جامعة قاصدي مرباح–ورقلة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي

الميدان:الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: قانون عام للأعمال

من إعداد الطالبة: طبيب عربية

بعنوان

شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية

نوقشت وأجيزت بتاريخ: 2013/06/15

أمام اللجنة المكونة من السادة:

الدكتور (قاسمي الحسني عبد المنعم /أ.محاضر(أ) جامعة قاصدي مرباح ورقلة) رئيسا

الدكتورة (لعجال يسمينة / أ. محاضر (ب) جامعة قاصدي مرباح ورقلة) مشرفا و مقررا

الدكتور (قريشي محمد/ أ.محاضر(أ) جامعة قاصدي مرباح ورقلة) مناقشا

السنة الجامعية: 2012 / 2013

الإهداء

* إلى من رعتني بعيناها و كستني بحلها و عطفها إلى أحب الناس إلى قلبي حفظها الله و أبقاها لي تاجا فوق رأسي إلى ..... أمي.

* إلى من عرفني الحرف و مسك القلم في المهد إلى من أحسن تربيتي إلى.....أبي العزيز حفظه الله و أطال في عمره.

* إلى جدتي الغالية ....أطال الله عمرها

* إلى سندي الأمن و عزوتي في هذه الحياة أخوتي و أخواتي ..... أحمد. عثمان. نوارة محرزية.أسماء.

* إلى زوجي العزيز و رفيق دربي في الحياة حسن حجاج

* إلى أبناء إخوتي.....عمر.عبد العزيز.حنان.يعقوب.إسحاق.... إلى الفراشات الشقيات ... جنات . نور الإيمان . منال . أسيا . فائزة

* إلى خالاتي و أخوالي ..... إلى زوجات إخوتي ..... إلى أعز صديقاتي .... إلى زملائي في الدفعة

* إلى عائلة حجاج

* إلى كل من قدم لي يد العون من قريب أو بعيد و لو بالكلمة الطيبة

إلى كل هؤلائي أهدي هذا العمل المتواضع

شكر و عرفان

لا شك أن الزرع لا يستوي على سوقه إلا إذا وجد رعاية وعناية و الغر لا يشتد عوده إلا إذا لقي مثل ذلك و قد جاء في الأثر :

«لا يشكر الله من لا يشكر الناس»

وإن عملنا هذا لم يكن ليرى النور، لو لم تتضافر جهود، وتتكاتف جنود، كانوا لنا عضدا وسندا ومهدوا لنا الطريق للوصول .ولما كانت عوامل الزمان والمكان والمقام لا تسمح بعد كل أولئك الذين مدوا لنا يد العون.فإنني أتقدم بأسمى عبارات الشكر والتقدير إلى كل من ساعدني في إنجاز هذه المذكرة ولو بالكلمة الطيبة، واذكر على رأسهم الدكتور ة لعجال يسمينة بتوجيهاتها ونصائحها و الأستاذ بوليفة و زميلتي سميرة . كما أتوجه بخالص شكري إلى كل أساتذة قسم الحقوق.

مقدمة

مقدمة

يعد القضاء الطريق الطبيعي لفض النزاعات التي قد تنشأ بين الأشخاص، باعتباره أحد السلطات الثلاثة، إلا أنه لم يكن دائما الوسيلة الوحيدة للفصل في المنازعات، فقد عرفت البشرية التحكيم كطريق للاقتضاء قبل نشوء الدولة وبسط سلطاتها القضائية على رعاياها، وبقي اللجوء إليه لبساطة الإجراءات والسرعة في الفصل وسرية الجلسات، بخلاف القضاء الذي يتسم بتعقيد إجراءاته وبطء الفصل في النزاعات التي تأخذ طابع الدولية، وقد ازدهر التحكيم التجاري الدولي بعد اكتشاف الثروات المعدنية في دول العالم الثالث والتي كانت تمنح امتيازات لاستثمار الشركات الكبرى، كما أصبح التحكيم التجاري الدولي ضرورة يمليها واقع التجارة الدولية فأبرمت اتفاقيات دولية متعددة لتنظيمية.

ويعد التحكيم التجاري الدولي في الوقت الحاضر أهم وسيلة يرغب المتعاملون في التجارة الدولية باللجوء إليها لحسم خلافاتهم الناتجة عن تعاملهم ، فلا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة الدولية من شرط التحكيم يلجأ بموجبه إلى التحكيم عند نشوء خلاف أو نزاع يتعلق بتفسير أو تنفيذ ذلك العقد، ذلك لأن العقود الدولية تختلف عن العقود الخاصة بالتعامل الداخلي، حيث أن هذه الأخيرة تحكمها قواعد القانون الداخلي، أما العقود الدولية فتكون في الغالب بين أطراف تنتمي إلى دول مختلفة وتختلف قوانين تلك الدول في معالجة القضايا التي تطرح نتيجة الخلاف بين الأطراف ،في الوقت الذي نجد فيه على الصعيد الدولي أن قواعد التحكيم أصبحت وسيلة لفض منازعات التجارة الدولية ،والأمر الآخر الذي جعل الإقبال شديدا على حسم المنازعات بالتحكيم هو تجنب المتعاقدين عرض خلافاتهم لحسمها من قبل محاكم دولة الطرف الآخر، والخضوع لقواعد تنازع القوانين لما في ذلك من تحمل لرسوم وتكاليف باهظة و استغراق وقت طويل.

أسباب اختيار الموضوع.

أسباب موضوعية : تتمثل في البحث في موضوع شرط التحكيم كونه من يعتبر أهم وسيلة لحل منازعات عقود التجارة الدولية خاصة بازدياد وتيرة التجارة الدولية، واتساع حرية التجارة من خلال القضاء على العراقيل الإدارية والقانونية التي تفرضها الدول في قوانينها الداخلية ،لجلب المستثمرين وتطوير النشاط التجاري والاقتصادي عن طريق إبرام عقود تتضمن شرط التحكيم من أجل حل النزاعات.

أسباب ذاتية : و تتمثل في الرغبة في دراسة هذا الموضوع .

أهمية البحث:

سنقتصر في دراستنا هذه على دراسة شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية ،والذي يعد مسألة أساسية تظهر جوهر عملية التحكيم والذي سيستند في الأساس إلى إرادة لأطراف بغية اللجوء إلى التحكيم بصدد حل النزاعات التي قد تثور بينهم عند تنفيذ العقد أو تفسيره، ولأنهم يختارون الأشخاص الذين يتولون مسألة التحكيم من بين المعروفين لديهم وممن يتصفون بمعرفة نوعية التعامل التجاري الذي حدث النزاع بسببه، ومن المعروف بحيادهم واستقلالهم وللطرفين أيضا حرية اختيار مكان التحكيم والقواعد الواجبة التطبيق على سير إجراءاته، لهذا أصبح للتحكيم أهمية كقضاء خاص واستثنائي، ولا سيما في منازعات التجارة الدولية، مع انتشار مراكز التحكيم ومؤسسات متخصصة لها مكانة دولية ونشاط واسع في تسوية القضايا تعرض على التحكيم سنويا.

الإشكالية:

نظرا لكون العديد من عقود التجارية الدولية تتضمن شرط التحكيم ، فهل يعتبر شرط التحكيم اتفاقا يترتب التزامات متبادلة أم أنه عبارة عن مجرد ضمان إجرائي تلجأ إيه الأطراف المتعاقدة لحل النزاع عن طريق التحكيم؟ وللإجابة على هذه الإشكالية سنقوم بتقسيم الدراسة إلى فصلين، الفصل الأول سنتناول فيه شرط التحكيم اتفاق بين الأطراف المتعاقدة ويتضمن مبحثين المبحث الأول نتعرض فيه إلى مفهوم شرط التحكيم، والمبحث الثاني تناولنا فيه استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، و الفصل الثاني شرط التحكيم وسيلة لحل النزاعات و يتضمن مبحثين المبحث الأول آثار قبول شرط التحكيم و المبحث الثاني انقضاء شرط التحكيم.

المنهج المتبع:

اعتمدنا على المنهج المقارن في دراسة شرط التحكيم في بعض التشريعات الوطنية وكذلك الاتفاقيات الدولية التي تعرضت للتحكيم، وذلك من خلال مقارنة النصوص بالإضافة إلى المنهج التحليلي في تحليل بعض نصوص تلك التشريعات.

الفصل الأول

شرط التحكيم اتفاق بين الأطراف المتعاقدة

الفصل الأول: شرط التحكيم اتفاق بين الأطراف المتعاقدة

يعتبر التحكيم أحد الوسائل البديلة عن القضاء لتسوية المنازعات التجارية، وشاع اللجوء له في العقود الدولية، بحيث أصبح هو القاعدة في ميدان التجارة الدولية، باعتبار أن الغالبية العظمى من قضايا التحكيم التجاري الدولي تنشأ استنادا إلى شرط التحكيم، وهذا لأخير عرف في ظل الفكر القانوني، القديم عدة صعوبات قانونية حالت دون قيامه بالشكل المطلوب، وقد ساعدت الظروف الاقتصادية في فرضه ووجوده وأخذ طريقه نحو الاعتراف به، فأصبح اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في وقتنا الحالي أمرا ملحا، وذلك لتلبية متطلبات الأعمال الحديثة والتي لم تعد المحاكم قادرة على التصدي لها بشكل منفرد، خاصة مع التطور المستمر في التجارة الدولية، وما نتج عن ذلك من تعقيد المعاملات، و الحاجة إلى السرعة و الفعالية في حل النزاعات، فكان التحكيم هو الوسيلة الأنجح لذلك، لأن الأطراف في الخصومة يختارون من الجهة المختصة بالفصل في النزاع فور إبرام العقد وقبل أن تثور أي منازعة بصده ، وذلك من خلال إدراج شرط التحكيم في العقد الأصلي أو في وثيقة مستقلة عنه.

وسنتطرق في هذا الفصل إلى مفهوم شرط التحكيم في المبحث الأول و استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي في المبحث الثاني.

المبحث الأول: مفهوم شرط التحكيم

نتيجة لتشعب العلاقات التجارية والاقتصادية واختلاف مصالحها وأهدافها، أصبح لشرط التحكيم أهمية كبيرة سيما في عقود التجارية الدولية، وذلك من خلال الاتفاق المسبق إلى اللجوء للتحكيم، وفي هذا المبحث سنستعرض إلى تعريف شرط التحكيم و الطبيعة القانونية له في مطلب أول، و تمييز شرط التحكيم عن مشارطة التحكيم و شروط صحة الشرط ألتحكيمي في مطلب ثاني .

المطلب الأول: تعريف شرط التحكيم و طبيعته القانونية

سنتناول في هذا المطلب تعريف شرط التحكيم في الفقه و في التشريعات المقارنة، ونبين الطبيعة القانونية لشرط التحكيم.

الفرع الأول: تعريف شرط التحكيم في الفقه وفي التشريعات المقارنة

أولا: تعريف شرط التحكيم في الفقه

يقصد بشرط التحكيم (اتفاق الأطراف على إحالة ما ينشأ من نزاع حول تفسير العقد أو تنفيذه يفصل فيه بواسطة التحكيم، وقد يرد هذا الشرط في نفس العقد الأصلي- مصدر الرابطة القانونية-أو في اتفاق لاحق، بما يعني تنازل المتعاقدين مسبقا وقبل نشوء النزاع بينهم عن اللجوء إلى القضاء المختص) [1].

ويعرف أيضا بذلك (الاتفاق الذي يتم النص عليه في العقد الأصلي ويتفق الطرفان بموجبه على إحالة النزاعات التي قد تنشأ بينهم إلى التحكيم) [2].ويعرف أيضا بأنه (الاتفاق الذي يكون مبرما ما بين أطراف الاتفاق على التحكيم بشأن الفصل في نزاع محتمل وغير محدد، يمكن أن ينشأ في المستقبل عن تفسير العقد أو تنفيذه عن طريق هيئة تحكيم)[3].

---

(1) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، ط2، دار الفتح للتجليد الفني، الإسكندرية، 2000 ص78.

(2) قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمار، د ط، دار هومة،الجزائر، 2004،ص259.

(3) محمود السيد عمر التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، ط1 ،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية2007، ص65.

ثانيا: تعريف شرط التحكيم في التشريعات المقارنة

بالنسبة للمشرع الفرنسي، فإنه لم يعرف الشرط التحكيم في التحكيم الدولي بينما عرفه في التحكيم الداخلي في المادة 1442 من مجموعة المرافعات الفرنسية، وذلك بنصها على أنه "اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد من العقود بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل للتحكيم[1].

وعرف المشرع الجزائري شرط التحكيم في القانون الداخلي، في نص المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بنصها "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم" [2].

وفيما يتعلق بالتحكم التجاري الدولي فالمشرع الجزائري لم يفرق بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم كما فعل في القانون الداخلي وإنما قام بجمعها في نص واحد وذلك في نص المادة 1040 والتي تنص على أنه "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية ".[3]

وعرف المشرع المصري شرط التحكيم في الفقرة الأولى من المادة العاشرة من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994، على أنه "اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية"[4].

ونص عليه المشرع الأردني في المادة 11 من قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001 على أنه "يجوز أن يتم اتفاق التحكيم سابقا على نشوء النزاعات سواء كان مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل المنازعات أو بعضها التي قد تنشأ بين الطرفين.." [1].

---

(1) محمود السيد عمر التحيوي، نفس المرجع ، ص41.

(2) المادة 1007، من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،ج ر عدد 21 .

(3) المادة 1040 من نفس القانون.

(4) المادة 1/10 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

و قد نصت اتفاقية نيويورك لسنة 1985 على شرط التحكيم في المادة الثانية على أنه:

"تعترف كل دولة متعاقدة باتفاق الأطراف المكتوب الذي يلزمهم بالالتجاء للتحكيم لحل منازعاتهم التي نشأت أو ستنشأ عن علاقة قانونية معنية بينهم، متى تعلقت بمسألة يجوز حلها بالتحكيم، ويقصد بالاتفاق المكتوب شرط التحكيم الوارد في عقد أو اتفاق تحكيم وقع عليه الأطراف أو تضمنته رسائل أو برقيات متبادلة بينهم" [(2)].

وعرفه قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري في المادة 7 في فقرتها الأولى على أن "تفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم، جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة سواء أكانت تعاقدية أو غير تعاقدية".[(3)]

من خلال التعريفات السابقة لشرط التحكيم، نلاحظ أنه هناك اتجاه تشريعي يهدف إلى إخضاع المنازعات التي قد تنشأ حول تفسير العقد أو تنفيذه إلى التحكيم ،وهذه المنازعات تكون محتملة وغير محددة، سواء ورد هذا الاتفاق في صلب العقد أو في اتفاق مستقل.

فميزة شرط التحكيم هو ورده قبل نشؤ النزاع سواء في العقد الأصلي أو في عقد مستقل عنه ،كما أنه يعبر عن تطابق إرادة طرفي العقد على ضرورة حسم أي نزاع قد ينشأ عن تطبيق هذا العقد بطريق التحكيم، سواء كان النزاع فنيا (صناعيا أو زراعيا أو هندسيا) بحسب طبيعة موضوع العقد الأصلي أو قانونيا أو ماليا [(4)]، وليس لشرط التحكيم صيغة معينة وإنما يجب أن تكون الصيغة واضحة ومحددة المعالم، لا تثير تفسيرات مختلفة لدى الأطراف المتنازعة أو لدى المحكمين[(5)].

---

(1) المادة 11 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001.

(2) المادة 2 من اتفاقية نيويورك لعام 1958 المتعلقة، باعتماد وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

(3) المادة 1/7 من قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 المعدل في 2006.

(4) أحمد أبو الوفاء، التحكيم في القوانين العربية، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية 1998، ص17.

(5) فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص110.

وقد أوردت بعض القواعد التحكمية الدولية أمثلة على صيغ شرط التحكيم، لكي يتمكن الأطراف من الاستئناس بها عند وضعهم للشرط، مثال ذلك جاء في هامش المادة الأولى من قواعد التحكيم التي وصفتها الأونسترال بنصها "كل نزاع أحكامه أو فسخه أو بطلانه يسوى بطريق التحكيم وفقا لقواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي كما هي سارية المفعول حاليا[1].

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لشرط التحكيم

تثير طبيعة شرط التحكيم بعض من الصعوبات خاصة عند تكييفه، بمعنى أن تسمية بالشرط تثير صعوبة من حيث أن شرط التحكيم، يعد شرط كبقية الشروط المنظمة في القانون المدني [2] أم أنه متميز عنها، وهناك من يرى أنه وسيلة إجرائية لفض المنازعات التي قد تنشأ بصدد تنفيذ العقد أو تفسيره وهناك اتجاه أخر يعتبر شرط التحكيم بمثابة عقد بكل ما يعنيه ذلك من الناحية القانونية.

فالشرط في القانون المدني يعتبر أمرا عارضا يلحق عنصرا جوهريا في العقد، فهو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع وغير مخالف للنظام العام، والشرط في القانون المدني إما يكون شرطا واقفا أو شرطا فاسخا، فالاتجاه الذي يرى أن شرط التحكيم عند تكييفه بأنه شرط وافق يبررون ذلك بأن إتباع سلوك التحكيم مشروطا بقيام انتزاع الذي يعد شرطا لتنفيذ الالتزام بحل النزاع بواسطة التحكيم[3].

وإن كان شرط التحكيم قد يشبه الشرط المنظم في شروط العقد كونه يختلف عن المنظم في القانون المدني في اشتراط الأهلية والكتابة وتعيين المحكمين، ذهب البعض إلى تكييف شرط التحكيم بأنه الوعد بالتحكيم قياسا على الوعد بالتعاقد، وعرفوا شرط التحكيم بأنه الوعد بالتحكيم فيما يثور مستقبلا من منازعات بين المتعاقدين من منازعات تنشأ عند تنفيذ العقد الذي يتضمن هذا الوعد، وشرط التحكيم لا

(1) فوزي محمد سامي، نفس المرجع ، ص110.

(2) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق، ص81.

(3) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، نفس المرجع، ص82.

تطبق عليه شروط الوعد بالتعاقد [1]. إذ أن الوعد بالتعاقد يعتبر اتفاق يتم بتوافق إرادتين بموجبه يعد أحد العاقدين الآخر، بإبرام عقد معين في المستقبل إذا أظهر رغبته في ذلك خلال مدة معينة ،فيلتزم الواعد بهذا الاتفاق دون أن يلتزم الموعد له بشيء.

فشرط التحكيم هو اتفاق بالفعل لكنه ليس اتفاقا على التحكيم بالمعنى المقصود وإنما هو مجرد اتفاق يعد بمقتضاه كل من الطرفين الآخر بإبرام الاتفاق على التحكيم في المستقبل، إذا ما قام بينها نزاع بصدد العلاقة التي ورد بشأنها شرط التحكيم وأساس شرط التحكيم هو رضا طرفي الاتفاق، إلا أن التحكيم يصبح إجباريا بعد الاتفاق عليه، إذ يكون الاختيار متعلقا بحرية الاتفاق على التحكيم أو عدم الاتفاق عليه، ودور الإرادة أساسي في شرط التحكيم.[2]

وبالرجوع إلى التشريعات المقارنة، نجد أن في القانون الفرنسي الجديد أصبح الاتفاق ألتحكيمي يحتل المرتبة الثانية، بينما كان يحتل المرتبة الأولى بل كان وحده ذا مكانة في قانون المرافعات القديم حيث كان الشرط ألتحكيمي غائبا، وجاء التشريع الجديد ليوجد واقعا مستجدا في التجارة الداخلية والدولية ومكرسا الشرط ألتحكيمي، الذي تقدم على الاتفاق ألتحكيمي، وليصبح المصدر الرئيسي للتحكيم. [3] إذا لم يكن من السهل في ظل قانون المرافعات القديم على الفقه والفقهاء إسباغ وصف اتفاق التحكيم على ما يعرف بشرط التحكيم لأنه لا يواجه نزاعا قائما بالفعل، وإنما مجرد منازعات احتمالية يمكن أن تتحقق كما يمكن أن لا تتحقق في المستقبل مع عدم إمكانية تحديد موضوع النزاع حيث ذهب الفقه والقضاء إلى إنكار وصف اتفاق التحكيم على ما يعرف بشرط التحكيم ،إلا أن هذا الشرط مع ذلك كان مألوفا في كثير من الحالات بتزايد عددها مع مرور الأيام لذلك كان على الفقه والقضاء أنه يحدد القيمة القانونية لهذا الشرط..

(1) أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، ط5، الإسكندرية، 1988، ص112.

(2) قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص260.

(3) عبد الحميد الأحدب، التحكيم أحكامه و مصادره، الجزء الأول، د ط، نوفل للنشر والتوزيع، لبنان،1990 ،ص109.

المطلب الثاني: تميز شرط التحكيم عن مشارطة التحكيم وشروط صحته

سنقوم من خلال هذا المطلب بتمييز شرط التحكيم عن مشارطة التحكيم في الفرع الأول ونتطرق إلى الشروط الواجب توفرها لصحة شرط التحكيم في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تميز شرط التحكيم عن مشارطة التحكيم

قد يرد اتفاق التحكيم ضمن نصوص عقد من العقود أو مستقلا عنها لمواجهة ما قد يحدث من خلاف في تفسير العقد الأصلي أو تنفيذه، ويسمى الاتفاق في هذه الحالة شرط التحكيم، وقد يأتي هذا الاتفاق بعد نشوء نزاع معين بقصد إيجاد حل له ويمسى في هذه الحالة مشارطة التحكيم.[1]

وفي هذا سنتناول أوجه الاتفاق و الاختلاف بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم.

أولا:أوجه الاتفاق بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم

ونعني بها نقاط تلاقي شرط التحكيم مع مشارطة التحكيم.

– يتم الالتجاء في كلا من شرط التحكيم ومشارطة الاتفاق على إحالة النزاع المتعلق بتنفيذ أو تفسير عقد من العقود، إلى جهة غير المحاكم للفصل فيه ويكون القرار ألتحكيمي الصادر من هيئة التحكيم ملزم للأطراف التي لجأت لهذا التحكيم[2].

- يجب أن يرد اتفاق التحكيم في شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم على مسألة يجوز الفصل فيها عن طريق التحكيم أي أن يكون محل التحكيم مشروعا ويقبل الفصل فيه عن طريق التحكيم، إذ تنص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "يجوز لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

(1) ما جد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2004، ص169.

(2) طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، ط7، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2010، ص228.

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم، ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".[1]

فالمسائل التي تمس النظام العام لا يجوز اللجوء فيها إلى التحكيم، غير أن مسألة النظام العام عند الحديث عن التحكيم الدولي تختلف من دولة الأخرى، وقد نصت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة باعتماد القرارات التحكمية الأجنبية وتنفيذها، على حق الدولة في رفض تنفيذ حكم المحكمين لمخالفته للنظام العام.

– قيام شرط التحكيم ومشارطة التحكيم على مبدأ الرضائية والاتفاق وهذه ميزة تميز التحكيم وسمة من سماته، فالعقد شريعة المتعاقدين لذا فإن شرط التحكيم ومشارطة التحكيم يشتركان في أنهما يقومان على مبدأ الرضائية[2] ،فالالتزام الخصوم بالحكم الصادر من المحكم أو المحكمين المعنيين يستند إلى إرادة ورغبة الخصوم أنفسهم والثابتة بموجب شرط أو مشارطة التحكيم، حيث ارتضوا بكامل إرادتهم للخضوع للتحكيم وللحكم المتولد عنه[3].

– ضرورة تعلق شرط التحكيم ومشارطة التحكيم على منازعة لم يتم الحسم فيها نهائيا بإحدى وسائل إنهاء النزاع سواء عن طريق حكم قضائي حاسم ،أو عن طريق حكم تحكيمي نهائي صادر عن هيئة تحكيم فاتفاق التحكيم يقتضي التزام الخصوم بسلب الاختصاص من المحاكم المعنية وطرحه على المحكم أو هيئة تحكمية، بحيث تصدر حكما فيه ينهي النزاع المعنى، غير أن التحكيم لا ينهي النزاع بمجرد إبرام الاتفاق على التحكيم إنما ينتهي بممارسة المحكم المختار لمهمته وإصداره حكم فيه.[4]

(1) المادة 1006، من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

(2) عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص21.

(3) هشام خالد، أولويات التحكيم التجاري الدولي، د.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص73.

(4) هشام خالد، نفس المرجع، ص17.

-يجب أن يكون هناك اتفاق واضح في الشرط أو المشارطة يحيل إلى التحكيم، إن كانت غالبية تشريعات الدول والاتفاقيات الدولية تشترط أن يرد هذا الاتفاق كتابة مثل القانون الجزائري وقانون الأونسترال لتحكيم التجاري الدولي.

ثانيا-أوجه الاختلاف بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم:

-يتميز شرط التحكيم عن المشارطة في كونه يرد على نزاع محتمل مستقبلي [1] ،أي سابق على قيام المنازعة وقد يقع مثل هذا النزاع فعلا فيحال إلى التحكيم وقد لا يقع فلا يعمل بشروط التحكيم، ويرد شرط التحكيم في العقد الأصلي في بدايته أو نهايته أو في أي مكان آخر بينهما ،إلا إذا تبين من الشرط أنه يقصد به منازعات معينة ناشئة عن العقد وليس جميعها،كما قد يرد شرط التحكيم في عقد مستقل عن العقد الأصلي، أما مشارطة التحكيم فهي اتفاق يبرم بين الأطراف الخصوم بعد حدوث النزاع بينهم، أي تتعلق بنزاع وقع فعلا[2]، وهي الصورة الأسبق ظهورا واعترافا بها، وميزة المشارطة إبرامها بعد قيام النزاع سواء قبل رفع الدعوى أمام القضاء وهو الأمر الغالب، أو بعد رفع الدعوى، وهذا يعني التنازل وترك الخصومة أمام القضاء والتنازل أيضا عن الأحكام السابقة الصادرة لصالح أحد الخصوم قبل إبرام المشارطة، إلا إذا تحفظ الخصوم في المشارطة على التمسك بما قد صدر لصالحهم من أحكام قضائية قبل إبرام اتفاقية التحكيم[3] أما في الشرط فيتم التنازل عن اللجوء إلى القضاء قبل نشوء النزاع[4].

- ويختلف شرط التحكيم عن مشارطة التحكيم في كون أن موضوع النزاع غير محدد لحظة الاتفاق على التحكيم، إلا أن هذا لا يمنع من تحديده مستقبلا في حالة قيام نزاع بينهم، إذ يبرمون اتفاق خاصا للفصل

(1) احمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري و الإجباري، مرجع سابق،ص112.

(2) احمد بلقاسم،التحكيم الدولي، ط2، دار هومة، الجزائر،2006،،ص131.

(3)عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق،ص75،76.

(4)احمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري و الإجباري، ص112.

فيه عن طريق هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين أو هيئات غير قضائية [1] . وفي مشارطة التحكيم يتم تحديد موضوع النزاع وأسماء المحكمين وكذا إجراءات التحكيم، حيث أن عدم تحديد موضوع النزاع في المشارطة يؤدي إلى بطلان الاتفاق، إضافة إلى أنه قد ينص على القانون الواجب التطبيق[2].

والهدف من تحديد النزاع المحتمل وغير المحدد أو القائم بالفعل بين أطراف الاتفاق على التحكيم شرط كان أو مشارطة لحظة إبرام الاتفاق والمراد الفصل فيها عن طريق هيئة التحكيم هو الرغبة في ألا ينزل الأطراف المحتكمون عن ولاية القضاء العام في الدولة، إلا في نزاع محدد تختص بالفصل فيه هيئة التحكيم المكلفة بذلك.

وتبرز أهمية التفرقة ما بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم بشكل خاص في أن بعض القوانين الوطنية تتطلب في مشارطة التحكيم تحديد طبيعة النزاع الذي وقع فعلا والمسائل التي يشملها التحكيم تحت طائلة بطلان الاتفاق ومثل هذه القوانين القانون الجزائري والمصري بخلاف شرط التحكيم الذي يتعلق بنزاع مستقبلي.

الفرع الثاني: شروط صحة الشرط ألتحكيمي

بما أن شرط التحكيم عبارة عن عقد يتم بين الأطراف فإن صحة هذا العقد ونفاده لا يكون صحيحا، إلا إذا توفرت الشروط اللازمة لصحته ولقد أجمعت الآراء على ضرورة أن تفصل الهيئة التحكمية في النزاع استنادا إلى اتفاق تحكيم يشترط فيه الصحة، وبهذا استقرت التشريعات والاتفاقيات الدولية على اعتبار اتفاقية التحكيم صحيحة متى كانت إرادة الأطراف سليمة وخالية من عيوب الرضا وكان موضوع النزاع

(1)محمود السيد عمر التحيوي، مرجع سابق ،ص66.

(2) قادري عبد العزيز، مرجع سابق ، 260 .

قابلا للفصل فيه عن طريق التحكيم [1]، وعلى ذلك فهناك الشروط الشكلية والشروط الموضوعية لشرط التحكيمٍ.

أولا: الشروط الشكلية

تنص الفقرة الثابتة من المادة 1040 من قانون إ.م.ا.ج على أنه "يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الاثباث بالكتابة"[2].

وعليه فإنه لا بد أن تترجم اتفاق التحكيم في وثيقة مكتوبة أو بأية شكلية أخرى من شأنها أن تقبل الإثبات بالكتابة، وأي خروج على هذه الشكلية يترتب عنه جزاء البطلان على تخلف هذا الشرط، ويتفق الكثير هنا أن المقصود بالاتفاق المكتوب هو شرط التحكيم المدرج في العقد أو الاتفاق عن طريق وسائل الاتصال القابلة للإثبات بالكتابة ونلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد نوع هذه الوسائل[3] .

غير أن اتفاقية نيويورك لسنة 1958 حددت في المادة الثانية منها هذه الوسائل في الخطابات المتبادلة والبرقيات، وبالرجوع إلى قانون التحكيم المصري نجده هو أيضا اشترط الكتابة في شرط التحكيم كما ذكر على سبيل المثال بعض وسائل الاتصال المكتوبة وهي الرسائل والبرقيات[4] .

---

(1) ليلى بن مدخن، مبررات الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي وحدود اختصاص القاضي الوطني في الطعون بين فرض الرقابة واحترام إرادة الأطراف، مداخلة في الملتقى الوطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور،يومي 21و22 أفريل2010 ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة قاصدي مرباح ورقلة.

(2) المادة 1040 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

(3) إلياس عجابي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون إ.م.إ.، مجلة المنتدى القانوني، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 7، أفريل 2010، ص193.

(4)ا لمادة 12 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

إلا أن هناك دول أخرى لا تشترط الكتابة في اتفاق التحكيم شرطا كان أو مشارطة، مثل السويد والدنمارك وألمانيا الاتحادية عندما يكون الاتفاق على التحكيم قد وقع بين التجار، وشرط الكتابة فيما سبق ذكره يعتبر شرط الانعقاد وليس شرطا للإثبات كما هو الحال في إيطاليا وبلجيكا وانجلترا[1].

هذا بالنسبة لبعض التشريعات، أما عن موقف الاتفاقيات الدولية من شرط الكتابة، فقد جاء قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في اشتراط كتابة اتفاق التحكيم، وذلك في الفقرة الثانية من نص المادة 7 والتي نصت على أنه "يتعين أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا"[2].

وبخصوص الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري فقد نصت في الفقرة الثانية من المادة الثالثة على أنه "يقترح إدراج الصيغة الثالثة على أنه :""يقترح إدراج الصيغة التالية في العقود التي تخضع للتحكيم(كل النزاعات الناشئة عن هذا العقد تتم تسويتها من قبل المركز العربي للتحكيم التجاري وفقا للأحكام الواردة في اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري)"[3].

فمن خلال نص المادة الثالثة الاتفاقية المذكورة والتي اقترحت في فقرتها الثالثة شرطا نموذجيا يمكن إدراجه في العقود التي يراد إخضاع المنازعة الناشئة عنها للتحكيم، نستنتج أنها تستوجب الكتابة لإدراج الشرط في العقد أو لتنظيم اتفاق لا حق حول حسم النزاع بالتحكيم.

ثانيا: الشروط الموضوعية: من المعلوم أن التحكيم يتميز في كونه نظام إرادي، أي يعتمد اعتمادا كاملا على إرادة الخصوم المحتكمين فهم يلجئون إلى التحكيم بإرادتهم [4] ، لذا فإن الأطراف في شرط التحكيم كامل الحرية في اختبار القانون الذي يخضع له سواء من حيث الموضوع أو من حيث الإجراءات[5].

---

(1) فوزي محمد سامي مرجع سابق،ص122.

(2) المادة 2/7، من قانون الأونسترال للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985.

(3) المادة 3 من الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1987.

(4) هشام خالد، تكوين المحكمة التحكمية في منازعات التجارة الدولية المجلد الأول، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية 2008، ص40.

(5)خالد إبراهيم التلاحمة، القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي، د.ط، جهينة للنشر والتوزيع، عمان 2006، ص11.

وفي هذا الإطار نصت الفقرة الثالثة من المادة 1040 من ق.إ.م.إ.ج على أنه "تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يعينها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما" [1].

من خلال نص هذه المادة يمكن القول أن المشرع الجزائري هنا أخذ بما يعرف بازدواجية الإرادة من خلال إعطاء الأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع وفي حالة انعدام هذا الاتفاق يتدخل المحكم، أي أن المشرع الجزائري أعتبر الاتفاقية صحيحة،و لو لم تكن مطابقة للقانون الجزائري طالما كانت تستجيب للشروط التي يضعها القانون المتفق عليه من قبل الأطراف، أو القانون الذي يخضع له النزاع أو القانون ويراه المحكم ملائما [2] .

وهو الأمر الذي فرضته دولية العقود، واتفاقيات التحكيم قصد التقليل من صرامة القوانين الوطنية التي من شأنها أن تتطور وتفضي ببطلان اتفاق التحكيم، وفي هذا سندرس الشروط الموضوعية لصحة الشرط التحكيم والتي تتفق عليه التشريعات والاتفاقيات الدولية وهي الأهلية وتحديد موضوع النزاع وتعيين المحكمين.

أ- الأهلية:

نقصد هنا بالأهلية، الأهلية اللازمة للاتفاق على حسم النزاع بالتحكيم، إذ لا يمكن للشخص أن يعقد اتفاقا سواء كان شرط أو مشارطة إلا إذا كانت له أهلية التصرف في الحقوق [3]، وكما أشرنا سابقا أن المشرع الجزائري أجاز لكل شخص أن يلجئ إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

---

(1) المادة 1040 من قانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(2) منى ميمون، التحكيم التجاري الدولي وفقا لتعديلات قانون الإجراءات المدنية الإدارية رقم 08-09، مجلة المنتدى القانوني ، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 7، أفريل 2010، ص 166.

(3) فوزي محمد سامي، مرجع سابق ، ص115.

وتتوقف أهلية الأطراف من أشخاص القانون الخاص في التحكيم التجاري الدولي على قانونهم الشخصي، أي القانون الوطني، أو قانون محل الإقامة يحدد قواعد التمثيل، تمثيل الموكل وعديم الأهلية والشركة على سبيل المثال، وللمحكم صلاحيته تطبيق القواعد التي يراها ملائمة[1].

أما بالنسبة لأشخاص القانون العام فإن مختلف تشريعات الدول تسمح لأشخاص القانون العام أن تكون طرفا في اتفاقات التحكيم إذا كان الأمر يتعلق بعقد من العقود التجارية، أي أن الأمر يتعلق بحسم نزاع ناشئي عن معاملات دولية [2]، إذ أصبحت القاعدة في التجارة الدولية التي تشارك فيها الدولة ومؤسساتها العامة أن تضمن العقود شرطا تحكميا[3].

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في لفقرة الثالثة من المادة 1006 من ق.إ.م.إ وكذلك المشرع الفرنسي استناد إلى تعريف التحكيم التجاري الدولي الذي في قانون المرافعات الجديد في المادة 1492.

كما نصت معظم الاتفاقيات الدولية منها الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 في الفقرة الأولى من مادتها الأولى على أهلية الأشخاص الاعتبارية العامة لإبرام اتفاقيات التحكيم، إلا أنها عادت وقررت في فقرتها الثانية ترك تحديد هذه المسألة وتقرير شروطها ونطاقها إلى الدول الموقعة على الاتفاقية [4].

ويستنتج من نص الفقرة الخامسة من المادة الأولى من قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والتي تنص، "لا يمس هذا القانون أي قانون آخر لهذه الدولة لا يجوز بمقتضاه تسوية منازعات معينة بطريق التحكيم أولا يجوز عرض منازعات معينة على التحكيم طبقا لأحكام أخرى غير أحكام هذا

(1) عبد الحميد الأحدب، مرجع سابق، ص 126.

(2) Robert Jeans, L'arbitrage, droit interne international prive, Dalloz, paris ; 1990, P240.

(3) David René ; L'arbitrage dans le commerce international, litec delta 1998,P156.

(4) فوزي محمد سامي، مرجع سابق،ص118.

القانون" [1]، على عدم مساس هذا القانون بالقواعد القانونية أو المبادئ القضائية للدولة التي تتبنى هذا القانون النموذجي فيما يتعلق بمسألة سلطة الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة في إبرام اتفاق التحكيم[2].

ب- تحديد موضوع النزاع:

يقصد بموضوع النزاع في شرط التحكيم بالمنازعات التي قد تنشأ بين الأطراف، ويقصد بالنزاع تعارض بين مصلحتين قانونين أو أكثر بسبب تعارض وجهات النظر القانونية أو القواعد القانونية الواجبة التطبيق بين شخصين أو أكثر.[3]

والأمر الذي يعنينا في دراستنا هذه أن نكون منصبه على موضوع يتعلق بالتجارة الدولية، وأن تكون من الأمور التي يجوز فيها التحكيم وأن لا يكون موضوع النزاع من المواضيع التي يجوز فيها التحكيم وأن لا يكون موضوع النزاع من المواضيع التي تخالف للنظام العام الدولي.[4]

فموضوع النزاع في شرط التحكيم ينصب على منازعات قد تنشأ عن تفسير أو تنفيذ عقد متعلق بمعاملة تجارية دولية سواء تمت المعاملة بين أشخاص طبيعيين أو معنويين من جنسيات مختلفة ،أو بين أشخاص في القانون العام، كالدولة أو إحدى مؤسساتها من جهة أو بين أشخاص طبيعيين أو معنويين من جهة أخرى، أو أن النزاع ينشب بين إحدى مؤسسات القطاع العام، لإحدى الدول أو مؤسسة أخرى من القطاع العام من دولة أخرى .

---

(1) المادة 11 من قانون الأونسترال للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985.

(2) محمد السيد عمر التحيوي،مرجع سابق ،ص، 246.

(3) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق ،ص127.

(4) الحالات التي تعبر من النظام العام الدولي لا يمكن تحديدها بشكل دقيق وحاسم ،إلا أنه توجد حالات قليلة يمكن القول أنها تعتبر مخالفة لنظام العام، الدولي كشفها السوابق الدولية في مجال التحكيم، مثال ذلك الاتفاقيات الخاصة بتهريب المواد المخدرة والاتفاقيات التي تتعلق ببيع الأسلحة دون موافقة الدولة المعينة ،ومما يؤكد مخالفة هذه الأفعال للنظام العام الدولي القواعد المماثلة التي توجد في القوانين الوطنية والتي تعاقب مثل هذه الأفعال.

ولا يشترط أن يرد تحديد النزاع المراد الفصل فيه عن طريق التحكيم في ذات العقد المتضمن شرط التحكيم، وإنما يمكن أن يشير هذا العقد إلى عقد آخر أو عمل قانوني آخر، بل من الممكن تحديد النزاع بعد ذلك أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه.

ويجب أن يتضمن شرط التحكيم الالتزام الأساسي بين الأطراف المحتكمين بحل النزاعات المستقبلية عن طريق التحكيم، وإذا تخلف هذا الالتزام يكون شرط التحكيم قد فقد ركن المحل والخاص بتحديد النزاع المراد الفصل فيه عن طريق التحكيم.[1]

ج- تعيين المحكمين:

هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في نزاع نشئ أو قد ينشأ بين الأطراف حول تنفيذ العقد أو تفسيره، عبارة عن أشخاص يتمتعون بثقة الأطراف المحتكمين، وفي شرط التحكيم لا يشترط ذكر اسم المحكم أو المحكمين لأن النزاع لم يقع بعد، لأنه من غير المقبول إلزام المتعاقدين بتسمية المحكم أو المحكمين لنزاع مستقبلي قد يحدث و قد لا يحدث ، وإنما يكتفي بذكر عناصر تعينه كأن يقال مثلا يعين المحكم من بين أعضاء الغرفة التجارية بمدينة كذا [2].

وقد نجد أحد الأطراف في شرط التحكيم يحاول تأخير الإجراءات بالامتناع عن تعيين المحكم الذي يناط به اختياره، أو يمتنع عن المساهمة في تعيين هيئة التحكيم وتذهب جميع التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية إلى وضع حلول تتفادى مثل هذا التعطيل [3]، كأن تتولى هي تعيين المحكمين في حالة عدم توصل الأطراف في الاتفاق إلى تعينهم خلال مدة معينة.

---

(1) محمد سيد عمر التحيوي، مرجع سابق ، ص 167،168.

(2) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق ، ص146.

(3) صلاح الدين جمال الدين، محمد مصيلحي، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، د.ط، دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2004، ص10.

والقانون الواجب التطبيق على شروط صحة شرط التحكيم أصحبت تعد من المواضيع التقليدية المطروحة في العقود الدولية، ومن التقليدي أيضا أن تحل القضية بالطرق المتبعة في القانون الدولي الخاص، الذي يفصل فيه مبدأ استقلالية الإرادة ، والتعرف على القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم يجب النظر إلى إرادة الأطراف.[1]

فالأطراف لهم مطلق الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم لأن في التحكيم التجاري الدولي يمكن للأطراف اختيار قانون معين لحكم شروط الانعقاد، وقانون أخر لحكم الشروط الشكلية وثالث لحكم الآثار، كما يمكنهم توحيد القانون الذي يحكم هذه الأجزاء جميعا [2]. وعلى المحكم احترام هذا الاختيار، غير أنه قد يحدث أن يغيب النص على ذلك القانون وهنا يرى الفقه التقليدي أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الدولي الخاص، لأن كل عقد يجب أن يرتبط بقانون دولة معينة وذلك القانون يكون مفترضا بطبيعة الحال بين الأطراف، أي هناك افتراض لينة الأطراف التي كان يمكن أن يختار القانون على أساسها [3].

ويبدو جليا أن أطراف العقد الدولي وكذلك الاتفاقيات الدولية يسعون إلى المحافظة على توازن العقد لهذا يمكن القول أن استبعاد الحل الذي يقرره القانون الواجب التطبيق المقرر لصحة الشروط العقدية من شأنه أن يؤدي إلى الإخلال بتوازن العقد [4].

(1) قادري عبد العزيز، مرجع سابق ، ص268،269.

(2) خالد إبراهيم التلاحمة، مرجع سابق ، ص36.

(3) قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص269.

(4) محمد إبراهيم على محمد، القواعد الدولية الآمرة، دراسة إمكانية تقليص الدور الذي تلعبه في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية أمام هيئات التحكيم والقضاء الوطني، د.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص54.

المبحث الثاني: استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي

سبق القول أن اتفاق التحكيم قد يكون بموجب عقد يتم بعد نشوء النزاع ،ويكون الاتفاق المذكور في وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي الذي يمثل العلاقة القانونية الموجودة بين الطرفين قبل نشوء النزاع وقد يتم اتفاق التحكيم بموجب شرط يوضع في العقد الأصلي يحيل بمقتضاه إلى حسم النزاع الذي قد ينشأ فيما بعد بطريق التحكيم . في هذا سنتناول في هذا المبحث الأحكام الأساسية لمبدأ استقلال شرط التحكيم في المطلب الأول، ومبدأ استقلالية شرط التحكيم كما ورد في القرارات القضائية والنصوص القانونية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الأحكام الأساسية لمبدأ استقلال شرط التحكيم

شرط التحكيم عقد وليد إرادة الأطراف، ويخضع بالتالي للقواعد العامة في العقد من حيث شروط انعقاده وأثاره وتفسيره وغير ذلك، مع مراعاة القواعد الخاصة به ومنها اشتراط أهلية التصرف في إبرامه، وكتابة الاتفاق، وتتجه التشريعات الحديثة في التحكيم، إلى أن اتفاق التحكيم هو عقد قائم بذاته حتى لو ورد في صيغة بند من بنود العقد الأصلي المتضمن فيه، وليس تابعاً لذلك العقد. أي أننا نكون أمام عقدين العقد الأصلي ببنوده المختلفة , وعقد التحكيم الوارد في ذلك العقد كأحد هذه البنود، وتتطلب دراسة هذه الاستقلالية بيان مفهومها في الفرع الأول، و مبررات الاستقلال في الفرع الثاني.

الفرع الأول:مفهوم مبدأ استقلال شرط التحكيم

يقصد بهذا المبدأ استقلالية شرط التحكيم بالنسبة للعقد الأساسي أو الأصلي، بمعنى آخر أن يكون شرط التحكيم في وضعية مستقلة عن العلاقة القانونية التي يرتبط بها[1].

(1) إلياس عجابي، مرجع سابق ، ص229.

فشرط التحكيم عبارة عن اتفاق إرادي ملزم للجانبين وهو مستقل عن العقد المبرم بين الطرفين، وإن كان يرد كنص في العقد لكنه لا يمتزج به من حيث المحل والسبب فنجد أن انتقاء الإرادات في العقد الأصلي تنصب على الشيء الذي يلتزم الأطراف القيام به، متمثلا في موضوع التعاقد وشروطه ،والسبب متمثلا في الغرض المباشر الذي ر يقصده كل طرف من هذا التعاقد والمحل هو الالتزام بين الأطراف في اللجوء إلى التحكيم.[1] غير أنه لا يوجد مانع من ورود شرط التحكيم في نفس عقد لاحق، يكون مبرم بين الأطراف وذلك قبل نشوء أي نزاع بينهم.

وإن كان في غالب الأحوال أن يرد شرط التحكيم في نفس العقد الأصلي ولا يترتب على بطلان العقد –مصدر الرابطة القانونية– أو فسخه أو إنهائه أثرا على شرط التحكيم الذي يتضمنه، وان كان هذا الشرط صحيحا في ذاته، ونتيجة لذلك فإن شرط التحكيم ينتج عندئذ كافة آثاره القانونية، ويكون لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم سلطة النظر في أية منازعات يمكن أن تنشأ عن بطلان أو فسخ أو إنهاء العقد الأصلي، إذ يقول أحد الفقهاء "إن استقلالية اتفاق التحكيم تؤدي إلى عدم التضامن بين ذلك الاتفاق والعقد الذي يتضمنه ماديا [2].

الفرع الثاني: مبررات استقلال شرط التحكيم

– يمكن أن نجد مبررا لاستقلال شرط التحكيم في القانون المدني إذ بالرجوع إلى نظرية انتقاص العقد والتي تفترض بأنه إذا كان العقد باطلا في جزء منه وصحيحا في الجزء الآخر يجعل هذا الجزء عقدا صحيحا مستقلا لو توافرت فيه شروط العقد [3].

(1) طالب حسن موسى، مرجع سابق ، ص229.

(2) قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 266.

(3) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق ، ص89.

-ومن مبررات استقلال شرط التحكيم أن بطلان كل من العقد الأصلي أو شرط التحكيم لا يؤثر على صحة أو بطلان الآخر، فإذا أبطل العقد الأصلي يمكن التمسك بصحة شرط التحكيم وبالتالي السير في إجراءات التحكيم وحسم النزاع من قبل هيئة التحكيم وليس من قبل المحكمة.

-ومن مبررات استقلال شرط التحكيم اختلاف بنود العقد الأصلي عن بنود عقد التحكيم الوارد فيه، وتستند استقلالية شرط التحكيم إلى أن هذا الشرط يشكل عقدا ضمن العقد الآخر، بمعنى أن شرط التحكيم يشكل عقدا معادلا للعقد الأساسي، و يرجع ذلك أن لكل من العقدين موضوعا مختلفا عن الآخر، فعلى الرغم من ورود شرط التحكيم في العقد الأصلي المتعلق به في أغلب الحالات ، إلا انه يظل متميزا عنه بمحله الخاص به، فمحل شرط التحكيم هو عمل إجرائي بحث و هو منفصل عن العقد الأصلي.

-ومن مبررات استقلال شرط التحكيم، أن القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم قد لا يكون بالضرورة هو نفسه الواجب التطبيق عل العقد الأصلي[1].

وهكذا فقد اقتضى تحقيق الفعالية لشرط لتحكيم الدولي، الاعتراف بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي مما يكون من شأنها أن يزيل مخاوف المتعاملين، ويحصن شرط التحكيم من كل أسباب البطلان التي تمس العقد الأصلي ،وكذلك قبول إخضاع العقد الأصلي لنظام قانوني يختلف عن ذلك الذي يحكم شرط التحكيم.

المطلب الثاني: مبدأ شرط التحكيم كما ورد في القرارات القضائية والنصوص القانونية

يعد استقلال شرط التحكيم من المبادئ المستقرة عليها في القضاء والقوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية , وتستمد هذه الاستقلالية من الموضوع المختلف لكل من العقدين، العقد الأصلي وشرط التحكيم فهذا لأخير يرد محله على الفصل في المنازعات الناشئة عن الشروط الموضوعية ولا يهدف إلى تحديد

(1) فوزي محمد سامي، مرجع سابق ، ص200.

حقوق والتزامات الأطراف الموضوعية التي يتضمنها العقد الأصلي وفي هذا المطلب سنتعرض إلى موقف القرارات القضائية و النصوص القانونية من هذا المبدأ.

الفرع الأول: مبدأ شرط التحكيم كما ورد في القرارات القضائية

لقد كان مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي محل جدل فقهي، إلا أن القضاء الفرنسي عام 1963 وضع حدا لهذا الجدل وذلك عندما صدر قرار غوسي (Gosset) والذي اكتسب شهرة واسعة في أوروبا، وبموجبه اعتبرا محكمة التميز الفرنسية أن اتفاق التحكيم الدولي سواء كان مدرجا في العقد الأصلي أو في عقد آخر منفصل عنه وباستثناء ظروف جد خاصة استقلالية ذاتية تحميه مما يتعرض له العقد الأصلي [1]،وتتلخص وقائع هذه القضية في صدور حكم تحكيم في ايطاليا يقضي بإلزام مستورد فرنسي يدعى carapelli وكان الطرف الفرنسي قد تعاقد معه على استيراد carapelli بدفع تعويض لصالح مصدر ايطالي يدعى غوسي كمية من البذور و لم يقم بتنفيذ التزاماته التعاقدية ،و عند تنفيذ حكم التحكيم في فرنسا دفع الطرف الفرنسي برفض طلب الأمر بالتنفيذ تأسيسا على بطلان شرط التحكيم الوارد في العقد لكون هذا الأخير قد وقع باطلا بطلانا مطلقا ، وذلك لمخالفة قواعد الاستيراد و التصدير المقررة في القانون الفرنسي ،غير أن محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الدفع وقضت باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

وبهذا أصبح مبدأ استقلال شرط التحكيم من الأمور المسلم بها في التحكيم الدولي، فقد جاء في حكم خر لمحكمة النقض الفرنسية أن اتفاق التحكيم في موضوع التحكيم الدولي يمثل استقلال تاما، وتوارت القرارات في هذا الاتجاه، ومن الجدير بالذكر أن القضاء الفرنسي في تقريره لمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي قد تأثر بالقضاء الهولندي الذي يعتبر أول من قرر هذا الاستقلال صراحة ، فقد قضت

(1) عبد الحميد الأحدب، مرجع سابق ، ص114.

المحكمة الهولندية في 27 ديسمبر 1935 بأنه " في حالة تنازع الأطراف حول صحة أو بطلان العقد ،فإن ذلك لا يمنع من اختصاص المحكم بالفصل في النزاع رغم احتمال عدم صحة العقد الذي ورد به شرط التحكيم ".

أما في بريطانيا فقد كان القضاء الانكليزي وحتى وقت قريب لا يعترف بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي ، إلا انه سرعان ما تحول عن موقفه هذا وأقر صراحة في حكم له باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي ولو كان هذا الأخير باطل وقد عرف هذا الحكم تأييداً كبيراً من جانب الفقه الذي كان يناصر مبدأ الاستقلال أيا كانت درجة بطلان العقد ، كما ذهب القضاء في لبنان على القول باستقلالية لشرط التحكيم وذلك في حكم لمحكمة استئناف بيروت جاء فيه "أن شرط التحكيم مستقلا عن العقد الذي ورد فيه فيبقى قائما بذاته بغض النظر عن العقد الذي ورد فيه".

كما أصبح استقلال شرط التحكيم من المبادئ المعترف بها على الصعيد الدولي، في كل من الولايات المتحدة الأمريكية وأوروبا الغربية، ونصت التشريعات الحديثة على هذا المبدأ [1].

الفرع الثاني: مبدأ شرط التحكيم في النصوص القانونية

تنص المادة1040في الفقرة الثالثة منها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على انه "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي" [2] ، وهذا النص يجرنا إلى القول بأنه إذا كان العقد الأصلي باطلا فإن ذلك لا يؤثر على صحة شرط التحكيم، وهذا تأكيد على أن المشرع الجزائري أخذ بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

وقد كرست المادة 23 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية صراحة هذا المبدأ بنصها "يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى،

(1) فوزي محمد سامي، مرجع سابق ، ص202،203 .

(2)المادة 3/1040 من قانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته" [1].

أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية، فنجد مثلا قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم أخذ بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي وذلك في الفقرة الأولى من المادة 16 والتي تنص على أنه "يجوز لهيئة التحكيم البث في اختصاصها، بما في ذالك البث في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته . ولهذا الغرض، ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزاء من عقد كما لو كان اتفاق مستقلا عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم" [2].

كذلك نجد غرفة التجارة الدولية أخذت بهذا المبدأ، حيث نستنتج من المادة الثانية من نظام تك الغرفة في فقرتها الرابعة أن انعدام العقد الأصلي أو بطلانه، لا يؤديان إلى عدم إمكانية نظر المحكمة في اتفاق التحكيم وإذا ما رأى المحكم صحة وجود اتفاق التحكيم والنظر في القضية[3].

أما الاتفاقية الأوروبية لعام 1961 أشارت إلى المبدأ المذكور في الفقرة الثالثة من المادة الخامسة حيث نصت على أن" المحكم له سلطة تقرير اختصاصه وتقرير صحة اتفاق التحكيم أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءا منه"، من خلال هذا النص نلاحظ أنه أشار إلى أن سلطة المحكم مستمدة من اتفاق التحكيم الذي يعتبر مستقلا عن العقد الأصلي[4].

أما بخصوص الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1987 لم نجد فيها ما يشير صراحة إلى الأخذ بمبدأ الاستقلالية حيث لم تشر هذه الاتفاقية إلى علاقة شرط التحكيم بالعقد الأصلي، إلى أنه من

(1) المادة 23 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

(2) المادة 1/16 من قانون الأونسترال للتحكيم التجاري الدولي لعام 1958.

(3) قادري عبد العزيز، مرجع سابق ، ص 267.

(4) فوزي محمد سامي، مرجع سابق ، ص208.

خلال نص المادة 27 والتي تنص على أن "الاتفاق على التحكيم وفق أحكام هذه الاتفاقية يحول دون عرض النزاع أمام جهة قضائية أخرى أو الطعن لديها بقرار التحكيم" [1]، يشير هذا النص إلى منح هيئة التحكيم سلطة النظر في اختصاصها وهذا يشكل مؤشرا واضحا بان الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري الدولي أخذت بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

أما اتفاقية نيويورك لعام 1958 فلم تتعرض صراحة لهذا المبدأ إلا أنه يمكن القول أنها تكرسه باعتبار أنها تقوم بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الدولية والتي أغلبها مبني على الاستقلالية.

(1) المادة 27 من الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1987.

خلاصة الفصل الأول:

تعرضنا من خلال هذا الفصل إلى تعريف شرط التحكيم في الفقه و القوانين المقارنة و الاتفاقيات الدولية،كما تطرقنا إلى طبيعة شرط التحكيم،إذا رأينا أنه يعتبر اتفاق يبرم بين الأطراف بغية اللجوء إلى التحكيم،ثم أشرنا إلى نقاط تلاقي و اختلاف شرط التحكيم مع مشارطة التحكيم،إضافة إلى ما سبق تعرضنا إلى الشروط الشكلية و الموضوعية لشرط التحكيم و رأينا أن شرط التحكيم اتفاق مستقل عن العقد الأصلي،و قد أصبح من المبادئ المعترف بها على الصعيد الدولي.

الفصل الثاني

شرط التحكيم وسيلة لحل النزاعات

الفصل الثاني:شرط التحكيم وسيلة لحل النزاعات

لا شك أن اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي يخضع لإرادة الأطراف في النزاع، وهذه الإرادة قد تنصب في اتفاق سابق على نشوء النزاع أو في اتفاق لاحق على ذلك كما سبق وأن أشرنا إلى هذا فاتفاق الأطراف على الالتجاء إلى التحكيم للفصل في منازعاتهم بدلا عن القضاء الذي توفره الدولة عن طريق محاكمها ينتج عنه آثار، والمتمثلة في حرمان الأطراف من اللجوء إلى القضاء وهو ما يطلق عليه بالأثر السلبي لشرط التحكيم وفض الخصومة بطريق التحكيم ويطلق على هذا الأخير الأثر الايجابي لشرط التحكيم، وهذا ما سنتطرق إليه في المبحث الأول.

ثم إذا كان شرط التحكيم عقد فإنه كباقي العقود هناك حالات تؤدي إلى انقضاءه ،وبانتهاء اتفاق التحكيم أيا كان السبب تزول صلاحيات هيئة التحكيم ولا يجوز لها أن تتعرض للفصل في النزاع أو اتخذ أي إجراء فيه ، ويعود للقضاء المختص صلاحياته و سنتناول هذا في المبحث الثاني.

المبحث الأول: آثار قبول شرط التحكيم

يترتب على قبول شرط التحكيم أثران هامان، أحدهما سلبي والأخر إيجابي سنتطرق إلى الأثر السلبي لقبول شرط التحكيم في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني سنتطرق إلى الأثر الإيجابي له.

المطلب الأول: الأثر السلبي لقبول شرط التحكيم

سنتناول في هذا المطلب مضمون الأثر السلبي لقبول شرط التحكيم في الفرع الأول و طبيعة الدفع بالاعتداد بشرط التحكيم في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مضمون الأثر السلبي لقبول شرط التحكيم

يتمثل الأثر السلبي لقبول شرط التحكيم في تعذر الرجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة، إذا كان الالتجاء إلى إحدى هيئات التحكيم لا يتم صحيحا إلا بالاتفاق الكتابي الصريح الذي يتضمنه شرط التحكيم. لذا فإنه لضمان جدية الأطراف المتنازعة في اتخاذ إجراءات إنهاء المشكلة المعروضة على هيئة التحكيم أو بعبارة أخرى لضمان فعالية نظام التحكيم كان من اللازم وضع قيود على إرادة الأطراف[1] ،في شرط التحكيم بعدم الرجوع عن هذا الشرط بإرادة منفردة بعد أن يتم الاتفاق عليه.

يترتب كذلك عن قبول شرط التحكيم،حرمان أطراف العقد من الالتجاء إلى القضاء،بصدد المنازعات التي قد تنشأ بينهم في المستقبل .

وقد نصت اتفاقية نيويورك لعام 1958 في هذا الصدد بأن "محكمة الدولة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كن محل اتفاق بين الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة –اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم–أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أولا أثر له أو غير قابل للفصل عن طريق التحكيم".

(1) صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي، مرجع سابق ، ص10.

فهذه الاتفاقية قد جردت المحاكم القضائية التابعة للدول من صلاحية النظر في النزاع في حالة وجود اتفاقية تحكيم شرط كان أو مشارطة.

فالالتزام بعدم اللجوء إلى القضاء ينشأ من الاتفاق على التحكيم ويمكن للأطراف التقايل منه، أي التنازل المتبادل عنه وترك الاتفاق على التحكيم واللجوء إلى القضاء للفصل في النزاع.

ويتم ذلك عن طريق نزول المدعى عليه، إذا ما رفعت عليه دعوى أمام القضاء للفصل في النزاع المتفق على التحكيم بشأنه، عن التزام خصمه بعدم اللجوء إلى القضاء ،وسواء تم هذا النزول صراحة أو ضمنا، ومثال عن النزول الضمني السكوت عن التمسك بعدم القبول ، كما أن مجرد قيام المدعي برفع الدعوى أمام القضاء المتفق على التحكيم بشأنه يعني تنازله عن التمسك بالتزامه

كما أن مجرد قيام المدعى برفع الدعوى أمام القضاء بالموضوع المتفق على التحكيم بشأنه ينهي تنازله عن التمسك بالتزام خصمه بالامتناع عن اللجوء إلى القضاء.

وتنص المادة 1045 من قانون إ.م.إ على أنه "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكمية قائمة، أو تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف" [1] ، فالمشرع الجزائري هو أيضا منع اللجوء غلى القضاء في حالة وجود اتفاقية تحكيم، إلا أنه يشترط أن تثار هذه الالتفافية من أحد الأطراف في العقد محل الاتفاقية التحكمية.

كذلك تنص الفقرة الأولى من المادة 8 من قانون الأونسترال للتحكيم التجاري الدولي على ما يلي: "على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسالة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تحيل الطرفين إلى التحكيم، إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول موضوع النزاع، ما لم يتضح أ ن الاتفاق باطل أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه"[2].

(1) المادة 1045 من قانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(2) المادة 1/8 من قانون الأونسترال النموذجي، للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985.

ويسمى الأثر السلبي لشرط التحكيم بالأثر المانع لاتفاق التحكيم، وبالتالي لا يجوز لأحد الأطراف اللجوء إلى القضاء إلا بالتراضي بينهم، ويترتب على ذلك منع قضاء الدولة من نظر المنازعة محل التحكيم، وهذا الالتزام السلبي متبادلا على عاتق كل من طرفي الاتفاق فيمتنع عليهما الالتجاء إلى القضاء للفصل في النزاع[1].

وهذا الاتفاق يخول للمحكم سلطة مصدرها إرادة الأطراف ويتطلب التزام المحكم بشروط اتفاق التحكيم عند إصداره للحكم المنهي للنزاع وقيام الأطراف بتنفيذ هذا الحكم بعد تأكيد على التزاماتهم بمضمون الاتفاق [2].

الفرع الثاني:طبيعة الدفع بالاعتداد بشرط التحكيم

وهناك خلاق فقهي حول طبيعة الدفع بالاعتداد بشرط التحكيم' فهناك من يرى انه دفع بعدم الاختصاص وهناك رأي يرى أنه دفع بعدم القبول، ورأي ثالث يرى انه دفع ببطلان المطالبة القضائية إذا ما رفع احد أطراف النزاع المتفق على التحكيم بشأنه دعوى أمام القضاء، جاز للطرف الآخر التمسك بالشرط في صورة دفع.

وتظهر أهمية هذا الموضوع واضحة وجلية لأن الدفع بعدم الاختصاص شكلي يبدي قبل التكلم في الموضوع ما لم يتعلق بالنظام العام، بينما ، الدفع بعدم القبول لا يعد دفعا شكليا ويمكن تقديمه في أية مرحلة كانت عليها الدعوى المادة 48 من ق.إ.م .إ، والمطالبة القضائية هي طلب يقدم إلى القضاء استخداما للحق في الدعوى.

---

(1) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق ، ص183.

(2) بولقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية، ذات الطابع الدولي ،التحكيم نموذجا ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون إداري و إدارة عامة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الحاج لخضر، باتنة 2011، ص9.

وفي كل من الدفع بعدم لاختصاص والدفع بعدم القبول يطلب التمسك من بالدفع من المحكمة عدم الفصل في الدعوى ،ففي الحالة الأولى يدفع بعدم اختصاصها و ولايتها في نظر الدعوى، بينما في الحالة الثانية يدفع في عدم سلطتها في سماع الدعوى مع التسليم باختصاصها في النظر في الدعوى.

أولا:الدفع بالاعتداد بشرط التحكيم هو دفع بعدم الاختصاص

ذهب لرأي السائد في القه والقضاء الفرنسي إلى أن الدفع بالاعتداد بشرط التحكيم أو اتفاقية التحكيم بشكل عام من قبل الدفع بعدم الاختصاص، وحجتهم في ذلك أنه إذا وجد اتفاق تحكيم وكان صحيحا فعندئذ لا يوجد سوى قضاء واحد هو قضاء التحكيم، وهذا ا يخرج موضوع النزاع الذي اتفق على التحكيم بشأنه من اختصاص القضاء إلى اختصاص التحكيم[1].

وبالتالي تتولى هيئات أو مراكز التحكيم الدائمة عملية التحكيم وفقا لقواعد أو اللوائح الخاص بهذه الهيئات أو المراكز[2]، ولا يكون القضاء هو المختص وبهذا يكون الدفع من قبيل الدفع بعدم الاختصاص وقد وجه إلى هذا الرأي العديد من الانتقادات منها صعوبة تحديد نوع عدم الاختصاص في مثل هذه الحالة، ومن جهة ثانية أن الاختصاص يحدده القانون وأن القضاء يظل مختصا رغم الاتفاق على التحكيم بالمسائل لا يشملها هذا الاتفاق[3].

ثانيا:الدفع بالاعتداد بشرط التحكيم هو دفع بعدم القبول

وذهب هذا الرأي السائد في الفقه وبعض أحكام القضاء المصري بأن الدفع بالاعتداد بشرط التحكيم هو دفع بعدم القبول، إذ يترتب على شرط التحكيم نزول الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء، أي الالتجاء إلى

(1) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق ، ص184.

(2) معوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997، ص11.

(3) نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، ط1، دار الجامعة الجديدة، للنشر، الإسكندرية، 2004، ص65.

المحكمة المختصة أصلا بنظر عن النزاع، ومتى نزل الخصوم بإرادتهم عن الالتجاء إلى القضاء هنا تكون الدعوى قد فقدت شرطا من شروط قبولها مما يمتع المحكمة قبولها[1].

ويرى هذا الفقه أنه بناء على ذلك فعدم القبول في مثل هذه الأحوال لا يتعلق بالنظام العام بالنظر إلى الأساسي العقدي فهو دفع ناشئ عن الاتفاق على التحكيم، وهو يختلف عن الدفع بعدم القبول لرفع الدعوى بغير الطريق المقرر قانونا لرفعها من حيث أن هذا الأخير يتعلق بالنظام العام، وبالتالي ينعكس اتفاق التحكيم على طبيعة الدفع بعدم القبول الناشئ منه فيجعله غير متعلق بالنظام العام.

وقد وجه إلى نظرية عدم القبول العديد من الانتقادات منها، صعوبة التميز بين مختلف الدفوع بعدم القبول، فهناك عدم القبول لمخالفة الحق في الدعوى وشروط قبولها، أو مخالفة حق اللجوء إلى العقد وعناصر قيام الحق، ومدى تعلق كل نوع من هذه الأنواع بالنظام العام .

والاتفاق على التحكيم لا يمس الحق في الدعوى الذي يعترف به القانون لأصحاب الحق الموضوعي والذي يظل قائما رغم الاتفاق على التحكيم،و بالتالي تظل الدعوى مقبولة رغم وجود الاتفاق على التحكيم كما أن أنصار نظرية عدم القبول يعتبرونه دفع موضوعي [2] ، وبالتالي يجوز إبدائه في أية حالة تكون عليها الدعوى، مع الإجماع على أن هذا الدفع يجب التمسك به قبل الكلام في الموضوع أمام المحكمة و إلا سقط الحق في إبدائه.

ويترتب على طرح الدفع بعدم القبول أمام المحكمة في حالة رفع النزاع المتفق على التحكيم بشأنه على قضاء الدولة، إنما أن تقضي المحكمة بقبوله وبالتالي تنتهي الخصومة أمامها وتمتنع عن نظر النزاع، وهذا حكم فرعي يقبل الطعن، أما إذا رفضت الدفع فإنها نتطرق إلى نظر الموضوع ولا يجوز الطعن المباشر في الحكم الصادر بالرفض لأنه لا ينهي كل الخصومة، بل يجب الانتظار والطعن فيه مع الحكم

(1) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختباري والإجباري، مرجع سابق ، ص125.

(2) نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق ، ص66-67.

الصادر في الموضوع، وإذا صدر الحكم بعدم قبول الدعوى لسبق الاتفاق على التحكيم، فإن المحكمة تقف عند هذا الحد ولا تقرن هذا الحكم بالإحالة لأن تلك الإحالة لا تكون إلى في حالة الحكم بعدم الاختصاص.

ثالثا:الدفع بالاعتداد بشرط التحكيم هو دفع ببطلان المطالبة القضائية:

وهذا الرأي حديث يذهب إلى أن طبيعة الدفع بالتحكيم هو دفع إجرائي، يتعلق ببطلان المطالبة القضائية بسبب عيب موضوعي وأنه لا صلة له بموضوع الدعوى ولكنه دفع موجه إلى إجراءات الخصومة القضائية[1]، ووظيفة الاتفاق على التحكيم وهدفه هي الحيلولة دون المطالبة بالحق المتنازع فيه عن طريق القضاء بالشكل الإجرائي المحدد لذلك، وبالتالي المطالبة القضائية التي تقدم بعد الاتفاق على التحكيم تكون باطلة بسبب تخلف عنصر موضوعي وهو المحل، بالتالي فالدفع بالتحكيم هو دفع بالبطلان[2].

أما عن موقف المشرع الجزائري بخصوص هذا فكان واضحا من خلال نص المادة 1045 السابقة الذكر بأن الدفع بالاعتداد بشرط التحكيم هو دفع بعدم الاختصاص وذلك من خلال عبارة "يكون القاضي مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم".

(1) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختباري والإجباري، مرجع سابق ، ص125.

(2) نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق ، ص68.

المطلب الثاني: الأثر الإيجابي لقبول شرط التحكيم

نظرا لخصوصية شرط التحكيم المتمثلة في إسناد الأطراف للنزاعات التي يمكن أن تنشأ بينهم إلى التحكيم فان دراسة آثار هذا الشرط تبدو وجيهة من حيث أطراف الاتفاق وخلفهم بل أيضا إمكانية تمديد نطاق شرط التحكيم إلى الغير و في هذا المطلب سنتناول فض الخصومة بطريق التحكيم في الفرع الأول ونطاق الأثر الايجابي لشرط التحكيم في الفرع الثاني.

الفرع الأول:فض الخصومة بطريق التحكيم

إذ التزم الأطراف في عقدهم بخضوع المنازعات التي قد تنشأ بينهم بخصوص تنفيذ العقد أو تفسيره وجب فض تلك المنازعات عن طريق التحكيم، والاعتداد بالحكم الصادر فيه واعتباره كأنه صدر من المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع ومن ثم يخضع هذا الحكم لسائر القواعد والإجراءات المقررة بالنسبة للأحكام القضائية الصادرة من المحكمة[1] ، سواء من ناحية جواز الطعن فيه أو عدم جوازه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، أو كذلك من ناحية الطعن أو تنفيذ الحكم الصادر من هيئة التحكيم.

وبهذا تستأثر هيئة التحكيم بالفصل في النزاع الذي ينشأ على أثر شرط التحكيم ،وتتجسد مهمة المحكمين بالفصل من خلال طلبات الخصوم أو بيان الدعوى، ووفق المذكرات المتبادلة خلال عملية التحكيم[2]. ومن آثار هذا المبدأ و طبقا للقواعد العامة في آثار العقود التزام أطرافه بما جاء فيه، فلا يجوز من حيث المبدأ ترك الاتفاق والالتجاء إلى قضاء الدولة [3]. فهيئة التحكيم هي وحدها المختصة بالنظر في موضوع النزاع لأن القضاء العام لا ولاية له في نظر موضوع النزاع والاختصاص بالفصل فيه إزاء وجود شرط التحكيم الدولي.

---

(1) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختباري والإجباري، مرجع سابق ، ص137.

(2) Nour Eddine Terki : l'arbitrage Commercial International En Algérie, Office des publications Universitaires. Alger, 1999 P140.

(3) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق ، ص182.

ويمكن لكل طرف ذي مصلحة أن يلجأ إلى القضاء ويطلب تعيين المحكم أو المحكمين في حالة عدم التعيين مسبقا للفصل في المنازعة موضوع شرط التحكيم والتي نشأت بالفعل، فيقوم حكم القاضي مقام الاتفاق على التحكيم حيث يفرض شرط التحكيم على طرفي العقد وينفذ حبرا مما يعني أن عدم موافقة أحد الطرفين في شرط التحكيم لا يؤدي إلى إفلات النزاع موضوع شرط التحكيم من ولاية المحكم أو المحكمين، ولا يكون لهيئة التحكيم سلطة إلا في المنازعات المحددة في اتفاق التحكيم، وإذا ثار نزاع بين طرفي عقد التحكيم على أمر لا يدخل في نطاق المسائل المتفق فيها على التحكيم لا يكون لهيئة التحكيم سلطة للفصل فيها.

الفرع الثاني: نطاق الأثر الايجابي لشرط لتحكيم

أثر شرط التحكيم مقصور على أطرافه كما يمكن أن يمتد إلى خلفهم و إلى الغير.

أولا:أثر شرط التحكيم مقصور على أطرافه فقط

إعمالا للقواعد العامة في القانون المدني لا ينصرف أثر اتفاق التحكيم إلا على المتعاقدين فقط سواء باشره بأنفسهم أو بواسطة من ينوب عنهما، إذ تنص المادة 108 من ق.م.ج "ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلق العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث" [1]. وكذلك المادة 14 من القانون المدني المصري والمادة 1165 من القانون المدني الفرنسي.

أي أن آثار اتفاق التحكيم شرطا كان أو مشارطة مقصورة على أطرافه، وإعمالا للقواعد العامة تتصرف آثار اتفاق التحكيم على أطراف ،فلا يمكن أن يستفيد منه إلا هم ولا يضار منه غيرهم ولا يملك

(1) المادة 108 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 31.

غيرهم التمسك ببطلانه إلا وفقا للقواعد العامة، وذلك حينما يتعلق الأمر بالنظام العام فيكون في هذه الحالة لكل طرف التمسك بهذا الاتفاق [1].

ثانيا: امتداد أثر شرط التحكيم إلى الخلف

يسري شرط التحكيم من حيث آثاره في مواجهة الخلف العام أو الخاص لأطرافه طبقا للقواعد المقررة في القانون ولما كان شرط لتحكيم من توابع الاتفاق الأصلي، فإنه عملا بالقواعد العامة ينتقل إلى الخلف مع انتقال موجبة، وقد كرس القضاء من خلال الممارسة هذا الانتقال لأن النصوص القانونية لم تشر بنصوص خاصة إلى انتقال شرط التحكيم، وذلك في قضايا من بينها قضية "وورمز" التي قضت فيها محكمة النقض الفرنسية بنقل شرط التحكيم إلى المؤسسة البنكية من دون اشتراط موافقة هذه الأخيرة بصراحة ، لأن شرط التحكيم الدولي يعتبر صحيحا استنادا لإرادة الطرفين المتعاقدين وينتقل إلى المحال له مع الحق في علاقة المحيل بالدين المحال عليه.

ويستنتج من هذا القرار أنه رغم استقلال شرط التحكيم إلا أن ذلك لا يمنع من انتقال و يمكن للأطراف عملا بالقواعد العامة أن تنص على عدم قابلية شرط التحكيم للانتقال.

ثالثا: امتداد أثر شرط التحكيم إلى الغير:

يعتبر الغير كل الشخص ليس طرفا مدرجا في الالتزام ولا خلفا لأحد طرفيه والقاعدة في هذه الحالة عدم انصراف العقد إلى الغير إذ بالرجوع إلى القواعد العامة فإن الالتزامات لا تلزم إلا من كان طرفا فيها.

(1) عبد الباسط محمد عبد الضراسي، مرجع سابق ، ص188.

غير أنه في التعامل التجاري لدولي نجد أحيانا أن أشخاصا خارج الاتفاق الخاص بالصفقة التجارية نجدهم يلتزمون بموجب الاتفاق المذكور، خاصة في تنفيذ المشاريع الكبرى بواسطة ما يسمى بمجاميع العقود، حيث نجد عقدا رئيسيا وقواعد أخرى ثانوية لإنجاز أعمال مختلفة تتعلق بالمشروع ذاته[1].

كذلك بالنسبة للشريك المتضامن، فقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أنه إذا اشتركت عدة شركات في نشاط اقتصادي واحد يسري اتفاق التحكيم الذي تبرمه إحدى هذه الشركات مع الغير في مواجهة باقي الشركات استنادا إلى الإدارة المشتركة لهذه الشركات، المتثلمة في الاشتراك في جميع الاتفاقات التي توقعها إحداها ولو لم يقم بعضها بالتوقيع[2].

وفي حكم آخر قرر القضاء الفرنسي أن شرط التحكيم الذي يتضمن الاشتراط لمصلحة الغير، لا ينشئ التزامات على عاتق المنتفع سوى الحقوق دون أن يترتب عليه التزامات ، و على هذا الأساس فانه يجوز للغير المنتفع من شرط المذكور أن يتمسك بالشرط دون الالتزام به.

كذلك بالنسبة لبيع الشيء المأجور فعند ما يحل المالك الجديد محل المؤجر فإنه ملتزم بشرط التحكيم الموجود في عقد الإيجار السابق بين المستأجر والبائع، وكذلك الأمر في بيع العقارات فإن شرط التحكيم الموجود لمصلحة المالك ينتقل مع عقد البيع.

يظهر مما سبق أن أثر شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم قد لا يقتصر على المتعاقدين وخلقهم الخاص أو خلقهم العام فقط، وإنما يتعدى إلى آخرين أيضا وذلك عند انتقال الالتزام إلى الغير أما عند انتقال الحقوق فقط فإن القضاء في فرنسا قضى في حكم له بأنه يمكن للغير أيضا أن يستفيد من شرط التحكيم ،إذا رغب في ذلك وهذا يطبق في حالة واحدة وهي حالة الاشتراك لمصلحة الغير حيث لا تنقل إلى الغير سوى الحقوق وليس الالتزامات.

---

(1) فوزي محمد سامي، مرجع سابق ، ص217، 218.

(2) عبد الباسط محمد الواسع الضراسي، مرجع سابق ، ص192.

المبحث الثاني: انقضاء شرط التحكيم

انطلاقا من الطبيعة التعاقدية للتحكيم، فإن اللجوء إليه يتطلب اتفاق الأطراف على اتخاذ هذه الآلية لتسوية المنازعات، وذلك من خلال إدراج شرط التحكيم في متن العقد أو في وثيقة مستقلة عنه تحيل إلى التحكيم[1]. والاتفاق على التحكيم كونه عقد فإنه ينتهي بما تنتهي به العقود، ولكن نظرا لطبيعته الخاصة فهو لا يتأثر بالعوارض الخاصة بأطرافه أو بهيئة التحكيم كالوفاة، الرد، التنحي، العزل، كما أن اتفاق التحكيم لا يتأثر بأسباب انقضاء الاتفاق الأصلي[2] كما رأينا هذا سابقا.

وفي هذا المبحث سنتعرض إلى أسباب انقضاء اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم في المطلب الأول، وآثار انقضاء اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم في المطلب الثاني.

المطلب الأول: أسباب انقضاء شرط التحكيم

ينتهي شرط التحكيم إما بنهاية طبيعة أو غير طبيعية في الحالات التالية

الفرع الأول:النهاية الطبيعية لشرط التحكيم

– صدور حكم من المحكم في النزاع موضوع التحكيم ، ينقضي شرط التحكيم إذا عرض النزاع على التحكيم وصدر حكم من هيئة التحكيم سواء من المحكم أو المحكمين في النزاع موضوع التحكيم وهذه هي النتيجة الطبيعة لاتفاق التحكيم، ويخضع هذا التحكم من ناحية الطعن فيه للقاعدة المقررة بالنسبة للأحكام كما لو كان صادرا من المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع[3].

(1) حسيني يمينة، تراضي الأطراف على التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية لحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2011،ص82.

(2) نبيل اسماعيل عمر، مرجع سابق ، ص80.

(3) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختباري والإجباري، مرجع سابق ، ص146.

وفي حالة ما إذا كان اتفاق التحكيم يشمل عدة منازعات وصدر حكم بخصوص إحدى هذه المنازعات، يبقي اتفاق التحكيم قائما للأعمال في المنازعات الأخرى[1].

الفرع الثاني:النهاية غير الطبيعية لشرط التحكيم

– انقضاء شرط التحكيم بإرادة الأطراف ، ينقضي شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم صراحة كأن يرد في اتفاق لاحق وموقع من الطرفين أو في مراسلات متبادلة أو عبر وسائل الاتصال الحديثة، كما قد ينقضي شرط التحكيم ضمنيا كأن يتقدم أحد الطرفين إلى المحكمة بطلباته ويستكمل الطرف الأخر الإجراءات ويقدم دفاعه دون أن يتعرض إلى وجود شرط التحكيم.

– انقضاء شرط التحكيم بوفاة المحكم أو عزله أو تنحيه أو رده، وذلك عندما يكون هناك سبب فعلي أو قانوني يحول دون قيام المحكم بمهمته، مثال على السبب القانوني تعيين المحكم قاضيا عندما لا يجيز القانون الواجب التطبيق على الإجراءات أن يكون المحكم من بين القضاة، أو عندما يفقد المحكم أهليته،أما عن السبب الفعلي فهو كحالة الوفاة أو المرض أو القوة القاهرة التي تحول دون قيام المحكم بمهمته[2].

ويلاحظ أن نزول صفة المحكم لأي سبب من لأسباب السابقة الذكر لا يترتب عليه ونزول(التحكيم، في بعض التشريعات العربية مثل القانون الجزائري في نص المادة 1042 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وما نصت عليه المادة 503 من التحكيم المصري، كذلك ما نصت عليه بعض الاتفاقيات الدولية كقانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في م 14 منه.

– ينقضي شرط التحكيم إذا لم يصدر المحكم حكمه خلال المدة المعينة أو المحددة[3]

(1) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي،مرجع سابق ،ص194.

(2) فوزي محمد سامي،مرجع سابق ،ص243.

(3)أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختباري والإجباري، مرجع سابق ، ص149.

بالنسبة لخصومة التحكيم التي بدأت ولا يمنع من بقاء شرط التحكيم لتبدأ وفقا له خصومة تحكيم جديدة يبدأ لها ميعاد جديد.

– ينقضي شرط التحكيم عند عدم توصل المحكمين إلى اتخاذ قرار حاسم للنزاع، وغالبا ما يحدث هذا عند وجود هيئة تحكيم مكونة من 3 محكمين أو أكثر وانقسمت آرائهم دون تحقيق الأغلبية لرأي معين، فلا يبقى أمامهم إلا أخبار الخصوم بذلك ،وبالتالي ينتهي اتفاق التحكيم.[1]

– يزول شرط التحكيم ويعتبر كأن لم يكن، إذا صدر حكم يقضي ببطلان العقد الذي تضمن شرط التحكيم أو ببطلان العقد الذي تمت يصدده مشارطة التحكيم للفصل في الخلافات الناشئة عن تنفيذه أو استحال تنفيذه ذلك العقد[2].

كما ينتهي الاتفاق على التحكيم باستحالة تنفيذ هذا الاتفاق ،وقد ترجع الاستحالة إلى ارتباط النزاع المتفق على التحكيم بشأنه بآخر مطروح على القضاء ولا يجوز فيه التحكيم أو يكون هذا الموضوع خارج نطاق التحكيم ويكون هذا الارتباط غير قابل للتجزئة، فهنا ينتهي التحكيم لاستحالة حسمه أمام هيئة التحكيم ويجب طرح النزاع أمام القضاء [3] .

هذا ويلاحظ أن الالتجاء إلى القضاء المستعجل برفع دعوى أمامه أو بالرد عليها والدفاع فيها لا يسقط شرط التحكيم، لان لاتفاق على التحكيم لا ينفي اختصاص القضاء المستعجل، إلا إذا كان مشروطا أن تكون للمحكم وحده سلطة القضاء المستعجل أيضا، ولم يكن رافع الدعوى المستعجلة في حالة استعجال اضطراري تستوجب عليه حتما الالتجاء إلى القضاء المستعجل[4].

(1) فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص244 .

(2) احمد أبو الوفا ،نفس المرجع ،ص184.

(3)نبيل اسماعيل عمر، مرجع سابق ، ص82.

(4) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختباري والإجباري، مرجع سابق ، ص147،148.

المطلب الثاني: آثار انتهاء التحكيم

يترتب على انقضاء شرط التحكيم آثار تتمثل في ما يلي

الفرع الأول: زوال صلاحية هيئة التحكيم

بانقضاء شرط التحكيم أيا كان السبب سواء سبب طبيعي أو غير طبيعي تزول صلاحية هيئة التحكيم ولا يجوز لها الفصل في النزاع أو اتخاذ أي إجراء فيه ويعود للقضاء المختص صلاحيته في ذلك. وأي حكم أو قرار يصدر من جانب المحكم بعد زوال التحكيم يعتبر باطلا، لا يتعلق بالنظام العام ويجوز للأطراف التمسك بهذا البطلان كسبب للتظلم من الأمر بتنفيذ الحكم أو كسبب للطعن على الحكم[1].

و رغم ذلك إذا صدر الحكم من هيئة التحكيم رغم توافر سبب من أسباب انتهاء التحكيم ورضي به الأطراف أيا كان شكل الرضا صريحا كان أو ضمنيا ،فإن هذا الحكم يعتد به ويكسب كامل حجيته، بشرط أن يثبت من ظروف الحال وبصورة قاطعة أن الخصم قد نزل عن التمسك ببطلانه ورضي به، لأن بطلان الحكم الصادر في مثل هذه الحالة لا يتعلق بالنظام العام، ويلاحظ أن اتفاق الأطراف على الرضا بما قضى به مثل هذا الحكم يعتبر بمثابة صلح على النتيجة التي توصل إليها ويكسب الحكم كامل حجيته.

وإذا انقضى التحكيم بسبب بطلانه أو بطلان العقد الذي يتضمن شرط التحكيم، فإن أي إجراء أو حكم يصدره المحكم يكون باطلا ولا يعتد به على وجه الإطلاق، ما لم يقبله صاحب الصفة والمصلحة بشرط كمال أهليته.

(1)أحمد أبو الوفا، نفس المرجع ،ص150.

الفرع الثاني: مدى صلاحية الأحكام الصادرة قبل الانقضاء

يلاحظ أنه إذا توافر سبب من أسباب انتهاء الاتفاق على التحكيم بعد بدء الإجراءات وكانت قد صدرت أحكام فرعية، فإنها تبقى منتجة لآثارها رغم انتهاء الاتفاق على التحكيم ويعتد بها أمام القضاء إذا ما رجع إليه نفس النزاع أو أمام هيئة تحكيم أخرى بناء على اتفاق تحكيم آخر.

وأما في ما يخص الأحكام الصادرة في شق من الموضوع فإنها تبقى، ما لم يكن الموضوع غير قابل للتجزئة ففي هذه الحالة إذا طرح النزاع على القضاء فإن المحكمة لا تتقيد بهذه الأحكام.

وإذا اتخذت إجراءات إثبات أمام المحكم وبدر من جانب الخصوم عند تنفيذها إقرار أو اعتراف أو تنازل عن حق أو عن أمر متنازع فيه، جاز الإسناد إليه بعدئذ بشرط أن يكون قد تبث هذا الإقرار و التنازل في محضر الجلسة ووقع عليه المحكم بالقضاء، وبعد توقيع المقر عليه .ولا يعتبر هذا الإقرار بمثابة إقرار قضائي لان المحكم أيا كانت سلطته ليس بقاض

وإذا توفي المحكم، أو زالت صفته لأي سبب من الأسباب ثم عين غيره وجب على هذه الأخير إن بفتح باب المرافعة من جديد ويستمع إليها ويأمر بما يرى الأمر من إجراءات الاثباث مع الاعتداد بالأحكام الصادرة من سلفه في شق من الموضوع متى كانت صحيحة في ذاتها ، وكل ذلك تطبيقا لقاعدة إن القاضي الذي يصدر الحكم هو الذي يسمع المرافعة[1].

[1] نبيل أحمد أبو الوفا،نفس المرجع ، ص151.

خلاصة الفصل الثاني :

تناولنا خلال هذا الفصل الآثار المترتبة على قبول شرط التحكيم ،و هما الأثر السلبي و المتمثل في حرمان أطراف العقد من اللجوء إلى القضاء في النزاع المتفق على عرضه للتحكيم،كما رأينا في الأثر السلبي ثلاث اتجاهات حول طبيعة الدفع بالاعتداد بشرط التحكيم،ما بين اعتباره دفع بعدم القبول و دفع بعدم الاختصاص و دفع ببطلان المطالبة القضائية،أما الأثر الإيجابي فيتمثل في استشار هيئة التحكيم بحل النزاع،و أشرنا إلى أن شرط التحكيم ليس مقصورا على أطرافه فقط بل يمكن أن ينصرف أيضا إلى خلفه، كما قد ينصرف إلى الغير أيضا، كما تعرضنا خلال هذا الفصل إلى أسباب انقضاء شرط التحكيم و إلى الآثار الناتجة عن الانقضاء.

خاتمة

خاتمة

تطرقنا خلال هذا البحث إلى دراسة موضوع شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، إذ أصبح ظاهرة مسلما بها في ميدان التجارة الدولية وهذا الذي أدى إلى وجود شرط التحكيم في العقود التجارية الدولية وحظي باهتمام الاتفاقيات الدولية إلى جانب التشريعات الوطنية.

ويعد شرط التحكيم هو القاعدة التي يستند عليها النظام القضائي الخاص والسبيل المفصل لحل المنازعات الخاصة الدولية بالتحكيم، و بناءا على هذا سجلنا بعض النتائج والتوصيات التالية والتي من شأنها أن تجعل شرط التحكيم أكثر فعالية في عقود التجارة الدولية لتسوية المنازعات التي قد تنشا بين الأطراف المتعاقدة.

أولا –النتائج:

– شرط التحكيم يعتبر اتفاق يبرم بين الأطراف وفقا لإرادتهم الذاتية لان التحكيم من العقود الرضائية، وميزة شرط التحكيم تعلقه بمنازعات مستقبلية محتملة.

– من أجل أن يكون شرط التحكيم صحيحا لا بد من توافر و مراعاة الشروط الشكلية والموضوعية ويظل القانون المطبق هو الحكم في ذلك.

– أن شرط التحكيم أصبح ضرورة في ظل الانفتاح الاقتصادي وحرية التجارة كونه يتسم بالبساطة والسرعة كل هذا يعد أمرا ضروريا في التجارة الدولية.

– للأطراف كامل الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم.

– شرط التحكيم مستقل عن العقد الأصلي ولا يتأثر ببطلانه وهذا من شأنه أن يزيل مخاوف المتعاملين.

– وجود شرط التحكيم يمنع القضاء من نظر النزاع، ويسلبها اختصاصها في النزاعات التي اتفق فيها إلى اللجوء للتحكيم.

ثانيا– التوصيات:

– الاهتمام بحسن صياغة شرط التحكيم، إذ يجب أن تكون صيغة شرط التحكيم واضحة فيما يتعلق بموضوع النزاع وفيما يثور من خلافات في تفسير العقد وما يثور من خلافات أثناء تنفيذه وما يترتب على انتهائه أو فسخه من تبعات قانونية.

– يتعين اختيار القانون الذي يطبق على شرط التحكيم بدقة إذ ليس من الضرورة دائما التمسك بالقانون الوطني ليحكم النزاع.

– يجب أن تكون طرق تعيين هيئة التحكيم وجنسيتهم واضحة وصريحة في شرط أو مشارطة التحكيم بالنسبة لمحكمي الطرفين وطرق اختيار الحكم المرجح ،وبالتالي يمكن تلافي هذا الأمر من خلال تحديد المدة الزمنية الممنوحة لكل طرف لاختيار محكمه وتحديد الجهة التي ستقوم باختيار المحكم المرجح في حال امتنع أو عارض احد الأطراف في اختياره.

– يجب مراعاة التفاصيل التي قد تخلق مشاكل في القانون المختار للتحكيم وتجنب هذا يأتي من خلال مراجعة القانون المراد تطبيقه ومثل ذلك اختيار المحكمة المختصة التي يلجأ إليها المتعاقدين عند الخلاف.

– يجب على الأطراف عند إبرام شرط التحكيم تحديد ما إذا كان شرط التحكيم مقصور عليهم فقط أم أنه يمكن أن تمتد آثاره إلى الخلف والغير لتفادي المشاكل وعرقلة عملية التحكيم.

– تضمن شرط التحكيم اللغة المعتمدة في التحكيم بما يتناسب مع رغبة الأطراف ولغة العقد.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا-الاتفاقيات الدولية:

1. اتفاقية نيويورك لعام 1958 المتعلقة، باعتماد وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

2. الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1987.

3. قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 المعدل في 2006.

ثانيا-القوانين:

1.الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر1975، المعدل و المتمم، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد31.

2.القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

3.قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 . .

4. قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001.

ثالثا- الكتب:

أ) باللغة العربية:

1.أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، ط5، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988.

2.أحمد أبو الوفاء، التحكيم في القوانين العربية، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية 1998.

3.أحمد بلقاسم، التحكيم الدولي ،ط2 دار هومة ،الجزائر 2006.

5.خالد إبراهيم التلاحمة،، القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم اتجاري الدولي، د.ط، جهينة للنشر والتوزيع، عمان 2006.

6.صلاح الدين جمال الدين، محمد مصيلحي، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، د ط، دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2004.

7.طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، ط7، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2010.

8.عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، ط2، دار الفتح للتجليد الفني، الإسكندرية 2008.

9.عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء، ط2،منشأة المعارف، الإسكندرية 2000،.

10.فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2008.

11.قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية ،التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمار، د ط، دار هومة، الجزائر2004.

12.ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية2004.

13.محمد إبراهيم على محمد، القواعد الدولية الآمرة، دراسة إمكانية تقليص الدور الذي تلعبه في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية أمام هيئات التحكيم والقضاء الوطني، د ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية2001.

14.محمود السيد عمر التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2007.

15.معوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 1997.

16.نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، ط 1، دار الجامعة الجديدة، للنشر، الإسكندرية 2004.

17.هشام خالد، أولويات التحكيم التجاري الدولي، د ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية2004.

18.هشام خالد، تكوين المحكمة التحكمية في منازعات التجارة الدولية المجلد الأول، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية2008

رابعا- رسائل الماجستير:

1.بولقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية، ذات الطابع الدولي، التحكيم نموذجا، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية ،تخصص قانون إداري وإدارة عامة،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة الحاج لخضر ،باتنة2011.

2.حسيني يمينة، تراضي الأطراف على التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية لحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو2011.

خامسا-الدوريات:

1.إلياس عجابي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون إ.م. إ ، مجلة المنتدى القانوني، كلية الحقوق ،جامعة محمد خيضر بسكرة العدد 7، أفريل 2010 .

2.منى ميمون، التحكيم التجاري الدولي وفقا لتعديلات قانون الإجراءات المدنية الإدارية رقم08-09، مجلة المنتدى القانوني ، كلية الحقوق ،جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 7، أفريل 2010 .

المراجع باللغة الأجنبية

سادسا-الملتقيات:

1.ليلى بن مدخن، مبررات الطعن في أحكتم التحكيم التجاري الدولي وحدود اختصاص القاضي الوطني في الطعون بين الرقابة واحترام إرادة الأطراف، مداخلة في الملتقى الوطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور ، يومي 21و22 أفريل 2010 ،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة.

ب) باللغة الفرنسية:

1.David René ; l'arbitrage dans le commerce international, litec delta 1998 .

2.Nour Eddine Terki : l'arbitrage Commercial International En Algérie, Office des publication Universitaires Alger, 1999 .

3.Robert Jeans, l'arbitrage, droit interne international prive, Dalloz, paris ; 1990.

الفهرس

الفهرس

إهداء.....I

تشكرات.....II

مقدمة.....أ

الفصل الأول: شرط التحكيم اتفاق

المبحث الأول: مفهوم شرط التحكيم.....2

المطلب الأول: تعريف شرط التحكيم و طبيعته القانونية.....2

الفرع الأول: تعريف شرط التحكيم في الفقه و التشريعات المقارنة.....2

أولا": تعريف شرط التحكيم في الفقه.....2

ثانيا : تعريف شرط التحكيم في التشريعات المقارنة.....3

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لشرط التحكيم.....5

المطلب الثاني: تميز شرط التحكيم عن مشارطة التحكيم و شروط صحته.....7

الفرع الأول : تميز شرط التحكيم عن مشارطة التحكيم.....7

أولا": أوجه الاتفاق بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم.....7

ثانيا : أوجه الاختلاف بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم.....9

الفرع الثاني: شروط صحة الشرط ألتحكيمي 10

أولا: الشروط الشكلية.....11

ثانيا: الشروط الموضوعية.....12

المبحث الثاني:استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي.....18

المطلب الأول: الأحكام الأساسية لمبدأ استقلال شرط التحكيم.....18

الفرع الأول: مفهوم مبدأ استقلال شرط التحكيم 18

الفرع الثاني: مبررات استقلال شرط التحكيم.....19

المطلب الثاني: مبدأ استقلال شرط التحكيم في القرارات القضائية و النصوص القانونية ..20

الفرع الأول: استقلال شرط التحكيم في القرارات القضائية.....21

الفرع الثاني: استقلال شرط التحكيم في النصوص القانونية.....22

خلاصة الفصل الأول:.....25

الفصل الثاني: شرط التحكيم وسيلة لحل النزاعات

المبحث الأول :آثار قبول شرط التحكيم.....27

المطلب الأول: الأثر السلبي لقبول شرط التحكيم.....27

الفرع الأول: مضمون الأثر السلبي لقبول شرط التحكيم.....27

الفرع الثاني: طبيعة الدفع بالاعتداد بشرط التحكيم.....29

أولا" : الدفع بالاعتداد بشرط التحكيم دفع بعدم الاختصاص.....30

ثانيا : الدفع بالاعتداد بشرط التحكيم دفع بعدم القبول.....30

ثالثا : الدفع بالاعتداد بشرط التحكيم دفع ببطلان المطالبة القضائية.....32

المطلب الثاني: الأثر الإيجابي لقبول شرط التحكيم.....33

الفرع الأول: فض الخصومة بطريق التحكيم.....33

الفرع الثاني: نطاق الأثر الإيجابي لشرط التحكيم.....34

أولا" : آثر شرط التحكيم مقصور على أطرافه فقط.....34

ثانيا : امتداد آثر شرط التحكيم إلى الخلف.....35

ثالثا : امتداد آثر شرط التحكيم إلى الغير.....35

المبحث الثاني: انقضاء شرط التحكيم 37

المطلب الأول: أسباب انقضاء شرط التحكيم.....37

الفرع الأول :النهاية الطبيعية.....37

الفرع الثاني : النهاية غير الطبيعية.....38

المطلب الثاني: آثار انقضاء شرط التحكيم.....40

الفرع الأول: زاول صلاحية هيئة التحكيم.....40

الفرع الثاني: مدى صلاحية الأحكام الصادرة قبل الانقضاء.....41

خلاصة الفصل الثاني:.....42

خاتمة.....43

قائمة المراجع.....45

الفهرس 48

الملخص

التحكيم نظام قانوني يهدف إلى حل المنازعات بموجب اتفاق أطراف النزاع وطرح هذا النزاع على شخص أو أشخاص معينين لإيجاد حل , فهو طريق استثنائي لحل المنازعات ويستند إلى إرادة الأطراف وحرياتهم في اختيار المحكمين ذوي خبرة وتجربة و اجتناب القضاء و الخضوع لقواعد تنازع القوانين، وشاع اللجوء له في عقود التجارة الدولية بشكل خاص في ظل الانفتاح الاقتصادي بحيث نادرا أن جد عقدا دوليا لا يتضمن شرط التحكيم لتسوية المنازعات التي قد تنشأ مستقبلا حول تفسير العقد أو تنفيذه.

وشرط التحكيم قد يرد ضمن بنود العقد الأصلي أو مستقلا عنه، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي اثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذ أصبح هذا من الأمور المستقر عليها على الصعيد الدولي،و لابد من توفر الشروط الشكلية بالإضافة إلى الشروط الموضوعية لصحة الشرط ألتحكيمي حسب القانون المطبق عليه، ويترتب على قبول شرط التحكيم حرمان الأطراف من اللجوء إلى القضاء في خصوص النزاع المتفق على عرضه على التحكيم واستئثار هيئة التحكيم بحل النزاع.

الكلمات المفتاحية: التحكيم،قانوني،المنازعات،أطراف،القضاء،القوانين،عقود،التجارة ،الدولية،شرط.

Résumé:

L’arbitrage est un système juridique vise à régler les déférents dans le cadre d’accord des parties déférents et encore pose ce déférents à une personne des personnes précisé pour trouver des solutions .donc c’est un travers exceptionnelles pour régler les différents et cela repose sur la volonté des parties et leur libertés dans le choix des arbitres ayant une expertise et une expérience et évité le système judiciaire et à se soumettre aux règles de conflits de lois en particulier a populaire asile dans les contrats commerciaux internationaux à la lumière de l’ouverture économique que très rarement qu’on trouve un contra international me contient pas une clause d’arbitrage pour régler les déférents .qui pourraient survenir dans l’avenir au sujet de l’énferétaion du contrat ou la mise en œuvre.

Le clause d’arbitrage peut rendre dans les ternes du contact initial ou indépendant me doit pas entrainer la nullité ou sa de dissolution on cessation aucun effet de la clause d’arbitrage qui contenait comme cela et devenu stables au niveau international. comme il doit fournir les exigence fond à la santé de clause d’arbitrage conformènt à la loi qui lui est appliquée , et l'acceptation conséquente de la clause d'arbitrage à priver les parties de recourir à la justice dans le cadre du conflit accepté d'être présenté au jury et le monopole du tribunal arbitral pour résoudre le conflit.

Les mots clés : L’arbitrage, juridique**,** déférents**,** parties, judiciaire**,** lois, contrats commerciaux , internationaux, clause.

Abstract

Arbitration is a legal system aims to resolve disputes under the agreement parties to the conflicts and put this conflicts on the Person or persons to find a solution, it is through the exceptional resolve disputes and is based on the will of the parties and freedoms in the selection of arbitrators with expertise and experience and to avoid the judiciary and to submit the rules of conflict of laws, and popularized asylum to him in international trade contracts, particularly in light of the economic openness so that very rarely internationally contract does not contain an arbitration clause to settle disputes that may arise in the future about the interpretation of the contract or its implementation.

The arbitration clause may be contained within the terms of the original contract or independent him, shall not result in the invalidity of the contract or its dissolution or termination of any effect on the arbitration clause which contained, as this has become stable things at the international level, and must provide the formal requirements in addition to the substantive conditions to the health of the arbitration clause in accordance with the law applied to it, and the consequent acceptance of the arbitration clause to deprive the parties of resorting to the judiciary in relation to the conflict agreed to be presented to the jury and the monopoly of the arbitral tribunal to resolve the conflict.

Key words : Arbitration, aims, conflicts, parties, judiciary, laws, contract, economic, internationally, clause.