

جامعة حسية بن بوعلی

كلية الحقوق والعلوم السياسية

الندوة الدولية

التحكيم البحري

المنظمة من قبل

المعهد الدولي للتحكيم البحري ومخبر القانون الخاص المقارن

عنوان المداخلة

اتفاق التحكيم التجاري الدولي

الأستاذة: شعراڤ فاطمة

أستاذة مساعدة " ب " بكلية الحقوق والعلوم السياسية

البريد الإلكتروني: chaarane_1985@hotmail.fr

الأستاذة: عبوب زهيرة

أستاذة مساعدة " ب " بكلية الحقوق والعلوم السياسية

البريد الإلكتروني: abboub2@hotmail.fr

مقدمة:

يعد التحكيم في المجتمعات القديمة أداة لحسم المنازعات التي تنشأ بين الأفراد على أساس الأعراف والتقاليد السائدة آنذاك، ولكن مع قرن 20 عرف التحكيم اتساعاً في نطاقه وهذا راجع كله إلى نمو العلاقات الاقتصادية الدولية بين الأفراد وبين الدول التي كان لها الدور الكبير في ذلك، بحيث أصبح للتحكيم قانوناً يلتزم به الكافة وله سلطة قضائية تتولى إزالة كل ما قد يصادف تطبيق هذا القانون من عوارض سواء فيما يتعلق بمن يناط الفصل في إدعاءات الأطراف أو فيما يتعلق بمعايير الفصل فيها وهذا ما يستدعي البحث عن معطيات التي يستند إليها للخروج، والتي تجعل منه تقدير دعائه أمراً مشروعاً يسمح به نظام القانوني وكل هذه الاعتبارات جعلت الدول العربية تقوم بتنظيمه وفق قواعد خاصة به كذلك فقد عني المجتمع الدولي بأمر تنظيم التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، وقد ظهرت بواكير هذا الاهتمام في اتفاقية نيويورك وبروتوكول جنيف والقانون النموذجي الأونسترال.....الخ.

وباعتبار أن التحكيم تكمن نقطة بدايته في اتفاق التحكيم ومصدر تميزه عن غيره من أدوات تحقيق الوظيفة القضائية وأخصها قضاء الدولة لأنه حجر الزاوية في نظام التحكيم، واتفاق التحكيم يخضع بالضرورة للقواعد العامة التي أوردها المشرع في القانون المدني، بالإضافة إلى ما قد تفرضه ذاتيته من قواعد خاصة به وعلى هذا الأساس يمكن طرح الإشكالية التالية: ما لمقصود بالاتفاق التحكيم التجاري الدولي؟ وإلى أي مدى يساهم هذا الاتفاق في حماية حقوق الأطراف المتنازعة؟

للإجابة عن تساؤل المطروح قمنا بتقسيم خطة البحث كالتالي:

المبحث الأول: مفهوم اتفاق التحكيم التجاري الدولي.

المبحث الثاني: صور اتفاق التحكيم التجاري الدولي.

المبحث الثالث: أركان اتفاق التحكيم التجاري الدولي وآثاره.

المبحث الأول: مفهوم اتفاق التحكيم

إن بداية نظام التحكيم تكمن في الاتفاق على مبدأ التحكيم، واختياره سبيلا لحل منازعات معينة أو المنازعات التي تنيرها معاملات معينة.

وبدون هذا الاتفاق لا يمكن أن يجري التحكيم أو يتم، فنظرا لأهمية التي يكتسبها اتفاق التحكيم سنتطرق من خلال هذا المبحث إلى كل من تعريف اتفاق التحكيم وطبيعته القانونية بالإضافة إلى قانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم وفي الأخير سنتطرق إلى صور اتفاق التحكيم.

المطلب الأول: تعريف اتفاق التحكيم

أصبح من الواضح أن التحكيم لكي يدخل حيز التنفيذ ويأخذ دوره في فض النزاعات بين الأطراف المتنازعة لا بد له من إرادة تتحرك وتعطيه القوة القانونية لذلك.

والإرادة هنا تتحرك إلا في إطار عقد التحكيم تلتقي فيه الإرادة الأطراف النزاع القائم أو المحتمل قيامه وتتجه الاتفاق على عرض النزاع على التحكيم وعلى هذا الأساس سوف نتطرق في هذا المطلب إلى تعريف اتفاق التحكيم كل لدى من الفقه والقوانين العربية.

أولا: تعريف الفقه لاتفاق التحكيم

اختلفت التعاريف الفقهية لاتفاق التحكيم عن التعريفات القانونية رغم تأثير الأولى على الثانية وتطورها بحيث نجد أن الكثير من الفقهاء قد تطرقوا إلى تعريف اتفاق التحكيم غير أننا سنركز دراستنا على البعض منها إذ نجد الفقيه جولدمان Goldman يعرفه على أنه "هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف على أن يخضعوا للتحكيم سواء النزاعات التي يمكن أن تنشأ بينهما والمتعلقة بالعقد أو النزاعات التي نشأت والمتعلقة في كلتا الحالتين بالتجارة الدولية"¹.

كما يرى الأستاذ فوشارد بأن اتفاق التحكيم يغطي في الحقيقة فكرتين مختلفتين من جهة شرط التحكيم clause compromissiore وهو الشرط منصوص عليه في العقد، وينص على أنه أي نزاع يمكن أن يثور بسبب هذا العقد يتم الفصل فيه عن طريق التحكيم ومن جهة أخرى مشاركة التحكيم compromis d'arbitrage والتي هي اتفاق بين الطرفين يقومون بموجبه بإخضاع النزاع إلى المحكم أو هيئة تحكيمية، وتكون بعد إبرام العقد وبعد أن يثور النزاع بين الطرفين².

وتعرفه الدكتور حفيظة السيد حداد" بأنه ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه تتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهما أو المحتمل نشوئها من خلال التحكيم، وذلك إذا كانت هذه المنازعات تتعلق بمصالح التجارة الدولية"³.

ويعرفه المستشار معوض عبد التواب" على أن اتفاق التحكيم شأنه شأن أي اتفاق تعبير عن إرادتين تراضيا على أن التحكيم وسيلة لحل المنازعات التي تنور"⁴.

لذا تتفق جميع التعريفات التي أوردها الفقه لاتفاق التحكيم على أن اتفاق التحكيم يشمل ما يسمى بشرط التحكيم وهو بند من بنود العقد، كما يغطي كذلك مشاركة التحكيم وهو الاتفاق المبرم استقلالا عن العقد.

ثانيا: تعريف القوانين العربية لاتفاق التحكيم

بحيث نجد القانون المصري عرف اتفاق التحكيم في المادة 10 من قانون التحكيم لسنة 1994 على أنه " (1) اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية.

(2) يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام سواء كان مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين.....الخ"⁵.

كما نص القانون العماني الصادر بتاريخ 28 يونيو لسنة 1997 في المادة 10 على أنه " (1) اتفاق التحكيم هو اتفاق الذي يقرر فيه طرفاه الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير تعاقدية.

(2) يجوز أن يقع التحكيم في شكل شرط التحكيم سابق على قيام النزاع يرد في عقد معين أو في شكل اتفاق منفصل يبرم بعد قيام النزاع ولو كانت أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلا.

(3) يعتبر اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد"⁶.

من القوانين العربية التي تفادت تعريف اتفاق التحكيم يمكن ذكر القانون الجزائري والبناني والأردني والسعودي والكويتي والإماراتي والمغربي غير أننا نحب الإشارة هنا إلى أن القانون الجزائري أصبح يتضمن فصلا خاصا ليس عن التحكيم فحسب، بل عن طرق البديلة لحل المنازعات من الصلح والوساطة إلى التحكيم مساهرا تطور هذه الوسائل البديلة كل منها على حدا كما نجد أنه تأثر بالقانون الفرنسي الجديد الصادر سنة 1981،

فيكون المشرع اختار المنحى الفرنسي للتحكيم الذي اتبعه كل من المغرب وتونس ولبنان بينما اتبعت بقية الدول العربية منحى الاونسترال (لجنة قانون تجارة الدولية للأمم المتحدة) وأولها مصر التي كيفت الاونسترال النموذجي وتبعتها سلطنة عمان ثم الأردن فسوريا والآن الإمارات العربية المتحدة⁷.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم

رغم اتجاه الفقه على اعتبار نظام التحكيم وسيلة لحل المنازعات يحل فيها حكم التحكيم محل الحكم القضائي في تحقيق الحماية للحق المتنازع فيه، إلا أنه قد ثار خلاف حول الطبيعة القانونية للتحكيم، ووجدت أكثر من نظرية في هذا الخصوص، والخلاف حول الطبيعة القانونية ليس خلافا نظريا فحسب، بل له نتائج خطيرة لاسيما القانون الواجب التطبيق وعند طلب تنفيذ حكم التحكيم.

أولاً: الطبيعة العقدية لاتفاق التحكيم

يذهب اتجاه فقهي إلى أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية، حيث تعتمد أسانيد هذا الاتجاه على الدور الجوهرية الذي تلعبه إرادة الأطراف في التحكيم⁸.

إذ أن عملية التحكيم تتمثل في شكل هرم قاعدته الاتفاق وقمته الحكم، رغم أن حكم التحكيم هو الهدف من عملية التحكيم برمتها من حيث كونه يسوي النزاع أو يفصل فيه إلا أنه يبدو -وفق هذا التحليل- مجرد عنصر تبعي في هذه العملية لأنه مجرد تحديد لمحتوى العقد بمعرفة غير المتعاقدين.

- أسانيد الطبيعة العقدية للتحكيم:

أ) حكم التحكيم لا يمكن أن ينفصل على إرادة الأطراف، فالتحكيم جوهره هو التقاء إرادة المحكمين بقرار الحكم.

ب) سلطة المحكم مصدرها الإرادة الذاتية لأطراف اتفاق التحكيم.

رغم أن هذا الاتجاه الفقهي لا يخلو من وجاهة، وهي أن التحكيم يقوم بداءة على إرادة الأطراف إلا أنه أخلط بين استناد التحكيم في البداية إرادة الأطراف وبين كون المحكم ذاته لا يرتكن إلى هذه الإرادة، إذ يعمل بأحكام القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض، غير أن هذا الاتجاه لا يخلو من الانتقاد وهو أن "الأطراف في التحكيم لا يطلبون من المحكم الكشف عن إرادتهم، كما هو حال بالنسبة إلى الشخص الثالث الذي يحدد ثمن البيع، وإنما الكشف عن إرادة القانون في حالة معينة"⁹.

ثانيا: الطبيعة القضائية لاتفاق التحكيم

يذهب الاتجاه الفقهي على أن التحكيم ذو طابع قضائي، ذلك أنه قضاء إجباري ملزم للخصوم متى اتفقوا عليه، وأن المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها وأن عمله عمل قضائي شأنه شأن العمل القضائي الصادر من السلطة القضائية للدولة.

- أسانيد الطبيعة القضائية لاتفاق التحكيم

أ) إن التحكيم قضاء استثنائي مستثنى من الأصل العام في التقاضي أمام المحاكم التي نظمها القانون، وإذا حدث ورفعت الدعوى أمام المحكمة المختصة كان للطرف الآخر الحق في الدفع بعدم الاختصاص، لأن المحكمة تنظر في دعوى هي من اختصاص هيئة المحكمين.

ب) إن حكم المحكم يحوز حجية الشيء المقضي به، وينفذ تنفيذا جبريا بعد صدور الأمر بهذا التنفيذ، شأنه شأن الحكم القضائي الصادر من السلطة القضائية في الدولة

غير أنه ما يعاب على هذا الاتجاه في أنه من صعب أن نلحق أحكام التحكيم بأحكام القضاء جملة واحدة، لأن هناك خلاف بين المحكم والقاضي، بحيث هذا الأخير له وظيفة عامة ويتمتع بالدوام والاستقرار والحصانة بعكس المحكم¹⁰.

وعلى إثر ذلك نخلص إلى أن التحكيم قضاء اتفاقي يتقيد بنصوص اتفاق التحكيم وبالنصوص القانونية التي تفترض على المحكم الالتزام بها، لذلك يجب أن نبتعد عن القوالب التقليدية لتحديد طبيعة التحكيم، فهو ظاهرة وإن سبقت القضاء في الوجود، إلا أنه ليس أحد السلطات العامة في الدولة مثل القضاء، كما أنه لا يجوز في كل منازعة، حيث أن تكون المنازعة قابلة للتحكيم.

المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق

تثور مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم أول ما تثور أمام المحكم، إذ عليه قبل أن يمضي في التحكيم أن يتأكد من صحة الاتفاق عليه ونفاذه، باعتبار ولايته منوطة بهذا الاتفاق والغالب أن يتصدى المحكم بناء عن الدفع ببطالان الاتفاق على التحكيم لوروده مسألة غير قابلة للتحكيم أو لفقدانه أحد الأركان اللازمة لانعقاده.

أولاً: تطبيق قانون الإرادة

يجوز للأطراف اختيار نظام قانوني متكامل لكي يطبق على التحكيم، أو أن يشترطوا تطبيق طائفة معينة من القواعد القانونية، فعلى سبيل المثال يمكن للأطراف اختيار نظام قانوني لأي من الطرفين، أو كليهما، أو حتى قانون دولة ثالثة وعلاوة على ذلك يمكنهم الاتفاق على فض منازعاتهم طبقاً للمبادئ العامة للقانون أو بعض القواعد السائدة في نظام قانوني معين¹¹.

ثانياً: تطبيق قانون مقر التحكيم

الأصل كما قدمنا هو سلطان الإرادة بشأن وجود اتفاق التحكيم، إذ يستحيل إلزام الأطراف بتحكيم لم يتفقوا على الالتجاء إليه.

وعلى أنه يحدث في بعض الحالات إثارة التساؤل بشأن صحة اتفاق التحكيم نظراً لعدم توافر الشروط المطلوبة لذلك في القانون الداخلي أو القانون آخر، كاشتراط شرط التحكيم أو تحديد مكانه أو أسماء المحكمين أو ما إلى ذلك من شروط تختلف من قانون لآخر، لذا نجد أن قانون التحكيم الدولي الخاص يخضع صحة الاتفاق لقانون مكان التحكيم، كما حدده الأطراف، أو كما يحدده نظام التحكيم الذي أحال إليه الأطراف، وذلك في حالة عدم وجود إرادة صريحة للأطراف¹².

ثالثاً: سلطة المحكم الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق

إن الأطراف قد لا يختارون قانون معين ليحكم إجراءات سير المنازعة، بل يتروكون الأمر إلى المحكمين أنفسهم ليحددوا تلك الإجراءات على ضوء ما قد يرونه مناسباً بخصوص النزاع المطروح على التحكيم¹³.

لذلك يقع على عاتق المحكم الدولي أن يتصدى لهذه المشكلة، حيث يتمتع بالسلطة تقديرية واسعة في هذا الصدد وهو في ممارسته لهذه السلطة ينبغي عليه احترام التوقعات المشروعة للأطراف، والأمر يختلف بالنسبة للمحكم الدولي عنه بالنسبة لقاضي الوطني، ذلك لأنه مقيد بالنصوص القانونية أي قانون دولته التي يصدر باسمها أحكامه، فإن الأمر يختلف تماماً بالنسبة للمحكم الدولي، ذلك لأن المحكم الدولي وكما سبق القول ليس له قانون مختص ولا يصدر أحكامه باسمه هذه الدولة أو تلك ومن ثم لا يخضع لسيادة أي دولة حتى ولو كان أحد رعاياها طرفاً في المنازعة التي تطرح على التحكيم.

المبحث الثاني: صور اتفاق التحكيم

يتضح لنا من تعريف اتفاق التحكيم أن له صورتان الأولى وهي أن يكون في صورة شرط أو بند في عقد من العقود ويتضمن إحالة المنازعات التي قد تنشأ بين الأطراف العقد عند تنفيذه أو تفسيره إلى التحكيم، ويطلق عليه

بالشرط التحكيم والثانية هي أن تكون في صورة عقد بين الخصوم بمناسبة نزاع قائم بالفعل بينهم، ويطلق عليها بالمشاركة التحكيم وهذا ما سنحاول بيانه في هذا المبحث.

المطلب الأول: شرط التحكيم

هو شرط مدرج في العقد ويعد جزءا لا يتجزء منه وأهم عناصره "تطابق الإرادات" على حسم النزاع أيا كان نوعه مالي أو فني أو قانوني، مستقبلي ناشئ عن تطبيق العقد بطريق التحكيم¹⁴.

ويرد شرط التحكيم على أي نزاع قد يحدث بينهم في المستقبل بمناسبة تفسير العقد الذي تضمنه، أو تنفيذه، فلا يرد على نزاع معين، كما أن شرط التحكيم قد يكون قائما بذاته، ومنفصلا عن العقد الأصلي المبرم بين أطرافه -مصدر الرابطة القانونية- ولا يؤثر ذلك في وصفه بأنه شرطا للتحكيم، ما دام الاتفاق عليه قد تم قبل نشوء النزاع بين الأطراف¹⁵.

كما قد يشمل مضمون شرط التحكيم تنظيم جوانب التحكيم من حيث تشكيل المحكمة واختيار هيئة التحكيم وتحديد موضوع النزاع والقانون الواجب التطبيق، ومكان انعقاد الجلسات، والمواعيد، وكيفية إصدار القرار التحكيمي في النزاع¹⁶.

لذا قد يكون شرط التحكيم عاما أو خاصا يكون عاما إذا أحال إلى التحكيم كل النزاعات المتعلقة بالتفسير أو تنفيذ العقد ويكون خاصا إذا اقتصرته الإحالة للتحكيم على بعض المسائل أو موضوعات دون غيرها¹⁷.

المطلب الثاني: مشاركة التحكيم

يمكن تعريف مشاركة التحكيم على أنها "هي اتفاق بين أطراف النزاع باللجوء إلى التحكيم وتقديمه لشخص أو أكثر (art 1447 ncp) المراكز الوطنية"¹⁸.

كما أنها تتعلق بوجود منازعة قائمة وناشئة بالفعل بين أطرافه، لحظة الاتفاق على التحكيم، بصدد علاقة قانونية محددة، سواء كانت علاقة ناشئة عن تعاقد مبرم بين الأطراف المحتكمين "أطراف اتفاق على التحكيم" أو تصرف حدث، أو واقعة تحققت، تؤثر على حقوقهم، ومراكزهم، وبشرط أن يكون موضوع النزاع قائم بالفعل بينهم داخلا في نطاق المسائل التي يجوز الفصل فيها عن طريق التحكيم، ومن ثم لا يصح إبرام عقد التحكيم، أو مشاركة بالنسبة لنزاع انتهى بالفعل بين أطرافه، إما بحكم قضائي صادرا من القضاء العام في الدولة يكون حاسما له، أو حتى بحكم التحكيم صادرا من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه ويكون نهائيا¹⁹.

المطلب الثالث: الفرق بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم

أن شرط التحكيم يرد كأحد بنود عقد معين لتنظيم طريقة حل المنازعات التي قد تنشأ في المستقبل بين طرفي العقد على خلاف ذلك كانت مشاركة التحكيم لا تبرم إلا في حالة وجود نزاع قائم بين الطرفين أو أكثر وتتفق الأطراف على إخضاعه للتحكيم ولذلك تعتبر مشاركة التحكيم عقدا مستقلا قائما بذاته، بينما لا يتجاوز شرط التحكيم كونه شرطا أو بندا في عقد موضوعي وإن كان القانون الجديد قد أعطى له استقلاليته²⁰.

أن مشاركة التحكيم التي تبرم بعد إثارة النزاع يجب أن تكون أكثر دقة في تحديد المسائل محل النزاع بين الطرفين مقارنة بشرط التحكيم الذي قد يكون أكثر عمومية، وهو الأمر الذي قد يؤدي إلى تعذر حل النزاع بالتحكيم إن لم يكن هذا البند قد أحسنت صياغته عند إبرام العقد لأن شرط التحكيم غالبا ما يرد في نهاية العقد ومن دون أي تفصيل بسبب حسن النية الطرفين وعدم وقوع في أي خلاف عند إبرام العقد، حيث يأتي شرط التحكيم حاليا من تحديد مكان التحكيم وعدد المحكمين والقانون الواجب التطبيق، وكذلك من صيغة شرط التحكيم هي الأسلوب الأكثر شيوعا مقارنة بالمشاركة²¹.

المبحث الثالث: أركان اتفاق التحكيم وآثاره

باعتبار أن اتفاق التحكيم كغيره من العقود ينبغي لقيامه توافر أركان والمتمثلة في الأركان العامة لاتفاق التحكيم وما تفرضه ذاتيته من أركان خاصة بالإضافة إلى ما تترتب عليه من آثار سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الموضوع وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المبحث.

المطلب الأول: أركان اتفاق التحكيم

رأينا بأن اتفاق التحكيم مهما كانت صورته، يعد عقدا قائما بذاته مع تميزه بطبيعة ومميزات خاصة ويلزم لوجود أي عقد أركان وهي تتمثل في الأركان العامة والأركان خاصة.

أولا: الأركان العامة لاتفاق التحكيم

أ) **الرضا:** الاتفاق على التحكيم يعتبر عقدا من عقود القانون الخاص يسوده مبدأ سلطان الإرادة وتسري عليه القواعد العامة في العقود، التي تعرفها النظرية العامة للعقد.

وبناء على ذلك فلا بد لقيام الاتفاق على التحكيم من وجود رضا وإلا كان الاتفاق غير قائم، ووجود التراضي على التحكيم يفترض صدور هذه الإرادة من الأطراف، وأن تكون الإرادة المتطابقة، وأن تتلاقى على هدف واحد هو إخضاع النزاع للتحكيم بالشروط المتفق عليها، ويطبق في هذا الشأن كافة القواعد العامة في الرضا التي يعرفها القانون المدني²².

(ب) **المحل:** محل اتفاق التحكيم هو موضوع النزاع، ووفقا للقواعد العامة يشترط أن لا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة وإلا كان باطلا، وأضافت المادة 1004 من قانون المرافعات الفرنسي شرط صحة آخر، وهو أن لا يكون النزاع ناشئا على إحدى المسائل التي لا يجوز عرضها على التحكيم، وهي جملة مسائل ولا يغنيها منها في صدد التجارة الدولية²³.

(ج) **السبب:** إن اتفاق الأطراف على التحكيم يجد سببه في إرادة الأطراف، فاستبعاد طرح النزاع على القضاء وتفويض الأمر للمحكمين، وهذا سبب مشروع دائما، ولا يتصور عدم مشروعيته إلا إذا ثبت أن المقصود بالتحكيم التهرب من أحكام القانون الذي كان سيتعين تطبيقه لو طرح النزاع على القضاء، نظرا لما يتضمنه هذا القانون من قيود أو التزامات يراد التحلل منها، وهو ما يمثل حالة من حالات الغش نحو القانون فيكون التحكيم وسيلة غير مشروعة يراد الاستفادة من حرية الأطراف أو حرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق، ولا يختلط السبب غير المشروع بالمحل غير ممكن أو غير مشروع، فالأول يقتضي البحث عن إجابة السؤال لماذا لجأ الأطراف للتحكيم؟ الثاني فيتعلق بتحديد الموضوع المراد تسويته بطريق التحكيم وهل هو ممكن مشروع أم لا؟²⁴.

ثانيا: الأركان الخاصة لاتفاق التحكيم

(أ) **تعيين المحكمين:** رغبة في الوصول إلى حل النزاع التحكيمي في حالة انقسام الآراء فقد استلزم قانون التحكيم أن يكون عدد المحكمين وترا إذا تعددوا وهذا وإن كان المشرع قد ترك فيه الأطراف النزاع تحديد عدد المحكمين بواحد أو أكثر، إلا أنه قيد إرادتهم في حالة الاتفاق على زيادة عدد المحكمين عن واحد، حيث تطلب أن يكون العدد وترا، وإلا وقع الاتفاق باطلا وإذا لم يتفق أطراف النزاع في تحديد لعدد المحكمين كان ثلاثة²⁵، وفي هذا الصدد تنص المادة 1017 من قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي "تشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي"²⁶.

(ب) **تحديد موضوع النزاع:** من الطبيعي أن الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم يجب أن يكون لحل النزاع وأن يكون ذلك النزاع بصدد علاقة قانونية محددة سواء كانت علاقة تعاقدية أو غير تعاقدية، إذا كان من الشائع أن يرد اتفاق التحكيم بمناسبة علاقة تعاقدية، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من ورود اتفاق التحكيم بمناسبة علاقة غير تعاقدية مثل التعويض عن العمل غير المشروع، أو الإثراء بلا سبب أو التصادم البحري، أو المسؤولية عن حوادث النقل البري والبحري والجوي، وما إلى ذلك من مجالات الحديثة التي يلعب فيها التحكيم دورا مهما²⁷.

(ج) **كتابة اتفاق التحكيم:** إن الكتابة لا تحمل نفس الموقف فيما يتعلق باتفاق التحكيم والتوفيق لذا نجد اختلاف في كل من المعاهدات الدولية والتشريعات الوطنية²⁸.

وعلى إثر ذلك نصت الفقرة الثانية من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك لعام 1958 " يقصد باتفاق التحكيم شرط التحكيم في العقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات " يتضح من هذا النص أن الدول غير ملزمة بالاعتراف باتفاق التحكيم إلا إذا كان مفرغا في محرر، فلو كان القانون الواجب التطبيق على الاتفاق لا يشترط الكتابة لصحته أو إثباته، واستلزام الاتفاقية هذا الشرط تأكيد على ما دل عليه العمل في مجال التحكيم التجاري الدولي حيث يتم الاتفاق عادة في الوثائق مكتوبة، قد تكون عقودا مبرمة لهذا الغرض أو مراسلات أو برقيات تبادلها الخصوم وتحتوي على اتفاق التحكيم²⁹.

المطلب الثاني: آثار اتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم كغيره من اتفاقات يتمتع بقوة الإلزام، والأصل أن هذه القوة تقوم في مواجهة أطرافه ولا تقوم في مواجهة الغير إلا في الأحوال الخاصة يقررها القانون خروجاً عن هذا الأصل، وهذا ما يعرف بأثر العقد.

أولاً: آثار العقد من حيث الأشخاص

أ) **طرفا الاتفاق على التحكيم:** إذا كان الأصل ألا يلزم العقد سوى من يكون طرفاً فيه، بالمفهوم السابق، فإن الإنسان كثيراً ما يتحمل لإبرام العقد أو اتفاق في شأن من شؤون غيره أو يمس في قليل أو كثير هذه الشؤون، ومن هنا يثور التساؤل عن من يكون طرف في العقد أو الاتفاق: هل هو من قام بإبرامه، أو هو من يكون العقد متعلقاً بشأن من شؤونه؟، وتتوقف الإجابة كأصل عام على ما إذا كان الشخص الذي أبرم العقد أبرمه بصفته الشخصية رغم أنه يتعلق بشأن غيره أو أبرمه بصفته نائباً عن صاحب الشأن، وتطبيق هذا الأصل يحتاج إلى إيضاح في بعض الأحوال الخاصة، أهمها حالة الوكالة وحالة التعهد عن الغير، وحالة تعدد أصحاب الحق المتنازع عليه أو تعدد المسؤولين عنه على النحو ما نجده في كفالة الدين وخطاي الضمان..... الخ

ب) **الخلف واتفاق التحكيم:** يعتبر الخلف هو ثبوت الحق من الحقوق في ذمة السلف، ثم انتقال هذا الحق ثابت له إلى الخلف، كما هو الحال مثلاً في انتقال التركة أو الجزء منها من المورث إلى الوارث بالميراث أو انتقال المبيع من البائع إلى المشتري، والخلف قد يكون عاماً أو خاصاً، وبالتالي فإن القاعدة أن اتفاق التحكيم تسري آثاره في مواجهة الخلف العام لأطرافه طبقاً للقواعد المقررة في القانون.

وتنتقل أثر الالتزامات بالنسبة للخلف العام في حدود ما آل إلى شخص من الحقوق، وبصدد اتفاق التحكيم هي آثار موضوعية وأخرى إجرائية، وليست مالية، فبالتالي يكون أثر الالتزام واقع على الخلف جميعهم وعند صدور الحكم يكون أثره التزام عليهم كل في حدود ما آل إليهم³¹.

ثانيا: آثار اتفاق التحكيم من حيث الموضوع

أ) منع اللجوء إلى قضاء: لقد تم التأكيد مبدأ عدم الاختصاص القضاء الداخلي في النزاعات المعروضة للتحكيم سواء من قبل الاتفاقيات الدولية خاصة تلك التي صادقت عليها الجزائر ألا وهي اتفاقية نيويورك وكذا من قبل التشريع الداخلي.

فسأقتصر بدراسة موقف اتفاقية نيويورك إذ تنص في المادة 2 الفقرة 2 على أنه "تقوم أية دولة متعاقدة يرفع إليها النزاع بشأن قضية إبرام الأطراف الخصومة اتفاقية"، حسب مفهوم هذه المادة يتم إحالة الأطراف على التحكيم بناء على طلب أحد الأطراف وبالتالي نجد أن هذه الاتفاقية فرضت حضرا قاطعا يلزم محاكم الدول بالامتناع عن سماع الدعاوى التي ترفع أمامها.

إلا أن بروتوكول جنيف سنة 1923 واتفاقية جنيف 1961 تتحفظ نصوصها فيها يخص مراقبة وجود والصحة اتفاق التحكيم والتي يجب أن يقوم بها القضاء الداخلي، ولقد كرس المشرع الجزائري مبدأ عدم الاختصاص القضاء الداخلي، شأنه شأن العديد من التشريعات الأجنبية ونصت المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف" وهذا ما نصت عليه عدة قوانين منها القانون الدولي الخاص السويسري في المادة 7 والقانون إجراءات الأرنالدي المادة 1022 والقانون الألماني المادة 321027.

ب) إباحة اللجوء إلى هيئة التحكيم: إن الالتزام بإسناد النزاع أو النزاعات معينة في اتفاق التحكيم على المحكمين ناتجة عن التطبيق المحض لمبدأ القوة الإلزامية للاتفاقيات كما هو معروف بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين وهو ما يؤكد القانون المدني الجزائري في المادة 106 التي تنص على ما يلي "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق بين الطرفين، أو للأسباب يقرها القانون"33.

كما أكدته المادة 1/2 من اتفاقية نيويورك 1958 التي تعتبر جزء من القانون الجزائري، بما أنها تمت المصادقة عليها وتقر بأنه "تعتمد كل دولة من الدول المتعاقدة" الاتفاقية المكتوبة" التي يلتزم بها الأطراف بأن تعرض على التحكيم جميع الخلافات أو بعضها التي قامت أو يمكن أن تقوم بينها بخصوص علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية تتضمن من شأنها أن تسوى عن طريق التحكيم".

ج) انتهاء اتفاق التحكيم: ينتهي اتفاق التحكيم نهاية طبيعية بصور حكم التحكيم في المسائل محل التحكيم وهذه الحالة لا تثير مشاكل ما عدا ما يتعلق منها بالدعوى البطلان، ولكن يمكن أن ينتهي الاتفاق بإرادة

الأطراف، كما قد ينتهي بانتهاء الإجراءات لعدم الفصل في التحكيم خلال الموعد المحدد، وكما ينتهي باستحالة تنفيذ الاتفاق.

. إنهاء الاتفاق بالحكم في الموضوع: ينتهي اتفاق التحكيم نهاية طبيعية بصدور الحكم في موضوع التحكيم أيا كان الحكم سواء كان صحيحا أو باطلا أو قابل للإبطال.

. انتهاء الاتفاق بإرادة الطرفين: كأن يرد في الاتفاق لاحق وموقع من الطرفين أو في مراسلات متبادلة أو إنذار على يد المحضر، أو ضمنا كأن يتقدم أحد الطرفين إلى المحكمة بطلباته ويستكمل الطرف الآخر الإجراءات ويقدم دفاعه دون أن يتعرض إلى وجود اتفاق التحكيم.

. انتهاء الميعاد دون الفصل في موضوع التحكيم: تقضي المادة 45 من قانون التحكيم المصري على أنه "على هيئة التحكيم إصدار حكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال إثني عشر شهرا من تاريخ بدء الإجراءات التحكيم وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك.

وإذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة السابقة جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون " أن يصدر أمرا بتحديد ميعاد إضافي أو بانتهاء إجراءات التحكيم ويكون لأي من الطرفين عندئذ رفع الدعواه إلى المحكمة المختصة أصلا بنظرها" 34.

. انتهاء الاتفاق لاستحالة التنفيذ: كأن يرتبط النزاع محل التحكيم بنزاع آخر ارتباطا لا يتقبل التجزئة ولكنه خارج إطار اتفاق التحكيم ومعروض على القضاء، أو غير قابل للتحكيم وبالتالي يستحيل إعمال اتفاق التحكيم فيعرض الأمر على القضاء وينتهي بانقضائه.

وقد تكون الصورة في شكل آخر كأن يرتبط النزاع بشخص آخر ليس طرفا في اتفاق التحكيم، وبالتالي لا يجوز أن يفرض عليه اللجوء إلى التحكيم، مما يؤدي أيضا إلى نهاية اتفاق التحكيم ويختص القضاء بنظر النزاع 35.

الخاتمة:

لم يحظى أي اتفاق من اتفاقيات الخاصة، في الآونة الأخيرة، بمثل ما حظ به اتفاق التحكيم من عناية واهتمام وذلك ليس فقط في بعض التشريعات الوطنية ولكن أيضا في إطار المعاهدات الدولية، ولا يغيب عن ذهن السبب الأساسي في هذا الاهتمام وتلك العناية، إذ أن اتفاق التحكيم هو الأساس الذي يستند عليه النظام القضائي الخاص والسبيل المفضل لحل المنازعات الخاصة الدولية، ألا وهو نظام التحكيم والواقع أن الحصانة القانونية التي اهتمت باتفاق التحكيم شملت العديد من المسائل إذ لم يقتصر الأمر على تقرير استقلالية اتفاق

التحكيم عن العقد الذي تضمنه بل امتد تعزيز اتفاق التحكيم إلى التزام الأطراف باحترام آثاره على نحو يخول القضاء الوطني، احتراماً للأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم، أن يلتزم الأطراف بالالتجاء إلى سلوك هذا السبيل وحده دون غيره في حالة لجوئهم إلى القضاء الوطني للفصل في المنازعات المتعلقة بشأنها على التحكيم.

هوامش المداخلة:

- 1) مجلة المحكمة العليا، الطرق البديلة لحل المنازعات، الصلح والوساطة والتحكيم، الجزء الأول، قسم الوثائق، 2009، ص 262.
- 2) نفس المرجع، ص 263.
- 3) حفيفة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004، ص 117.
- 4) معوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 1997، ص 155.
- 5) عبد المنعم دسوقي، التحكيم التجاري الدولي والداخلي، قانون الجديد رقم 27 سنة 1994، بدون طبعة، مكتبة مريوي، 1995، ص 91.
- 6) وائل أنور بندق، موسوعة التحكيم، الاتفاقيات الدولية والقوانين الدول العربية، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ص 360.
- 7) عبد المجيد الأحديب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة التحكيم، العدد الثاني، 2009، ص 43، 44.
- 8) نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، 2002، الإسكندرية، مصر، ص 28.
- 9) حسن محمد مهند، التحكيم في المنازعات الإدارية، دراسة مقارنة، بدون طبعة، دار الكتب القانونية، 2008، مصر، ص 46.
- 10) مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل المنازعات، حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الطبعة 2010، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 40.
- 11) جلال وفاء محمد، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1995، الإسكندرية، ص 43.
- 12) إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، طبعة الثالثة، دار النهضة العربية، 2003، ص 67.
- 13) أبو زيد رضوان، الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق والشرعية، العدد الثاني، تصدر عن مجلس النشر العلمي، 1979، ص 45.
- 14) سيد أحمد محمود، نظام التحكيم، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الكويتي والمصري، بدون طبعة، دار الكتب القانونية، 2006، ص 57.
- 15) محمود السيد عمر التحيوي، أساس التفرقة بين التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوكالة الاتفاقية، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 39، 40.
- 16) أحمد ضامن السميدان، تنازع القوانين في الإنقاذ البحري، مجلة الحقوق، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة الكويت، بدون سنة النشر، ص 154.
- 17) نور الدين بكلي، مجلة المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 264، 265.

18) Christian gavalda, l'arbitrage, clause l'evcas de l'eyssac, dalloz, paris, 1993, p32.

19) محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، بدون بلد النشر، 2003، ص 188.

20) حازم كمال، الموسوعة الشاملة في التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية محليا ودوليا، بدون طبعة ودار النشر، ص 281.

21) بن سهلة دالي بن علي، الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم وأثره على تسوية المنازعات التجارية الدولية، مجلة دراسات القانونية، العدد الرابع، 2007، ص 186.

22) نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الحديثة، 2004، ص 37، 38.

23) محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، بدون طبعة، دار النهضة العربية، بدون سنة النشر وبلد النشر، ص 181.

24) محمود مختار أحمد بري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 58.

25) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، بدون طبعة، دار الكتب القانونية، بدون بلد نشر، 2006، ص 34.

26) قانون 09-08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون إجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21 المؤرخة في 2008/04/23، ص 227.

27) مناني فراح، المرجع السابق، ص 122.

28) fadi nmmour, théorie et pratique de l'arbitrage interne et enternational, editions juridiques seder, 2000, p 143.

29) عامر فتحي البطانية، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الثقافة لنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 72.

30) مصطفى محمد الجمال/ عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 في ضوء قانون المقارن وقانون التجارة الدولية، مع الإشارة إلى قوانين التحكيم العربية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، 453.

31) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005، ص 189-192.

32) نور الدين بكلي، اتفاق التحكيم الدولي في قانون الجزائري، رسالة ماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1995، ص 134، 135.

33) قانون 10-05 المعدل للقانون المدني المؤرخ في 20 يونيو، الطبعة 2005-2007، منشورات بيرتي، الجزائر، 2005، ص 26.

34) صابر عمار، اتفاق التحكيم وقراءة بعض المشكلات العملية، بدون طبعة، مايو 2006، بدون بلد النشر، ص 11.

35) نفس المرجع، ص 12.