الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الدكتور مولاي الطاهر – سعيدة –

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم : حقوق

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر تخصص قانون اقتصادي حول :

آثار إتفاق التحكيم

(دراسة مقارنة)

من إعداد الطالبة :

- هاشمي فاطمة

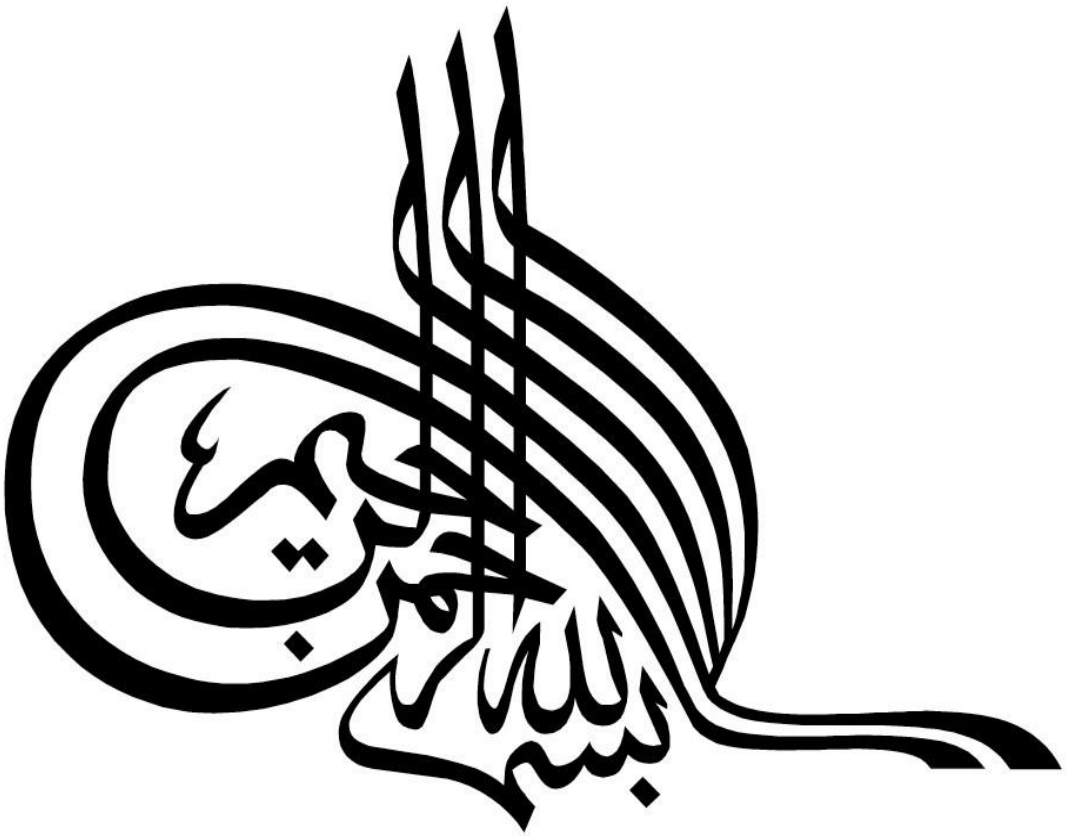
تحت إشراف الأستاذ :

- بوشنتوف بوزيان

أعضاء اللجنة المناقشة :

1 – د . بوزيان بوشنتوف	أستاذ محاضر(أ) جامعة سعيدة	مشرفا و مقررا
2 – د . طيطوس فتحي	أستاذ محاضر(أ) جامعة سعيدة	رئيسا
3 – د . هني عبد اللطيف	أستاذ محاضر(ب) جامعة سعيدة	عضوا مناقشا

الموسم الجامعي :2017-2018


بسم الله الرحمن الرحيم

تشكرات :

أتقدم بالشكر الأول والأخير إلى الله عز وجل وإلى الوالدين إرتوينا من مناهلهم الصافية، وتشبعنا بآرائهم الحكمية، محاولين الأخذ بمسيرتهم في مجال المعرفة.

وإلى الأساتذة الكرام خاصة الأستاذ المشرف: بوشنتوف بوزيان.

إلى كل من علمنا حرفا منذ نعومة أظافرنا إلى يومنا هذا كما لا أنسى عمال معهد العلوم الثانوية والإدارية وإلى عمال المكتبة والدوريات.

الإهداء:

إلى تلك التي أنارت دربي صباحا وعشية، ببسمتها ورضاها هدية إلى التي سهرت وتعبت من أجل راحتي، إلى الشمعة التي ذابت من أجل أن تضيء درب حياتي، إلى منبع الحنان والعطف، إلى بلسم روحي وعنوان أملي إلى من وضعت الجنة تحت أقدامها إلى أعز ما أملك في الوجود أمي الغالية الحبيبة.

إلى الذي من أجله تركت رضا نفسي، وإبتغيت رضاه، إلى الذي من في شكره ظل قلبي وتاه، إلى من سيظل موضع إعجابي وفخري أبي الغالي خالد أطال الله في عمرهما.

إهداء خاص إلى عائلة هاشمي وعلي شريف كبيرا وصغيرا، إلى الإخوة: هشام وعامر، إلى إبتسامة البيت المشرقة جمال الدين إلى أعز الصديقات، الأخت التي لم تلدها لي أمي: شيماء سعادي.

أهدي أسمى تحياتي وأرقى عباراتي إلى كل من ساعدني طوال مشواري الدراسي.

فاطمة هاشمي

المقدمة

مقدمة:

التحكيم مؤسسة عريقة ترجع جذورها إلى بداية تواجد الإنسان على وجه الأرض فعرفته مختلف الحضارات القديمة كالحضارة الإسلامية واليونانية والرمانية، حيث كان محلا للإقرار أو الاعتراف به من كافة هذه الأنظمة القانونية الأساسية المعروفة منذ البداية البشرية، فقد مر بمراحل وأتى عليه حقب من الزمن فقد قيمته، وكانت تنطفئ شمعته خصوصا بعدما أصبح قضاء الدولة هو القضاء الرسمي والطريق الأكثر شيوعا لحل أي نزاع، لكن تسارع النمو الإقتصادي وتطور العلاقات الدولية والإقليمية التي سارعت لتنفيذه وتنظيمه وأصبح الإقبال عليه من قبل الأطراف المتعاقدة في المجال الدولي خاصة لحل نزاعاتهم وفي الوقت التي ظهرت فيه النظم القضائية الوطنية العاجزة وقاصرة عن بلوغ حد الكفاية لمواجهة عقود التجارة الدولية وتصدي لما ينشأ عنها من منازعات إنتشرت وكثرت مؤسسات التحكيم الدولية وإزداد الإقبال على التحكيم التجاري الدولي واحدا من أهم وسائل تسوية المنازعات التجارية على الصعيد الدولي، وهو وسيلة لتسوية المنازعات بشكل إختياري رضائي بعيدا عن السلطة الدولة القضائية بهدف تفادي العيوب التي يتصف بها النظام القضائي. فالتحكيم قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية فهو يعتمد أساسا على قيام أطراف النزاع بأنفسهم بإختيار قضائهم بدلا من الإعتماد على التنظيم القضائي للبلد الذين يقيمون فيه، ولا يعرض النزاع على المحكمين إلا بإتفاق قوي الشأن إتفاقا صحيحا، واضحا

على الفصل فيه عن طريق التحكيم وإتفاق التحكيم كما عرفه م.ج بأنه: "إتفاق التحكيم هو الإتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض النزاع سبق نشوؤه على التحكيم"[1]

يعتبر الاتفاق على التحكيم عقد من عقود القانون الخاص يسوده مبدأ سلطات الإدارة وتسري عليه القواعد العامة في العقود وبناء على ذلك فلابد لقيام إتفاق التحكيم يجب أن يتوفر فيه جميع الشروط الشكلية والموضوعية، التي أوجب المشرع مراعاتها عند إبرام أي تصرف قانوني، إذ تتمثل الشروط الموضوعية في ضرورة توافر التراضي الصحيح، وأن يرد التراضي على محل ممكن ومشروع، وأن يستند إلى سبب مشروع، والشروط الشكلية هي أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا[2] وإتفاق التحكيم هو دستور واساس العملية التحكيمية وهو الذي يعطي الولاية للتحكيم، ويعتبر الاتفاق صحيحا متى توافرت أركانه وشروطه فإنه يرتب أثار قانونية، حيث يحجب قضاء الدولة عن الفصل في موضوع النزاع بين الطرفين، ويخول سلطة الفصل إلى المحكمين، ويرتب أثاره الموضوعية التي تتمثل في إكتساب إتفاق التحكيم للقوة الملزمة التي توجب عرض النزاع على التحكيم، ولا يملك أحد أطراف الإتفاق التخلي عنه أو أن يعطله بإرادته المنفردة، ولإجازة الطرف الآخر رفع دعوى ضده لتنفيذ اتفاق التحكيم[3]، ويرتب إتفاق التحكيم كذلك أثار إجرائية، وهي الاثر المانع والذي بمقتضاه تمنع المحاكم الوطنية من النظر في أي نزاع

[1] فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي (دراسة المقارنة الأحكام التحكيم التجاري الدولي)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 06.
[2] هاني محمد كامل المنابلي، إتفاق وعقود الإستثمار البترولية، دراسة على الدول العربية، مقارنة التشريعات الوضعية في العالم، ط01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص 07.
[3] أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، 1981، ص 10.

يوجد بشأنه إتفاق التحكيم أما الأثر الاجرائي الأخر هو مبدأ الإختصاص بالإختصاص ، أي تخويل هيئة التحكيم سلطة الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود إتفاق التحكيم أو إبطاله أو سقوطه[1].

ونتيجة لهذا كان الدافع والمبرر إلى دراسة الموضوع إتفاق التحكيم التجاري الدولي وأثاره هو أنه ما نلاحظه في الوقت الراهن لا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة الدولية من شرط التحكيم، فأهمية الموضوع تتضح من خلال أهمية اتفاق التحكيم في تسوية منازعات التجارة الدولية في كونه نظام يقوم على إرادة الأطراف. وهذا الإتفاق هو المهيمن عليه، ومن هنا يطرح الموضوع بحثنا هذا عدة إشكاليات تحتاج إلى البحث والإجابة عنها وتتمثل في البحث عن مفهوم إتفاق التحكيم (تشريعيا وفقهيا وقضائيا) وكذلك وجب التطرق إلى أثاره الموضوعية والإجرائية والدراسة هذا الموضوع إستخدمنا ثلاث مناهج بحث بحيث إستعملنا المنهج الوصفي في تحديد مفهوم إتفاق التحكيم وشروطه وأنواعه، المنهج الثاني هو المنهج التحليلي من خلال تحليل مختلف أحكام وقواعد التحكيم التجاري الدولي التي نظمها المشرع الجزائري ومختلف القوانين الوضعية الأخرى والمنهج الثالث هو المنهج المقارن كون ان هذه الدراسة لا يمكن أن تقتصر على النظام قانوني معين وعن القانون الجزائري فقط بل وجب الإستعانة بخبرة القوانين الوضعية والإسترشاد بأهم القوانين الاجنبية التي تناولت هذا الموضوع وسنجيب على هذه التساؤولات في موضوعنا الذي إرتأينا تقسيمه إلى ثلاث فصول هي:

[1] مصطفى أحمد فؤاد، دراسة في النظام القانوني الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص 09.

الفصل التهميدي حول مفهوم إتفاق التحكيم يتضمن المبحث الأول ماهية إتفاق التحكيم و فيه المطلب الأول تعريف إتفاق التحكيم ثم المطلب الثاني أنواع إتفاق التحكيم اما المبحث الثاني حول شروط إبرام الإتفاق يحتوي على المطلب الاول الشروط الموضوعيىة و المطلب الثاني الشروط الشكلية اما الفصل الأول كان حول الأثار الموضوعية فيه المبحث الأول القوة الملزمة لإتفاق التحكيم له مطلبان الأول تعريف القوة الملزمة ثم المطلب الثاني نطاق القوة الملزمة

و المبحث الثاني إستقلالية إتفاق التحكيم له المطلب الأول تقرير مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم و يليه المطلب الثاني الأثار المترتبة على مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم بحيث كان الفصل الثاني خاص بالأثار الإجرائية لإتفاق التحكيم فيه المبحث الأول حول الأثر المانع لإتفاق التحكيم يحوي المطلب الأول له الأثر الإيجابي لإتفاق التحكيم و المطلب الثاني الأثر السلبي لإتفاق التحكيم اما المبحث الثاني مبدأ الإختصاص بالإختصاص و له مطلبان المطلب الأول تعريف مبدأ الإختصاص بالإختصاص ثم المطلب الثاني موقف التشريعات من مبدأ الإختصاص بالإختصاص

الفصل التمهيدي :

مفهوم إتفاق التحكيم

الفصل التمهيدي: مفهوم إتفاق التحكيم

لا يعدو إتفاق التحكيم أن يكون شأنه شأن أي إتفاق تعبيرا عن إرادتين تراضيا على إختيار التحكيم بوسيلة منازعات ثارت أو قد يثور، ولذا يلزم أن تتوافر الشروط الموضوعية الازمة لصحة أي إتفاق، كما يلزم توافر الشروط الشكلية التي يتطلبها القانون، فإذا ما إستكمل الإتفاق شرائط صحته رتب أثار قانونية، هذا فضلا عن مزايا أخرى مثل ميزة التكتم والسرية التي تكتنف التحكيم التجاري الدولي، والتي بها يتم الحفاظ على أسرارهم الخصوم والمتعلقة بالنزاع، وهي معلومات خطيرة يمثل إفشائها خسارة كبيرة للأطراف بالإضافة إلى ميزة الحيادية التي تتصل بالتحكيم حيث يتم الفصل في الخصومة على أيدي المحكمين محايدين، وهي الميزة التي قد لا تتوافر في القضاء الوطني الذي قد ينحاز للدولة التي يتبعها، كما أن القضاة الوطنيين لا تتوافر لديهم خبرة الفنية والمعرفة القانونية التي تتصل بهذا النوع الحساس من المنازعات، وهي كما نعلم منازعات قليلة وتتسم بالضخامة المبالغ المالية[1].

ولهذا فقد أبرمت معظم الدول العربية العديد من بالإتفاقات التحكيم في عقودها البترولية، والتي يتم الإتفاق على تسوية النزاع من خلال أحد غرف التجارة الدولية أو أحد محاكم التحكيم الدولية ذات العراقة والميزة في مجال التحكيم، وعلى رأسها محكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي، أو غرفة التجارة بباريس تقديرا من الدول العربية والشركات الأجنبية ففي عقود

[1] محمود مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، ط3، دار النهضة العربية القاهرة، 2007، ص 43.

الإمتيازات البترولية أبرمت دول الخليج العربية إتفاق التحكيم ورد في البند (42/2) من عقدها مع شركة البترول وأبرمت الحكومة المصرية إتفاق تم النص فيه على اللجوء إلى التحكيم في عقدها لشركة فليبس الأمريكية عام 1963 حيث يتم تسوية النزاع من خلال ثلاثة محكمين من غرفة التجارة الدولية بباريس[1].

المبحث الأول: تعريف إتفاق التحكيم

إتفاق التحكيم هو حجر الأساس في التحكيم فيه تبدأ الإجراءات التي تستوجب إصدار الحكام في المنازعات وهو الذي يظهر فيه الاطراف في تسوية النزاع من خلال التحكيم، وبوجود إتفاق التحكيم الصحيح والسليم بعقد الإختصاص للمحكمة التحكيمية وتلتزم المحكمة القضائية بإحالة الخصوم إلى المحكمة التحكيمية عند دفع الخصوم بوجود إتفاق التحكيم ما لم يكن إتفاق مفعلا أو ظاهر البطلان، ويتطرق إتفاق التحكيم إلى تحديد اللغة التي يستخدمها الأطراف في المرافعة التحكيمية والقواعد الواجبة تطبيقها والمكان الذي يتم من خلاله تسوية النزاع التحكيمي، هذا بالاضافة إلى تعيين المحكمين أو تحديد الطريقة التي سيتم من خلالها التعيين لهذا يمكن القول بأنه حتى يصدر الحكم في المنازعة التي تنشب بين الأطراف لابد من إتفاق تحكيمي سليم، لهذا إهتمت العديد من غرف التحكيم الدولية، بوضع العديد من الشروط النموذجية[2].

[1] هاني محمد كامل المنايلي، إتفاق وعقود الإستثمار البترولية (دراسة مقارنة) ط1، دار الجامع الفكري الإسكندرية، 2014، ص 145-146.
[2] محمود مختار أحمد بربري، المرجع السابق، ص 43.

المطلب الأول: التعريف التشريعي:

إن معظم التشريعات العربية التحكيمية تناولت تعريف إتفاق التحكيم ومن بين هذه التعريفات ما نص عليه التحكيم التجريبي الفصل الثاني، إتفاق التحكيم المادة السابقة بأنه: "هو إتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأة أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ويجوز أن يكون إتفاق التحكيم في صورة شرط التحكيم وارد في عقد أو في صورة إتفاق منفصل[1]" كما نصت المادة 203 في فقرتها الأولى من القانون الإماراتي على أنه: يجوز للمتعاقدين بصفة عامة أن يشترطوا في العقد الأساسي أو بإتفاق لاحق عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكم أو أكثر كما يجوز الإتفاق على التحكيم في نزاع معين شروط خاصة."

فالمشرع الجزائري فقد عرف إتفاق التحكيم في نص المادة (1011) من ق.إ.م.إ والتي تقضي بأنه: "هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوئه على التحكيم[2]" وقد شاب النص السابق خطأ قانوني فإتفاق التحكيم يمكن أن يتم إبرامه قبل نشوب النزاع أو بعد نشوب النزاع[3].

[1] هاني محمد كامل المنابلي، المرجع السابق، ص 148.
[2] المادة 1011 من ق.إ.م.إ الجزائري رقم 09 سنة 2008.
[3] محمد هاني كامل المنابلي، المرجع السابق، ص 148،149.

وتنص المادة الأولى من نظام التحكيم السعودي على أنه: "يجوز لإتفاق التحكيم في نزاع معين قائم، كما يجوز الاتفاق مسبقا على التحكيم في أي نزاع يقوم نتيجة تنفيذ عقد معين[1].

كما نصت المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري على أنه: "الإتفاق الذي يقر فيه الطرفان الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية[2].

وتنص المادة (506) من القانون السوري أنه: "يجوز للمتعاقدين أن يشترطوا بصفة عامة عرض ما قد ينشأ من نزاع في تنفيذ عقد معين على تحكيم واحد أو أكثر، يجوز الإتفاق على التحكيم في نزاع معين وبشروط خاصة[3]".

وتنص المادة (251) من القانون العراقي: "يجوز الإتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الإتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين[4]".

وتنص المادة 1/109 من القانون القطري بأنه :" يجوز الإتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة حكم خاصة كما يجوز الإتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن التنفيذ معين[5]".

[1] حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، ط3، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2014، ص 43.
[2] المادة 10 من القانون التحكيم المصري.
[3] المادة 506 من قانون السوري.
[4] المادة 251 من القانون العراقي.
[5] المادة 01/190 من القانون القطري.

وتقضي المادة (739) من القانون الليبي بأنه: "يجوز للمتعاقدين أن يشترطوا بصفة عامة عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكمين ويجوز الإتفاق على التحكيم في نزاع معين بمشارطة تحكيم خاصة[1].

وتقضي المادة (262) من القانون اللبناني بأنه: يجوز للمتعاقدين بأن يدرج في العقد التجاري أو المدني المبرم بينهم بند ينص على أن تحل بطريقة التحكيم جميع المنازعات القابلة للصلح والتي تنشأ عن صحة هذا العقد أو تفسيره أو تنفيذه[2]".

المطلب الثاني: التعريف الفقهي لإتفاق التحكيم

وضع الفقه عدة تعاريف للنظام القانوني لإتفاق التحكيم يختلف بعضها عن البعض الأخر والسبب في هذا الإختلاف هو حسب إختلاف الزوايا والمنظار الذي ينظر بها هذا الفقه وعليه سوف نتطرق إلى بعض ما قيل في تعريف التحكيم، فقد عرف جانب من الفقه الفرنسي بأنه: " هيئة تمتلك سلطة خاصة تهدف من خلالها حل نزاع مستبعد من سلطة القضاء".

يبدوا واضحا ان هذا التعريف يهمل جانب الإتفاق في التحكيم وهو إهمال غير مسوغ في حين يعرفه الجانب الآخر من الفقه الفرنسي بأنه: "هيئة يعهد لها الأطراف المهمة حل نزاعاتهم لمحكمين ليعطوا قرارهم بحرية تامة"

[1] المادة 739 من القانون الليبي.
[2] المادة 262 من القانون اللبناني.

أما الأستاذ جين روبرت فقد عرفه في مؤلفه الشهير عن التحكيم بأنه: "إنشاء إختصاص قضائي خاص، يتم بواسطة سحب المنازعات من الإختصاص القضائي العام لتعطي لأفراد يزودون سلطات الفصل في هذه المنازعات"

أما بالنسبة للفقه المصري فقد إنقسم إلى عدة إتجاهات في هذا التعريف فمنهم من يعرفه بأنه: "إتفاق على طرح النزاع على الشخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به".

في حين عرفه القسم الآخر بأنه: "عقد يتفق الأطراف بمقتضاه على طرح النزاع على محكم للفصل فيه دون المحكمة المختصة".

وذهب إتجاه فقهي آخر بالقول بأن إتفاق التحكيم: "هو عقد من عقود القانون المدني يتفق الأطراف بمقتضاه على عدم طرح النزاع الخاص بهم على قضاء الدولة وطرحه على هيئة التحكيم يتم إختيارها بإجماع رأيهم[1]".

أما بخصوص ما يتعلق بالفقه القانوني العراقي فهو تأثر كسابقه الفقه المصري إنقسم إلى عدة أقسام من يعرفه: "نظام تعاقدي يلجأ إليه المتنازعان على الإختلاف الناتج بينهما بواسطة شخص أو أكثر من غير الحكام والقضاة".

[1] أسعد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم وإجراءاته، ط1، دار بينيوز، العراق، 2011، ص 17.

أما الإتجاه الآخر فيعرف التحكم بأنه: "إحتكام الخصم إلى شخص أو أكثر ليقوم بفصل النزاع القائم بينهم للاستغناء به عن طريق اللجوء إلى محاكم إقتصاد في الوقت والنفقات والرغبة في إنهاء الخصومة[1]".

المطلب الثالث: التعريف القضائي لإتفاق التحكيم

جاءت العديد من الأحكام القضائية التي فحواها يمكن إستخلاص تعريف قضائي فيمكن القول أنه حق له يخول للمتعاقدين الإلتجاء إلى التحكيم لنظر ما قد ينشأ بينهم من نزاع كانت تختص به المحاكم أصلا، فإختصاص جهة التحكم بالنظر وأن كان يركز أساسا إلى حكم القانون الذي أجاز إستثناء سلب الإختصاص جهات القضاء إلا أنه ينبغي مباشرة وفي كل حالة على حدى على إتفاق الطرفين وهذه الطبيعة الاتفاقية التي سيتم بها شرط التحكيم وتتخذ قوامها لوجوده بجعله غير متعلق بالنظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بأعماله نت تلقاء نفسها وإنما بتعيين التمسك به أمامها ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمنا، ويسقط الحق فيه فيما لو أثير متأخرا بعد الكلام في الموضوع إذ يعتبر السكوت عن إبدائه قبل النظر في الموضوع نزولا ضمنيا عن التمسك به[2].

وقد قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم (1368) س 48ق جلسة 1982/11/28 ومفاد طعن المادة (501) من قانون المرافعات على ما جرى به قضاء النقض تخويل المتعاقدين

[1] أسعد فاضل منديل، نفس المرجع، ص 18.
[2] محمد فتح الله حسن، شرح القانون التحكيم- التحكيم الإداري، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر 2005، ص 123.

الحق في الإلتجاء إلى التحكيم لنظر ما قد نشأ بينهم من نزاع كانت تختص به المحاكم أصلا، بإختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع وإن كان يرتكز أساسا إلى الحكم القانون الذي أجاز إستثناء سلب إختصاص جهات القضاء إلا أنه يبني مباشرة وفي كل حالة على حدى إتفاق الطرفين.

كما أن المشرع المصري لم يأت في المواد (501) إلى (513) من قانون المرافعات المتضمنة لأحكام التحكيم مما يمنع من أن يكون التحكيم في الخارج على يد أشخاص غير مصريين لأن حكمة تشريع التحكيم لهم ولاية القضاء أن يقضوا بينهما ويحسموا النزاع بحكم أو بصلح يقبلان شروط ويسوي أن يكون المحكمون جدين بمصر وأن يجري التحكيم فيها أو أن يكونوا موجودين في الخارج فالمشرع لا يرى في الإتفاق على محكمين يقيمون بالخارج ويصدرون أحكامهم هناك أمر يمس النظام العام[1].

المبحث الثاني: أنواع إتفاق التحكيم

تتفق قوانين الدول العربية عموما، على النص على أن حكم التحكيم يجب أن يشتمل على صورة عن وثيقة أو صك التحكيم، ويقصد بذلك إتفاق سواء ورد في صيغة شرط التحكيم، أو إتفاق مستقل سابق النزاع، أو مشارطة يحكم بعد وقوع النزاع[2].فشرط التحكيم هو إتفاق التحكيم المتفق عليه قبل نشوب النزاع ويتم إدراجه كبند داخل العقد ويرد في وثيقة العقد الأصلي، وعلى

[1] محمد فتح الله حسين، المرجع السابق، ص 123.
[2] حمزة أحمد حداد، المرجع السابق، ص 402.

العكس فقد يرد في إتفاق مستقل وقد فرقت بعض التشريعات التحكيمية بين شرط التحكيم والمشارطة التحكيمية ولم يفرق البعض الاخر من التشريعات فيما بينهم، حيث قرر المشرع البولندي في المادة (246) أنه يوجد فرق بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم وفي قانون الإجراءات المدنية الألمانية في المادة (1026) عرف التميز بين الشرط التحكيمي والمشارطة التحكيمية، بالنسبة للمشرع الفرنسي نظم إتفاقيات التحكيم متناولا شرط ومشارطة التحكيم في المواد (1446) إلى (1491).

أما على الصعيد الدول العربية فإن الغالب من التشريعات المنظمة للتحكيم فرقت بين الشرط والمشارطة بإستثناء تشريع التحكم السوداني الذي لم يفرق بين الشرط التحكيمي والمشارطة التحكيمية[1].

المطلب الأول: شرط التحكيم

نكون أمام شرط التحكيم عندما يأتي إتفاق التحكيم على شكل إتفاق مدرج في العقد الأصلي وهو ما أدرج على تسميته بشرط التحكيم المنصوص عليه داخل العقد والذي يتفق أطراف عليه قبل نشوب النزاع بين الأطراف المتعاقدة، إلا أن لا يوجد ما يمنع من أن يرد إتفاق داخل وثيقة مستقلة عن العقد الذي تم إبرامه بين الأشخاص لا يؤكد إتفاق التحكيم المبدئي أو شرط التحكيم داخل العقد، رغبة لأطراف الأكيدة على السير قدما إتجاه تسوية أي نزاع ينشأ عن العقد بطريقة التحكيم منذ نشأة العقد، وتفضيل حسم هذا الأمر منذ بداية مما يقلل من حدوت

[1] هاني محمد كامل المنابلي، المرجع السابق، ص 148.

تضارب بين الاختصاص لا سيما إذا تم رفع الأمر إلى المحكمة القضائية المختصة بنظر في النزاع وفقا لقواعد الإختصاص الواردة في ق.إ.م، والتي تنظم الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية، وبعد إتصال المحكمة القضائية بالنزاع يتفق الاطراف على تسوية النزاع بطريق التحكيم، مما يتسبب في إضاعة الوقت بين سلب الإختصاص من القضاء العادي وتولي المحكمة التحكيمية ولاية تسوية النزاع[1].

وبشان التفرقة بين اتفاق التحكيم (شرط) والمشارطة التحكيمية، فنجد أن المشرع الجزائري عرف شرط التحكيم في المادة 1007 من ق.إ.م.إ الجزائري بأنه: "الإتفاق التحكيم الذي بموجبه يلتزم الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة" بمفهوم 1006 "لعرض المنازعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم[2]".

اما التشريع الأردني رقم 31 لسنة 2001 مادة 01 فعرفه : "أنه يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم".

كما سبق الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري الحالي رقم 27 لسنة 1994 على أنه: "يجوز أن يكون إتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين[3]".

[1] هاني محمد كامل المنابلي، المرجع السابق، ص 154-155.
[2] لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقوانين الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، ص 52.
[3] هاني محمد كامل المنابلي، نفس المرجع، ص 156-157.

ووفقا للتعريف الوارد من المشرع الجزائري، فشرط التحكيم عهو إتفاق بين الأطراف يتم إدراجه في عقد مبرم بين الأطراف على تسوية المنازعات التي تنشأ عن العقد.

وفي المادة (16) من القانون اليمني تنص على أنه: "يجوز أن يكون إتفاق التحكيم على شكل عقد مستقل (وثيقة التحكيم) أو على شكل بند في العقد (شرط التحكيم) وفي الحالة الأخيرة يعامل شرط التحكيم بإعتباره إتفاق مستقلا عن الشروط العقد الأخرى وإذا حكم ببطلان العقد ذاته أو بفسخه فإنه لا يترتب على ذلك بطلان شرط التحكيم[1].

وفي المادة السابعة من القانون التحكيم السوري تنص الفقرة الأولى منه على أنه: "يجوز الإتفاق على التحكيم عند التعاقد وقبل قيام النزاعات سواء كان الإتفاق مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين[2]".

- كما تنص المادة السابعة من قانون التحكيم البحريني على أنه: "يجوز أن يكون إتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة إتفاق منفصل[3]".

- وفي الباب الثاني من قانون الإجراءات العراقي تنص المادة (251) على أنه: "يجوز الإتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الإتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين[4]".

[1] المادة 16 من القانون اليمني.
[2] المادة 07 من القانون السوري.
[3] المادة 07 من القانون التحكيم البحريني.
[4] المادة 251 الباب الثاني من قانون الإجراءات العراقي.

- ويرى البعض من الفقه السعودي أن المشرع حينما إستخدم لفظ (أو) في نص المادة الأولى منه والتي تنص على أنه: يجوز الإتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم، كما يجوز الإتفاق مسبقا على التحكيم في أي نزاع يقوم نتيجة لتنفيذ عقد معين[1]".

- وفي المادة التالية من الإتفاقيات العربية للتحكيم تنص على أنه: "1- يتم الخضوع للتحكيم إحدى الطرفين، الأولى بإدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة بين ذوي العلاقة والثانية بإتفاق الأحق على نشوء النزاعات[2]".

المطلب الثاني : مشارطة التحكيم

- عرف المشرع الجزائري مشارطة التحكيم من خلال تعريف إتفاق التحكيم حيث نص في المادة (1011) من ق.إ.م.إ على أن: "إتفاق التحكيم هو الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوئه على التحكيم[3]".

حيث تناول المشرع المصري مشارطة التحكيم في الفقرة الثانية من المادة العاشرة من القانون التحكيم حيث نص على ما يلي: "كما يجوز أن يتم إتفاق التحكيم بعد القيام النزاع ولو كانت أقيمت في شأنه دعوى أمام جهات قضائية" - إذن فمشارطة التحكيم هي إتفاق أطراف علاقة قانونية ما على تسوية ما ثار بينهم من منازعات التحكيم شأن هذه العلاقة بواسطة التحكيم، فلا

[1] هاني كامل المنابلي، المرجع السابق، ص 158.
[2] المادة 03 من الإتفاقيات العربية للتحكيم.
[3] المادة 1011 ق. إ.م.إ الجزائري.

يتم الإتفاق على المشارطة التحكيم إلا بعد نشوب النزاع، والخلاف، الواقع بين أطراف العلاقة القانونية، ولا يتم اللجوء إلى مشارطة التحكيم إلا إذا خلا العقد من شرط أو بند التحكيم[1].

- وتقترب المشارطة من عريضة الدعوى حيث يجب أن يتضمن نقاط الخلاف بين الأطراف، حيث نص المشرع المصري على ضرورة تحديد المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الإتفاق باطلا وهو كذلك ما ذهب إليه م. ج في الفقرة 02 من م (1012).

- حيث أوجب تحديد موضوع النزاع وأسماء المحاكمين، وكيفية تعيينهم في مشارطة التحكيم و إلا كانت باطلة، وهذا عكس شرط التحكيم الذي لا يحدد موضوع النزاع كونه لم ينشأ بعد.

- وتحرر مشارطة التحكيم في سند مستقل عن العقد الأصلي حيث أنها تبرم بين الأطراف بعد نشوب النزاع، وليس عند إبرام العقد الأصلي الذي يقوم بشأنه النزاع[2].

- ومن التشريعات التي تناولت مشارطة التحكيم من قانون التحكيم الأردني في مادته (11): ".... كما يجوز أن يتم إتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام أية جهة قضائية ويجب في هذه الحالة أن يحدد موضوع النزاع الذي يحال إلى التحكيم تمديدا دقيقا وإلا كان الإتفاق باطلا[3]".

[1] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 54.
[2] لزهر بن سعيد، المرجع نفسه، ص 55.
[3] المادة 11 من قانون التحكيم الأردني.

- كما تنص المادة (203) من ق.إ الجريدة الإماراتي التي تنص على أنه: "يجوز للمتعاقدين بصفة عامة أن يشترطوا... أو بإتفاق لاحق عرض ما قد ينشأ بين نزاع على محكم أو أكثر[1]".

- كما تنص المادة (11) من قانون التحكيم اليمني: "يجوز أن يكون إتفاق التحكيم سابقا على نشوء النزاع سواء كان مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل المنازعات أو بعضها التي قد تنشأ بين الطرفين، كما يجوز أن يتم إتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في نشأة دعوى أمام أية جهة قضائية ويجب في هذه الحالة أن يحدد موضوع النزاع الذي حال إلى التحكيم تحديدا دقيقا[2]".

- وعليه فإن مشارطة التحكيم هي إتفاق التحكيم بين الأطراف بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بينهم يلتزمون بمقتضاه بعرض هذا النزاع على المحكم أو المحكمين المختارين من قبلهم، بدلا من عرض تلك المنازعة على محكمة المختصة أصلا بنظره وهي الصورة الأسبق ظهورا وإعترافا بها[3].

المطلب الثالث : شرط التحكيم بالإحالة

يعتبر شرط التحكيم بالإحالة من الصورة المعاصرة لإتفاق التحكيم والفرض في هذه الصورة أن العقد الأصلي بين الأطراف لم يتضمن شرط صحيحا للتحكيم بل إكتفى الأطراف بإشارة أو الإحالة إلى عقد سابق بينهم أو إلى عقد نموذجي وذلك لتكملة النقص أو سد الثغرات التي تعتري

[1] المادة 203 من ق.إ الجديدة الإماراتي.
[2] المادة 11 من قانون التحكيم اليمني.
[3] عبد الباسط محمد عبد الواسع، النظام القانوني لإتفاق التحكيم دراسة تحليلية مقارنة، دار الجمعة الجديدة، الإسكندرية، القاهرة، 2013، 63.

عقدهم وكان ذلك العقد النموذجي من بين بنوده بند أو شرط يقضي بتسوية المنازعات التي تنشأ فيه بواسطة التحكيم، وفي هذه الحالة يسحب أثر هذا البند أو الشرط إلى العقد الأصلي، ويلتزم الأطراف به بحيث يتم تسوية المنازعات الناشئة عن العقد التي تضمن الإحالة عن طريق التحكيم[1].

فتناولت كذلك التشريعات العربية نظام الإحالة إلى التحكيم، وهو نظام معروف قانونا يعني الإحالة إلى وثيقة يتم الإتفاق بين الأطراف على التحكيم بشأنها بما يعني ان الاتفاق تم في غير العقد إنما بالإحالة إلى إتفاق أخر مكتوب، ففي المادة 3/10 من قانون التحكيم اليمني تنص على انه: "يعتبر إتفاقا على التحكيم إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة باعتبار هذا الشرط جزءا من العقد[2].

وفي المادة (10) من قانون التحكيم الأردني تنص على انه: "يعد في حكم الإتفاق المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو إتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في إعتبار هذا الشرط جزءا من العقد[3]".

- وتنص المادة (10) من قانون التحكيم المصري ف 2 على أنه: "يعتبر إتفاق التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في إعتبار هذا الشرط جزء من العقد[1].

[1] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 55.
[2] هاني محمد كامل المنابلي، المرجع السابق، ص 160.
[3] المادة 10 من القانون الأردني.

– ومعنى الإحالة التي تحدثت عنها القوانين هي تلك الإحالة التي تتم من الأطراف إلى نص أو وثيقة تم الإتفاق على التحكيم عليها من الأطراف وهذا الإتفاق لا يأخذ نفس طريقة إبرام الشرط المدرج داخل العقد والوثيقة المذكورة هي تلك الوثيقة المكتوبة من الأطراف.

– أما بخصوص الإحالة في التشريعات العربية فقد حكم القضاء الفرنسي بصحة شرط الإحالة والوارد في عقد مقاولة من الباطن إلى القعد الأصلي بين المقاول الرئيسي والمقاول الباطن[2]. فقد وردت الإحالة في عدد من التشريعات العربية بإعتباره شكل من أشكال إتفاق التحكيم بحيث ورد في قانون التحكيم الفنلندي رقم 967 لسنة 1992 نصت المادة (03) على التحكيم يمكن إبرامه من خلال الإحالة[3]. وفي الفقرة الثالثة من المادة 1031 من التشريع الألماني الإجراءات وتنص على أن: "التحكيم يمكن أن يتم من خلال الإحالة إلى وثيقة تشير إلى وجود إتفاق التحكيم وتحديدا من خلال سندات الشخص حتى تضمن إحالة إلى التحكيم[4]".

[1] المادة 10 من القانون المصري.
[2] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 56.
[3] هاني محمد كامل المنابلي، المرجع السابق، ص 101.
[4] المادة 3/1031 من التشريع الألماني للإجراءات.

المبحث الثالث: شروط إبرام إتفاق التحكيم

يعتبر إتفاق التحكيم تصرف قانوني كأي تصرف قانوني آخر فإنه لا يسري بالحق الغير ولا يترتب أي أثر من الأثار القانونية إلا في توافر الشروط الخاصة بهذا التصرف، حيث بدون شروط إبرام إتفاق التحكيم هذه الشروط يكون التصرف باطلا معدوما، وعلى هذا الأساس سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين الأول الشروط الموضوعية والثاني الشروط الشكلية.

المطلب الأول: الشروط الموضوعية

إن نظام التحكيم يبدأ بإتفاق أي عقد يعبر من خلاله الطرفان على آرائهما في عرض النزاع على المحكمين بدلا من القضاء العادي، وعليه وبما أن هذا النظام يبدأ بعقد فلابد أن تخضع للشروط الموضوعية التي يخضع لها العقود والتي هي الرضا المحل والسبب[1].والتي سوف تكون موضوع هذا المطلب وعلى شكل فروع وبالتتابع:

الفرع الأول: الرضا في إتفاق التحكيم

يعني تطابق إرادتين وإتجاههما إلى ترتيب أثار قانونية تبعا لمضمون ما أتفقا عليه فلابد من إيجاب وقبول يتلاقيان على إختيار التحكم إختيارا أمر كوسيلة لحسم المنازعات التي تثور بشأن العلاقة الأصلية وإذا تعلق الأمر بشرط التحكيم سيكون مدراء الأمر على التحقق من تطابق إدارة الأطراف بشأن شرط التحكيم كأحد شروط العقد، أما إذا تعلق الامر بمشارطة التحكيم،

[1] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 84.

فسيكون التحكم هو المسألة المهمة في ركن الرضا هي تحديد الأهلية اللازمة لإبرام العقد ولهذا سوف نبحث في هذا الشرط على الأهلية المطلوب توافرها بالنسبة للمحكمين وكذلك بالنسبة للحكم[1].

اولا: أهلية المحتكمين:

إن القصد بالأهلية من صلاحية الشخص لصدور القانوني منه على وجه يفيد به شرعا، ويمكن القول بأن الأهلية التي عبر بها الإنسان تنقسم إلى أهلية وجوب وأهلية أداء بدورها تنقسم إلى أهلية الوجوب إلى كاملة وناقصة، وكذلك أهلية الأداء هذا وبالإضافة إلى أن الفقهاء يقسمون أهلية الأداء إلى أهلية إغتناء أو أهلية الإرادة وأهلية التصرف وأهلية التبرع، وهذا ما يمر به الإنسان منذ ولادته، حتى بلوغ سن الرشد إذا لم يعترضه عارض من عوارض الأهلية، أما الأهلية المطلوبة هنا فهي صلاحية الشخص على إحالة النزاع القائم أو محتمل الوقوع إلى هيئة التحكيم[2] ففي هذه الحالة الأهلية الواجب توافرها للقيام بمثل هذا التصرف.

بعض القوانين أغفلت الإشارة لمثل هذا الموضوع وفي هذه الحالة يجب توافر الأهلية الكاملة وهي بلوغ سن الرشد أما النمط الآخر من القوانين فإنها لم تشترط أهلية التبرع وإنما توافر أهلية التصرف وهي الاهلية التي تجيز للشخص إبرام عقد يرد على التصرف،

[1] محمود مختار أحمد بربري، المرجع السابق، ص 45.
[2] أسعد فاضل منديل، المرجع السابق، ص 85.

– فقد إستلزم المشرع الجزائري أن يكون التراضي في إتفاق التحكيم صادر عن أطراف أهل التصرف وهذا ما نصت عليه المادة (1006) فهذه المادة إقتصرت حق اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للأشخاص الطبيعية في من تتوافر لهم الأهلية القانونية لمباشرة التصرفات القانونية[1].

وهذا هو موقف المشرع الفرنسي في نص المادة (2059) من القانون المدني الفرنسي ، وهذا هو نفس النهج الذي نهجه المشرع المصري في السياق، أما القانون العراقي فقد أخذ بما أجمعت عليه غالبية القاوانين وهو توافر الأهلية التصرف بالنسبة للشخص الذي يريد إبرام عقد التحكيم، إذن فالنتيجة المستخلصة أن كل شخص بلغ (18) يتمكن من إبرام مثل هذا العقد وفي المقابل فإنه لا يجوز للقاصر أو المحجور عليه وعديمي الأهلية من اللجوء إلى التحكيم[2]. وقد نصت عليه ف01 من المادة السادسة من التحكيم اليمني والتي نصت على أنه: "شرط لصحة التحكيم ما يلي: أولا: أن يكون المحتكم أهلا للتصرف في الحق موضوع التحكيم، على أن لا يقبل التحكيم من الولي أو الوصي إلا لمصلحة أو من المنصوب عليه إلا بإذن المحكمة[3]".

يتضح من هذا النص أنه إشترط في التحكيم أن يكون أهلا للتصرف في حق موضوع التحكيم، وهذا الشرط شقان:

– الأول: أن يكون الشخص حائز على أهلية التصرف، ومناط ذلك الشخص نفسه لأن مناط الأهلية التمييز والرشد وترجع إلى إعتبار الشخصي وتتطلب أغلب التشريعات الأهلية التصرف

[1] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 58.
[2] أسعد فاض المنديل، نفس المرجع، ص 86.
[3] المادة 1/06 من التحكيم اليمني.

ولا تكتفي بأهلية التقاضي والتي تتضمن صلاحية الخصم للقيام بالعمل الاجرامي سواء كان بإسمه أو في مصلحة الآخرين وأهلية التصرف في الحق المطلوب حمايته تكون لكا من له أهلية أداء كاملة.

– أما الشق الثاني: أن يكون حق الموضوع التحكيم مما يجوز التصرف فيه حيث أن عدم القابلية التصرف قد ترجع إلى محل التحكيم وموضوعه ومناله المال الموقوف، ففي هذه الحالة لا يستطيع الشخص أن يتصرف في الحال لا النقص في الأهلية وإنما لصفة تلحق بالمال نفه وهي عدم قابليته للتصرف[1].

ثانيا: أهلية المحكم

– إن معظم التشريعات لم تشترط بلوغ المحكم أهلية معينة حتى يتمكن من الفصل بالنزاع المعروض عليه بل إشترطت هذه الأخيرة أن يكون المحكم كامل الأهلية أي يكون بالغ سن الرشد فلا يجوز أن يكون المحكم قاصر أو محروما من حقوقه المدنية أو محجوز عليه أو مفلسا لم يرد له إعتباره، أما في التشريع العراقي فإن قانونه رد الإعتبار قد ألغي بقرار من مجلس قيادة الثورة رقم 977 سنة 1978م وبالتالي فإن مجرد الحكم على شخص بجناية أو جنحة مخلة بالشرف يحرم من حقوقه المدنية ويمنع أن يكون محكما[2].

[1] عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 97-99.
[2] أسعد فاضل منديل، المرجع السابق، ص 89.

– وقد نصت ف 01 من المادة 06 تحكيم اليمني على أنه شرط لصحة التحكيم ما يلي: "أن يكون المحاكم كامل الأهلية عدلا صالحا للحكم فيما حكم فيه[1]".

– فالشخص القاصر لا يملك أن تتصرف بملكه إلا أن يتعاقد بنفسه ولا يجوز له أن يتولى مهمة القضاء بين الناس، وكذلك الحال بالنسبة إلى المحجوز عليه أو التاجر المفلس[2].

الفرع الثاني: المحل في إتفاق التحكيم

المحل في إتفاق التحكيم هو أن يخضع الأطراف للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع تتعلق برابطة من روابط القانون التعاقدية أو غير تعاقدية يجوز تسويتها عن طريق التحكيم، إذا فمحل التحكيم هو نزاع أو الخلاف الذي نشأ أو يمكن أن ينشأ بين الأطراف ونقصد بالنزاع تعارض بين مصلحتين قانونيتين أو أكثر، سبب تعارض وجهات النظر القانونية حول وقائع النزاع أو القواعد القانونية الواجب التطبيق بين شخصين أو أكثر[3] وللمحل بصورة عامة في كل العقود شروط فنحاول تطبيقها على عقد التحكيم تبعا لخصوصية.

أولا : وجود منازعة وتحديدها

هذا الشرط يمكن تطبيقه على ركن المحل في عقد التحكيم فقد يتفق الطرفان على إبرام عقد التحكيم بعد حصول النزاع، مثلا لو إختلف الطرف حول ملكية سيارة معينة ثم بعد ذلك حصل

[1] المادة 1/6 من قانون التحكيم اليمني.
[2] أسعد فاضل المنديل، المرجع السابق، ص 89.
[3] عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 11-112.

النزاع إتفق على حالة النزاع المذكور إلى هيئة التحكيم محتارة من قبلهم بدلا من اللجوء إلى القضاء، فهنا يكون المحل موجودا وقد تم تحديده وتحديد كل أبعاده، إما في حالة كون إتفاق التحكيم يرد في صيغة شرط ضمن بنود عقد معين فإن شرط الوجود يكون متحققا أيضا في ركن المحل لأن شرط التحكيم سوف يرد على نزاع من الممكن وجوده مستقلا عند تنفيذ ذلك العقد[1].

- ولكي ينعقد إتفاق التحكيم يجب أن تكون المنازعة المراد عرضها على التحكيم موجودة بالفعل وفقا لنص المادة (189) مدني من القانون اليمني والتي نصت على أنه: "لا يصلح ان يكون الشيء المعدوم هو الذي لا يتحقق وجوده من الأعيان ووجود سبب من المنافع حال العقد[2]". وكل إتفاق التحكيم تكون موجودة في حالة مشارطة التحكيم لأنها تتم بمناسبة نزاع قائم بالفعل كما يوجد مستقبلا شرط التحكيم عند حدوث النزاع وهنا نطرح السؤال مفاده أين محل إتفاق التحكيم في الحالة الثانية أي في صورة شرط التحكيم والذي يعد فيه محل العقد معدوما، وفقا للنص السابق والذي يقرر أنه لا يصلح أن يكون الشيء المعدوم محلا للعقد وبالتالي فشرط التحكيم غير مشروع[3] ولكن بإستكمال قراءة النص تتضح الإجابة على هذا السؤال "إلا ما إستثنى عليه"، فيعتبر شرط التحكيم مستثنى وفقا لما تنص عليه المادة (15) تحكيم يمني، والتي

[1] أسعد فاضل المنديل، المرجع السابق، ص 89.
[2] المادة (189) قانون المدني اليمني.
[3] عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 113-114.

نصت على أنه: "لا يجوز لإتفاق على التحكيم إلا بالكتابة سواء قبل قيام الخلاف أو النزاع بعد ذلك[1]".

فأجازت المادة الإتفاق على التحكيم قبل الخلاف أو النزاع هو المعيار المميز لشرط التحكيم فأجازت المادة إبرام شرط التحكيم بعد إستثناء من عدم جواز التعاقد على محل معدوم إلا أن نص المادة (189) مدني يمي حدد المستثنى منه بعبارة في هذا القانون ويقصد أيضا تحديدها بمعنى أن يكون النزاع المتفق التحكيم فيه ناشئا عن علاقة قانونية محدودة، فيشترط في المنازعة محل الإتفاق على التحكيم أن يكون ناشئة عن العلاقة قانونية محددة سواء كانت عقدية أو غير عقدية . [2]

ثانيا: أن يكون محل معين أو قابلا للتعيين

يؤكد هذا الشرط ما نصت عليه أغلب التشريعات بصدد تحديد موضوع النزاع في العقد التحكيم وعلى هذا فمن الواجب على الطرفين أن يحدد وبشكل دقيق كل جوانب وأبعاد النزاع وهنا يجب أن نميز بين إتفاق التحكيم الذي يعقد بصورة مستقلة بعد قيام النزاع وبين الإتفاق الذي يكون بصورة شرط يضمن شروط عقد.

- وقبل قيام النزاع ففي الحالة الأولى تكون مسألة تعيين النزاع وتحديده مسألة إعتيادية لأن كل طرف يعرف ما يريد من الطرف الاخر فالمسألة ليست مستحيلة ولا صعبة أما بالنسبة إلى الحالة

[1] عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع نفسه.
[2] حفيظة السيد حداد ، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية 2001 ، ص 119 .

الثانية فإن المشرع أراد أن يكون النزاع قابلا للتعيين وهذا ما يمكن تحقيقه بالنسبة إلى شرط التحكيم.

ثالثا: أن يكون المحل مما يجوز التعامل معه

- يحدد هذا الشرط نطاق إتفاق التحكيم من حيث الموضوع أي أنه يحدد المنازعات التي يمكن أن يكون محلا لإتفاق التحكيم لا يجوز أن يتعلق النزاع التحكيمي بمسائل تتعلق بالنظام العام أو لأراء العامة لكن يجوز أن يتعلق بالمصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن إرتكاب الجرائم[1].

وهو ما ذهب إليه م. ج في ف 02 من المادة (1006) التي تنص على أنه: "لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم[2].

- وبذلك يكون م. ج قد أخرج بعض المسائل من مجال التحكيم الداخلي، وكذلك المسائل المتعلقة بالنظام العام[3].

الفرع الثالث: السبب في إتفاق التحكيم

إن إتفاق الأطراف على التحكيم يجد سببه في إتفاق الأطراف لإستبعاد طرح النزاع على القضاء وتفويض الأمر للمحكمين وهذا السبب مشروع دائما، ولا نتصور عدم مشروعيته إلا إذا ثبت

[1] أسعد فاضل منديل، المرجع السابق، ص 91.
[2] المادة 2/1006 ق. إ. ج. م. إ الجزائري.
[3] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 62.

أن الأطراف من إتفاق التحكيم هو التهرب من أحكام القانون الذي كان يتعين تطبيقه لو طرح النزاع على القضاء، نظرا لما يتضمنه هذا القانون من قيود وإلتزامات يراد التحلل منها، وهو ما يمثل حالة من حالات الغش نحو القانون[1] وبموجب القانون بأن تكون لكل إلتزام سبب مشروع، ولكنه يشترط أن يذكر في العقد وإنما يفترض القانون وجوده ومشروعيته وما لم يتم الدليل على خلاف ذلك. أما بالنسبة إلى المقصود بالسبب هنا في عقد التحكيم فلابد من توضيح ما هو السبب وفق النظرية التقليدية والنظرية الحديثة ثم نلاحظ مدى إنطباقها على السبب في عقد التحكيم[2].

أولا: النظرية التقليدية لسبب

يعتبر أصحاب هذه النظرية بأن السبب هو الغاية أو القصد المباشر وعلى هذا ففي العقود الملزمة للجانبين ومنها عقد التحكيم نرى أن السبب في إلتزام كل من الطرفين هو إلتزام الطرف الآخر وعليه وفقا للنظرية فإن السبب في عقد التحكيم هو إمتناع كل طرف من الأطراف عن اللجوء إلى القضاء والإلتزام بغرض النزاع على هيئة التحكيم وهذا مما يؤدي بأن يكون السبب وفق هذه النظرية هو نفسه في جميع عقود التحكيم لا يتغير بتغير الزمان والمكان.

[1] لزهر بن سعيد، نفس المرجع، ص 64.
[2] أسعد فاضل بن منديل، المرجع السابق، ص 92.

ثانيا: النظرية الحديثة للسبب

تنظر هذه النظرية إلى السبب على أنه الباعث الدافع إلى التعاقد ولهذا فالسبب هنا يعتبر أمرا نفسيا يختلف من شخص إلى آخر، فالسبب في عقد التحكيم على أساس هذه النظرية يسمح للطرفين من تحقيق مزايا التحكم مثل السرعة في حسم النزاع أو التقليل من نفقات الدعوى مقارنة بالقضاء أو أن يكون السبب هو ما يريده الطرفان في المحافظة على السمعة التجارية والعلاقات الإقتصادية التي تؤثر عليها أمام القضاء بسبب علانية الجلسات وتعدي أحكامه إلى الغير وقد يكون السبب غير مشروع أيضا وفق لهذه النظرية كأن يريد أحد الطرفين اللجوء إلى شخص لا يتمتع بالحياد والنزاهة كل مثل هذا النزاع ولذلك يكون قد خالف القانون و الأعراف و العدالة[1]. وبالرجوع إلى التشريع العراقي نلاحظ أنه قد ذكر السبب القانون المدني دون أن يرجع أحد النظريتين مما جعل بعض الفقه العراقي يذهب بالقول إلى أن ما أراده المشرع من خلال صياغته المرنة لنص المادة (132) هو أن يشمل النظريتين معا بغية أن يكون القضاء في حرية لتكوين موقفه على أن من النظريتين إلا أنه على ما يبدو قد ظهر ما يدل على ميل القضاء إلى النظرية الحديثة من خلال مما أصدرته محكمة التمييز بقولها أن السبب في القانون هو الباعث على التعاقد[2].

[1] أسعد فاضل منديل، المرجع السابق، ص 93.
[2] أسعد فاضل منديل، نفس المرجع، ص 94.

المطلب الثاني: الشروط الشكلية

لقد أكد المشرع الجزائري في مادته 1012 من ق ا ج م ا التي نصت على مايلي: "يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا". نصت مختلف التشريعات على لك فالمشرع يعتبر الكتابة شرط لوجود مشارطة التحكيم وليس شرطا لاثباتها.

الفرع الأول: الكتابة

أجمعت مختلف التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم على أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا، حيث نصت م 12 من قانون التحكيم المصري على وجوب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا، وإلا كان باطلا، وورد الإتفاق كشرط في العقد الأصلي أو الإتفاق عليه بوثيقة مستقلة، فإذا كانت هذه الوثيقة تنص على التحكيم فيما قد يثور من المنازعات بمناسبة العقد الأصلي لزم أن يتضمن هذا العقد الإشارة إلى الوثيقة، ويكون الأمر متعلقا بشرط التحكيم.

- أما المشارطة فهي محرر يتم الإتفاق عليه بعد قيام النزاع ويجب في جميع الأحوال فالتوقيع على إتفاق التحكيم شرطا كان أو مشارطة ولا يلزم أن يوقع الأطراف توقعا خاصا بجوار شرط التحكيم، فإذا ورد بند من بنود العقد الاصلي ويكفي التوقيع على العقد إذ ينصرف هذا التوقيع إلى كافة بنود العقد[1].

[1] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 65.

– حيث يعتبر إتفاق التحكيم إتفاق شكلي وفقا للقانون، بمعنى أن الكتابة ركن من أركانه حيث أن نقطة البداية في نظام التحكيم هي ضرورة التأكد من وجود إتفاق تحكيم مكتوب نظرا للأثار التي تترتب على هذا الإتفاق والتي من أهمها منع القضاء الدولة من نظر المنازعة محل التحكيم[1].

– ويعتبر شرط الكتابة متحققا إذا تم النص في العقد الأصلي كالإحالة على عقد نموذجي في مجال النقل البحري أو بيع البضائع، ولكن يلزم أن تتضمن الإحالة ما يفيد إعتبار شرط التحكيم الذي تتضمنه هذه الوثيقة جزءا من العقد الأصلي فالإحالة العامة التي قد يتضح منه عدم دراية أو علم أحد الأطراف بوجود شرط التحكيم يكفي فيها إمكانية بوجود إتفاق وتراضي على شرط التحكيم، وجدير بالملاحظة إن قانون التحكيم جعل الكتابة شرط لوجود إتفاق التحكيم ورتب البطلان على عدم الكتابة[2].

– المشرع الجزائري قد إستلزم الكتابة لوجود شرط التحكيم في العقد الأصلي أو في الوثيقة التي يستند إليها أي إتفاق اللاحق المبرم في وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي وفقا لنص المادة (1008) من ق. إ. م. إ الجزائري والتي تنص على أنه: "يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الإتفاقية الأصلية أو الوثيقة التي يستند إليها[3]". كما إشترط م. ج أن يتضمن شرط التحكيم يعين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم و إلا كان باطلا، إما بالنسبة لمشارطة التحكيم

[1] عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 139.
[2] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 66.
[3] المادة 1008 من ق. إ. م. إ الجزائري.

فالكتابة شرط لوجوده وليس شرط لإثباتها[1].حيث نصت م (1012) من ق. إ. م. إ. على أنه: "يحصل الإتفاق على التحكيم كتابة ويجب أن يتضمن إتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم[2]".

- وقد نصت المادة (04) تحكيم يمني على أنه: "ينعقد التحكيم بأي لفظ يدل عليه وقبول من المحكم ولا يجوز إثبات التحكم إلا بالكتابة[3]".

- والتناقض واضح من النص المادة 10 تحكيم يمني والتي تقضي بأن الكتابة مطلوبة للإنعقاد ويترتب على تخلفها البطلان، كذلك هي وسيلة الوحيدة لإثبات إتفاق التحكيم، إذ يجوز إثبات إتفاق التحكيم بغير الكتابة[4].

الفرع الثاني : الجزء المترتب على عدم كتابة إتفاق التحكيم

إتفاق التحكيم اتفاق شكلي بمعنى أن الكتابة ركن من أركانه، حيث أن نقطة البداية في نظام التحكيم هي ضرورة التأكد من وجود إتفاق تحكيم مكتوب نظرا للأثار التي تترتب على هذا الإتفاق، والتي من أهمها منع قضاء الدولة من نظر لمنازعة محل التحكيم، وقد تباينت التشريعات واتجهت أغلبها إلى إحاطة إتفاق التحكيم بضمانات معينة أكثرها شيوعا هو إخراجه من دائرة التصرفات الرضائية، وضمه إلى دائرة التصرفات الشكلية (كالهبة، الوصية، الصلح) بهدف

[1] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 67.
[2] المادة 1012 من ق. إ. م. إ. ج، 09/08.
[3] المادة (04) من القانون اليمني التحكيم.
[4] عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع نفسه، ص 141.

التحقيق من إرادة الأطراف قد إتجهت بالفعل إلى التحكيم، كما أن إذا كان إتفاق التحكيم .بموجب مراسلات فيلزم وجود دليل على أنها صادرة من أطراف الإتفاق على التحكيم، إلا أنه لا يشترط في حالة التحكيم والذي غالبا ما يكون كبند من بنود العقد، التوقيع أمام الشرط وإنما يكتفي بتوقيع العقد المتضمن للشرط كذلك توقيع المحكمين الذين إختارهم الأطراف وذلك لأن المحكمين ليسوا أطراف في هذا الإتفاق[1].

– فعدم مراعاة هذا الشكل عند إتفاق سواء بعدم الإثبات كلية أو الإثبات به بصورة ناقصة يجعل هذا الإتفاق معيبا وغير قادر على إنتاج أثاره القانونية، أي يكون باطلا، فإن الجزء المترتب للنصوص عليه قانونا هو بطلان حكم التحكيم، وهذا البطلان هو بطلانا مطلق حيث أن الإختلاف قد لحق بركن من أركان التصرف القانوني، وهناك رأي يذهب إلى أنه ليس من اللازم أن ينص القانون على البطلان جزاء لتخلق الشكل في حالة من حالات التصرف الشكلية ويكفي إعمال القواعد العامة للحكم ببطلان التصرف عند تخلف ركن الشكل فيه، ففي كل تصرف يشترط القانون لإنشائه شكلا محدد فإن البطلان هو الجزاء دائما على تخلف الشكل دون الحاجة إلى النص على البطلان في كل حالة منه[2].

[1] د. مصطفى الجمال، د. عكاشة عبد العالي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، ط01، 1998، ص 362.
[2] د. عبد الرشيد عبد الحافظ، التصرف الشكلي في الفقه الإسلامي والقانون، (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، القاهرة2000، ص 451.

الفصل الأول :

الأثار الموضوعية لإتفاق التحكيم

الفصل الأول : الأثار الموضوعية لإتفاق التحكيم

يعتبر إتفاق التحكيم صحيحا متى توافرت أركانه والشروط التي تطلبها القانون لإبرام التصرفات القانونية، وتتحقق هذه الأركان والشروط في إتفاق التحكيم فإنه يرتب أثاره القانونية، (الموضوعية) التي تتمثل في إكتساب إتفاق التحكيم القوة الملزمة التي توجب عرض النزاع على التحكيم، ولا يملك أحد أطراف الإتفاق التخلي عنه أو أن يعطله بإرادته المنفردة، و الإجاز للطرف الآخر رفع دعوى ضده لتنفيذ إتفاق التحكيم، كما إعترفت معظم التشريعات التحكيم .بمبدأ إستقلال إتفاق التحكيم، كما يتضح أن الشرط التحكيم عقد ا نهائيا ولا يحتاج إلى عقد آخر يكمله وكذلك رغم وجوده كبند في العقد أو يتضمنه العقد الأصلي إلا أن الفقه والقضاء قد إستقر على مبدأ إستقلال شرط التحكيم عن العقد الرئيسي الأصلي[1].

المبحث الأول: القوة الملزمة لإتفاق التحكيم

إن إتفاق التحكيم من العقود الملزمة للجانبين، فيكون من الطبيعي ملوما لأطرافه مرتبا في ذمة كل منهما إلتزامات متقابلة، .بمعنى أنه ينشئ حقوقا لكل من المتعاقدين في الوقت نفسه، وبما أن عقد شريعة المتعاقدين فهو .بمثابة القانون بالنسبة لأطرافه فلا يكون لأي من طرفيه نقضه ولا تعديله، لأن العقد وليد إرادتين وما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة، والقاعدة العامة أن أثر العقد لا

[1] عبد الباسط محمد عبد الواسع، النظام القانوني لإتفاق التحكيم، دار الجديدة للنشر، 2013، الإسكندرية، ص 152-153.

ينصرف إلا إلى الأطراف المتعاقدة وينصرف كذلك إلى من يقوم مقام الطرفي العقد من خلق عام وخلق خاص.

سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول: مفهوم القوة الملزمة لإافاق التحكيم.

المطلب الثاني: نطاق القوة الملزمة لإتفاق التحكيم.

- الفرع الأول: نطاق القوة الملزمة من حيث الأشخاص.
- الفرع الثاني: نطاق القوة الملزمة من حيث الموضوع.

المطلب الأول: مفهوم القوة الملزمة لإتفاق التحكيم

التعريف:

لا تختلف القوة الملزمة لإتفاق التحكيم بإعتباره عقدا، عن القوة الملزمة للعقود الأخرى عموما، ولما كان الأثر الجوهري لذلك الإتفاق هو إلتزام طرفيه بطرح النزاع على التحكيم والإمتناع عن اللجوء إلى القضاء الدولة، فإن مقتضى القوة الملزمة لإتفاق التحكيم أن هناك إلتزام يقع على عاتق طرفي الإتفاق، هو ضرورة قيام كل منهما بالمساهمة في إتخاذ إجراءات التحكيم والإمتناع عن عرض النزاع على القضاء المختص أصلا بالنظر في النزاع، فإذا خالف أحد الأطراف ذلك فإنه يكون قد أخل بمبدأ حسن النية في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية فلا يستطيع أحد طرفي الإتفاق

التنصل منه بإرادته المنفردة وينقصه أو يعدله وإن سعى إلى ذلك، أمكن للطرف الاخر إجباره على تنفيذ إلتزاماته وتعيين محكمة وبدء إجراءات التحكيم فإن إمتنع الطرف لجأ الطرف الأخر إلى المحكمة، وإلى سلطة التعيين المختصة للقيام بتلك الإجراءات ويقوم عمل تلك المحكمة أو السلطة عمل الخصم المتقاعس وهذا هو مقتضى التنفيذ العيني للإلزام الناشئ عن القوة الملزمة لإتفاق التحكيم في المادة 25 لإتفاقية واشنطن لعام 1965 الخاصة بتسوية المنازعات الإستثمارية بين الدول ورعايا الدول الأخرى بنصها على أنه: " إذا إتفق طرفي النزاع كتابة على إحالة أي خلافات قانونية تنشأ مباشرة على إستثمار بين دولة متعاقدة وبين مواطن من دولة أخرى متعاقدة، إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بطريق التحكيم أو بأي طريق آخر، وعلى ذلك فإن إتفاق التحكيم الذي أبرم صحيحا يلزم طرفيه ولا يجوز لهما الإنسحاب منه إنفراديا إلا بإتفاقهما معا وإنهاء إجراءات التحكيم قبل صدور الحكم[1].

– فالقانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم هو الذي يختص بتحديد مفهوم القوة الملزمة لإتفاق التحكيم وجزاء الإخلال بها حيث أنه يحدد الجزاء أو الأثر المترتب على تقاعس لأحد طرفي الإتفاق عن التنفيذ إلتزامه ببدء إجراءات التحكيم، ومحاولة الإفلات من ذلك الإلتزام، وتحديد كيفية تنفيذه، وقد إستمر الفقه على أن التنفيذ العيني هو وسيلة الوحيدة المقبولة في هذا الشأن، وهنا يجب أن ينفذ الطرف المتقاعس[2]، وإلتزامه إختياريا و إلا يتم اللجوء إلى القضاء

[1] لزهر بن سعيد، مرجع السابق، ص 70.
[2] لزهر بن سعيد، نفس المرجع، ص71.

لإجباره على ذلك، كما قد يحكم بتعويض للطرف الآخر في إتفاق التحكيم عما لحقه من ضرر نتيجة الطرف الأول بإلتزامه الناشئ عن إتفاق التحكيم.

- فقد تعرض المشرع الجزائري للقوة الملزمة لإتفاق التحكيم في التحكيم الداخلي حيث نص في المادة 1009 من ق. إ. م. إ على أنه: "إذا إعترضت صعوبة التشكيل محكمة التحكيم بفعل أحد الأطراف أو مناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة إختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه[1].

- وبالنسبة للتحكيم التجاري الدولي فقد عالج المشرع الجزائري كذلك هذه المسألة من خلال ما تضمنه المادة 1041 في فقرتها الثانية حيث نصت على أنه: " في غياب التعيين وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم[2] أو إستبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يلي:

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

2) رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج وإختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.

- وقد عالج المشرع المصري جزاء الإخلال بالقوة الملزمة لإتفاق التحكيم في المادة 17 منه حيث أوصد الباب في وجه من يحاول إهدار قيمة إتفاق التحكيم بتهربه من بدء الإجراءات أو المساهمة في تشكيل هيئة التحكيم فنصت على أنه: "إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد

[1] المادة 1009 من ق. إ. م. إ الجزائري.
[2] م 1041 من ق. إ. ج. م. إ الجزائري.

تولت المحكمة المشار إليها في المادة 09 من هذا القانون إختياره بناءا على طلب أحد الطرفين، وتنص المادة 1/9 يكون الإختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة إستئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على إختصاص المحكمة إستئناف أخرى في مصر[1].

المطلب الثاني : نطاق القوة الملزمة لإتفاق التحكيم

هناك من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع.

الفرع الأول : نطاق القوة الملزمة من حيث الأشخاص

- تفيد المبادئ العامة في نظرية العقد أن العقد لا يفيد غير أطرافه، ولا ينتج إلتزامات وحقوق إلا في مواجهتهم، دون أن ينتقل إلى غيرهم، حيث أن مبدأ نسبية الإتفاقات يؤدي إلى القول بأن أثار إتفاق التحكيم لا يمتد إلى أشخاص لم يوقعوا على الإتفاق سواء بأنفسهم أو عن طريق ممثل لهم، بيد أنه إذا كان إتفاق التحكيم لإبطال أثره بوجه عام إلا أطرافه، إلا أنه من المقبول إنتقال هذا الأثر إلى غير هؤلاء، فهو ينتقل إلى الخلف العام أو الخلف الخاص[2].

- أما عن الغير فنقصد بهم الشخص الذي لم يكن طرفا في إتفاق التحكيم ولا خلفا الأحد أطراف الإتفاق والقاعدة في هذه الحالة عدم إنصراف أثر الإتفاق إلى هذا الغير[3]. إلا أنه في

[1] لزهر بن سعيد، مرجع السابق، ص 72.
[2] لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، مرجع السابق، ص74.
[3] د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، عمان، 2008، ص 2018.

التعامل التجاري الدولي نجد في بعض الأحيان أن أشخاصا ممن هم خارج الإتفاق الخاص بالصفقة التجارية يلتزمون بموجب الإتفاق المذكور.

- لكن لا يعتبر غير الشريك أو المدين المتضامن، فلو تعدد الشركاء أو المدنيون المتضامنون وأبرم أحدهم عقدا أو تضمن عقد القرض في حالة المدينين المتضامنين شرط التحكيم، فإن الشرط يمتد أثره للجميع، أي يستطيع كل منهم التمسك بإتفاق التحكيم، كما يستطيع الطرف الآخر الإحتجاج بهذا الإتفاق في مواجهة أي منهم ويسوي هذا في حالة شركات الأشخاص، حيث لا تحجب الشخصية المعنوية الأشخاص الشركاء حجبا كاملا، ويسري من باب أولى في المحاصة، حيث لا توجد أصلا شخصية المعنوية، فإذا أبرم أحد المحاصين عقد تضمن شرط التحكيم، فإن لشركائه التمسك بالشرط، وللطرف الآخر في هذا العقد الإحتجاج بالشرط على الجميع، وذلك إذا كانت إدارة المحاصة جماعية تستلزم حضور الجميع، ويتضح في الكثير من الحالات أن تحديد الأطراف الذين يملكون التمسك بإتفاق التحكيم وإمكانية الإحتجاج عليهم به تتوقف على الفحص الدقيق للعقد أو الملابسات المحيطة به، وأن الأمر في العقود الدولية[1].

- يؤدي إلى العديد من الحالات إلى إستعانة الأطراف الأهليين بمقاولين من الباطن أو شركات يتم تأسيسها أو إنشاء فروع مشتركة لمباشرة تنفيذ العقد أو العقود المتتابعة الذي قد يتم إبرامها أو في حالة تجديد العقود بتغير الدائن أو المدين أو محل الإلتزام ففي كافة هذه الصور يمتد شرط

[1] د. محمود مختار أحمد البربري، التحكيم التجاري الدولي، ط04، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014، ص 81.

التحكيم ويشع نطاقه ليصبح كالمظلة التي تحيط بالعلاقات التي تنشأ تحت الإتفاق الأصلي ويشع بذلك مفهوم الأطراف[1].

الفرع الثاني: نطاق القوة الملزمة من حيث الموضوع

الأصل أن إتفاق التحكيم في القانون الداخلي يفصل تفصيلا ضيقا وفي الحدود التي تحقق الغرض منه، لأنه طريق إستثنائي لبعض المنازعات يؤدي إلى حرمان أطرافه من قاضيهم الطبيعي، وعلى ذلك إذا ورد إتفاق التحكيم على المنازعات الخاصة لتفسير عقد معين فلا تمتد سلطات هيئة التحكيم إلى منازعات المتصلة لتنفيذه إذ لا يفترض إمتداد إتفاق التحكيم إلى مسائل لم يقصدها المحتكمون ، غير أنه في مجال التحكيم التجاري الدولي يبدوا الأمر على خلاف ذلك فالحرص على زيادة فاعلية إتفاق التحكيم قد دعى إلى الخروج على تلك المبادئ فقد أضحى مقبولا إعتماد لتفسير موسع منطقي وفعال لإتفاق التحكيم[2].

- كما قضى أحد أحكام التحكيم الصادرعن المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى في 25 سبتمبر 1983 إن إتفاق التحكيم كأي إتفاق آخر لا ينبغي أن يفسر بنحو ضيق ولا بنحو موسع أو بطريقة متحررة إنما يجب أن يفسر بطريقة تؤدي إلى الوصول إلى إحترام النية المشتركة بين الأطراف وتلك المنهجية في التفسير ليست إلا بتطبيق

[1] د. محمود مختار البربري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع السابق، ص 82.
[2] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 52.

المبدأ العقد كشريعة المتعاقدين وهو المبدأ الأساسي المشترك بين كل نظم القانون الداخلي والقانون الدولي.

- وبناءا على هذا المنهج في تفسير فإنه من المتصور أن يمتد إتفاق التحكيم إلى غير أطرافه ممن تدخلوا في تنفيذ العقد المدرج به شرط التحكيم حيث يفترض علمهم بوجود ذلك الشرط[1].

[1] لزهر بن سعيد، نفس المرجع، ص 53.

المبحث الثاني: إستقلالية إتفاق التحكيم

يعد مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الوضعية أو المعاهدات الدولية ولوائح التحكيم. إذ تستمد هذه الإستقلالية من الموضوع المختلف لكل من العقدين: العقد الأصلي والإتفاق على التحكيم، فالإتفاق على التحكيم هو مجرد فقد يرد على الإجراءات ولا يهدف إلى تحقيق الحقوق وإلتزامات الأطراف الموضوعية ولكن بنصب محله على الفصل في المنازعات الناشئة عن الشروط الموضوعية التي يتضمنها العقد الأصلي.

- ويترتب على ذلك أن إتفاق على التحكيم ليس مجرد شرط وارد في العقد الأصلي بل هو عبارة عن عقد آخر من طبيعة مختلفة، فهو عقد ثاني وإن كان مندمجا من الناحية المادية في العقد الأصلي. وعلى الرغم من وضوح الحقيقة فإنها كانت محلا للجدول والنقاش بين أنصار إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي والمنادين بعدم الإستقلالية، إذ ظهرت الحاجة في العديد من الأنظمة القانونية إلى ضرورة بحث العلاقة التي تربط بين العقد الأصلي الذي يثار النزاع بمناسبة وبين الإتفاق على التحكيم.

- وتعدد الصور التي تثور فيها مسألة العلاقة بين الأتفاق على التحكيم والعقد الأصلي فقد تثور هذه المسألة عند التمسك ببطلان العقد الأصلي أو إنقاضه لأحد الأسباب لإنقضاء ومدى تأثير ذلك على إتفاق التحكيم وإمكانية اللجوء إلى هيئة التحكيم رغم ذلك. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن مسألة العلاقة بين إتفاق التحكيم والعقد الأصلي قد تثور في فرض معاكس للفرض

الأول فقد يكون العقد الأصلي صحيحا ويكون الأتفاق الذي لحق به العارض القانوني هو إتفاق التحكيم ذاته، فما هو مدى تأثير بطلان إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي[1].

المطلب الأول: تقرير مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم

يعتبر مبدأ إستقلالية التحكيم في علاقته بالعقد الأصلي من المبادئ المستقرة في بعض القوانين الوضعية بشأن التحكيم، ولا سيما في القانون الفرنسي فلقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 08 ماي 1963 في قضية GOSSET إلى أنه في إطار التحكيم التجاري الدولي، فإن إتفاق التحكيم سواء تم هذا الإتفاق على نحو منفصل ومستقل عن التصرف القانوني الأصلي أو تم إدراجه به فإنه يتمتع دائما إلا إذا ظهرت ظروف إستثنائية، بإستقلال قانوني كامل، يستبعد معه أن يتأثر إتفاق التحكيم بأي بطلان محتمل يلحق بهذا التصرف. وهذا المبدأ الذي وصفته المحكمة النقض الفرنسية سارت عليه أيضا محاكم الإستئناف الفرنسية في العديد من أحكامها كما أن محكمة النقض ذاتها أتيحت لها الفرصة في التأكيد على هذا المبدأ مع تغاضيها عن القيد السابق الذي أوردته والمتعلق بالظروف الإستثنائية.

- وفي قضية HECHT أنتهت محكمة النقض الفرنسية في إطار التحكيم الدولي بتمتع شرط التحكيم بإستقلالية كاملة[2].

[1] سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، إتفاق التحكيم، 1984، دار النهضة العربية ص 78.

[2] إيهاب عمرو، التحكيم التجاري الدولي المقارن (في ضوء تحول السياسات التنمية)، الوارق للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان 2014، ص 62-63.

وفي قضية menicucci أبرم العقدالأصلي بين شركة هولندية والشخص فرنسي لا يعد تاجرا، ولما كان القانون الفرنسي يحظران يتضمن العقد في هذه الحالة الشرط التحكيم، فإن الطرف الفرنسي متجاهلا شرط التحكيم الوارد في العقد قام باللجوء إلى القضاء الفرنسي، ولقد دفعت الشركة الهولندية بعدم جواز نظر لدعوى القضائية إعمالا لشرط التحكيم وهو الدفع الذي تقبله القضاء الفرنسي إحتراما لشرط التحكيم وإستقلالية وذلك بغض النظر عن أحكام القانون الفرنسي.

- ويذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن مبدأ الإستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي بشكل لأن قاعدة مادية مت قواعد القانون الفرنسي بشأن التحكيم الدولي .

- يؤكد جانب آخر من الفقه على أن إستقلالية إتفاق التحكيم يعد مبدأ من المبادئ العامة للتحكيم الذي يشير إليه المحكمون في إطار العلاقات الدولية أياما كان مقر إنعقاد جلسات التحكيم وأياما كان القانون الذي يحكم المنازعة المعروضة عليهم.

- هل مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بعد مبدأ تقره الأنظمة القانونية الوضعية للعديد من الدول وتعترف به المعاهدات الدولية المنظمة للتحكيم ولوائح التحكيم المختلفة وتقضي بها محاكم التحكيم الدولية؟[1]

[1] إيمان فتحي حسن الجميل، إتفاق التحكيم البحري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 99.

الفرع الأول: موقف المعاهدات الدولية من تكريس مبدأ إستقلالية شرط التحكيم عن العقد

- من الثابت أن الإعتراف بمبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه لا يستخلص بشكل صريح من المعاهدات الدولية الرئيسية المنظمة للتحكيم ومن هنا فإن التصديق على هذه المعاهدات من قبل الدول لأطراف فيه ليس هو السبب في بني هذه الأنظمة القانونية لهذا المبدأ، فمعاهد نيويورك الموقعة 1958 لا تشير إلى مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بطريقة مباشرة، إذا إقتصرت المعاهدة في المادة 1/5/أ إلى الإشارة إلى : "إمكانية رفض الإعتراف بحكم المحكم تنفيذه إذا أثبت الطرف المطلوب الإعتراف وتنفيذ الحكم التحكيم ضده إن إتفاق التحكيم غير صحيح وفق للقانون الذي يخضع له إتفاق التحكيم، وفي حالة عدم وجود إشارة صريحة لهذا القانون وفقا لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم[1].

- ومع ذلك فلقد أستخلص من هذا النص إن إتفاق التحكيم يمكنه أن يخضع إلى قانون آخر غير ذلك الذي يخضع له، العقد الأصلي وبالتالي فإن معاهدة نيويورك تكون قد قبلت ضمنا أن تكون لإتفاق التحكيم نظام قانوني مستقل عن العقد الأصلي أي يمكن إدراجها في إطار الإتجاهات المؤيدة لفكرة إستقلالية إتفاق التحكيم[2].

- و بإشارة إلى نص م 07 من معاهدة نيويورك والتي تنص على أنه: لا يخل أحكام هذه الإتفاقية بصحة الإتفاقات الجماعية أو الثنائية التي أبرمتها الدولة المتعاقدة بشأن الإعتراف بأحكام المحكمين

[1] سميحة القليوبي، التحكيم التجاري، دار النهضة العربية، 2009، ص 56.
[2] عبد الحميد أحدب، ق التحكيم مجلة المحكمة العليا، ج1، 2009، ص 28.

وتنفيذها ولا تحرم أي طرف من حقه في الإستفادة بحكم من أحكام المحكمين بالكيفية أو بالقدر المقر رفي تشريع أو معاهدات البلد المطلوب إليها الإعتراف والتنفيذ .

- كذلك فإن معاهدة جنيف الموقعة في 21 أفريل 1961 لم تتخذ موقعا صريحا إلا بشأن مسألة إختصاص المحكمين بالفصل في إختصاصهم وذلك في المادة 3 و 4 صحيح أن هذه المسألة تتصل بشكل وثيق بموضوع إستقلالية شرط التحكيم لكن الإعتراف بهذا المبدأ الأخير لا يستخلص إلا بشكل ضمني[1].

- أما بالنسبة لمعاهدة واشنطن الموقعة في 18 مارس 1965 والتي أنشأت المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الإستثمار فلقد إقتصرت في م 1/41 منها على تأكيد أن " محكمة التحكيم هي القاضي بالنسبة لمسألة إختصاصها".

- كما نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 على مبدأ إستقلال شرط التحكيم في م 16 منه ف 1: "يجوز لهيئة التحكيم التي في إختصاصها بما في ذلك البث في أي إعتراضات تتعلق بوجود إتفاق التحكيم أو بصحته وبهذا الفرض بنظر إلى الشروط التحكيم التي يشكل جزءا من العقد كما لو كان إتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى. وأي قرارا يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد ولا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم". بذلك يكون القانون النموذجي قد أقر بوضوح إستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي وفي الولايات المتحدة الأمريكية قضت المحكمة العليا "إن شروط التحكيم الخاضعة لقانون التحكيم الفدرالي

[1] المادة 3 و 4 من معاهدة جنيف الموقعة 21 افريل 1961 .

مستقلة عن العقد الأصلي الذي يحتويها والتي جزء منه طالما أن شرط التحكيم نفسه لم ينازع فيه".

الفرع الثاني: موقف القوانين الوضعية (الوطنية) من مبدأ الإستقلالية

تنص الغالبية العظمى من التشريعات الحديثة المتعلقة بالتحكيم صراحة على مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم ويعتبر قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 من القوانين التي أكدت على مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي إذ نصت م 23 من هذا القانون على أن : "يعتبر شرط التحكيم إتفاقا مستقلا عن الشروط العقد الأخرى وبترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته" ويكون بذلك قد وضع القانون المصري حدا للخلاف الفقهي الذي كان سائدا في القانون المصري حول إستقلالية إتفاق التحكيم من عدمه وما يترتب على هذه التفرقة من أثار لا سيما مدى سلطة المحكم في الفصل في مسألة إختصاصه.

- أما المشرع الفرنسي لم يتناول هذه المسألة (1981) وتركها للقضاء فقد توصلت محكمة النفض الفرنسية في حكملها وقررت قاعدة موضوعية ومن قواعد القانون الدولي الخاص الفرنسي مؤكد غياب التضامن بين إتفاق التحكيم والعقد الأصلي بما يترتب على ذلك من نتائج حول صحة شرط التحكيم رغم بطلان العقد الأصلي وإمكانية تطبيق قانونين مختلفين أحدهما على

شرط التحكيم الآخر على العقد الأصلي معطية المحكم سلطة الفصل في الدعوى رغم بطلان العقد الأصلي[1].

- ولكن في حكم لها رفضت الدفع الذي قدم لها وقررت صحة شرط التحكيم مؤسسة قضاءها. ليس على منهج التنازع والإستبعاد تطبيق القانون الفرنسي ولكن مقررة قاعدة موضوعية في القانون الفرنسي مقتضاها صحة شرط التحكيم في العقود الدولية. وهكذا فإن القضاء الفرنسي نستطيع بأن نقول بأنه أخذ بمبدأ إستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي ولقد فصل بين مصير الشرط وبين مصير العقد وأعطى محكم سلطة الفصل في صحة أو بطلان العقد الأصلي مع إمكانية إختلاف القانون المطبق على شرط التحكيم من القانون المطبق على العقد الأصلي[2].

- أما عن إستقلال إتفاق التحكيم في مصر نجد أن نص م 23 من ق 27 لسنة 1994 قانون التحكيم المصري جاء واضح وصريح في إستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي ولقد حسم الخلاف حول إستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي بأن بطلان العقد أو فسخه لا يؤثر على صحة الشرط ذاته وعلى ذلك يحال النزاع إلى التحكيم بالرغم من أن العقد قد يكون باطلا أو مفسوخا. ولقد حكمة المحكمة العليا بأن مجرد تحرير مشارطة التحكيم والتوقيع عليها لا يقطع أيهما في ذاته التقادم لأن المشلرطة ليست إلا إتفاقا على عرض نزاع معين علة محكمين والنزول على حكمهم ولا تتضمن مطالبة بالحق وإذا تضمنت المشارطة إقرار من المدين بالحق الدائن كما

[1] إيمان فتحي حسن الجميل، إتفاق التحكيم البحري (وفقا لقانون التحكيم المصري)، قانون 27 لسنة 1994، والإتفاقيات الدولية، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، ص 95- 96.
[2] إيمان فتحي حسن الجميل، إتفاق التحكيم البحري، المرجع السابق، ص 67.

لو إعترف بوجود الدين فإن التقادم ينقطع في هذه الحالة بسبب هذا الإقرار صريحا كان أو ضمنيا وليس سبب المشارطة في ذاتها نجد أن هذا الحكم القاطع في تحديد إتجاه القضاء المصري نحو إعمال مبدأ إستقلال شرط التحكيم.

- ولقد تماشى قانون التحكيم الإنجليزي لعام 1950 مع التطورات الحديثة للممارسات التحكيمية الدولية وإذا كان قانون التحكيم الإنجليزي لعام 1979 قد تحرك نحو التحكيم الإنجليزي المتعاقبة لم تنص على مبدأ إستقلال شرط التحكيم عن العقد الاصلي ولكن تم الإعتراف بهذه الإستقلالية من جانب القضاء[1].

- ولقد نصت المادة 1/1797 و2 من التقنيين البلجيكي للمرافعات في صياغته الواردة بالقانون الصادر في 04 جويلية 1972 وأيضا 1053 من ق. إ. م الهولندي والتي بصياغتها الواردة في القانون الصادر 1986 أن :" إتفاق التحكيم يعتبر مكونا لإتفاق مستقل"[2]. وذلك قبل أن تقر المحكمة التحكيم بالسلطة في الفصل في مسألة صحة العقد الأصلي الذي يكون إتفاق التحكيم مدرجا به أو يشير إليه. كذلك فإن المادة 178 فقرة 03 من الق الدولي الخاص السويسري الصادر 1987 تنص أيضا على انه: "لا تجوز المنازعة في صحة إتفاق التحكيم بمقولة عدم صحة العقد الأصلي"[3] وأيضا فإن المادة 8 من القانون الإسباني الصادر في 5 ديسمبر 1988 بشأن

[1] عاطف الفظي، التحكيم في المنازعات البحرية، القاهرة، دار النهضة العربية، عام 2007، ص137.
[2] المادة 1053 ق.إ. م الهولندي.
[3] المادة 178 ق الدولي الخاص السويسري.

التحكيم تنص على أن: "بطلان العقد لا يؤدي بالضرورة إلى بطلان إتفاق التحكيم المتعلق به"[1]. كذلك فإن كل من القانون الجزائري الصادر في 09/08 والقانون التونسي يقر بمبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.

أولا: تكريس مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بواسطة قضاء التحكيم الدولي :

أبرزت العديد من أحكام التحكيم إستقلالية التحكيم عن العقد الأصلي على إعتبار أن هذا الأمر يتعلق بمبدأ عام من مبادئ القانون التجاري الدولي. وذلك دون الحاجة من تبرير هذه الإستقلالية إلى الإشارة إلى القانون وطني محدد.

- ففي القضية رقم 1526 لسنة 1968 قرر الحكم التحكيمي الصادر فيها أن هناك قاعدة تجوز القبول العام في إطار التحكيم التجاري الدولي أو في طريقها إليه، من مقتضاها أن شرط التحكيم سواء تمت الموافقة عليه بشكل منفصل عن العقد الأصلي أو كان متضمنا فيه، يتمتع دائما بإستقلالية قانونية كاملة، إلا في حالات إستثنائية على نحو يستبعد معه إمكانية تأثره بأي بطلان يلحق هذا العقد [2]، ولقد ذهبت بعض أحكام التحكيم إلى وصف المبدأ بأنه يشكل قاعدة من القواعد المادية لقانون التجارة الدولية، ولقد ذهبت بعض أحكام التحكيم إلى ذات الإتجاه الذي ذهبت إليه أحكام القضاء الفرنسي مقررة أنه وفقا لمبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم، فإنه يخضع في التحكيم الدولي إلى قانون آخر غير ذلك الذي يسري على العقد الأصلي كذلك فإن جانبا من

[1] المادة 08 من القانون الإسباني.
[2] هاني صلاح سري الدين، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2005، ص 78.

التحكيمات الصادرة في المنازعات الناشئة عن العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية التابعة لدول الأخرى[1]. ذهبت بدورها إلى تأكيد مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الوارد به هذا الإتفاق. ففي التحكيمات الثلاثة الصادرة في المنازعات الناشئة بين ليبيا والشركات الأجنبية قامت محاكم التحكيم المعنية، بإعمال مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم مؤكدة على أن إتفاق التحكيم يظل قائما على الرغم من إنهاء عقد الإمتياز الذي قامت به المحكمة الليبية ،وأن هذا الإتفاق يعد أساسا لإختصاص فإن إستقلالية شرط التحكيم يشكل جزءا من القانون الوطني للتحكيم في العديد من الدول.

ثانيا: تكريس لوائح التحكيم بمبدأ إستقلالية التحكيم عن العقد الأصلي:

– تستمد لوائح التحكيم سلطتها من إرادة الأطراف التي تشير إليها، ويرى جانب من الفقه أن تأكيد مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم الذي تشير هذه اللوائح إليه، يتعين تفسيره على أنه يعبر عن إرادة الأطراف. في أن يعامل إتفاق التحكيم على نحو مستقل عن المعاملة التي يلقاها العقد الأصلي. وهذه القاعدة تعد بمثابة قرينة، إذ أن للأطراف دائما مخالفة النصوص التي تتضمنها لائحة التحكيم التي يتبنوها ألا أن هذه القرينة ليست عديمة الفائدة بالنسبة للمحكمين الذين يرون ضرورة تطبيق قانون مختلف على إتفاق التحكيم يجهل هذه التفرقة وذلك على الرغم من إشارة الأطراف للائحة التحكيم، ففي هذه الحالة فإنه يكفي هؤلاء الأطراف ملاحظة أن هذا

[1] المادة 08 من لائحة الغرفة التجارية بباريس .

القانون لا ينكر هذه التفرقة حتى وإن كان هذا القانون[1] لا يكرسها بشكل صريح ويستند على مبدأ سلطات الإرادة من أجل الفصل بين مصير إتفاق التحكيم وبين العقد الأصلي .

- تعد لائحة التحكيم التي أعدتها غرفة التجارة الدلية بباريس نمن أهم اللوائح التحكيم التجاري الدولي التي كرست مبدأ الإستقلالية إتفاق التحكيم، إذ ننص في المادة 08 على أنه: "طالما لم يوجد شرط مخالف، فإنه لا يترتب على التمسك ببطلان أو إنعدام العقد المدعي به عدم إختصاص المحكم إذا تمسك هذا الأخير بصحة إتفاق التحكيم"[2]. كما نصت المادة 10 على أن: "المحكم أو المحكمون ما هم الا قضاة يملكون البث في إختصاص، كما انه على وجه الخصوص أهل للفصل حول وجود و صحة إتفاق التحكيم أو العقد الأصلي الذي يشمله عند الإقتضاء و أيضا حول نطاق إختصاصهم".

- كما نصت المادة 2/5 من لائحة تحكيم المنظمة الدولية للتحكيم على أن: "ما لم يشترط العكس فإن الإدعاء ببطلان أو عدم وجود العقد الأصلي لا يؤثر على إختصاص المحكم والذي يستمد من صحة إتفاق التحكيم، ويبقى المحكم والذي يستمد من صحة إتفاق التحكيم، ويبقى المحكم مختصا أيضا في حالة عدم وجود أو بطلان العقد الأصلي تحديد حقوق الأطراف والفصل في طلباتهم"[3].

[1] حفيظة السيد حداد، الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، دار الفكر الامعي الإسكندرية، 2001، ص38- 39.
[2] المادة 5 فقرة 2 من لائحة تحكيم المنظمة الدولية بباريس.
[3] المادة 2/5 لائحة التحكيم المنظمة الدولية.

- وتنص المادة 2/21 من لائحة نيوسترال لعام 1976 على أن: "يكون لمحكمة التحكيم سلطة الفصل في وجود أو صحة العقد الذي يشكل شروط التحكيم جزء منه[1]".

- كذلك فإن لائحة التحكيم التي أقرتها الجمعية العامة في 28 أفريل 1976 والتي أعدتها نخبة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، والتي أوصت الجمعية العامة للأمم المتحدة بإعمال أحكامها على حل المنازعات الناشئة عن العلاقات التجارية الدولية تضمنت نصوص تكريس مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم وإختصاص المحكم بالفصل في مسألة إختصاصه.

- إذ تنص المادة 1/21 من اللائحة على أنه: "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المثارة بشأن عدم إختصاصها، بما في ذلك كل دفع يتعلق بوجود وصحة شرط التحكيم وإتفاق التحكيم المستقل[2]". ولهيئة التحكيم الإختصاص في الفصل في وجود وصحة العقد الذي يعد شرط التحكيم جزءا منه. وفيما يتعلق بأهداف المادة 21، فإن شرط التحكيم يعد شرطا في العقد والذي ينص على التحكيم وفقا للائحة. يعد شرطا مستقلا عن الشروط الأخرى التي يتضمنه العقد، ولا يترتب على التقرير هيئة تحكيم البطلان العقد الأصلي، بطلان شرط التحكيم بقوة القانون. ويكرس هذا المبدأ صراحة إختصاص هيئة التحكيم بالفصل في مسألتي صحة ووجود كل من العقد الأصلي وشرط التحكيم. وعلاوة على لوائح التحكيم السابق ذكرها، فإن لوائح التحكيم التي مقدر لها أن تلعب دورا هاما في الدول.

[1] المادة 2/21 لائحة نيوسترال 1976.
[2] المادة 1/21 من لائحة التحكيم للجمعية العامة للنخبة الأمم المتحدة للق التج الدولي.

- COMMON LAW كرست أيضا مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم فلائحة التحكيم الصادرة 1985 عن غرفة لندن للتحكيم الدولي تبنت في المادة 1/14[1] نصوص المادة 2/21 من اللائحة التي أتمتها نخبة الأمم المتحدة للقانون. وبذهب جانب من الفقه أنه لا يتعين تفسير هذا الإغفال من جعل المادة المذكورة سابق على أنه رفض للفكرة. إذ أن هذه الفكرة ليست نتيجة حتمية لمبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم. وبهذه المكانة فإنه من غير اللازم الإشارة إليها صراحة ويشير هذا الفقه إلى أن هذه المبادرات التي بدأت في التنامي في دول COMMON LAW تحتاج إلى التأكيد عليها وإبرازها وخاصة وإن مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم على النحو ما هو معروف من المبادئ غير المستقرة على نحو كامل في الدولة المنتمية إلى هذا النظام.

المطلب الثاني: الأثار المترتبة على مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم

مبدأ إستقلالية التحكيم من العقد الأصلي هو المعنى القانوني وليس المادي فهو لا يعني مطلقا أن إتفاق التحكيم بجب أن يكون محل إرضاء وقبول مستقل عن الرضى المقبول بشأن العقد الأصلي، كما يمكن أن أي شرط التحكيم أن يلقي ذات المصير الذي يلقاه العقد الرئيسي في حالة إنتقال احقوق النجمة عن هذا العقد وبالتالي فإن هذا المبدأ ينجم عنه أثرين مهمين هما:

- الأثر الأول عدم إرتباط مصير إتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي، الأثر الثاني هو إمكانية خضوع إتفاق التحكيم لقانون آخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي:

[1] المادة 1/14 لائحة التحكيم الصادرة عن غرفة لندن للتحكيم الدولي.

الفرع الأول: عدم إرتباط مصير إتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي

هو أهم الأثار المترتبة على م بدأ إستقلالية شرط التحكيم ومعنى هذا المبدأ أن وجود وصحة وسريان إتفاق التحكيم لا يتوقف ولا يتأثر بمصير العقد الأصلي الذي يشير إليه الإتفاق فمثلا إدعاء أن العقد الأصلي لم يتم إبرامه في العرض الذي يكون فيه العقد الذي يتضمن شرط التحكيم ثم توقيعه ولكن لم يدخل في مرحلة النفاذ أو أنه باطل أو تم فسخه أو الإلتزامات الناشئة عن العقد الأصلي تم تحديدها، لا يؤدي إلى عدم فعالية إتفاق التحكيم أو المساس به فهذه المسألة بشأن عدم إرتباط مصير إتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي قد أثار الكثير من الجدل، حيث غن فكرة بطلان العقد أو إنعدامه من الأمور الشائكة فبمجرد الإدعاء بإنعدام العقد الأصلي لا يكفي في حد ذاته إلى إستبعاد إختصاص المحكمة، إذ أن للمحكم أن يقدر مدى صحة هذا الإدعاء وإذا لاحظ فعلا أن العقدالأصلي غير قائم ولا وجود له قانونا، وذلك في حال الإنعدام الكامل لرضا المتبادل بين أطراف العقد[1].

– فإن يتعين أن يستخلص من هذا الإنعدام الأثار المتعلقة لموضوع النزاع فإذا إتضح له أن إنعدام المدعي به يسري أبطأ على إتفاق التحكيم ليس لمجرد إستخلاص هذه النتيجة وإنما لأن سبب الإنعدام الذي يحقق العقد الأصلي لحق أيضا بإتفاق التحكيم[2].

[1] سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول"إتفاق التحكيم"، دار النهضة العربية، ط 1984، ص 78.
[2] سامية راشد، نفس المرجع، ص 78.

– فمبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي سيسمح بالبقاء على إتفاق التحكيم طالما لم يكن هذا الإتفاق في حد ذاته قد لحق به أي عيب من عيوب الإرادة التي لحقت بالعقد الأصلي وطالما لم يكن محله أو سببه مخالف لنظام العام، أما إنعدام التعبير عن رضا الأطراف بالعقد الأصلي فإنه يؤدي إلى عدم وجود إتفاق مستقل في علاقته بإتفاق آخر إذ لا يوجد أي إتفاق[1].

الفرع الثاني: خضوع إتفاق التحكيم لقانون لآخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي

يؤدي إتفاق مبدأ لإستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي إلى قبول عدم خضوع إتفاق التحكيم بالضرورة إلى ذات القواعد التي تحكم العقد الأصلي سواء تم إخضاع إتفاق التحكيم إلى قانون محدد بالأعمال لقواعد الإسناد التقليدية أو تم إخضاع إتفاق التحكيم على نحو ما ذهب إليه القضاء الحديث في فرنسا سواء من حيث الفصل في مسألة وجود ذاته أو صحته، إلى قواعد مادية تتماشى مع الطابع الدولي لتحكيم فشرط التحكيم يعد جزءا مستقلا عن العقد الأصلي والأطراف وأيضا للقضاء الذي يفوض إليه الأمر للفصل في مسألة وجوده وصحته، إخضاعه لقانون مختلف عن ذلك الذي يخضع له باقي العقد[2].

[1] محمد الله محمد الله، النظام لشرط التحكيم في المنازعات في التجارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2002، ص 147.
[2] عصام عبد الفتاح، مرجع السابق، ص 82/81.

الفصل الثاني :

الأثار الإجرائية لإتفاق التحكيم

الفصل الثاني: الأثار الإجرائية لإتفاق التحكيم

المبحث الأول: الأثر المانع

تنص المادة 13 من القانون التحكيم المصري على أنه: يجب على المحكمة التي يرفع إليه النزاع يوجد بشأنه إتفاق التحكيم أن يحكم بعد قبول الدعوى إذ رفع المدعي عليه، بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوة، ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفترة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم لإستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم ويستخلص من هذه المادة أن الحكم بعد قبول الدعوى لا تصدره المحكمة من تلقاء نفسها، حتى ولو تبين لها وجود إتفاق التحكيم وعليها مباشرة إختصاصها وتفسير ذلك لأن إلتجاء أحد أطراف إتفاق التحكيم إلى القضاء يعني تخليه عن هذا الإتفاق ورغبته في العودة للقضاء المختص أصلا.فإذا حضر الطرف الاخر وساير خصمه وبدأ في تقديم طلباته ومناقشة موضوع النزاع، فإن مفاد ذلك تخليه هو أيضا عن إتفاق التحكيم مما يؤدي إلى وجوب تصدي القاضي لموضوع النزاع، إما إذا تمسك الطرف الآخر بإتفاق التحكيم فهنا فقط يتعين على القاضي الحكم بعد قبول الدعوى. وإلا فتحنا الباب على مصرعيه للتنصل من إتفاقات التحكيم وإهدار قيمتها ويستلزم المشرع ضرورة إعلان التمسك بإتفاق التحكيم قبل الخوض في موضوع النزاع وإلا أعتبر متنازلا عن الدفع بعدم القبول ولا يستطيع بعد مناقشة الموضوع العودة لطلب الحكم بعد قبول الدعوى[1].

[1] المادة 13 من قانون التحكيم المصري.

- إن إلتجاء أحد الأطراف إتفاق التحكيم للقضاء ،لا يمنع الطرف الآخر من بدأ إجراءات التحكيم، وإذا كانت الإجراءات قد بدأت فرفع للدعوى القضائية لا يعوق إستمرار المحكمين في نظر موضوع النزاع وإصدار حكم فيه، وذلك بعد تمكين الطرف المتغيب المدعي عليه من إبداء دفاعه و إخطاره بتقديمه خلال المدة المتفق عليها فإذا لم يفعل كان للهيئة الفصل في النزاع في ضوء ما توفر تحت يدها من مستندات أما إذا كان المدعى لن يتقدم للهيئة بيان بدعواه خلال الميعاد المتفق عليه.

- ويقدم القانون الفرنسي أحكاما متشابهة بخصوص تحديد أثار إتفاق التحكيم، فتنص المادة (1658) على أنه: "إذا رفع أمام قضاء الدولة نزاع إتصلت به محكمة تحكيم بمقتضى إتفاق التحكيم، فيجب على هذا القضاء إعلان عدم إختصاصه طالما أن إتفاق التحكيم ليس واضحا بطلانه[1].

فامشرع الفرنسي يلزم القضاء بالحكم بعدم إختصاصه بنظر النزاع المعقود بشأنه إتفاق التحكيم ولا شك أن موقف المشرع المصري يعد أكثر دقة لإن إتفاق التحكيم لا ينزع إختصاص القاضي وإنما يحجبه عن نظر النزاع.

ويلاحظ أن تم فارقا هاما بين القانون المصري والفرنسي، وإذ لا يفرق القانون المصري بين حالة رفع الدعوى أمام القضاء بعد أو قبل إتصال هيئة التحكيم بالنزاع موضوع إتفاق التحكيم ففي الحالتين يتحتم الحكم بعد قبول الدعوى أما القانون الفرنسي وإن كان يحتم الحكم بعد

[1] المادة 1658 من القانون المرافعات الفرنسي.

الإختصاص في حالة رفع الدعوى بعد إتصال هيئة التحكيم بالنزاع فإنه يخول القاضي إمكانية عدم الحكم بعدم الإختصاص والتصدي للموضوع إذا تبين له البطلان الظاهر لإتفاق التحكيم كحالة خلو شرط التحكيم من تسمية المحكمين أو بيان أسلوب إختيارهم، أو خلو المشارطة من تحديد موضوع النزاع[1]

المطلب الأول: الأثر الإيجابي لإتفاق التحكيم

يترتب على إتفاق التحكيم الدولي بوصفه العقد الذي تتعهد الأطراف فيه بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو التي قد تنشأ بينهم بواسطة المحكمين وليس بواسطة قضاء الدولة، أثران مختلفان: الأثر الأول وهو ما يعرف بالأثر الإيجابي ووفقا له يتعين على الأطراف أن تحترم التعهد الصادر عنها وتعهد بالمنازعات المتفق بشأنها على التحكيم إلى المحكم. أما الأثر الثاني الذي يرتبه إتفاق التحكيم وهو ما يعرف بالأثر السلبي ووفقا له يمتنع على الأطراف الإلتجاء إلى محكم الوطنية من أجل الفصل في المنازعات المتفق على حلها بواسطة التحكيم.

– يلزم إتفاق التحكيم الأطراف بأن تعهد المنازعة الناشئة بينهم والمتفق على حلها بواسطة التحكيم إلى المحكم هذا من جهة. كما أن إتفاق التحكيم يعد الأساس أو المصدر الذي تستمد منه محكمة التحكيم إختصاصها بالفصل في المنازعة.

[1] محمود مختار أحمد البربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ط4، القاهرة، 20014، ص 24/23.

الفرع الأول: إلتزام الأطراف بالعهدة إلى المحكم بالمنازعة المتفق على حلها بواسطة التحكيم:

يعتبر إلتزام الأطراف بالعهدة بالمنازعة موضوع إتفاق التحكيم إلى المحكم، وأن هذا الإلتزام يجب تنفيذه عينا من المسائل المستقرة والتي تثير الجدل.

أولا: تقرير مبدأ إلتزام الأطراف بالعهدة إلى المحكم بالمسائل موضوع الإتفاق على التحكيم

ينجم إلتزام الأطراف بالعهدة إلى المحكم بالمنازعة موضوع الإتفاق على التحكيم عن تطبيق مبدأ القوة الملزمة لهذا الإتفاق إذا أنه من المعروف أن مبدأ القوة الملزمة أو أن العقد شريعة المتعاقدين من المبادئ المستقرة في القانون الدولي للعقود.

- ويذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأنه لا يوجد في اللحظة الراهنة أية صعوبة في الإعتراف بمبدأ القوة الملزمة لإتفاق التحكيم على إعتبار أنها قاعدة مادية من قواعد القانون الفرنسي بشأن التحكيم الدولي وحتى على إعتبار من قواعد القانون العابر للدول بشأن التحكيم التجاري الدولي ولعل ذلك هو ما يفسره، من وجهة نظر الفقه إن القضاء الفرنسي والذي توجه حكم محكمة النقض في قضية DALICO لا يلجأ إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق من أجل تأكيد القوة الملزمة لإتفاق التحكيم[1].

- ويذهب هذا الجانب من الفقه إلى القول بأن القانون الأجنبي الذي لا يعترف بالقوة الملزمة لإتفاق التحكيم لن تكون له من وجهة نظر النظام القانوني الفرنسي، أي فرصة للتطبيق حتى

[1] حفيظة السيد حداد، مرجع السابق، ص 111/110.

بالنسبة للنزاع الذي يرتبط بالدولة التي صدر عنها هذا القانون سواء إرتبطت المنازعة بهذه الدولة من خلال جنسية الأطراف فيها أو من خلال موضوع المنازعة أو من خلال القانون الواجب التطبيق على الموضوع. كما أن القانون الكولومبي بشأن التحكيم الصادر في 07 أكتوبر 1989 لا يعترف بالقوة الملزمة لإتفاق التحكيم المبرم بين الطرفين إذا كانت المنازعة التي يتصل بها من شأنها أن تتعلق بالغير، وهذا الحل الذي عليه القانون المذكور من وجهة نظر الفقه حل غير مشجع للتحكيم، فمنذ عام 1923 أقر برتوكول جنيف بشأن شروط التحكيم هذا الحل ضمنا بتأكيده في المادة 01 منه على صحة شرط التحكيم ومشارطة التحكيم الواردة بين الأطراف الخاضعة لمحاكم الدول الأطراف في المعاهدة[1].

- ولقد قررت معاهدة نيويورك الموقعة في 10 يوليو 1958 والمتعلقة بالإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في المادة 02 فيها فقرة 01 على أن: "تعترف كل دولة متعاقدة بالإتفاق المكتوب الذي يلزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم[2]".

- وعلى الرغم من أن معاهدة جنيف الموقعة في 21 أفريل 1961، لم تعالج بشكل مباشر الإلتزام الواقع على عاتق الأطراف بالعهدة إلى محكمتين بالفصل في المنازعة المتفق بشأنها على

[1] محمود محمد هاشم، القضاء ونظام الآليات في الفقه الإسلامي، عمادة شؤون المكتبات، جامعة الملك سعود، الرياض، ط1، 1989، ص 90.
[2] المادة 1/2 من معاهدة نيويورك (المتعلقة بالإعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية).

التحكيم، فإنها مع ذلك كرست هذا الإلتزام من خلال التنظيم الدقيق الذي وضعته لكيفية تعيين الحكم أو المحكمين في حالة عدم تحديد الأطراف لهذا التعيين وذلك في المادة 4 منه فهذه النصوص تتضمن بوضوح أن الأطراف ملزمة بالعهدة بالمنازعة الوارد بشأنها على التحكيم إلى المحكمين[1].

– والواقع من أمر أن هذا الإلتزام على عاتق الأطراف بالعهدة إلى المحكم أو المحكمين بالمنازعة المتفق على حلها من خلال التحكيم.

ثانيا : التنفيذ العيني للإلتزام الواقع على عاتق الأطراف في إتفاق التحكيم بالعهدة بالمنازعة محل التحكيم إلى المحكم :

يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن إتفاق التحكيم الذي لا تترتب على مخالفته سوى إمكانية إلزام الطرف الذي تخلف عن وضعه محل التنفيذ بالتعويض، يعد إتفاق محدود الفعالية، وذلك لصعوبة تحديد الضرر الواقع على الطرف، والناتج عن عدم قدرته على عرض المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم أمام المحكم نظرا لأن جهة قضائية وطنية قد أقرت وإعترفت بإختصاصها بنظر هذه المنازعة ودون أدنى شك فإن هذا الضرر يمكن أن يكون ضرر حقيقي مادي لفقدان الشخص التمتع بالمزايا التي تمنحها معاهد نيويورك بشأن تنفيذ والإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية.

[1] السيد حداد حفيظة، ص 113.

– فالطرف الذي يتحصل على الحكم بإلزام الطرف المتعاقد معه من قبل الجهات القضائية في دولة ما سوف يكون في مركز أقل ملائمة له فيما يتعلق بتنفيذ هذا الحكم عما إذا قرر الذي يريده تنفيذه هو حكم تحكيمي صادر من هيئة التحكيم إتخذت من إحدى الدول المتعاقدة تعد أطرافا مقر لها. وهو فرض يتحقق بشكل مستمر نظرا لأن الغالبية العظمى من الدول أطرافا في هذه المعاهدة وهو ما يسير تنفيذ هذا الحكم المحلي والإعتراف به[1].

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

– فإنه مع ذلك فإنه يبقى هناك محلا للتقييم المالي بالنسبة للنفقات الناجمة عن قيام الطرف بالدفاع عن حقه أمام المحكم الوطنية غير المختصة وذلك على الرغم من وجود إتفاق على التحكيم.

– فهذه النفقات يمكن التمسك بالتعويض عنها أمام المحكمين المختصين بالفصل في المنازعة تنفيذ الإتفاق التحكيم، ويقع على الطرف الذي إتجه إلى القضاء عبء يحمل هذه النفقات الخاصة بالطرف الآخر الذي إضطر إلى الدفاع عن حقه أمام قضاء الدولة.

[1] عاصف سهاب، إتفاق التحكيم التجاري والإختصاص التحكيمي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 45.

– أن هذا الجزء في الصورة يعد جزءا على المخافة الإلتزام السلبي الناجم عن إتفاق التحكيم و الذي يلزم الطرف في إتفاق التحكيم على عدم التوجه إلى المحكم الوطنية وعرض المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم على المحاكم الوطنية ومن ثما فإن التنفيذ العيني لإتفاق الأطراف ورغباتهم والحل المتقدم لم يكن محلا للإجماع عليه بصفة دائمة في القانون الروماني تخلف عن التحكيم، وذلك بعد صدور حكم التحكيم، وذلك عن طريق دفع POENA المنصوص عليها في المشارطة.

– فالتنفيذ العيني الجبري لإتفاق التحكيم يتم من خلال إستخدام آليات تهدف إلى قهر مقاومة الطرف الذي بعد أن قبل الإتفاق على التحكيم لا يود في المشاركة في إجرائه بل ويحاول كل الطرف أن يؤخر اللجوء إلى استخدام هذه الإجراءات ففي هذا الغرض فإن التحكيم سيشرع في إتخاذ إجرائه على الرغم من إمتناع هذا الطرف عن المشاركة في إجراءات التحكيم كان يمتنع عن تعيين محكم، أو يمتنع عن المساهمة في تعيين رئيس هيئة التحكيم بشكل أو آخر إلى وضع الحلول تتفادى مثل هذه الأعمال التي تتسم في بعض الأحيان بأنها أعمال تسويقية تهدف إلى تعطيل سير إجراءات التحكيم.[1]

– وتذهب بعض الدول من أجل مواجهة عدم القيام أحد أطراف في إتفاق التحكيم بتعيين محكم إلى النص على هيئة مختصة تتولى مهمة تعيين هذا المحكم بدلا من الطرف الذي تقاعس عن تنفيذ

[1] عبد الباسط محمد الواسع ص 102

هذا الإلتزام ويعتبر قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 من القوانين التي تبث هذا الحل.

- ولقد تبنى القانون الهولندي الجديد بشأن التحكيم هذا الحل بل أنه جعل من القاعدة المتقدمة قاعدة آمرة تعلو على إتفاقات الأطراف عند تط بيق القانون الهولندي، إذ ينص هذا القانون في المادة 1028 على أنه: "إذا خول إتفاق التحكيم إلى أحد الأطراف مركز متميزا فيما يتعلق بمسألة تعيين المحكم أو المحكمين، فإن للطرف الآخر بالمخالفة لكيفية التعيين المنصوص عليها في هذا الإتفاق وفي خلال مدة شهر تحسبا من الشروع في التحكيم، أن يطلب من رئيس المحكمة الجزئية أن يعين المحكم أو المحكمين".[1]

- وإمتناع أحد الأطراف عن تعيين محكم، لا يؤدي إلى إعاقة الشروع في إجراءات التحكيم في القانون الفرنسي، إذ يقرر القانون وفقا لنص المادة 1493 الحق لرئيس المحكمة الجزائية في باريس بأن يقوم بتعيين هذا المحكم بدلا من الطرف الممتنع عن تعيينه كذلك أي عقبة تحول دون إتمامه.

- و لم يتخلف القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 بشأن التحكيم عن مسايرة الإتجاه المتقدم، إذ ينص في المادة 17 فقرة 2 على أنه: "إذا خالف أحد الطرفين إجراءات إختيار المحكمين التي إتفقا عليها أو لم يتفق المحكمات المعينان على أمر مما يلزم إتفاقهما عليه، وإذا تخلق الغير عن أداء ما عهد به إليه في هذا الشأن تولت المحكمة المشارة إليها في المادة 9 من هذا القانون بناء على

[1] قادري عبد العزيز الاستثمارات الدولية الجزائر ، طبعة 2004 ، ص 266.

طلب أحد الطرفين القيام بالإجراء أو العمل المطلوب ما لم ينص في الإتفاق على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو العمل".[1]

- وتهدف النصوص المتقدمة إلى تفادي إنكار العدالة في الفروض التي يصعب فيها تشكيل محكمة التحكيم بسبب تعنت أحد الأطراف بمنحها الفرصة للطرف المدعى بأن يتقدم بدعواه أمام الجهات القضائية الوطنية، ويرى هذا الجانب من الفقه أن هذا الحل ليس حلا متاليا أحد يعين الإعتبار الإرادة الأولية للأطراف التي كانت موجهة نحو إتخاذ التحكيم سبيلا للفصل في المنازعات الناشئة بينها ومع دلك فإن هذا الحل بيد وحلا لا مفرمنه في الحالات التي يبدو فيها مستحيلا بشكل جذري تشكيل هيئة التحكيم.

- ومع ذلك، فإنه من الواضح أن هذا الحل لا يلجأ إليه إلا على النحو الإستثنائي وعند فشل الآليات الأخرى الإحتياطية المشار إليها سابق. فالطرف المناهض للتحكيم لا يمكنه إلا في فروض نادرة جدا أن يقوم بتجميد إجراءات التحكيم لعدم رعيته في المشاركة فيه. [2]

الفرع الثاني: إختصاص محكمة التحكيم بالفصل في إختصاصها:

يعتبر مبدأ إختصاص المحكم بالفصل في مسألة إختصاصه من أهم المبادئ في الإطار التحكيم الدولي ومن أدقها العديد من الجدل وذلك على الرغم من الإعتراف شبه الكامل بهذا المبدأ في الأنظمة القانونية المعاصرة. فما هو المقصود بهذا المبدأ وما هي مصادره؟

[1] أحمد هندي ، التحكيم ، دراسة إجرائية ، دار الجامعة الجديدة للنشر 2013 ، ص 50 .
[2] محمود سيد عمر التحيوي ، التحكيم بالفضاء و التحكيم مع التفويض بالصلح ، مرجع سابق ص 80

أولا: تحديد المعنى الإصطلاحي لفكرة المحكم بإختصاصه :

يستخدم الفقه عادة التعبير عن إختصاص المحكم بالفصل في مسألة إختصاصه الألفاظ الألمانية المستمدة من قبل الألماني والمعروفة ب ،KOMPETENZ والواقع أن المعنى الحقيقي لهذا المصطلح لم يتم إلقاء الضوء عليه مطلقا، على الرغم من أهمية تلك المسألة لتحديد المقصود بفكرة إختصاص المحكم في مسألة إختصاصه.

– إذ أنه من الثابت أن المصطلح القانوني الألماني المذكور أعلاه يضف على هذا التعبير معنى مختلف عن المعنى الذي يظفي عليه أدبيات التحكيم الدولي فالمصطلح الألماني يعني سلطة المحكم في أن يفصل على النحو نهائي في مسألة إختصاصه ودون الخضوع إلى أية رقابة قضائية، صحيح أن هذه السلطة المقررة للحكم تم رفضها سواء[1] في ألمانيا أو في غيرها من الدول ومع ذلك فإن التناقض يبقى مع ذلك قائما من ناحية الموضوع. فمن جهة أخرى، فإن مسألة تحديد ما إذا كان قضاء الدولة يتعين عليه أن يمتنع عن النظر في المنازعة حتى ينتهي المحكمون من الفصل في مسألة إختصاصهم، والتي تشكل الجانب السلبي لمبدأ إختصاص المحكم بالفصل بالفصل في مسألة إختصاصه، من المسائل المتنازع عليها في ألمانيا. ونظرا للصعوبات المتقدمة، ولما يشيره المصطلح الألماني KOMPETENZ وإستعمال مصطلح COMPéTENCE الذي يشير إلى إختصاص المحكم بالفصل في مسألة إختصاصه. والواقع أن تلك الرغبة تتمشى مع ما ذهب إليه الفقه السويسري، المدرك للفروق الدقيقة القائمة بين القوانين الوطنية، والذي أشار مبكرا إلى

[1] منير عبد الحميد ، الاسس العامة للتحكيم الدولي الخارجي ، مرجع سابق ، ص 118 .

ملائمة استخدام مصطلح KOMPETENZ نظرا للمعنى الخاص الذي يستوعبه هذا المصطلح في القانون الألماني.[1]

ثانيا: مصادر مبدأ إختصاص المحكم بالفصل في مسألة إختصاصه :

يستمد مبدأ إختصاص المحكم بالفصل في مسألة إختصاصه أساسه من العديد من المصادر الشكلية سواء كانت هذه المصادر هي المعاهدات الدولية المتصلة بالتحكيم أو القوانين الوطنية المعاصرة للعديد من الدول، وكذلك الغالبية العظمى من لوائح التحكيم.

- إذ تنص العديد من القوانين الوطنية المعاصرة المنظمة للتحكيم على إختصاص مبدأ إختصاص المحكم بالفصل في مسألة إختصاصه ومن بين هذه القوانين قانون التحكيم المصري رقم 1994/27.[2]

- إذ تنص المادة 1/22 منه على أن: "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم إختصاصها مما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود إتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع". وقد حرصت هذه المادة على ضرورة التمسك بهذه الدفوع في ميعاد لا يجاوز ميعاد التقديم دفاع المدعى عليه. وأكدت على أن قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكم أو الإشتراك في تعيينه لا يترتب عليه سقوط حقه في تقديم أي من هذه الدفوع. ولقد أشارت المادة المذكورة إلى أن الدفع بعد شمول إتفاق التحكيم لما يشيره الطرف الآخر من مسائل أثناء نظر

[1] عبد المجيد الشواربي ، التحكيم و التصالح في ضوء الفقه و القضاء ، مرجع سابق ، ص 57 .
[2] محمود محمد هاشم ، النظرية العامة للتحكيم ، المرجع السابق ، ص 250

النزاع يجب التمسك به فورا وإلا سقط الحق فيه. ومع ذلك فإنه يجوز أن تقبل هيئة التحكيم الدفع لمتأخر في جميع الأحوال إذا رأت أن التأخير في إبدائه كان السبب مقبول وبهذه المثابة، يقترب نظام الدفع بعدم الإختصاص المحكم من النظام القانوني للدفوع الشكلية في إطار القانون القضائي الخاص. ولقد أضافت الفقرة 03 من المادة 22 بأن: "لهيئة التحكيم أن تفصل في الدفوع المشار إليها في الفقرة 02 من هذه المادة قبل الفصل في الموضوع أو أن تضمها إلى الموضوع لتفصيل فيهما معا".

- فإذا قضت هيئة التحكيم برفض الدفع فلا يجوز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقا للمادة 53 من قانون التحكيم وهذا يعني أنه لا يجوز الطعن بالبطلان على حكم التحكيم الجزئي الصادر برفض الدفع إستقلال بل لابد من الطعن بالبطلان عليه مع حكم التحكيم المنهي للخصومة.

- كذلك فإن النصوص الحديثة المنظمة للتحكيم في العديد من الدول تقرر ذات المبدأ كالقانون السويسري في المادة 117 من القانون الدولي الخاص الجديد[1].

- القانون البلجيكي في المادة 1697، القانون الهولندي في المادة 1056، القانون الإسباني في المادة 3/23، القانون البرتغالي في المادة 1/21، القانون التونسي في المادة 91 والقانون الجزائري الصادر في 09/08 2008.

[1] السيد حداد حفيظة، المرجع السابق، ص 125.

- كذلك فإن القانون الفرنسي كرس مبدأ إختصاص المحكم بالفصل في مسألة الإختصاص بالنسبة للتحكيم الداخلي في المادة 1466 من القانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد والتي تنص على أنه: "إذا أنكر أحد الأطراف على المحكم سلطة في الفصل في المنازعة أو نازع في نطاق هذه السلطة فإن المحكم يختص بالفصل في صحة وحدود ولايته ويرى جانب من الفقه أن هذا الحل يخالف الذي يجري عليه العمل في القضاء والذي وفق لها بتعيين في إطار التحكيم الداخلي وإذا تعلق الأمر بمنازعة تنصب على صحة شرط التحكيم، خضوع هذه المسألة إلى قضاء الدولة إذ أنه وحده المختص بالفصل فيه[1].

- ويخضع التحكيم الدولي لنص المادة 1466 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد إذا كان هذا التحكيم يخضع للقانون الفرنسي، إعمالا للحالة الواردة في المادة 1395 إلى المادة 1446 ويرى جانب من الفقه الفرنسي بشأن التحكيم[2].

- وعلى عكس معاهدة نيويورك فإن معاهدة جنيف الموقعة في 1921، تعرضت لمبدأ إختصاص المحكم بالفصل في مسألة إختصاصه بشكل واضح فقد نصت في مادتها الخامسة فقرة 03 على أن: "لا يلتزم المحكم الذي ينكر الأطراف عليه الإختصاص، أن يتخلى عن نظر المنازعة، وله أن يفصل في مسألة إختصاصه وفي وجود صحة إتفاق التحكيم أو في وجود وصحة العقد الذي يعد

[1] 1466 من قانون المرافعات الفرنسي.
[2] معاهدة نيويورك المادة 3/5.

هذا الإتفاق جزءا منه، وذلك دون إحلال بالرقابة القضائية اللاحقة المنصوص عليها في قانون القاضي".

- وتؤكد لوائح التحكيم الأساسية على مبدأ إختصاص المحكم بالفصل في مسألة إختصاصه فلائحة التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة القانون التجاري الدولي تنص المادة 21 ف أ على هذا المبدأ وكذلك لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس المادة 3/1.

- ويذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن ترديد لوائح التحكيم لمبدأ إختصاص المحكم بالفصل في مسألة إختصاصه وإن كان يعبر عن القبول العام الذي يحظى به هذا المبدأ. فإنه مع ذلك وعلى صعيد الفن القانوني الخاص لا يضيف اية قيمة لهذا المبدأ، فلائحة التحكيم والتي تستمد كل قيمة لها من إرادة الأطراف على إعمال أحكامها لا يمكنها أن تمنح للمحكمين حقوقا أكثر من تلك التي تقر لها بهم الأنظمة القانونية المختصة. أو بعبارة أخرى، فإن لوائح التحكيم سبب طبيعتها الإتفاقية ، وعلى عكس القوانين الوضعية، تظل عاجزة على حل التناقض الواضح الذي يسمح للمحكمين أن يصبحوا قضاة مختصين بالفصل في الإتفاق الذي يعد مصدر سلطاتهم، وذلك على خلاف القوانين الوضعية التي تقدر على حلها هذا التناقض[1].

[1] أحمد هندي، التحكيم (دراسة إجرائية)، دار الجامعة الجديدة، ط2، الإسكندرية، 2013، ص 43.

ثالثا : أساس مبدأ إختصاص المحكم في مسألة إختصاصه :

ذهبت بعض الأحكام القضائية الصادرة في فرنسا إلى رد مبدأ إختصاص المحكم بالفصل في مسألة إختصاصه إلى مبدأ آخر مساهم هذا القضاء في إرساء قواعده وهو مبدأ إستقلالية الإتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.

- إن هذين المبدأين، وهو ما حرص جانب من الفقه الفرنسي على إيضاحه لا يلتقيا إلا بشكل جزئي وهو ما يدعو إلى ضرورة الفصل بينهما بعناية شديدة.

- والواقع من الأمر فإن فإن مبدأ إختصاص المحكم بالفصل في مسألة إختصاصه وإن كان في حقيقته أحد أثار الإتفاق على التحكيم، إلا أن ذلك لا يعني أن أساس هذا المبدأ هو إتفاق التحكيم ذاته، أو مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين والذي يظفى على إتفاق التحكيم القوة الملزمة، إذ يستمد هذا المبدأ من قانون التحكيم في دولة مقر التحكيم وبصفة عامة من مجموع الدول المحتمل أن تعترف بحكم المحكم الصادر بالفصل في مسألة إختصاصه.

- والقول بعكس ذلك وارد أساس هذا المبدأ إلى إتفاق التحكيم نفسه يؤدي إلى نتائج غير منطقية.

- فمن المعروف أن مبدأ إختصاص التحكيم بالفصل في مسألة إختصاصه يخول لمحكمة التحكيم الإستمرار تتعلق في أداء مهمتها حتى إذا تم إنكار وجود صحة إتفاق التحكيم ذاته من قبل

الأطراف و الأسباب تتعلق بشكل مباشر بشرط التحكيم أو بمشارطة التحكيم وليس فقط في الأحوال التي يكون الأمر متعلقا بإحتمال بطلان العقد الأصلي.

- ومن المعروف أن مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم في العقد الأصلي يفسر حالات عدم صحة لكن يعجز عن تفسير كيفية إستمرار المحكم في أداء مهمته في حالة أسباب االبطلان المتعلقة بإتفاق التحكيم ذاته، إذ أن هذه النتيجة الاخيرة هي أثر خاص يترتب على مبدأ إختصاص المحكم بالفصل في مسألة إختصاصه.

- كذلك فإن هذا المبدأ الأخير يسمح للمحكم بأن يفصل عند الإقتضاء في بطلان إتفاق التحكيم ويصدر قرار بعدم إختصاصه.

- والواقع إن كل من الأثرين السابقين لا يمكن ردهما إلى إتفاق التحكيم ويمكن ردهما إلى إتفاق التحكيم يصطدم بالحجة التي يثيرها، الفقه المعادي لمبدأ إختصاص المحكم بالفصل في مسألة إختصاصه، لما يثيره من حلقة مفزعة.

- إذ يمكن للمحكم بالإستناد فقط على إتفاق التحكيم أن يقرر أن هذا الإتفاق باطل أو حتى يعترف بالسبب الذي يمكن أن يؤدي إلى ملاحظة هذا البطلان.

- والخروج من هذه الحلقة المفرغة لا يتأتى إلا بالبحث عن أساس آخر لمبدأ إختصاص المحكم بالفصل في مسألة إختصاصه.

– وهذا المبدأ لا يستمد مصدره من إتفاق التحكيم وإنما من قانون التحكيم في دولة المقر وفي قوانين الدول الأخرى المحتمل عرض حكم التحكيم الصادر من المحكم بالفصل في مسألة إختصاصه للإعتراف به أمام محاكمها[1]

– فإذا قررت هيئة التحكيم المنعقدة في دولة من الدول كمصر أو فرنسا إصدار حكم بعد إختصاصها نظر لعدم وجود إتفاق صحيح على التحكيم، فإن هذا القرار يستند في أساسه إلى القانون المصري أو الفرنسي على حسب الأول، ولا يستند على إتفاق التحكيم الذي قضى بأنه معدوم أو باطل.

– وكذلك فإن هذا الحكم فيمكن التمسك به من قبل الطرف صاحب المصلحة في الدول الأخرى، دون أن يكون هناك أي طعن على هذا الحكم بالتناقض وعدم المنفعة، إذا كانت الدول الأخرى نفسها تقر مبدأ إختصاص المحكم بالفصل في مسألة إختصاصه[2].

– إن مبدأ إختصاص المحكم بالفصل فس مسألة إختصاصه لا يعني مطلقا أن يترك للمحكم موضوع الرقابة على إختصاصه، بل على العكس، فإن هذا الإختصاص تتم مراقبته بواسطة الجهات القضائية في الدولة بمناسبة الطعن بالبطلان على حكم التحكيم أو إصدار الأمر بتنفيذه.

[1] عبد الوهاب العشماوي ومحمد العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، الناشر مكتبة الأدب ومطبعتها، القاهرة 1957، ص 294.
[2] عبد المجيد أحدب، الوجيز في شرح القانون المدني العراقي، ج01، مصادر الإلتزام بغداد، 1969، ص 32.

- فمبدأ إختصاص المحكم بالفصل في مسألة إختصاصه ينطلق من فكرة أساسية وهي أنه لا محل للتشكيك مقدما في قدرة المحكمين في أن يصلوا بأنفسهم إلى قرارعادل وقادر في نفس الووقت على تحقيق مصالح المجتمع، ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن مبدأ إختصاص المحكم بالفصل في مسألة إختصاصه له وظيفة مزدوجة ويرتب أثران مثل إتفاق التحكيم ذاته، فلمبدأ إختصاص المحكم بالفصل في مسألة إختصاصه أثر إيجابي هو السماح للمحكمين بأن يفصلوا بأنفسهم في مسألة إختصاصهم وهذا الأثر حل إجماع عام من قبل المعاهدات الدولية والتشريعات الوطنية الحديثة المنظمة للتحكيم.

- ولمبدأ إختصاص المحكم بالفصل في مسألة إختصاصه أثر سلبي لا يقل أهمية عن الأثرالإيجابي المذكور المترتب على هذا المبدأ إذ يسمح هذا الأخير للمحكمين ليس فقط بالفصل في مسألة إختصاصهم، وإنما بالفصل فيها أولا وقبل أي جهة أخرى. فمبدأ إختصاص المحكم بالفصل في مسألة إختصاصه يفرض على الجهات القضائية في الدولة التي يعرض عليها الفصل في إتفاق التحكيم لأي سبب من الأسباب سواء أثناء المنازعة بشأن تشكيل هيئة التحكيم أو بسبب التمسك بأن إتفاق التحكيم باطل أو لا وجود له أن تمتنع عن الفصل في موضوع المنازعات التي تدخل في إختصاص المحكم قبل أن تتاح الفرصة له في أن يفصل فيها.[1]

- ومن هنا فإن مبدأ إختصاص المحكم بالفصل في مسألة إختصاصه يتضمن فكرة الأولوية مأخوذة على المفهوم الزمني لهذه الفكرة وليس مفهوم التدريجي.

[1] السيد حداد حفيظة، مرجع السابق، ص 133.

– فمأن إختصاص المحكم بالفصل في مسألة إختصاصه مفهوما على المعنى السابق يقصد به أن يعطي للمحكم الفرصة في أن يفصل، ويفصل أولا في جميع المسائل المتصلة بإختصاصها وذلك مع خضوعه للرقابة اللاحقة للقضاء الوطني المختص المعنى بالقيام بهذه الرقابة[1].

المطلب الثاني: الأثر السلبي

يقصد به إستبعاد إختصاص المحاكم الوطنية بنظر النزاع أو المنازعات التي تتم الإتفاق على حلها تحكيما وبالتالي لا ينبغي للمحاكم الوطنية النظر في النزاع المحل إتفاق التحكيم إحتراما لهذا الأتفاق وإحتراما لإرادة أطرافه في لجوئهم إلى التحكيم. فما هو مصير هذا الأثر وما طبيعته القانونية وما مضمونه، وهل هناك إستثناءات واردة عليه؟ هذا ما سيتم التطرق إليه في هذا المطلب.

الفرع الأول: نقل الإختصاص من القضاء إلى التحكيم

ذهب جانب من الفقه إلى إعتبار الدفع بوجود إتفاق التحكيم أمام المحاكم القضائية هو بمثابة دفع بعدم الإختصاص، ويؤسس هذا الجانب من الفقه رأيهم على أساس أن ق. إ. ج. م في التشريعات العربية[2]، لا سيما تشريع الإجراءات المدنية الفرنسي في 1458 حيث تنص على أن: "المحكمة القضائية لا تنظر إلى النزاع إلا إذا كان إتفاق التحكيم ظاهر بالبطلان مع ضرورة تمسك

[1] محمد علي محمد بني مقداد، قانون التحكيم التجاري الدولي، مؤسسة حمادة للدراسات الجامعية والنشر والتوزيع، الأردن، ص 226.
[2] هاني محمد كامل منديل، مرجع السابق، ص 326.

أحد الأطراف بوجود إتفاق التحكيم[1]" ذلك أن القضاء لا يستطيع من تلقاء نفسه بوجود إتفاق التحكيم مما ينطبق عليه الدفع الشكلي في قانون الإجراءات المدنية وإستند هذا الفقه كذلك إلى موقف المشرع السويسري في قانون الإجراءات المدنية في المادة 07 التي تنص على أنه: "إذا أبرم الأطراف إتفاق التحكيم بشأن نزاع يجوز فيه التحكيم فيجب على المحاكم السويسرية أن تحكم بعدم إختصاصه[2]". وهو الذي يقابل نص المادة 112 قانون الإجراءت المدنية الإسباني الذي ينص على أنه: "يلزم إتفاق التحكيم الأطراف بالخضوع لما إتفق عليه ويمتنع على القضاء المحكم نظرا المنازعة الخاضعة للتحكيم[3]". مما يعني أنه دفع متعلق بالإجراءات المتعلقة بالإختصاص القضائي المتعلق بين جهتين هما الإختصاص القضائي التقليدي والوسيلة البديلة لتسوية الإختيارية في المنازعات.

– وقد وجد هذا الفقه سند وحجة من التشريعات العربية الإجرائية فالمشرع الكويتي نص في المادة رقم 38 لسنة 1980 التي تنص على أنه: "لا تختص المحاكم بنظر المنازعات".

أولا: مضمون وطبيعة الأثر السلبي لإتفاق التحكيم:

الأثر السلبي هو إلتزام كل طرفيه بعدم الإلتجاء إلى قضاء الدولة المنازعة محل الحكم و إعمالا لهذا الأثر يلتزم كل من الطرفين بعدم عرقلة إستعمال الطرف الآخر لحقه في الإلتجاء إلى التحكيم كما

[1] المادة 1458 من التشريع الإجراءات المدنية الفرنسي.
[2] المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية السويسري.
[3] المادة 112 من قانون الإجراءات المدنية الإسباني.

تلتزم محاكم الدولة بالإمتناع عن النظر النزاع المتفق على التحكيم[1]، إحتراما لإتفاقية التحكيم وتأمينا لتنفيذها من الواجب على الأطراف إحترام تعهداتهم وذلك بإحالة المنازعة التي يتضمنها عقد التحكيم على هيئة التحكيم وهو ما يؤدي إلى أثر سلبي للإتفاقية التحكيمية بموجبه يمتنع على القضاء الحكومي الفصل في النزاع[2].

- وتضمن هذا العقد شرط التحكيم صحيح وقابل لتطبيق أن تحيل الخصوم المعنيين إلى التحكيم ويبقى من حق قضاء "قضاء التحكيم" كما نصت إتفاقية نيويورك على حكم مماثل في المادة 02: "على الدولة مراقبة سلامة إتفاقية التحكيم وصحتها حتى يقضي تبعا لذلك بإحالة الأطراف إلى التحكيم تنفيذ الإتفاقية التحكيمية من جهتها[3]".

فقد كرست معظم التشريعات العالمية للتحكيم مبدأ عدم الإختصاص في وجود إتفاقية تحكيمية.

- ومن بين هذه القوانين نجد المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي جعلت القضاء الوطني غير مختص بنظر منازعة متى كانت الخصومة التحكيمية قائمة، بل يكفي أن يعلم القاضي بوجود إتفاقية تحكيمية شريطة أن يتمسك أحد الخصوم بوجودها. ويدفه بعدم إختصاص القضاء الحكومي وفي فرنسا نص المادة 1458 وأن كان يخص التحكيم الداخلي، فقد منع القاضي من نظر النزاع عندما تحظر محكمة التحكيم به، وهو ما أكدته محكمة النقض

[1] الأنصاري حسن النيداني، الأثر السلبي لإتفاق التحكيم، دار الجامعة الجديدة لنشر، الإسكندرية 2009، ص 96.
[2] إتفاقية نيويورك المادة 02.
[3] المادة 1045 قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

الفرنسية بقولها: "أن حكم التحكيم يسري كذلك على التحكيم الدولي". أما في بريطانيا فإن وجود إتفاقية تحكيمية ليس له من أثر سوى أنه يمنع القضاء الوطني مؤقتا من نظر النزاع إلى غاية صدور حكم تحكيمي ولا يفيد أن القضاء مختص[1]

– إلى أن مسألة عدم الإختصاص لا تتعلق بالنظام العام، وعلى الخصوم التمسك بها ولا يجوز للمحكمة أن تشيرها تلقائيا لأنه يجوز للخصوم التنازل عن اللجوء إلى قضاء التحكيم، والعودة إلى القضاء الأصلي، وهو قضاء الدولة، وهذا التنازل قد يكون صريحا كما قد يكون ضمنيا كذلك، عندما يتقدم المدعي عليه بطلباته ودفوعه في الموضوع دون إثارة مسألة الإختصاص فيكون قد رضي بقبول حكم القضاء بدلا من التوجه إلى التحكيم. فتفقد إتفاقية التحكيم قيمته القانونية وهذا الأثر إلى جانب الطلبات المقابلة ذات الصلة بالعقد محل الحكم ذلك هو الأصل فالإستثناء هو جواز نظر الإجراءات الوقتية والتحفظية بالمنازعات المتفق بشأنها على التحكيم من طرف المحكمة المادة 1064 من قانون المدنية الإدارية الجزائري[2].

ثانيا: النطاق الموضوعي للأثر السلبي لإتفاق التحكيم:

يقتصر الأثر السلبي لإتفاق التحكيم على المسائل التي تعتبر داخل النطاق الموضوعي لإتفاق التحكيم، أما المسائل التي تخرج عن هذا النطاق فإن الأطراف يشيرون حريتهم بشأنها في عرض النزاع المتعلق بها أمام القضاء الدولة، فإذا كان الأطراف قد إتفقوا على التحكيم في خصوص عقد

[1] المادة 1458 من التشريع الفرنسي.
[2] المادة 1064 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

بيع معين فالمنازعات المتعلقة بهذا العقد هي فقط التي لا يجوز طرحها أمام القضاء الدولة إلتزاما بإتفاق التحكيم إما عما ينشأ بينهم من منازعات متعلقة بعقد آخر كما لو كان عقد بيع آخر أو عقد إيجار. فإن هذا النزاع يمكن طرحه أمام قضاء الدولة ولا يمكن الفع في مواجهة التحكيم حيث هذا النزاع يعتبر خارج نطاق الإتفاق ونفس الأمر إذا إتفق الأطراف على التحكيم بشأن علاقة قانونية معينة بشأن بعض المنازعات التي تنشأ عن هذه العلاقة، فإن الأثر السلبي لإتفاق التحكيم تقتصر على هذه المسائل المحددة فيه ولا يتجاوز إلى غيرها من المسائل، ولو كانت ناشئة عن ذات العلاقة القانونية بحيث يجوز طرح هذه المسائل على قضاء الدولة ولا يجوز الدفع في مواجهتها بالتحكيم لأنها تخرج من نطاق إتفاق التحكيم[1].

- وتطبيق ذلك إذا كان الأطراف قد إتفقوا على التحكيم بشأن تفسير عقد أو تنفيذه فإن ما يثور بينهم من نزاع بشأن صحة هذا العقد أو بطلانه يخرج من نطاق إتفاق التحكيم وبالتالي يجوز لأي من الطرفين إتفاق التحكيم عرضه على قضاء الدولة دون الخشية من الدفع بالتحكيم. وينطبق هذا الحل ولو كان هناك إرتبط وثيق بين الموضوع المتفق بشأنه على التحكيم والموضوع الذي يخرج من نطاق الإتفاق، فإذا وصلت هذه العلاقة إلى حد عدم القابلية للتجزئة فإن الراجح فقها هو وجوب عرض النزاع في مجموعة أمام قضاء الدولة بما فيه النزاع المتفق بشأنه على التحكيم.

[1] مصطفى الجمال، عكاشة عبد العالي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ص 509.

– وينطبق هذا الحل رغم إستقلالية شرط عن العقد الذي يتضمنه فلا تعارض في الحقيقة بين الأمريين وذلك لأن إستقلال شرط التحكيم لا يعني إسناد إختصاص لهيئة التحكيم بمسائل لا يشملها شرط التحكيم، ولذلك فإذا كان الأطراف إذا إقتصروا في شرط التحكيم المدرج بالعقد على إسناد مهمة تفسير العقد فقط لهيئة التحكيم فلا شك في خروج النزاع حول وجود العقد أو بطلانه من ولاية هذه الهيئة وذلك إذ أثار نزاع أمامها حول صحة، العقد أو بطلانه فلا يجوز للهيئة التعرض له والفصل فيه رغم إستقلال شرط التحكيم عن العقد بتعيين أن توقف خصومة التحكيم لحين الحسم والنزاع حول بطلان العقد أمام قضاء الدولة.

– فإن الحكم بصحة العقد، جاز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع الدائر بين الخصوم حول تفسير العقد، أما إذا حكم قضاء الدولة ببطلان العقد الأصلي فإن مهمة التحكيم تنتهي نظرا لأنه لم يعد لها محل وليس نظرا لبطلان شرط التحكيم نتيجة البطلان العقد الأصلي[1]

الفرع الثاني: الإستثناءات الواردة على مبدأ عدم إختصاص المحاكم الوطنية بنظر النزاعات المتفق بشأنها على التحكيم

– على الرغم من أن القاعدة العامة التي تحكم مسلك القضاء الوطني فيما يتعلق بالمنازعات الخاصة الدولية، المتفق بشأنها على التحكيم، تتلخص في عدم هذا الإختصاص هذا القضاء بالفصل في هذه المنازعات، إلا أن هذه القاعدة العامة ترد عليها بعض القيود والإستثناءات أبرزها إنعقاد

[1] محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، مرجع سابق، ص 248.

الإختصاص للمحاكم الوطنية بشأن إتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية المتصلة بالمنازعات المتفق على التحكيم التدخل القضاء الوطني من أجل تكوين محكمة التحكيم في حالة تعذر تشكيلها، وأخيرا الرقابة التي تباشر من قبل القضاء الوطني على حكم التحكيم سواء كانت هذه الرقابة من خلال الطعن بالبطلان على حكم التحكيم وفي إطار دعوى الأمر بالتنفيذ[1].

- ولقد حرص المشرع المصري في القانون رقم 1994/27 على تأكيد إختصاص القضاء المصري على الرغم من وجود إتفاق على التحكيم بشأن العديد من المسائل.

- فعلى سبيل المثال نص في المادة 17 على تدخل القضاء المصري بناء على طلب أحد طرفي التحكيم من أجل حل المشاكل المتعلقة بشكل هيئة التحكيم.

- كذلك تنص المادة 20 من قانون التحكيم المصري على أنه: "إذا تقدر على المحكم أداء المهمة أو لم يباشرها أو إنقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير لا مبرر له في الإجراءات التحكيم و لم ينتج و لم يتفق الطرفان على عزله، جاز للمحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون الأمر بإنهاء مهمته بناء على طلب أي من الطرفين[2]".

- إلى جانب هذه الصور التي تشكل نوعان من المساعدة من قبل القضاء المصري لنظام التحكيم في الفقرة السابقة على قيام هيئة التحكيم بأداء وظيفتها فإن القضاء المصري يتدخل أيضا قيام هيئة

[1] المادة 17 من التحكيم المصري.
[2] المادة 20 من التحكيم المصري.

التحكيم بأداء وظيفتها في صورة الأمر بإتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية على نحو ما نصت عليه المادة 14 قانون التحكيم المصري .

"التي إتفق على التحكيم بشأنها". "و يجوز النزول عن الدفع بعدم الإختصاص صراحة وضمنا[1]". ويتضح من النظر السابق أن المشرع تحدث بصراحة عن الدفع بعدم الإختصاص في سياق نص المادة معتبرا إياه من قبيل الدفوع الإجرائية.

- وأيد الفقه وجهة نظرهم بموجب قانون التحكيم وليس بموجب قانون الإجراءات المدنية والذي إتضح بموقف المشرع التونسي في المادة 19 من قانون التحكيم التونسي التي تنص على أنه: "إذا رفع أمام المحكمة نزاع منشور أمام هيئة تحكيم بموجب إتفاقية تحكيم فعليها التصريح بعدم الإختصاص كطلب من أحد الأطراف[2]"

- وكلمة الإختصاص تبرهن على أن الدفع بوجود إتفاق التحكيم إنما يعبر عن دفع بعدم الإختصاص القضائي، خاصة مع إبراز المشرع التونسي لكلمة بناء على طلب من أحد الأطراف ونجد القانون المصري للتحكيم رقم 27 لسنة 1994 بنص في المادة (1/13) بأنه: "يجب على المحكمة التي يرفع إليها النزاع بوجود شأنه إتفاق التحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا رفع المدعي عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى وهو يعطي ذات المعنى"[3].

[1] المادة 38 من 1980 من التشريع الكويتي.
[2] المادة 19 من قانون التحكيم التونسي.
[3] المادة 13/ القانون المصري للتحكيم.

كذلك فإن القضاء المصري يقوم بنوع من الرقابة اللاحقة على صدور حكم التحكيم في صورتين هامتين عالجها المشرع المصري الأولى هي صورة الطعن بالبطلان على حكم التحكيم والصورة الثانية تتعلق بحالة إصدار أمر التنفيذ حكم التحكيم[1] .

[1] المادة 14 من التحكيم المصري.

المبحث الثاني: مبدأ الإختصاص بالإختصاص

تقوم هيئة التحكيم بالفصل في إختصاصها بنظر المنازعة، من عدمه ويرتبط مبدأ الإختصاص بمبدأ الإستقلالية بشكل وثيق، حيث أن الهدف الرئيسي لمبدأ الإختصاص بالفصل في الإختصاص، هو إعطاء هيئة التحكيم الأساس كي يقرر إختصاصه بنظر النزاع.

المطلب الأول : تعريف مبدأ الإختصاص بالإختصاص

يعتمد مبدأ الإختصاص بالإختصاص من أهم الأثار إتفاق التحكيم من الناحية الإجرائية، حيث أنه ينقل الإختصاص من قضاء الدولة إلى قضاء خاص أنشأت أطراف إتفاق التحكيم حيث يصبح هذا الأخير هو صاحب الولاية في تسوية النزاع المبرم بشأنه إتفاق التحكيم، وبهذا يتخلى قضاء الدولة المختص أصلا بنظر النزاع بموجب هذا الأثر إلى القضاء الإتفاقي الذي أراده الأطراف الذي يثبت له سلطة الفصل في النزاع[1].

- فأول مسألة إجرائية يجب لهيئة التحكيم أن تبث فيها، هي التأكد هل لها سلطة الفصل في النزاع المبرم بخصوصية إتفاق التحكيم، حيث أنه يمكن لأحد طرفي التحكيم الذي يرغب في التنصل من الإلتزامات الناشئة عن إتفاق التحكيم، إثارة مسألة بطلان إتفاق التحكيم، أو غموضه وتعذر أعماه أو تنازلهم عنه، صراحة بإتفاقهم على ذلك، أو اللجوء إلى القضاء المختص في نظر النزاع أصلا على نفي أساس إختصاصهم هيئة التحكيم. فمن الواضح أن مبدأ الإختصاص

[1] عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، الجزائر 2004، ص 44/43.

بالإختصاص يعطي لهيئة التحكيم سلطة الفصل في هذا الدفوع ولكن يسلب ولا يستطيع أن يسلب إختصاص القاضي بالفصل في هذا النزاع إذا طرحت عليه بمناسبة تمسك طرف إتفاق التحكيم، ودفع الطرف الآخر ببطلان هذا الإتفاق فقاضي الدعوى هو قاضي الدفوع، ولا يتصور إلتزام القاضي بالحكم بعد قبول الدعوى إستنادا إلى تمسك أحد أطراف إتفاق التحكيم إكتشف القاضي بطلانه[1].

- فمحكمة التحكيم تفصل في الإختصاص الخاص لها ويجب إثارة الدفع بعدم الإختصاص قبل أي دفاع يتعلق بالموضوع. فهي تفصل في إختصاصها بقرار أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الإختصاص مرتبط بموضوع النزاع، ترمي هذه القاعدة إلى منح أقصى فعالية إلى هذا النوع من فض المنازعات بإعطائها حرية كاملة للمحكم من أجل النظر في صلاحية محتوى أو مدى إتفاقية التحكيم التي على أساسها يفصل في النزاع.

- تأكيد لهذه النظري الليبرالية التي إنتهجها المشرع الجزائري إتجاه التحكيم وقد يكون بذلك، قد إتبع بتبنيه هذا الحل عدد من التشريعات الوطنية والدولية مثال ذلك المادة 08 الفقرة 3 و4 من نظام التحكيم الغرفة التجارية الدولية[2].

[1] عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، منشورات جامعية، ط 01، الكويت 1990، ص 151.

[2] محمود مختار البربري، التحكيم التجاري الدولي، ط03، دار النهضة العربية، القاهرة 2007، ص 87.

- فمن الواضح أن تبني المشرع الجزائري لمبدأ الإختصاص بالإختصاص ليس مطلقا حيث أنه إشترط في تفصيل هيئة التحكيم في إختصاصها بنظر النزاع عدم قيام أي طرف من أطراف التحكيم إبداء أي وجه من أوجه الدفاع أمامها بشأن إختصاصها في نظر النزاع وبالتالي فإنه عند مباشرة هيئة التحكيم مهمة الفصل في النزاع، فإنه يتحتم على القاضي الذي ترفع أمامه دعوى بطلان أو عدم وجود إتفاق التحكيم، الحكم بعدم إختصاص، أما إذا لم تتصل هيئة التحكيم بالنزاع، فيمكن للقاضي النظر في البطلان الظاهر في إتفاق التحكيم، ورفض الحكم بعدم الإختصاص فثبوت البطلان[1].

- فتقرير مبدأ الإختصاص بالإختصاص يهدف إلى عدم تعويض سير الخصومة فالهيئة توقف سير الإجراءات لحين فصل القضاء في الأمر، بل لها أن تواصل النظر في النزاع، كما لا يمكن الإحتجاج بهذه المبررات لمنع القاضي من التحقيق من صحة أو بطلان إتفاق التحكيم، بل على العكس يتبرير تأكيد سلطته لأن رفع الأمر إليه لن يكون سببا لوقف أو منع سير إجراءات التحكيم إلا إذا تبين القاضي بطلان إتفاق التحكيم فتصدى للموضوع أو أصدر فيه حكما.

- ولقد ذهبت بعض أحكام النقض الفرنسية القديمة إلى أنه إذا كانت المسألة تتعلق بحدود إختصاص المحكمين وإنما بإنعدام ولايتهم أصلا فإن الأمر يتعدى مسألة الإختصاص إلى مسألة الولاية، إذ يتطرق إلى البحث حول وجود إتفاق التحكيم وليس حول نطاقه وعندئذ ينعقد الإختصاص للمحاكم، وليس لهيئة التحكيم، والراجح أن المحكم لكي ينظر ما يعرض عليه من

[1] محمود مختار البربري، نفس المرجع، ص 88.

نزاع لابد له أن يقرر أولا إختصاصه ولو إقتضى الأمر البحث في وجود وصحة و إستمرار إتفاق التحكيم الذي يستند إليه طالب التحكيم إذ هو يستمد ولايته من إدارة الطرفين، أي من هذا الإتفاق، ولهذا فهو يختص بالنظر في مسألة إختصاصه ومبدأ الإختصاص بالإختصاص لا يشمل فقط ما يتعلق ببطلان إتفاق التحكيم وإنما أيضا ما يتعلق بوجوده، وكذا ما يتعلق بتحديد نطاق ولاية هيئة التحكيم[1].

المطلب الثاني: موقف التشريعات من مبدأ الإختصاص بالإختصاص

ثبتت غالبية التشريعات الوطنية ولوائح مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة الأثار الإجرائية التي تترتب على إبرام إتفاق التحكيم الصحيح المستوفي لجميع الشروط الموضوعية والشكلية.

الفرع الأول: موقف المشرع المصري من مبدأ الإختصاص بالإختصاص

لقد إعتنق المشرع المصري مبدأ الإختصاص بالإختصاص على غرار بضع التشريعات الوطنية حيث نصت المادة 22 من قانون التحكيم المصري على أنه: "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم إختصاصها بما في ذلك الدفوع لهيئة على عدم وجود إتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه" لهذا فإنه إذا دفع الطرف الذي قدم ضده طلب التحكيم بعدم إختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع إستنادا إلى بطلان إتفاق التحكيم أو قابلية للإبطال فإن هيئة التحكيم تختص بالنظر في مسألة إختصاصها ويرمي مبدأ الإختصاص بالإختصاص إلى تمكين هيئة التحكيم من الفصل في

[1] فتحي والي، قانون التحكيم في نظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية 2007، ص 146.

النزاع دون تعطيل بسبب رفع الدعوى أمام محاكم الدولة يتعلق بإتفاق التحكيم مما يفسح المجال لمن يريد إعاقة إعمال هذا الإتفاق وتطبيقا لهذا المبدأ لا يجوز أن يطلب من الطرفين من هيئة التحكيم وقف إجراءات التحكيم حتى يتم الفصل في دعوى البطلان المرفوعة بشأن إتفاق التحكيم أمام القضاء فنصت المادة 1/22 من قانون[1] التحكيم على إختصاص هيئة التحكيم بالنظر في مسألة إختصاصها ولو كان الدفع مبنيا على عدم وجود إتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه يعبر عن إرادة المشرع الصريحة في عدم جواز قيام هيئة التحكيم بوقف خصومه إلى حين الفصل في مسألة وجود أو صحة إتفاق التحكيم من المحكمة المختصة[2].

- وقد أثير أمام محكمة إستئناف القاهرة دفع بعدم دستورية المادة 22 من قانون التحكيم، إستنادا إلى مخالفتها للمواد (165/166) الخاصة بإستقلال السلطة القضائية وكذا المادة 68 الخاصة بحق المواطن في الإلتجاء إلى قاضيه الطبيعي وذلك على أساس أن ما جاءت به يفقد هيئة التحكيم إستقلالها إذ يجعل للمحكمين مصلحة شخصية في رفض الدفع بعدم الإختصاص حرصا منهم في الحصول على أتباعهم كاملة.

- وقد رأت المحكمة أن هذا الدفع غير جدي لكون إختصاص هيئة التحكيم بالفصل في إختصاصها لا يخل لحيادها و إستقلالها، ولا يجعل الأمر موكلا كليا لها، إذ أنها إن فصلت في مسألة لا تدخل في إختصاصها فإن حكمها يتعرض للبطلان فصدور حكم التحكيم بناءا على

[1] المادة 22 من قانون التحكيم المصري.
[2] إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط02، ص 98.

إتفاق باطل سيجعل هذا الحكم محلا لطلب بطلانه وفقا لنص المادة (1/53/أ) التي تورد بين أسباب طلب بطلان حكم التحكيم إستناده إلى إتفاق باطل[1].

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من مبدأ الإختصاص بالإختصاص

- بإستقراء نص المادة 1044 من ق. إ. م. إ الجزائري يظهر جليا إعتراف المشرع بمبدأ الإختصاص حيث نصت على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في الإختصاص الخاص بها ويجب إثارة الدفع بعد الإختصاص قبل أي دفاع في الموضوع[2]".

- فمن الواضح أن تبنى المشرع الجزائري لمبدأ الإختصاص بالإختصاص ليس مطلقا، حيث أنه إشترط لكي تفصل هيئة التحكيم في إختصاصها بنظر النزاع عدم قيام أي طرف من الأطراف التحكيم إبداء أي وجه من أوجه الدفاع أمامها بشأن إختصاصهما في نظر النزاع. وبالتالي فإنه عند مباشرة هيئة التحكيم مهمة الفصل في النزاع، فإنه يتحتم على القاضي الذي ترفع أمامه دعوى البطلان أو عدم وجود إتفاق التحكيم، بحكم بعدم الإختصاص، أما إذا لم تتصل هيئة بالنزاع، فيمكن للقاضي النظر في البطلان الظاهر لإتفاق التحكيم، ورفض الحكم بعدم الإختصاص فثبوت البطلان أمام القاضي يجب أن يفتح الباب أمامه لطرح إتفاق التحكيم وإستعادة إختصاصه الذي لا يصح أن يفقده إلا بوجود إتفاق التحكيم صحيح، وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي آنذالك. كما وضع المشرع الجزائري قيدا ثانيا على سلطة هيئة التحكيم في البث

[1] بربارة عبد الرحمان، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، رقم 09/08 مؤرخ في 2008/02/23، منشورات بغدادي، ط01، 2009، ص 552.
[2] المادة 1044 من ق. إ. م. إ الجزائري.

في إختصاصها، حيث إشترط أن يكون الحكم الذي تصدره هيئة التحكيم فيما يخص تحديد إختصاصها حكما أوليا، إلا أنه إستثنى من ذلك الأحكام التي تصدر بشأن الفصل في الدفع بعدم الإختصاص إذا كان مرتبطا بموضوع النزاع فوجب أن يكون الفصل في هذه الدفوع بحكم نهائي.

- وأخيرا فإن تقرير مبدأ الإختصاص بالإختصاص يهدف إلى عدم تعويض سير خصومة التحكيم، فالهيئة لا تتوقف سير الإجراءات لمنة يفصل القضاء في الأمر بل لها أن تواصل نظر النزاع إذا ما قدرت أن هذه الدفوع يرجى من ورائها المماطلة وإطالة أمر النزاع. كما لا يمكن الإحتجاج بهذه المبررات لمنع القاضي من التحقيق من صحة أو بطلان إتفاق التحكيم، بل على العكس تبرر تأكيد سلطته[1] لأن رفع الأمر إليه لن يكون سببا لوقف أو منع سير الإجراءات التحكيم إلا إذا تبين للقاضي بطلان إتفاق التحكيم، فتصدى للموضوع أو صدر فيه حكما أصبح نهائيا، ففي هذه الحالة يتحتم على هيئة التحكيم إنهاء الإجراءات لأن إستمرارها سيصبح لا جدوى منه. لأنها لو إستمرت وأصدرت حكمها في موضوع النزاع فلن يثنى تنفيذه لتعارضه مع حكم سبق صدوره من القضاء[2]

[1] محمد مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، ط03، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007 ،ص 68.
[2] لزهر بن سعيد، مرجع السابق، ص 88.

الخاتمة

الخاتمة :

شهد العالم تحولا واسعا في طبيعة الأنشطة التجارية والإقتصادية ولمواكبة هذا التحول كان لازما أن يتطور البناء القضائي الذي أصبح بحاجة ملحة إلى أعوان متخصصين في مختلف النشاطات للبث فيها يعرض عليه من منازعات تنشأ من ذلك الأنشطة وسعيا للحد من حجم المنازعات التي تنقل على القضاء، ولذلك تم إستحداث طريق بديل لفض النزاعات، وذلك قبل اللجوء إلى القضاء عن طريق التحكيم.

- على هذا الأساس يمكن القول أن إتفاق التحكيم هو نقطة نظام التحكيم صريحا وحجر الزاوية فلا يعرض أي نزاع على المحكمين إلا بإتفاق ذوي الشأن إتفاقا صريحا على الفصل بطريق التحكيم، ويعتبر كذلك تصرف قانوني بالمعنى الفني.

- ولقد جاء المشرع الجزائري في تعديله الجديد لقانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم (09/08) المؤرخ في 25 فبراير 2005 بمواده خاصة بإتفاق التحكيم ودوره في تسوية المنازعات التجارية وأثاره.

- ومن خلال دراستنا فإن أهم النتائج التي خلصت لها هي:

- التحكيم هو إتفاق الطرفين أو أكثر للفصل في نزاع خاص بهم عن طريق محكمين بدلا من الطريق القضائي العادي.

- إتفاق التحكيم هو العقد الذي يتم الإتفاق عليه من طرف الخصوم على حل النزاع القائم بينهم والمحتمل للوقوع بواسطة التحكيم ويخضع إتفاق التحكيم للقواعد العامة التي يحكم العقود.

- إن إتفاق التحكيم لكي يأخذ صفته القانونية لابد أن يتوافر فيه شروط شكلية وموضوعية وإلا هذا الإتفاق باطلا ومن ثم يترتب عليه بطلان حكم التحكيم.

- من أهم الأثار التي يرتبها إتفاق التحكيم على أطرافه هو منع هذه الأطراف عرض نزاعهم موضوع الإتفاق على أي جهة قضائية في الدولة، لأن هذه الأطراف قد إختارت هذا الطريق الإستثنائي لحسم منازعهم.

- أهمية الصياغة القانونية لإتفاق التحكيم، فهو حجر زاوية في التحكيم كله.

- إن إتفاق التحكيم تمتد أثاره إلى الغير ممن لم يوقع على الإتفاق في حالات حددها التوجه القانوني والقضاء.

- يتمتع أطراف إتفاق التحكيم والغير بمراكز قانوني واحد على حد سواء وبالتالي يسري على الغير ما يسري على الأطراف الإتفاق فيكون من حقهم اللجوء لهيئة التحكيم كما يمتنع عليهم ما يمتنع على أطراف الإتفاق من اللجوء للقضاء للفصل في النزاع المنصوص على فضه عن طريق التحكيم.

- في الأخير يمكن أن نتوجه بمجموعة من التوصيات :

- إنشاء مراكز إقليمية.

- إرسال بعثات تكوينية إلى مراكز التحكيم الدولية من اجل إكتساب الخبرات في هذا المجال.

- تكوين خبراء ومحكمين.

- العمل على جمع المعلومات والمعطيات الخاصة بعملية التحكيم لإثراء المنظومة التشريعية وجعلها تتماشى مع المتطلبات الحالية التي يفرضها الواقع الدولي الجديد.

- تقديم محاضرات خاصة بالتحكيم والتنظيم ملتقيات.

- تناشد بإنشاء مراكز التحكيم في الجزائر للتسهيل على الأطراف المتنازعة اللجوء إليها لما تكلفه تلك المراكز من قواعد وأسس وإجراءات وضمانات سريعة وحاسمة لتلك المنازعات.

- نأمل بعملنا هذا أن تكون قد ساهمنا ولو بقدر ضئيل في موضوع البحث، فهذا العمل ما هو إلا إحدى العلاقات المتتالية والمتتابعة.

- عالجت الموضوع فإن تحقق الهدف بتمامه فهذا من فضل الله وتوفيقه.

- وإن لم يتحقق كلية، فيكفينا صدق المحاولة فعلينا السعي وليس علينا إدراك المقاصد والله ولي التوفيق. وسبحانه وتعالى يهدي إلى سواء السبيل.

قائمة المصادر والمراجع

1-الكتب العامة :

1- إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ط2، القاهرة، 2009.

2- أسعد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم وإجراءاته، ط1، دار نيبوز، العراق، 2005.

3- الأنصاري حسن النيداني، الأثر السلبي لأثر التحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009.

4- إيمان فتحي حسن الجميل، إتفاق التحكيم البحري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.

5- إيهاب عمرو، التحكيم التجاري الدولي المقارن (في ضوء تحول سياسات التنمية)، الوارق للنشر والتوزيع، ط01، عمان، 2014.

6- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، 1980.

7- حمد الله محمد الله، نظام شرط التحكيم في المنازعات التجارية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية الإسكندرية.2002

8- حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، ط03، دار الثقافة الأردن، 2014.

9- سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، ج01، إتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، 1984.

10- سميحة القليوني، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2009 .

11- عاطف الفقهي، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية الإسكندرية، .2007

12- عبد الباسط محمد عبد الواسع، النظام القانوني لإتفاق التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، .2013

13- عبد الحميد أحدب، الوجيز في شرح القانون المدني العراقي، ج01، مصادر الإلتزام بغداد، 1969 .

14- عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، منشورات جامعية، ط01، الكويت، 1990.

15- عليوتس قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط02، الجزائر .2004

16- عبد الوهاب العشماوي ومحمد العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، الناشر مكتبة الأدب ومطبعتها، القاهرة .1957

17- فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط01، منشأة المعارف، الإسكندرية 2007.

18- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، وفقا لقوانين الإجراءات المدنية والإدراية والقوانين المقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2004.

19- محمود مختار البربري، التحكيم التجاري الدولي، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة 2007.

20- محمود مختار البربري، التحكيم التجاري الدولي، ط04، دار النهضة العربية، القاهرة 2014.

21- محمود محمد هاشم، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي، عمادة شؤون المكتبات، ط01، جامعة الملك سعود الرياض، 1989.

22- محمد فتح الله حسين، شرح قانون التحكيم، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2005.

23- مصطفى أحمد فؤاد، دراسة في النظام القانوني الدولي، منشأة المعارف الإسكندرية 1995.

24- مصطفى الجمال عكاشة عبد العالي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفتح للطباعة والنشر، ط01، الإسكندرية، 1998.

25- هاني صلاح سري الدين، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2005.

26- هاني محمد كامل المنابلي، إتفاق عقود الإستثمار البترولية (دراسة مقارنة)، ط01، دار الجامع الفكري، الإسكندرية، 2014.

2- القوانين والإتفاقيات:

1- قانون الإجراءات المدنية والإدراية الجزائري (09/08) المؤرخ في 25 فيفري 2008 الموافق لـــ 18 صفر 1429 هـــ

2- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 بشأن التحكيم في المواد المدنية و التجارية

3- القانون السوري رقم 08 – 04 المؤرخ في 16 مارس 2008 .

4- القانون القطري رقم 17 – 02 المؤرخ في 19 / 05 / 1438 هـــ الموافق ل 16 فيفري 2017

5- القانون اليمني رقم 32 سنة 1997 .

6- القانون البحريني رقم 09 سنة 2015 المؤرخ في 2015/07/09

7- قانون المرافعات الفرنسي 05/12 سنة 2012 .

8- القانون الإسباني رقم 43 المؤرخ في 1994/12/30 .

9- القانون الكويتي رقم 11 سنة 1995 المؤرخ في 1995/02/19 .

10- لائحة الغرفة التجارية بباريس 1998

11- لائحة تحكيم المنظمة الدولية.

12- لائحة نيوسترال 1976 .

13- لائحة التحكيم للجمعية العامة للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

3- المجلات والمذكرات:

1- عبد الحميد أحدب، قانون التحكيم، مجلة المحكمة العليا، ج الأول، 2009.

2- عبد الرشيد عبد الحافظ، التصرف الشكلي في الفقه الإسلامي و القانون (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، القاهرة .2000

3- حفيظة السيد حداد ، الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات :

الشكر

الإهداء

مقدمة.....أ – ث

الفصل التمهيدي: مفهوم إتفاق التحكيم.....06

المبحث الأول: تعريف إتفاق التحكيم.....07

المطلب الأول: التعريف التشريعي لإتفاق التحكيم.....08

المطلب الثاني: التعريف الفقهي لإتفاق التحكيم.....10

المطلب الثالث: التعريف القضائي لإتفاق التحكيم.....12

المبحث الثاني: أنواع إتفاق التحكيم.....13

المطلب الأول: شرط التحكيم.....14

المطلب الثاني: مشارطة التحكيم.....17

المطلب الثالث: شرط التحكيم *بالاحالة*.....19

المبحث الثالث: شروط إبرام إتفاق التحكيم.....22

المطلب الأول: الشروط الموضوعية.....22

الفرع الأول: الرضا في إتفاق التحكيم.....22

أولا: أهلية المحتكمين.....23

ثانيا: أهلية المحكم.....25

الفرع الثاني: المحل في إتفاق التحكيم.....26

أولا: وجود المنازعة وتحديدها.....26

ثانيا: أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين.....28

ثالثا: أن يكون المحل مما يجوز التعامل معه.....28

الفرع الثالث: السبب في إتفاق التحكيم.....29

أولا: النظرية التقليدية للسبب.....30

ثانيا: النظرية الحديثة للسبب.....31

المطلب الثاني: الشروط الشكلية 32

الفرع الأول: كتابة إتفاق التحكيم.....32

الفرع الثاني: الجزاء المترتب على عدم كتابة إتفاق التحكيم.....34

الفصل الأول: الأثار الموضوعية لإتفاق التحكم.....37

المبحث الاول: القوة الملزمة لإتفاق التحكيم.....37

المطلب الأول: مفهوم القوة الملزمة لإتفاق التحكيم.....38

المطلب الثاني: نطاق القوة الملزمة لإتفاق التحكيم.....41

الفرع الأول: نطاق القوة الملزمة من حيث الأشخاص.....41

الفرع الثاني: نطاق القوة الملزمة من حيث الموضوع.....43

المبحث الثاني: إستقلالية لإتفاق التحكيم.....45

المطلب الأول: تقرير مبدأ إستقلالية لإتفاق التحكيم.....46

الفرع الأول: موقف المعاهدات الدولية من تكريس مبدأ إستقلالية شرط التحكيم عن العقد..48

الفرع الثاني: موقف القوانين الوضعية من مبدأ إستقلالية الإتفاق.....50

أولا: تكريس مبدأ إستقلالية بواسطة قضاء التحكم الدولي.....53

ثانيا: تكريس لوائح التحكم لمبدأ إستقلالية الإتفاق عن العقد الأصلي.....54

المطلب الثاني: الاثار المترتبة على مبدأ إستقلالية الإتفاق التحكيم.....57

الفرع الاول: عدم إرتباط مصير إتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي.....58

الفرع الثاني: خضوع إتفاق التحكيم لقانون أخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي.....59

الفصل الثاني: الأثار الإجرائية لإتفاق التحكيم.....61

المبحث الأول: الأثر المانع لإتفاق التحكيم.....61

المطلب الأول: الأثر الأيجابي لإتفاق التحكيم.....63

الفرع الأول: إلتزام الأطراف بالعهدة للمحكم بالمنازعة المتفق على حلها بواسطة التحكيم....64

أولا: تقرير مبدأ الإلتزام بالعهدة إلى المحكم بالمسائل موضوع الإتفاق على التحيكم.....64

ثانيا: التنفيذ العيني للإلتزام الواقع على عاتق الاطراف.....66

الفرع الثاني: إختصاص محكمة التحكيم بالفصل في إختصاصها.....70

أولا: تحديد المعنى الإصطلاحي لفكرة إختصاص المحكم بإختصاصه.....71

ثانيا: مصادر مبدأ إختصاص يالفصل في مسألة إختصاصه.....72

ثالثا: أساس مبدأ إختصاص المحكم في مسألة إختصاصه.....76

المطلب الثاني: الأثر السلبي لإتفاق التحكيم.....80

الفرع الاول: نقل الإختصاص من الفضاء الوطني.....80

أولا: مضمون وطبيعة الأثر السلبي.....81

ثانيا: النطاق الموضوعي لإتفاق التحكيم.....83

الفرع الثاني: الإستثناءات الواردة على مبدأ إختصاص بنظر المنازعة بشأنها على التحكيم.....85

المبحث الثاني: مبدأ الإختصاص بالاختصاص.....89

المطلب الأول: تعريف مبدأ الإختصاص.....89

المطلب الثاني: موقف التشريعات من مبدأ الإختصاص بالإختصاص.....92

الفرع الاول : موقف المشرع المصري من مبدأ الاختصاص بالاختصاص.....92

الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري من مبدأ الاختصاص بالاختصاص.....94

الخاتمة.....97

قائمة المراجع والمصادر.....101

فهرس المحتويات 107