

شروط التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

إشراف:

الأستاذ الدكتور عمر بلمامي

إعداد الطالب:

عبد الوهاب عجيري

أعضاء لجنة المناقشة

رئيساً	جامعة عنابة	د عيسى حداد
مشرفاً ومقرراً	جامعة سطيف 2	أ.د عمر بلمامي
مناقشاً	جامعة سطيف 2	د عبد الرزاق بوضياف

السنة الجامعية: 2013 - 2014

شكر وعرفان

الحمد والشكر للمولى عز وجل حمداً كثيراً يليق بجلال شأنه ومعظيم
سلطانه، ويرقي إلى كمال صفاته، على توفيقه في انجاز هذا
البحث، والصلاة والسلام على خير الأنام الحبيب المصطفى محمد
صلى الله عليه وسلم.

أتقدم بجزيل الشكر للأستاذ الدكتور المشرف "عمر بلمامي" على
تكرمه بالإشراف على هذه المذكرة.

كما أشكر كل من مَدَّ يد العون لي سواء من بعيد أو من قريب ولو
حتى بكلمة طيبة.

مقدمة

المقدمة

تتوقف استمرارية الحياة البشرية على فكرة التواصل فيما بين الأفراد، سواء كان ذلك من أجل ضمان عملية العيش، أو المحافظة على النسل البشري، بحيث يكون التعامل المادي والمعنوي هو أساس هذه الفكرة.

وبما أن النفس البشرية متغيرة الطباع، و غير مستقرة على صفة معينة، إذ يؤدي ذلك في كثير من الأحيان إلى عدم التوافق فيما يبديه الأطراف الآخرين، مما يجعل الاختلاف والتنازع أمر وارد في أي اتصال أو تعامل.

وللوصول إلى وضع صيغ توافقية التي يمكن للأطراف اللجوء إليها، ظهرت عدة سبل لتسهيل ذلك منها: القضاء والتحكيم والوساطة وغيرها؛

لكن ما يهمننا في هذه الدراسة هي فكرة التحكيم، التي تعتبر طريق من الطرق السليمة التي يلجأ إليها الأشخاص لفض النزاعات القائمة في تعاملاتهم.

فمنذ مجيء الإنسان إلى الحياة الدنيوية، وهو يحاول جاهدا فرض نوع من التوازن والتنظيم فيما بين الأفراد، التي كانت مجتمعة في شكل جماعات متفرقة (المعروفة بالمجتمعات البدائية)، حيث أعتمد في بداية الأمر لحل مختلف المنازعات التي تحدث آنذاك على وسيلة التحكيم، لأنها هي التي تساهم في تحقيق ما كان يصبو إليه، ومع مرور الأزمنة تم تطوير فكرة التحكيم خاصة عندما ظهرت فكرة الدولة التي كانت لها دور كبير في تنظيم الأفراد والجماعات¹.

¹ د/ نجيب أحمد عبد الله الجبلي: التحكيم قبل الإسلام، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، 2006، ص 05.

مما تزايد الاهتمام بفكرة التحكيم من طرف العديد من الدول خاصة في العصر الحديث، ويظهر ذلك جليا من خلال إنشاء عدة مراكز دولية متخصصة في حل المنازعات القائمة عن طريق التحكيم، وكذلك تمت سن العديد من التشريعات الوطنية لتنظيم الفكرة.

وبهذا الاهتمام المتزايد أصبح للتحكيم مكانة في أغلب التعاملات التجارية الدولية، لأنه يساهم في الحفاظ على المصالح، كما يمنح الاطمئنان أكثر في نفوس المتعاملين الاقتصاديين، بالرغم من وجود سبل أخرى يمكن الاعتماد عليها كالقضاء الوطني، إلا أنهم يفضلون سبيل التحكيم لإيجاد الحل عند قيام النزاع¹ لمزاياه المتعددة التي يستفدون منها².

وعليه فقد يتفق المتعاملين الاقتصاديين على اختيار وسيلة التحكيم، سواء كان ذلك في العقد الأصلي، والذي يعرف بشرط التحكيم، أو بعدما تكون المنازعة قد ثارت فيما بينهم، فيتم بعدها الاتفاق على التحكيم لحلها، وهو ما تسمى بمشارطة التحكيم، وهاتين الصورتين هما التي يمكن أن يكون عليها الاتفاق على التحكيم³؛ لكن ما يهمنا هو شرط التحكيم.

أولا نعرف التحكيم " لغة: هو بمعنى التفويض في الحكم، ومصدره حكم. يقال حكمت فلانا في مالي تحكيما. إذا فوضت إليه الحكم فيه، فاحتكم عليه في ذلك؛

1 / منى ميمون: التحكيم التجاري الدولي وفقا لتعديلات قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09، مجلة المنتدى القانوني، كلية العلوم السياسية والقانونية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد السابع، أفريل 2010، ص 163.

² Pierre Alain Gourion, Georges Peyrard : Doit du commerce international, 3édion, L.G.D.J , Librairie Général DE Droit et de Jurisprudence, E.J.A ,Paris, 2001 ,p199

3 أ.د/ حفيظة السيد الحداد: شرط التحكيم بالإشارة، بين منهج تنازع القوانين ومنهج القواعد المادية، مقال منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول والثاني، 1995، ص 10.

وفي الاصطلاح: تولى الخصمين حكما يحكم بينهما.¹

بينما يقدم الفقه تعريفاً للتحكيم بأنه "نظام قضائي اتفاقي، يختار فيه الأطراف قضائهم، ويعهدون إليهم، بمقتضى شرط خاص، أو اتفاق مكتوب، بمهمة تسوية المنازعات التي نشأت، أو قد تنشأ بينهم، بخصوص علاقتهم التعاقدية أو غير التعاقدية، و التي يجوز تسويتها بطريق التحكيم، وفقاً لأحكام القانون أو مبادئ العدالة، وإصدار حكم ملزم لهم"².

ويتضح من التعريف أن التحكيم هو وسيلة يتم اللجوء إليها اختياريًا وليس إجباريًا كالقضاء مثلاً، حتى وإن بقي القانون المختار هو الأساس الذي يعتمد عليه المحكم في حل النزاع المطروح أمامه، بالإضافة أن حكم التحكيم الذي يصدره المحكم له قوة إلزامية تجاه المحكّمين.

بينما يعرف شرط التحكيم فقهيًا بأنه "وهو نص وارد ضمن نصوص عقد معين يقرر الالتجاء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي قد تثور مستقبلاً بين المتعاقدين حول العقد وتنفيذه"³.

أما المشرع الجزائري فقد أعطى تعريفاً لشرط التحكيم بنص المادة 1007 قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد لسنة 2008 "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف

1 د/ وفاء فاروق محمد حسين: مسؤولية المحكم، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، دون سنة الطبع، ص 105.

2 د/ أحمد عبد الكريم سلامة: التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 127.

3 د/ سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، القاهرة، 1984، ص 75، نقلاً عن د/ محمد عبد الفتاح ترك: شرط التحكيم بالإحالة وأساس التزام المرسل إليه بشرط التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2006، ص 132.

في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تنثار بشأن هذا العقد على التحكيم.¹

وقد يكون التحكيم تجاريا دوليا متى تحقق أن مجال التعامل بين الأطراف هو تجاري و ثار النزاع في هذا المجال، وكذا يجب عدم إنتماء المتعاملين إلى دولة واحدة فقط، هذان هما الشرطان الواجب توافرهما لنستطيع القول أن التحكيم هو تجاري دولي.²

الإشكالية المطروحة

في ظل التحولات الاقتصادية التي يشهدها العالم في العقود الأخيرة، دفعت العديد من الأشخاص اعتبارية كانت، أم طبيعية إلى الاهتمام والاعتماد أكثر على وسيلة التحكيم بدل اللجوء إلى وسائل أخرى في فض منازعاتهم التي تنثار في مجال تعاملاتهم التجارية، سواء داخلية أو دولية، لذا نتوقف على طرح الإشكالية الآتية:

ما مدى فاعلية شرط التحكيم كوسيلة قانونية لتسوية المنازعات المتعلقة بالتعاملات التجارية الدولية بين الأطراف بدل اللجوء إلى وسائل أخرى؟

هذا ما يقودنا إلى طرح عدة أسئلة فرعية أخرى للوصول إلى الإجابة على الإشكالية المطروحة والتي تتمثل في:

هل القواعد العامة المطبقة على العقد، هي نفسها المطبقة في اتفاق شرط التحكيم؟

1 د/ فريجة حسين: المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 467.

² المرجع نفسه، ص 479 .

ما هي الجهة المختصة في الفصل في النزاع الذي يرفع إليها ؟ وكيف تتشكل ؟

ما هو القانون الواجب التطبيق على النزاع وإجراءاته؟

ماهي الآثار المترتبة على شرط التحكيم؟

أسباب اختيار الموضوع وأهميته

هناك عدة أسباب لاختيار هذه الدراسة تكمن فيما يلي:

اعتماد الكثير من الشركات - الكبرى خاصة- على شرط التحكيم كوسيلة لتسوية النزاع الذي يثار مع الطرف الآخر - كشركة سونا طراك- مثلا.

تتازل بعض الدول على بعض المبادئ التي تخص السيادة والتي كانت تعتبرها من المقدسات التي لا يجوز المساومة عليها كفرنسا مع شركة التسلية الأمريكية والت ديزني.

التعقيدات الموجودة عند اللجوء إلى القضاء بالرغم أنه وسيلة سلمية في تسوية المنازعات.

عدم وجود في مقررات الليسانس دراسة مفصلة عن فكرة التحكيم رغم أهميتها من الناحية العملية.

محاولة الباحث إثراء المكتبة القانونية الجزائرية بمثل هذه الدراسات.

في حين تظهر أهمية الموضوع فيما يلي:

تنظيم المشرع الوطني لفكرة التحكيم يجعله يساهم إلى حد كبير في جلب الاستثمارات الأجنبية خاصة.

سهولة إجراءات شرط التحكيم كهيئة التحكيم مثلا التي يكون الاتفاق عليها من قبل الأطراف المتنازعين على غرار هيئة التقاضي في القضاء العادي التي تكون مفروضة عليهم.

تأثر الجزائر بالتحويلات الاقتصادية السريعة، خاصة في العقدين الأخيرين، مما يجعلها تهتم أكثر بصلابة ترسانتها القانونية- تنظيم فكرة التحكيم- في مواجهة هذه التحويلات.

المنهج المتبع

اتبعت في هذه الدراسة المنهج التحليلي، حيث نقوم بتحليل كل الجزئيات المتعلقة بأحكام شرط التحكيم والنتائج المترتبة عليه، وكذا القانون الواجب التطبيق عند الاتفاق على شرط التحكيم، وفقا لما يقتضيه ذلك من نصوص قانونية وغيرها من التحليل العلمي.

ويمكن أن يعتمد أيضا على المنهج المقارن بجانب المنهج التحليلي، حيث يتم مقارنة النصوص القانونية لأوامر ومراسيم تشريعية التي أصدرها المشرع الجزائري في مجال تنظيم فكرة التحكيم، مع مقارنتها ببعض مواقف التشريعات الوطنية والدولية الأخرى، حيث تكون المقارنة ضمنية.

تقسيم البحث

بناء على المعطيات المتوفرة في لب الدراسة، ومحاولة من الباحث الإمام الأكثر بشرط التحكيم التجاري الدولي بكل محتوياته تم تقسيم البحث إلى فصلين.

في البداية نقدم فكرة مختصرة عن التحكيم بصفة عامة، ثم نسلط الضوء على أهم الأحكام المتعلقة بشرط التحكيم التجاري الدولي في الفصل الأول، وبعدها نتناول القانون

الواجب التطبيق على شرط التحكيم سواء على موضوع النزاع أو على إجراءاته، مع أهم النتائج المنبثقة عن شرط التحكيم التجاري الدولي.

وعليه قسمت هذا البحث إلى فصلين: تناولت في **الفصل الأول** الأحكام المتعلقة بشرط التحكيم التجاري الدولي؛

وفي **الفصل الثاني** تطرقنا إلى معرفة القانون الواجب تطبيقه على شرط التحكيم ، و الآثار المترتبة عليه.

الفصل الأول

الأحكام المتعلقة بشرط التحكيم

التجاري الدولي.

تمهيد:

لتقديم شروحا أكثر حول فكرة شرط التحكيم التجاري الدولي الذي هو صلب الدراسة، يتطلب في بداية الأمر التعرّيج على أهم الشروط الموضوعية العامة، والخاصة الواجب توافرها في شرط التحكيم، وبعدها يتم توضيح القانون الواجب التطبيق على الشرط ، والنتائج المترتبة عليه في الفصل الموالي.

وعليه، سنحاول إبراز أهم تلك الشروط الموضوعية من خلال تقسيم الفصل الأول إلى

مبحثين:

الأول: الشروط الموضوعية العامة.

الثاني: الشروط الموضوعية الخاصة.

المبحث الأول: الشروط الموضوعية العامة الواجب توافرها في شرط التحكيم التجاري الدولي

يعتبر الرضا، والأهلية، والمحل والسبب من بين الشروط الموضوعية العامة الواجب توافرها في شرط التحكيم، لذا سنحاول التعرّيج على كل شرط بنوع من التفصيل من خلال كل مطلب من مطالب المبحث الأول.

المطلب الأول: التراضي

يتطلب لقيام العقد توفر شرط أساسي وجوهري هو التراضي، وكما يشترط أن تكون إرادة الأطراف النابعة من هذا التراضي غير معيبة وغير مقيدة¹.

الفرع الأول: وجود التراضي

إن الاتفاق على إنشاء أي تصرف قانوني منتج لأثره، يتطلب تحقق تطابق الإرادتين المفصح عنهما؛ بحيث تكون الإرادة التي يعبر عنها الطرف الثاني (القبول)* تطابق، أو توافق الإرادة التي فصح عنها الطرف الأول (الإيجاب)* وهذا ما يثبت وجوداً للتراضي² المطلوب توافره عندما يكون طريق التحكيم هو السبيل التي تحذوه إرادة الأطراف المتعاقدة

¹ د/ رمضان أبو السعود، د/ همام محمد محمود: المبادئ الأساسية في القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996/1995، ص 329.

* **القبول**: "هو التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب والذي يفيد موافقته على الإيجاب، ويؤدي القبول إلى إتمام العقد متى وصل إلى علم الموجب وكان الإيجاب ما يزال قائماً"،

أنظر أ.د/ العوضي العوضي عثمان، د/ محمد عبد الغفار البسيوني: مبادئ القانون، دراسة موجزة، الطبعة الثانية، مطبعة الهادي فرج، مصر، 2006، ص 260.

* **الإيجاب**: "هو التعبير الصادر عن الإرادة الأولى، إذ به يعرض شخص على آخر إبرام عقد، و هو لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم الموجب له"،

أنظر د/ حسين النوري: نظرية العقد، مطبعة الرسالة، مصر، 1960/1961، ص 64.

² د/ حسين النوري: المرجع السابق، ص 54.

لحل المنازعات التي يمكن أن تثور في ما بينهما عوض انصراف تلك الإرادة إلى سبيل مغاير لحل المنازعات، وبعبارة أخرى يمكن القول: إن تبرير وجود الرضا، أو عدم وجوده في عملية التحكيم المدرجة ضمن إحدى بنود العقد؛ يتوقف عما يفصح عنه إرادة الطرف الثاني، فإن قبل أو وافق على شرط التحكيم المعروض عليه عن الطرف الأول تحقق وجود الرضا واعتبر ذلك بمثابة دليل له؛ لأن افتراض وجود الرضا بشرط التحكيم لا يثبت وجوده، أما إذا رفض المتعاقد الثاني ما عرض عليه ينعدم بذلك وجود الرضا¹.

في حين أن إرادة الأطراف عند الاتفاق على شرط التحكيم قد يتم التعبير عنها بشكل صريح، أو بشكل ضمني، حيث أن الإرادة المعبرة عنها بشكل صريح هي الأكثر انتشاراً من الناحية العملية²؛

¹ د/ محمد عبد الفتاح ترك: المرجع السابق، ص 145، وهامش ص 145.

ملاحظة: مع العلم أن قواعد القانون المدني هي القواعد المنظمة للرضا المطلوب عند إبرام العقود؛ وأن زمرة عقود القانون الخاص تضم في طياتها الاتفاقات الخاصة بشرط التحكيم التجاري الدولي، وعليه فإن الشريعة العامة المتعلقة بالرضا هي نفسها السارية عليه، أنظر المرجع نفسه: ص 145؛ وكذلك يسري على باقي الشروط الموضوعية العامة الواجب توافرها في شرط التحكيم أحكام القانون المدني، أنظر د/ فريجة حسين: المرجع السابق، ص 467 .

² أ.د/ محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 174 و 175.

وبالعودة إلى نص المادة 2/60 من القانون المدني الجزائري، نجد المشرع أجاز للأطراف أن تأخذ الإرادة التي يعبرون عنها عند التعاقد شكلاً ضمناً، لكن هذه الإجازة لم يتركها المشرع مطلقة بل قيدها بشطين إن توفر واحد منهما عند التعاقد سقطت الإجازة الممنوحة، وأصبح التعبير الضمني غير مرتب لأثره وعليه نستنتج أن التعبير الصريح هو الأصل، أما التعبير الضمني هو الاستثناء عن هذا الأصل ما لم يتوفر أحد الشرطين المتمثلان في: وجود قانون يفرض على المتعاقدين اتخاذ شكل صريح عند التعبير عن إرادتهم أو بموجب تطابق الإرادتين للأخذ بذلك الشكل، إذ تنص المادة 2/60 على ما يلي: " .. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان أن يكون صريحاً"، أنظر أ/ أحمد لعور، أ/ نبيل صقر: القانون المدني وتطبيقاً لأحدث التعديلات بالقانون 07-05، موسوعة الفكر القانوني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص 30، ويقابل نص المادة 2/60 نص المادة 2/90 من القانون المدني المصري أنظر القانون المدني: وفقاً لأحدث تعديلاته، الناشرون المتحدون، إيجيب للصادرات، والبرمجيات القانونية، القاهرة، 2010/2009، ص 16.

فوجد مثلا أن الجزائر قد عبرت صراحة عن شرط التحكيم في العديد من الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها في مجال الاستثمار¹.

وكذلك يقر القضاء الجزائري في إحدى القضايا المطروحة أمام المحكمة العليا على عدم أحقية طرح النزاع أمام القضاء العادي ما دام أن إحدى بنود العقد المتفق عليه يشير صراحة للتحكيم كطريق أو سبيل لحل المنازعات، وهو ما يثبت أن إرادة الأطراف قد عبرت عن التحكيم بشكل صريح عند التعاقد².

بينما هناك عدة حالات أخرى يصعب فيها تفسير إرادة الأطراف المعبرة عن التحكيم، لأنها لم ترد بالشكل الصريح عند التعاقد، كأن تعاد شركتين مثلا عن إدراج شرط التحكيم في العقود التي تبرم فيما بينهما، لكن حدث أن أسقط هذا الشرط، أو أهمل عند اتفاق هاتين الشركتين في عقد آخر، مع العلم أن هذا العقد ينتمي إلى نفس فصيلة العقود السابقة، من هنا يثار تساؤل يجب الإشارة إليه: هل يمكن استنتاج شرط التحكيم مما تعودت عليه الشركتان في العقود السابقة؟ أجابت محكمة الاستئناف في باريس عن هذا السؤال وذلك بأن هناك اتفاق ضمني يثبت وجود شرط التحكيم في العقد الجديد تم استخلاصه مما تعود عليه

¹ /أ/ حسين نواره: تكريس التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري كضمان للاستثمارات الأجنبية، ملتقى دولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية، بجامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، أيام 15/14 جوان 2006، ص 195 ؛

وأنظر /أ/ محمد كولا: تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، الناشر محمد بغدادي، الجزائر، 2008، ص 79؛

كما يوضح /أ/ محمد كولا: المرجع السابق، هامش ص 79 و 80 ، لأهم الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر في مجال الاستثمار مقتبسة من الجريدة الرسمية الجزائرية لأعداد مختلفة.

² قرار المحكمة العليا الجزائرية ، الغرفة التجارية البحرية، رقم الملف 442187، صدر بتاريخ 2008/04/09 منشور في مجلة التحكيم، العدد الرابع، أكتوبر 2009، بتعليق الدكتور مصطفى تراري الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 245، 246، 247 ؛ أنظر الملحق 1 .

الطرفين في العقود السابقة لكن اشترطت التأكد من عدم إصرار المتعاقدين التخلي عن شرط التحكيم عند إبرام العقد الجديد أي عدم التنازل عليه بقصد¹.

بينما نعلق على ما أقرته محكمة الاستئناف في باريس، بأن العقد الجديد المبرم بين الشركتين جاء خالياً من شرط التحكيم، أي أن إرادة المتعاقدين لم تتجه إلى إدراجه في العقد عند الاتفاق، سواء بقصد أو بغير قصد، لأن هذه الأخيرة يصعب إثباتها من الناحية العملية، فلماذا إذا نلزم أحد الأطراف أو كلاهما بما لم يتفق عليه؟ وأن العقد الجديد مستقل عن العقود الأخرى المبرمة فيما بينهما، حتى وإن كان ينتمي إلى نفس زمرة العقود السابقة، فلماذا لم يتم إدراج شرط التحكيم في العقود السابقة ولم يدرج في هذا العقد الجديد.

وبهذا يكون رأي المحكمة جاء مخالفاً لمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" وبالتالي قيدت إرادة المتعاقدين، وما دام أن المتعاقدين لم يشيروا إلى شرط التحكيم، فهذا يعني أنهم لا يريدون اللجوء إلى التحكيم، بل الأمر يترك بتطبيق القاعدة العامة وهي اللجوء إلى القضاء لحل النزاع.

وفي حالة ما إذا كانت الأطراف بصدد الاتفاق على إحدى البيوع الدولية، ولم تتجه إرادتهم صراحة للتعبير عن تنفيذ الشروط العامة المتعارف على تطبيقها دولياً في مثل هذه البيوع²، خاصة إذا كان شرط التحكيم مدرج ضمنها، فقد أوجبت محكمة الاستئناف في باريس على الأطراف أن يحيلوا إلى شرط التحكيم المدرج ضمن الشروط العامة المراد تطبيقها إن وجد نزاع، أو أن يذكر شرط التحكيم بحد ذاته حتى يلزم تنفيذه أو الاحتجاج به³.

¹ محكمة الاستئناف باريس 14 فبراير 1970، مجلة التحكيم 1970 ص 148 نقلاً عن أ. د/ محسن شفيق: المرجع السابق، ص 175.

² أ. د/ محسن شفيق: المرجع السابق: ص 175.

³ محكمة الاستئناف دوي، الصادرة بتاريخ 12 مارس 1931، نقلاً عن دروس الأستاذ دافيد دروس دكتوراً، 1969، المشار إليه أ. د/ محسن شفيق: المرجع والموضوع نفسه.

وكذلك إذا انصرفت إرادة أطراف (الشركتين) للتعبير عن إنشاء اتفاق يتضمن بيع من البيوع الدولية، وقامت الشركتين بتبادل وصولات متتالية فيما بينهما من أجل تثبيت هذا البيع وتأكيده، وبعدها حدث نزاع تسببت فيه إحدى الشركتين وذلك بعدم دفعها لبعض الإتاوات الأخرى المفروضة عليها، فلجأت الشركة الأخرى إلى القضاء من أجل استرجاع حقها، فأقر القضاء الفرنسي على أن التحكيم هو السبيل الوحيد لفض هذا النزاع القائم، وبالتالي القضاء العادي غير مختص بالنظر في هذا النزاع، ما دام أن شرط التحكيم قد تم الاتفاق عليه بين طرفي المتعاقدين، لكن كيف استنتج القضاء الفرنسي الموافقة الضمنية على الشرط؟ مع العلم أن شرط التحكيم غير مدون في العقد الأساسي؛ وعليه فإن القضاة قد استنتجوا وجود شرط التحكيم، وموافقة الأطراف عليه من قبولهم للوصلات المؤكدة للبيع، وعدم اعتراضهم عليها أثناء التبادل، وأن هذه الإيصالات هي التي تضم شرط التحكيم، والذي كان مدونا خلف هذه الإيصالات¹.

كما يمكن استنتاج قبول شرط التحكيم في حالة سكوت أحد المتعاقدين بعد انقضاء المدة المحددة للرد، أي إذا لم يفصح أحد الأطراف عن إرادته تجاه شرط التحكيم المعروف عليه من طرف المتعاقد الآخر في وقته المعين، عد ذلك بمثابة موافقة عن الشرط وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية².

ويبين المشرع الجزائري في نص المادة 68 أن سكوت الموجب له عما يعرض عليه (لإبرام عقد معين يتضمن شرط تحكيم) لا يعد ذلك قبولا لإتمام قيام العقد إلا إذا كانت هناك عوامل أو ملابسات تحوم حول هذا السكوت توحي بأنها هي الموافقة المطلوبة، أو يمكن من

¹ Cour de Cassation, chambre civil 1, Audience publique de mardi 03 mars 1992, N° pourvoi: 90-17024, www.legifrance.gouv.fr منشور على موقع الانترنت.

أنظر الملحق 2.

² قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 أكتوبر 1961، منشور في مجلة القانون الدولي الخاص، 1962، ص 162 نقلا عن د/ أحمد السيد صاوي: التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، دار حمدي سلامة و شركاؤه، مصر، 2002، ص 33؛ وكذلك أشار إليه أ. د/ محسن شفيق: المرجع السابق، ص 176.

خلال تلك الملابس؛ أو العوامل أن تستتبط الموافقة المطلوبة لقيام العقد، وهو الذي يعرف بالسكوت الملابس الذي استقر عليه المشرع الجزائري¹.

ويتحقق التراضي في الاتفاق المتضمن وعد بالتعاقد إذا ما توفرت جملة من الشروط تتمثل في وجوب الاتفاق على تحديد ميعاد لإبرام العقد، وتحديد كافة المسائل الجوهرية التي سيتضمنها العقد، كشرط التحكيم مثلا، وكذلك أن يستوفي الشكلية القانونية المطلوبة في مثل هذه العقود، فإن توفرت هذه الشروط في الوعد وتم الاتفاق عليها عد هذا الاتفاق مرتبا لآثاره، ولا يجوز اعتراض المتعاقدون على إبرام العقد، ولا على مضمونه عند حلول أجله، لأن إبرام العقد جاء بناء على تنفيذ الاتفاق السابق فقط وهو ذاك الوعد².

ويمكن أن يكون شرط التحكيم ساري المفعول على المنازعات المتعلقة بالمسائل الجوهرية (الثنى مثلا) عند تنفيذ اتفاق الوعد بالتعاقد، لأن شرط التحكيم الموجود ضمن الاتفاق بالوعد، وهذا ما استنتجناه من خلال قرار محكمة النقض الفرنسية³.

ونقدم مثلا افتراضيا يوضح من خلاله صحة ما تقدم، ومستنتج من قرارات محكمة

النقض الفرنسية.

¹ د/ علي فيلا لي: الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص 116 و ص 117. وتنص المادة 68 قانون مدني جزائري على ما يلي: "إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب، ويعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه." أنظر أ/ أحمد لعور،...: المرجع السابق، ص 31؛ وكذلك أشار إليها الدكتور علي فيلا لي في مرجعه السابق؛

ويقابلها نص المادة 98 قانون المدني المصري: المرجع السابق، ص 18 .

² أنظر نص المادة 71 من قانون مدني جزائري، أ/ أحمد لعور، أ/ نبيل صقر: نفس المرجع، ص 32؛ ويقابلها نص المادة 101 من قانون المدني المصري: نفس المرجع، ص 18.

³ Cour de Cassation, chambre civil 2, Audience publique de jeudi 28 mars 1996, N° pourvoi: 93-17107,

كأن يبرم اتفاق يضم وعد بيع العجلات المطاطية بين شركة تباع العجلات وشركة تصنع السيارات، وتم تحديد 02 جانفي 2014 كتاريخ لتنفيذ هذا الوعد، وكذلك حدد فيه نوع العجلات المراد بيعها وثمان كل عجلة على أن يتم التسليم فوراً، بالإضافة إلى إدراج بند خاص بشرط التحكيم ضمن هذا الاتفاق، وعند حلول الآجال المحددة ينفذ الاتفاق بالوعد، وتتم إجراءات بيع العجلات وفقاً للمسائل التي تم تحديدها في الاتفاق، وبذلك يصبح شرط التحكيم ضمن بنود العقد.

والجدير بالذكر أن هناك اختلافاً في الرأي حول تكييف شرط التحكيم، بحيث يرى البعض أن فكرة الوعد هي أساس تحديد التكييف القانوني لشرط التحكيم¹، بينما الرأي الآخر يرجعها إلى فكرة الإلزامية به، لكون الاتفاق على شرط التحكيم كان نهائياً إذ لا ينتظر اتفاقاً آخر².

قد يفصح الأصيل شخصياً عن إرادته، أو يخول من يمثله (ويكون تمثيله إما قانونياً، أو تمثيلاً اتفاقياً) ليعبر بدلاً منه عند الاتفاق على شرط التحكيم³.

¹ Hamonic (G) :

, L.G.D.J , Paris, 19 , p 10, 27.

المشار إليه د/ حسنى المصري: التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والقانون المقارن، مطبعة عباد الرحمان، الكويت، 1996 ، ص 62، 63.

² للمزيد من التفاصيل أنظر نفس المرجع : ص 62 وما يليها.

³ لافي محمد موسى درادكة: اتفاق التحكيم في التشريع الأردني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير ، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، كانون الأول 1997، ص 37 .

وحدد المشرع الجزائري النيابة الاتفاقية في نصوص المواد 571 إلى 589 من القانون المدني أنظر أ/ أحمد لعور...: المرجع السابق، ص 244 إلى 251؛ ويقابلها نصوص المواد 699 إلى 717 من قانون المدني المصري: المرجع السابق، من ص 152 إلى 157.

وترك تحديد النيابة القانونية إلى قانون الأسرة الجزائري في نصوص المواد 81 إلى 125 أنظر قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، دار بلقيس، الجزائر، 2006، ص 21 إلى ص 27، بينما المشرع المصري حددها بالمرسوم خاص رقم 119 لسنة 1952 بأحكام الولاية على المال ، أنظر الموقع الإلكتروني :

وإن لم يعبر الأصل شخصيا عن إرادته، فعليه أن يحدد من ينوبه في حق الاتفاق على شرط التحكيم حتى يكون التحكيم صحيحا¹.

هذا ما ذهبت إليه هيئة التحكيم في قرارها المرجح بأن التحكيم ليس هو الطريق لحل هذه المنازعة، لأن الوكيل لم يتحصل على تفويض للقيام بذلك وبالتالي لا يمتد شرط التحكيم إلى الطرف الموكل، وتتخلص وقائع هذه القضية فيما يلي: أنه في مايو 1983 أبرمت شركة (يونانية) (أ) مع شركة (يونانية) (ب) على عقد تصنيع جهاز خاص بالمنتجات البترولية؛ كما منحت أربع شركات (كندية، أمريكية، يونانية) ترخيص استغلال للشركة (ب)؛ مع العلم أن هناك تفويضا من الشركات الأربع للشركة (ب) بالتعاقد مع الشركة (أ)؛

بعدها لم يتم تنفيذ الشركة (أ) لمقتضيات العقد في أجالها المحددة، فاتجهت الشركات الأربع إلى التحكيم لاسترجاع حقا من الشركة (أ)، وقدمت عدة طلبات إلى هيئة التحكيم من بينها استرداد الأموال المدفوعة مع تعويضات أخرى، احتجت الشركة (أ) على أن التحكيم في هذه الحالة لا يمكن تطبيقه لأن الشركة الوكيلة هي المتعاقدة معها على هذا الشرط وليست الشركات الأربع، مع تقديمها لطلبات إضافية في حالة تثبيت التحكيم لحل المنازعة؛

وأثناء قيام هيئة التحكيم بدراسة الطلبات المقدمة لها خاصة فيما يتعلق بوجود، أو عدم وجود شرط التحكيم، اختلف المحكمين حول هذه النقطة بالذات، إذ هناك من لا يقر بوجود التحكيم، وهناك من يقر بذلك وقدم كل طرف الحجج المستند إليها، فالطرف الأول استند إلى

¹ أ/ محمد إبراهيم: الوجيز في الإجراءات المدنية، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،

مواد القانون المدني اليوناني لأنه هو القانون المطبق، وكذلك إلى القضاء اليوناني الذي يلزم لصحة اتفاق على شرط التحكيم الذي يبرمه الوكيل أن يكون مفوضاً من طرف موكله للقيام بذلك، بما أن الشركة الوكيلية (ب) لا تملك تفويضاً للاتفاق على شرط التحكيم من الشركات الأربع، وكذلك لا يوجد في النظام الداخلي للشركة تفويضاً ممنوحاً لممثل الشركة الوكيلية من أجل القيام بذلك التفويض لممثل الشركة الوكيلية، وعليه شرط التحكيم جاء باطلاً أي غير موجود، أما الطرف الثاني استدل بالقرارات التي يصدرها القضاء، لكن رجح قرار الطرف الأول¹.

إن شرط التحكيم المدون ضمن بنود العقد يعتبر التراضي فيه محققاً بمجرد التوصل إلى اتفاق نهائي حول كافة بنود هذا العقد التي ناقشها الأطراف أثناء مرحلة المفاوضات التي مر بها العقد².

لكن يتوقع من الطرفين ألا يتفقا على المسائل التفصيلية الخاصة بإحدى بنود العقد كالبنود المتعلقة بالتحكيم مثلاً، وبعد التعاقد حصل عدم تفاهم بين المتعاقدين على تلك المسائل، فإن ذلك لا يؤدي إلى التأثير على البند المتعلق بالتحكيم (تحقق التراضي عليه) ولا على العقد الأصلي، وإنما يترك أمر حسم الخلاف إلى ما تقتضيه طبيعة المعاملة للتوصل إلى الحل الأنسب³.

¹ صدر هذا الحكم بجلسة 23 أكتوبر 1985 نقلاً عن د/ محي الدين إسماعيل علم الدين: منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، النسر الذهبي للطباعة يسرى حسين إسماعيل القاهرة، 1986، ص 122 إلى 127، أنظر الملحق 4.

² عمر نوري عبد الله عباينة: شرط التحكيم التجاري من حيث صحته واستقلاليته، رسالة دكتوراه، دراسة مقارنة، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، 2006، ص 118.

³ من نص المادة 65 قانون مدني جزائري، انظر أ/ أحمد لعور: المرجع السابق، ص 31، ويقابلها نص المادة 95 من قانون المدني المصري: المرجع السابق، ص 17.

كما يمكن أن يتم الاتفاق على جميع المسائل المتعلقة بالعقد المتضمن شرط التحكيم لكن يحتمل حصول تعديل قبل تنفيذ العقد، وبعد إبرامه على بعض المسائل المتعلقة بالتحكيم، والتي سبق الاتفاق عليها، فيرجح في هذه الحالة تطبيق ما تم تعديله¹.

الفرع الثاني: صحة التراضي

حصر المشرع المدني (القوانين المدنية الداخلية) عيوب الرضا في الغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال أو الغبن، بحيث أن هذه العيوب يمكن أن تخل بسلامة تطابق الإرادتين على اتخاذ التحكيم كطريق بديل لحل المنازعات الممكن حدوثها في المستقبل، والمشتراط أصلاً سلامة الإرادة من تلك العيوب حتى يرتب الرضا آثاره².

1- الغلط:

إذا وقع أحد المتعاقدين عند الاتفاق على شرط التحكيم في غلط يمس جوهر التعاقد (كالغلط في القانون أو ذات التعاقد) جاز له إبطال العقد لأنه لو لم يقع فيه لما أتم التعاقد، لكن يستبعد قابلية إبطال العقد، ما إذا كان الغلط كتابي أو حسابي لتوفر إمكانية تصحيحه بل يصبح التصحيح في هذه الحالة واجبا حتى يرفع اللبس الواقع فيه³.

قد يخطئ أطراف التعاقد عند الاتفاق على شرط التحكيم عند تحديد اسم الهيئة المراد الاحتكام إليها، كون أن الهيئة التحكيمية لا وجود لها على أرض الواقع، لكن محكمو غرفة التجارة الدولية لم يقرروا بعدم اختصاصهم لحل هذه المنازعة التي عرضت عليهم، بل فهموا أن هناك خطأ وارد عند الاتفاق، وتم تصحيحه، ومارسوا بعدها مهامهم التحكيمية على أساس وجود شرط التحكيم، وكما ذهب أيضا القضاء الأمريكي تقريبا إلى نفس ما ذهب إليه

¹ أ. د/ محسن شفيق: المرجع السابق، ص 177 .

² د/ أحمد محمد عبد البديع شتا: شرح قانون التحكيم ، دراسة مقارنة ، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص 76 .

³ من نصوص المواد 81 إلى 84 من قانون المدني الجزائري أنظر أ/ أحمد لعور: المرجع السابق، ص 39، 40؛ ويقابلها المواد 120 إلى 126 من القانون المدني المصري: المرجع السابق، ص 22.

محكمون غرفة التجارة الدولية، بحيث أقرّوا أن عدم وجود اسم الهيئة التحكيمية المذكورة في الاتفاق على أرض الواقع لا يعني بطلان شرط التحكيم بل يبقى موجوداً¹.

2- الغش أو التدليس:

هو من العيوب المؤثرة على سلامة الرضائية عند الاتفاق على شرط التحكيم، فلولا توهم أحد المتعاقدين أو انخداعه جراء تلك الأفعال الاحتيالية أو التدليسية التي قام بها أو تعدد السكوت عنها المتعاقد الآخر أو من يمثله (تمثيل قانوني أو اتفاقي) لما أتم التعاقد، وإن بلغت خطورته إلى هذا الحد جاز له إبطال العقد، أما إذا كان الغير هو المدلس فيشترط في هذه الحالة أن يثبت دراية المتعاقد الآخر بتلك الأفعال التدليسية أو إلزامية التيقن منها حتى يجاز له طلب الإبطال².

ويحدث أن يتعرض أحد المتعاقدين عند الاتفاق على شرط التحكيم إلى غش، أو تدليس مخطط له من المتعاقد الآخر بقصد سلبه، كما تلخص قضية الحال (الترونيك) على أنه قامت شركة فرنسية بأفعال احتيالية وتدليسية بقصد سلب أموال شركة كندية، ومن بين هذه الأفعال الاحتيالية التي قامت بها هي تشكيل هيئة تحكيمية لتحقيق ما تصبوا إليه، وكان مقرها فرنسا، في حين أنه تم الاتفاق على شرط التحكيم بين الشركة الكندية والشركة الفرنسية في إطار الصفقة المبرمة فيما بينهما مع تحديد تلك الهيئة التحكيمية في شرط التحكيم للاحتكام إليها في حالة النزاع؛

بعدها قدم طلب التحكيم لفض النزاع القائم ضد الشركة الكندية أمام هيئة التحكيم من طرف الشركة الفرنسية، وبعدها حققت هيئة التحكيم للشركة الفرنسية ما كانت تصبوا إليه من

¹ د/ محي الدين إسماعيل علم الدين: منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الرابع، النسر الذهبي للطباعة يسرى حسين إسماعيل، القاهرة، 2000، ص 86، 88.

² من نصوص المواد 86، 87 قانون المدني الجزائري أنظر أ/ لعور أحمد: المرجع السابق، ص 40، 41 و يقابلها المواد 125، 126 قانون المدني المصري: المرجع السابق، ص 22، 23.

خلال حكمها ضد الشركة الكندية، لكن ذلك لم يدم طويلا لأن أمر الهيئة التحكيمية انكشف، مما أدى بالقضاء إنصاف الشركة الكندية جراء النصب والاحتيال الواقع عليها من طرف الشركة الفرنسية¹.

3- الإكراه:

إن بلغ عدم الاطمئنان أحد المتعاقدين على نفسه أو ماله أو عرضه أو من يقربه حدا من الجسامة تجعله مرغما على إبرام لعقد المتضمن شرط التحكيم، جاز له إبطال العقد إذا ثبت أن مسبب عدم الاطمئنان هو الطرف الآخر، أما إذا كان من الغير فيشترط أن يثبت دراية أو إلزامية دراية الطرف الآخر بذلك حتى يجاز له طلب الإبطال².

4- الغبن:

قد يستغل أحد المتعاقدين ما يصيب الطرف الآخر من طيش بين أو هوى جامح عند الاتفاق النهائي على شرط التحكيم، بإنقاص ما عليه من التزامات بشكل مبالغ فيه، وزيادتها إلى الطرف الآخر، كان لهذا الأخير حق طلب إبطال الاتفاق على شرط التحكيم أو طلب إنقاص ما وقع عليه من الالتزامات الزائدة، لكن عليه أن يثبت أن لو لا استغلال المتعاقد الآخر لذلك لما تم التعاقد، لكن الجواز بالإبطال، أو الإنقاص مرتبط بالتقادم والتي حددها المشرع الجزائري بسنة من الانعقاد وإلا سقط حق المتعاقد المغبون³.

¹ د/ محي الدين إسماعيل علم الدين: منصة التحكيم، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص 90.

² من نصوص المواد 88، 89 من القانون المدني الجزائري أنظر أ/ أحمد لعور، ...: المرجع السابق، ص 41، 42، و يقابلها المواد 126، 127 من قانون المدني المصري: المرجع السابق، ص 23.

³ من نص المادة 90 القانون المدني الجزائري أنظر أ/ أحمد لعور: نفس المرجع، ص 42، ويقابلها نص المادة 128 قانون المدني المصري: نفس المرجع، ص 23 و 24.

وعليه فإن عيوب الرضا التي يمكن أن تصيب العقد الأصلي لا ينقل أثر بطلانها إلى شرط التحكيم الصحيح لتمييزه بسمة الاستقلال، وهو ما يبيّنه مشروع التحكيم المصري في نص المادة 23¹.

وكذلك يؤكدّه المشرع الجزائري في الفقرة الأخيرة من نص المادة 1040 قانون الإجراءات المدنية الجديد².

غير أن الفقه المدني أعطى تفسيراً مبسطاً حول فكرة أن شرط التحكيم قد ينتقل إليه البطلان من العقد الأصلي، إذا كان في هذا الأخير صفة أحد المتعاقدين هي التي أصيبت بإحدى العيوب (الغلط، الإكراه)، بينما لا ينتقل البطلان إلى شرط التحكيم، إذا كانت قيمة المعقود عليه، أو المحل هما اللذان وقعا عليهما العيب (الغلط) في العقد الأصلي³.

المطلب الثاني: الأهلية

الأهلية هي قدرة التحمل، والكسب التي يجب توافرها في الشخص لقبول الالتزامات، والحقوق المرتبة عن التصرف القانوني الذي قام به⁴.

ويمكن أن يكون هذا التصرف هو الاتفاق على شرط التحكيم، لذا يستوجب علينا معرفة من هو الشخص القادر على القيام بهذا التصرف القانوني؟

لقد أفصحت التشريعات القانونية عن طبيعة الشخص الذي قد يكون طبيعياً أو شخص اعتبارياً، شريطة أن يتمتع بكامل أهلية التصرف للإفصاح عن إرادته الصحيحة للاتفاق

¹ د/ نبيل إسماعيل عمر: التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 46.

² تنص المادة 1040 على النحو الآتي: "...لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي" من قانون رقم 08-09: المرجع السابق، ص 174.

³ د/ نبيل إسماعيل عمر: المرجع السابق، ص 46.

⁴ أ.د/ العوضي العوضي عثمان: المرجع السابق، ص 204، 205.

على شرط التحكيم في المواد المجيزة لذلك، لأن هناك من الحقوق المتنازع عليها من تخرج عن نطاق أهلية تصرف الشخص فيها، وبالتالي لا يجوز التحكيم فيها¹.

بعد معرفة من هو الشخص المؤهل للاتفاق على شرط التحكيم، جاء دور تحليل مميزات أهلية كل شخص.

الفرع الأول: أهلية الشخص الطبيعي

الشخص الطبيعي هو كائن بشري، بمجرد ولادته حي تبدأ شخصيته وبوفاته تزول تلك الشخصية، ويصبح للإنسان منذ بداية شخصيته حقوق يتمتع بها وعليه واجبات تلزمه، وكذلك يملك اسما ولقبا وموطنا يبين مقر سكناه ليثبت كيانه الاجتماعي، لكن لا يحق له القيام بالتصرفات القانونية ما لم يصل مرحلة معينة تجيز له ذلك².

لقد حدد المشرع الجزائري في نص المادة³ 40 المرحلة التي تمكن الشخص من القيام بجميع التصرفات القانونية، وهي بلوغ 19 سنة كاملة، واشترط عليه سلامة عقله.

ويكون الشخص الطبيعي مؤهلا للاتفاق على شرط التحكيم متى توافرت فيه الشروط المنصوص عليها في نص المادة 40 من القانون المدني الجزائري.

لكن السؤال الذي يطرح هو إذا لم تتوفر في الشخص إحدى هذه الشروط، فما مصير التصرفات التي سيقوم بها ؟

¹ د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة: التحكيم، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 39؛ محمد إبراهيمي: المرجع السابق، ص 284، 285، ويجري نص المادة 1006 على النحو الآتي: "يجوز لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها. لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، أو إحالة الأشخاص وأهليتهم..." من قانون رقم 08-09: المرجع السابق، ص 170؛ وكذلك د/ فريجة حسين: المرجع السابق، ص 467.

² أ.د/ العوضي العوضي عثمان: المرجع السابق، ص 189، 190.

كما نص المشرع المدني الجزائري في نص المادة 25 معدلة عن بداية ونهاية الشخصية، وفي المادة 28 عن اسم واحد أو أكثر واللقب، والمادة 36 معدلة عن الموطن أ/ أحمد لعور: المرجع السابق، ص 19، 20، 21.

³ أنظر نص المادة أ/ أحمد لعور: نفس المرجع، ص 23، ويقابلها نص المادة 44 قانون المدني المصري: المرجع السابق، ص 10، الذي حدد سن الرشد بإحدى وعشرون سنة كاملة.

للإجابة عن هذا التساؤل يجب أن نخرج عن المراحل التي يمر بها الشخص الطبيعي حتى يصل سن البلوغ، وكذلك العوارض التي يمكن أن تصيب الشخص البالغ، أو موانعه.

أولاً: المراحل التي يمر بها الصبي إلى غاية سن البلوغ

1- مرحلة الصبي غير المميز: (عديم الأهلية)

حدد المشرع الجزائري هذه المرحلة بثلاث عشرة سنة الأولى من حياة الصبي¹، على خلاف المشرع المصري الذي حددها بسبع سنوات فقط، فخلال هذه المرحلة إدراك الصبي يكون منعداً مما يدخل جميع تصرفاته القانونية في دائرة البطلان المطلق على أي اتفاق يقوم به فيما يخص التحكيم التجاري الدولي².

ويتم تعيين الولي لتسيير أموال الصبي غير المميز وكذا القيام بتصرفاته القانونية لأنه هو الذي قام مقامه³.

لكن سلطات الولي لم تترك مطلقة التصرف؛ بل قيدت في حدود الإذن المخول له من الجهة المختصة (المحكمة)، وهذا الإذن هو المطلوب عند اتفاق الولي على شرط التحكيم على حسب المشرع المصري⁴؛ والمشرع الجزائري⁵.

¹ تنص المادة 42 معدلة بالقانون رقم 05-10: المرجع السابق، ص 23، 24 وقبل هذا التعديل كانت مرحلة عدم التمييز تنتهي ببلوغ السادسة عشرة سنة بنص المادة 42 ملغاة: المرجع نفسه، هامش ص 23، ويقابلها نص المادة 45 من قانون المدني المصري: المرجع السابق، ص 11.

² د/ أحمد محمد عبد البديع شتا: المرجع السابق، ص 85 .

³ أ.د/ العوض العوضي عثمان: المرجع السابق، ص 207 .

⁴ د/ أحمد محمد عبد البديع شتا: نفس المرجع، ص 105.

⁵ من نص المادة 88 من القانون رقم 05-02: المرجع السابق، ص 22.

كذلك قانون التحكيم السعودي في المادة 02 حيث أستوجب الإذن للولي والوصي عند التحكيم أنظر د/ حمزة أحمد حداد: التحكيم في القوانين العربية، الجزء الأول، دار الثقافة، الأردن، 2010، ص 79.

بينما يسقط طلب الإذن في بعض التشريعات عن الولي ولا يصبح ملزم عندما يكون التصرف (كأن يتضمن شرط التحكيم) الذي يباشره لا يتعدى قيمته مبلغ مالي معين، أما إذا تجاوز المبلغ المحدد قانوناً، ألزم الولي بالإذن¹.

2- مرحلة الصبي المميز

يستمر النمو العقلي والجسدي لدى الصبي ليدخل بعده مرحلة الإدراك التي تمتد إلى غاية مرحلة الرشد، لكن بالرغم من وجود الإدراك إلا أن أهليته لم تكتمل بعد².

إن التصرفات القانونية التي يباشرها الصبي في هذه المرحلة قد تأخذ ثلاث فرضيات:

أ- كل التصرفات القانونية التي تعود على الصبي المميز بالمنفعة الخالصة، يسمح له مباشرتها دون أي اعتراض؛

ب- أما إذا عادت عليه بالمضرة الخالصة، فلا يجوز له القيام بذلك وتصبح باطلة بطلاناً مطلقاً إذا باشرها؛

ج- يمكن للجهة المختصة أن تمنح للقاصر الإذن أو الإجازة التي يحتاجها لمباشرة تصرفاته القانونية؛ لأن تلك التصرفات ليست نافعة، ولا ضارة، بل تدور في مجالهما؛

ومن بين التصرفات التي يحتاج فيها القاصر إلى إذن عند بلوغه ثمانية عشرة سنة، هي ممارسة التجارة وإدارة الأموال وغيرها³.

¹ التشريع المدني الكويتي هو الذي حدد قيمة مائتين ألف دينار كويتي أنظر د/ سيد أحمد محمود: نظام التحكيم، دراسة مقارنة، الإيمان للطباعة، الإسكندرية، 2000، ص 90.

² من نص المادة 43 معدلة بالقانون رقم 05-10: المرجع السابق، ص 24

كذلك مرحلة التمييز تختلف من قانون لآخر فالمرجع الجزائري مثلاً حدده من الثالثة عشر إلى التاسعة عشر، أما المشرع المصري فحدده من سن السابعة إلى إحدى وعشرون سنة. على حسب نص المادة 46 من قانون المدني المصري: المرجع السابق، ص 11.

³ د/ رمضان أبو السعود: المرجع السابق، ص 230 ومايليها.

وعليه يجوز للقاصر أن يتفق على شرط التحكيم، وفقاً للنطاق التي منحتها الجهة المختصة للإذن بالتجارة¹.

بينما القاصر لا يمكن أن يتفق على شرط التحكيم على أساس الإذن له بإدارة أمواله².

3- مرحلة بلوغ سن الرشد:

قد يبقى الشخص يحتاج من يقوم مقامه (الولي، الوصي، أو المقدم) لمباشرة تصرفاته عند بلوغه سن الرشد كأن يصاب بإحدى العاهات التي تؤثر على سلامة التدابير (السفه أو الغفلة)*؛

أما إذا تأثر العقل بعاهة كالجنون أو العته، فإن الشخص لا يجوز له مباشرة أي تصرف قانوني؛ لأن أهليته منعدمة³، ويطبق عليه نفس الأحكام السابقة الخاصة بناقص الأهلية، وبعديم الأهلية.

ب- إذا صدر في حق الشخص الراشد حكماً قضائياً بالحجر عليه لسبب إصابته بإحدى العوارض التي تؤثر على سلامة الأهلية (كالجنون، العته، السفه أو الغفلة)، كانت

¹ د/ أحمد محمود عبد البديع شتا: المرجع السابق، ص 90 .

² د/ سيد أحمد محمود: المرجع السابق، ص 90، 91.

* غفلة: مصدر غفل، غيبة الشيء على بال الإنسان وعدم تذكره إياه؛
سفيه: ذو سفه وجهل و وقاحة؛

مجنون: فاقد العقل، جنون: زوال العقل؛

معتوه: ناقص العقل، عته: ضعف عقله من غير جنون، اكتساب من غير ورثة؛

أنظر معجم جبران مسعود: الرائد معجم ألباني في اللغة والإعلام، دار العلم للملايين، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، تموز/يوليو/2005، ص 645، 493، 791، 831، 322، 596 على التوالي.

³ أ.د/ العوضي العوضي عثمان: المرجع السابق ص 211.

بذلك جميع تصرفاته باطلة لانعدام الأهلية لديه، وبهذا لا يجوز له الاتفاق على شرط التحكيم، كما يقع عليه حكم البطلان إن باشر التصرف الخاص بالتحكيم¹.

وإن تفتت وتباينت العاهة لدى الشخص قبل صدور الحكم وعند مباشرة تصرفاته امتد إليه أيضا حكم البطلان².

وإذا صدر في حق الشخص حكم المفقود لسبب غيابه أو فقدانه، فعلى المحكمة أن تعين من يتولى إدارة شؤونه وتسيير أمواله (قد يكون وليا أو وصيا أو مقدا على حسب الأحوال)، وتمتد مهمة من يتولى ذلك إلى غاية صدور حكم بموته لأن بعد الحكم تقسيم التركة³، وتنتهي مهمته التي كانت يجاز له (الولي أو الوصي أو المقدم) القيام بها في حدود

¹ ارجع إلى نصوص المواد 101، 103، و 107 من قانون الأسرة الجزائري: المرجع السابق، ص 24، 25 . مع العلم أن المشرع الجزائري ربما أسقط سهو أحد أسباب الحجر وهو الغفلة من نص المادة 101؛ أنظر أ.د/ أحمد محمود عبد البديع شتا: المرجع السابق، ص 92 الذي أشار إلى السفه والغفلة.

² ارجع إلى نص المادة 107 قانون الأسرة الجزائري: المرجع السابق، ص 25؛

وبتحليل نص المادة 107 نجد أن المشرع الجزائري أصبغ صفة البطلان على جميع التصرفات التي يبشرها الشخص المحجور عليه بعد صدور حكم الحجر مهما كان سبب الحجر، على عكس المشرع المصري الذي يبين أسباب الحجر التي يقع عليها الحجر وهي الجنون والعتة (حسب نص المادة 114 قانون مدني مصري)، أما السفه والغافل تطبق عليهم قواعد ناقص الأهلية (نص المادة 115 قانون مدني مصري) ، أنظر أحمد محمود عبد البديع شتا: المرجع السابق ص 90،

وكذلك أصبغ المشرع الجزائري (قبل صدور الحكم بالحجر) صفة البطلان على تصرفات الشخص المصاب بأي عاهة بشرط تفشيها وظهورها وقت مباشرة التصرف، لكن يجب أن نميز قبل صدور الحكم مرحلتين، المرحلة الأولى تمتد بين طلب الحجر ممن له مصلحة إلى غاية صدور الحكم يعتبر تصرفه باطل بشرط المذكور أعلاه، أما في المرحلة التي تكون قبل طلب الحجر فتطبق عليها القواعد المذكورة سابقا والتي تخص عوارض الأهلية، بينما المشرع المصري أوضح من خلال المادة 1/115 من القانون المدني أنه يقع البطلان على تصرفات المجنون والمعنوه، وتكون قابلة للإبطال تصرفات السفه والغافل بشرط توفر نية استغلال المتعاقد وتواطئه أما علمه بالعاهة فهو أمر حتمي ما دام أنه توفرت نية استغلال فمن البديهي أن يعلم بها، و يؤكد القضاء المصري على بطلان تصرف السفه مع توفر الشروط السابقة (أنظر حكم بالطعن رقم 63 لسنة 18ق - نقض مدني مصري الصادر بجلسة 1949/12/8 حكم غير منشور نقلا عن د/ أحمد محمود عبد البديع: المرجع نفسه، ص 91).

³ ارجع إلى نصوص المواد 109، 110، 111، 115 من قانون الأسرة الجزائري: المرجع السابق، ص 25، 26.

ما طلب منه دون زيادة أو نقصان، كالاتفاق على التحكيم مثلا إذا لم يأخذ الإذن من الجهة القضائية المخولة فلا يجوز له القيام بذلك¹.

كما يمكن للمساعد القضائي المعين بحكم قضائي أن يتولى مباشرة التصرفات عن الشخص المصاب بإحدى العاهتين المتصلتين (عمي بكم، أو عمي صم، أو صم بكم)، في حين أنه بعد تسجيل قرار تعيين المساعد القضائي وقام الشخص المصاب بمباشرة التصرفات التي من أجلها عين؛ و دون أن يحضر الاتفاق دخلت تلك التصرفات دائرة قابلية البطلان².

وعليه إذا كان الاتفاق على شرط التحكيم ضمن تلك التصرفات التي من أجلها عين المساعد القضائي للقيام بها جاز له الاتفاق عليه، أما إذا خرجت عن نطاق ذلك، فلا يجوز له الاتفاق على شرط التحكيم.

يمنع الجاني من تسيير أمواله لصدور في حقه عقوبة جنائية مما يؤثر على التعبير عن إرادته، إلا أن المشرع وحرصا على عدم ضياع أموال الجاني، وعدم الإضرار بالغير، أجاز له أو للنيابة العامة، أو لمن له مصلحة أن يعين من ينوبه في تسيير أمواله، وفي كلتا الحالات ينتظر الاختيار أو التعيين بقرار المحكمة (التابعة لمحل إقامته) لأن أي تصرف على أمواله يجب الخضوع لإذنها، وعند الإفراج على الجاني يفرض على المقدم الإيفاء بتقرير شامل عن الأعمال التي قام بها خلال فترة الحكم على الجاني³.

¹ د/ سيد أحمد محمود: المرجع السابق، ص 90، إستنتاج من القانون المدني الكويتي.

² المرجع نفسه، ص 90 الذي أشار إلى نص المادتين 107 و 108 من قانون المدني الكويتي ويقابلها نص المادة 80 معدلة من قانون المدني الجزائري: أنظر أ/ أحمد لعور: المرجع السابق، ص 39، ويقابلها نص المادة 117 قانون المدني المصري: المرجع السابق، ص 21.

³ هذا ما أقرته المادة 25 من قانون العقوبات المصرية أنظر د/ العوضي العوضي عثمان: المرجع السابق، ص 216؛ و يقابلها نص المادة 9 مكرر من قانون العقوبات الجزائري (قانون رقم 06 - 23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006) التي تنص على: " في حالة الحكم بعقوبة جنائية تأمر المحكمة وجوبا بالحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم =

وعليه فإن الجاني الذي يقضي عقوبته الجنائية لا يجوز له الاتفاق على شرط التحكيم لكن يمكن للمقدم أو الولي أو الوصي (يرجع المشرع الجزائري إدارة أموال الجاني إلى الإجراءات المطبقة على الحجر) أن يقوم بالاتفاق على شرط التحكيم له، إن كان في نطاق الإذن الممنوح له، من المحكمة المختصة التي أقرت تعيينه.

ثانيا-الحالات القانونية التي يمكن أن يكون عليها الشخص الطبيعي عند اتفائه على شرط التحكيم

تتعد الحالات و نذكر منها ما يلي:

أ- الوكيل

كما ذكرنا سابقا بإمكان الشخص الأصيل أن يتفق على شرط التحكيم بنفسه متى كان راشدا (19 سنة كاملة على حسب القانون الجزائري)، ولم تتأثر أهليته بأي مانع، أو عارض، أو أن يوكل شخصا ينوبه، بشرط أن تكون الإنابة في شكل وكالة خاصة تجيز للموكل فيها أن يقوم بمباشرة الاتفاق الخاص بالتحكيم بدلا منه (تطبيقا لنص المادة 574 من القانون المدني الجزائري)¹.

كذلك الوكالة العامة التي يتحصل عليها المحامي لا تكون كافية، بل تفرض عليه وكالة خاصة بالتحكيم حتى لا يكون الاتفاق الذي يبرمه باطلا، والبطلان في هذه الحالة قد يجيزه الوكيل فيصبح صحيحا لتنازله عن حق التمسك بالبطلان، أما إذا لم يتنازل عن حق

=عقوبة من ممارسته حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية، وتتم إدارة أمواله طبقا للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي" أنظر ت. عبدالكريم: قانون العقوبات، مدعما بقرارات المحكمة العليا مع آخر التعديلات 2009، دار الجزيرة، الجزائر، 2010، ص 11 .

أما الحكم بغير ما نصت عليه هذه المادة اعتبر ذلك تعديا عن ما أقره القانون أنظر أ/ أحمد لعور: المرجع السابق، ص 38 .

¹ محمد إبراهيمي: المرجع السابق، ص 285.

التمسك أصبح الاتفاق باطل، لأن هذا الحق مقتصر على الوكيل فقط من أجل حمايته، دون الخصم الذي يجوز له ذلك¹.

ب- التاجر المفلس

إن افتتاح إجراءات التسوية القضائية أو إجراءات الإفلاس، تكون بناء على إقرار التاجر المتوقف عن دفع ديونه في أجلها المحددة، وذلك خلال 15 يوم من تاريخ التوقف عن الدفع، أو يطلب من إحدى دائنيه أو من المحكمة ذاتها، وعليه فإذا قضت المحكمة بإشهار إفلاس التاجر أو بالتسوية القضائية أنتج الحكم آثاره ابتداء من تاريخ صدوره، وإذا كان هذا التاريخ هو نفسه تاريخ التوقف عن الدفع اعتبرت تلك الفترة السابقة للحكم منعدمة، ما عدا المدة التي سمح القانون بها والتي تمتد على حسب الحالة كوفاة التاجر أو الشطب من السجل التجاري بشرط أن وفاته أو شطبه يكون بعد التوقف عن الدفع، هذا إذا كانت المحكمة لم تعين تاريخ التوقف، بينما إن حددت ذلك فلا بد أن لا يتعدى 18 شهرا التي تسبق حكم إفلاس أو التسوية القضائية بحسب المشرع الجزائري، أما المشرعين المصري والفرنسي فقد تركا للمحكمة السلطة التقديرية لتحديد ذلك²، فالتصرفات التي يباشرها التاجر خلال المرحلة المسماة بفترة الريبة والتي تسبق تاريخ الحكم بالإفلاس وتنتهي بتاريخ التوقف عن الدفع كاتفاقه على شرط التحكيم تكون صحيحة بإجازة ممثل جماعة الدائنين ما لم يتمسك بحق بطلانها، لأن هذا التصرف يمكن أن يكون باطلا إذا تمسك ممثل جماعة الدائنين بحق البطلان وهذا الحق مخول له فقط دون غيره، لكن عند اتفاق التاجر المدين

¹ د/ أحمد السيد صاوي: المرجع السابق، ص 35 وهامشها.

² د/ عبد الحميد الشواربي: الإفلاس، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص 207؛

وأنظر المواد 219، 222، 247/2 قانون التجاري الجزائري من الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 23 ديسمبر 1996، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الثانية، 2003، ص 65، 71 حيث مدد المشرع الجزائري أجل إقرار التوقف عن الدفع إلى سنة كاملة لكل من ورثة التاجر أو للمدين المشطوب من السجل التجاري أو الشريك المتضامن حسب المادتين 219، 220 قانون التجاري الجزائري.

ومتعاقد آخر على شرط التحكيم وكان الطرف الآخر على علم بوضعية التاجر أثناء اتفاقهما الذي يمكن أن يضر بجماعة الدائنين جاز للمحكمة إبطال التصرف في إطار سلطتها التقديرية، لأن البطلان ليس وجوبي بل جوازي على حسب حال التصرف كتقديرها لدرجة الضرر وكذلك لحسن النية¹.

تصرفاته بعد حكم الإفلاس:

بالرجوع لنصي المادتين 1/224 و 2/277 من القانون التجاري الجزائري نجد أن التاجر المفلس لا يسمح له بمباشرة أي اتفاق يخص التحكيم ابتداء من تاريخ صدور الحكم بإشهار إفلاسه لأنه لم يعد مؤهلا للتصرف أو لتسيير أمواله، فيعين بذلك وكيل التفليسة، ليتولى بدلا منه مباشرة هذا الاتفاق على أن يخرج نطاق الإذن الممنوح له من المحكمة، بينما هذه الجهة المختصة لا تمنح الإذن لوكيل التفليسة إلا إذا قدم القاضي المنتدب تقريرا يثبت فيه وجود ضرورة تستلزمها مصلحة الدائنين أو المصلحة العامة.

أما إذا صدر في حق التاجر المدين حكم بالتسوية القضائية فلا يجوز له الاتفاق على شرط التحكيم بكل حرية، بل يشترط أن يساعده وكيل التفليسة لمباشرة ذلك، لأنه هو الأثر المترتب عن حكم التسوية، مع وجوب توفر شرط الإذن الممنوح من القاضي المنتدب، حتى يحق له مباشرة هذا الاتفاق الخاص بالتحكيم، وقد يضاف إلى هذه الشروط المذكورة سابقا شرط آخر هو وجوب التصديق من المحكمة في حالة ما إذا تعدت قيمة العقد المتضمنة شرط التحكيم اختصاص المحكمة (الدرجة الأخيرة)، أو كانت قيمة العقد غير معلومة².

¹ أنظر المواد 215، 216، 225 قانون التجاري الجزائري: المرجع السابق، ص 63، 66.

حتى وإن لم يتوقف التاجر عن دفع ديونه فالمحكمة الحق بالقضاء لشهر إفلاسه لسبب التدليس الفقرة 2/225 من قانون التجاري الجزائري.

² أنظر المواد 3/244، 2/275، 276 و 1/277 من المرجع نفسه: ص 70، 77، 78.

وقد لا يبقى التاجر المدين محتفظا بنفس الوضعية المقررة عند الحكم عليه بالتسوية القضائية، بل يمكن أن تقيد حرية تصرفه فيصبح غير مؤهل لمباشرة أي تصرف خاص بأمواله، بما فيها التحكيم إلا إذا تحققت إحدى الحالات المنصوص عليها في القانون والتي يتحول فيها التاجر إلى حالة التفليسة بعدما كان في حالة التسوية القضائية والتحويل يكون بناء على حكم آخر¹.

كما يمكن أن يقع التصالح بين المدين والتاجر ودائنيه في إطار عقد الصلح الذي نشأ بينهما على مسألة الديون، وذلك لتحديد مواعيد استحقاقها، أو تحديد طرق تسديدها، في حين أنه لا ينتج عقد صلح آثاره إلا بعد صدور الحكم القضائي بالتصديق عليه، ويكون هذا الحكم مستوفي لجميع طرق الطعن فيه، أي حكم نهائي ليرتب عليه إنهاء مهام وكيل التفليسة، وكذا استرجاع أهلية المدين التاجر في التصرف، وبالتالي يمكن له أن يباشر أي اتفاق خاص بالتحكيم وتبقى صحيحة، حتى وإن تم إبطال، أو فسخ عقد الصلح ما لم تتعرض حقوق دائنيه إلى طرق احتيالية، أو تدليسية الصادرة من المدين².

ج-التعهد عن الغير و الحارس القضائي و الأشخاص المتضامنين:

1-التعهد عن الغير:

فقد تقتضي سرعة المعاملات التجارية أن يباشر شخص لحساب غيره بإبرام عقد يتضمن شرط التحكيم دون إحرازه على القبول المطلوب قانونا من الشخص الذي أبرم لحسابه، لخروج هذا التصرف عن نطاق النيابة الشرعية أو القانونية التي تجيز له مباشرة مثل هذه التصرفات، في حين يشترط له أن يضع تعهدا في العقد أثناء إبرامه مع وجوب

¹ أنظر المواد من 336 إلى 339 قانون التجاري الجزائري: المرجع السابق، ص 90، 91.

² أنظر المواد من 317 إلى 334 و 345 من نفس القانون: ص 86 إلى 89، ص 92.

إحرازه على موافقة الغير (إما يمنح الإذن أو بإجازة الموكل) حتى يرتب هذا العقد آثاره، و إن لم يحصل على الموافقة أصبح العقد باطلا¹.

غير أن المشرع ألزم الكتابة في القبول بشرط التحكيم (12 تحكيم مصري)، ويقابلها الماد 1012 قانون الجزائري الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

2- الأشخاص المتضامنين:

فالدائنين المتضامنين والمدينين المتضامنين لهم كامل الحرية في قبول، أو رفض أي اتفاق خاص بشرط التحكيم الذي يبرمه أحد متضامينهم²،

إذا قبلوا الاتفاق انصرفت إليهم آثاره، وإذا رفضوا لا تتصرف إليهم أي آثار له ويبقى الاتفاق صحيحا بالنسبة لمن باشره فقط³.

د- الحارس القضائي:

يعين الحارس القضائي من طرف المحكمة من أجل عدم ضياع الأموال المتنازع عنها، فيتولى حراستها في حدود السلطات المخولة بذلك، فقد يدعو الأمر أثناء ممارسة مهامه التي تنتهي بنهاية التنازع القائم، أن يباشر التصرف الخاص بشرط التحكيم، فيكون هذا التصرف صحيحا ما لم يخرج عن نطاق الإذن الممنوح له من الجهة المختصة (المحكمة)⁴.

¹ د/ مصطفى محمد الجمال، د/ عكاشة محمد عبد العالي: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص 456 وما يليها.

² د/ أحمد أبو الوفاء: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، مصر، 1988، ص 141 نقلا عن د/ مصطفى محمد الجمال...: المرجع السابق، ص 459، 460.

³ المرجع نفسه: ص 460، 461.

⁴ المرجع نفسه: ص 440.

الفرع الثاني: أهلية الشخص المعنوي

تعتبر كل من الدولة، الولاية، البلدية، والشركات المدنية، التجارية والجمعيات، الوقف والمؤسسات من الأشخاص المعنوية، وكذلك يضاف إليهم المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وكل مجموعة تملك الشخصية القانونية التي أقرها القانون إياها سواء أكانت مجموعة أموال أو أشخاص؛

وبمجرد تكوين الشخص المعنوي والاعتراف به يصبح في حدود طبيعته، وفي إطار ما سطر لتحقيقه قادر على تحمل ما عليه من واجبات وتمتع بما له من حقوق؛

كما للشخص المعنوي أهلية مباشرة التصرفات القانونية لحسابه عن طريق ممثله الذي يكون شخص طبيعي ومؤهلا قانونا للقيام بذلك؛ وكذلك يكسب الشخص المعنوي ذمة مالية خاصة به، وموطن يثبت مقره، واسم يميزه، وغيرها من الحقوق التي يمكن أن تتقبله طبيعته¹؛ قد يكون الاتفاق على شرط التحكيم من بين التصرفات التي يباشرها الممثل تمثيلا صحيحا من أجل الشخص المعنوي بنوعيه (الخاص والعام)².

1- أهلية الأشخاص الاعتبارية العامة:

بما أن الدولة، والأجهزة التابعة لها كالشركات، والمؤسسات العامة، والهيكل الأخرى ذات الطابع العمومي تعد من الأشخاص الاعتبارية العامة³. وعليه فإن رئيس الدولة أو أحد الوزراء يمكن أن يكون طرفا في إحدى العقود التي تبرم

¹ د/ رمضان أبو السعود، : المرجع السابق، ص 258 ويليها؛ وأنظر نص المادتين 49 معدلة و50 من قانون المدني الجزائري: المرجع السابق، ص 25، ص 26، ويقتبلها نص المادتين 52 و53 قانون المدني المصري: المرجع السابق، ص 11 و ص 12.

² د/ محمد نور شحاته: مفهوم الغير في التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1417هـ/1996م، ص 47-48.

³ د/ أحمد محمد عبد البديع: المرجع السابق، ص 119.

لصالح دولتهم، لأنهم لهم الحق في تمثيل الدولة، وكذلك ممثلي المؤسسات والشركات العمومية، وغيرها من الأجهزة التابعة لهذه الدولة أن يكونوا هم أيضا طرفا في أحد العقود شريطة أن يبرموا لصالح دولتهم¹، غير أن هناك اختلافا فقهيًا، وقضائيا، وتشريعيا حول مسألة سماح، أو عدم سماح تقييد قدرة الدولة والأجهزة التابعة لها على الاتفاقات الخاصة بشرط التحكيم².

فالمشرع المصري مثلا لم يقيد أهلية مباشرة الاتفاقات الخاصة بالتحكيم (دولي أو داخلي) بالنسبة للدولة أو لأجهزتها بل ترك لهم حرية مباشرتها (المادة 01 من قانون التحكيم المصري)³.

كذلك المشرع الأردني لم يخرج عن نطاق ما أخذ به المشرع المصري في مسألة أهلية الدولة والأجهزة التابعة لها (المادة 3 و 9 قانون التحكيم الأردني وقوانين الاستثمار لسنة 1995)⁴.

بينما المشرع الفرنسي كان مخالفا للتشريعات التي تسمح للدولة والشخص الاعتباري العام لمباشرة أي اتفاق خاص بالتحكيم⁵، لكن المنع المفروض على الدولة والمؤسسات العامة، لم يبقى منعا مطلقا كما كان في البداية، ويرجع ذلك إلى التأثير بالتحويلات التي شهدها العالم على جميع المستويات، خاصة المجال الاقتصادي، وتطور الوظيفة التقليدية التي كانت تمتاز بها الدولة، بالإضافة إلى الواقع التجاري الدولي المفروض على الدول، مما استدعى حتما على المشرع الفرنسي أن يواكب ذلك بالتنازل نوعا ما على هذا المنع، فجاءت

¹ للتفصيل أكثر أنظر كل من أ.د/حفيظة السيد حداد: العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 37؛ أنظر د/ بشار الأسعد: عقود الدولة في القانون الدولي، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2010، ص 28.

² د/ أحمد محمد عبد البديع: المرجع السابق، ص 120؛ وأنظر د/ عمر نوري عباينة: المرجع السابق، ص 127.

³ د/ أحمد محمد عبد البديع: نفس المرجع، ص 128-129.

⁴ د/ عمر نوري عباينة: نفس المرجع، ص 133 وما يليها.

⁵ د/ باسمة لطفي دباس: شروط التحكيم وآثاره، دار النهضة العربية، القاهرة، 1426هـ/2005 م، ص 64.

النصوص التي تجيز اللجوء إلى التحكيم أي الاتفاق على التحكيم بالنسبة للمؤسسات الصناعية والتجارية ذات الطابع العمومي¹.

كذلك بالنسبة للدولة، لكن هذه الإجازة لم يتركها المشرع دون قيد، بل استوجب إضافة لها ترخيص أو إذن مسبق (نص المادة 2/2060 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لسنة 1975)².

بينما القضاء الفرنسي اعتبر الحظر المفروض في نص المادتين 83 و 1004 من القانون الإجراءات المدنية القديم الخاص بالدولة والأشخاص المعنوية العامة، ليس من قبيل النظام العام الدولي لذا لا يمتد تطبيقه على المعاملات الدولية، بل يقتصر تطبيقه فقط على عقود النظام الداخلي وأن القاضي الفرنسي ما دام لا يعرف محتويات القانون الأجنبي، فكيف له أن يستبعد تطبيقه واعتبر هذا القرار الأول الذي يلجأ فيه القضاء الفرنسي³ من خلال ما أقرته محكمة الاستئناف باريس في قضية (Myrtoon steam shiq) بتاريخ 10 أبريل 1957، وعد هذا الاجتهاد القضائي التي جاءت به محكمة الاستئناف نقطة البداية⁴.

¹ د/ أشرف عبد العليم الرفاعي: التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية، دراسة في قضاء التحكيم، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 259، 260 و ص 271، 272؛ و أنظر د/ تراري ثاني مصطفى: التحكيم في المنازعات الإدارية، مقال منشور في نشرة المحامي التي تصدر عن منظمة المحامين، سطيف، عدد 9 مايو 2009، ص 09. وللنفاصل أكثر عن أهلية الدولة و المؤسسات العامة في فرنسا أنظر:

Ph, Fauchard, Egaillard, b.Goldman: Traité de L'arbitrage commercial internationale, litec, Librairie de la cour de cassation, Paris, n date, p 330 ex ...

² د/ أشرف عبد العليم الرفاعي: المرجع السابق، ص 271.

³ **Ph, Fauchard, Egaillard,** : op.cit, p 334,335.

⁴ **JCP**, 1957.11.10078, Noté H,Motulsky ; **JDI**, 1958.1002. Noté Goodman, Rev cit, Dip, 1958.120.Noté LOussouarni, D 1958.699. Obs, J robert

نقلا عن:

Ph, Fauchard, Egaillar : op.cit. p 334 .

أنظر د/ تراري مصطفى: المرجع السابق، ص 9.

كما أصدرت بعدها محكمة النقض الفرنسية حكم آخر يلبي فيه احتياجات التجارة الدولية مما جعله يستثني الشخص المعنوي العام من المنع المفروض عليه في مجال العقود الدولية¹.

ويرى الفقه بأن سماح اللجوء إلى التحكيم في مجال التجارة الدولية بالنسبة للدولة والأشخاص الاعتبارية العامة يرجع الفضل للقاعدة الموضوعية التي أقرها هذا القرار الأخير، وعليه تم التوصل إلى الحل الأنسب في الوقت الحالي فيما يخص العقود التجارية الدولية الذي يبرمها الشخص المعنوي العام وذلك بتطبيق القاعدة الموضوعية السابقة التي أجازت التحكيم في ذلك².

• موقف المشرع الجزائري:

لقد أصدر المشرع الجزائري العديد من التشريعات والقوانين فيما يخص مسألة أهلية التحكيم الدولي بالنسبة للدولة والشخص الاعتباري العام منذ أن استقلت هذه الدولة، حيث وجدت من القوانين، والمراسيم، والأوامر التي أجازت للدولة والشخص المعنوي العام حق اللجوء إلى التحكيم الدولي ومنها من فرضت المنع عليها كلياً، ومنها من فرضت المنع فقط على الدولة، وتركت حق اللجوء إلى التحكيم غير ممنوع بالنسبة لإحدى مؤسساتها العامة؛

وكانت البداية بجواز للسلطات العامة بحق اللجوء إلى التحكيم الدولي عند نشوء الخلافات، وهو ما أثبتته الإعلان الخاص بالتعاون في مجال المحروقات (15 مارس 1962)، وتلاها قانون آخر ليجسد إمكانية اللجوء للتحكيم المتمثل في قانون الاستثمار لسنة

¹ Cass. 1^{er} civil, 02 mai 1966, Galakis

نقلا عن:

Ph, Fauchard, IBID, p 335.

² Jaques Béguin, Michel Ment Jucq : Droit du commerce international, litec, paris, 2005, p 890.

1963*، وبالفعل أبرمت الجزائر العديد من الاتفاقيات الدولية التي تضمنت شرط التحكيم الدولي ومنها الاتفاقيات الخاصة بفرنسا 1963* و 1965*، وكذلك مع أمريكا سنة 1968 (شركة وطنية وشركة أمريكية)، غير أن المشرع الجزائري سرعان ما استبدل حق إباحة اللجوء للتحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة إلى عدم الإباحة لهم، أي فرض الحظر عليهم وذلك بصدور سلسلة من القوانين المتعاقبة كان أولها قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966، إذ النص فيه كان صريحا بالمنع أي عدم الجواز بالتحكيم؛

أما قانون الاستثمار لسنة 1966* وقانوني *71-22 و *71-24 الذي جاء بعد التأميم يتم استخلاص المنع ضمنيا، لأن هذه القوانين لم تشر لمسألة التحكيم، وعليه فالمحاكم الجزائرية هي صاحبة الاختصاص عند نشوء الخلافات، واستمر الوضع التشريعي على حاله أي منع في فترة السبعينات، لكن فترة الثمانينات كذلك لم تأت بجديد من الناحية التشريعية حيث استمرت جل القوانين المتعاقبة على نفس المنوال السابق، فـقانون 82-13* وكذا قانون 86-13* من بين القوانين التي تثبت ذلك، وعلى الرغم أن القانون 86-13 منع بدوره أهلية التصرف للشركات مختلطة الاقتصاد، إلا أن مسألة الاتفاق على التحكيم تبقى من المحظورات عليها، لأن المحاكم الجزائرية هي صاحبة الاختصاص في المنازعات التي تنشأ، وذلك بنص صريح في هذا القانون على حسب ما يراه بعض الباحثين¹؛

¹ عليوش قريوع كمال: المرجع السابق، ص 2 وما يليها وهو الذي أشار أيضا إلى هذه القوانين:

* مرسوم رقم 63-364 الموافق 14 سبتمبر 1963، الجريدة الرسمية عدد 67 مكرر الصادرة في 17 سبتمبر 1963، ص 966 وما يليها؛

* أمر رقم 65-287 الموافق ل 18 نوفمبر 1965، الجريدة الرسمية، 19 نوفمبر 1965، ص 980 وما يليها؛

* أمر رقم 71-22 مؤرخ في 16 صفر عام 1391 الموافق ل 12 أفريل 1971 يتضمن تحديد الإطار الذي تمارس فيه الشركات الأجنبية نشاطها في ميدان البحث عن الوقود السائل واستغلاله، الجريدة الرسمية، عدد 30 الموافق ل 13 أفريل 1971، ص 425؛

* قانون رقم 63-277 الموافق ل 26 جويلية 1963 يتضمن قانون الاستثمار، الجريدة الرسمية عدد 53، المؤرخ 2 غشت 1963؛ =

لكن من ناحية أخرى نجد أنه في سنة 1983 تم التوصل بين الجزائر وفرنسا إلى إبرام اتفاق خاص بالتحكيم التجاري الدولي في مجال تعاملاتهم¹.

كذلك صدر بعدها قانون خاص ينظم ويسير المؤسسات الاقتصادية العمومية 1988*، إلا أن الفقهاء اختلفوا حول إحدى نصوصه ومدى موافقتها مع المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية 1966، فهناك من الفقهاء من أجاز لهذه المؤسسات بإبرام اتفاق التحكيم وهناك من كان رأيه مخالفا تماما لذلك؛

بعدها حلت على المشرع الجزائري مرحلة جديدة وهي فترة التسعينات جاءت بالجديد بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي، ليواكب ويشارك ويساهم ولو بقسط ضئيل في إيجاد الحلول اللازمة للخروج من النكسة التي أصابت الاقتصاد الوطني، فكان قانون رقم 93-03 المعدل والمتمم للقانون الإجراءات المدنية رقم 66-154 خير دليل على ذلك بحيث تنازل المشرع عن الحظر المفروض سابقا في القوانين المتعاقبة منذ 1966، واستبدل مكان الحظر بجواز إبرام الاتفاقات الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي بالنسبة لكل من الدولة والأشخاص المعنوية الأخرى، كما تلتها قوانين أخرى لتأكيد هذا الجواز كقانون الاستثمار 1993* مثلا².

= قانون رقم 66-284 مؤرخ في 17 جمادى الأولى 1386 الموافق ل 10 سبتمبر 1966 المتضمن قانون الاستثمار، الجريدة الرسمية 15 سبتمبر 1966، ص 1202؛

* قانون رقم 82-13 المؤرخ في 09 ذي القعدة 1402 الموافق ل 28 غشت 1982 والمتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصادية وتسييرها المعدل المنتم بقانون 86-13.

¹ أ/ محمد كولا: المرجع السابق، ص 44.

² أ/ عليوش قريوع كمال: المرجع السابق، ص 6 وما يليها؛ وكذلك أشار في مرجعه إلى هذه القوانين الآتية:
*قانون رقم 88-01 و المؤرخ في 22 جمادى الأولى 1408 الموافق ل 12 يناير 1988 ويتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، الجريدة الرسمية عدد 1، 13 يناير 1988؛
*مرسوم تشريعي رقم 93-12 مؤرخ في 19 ربيع الثاني 1414 الموافق ل 5 أكتوبر 1993، يتعلق بترقية الاستثمار الجريدة الرسمية، العدد 64، الموافق ل 10 أكتوبر 1993، ص 3، 10.

ولم يغير المشرع موقفه بعد ذلك حتى عند تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية في سنة 2008.

وتجدر الملاحظة أننا نجد عدم مشروعية الاتفاقات الخاصة بالتحكيم خلال الفترة الممتدة بين صدور قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 وصدور قانون المعدل له في 1993 والملغي للحظر المفروض على التحكيم¹.

حتى الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم لم تتأخر في إبداء موقفها تجاه أهلية الشخص الاعتباري العام في إبرام اتفاقات التحكيم من عدمها؛ الأصل أن معظم هذه الاتفاقيات، أجازت إبرام الاتفاقات الخاصة بالتحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة منها الاتفاقية الأوروبية 1961 (المادة 1/2)، واتفاقية نيويورك (المادة 1/5)، والاتفاقية العربية للتحكيم التجاري، والاتفاقية الموحدة للاستثمارات العربية (المادة 29)، واتفاقية واشنطن 1965 المتعلقة بفض المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى (ديباجة والمادة 2/1)، لكن هناك اتفاقيات أضافت فكرة أخرى لتوضح أكثر فكرة الجواز، والتي راعت من خلالها النظرة التشريعية للدولة المنظمة ما إن كانت تجيز لهذا الشخص المعنوي العام بالتحكيم، أو تمنعه تماماً أو تقيده، ومن بين هذه الاتفاقيات التي أكدت هذه الفكرة هي الاتفاقية الأوروبية (المادة 2/2) واتفاقية نيويورك (المادة 1/5)².

2- أهلية الأشخاص المعنوية الخاصة في إبرام الاتفاقات الخاصة بشرط

التحكيم:

يستمد الطابع المدني، أو التجاري الذي يمتاز به الشخص المعنوي الخاص من الغرض الذي أنشأ من أجله، فالجمعيات، والنقابات يكون هدفها مدني بحت، بينما الشركات

¹ أ/ عليوش قريوع كمال: المرجع السابق، ص 14.

² أ.د/ فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، الأردن، 2006، ص 117، 118، 119.

فقد يتنوع غرضها بين مدني أو تجاري، لكن دراستنا تتمركز على الغرض التجاري الذي من أجله تكونت الشركات¹.

لذا سنتطرق إلى هذه الشركات لنوضح أهليتها في إبرام الاتفاقات الخاصة بشرط التحكيم التجاري الدولي.

أ/ شركة المساهمة²:

إن مجلس المراقبة هو الهيئة المخولة قانوناً بتعيين أعضاء مجلس المديرين الذين لا يتعدى عددهم 05 أعضاء، ولا يقل عن 03 أعضاء؛ حيث توكل لهؤلاء الأعضاء مهمة إدارة الشركة، ويكتسبون من خلال مباشرة مهمتهم أهلية التصرف باسم الشركة شريطة أن لا تخرج أهليتهم عن نطاق موضوعها؛

وعليه فإن رئيس مجلس المديرين هو الذي يدير الشركة وله الحق في مباشرة عدة تصرفات قانونية باسم الشركة، لأنه اكتسب أهلية التصرف، لكن ليست مطلقة رغم أنها واسعة، وبهذا يجوز له إبرام الاتفاقات الخاصة بشرط التحكيم التجاري الدولي، إذا كان هذا

¹ د/ أحمد محمد عبد البديع: المرجع السابق، ص 154 .

² أنظر المواد 643 و إلى 657 و 670 من قانون التجاري الجزائري: المرجع السابق، ص 178 إلى 180 و 183.

لكن يجدر لنا التوضيح إلى نقطة خاصة بالترخيص المسبق والذي أشارت إليه المادتين 654 و 670.

فتنص المادة 2/654 على ما يلي: "... و يمكن أن يخضع القانون الأساسي إبرام العقود التي يعدده لترخيص مجلس المراقبة مسبقاً..."

وتنص المادة 1/670 على ما يلي: "تخضع كل اتفاقية تعقد بين الشركة ما وأحد أعضاء مجلس المديرين أو مجلس مراقبة هذه الشركة إلى ترخيص مسبقاً من مجلس المراقبة"

بتحليل هاتين المادتين نجد أن نص المادة 654 بين أن هناك إمكانية بأن لا ينص القانون الأساسي على هذا الترخيص المسبق عند إبرام العقود وبالتالي لا يحتاج القائم على الشركة عند إبرامه لهذه الأنواع من العقود إلى ترخيص مسبق، لأن عند نص القانون الأساسي على ذلك فلا نجد أي مشكلة؛

أما نص المادة 670 ألزمته الحصول على ترخيص مسبق من الجهة المختصة، ويرجح الباحث في موضوع دراسته تطبيق نص المادة 670.

التصرف لا يخرج عن نطاق موضوع الشركة، لكن لا يتم ذلك إلا بعد حصول على ترخيص مسبق من مجلس المراقبة، وكذلك بعد المداولة مع مجلس المديرين.

ب/ شركة التضامن¹:

قد يتم تعيين من شركة التضامن مديرا واحدا أو أكثر لتولي إدارة الشركة، كما يمكن أن يكون المدير، أو المدراء المعنيين من غير الشركاء، وعند تولي المدير إدارة الشركة يجوز له مباشرة جميع التصرفات باسمها لذا يمكن له أن يبرم الاتفاقات الخاصة بالتحكيم؛

وفرضا إذا كان التصرف كاتفاق على شرط التحكيم لا يدخل في نطاق السلطات القائم على الشركة، فيرجع الأمر إلى الشركاء ليتخذوا القرار المناسب سواء يكون بالسماح لمباشرة التصرف، أو عدم السماح، فإن لم ينص القانون الأساسي على ذلك يتخذ القرار بموافقة جميع الشركاء حتى يجيز القيام بالتصرف، وقد يتخذ بالأغلبية إذا كان النص في القانون الأساسي يدلي بذلك، بالإضافة إلى ذلك يمكن أن يأخذ القرار في شكل استشارة كتابية شريطة أن ينص عليها في القانون الأساسي وهذا الشكل يكون في حالة عدم عقد الاجتماع.

ج/ شركة ذات مسؤولية محدودة²:

يمكن لشخص طبيعي أو أكثر أن يتولى مهمة إدارة الشركة ذات مسؤولية محدودة، وقد يكون ذلك من الشركاء أنفسهم أو من غيرهم، ويكتسب مدير الشركة أهلية التصرف بمجرد تعيينه، لكن هذه الأهلية يجب أن لا تخرج عن نطاق المسموح به صراحة، وبهذا يحق له القيام بالتصرفات القانونية لصالح الشركة بما فيها الاتفاق على شرط التحكيم، أما عند تعدد المدراء فمباشرة هذه التصرفات يرجع لمن يدخل في دائرة اختصاصاته صراحة؛

¹ أنظر المواد 553، 555، 556 من قانون التجاري الجزائري: المرجع السابق، ص150، 151.

² أنظر المواد 576، 577، 582، 584 من قانون نفسه: ص159، 161.

وفرضا أن التصرف الذي سيقوم به المدير كان لا يدخل ضمن اختصاصاته؟ فيرجع الأمر إلى الشركاء لاتخاذ القرار المناسب، ويكون دائما بالأغلبية، لكن الأغلبية هنا تختلف عن الأغلبية المعروفة، فالعبرة في رأس المال أي من يملك أكثر من النصف فلا يهم عدد الشركاء سواء كان واحدا أو أكثر، وإن لم يتحقق ذلك يتم اتخاذ القرار بأغلبية الشركاء دون أن تدخل مسألة ملكية رأس مال الشركة، على أن لا يتعارض كل هذا مع القانون الأساسي للشركة، أما مسألة اتخاذ القرارات والاستشارات الكتابية لا تطبق على مؤسسة الشخص الواحد، وكذلك مسألة التعيين، لأنه هو الشخص الوحيد في الشركة فيكفي إبداء موافقته فقط حتى يجيز للمدير مباشرة التصرف إن كان هذا الشخص الوحيد ليس هو المدير.

د/ شركة التوصية بالأسهم¹:

تسير شركة التوصية بالأسهم بمسير واحد، أو أكثر، وقد يكون من الشركاء أو غيرهم؛ وبمجرد تعيينه أو تعيينهم يكتسبون أهلية التصرف فيباشرون تصرفاتهم القانونية باسم الشركة، وعليه يجوز له إبرام الاتفاقات الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي إذا كان هو المسير الوحيد، أما عند التعدد يقوم بهذا التصرف من له السلطة بذلك.

* - **حالة حل الشركة التجارية مهما كان نوعها:** إذا انحلت الشركة لأي سبب من الأسباب المحددة قانونا، يصبح حالة الشركة بعد هذا الانحلال في مرحلة التصفية، فيتم بذلك تعيين مصفي واحد أو أكثر لمباشرة مهامه المحددة وفقا للجهة المعينة له².

¹ أنظر المواد 715 / 3، 4/715، 5/715 من القانون التجاري: المرجع السابق، ص 198، 199.

² أنظر المواد 766، 799، 784 من القانون نفسه : ص 242، 251، 247.

للتفصيل أكثر حول فكرة التصفية أنظر كل من د/ علي حسن يونس: الشركات التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1990، ص 591 وما يليها؛ د/ كمال محمد أبو سريع: الشركات التجارية في القانون التجاري، الجزء الأول، شركة الأشخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1404هـ/1984م، ص 166 وما يليها.

السؤال الذي يهمننا؛ هل هذا المصفي يجوز له إبرام اتفاق التحكيم أم لا؟ هناك من يرى أن المصفي يعتبر بمثابة مستخلف لمدير الشركة، وبالتالي كما يسمح للمدير بإبرام الاتفاقات الخاصة بالتحكيم، فيجوز للمصفي أن يمارس نفس المهام لأنه جاء في نفس مركز المدير، وعليه تنتقل إليه نفس الصلاحيات التي كانت مخولة له¹.

بالرجوع إلى نصوص القانون التجاري الجزائري خاصة المادة 788* منها، نجد أن المصفي حقا هو ممثل الشركة أثناء مرحلة التصفية، لكن لا يمكن له الاتفاق على شرط التحكيم، لكون نص المادة صريح فيما يخص السلطات المخولة له، وكذلك أن السلطات المخولة لمدير الشركة قبل حلها لا تبقى نفسها عند حلها للمصفي، بالإضافة إلى ذلك كيف يقبل المتعاقد الآخر على إبرام اتفاق خاص بشرط التحكيم مع مصفي الشركة وهو يعلم أن مهمة المصفي محدودة المدة (المادة 785 قانون تجاري جزائري).

وبناء على أهلية التصرف المكتسبة يقبل المصفي باسم الشركة المنحلة وسائل حل المنازعات سواء التحكيم أو الصلح أو القضاء فيما يخص مسألة التمثيل²، شريطة أن ينص ذلك من الجهة المعنية للمصفي على حسب نص المادة 788 من القانون التجاري الجزائري لأنه إذا لم يسمح له بذلك فلا يجوز له أن يقبل أي طريق (القضاء ، وسينتج منه التحكيم الصلح والوساطة) لحل المنازعات.

¹ أنظر موسوعة دالوز للإجراءات المدنية، التحكيم، القانون الداخلي، نيد5، ص 8 نقلا عن د/ مصطفى محمد الجمال...: المرجع السابق، ص 440.

*نص المادة 788: "يمثل المصفي للشركة وتخول له السلطات الواسعة لبيع الأصول ولو بالتراضي، غير أن القيود الواردة على هذه السلطات الواسعة لبيع الأصول ولو بالتراضي، غير أن القيود على هذه السلطات الناتجة عن القانون الأساسي أو أمر التعيين لا يحتج بها على الغير، وتكون له الأهلية لتسديد الديون وتوزيع الرصيد الباقي، ولا يجوز له متابعة الدعاوى الجارية أو القيام بدعوى جديدة لصالح التصفية ما لم يؤذن له بذلك من الشركاء أو بقرار قضائي إذا تم تعيينه نفس الطريقة".

² د/ أحمد محمد عبد البديع شتا: المرجع السابق، ص 158.

الفرع الثالث: الجزاءات المترتبة عن عدم توفر شرط الأهلية اللازمة عند الاتفاق الخاص بشرط التحكيم

يؤدي عدم توفر أهلية أحد المتعاقدين عند الاتفاق على شرط التحكيم التجاري الدولي، بأن يدخل ضمن نفس الأسباب التي يجوز فيها طلب إبطال التحكيم أمام القضاء، وهو الذي أشار إليه المشرع المصري صراحة في نص المادة 1/53 بند ب¹.

أما المشرع الجزائري خاصة لم ينص في الفصل الخاص بالتحكيم على هذه الأسباب التي يجوز فيها طلب إبطال حكم التحكيم، وبالتالي الرجوع إلى القواعد العامة التي توضح ذلك.

لكن يجدر بنا الإشارة، كما سبق ذكره إلى أن الأهلية قد تكون كاملة، منعدمة، أو ناقصة، فإن توفرت الأهلية اللازمة عند الإبرام فيترتب صحة التصرفات المباشرة بالنسبة للشخص المتوفرة فيه؛

وإن كانت الأهلية منعدمة أو ناقصة فيترتب عليها جزاء قانوني هو البطلان، بحيث يكون نسبيا بالنسبة لناقص الأهلية، ومطلقا لفاقدها، فالأول يسمح فقط للشخص الواقع عليه سبب النقصان، أو لأحد ورثته، أو السلف، أو ممثله الاتفاقي أو الشرعي بطلب الإبطال، بينما لا يجوز ذلك للقاضي أو للمتعاقد الآخر، على عكس البطلان المطلق الذي يجيز ذلك لكل الأشخاص المذكورين سابقا، بالإضافة إلى كل شخص تتوفر فيه شرط المصلحة في هذا العقد؛

وكما يحدد القانون في مسألة التقادم بأن يمر من يوم الاتفاق 15 سنة كاملة حتى يتقادم الطلب الخاص بالبطلان المطلق، ولا وجود لحق الإجازة في هذه الحالة، أما البطلان النسبي قد يتخلى عنه طالبه بالإجازة، بينما تقادمه يستوجب الانقضاء من اليوم الذي يصبح

¹ د/ أحمد محمد عبد البديع شتا: المرجع السابق، ص 96.

فيه الشخص المتعاقد كاملا للأهلية ثلاث سنوات، كذلك للورثة من يوم وفاة ناقص الأهلية بمرور نفس المدة، وهذا بحسب القانون المصري، على خلاف القانون الجزائري الذي حددها بمرور خمس سنوات¹.

¹ للمزيد من التفاصيل أنظر د/ رمضان أبو السعود، د/ همام محمد محمود: المرجع السابق، ص 434 و مايليها، وقد أشار أيضا إلى المواد 138 حتى 141 من القانون المدني المصري، ويقابلها نصوص المواد من 99 إلى المادة 102 من القانون المدني الجزائري: المرجع السابق، ص 45، ص 46.

المطلب الثالث: فكرة الموضوع في شرط التحكيم التجاري الدولي والسبب اللازم لإبرامه

لا تكتمل الشروط الموضوعية بمجرد توفر شرط الرضا والأهلية الكاملة، بل يجب أن يضاف إليها شرطان آخران هما السبب والمحل.

الفرع الأول: فكرة الموضوع في شرط التحكيم

تمهيد: إن الالتزام الذي يقع على عاتقي المتعاقدين ينشأ بمجرد إبرام العقد، في حين أن جوهر الالتزام يتمثل فيما يرتب على المتعاقدين أن ينفذوه ، أي ما يقومون به؛

كما للمحل شروط لا بد منها، لأن عدم توافرها يؤدي حتما إلى بطلان الاتفاق، وتتمثل هذه الشروط في ضرورة وجود هذا المحل في الاتفاق، أو هناك إمكانية التي قد تثبت وجوده، وكذلك وجوب تعيينه لأن المحل إن لم يكن معين يكفي دخوله ضمن زمرة قدرة تحديده، كما يجب أن لا يخرج عن نطاق المشروعية ولا عن دائرة التصرفات المسموح بها¹.

إن موضوع المنازعات المحدد عند الاتفاق على شرط التحكيم والتي يمكن لهيئة التحكيم، النظر في موضوعها هو الذي يمثل محل التحكيم².

غير أن المنازعات تختلف باختلاف المسائل التي يمكن أن ينشأ النزاع من أجلها، لأن اللجوء إلى طريق التحكيم في بعض المسائل قد لا يسمح به، بينما يكون جائز في مسائل أخرى، لذا يجب مراعاة ذلك عند تحديدها حتى لا يفرغ شرط التحكيم من محتواه، فالمسائل

¹ د/ العوضي العوضي عثمان، د/ محمد عبد الغفار البسيوني: المرجع السابق، ص 265، 266 ؛

د/ حسين النوري: المرجع السابق، ص 137 وما يليها. كما أشار المشرع الجزائري إلى هذه الشروط في النصوص المواد 92 إلى 95 قانون المدني الجزائري، يقابلها نصوص المواد 131 إلى 135 قانون المدني المصري: المرجع السابق، ص 24، ص 25 .

² د/ نبيل اسماعيل عمر: المرجع السابق، ص 73؛ د/ محسن شفيق: المرجع السابق، ص 181.

التي يكون فيها التحكيم غير جائز، هي تلك التي تتمثل في الاتفاقات المتعلقة بإنهاء العلاقة الزوجية وإثبات النسب والحضانة وغيرها التي تصب في نفس الوعاء الخاص بمواد الأسرة، وكذلك المواد التي تمس الجنسية بأنواعها كتعدد الجنسيات أو انعدامها والجنسية المكتسبة والأصلية، بالإضافة إلى المواد التي يجرمها القانون ويعاقب عليها، وكذلك المسائل التي تخص أمور التنفيذ، لأن المشرع نظم إجراءاتها ومنع الاتفاق على مخالفتها، وعليه فإن اللجوء إلى التحكيم في هذه المسائل المذكورة يعد إخلال لما نص عليه المشرع لأن المنع جاء بقاعدة أمر لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وإلا وقع البطلان المطلق على تلك المسائل عند الاتفاق عليها، لكن الآثار المالية التي تنتج عن هذه المسائل قد تستثنى من قاعدة المنع المفروض على أصل المسألة، وأن هذه المسائل يكون اللجوء إلى الصلح فيها غير مسموح وهو ما يؤكد المشرع المصري في نص المادة 11 التي تنص على: "... لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح عليها"¹، ويفهم من هذه المادة أن المشرع ساوى بين فكرة الصلح والتحكيم بالنسبة لجواز أو عدم جواز اللجوء إليه في موضوع المنازعة، فإن كان الصلح لا يسمح به في مسائل معينة فسينتج مباشرة أن التحكيم لا يجوز فيه أيضا.

وقد وضع المشرع الفرنسي في نص الماد 2060* قانون مدني نطاق المواد التي لا يجوز اللجوء إلى التحكيم فيها، وهذا النطاق اقتصره المشرع على المواد المخالفة للنظام العام².

¹ د/ نبيل إسماعيل عمر: المرجع السابق، ص 73، 75، 76.

* تنص المادة 2060 قانون المدني الفرنسي على ما يلي:

« On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans tout les matières qui intéressent l'ordre publics »

أنظر الموقع الإلكتروني السابق: www.legifrance.gouv.fr

² أ.د/ فوزي محمد سامي: المرجع السابق، ص 128، 129.

كما يوضح المشرع الجزائري تلك المسائل من خلال نص المادة 2/442 من قانون الإجراءات المدنية الملغى¹، وأكدها أيضا في نص المادة 2/1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد*.

وبهذا فإن التشريعات المذكورة لم تخرج عن نطاق تحديد المسائل التي لا يسمح التحكيم فيها، لكن الاختلاف يكمن في فكرة النظام العام، لأن فكرة النظام العام ليست ثابتة القواعد بالنسبة لجميع الدول بل هي متوقفة على خصوصية وطبيعة كل دولة².

وباستثناء تلك المسائل المفروضة عليها المنع الخاص بعدم جواز التحكيم فيها تبقى المسائل الأخرى التي يكون فيها التحكيم جائز³،

لكن المسائل التي تهمنا هي التي تدخل ضمن النطاق التعاملات التجارية بمفهومها الواسع والتي تتحقق فيها الصفة الدولية⁴.

هناك من يرى أنه عند اتفاقهم على شرط التحكيم ولم يتطرق في متته أيضا لفكرة تعيين أو كيفية تعيين العضو أو الأعضاء المخول لهم النظر في المنازعات التحكيمية التي ستعرض عليهم سيؤدي ذلك حتما إلى بطلانه، وهي الفكرة التي نصت عليها القوانين الداخلية لبعض الدول⁵ كالقانون الجزائري مثلا.

¹ د/ بوبشير محند أمقران: قانون الإجراءات المدنية، نظرية الدعوى، نظرية الخصومة، الإجراءات الاستثنائية، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008، ص 379 .

* تنص المادة 2/1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد على "... لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم".

² أ.د/ فوزي محمد سامي: المرجع السابق، ص 128 .

³ د/ نبيل عمر إسماعيل: المرجع السابق ص 76.

⁴ أ.د/ فوزي محمد سامي: نفس المرجع، ص 127.

⁵ د/ نبيل عمر إسماعيل: نفس المرجع، ص 73.

وتنص المادة 2/1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري لسنة 2008 على: "... يجب أن يتضمن شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كفاءات تعيينهم" ؛ =

والسؤال الذي قد يطرح في حالة ما إذا كان شرط التحكيم خالي من التعريف بنوع المسائل التي يجوز لهيئة التحكيم النظر فيها، فما هو الحل إذا حدث ذلك؟ هناك من يرى أن التعريف بنوع المسائل ليس أمر ملزم أو مشروط على طرفي العقد، وذلك لعدم وقوع أي خلاف بينهما¹.

وبالرجوع إلى تشريع التحكيم المصري² والجزائري والفرنسي الحالي لا نجد لتلك الإلزامية التي يمكن أن تفرض في شرط التحكيم والخاصة بموضوع المنازعة. لكن هذا لا يعني ترك كليا مسألة التحديد عند وجود التنازع بل يستوجب أن يكون فحوى الطلب والبيان الخاص بالدعوى التحكيمية متضمن لهذا التحديد (بنص المادة 2/10 و 1/20 قانون مصري)³.

=وكذلك التشريع المغربي نص على ذلك في نص المادة 3/7 قانون المرافعات: "أن في شرط التحكيم إما على تعيين المحكم أو المحكمين إما عن طريق تعيينهم"، أنظر نص المادة من الموقع الإلكتروني www.justice.gov.mer/ar/legislation أما القانون الفرنسي أشار إلى نفس الفكرة مع إضافته لفكرة أخرى بنص المادة 1448 التي تنص على ما يلي: "يقع تحت طائلة البطلان أن تحديد الاتفاقية التحكيم موضوع النزاع وأن تعيين المحكم أو المحكمين وأن تنص على تعيينهم" أنظر الموقع الإلكتروني: www.egriac.org وللمزيد أيضا في التفصيل بالنسبة للقانون الفرنسي أنظر د/ محسن شفيق: المرجع السابق، ص 184، 183؛ لكن نص المادة 1448 من قانون إجراءات المدنية الفرنسية تم إلغاؤها بالمرسوم رقم 2011-48 بتاريخ 13/01/2011 أنظر الموقع الإلكتروني السابق: www.legifrance.gouv.fr في حين نلاحظ أن بعد هذا التعديل لا نجد أي مدة صريحة تنص على بطلان شرط التحكيم في حالة عدم تحديد موضوع النزاع، إلا أننا نجد المادة 1445 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي تنص على بطلان في حالة عدم تحديد الموضوع مشاركة التحكيم وليس شرط التحكيم، فنص المادة 1445 جاء كالآتي: "A peine de nullité, le compromis détermine l'objet du litig"

أنظر نفس الموقع الإلكتروني.

¹ د/ أحمد السيد صاوي: المرجع السابق ص 46؛

أ.د/ نبيل عمر إسماعيل: المرجع السابق، ص 74؛

د/ فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص 131؛

أ.د/ محسن شفيق: المرجع السابق، ص 184.

² د/ أحمد السيد صاوي: نفس المرجع، ص 46.

³ د/ فتحي والي: المرجع السابق، ص 131، 132.

وبالمقابل فإن القانون الجزائري لم ينص ذلك في المواد الخاصة بالتحكيم لكن يرجع الأمر لتطبيق القواعد العامة المتعلقة بما يشترط توفره في عريضة الدعوى التي تقدم أمام القضاء العادي من وجوب تعيين وتحديد لوقائع النزاع (نص المادة 5/15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد) وبالقياص مع هذا فإن الطلب الخاص التحكيم يشترط تضمنه تحيينا لوقائع المنازعة القائمة (وفي هذه الحالة تتحقق قابلية التحديد بالنسبة للمحل عند وقوع المنازعة).

الجدير بالملاحظة أن وجوب اتفاق الأطراف في شرط التحكيم إلى اللجوء للتحكيم عند حدوث النزاع الذي يترتب تنفيذه أو تفسير العقد في المستقبل، وهو إلزام واجب في شرط التحكيم¹.

الفرع الثاني: السبب اللازم لإبرام شرط التحكيم التجاري الدولي

لم يكن لفكرة السبب وجود في العقود الرومانية القديمة، لأن الشكلية هي المبدأ السائد على تلك العقود، ومع لتطور الذي شهده القانون الروماني لم يعد يأخذ بمطلقه المبدأ السابق، بل أصبح يعتمد على مبدأ آخر يتمثل في الرضائية واتخذوها كمبدأ أساسي في تكوين نوع آخر من العقود الجديدة، بحيث أصبحت الغاية التي يراد تحقيقها مباشرة من التعاقد هي المفهوم الموضوعي (المعروف بالسبب القصدي) ، والمركز عليه في نظرية السبب آنذاك، دون الأخذ بعين الاعتبار ما يوجد في نية المتعاقد من دافع أو حافز يجعله يقدم على إبرام العقد، وهو المفهوم الذاتي المستقر عليه من طرف رجال الكنيسة، مع اشتراطهم أيضا بعدم مخالفة هذا الباعث للنظام العام، وأن لكل متعاقد سبب خاص به لا يشبه غيره عند إبرامهم للنوع نفسه من العقود، لأن السبب لا يدخل ضمن موضوع العقد؛

وبعدها جاءت نظرية التقليدية للسبب والتي تبناها الفقهاء الفرنسيين، حيث تخلو بدورهم عن المفهوم الذاتي للسبب، وتمسكوا بالمعنى الموضوعي له وتوصلوا بأن السبب يختلف عن

¹ د/ نبيل إسماعيل عمر: المرجع السابق، ص 74 .

الباعث وأنهما ليس شيء واحد، فالأول هو الغاية التي يراد تحقيقها مباشرة من التعاقد، أما الباعث هو الغاية التي يراد تحقيقها من التعاقد التي لا تتصل بموضوع العقد لكونها غير مباشرة، كما أن لكل متعاقد باعث خاص به لا يشبه باعث غيره الذي يبرم في النوع نفسه من العقود؛

لكن لم تبقى نظرية السبب على حالها بل انتقدت وبها ظهرت النظرية الحديثة التي ربطة بين المفهومين للسبب الموضوعي وكذا الذاتي، بحيث أنهم لم يتخلوا عن الفكرة الموضوعية للسبب واشتروا مشروعية الباعث حتى يصح العقد لأن عدم توفر تلك الصفة في الباعث يؤدي إلى بطلان العقد بشرط أن يكون المتعاقد الآخر على دراية أو من المفروض أن يدرك عدم توفر هذه الصفة في الباعث، وإن لم يتحقق الشرط الخاص بالمتعاقد الآخر بقي العقد صحيحا، في حين التشريع المصري ينظر للسبب في العقد أنه شرط لا بد من وجوده، كما يلزم توفر صفة المشروعية فيه حتى لا يبطل العقد لأن عدم توفر أحد الشرطين سيؤدي إلى ذلك حتما، وبهذا تكون النظرية الحديثة للسبب هي النظرية التي استقر عليها التشريع المصري بنص المادة 136 مدني¹.

غير أن شروط السبب لا تنحصر فقط في وجود المشروعية، بل يضيف لها البعض (الفقه والتشريع) وجوب توفر شرط ثالث وهو صحة السبب².

ومن بين التشريعات التي أضافت هذا الشرط إلى السبب هو التشريع الفرنسي، الذي اشترط توافر الشروط الثلاث في السبب حتى ينتج الالتزام آثاره³.

¹ د/ رمضان أبو السعود، د/ همام محمد محمود: المرجع السابق، ص 427 وما يليها؛

د/ محسن النوري: المرجع السابق، ص 150 وما يليها.

² د/ خليل أحمد حسن قداة: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 73.

³ Art 1131 Code Civile Français: " L'obligation sans cause, ou sur fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet "

وكذلك النظرية الحديثة للسبب هي النظرية التي استقر عليها التشريع الجزائري بالرجوع إلى نص المادة 97 مدني، والتي يمكن الاستنتاج منها شرطي الوجود والمشروعية الواجب توافرها في السبب حتى لا يدخل العقد إلى دائرة البطلان المطلق، رغم أن شرط الوجود لم تشر إليه المادة بشكل صريح إلا أن حسب رأي البعض يمكن استخلاص ذلك منها، واستدلالاً بأن الالتزام الذي يقع على عاتق المتعاقد يفترض وجود السبب فيه لأنه من غير المعقول أن نعتقد العكس¹.

وهناك من يرى أن المادة 97 بنصها الفرنسي بينت شرطين بصورة واضحة دون أي لبس².

بينما الرأي الآخر يرى أن المشرع لم يشترط في نص المادة 97 إلى شرط الوجود بل أشار إلى المشروعية فقط³.

لكن نرجح الرأي الثاني أكثر، لأن النص الفرنسي صيغته جاءت حقا واضحة في إشارتها إلى الشرطين،

وبغض النظر عن النص الفرنسي نرجح الرأي الذي استنتج شرط الوجود من نص العربي للمادة 97 وقدم حجة لذلك غير أننا نضيف حجة أخرى تتمثل أن البحث عن صفة المشروعية على أي شيء يطبق هذا البحث، فلا بد من وجود سبب يطبق عليه البحث، لأن انعدام وجود السبب سيؤدي بنا حتما إلى أن لا نتبين مشروعيته من عدمها، وهذه الحجة مستنتجة من خلال آراء الفقهاء السابقة.

1 د/ محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص 237.

2 د/ علي فيلاي: المرجع السابق، ص 260.

3 د/ خليل أحمد قداة: المرجع السابق، ص 73.

وبناء على كل ما تقدم نصل إلى معرفة ما هو السبب عند الاتفاق المتعلق بشرط التحكيم التجاري الدولي، لكن السؤال الواجب طرحه لمعرفة هذا السبب هو لماذا يلتزم المدين¹؟ أو بمعنى أدق لماذا يلتزم المتعاقد عند اتفائه على شرط التحكيم التجاري الدولي؟

الإجابة تكون على النحو التالي:

لإيجاد حل للمنازعات التي يمكن أن تقع في المستقبل عن طريق التحكيم، وعند تطبيق لشرط السبب وفقا للقانون الجزائري نجد أن السبب موجود هو إيجاد الحل، أما توفر صفة المشروعية فإن لجوء الأطراف إلى التحكيم لإيجاد الحل المناسب للمنازعات، وتجنبهم القضاء العادي هو أمر مشروع لا يخالف النظام العام ما دام أن التحكيم هو الطريق البديل عن القضاء العادي وهو جائز حسب التشريع الجزائري إذن السبب مشروع.

¹ هو المعيار المدرسي من وضع oudot، راجع عبد الحي حجازي: نظرية الالتزامات، نظرية العامة للالتزام وفق للقانون الكويتي، مطبوعات جامعية، الكويت، 1982، ج1، المجلد الأول، ص 384، المشار إليه د/ علي فيلاي: المرجع السابق، ص 243؛ وأنظر د/ فاضلي إدريس: الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص 108 .

المبحث الثاني: الشروط الموضوعية الخاصة الواجب توافرها في شرط التحكيم التجاري الدولي.

إن الشروط الموضوعية العامة التي سبق الإشارة إليها في المبحث الأول لا تكفي وحدها لإبرام شرط التحكيم، بل يجب توفر شروط موضوعية خاصة (كتابة، تعيين المحكمين) حتى يصح شرط التحكيم صحيحاً.

المطلب الأول: الشكلية الواجب توافرها في شرط التحكيم

قد يفرض المشرع على المتعاقدين عند مباشرتهم لبعض العقود الشكلية معينة من الواجب إتباعها، لأن مخالفتها سيؤدي بالتصرف القانوني للبطلان رغم توفر مبدأ الرضائية فيه إلا أنه غير كافي لإتمام صحة التعاقد¹.

وتتجسد هذه الشكلية في شهادة الشهود عند انعقاد العقد أو بالكتابة الرسمية أو بالتدوين العرفي أو غيرها من الحالات الأخرى التي يمكن أن تأخذها الشكلية²، غير أن تحرير العقد في ورقة رسمية (الكتابة الرسمية) هي الشكلية الأكثر ذيوفا في التشريعات³.

وبهذا نوضح أولاً شرط الكتابة، وبعدها يتم توضيح أهم النماذج التي يمكن أن يكون عليها شرط التحكيم .

الفرع الأول: الكتابة في شرط التحكيم

¹ أنظر كل من د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام، المجلد الأول، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 163؛

د/ يوسف محمد عبيدات: مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الميسرة، عمان، الأردن، 2008-1430هـ، ص 28.

د/ سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999، ص 378، 379.

² المرجع نفسه: ص 379.

³ د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص 163.

لقد اتجهت العديد من التشريعات الحديثة إلى إلزامية الكتابة في شرط التحكيم لذا وجب على المتعاقدين الالتزام بها، وإلا وقع الشرط باطلا¹، ذلك لوجود حكمة وراء هذه الإلزامية تكمن في المحافظة والحرص على ما تم الاتفاق عليه من طرف المتعاقدين عند إبرامهم لشرط التحكيم، وعدم إنكارهم له وكذا العمل على تقليل قدر الإمكان من حدوث النزاع بشأنها²، كما يكسب الشرط نوع من المصادقية تجاه المتعاقدين.

ومن بين التشريعات الوطنية التي تفرض على المتعاقدين تدوين شرط التحكيم مع التوقيع على ما تم تحريره، حتى يرتب هذا الشرط آثاره التشريعية المصري، ويظهر ذلك من نص المادة 12 من قانون رقم 27 لسنة 1994، غير أن شرط التحكيم قد لا يحتاج إلى توقيع خاص به ما دام أن العقد الذي قد تم التوقيع عليه، كون هذا التوقيع يسري على جميع البنود العقد بما فيها شرط التحكيم الذي ينتمي إليه؛

لكن لا يمكن تطبيق هذه القاعدة التي جاء بها نص المادة 12 من قانون التحكيم المصري على وثيقة التأمين، رغم أن أحد بنودها ضم شرطا تحكيميا إلا أن المشرع المصري المدني (مادة 750) اعتبر ذلك غير كافيا لصحة شرط التحكيم، حتى وإن وجد ضمن بنودها، لذا فرض على المتعاقدين مباشرة اتفاق يضم في طياته شرط التحكيم، وإن لم يباشر ذلك كان الشرط باطل و هذه الحالة تعتبر استثناء عن الأصل؛

بينما إذا قام أطراف التعاقد على إدخال بعض التعديلات تمس بفحوى شرط التحكيم المتفق عليه سابقا، فلا يمكن الاعتداد بهذا التعديل إلا بعد تدوينه، كما ترك المشرع المصري للمتعاقدين حرية اختيار شكل الكتابة، سواء أخذت شكلها الرسمي أو صورتها العرفية، فكلاهما يحققان شرط الانعقاد المستقر عليه قانون 1994 للتحكيم، لأن قبل هذا القانون كانت

¹ د/ حمزة أحمد حداد: المرجع السابق، ص 95.

² د/ فتحي والي: المرجع السابق، ص 135.

الكتابة شرط للإثبات فقط وليست للانعقاد، وعليه يبقى سريان هذه الفكرة (شرط الإثبات) على جميع الاتفاقات المبرمة قبل صدور قانون 1994¹.

كذلك يتحقق شرط الكتابة المطلوب لإبرام شرط التحكيم عند استعمال المتعاقدين لوسائل الاتصال التي تكون مكتوبة فيما بينهما، وتتمثل هذه الوسائل في الرسائل المرسلة عبر البريد العادي والبرقيات والفاكس وأي وسيلة تدخل ضمن نطاق خدمات الاتصال التي يقدمها البريد (ما جاء في الفقرة الثانية من نص المادة 12 من نفس القانون)².

كما ساهم التقدم التكنولوجي الذي يشهده عالم الاتصالات في تطوير العديد من وسائل الاتصال التقليدية وابتكار وسائل أخرى حديثة، أهمها الانترنت والهواتف النقالة، حيث أصبح المرء من خلالها يستطيع التواصل مع غيره دون عناء أو مشقة، وأصبح بإمكانه عرض شرط التحكيم مثلا مع توضيح مضمونه وكذلك قبول ما عرض عليه عبر رسائل الكترونية التي تتسم بسهولة استنساخها على محررات ورقية، وبهذا تتحقق فكرة الكتابة المفروضة في شرط التحكيم، مع العلم أن اختلاف وسائل الاتصال المكتوبة التي تتم بين المتعاقدين عند الإيجاب والقبول المرسل إليه لا تؤثر على صفة شرط الكتابة³.

بينما المشرع الفرنسي (قانون الإجراءات المدنية الجديد 2011 في مادته 1443 *) ينظر إلى مسألة تدوين شرط التحكيم على أنها من المسائل التي لا بد منها عند الاتفاق على هذا الشرط، ومهما تكن الوضعية التي يكون عليها، لأنه قد يكون ضمن الوثيقة التي يمكن أن يحيل إليها المتعاقدين عند إبرامهم للعقد الأصلي، أو يكون ضمن إحدى بنود العقد

¹ د/ فتحي والي: المرجع السابق: ص 135، 136، 137.

² د/ عبد الحميد الأحذب: موسوعة التحكيم، التحكيم في البلدان العربية، الكتاب الأول، الطبعة الثالثة المنقحة و المحدثه، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 1036.

³ د/ حمزة أحمد حداد : المرجع السابق، ص 99.

● أنظر قاون الإجراءات المدنية الفرنسي 2011: الموقع الالكتروني السابق.

الأصلي ذاته، وأي تجاهل لهذه المسائل أو الاستغناء عنها سيؤدي ذلك حتما إلى بطلان الشرط¹.

كما يتضح في نفس المادة السابقة أن المشرع الفرنسي لم يفرض الكتابة كشرط لإثبات شرط التحكيم، وإنما جعل شرط الانعقاد هو أساس هذه الإلزامية²، وبالعودة إلى القضاء الفرنسي في إحدى القضايا المعروضة عليه نجد بالرغم من أن الشركة المدعي عليها أنها أرسلت ملحق يؤكد فيه البيع يتضمن شرط التحكيم عن طريق البريد، إلا أن القضاء الفرنسي لم يأخذ بشرط التحكيم، بل اعتبر أن القضاء هو المختص في حل المنازعة القائمة، كون أن هذا الملحق غير كافي لتطبيق نص المادة 1443، لأن اتفاق البيع قد تم عن طريق الهاتف أي شفهي، وبمعنى آخر أن العقد الأصلي كان شفهيًا على حسب استنتاجنا من القرار الصادر عن محكمة الاستئناف والمؤكد من محكمة النقض الفرنسية³.

ويتجه أيضا محتوى المادة 807 من قانون الإجراءات المدنية الإيطالية المعدل في عام 2006 إلى نفس مضمون ما أكدته التشريعات الوطنية، فيما يخص النقطة الخاصة بالإلزامية كتابة شرط التحكيم، وكذا حرية اختيار وسيلة الاتصال المكتوبة التي تساعد في تحقيق شرط الكتابة المطلوب⁴.

¹ Daniel Cohen : Arbitrage et Société, Librairie générale de droit et jurisprudence, paris, 1993, p 188

² Stéphane chatillon : droit des affaires international, 4^{ème} édition, Vubert, paris, 2005, p 288,289.

³ Cour de Cassation, Chambre Commerciale, Audience Publique du Mercredi 15 Juillet 1987, N° de pourvoi : 86-10592

www.legifrance.gouv.fr

منشور على موقع الالكتروني سابق

أنظر الملحق 5.

⁴ البروفيسور جورجيو برنيني: تعليق على قانون التحكيم الإيطالي، مجلة التحكيم، العدد الرابع، المرجع

السابق، ص 84.

كذلك المشرع الجزائري¹ لم يختلف عن سابقه حول هذه الفكرة، فقد أوجب على المتعاقدين كتابة شرط التحكيم عند الاتفاق عليه، مع ترك لهم حرية اختيار نوع الكتابة (رسمية أو عرفية) كما لم يحدد لهم انتهاج وسيلة اتصال مكتوبة معينة، بل ترك المجال مفتوح، وواسع في اختيار الوسيلة التي يرونها مناسبة لهم، وعليه لا يجوز للمتعاقدين مخالفة هذا الفرض أو هذه الإلزامية، لأنها ستؤدي حتما بشرط التحكيم إلى البطلان.

حتى الاتفاقيات الدولية أكدت بدورها إلزامية كتابة شرط التحكيم، فنجد مثلا أن اتفاقية نيويورك 1958 الخاصة بـ "الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها" قد وضعت صفة الإقرار والاعتراف بشرط التحكيم من طرف الدول المنتمية للاتفاقية، متوقف على مدى كتابة الشرط وإلا اعتبر هذا الشرط غير صحيح، وسقط بذلك أحقية تمسك الأطراف باللجوء للتحكيم، بحجة أنه تم الاتفاق عليه مسبقا، لكن لم يدون فقط، كما تضيف اتفاقية نيويورك بنص المادة الثانية الفقرة الثانية الحالات التي يمكن أن يثبت من خلالها تحقق شرط كتابة شرط التحكيم كبعض وسائل الاتصال المكتوبة التي يتبادلها الأطراف والمدرج في محتواها شرطا تحكيميا².

غير أننا نرى أن وسائل الاتصال المكتوبة التي أشارت إليها المادة 2/2 من اتفاقية نيويورك جاءت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، وبهذا يمكن القياس عليها واعتبار وسائل الاتصال المكتوبة الأخرى التي كانت متداولة آنذاك ووسائل ظهرت بعد 1958 بفعل التطور السريع في هذا المجال كالانترنت والهواتف النقالة تدخل كلها ضمن الزمرة المحققة لشرط الكتابة.

¹ نص المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد "تسرى اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية. يجب من حيث الشكل و تحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقيات التحكيم كتابة، وبأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة".

² د/ سراج حسين أبو زيد: التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص 276.

بينما جاءت الاتفاقية الأوروبية لسنة 1961 المنعقدة بجنيف الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي بمفهوم مغاير لما أقرته اتفاقية نيويورك 1958، فيما يخص مسألة إلزامية كتابة شرط التحكيم، بحيث أنها لم تلزم الدول الأطراف بكتابة شرط التحكيم بل تركت الأمر لما تقتضيه تشريعاتهم الوطنية، فإن كانت نصوصهم الوطنية تؤكد الكتابة، فعلى الأطراف الالتزام بذلك، أما إذا فرضت شكلية أخرى فعلى الأطراف أن تلتزم بتلك الشكلية المطلوبة¹، وكذلك قدم تفصيل أكثر عن شرط الكتابة من طرف إحدى لجان الأمم المتحدة عند صياغتها لنص المادة 2/7 من قانون الأونسترال سنة 1985².

الفرع الثاني: نماذج الصياغة

بعد تأكيد كل من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وحتى القضاء بإلزامية الكتابة في شرط التحكيم يأتي الآن معرفة النماذج التي يمكن أن يكون عليها شرط التحكيم.

إن القوانين الوطنية ألزمت في شرط التحكيم أن يتوفر فيه عدة نقاط معينة سبق الإشارة إليها سابقا. لكنها لم تفرض على الأطراف المتعاقدة نموذج معين يجب الاقتداء به بل تركت لهم حرية اختيار النموذج الذي يرونه مناسباً، بشرط أن يكون شرط التحكيم يحتوي على ما يجب أن يكون فيه،

بينما الاتفاقيات الدولية والمراكز الدولية الخاصة بالتحكيم، هناك من وضعت نموذج معين لاقتداء الأطراف المتعاقدة به عند اتفاقهم على شرط التحكيم³.

ف نجد مثلا اتفاقية الأونسترال أعطت نموذج معين لمن يريد أن يأخذ به وهو على نحو

الآتي:

¹ أنظر كل من د/ سراج حسين أبو زيد: المرجع السابق، ص 278، 279؛

د/ حسنى المصري: المرجع السابق، ص 131.

² د/ حسنى المصري: نفس المرجع، ص 131، 132.

³ د/ أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 167.

نموذج رقم 1¹: " كل نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو تتعلق به أو بمخالفة أحكامه أو فسخه أو بطلانه، يسوى بطريق التحكيم وفقا لقواعد التحكيم الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي كما هي سارية المفعول حاليا.

وقد يضاف إلى هذه الفقرة البيانات الآتية:

- (أ) تكون سلطة التعيين..... (اسم منظمة أو شخص)
 (ب) يكون عدد المحكمين.....(محكم واحد أو ثلاثة)
 (ت) يكون مكان التحكيم.....(مدينة أو بلد)
 (ث) تكون اللغة أو (اللغات) التي تستخدم في إجراء التحكيم....."

نستنتج من هذا النموذج أن الشيء الأساسي الواجب تحديده: ما هي المنازعة أو المنازعات التي تخضع للتحكيم؟ أما البيانات الأخرى، فهو أمر اختياري على حسب نموذج الاتفاقية، فإن تمت صياغتها فهو أفضل.

وهناك نموذج آخر وضعته غرفة التجارة لستوكهولم، و هو على الشكل الآتي²: " كل نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو تتعلق به أو بمخالفة أحكامه أو فسخه أو بطلانه يسوى نهائيا بطريق التحكيم وفقا لقواعد تحكيم معهد التحكيم بغرفة التجارة لستوكهولم، بيانات ينصح بإضافتها:

- يكون عدد المحكمين..... محكمين / محكم واحد
- يكون مكان التحكيم.....
- تكون اللغة التي تستخدم في إجراءات التحكيم.....

¹ قرار الجمعية العامة 98/31، قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، 10 كانون الأول/ ديسمبر 1976، نموذج مأخوذ من هامش ص 9، منشور على الموقع الإلكتروني: www.uncitral.org/pdf/arabic/textes/...

² أنظر الموقع الإلكتروني: www.sccinstitute.com/arbic-1.aspx

- يخضع هذا العقد لأحكام القانون الموضوعي ل....."

لا يوجد اختلاف بين النموذج الأول والنموذج الثاني إلا في أشياء طفيف؛ أما المركز المصري للتحكيم يطبق نفس نموذج الصياغة التي جاءت به اتفاقية الأمم المتحدة¹.

المطلب الثاني: هيئة التحكيم في شرط التحكيم التجاري الدولي

سنوضح في هذا المطلب تشكيل هيئة التحكيم من خلال التشريعات الدولية والداخلية، وبعدها نتطرق إلى المحكم - أي الشخص الذي يكون في هذه الهيئة- بمعرفة الشروط الواجبة فيه وكيفية إنهاء مهامه.

الفرع الأول: تشكيل الهيئة

تستمد كيفية تشكيل هيئة التحكيم من التشريعات الداخلية والدولية التي أخذت على عاتقها هذه المهمة، حرصاً منها لتسهيل عملية التحكيم، ومن بين التشريعات الوطنية التي حددت كيفية التشكيل والتي سيعرج عليها هي القانون الفرنسي والقانون المصري والجزائري².

أولاً- موقف التشريعات الوطنية

1-المشعر الفرنسي:على حسب المشعر الفرنسي يستطيع محكم واحد أن يشكل هيئة التحكيم، كما يلزم المشعر أن لا يكون العدد زوجي عند تعدد هؤلاء المحكمين المعينين، لأن عدم احترام النصاب القانوني المفروض في مسألة التعيين سيؤدي إلى عدم السماح للهيئة بالممارسة الصحيحة لمهامها، بسبب وجود خلل في تشكيل الهيئة ، مما يوجب على من يخولهم القانون أن يقوموا بتصحيح هذا الخلل وذلك بتعيين محكما يحقق به النصاب

¹ أنظر الموقع الإلكتروني: www.egyptianac.com

² د/ محمود سمير الشرقاوي: التحكيم التجاري الدولي، دراسة قانونية مقارنة، دار النهضة العربية، مصر،

الوتري لعدد المحكمين؛ في حين أن القانون يعطي حق تصحيح الخلل الواقع للأشخاص بحسب الأولوية التي يراها مناسبة، حيث جعل القضاء هو آخر سبيل يسند إليه مهمة تعيين المحكم الناقص بعد تعذر التعيين على كل من الأطراف والمحكمان،

كذلك المشرع لم يترك للمحكمين مدة طويلة لتعيين المحكم الإضافي، بل حدد لهم فترة معينة يجب احترامها عند قيامهما بذلك¹.

الأصل في تعيين المحكمين يرجع إلى الأطراف عند اتفاقهم على شرط التحكيم، لكن قد يتعذر عليهم ذلك، فالمشرع الفرنسي حدد الجهات التي يحق لها تعيين المحكمين، واستقر على أن تكون الجهة القضائية هي المنفذ الأخير لتعيين المحكمين بعد تعذر على كل الجهات، وكما يمكن إرجاع مهمة تعيين المحكم إلى المحكمين المعيّنين ليقسم معهم المهمة الموكلة إليهم، وهذا عندما تكون الهيئة مشكلة من ثلاث محكمين، وكذلك أشار المشرع إلى جهة أخرى يجوز لها تعيين المحكم، وهذه الجهة لم تشر إليها التشريعات الوطنية الآتي ذكرها، حيث تتمثل في الشخص المكلف بالتحكيم فهو أيضا يجوز له القيام بذلك، لكن في حالات محددة فقط وقبل اللجوء إلى القضاء، وذلك عند عدم احترام الأطراف أو المحكمان للفترة المحددة قانونا لتعيين المحكم وهذا إن كانت الهيئة مشكلة من ثلاث محكمين، أو عندما لم يفصح الأطراف عن إرادتهم للتعيين في حالة تشكل الهيئة من محكم واحد².

2-المشروع المصري: بالرجوع إلى نصوص تشريع التحكيم المصري نجد أنه لم يشترط عدد معين من المحكمين، بل ترك للأطراف حرية الاتفاق في تعيين عدد المحكمين، فقد

¹ أنظر المواد 1/1452 ، 1453 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي 1980، مترجمة باللغة العربية على الموقع الإلكتروني السابق: www.egyiac.org

مع العلم أن قانون الإجراءات الفرنسية عدل في سنة 2011 وبالتالي ألغيت المادتين السابقتين وأصبح مضمونهما في نفس المادة 1451 من التعديل الجديد، مع إضافة الفترة الممنوحة للمحكمين عند التعيين، أنظر الموقع الإلكتروني السابق: www.legifrance.gouv.fr

² أنظر المادة 1452 من قانون الإجراءات الفرنسية 2011: المرجع الإلكتروني نفسه.

يكون محكم واحد فقط يمكن أن يشكل به هيئة التحكيم، وقد يتعدد المحكمين لتشكيل الهيئة، لكن في الحالة الثانية اشترط المشرع المصري إذا كان العدد أكثر من محكم واحد، وكان عدد المحكمين المعينين زوجي فإن ذلك سيؤدي إلى عدم صحة تشكيل هيئة التحكيم، أما إذا لم تتفق الأطراف المتعاقدة على عدد المحكمين فالمشروع هنا حسم الأمر وأوجب تحديد ثلاث محكمين فقط لتشكيل هيئة التحكيم،

وإذا لم يتفق الأطراف على تعيين المحكمين يتدخل القضاء بطلب من أحد المتعاقدين لحسم هذه الإشكالية، وذلك بتولي مهمة تعيين المحكم الذي يتم تشكيل به هيئة التحكيم إذا تم اتفاق الطرفين على محكم واحد ولم يعين، أما إذا عين الطرفان محكمين وبقي الثالث الذي به يتم النصاب القانوني الوتري لتشكيل الهيئة، ويعني بالمحكمين اثنين أو أي عدد ينتمي إلى الأعداد الزوجية (قد يكون أربع محكمين مثلا) فالقضاء هنا يتدخل لتعيين هذا المحكم، وكذلك يعين القضاء هذا المحكم إذا اختلف المحكمين على تعيينه¹.

3- المشرع الجزائري: كذلك المشرع الجزائري لم يخرج عن سابقه من حيث مسألة تشكيل هيئة التحكيم، فيلزم فردية عدد المحكمين المشكلة لهيئة التحكيم، وأجاز تعيين محكم واحد فقط لتولي هذه المهمة أي لتشكيل الهيئة، كما يمكن أن يكون عدد المحكمين أكثر من واحد ولم ينسى العدد الوتري، وبضيف المشرع الجزائري أنه قد يتدخل القضاء عندما يطلب منه ذلك ممن لهم الصفة أي أطراف التعاقد لتعين هيئة التحكيم وذلك عندما لا يوجد اتفاق بين الأطراف².

تقريبا المشرعون الفرنسي والجزائري والمصري لم يختلفوا في تعيين المحكمين الذين يشكلون هيئة التحكيم، فكلهم اتفقوا على وترية عدد المحكمين، ويمكن أن يكون واحد،

¹ المادة 15 والمادة 17 من قانون التحكيم المصري منشور على الموقع الإلكتروني السابق:

www.egyiac.org

² نص المواد 1017 و 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد: المرجع السابق، ص

171 و 175.

والقضاء له الحق في التدخل إذا طلب منه ذلك وعند عدم وجود الاتفاق بين الأطراف، بينما المشعر المصري تدخل لتحديد عدد المحكمين بثلاث عند اختلاف الأطراف في حالة عدد المحكمين، وهذا الأخير لم يتطرق إليها المشعر الجزائري ولا المشعر الفرنسي.

أما المشعر الجزائري لم يوضح حالة وجود العدد الزوجي للمحكمين، ولم يوجد اتفاق بين الأطراف على تعيين المحكم الثالث لهم الحق في تعيين محكم ثالث بل ترك الأمر مباشرة إلى القضاء لتعيين هذا المحكم.

ثانياً - الاتفاقيات الدولية في مسألة تشكيل هيئة التحكيم:

أ - قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي:

من خلال هذه الاتفاقية الدولية يتضح عدم إلزام الأطراف باختيار عدد محدد للمحكمين، بحيث لهم كامل الحرية في اختيار محكم واحد أو عدد من المحكمين، سواء كان عددهم ينتمي إلى الأعداد الزوجية أو الفردية على عكس التشريعات الوطنية السابق ذكرها، والتي فرضت العدد الوتري في عدد المحكمين للتشكيل الصحيح لهيئة التحكيم؛

وإذا لم يتفق الأطراف على الاختيار، يتدخل القانون وتحدد ثلاث محكمين وهذا الذي أخذ به المشعر المصري؛

وكذلك تبين الاتفاقية الحلول الواجب إتباعها في مسألة التعيين عندما يهمل الأطراف الاتفاق عليها، وهي كالآتي:

1- عند عدم الاتفاق مسبق على تعيين عدد المحكمين فرضت الاتفاقية عدد المحكمين الواجب تعيينهم ثلاث لكن كيف يتم تعيينهم ما دام لم يكن اتفاق عن التعيين مسبق من الأطراف؟ أجابت الاتفاقية أن محكمان يعينهما الأطراف، ويبقى المحكم الثالث يعين عن طريق المحكمان اللذان تم تعيينهما من كل طرف، وإذا تخلف أحد الطرفين

أو المحكمان بتعيين المحكم الواحد الذي من اختصاصات التعيين فيمنح له فرصة ثانية، فإذا تعذر ذلك أحيل إلى القضاء، أو السلطة المختصة لتولي مهمة التعيين، وذلك من من له المصلحة في ذلك (أحد الأطراف)؛

2- في الحالة التي يكون فيها المحكم واحد فقط وتعذر الاتفاق على تعيينه، يحال ذلك إلى القضاء أو السلطة المختصة لتعيين المحكم، وتوضح الاتفاقية بأن القرارات التي يصدرها القضاء أو السلطة المختصة بذلك نهائية لا يجوز الطعن فيها¹.

ب- اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول²:

- يعود تعيين المحكمين إلى اتفاق الأطراف فلهم أن يعينوا محكما واحد أو أكثر من واحد شريطة أن يكون عدد المحكمين أحاديا؛
- تفرض الاتفاقية تعيين ثلاث محكمين عند عدم الاتفاق، يعين المحكمان من طرف الأطراف، مع اتفاقهما معا على تعيين المحكم الثالث الذي يتولى بدوره رئاسة هيئة التحكيم؛
- بعد مرور زمن محدد، سواء باتفاق الأطراف أو 90 يوما ولم تشكل الهيئة التحكيمية، ولم يعين المحكم جاز لرئيس هيئة التحكيم تعيين بعد مناقشة الأطراف وبطلب من أحدهما؛
- لم تنطبق هذه الاتفاقية إلى تدخل القضاء عند عدم التعيين بالاتفاق الأطراف .

¹ المادتين 10 و 11 من قانون الأونسترال النموذجي في التحكيم التجاري الدولي لعام 1985 من التعديلات التي اعتمدت في عام 2006. أنظر الموقع الإلكتروني السابق:

www.uncitral.org/pdf. . .

² المواد 2/37 و 38 من اتفاقية واشنطن المتعلقة بالاتفاقيات الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول منشورة في الموقع الإلكتروني السابق: www.egyiac.org

ج- اتفاقية نيويورك المتعلقة بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها¹:

لا توجد أي مادة قانونية في اتفاقية نيويورك تدل على تعيين المحكمين أو تشكيل الهيئة التحكيمية، لكن يمكن استنتاج ذلك من نص المادة 15 من الاتفاقية التي تبين طلب الرفض الاعتراف بالقرارات التحكيمية "... أن تشكيل الهيئة التحكيمية لو تجري بموافقة الفرقاء أو في حالة عدم وجود موافقة كهذه فإن الإجراءات لم تكن متفقة مع قانون البلد الذي جرى فيها التحكيم"، إذن يطبق قانون البلد أو التشريع الوطني الذي يجري فيها التحكيم.

د- اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري² :

بالرجوع إلى المادة 15 من هذه الاتفاقية نستنتج أنها حددت عدد المحكمين الواجب التشكيل في هيئة التحكيم، حيث حددتهم بثلاثة محكمين فقط، وهكذا يفهم أن الاتفاقية جاءت مخالفة لمبدأ حرية اختيار الأطراف لعدد المحكمين بل قيدته في ثلاث محكمين، ويمكن أن يكون محكم واحد يشكل به الهيئة التحكيمية، والاتفاقية لم تفصل في مسألة عدم اتفاق الأطراف على تعيين هؤلاء المحكمين.

الفرع الثاني: المحكم.

بعد معرفة كيفية تشكيل الهيئة التحكيمية التي تتولى مهمة التحكيم، جاء دور معرفة الشخص أو الأشخاص الذين تتشكل بهم الهيئة وهم المحكمين.

أولاً- تعريف المحكم

الشخص المعين من طرف المحكمتين، أو من القاضي عند تعذر تعيينه من أجل إيجاد حل

¹ المادة 15 من اتفاقية نيويورك المتعلقة بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها منشورة في الموقع الإلكتروني السابق.

² المادة 15 من اتفاقية عمال العربية للتحكيم التجاري الدولي منشوره في الموقع الإلكتروني السابق:

للمنازعات المقدمة إليه من المحكّمين، لذا يتطلب من المحكم أن تتوفر فيه ميزات معينة يحددها له القانون لأداء المهمة المنوط بها على أكمل وجه¹.

ويعرفه القضاء المصري بأن "المحكم ليس طرفاً في خصومة التحكيم، وإنما هو شخص يتمتع بثقة الخصوم واتجهت إرادتهم إلى منحه سلطة الفصل فيما شجر بينهم بحكم شأنه شأن أحكام القضاء، ويحوز على حجية الشيء المحكوم به بمجرد صدوره، ومن ثم لا يتصور أن يكون خصماً في ذات الوقت"².

ثانياً- وجوب توفر شروط معينة في المحكم:

بالرجوع إلى التشريعات الوطنية، نجد أنها أوجبت على شخص المحكم بذاته أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط المعينة، لكنها لم تنطرق إلى كافة الشروط الواجبة فيه مما وجب على الفقه أن يتدخل لإتمام ذلك بتعريجه عن الشروط الواجبة، التي لم يتطرق إليها المشرع الوطني؛

فتشريع التحكيم المصري حصر هذه الشروط في نص المادة 16 بحيث:

أ- يشترط في المحكم أن يصل سن الرشد المحدد قانوناً (حددها المشرع المصري 21 سنة

¹ د/مهني أحمد الصانوري: دور المحكم في خصومة التحكم الدولي الخاص، دار الثقافة عمان، 2005، ص 57، وقد أشار إلى تعريف آخر للمحكم: "هو من يعهد إليه بالفصل في النزاع المعروض على التحكم" نقلاً إياه عن د/محمد عبد الهادي شحاته: النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكّمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 5؛ وأشار كذلك إلى تعريف القضاء المصري، أي الطعن الذي سيذكران لاحقاً.

² محكمة النقض المصرية الطعن رقم 887 و 1154 لسنة 59 ق - جلسة 1991/01/14 نفاً عبد المنعم دسوقي: التحكم التجاري الدولي في القانون الجديد رقم 17 لسنة 1994، تشريعاً وفقها وقضاء، مكتبة مدبولي، القاهرة 1995، ص 126.

- حسب المادة 2/44 من القانون المدني المصري) حتى يستطيع ممارسة مهامه، إذا فالشخص القاصر أو المميز أي ناقص الأهلية لصغر سنه لا يجوز له أن يكون محكماً؛
- ب- ويجب أن يشترط في المحكم أن لا يكون من الأشخاص الذين حكم عليهم بالحجر لأن ذلك يجعله لا يستطيع أن يمارس مهامه لأنه من غير المعقول أن تعين المحكمة ولي أو وصي أو مقدم ليتولى رعاية شؤون المحجور عليه وهو يمنح له ممارسة التحكيم؛
- ج- يشترط في الشخص الذي سيتولى مهمة التحكيم أن لا يكون ارتكب جناية أو جنحة مخلة بالشرف، و صدر في حقه حكم قضائي يدينه بذلك، فالمشرع في هذه المادة حصر نوع الجنحة التي تمنع الشخص من ممارسة مهمة التحكيم وهي الجنحة المخلة بالشرف، بينما لم يحدد جناية معينة وإنما اعتبر كل الجنايات ومهما كان نوعها، لكن إذا رد اعتبار هذا الشخص من جراء الحكم الصادر بحقه من ارتكابه تلك الجناية أو الجنحة المحددة سمح له بالتحكيم ؛
- د- وكذا يمكن أن يكون هذا الشخص كان يمارس التجارة لكن توقف عن دفع ديونه فتم إشهار إفلاسه بحكم، فلا يجوز لهذا التاجر المفلس أن يكون محكماً إلا إذا تم رفع دعوى لرد الاعتبار من جراء حكم الإفلاس، إذا هذه هي الشروط التي حددها المشرع المصري؛
- ونظراً لما تمتاز به مهمة المحكم من دقة التمحيص والثقة المفروضة، يرى في ذلك الفقه المصري أن يكون الشخص الذي توكل إليه هذه المهمة أنه كامل الأهلية حتى يستطيع أن يمارسها ؛
- أما شرطاً المؤهلات العلمية والمعرفية، ونوع الطوائف التي كان ينتمي إليها (قانوني، تاجر أو غيرها) التي يجب أن تتوفر في الشخص الموكلة له مهمة التحكيم لم يحددها المشرعين لا المصري ولا الفرنسي، كلاهما أهمل هذه النقطة؛

بينما المشرع الفرنسي حدد الشروط الواجب توافرها في المحكم بنص المادة 1/1451 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي (أصبحت المادة في المرسوم 2011-48 هي نفسها المادة 1/1450*)¹.

حيث تنص المادة 1/1451 على ما يلي: "لا يمكن أن تعهد مهمة المحكم إلا للشخص الطبيعي، ويجب أن يكون له القدرة الكاملة على ممارسة حقوقه المدنية..."².
يتضح من خلال نص المادة السابقة أن المشرع الفرنسي شرع ولخص الشروط الواجبة وحصرها في شرط واحد فقط من خلاله يستطيع الشخص إذا توفرت فيه أن يكون محكما وهي الأهلية الكاملة للشخص المختار .

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 1014 فقرة أولى على أنه " لا تستند مهمة التحكيم لشخص طبيعي، إلا إذا كان متمتعاً بحقوقه المدنية..."³.
تقريباً المشرع الجزائري جاء بنفس النص القانوني الفرنسي مع حذفه لعبارة كامل الأهلية، بهذا يتضح أن المشرع الجزائري يرى أنه متى تمتع الشخص بكامل حقوقه المدنية دون أي خدش جاز له أن يعين محكم لتوفر فيه هذا الشرط.

بالإضافة إلى تشريعات أخرى وطنية حددت شروط المحكم الواجبة التوفر فيه ليتم اختياره للمهمة التحكيمية، مثلاً نجد أن المشرع اللبناني ألزم شرط يجب توافره في الشخص أن يكون طبيعياً فقط، وهذا يمكن استنتاجه من القانون المصري الذي لم ينص عليه صراحةً بينما القانونين الفرنسي والجزائري نصا عليه صراحةً³.

* قانون الإجراءات المدنية الفرنسي 2011: المرجع الإلكتروني السابق.

¹ د/ نبيل إسماعيل عمر: المرجع السابق، ص 95.

² نص المادة 1451 / 1 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية مترجم على موقع الإلكتروني السابق:

www.egyiac.org

³ د/ فوزي محمد سامي: المرجع السابق، ص 150 و 151.

أما الشرط المتعلق بمعرفة الشخص للكتابة والقراءة انقسم رأي الفقهاء فيه، حيث يرى جانب منهم أن المحكم لا يشترط توفر فيه صفة القراءة والكتابة، على عكس ما يراه الجانب الآخر أن مسألة القراءة والكتابة أمر مفروغ منه، لأنه كيف يمكن معرفة المحكم للمنازعات المعروضة أمامه (تتفحصها) وكيف يصدر القرارات التي يفرض كتابتها مع وجوب التوقيع عليها حتى تنفذ، ولها حجية لمن أصدرها لذا يرون أنه لا حاجة لمثل هذا النص الذي يشترط ذلك¹. ونرجح الرأي الثاني لمنطقيته في حجتهم المقدمة.

وكذلك هل يشترط في المحكم أن يكون من جنس الذكور أم الإناث؟ لم يجب المشرع المصري على ذلك، وبالتالي لكل الجنسين سواء كان ذكراً أو أنثى أن يمارس مهنة التحكيم².

وبالعودة إلى التشريعين الجزائري والفرنسي لا وجود لهذا الشرط، وبالتالي تطبق القواعد العامة، وبما أنها لا تمنع ذلك عند الأشخاص الذين يمارسون مهام قانونية أخرى كالخبير، القاضي والمحامي، وأن الأصل في الأشياء الإباحة، وعليه فيجوز لممارسة التحكيم من الجنسين لا يقتصر على الذكور فقط.

وهناك شرط آخر لا يمكن إهماله وهو: هل يقبل المحكم المهنة الموكلة إليه أم لا؟ اشترط المشرع المصري ذلك من خلال نص المادة 3/16 أنه يشترط من الشخص المختار لمهمة التحكيم أن يدون قبوله بهذه المهمة الموكلة إليه³، كذلك المشرع الفرنسي اشترط ذلك في نص المادة 1452 (أصبحت المادة في المرسوم 2011-48 هي المادة 1456) لكنه لم يوضح كيفية التعبير عن قبوله صراحة، أي لم يبين أن تكون كتابة⁴، والمشرع الجزائري بين

¹ د/ نبيل إسماعيل عمر: المرجع السابق، ص 96.

² المرجع نفسه: ص 96.

³ د/ مهند أحمد الصانوري: المرجع السابق، ص 67.

⁴ المادة 1452 قانون الإجراءات المدنية الفرنسية القديم: المرجع الإلكتروني السابق، لكن ألغيت المادة بالمرسوم 2011-48، أنظر قانون الإجراءات المدنية الفرنسية 2011: المرجع الإلكتروني السابق.

شرط القبول من خلال نص 1015 قانون إجراءات المدنية والادارية الجديد مثله مثل القانون الفرنسي، ولم يحدد كيفية القبول المحكم لهذا الشرط.

تقريبا هذه هي الشروط الواجبة في المحكم لاختياره كشخص لممارسة مهمة التحكيم، لكن هناك شروط أخرى يجب توافرها في المحكم بعد قبوله لمهمة التحكيم وهي الحياد والاستقلال¹.

الحياد والاستقلال

عندما يتم اختيار شخص لممارسة التحكيم ويقبل هذا الشخص بتلك المهمة، فعليه أن يمارسها بكل جدية ونزاهة لأن مهمته تتطلب الحياد وعدم الميلان أو الانحياز لأي طرف كان².

بينما شرط الاستقلال يتمثل في أنه لا ولم توجد أي علاقة يربط فيها بين المحكم والأطراف (أي منهما)³.

وكذلك يعرف القضاء الإسباني حيادية واستقلالية المحكم فيما يلي:

الحيادية: هي "موقف بالضرورة غير موضوعي من تجاه المحكم فيما يخص النزاع المحال إليه"؛

الاستقلالية: هي "مفهوم موضوعي جدير بالاهتمام على أساس العلاقات التي تربط المحكم بالأطراف"⁴.

¹ د/ نبيل اسماعيل: المرجع السابق، ص 98.

² د/ مهند أحمد الصانوري: نفس المرجع، ص 69.

³ دا هدى عبد الرحمان: دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، رسالة جامعة القاهرة، بند 70 - ص 102
نقلا عن دا فتحي والي: المرجع السابق، ص 248.

⁴ قرار محكمة الاستئناف مدريد (دائرة 9) رقم 1221 \2008 الصادر بتاريخ 5مايو 2008 بتعليق البروفيسور برنارد و كرىمادس: منشور في مجلة التحكيم، العدد الرابع، المرجع السابق، ص 823.

وهناك العديد من التطبيقات القضائية التي يتم فيها توضيح شرط الاستقلال والحياد، فالقضاء الفرنسي أصدر حكم يثبت فيه أن عدم توفر شرط الاستقلالية في المحكم عن أحد طرفي المحكمتين عندما توكل له المهمة التحكيمية سيبطل الحكم الذي أصدره¹.

إنهاء مهمة المحكم

أ- تنحي وعزل المحكم

قد يضطر المحكم إلى العدول عن ممارسة مهمة التحكيم، وذلك إذا تدخل ظرف يحيله عن ممارسة مهامه، كالمرض مثلا أو السفر الذي يجعله مقصرا، وإذا رأى المحكم أنه سيخل بشرطي الحيادة والاستقلال المفترض توفرها فيه بعد قبوله لممارسة هذه المهمة التحكيمية، والتنحي يطبق فيه مبدأ سلطان الإرادة لا تدخل أي إرادة أخرى لتتحيته، بل تعود إلى القناعة الذاتية، على عكس العزل الذي تتدخل فيه إرادة أخرى قد يكون القضاء أو الأطراف المحكمتة².

يوضح القانون الجزائري هاتين الحالتين التي تنهي مهمة المحكم وهي العزل أو التنحي، بالإضافة إلى أسباب أخرى في نص المادة 1/1024 التي تنص على ما يلي: "...بوفاة أحد المحكمين أو رفضه القيام بمهمة بمبرر أو تنحية، أو حصول مانع له، ما لم يوجد شرط مخالف أو إذا اتفق الأطراف على استبداله من قبل المحكم أو المحكمين الباقين، وفي حالة الغياب تطبق المادة 1009 أعلاه..."

¹ قرار محكمة الاستئناف باريس الغرفة المدنية الأولى، حكم صدر في 12/02/2009 رقم 22164 - 07 منشور في مجلة التحكيم العدد 03 ص 288 وما يليها.

² دا فتحي والي: المرجع السابق، ص 253 وما يليها.

إذا توفرت هذه الأسباب تنتهي مهمة المحكم. ويقابل تقريبا هذا النص المادة 1464 قانون الإجراءات المدنية الفرنسي (أصبحت المادة في المرسوم 2011-48 هي المادة 1473)¹.

وكذلك المادتين 20 و 21 قانون التحكيم المصري².

ب- وفاة أحد المحكمين: إذا فارق الحياة أحد المحكمين ستنتهي مهمة المحكم المتوفى وبعدها تتخذ الإجراءات اللازمة.

ج- رد المحكم: رد المحكم يعتبر من الأسباب التي تنهي مهمة المحكم، وذلك بالرجوع إلى التشريعات الوطنية نجد أن القانون الجزائري حدد أسباب الرد في نص المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والادارية الجديد، بحيث جاز لمن له المصلحة أي أحد الأطراف أن يرد المحكم متى توفرت فيه الأسباب الآتية:

1- قد يتفق الأطراف عند اختيار المحكم على أن يتوفر فيه مواصفات معينة، لكن قد لا تتوفر فيه هذه المواصفات عند تعيينه؛

2- يحدد الأطراف عند الاتفاق على التحكيم أسباب معينة للرد يمكن من خلال توفرها أن يطلب الرد.

3- قد تكون هناك علاقات تربط بين المحكم والأطراف بحيث يثبت أحد الأطراف عدم توفر شرط الاستقلالية الواجبة في المحكم فهذا سبب يجيز أيضا الرد.

وتبين أيضا المادة 18 من قانون التحكيم المصري³ أسباب رد المحكمين فهي مماثلة لما حددها المشرع الجزائري.

¹ المادة 1464 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم: المرجع الإلكتروني السابق، لكن ألغيت المادة بالمرسوم

2011-48، أنظر قانون الاجراءات المدنية الفرنسي 2011: المرجع الإلكتروني السابق .

² المادتين 20 و 21 من قانون التحكيم المصري: المرجع الإلكتروني السابق.

³ المادة 18 من قانون التحكيم المصري: المرجع الإلكتروني السابق.

كما توضح المادة¹ 19 من القانون المصري أن محكمة التحكيم هي التي ترد على طلبات الرد التي يجب كتابته وبعد تقرر إن كانت أسباب الرد متوفرة أم لا خلال ميعاد محدد، بينما إذا قدم طلب الرد الخاص بالمحكم ورفض الطلب فلا يمكن تقديم نفس الطلب أمام الهيئة التحكيمية.

د- اختيار محكم بديل: يمكن استبدال محكم مكان محكم آخر إذا انتهت مهامه لأي سبب من الأسباب المذكورة في المادتين 20 و 21 من قانون التحكيم المصري على أن يعين مثلما عين المحكم السابق².

¹ المادة 19 قانون التحكيم المصري: المرجع الالكتروني السابق.

² دا فتحي والي: المرجع السابق، ص 272.

الفصل الثاني

القانون الواجب تطبيقه على

شرط التحكيم التجاري الدولي

والنتائج المترتبة عن الشرط.

تمهيد

بعد دراسة أهم الشروط الموضوعية الخاصة والعامة المتعلقة بشرط التحكيم بنوع من التفصيل في الفصل الأول ، جاء دور معرفة القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم، سواء كان القانون المطبق على إجراءات التحكيم، أو موضوع التحكيم، والنتائج المترتبة عن هذا الشرط، لذا تم تقسيم الفصل الثاني إلى ثلاث مباحث نتناول من خلالها ما يلي:

أولاً : القانون الواجب تطبيقه على موضوع النزاع.

ثانياً : القانون الواجب تطبيقه على إجراءات التحكيم.

ثالثاً : النتائج المترتبة عن شرط التحكيم.

المبحث الأول: القانون الواجب تطبيقه على موضوع النزاع.

يطبق على موضوع النزاع قواعد قانونية معينة، وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، الذي يعتبر من بين الأسس الهامة التي يقوم عليها نظام التحكيم، في حين أن هذه القواعد الوطنية، أو القواعد الخاصة بالتجارة الدولية هي التي يمكن أن تمثل تلك القواعد القانونية المعنية على حسب ما تتجه إليه إرادة الأطراف المحكّمة، أما إن لم تعبر إرادة الأطراف عليها، فتكون القواعد القانونية التي تراها هيئة التحكيم هي التي يحكم بها في موضوع النزاع¹.

المطلب الأول: اختيار قانون الإرادة للقواعد الوطنية ولقواعد التجارة الدولية.

يتم تقسيم المطلب إلى ثلاث فروع نبين من خلالها القواعد الوطنية، والقواعد الخاصة بالتجارة الدولية التي يمكن اختيارهما وفقا لقانون الإرادة، وكذا قواعد الإنصاف والعدالة.

الفرع الأول: اختيار الإرادة للقواعد الوطنية

من الطبيعي أن العقد يطبق عليه القانون الذي رسا عليه تطابق إرادة الأطراف المعبر عنها بكل حرية².

وبما أن إرادة الأطراف هي التي لم تتجه إلى القضاء من أجل حل المنازعات، بل اتخذت طريق التحكيم للقيام بذلك، وهي الإرادة نفسها التي شكلت هيئة التحكيم لتمارس مهامها، وكذلك هي الإرادة التي رأت أن موضوع النزاع يجب أن يطبق عليه قواعد

¹ د/ خالد محمد القاضي: موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الشروق، 1423هـ / 2002م، ص259، ص260.

² د/ مراد محمود المواجهة: التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة عمان، 1431هـ/2010م، ص182؛ وأنظر د/ حسني المصري: المرجع السابق، ص341.

قانونية معينة، وعليه يفرض على المحكم أن يطبق القواعد القانونية التي توافقت عليها إرادتا الأطراف على موضوع النزاع (حسب المادة 1/39 قانون التحكيم المصري)¹.

وكذلك يوضح المشرع الجزائري بأن الأطراف لهم الحق في حرية اختيار ما يجب تطبيقه على موضوع النزاع من قواعد قانونية، ودون أي قيد، وعلى المحكم أن يلتزم بما اتجهت إليه إرادة الطرفين².

أما مشرع التحكيم الفرنسي، فينص في المادة 1496 (أصبحت هي المادة 1511 في المرسوم 2011-48) بأن حق اختيار القواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع تعود بالدرجة الأولى إلى إرادة الأطراف اللذين لهم كامل حرية التصرف في هذا الحق، ويجب على المحكم أن يلتزم بتلك القواعد القانونية المحددة في الاتفاق المبرم فيما بينهم، خاصة إذا صدر تعبير صريح عن إرادة الأطراف يدلي بذلك، بينما إذا لم يصدر تعبير صريح، وجب على المحكم أن يستنتج هذه القواعد القانونية من خلال تفسيره لإرادة الأطراف التي عبرت عنها وقت الاتفاق³.

¹ د/ فتحي والي: المرجع السابق، ص 418.

² أنظر كل من أ/بن النصيب عبد الرحمان: الدعوى التحكيمية و القانون الواجب التطبيق في التشريع الجزائري مداخلة منشورة في الملتنقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي لمنظمة المحامين لناحية عنابة، أيام 13 و14 و15 ديسمبر 2006، ص 6؛ أ/عيد عبد الحفيظ: دور إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم مداخلة منشورة في الملتنقى الدولي حول التحكيم الدولي في الجزائر، ص 07؛ د/ رقية عواشيرية: القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مداخلة منشورة في الملتنقى حول التحكيم الدولي في الجزائر، المرجع نفسه، ص 165.

مع العلم أنهم أشاروا إلى نص المادة 458 مكرر 14 من المرسوم التشريعي 09/93 التي تنص على ما يلي: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف و في غياب ذلك تفصل محكمة التحكيم وفقا لقواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة" لكن هذا المرسوم التشريعي ألغي بمرسوم آخر في 2008، حيث أصبحت المادة 1050. ق إ م هي التي تنص على ذلك.

³ المادة 1496 قانون الإجراءات المدنية الفرنسية القديم منشور على الموقع الإلكتروني: المرجع السابق؛ وأنظر **Jean Baptiste Racine, Fabrice Siirainen : Droit du commerce international, Dalloz, 2007, p 799 ; Ph.Fouchard, E. Gaillard, B.Goldman : op.cit, p 799 ; =**

كما كان للاتفاقيات الدولية موقف مشابه فيما يخص مسألة الحرية الممنوحة لإرادة الأطراف في اختيار ما يحكم موضوع النزاع من قواعد قانونية ملزمة من بينها:

الاتفاقية الدولية المتعلقة بالقانون الواجب تطبيقه على الالتزامات التعاقدية لسنة 1980 المعروفة بـ "اتفاقية روما"؛ واتفاقية أخرى تضم في طياتها تحديد القانون الواجب تطبيقه على البيوع الدولية للمنقولات المبرمة في سنة 1955، المعروفة بـ "اتفاقية لاهاي"¹، هذه تمثل الاتفاقيات العامة .

بينما هناك اتفاقيات دولية وأنظمة لمراكز دولية خاصة بالتحكيم، سارت في نفس الاتجاه السابق نذكر منها:

الاتفاقية الأوروبية الخاصة بالتحكيم، حيث تؤكد ما سبق في نص المادة السابعة، وقانون الأونسترال هو أيضا يبين تلك الحرية من خلال نص المادة 28، وحتى غرفة التجارة الدولية لم تخرج عن هذا النطاق بنص المادة 13، واللجنة المنبثقة عن الأمم المتحدة المنظمة للتحكيم، والتي اتجهت إلى نفس ما ذهبت إليه الاتفاقيات السابقة²، وكذلك قواعد التحكيم لمركز القاهرة الإقليمي، حيث تشير إلى هذه الحرية في المادة 33³، والمادة 42 من اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول،

= مع العلم أن المادة 1496 ألغيت بالمرسوم 48-2011 الصادر بتاريخ 2001/01/13 و أصبح رقم المادة في المرسوم الجديد هو 1511، أنظر الموقع الإلكتروني www.legifrance.gouv.fr : المرجع السابق.

¹ Loussouarn Yvon et Bourel Pierre : Droit international privé, 5 édition, Dalloz, Paris, 1996, P 426, 427, 428.

مشار إليه أ/ عيد عبد الحفيظ: المرجع السابق، ص 6.

² د/ حسني المصري: المرجع السابق، ص 348؛ وأنظر

Jean François Poudret, Sébastien Besson : Droit comparé de l'arbitrage international, Bruylant, Bruxelles, 2002, p 607.

لكن المؤلف جون فرنسوا لم يشر إلى قانون الأونسترال بل أشار إلى الاتفاقيات المذكورة فقط.

³ أنظر نص المادة 33 من قواعد التحكيم لمركز القاهرة الإقليمي: في الموقع الإلكتروني www.aryme.com

وبين رعايا الدول الأخرى، والمادة 12 من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية¹.

والجدير بالملاحظة أن المحكم يصبح ملزماً بتطبيق ما اتجهت إليه إرادة الأطراف، غير أن النصوص القانونية التي جاءت بها التشريعات الوطنية، والدولية لم تستقر على استخدام مصطلح واحد يثبت ما سيلتزم به، فهناك من استخدم مصطلح قواعد القانون، وهناك من استعمل مصطلح القانون، مما دفع بالفقهاء للتدخل لرفع اللبس الواقع عندما يجد المحكم نفسه أمام أحد المصطلحين، بحيث فسروا مصطلح القانون في حدود المعنى الضيق له، وقصدوا به أحد القوانين الوطنية التي اتجهت إليه إرادة الأطراف، في حين قدموا تفسيراً أوسع لمصطلح قواعد القانون، لأنه يضم في معناه عدة مفاهيم بإمكان الأطراف انتقاء أحدا منها، كأن تكون المبادئ العامة المستنبطة من القانون هي التي تدخل في زمرة هذه القواعد القانونية، وكذلك الأعراف التجارية يمكن أن تدخل ضمن تلك القواعد أو غيرها².

وإن اتجه إرادة الأطراف لا يمكن حصرها في قانون وطني معين، بل لهم كامل الحرية في تحديد ما يرونه مناسباً من القوانين الوطنية المختلفة، حتى وإن كانت مثلاً جنسية أحد أطراف عملية التحكيم من ذلك القانون المتفق عليه³، لكن هناك فكرة النظام العام التي يلزم عدم معارضتها، وأخذها بعين الاعتبار عندما يحدد القواعد القانونية، لأن معارضتها ستؤدي بالحكم الذي تصدره هيئة التحكيم بألا يدخل حيز التنفيذ، وهو ما أقرته

¹ أنظر الاتفاقيات الدولية المنشورة على الموقع الإلكتروني www.egyiac.org : المرجع السابق.

² Boissson, Juglart :Le droit Français de l'arbitrage jurisdictionaires, joly, Paris, 1983,p118 ex....,et Bellet.

Uncitral model law on international Arbitration, Note.

By the secreatrarial of uncirtail, New York, April 1988, p 88.90

مشار إليه د/ حسنى المصري : المرجع السابق ، ص 348 و 349؛

وأنظر ماتينييه دي بواميسون : بند 501 ، ص 418 مشار إليه د/ فتحي والي: المرجع السابق ، ص 419.

³ د/ فتحي والي: نفس المرجع، ص 419.

اتفاقية نيويورك في مادتها الخامسة الفقرة الثانية¹، وكذلك القانون المصري فهو يقر باحترام النظام العام رغم الحرية الممنوحة في تحديد القواعد القانونية للأطراف².

أما إذا حدد القانون الذي يطبق على موضوع النزاع في العقد الأصلي، أو في إحدى لواحقه بتعبير صريح عن إرادة الأطراف، سيجعل المحكم بعدها مجبراً عندما يكون بصدده الفصل في موضوع المنازعة، بأن يقضي بما تم التعبير عنه، وهذا ما أكدته معظم الأحكام القضائية، والآراء الفقهية؛

كما قد تتشكل صعوبة لدى المحكم عندما يريد الفصل وفقاً للقانون الوطني الذي استقر عليه الأطراف في موضوع النزاع لتضمن هذا القانون لقواعد تنازع القوانين، وكذا قواعد موضوعية، فماذا سيكون الحل بالنسبة للمحكم في هذه الحالة، أي هل يمكن للمحكم تطبيق فكرة الإحالة في هذه الحالة أم لا؟

أجابت معظم الاتفاقيات الدولية بعدم جواز تطبيق المحكم لفكرة الإحالة في هذه الحالة، من بينها "اتفاقية روما" في نص المادة 15، و"اتفاقية لاهاي" المادة 2، و قانون الأونسترال التي تنص المادة 28 الفقرة الأولى منه على ما يلي: "... وأي اختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني، يجب أن يؤخذ على أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة، وليس لقواعدها الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك..."³.

¹ د/ مراد محمود المواجدة: المرجع السابق، ص 194.

² أ.د/ محمود مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 135.

³ د/ جمال محمود الكردي: المرجع السابق، ص 126، 127، 128.

مع العلم المادة 28 التي أشار إليها المؤلف السابق من القانون الأونسترال لسنة 1985 بقية نفسها عند تعديل القانون في 2006 أنظر الموقع الإلكتروني: المرجع السابق، ص 18.

يتضح من خلال نص المادة 28 أن المحكم لا يبحث عن قواعد تنازع القوانين لقانون الدولة المتفق عليها لتطبيقها، بل يكتفي بتطبيق القواعد الموضوعية فقط، إلا في حالة ما إذا اتفق الأطراف على اتخاذ قواعد تنازع القوانين لذلك القانون الوطني، هنا يتعين على المحكم أن يطبق ما تم الاتفاق عليه، وبالتالي إن فكرة الإحالة لا تعترف بها هذه الاتفاقية ما لم يوجد اتفاق يجيز ذلك.

وحتى القوانين الداخلية لم تخالف ما اتجهت إليه الاتفاقيات الدولية حول فكرة الإحالة، فنجد مثلا: القانون المصري يقر صراحة في نص المادة 1/39 بأن القواعد الموضوعية المكونة للقانون الوطني هي التي يطبقها المحكم مباشرة، وكذلك المشرع الفرنسي في المادة 1496¹(التي أصبحت في المرسوم الجديد 2011-48 المادة 1511) لكن القانون الفرنسي لم يبينها صراحة كالقانون المصري.

بينما المشرع الجزائري إذا رجعا إلى نصوصه القانونية التي تنظم التحكيم لا نجد إشارة صريحة إلى وجوب الأخذ بالقواعد الموضوعية كما أوجبها القانون المصري بل يمكن استنتاجها من نص المادة 1050² مثله مثل القانون الفرنسي.

أما فيما يخص قواعد الإسناد: توجد مسائل أو حالات معينة لا يمكن أن تستغني عن قواعد الإسناد حتى وإن كانت فكرة الإحالة غير مشار إليها، أو غير متفق عليها بحسب رأي بعض الفقهاء، كأن يقوم المحكم بعدم تطبيق القانون الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف أي يستبعد تطبيقه بسبب وجود تحايل، أو غش في القانون المراد الحكم به، أو أن يخالف هذا القانون الذي عبرت عنه الأطراف قواعد النظام العام الملزم احترامها، مما جعل الفقهاء يستجدون بقواعد الإسناد لإيجاد حل لهذه الحالة التي يمكن أن يصادفها المحكم،

¹ د/ جمال محمود الكردي: المرجع السابق، ص 129.

² المادة 1050 قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد: المرجع السابق، ص 176.

وبهذا انقسمت آراؤهم إلى ثلاث اتجاهات كل وجهة ترى بأن يكون القانون الذي يستند عليه للحكم به هو:

1- قانون الإرادة: يرى أصحاب هذا الاتجاه، بما أن هناك قانون تم تحديده من قبل الأطراف، فإن على المحكم أن يطبق قواعد إسناده، أي قواعد تنازع القوانين الموجودة فيه، لكن معظم الفقهاء لم يفتتوا بما جاء به هذا الاتجاه؛

2- القانون الذي يجري فيه التحكيم: بينما هذا الاتجاه يرى بأنه مادام هيئة التحكيم لها مكان يتواجد فيه مقرها، وهذا المكان من المفروض أنه يوجد في دولة معينة، فقانونها هو المتعين أن يحكم به موضوع النزاع وفقاً لقواعد تنازع القوانين الموجودة فيه، أي قواعد إسناده؛

3- القانون الذي ستختاره هيئة التحكيم لتحكم به في النزاع المعروف عليها دون فرض قيود تؤثر على اختيارها، وهذا النظام الذي استقر عليه الكثير من الفقهاء والمعروف بـ " نظام الإسناد الملائم " ¹.

ونرى أن الإسناد إلى القانون الذي تختاره هيئة التحكيم هو الأنسب في هذه

الحالة.

¹ د/ جمال محمود الكردي: المرجع السابق، ص 129 إلى 132.

الفرع الثاني: اختيار قواعد التجارة الدولية

قد تكون قواعد التجارة الدولية هي الاختيار التي أفصحت عنه إرادة الأطراف، ويصير بعدها كقانون يلزم المحكم ليحكم به موضوع النزاع، لذا يجب معرفة هذه القواعد التجارية الدولية¹، التي يكون تطبيقها في مجال التحكيم التجاري الدولي هو أنسب مجال لها².

فيعرف الدكتور بشار الأسعد قواعد التجارة الدولية بأنها: " مجموعة القواعد عبر الدولية المستقلة عن الأنظمة القانونية الداخلية وعن نظام القانون الدولي العام، والتي تجد مصدرها في الأعراف التجارية الدولية، والمبادئ العامة التي يستقر عليها قضاء التحكيم التجاري الدولي، وتقدم تنظيماً قانونياً، وطلاً ذاتية لمعاملات التجارة الدولية"³.

من خلال التعريف نستنتج أن قواعد القانون الوطني، وقواعد القانون الدولي لا تدخل ضمن تكوين قواعد التجارة الدولية، وإنما تستمد من المبادئ العامة ما استقر عليه قضاء التحكيم الدولي، وكذا الأعراف التجارية الدولية مع العلم أنها لا تحدها حدود جغرافية تقيدها.

وبمعنى آخر أن ما تقره محاكم التحكيم الدولية، وتلك الأعراف التجارية، والعادات المتداولة دولياً هي المشكلة للقواعد التجارية الدولية أي قواعد قانون غير وطني⁴.

ويتولد عن هذه الأعراف، والعادات التجارية عقود نموذجية، ومصطلحات تجارية دولية، حيث تتمثل هذه العقود النموذجية في تلك العقود التي تنظم نوع من الحرف، أو تجارة معينة، حيث تكون في غالب الأحيان الأعراف والعادات المتداولة بين الأشخاص

¹ د/ جمال محمود الكردي: المرجع السابق، ص 134.

² Jean Baptiste Racine, Fabrice Siirainen : op. cit, p 403.

³ د/ بشار الأسعد: المرجع السابق، ص 181 و 182.

⁴ د/ مراد محمود المواجهة: المرجع السابق، ص 229.

الذين يمارسون هذه الحرفة، أو التجارة هي التي يستمد منها تنظيمها الذي تحرره طائفة من التجار في شكل بنود، لا تكون ملزمة إلا إذا تم التوقيع عليها، وكان للعقود النموذجية صدى كبير على المستوى الدولي التجاري مما دفع إلى تحرير هذه العقود من طرف المنظمات الدولية: كهيئة الأمم المتحدة التي دونت عقود متعلقة بالتوريد، أو التركيبات الصناعية، أو إنشاءاتها وغيرها، التي كانت عن طريق إحدى لجانها " اللجنة الاقتصادية الأوروبية " ¹.

كما حررت عقود أخرى تم فيها التوحيد بين الدول في مجالات معينة، نذكر منها: "اتفاقية برن" 1965، التي وحدت النقل عبر السكك الحديدية، كذلك النقل الجوي تم تحرير شروط عامة موحدة له دولياً، حيث أطلق على هذا الاتحاد الدولي الخاص "الأياتا"؛

إضافة إلى وجود في التعاملات التجارية الدولية مصطلحات تجارية رائجة كمصطلح " F.O.B " أو " C.I.F " وهي مصطلحات تجارية يوضح من خلالها تلك الالتزامات التي تقع على عاتق المتعاقدين والحقوق التي يكتسبونها في مجال معين، كالشحن البحري أو النقل بمختلف ميادينه وغيرها؛ وإذا كان هناك اتفاق عن أعمال إحدى المصطلحات التجارية في التعاملات التجارية التي تتم بين الأطراف يصير بذلك تطبيق محتوى هذا المصطلح واجبا عليهم ².

إن التشريعات الوطنية والدولية أقرت بأن مبدأ سلطان الإرادة هو أساس التطبيق الملزم لقواعد التجارة الدولية على موضوع النزاع، لأن الأطراف عبروا وبكل حرية عن

1 د/ جمال محمود الكردي: المرجع السابق، ص 143، 144، 145؛

وأنظر د/ محمد حسين منصور: العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2006، ص 470.

² د/ محمود الكردي : نفس المرجع ، ص 145 ومايلها.

هذا الاختيار، وبالتالي اكتسبت الأطراف صفة المشروعية لاتفاقهم على تلك القواعد القانونية، وعليه يمكن أن يكون الاختيار نابعا من إرادة صريحة، أو إرادة ضمنية،

كما قد تكون القواعد القانونية التي عبرت عنها إرادة الأطراف صراحة هي أحد أنواع القواعد التجارية الدولية سواء أكانت لوحدها أو كانت مع قانون داخلي¹.

غير أن القانون الجزائري لم يدل بإمكانية انتقاء قواعد التجارة الدولية بشكل صريح بل يمكن استنتاج ذلك من نص المادة 1050 القانون الجزائري التي لم تحدد نوع هذا القانون المراد اختياره، بل ترك مجال الحرية مفتوحا للأطراف، وبالتالي قد يستقرون على قواعد التجارة الدولية، وكما يقر القانون الفرنسي بإمكانية تطبيق القواعد التجارية الدولية إذا اتفقت الأطراف عليها².

الفرع الثالث: سلطة المحكم عندما يفوض بالصلح.

قد تطبق على موضوع النزاع قواعد العدالة والإنصاف إذا اتجهت إرادة الأطراف بشكل صريح لتفويض المحكم بالصلح، ففي هذه الحالة يجب أن تكون مهمة المحكم مختلفة نوعا ما عن مهمته المفروضة عندما يلتزم بتنفيذ قواعد قانونية أخرى، بحيث يفتش قدر المستطاع في حدود تلك القواعد لإيجاد حل للمنازعة المعروضة عليه بما يرضي الطرفين المتخاصمين، أي في مجال توازن مصالحهما، وبالتالي تكون مهمته الصلح في قالب تحكيمي³.

أولاً: موقف التشريعات الدولية والداخلية من هذه السلطة.

¹ د/ بشار الأسعد : المرجع السابق، ص 190، 191 .

² Ph.Fouchard, E.Gaillard, B.Goldman : op.cit, p 857

³ د/ أحمد محمود عبد البديع شتا: المرجع السابق، ص 328 ؛ و أنظر د/ حسنى المصري: المرجع السابق، ص 399، 400.

1- لقد أشار المشرع الجزائري في نص المادة 458 مكرر 15 من قانون 93-09 على: " تفصل محكمة التحكيم كمفوض قي الصلح إذا خولتها اتفاقية الأطراف هذه السلطة "، وعليه فالمشرع قد أخذ صراحة بهذه الفكرة، في حين يرى الدكتور عليوش كمال قربوع أن التفويض بالصلح، وقواعد الإنصاف لا يفهم بالضرورة أنهما فكرتين متلازمتان معاً¹، ولكن هذه المادة ألغيت بالمرسوم الجديد 08-09 و لم يعد لها وجود وبالتالي أصبح المشرع الجزائري لا يقر بفكرة التفويض بالصلح لعدم وجود أي مادة صريحة تدلي بذلك في المرسوم الحالي.

2- بينما أشار المشرع الفرنسي صراحة إلى الأخذ بفكرة التفويض بالصلح، و يظهر ذلك جليا من نص المادة 1497 قانون الإجراءات المدنية القديم (المادة 1512 في المرسوم 48-2011)².

3- أما المشرع المصري فلم يخرج عن نطاق الفكرة التي جاء بها المشرع الفرنسي فيما يخص حق الأطراف بتفويض المحكم بأن يمارس مهمة الصلح على المنازعة المعروضة عليه، لكن المشرع المصري قدم توضيحا لم يشر إليه النص الفرنسي حيث تنص المادة 4/39 على: " يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة، والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون " ، وبهذا أجازة تطبيق قواعد العدالة والإنصاف من المحكم المصلح؛ وحتى الاتفاقيات الدولية كان لها موقف تجاه هذه المسألة³.

ثانياً: اتفاقية جنيف 1961 أقرت بجواز التفويض بالصلح في المادة السابعة الفقرة

¹ د/ عليوش كمال قربوع: المرجع السابق، ص54، 56.

² Ph.Fouchard, E.Gaillard, B.Goldman : op.cit, p 847.

³ د/ حسنى المصري: المرجع السابق، ص 400.

الثانية¹؛

وكذلك تنص المادة 28 الفقرة الثالثة من قانون الأونسترال على أن إرادة الأطراف الصريحة هي التي لها الحق فقط في منح سلطة الصلح إلى المحكم حتى يسوي النزاع القائم² ، كما كان لقواعد التحكيم لمركز القاهرة الإقليمي رأي مشابه لما ذهبت إليه الاتفاقيات السابقة، لكن تضيف شرط يجب احترامه يتمثل في وجوب أن لا يعارض قانون الدول التي ينتمي إليها الأطراف مثل هذه السلطة حتى يتسنى لهم منح السلطة للمحكم³ .

ثالثاً: كما كان للأحكام القضائية موقف تجاه مسألة التحكيم بالصلح، حيث نجد مثلاً محكمة النقض الفرنسية التي أصدرت بتاريخ 15 فيفري 2001 قراراً يوضح فيه أن يجوز تطبيق قواعد العدالة على موضوع النزاع إذا كانت هي الحل الذي توصل إليه المحكم (المفوض بالصلح)⁴ ، وهناك قرار يؤكد فكرة منح هذه السلطة للمحكم صدر عن القضاء المصري حيث يقر بأن “تفويض أشخاص ليست لهم ولاية القضاء في أن يقضوا بينهما أو يحسموا النزاع بحكم، أو بصلح يقبلان شروطه، فضاء طرفي الخصومة هو أساس التحكيم، وكما يجوز لهما الصلح دون وساطة أحد، فإنه يجوز لهما تفويض غيرهما في إجراء هذا الصلح أو في الحكم في النزاع يستوي في ذلك أن يكون المحكمون في مصر وأن يجري التحكيم فيها أو أن يكونا موجودين في الخارج ويصدر حكمهم هناك، فإرادة الخصوم هي التي تخلق التحكيم بطريق استثنائي لفض المنازعات “⁵.

¹ Ph.Fouchard, E.Gaillard, B.Goldman : Ibid, p 847

² أنظر المادة 3/28 قانون الأونسترال : الموقع الإلكتروني السابق.

³ المادة 2/33 تنص على “ لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع وفقاً لمبادئ العدل والإنصاف أو لمحكم غير مقيد بأحكام القانون إلا إذا كان الطرفان قد أجاز ذلك صراحة وكان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم يجيز هذا النمط من التحكيم “ ، قواعد تحكيم لمركز القاهرة الإقليمي: المرجع الإلكتروني السابق.

⁴ Brigitte Hess Fallon, Anne Marie Simon : Droit des affaires, Dalloz, Paris, 2009, p 30.

⁵ الطعن رقم 1965 لسنة 50 ق بتاريخ 12/02/1985 نقض مدني مشار إليه د/ عبد البديع شتا: المرجع السابق، ص 329.

والجدير بالملاحظة أن هناك فكرة النظام العام التي يجب أخذها في الحسبان عند ممارسة المحكم لسلطته المخولة له، وألا يتجاوزها¹.

المطلب الثاني: في حالة غياب قانون الإرادة

في حالة غياب قانون الإرادة، ما هو القانون الذي سيطبقه المحكم على موضوع النزاع؟

أجابت العديد من التشريعات الوطنية، والدولية، وكذا النظم القانونية للعديد من المراكز الدولية الخاصة بالتحكيم على ما يمكن أن يطبقه المحكم في حالة غياب إرادة الأطراف.

الفرع الأول: مواقف التشريعات الوطنية

أولاً: القانون الفرنسي.

يوضح المشرع الفرنسي أنه إذا عين المحكم لممارسة مهامه التحكيمية، وعرض عليه النزاع، ولم تكن هناك قواعد قانونية قد تطابقت عليها إرادة الأطراف عند الاتفاق على شرط التحكيم، فكان للمحكم في هذه الحالة أن يكون حراً، وغير مقيد في اختيار ما يراه ملائماً من القواعد القانونية التي يمكن تطبيقها على موضوع النزاع، وبالتالي فالمحكم اكتسب سلطة تقديرية منحها إياه المشرع عند انعدام وجود قواعد قانونية في الاتفاق على التحكيم، وعليه فالمشرع الفرنسي من خلال نص المادة 1/1496 قانون الإجراءات المدنية (المادة 1511 من المرسوم الجديد)، لم يحدد قواعد قانونية معينة عند انعدامها في اتفاق التحكيم التي تكون واجبة التطبيق على موضوع النزاع؛

1 أنظر د/ أحمد عبد البديع شتا: المرجع السابق، ص 331؛

ثانياً: القانون المصري

إذا كانت القواعد القانونية لم يتفق الأطراف على تحديدها عند الاتفاق على شرط التحكيم لأي سبب معين كاختلاف الأطراف عن الاتفاق حول قواعد قانونية معينة، أو ألا يبالي الأطراف بالاتفاق عليها، لأن ذلك لا يؤدي إلى بطلان التحكيم، وإنما ترك المشرع المصري بنص المادة 39 قانون التحكيم للمحكم أن يحدد القواعد القانونية التي سيطبقها على النزاع لأنها غير محددة من قبل الأطراف¹.

ثالثاً: القانون الجزائري.

تنص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية الجديد على ما يلي " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون، والأعراف التي تراها ملائمة " ².

وبين المشرع الجزائري أنه في حالة عدم وجود قانون في الاتفاق على التحكيم، فعلى الهيئة أن تجد ما تراه مناسباً من القواعد القانونية، والأعراف للفصل في النزاع المعروض عليهما، فالمشرع منح الحرية لهيئة التحكيم في ذلك، وعليه يكون قد اتجه بنفس ما اتجه إليه المشرع الفرنسي، وكذا المشرع المصري، لكن توجد ملاحظة فقط فيما يخص أن المشرع الجزائري ذكر مصطلح القواعد القانونية وكذلك الأعراف،

ففرى أنه لا جدوى من ذكر المشرع هذين المصطلحين معاً، بل كان الجدير به أن يذكر مصطلحاً واحداً فقط هو القواعد القانونية، لأنه جد كافي.

بينما الأعراف ويقصد بها الأعراف التجارية الدولية، وهذا كله يدخل في زمرة القواعد القانونية كما سبق التطرق إليه في المطلب السابق.

¹ د/ سمير الشرقاوي: المرجع السابق، ص 423، 424.

² المادة 1050 من المرسوم 08-09: المرجع السابق، ص 176.

الفرع الثاني: موقف الاتفاقيات الدولية ومراكز التحكيم.

يبين قانون الأونسترال المعدل في 2006 أنه في حالة عدم وجود القواعد القانونية في الاتفاق على التحكيم الذي يلزم تطبيقها من طرف هيئة التحكيم عندما تعرض عليها المنازعات كان لهذه الهيئة أن تحددها، لكن التحديد في هذه الحالة يختلف عن سابقه بحيث أوجبت الاتفاقية اللجوء إلى قواعد الإسناد للحصول على القانون المراد تحديده من هيئة التحكيم، وبمعنى أدق إن الاتفاقية منحت لهيئة التحكيم حرية تحديد القانون، لكن قيدت طريقة الحصول على هذا القانون¹، لأنه يمكن أن يتحصل على هذا القانون عن طريق القواعد الموضوعية².

وتشير المادة 1/33 من نظام التحكيم للمركز الإقليمي بالقاهرة على أنه " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القانون الذي يعينه الطرفان. فإن لم يتفقا على تعيين هذا القانون، وجب أن تطبق هيئة التحكيم القانون الذي تعينه قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق"³، ويلاحظ أنها طبقت نفس الفكرة التي أقرها قانون الأونسترال.

أما النظام القانوني لغرفة التجارة الدولية، فينص في المادة 17 على: " للأطراف حرية الاتفاق على القواعد القانونية الواجبة على محكمة التحكيم تطبيقها على موضوع النزاع. فإذا لم يتفقوا على ذلك طبقت محكمة التحكيم القواعد التي تراها ملائمة، في كل الأحوال تأخذ محكمة التحكيم بعين الاعتبار أحكام العقد، والعرف التجاري ذات الصلة"⁴.

¹ د/ محمود سمير الشرقاوي: المرجع السابق، ص 426.

² استنتاج الباحث من فكرة أشار إليها د/ محمود الكردي: المرجع السابق، ص 127.

³ قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي: المرجع الإلكتروني السابق، ص 10.

⁴ نظام التحكيم بغرفة التجارة الدولية: الموقع الإلكتروني السابق، ص 288.

هذا النص يدل على أن غرفة التجارة الدولية منحت حرية تحديد القانون للهيئة عند انعدام تحديده، لكن مع بعض التوجيهات التي يمكن أخذها في الحسبان عند الاختيار.

كذلك المشرع المصري، والقانون النموذجي (الأونسترال) نصا على وجوب الأخذ بالحسبان هذه التوجيهات عند تحديد القانون من طرف هيئة التحكيم¹.

وعليه يتضح مما سبق أن هناك موقفين يمكن استقراؤهما من خلال النصوص القانونية الداخلية والاتفاقيات الدولية بشأن تحديد القانون من طرف المحكم عند عدم وجوده في الاتفاق على شرط التحكيم حيث يتمثل هذان الموقفان في:

1- وجوب العمل بقواعد التنازع في تحديد هذا القانون؛

2- عند استبعاد لهذه القواعد القانونية، يتم بعدها مباشرة تحديد هذا القانون المراد تطبيقه².

والجدير بالملاحظة أن هناك عدة مؤشرات عامة كانت أو خاصة يمكن أن يستخدمها المحكم لاختيار القانون الواجب التطبيق عند غياب إرادة الأطراف في تحديده، والذي كان بالإمكان أن يصبوا إليه الأطراف لو اتفقوا عليه³.

¹ د/ أحمد عبد البديع شتا: المرجع السابق، ص 326 و 327.

² د/ خالد محمد القاضي: المرجع السابق، ص 264.

³ د/ محمود الكردي: المرجع السابق، ص 157.

المبحث الثاني : القواعد الواجب تطبيقها على إجراءات التحكيم.

بعد معرفة القانون الواجب تطبيقه على موضوع النزاع، جاء دور معرفة القانون الذي يلزم المحكم بتطبيقه على الإجراءات المتبعة في نظام التحكيم، فمن الضروري أن الفصل في النزاع المطروح أمام هيئة التحكيم يتطلب وجود إجراءات واجبة الإتباع لتحقيق النتيجة، فمسألة المكان والزمان المتعلقة بالجلسات ومسألة تشكيل هيئة التحكيم، وكذا الطلبات، والمذكرات الجوابية المقدمة إلى هيئة التحكيم، وكل الأمور المتعلقة بدعوى التحكيم تعتبر من المسائل الإجرائية التي يجب أن تنظم بقانون معين¹.

لذا سنتناول قانون الإرادة لاختياره كقانون ملزم التطبيق على إجراء التحكيم؛ وكذلك عند غياب قانون الإرادة، ثم نتطرق إلى الإجراءات التحفظية والوقائية والقانون الواجب تطبيقه عليهما.

المطلب الأول: حالة وجود وغياب قانون الإرادة

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول يتم من خلاله معرفة قانون الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، والفرع الثاني ندرس فيه حالة غياب قانون الإرادة.

الفرع الأول: قانون الإرادة.

من بين الفرضيات المتعددة التي يمكن أن تتوافق عليها إرادة الأطراف لاختيار القانون الذي سينظم إجراءات التحكيم هي كالاتي:

- قد تتوافق إرادة الأطراف على توكيل اختيار القانون الذي سينظم إجراءات التحكيم للمحكم؛

¹ د/ أحمد محمد عبد البديع: المرجع السابق، ص286.

- وقد تكون لوائح المراكز أو المنظمات الدولية الخاصة بالتحكيم هي التي وقع عليها توافق إرادة الأطراف للأخذ بالإجراءات المتبعة فيها لاختيارها كقانون ملزم التطبيق على إجراءات التحكيم؛

- وقد يكون أحد القوانين الوطنية هو القانون الإجرائي الذي تتجه إليه إرادة الأطراف لينظم بها إجراءات التحكيم؛

- وكذلك يمكن أن تكون تلك القواعد الإجرائية المحددة هي التي وضعتها إرادة الأطراف¹.

مع العلم أن هذه القواعد الموضوعية من الأطراف أثبتت عدم فعاليتها على المستوى التطبيقي، لأن الأطراف تنقصهم الدراية الواجب معرفتها في تنظيم هذه المسائل، لكن يمكن لهم أن يحددوا مسائل معينة غير مؤثرة كتاريخ الجلسات، ولغة التحكيم، وغيرها، وهذا ما ثبت العمل به².

و سنوضح إذا اتجهت الإرادة إلى قانون وطني، أو لوائح المركز الدولي للتحكيم.

أولاً: القانون الوطني.

للتشريعات الوطنية رأي فيما يخص حرية تحديد القانون الوطني بأنه هو القانون المتبع في إجراءات التحكيم بناء على إرادة الأطراف؛

عند استقراء النصوص القانونية التي تنظم نظام التحكيم في مصر لا نجد أي نص يشير إلى ذلك صراحة، لكن نصوص المواد (01 و 25 و 28) تشير ضمناً إلى تلك المسألة، حيث أن نص المادة الأولى يبين أنه مهما كان نوع التحكيم سواء

¹ د/ محسن شفيق: المرجع السابق، ص 292؛

وأنظر د/ جمال محمود الكردي: المرجع السابق، ص 50.

² أحمد محمد عبد البديع شتا: المرجع السابق، ص 289.

داخلي، أو دولي، أو تجاري، أو مدني، أو إداري شريطة أن يتم على الأراضي المصرية، فإن القانون المصري هو القانون المطبق عليه، أي على موضوع النزاع وإجراءات المنظمة للتحكيم؛

وبضيف نص المادة 25 أن القانون المتبع في إجراءات التحكيم يمكن تحديده من الأطراف بحرية كاملة، أي منح مبدأ حرية الاختيار¹.

أما المشرع الفرنسي فأقر بمبدأ الحرية من خلال نص المادة 1494 من قانون الإجراءات المدنية القديم (أصبحت المادة 1509 من المرسوم 2011-48) التي نصت صراحة على ذلك، حيث أن القانون المنظم لإجراءات التحكيم يمكن أن يتفق الأطراف على أي قانون يريدونه سواء وطني أو دولة أخرى².

بينما المشرع الجزائري بالرجوع إلى نص المادة 1043 التي تنص على: " يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام التحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم"³.

من النص نستنتج أن المشرع الجزائري يقر بمبدأ حرية الاختيار صراحة، فالقانون الذي ينظم إجراءات التحكيم قد يكون القانون الوطني الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف وفقا لمبدأ الحرية، و بهذا يكون قد أخذ بما ذهب إليه المشرع الفرنسي.

¹ د/ جمال محمود الكردي: المرجع السابق، ص 51 و 52.

² أحمد محمود عبد البديع شتا: المرجع السابق، ص 292 و 293؛ نص المادة 1494 قانون الإجراءات المدنية الفرنسي مترجم على موقع الإلكتروني السابق، حيث تنص على ما يلي " يجوز أن يحدد اتفاق التحكيم مباشرة ، أو عن طريق الإشارة إلى نظام تحكيمي، الإجراءات الواجب إتباعها في الدعوى التحكيم، ويجوز أيضا إخضاع هذه الدعوى إلى قانون إجراءات معين يحدده اتفاق التحكيم...". أصبحت المادة 1509 هي نفسها في المرسوم الجديد 48-2011 أنظر الموقع الإلكتروني السابق.

³ المادة 1043 قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد: المرجع السابق، ص 175.

ثانيا: مراكز التحكيم.

إن إجراءات التحكيم المنظمة في لوائح المراكز، والمنظمات التحكيم الدولية يمكن أن تتجه إرادة الأطراف لاختيار تلك القواعد لتنظيم إجراءاتها وهو الأمر المعتاد عليه في الواقع التطبيقي¹.

وبالرجوع إلى نص المادة السادسة من القانون المصري نجدها تقر صراحة بأن ما تنص عليه لوائح المراكز، أو المنظمات الخاصة بالتحكيم من إجراءات تدخل ضمن مجال حرية الأطراف لاختيارها كقانون يلزم تطبيقه².

أما المشرع الجزائري جاء بنص صريح يؤكد ذلك، حيث لم يمنع الأخذ بما تحتوي عليه لوائح المراكز أو منظمات التحكيم من قواعد تنظيمية إذا أراد الأطراف الاتفاق عليها وهذا ما أكدته المادة 458 مكرر 6³، التي أصبحت المادة 1043 هي نفسها في المرسوم الجديد 08-09. وكذلك يقر المشرع الفرنسي في المادة 1494 (أصبحت المادة 1509 في مرسوم 2011) بنفس ما أقر به المشرع الجزائري⁴.

وهناك موقف ضمني تجاه هذه المسألة أقرته اتفاقية نيويورك بحيث أن عدم جواز للمحكم أن يخالف ما تنص عليه لوائح المراكز، أو منظمات التحكيم من قواعد إجرائية مادامت اتفق عليها الأطراف لأن مخالفتها يعني عدم تنفيذ، وعدم الاعتراف قضائيا بالحكم الذي تصدره هيئة التحكيم، وهذا ما استنتج من نص المادة الخامسة الفقرة الأولى⁵.

¹ د/ خالد محمد القاضي: المرجع السابق، ص 251 و 252.

² د/ أحمد محمود عبد البديع شتا: المرجع السابق، ص 286.

³ أ/عيد عبد الحفيظ: المرجع السابق، ص 4.

⁴ د/ رقية عواشيرية: المرجع السابق، ص 164.

⁵ Mostefa Trari Tani : Droit Algérien de l'arbitrage commercial international, 1^{ère} Edition, Barti Editons, Alger, 2007, p 116.

والجدير بالملاحظة: يوجد في أي دولة نظام عام يخصها، وقواعد أمرة موجودة في قوانينها يجب على الأطراف أخذها بالحسبان عند تطبيق مبدأ حرية الاختيار¹.

كما أجاز المشرع الفرنسي للأطراف على استطاعة عدم تطبيق القواعد الأمرة عندما يكون القانون الفرنسي هو الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف عند الاتفاق على شرط التحكيم، على الرغم من وجود نصوص سابقة (المواد 4، 11، 13، 21) توجب احترام هذه القواعد الأمرة، إلا أن هذه الإجازة تمس فقط التحكيم الدولي حسب نص المادة 1495 (أصبحت المادة 1510 هي نفسها في المرسوم 2011) قانون الإجراءات الفرنسية على عكس التحكيم الداخلي الذي يرفض استبعادها إطلاقاً لأن التحكيم سيقع تحت طائلة البطلان².

الفرع الثاني: حالة غياب الإرادة.

عند غياب هذه الإرادة ما هو القانون، أو القواعد القانونية التي ستتظم إجراءات التحكيم؟ فعلى المحكم أن يطبق قواعد القانون الدولي الخاص في حالة ما إذا كان قانون إجراءات التحكيم غير محدد عند الاتفاق على شرط التحكيم، أي لم تتجه إرادة الأطراف إلى تحديده³.

وقد يكون القانون المتبع في الإجراءات المنظمة للتحكيم هو قانون مكان إجراء التحكيم، أو يرجع ذلك لما سيختاره المحكم وفقاً للسلطات المخولة له⁴.

¹ د/ محسن شفيق: المرجع السابق، ص 294.

² د/ جمال محمود الكردي: المرجع السابق، ص 55.

³ د/ محسن شفيق: نفس المرجع، ص 294.

⁴ د/ خالد محمد القاضي: المرجع السابق، ص 255.

أولاً: قانون مقر التحكيم.

فالمشرع المصري يرى أنه إذا كان قانون الخاص بإجراءات التحكيم لم تتجه إليه إرادة الأطراف عند الاتفاق على التحكيم، وكانت مصر هي مقر الذي يجري فيه التحكيم، فألزم المشرع المحكمين على تطبيق قانون المصري باعتباره قانون مقر التحكيم، وهذا إقرار صريح من التشريع المصري بنص المادة الأولى¹.

حتى القضاء المصري كان سباقاً لتأكيد ذلك صراحة في أحد أحكامه الصادرة عليه².

بينما لا يوجد نص صريح في القانون الجزائري يقر بتطبيق قانون مقر التحكيم³، حتى نص المادة 1043 قانون الإجراءات المدنية والادارية الجديد الذي يبين ما يلي: "... إن لم تنص الاتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة، مباشرة أو استناداً إلى قانون أو نظام التحكيم".

¹ د/أحمد محمد عبد البديع شتا: المرجع السابق، ص 292.

² جلسة 1983/06/13 - الطعن رقم 1259 لسنة 49 ق، حيث حكمت بمايلي: " لما كان الثابت أن شرط التحكيم المدرج في سند الشحن قد نص على أن يحال أي نزاع ينشأ عن هذا السند إلى ثلاثة محكمين في مرسيليا وكان المشرع قد أقر الاتفاق على إجراء التحكيم في الخارج، ولم يرى في ذلك ما يمس النظام العام فإنه يرجع في شأن تقرير صحة شرط التحكيم و يرتب آثاره إلى قواعد القانون الفرنسي باعتباره قانون البلد الذي اتفق على إجراء التحكيم فيه طبقاً لما تقضي به المادة 22 من القانون المدني المصري بشرط عدم مخالفة تلك القواعد للنظام العام"، نقلاً عن أ.د/ سميحة القليوبي: اتفاق التحكيم، مقال منشور في إحدى الندوات "ندوة التحكيم في عقود الأشغال و المقاولات" الصادرة عن المنظمة العربية للتنمية الإدارية، و المنعقدة بالشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، من 4-7 ديسمبر 2005، ص 58.

³ أشار إليها أ/عيد عبد الحفيظ: المرجع السابق، ص 5 إلى هذه الملاحظة لكن قبل صدور قانون 2008 المعدل والملغي لقانون 93-09 و بالتالي يطبقها على المرسوم الجديد مادام أن المادة لم تتغير؛ وأنظر عليوش كمال قربوع: المرجع السابق، ص 49.

أما المشرع الفرنسي في نص المادة 1494 (المادة 1509 من المرسوم 2011-48) الفقرة الثانية لها نفس المحتوى الذي جاء به المشرع الجزائري¹.

بينما يوجد موقف للاتفاقيات الدولية تتمثل في :

ما توضحه اتفاقية نيويورك أنه إذا لم تتجه إرادة الأطراف إلى تحديد قانون معين، جاز الأخذ بقانون الدولة التي يجري فيها التحكيم، و هذا ما تقر به الفقرة د من نص المادة الخامسة².

وكذلك نظام التحكيم لغرفة التجاري الدولي يستنتج من خلال نص المادة 15 منها بأن محكمة التحكيم لها الحرية في اختيار، أو تحديد قانون معين ينظم إجراءات التحكيم، إذا لم يتفق الأطراف على ذلك التحديد، ومنها يجوز اختيار قانون دولة مقر التحكيم لأنه يدخل ضمن مبدأ حرية اختيار محكمة التحكيم³.

ويلاحظ أن هناك دورا فعالا لمكان التحكيم عند تحديده، لأنه يرفع اللبس على المشكلة التي يمكن أن تثور مثلا حول حكم التحكيم فيما يتعلق بجنسيته و غيرها من المسائل الأخرى التي يمكن أن تنفعا كثيرا مسألة التحديد هذه⁴.

ثانيا: سلطة المحكم في اختيار القواعد الواجب تطبيقها على الإجراءات

إن القانون الإجرائي الذي يلزم المحكم تنفيذه على إجراءات التحكيم، قد لا تتجه إليه إرادة الأطراف لتعيينه، وبالتالي تنتقل سلطة التحديد التي كانت في الأصل للأطراف

¹ Mostefa Trari Tani : op.cit, p124.

² د/ فوزي محمد سامي: المرجع السابق، ص 166.

³ المادة 15 نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية: المرجع الإلكتروني السابق، ص 288.

⁴ د/ جمال محمود الكردي: المرجع السابق، ص 82.

وكذلك د/ إبراهيم العناني: تطبيق القانون الداخلي على التحكيم الدولي : مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، ص 38 ، العدد 1996، ص 6، مشار إليه د/ محمد القاضي: المرجع السابق، ص 257.

إلى المحكم، غير أن إرادة الأطراف يمكن أن تتجه إلى منح هذه السلطة للمحكم¹، أو تمنح من خلال النصوص التشريعية الوطنية، والدولية التي سبق الإشارة إليها.

لكن سلطة التحديد الممنوحة للمحكم ليست مطلقة، بل تحدّها بعض الحدود التي يمكن مثلاً أن يفرضها القانون الوطني الذي يوجد فيه مقر التحكيم، بواسطة الهيئات الرقابية لديه، وحتى لا يكون حكم التحكيم الصادر عن هيئة التحكيم معرضاً للبطلان، فيلزم الأخذ في الحسبان ما يحتويه القانون الوطني من قواعد أمرّة عند ممارسة المحكم لهذه السلطة².

¹ د/ خالد محمد القاضي: المرجع السابق، ص 254.

² د/ جمال محمود الكردي: المرجع السابق، ص 93.

المطلب الثاني: الإجراءات الوقتية والتحفظية التي تتخذ بمناسبة التحكيم.

يمكن لأطراف المنازعة أن تتخذ إجراءات معينة تمنحهم حماية أكثر للحفاظ على حقوقهم من الضياع، وتحسينها، وتمثل هذه الإجراءات في التدابير الوقتية والتدابير التحفظية، وكما لهذه الإجراءات غرض، أو هدف أنشئت لأجله، وكذا لها شكل معين مما دفع جمهور الفقهاء بالعمل على إيجاد تقسيم لهذه الإجراءات، على حسب هذا المنوال بعد الجدل الحاصل حول تقديم تعريف دقيق لها¹.

ويحاول الدكتور عليوش كمال قربوع أن يقدم المقصود منها فقط، وليس تعريفا دقيقا حيث يعتبرها بأن " الإجراءات التحفظية هي التي تتخذ لحماية أموال أو لصون حقوق، مثل الحجز الاحتياطي أو التأمين البحري وحق حبس المنقول، وغير المنقول، أما الإجراءات المؤقتة فهي التي تنظم وقتيا حالة مستعجلة إلى أن يصدر فيها قرار نهائي، مثال ذلك، الحراسة القضائية على الأموال " ².

وسنخرج على أهم المواقف التشريعات الوطنية والدولية.

الفرع الأول: موقف التشريعات الوطنية من هذه الإجراءات.

نوضح من خلال هذا الفرع موقف المشرع المصري والجزائري والفرنسي من هذه الإجراءات الوقتية والتحفظية.

أولا: المشرع المصري.

يظهر تنظيم مسألة التدابير التحفظية، والوقتية من خلال المواد 14، 24 و 42 من قانون التحكيم المصري، حيث أن المادة 14 حددت المراحل التي يمكن اتخاذ فيها

¹ د/ جمال محمود الكردي: المرجع السابق، ص 101.

² د/ عليوش كمال قربوع: المرجع السابق، ص 50.

التدابير الوقائية، والتحفظية وهي قبل وأثناء سير الدعوى، أي بعد صدور حكم التحكيم لا يمكن أن تتخذ هذه التدابير، وتضيف الجهة المخولة بإصدار الأمر لاتخاذ التدابير والمتمثلة في القضاء سواء على مستوى المحكمة أو على مستوى الاستئناف كلاهما يمكن إصدار الأمر، في حين أن هذه الجهة المختصة لا يمكن لها إصدار الأمر من تلقاء نفسها، بل إذا قدم أحد الأطراف المتخاصمة طلبا بذلك، وتشير المادة 24 على أن الجهة القضائية ليست هي الجهة الوحيدة المخول لها إصدار الأمر المتعلق بالتدابير التحفظية أو الوقائية، بل يمكن لهيئة التحكيم أن يخول لها صلاحية ذلك شريطة أن يتفق الأطراف على السماح لها القيام بذلك وليس من تلقاء نفسها، وتوضع الحالة التي لا ينفذ فيها الأمر الذي أصدرته الهيئة جاز للطرف أن يستصدر أمر بالتنفيذ من رئيس المحكمة ويكون هذا الجواز بإذن من الهيئة، مع العلم أن مقدم الطلب باتخاذ التدابير يدفع ضمان إلى هيئة التحكيم لأنها هي التي طلبت منه ذلك؛

بينما المادة 42 من القانون تضيف صلاحية لهيئة التحكيم: وهي في الأصل من اختصاص القضاء، وهو أن تصدر قبل الفصل النهائي بأحكام وقتية¹.

من خلال ما سبق يتضح ما يلي:

1- السلطة المخولة بإصدار الأمر الخاص بالتدابير الوقائية والتحفظية هي:

- القضاء؛

- هيئة التحكيم شريطة أن يكون اتفاق مسبق بين الأطراف للسماح لها بذلك.

2- ولا يصدر أمر إلا بطلب من أحد الأطراف.

¹ د/ علي الشحات الحديدي: التدابير الوقائية والتحفظية في التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 13 و14.

3- منح المشرع صلاحيات لهيئة التحكيم تتمثل في:

- يجوز لها إصدار أمر وقتي لكن قبل إصدار الحكم النهائي؛

- يجوز لها طلب دفع الضمان من مقدم الطلب؛

- تأذن للطرف بإصدار أمر التنفيذ من رئيس المحكمة.

هذه هي النقاط الهامة التي تطرق إليها المشرع المصري.

بالإضافة إلى أن المشرع المصري لم يذكر في نصوصه السابقة التدابير الاستعجالية، فهل كان ينوي المشرع أن يستبعدا أوترك أمرها إلى القواعد العامة في تطبيقها أم أن التدابير الوقتية هي التي تضم في طياتها هذه التدابير الوقتية؟

تعددت الآراء حول فكرة التدابير المستعجلة والتدابير الوقتية، وخلص الدكتور علي شحات إلى أن هناك مفهومين أحدهما واسع والثاني ضيق للتدابير الوقتية، ومن المفهوم الأول تكون التدابير المستعجلة منتمية إلى هذه الزمرة، بينما في المفهوم الضيق تطبق عليه القواعد العامة التي تخص التدابير الوقتية، وذلك أن تصدر المحكمة المختصة بناء على طلب وقتي¹.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري.

تنص المادة 1046 على ما يلي: "يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك.

إذا لم يقر الطرف المعني بتنفيذ هذه التدابير إراديا، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي.

¹ د/ علي الشحات الحديدي: المرجع السابق، ص 15 و ما يليها.

يمكن لمحكمة التحكيم، أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة، أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب التدبير".¹

تقريباً المشرع الجزائري لم يختلف عن المشرع المصري لكن يضيف نقطة هامة وهي تطبيق قانون بلد القاضي في حالة عدم تنفيذ التدابير من الطرف الصادر في حقه الأمر.

وعليه فإننا نرى أن المشرع الجزائري قيد القاضي بتطبيق القانون الوطني الذي ينتمي إليه على هذا الإجراء، حتى وإن كانت باقي الإجراءات المتعلقة بشأن التحكيم ينظمها قانون آخر غير القانون الوطني للقاضي، وهذا يعتبر بمثابة استثناء.

غير أن هناك مسألة يجب الإشارة إليها وهي التنفيذ الجبري للتدابير الوقائية والتحفظية الصادرة، والتي تعتبر من اختصاص القضاء لوحده، على الرغم من أن سلطة الإصدار يمكن انتقالها إلى هيئة التحكيم، لكن سلطة التنفيذ الجبري لا يمكن أن يكتسبها المحكم فيرجعها دائماً إلى القضاء.²

ثالثاً: المشرع الفرنسي.

تنص المادة 1468 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد على أنه "يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر الأطراف، وفقاً للشروط، وتحتاج إلى تحديد عقوبة مالية، أي بتدبير مؤقت أو تحفظي تراه مناسباً ومع ذلك، فإن اختصاص الدول هي وحدها المختصة في الأمر بالحجز التحفظي الذي أمر به".³

¹ المادة 1046 من المرسوم 08-09: المرجع السابق، ص 175.

² د/ عليوش كمال قريوع: المرجع السابق، ص 51.

³ ترجمة من الموقع الإلكتروني www.translate.google مع بعض التعديلات في الترجمة، حيث النص الفرنسي من المرسوم 48-2011 جاء كالاتي: =

استثنى المشرع الفرنسي الحجز التحفظي والأمن القضائي من السلطات التي تمنح لهيئة التحكيم لممارستها عند الأخذ بالتدابير التحفظية والمؤقتة.

الفرع الثاني: موقف الاتفاقيات الدولية.

بالرجوع إلى الاتفاقيات الدولية نجد أن:

قواعد التحكيم للمركز الإقليمي بالقاهرة تنص في المادة¹ 26 على منح سلطة تقديرية لهيئة التحكيم للفصل في الطلب المتعلق بالتدابير الوقائية المقدمة من أحد الخصوم، وكذلك ذهب إلى نفس ما اتجه إليه المشرع المصري في نص المادة 44 والمتعلقة بسلطة هيئة التحكيم بإصدار تدبير وقائي قبل إصدارها للحكم النهائي الخاص بفصل المنازعة، وأجازت للسلطة القضائية أن تتخذ هذه التدابير إذا طلب منها ذلك.

وتنص المادة² 23 من لوائح التحكيم لغرفة التجارة الدولية على أن السلطات الممنوحة لهيئة التحكيم في اتخاذ التدابير التحفظية أو المؤقتة يجب أن تكون بموافقة الأطراف وإلا لا يمكن لها اتخاذ التدابير.

أما القانون النموذجي (الأونسترال)³ قدم تفصيل حول التدابير المؤقتة أكثر من الاتفاقيات السابقة، حيث أنها جاءت المادة 17 تبين ما يلي:

=« Le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et ou besoin peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune, toute fois la juridiction de l'état est seule cerné tente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires, le tribunal arbitral peut modifier ou compléter la mesure provisoire ou conservatoire qu'il a ordonnée

الموقع الإلكتروني السابق: www.legifrance.fr

¹ نص المادة 26 من قواعد التحكيم لمركز القاهرة الإقليمي: المرجع الإلكتروني السابق، ص 9.

² المادة 23 من النظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية: الموقع الإلكتروني السابق، ص 290.

³ قانون الأونسترال : الموقع الإلكتروني السابق، ص 9، 10، 11.

إن الأمر باتخاذ التدابير المؤقتة أصبح من الصلاحيات الممكن ممارستها من طرف هيئة التحكيم، لكن هذه الصلاحية التي أجازها القانون النموذجي هي ليست مطلقة الممارسة؛ بل تكون مقيدة بما يتفق عليها الأطراف، حيث أنه إذا وجد اتفاق لا يسمح لها بممارسة هذه الصلاحية عند اتفاق الأطراف على شرط التحكيم فلا يمكن لهيئة التحكيم أن تصدر مثل هذا الأمر؛

ثم تبين أن الأمر لا يمكن أن يصدر بعد القرار النهائي للتحكيم، كما أعطت الحرية للهيئة في اتخاذ الشكل الذي يمكن أن تصدر عليه هذا التدبير المؤقت،

وتنص المادة 2/17 على الأهداف المنشودة التي يجب أن تراعيها الهيئة عند اتخاذها للتدابير المؤقتة حتى يصل اتخاذ التدابير إلى هدفه وهو "... (أ) أن يبقى الحال على ما هو عليه أو يعيده إلى ما كان عليه إلى حين الفصل في النزاع؛ أو

(ب) أن يتخذ إجراء يمنع حدوث ضرر حالي، أو وشيك، أو مساس بعملية التحكيم نفسها؛ أو أن يمتنع عن اتخاذ إجراء يحتمل أن يسبب ذلك الضرر أو المساس؛ أو

(ج) أن يوفر وسيلة للمحافظة على الموجودات التي يمكن بواسطتها تنفيذ قرار لاحق؛

(د) أن يحافظ على الأدلة التي قد تكون هامة وجوهرية في حل النزاع...."

ويشير القانون أيضا في نفس المادة إلى أن هيئة التحكيم يجب إقناعها حتى تصدر الأمر الخاص بالتدابير المؤقتة وذلك من خلال توفير شروط في الطلب المقدم إليها، حيث يتضمن هذا الطلب المقدم عرضا من الوقائع التي يوضح من خلالها الضرر الذي يمكن أن يصيبه لو لا اتخاذ هذا التدبير، وبما أن هناك سلطة تقديرية للهيئة باتخاذ أوامر وقرارات أخرى بعد الفصل في هذا الطلب فيطلب أن يتضمن الطلب وقائع لا تمس بهذه السلطة في حالة احتمال رفض الهيئة لهذا الطلب المقدم إليها لاتخاذ التدبير، أي احتمال

عدم الاقتناع به (هذه الشروط المتعلقة بالطلب المقدم للهيئة تخص الأهداف المذكورة سابقا في الفقرة (أ) ، (ب) و (ج) فقط).

بينما الحالة (د) المذكورة في الفقرة السابقة فالطلب الذي يتضمن تلك الحالة فلا ينطبق عليه الشروط السابقة الواجب توافرها في الطلب، لأن الطلب المقدم الذي يكون وفقا للحالة (د) الذي ينص على "... أن يحافظ على الأدلة التي قد تكون هامة وجوهرية في حل النزاع"، فإن قدم الطلب وفقا لما تشير إليه هذه الفقرة فلهيئة التحكيم أن تتخذ ما تراه ملائما لذلك وفقا للسلطة التقديرية التي تتمتع بها.

ويضيف القانون صلاحية تعديل الأمر المؤقت وإنهائه أو التعليق عليه إذا لم يفى بالغرض المنشود إليه إلى هيئة التحكيم كصلاحيات إضافية تستخدم متى دعت الضرورة إلى ذلك، أو متى قدم الطلب، وهناك مسائل أخرى أضافها قانون الأونسترال لا تختلف عن الاتفاقيات الأخرى، كطلب الضمان، عدم التنفيذ، كما تشير الاتفاقية إلى إلزامية اعتراف، وتنفيذ ما تصدره هيئة التحكيم من تدابير؛ و كذلك لم يمنع القانون سلطة إصدار التدبير من القضاء¹.

ونستخلص أنه من الأفضل أن تعرض المنازعة على جهة معينة واحدة حتى يتسنى لها اتخاذ القرار المناسب، وفي وقت معقول حتى لا تضيع حقوق ومصالح الأطراف متخاصمة، وعليه يجب مساعدة هذه الجهة المخولة لها بذلك بمنحها صلاحيات تسمح لها بأداء مهامها، وهذا ما أكدته الكثير من التشريعات².

والملاحظ أن التدابير التحفظية والمؤقتة هي إجراء من إجراءات التحكيم، فالقانون الذي تخضع له هذه التدابير سيكون حتما نفس القانون الذي تلتزم به باقي إجراءات التحكيم

¹ للتفصيل أكثر في هذه النقاط أنظر قواعد قانون الأونسترال: الموقع الإلكتروني السابق.

² د/ محمود الكردي: المرجع السابق، ص 113.

كتعيين المحكمين وأسباب إنهاء مهامهم، المكان والزمان للجلسات الخاصة بالتحكيم، و غيرها إلا إذا استثنى من ذلك، لأن الأصل بالإتباع، غير أن هناك استثناءات خاصة بهذا الإجراء بالذات، يفرضها القانون حتى وإن كانت أطراف خصومة عملية التحكيم قد تم تحديدها بالتحكيم¹.

¹ د/ محمود الكردي: المرجع السابق، ص 96 وما يليها.

المبحث الثالث: النتائج المترتبة عن شرط التحكيم التجاري الدولي.

سنتناول في هذا المبحث أهم المبادئ، أو النتائج التي تترتب عن شرط التحكيم التجاري الدولي منها مبدأ استقلالية شرط التحكيم، ومبدأ الاختصاص بالاختصاص.

المطلب الأول: مبدأ استقلال شرط التحكيم

من بين المبادئ الهامة التي تترتب عن التحكيم التجاري الدولي هو مبدأ استقلالية شرط التحكيم، بحيث يكون مستقلاً عن العقد الأساسي المتضمن لهذا الشرط، أو مستقلاً عن القانون الوطني¹.

وقد ثار خلاف بين الفقهاء حول استقلالية وعدم استقلالية شرط التحكيم، لكن استقرت التشريعات الوطنية الحديثة، والتشريعات الدولية على الإقرار بمبدأ استقلال التحكيم عن العقد²، وعليه سيكون الفرع الموالي مبيّن لهذه المواقف.

الفرع الأول: موقف التشريعات الوطنية والدولية.

أولاً: إن مبدأ استقلالية شرط التحكيم تقر به صراحة معظم التشريعات، ومن بينها التشريع المصري والمادة 22 من قانون التحكيم خير دليل على ذلك حيث جاء نصها صريحاً بأنه إذا كان شرط التحكيم صحيحاً، وكان العقد الأساسي الذي ينتمي إليه هذا الشرط غير المعيب باطلاً، أو تم إنهاؤه، أو تم فسخه، فشرط التحكيم لا ينتقل إليه البطلان، أو الفسخ، أو الإنهاء لأنه شرط مستقل عن العقد وشروطه الباقية، كما تشير

¹ د/ محمود سمير الشرقاوي: المرجع السابق، ص 59.

² أ.د/ حفيفة السيد الحداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 120 و 121.

و أنظر د/ عمر نوري عبد الله عباينة: المرجع السابق، ص 189.

المادة إلى فكرة، أو نظرية أقرها المشرع المدني وهي نظرية انتقاص العقد، هل يمكن تطبيقها على مبدأ الاستقلالية الذي يمتاز به الشرط أم لا يمكن تطبيقها؟

هناك من يدلي بأن إصابة جزء من العقد لأي سبب من أسباب البطلان، وكان هذا الجزء لا يؤثر على قيام العقد، فعلى حسب نظرية انتقاص العقد لا يبطل العقد، بل يبقى صحيحا، ونطبق هذه النظرية على شرط التحكيم، فإن العقد صحيح، وإن أصيب جزء منه كشرط التحكيم بإحدى أسباب البطلان شريطة ألا ينتقل للعقد، وأصبح هذا الجزء باطل أي انعدمت صحة شرط التحكيم، لكن عدم صحة شرط التحكيم لا تؤدي حتما إلى عدم صحة العقد بل هو عقد صحيح في هذه الحالة لأن انعدام شرط التحكيم لا يؤثر على قيام العقد بل يمكن تطبيق القواعد العامة في حالة النزاع، هنا النظرية يمكن تطبيقها بينما في الحالة العكسية لا توجد جدوى من تطبيقها، ما الفائدة من قيام شرط التحكيم مادام العقد الأصلي قد أبطل¹.

بينما الرأي الآخر لا يجد ما يدعو لعدم تطبيق النظرية على مبدأ الاستقلالية بحجة أن العقد الأصلي، وشرط التحكيم مستقلان لأنهما مختلفان من حيث الموضوع بالرغم من أنهما عقد واحد².

2- موقف المشرع الجزائري

يقر المشرع الجزائري بمبدأ استقلالية شرط التحكيم من خلال نص المادة³ 458 مكرر 1 من قانون المرافعات غير أن هذا الإقرار لم يكن صريحا، بل تم استنباطه من

¹ د/ محمود سمير الشرفاوي: المرجع السابق، ص 108 و 109.

² د/ فوزي سامي: التحكيم التجاري الدولي، بغداد، 1992، ص 201 نقلا عن د/ محمود سمير الشرفاوي: نفس المرجع، ص 108.

³ نص المادة 1/458 من المرسوم 93-09 المشار إليه من صاحب المقال ملغى بقانون 2008 لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بنص مادة مشابهة هي 3/1040 وتتص على ما يلي " ... لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة الاتفاقية، بسبب عدم صحة العقد الأصلي"، أنظر المرسوم 08-09: المرجع السابق، ص 174 .

نص المادة 458 مكرر 1 أي المشرع الجزائري أشار إلى المبدأ ضمنيا، ويلاحظ أن نص المادة لم يشر إلى الفسخ، أو إنهاء العقد، أو غيرها من الحالات التي ينقضي فيها العقد؛ بل اقتصر على تحديد حالة واحدة فقط وهي البطلان من أجل الإفهام بمبدأ الاستقلالية، وقد عرض على القضاء الجزائري إحدى حالات انقضاء العقد الأساسي التي لم يذكرها المشرع في نص المادة 458 مكرر 1¹.

3- موقف المشرع الفرنسي

لعل قضية GOSSET التي عرضت على القضاء الفرنسي هي التي دفعت بالقضاء لإعلان التجسيد الصريح لمبدأ استقلالية شرط التحكيم في فرنسا، ويبين الحكم ما يلي: "في مجال التحكيم الدولي، فإن اتفاق التحكيم الذي يبرم إما مستقلا أو ضمن شروط تصرف قانوني، يعد فيما عدا في بعض الظروف الاستثنائية والتي لم تكن محل ادعاء في هذه القضية، متمتعاً باستقلال قانوني كامل عن ذلك التصرف، بحيث لا يتأثر بما قد يعترى هذا التصرف مستقبلا من عدم صحة"².

وتتلخص حيثيات القضية في الآتي:

حيث ألزم مستورد فرنسي بالتعويض عن خطأ ارتكبه في تنفيذ الالتزامات المنققة عليها في العقد المتضمن شرط التحكيم المبرم مع المصدر الإيطالي، وكان ذلك بناء على حكم تحكيمي صدر ضده، فامتنع عن التنفيذ، حيث دافع على ذلك أن قانون الاستيراد الفرنسي يحتوي على قواعد أمر لا يجوز مخالفتها، ومخالفتها يعني بطلان التصرف القانوني،

¹ أ/ تعويلت كريم: استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في المرسوم التشريعي رقم 09/93، مداخلات منشورة

في الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي بين التكريس والممارسة، المرجع السابق، ص 170، ص 173.

² Jean Robert : L'arbitrage, droit interne, droit international privé, paris, 5 édition, 1983, p 282, 246.

المشار إليه د/محمود سمير الشرقاوي: المرجع السابق، ص 100

وبما أن العقد جاء مخالفا لتلك القواعد؛ فمصيره كان البطلان الذي يمتد إلى جميع شروط العقد بما في ذلك شرط التحكيم، وعليه يبطل الإلزام المفروض عليه بالتعويض (لهذا السبب المقدم من طرف المستورد الفرنسي) لكن هذا التسبب لم يقنع القضاء الفرنسي مما أدى إلى رفضه مستندا إلى أن شرط التحكيم مستقل عن العقد¹.

وبالعودة إلى المرسوم 48-2011 نجد أن المشرع الفرنسي يكرس مبدأ الاستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي في نص المادة 1447².

كذلك هناك قوانين وطنية عربية أقرت بمبدأ الاستقلالية كالقانون المغربي مثلا في نص المادة 318 التي تنص على: " يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد، أو فسخه، أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته "، هنا إشارة صريحة لتطبيق المبدأ، وكذلك القانون السوري ينص صراحة على هذا المبدأ في نص المادة 11³.

ثانيا: موقف الاتفاقيات الدولية من المبدأ.

إن الاتفاقيات الدولية كان لها أيضا موقف تجاه مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، كقانون الأونسترال في نص المادة 21⁴ الذي كان صريحا بالإقرار به التي تنص على ما يلي: " يعامل شرط التحكيم الذي يكون جزءا من عقد وينص على إجراء التحكيم وفقا لهذا النظام بوصفه اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، وكل قرار يصدر

¹ د/ حفيظة حداد: الموجز في النظرية، المرجع السابق، ص 122، هي أيضا أشارت إلى نفس الكاتب والحكم.

² قانون الإجراءات المدنية الفرنسي 2011: أنظر الموقع الإلكتروني السابق. مع العلم أن نص المادة 1447 جاءت ضمن نصوص المواد المتعلقة بالتحكيم الداخلي، إلا أنها يمكن أن تسري على التحكيم الدولي وذلك بالرجوع إلى نص المادة 1506 من نفس المرسوم.

³ مجلة التحكيم: الجزء 3، القانون المغربي رقم 05-08 يقضي بنسخ وتعويض الباب 8 بالقسم 5 من قانون المسطرة المدنية؛ القانون السوري، الجريدة الرسمية، الجزء الأول، العدد 15 لسنة 2008: المرجع السابق، ص 970، 996.

⁴ د/ أحمد السيد صاوي: المرجع السابق، ص 58.

من هيئة التحكيم ببطان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم¹. لكن يلاحظ أن الفسخ والإنهاء التي تعتبر من أسباب انقضاء العقد لم يتطرق إليها القانون، بل اقتصر على البطلان فقط.

وكذلك قواعد التحكيم لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم تنص في المادة 21 صراحة على استقلالية المبدأ².

إلا أنه ليست كل الاتفاقيات الدولية تنص صراحة على مبدأ الاستقلالية، بل هناك من الاتفاقيات التي يمكن الاستنتاج من خلال نصوصها الإقرار بالمبدأ كاتفاقية نيويورك مثلا من نص المادة الثانية³.

ونستنتج مما سبق أن هناك من التشريعات الوطنية أو الدولية ما أقرت بمبدأ استقلالية شرط التحكيم صراحة، وهناك من أقرت به ضمنا.

الفرع الثاني: النتائج المترتبة عن مبدأ استقلالية شرط التحكيم

تترتب عن مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي نتائج معينة تتمثل في:

أولا: عدم ارتباط مصير شرط التحكيم بمصير العقد الأصلي

إن مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي ينتج آثار أساسية تتمثل في أن العقد الأصلي وشرط التحكيم الذي ينتمي إليه لا يؤول إلى نفس المصير، أي أن شرط التحكيم لا يستند إليه أسباب الانقضاء التي يمكن أن تصيب العقد الأصلي كالبطلان والانتهاء، وغيرها من أسباب انقضاء العقد المحددة في القانون المدني، وقد تنعدم النتيجة المترتبة

¹ نص المادة 1/21 من قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، ديسمبر 1976، منشور على الموقع الإلكتروني السابق.

² المادة 21 من قواعد التحكيم لمركز القاهرة الإقليمي: المرجع الإلكتروني السابق، ص 8.

³ د/ حسنى المصري: المرجع السابق، ص 138.

عن مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد إذا كان العقد الأصلي أصابه عيب من العيوب التي تصيب الإرادة¹، بحيث يكون له تأثير مباشر على مبرم شرط التحكيم، ففي هذه الحالة يمتد ما أصاب العقد الأصلي بشرط التحكيم إذا فسخ العقد يفسخ الشرط وإذا بطل يبطل².

ثانياً: خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي³.

وكذلك تتأكد النتيجة المترتبة عن مبدأ استقلالية شرط التحكيم في اختلاف القانون الواجب تطبيقه على العقد الأصلي، والقانون الواجب تطبيقه على شرط التحكيم⁴، أي أنه لا توجد هناك إلزامية مفروضة على أن يحكم العقد الأصلي وشرط التحكيم قانون واحد، حتى وإن كان حسب ما يراه بعض الفقهاء أن القانون الوضعي هو الذي يرجع إليه لتقدير صحة ووجود شرط التحكيم، لأنه لو كانت هذه الإلزامية موجودة لاضمحل مبدأ استقلالية شرط التحكيم⁵، وقد وضحت هذه الفكرة في القرار الصادر عن الدورة التي عقدها مجمع القانون الدولي سنة 1957، وحتى قضاء التحكيم يذهب إلى نفس الفكرة⁶، غير أن المادة 1/458 للأمر التشريعي 93-09 بينت الاتجاه المخالف الذي ذهب إليه المشرع

¹ لقد تم الإشارة إلى هذه النقطة بالذات عندما تطرقنا إلى عيوب الرضا في الفصل الأول من هذه الدراسة.

² أ/ تعويلت كريم: المرجع السابق، ص 172.

³ د/ حفيظة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 148.

⁴ أ/ تعويلت كريم: المرجع والموضع نفسه.

⁵ د/ حفيظة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، نفس المرجع، ص 149.

⁶ نص مشار إليه، د/ أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 370، 371، حيث تنص المادة 6 على ما يلي " شروط صحة مشارطه التحكيم وشروط التحكيم لا تخضع بالضرورة لذات القانون المطبق على الرابطة محل النزاع".

الجزائري بالنسبة لما ذهب إليه قضاء التحكيم، وقرار مجمع القانون الدولي، وغيرهم ممن أكدوا هذه المسألة¹.

لكن تراجع المشرع الجزائري بإلغاء هذه المادة بالقانون 2008 حيث أصبحت المادة 1040 تنص على ما يلي " تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم مناسباً"².

المطلب الثاني: مبدأ الاختصاص بالاختصاص

سنتناول في هذا المطلب مبدأ آخر يرتبه شرط التحكيم التجاري الدولي، لذلك سنتعرض في بداية الأمر إلى ماهية هذا المبدأ؛ ثم موقف التشريعات الوطنية، والدولية من هذا المبدأ.

الفرع الأول : ماهية المبدأ

عند عرض أي نزاع للفصل فيه أمام الجهة المخولة بذلك، يقدم دافع واجبة الفصل فيها لكن تختلف هذه الجهة من طريق إلى طريق آخر لحل النزاع، حيث إذا قدمت هذه الدفوع أمام القضاء مثلا فعلى القاضي أن يفصل في أي دفع وفقا لاختصاصاته الممنوحة له قانونا، والتي تفرض عليه ذلك.

أما إذا كانت الجهة المعروض أمامها المنازعة هي التحكيم فهئية التحكيم وجب عليها أن تفصل في هذه الدفوع وفقا للاختصاصات الممنوحة لها، لكن تختلف هذه الدفوع حيث قد يكون عدم الاختصاص هي إحدى الدفوع المقدم أمامها فعليها أن تفصل فيه (أي المحكم) وهذه من خصوصيات طريق التحكيم،

¹ أ/ تعويلت كريم: المرجع نفسه، ص 173.

² المادة 1040 من المرسوم 08-09: المرجع السابق، ص 174.

ولا يصدر قرار عدم الاختصاص من طرف المحكم إلا بعد تمحص وتدقيق جيد في الدفع المقدم من المدعي بذلك، حيث يتحقق من أن العقد الأصلي الذي أصابه عيب من العيوب التي تصيب الإرادة، مما أدى به إلى بطلانه أو انعدام وجوده، وكان هذا العيب له تأثير مباشر على شرط التحكيم أي يمتد إليه مما يجعله باطل أو منعدم فإن تحقق جيدا في ذلك ما كان له أن يحكم بهذا القرار¹.

الفرع الثاني: موقف التشريعات الوطنية والدولية من هذا المبدأ

أولاً: موقف التشريعات الوطنية

1- موقف المشرع الفرنسي

لا يوجد نص صريح في قانون المرافعات الفرنسي يدلي بمبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم الدولي، إلا أن التحكيم الداخلي يدلي به من خلال نص المادة 1466، وعليه يمكن استخلاصه ضمناً، وتطبيقه على التحكيم الدولي بناء على ما ورد في نص المادة 1495 التي تبين صراحة ذلك، لكن القضاء الفرنسي كان السباق للإقرار بهذا المبدأ على مستوى التحكيم الدولي قبل القانون المعدل²، أي قبل مرسوم 48-2011.

¹ أنظر كل من: د/ حفيظة السيد حداد: الموجز في النظرية التحكيم، المرجع السابق، ص 145، 146؛

د/ أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص 270؛

د/ عمر نوري عبد الله عباينة: المرجع السابق، ص 270.

² Philippe Fouchard, Emmanuel, Gaillard et ..., op.cit, P412

المشار إليه د/ محمود سمير الشرقاوي: المرجع السابق، ص 111.

2- موقف المشرع المصري

أقر مبدأ الاختصاص بالاختصاص من خلال نص المادة 22 من قانون التحكيم المصري الجديد على أنه إذا قدم أحد الأطراف دفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم ما كان عليها إلا أن تفصل فيه سلطاتها المخولة لها قانونا، وبذلك يكون بطلان شرط التحكيم، أو عدم وجوده، أو انعدامه هو موضوع هذا الدفع، ويرتب الحكم بما ورد في الدفع أن هيئة التحكيم، والتحكيم كله منتهية الصلاحية؛

كما اقتصر المشرع صلاحيات هيئة التحكيم في هذه الحالة على التدقيق والتمحيص الجيد إن كان هناك وجود لإحدى العيوب التي يمكن أن تصيب العقد الأصلي، فتجعله غير صحيح، أو في عدم إصابته بذلك أي صحيحا، وإلا اعتبرت متجاوزة لصلاحياتها إذا أقرت به (إن كان العقد صحيحا أو غير صحيح)¹.

3- موقف المشرع الجزائري من مبدأ الاختصاص بالاختصاص

يشير المشرع الجزائري صراحة إلى مبدأ الاختصاص بالاختصاص، وذلك يظهر جليا في نص المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والادارية 2008، حيث تنص على " تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفع في الموضوع.

تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع"².

¹ د/ أحمد السيد صاوي: المرجع السابق، ص 61،

ويأتي نص المادة 22 كما يلي: " تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع".

² المادة 1044 من المرسوم 08-09: المرجع السابق، ص 175.

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

ثانياً: موقف الاتفاقيات الدولية من هذا المبدأ

يقر قانون الأونسترال في نص المادة 16¹ بمبدأ الاختصاص بالاختصاص حيث أجاز الفصل في الدفع الذي يتضمن عدم اختصاصها، وتضيف المادة الميعاد الذي يمكن أن تقضي فيه بالدفع، ويكون الفصل فيه عن طريق أمر، أو قرار، وهذا أيضاً جاء به المشرع الجزائري، لكن كأمر فقط ، ولم يذكر قرار " تحكيم موضوعي".

وكذا قواعد التحكيم للمركز الإقليمي بالقاهرة نصت على ذلك في نص المادة 21: "هيئة التحكيم هي وحدها صاحبة الاختصاص في الفصل في الدفوع الخاصة بعدم اختصاصها..."²

¹ نص المادة 16 من قانون الأونسترال: الموقع الإلكتروني السابق، ص 8.

² نص المادة 21 من قواعد التحكيم لمركز القاهرة الإقليمي: المرجع الإلكتروني السابق، ص 8.

خاتمة

خاتمة

نظرا لما يتمتع به شرط التحكيم على مستوى التعاملات التجارية الدولية من أهمية بالغة، دفعت بالكثير من المتعاملين التجاريين والاقتصاديين إلى إدراجه ضمن تعاملاتهم التي يبرمونها مع أي شخص كان سواء شخص معنوي عام أو شخص معنوي خاص أو شخص طبيعي، ومهما كانت المنطقة الجغرافية التي يبرمون فيها العقد، مادام أن مبدأ سلطان الإرادة هو الفاصل فيه، من أجل ضمان حقوقهم من الضياع خاصة المالية منها، كونه الغرض الأول الذي من أجله يتم إبرام مثل هذه التعاملات، لأن أي منازعة يمكن أن تثور يكون التحكيم هو الطريق الذي يتولى حلها حتى لا يعرض على طريق آخر يمكن من خلاله أن لا يضمنوا استرجاع حقوقهم .

وإدراج مثل هذا الشرط التحكيمي في العقود التجارية الدولية، جاء نتيجة لنظامه المتميز، وهذا أوصلنا إلى النتائج الآتية:

إن الشروط الموضوعية العامة والخاصة يجب أن تتوفر في الإتفاق على شرط التحكيم، كما تخضع الشروط الموضوعية كالرضا والأهلية والمحل والسبب إلى نفس شروط القواعد العامة التي حددها القانون المدني في أي إتفاق يبرم، بحيث أن الرضا تطبق عليه تلك القواعد، ويوجد بعض الاختلافات فقط في مسألة أهلية الأشخاص المعنوية العامة للسماح لهم بإبرام الشرط التحكيمي، والذي اختلفت فيه التشريعات الوطنية حيث كان هناك منع على إبرامه بالنسبة للشخص المعنوي العام، نظرا لما يعتبرونه بعض التشريعات أنه مساس بالسيادة الوطنية، كالقانون الفرنسي، لكنه تراجع عن المنع المفروض جراء الظروف الاقتصادية التي أثرت بشكل كبير على هذا الحظر، وسار معها تقريبا في نفس الاتجاه المشرع الجزائري، إلا إنه تم تعديل ذلك بالسماح لهؤلاء الأشخاص بممارسة تلك الصلاحية.

أما في مسألة موضوع المنازعة، طبق فيه القواعد العامة لكن هناك من المسائل ما لا يجوز فيها التحكيم، كالمسائل الجنائية و مواد الجنسية، لكن الأمور المالية المتصلة بها يجوز التحكيم عليها لأن الصلح جائز فيها، لكن ما يهم هذه الدراسة هي المسائل التجارية والاقتصادية.

بينما الشروط الموضوعية الخاصة يجب أن يتوفر عليها شرط التحكيم، حيث فرضت العديد من التشريعات الوطنية والتشريعات الدولية شرط الكتابة حتى يرتب آثار الشرط منه، ولكي لا يتعرض إلى تأويلات أخرى قد تضر الأطراف فيما بعد حدوث المنازعة، ويؤكد المشرع الجزائري هذا الشرط ،

إلا أنه في شرط الكتابة لم يفرض المشرع الجزائري الشكل الذي يجب أن تتم به الكتابة، هل يكون عرفي أم يكون في شكل رسمي بل ترك الأمر للأطراف الحرية في اختيار ذلك، حتى لا يقوم بتعطيل تنفيذ العقد الذي سيبرم بين الأطراف، وهذا ما تتطلبه المعاملات التجارية التي تمتاز بالسرعة، كما لم يفرض نموذج معين لكتابة شرط التحكيم من التشريعات الوطنية بل قدمت بعض الاتفاقيات نموذج معين يمكن أن يقتدى به.

إضافة إلى ذلك، إن النتيجة المهمة التي يجب أن توقفنا أكثر هي مسألة تشكيل الهيئة المخولة بالفصل في المنازعات التي تعرض عليها، وهي الهيئة التحكيمية التي تمنح لها صلاحيات للقيام بمهامها على أكمل وجه، والأصل في تشكيل هيئة التحكيم حسب غالبية النظم القانونية الوطنية والتشريعات الدولية تقوم على مبدأ إرادة الأطراف، وعند غياب هذه الإرادة يتدخل القضاء أو أي جهة أخرى للقيام بتعيين الهيئة.

كما لهذه الهيئة صلاحيات واسعة تشبه كثيرا السلطات الممنوحة للقاضي عند الفصل في النزاع، كأن تصدر الهيئة أوامر لاتخاذ تدابير تحفظية أو وقتية والهدف من ورائها عدم الإضرار بالأطراف، وكذلك تصدر قرارات ملزمة للأطراف.

أما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق، يكون الأصل في تحديد القانون الملزم التطبيق سواء على موضوع النزاع أو على الإجراءات التحكيمية قوامه مبدأ إرادة الأطراف في حرية الاختيار للقانون الذي تراه مناسب لها عند حدوث النزاع، وهذا المبدأ يقره العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، ومنها القانون الجزائري.

بينما في حالة غياب هذا الاتفاق أي الإرادة يرجع الاختيار إلى المحكم الذي منح السلطة لذلك، لكن هناك من القوانين الدولية من تقيد المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق من حيث الطريقة التي يمكن الحصول عليه، وليس في اختيار القانون حيث يوجب عليه أن يعمل بالقواعد الإسناد على حسب قانون الأونسترال.

غير أن القوانين الوطنية لم تقيد حريته كالتشريع الجزائري الذي أقر ذلك صراحة.

بالإضافة إلى القانون الواجب التطبيق على التدابير التحفظية والوقائية، كون هذه الإجراءات في الأصل يطبق عليها القانون المطبق على إجراءات التحكيم لكن يمكن استثناء ذلك بتحديد قانون آخر يطبق عليها.

وعلى المحكم أن لا يتعارض اختياره مع قواعد الآمرة للقانون الذي يتم اختياره .

بينما فيما يخص النتائج المترتبة عن شرط التحكيم، فإن مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي من بين أهم النتائج، وهو ما أقره المشرع الجزائري لكن ليس بالشكل الصريح بل ضمناً فقط، يمكن استخلاصه على عكس باقي التشريعات العربية الذي أقرته صراحة .

أما مبدأ الاختصاص بالاختصاص أي الصلاحيات التي يمنحها القانون، حيث يقره العديد من الاتفاقيات والقوانين الداخلية، والذي يمكن أن يحكم بعدم اختصاص من طرف المحكم بنفسه، لكن المشرع الجزائري لم يقرها في بداية الأمر بحيث كان إقراره يكتنفه بعض

الغموض، ثم حذف هذا الغموض عند إلغاء العبارة الغامضة في النص بعد إلغاء القانون وتعويضه بقانون آخر، إذ أصبح يقر بها .

وبناء على كل ما تقدم يتضح أن نظام التحكيم هو نظام قائم بذاته، وله إجراءات دقيقة تشبه كثيرا الإجراءات المفروضة في القضاء.

وبالتالي له فعالية من حيث اللجوء إلى إدراجه في عقودهم، لأنه أصلا يقوم على مبدأ الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق، وكذا أنه مستقل عن العقد الأصلي هذا هو الأمر الذي يدفع المتعاملين التجاريين لاختياره كطريق بديل عن القضاء، الذي قد لا يسترجع فيه حقوقهم نتيجة لتطبيقه قانون دولة مقر القضاء الذي قد لا يكون دقيقا.

غير أننا في ظل المستجدات والتحولات الاقتصادية الحاصلة على المستوى العالمي، ومدى تأثيرها على مستوى الدول، وبما أن الجزائر من الدول التي تبحث عن متعاملين اقتصاديين وتجاريين لتعزيز استثماراتها الأجنبية خاصة، حتى تواكب التطور، وعليه يجب على الجزائر أن تجدد تشريعاتها الداخلية المنظمة للتحكيم، لأنه أصبح من الناحية الواقعية هو النظام الأكثر فعالية على العقود الدولية، لذا وجب علينا تقديم بعض التوصيات لعلنا نساهم ولو بقسط ضئيل في هذه الترسانة القانونية:

- كان من الأفضل أن يوضح الشخص الذي سيتولى مهمة التحكيم، بحيث ينظم له نصوص خاص به أكثر مما هو موضح، فيبين من خلالهم شروط محددة يجب إتباعها كما نظم مهام قانونية أخرى، خاصة في ما يخص مستوى المحكم، فكيف يمكن عرض نزاع على شخص ليس له مستوى قانوني كأن يعين مهندس فما علاقة المهندس بمهمة التحكيم، بل يتطلب مستوى قانوني معين حتى يتسنى له تفحص الوقائع المعروضة عليه للفصل في المنازعة.

- كان بإمكان المشرع أن يوضح موقفه صراحة تجاه مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، حتى لا يحتج أي أحد عن عدم وجود إحدى أسباب الانقضاء المعروفة في القانون المدني لأن المشرع حدد البطلان فقط.

- بإمكان المشرع الجزائري عندما يريد تنظيم القانون الخاص بالتحكيم، أن يرجع إلى القوانين والتشريعات الدولية، ويرجع أيضا إلى وقائع المنازعات وأحكام الصادرة في حقها المعروضة على المستوى الدولي، حتى يمكن استنباط ما يجب تنظيمه ويكو بمثابة قانون يعود إليه كمرجع.

وبما أن المشرع الجزائري أخذ كثيرا من القانون الفرنسي كونه يرجع إليه العديد من التنظيمات الوطنية، ويلاحظ من الناحية العملية أن المتعاقدين في مجال التجارة الدولية يختارون القانون الفرنسي في التطبيق على الشرط التحكيم، كونه الأفضل في التشريعات الوطنية.

الملاحق

الملحق رقم 1

المصدر: قرار المحكمة العليا الجزائرية ، الغرفة التجارية البحرية،

رقم الملف 442187، صدر بتاريخ 2008/04/09 منشور بمجلة

التحكيم، العدد الرابع، أكتوبر 2009، بتعليق الدكتور مصطفى

تراري الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص

247،246،245

وقائع القضية:

حيث طعنت الشركة الوطنية..... بطريق النقض في 2006/5/17 ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر في 2005/10/30 القاضي علانيا وحضوريا ونهائيا في الشكل: قبول الاستئناف،

في الموضوع: تأييد الحكم المستأنف فيه الصادر عن محكمة حسين داي بتاريخ 2004/11/3، تحت رقم 2004/2898، وبإبقاء المصاريف على عاتق المستأنفة، والحكم المستأنف قضى بإلزام المدعي عليها "الطاعنة" بدفع للمدعية "المطعون ضدها حاليا" مبلغ 52800 دولار أمريكي.

وحيث أنه تدعيما لطحنها أودعت الطاعنة بواسطة محاميها..... عريضة للطعن بالنقض تتضمن ثلاثة أوجه للطعن بالنقض:

حيث تغيبت المطعون ضدها رغم صحة التبليغ.

حيث أن الطعن بالنقض استوفى أوضاعه القانونية فهو صحيح، و مقبولا

شكلا

عن الوجه الأول: المأخوذ من عدم الاختصاص المادة 233 ف1 من قانون

الاجراءات المدنية

بدعوى أنه يعاب على القرار المطعون فيه أنه فصل في النزاع وهو غير مختص بذلك أنه جاء في البند الخامس من وثيقة مشروع الإشهار أنه في حالة قيام نزاع حول تنفيذ المشروع أو تفسيره فإنه يجب على الأطراف أن يطرحوا هذا النزاع على التحكيم، وأنه من اتفق على اللجوء إلى التحكيم لا يمكنه اللجوء إلى القضاء العادي وأن الاجتهاد القضائي مستقر في مثل هذه الحالة، لأن التحكيم يكون إجبارياً باعتباره شرطاً أساسياً في العقد و ملزماً للطرفين طبقاً للمادة 106 من القانون المدني التي تنص على أن "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله، إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون، والمطعون ضده خرق الاتفاق المبرم من الطاعة، وبذلك فالقرار المنتقد خرق مبدأ الاختصاص الإجباري للتحكيم، ويستوجب نقضه، وإبطاله.

حيث فعلاً يتبين من القرار المطعون فيه، ومن أوراق الملف الدعوى أن الطاعة دفعت أمام المحكمة، وأمام المجلس بالبند الخامس من العقد المبرم بين الطرفين في 2002/3/31 الذي ينص على أنه في حالة قيام نزاع حول تنفيذ العقد، أو تفسيره فإنه يجب على الأطراف أن يطرحوا هذا النزاع على التحكيم.

وحيث أن الحكم المستأنف أجاب عن هذا الدفع، وردّه على أساس أن البند لا يمثل حجية قاطعة، لأنه لا يحمل أي إمضاء من قبل الطرفين، مما يجعل المحكمة مختصة نوعياً أما القرار المنتقد لأنه اغفل الرد على هذا الدفع، رغم إعادة إثارته من الطاعة، وحيث أن الحكم المستأنف، والقرار المنتقد قد خالف قاعدة الاختصاص، والمادة 106 من القانون

المدني عندما تمسك باختصاصه بالفصل في النزاع، رغم أن البند الخامس من العقد المبرم بين الطرفين الذي يوجب على الطرفين في حالة النزاع حول تنفيذ العقد، أو تفسيره اللجوء إلى التحكيم.

وحيث أن المطعون ضدها عندما لجأت إلى رفع الدعوى الحالية دون أن تلجأ إلى التحكيم، كما يوجبها بذلك البند الخامس من العقد تكون قد أخلت بالتزاماتها؛ والحكم والقرار المنتقد عندما سايرها في ذلك يكونان قد خالفا قواعد الاختصاص، والمادة 106 من القانون المدني.

الأمر الذي يجعل الوجه مؤسس، ويؤدي إلى نقض، وإبطال القرار المطعون فيه دون الحاجة لمناقشة باقي الأوجه.

وحيث أنه لم يبق من النقاط القانونية مما يمكن الحكم فيه عملاً بأحكام المادة 269 من قانون الإجراءات المدنية فإن النقض يكون بدون إحالة.

لهذه الأسباب

تقضي المحكمة العليا: بقبول الطعن شكلاً، وموضوعاً، وبنقض، وإبطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء الجزائر في 2005/10/30 وبدون إحالة، وبإبقاء المصاريف على المطعون ضدها.

الملحق رقم 2

**Source : Cour de Cassation, chambre civil 1,
Audience publique de mardi 03 mars 1992, N°
pourvoi: 90-17024, www.legifrance.gouv.fr.**

Cour de cassation
chambre civile 1
Audience publique du mardi 3 mars 1992
N° de pourvoi: 90-17024
Non publié au bulletin **Rejet**

Texte intégral

REPUBLIQUE

FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, PREMIERE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le pourvoi formé par la société Sonetex, société anonyme, dont le siège social est sis ... (2e), représentée par ses président directeur général, administrateurs et représentants légaux en exercice domiciliés audit siège,

en cassation d'un arrêt rendu le 15 mai 1990 par la cour d'appel de Paris (15e chambre, section A), au profit de :

1°) la société Charphil, société à responsabilité limitée, dont le siège social est sis ... (8e),

2°) la société Topkapi, société de droit turc, dont le siège social est sis Eski Londra X... Fazli, Pasa Y... n° 6 à Istambul (Turquie),

défenderesses à la cassation ; La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt ; LA COUR, en l'audience publique du 21 janvier 1992, où étaient présents :

M. Massip, conseiller doyen faisant fonctions de président, M. Lemontey, conseiller rapporteur, MM. Z..., Bernard de Saint-Affrique, Thierry, Gélinau-Larrivet, Forget, Mme Gié, conseillers, M. Savatier, conseiller référendaire, M. Gaunet, avocat général, Mlle Ydrac, greffier de chambre ; Sur le rapport de M. le conseiller Lemontey, les observations de Me Choucroy, avocat de la société Sonetex, de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de la société Charphil, de la SCP Delaporte et Briard, avocat de la société Topkapi, les conclusions de M. Gaunet, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ; Sur les premier et second moyens réunis :

Attendu, selon les énonciations des juges du fond, que la société française Sonetex a commandé, le 18 mai 1987, à la société Charphil, mandataire pour la France de la société turque Topkapi, du fil acrylique ; qu'une confirmation de vente a été envoyée, le 19 mai 1987, par la société Topkapi à la société Sonetex ; qu'à la suite d'une autre commande, la société Topkapi a encore adressé, le 15 juin 1987, à la société Sonetex un bon pour confirmation de vente ; que ces documents ont été retournés, après signature, par la société Sonetex à la société Topkapi ; qu'au vu des résultats d'une expertise judiciaire, la société Sonetex a assigné

les sociétés Charphil et Topkapi devant le tribunal de commerce de Paris en paiement de diverses indemnités ; que la société Topkapi ayant opposé les clauses compromissoires figurant au verso des bons de confirmation de vente, l'arrêt attaqué (Paris, 15 mai 1990) a renvoyé les parties à l'arbitrage ;

Attendu que la société Sonetex reproche, par un premier moyen, à cet arrêt d'avoir ainsi statué sans caractériser l'échange des consentements ; qu'en un second moyen, il est soutenu, d'une part, que la cour d'appel ne pouvait considérer la clause compromissoire comme valable sans rechercher, conformément aux articles 1442 et 1443 du nouveau Code de procédure

civile, si un accord s'était formé sur ce point, entre les parties, lors de la commande ; alors, d'autre part, que si le contrat pouvait être considéré comme un contrat international, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1495 du même code en ne se prononçant pas sur la loi applicable au contrat, quant à la forme et à la preuve de la clause invoquée ; Mais attendu que la cour d'appel a, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, retenu que le texte des clauses compromissoires avait été annexé aux bons de confirmation des 19 mai et 15 juin 1987 adressés par la société Topkapi et acceptés par la société Sonetex ; qu'il en résulte que l'acceptation des clauses compromissoires, est ainsi intervenue en même temps que l'accord des parties sur le contrat principal ; que s'agissant, en toute hypothèse, d'établir le fait de l'acceptation par la société Sonetex des clauses compromissoires qui était seul contesté, la cour d'appel n'avait pas à statuer, quant à la forme et la preuve de ces clauses, en fonction d'une loi qui, en raison de leur autonomie en cas d'arbitrage international pouvait, d'ailleurs, ne pas leur être applicable ; que les griefs ne peuvent donc être accueillis ; Et attendu qu'en égard aux circonstances de la cause, il n'y a pas lieu de faire application de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile ; PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ; Dit n'y avoir lieu à application de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile ;

Analyse

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris , du 15 mai 1990

Titrages et résumés : ARBITRAGE - Clause compromissoire - Clause compromissoire relative à une vente internationale - Texte de la clause annexé au bon de confirmation de vente adressé par le vendeur à l'acheteur - Bon accepté par l'acheteur - Effet - Acceptation de la clause par l'acheteur.

Textes appliqués : Nouveau code de procédure civile 1442 et 1443

الملحق رقم 3

**Source : Cour de Cassation, chambre civil 2,
Audience publique de jeudi 28 mars 1996, N°
pourvoi: 93-17107, www.legifrance.gouv.fr.**

Cour de cassation
chambre civile 2
Audience publique du jeudi 28 mars 1996
N° de pourvoi: 93-17107
Non publié au bulletin **Rejet**

Président : M. DELATTRE conseiller, président

Texte intégral

REPUBLIQUE

FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, DEUXIEME CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le pourvoi formé par Mme Z... Castagne, demeurant ...,

en cassation d'un arrêt rendu le 27 mai 1993 par la cour d'appel de Versailles (1re chambre, 1re section), au profit de M. Saïd Y..., demeurant ...,

défendeur à la cassation ;

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt;

LA COUR, en l'audience publique du 14 février 1996, où étaient présents : M. Delattre, conseiller le plus ancien faisant fonctions de président, M. Buffet, conseiller rapporteur, M. Laplace, Mme Vigroux, MM. Séné, Chardon, conseillers, M. Bonnet, Mlle Sant, conseillers référendaires, M. Tatu, avocat général, Mme Claude Gautier, greffier de chambre;

Sur le rapport de M. Buffet, conseiller, les observations de Me Choucroy, avocat de Mme X..., de Me Roger, avocat de M. Y..., les conclusions de M. Tatu, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi;

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Versailles, 27 mai 1993), que Mme X... a promis de céder à M. Y..., tant en son nom personnel qu'au nom d'autres personnes, les actions d'une société, par un acte qui fixait le prix de cession; que la convention prévoyait que ce prix devait être notamment augmenté de l'actif circulant et diminué des dettes sociales; que la convention, qui stipulait par ailleurs le remboursement à Mme X... de son compte courant dans la société pour un montant forfaitaire de la moitié, comportait une clause compromissoire soumettant à arbitrage "tous les litiges auxquels la présente convention pourrait donner lieu, notamment en ce qui concerne sa validité, son interprétation, son exécution et sa résolution"; que M. Y..., après transmission des actions et paiement du prix, a soutenu que la somme remise à Mme

X... comprenait un trop perçu; qu'une sentence arbitrale a mis à la charge de Mme X... la restitution d'une certaine somme;

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt qui, après annulation de la sentence arbitrale, a statué au fond, d'avoir condamné Mme X... à payer une somme à M. Y..., alors que, selon le moyen, la promesse de cession des actions, qui comportait la clause compromissoire et prévoyait un prix prévisionnel, avait été suivie d'une cession effective des actions avec fixation définitive du prix dans des conditions différentes de celles stipulées dans la promesse; que, par suite, les engagements initiaux compris dans la convention assortie de la clause compromissoire avaient fait l'objet d'une novation laquelle n'était elle-même aucunement assortie d'une clause compromissoire; d'où il suit que la Cour a appliqué à l'accord une clause d'arbitrage qui n'y figurait point et ainsi violé les articles 1134 du Code civil, 1273 du même Code, et 1443 du nouveau Code de procédure civile;

Mais attendu que la cour d'appel a constaté que la promesse de cession, acceptée par M. Y... qui promettait irrévocablement d'acquérir, avait constitué un échange de consentements valant accord sur la chose et le prix, et que la transmission matérielle des actions et le paiement de leur prix n'avaient donc constitué que des modalités d'exécution de cet accord; qu'elle en a justement déduit que les litiges s'y rattachant étaient concernés par la clause compromissoire qui visait notamment l'exécution de la convention;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu que le pourvoi revêt un caractère abusif ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne Mme X... à une amende civile de vingt mille francs (20 000) envers le Trésor public; la condamne, envers M. Y..., aux dépens et aux frais d'exécution du présent arrêt;

Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Deuxième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-huit mars mil neuf cent quatre-vingt-seize.

Analyse

Décision attaquée : cour d'appel de Versailles (1re chambre 1re section) , du 27 mai 1993

الملحق رقم 4

المصدر: صدر هذا الحكم بجلسة 23 أكتوبر 1985

نقلا عن د/ محي الدين إسماعيل علم الدين: منصة

التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، النسر الذهبي

للطباعة يسرى حسين إسماعيل القاهرة، 1986، ص 122

إلى 127.

.

وقائع القضية بين

أمريكا و كندا / اليونان.

تعاهد الشركة الوكييلة لا يجعل الأصلاء أطراف في شرط التحكيم إلا إذا كانت الوكالة سابقة على شرط التحكيم و قد روعيا فيها الشكل.

رأى مخالف في هيئة التحكيم، حكم بالأغلبية.

وقعت شركتان يونانيتان عقدا فيما بينهما في مايو 1983 ينص على قيام أحدهما بصناعة جهاز ف- 103 أ خاص بخزان عزل الغاز (والأمر يتعلق هنا بمنتجات بترولية)، وكانت الشركة الطالبة قد حصلت على ترخيص استغلال من أربع شركات بترولية اثنتان من الولايات المتحدة الأمريكية وواحدة من كندا والأخيرة من اليونان تمت الموافقة على هذا الاستغلال بقانون. وعندما تعاهدت هذه الشركة مع الشركة الصانعة، تعاهدت باعتبارها وكييلة عن مجموعة الشركات الأربع التي فوضتها في ذلك.

ونشأ خلاف بين الطرفين لعدم تنفيذ العقد، فقامت مجموعة الشركات الأربعة بتقديم طلب تحكيم ضد الشركة الصانعة، ولم تدخل في هذا التحكيم الشركة الوكييلة، وكان شرط التحكيم يقضي بخضوع نزاعات الطرفين للقانون اليوناني، ونسبت الشركات المدعية إلى الشركة المدعى عليها أنها لم تحقق ما وعدت به من إتمام الصنع قبل العشرين من أكتوبر 1983 ، بل ولم تشتتر المواد الخام التي سيتم منها التصنيع، كما اقرت بذلك في مراسلاتها،

وذلك بالرغم من أنها قد تسلمت دفعة مقدمة حوالي مليون ونصف مليون دراهمة ، وهذا المبلغ يساوي نصف القيمة العملية.

وكانت مطالب مجموعة الشركات الأربع هي الحكم على الشركة المدعي عليها برد قيمة الدفعة المقدمة، وبمبلغ ستين ألف دراهمة تقريبا قيمة فرق السعر عند إسناد العمل إلى مقاول جديد، وتعويضا عن الخسائر الإضافية، والكسب الفائت في العملية، والذي سوف يتم تحديده أثناء سير الدعوى، بالإضافة إلى فوائد بواقع 25% ، وأقرت هذه الشركات بأنها قد قامت بصرف قيمة خطاب ضمان، و أعلنت أنها تقبل خصم قيمته من المبالغ التي تحكم بها لصالحها.

أما مطالب الشركة المدعي عليها فكانت الحكم بعدم اختصاص هيئة التحكيم لأن العقد الذي تضمن شرط التحكيم لم يكن مبرما بينها وبين الشركات المدعية وإنما مع شركة أخرى، وقالت أن قيام الشركة المتعاقدة معها بإلغاء أمر الشغل الذي أعطته لها لم يكن له مبرر لأن إنتاج الجهاز أمر مؤكد، وخاماته متاحة، وقد تم اعتماد الرسومات، ولم يكن التأخير إلا لظروف خارجة عن إرادتها؛ وإسناد العملية إلى مقاول جديد سوف يستغرق وقتا أطول مما لو قامت هي بتنفيذها وقد

أخطأت الشركات المدعيات في عدة أمور منها: قيامها بمصادرة قيمة خطاب الضمان المقدم منها، وعدم التعاون معها، حيث لجأت إلى البحث عن مقاول آخر؛ ثم

استخدامها للرسوم، والتصميمات التي أعدتها في تكليف المقاول آخر تنفيذها، مما يعتبر اعتداء على ملكيتها، وحققها المعنوي في هذه التصميمات.

وبناء على ذلك فالمدعي عليها تطلب: الحكم بعدم الاختصاص، وفي حالة ما إذا قررت هيئة التحكيم أنها مختصة فهي تطلب رفض طلبات المدعيات والزامهن بدفع 25 ألف دولار قيمة الخامات التي اشترتها، والمصاريف، والرسوم الجمركية عليها، وثلاثة آلاف دولار قيمة خطاب الضمان، وخمسة آلاف دولار قيمة الحق المعنوي في التصميمات، وأربعة آلاف دولار قيمة ربحها إذا سمح لها بإتمام العملية، بالإضافة إلى إلزامهم بمصاريف التحكيم ونفقات الدفاع متضامنين.

كانت النقطة الأولى التي يجب حسمها هي: هل كان هناك شرط تحكيم بين الشركات المدعية والشركة المدعى عليها؟.

وفي الإجابة عن هذا السؤال انقسمت هيئة التحكيم إلى رأيين: الرئيس واحد العضوين يريان عدم وجود شرط تحكيم صحيح بينهم، والعضو الثالث يرى أن شرط التحكيم موجود وصحيح، والمحكمون الثلاثة من أساتذة الحقوق، الرئيس سويسري، والمحكمان يونانيان.

وكانت وجهة نظر الرئيس واحد العضوين تتلخص في أن الطرفين في شرط التحكيم متفقان على تطبيق قانون اليوناني، وطبقا لهذا القانون يخضع اتفاق التحكيم الموضوعي (المادة 869 من قانون المرفعات اليوناني).

ورغم أن هذا التحكيم يجري في جنيف إلا أن تنفيذه سيكون في اليونان، وسيحتاج إلى تدخل المحاكم اليونانية التي ستطبق في هذا الشأن المادة الثانية / 2 من معاهدة نيويورك لعام 1958 الخاصة بالاعتراف بإحكام التحكيم و تنفيذها والتي تعرف "الاتفاق المكتوب للتحكيم بأنه يشمل: شرط التحكيم في عقد، أو تفاه تحكيم موقع من الأطراف أو مدرج في تبادل الخطابات أو البرقيات". واتفاق التحكيم لم يكن موقعاً من الشركات المدعية بنفسها وإنما بواسطة شركة يونانية عينتها وكيلاً مفوضاً عنها وممثلاً لها .

وبالرجوع إلى أحكام القانون الموضوعي في اليونان نجد أن المادتين 216 و 217 من القانون المدني تشترطان وجود تفويض سابق من الأصيل إلى النائب و هذا التفويض يجب أن يتخذ نفس الشكل المشترط في العقد المزمع

إيرامه. كما تقضي المادة 159 مدني يوناني بأنه عند عدم مراعاة الشكل يقع التصرف باطلاً. وقد قضت المحكمة العليا باليونان بأن حكماً أجنبياً كان معروضاً عليها اعتبر باطلاً بسبب عدم وجود تفويض من الأصيل إلى النائب في عقد اتفاق تحكيم، وقالت أنه لا يعني عن هذا التفويض حضور الأصيل بنفسه أمام المحكم دون أي تحفظ، كذلك تقضي المادة 65 من قانون المرافعات اليوناني بأن اتفاق التحكيم لا أثر له إذا لم يوجد تفويض محدد للإبرام هذا الاتفاق. ولا يهم في نظر العضوين أن تعتبر هذه القاعدة متعلقة بالقانون الموضوعي أم القانون الإجرائي فالنتيجة واحدة.

ولما كانت المدعيات الأربع لم تمنح مثل هذا التفويض إلى الشركة اليونانية التي أبرمت شرط التحكيم فإن شرط التحكيم لا يعتبر صحيحا في حقها، بالإضافة إلى أن مدير الشركة التي أبرمت شرط التحكيم لم يكن مزودا بتفويض في النظام الأساسي لشركته لعقد اتفاق التحكيم، و بالتالي فهو لا يستطيع أن ينوب عن شركته هو في مثل هذا الاتفاق، فضلا عن أن ينوب عن غيرها.

ولا يغير من هذا الرأي قول المدعيات أنهن قد أقررن اتفاق التحكيم مؤخرا، لأن هذا المبدأ متعلق بنظام العام في اليونان، ولا يمكن استبعاده إلا في حالة حضور الأطراف أمام المحكمين دون أن يبدي أحدهم أي تحفظ، وهذا لا يتوافر في القضية المعروضة.

وبناء على ذلك حكم العضوان بالأغلبية بعدم الاختصاص وإلزام المدعيات بمصاريف التحكيم، وبأن يؤديوا لمدعي عليها مائة ألف دراخمة مصاريف الدفاع ولا ولاية لهيئة التحكيم في النظر في الطلبات الأخرى المقدمة من الطرفين.

هذه وجهة نظر الرئيس وأحد العضوين وبأغليتهما صدر الحكم.

أما رأي العضو الثالث فقد ذهب إلى عكس ما تقدم، فقال أن القانون اليوناني لا يشترط أن يكون هناك تفويض مسبق للوكيل الذي يبرم اتفاق التحكيم. بل يمكن أن يكون ذلك بموافقة الأصيل اللاحقة. بل ويمكن أن يكون موافقة الأصيل هنا ضمنيا، ويمكن أن تستفاد هذه الموافقة من تقدم الأصيل بطلب تحكيم فهذا يدل على رضاه باتفاق التحكيم السابق إبرامه. وقال أن المادة 869 من قانون المرافعات اليوناني تسمح للأصيل الذي أبرم

عنه نيابة اتفاق تحكيم بالحضور أمام المحكمين، ويعتبر هذا تصحيحا لاتفاق التحكيم بالنسبة إليه وفسر حكم المحكمة العليا اليونانية بما يتفق مع وجهة نظره، حيث أن تمسك ببطلان شرط التحكيم يجوز من الأصل الذي يريد التنصل من شرط التحكيم ، وليس من طرف الآخر الذي يشارك بلا شك في الاتفاق على هذا الشرط.

ويقول صاحب هذا الرأي أن الشركة المدعي عليها لم يكن لها من وسيلة لمواجهة عدم وجود تفويض مسبق من المدعيات سوى أن تتسحب من اتفاق التحكيم، أو أن توجه إلى المدعيات أخطار بوجود هذا الاتفاق، وأن عليهن تحديد موقفهن منه خلال مهلة تحددها لهن، والانسحاب من شرط التحكيم ليس مطلقا بل يتقيد بأن تخطر المدعيات بعزمها على الانسحاب إذا لم يتم إبداء الرأي من جانبهن خلال المهلة المعطاة، وهذا كله لم يتم من الشركة المدعي عليها كما أنها حضرت إجراءات التحكيم دون أن تتحفظ مقدما، أو تعترض على عدم وجود التفويض المسبق للشركة اليونانية التي عقدت معها شرط التحكيم.

واستدل العضو الثالث على وجهة نظره بوجود ممارسة قضائية في المحاكم اليونانية تدل على أن حضور الأصل أمام المحكم دون اعتراض على ما قام به نائبه من عقد شرط التحكيم يعتبر كافيا في ازالة البطلان، وتصحيح هذا الشرط.

وعند مراجعة الحكم والرأي المخالف المرفق به رجحت المحكمة التحكيم رأى الأغلبية

على رأى العضو الثالث.

الملحق رقم 5

**source : Cour de Cassation, Chambre
Commerciale, Audience Publique du Mercredi
15 Juillet 1987. www.legifrance.gouv.fr.**

.

Cour de cassation
chambre commerciale
Audience publique du mercredi 15 juillet 1987
N° de pourvoi: 86-10592
Publié au bulletin **Rejet** .

Président :M. Baudoin, président
Rapporteur :M. Gigault de Crisenoy, conseiller rapporteur
Avocat général :M. Jéol, avocat général
Avocats :la SCP Riché et Blondel, M. Henry ., avocat(s)

texte intégral

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué (Rennes, 4 décembre 1985) que la société Jezequel et Maury a assigné la société Britannia en dommages-intérêts devant le tribunal de commerce de Brest à l'occasion d'un contrat de vente conclu entre les deux parties ; que la société Britannia a soulevé une exception d'incompétence en invoquant une clause compromissoire figurant dans une confirmation de la vente adressée par elle à la société Jezequel et Maury ;

Attendu que la société Britannia fait grief à l'arrêt d'avoir déclaré le tribunal de commerce compétent, alors, selon le pourvoi, d'une part, qu'en cas d'accord verbal ou par téléphone, il suffit pour que les conditions de l'article 1443 du nouveau Code de procédure civile soient respectées que la clause compromissoire soit stipulée par écrit dans le document qui matérialise, à défaut de réserves de son destinataire, l'accord des parties ; qu'en l'espèce ayant été expressément mentionnée dans la confirmation de vente adressée par la société Britannia à la société Jezequel et Maury qui n'avait émis aucune protestation et s'était au contraire référée dans sa correspondance ultérieure à ladite confirmation, la clause compromissoire litigieuse répondait aux exigences de l'article susvisé ; que, dès lors, en refusant de l'appliquer, la cour d'appel a violé ledit texte, et alors, d'autre part, que la preuve en matière commerciale étant libre, le fait que la confirmation de vente adressée par la société Britannia à la société Jezequel et Maury stipulait par écrit la clause compromissoire litigieuse et que la société Jezequel et Maury n'ait émis aucune protestation lors de la réception de ce document auquel elle s'était au contraire référée dans sa correspondance ultérieure, était de nature à établir, que lors de l'accord verbal des parties, celles-ci avaient bien eu la volonté de se référer aux conditions de vente écrites contenues dans cette confirmation ; que, dès lors, en retenant qu'il n'était pas établi qu'il y avait eu, au moment de l'accord des parties, référence à un écrit contenant une clause compromissoire et en exigeant un accord exprès, sans rechercher si les faits susvisés n'étaient pas de nature à établir cette preuve, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 109 du Code de commerce et 1443 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu que la cour d'appel a jugé à bon droit que, le contrat ayant été conclu téléphoniquement, la lettre postérieure de la société Britannia contenant la clause compromissoire, bien qu'elle n'ait fait l'objet d'aucune protestation de la société Jezequel et Maury, ne pouvait répondre aux exigences de l'article 1443 du nouveau Code de procédure civile ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi

Analyse

Publication : Bulletin 1987 IV N° 179 p. 133

Décision attaquée : Cour d'appel de Rennes , du 4 décembre 1985

Titrages et résumés : ARBITRAGE - Clause compromissoire - Nullité - Clause insérée dans un document unilatéral postérieur à un contrat verbal - Défaut de protestation - Absence d'influence

C'est à bon droit qu'une cour d'appel a jugé, dans une espèce où le contrat avait été conclu téléphoniquement, que la lettre postérieure de l'une des parties contenant la clause compromissoire, bien qu'elle n'ait fait l'objet d'aucune protestation de l'autre partie, ne pouvait répondre aux exigences de l'article 1443 du nouveau Code de procédure civile .

* TRIBUNAL DE COMMERCE - Compétence - Compétence matérielle - Clause compromissoire - Clause insérée dans un document unilatéral postérieur à un contrat verbal - Défaut de protestation - Absence d'influence

Textes appliqués :

- nouveau Code de procédure civile 1443

الملحق رقم 6

**Source : Cour de Cassation, chambre civil 2,
Audience publique de jeudi 15 février 2001, N°
pourvoi: 98-21324, www.legifrance.gouv.fr**

.

Cour de cassation
chambre civile 2
Audience publique du jeudi 15 février 2001
N° de pourvoi: 98-21324
Publié au bulletin Cassation.

Président : M. Buffet ., président
Rapporteur : M. Etienne., conseiller rapporteur
Avocat général : M. Chemithe., avocat général
Avocats : M. Blanc, la SCP Bouulloche., avocat(s)

Texte intégral

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Sur le moyen unique :

Vu les articles 1474 et 1484 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit à moins que, dans la convention d'arbitrage, les parties ne lui aient conféré mission de statuer comme amiable compositeur ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué et les productions, que M. et Mme X... ont cédé à la société Elmac Jean Halbout, à laquelle s'est substituée la société Matenec, des actions composant le capital social de la société X..., par un protocole comportant une garantie de passif et une clause compromissoire investissant les arbitres d'une mission d'amiable composition ; que, des difficultés étant survenues entre les parties, les époux X... ont mis en oeuvre une procédure d'arbitrage ; que les arbitres, statuant comme amiables compositeurs, ont déclaré irrecevable l'action en annulation de la cession au regard des règles légales tirées de la prescription et de l'autorité de la chose jugée ;

Attendu que, pour déclarer irrecevable le recours en annulation contre la sentence arbitrale l'arrêt retient que, si l'amiable compositeur peut s'affranchir de la règle de droit, il n'en a pas l'obligation ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle constatait que les arbitres, statuant comme amiables compositeurs, s'étaient prononcés sur la demande d'annulation exclusivement par application des règles de droit, sans s'expliquer sur la conformité de celles-ci à l'équité, ce qu'exigeait la mission qui leur avait été conférée, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 28 avril 1998, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Lyon

قائمة المراجع

قائمة المراجع

المعاجم اللغوية

معجم جبران مسعود: الرائد معجم ألفباني في اللغة والإعلام، دار العلم للملايين، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، تموز/يوليو/2005.

قائمة الكتب

أ- المؤلفات المتخصصة

- 1- د/ أحمد السيد صاوي: التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، دار حمدي سلامة وشركاؤه، مصر، 2002.
- 2- د/ أحمد عبد الكريم سلامة: التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2006.
- 3- د/ أحمد محمد عبد البديع شتا: شرح قانون التحكيم ، دراسة مقارنة ، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 2005.
- 4- د/ أشرف عبد العليم الرفاعي: التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية، دراسة في قضاء التحكيم، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
- 5- د/ باسمة لطفي دباس: شروط التحكيم وأثاره، دار النهضة العربية، القاهرة، 1426هـ-2005م.
- 6- د/ حسين المصري: التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والقانون المقارن، مطبعة عباد الرحمان، الكويت، 1996.

8/7-أ.د/ حفيظة السيد الحداد:- الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.

- العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.

9-د/ حمزة أحمد حداد: التحكيم في القوانين العربية، الجزء الأول، دار الثقافة، الأردن، 2010.

10-د/ خالد محمد القاضي: موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 1423هـ / 2002م.

11-د/ سراج حسين أبوزيد: التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، مصر، 2004.

12-د/ سيد أحمد محمود: نظام التحكيم، دراسة مقارنة، الإيمان للطباعة، الإسكندرية، 2000.

13-د/ عبد الحميد الأحديب: موسوعة التحكيم، التحكيم في البلدان العربية، الكتاب الأول، الطبعة الثالثة المنقحة والمحدثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.

14-د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة: التحكيم، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2006.

15-د/ علي الشحات الحديدي: التدابير الوقائية والتحفظية في التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.

16-د/ فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.

17-أ.د/ فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، الأردن، 2006.

18-أ.د/ محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.

19-د/ محمد عبد الفتاح ترك: شرط التحكيم بالإحالة وأساس التزام المرسل إليه بشرط التحكيم، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.

20-أ/ محمد كولا: تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، الناشر محمد بغدادي، الجزائر، 2008.

21-د/ محمد نور شحاته: مفهوم الغير في التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1417هـ-1996م.

22-د/ محمود سمير الشرقاوي: التحكيم التجاري الدولي، دراسة قانونية مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2011.

23-أ.د/ محمود مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

24/25-د/ محي الدين إسماعيل علم الدين: - منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، النسر الذهبي للطباعة يسرى حسين إسماعيل القاهرة، 1986.

- منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الرابع،
النسر الذهبي للطباعة يسرى حسين إسماعيل،
القاهرة، 2000.

26-د/ مراد محمود المواجهة: التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دراسة مقارنة،
الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 1431هـ/2010م.

27-د/ مصطفى محمد الجمال، د/ عكاشة محمد عبد العالي: التحكيم في العلاقات
الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،
1998.

28-د/ نبيل إسماعيل عمر: التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار
الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.

29-د/ نجيب أحمد عبد الله الجبلي: التحكيم قبل الإسلام، المكتب الجامعي الحديث،
مصر، 2006.

ب- المؤلفات العامة

30-أ/ أحمد لعور، أ/ نبيل صقر: القانون المدني وتطبيقا لأحدث التعديلات بالقانون 07-
05 موسوعة الفكر القانوني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007.

31-أ.د/ العوضي عثمان، د/ محمد عبد الغفار البسيوني: مبادئ القانون (دراسة موجزة)
الطبعة الثانية، مطبعة الهادي فرج، مصر، 2006.

32-د/ بشار الأسعد: عقود الدولة في القانون الدولي، الطبعة الأولى، منشورات زين
الحقوقية، لبنان، 2010.

- 33-د/ بوبشير محند أمقران: قانون الإجراءات المدنية، نظرية الدعوى، نظرية الخصومة، الإجراءات الاستثنائية، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008.
- 34-ت. عبدالكريم: قانون العقوبات، مدعما بقرارات المحكمة العليا مع آخر التعديلات 2009، دار الجزيرة، الجزائر، 2010.
- 35-د/ حسن النوري: نظرية العقد، مطبعة الرسالة، مصر، 1961/1960.
- 36-د/ خليل أحمد حسن قدارة: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 37-د/ رمضان أبو السعود، د/ همام محمد محمود: المبادئ الأساسية في القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996/1995.
- 38-د/ سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999.
- 39-د/ عبد الحميد الشواربي: الإفلاس، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.
- 40-د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام، المجلد الأول، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
- 41-د/ علي حسن يونس: الشركات التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1990.
- 42-د/ علي فيلاي: الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2010.
- 43-د/ فاضلي إدريس: الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.

- 44-د/ فريجة حسين: المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- 45-د/ كمال محمد بوسريع: الشركات التجارية في القانون التجاري، الجزء الأول، شركة الأشخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1404هـ-1984م.
- 46-أ/ محمد إبراهيم: الوجيز في الإجراءات المدنية، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- 47-د/ محمد حسين منصور: العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
- 48-د/ محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004.
- 49-د/ يوسف محمد عبيدات: مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار المسيرة، عمان، الأردن، 2008-1430هـ.

الملتقيات المجالات و الرسائل

- الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي، منظمة المحامين، لناحية عنابة أيام 13، 14، 15 ديسمبر 2006،

مداخلة منشورة في الملتقى: أ/بن النصيب عبد الرحمان، الدعوى التحكيمية

والقانون الواجب التطبيق في التشريع الجزائري.

- الملتقى دولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر بين التكريس التشريعي و الممارسة التحكيمية، بجامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، أيام 14/15 جوان 2006؛

- أهم المداخلات المنشورة فيه: - أ/ **حسين نواره**: تكريس التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري كضمان للاستثمارات الأجنبية؛
- أ/ **تعويلت كريم**: استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في المرسوم التشريعي رقم 09/93 ؛
- د/ **رقية عواشيرية**: القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي؛
- أ/ **عيد عبد الحفيظ**: دور إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم التجاري الدولي.
- أ.د/ **سميحة القليوبي**: اتفاق التحكيم، مقال منشور في إحدى الندوات "ندوة التحكيم في عقود الأشغال والمقاولات " الصادرة عن المنظمة العربية للتنمية والإدارية والمنعقدة بالشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، من 4-7 ديسمبر 2005
- **مجلة التحكيم**: العدد الرابع والعدد الثالث، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- د/ **تراري ثاني مصطفى**: التحكيم في المنازعات الإدارية، مقال منشور في نشرة المحامي التي تصدر عن منظمة المحامين، سطيف، عدد 9 مايو 2009.
- أ/ **منى ميمون**: التحكيم التجاري الدولي وفقا لتعديلات قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 ، مجلة المنتدى القانوني، كلية العلوم السياسية والقانونية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد السابع، أبريل 2010

- أ.د/ حفيظة السيد الحداد: شرط التحكيم بالإشارة، بين منهج تتنازع القوانين ومنهج القواعد المادية، مقال منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول والثاني، 1995.

- لافي محمد موسى درادكة: اتفاق التحكيم في التشريع الأردني - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير ، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، كانون الأول 1997

- عمر نوري عبد الله عابنه: شرط التحكيم التجاري من حيث صحته واستقلاليته، رسالة دكتوراه، دراسة مقارنة ، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، 2006.

- د/ وفاء فاروق محمد حسين: مسؤولية المحكم، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، دون سنة الطبع.

النصوص القانونية الوطنية والدولية

- القانون رقم 08-09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الصادر بتاريخ 2008/02/25.

- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم، الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، دار بلقيس، الجزائر، 2006.

- الأمر رقم 96-27 المؤرخ المتعلق بقانون التجاري الجزائري الصادر بتاريخ 23 ديسمبر 1996، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الثانية، 2003.

- القانون المدني المصري وفقا لأحدث تعديلاته، الناشرون المتحدون، إيجيبت للإصدارات والبرمجيات القانونية، القاهرة، 2010/2009.

- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 منشور على الموقع الإلكتروني:

www.egyiac.org

- قانون الإجراءات المدنية الفرنسي 1980، مترجمة باللغة العربية على موقع

الإلكتروني: www.egyiac.org

المرسوم 48- 2011 المتعلقة بالإجراءات المدنية الفرنسي 2011، منشور على الموقع

الإلكتروني: www.legifrance.gouv.fr

- قانون الأونسترال النموذجي في التحكيم التجاري الدولي لعام 1985 من التعديلات التي

اعتمد اعتمدت في عام 2006 منشور على الموقع الإلكتروني: www.Uncitral.org

-اتفاقية واشنطن المتعلقة بالاتفاقيات الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات

بين الدول وبين رعايا الدول منشورة في الموقع الإلكتروني: www.egyiac.org

- اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي منشور على الموقع الإلكتروني :

www.egyiac.org

- قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي منشور على الموقع

الإلكتروني: www.aryme.com

- قرار الجمعية العامة 98/31، قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون

التجاري الدولي، 10 كانون الأول/ ديسمبر 1976 منشور على الموقع الإلكتروني:

www.uncitral.org/pdf/arabic/textes

- غرفة التجارة لستوكهولم منشور على الموقع الإلكتروني:

www.sccinstitue.com/arbic-1.aspx

- إتفاقية نيويورك المتعلقة بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها منشورة على الموقع

الإلكتروني: www.egyiac.org

المراجع الفرنسية

Jean Baptiste Racine, Fabrice Siiriainen : Droit du commerce international, Dalloz, 2007.

Jean François Poudret, Sébastien Besson : Droit comparé de l'arbitrage international, Bruylant, Bruxelles, 2002.

Jaques Béguin, Michel Ment Jucq : Droit du commerce international, litec, paris, 2005.

Mostefa Trari Tani : Droit Algérien de l'arbitrage commercial international, 1^{ère} Edition, Barti Editons, Alger, 2007.

Ph, Fauchard, E.Gaillard, B.Goldman : Traité de L'arbitrage commercial internationale, litec, Librairie de la cour de cassation, Paris, n date.

Daniel Cohen : Arbitrage et Société, Librairie générale de droit et jurisprudence, paris, 1993.

Stéphane chatillon : droit des affaires international, 4^{ème} édition, Vubert, paris, 2005.

Muhieddie Kaissi : Droit des Affaires Business Law, Editions Al Dar Al Jamiyah, Beyrouth, 2001.

Brigitte Hess Fallon, Anne Marie Simon : Droit des affaires, Dalloz, 2009.

Pierre Alain Gourion, Georges Peyrard : Doit du commerce international, 3édion, L.G.D.J , Librairie Général DE Droit et de Jurisprudence, E.J.A ,Paris, 2001

Cour de Cassation, Chambre Commerciale, Audience Publique du Mercredi 15 Juillet 1987. www.legifrance.gouv.fr.

Cour de Cassation, chambre civil 1, Audience publique de mardi 03 mars 1992, N° pourvoi: 90-17024, www.legifrance.gouv.fr.

Cour de Cassation, chambre civil 2, Audience publique de jeudi 28 mars 1996, N° pourvoi: 93-17107, www.legifrance.gouv.fr.

Cour de Cassation, chambre civil 2, Audience publique de jeudi 15 février 2001, N° pourvoi: 98-21324, www.legifrance.gouv.fr

الفهرس

الفهرس

المقدمة

08	الفصل الأول : الأحكام المتعلقة بشرط التحكيم التجاري الدولي.
10	المبحث الأول: الشروط الموضوعية العامة الواجب توافرها في شرط التحكيم التجاري الدولي.
10	المطلب الأول: التراضي.
10	الفرع الأول: وجود التراضي.
19	الفرع الثاني: صحة التراضي.
19	1-الغلط.
20	2-الغش.
21	3- الإكراه.
21	4-الغبن.
22	المطلب الثاني: الأهلية.
23	الفرع الأول: أهلية الشخص الطبيعي.
24	أولاً: مراحل التي يمر بها الصبي إلى غاية سن البلوغ.
29	ثانياً: الحالات القانونية التي يمكن أن يكون عليها الشخص الطبيعي عند اتفائه على شرط التحكيم.
34	الفرع الثاني: أهلية الشخص المعنوي.
34	-أهلية الأشخاص الاعتبارية العامة.
40	-أهلية الأشخاص المعنوية الخاصة.
45	الفرع الثالث: الجزاءات المترتبة عن عدم توفر شرط الأهلية اللازمة عند الاتفاق الخاص بشرط التحكيم.
47	المطلب الثالث: فكرة الموضوع في شرط التحكيم التجاري الدولي و السبب اللازم

	لإبرامه.
47	الفرع الأول: فكرة الموضوع في شرط التحكيم.
51	الفرع الثاني: السبب اللازم لإبرام شرط التحكيم التجاري الدولي.
55	المبحث الثاني: الشروط الموضوعية الخاصة الواجب توافرها في شرط التحكيم التجاري الدولي.
55	المطلب الأول: الشكلية الواجب توافرها في شرط التحكيم.
55	الفرع الأول: الكتابة في شرط التحكيم.
60	الفرع الثاني: نماذج الصياغة.
62	المطلب الثاني: هيئة التحكيم في شرط التحكيم التجاري الدولي.
62	الفرع الأول: تشكيل الهيئة.
62	-موقف التشريعات الوطنية.
65	-موقف الاتفاقيات الدولية في مسألة تشكيل هيئة التحكيم.
67	الفرع الثاني: المحكم.
67	-تعريف المحكم.
68	-وجوب توفر شروط معينة في المحكم.
73	-إنهاء مهمة المحكم.
76	الفصل الثاني: القانون الواجب تطبيقه على شرط التحكيم التجاري الدولي والنتائج المترتبة عن الشرط.
78	المبحث الأول: القانون الواجب تطبيقه على موضوع النزاع.
78	المطلب الأول: اختيار قانون الإرادة للقواعد الوطنية أو لقواعد التجارة الدولية.
78	الفرع الأول: اختيار الإرادة للقواعد الوطنية.
85	الفرع الثاني : اختيار قواعد التجارة الدولية.
87	الفرع الثالث : سلطة المحكم عندما يفوض بالصلح.
90	المطلب الثاني : في حالة غياب قانون الإرادة.
90	الفرع الأول : موقف التشريعات الوطنية.

92	الفرع الثاني : موقف الاتفاقيات الدولية
94	المبحث الثاني : القواعد الواجبة تطبيقه على إجراءات التحكيم.
94	المطلب الأول : حالة وجود وغياب قانون الإرادة.
94	الفرع الأول :قانون الإرادة.
98	الفرع الثاني :حالة غياب قانون الإرادة.
99	-قانون مقر التحكيم.
100	-سلطة المحكم في اختيار القواعد الواجبة تطبيقه على الإجراءات.
102	المطلب الثاني: الإجراءات الوقتية والتحفظية التي تتخذ بمناسبة التحكيم.
102	الفرع الأول: موقف التشريعات الوطنية من هذه الإجراءات.
106	الفرع الثاني :موقف الاتفاقيات الدولية.
110	المبحث الثالث: النتائج المترتبة عن شرط التحكيم التجاري الدولي.
110	المطلب الأول: مبدأ استقلال شرط التحكيم.
110	الفرع الأول: موقف التشريعات الوطنية والدولية.
114	الفرع الثاني: النتائج المترتبة عن مبدأ استقلالية شرط التحكيم.
114	-عدم ارتباط مصير شرط التحكيم بمصير العقد الأصلي.
115	-خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي.
116	المطلب الثاني: مبدأ الاختصاص بالاختصاص.
116	الفرع الأول :ماهية المبدأ.
117	الفرع الثاني :موقف التشريعات الوطنية والدولية من هذا المبدأ.
120	الخاتمة.
126	الملاحق.
149	قائمة المراجع.
161	الفهرس

ملخص مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير

سمحت العديد من التشريعات الداخلية و الدولية بحرية اختيار الطريق القانوني الأنسب لحل المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين المتعاملين الاقتصاديين جراء تنفيذ العقود المبرمة فيما بينهم، وذلك من أجل كسب ثقة المتعاملين ، وكذا تقديم دعم لتوسيع تعاملاتهم التجارية سواء كانت على المستوى الداخلي أو الدولي دون خوف أو تردد ، بحيث يجوز لهم الاتفاق للجوء إلى القضاء كطريق لحل المنازعة أو استخدام طريق آخر كالتحكيم أو التوفيق أو الوساطة. لكن عند الرجوع إلى العقود التجارية خاصة الدولية منها نجد أن الطريق القانوني الأكثر اتفاقا عليه مسبقا من طرف المتعاقدين هو التحكيم نظرا لفعاليتته و نجاعته في حل المنازعات، في حين تظهر هذه المساهمة في أن التحكيم يقوم على مبدأ هام و أساسي يتمثل في مبدأ سلطان الارادة، أي يمكن للأطراف الاتفاق على اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات و موضوع النزاع، وكذا اختيار الجهة التي تفصل في النزاع الذي لا نجد مثل هذا الاختيار عندما يلجأ إلى القضاء الوطني.

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

Résumé

Beaucoup des législations nationales et internationales permet la liberté de choisir la voie juridique optimale pour résoudre les conflits qui peuvent surgir entre les opérateurs économiques, par la mise œuvre des contrats visant a gagner leurs confiance, et leurs procurant le soutien pour le développement de leurs transactions commerciaux, soit au niveau interne ou externe ; de telle sorte qu'ils peuvent recourir a la justice comme une voie juridique de résoudre leur conflit ou bien l'arbitrage, la médiation ou la conciliation.

Notant, qu'ont revenons aux contrats commerciaux (internationales), nous constatons que la plupart des accords précédents par les contractants choisissent la voie d'arbitrage pour résoudre leurs conflits, de par son efficacité et son efficience , qui justifié un principe fondamental qu'est dans la voie d'arbitrage, c'est la « volonté » ce qui permet aux contractants de choisir la loi appliquer sur le fond et sur les procédures du conflit ,et aussi la partie compétente pour résoudre le conflit, et cette caractéristique quand la trouve pas dans la voie du justice nationale.

Autant que beaucoup des pays au monde tels que l'Algérie adopter les lois qui permet aux opérateurs de choisir la voie d'arbitrage, ces lois contribuent à attirés les investisseurs étrangers.