتوقف وجوده وانعدامه على عنصر آخر غير توافق إرادة طرفيه وهو كتابة هذا الاتفاق، مما يعني أن هذا العنصر هو شرط للانعقاد وليس شرط للإثبات².

أولا-موقف المشرع الجزائري

تطلب المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة الأخرى لصحة اتفاق التحكيم أن يتضمن شروطا شكلية، وتتمثل في الكتابة، فقد نصت المادة 1008 من قانون إجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بشرط التحكيم على أنه: " يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها"، ونصت المادة 1012 المتعلقة بمشاركة التحكيم على أنه: " يصل الاتفاق على التحكيم كتابيا"، كما نصت المادة 1040 المتعلقة بالتحكيم الدولي على أنه: " تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية. يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان ان ترم اتفاقية التحكيم كتابيا أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة"،

¹ - علاء محي الدين مصطفى أبو احمد، مرجع سابق، ص 264 - 265.

² - قبائلي طيب، مرجع سابق، ص 119.

وهكذا أصبحت الشكلية شرطا لا بد منه في اتفاق التحكيم خروجاً عن قاعدة حرية الإثبات في المواد التجارية¹، فإذا ما تخلف هذا الشرط أصبح الاتفاق باطلاً بطلانا مطلقاً.

ثانياً- موقف القانون المصري

لقد جاء قانون التحكيم المصري متوسعاً في مفهوم الكتابة، حيث أضاف وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة بنص المادة 12 منه رقم 27 لسنة 1994 على أنه: " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو بقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة"، ونود أن نشير إلى إمكانية تبادل الطرفين للرسائل أو البقيات عن طريق الفاكس أو التلكس ليكون اتفاق التحكيم مكتوباً رغم عدم الإشارة الصريحة لهاتين الوسيطتين في هذه المادة².

ثالثاً- موقف القانون الفرنسي

عالج المشرع الفرنسي مسألة الشكل في التحكيم الداخلي فنص في المادة 1443 من المرسوم الفرنسي للتحكيم الداخلي عام 1980 على أنه يجب أن يكون شرط التحكيم مكتوباً في العقد أو في أي مستند يحيل وإلا كان باطلاً ونصت المادة 1499 من المرسوم الفرنسي الداخلي الصادر عام 1980 على أنه يجب أن تكون مشاركة التحكيم ثابتة بالكتابة.

ومن هنا يثور التساؤل عما إذا كانت القاعدة المنصوص عليها في المواد المذكورة تنطبق على اتفاق التحكيم في مجال التحكيم الدولي أم لا؟

أجابت عن هذا التساؤل المادة 1495 والتي تنص على أنه: "عندما يكون التحكيم الدولي خاضعاً للقانون الفرنسي لا تنطبق نصوص الباب الأول والثاني والثالث من هذا الكتاب إلا إذا اتفق

¹ - بلقاي بومدين، التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2018، ص 186-187.

² - كاوه عمر محمد، مرجع سابق، ص 50.

الأطراف على خلاف ذلك، وعلى ذلك فان شرط الكتابة المنصوص عليه في هذه المادة لصحة اتفاق التحكيم الداخلي لا يسري على القانون الدولي إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك"¹. نستنتج في الأخير انه لكي يكون اتفاق التحكيم صحيحا لا بد من توافر شروط موضوعية وشروط شكلية حتى يترتب آثاره فيما بين الأطراف.

¹ - Article 1495 de la loi française sur l'arbitrage interne de 1980 : " Lorsque l'arbitrage international est soumis a la loi français ، les disposition des titre 1er et 2eme et 3eme du present livre ne s'applquent qu'a défaut de convention particulière et sous réserve des articles 1943 et 1949".

الفصل الثاني

تمهيد:

يشكل اتفاق التحكيم مركز الثقل لنظام التحكيم ، فهو كغيره من العقود لكي تثبت صحته لا بد من توافر شروط بنوعيتها شكلية وموضوعية كما بياناها في الفصل الأول، وعليه فهو يرتب آثار تشكل الركائز الأساسية لهذا الاتفاق لتجعله فعالا وغير قابل للبطلان، ليضع من جهته اتفاق التحكيم نظاما مصدره إرادة الأطراف، ومنه يستمد المحكم أو المحكمون سلطتهم والقانون الذي يسري على الإجراءات والقانون الذي يسري على الموضوع.

وعليه فقد ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول آثار اتفاق التحكيم، أما في المبحث الثاني القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم

المبحث الأول: آثار اتفاق التحكيم

يعتبر اتفاق التحكيم صحيحا متى توافرت أركانه والشروط التي تطلبها القانون لإبرام التصرفات القانونية، ويتحقق هذه الأركان في اتفاق التحكيم فانه يرتب آثاره القانونية، حيث يجب قضاء الدولة عن الفصل في موضوع النزاع بين الطرفين، ويرتب آثارا موضوعية وكذلك آثارا إجرائية لاتفاق التحكيم وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المبحث.

المطلب الأول: الآثار الموضوعية لاتفاق التحكيم

سوف نتناول في هذا المطلب الآثار الموضوعية لاتفاق التحكيم حيث نتعرض في الفرع الأول للقوة الملزمة لاتفاق التحكيم، ثم نستعرض في الفرع الثاني استقلال اتفاق التحكيم .

الفرع الأول: القوة الملزمة لاتفاق التحكيم

يقصد بالزامية اتفاق التحكيم أنه بعد تفسيره وتكييفه يصبح شريعة المتعاقدين، بمعنى أنه بالنسبة لأطرافه يشبه القانون من حيث تنفيذ ما جاء فيه، وباعتبار اتفاق التحكيم من العقود الملزمة لجانبين فتطبق عليه أحكام العقد الملزم لجانبين، حيث نصت المادة 106 من القانون المدني الجزائري: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون"¹، كما نصت المادة 211 من القانون المدني اليمني على أن: "العقد ملزم للمتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون الشرعي"².

لا تختلف القوة الملزمة لاتفاق التحكيم باعتباره عقدا من القوة الملزمة للعقود عموما، ولما كان الأثر الجوهرى لذلك الاتفاق هو التزام طرفيه بطرح النزاع على التحكيم والامتناع عن اللجوء إلى قضاء الدولة، فان مقتضى القوة الملزمة لاتفاق التحكيم أن هناك التزام بنتيجة يقع على عاتق طرفي الاتفاق، هو ضرورة قيام كل منهما بالمساهمة في اتخاذ إجراءات التحكيم والامتناع عن عرض النزاع

¹ - أمر رقم 07-05، المتضمن القانون المدني.

² - عبد الباسط محمد عبد الضراسي، مرجع سابق، ص 174.

على قضاء الدولة، فإن خالف احد الأطراف ذلك فانه يكون قد اخل بمبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية¹.

فلا يستطيع أحد طرفي الاتفاق على التنصل منه بإرادته المنفردة أو ينقضه أو يعدله وإن سعى إلى ذلك، حيث يمكن للطرف الآخر حينها إجباره على تنفيذ التزاماته وتعين محكمه وبدء إجراءات التحكيم، فان امتنع لجأ الطرف الآخر إلى المحكمة أو إلى سلطة التعيين المختصة للقيام بتلك الإجراءات، ويقوم عمل تلك المحكمة أو السلطة مقام عمل الخصم المتقاعس وهذا هو مقتضى التنفيذ العيني للالتزام الناشئ عن القوة الملزمة لاتفاق التحكيم²، وقد قنن مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم في المادة 25 لاتفاقية واشنطن لعام 1965 الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى بنصها على انه: "إذا اتفق طرفي النزاع كتابة على إحالة أي خلافات قانونية تنشأ مباشرة عن استثمار بين دولة متعاقدة وبين مواطن من دولة أخرى متعاقدة، إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بطريق التحكيم أو بأي طريق آخر، فانه لا يحق لأي من الطرفين أن يسحب هذه الموافقة دون قبول من الطرف الآخر، وعلى ذلك فان اتفاق التحكيم الذي ابرم صحيحا يلزم طرفيه ولا يجوز لهما الانسحاب منه انفراديا إلا باتفاقهما معا وإنهاء إجراءات التحكيم قبل صدور الحكم"³.

لقد عالج المشرع المصري جزاء الإخلال بالقوة الملزمة لاتفاق التحكيم في المادة 17 منه حيث أوصد الباب في وجه من يحاول إهدار قيمة اتفاق التحكيم بتهربة من بدء الإجراءات أو المساهمة في

¹ - زهر بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار، مرجع سابق، ص 64.

² - احمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية والتجارية والإدارية والجمركية والضريبية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط. الأولى، 2006، ص 245.

³ - زهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، مرجع سابق، ص 71.

تشكيل هيئة التحكيم فنصت على انه: " إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد تولت المحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون اختياره بناء على طلب أحد الطرفين¹.
أما المشرع الجزائري فقد تعرض كذلك للقوة الملزمة لاتفاق التحكيم في التحكيم الداخلي حيث نص في المادة 1009 من قانون إجراءات المدنية والإدارية على انه: " إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم بفعل احد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه"²، وبالنسبة للتحكيم التجاري الدولي فقد عالج المشرع الجزائري كذلك هذه المسألة من خلال ما تضمنته المادة 1041 في فقرتها الثانية حيث نصت على انه: " في غياب التعيين وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يأتي:

1- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

2- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر³.

الفرع الثاني: استقلالية اتفاق التحكيم

يعد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي من المبادئ المستقرة حالياً سواء في إطار القوانين الوضعية أو المعاهدات الدولية ولوائح التحكيم، إذ تستمد هذه الاستقلالية من الموضوع المختلف لكل من العقدين: العقد الأصلي والاتفاق على التحكيم⁴.

¹ - زهر بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص65.

² - قانون رقم 08-09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

³ - زهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، مرجع سابق، ص74.

⁴ - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية، ط. الأولى، 2004، ص

أولاً: تكريس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

لتقدير صحة مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، لابد من الإجابة على التساؤل التالي: هل مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي والذي استخلصه القضاء الفرنسي سنة 1963 يعد مبدأ تقره الأنظمة القانونية الوضعية للعديد من الدول وتتعترف به المعاهدات الدولية المنظمة للتحكيم ولوائح التحكيم المختلفة وتقضي به محاكم التحكيم الدولية، على نحو يمكن معه القول من المبادئ العامة للتحكيم التجاري الدولي؟.

تقتضي الإجابة على هذا التساؤل المطروح أن نتعرض لموقف كل من الأنظمة القانونية الوضعية ولوائح التحكيم، وما يجري عليه قضاء التحكيم التجاري الدولي¹.

1- موقف الاتفاقيات الدولية من تكريس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

من الثابت أن الاعتراف بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي الذي يتضمنه لا يستخلص بشكل صريح من المعاهدات الدولية الرئيسية المنظمة للتحكيم، ومن هنا فإن التصديق على هذه المعاهدات ليس هو السبب في تبني هذه المعاهدات من قبل الدول الأطراف فيها ليس هو السبب في تبني هذه الأنظمة القانونية لهذا المبدأ²، فاتفاقية نيويورك سنة 1958 لم تتعرض مباشرة لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، ولكن هذا لا يمنع من البعض من الذهاب الى القول بان المادة 2 من الاتفاقية والتي تنص على: "تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بان يخصصوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم....."، أنها وان لم تكن قد تعرضت لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ومختلف نتائجه

¹ - بولحية سعاد، استقلالية اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، دون سنة النشر، ص 15.

² - حفيفة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د. ط، 2001، ص 27-26.

القانونية، إلا أنها أعطته قوة لم تكن له من قبل، حيث استخلص GAILLARD أن اتفاق التحكيم يمكنه أن يخضع إلى قانون آخر غير قانون العقد الأصلي¹، هذا كما نجد المادة 5 من الفقرة 1/أ من نفس الاتفاقية اكتفت بالقول انه يجوز رفض الاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذ إذا قدم الدليل على: " إن أطراف الاتفاق.... كانوا طبقا للقانون الذي يطبق عليهم عديمي الأهلية أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذي اخضع له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم"، ملاحظة بذلك أن اتفاق التحكيم له قانون قد يكون مختلفا عن قانون العقد الأساسي²، ومع ذلك فقد استخلص احد الفقهاء من هذا النص أن اتفاق التحكيم يمكنه أن يخضع إلى قانون آخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي وبالتالي فان معاهدة نيويورك تكون قد قبلت ضمنا أن يكون اتفاق التحكيم نظام قانوني مستقل عن العقد الأصلي أي يمكن إدراجها في إطار الاتجاهات المؤيدة لفكرة استقلالية اتفاق التحكيم.

وبالرجوع إلى نص المادة السابعة من معاهدة نيويورك والتي تنص على أنه: " ولا تخل أحكام هذه الاتفاقية بصحة الاتفاقات الجماعية أو الثنائية التي أبرمتها الدولة المتعاقدة بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها ولا تحرم أي طرف من حقه في الاستفادة بحكم من أحكام المحكمين بالكيفية أو بالقدر المقرر في تشريع أو معاهدات البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ، حيث ذهب الأستاذ Goldman إلى إمكانية الاعتراف وإصدار الأمر بتنفيذ حكم تحكيمي صادر بناء على اتفاق تحكيم لا يتمشى مع القانون الواجب التطبيق عليه وفقا لنص المادة: 5/فقرة 1/أ في فرنسا، وذلك نزولا على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي حتى لو كان القانون الأجنبي

¹ - عائشة مقراني، مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 2005، ص 48-49.

² - عبد الحميد الأحذب، مرجع سابق، ص 234.

المختص لا يقر هذا المبدأ وذلك نظرا لاستقلالية اتفاق التحكيم عن هذا القانون أو أي قانون وضعي أيا ما كان، مع مراعاة مقتضيات النظام العام¹.

كما أن معاهدة جنيف الأوروبية 1961 لم تتطرق إلى اختصاص المحكمين للنظر باختصاصهم، صحيح أن هذا الأمر يتصل باستقلالية اتفاق التحكيم ويرتبط به ارتباطا وثيقا ولكن اعتراف معاهدة جنيف باستقلالية العقد التحكيمي بقي ضمنا وليس علنيا وصريحا²، أما بالنسبة لمعاهدة واشنطن الموقعة في الموقعة في 18 مارس 1965 والتي أنشأت المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار، فقد اقتصر في المادة 41 الفقرة الأولى منها على التأكيد أن محكمة التحكيم هي القاضي بالنسبة لمسألة اختصاصها³.

إضافة إلى الاتفاقيات السابقة نجد كذلك الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري سنة 1987 التي لم تشر صراحة إلى الأخذ بمبدأ الاستقلالية، أما عن سلطة المحكمين للنظر في اختصاصهم فقد جاء ذكرها في المادة 24 منها حيث نصت: " يجب إبداء الدفع بعدم الاختصاص و الدفوع الشكلية الأخرى قبل الجلسة الأولى وعلى هيئة التحكيم أن تفصل فيها قبل الدخول في الموضوع ويكون قرارها بهذا الشأن نهائيا"، وإذا علمنا أن المادة 27 من الاتفاقية المذكورة تنص على أن الاتفاق على التحكيم وفق أحكام هذه الاتفاقية يحول دون عرض النزاع أمام جهة قضائية أخرى أو الطعن لديها بقرار التحكيم، يمكن القول عندئذ أن نص الاتفاقية عند منحها هيئة التحكيم سلطة النظر في اختصاصها يشكل مؤشرا للأخذ بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي⁴.

¹ - حفيفة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 28.

² - عبد الحميد الأحمد، مرجع سابق، 235.

³ - بولحية سعاد، مرجع سابق، ص 18.

⁴ - عائشة مقراني، مرجع سابق، ص 52.

2- تكريس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري في التشريعات الداخلية

تنص الغالبية العظمى من التشريعات الحديثة المتعلقة بالتحكيم صراحة على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، من بينها القانون الجزائري الصادر في 25 ابريل 1993 المتضمن قانون إجراءات المدنية والإدارية، حيث نصت المادة 458 مكرر 1 فقرة 4 من هذا القانون على: " لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح"، ويعتبر كذلك قانون التحكيم المصري الجديد رقم 27 لسنة 1994 من القوانين التي أكدت على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، إذ نصت المادة 23 من القانون المذكور على أن: " يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي اثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته"، وبذلك يكون القانون المصري قد وضع حدا للخلاف الفقهي الذي كان سائدا في القانون المصري حول استقلالية اتفاق التحكيم من عدمه وما يترتب على هذه التفرقة من آثار¹.

كما كرس التقنين الدولي الخاص السويسري مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في مادته 178 حيث نص على انه: " لا يمكن الطعن في صحة اتفاق التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي وان اتفاق التحكيم يتعلق بنزاع لم يحدث بعد"²، إضافة إلى ذلك فقد نصت المادة 1697 فقرة أولى من التقنين البلجيكي للمرافعات في صياغته الواردة بالقانون الصادر في 4 يوليو 1972 وأيضا المادة 1053 من قانون الإجراءات الهولندي والتي بصياغتها الواردة في القانون الصادر 1986 أن اتفاق التحكيم يعتبر مكونا لاتفاق مستقل، وذلك قبل أن تقرر محكمة التحكيم

¹ - حفيفة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 29-30.

² - عائشة مقراني، مرجع سابق، ص 120.

بالسلطة في الفصل في مسألة صحة العقد الأصلي الذي يكون اتفاق التحكيم مدرجا بها و يشير إليه¹.

تجدر الإشارة انه إذا كان مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي قد كرسه النصوص القانونية في العديد من الدول فإن هذا المبدأ كرس في دول أخرى ليس بمقتضى نصوص تشريعية وإنما من خلال القضاء، كما هو الحال بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية إذ قبلت المحكمة العليا ابتداء من 1967 في قضية Prima Print ضد Flood and Conking انه تبعا للقانون الفيدرالي فان مصير اتفاق التحكيم يعد مستقلا ومنفصلا عن مصير العقد المدرج فيه هذا الاتفاق، كذلك فان العديد من الدول الأخرى تقبل مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم كالقانون الألماني واليطالي والياباني، وعلى الرغم من هذا القبول شبه العام للعديد من الأنظمة القانونية لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمن هذا الاتفاق أو الذي يتعلق به هذا الأخير، فان القانون الانجليزي يمثل حالة خاصة إذ انه لا يقبل الاعتراف بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم إلا بصعوبة شديدة، فمبدأ الانفصال بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي من المبادئ التي لم يتم تكريسها بشكل كامل في القانون الانجليزي².

المطلب الثاني: الآثار الإجرائية

مما لا شك فيه أن لاتفاق التحكيم بعض الآثار التي تترتب على إبرام اتفاق التحكيم صحيح مستوفي لجميع الشروط الموضوعية والشكلية التي سبق بيانها، ولعل أهم هذه الآثار ، الأثر المانع لاتفاق التحكيم أو الأثر السلبي، و الأثر الايجابي لاتفاق التحكيم، حيث تبنت غالبية التشريعات

¹ - حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 30.

² -A.Samuel:"Separability in English Law"،J. Inter. Arb.، p.95 et s.

نقلا عن: حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 32.

الوطنية ولوائح مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة هذه الآثار وجسدها تشريعيا، وسوف نتطرق لها على النحو التالي:

الفرع الأول: الأثر المانع لاتفاق التحكيم

يتمثل الأثر المانع لاتفاق التحكيم في امتناع القضاء العام من نظر المنازعة المتفق بخصوصها على التحكيم، ويسمى بالأثر السلبي لاتفاق التحكيم، وبالتالي لا يجوز لأحد الأطراف اللجوء إلى القضاء أو طلب عزل المحكمين أو احدهم إلا بتراضي الخصوم، ويترتب على ذلك منع قضاء الدولة من نظر المنازعة محل التحكيم، وهذا الالتزام السلبي متبادلا على عاتق كل من طرفي الاتفاق فيمتنع عليهما الالتجاء إلى القضاء للفصل في النزاع المحكم فيه¹، فإذا أبرم اتفاق التحكيم صحيحا وفقا للقانون الواجب التطبيق تولد على عاتق طرفيه التزاما بعدم اللجوء إلى قضاء الدولة المنعقد الاختصاص لمحاکمها، فبمجرد وجود اتفاق التحكيم يعتبر ابتداء مانعا أو حاجبا أمام الأطراف من رفع الأمر أمام قضاء الدولة للفصل في النزاع، وإذا رفع النزاع أمام قضاء الدولة تعين عليه التخلي عنه احتراماً لوجود اتفاق التحكيم، وذلك أيا كان الوقت الذي اتصل فيه النزاع أي سواء قبل بدء الإجراءات أو بعد ذلك واتصال هيئة التحكيم بالنزاع².

تنص المادة 13 من القانون التحكيم المصري على أنه: "يجب على المحكمة التي يرفع إليه النزاع يوجد بشأنه اتفاق التحكيم أن يحكم بعد قبول الدعوى إذ رفع المدعي عليه، بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوة، ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفترة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم لاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم"³، ويستفاد من هذا النص:

¹ - عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق، ص 183.

² - لزهري بن سعيد، التحكيم، التجاري الدولي وفقا لقانون إجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، مرجع سابق، ص 81.

³ - هاشمي فاطمة، أثار اتفاق التحكيم، رسالة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة،

1- إن الكلام بعدم قبول الدعوى لا تصدره المحكمة من تلقاء نفسها، حتى لو تبين لها وجود اتفاق التحكيم وعليها مباشرة اختصاصها، واستلزم النص تمسك المدعى عليه بالدفع بعدم القبول، وتفسير ذلك أن التجاء احد أطراف اتفاق التحكيم إلى القضاء يعني تخليه عن هذا الاتفاق ورغبته في العودة للقضاء المختص أصلا، فإذا حضر الطرف الآخر وسائر خصمه وبدأ في تقديم طلباته ومناقشة موضوع النزاع، فإن مفاد ذلك تخليه هو أيضا عن اتفاق التحكيم مما يؤدي إلى وجوب تصدي القاضي لموضوع النزاع، أما إذا تمسك الطرف الآخر باتفاق التحكيم، فهنا فقط يتعين على القاضي الحكم بعدم قبول الدعوى، وإلا لفتحنا الباب على مصراعيه للتحلل من اتفاقات التحكيم وإهدار قيمتها¹.

2- وقد أضافت كذلك المادة 13 في بندها الثاني حكما مقتضاه انه لا يحول رفع الدعوى أمام قضاء الدولة، دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم، وهذه الإضافة يكون القانون قد قصد سد باب التحايل أمام المحكّمين ذلك انه لن يستطيع أي خصم التملص من اتفاق التحكيم باللجوء إلى قضاء الدولة، حيث أن رفع الدعوى القضائية لا يعوق استمرار المحكّمين في نظر موضوع النزاع وإصدار الحكم فيه، وبذلك حجب المشرع المصري القاضي عن نظر النزاع المنظور بطريق التحكيم، لان اتفاق التحكيم لا ينزع اختصاص القاضي، وإنما يحجبه عن نظر النزاع².

لقد تبني المشرع الجزائري مبدأ الأثر المانع لاتفاق التحكيم حيث نصت المادة 1045 من قانون إجراءات المدنية والإدارية الجزائري على انه: " يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصوم التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد

¹ - محمد مختار احمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط. الأولى، 2007، ص 63.

² - زهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، مرجع سابق، ص 82.

الأطراف"¹، وفي هذا الصدد نجد أن المشرع الجزائري قد اخذ بمبدأ الأثر المانع لاتفاق التحكيم، والذي يترتب على وجود اتفاق تحكيم سليم شكلا وموضوعا حسب الأحكام الواردة في هذا القانون، فوجود اتفاق التحكيم بالمعنى السابق يحجب قضاء الدولة عن نظر النزاع الذي يوجد بشأنه اتفاق التحكيم.

الفرع الثاني: الأثر الايجابي لاتفاق التحكيم

يتمثل الأثر الايجابي لاتفاق التحكيم في التزام أطراف الاتفاق بعرض المنازعة على التحكيم، وقد سبق البحث في القوة الإلزامية لاتفاق التحكيم والذي بموجبه يلتزم أطرافه بسلوكه، ومن آثار هذا المبدأ طبقا للقواعد العامة التزام أطرافه بما جاء فيه، فلا يجوز من حيث المبدأ ترك الاتفاق والاتجاه إلى قضاء الدولة، فمتى سلك الخصوم طريق التحكيم وجب عليهم تسوية النزاع بهذا الطريق والاعتداد بالحكم الصادر من المحكمين طالما استوفى الشروط القانونية².

أولا- التزام الأطراف بالعهد إلى المحكم بالمنازعة المتفق على حلها بواسطة التحكيم

يعتبر التزام الأطراف بالعهد بالمنازعة موضوع اتفاق التحكيم إلى المحكم، وان هذا الالتزام يجب تنفيذه عينا من المسائل المستقرة والتي لا تثير جدلا.

1- تقرير مبدأ التزام الأطراف بالعهد إلى المحكم بالمسائل موضوع الاتفاق على

التحكيم

ينجم التزام الأطراف بالعهد إلى المحكم بالمنازعة موضوع الاتفاق على التحكيم عن تطبيق مبدأ القوة الملزمة لهذا الاتفاق، إذ انه من المعروف أن مبدأ القوة الملزمة للعقود وان العقد شريعة المتعاقدين من المبادئ المستقرة في القانون الدولي للعقود³.

¹ - قانون رقم 08-09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

² - عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق، ص 182.

³ - حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 214.

الفصل الثاني: النتائج القانونية الناجمة عن انعقاد اتفاق التحكيم

يذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأنه لا يوجد في اللحظة الراهنة أية صعوبة في الاعتراف بمبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم على اعتبار أنها مادية من قواعد القانون الفرنسي بشأن التحكيم الدولي وحتى على اعتبار أنها قاعدة من قواعد القانون العابر للدول بشأن التحكيم التجاري الدولي، وعل ذلك هو ما يفسر من وجهة نظر هذا الفقه أن القضاء الفرنسي، والذي توجه حكم محكمة النقض في قضية *dalico* لا يلجأ إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق من اجل تطبيق القوة الملزمة لاتفاق التحكيم¹.

يذهب هذا الجانب من الفقه إلى القول بان القانون الأجنبي الذي لا يعترف بالقوة الملزمة لاتفاق التحكيم لن تكون له من وجهة نظر النظام القانوني الفرنسي، أي فرصة للتطبيق، حتى بالنسبة للنزاع الذي يرتبط بالدولة التي صدر عنها هذا القانون سواء ارتبطت المنازعة بهذه الدولة من خلال جنسية الأطراف فيها أو من خلال موضوع المنازعة أو من خلال القانون الواجب التطبيق على الموضوع².

لقد قررت معاهدة نيويورك الموقعة في 10 يوليو 1958 والمتعلقة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المادة 2 فقرة 1 على أن: "تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلزم بمقتضاه الأطراف بان يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم"³.

¹ - حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 111.

² - مرجع نفسه، ص 111-112.

³ -Article 2/1 of the New York Treaty signed on 10 juli 1958 (The recognition and implementation of foreign arbitral awards) page 49 : " Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration "

2- التنفيذ العيني للالتزام الواقع على عاتق الأطراف في اتفاق التحكيم بالعهد

بالمنازعة محل التحكيم إلى المحكم

يعتبر التنفيذ الجبري لاتفاق التحكيم من طبيعة التحكيم لان عدم التزام احد الأطراف بإسناد مهمة التحكيم للمحكم يعطل إجراءات التحكيم، ويرى الأستاذ gaillard بان اتفاق التحكيم الذي لا تترتب على مخالفته إلا إلزام الطرف الممتنع عن التنفيذ بالتعويض، يعتبر اتفاق ذا نطاق محدود، وقد وضعت اغلب القوانين العربية حلولاً لهذه المسألة، فبداية بالقانون الجزائري في المادة من قانون 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تقر بأنه في غياب تعيين المحكم من قبل احد الأطراف أو في حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف المعني بالتعجيل أن يلجأ لرئيس المحكمة المختصة المحدد في اتفاقية التحكيم¹.

يذهب جانب من الفقه إلى القول بان اتفاق التحكيم الذي لا تترتب على مخالفته سوى إمكانية إلزام الطرف الذي تخلف عن وضعه محل التنفيذ بالتعويض، يعد اتفاق محدود الفعالية وذلك لصعوبة تحديد الضرر الواقع على الطرف والنتائج من عدم قدرته على عرض المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم أمام المحكم نظراً لان جهة قضائية وطنية قد أقرت واعترفت باختصاصها بنظر هذه المنازعة، ودون أدنى شك فان هذا الضرر يمكن أن يكون ضرراً حقيقياً مادياً لفقدان الشخص المتمتع بالمزايا التي تمنحها معاهدة نيويورك بشأن تنفيذ والاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية².

فالطرف الذي يتحصل على الحكم بإلزام الطرف المتعاقد معه من قبل الجهات القضائية في دولة ما سوف يكون في مركز أقل ملائمة له فيما يتعلق بتنفيذ هذا الحكم عما إذا قرر الذي يريده تنفيذه هو حكم تحكيمي صادر من هيئة التحكيم اتخذت من إحدى الدول المتعاقدة تعد أطرافاً مقرر لها، وهو فرض يتحقق بشكل مستمر نظراً لان الغالبية العظمى من الدول أطرافاً في هذه المعاهدة

¹ - نور الدين بكلي، مرجع سابق، ص 281.

² - حفيفة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 218.

وهو ما يسير تنفيذ هذا الحكم المحلي والاعتراف به¹، فمنذ اللحظة التي يقرر فيها القضاء في الدولة اختصاصه بالفصل في موضوع المنازعة المعروضة عليه، فإن كل تقدير للضرر من اجل تعويضه سوف يتم من خلال مقارنة صعبة بين المزايا لكل من العدالة التي يقدمها التحكيم وعدالة المحاكم الوطنية، وفي هذا الفرض فإنه من غير الممكن وضع تقييم مالي لعدم قيام المحكمين بالفصل في المنازعة والفصل فيها من قبل محاكم الدولة طالما أن أي إنكار للعدالة لم يكن متحققا في واقعة الحال، ومع ذلك فإنه يبقى هناك محلا للتقييم المالي بالنسبة للنفقات الناجمة عن قيام الطرف بالدفاع عن حقه أمام المحاكم الوطنية غير المختصة وذلك على الرغم من وجود اتفاق التحكيم².

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم

يثير موضوع تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع من الناحية الموضوعية والإجرائية أهمية كبيرة، ليس فقط في حالة عدم الاتفاق بين أطراف النزاع على تحديده بل أيضا في حالة وجود هذا الاتفاق سواء تعلق الأمر بتحكيم داخلي أو دولي، ذلك لأنه مع وجود هذا الاتفاق فهناك من القيود القانونية ما قد يحول دون تطبيق مثل هذا الاتفاق، وهذا ما سنتعرض له في هذا المبحث.

المطلب الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

إن تحديد القانون الواجب التطبيق من الناحية الموضوعية يمتاز بنوع من التعقيد، لذا فهو من أهم الأمور التي يجب معرفتها في مجال التحكيم بوصفه أساسا لإصدار حكم التحكيم وحسم النزاع في حالة كون النزاع معروضا على هيئة التحكيم أو المحكم التي تكون سلطته مستمدة من اتفاق التحكيم ويمثل إرادة الأطراف، حيث يمارس سلطاته بموجب العقد التجاري الدولي المبرم بين الأطراف.

¹ - هاشمي فاطمة، مرجع سابق، ص 67.

² - حفيفة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 115.

الفرع الأول: قانون الإرادة

تلعب إرادة المتعاقدين دوراً محورياً في مجال القانون الدولي الخاص إما بوصفها وسيلة لنزاع الرابطة العقدية من حكم القانون أو إخضاعها لسلطانه، وتعد الإرادة ضابط الإسناد في قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية، ولذلك يتعين على أطراف العقد إخضاعه للقانون الذي تتفق إرادتهم الصريحة على اختياره، وإذا سكت الأطراف عن الاختيار فيتعين البحث عن الإرادة الضمنية عن طريق القرائن التي تدل على وجودها¹.

إذا كانت اتفاقية واشنطن قد اعترفت للأطراف بالحق في تحديد القانون الذي يحكم جوانب العلاقة التي تربطهم، فإن المقتضى الطبيعي أن يمارس هؤلاء ذلك الحق، ويتم ذلك عن طريق إعلان إرادتهم الصريحة بأن قانون هذه الدولة أو تلك أو حتى القواعد الموضوعية المستقرة في مجال معين هو الواجب التطبيق عند المنازعة، وإن تحقق ذلك كنا بصدد الاختيار الصحيح لقانون العقد².

إن قانون العقد الذي اختاره الطرفان يحكم وجود التراضي وصحته ومشروعيته وشروط المحل ومشروعيته، ووجود السبب وتخضع له حالات البطلان والقابلية للإبطال ونطاق هذا البطلان ومن له حق التمسك به، وكذلك التقادم وسقوط دعوى البطلان كل ذلك يخضع لهذا القانون، ومن حيث آثار العقد فتخضع له سواء المتعلقة بالأشخاص أو تلك المتعلقة بالموضوع، حيث يخضع له تفسيره وتحديد نطاق وبيان الحقوق والالتزامات ووسائل تنفيذ هذه الالتزامات، ولقد استقر فقه القانون الدولي الخاص على أن تطبيق قانون الإرادة يقتصر على الجانب الموضوعي في العقد فقط، حيث يخضع لهذا القانون جميع المسائل المتعلقة سواء بتكوين العقد أو بآثاره³.

¹ - مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 182.

² - قبايلي طيب، مرجع سابق، ص 346.

³ - مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 183-184.

طبقا لهذه القاعدة فإن للأطراف المتعاقدة الحق في اختيار النظام القانوني المناسب ليحكم عقدهم إما باختيارهم قانون الدولة المتعاقدة أو قانون الشخص الخاص الأجنبي أو باختيارهم قانون يحقق لهم الحياد بين الأطراف فيختارون قانون التجارة الدولية أو القانون الدولي العام، والمحكومون ملزمون باحترام اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق وذلك أيا ما كان التكييف الذي يعطي لقاعدة الإرادة سواء كانت قاعدة تنازع بالمعنى التقليدي أم قاعدة مادية أم قاعدة تنازع ذات مضمون مادي، ويمتنع عليهم تعين هذا القانون إلا في حالة عدم الاختيار من طرف الأطراف¹.

هناك عدة قيود يفرضها البعض على حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق منها ألا يصطدم هذا القانون بالنظام العام في الدولة، والمعتبر هذا هو النظام العام الداخلي وليس الدولي، أما القيد الأخر فيتمثل بالا يكون التحكيم لا ضابط له وإنما يجب وجود صلة بين القانون الذي اختاره الأطراف وبين اتفاق التحكيم، فيكون مثلا قانون احد طرفي الاتفاق أو القانون الذي يجري العرف الدولي على تعنته، أما الاختيار المطلق من قبل الأطراف فهو غير جائز².

هناك تعارض بين القوانين ذات التطبيق المباشر ومبدأ حرية الإرادة، حيث أن هناك تشريعات في الدولة مثل التشريعات الاقتصادية تمس مصلحة الدولة وتعكس تنظيم الدولة وتحمي التنظيم السياسي والاقتصادي، فهي قوانين أمر و أمريتها تؤدي إلى تحديد اختصاصها بالإرادة المنفردة مما يجعلها ذات تطبيق فوري وهذا يجد من مبدأ حرية الإرادة³، وبالرغم من الانتقادات التي وجهت إلى قاعدة قانون الإرادة ، فان ذلك لم يحمل الأنظمة القانونية عن هجر هذه القاعدة بل أنها زادت رسوخا وثباتا.

¹ - حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د.ط، 2001، ص 80.

² - محسن شفيق، مرجع سابق، ص 112.

³ - مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 186.

الفرع الثاني: سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم

من المستقر عليه في فقه وقضاء التحكيم التجاري الدولي انه في حالة غياب اختيار الخصوم صراحة لقانون معين ليحكم موضوع النزاع المطروح، يتمتع المحكم الدولي بسلطة استظهار المؤشرات الموضوعية والمعقولة الدالة عن الإرادة الضمنية أو المفترضة للأطراف بشأن هذه المسألة، وفي هذا الإطار ذهب جانب من الفقه إلى عدم اشتراط الاختيار الصريح للقانون واجب التطبيق من قبل الأطراف، حيث يكفي الاختيار الضمني لتحديد هذا القانون وهذا ما أقرت به اتفاقية واشنطن في المادة 1/42، إذ أنها لم تشترط أن يكون اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق صريحا كما أنها لم تمنع أن يتحقق ذلك ضمينا¹.

يتمتع المحكم في هذه الحالة بسلطة تقديرية، حيث تقف عند ضرورة استظهاره لمؤشرات موضوعية ومعقولة لهذه الإرادة الضمنية في كل حالة منفردة ووفقا للظروف المحيطة، فجوهر عمل المحكم التصدي لبيان القانون الذي يحكم موضوع النزاع، ويختلف موقف المحكمين وذلك نتيجة للتأثيرات الملموسة لهذه النظم على تكوين المحكم نفسه، حيث انه لا يوجد للمحكم قانون اختصاص، ويترب على هذا التصدي لهذه المسألة من خلال واقع العلاقة والبحث عن رابطة موضوعية يمكن الاطمئنان معها أن إرادة الأطراف المتعاقدة قد اتجهت إلى اختيار هذا القانون بحيث تصبح إرادة الأطراف هي في الواقع إرادة مفروضة من واقع الحال وليس إرادة مقنعة للمحكم نفسه²، وهذا ما اقره المشرع المصري من خلال نص المادة 39 من قانون التحكيم على انه: "وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى انه الأكثر اتصالا بالنزاع".

¹ - قبائلي طيب، مرجع سابق، ص 348.

² - مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 202.

يلاحظ من خلال هذا النص انه عندما يكون على هيئة التحكيم تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فان هذا لا يعني أن لهذه الهيئة سلطة اختيار القواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق، كما هو الحال عند اختيار الطرفين لهذا القانون، إذ لا تملك هيئة التحكيم سوى سلطة إسناد العلاقة لقانون معين من بين القوانين المتنازعة على حكمها، لذلك جاء تعبير المادة 2/39 صريحاً بتفويض هيئة التحكيم في تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى انه الأكثر اتصالاً بالنزاع.

إن عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق يعني أنهم قد تركوا تعيين هذا القانون للمحكمين أنفسهم، وذلك لأنه من غير المقبول في العلاقات التجارية الدولية إغفال الأطراف اختيار هذا القانون بحجة الجهل أو الإهمال، ولكن من المحتمل أنهم لم يتعرضوا لهذه المسألة لأنهم يفضلون ذلك أو لأنهم قدروا استحالة الاتفاق عليها، ويفهم من ذلك أنهم قد تركوا معالجة هذه المسألة للمحكم¹، لذلك يقع على عاتق المحكم الدولي أن يتصدى لهذه المشكلة، حيث يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في هذا الصدد، وهو في ممارسته لهذه السلطة ينبغي عليه احترام التوقعات المشروعة للأطراف، وعلى هذا الأساس فان هذا الأمر يختلف بالنسبة للمحكم الدولي عن القاضي، ذلك لأنه مقيد بالنصوص القانونية أي قانون دولته التي يصدر باسمها أحكامه، فان الأمر يختلف تماماً بالنسبة للمحكم، ذلك لان المحكم الدولي ليس له قانون مختص ولا يصدر أحكامه باسم هذه الدولة أو تلك ومن ثم لا يخضع لسيادة أي دولة حتى ولو كان احد رعاياها طرفاً في المنازعة التي تطرح على التحكيم².

هذا والجدير بالذكر فإننا نجد كذلك أن الاتفاقيات الدولية قد نصت على سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق، حيث نصت المادة السابعة من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري

¹ - مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 203.

² - شعران فاطمة، مرجع سابق، ص 15.

الدولي لعام 1961 المطابقة لنص المادة 33/1 و 2 من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة على أن يكون للطرفين حرية تحديد القانون الذي يجب على المحكمين حرية تطبيقه على موضوع النزاع، فإذا لم يحدد هذا القانون عن طريق الطرفين طبق المحكمون قاعدة تنازع القوانين التي يرونها مناسبة لموضوع النزاع، وفي الحالتين يراعي المحكمون شروط العقد والعادات التجارية الدولية¹.

كما تضمنت المادة 5/13 من نظام غرفة التجارة الدولية نصاً مماثلاً لما سبق، فقواعد الإسناد غالباً ما يتكفل المشرع الوطني بتنظيمها بتشريع، وقد يتم تنظيمها عن طريق اتفاقيات دولية، ويمكن في حالة عدم وجود تشريع أو اتفاق دولي استكمالها بالرجوع إلى المصادر الأخرى وهي العرف والقضاء والفقهاء².

المطلب الثاني: القواعد الواجبة تطبيقه على إجراءات التحكيم

بعد معرفة القانون الواجب تطبيقه على موضوع النزاع، جاء دور معرفة القانون الذي يلزم المحكم بتطبيقه على الإجراءات المتبعة في نظام التحكيم، فمن الضروري أن الفصل في النزاع المطروح أمام هيئة التحكيم يتطلب وجود إجراءات واجبة الإلتباع لتحقيق النتيجة، فمسألة المكان والزمان المتعلقة بالجلسات ومسألة تشكيل هيئة التحكيم والطلبات والمذكرات الجوابية، وكل الأمور المتعلقة بدعوى التحكيم تعتبر من المسائل الإجرائية التي يجب أن تنظم بقانون معين³.

الفرع الأول: تطبيق قانون إرادة الأطراف

استقر الفقه والقضاء والمعاهدات الدولية ولوائح مراكز التحكيم الدائمة على مبدأ خضوع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة، وأطراف النزاع قد يقومون بأنفسهم بوضع إجراءات التحكيم وقد

¹ - الهام عزام وحيد الخزار، التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009، ص 28.

² - الهام عزام وحيد الخزار، مرجع سابق، ص 20.

³ - احمد محمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، ط. الثانية، 2005، ص 286.

يتفق الخصوم على ترك هذه المهمة لهيئة التحكيم بالنيابة عنهم، وقد يتفق أيضا على تطبيق الإجراءات المنصوص عليها في قانون وطني، كما أن الأطراف الاتفاق على إتباع الإجراءات المنصوص عليها في لائحة مركز دائم للتحكيم ولا بد من أن تكون إرادة الأطراف في تحديد الإجراءات واضحة وصريحة¹.

فقد اعترفت جل التشريعات الوطنية بجرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، حيث تنص المادة 25 من قانون التحكيم المصري على انه: "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم، بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر أو خرجها"².

ما يلاحظ أن نص المادة السالفة قد كرس ما جاء به القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1958 الذي نصت مادته 1/19 على انه: "مع مراعاة أحكام هذا القانون يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها عند السير في التحكيم".

تجدر الإشارة إلى أن قانون التحكيم المصري لا يميز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، ففي كلتا الحالتين يمكن لأطراف اتفاق التحكيم اختيار القانون الذي ينظم إجراءات التحكيم³، أما المشرع الجزائري يفرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي فقد كرس حرية الأطراف في اختيار القانون الذي ينظم إجراءات التحكيم، ففي شأن التحكيم الداخلي أعطى المشرع الجزائري الأطراف اختيار القواعد الإجرائية التي يرونها مناسبة لتنظيم خصومتهم حيث نصت المادة 1019

¹ - خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة، ط. الأولى، 2002، ص 250-251.

² - قانون رقم 27، الصادر عام 1994، المتضمن قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية، ج.ر، عدد 20، الصادر بتاريخ 1997/5/15.

³ - زهر بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 209.

الفصل الثاني: النتائج القانونية الناجمة عن انعقاد اتفاق التحكيم

من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على انه: "تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك"¹.

من نص المادة السابقة يتضح لنا جليا أن المشرع الجزائري أعطى الأولوية لاتفاق الأطراف في تحديد القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم، أما في حالة تخلف اتفاق الأطراف عن تحديد هذا القانون، فلم يعطي المشرع الجزائري في مجال التحكيم الداخلي محكمة التحكيم سلطة تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات، وتصدي للفرغ الذي يخلفه غياب اتفاق الأطراف، حيث أُلزم محكمة التحكيم تطبيق قانون المرافعات الجزائري، وذلك من خلال نصه في المادة السالفة الذكر(1019) من ق.إ.م.إ.

إن الإصلاح الذي طاول قانون التحكيم الدولي الفرنسي عام 1981، يؤكد على حرية الأطراف والمحكمين على صعيد إجراءات المحاكمة التي يقتضي اعتمادها، ففي المادة 1509 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي منحت للأطراف إمكانية الاتفاق مباشرة في اتفاقية التحكيم أو بالإحالة إلى نظام تحكيمي أو قواعد إجرائية معينة لحكم الخصومة التحكيمية، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف تفصل هيئة التحكيم سواء مباشرة أو بالإحالة إلى نظام تحكيمي أو إلى قواعد إجرائية².

هناك موقف ضمني حول هذه المسألة أقرته اتفاقية نيويورك بحيث أن عدم جواز للمحكم أن يخالف ما تنص عليه لوائح المراكز، أو منظمات التحكيم من قواعد إجرائية ما دامت اتفق عليها الأطراف لان مخالفتها يعني عدم تنفيذ، وعدم الاعتراف قضائيا بالحكم الذي تصدره هيئة التحكيم، وهذا ما استنتج من المادة الخامسة الفقرة الأولى، حيث نصت على: "لا يجوز رفض الاعتراف بالقرار

¹ - قانون رقم 08-09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

² - علي شريف سعيدة، القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر(1) يوسف بن خدة، بن عكنون، 2013-2014، ص 50.

أو تنفيذه بناء على طلب الطرف المحتج ضده بهذا القرار، إلا إذا قدم ذلك الطرف إلى السلطة المختصة التي يطلب إليها الاعتراف والتنفيذ ما يثبت:....." ¹.

أما في مجال التحكيم التجاري الدولي فقد نصت المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: "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 التي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم" ².

أولا: كيفية التحديد الإرادي للقانون الإجرائي

1- سن أو وضع قواعد إجرائية

قد يتولى أطراف التحكيم أنفسهم مهمة وضع القواعد الإجرائية التي تتبعها محكمة التحكيم، وذلك بتضمينها في اتفاق التحكيم ذاته أو أي محرر آخر يحدد فيه كيفية تشكيل هيئة التحكيم وإجراءات رد واستبدال وعزل أعضائها، وتحديد وقت بداية ونهاية الإجراءات، وتحديد مكان ولغة التحكيم، كيفية إخطار الأطراف، وكيفية تقديم طلب التحكيم، واجل تقديمه والبيانات الواجب أن يتضمنها، وكيفية ووقت تقديم أدلة الإثبات، والمرافعات الشفوية، وإمكانية سماع الشهود وكيفيته، وحكم تخلف احد الأطراف عن تقديم ما يطلب منه من مستندات و وثائق تخص موضوع النزاع، وقت إقفال باب المرافعة، وكيفية إنهاء إجراءات التحكيم ³.

نعتقد أن نص المادة 1043 من القانون الجزائري والمادة 25 من قانون التحكيم المصري تأثرت بالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 الذي يدعم هذا الاتجاه، فعبارة "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم" تتسع لتشمل إمكانية وضع طرفي

¹ -Mostefa Trari-Tani, droit Algerien de l'arbitrage commercial International, berti editions, 1ere edition Alger, 2007, p 116.

² -زهري بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، مرجع سابق، ص 246.

³ -زهري بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 210-211.

التحكيم قواعد إجرائية سواء بابتكارها أو استخلاصها من قانون وطني، أو اختيارها من عدة قوانين وطنية، ودمجها في اتفاق التحكيم.

2- اختيار القواعد الإجرائية الملائمة

إذا كان لأطراف اتفاق التحكيم وضع قواعد إجرائية من تلقاء أنفسهم، فمن باب أولى يمكنهم تخير القواعد الإجرائية التي تلتزم محكمة التحكيم بإتباعها من قواعد إجرائية، ويعتبر هذا الطريق الأكثر انتشارا في الحياة العملية وهذا لسببين:

-التحديد والوضوح الذي يميز القواعد المختارة، ومن ثم اليقين حول وجودها ومداهها.
-الرغبة في اختصار الإجراءات و الخشية من وضع قواعد إجرائية قد تكشف ظروف خصومة التحكيم عن تخلفها، أو عدم ملائمتها¹.
ففي هذا الفرض تلعب إرادة طرفي التحكيم دورها المعتاد في نظرية تنازع القوانين الدولي كضابط إسناد إلى النظام القانوني الذي تستمد منه القواعد الإجرائية، وقد يكون هذا النظام القانوني هو:

-قانون دول معينة.
-قواعد تنتمي إلى أكثر من نظام قانوني وضعي.
-قواعد أو لائحة احد مراكز أو مؤسسات التحكيم الدائمة.
-المبادئ العامة المشتركة بين النظم القانونية وقضاء التحكيم².

يظهر جليا من القانونين المصري والجزائري أنهما يعترفان لطرفي التحكيم ليس فقط بحق وضع القواعد الإجرائية مباشرة، بل كذلك بحق اختيار لائحة تحكيم معينة، أو اختيار قانون إجرائي معين ليحكم مسألة إجراءات التحكيم، فإذا كانا قد قررا صراحة حق طرفي التحكيم في إخضاع هذه

¹ - لزهري بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، مرجع سابق، ص 244.

² - احمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 327.

الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم على أراضيها أو خارجهما، فإنه لا ينفى حق هؤلاء في اختيار قانون إجرائي لدولة معينة لحكم إجراءات التحكيم¹.

الفرع الثاني: اختيار هيئة التحكيم للقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم

أمام غياب اتفاق الأطراف حول تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات، كان لزاما على محكمة التحكيم تحديد القواعد التي تتبع أمامها، غير أن سلطة هيئة التحكيم في تحديد هذه القواعد ليست مطلقا وتحكمها عدة اعتبارات.

أولا: تطبيق القانون الإجرائي لدولة مقر التحكيم

إن أهمية مقر التحكيم تكمن حينما يغيب اتفاق الأطراف بشأنه، وقانون مقر التحكيم قد يكون قانون إرادة صريحة أو ضمنية فاختيار المحكمن إجراء التحكيم في مكان معين يعد قرينة على اتجاه نيتهم إلى تطبيق قانون هذه الدولة على إجراءات الخصومة التحكيمية واعتبر قانون مقر التحكيم في القانون الفرنسي بمثابة تطبيق تلقائي لقاعدة إسناد احتياطية².

يرى الفقيه "F.Amann" والذي يعتبر من الفقهاء المتأثرين بالطبيعة القضائية للتحكيم ضرورة خضوع اتفاق التحكيم إلى قانون الدولة التي إجراءات التحكيم على إقليمها، ذلك أن المحكم يخضع للاختصاص التشريعي للدولة التي يقوم بأداء مهمته على إقليمها، وعليه يصبح مثل القاضي يخضع للقانون الوطني، غير أن هذا الرأي تعرض لعدة انتقادات، وفي ذلك يرى الفقيه "Pierre Mayer" انه صحيح أن العدالة هي ميزة تعمل السلطة العامة على تحقيقها والسهر عليها، وهي تعد من الأمور

¹ - لزهري بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 212.

² - بلغول دنيا زاد، سلطات المحكم في التحكيم التجاري الدولي، دراسة في القانون الجزائري والقانون النموذجي للأمم المتحدة، رسالة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012-2013، ص 13.

التي تدخل في النطاق القاصر عليها، لذلك إذا قام المحكم بتحقيق العدالة فان ذلك لن يكون إلا بتفويض من الدولة وفقا للقواعد التي تضعها الدولة¹.

إن إخضاع إجراءات التحكيم لقواعد دولة مقر التحكيم يتماشى مع قاعدة التنازع المعروفة في كل النظم القانونية بشأن مسائل الإجراءات، وهي القاعدة التي تنص على أن يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات، إذا فقانون دولة مقر التحكيم يتدخل في مختلف مراحل العملية التحكيمية، فيكون هو القانون الوطني لمحل التحكيم الذي يجب الاتفاق عليه بين الأطراف وعلى المحكم إعماله².

ثانيا: تطبيق القواعد الإجرائية لأحد مراكز أو مؤسسات التحكيم الدائمة

إذا تخلف اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، ولم تقدر هيئة التحكيم ملائمة قانون مكان إجراء التحكيم أو أي قانون آخر فانه يمكن لهيئات التحكيم أن تلجأ إلى تطبيق القواعد الإجرائية المنصوص عليها في احد لوائح مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة، حيث تلعب هذه المراكز دورا هاما في تسيير إجراءات التحكيم وإزالة أي عائق من دربه، على سبيل المثال مركز تحكيم غرفة التجارة الدولية أو مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي³، وقد أعطت غالبية تشريعات التحكيم الحديثة هيئة التحكيم اختيار قواعد احد مراكز التحكيم أو مؤسساته الدائمة لتنظيم سير الإجراءات أمامها، فقد أعطى المشرع المصري هيئة التحكيم هذه السلطة في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، حيث نصت المادة 25 على انه: "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها

¹ - جارد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010، ص 26-27.

² - زهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، مرجع سابق، ص 252.

³ - عبد الحميد الأحذب، مرجع سابق، ص 205.

في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة¹.

كما تصدى المشرع الجزائري لمشكلة غياب أو انعدام اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، حيث خول محكمة التحكيم مهمة تحديد الإجراءات مباشرة أو بالاستناد إلى إحدى القوانين الوطنية أو الاتفاقيات الدولية، وكذلك احد لوائح مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة، حيث نصت المادة 1043 فقرة 2 من قانون إجراءات المدنية والإدارية على انه: " إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة، أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم"².

ثالثا: تطبيق القانون الدولي

يعطي أطراف الخصومة التحكيمية مجالاً واسعاً لهيئة التحكيم في اختيار القانون الذي تراه أكثر ملائمة ليحكم إجراءات الدعوى التحكيمية هذا ما أكدته التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية، وبموجب هذه الرخصة الممنوحة للمحكم قد يرغب بان يخضع الإجراءات للقانون الدولي³، فقد شجع جانب من الفقه توسيع حرية المحكمين في تحديد إجراءات التحكيم التجاري الدولي الواجبة الإتباع ويبعد ذلك التحكيم من خضوعه لسيطرة قانون إجرائي وطني معين، وما قد يترتب من تطبيقه خاصة ما يتعلق منه بالنظام العام ومن إهدار لكل قيمة للاتفاق التحكيمي، كما يساعد ذلك تجنب كل الحساسيات الخاصة بالحصانة السيادية التي يمكن التذرع بها في مجال العلاقات التعاقدية التي

¹ - قانون رقم 27، المتضمن القانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية.

² - لزهري بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 212.

³ - بعزيزي سعاد ويكوش سامية، مظاهر سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014-2015، ص 75.

الفصل الثاني: النتائج القانونية الناجمة عن انعقاد اتفاق التحكيم

تكون الدولة احد أطرافها، كما أن تطبيق القانون الدولي سيساعد على تنفيذ أحكام التحكيم التي تستلزم بطبيعتها مساندة الأجهزة الرسمية للدولة المراد تنفيذ الحكم فيها¹.

من بين الأحكام التي نستحضرها في هذه المسألة قضية ارامكو المعروفة بين المملكة العربية السعودية وشركة ارامكو²، حيث ورد في نص الاتفاقية المبرمة بين المملكة والشركة الأمريكية بتفويض هيئة التحكيم بتحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وانتهت محكمة التحكيم إلى تطبيق القانون الدولي العام كونه هو الملائم ليحكم الإجراءات واستبعدت من التطبيق كل من القانون السعودي والأمريكي³.

رغم الاعتراف الدولي للهيئة التحكيمية فيما يخص تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات سواء كان ذلك من قبل التشريعات الداخلية أو الاتفاقيات الدولية، إلا أن حريتهم تقف عند حدود القواعد الآمرة والتي لا يجوز مخالفتها في المحاكمة التحكيمية، ويستوي الأمر على المحكم أن يرجع إلى كل من القانون المطبق على النزاع وقانون مكان تنفيذ الحكم التحكيمي وكذا قانون مقر التحكيم لان في حالة تجاوز لتلك القواعد الواردة فيها يؤدي إلى بطلان الحكم التحكيمي، ومن بين القواعد الآمرة التي نصت عليها التشريعات المقارنة في كل من فرنسا، مصر، تونس... الخ، نجد مبدأ الوجاهية، مبدأ حقوق الدفاع ومبدأ المساوات... الخ⁴.

¹ - علي شريف سعيدة، القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1 يوسف بن خدة، بن عكون، 2013-2014، ص 78.

² - شركة ارامكو: هي شركة بترول عالمية متكاملة تملكها الحكومة السعودية تعمل في مجال التنقيب والإنتاج والتكرير والتسويق والشحن الدولي، وهي شركة عالمية متكاملة تأسست بموجب المرسوم الملكي الصادر عام 1988 لتحل محل شركة الزيت العربية الأمريكية، والتي تأسست عند توقيع اتفاقية الامتياز سنة 1933، يقع مقرها (ارامكو) الرئيسي في الظهران وتعد أكبر شركة في العالم من حيث القيمة السوقية، حيث بلغت قيمتها السوقية 781 مليار في عام 2006 إلى أن وصلت عام 2018 قيمتها السوقية إلى 111 مليار دولار.

³ - بعيزي سعاد و بكوش سامية، مرجع سابق، ص 76.

⁴ - المرجع نفسه، ص 77.

الخاتمة

لم يحظ أي اتفاق من الاتفاقات الخاصة في الآونة الأخيرة بمثل ما حظي به اتفاق التحكيم من عناية واهتمام وذلك ليس فقط من التشريعات الوطنية ولكن أيضا في إطار المعاهدات الدولية، ولا يغيب عن الذهن السبب الأساسي في هذا الاهتمام وتلك العناية، إذ أن اتفاق التحكيم هو الأساس الذي يستند عليه نظام العملية التحكيمية برمتها والسبيل المفضل لحل المنازعات الخاصة الدولية، حيث أدى تزايد اللجوء للتحكيم كوسيلة لحل المنازعات الناشئة بين المتعاملين في إطار عقود التجارة الدولية، إلى تبني العديد من القواعد القانونية التي تضيفي نوع من الحصانة القانونية على المصدر الذي يستمد نظام التحكيم منه أساس وجوده وهو اتفاق التحكيم ذاته.

ولقد امتد تعزيز اتفاق التحكيم إلى إلزام الأطراف باحترام آثاره على نحو يخول القضاء الوطني احتراماً للآثار الإيجابية لاتفاق التحكيم، أن يلزم الأطراف بالالتجاء إلى سلوك هذا السبيل وحده دون غيره في حال لجوئهم إلى القضاء الوطني للفصل في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم.

النتائج

من خلال دراستنا لموضوع اتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية توصلنا إلى النتائج التالية:

- أن اتفاق التحكيم يعد أهم ركن في نظام التحكيم، فهو عقد يسعى الأطراف من خلاله اللجوء إلى طريق التحكيم لحل خلافاتهم المتعلقة بالمعاملات التجارية.
- عدم اتفاق الأطراف على قانون معين يحكم علاقتهم التعاقدية تثير هنا مشكلة الإخلال بتوقعات الأطراف وذلك لانطباق قانون غير متفق عليه ليحكم علاقتهم التعاقدية.
- عدم خضوع اتفاق التحكيم لأي قانون وطني يبقى هذا الشرط الفعالية وخاصة في مجال التجارة الدولية، ولذلك فإن اتفاق التحكيم يخضع لقواعد قانونية مستمدة من العادات والأعراف التي نشأت تلقائياً في مجال التجارة الدولية.

التوصيات

- إضافة نص يشمل جميع ما قد يشوب اتفاق التحكيم من عيوب واستبداله بالنصوص الحالية المتعلقة ببطلان حكم التحكيم لأسباب تتعلق باتفاق التحكيم.
- أن يسعى أطراف العلاقة في اتفاق التحكيم إلى دراسة اختيار القانون الواجب التطبيق بشكل جدي، بما يخدم مصالحهما المشتركة وذلك من خلال اختيار الجانب الموضوعي والإجراءات دون التقييد بالقوانين الوطنية والاستفادة من حرية الأطراف، وما يمنحه لهم القانون بتطبيق سلطان الإرادة في اتفاق التحكيم مما ينعكس إيجاباً على سرعة حل الخلافات والمنازعات.
- إضافة نصوص إلى قانون التحكيم تبين القانون الواجب تطبيقه على اتفاق التحكيم وتفسيره، وعدم ترك الأمر برمته إلى القواعد العامة التي قد لا تنسجم دائماً مع خصوصية التحكيم.
- الدعوة إلى تشجيع القيام بدراسات مستقبلية تنطلق من هذه الدراسة بهدف التوصل إلى وضع تصورات وحلول لتفادي الإشكالات التي تعترض اتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية ودعوة المشرعين للأخذ بها في مختلف تشريعاتهم الداخلية.

قائمة المصادر
والمراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

أ- النصوص القانونية

1- أمر رقم 05/07، المؤرخ في 13 مايو 2007، يعدل ويتمم بالأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 31، المؤرخة في 13 ماي 2007.

2- قانون رقم 09/08، الصادر بتاريخ 2008/2/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، مؤرخة في 23 أبريل 2008.

ب- الكتب

- 1- احمد بلقاسم، التحكيم الدولي، دار هومة، الجزائر، بوزريعة، الطبعة الثانية، 2006.
- 2- احمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية والداخلية والدولية والتجارية والإدارية والجمركية و الضريبية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2006.
- 3- احمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، دون طبعة، 2001.
- 4- اسعد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم التجاري و إجراءاته، دراسة مقارنة، دار نيوز، العراق، الطبعة الأولى، 2011.
- 5- جعفر مشمش، التحكيم في العقود الإدارية و المدنية والتجارية، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009.
- 6- حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون طبعة، 2001.
- 7- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2004.

- 8- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، دراسة تحليلية و مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، الطبعة الثانية، ، 2008.
- 9- عبد الحميد الأحذب، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة، 2008.
- 10- عدنان بن صالح العمر وحسني صالح عمارين، الأصول القانونية للتجارة الدولية، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، 2017.
- 11- علاء محي الدين مصطفى أبو احمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون طبعة، 2012.
- 12- عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، بوساحة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سوق أهراس، الطبعة الرابعة، 2017.
- 13- كاوه عمر محمد، التحكيم في منازعات العقود النفطية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2015.
- 14- لزهر بن سعيد و كرم محمد زيدان، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2010.
- 15- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة، الجزائر، دون طبعة، دون سنة النشر.
- 16- محسن جميل جريح، التحكيم التجاري الدولي والتحكيم الداخلي، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2016.
- 17- محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، القاهرة، دون طبعة، 1993.
- 18- محمد فوزي سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، عمان، دون طبعة، 2008.

19- محمد مختار بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2007.

20- محمد نعيم علوه، التحكيم الدولي، الجزء الثاني عشر، منشورات زين الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2012.

21- مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دار الثقافة، الطبعة الأولى، 2010.

22- منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، دون طبعة، 1995.

23- ناصر ناجي محمد جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، دون طبعة، 2008.

24- هاني سري الدين، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، دون طبعة، 1995.

ج- المقالات

1- نور الدين بكلي، " دور وأهمية التحكيم في العقود التجارية الدولية (في القانون الجزائري والقوانين العربية)"، مجلة المحكمة العليا، الجزائر، عدد خاص، 15 و16 جوان 2008.

2- عبد المجيد الأحذب، " قانون التحكيم الجديد"، مجلة التحكيم، العدد الثاني، 2009.

3- شعران فاطمة، " اتفاق التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري (دراسة مقارنة)"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، تيسيمسلت، العدد الثاني، ديسمبر، 2016.

4- نور الدين بكلي، " دور وأهمية التحكيم في العقود التجارية الدولية (في القانون الجزائري والقوانين العربية)"، مجلة المحكمة العليا، الجزائر، عدد خاص، 15 و16 جوان 2008.

3-المذكرات والأطروحات

- 1- عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، دون تاريخ المناقشة.
- 2- قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
- 3- بلباقي بومدين، التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقاسم، تلمسان، 2018.
- 4- عائشة مقراني، مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2005.
- 5- بولحية سعاد، استقلالية اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، دون تاريخ المناقشة.
- 6- الهام عزام وحيد الخزار، التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009.
- 7- علي شريف سعيدة، القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر(1) يوسف بن خدة، بن عكنون، 2013-2014.
- 8- علي شريف سعيدة، القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر(1) يوسف بن خدة، بن عكنون، 2013-2014.
- 9- بلغول دنيازاد، سلطات المحكم في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة في القانون الجزائري والقانون النموذجي للأمم المتحدة، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2012.

- 10- بعزيزي سعاد و بكوش سامية، مظاهر سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة
ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2014-2015.
- 11- حيواني جمال، النظام القانوني لاتفاق التحكيم في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية
الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، دون تاريخ المناقشة.
- 12- هاشمي فاطمة، آثار اتفاق التحكيم، دراسة مقارنة، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة مولاي
الطاهر، سعيدة، 2017.
- 13- بكاكريه حسيبة، عقود التجارة الدولية، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة،
بجاية، 2013.

المراجع باللغة الفرنسية

- 1-A.Samuel:"Separability in English Law",J. Inter. Arb.
2-Mostefa Trari-Tani, droit Algerien de l'arbitrage commercial International,
berti editions, 1ere edition Alger, 2007.

فهرس المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع
09	مقدمة
46 - 15	الفصل الأول: الإطار العام لاتفاق التحكيم
16	المبحث الأول : ماهية اتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية
16	المطلب الأول: مفهوم اتفاق التحكيم
16	الفرع الأول: تعريف اتفاق التحكيم التجاري
16	أولا: في المعاهدات الدولية والتشريعات العربية
16	1 - في المعاهدات الدولية
18	2- في القانون الجزائري والمقارن
19	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية
19	أولا: الطبيعة التعاقدية
21	ثانيا: الطبيعة القضائية
22	ثالثا: الطبيعة المزدوجة أو المختلطة
24	المطلب الثاني: صور اتفاق التحكيم
24	الفرع الأول: شرط التحكيم
26	الفرع الثاني: مشاركة التحكيم
28	المطلب الثالث: مفهوم عقود التجارة الدولية
28	الفرع الأول: تعريف عقود التجارة الدولية
29	الفرع الثاني: صور عقود التجارة الدولية
29	اولا: عقود البيع الدولي للبضائع
29	ثانيا: عقود نقل التكنولوجيا
30	ثالثا: عقود التجارة الالكترونية

30	المبحث الثاني: شروط صحة اتفاق التحكيم التجاري
31	المطلب الأول: الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم التجاري
31	الفرع الأول: التراضي في اتفاق التحكيم
32	اولا- مفهوم الرضا
33	ثانيا- عيوب الرضا
34	1- القانون الواجب التطبيق على عيوب الرضا في اتفاق التحكيم
34	ثالثا- الأهلية
35	1- أهلية الشخص الطبيعي
36	1/أ- اختصاص قضاء التحكيم بالتحقق من توافر الأهلية
36	1/ب- كيفية تحقيق الفاعلية لاتفاق التحكيم ناقص الأهلية
37	2- أهلية الشخص الاعتباري
38	الفرع الثاني: محل اتفاق التحكيم
39	اولا- أن يكون المحل موجودا أو ممكن الوجود
39	ثانيا- أن يكون المحل معين أو قابل للتعين
40	ثالثا- أن يكون المحل مما يجوز التعامل فيه
40	الفرع الثالث: السبب في اتفاق التحكيم التجاري
41	المطلب الثاني: الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم التجاري
41	الفرع الأول: الكتابة
41	الفرع الثاني: موقف الاتفاقيات الدولية من شرط الكتابة
44	الفرع الثالث: موقف التشريعات الوطنية
44	اولا- موقف المشرع الجزائري
45	ثانيا- موقف القانون المصري
45	ثالثا- موقف القانون الفرنسي

75 - 48	الفصل الثاني: النتائج القانونية الناجمة عن انعقاد اتفاق التحكيم
49	المبحث الأول: آثار اتفاق التحكيم
49	المطلب الأول: الآثار الموضوعية لاتفاق التحكيم
49	الفرع الأول: القوة الملزمة لاتفاق التحكيم
51	الفرع الثاني: استقلالية اتفاق التحكيم
52	أولاً: تكريس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم
52	1- موقف الاتفاقيات الدولية من تكريس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم
55	2- تكريس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري في التشريعات الداخلية
56	المطلب الثاني: الآثار الإجرائية
57	الفرع الأول: الأثر المانع لاتفاق التحكيم
59	الفرع الثاني: الأثر الايجابي لاتفاق التحكيم
59	أولاً- التزام الأطراف بالعهددة إلى المحكم بالمنازعة المتفق على حلها بواسطة التحكيم
59	1- تقرير مبدأ التزام الأطراف بالعهددة إلى المحكم بالمسائل موضوع الاتفاق على التحكيم
61	2- التنفيذ العيني للالتزام الواقع على عاتق الأطراف في اتفاق التحكيم بالعهددة بالمنازعة محل التحكيم إلى المحكم
62	المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم
62	المطلب الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع
63	الفرع الأول: قانون الإرادة
65	الفرع الثاني: سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم
67	المطلب الثاني: القواعد الواجبة تطبيقه على إجراءات التحكيم

67	الفرع الأول: تطبيق قانون إرادة الأطراف
70	أولاً: كيفية التحديد الإرادي للقانون الإجرائي
70	1- سن أو وضع قواعد إجرائية
71	2- اختيار القواعد الإجرائية الملائمة
72	الفرع الثاني: اختيار هيئة التحكيم للقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم
72	أولاً: تطبيق القانون الإجرائي لدولة مقر التحكيم
73	ثانياً: تطبيق القواعد الإجرائية لأحد مراكز أو مؤسسات التحكيم الدائمة
74	ثالثاً: تطبيق القانون الدولي
77	خاتمة
80	قائمة المصادر والمراجع
86	فهرس المحتويات
-	الملخص

المُلخَص

التحكيم كطريق بديل عن القضاء لحل النزاعات الحاضرة او المستقبلية أصبح اللجوء إليه بوتيرة متزايدة في عصرنا الحالي لما يتمتع به من ميزات وخصائص أثبتت فاعليتها خاصة في مجال عقود التجارة الدولية، إذ حظي باهتمام كبير من قبل الفقه والمشرعين على حد سواء، فنجد منه منصوص عليه ضمن القوانين الوطنية و الاتفاقيات الدولية، وباعتبار التحكيم يسعى إلى إقامة العدل بين طرفي النزاع إذ تكمن خصوصيته في اتفاق التحكيم الذي يعتبر مركز الثقل لأنه يجسد إرادة الأطراف في اختيار طريق التحكيم كوسيلة لحل نزاعاتهم التجارية وتعيين طبيعة وحدود الموضوع الذي سيتم الفصل فيه، ويعطي الاتفاق للمحكم سلطة الفصل بالنزاع بقرار ملزم، كما يؤطر ويرسم حدود ومعالم العملية التحكيمية برمتها، ونظرا لأن اتفاق التحكيم عقد فيجب أن تتوفر في هذا العقد كل القواعد العامة في القانون المدني، إضافة إلى ما قد تفرضه خصوصيته من قواعد تجعله يتميز عن باقي العقود الأخرى لأن مجال الاتفاق على التحكيم يكون في عقود التجارة الدولية التي لها دور كبير في تنمية الحياة الاقتصادية.

الكلمات المفتاحية: اتفاق تحكيم، شرط التحكيم، مشاركة التحكيم، عقود التجارة

الدولية،.....الخ.

Abstract

justice between the parties to the dispute, as its specificity lies in the arbitration agreement, which is considered the center of gravity because it reflects the will of the parties in choosing the arbitration method as a means of resolving their commercial disputes and determining the nature and limits of the subject to be decided. The agreement to the arbitrator has the power to settle the dispute by binding

Arbitration as an alternative way to the judiciary to resolve current or future disputes has become increasingly resorting to us in the present era because of its advantages and characteristics proved to be effective, especially in the field of international trade contracts, as paid with great attention by both jurisprudents and legislators, we find it under the laws The arbitration agreement

seeks to establish decision, It also outlines the boundaries and parameters of the arbitration process in its entirety, and since the arbitration agreement is a contract, this contract must have all the general rules in the civil law, in addition to what may be imposed by its privacy rules that make it different from other contracts, The scope of the agreement on arbitration shall be in contracts of international trade which have a major role in the development of economic life.

Key words :

Arbitration agreement, arbitration clause, arbitration agreement, international trade contracts.