

دور اتفاق التحكيم في تكريس مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري

على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون أعمال

إعداد الطالب:

الطاهر عزة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
أ/ الأزهر لعبيدي	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	رئيسا
أ.د. بدر الدين شبل	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	مشرفا ومقررا
أ. راضية زرقيني	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	مناقشا



﴿وَقُلْ أَعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ

وَالْمُؤْمِنُونَ ^صوَسَتُرَدُّونَ إِلَىٰ عِلْمِ الْغَيْبِ

وَالشَّهَادَةِ فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ ﴿١٠٥﴾﴾

التوبة: الآية 105

شكر وعرفان

الحمد لله الذي هدانا إلى نور العلم وميزنا بالعقل الذي يسر طريقنا

الحمد لله الذي أعطانا من موجبات رحمته الإرادة والعزيمة على إتمام عملنا

نحمدك يا رب حمدا يليق بجلالك وجهك وعظيم سلطانك.

مهما تقدمنا وفُتِحَت أماننا الطرق ووصلنا لكل ما نلهم به، علينا أن نتذكر من كانوا سبب بنجاحنا،
من ساندنا وأمسك بيدنا للاستمرار، وحفزنا وشجعنا، فمهما عبرنا لهم فالكلمات قليلة لهذا أقدم
لكم هنا أجمل عبارات الشكر والتقدير:

الى الوالدين الكريمين اللذان قدما لي كل شيء أطال الله عمرهما.

الى العائلة الكريمة التي قدمت كل ما في وسعها لمساعدتي.

الى المشرف الفاضل الأستاذ الدكتور: شبل بدر الدين الذي ما توانى في توجيهنا ونصحنا ومتابعتنا
طيلة انجاز هذا البحث, فجزاه الله عنا خير الجزاء.

الى كل الأصدقاء الذين ساعدونا من قريب أو بعيد لإتمام هذا البحث المتواضع

أهدي لكم جميعا ثمرة هذا الجهد راجين من الله العلي القدير التوفيق والسداد .

الطالب : محزه الطاهر

مقدمة

التحكيم هو وسيلة قانونية لتسوية المنازعات المحلية والدولية وقد وقع تنظيمه في عدة دول بموجب قانون المرافعات المدنية والتجارية ضمن الباب الرابع المتعلق بالتحكيم، إضافة للتشريعات الخاصة بالتحكيم في معظم دول العالم والاتفاقيات الدولية التي تنظم الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها.

ومثال ذلك اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بأحكام المحكمين وتنفيذها التي أقرها مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بالتحكيم التجاري الدولي والمنعقد في نيويورك في الفترة من 20 مايو إلى 10 يونيو سنة 1958، وقد سعت هيئة الأمم المتحدة إلى توحيد القواعد المنظمة للتحكيم حيث أقرت القانون التجاري الدولي (الأونسيترال)، وقد أوصت الجمعية العامة جميع الدول لتبنيه.

وفي ظل هذا الاهتمام الدولي الواسع بالتحكيم، ظهرت عدد كبير من مراكز التحكيم الدولية والإقليمية، ويعتبر التحكيم البديل الأنسب للقضاء الرسمي، أي أنه ينهي الخصومة بحكم تحكيمى حاسم غير قابل للطعن بأي طريقة، ويعتبر التحكيم وسيلة قانونية تقوم على وجود اتفاقية خاصة لفض المنازعات التي تنشأ بين الأطراف المتعاقدة في المواد المدنية والتجارية، ولا يمكن اللجوء للتحكيم إلا بتوفر الإرادة الحرة السليمة للأطراف والتي عبروا عنها صراحة وضمنوها كتابة في اتفاق التحكيم، لإنهاء نزاعهم بعيدا عن القضاء العادي ووفق أحكام خاصة.

يمكن أن يكون التحكيم ضمنيا من خلال قبول الأطراف الالتزام بشروط العقد النموذجي المتضمن لشرط التحكيم، كما يمكن أن يكون صريحا جازما من خلال الاتفاق على اللجوء للتحكيم منذ بداية التعاقد بموجب شرط تحكيمى، لحسم كافة المنازعات التي قد تنشأ عند تنفيذ العقد أو تفسيره أو أي نزاع آخر مرتبط بالعقد. وقد يكون الاتفاق على اللجوء للتحكيم بعد حدوث النزاع بالفعل فيتم الاتفاق حينئذ على إنهاء هذه المنازعة بواسطة التحكيم اختصارا للوقت ومنعا للمشاحنات وتوفيرا للجهد والوقت والمال من خلال الاقتصاد في النفقات الخ، وهو ما يسمى حينئذ بمشارطة التحكيم.

ويعتبر العصر الحالي عصر نهضة وازدهار التحكيم، حيث انتشرت مراكز التحكيم في جميع دول العالم لتقوم بدورها الفعال في تسوية المنازعات سواء بين رعايا الدولة الواحدة أو

على مستوى المعاملات التجارية الدولية، ويقوم نظام التحكيم على فلسفة وفكرة محددة وواضحة وهي رضا الخصوم واتفاقهم على تفويض فرد أو أفراد معينين في تسوية نزاع نشأ بينهم سواء من علاقة تعاقدية أو غير تعاقدية، من خلال حكم ملزم وقابل للتنفيذ الجبري بواسطة رجال السلطة العامة في الدولة. ويفترض نظام التحكيم اتفاق الأفراد على انتزاع الاختصاص من محاكم الدولة وعدم عرض النزاع عليها وذلك بموجب اتفاق مشترك بينهم وطالما تم الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم، لا يجوز لأحد أطراف النزاع أن يبادر ويقوم بعرض النزاع علي محاكم الدولة، باعتبار أن ذلك مخالفة لم تم الاتفاق عليه بين الطرفين من حيث عرض النزاع على التحكيم حيث أن الأصل هو "أن العقد شريعة المتعاقدين".

كما يفترض التحكيم أن يكون للأفراد الثقة والعلم بشخصية المحكم أو المحكمين الذين يتم اختيارهم للفصل في النزاع، فشخصية المحكم لا تفرض على الخصوم، وإنما يتم هذا الاختيار بمبادرة إيجابية من الخصوم، وبناءً على ثقة شخصية في المحكم، ولذلك فالذي يحدث غالباً في الواقع العملي أن يتم تشكيل هيئة التحكيم من عدد فردي سواء فرد أو ثلاثة مثلاً، فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين اختار كل طرف محكماً ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث هو ما يسمى بالمحكم المرجح.

إن التحكيم نظام اتفاقي، يترك المشرع بمقتضاه للأفراد إمكانية تسوية المنازعات التي تقوم بينهم في إطار من التراضي والتفاهم المشترك، بعيداً عن ساحات المحاكم ورجال السلطة العامة، حيث يتم الحصول على العدالة في بيئة وجو من السكينة والاقتناع المشترك بين الطرفين، ولذلك يصدق القول بأن التحكيم عدالة خاصة تحتاج إلى خبرة وثقافة قانونية قبل المتطلبات المادية، ومن ثم فإنه ليس من المغالاة القول بأن التحكيم عدالة الأثرياء.

ويتعين القول بأن خصومة التحكيم قد تقابلها بعض العقوبات والتي ترجع إلى سوء نية الأفراد والتي تظهر بعد حدوث النزاع، أو عدم الخبرة لدى الأطراف في تنظيم بعض المسائل الجوهرية، ومن هنا يلاحظ أن المشرع يضع الكثير من الحلول الاحتياطية لمواجهة هذه الاحتمالات منذ بدء سير خصومة التحكيم وحتى انتهائها، كما يخول المشرع للقضاء دوراً فعالاً في مساعدة هيئة التحكيم للتغلب على المشكلات التي قد تواجهه، والراجعة إلى افتقارها السلطة القانونية والتي تملكها محاكم الدولة مثل إجراءات الجبر والقسر كتوقيع حجز تحفظي أو حجز تنفيذي، كما يمارس القضاء رقابة على حكم التحكيم بهدف ضمان مراعاة متطلبات العدالة

الجوهرية المتعلقة بالنظام العام وعليه يمكن القول أن عدالة التحكيم تعمل في أحضان العدالة القضائية للدولة وأن العلاقة بينهما - أي القضاء والتحكيم - تقوم على التعاون والمساندة في تحقيق الهدف العام وهو ما يساهم في استقرار المراكز القانونية وتحقيق أمن المجتمع.

كما أن قانون الإرادة في التحكيم التجاري الدولي يحكم أغلب المواضيع المتعلقة بالتحكيم عموما وكلما كان متوازنا ومحقا في توزيع الحقوق والواجبات بين مختلف المتدخلين في العملية التحكيمية كلما كانت حظوظ نهاية سريعة للنزاع واكتساب المزيد من الوقت والنفقات متأتيا.

- أهمية الموضوع:

تكمن أهمية هذا الموضوع في كون التحكيم التجاري الدولي وما كرسه المشرع الجزائري من خلال ادراجه في القانون 09/08 وما طرأ من تغيرات وتطورات على امتداد زهاء 10 سنوات الى اصفاء ما يمكن إعادة النظر فيه بحسب ما يتماشى مع الضمانات القانونية لحماية الروابط القانونية المتضمنة للعنصر الأجنبي وزيادة ضبط وتحديد طرق ووسائل المنازعات في مجال التحكيم.

تتركز أهمية الدراسة في التعريف بدور اتفاق التحكيم في تكريس مبدأ سلطان الإرادة ولفتح الأنظار إلى المزايا التي يتمتع بها النظام مقارنة مع وظيفة القضاء الآني والتقليدي ذي الولاية العامة سواء في داخل الدولة أو على صعيد القانون الدولي والعلاقات الدولية.

وفي هذا السياق لابد من توضيح الأسباب والدواعي التي تقف وراء نشوء وارتقاء هذا النوع الخاص من التحكيم على ضوء القانون الاجراءات المدنية والادارية.

- أسباب اختيار الموضوع:

إن الأهمية البالغة التي استجذت على الساحة الإقليمية والدولية خاصة ونحن في تخصص قانون الأعمال والذي تحكمه عدة طرق ووسائل متنوعة من بينها أو من أهمها في فض النزاعات القائمة هو موضوع التحكيم التجاري الدولي ومن ثم تكريسه من طرف المشرع الوطني في القانون الخاص بالإجراءات المدنية والادارية ومحاولة تسليط الضوء على ما طرأ من مستجدات عقب صدور القانون وما يمكن استدراكه والوقوف عليه وتفحصه ومحاولة الوصول إلى بعض النقائص في ذلك.

أهداف الدراسة:

محاولة الوصول الى موافق المشرع الجزائري من خلال ادراج عناصر واجراءات التحكيم التجاري الدولي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ومدى نجاعة هذا المسعى في محاولة احتواء ما يطرأ من نزاعات وخصومات تثور في مجال التحكيم التجاري الدولي واعطاء بعض وجهات النظر الفقهية المتوجهة نحو هذا الصدد

- اشكالية الدراسة:

ما مدى تكريس المشرع الجزائري لمبدأ سلطان الإرادة من خلال اتفاق التحكيم كمصدر لاستبعاد الاختصاص القضائي واللجوء للتحكيم الوطني أو التجاري الدولي؟
ما مدى تكريس المشرع الجزائري لمبدأ سلطان الإرادة من خلال الأحكام القانونية الواردة قانون الإجراءات المدنية والإدارية المنظمة لاتفاق التحكيم.
ولتوضيح الإشكالية أكثر نطرح التساؤلات التالية :

- ما مفهوم اتفاق التحكيم ؟

- ما هي الشروط المحددة لاتفاق التحكيم؟

- ماهي آثار اتفاق التحكيم ؟

- منهجية الدراسة:

آثرنا أن يتبع أسلوب التحليل في إنجاز هذه الدراسة، فجاءت مستندة إلى ركائز الدراسة التحليلية التي تتوخى بيان الطرح المقصود باعتماد أدوات الدراسة التحليلية في ضوء موقف القوانين الدولية والوطنية من التحكيم والأفكار والآراء الفقهية من التنظيم التشريعي له.

- صعوبات الدراسة:

يمكننا تلخيص أبرز الصعوبات التي واجهتنا خلال اعداد هذه المذكرة في النقاط التالية:

- تعدد المفاهيم لموضوع الدراسة (اتفاق التحكيم) عند الاختصاصيين والدارسين.

- صعوبة الحصول على المعلومات من مراجع ومصادر رغم الجهد المبذول.

- التأكد من صحة المراجع مما أدى الى تصحيح بعضها بعد تدوينها.

- صعوبة ايجاد وترجمة بعض المصادر والمراجع باللغتين الفرنسية والإنجليزية.

- خطة الدراسة:

وزعنا هذه الدراسة على فصلين الأول بعنوان: **الاطار المفاهيمي لاتفاق التحكيم** ويتضمن مبحثين، الأول بعنوان مفهوم اتفاق التحكيم. ويضم مطلبين الأول تعريف التحكيم وطبيعته وتناولنا فيه تعريف التحكيم لغة واصطلاحاً وتعريفه في القانون الجزائري. وكذلك المحكم أو الهيئة التحكيمية والتحكيم الداخلي واتفاق التحكيم في القانون الجزائري والدولي والمطلب الثاني تناولنا فيه كل أنواع التحكيم. أما المبحث الثاني جاء تحت عنوان شروط اتفاق التحكيم، قسمناه إلى مطلبين تناولنا في الأول الشروط الموضوعية في اتفاق التحكيم وفي الثاني الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم.

أما الفصل الثاني بعنوان **أثار اتفاق التحكيم** ويتضمن كذلك مبحثين الأول تحت عنوان **الآثار الموضوعية**، ويتضمن مطلبين الأول ذكرنا فيه القوة الملزمة لاتفاق التحكيم بمفهومها ومصادرها الإلزامية بقليل من التفصيل، والمطلب الثاني تناولنا فيه **استقلالية اتفاق التحكيم**. والمبحث الثاني بعنوان **الآثار الإجرائية**، قسمناه إلى مطلبين المطلب الأول تناولنا فيه استبعاد الاختصاص القضائي، وفيه التعريف بالاختصاص القضائي الدولي والتأثير المتبادل للاختصاصين التشريعي والقضائي واستقلال الاختصاص التشريعي عن الاختصاص القضائي والجهة التي تحدد الاختصاص القضائي الدولي، وكذلك القيود المقررة على حرية الدولة في تحديد الاختصاص الدولي لمحاكمها.

والمطلب الثاني خصصناه لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، بتعريف مبدأ الاختصاص بالاختصاص قانوناً ولغة واصطلاحاً.

وتناولنا أيضاً الإطار النظري ومضمون مبدأ الاختصاص بالاختصاص وتكريس مبدأ الاختصاص على الصعيد الدولي وفي القانون المقارن والتشريع الجزائري والأسس التي يقوم عليها اتفاق التحكيم.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي لاتفاق التحكيم

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي لاتفاق التحكيم

أصبح اللجوء إلى التحكيم في الوقت الراهن ضرورة ملحة، بالنظر إلى التطور الذي عرفه ميداني التجارة والخدمات، وما نتج عن ذلك من تعقيد في المعاملات وتشعب في القضايا المطروحة، كانت الباعث الأساسي في إيجاد كوسيلة قانونية تمكن الأطراف من حل خلافاتهم، بشكل سري وسريع و فعال مع منحهم مرونة وحرية أكثر، لا تتوفر عادة في قضاء الدولة.

كل ذلك جعل التحكيم لا يقتصر على مجرد اعتباره نظاما استثنائيا لمنافسته لقضاء الدولة، أو حتى نظام مصاحب وقرين له، بل أصبح يشكل نظاما بديلا عنه أدى بجل الدول إلى الأخذ به وتنظيمه وبيان قواعده، وتيسير أحكامه.

المبحث الأول: مفهوم إتفاق التحكيم

المبحث الثاني: شروط إتفاق التحكيم

المبحث الأول

مفهوم اتفاق التحكيم

مفهوم اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على أن يحيلوا 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 تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل.

يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً ويعتبر الاتفاق مكتوباً إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلبي واللاسلكي تكون بمثابة سجل للاتفاق، أو في تبادل المطالبة والدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر. وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط تحكيم بمثابة اتفاق تحكيم، شريطة أن يكون العقد مكتوباً وأن تكون الإشارة وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءاً من العقد.

المطلب الأول

تعريف التحكيم وطبيعته

أولاً - نشأة التحكيم:

يعد وجود التحكيم قديم قدم وجود الإنسان وعرف التحكيم قبل الميلاد فقد قال أرسطو¹ عن مزايا التحكيم :

”أطراف النزاع يستطيعون تفضيل التحكيم عن القضاء، ذلك أن المحكم يرى العدالة بينما لا يعتد القاضي إلا بالتشريع”، وقد عرفت العرب التحكيم قبل الإسلام وأشهر قضايا التحكيم في تاريخ العرب هي حادثة الحجر الأسود عندما حكم الرسول صلى الله عليه وسلم بين المتنازعين على وضع الحجر الأسود عندما كانوا يعيدون بناء الكعبة. كما أن الإسلام أجاز التحكيم بالدعوى المتعلقة بحقوق الناس ولعل أبرز صور التحكيم عند المسلمين هي التحكيم عند نشوب

¹ أرسطو : (384 ق م - 322 ق م) فيلسوف إغريقي ، تلميذ أفلاطون ومعلم الإسكندر الأكبر. كتب في العديد من المواضيع، بما في ذلك علوم الفيزياء والميتافيزيقا ، الشعر ، المسرح ، الموسيقى ، والمنطق والبلاغة والسياسة والحكومة ، والأخلاق ، والبيولوجيا ، وعلم الحيوان. جنبا إلى جنب مع أفلاطون وسقراط (معلم أفلاطون)، أرسطو واحد من أهم الشخصيات في تأسيس الفلسفة الغربية. كان أول من إنشاء نظام شامل للفلسفة الغربية ويشمل الأخلاق وعلم الجمال والمنطق والعلم والسياسة والميتافيزيقا .

خلاف بين الزوجين قال تعالى في سورة النساء: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾¹.

والأدلة كثيرة في مشروعية التحكيم في الحياة السياسية والشئون الاجتماعية والعائلية والمالية، ففي المسائل المتعلقة بالأموال قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾².

وأما الدليل على جواز التحكيم في الحياة السياسية قال تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾³.

كما أن الصحابة رضوان الله عليهم قد اجمعوا على صحة التحكيم لفض النزاعات ومثال لذلك ما حدث من نزاع بين سيدنا عمر بن الخطاب وأبي بن كعب حيث اتفقا على تحكيم زيد بن ثابت للفصل في النزاع⁴.

ثانياً - تعريف التحكيم لغة:

التحكيم لغة: مصدر حكم يحكم - بتشديد الكاف - أي جعله حكماً، والحكم - بضم الحاء وسكون الكاف - هو القضاء، وجاء بمعنى العلم والفقه والقضاء بالعدل، ومنه قول الله عز وجل: ﴿وَاتَيْنَاهُ الْحُكْمَ صَبِيًّا﴾⁵، ومنه الحكمة بمعنى وضع الشيء في محله⁶.

والحكم - بفتح الحاء والكاف - من أسماء الله الحسنى، قال القرآن: "أفغير الله أبتغي حكماً" ويطلق على من يختار للفصل بين المتنازعين، وبهذا ورد في القرآن الكريم في قول القرآن: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾⁷ والمحكم بتشديد الكاف وفتحها هو الحكم بفتح الكاف⁸.

¹ سورة النساء، الآية 35.

² سورة النساء، الآية 58.

³ سورة النساء، الآية 65.

⁴ قحطان الدوري، عقد التحكيم في الفقه الاسلامي والوضعي، ط1، مطبعة الخلود، بغداد، العراق، 1985، ص20.

⁵ سورة مريم، الآية 12.

⁶ أحمد السيد الصاوي، "التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم العربية"، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004 ص2.

⁷ سورة النساء، الآية 58.

⁸ نفس المرجع، ص 3-4.

ويعرف التحكيم على أنه:

هو مسار خاص استثناء عن المسار العام لحل المنازعات (القضاء) إذ يتيح إمكانية مباشرة الفصل في النزاعات بين الأفراد من قبل أفراد عاديين لا يعدون من الجسم القضائي للدولة فالتحكيم هو عرض خلاف معين بين الأطراف المتحكمين على هيئة تحكيمه تتكون من الأخيار يتم تعيين أعضاء الهيئة التحكيم من قبل أطراف النزاع وذلك وفق شروط يحددها لتفصل تلك الهيئة بذلك النزاع بقرار يفترض أن يكون بعيدا عن التحيز لأي من أطراف النزاع. ومن المعروف أن التحكيم يطلق عليه بعض الفقهاء القانونيين "القضاء الخاص" وذلك لأنه لا يدخل في تشكيله أي في تشكيل محكمة التحكيم سلطان الدولة ونفوذها رغم تطبيق قوانينها، فبرأس محكمة التحكيم محكمين وليس قضاة¹.

ثالثا- تعريف التحكيم اصطلاحا:

هو الإتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين للفصل فيه دون المحكمة المختصة.

رابعا: تعريف التحكيم في القانون الجزائري.

التحكيم في القانون الجزائري هو إتفاق الأطراف على عرض نزاع ناشئ أو سينشأ عند تنفيذ عقد سابق بينهما، إلى هيئة تحكيمية للفصل فيه بديلا عن القضاء العمومي والدافع هو ممارسة حرية منحها المشرع للأشخاص في اختيار حكم يفترضون فيه الأمانة (الحياد) والكفاءة القانونية للحكم بالعدل في النزاع وتقاديا من جهة أخرى للإجراءات والشكليات المتبعة أمام القضاء العمومي والتي قد تتميز بالضغوط وإطالة أمد التقاضي ناهيك عن تميز التحكيم عن القضاء العمومي بسرية الجلسات.

ويشمل التحكيم في القانون الجزائري جميع النزاعات أيّا كان نوعها باستثناء القضايا التي تمس النظام العام كالقضايا التي تخص تطبيق قانون العقوبات، وحالة الأشخاص كموضوع الطلاق وأهلية الشخص الطبيعي كالحجر².

¹ ناريمان عبد القادر، "اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994" ط.1، دار النهضة العربية، 1996، ص.209.

² قادري عبد العزيز ، الاستثمارات الدولية التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات، دط ، دار هومة ، الجزائر، سنة 2004 ، ص 221.

1- المحكم أو الهيئة التحكيمية في القانون الجزائري.

تتشكل هيئة التحكيم من محكم واحد أو أكثر بعدد فردي، يختارهم الأطراف ويمنحونهم سلطة الفصل في النزاع بإصدار قرار تحكيمي وهو إذا بمثابة حكم قضائي في المنازعة المعروضة إذ منح المشرع للحكم التحكيمي صفة حجية الشيء المقضي فيه¹.

2- التحكيم الداخلي في القانون الجزائري.

التحكيم الوطني أو الداخلي بالجزائر هو التحكيم الذي يخص النزاعات التي تنشأ بين أطراف موطنهم ومصالحهم موجودة في الجزائر.

والأصل حسب قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، أنه لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تلجأ للتحكيم؛ فهي ملزمة بطرح نزاعاتها على القضاء العمومي بنظامه العادي والإداري واستثناء فقد أجاز القانون الجزائري للإدارة العامة اللجوء إلى التحكيم فيما يخص موضوعين فقط هما²:

علاقة الإدارة العمومية بالتجارة الدولية ك شراء السلع والخدمات المختلفة، وفي إطار تنفيذ الصفقات العمومية.

كما يجوز للمؤسسات العمومية الاقتصادية (و هي الشركات التي تمتلك فيها الدولة جزء أو كل رأسمالها، أسست في شكل شركات تجارية)، اللجوء إلى التحكيم ويصدق الأمر حتى على المؤسسات العمومية المحلية ذات الطابع الصناعي والتجاري³.

3- الاتفاق على التحكيم في القانون الجزائري:

يكون الاتفاق على التحكيم بإحدى الوسيلتين:

- الوسيلة الأولى: إدراج مادة أو بند في العقد أو الصفقة العمومية أو في وثيقة ملحقة بالعقد أو الصفقة تسمى بشرط التحكيم، يفرغ فيه الأطراف إراداتهم المتضمنة إخضاع النزاعات التي قد تنشأ مستقبلا عند تنفيذ العقد أو صفقة عمومية إلى التحكيم مع تعيين أو تسمية المحكم أو المحكمين أو بيان كيفية تعيينهم⁴.

¹ نفس المرجع، ص، 222.

² المرجع السابق ، ص 22-23.

³ ناصر ناجي محمد جمعان ، شرط التحكيم في العقود التجارية دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، جامعة عدن، اليمن، سنة 2008، ص63.

⁴ نفس المرجع، ص 64.

- الوسيلة الثانية: في حالة غياب شرط تحكيمي مدرج في العقد أو الصفقة، وبعد نشأة النزاع يمكن للأطراف إبرام ما يسمى باتفاقية التحكيم، ويجب أن تتضمن أسماء المحكم أو المحكمين أو كيفية تعيينهم وموضوع النزاع وإلا كانت باطلة، كما يجوز إبرام إتفاقية التحكيم حتى أثناء عرض الخصومة أمام القضاء العمومي ما لم يصدر بشأنها حكم نهائي¹.
- من أهم مميزات القرار التحكيمي أنه:
- يصدر خلال الأجل المحدد في إتفاقية التحكيم أو في النظام التحكيمي الذي اختاره الأطراف وفي حالة الغياب يكون الأجل المحدد للتحكيم حسب القانون الجزائري هو أربعة أشهر.
- لا يحتج بالقرار التحكيمي تجاه الغير ويكتسي فور صدوره حجية الشيء المقضي فيه، شأنه شأن الأحكام القضائية.
- الطعون التي يمكن والتي لا يمكن ممارستها على القرار التحكيمي:
- المعارضة: لا يجوز معارضة القرار التحكيمي.
- الاستئناف: يجوز استئناف القرار التحكيمي خلال شهر من النطق به أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه ما لم يتنازل عنه الأطراف في اتفاقية التحكيم كما يجوز الطعن بالنقض في قرار المجلس القضائي، ويجوز استئناف الأوامر الصادرة عن رئيس المحكمة والمتضمنة رفض إصدار أمر بتنفيذ القرار التحكيمي خلال 15 يوماً من الرفض².
- اعتراض الغير الخارج عن الخصومة: يجوز للغير أن يعترض على القرار التحكيمي الذي يضر به لاعتبار أن القرار التحكيمي لا يسري إلا على أطراف الخصومة.

4- التحكيم الدولي:

يكون التحكيم دولياً في القانون الجزائري إذا تعلق بنزاعات تخص مصالح اقتصادية لدولتين أو أكثر ولاشك أن هذا التعريف الجديد الوارد في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بخلاف التعريف في ظل القانون الإجراءات القديم، قد يشكل لا محالة صعوبات تطبيقية سنتناولها في أحد المواضيع التي ستنتشر بمجلة جوري كونسيل نيوز³.

أ- الإتفاق على التحكيم الدولي:

¹ محمد صبري السعدي، "الإثبات في المواد المدنية والتجارية"، بدون طبعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر 2009، ص113.

² يوسف مسعداوي، "دراسات في التجارة الدولية"، بدون طبعة، دار هومة للطباعة، والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص59.

³ نفس المرجع، ص 60.

يعين الأطراف المحكم أو المحكمون في اتفاقية التحكيم أو استنادا إلى نظام تحكيمي معد مسبقا من قبل هيئات متخصصة كشركة جوري كونسيل، وفي غياب مثل هذا الاتفاق يلجئون إلى القضاء. وفي هذه الحالة يعين المحكم أو المحكمون بأمر يصدره رئيس المحكمة المختصة، إلا إذا تبين له عدم وجود اتفاقية تحكيم أصلا¹.

ب- إجراءات التحكيم الدولي:

- ما هي إجراءات التحكيم أمام الهيئة التحكيمية الدولية؟

تتبع هيئة التحكيم الدولية الإجراءات التي يحددها الأطراف في اتفاقيتهم و التي قد تخضعها إلى قانون معين أو إلى نظام تحكيمي وفي حالة عدم تطرق الاتفاقية إلى إجراءات معينة أو عند حدوث خلاف بشأنها تقوم هيئة التحكيم بتعيين الإجراءات التي تراها ملائمة².

- من صاحب النظر في الاختصاص النوعي لهيئة التحكيم الدولية؟

هيئة التحكيم الدولية هي التي تبت في اختصاصها، ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل الدخول في الموضوع، وتصدر الهيئة قرارا أوليا للفصل في الاختصاص، وإذا كان الدفع بعدم الاختصاص يتعلق بالموضوع (كالفصل في مسألة لا تدخل ضمن الحالات المذكورة في الاتفاقية) فتجتمع الهيئة بين الفصل في الاختصاص وفي مواضع النزاع بقرار واحد.

- هل يمكن لهيئة التحكيم الدولية اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية؟

يمكن لهيئة التحكيم بناءً على طلب أحد الأطراف اتخاذ تدابير مؤقتة وتحفظية، كما يمكنها الاستعانة بالقضاء لجبر الطرف الممتنع، وقد يطلب القاضي أو هيئة التحكيم ضمانات من الطرف الذي طلب الأمر³.

لا يحتج بالقرار التحكيمي الدولي تجاه الغير، ويكتسي فور صدوره حجية الشيء المقضي فيه. تنفيذ القرار التحكيمي الدولي وطرق الطعن فيه:

- كيف يتم الاعتراف بالقرار التحكيمي الدولي وتنفيذه؟

عند صدور القرار التحكيمي الدولي، يضع أحد المحكمين أو الطرف المعني بالتعجيل في كتابة ضبط الجهة القضائية المختصة أصل القرار التحكيمي واتفاقية التحكيم أو نسخاً منها

1 يوسف مسعداوي، المرجع السابق، ص 61.

2 عليوش قريوع كمال، "التحكيم التجاري الدولي في الجزائر"، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 78.

3 المرجع نفس، ص 79.

فيسهر رئيس المحكمة المختصة- التي صدر القرار في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان التحكيم في الخارج على مطابقة هذا القرار للنظام العام الجزائري، ويصدر أمراً بتنفيذه أو برفضه في حالة العكس أي إذا كان القرار مخالفا للنظام العام الجزائري¹.

- هل يجوز الطعن في القرار التحكيمي الدولي والأمر القاضي بتنفيذه؟
القرارات القضائية التي تقبل الإعتراف بالقرار التحكيمي وتنفيذه لا تقبل أي طعن لكنها تقبل الاستئناف استثناءً في الحالات الآتية:

1- فصل هيئة التحكيم من دون وجود إتفاقية تحكيم أو بناءً على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.

2- تشكيل هيئة التحكيم أو المحكم الوحيد مخالف للقانون.

3- فصل هيئة التحكيم دون الامتثال للمهمة المكلفة بها.

4- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.

5- إذا لم تسبب هيئة التحكيم قرارها، أو إذا كان تضارب في الأسباب.

6- إذا كان حكم التحكيم يخالف النظام العام الدولي.

في الحالات الستة المذكورة أعلاه يمكن للأطراف الطعن ببطلان القرار التحكيمي الصادر في الجزائر ويرفع أمام المجلس القضائي المختص في ظرف شهر من التبليغ للأمر القاضي بالتنفيذ وهذا الطعن موقف للتنفيذ².

القرارات القضائية التي ترفض الاعتراف أو التنفيذ للقرارات التحكيمية الدولية تقبل الاستئناف

وترفع أمام المجلس القضائي المختص في ظرف 15 يوم من تاريخ الرفض.

إن الطعون الممارسة سابقا يوقف تنفيذ العمل بها بحكم التحكيم.

- ما هي طرق الطعن التي يمكن ممارستها على القرارات القضائية التي تصدر بعد الاستئناف والطعن بالبطلان في القرار التحكيمي الدولي؟

¹ عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 80.

² صديق بغداد. اتفاقية التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الجزائري والقضاء التحكيمي. مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص. تحت إشراف: الأستاذ بن حمو عبد الله. كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان. 2002/2001.

إن القرارات القضائية التي تصدر بعد الاستئناف، أو بعد الطعن بالبطلان في القرار التحكيمي الدولي تقبل الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا¹.

هذا ملخص ما جاء في قانون 09/08 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري فيما يتعلق بالتحكيم المنصوص عليها في المواد من 1006 إلى 1061 الواردة في الباب الثاني من الكتاب الخامس المتعلق بالطرق البديلة لحل النزاعات².

خامسا - تعريف التحكيم بشكل عام ومن منظور فقهي:

هو نظام أو طريق خاص للفصل في المنازعات بين الأفراد والجماعات سواء كانت مدنية أو تجارية عقدية كانت أو غير عقدية³.

ويُعرّف التحكيم بأنه إتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل أو التي يحتمل أن تنثور، عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين حيث يتولى الأطراف تحديد أشخاص المحكمين أو أن يعهدوا لهيئة تحكيم أو إحدى هيئات التحكيم الدائمة أن تتولى تنظيم عملية التحكيم وفقاً للقواعد أو اللوائح الخاصة بهذه الهيئات أو المراكز⁴.

ويُتجه فريق آخر من الفقهاء إلى تعريف التحكيم بأنه "نظام قضائي خاص، يختار فيه الأطراف المتخاصمين قضاتهم، ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب، بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية (تعاقدية أي التي أبرمت بينهم من خلال عقد مكتوب) أو غير التعاقدية والتي يجوز حسمها بطريق التحكيم، وفقاً لمقتضيات القانون والعدالة وإصدار قرار قضائي ملزم لهم"⁵.

فالتحكيم إذاً هو عبارة عن وسيلة قانونية أفسح المشرع لها المجال للفصل في المنازعات المتفق على عرضها على التحكيم كنظام مواز للقضاء لا يخلو من مزايا حيث ينتهي إلى حكم

¹ عمر إسماعيل سعد الله، تقرير المصير الاقتصادي للشعوب في القانون الدولي المعاصر، دط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1986، ص 29.

² وليد بيطار، القانون الدولي العام، ط 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2003، ص 56.

³ المرجع نفسه، ص 57.

⁴ نبيل إسماعيل عمر، "التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية"، ط 2، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2005، ص 37.

⁵ المرجع نفسه ص 38.

ينقيد به الفرقاء ويؤدي إلى حسم النزاع الذي شجر بينهم شأنه في ذلك شأن القضاء ولكن بسرعة ملحوظة وبقدر أقل من الجهد.

وبالمجمل التحكيم اختياري بحت، بمعنى أن يكون للأطراف حرية اللجوء إليه من عدمه وتحديد كافة شروطه منذ بدايته، ودون فرض أية قيود معينة مما ينص عليه القانون أمام محاكم القضاء الرسمي إلا في نطاق ضيق جداً قاصر فقط على عدم مخالفة النظام العام أو المسائل الجوهرية في الإجراءات مثل عدم المساس بحق الدفاع وعدم جواز التحكيم فيما لا يجوز الصلح فيه، واشتراط أن يكون عدد المحكمين (وتراً) وأن يكون شرط التحكيم مكتوباً¹.

والتحكيم قوامة إرادة الأطراف إذ تهيمن هذه الإرادة على نظام التحكيم بأكمله بدءاً من الاتفاق على المبدأ ذاته مروراً باختيار المحكمين وتحديد عددهم واختصاصهم وتحديد الجهة التي تتولى الإشراف على التحكيم وتحديد الإجراءات واجبة التطبيق والواجب إتباعها لحل النزاع، والقانون الذي يحكم ذلك النزاع، مما يُشعر الأطراف بأنهم يشاركون في عملية التحكيم. وقد أدى ذلك كله إلى تزايد إقبال الأفراد والمؤسسات والشركات على اللجوء إلى التحكيم كأسلوب لحل منازعاتهم خاصة في مجال المعاملات ذات الطابع الدولي حيث يكون القاضي أجنبي عن كل أو بعض الأطراف، وكذلك شأن القانون الذي يحكم النزاع سواء كان يحكم موضوعه أو إجراءاته².

سادساً - تعريف اتفاق التحكيم:

يقصد باتفاق التحكيم - الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الطرفان بإحالة نزاعهما في إطار القانون الخاص، الناشئ عن العقد الأصلي إلى التحكيم بدلاً من القضاء حسب أحكام وشروط ذلك الاتفاق. وبوجه عام، فإن مثل هذا الاتفاق جائز وملزم للطرفين³.

وعرفه القانون النموذجي UNCIRIL الفقرة الأولى من المادة السابعة تحت عنوان اتفاق التحكيم بأنه "هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا 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 الاتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم واردة في عقد أو في صورة اتفاق منفصل".

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، "التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية"، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص216.

² المرجع السابق، ص217-218.

³ حمزة أحمد حداد، "التحكيم في القوانين العربية"، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، دمشق، سوريا، 2007، ص147.

وجاءت اتفاقية الأمم المتحدة عندما لجأت إلى تفادي استعمال تعبير "شرط التحكيم" و"مشاركة التحكيم" واستخدمت للدلالة على اندماجها في مفهوم موحد التسمية "اتفاق التحكيم". وقد عرفت المادة 10 من قانون التحكيم العربي والمصري بالخصوص على أن اتفاق التحكيم هو "اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية"¹.

فاتفاق التحكيم، وفقاً لقانون التحكيم المصري لا يعدو أن يكون "اتفاق الأطراف المحتكمين على اللجوء إلى نظام التحكيم للفصل في كل أو بعض المنازعات التي نشأت فعلاً بينهم لحظة إبرام اتفاق التحكيم "مشاركة التحكيم"، أو يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل، بمناسبة علاقة قانونية معينة- عقدية، أو غير عقدية- "شرط التحكيم" فالاتفاق على التحكيم يأخذ إحدى صورتين شرط تحكيم أو مشاركة تحكيم². فكل من شرط التحكيم، ومشارطته يعتبران اتفاقاً على التحكيم، ويرد شرط التحكيم عادة في نفس العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية، فيتم الاتفاق على أن ما ينشأ من نزاع حول تفسير العقد أو تنفيذه يفصل فيه بواسطة التحكيم، وليس هناك ما يمنع من الاتفاق على الشرط في اتفاق لاحق قبل نشوء النزاع، وقد يتم الاتفاق على الشرط أيضاً بطريق الإحالة، وعلى الرغم من أن شرط التحكيم، ومشاركة التحكيم هما صورتا اتفاق التحكيم، إلا أنه يوجد عدة فروق بينهما مما يستدعي بيان هذه الفروق، ومن ثم البحث في طبيعة وخصائص شرط التحكيم لنصل أخيراً إلى موقف القوانين والمعاهدات الدولية من هذا الشرط³.

وأنه الاتفاق الذي يتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم، أو من المحتمل نشوؤها من خلال التحكيم⁴.

ويتضح من هذا التعريف أن الأطراف قد تتفق على التحكيم قبل حدوث أي خلافات بينهم فيرد اتفاقهم في هذه الحالة في شكل شرط، أو بند من بنود العقد، أو الاتفاق الذي ينظم علاقاتهم الأصلية، وقد يحررون وثيقة، أو اتفاقاً مستقلاً، يضمنونه اتفاقهم على إحالة ما قد

¹ حمزة أحمد حداد، المرجع السابق، ص 148.

² حمزة أحمد حداد، "التحكيم في القوانين العربية" (المرجع السابق) ص، 147.

³ علي عوض حسن، التحكيم الاختياري والاجباري في المنازعات المدنية والتجارية، ط2، منشأة المعارف، الاسكندرية 2004 ص20.

⁴ نفس المرجع ، ص21.

يثور بينهم من منازعات بمناسبة عقدهم الأصلي إلى التحكيم، والقاسم المشترك بين الصورتين أن الاتفاق على التحكيم له طابع "التحسب" للمستقبل ويسمى مثل هذا الاتفاق في صورتيه بشرط التحكيم، ويجوز للأطراف الانتظار فإذا ما شجر الخلاف بينهم قاموا بإبرام اتفاق لإحالة النزاع للتحكيم ويسمى هذا الاتفاق بمشارطة التحكيم، ولا بد عند صياغة اتفاق التحكيم أن يتضمن العناصر التالية¹:

1- أن يتضمن اتفاق التحكيم "هيئة التحكيم أو كيفية اختيارها" : إذا اختار الأطراف وسيلة التحكيم لفض المنازعات التي تنشأ عن علاقة معينة ، يجب أن يفصح الأطراف عن عزمهم إخضاع هذه المنازعات للتحكيم دون الاكتفاء بإشارة عابرة بإخراج النزاع من سلطة القضاء . ومن أساليب الموضوع لاتفاق التحكيم الإشارة إلى هيئة التحكيم التي تتولي مهمة الفصل في النزاع سواء بتسمية المحكم أو المحكمين بأسمائهم أي أشخاصهم أو صفاتهم أو عن طريق الإحالة إلى نظام هيئة تحكيم دائمة يتم في إطارها تعيين المحكمين عندما يلزم الأمر ذلك².

والأصل العام إذا ما اتفق الطرفان صراحة علي تسوية النزاع بطريق التحكيم، فلا يلزم تعيين هيئة التحكيم بالاسم أو الصفة أو حتى الاتفاق علي كيفية تعيينها، فلطرفي التحكيم الاتفاق علي اختيار المحكمين وعلي كيفية ووقت باختيارهم. وفي حالة عدم تحديدها يتم الرجوع للأحكام الواردة في القانون الوطني. فمثلاً نص المشرع المصري لطرفي التحكيم الاتفاق علي اختيار المحكمين وعلي كيفية ووقت باختيارهم، فإذا لم يتفقا اتبع ما يأتي³:

أ- إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد تولت المحكمة المشار إليها في المادة التاسعة من القانون اختياره بناء علي طلب أحد الطرفين⁴.

ب- فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاث محكمين اختار كل طرف محكماً ثم يتفق الطرفان علي اختيار المحكم الثالث، فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان علي اختيار

¹ محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، ط3 اتفاق الحكيم، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، 1990، ص. 106.

² المرجع نفسه، 107.

³ محمد علي رضا الجاسم، القواعد الأساسية في الاقتصاد الدولي، ط2، بيت الحكمة، بغداد، العراق، 1967، ص63.

⁴ المرجع نفسه، ص 64.

المحكم الثالث خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تعيين آخرهما ، تولت المحكمة المشار إليها في المادة (9) من القانون اختياره بناء علي طلب أحد الطرفين¹.

ويكون للمحكم الذي اختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم وتسري الأحكام ذاتها في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين.

ج- وإذا خالف أحد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها، أو لم يتفق المحكمان علي أمر ما يلزم اتفاقهما عليه، أو إذا تخلف الغير عن أداء ما عهد إليه في هذا الشأن، تولت المحكمة المشار إليها بالمادة التاسعة من القانون، بناء علي طلب أحد الطرفين، القيام بالعمل أو الإجراء المطلوب ما لم ينص في اتفاق التحكيم علي كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو العمل².

2- أن يتضمن اتفاق التحكيم حق الأطراف اللجوء إلي القضاء:

إن اتفاق التحكيم يعني تخويل هيئة التحكيم سلطة الفصل في النزاع وقبول أطرافه لحكمها وذلك سواء تم تعيين الهيئة اتفاقاً أو قضاء. ومقتضي ذلك أنه يؤثر سلباً علي اتفاق التحكيم احتفاظ طرفيه اللجوء إلي القضاء في حالة رفضهما أو أيهما حكم الهيئة. بمعنى أن طبيعة اتفاق التحكيم في هذه الحالة تكون أقرب إلي التوفيق منه إلي التحكيم³.

وقد نظر القضاء الألماني قضية في هذا الخصوص حيث وجدت علاقة عقدية بين شركة ألمانية وأخرى هولندية وتضمنت هذه العلاقة شرط تحكيم أضيفت إليه العبارة التالية " أنه في حالة عدم قبول أحد الأطراف لحكم هيئة التحكيم يجوز اللجوء إلي القضاء⁴ ". وعندما نشأ نزاع بين الطرفين قامت الشركة الألمانية برفع الدعوى مباشرة أمام القضاء الألماني علي حين تمسكت الشركة الهولندية بعدم جواز نظر الدعوى مباشرة أمام القضاء الألماني لوجوب عرض النزاع أولاً علي التحكيم، وقد أقرت المحكمة الألمانية وجهة نظر الشركة الألمانية علي أساس

¹ بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2006 ، ص12.

² المرجع نفسه، ص13.

³ محسن شفيق، القانون التجاري الدولي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997، ص85.

⁴ نفس المرجع ، ص 86.

أن اتفاق التحكيم الذي يمنع اختصاص المحكمة هو الاتفاق الذي يقطع باختصاص هيئة التحكيم وحدها¹.

3- أن يتضمن اتفاق التحكيم موضوع النزاع:

يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحديد النزاع محل علاقة محددة، وذلك بقصد استبعاد الصورة التي يتفق فيها بين الأطراف على حل كافة النزاعات التي قد تنشأ بينهم بصفة عامة بطريق التحكيم. وتقصد التشريعات من وجوب عدم حرمان الأطراف من ولاية القضاء في الدولة إلا في نزاع محدد.

وقد يتضمن اتفاق التحكيم على موضوع النزاع ، ويقد تتضمن مشاركة التحكيم ذاتها على موضوع النزاع، وهذا ما قرره المشرع الليبي في مادة (743) بشأن تحديد موضوع النزاع : يجب أن يحدد موضوع النزاع في مشاركة التحكيم أو أثناء المرافعة ولو كان المحكمون مفوضين بالصلح وإلا كان التحكيم باطلاً².

ومن الواضح أن المشرع الليبي لم يتطرق إلى ماهية شرط التحكيم، وأهميته واكتفى فقط بالنص على مشاركة التحكيم، في المادة السالف ذكرها .

أما المشرع المصري فقد نص في بالفقرة الثانية من المادة العاشرة على بطلان اتفاق التحكيم الذي يبرم بعد إثارة النزاع إذا لم يتضمن تحديداً للمسائل التي يشملها التحكيم حيث تنص علي أنه : "يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً علي قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين . وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة (30) من هذا القانون، كما يجوز أن يتم 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 التحكيم".³

هذا ولا يمنع اشتراط تحديد عناصر النزاع باتفاق التحكيم ، أن يكون الاتفاق شاملاً لعدة عقود تغطي جميعها عملية واحدة متكاملة مثل إقامة مصنع وهو العقد الذي يطلق عليه تسليم

¹ محسن شفيق، القانون التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 86.

² وائل أنور بندق، موسوعة التحكيم: الاتفاقيات الدولية وقوانين الدول العربية"، د ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 402 .

³ المرجع نفسه ص 403.

المفتاح أو تسويقه كما هو الشأن في عقود نقل التكنولوجيا الشاملة المتضمنة عدة عقود كتدريب العمالة وبناء المصنع وتوريد الأجهزة ونقل التكنولوجيا أي المعرفة الفنية وتشغيل المصنع وتسليمه وإنتاج المنتجات المتفق عليها وتسويقها إلى غير ذلك من الاتفاقات المتعلقة بهذه العقود. كما قد يتفق الأطراف على الالتجاء للتحكيم للفصل في جميع المنازعات التي قد تنشأ بينهم طوال مدة عقد الشركة¹.

4- إحالة النزاع القائم أو المستقبلي للتحكيم :

صياغة البند بعبارات واسعة عامة لضمان أن جميع النزاعات المنطوية على ضرر أو تعاقدية، قد تمت إحالتها للتحكيم. وينصح باستخدام عبارات مثل «تتم إحالة جميع النزاعات والمطالبات الناشئة عن أو المتعلقة بهذه الاتفاقية للتحكيم». وعند صياغة بند لمجموعة من العقود، يجب تضمين إشارة لبند التحكيم في العقد الرئيسي. صياغة بنود التحكيم².

5- تضمين القواعد المنظمة للتحكيم : يجوز للأطراف اختيار قواعد من أجل سير عملية التحكيم. وقد تكون هذه القواعد خاصة بمؤسسة مثل غرفة التجارة الدولية أو قواعد خاصة بهذا الغرض، مثل قواعد يونسترال.

6- الإشارة إلى مكان التحكيم: يعتبر مكان التحكيم، والذي تتم الإشارة إليه على أنه مقر التحكيم، مهماً لثلاثة أسباب هي³:

أولاً: أنه يحدد المكان الذي يتم فيه إصدار قرار التحكيم أو نشره (وبالتالي ما إذا كان قرار التحكيم سيتم اعتباره قراراً صادراً من قبل دولة عضو لأغراض اتفاقية نيويورك).
ثانياً: سيخضع التحكيم للقانون الإجرائي، بما في ذلك قوانين التحكيم لسلطة الاختصاص التي يوجد فيها مكان التحكيم.

ثالثاً: سيكون لمحاكم سلطة الاختصاص تلك مهمة إشرافيه أو داعمة فيما يتعلق بالتحكيم نفسه ويمكن للأطراف التأكد سلفاً إلى أي حد ستقوم المحاكم باتخاذ تدابير مؤقتة أو قبول الطعون⁴.

¹ أحمد أبو الوفا، " التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري"، ط.5، دار المعارف، الإسكندرية، 1988، ص. 25 .

² نفس المرجع، ص 26.

³ صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، ط1، الدار الجامعية، الاسكندرية، 2005، ص18.

⁴ نفس المرجع ص 19.

7- الإشارة إلى مكان الجلسة: قد ترغب أطراف التحكيم في الاتفاق على عقد جلسات التحكيم في مكان عدا عن مكان أو مقر التحكيم. ولكن عليها أولاً التأكد من أن هذا مسموح به بموجب قانون مكان التحكيم¹.

8- اختيار اللغة: على الأطراف الاتفاق حول لغة التحكيم، حيث أن اللغة ستكون لغة المرافعات والجلسات.

9- العدد المفضل للمحكمين: يجب تعيين ثلاثة محكمين في العادة في أي نزاع ما عدا الدعوى البسيطة ذات القيمة المنخفضة، ويجوز اشتراط وجود المؤهلات مثل الخبرة في القطاع.

10- الإشارة إلى القانون الجوهري: للاتفاقية أو العقد هذا هو القانون الذي سيحكم عناصر النزاع.

11- العقود المتكررة والتي لها علاقة بالنزاع: عندما تكون هناك عقود مرتبطة مع بعضها البعض، فإن من المعقول أن تدرس الأطراف ما إذا كانت النزاعات الناشئة بموجب عقود مختلفة يجب توحيدها في جلسة واحدة أو النظر إليها معاً، أو البت فيها من قبل نفس هيئة التحكيم.

وهذا الأمر لا يعتبر مباشراً ومن الحكمة الحصول على مشورة تفصيلية وذلك على أساس كل حالة على حدة. ولا يمكن ضم الأطراف في إجراءات تحكيم بدون موافقتها وإذا كان من المحتمل أن يصبح هذا الأمر قضية هامة، فإنه في هذه الحالة يجب النظر في إمكانية التقاضي بدلاً من التحكيم².

12- استبعاد الحق في الطعن في قرار التحكيم: يمكن للأطراف استبعاد بقدر ما هو مسموح به بموجب قوانين الدولة ذات العلاقة (الحق في الطعن فيما يتعلق بنقطة قانونية من أجل التأكد من أن أي قرار تحكيم هو نهائي وملزم في نهاية عملية التحكيم. وفي بعض سلطات الاختصاص، من الممكن استبعاد حق الطعن تحت أية ظروف (بما في ذلك المخالفات الإجرائية)، ولكن هذا لا ينصح به حيث أنه يترك الأطراف بدون تعويض في حالة مخالفة الإجراءات التحكيمية .

¹ مهنت أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي، دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2005، ص19.

² مهنت أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دراسة مقارنة (المرجع السابق)، ص20.

13- النص الخاص بتوجيه الإشعارات: رغم أن القواعد الصارمة الخاصة بتوجيه مراسلات المحكمة لا تنطبق، إلا أن تضمين نص خاص بإرسال (تلك المراسلات) لذي يحدد لمن يجب توجيه المستندات وأين يجب توجيهها يجعل من توجيه الإشعارات والمستندات المتعلقة بالتحكيم عملية سهلة ومباشرة.

14- التنازل عن الحصانة: في سياق التعاقد مع دولة أو هيئة تابعة للدولة، من المهم تضمين التنازل عن الحصانة من أجل المساعدة في تنفيذ أي قرار تحكيم¹.

15- البنود التدريجية: تسمح القيود التدريجية باستخدام وسائل مختلفة لحل النزاعات في مراحل مختلفة من النزاع. ويمكن أن تكون هذه البنود مفيدة في بعض الحالات، حيث إنها تشترط محاولة الأطراف حل خلافات في مرحلة مبكرة قبل البدء بإجراءات التحكيم. وفي حالات أخرى، فإنها يمكن أن تؤدي ببساطة إلى التأخير. ويجب توخي الحذر للتأكد من إنها قابلة للتنفيذ في سلطة اختصاص معينة في الشرق الأوسط².

16- التدابير المؤقتة: إن القدرة على التقدم لهيئة التحكيم أو المحاكم الوطنية لاستصدار تدابير مؤقتة يعتمد على القانون الإجرائي المختار والصلاحيات الممنوحة للتحكيم للمحكمين بموجب القواعد المتفق عليها التي تنظم التحكيم وشرط التحكيم نفسه. ومن المهم دراسة هذه المسألة عند صياغة شرط التحكيم وعند الضرورة توسعة صلاحيات المحكمين.

17- شرط السرية في بعض السلطات الاختصاص: تعتبر سرية إجراءات التحكيم والقرار التحكيمي أمراً ضمناً خلال عملية التحكم وفي أية إجراءات قضائية متعلقة بها. وفي الشرق الأوسط، تكون إجراءات التحكيم وقرار التحكيم سرية فقط إذا قامت الأطراف بتضمين نص السرية في شرط لتحكم أو إذا قامت بتبني قواعد مؤسسة تحكيم تنص على السرية (مثل مركز دبي للتحكيم الدولي)³.

¹ مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 21.

² جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الادارية، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص 61.

³ المرجع السابق، ص 62.

المطلب الثاني

انواع التحكيم

تختلف انواع التحكيم باختلاف الزاوية التي ينظر منها الى التحكيم:

أولاً- من حيث هيئة التحكيم:

يقسم الى تحكيم فردي (خاص) وتحكيم مؤسسي (منظم)¹:

1- التحكيم الفردي: يقوم الاطراف بموجبه بتعيين المحكمين حسب اختصاصاتهم والقانون الواجب التطبيق على اجراءات وموضوع النزاع, وهو تحكيم عرضي مؤقت يتشكل من أجل النظر في قضية محددة وعند الفراغ منها ينتهي هذا النوع من اتفاق التحكيم.

2- التحكيم المؤسسي: اتفاق الطرفين على اخضاع ما ينشأ بينهم من نزاع الى مركز او مؤسسة تحكيم لحله وفقاً لقواعد هذه المؤسسة مثل غرفة التجارة الدولية².

ثانياً- من حيث المدة:

يقسم الى تحكيم دائم وتحكيم مؤقت:

1- التحكيم الدائم: تحكيم يبقى قائم ما دامت ارادة الاطراف متجهة الى الابقاء عليه, ولا عدول عنه الا باتفاق الاطراف او بموافقة المحكمة³.

2- التحكيم المؤقت : تحكيم يتقيد بمدة معينة يبدأ وينتهي بها, كأن يبدأ من تاريخ نشوء النزاع وينتهي بصدور قرار التحكيم⁴.

ثالثاً- من حيث حرية الارادة:

يقسم الى قسمين تحكيم اختياري وتحكيم اجباري:

1- التحكيم الاختياري : تحكيم يتم بإرادة أطراف النزاع وفقاً لمبدأ سلطان الارادة, بحيث يتم الاتفاق بين الاطراف النزاع على احالة ما ينشأ بينهم من خلاف على التحكيم, وذلك بمحض ارادتهم دون ان يكونوا ملزمين بالتحكيم كوسيلة لحل الخلافات التي تنشأ بينهم, اي ان لدى

¹ منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، دط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 1997، ص 08.

² نفس المرجع، ص 09.

³ الحسن الكاسم، مقتضيات التحكيم على ضوء القانون 08_05، مجلة الحقوق، العدد الثامن، جامعة الرباط، المغرب، 2009، ص 80.

⁴ المرجع نفسه، ص 09.

الخصوم حرية بين اختيار التحكيم لحل الخلافات القائمة بينهم وبين القضاء العادي دون ان يكونوا ملزمين باختيار اي منهما.

2- التحكيم الاجباري: تحكيم يجبر فيه اطراف النزاع على الخضوع للتحكيم دون ان يكون لهم حق الرجوع الى القضاء, اي ان المشرع قد حدد التحكيم كوسيلة يجب اتباعها لحل الخلافات التي تنشأ في نزاع معين.

رابعاً: من حيث التقيد بالإجراءات القضائية:

يقسم الى تحكيم مقيد وتحكيم الحر:

1- التحكيم المقيد: تحكيم يلزم فيه المحكم بالتقيد بإجراءات التقاضي والقواعد القانونية ما لم يتفق اطراف اتفاق التحكيم صراحة على اعفاء المحكم من التقيد بها, ويقبل حكمه الطعن ما لم يتفق الاطراف على جعل حكم المحكم نهائياً غير قابل للطعن.

2- التحكيم الحر : تحكيم لا يكون المحكم فيه ملزماً بتطبيق القانون و اصول المحاكمات العادية باستثناء الاصول المتعلقة بالنظام العام.

خامساً - من حيث مداه:

ينقسم الى تحكيم كلي وتحكيم جزئي:

1- التحكيم الكلي: تحكيم يشمل كل نزاع ينشأ عن تطبيق العقد او تفسير احد شروطه , اي ان التحكيم يكون شاملاً لكل ما ينشأ من نزاع او خلاف بشأن تطبيق عقد معين , وهو ما يعبر عنه بشرط التحكيم والذي يرد عادة في بند مستقل في العقد يشير الى حل كافة الخلافات الناشئة عن تنفيذ هذا العقد او تفسيره بطريق التحكيم دون القضاء . وقد يكون هذا الشرط مكتوباً بصياغة معينة معدة لهذه الغاية وهو يسمى بشرط التحكيم النموذجي¹.

2- التحكيم الجزئي: تحكيم يقتصر على جزء معين من النزاع لا يجوز تجاوزه والا يفسخ الحكم التحكيمي, أي أن على المحكم ان يتقيد عند اصداره قرار في النزاع المعروض عليه بحدود الاتفاق المبرم, ولا يتناول في قراره مسائل لم يتفق الاطراف على حلها بالتحكيم. من المبادئ المتفق عليها أن التحكيم إذا كان يقبل التجزئة بطبيعته سواء من حيث الموضوع أو من ناحية

¹ الحسن الكاسم، مقتضيات التحكيم على ضوء القانون 05_08، المرجع السابق، ص 12.

الاطراف وظهر أن شقا منه باطل فان البطلان ينحصر في هذا الشق ولا يمتد إلى الشق الآخر¹.

سادساً: من حيث نطاق التحكيم:

يقسم التحكيم الى تحكيم وطني وتحكيم دولي:

1- التحكيم الوطني : اتفاق تكون كل مكوناته او عناصره (من موضوع نزاع الى جنسية ومحل اقامة طرفي النزاع والمحكمين، والقانون الواجب التطبيق، ومكان جريان اتفاق التحكيم) منحصرة في دولة معينة².

2- اتفاق التحكيم الدولي: اتفاق لا تكون كل مكوناته أو عناصره منحصرة في دولة معينة، وانما تكون احد هذه العناصر أجنبية كان يكون اتفاق التحكيم قد تم ابرامه في دولة (أ) ونفذ في دولة (ب) أو أكثر من دولة³.

وقد اختلف الفقه في تحديد معيار لدولية اتفاق التحكيم او التفرقة بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي، فذهب جانب من الفقه الى الاخذ بفكرة القانون الواجب التطبيق. فالتحكيم الداخلي هو الذي يخضع في اجراءاته للقانون الوطني، اما التحكيم الدولي فهو الذي تخضع اجراءاته للقانون الاجنبي أو اتفاقية دولية⁴. وذهب رأي اخر من الفقه الى ان العبرة بمكان صدور حكم التحكيم وذهب رأي ثالث الى ان العبرة بجنسية المحكم او جنسية الخصوم. اما المعيار الراجح والحديث هو الذي ذهب الى ان العبرة بطبيعة النزاع ، فالتحكيم الدولي هو الذي يتعلق بنزاع ذي طبيعة دولية اي يتعلق بمعاملة تجارية دولية ولو كان التحكيم بين شخصين يحملان جنسية واحدة وجرى التحكيم في الدولة التي ينتميان اليها⁵.

إلا ان المشرع العربي قد حسم هذا الخلاف بأن حدد المقصود بدولية التحكيم في المادة الثالثة منه حيث نصت على أنه " يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون اذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الاحوال الاتية:

¹ أحمد أبو الوفا، " التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري"، ط.5، دار المعارف، الإسكندرية، 1988، ص. 25 .

² المرجع نفسه، ص 26.

³ حفیظه السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والاشخاص الأجنبية، ط1، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1996 ص175.

⁴ المرجع نفسه، ص176.

⁵ محمود السيد عمر التحيوي، مفهوم التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2002، ص 34.

أ : اذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دوليتين مختلفتين وقت ابرام اتفاق التحكيم. فاذا كان لاحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الاكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم، واذا لم يكن لاحد طرفي مركز اعمال فالعبرة بمحل اقامته المعتادة¹.

ب: اذا اتفق أطراف التحكيم على اللجوء الى منظمة تحكيم دائمة او مركز للتحكيم يوجد مقره داخل دول الاتفاق أو خارجها.

ج : اذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

د: اذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت ابرام اتفاق التحكيم وكان احد الاماكن التالية واقعاً خارج هذه الدولة:

- مكان اجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم او اشار الى كيفية تعيينه.
- مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقات التجارية بين الطرفين.
- المكان الاكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.

لكن هنالك حساسية في التفرقة ما بين التحكيم الدولي والتحكيم والاجنبي، بحيث لا يوجد معيار ثابت يتحدد على أساسه التحكيم الاجنبي، فقد يكون التحكيم دولياً وأجنبياً في نفس الوقت.

هـ - من حيث الموضوع:

يقسم الى تحكيم تجاري، إذا كان موضوع التحكيم تجارياً، وإلى تحكيم مدني أو إداري إذا كان موضوع التحكيم مدنياً أو إدارياً.

أما قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، فقد جعل موضوع التحكيم تجارياً، ويقصد بعبارة ان يكون التحكيم تجارياً الواردة في المادة(2) من القانون المصري النزاعات الاقتصادية المالية سواء كانت تجارية او مدنية او ادارية، عقدية او غير عقدية، وأشار على سبيل المثال الى بعض العقود التي تعتبر تجارية².

و: من حيث مجلس التحكيم:

يقسم الى تحكيم تقليدي (عادي) وتحكيم إلكتروني:

¹ محمود السيد عمر التحيوي، مفهوم التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري، مرجع سابق، ص 35.

² المرجع نفسه، ص 36-38.

- 1- التحكيم التقليدي (العادي): في هذا النوع من التحكيم يجتمع أعضاء هيئة التحكيم وأطراف النزاع ووكلائهم وجها لوجه في مجلس واحد كما هو الحال في مجلس القضاء.
- 2- التحكيم الإلكتروني: على خلاف التحكيم العادي تستخدم التكنولوجيا الحديثة كالإنترنت وغيرها من وسائل الاتصال المتطورة للجمع بين أعضاء هيئة التحكيم وأطراف النزاع ممن لهم علاقة بالعملية التحكيمية دون ان يكون موجودين في مكان واحد. هذا النوع من التحكيم مستخدم في العديد من مراكز التحكيم في أمريكا والدول الأوروبية¹. وأشهر القضايا التحكيمية التي تمارس بهذه الصورة تلك المتعلقة بفض المنازعات الناشئة عن العناوين والاسماء الالكترونية التابعة لمركز الوساطة والتحكيم التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية².

¹ محمود السيد عمر التحيوي، مفهوم التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري، مرجع سابق، ص 38-39.

² المرجع نفسه، ص 39.

المبحث الثاني

شروط اتفاق التحكيم

- الشروط الواجب توافرها في اتفاقية التحكيم الدولية في القانون الجزائري:
- في الشكل: يجب أن تكون اتفاقية التحكيم مدونة في عقد كتابي أو بأي وسيلة تجيز الإثبات بالكتابة و هي تسري على كافة النزاعات القائمة والمستقبلية.
- في الموضوع: يجب أن تستجيب الاتفاقية للشروط التي يحددها:
- القانون الذي اتفق الأطراف على إتباعه.
- في غيابه يكون قانون العقد الأساسي هو الواجب التطبيق.
- أو القانون الذي يراه المحكم ملائماً¹.

المطلب الأول

الشروط الموضوعية في اتفاق التحكيم

يجب أن يتوفر في اتفاق التحكيم الشروط الموضوعية اللازمة لصحة التصرفات بصفة عامة فيجب أن يتوفر رضا صحيح خال من العيوب التي تلحق به ، وبحيث يكون التعبير عن الإرادة صريحا وواضحا في اللجوء إلى التحكيم. كوسيلة لحسم النزاع سواء تم ذلك في صورة أحد شروط العقد الأصلي (شرط التحكيم) أو في صورة اتفاق مستقل (مشارطة التحكيم) كما يجب أن يزد التحكيم على نزاع جائز التحكيم فيه . وان يكون سببا مشروعاً . فضلا عن ضرورة توافر الأهلية اللازمة في الأطراف لإبرام اتفاق التحكيم. ولا تثير هذه الشروط الموضوعية العامة أية مشاكل إلا فيما يتعلق بتحديد أهلية الدولة أو احد أشخاص القانون العام وتحديد محل التحكيم .

أ- أهلية الدولة او اشخاص القانون العام:

يشترط لصحة اتفاق التحكيم ضرورة توافر أهلية التصرف في أطراف النزاع . ويرجع في تحديد الأهلية إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الأطراف . حيث تستقل كل دولة بتحديد مسألة أهلية الأشخاص سواء كانوا من أشخاص القانون الخاص أو القانون العام².

¹ هشام خالد ، معيار دولية التحكيم التجاري، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر 2006 ، ص393

².المرجع نفسه، ص 394.

وتذهب بعض الدول إلى منع أشخاص القانون العام من إبرام اتفاق التحكيم . بحيث لا يجوز للدولة أو احدي المؤسسات التابعة لها إن تكون طرفا في اتفاق التحكيم . وقد تكون هذه الدول غالبا مدفوعة باعتبار السيادة تجاه التحكيم . ومع ذلك فإن غالبية تشريعات الدول في الوقت الحاضر تجيز للدولة وأشخاص القانون العام إبرام اتفاق التحكيم. حيث لا ينال التحكيم من الحصانة القضائية للدول لأن الأمر يتعلق بقيام المحكم بالفصل في النزاع المعروض عليه طبقا لاتفاق التحكيم . فالاتجاه الحديث في تشريعات الدول المختلفة هو عدم منع الدول وأشخاص القانون العام من إبرام اتفاقات التحكيم وخصوصا في مجال التعاملات التجارية الدولية التي يحتل التحكيم فيها أهمية كبيرة .

كذلك لا تمنع غالبية الاتفاقات الدولية من أن تكون الدولة أو احد أشخاص القانون العام أطرافا في اتفاق التحكيم. فإذا كانت اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لم تتضمن أي نص صريح يتعلق بأهلية الدولة أو أحد أشخاص القانون العام لإبرام اتفاق التحكيم إلا أن الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1991 قد نصت صراحة على أهلية أشخاص القانون العام لإبرام اتفاقيات تحكيم . كذلك اتفاقية واشنطن لعام 1965 الخاصة بفض المنازعات بين الدول المتعاقدة وبين مواطني الدول المتعاقدة الأخرى . حيث يجوز طبقا لأحكام هذه الاتفاقية أن يكون احد أطراف اتفاق التحكيم احدي الدول أو احد أشخاص القانون العام....

...وقد اخذ المشرع المصري في قانون التحكيم بهذا الاتجاه السائد في غالبية التشريعات الوطنية والدولية. حيث نصت المادة رقم 11 منه على انه (لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه...)¹. حيث لم يفرق المشرع بين أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص في أن يكونوا أطراف في اتفاق تحكيم وسواء تعلق الأمر بتحكيم داخلي أو دولي².

وإذا كانت الدولة أو احد أشخاص القانون العام طرفا في اتفاق تحكيم فإن ذلك لا يعني طبقا للاتجاه الراجح أن الدولة تتنازل عن حصانتها القضائية وتخضع لحكم التحكيم وتنفيذه . وإنما يعني أن الدولة تقبل بإرادتها الخضوع لقرار التحكيم وتنفيذه ، فالدولة تتنازل عن حصانتها

¹ هشام خالد ، معيار دولية التحكيم التجاري، المرجع السابق، ص 395-396.

² جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، ط2، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، القاهرة 2001 ص5.

بإرادتها فقط أمام هيئة التحكيم لا أمام القضاء الأجنبي، كما أن إبرام الدولة أو أشخاص القانون العام لاتفاق التحكيم إنما يتعلق بالمنازعات المدنية والتجارية دون غيرها من المنازعات التي تظهر فيها الدولة بصفقتها صاحبة السيادة¹.

ب- محل التحكيم:

يقصد بمحل التحكيم المنازعات التي يتفق الأطراف على حلها بطريق التحكيم ، ويجب ان يكون محل التحكيم محدداً ، وإذا كانت لا تثار هناك أي صعوبة في تحديده عندما يرد اتفاق التحكيم في صورة مشاركته تحكيم ، حيث يتم بعد حدوث النزاع ، ويكون بالتالي محل النزاع محدداً ومعروفاً ، إلا أن الصعوبة تثار عندما يرد اتفاق التحكيم في صورة شروط تحكيم في العقد الأصلي². أي قبل حدوث النزاع . ولذلك فان المستقر عملاً في هذه الحالة هو عدم تحديد نزاع معين بأن يرد شرط الإحالة إلى التحكيم في صورة عامة بحيث يشمل التحكيم كافة المنازعات التي قد تنشأ عن العقد دون تحديد ما نصت عليه المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري الجديد 1994، وحيث يشمل التحكيم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بين الطرفين بمناسبة علاقة قانونية عقدية كانت أو غير عقدية.

كذلك فان المستقر عليه في التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية انه لا يجوز أن يكون محل التحكيم مخالفا للنظام العام، فإذا كان الأصل أن التحكيم يجوز في أي منازعة يتفق عليها الطرفان ، إلا أن المشرع قد رأي أن بعض المنازعات لا يجوز فيها التحكيم ، وإذا ورد عليها التحكيم فأنه يكون باطلا لعدم مشروعية محله، وقد اخذ المشرع المصري بهذا الاتجاه التشريعي في قانون التحكيم الجديد 1994، حيث نصت المادة 11 منه على انه ... لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح. والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح هي التي تتعلق بالحالة الشخصية أو بالنظام العام فلا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية أو في الجرائم وغيرها من المسائل التي تتعلق بالنظام العام ، على انه يجوز التحكيم في الحقوق المالية التي تترتب على هذه المسائل ، كالتعويضات الناشئة عن ارتكاب الجرائم أو الحقوق المالية المرتبطة بمسائل الزواج أو الطلاق³.

¹ جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، نفس المرجع، ص6.

² خالد عزت المالكي، التحكيم، دط، مؤسسة النوري للطبع والنشر، دمشق، سوريا، 2003، ص125.

³ المرجع نفسه، ص126-127.

وتلعب فكرة النظام العام دورا بارزا في مجال التحكيم ، حيث تحد من سلطة الأطراف في إبرام اتفاق التحكيم ، فلا يجوز لهم الاتفاق على التحكيم في هذه المسائل التي تتعلق بالنظام العام ، على انه لا يكفي أن يتعلق النزاع بالنظام العام لكي يمتنع التحكيم فيه ، وإنما يجب أن يترتب على إحالته للتحكيم مخالفة للنظام العام. كما لو تم التحكيم في مسألة تدخل في اختصاص القضاء المصري.

وإذا كانت فكرة النظام العام من السهل تحديدها في التشريعات الوطنية، نتيجة للنص عليها بقواعد أمرة في غالبية الحالات، إلا انه من الصعب تحديدها بدقة على المستوى الدولي ، فلا توجد أية علاقة طردية بين القواعد الآمرة في القوانين الوطنية وبين فكرة النظام العام الدولي ، حيث يكون لفكرة النظام العام في مجال التحكيم الدولي مدلولاً أضيق من مدلوله في مجال التحكم الداخلي، فلا يجوز أن يتمسك بها في التحكيم الدولي إلا إذا كان هناك مساساً واضحاً بالنظام العام¹.

المطلب الثاني

الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم

الأصل أن اتفاق التحكيم ينعقد بمجرد اتفاق الطرفين على إبرامه باعتباره من العقود الرضائية دون الحاجة إلى شكله خاصة، ومع ذلك فإن غالبية تشريعات الدول تشترط الكتابة لإبرامه، سواء قد تم في صورة شرط في العقد الأصلي أو في صورة اتفاق مستقل، كما أن الاتفاقات الدولية تشترط كتابة اتفاق التحكيم. فقد نصت اتفاقية نيويورك على ذلك صراحة في الفقرة الأولى من المادة الثانية بأن (تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بان 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) كما بينت الفقرة الثانية المقصود بالاتفاق المكتوب بأنه (شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات)².

¹ Bertrand Moreu EtThierry Bernard ،Droit Interen Et Droit Interratio Del arbitrage (2em)

Edition ،Parise ،1985

² هناء عبد الغفار السامرائي، الاستثمار الأجنبي المباشر والتجارة الدولية، ط1، بيت الحكمة، بغداد، العراق، 2002 ، ص13.

كذلك اخذ القانون المصري بهذا الاتجاه الغالب في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية حيث نصت المادة 12 منه على أنه (يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا، ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادل الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصالات المكتوبة). فالمرجع المصري قد جعل كتابة اتفاق التحكيم شرطا لصحته لا شرطا لإثباته متمشيا في ذلك مع الاتجاه الحديث في تشريعات التحكيم¹.

إذا كان اتفاق التحكيم، يختلف من حيث أشكاله، شرطا كان أم عقدا، فإنهما يلتقيان كليهما حول ضرورة توفر شرط شكلي، استلزمه المشرع لقيام اتفاق التحكيم صحيحا منتجا لآثاره، ويتعلق الأمر بشرط الكتابة. إذ لا بد أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، فالاتفاق الشفوي لا يعتد به في هذا الصدد. وهذا ما استقرت عليه جل التشريعات الوطنية إلى جانب اتفاقيات التحكيم الدولية.

فقانون التحكيم والوساطة الاتفاقية المغربي رقم: 08/05، نص من خلال مقتضيات المادة 313 منه، على أنه: " يجب أن يبرم اتفاق التحكيم كتابة، إما بعقد رسمي أو عرفي وإما بمحضر محرر أمام الهيئة التحكيمية المختارة..²".

ونص قانون التحكيم المصري على نفس المقتضى من خلال مقتضيات المادة 12 من القانون رقم: 27 لسنة 1994، على أنه: " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا".

ودراسة شرط الكتابة يقتضي منا بداية تحديد الشكل الذي استلزمه القانون في هذا الشرط، قبل أن نتطرق بعد ذلك إلى تحديد طبيعته وفق الشكل التالي:

¹ هناء عبد الغفار السامرائي، الاستثمار الأجنبي المباشر والتجارة الدولية، نفس المرجع، ص 14.

² المرجع نفسه، ص 15.

1- الشكل الكتابي المتطلب قانونا:

سبقت الإشارة إلى أن المشرع المغربي، عمل من خلال مقتضيات المادة 313 من القانون رقم: 08.05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، على تحديد الشكل الكتابي المتطلب قانونا لإبرام اتفاق التحكيم، فهو إما أن يأخذ شكل عقد رسمي أو عقد عرفي، وإما أن يرد في محضر يحرر أمام الهيئة التحكيمية المختارة¹.

وقد توسع المشرع في مفهوم الكتابة، ونص من خلال مقتضيات الفقرة 2 من المادة 313 من نفس القانون، على أنه: "يعتبر اتفاق التحكيم مبرما كتابة إذا ورد في وثيقة موقعة من الأطراف، أو في رسائل متبادلة أو اتصال بالتلكس أو برقيات أو أية وسيلة أخرى من وسائل الاتصال، والتي تعد بمثابة الاتفاق تثبت وجوده أو حتى بتبادل مذكرات الطلب أو الدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين بوجود اتفاق تحكيم دون أن ينازعه الطرف الآخر في ذلك"².

وبالتالي يمكن أن يرد اتفاق التحكيم إما في شكل عقد رسمي أو عرفي، كما يمكن أن يضمن في المحاضر المنجزة من طرف هيئة التحكيم، أو أن يرد في شكل وثيقة موقعة من الأطراف، أو في رسائل متبادلة أو اتصال بالتلكس أو برقيات أو أية وسيلة أخرى من وسائل الاتصال، إلى جانب أنه يمكن أن يرد من خلال تبادل مذكرات الطلب أو الدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين بوجود اتفاق تحكيم، ولكن ذلك مقيد بعدم منازعة الطرف الآخر له في ذلك³.

غير أن اعتماد الصياغة الالكترونية لاتفاق التحكيم، يدفع إلى التساؤل عن مدى حجيتها القانونية في الإثبات؟

والجواب على هذا السؤال، نستشفه من خلال مقتضيات المادة 1/417 من القانون رقم: 53.05 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية الصادر بتاريخ: 2007/12/06، والذي اعتبر من خلالها المشرع المغربي أن الوثيقة المحررة على دعامة الكترونية تتمتع بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المحررة على الورق، شريطة أن يكون بالإمكان التعرف بصفة قانونية، على الشخص الذي صدرت عنه وأن تكون معدة ومحفوظة وفق شروط من شأنها ضمان تماميتها.

¹ محمد فوزي دباس العبادي، التسهيلات الاستثمارية وأثرها على الاستثمار الأجنبي المباشر، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس المعهد العالي للدراسات السياسية والدولية في الجامعة المستنصرية، 2004، ص14.

² المرجع نفسه، ص 15.

³ المرجع نفسه، ص 16.

كما اعتبر المشرع في مقتضيات المادة 417/3 من نفس القانون على أن كل وثيقة مذكلة بتوقيع الكتروني مؤمن، أي الذي يتم إنشاؤه وكانت هوية الموقع مؤكدة وتامة الوثيقة القانونية مضمونة بذلك، والمختومة زمنيا بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المصادق على صحة توقيعها والمذكلة بتاريخ ثابت¹.

2 - طبيعة شرط الكتابة:

إذا كان الاتفاق على التحكيم، شرطا كان أو عقدا، يعتبر تصرفا من التصرفات التي تتعد بإرادتين، فإنه يلزم لوجود هذا الاتفاق، كما سبقت الإشارة إلى ذلك، توافر أركانه وهي الرضا والأهلية والمحل والسبب، وإلى جانب هذه الشروط هناك الشرط الشكلي المتعلق بالكتابة، الذي أوجبه جل التشريعات المنظمة للتحكيم.

غير أن التساؤل الذي يطرح نفسه هنا يتعلق بطبيعة شرط الكتابة في اتفاق التحكيم، فهل تعتبر الكتابة ركنا من أركان اتفاق التحكيم أم شرطا لصحته؟ أم مجرد وسيلة لإثباته؟ اختلفت الأنظمة القانونية فيما بينها بخصوص شرط الكتابة في اتفاق التحكيم. فهناك من الأنظمة القانونية، من اعتبر الكتابة المتطلبة في اتفاق التحكيم مجرد وسيلة للإثبات².

ومن هذه الأنظمة، نجد مثلا كل من المشرعين التونسي والسوري. إذ نص المشرع التونسي من خلال مقتضيات الفقرة 1 المادة 6 من مجلة التحكيم التونسية عدد: 42 لسنة 1996³، على أنه: " لا تثبت اتفاقية التحكيم إلا بكتب سواء كان رسميا أو خط يد أو محضر جلسة أو محضرا محررا لدى هيئة التحكيم التي وقع اختيارها".

فالكتابة اعتبرها المشرع التونسي وسيلة لإثبات اتفاق التحكيم وليست شرطا من شروط انعقاده، سواء أكانت الكتابة بمقتضى محرر رسمي أو عرفي.

كما نص المشرع السوري من خلال مقتضيات المادة 509 من قانون التحكيم السوري المستخرج من قانون أصول المحاكمات المدنية⁴، على أنه: "لا يثبت التحكيم إلا بالكتابة".

¹ شعيب أحمد سليمان، التحكيم في منازعات تنفيذ الخطة الاقتصادية، ط2، المكتبة القانونية، بغداد، 1981، ص12 .

² شعيب أحمد سليمان، التحكيم في منازعات تنفيذ الخطة الاقتصادية، (المرجع السابق)، ص113 .

³ وائل أنور بندق، موسوعة التحكيم: الاتفاقيات الدولية وقوانين الدول العربية"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط.2004،

ص. 402.

⁴ المرجع نفسه ، ص. 404.

ويرى جانب من الفقه، أنه إذا نص المشرع صراحة على جعل كتابة اتفاق التحكيم للإثبات، فإن الكتابة والحالة هذه تكون للإثبات وليست للانعقاد. ومن ثم يجوز إثبات هذا الاتفاق بالكتابة أو ما يقوم مقامها من إقرار ويمين حاسمة. ويستطرد هذا الجانب من الفقه بالقول، بأنه لا معنى للاعتراف بالكتابة كوسيلة إثبات، ثم نعود بعد ذلك، ولا نسمح بهذا الإثبات إلا بالكتابة. إذ أن من المقرر أن الإقرار واليمين الحاسمة، هما وسيلتان من وسائل الإثبات يصح الإثبات بأيهما في الحالات التي يجب إثباتها بالكتابة¹.

ويرى جانب آخر من الفقه، أنه لما كانت قواعد الإثبات الموضوعية لا تتعلق بالنظام العام، فمن الواجب الاعتداد بإرادة الأطراف في مسطرة التحكيم، بحيث إذا اتفق الأطراف على جواز الإثبات بغير الكتابة، فيما كان يجب إثباته بها، صح اتفاق التحكيم لأن قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام².

في حين أن هناك أنظمة قانونية أخرى، تشترط الكتابة كشرط انعقاد وليس كشرط للإثبات، من بينها المشرع المغربي والمصري والفرنسي.

فبالنسبة للمشرع المغربي، نجد أنه اعتبر كتابة اتفاق التحكيم شرط انعقاد، ونص على وجوب إبرام اتفاق التحكيم كتابة إما على شكل عقد رسمي أو عرفي أو محضر يحرر أمام الهيئة التحكيمية المختارة.

وأمام صراحة هذا النص، يتبين أن اتفاق التحكيم هو من العقود الشكلية التي يتوقف انعقادها على إفراغها في سند كتابي، فلا يمكن إقامة الدليل على اتفاق التحكيم شفويا أو بأية وسيلة أخرى حتى بالإقرار.

أما المشرع المصري فقد نص من خلال مقتضيات المادة 12 من القانون رقم: 27 لسنة 1994 المتعلق بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية، على ما يلي: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا و إلا كان باطلا"³.

¹ . محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية"، ج.1، اتفاق الحكيم، دار الفكر العربي، 1990، ص.

106 .

² المرجع نفسه، ص107.

³ مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005

ص47.

وهو نفس ما سار عليه المشرع الفرنسي، عندما نص من خلال مقتضيات المادة 1443 في شقها الأول من قانون المسطرة المدنية الفرنسي كما تم تعديله، على بطلان اتفاق التحكيم إذا لم يكن مكتوبا.

وعليه، يتبين من خلال النصوص السابقة أن اتفاق التحكيم، يتعين أن يكون مكتوبا تحت طائلة البطلان. إذ اتجهت إرادة المشرع صراحة على اعتبار الكتابة ركنا لقيام اتفاق التحكيم، وليست مجرد وسيلة لإثباته، ولما كانت الكتابة تعد ركنا شكليا في الاتفاق على التحكيم، فإن البطلان الناشئ عن تخلفها، يعتبر بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام¹.

وختاما في بحث شروط صحة اتفاق التحكيم، يمكن القول بضرورة التثبت من صحة اتفاق التحكيم بشروطه الموضوعية والشكلية، لأن من شأن ذلك أن يساهم في تحقيق فعالية التحكيم، من خلال السماح للأطراف اللذين يفضلون اللجوء إلى هذه الوسيلة من إحاطة اتفاقاتهم بعناية قصوى عند تحريرها، حتى لا يكون مصير الأحكام التحكيمية البطلان، وبدل أن يكون الهدف من التحكيم، هو تحقيق السرعة في البت في النزاعات يكون نقمة على أطرافه وإهدارا لوقتهم².

¹ مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، (المرجع السابق) ص 48.

² المرجع نفسه، ص 48.

خلاصة الفصل

نستخلص من هذا الفصل أن اتفاق التحكيم سواء كان عقدا أم شرطا، فانه يقوم على أساس مبدأ سلطان الإرادة، الذي يشكل أساس مشروعية التجاء الأطراف إلى التحكيم، ومنه يستمد المحكم سلطته في الفصل في النزاع. ويترتب على عدم وجود الاتفاق المذكور، انعدام حكم التحكيم، واعتباره كأن لم يكن، وذلك لانعدام ولاية المحكم في إصداره، كما يقع باطلا أيضا الحكم الذي يستند على اتفاق تحكيم اختلت فيه شروطه. غير أنه ومتى أبرم وفق الشكل الصحيح، إلا وتترتب عليه كافة الآثار القانونية الملزمة للمتعاقدين، ومن يحل محلها في حقوقهما والتزامهما، ولعل من أبرزها نزع الاختصاص عن المحاكم القضائية، وجعل هيئة التحكيم هي المختصة.

يتطلب لصحة اتفاق التحكيم، عقدا كان أو شرطا، أن تتوافر فيه الشروط اللازمة لصحة أي عقد بصفة عامة، والتي تحددها النظرية العامة للعقود ويتعلق الأمر بأركان قيام العقد المذكورة سالفًا.

الفصل الثاني

أثار اتفاق التحكيم

الفصل الثاني

آثار اتفاق التحكيم

يعتبر التحكيم من أهم الظواهر القانونية المعاصرة، ومن أهم الوسائل القانونية التي إتسع نطاقها حتى تم الاعتراف بشرعيته من كافة أفراد الجماعة الدولية على اختلاف أوضاعها الاقتصادية.

ويؤكد ذلك اللجوء المتزايد بين المتعاقدين سواء على مستوى التجارة الدولية أو الداخلية في حل نزاعاتهم عن طريق التحكيم. إن خصوصية التحكيم باعتباره أداة لتحقيق العدالة تكمن من كونه أداة اتفاقية، فالإتجاه إلى التحكيم رهين بإرادة أطرافه سواء في اختيار الشخص أو هيئة التحكيم أو القانون الواجب التطبيق على النزاع 1.

ولهذه الاعتبارات اهتمت الدول الغربية ومن بعدها العربية بالتحكيم، وعنيت بوضع تنظيم قانوني للتحكيم، يتناول الاتفاق عليه ويحدد المنازعات التي يجوز طرحها أمامه، ويبسط كيفية اختيار القواعد الإجرائية التي يسير عليها.

المبحث الأول

الآثار الموضوعية

يترتب على اتفاق التحكيم أثر موضوعيا هاما يتمثل في سلب النزاع من ولاية القضاء العادي ونقله إلى هيئة التحكيم ويحدث اتفاق التحكيم هذا الأثر سواء أكان سابقا على وقوع النزاع أو لاحقا له، ولا يعني سلب النزاع من ولاية القضاء العادي أن المحكمة ترفع يدها كلية عن التحكيم إذ تظل تقدم له بعض خدمات لازمة لسير الإجراءات أو لفاعلية قرار التحكيم كالحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور ويمتنع عن الإجابة بالجزاء المنصوص عليه في القانون، وإيداع قرار التحكيم بقلم الكتاب والأمر بوضع صيغة تنفيذية عليه، إذا كان القانون الوطني يستلزم ذلك¹.

المطلب الأول

القوة الملزمة لاتفاق التحكيم

الفرع الأول: مفهوم الالتزام ومصادره.

أ - مفهوم الالتزام:

يعرف القانون المدني بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم وضعية الإنسان باعتباره فردا في وسط اجتماعي إنساني. ويقتصر القانون المدني في مضمونه على تنظيم الأحوال العينية أو الروابط المالية أو المعاملات، تاركا بعض الموضوعات الأخرى إلى القوانين الخاصة التي بلغت درجة الاستقلال والانفصال عن القانون المدني، ومنها قانون الأسرة، والقانون التجاري... إلخ وعلى هذا الأساس فتتظم القانون المدني لعلاقات الأشخاص من حيث المال أي الحق المالي الذي ينقسم إلى نوعين رئيسيين، وهما الحقوق الشخصية والحقوق العينية، والالتزام هو الوجه السلبي للحق الشخصي². هذا ما يستوجب التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني باعتبارهما يشكلان موضوع نظرية الالتزام. فالحق العيني مثل حق الملكية، هو سلطة محددة يخولها القانون لشخص معين على شيء معين، وهو بذلك يتكون من عنصرين أساسيين: هما صاحب الحق (Le sujet) وموضوع الحق³ (l'objet) ولصاحب الحق بمقتضى

¹ جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية، دراسة مقارنة، ط1، منشورات زين الحقوقية، الرباط، المغرب، ص 06-07.

² إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997، ص 5.

³ عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، دط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 114.

هذه السلطة المباشرة، أن يستعمل الشيء موضوع الحق وأن ينتفع به، وأن يتصرف فيه دون حاجة إلى وساطة شخص آخر. أما الحق الشخصي، فهو رابطة قانونية بين شخصين يسمى أحدهما بالدائن والآخر بالمدين يكون بمقتضاها للدائن مطالبة المدين بأداء معين، سواء بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل وبذلك يتكون الحق الشخصي من ثلاثة عناصر وهي¹:

الدائن *sujet actif* - والمدين *sujet passif* - ومحل الحق *L'objet*.

ومن أمثلة هذا الحق، حق من يداين آخر بألف دينار وحق المستأجر في الحصول على منفعة العين المؤجرة من المؤجر، وتتميز هذه الحقوق عن بعضها البعض، وهي كثيرة جدا. وقد ذهب فقهاء القانون في تعريفهم للالتزام إلى الانقسام بين اتجاهين أو مذهبين، المذهب الشخصي والمذهب المادي. والتعريف السليم المأخوذ به هو الذي يقول بأن الالتزام رابطة قانونية بين طرفين محلها إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل له قيمة مالية يقتضيه أحدهما ويسمى الدائن بين الآخر الذي يسمى المدين².

إن هذا التعريف يتفق مع نظرة المشرع الجزائري الذي عرف الالتزام في المادة 54م. وتسمى بالرابطة الشخصية بين الدائن والمدين فالقائمة على ثلاثة أركان، وهي: الرابطة القانونية، المحل، والسبب.

- فالرابطة القانونية (*un bien de droit*) هي ذلك القيد الذي يرد على إرادة المدين أو مدينه وكان هذا القيد في القوانين القديمة ماديا يقع على شخص المدين، ثم صار بعض تطوره رابطة قانونية بحتة تقع على الذمة المالية والتي بمقتضاها يجبر المدين بواسطة السلطة العامة عند الضرورة على تنفيذ التزامه³.

- أركان المحل أي محل الالتزام، هو الشيء الذي يلتزم به المدين وهو إما يكون بالإعطاء (*Donner*) كما في التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري بقصد استيفاء ثمنه، أو بالعمل (*faire*) كما في التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر، أو بالامتناع عن العمل (*ne pas faire*)، كما في التزام التاجر ألا يزاحم منافسا له في التجارة⁴.

¹ عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، المرجع السابق، ص 115.

² أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، 1999، ص 60.

³ المرجع نفسه، ص 61.

⁴ ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص، ج 1، ط2، عمان، الاردن، 1998، ص 250.

- وأما السبب في الالتزام (cause) فهو الغرض القانوني الذي من أجله أوجب المدين الالتزام على نفسه، فالبائع غنما التزم بنقل ملكية المبيع بسبب الحصول على ثمنه. هذه العلاقة بين البائع والمشتري تسمى رابطة قانونية محلها نقل ملكية الشيء المبيع وسببها قيام المشتري بالتزامه من الوفاء بالثمن¹.

وقد تأثرت نظرية الالتزام منذ عهد الحضارات القديمة بدءاً بحضارة العراق القديم، مروراً بالحضارة الفرعونية والحضارة اليونانية إلى غاية تبلورها بشكل كبير في الحضارة الرومانية، خاصة المفهوم الذي جاء به فقهاء الرومان وعلى رأسهم موسوعات **جوستيان**، التي تعمقت في القوانين بشكل كبير، ثم جاء الفكر الإسلامي ليطور هذه النظرية على أسس ومبادئ موضوعية منطقية ساهمت بشكل كبير في تطوير نظرية الالتزام. إن التشريع الإسلامي في مواضيع القانون المدني قد سبق التشريع الروماني والقوانين الأوروبية الحديثة في تقرير بعض المبادئ العظيمة، منها مبدأ النيابة ومبدأ الرضائية والقوة الإلزامية للعقود والعقود المشروعة والتعسف في استعمال الحق وحوالة الدين والحوادث غير المتوقعة وكلها نظم قانونية واقعية الصياغة والموضوعية والإنسانية في نتائجها².

ونظراً لهذه الأهمية التي يتميز بها التشريع الإسلامي، فقد أخذ المشرع الجزائري بجعل الشريعة الإسلامية في المرتبة الثانية باعتبارها مصدراً رسمياً للقانون الجزائري يأتي مباشرة بعد النصوص التشريعية³.

ب- مصادر الالتزام:

المقصود بمصدر الالتزام سبب نشوئه، أو الواقعة التي يترتب على حدوثها نشوء الالتزام، لأن الالتزام كما يقول الأستاذ **سليمان مرقس**، أمر عرض في حياة الأشخاص لا بد من سبب ينشئه في ذمتهم. فالالتزام المشتري بدفع الثمن يشكل مصدر عقد البيع والالتزام المستأجر بدفع ثمن الإيجار يشكل مصدره عقد الإيجار، والالتزام المتسبب في ضرر بتعويض هذا الضرر مصدره الفعل الضار، والالتزام الأب بالإنفاق على أولاده مصدره نص في القانون⁴.

¹ ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 251.

² عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج 1، ط 11، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، مصر، 1999 ص 611

³ المرجع نفسه، ص 612.

⁴ المرجع نفسه، ص 613.

وقد قسم فقهاء القانون منذ القدم مصادر الالتزام خمسة مصادر وهي: العقد - وشبه العقد - والجريمة أو الجنحة - وشبه الجريمة - والقانون. وقد صنف فقهاء القانون هذه الأقسام الخمسة في طائفتين:

- مصادر إرادية للالتزام، وتضم العقد، والإرادة المنفردة.
- مصادر غير إرادية، وتضم العمل غير المشروع، والإثراء بلا سبب، والقانون.

ثانياً - القوة الملزمة:

لم يكن النظام القانوني، بمنأى عن تقييد ما ينظمه الأطراف من تعهدات أو اتفاقات في المرحلة السابقة على التعاقد، بل تدخل المشرع ويقصد إقامة نوع من التوازن المقبول أو المعقول، بين مبدأ الحرية التعاقدية، الذي لا يلزم الأطراف بالتوصل إلى إبرام العقد النهائي وتوفير الحد الأدنى من الثقة والاستقرار والجدية في مرحلة ما قبل التعاقد.

من خلال تقرير القوة الملزمة لمستندات ووثائق هذه المرحلة¹. وهو ما يستتبع منه لتحقيق هذا الغرض، التقدير الدقيق لمدى وحدود القوة الملزمة التي يخلعها على مستند أو وثيقة تعاقدية معينة. فإذا ما وجد أن ما يتمتع به المستند ما قبل التعاقد من قيمة القانونية ملزمة، من شأنه مصادرة مبدأ الحرية التعاقدية وسلطان الإرادة، أو أن يحصرها في أضيق نطاق ممكن، أو يخالف مقصد الأطراف من تنظيمه، فانه يبادر بتقييده بوافر من القيود القانونية المختلفة حول نفاذ عنصره الإلزامي، بالقدر الذي يضمن تحقيق الغاية الحقيقية المتوخاة من تحرير المستند، دون المساس بالمبادئ العامة التي يجب مراعاتها في إبرام العقود². وابتداءً من المستندات التي يتم تحريرها في الفترة الأولى من مراحل ما قبل التعاقد (مرحلة ما قبل التفاوض) كالمستندات الإعلانية، والكتيبات الدعائية، ووثائق الوعد بالتفاوض، فقد اتجه جانب من الفقه القانوني، إلى القول بتقرير المشرع بعض التحفظات القانونية، حول القوة الملزمة لهذه المستندات وتقييدها في حدود المساحة الزمنية والمكانية الصادرة فيها. ومن ذلك تقييد القوة الملزمة، أو سلبها للمستندات الإعلانية إذا وجهت إلى أشخاص غير محددين من الجمهور³. كذلك يورد هذا الفقه

¹ السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، ط1، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر 1983، ص71.

² أحمد الزقرد، "حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفاز"، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة التاسعة عشرة، الكويت، سبتمبر، (1995)، بند 44، ص279.

³ عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، وفقاً للقانون الكويتي، ج1، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، مكتبة الهداية، القاهرة مصر 1982، ص603.

تقييدا قانونيا آخر استخلصه من طبيعة العلاقة التعاقدية التي تروم الأطراف الساعية إلى التعاقد الدخول فيها، وهي أن المستند أو الوثيقة المنظمة في مرحلة ما قبل إبرام العقد، لا يكون لها أي قيمة قانونية أو حتى معنوية إذا تجردت من ذكر العناصر التي يجب توافرها كحد أدنى، لوصف هذا المستند أو تلك الوثيقة بأنه تعاقدي¹. هذا مع افتراض توفر النية القانونية في الالتزام الجادة للسعي إلى التعاقد في شتى أشكال المستندات ما قبل المرحلة التعاقدية. في حين يوسع الفقه القانوني من دائرة القيود القانونية في إطار المستندات المتبادلة بين الأطراف في مرحلة المفاوضات والمراحل التمهيديّة القريبة من لحظة إبرام العقد النهائي²، فبالنسبة للمستندات الصادرة في مرحلة التفاوض والتي تمثل الغالبية الكثيرة من مستندات ما قبل التعاقد لم يجد اختلافاً فقهيًا يذكر عليها حول ما تشترطه المبادئ العامة في القانون لتقييد مناطقها الإلزامي أو سلبه بعد انقضاء ما حدد لها من سقف زمني، أو بعد ما وضعت لها من غاية ابتغتها إرادة الأطراف المنظمة لها، أو استحالة الوصول إليها من الأصل³. كما هو الشأن في مستندات اتفاقات المبادئ التي تتضمن التزاما بالدخول بالتفاوض أو الاستمرار فيه أو تقديم المعلومات خلاله إلى الطرف الآخر. فجميع هذه المستندات، يتم تقييد القوة الملزمة لها بمقتضى القانون، حال انخراط أحد الأطراف في الدخول بالتفاوض أو الاستمرار فيه على وفق ما يقتضيه مبدأ (حسن النية قبل التعاقد) وتقديم المعلومات العامة، أو حتى الخاصة التي يتم النص عليها في الوثيقة ما قبل التعاقدية أو حتى استحالة تنفيذ هذه الالتزامات، لسبب أو آخر من الأسباب الخارجة عن إرادة منظمي هذه المستندات (القوة القاهرة، الحادث الفجائي... وغيرها)⁴.

وبذلك تفترق هذه الالتزامات المتولدة من مستندات اتفاقات وخطابات مرحلة ما قبل التعاقد عن الالتزامات التعاقدية التي يتحتم على الملتزم بها تنفيذها وفق ما اقتضته البنود الواردة في العقد. ولا يحد من قوتها الملزمة من أمر، سوى نظرية استحالة تنفيذ الالتزام التعاقدية التي

¹ عبد الرزاق احمد السنهاوري، الوسيط، ج4، المجلد الأول، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2000 ص47.

² محمد سمير الشراوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة مصر، 1993، ص90.

³ مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، (2002)، ص148.

⁴ محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، ط1، معهد الإدارة العامة، الرياض . السعودية، 1996، ص79.

ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمجال المسؤولية العقدية من حيث كونها سبباً لانقضاء الالتزام¹. وبعبارة أكثر جلاء يمكن القول، بأن الالتزام الثابت في المستند ما قبل التعاقد، يتم تقييد قوته الملزمة قانوناً، بمجرد عدم الاتفاق على إبرام العقد النهائي، سواء تم تنفيذ الالتزام الثابت فيه أو لم يتم تنفيذه. وهو بخلاف الأمر عليه في الالتزام التعاقدى بعد لحظة إبرام العقد النهائي الذي لا تبرأ ذمة المدين منه، إلا بالوفاء به وفق الطرق المعروفة في ذلك². كذلك يضيف بعض الفقه القانوني تقييداً قانونياً آخر يمكن أن يرد على مستندات قبل التعاقد التفاوضية، والذي تفرضه الطبيعة المؤقتة لهذه الأخيرة، وهو تقييد القوة الملزمة لمستندات الخطابات والاتفاقات الصادرة في مرحلة ما قبل التعاقد بحدود المدة المنصوص عليها في ذلك المستند³. فإذا جاوزت الالتزامات حدود هذا السقف الزمني المحدد لها، فلا مناط إلزامي يفرضه القانون في التمسك على تنفيذها، وهذا ما يلحظ بصفة خاصة في المستندات قبل التعاقدية المتضمنة للالتزامات سلبية يقع على عاتق أحد الأطراف أو جميعهم تنفيذها من خلال موجب الامتناع. وهذا هو شأن مستندات اتفاقات وتعهدات عدم الإفشاء بسرية المعلومات، أو عدم التفاوض مع الغير مدة محددة⁴. فإذا جاوزت المدة المنصوص عليها في هذه المستندات لن يكون لهذه الأخيرة إلا قيمة معنوية غير ملزمة في بعض الأحيان⁵. ولا تختلف مستندات العقود التمهيدية القريبة من لحظة إبرام العقد النهائي. في صياغتها. عن سابقتها، (المستندات التفاوضية) من حيث التقييد القانوني الذي يرد على مدى القوة الملزمة لها. وينطبق عليها ذات القيود القانونية التي ترد على هذه الأخيرة، إلا فيما يتعلق بالتنظيم التشريعي الذي أفصحت عنه النصوص القانونية بجلاء بالنسبة لتطبيقات مستندات التعاقد التمهيدية، مثل: (مستندات الاتفاق الابتدائي، مستندات الوعد بالتعاقد، مستندات عقد العمل تحت التجربة، وثيقة التغطية المؤقتة في عقد التأمين،...).

¹ عبد الجبار ناجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ط1، مطبعة اليرموك، بغداد، العراق، (1394هـ/1974م)، ص 153.

² عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج3، ، فقرة 352، ص630؛ د. محمد حسين عبد العال، ضوابط الاحتجاج والمستندات العقدية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1998، ص315

³ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض: دراسة في القانون المصري والفرنسي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1995، ص89.

⁴ حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية، ط1، دار المستقبل العربي، القاهرة، مصر، (1987)، ص240.

⁵ هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1998، ص103.

فاستعراض التنظيم التشريعي الذي اختصت به مستندات التعاقد التمهيدية في مرحلة ما قبل إبرام العقد، يسفر عن جملة من القيود القانونية علاوة عما ذكر في المستندات والوثائق الصادر في مرحلة ما قبل التعاقد الأخرى¹. تختص فيها هذه القوالب التعاقدية دون سواها، استلزمها المشرع لوجود هذه الأوضاع القانونية أو نفاذ القوة الملزمة لها. والتأكيد في ذات الوقت على الصفة التعاقدية الحقيقية لها، من خلال التسليم لها بوجود إرادتين قد اتجهتا نحو الارتباط القانوني الملزم، وإن أُرجئ تلاحمهما التعاقد في ما بعد². ويمكن استخلاص القيود القانونية التي تستقل بها مستندات التعاقد التمهيدية، باعتبارها عقود حقيقية مستجمة لأركان وشرائط الانعقاد، من نواحي متعددة، فمن الناحية الأولى وعن طريق مفهوم المخالفة في ضرورة اشتغال المستند أو الوثيقة ما قبل التعاقدية للاتفاق الابتدائي الملزم للجانبين، أو الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد، أو باقي الصور التمهيدية الأخرى للاتفاقات الأولية. للعناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه. ذهب بعض الفقه القانوني: إلى أن خلو مستند ذلك الاتفاق أو نقص وثيقة هذا الوعد، من العناصر الجوهرية للعقد المزمع إبرامه، يعد تقييدا قانونيا لإلزامية هذه المستندات والوثائق ما قبل التعاقدية، التي تمهد للعقد النهائي³. أما الناحية الثانية فتتجلى في تقييد القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد الممهدة للعقد النهائي قبل ابتداء الميعاد القانوني من إعلان الرغبة، بالنسبة لمستندات قبل التعاقد الملزمة لجانب واحد، مثل: (مستندات الوعد بالتعاقد، خطابات النوايا)، أو حلول الأجل بخصوص مستندات قبل التعاقد الملزمة للجانبين مثل: (مستندات الاتفاق الابتدائي مستندات الاتفاق المبدئي...). في ما كانت الناحية الثالثة من الفروق، قد اختصت بمستندات التعاقد التمهيدية، التي يتطلب القانون فيها شكلا معينا لتنظيمها، لا يقيد عنصر الإلزام القانوني فحسب عند عدم توفره، بل لا يوجد من الأساس. في بعض القوانين دون اتخاذ مستند عقد الوعد أو الاتفاق الابتدائي، ذلك الشكل المطلوب⁴. وبالتطبيق لهذا الشأن، في نصوص مواد القانون المدني العراقي، وبعض القوانين المقارنة به،

¹ هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص 104.

² مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، (2002)، ص128.

³ المرجع نفسه، ص 129.

⁴ عبد القادر معروف، فكرة الشكلية في العقود والتصرفات، أطروحة دكتوراه قدمت إلى جامعة بغداد، كلية القانون، (2004م)، ص170.169.

نصت المادة (91) مدني عراقي في فقرتها الأولى على إن: (الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، لا يكون صحيحاً إلا إذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب أن يبرم فيها)¹.

ونصت الفقرة الثانية من ذات المادة على أن: (إذا اشترط القانون للعقد شكل معين. فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعداً بإبرام هذا العقد)². وعلى مستوى الجانب العملي من التقييد القانوني للقوة الملزمة للمستندات قبل التعاقد.

رفضت المحكمة الأمريكية العليا تنفيذ نموذج عقد بدعوى عدم توافر بديل (احتكار) وغموض عبارات نموذج العقد وغياب العناصر الجوهرية أو تنقصها في مستندات التفاوض أثناء التعاقد. وهكذا كان اهتمام المحكمة موجهاً إلى تقييد القوة الملزمة لعدم وضوح صياغة مستندات التفاوض وانتقاصها. ومن ثم يغدو أن رفض القوة لملزمة لهذا النموذج، كان منصفاً أساساً على عيب في إجراءات إبرام العقد، أو عدم وجود مستندات تفاوضية محددة بصورة واضحة بين المتعاقدين، الأمر الذي يقدر بتوافر الرضا لدى الطرف الضعيف. وفي الشأن ذاته قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها، لفت نظر قضاة الموضوع إلى بيان العناصر الناقصة في المستند ما قبل التعاقد، في التعبير عن الإرادة، ليس إيجاباً بالبيع³. وفي خصوص (عقد بيع ابتدائي)، واقع على عقار، أبرم من دون أن يتضمن سنده في الجدول التفصيلي للمساحة أي إشارة إلى ذلك، احتج به في دعوى صحة ونفاذ التعاقد، نقضت محكمة التمييز الكويتية، حكم محكمة الموضوع، في تأسيس حكمها لصالح المشتري على مستند يخلو من العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، ورأت منه المحكمة الأولى، (محكمة التمييز) أنه مستند يفتقد للقيمة القانونية الملزمة. وهو الأمر الذي خلصت إليه محكمة النقض المصرية في قرارها الذي جاء في حيثياته، ".... أنه لا يمكن استخلاص الإيجاب الضمني من فعل يحتمل احتمالات عدة، لا يمكن الترجيح بينها إلا بمرجح، كما هو الحال في تنظيم شخص مستند تعاقدية يتلخص مضمونه بإيداع مبالغ في حساب شخص آخر لحته على التعاقد، لا يمكن اعتباره إيجاباً بالشراء منه"⁴. في ما انتهت محكمة التمييز العراقية إلى عدم إضفاء أي قيمة قانونية ملزمة

¹ جلال علي العدوي، مبادئ الالتزامات، مصادر الالتزام، ط2، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1997، ص226.

² المرجع السابق، ص227.

³ أشواق عبد الرسول، القيود الواردة على التراضي، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بابل، (2005)، ص11.

⁴ عبد الفتاح مراد، شرح العقود التجارية والمدنية، ط1، دار المنشورات الصريحة الثقافية، القاهرة، مصر، 2005، ص78.

على سند التعهد (الوعد) بإبرام عقد رهن تجاري المقرر على المنقول (موضوع الدعوى) لتوثيق الدين المترتب على عمليات استيراد البضائع و تصديرها، لأنه لم يراعَ به الأوضاع المقررة قانونا (التسليم . التسجيل) بمقتضى القانون المدني والقوانين الخاصة الأخرى¹.

المطلب الثاني: استقلالية اتفاق التحكيم.

تتجه النظرية التقليدية في بعض الأنظمة القانونية إلى القول بأنه إذا كان العقد الأصلي باطلاً أو ابطلاً أو فسخاً أو انفسخ لأي سبب، فإن ذات الأثر ينصرف على شرط التحكيم، باعتباره تابعا له وجزءا منه، فينقضي العقد برمته، بما في ذلك شرط التحكيم. فالتحكيم وجد باتفاق وهذا الاتفاق انتهى لأي سبب، فالنتيجة الطبيعية والمنطقية لذلك هي انتهاء هذا الشرط تبعا لانقضاء لأصل (ICC32)².

اما الاتجاه الحديث في التحكيم التجاري، وخاصة الدولي منه، فيميل إلى استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي موضوع التحكيم، خاصة إذا ورد الاتفاق في صيغة شرط تحكيم. ومفاد ذلك ان شرط التحكيم مستقل عن العقد ذاته، بحيث إذا اعتبر هذا العقد منتهيا لأي سبب غير التنفيذ بصورة طبيعية، مثل البطلان او الفسخ، فإن شرط التحكيم يبقى قائما ما دام ان سبب الانتهاء لم يلحق الشرط ذاته، بمعزل عن العقد الوارد فيه الشرط³.

ومثال ذلك ان ينص العقد على حق المتعاقد (أ) بفسخه إذا أخل المتعاقد الآخر (ب) بأحد أحكامه وذلك بإشعار يوجهه (أ) لـ (ب). فيخل (ب) بالحكم المؤدي إلى الفسخ، ويلجأ (أ) إلى الفسخ فعلا. في هذا المثال، إذا تضمن العقد شرط تحكيم، فإن العقد يعتبر مفسوخا، في حين يبقى شرط التحكيم قائما ومعمولا به لتسوية النزاع بين (أ) و (ب)⁴. والشيء ذاته يقال فيما لو انفسخ العقد بسبب القوة القاهرة، إذ يصيب الانفساخ كافة أحكام العقد باستثناء شرط التحكيم. ومثال آخر لو أبرم (أ) عقد بيع مع (ب) دون ان يتضمن العقد شرط تحكيم ، وفي الوقت ذاته، يكون (أ) غير أهل لإبرام هذا العقد لدرجة بطلانه. وفي وقت لاحق يتفق الفريقان على ان أي نزاع بشأن ذلك العقد يحال إلى التحكيم، وكان (أ) قد اصبح أهلا لإبرام هذا

¹ عبد الفتاح مراد، شرح العقود التجارية والمدنية، المرجع السابق ، ص 79.

² بولحية سعاد، استقلالية اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية الدولية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون

الخاص، تخصص قانون يوسف بن خدة، الجزائر 2001، ص 94.

³ المرجع نفسه ، ص 95.

⁴ المرجع نفسه ، ص 96.

الاتفاق الا في هذه الحالة، يكون عقد البيع باطلا، في حين يكون اتفاق التحكيم صحيحا ويعمل به. ويطبق ذات الحكم فيما لو اتفق الطرفان على فسخ عقد صحيح ونافذ بينهما تضمن شرط تحكيم. ففي حين يفسخ العقد، يبقى شرط التحكيم قائما لتسوية أي نزاع بينهما نشأ عن ذلك العقد 1. وأساس هذا الاتجاه ينطلق من واقع عملي وهو ان سبب شرط التحكيم وهدفه في ان واحد هو تسوية النزاع عن طريق التحكيم بدلا من اللجوء إلى القضاء، والنزاع ستنتم تسويته في جميع الأحوال.

ولا يضير هذه التسوية ان تتم عن طريق التحكيم ما دام أن هيئة التحكيم ستفصل به وفقا للقانون الواجب التطبيق، والتي ستقضي مثلها مثل القضاء الرسمي، ببطلان العقد مثلا مع تطبيق الآثار القانونية المترتبة على ذلك، من تعويض أو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد، أو غير ذلك حسب الحال المعروضة والظروف المحيطة بها. ويطبق هذا المبدأ حيث لا يلحق سبب البطلان أو الفسخ شرط (اتفاق) التحكيم ذاته. فعلى سبيل المثال، إذا أصاب البطلان اتفاق التحكيم، فان العقد برمته يكون باطلا بما في ذلك شرط التحكيم .

والعكس صحيح من حيث انه قد يقضى ببطلان شرط أو اتفاق التحكيم في حين تبقى شروط العقد الأخرى قائمة. ومثال ذلك أن يكون (أ) مخولا بإبرام العقد مع عدم تخويله إحالة النزاع للتحكيم. في هذه الحالة يكون شرط التحكيم غير قائم، والشروط الأخرى قائمة. وكذلك قد يبرم اتفاق التحكيم بصورة مستقلة عن عقد التحكيم ويكون الأول صحيحا والثاني باطلا أو يتم إبطاله أو فسخه. ومثال هذه الحالة ان يبرم (أ) عقد بيع مع (ج). وفي وقت لاحق يبرمان اتفاقا مستقلا بإحالة النزاع للتحكيم. ولكن عند إبرام العقد الثاني يكون (أ) او (ب) غير أهل لإبرامه في الوقت الذي كان فيه أهلا لإبرام عقد البيع 2.

وعلى غرار ذلك فإن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي أكدت عليه الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم الدولية، فكثير من تلك الأحكام اعتبرته من مبادئ التحكيم في التجارة الدولية دون الحاجة إلى الاستناد إلى قانون وطني لتبرير المبدأ.

فطبقاً لنص الفقرة الثالثة من المادة الثانية من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس فإن أي نزاع حول وجود اتفاق التحكيم أو صحته يطرح ابتداء على الهيئة الدائمة في الغرفة وهي

¹ P. 14 .، 1985، Paris، Leboulanger Philip :Les contract enter etats et enter

² La même référence p. 15

محكمة التحكيم (Tribunal d'arbitrage)، فإذا اتضح لهذه الهيئة عدم وجود اتفاق تحكيم أو أنه ظاهر البطلان فإنها تستبعد طلب التحكيم، أما عدا تلك الحالات فإن إجراءات التحكيم تستمر، كما أن الفقرة الرابعة من المادة الثامنة من ذلك النظام قد قررت امتداد سلطة المحكم للنظر في أي ادعاء يثار أمامه حول انعدام العقد الأصلي أو بطلانه، ومدى تأثير ذلك على اتفاق التحكيم ذاته وكافة الآثار المترتبة على ثبوت أي من تلك الادعاءات¹.

كما أن المادة الثامنة من نظام المصالحة والتحكيم الجديد لغرفة التجارة الدولية تنص على أنه «إذا اتفق الطرفان على اللجوء إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية، فإنهما يقبلان بذلك الخضوع لهذا النظام وإذا رفض أحد الطرفين المشاركة في التحكيم أو امتنع عن ذلك، يتم التحكيم رغم رفضه أو امتناعه».

وجدير بالتنويه أن لائحة التحكيم التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 28 أبريل 1976م التي أعدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري قد نصت في المادة (21) في فقرتها الأولى على أن «تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المثارة بشأن عدم اختصاصها، بما في ذلك كل دفع يتعلق بوجود وصحة شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم المستقل» ثم نصت الفقرة الثانية على أن «لهيئة التحكيم الاختصاص بالفصل في وجود وصحة العقد الأصلي الذي يعد شرط التحكيم جزءاً منه»².

كما تبنت لائحة التحكيم الصادرة عام 1985 عن غرفة لندن للتحكيم الدولي في مادتها الرابعة عشر فقرة أولى ما جاءت به المادة 2/21 من اللائحة التي أعدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي³.

ومن الأنظمة العربية ومنها النظام التحكيم السعودي القديم لم يرد في إحدى مواده الـ (25) ما يؤكد على استقلالية شرط التحكيم، وهذا ما تلافاه النظام الجديد الذي أشار إلى استقلال شرط التحكيم عن بقية نصوص العقد مادام أن الشرط جاء صحيحاً في ذاته، وهذا ما أكدته المادة (21) من النظام التي نصت بأن «يعد شرط التحكيم الوارد في العقود اتفاقاً مستقلاً عن

¹ Ibid.p.15-16.

² صادق محمد جبران، التحكيم التجاري الدولي وفقاً للاتفاقية العربية للتحكيم التجاري، لعام 1987، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2006، ص 19.

³ المرجع نفسه، ص 20.

شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد الذي يتضمن شرط التحكيم أو نسخه أو إنهائه بطلان شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته»¹.

ونجد نصوصاً مشابهة لهذا النص الذي ورد في نظام التحكيم السعودي الجديد في قوانين تحكيم عربية أخرى، منها قانون التحكيم العماني رقم 47/97 حيث تنص المادة العاشرة منه على أنه «يجوز أن يقع اتفاق التحكيم في شكل شرط تحكيم سابق على قيام النزاع يرد في عقد معين، أو في شكل اتفاق منفصل يبرم بعد قيام النزاع»².

أما نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية (ICC32) لسنة 1998 فقد نصت المادة (6 ف4) منه على استقلال شرط التحكيم عن العقد، والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 في المادة (16 ف1) منه جاء النص كما يلي «ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من العقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم». ولا شك أن المنظم السعودي قد وفق في تقريره نصاً مستقلاً خاصاً باستقلالية شرط التحكيم على خلاف بعض القوانين خصوصاً العربية منها التي لم تقرر نصاً صريحاً يؤكد استقلالية شرط التحكيم ومنها على سبيل المثال لا الحصر القانون المغربي وكذلك القانون الليبي.

- صلاحيات المحكم:

والحقيقة أن سلطة المحكم لا تمتد إلا إلى موضوعات هي بحسب تكييفها القانوني ذات طبيعة تجارية أو مدنية، وعلى ذلك فلا يستطيع المحكم أن يفرض غرامة لمصلحة الدولة أو يستصدر أحكاماً جنائية لأن هذا الحكم يخرج عن نطاق اختصاصه، ولا يملك أن يصدر أحكاماً في مثل هذه الموضوعات إلا القاضي³.

كذلك لا يملك المحكم الفصل فيما قد يثور بين المحتكمين حول التحكيم ذاته، سواء تعلق هذا الخلاف بشروط التحكيم أو بسلطة المحكم واختصاصه ومدى سلطته، فعلى المحكم ألا يتعرض لهذا الخلاف الذي يختص به القضاء، ذلك أن المحكم لا يملك إلا الفصل في الموضوع محل النزاع فقط. وإذا صدر حكم في غير ما كلف به فلا يعتد به.

¹ صادق محمد جبران، التحكيم التجاري الدولي وفقاً للاتفاقية العربية للتحكيم التجاري، المرجع السابق، ص 20-21.

² المرجع نفسه، ص 21.

³ المرجع نفسه، ص 22.

ويجب على المحكم أن يقوم بالمهمة التي كلف بها في الميعاد المقرر لها، فلا يمكنه تجاوزه، ولا يجوز له أن يمتنع عن الحكم بدون أي عذر مقبول¹. وإذا صدر منه خطأ أو إهمال ترتب عليه بطلان حكمه كما يحظر عليه أن يتسبب في إطالة أمد النزاع وإضاعة وقت ذي الشأن بغير طائل، كما يجب عليه مراعاة تمكين كل محتكم من تقديم ملاحظاته ودفاعه ودفعه شفاهة أو كتابة بالقدر المناسب وفي المواعيد التي يحددها.

على أنه إذا تجاوز المحكم أو المحكمون الميعاد الذي يجب أن يصدر فيه الحكم ولم يعترض أحد من الخصوم على ذلك سواء كان ذلك صراحة أو ضمناً واستمر ذلك إلى أن صدر الحكم وقبله أطراف النزاع، فإن الحكم يكون صحيحاً²، إذ إن هذا الميعاد المحدد ليس من النظام العام مما يترتب عليه البطلان، فالأصل أن إرادة أطراف النزاع هي الأساس في التحكيم، ومن ثم فإن عدم الاعتراض على التأخر في إصدار الحكم ليس له أي أثر على الحكم بعد صدوره وقبوله³.

وقد رأينا أن الاتفاق على التحكيم نابع أصلاً من توافق إرادة الطرفين في اللجوء إلى التحكيم فيما شجر بينهما، وأنهما قد يتفقان على أن يختارا محكماً واحداً أو أن يختار كل طرف محكماً ثم يختار المحكمان المحكم الثالث، على أنه إذا تعدد الخصوم واختار كل محكمه، وجب أن يكون العدد وتراً.

وللأطراف حرية تحديد القانون الذي يجب على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع، وفي حالة عدم تعيين الأطراف للقانون الواجب التطبيق سواء في العقد أو في مشاركة التحكيم يطبق المحكم أو المحكمون القانون الذي تحدده قواعد تنازع القوانين التي يرونها مناسبة، سواء كان قانون مكان إبرام العقد أو قانون مكان تنفيذه أو قانون المكان الذي يجب تنفيذه فيه أو قانوناً آخر، وذلك مع مراعاة لشروط العقد وقواعد أعراف التجارة الدولية⁴.

¹ صادق محمد جبران، التحكيم التجاري الدولي وفقاً للاتفاقية العربية للتحكيم التجاري، المرجع السابق، ص 23.

² محمود مختار أحمد بري، التحكيم التجاري الدولي، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص 52.

³ المرجع نفسه، ص 53.

⁴ المرجع نفسه، ص 53.

المبحث الثاني

الآثار الإجرائية

في منهجية العلوم الإجرائية: تعني تحديد المؤشرات العملية (أي، المقاييس) لظاهرة كامنّة غير قابلة للقياس بشكل مباشر ، ولكن يتضح وجودها بظاهرة أخرى، مثل المؤشرات. وفي العلوم الاجتماعية والسياسية والإنسانيات الإجرائية: هي عملية تعريف مفهوم غامض بحيث يصبح المفهوم النظري قابلاً للتمييز أو القياس بوضوح وفهمه من منطلق الملاحظات التجريبية. وبمعنى أشمل فإنها تشير إلى عملية تحديد امتداد المفهوم - لتصف ما يمثل جزءاً منه وما ليس كذلك¹.

المطلب الأول

استبعاد الاختصاص القضائي

أولاً- التعريف بالاختصاص القضائي الدولي.

يعرف هذا الاختصاص بأنه الصلاحية القضائية التي تملكها محاكم دولة ما بالنسبة لمحاكم باقي الدول في تسوية منازعة أو النظر في دعوى موضوعها علاقة ذات بعد دولي، وتنظم ممارسة هذه الصلاحية عبر قواعد موضوعية تضطلع بتسوية النزاع بشكل مباشر، وتكون هذه القواعد وطنية المصدر وتستند إلى معايير في ضوءها يتحدد مساحة ما تملكه المحاكم الوطنية من صلاحية من الناحية الدولية، والقيود التي تحد من مباشرتها لهذه الصلاحية، كما أن المحاكم الوطنية في سبيل تطبيق هذه القواعد تقوم بأعمال القانون الوطني على الإجراءات القضائية وبموجب هذا ألا عمال يستوي أطراف الدعوى أمام المحاكم سواء أكانوا وطنيين أم أجانب أم فقط أجانب، لأن قاضي النزاع سيطبق قانونه الوطني على الإجراءات القضائية بغض النظر عن صفة المتنازعين وطبيعة المنازعة طالما انعقد الاختصاص للمحكمة بموجب المعايير المعتمدة في قانون القاضي، ودون وجود موانع أو قيود تحد من مباشرة للاختصاص علماً أن التنازع في إطار الاختصاص القضائي العام المباشر

¹ سامي بديع منصور، القانون الدولي الخاص - حلول النزاعات الدولية الخاصة، ط3، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1990- ص405.

اصطلاح عليه البعض بتنازع الاختصاص القضائي وهناك من اصطلاح عليه بالصلاحيات الدولية للمحاكم الوطنية كما اسماه البعض بالإجراءات المدنية التجارية الدولية¹.

ومن الجدير بالذكر أن القواعد الموضوعية (قواعد الاختصاص القضائي الدولي)² هي التي تحدد إجراءات مباشرة الاختصاص القضائي الدولي، وهي قواعد ذات مصدر وطني فلا توجد قواعد دولية تعمل في هذا المجال أي أن المشرع الوطني يستأثر في تحديد الاختصاص القضائي لمحاكمه الوطنية دون أن يملك صلاحية تحديد نطاق اختصاص المحاكم الأجنبية في أغلب الحالات، وهذا الاختصاص الاستثنائي للمشرع الوطني في رسم حدود ولاية محاكمة وطنية نابع من أن الاختصاص القضائي مظهر من مظاهر سيادة الدولة فتحرص على رسم حدوده عبر قواعد وطنية. والأصل أن هذه القواعد مفردة الجانب لا نها تبين حدود الاختصاص الدولي القضائي للمحاكم الوطنية دون الأجنبية، وبمقارنتها بقواعد تنازع القوانين نجد أن الأخيرة مزدوجة الجانب فهي تبين نطاق تطبيق القانون الوطني وكذلك نطاق تطبيق القانون الأجنبي. إضافة إلى ذلك أن عمل القواعد الموضوعية لا يتقاطع مع عمل قواعد تنازع القوانين لأن لكل منها نطاق ووظيفة، وهذا يعني استقلال عمل تلك القواعد ومن ثم عدم تداخل مجالات انطباقها، هذا هو الأصل، ومن ثم استقلال وعدم تداخل الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي، وأمام هذا المبدأ يوجد استثناء يتحقق فيه التداخل والالتقاء بين الاختصاصيين، وتكون هناك مساحة من التأثير المتبادل بينهما، وعليه ولإحاطة بالحالات التي يستقل فيها الاختصاصيين فيكونا بين دولتين عن الحالات التي يتحقق فيها التأثير المتبادل بينهما ومن ثم التقائهما لدولة واحدة كان لا بد من التعرض للموضوع من خلال فرعين³.

ثانياً - استقلال الاختصاص التشريعي عن الاختصاص القضائي.

من الناحية التاريخية كانت كل دولة تملك ممارسة الاختصاصيين القضائي والتشريعي في حدودها الإقليمية، وفي جميع أنواع العلاقات الوطنية والعلاقات الدولية الخارجية، وكان هذا الوضع في وقت كانت فيه السيادة لمبدأ الإقليمية المطلقة والذي حل محله مبدأ الشخصية المطلقة، وكان المبدئين مانعان من ظهور التنازع الدولي في المجال التشريعي

¹ سامي بديع منصور، القانون الدولي الخاص - حلول النزاعات الدولية الخاصة، نفس المرجع، ص 406.

² هشام صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 93.

³ المرجع نفسه، ص 94.

والقضائي، وبعد ذلك بدأت المجتمعات تجمع في العمل بين المبدئين فطرح مبدأ الإقليمية النسبية ومبدأ الشخصية النسبية، والذي بأثر ذلك تحقق انفصال واستقلال الاختصاص القضائي عن الاختصاص التشريعي، وكان ذلك منذ القرن التاسع عشر وقد وضع هذا التوجه الفقيه الألماني سافيني¹. وعندها أصبح بإمكان الدولة أن تمارس الاختصاصين في مجال العلاقات الوطنية الداخلية أي العلاقات التي تتصل بجميع عناصرها وأثارها بدولة واحدة، ولكنها لم تستمر بنفس الممارسة في مجال العلاقات المتعددة الارتباطات بالدول ففي هذه الحالة، يمكن لقاضي النزاع أن يطبق القانون الأجنبي فتكون محكمته مختصة اختصاصاً قضائياً دولياً في هذه المناسبة في حين ستختص دولة أخرى اختصاصاً تشريعياً وهي الدولة التي أسندت قواعد التنازع لقانونها الاختصاص من الناحية التشريعية، ولولا هو هذا الاستقلال لطبقت محاكم كل دولة قانونها ولم يعد بعد بالإمكان من وجود القانون الدولي الخاص².
والبعض يرى اندثار موضوع تنازع القوانين . ونعتقد أن تطبيق المحكمة لقانونها الوطني يلغي وجود موضوعين تنازع الاختصاص التشريعي وتنازع الاختصاص القضائي من حصة القانون الدولي الخاص³.

وتقف وراء استقلال الاختصاصين جملة عوامل أهمها استقلال الاعتبارات التي يقوم عليها كل اختصاص، فاعتبارات الاختصاص القضائي تختلف عن اعتبارات ومعايير الاختصاص التشريعي وهذا يطرح اختلاف وظيفة القواعد الموضوعية عن وظيفة قواعد تنازع القوانين، فبينما تؤدي القواعد الأولى وظيفة لاعتبارات تتعلق بالسيادة والاستقلال وتحقيق الأمن القانوني والاطمئنان لجميع الوطنيين والأجانب المقيمين على إقليم دولة المحكمة، فإن القواعد الثانية تؤدي وظيفتها باتجاه البحث عن أفضل القوانين ملائمة للعلاقة موضوع التنازع وتحقيق أكبر قدر من العدالة⁴.

¹ حسام الدين فتحي ناصف. تأثير وتأثر اختصاص المحكمة بالقانون الواجب التطبيق، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1997 ص 10.

² حسام الدين فتحي ناصف. تأثير وتأثر اختصاص المحكمة بالقانون الواجب التطبيق (مرجع سابق) ص 11.

³ نفس المرجع، ص 11-12.

⁴ هشام صادق ، تنازع الإختصاص القضائي الدولي، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية ، مصر، 2007 ، ص

ومع ذلك فكل من القاعدتين تعملان على فض النزاع، وإن استقلال الاعتبارات التي يقوم عليها الاختصاصين، وكذلك القواعد المنظمة لكل منهما، يطرح امكانية وجود دولتين تختصان في العلاقة، أحدهما تملك ممارسة الاختصاص القضائي، والأخرى تملك ممارسة الاختصاص التشريعي وهذا الاستقلال لا يمنع من اجتماع الاعتبارات أعلاه في دولة واحدة تكون هي صاحبة الاختصاصين، فقوانينها أكثر ملائمة للعلاقة وعدالة لأطرافها، كما أن تلك العلاقة تتصل بمحاكمها بصلات أقوى وأوثق، فتكون داخلية ضمن محيط الولاية القضائية لها ومن ثم تكون تلك المحاكم قدر من غيرها على ضمان نفاذ أحكامها على المستوى الدولي¹.

ثالثاً- التأثير المتبادل للاختصاصين التشريعي والقضائي:

من الثابت أن تنازع الاختصاص التشريعي (تنازع القوانين) سابق على تنازع الاختصاص القضائي (تنازع المحاكم)، ذلك لأن اتصال العلاقة القانونية عن طريق عناصرها بعدد من الدول من وقت نشوؤها يطرح تنازع تشريعي ثابت تتبع فيه الحركة في ظل وجود اختلاف أو منازعة ما بين أطراف العلاقة تطرح على القضاء، وفي هذا الوقت سينتقل تنازع الاختصاص التشريعي من حالة السكون إلى حالة الحركة، وفي نفس الوقت يتحرك تنازع الاختصاص القضائي، وعندها يمكن أن يجتمع الاختصاصين لدولة واحدة بفعل التأثير المتبادل للاختصاصيين التشريعي والقضائي، ويمكن أن نجمل الحالات التي يلتقي فيها الاختصاصين لدولة واحدة بما يلي²:

1- أجراء التكيف حيث ينعقد الاختصاص القضائي في هذه المسألة لدولة قاضي النزاع، كما ينعقد لها الاختصاص التشريعي لأن القاضي سيطبق قانونه الوطني في التكيف كما لا حزننا في موضوع تنازع القوانين.

2- طبق قواعد الإسناد فقاضي النزاع في الوقت الذي انعقد له الاختصاص القضائي في التكيف سيكون حتماً له الاختصاص في اختيار قاعدة الإسناد الملائمة في ضوء تحديد طبيعة العلاقة عن طريق التكيف، كما ينعقد لدولة القاضي الاختصاص التشريعي، لأنه سيطبق تلك القواعد، وهي عبارة عن قواعد وطنية وإرادة ضمن تشريعه الوطني، وإن كانت تقضي بتطبيق قانون أجنبي فالتطبيق لقواعد الإسناد يكون ابتداءً قبل تطبيق القانون الذي تشير بتطبيقه³.

¹ هشام صادق ، تنازع الإختصاص القضائي الدولي ، المرجع السابق، ص 94.

² المرجع نفسه، ص 95.

³ المرجع نفسه، ص 96.

3- مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام في دولة قاضي النزاع يحقق تلاقي الاختصاصين حيث سينعقد الاختصاص القضائي ابتداء لدولة القاضي في نظر المنازعة ومن ثم إسناد الاختصاص للقانون الأجنبي، وفحص الأخير، وإحلال القانون الوطني محل القانون الأجنبي لمخالفته للأول تكون عبارة عن عودة الاختصاص التشريعي لقانون القاضي لان استبعاد القانون الأجنبي كلياً أو جزئياً يتبع الحلول لقانون القاضي.

4- تعذر الكشف عن مضمون القانون الأجنبي، حيث سيطبق القاضي صاحب الاختصاص القضائي قانونه الوطني بوصفه صاحب الاختصاص الاحتياطي التشريعي فيجتمع هنا مره أخرى الاختصاصين لدولة واحدة.

5- دعاوى العقار حيث تحرص جميع دول العالم على إخضاع العقار لقانون موقعه، وحصر الدعاوى المتعلقة به لمحاكم موقعه، لأنه جزء من الإقليم والأخير احد أهم أركان الدولة، وهذا يعني أن دولة العقار أكثر ملائمة وعدالة بقوانينها للعلاقات المتعلقة به، كما أنها اقدر على تحقيق الأمن والاطمئنان بواسطة محاكمها لتسوية المنازعات المتعلقة به.

6- الإجراءات المستعجلة والوقائية، حيث ينعقد فيها الاختصاص القضائي للمحكمة الدولة الكائن فيها موضوع هذه الإجراءات للمحافظة على الحقوق، ودرء المضار ووقاية أصحاب الحقوق من فوات المنافع، ومثال ذلك اختصاص دولة قاضي النزاع العراقي قضائياً بنظر دعوى طلاق مواطنه فرنسية متزوجة من مواطن فرنسي فضلاً عن اختصاصها التشريعي لان القاضي العراقي سيطبق القانون العراقي في تقرير نفقة مؤقتة للزوجة لأنها مسألة إجرائية فنية مستعجلة يتطلب أن ينظر بها القاضي وفقاً للقانون الوطني رعاية لمصلحة المقصود بالحماية إلا وهي الزوجة في هذه الحالة¹.

رابعاً: الجهة التي تحدد الاختصاص القضائي الدولي.

الأصل: هو حرية المشرع في كل دولة بتحديد الحالات التي تدخل ضمن ولاية محاكمها الوطنية في المنازعات المشتمة على عنصر أجنبي، وذلك من خلال تحديد الضوابط اللازمة لذلك، وهي صلاحية ترتبط بسيادة كل دولة، وعادة ما يتم النص على هذه الحالات ضمن قواعد أصول المحاكمات أو ضمن اتفاقيات دولية. إلا أن وجود الدولة ضمن الجماعة الدولية

¹ هشام صادق ، تنازع الإختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص 97

يلزمها ببعض القيود التي يفرضها العرف الدولي في هذا المجال، أو التي تملئها ضرورات التعايش المشترك بين الدول¹.

خامساً: القيود المقررة على حرية الدولة في تحديد الاختصاص الدولي لمحاكمها.

أ- قيود يفرضها العرف الدولي:

- 1- التزام الدولة بتحويل الأجنبي حق اللجوء لقضاء الدولة المقيم فيها. (تحقيقاً للعدالة للجميع)
- 2- التزام الدولة باحترام الحصانة القضائية للدول الأجنبية ورؤسائها وممثليها الدبلوماسيين. بمعنى أنه لا يجوز أن تقوم المحاكم الوطنية بمقاضاة دول أخرى أو الأشخاص ممن يتمتعون بالحصانة القضائية. (احتراماً لسيادة الدول والمعاملة بالمثل).

ب- قيود يقتضيها التعايش المشترك بين الدول:

- 1- يجب أن يكون هناك رابطة بين النزاع المطروح والدولة حتى ينعقد الاختصاص القضائي لمحاكمها في الدعوى. (وذلك حتى لا يحدث اعتداء على ولاية محاكم الدول الأخرى التي يرتبط ذات النزاع بمحاكمها).
- 2- التخلي عن الاختصاص اذا كان النزاع منظور أمام محكمة أجنبية. (قبول الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية) وذلك لتجنب حدوث تعارض بين الأحكام².

سادساً: الضوابط العامة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي.

حدد الفقه الدولي في مجال القانون الدولي الخاص مجموعة من الضوابط العامة التي تسترشد بها الدول عندما تقوم بتحديد الحالات التي تعطي فيها محاكمها الولاية في الفصل في المنازعات المشتملة

على عنصر أجنبي وهي على النحو الآتي³:

- 1- ضوابط اختصاص تقوم على أساس ارتباط أطراف النزاع بالدولة. (مثال الجنسية والموطن)
- 2- ضوابط اختصاص تقوم على أساس ارتباط موضوع النزاع بالدولة. (مثال: العقارات)
- 3- ضوابط اختصاص تقوم على أساس الخضوع الاختياري.
- 4- ضوابط اختصاص تقوم على اعتبارات حسن سير العدالة.

¹ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003 ص.13

² نفس المرجع، ص 14.

³ هشام خالد، القانون القضائي الدولي الخاص، دط، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001، مصر، ص 522 .

سابعا: أوجه التمييز بين قواعد تنازع القوانين وقواعد الاختصاص القضائي¹.

1- قواعد الاسناد في تنازع القوانين ترشد القاضي الى القانون الواجب التطبيق في النزاع المشتمل على عنصر أجنبي .

أما قواعد الاختصاص القضائي فهي تحدد مدى اختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات المشتملة على عنصر أجنبي .

2- قواعد الاسناد في تنازع القوانين هي قواعد مزدوجة الجانب بمعنى: أن دورها يمتد لتحديد القانون الواجب التطبيق سواء للقانون الوطني أو للقانون الأجنبي .

أما قواعد الاختصاص القضائي الدولي فهي قواعد مفردة (أحادية) الجانب بمعنى: أن دورها فقط يقتصر على توجيه القاضي الوطني لاختصاصه القضائي في المنازعات المشتملة على عنصر الأجنبي.

3- قواعد تنازع القوانين تعد بحسب الأصل قواعد غير مباشرة بمعنى: أنها لا تحسم النزاع المطروح أمام القاضي مباشرة، فهي تشير الى القانون الواجب التطبيق على النزاع .

أما قواعد تنازع الاختصاص القضائي فهي قواعد مباشرة، بمعنى أنها تفصل بطريقة مباشرة في مدى اختصاص القضاء الوطني بالنزاع المطروح أمامه.

ثامنا: العلاقة بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي.

- سؤال هل هناك تلازم بين كل من الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي؟

الأصل: استقلال كل من الاختصاص القضائي عن الاختصاص التشريعي، أي أنه لا يوجد تلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي، بمعنى أنه إذا كانت محاكم دولة معينة هي المحاكم المختصة فإنه ليس بالضرورة أن يكون قانون تلك الدولة هو القانون الواجب التطبيق وبالعكس. لأنه لو كانت محاكم الدولة تطبق قانونها في كل مرة ينعقد اختصاصها بالنزاع المطروح المشتمل على عنصر أجنبي لما وجد أي تنازع للقوانين².

الاستثناء: يتلازم الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي في حالة تطابق الاعتبارات التي يقوم عليها كل من الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي في مسائل معينة، مثل: التنظيم العقاري لأنه يتعلق باعتبارات السيادة .

¹ هشام خالد، القانون القضائي الدولي الخاص ، المرجع السابق، ص 523.

² المرجع نفسه، ص 524.

فالقانون الواجب التطبيق على تنازع يتعلق بعقار هو قانون موقعه، وكذلك المحكمة المختصة للفصل في النزاع هي محكمة موقع العقار.

سؤال... أيهما يكون أسبق تحديد الاختصاص القضائي أم تحديد الاختصاص التشريعي. تحديد الاختصاص القضائي يكون أسبق على تحديد الاختصاص التشريعي، بمعنى أن المحكمة التي يعرض عليها نزاع يشوبه عنصر أجنبي يجب أن تحدد أولاً ما إذا كانت مختصة لرؤيته قبل أن تبحث عن القانون الواجب التطبيق على النزاع¹. فتحدد اختصاص المحكمة يكون بالاستناد المباشر إلى القواعد المادية التي تحدد الاختصاص الدولي للمحاكم المنصوص عليها في تشريعات كل دولة بينما تحديد القانون الواجب التطبيق يكون من خلال تطبيق قواعد الاسناد التي يمكن تشير إلى القانون الوطني أو القانون الأجنبي².

- سؤال .. هل يؤثر تحديد الاختصاص القضائي على تحديد الاختصاص التشريعي (القانون الواجب التطبيق) ؟

هناك بعض الحالات التي يؤثر من خلالها تحديد الاختصاص القضائي على تحديد الاختصاص التشريعي:

- 1- في حالة التكيف، فمن خلال صلاحية القاضي بتكييف الواقعة المعروضة أمامه يستطيع تحديد القانون الواجب التطبيق.
- 2- في حالة ما إذا كان القانون الواجب التطبيق مخالف للنظام العام فيستطيع القاضي استبعاد تطبيقه.
- 3- في حالة تعذر اثبات القانون الأجنبي، فيستطيع القاضي استبعاد تطبيق القانون الأجنبي وتطبيق قانونه الوطني³.

¹ هشام خالد، القانون القضائي الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 525.

² أنور علي أحمد الطشي، مبدأ الإختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم، ط9، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص 18.

³ المرجع نفسه، ص 18.

المطلب الثاني

مبدأ الاختصاص بالاختصاص

كان نجاح نظام التحكيم في تسوية النزاع، رهين اتفاق الأطراف على إجراءات واضحة وسليمة فعند تحقق سلامة إجراءات التحكيم يعني تحقق سلامة الحكم الصادر من المحكم، بدء من إجراء إعلان الطرف الآخر بنية تحريك إجراءات التحكيم، ومروراً بتشكيل هيئة التحكيم، وحضور الخصوم وتقديم طلباتهم. وتقديم الدفوع والفصل فيها، وتحديد ميعاد التحكيم وما يتعلق به من أحكام وإجراءات الإثبات، واتخاذ التدابير الوقائية والتحفيزية، وصولاً إلى إصدار حكم التحكيم والطعن فيه والأمر بتنفيذه إذا لزم الأمر¹. وكما ذكرنا آنفاً أن الدفوع والفصل فيها من إجراءات التحكيم، وهذه الدفوع منها الدفع بعدم الاختصاص الذي يفصل فيه المحكم إما برفضه، وهذا يعني إعلان اختصاصه، وإما بقبوله وهذا يعني إعلان عدم اختصاصه، وهذه الجزئية من إجراءات التحكيم تسمى (مبدأ الاختصاص بالاختصاص)².

الفرع الأول: تعريف مبدأ الاختصاص بالاختصاص:

يعتبر مبدأ الاختصاص بالاختصاص من أهم المبادئ القانونية التي يقوم عليها التحكيم التجاري الدولي وعلى عكس مختلف المبادئ القانونية الأخر معرفة المقصود منها من خلال لفظ المبدأ، فإن لفظ مبدأ الاختصاص بالاختصاص يكتسبه الغموض ولهذا السبب ارتأينا قبل التطرق إلى دراسة هذا مدلوله لغة واصطلاحاً لإزالة الغموض الذي يعتريه³.

أولاً- تعريف مبدأ الاختصاص بالاختصاص لغة:

للوصول إلى المدلول اللغوي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص لابد من تحديد معنى كل كلمة على حدى، فالمبدأ يقصد به القاعدة الأساسية التي يقوم على الاختصاص فيقصد به تفضيل شيء عن غيره وتمييزه، واختص بالشيء أي بالأمر انفراد واصطفاه واختاره يتضح أن مصطلح

¹ عبد القادر الطورة، قواعد التحكيم في منازعات العمل الجماعية، ط2. المطبعة الفنية الحديثة، القاهرة، مصر، 1988 ص66، 67.

² نفس المرجع، ص68.

³ عبد الرحيم حاتم الحسن، التحكيم في الشريعة والقانون، ط3، مؤسسة النبراس للطباعة والنشر وتوزيع، النجف، العراق، 2010، ص211.

الاختصاص تم تكراره وتم الربط بين المصطلحين بالباء وهذا يفيد أن لفظ الاختصاص الثاني متصل بلفظ الاختصاص الأول ومعاً فمصطلح الاختصاص الثاني يعتبر تأكيد للاختصاص الأول الذي يعتبر أدق من الاختصاص الثاني ومستغرق له¹.

ثانياً - تعريف مبدأ الاختصاص بالاختصاص اصطلاحاً.

اهتم الفقه بوضع تعريف لمبدأ الاختصاص بالاختصاص ولكن التعاريف التي قدمها معظم الفقهاء كانت تعرف المبدأ من خلال تبيان وظيفته، ولم تتضمن تلك التعاريف ماهية المبدأ وهذا كان يعيبها، ومن بعض هذه التعاريف نذكر:

- لهيئة التحكيم دون غيرها ولاية الفصل في جميع الادعاءات التي تتناول أساس اختصاصها ونطاقه - "المحكم يختص بتحديد اختصاصه فهو الذي يقرر ما إذا كان هناك اتفاق التحكيم أم لا، فهو لن يختص إلا ببناء على وجود اتفاق².

- المحكم يبحث وبحرية كاملة في حقيقة اختصاصه فإن تبين له صحة اتفاق التحكيم فإنه يعلن اختصاصه بنظر النزاع الموضوعي وإن تبين له عكس فإنه يقضي بعدم اختصاصه في حين نجد غياب التشريع والقضاء في هذه النقطة فلا نجد أي تعريف للمبدأ لا في التشريع ولا في الاجتهادات القضائية بالرغم من الصدى الذي أثاره هذا المبدأ³.

الفرع الثاني: الإطار النظري لمبدأ الاختصاص بالاختصاص.

يعتبر مبدأ الاختصاص بالاختصاص من المبادئ القانونية التي حظيت برعاية من القضاء الدولي الذي كان لها الفضل في إبراز هذا المبدأ، والاعتراف به على الصعيدين الدولي والوطني، إذ لا يمكن الحديث عن نشأة مبدأ الاختصاص بالاختصاص دون استعراض السوابق القضائية التي نشأ فيها هذا المبدأ وترعرع حتى أصبح قاعدة عرفية تشهد لها المعاهدات والاتفاقات الدولية والتشريعات الوطنية بالثبات والاستقرار. من بين هذه السوابق لدينا القضية التي أخذت حيزاً من الانتشار والشهرة حتى أن بعض الفقهاء يعتبرون أنها السابقة الأولى التي نشأ من خلالها مبدأ اشتهرت باسم الألباما وتتلخص وقائعها أنه⁴: "تم التوقيع على اتفاق

¹ عبد الرحيم حاتم الحسن، التحكيم في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 212.

² المرجع نفسه، ص 213.

³ وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الاجنبي والدولة المضيفة لإستثمار، دط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية

مصر، 2011، ص 42.

⁴ المرجع نفسه، ص 42.

تحكيم في واشنطن بين الولايات المتحدة الأمريكية و بريطانيا بتاريخ 08 ماي 1971 حول تقرير الاختصاص من عدمه، هي أن الولايات المتحدة الأمريكية قامت بإدراج طلب تعويض عن الأضرار غير المباشرة و التي سببتها سفينة الالباما، وذكرت الحكومة البريطانية أن الدعوى لا تشمل ذلك لأن الولايات المتحدة الأمريكية سبق وأن تنازلت عن المطالبة بتعويض الأضرار غير المباشرة¹.

محكمة التحكيم صرحت في هذه القضية أنه لو تم عرض مسألة الأضرار غير المباشرة فإنها سوف تحكم بعدم اختصاصها بتقدير التعويض عن الأضرار غير المباشرة بناء على أن القانون الدولي لا يقبل بهذا، وقول المحكمة بعدم اختصاصها في الأضرار غير المباشرة، يعني بما لا يدع مجالا للشك أن المحكمة تحكم باختصاصها في الأضرار المباشرة، وهذا يعتبر تأكيد وإثبات لمبدأ الإختصاص بالاختصاص في هذه القضية².

بعد نشأة مبدأ الاختصاص بالاختصاص في السوابق القضائية فإنه لم يقف عند هذا الحد وإنما انتقل إلى مرحلة أخرى تطور من خلالها وأثبت أهمية التحكيم التجاري الدولي، إذ فرض نفسه على الاتفاقيات الدولية ومن أولى هذه الاتفاقيات التي اعترفت به، اتفاقية التسوية السلمية للخلافات الدولية التي أبرمت بلاهاي في 1899/08/05. حيث نصت المادة 48 من هذه الاتفاقية على أن "المحكمة لها الصلاحية في تحديد اختصاصها، حتى ولو اضطرت إلى تفسير اتفاق التحكيم أو بتطبيق المعاهدات المرتبطة والمسند إليها الموضوع، أو بتطبيق مبادئ القانون الدولي.

إضافة إلى إقرار هذه المبدأ من خلال الاتفاقية الأوروبية للتسوية السلمية للمنازعات التي وقعت بين الدول الأوروبية سنة 1957، هذا فيما يتعلق بالاتفاق بين النرويج وفنلندا بتاريخ 1956/02/03 والمعاهدة المبرمة بين فرنسا والجزائر بتاريخ 1963/06/26، التي نصت في المادة 07 على أن " المحكمة تختص بالفصل في كل المسائل التي يلزم حلها لأجل تسوية الخلاف بما في المسائل المتعلقة باختصاصها الخاص³.

¹ Droit Interen Et Droit Interratio Del arbitrage (2em)، Bertrand Moreu EtThierry Bernard

1985، Parise . P 59. ،Edition

² المرجع نفسه، ص 60.

³ المرجع نفسه ، ص 61.

"نظرا للأهمية التي حظي بها مبدأ الاختصاص بالاختصاص دوليا ومحليا اهتم الفقهاء بدراسة هذا المبدأ، بدءا بالبحث في مدلوله ومدى تكريسه دوليا، المقارنة وصولا إلى البحث في الأساس الذي يقوم عليه.

الفرع الثالث: مضمون مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

تعرض مبدأ الاختصاص بالاختصاص إلى جدل فقهي حاد لكن بالرغم من ذلك فإن أهمية هذه المبدأ كانت تزداد في مجال التحكيم التجاري الدولي إلى أن تم الاعتراف به في أغلب الاتفاقيات الدولية وغالبية التشريعات الحديثة للتحكيم وفي نظم التحكيم المختلفة، وقبل التطرق إلى ذلك نوضح مدلول هذا المصطلح¹.

الفرع الرابع: تكريس مبدأ الاختصاص بالاختصاص:

اهتمت مختلف التشريعات بإقرار هذا المبدأ وهذا ضمانا لتحقيق الهدف الأساسي من التحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاعات، المتمثل في استقلاله عن الخصوم من اختيار التحكيم استبعاد القانون والقضاء الوطنيين لاقى هذا المبدأ صدى كبير لدى لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وتضمنته مختلف الاتفاقيات الثنائية والدولية المتعلقة بالتحكيم وتأثرت المنظمة لعملية التحكيم².

الفرع الخامس: تكريس مبدأ الاختصاص بالاختصاص على الصعيد الدولي:

يعتبر مبدأ الاختصاص بالاختصاص من المبادئ المعترف بها في أهم المعاهدات الدولية وفي كل قوانين التحكيم العصرية وفي كل أنظمة نصت على المبدأ اتفاقية جنيف لسنة 1961 في الفقرة 03 من المادة 05 بنصها.

"مع التحفظ لجهة المراقبة القضائية اللاحقة المحددة بموجب قانون القاضي فانه على المحكم المطعون بصلاحيته ألا يتخلى عن القضية وهو له الحق باتخاذ القرار المناسب بصدد تلك الصلاحية، كذلك بصدد وجود وصحة اتفاقية التحكيم أو العقد الذي تشكل الاتفاقية جزءا منه.

ونصت عليه اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية خلافات الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى في المادة 41 إذ نصت:

¹ بوضونة خليل، "القرار لتحكمي و طرق الطعن فيه وفقا للقانون الجزائري" رسالة دكتوراه، جامعة متتوري قسنطينة، كلية الحقوق، 2007-2008 ص 180.

² نفس المرجع، ص 181.

إن المحكمة محكومة باختصاصها - إذا أثير دفع بعدم الاختصاص من قبل أحد الأطراف يقوم على الادعاء بعدم دخول النزاع في نطاق اختصاص المركز أو من أجل أي سبب آخر يتعلق به، فإن اللجنة تقوم بفحصه وعليها أن تقرر ما إذا كان يجب أن يعامل باعتباره مسألة شكلية أو أن فحصه يجب أن يلحق بفحص النقاط الموضوعية، ونص عليه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة لسنة 1985 في المادة 16 فقرة 01 بنصها¹ "يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته ونص عليه كذلك نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية في المادة 04 فقرة 06"

ما لم يتفق على خلاف ذلك لا يترتب على الادعاء ببطلان العقد أو انعدامه عدم اختصاص المحكم ما دام قد انتهى إلى صحة اتفاق التحكيم ويظل المحكم مختصاً حتى في حالة انعدام العقد أو بطلانه بهدف تحديد حقوق الأطراف والنظر في طلباتهم².

الفرع السادس: تكريس مبدأ الاختصاص بالاختصاص في القانون المقارن والتشريع الجزائري:

اختلف موقف الدول من مبدأ الإختصاص بالاختصاص بين مؤيد ومعارض، لكن أغلب الدول اعتبرت المحكم قاضياً، وعليه فهو يتمتع بكل السلطات الفصل في مسألة اختصاصه، واعتبرت أنه إذا تم التنازل عن هذه السلطة إلى القضاء فإن هذا سوف يؤدي إلى خرق القواعد الأساسية التي يقوم عليها نظام التحكم التجاري الدولي.

"وفي هذا الصدد نجد المشرع المصري قد اعتنق هذا المبدأ صراحة بموجب الفقرة الأولى من نص المادة 22 من قانون المرافعات والتحكيم المصري التي تنص " تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه" هذه المادة جاءت مطابقة لما تضمنته المادة 16 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي .

يتضح من نص المادة 22 من قانون المرافعات والتحكيم المصري والمواد المتعلقة بمبدأ الاختصاص بالاختصاص من هذا القانون نجد أن المشرع المصري حرص حرصاً كبيراً على

¹ المرجع السابق، ص 182.

² جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص36.

اختصاص المحكم لوحده بالفصل في مسألة اختصاصه وإن تعلق الدفع بوجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه¹.

هذا يعتبر تعبيراً صريحاً عن إرادة المشرع المصري بعدم جواز قيام هيئة التحكيم بوقف الخصومة إلى حين الفصل في مسألة وجود أو صحة اتفاق التحكيم من المحكمة المختصة. كما نجد أن المشرع الفرنسي قد نص على هذا المبدأ في المادة 1466 من قانون الإجراءات المدنية الجديد وبنفس المضمون الوارد في قانون المرافعات والتحكيم المصري. كما نص المشرع التونسي على المبدأ في نص المادة 61 من قانون التحكيم التونسي².

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من مبدأ الاختصاص بالاختصاص فمن خلال نص المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية التي تنص³:

"تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفع في الموضوع، تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطاً بموضوع النزاع"، هنا نجد أن المشرع الجزائري قد تبنى مبدأ الاختصاص بالاختصاص، لكن على إطلاقه وإنما أورد قيوداً عليه يتمثل يلي:

- القيد الأول: في أنه اشترط حتى تقوم هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها أن يثار الدفع بعدم الاختصاص الخصوم، واعتبره من الدفع الشكلية التي يستوجب الفصل فيها قبل الفصل في الدفع الموضوعية إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص متصل بموضوع الفصل في موضوع النزاع.

- القيد الثاني: يتمثل في اشتراط المشرع أن يكون الحكم الذي تصدره هيئة التحكيم فيما يخص تحديد اختصاصها حكم أو بموضوع النزاع إذ يفصل في هذه الدفع بحكم نهائي⁴.

¹ جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، المرجع السابق، ص 37.

² المرجع نفسه، ص 38.

³ أحمد محمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم، ط3، دراسة مقارنة وفقاً لأراء الفقه وأحكام القضاء، وهيئات التحكيم العربية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص 55.

⁴ المرجع نفسه، ص 56.

- مبررات مبدأ الاختصاص بالاختصاص و الأساس الذي يقوم عليه:

إن التطرق إلى الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الاختصاص بالاختصاص يعتبر من النقاط المهمة التي لا بد أن تحظى بقدر من الاهتمام عند دراسة المبدأ خاصة وأن تحديد الأساس الذي يركز عليه المبدأ كان محل العديد من الدراسات الفقهية وثار بشأنه جدل فقهي، لأن الاختصاص هو سلطة الحكم بمقتضى القانون في خصومة معينة وعدم الإختصاص هو فقدان تلك السلطة، لذا لا بد من البحث عن مصدر هذه السلطة والتي تشكل أساس المبدأ¹..

يقصد بأساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص الفكرة التي يقوم عليها، وأصل قيام هذه الفكرة تبريرها والمصدر الذي تتبع منه وانقسم الفقه في هذا الشأن، وانقسم الفقه في هذا الشأن إلى ثلاثة اتجاهات:

- الاتجاه الأول : يعتبر أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يجد أساسه في مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، وما هو إلا نتيجة مباشرة لهذا المبدأ.

- الاتجاه الثاني : يرى أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص هو القانون الواجب التطبيق وبالتالي فإن هذا الاتجاه يعتبر أن المبدأ له أساس تشريعي.

- الاتجاه الثالث والأخير: فإنه يطابق بين نظام التحكيم والنظام القضائي العادي، ويعتبر أن التحكيم له طبيعة قضائية فإن هذا يؤدي إلى تمتع المحكم بكل الصلاحيات التي يتمتع بها القاضي وعليه فإن له سلطة الفصل في اختصاصه وهذا ما يعرف بالأساس الفني، وما تجدر الإشارة إليه قبل البحث في أساس المبدأ هي أن جدوى مبدأ الاختصاص بالاختصاص وأهميته في عملية التحكيم كانت هي الأخرى محل جدل فقهي².

- مبررات مبدأ الاختصاص بالاختصاص:

انقسمت الآراء الفقهية فيما يتعلق بجدوى مبدأ الإختصاص بالاختصاص بين مؤيد ومعارض ويعود ذلك إلى انقسام الفقه حول طبيعة التحكيم، فمنهم من أخذ بالطبيعة التعاقدية للتحكيم وبالتالي تبني معارضة المبدأ ومنهم من أخذ بالطبيعة القضائية وتبنى تأييد المبدأ، هذا بالنسبة للاتجاه الأول فقد اعتبروا أصحابه أن المحكم لا يملك سلطة الفصل في مسألة اختصاصه، لأن مهمة التحكيم مستمدة من اتفاق التحكيم وبالتالي يتقيد بحدود هذه الإرادة ولا

¹ محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية، مج1، ط1، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2008، ص 364.

² المرجع نفسه، ص 365.

يملك صلاحية تفسير اتفاق التحكيم ليحدد اختصاصه من عدمه لأن أي سلطة لا تملك حق تفسير الوثيقة التي يؤسس وجوده عليها¹.

وتجدر الإشارة إلى أن أصحاب هذا الاتجاه في تناقص مستمر مقارنة مع الاتجاه الثاني الذي يعتبر أن للمحكم الحق في الفصل في مسألة اختصاصه لأن إعادة النزاع في المحكمة المختصة يؤدي إلى إنهيار نظام التحكيم وإصابته في الأساس الذي يقوم عليه.

ونجد أن القانون أقر بمبدأ الإختصاص بالإختصاص بتأييد كبير من المختصين في مجال التحكيم وأصبح حقيقة مؤكدة تضمنتها مختلف التشريعات وفي مختلف الاتفاقيات الدولية².

ومن الأسانيد والمبررات التي قدمها هذا الاتجاه: ثقة الأطراف في قضاء التحكيم لا تكمن فقط في صدور حكم في موضوع النزاع وإنما تشمل جميع القرارات التي تصدرها هيئة التحكيم قبل الفصل في موضوع الدعوى سواء كانت قرارات أولية أو تمهيدية والتي من أهمها القرار الذي يتضمن ثبوت اختصاصها من عدمه والذي يخضع لرقابة القضاء مع الحكم الرئيسي عن طريق تنفيذ الحكم .

في أغلب الأحيان يكون اللجوء إلى المحاكم المختصة للفصل في اختصاص الهيئة التحكيمية عن طريق طلب أمام هاته المحاكم من قبل أحد الأطراف غير حسن النية والذي يهدف من خلاله عرقلة سير عملية التحكيم والمماطلة والتحايل على القانون وبالتالي فإنه يتوجب على هذه المحاكم الامتناع عن النظر في الدعوى وإحالتها للنظر والفصل فيها³.

كما يساعد مبدأ الاختصاص بالاختصاص على اختصار مدة التقاضي أمام هيئة التحكيم، إذ عدم الأخذ بالمبدأ يعني الرجوع إلى القضاء للفصل في الدفوع هذا يؤدي إلى إيقاف إجراءات التقاضي أمام هذه الهيئة إلى حين صدور قرار من المحكمة المختصة يحدد اختصاصها والذي يستغرق وقتاً طويلاً. مبدأ الاختصاص بالاختصاص يعتبر من المبادئ الأساسية للنظام العابر للدول لأن أغلب الوثائق الدولية أخذت به وأغلب الأنظمة القانونية الوضع المتأثرة بالنظام الأنجلو سكسوني⁴.

¹ محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية، المرجع السابق ، ص 366.

² عبد الباقي الصغير، صعوبات التحكيم في عقود الانشاءات الدولية، العدد 4، مقالة بجامعة القاهرة، مصر 2009 ، ص 112.

³ المرجع نفسه، ص 113.

⁴ المرجع نفسه، ص 114.

- أساس مبدأ الإختصاص بالاختصاص:

يرى جانب من الفقه أن المحكم يستمد سلطته لتقرير اختصاصه من استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، لأن مبدأ الإختصاص بالاختصاص استقلالية اتفاق التحكيم . ومن الحجج التي استندوا عليها أن شرط التحكيم يعتبر منفصل عن العقد الأصلي وبالتالي إذا شاب العقد الأصلي عيب من العيوب فإن هذا لا يؤثر على تقرير المحكم باختصاصه، لأنه لا يستمد سلطته منه وإنما يستمدّها من اتفاق التحكيم، الذي يعتبر مستقل عن العقد الأصلي وذلك استناداً لمبدأ استقلالية التحكيم.

إضافة إلى أن المحكم يتمتع بسلطة الفصل في النزاعات المتعلقة بالعقد الأصلي وبالتالي فمن غير المنطقي أن يفصل المحكم في صحة عقد هو مصدر سلطته بالرغم من الحجج التي استند عليها أصحاب هذا الاتجاه لتدعيم رأيهم الذي يعتبر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، هو أساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص، الا أنه وجهت انتقادات لهذا الرأي وذلك باعتبار أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يجد مجاله عند تقدير صحة اتفاق التحكيم الدولي، في حين أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يجد مجاله عن صحة اجراءات التحكيم أي أنه يتم تقرير الاختصاص أولاً¹.

وعليه فمن غير الممكن أن يكون مبدأ الإختصاص بالاختصاص أثر مباشر لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، حيث أنه في مبدأ الإختصاص بالاختصاص المحكم يتمتع بصلاحيّة تقدير صحة اتفاق التحكيم الدولي، إذا تبين له أن صحة الاتفاق سوف يتأثر ببطلان هذا العقد، وقد لا يحتاج المحكم إلى أعمال هذا المبدأ، اذ تبين له أن صحة الاتفاق لن تتأثر بحكم العقد، وعليه فان المحكم لا يتطرق الى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم الا بعد تقرير مبدأ الاختصاص بالاختصاص². إضافة إلى أن بعض الفقهاء ينكرون مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في حالة انعدام العقد الأصلي، وهذا يؤدي إلى عدم إمكانية المحكم من تقرير اختصاصه باعتباره يستمد هذه السلطة من مبدأ الاستقلالية، وهذا غير صحيح لأن الواقع يؤكد على أن

¹ حدادان طاهر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير فرع قانون التنمية الوطنية، كلية الحقوق تيزي وزو، 2012. ص، 25

² المرجع السابق، ص، 26.

المحكم يفصل في مسألة اختصاصه¹. عند الادعاء بانعدام العقد أو حتى الاتفاق نفسه في الأخير نتوصل إلى التمييز بين المبدئين ويتضح من خلال ذلك أنهما مبدئين مستقلين تماما عن بعضهما، فمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يتعلق بمس التحكيم عن العقد الأصلي ومبدأ الإختصاص بالاختصاص يتعلق بمسألة إجرائية تهدف إلى منح المحكم سلطة تقرير اختصاصه وهكذا يتقرر مبدأ عن استقلال الاتفاق من عدمه، هذا ما تضمنته المادة 21 فقرة 02 من قواعد التحكيم التي أقرتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية لسنة 76 صاحبة الإختصاص بالفصل في الدفوع الخاصة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود اتفاق التحكيم أو صحته وهذا ما نصت عليه للتحكيم التجاري الدولي². اعتمادا على الانتقادات المقدمة لأصحاب هذا الإتجاه ظهر اتجاه آخر، يعتبر أن قانون التحكيم في الدولة مقر التحكيم هو الأساس الذي يقوم عليه مبد على الانتقادات الموجهة للرأي الأول لتأكيد رأيهم. أما الاتجاه الثالث فهو ذلك الذي اعتمد فيه الفقهاء على مقارنة نظام التحكيم بالنظام القضائي واستخلاص أوجه الشبه بينهما وتوصل هذا الإتجاه إلى توفير الحماية القضائية وهذه الحماية لها معطيات ومتطلبات لتحقيق الهدف المبتغى فالقاضي يتمتع بمجموعة من هذه السلطات لتحقيق هذه الحالات للمحكم والمستوحاة من الطبيعة القضائية لمهمة المحكم، وعليه يعتبر أصحاب هذا الإتجاه أن الطبيعة القضائية لمهمة المحكم هي الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الإختصاص بالاختصاص، ففي نهاية المطاف بسلطة النظر في اختصاصها ولها مهمة متابعة عملية التقاضي حتى ولو كان وجود أو صحة اتفاق التحكيم أو العقد الأصلي موضوع نزاع ومحل إرادة الأطراف ويفقدها إذا خرج عن حدودها. الولاية للفصل في الدفوع المتعلقة بالاختصاص النوعي أو المكاني، وما ينطبق على المحكمة النظامية في هذا الخصوص ينطبق أيضا وعليه يمكن الرجوع إلى القواعد العامة الواردة في القانون الداخلي عند الحديث عن أساس مبدأ الإختصاص بالاختصاص، إذ وفقا لهذه القواعد الهيئة الولاية للفصل في الدفوع المتعلقة بالاختصاص النوعي أو المكاني، وما ينطبق على المحكمة النظامية في هذا الخصوص.

عاشرا: الإطار الإجرائي لمبدأ الإختصاص بالاختصاص:

¹ مصطفى محمد الجمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1988، ص109.

² المرجع نفسه، ص 110.

تطرقنا في سابقا إلى الجانب النظري لمبدأ الاختصاص بالاختصاص بغية تحديد الإطار القانوني لهذا المبدأ، وهذا يؤدي بنا في الخطوة التالية وإعماله من قبل الهيئة التحكيمية، والبحث فيما قد ينتج عن تطبيقه من آثار قانونية سواء كانت سلبية أو إيجابية¹.

أ- صور تطبيق مبدأ الاختصاص بالاختصاص: إن فصل الهيئة التحكيمية في اختصاصها مثلما تبين آنفا هو إجراء مستوحى من النظام القضائي العادي، فإذا كان فيما يتعلق بتحديد الاختصاص سواء كان موضوعيا أو مكانيا، وتم اعتبار أن تحديد الاختصاص الموضوعي من النظام العام وعلى القاضي أن يثير الاختصاص المكاني، الذي لا يتم الفصل فيه إلا بناء على دفع من المدعي عليه، فالسؤال الذي يطرح نفسه في نظام التحكيم التجاري الدولي هو أنه هل يعتبر فصل الهيئة التحكيمية في اختصاصها من النظام العام ؟ أي بمعنى آخر، هل يطبق مبدأ الاختصاص بالاختصاص بصورة تلقائية من المحكم أو لا يتم ذلك إلا بناء على طلب أحد الخصوم².

ب- تطبيق المحكم مبدأ الاختصاص بالاختصاص من تلقاء نفسه: إن مهمة المحكم والصلاحيات التي يتمتع بها في العملية التحكيمية، المستوحاة من مهمة القاضي في العمل القضائي تجعله يتمتع بصلاحيات الفصل في اختصاصه من تلقاء نفسه بمناسبة تصديده لموضوع النزاع، هذا الأمر لم يثر جدلا فقهيًا إذ اتفق الفقهاء على أن المحكم كالقاضي يملك سلطة المبادرة في التحقق من اختصاصه بموضوع التحكيم. ويتمتع المحكم بهذه الصلاحية في حالتين، حالة عدم صحة اتفاق التحكيم أولا وحالة عدم مشروعية اتفاق التحكيم ثانيا³.

أولا- تطبيق المحكم مبدأ الاختصاص بالاختصاص من تلقاء نفسه في حالة عدم صحة اتفاق التحكيم:

من واجبات المحكم أن يتأكد من سلامة الشروط التي يلزم قيام اختصاصه عليها، وهي الشروط الموضوعية والشكلية التي يقوم عليها اتفاق التحكيم، لم تتحقق هذه الشروط، ومن الصور والحالات التي يكون فيها اتفاق التحكيم ليس صحيحا، حالة ما إذا كان هذا الأخير مدرجا ضمن شروطا عامة في وثيقة مكتوبة قام الاطراف بالتوقيع عليها، أو كان مرتبطا بعقد

¹ مصطفى محمد جمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 111.

² لزهري بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، ط1، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر 2002، ص 41.

³ المرجع نفسه، ص 42.

آخر قائم أو سابق يشتمل على شرط التحكيم، أو تم إتفاق التحكيم عن طريق توكيل الغير بذلك، أو في حالة ما إذا شاب الإرادة انعدام الأهلية المقررة قانوناً¹.

في كل الحالات السالفة الذكر يحق وإنما يلزم على المحكم أن يبادر من تلقاء نفسه بالبت في إختصاصه، ليعلن عدم اختصاصه، إذا ما تحققت حالة من الحالات السابقة. أما إذا كانت الحالات السابقة من الممكن أن يتم تصحيحها من قبل الأطراف المتنازعة جاز له أن يعلن اختصاصه.

ثانياً- تطبيق المحكم مبدأ الإختصاص بالاختصاص من تلقاء نفسه في حالة عدم مشروعية اتفاق التحكيم:

في هذه الحالة فإن المحكم يتمتع بصلاحيات البت في اختصاصه من تلقاء نفسه إذا ما تبين له وجود خرق للنظام العام من قبل الأطراف في اتفاق التحكيم فيما لا يجوز التحكيم فيه، ولهذا السبب يلزم على المحكم أن يبحث في نطاق النزاع المعروض عليها من حيث الموضوع، والسبب والأطراف ويكون تقدير المحكم لاختصاصه من تلقاء نفسه بناء على النظام العام المقرر في القانون الواجب التطبيق والمختار من قبل الأطراف وبناء على النظام العام للدولة التي سيتم تنفيذ قرار التحكيم فيها إذا ما تم تقرير الإختصاص².

ومن الحالات التي لا يجوز الإتفاق على التحكيم فيها تلك التي تتعلق بإثبات النسب، أو بمدى صحة أو بطلان عقد امن العقود، أو تتعلق بثمن شيء ما، أو بأمالك دولة³.... إذا ما وجد المحكم نفسه أمام حالة من هذه الحالات فإنه يلزم بإثارة عدم اختصاصه من تلقاء نفسه عن طريق تطبيقه لمبدأ الإختصاص بالإختصاص، وهذا ما قام به المحكم في القضية التي دارت أحداثها بين شركة بريطانية ترغب في إبرام عقد مع الأرجنتين الموضوع المعروف حقوقياً وسياسياً واقتصادياً عند أصحاب الإختصاص⁴.

ثالثاً- تطبيق مبدأ الإختصاص بالإختصاص بعد إثارة الدفع بعدم الإختصاص

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دط، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر 2006 ص14.

² المرجع نفسه، ص 15.

³ المرجع نفسه، ص 16.

⁴ إيهاب السنباطي، الموسوعة القانونية للتجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، مصر، سنة 2008، ص 304.

قد يتوقف تطبيق مبدأ الإختصاص بالإختصاص على دور سلبي صادر من قبل أحد الأطراف الذي يدفع في اختصاص الهيئة التحكيمية للبت في النزاع، وعليه أن يتصدى إلى ذلك عن طريق أعمال المبدأ الذي ينص على اختصاص الهيئة التحكيمية بالبت في اختصاصها. إن هذا الدفع الذي يتقدم به أحد الخصوم قد يكون تعبيراً عن سوء نيته، إذ يهدف من ورائه التهرب من تطبيق ما تضمنه التزامه الوارد في اتفاق التحكيم، وقد يكون حقيقة لا بد أن يبحث فيها المحكم ليقرر اختصاصه من عدمه، ويتفادى إصدار حكم مآله البطلان، وعليه يجد المحكم نفسه أمام فرضين: إما يعلن اختصاصه، وبالتالي هذا يعتبر تعبيراً عن رفضه للدفع بعدم الإختصاص. وإما يعلن عدم اختصاصه وهذا يدل على قبوله للدفع بعدم الإختصاص¹.

أ- تطبيق المحكم مبدأ الإختصاص بالاختصاص في حالة قبوله للدفع بعدم الإختصاص. إذا ما تبين للمحكم من خلال الدفع المقدم في إختصاصه أنه يغلب فيه حسن نية الخصم على سوء نيته، فإنه يأخذ هذا الدفع بجدية ويبحث في إختصاصه، وبالتالي يبحث في صحة اتفاق التحكيم، فإذا تأكد من ذلك أعلن عن عدم اختصاصه بنظر النزاع، ويتم هذا الإعلان وفقاً لنفس الإجراءات المتبعة لإعلانه لاختصاصه، أي بموجب في حكم واحد مع الحكم الفاصل في النزاع إذا كان الدفع مرتبطاً بموضوع النزاع².

ب- تطبيق المحكم مبدأ الإختصاص بالاختصاص في حالة رفضه للدفع بعدم الإختصاص. قد يدفع أحد الخصوم بعدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو انقضائه أو بطلانه...، ففي هذه الحالات على المحكم أن يبحث في اختصاصه، فإذا ما تبين الإختصاص وله أن يعلن إختصاصه إما بحكم قبل البحث في موضوع النزاع أو يجمع بينه وبين الحكم في موضوع النزاع.

وما تجدر الإشارة إليه هو أنه حتى يكون الدفع بعدم الإختصاص مقبولا من الناحية القانونية لا بد أن يكون مستوفياً لشرط مهم، إذ لا بد أن يتم تقديم أي دفع في الموضوع، هذا ما نصت عليه المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري³.

¹ إيهاب السباطي، الموسوعة القانونية للتجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص 305.

² المرجع نفسه، ص 306.

³ محمود مختار احمد، التحكيم التجاري الدولي، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004، ص9.

احدى عشر - آثار مبدأ الإختصاص بالإختصاص:

يعتبر مبدأ الإختصاص بالإختصاص من القواعد القانونية التي رتبت آثارا انعكست ايجابا على أنظمة التحكيم بشكل عام وعلى عملية التحكيم بشكل خاص، ومن هذه الآثار ما تضمن منح المحكم حق تقرير اختصاصه، وهذا ما يعرف بالآثر الإيجابي لمبدأ الإختصاص بالاختصاص، وما تضمن سلب المحكمة المختصة سلطة النظر والفصل في نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم ومعرض على هيئة تحكيمية للفصل فيه. وهو ما يعرف بالآثر السلبي لمبدأ الإختصاص بالاختصاص¹.

أ- الأثر الإيجابي لمبدأ الإختصاص بالإختصاص:

إن اختصاص قضاء التحكيم بالبت في مسألة إختصاصه يعتبر قاعدة إجرائية أساسية أجمع عليها الفقه والقضاء والتشريعات الحديثة، وعندما يدرس المحكم مسألة اختصاصه، فهو له احد الفرضين: إما يعلن إختصاصه أو عدم إختصاصه ولا يتحقق ذلك إلا بدراسته لصحة اتفاق التحكيم من حيث وجوده أو سقوطه أو بطلانه، أو إذا ما نظر المحكم لمسألة لا يشملها موضوع النزاع، ولم يتم الاتفاق عليها، وعليه فإن المحكم من خلال هذه الدراسة إذا رأى أن الدفع المقدم بشأن اختصاصه جدي فإنه يعلن عدم اختصاصه، أما اذا رأى عدم جديته فإنه يمضي قدما، لبحث النزاع الموضوعي.

إن قاعدة إقرار المحكم لاختصاصه من عدمه لا تعتبر قاعدة جديدة استحدثها نظام التحكيم وإنما هي مستوحاة من المبادئ التي يقوم عليها القضائي العادي، التي تجعل كل محكمة مختصة مبدئيا بالنظر في أمر اختصاصها، ولا بد من الإشارة إلى أن لتطبيق هذه القاعدة في نظام التحكيم التجاري الدولي أهمية بالغة لأنه لو منح الإختصاص للمحكمة المختصة لأدى ذلك إلى شل عملية التحكيم بمجرد دفع أحد الخصوم ببطلان إتفاق التحكيم².

ب- الأثر السلبي لمبدأ الإختصاص بالإختصاص.

يتمثل الأثر السلبي لمبدأ الإختصاص بالإختصاص في امتناع قضاء الدولة عن تقرير إختصاصه بالبت في شأن اتفاق التحكيم قبل أن يقرر وفي هذا الصدد يثور مشكل، لو أن أحد

¹ محمود مختار احمد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص10.

² المرجع نفسه، ص 11.

الأطراف قدم دفعا بعدم الإختصاص أمام المحكمة المختصة ؟ فما موقف المحكمة المختصة تجاه هذا الدفع؟

وتصدى لهذه المشكلة فان المشرع الفرنسي، وما نصت المادة 1458 من قانون المرافعات الفرنسي على ما يلي:

- إذا رفع أمام المحكمة القضائية نزاعا مرفوعا أمام محكمة تحكيمية فعليها إعلان عدم اختصاصها.

- إذا لم يسبق للمحكمة التحكيمية أن تعهدت النزاع، فعلى المحكمة القضائية أيضا إعلان عدم إختصاصه ما لم يكن عقد التحكيم واضح البطلان .

وفي هاتين الحالتين لا يمكن للمحكمة القضائية أن تعلن عدم اختصاصها من تلقاء نفسها " من خلال نص هذه المادة يتضح أن المشرع الفرنسي لا يعتبر الدفع بعدم إختصاص المحكمة التحكيمية من النظام العام، وإنما لا بد أن يتم إثارته من قبل الطرف صاحب المصلحة وهذا متفق عليه فقها وتشريعا¹.

كما أنها لا تستطيع المحكمة المختصة البت في الدفع المتعلق باختصاص المحكم إلا بتوفر شرط، يتمثل هذا الشرط في أن يكون هذا الدفع مقدم من طرف صاحب المصلحة وهيئة التحكيم تمارس مهامها، لا يهم إن كان إتفاق التحكيم صحيح أو باطل من الظاهر².

أما إذا كانت هيئة التحكيم لم تتصل بعد بالقضية التي يوجد بشأنها إتفاق تحكيم وكان ظاهرا لها بطلان اتفاق التحكيم ففي هذه الحالة يمكن لها أن تثبت الدفع من قبل صاحب المصلحة أو لا، حتى لا تقع أمام إنكار للعدالة³.

أما بالنسبة للمشرع المصري فمن خلال نص المادة 13 يتضح أنه اتخذ موقفا مغايرا لموقف المشرع الفرنسي إذ أن المحكمة المختصة تقرر بمجرد دفع الخصم صاحب المصلحة بوجود

¹أسعد مر قاسم شجراوي، وسيلة التحكيم التجاري الدولي في الدول العربية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، ج الجزائر، 2014، ص 44.

²أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الإختصاص القضائي الدولي- الحنسية ، ج 2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص 22 .

³ المرجع نفسه ، ص 23.

اتفاق تحكيم بعدم قبول الدعوى سواء تبين لها أن اتفاق التحكيم باطل أم لا ووسواء كان النزاع معروض أمام المحكمة أم لا¹.

واختلف الفقه في موقفه بشأن رأي المشرع المصري فمنهم من اعتبره رأي صائب لأنه يحقق فاعلية أكبر لعملية التحكيم، إذ يكون المحكم صاحب الكلمة الاولى في تحديد اختصاصه في جميع الأحوال ومنهم من اعتبره قصور وقع فيه المشرع المصري لأنه يؤدي إلى إطالة في الإجراءات خاصة وإن تبين بطلان اتفاق التحكيم.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فمن خلال نص المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتضح أنه سلك سلوك المشرع الفرنسي، إذ نصت على تقييد سلطة القاضي للبت في اختصاص الهيئة التحكيمية إذا ما كانت هذه الخصومة أمام هذه الهيئة².

¹ محمد سامي الشوا: التحكيم التجاري الدولي "أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية"، المجلد الأول، المؤتمر 16 لجامعة الإمارات عن التحكيم التجاري الدولي، خلال الفترة 28 : 30 أبريل 2008، ص15.

² المرجع نفسه، ص 16.

خلاصة الفصل

خلاصة القول في هذا الفصل هو أن نظام التحكيم يتنازعه اتجاهان متعارضان، الأول ينادي بالموضوعية في اتفاق التحكيم، وذلك لتلبية متطلبات التجارة الدولية، والثاني ينادي بالشكلية وذلك لخطورة اتفاق التحكيم إذ بموجبية يتنازل أطراف النزاع عن حقهم في اللجوء لقضاء الدولة وما يتمتع به هذا الأخير من ضمانات أساسية في التقاضي، ولتوفيق بين هذين الاتجاهين المتناقضين لابد من مواكبة التشريعات الحديثة التي اشترطت الكتابة لصحة انعقاد اتفاق التحكيم، وبهذا تكون قد وفرت الحماية للمحتكمين، ومن جهة أخرى لم تستوجب في الكتابة أن تكون رسمية، فيكفي الاتفاق في ورقة عرفية موقعة من الأطراف، كذلك لم تحدد شكلاً معيناً ينبغي أن تصدر فيه، فتصح بأية عبارات وبأية ألفاظ، في صورة مراسلات أو برقيات بين الطرفين، أو في صورة تبادل البيانات عبر شبكة الأنترنت، ما دامت توفر تدويناً للاتفاق، وقاطعة في دلالتها على إرادة أطراف اتفاق التحكيم، وبهذا تكون قد راعت متطلبات التجارة الدولية

ويمكن القول بضرورة التثبت من صحة اتفاق التحكيم بشروطه الموضوعية والشكلية، لأن من شأن ذلك أن يساهم في تحقيق فعالية التحكيم، من خلال السماح للأطراف اللذين يفضلون اللجوء إلى هذه الوسيلة من إحاطة اتفاقاتهم بعناية قصوى عند تحريرها، حتى لا يكون مصير الأحكام التحكيمية البطلان.

الخاتمة

خاتمة

من خلال دراستنا لهذا الموضوع المتواضع نصل إلى القول أن التحكيم التجاري الداخلي والدولي نظام استثنائي، يضاهاي تماما الإجراءات القضائية للفصل في المنازعات المثارة بشأن مختلف المعاملات، فهو يعتبر نظام بديل لحل النزاعات بوجه عام، ومنازعات العقود الإدارية بشكل خاص حتمية لا مناص منها، خاصة في ظل تزايد الاستثمارات الدولية في الجزائر وانفتاح اقتصادها على المجال الخارجي، وكذا اشتراط المستثمرين الأجانب إدراج الشرط التحكيم في عقودها.

كما يعتبر التحكيم التجاري خفيف التكاليف ومقتصر للوقت، بحيث يبسط إجراءات الفصل في النزاع، ولا يعتمد على الشكليات التي يفرضها اللجوء إلى القضاء، ناهيك عن السرعة في الفصل في النزاعات، وعرضها على أشخاص ذو خبرة في المجال القانوني والتقني والاقتصادي وبتوفير السرية في الجلسات لارتكاز معاملاتهم على الثقة والائتمان.

فالتعديلات التي أتى بها المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاءت متمشية مع الإصلاحات المتخذة سواء في نظام التعامل في الميدان الاقتصادي أو في ميدان إصلاح العدالة والمنظومة القانونية بصفة عامة نظرا لظهور قيم جديدة التي تستدعي التصدي لها وعدم تركها تحت ذريعة الفراغ القانوني.

وخلاصة القول يمكن اعتبار التحكيم كعدالة مكمل أو بديلة لا تنقص شيئا من سلطة الدولة بل ويمكن أن تخفف العبء والضغط التي تعرفه المحاكم، لهذا وجب على المشرع إعادة النظر في النصوص القانونية الواردة في قانون 08 - 05 والمتعلقة بالتحكيم كما هو الحال بالنسبة للفصل 314 من ق.إ.م.و.إ الذي يطرح مشكل الإحالة بحيث يجب حذف الفقرة الثانية والثالثة المتعلقة بالإحالة والاكتفاء بالفقرة الأولى المتعلقة بتعريف عقد التحكيم كما فعل بالنسبة للفصل 316 من ق.إ.م.و.إ.

وكذلك الفصل 327 من ق.إ.م.و.إ حيث يلاحظ غياب أي جزاء في حالة عدم تمسك المدعى عليه بالدفع باتفاق التحكيم، ذلك أن المشرع اعتبر الدفع باتفاق التحكيم دفعا بعدم القبول فإنه لم يربط على عدم التمسك به سقوط الحق فيه.

وبالرغم من الانتقادات الموجهة للتحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات التجارية، فإن الواقع يكشف بشكل واضح عن ازدياد اللجوء إليها خاصة في العقود الدولية، حتى أنه يمكن أن نجزم أن الأصل في تسوية المنازعات الناشئة عن هذه العقود هو التحكيم، وأن اللجوء إلى القضاء هو الاستثناء. ومن هنا ازداد الاهتمام به في مختلف الدول سواء في مجال التشريعات أو إنشاء مراكز التحكيم أو عقد الندوات والمؤتمرات الخاصة به. مما يدعو إلى التفكير في العمل على تنميته وتطويره وإزالة العقبات التي تحول دون تنفيذ الحكم التحكيمي.

ونشير هنا إلى العديد من التشريعات الداخلية والدولية سمحت بحرية اختيار الطريق القانوني الأنسب لحل المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين المتعاملين الاقتصاديين جراء تنفيذ للعقود المبرمة فيما بينهم وذلك من أجل كسب ثقة المتعاملين، وكذا تقديم دعم لتوسيع تعاملاتهم التجارية سواء كانت على مستوى الداخلي أو الدولي دون خوف أو تردد، بحيث يجوز لهم الاتفاق للجوء إلى القضاء كطريق لحل المنازعة أو استخدام طريق آخر كالتحكيم أو التوفيق أو الوساطة.

لكن عند الرجوع إلى العقود التجارية خاصة الدولية منها نجد أن الطريق القانوني الأكثر اتفاقا عليه مسبقا من طرف المتعاقدين هو التحكيم نظرا لفعاليته ونجاعته في حل النزاعات، في حين تظهر هذه المساهمة في أن التحكيم يقوم على مبدأ هام وأساسي يتمثل في مبدأ سلطان الإدارة، أي يمكن للأطراف الاتفاق على اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات و موضوع النزاع، وكذا اختيار الجهة التي تفصل في النزاع الذي لا نجد مثل هذا الاختيار عندما يلجا إلى القضاء الوطني.

مما دفع الكثير من الدول كالجزائر مثلا أن تسن قوانين تسمح من خلالها إمكانية الاتفاق على التحكيم كطريق قانوني لحل المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين المتعاملين الاقتصاديين (شرط التحكيم) لأن مثل هذه القوانين تساهم في جلب المستثمرين الأجانب.

وخلاصة القول يمكن اعتبار التحكيم كعدالة مكملة أو بديلة لا تنقص شيئا من سلطة الدولة بل ويمكن أن تخفف العبء والضغط التي تعرفه المحاكم، لهذا وجب على المشرع إعادة النظر في النصوص القانونية الواردة في قانون 08 - 05 والمتعلقة بالتحكيم كما هو الحال بالنسبة للفصل 314 من ق.إ.م.و.إ الذي يطرح مشكل الإحالة بحيث يجب حذف الفقرة الثانية والثالثة

المتعلقة بالإحالة والاكتفاء بالفقرة الأولى المتعلقة بتعريف عقد التحكيم كما فعل بالنسبة للفصل 316 من ق.إ.م.و.إ.

وكذلك الفصل 327 من ق.إ.م.و.إ. حيث يلاحظ غياب أي جزاء في حالة عدم تمسك المدعى عليه بالدفع باتفاق التحكيم، ذلك أن المشرع اعتبر الدفع باتفاق التحكيم دفعا بعدم القبول فإنه لم يرتب على عدم التمسك به سقوط الحق فيه.

المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

I. المصادر:

أولا - القرآن الكريم:

سورة النساء, الآيات 35 - 58 - 65.

سورة مريم, الآية 12.

ثانيا - المصادر:

01- قانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (الجريدة الرسمية العدد 21، لسنة 2008).

02- المرسوم التشريعي رقم 09/93 مؤرخ في 25 أبريل 1993 المعدل والمتمم للأمر رقم 154/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون إجراءات المدنية، (الجريدة الرسمية عدد 27، لسنة 1993).

II. : المراجع:

أولا/ الكتب باللغة العربية:

01- إبراهيم احمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1997.

02- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار الفكر العربي، بيروت لبنان، 1999 .

03- أحمد أبو الوفا، " التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري"، ط.5، دار المعارف، الإسكندرية 1988.

04- أحمد السيد الصاوي، " التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم العربية" ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004 .

05- أحمد ع الكريم سلامة، " التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006 .

06- أحمد محمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم، ط3، دراسة مقارنة وفقا لآراء الفقه وأحكام القضاء، وهيئات التحكيم العربية والدولية، دار النهضة العربية ، القاهرة، مصر، 2005.

- 07- أرسطو : (384 ق م - 322 ق م) فيلسوف إغريقي ، تلميذ أفلاطون ومعلم الإسكندر الأكبر. كتب في العديد من المواضيع، بما في ذلك علوم الفيزياء والميتافيزيقا ، الشعر ، المسرح الموسيقي، والمنطق والبلاغة والسياسة والحكومة ، والأخلاق ، والبيولوجيا ، وعلم الحيوان. جنبا إلى جنب مع أفلاطون وسقراط (معلم أفلاطون)، أرسطو واحد من أهم الشخصيات في تأسيس الفلسفة الغربية. كان أول من إنشاء نظام شامل للفلسفة الغربية ويشمل الأخلاق وعلم الجمال والمنطق والعلم والسياسة والميتافيزيقا.
- 08- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تتازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية ج 2، دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع، الجزائر، 2003، .
- 09- أنور علي أحمد الطشي، مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم، ط9، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996.
- 10- بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2006 .
- 11- جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الادارية، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2007 .
- 12- جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية، دراسة مقارنة، ط1، منشورات زين الحقوقية، الرباط، المغرب، 2001.
- 13- جلال علي العدوي، مبادئ الالتزامات، مصادر الالتزام، ط2، منشأة المعارف بالإسكندرية مصر، 1997.
- 14- جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، ط2، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، القاهرة 2001 .
- 15- جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، ط3 ،دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 2002 .
- 16- حدادان طاهر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير فرع قانون التنمية الوطنية، كلية الحقوق تيزي وزو، 2012. .
- 17- حسام الدين فتحي ناصف. تأثير وتأثر اختصاص المحكمة بالقانون الواجب التطبيق، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1997 .

- 18- حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية، ط1، دار المستقبل العربي، القاهرة، مصر، 1987.
- 19- الحسن الكاسم، مقتضيات التحكيم على ضوء القانون 05_08 ، مجلة الحقوق ، العدد الثامن، جامعة الرباط ، المغرب، 2009 .
- 20- حفيظه السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، ط1، دار النهضة العربية بيروت، لبنان، 1996 .
- 21- حمزة أحمد حداد، " التحكيم في القوانين العربية"، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، دمشق سوريا، 2007.
- 22- خالد عزت المالكي، التحكيم، دط، مؤسسة النوري للطبع والنشر، دمشق، سوريا، 2003،.
- 23- سامي بديع منصور، القانون الدولي الخاص- حلول النزاعات الدولية الخاصة، ط3، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1990.
- 24- السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، ط1، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر 1983.
- 25- شعيب أحمد سليمان، التحكيم في منازعات تنفيذ الخطة الاقتصادية، دط، المكتبة القانونية بغداد، 1981.
- 26- صادق محمد جبران، التحكيم التجاري الدولي وفقاً للاتفاقية العربية للتحكيم التجاري، لعام 1987، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان، 2006.
- 27- صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص ط1، الدار الجامعية، الاسكندرية، 2005..
- 28- عبد الباقي الصغير، صعوبات التحكيم في عقود الانشاءات الدولية، العدد 4، مقالة بجامعة القاهرة، مصر 2009 .
- 29- عبد الجبار ناجي ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ط1، مطبعة اليرموك، بغداد، العراق (1394هـ/1974م).
- 30- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، وفقاً للقانون الكويتي، ج1، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، مكتبة الهداية، القاهرة مصر 1982.

- 31- عبد الرحيم حاتم الحسن، التحكيم في الشريعة والقانون ، ط3، مؤسسة النبراس للطباعة والنشر وتوزيع، النجف، العراق، 2010 .
- 32- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج4، المجلد الأول، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الأردن، 2000.
- 33- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دط، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر 2006 .
- 34- عبد الفتاح مراد، شرح العقود التجارية والمدنية، ط1، دار المنشورات الصريحة الثقافية، القاهرة مصر، 2005.
- 35- عبد القادر الطورة، قواعد التحكيم في منازعات العمل الجماعية، ط2. المطبعة الفنية الحديثة القاهرة، مصر، 1988.
- 36- عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص، ج1، ط11، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب القاهرة، مصر، 1999 .
- 37- علي عوض حسن، التحكيم الاختياري والاجباري في المنازعات المدنية والتجارية، ط2، منشأة المعارف، الاسكندرية 2004.
- 38- عليوش قريوع كمال، "التحكيم التجاري الدولي في الجزائر"، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 39- عمر إسماعيل سعد الله، تقرير المصير الاقتصادي للشعوب في القانون الدولي المعاصر، دط المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1986.
- 40- قادري عبد العزيز ، الاستثمارات الدولية التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات، دط دار هومة ، الجزائر، سنة 2004 .
- 41- قحطان الدوري، عقد التحكيم في الفقه الاسلامي والوضعي، ط1، مطبعة الخلود، بغداد العراق، 1985.
- 42- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، ط1، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر 2002 .
- 43- محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دط، دار النهضة العربية ، القاهرة، مصر، 2003 .

- 44- محسن شفيق، القانون التجاري الدولي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997.
- 45- محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، ط1، معهد الإدارة العامة، الرياض . السعودية، 1996.
- 46- محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض: دراسة في القانون المصري والفرنسي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1995.
- 47- محمد حسين عبد العال، ضوابط الاحتجاج والمستندات العقدية، ط2، دار النهضة العربية القاهرة مصر، 1998.
- 48- محمد سامي الشوا: التحكيم التجاري الدولي "أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية" المجلد الأول، المؤتمر 16 لجامعة الإمارات عن التحكيم التجاري الدولي، خلال الفترة 28 : 30 أبريل 2008، .
- 49- محمد سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة مصر، 1993.
- 50- محمد صبري السعدي، "الإثبات في المواد المدنية والتجارية"، بدون طبعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر 2009، .
- 51- محمد علي رضا الجاسم، القواعد الأساسية في الاقتصاد الدولي، ط2، بيت الحكمة، بغداد العراق، 1967.
- 52- محمود السيد عمر التحيوي، مفهوم التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2002، .
- 53- محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2007
- 54- محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية"، ج.1، اتفاق الحكيم، دار الفكر العربي، 1990.
- 55- محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية"، ط3 اتفاق الحكيم، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، 1990.

- 56- مصطفى محمد الجمال, عكاشة عبد العال, التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، ط1 منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1988 .
- 57- مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت . لبنان، 2002.
- 58- مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت . لبنان، 2002،
- 59- ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص، ج 1، ط2، عمان، الاردن 1998.
- 60- منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، ط1، منشأة المعارف الإسكندرية مصر، سنة 1997.
- 61- مهدي أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005 .
- 62- مهدي أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي، دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2005.
- 63- ناريمان عبد القادر، " اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994" ط1، دار النهضة العربية، 1996،.
- 64- ناصر ناجي محمد جمعان ، شرط التحكيم في العقود التجارية دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، جامعة عدن، اليمن، سنة 2008 .
- 65- نبيل اسماعيل عمر، " التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية"، ط2، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2005 .
- 66- هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، ط3، دار النهضة العربية القاهرة - مصر، 1998
- 67- هشام خالد ، معيار دولية التحكيم التجاري، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر 2006 .
- 68- هشام صادق ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، مصر، 2007 .

- 69- هناء عبد الغفار السامرائي، الاستثمار الأجنبي المباشر والتجارة الدولية، ط1، بيت الحكمة بغداد، العراق، 2002.
- 70- وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الاجنبي والدولة المضيفة لإستثمار، دط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2011 .
- 71- وليد بيطار، القانون الدولي العام، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت، لبنان، 2003، .
- 72- يوسف مسعداوي، "دراسات في التجارة الدولية"، بدون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- الكتب باللغة الأجنبية:**
- رابعاً- الرسائل والمذكرات:**
- 01- احمد الزقرد، "حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفاز"، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة التاسعة عشرة، الكويت، سبتمبر، (1995)، بند 44.
- 02- أسعد مر قاسم شجراوي، وسيلة التحكيم التجاري الدولي في الدول العربية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، ج الجزائر، 2014.
- 03- أشواق عبد الرسول، القيود الواردة على التراضي، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بابل (2005).
- 04- بوصنوبرة خليل، "القرار لتحكمي و طرق الطعن فيه وفقا للقانون الجزائري" رسالة دكتوراه جامعة متتوري قسنطينة، كلية الحقوق، 2007-2008
- 05- بولحية سعاد، استقلالية اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية الدولية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون يوسف بن خدة، الجزائر 2001.
- 06- صديق بغداد. اتفاقية التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الجزائري والقضاء التحكيمي. مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص. تحت إشراف: الأستاذ بن حمو عبد الله. كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان. 2001/2002 .

07- عبد القادر معروف، فكرة الشكلية في العقود والتصرفات، أطروحة دكتوراه قدمت إلى جامعة بغداد، كلية القانون، (2004م).

08- محمد فوزي دبّاس العبادي، التسهيلات الاستثمارية وأثرها على الاستثمار الأجنبي المباشر رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس المعهد العالي للدراسات السياسية والدولية في الجامعة المستنصرية 2004.

خامسا - الموسوعات:

01- محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية، مج1، ط1، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2008..

02- وائل أنور بندق، موسوعة التحكيم: الاتفاقيات الدولية وقوانين الدول العربية"، د ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.

Les ouvrages

01- Le boulanger Philip :Les contract enter etats et enter ،Paris : 1985

02- Bertrand Moreu EtThierry Bernard Droit Interen Et Droit Interratio Del arbitrage (2em) Edition Parise1985 .

03- Bertrand Moreu EtThierry Bernard ، Droit Interen Et Droit Interratio Del arbitrage (2em) Edition ، Parise . P 59. ،1985.

الفهرس

الفهرس

الرقم	العنوان	الصفحة
01	مقدمة.....	6
02	الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لاتفاق التحكيم	
03	المبحث الأول: مفهوم اتفاق التحكيم.....	12
04	المطلب الأول: تعريف التحكيم وطبيعته.....	12
05	الفرع الأول - نشأة التحكيم.....	12
06	الفرع الثاني - تعريف التحكيم لغة.....	13
07	الفرع الثالث - تعريف التحكيم اصطلاحا.....	14
08	الفرع الرابع: تعريف التحكيم في القانون الجزائري.....	14
09	الفرع الخامس - تعريف التحكيم بشكل عام ومن منظور فقهي.....	19
10	الفرع السادس - تعريف اتفاق التحكيم.....	20
11	المطلب الثاني: انواع التحكيم.....	28
12	الفرع الأول - من حيث هيئة التحكيم	28
13	الفرع الثاني - من حيث المدة	28
14	الفرع الثالث - من حيث حرية الارادة	28
15	الفرع الرابع: من حيث التقيد بالإجراءات القضائية.....	29
16	الفرع الخامس - من حيث مداه	29
17	الفرع السادس: من حيث نطاق التحكيم	30
18	المبحث الثاني: شروط اتفاق التحكيم.....	33
19	المطلب الأول: الشروط الموضوعية في اتفاق التحكيم.....	33
20	أ- اهلية الدولة او اشخاص القانون العام	33
21	ب- محل التحكيم	35
22	المطلب الثاني: الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم.....	36
23	1- الشكل الكتابي المتطلب قانونا.....	38
24	2 - طبيعة شرط الكتابة.....	39

25	 خلاصة الفصل	42
26	الفصل الثاني: آثار اتفاق التحكيم	
27	المبحث الأول: الآثار الموضوعية.....	44
28	المطلب الأول: القوة الملزمة لاتفاق التحكيم.....	44
29	الفرع الأول- مفهوم الالتزام ومصادره.....	44
30	أ- مفهوم الالتزام.....	44
31	ب- مصادر الالتزام.....	46
32	المطلب الثاني: استقلالية اتفاق التحكيم.....	52
33	- صلاحيات المحكم.....	55
34	المبحث الثاني: الآثار الإجرائية.....	57
35	المطلب الأول: استبعاد الاختصاص القضائي.....	57
36	أولاً- التعريف بالاختصاص القضائي الدولي.....	57
37	ثانياً- استقلال الاختصاص التشريعي عن الاختصاص القضائي.....	58
38	ثالثاً- التأثير المتبادل للاختصاصين التشريعي والقضائي.....	60
39	رابعاً: الجهة التي تحدد الاختصاص القضائي الدولي.....	61
40	خامساً: القيود المقررة على حرية الدولة في تحديد الاختصاص الدولي لمحاكمها.....	62
41	أ- قيود يفرضها العرف الدولي.....	62
42	ب- قيود يقتضيها التعايش المشترك بين الدول.....	62
43	سادساً: الضوابط العامة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي.....	62
44	سابعاً: أوجه التمييز بين قواعد تنازع القوانين وقواعد الاختصاص القضائي	63
45	ثامناً: العلاقة بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي.....	63
46	المطلب الثاني: مبدأ الاختصاص بالاختصاص.....	65
47	أولاً- تعريف مبدأ الاختصاص بالاختصاص.....	65
48	ثانياً- الإطار النظري لمبدأ الاختصاص بالاختصاص.....	66
49	ثالثاً- مضمون مبدأ الاختصاص بالاختصاص.....	68

50	رابعاً- تكريس مبدأ الاختصاص بالاختصاص.....	68
51	خامساً- تكريس مبدأ الاختصاص بالاختصاص على الصعيد الدولي.....	68
52	سادساً- تكريس مبدأ الاختصاص بالاختصاص في القانون المقارن	
	والتشريع الجزائري.....	69
53	سابعاً- مبررات مبدأ الاختصاص بالاختصاص والأساس الذي يقوم عليه.	71
54	ثامناً- مبررات مبدأ الاختصاص بالاختصاص.....	71
55	تاسعاً- أساس مبدأ الإختصاص بالاختصاص.....	73
56	عاشراً- الإطار الإجرائي لمبدأ الإختصاص بالاختصاص.....	75
57	خلاصة الفصل	81
58	الخاتمة.....	82
59	قائمة المصادر والمراجع.....	85
60	الفهرس.....	93
61	الملخص	

الملخص

تتأى الاهتمام بالتحكيم كوسيلة لحل المنازعات المدنية والتجارية لأسباب مختلفة. من ذلك نمو العلاقات الاقتصادية الدولية بين الأفراد الذي أدى بدوره إلى نشوء "مجتمع عالمي له كيانه الخاص"، وهو مجتمع الأعمال الدولي الذي له حاجاته الخاصة ومنها تطبيق قواعد تلائم العلاقات التجارية الدولية التي قد لا يواكبها المشرع والقاضي الوطني. يضاف إلى ذلك ما يتمتع به التحكيم من سرية وحرية للأطراف في اختيار القواعد المطبقة على الإجراءات والموضوع. ويتجلى الاهتمام بالتحكيم في الاعتناء بتنظيمه على الصعيدين الوطني والدولي وفي انتشار مراكز التحكيم الإقليمية والدولية.

ورغم الاهتمام بالتنظيم القانوني للتحكيم في عدة بلدان ، سواء من خلال تحديث القانون الداخلي أو المصادقة على اتفاقيات دولية خاصة بالتحكيم، فإن تطور التحكيم التجاري الدولي أدى إلى ظهور مسائل وقضايا جديدة لا يجد المرء موقفا صريحا منها في قانون التحكيم ولا في الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة. كما أن القضاء لم يتعرض لهذه المسائل.

Résumé

L'intérêt pour l'arbitrage s'est accru en tant que moyen de résoudre les différends civils et commerciaux pour diverses raisons. Que la croissance des relations économiques internationales entre les individus, ce qui a conduit à l'émergence d'une « communauté mondiale avec sa propre entité », qui est la communauté d'affaires internationale, qui a ses propres besoins, y compris les règles adaptées aux relations commerciales internationales qui ne peuvent être accompagnés par le législateur et le juge demande nationale. En outre, la discrétion et la discrétion des parties quant au choix des règles applicables à la procédure et à l'objet. L'intérêt pour l'arbitrage se reflète dans son organisation nationale et internationale et dans la prolifération des centres d'arbitrage régionaux et internationaux

Malgré l'intérêt de la réglementation juridique de l'arbitrage dans plusieurs pays, que ce soit la modernisation du droit interne ou la ratification des

conventions internationales, le développement de l'arbitrage commercial international a suscité de nouveaux problèmes et questions que la loi Le système judiciaire n'a pas été exposé à ces problèmes.