الجمهورية الديمقراطية الشعبية الجزائرية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد البشير الابراهيمي –برج بوعريريج-
كلية الحقوق والعلوم السياسية

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم القانونية
تخصص: قانون الأعمال

بعنوان:

خصوصية اتفاق التحكيم التجاري الدولي

من إعداد الطالبين:

- محمادي عبد الرحمان
- قاسة محمد الشريف

إشراف الاستاذة :

د. بوجادي صليحة

لجنة المناقشة:

د. ماني عبد الحق	أستاذ محاضر أ	جامعة برج بوعريريج	رئيسا
د. بوجادي صليحة	أستاذ محاضر أ	جامعة برج بوعريريج	مشرفا ومقررا
د. بلفروم محمد الأمين	أستاذ محاضر ب	جامعة برج بوعريريج	مناقشا

السنة الجامعية: 2023/2022

* ملحق بالقرار رقم ....1082.... المؤرخ في ..... 27 ديسمبر 2020

الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي:

نموذج التصريح الشرفي

الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة): ..معماري عبد الرحمان.. الصفة: طالب، أستاذ، باحث ..طالب..

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 104479790 والصادرة بتاريخ ..2023-01-04..

المسجل(ة) بكلية / معهد الحقوق والعلوم السياسية قسم قانون أعمال

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)،

عنوانها: خصوصية إتفاق التحكيم التجاري الدولي

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه .

التاريخ: ..2023/06/10..

توقيع المعني (ة)

*ملحق بالقرار رقم ....1082.... المؤرخ في ..... 27 ديسمبر 2021 .....

الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي:

نموذج التصريح الشرفي

الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة): ..فاسلة محمد السويح.. الصفة: طالب، أستاذ، باحث .....طالب.....

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 103152744 الصادرة بتاريخ 2017 01 31

المسجل(ة) بكلية / ..العلوم الاقتصادية والعلوم السياسية.....

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)،

عنوانها: ..حصر صيغ إتقان التحكيم التجاري الدولي.....

.....

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

لتاريخ: ..11 جويلية 2023..

توقيع المعني (ة)

Scanned with CamScanner

شكر وتقدير:

الحمد لله ما ضاق أمر ثم هان، الحمد لله مبدل العسر باليسر، والحمد لله حمدا يملأ الميزان.

اللهم صلي وسلم وبارك على نبينا محمد عدد ما ذكره الذاكرون وغفل عن ذكره الغافلون.

نتوجه بالشكر والتقدير إلى كل من ساعدنا في إنجاز هذا العمل المتواضع، جزاكم الله عنا أفضل ما جزى العاملين المخلصين، وبارك الله لكم وأسعدكم أينما حطت بكم الرحال. ونخص بالذكر المشرف الدكتورة " بوجادي صاليحة " على ما قدمته لنا من توجيهات ونصائح ومعلومات قيمة من بداية العمل حتى نهايته.

الإهداء

نشكر الله على توفيقه ونحمده على جعلنا ممن نطلب العلم تنفيذا لوصيته تعالى (اقرأ باسم ربك الذي خلق...)

نهدي ثمرة جهدنا هذا إلى أمهاتنا وأباءنا وكل فرد من عائلتنا، وإلى كل الأساتذة والعمال والطاقم الإداري لكلية الحقوق والعلوم السياسية برج بوعريريج، وإلى كل الأصدقاء وكل من جمعنا بهم القدر وكانوا رفقاء الدرب والذين كان لهم يد العون والمساعدة حفظهم اللهم وأطال في عمرهم، وإلى كل الأهل والأقارب حفظهم الله ورعاهم والحمد لله رب العالمين.

وإلى كل من علمنا ونصحنا وكان عونا لنا في إنجاز هذا البحث بعد الله عز وجل.

المقدمـــــة

أدى توجه غالبية الدول إلى النظام الرأسمالي إلى انتشار حرية التجارة وتزايد المبادلات الاقتصادية سوآءا الصناعية أو التجارية العابرة للحدود، مما أدي إلى ظهور عجز في القوانين الداخلية حيث تقع هذه الأنشطة العابرة للحدود خارج اختصاص القضاء الوطني، مما أدى إلى ظهور التحكيم التجاري الدولي.

يرجع أصول التحكيم إلى بداية تواجد الانسان على وجه الأرض حيث اعتبره البعض نظام قانوني معروف ومعمول به حيث ظهر قبل ظهور الدولة ويعتبر نظام أقدم من القضاء العادي حيث كان يجسد فكرة العدالة بين التجمعات البشرية، حيث أعتمده السوماريون كنظام سوآءا في منازعاتهم داخليا أو خارجيا، وفي القضايا الداخلية كان المتنازعان يلجئون إلى الأكبر سنا لكي يفصل في النزاع القائم بينهم، أما خارجيا عند تنازع المماليك يلجئون إلى ملك محايد يفصل بينهم في النزاع.

ظهر التحكيم في الحضارة الإغريقية حيث اعتمد اليونانيون التحكيم على المستوى الداخلي حيث في حالة نزاع كان يلجئ الأطراف إلى قوائم المحكمين الموجودة على مستوى ساحة أثينا، أما خارجيا فقد أنشأ مجلس يتولى مهمة التحكيم في المنازعات القائمة بين مماليك اليونان، أما بالنسبة للعرب فإن التحكيم ظهر في عصر الجاهلية حيث كان العرب يلجئون إلى أشرف أفراد القبيلة وأنبلهم أو شيخ القبيلة الذي يتصف بأصالة الرأي والضمير، أما بعد الإسلام كان الرسول صلى الله عليه وسلم يحكم بين المتخاصمين.

أما في العصور الوسطى فان المماليك الأوروبية كانت تعتمد على التحكيم في المنازعات، حيث كانت تلجأ في منازعاتهم إلى رجال الكنيسة والامبراطور باعتبارهما سلطتين، أما في العصر الحديث فأنه مر بثلاث مراحل أولهما مرحلة حكم الفرد وهي مرحلة التي كان يتولى فيها فرد معروف يتسم بصفات معينة مهمة للتحكيم قد يكون قاضي أو ديبلوماسي أو رئيس، ثم ظهرت مرحلة اللجنة التحكيمية يتم عن طريق تعين كل طرف في نزاع محكم حيث يقومون بدورهم في الفصل في النزاع أما في مرحلة المحكمة التحكيمية فأنها مرحلة ظهرت كنتيجة حتمية التطورات التي عرفتها الساحة الدولية حيث ظهرت مؤسسات مختصة في التحكيم التجاري الدولي يلجأ إليها المتنازعون للفصل في النزاع القائم بينهم.

وعليه نظرا لأهمية البالغة للتحكيم التجاري الدولي سارعت معظم الدول إلى مسايرة هذا التطور الذي شهدته المعاملات التجارية الدولية ولعل أبرز مثال على ذلك انتهاج الجزائر باعتبارها من الدول النامية حيث أن التحكيم بها مر عبر مرحلتين:

مرحلة أزمة التحكيم: هي مرحلة عارضت فيها الجزائر اعتماد التحكيم التجاري الدولي حيث أطلق عليها أيضا مرحلة أزمة التحكيم التجاري الدولي، حيث أن الجزائر اعتبرته خرقا صارخا لسيادة الدولة، لكن مع مرور الوقت صادقت الجزائر على العديد من الاتفاقيات على غرار اتفاقية نيويورك 1958 واتفاقيه واشنطن 1965، واتفاقية عمان العربية لاتفاق التحكيم التجاري الدولي.

بعدها أتت مرحلة الانفراج والانفتاح إلى التحكيم التجاري الدولي لأول مرة بموجب المرسوم التشريعي 93-09، وبعدها صدر القانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية الموضوع فيما يلي:

- تأثر الجزائر وانتهاجها للنظام الرأسمالي وتفتحها نحو المستثمرين عبر العديد من القوانين على غرار قانون الاستثمار 22-18،
- يراعي التحكيم التجاري الدولي حرية الأطراف في التعاقد حيث يمتلكون الحرية في تعين هيئة التحكيم وكذلك القانون واجب التطبيق وكذلك نظام سير الجلسات.
- يساهم التحكيم التجاري الدولي في جلب الاستثمارات وخلق مناخ ملائم للمستثمرين الأجانب.
- ضمان الحرية للأفراد في تمكينهم من اختيار نظام التقاضي الملائم لمصالحهم، وضمان السرعة في سير الإجراءات والفصل في النزاع.

أسباب اختيار الموضوع:

يرجع اختيارنا لهذا الموضوع إلى أسباب عديدة بالرغم من تناول الكثير من الكتب والمقالات والرسائل الجامعية بمختلف أشكالها موضوع التحكيم التجاري بصفة عامة، واتفاق التحكيم

بصفة خاصة سوآءا في التشريع الجزائري أو المقارن، إلى أن دراستنا لمقياس التحكيم التجاري الدولي في السداسي الثالث، تخصص قانون أعمال شجعنا على اختيار هذا الموضوع.

كذلك يرجع سبب اختيارنا لموضوع خصوصية اتفاق التحكيم التجاري الدولي الرغبة في دراسة هذا الموضوع واكتساب معارف دقيقة والتعرف على العديد من المفاهيم والقواعد اتفاق التحكيم التجاري الدولي.

أهداف البحث

من خلال دراستنا نسعى إلى تحقيق الأهداف التالية:

- تسليط الضوء عن الإطار المفاهيمي لاتفاق التحكيم التجاري الدولي لتسهيل فهم الموضوع، وتحديد تنظيم اتفاق التحكيم التجاري الدولي.
- توضيح الأثار المترتبة عن انعقاد اتفاق التحكيم التجاري الدولي.
- تركيز على ما يسمى بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي.

الإشكالية:

من خلال ما سبق نطرح التساؤل التالي: **فيما تكمن خصوصية اتفاق التحكيم التجاري الدولي؟**

المنهج المتبع:

اتبعنا في دراستنا المنهج التحليلي، حيث أن موضوعنا يتطلب تحليل النصوص والمواد القانونية التي نظمت اتفاق التحكيم سوآءا المشرع الجزائري من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبعض القوانين العربية وكذلك الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، وكذلك لكونه يساعدنا في ضبط المفاهيم وتحديدها.

الدراسات السابقة

لقد تعددت الدراسات في مجال التحكيم التجاري الدولي حيث عند كتابة جملة اتفاق التحكيم التجاري الدولي في محرك البحث غوغل نجد المئات من المؤلفات المختلفة من كتب والمقالات ورسائل ومذكرات تتعلق باتفاق التحكيم التجاري الدولي.

إلا أنه عند البحث على خصوصية اتفاق التحكيم التجاري الدولي تنعدم المصادر والمراجع، يعتبر مصطلح خصوصية أعطى موضوع اتفاق التحكيم نوعا من الصعوبة لكن مع توفر المراجع على غرار دراسة الأستاذ بكلي نور الدين في مذكرة ماجيستر تحمل عنوان: اتفاق التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، وكذلك أطروحة الدكتورة للأستاذ بكلي نور الدين التي تحت عنوان فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في أنظمة القوانين العربية حيث يعتبر الدكتور بكلي نور الدين من أهم من درس موضوع اتفاق التحكيم التجاري الدولي، حيث ناقش الأستاذ بكلي نور الدين اتفاق التحكيم من جميع الجوانب على خلاف دراستنا التي سنقوم بدراسة خصوصية اتفاق التحكيم التجاري الدولي لمعرفة الخصوصية التي تميز اتفاق التحكيم عن باقي العقود الأخرى كما أن أطروحة الدكتوراه للأستاذ تعويلت كريم التي تحمل عنوان فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي كذلك تضمنت العديد من الجزئيات المهمة موضوع خصوصية اتفاق التحكيم.

صعوبات الدراسة:

لقد اعترض السبيل في هذه الدراسة العديد من الصعوبات ولعل أبرزها طبيعة الموضوع الذي يتميز بالتعقيد والحجم الكبير، لأن غالبية التشريعات والاتفاقيات الدولية تطرقت لهذا الموضوع مما ترتب على ذلك اختلاف الآراء والمواقف المختلفة بينهم، حيث يتمتع هذا الموضوع بطبيعة موسعة ومتشبعة يصعب استيعابها.

تقسيم الدراسة:

بهدف الإحاطة الكاملة بجوانب موضوعنا وللإجابة على الإشكالية اعتمدنا في دراستنا على الخطة الثنائية بحيث قسمنا موضوعنا إلى فصلين، حيث سنتطرق في الفصل الأول إلى الإطار المفاهيمي لاتفاق التحكيم التجاري الدولي، وينقسم الفصل بدوره إلى مبحثين، في المبحث الأول سنتطرق فيه ماهية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، والمبحث الثاني تنظيم اتفاق التحكيم التجاري الدولي.

أما بالنسبة للفصل الثاني فسوف نتطرق فيه آثار اتفاق التحكيم التجاري الدولي حيث ينقسم إلى مبحثين، يتضمن المبحث الأول الآثار الموضوعية لاتفاق التحكيم والمبحث الثاني الآثار الإجرائية لاتفاق التحكيم التجاري الدولي.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لاتفاق التحكيم التجاري الدولي

أدى التطور البالغ في مجال التجارة الدولية وحركة الاستثمارات، وحركة رؤوس الأموال على الصعيدين الوطني والدولي إلى ظهور التحكيم التجاري الدولي، الذي أصبح من أهم الوسائل البديلة لحل النزاعات، حيث في الوقت الذي أظهرت فيه الأنظمة القضائية عجزها عن بلوغ حد لمواجهة عقود التجارة الدولية، والتصدي للمنازعات التي تنشأ عنها، وكذلك تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة للأطراف المتعاقدين في هذه العقود، ولضمان السرعة والسرية في الإجراءات جعل المتنازعين يلجئون إلى هذه الوسيلة لحل النزاعات التي تنشأ أو قد تنشأ بينهم.

يعتبر اتفاق التحكيم هو العقد الذي يتم بموجبه لجوء الأطراف المتعاقدين إلى التحكيم التجاري الدولي، حيت يتم وفقا لصور، ولانعقاد اتفاق التحكيم التجاري الدولي يجب توفر أركان موضوعية وأركان شكلية، وعليه ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين سوف نتطرق في المبحث الأول ماهية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، وفي المبحث الثاني سوف نتطرق إلى تنظيم اتفاق التحكيم التجاري الدولي.

المبحث الأول: ماهية اتفاق التحكيم التجاري الدولي

يعتبر اتفاق التحكيم التجاري الدولي عقد من العقود الحديثة حيث يتم بموجبه اتفاق الأطراف على إحالة نزاعاتهم الناشئة عن علاقة قانونية إلى محكم أو هيئة تحكيم أو مؤسسة تحكيم تمارس هذه المهنة على سبيل الاحتراف، حيث يستمد المحكم سلطته من هذا العقد، حيث يعتبر الركيزة الأساسية لقيام التحكيم التجاري الدولي، واستبعاد القضاء الوطني من اختصاصه بالفصل في النزاعات التي تقع داخل اقليمه.

لذلك سوف نتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم اتفاق التحكيم التجاري الدولي **(المطلب الأول)**، والطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم التجاري الدولي **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: مفهوم اتفاق التحكيم التجاري الدولي

لقد عرفت العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية اتفاق التحكيم التجاري الدولي حيث يتميز كل تعريف بخصوصية معينة، كما أن العديد من الفقهاء اتجهوا إلى تعريف اتفاق التحكيم.

سنتطرق في هذا المطلب إلى التعريف التشريعي لاتفاق التحكيم **(الفرع الأول)**، والتعريف الفقهي لاتفاق التحكيم **(الفرع الثاني)**.

الفرع الاول: تعريف التشريعي لاتفاق التحكيم

من خلال هذا الفرع سنتطرق إلى تعريف اتفاق التحكيم طبقا لاتفاقيات الدولية وبعض القوانين العربية وكذلك التشريعات الأجنبية التي قامت بتعريف اتفاق التحكيم.

أولا: تعريف الاتفاقيات الدولية لاتفاق التحكيم التجاري الدولي

عرفت اتفاقية نيويورك سنة 1958 في نص المادة 02 اتفاق التحكيم بأنه: "تعترف كل دولة متعاقدة بأي اتفاق مكتوب يتعهد فيه الطرفان بأن يحيلوا إلى التحكيم جميع الخلافات أو

أي خلافات نشأت أو قد تنشا بينهما بالنسبة لعلاقة قانونية محددة، تعاقدية أو غير تعاقدية تتصل بموضوع يمكن تسويته عن طريق التحكيم".[1]

يشمل مصطلح "اتفاق المكتوب" أي شرط تحكيم يرد في العقد أو في أي اتفاق تحكيم موقع عليه من الطرفين أو وارد فيه رسائل وبرقيات متبادلة، على المحكمة في أية دولة متعاقدة عندما يعرض عليها نزاع في مسألة أبرم الطرفان بشأنها اتفاقا بالمعنى المستخدم في هذه المادة أن تحيل الطرفين إلى التحكيم بناء على طلب أحدهما مالم يتبين لها أن هذا الاتفاق لاغي وباطل أو غير منفذ أو غير قابل للتنفيذ".[2]

عرف قانون اليونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي سنة 1985 المادة 07 بأنه: "اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيل إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط التحكيم وارد في العقد أو في صورة اتفاق منفصل".[3]

يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، ويعتبر الاتفاق مكتوبا إذا ورد في وثيقة موقعة من طرفين أو في تبادل رسائل أو تكلسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي تكون بمثابة سجل الاتفاق، أو في تبادل بيانات الادعاء والدفاع يقول فيه أحد الطرفين بوجود الاتفاق ولا ينكره الطرف الاخر وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط للتحكيم بمثابة اتفاق التحكيم، شريطة أن يكون العقد مكتوبا وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءا من العقد.

---

[1] المادة من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة باعتماد قرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، صادقت عليها الجزائر بالمرسوم رقم 88-233 بتاريخ 05 نوفمبر 1988، الجريدة الرسمية العدد 48، الصادرة بتاريخ 23 نوفمبر 1988.

[2] المادة 02 من اتفاقية نيويورك 1958، المرجع السابق.

[3] المادة 07 من قانون اليونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985، المعدل لعام 2013.

عرفت اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1987 في الفقرة 09 من المادة 01 على أنه:" اتفاق الأطراف كتابة على اللجوء إلى التحكيم سواء قبل النشوء النزاع أو بعده".[1]

ثانيا: تعريف القوانين لاتفاق التحكيم التجاري الدولي

اختلفت التشريعات في تعريف اتفاق التحكيم التجاري الدول حيث أنه كل دولة تميزت بتعريفها الخاص فبعض الأنظمة القانونية عرفت اتفاق التحكيم والأخرى لم تتطرق إلى تعريفه.

عرف المشرع المصري اتفاق التحكيم في المادة 10 فقرة 01 من قانون التحكيم 27\94 بأنه: "اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية".[2]

وقد قضت محكمة النقد المصرية أن اتفاق التحكيم هو الاتفاق على عرض نزاع معين على محكمين، وبمقتضى التحكيم تتصرف إرادة الأطراف عن عدم اللجوء إلى القضاء مع التزامهم على طرح النزاع على محكم أو أكثر ليلزموا فيه بحكم ملزم للأطراف.

عرف المشرع الفرنسي اتفاق التحكيم في قانون التحكيم الفرنسي رقم 48 لسنة 2011 المؤرخ في ماي 2011 في المادة 1442 بأنه: "الاتفاق بشأن التحكيم يأخذ شكل شرط تحكيمي أو اتفاق تحكيم، شرط التحكيم هو اتفاق الأطراف في عقد أو أكثر على خضوع النزاعات الناشئة عن تلك العقود للتحكيم اتفاق التحكيم هو اتفاق الأطراف المتنازعة على خضوع النزاع القائم إلى التحكيم".[3]

نص المشرع الفرنسي على اتفاق التحكيم وذكر تعريف واضح لاتفاق التحكيم حيث يأخذ شكل شرط أو مشارطة.

---

[1] المادة 01 فقرة 09 من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي 1987، أقرها مجلس الوزراء العربي في دورته الخامسة، بقرار رقم 80-05 المؤرخ في 14أفريل 1987، متاح على موقع www.aifa-eg.com، أطلع عليه 23 ماي 2023، الساعة 13:33.

[2] المادة 10 فقرة 01 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

[3] المادة 1442 من قانون التحكيم الفرنسي رقم 48 لسنة 2011، المؤرخ في ماي 2011.

وجاءت المادة 1011 من ق.إ.م.إ بتعريف اتفاق التحكيم بأنه: "اتفاق التحكيم هو اتفاق الذي يقبل فيه الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم".

وكذلك نص المشرع على اتفاق التحكيم في ق.إ.م.إ في المادة 1040 منه على أنه: "يسري اتفاق التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية.

يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم بالكتابة، أو بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة.

تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي يتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما.

لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاق التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي".[1]

الفرع الثاني: تعريف الفقه لاتفاق التحكيم التجاري الدولي

لقد تعددت تعاريف الفقهاء اتفاق التحكيم حيث أنه كل فقيه تضمن تعريف من جهة محددة وهذا ما سنتطرق عليه:

يعرف اتفاق التحكيم بأنه التصرف القانوني الذي يتفق بمقتضاه الأطراف حل النزاع الناشئ أو محتمل نشوؤه بواسطة التحكيم ويمنح المحكم سلطة الفصل فيه بقرار ملزم، ويحال بعدها إلى محاكم الدولة غير المختصة للنظر فيه، كما يعرف اتفاق التحكيم على شكل أكثر توسعا وتفصيلا بأنه تصرف قانوني يتخذ شكل اتفاق مكتوب، ويحدد فيه الطرفان موضوع النزاع وأسماء المحكمين ومكان إجراءات التحكيم، وقد يحددوا كذلك القانون الذي يطبقه المحكمون وعادة ما يكون اتفاق التحكيم لاحق على نشوء النزاع.

[1] المادة 1011 و1040 من القانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية رقم21، المؤرخة في 23أفريل 2008.

يعرف بعض الفقهاء الفرنسيين منهم الفقيه gallard بانه:"اتفاق يتم بمقتضاه التزام شخصين أو أكثر على حسم المنازعات التي يمكن أن تثور بينهما أو أثارت بالفعل، عن طريق محكم أو عدة محكمين والذي يضع في الاعتبار مصالح التجارة الدولية ".

ويعرف الفقيه Goldmanبأنه: "هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف على أن يخضعوا للتحكيم سوآءا النزاعات التي يمكن أن تنشأ بينهما والمتعلقة بالعقد أو النزاعات التي نشأت والمتعلقة في كلتا الحالتين بالتجارة الدولية.

عرف الأستاذ فوشارد اتفاق التحكيم بأنه: "اتفاق التحكيم يعطى في فكرتين مختلفتين، من جهة شرط تحكيم والشرط المنصوص عليه في العقد وينص على أن أي نزاع يمكن أن يثور بسبب هذا العقد يتم الفصل فيه عن طريق التحكيم ومن جهة اخرى مشارطة التحكيم والتي هي اتفاق بين الطرفين يقوم بموجبه بإخضاع النزاع إلى محكم أو هيئة تحكيمية".[1]

تضمن هذا الفقيه اتفاق التحكيم من حيث الشكل حيث نص على صور اتفاق التحكيم التي تكون سوآءا شرط تحكيم أو مشارطة.

عرف الدكتور عبد الحميد أبو هيف اتفاق التحكيم بأنه: "حق قرره القانون للأفراد يخول لهم الاتفاق على إحالة ما ينشأ بينهم من نزاعات بخصوص تنفيذ عقد معين أو إحالة أي نزاع نشأ بينهم وبالفعل على واحد أو أكثر من الأفراد يسمون محكمين ليفصلوا في النزاع المذكور بدلا من أن يفصل فيه القضاء المختص".

والمعنى السابق لاتفاق التحكيم يكاد يجمع عليه أغلب الفقهاء العرب والتشريعات العربية حيث عبر بعض الفقهاء عنه اتفاق الأطراف على طرح منازعاتهم على محكم أو أكثر دون قضاء الدولة ليفصل فيه بحكم ملزم للأطراف.

عرف سيد محمود اتفاق التحكيم بأنه: "اتفاق الأشخاص (الطبيعية أو الاعتبارية) على عرض نزاع قائم بينهم(مشارطة) أو محتمل (شرط) ناشئ عن عقد أو دون عقد، على فرد أو هيئة لاختيار الفرد أو أفراد المحكمين ولتنظيم عملية التحكيم أو أفراد عادين يختارونهم

[1]بكلي نور الدين، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في الأنظمة القانونية العربية، أطروحة لنيل شهادة الدكتورة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2007-2008، ص12.

مباشرة أو ينص على طريقة اختيارهم للفصل فيه خلال فترة زمنية يحددونها أو يتركون تحديدها للقانون وفقا لقواعد القانون تحكيم بالقضاء أو وفقا لقواعد العدالة (التحكيم بالصلح) دون عرضه على الدولة وذلك بقرار ملزم لهم ويرمي لاستمرارية العلاقات الاقتصادية والاجتماعية بينهم."

عرف الدكتور المستشار معوض عبد الثواب اتفاق التحكيم بأنه:" اتفاق التحكيم شأنه شأن أي اتفاق يعبر عن ارادتين تراضيا على التحكيم وسيلة لحل المنازعات التي تثور".[1]

المطلب الثاني: صور اتفاق التحكيم التجاري الدولي وطبيعته

من خلال هذا المطلب سنتطرق إلى صور اتفاق التحكيم التجاري الدولي في **(الفرع الأول)**، طبيعة وخصائص اتفاق التحكيم التجاري الدولي في **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: صور اتفاق التحكيم التجاري الدولي

يتميز اتفاق التحكيم التجاري الدولي بثلاث صور وهي شرط التحكيم ومشارطة التحكيم وشرط التحكيم بالإحالة.

أولا: شرط التحكيم

يعرف شرط التحكيم (clause compromissaire) هو ذلك الشرط الذي يرد ضمن عقد الاستثمار المبرم بين الدولة المضيفة لاستثمار والمستثمر الأجنبي الذي يتعهد بمقتضاه الأطراف (قبل نشوء النزاع) باللجوء إلى التحكيم بتسوية ما قد يثور بينهم من منازعات مستقبلا بشأن هذا العقد.[2]

---

[1] أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، مصر،2009 ص14.

[2] كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر 2014، ص2012.

HOCINE FARIDA. L'INFLUENCE de l'accueil de la sentence arbitrale par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international. Thèse pour le Doctorat en droit. Univ MOULOUD MAMMERI. TIZI-OUZOU.2012. P78. « En général. La clause compromissoire insérée dans le contrat principal est assez courte dans la mesure ou les négociateurs ne rentrent pas dans les détails car ils ignorent la nature des l'atiges qui pourraient survenir ou même la meilleure façon d'y faire face. Ace stade. Les parties gardent l'espoir qu'il n'y aura pas de différend enter elles et insèrent la clause compromissoire a titre de simple formalité »

نص المشرع الجزائري عن شرط التحكيم في المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل في الحقوق المتاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم ".[1]

حسب المادة 1007 فإن شرط التحكيم يكون على شكل اتفاق أطراف قبل قيام النزاع بينهم بالعهد إلى محكم أو هيئة التحكيم التي تتولى بدورها الفصل في النزاع.

يتم إثبات شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة وتكون إما على دعامة ورقية أو الكترونية حيث نصت المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها.

يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكمين، أو تحديد كيفية تعيينهم ".[2]

يقوم الأطراف في شرط التحكيم حسب نص المادة 1008 في الفقرة 02 بتعيين المحكم أو هيئة التحكيم مع تحديد طريقة التي يتم بها تعيينهم حسب المؤهلات التي يقتضي تواجدها.

لقد تعددت تعاريف شرط التحكيم حيث عرفه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي اليونيسترال في المادة 07في الفقرة 01 على أنه: "اتفاق التحكيم هو اتفاق بين طرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع المنازعات المحددة التي نشأت أو تنشأ بينهم بشأن علاقة قانونية...".[3]

حيث من تعريف السابق يمكننا تعريف بأنه اتفاق الأطراف بموجب عقد مبرم بينهم على عرض نزاع قد ينشأ في المستقبل عن المعاملات المبرمة بينهم إلى محكم أو هيئة

[1] المادة 1007 من القانون 08-09، السالف الذكر.

[2] المادة 1008 من القانون 08-09، السالف الذكر.

[3] المادة 07 فقرة 01 من قانون النموذجي اليونيسترال، المرجع السابق.

تحكيم، ويتضمن كيفية تعين هيئة التحكيم وكذلك القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم التجاري الدولي.

يلعب مبدأ سلطان الإرادة في اتفاق التحكيم التجاري الدولي دورا مهما، حيث يحدث آثر قانوني معين وهو الذي يستبعد قضاء الدولة من الاختصاص بالنظر في المنازعات التي قد تنشأ أو يمكن أن تنشأ عن عقود التجارة الدولية، حيث يتم الفصل فيها من المحكم أو عدة محكمين.

يتم ابرام اتفاق التحكيم قبل نشوء النزاع لذلك يعرف بشرط التحكيم ويجب بعد ذلك أن يأتي في العقد نفسه وشرط التحكيم يحدد اجراءات عرض النزاع على هيئة تحكيم وكيفية تشكيل هيئة التحكيم، ومكان وزمان اجتماعها وفي العادة فإن القانون هو الذي يتكفل ببيان كيفية التصديق على حكم من قبل المحكمة المختصة أصلا بالنظر في النزاع ومن هنا فالحكم يصبح واجب النفاذ وبنفس الطريقة التي تنفذ بها الأحكام الصادرة عن القضاء أي أنه إذا صدر حكم هيئة التحكيم في الخارج فإنه لا ينفذ في الداخل إلا بالطريقة التي تنفذ بها الأحكام الأجنبية، وفي العادة يحال شرط التحكيم إلى الإجراءات السارية لدى منظمة دولية للتحكيم على سبيل المثال محكمة الغرفة التجارية الدولية بباريس، ويحدد نظام هذه المحكمة كيفية عرض الأمر على التحكيم وكيفية اختيار المحكمين وكيفية سماع دفاع الطرفين وإصدار حكم في النزاع.[1]

ثانيا: مشارطة التحكيم

مشارطة التحكيم (Compromissaire)هي اتفاق خاص يبرمه الأطراف بعد النزاع وبمقتضاه يتم تحديد موضوع النزاع وأسماء المحكمين ومكان واجراءات التحكيم وقد يحددون كذلك القانون واجب التطبيق الذي يطبقه المحكمون.

وكذلك تعتبر مشارطة التحكيم اتفاقية تترتب بعد قيام النزاع وتكون وفق اتفاق منفصل عن العقد الأصلي وقد تعقد مشارطة التحكيم تنفيذا لشرط التحكيم سبق الاتفاق عليه قبل قيام

[1] زروالي سهام، شرط التحكيم البحري وسريانه بالنسبة للمرسل اليه في عقد النقل البحري للبضائع، مذكرة تخرج ماجيستر في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر،2011-2012، ص11.

النزاع وفي هذه الحالة تكون وظيفة مشارطة التحكيم أو وثيقة التحكيم استكمال العناصر اللازمة بإعمال هذا التحكيم والمسائل المتعلقة بإجراءات أو بالقواعد الموضوعية التي تتخذ أساسا لحكم التحكيم.

تعرف مشارطة التحكيم بأنها الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم وتبرم بصورة مستقلة عن العقد الأصلي تبرم هذه المشارطة بعد أن يكون هنالك نزاع قد نشأ بين الخصوم، وفي مثل هذه الحالة تكون مشارطة تفصيلية حيث تحتوي على موضوع النزاع وتسمية المحكمين وغير ذلك من المعلومات التي قد لا تتوافر في الغالب ما إذا أبرمت قبل نشوء النزاع.[1]

وتعتبر مشارطة التحكيم هي الوثيقة الأساسية للتحكيم الدولي، والتي تضع قاعدة سلوك إلزامي بالنسبة للأطراف الموقعين عليها، والأطراف يقع عليهم الالتزام قانوني وهو تنفيذها بحسن نية، وأيضا ضرورة تطبيقها ويلتزمون بما يصدر عنها من حكم، وكل هذا تطبيقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، كما أنها تعد الميثاق الذي يحدد للمحكم حدود اختصاص المخول له بمشارطة التحكيم وهي:(قانون الأطراف وقانون المحكم) وعند ابرام مشارطة التحكيم لابد من تحديد المسائل التي تتضمنها المشارطة في بيان الدعوى وإلا كان التحكيم باطل. [2]

ولكن التساؤل الذي يثار من الناحية العملية عما إذا كان من الممكن إبرام مشارطة التحكيم بشأن نزاع قد أقيم بشأنه دعوى قضائية، حيث نلاحظ على سبيل المثال في قانون التحكيم المصري رقم27 لسنة 1994 في المادة 10 /02 أنه:"...كما يجوز اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها اتفاق التحكيم والا كان باطلا".[3]

أجاز المشرع المصري إبرام مشارطة التحكيم في حالة كان النزاع قد رفعت به دعوى قضائية مبنية على أن النزاع بين الطرفين يظل قائما رغم رفعه إلى القضاء، ويظل كذلك إلى

---

[1] بودلال فطومة، التحكيم في العقود الإدارية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، علوم قانونية، كليو الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي ليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2015-2016، ص53.

[2] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 214.

[3] المادة 10 فقرة 02 من قانون التحكيم المصري رقم27 لسنة 1994.

أن يتم الفصل فيه بحكم نهائي، ومن باب أولى لا يجوز إبرام مشارطة التحكيم بشأن النزاع صدر فيه حكم تحكيم بناء على مشارطة تحكيم سابقة السبب نفسه، لانتفاء سبب اتفاق التحكيم.

أخذت اغلب التشريعات سوآءا العربية على غرار المشرع المصري والأردني بجواز اللجوء إلى التحكيم عن طريق إبرام مشارطة التحكيم، كما أن المشرع الجزائري أخذ أيضا بمشارطة التحكيم التجاري الدولي على الرغم من عدم وجود نص قانوني صريح في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الا أنه تضمنها صراحة في نص المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجب نزاع سبق نشوؤه على التحكيم" والمميز للمشارطة التحكيم هي أنها تتم بعد نشأة النزاع فهو ركن ضروري لصحة المشارطة وكذلك يمكن للأطراف النزاع استبعاد القاضي الوطني عن الفصل في النزاع القائم بينهم عن طريق الدفع بعدم اختصاص القضاء الوطني والدفع باتفاق التحكيم(مشارطة التحكيم) حيث يصبح النزاع ضمن دائرة اختصاص هيئة التحكيم.[1]

تضمنت الاتفاقيات الدولية سوآءا اتفاقية نيويورك لسنة 1958 في المادة 02: "تعترف كل دولة متعاقدة بأي اتفاق مكتوب يتعهد فيه الطرفان بأن يحيلوا إلى التحكيم جميع الخلافات أو أية خلافات نشأت أو قد تنشأ بينهما بالنسبة لعلاقة قانونية محددة تعاقدية وغير تعاقدية، تتصل بموضوع يمكن تسويته عن طريق التحكيم".[2]

ثالثا: شرط التحكيم بالإحالة

لقد تعرفنا فيما سبق على صورتين من صور اتفاق التحكيم وهما شرط التحكيم ومشارطة التحكيم، وبقي لنا أن نتناول الصورة المعاصرة لاتفاق التحكيم، ونقصد شرط التحكيم بالإحالة ويقصد بهذا الشرط إشارة المتعاقدين في عقد من عقود أو العقد الأصلي إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم واعتبارها جزأ لا يتجزأ من العقد. فالفرض في هذه الصورة أن العقد الأصلي المبرم بين الأطراف لم يتضمن شرط صريح للتحكيم ،بل اكتفى الأطراف بالإشارة أو الإحالة إلى العقد سابق بينهم ، أو إلى عقد نموذجي، أو وثيقة فيها شروط عامة

[1] المادة 1011 من القانون 08-09، السالف الذكر.

[2] المادة 02من اتفاقية نيويورك 1958، المرجع السابق.

معروفة في مجال التعامل بينهم وذلك لتكملة النقص أو سد الثغرات التي تعتري عقدهم الأصلي، ويلتزم الأطراف به، بحيث تكون تسوية المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي عن طريق التحكيم دون أن تستطيع الأطراف التنصل من ذلك بدعوى الاستقلال العقد الأصلي، عن العقد والشروط العامة المحال إليها والتي تحتوي على شرط التحكيم، إذ أن الإحالة إليها هي التي تجعلنا أمام هذا النوع من الاتفاق والذي اصطلح على تسميته بشرط التحكيم بالإحالة. سوآءا جاءت الإحالة إلى الشروط العامة أو العقود النموذجية أو أية وثيقة أخرى، فهي لا تأتي عبثا وانما يجب وجود صلة أو ارتباط بين عقد شرط التحكيم إذا كانت المتضمن الإحالة والوثيقة المحال اليها.[1]

وغالبا ما تثور صورة الإحالة التي ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم في عقود النقل البحري في حالة سند الشحن إلى مشارطة ايجار السفينة تتضمن شرط التحكيم.

فقد ينص عقد نقل البضائع على سريان كافة شروط عقد استئجار السفينة ويحتوي هذا العقد على اتفاق التحكيم (شرط التحكيم).[2]

يتحقق شرط التحكيم بالإحالة في الحالة التي يكتفي فيها الأطراف بالإحالة إلى عقد نموذجي يتضمن شرط التحكيم لدي إحدى الهيئات الدولية المختصة، فالفرض هنا أن العقد المبرم بين الأطراف يتمثل في اتفاق التحكيم، بل أنه تضمن هذا الاتفاق عن طريق الإشارة في العقد القائم بين الأطراف لا يشتمل على اتفاق التحكيم، ويعتبر هذا الاتفاق عن طريق الإشارة في العقد القائم بينهم على اعتبار شروط نموذجية معينة كجزء من العقد ومكملا له، بحيث تعتبر الإحالة إليها هي الأساس الذي يتم الاستناد عليه للقول بوجود اتفاق التحكيم بين الأطراف لتطبيق شرط التحكيم الوارد ضمن بنود النموذج المشار إليه بالإحالة الواردة في العقد.

هكذا يفترض في التحكيم بالإحالة استناد العقد الأصلي إلى وثيقة أخرى أو نموذج معد مسبقا يتضمن شرط التحكيم، كأن يحيل العقد إلى عقد نموذجي للبيع أو لتشييد البنايات أو

[1] محمود محمد هاشم، النظرية العامة في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول، اتفاق التحكيم، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2007، ص126.

[2] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 217.

غيرها، شريطة أن تتضمن الإحالة ما يفيد اعتبار الشرط الذي تحتويه تلك الوثيقة أو ذلك النموذج جزء من العقد الأصلي.[1]

ينص قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001على شرط التحكيم بالإحالة في المادة 10فقرة01: "يعد في حكم الاتفاق المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزء من العقد".[2]

ينص القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985 في المادة 07 فقرة 02 على أنه:" تعتبر الاشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم، شريطة أن يكون العقد مكتوبا وأن تكون الاشارة قد وردت فيه بحيث تجعل ذلك الشرط جزءا من العقد".[3]

كذلك عن القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 في الفقرة 03 من المادة 10 منه على أنه:" يعبر اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذه الشروط جزء لا يتجزأ من العقد".[4]

لصحة شرط التحكيم بالإحالة أي العقد الوارد به الإحالة أي العقد الأصلي القائم بين الأطراف مكتوبا، حيث تعتبر الكتابة ركن إثبات لشرط التحكيم بالإحالة عند إنكاره من أحد الأطراف، حيث أن شرط الكتابة تضمنه القانون النموذجي للقانون التجاري الدولي في المادة 07 فقرة02 سالفة الذكر.

يجب أن تكون الإحالة صريحة وواضحة باعتبار أن شرط التحكيم المحال إليه جزءا من العقد المحال إليه، أي أن الشرط جزء لا يتجزأ من العقد المبرم، حيث يمكن عندئذ فقط التأكد من أن نية الأطراف اتجهت بالفعل إلى توسيع نطاقه ليشمل النزاعات التي تنشأ في

---

[1] قبايلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، جامعة مولود معمري، تيزي وزوو، الجزائر، 2012، ص124.

[2] المادة 10 فقرة 01، قانون التحكيم الاردني رقم31 لسنة 2001.

[3] المادة 07 فقرة02 من القانون النموذجي للأمم المتحدة 1985، المرجع السابق.

[4] المادة 10فقرة 03 من قانون التحكيم المصري رقم27 لسنة 1994.

ظل العقد الجديد ويشترط وجود الإحالة حيث استلزمها قانون التحكيم الأردني في المادة 10 فقرة 02 بقوله:" إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزء لا يتجزأ من العقد".[1]

لم يتطرق المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية عن شرط التحكيم بالإحالة بل اكتفى فقط ذكر شرط التحكيم، كما نلاحظ أن أغلب التشريعات الأخرى تسمح باعتبار اتفاق التحكيم موجود وصحيحا، سوآءا كانت الأطراف قد حررت الاتفاق على عقدهم واكتفوا بإدماجه عن طريق الإحالة إلى وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم.

الفرع الثاني: الطبيعة وخصائص اتفاق التحكيم التجاري الدولي

سنحاول في هذا الفرع تحديد الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم التجاري الدولي حيث يستخلص من التعاريف السابقة طبيعة وخصائص لاتفاق التحكيم التجاري الدولي.

أولا: الطبيعة اتفاق التحكيم التجاري الدولي

- الطبيعة العقدية لاتفاق التحكيم التجاري الدولي: يتجه أنصار هذا الاتجاه إلى أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية، حيث يستندون إلى الدور الجوهري الذي تلعبه إرادة الأطراف في التحكيم، إذ أن عملية التحكيم تتمثل في شكل هرم قاعدته الاتفاق وقمته الحكم رغم أن حكم التحكيم هو الهدف من عملية التحكيم برمتها من حيث كونه يسوي النزاع أو يفصل فيه، إلا أنه يبدو حسب أنصار هذا الاتجاه تبعي في هذه العملية لأنه مجرد تحديد لمحتوى العقد بمعرفة غير المتعاقدين.
- الطبيعة القضائية لاتفاق التحكيم التجاري الدولي: لقد ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى اعتبار أن اتفاق التحكيم يتمتع بطبيعة قضائية ذلك لأنه قضاء إجباري ملزم للخصوم متى اتفقوا عليه، وأن المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها لأن عمله عمل قضائي شأنه شأن السلطة القضائية، ويستند أنصار هذا الطرح إلى أن التحكيم هو قضاء استثنائي مستثنى من الأصل العام في التقاضي أمام المحاكم التي نظمها القانون، وكذلك يعتبر

[1] المادة 10 فقرة02، قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001.

حكم المحكم يكتسب حجية الشيء المقضي به، وينفذ تنفيذا جبريا بعد صدور أمر بالاعتراف والتنفيذ شأنه شأن الحكم القضائي الصادر من السلطة القضائية في الدولة، ولكن ما يعاب على هذا الاتجاه أنه من الصعب أن نلحق الأحكام التحكيم بأحكام القضاء جملة واحدة، لأن هناك خلاف بين المحكم والقاضي بحيث هذا الأخير له وظيفة عامة ويتمتع بالدوام والحصانة والاستقرار عكس المحكم.

كذلك يستندون إلا أن حكم التحكيم لا يمكن أن ينفصل على إرادة المحكمين بقرار المحكم، ويرى أنصار هذا الطرح بأن المحكم يستمد سلطته من إرادة الأطراف المترجمة في اتفاق التحكيم.[1]

ثانيا: خصائص اتفاق التحكيم التجاري الدولي

يعتبر اتفاق التحكيم التجاري الدولي عقد من العقود المستحدثة حيث يختلف عن العقود التقليدية كما أنه يتميز بخصائص تميزه عن باقي العقود الأخرى ويتمثل ذلك فيما يلي:

– اتفاق التحكيم التجاري الدولي عقد من العقود الملزمة لجانبين أي ينشئ التزامات في مواجهة الطرفين حيث يقوم على مبدأ سلطان الإرادة بين الأطراف حيث يتم افراغ إرادة الأطراف في قالب معين كما هو الحال في بعض العقود الأخرى.

– اتفاق التحكيم من العقود المشروعة والملزمة للأفراد، وهو عقد غير مخالف للنظام العام يلجأ إليه الأطراف حيث يلعب دور كبير في المعاملات الاقتصادية الدولية.

– اتفاق التحكيم من العقود المسماة وذلك بسبب شيوعه في عقود التجارة الدولية، حيث أن المشرع نظمه بقواعد خاصة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[1] شعران فاطمة، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في الجزائر "دراسة مقارنة"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، العدد الثاني، ديسمبر 2016، ص 13.

– اتفاق التحكيم من العقود المحددة فهو يرتب التزامات مؤكدة على أطراف النزاع كما أنه يجب انتهاء هذا العقد في مدة محددة.

– اتفاق التحكيم عقد شكلي ينعقد اتفاق التحكيم بالكتابة ويكون أما على دعامة ورقية أو الكترونيا، حيث تجسد إرادة الطراف وتعتبر الشكلية ركن لانعقاد اتفاق التحكيم وللإثبات.

– اتفاق التحكيم عقد احتمالي لأنه عقد الذي لا يتحدد فيه وقت لانعقاد العقد ومقدار التزامات كل طرف، حيث يكون مبني على احتمال إمكانية نشوء نزاع بين الطراف. [1]

الفرع الثالث: القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم التجاري الدولي

يعتبر القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم التجاري حيث هو الذي يحدد صحة العقد ويكون ذلك أما بإرادة الأطراف أو بتطبيق قانون محل التحكيم التجاري الدولي وعند عدم اتفاق الأطراف يتمتع المحكم بالسلطة في اختيار القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

أولا: تطبيق قانون إرادة الأطراف

عند انعقاد اتفاق التحكيم يجب أن تتوافق إرادة الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق، حيث يجب عليهم التعبير عليها صراحتا في العقد، لكن أجاز بعض الفقهاء أن تكون ضمنيا.

يعتبر الفقه الفرنسي من يرى أن مبدأ سلطان الإرادة من المبادئ المستقر عليها في القانون الدولي الخاص حيث يمتلك الأطراف الحرية الكاملة في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد لحظة إبرامه.[2]

---

[1] ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1996، ص 209.

[2] صبرينة جبايلي، أثر التحكيم على خصوصية العقد الإداري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم لبواقي، الجزائر، 2016–2017، ص231.

يرى بعض الفقهاء إلى أنه لما كان اتفاق التحكيم له ذاتية واستقلاله على موضوع النزاع فأنه يجب عزله عن كل قانون وتكون إرادة الأطراف هي المصدر الوحيد للالتزامات التي يتضمنها اتفاق التحكيم، وأن كانت هي شريعة المتعاقدين فإنها تحتاج بذاتها إلى قانون يفرض احترامها ويهيئ الوسائل لتنفيذ الأثر الذي اتجهت إلى احداثه، لذلك فالمبدأ السائد في التحكيم التجاري الدولي هو اخضاع اتفاق التحكيم للقانون الذي يختاره المتعاقدون أي قانون إرادة المتعاقدين دون قيود على حرية المتعاقدين في هذا الشأن إلا النظام العام في الدولة، ويمكن للأطراف النص في اتفاق التحكيم على رغبتهم في تطبيق القانون الذي يختارونه على كل من العقد الأصلي واتفاق التحكيم وبالنسبة للإجراءات التحكيم.[1]

ويضع بعض الفقهاء قيد آخر على حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق بقولهم إن الاختيار ينبغي الا يكون التحكيم له ضابط اسناد، وإنما يجب أن يكون هنالك صلة بين القانون الذي وقع عليه الاختيار في اتفاق التحكيم ويكون مثلا قانون أحد أطراف الاتفاق أو القانون الذي يجري العرف الدولي على تعينه، أما الاختيار المطلق لم يلقى قبولا كبيرا.

يري أصحاب هذا الاتجاه أن العقود تخضع لقانون الإرادة، ومن ثم يحق للمتعاقدين اختيار القانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم، مثله في ذلك العلاقة الأصلية التي يكون النزاع القائم قد نشأ عنها، ويمكن للمتعاقدين أن يختارا قانونا آخر غير القانون الذي يحكم هذه العلاقة، فإذا لم يكن هنالك اتفاق على القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، فعلى المحكم أن يلجأ إلى إعمال الضوابط القانونية التي تنص عليها قواعد الاسناد كقانون الدولة التي تم فيها العقد أو قانون مكان التنفيذ.[2]

[1] منار صبرينة، منار فاطمة الزهراء، أحكام اتفاق التحكيم التجاري الدولي، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 03، الجزائر، سبتمبر 2020، ص 267.

[2] العرباوي نبيل صالح، اتفاق التحكيم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بشار، دفاتر السياسة والقانون، العدد الخامس عشر، الجزائر، جوان2016، ص363.

ثانيا: تطبيق قانون مقر التحكيم

في الأصل حسب مبدأ سلطان الإرادة فأنه يمكن للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، يطبق قانون مقر التحكيم في هذه الحالة يطبق قانون مكان مقر التحكيم في غرفة التجارة الدولية في باريس يطبق القانون الفرنسي على اتفاق التحكيم التجاري الدولي. [1]

يعتبر اختيار الأطراف لمقر التحكيم دون تعين القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم التجاري الدولي صراحة يمكن أن يعد تعبيرا ضمنيا على اختيارهم قانون هذا المقر ليكون هو القانون واجب التطبيق قانون الإرادة الضمنية، لذلك نجد بعض الاتفاقيات الدولية تعتد بالمكان الذي صدر فيه حكم المحكمين وليس بمقر التحكيم،[2] حيث تنص المادة 05 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 فقرة 01 على انه:" لا يجوز رفض الاعتراف بالقرار وتنفيذه بناء على طلب المحتج ضده بهذا القرار، الا إذا قدم ذلك الطرف إلى السلطة المختصة".[3]

ثالثا: سلطة المحكم في تحديد القانون واجب التطبيق

أن الأطراف في اتفاق التحكيم قد لا يختارون قانون معين ليحكم إجراءات سير المنازعة، بل يتركون الأمر إلى المحكمين أنفسهم ليحددوا تلك الإجراءات على ضوء ما قد يرونه مناسبا بخصوص النزاع المطروح على تحكيم لذلك يقع على عاتق المحكم الدولي أن يتصدى لهذه المشكلة حيث يتمتع بسلطة تقديرية واسعة بهذا الصدد وهو في ممارسته لهذه السلطة ينبغي عليه احترام التوقعات المشروعة لأطراف وعلى هذا الأساس فإن هذا الأمر يختلف بالنسبة للمحكم عن القاضي الوطني ذلك لأنه مقيد بالنصوص القانونية أي قانون دولته التي يصدر باسمها أحكامه.[4]

---

[1] منار صبرينة، منار فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص267.

[2] شعران فاطمة، المرجع السابق، ص 15.

[3] المادة 05 فقرة 01 من اتفاقية نيويورك 1958، المرجع السابق.

[4] شعران فاطمة، المرجع السابق، ص 16.

نص المشرع الجزائري في المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب واعد القانون والأعراف الملائمة".[1]

يتبين من المادة السابقة أنه في حالة غياب إرادة الأطراف يقوم المحكم باختيار القانون واجب التطبيق الذي يراه ملائما للفصل في النزاع القائم بين الأطراف في اتفاق التحكيم، حيث من أشهر القضايا في التحكيم هي قضية "ARAMCO"، حيث تطرقت هيئة التحكيم إلى قانون واجب التطبيق فتم استبعاد القانون السعودي، واستبعد القانون السويسري مكان إجراء التحكيم نظرا لحصانة الجهاز القضائي للدولة الأجنبية المعترف بها دوليا والمستمد من مبدأ السيادة، فأن قانون جنيف لا يمكن تطبيقه احتراما لسيادة الدولة الطرف، تم اخضاع النزاع للقانون الدولي.[2]

المبحث الثاني: تنظيم اتفاق التحكيم التجاري الدولي

يعتبر اتفاق التحكيم من العقود التي تتم وفقا لشروط حددها القانون، حيث أن المشرع الجزائري تضمن شروط انعقاد اتفاق التحكيم في المادة 1040 من ق.إ.م.إ على أنه: "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية.

يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم بالكتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى وتجيز الاثبات بالكتابة.

تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها أما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون الذي يراه المحكم ملائما.

لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاق التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي".[3]

[1] المادة 1050 من القانون 08-09، السالف الذكر.

[2] منار صبرينة، منار فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 270.

[3] المادة 1040 من القانون 08-09، السالف الذكر.

يتم اتفاق التحكيم وفقا لشروط يحددها القانون التي نص عليها المشرع الجزائري في الباب الأول من القانون المدني الجزائري في المواد من59 إلى 105.

سنتطرق في هذا المبحث إلى مطلبين سوف نتناول الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم التجاري الدولي في **(المطلب الأول)**، الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم التجاري الدولي في **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم التجاري الدولي

اتفاق التحكيم عقد ينشأ التزامات متبادلة بين طرفيه وهو يخضع في تكوينه وشروطه لقواعد العامة للعقود، ولذلك من الضروري توفر هذه الأركان التي نص عليها القانون المدني الجزائري لانعقاد العقود، حيث تضمنها القسم الثاني من الفصل الثاني في الكتاب الثاني حيث نصت عليه المواد من 59 إلى 105 وينقسم بدوره إلى فروع سوف نتطرق عن الرضا في **(الفرع الأول)** والأهلية في **(الفرع الثاني)** والمحل في **(الفرع الثالث)** والسبب في **(الفرع الرابع)**.

الفرع الأول: الرضا

ينص القانون المدني الجزائري في المادة 59 منه على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير على إرادتيهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية"[1].

من هذا النص يتضح أن العقد لا ينعقد إلا بتوفر طرفيه، بحيث يتبادل كل طرف الآخر ... ولا بد أن تكون إرادتيهما متطابقة تمام الانطباق، فإذا قال البائع أبيعك منزلي بكذا ... كان للمشتري أن يساوم بالثمن، فإذا ما تطابق قبوله مع الايجاب البائع على ثمن محدد، يكون التراضي قد وجد وبالتالي انعقد العقد في حالة توفر جميع الأركان الأخرى.[2]

[1] المادة 59 من القانون رقم05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، يتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

[2] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2003، ص 28.

يجب أن يسبق الرضا انعقاد العقد، يكون التعبير عن الإرادة عن طريق الإيجاب والقبول لتحقق ركن الإرادة وهذا التعبير قد يكون من الأصيل وقد يكون من النائب عن أحد الأطراف، وكما هو معروف أن الإرادة تنتج أثارها القانونية، وهي إرادة التي لا يشوبها أي عيب من العيوب، حيث تنقسم الإرادة إلى قسمين:

الإيجاب: هو العرض الصادر من الشخص يعبر به عن وجه جازم عن إرادته في ابرام عقد معين بحيث ما اقترن به القبول مطابق له انعقد العقد، وبمعنى أخر يعرف الإيجاب بأنه تعبير عن الرضا وهو الخطوة الأولى في التعاقد ويشترط أن تتوفر فيه خاصيتان هما:

-أن يكون جازما أي أن ينطوي على إرادة الموجب في ابرام العقد بمجرد اقتران القبول به وهذا ما يميزه على الدعوة للتفاوض لأن إرادة التي تقابل الدعوى للتفاوض لا تعدو أن تكون إيجابا ولا قبولا تكفي لانعقاد العقد بل تحتاج إلى القبول من الداعي للتفاوض وذلك خلافا للإيجاب.

-أن يكون كاملا أي أن تتوفر في الإيجاب كل العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه بحيث ينعقد العقد بمجرد اقترن القبول به.

القبول: هو التعبير الثاني عن الإرادة يصدر ممن وجه إليه الإيجاب، يخبره بقبوله الإيجاب فيتحقق توافق الإرادتين أو هو رد على الإيجاب بالموافقة ويشترط فيه أن يكون مطابقا تماما لما ورد في الإيجاب لأنه إذا اقترن بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه، اعتبر ذلك رفضا يتضمن إيجابا جديدا ويشترط فيه:

-أن يكون حرا أي أن الموجب له يستطيع أن يقبل الإيجاب أو يرفضه أو يدعه يسقط.

-أن يكون مطابقا للإيجاب فإذا كان يختلف عنه ولو في مسألة ثانوية لا يعتبر قبولا ينعقد به العقد.

-أن يصدر القبول في الشكل الذي يطلبه الموجب مثل يطلب صدوره مكتوبا.

-أن يوجه إلى الموجب في الوقت المناسب أي خلال مدة معينة للقبول أن وجدت، أو خلال المدة التي تلزمه عادة وفقا لما تقتضيه طبيعة التعامل أو العرف.[1]

أن اتفاق التحكيم هو عقد رضائي يتم بالإيجاب والقبول حيث تتطابق فيه إرادة الأطراف للتوجه إلى التحكيم لحسم النزاع الذي ينشأ أو الذي ينشأ بينهما، والرضا المتبادل يشمل العقد الأصلي وشرط التحكيم معا.

أما إذا كان اتفاق التحكيم بين الطرفين يتم خارج العقد ففي هذه الحالة يثار إلى اتفاق خاص بالتحكيم ويعد التراضي ركنا أساسيا لقيام أي عقد ويتكون التراضي من إرادتين على الأقل، لذا تلاقت إرادة المتعاقدين بتبادل الإيجاب والقبول فأن التراضي يكون قد تم، ويكون العقد قد انعقد إذا ما توفر الأركان الأخرى فاذا انتفت هذه الإرادة كان العقد باطلا، أما إذا كانت الإرادة صادرة ممن يملكها ولكنها معينة بعيب من عيوب الرضا كالغلط أو التدليس أو الاكراه فإن العقد يكون قابلا للبطلان وفقا لقواعد القانون المدني، ويقصد بالإرادة أن يعي الشخص أمر التعاقد الذي هو مقدم عليه، ولكي يحصل التراضي في اتفاق التحكيم يستلزم أن يتحقق الرضا وينعقد العقد بوجود ارادتين أحدهما إرادة الموجب وتسوى إيجابا والأخرى إرادة القابل وتسمى بالقبول، ويجب على هاتين الارادتين أن تتطابقا حتى ينعقد العقد.

ولقد أقر القضاء الجزائري في إحدى القضايا المطروحة عليه وذهب إلى القول بأحقية طرح النزاع أمام القضاء العادي مادام إحدى بنود العقد المتفق عليه يشير صراحة للتحكيم كطريق أو سبيل لحل النزاع، وهو ما يثبت أن ارادة الأطراف قد عبرت عن التحكيم بشكل صريح عن التعاقد.[2]

الفرع الثاني: الأهلية

الأهلية هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية التي ترتب له الحقوق أو ترتب عليه التزامات أو واجبات.

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 30-34.

[2] بوجلال سمية، التحكيم في المنازعات الدولية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستير في القانون العام، فرع العلاقات الدولية وقانون المنظمات الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الأخوة منتوري، قسنطينة، 2011-2012، ص109.

يتبين من هذا التعريف أن الأهلية نوعان: أهلية الوجوب وهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات فهي ترتبط بالشخصية القانونية وجودا وعدما أي أنها تبدأ بمجرد ولادة الشخص وتضل تلازمه إلى حين وفاته وأهلية الأداء وهي صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية التي تؤدي إلى اكتسابه حقوقه وتحمله للالتزامات على وجه يعتد به القانون.

أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية، وأساسها هو التمييز فإذا كان الشخص فاقد للتميز تكون أهليته معدومة، وإذا كان ناقص التمييز فهو ناقص الأهلية أما إذا كان كامل التمييز والادراك فهو كامل الأهلية.[1]

تنعدم أهلية الأداء في الحالتين التاليتين:

- انعدام الأهلية بسبب صغر السن: يقصد بالصبي غير المميز الطفل الذي لم يبلغ سن التميز، إذن تبدأ مرحلة عدم التمييز لصغر السن بميلاد الطفل وتنتهي ببلوغه سن التميز وهي ثلاثة عشر سنة طبقا للمادة 42 من القانون المدني.

يعتبر الصبي غير المميز عديم الأهلية ومن ثم فإن كل تصرفاته القانونية الباطلة وهذا وفقا للمادة 82 من قانون الأسرة.

- انعدام الأهلية بسبب أحد عارضي الأهلية:

عوارض الأهلية هي أمور تدرك الشخص البالغ حيث تنعدم أهليتهم أو تنقصها، وما يهمنا هنا هما العارضان المانعان للأهلية

الجنون هو آفة تصيب عقل الانسان فتنعدم عند صاحبه الإدراك والتمييز، أما العته فهو اضطراب يعتري العقل دون أن يبلغ درجة الجنون يجعل المريض مختلط الكلام قليل الفهم فاسد التعبير، ويحجر على المعتوه كالمجنون ويتعين له قيم يتولى شؤونه[2]،

[1] عجيري عبد الوهاب، شرط التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، الجزائر 2013-2014، ص 22.

[2] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 48.

حيث نص المشرع الجزائري عن الجنون والعته من حيث أهلية الأداء واعتبر كلا منهما فاقد التمييز طبقا للمادة 101 من قانون الأسرة.

ويمكن أن يكون هذا التصرف هو اتفاق على شرط التحكيم، لذا يتوجب علينا معرفة من هو الشخص القادر على القيام بهذا التصرف القانوني.

لقد افصحت التشريعات القانونية على الطبيعة الشخص حيث يمكن أن يكون شخص طبيعي أو شخص اعتباري، شريطة أن يتمتع بكامل الأهلية التصرف للإفصاح عن أرادته الصحيحة للاتفاق التحكيم، لان هنالك من الحقوق المتنازع عليها من تخرج عن نطاق أهلية تصرف فيها وبالتالي لا يجوز التحكيم فيها، بعد معرفة من هو الشخص المؤهل لإبرام اتفاق التحكيم حيث جاء دور التحكيم في تحليل مميزات أهلية كل شخص:

- أهلية الشخص الطبيعي يكتسبها أي انسان بمجرد ولادته حيث تبدأ شخصيته وبولادته وتزول تلك الشخصية بوفاته، ويصبح للإنسان منذ بداية شخصيته حقوق يتمتع بها وعليه واجبات تلزمه، وكذلك يملك اسما ولقبا وموطنا يبين مقر سكنه ليثبت كيانه الاجتماعي لكن لا يحق له القيام بالتصرفات القانونية مالم يصل مرحلة معينة تجيز له.[1]

لقد حدد المشرع الجزائري في نص المادة 40 من القانون المدني المرحلة التي تمكن للشخص القيام بجميع التصرفات القانونية وهي بلوغ 19 سنة كاملة ويشترط سلامة العقل.

- أهلية الشخص المعنوي هي الشخصيات على غرار الدولة، البلدية، الشركات المدنية والشركات التجارية والجمعيات، الوقف والمؤسسات من الأشخاص المعنوية، وكذلك يضاف إليهم المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وكل مجموعة تملك الشخصية القانونية التي أقرها القانون إياها سوآءا كانت مجموعة أموال أو أشخاص.
- وبمجرد تكوين الشخص المعنوي والاعتراف به يصبح في حدود طبيعته، وفي اطار ما سطر لتحقيقه قادر على تحمل ما عليه من واجبات وتمتع بما له من حقوق، كما أن للشخص المعنوي أهلية مباشرة التصرفات القانونية لحسابه عن طريق ممثله الذي يكون

[1] بوديسة كريم، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية المنازعات عقود التجارة الالكترونية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستر في القانون، قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزوو،2012، ص 51.

شخص طبيعي ومؤهلا قانونا للقيام بذلك، وكذلك يكسب الشخصية المعنوية وذمة مالية خاصة به وموطن يثبت مقره، واسم يميزه، وغيرها من الحقوق التي يمكن أن تتقبلها طبيعته، قد يكون الاتفاق في شرط التحكيم من بين التصرفات التي يباشرها الممثل تمثيلا صحيحا من أجل الشخصية المعنوية بنوعيها العامة وهي الدولة والأجهزة التابعة اليها كالشركات والمؤسسات العامة والهياكل الأخرى ذات الطابع العمومي تعد من الاشخاص الاعتبارية العامة، والخاص هو الذي يستمد من الطابع المدني أو التجاري الذي يمتاز به الاشخاص المعنوية الخاص من الغرض الذي أنشأ من أجلها كالجمعيات والشركات والنقابات ..[1]

الفرع الثالث: المحل

المحل في اتفاق التحكيم هو أن يخضع الأطراف كل أو بعض المنازعات الناشئة، أو التي قد تنشأ بينهم في موضوع النزاع يتعلق برابطة من روابط القانون التعاقدية أو غير تعاقدية يجوز تسويتها عن طريق التحكيم ، إذن فالمحل التحكيم هو النزاع التعارض بين مصلحتين قانونيتين أو أكثر بسبب اختلاف في حماية وجهات النظر القانونية حول وقائع النزاع أو القواعد القانونية واجبة التطبيق بين شخصين أو أكثر وللمحل بصورة عامة في كل العقود شروط حيث للانعقاد اتفاق التحكيم يجب أن تكون المنازعة المراد عرضها على التحكيم موجودة أو يمكن وجودها، وأن يكون معلوما ومقدورا أن يكون مما يجوز التعامل فيه.[2]

المحل يجب أن ينصب عليه ويقصد بمحل الالتزام الشيء الذي يلتزم المدين القيام به، وفي اتفاق التحكيم يلتزم كل الأطراف باللجوء للتحكيم أو الاستمرار فيه دون قضاء الدولة، ويمثل الالتزام الأطراف باللجوء للتحكيم و الاستمرار فيه دون القضاء الدولة موضوع اتفاق التحكيم، وهذا الموضوع هو يختلف عن المحل التحكيم نفسه، اذ يتعين أن ينصرف التزام الأطراف في اتفاق التحكيم إلى التحكيم في منازعة يجوز فيها الصلح ، تتضمن كتب الفقه بأن التعبير على المحل اتفاق التحكيم المنازعة التي يراد حسمها عن طريق التحكيم أو التي

[1] عجيري عبد الوهاب، المرجع السابق، ص40.

[2] أحمد أبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، المرجع السابق، ص 382-384.

يطرحها اتفاق التحكيم على هيئة التحكيم وهو ما يتعلق بما يجيزه المشرع لأفراد في اتفاق التحكيم، وقد ميز بعض الفقه بين هذا المحل ومحل العقد الذي يتعلق به اتفاق التحكيم معتبرا محل شرط التحكيم هو الفصل في منازعة يمكن أن تنشأ بشأن العقد، أما محل العقد فهو أمر مختلف حسب نوع العقد.

ويقصد بمحل التحكيم الموضوعات التي يجوز بشأنها التحكيم (القابلية الموضوعية والشخصية للقانون) فالثابت أن للتحكيم حدودا لا يتجاوزها، فمحل التحكيم هو موضوع المنازعات أو المنازعة التي يطرحها اتفاق التحكيم على هيئة التحكيم، ويتعين أن يكون هذا الموضوع طبقا لاتفاق التحكيم من المسائل التي يجوز تسويتها عن طريق التحكيم حيث يجب توفر ركنين هما:

- أن القانون ذلك البلد يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم.
- أن الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه لا يخالف النظام العام في ذلك البلد.

ينقسم التحكيم من حيث المحل إلى التحكيم داخلي وتحكيم أجنبي أو دولي، من خلال الواقع العملي، وما استقر عليه القضاء التحكيم لا نجد هنالك صعوبة في تحديد معايير التحكيم فهنالك الذي يعتبر أنه وطني أو داخلي وذلك إذا كانت جميع العناصر التحكيم تنتمي لدولة واحدة(طبيعة المنازعة، الإجراءات، القانون واجب التطبيق) لكن تكمن الصعوبة في تحديد معايير لدولية التحكيم أو التفرقة بين التحكيم الوطني أو الأجنبي، حيث آثار خلاف في الفقه قانون التحكيم في تحديد ضابط الدولية، ومن حيث القانون واجب التطبيق على إجراءات النزاع(قانون وطني أو أجنبي أو نصوص اتفاقية دولية) أو من حيث المكان صدور حكم التحكيم أو من حيث طبيعة النزاع أو العبرة بجنسية المحكم وجنسية المحكم وجنسية الخصوم أو العبرة بمكان المحكمة المختصة بالنظر في النزاع. [1]

الواقع أن المنازعة موضوع اتفاق التحكيم هي المحل الذي ينصب عليه اتفاق التحكيم، وأن موضوع اتفاق التحكيم هو التزام الأطراف باتفاق التحكيم، إذ يتعين أن يتعلق اتفاق التحكيم من حيث محله بنزاع يجوز فيه الصلح ولا يتعارض مع النظام العام، وهو ما يتعلق

[1] أحمد مخلوف، أتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات عقود التجارة الدولية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص243.

بمحل التحكيم، فيكفي لوجود محل اتفاق التحكيم وقيام اتفاق الأطراف باللجوء إلى التحكيم أو استمرار فيه دون قضاء الدولة ، ويعتبر موضوع اتفاق التحكيم عن محل اتفاق بالنسبة لشروط التحكيم الموجودة في العقود والتي لا تحدد المنازعة محل اتفاق التحكيم بشكل تفصيلي، إذ يكفي الاتفاق على شرط التحكيم من حيث المبدأ دون دخول في التفاصيل، وفي هذه الحالة يعتبر موضوع اتفاق التحكيم المتمثل في التزام الأطراف باللجوء للتحكيم التجاري الدولي دون قضاء الدولة، ولذلك يتطلب توفر محل اتفاق التحكيم والذي يترتب عليه وجود اتفاق التحكيم.[1]

وقد قضت غرفة التجارة الدولية بباريس في نزاع بين شركة فرنسية وشركة مصرية، بشأن اتفاق شركة مصرية بتنفيذ مشروع يتعلق بتصنيع الاسمنت في مصر بشرط قيام الشركة الفرنسية ببعض الإجراءات خلال مدة معينة، وقد انقضت المدة دون القيام بتلك الإجراءات، بانفساخ اتفاق التحكيم من تلقاء نفسه لاستحالة تنفيذه عملا.[2]

وتجري أحكام القضاء ويسلم الفقه على أنه يكفي اتفاق التحكيم في شرط التحكيم من حيث المبدأ دون دخول في التفصيلات وهو ما يكفي لتوفر أركان اتفاق التحكيم التجاري الدولي.

مجمل القول إن محل اتفاق التحكيم يتعين أن يكون موجودا، أو ممكنا وألا يكون مستحيلا من الناحية العملية، وفقا لما نصت عليه المادة 171 من القانون المصري، والمادة 8 فقرة 01 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن الأمم المتحدة عام 1985.على أنه: "على المحكمة التي يرفع أمامها دعوى إلى مسألة أبرم بشأنها اتفاق التحكيم أن تاريخ تقديم بيانته الأول بموضوع النزاع، مالم يتضح لها أن الاتفاق باطل ولاغ وعديم الأثر ولا يمكن تنفيذه".[3]

[1] بوديسة كريم، المرجع السابق، ص53.

[2] أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم، مفهومه أركانه شروطه نطاقه، دار النهضة العربية، القاهرة،2011، ص 382.

[3] المادة 08 فقرة 01 من القانون النموذجي اليونيسترال، المرجع السابق.

الفرع الرابع: سبب

لقد اختلف فقهاء القانون المدني منذ القدم في تحديد مفهوم لسبب الالتزام، وقد نصت المادة 1131 من القانون المدني الفرنسي على أنه:" الالتزام لا ينتج أي أثر إذا لم يكن مبينا على سبب أو كان مبنيا على سبب غير صحيح أو على سبب غير مشروع، يكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة".[1]

يعتبر بعض الفقهاء أن الالتزام لا يوجد إلا إذا كان له سبب محقق ومشروع، فجعل السبب شرطا لانعقاد اتفاق التحكيم، وعلى هذا الأساس ذهب أنصار هذه النظرية التقليدية إلى أن السبب الالتزام قد يكون أنشائي وقصدي، ويقصد بالسبب لإنشاء مصدر الالتزام وهذا المصدر يمثل في العقد والعمل غير مشروع والاثراء بلا سبب، ويقصد بالسبب الدافع والباعث للتعاقد.[2]

ينبغي التفرقة بين السبب الغير المشروع والمحل غير الممكن، فالأول يقضي البحث عن إجابة السؤال بعنوان لماذا لجأ أطراف العقد إلى التحكيم، وأما الثاني فيتعلق بتحديد موضوع المراد تسويته عن طريق التحكيم، هل هو ممكن أم لا.

لا يخفى على أحد أن سبب لجوء الأطراف إلى التحكيم هو الاستفادة من المزايا التي يوفرها التحكيم والتي تتمثل في السرعة والتحرر من الإجراءات الشكلية المعقدة التي يفرضها النظام القضائي، ومنه نستنتج أنه لطالما كان سبب اللجوء إلى التحكيم معلوما لدى عامة الناس، بالتالي لا يلزم ذكر السبب صراحة كبند في اتفاق التحكيم التجاري الدولي.[3]

ووفقا لهذه النظرية يتعين ذكر سبب رغبة الأطراف إلى اللجوء إلى التحكيم أو الاستمرار فيه دون قضاء الدولة والا كان الاتفاق غير موجود، وهو أمر يخالف المألوف في اتفاق

---

[1] يسن محمد حماد لمين، الشروط الشكلية والموضوعية لعقد التحكيم دراسة مقارنة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستر في القانون الخاص، السودان، 2017، ص146.

[2] أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، المرجع السابق، ص 214.

[3] محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي دراسة في القانون التجارة الدولية، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة النشر، ص46.

التحكيم، إذ يكفي من حيث المبدأ اتفاق الأطراف على اللجوء للتحكيم أو الاستمرار فيه دون قضاء الدولة.[1]

ظهرت النظرية الحديثة في السبب باعتبار الدافع إلى الخلط بين المحل والسبب وهو ما يقتضي استبعاد النظرية التقليدية باعتبار الإرادة ظاهرة المجردة من عيوب الإرادة كما تتجرد من السبب الذي حرك هذه الإرادة الظاهرة، كما تتجرد من السبب الذي حرك هذه الإرادة، ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فاذا قام الدليل على صورية السبب فعلى ما يدعى أن الالتزام سبب آخر مشروع يثبت ما يدعيه أصحاب هذه النظرية.[2]

السبب في اتفاق التحكيم هو الباعث والدافع إلى التعاقد عندما يخلو العقد من ذكر سبب الالتزام تقوم قرينة قانونية على أن الالتزام سببا، وأن هذا السبب مشروع مالم يقم دليل على غير ذلك بحيث لا يمكن تصور عدم مشروعيته إلا إذا أثبت أن القصد من التحكيم هو التهرب من أحكام القانون الذي سيطبق لو طرح النزاع على القضاء، نظرا لما يتضمن هذا القانون من قيود والتزامات يراد التحلل منها، وهو ما يمثل حالة من حالات الغش نحو القانون فيكون التحكيم وسيلة غير مشروعة يراد بها الاستفادة من حرية الأطراف وحرية المحكم والقانون واجب التطبيق وخصوصية السبب هنا تكمن في أن لا يكون غش نحو القانون.[3]

غير أن شروط السبب لا ينحصر فقط في وجود المشروعية، بل يضيف لها البعض (الفقه والتشريع) وجوب توفر شرط ثالث في صحة السبب.

ومن بين التشريعات التي أضافت هذا الشرط إلى السبب هو التشريع الفرنسي، الذي اشترط توفر الشروط ثلاثة في السبب حتى ينتج الالتزام وأثاره.

يعتبر السبب اتفاقية التحكيم أنه: محاولة إيجاد حل لكل نزاع يثور بين طرفي العقد والاتفاق على عرضه أمام هيئة التحكيم، وتفويض أمر للمحكمين واستبعاد طرحه على القضاء

[1] أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، المرجع السابق، ص215.

[2] عجيري عبد الوهاب، المرجع السابق، ص53.

[3] أحمد عبد الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1988، ص69.

العادي"، وبعبارة أخرى يعتبر الغاية التي يسعى إلى تحقيقها الالتزام بتحقيق نتيجة، أي الهدف الذي يسعى إلى تحقيقه.

فكذلك من يعتبر السبب ركنا في العقد وهنالك من يعتبره ركنا في الالتزام، الا أن المشرع الجزائري يعتبره كشرط لانعقاده، وذلك وفقا للمادة 97 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه:" إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب العامة والا كان العقد باطلا".[1]

يستنتج من خلال هذه المادة أنه إذا كان السبب غير مشروع أو مخالف للنظام العام والآداب العامة يعد العقد باطلا ولا ينتج عنه أثاره.

كما أنه يجب أن يتوفر في ركن السبب ثلاث شروط وهي:

- أن يكون مجودا، بحيث أن كل التزام لا يكون له سبب يعتبر التزاما غير قائم.
- أن يكون صحيحا: فيكون السبب غير صحيح إذا كان صوريا.
- مشروعية السبب: أي أن يكون السبب غير مخالف من طرف القانون، والا يكون مخالف للنظام العام.[2]

المطلب الثاني: الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم التجاري الدولي

اتفاق التحكيم عقد من العقود الرسمية التي تتم وفقا لإرادة الأطراف حيث يتطلب لانعقاد هذا العقد افراغ إرادة الأطراف سوآءا في دعامة ورقية أو الكترونية، ويكون ذلك وفقا لشكلية معينة حددتها أغلبية الاتفاقيات الدولية المنظمة لاتفاق التحكيم التجاري الدولي وكذلك بعض التشريعات الوطنية، وفقا لبيانات الزامية يشترط وجودها في العقد (اتفاق التحكيم).
سنتطرق في هذا المطلب على الكتابة كشرط لانعقاد اتفاق التحكيم **(الفرع الأول)**، والبيانات اللازمة في اتفاق التحكيم **(الفرع الثاني)**.

[1] المادة 97 من الأمر 05-10، سالف الذكر.

[2] بكلي نور الدين، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستير في القانون، القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 1995-1996، ص22.

الفرع الأول: الكتابة كركن لانعقاد اتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم كغيره من العقود يتطلب ركن الكتابة لانعقاده يجب أن يكون مكتوبا.

لم تنصت على الكتابة أغلبية الوثائق الدولية في ظل بروتوكول واتفاقية جنيف لعامي 1923 و1927 عن تنظيم الشكلية في اتفاق التحكيم، وترك أمرها إلى التشريعات الداخلية على أن تقوم كل دولة بتحديد الضمانات التي تقضيها للتأكد من وجود اتفاق التحكيم، لكن الواقع العملي آثار نوع من التناقض نتيجة اختلاف مواقف الدول، الأمر الذي أدى إلى عدم استقرار في المعاملات الدولية اللاحقة لتدارك هذا الامر.[1]

نصت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 في المادة 02 في الفقرة 01 على أنه:" تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يتعهد فيه الطرفان بأن يحيلوا إلى التحكيم جميع الخلافات أو أية خلافات نشأت أو قد تنشأ بينهما بالنسبة لعلاقة قانونية محددة، تعاقدية أو غير تعاقدية، تتصل بموضوع يمكن تسويته عن طريق التحكيم".

وجاء في الفقرة 02 من نفس المادة على أنه: "اتفاق مكتوب أي شرط التحكيم يرد في العقد أو في أي اتفاق تحكيم موقع عليه من الطرفين أو وارد في رسائل أو برقيات متبادلة".

اعتبرت اتفاقية نيويورك الكتابة شرط اجباري لانعقاد اتفاق التحكيم حيث يعتبر كركن للانعقاد وليس للأثبات.[2]

نص القانون النموذجي اليونيسترال 1985 المعدل لسنة 2006 في المادة 08 فقرة 02 على أنه: " يتعين أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا".[3]

كما نصت الفقرة 03 من نفس المادة على أنه:" يكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا كان محتواه مدونا في أي شكل سوآءا كان أم لم يكن اتفاق التحكيم أو العقد قد ابرم شفويا أو بالتصرف أو بأية وسيلة".[4]

نصت الفقرة 04 من المادة السابقة أنه:" يستوفي اشترط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا بواسطة خطاب الكتروني إذا كانت المعلومات الواردة فيه متاحة بحيث يمكن الرجوع اليها لاحقا، ويقصد بالتعبير الخطاب الالكتروني أي خطاب يوجهه الأطراف بواسطة رسالة بيانات،

---

[1] بكلي نور الدين، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في الأنظمة القانونية العربية، المرجع السابق، ص72.

[2] المادة 02 بفقرتيها 01-02، اتفاقية نيويورك، المرجع السابق.

[3] المادة 08 فقرة02 من القانون النموذجي اليونيسترال، المرجع السابق.

[4] المادة 08 فقرة03 من القانون النموذجي اليونيسترال، المرجع السابق.

ويقصد بتعبير رسالة البيانات المعلومات المنشأة أو المرسلة أو الملقاة أو المخزنة بوسائل الكترونية أو مغناطيسية أو بصرية أو بوسائل مشابهة تشمل على سبيل المثال التبادل الالكتروني للبيانات والبريد الالكتروني والبرق والتلكس ونسخ البرقيات".[1]

نصت الفقرة 05 من المادة نفسها أنه:" علاوة على ذلك يكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا كان وارد في التبادل لبيانات الادعاء ودفاع يزعم فيهما أحد الطرفين وجود اتفاق التحكيم ولا ينكره الطرف الأخر.

تشكل الإشارة في العقد أي مستند يتضمن بند يشير إلى اتفاق التحكيم مكتوبا شريطة أن تكون الإشارة على نحو يجعل ذلك البند جزء من العقد".[2]

يتبين من الفقرات السابقة أن القانون النموذجي اليونيسترال خصص فصل كامل لشرط الكتابة لانعقاد اتفاق التحكيم حيث أنه منح للأطراف الحرية في اختيار شكل الكتابة، حيث يمكن أن يكون على دعامة ورقية أو خطاب الكتروني أو مغناطيسية أو بصرية أو بأي وسيلة. تعتبر الكتابة كل ما من شأنه أن يكشف على أن ارادة الطرفين قد اتجهت إلى التحكيم، سوآءا في مراسلات أو برقيات أو خطابات، سوآءا كان بالبريد العادي أو بوسائل الاتصال الحديثة الانترنت أو الفاكس، يمكن أن يبرم اتفاق التحكيم كتابة إما بعقد رسمي أو عرفي، وإما بمحضر يحرر أمام الهيئة التحكيمية.

نص المشرع الفرنسي في المادة 1443 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على شرط الكتابة، واشترط المشرع الفرنسي حسب المادة وجود الكتابة في اتفاق التحكيم ويرجع ذلك للأهمية التي يتميز بها اتفاق التحكيم بإعطاء هذا الأخير أولوية خاصة في قواعد الاختصاص وتطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة بين الأطراف في العقد.

يستلزم المشرع الجزائري الكتابة كشرط لوجود شرط التحكيم والا كان باطلا، ذهب المشرع الجزائري إلى القول إنه من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأي وسيلة أتصال أخرى تجيز الاثبات بالكتابة. أما بالنسبة لاتفاق التحكيم (مشارطة

---

[1] المادة 08 فقرة 04 من القانون النموذجي اليونيسترال، المرجع السابق.

[2] المادة 08 فقرة05 من القانون النموذجي اليونيسترال، المرجع السابق.

المادة 1443 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي رقم 48/2011، متاح على الموقع www.legifrance.gov.fr اطلع عليه يوم 22 ماي 2023 على الساعة 22:47.

"La clause compromissoire droit a peine de nullite étre stipule par écrit dans la conventions principal ou dans un document auquel Celle-ci se refere"

التحكيم) فالكتابة شرط لإثباتها وليس لوجودها وذلك يستنتج من نص المادة 1012 فقرة 01 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:" يحصل اتفاق على التحكيم كتابيا، يجب أن يتضمن اتفاق تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعينهم، إذا رفض المحكم القيام بالمهمة المسندة إليه، يستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة."[1]

اشترط المشرع الجزائري الكتابة شرطا شكليا لانعقادها، ولم يستوجب المشرع في الكتابة أن تكون رسمية بل يكفي أن تكون عرفية موقعة من الطرفين، أو إذا تضمن الاتفاق على التحكيم كشبكة الانترنت والتي تعد بمثابة سجل الاتفاق، وتنص المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية.

يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الاثبات بالكتابة.

تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفاق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما." [2]

اعتبر المشرع الجزائري من الكتابة كشرط لانعقاد اتفاق التحكيم التجاري الدولي فعدم وجودها يؤدي إلى عدم وجود اتفاق التحكيم، حيث يقصد بأي وسيلة أخرى تجيز الاثبات بالكتابة لكل ما من شأنه أن يكشف عن إرادة الطرفين المتجهة للتحكيم، واشترط المشرع الجزائري تقديمه من أصل القرار وركن لإثبات وجود اتفاق التحكيم، في نص المادة 1052 من ق.إ.م.إ على أنه:" يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما يستوفي شروط صحتها."[3]

تطلب قانون التحكيم المصري والمقارن لصحة اتفاق التحكيم أن يتضمن مجموعة من الشروط الشكلية، والتي تتمثل في أن يكون صادرا ممن له أهلية التصرف في الحق محل اتفاق التحكيم.[4]

---

[1] المادة 1012 من القانون 08-09، السالف الذكر.

[2] المادة 1040 من القانون 08-09، السالف الذكر.

[3] المادة 1052 من القانون 08-09، السالف الذكر.

[4] أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوق المتعلقة به، المرجع السابق، 392-393.

يشترط لصحة اتفاق التحكيم أن يكون اتفاق التحكيم بين الأطراف مكتوبا، ويقصد بالكتابة في اتفاق التحكيم أن يرد هذا الاتفاق في محرر مكتوب حيث تعتبر الكتابة شرط لصحة اتفاق التحكيم ولم يشترط المشرع شكلية محددة لكتابة اتفاق التحكيم، فيجوز أن يكون اتفاق التحكيم في أي شكل أو صورة، العبرة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا والا كان اتفاق باطلا.

حيث نصت المادة 12 من قانون التحكيم المصري على أنه:" يجب أن يكون مكتوبا والا كان باطلا ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة".[1]

الفرع الثاني: البيانات الإلزامية لاتفاق التحكيم التجاري الدولي

اشترط المشرع الجزائري الكتابة في اتفاق التحكيم حيث تعتبر كركن للانعقاد العقد حيث يتطلب وجود بيانات الإلزامية التي وجب توفرها في اتفاق التحكيم التجاري الدولي.

أولا: تعين المحكمين النزاع

نص المشرع الجزائري على عدد من البيانات التي يجب أن يتم تضمنها في اتفاق التحكيم، وعدم الالتزام بذكر هذه البيانات يترتب عليه بطلان هذا العقد حيث خصصت البيانات حسب صور شرط التحكيم سوآءا شرط أو مشارطة التحكيم.

للوصول إلى الحل النزاع التحكيم في حالة انقسام الآراء فقد استلزم قانون التحكيم عدد المحكمين وترا إذا تعددوا، وأن المشرع قد ترك للأطراف النزاع تحديد عدد المحكمين بواحد أو أكثر، الا أنه قيد ارادتهم في حالة الاتفاق على زيادة عدد المحكمين عن واحد يجب أن يكون العدد فرديا والا كان باطلا، واذا لم يتفق اطراف النزاع في تحديد النزاع في تحديد عدد المحكمين كان ثلاثة حيث نصت المادة 1017من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:" تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدد من المحكمين بعدد فردي" فمن خلال هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري لم يحدد عدد محدد لهيئة التحكيم، وانما اشترط بأن يكون عدد فردي، يكون ذلك وفقا لإرادة الأطراف حيث يمكن للأطراف تعين محكم من كل طرف ويتم بعدها اختيار المحكم الثالث من طرف المحكمين المعينين.[2]

[1] المادة 12 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

[2] المادة 1017 من القانون 08-09، السالف الذكر.

بالنسبة لشرط التحكيم يتم تعين هيئة التحكيم حسب الفقرة 02 من المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:" يجب أن يتضمن شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان تعين محكم أو المحكمين، أو تحديد كيفية تعينهم".

أما بالنسبة للمشارطة التحكيم حيث يجب تسمية المحكمين كما يجب تعينهم بشكل مفصل وواضح في العقد، والاستثناء ما تضمنت الفقرة 02 من المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "إذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه يستبدل بغيره بأمر من رئيس المحكمة المختصة".[1]

ثانيا: تحديد موضوع النزاع

من الطبيعي أن اتفاق التحكيم يتضمن اللجوء إلى التحكيم حيث يجب أن يتضمن حل للنزاع وأن يكون ذلك النزاع بصدد علاقة قانونية محددة سوآءا كانت علاقة تعاقدية أو غير تعاقدية، إذا كان من الشائع أن يرد اتفاق التحكيم بصدد علاقة تعاقدية الا أنه لا يوجد ما يمنع أن يرد اتفاق التحكيم بصدد علاقة غير تعاقدية مثل التعويض عن العمل غير مشروع أو الاثراء بلا سبب أو التصادم البحري أو مسؤولية عن حوادث النقل البحري والجوي، وما الا ذلك من مجالات الحديثة التي يلعب فيها التحكيم دورا مهما.[2]

يجب أن يحدد اتفاق التحكيم موضوع النزاع المراد عرضه على التحكيم بشكل واضح، الا أن مثل هذا التحديد يمكن تصوره بالنسبة لمشارطة التحكيم على اعتبار أن النزاع قد يثار بين الأطراف، ويمكن تحديده حسب ما أكدته المادة 02/1012 من ق.إ.م.إ، أما بالنسبة لشرط التحكيم فأنه لم يحدد فيه موضوع النزاع المحتمل نشوؤه من قبل أطراف العقد "اتفاق التحكيم".

[1] المادة 1012 من القانون 08-09، السالف الذكر.

[2] شعران فاطمة، المرجع السابق، ص19.

خلاصة الفصل:

يمكن القول في نهاية هذا الفصل بأن اتفاق التحكيم التجاري الدولي تناولته أغلب التشريعات الوطنية وكذا الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، كما عرفه العديد من فقهاء القانون، يمكن أن يكون في صورة شرط تحكيم أو مشارطة تحكيم أو شرط التحكيم بالإحالة، كما أنه يتمتع بطبيعة وخصائص، أما بالنسبة للقانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم فيطبق القانون الذي يتفق عليه الأطراف وفي غياب ذلك يطبق قانون مقر التحكيم أو القانون الذي يراه المحكم وملائما.

يتطلب لانعقاد اتفاق التحكيم توفر الأركان الموضوعية التي تتمثل في الرضا والأهلية والمحل والسبب، والأركان الشكلية فإنها تتمثل في الكتابة والبيانات اللازمة والمتمثلة في تعين المحكمين إما تكون التعين بالأسماء أو التعيين بالصفات، وأخيرا تعين هيئة التحكيم المؤسساتي أو النظامي، وكذلك يجب تحديد موضوع النزاع سوآءا القائم أو النزاع المحتمل نشوؤه بين الأطراف في اتفاق التحكيم.

الفصل الثاني: آثار اتفاق التحكيم التجاري الدولي

لقد اتجهت أغلب التشريعات لدعم نظام التحكيم وتطويره نظرا لما يحتويه من سرعة وفعالية بالإضافة إلى رضائية الأطراف مما يمنحهم الحرية في الاتفاق على كل الجوانب، ويسهل عليهم الفصل في النزاع ويتم ذلك عن طريق إبرام اتفاق التحكيم، يعرف اتفاق التحكيم بأنه عقد يتم بمقتضاه تعهد الأطراف بأن يعهدوا إلى المحكم أو هيئة التحكيم أو مؤسسة التحكيم للفصل في النزاع القائم بينهم، ويمكن أن يكون اتفاق التحكيم على شكل شرط تحكيم أو مشارطة أو شرط التحكيم بالاحالة، باعتبار اتفاق التحكيم عقد فإنه يخضع للقواعد العامة للعقود ولقيام هذا العقد يجب توفر أركان الموضوعية كالرضا بين الأطراف والأهلية والمحل والسبب، وكذلك يجب توفر الأركان الشكلية المتمثلة في الكتابة والبيانات الإلزامية.

عند قيام اتفاق التحكيم يترتب على هذا العقد آثار وهذا ما سنتطرق عليه في هذا الفصل وتتمثل في: الآثار موضوعية لاتفاق التحكيم التجاري الدولي في **(المبحث الأول)**، والآثار الإجرائية لاتفاق التحكيم التجاري الدولي في **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول: الآثار الموضوعية لاتفاق التحكيم التجاري الدولي

يعتبر الطابع العقدي لاتفاق التحكيم يرتب على أطرافه مجموعة من الالتزامات المتبادلة، ووجب على أساس ذلك أن يتوفر في اتفاق التحكيم الشروط الموضوعية والشكلية حتى ينعقد العقد والمتمثل في اتفاق التحكيم.

عند انعقاد اتفاق التحكيم يرتب آثر موضوعي حيث سنتطرق فيه عن القوة الملزمة لاتفاق التحكيم في **(المطلب الأول)**، وعن استقلالية اتفاق التحكيم في **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: القوة الملزمة لاتفاق التحكيم

من خلال هذا المطلب سنتطرق على موقف المشرع الجزائري من القوة الملزمة لاتفاق التحكيم في **(الفرع الأول)**، وموقف بعض التشريعات عن القوة الملزمة لاتفاق التحكيم في **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: موفق المشرع الجزائري من القوة الملزمة لاتفاق التحكيم

إذا نشأت اتفاقية التحكيم صحيحة، فإنها ترتب التزامات على المتعاقدين، وجب على طرفي النزاع الوفاء بها، وتقوم القوة الملزمة لاتفاقية التحكيم مثلها مثل أي عقد آخر على أساس أخلاقي واقتصادي واجتماعي، بالإضافة إلى العهد الذي قطعه المرء على نفسه الذي وجب احترامه، فهناك مبدأ استقلال المعاملات وحتى يطمئن الناس وتعم الثقة في المجتمع.[1]

فالتحكيم كغيره من العقود، إذا نشأ صحيحا، فإنه يصبح قانونا خاصا للمتعاقدين وهو ما يعبر عنه بشريعة المتعاقدين في نص المادة 106 من قانون المدني الجزائري، والتي لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق أطراف اتفاق التحكيم، أو لوجود أسباب يقررها القانون، واتفاق الطرفين بفسخ اتفاق التحكيم وهو ما يعرف بالتقابل، حيث يبرم المتعاقدان عقدا جديدا يقضي بإلغاء العقد الأول، كما قد يتفقان على تعديل العقد بنفس الطريقة وتسمى هذه الطريقة في قانون الصفقات العمومية بالملحق، وهو وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ويبرم في جميع الحالات لا يمكن للملحق، من أن يعدل موضوع الصفقة جوهريا، أو تعديل العقد كاتفاق الطرفين أو

[1] شبارة حمزة، اتفاقيات التحكيم الداخلي كطريق بديل لحل النزاع، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون، العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2013-2014، ص 61.

بطلب من أحدهما وقبول من طرف الآخر كعقود الايجار المتجدد إذا لم يرغب المؤجر في تجديد الايجار فينهي العلاقة العقدية.[1]

كما أن هنالك حالات مذكورة في القانون والتي قد يسمح فيها لأحد المتعاقدين إما بنقض أو تعديل اتفاقيات التحكيم، وذلك حتى بدون رضى المتعاقد معه، وترجع الأسباب لهذه الحالات الاستثنائية عموما لمسائل الثلاثة، إذا استثنينا حالة اتفاق المتعاقدين وهذه الحالات هي تحريم الالتزام مدى الحياة، وحالة انعدام الثقة وحالة تهديد مصالح المتعاقد، فإذا ما أبرم مثل هذا الشرط التحكمي فإنه يجوز لأحد المتعاقدين من أن يطلب من القضاء بنقض أو تعديل ذلك الشرط التحكمي.

وأما مثال تهديد المصالح فقد يحدث أن يتفق طرفي التحكيم على هيئة تحدد وتبين فيما بعد أن أعتاب ومصاريف تلك الهيئة باهظة الثمن وقد تحدث لأحد المتعاقدين خسارة فادحة وإنقاص كبير في ذمته المالية، مما يجعله يملك حق اللجوء إلى القضاء من أجل طلب تعديل اتفاقيات التحكيم في الجزئية المنصوص عليها في تلك الهيئة أو نقض الاتفاق على هذا الحكم كليا.

ومثال آخر في عقود التأمين والتي تحدث عندما تتضمن اتفاق التحكيم فإن نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه:" إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك."[2]

وتطبيق اتفاقية التحكيم تسري عليها كذلك القواعد العامة فيما يتعلق بتنفيذ العقد وفقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، ومشتملات العقد كما هو معروف ليس فقط ما ورد في اتفاقية التحكيم، ومن شروط وقواعد الالتزامات حظر وما إلى ذلك وما نص عليه في اتفاقية التحكيم، ولكن المشتملات تشمل كذلك ما توضحه المادة 107 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري على

[1] شبارة حمزة، المرجع السابق، ص61

[2] المادة 110 من الامر 05-10، السالف الذكر.

أنه:" ولا يقتصر العقد عن إلزام المتعاقد بما ورد فيه بحسب، بل يتناول أيضا ما هو ملزم وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام."[1]

كما أن من مستلزمات العقد نجد ما نصت عليه المادة 01 من القانون المدني الجزائري من أن القانون يسري على جميع المسائل التي تناولتها نصوصه في لفظها أو في فحواها...، وفي حالة غياب نص قانوني تطبق قواعد الشريعة الإسلامية، وقواعد العرف، وقواعد العدالة والقانون الطبيعي.

فمن مستلزمات العقد ما نص عليه العرف المحلي أو الوطني أو الدولي على حسب الحالات المتبعة في المعاملات، والعقود التجارية والبحرية وعقود التأمين ومشارطة إيجار السفينة... ، وفي بعض الحالات يفترض أنه في حالة سكوت المتعاقدين عن بعض المسائل ما يعتد اتفاقهما على تطبيق قواعد العرف، بشرط أن تكون الحالات التي يسكت فيها مبرم اتفاق التحكيم غير مخالف للقانون خاصة القواعد الآمرة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما أن يستلزم لتنفيذ العقد نجد أن قواعد العدالة والإنصاف وفقا للضمير والمنطق وطبيعة الأشياء وحسن نية في تنفيذ العقود، ولحسن النية مظهران هما الالتزام بالنزاهة وهي أن يمتنع المتعاقد على كل غش أو تدليس يجعل تنفيذ الالتزام عسير أو مستحيل ، وأن يتصرف تصرف الرجل العادي، وكذلك الالتزام بالتعاون وهو الاطلاع المتعاقد على كل الأحداث التي تهم العقد وحسن نية لكل أطراف العقد.

وإلى جانب كل ما سبق ذكره تجدر الإشارة إلى أن اتفاقية التحكيم لها آثار على العديد من الأشخاص وهو ما يسمى بمبدأ نسبية العقد، فاتفاقية التحكيم باعتبارها تصرف قانوني بالنسبة للمتعاقدين والخلف العام والخلف الخاص في حدود معينة وأما بالنسبة للغير فهي واقعة مادية يحتج بها.

واتفاقية التحكيم إذا نشأت بصورة صحيحة كانت نافذة وترتب آثارها وفقا لما هو مبين في القواعد العامة في المادة 108و113 من القانون المدني مع مراعات القواعد الخاصة بها.[2]

[1] المادة 107 فقرة 02 من الامر 05-10، السالف الذكر.

[2] شبارة حمزة، المرجع السابق، ص63.

والمقصود بنسبية الآثر الالزامي للعقد هي أن الغير لا يستطيع تجاهل وجود اتفاقية التحكيم والأوضاع القانونية التي أحدثها، فاتفاقية التحكيم بالنسبة للغير هي واقعة مادية قانونية يحتج بها وهذا ما يقصد بمبدأ نفاذ العقد فهو يسري في مواجهة كافة الناس، أما اتفاقية التحكيم بالنسبة للمتعاقدين والخلف العام الذي يخلف السلف في الحقوق والواجبات المكونة للذمة المالية.

أولا: الخلف العام

نصت عليها المادة 108 من القانون المدني تنص على أنه:" ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام مالم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص قانوني، أن هذا الآثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعات القواعد المتعلقة بالميراث"[1]، حيث من خلال نص هذه المادة ومعرفتنا للطبيعة الخاصة لاتفاقية التحكيم وأنه طريق استثنائي لحل النزاعات وما تتطلبه اتفاقية التحكيم من أهلية كاملة، فلا ينصرف إلى الخلف العام ناقص الأهلية إضافة إلى نص المادة 1024 من (ق.إ.م.إ) والتي تنص على أنه:" ينتهي التحكيم بوفاة أحد المحكمين أو رفضه القيام بمهمته بمبرر أو تنحيته أو حصول مانع له، مالم يوجد شرط مخالف، أو إذا اتفق الأطراف على استبداله من قبل المحكم أو المحكمين الباقين وفي حالة غياب الاتفاق تطبق أحكام المادة 1009 أعلاه.

بانتهاء المدة المقررة للتحكيم، فإذا لم تشترط المدة، فبانتهاء مدة أربعة أشهر.

بفقد الشيء موضوع النزاع أو انقضاء الدين المتنازع فيه.

بوفاة أحد أطراف العقد."[2]

تجعل المادة سالفة الذكر انصراف آثار اتفاق التحكيم إلى الخلف العام حيث يتمتع التحكيم بخصوصية تميزه عن غيره من العقود ويظهر ذلك من خلال اتفاق التحكيم على عكس القواعد العامة التي لا ينصرف أثرها إلى الخلف العام.

[1] المادة 108 من الامر 05-10، السالف الذكر.

[2] المادة 1024 من القانون 08-09، السالف الذكر.

أكدت المادة الفارطة أن هيئة التحكيم وأطرافها متى قبلوا التحكيم فإن تشكيل محكمة التحكيم يعتبر صحيحا، وينصرف الآثر إلى أعضاء هيئة التحكيم وهذا بقوة القانون الذي يلزم المحكمين باتفاقيات التحكيم وعدم جواز التخلي عن مهمتهم إذا شرعوا فيها وهم ملزمون بالسير في التحكيم واجراءاته إلى غاية صدور الحكم النهائي للخصومة، وتنص المادة 1015 من ق.إ.م.إ على أنه:" لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا، الا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة اليهم، إذا علم المحكم أنه قابل للرد، يخبر الأطراف بذلك، ولا يجوز له القيام بمهمته إلا بعد موافقتهم."[1]

ثانيا: الخلف الخاص

كما أن هنالك قوة الالزامية لاتفاقية التحكيم على الخلف الخاص وذلك حسب المادة 109 من القانون المدني التي تنص:" إذا أنشأ العقد التزامات وحقوق شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى الخلف الخاص فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت التي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء اليه."[2]

لا تتصرف القوة الإلزامية على الخلف الخاص حسب المادة 109 من القانون المدني إلا في الحالتين إما أن يكون الخلف الخاص على علم بهذه الحقوق والواجبات وكذلك أن تكون الواجبات والحقوق التي تترتب على العقد، وأن تكون من مستلزمات الشيء الذي تلقاه الخلف الخاص.[3]

وتنص المادة 1021 فقرة 01 من ق.إ.م.إ على أنه:" لا يجوز للمحكمين التخلي عن المهمة إذا شرعوا فيها، ولا يجوز ردهم الا إذا طرأ سبب من أسباب الرد بعد تعينهم."[4]

[1] المادة 1015 من القانون 08-09، سالف الذكر.

[2] المادة 109 الأمر 05-10، السالف الذكر.

[3] شبارة حمزة، المرجع السابق، ص 66.

[4] المادة 1021 من القانون 08-09، السالف الذكر.

الفرع الثاني: موقف بعض التشريعات على القوة الملزمة لاتفاق التحكيم

يعتبر مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم هو أحد أهم الآثار الموضوعية لاتفاق التحكيم، ومقتضي هذا المبدأ أن هنالك التزاما بنتيجة يقع على عاتق كل من طرفي التحكيم هو ضرورة قيام كل منها بالمساهمة في اتخاذ إجراءات التحكيم، والامتناع عن عرض نزاعه على قضاء الدولة.

ولا يستطيع أحد لإلغاء الاتفاق بإرادته المنفردة، أو تعديل أحد بنوده وفي حالة إخلاله بالتزاماته يتم اجباره على تنفيذ التزاماته عينا بإجباره على تعين هيئة التحكيم أو تقديم مستنداته، وبدأ إجراءات التحكيم فإن أمتنع لجأ الطرف الآخر إلى المحكمة أو إلى سلطة التعين المختصة للقيام بتلك الإجراءات، ويقوم عمل تلك المحكمة أو السلطة مقام عمل الخصم، وهذا هو مقتضى التنفيذ العيني للالتزام الناشئ عن القوة الملزمة لاتفاق التحكيم التجاري الدولي.[1]

نصت المادة 195 من قانون المرافعات المدنية والتجارية في قطر على أنه: "إذا وقع النزاع ولم يكن الخصوم قد اتفقوا على المحكمين أو امتنع واحد أو أكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل أو اعتزله أو عزل منه أو قام مانع من مباشرته له ولم يكن هنالك اتفاق في هذا الشأن بين الخصوم جاز لأي منهم أن يطلب من المحكمة التي يكون من اختصاصها أصلا نظر النزاع تعين من يلزم من المحكمين، ويرفع الطلب بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى."[2]

تضمن في مصر المادة 17 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 على أنه: "إذا لم يتفق طرفي اتفاق التحكيم على اختيار هيئة التحكيم سواء كانت مشكلة من محكم واحد أو من ثلاثة محكمين أو لم يعين أحد الطرفين المحكم خلال ثلاثين يوم التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر، تولت المحكمة المختصة أصلا نظر النزاع أن محكمة الاستئناف التي يتفق الطرفان على اختصاصها مهمة التعين بناء على طلب أحد الطرفين، وعلى ذلك فإن اتفاق التحكيم الذي أبرم صحيحا يلزم طرفيه ولا يجوز الانسحاب منه بالإرادة المنفردة، بل يتعين

[1] عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 121.

[2] المادة 195 من القانون 13 لسنة 1993 المتضمن قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري.

على الأطراف اتخذ إجراءات التحكيم وتنتهي بأحد الأمرين إما بصدور حكم حاسم للنزاع بينهما أو اتفاق الطرفين على الانسحاب وانهاء الإجراءات قبل صدور حكم التحكيم."[1]

نصت في لبنان المادة 764 من قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه:" إذا حصل بعد نشوء النزاع أن قامت عقبة في سبيل تعين المحكم أو المحكمين بفعل أحد الخصوم أن لدى تطبيق طريقة تعينهم فيطلب تعينهم من رئيس الغرفة الابتدائية."[2]

ويثور التساؤل في هذا الصدد عن مدي سريان هذه القواعد على اتفاق التحكيم، ويعتبر في تقرير هذا الشأن أن تقرير القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، وجزاء الإخلال بهذه القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، وجزاء الاخلال بهذه القوة الملزمة يخضع لأحكام القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وهو قانون الإرادة حيث يحدد هذا القانون الجزاء، والآثار المترتبة عن هروب أحد الأطراف عن تنفيذ الالتزامات ببدأ إجراءات التحكيم، ومحاولة الإفلات من ذلك الالتزام وتحديد كيفية تنفيذ ذلك الالتزام، التنفيذ العيني أو التنفيذ بمقابل.[3]

وإذا كانت القاعدة العامة السائدة في اتفاق التحكيم هي الآثر النسبي لهذا الاتفاق وذلك بمعنى أن اتفاق التحكيم لا يقيد غير أطرافه، وأنه يقتصر فقط على الموضوع محل الاتفاق ولا يمتد إلى غيره من الموضوعات الا أنه استثناء من هذا الأصل العام فأنه قد ينتقل آثر اتفاق التحكيم إلى غير أطرافه كما يتسع نطاقه ليشمل بعض الموضوعات المرتبطة بموضوع اتفاق التحكيم، ففيما يتعلق بامتداد آثر اتفاق التحكيم إلى اشخاص اخرين غير طرفي الاتفاق، فقد شهد الواقع العملي في معاملات التجارة الدولية وجود مثل هذه الآثار.

فالشاحن الذي لم يوقع على سند الشحن يعتبر قد قبل السند بكل شروط بنوده منذ لحظة نقله بالتظهير، وحامل السند ليس خلفا خاصا، لكن له حق مرتبط بالسند الذي يحمله، ومن ثم فهو يتقيد بشرط التحكيم الوارد بذلك السند، كما أن له الحق بالتمسك به.

[1] المادة 17 من قانون التحكيم المصري 27 لسنة 1994، المرجع السابق.

[2] المادة 764 من القانون 90 لسنة 1983 المتضمن قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية والداخلية والدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2006، ص247.

وفي إطار الحلول الشخصية، فإن الشخص الذي يحل محل الدائن وهو المستفيد ينتقل اليه آثر اتفاق التحكيم الذي أبرمه الدائن عند انتقال حقوقه.

وبصفة عامة فإنه تنتقل القوة الملزمة لاتفاق التحكيم إلى الخلف الخاص فإنه يجب أن يكون على علم به، وذلك حتى يمكن التمسك به في مواجهته.

وفيما يتعلق بامتداد آثر اتفاق التحكيم إلى موضوعات أخرى غير تلك الموجودة في اتفاق، فإن هذا الأمر موجود في إطار العقود التجارية المرتبطة حيث يبرم الأطراف عدة عقود متتابعة بينهما، ويرد شرط التحكيم في إحداها دون باقي العقود، فقد اتجه الرأي في هذا الصدد إلى مد اتفاق التحكيم الوارد في العقد الأول إلى باقي العقود، بحيث يختص التحكيم بالفصل في المنازعات المثارة بينهم دون قضاء الدولة.

كما يخضع للحكم السابق مجموعة من الشركات التي تضم عدد من الشركات أو المشروعات ترتبط فيما بينها بنشاط تجاري أو صناعي تنفذه أو تقوم به وتبدو كأنها كيان اقتصادي واحد، مع استقلال كل منها من الناحية القانونية.

وقد أكدت هيئة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس امتداد شرط التحكيم المدرج في أحد العقود التي أبرمتها بعض شركات المجموعة إلى غيرها من الشركات، رغم عدم توقيعها على العقد، حيث ورد هذا المبدأ في قضية تتلخص وقائعها أن شركتين من مجموعة شركات أمريكية تعاقدتا مع شركة فرنسية لتوزيع منتجاتها مع العوازل الحرارية في فرنسا، وقد بدأت الشركة الفرنسية في تنفيذ العقد بالفعل، ثم فوجئت بفسخ العقد من قبل إحدى الشركات الوليدة لمجموعة عاملة في فرنسا مع عرضهم تقديم تعويض عن الأرباح التي كانت الشركة الفرنسية تستحقها حتى نهاية العقد.[1]

غير أن الشركة الفرنسية لم تعبأ بذلك واستمرت في استخدام المنتج التجاري مما حدا بمجموعة من الشركات الأمريكية إلى اتخاذ الإجراءات التحكيم ضدها أمام غرفة التجارة الدولية بباريس.

[1] عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 123-125.

وقد دفعت الشركة الفرنسية المدعى عليها بعد اختصاص هيئة التحكيم استنادا إلى أن الشركة الأمريكية الأم والشركة الفرنسية الوليدة لم يكونا طرفان في العقد التوزيع المدرج به شرط التحكيم.

وقد وردت هيئة التحكيم على هذا الدفع مقررة" إن شرط التحكيم الذي قبلته صراحة بعض الشركات المجموعة، يجب أن يقيد الشركات الأخرى التي ظهرت عن طريق المشتركة لكل الأطراف في الإجراءات، وكأنها أطراف في الإجراءات، وكأنها أطراف حقيقية في هذه العقود، أو معنية بها في المقام الأول وبالمنازعات التي يمكن أن تنشأ عنها.

كما أن الشركات المدعية، وإن كان بعضها غير طرف في العقد، إلا أنها قد ساهمت بطريقة أو أخرى في ابرامه أو تنفيذه أو فسخه، ومن ثم يمتد إليها شرط التحكيم بحسبان أنها تمثل كلها في النهاية حقيقة اقتصادية واحدة حتى وإن كان لكل منها شخصية قانونية مستقلة عن غيرها.[1]

المطلب الثاني: استقلالية اتفاق التحكيم

يعتبر اتفاق التحكيم من العقود التي يترتب عليها حل النزاعات القائمة بين الأفراد خاصة في مجال التجارة الدولية، ومن خلال هذا الدور نجد أن لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي سبب كبير للجوء الأطراف إلى التحكيم التجاري الدولي.

سنتطرق في هذا المطلب عن مفهوم مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في **(الفرع الأول)**، وآثار استقلالية أتفاق التحكيم في **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: مفهوم مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

المقصود باستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي هو عدم تأثر الاتفاق بأي عيب يشوب العقد الأصلي، فبطلان هذا الأخير مثلا يبقي شرط اتفاق التحكيم الوارد فيه صحيحا،

[1] عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص125.

كما أن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع قد يختلف عن القانون المطبق على اتفاق التحكيم حيث أن هذا المبدأ أقرت به أغلبية التشريعات.[1]

هذا المبدأ كان مصدره الاجتهاد القضائي الفرنسي والذي أعلنته محكمة النقض الفرنسية في قضية كوسي Gosset سنة 1963، وتتلخص وقائع هذه القضية في أنه أثير نزاع بين مستورد فرنسي ومصدر إيطالي حيث أبرمت شركة كوسيت الفرنسية عقد يتضمن استراد بضاعة من الشركة الإيطالية، وبسبب عدم قدرة الشركة الفرنسية الحصول على الترخيص المناسب لإدخال البضاعة عبر الجمارك الفرنسية خلال الوقت المناسب، لم يستطع تنفيذ التزاماته العقدية تجاه المصدر الإيطالي، مما تسبب لهذه الأخيرة بالضرر وهو ما دفعه إلى اللجوء للتحكيم للمطالبة بالتعويض بناء على اتفاق التحكيم الملحق بالعقد المتضمن الصفقة بين الطرفين، فصدر الحكم لصالح الشركة الإيطالية والقاضي يدفع تعويضا لها، ولدى طلب تنفيذ القرار التحكيم في فرنسا، دفعت الشركة الفرنسية ببطلان عقد البيع وبالتالي بطلان شرط التحكيم الملحق به بالتبعية، غير أن محكمة التمييز الفرنسية قضت ببقاء شرط التحكيم نافذا وصحيحا ولو بطل العقد الأصلي، موضوع النزاع سوآءا ورد شرط التحكيم في ذات العقد أو في اتفاق مستقل، وهذا ما عبر عليه البعض بانعدام التضامن بين العقدين، ووفقا لهذا القرار يتوقف مفهوم مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.[2]

يعتبر قرار جوسي مرجعا أساسيا لمبدأ الاستقلالية لأنه لأول مرة يستعمل صراحة مصطلح استقلالية قانونية، كما يستبعد تماما أي إمكانية للاحتجاج ببطلانه بسبب بطلان العقد الأصلي، حيث كان القرار واضحا وصريحا، كما تظهر أهمية القرار في استبعاد أي احتمال للتفريق بين شرط التحكيم الذي يتصل بالعقد، ومشارطة التحكيم التي تكون منفصلة عنه وهو الأمر الذي أكدته وأجمعت عليه تعليقات فقهاء القانون الدولي الخاص على أن هذا الحكم يمثل سابقة هامة مجال التحكيم التجاري الدولي.

---

[1] عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر (على ضوء الاتفاقيات الدولية للجزائر)، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزوو، الجزائر، 2011-2012، ص33.

[2] نور الدين بكلي، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، المرجع السابق، ص80.

أولا: التعريف القانوني لمبدأ استقلالية الاتفاق التحكيم

تضمن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم العديد من النظم القانونية حيث نصت المادة 458 مكرر1 من المرسوم التشريعي 93-09 على أنه: "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاق التحكيم، بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح."[1]

الا أنه بقي العمل بنفس الحكم حتى صدور قانون 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ على أنه:" لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاق التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي"[2]

كما أن المشرع التونسي ساير تطور قوانين التحكيم التجاري الدولي وأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في الفصل 61 من قانون التحكيم التونسي حيث جاء في الفقرة الأولى منها:" تبث هيئة التحكيم في اختصاصها وفي أي اعترض بتعلق وجود اتفاقية التحكيم أو بصحتها ولهذا الغرض ينظر إلى الشرط التحكيم بالعقد كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شروطه الأخرى والحكم ببطلان العقد لا يترتب عنه قانونا بطلان الشرط التحكيم."[3]

نص المشرع المصري عن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في المادة 23 من قانون التحكيم المصري حيث جاء في نص المادة على أنه:" يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على البطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر عن شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان الشرط صحيحا في ذاته."[4]

نص المشرع الفرنسي على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بموجب المرسوم 48-2011 في المادة 1447على أنه:" تستقل اتفاقية التحكيم عن العقود المتعلقة بها، ولا تتأثر بعدم صحة هذا الأخير يعد شرط التحكيم لا غيا عند بطلان الاتفاق."[5]

---

[1] المادة 458 مكرر1 من المرسوم التشريعي 93-09 المؤرخ في 25 أفريل 1993، الملغى بموجب القانون 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2] المادة 3/1040 من القانون 08-09، السالف الذكر.

[3] الفصل 61 من القانون 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26 أفريل يتعلق بإصدار مجلة التحكيم، الرائد الرسمي عدد 33 الصادرة بتاريخ 04 ماي 1993.

[4] المادة 21 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

[5] المادة 1447من قانون التحكيم الفرنسي، المرجع السابق.

اختلف الاتفاقيات الدولية في تعريف مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم فمنهم من عبر على ذلك صراحة ومنهم من نص على ذلك ضمنيا

- لم تنص اتفاقية نيويورك لسنة 1958 على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم حيث اكتفت بالتأكيد على جواز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب اليها الاعتراف والتنفيذ، الدليل على أن اتفاق التحكيم غير صحيح وفقا للقانون الذي يخضع له الأطراف.

كما أن المادة 02 فقرة 03 تشير ضمنيا إلى مبدأ استقلالية أتفاق التحكيم حيث أنها لم تكن نصت صراحة على مبدأ استقلالية شرط التحكيم، الا أنها أقرت هذه الاستقلالية بصورة ضمنية.

- لم تنص اتفاقية جنيف الأوروبية الصادرة في 21-04-1961 والمتعلقة باتفاق التحكيم التجاري الدولي لم تشر بصورة صريحة إلى مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الذي يتضمنه، وإنما أخذت به بصورة ضمنية، فقد أشارت إلى مبدأ الاختصاص بالاختصاص الذي يقودنا للحديث عن مبدأ استقلالية شرط التحكيم فقد جاءت في نص المادة 05 فقرة 03 على أنه: "مع التحفظ لجهة المراقبة القضائية اللاحقة المحددة بموجب قانون القاضي فأنه يقتضي على المحكم المطعون بصلاحيته الا يتخلى عن القضية، وله سلطة تقرير اختصاصه وتقرير صحة اتفاق التحكيم أن صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزء منه"[1]

- أما اتفاقية واشنطن لسنة 1958 لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطنين الدول الأخرى، حيث اختلفت الآراء بشأن ما إذا نصت على مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي أو لم تشر اليه أصلا، فيذهب أصحاب الرأي الأول إلى أن اتفاقية واشنطن أكدت على مبدأ استقلالية شرط التحكيم ولكن بصورة ضمنية، إذ أنها اكتفت بالإشارة فقط وذلك من خلال نص الفقرة الأولى من المادة 41 على أنه "هيئة التحكيم هي التي تحدد اختصاصها" وهو ما يمكن الحاقه بما جاء في اتفاقية جنيف لسنة 1961.

[1] تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي زوو، الجزائر، 2017، ص178-181.

في حين يذهب أصحاب الرأي الثاني إلى انكار ما جاء على لسان أصحاب الرأي الأول إذ يقول الباحث أسامة أحمد حسين أبو القمصان:" لا يمكن الاستناد إلى المادة السابقة للوصول إلى مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، لأن النص المذكور لم يأت بما يفيد باستقلالية شرط التحكيم، حيث أن النص تحدث فقط عن مبدأ اختصاص هيئة التحكيم، وهذا المبدأ الأخير يعتبر من المبادئ التي أصبحت مستقرة في التحكيم التجاري الدولي، وأن الأساس القانوني لمبدأ اختصاص المحكم لا يقوم على مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، فالأساس القانوني لهذا المبدأ يقوم على أساس قضائي وهو اعتراف للمحكم بالنظر في اختصاصه.[1]

- نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونيسترال لعام 1985 في المادة 16 فقرة 01 على أنه:" تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أن بصحته، ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءا من عقد كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون ببطلان شرط التحكيم."[2]

ثانيا: التعريف الفقهي لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

أثار مفهوم استقلالية الشك لدى الكثير من الفقهاء والكتاب المختصين في مجال التحكيم التجاري الدولي، بداية مصطلح الاستقلالية بحد ذاته الذي يعتبر مصطلح كبير والمصطلحات الكبيرة حسب الأستاذ(Pierre MAYER) وهي إن لم تحدث سرابا فهي تؤدي عادة إلى تحريف الحقائق التي تطبق عليها، فمفهوم هذه الاستقلالية في المجال التحكيم لها مفهوم معقد بحيث أعطيت له عدة تفسيرات من قبل الفقه واستنتجت منه عدة نتائج من قبل الجهات القضائية التي طبقته.

يدور هذا الجدل الواسع في أحد جوانبه حول تحديد مصطلح الأقرب للتعبير عن حقيقة العلاقة بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، ففي الوقت الذي يستعمل فيه الفقه الغالب مصطلح استقلالية اتفاق التحكيم « Autonomie de la convention d'arbitrage» وهي التعبير

[1] تعويلت كريم، المرجع السابق، ص182.

[2] المادة 16 فقرة 01 من قانون اليونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985.

عن العلاقة الموجودة بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، نجد أن هذا المصطلح لم يلق اجماعا على المستوى الفقهي، ولا شك أن هذا الاختلاف نابع من اختلافهم الكبير حول تحديد مضمون هذا المبدأ والآثار المترتبة عنه، كونه يتميز بديناميكية ذاتية تجعل الإحاطة بمضمونه بصفة نهائية أمرا في غاية الصعوبة.[1]

عرف مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بأنه الاتفاق الذي يتم قبل حدوث النزاع سوآءا ورد هذا الاتفاق في عقد من العقود، أو في اتفاق لاحق على ابرام العقد الأصلي، ويلتزم الأطراف بمقتضي ذلك بإخضاع ما قد يثور من خلافات بينهم حول تنفيذ العقد أو تفسيره للمحكمين للفصل فيه بدلا من قضاء الدولة وأن هذا الشرط أصبح معترف به في معظم القوانين العربية والأجنبية وكذلك في المعاهدات الدولية المعنية بالتحكيم، وأن المقصود من استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي معناها أن عدم مشروعية العقد الأصلي أو بطلانه أو فسخه لا يؤثر على شرط التحكيم، وذلك لأن شرط التحكيم يعالج موضوعا مختلفا عن موضوع العقد الأصلي.

يبرر أصحاب هذا المبدأ اختلاف موضوع شرط التحكيم عن موضوع العقد الأصلي بأن العقد الأصلي قد يتعلق بشراء أو بيع أو توريد، أما شرط التحكيم يعالج موضوع مختلف وهو حل المنازعات التي من الممكن حدوثها وكذلك حول تنفيذ العقد وتفسير العقد الأصلي مستقبلا.

ومن هذه المبررات أيضا اختلاف سبب كل منهما حيث أن السبب في شرط التحكيم هو التعهد بعدم اللجوء إلى القضاء، أما سبب العقد الأصلي فهو مختلف تماما وأن هذا المبدأ كرسته أحكام القضاء في العديد من أحكامها، ولذلك فان هذا المبدأ أصبح معترف به ومسلما به.[2]

الفرع الثاني: آثار استقلالية اتفاق التحكيم

أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي لا يعني مطلقا أن اتفاق التحكيم يجب أن يكون محلا لرضا وقبول مستقل عن الرضا الخاص بالعقد الأصلي، كما أنه لا يعني أن شرط التحكيم لا يمكنه أن يلقى ذات المصير الذي يلقاه العقد الأصلي في حالة انتقال الحقوق

[1] عيساوي محمد، المرجع السابق، ص34.

[2] زهيرة كيسي، مبدأ استقلالية شرط التحكيم التجاري عن العقد، مجلة الاجتهاد للدراسات الاقتصادية والقانونية، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، سداسية المحكمة العدد 08، جوان2015، ص52.

الناجمة عن هذا العقد، ويتضمن هذا المبدأ العديد من النتائج الهامة بعضها يترتب عليه بشكل مباشر والبعض الأخر كان لا يترتب عليه بشكل مباشر الا أنها تتعلق به لأسباب تكتيكية، وينقسم إلى عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي و إمكانية خضوع اتفاق التحكيم والعقد الأصلي إلى قانونين مختلفين وأخيرا إعطاء المحكم سلطة النظر اختصاصه.

أولا: عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي

إن بطلان كل من العقد الأصلي أو شرط التحكيم لا يؤثر على صحة أو بطلان الآخر، فإذا ابطال العقد الأصلي فعندئذ يمكن التمسك بصحة شرط التحكيم، وبالتالي سير في إجراءات التحكيم وحسم النزاع من قبل المحكم وليس من قبل المحكمة.[1]

أما إذا كان العقد صحيحا وكان شرط التحكيم باطلا، ففي هذه الحالة يمكن لكل من الطرفين اللجوء إلى القضاء الوطني للفصل في النزاع ولا يمكن اللجوء إلى التحكيم بسبب بطلان شرط خاص بذلك، فمصير العقد الأصلي ليس له أثر على شرط التحكيم المتعلق به، فهذا الشرط يبقى صحيحا منتجا للآثار القانونية، بصرف النظر عن زوال العقد الأصلي أو فسخه أو انتهائه، ولا يمنع من إنتاج شرط التحكيم لآثره.

يمكن الوصول إلى هذه النتيجة الأخيرة حتى في ظل الأنظمة القانونية التي لم تنص عليها خاصة في القوانين المنظمة للتحكيم، كما هو الحال في القانون الجزائري فهي مكرسة في القواعد العامة بالنسبة لجميع الشروط العقدية التي تكون معها العقد، وذلك تطبيقا لنظرية انتقاص العقد أو البطلان الجزئي للتصرفات القانونية، غير أن هذه النظرية تثير مسألة تحديد أهمية شرط التحكيم ودوره في إبرام العقد الذي يرد فيه لأن معيار الحدد لمدى تأثير بطلان هذا الشرط التحكيم على العقد ككل يتوقف على تحديد هذه الأهمية.

ثانيا: إمكانية خضوع اتفاق التحكيم والعقد الأصلي لقانونين مختلفين

يرى البعض أن مسألة صحة واستقلالية اتفاق التحكيم تخضع للقانون واجب التطبيق على العقد الأصلي، لأن شرط التحكيم ما هو إلا جزأ من ذلك العقد وبند من بنوده، فإذا كان

[1] فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافي للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، عمان، الأردن،2008، ص200.

العقد الأصلي يخضع لقانون دولة معينة وكان هذا القانون يعتبر شرط التحكيم صحيحا وأنتج آثاره في نزع اختصاص الجهة القضائية الرسمية وعقده في محكمة التحكيم يجد هذا الرأي أساسه في كون الرابطة موجودة بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي تبرر مدى اختصاص قانون العقد إلى كافة مشتملاته ومنها شرط أو اتفاق التحكيم.

في مقابل ذلك يرى الفقه الغالب أن التسليم بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي تترتب عليه إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لنظام قانوني يختلف عن ذلك الذي يحكم العقد الوارد فيه أو المتعلق به، فبالرغم من أن الواقع العملي يبين أنه كثيرا ما يخضع كل من اتفاق التحكيم والعقد الأصلي لنفس القانون، أو بصفة عامة لنفس القواعد القانونية من نفس المصدر ومن نفس الطبيعة، إلا أن ذلك لا يعتبر نتيجة لتبعية اتفاق التحكيم للعقد الأصلي، أي عدم الاستقلالية وإنما نتيجة الاختيار الصريح لهذه القواعد من قبل الأطراف، أو نتيجة لنفس التركيز القانوني لكل من العقد والاتفاق.

بالرغم من ذلك لاحظ الفقه أن هذه الإمكانية لم تصادف أي تردد في الأنظمة القانونية وجسدت في كل القوانين التي كرست مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم كما عرفت هذه النتيجة تطبيقات عديدة سوآءا على مستوى القضاء الوطني أو على مستوى محاكم التحكيم.[1]

ثالثا: إعطاء المحكم سلطة النظر في اختصاصه

إن المحكم هو الجهة القضائية المتخصصة بالفصل في مسألة اختصاصه، إلا أنه آثار جدل حول العلاقات الموجودة بين مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ومبدأ الاختصاص بالاختصاص، فهناك من يرى أن كلاهما مبدأ واحد وأن الاختلاف في التسمية فحسب وهنالك جدل حول من هو المبدأ الأوسع ومن منهما يشمل الآخر.

لقد أصبح الاتجاه السائد يعتبر أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص نتيجة لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ويرون أن الارتباط بين المسألتين جد مهم، فلو كان اتفاق التحكيم مرتبط بالعقد الأصلي نتج عن ذلك حرمان المحكم في الادعاء ببطلان هذا العقد، فمن غير المعقول أن يفصل في صحة العقد هو مصدر سلطته، وبالعكس عند القول إن استقلالية اتفاق التحكيم

[1] تعويلت كريم، المرجع السابق، ص 223.

عن العقد زال هذا المانع، وجاز للمحكم الفصل في المنازعات المتعلقة ببطلان العقد الأصلي لأنه لا يستمد ولايته منه، وإنما من اتفاق التحكيم المستقل.

هذا المبدأ نجده في المادة 08 فقرة 03 من قواعد التحكيم غرفة التجارة الدولية التي تعطي للمحكم سلطة اتخاذ القرار حول اختصاصه.[1]

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن القضاء في بعض الدول التي لم تتبنى تشريعاتها مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وذهب إلى نقطة أبعد وبرر هذا المبدأ مثلما هو الحال عليه في القضاء القطري، حيث أقر في أحد أحكامه بأن اللجوء إلى التحكيم قد يكون تنفيذا لأحد شروط العقد التي تضمنتها المنازعة، وهو الأمر الشائع في العقود التجارة الدولية، وقد أصبح هذا الشرط يتمتع بذاتية مستقلة لا يتأثر ببطلان أو فسخ محتمل لهذا العقد، وقضى أيضا أن المحكم كالقاضي يمتلك الحكم في صحة عقد التحكيم أو بطلانه، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه، أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذ كان هذا الشرط صحيحا في ذاته، كما أخذ القضاء في دبي ولبنان بنفس الحكم حيث قررت محكمة تمييز دبي سنة 2002 أن بطلان العقد المتضمن شرط التحكيم، أو فسخه أو إنهائه لا يمنع من أن يظل شرط التحكيم ساريا ومنتجا لآثاره مالم يمتد إلى شرط التحكيم ذاته باعتبار أن الشرط التحكيم له موضوعه الخاص به، والذي يتمثل في استبعاد النزاع من ولاية القضاء الوطني.[2]

المبحث الثاني: الآثار الإجرائية لاتفاق التحكيم التجاري الدولي

يترتب على اتفاق التحكيم التجاري الدولي أيا كان صورته سوآءا كان شرط التحكيم وارد في العقد الأصلي، أو مشارطة تحكيم واردة في عقد مستقل آثار إجرائية أثناء انعقاد محكمة التحكيم.

ينتج عن اتفاق التحكيم التجاري الدولي آثار إجرائية حيث سنتطرق في هذا المبحث عن الآثر الإيجابي لاتفاق التحكيم في **(المطلب الأول)**، والآثر السلبي لاتفاق التحكيم التجاري الدولي في **(المطلب الثاني)**.

[1] فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص202.

[2] زهيرة كيسي، المرجع السابق، ص65.

المطلب الأول: الآثر الإيجابي لاتفاق التحكيم

يتعين للأطراف في الآثر الإيجابي لاتفاق التحكيم أن تحترم التعهد الصادر عنها، بحيث يتم إحالة النزاعات المتفق عليها إلى التحكيم التجاري الدولي وهذا يعني أن اتفاق التحكيم يتمتع بالقوة الملزمة وهذا يعني أن اتفاق التحكيم يجب أن ينفذ عينيا أي إحالة موضوع النزاع إلى هيئة التحكيم للفصل فيها وحسم النزاع موضوع اتفاق التحكيم الا برضى الطرفين.

وأن إعمال هذا الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم لا يترتب عليه أي مسؤولية لأي طرف في اتفاق التحكيم في حالة تنازله عن هذا الحق واللجوء إلى القضاء العادي دون التحكيم، كل ما هنالك أنه في حالة إخلاله بالالتزام في اتفاق التحكيم واللجوء إلى القضاء يكون للطرف الأخر التمسك بالتحكيم وفي هذه الحالة تلتزم المحكمة المنظور أمامها النزاع بالحكم بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم وطالما كان اتفاق التحكيم موجودا وصحيحا وغير لاغ من الأطراف. [1]

وينقسم الآثر الإيجابي لاتفاق التحكيم إلى قسمين حيث سنتطرق في **(الفرع الأول)** إلى التزام الأطراف بالعهد إلى هيئة التحكيم، مبدأ الاختصاص بالاختصاص في **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: التزام الأطراف بالعهد إلى هيئة التحكيم

ينجم التزام الأطراف بالعهد إلى المحكم بالمنازعة موضوع الاتفاق على التحكيم عن تطبيق القوة الملزمة لهذا الاتفاق، إذ أنه من المعروف أن مبدأ القوة الملزمة للعقود أو أن العقد شريعة المتعاقدين من المبادئ المستقرة في القانون الدولي للعقود، حيث ذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه لا يوجد في اللحظة الحالية أي صعوبة في الاعتراف بمبدأ القوة الملزمة لاتفاق

[1] أحمد إبراهيم عبد التواب، الآثر الإيجابي والسلبي لاتفاق التحكيم، دراسة في ضوء الفقه والقضاء في قانون التحكيم المصري والقانون الفرنسي الجديد وقانون الإجراءات المدنية الإماراتي وقوانين وأنظمة التحكيم المقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2013، ص28.

التحكيم على اعتبار أنها قاعدة مادية من قواعد القانون بشأن التحكيم الدولي، وحتى على اعتبار أنها قاعدة من قواعد القانون العابرة للدولة بشأن التحكيم التجاري الدولي.[1]

أولا: مبدأ التزام الأطراف بإسناد النزاعات موضوع اتفاق التحكيم إلى المحكمين

ويذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول إنه لا يوجد في اللحظة أية صعوبة في الاعتراف بمبدأ القوة الملزمة للاتفاق التحكيم على اعتبار أنها قاعدة مادية، من قواعد القانون الفرنسي بشأن التحكيم الدولي، وحتى على اعتبار من قواعد القانون العابر للدول بشأن التحكيم التجاري الدولي ولعل ذلك هو ما يفسره من وجهة نظر الفقه إن القضاء الفرنسي، الذي توجه حكم محكمة النقض في القضية DALICO لا يلجأ إلى البحث عن القانون واجب التطبيق من أجل تأكيد القوة الملزمة لاتفاق التحكيم.

ويذهب جانب من الفقه إلى القول بأن القانون الأجنبي الذي لا يعترف بالقوة الملزمة لاتفاق التحكيم لن تكون له وجهة نظر النظام القانوني الفرنسي، أي فرصة للتطبيق حتى بالنسبة الذي يرتبط بالدولة التي صدر عنها هذا القانون سوآءا ارتبطت المنازعات أو من خلال موضوع المنازعة أو من خلال القانون الواجب التطبيق، كما أن القانون الكولومبي بشأن التحكيم الصادر في 07 أكتوبر 1989 لا يعترف بالقوة الملزمة لاتفاق التحكيم المبرم بين الطرفين إذا كانت المنازعة التي يتصل بها من شأنها أن تتعلق بالغير، وهذا الحل الذي عليه القانون المذكور من وجهة نظر الفقه حل غير مشجع للتحكيم، فمنذ عام 1923 أقر بروتوكول جنيف بشأن شروط التحكيم ومشارطة التحكيم الواردة بين الأطراف الخاضعة لمحاكم الدول الأطراف في المعاهدة.[2]

بعد إبرام اتفاق التحكيم يصبح بمثابة القانون الواجب التطبيق بالنسبة لطرفيه، فيرتب في ذمتهم التزامات وتنشأ حقوق، ويقصد بالقوة الملزمة لاتفاق التحكيم أنه يصبح شريعة المتعاقدين وعند التوقيع يصبح حيز النفاذ، ومن هذا المنطق فلا يمكن تعديل مضمون اتفاق التحكيم إلى

---

[1] عمار فلاح، دور التحكيم في فض المنازعات التجارية الدولية –دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2014-2015. ص164.

[2] حفيظة السيد علي، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001، ص110

أطراف العقد أو من يقوم مقامهم من الخلف العام والخلف الخاص، ويرد عن هذا الأصل استثناءات إذ يتعدى آثر اتفاق التحكيم إلى الغير، فمثلا في المعاملات التجارة الدولية نجد بعض الأحيان أشخاص خارجين عن اتفاق التحكيم لهم علاقة باتفاق التحكيم وأطرافه، كحوالة الحق وحوالة الدين أو اشتراط مصلحة الغير، وهذا ما يعرف بنطاق القوة الملزمة من حيث الأشخاص لاتفاق التحكيم.[1]

يؤكد جانب من الفقه بالقول بأن القانون الأجنبي الذي لا يعترف بالقوة الملزمة لاتفاق التحكيم، لن تكون له وجهة نظر لنظام القانون الدولي أية فرصة في تطبيق، وحتى 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.[2]

إن التزام بإسناد النزاع القائم بين الأطراف إلى هيئة التحكيم ناتجة عن تطبيق لمبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم وهو معروف بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين وهو ما يؤكده القانون المدني الجزائري في المادة 106 التي تنص على أنه: " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين أو لأسباب التي يقررها القانون"[3]، تنفيذ الالتزام بإسناد النزاعات المحددة في اتفاق التحكيم للمحكمين يعتبر التنفيذ الجبري لاتفاق التحكيم من طبيعة التحكيم، بحيث أن عدم التزام أحد الأطراف بإسناد التحكيم للمحكم يعطل إجراءات التحكيم وجاءت التشريعات الداخلية بحلول فيما يخص هذا المشكل حيث أن القانون الجزائري أخذ بنفس موقف المشرع الفرنسي في المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:" يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم. وفي غياب التعين وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي:

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

[1] العيساوي محمد، المرجع السابق، ص87.

[2] بكلي نور الدين، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص132.

[3] المادة 106 من الأمر 05-10، سالف الذكر.

رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار أحد الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر."[1]

جاء المشرع الجزائري بإجرائيين وقائيين في حالة عدم تعين المحكم من قبل الطراف وهذا لضمان حسن سير التحكيم وإعطاء فعالية أكثر وضمان اتفاق التحكيم.

وقد أقرت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم منذ فترة بعيدة بالالتزام الواقعي للأطراف بالعهدة المتفق على حلها بواسطة التحكيم إلى محكمين، ومنها ما قررته معاهدة نيويورك 1958 والمتعلقة بالاعتراف والتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في المادة 02 وهي: "تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا 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"،[2] والواقع من الأمر أن هذا الالتزام الواقع على عاتق الأطراف بالعهد إلى المحكم أو المحكمين بالمنازعة المتفق على حلها من خلال التحكيم من أجل ضمان فعاليته واحترامه، وأن يتمكن أحد الأطراف القيام بهذا الالتزام مقترنا بإمكانية إلزامه بالتنفيذ العيني لهذا الالتزام وهي التي نعرضها الان.

أكدت الاتفاقيات الدولية في مجال التحكيم على الالتزام الذي ينشأ في ذمة الأطراف بإسناد النزاعات المتفق على حلها بواسطة التحكيم إلى المحكمين، فقد أقر بروتوكول جنيف لسنة 1923 بشأن شروط التحكيم هذا الحل ضمنيا بتأكيده في المادة الأولى منه على صحة شرط التحكيم ومشارطة التحكيم الواردة بين الأطراف، كما أنه لم تعالج اتفاقية جنيف لسنة 1961 بصفة مباشرة الالتزام الواقع على عاتق الأطراف بالعهدة للمحكمين بالفصل في المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم، رغم ذلك جاء التأكيد على إلزامية هذا الاتفاق من خلال تنظيمها لكيفية تعين المحكم أو المحكمين في المادة 04 التي تتضمن صراحة أن الأطراف ملزمة بإسناد النزاع الوارد بشأنها اتفاق التحكيم على المحكمين.[3]

[1] المادة 1041 من الأمر 08-09، السالف الذكر.

[2] المادة 02 من اتفاقية نيويورك المتعلقة، المرجع السابق.

[3] حفيظة السيد حداد، المردع السابق، ص113.

ثانيا: التنفيذ العيني لالتزام الواقع على عاتق الأطراف في اتفاق التحكيم بالعهدة بالمنازع محل التحكيم إلى المحكم

يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن اتفاق التحكيم الذي لا تترتب على مخالفته سوى إمكانية إلزام الطرف الذي تخلف عن وضعه محل التنفيذ بالتعويض، ويعد اتفاق محدود الفعالية وذلك لصعوبة تحديد الضرر الواقع على الطرف، والناتج عن عدم قدرته على عرض المنازعة المتفق عليها أمام المحكم نظرا لأن الجهة القضائية الوطنية قد أقرت واعترفت باختصاصها بنظر هذه المنازعة ودون أدنى شك فإن هذا الضرر يمكن أن يكون ضرر حقيقي مادي لفقدان الشخص التمتع بالمزايا التي تمنحها معاهدة نيويورك بشأن تنفيذ والاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية.

فالطرف الذي يتحصل على الحكم بالتزام 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 حكم تحكيمي صادر من هيئة التحكيم اتخذت من إحدى الدول المتعاقدة تعد أطرافا مقر لها، وهو فرض يتحقق بشكل مستمر نظرا لأن الغالبية العظمى من الدول أطراف وهو ما يسير تنفيذ هذا الحكم المحلي والاعتراف به.[1]

فمنذ اللحظة التي تقرر فيها القضاء في الدولة اختصاصه بالفصل موضوع المنازعة المعروضة عليه فإن كل تقدير للضرر من أجل تعويضه سوف يتم من خلال مقارنة ضعيفة من المزايا لكل من العدالة التي يقدمها التحكيم وعدالة المحاكم الوطنية، وفي هذا الغرض فإنه من غير الممكن وضع تقييم مالي طالما أن أي إنكار للعدالة لم يكن متحققا في واقعة الحال.

فإنه مع 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 التحكيم.

فهذه النفقات يمكن التمسك بالتعويض عنها أمام المحكمين المختصين بالفصل في المنازعة تنفيذ اتفاق التحكيم، ويقع على الطرف الذي اتجه إلى القضاء عبئ يحمل هذه

[1] بودالي خديجة، اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري–دراسة مقارنة–، أطروحة لنيل دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2014–2015، ص 245.

النفقات الخاصة فمنذ اللحظة التي تقرر فيها القضاء في الدولة اختصاصه بالفصل في موضوع المنازعة المعروضة عليه، فإن كل تقدير للضرر من أجل التعويض سوف يتم من خلال مقارنة ضعيفة بين كل مزايا لكل من العدالة التي يقدمها التحكيم وعدالة المحاكم الوطنية، وفي هذا الغرض فإنه من غير الممكن وضع تقييم مالي طالما أن أي إنكار للعدالة لم يكن متحققا في واقعة الحال فإنه مع ذلك فإنه يبقى هناك محل للتقييم المالي بالنسبة للنفقات الناجمة عن قيام الطرف بالدفاع عن حقه أمام المحاكم الوطنية غير المختصة وذلك على الرغم من وجود اتفاق التحكيم.[1]

وتذهب بعض التشريعات من أجل مواجهة عدم قيام أحد الأطراف في اتفاق التحكيم بتعيين محكم إلى هيئة متخصصة تتولى مهمة تعين هذا المحكم بدلا من الطرف الذي تهاون عن تنفيذ هذا الالتزام ويعتبر قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 في المادة 17 فقرة 02 على أنه:" إذا خالف أحد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها، أو لم يتفق المحاكمات المعينان على أمر مما يلزم اتفاقهما عليه، وإذا تخلف الغير عن أداء ما عهد به إليه في هذا الشأن تولت المحكمة المشارة اليها في المادة 09 من هذا القانون بناء على طلب أحد الطرفين القيام بإجراء أو العمل المطلوب مالم ينص في الاتفاق على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو العمل."[2]

الفرع الثاني: الاختصاص بالاختصاص في نظر النزاع

يقصد بمبدأ الاختصاص بالاختصاص أن المحكم يختص بتحديد اختصاصه فهو الذي يقرر إذا ما كان هناك اتفاق التحكيم أم لا، فهو لن يكون مختصا إلا بناء على وجود اتفاق التحكيم صحيح، فإذا قام أحد الأطراف بالطعن في اختصاص هيئة التحكيم وعدم الدفع بصحة اتفاق التحكيم، فإن لهيئة التحكيم سلطة الفصل في صحة اختصاصها، والمبدأ الذي يسمح بالحيلولة دون قيام أحد الأطراف بتأخير سير التحكيم أو عرقلته، وذلك عن طريق الإدلاء أو الدفع بعدم اختصاص المحكمة التحكيمية، هو الذي يعطي هيئة التحكيم سلطة البت في اختصاصهم في كافة المنازعات المثارة بشأن اتفاق التحكيم أو العقد الأصلي الذي تضمنه دون اللجوء لعرض تلك النزاعات على القضاء الوطني المختص، مع مراعات أن القوانين

[1] حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص114-116.

[2] المادة 17 فقرة 02 من قانون التحكيم المصري 27 لسنة 1994.

الوطنية لم تعط المحكم سلطة الفصل في اختصاصه بصفة نهائية، حيث إنها قد منحته ذلك بصفة مؤقتة، إذ يخضع الحكم الذي يصدره المحكم في مسألة اختصاصه للرقابة القضائية اللاحقة وذلك من خلال رفع دعوى بطلان حكم التحكيم، أو أثناء عملية سير الإجراءات منح القوة التنفيذية لحكم التحكيم.[1]

ووفقا لهذا المبدأ فهيئة التحكيم يتقرر لها الاختصاص بصرف النظر عن حكم اتفاق التحكيم فسواء ورد الاتفاق صحيحا أو باطلا أم منعدما، فهيئة التحكيم هي التي تبث في مسألة اختصاصها، حيث تقوم هيئة التحكيم البحث في حقيقة اختصاصها بالنظر في النزاع القائم بين أطراف النزاع، فإذا تبين أن هيئة التحكيم هي المسؤولة في البت في النزاع تقوم بإقرار مبدأ اختصاصها في النزاع، وإن تبين عكس ذلك فإنها تقضي بعدم اختصاصه.[2]

جاء مبدأ الاختصاص بالاختصاص في بداية إعماله في مجال التحكيم التجاري الدولي، من أجل معالجة المسألة التي أفرزتها الممارسة العملية، والمتعلقة بإثارة بعض الأطراف عدم اختصاص محكمة التحكيم بالفصل في النزاع أمام هذا الأخيرة، وذلك نظرا لاستعمال هذا الدفع بغرض عرقلة وضع اتفاق التحكيم موضع التنفيذ أو عرقلة إجراءات التحكيم، كما سبق الإشارة إليه.

تتمثل الغاية الأولى لهذا المبدأ تمكين محكمة التحكيم من سلطة الفصل في اختصاصها، وذلك تفاديا لإرجائها الفصل في النزاع إلى غاية حسم مسألة اختصاصها من طرف محكمة القضائية المختصة، وذلك لما ينجر عن هذا الإرجاء من آثار وخيمة على التحكيم، والذي اختاره الأطراف بالدرجة الأولى، لما يتميز به من سرعة الفصل في النزاعات وفقا لما تقتضيه المعاملات التجارية الدولية.

عرف مبدأ الاختصاص بالاختصاص في بعض الأنظمة القانونية تطورا كبيرا في مضمونه، فقد تحول من مجرد الاعتراف للمحكمة التحكيم بالاختصاص بالنظر في اختصاصها

[1] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص188.

[2] علالي عبد الرحمان، أسود محمد لامين، الآثار الإجرائية لاتفاق التحكيم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، مجلة صوت القانون، المجلد السابع، العدد 02، نوفمبر 2020، ص207.

قياسا على اختصاص المحكمة القضائية بالنظر في اختصاصها، ليصبح آلية حقيقية لتسوية تنازع الاختصاص بين قضاء الدولة وهيئة التحكيم في تحديد اختصاصهم.[1]

يتمثل اختصاص محكمة التحكيم بالفصل في النزاع المتعلق باتفاق التحكيم في التزام أطرافه في اللجوء للتحكيم أو الاستمرار، عبر على ذلك الدكتور محسن شفيق عن الآثر الإيجابي لاتفاق التحكيم هو الآثر الفني لاتفاق التحكيم هو اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع، وسلب النزاع من ولاية القضاء العادي والأجدر في رأينا أن اتفاق التحكيم لا يضمن سلب النزاع من ولاية القضاء ونقله إلى هيئة التحكيم، وإنما يقرر اتفاق التحكيم اختصاصا استثنائيا لهيئة التحكيم الولاية العامة للقضاء في نظر النزاع، إذ يظل القضاء هو صاحب الولاية العامة بنظر النزاع، إذ اتفق الأطراف صراحة أو ضمنا عن اتفاق التحكيم، أو في حالة تفضيل أحد الأطراف اللجوء للقضاء مع سكوت الطرف الآخر من الدفع بوجود اتفاق التحكيم قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى كما هو الحال في القانون المصري والفرنسي، أو في الجلسة الأولى التي يحضر بها المدعي عليه أو وكيله دون التمسك باتفاق التحكيم وفي جميع الحالات لا تلتزم المحاكم باتفاق التحكيم وإعطائه الأولوية على ولايتها العامة بنظر النزاع إلا إذا تمسك الخصم بوجود اتفاق التحكيم قبل أي طلب أو دافع في موضوع النزاع.[2]

ويترتب على إبرام اتفاق التحكيم التزام الأطراف النزاع بالبدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيه في حالة بدء ويكون للمحكمين بموجب هذا الاتفاق سلطة الفصل في النزاع

وقد نصت على ذلك المادة 02 فقرة 03 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 على أنه:" على محكمة الدول المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف

[1] تعويلت كريم، المرجع السابق، ص25.

[2] أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، المرجع السابق، ص 50-52.

Maya chakarji. Le rayonnement de la clause compromissoire étude comparée de droit français et droit libanais. Master 02 droit des affaires compare. Université paris 02. 2018-2019. P40.

« Le principe copetence-copetence est un des effets principaux de la clause compromissoire est la soumission de litige a l'arbitrage. Cet effet se rapporte donc à la compétence arbitrale et étatique en cas de différend une convention d'arbitrage rend compétents les arbitres et rend incompétence les juridictions étatiques. Cela repose sur le principe de l'effet obligatoire ainsi que la maxime pacta sunt servanda. Qui oblige les parties à suivre leurs obligations contractuelles. Dans le contexte du droit de l'arbitrage. Préfèrent référer en allemand en tant que principe Kompetenz-Kompetenz. ».

بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم للتحكيم وذلك مالم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا آثر له أو غير قابل للتطبيق".[1]

نصت المادة 16 من القانون النموذجي اليونيسترال للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 على أنه:" يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته، ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزء من العقد كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى وأي أن القرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم."[2]

أجاز القانون النموذجي اليونيسترال في المادة سالفة الذكر بمبدأ الاختصاص بالاختصاص حيث يتم الفصل في الدفع يتضمن عدم اختصاصها وتضيف المادة الميعاد الذي يمكن أن يقضي فيه بالدفع ويكون الفصل فيه عن طريق حكم أو قرار.

تضمن المشرع الجزائري مبدأ الاختصاص بالاختصاص بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-09 المعل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية الملغى، حيث جاء من ضمن الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، وبالتحديد في المادة 458 مكرر 07 من هذا القانون والتي نصت بصيغة صريحة وواضحة على أنه:" تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دافع في الموضوع.

تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بقرار أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبط بموضوع النزاع."[3]

يبين مضمون هذه المادة وصيغتها أن المشرع الجزائري لم يعتمد في تكريسه لهذا المبدأ على الطريقة التي اعتمدها القانون النموذجي اليونيسترال، التي جمعت بين مبدأ الاختصاص بالاختصاص ومبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، حيث أن هذا الأخير نصت عليه في المادة 458 مكرر 1 في فقرة 04 وبالتالي يمكن أن يستنتج منه أن المشرع الجزائري

[1] المادة 02 فقرة 03 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958، المرجع السابق.

[2] المادة 16 من القانون النموذجي اليونيسترال للتحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق.

[3] المادة 458 مكرر 07 من القانون 93-09، السالف الذكر، الملغى بالقانون 08-09.

لم يأخذ بالرأي الذي مفاده أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص ذو طبيعة عقدية يتأسس على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم.[1]

نصت المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدفع بعدم اختصاص قبل أي دفع عن الموضوع.

تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي، إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبط بموضوع النزاع."[2]

منح المشرع الجزائري للمحكم هذه السلطة كما منحها العديد من النظم القانونية، واشترط أن يكون الدفع بعدم الاختصاص هو الدفع الأول الذي يجب مناقشته، ثم ينتقل إلى موضوع الدفوع الموضوعية الأخرى.

كما أن المشرع المصري أقر بمبدأ الاختصاص بالاختصاص، وذلك بموجب المادة 22 من قانون التحكيم المصري على أنه:" تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع."[3]

المطلب الثاني: الآثار السلبية لاتفاق التحكيم

عبر جمهور الفقه على أن الآثر السلبي لاتفاق التحكيم يتمثل في التزام أطرافه بالامتناع عن اللجوء للقضاء، وعبر البعض الآخر بأنه يترتب على اتفاق التحكيم إقصاء النزاع عن القضاء وجعله من اختصاص هيئة التحكيم، وبتعبير آخر أنه يترتب على اتفاق التحكيم آثر سلبيا يتمثل في سلب ولاية قاضي الوطني بنظر في النزاع موضوع اتفاق التحكيم، وقد عبر بعض الفقه الفرنسي عن هذا الآثر بمناسبة صدور قانون التحكيم المصري بعدم اختصاص

[1] تعويلت كريم، المرجع السابق، ص40.

[2] المادة 1044 من القانون 08-09، السالف الذكر.

[3] المادة 22 من قانون التحكيم المصري 27 لسنة 1994.

القضاء Incompétence des Juridictions étatiques بالنظر النزاع موضوع اتفاق التحكيم.

الواقع أن اتفاق التحكيم لا يسلب القضاء ولاية نظر النزاع، ولا يترتب عليه اختصاص هيئة التحكيم وحدها بنظر النزاع وعدم اختصاص القضاء العادي بالفصل في النزاع، إذ يتعين التميز بين التزام الخصوم باللجوء للتحكيم أو الاستمرار فيه دون قضاء الدولة، وما يترتب عليه سلبا من نشأة حق الخصم في الدفع بوجود اتفاق التحكيم، والتزام المحكمة في هذه الحالة بعدم الاختصاص أو قبول لوجود اتفاق التحكيم، وبين ما يترتب على هذا الاتفاق من اختصاص هيئة التحكيم وعدم اختصاص القضاء بنظره ، فيترتب على اتفاق التحكيم من الناحية السلبية نشأة حق الخصوم في الدفع بوجود اتفاق التحكيم في حالة مخالفة الخصم الآخر اتفاق التحكيم.

يكون للخصم الدفع بوجود اتفاق التحكيم قبل الكلام في الموضوع والتزام المحكمة بالفصل بعدم اختصاص أو القبول في حالة تحقق المحكمة من وجود اتفاق التحكيم، دون أن يترتب على اتفاق التحكيم اختصاص هيئة التحكيم بالنزاع وعدم اختصاص القضاء العادي بالنظر موضوع النزاع ،أو حجب هذا الاختصاص مؤقتا عن قضاء الدولة لصالح هيئة التحكيم، إذ يظل القضاء هو صاحب الولاية العامة بنظر النزاع، ويكون اختصاص هيئة التحكيم بنظر في النزاع إلى جانب اختصاص القضاء الوطني، ويكون للطرف الآخر في هذه الحالة التمسك بوجود اتفاق التحكيم إذا لجأ الطرف الأول للقضاء، بشرط التمسك بوجود اتفاق التحكيم قبل أي طلب أو دفاع موضوعي.[1]

الفرع الأول: مبدأ عدم اختصاص القضاء العادي

إن الآثر السلبي الذي يرتبه اتفاق التحكيم هو سلب صلاحية البت من سلطة ولاية القضاء الوطني العادي وإحالتها إلى هيئة التحكيم، وهذا يعني أن الأطراف قد تنازلوا على القضاء العادي لصالحة نظام التحكيم سوآءا كان الاتفاق سبق قيام النزاع أو بعد نشوؤه، فلو بادر أحد أطراف النزاع برفع النزاع محل التحكيم إلى القضاء فيجوز للطرف الأخر الدفع بوجود اتفاق التحكيم وبالتالي دفع بعدم اختصاص المحكمة بالفصل في النزاع.

[1] أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، المرجع السابق، ص 139-144.

يتمثل مبدأ عدم اختصاص القاضي الوطني في منع عرض النزاع موضوع اتفاق التحكيم على التحكيم شرطا كان أو مشارطة على القضاء العام للدولة، ومنع القضاء من الفصل فيه، فاتفاق التحكيم يمنع القضاء العام في الدولة من نظر النزاع المتفق على الفصل فيه عن طريق هيئة التحكيم المكلفة بذلك بدلا من المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه والفصل في موضوعه، ويخول المدعى عليه دفعا بذلك وهو ما يسمى بالدفع بوجود اتفاق التحكيم.[1]

يستمد هذا المبدأ وجوده في الاتفاقيات الدولية في مجال التحكيم التجاري الدولي، إذ وضعت قاعدة موضوعية موحدة تسمو على التشريعات الداخلية للدول، فقد استبعدت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 اختصاص القضاء الوطني في نظر النزاع الذي أبرم بشأنه اتفاق التحكيم شرطا كان أو مشارطة، حيث نصت المادة 02 فقرة 03 على أنه: "إذا عرض النزاع على المحكمة في إحدى الدول المتعاقدة وكان يتعلق بموضوع اتفاق التحكيم، بالمعنى المقصود في هذه المادة، على المحكمة أن تحيل النزاع على التحكيم، إذا طلب أحد الطرفين ذلك إلا إذا رأت المحكمة أن الاتفاق ملغى أو غير مفعول أو غير صالح للتطبيق".[2]

بهذا النص فرض منع القاضي الوطني بالنظر في الدعوى المتفق على فضها بواسطة التحكيم، حيث يلتزم بها كل الدول الأعضاء المنظمة لاتفاقية التحكيم أيا ما كانت الجنسية الأطراف في اتفاق التحكيم، أو المكان المتفق على جعله مقرا للتحكيم، وما دامت أن هذه القاعدة ذات طبيعة دولية فهي تسري بآثر مباشر مع استبعاد سلطة القاضي، والتي قد زالت تماما في صدد العلاقات الدولية الخاصة بحيث أصبح من المتعين على المحاكم أن ترتب على اتفاق التحكيم آثره المانع وجوبا فور تمسك أحد الأطراف به، كما على مختلف الدول الأعضاء التي انضمت إلى هذه الاتفاقية الالتزام بهذا المبدأ وذلك عن طريق:

-تعهد بتكريس هذا المانع في قوانينها الداخلية، بغرض الالتزام القاضي الوطني بالتخلي بالنظر في المنازعات التي يعود اختصاصها إلى محكمة التحكيم.

-الاستجابة لطلب أحد الأطراف في النزاع في حالة عدم احترام هذا المبدأ وهذا بالتخلي عن النظر في الدعوى المرفوعة أمام القاضي.

[1] بودالي خديجة، المرجع السابق، ص 210.

[2] المادة 02 فقرة 03 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958، المرجع السابق.

إذا عرض مثل هذا النزاع على القاضي الوطني، عليه أن يقضي بعدم اختصاصه وإعادة الدعوى الى هيئة التحكيم.[1]

نصت كذلك المادة 08 من القانون النموذجي اليونيسترال الذي أعدته الأمم المتحدة على أنه:" على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى مسألة أبرم بشأنها اتفاق التحكيم، أن تحيل الطرفين إلى التحكيم، إذ طلب منها أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول في موضوع النزاع، مالم يتضح لها أن الاتفاق باطل ولاغ أو عديم الآثر ولا يمكن تنفيذه.

-إذا رفعت الدعوى مما أشير اليه في الفقرة الأولى من هذه المادة، فيجوز مع ذلك البدء أو الاستمرار في إجراءات، ويجوز أن يصدر قرار تحكيم ودعوى لا تزال معروضة أمام المحكمة."[2]

تم تكريس مبدأ عدم اختصاص القضاء العادي للنظر في النزاعات المتفق على إحالتها للتحكيم سواء بموجب شرط تحكيمي مدرج في العقد أو في صورة مشارطة تحكيم تم إبرامها بعد نشوء النزاع وإبرام العقد، وتم تأكيد هذا المبدأ من قبل الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم، وكذلك من قبل التشريعات الداخلية حيث:

لقد كانت اتفاقية جنيف لسنة 1923 أول من أقرت بمبدأ عدم اختصاص القاضي الوطني وامتناعه من النظر في المنازعات المتفق على حلها عن طريق التحكيم، وذلك بنص المادة 04 فقرة 01 التي تنص على إلزام محاكم الدول المنظمة إلى الاتفاقية أن تحيل الأطراف المتنازعة إلى التحكيم، إذا رفعت دعوى إلى المحاكم المذكورة وكان هنالك اتفاق على حل النزاع إذا تمسك الطرف الآخر مقدما بذلك طلبا يدفع بوجود شرط التحكيم.[3]

أما ما يتعلق بتكريس هذه القاعدة في التشريعات العربية فيمكن القول بأن أغلب التشريعات التي صدرت مؤخرا بشأن التحكيم قد أقرت صراحة عدم اختصاص المحاكم القضائية بالنظر

[1] بودالي خديجة، المرجع السابق، ص 211-212.

[2] المادة 08 من القانون النموذجي اليونيسترال، المرجع السابق.

[3] محمد قبايلي، الآثر السلبي لاتفاق التحكيم في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية جامعة خنشلة، الجزائر، العدد 08 جزء02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جوان 2017، ص 926.

في المنازعات التي اتفق الأطراف بإسنادها للتحكيم، بمجرد وجود اتفاق تحكيم في العقد المبرم بينهم.

إن المقصود بالآثر السلبي لاتفاق التحكيم أو الأثر المانع التزام الأطراف بعدم اللجوء إلى القضاء، وسلب النزاع من ولاية القضاء الوطني ونقله لولاية المحكمين ويحدث هذا الآثر سواء إن كان اتفاق التحكيم في صورة شرط أو مشارطة، وتكون على ضوء ما سبق أمام مبدأ كرسته المعاهدات الدولية والتشريعات الوطنية وهو مبدأ عدم اختصاص القضاء الوطني، حيث نجد المشرع من خلال المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ينص على أنه:" يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية القائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية التحكيم على أن تثار من أحد الأطراف."[1]

بالنظر إلى هذه المادة تبين أن للدعوة التحكيمية آثر موقف الاختصاص القضاء العادي وكذلك الأمر عندما يتبين للقاضي وجود اتفاقية التحكيم بشأن، النزاع المطروح أمامه ولذلك من المهم معرفة متى تعتبر الخصومة التحكيمية قائمة في ظل عدم ظهور اتفاق التحكيم، لأنه في هذه الحالة يكون وجود اتفاق التحكيم كاف في حد ذاته لرفع يد القضاء عن النزاع، وهو ما أكدته اتفاقية نيويورك لسنة 1958 إلا أن تطبيق هذا المبدأ له حدود واستثناءات التي تتمثل في الإجراءات التي يتخذها القضاء الوطني التي تعرف الإجراءات الوقتية والتحفظية، والتي تكون مرتبطة بالنزاع فهي عادة لا تمس بأصل الحق المتنازع عليه.[2]

تجدر الإشارة أن الآثر السلبي لاتفاق التحكيم لا يقتصر على مجرد الالتزام الأطراف بالامتناع عن اللجوء إلى القضاء، بل يمتد هذا الآثر للامتناع عن الطعن في الحكم بطرق الطعن التي قررها القانون، إذ المقصود بالقضاء في هذا المعنى ليس مجرد القضاء بالمعنى الضيق الذي يقتصر على محاكم أول الدرجة، بل أن التعبير القضاء يشمل المحاكم المختصة بالطعن في الحكم إذ لا يتفق مع تنظيم المشرع لاتفاق التحكيم أن يكون ذلك يقتصر على المحاكم درجة أولى وحدها بل الهدف من تنظيم المشرع للتحكيم كمنظومة إجرائية هو رضا

[1] المادة 1045 من القانون 08-09، السالف الذكر.

[2] منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستير في القانون العام، فرع التنظيم الاقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الأخوة منتوري، قسنطينة، 2013-2014، ص 201.

الأطراف بحسم النزاع بحكم ملزم ووجود رضا مسبق على حكم المحكمين، ومن ثم نرى أن عدم إجازة المشرع للطعن في حكم المحكمين أساسه القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، ورضا المطلق للأطراف في حسم هذا النزاع بحكم ملزم لهم.

وهذا الآثر مستمد من القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، وعدم جواز تعديله أو إلغائه بإرادة منفردة، والتي يترتب عليها التزام الأطراف باللجوء للتحكيم أو الاستمرار فيه دون اللجوء إلى القضاء فلا يجوز الرجوع عنه بإرادة منفردة، فإذا ما أخل أحد الأطراف بهذا الالتزام كان الطرف الأخر في اتفاق التحكيم الدفع بوجود اتفاق التحكيم قبل الكلام في الموضوع أو الجلسة.[1]

الفرع الثاني: نظام مبدأ عدم اختصاص القاضي العادي

يترتب على عدم اختصاص القاضي العادي بالفصل في النزاع أثرين هما:

أولا: عدم إمكانية الاثارة التلقائية لعدم الاختصاص

إذا كان التحكيم يقوم أساسا على إرادة الأطراف في حل النزاعات بهذه الطريقة الخاصة في حل النزاعات لما لها من مزايا فإنه يمكن لأطراف التنازل عليه باتفاق مشترك صراحة أو ضمنا، وذلك للجوء إلى القضاء العادي لهذا السبب لا يمكن للقاضي المكلف بالفصل في نزاع أبرم اتفاق التحكيم بشأنه إثارة عدم اختصاصه تلقائيا، فإذا تنازل المدعي من التمسك باتفاق التحكيم ومن قبل المدعي من التمسك باتفاق التحكيم وقبل المدعي عليه اختصاص القضاء ولم يدفع بعدم اختصاصه، فإن هذا الاتفاق يفرض على القاضي.

ولهذا لا يملك القاضي الذي عرض عليه نزاع متعلق بالتحكيم أبرم بشأنه اتفاق التحكيم أن يثير تلقائيا عدم اختصاصه بسببه، ويلقى هذا الحل قبولا واسعا في الاتفاقيات الدولية المبرمة بشأن التحكيم، فقد تبناه المشرع المصري حيث نصت المادة 13 فقرة 01 من قانون التحكيم المصري 27 لسنة 1994 على أنه: يجب على المحكمة التي يرفع إليها النزاع يوجد

[1] أحمد إبراهيم عبد التواب، الآثر الإيجابي والسلبي لاتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص216.

بشأنه اتفاق التحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى، إذا دفع بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى." [1]

حيث تؤكد المادة أن القاضي المصري لا يملك سلطة إثارة الدفع بعد الاختصاص إلا إذا أثاره المدعي عليه لا يمكن له تقرير عدم اختصاصه، ونستنتج مما سبق أن أغلب التشريعات نصت بأن القاضي الوطني الذي يرفع إليه نزاع بشأن مسألة اتفاق التحكيم لا يجوز له من تلقاء نفسه أن يقضي بعدم اختصاصه، إلا إذا آثار أو تمسك الأطراف الخصومة بعدم اختصاصه.

ثانيا: المرحلة التي يتدخل فيها القضاء لتقدير وجود وصحة اتفاق التحكيم

إن من آثار مبدأ اختصاص بالاختصاص أن أي نزاع يخص موضوع وصحة اتفاق التحكيم، ولا يمنع المحاكم التحكيمية من متابعة مهمتها بالفصل في اختصاصها وفي حالة تأكيد اختصاصها يستمر في الفصل في الموضوع، دون انتظار دعوى إلغاء محتملة أمام القضاء العادي، الذي تنحصر مهمته في مراقبة هذا الاختصاص في حالة نزاع يخص تنفيذ وإلغاء القرار التحكيم، وأغلب الدول قبلت هذا الآثر الإيجابي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص.

ومن جهة أخرى فإن الآثر السلبي لمبدأ اختصاص بالاختصاص يتمثل في احتفاظ المحكمين ليس بالاختصاص حصري للنظر في هذه المسائل فقط، لكن إمكانية فصلهم فيما يتعلق باختصاصهم بطريقة تركز مراقبة هذا الاختصاص من قبل الجهات القضائية في مرحلة النزاعات المتعلقة بإلغاء أو تنفيذ الحكم التحكيم.[2]

الفرع الثالث: الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم اختصاص المحاكم بالنظر في المنازعة المتفق بشأنها اتفاق التحكيم

على الرغم من أن القاعدة العامة التي تحكم القضاء الوطني فيما يتعلق بالمنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم تتلخص في عدم اختصاص القضاء بالفصل في هذه المنازعات، إلا أن هذه القاعدة العامة ورد عليها بعض القيود الاستثناءات أبرزها انعقاد

[1] المادة 13 فقرة 01 من قانون التحكيم المصري 27 لسنة 1994.

[2] بكلي نور الدين، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في الأنظمة القانونية العربية، المرجع السابق، ص348-351.

الاختصاص للمحاكم الوطنية بشأن اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية المتصلة بالمنازعات المتفق بشأنها على التحكيم، بتدخل القضاء الوطني من أجل تكوين هيئة التحكيم في حالة تعذر تشكيلها وكذا الرقابة التي تباشر من قبل القضاء الوطني على حكم التحكيم سواء كانت الرقابة من خلال الطعن بالبطلان على حكم التحكيم أو في إطار الدعوى الأمر بالتنفيذ.

ولقد حرصت العديد من التشريعات على وجوب تدخل القضاء بناء على طلب أحد طرفي التحكيم من أجل حل المشاكل المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم، ومثال ما نصت عليه المادة 10 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 أنه إذا تعذر على المحكم أداء مهمته أو لم يباشرها أو قطع على أدائها بما يؤدي إلى تأخير لا مبرر له في إجراءات التحكيم ولم يتفق الأطراف على ذلك يمكن للمحكمة القضائية المتخصصة الأمر بإنهاء مهمته بناء على طلب أي من الطرفين، وبالتالي فدور القضاء يعتبر نوعا من المساعدة لنظام التحكيم على قيام هيئة التحكيم بأداء وظيفتها، بالإضافة إلى قيامه بدور الرقابة اللاحقة على صدور حكم التحكيم وتنفيذه.[1]

أولا: السماح باللجوء إلى القضاء الوطني للمساعدة في تعين هيئة التحكيم

إن تدخل القاضي الوطني في تعين المحكمين يكون عادة عندما يختار الأطراف التحكيم الخاص، واستثناء عندما يختارون التحكيم المؤسساتي، وإذا ثار نزاع بين أحد الأطراف وبين مركز التحكيم الذي اتفاق الطرفين على اختياره أو بسبب نقص في هذه اللوائح في حالة سوف يجد القضاء نفسه مدعو إلى التدخل، لحسم النزاع القائم بين الطرفين أو لمواجهة النقص في لوائح مركز التحكيم.

وكثيرا ما يرفض أحد الأطراف تنفيذ التزامات المترتبة عليه، وعند نشوء النزاع في تعين هيئة التحكيم، هذه الوضعية من شأنها أن تؤدي إلى شل التحكيم، وهو ما أدى بمعظم الدول السماح في قوانينها الداخلية بتدخل القاضي الوطني لمد يد المساعدة ولضمان استمرارية التحكيم.

[1] عمار فلاح، المرجع السابق، ص168-169.

تنص المادة 1041 من ق.إ.م.إ على أنه: ".... وفي غياب التعين، وفي حالة صعوبة تعين المحكمين أو عزلهم، أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي:

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

2- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج وأختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر."[1]

فالقاضي الجزائري من خلال نص المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا يتدخل في تشكيل هيئة التحكيم، إلا استثناء تاركا الحرية الكاملة للطرفين في اختيار محكمهم، أو اختيار نظام تحكيم يتولى المهمة، فهو لا يتدخل إلا في حالة غياب التعين أو في حالة صعوبة تعيين هيئة التحكيم.[2]

ثانيا: السماح باللجوء إلى القضاء في التدابير الوقتية التحفظية

قد تقتضي طبيعة وظروف النزاع المطروح على هيئة التحكيم ضرورة اتخاذ بعض الإجراءات الوقتية أو التحفظية سواء كان ذلك قبل انعقاد هيئة التحكيم أو أثناء سير الخصومة التحكيم، ومثال هذه الإجراءات سماع شهادة الشهود أو إجراء معاينة لإثبات حالة الموضوع أو تعين حارس على موجودات الشركة محل النزاع بين الشركاء.[3]

يمكن لأطراف المتنازعة أن يتخذ التدابير الوقتية والتحفظية، والمقصود بها هي الإجراءات التي تتخذ لحماية أموال أو لصون الحقوق مثل الحجز الاحتياطي أو التأمين البحري وحق حبس المنقول، وغير المنقول، أما التدابير المؤقتة هي التي تنظم وقتي حالة مستعجلة إلى أن يصدر فيها قرار نهائي، مثال ذلك الحراسة القضائية على الأموال.

---

[1] المادة 1041 من قانون 08-09، السالف الذكر.

[2] سلطان محمد شاكر، التحكيم كوسيلة لفض منازعات العقود الإدارية لإنشاءات الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لامين دباغين، سطيف، الجزائر، 2020-2021، ص234-235.

[3] خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحداث أحكام القضاء المصري، دار الشروق، الطبعة الأولى، مصر، 2002، ص430.

تنص المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:" يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير الوقتية أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، مالم ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي. إذا لم يقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي.

يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع للتدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير."[1]

خلاصة الفصل:

تبين من خلال ما سبق أنه عند انعقاد اتفاق التحكيم التجاري الدولي تترتب عليه نوعين من آثار وهي آثار موضوعية وآثار إجرائية، تتمثل الآثار الموضوعية لاتفاق التحكيم في القوة الملزمة له حيث عند انعقاد يصبح ملزم التطبيق من الأطراف في اتفاق التحكيم، أو في بعض الحالات تنتقل إلى الخلف العام والخاص، حيث أقرت بذلك غالبية التشريعات المنظمة لموضوع التحكيم التجاري الدولي والاتفاقيات الدولية ، كما يترتب عليه أيضا مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم والذي يقصد به أن اتفاق التحكيم يبقى مستقل على العقد الأصلي في حالة بطلانه، فاتفاق التحكيم يبقى ساري النفاذ كما يمكن خضوع اتفاق التحكيم، والعقد لقانونين مختلفين ،وأخيرا إعطاء المحكم سلطة النظر في اختصاصه من عدمه.

أما الآثار الإجرائية تنقسم إلى أثرين: أحدهما يسمى الآثر الإيجابي لاتفاق التحكيم يتمثل في التزام الأطراف في اتفاق التحكيم باللجوء إلى التحكيم في حالة نشوء نزاع، ومبدأ اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها بالفصل في النزاع القائم بينهم، وأخيرا الآثر السلبي لاتفاق التحكيم وهو ثاني آثر إجرائي يترتب عليه عدم اختصاص المحكمة الوطنية بالفصل في النزاع القائم بين الأفراد المتنازعين، والاستثناءات الواردة على عدم اختصاص القاضي العادي بالفصل في النزاع والتي تكون في حالتين وهما تدخل القاضي لمساعدة المتنازعين في تعين هيئة التحكيم، واختصاص القضاء أثناء سير الخصومة التحكيمية، كذلك في حالة التدابير الوقتية والتحفظية أو في حالة تقديم الأدلة.

[1] المادة 1046 من القانون 08-09، سالف الذكر.

الخاتمة

لقد حاولت هذه الدراسة التعرض قدر الإمكان بمجمل المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم والخصوصية التي تميزه عن غيره من العقود الأخرى، وهذه المسائل ماهي إلا عبارة عن أهم النتائج المتوصل إليها ونوجزها فيما يلي:

- يتمتع اتفاق التحكيم بخصوصية من حيث الطبيعة حيث يمكن أن يكون في صورة شرط التحكيم وارد في العقد الرئيسي بين الأطراف، ومشارطة التحكيم موجود في عقد مستقل، وأخيرا شرط التحكيم بالإحالة وهي أن يحيل الأطراف اتفاق التحكيم إلى عقد نموذجي.
- يتمتع اتفاق التحكيم بخصوصية من حيث تكوينه حيث أن غالبية العقود العادية يتوجب لانعقادها توفر الأركان الموضوعية طبقا للقواعد العامة المتمثلة في الرضا الأهلية، المحل والسبب، والشكلية المتمثل في الكتابة، إلا أن هذه الأركان التي تتطلب لانعقاد اتفاق التحكيم هي توفر الأركان الموضوعية المذكورة سابقا والأركان الشكلية المتمثلة في الكتابة بأشكالها إما أن تكون على دعامة ورقية أو إلكترونية ...، والبيانات الإلزامية الواجب توفرها في اتفاق التحكيم والمتمثلة في تعين هيئة التحكيم بالأسماء أو الصفات أو اللجوء على التحكيم المؤسساتي الذي يتولى بدوره تعين هيئة التحكيم، وكذلك تحديد موضوع النزاع المتفق عرضه على هيئة التحكيم.
- تتمثل كذلك خصوصية اتفاق التحكيم من حيث القانون واجب التطبيق حيث أن مجمل العقود العادية تخضع للأحكام العامة في القانون المدني على عكس اتفاق التحكيم الذي يجسد مبدأ سلطان إرادة الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق أو تطبيق قانون مقر التحكيم، وأخيرا إعطاء هيئة التحكيم سلطة اختيار القانون واجب التطبيق.

- كذلك يتمتع اتفاق التحكيم بخصوصية من حيث الآثار باعتبار غالبية العقود على غرار عقد البيع يترتب عليه العديد من الآثار على غرار انتقال الملكية بين الأطراف، أما اتفاق التحكيم يترتب عليه أثرين أحدهما موضوعي يتمثل في القوة الملزمة لاتفاق التحكيم بالنسبة للأطراف، ويمكن بموجبه انتقال النزاع إلى الخلف العام والخلف الخاص لأطراف في بعض الحالات، وكذلك مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم المتمثل في عدم تأثر اتفاق التحكيم بأي عيب يشوب العقد الرئيسي فبطلان العقد الرئيسي بين الأطراف يبقي اتفاق التحكيم الوارد فيه صحيحا.

والأثر الثاني هو الأثر الإجرائي لاتفاق التحكيم يمكن أن يكون إيجابي أي التزام الأطراف عند نشوء نزاع بين الأطراف إلى التحكيم التجاري الدولي باعتباره المسؤول بحل النزاع، وإقرار مبدأ الاختصاص بالاختصاص الذي يصدر في شكل حكم أولي من قبل هيئة التحكيم يوكل إليهم مهمة الفصل في النزاع، والأثر السلبي المتمثل في إقرار القاضي الوطني بعدم اختصاصه في الفصل في النزاع المبرم بشأنه اتفاق التحكيم التجاري الدولي، إلى أنه يمكن له أن يلعب دور مساعد في بعض الحالات على سبيل المثال إصدار التدابير الوقتية والتحفظية أو في حالة تقديم الأدلة لهيئة التحكيم باعتباره يملك سلطة جبر الأطراف.

وأخيرا يمكن القول بأن اتفاق التحكيم يتمتع بالعديد من الخصوصيات التي تساعد الأفراد في عقود التجارة الدولية باعتباره يساعدهم في حل النزاعات التي يستغرق حلها في جهاز القضاء لعدة شهور ويمكن أن تصل إلى سنوات إلى مدة قصيرة بالنسبة لنظام التحكيم التجاري الدولي باعتباره وسيلة بديلة لحل النزاعات، كما أن هذه العقود تجسد حرفيا مبدأ سلطان الإرادة بين الأطراف من حيث إمكانية الأطراف تعين هيئة التحكيم وفقا لطبيعة النزاع

القائم بينهم مما يسهل عليهم حل النزاع القائم، عكس القاضي الوطني الذي يجد العديد من الصعوبات في فهم الحيثيات والجزئيات المحيطة في النزاع.

ورغم تلك الإيجابيات التي يتمتع بها هذا العقد يؤخذ عليه ما يلي:

- إمكانية استعمال هذه العقود بنية الغش نحو القانون والتهرب من المتابعات القضائية والهروب من متابعات القضاء الوطني.
- عند إبرام هذا النوع من العقود فغنها بطريقة غير مباشرة تخرق مبدأ سيادة الدولة في تطبيق القانون داخل الإقليم.

قائمة المراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: النصوص القانونية

1-الإتفاقيات الدولية:

- اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة باعتماد قرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم 88-233 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988، الجريدة الرسمية العدد 48، الصادرة بتاريخ 23 نوفمبر 1988.
- اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي 1987، أقرها مجلس الوزراء العربي في دورته الخامسة، بقرار رقم 80-05 المؤرخ في 14 أفريل 1987، منشور على موقع www.aifz-eg.com.

2-القوانين:

- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمة عدد 21، الصادرة في 23 أفريل 2008.
- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 44.
- القانون 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن قانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 78، الصادرة في 29 سبتمبر 1975.
- قانون النموذجي اليونيسترال للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985، المعدل لعام 2013.
- قانون التحكيم الفرنسي رقم 48 لسنة 2011، المؤرخ في ماي 2011.
- قانون التحكيم الأردني رقم 21 لسنة 2001.
- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.
- قانون 13 لسنة 1993 المتضمن قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري.
- قانون 90 لسنة 1983 المتضمن قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.
- قانون 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26 أفريل 1993 يتعلق بإصدار مجلة التحكيم، الرائد الرسمي عدد 33 بتاريخ 04 ماي 1993.

- المرسوم التشريعي 93-09 المؤرخ في 25 أفريل 1993، يعدل ويتمم الأمر 66-154 المؤرخ في 08 جوان 1993 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثانيا: الكتب

- أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، مصر.
- أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم، مفهومه أركانه شروطه نطاقه، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،2011.
- أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والسلبي لاتفاق التحكيم، دراسة في ضوء الفقه والقضاء في قانون التحكيم المصري والقانون الفرنسي الجديد وقانون الإجراءات المدنية الإماراتي وقوانين وأنظمة التحكيم المقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2013.
- أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية والداخلية والدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر 2006.
- أحمد عبد الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1988.
- أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات عقود التجارة الدولية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2005.
- حفيظة السيد علي، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001.
- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحداث أحكام القضاء المصري، دار الشروق، الطبعة الأولى مصر،2002.
- عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الالكتروني، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2009.
- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.

- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافي للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، عمان، الأردن،2008.
- كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، الطبعة الأولى دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، 2014.
- محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي دراسة في القانون التجارة الدولية، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة النشر.
- محمود محمد هاشم، النظرية العامة في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، اتفاق التحكيم، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007.
- ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1996.

ثالثا: الرسائل العلمية

- **أطروحات الدكتوراه:**

- بكلي نور الدين، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في الأنظمة القانونية العربية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، 2007-2008.
- بودلال فطومة، التحكيم في العقود الإدارية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، علوم قانونية، جامعة الجيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2015-2016.
- بودالي خديجة، اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري" دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015.
- تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، قانون، جامعة مولود معمري، تيزي زوو، 2017.
- سلطان محمد شاكر، التحكيم كوسيلة لفض منازعات العقود الإدارية لإنشاءات الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، قانون عام، جامعة محمد لامين دباغين، سطيف، 2020-2021.
- صبرينة جبايلي، أثر التحكيم على خصوصية العقد الإداري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه قي القانون العام، جامعة العربي بن مهيدي، أم لبواقي، 2016-2017.

- عمار فلاح، دور التحكيم في فض المنازعات التجارة الدولية "دراسة مقارنة" بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة والقانون، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014-2015.
- عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر (على ضوء الاتفاقيات الدولية للجزائر)، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزوو.
- قبايلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، جامعة مولود معمري، تيزي وزوو،2012.

- **مذكرات الماجيستر:**

- بوجلال سمية، التحكيم في المنازعات الدولية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستير في القانون العام، فرع العلاقات الدولية وقانون المنظمات الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الأخوة منتوري، قسنطينة، 2011-.2012
- بوديسة كريم، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية المنازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستير في قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزوو،2012.
- زروالي سهام، شرط التحكيم البحري وسريانه بالنسبة للمرسل إليه في عقد النقل البحري للبضائع، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستر في العقود والمسؤولية، جامعة بومرداس، 2011-2012.
- عجيري عبد الوهاب، شرط التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستير في الحقوق، قانون خاص،2013-2014.
- شبارة حمزة، اتفاقيات التحكيم الداخلي كطريق بديل لحل النزاع، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستير في القانون، العقود والمسؤولية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2013-2014.
- منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستير في القانون العام، فرع التنظيم الاقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الأخوة منتوري، قسنطينة، 2013-2014.

- نور الدين بكلي، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستير في القانون، قانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة بن عكنون، الجزائر،1995-1996.
- يسن محمد حماد لمين، الشروط الشكلية والموضوعية لعقد التحكيم دراسة مقارنة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستير في القانون الخاص، السودان، 2017.

رابعا: المقالات

- العرباوي نبيل صالح، اتفاق التحكيم، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بشار، دفاتر السياسة والقانون، العدد الخامس عشر، جوان2016.
- زهيرة كيسي، مبدأ استقلالية شرط التحكيم التجاري عن العقد، مجلة الاجتهاد للدراسات الاقتصادية والقانونية، المركز الجامعي لتامنغست، سداسية المحكمة العدد08، جوان2015.
- علالي عبد الرحمان، أسود محمد لامين، الآثار الإجرائية لاتفاق التحكيم، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، مجلة صوت القانون، المجلد السابع، العدد 02، نوفمبر 2020.
- شعران فاطمة، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في الجزائر "دراسة مقارنة"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد الثاني، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، ديسمبر2016.
- محمد قبايلي، الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، العدد08، الجزء02، جوان 2017.
- منار صبرينة، منار فاطمة الزهراء، أحكام اتفاق التحكيم التجاري الدولي، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، المجلد03، العدد03، سبتمبر 2020.

خامسا: المواقع الالكترونية:

- www.aifz-eg.com
- www.legifrance.gov.fr

المراجع باللغة الفرنسية:

- HOCINE FARIDA. L'INFLUENCE de l'accueil de la sentence arbitrale par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international. Thèse pour le Doctorat en droit. Univ MOULOUD MAMMERI. TIZI-OUZOU.2012.

- Maya chakarji. Le rayonnement de la clause compromissoire étude comparée de droit français et droit libanais. Master 02 droit des affaires compare. Université paris 02. 2018-2019.

الفهرس

الفهرس:

المقدمة.....1
الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لخصوصية اتفاق التحكيم.....6
المبحث الأول: ماهية اتفاق التحكيم التجاري الدولي.....7
المطلب الأول: مفهوم اتفاق التحكيم التجاري الدولي.....7
الفرع الاول: تعريف التشريعي لاتفاق التحكيم.....7
أولا: تعريف الاتفاقيات الدولية لاتفاق التحكيم التجاري الدولي.....7
ثانيا: تعريف القوانين لاتفاق التحكيم التجاري الدولي.....8
الفرع الثاني: تعريف الفقه لاتفاق التحكيم التجاري الدولي.....10
المطلب الثاني: صور اتفاق التحكيم التجاري الدولي وطبيعته.....12
الفرع الأول: صور اتفاق التحكيم التجاري الدولي.....12
أولا: شرط التحكيم.....12
ثانيا: مشارطة التحكيم.....14
ثالثا: شرط التحكيم بالإحالة.....16
الفرع الثاني: الطبيعة وخصائص اتفاق التحكيم التجاري الدولي.....19
أولا: الطبيعة اتفاق التحكيم التجاري الدولي.....19
ثانيا: خصائص اتفاق التحكيم التجاري الدولي.....20
الفرع الثالث: القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم التجاري الدولي.....21
أولا: تطبيق قانون إرادة الأطراف.....21

ثانيا: تطبيق قانون مقر التحكيم.....23

ثالثا: سلطة المحكم في تحديد القانون واجب التطبيق.....23

المبحث الثاني: تنظيم اتفاق التحكيم التجاري الدولي.....24

المطلب الأول: الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم التجاري الدولي.....25

الفرع الأول: الرضا.....25

الفرع الثاني: الأهلية.....28

الفرع الثالث: المحل.....30

الفرع الرابع: سبب.....33

المطلب الثاني: الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم التجاري الدولي.....35

الفرع الأول: الكتابة كركن لانعقاد اتفاق التحكيم.....36

الفرع الثاني: البيانات الإلزامية لاتفاق التحكيم التجاري الدولي.....39

أولا: تعين المحكمين النزاع.....39

ثانيا: تحديد موضوع النزاع.....40

الفصل الثاني: آثار اتفاق التحكيم التجاري الدولي.....43

المبحث الأول: الآثار الموضوعية لاتفاق التحكيم التجاري الدولي.....44

المطلب الأول: القوة الملزمة لاتفاق التحكيم.....44

الفرع الأول: موفق المشرع الجزائري من القوة الملزمة لاتفاق التحكيم.....44

أولا: الخلف العام.....47

ثانيا: الخلف الخاص.....48

الفرع الثاني: موقف بعض التشريعات على القوة الملزمة لاتفاق التحكيم.....49

المطلب الثاني: استقلالية اتفاق التحكيم.....52

الفرع الأول: مفهوم مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم.....52

أولا: التعريف القانوني لمبدأ استقلالية الاتفاق التحكيم.....54

ثانيا: التعريف الفقهي لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم.....56

الفرع الثاني: آثار استقلالية اتفاق التحكيم.....57

أولا: عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي.....58

ثانيا: إمكانية خضوع اتفاق التحكيم والعقد الأصلي لقانونين مختلفين.....58

ثالثا: إعطاء المحكم سلطة النظر في اختصاصه.....59

المبحث الثاني: الآثار الإجرائية لاتفاق التحكيم التجاري الدولي.....60

المطلب الأول: الآثر الإيجابي لاتفاق التحكيم.....61

الفرع الأول: التزام الأطراف بالعهد إلى هيئة التحكيم.....61

أولا: مبدأ التزام الأطراف بإسناد النزاعات موضوع اتفاق التحكيم إلى المحكمين..62

ثانيا: التنفيذ العيني لالتزام الواقع على عاتق الأطراف في اتفاق التحكيم بالعهدة بالمنازع محل التحكيم إلى المحكم.....65

الفرع الثاني: الاختصاص بالاختصاص في نظر النزاع.....66

المطلب الثاني: الآثار السلبية لاتفاق التحكيم.....70

الفرع الأول: مبدأ عدم اختصاص القضاء العادي.....71

الفرع الثاني: نظام مبدأ عدم اختصاص القاضي العادي.....75

أولا: عدم إمكانية الاثارة التلقائية لعدم الاختصاص.....75

ثانيا: المرحلة التي يتدخل فيها القضاء لتقدير وجود وصحة اتفاق التحكيم.....76

الفرع الثالث: الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم اختصاص المحاكم بالنظر في المنازعة المتفق بشأنها اتفاق التحكيم.....76

أولا: السماح باللجوء إلى القضاء الوطني للمساعدة في تعين هيئة التحكيم.....77

ثانيا: السماح باللجوء إلى القضاء في التدابير الوقتية التحفظية.....78

الخاتمة.....81

قائمة المصادر والمراجع.....85

الفهرس.....92

الملخص

1-باللغة العربية:

يعتبر موضوع خصوصية اتفاق التحكيم التجاري الدولي من العقود التي يتم بمقتضاه تعهد الأطراف باللجوء في حالة نشوء نزاع إلى نظام التحكيم للفصل بينهم بحكم ملزم للأطراف حيث يجسد هذا العقد مبدأ سلطان الإرادة حيث يقوم الأطراف بتعين هيئة التحكيم وموضوع النزاع وغيرها، ويتمتع بالاستقلالية عن العقد الأصلي (عدم تأثره بالعقد الأصلي لا من حيث الصحة والتمسك ببطلانه، ولا من حيث القانون واجب التطبيق عليه) لأنه لا يتأثر ببطلان العقد الأصلي، وينتقل النزاع إلى الخلف العام والخاص لأطراف النزاع ويكون ذلك وفقا لما يحدده الأطراف في العقد.

ينتج عن اتفاق التحكيم مبدأ الاختصاص بالاختصاص بنوعيه(تعهد الأطراف باللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في حالة نشوء نزاع، وإقرار هيئة التحكيم باختصاصها في النظر في النزاع) بشقه الإيجابي، (وإقرار القاضي العادي بعدم الاختصاص والاستثناءات الواردة عليه) بشقه السلبي.

وذلك وفق دراسة تحليلية لبعض الاتفاقيات الدولية والنصوص القانونية المتعلقة بهذا الموضوع.

2- باللغة الإنجليزية :

The subject of the privacy of international commercial arbitration agreements is considered a contractual matter in which the parties commit to resort to arbitration in the event of a dispute, with the arbitration system being empowered to resolve the dispute and issue a binding decision. This agreement embodies the principle of party autonomy, as the parties appoint the arbitral tribunal and determine the subject matter of the dispute and other relevant aspects. The arbitration agreement is independent of the main contract (it is not affected by the validity or invalidity of the main contract, nor by the applicable law), as it is not influenced by the nullity of the main contract. The dispute is transferred to the general and special jurisdiction of the parties to the dispute, as specified in the agreement.

The principle of competence-competence arises from the arbitration agreement in both its positive aspect (the parties' commitment to resort to international commercial arbitration in the event of a dispute and the recognition of the arbitral tribunal's jurisdiction to consider the dispute) and its negative aspect (the recognition by ordinary courts of their lack of jurisdiction and the exceptions thereto).

This is based on an analytical study of some international agreements and legal texts related to this subject.