

جامعة سعد دحلب بالبليدة

كلية الحقوق

(قسم القانون الخاص)

مذكرة ماجستير

تخصص قانون الأعمال

إجراءات التحكيم التجاري الدولي

في القانون المقارن و القانون الجزائري

من طرف

كروم نسرين

أمام لجنة المناقشة المشكلة من:

- *الدكتور بلقاسم أحمد: أستاذ محاضر بجامعة البليدة..... (رئيسا)
*الدكتور محمودي مسعود: أستاذ محاضر بالمدرسة الوطنية للضرائب (مشرفا ومقررا)
*الدكتور بوسهوية نور الدين: أستاذ محاضر بجامعة البليدة..... (عضوا مناقشا)
*الدكتور سرور محمد: أستاذ محاضر بجامعة بومرداس..... (عضوا مناقشا)

2006-2005

مقدمة

إن موضوع البحث الحالي يتعلق بإجراءات التحكيم التجاري الدولي في القانون المقارن والقانون الجزائري باعتبار أن الجوانب الإجرائية – في تقديرنا- هي المحور و الركيزة الأساسية التي تدور حولها خصومة التحكيم ، ولاختلاف وتباين هذه الإجراءات في الأنظمة المقارنة فإن هذا يفرض على المهتم بالإلمام بجوانبها المتشعبة ، ومن هنا فإن إظهار نقاط التشابه والاختلاف بينها يعد ضرورة ملحة لتسليط الضوء عليها في حالة اختيار اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي.

ورغم أن التحكيم مؤسسة عريقة ترجع جذورها إلى بداية تواجد الإنسان على وجه الأرض، إلا أنه مر بمراحل وأنت عليه حقب من الزمن فقد قيمته و انطفأت شعلته أو كادت تنطفئ، خصوصا بعدما أصبح قضاء الدولة هو القضاء الرسمي والطريق البديهي لحل أي نزاع.

لكن تسارع النمو الاقتصادي وتطور العلاقات الدولية خاصة في المجال التجاري، جعل التحكيم التجاري محط اهتمام الدول والمؤسسات الإقليمية والدولية التي سارعت لتقنينه وتنظيمه ، وأصبح التهاافت عليه من قبل الأطراف المتعاقدة، في المجال الدولي خاصة لحل كل ما قد يطرأ على عقودهم من نزاعات أثناء التنفيذ.

ثم إن فقهاء القانون المعاصرين أظهروا في الآونة الأخيرة اهتماما بالغا بهذا الموضوع سواء في الوطن العربي، أو في العالم الغربي أين أصبحت الكتابة فيه أمرا حتميا ولا بد منها من أجل توضيح وتقريب مفاهيمه وآلياته للأطراف المتعاقدة، وكذلك من أجل تبسيط إجراءاته ذات الطبيعة الخاصة.

وتكمن الأهمية الخاصة لتناول موضوع إجراءات التحكيم التجاري الدولي بالدراسة والتحليل على ضوء القانون المقارن لما توفره هذه الأخيرة من حرية للمتعاقدين ومن تجاوب مع مصالحهم ، وسرية في المعاملات مع تمتع المحكمين بالحنكة والمستوى العالي، إضافة للأهمية الاقتصادية لما تقدمه من حلول للمعاملات التجارية الدولية الجديدة ، ولما تستقطبه من مستثمرين أجنبية اختاروا هذا النظام الإجرائي للتطبيق على عقودهم وكذلك بما توفره هذه الإجراءات من وقت لما تستلزمه من سرعة وقلة تكلفة مقارنة مع طرق التسوية الأخرى

لهذا رأينا أن موضوع بهذه الأهمية يجب أن يحظى بالدراسة خصوصا وأن الجزائر حذت حذو الدول الأخرى في سن تشريع خاص ينظم إجراءات التحكيم التجاري الدولي بها

وهي على مشارف الانضمام إلى منظمة التجارة الدولية وتسعى إلى استقطاب رؤوس الأموال الاستثمارية وتوظيف رؤوس أموالها مما يفرض ضرورة تحكم متعاملاتها على اختلاف مشاربهم بكل دواليب التجارة الدولية خاصة ما تعلق بها بفض النزاعات إن دراسة التحكيم التجاري الدولي في جانبه الإجرائي تطرح عدة إشكاليات نحاول بعد طرحها التصدي لها بالتحليل، ونحصرها في:

- ما هو نظام التحكيم؟ وما هي الخصوصية التي أتت بها إجراءات التحكيم لتسوية النزاعات القائمة بين الأطراف المتعاقدة والتي جعلت منها محط اهتمام وإقبال المتعاقدين في المجال الدولي؟

- ما سر اهتمام الدول بسن التشريعات الإجرائية الخاصة بنظام التحكيم التجاري على المستوى الداخلي والدولي؟ وهل يعد هذا النظام منافسا لنظام القضاء العادي أم أنه مكمل له؟

- أين هو موقع المنظومة التشريعية الجزائرية، في هذا المجال، من كل هذا؟

ولأن موضوع البحث عملي وحي، لتناوله مسائل عملية محضة تمتاز بالحركية وبالفاعلية الدائمة، وبالتطور المستمر، فإن طريقة معالجته تستلزم إتباع المنهج التحليلي المقارن والنقدي في الوقت نفسه، لأن دراسة إجراءات التحكيم يعني مجموعة من القواعد القانونية تستلزم شرح وتحليل علمي دقيق، أما دراسة إجراءات التحكيم في مجموعة من القوانين لمجموعة من الدول والمؤسسات الدولية يعني بالضرورة مقارنتها لاستنتاج خصوصية كل تشريع.

بينما تقتضي مقارنة الأنظمة القانونية الصادرة عن هيئات ومنظمات دولية مختلفة التعرض بالتحليل والنقد لمضامينها.

في حين يكون التطرق لموقع المنظومة التشريعية الجزائرية في هذا المجال بالتوازي مع النقاط المشار إليها أعلاه.

أما الخطة المتبعة لتحليل هذه العناصر فقسمت إلى فصول ثلاث، تضمن كل فصل

منها مبحثين كالآتي :

مقدمة:

الفصل الأول: ماهية التحكيم التجاري الدولي، أنواعه وهيئاته.

المبحث الأول: ماهية التحكيم التجاري الدولي.

المبحث الثاني: أنواع التحكيم التجاري الدولي وهيئاته.

الفصل الثاني: مبدأ الاستقلالية، وشروط إبرام اتفاق التحكيم.

المبحث الأول: مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق

المبحث الثاني: شروط اتفاق التحكيم.

الفصل الثالث: آليات التداعي في خصومة التحكيم، ونماذج عن دعاوى تحكيمية

المبحث الأول : آليات التداعي في خصومة التحكيم

المبحث الثاني: نماذج عن أحكام التحكيم.

خاتمة

الفصل الأول

ماهية التحكيم التجاري الدولي،

أنواعه وهيئاته

افصل الأول

ماهية التحكيم التجاري الدولي، أنواعه وهيئاته

يتناول هذا الفصل الجانب النظري لدراستنا، رغم أن البحث يخص الجانب التطبيقي والإجرائي للتحكيم التجاري الدولي ، إلا أنه لا يمكن التطرق للتحكيم كإجراء إلا بعد تعريفه، و تمييزه عن المفاهيم الأخرى القريبة منه، وذكر صورته وخصائصه ، أنواعه وهيئاته. هذه العناصر سنتناولها من خلال توضيح ماهية التحكيم (مبحث أول) بتعريفه وتعداد صورته ، ثم التعرض لأنواعه والهيئات الخاصة به (مبحث ثان)

المبحث الأول

ماهية التحكيم التجاري الدولي

ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين، يتضمنان مفهوم التحكيم التجاري الدولي (مطلب أول)، ثم تمييزه عن المفاهيم القريبة منه، وكذلك خصائصه وطبيعته (مطلب ثان)

المطلب الأول : مفهوم التحكيم التجاري الدولي

إن التعرض لمفهوم التحكيم التجاري الدولي يعني تعريفه (فرع أول) ثم تعداد صوره (فرع ثان)

الفرع الأول : تعريف التحكيم

أولاً) تعريفه لغة

التحكيم في اللغة هو مصدر للفعل حكم، يقال: حكمت فلانا في مالي أي فوضت إليه الحكم فيه¹.

ويقال : تحكمت في الأمر أي حكم فيه وفصل برأي نفسه من غير أن يبرز وجهاً للحكم، أي تصرف وفقاً لمشيئته، واحتكم في الأمر أي قبل التحكيم²، أما القائم بالتحكيم فهو الحكم بفتح الكاف والحاء، وهو في اللغة منفذ الحكم، والمحكم بضم الميم وفتح الحاء والكاف المشدود هو الرجل المجرب³ وقد عرفه ابن خلدون بأنه "من يتخذ الخصمين برضائهما للفصل في خصومتها ودعواهما⁴.

والخلاصة، أن التحكيم لغة هو تفويض الأمر للغير الذي يسمى حكماً أو محكماً إليه من طرف الخصم صاحب النزاع الذي يسمى محتكماً⁵.

ولم تخرج التعاريف الواردة في معاجم اللغات الحية الأخرى عن هذا المعنى، ففي اللغة الفرنسية : عرف التحكيم - *L'Arbitrage* - على أنه: تسوية نزاع من طرف حكم يختاره الخصوم بحرية⁶.

¹ موسوعة المكتبة الإسلامية – معجم لسان العرب- قرص مضغوط –إصدار:

W W W .média pro.tec.com

² لسان العرب المحيط لابن منظور الدمشقي، مجلد 12 – دار صادر للطباعة والنشر 1957- ص142

³ منجد الطلاب – الطبعة الكاثوليكية – بيروت ط6 -1957- ص134.

⁴ الدكتور عاطف شهاب : اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي 2002-ص5.

⁵ الدكتور سيد المراكبي : التحكيم في مجلس التعاون لدول الخليج العربية، دار النهضة العربية 2001-ص21.

⁶ (« Le petit LAROUSSE – 1995 (les édition Françaises « Arbitrage : règlement d'un litige par arbitre ».

أما الحكم: (*L'Arbitre*) فهو الشخص المختار من الأطراف المعنيين للفصل في خلاف كما عرف على أنه الشخص الذي له الثقل اللازم لفرض سلطته¹.
-الفاعل: (*Arbitrer*) يعني: القضاء والمراقبة بصفة حكم².
-التحكيم هو: سلطة ليس لها أساس آخر عدا إرادة من يمارسها³.
واللغة الإنجليزية أيضا وردت بها تعاريف لهذا المصطلح، منها الخاص بلفظة "تحكيم" (*Arbitration*) التي تعني: عملية يقوم فيها شخص بمحاولة مساعدة شخص أو أكثر للوصول إلى إتفاق .

- أما المحكم (*Arbitrator*) فهو شخص يساعد شخص أو أكثر للوصول إلى اتفاق أو يقضي بينهما بما هو صحيح .
- الفعل " يحكم " (*Arbitrate*) يعني: من يطلب المساعدة من شخص أو مجموعة أشخاص للوصول إلى اتفاق⁴.
و الظاهر أن التحكيم باللغة الإنجليزية ليس بالدقة التي في اللغة العربية والفرنسية إذ نجد خلطا بين التحكيم والوساطة⁵

ثانيا : تعريفه شرعا

جاءت الآيات القرآنية الكريمة في أكثر من موقع لتؤكد جواز التحكيم، ومن ذلك قوله تعالى: "فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما"⁶.
وكذلك قوله عز وجل : " وكيف يحكموك وعندهم التوراة فيما حكم الله"⁷، وقوله عز وجل: "وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما"⁸

وفي الآيات الكريمة السالفة الذكر توضيح أن التحكيم يكون فيما شجر بين القوم أي فيما اختلفوا فيه، وكذلك إشارة على الحكم يكون باختيار الخصوم، ويشترط رضاهم.

¹ Arbitre : « personne choisie les parties par les parties intéressées pour trancher un différend. »

« Personne ou groupe possédant un poids suffisant pour imposer son autorité. »

² Arbitrer : « a juger ou contrôler en qualité d'arbitre. » le petit LAROUSSE

³ Arbitraire : « autorité qui n'a pas d'autre fondement que le bon vouloir de celui qui l'exerce »

⁴ القاموس الذهبي الناطق-عربي،انجليزي -قرص مضغوط - الإصدار الثالث عن ACS

⁵ الدكتور احمد عبد الكريم سلامة : قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي. دار النهضة العربية ط1 - 2004 ص13

⁶ الآية 65 من سورة النساء

⁷ الآية 43 من سورة المائدة

⁸ الآية 35 من سورة النساء.

وثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم إقراره للتحكيم وقبوله إياه، وذلك في حديث عن ابن شريح قال : يا رسول الله، إن قومي إذا اختلفوا في شيء فأتوني فحكمت بينهم فرضي عني الفريقان، فقال له صلى الله عليه وسلم : "ما أحسن هذا"¹

وكذلك حديث سعد بن معاذ الذي قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم تحكيمه في بني قريظة، كما اتفقت اليهود على الرضا بحكمه.

أما عن صحابة رسول الله فنذكر ما وقع بين عمر وأبي بن كعب في منازعة على النخل، فحكم بينهما زيد بن ثابت، وأيضاً تحاكم عثمان بن عفان وطلحة بن عبد الله إلى جبير بن مطعم² مطعم²

وكما أن كتاب الله العزيز الحكيم أجاز التحكيم، وجاءت السنة النبوية الشريفة مقرة ومثبتة له، فإن جمهور العلماء، ساروا في هذا النهج موضحين طريقة التحكيم واشتراطوا في المحكم العقل والأهلية للتحكيم كأهلية الشهادة، وأيضاً البلوغ وقت التحكيم، وذهبوا إلى إجازة تحكيم المرأة³

وعرف جانب من الفقه الإسلامي التحكيم أنه : "توليه الخصمين حكماً يحكم بينهما"⁴، بينما يعرفه الماوردي أنه: "اتخاذ الخصمين رجلاً من الرعية ليقضي بينهما فيما يتنازعان"⁵.

والحكم من أسماء الله الحسنى، وقيل في شرح معناه أنه الذي يفصل بين الحق والباطل النافذ حكمه لا راد لقضائه⁶.

ثالثاً : تعريفه اصطلاحاً

إن تعريف التحكيم اصطلاحاً لا يخرج فحواه عن التعريف اللغوي تقريبا إذ تمسك فقهاء القانون الوضعي بهذا المعنى، مع محاولة إسقاطه على الوقائع المادية وتنظيمه عن طريق القواعد القانونية.

ومن التعاريف الكثيرة ندرج :

¹ رواه النسائي.

² الدكتور عبد العزيز الخياط: النظام السياسي في الإسلام - دار السلام للطباعة والنشر و التوزيع والترجمة ط 9 ص 270

³ الدكتور عبد العزيز الخياط- المرجع السابق- ص 272

⁴ الدكتور هشام خالد: أوليات التحكيم التجاري الدولي- دار الفكر الجامعي طبعة 2004-ص48.

⁵ الدكتور هشام خالد -المرجع السابق-ص49

⁶ الدكتور علي عوض حسن -التحكيم الاختباري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية.

- قولهم : "إن التحكيم نظام خاص للتقاضي ينظمه القانون، يسمح بمقتضاه للخصوم في منازعات معينة بان يتفقوا على إخراج منازعة قائمة أو مستقبلية عن ولاية القضاء العام في الدولة، وذلك لتحل هذه المنازعة بواسطة شخص أو أشخاص عاديين يختارهم الخصوم، ويسندون إليهم الفصل في النزاع"¹.

- وفي تعريف آخر: "التحكيم هو اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهما أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين²

- ويعرفه جانب آخر من الفقه: "أنه نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضاتهم و يعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت، بالفعل بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية والتي يجوز حسمها بطريق التحكيم وفقا لمقتضيات القانون والعدالة، وإصدار قرار ملزم لهم³

- ويرى فريق آخر أن: "التحكيم هو طريقة لحل النزاع يعتمد على اختيار الأطراف لقضاتهم بدلا من الاعتماد على التنظيم القضائي.⁴

- بينما يرى آخرون انه : "اتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلا من المحكمة المختصة وذلك بحكم ملزم، شريطة أن يقر المشرع هذا الاتفاق شرطا كان أو مشاركة⁵.

- وفي تعريف آخر قالوا: "إن التحكيم هو أسلوب اختيار الخصوم بإرادتهم أفرادا عاديين للفصل فيما يثور بينهم من نزاع، و بهذا المعنى يقدم باعتباره بديلا لنظام التقاضي أمام المحاكم التي تنظمها الدولة.⁶

- و يرى بعض الفقهاء: "أن التحكيم اتفاق على عرض نزاع معين – يدخل أصلا في الولاية القضائية المقررة للدولة- على فرد أو أفراد يطلق عليهم لفظ محكمين، للفصل فيه دون المحكمة المختصة.¹

¹ الدكتور محمود هشام - النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية - القاهرة دار الفكر ج1- سنة 90 - ص20.

² الدكتور عاطف شهاب، مرجع سابق ص06.

³ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة - مرجع سابق ص19.

⁴ الدكتور هشام خالد - مرجع سابق - ص 43

- راجع في ذلك أيضا : الدكتور أحمد حسني- عقود إيجار السفينة . دار المعارف سنة 1980.

⁵ الدكتور عصمت عبد الله الشيخ - التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي- دار النهضة العربية - 2000- ص21.

⁶ (الدكتور هشام خالد - مرجع سابق - ص 47 - هامش 40 - عن الدكتور جابر نصار- التحكيم في العقود الإدارية - دراسة

مقارنة - دار النهضة العربية - ص5

ويعد هذا الرأي مختلفا نوعا ما من حيث طرحه لفكرة النزاع، إذ يرى انه يدخل أصلا في ولاية القضاء.

- وأورد فريق آخر تعريفا مفاده أن: "التحكيم أهم وسيلة بمقتضاها يستغنى الأطراف عن قضاء الدولة، فكما أن الأفراد يستطيعون باتفاقهم حل منازعاتهم بالصلح فيما بينهم، فإنهم يستطيعون عرض هذه المنازعة على شخص أو أشخاص يختارونهم، أو يحددون وسيلة اختيارهم لكي يتولوا الفصل في هذه المنازعة".²

- وفي الفقه الجزائري، يرى البعض أن: "التحكيم يتجسد دائما في شكل هيئة تتيح للأطراف حل النزاع القائم بينها دون اللجوء إلى القضاء، وهو تقنية قانونية ووسيلة حيوية يمكن استخدامها في أي مجال من المجالات الحياتية دون التقيد بالأسلوب السياسي والاقتصادي للدولة".³

- وعرف أيضا أنه: "يقصد باتفاق التحكيم ذلك الاتفاق الذي بموجبه تعتزم أطراف معينة، عدم اللجوء للقاضي الوطني والممثل أمام محكم واحد أو محكمين يختارونهم للفصل في المنازعات التي تطرأ بينهم"⁴

وبدورهم أورد الفقهاء الفرنسيين عدة تعاريف للتحكيم نذكر منها :

- قولهم: "إن التحكيم عبارة عن عدالة خاصة بواسطته يتم سحب المنازعات من القضاء العام بغرض حسمها بواسطة أشخاص".⁵

- بينما يرى الفقيه (*R-DAVID*) : "أن التحكيم تقنية تهدف لحل مسألة تهم أو تربط بين مصالح شخصين أو أكثر، والحل هذا يقوم من محكم أو محكمين يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص دون تدخل من الدولة".⁶

¹الدكتور محمود محمد هاشم - القواعد العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات - مكتبة سيد عبد الله وهبة القاهرة 1988 - ص 158.

²الدكتور محمد هشام خالد : المرجع سابق ص 51

³الدكتور محمودي مسعود- أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية- ديوان المطبوعات الجامعية - طبعة أولى 2006 -ص 120

راجع أيضا الأستاذ : محمد منطلثطا 1986 O.P.U droit algérien l'arbitrage commercial

⁴ الدكتور تراري ثاني مصطفى -استقلالية اتفاق التحكيم كمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري الدولي المعاصر-مجلة دراسات قانونية - عدد 09 - أبريل 2003 - ص 9.

⁵ J. Robert : Arbitrage. Civil et commercial 4eme édition page -1

⁶ R.David : l'arbitrage dans le commerce international / economica -paris 1982 N°02page 9

" L'arbitrage est une technique visant a faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports

- أما الفقيهين (*A-Bernard*) و (*M- Hiss*) فالتحكيم في نظرهما نوع من الحل للنزاعات يلقي أساسه في الاتفاقات الخاصة، ويصب إلى حكم حائز لقوة الشيء المقضي فيه.

- وبالنسبة للتعريف التي أوردتها المعاجم الخاصة بالمصطلحات القانونية فإن قاموس (اكسفورد) يعرف التحكيم بأنه: "تسوية النزاع بواسطة شخص معين اتفق الأطراف على إحالة النزاع إليه لحسمه عن طريق حكم عادل يصدره في النزاع المعني".¹

- أما قاموس (*Webster*) فيعرفه بأنه: "سماع وحسم قضية بين شخصين بواسطة شخص أو أكثر يقوم الأطراف باختياره، بدلا من اللجوء للمحاكم حسبما يقرره القانون ويتم حسم النزاع بواسطة محكم يطبق القانون أو محكم موفق".²

- وفي قاموس (*Blak*) عرف التحكيم أنه: "معالجة نزاع وحله، حيث يقوم شخص محايد من الغير يسمى المحكم بإصدار حكم، وذلك بعد سماع مرافعة الطرفين المتنازعين، وحيث أن اللجوء إلى تحكيم هو أمر اختياري فإن الخصوم المتنازعين إنما يقومون باختيار المحكم الذي تكون له سلطة القاضي، حيث يصدر حكما ملزما".³

ويشبه هذا التعريف إلى حد ما ، قول الفقيه (*Gille*) بأن التحكيم: "هو إحالة النزاع أو الخلاف القائم بين شخصين على الأقل من أجل حسمه بعد سماع المتنازعين بطريقة قضائية وذلك بواسطة شخص أو أشخاص ليسوا من قضاة محاكم الدولة"⁴

-أما الفقيه (*ph-Fouchard*) فيرى أن التحكيم: "وسيلة تعبر في ظاهرها على حل للخلافات الناجمة بين الأشخاص العاديين من قبل شخص أو عدة أشخاص يتم اختيارهم من قبل أطراف النزاع، وهو الوسيلة الممكنة لتنظيم العلاقات التجارية الدولية"⁵

والملاحظ أن هذا الفقيه ربط مباشرة بين التحكيم والتجارة الدولية⁶

رابعاً: التعريف المقترح

entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs autres personnes -l'arbitre ou les arbitres – les
 quelles tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statant sur la base de cette convention sans
 être investis de cette mission par l'état "

¹ الدكتور محمودي مسعود – مرجع سابق- ص 05

²الدكتور هشام خالد -مرجع سابق- ص 37

³الدكتور هشام خالد - المرجع سابق -ص 38

⁴ هذا التعريف يشبه إلى حد بعيد التعريف الذي قدمه الأستاذ (Russell).

⁵ الدكتور محمودي مسعود – مرجع سابق- ص 6.

⁶ والملاحظ أن هذا الفقيه ربط مباشرة بين التحكيم والتجارة الدولية في حين أن كل التعاريف السابقة عرفت التحكيم دون ربطه بها، رغم أن معظم الدراسات التي استقينا منها هذه التعاريف تخص التحكيم في مجال التجارة الدولية .

- من خلال التعاريف السابق سردها نلاحظ أن مفهوم التحكيم يحوي من الصعوبة ما يجعل أي محاولة لتعريفه ناقصة وغير كاملة ، ذلك أن التحكيم هو عملية تقنية وإجرائية ، يضم مجموعة من العناصر لا يمكن احتواؤها في تعريف واحد ولا يقوم التحكيم إلا بها وهي :
- وجود علاقة قانونية بين الأطراف.
 - وجود نزاع قائم أو يحتمل قيامه.
 - وجود اتفاق بين أطراف العلاقة على حل هذا النزاع من قبل أشخاص آخرين يرتضونهم كمحكمين.
 - افتراض حياد المحكمين المختارين.
 - إمكانية حدوث هذا الاتفاق قبل نشوب النزاع أو بعده
 - إمكانية حدوث هذا الاتفاق في شكل بند في العقد الذي يحدد طبيعته العلاقة بين الأطراف أو في شكل عقد مستقل عن العقد الأصلي.
 - حرية المحكمين في إتباع السبل التي يرونها مناسبة لحل النزاع.
 - تكون القرارات الصادرة عن المحكمين ملزمة للجانبين بحكم السلطة المخولة لهم
 - إرادة الخصوم تلعب الدور الحاسم في قيام التحكيم وتحليه بالصفة الملزمة
 - استقلالية التحكيم عن قضاء الدولة.
- وهذه العناصر تنطبق على التحكيم بصفة عامة وفي أي علاقة كانت مدنية أو تجارية، علاقة عمل أو أحوال شخصية.

خامسا : وصف التحكيم بالتجاري الدولي

لأن دراستنا تنصب على التحكيم التجاري الدولي، بتعيين توضيح الصفتين التجارية والدولية حتى نخرج من المفهوم العام للتحكيم.

(أ)- عن الصفة التجارية: أي متى يكون التحكيم تجاريا.

إن هذا الوصف لا يشمل المسائل التجارية العادية فقط، بل يأخذ مفهوم موسع يشمل كل العمليات الاقتصادية¹ مما يخرجنا عن المعنى المحدد للعمل التجاري وفقا للقانون التجاري، ويوسعه ليضم عمليات أخرى لا تتصف بالتجارية، ولكن التعامل فيها ذا طابع اقتصادي كعمليات التنقيب، واستصلاح الأراضي إلخ²

¹ الدكتور قادري عبد العزيز الاستثمارات الدولية - دار هومة- طبعة 2000 - ص 224/223.

² الدكتور عاطف شهاب - مرجع سابق - ص 14، 15.

- وهذا الخروج عن المعيار التقليدي اتبعه بعض الفقهاء أيضا لتعريف التجارة الدولية مشيرين أنها تتناول العمليات التي يتم بها تبادل العروض والخدمات بين الأشخاص من مختلف الدول سواء كانت هذه العمليات تعتبر وفقا للتشريع الوطني من الأعمال المدنية أو من الأعمال التجارية¹

وتناولت المادة الأولى من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لعام 1985 ، تفسيراً واسعاً لمصطلح "تجاري" حيث اشتمل على المسائل الناتجة عن معاملة تجارية لتوريد السلع والخدمات وتبادلها، اتفاقات البيع والتوزيع، التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية، إدارة الحقوق لدي الغير، التأجير الشرائي، تشييد المصانع، الخدمات الاستشارية، الأعمال الهندسية، إصدار التراخيص، الاستثمار، التمويل، الأعمال المصرفية، التأمين، اتفاق و امتياز استغلال المشاريع المشتركة وغيرها من أشكال التعاون الصناعي والتجاري، نقل البضائع أو الركاب جواً أو بحراً، أو بالسكك الحديدية أو بالطرق البرية²

ويمكن القول أن الحالات الواردة في هذه المادة تؤكد على الصفة التجارية التي لم تعد حصراً على العمل التجاري بل تعدته لأعمال أخرى غير تجارية ، منها مثلاً: تشييد المصانع وكذا الأعمال الاستشارية والأعمال الهندسية، وحتى إصدار التراخيص التي تعد مسألة إدارية محضة.

ب)- عن الصفة الدولية: أي متى يكون التحكيم دولياً ؟

لا يمكن التطرق لدولية التحكيم دون الحديث عن التحكيم الوطني الذي يعرف بأنه: "كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص، أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، شرط أن يجري هذا التحكيم داخل الدولة³.

وهذا يعني أن التحكيم يكون وطنياً إذا كانت كل عناصره منتمية على دولة واحدة⁴ وبمفهوم المخالفة فإن التحكيم يكون دولياً إذا لم تكن كل عناصره تنتمي لدولة واحدة. لكن فقهاء القانون اختلفوا من حيث المعايير التي تحدد العناصر المؤثرة في دولية التحكيم.

1-المعيار القانوني :

¹ الدكتور هشام خالد -مرجع سابق - ص79 - عن الدكتور مصطفى ترو : سلطة المحكم في تعيين القانونية على موضوع النزاع - بيروت 1994-ص41.

² الدكتور سيد المراكبي -مرجع سابق - ص36 - وكذلك الدكتور هشام خالد- المرجع سابق ص80-هامش 108 - وكذلك وثيقة لجنة القانون التجارة الدولية رقم 45 ALCN 9/WG.

³ الدكتور علي عوض حسن -مرجع سابق - ص24

⁴ الدكتور قادري عبد العزيز -مرجع سابق ص224

الحالة الأولى: يعتبر التحكيم دولياً كل تحكيم تتفرق عناصره بين أكثر من دولة،¹ ويمكن الاعتماد في ذلك على عنصر أطراف النزاع، أو القانون المطبق على الإجراءات أو على الموضوع، أو الاعتماد على العنصر الجغرافي (مكان التحكيم) ، أو على جنسية المحكمين أو العملة المستعملة ، أو على لغة التعامل²

الحالة الثانية: يعتبر التحكيم دولياً كل تحكيم له أوجه اتصال مع قوانين عدة دول أو إذا ارتبط بمركز تحكيم يمارس نشاطه على المستوى الدولي³

ومن أمثلة التشريعات التي اعتمدت هذا المعيار نجد القانون السويسري⁴ ، إذ أخذ بالعنصر الجغرافي معتمداً على مقر محكمة التحكيم أو مقر إقامة الأطراف. وكذلك القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لعام 1985 الذي اعتمد على مكان عمل الطرفين، أو اختلاف مكان التحكيم أو مكان تنفيذ جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العقد⁵.

وكذلك اتفاقية عمان العربية، سارت في هذا الاتجاه بأن عدت التحكيم دولياً إذا كان بين رعايا الدول العربية بمناسبة علاقاتهم التجارية، وإذا كان مقر الأعمال بإحدى الدول العربية⁶

2- المعيار الاقتصادي :

الحالة الأولى: يكون التحكيم دولياً كلما تعلق بالفصل في نزاع ذا طابع دولي، ويكون النزاع كذلك إذا تعلق بمنازعات العقود الدولية، وبتطبيق علاقة التعدي فإن التحكيم يكون دولياً إذا تعلق بالمنازعات الخاصة بالعقود الدولية⁷

الحالة الثانية: يكون التحكيم دولياً كل تحكيم في نزاع يتصل ويمس مصالح التجارة الدولية⁸ ، والمقصود هنا أن موضوع النزاع المطروح أمام المحكمين يخص التجارة الدولية بغض النظر عن العناصر الأخرى.

من أمثلة التشريعات والاتفاقيات التي اعتمدت هذا المعيار نجد الاتفاقية الأوروبية المبرمة في جنيف 1961 التي تطبق أحكامها على المنازعات الناشئة عن عمليات التجارة

¹الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة مرجع سابق ص92

²الدكتور سيد مراكي-المرجع السابق ص 37-39.

³ كان تتم العملية وفق لائحة تحكيم لمركز دولي كغرفة التجارة الدولية- راجع في ذلك الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة- المرجع سابق- ص93.

⁴ قانون التحكيم السويسري لعام 1987 -المادة 176.

⁵ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة - مرجع سابق ص98.

⁶ المادة 02 اتفاقية عمان العربية للتحكم التجاري لعام 1987.

⁷ لتوضيح معنى العقد - يرجع بالتفصيل إلى الدكتور محمودي مسعود- مرجع سابق- ص18 وما يليها

⁸ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة -المرجع السابق ص96.

الدولية، ومثلها القانون الفرنسي للإجراءات المدنية¹ القانون البرتغالي² القانون اللبناني³ وكذا القانون التونسي⁴

والمشروع الجزائري هو الآخر اعتمد المعيار الاقتصادي حينما ربط دولية التحكيم بالنزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية، لكنه اعتمد المعيار القانوني مرتكزا أيضا على العنصر الجغرافي الخاص بمقر أحد الطرفين⁵

الفرع الثاني: صور اتفاق التحكيم

خلصنا في الفرع السابق إلى أن جوهر التحكيم هو اتفاق الأطراف على اختياره⁶ كوسيلة كوسيلة حل مما يعني أن التحكيم في الأساس هو نظام اتفاقي (*Systeme conventionnel*) ولأن هذا الاتفاق قد يأخذ أشكالا مختلفة فإن تعريف التحكيم بأنه مجرد اتفاق يجعله ناقصا. فإذا كان التحكيم هو اتفاق طرفين على عرض النزاع الواقع أو المحتمل على شخص يدعى المحكم فإن اتفاق التحكيم هو الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم. وعليه فإن العملية عكسية بحتة ذلك أن عبارة اتفاق التحكيم هي الوجه الثاني لمصطلح التحكيم.

وللخروج من هذه الحلقة المفرغة يجدر بنا البحث في وقت إبرام هذا الاتفاق وفي الأشكال التي يتخذها.

أما وقت الاتفاق على التحكيم فإنه غير محدد باعتبار إرادة الأطراف هي العنصر الفاعل في اللجوء إلى التحكيم، وبالتالي فهم أحرار في اختيار الوقت الذي يرونه مناسباً لذلك، ونصت مختلف القوانين والأنظمة بل معظمها على هذه النقطة⁷ بما فيها القانون الجزائري¹

¹ قانون الإجراءات المدنية لعام 1971 المعدل عام 1981 المادة 1492.

² قانون التحكيم البرتغالي رقم 31 لعام 1986 /المادة 32.

³ قانون أصول المحاكم المدنية المعدل بالقانون رقم 20 -سنة 1985 -المادة 803.

⁴ قانون التحكيم التونسي لعام 1993 -المادة 48.

⁵ قانون الإجراءات المدنية الجزائري المعدل بمرسوم 09/93 - المؤرخ في 93/04/26 - المادة 458 مكرر منه

⁶ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة - مرجع السابق -ص 233.

⁷ راجع في ذلك المادة 07 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لسنة 1985

- القانون اللبناني لسنة 1985 المادة 763 والمادة 765 محاكمات مدنية

- القانون الهولندي 1986 المادة 1020

-القانون البلغاري لعام 1988 الم 07

- القانون التونسي 1993 المادة 413

رجع سابق-أما عن أشكال هذا الاتفاق فإنها تتخذ إحدى الصور التالية :

أولاً: شرط التحكيم

يسمى شرط التحكيم (*Clause compromissoire*) أو الشرط المحكم² (*Clause d'Arbitrage*) ومن التشريعات ما أسمته (الشرط التحكيمي *Clause Arbitral*) أو (الاتفاق التحكيمي *La convention Arbitral*) أو (الشرط الخاص *Condition privé*) أو (البند التحكيمي). سمي شرطاً لأنه يدرج في صلب العقد الأصلي كبقية الشروط أو بنداً من بنود العقد، أو مادة من مواده، ويكون مرقماً برقم معين. وعادة ما يكون في آخر المحرر الخاص بالعقد في الجزء المتعلق بالاختصاص القضائي الذي يتم فيه الاتفاق عن كيفية تسوية المنازعات³ لكن الإشارة إليه ضمن بنود العقد لا تمنع وروده في محرر مكتوب مستقل عن العقد الأصلي إذا كان هذا المحرر قد أعد قبل أن يختلف الأطراف ويتنازعا، بمعنى أننا نكون أمام شرط تحكيم كلما كنا أمام اتفاق على اللجوء إلى التحكيم قبل نشوب النزاع بغض النظر عن كونه بنداً من بنود العقد أو اتفاق مستقل⁴

- القانون البرازيلي 1996 المادة 4 و9

- القانون الانجليزي 1996 المادة 6

- القانون الألماني 1997 المادة 1/1029

- القانون الموريتاني لسنة 2000 المادة 4 و5

- القانون السعودي لنظام التحكيم، الأمر رقم 46 المادة 09 بتاريخ 1983/04/01

¹المادة 458 مكرر 01 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري

² الدكتور عبد الحميد الأحد ب - التحكيم - أحكامه ومصادره - الجزء الأول- توزيع مؤسسة نوفل- بيروت- لبنان -1990- ص 73

- نور الدين بن شيخ - مرجع سابق - ص 17

³ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة - مرجع سابق- ص 246

⁴ المادة 7 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لسنة 1985

- وفي حالة أخرى قد يتضمن العقد الأصلي شرط تحكيم لا ينص إلا على نية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم دون ذكر التفاصيل فيصبح أمر اللجوء إلى الاتفاق اللاحق لابد منه (يرجع للتفاصيل للدكتور عبد العزيز قادري- مرجع سابق- ص 261).

ويكون شرط التحكيم إما عاما يتعلق بكل نزاع يخص العلاقة بين الطرفين بداية من تفسير العقد إلى غاية تنفيذه¹ وإما خاصا يتعلق بالإحالة على التحكيم في بعض المسائل، وهي الحالة الأكثر شيوعا لأن موضوع النزاع غالبا ما يحدد من الطرفين.

كما يعد الأكثر استعمالا في العقود الدولية المعاصرة لما يورد من تفصيلات شاملة عن كيفية بدء الإجراءات وإعلان الرغبة في التحكيم، وتشكيل الهيئة، وتشير الإحصاءات إلى أن غرفة التجارة الدولية بباريس نظرت في 1998 ما يزيد عن مائتان وسبع وثلاثين قضية⁽²³⁷⁾ بموجب شرط التحكيم، بينما عرضت عليها أربع (4) قضايا فقط بموجب مشاركة التحكيم² وشرط التحكيم يؤكد خاصية استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي³، حتى لو ذكر كبنود أو مادة من مواده، فإنه عقد تحكيم داخل العقد الأصلي له كامل الأثر بدليل أن شرط التحكيم قد يستمر و يمدد العمل به لما بعد انتهاء العقد لفض ما قد يثور من منازعات بينما لا تتصف بنود العقد الأخرى بهذه الميزة.

ولتنفيذه فعن غرفة التجارة الدولية بباريس تشترط إعداد وتوقيع محرر مستند المهمة (*Acte de mission*) قبل بدء إجراءات التحكيم⁴ ويعد هذا المحرر تابعا لشروط التحكيم ومتفرعا عنه ولا يحل محله بأي شكل من الأشكال⁵

وتجدر الإشارة إلى أن القوانين القديمة نسبيا لم تتبن شرط التحكيم بوصفه عقدا مستقلا بذاته بل كانت تنتظر إليه على أنه عقد تمهيدي أو مقدمة عقد أو وعد لا ينتج أثره كاملا إلا إذا أبرم بعده عقد تحكيم مستقل عند نشوب النزاع⁶، فالقضاء الفرنسي مثلا كان يرى فيه مرحلة تمهيدية سابقة على مشاركته التحكيم.

وبمعنى آخر فإن اتفاق التحكيم يتم عن طريق شرط التحكيم المتبوع بمشارطة التحكيم⁷، وهو رأي طالما انتقد إلى أن تلاشى تدريجيا، خصوصا بعد الحرب العالمية الأولى وبداية تطور العلاقات التجارية الدولية، أين أصبح العمل به يثير الكثير من الصعوبات.

¹ الدكتور عبد العزيز قادري- مرجع سابق- ص 260

² الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة- مرجع سابق- ص 250

³ نرجع لهذه الخاصية في التفصيل لاحقا

⁴ يتضمن هذا المحرر تحديد موضوع النزاع والمسائل المطلوب الفصل فيها، وأعباء وأتعاب المحكمين وصفة وعاوين الأطراف، وموجز إدعاءات الأطراف ومكان التحكيم والقواعد الواجبة التطبيق على الإجراءات (الم18) من لائحة الإجراءات لغرفة التجارة الدولية لباريس 1998/01/01.

⁵ بل إن وجوده ليس أمرا ضروريا، إذ استغنت عليه العديد من المراكز والهيئات.

⁶ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة- مرجع سابق- ص 255.

⁷ الدكتور عبد العزيز قادري - مرجع سابق- ص 262.

وأهم نقد وجه لهذا الرأي هو : إن كان شرط التحكيم لا يكفي ولا يفيد بالغرض قبل نشوب النزاع ولا بد من اتفاق آخر وقت المنازعة فإنه غير ذي فائدة، ولا داعي أصلا لإدراجه ضمن بنود العقد.

ولهذا السبب اتجهت القوانين الحديثة المتعلقة بالتحكيم لهجران هذا الرأي لما فيه من إخلال بالطابع السريع للتحكيم¹

ثانياً: مشاركة التحكيم *Le compromis*

هي اتفاق التحكيم الذي يتم بعد نشوء النزاع يعبر فيه الطرفان عن رغبتهما وإرادتهما في اللجوء لمحكمين، وتتم مشاركته وفق أشكال ومعاليم يقررها القانون² وهناك من الفقهاء من يطلق على المشاركة اتفاق التحكيم، أي يجعل منها مرادفاً له وليس شكلاً من أشكاله³

وقد تتخذ المشاركة إما شكل العقد الرسمي (*Acte authentique*) أو محضر (*Un procès verbale*) أو حتى في شكل عقد عرفي (*Acte sous-sing privé*)⁴

أما موضوع النزاع فإنه يلعب دوراً مزدوجاً في مشاركته التحكيم من حيث توضيح طبيعة النزاع والأطراف، وكذلك تسمح بمراقبة عمل المحكمين المختارين وعدم خروجهم عن الإطار المرسوم للمهمة المسندة إليهم⁵

ومن هذا المنطلق استلزمت القوانين بيان موضوع النزاع بدقة، وإلا كانت المشاركة باطلة عديمة الأثر، ولا تحرم الأطراف من اللجوء إلى قضاء الدولة للفصل في نزاعهم⁶

¹ الدكتور نور الدين بن شيخ - مرجع سابق - ص 22

- خصوصاً بعد صدور التشريع الخاص سنة 1925 - والقائل بصحة شرط التحكيم في المسائل التجارية. راجع في ذلك قادري ص 263.

² الدكتور منطشطا - مرجع سابق - ص 32 وقد جاء في تعريفه :

« c'est une convention postérieure à la naissance du litige par laquelle les parties affirment leur volonté de s'adresser à des arbitres.

Le compromis doit être établi selon certaines formes et renfermer les indication exigées par la loi »

³ الدكتور نور الدين بن شيخ - مرجع سابق - ص 29

- يعرف اتفاق التحكيم انه العقد الذي يحيل تسوية الخلافات للتحكيم بعد ظهور المنازعة.

⁴ الدكتور منطشطا - المرجع سابق - ص 32

⁵ الدكتور منطشطا - المرجع سابق - ص 33

⁶ راجع القانون المصري لعام 1994 الم 2/10

- القانون الفرنسي لعام 1981 الم 1448

- القانون الموريتاني لعام 2000 الم 17

ثالثا : التحكيم بالإحالة Clause d'arbitrage par référence

هو صورة معاصرة لاتفاق التحكيم، وتفترض هذه الصورة أن العقد المبرم بين الأطراف لم يتضمن شرطا صريحا للتحكيم، بل اكتفى الأطراف بالإشارة للإحالة إلى عقد سابق بينهم أو عقد نموذجي (*Contrat type*) أو الإحالة إلى شروط عامة معروفة في مجال التعامل بينهم¹

واعترفت العديد من التشريعات بشرط التحكيم بالإحالة²، لكن ليس بصورة مطلقة بل لا بد من مراعاة نقطتين هامتين :

-أن يكون العقد الذي وردت الإحالة به مكتوبا.

-أن تكون الإحالة واضحة في اعتبار شرط التحكيم المحال إليه جزء من العقد المحيل بحيث يقطع في معرفة الأطراف بشرط التحكيم الوارد في العقد أو المستند المحال إليه، أي أن علم الأطراف به يفترض قطعيا، فلو ثبت أن الطرف الذي ينكر شرط التحكيم بالإحالة لم يكن ليعلم بذلك الشرط في الظروف المعتادة أو يتعذر عليه العلم به، فإنه لا يلزم به³

- القانون العماني لعام 97 الم 3/10.

¹ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة- مرجع سابق- ص

² القانون الانجليزي المادة 2/6

- القانون ألماني 4+3/1031

- القانون موريتاني 2/6

- القانون اليوناني 99م-65/7

- القانون الفرنسي 1443

- القانون الهولندي 1021.

³ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة- المرجع سابق- ص264

المطلب الثاني: تمييز التحكيم التجاري الدولي، خصائصه و طبيعته

إن مفهوم التحكيم التجاري الدولي يقترب ويشترك مع مفاهيم أخرى من حيث الإجراءات ومن حيث الهدف، لذا سنحاول التطرق لأوجه الشبه والاختلاف من خلال تمييزه عن المفاهيم الأخرى (فرع أول) ثم تأكيد هذا التمييز من خلال خصائصه وطبيعته (فرع ثان)

الفرع الأول: تمييز التحكيم التجاري الدولي عن الأنظمة المشابهة له

قد يختلط التحكيم بمفاهيم أخرى ذلك انه ليس النظام الوحيد الذي يتدخل فيه شخص من الغير، مختار بواسطة الخصوم في علاقاتهم التعاقدية¹

أولا : تمييز التحكيم عن الخبرة

إن أهمية التمييز بين التحكيم والخبرة، من الناحية العملية تظهر من خلال اختلاف النظام القانوني الذي يحكم كلا منهما.

ويقصد بالخبرة في الاصطلاح الحديث المهمة التي يعهد بمقتضاها الخصوم إلى شخص متخصص في مهنة أو مجال معين لإبداء رأيه في مسألة فنية تدخل في مجال اختصاصه دون إلزام الخصوم بهذا الرأي.

والخبرة نوعان: ودية (اتفاقية)، و قضائية

الخبرة الودية : تتم باتفاق الأطراف على اللجوء إلى خبير ما.

الخبرة القضائية : تتم بموجب حكم قضائي سواء بناء على طلب الخصوم أو دون طلبهم² ويبين هذا الحكم مهام الخبير والأعمال التي سيقوم بها للإجابة على التساؤلات الموجهة له،

¹ الدكتور سيد المراكبي- مرجع سابق- 29

² الدكتور هشام خالد - مرجع سابق- - ص 94- 95.

وتعتبر الخبرة من أعمال التحقيق ذات الطبيعة الاستشارية، وتفترض وجود سؤال موجه إلى شخص معين يجيب عنه بتقرير يقدمه لمن وجه إليه السؤال.

أما عن أوجه اختلاف الخبرة و التحكيم فإن الأستاذ "*R-David*" يرى أن الخبير يعتمد على معلوماته وخبرته لإعطاء رأي فني صريح في مسألة معينة فقط، بينما يقوم المحكم بإصدار حكم يتمتع بصفة الإلزام¹، يحسم النزاع ويحوز حجية الشيء المقضي فيه معتمدا على ما يقدمه الأطراف من مستندات.

كما يختلفان من حيث هدف كل منهما باعتبار التحكيم نظام خاص للتقاضي بينما الخبرة هي وسيلة للحصول على رأي شخص من الغير يكون رأيا تحضيريا²، وهي دليل من أدلة الإثبات التي تتوقف حجيتها على تقدير من يتولى الفصل في الدعوى قاضيا كان أو محكما ومن ناحية أخرى فإن موضوع مهمة الخبير هو فحص مال مادي أو معنوي في حين أن مهمة المحكم هي فحص إدعاء قانوني وحسمه، فالخبير يفحص مسائل واقعية ذات تخصص فني، بينما يفحص المحكم الإدعاءات³ ويحقق فيها طبقا لقواعد إجرائية محددة يصل في النهاية إلى معرفة حكم القانون أو العدالة فيها⁴

أما من حيث كيفية البت في الخلاف، فالمحكم يفصل بقرار ملزم بينما يقدم الخبير رأيا استشاريا دون إلزام الأطراف به، فالمحكم يعد قاضيا عكس الخبير الذي يعتبر معاونا للقاضي، والرأي الذي يقدمه يعد عنصرا من عناصر الإثبات الذي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي⁵ أما من حيث كيفية أداء المهمة فالخبير له دور ايجابي لأنه يبادر إلى الحصول على كافة المعلومات اللازمة لإعداد تقريره، ويعتمد على خبراته كما له إبداء رأيه دون حاجة للرجوع إلى الأطراف بينما دور المحكم سلبي لأنه ينتظر ما يقدمه الخصوم من مستندات وكذلك من حق كل طرف الإطلاع على ما يقدمه الطرف الآخر.

¹ الدكتور هشام خالد- مرجع سابق- 117.

² الدكتور منطاشطا - مرجع سابق- ص 32

Le rôle de l'expert est préparatoire tandis que celui de l'arbitre est décisive p45

³ هناك جانب من الفقه يرى أن المحكم بوصفه قاضيا فإنه يفصل في المسائل الواقعية والقانونية معا أما الخبير فلا ينظر إلا في المسائل الواقعية (الفنية والعلمية) - راجع في ذلك : الدكتور عادل خير - مقدمة في قانون التحكيم المصري- طبعة 1-1995 دار النهضة العربية-ص 42

⁴ الدكتور هشام خالد - المرجع سابق- - ص 128 -

- الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة - مرجع سابق- ص 65.

⁵ وهو ما وضحته الم 8 من لائحته غرفة التجارة الدولية التي بدأ العمل بها في 93/01/01 - حيث جاء فيها أنه : "ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك فإن تقرير الخبير ليس له قوة ملزمة للأطراف ولا لهيئة التحكيم".

ورغم الفروق المتقدمة ، فهناك ارتباط بين الخبرة والتحكيم، والمحكم قد يحتاج للخبير، لذا فنحن أمام نظامين قانونيين متجاورين، والتفرقة بينهما لا تعني القطيعة، لأن الخبير من أعوان هيئة التحكيم، حينما يطلب منه الرأي الفني في الموضوع محل النزاع، وهو في هذه الحالة يساهم في عملية الإثبات كما أن الخبير قد يكون من أعضاء هيئة التحكيم إذا اختير بذلك الصفة بسبب تخصصه الفني، وهو في هذه الحالة يساهم في صنع القرار الحاسم للنزاع¹

ثانيا : التحكيم والتوفيق والوساطة²

يمكن القول أن التوفيق هو عملية سابقة عن التحكيم، وقد كانت وظيفة المحكم في المدن الإغريقية قديما تمر بمرحلتين متعاقبتين تبتدئ بالتوفيق وتنتهي بالتحكيم في حالة فشل الوصول إلى توافق³، وحتى اليوم ، فإن العديد من العقود الدولية تتضمن من بين شروطها قواعد خاصة باللجوء للتوفيق في حالة نشوب منازعات تخص تسيير العقد أو تنفيذه أو إنهاءه.

يعرف التوفيق على أنه نظام بمقتضاه يقوم فرد أو هيئة يتم اختيارها من قبل الأطراف بمهمة دراسة موضوع الخلاف بالتشاور المستمر مع الأطراف، والتعرف على مختلف وجهات النظر، والعمل على الحد من اتساع الخلاف بينهم ، واقتراح أفضل الحلول الودية لتسوية الخلاف بما يكفل استمرار التعامل بينهم والتي تعرض عليهم ليأخذوا برفضها⁴

وتكمن الفوارق الجوهرية بين النظاميين من حيث أن القائم بالتوفيق رغم اختياره من الأطراف إلا انه مجرد من سلطة القضاء، وغير ملزم بإتباع إجراءات قضائية معينة، كما انه يتعامل مع وقائع النزاع دون الخوض في المسائل القانونية ويحاول الوصول إلى حل توافقي دون أن يملك أي سلطة في مواجهة المتنازعين، كما أن مسعاه قد لا يخلص إلى نتيجة، ويكون بذلك للأطراف حق اللجوء على القضاء أو اللجوء على التحكيم، وحتى في حالة وصوله لحل، فإنه يحزر محضر بذلك يثبت فيه مضمون الحل ويوقعه الأطراف، فلا يرقى ما

¹ الدكتور هشام خالد - مرجع سابق- - ص 129.

² هناك من يفرق بين الوسيط والموفق، فيجعل الوسيط شخصا مقبولا من الطرفين، دوره مساعدتهما على التوصل إلى إجراء مبادلة ما، بينما الموفق يقوم بنقاش حول موضوع القضية - الدكتور هشام خالد- المرجع سابق- ص 233.

³ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة- مرجع سابق- - ص 55.

⁴ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة- المرجع سابق- - ص 59

لكن هناك حالات يصير فيها ما انتهى إليه الموفق ملزما. وذلك لما يقبله الطرفان ويوقعان عليه، ويتأسس التزام الأطراف به وتنفيذه على مبدأ القوة الملزمة للعقد شريعة المتعاقدين.

توصل إليه إلى أن يكون قرارا أو حكما ولا يحوز حجية الشيء المقضي فيه، ولا القوة التنفيذية¹

يرى جانب من الفقه أن الفارق الجوهرى بين النظامين يكمن في أن التوفيق يتضمن حتما تنازلات من الطرفين لكي يتم التوصل لحل وسط ، بينما يصدر المحكم حكما قد يلبي طلبات طرف على حساب الطرف الأخر²

بينما يرى جانب آخر أن التوفيق إجراء شبه قضائي يتوسط التحقيق ، أما التحكيم فيتصف بمرونة كبيرة ولا يمس حرية الأطراف³

و قد أصبحت الكثير من هيئات ومراكز التحكيم الدائمة تعمل على توجيه الأطراف المتنازعة إلى نظام التوفيق، بل أكثر من ذلك فإنها ضمنت لوائح إجراءاتها قواعد تخص نظام التوفيق⁴

غير أن البحث في أوجه الاختلاف بين النظامين والتمييز بينهما جاء لتفريقهما عما يتشابهان فيه، من حيث أن كل منهما يتم فيه اللجوء إلى شخص من الغير خارج عن العلاقة التي بين المتنازعين، بالإضافة إلى أن هذا الشخص يتم اختياره من أطراف العلاقة بناء على إرادتهما ورغبتهما، كما أن النظامين يهد فان إلى حل النزاع بغض النظر عن الطريقة⁵

ثالثا : التحكيم والصلح : Transaction

يعرف الصلح على انه : "إنهاء لجدل قائم أو الاحتياط له"⁶ ، ويشتهب الصلح والتحكيم من من حيث أن كلاهما عقدا ويؤديان إلى إنهاء النزاع ، كما أنه يقومان على إرادة أطراف الخصومة ، وكلاهما قد يكون سابقا على نشوب النزاع أو لاحقا عليه

¹ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة - المرجع سابق - ص 55-59.

² الدكتور سيد المراكبي. - مرجع سابق- ص28

³ الدكتور الخير قشي- المفاضلة بين الوسائل التحكيمية وغير التحكيمية لتسوية المنازعات الدولية - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ط1- 1999- ص 26.

⁴ راجع في ذلك نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي لسنة 1994م ص57.

- لائحة إجراءات التوفيق و التحكيم التجاري لدى مركز أبو ظبي للتوفيق والتحكيم لعام 1993

- اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى لعام1965.

⁵ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة- مرجع سابق- ص57.

⁶ الدكتور منطلشطا - مرجع سابق- ص 36

« Dans la transaction, les parties terminent une contestation née, et préviennent une contestation a naître »

لكن الصلح أقرب للتوفيق منه للتحكيم ، ذلك أن كلا من الصلح والتوفيق يتضمنان تنازلات عن جوانب من حقوقهما¹

أما أوجه الاختلاف بين التحكيم والصلح فنعد منها:

من حيث أن من يقوم بحسم النزاع عن طريق التحكيم هو شخص من الغير، بينما يتفاوض أطراف النزاع فيما بينهم مباشرة لغاية وصولهم إلى الصلح دون تدخل الغير² إن النزاع لا يفض بمجرد إبرام اتفاق التحكيم، وإنما يستلزم قيام المحكم بإصدار حكم، في حين ينتهي النزاع في الصلح بمجرد التنازل المتبادل المرضي للأطراف³ الصلح مجرد اتفاق لا ينفذ جبرا إلا إذا صدر به حكم قضائي، عكس حكم التحكيم الذي يعد سندا تنفيذيا بمجرد امهاره بالصيغة التنفيذية⁴، كما أن هذا الأخير له أثر منشئ للحقوق بينما للصلح أثر كاشف ، لأن المتصالحين يكونون على علم بما سيفضي إليه الصلح بناء على ما قدموا من تنازلات.

وفي هذا السياق أقرت غرفة التجارة الدولية بباريس منع الأطراف في المصالحة من تقديم الاقتراحات والآراء التي سبق عرضها للصلح⁵ كدليل إثبات عند لجوئهم للتحكيم.

رابعاً: التحكيم والوكالة

تعرف الوكالة عموماً على أنها إقامة إنسان غيره مقام نفسه في تصرف جائز ومعلوم، يملكه وقابل للنيابة⁶، هي علاقة قانونية يخول فيها شخص معين (هو الوكيل) سلطة تمثيل شخص آخر (يدعي الموكل أو الأصيل)⁷

تشبه الوكالة والتحكيم في أن كلا من الوكيل و المحكم يلزمهما رضا الطرفين بهما، فلا يمكنهما العمل مباشرة إلا بإذن الأطراف، كما أن أساس كل من التحكيم والوكالة هو عقد.

في حين يختلف النظامين من حيث أن الوكيل مقيد في حدود ما أنيط له من مهام وخروجه عن مهامه يعفي الموكل من المسؤولية ، بينما المحكم مستقل عن أطراف النزاع⁸

¹ الدكتور هشام خالد - مرجع سابق- ص 177 وكذلك - الدكتور سيد المراكبي- مرجع سابق- ص65

² الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة- مرجع سابق- - 61.

³ الدكتور هشام خالد- مرجع سابق- - ص 178.

⁴ الدكتور سيد المراكبي - مرجع سابق- ص 33.

⁵ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة- المرجع سابق- ص63.

⁶ الدكتور سيد المراكبي- المرجع سابق- ص 31.

⁷ في هذا المعنى أورد الأستاذ منطليشا تعريفاً للوكالة جاء فيه :

« Le mandat est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ».

⁸ الدكتور هشام خالد- المرجع سابق- - 164.

كما أن الوكيل لا يملك إلا ما يملك الموكل من سلطات، بينما المحكم يعمل بحرية ولا يملك الأطراف التدخل في عمله، أو إصدار التعليمات إليه¹

خامسا : التحكيم والقضاء

يتفق التحكيم والقضاء من حيث القوة الإلزامية للحكم الصادر عن الجهتين، أي أن النظامين يتفقان في النتيجة المتوصل إليها، كما أنهما يتفقان في الغاية التي تنصب على إيجاد حل لنزاع ما.

بينما يختلفان في نقاط عديدة نذكر على سبيل المثال :

- سلطة المحكم هو الاتفاق الذي تم تعيينه بموجبه، بينما سلطة القاضي مستمدة من القانون ومن الدولة التي هو موظف في جهازها²
- المحكم يتقاضى أتعابا من أطراف النزاع بينما يتقاضى القاضي راتبا من الدولة³
- جلسات المحاكم علنية، بينما تكفل جلسات التحكيم سرية المعاملات.
- أن الحل عن طريق التحكيم غالبا ما يحفظ استمرار العلاقة و التعامل بين الأطراف، عكس الحل عن طريق القضاء الذي غالبا ما يؤدي إلى قطيعة بين الأطراف لاستفحال النزاع بينهم.
- إجراءات التحكيم تتسم بالبساطة مقارنة مع تلك الخاصة بسير الخطة في القضاء العادي.

الفرع الثاني: طبيعة وخصائص التحكيم التجاري الدولي

أولاً: الطبيعة القانونية للتحكيم.

اختلف فقهاء القانون في طبيعة التحكيم القانونية أو بمعنى آخر في الأساس القانوني له وطرحت بشأن هذه الطبيعة العديد من الأسئلة منها: هل الالتزام بالتحكيم ناشئ عن العقد أو عن القانون؟، و هل التحكيم ذا طبيعة اتفاقية أو قضائية أو ذا طبيعة خاصة؟.

¹ (الدكتور سيد المراكبي - مرجع سابق- ص 32.

² الدكتور علي عوض حسن- مرجع سابق- ، ص17

³ - هناك من الفقهاء من يرى أن من أوجه الاختلاف أن قرارات القاضي رسمية ملزمة قانونا بمجرد صدورها ، بينما حكم المحكم لا ينفذ إلا بعد إصباغه بالصيغة التنفيذية (الدكتور هشام خالد- مرجع سابق- ص 170) ، رغم .../.. أن هذا الوجه هو أقرب لأوجه التشابه منه لأوجه الاختلاف ، ذلك أن قرار القاضي أيضا- لا يكو قابلا للتنفيذ رغم إلزاميته إلا بعد إصباغه بالصيغة التنفيذية، وبعد استنفاد طرق الطعن.

و مردّ هذا الاختلاف إلى عدة نظريات:

النظرية الشخصية (أو النظرية التعاقدية): وهي التي يعتبر التحكيم نظاما اتفاقيا تعاقديا¹، ذلك أنه يقوم على إرادة الأفراد في حل منازعاتهم بطريقة ودية عن طريق طرف أجنبي عنهم هو المحكم² كما أن سير عملية التحكيم يعتمد على ما اتفق عليه الأطراف بشأنها من تشكيل هيئة التحكيم وتنصيب أعضائها وتحديد مكان التحكيم، ولغته، والقواعد التي تحكم مختلف جوانبه الإجرائية.

أنصار هذه النظرية، يرون أن اتفاق التحكيم وحكم التحكيم يكونان كلا واحدا، فالتحكيم في نظرهم عبارة عن هرم قاعدته اتفاق التحكيم، وقمته حكم التحكيم³.

ويرون أن الأطراف باتفاقهم على التحكيم يتخلون عن بعض الضمانات القانونية والإجرائية التي يحققها النظام القضائي وذلك بهدف تحقيق مبادئ العدالة، والعادات التجارية وإتباع إجراءات سريعة، وقل رسمية من إجراءات المحاكم⁴.

يكتسب حكم التحكيم أهميته من اتفاق الأطراف وما يعطيه من فعالية، وقيمة، إذ يمكن أن يكون نهائيا ولا يجوز الطعن فيه، كما يمكن إهداره بالطعن فيه إذا خالف اتفاق الأطراف⁵

كما أن أنصار هذا الرأي يستبعدون الفكرة القضائية عن التحكيم، مستدلين بان هذا الأخير يهدف لتحقيق مصلحة خاصة عكس الحكم القضائي الذي يصدر باسم الشعب ولتحقيق مصلحة عامة هي إقامة العدل إضافة إلى أن اتفاق الأفراد على التحكيم هو تنازل ضمني عن حق اللجوء للقضاء حيين ينشب النزاع موضوع التحكيم

وبالتالي فإن أنصار هذا الرأي يستبعدون اختصاص القضاء ويؤكدون سلطة المحكم في بنود وثيقة التحكيم⁶

النظرية الموضوعية (أو القضائية): إن نقد النظرية الشخصية هو أساس النظرية الموضوعية التي يعتبر أصحابها التحكيم طريقا قضائيا لحسم النزاعات.

¹ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة- مرجع سابق- ص40.

² الدكتور علي عوض حسن- مرجع سابق- 47.

³ الدكتور عاطف شهاب- مرجع سابق- ص41.

⁴ الدكتور عاطف شهاب- المرجع سابق- ص42.

⁵ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة- المرجع سابق- ص42- 51.

⁶ الدكتور علي عوض حسن،- المرجع سابق- ص47.

فالتحكيم بالنسبة لهم وظيفة قضائية بالمعنى الفني¹، وما يصدره المحكمون هي أعمال قضائية يجب تنفيذها، و تترتب عنها آثار الأحكام القضائية العادية، كحجية الأمر المقضي فيه واستنفاد ولاية التحكيم.

التحكيم حسب رأيهم طريق مواز تعترف به الدولة لأداء العدالة وحماية الحقوق والمراكز القانونية، خصوصا وأن غرضه هو الحصول على حماية قضائية وحسم النزاع حول الحق المدعى به.

ومن حيث إجراءات الخصومة فتكاد تكون واحدة من حيث إعلان الخصوم وتقديم الإدعاء وبدء الخصومة و فحص أدلة المشروعية، وحماية حقوق الدفاع إلى غاية نهاية الخصومة بصدور حكم التحكيم له كافة مميزات الحكم القضائي من شكلية بيانات وتسبيب وتوقيع²

ويذهب البعض إلى أن النظر إلى التحكيم من زاوية أنه قضاء إجباري ملزم للخصوم متى اتفق عليه وأن التملص منه غير مجدي، فالمحكم لا يعمل بإرادة الأفراد وحدهم، بل بسلطة القضاء، وهو يحسم النزاع بإكساب حقوق، وفرض التزامات على الأطراف³ في حين اتجه جانب آخر من الفقه إلى إضفاء الطبيعة القضائية على التحكيم التجاري الدولي. فقط، باعتباره قضاء التجارة الدولية "خصوصا وأنه كثيرا ما يفرض التحكيم جبرا على أطراف التجارة الدولية⁴

النظرية المختلطة: ولأن النظرية السابقة تعرضت لكثير من الانتقادات كعدم تمتع المحكم بحصانة ودوام واستقرار القاضي، فإن ضرورة البحث مجددا في طبيعة التحكيم أصبحت أمرا لا بد منه، لذا وجد البعض أن المزج بين النظريتين يعطينا فعلا الطبيعة الحقيقية للتحكيم، كونه ليس نظاما تعاقديا خالصا، ولا نظاما قضائيا خالصا، بل يجمع بين النظاميين في عدة خصائص.

فالتحكيم يرتكز على نصوص القانون وعلى اتفاق الخصوم¹ فهو في بدايته اتفاق وفي وسطه إجراء، وفي آخره حكم²

¹ الدكتور عاطف شهاب - مرجع سابق - ص 51

² الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة- مرجع سابق- ص 44- 45

³ PH. Fouchard : l'arbitrage commercial international 1965 P05

"Les arbitres ont pouvoir de juger, ils doivent trancher le différent qui leur est a dire (dire le droit) au sens propre fixer les droit et soumis c'est obligations des parties statuer sur leur prétentions respectives condamner l'une ou l'autre, ou l'une est l'autre"

⁴ الدكتور عاطف شهاب- المرجع سابق- ص 59.

كما وصف التحكيم أنه نظام قانوني إجرائي يرمي إلى تحقيق حماية قضائية للحقوق والمراكز القانونية المتنازع حولها³

وهو بهذه الصفة قضاء خاص أو استثنائي، كونه نظام مختلط يجمع في أساسه ومصدره بين النص القانوني و بين اتفاق الأطراف.

لكن لم تسلم هذه النظرية أيضا من النقد إذ يرى البعض أنه لا يكفي لتحديد طبيعة التحكيم القول بأنه يبدأ باتفاق ثم ينتهي بحكم قضائي، لأن في ذلك هروبا من مواجهة هذه الطبيعة المعقدة للتحكيم، إذ لا يمكن اعتبار التحكيم مجرد عقد في حين أن ما يترتب عليه تتجاوز أهميته أي عقد آخر، ولا يمكن أيضا اعتباره مجرد حكم قضائي لأنه يختلف عنه كثيرا⁴

نظرية استقلالية التحكيم: ويذهب أنصار هذه النظرية إلى أن للتحكيم طبيعة مستقلة تختلف عن العقود، و عن أحكام القضاء، وإذا كان التحكيم هو الشكل البدائي لإقامة العدالة، فقد سبق في الظهور تنظيم الدولة للسلطة القضائية، لذا لا يمكن أن ينبثق عنها، ولا أن يلتقيا في نقطة ما، بل يسير في خط مواز لها.

لذا فالتحكيم أداة خاصة وجد لتطبيق قاعدة خاصة يتحقق من ورائها الهدف الذي يسعى الخصوم للوصول إليه.

ولم تسلم هذه النظرية أيضا من الانتقادات لاسيما فيما ذهب إليه أنصارها من أن التحكيم يقدم عدالة خاصة تختلف عن عدالة القضاء، حيث أنه لا يمكن الوصول إلى طبيعة التحكيم من خلال الأثر الذي يترتب، وإنما من خلال رده إلى الأصل الذي ينتمي إليه، كما أن هذه النظرية لم تأت بجديد⁵، كما أنها لا تختلف كثيرا عن النظرية المزدوجة، ذلك أن وصف التحكيم بأنه نظام يجمع بين الصفة العقدية الاتفاقية والقضائية معا يجعله نظاما خاصا، ومستقلا عن غيره بهذا الوصف.

وقد سماه البعض أنه عدالة من نوع آخر باعتباره القضاء الأكثر قدرة على التكيف مع منطق عالم الأعمال و قوانينه، مقارنة مع قضاء المحاكم وحرفية النصوص القانونية⁶.

¹ الدكتور على عوض حسن - المرجع سابق- ص 49

² الدكتور عاطف شهاب - المرجع سابق- ص 65

³ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة- مرجع سابق- ص47

⁴ الدكتور عاطف شهاب - مرجع سابق- ص69

⁵ الدكتور عاطف شهاب - المرجع سابق- ص 73 - 74

⁶ الدكتور عبد الحميد الأحد ب - التحكيم - أحكامه ومصادره - الجزء الأول- توزيع مؤسسة نوفل- بيروت - لبنان -1990 - ص

وبالرجوع للقانون الجزائري، فإنه يمكن القول أن المشرع الجزائري أخذ بالنظرية المزدوجة ذلك أنه اعتمد على اتفاق الأطراف، والوظيفة القضائية للمحكم¹

ثانياً: خصائص التحكيم التجاري الدولي

إن نظام التحكيم له مزايا وعيوب نحاول التطرق إليها بإيجاز.

المزايا :

أ- **التحكيم يقوم على التراضي :** أي أن الأساس في التحكيم هو الاتفاق- كما سبقت الإشارة إلى ذلك- وقد احترمت كل النصوص التشريعية والقوانين حرية الإرادة في تنظيمه بالكيفية التي يراها الأطراف مناسبة، كما أن نظام التحكيم يستمد ثقة الأطراف واطمئنانهم من خلال هذه الحرية في التعامل.

ب- **قلة التكاليف :** لا يخفي على أحد أن اللجوء إلى القضاء يلزم مصاريف قضائية تتنوع بين رسوم وطوابع وأتعاب محامين وخبراء أحياناً، كما أن هذه المصاريف تتعدد، تكرر أمام مختلف درجات التقاضي، بينما لا نجد كل هذا في نظام التحكيم الذي يتم اللجوء فيه مباشرة إلى هيئة التحكيم أو المحكم الذي يتقاضى أتعاباً²

ج- **سرعة الفصل :** وهي الميزة التي جعلت هذا النظام يستقطب التجار ورجال الأعمال إذ تنتم قوانين الإجراءات المدنية بمجموعة من الشكليات والتعقيدات التي لا يمكن تجاوزها³

ونظراً لأهمية الوقت للبت في المنازعات (خاصة التجارية)، أصبح التحكيم يجلب اهتمام الأطراف المتنازعة من رجال الأعمال ، إذ تتجه قواعد التحكيم إلى تحقيق ميزة السرعة، وذلك بتعيين مدة معينة لتشكيل ، وإصدار الحكم ، و ترتيب الجزاءات على عدم الالتزام بهذه المواعيد

د- **تلبية حاجات التجارة الدولية :** إن العلاقات التجارية الدولية الحديثة أدت إلى إيجاد وخلق نوع جديد من المعاملات والعقود، وابتسط مثال على ذلك معاملات العقود غير المسماة، وهي عقود تنصف بطول أمدتها وتعقيدها⁴، وتتطلب وتتطلب تخصصاً مما يجعل القضاء العادي غير مؤهل وغير مناسب بنظمه وقواعد

¹ راجع في ذلك نصوص المرسوم 09/93 السابق الذكر

² الدكتور على عوض حسن- مرجع سابق- - ص28، 27، و تجدر الإشارة إلى ان هذه المسألة نسبية لأن أتعاب المحكم قد تفوق كل المصاريف القضائية المتحدث عنها

³ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة - مرجع سابق- ص 126

⁴ مثل عقود نقل التكنولوجيا وعقود التجارة الإلكترونية وعقود المفتاح في اليد والإنتاج في اليد، والاستشارات الفنية. وعقود تصميم وتصنيع الأقمار الصناعية... الخ

عمله، لتسوية ما قد يثار من إشكالات، لذا فإن التحكيم رسخ مجموعة من الحلول التي تتماشى وخصوصية عقود التجارة الدولية، بعيدا عن قواعد القوانين الوطنية. ولأن التحكيم وفر للمتعاملين في المجال التجاري الدولي مرونة في التعامل مع التطورات الاقتصادية فإن المساعي اتجهت إلى سن التشريعات المنظمة له¹

ه- تشجيع الاستثمارات الدولية : وهي ميزة مرتبطة بالميزة السابقة، ذلك أن توفير المناخ المناسب للتعامل الدولي الحر، دون خشية العرقلة الممكنة من القوانين الوطنية، ودون خشية صعوبة حل الإشكالات الناتجة عن العقود التجارية الدولية الحديثة، مما يجعل أصحاب رؤوس الأموال لا يخافون من استثمارها في مشاريع مختلفة، وكذا في مناطق مختلفة ، بل إن سعي الدول لاجتذاب هذه الأموال أصبح يعرف تسابقا وتسارعا خصوصا بين الدول النامية التي تعمل على توفير الأجواء المناسبة للمستثمرين من خلال تلبية شروطهم.

والملاحظ أن أول وأهم شرط يضعه المستثمرون هو إخضاع كل المنازعات الناشئة عن الاستثمارات لقضاء التحكيم بدلا من القضاء العادي، وفي هذا الإطار تبدي الدول المضيفة للاستثمار تجاوبها عن طريق :

-انضمامها إلى الاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية الاستثمار التي تتضمن نصوص صريحة تجعل الفصل في منازعات الاستثمار من اختصاص قضاء التحكيم

-جعل التحكيم من الوسائل ذات الأولوية التي تطرح عليها منازعات الاستثمارات لأجنبية²

و- السرية في المعاملات : فعلى العكس من إجراءات القضاء العادي التي تكون فيها الجلسات علنية من بدايتها إلى غاية النطق بالحكم (كأصل عام)، فإن نظام التحكيم يتسم بسرية إجراءاته وخصوصيتها وذلك لما يتناوله من موضوعات اقتصادية³، تقوم على مجموعة من العناصر تتصل بحجم الأعمال، والمركز المالي للمشروع، وتتعلق بأسرار صناعية كعقود نقل التكنولوجيا، وتراخيص استغلال براءات الاختراع⁴.

وكذلك الأمر بالنسبة لعقود معالجة البيانات أليا وتخزينها والعقود الخاصة بمجالات تصنيع الدواء.

¹ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة - مرجع سابق 121

² الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة - المرجع سابق 123-124

³ الدكتور علي عوض حسن- مرجع سابق- ص31

⁴ الدكتور سيد المراكبي - مرجع سابق- ص51

والسرية المكفولة هنا تكون في كل مراحل الخصومة التحكيمية بداية من تقديم الادعاءات إلى جلسة المرافعة وسماع الشهود، وكذلك بعد صدور حكم التحكيم الذي لا ينشر إلا بموافقة الأطراف¹.

ي- **كفاءة المحكمين:** الكفاءة المقصودة هي الكفاءة الفنية، إذ لا يكفي تمتع المحكم بثقافة وتكوين قانونيين، بل يستلزم خبرته وتخصصه فيما يتلاءم والمنازعات التجارية الدولية ونصت العديد من اللوائح والهيئات الدولية، وكذا قوانين التحكيم على هذا التنوع في التخصصات²، كما جعلت بعض القوانين من أسباب رد المحكم عدم تمتعه بالمؤهلات المتفق عليها³

المساوي:

أ- **عدم وجود نصوص موحدة ومتجمعة للتحكيم:** فالنصوص القانونية الخاصة بالتحكيم متناثرة ومبعثرة حسب نوع التحكيم ومجاله بل وحتى في نوع التحكيم الواحد تتناثر النصوص بين المتعلقة بموضوع التحكيم، أو المتعلقة بإجراءاته، فنجد مثلا نصوصا خاصة بالتحكيم في عقود العمل، أو التحكيم في مجال الاستثمار أوفي مجال التجارة الدولية أو في مجال الإدارة، وبالتالي تكون النصوص منتشرة بين القانون المدني والقانون التجاري، وبين قانون العمل وقانون الاستثمار، في حين تظم القواعد الإجرائية للتحكيم ضمن قانون الإجراءات المدنية⁴.

ب- **التحكيم أحد مظاهر الرد عن قضاء الدولة:** بحجة التسيير والتسهيل على المستثمرين والمتعاملين الاقتصاديين، فإن إطلاق الحرية للأجانب يعني إفلاتهم من ولاية القضاء الوطني وسلب الاختصاص منه، مما جعل التحكيم منافسا خطيرا لقضاء الدولة.

أمام هذه المعطيات لم يعد هناك من خيار أمام الدولة إلا التسليم والاعتراف بنظام التحكيم ذلك لأن الدولة ذاتها أضحت من ممارسي التجارة الدولية مثلها مثل الأشخاص الخاصة، وأصبح المتعاملين في ميدان التجارة الدولية تساورهم الشكوك حول قدرة

¹ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة- مرجع سابق- ص 134

² المادة 2/11 من نظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية

³ المادة 458/مكرر 5- فقرة (أ) من قانون الإجراءات المدنية الجزائري

⁴ الدكتور علي عوض حسن - مرجع سابق- ص 32

القضاء الوطني في تقديم حل عادل وملائم في ظل ما تعانيه نظم القضاء في الدول من عجز في مواكبة تطورات التجارة الدولية.

وتفاديا لكل صدام بين النظامين، لم تكتف الدولة بالاعتراف بنظام التحكيم. بل عملت على تدعيمه بسن التشريعات والانضمام إلى الاتفاقيات الدولية¹.

ج- التحكيم يخدم المصالح الخاصة : إن النظام القضائي يهدف لتحقيق المصلحة العامة والخاصة كأصل عام، إذ يهدف إلى إقرار العدل خدمة للمصالح العام و لاستقرار المجتمع، ويهدف أيضا إلى كشف الحقوق وإقرارها لأصحابها تحقيقا للمصالح الخاص، بينما يقوم نظام التحكيم على تقديم المصالح الخاصة للأطراف على المصالح العام، بدليل أن الحرية الممنوحة للأطراف في تضمين اتفاق التحكيم الشروط والقيود التي يريدونها ويختارونها ،

وتقديم التحكيم للمصلحة الخاصة على حساب المصلحة العامة يجعله نظاما خطرا، فيه من المضار ما قد يغلب على ما يحققه من المنفعة لأن المحكمين برغم الثقة الممنوحة لهم إلا أنهم قد يقعون في الخطأ مما يعرض مصالح الخصوم للضرر².

¹ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة- مرجع سابق- ص 31،32

² الدكتور علي عوض حسن- مرجع سابق- 35- 44

المبحث الثاني

أنواع التحكيم التجاري الدولي

و هيئاته

المبحث الثاني

أنواع التحكيم التجاري الدولي و هيئاته

بعدما عرفنا التحكيم التجاري الدولي وميزناه عما يشابهه من أنظمة قانونية ووضحنا الفرق بينهما، نحاول في هذا المبحث التطرق لأنواع التحكيم التجاري الدولي (مطلب أول)

ثم نسلط الضوء على أهم اللوائح والهيئات الدولية المتخصصة في مجال التحكيم (مطلب ثان)

المطلب الأول: أنواع التحكيم التجاري الدولي

يتنوع التحكيم بين وطني ودولي وبين اختياري وإجباري، فيكون وطنيا إذا لم يتعد حدود الدولة الواحدة في موضوعه، وأطرافه، وهيئاته، وحيزه الجغرافي، والقانون المطبق على الاتفاق الذي يحكمه، ويكون التحكيم الوطني إما إجباريا يفرضه القانون، أو اختياريًا إذ يكون للأطراف حرية اللجوء إليه، كما نجد التحكيم الوطني يشمل مجال قانون العمل و مسائل الأحوال الشخصية و مجال التجارة و الإدارة والجمارك وحتى عمليات البورصة¹ في حين يكون التحكيم التجاري الدولي – موضوع دراستنا- دائما اختياريًا، أما أنواعه فنحاول التطرق لها في هذا المبحث من خلال دراسة التحكيم بالقانون والتحكيم الطليق في (فرع أول) ثم دراسة التحكيم الحر والتحكيم المؤسساتي وكذلك التحكيم الالكتروني في (فرع ثان)

الفرع الأول: التحكيم بالقانون، والتحكيم الطليق

ينقسم التحكيم من حيث سلطة المحكمين في الفصل في النزاع إلى تحكيم بالقانون وتحكيم طليق.

أولاً: التحكيم بالقانون

فهو التحكيم الذي تلتزم فيه هيئة بالفصل في النزاع وفق قواعد القانون الموضوعي أو الإجرائي الذي يحدد من الأطراف أو من الهيئة عند سكوت الأطراف ويترتب على التزام هيئة التحكيم بتطبيق القانون أنه يمكن الطعن في حكمها عن طريق الاستئناف²، أو بدعوى البطلان

¹ الدكتور محمودي مسعود - مرجع سابق- ص 7/6 ، وكذلك الدكتور محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية – الجزء 01 – اتفاق التحكيم – دار الفكر العربي 1990 ص 35 .

² كالقانون الفرنسي مثلا –الم 1482 قدام

عند مخالفة الهيئة للقواعد الإجرائية الخاصة بتشكيلها أو عند استبعادها للقانون الذي اختاره الأطراف¹

والتحكيم بالقانون هو الأصل الذي أخذت به جل القوانين، وعادة ما تستعمل مصطلح "التحكيم" فقط للدلالة عليه، ويقوم التحكيم بالقانون على اعتبارات عديدة أهمها:

- كون المحكم أو هيئة التحكيم تتشكل من أشخاص غالبا ما يكونوا بحاجة لما يستندون إليه لضبط سلوكهم ولمساعدتهم على تحري سبيل الحق الذي قد لا يهتدي إليه بالاعتماد على قدراته الشخصية فقط، لذا فإن التزامهم بقواعد القانون التي يجب تطبيقها سواء على إجراءات خصومة التحكيم أو على موضوع النزاع هو ضمان للخصوم وللمحكّمين في الوقت نفسه²

والظاهر أنه لا مناص لهيئة التحكيم من التزام قواعد القانون الموضوعي أو الإجرائي اللزوم لأداء مهمتها، وتحقيق الحماية للحقوق والمراكز القانونية المتنازع عليها. فالأساس الاتفاقي للتحكيم يعطيه حرية لحركة بين القوانين التي يرغب في الانتقاء من بينها وتطبيقها³

وغالبا ما يكون القانون المطبق ليس قانون دولة محددة بالذات، بل هو قانون يختاره الأطراف أو تختاره الهيئة عند تخلف اختيار الأطراف.

ويرى بعض الفقهاء أن علة ذلك تكمن في مسلمات ثلاث : الأولى: أن التحكيم نظام قضائي إرادي يحسم المنازعات بنحو يضمن بقاء واستمرار التعامل بين أطرافه، ولو كان ذلك على حساب التطبيق الجامد لقواعد القانون ، والثانية : أن التحكيم ليس حارسا على نظام قانوني معين، وليس هناك سلطة نظامية عليا، تلزمه بتطبيق قانون معين دون تطبيق آخر ، ومن ثمّ يستطيع في سبيل تحقيق غايته تفادي قواعد قانون الدولة التي قد تكون غير ملائمة ، الثالثة : أن التحكيم ليس له قانون خاص. تخاطبه أحكامه، وتحدد له الاختصاص التشريعي لهذا القانون أو ذاك بموجب قواعد تنازع القوانين.

ثانيا: التحكيم الطليق (التحكيم بالصلح) :

أو ما يسمى، التحكيم وفق قواعد العدل والإنصاف، أو التحكيم بالصلح فهو التحكيم الذي يفصل في النزاع دون تقييد المحكّمين بقواعد القانون الموضوعي.

¹ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة- مرجع سابق- ص71

² الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة- المرجع سابق- ص71

³ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة- المرجع سابق- ص69

وهذا الدرب من التحكيم هو استثناء من الأصل (الذي هو التحكيم بالقانون)، ويجب أن يشير إليه الخصوم صراحة¹

وإذا كان جانب من الفقه يرى أن التحكيم بالقانون هو التزام المحكمين بقواعد القانون الموضوعي والإجرائي²، فإن جانباً آخر يرى أن الالتزام بالقانون الإجرائي الذي يحدده الأطراف يكون في التحكيم بالقانون كما في التحكيم الطليق³، أي أن وجه الخلاف بين النوعين هو فقط في الالتزام بقواعد القانون الموضوعي من عدمه.

وأجازت مختلف التشريعات هذا النوع من التحكيم، مشيرة له عند التطرق إلى التحكيم بالاتفاق كاستثناء عليه، أو كوسيلة أخرى لحسم النزاع، ومن ذلك القانون الفرنسي⁴ و الهولندي⁵ والموريتاني⁶ والمصري⁷ والإماراتي⁸ والعماني⁹ واللبناني¹⁰ وكذلك الجزائري¹¹ كما نصت عليه الاتفاقيات الدولية مثل: الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي، الموقع عليها في جنيف سنة 1961¹²، و اتفاقية البنك الدولي للإنشاء والتعمير الموقع عليها في واشنطن عام 1965¹³

لكن جانب من الفقه ينتقد هذا النوع من التحكيم كونه يرتب أثراً خطيرة، ذلك أن المحكمين يعملون دون قيد أو شرط أو إلزام قانوني¹⁴.

وتجدر الإشارة إلى أن التحكيم الطليق لا يختلف عن التحكيم بالقانون من حيث الطبيعة القانونية¹⁵، وإنما يختلفان من حيث السلطة المخولة لهيئة التحكيم كون المحكم في التحكيم بالقانون ملتزم بقواعد قانونية لا يلتزم بها المحكم في التحكيم الطليق¹⁶، هذا الأخير

¹ الدكتور محمود محمد هاشم - مرجع سابق - ص 39

² ا راجع أنفا: التحكيم بالقانون

³ لدكتور سراج حسين أبو زيد التحكيم في عقود البترول- دار النهضة- 2004 - ص 153

⁴ المادة 1474 من القانون الفرنسي لعام 198

⁵ المادة 1054 من القانون الهولندي لعام 1986

⁶ المادة 57 من القانون الموريتاني لعام 2000

⁷ المادة 139 من القانون المصري لعام 1994

⁸ المادة 112 من القانون الإماراتي لعام 1992

⁹ المادة 39 من القانون العماني لعام 1997

¹⁰ المادة 813 من القانون اللبناني لعام 1985

¹¹ المادة 458 مكرر 3 من القانون الجزائري لعام 1993

¹² المادة 07 من اتفاقية جنيف لعام 1981

¹³ المادة 42 من اتفاقية البنك الدولي للإنشاء والتعمير لعام 1965

¹⁴ الدكتور سراج حسين أبو زيد - مرجع سابق - ص 152

¹⁵ التحكيم بالقانون والتحكيم الطليق ينتهيان لحكم ملزم، يحوز قوة الشيء المقضي فيه

¹⁶ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة- مرجع سابق - ص 75

الذي يكون عليه أن يأخذ بعين الاعتبار المبادئ المعتمدة في القانون التجاري وفي العادات والأعراف التجارية الدولية مثل:

-تغيير الظروف الاقتصادية التي تجعل من تنفيذ الموجبات التعاقدية غير قابلة

للاحتمال، وذلك للحفاظ على التوازن بين الأطراف المتعاقدة

- البحث عن المصلحة المشتركة والعادلة المتعلقة بالأطراف

-تنفيذ الالتزامات التعاقدية بحرص وعناية

-الأخذ بعين الاعتبار حالة الشخصية لكل من المتعاقدين¹.

الفرع الثاني: التحكيم المؤسساتي والتحكيم الحر و التحكيم الالكتروني:

ينقسم التحكيم من حيث كيفية سريانه إلى: تحكيم مؤسساتي (*institutional*) وتحكيم حر (*Ad-Hoc*) و تحكيم إلكتروني.

أولاً: التحكيم المؤسساتي

أو التحكيم المؤسسي، أو المنتظم أو اللائحي، فهو الذي يلجأ فيه الأطراف إلى مؤسسة مختصة لتتولى تنظيم كل العمليات المتعلقة بحل النزاع² فهو يجري تحت رعاية هذه المؤسسة المختصة وطبقاً للائحة التحكيم النافذة لديها، والتي تحدد كيفية اختيار المحكمين، وكيفية سير الإجراءات أمامهم، ومدى سلطتهم عند نظر النزاع والفصل فيه³.

¹ الدكتور عبد الحميد الأهدب - مرجع سابق - ص 87

² الدكتور محمودي مسعود - مرجع سابق- ص7

³ الدكتور سراج حسين أبو زيد - مرجع سابق- ص146

وهذا النوع من التحكيم هو الأكثر شيوعا في مجال عقود التجارة الدولية وأهم ما يميز هذا النوع من التحكيم عنصرين اثنين:

- وجود مركز تحكيم دائم بأجهزته العضوية والتنظيمية من محكمين ولوائح تحكيمية.
- وجود أجهزة إدارية وسكرتارية لتنظيم وإدارة العملية التحكيمية، والإشراف عليها منذ تلقي طلبات التحكيم وحتى إصدار قرار هيئة التحكيم¹.

وأما عن مزاياه :

- إن هيئات ومنظمات ومراكز التحكيم الدائمة لديها قوائم بأسماء المحكمين المتخصصين في مختلف أنواع المنازعات، يستطيع المحكّمون اختيار محكمين منها مما يجنبهم مشقة البحث عن المحكم المناسب، خاصة إذا تعلق الأمر بمسائل فنية يحتاج فهمها إلى خبرة خاصة لا تتوفر على نطاق واسع.

- أنها تجري التحكيم في مقرها، ما لم تكن هناك حاجة إلى اختيار مكان آخر بالنظر لظروف النزاع، وهذا ما يكفي المحكّمين مؤنة الاتفاق على مكان التحكيم، خصوصا وأن هذا العنصر له بالغ الأثر في مسيرة التحكيم ، لأن قضاء البلد الذي يتم فيه التحكيم يكون مختصا بالفصل في العوارض التي قد تقابل مسيرته أو بالطعن على حكم التحكيم.

- أنها تقدم الخدمات الإدارية التي تتطلبها عملية التحكيم كأعمال السكرتارية والترجمة وحفظ الملفات والمستندات وغيرها، بالإضافة إلى تقديم المكان اللازم لعقد جلسات المحكمين، وتوفير ما يحتاجونه من وثائق ومعلومات متعلقة بالقانون الواجب التطبيق على النزاع².

- تقدم هذه الهيئات لوائح ونظم داخلية مستقرة صقلتها التجربة العملية، تنظم مختلف جوانب ومراحل عملية التحكيم بداية من كيفية صياغة اتفاق التحكيم إلى غاية كيفية المداولة وبيانات الحكم³.

ولقد أصبح التحكيم المؤسسي هو القاعدة في مجال المعاملات الدولية الخاصة وأقرته جل الاتفاقيات الدولية للتحكيم والتشريعات الداخلية للدول، كاتفاقية نيويورك لعام 1958⁴.

¹ الدكتور محمد عبد الفتاح ترك - التحكيم البحري - دار الجامعة الجديدة لنشر 2005 - ص 409

² الدكتور محمد عبد الفتاح - مرجع سابق - ص 41

³ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة - مرجع سابق - ص 82

⁴ المادة 1/2) اتفاقية نيويورك لعام 1958

والاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي 1961¹، و القانون النموذجي للأمم المتحدة² وكذلك غرفة التجارة الدولية بباريس³

ثانياً: التحكيم الحر:

أو ما يعرف بتحكيم الحالات الخاصة أو التحكيم بالمناسبة. كان التحكيم في بداية عهده ينظم خصيصاً بمناسبة نزاع معين دون اللجوء إلى خدمات أي مركز تحكيمي دائم، يبدأ بالإرادتين اللتين التقيتا على اختياره في أول الطريق لكنهما تحتاجان إلى استمرار لقاتهما إلى غاية وضعه في موضع التنفيذ⁴، فهو تحكيم يقوم على أساس اختيار الأطراف للقانون المنظم لعملية التحكيم والإجراءات الخاصة بحل نزاعاتهم⁵، وعليه فإن هيئة التحكيم تنعقد لحسم نزاع محدد لتنفض بعده، بينما يتولى الأطراف إبرام اتفاق التحكيم واختيار أعضاء الهيئة التي ستتولى إجراءه، ويحددون زمان ومكان القيام به ولغته والقواعد القانونية المطبقة على موضوع النزاع وعلى إجراءات التحكيم إلى غاية صدور حكم التحكيم وتنفيذه⁶.

ويمكن القول أننا نكون بصدد تحكيم حر ما لم نكن أمام هيكل تنظيمي بمؤسسة تحكيمية. وعلى الرغم من أن التحكيم الحر أو الخاص قد سبق في الظهور التحكيم المؤسساتي إلى أن التعامل به تراجع لنسبة كبيرة لدرجة أن بعض الفقهاء اسماه بالقريب الفقير (*Le parent pauvre*)⁷

ومع ذلك فإن العديد من المنازعات مازال يفضل أطرافها اللجوء على تحكيم (*Ad hoc*) كما هو الشأن في عقود البترول وفي مجال نظم المعلومات والتجارة الإلكترونية. ويرى جانب من الفقه أن تعبير "تحكيم حر" هو تعبير خادع، لأنه وإن كان يعني من الناحية النظرية أن الطرفين قد ذكرا في اتفاق التحكيم كل القواعد الأساسية اللازمة لتسيير التحكيم فإنهما عملياً لا يفعلان ذلك، وإنما يستكمل اتفاقهما بالقواعد القانونية المعمول بها في بلد محل التحكيم.

¹ المادة 04 الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961

² المادة (2) من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لعام 1985

³ المادة 03 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1998

⁴ الدكتور عبد الحميد الأحذب - مرجع سابق - ص 42

⁵ الدكتور محمودي مسعود - مرجع سابق - ص 7

⁶ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة - المرجع سابق - ص 76

⁷ الدكتور سراج حسين أبو زيد - مرجع سابق - ص 147

وعلى ذلك فأحيانا يكون الاختلاف الوحيد بين نوعي التحكيم (المؤسساتي والحر) هو انه بينما تكون القواعد المكتملة للاتفاق في التحكيم الحر هي القواعد القانونية لبلد محل التحكيم، فإنها في التحكيم المؤسساتي تندمج صراحة في اتفاق التحكيم بإحالة الطرفين إليها، وغالبا ما تكون هنا ذات طبيعة خاصة تضعها مؤسسة التحكيم التي أحال إليها الطرفان¹

ثالثا: التحكيم الإلكتروني

إن هذا النوع من التحكيم جاء نتيجة للتطور التكنولوجي وك محاولة لاستغلال شبكة الانترنت من أجل حل النزاعات الناتجة عن التعاقدات الدولية في المجال الاقتصادي.

وهي فكرة شقت طريقها بثبات، إذ تم إنشاء عدة مواقع على شبكة الانترنت تدعو المؤسسات لعرض نزاعاتهم على محاكم الشبكة (*Des Cyber tribunaux*).

ومن ذلك مثلا الموقع الذي أوجده مركز الأبحاث في القانون العام والتابع لجامعة "مونتريل"، ويقدم مساعدته للمؤسسات لإيجاد حلول لخلافاتهم خصوصا في مجال التجارة الإلكترونية، وفي مجال المنافسة، وحقوق المؤلف، والعلامات التجارية، والدفاع عن حرية التعبير والحياة الخاصة.

ورغم أن هذه الطريقة تتم عن طريق شبكة الانترنت إلا أنه يضمن السرية في الإجراءات، حيث لا تكون المعلومات والوثائق المقدمة من الأطراف بشأن قضاياهم عرضة للنشر إلا بإذنه.

كما أن الطابع التخصصي لهذا المشروع يجعل المشرفين عليه يقدمون خدمات التعريف بالوساطة وبالتحكيم والاستشارات مجانا لمشاركي الانترنت ورؤساء المؤسسات خصوصا وأن هذه التقنية مازالت تحت الاختبار والتجربة، ومازالت جديدة وغير معروفة، وبالتالي فإن مجانية الاستشارات المقدمة تعد من قبيل الإشهار والتعريف بهذه الخدمات التي تقدم باللغة الفرنسية والانجليزية وستتوفر قريبا باللغة الإسبانية.

ويذكر ذات الموقع أن كل الإجراءات المتعلقة بالتحكيم أو الوساطة، بسطت و أصبحت تتم بصفة آلية (*La procédure a été automatisé*) بطريقة تسهل معالجة القضايا بالنسبة للأطراف وبالنسبة لمحكمة التحكيم.

أما موقع (*L'affaire en cours*) فيخص المحيط الإلكتروني المركزي للقضية المعروضة أو لأطراف الخصومة، ويحتوي على كل المعلومات والإجراءات وأدلة الإثبات

¹ الدكتور محمد عبد الفتاح ترك - مرجع سابق - ص 410. هامش 01

والوثائق التي يمكن أن يطلع عليها الأطراف في كل وقت مما يسمح لهم بالتقدم والإسراع في إجراءات القضية.

كما يقوم الأطراف بملء نماذج يجدها على الموقع (*Des formulaires a remplir*) تخص أوجه دفاعهم أو ردودهم وكذا طلباتهم أو طلباتهم المقابلة، دون أن يتعدوا في ذلك الآجال المحددة التي تستوجب الالتزام بها.

إن هذه الآلية في معالجة النزاعات تتسم بالبساطة والموانسة والمرونة، وقواعدها الإجرائية مستوحاة بحرية كاملة من القواعد الإجرائية المتبعة لدى كل من لجنة الأمم المتحدة وغرفة التجارة الدولية بباريس ، مع تكييفها لتتلاءم مع خصوصية التحكيم الإلكتروني . ونشير أن هذه المبادرة ذات أهمية وقيمة رغم ما تطرحه من تساؤل حول مدى تعارضها مع النصوص الخاصة بالتحكيم والنصوص الخاصة بإجراءاته¹

المطلب الثاني : هيئات و اتفاقيات التحكيم الدولي

تماشيا مع الإمكانيات المتاحة للأطراف العاقدة في مجال العقود الدولية و في إطار حل النزاعات الناجمة عنها نميز بين هيئات التحكيم الدولي *les institutions d'arbitrage i* *International* و بين الاتفاقيات الدولية و كذلك الأنظمة المتعلقة بالتحكيم، ذلك أن الأطراف المتعاقدة يمكنها حل النزاعات المتولدة عن العقد الدولي إما باللجوء إلى التحكيم المؤسسي عن طريق الاتفاق على تكليف هيئة دولية متخصصة بتنظيم عملية التحكيم. (فرع أول) أو أن تتولى الأطراف نفسها تنظيم عملية التحكيم في إطار ما يعرف بالتحكيم الخاص معتمدة لهذا الغرض نظاما من الأنظمة المعروفة. (فرع ثان)

الفرع الأول: الهيئات الدائمة للتحكيم التجاري الدولي:

أولا : غرفة التجارة الدولية بباريس و محكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي:

أ- غرفة التجارة الدولية بباريس: *chambre de commerce international CCI*

¹ التحكيم الإلكتروني <http://www.Acfei.cci.fr/présentation cci>

اعتمد المؤتمر الدولي للتجارة الذي انعقد في مدينة اتلانتيك سيتي *Atlantic City* بالولايات المتحدة عام 1919 اقتراحا بإنشاء منظمة خاصة غير حكومية تعنى بشؤون المعاملات التجارية بين مختلف الدول بدلا من المؤتمرات الدولية التي تعقدها غرف التجارة و الصناعة بها، فكانت تلك المنظمة هي غرفة التجارة الدولية التي تم وضع نظامها القانوني في مؤتمر تأسسها المنعقد في باريس في جوان 1920 متخذه من هذه المدينة مقرا لها¹.

كانت في بدايتها عبارة عن لجنة لفض منازعات الأعمال برئاسته شخصيا و كانت تضم 120 اسما من الشخصيات المشهورة في عالم الاقتصاد الدولي آنذاك، و كانت تقتصر على المنازعات الدولية بين الأطراف من دول مختلفة، و ما لبثت أن وسعت هذا النطاق ليشمل القضايا الدولية ذات العنصر الأجنبي من حيث الأشخاص، و من حيث الموضوع، و لم تكن تشتترط أن يتم التحكيم داخلها بل كانت تقبل إحالة النزاع إلى أية جهة عضو بالغرفة يتوفر لديها نظام التحكيم.

كان التحكيم يتم في البداية أمام محكم وحيد ثم عرفت الغرفة نظام محكمة التحكيم الثلاثية التشكيل في القضايا الهامة و بموافقة الأطراف، كما أن تعيين المحكمين كان يتم عن طريق الغرفة ثم أصبح الأطراف يشاركون في هذا التعيين مما جعل الغرفة تجمع بين مزايا التحكيم الحر و التحكيم المؤسستي²

تمثل غرفة التجارة بباريس مكانة هامة ليس فقط لدى المنظمات الدولية كالمجلس الاقتصادي و الاجتماعي للأمم المتحدة، حيث تعتبر الغرفة هيئة استشارية لديه بل لدى تجمعات و أوساط رجال المال و الأعمال، و لدى غرف التجارة و الصناعة في الكثير من الدول³ تضم الغرفة عدة أجهزة تسهر على بسط لوائها و مهامها هي المحكمة الدولية للتحكيم و المركز الدولي للخبرة و المكتب الدولي لغرف التجارة و كذلك معهد قانون الأعمال الاقتصادية الدولية و مركز التعاون البحري.

و تشير إلى أن الإقبال على الغرفة من أجل حل النزاعات بين الأطراف المتعاقدة كان ضئيلا جدا في بداية عهدها، إذ تتضح من كتابها عن مجموعة أحكام التحكيم الصادرة عنها أنها

¹ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة - مرجع سابق - ص 162- لكن تشير بعض إلى أن أول من أنشأ هذه الفرقة وتولى رئاستها هو

أتيين كليمنتل Etienne Clementel، بتاريخ 19/01/1923 راجع في ذلك سيد المراكبي- مرجع سابق - ص 171 - 172

² الدكتور سيد المراكبي- مرجع سابق- ص 172

³ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة - مرجع سابق- ص 163

لم تحظ في عام 1974 إلا بحوالي 360 قضية، و لما بلغت ذروة الشهرة أصبحت تستقطب قرابة الألف قضية سنويا، و أصبح تعداد قضاياها يزيد عن عشرة آلاف قضية¹
تصدر الغرفة كل فترة لائحة للتحكيم لديها أشهرها آخر لائحتين وهما تلك التي بدأ سريانها في جانفي 1988 ثم تلك التي حلت محلها منذ جانفي 1998، و تضم هذه الأخيرة 36 مادة تخص كل إجراءات الخصومة التحكيمية، تليها ثلاث ملاحق يتعلق أولها بالنظام الأساسي للمحكمة الدولية للتحكيم بينما يخص الملحق الثاني اللائحة الداخلية للمحكمة الدولية للتحكيم، أما الملحق الثالث فهو خاص بجدول مصروفات المصالحة و التحكيم و فيه تحديد لنفقات التحكيم و أتعاب المحكمين²

ب- محكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي:

و هي أقدم بكثير من غرفة التجارة الدولية و يرمز لها اختصارا (L C I A)³، تأسست سنة 1831 (أو سنة 1892 حسب بعض المراجع)، كانت تسمى حتى سنة 1981 محكمة لندن للتحكيم (LCA) ، لأن بداية تخصصها في التحكيم الدولي كان منذ سنة 1975 و حتى سنة 1991 بعد مرور مائة عام على نشأتها لم تعرض عليها سوى أربعين قضية تحكيم دولي، رغم أن محكمة لندن تضطلع بدور كبير في دعم دور التحكيم و اعتباره أداة رئيسية لتسوية منازعات التجارة الدولية.

و قد أعدت محكمة لندن للتحكيم الدولي لائحة لقواعد إجراءات التحكيم أمامها عام 1985 ثم عدلتها بقواعد جديدة للإجراءات بعد سريانها في جانفي 1998 و تقع في مادة⁴ 33

ثانيا) جمعية التحكيم الأمريكية و المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

أ-جمعية التحكيم الأمريكية: American Arbitration Association

¹ الدكتور سيد المراكبي - المرجع سابق-ص172

² يرجع في خصوص نصوص اللائحة إلى - عبد الحميد الأحذب الجزء 4- وثائق التحكيم ص 559 - 583 و كذلك الدكتور محمد

عبد الفتاح - مرجع سابق- ص 779 - 811

³ London Court of international Arbitration L C I A

⁴ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة - مرجع سابق-ص 160 - 167

لقد تأسست هذه الجمعية سنة 1926 إثر اندماج مؤسستين تحكيميتين كانتا آنذاك هما منظمة أمريكا للتحكيم (A A F) و مؤسسة التحكيم الأمريكية (A S A) ساهمت هذه الجمعية مع اتحاد الأمريكيتين (الشمالية و الجنوبية) في إعداد مشروع قانون موحد للتحكيم، كما ساهمت في إنشاء مركز للتحكيم عام 1934 بنيويورك و كذلك في إنشاء اللجنة الكندية الأمريكية للتحكيم التجاري سنة 1943.

و نشير إلى أن الجمعية تربطها بغرفة التجارة الدولية بباريس علاقة قديمة و ذلك بموجب الاتفاق المبرم بينهما بخصوص تعهد متبادل بتطبيق إجراءات التحكيم الخاصة المعمول بها أمام الغرفة، و ذلك من قبل الجمعية في حالة التحكيم الذي يجري خارج الولايات المتحدة، في حين تقدم الغرفة نفس التعهد أي بتطبيق إجراءات التحكيم المعمول بها أمام الجمعية في حالة التحكيم الواقع داخل الولايات المتحدة.

أما نظام ها فإنه يقع في 49 مادة، تتطرق بداية إلى اتفاق الأطراف على التحكيم و على اختيار هذا النظام ثم مقر التحكيم ثم الإجراءات التي تسير وفقها الخصومة ثم أحكام متعلقة بالمحكمن من حيث العدد و الجنسية و الرد...الخ¹

نشير في الأخير إلى أن الجمعية يعرض عليها سنويا ما يزيد عن مائتي قضية من قبل رجال الأعمال و جمعيات حماية المستهلكين و غيرهم²

ب- المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار:

أنشئ هذا المركز بموجب اتفاقية واشنطن المبرمة في 18 / 03 / 1968 المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى.

و الغرض من إنشائه هو توفير الوسائل اللازمة للتوفيق و التحكيم لفض المنازعات الخاصة باستثمار بين الدول المتعاقدة و رعايا الدول المتعاقدة الأخرى طبقا لأحكام اتفاقية واشنطن، و يدير المركز مجلس إدارة يتكون من ممثل واحد لكل من الدول المتعاقدة، و ممثل مناوب يمثله في حالة غيابه عن الاجتماع أو عدم قدرته على العمل، و يقوم مجلس الإدارة بوضع القواعد الخاصة بمنظمة التوفيق و التحكيم و كذلك وضع القواعد المتعلقة بإجراءات التوفيق و التحكيم.

و للمركز الشخصية القانونية الدولية، و يتمتع أعضائه في أرض كل دولة متعاقدة بالحصانات و الامتيازات المقررة للمنظمات الدولية الأخرى.

¹ الدكتور عبد الحميد الأحديب – مرجع سابق- الجزء الرابع - ص 603 – 615

² الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة – المرجع سابق- ص 164 – 165

و يمتد اختصاصه القانوني إلى أية خلافات قانونية تنشأ مباشرة عن الاستثمار بين دولة متعاقدة أو أي إقليم فرعي أو أية وكالة تابعة للعضو المتعاقد سبق أن عينته الدول المتعاقدة إلى المركز، و بين مواطن من دولة أخرى متعاقدة بشرط أن يوافق طرفي النزاع كتابة على تقديمها للمركز، و عند إعطاء الطرفان موافقتهما لا يحق لأي منهما أن يسحب تلك الموافقة دون قبول الطرف الآخر¹

ثالثاً) نظام منظمة التجارة الدولية و جمعية المحكمين البحريين بنيويورك:

أ- نظام منظمة التجارة الدولية: (D S B)

يعتبر هذا النظام أو ما يسمى بالآلية تسوية المنازعات من أهم و أبرز الإنجازات التي أسفرت عنها جولة (أورجواي) لعام 1994. صحيح أن هذه الآلية قد أنشأت على غرار نظام تسوية المنازعات في ظل اتفاقيات الجات لعام 1947 إلا أن بناءها قد تلافى الكثير من العيوب التي كانت تعترى النظام السابق لتسوية منازعات التجارة الدولية، و ذلك لما أدخله المؤتمر في الاجتماع الوزاري الذي انعقد في مونتريال سنة 1988 من إصلاحات على ذلك النظام. و تتميز الآلية المستحدثة (D S B) بالتلقائية في إنشاء و تكوين فرق التحكيم، و تحديد اختصاصاتها، و كذلك السرعة في إصدار القرارات و التوصيات من خلال القواعد الملزمة بتحديد المواعيد التي يتعين خلالها إنهاء التسوية، كما تتميز بإنشاء هيئة استئنائية ترفع إليها الطعون في قرارات فرق التحكيم من جهة، بالإضافة إلى استحداث نظام التشاور كأسلوب يتيح للأطراف المتنازعين الفرصة للوصول إلى حلول سريعة و مرضية لمنازعاتهم.

¹ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة – مرجع سابق ص 173

و قد نصت مذكرة التفاهم المتعلقة بإجراءات تسوية المنازعات الملحقة باتفاق منظمة التجارة العالمية على قواعد لإنقاذ و إعمال القرارات الصادرة من جهاز تسوية المنازعات (D) (S B) في القضايا التي تم البت فيها.

و لهذا الجهاز خصائص عديدة أهمها تغليب السمة القضائية على السمة الدبلوماسية، رغم الخلاف الذي طرح في جولة أوجواي أين اتجهت دول الإتحاد الأوروبي إلى تفضيل الطرق الدبلوماسية لتسوية منازعات التجارة الدولية بالنظر إلى أن هذه الطرق تتسم بالمرونة خاصة و أن تلك المنازعات عادة ما يكون لها انعكاسات سياسية، لكن الولايات المتحدة الأمريكية أصرت أن أفضل السبل لتسوية هذه المنازعات هو إتباع الطرق القضائية و القانونية من خلال تطبيق قواعد ملزمة للأطراف المتنازعين، و انتصرت الولايات المتحدة في الأخير في هذه المفاوضات، بأن تبنت جولة الأرجواي هذا الرأي.

و من جهة أخرى فإن من خصائص هذا الجهاز اتساع نطاقه ليضم عدة مجالات انطلاقاً من حقوق و التزامات الأطراف الناشئة بموجب أحكام اتفاق منظمة التجارة العالمية و بموجب الاتفاقات الأخرى الملحقة به.

كما يتميز هذا النظام باستثنائه بحل النزاعات، و في ذلك تنص بنود مذكرة التفاهم¹ على التزام الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية بالتقيد بقواعد مذكرة التفاهم كأساس لتسوية المنازعات.

و يتميز أيضا بفعالية كبيرة و ذلك من خلال النص على قواعد معينة تحول دون تعقيد الإجراءات أو الحيلولة دون تكوين فرق التحكيم التي تتولى الفصل في النزاع. أما التلقائية في تبني قرارات فريق التحكيم، فهي الميزة التي تجعل هذا النظام و الجهاز مقصد الأطراف المتنازعة و وجهتهم المفضلة لتسوية خلافاتهم.

هذا كله فضلا عن الخصائص الأخرى التي يمكن القول أنها ميزة جل المؤسسات التحكيمية كونها تخص التحكيم بصفة عامة، و هي السرعة في اتخاذ القرارات و الشفافية و حنكة المحكمين²

ب- جمعية المحكمين البحريين بنيويورك:

تتكون هذه الجمعية من السماسرة المرخص لهم بالعمل في المجال البحري، و وكلاء السفن التجارية، حيث يمكن لهذه الجمعية توفير مجموعة من المحكمين ممن يملكون الخبرة في

¹ المادة 23 من مذكرة التفاهم

² الدكتور: جلال وفاء محمدين - تسوية منازعات التجارة الدولية في منظمة التجارة الدولية - مجلة الحقوق البحوث القانونية والاقتصادية - العدد الأول 2001 - دار الجامعة الجديدة الإسكندرية - ص 87 - 2002.

مجال العمل في الأنشطة البحرية بمختلف أنواعها، كما يوجد للجمعية لائحة تحكيم ، هذا بالإضافة إلى مجموعة من القواعد التي تحدد المبادئ المقيدة و الراسخة لسلوكيات المحكم. و يذكر أن هذه الجمعية مهنية و ليست جمعية هدفها الربح - و إن كانت في الواقع تحصل أرباحا من صرف النقود على العملية التحكيمية - كما أنها تقوم بتدريب أعضائها على ممارسة العملية التحكيمية عن طريق الدورات المختلفة، كما تتمتع بوجود لائحة تحكيمية على أفضل حال، إلا أن هذه اللائحة ليست لها صفة الإلزام حيث يعتمد الاستعانة بها على طلب أطراف العملية التحكيمية ذلك من عدمه.

كما أن الجمعية مثلها مثل جمعية المحكمين البحرين بلندن لا تحتفظ لنفسها بأي دور في تنظيم و إدارة العملية التحكيمية، حيث تتم كافة الاتصالات بين أطراف العملية التحكيمية مباشرة بعيدا عن الجمعية، حيث نجد الاتصال يتم بين طالب التحكيم و الطرف الآخر عن طريق طلب مقدم من الأول إلى الثاني مبينا فيه طبيعة النزاع، و قيمته النقدية و مدى التعويض المطلوب، و غير ذلك من بيانات.

و يقع على عاتق المحكم تحديد أجره، كما أن له استيفاء هذا الحق قبل البدء في العملية التحكيمية أو بعدها حسب الاتفاق.

و هكذا يمكن القول أن هذه الجمعية لا تشرف بنفسها على تطبيق لائحتها و ليس لها أي دور في تسيير العملية التحكيمية، كل ما في الأمر أن لهذه الجمعية لائحة تحكيمية تشتمل على مجموعة من القواعد و الأحكام للاسترشاد بها دون أدنى تدخل منها، وإذا كان هناك ضرورة من التدخل فيأتي هذا التدخل عن طريق طلب المساعدة من المحكمة الأمريكية المختصة بعد تقديم طلب من الأطراف أو مستشاريهم أو المحكمين، لذلك يمكن القول أن التحكيم الذي يتم عن طريق جمعية المحكمين البحرين في نيويورك هو تحكيم (*ad hoc*).

رابعاً) جمعية المحكمين البحرين بلندن و غرفة اللويدز للتحكيم البحري:

أ- جمعية المحكمين البحرين بلندن:

و تضم هذه الجمعية نخبة كبيرة من المحامين و المستشارين القانونيين و كافة العاملين في مجال النقل البحري بالإضافة إلى ربانة السفن من ذوي الخبرة البحرية الطويلة و المشهود لهم بالكفاءة.

و لها لائحة تضم كافة الأحكام و القواعد الخاصة بها و تعرف بقواعد جمعية لندن

للمحكمين البحرين لسنة 1987.

و لا تقوم هذه الجمعية بأي دور في تنظيم و إدارة العملية التحكيمية حتى في الإشراف على سير العمل التحكيمي.

إلا أنها تسهل عملية اختيار المحكمين البحريين من بين أعضائها عن طريق وضع قائمة بأسمائها ليتم الاختيار من بينهم عن طريق أطراف العملية التحكيمية، كما تحدد لائحة التحكيم الخاصة بالجمعية لكي يسير المحكم أو هيئة التحكيم على هداها، وتقوم الجمعية بإمداد هيئة التحكيم بأي نصائح أو مشورة بناء على طلبه و بخصوص العملية التحكيمية.

يمكن القول أن هذه الجمعية تعتبر حلقة الوصل بين المنظمات و التجمعات البحرية الأخرى و كافة التخصصات التي لها علاقة بالعملية التحكيمية.

أي أنها تقوم بتجهيز قائمة من المحكمين الأكفاء، و إمدادهم بالاستشارة و المشورة في كافة ما يتطلبونه دون تدخل منها في عملهم، بل بناء على طلبهم. و من ثم فإن الجمعية لا تقوم بأي تدخل في سير التحكيم سواء عن طريق الإدارة أو التنظيم و لا تقوم بإجراء أية اتصالات بين الأطراف أو بينهم و بين المحكمين إلا إذا طلب منها ذلك، حيث تتم كافة الإجراءات اللازمة لسير العملية التحكيمية عن طريق الاتفاق بين الأطراف و بين مستشاريهم، علاوة على أن كافة الاتصالات و المستندات و الملفات المتبادلة و الإعلانات المرسلة المتبادلة، تتم بين المحكمين و الأطراف أو مستشاريهم بطريقة مباشرة دون اللجوء إلى أي أجهزة بجمعية المحكمين البحريين.

فضلا عن هذا، لا تتدخل الجمعية مباشرة في تحديد مكان عقد التحكيم و مواعيد الجلسات، و لا تقوم بنشر أي أحكام تحكيمية إلا إذا تم الاتفاق على ذلك بين المحكم و الأطراف.

و عليه فإن دور الجمعية يقتصر على تعيين محكمين إذا طلب منها ذلك، و تقديم الإمداد بالاستشارات و المعونات الفنية فقط. كما تقوم بتقدير الرسوم و النفقات المطلوبة لسير العمليات التحكيمية.

ب- غرفة اللويدز للتحكيم البحري:

وتعتبر هذه الغرفة من أهم و أعرق مؤسسات التحكيم البحري و التي لها باع طويل في تحكيم النزاعات الخاصة بالحوادث البحرية، و يوجد عدد كبير من أشهر المحكمين الأكفاء في مجال المساعدات البحرية و الإنقاذ و عمليات النقل البحري، كما أنه يوجد لها نماذج شهيرة خاصة بالإنقاذ و تسوية قضايا التصادم البحري و الخسائر البحرية المشتركة، حيث تدار هذه العمليات من قبل الإدارة و سكرتارية يوجد لديها أسماء المحكمين و أية معلومات خاصة بهم.

كما تقوم غرفة اللويدز بتنظيم العملية التحكيمية بالكامل ابتداء من تلقي طلبات التحكيم حتى صدور قرار التحكيم، حيث تقوم السكرتارية الخاصة بالغرفة بإجراء الاتصالات اللازمة بين الأطراف و مستشاريهم و المحكمين، مع تقدير رسوم و نفقات التحكيم، و يمتد عمل الغرفة كذلك إلى تنظيم و إدارة حالات الاستئناف على حكم المحكم، كما يتم تطبيق القانون الإنجليزي على العملية التحكيمية.

هذه الغرفة التي تكتسب شهرتها من خبرة محكميها الواسعة و عدالة حكمهم.

خامسا) المنظمة الدولية للتحكيم البحري و معهد التحكيم بكندا.

أ- المنظمة الدولية للتحكيم البحري:

هي منظمة دولية يوجد مقر لجنتها الدائمة و سكرتاريتها بفرنسا، إلا أنها ليست فرنسية، و كانت غرفة التجارة الدولية (C C I) بالاشتراك مع اللجنة البحرية الدولية (C M I) قد وضعتا معا لائحة تحكيم بحري تعرف بلائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية و اللجنة البحرية الدولية، و ذلك في مارس 1978 حيث يقع تطبيق هذه اللائحة على عاتق المنظمة الدولية للتحكيم البحري. تتكون اللجنة الدائمة من 12 عضوا، تقوم غرفة التجارة الدولية (C C I) بتعيين نصفهم بينما تتولى اللجنة البحرية الدولية (C M I) تعيين النصف الثاني. أما الرئيس فتختاره غرفة (C C I) بالتعاون مع لجنة (C M I) علاوة على قيام غرفة C C I باختيار السكرتارية.

تقوم هذه المنظمة بالمساعدة في تعيين المحكم و كذلك تشكيل هيئة التحكيم و في حالة تخلف أحد أطراف العملية التحكيمية في تعيين محكم تقوم اللجنة الدائمة بتعيينه، كما تفصل هذه الأخيرة في مشاكل رد المحكمين و استبدالهم في حالة قيام أحد الأطراف بتقديم أي اعتراضات على اختيار المحكمين أو وجود ظرف طارئ يمنع ذلك.

و الجدير بالذكر أن للمنظمة الدولية سكرتارية يوجد مقرها في غرفة التجارة الدولية (C C I) و هي التي تسهر على تطبيق لائحة التحكيم و تلقي طلبات التحكيم و المستندات و المذكرات و الملفات من أطراف العملية التحكيمية، مع إجراء كافة الاتصالات بين الأطراف أو مستشاريهم أو محكميهم.

تحدد اللجنة الدائمة أتعاب و رسوم نفقات كل عملية تحكيمية¹

ب- معهد التحكيم بكندا:

تأسس سنة 1974 بغرض توطيد أنظمة التحكيم السارية المفعول عبر المقاطعات، و تجدر الإشارة أنه يوجد في كندا 10 مقاطعات و دولتين فدراليتين، و أن توزيع السلطات في هذا البلد يحكمه قانون 1867، و على العموم فإن الإجراءات المطبقة مستلهمة من القوانين الإنجليزية و لا تختلف عنها في شيء تقريباً²

سادساً) مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي و نظام التوفيق و التحكيم و

الإختبار لغرف التجارة العربية الأوروبية

أ- مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي:

ترجع فكرة إنشائه إلى اقتراح تقدم به معالي الشيخ عبد الله بن خالد آل خليفة وزير العدل و الشؤون الدينية عام 1982 و وضع حكام دول مجلس التعاون اللبنة الأولى لقيام مركز التحكيم التجاري لدول المجلس، و ذلك أثناء مؤتمر قمة دول المجلس الرابعة عشر بالرياض في ديسمبر 1993. و تم إقرار نظام عمل المركز بعد اعتماده من المجلس الأعلى لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية و بدأ العمل بذلك النظام بعد 3 أشهر من تاريخ إقراره و تم إعداد لائحة إجراءات تنظيم التحكيم بالمركز، صادقت عليها لجنة التعاون التجاري بدول المجلس في مارس 1995، و تم بعدها الإعلان رسمياً عن بدء العمل بالمركز، الذي يعتبر مؤسسة تحكيم مستقلة، تتمتع بالشخصية الاعتبارية. أما عملية التحكيم لديه فتتضمن ستة فصول تحوي ثلاثين مادة بالإضافة إلى اللائحة الخاصة بتنظيم الإجراءات، و التي تحوي أربعة و أربعين مادة ثم ملحق من خمسة مواد ينظم نفقات التحكيم.

و يتوقف دوره على حل المنازعات في دول مجلس التعاون على المناخ القانوني المتحكم في أنظمة هذه الدول و قوانينها المتعلقة بممارسة الأعمال التجارية، حيث توجد العديد من التشريعات المتوازية في كل دولة على حدى تحكم المسائل التجارية³

¹ الدكتور محمد عبد الفتاح- مرجع سابق-413 - 414

² الدكتور محمودي مسعود- مرجع سابق-ص (27)

³ الدكتور سيد المراكبي- مرجع سابق- ص 156 - 167

فوجد مثلا في الإمارات قواعد غرف التجارة الخاصة بكل إمارة لوحدها، و كذلك قانون الإجراءات المدنية الاتحادي لعام 1952¹ و في البحرين تنظم عملية التحكيم بقانون المرافعات المدنية و التجارية الصادر عام 1971 و تعديلاته و عدة مراسيم لاحقة له² و القانون السعودي و سلطنة عمان و دولة قطر و الكويت .

فالمحصص في تشريعات هذه الدول يلاحظ تنوعا تشريعيًا كبيرًا في الأنظمة و القوانين التي تنظم التحكيم في دول المجلس، و هو تنوع لم يمنع هذه القوانين من الاشتراك في سمات عديدة جعلتها تتفق في أغلب نصوصها على عدة نقاط منها:

- جواز الاتفاق على التحكيم قبل نشوء النزاع أو بعده.

- وجوب الاتفاق على التحكيم كتابة كشرط للإثبات.

- عدم جواز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح.

- إذا تعدد المحكمين وجب أن يكون عددهم وترا.

و عليه فإن المركز قد أنشئ للتوفيق بين كل هذه التشريعات فيجمع القواعد التي تتفق عليها من جهة، و يذلل العوائق الناتجة عن الاختلافات التي بين نصوص أنظمة و قوانين دول مجلس الخليج، فيختص وفقا لنظامه الأساسي بالنظر في المنازعات التجارية بين مواطني دول مجلس التعاون، أو بينهم و بين الغير سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو معنويين، و يختص أيضا بالنظر في المنازعات التجارية الناشئة عن تنفيذ أحكام الاتفاقية الاقتصادية المبرمة بين دول مجلس التعاون و كذا القرارات المنفذة لها.

- و قد سعى المركز لدى كافة القطاعات التجارية لدول المجلس للتعريف بدوره، و حثها على إدخال شرط التحكيم النموذجي للمركز في عقودها، إلا أن هناك العديد من المعوقات التي تقف في طريق تطوره منها حداثة عمره و عدم انتشار أنظمتها مما يجعل الأطراف تتردد في إحالة قضاياها إليه، و كذلك ضعف التنسيق و التعاون بينه و بين لجان التحكيم الموجودة في غرف التجارة التابعة لدول مجلس التعاون³

ب نظام التوفيق و التحكيم و الإختبار لغرف التجارة العربية الأوروبية:

لقد ساهمت الغرف التجارية العربية الأوروبية المشتركة الموجودة في أوروبا الغربية في إعداد هذا النظام، و قد اعتمده كلها.

و هذه الغرف هي:

¹ قانون رقم 11/ سنة 1952 – المواد من 203 إلى 218

² المرسوم رقم 04/ لعام 1388 بشأن نظام دولة البحرين إلى اتفاقه نيويورك لعام 1958/ وكذا مرسوم رقم 09/ لسنة 1994

³ الدكتور سيد المراكبي – مرجع سابق، 167 – 172

- الغرفة التجارية العربية البلجيكية / اللوكسمبرغية.
- الغرفة التجارية العربية الفرنسية.
- الغرفة التجارية العربية البريطانية.
- الغرفة التجارية العربية اليونانية.
- الغرفة التجارية العربية الإيطالية.
- الغرفة التجارية العربية البرتغالية.
- غرفة التجارة و الصناعة العربية السويسرية.

وضعت هذه الغرف نظام التوفيق و التحكيم المشار إليه شعورا منها بالدور المتزايد الذي يؤديه التوفيق و التحكيم في العلاقات الصناعية و التجارية الدولية، و اعتبارا للجدوى الناتجة عن وضع إجراءات للاختبار من شأنها الحد من توافر النزاعات المحتملة و أهميتها، و شعورا منها كذلك بالصعوبات التي تنشأ عن ممارسة التحكيم الخاص، و حرصا منها على الاستجابة للرجبة الصادرة عن رجال الاقتصاد و القانون و المال الذين منحوها كامل تقّتهم.

و لقد أسندت الغرف تفويضا لرؤسائها و أمنائها العامين الذين أقرروا مبدأ وضع هذا النظام، و ذلك من خلال ندوتهم المنعقدة بتونس في جوان **1981**، و تم ضبط نص النظام خلال ندوة الرؤساء و الأمناء العامين في الدورة المنعقدة بباريس في جوان **1982** قصد إحالته للمصادقة عليه من قبل مجلس إدارة الغرفة التجارية العربية الأوروبية المشتركة.

أما عن هدف هذا النظام فهو توفير إمكانية اللجوء إلى إجراءات الاختيار و التوفيق و التحكيم التي جاء بها، و ذلك بالنسبة لكل شخص عادي أو اعتباري عربي كان أو أوروبي أو غيرهما، متى كانت له علاقات مباشرة أو غير مباشرة مع البلدان العربية، و في حال قيام نزاعات تجارية ذات صبغة دولية، و يتم اللجوء إلى هذه الإجراءات بإدراج بنود الاختيار و التوفيق و التحكيم الملائمة عند إبرام العقود أو فيما بعد إبرامها.

إن الغاية التي تسعى إليها الغرف العربية الأوروبية المشتركة، من وراء إعداد هذا النظام هي وضع تقنيات التحكيم الأكثر ملائمة على ذمة جميع من يروم استعمالها و حسب أحدث الصيغ التي آلت إليها نتائج تطور هذا العلم في فض النزاعات الدولية.

هذا بالإضافة لما يوفره من ضمانات للأطراف تراعي في المقام الأول الخاصيات التي تتميز بها العلاقات التي تربط رعايا مجموعتي هذه الدول إذ تركز الضمانات على أجهزة تؤدي دورها على أساس منصفة ثابتة و دقيقة تؤمن لمستعملي هذا النظام أتم إدراك لموضوع

التحكيم و أنجع متابعة لإجراءاته عن طريق أجهزة مستقلة، لكنها تلم تماما بالخصائص التي يتميز بها كل طرف من أطراف النزاع.

إن جميع هذه العناصر مجتمعة تساهم بالنسبة لمستعملي هذا النظام في تحقيق أوفر الحظوظ لتنفيذ القرارات عن طواعية بالإضافة لما قد تتولاه الغرف التجارية المشتركة من مساع حميدة عند عرض أي نزاع عليها¹

سابعا) المركز العربي للتحكيم التجاري و مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري و الدولي:

أ- المركز العربي للتحكيم التجاري

تم تأسيس هذا المركز وفقا للمادة الرابعة من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام 1987²، و مقره الأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب بالرباط بالمملكة المغربية. أسس هذا المركز ليكون مؤسسة دائمة للتحكيم التجاري، و تتمتع هذه المؤسسة بالشخصية الاعتبارية المستقلة، و تلحق إداريا و ماليا بالأمانة لمجلس وزراء العدل العرب، و تسري عليها اتفاقية مزايا و حصانات جامعة الدول العربية.

للمركز العربي للتحكيم التجاري مجلس إدارة من شخصيات عربية من ذوي الخبرة في مجال القانون و بالتحكيم تختار كل دولة متعاقدة واحدا منهم لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد. يقوم مكتب المركز بتنظيم التحكيم التجاري، و تثبيت أسسه و صياغة عقود (اتفاقات) تحكيم نموذجية في القضايا التجارية الدولية، و إرساء قواعد ثابتة للتعامل التجاري و تلخيص المبادئ التي تستند إليها القرارات التحكيمية و تصنيفها و تبويبها و طبعا و نشرها³

ب- مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري و الدولي:

عند انعقاد الدورة التاسعة عشر للجنة القانونية الاستشارية للدول الآسيوية و الإفريقية بالدوحة عاصمة قطر، وافقت على إنشاء مركزين إقليميين للتحكيم التجاري أحدهما في (كوالالمبور) عاصمة ماليزيا و الآخر في القاهرة⁴

و في ديسمبر 1979 تم توقيع اتفاق بين اللجنة القانونية الاستشارية الآسيوية الإفريقية و جمهورية مصر، بمقتضاه أقيم مركز تحكيم و اتخذ من مدينة القاهرة مقرا له و الذي سمي بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، لمدة تجريبية مدتها ثلاث سنوات، و

¹ الدكتور عبد الحميد الأحمد - مرجع سابق- الجزء 04- وثائق التحكيم ص - 617 - 620

² راجع لاحقا - اتفاقية عمان العربية

³ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة- مرجع سابق، ص 174 - هامش (1)

⁴ انعقدت هذه الدورة في جانفي 1978

في 15 نوفمبر 1983 تم توقيع اتفاق ثان بين الطرفين بشأن استمرار عمل المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة.

و طبقا للنظام الأساسي للمركز، المستمد أساسا من الكتابات المتبادلة و الاتفاقيات الموقعة بين اللجنة القانونية الاستشارية الآسيوية الإفريقية و الحكومة المصرية، يعتبر المركز منظمة دولية لها أنظمتها الخاصة بها في مجال التحكيم التجاري الدولي، لا تسعى للربح و تعمل تحت إشراف اللجنة المشار إليها.

و يعمل المركز كهيئة دولية على تحقيق عدة مقاصد منها:

- 1 - تهيئة إجراءات التحكيم تحت رعايته، كلما كان ذلك ملائما.
 - 2 - تشجيع التحكيم التجاري الدولي في المنطقة.
 - 3 - التنسيق و مساعدة الأنشطة التي تمارسها هيئات التحكيم القائمة خاصة بين الهيئات الموجودة في المنطقة.
 - 4 - تقديم الخدمات في سير عمليات التحكيم الحر *ad hoc* خصوصا ما يتم منها وفقا لقواعد (ليونسترال).
 - 5 - المساعدة في تنفيذ الأحكام... و غيرها من الأهداف.
- اكتسب المركز شهرة واسعة خلال السنوات العشرة الأخيرة، إذ أصبح يستقطب انتباه الكثير من المتعاملين في مجال التجارة الدولية، و التبادل الدولي¹ تجدر الإشارة في الأخير أن هناك العديد من المراكز الأخرى ذات الطابع الدولي أو الإقليمي، المختصة بالفصل عن طريق التحكيم في النزاعات الناتجة عن العلاقات التجارية الدولية.

نذكر منها على سبيل المثال لا على سبيل الحصر:

- مركز أبو ظبي للتوفيق و التحكيم الدولي، و مركز التحكيم التجاري الدولي في لبنان.
- غرفة تجارة و صناعة دبي.
- غرفة التحكيم الدولي بزوريخ. *Chambre de commerce ZURICH*
- لجنة التحكيم التجاري ما بين دول أمريكا اللاتينية. *American-commercial arbitration*.
- المعهد السويدي للتحكيم التقني الصناعي.
- جمعية التحكيم الإيطالية.
- الجمعية التجارية للحبوب و المون بلندن. *The grain and feed trade association*

LONDRES

¹ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة - مرجع سابق، ص 168 - 170

- غرفة تجارة القهوة و التوابل بالحافر *La chambre des cafés et poivre du havre*¹.
- المركز البلجيكي لدراسة و ممارسة التحكيم الوطني و الدولي.
- مركز الإسكندرية للتحكيم الدولي، الذي أنشأته جمعية رجال الأعمال بالإسكندرية، كفرع لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

الفرع الثاني: أنظمة التحكيم التجاري الدولي

أولاً) قواعد اليونسترال²

إنّ الأمم المتحدّة أخذت على عاتقها مهمة التقريب والتفريق بين، قواعد التحكيم في مختلف الأنظمة القانونية في العالم لصبها في إطار يضمن التجانس بينها وحسن سيرها ثم تنفيذ أحكامها.

فبعد تشكيل الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1966 لجانة القانون التجاري الدولي، انصرفت هذه اللجانة للسعي للتوفيق والتوحيد بين قوانين التحكيم الدولي على مستوى العالم، مدرجة هذا الموضوع على رأس جدول أعمال لسنة 1968.

وبمساعدة ومشورة 75 هيئة تحكيمية في العالم وضعت مسودة قواعد التحكيم التي بحثت في مؤتمر تحكيم دولي عقد في نيودلهي من 7 إلى 10 يناير 1975 تمت خلاله منافسة معمقة وشاملة لهذه القواعد من مختلف فقهاء الأنظمة القانونية وهكذا وضعت لجنة القانون التجاري الدولي للأمم المتحدة قواعد التحكيم الدولي في 28/03/1976، واعتمد الجمعية العامة للأمم المتحدة هذه القواعد في 15/12/1967 بموجب القرار رقم 98/31 راعيةً بذلك أنظمة هيئة التحكيم الدولية الدائمة، لاسيما غرفة التجارة الدولية في باريس، وهيئة التحكيم الأمريكية. أما الملاحظات التي يمكن الإشارة إليها بخصوص هذه القواعد فتتمثل في:

¹ Pratique Des Contrats Internationaux O.P Cité TI – LVII 18 ets

² اليونسترال: هذا المصطلح هو اختصار لاسم اللجنة بالانجليزية Uncital والذي يعني:

United Nations Commission on international trade law.

ومختصرها بالألغة الفرنسية هو: Cnudci

والذي يعني:

La Commission des Nations Unies de Droit Commercial international

1) قواعد تحكيم لجنة القانون التجاري الدولي في الأمم المتحدة تضم 41 مادة، وهي ليست نظاماً تحكيمياً لهيئة تحكيمية دائمة والإحالة على نظام قواعد اللجنة يجب أن تقتصر "بسلطة التسمية"¹

2) قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي كانت قواعد تحكيم حالات خاصة (*Ad hoc*) للتجارة الدولية، ولكن اسقط من هذا العنوان الحالات الخاصة حتى لا يوحي العنوان خطأ بأنه ليس في هذه القواعد التحكيمية مكان لهيئات التحكيم الدائمة، مع أنّ فيها دوراً يجب أن يضطلع به شخص ما أو هيئة تحكيم ما، حتى تسير هذه القواعد وفقاً لخطة سيرها الموسومة.

كذلك أسقط من التعريف مصطلح "التجارة الدولية" وخوفاً من أن تخرج مواضيع كثيرة من حظيرة التحكيم حيث تصنف بأنها ليست تجارية وليست دولية، فكان نتيجة ذلك حصر العنوان في مصطلح (قواعد التحكيم) دون الإشارة لا لتحكيم الحر *Ad hoc*، ولا للتجارة الدولية. مما جعل هذه القواعد صالحة للتطبيق على التحكيم الداخلي وعلى التحكيم الدولي.

3) أخذت كثير من هيئات التحكيم الدولية الدائمة تتبنى قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وتجعل هذه القواعد في نظمها التحكيمي، لاسيما مركز القاهرة للتحكيم ومحكمة لندن للتحكيم الدولي والمراكز التحكيمية للغرف العربية الأوربية المشتركة.

4) هذه القواعد لا تطبق إذا اصطدمت النصوص الإلزامية في القانون المطبق على التحكيم، وفي هذه الحالة فإن الأحكام الإلزامية هي التي تطبق مكان القواعد التي تصطدم بها² هذا يعني أن الأحكام الواردة على تلك القواعد لها طابع إرشادي تحدي بها الدول المقبلة على أعداد تشريعات خاصة بالتحكيم، وليس لها غير قوة إلزام أدبية، نظراً للخبرة العالية لمن أعدها، وجمعها مختلف الاتجاهات السائدة في النظم القانونية لدول العالم³

ثانياً) القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لعام

جاء بعد 9 سنوات من قواعد اليونسترال في خطوة ثانية للجنة القانون التجاري الدولي في الأمم المتحدة من أجل التنسيق بين التشريعات والقوانين الخاصة بالتحكيم.

يعد القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لعام 1985، دعوة من الأمم المتحدة لدول العالم كي تتبناه كقانون للتحكيم التجاري لديها، بدلاً من أن تسن لنفسه قوانين لا

¹ أي أنّ اللجنة هي التي تسمى المحكم المفرد، إذا لم يتفق على تسميته ويسمى المحكم الثالث المجرح إذا كانت المحكمة التحكيمية

مؤلفة من ثلاثة محكمين، وهي السلطة التي تنتظر في أسباب رد وعزل المحكمين

² الدكتور عبد الحميد الأحمد مرجع سابق الجزء (3) - ص 48، 52

³ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة - ص مرجع سابق - ص 158

يعرف مدى ملاءمتها لسائر القوانين ومدى انسجام التحكيم الذي يجري على أساسها مع سائر القوانين التحكيمية الدولية في العالم.

يراعي هذا القانون كل أنظمة بلدان العالم¹ ويأخذ في الاعتبار المشكلات التي جاء بالمقترحات القانونية الأفر و آسيوية أثناء دور الانعقاد السابع عشر بمدينة (كوالاكبور) بماليزيا عام 1976، لاسيما ما تعرف من بطلان أحكام التحكيم أو رفض الاعتراف بها وتنفيذها. وعلى غرار قواعد اليونسترال، فإن أحكام القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لعام 1985، ذات طبيعة إرشادية، وضمانا لتوسيع نطاق تبنيها ذلك القانون فقد أوردت المادة الأولى من هذا القانون مبدأ ين هامين:

- عند تعارض نصوص هذا القانون مع بنود اتفاقية دولية، فإن نصوص الاتفاقية تسمو على نصوص هذا القانون.

- لا يمس هذا القانون النصوص الآمرة في قانون أي دولة، خاصة ما تعلق بالمسائل التي لا يجوز التحكيم فيها²

وبذلك، فإن الدولة التي تعتمد هذا التشريع تكون واثقة من اتفاقاتها مع المجموعة الدولية³، كما أن الحرص على عدم الارتطام بالثوابت الوطنية في شأن التحكيم لدى كل دولة، قد شجع العديد من الدول التي اعتمدت بنود هذا القانون بشكل شبه كلي⁴

و في الوقت الذي تحاول فيه العديد من البلدان والأوساط القانونية أن تجلب التحكيم الدولي إلى أرضها، وتجاهد لرفع العقبات غير المبررة لتنفيذ القرارات التحكيمية الصادرة في الخارج، فإن انضمام مؤسسة عالمية إلى هذه القواعد المقترحة يشكل أمثالا مستحبا.

إذ أعطيت كندا مثالا على ذلك، فلم تعتمد الدولة الاتحادية وحدها القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لعام 1985 بل إن جميع المقاطعات الفيدرالية أدخلته في تشريعاتها.

¹ الدكتور عبد الحميد الأحذب - المرجع سابق ص 52

² الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة - مرجع سابق، ص 161

³ الدكتور عبد الحميد الأحذب - مرجع سابق، ص 53

⁴ - قانون المصري لسنة 1994.

- قانون التحكيم العماني رقم 47 لسنة 1997.

- القانون الألماني لسنة 1997.

- القانون اليوناني لسنة 1999.

- القانون الموريتاني 2000

لكن الفائدة الأساسية للقانون النموذجي هي أنه أصبح يمثل تقنيا حقيقيا للأعراف والعادات السارية في نطاق التحكيم الدولي والقانون الدولي الخاص¹

أما عن خصائص هذا القانون فنذكر:

أ- أنه محصور بتحكيم التجارة الدولية ولا يتعلق بالتحكيم الداخلي.

ب- يمكن أن يكون في عقد التحكيم شرط تحكيمي سابق للنزاع أو اتفاق لاحق للنزاع، ولا يشترط القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لعام 1985 تسمية المحكمين في العقد التحكيمي.

ج- تكريس القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لعام 1985 قاعدة استقلالية الاتفاق التحكيمي عن العقد الأصلي.

د- إن القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لعام 1985 يحاول قدر الإمكان إبعاد تدخل القضاء الوطني عن سير التحكيم الدولي²

¹ الدكتور عبد الحميد الأحديب - المرجع سابق- ص 54

² عبد الحميد الأحديب - مرجع سابق- ص 55

الفصل الثاني

مبدأ الاستقلالية

وشروط إبرام اتفاق التمكيم

الفصل الثاني

مبدأ استقلالية

وشروط إبرام اتفاق التحكيم

نتطرق في هذا الفصل للجانب العملي الخاص بالتحكيم التجاري الدولي فنعالج مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم و القانون الواجب التطبيق (المبحث الأول) ثم نعرض للشروط الواجب توافرها في اتفاق التحكيم (المبحث الثاني)

المبحث الأول

مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم و القانون الواجب التطبيق

تنثير مسألة استقلالية اتفاق التحكيم العديد من النقاط ، نتعرض لها بالشرح في (مطلب أول)، كما تقودنا للتساؤل عن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من جهة ، وعلى موضوع النزاع و إجراءات التداعي من جهة أخرى (مطلب ثان)

المطلب الأول: مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ونتائجه

أقرت مختلف التشريعات الوضعية واللوائح الدولية مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم (فرع أول) وجعلت له أساسا ورتبت عليه نتائج (فرع ثان)

الفرع الأول: استقلالية اتفاق التحكيم.

أولاً) : إقرار مبدأ استقلالية الاتفاق :

سبق وإن ذكرنا أن اتفاق التحكيم قد يكون إما في صورة شرط تحكيمي مدمج ضمن بنود العقد وإما في صورة وثيقة مستقلة على شكل مشاركة أو تتم الإشارة والإحالة على التحكيم ضمن العقد الأصلي¹

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو: إذا ثار نزاع حول صحة العقد الأصلي ثم أبطل أو تم فسخه، هل يتبعه الاتفاق التحكيمي في الحكم؟ وبعبارة أخرى هل يتبع اتفاق التحكيم العقد الأصلي وجودا وعلما أم انه اتفاق مستقل، يبقى صحيحا وناظدا إذا توافرت شروطه حتى وإن أبطل العقد الأصلي؟.

ويظهر لنا هذا التساؤل مدى أهمية استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي أبرم التحكيم في شأنه، في حالة بطلان العقد الأصلي لأي سبب من الأسباب أو فسخه أو انتهائه، إذ قد لا يكفي ذلك لتسوية موقف الطرفين، بل قد يكون هناك حقوق مترتبة عن بطلان العقد أو

¹ راجع أنفا: صور اتفاق التحكيم

فسخه أو انتهائه، يحتاج الأمر لرفع دعوى أمام القضاء لتصفيتها، فإذا وجد اتفاق التحكيم فإنه يظل معمولاً به ولا يلحقه البطلان أو الفسخ أو الانتهاء.

أما استقلالية اتفاق التحكيم فالمقصود بها أنه إذا كان الاتفاق نفسه باطلاً يجب ألا يؤثر في العقد الذي تضمنه.

وكذلك إذا كان العقد نفسه باطلاً أو تم فسخه، فإنه لا يؤثر في اتفاق التحكيم نفسه، فشرط التحكيم وإن كان يرد في العقد الأصلي إلا أن له ذاتية متميزة ومستقلة عن العقد¹ ويترتب على ذلك أن الاتفاق على التحكيم، وإن جاء في صورة شرط فإنه ليس مجرد بند وارد في العقد الأصلي، بل هو عقد آخر (أو عقد ثان)، مدمج في العقد الأصلي من الناحية المادية فقط، وبمعنى آخر أن اتفاق التحكيم هو اتفاقية ضمن اتفاقية و عقد مواز للعقد الأساسي.

إذ يستمد استقلاليته من اختلاف موضوعه عن موضوع العقد الأصلي، فهو عقد يرد على الإجراءات ولا يهدف إلى تحديد حقوق والتزامات الأطراف الموضوعية التي يتضمنها العقد الأصلي، بل ينصب محله على الفصل في المنازعات عن الشروط الموضوعية التي يتضمنها العقد² وبداية استقرار هذا المبدأ، كان منذ اعتراف محكمة النقض الفرنسية به من خلال حكمها الصادر في القضية المعروفة باسم (*Gosset*) الصادر بتاريخ **1993/05/07**³، أين أوضحت أن العقد والإجراء وإن كانا يسكنان وثيقة واحدة فإنهما منفصلان⁴

وقد ابرز هذا الحكم لأول مرة أنه في مجال التحكيم الدولي يتعين إعطاء عبارة اتفاق التحكيم مفهوماً موحد يعامل على قدم المساواة شرط التحكيم الوارد في نصوص العقد و مشاركة التحكيم التي أبرمت لاحقاً، بحيث يتمتع الاثنان بذات القدر من الاستقلالية⁵ ، وبذلك أصبح هذا المبدأ من المسلمات خصوصاً بعدما، أكدته القضاء لعدة مرات

ومن ذلك: **قضية (Impex)** الخاصة بتصدير الحبوب من "البرتغال" و"سويسرا" إلى "إيطاليا"، والمؤرخ حكمها في 18/05/1971 وأيضا **قضية (echtH)** بتاريخ 03/05/1972 وكذلك **قضية (Menicucci)** بين شركة هولندية وشخص فرنسي تاجر وذلك بحكم مؤرخ في 04/07/1972.

¹ الدكتور محمد عبد الفتاح ترك - مرجع سابق-ص441، 442

² الدكتورة حفيظة السيد حداد ، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ، دار الفكر الجامعي ، 2001 ص 282

"En matière d arbitrage international l accord compromissoire qu il soit conclu séparément ou inclus dans l acte juridique ou qui l est très présent toujours sauf circonstances exceptionnelles une complète autonomie juridique excluait qui l puisse être affecte par une éventuelle invalidité de cet acte"

³ محمد عبد الفتاح- مرجع سابق- ص 44

⁴ الدكتور عاطف شهاب مرجع سابق ص 283

⁵حفيظة السيد حداد - مرجع سابق- ص 22

قضية (DALICO) بتاريخ 1993/12/20 التي خلصت فيها محكمة النقص الفرنسية إلى أن اتفاق التحكم ليس مستقلا عن عقد الأساس فحسب، وإنما مستقل عن كل القوانين الوطنية، مما يعني بالنسبة لقضية الحال أنه لا مجال لتطبيق القانون الليبي الذي يبقى دوره قاصرا على موضوع النزاع ولا يطال اتفاق التحكيم. وتعرضت المحكمة الفرنسية على اثر هذا القرار للنقد اللاذع سواء من الفقهاء الفرنسيين و غير الفرنسيين¹

ثانيا) مبدأ الاستقلالية والقوانين الوضعية

إن دراسة استقلال اتفاق التحكيم تتطلب التعرض لموقف كل من الاتفاقات الدولية والأنظمة القانونية من هذه المسألة.

فتتعرض بداية للقانون الفرنسي إذ بالرغم من أن القضاء الفرنسي كان السباق لإقرار هذا المبدأ، إلا أن المرسوم 81/582 الصادر بتاريخ 1981/05/12 المتعلق بالتحكيم الدولي لم يتناول هذه المسألة²

أما القانون الانجليزي فلطالما سادته فكرة الارتباط الوثيق بين اتفاق التحكيم وبين العقد الأصلي، فإما يبقيان معا أو يسقطان معا، وتعرض مجلس اللوردات لهذه النقطة في قضية (Heyman V. Darwins L.D) التي جاء في خلاصتها انه إذا تم الادعاء انه إذا لم يكن هناك عقد أصلي قائم فلن يكون هناك تحكيم من الأصل³

لكن مجلس اللوردات ظهر بعد ذلك باتجاه جديد في حكم اللوردات (diplom) الذي اعترف لاتفاق التحكيم بذاتية مستقلة، وسار القانون الانجليزي بعد ذلك في هذا الاتجاه⁴

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فإن النظم القانونية المعمول بها في العديد من الولايات تأخذ بالقاعدة الانجليزية تأثيرا بالقاعدة الانجلوساكسونية.

كما أن القضاء الأمريكي أكد هذه القاعدة عندما تبنت المحكمة الفدرالية هذا المبدأ في دعوى

(Prima paint) في سنة 1976⁵

¹ الدكتور مصطفى تراري ثاني استقلالية اتفاقية التحكيم كمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري المعاصر دراسات قانونية عدد 09

افريل 2003

² الدكتور محمد عبد الفتاح - مرجع سابق - ص 445

³ القانون الانجليزي للتحكيم لسنة 1996 الفصل 07

⁴ الدكتور محمد عبد الفتاح - المرجع سابق - ص 454

⁵ القانون السويسري لسنة 1987 المادة 178 الفقرة 3.

- لقانون الاسباني المؤرخ في 05/12/1988 المادة 8

أما باقي التشريعات فتنص صراحة على استقلالية اتفاق التحكيم كالقانون السويسري والإسباني وكذا القوانين العربية كالقانون المصري والتونسي والجزائري¹

ثالثاً: مبدأ الاستقلالية في المعاهدات الدولية واللوائح.

المعاهدات الدولية هي الأخرى كان لها موقف في استقلالية التحكيم، والملاحظ بداية أنه غالباً ما لم تتضمن نصاً صريحاً يقرر هذه الاستقلالية، بل جاءت الإشارة إليها بطريقة غير مباشرة، فنجد مثلاً كلاً من بروتوكول جنيف لعام 1923 واتفاقية جنيف لعام 1927 وكذلك اتفاقية نيويورك لعام 1957 والاتفاقية الأوروبية لعام 1961 لم يتم التطرق فيهم صراحةً باستقلال اتفاق التحكيم، رغم توجه بعض الفقهاء إلى تفسير المادة الثانية من هذه الأخيرة على أنها إقرار صريح بهذا المبدأ كونها² تقضي بإلزام الدول الأعضاء بالاعتراف باتفاق التحكيم المكتوب ومنع محاكمها من نظر المنازعات التي اتفق الأطراف بشأنها على اللجوء إلى التحكيم وإحالتهم³ على التحكيم بالفصل فيها³. أكدت اتفاقية واشنطن التي أنشأها المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار، على أن محكمة التحكيم هي القاضي بالنسبة لمسألة اختصاصها، وهي بذلك تكون أيضاً قد أقرت استقلالية اتفاق التحكيم بشكل ضمني⁴

واتفاقية البنك الدولي للإنشاء والتعمير الموقعة في واشنطن في 18 مارس 1965 والتي أنشأت المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار، لم تتضمن هي الأخرى نصاً يؤكد صراحةً على الأخذ بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم تجاه العقد الأصلي وعلى عكس المعاهدات الدولية فإن لوائح التحكيم النافذة لدى مراكز التحكيم الكبرى ذات الطابع الدولي قد أخذت بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم صراحةً.

ف نجد في هذا السياق : لائحة الجمعية الأمريكية للتحكيم (AAA)⁵ من أهم لوائح التحكيم التي أخذت بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم و أقرته صراحةً، إذ نصت على اعتبار شرط التحكيم شرطاً مستقلاً عن العقد⁶.

- القانون المصري لسنة 1994 المادة 23

- القانون التونسي المؤرخ في 26/04/1993

- المرسوم التشريعي رقم 93-04 المؤرخ في 25 /04 /1993 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية الجزائري

¹ جاء مثلما أشارت إليه الدكتورة سامية راشد - مرجع سابق- ص56

² الدكتور سراج حسين ابو زيد -مرجع سابق- ص 194

³ الدكتور عاطف شهاب -مرجع سابق- ص 230

⁴ الدكتور سراج حسين ابو زيد -المرجع سابق- ص 198

⁵ - Association Américaine d Arbitrage - A A A .

⁶ نصت الفقرة 2 من المادة 15 على أنه :

لكن هذه اللائحة لم تشر صراحة إلى أن بطلان العقد لا يترتب عليه بالضرورة بطلان شرط التحكيم الوارد فيه على نحو ما فعلت بعض اللوائح الأخرى¹

ومع ذلك فإنه لا يجب تفسير إغفال الإشارة لهذه النقطة على أنه رفض لمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الوارد فيه لأن عدم ارتباط بطلان شرط التحكيم ببطلان العقد ما هو إلا نتيجة ضمنية لمبدأ استقلالية الاتفاق²

أما لائحة التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة لعام 1976 والتي أوجبت الجمعية العامة للأمم المتحدة أعمال أحكامها في حل المنازعات الناشئة عن علاقات التجارة الدولية، فقد أشارت إلى سلطة محكمة التحكيم للفصل في وجود صحة العقد الذي يشكل شرط التحكيم جزءاً منه، وهذا يعني أن هذه اللائحة تزود المحكم بسلطة الفصل حول وجود أو صحة العقد الأصلي استقلالاً لشرط التحكيم عنه، وبالتالي تغطي المحكم إمكانية الاستمرار في النزاع حتى لو ثبت عدم وجود أو بطلان العقد الأصلي³.

ولائحة التحكيم النافذة لدى محكمة لندن للتحكيم (*London Court of Arbitration*)

هي الأخرى أخذت بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم مقرة نفس القواعد التي أقرتها لجنة الأمم المتحدة عام 1976⁴

كما أن لائحة التحكيم التي أعدتها غرفة التجارة الدولية بباريس من أهم اللوائح التي كرست مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، ليس فقط في حالة الادعاء ببطلان العقد الأصلي، ولكن أيضاً في حالة الادعاء بعدم وجود هذا العقد، كما أشارت اللائحة ذاتها إلى أنه ليس للمحكم أن يقضي بعدم اختصاصه ويتوقف عن الفصل في المنازعة المعروضة إلا إذا لاحظ انعدام أو بطلان اتفاق التحكيم، إذ يبقى مختصاً بغرض تحديد الحقوق المتبادلة للأطراف وللصالح في طلباتهم .

وأيضاً إذا تعلق الأمر بنزاع حول وجود اتفاق التحكيم أو صحته، فإنه يطرح ابتداءً على الهيئة الدائمة في غرفة التجارة الدولية بباريس، فإذا اتضح لهذه الهيئة عدم وجود اتفاق تحكيم، أو أنه ظاهر البطلان، استبعدت التحكيم⁵.

(La clause compromissoire est considérée comme une clause indépendante du reste du contrat

¹ لائحة قواعد اليونسترال الصادرة عن الأمم المتحدة عام 1976 و كذا القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الصادر عام 1985

² الدكتور سراج حسين أبو زيد -مرجع سابق- ص 207

³ المادة 21 من اللائحة قواعد اليونسترال لعام 1976

- راجع : الدكتور محمد عبد الفتاح- مرجع سابق - ص 458 و أيضاً الدكتور عاطف شهاب -مرجع سابق- ص 302

⁴ المادة 14 الفقرة 01 من اتفاقية التحكيم النافذة لدى محكمة لندن

⁵ المادة 8 من لائحة التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس.

- راجع أيضاً الدكتورة حفظة حداد -مرجع سابق- ص 39.

أما المنظمة الدولية للتحكيم البحري وكذلك غرفة التحكيم البحري بباريس فقد أقرتا أيضا هذا المبدأ و ترى هذه الأخيرة أن المحكم أو المحكمين ليسوا إلا قضاة يملكون البتّ في اختصاص غرفة التحكيم البحري، وصحة هذا الاختصاص بما أنهم -على وجه الخصوص- أهل للفصل في وجود وصحة اتفاق التحكيم وصحة العقد الأصلي الذي يشمل عند الاقتضاء ، ويفصلون أيضا في نطاق اختصاصهم.

ويلاحظ أن هناك العديد من الأحكام التي صدرت عن هذه الغرفة استخدمت فيها هيئات التحكيم التابعة لها حقها المخول لها بواسطة اللائحة في تقرير مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وعدم ارتباط مصيرهما من حيث تعرض هذه الهيئات للفصل حول عدم وجود العقد الأصلي أو بطلانه أو فسخه¹.

وكذلك اللوائح الخاصة بالتحكيم في الوطن العربي أقرت هذا المبدأ، فنجد مثلا:لائحة إجراءات التحكيم لمركز التحكيم التجاري الدولي لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام 1994 التي تضمنت عدة نصوص تبرز فكرة استقلال اتفاق التحكيم وتجعل صحة هذا الاتفاق مفترضة ما لم تثبت العكس².

كذلك نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي لعام 1994 الذي نص على بقاء التحكيم نافذا مهما كان سبب انقضاء العقد الأصلي³، بينما أخذ نظام التحكيم لدى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي مباشرة بما أوردته لائحة لجنة الأمم المتحدة⁴

الفرع الثاني: أساس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ونتائجه

أولا) الأساس القانوني لمبدأ الاستقلالية :

إن استقلالية اتفاقية التحكيم لم تأت ولم تقدم إلا على أساس:

- أن المحكم، وإن كان قاضيا خاصا إلا أنه، يقوم بعمل قضائي من الناحية الفنية، فهو يحسم الخصومة بحكم ملزم يتم تنفيذه جبرا على من صدر في مواجهته، بتلك المثابة لا

(Sauf stipulation contraire la prétendue nullité ou l'insistance alléguée du contrat n'entraîne pas l'incapacité de l'arbitre s'il réticent la validité de la convention d'arbitrage il reste compétent ;e; en cas d'insistance ou de nullité du contrat pour terminer les droits respectifs des parties et statuer sur leurs demandes et conclusions)

¹ الدكتور محمد عبد الفتاح ترك - مرجع سابق- ص 457

² المادة 18 و المادة 3 من لائحة إجراءات التحكيم لمجلس تعاون دول الخليج

³ المادة 5 و المادة 01 من لائحة غرفة تجارة و صناعة دبي

⁴ المادة 2/21 من لائحة قواعد اليونسترال لعام 1976

ينبغي أن يوضع المحكم في وضع أدنى من وضع قاضي الدولة بربط مصيره ومهمته المستمد من اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي، بحيث يزول المحكم ومهمته بزوال ذلك العقد.

- أن اتفاق التحكيم هو عقد حقيقي له تفرده الذاتي وله موضوعه وسببه، وليس ظلاً للعقد الأصلي ولا يختلط بموضوع وسبب ذلك العقد، فموضوع اتفاق التحكيم هو تسوية نزاع بين الطرفين مما يجعله أمراً إجرائياً، وأما سببه هو رغبة الأطراف في حل هذا النزاع بعيداً عن قضاء الدولة، بينما موضوع العقد الأصلي فهو تنظيم حقوق ومراكز قانونية للأطراف، بينما سببه هو الغاية المتعاقد عليها والتي تقاس بمعيار شخصي.

- أن هدف الأطراف الرامي لتحقيق الاقتصاد في الوقت والإجراءات يعزز الأساس القانوني للتحكيم إذ من غير المقبول أن توقف هيئة التحكيم الفصل في الدعوى عندما يكون العقد الأصلي باطلاً أو منحللاً، وتحيل الأمر لقضاء الدولة للبت في صحة العقد أولاً، فتحكم باختصاص هيئة التحكيم في حال ثبوت صحة العقد، ثم تواصل الهيئة عملها، أو تحكم بعدم اختصاص الهيئة في حالة ثبوت عدم صحة العقد الأصلي¹

ثانياً) نتائج مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

عن هذا المبدأ تترتب نتائج عدة منها :

أ- عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي: وتعد من أهم النتائج المترتبة عن هذا المبدأ، وهو يعني أن وجود وصحة وسريان اتفاق التحكيم لا يتوقف ولا يتأثر بمصير العقد الأصلي الذي يشير إليه هذا الاتفاق، وبالتالي فإن الادعاء بأن العقد الأصلي لم يتم إبرامه في الفرض الذي يكون فيه العقد الذي يتضمن شرط التحكيم تم توقيعه ولكن لم يدخل في مرحلة النفاذ أو تبين أنه باطل أو تم فسخه، أو أن الالتزامات الناشئة عن العقد الأصلي تم تجديدها لا يؤدي إلى عدم فعالية اتفاق التحكيم أو المساس به²

كذلك فإن التوصل إلى تسوية بشأن الحقوق الواردة في العقد الأصلي لا يؤدي بالضرورة إلى انقضاء شرط التحكيم.

¹ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة -مرجع سابق- ص 480 و481

² الدكتور عبد الكريم سلامة - المرجع سابق- ص 470 و 472

وكذلك الدكتور عاطف شهاب - مرجع سابق - ص 310

والواقع أن نطاق القاعدة المتقدمة بشأن عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد

الأصلي قد أثار الكثير من الجدل خصوصا ما ذهب إليه الفقيه (Pieter Sanders) :

" أن الاتفاق وإن لم يتأثر ببطلان العقد فإنه يتأثر بانعدامه"¹

وكذلك محكمة النقض الفرنسية التي أيدت وأثبتت هذه التفرقة بين بطلان العقد

وانعدامه، إلا أن المعاهدات الدولية واللوائح لم تأخذ بهذا الرأي بل اتجهت جميعها إلى أن بطلان العقد أو انعدامه لا يؤديان إلى عدم اختصاص المحكم.

ب-خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي: فمن

نتائج مبدأ الاستقلالية، قبول عدم خضوع اتفاق التحكيم بالضرورة إلى ذات القواعد التي تحكم العقد الأصلي.

فإذا كانت مسألة تقرير وجود اتفاق التحكيم وصحته يتعين الفصل فيها في ضوء نظام

وضعي معين، فإن استقلالية اتفاق التحكيم تحتم القول أن هذا القانون الذي يطبق للفصل في وجود وصحة اتفاق التحكيم لا يشترط بالضرورة أن يكون هو الذي يخضع له العقد الأصلي، فشرط التحكيم يعد جزءا مستقلا عن العقد الأصلي.

وللأطراف و للقضاء أيضا الذي قد يعرض عليه الأمر للفصل في مسألة وجوده

وصحته، إخضاعه لقانون يختلف عن القانون الذي يخضع له باقي العقد² سواء تم إخضاع الاتفاق إلى قانون محدد بالإعمال لقواعد الإسناد التقليدية، أو على نحو ما ذهب إليه القضاء الحديث في إخضاع الاتفاق إلى قواعد مادية تتماشى مع الطابع الدولي للتحكيم³

ج- تمكين المحكم من الفصل في مسألة اختصاصه بالفصل في النزاع : أو

ما يعرف بمسألة الاختصاص بالاختصاص (*La compétence de la compétence*) وهي بنتيجة حتمية لمبدأ الاستقلالية، فهي ملازمة له، بل وأكثر من ذلك يعد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم الركيزة الأولى في المنطق الذي يسمح للمحكم الفصل في مسألة اختصاصه، ومفاد هذا المبدأ أن من سلطات المحكم أن ينظر في موضوع اختصاصه ولو كان الاعتراض على اختصاصه يعود إلى النزاع في وجود أو صحة اتفاق التحكيم في إحدى صورته الواردة في العقد الأصلي⁴

¹ راجع في ذلك مقال الفقيه Pieter Sanders المعنون ب:

" L'autonomie de La clause compromissoire" -Publication CCI -

² عاطف شهاب - مرجع سابق - ص 310

³ الدكتورة حفيفة السيد حداد -مرجع سابق- ص 48

⁴ الدكتور قادري عبد العزيز -مرجع سابق- ص 266

وهو بذلك يلغي أي تأثير مباشر على اتفاق التحكيم يستند إلى أن العقد الأصلي لحقه عيب ما ، وبالتالي لا يؤثر على اختصاص المحكم. كما أن هذا المبدأ يسمح بالفصل في مسألة إنكار اختصاص المحكم المستند على عدم فعالية العقد محل المنازعة.

د- عدم اختصاص القضاء الوطني :

وهو ما عبر عنه بعض الفقهاء بالأثر الفذ، ويتمثل في سلب النزاع من ولاية القضاء الوطني ونقله إلى ولاية المحكمين.

و قاعدة عدم اختصاص المحاكم القضائية مقررة من قبل أغلب التشريعات الوطنية المتعلقة بالتحكيم، والاتفاقيات الدولية، لدرجة أن بعض الفقهاء يرى أنها أصبحت مبدأ من المبادئ الموضوعية في القانون الدولي، بيد انه لإعمال هذه القاعدة يجب توافر شرطين :

الأول تمسك المدعى عليه باتفاق التحكيم قبل الدخول في الموضوع.

الثاني أن يكون اتفاق التحكيم قائما وصحيحا ومنتجا لأثاره.

لكن عدم اختصاص المحاكم القضائية المترتب على اتفاق التحكيم ليس معناه ألا يكون لهذه المحاكم دور يمكن أن تؤديه فيما يتعلق بالنزاع الخاضع للتحكيم، ففي مرحلة ما بعد صدور حكم التحكيم يتدخل القضاء لمنح الصيغة التنفيذية، كما قد تختص المحاكم بالطعن ضد حكم التحكيم، أما قبل صدور الحكم التحكيمي فيكون تدخل القاضي الوطني في تشكيل محكمة التحكيم في حالة التحكيم الحر، أو عندما لا يكون الطرفان قد اتفقا على المحكم الوحيد أو المحكمين الذين سيتولون الفصل في النزاع.

وأجازت تشريعات عدة دول للقضاء الوطني التدخل للمساهمة في تشكيل محكمة التحكيم، ومن ذلك القانون الفرنسي، وقانون الإمارات العربية المتحدة، والقانون المصري¹ وكذلك القانون الجزائري

2

وفي حالة ثانية يتدخل القاضي الوطني في جمع الأدلة وتقديمها، لأن المحكم رغم أنه يستطيع إصدار أوامره إلى أطراف التحكيم لتقديم المستندات التي بحوزتهم، فإنه لا يمتلك سلطة الأمر التي بمقتضاها يتم إجبار الطرف الممتنع على تقديم ما في حوزته من مستندات، وليس له أيضا سلطة إجبار الغير من الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الذين ليسوا طرفا في اتفاق التحكيم على تقديم

¹ الدكتور سراج حسين ابوزيد -مرجع سابق- ص 402 و ما بعدها

² راجع المادة 1493 من القانون الفرنسي لعام 1980 و، المادة 204 من قانون دولة الإمارات العربية المتحدة الجديد للتحكيم ، و

كذلك المادة 17 من القانون المصري لعام 1994

المستندات التي لديهم، كما لا يستطيع المحكم إجبار الشاهد على الحضور أمامه للإدلاء بالشهادة أو إجباره على أداء اليمين.

وقد أقرت مختلف التشريعات هذا التدخل من القاضي الوطني بما فيها القانون الجزائري

1

وفي حالة ثالثة يتدخل القضاء الوطني باحتفاظه باختصاصه في اتخاذ الإجراءات الوقتية

والتحفظية²

وأخيرا تجدر الإشارة إلى أن كل أدوات التحكيم التجاري الدولي، أصبحت تعترف بهذا المبدأ على النحو الذي يضمن لاتفاق التحكيم الصحة في معظم الأحوال، فيضمن بدوره اقتياد الموقعين عليه أمام المحكم أو المحكمين الذين وقع الاختيار عليهم للفصل في المنازعة التي أبرم من أجلها.

ومن هذا المنطق يوضع حد لأي مناورة من قبل المحكم الذي تسوّل له نفسه بعد التعاطي مع الاتفاق التحكيمي الذي يكون قد أبرمه، وهذا استجابة لمقتضيات التجارة الدولية في وقتنا الراهن، والتي أصبح التحكيم التجاري الدولي موجتها القضائية العادية³

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق

يعتبر هذا الموضوع من أهم وأعقد المسائل في التحكيم التجاري الدولي، فالعملية التحكيمية تمر بعدة مراحل، بداية من اتفاق التحكيم لغاية صدور حكم التحكيم، مروراً بتشكيل هيئة التحكيم، لذا فإن التعامل مع هذا الموضوع سيكون من خلال التعرض للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في (فرع أول) ثم القانون الواجب التطبيق على إجراءاته (فرع ثان) ثم على موضوعه (فرع ثالث)

الفرع الأول: القانون الواجب على اتفاق التحكيم

إنّ الاتفاق على التحكيم، ولو لم يثر تنازعا بين القوانين في المنازعات الوطنية لعدم وجود العنصر الأجنبي، فإنه على مستوى منازعات العلاقات الدولية الخاصة يثير هذه المسألة وبحدة، بل

¹ المادة 458 مكرر 2 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري

² المادة 458 مكرر 11 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري

³ الدكتور سراج حسين ابوزيد -مرجع سابق- ص 409 و ما بعدها

أنها تعد على درجة من الخطورة والأهمية بسبب تعدد القوانين التي لها القابلية للتطبيق خصوصا إذا كان حكم هذه القوانين غير متماثل¹

وقد يثور التساؤل عن هذا الاتفاق أمام المحكم وذلك عندما يدفع احد الطرفين أمام المحكم بعدم اختصاصه، استنادا إلى عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلانه أو عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع المطروح أمامه.

وأیضا یثور التساؤل حول ما إذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون العقد الأصلي المدرج فيه، أو القانون الذي يختاره الأطراف أو قانون الدولة مقر التحكيم؟ أم هناك قانون آخر يجب تطبيقه؟ وللإجابة عن هذه التساؤلات نعرض ما يلي :

أولاً) اتفاق التحكيم وقانون الإرادة

إن اتفاق التحكيم هو تراضي طرفین على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات، فإذا تضمن هذا الاتفاق عنصرا أجنبيا وكان ذا طابع دولي، فإنه يثير تنازعا بين القوانين يتم فضه على أساس قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية، والتي تقر أن الاختصاص التشريعي يكون لقانون الإرادة (*Lex voluntatis*) أي القانون الذي اتفق عليه الأطراف واختاروه بإرادتهم الحرة² وفي تبرير ذلك يقول بعض الفقهاء، انه لا ينبغي في إطار القانون الدولي الخاص أن يعامل اتفاق التحكيم معاملة مختلفة عن باقي العقود الدولية³

واتجهت العديد من الاتفاقيات الدولية في تقنين مبدأ اختصاص قانون الإرادة، بحكم كل ما يتعلق باتفاق التحكيم أيا كانت صورته، ومن أمثلة ذلك : بروتوكول جنيف لعام 1923 الخاص بشروط التحكيم الذي أشار إلى إخضاع إجراءات التحكيم وتشكيل هيئة التحكيم لما يقرره الأطراف بإرادتهم الحرة⁴، وكذلك اتفاقية نيويورك لعام 1958 كانت صريحة عندما نصت على انه يمكن رفض الاعتراف بحكم التحكيم وعدم تنفيذه، إذا اثبت الطرف المحكوم ضده أن اتفاق التحكيم لم

¹ الدكتور مصطفى تراري ثاني -مرجع سابق- ص 18

² الدكتور احمد عبد الكريم سلامة مرجع سابق صفحة 285

³ الدكتور سراج حسين ابوزيد -مرجع سابق- ص 235

⁴ من بين الفقهاء المنادين بهذا المبدأ، PH Fouchard - Q Bernard - H Motulsky -Robert ect.,,

يكن صحيحا طبقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف، أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم¹

أما الاتفاقية الأوروبية حول التحكيم التجاري في جنيف لعام 1961 فقد وضعت نصوصا صريحة خاصة بنتازع القوانين، في شأن تقدير وجود وصحة اتفاق التحكيم الذي قد يثار أمام قضاء إحدى الدول الأطراف فيها، وجعلت من أسباب بطلان قرار التحكيم ألا يكون اتفاق التحكيم صحيحا طبقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف²

ولم يخرج القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لعام 1985 عن هذا الاتجاه إذ أقرت اللجنة انه لا يجوز إلغاء أي قرار تحكيم إلا إذا كان الاتفاق التحكيمي غير صحيح بموجب القانون الذي أخضع الطرفان للاتفاق له³

أما عن التشريعات الوطنية فنشير إجمالاً أنها طبقت هذا المبدأ مع اختلاف في كون إقرارها صريحا أو ضمنيا.

وعلى سبيل المثال نذكر القانون المصري لعام 1994، و تشريعات مجموعة القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987⁴، وأيضاً القانون الإسباني الجديد رقم 265 لسنة 1988⁵ والقانون السويدي لعام 1999⁶

والقانون الجزائري هو الآخر نص على هذا المبدأ في مرسوم 1993 بإقراره أن اتفاق التحكيم يكون صحيحا من ناحية الموضوع، إذا توافرت فيه الشروط التي يستلزمها القانون الذي اختاره الأطراف لحكم هذا الاتفاق، ونشير في هذا السياق أن النص الوارد في القانون الجزائري لا يخرج في موضوعه عن النص الذي جاء في تشريعات مجموعة القانون الدولي الخاص السويسري عام 1987⁷

¹ المادة 2 الفقرة 1 من برتوكول جنيف

² المادة 5 الفقرة 2 من اتفاقية نيويورك

³ لمادة 6 الفقرة 2 و المادة 9 من الاتفاقية الأوروبية

⁴ المادة 34 فقرة 2 من القانون النموذجي للجنة للأمم المتحدة و هي المادة التي تحدد الحالات التي يمكن فيها إلغاء القرار

التحكيمي، وكذلك المادة 32 فقرة 1 الخاصة قواعد تنفيذ قرار التحكيم

⁵ لمادة 178 فقرة 2 من القانون الدولي الخاص السويسري

⁶ المادة 61 من القانون الاسباني الجديد

⁷ المادة 48 فقرة 01 من القانون السويدي

أما التشريعات التي لم تصرح مباشرة بتطبيقها القانون أرادة الأفراد إلا أنها تبنته ضمنا فنذكر القانون الألماني لعام 1997¹، والقانون الانجليزي لعام 1996² و أيضا القانون اليوناني لعام 1999³.

والملاحظ انه بالرغم من كون قاعدة أعمال قانون الإرادة هي السارية في مجال العقود الدولية الخاصة وفي مجال التحكيم أيضا، إلا أن هذا لا يعني أنها لا تنطوي على صعوبة في التطبيق، ذلك أن نجاح هذه القاعدة مرتبط بشرط أساسي ومهم هو أن يكون اختيار القانون الواجب التطبيق وفق إرادتهم صريحا وواضحا، عند تحرير اتفاق التحكيم أو بعده، حيث يتم تضمينه بندا أو مادة يحدد فيها القانون المختص.

ونشير أن هناك جانب من الفقه يرى أن حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يروونه مناسباً مطلقاً، بينما يرى فريق آخر ضرورة وجود صلة جوهرية بين اتفاق التحكيم والقانون المختار، وفي محاولة للتوسط يرى فريق آخر أن حرية الاختيار ليست مطلقة، لكن الصلة بين الاتفاق والقانون المختار يكفي أن تكون فنية، تربط القانون الذي اختاره الأطراف والعقد الأصلي أو موضوع النزاع.

أما عن إمكانية خضوع الاتفاق إلى أكثر من قانون يختاره الأطراف فإن استقراء القوانين المقارنة في هذا الشأن، يوصلنا على حقيقة مفادها أن تجزئة اتفاق التحكم تفرض نفسها ويستحيل تفادي توزيع اتفاق التحكيم بين أكثر من قانون⁴.

ثانياً) اتفاق التحكيم في غياب قانون الإرادة

إن أعمال مبدأ سلطان الإرادة لحل مشكل القانون الواجب التطبيق لا يواجه أدنى صعوبة في حالة قيام الأطراف باختيار القانون الذي يروونه مناسباً صراحة، لكن يصعب إعمال هذا الحل عند عدم وجود اختيار صريح من قبل الأطراف.

لذا فإن الفقه اتجه في دروب مختلفة لاقتراح مجموعة من الحلول للبحث عن القانون الواجب التطبيق⁵.

أ- إخضاع اتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم العقد موضوع النزاع:

¹ المادة 458 مكرر 01 من المرسوم التشريعي 09/93 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري، ولمزيد من التفاصيل يرجع

الدكتور احمد عبد الكريم سلامة -مرجع سابق- ص 288

² المادة 1059 من القانون الألماني لعام 1997

³ المادة 103 من القانون الانجليزي 1996

⁴ لمادة 34 من القانون اليوناني 1999

⁵ الدكتور احمد عبد الكريم سلامة -المرجع سابق- ص 303-309

أو ما يسمى باختصاص القانون الذي يحكم العلاقة الأصلية، ويرى أنصار هذا الحل أن اتفاق التحكيم يبرم من أجل تسوية النزاع الناشئ عن عقد أو عن علاقات قانونية معينة، لذلك فبين اتفاق التحكيم والعلاقة القانونية رابطة موضوعية ووظيفية وعضوية¹.

وفي تبرير هذا الاختيار يرى بعض الفقهاء انه يحقق وحدة النظام القانوني لعلاقات الأطراف، كما انه يحد من إمكانية حدوث تنازع القوانين وتعقيدها، إضافة إلى كونه منطقي².

اختارت العديد من التشريعات الوطنية هذا الحل بما فيها القانون الجزائري الذي نص على أن الاتفاق التحكيمي يعد صحيحا إذا ما استجابت شروطه للقانون المنظم لموضوع النزاع.

وتجدر الإشارة أن القانون الجزائري أورد هذا الحل في النص ذاته الذي نص فيه على تطبيق قانون الإرادة، ودلالة ذلك أن المشرع الجزائري حاول أن يضمن صحة عدد أكبر من اتفاقات التحكيم، ولم يقدّم بالإحالة على قانون واحد، وإنما عدد المصادر القانونية التي يستمد منها اتفاق التحكيم شرعيته³.

ولم يسلم هذا الحل من النقد من حيث اختلاف موضوع كل من اتفاق التحكيم والعقد الأصلي من جهة، ورغم ذلك خضوعهما للقانون نفسه من جهة أخرى، مع أن الاتفاق ذا طبيعة إجرائية بينما العقد ذا طبيعة موضوعية.

كما أن تطبيق القانون الذي يحكم العلاقة الأصلية يؤدي إلى تشتيت الحلول، إذ يخضع كل اتفاق تحكيم لقانون مختلف حسب نوع العلاقة الأصلية، (كأن تكون هذه العلاقة بيعا أو مفاولة أو غيرها (وإن كان اتفاق التحكيم يتعلق دائما بمسائل إجرائية واحدة.

وإن كنا قد أشرنا إلى أن هناك تشريعات وهيئات تبنت هذا الحل، فإن هيئات أخرى كغرفة التجارة الدولية بباريس لم تتبنه نظرا للنقد الذي وجه له⁴.

ب- اختصاص قانون دولة مقر التحكيم: قد يكتفي الأطراف بتحديد مقر التحكيم في دولة معينة بدون الإفصاح صراحة عن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وهو الفرض الذي دفع البعض إلى رؤية أنه من المناسب أن نستخلص في هذه الحالة، أن إرادة الأطراف اتجهت نحو اختيار قانون هذه الدولة ليطبق على اتفاق التحكيم، وبعبارة أخرى أن الدولة التي تجري على إقليمها عملية التحكيم.

¹ الدكتور سراج حسين ابوزيد -مرجع سابق- ص 240

² الدكتور احمد عبد الكريم سلامة -مرجع سابق- ص 312

³ الدكتور سراج حسين ابوزيد -مرجع سابق- ص 242

⁴ الدكتور مصطفى تراري ثاني مجلة دراسات قانونية العدد الأول جوان 2002 دار النشر و التوزيع- ص 40

ولقد أيدت مختلف الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية هذا الاتجاه، ويمكن القول أن التشريعات والاتفاقيات التي كنا اشرفنا إليها بمناسبة الحديث عن اختيار قانون الإرادة ، وكذلك بمناسبة الحديث عن اختيار قانون العقد الأصلي، هي ذاتها التي تبنت أيضا هذا الاتجاه¹، من بينها القانون السويدي لسنة 1999 والقانون الجزائري، و معهد القانون الدولي أقر أيضا هذا الحل في القرارات الصادرة سنتي 1957 و1959.

ويرى جانب من الفقه أن تبني معهد القانون الدولي للحل المذكور لم يكن قائما على تركيز للإرادة الضمنية للأطراف ، ولكن بوصفه حل يفرض بشكل موضوعي وفي جميع الحالات، وهو ما يعني بشكل أو بآخر وجود مبدأ تخضع وفقا له إجراءات التحكيم بالضرورة إلى قانون الدولة التي تتم فيها هذه الإجراءات²

وعلى عكس ذلك يرى جانب آخر من الفقه أن الأخذ بقانون دولة مقر التحكيم لا يعمل إلا في حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف مما يعني أنه لا يؤخذ به دائما كضابط إسناد كما لا يدل دائما على الاختيار الضمني للأطراف بل هو أحد الضوابط التي يمكن للمحكم اللجوء إليه والاستناد عليه بالتنسيق مع الضوابط الأخرى³

وخلاصة القول : أن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو قانون الإرادة تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة عند وجود التعبير الصريح عنها باختيار القانون المراد تطبيقه، أما في حالة غياب هذا التصريح، فقد تفرق الفقه بين ضابطين اثنين هما قانون العقد الأصلي و قانون مقر دولة التحكيم مع وجود ضوابط أخرى لم تلق نفس الانتشار والرواج.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على إجراءات خصومة التحكيم

إن مسألة القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم ليست مسألة نظرية محضة، بل تعتبر ذات أهمية حيوية من نواح عدة، فمن ناحية يزود هذا القانون الأطراف و المحكمين بمجموعة قواعد قانونية لازمة لحسم المسائل ذات الطبيعة الإجرائية التي تثور أثناء خصومة التحكيم ، كتبادل المذكرات والمواعيد، وسماع الشهود.

ومن ناحية ثانية، معظم الأنظمة القانونية تعلق تدخل المحاكم القضائية للمساعدة في تشكيل محكمة التحكيم على مقر التحكيم فحسب.

¹ الدكتور احمد عبد اريم سلامة -مرجع سابق- ص 317

² القانون السويسري لعام 1987 المادة 178 الفقرة 01 .

-اتفاقية نيويورك لعام 1958 المادة 5 الفقرة 01 .

³ رأي الأستاذ Goldman أشارت إليه الدكتورة حفيظة السيد حداد -مرجع سابق- ص 64

في حين تعلق قوانين أخرى جنسية التحكيم وكذلك تسبب حكم التحكيم على القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم¹

والقانون الذي نبحت عنه في هذا الصدد هو قانون الإجراءات أو المرافعات الذي يجب تطبيقه، فيثور التساؤل حوله كون الأصل في مسائل الإجراءات أنها تخضع لقانون القاضي. لكن في عملية التحكيم، المحكم ليس له قانون قاض كونه لا يعمل باسم دولة معينة بل يستمد سلطته من اتفاق الخصوم على تنصيبه.

وعليه، ليس هناك قانون إجرائي معين يفرض على المحكمين، وليس لهم سوى الرجوع إلى من نصبوهم كي يتدبروا أمر ذلك القانون.

وهنا يمكن القول أنه إذا كان القانون قد اعترف بحق الأطراف المتنازعة في اللجوء إلى قضاء التحكيم واستبعاد قضاء الدولة، فإنه يكون قد اعترف في الوقت ذاته بحق التنظيم الاتفاقي لمسائل التحكيم، وما كان لأي قانون وضعي أن يفعل غير ذلك، بحسبان أن حرية الأطراف في تنظيم إجراءات التحكيم هي نتيجة طبيعية لحقهم في ترك طريق قضاء الدولة والإجراءات المتخذة أمامه .

وتطبيق القانون الإجرائي الاتفاقي يكون بإحدى هذه الحالات .

أ-وضع الخصوم للقواعد الإجرائية : وتعد هذه الطريقة من أفضل السبل للإفلات من القواعد الإجرائية الوطنية إذ يتم الاتفاق على الحد الأقصى من قواعد الإجراءات وتسوية المسائل الإجرائية الأكثر توقعا، فينصح الأطراف بالألا يتركوا المسائل الإجرائية مفتوحة أمام هيئة التحكيم وأن يهتموا بها شخصيا، كما يمكن للأطراف سن ووضع القواعد إلى تنظم سير إجراءات عملية التحكيم من خلال إدراجها في اتفاق التحكيم ذاته، أو إيرادها في محرر آخر مستقل .

وتجدر الإشارة إلى أن طرفي التحكيم قلما يضعون هذه القواعد بأنفسهم، لكنهم عادة ما يولكون هذه المهمة لمستشاريهم القانونيين ، مخافة النقص أو العيب الفني، كما يلجأ الأطراف عادة لقواعد إجرائية موجودة في لوائح وهيئات ومراكز التحكيم الشهيرة لوضعها في شكل شروط أو بنود تعاقدية²

¹ الدكتور سراج حسين أبو زيد -مرجع سابق- ص 241

- و من بين الضوابط الأخرى تلك التي أشار إليها الأستاذ: محل إبرام التحكيم أو المقر المشترك للأطراف

² الدكتور سراج حسن أبو زيد -مرجع سابق- ص 455

اعترفت مختلف التشريعات والاتفاقيات و اللوائح بهذه الحرية للأطراف في تحديد القانون الإجرائي ، ومثلها قانون التحكيم الهولندي لعام 1986¹ و القانون البلغاري لعام 1988² والقانون الانجليزي لعام 1996³ ، والقانون البلجيكي لعام 1998⁴ ، ومن القوانين العربية القانون التونسي لعام 1993⁵ ، والقانون الإماراتي لعام 1992⁶ ، والقانون الموريتاني لعام 2000⁷ ، وكذلك القانون الجزائري.⁸

وتتجه بعض لوائح هيئات ومراكز التحكيم إلى فرض إجراءاتها على كل تحكيم يتم لديها و لا يكون للقواعد الإجرائية التي يحددها الأطراف إلا دور احتياطي من الدرجة الثانية، ومثال ذلك : لائحة التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس النافذة من أول يناير 1998⁹ ، وكذلك الاتفاقية الأوروبية لعام 1961¹⁰

بينما اتجهت لوائح هيئات تحكيم أخرى إلى تقديم قانون الإرادة الإجرائي على القواعد الإجرائية المقررة بها، ومثلها نظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام 1993¹¹

ب- عدم تحديد القانون أو القواعد الإجرائية التي تتبعها هيئة التحكيم: فإن هذه القواعد تحدد وفقا للاختيارات التالية:

01- اختيار قواعد إجرائية معمول بها لدى دولة:

أما في حالة اختيار قواعد إجرائية معمول بها لدى الدولة فإن اغلب القوانين واللوائح والاتفاقيات تحت تطبيق القانون الإجرائي لدولة مقر التحكيم (والذي لا نعود لشرح مبدئه) أو إلى تطبيق القانون الإجرائي للدولة التي يطبق قانونها على موضوع النزاع.

02- تطبيق قانون إجرائي ذاتي

¹ احمد عبد الكريم سلامة -مرجع سابق- ص 554 إلى 570

² القانون الهولندي لعام 1986 المادة 1036

³ القانون البلغاري لعام 1988 الماد 24

⁴ القانون الانجليزي لعام 1996 المادة 1042 فقرة 01

⁵ القانون البلجيكي لعام 1998 المادة 1693 فقرة 01

⁶ القانون التونسي لعام 1993 المادة 24

⁷ القانون الإماراتي لعام 1992 المادة 212 الفقرة 01

⁸ القانون الموريتاني لعام 2000 المادة 48

⁹ القانون الجزائري المادة 458 مكرر 6

¹⁰ المادة 15 فقرة 01 من لائحة غرفة التجارة الدولية لباريس لعام 1998

¹¹ المادة 04 من الاتفاقية الأوروبية لعام 1961

ويكون تطبيق القواعد الإجرائية اللائحية "أي التابعة لهيئة تحكيم" وذلك إذا لم تر هذه الهيئة ملاءمة تطبيق قانون مكان إجراء التحكيم، أو القانون واجب التطبيق على الموضوع، فإنها تلجأ إلى تطبيق القواعد الإجرائية المنصوص عليها في لوائحها وأنظمتها.

لكن ليست كل هيئات التحكيم تعمل وفق هذا المبدأ الذي لا تفرض فيه قواعد الإجرائية على كل تحكيم يعهد به إليها، إلا عند تخلف اتفاق طرفي التحكيم على تطبيق قانون إجرائي مخالف، بل وعلى العكس فإن غالبية هيئات ومراكز التحكيم لا تطبق إلا القواعد الإجرائية المنصوص عليها في لوائحها، فمثلاً لائحة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس، ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، واتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري، ونظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي، وأيضاً اتفاقية البنك الدولي، كلها تلزم العمل بقواعد الإجرائية .

وفي حالة خلو اللائحة أو النظام الذي تم اللجوء إليه من قواعد إجرائية، فإن الهيئة تتدبر أمرها وتبحث عن القاعدة الإجرائية الملائمة.¹

وأخيراً نشير إلى أن الاتفاقيات الدولية واللوائح -عدا تلك التي تفرض قواعد الإجرائية- وكذلك التشريعات الوطنية المتعلقة بالتحكيم أشارت إلى حرية الأفراد في اختيار القواعد الإجرائية المراد تطبيقها كمبدأ عام، ثم أشارت إلى وسائل بديلة أخرى، إذ اشتركت هذه الاتفاقيات في أن قانون الأفراد هو القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم كأصل عام بينما يكون قانون مكان التحكيم القانون المختص احتياطياً.

و هو ما ذهبت إليه لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لعام 1976 والقانون النموذجي الصادر عن اللجنة نفسها عام 1985، وكذلك بروتوكول جنيف لعام 1927 المتعلق بتنفيذ أحكام التنفيذ، و اتفاقية نيويورك لسنة 1958.²

بينما ذهبت لائحة التحكيم النافذة لدى محكمة لندن للتحكيم على الأخذ باختيار الأطراف للقواعد الإجرائية المراد إتباعها في المقام الأول، ثم القواعد الواردة في اللائحة في المقام الثاني، ثم القواعد التي تختارها محكمة التحكيم في المقام الثالث، وهو أيضاً ما أخذت به الجمعية الأمريكية للتحكيم³ أما الاتفاقية الأوروبية لعام 1961 فقد اختلفت الفقه بشأنها بين من يرى أنها أخذت بمبدأ سلطان الإرادة في اختيار القواعد الإجرائية، وبين من يرى أنها اعتمدت على القواعد الإجرائية الواردة فيها¹

¹ المادة 13 الفقرة (أ) من نظام مجلس الخليج للتعاون

² الدكتور احمد عبد الكريم سلامة -مرجع سابق- ص 583 إلى 612

³ الدكتور سراج حسن أبو زيد -مرجع سابق- ص 485 إلى 509

أما عن القوانين الوطنية فمجمل القول أنها أخذت من حيث المبدأ بالقانون المختار من قبل الأطراف كأساس، ومنحت في المقام الثاني للمحكّمين سلطة تحديد هذه القواعد، ومن ذلك القانون الفرنسي لعام 1981²، و القانون السويسري الجديد³.

و القانون الجزائري لم يخرج عن هذه القاعدة مع إعطاء المحكّمين ذات الحرية التي قررها للأطراف⁴، إذ يمكن للمحكّمين صياغة قواعد إجرائية بأنفسهم أو الاستناد إلى لائحة تحكيم معينة أو تطبيق قانون إجراءات يرونه، دون أن يلزم المشرع الجزائري الأطراف أو المحكّمين بتطبيق قانون وطني معين أو ينصّ عليه ولو بصفة احتياطية⁵.

الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

تعتبر مسألة القانون الواجب التطبيق على العقود بصفة عامة من المسائل الصعبة والشائكة في القانون الدولي الخاص، وتزداد هذه الصعوبة عندما تثور هذه المسألة أمام المحكّم كون هذا الأخير ليس له قانون اختصاصي أو ما يسمى قانون القاضي (*Lox Fori*) يحدد على أساسه القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المطروح⁶.

ولدراسة هذه المسألة نعرض النقاط التالية :

أولاً) تطبيق قانون إرادة الأطراف :

أصبح من المسلم به في مجال المعاملات الدولية الخاصة أن للأطراف المتعاقدة الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقاتهم التعاقدية ، وأنه في الحالة التي يختار فيها الخصوم قانونهم فإن المحكمة المعروض عليها نزاع يخص هذا العقد تلزم بتطبيق هذا القانون المختار ، طالما لا يتعارض مع النظام العام في الدولة ذات الشأن أو غير مشوب بالغش نحو القانون الذي كان من المفروض أن يحكم العقد.

ولقد أخذت غالبية الاتفاقيات و القوانين الوطنية بهذا المبدأ مع اختلاف في مدى استقلالية هذه الإرادة وحدودها.

¹ الدكتور احمد عبد الكريم سلامة فيما ذكره عن تفسير المادة 04 من الاتفاقية مرجع سابق صفحة598، و الدكتور سراج حسين أبو

زيد فيما ذكره عن تفسير المادة 9 من الاتفاقية

² المادة 1494 من القانون الفرنسي

³ المادة 182 من القانون السويسري

⁴ المادة 458 مكرر 6 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري

⁵ الدكتور سراج حسين أبو زيد -مرجع سابق- ص 509 إلى 514

⁶ الدكتور سراج حسين أبو زيد -المرجع سابق- ص

فيرى جانب من الفقه أن استعمال مصطلح (*Le Droit*) بدلا من مصطلح (*La loi*) في الاتفاقية الأوروبية سنة 1961 تعبير عن إرادة واضعي الاتفاقية في الاعتراف للأطراف ليس فقط باختيار قانون وطني بل أيضا القواعد المهنية والعادات و المبادئ المشتركة في قانون التجارة الدولية¹

فرغم أخذ القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لعام 1985 بمبدأ استقلال الإرادة في المقام الأول، إلا انه حظر اللجوء إلى الإحالة²، وهو الدرب الذي اتبعته القوانين الوطنية بالأخذ بمبدأ استقلال الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، ومن ذلك القانون الفرنسي³، والقانون السويسري⁴، والقانون الأيرلندي⁵ والقانون المصري⁶.

ولم يتجاهل القانون الجزائري هذا المبدأ الذي أصبح من المسلمات في قانون التجارة الدولية، لكن استعمال المشرع الجزائري لعبارة قواعد القانون عوض القانون الواجب التطبيق أوله البعض على أنه فتح المجال للأخذ بالمبادئ العامة للقانون أو ما يعبر عنه اليوم بقانون التجار (*lex mercatoria*)⁷

وقد تم ترجمة مصطلح (*lex Mercatoria*) إلى قانون التجارة الدولية، حيث ينطوي هذا القانون على عادات و أعراف التجارة الدولية و العقود النموذجية و الشروط العامة و المبادئ لعامة للقانون المشتركة بين الأمم المتمدنة و قواعد العدالة و الإنصاف متى تم تفويض المحكم في الحكم بمقتضاها، كما يمتد فيشمل أيضا الاتفاقيات الدولية الموحدة في شأن التجارة الدولية، سواء بالنسبة للقواعد العامة و الموضوعية أو قواعد الإسناد و كذلك التشريعات الوطنية المختلفة في شأن تنظيم التجارة الدولية و هذا القانون من طبيعة مهنية أساسا لتنظيم علاقات المجتمع الدولي للتجار، فهو قانون تكون خارج الدول (*de nature essentiellement extra étatique*)⁸

¹ الفقيه Goldman

² ما يعني إن اختيار الأطراف لقانون دولة معينة يستوجب تطبيق المحكم للقواعد الموضوعية في هذا القانون ليس لقواعد الإسناد فيه

- سراج حسين ابوزيد -مرجع سابق- ص 567

³ المادة 1496 من القانون الفرنسي

⁴ المادة 187 من القانون السويسري

⁵ المادة 1054 من القانون الأيرلندي

⁶ المادة 39 فقرة 01 من القانون المصري

⁷ الدكتور مصطفى تراري ثاني -مرجع سابق- ص 46 – 47

⁸ الدكتور 8 – ص 111 "....."....."....." يطلق على القواعد عبر الدولية، في معظم الدراسات الغربية المصطلح اللاتيني *lex*

mercatoria و هو المصطلح الذي كان يصف ظاهرة قديمة في العصور الوسطى، ترى بعض الدراسات الحديثة أنها قد عادت

للظهور مرة أخرى في العصر الحديث، و هو ما جعل البعض يرى جواز إعادة استخدام ذات المصطلح عن كلا الظاهرتين....."

ثانياً) قيام هيئة التحكيم بتحديد القانون المطبق على النزاع :

في حالة عدم اتفاق أطراف العلاقة التحكيمية على اختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، تقوم هيئة التحكيم باختيار القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالموضوع.

ونلاحظ أن الواقع العملي يكشف عن ميل قضاء التحكيم على المستوى الدولي إلى إعمال قانون محل إبرام العقد أحياناً، و قانون محل التنفيذ استناداً للإرادة الضمنية للأطراف والتي تكشف عنها ظروف التعاقد، كاستخدام قانون الدولة التي استعملت لغتها في العقد، أو ترجيح قانون الدولة إذا كانت طرفاً في العقد، أو الاستناد إلى اختيار مكان التحكيم كمؤشر على اختيار قانون هذا البلد الذي يجري فيه التحكيم.

كما يمكن للمحكم التحرر من التقيد بأي نصوص تشريعية أو أي قواعد قانونية أيا كان مصدرها، ليجري المحكم نوعاً من التسوية للنزاع المعروض عليه مستلهماً ما يراه محققاً للعدالة وما يرضى ضميره طالما أنه حقق مبدأ المساواة، وأتاح للأطراف مكنة إبداء أوجه دفاعهم¹

لقد منحت غالبية القوانين المحكمين سلطة التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، إما عن طريق قيام المحكم بتحليل عناصر العقد الموضوعية والقانونية ثم يطبق القانون الأكثر صلة بالعقد من غيره، وإما أن يفحص المحكم قواعد تنازع القوانين في مختلف الأنظمة القانونية الوطنية ذات العلاقة بموضوع النزاع، فإذا اجتمعت هذه القواعد على قانون داخلي معين فإنه يقرر تطبيق هذا القانون، وهو ما يعرف بطريقة التطبيق الجامع *application*

(*L' Cumulative*)، وإما أن يلجأ المحكم إلى قاعدة تنازع القوانين التي تحظى بقبول واسع من قبل

" فأما الظاهرة القديمة... حيث تمثلت في حرص التجار في أوروبا في كل مجتمع من مجتمعات تجارة الأسواق الموسمية على أن يلتزموا في معاملاتهم بما جرت به عاداتهم، و من هنا تشكلت مجموعات متعددة من القواعد العرفية الموضوعية مستجيبة لضرورات التجارة بين الأسواق أطلق عليها اصطلاح *lex mercatoria* "

" أما الظاهرة الحديثة التي بدأت في بداية القرن 20، فهي تلك المتمثلة في ظهور قواعد عبر دولية يصطنعها تدريجياً المتعاملون في المبادلات الاقتصادية الدولية لصالحهم، و بوجه خاص في اطار منظماتهم المهنية أنها القواعد التي تأخذ الأعراف التجارية الدولية و المبادئ العامة التي يستقر عليها قضاء التحكيم الاقتصادي الدولي"

¹ لدكتور محمد عبد الفتاح ترك -مرجع سابق- ص 434 إلى 445

الجماعة الدولية، -وبعبارة أخرى- قاعدة التنازع المعترف بها من قبل أنظمة القانون الدولي الخاص في مختلف بلدان العالم¹

ثالثاً) تحديد القانون الواجب التطبيق بواسطة قواعد التنازع:

كما يستطيع المحكم أن يلجأ إلى نظام تنازع القوانين في الدولة التي يحمل جنسيتها أو التي يوجد بها محل إقامته، وبرر جانب من الفقه هذا الاختيار بحجة أن هذا النظام يكوّن للمحكم أكثر الماماً به من غيره، و يعد النظام المختار ضمناً من قبل الأطراف الذين فضلوا هذا المحكم دون غيره، مما يدل بشكل غير مباشر على رغبة هؤلاء في تطبيق نظام تنازع القوانين في دولة المحكم المختار.

غير أن هذا الحل وجهت له العديد من الانتقادات أهمها أنه قد يؤدي إلى تطبيق قانون لا يمت بصلة لموضوع النزاع، كما أن المحكم ربما لا يكون مختاراً من قبل الأطراف، إضافة إلى هذا الحل يتعذر الأخذ به عندما تتشكل محكمة التحكيم من أكثر من محكم واحد، ويكون المحكمين من جنسيات مختلفة أو يقيمون في بلدان مختلفة.

في حالة ثانية فإن المحكم إذا لم يلجأ إلى نظام تنازع الدولة التي يحمل جنسيتها، فإنه يلجأ إلى قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص للدولة التي يحمل الأطراف جنسيتها أو التي يوجد بها موطنهم المشترك.

لكن هذا الحل أيضاً واجه مجموعة من الانتقادات، كون الأطراف غالباً ما لا يحملون الجنسية نفسها ولا يقيمون بالموطن ذاته .

وفي حالة ثالثة يمكن للمحكم أن يلجأ إلى قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص في الدولة التي كان من المفروض أن تختص محاكمها القضائية بالفصل في النزاع لو لم يتفق الأطراف على اللجوء للتحكيم.

وهذا الحل أيضاً أعيب عليه تعارضه مع الهدف الذي وجد لأجله اتفاق التحكيم المتمثل في الاستقلالية وتفادي تعقيدات وصعوبات مشكلة تنازع الاختصاص القضائي الدولي.

وفي حالة رابعة يمكن للمحكم اللجوء إلى قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص في الدولة التي سوف يطلب فيها تنفيذ حكم التحكيم بعد صدوره.

وتقد هذا الرأي أيضاً، لأن المحكم ليس له التحديد المسبق للدولة التي سيجري تنفيذ حكم التحكيم

فيها²

¹ الدكتور سراج حسين أبو زيد -مرجع سابق- ص 584 إلى 596

² الدكتور سراج حسين أبو زيد -مرجع سابق- ص 578 و 580

وهناك العديد من الحلول الأخرى التي لم تسلم أيضا من النقد، لذا فإن الرأي الغالب في الفقه ذهب للاعتراف للمحكّمين بالحرية في اختيار قواعد تنازع القوانين التي يستعان بها في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد موضوع النزاع المعروض عليهم¹ وهو الحل الذي أخذت به مختلف الاتفاقيات الدولية كالاتفاقية الأوروبية لسنة 1961، والقانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لسنة 1985²

المبحث الثاني

الشروط الموضوعية والشكلية لاتفاق التحكيم

قيل أن كل ما هو تعاقدى يكون عادلا، لأنه جوهر الإرادة الحرة للإنسان، والحق أو الالتزام الذي يأتي منه ليس إلا تعبير عن استغلال الإرادة الإنسانية، فالاتفاق أو العقد ذاته لا قيمة أدبية أو قانونية له إلا باعتباره مظهرا للتراضي والحرية، ومن التراضي يستمد ذلك الاتفاق أو العقد قوته الملزمة³

ويصنف إتفاق التحكيم ضمن العقود إذ يجمع بين عدة أطراف، لذا فمن البديهي أن يشتمل على شروط الصحة لانعقاده (مطلب أول) و شروط شكلية (مطلب ثان)

المطلب الأول: الشروط الموضوعية

اتفاق التحكيم شأنه شأن أي اتفاق لا يعدو أن يكون إلا تعبيراً عن إرادتين تراضتا على اختيار التحكيم وسيلة لتسوية منازعات ثارت أو قد تثور⁴ لكن هاتين الإرادتين المتراضيتين لا تكفيان بأي حال من الأحوال لصحة اتفاق التحكيم، لذا كان لزاما توفر أركان أخرى نناقشها تباعا متطرقين للرضا والأهلية (فرع أول) ثم المحل والسبب (فرع ثان)

¹ من الفقهاء الذين اخذوا بها الرأي BATIFOL - LALIVE - PH . FOUCHARD – KENTGEN

² المادة 07 فقرة 01 من الاتفاقية الأوروبية لعام 1961

³ المادة 28 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لعام 1985

⁴ الدكتور احمد عبد الكريم سلامة -مرجع سابق- ص 347 إلى 348

⁴الدكتور محمد عبد الفتاح -مرجع سابق- ص 400

الفرع الأول: الرضا والأهلية

أولاً: التراضي الصحيح:

وهو تطابق إرادتين واتجاههما إلى ترتيب آثار قانونية تبعا لمضمون ما اتفقتا عليه، ويجب أن تنجبه الإرادة إلى أحداث أثر قانوني معين، وهذا الأثر هو إنشاء الالتزام.

فالقاعدة في شأن الرضا هي وجوب أن تتقابل إرادة طرفي الاتفاق على اتخاذ التحكيم وسيلة لفض النزاع الناشئ أو الذي سينشأ بينهما، ويجب أن تكون الإرادة حرة سليمة، خالية من العيوب، غير مشوبة بعيب من العيوب كالغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال.

وغالبا ما يقع التعبير عن الإرادة صريحا وببرم الطرفين لذلك اتفقا على التحكيم يتبين فيه الإيجاب والقبول الملتقيان على اختيار التحكيم لحسم النزاع، فإذا تعلق الأمر بشرط تحكيم فمن الضروري التحقق من تطابق إرادة المحكمتين بشأن هذا الشرط بوصفه بندا من البنود، وإذا كان الأمر متعلقا بمشاركة تحكيم فإن العملية التحكيمية تكون هي محل تطابق الإرادتين بشأنها.

ويثير التعبير عن الإرادة إن لم يكن صريحا (أي ضمنيا) الكثير من الصعوبات عند تفسيره، فمثلا: لو أرسل احد الطرفين إلى الآخر رسالة يعرض فيها التحكيم ويحدد ميعادا للرد على هذا العرض، ثم انقضى الميعاد دون أن يصله الرد، يعتبر سكوت المخاطب رضاء بالتحكيم.

وكذلك قد يتفق الطرفان صراحة على مبدأ التحكيم، لكنهما يحيلان مسألة الإجراءات إلى لائحة إحدى المنظمات الدائمة، ثم يحدث مثلا أن تعدّل لائحة التحكيم لتلك الهيئة في الفترة ما بين اتفاق على التحكيم وافتتاح إجراءاته. ففي هذه الحالة تسري عليه الأحكام المعدلة¹

وتجدر الإشارة إلى إن اتفاق التحكيم، سواء جاء في صورة شرط أو مشاركة قد يخضع لقانون يختلف عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي²، مما يستلزم الرجوع في شأن توافر الرضا وصحته وخلوه من العيوب للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم.

ثانياً: الأهلية

أن التعبير عن الإرادة بقبول التحكيم أو بما يفيد الاتفاق على التحكيم كوسيلة لحل النزاع الحالي أو المستقبلي يصدر عن أشخاص معينين هم أطراف الاتفاق.

لذلك لا بد من التأكد من أهليتهم لإبرام هذا النوع من التصرفات، والتي يجب أن تكون أهلية الأداء اللازمة لصدور إرادة كافية لإبرام الاتفاق.

¹ الدكتور عاطف شهاب مرجع سابق صفحة 68 إلى 62

² راجع المبحث الخاص بالقانون الواجب التطبيق - لاحقا.

فبانعدام هذه الأهلية أو نقصانها يكون اتفاق التحكيم باطلاً أو قابلاً للإبطال، ولا يرتب أثره. ومن حيث أن المراد هو أهلية الأداء ، فيجب أن يكون لدى كل طرف في اتفاق التحكيم أهلية التصرف في حقوقه، فكل من يملك التصرف في حقوقه المالية أصلاً، أو بإذن المحكمة، أو بحكم القانون في الولاية والوصاية والقوامة ، أو اتفاقاً بموجب الوكالة، يكون أهلاً لإبرام اتفاق التحكيم، ولا يكفي أهلية اللجوء إلى القضاء¹، ولا أهلية التعاقد، ولا تكفي أيضاً أهلية القيام بأعمال الإدارة . أما الأشخاص التي يفترض أن تكون طرفاً في اتفاق التحكيم والتي يتم البحث عن مدى توافر الأهلية لديهم لإبرام مثل هذه الاتفاقات فيمكن أن تكون أشخاصاً طبيعيين أو أشخاصاً اعتبارية خاصة أو عامة

أ) بالنسبة للأشخاص الطبيعيين

القاعدة في فقه التحكيم التقليدي أن من يملك حرية التصرف في حقوقه يملك الحق في الالتجاء إلى التحكيم، وعليه لا يملك هذا الحق إلا الشخص الكامل الأهلية الذي يملك حرية التصرف في حق المتنازع عليه، لأن اتفاق التحكيم يرتب التنازل عن رفع النزاع إلى قضاء الدولة، مما قد يعرض الحق المتنازع عليه للخطر.

وعليه فإنه لا يجوز لقاصر أو المحجور عليه قبول التحكيم لأنه لا يملك الاتفاق عليه بل يكون هذا الحق لوليّه أو الوصي عليه أو القيم نيابة عليه، كما لا يجوز ذلك لصغير السن أو الذي اعترض أهليته عارض بعد بلوغه سن الرشد²

واشترطت مختلف التشريعات الأهلية من أجل إبرام اتفاق التحكيم، منها القانون المصري لعام 1994، والقانون السعودي لعام 1983، والقانون الإماراتي لعام 1992، والقانون التونسي لعام 1993³

أما عن القانون المختص الذي يتم وفقاً له تقدير توفر الأهلية من عدمها فإن الأمر يختلف بحسب الجهة التي أثّرت هذه المسألة أمامها.

فإذا أبرم اتفاق تحكيم بين طرفين مختلفي الجنسية ودفع أحدهما ببطلان الاتفاق أمام قضاء الدولة لانعدام أهليته أو أهلية الطرف الآخر، سواء بخصوص دعوى مرفوعة يوجد بصدها اتفاق

¹ الدكتور احمد عبد الكريم سلامة -مرجع سابق- ص 349

² الدكتور عاطف شهاب -مرجع سابق- ص 93 إلى 96

³ المادة 11 من القانون المصري

- المادة 02 من القانون السعودي

- المادة 203 فقرة 4 من قانون الإجراءات الإماراتي و- المادة 8 من القانون التونسي

تحكيم، أو بخصوص طلب تنفيذ حكم التحكيم، فإنه يكون علينا إعمال القواعد العامة في نظرية تنازع القوانين، وبالتالي اعتبار الأهلية من مسائل الأحوال الشخصية مما يعني تطبيق قاعدة التنازع التي تقرر تطبيق القانون الشخصي لمن يثور النزاع حول أهليته، سواء كان قانون الدولة التي ينتمي إليها بموطنه (مثلما أخذت به النظم الانجلوساكسونية)، أو ينتمي إليها بجنسيته (مثلما أخذت به النظم اللاتينية وقوانين البلاد العربية).

أما في حالة إثارة الدفع بانعدام الأهلية أمام قضاء التحكيم، فإن الصعوبة تثور في كون المحكم ليس له قانون قاضي (*Lex Fori*) به نظام إسناد أو حل تنازع القوانين.

لذلك اتجه جانب من الفقه إلى تطبيق المحكم للقانون المختص بحكم العلاقة الأصلية على أهلية الأطراف لإبرام اتفاق التحكيم¹، أي أن الأهلية تتبع إسناد الرابطة أو العلاقة الأصلية.

لكن هذا الرأي انتقد بشدة لعدة أسباب، أهمها أن الأهلية هي عنصر من عناصر الشخصية القانونية، وليست عنصرا من عناصر التصرف القانوني وبالتالي هي تتبع الشخص ولا تتبع التصرف كما أن توفر الأهلية شرط مسبق لوجود الاتفاق على التحكيم.

واتجه رأي آخر يقرر أهمية وجود قاعدة تنازع موحدة يحدد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق على أهلية إبرام اتفاق التحكيم، تؤدي إلى حل واحد أيا كانت الجهة القضائية التي تثور أمامها مشكلة صحة أو عدم صحة اتفاق التحكيم بسبب الأهلية².

ويرى هذا الجانب من الفقه أن هذه القاعدة الموحدة التي يمكن الأخذ بها من طرف قضاء الدولة أو قضاء التحكيم هي القاعدة المقررة في النظام القانوني لدولة مقر التحكيم.

لكن أصحاب هذا الرأي لم يبرروا تفضيل دولة مكان إجراء التحكيم على أي دولة أخرى، مما جعل رأيهم لم يلق رواجاً كبيراً، لذلك فإن أغلب النظم القانونية اختارت تطبيق القانون الشخصي، فمن يثور الخلاف بشأن أهليته لإبرام اتفاق التحكيم إما باختيار قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته أو قانون دولة موطنه حسب الأحوال³.

ب- أهلية الأشخاص الاعتبارية الخاصة :

المقصود بالأشخاص الاعتبارية الخاصة "الشركات"، سواء كانت مدنية أو تجارية، كشركات التضامن والتوصية، وشركات المساهمة، وذات المسؤولية المحدودة.

¹ هذا الرأي للفقيه GOLDMAN

² من الفقهاء القائلين بهذا الرأي : (G L CHESHI) – (J.C.H.MORRIS) – (A. V. DICEY)

³ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة -مرجع سابق- ص 350 إلى 358

فكما يجوز للأشخاص الطبيعيين الاتفاق على التحكيم، كذلك يجوز للأشخاص الاعتبارية، وبالنسبة لمسألة توافر شرط الأهلية، فمناطها البحث في مدى تمتع الممثل القانوني للشركة بسلطة إبرام اتفاق التحكيم، سواء كان مدير الشركة أو رئيسا لمجلس إدارتها. والأمر يستلزم بداية التحقق من مدى اكتساب واستيفاء الشركة للشروط المنصوص عليها في القانون لتنشأ لها الشخصية الاعتبارية التي تتعامل بها الشركة مع الغير. فالشركات المدنية لا يملك مديرها سلطة إبرام اتفاق التحكيم دون أن يكون هناك تفويض أو توكيل خاص بذلك.

أما الشركات التجارية فالأمر يختلف فيها، حيث يجمع الفقه على أن مدير الشركة التجارية، طالما يملك سلطة الإدارة، والتصرف في الأموال المملوكة للشركة التي يمثلها، فإنه يملك سلطة إبرام اتفاقات التحكيم بشأن الأعمال التجارية للشركة، دون وكالة خاصة.

وتبرير ذلك أن مجلس إدارة الشركة قد منح للمدير بصفة عامة سلطة الإدارة، لذا يجوز له إبرام مثل هذه الاتفاقات نيابة عن الشركة، وأيضا لأن التحكيم أصبح من مستلزمات إدارة الشركات التجارية، والطريق العادي الذي تسلكه هذه الشركات لفض منازعاتها مع الغير. ولكن إذا وجد بعقد تأسيس الشركة ما يستوجب حصول ممثلها القانوني على موافقة مجلس إدارتها قبل إبرام اتفاق التحكيم، فإنه يلزم بانتظار هذه الموافقة، وإلا كان الاتفاق المبرم باطلا. أكدت العديد من أحكام التحكيم، أنه إذا جاوز مدير الشركة سلطاته، لا يمكنه الاحتجاج بالاتفاق الذي أبرمه على الشركة.

وتجدر الإشارة إلى أن مدير الشركة التي مازالت تحت التأسيس يجوز له إبرام اتفاق التحكيم، لكنه يلتزم به شخصيا، لأن الشركة لم تكتسب بعد الشخصية المعنوية، بينما المصفي لا يجوز له ذلك إذا كانت الشركة تحت التصفية، أو وجد نص يمنحه هذا الحق لأنه لا يعتبر إلكيلا عاما¹.

ج- أهلية الأشخاص الاعتبارية العامة:

يقصد بالأشخاص الاعتبارية العامة "الدولة" كأحد أشخاص القانون العام، وكذلك أجهزتها ومؤسساتها العامة لما لها من شخصية اعتبارية مستقلة عن الدولة التابعة لها. ولا يتعلق الأمر في هذا المجال بالأهلية بقدر ما يتعلق بقدرة الأشخاص الاعتبارية العامة، وصلاحياتها أو سلطتها في إبرام اتفاقات التحكيم، أو إبرام عقود تتضمن شرط التحكيم. لم تتخذ القوانين الوطنية موقفا موحدًا تجاه مسألة أهلية الدولة والأشخاص المعنوية العامة الأخرى للتحكيم، بل اختلفت فيما بينها.

¹ الدكتور عاطف شهاب -مرجع سابق- ص 96 إلى 99

فمن القوانين التي أقرت أهلية الدولة والأشخاص العامة للتحكيم نذكر مثلا: القوانين الأوربية كالنمسا، واسبانيا، وايطاليا، وسويسرا، وتشريعات الدول الاسكندنافية (الدانمارك وفنلندا والسويد والنرويج) وكذلك روسيا، والمجر، وبوليفيا، ويوغسلافيا¹

أما القوانين التي تضمنت حظر الدولة والأشخاص العامة للجوء إلى التحكيم ثم تراجعت عن هذا الحظر نجد قانون المملكة السعودية الذي كان يجيز اللجوء إلى التحكيم، ثم تقرر الحظر بموجب قرار مجلس الوزراء السعودي، ثم صدر قانون التحكيم لسنة 1983 ليجيزه بشرط الحصول على موافقة مجلس الوزراء.

أما القانون الليبي فقد فرض الحظر على الدولة في اللجوء إلى التحكيم بموجب قانون رقم 76 لسنة 1970 لكن الحظر لم يستمر طويلا ليعدل هذا القانون في 1971 بجواز إلغاء الحظر من قبل مجلس الوزراء، لكنه عاد وحظر اللجوء إلى التحكيم بموجب قانون 1986.

أما المشرع الجزائري فإن الحظر الذي كان يفرضه على الدولة والأشخاص العامة قد تجاوزه بموجب المرسوم المعدل لقانون الإجراءات المدنية، والصادر عام 1993، بعدما أثبت الواقع العملي لجوء الجزائر للتحكيم عدة مرات خاصة في مجال عقود البترول، وذلك رغم وجود النص الصريح بالحظر مما جعل ضرورة تعديله تفرض نفسها²

أما عن الدول التي تحظر قوانينها اللجوء للتحكيم نهائيا فنجد قوانين دول أمريكا اللاتينية التي اعتبرت التحكيم اعتداء على سيادتها ومن هذه الدول نذكر الأرجنتين وفنزويلا والشيلي....³

الفرع الثاني: المحل والسبب

أولا) مدى قابلية النزاع للتسوية عن طريق التحكيم (المحل)

محل الاتفاق على التحكيم هو موضوع النزاع المراد جسمه عن طريق التحكيم، و هو من الأمور الهامة التي يتوقف عليها تقرير صحة اتفاق التحكيم من عدمه، كما يتوقف عليها الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه⁴.

والبادي من اشتراط محل النزاع القابل للتسوية بطريقة التحكيم، كون هذا الأخير لا يزال يعتبر استثناء عن قضاء الدولة بوصفه هو الأصل، وبالتالي يتحدد نطاق التحكيم بمنازعات معينة لا يتعداها

1.

¹ الدكتور سراج حسين أبي زيد -مرجع سابق- ص 304 و 305

² المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري

³ الدكتور سراج حسين أبو زيد -مرجع سابق- ص 312 و 313

⁴ الدكتور عاطف شهاب -مرجع سابق- ص 145

ومن المسلم به أن كل دولة تتولى وبحرية تحديد المسائل التي يجوز أو لا يجوز الاتفاق على تسويتها بطريق التحكيم.

وبذلك فإن بعض الدول تجعل الأصل هو جواز التحكيم في كافة المسائل مع استثناءات محددة على سبيل الحصر، بينما بعض الدول الأخرى تقف موقفا حذرا باعتبارها التحكيم طريقا استثنائيا لتسوية المنازعات.

في حين أخذت دول أخرى موقفا وسطا توفيقيا في هذا الخصوص، إذ تحدد المسائل التي يجوز فيها التحكيم إما عن طريق تشريع، أو عن طريق اجتهاد قضائي يعطي لفكرة النظام العام مفهوما ضيقا²

وفيما يخص فكرة النظام العام، فتجدر الإشارة إلى أنها فكرة مرنة ليس لها ضابط محدد قاطع بالإضافة إلى كونها فكرة معيارية تختلف من دولة لأخرى ومن زمن لآخر، واختلف الفقه فيما إذا كان المقصود هو النظام العام الداخلي أو الدولي. أو غيرهما.

إذ يذهب جانب من الفقه إلى أن المقصود ليس النظام العام الوطني الذي لا يتم إعماله إلا في الحالات التي يكون فيها التحكيم وطنيا بحتا لا تتوفر له معايير دولية، بل ما عرف عند بعض الفقهاء بالنظام العام الدولي الحقيقي الذي يضم القواعد المشتركة بين كل المجتمعات دولا وشعوبا كما هو الحال بالنسبة لتحريم تجارة الرقيق الأبيض والأسود³

بينما أحصى جانب آخر من الفقه المسائل المتعلقة بالنظام العام، والتي لا يجوز تسويتها عن طريق التحكيم، ومنها: المسائل المتعلقة ببراءة الاختراع أو العلامات التجارية أو الخاصة باكتساب الجنسية أو المتعلقة بنزع الملكية للمنظمة العامة، أو المتعلقة بأعمال السيادة أو المتاجرة في الأسلحة والذخائر والمخدرات، والمنازعات المتعلقة بالمطالبة بديون القمار أو الفوائد الربوية، كما لا يجوز التحكيم بين المتهم والنيابة العامة في شأن القيام بجريمة أو لا، وكذلك المنازعات المتعلقة بإجراءات التنفيذ الجبري من حيث الصحة والبطان⁴

ورغم اختلاف الآراء إلا أن هذا لا يعني إهمال النظام العام الداخلي للدولة خصوصا إذا كانت الاتفاقات الدولية المتعلقة بالتحكيم قد ربطت التزام الدول بالاعتراف باتفاقات التحكيم، بأن يكون النزاع متعلقا بمسألة تقبل التسوية بطريق التحكيم دون وضع حدود لذلك، ودون وضع قاعدة موضوعية تلتزم بها كل الدول الأعضاء.

¹ الدكتور احمد عبد الكريم سلامة -مرجع سابق- ص 388

² الدكتور عاطف شهاب -مرجع سابق- ص 146

³ الدكتور مصطفى تراري ثاني -مرجع سابق- ص 52 و 53

⁴ الدكتور احمد عبد الكريم سلامة -مرجع سابق- ص 391 و 392

ومن ذلك ما ذهب إليه بروتوكول جنيف لسنة 1923 وكذلك اتفاقية نيويورك لعام 1958 وأيضا اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1956¹.

أما عن القانون الواجب التطبيق على هذه المسألة، فإن الآراء اختلفت شأنه إلى:

رأي أول: يتجه إلى إعمال قواعد قانون الدولة محل إبرام اتفاق التحكيم وذلك باعتباره القانون المختار ضمنيا من قبل الأطراف في حالة غياب قانون الإرادة.

لكن النقد الذي وجه لهذا الرأي يقوم على عدم وجود صلة بين مكان التحكيم وموضوع النزاع ولا بالمسائل المتعلقة به.

رأي ثان: اتجه إلى الأخذ بقانون البلد الذي تختص محاكمه بنظر النزاع ولو لم يتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم

وهو حل غير كاف كون النزاع غالبا ما يدخل في اختصاص محاكم أكثر من دولة.

رأي ثالث: يرى أن تحديد القانون الواجب التطبيق على مدى قابلية النزاع للتسوية عن طريق التحكيم تحكمه نقطتين.

الأولى: عندما تثار مسألة القابلية أمام المحكم أو القاضي الوطني في المرحلة السابقة على صدور حكم التحكيم، فيدعى احد الأطراف عدم صحة اتفاق التحكيم، وفي هذه الحالة تعتبر القابلية شرطا لصحة اتفاق التحكيم وتخضع للقانون الذي يخضع له الاتفاق ذاته²

الثانية: عندما تثار مسألة القابلية أمام القاضي الوطني في مرحلة الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه وفي هذه الحالة تعتبر القابلية شرطا للاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه.

وبالتالي فإن القاضي الوطني المطلوب منه الاعتراف بهذا الحكم وتنفيذه، سيفحص ما إذا كان النزاع يقبل التسوية بطريق التحكيم أو لا وفقا لقانونه الوطني.

وهو الحل الذي اتجهت إليه الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم كاتفاقية نيويورك 1958، واتفاقية الأوروبية لسنة 1961، وكذلك القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لعام

1985³

¹ المادة 23 فقرة 01 من بروتوكول جنيف

- و المادة 2 فقرة 01 من اتفاقية نيويورك

- المادة 05 من اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1956

² الدكتور سراج حسين أبي زيد -مرجع سابق- ص 290 و 292

³ المادة 5 فقرة 1 و 2 من اتفاقية نيويورك

- المادة 6 فقرة 2 من الاتفاقية الأوروبية لعام 1961

المواد 34 و 36 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لعام 1985

ورغم أن هذا الحل هو الذي اعتمده العديد من الاتفاقات الدولية، إلا أنه لم يسلم من النقد كونه يزيد من حالات تدخل قاضي وقانون دولة التنفيذ كما أنه يخضع مسألة القابلية لأكثر من قانون مما يؤدي إلى تضارب الحلول¹

ثانياً) السبب

يرى البعض أن هذا الركن لا يثير صعوبة خاصة في هذا المجال، لأن اتفاق التحكيم يجد سببه في إرادة الأطراف استبعاد طرح النزاع على القضاء وعرضه على المحكمين²، وهو سبب مشروع دائماً، ولا يتصور عدم المشروعية إلا إذا ثبت أن المقصود بالتحكيم هو التهرب من أحكام القانون الذي كان سيتعين تطبيقه لو طرح على القضاء، نظراً لما يتضمنه هذا القانون من قيود والتزامات يراد التحلل منها، الأمر الذي يمثل حالة من حالات الغش نحو القانون فيكون التحكيم وسيلة غير مشروعة يراد بها قيام الأطراف أو المحكم باختيار القانون الواجب التطبيق بناء على حريتهم³ والسبب غير المشروع لا يختلط بالمحل غير الممكن أو غير المشروع، حيث أن السبب غير المشروع يستوجب البحث عن الإجابة للتساؤل " لماذا " لجأ الأطراف للتحكيم؟ أما المحل غير الممكن أو غير المشروع فيرتبط بتحديد الموضوع المراد حسمه بطريق التحكيم وهل هو ممكن ومشروع أو لا⁴

المطلب الثاني: شكل اتفاق التحكيم

¹ الدكتور سراج حسين أبو زيد -المرجع سابق- ص 293 وكذلك للفقهاء PH . FOUCHARD

² الدكتور عاطف شهاب -مرجع سابق- ص 181 عن الدكتور محسن شفيق

³ الدكتور سراج حسين أبو زيد : التحكيم الدولي الخاص -بدون دار النشر- طبعة 1987 صفحة 13

⁴ عاطف شهاب -المرجع سابق- ص 182

بعد أن تعرضنا إلى الأركان الموضوعية لاتفاق التحكيم، نحاول في هذا المبحث التطرق إلى الشكلية في اتفاق التحكيم (فرع أول) ثم القانون الواجب التطبيق على شكل اتفاق التحكيم (فرع ثان)

الفرع الأول: الشكلية في اتفاق التحكيم

إذا كان الاتفاق على التحكيم يتم برضا الأطراف المتعاقدة كما هو الشأن في سائر العقود الاتفاقية مع محل سبب تتوفر فيهما الشروط القانونية فإن هذه الأركان الموضوعية لا تكفي لوحدها لإيجاد اتفاق تحكيم إذ يشترط أن يفرغ هذا الاتفاق في شكل معين، فلا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة حتى لو تعلق الأمر بالمواد التجارية فلا يجوز إثباته بشهادة الشهود وإن كان يكفي الإقرار واليمين الحاسمة ولا يلزم في الكتابة شكل خاص أو ألفاظ معينة ويكون للمحكمة تكييف العقد بحقيقة مقصود العاقدين ومراعاة دقة التفرقة بين التحكيم والخبرة أو الصلح أو الوكالة أو التوفيق¹.

وتشترط معظم الدول أن يكون الاتفاق على التحكيم مكتوباً مع اختلاف في طبيعة هذا الشرط أ- من حيث كونه إلزامياً للانعقاد: بمعنى أن اتفاق التحكيم - وفق هذه القوانين - هو عقد شكلي والكتابة فيه ركن، ولا يصح من دونها ولا ينتج آثاره.

وهو الاتجاه الذي اعتمده القانون المصري لعام 1994 القانون الانجليزي لعام 1996 ، و القانون الفرنسي 1981، والقانون الألماني لعام 1987² .

والقانون الجزائري هو الآخر اعتمد الكتابة شرطاً للانعقاد واعتبر أن اتفاق التحكيم ينعقد طبقاً لقاعدة مادية، بالكتابة تحت طائلة البطلان³.

كذلك فإن بعض الاتفاقات الدولية فرضت الكتابة في لوائحها كما نصت عليه اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام 1987⁴ و اتفاقية واشنطن لعام 1965⁵ واتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام 1983⁶، إضافة إلى نظام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ولائحة مركز التحكيم لدول الخليج العربية⁷.

¹ الدكتور محمد عبد الفاتح ترك -مرجع سابق- ص 401

² المادة 12 فقرة 01 من القانون المصري

- المادة 5 فقرة 4 من القانون الانجليزي -

-المادة 142 من القانون الفرنسي

-المادة 763 من القانون الألماني

³ الدكتور مصطفى تراري ثاني -مرجع سابق- ص 40

⁴ لماد 01 من الاتفاقية العربية لعمان

⁵ المادة 25 من اتفاقية واشنطن لعام 1965

⁶ المادة 37 من اتفاقية الرياض لعام 1983

⁷ المادة 12 من نظام مركز القاهرة

ب- من حيث كونه مجرد وسيلة للإثبات وليس للانعقاد: مما يعني أن اتفاق التحكيم لا يبطل أو ينعقد عند تخلف شرط الكتابة، ولكن يتعين البحث عن وسيلة أخرى للإثبات لأن هذا الاتفاق يصبح غير ذي فعالية عند إنكاره من أحد الأطراف.

من القوانين التي اتجهت للأخذ بهذا الاتجاه نجد - على سبيل المثال لا الحصر - القانون الموريتاني لسنة 2000¹ والقانون الهولندي لعام 1986² والقانون البلغاري لعام 1988³ والبرازيلي لعام 1996⁴.

وحسب هذا الاتجاه فإن اتفاق التحكيم يمكن إثباته من خلال تبادل الرسائل أو الخطابات التي يحررها ويرسلها أحد الأطراف ويقبلها الطرف الآخر، كأن يرفع المحكم طلبه إلى التحكيم ولا يعترض على ذلك المحكم ضده، ومثاله أن لا يعترض المشتري على ما جاء بخطابات البائع من رغبة في عرض المنازعات الناشئة عن المعاملات الجارية بينهما على قضاء التحكيم⁵.
وبين هذين الاتجاهين نجد بعض الدول لا تشترط الكتابة في اتفاق التحكيم إذا وقع بين التجار كالسويد والدانمرك وألمانيا⁶.

بينما اختلف الفقه في شأن القانون الانجليزي إذ يرى جانب منه أن هذا القانون يعتبر الكتابة شرط للانعقاد⁷، في حين يرى البعض الآخر أن هذا القانون يعتبر الكتابة وسيلة لإثبات اتفاق التحكيم⁸.

ومهما يكن من أمر تلك الاتجاهات، فالبادي أن علة استلزام الكتابة عموماً، سواء لوجود اتفاق التحكيم أو لإثباته، تكمن في أن هذا التصرف يتصف بالخطورة كونه يرتب أثر في حق الدولة لما يؤدي إليه من نزاع الاختصاص منها، ويرتب أثراً في حق الأطراف أنفسهم لأنهم يخاطرون ببعض حقوقهم دون علم مؤكد لما سيفضي إليه حكم التحكيم، إضافة إلى أنه يرتب أثراً في حق الغير عندما يمتد اتفاق التحكيم لعقود أخرى لها علاقة بالعقد الأصلي.

¹ المادة 6 من القانون الموريتاني لعام 2000

² المادة 1021 من قانون الإجراءات المدنية الهولندي لعام 1986

³ المادة 2/07 من قانون التحكيم البلغاري لعام 1988

⁴ المادة 04 & من قانون التحكيم البرازيلي لعام 1996

⁵ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة -مرجع سابق- ص 418-423

⁶ الدكتور محمد عبد الفتاح -مرجع سابق- ص 402

⁷ احمد عبد الكريم سلامة -المرجع سابق- ص 421

⁸ الدكتور محمد عبد الفتاح -المرجع سابق- ص 402

وتجدر الإشارة إلى أن مسألة تعارض قانون وطني واتفاقية دولية في شأن الشكل أثار جدلا فقهيًا أفضى إلى اقتراح عدة حلول منها:

- نص الاتفاقية الدولية يسمو على النص الداخلي، وهو الأولى بالإعمال.
- الأخذ بالنص الأكثر تيسيرا سواء كان واردا بالنص الداخلي أو بالنص الاتفاقي.
- ضرورة إعمال النص الذي يأخذ بالشكلية كشرط للإثبات، لأن ذلك أدعى إلى تشجيع اللجوء للتحكيم وإبعاده عن النصوص والقيود القانونية الداخلية.

الفرع الثاني: القانون الواجب تطبيقه على شكل اتفاق التحكيم

نشير بداية إلى انه جرى العمل على إخضاع العقد لقانون محل إبرامه من حيث الشكل والموضوع وذلك تطبيقا لقاعدة "المحل يحكم التصرف"، وقد استمر الحال على ذلك إلى أن جاء الفقيه الفرنسي (*Dumoulin*) بنظريته الخاصة بإخضاع موضوع التصرف لقانون إرادة المتعاقدين. وبذلك أصبحت قاعدة إخضاع التصرف لقانون محل إبرامه قاصرة على شكل التصرف فقط. وقد ثار الخلاف حول طبيعة هذه القاعدة، لكن الاتجاه الغالب هو أن قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه من طبيعة اختيارية وليست إلزامية، وأن هذه القاعدة تقررت أساسا بهدف التيسير على المتعاقدين، عندما لا يكون بمقدورهم إبرام التصرف في غير الشكل المقرر في قانون محل الإبرام.

وعليه، ليس هناك ما يبرر جعل هذه القاعدة إلزامية وإجبار الأطراف على الخضوع لقانون محل الإبرام إذا كان من السهل عليهم إخضاع التصرف للأشكال المقررة في قانون آخر. ورغم أخذ غالبية القوانين الوطنية بقاعدة خضوع الشكل العقد عموما لقانون محل الإبرام، ورغم اعتبارها قاعدة اختيارية وليست ملزمة، إلا أن الآراء اختلفت بشأن شكل اتفاق التحكيم¹ اتجه جانب من الفقه إلى القول بجواز اختيار الأطراف بين قانون دولة محل الإبرام وقانون دولة مقر التحكيم²، بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى إخضاع شكل اتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية لهذا الاتفاق أولا ثم لقانون دولة محل إبرام العقد³.

¹ الدكتور سراج حسين أبو زيد -مرجع سابق- ص 283

² الفقيه G. SAUSSER HERLL

³ الفقيه P H- FOUCHARD

ويرى هؤلاء أن إعطاء الأولوية للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، لا يعني استبعاد أو تجاهل قانون الدولة محل الإبرام كلية، فقد يكون من شأن تطبيق قانون الإرادة اعتبار اتفاق التحكيم باطلا من حيث الشكل، وذلك لعدم توافر الشروط الشكلية التي يتطلبها هذا القانون. وفي هذه الحالة يتعين اللجوء إلى قانون الدولة محل الإبرام والذي يمكن أن يؤدي تطبيقه إلى اعتباره اتفاق التحكيم صحيحا من حيث الشكل.

بالإضافة إلى أن القانون الدولي الخاص النافذ في الدولة مقر التحكيم أو في دولة القاضي المعروض عليه المنازعة في شكل اتفاق التحكيم قد يأخذ بقاعدة خضوع الشكل لقانون الدولة محل الإبرام¹

وخلاصة هذه الآراء أن القانون واجب التطبيق على شكل اتفاق التحكيم هو قانون محل إبرام التصرف تطبيقا لقاعدة المحل يحكم شكل التصرف (*Le principe LOCUS REGIT ACTUM*) غير أن الطابع التخييري لهذه القاعدة يجعل اتفاق التحكيم صحيحا من حيث الشكل الذي يفرغ فيه والمفروض بموجب قانون الإرادة للقانون واجب التطبيق على موضوع الاتفاق أو بموجب القانون واجب التطبيق على العقد الأصلي.

إلا أن هناك رأي من الفقه يذهب إلى استبعاد منهج تنازع القوانين كلية مع ضرورة الاعتراف بصفة وسلامة اتفاق التحكيم من حيث الشكل، وذلك استقلالا عن العقد الأصلي².

¹ الدكتور سراج حسين أبو زيد -مرجع سابق- ص 254 – 285

² الدكتور احمد عبد الكريم سلامة - مرجع سابق- ص 416 – 417

الفصل الثالث

آليات التداعى

فى خصومة التحكيم

ونماذج عن دعاوى تحكيمية

الفصل الثالث

آليات التداعي في خصومة التحكيم

ونماذج عن دعاوى تحكيمية

وهو الجانب العملي في هذه الدراسة نوضح فيه مراحل سير الخصومة التحكيمية (مبحث أول) ثم نعرض نماذج من أحكام تحكيمية مختلفة (مبحث ثان)

المبحث الأول

آليات التداعي في خصومة التحكيم

نتناول في هذا المبحث مراحل سير الخصومة التحكيمية، فننتقل إلى محكمة التحكيم (مطلب أول)، ثم نرجع إلى الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم والمحتكمين (مطلب ثان)

المطلب الأول: هيئة التحكيم

باعتبار محكمة التحكيم، الجهة الفاصلة في الخصومة التحكيمية، كان من الضروري التطرق إلى طرق تشكيلها (فرع أول)، وكذا التعرض لكل المسائل التي تخص المحكم (فرع ثان)

الفرع الأول: طرق تشكيل هيئة التحكيم

أولاً) تشكيل هيئة التحكيم بناء على اتفاق الأطراف

أساس هذا المبدأ هو حق الأطراف في تعيين واختيار هيئة التحكيم التي ستتولى حل النزاع.

أ- طريقة اختيار المحكمين من قبل الأطراف:

يتم اختيار المحكمين بطريقتين:

1- الاختيار المباشر: وهو الذي يقوم فيه الأطراف بتحديد المحكمين شخصياً، صفة وعنواناً، و غالباً ما يتم بتضمين اتفاق التحكيم عدد و أسماء أعضاء المحكمة التحكيمية. ونشير إلى انه من السهل اعتماد أسلوب الاختيار المباشر إذا تعلق الأمر باتفاق تحكيم في شكل مشاركة بينما، لا تتأني لنا تلك السهولة إذا تم اتفاق التحكيم في شكل شرط، لأن الصورة الأولى لا تطرح صعوبة، إذ من المنطقي تعيين من يتولى تسوية نزاع نشب فعلاً، بينما في الصورة الثانية حيث لم ينشب النزاع بعد، فان تعيين المحكمين يكون سبقاً للأحداث، فمن المحتمل ألا ينشب نزاع أصلاً .

وفي كل الأحوال، فان الاختيار المباشر للمحكمين يمكن أن يرد في اتفاق التحكيم ذاته، أو

في اتفاق مستقل¹

2- الاختيار غير المباشر أو ما يسمى بالاختيار عن طريق التفويض:

¹ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة – مرجع سابق- ص 621- 622

ويتم بتعيين الأطراف لمن ينوبهم ويتولى عنهم مهمة تعيين أعضاء هيئة التحكيم وفق نظام أو لائحة معروفين، ولا يجوز للمفوض (الذي يمكن أن يكون شخص أو هيئة) تفويض غيره، ويجب عليه أن يحترم

قواعد اللائحة التي تمت الإحالة لبندوها .

وسواء كان الاختيار مباشراً أو غير مباشر، فإن الاعتراف بمبدأ التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم مكفول في أغلب التشريعات واللوائح، من ذلك القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985¹ وقواعد لائحة اليونسترال 1976²

وكذلك التشريعات الداخلية أشارت صراحة لهذا المبدأ، ونذكر منها على سبيل المثال: القانون الفرنسي لعام 1981³ والقانون الألماني لعام لسنة 1997⁴ والقانون اللبناني لعام 1985⁵ والقانون التونسي لعام 1993⁶ والقانون الموريتاني لعام 2000⁷.

والمشرع الجزائري⁸ حذا حذو مشرعي باقي الدول في الإشارة إلى هذا المبدأ، محدداً أن للأطراف إمكانية تعيين المحكم أو المحكمين سواء في اتفاق التحكيم، أو بعدما ينشأ النزاع إما عن طريق التعيين المباشر، أو بواسطة نظام تحكيمي⁹.

ب- كيفية تشكيل هيئة التحكيم بناء على اتفاق الأطراف :

إن المقصود بمحكمة التحكيم الهيئة المشكلة من محكم واحد أو أكثر للفصل في النزاع المحال إليها¹⁰، وعليه فإن للأطراف حرية تحديد عدد المحكمين، وأشارت معظم التشريعات لهذه المسألة خاصة منها ، القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة

¹ مادة 11 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985

² المادة 06 من لائحة قواعد اليونسترال 1976

³ لمادة 1/ 1493 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المعدل عام 1981

⁴ المادة 1/ 1035 من القانون الألماني لعام 1987

⁵ المادة 2/ 767 الخاصة بالتحكيم الداخلي والمادة 810 الخاصة بالتحكيم الدولي من القانون اللبناني لعام 1985

⁶ المادة 06 من القانون التونسي للإجراءات المدنية لعام 1993

⁷ المادة 18 من القانون الموريتاني في الإجراءات المدنية لعام 2000

⁸ نصت المادة 458 مكرر 2 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري على ما يلي : " يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام

تحكيمي تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم"

⁹ الأستاذ : عليوش قريوع كمال : التحكيم التجاري الدولي في الجزائر - ديوان المطبوعات الجامعية ، طبعة ثانية 2004 ص 40

¹⁰ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة - مرجع سابق - ص 627

1985¹ وقواعد لائحة اليونسترال لعام 1976² وكذلك القانون الهولندي لعام 1986³ والقانون والقانون اليوناني لسنة 1999⁴ والقانون السويدي لعام 1999⁵ والقانون التونسي لعام 1993⁶ 1993⁶

ومع ذلك فان بعض التشريعات ، اعتبرت أن الأصل في محكمة التحكيم هو تشكيلها من محكم فرد⁷ ، كالقانون الانجليزي لعام 1996 وكذلك لائحة التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1998⁸ .

أما المشرع الجزائري فقد وقف موقفا وسطا إذا أشار الى إمكانية تعيين محكم، أو محكمين⁹.

وبين مؤيد لفكرة المحكم الفرد ومعارض لها، فان الأساس في اعتمادها والأخذ يخضع لعدة مقاييس واعتبارات ، أهمها الرغبة في اقتصاد النفقات وسرعة الفصل في النزاع. إن تعيين المحكم يجب أن يتم بشكل واضح ومحدد، يشمل اسمه ولقبه وجنسيته وموطنه¹⁰ والمحكم في هذه الحالة لا يعزل ولا يغير إلا بإرادة الطرفين معا .

أما إذا تعدد المحكمون، فان أغلب التشريعات تشترط أن يكون العدد وترا¹¹، دون تحديد للعدد (على ألا يقل عن ثلاثة) والعلة في اشتراط وترية العدد تكمن في تفادي انقسام أعضاء الهيئة إلى قسمين متساوين عند البت في مسألة إجرائية أو موضوعية . فعندما يكون عدد المحكمين وترا فإننا نضمن وجود مرجح بين الفريقين¹، ويتم تعيين المحكم الوتر من قبل الأطراف أو من قبل المحكمين.

¹ لمادة 10 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985

² المادة 05 من لائحة قواعد اليونسترال لعام 1976

³ المادة 1026 من القانون الهولندي لعام 1986

⁴ المادة 10 من القانون اليوناني لعام 1999

⁵ المادة 13 من القانون السويدي لعام 1999

⁶ لمادة 55 من القانون التونسي لعام 1993

⁷ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة - مرجع سابق- ص 628

⁸ المادة 20 من القانون الانجليزي لعام 1996

- المادة 15 من لائحة التحكيم التجاري لغرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1998

⁹ الأستاذ عليوش قربوع كمال - مرجع سابق- ص 40

¹⁰ لكن قد يكتفي الأطراف بتحديد صفة المحكم كأن يتفقا على اختيار رئيس محكمة أو عميد كلية الحقوق.... فان ترك هذا الشخص مهنته أو تغيير عنها يرجع الأطراف لمعرفة ما إذا كان المقصود هو الشخص الذي ترك منصبه أو المقصود هو الشخص الجديد الذي تولى المنصب بعده يرجع إلى الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة - المرجع سابق- ص 631

¹¹ المادة 1/11 من القانون البلغاري لعام 1988

- المادة 1/13 من القانون البرازيلي لعام 1996

-المادة 1/15 من القانون العماني لعام 1997

وفي هذا السياق يرى جانب من الفقه أن فهم النصوص الخاصة بتعيين المحكم الوتر على أنها تمنح هذا الاختصاص مباشرة للمحكمين المعيّنين من قبل الأطراف هو فهم خاطئ لهذه النصوص، لأن المقصود فعلا هو أن المحكمين المعيّنين يختارون المحكم الوتر عندما لا يتفق الأطراف عليه²، أي أن السلطة الأولى لتعيين المحكم الوتر تكون دائما للأطراف، ولا تكون للمحكمين المعيّنين إلا بتفويض من الأطراف.

بينما يرى جانب آخر من الفقه أنه في حالة التحكيم الذي يشمل ثلاثة محكمين، يمكن للأطراف تعيين المحكم الثالث أو تترك المهمة للمحكمين المعيّنين، أو أن يرجع الأطراف إلى نظام تحكيمي من أجل ذلك³.

-أما دور المحكم الوتر، فغالبا ما يعهد إليه مهمة رئاسة محكمة التحكيم، فيتولى التنسيق والتشاور مع المحكمين الآخرين، كما أنه غالبا ما يرجع صوته لصالح فريق ما، مما يجعل دوره مهما في حسم الخلاف بين أعضاء هيئة التحكيم.

ج- وقت تعيين أعضاء محكمة التحكيم :

للأطراف حرية اختيار الوقت المناسب، رغم أن بعض التشريعات تشترط مدة معينة لكل طرف يلتزم فيها بتعيين محكمه، تفاديا للمماطلة والتعطيل الذي قد يسعى إليهما أحد الطرفين ومن ذلك القانون الانجليزي الذي يمنح للأطراف مدة 28 يوم التالية لتبليغ طالب التحكيم للطرف الآخر رغبته في تعيين محكمه، إذا كان محكمه فردا ، بينما تصبح المدة 14 يوم إذا كانت هيئة التحكيم متعددة الأعضاء⁴.

في حين اتجهت تشريعات أخرى لتحديد مدة 30 يوما من تاريخ تبليغ أحد الأطراف بطلب تعيين محكمه من الطرف الآخر دون تمييز بين المحكم الفرد أو الهيئة المتعددة الأعضاء ومن ذلك القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985⁵ وقواعد

¹ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة - المرجع سابق- ص 631-633

² الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة - مرجع سابق-ص 636

³ الأستاذ : عليوش قريوع كمال - مرجع سابق -ص 40

⁴ المادة 3/16 من القانون الانجليزي لعام 1996

⁵ المادة 3/11 من القانون لجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي لعام 85

لائحة اليونسترال لعام 1976¹ والقانون التونسي لعام 1993² والقانون العماني لعام 1997³ وقانون التحكيم التركي لعام 2001⁴

ثانياً) تشكيل هيئة التحكيم بالرجوع إلى القضاء .

في حالة عدم اتفاق الطرفين على اختيار هيئة التحكيم، سواء تمثلت هذه الهيئة في محكم فرد اختلف عليه الطرفين، وتمثلت في عدد من المحكمين اختلف الأطراف على تعيينهم كلهم أو في تعيين المحكم الوتر من بينهم، فإن اللجوء إلى طرف خارج عن العلاقة من أجل حل الإشكال يصبح ضرورة ملحة للوصول إلى تسوية للنزاع، وتصبح الجهة المختصة في هذه الحالة إحدى محاكم الدولة التي يعترف إجراء التحكيم على إقليمها⁵ .

ويكون لقضاء الدولة في هذه الحالة دور احتياطي ووقائي لما قد يثور بين الأطراف أو بين المحكمين من نزاع قد يحول دون عملية تشكيل محكمة التحكيم .

اختلفت التشريعات القانونية في المحكمة المختصة بهذه المسألة، فيذهب القانون المصري إلى انعقاد واختصاص محكمة استئناف القاهرة⁶ بينما ذهب القانون السويسري لعام 1987 إلى جعل الاختصاص في لمحكمة المقاطعة التي يوجد بها مقر هيئة التحكيم⁷ في حين أشار القانون الفرنسي إلى اختصاص محكمة باريس الكلية⁸.

أما المشرع الجزائري فإنه فرق بين حالتين:

الأولى: عندما يتم التحكيم في الجزائر وفي هذه الحالة ينعقد الاختصاص حسب الترتيب للجهات الآتية:

- المحكمة المختصة في اتفاقية التحكيم .

¹ المادة 2/06 من لائحة قواعد اليونسترال لعام 1976

² المادة 03/36 من القانون التونسي لعام 1993

³ المادة 01/17 من القانون العماني لعام 1997

⁴ المادة 07/ب من القانون التركي لعام 2000

⁵ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة- مرجع سابق- ص 645

⁶ المادة 09 من القانون المصري لعام 1994

⁷ المادة 2/179 من مجموعة القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987

⁸ المادة 2/ 1493 من القانون الإجراءات المدنية الفرنسي لعام 1981

- المحكمة التي حددت اتفاقية التحكيم محكمة التحكيم ضمن دائرة اختصاصها .
 - المحكمة مقر إقامة المدعي عليه أو المدعي عليهم في النزاع.
 - محكمة مقر إقامة المدعي، إذا كان المدعى عليه لا يقيم في الجزائر
- الثانية:** عندما يجري التحكيم في الخارج، واختار الأطراف تطبيق قانون الإجراءات الجزائي، فإن الاختصاص يؤول إلى رئيس محكمة الجزائر.¹

الفرع الثاني: المحكم

أولاً) مؤهلات المحكم

إن اختيار المحكم، وإن كان خاضعا لإرادة الأطراف واتفاقهما، إلا أن هذا الاختيار يجب أن يبنى على عدد من المواصفات التي يتحرى الأطراف توافرها في شخصه نذكر منها:

أ- كفاءة المحكم:

وهي أهم شرط، وأهم صفة، لأن المحكم يؤدي مهمة قضائية من طبيعة خاصة، وبالتالي يشترط فيه ما يشترط في القاضي من حنكة ومهارة وحكمة ومعرفة وتخصص، وتختلف هذه الكفاءة باختلاف طبيعة النزاع المطروح للحل عن طريق التحكيم، لكن غالبا ما يتم اختيار المحكم الكفاء في مجال القانون والتجارة، والصناعة والمال² مع تمتع المحكم بأخلاق عالية وسمعة حسنة .

ورغم ما ذهب إليه لوائح هيئات التحكيم من ضرورة توافر عنصري الكفاءة والتخصص في المحكم³، إلا أن بعض الفقه اتجه للقول أنه لا مانع من كون المحكم غير متخصص ولا خبرة له في موضوع النزاع⁴.

لكن هذا الرأي يتناقض مع ما جاء به القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985 الذي جعل من الكفاءة المطلوبة في المحكم أمرا أساسيا ، وعدم توفرها يؤدي إلى رد المحكم⁵ وهو أيضا ما أخذ المشرع الجزائري¹.

¹ المادة 458 مكرر 3 ومكرر 4 من قانون الاجراءت المدنية الجزائري - - الأستاذ : عليوش قريوع كمال - مرجع سابق -ص

42

² وهو ما أشارت إليه اتفاقية واشنطن لعام 1965 في المادة 04 فقرة 1 وكذلك اتفاقية عمان العربية لعام 1987 في المادة 14 فقرة

01

³ راجع في ذلك: النظام الأساسي لمركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، المادة 11 منه 683 هامش 11

⁴ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، عن الدكتور أحمد أبو الوفاء مرجع سابق

⁵ المادة 12 فقرة 02 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1985

ب- أهلية المحكم :

اتفقت القوانين المقارنة على أن أهلية المحكم يجب أن تكون كاملة، إذا لا يجوز أن يكون المحكم قاصرا أو محجورا عليه، أو محروما من الحقوق المدنية بسبب ارتكابه لجنحة أو جنائية ولا أن يكون مفلسا.

ومن التشريعات التي أشار صراحة إلى أهلية المحكم نجد القانون المصري لعام 1994 ونظام التحكيم السعودي لعام 1983 والقانون الإماراتي لعام 1992²، واستلزمت لوائح هيئات التحكيم أيضا توافر الأهلية الكاملة في المحكم، من ذلك نظام التوفيق و التحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي لعام 1994³ في حين نجد أن المشرع الجزائري لم يشير إلى هذه المسألة

وقد يقال أن الشخص الاعتباري يمكن اختياره كمحكم، بدليل العدد الكبير من المراكز والمؤسسات المتخصصة في مجال التحكيم التجاري الدولي.

والرد على هذا الرأي هو أن الاتفاق على اختيار شخص اعتباري معين سواء كان هيئة أو مراكز أو محكمة ما، فإنما يكون من أجل قيام هذا المركز أو الهيئة بتنظيم عملية التحكيم، لكن من يفصل في النزاع، ومن يباشر الإجراءات، ويفحص الوثائق الخاصة بالطرفين، ويصدر الأحكام هم الأشخاص الطبيعيين العاملين بالمركز⁴

ج-جنسية المحكم :

لم تعر التشريعات الوطنية ولا الاتفاقات الدولية أهمية لجنسية المحكم، واكتفت بالإشارة لضرورة وجود اختلاف في جنسية المحكمين. ومن ذلك القانون الألماني لعام 1997، والقانون اليوناني لعام 1999⁵ والقانون التركي لعام 2001¹.

¹ المادة 458 مكرر 05 من القانون الإجراءات المدنية الجزائري التي تنص على : يمكن رد المحكم : أ عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف

² مادة 16 فقرة من القانون المصري للتحكيم لسنة 1994

- المادة 1/206 من القانون الإماراتي لعام 1992

³ مادة 19 من نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي لعام 1994

⁴ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة- مرجع سابق- ص 689-650

⁵ المادة 11 فقرة 4 من القانون اليوناني لعام 1999

والمشرع الجزائري أشار بدوره إلى هذه المسألة بما يفيد أن القاضي الذي يطلب منه تعيين محكم مرجح يجب أن يختاره من جنسية مخالفة لجنسية الأطراف²

د- استقلالية المحكم:

إن المحكم بوصفه قاضيا يشترط فيه الموضوعية، خصوصا وأن المحكم غالبا ما يرتبط بمن اختاره، وضمنا لهذه الاستقلالية يجب اتخاذ جملة من الاحتياطات، أهمها:

- إعلان المحكم عند اختياره وقبل بدء إجراءات التحكيم وتوقيعه مستند قبول المهمة، عن كل المسائل والوقائع التي تمكن أن تثير شبهة حول استقلاليته .

- يفضل أن يكون المحكم من غير جنسية الطرفين، سواء كان فردا، أو كان محكما ثالثا³

ولقد أجمعت التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، ولوائح وهيئات التحكيم ضرورة التزام المحكم الاستقلالية والحياد .

فمن التشريعات الوطنية، تكفي الإشارة على سبيل المثال إلى القانون المصري لعام 1994، والقانون الهولندي لعام 1986، والقانون التونسي لعام 1993، والبلجيكي لعام 1998⁴، والقانون الجزائري⁵

أما الاتفاقيات الدولية التي نصت صراحة على استقلالية المحكم، نجد اتفاقية واشنطن لعام 1965⁶، وكذلك قواعد لائحة اليونسترال لعام 1976⁷، والقانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لعام 1985⁸، لائحة التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس لعام

¹ المادة 07 فقرة 5 من القانون التركي لعام 2001

² المادة 458 مكرر 04 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري

³ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة-مرجع سابق- ص 710 :..... رغم أن عنصر اختلاف الجنسية لا يعني دائما دليلا على حياة والاستقلالية ولا يعني أن اتخاذ جنسية المحكم مع أحد الأطراف ينفي الاستقلالية

⁴ المادة 3/16 من القانون المصري لسنة 1994

- المادة 01/ 1033 من القانون الهولندي لعام 1986

- المادة 1/10 من القانون التونسي لعام 1993

- المادة 1690 من القانون البلجيكي لعام 1998

⁵ المادة 458 مكرر 05 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري

⁶ المادة 14 فقرة 01 من اتفاقية واشنطن لعام 1965

⁷ المادة 06 فقرة 04 من قواعد لائحة اليونسترال لعام 1976

⁸ المادة 11 فقرة 05 من والقانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لعام 1985

1998¹، ولائحة تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي لعام 1958²، ولائحة جمعية التحكيم الأمريكية لعام 1992³.

ثانياً) مسؤولية المحكم

إن إخلال المحكم بالتزاماته يرتب مسؤوليته التعاقدية، وهي مسؤولية يحكمها القانون الواجب التطبيق على عقد التحكيم (أي قانون الإرادة) وفي حالة انعدامه يطبق القانون المختص بإجراءات التحكيم، إلا أن هذا لا ينفي إمكانية مساءلة المحكم بناء على مسؤوليته التقصيرية، وذلك في حالة الخطأ الشخصي، وحالة الغش⁴.

ثالثاً) رد المحكم.

يعتبر هذا الإجراء ضماناً للأطراف، ولا يمكن رد المحكم إلا بتبرير هذا الطلب وتوضيح الأسباب الدافعة إليه.

ورغم أن القوانين الوضعية ولوائح ونظم التحكيم أشارت كلها إلى ضرورة تسبيب طلب الرد، إلا أنها لم تحدد هذه الأسباب، بل تركت الحرية للأطراف في رد المحكم لأي سبب يرون فيه مساساً باستقلاله ونزاهته، نذكر مثلاً قانون التحكيم العماني رقم 47 لعام 1997⁵، وقانون التحكيم البرازيل لعام 1996⁶، وهو أيضاً نفس اتجاه لائحة محكمة لندن للتحكيم الدولي لعام 1958⁷، ولائحة التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1998⁸.

أما المشرع الجزائري، فرغم أنه عدد حالات الرد إلا أن فحوى هذا التعداد لا يخرج عما ذهبت إليه جل التشريعات المقارنة، إذا أشار المشرع الجزائري إلى أن من أسباب الرد، عدم توفر المحكم على المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف، وكذلك الارتياح في استقلالته⁹ تجدر الإشارة، أن المشرع الجزائري تأثر بالمادة 180 من القانون السويسري، إلا أنه استخلف عبارة حياد المحكمين بعبارة استقلاليتهم، وهي أكثر وضوحاً وموضوعية¹⁰.

¹ المادة 07 فقرة 01 من لائحة التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1998

² المادة 03 من ولائحة تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي لعام 1985

³ المادة 07 من ولائحة جمعية التحكيم الأمريكية لعام 1992

⁴ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة ص 721 . 724

⁵ المادة 01/18 من قانون التحكيم العماني لعام 1997

⁶ المادة 414 من قانون التحكيم البرازيلي لعام 1996

⁷ المادة 07/03 من لائحة إجراءات محكمة لندن للتحكيم الدولي لعام 1985

⁸ المادة 1/11 من لائحة التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1998

⁹ المادة 458 مكرر 05 من 3 قانون الإجراءات المدنية الجزائرية

¹⁰ الأستاذ عليوش قربوع كمال – مرجع سابق - ص 48

ولكل طرف حق رد المحكم الذي اختاره الطرف الآخر إذا بدا له أحد أسباب الرد، في حين لا يجوز لأي من الطرفين رد المحكم الذي عينه أو اشترك في تعيينه¹، إلا إذا اكتشف سببا من أسباب الرد بعد التعيين².

وعن وقت تقديم طلب الرد، فإن التشريعات الوطنية واللوائح الخاصة بالتحكيم انقسمت بين من حددت مهلة 15 يوم من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل محكمة التحكيم³، وأخرى حددت مهلة 30 يوم لذلك⁴، ومنها من لم تحدد مهلة لذلك، كالمشرع الجزائري.

أما عن الجهة المختصة بالفصل في طلب الرد فهي الجهة القضائية المختصة بالفصل في مسألة التعيين، وهو ما اتجهت إليه معظم النصوص المقارنة بما فيها المشرع الجزائري⁵. ويشترط في طلب الرد، أن يقدم مكتوبا، مسببا تسببيا كافيا، لهيئة التحكيم التي تحيله للمحكمة المختصة⁶ لتتظر فيه وتصدر حكما إما بقبول طلب الرد، وتقضي بضرورة تحي هذا المحكم، وإما برفض طلب الرد وتقضي بمواصلة هيئة التحكيم عملها بصفة عادية.

رابعاً) عزل المحكم

ويكون عزل المحكم بإقالته بناء على اتفاق الأطراف جميعا، إذا بدا لهم ما يبزر هذا العزل من تقاعس المحكم عن واجباته أو امتناعه عن أداء مهامه. وعزل المحكم يمكن القيام به في أي مرحلة كانت عليها الدعوى التحكيمية، أما حالة عدم اتفاق الأطراف على العزل رغم وجود أسباب جدية فانه يرجع للمحكمة المختصة بهذه المهمة⁷.

خامساً) استبدال المحكم

¹ المادة 2/12 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي لعام 1985

- المادة 03/07 من قانون التحكيم التركي لعام 2001

² المادة 458 مكرر 05 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري

³ المادة 01 /19 من قانون التحكيم المصري لعام 1994

- المادة 02/13 من القانون النموذجي للأمم المتحدة للقانون التجاري

- المادة 01/11 من لائحة قواعد اليونسترال لعام 1976

⁴ المادة 211 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1998

⁵ المادة 458 مكرر 05 من القانون الإجراءات المدنية الجزائرية

⁶ وهي في الجزائر محكمة الجزائر، حسب الم 458 مكرر 2

⁷ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة...-مرجع سابق- ص 747 - 737

يكون المحكم البديل معيناً بديل المحكم الذي تم عزله أو الذي تنحى بإرادته، أو الذي لم يكمل المهمة المسندة إليه لأي سبب من الأسباب. تعيين المحكم البديل يتم بالطريقة نفسها إلى اتبعت في اختياره المحكم المستبدل¹، مع ضرورة توافره على كل المؤهلات والشروط المطلوبة في المحكمين عموماً. وللمحكم البديل السلطة التقديرية في مواصلة ما قام به المحكم قبله، أو إعادة الإجراءات والبدء من جديد².

المطلب الثاني: الخصومة التحكيمية

يتضمن هذا المبحث دراسة المراحل التي تمر بها الخصومة التحكيمية (مطلب أول)، ثم نتناول الخصومة التحكيمية الاستعجالية (مطلب ثان)

الفرع الأول: سير الخصومة التحكيمية

أولاً) مراحل سير خصومة التحكيم

أ- طلب التحكيم¹:

¹ وهي محكمة الجزائر . المادة 458 مكرر 2 قانون الإجراءات المدنية

² المادة 458 مكرر 2 قانون الإجراءات المدنية الجزائري

إن طلب التحكيم هو ما يعادل عريضة افتتاح الدعوى في الخصومة القضائية، وهو الطلب الذي يوجهه أحد الطرفين إلى الطرف الآخر، أو إلى مركز التحكيم المنتظم المتفق عليه يخطره فيه برغبته في عرض النزاع للحل بواسطة التحكيم.

ويقدم الطلب مكتوباً، متضمناً جملة من البيانات أهمها :

- اسم وعنوان طالب التحكيم

- اسم وعنوان المدعي عليه

- موجز عن وقائع الدعوى

- موجز عن أسباب النزاع

- الطلبات²

ونصت لائحة غرفة التجارة الدولية لباريس لعام **1998** على ضرورة تضمين طلب التحكيم كل البيانات المتعلقة بمحكمة التحكيم، وكل المعلومات الخاصة بمكان التحكيم والقانون الواجب التطبيق، ولغة التحكيم³، و تضيف لائحة قواعد اليونسترال، بياناً يخص العقد الذي نشأ عنه النزاع⁴

ويرفق طلب التحكيم بوثائق تؤكد صحة الوقائع الواردة فيه، وتوضح طبيعة النزاع، بالإضافة إلى جملة من الوثائق التي تساعد على توضيح الرؤى، وتسهل عمل هيئة التحكيم وهي بذلك تشكل ملف موضوع الدعوى التحكيمية.

يقدم الطلب مرفقاً بالوثائق بنسخ حسب عدد أطراف النزاع، مع ما يثبت دفع الرسوم والأتعاب المقررة⁵

وأشارت أغلب الاتفاقيات واللوائح إلى طلب التحكيم وكل ما يتعلق به، فمثلاً نذكر اتفاقية عمان العربية لعام **1987**، ونظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي لعام **1994**، وكذلك لائحة وإجراءات غرفة التجارة الدولية بباريس لعام **1998**⁶

¹ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة - مرجع سابق - ص 763/765

² الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة المرجع سابق ص 809 - 845

³ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة- مرجع سابق- ص 813/809

⁴ المادة 04 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1998

⁵ المادة 03/03 من لائحة قواعد اليونسترال لعام 1976

- المادة 1 من لائحة محكمة لندن للتحكيم الدولي لعام 1985

- المادة 3/02 من لائحة جمعية التحكيم الأمريكية AAA لعام 1992

- المادة 09 من لائحة مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام 1994

⁶ المادة 14/أ من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام 1987

- المادة 54/أ من نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي لعام 1994

لكن قد يحدث وان تتحقق كل موجبات بدء إجراءات التحكيم، ولا يقدم الطرف المعني طلب التحكيم إلى طرف الآخر، ولا لهيئة التحكيم، ففي هذه الحالة نصت التشريعات المقارنة على أن جزءا مثل هذا التصرف هو الأمر بإنهاء الإجراءات .

أما إذا حدث العكس، وتقدم المدعي بطلب التحكيم، لكن الطرف المدعي عليه لم يقدم رده لخصمه ولا لهيئة التحكيم، فإن الهيئة تستمر في الإجراءات بصفة عادية إلى أن تصدر حكمها. وهو ما أشار إليه نصوص القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لعام 1985¹ و لائحة قواعد اليونسترال لعام 1976² .

ب- تبليغ الخصوم

يعادل هذا التبليغ ما يسمى في قانون الإجراءات المدنية بالتكليف بالحضور، وقد شرع من أجل إعلام الطرف الآخر باتخاذ إجراءات التداعي عن طريق التحكيم في مواجهته، حتى لا يفاجأ بصدور حكم ضده، وحتى يتمكن من إبداء دفوعه.

للأطراف حرية تنظيم كيفية تبليغ طلب التحكيم والوثائق المرفقة به، فإذا لم يتم الاتفاق، تتبع القواعد المنصوص عليها في القانون الواجب التطبيق على الإجراءات .

ونفرد بين حالتين :

1- حالة التحكيم الحر (Ad hoc) : نصت أغلب التشريعات المقارنة واللوائح الخاصة بالتحكيم³ على أن المدعي هو الذي يتولى بنفسه أو عن طريق ممثلة القانوني وبأي وسيلة، إرسال طلب التحكيم للطرف الآخر الذي يتولى بدوره إرسال مذكرة الرد لخصمه .

وعند تعذر الوصول إلى المطلوب، أو عدم وجود عنوان ثابت له، فإنه يرجع للمحكمة المختصة (قضائيا) من أجل تقرير الطريقة التي تراها مناسبة للتبليغ، أو تعفي طالب التحكيم من إعلام الخصم⁴ .

2 - حالة التحكيم المؤسسي أو المنتظم : توضح لوائح ومراكز التحكيم الإجراءات المتبعة للتبليغ كما أن هذه الهيئات تتوفر على أجهزة إدارية ذات خبرة وتخصص، تتولى هذه المهمة⁵

- المادة 09/من لائحة إجراءات غرفة التجارة الدولية لباريس لعام 1998

¹ لمادة 25 /ب من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1985

² المادة 01/28 من لائحة قواعد اليونسترال لعام 1976

³ لمادة 1/ 30 من قانون التحكيم المصري لعام 1994

- المادة 01/49 من قانون التونسي لعام 1993

- المادة 01/03 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لعام 1985

⁴ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة ص 840

⁵ راجع في ذلك أحكام لائحة التحكيم الدولي لجمعية التحكيم الأمريكية لعام 1992 AAA (المادة 01/19) – وكذلك لائحة غرفة

التجارة الدولية بباريس CCI لعام 1998 (المادة 2/03)

ج- الجلسات

تتعدد خصومة التحكيم – على النحو المذكور – إذا أرسل طالب التحكيم طلبه إلى الطرف الآخر الذي يقوم بدوره بإرسال رده و دفعه .

فتشرع هيئة التحكيم في دعوة الأطراف للجلسة بموجب إخطارات تسلم لهم أو لممثليهم القانونيين، ويحدد في الأخطار تاريخ ومكان وساعة الجلسة¹ .

ويمكن إعفاء الأطراف من الحضور إلى جلسات إذا ارتأت هيئة التحكيم أن المذكرات والمستندات المتبادلة بين الأطراف تكفي وتغني عن الحضور الشخصي للمحتكمين² ، كما أن غياب أحد الأطراف أو ممثليهم لا يؤثر على سير إجراءات الخصومة التحكيمية، ولا يؤدي إلى انقضائها أو شطبها، بل يعطي الحق لهيئة التحكيم في مواصلة النظر فيها، ودراستها أو تأجيلها إلى جلسة لاحقة إذا كان حضور الأطراف ضروري .

واتبعت معظم التشريعات المقارنة، واللوائح هذه الإجراءات، ومنها القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لعام 1985³ وقواعد لائحة اليونسترال لعام 1976⁴ وكذلك القانون العماني لعام 1997⁵ .

د- اللغة

إن مشكل اللغة يطرح نفسه تلقائيا كلما كنا بصدد تحكيم دولي، بسبب وجود أجنبي واحد على الأقل في هذه العلاقة.

والمقصود باللغة هنا، هو اللغة التي تتم بها المراسلات والمذكرات والدفع، والمرافعات الشفوية، و اللغة التي تستعمل هي تلك التي يختارها الأطراف، لأن كلما يخص التحكيم يتم بالاتفاق .

أما في حالة عدم الاتفاق تقوم محكمة التحكيم باختيار اللغة، مراعية ظروف كل دعوى وجنسية أطرافها.

واختلفت اللوائح والتشريعات في اللغة التي يتم التواصل بموجبها، فنجد مثلا أن لوائح التحكيم العربية تشترط اللغة العربية لإجراء التحكيم⁶، بينما تتجه لوائح أخرى إلى تفضيل لغة العقد مع مراعاة ظروف وملابسات الخصومة¹ .

¹ لمادة 36 من لائحة إجراءات التحكيم التجاري لمركز الوطني للتوفيق والتحكيم التجاري لعام 1993

² المادة 30 من القانون البلغاري لعام 1988

³ لمادة 25 من القانون النموذجي 1985

⁴ المادة 2.3 /28 من قواعد اليونسترال لعام 1976

⁵ المادة 35 من القانون العماني 1997

⁶ من ذلك لائحة التحكيم لمجلس التعاون لدول الخليج لعام 1994 (المادة 07)

ه- المرافعة :

أقرت العديد من تشريعات التحكيم المقارنة² أن المرافعة الشفهية حق للأطراف، لا يسوغ لمحكمة التحكيم رفضه، وإلا أخلت بحق الدفاع، وعرضت حكمها للبطان، وتصبح جلسة المرافعة واجبة، في حالة وجود شهود، وفي حالة استجواب أحد الأطراف.

ولا يحضر جلسة المرافعة غير الخصوم ووكلائهم، حفاظا على مبدأ سرية الجلسات، كما لا يجوز الاطلاع على الأوراق والمستندات ولا الاستماع لما يدور من مناقشات وتحقيقات، ومرافعات بالجلسة، ولا نشر معلومات تخص القضية إلا برضا الأطراف³.

والملاحظ في هذا الشأن أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مسألة طلب التحكيم، أو ما سمته القوانين المقارنة ببيان الدعوى، ولم ينص على إجراءاته، ولا على شروطه، ولا كيفية تقديمه، كما أنه لم يتعرض للمسائل الإجرائية التي تلي إجراء تقديم الطلب، من تبليغ الأطراف وتنظيم الجلسات، والمرافعة، مكتفيا بالنص على حرية الأطراف في تحديد قواعد الإجراءات اللزامة إتباعها أمام هيئة التحكيم⁴.

و- قواعد الإثبات

يقع عبء الإثبات على الطرفين الذين يقدمان الأدلة و الإثباتات التي تؤكد وجود حق أو مركز قانوني معين وللمحكمة قبول هذه الأدلة أو رفضها، كما لها أن تقرر اتخاذ إجراءات أخرى كالمطالبة بإجراء خبرة، أو إجراء تحقيق أو سماع شهود أو الانتقال لمعاينة الأماكن أو البضائع أو استجواب الخصوم، ولا تكون المحكمة ملزمة بنتيجة ذلك الإجراء.

وفي هذا المعنى جاءت نصوص العديد من اللوائح⁵ في حين كرس المشرع الجزائري حرية تقديم الأدلة بالنسبة للأطراف، والمحكم، مشيرا أيضا إلى إمكانية اللجوء إلى مساعدة

- المادة 43 من لائحة التوفيق والتحكيم لمجلس التعاون لدول الخليج لعام 1994 (المادة 07)

- المادة 43 من لائحة التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي لعام 1994

¹ المادة 16 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1988

² المادة 1/69 من قانون التحكيم التونسي لعام 1993

- المادة 35 من قانون التحكيم الموريتاني في لعام 2000

-المادة 11 من قانون التحكيم التركي لعام 2001

³ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة - مرجع سابق- ص 887-890

⁴ المادة 458 مكرر 06 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري

⁵ المادة 06/25 من لائحة قواعد اليونسترال لعام 1976

المادة 03/21 من لائحة إجراءات التحكيم لمركز التحكيم لدول مجلس التعاون لدول الخليج

القاضي إن كانت ضرورية لتقديم الأدلة واعتبر مسألة اللجوء إلى الخبير من اختصاص محكمة التحكيم¹.

ثانياً) في الدعوى التحكيمية الاستعجالية

حالة الاستعجال تنشأ من خطر محقق ناتج عن التأخر أو فوات الوقت قبل حصول الحماية الوقتية للحق أو للمركز القانوني، وترتبط حالة الاستعجال بالظروف المحيطة بالحق، ولا تقوم لمجرد رغبة الخصم في رفع دعوى للحصول على أمر استعجالي بل تشترط لذلك وجود خطر حقيقي (*Réel*)، حال (*Actuel*)، ومحقق، ويتوفر هذه العناصر تتخذ المحكمة (هيئة التحكيم) تدابير تحفظية أو تدابير وقتية.

أما التدابير التحفظية: فهي إجراء تأمر به هيئة التحكيم للمحافظة على الحق، ودرء الخطر عنه، تمهدا لتحقيقه في المستقبل، وهي تستبقى إمكانية الحصول على الحق، أو تثبيت المركز القانوني مستقبلاً.

كما أنها لا تؤدي إلى إشباع فوري لمصلحة الطالب، وإنما تمهد لإشباعها مستقبلاً، وتسمح بانتظار الحل النهائي دون خشية على حق أو المركز القانوني.

ومن تلك التدابير نجد: الحراسة القضائية، الحجز التحفظي، بيع البضائع محل العقد الدولي المعرضة للتلف.

أما التدابير الوقتية: فهي التي تؤدي إلى تحقيق فوري للحق ولكن بصفة مؤقتة. وبالنسبة لاختصاص اتخاذ التدابير التحفظية أو الوقتية فإن التشريعات المقارنة ولوائح ومراكز التحكيم ذهبت إلى جعله مقسماً بين قضاء التحكيم وقضاء الدولة بالتوازي، حسب اختيار الطرف الراغب في الحصول على الحماية المستعجلة².

¹ الأستاذ قريوع عليوش كمال – ص 52

المادة 458 مكرر 10 و 11 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري

² الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة – مرجع سابق- ص 930-942

فلا يعد مناقضا لاتفاق التحكيم أن يطلب أحد الطرفين قبل بدء الإجراءات التحكيمية أو أثناءها من إحدى المحاكم أن تتخذ إجراء وقائيا مؤقتاً¹. وهو المعنى الذي تناوله المشرع السويسري في قانونه لسنة 1987، والقانون التونسي لعام 1993، وكذلك القانون العماني لعام 1997، وكذلك لائحة التحكيم لمحكمة لندن (LCIA) لعام 1985، ولائحة جمعية التحكيم الأمريكية (AAA) لعام 1992² كما أورد المشرع الجزائري نصا مطابقا من حيث المعنى لما جاء بالمادة 09 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لعام 1985، حيث أشار إلى إمكانية اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية من قبل محكمة التحكيم بناء على طلب أحد الأطراف، غير أن وجود اتفاق مخالف بين الأطراف، يرمي إلى عدم إمكانية اتخاذ مثل هذه التدابير، يجعل اللجوء إلى محكمة التحكيم لطلبها غير ممكن.

أوضح المشرع الجزائري أن محكمة التحكيم لها أن تطلب مساعدة القاضي المختص³ الذي يطبق قانونه الخاص، كما أن تطلب من الطرف المدعي تقديم الضمانات المناسبة⁴

الفرع الثاني: انقضاء الخصومة التحكيمية

أولاً) انقضاء الدعوى التحكيمية عن طريق حكم فاصل في النزاع

تنقضي خصومة التحكيم إذا صدر فيها حكم حتى لو كان هذا الحكم قابلاً للإبطال⁵

أ- طبيعة حكم التحكيم :

اختلف الفقه في طبيعة حكم التحكيم منقسماً إلى:

¹ المادة 09 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1985

² المادة 183 من القانون التحكيم السويسري لعام 1987

- المادة 62 من القانون التحكيم التونسي لعام 1993

- المادة 14 و 24 القانون التحكيم العماني لعام 199

- المادة 13 و 15 من لائحة التحكيم لمحكمة لندن لعام 1985

- المادة 01/ 22 من لائحة جمعية التحكيم الأمريكية لعام 1992

³ أشارت الفقرة 02 من المادة 458 مكرر 9 على أن القاضي المختص، ولم تتكلم على قاضي المقر ويعني هذا أن محكمة التحكيم التي يكون مقرها في الجزائر العاصمة يمكنها أن تطلب مساعدة قاضي محكمة قسنطينة أو وهران إذا كان تطبيق الإجراء يتم في تلك المدينة - راجع في ذلك ما ذكره الأستاذ عليوش قربوع كمال ص 42

⁴ المادة 458 مكرر 09 مهن القانون الإجراءات المدنية الجزائري

⁵ الدكتور : عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي : النظام القانون لاتفاق التحكيم - ص 194

المادة 458 مكرر 16 قانون إجراءات مدنية الجزائري

فريق يرى أنه ذا طابع قضائي لأنه يكتسي حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدوره، كما أنه قابل للطعن أمام محاكم القضاء العادي.

و فريق آخر يرى أن حكم التحكيم ذا طابع عقدي لأن أساسه هو اتفاق التحكيم الذي يعطي الحكم قيمته القانونية.

أما الاتجاه الثالث وهو الراجع فيرى أن حكم التحكيم ذا طابع خاص يجمع بين عناصر تعاقدية وأخرى إجرائية كون تحليل عملية التحكيم يقودنا إلى القول أنها تنقسم إلى قسمين:

- الجانب الاتفاقي والذي أساسه العقد (وهو مرحلة ما قبل حكم التحكيم)
 - الجانب الإجرائي ، الذي تتبع فيه هيئة التحكيم والأطراف على السواء ، مجموعة من الاجراءت لغاية الوصول إلى الحكم التحفظي هي نفسها القواعد الإجرائية التي يتبعتها القاضي مع اختلاف بسيط في بعض المسائل بسبب الطبيعة الخاصة لخصومة التحكيم¹
- ب- خصائص حكم التحكيم :**

يشترط في حكم التحكيم توفره على جملة من الخصائص هي:

أن يكون صادرا بالأغلبية في حالة تعدد المحكمين .

توقيع المحكمين على الحكم²

- تسبب الحكم تسببا كافيا (ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك)

-تاريخ ومكان صدور الحكم³ .

-عرض المراحل الإجرائية وتواريخها .

-تحديد القانون المطبق على النزاع .

-تحديد طلبات الأطراف و أوجه دفاعهم⁴

ج- تصحيح حكم التحكيم وتفسيره:

يجوز لطرفي النزاع أن يقدم طلبا لهيئة التحكيم من أجل تصحيح خطأ مادي وارد

في الحكم، سواء كان حسابيا أو مطبعيا أو..... غيره .

ويشترط في تصحيح حكم التحكيم ما يشترط في تصحيح الحكم القضائي من تبليغ

للخصم الآخر، وتقديم الطلب وكذلك الأمر إذا تعلق الطلب بتفسير شيء غامض في الحكم

¹ الدكتور قادري عبد العزيز- مرجع سابق - ص 92

² المادة 19 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس 1998

³ - المادة 16 من لائحة محكمة التحكيم بلندن لعام 1985

- المادة 458 مكرر 03 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري

⁴ الدكتور : قادري عبد العزيز - المرجع سابق -299

لمادة 31 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1985

ونصت على إمكانية تصحيح الحكم وتفسيره لائحة التحكيم للجنة القانون التجاري الدولي للأمم المتحدة لعام 1985¹ وكذلك قواعد لائحة اليونسترال لعام 1976² ولائحة التحكيم لمحكمة لندن لعام 1958³.

د- تنفيذ حكم التحكيم:

يكتسي القرار التحكيمي فور صدوره حجية الشيء المقضي فيه⁴، وهذا يعني أن المسألة التي فصلت فيها هيئة التحكيم لا يمكن طرحها مرة أخرى أمام القاضي أو المحكم وتختلف شروط تنفيذ أحكام التحكيم من دولة إلى أخرى ومن لائحة إلى أخرى . فمنها من تعامل أحكام التحكيم الأجنبية كأحكام القضائية الأجنبية، وتشتترط لتنفيذها عدة إجراءات، وتستلزم أن يكون حكم التحكيم الأجنبي قد أصبح واجب النفاذ في دولة إقليم المحكمة الصادر عنها كي يصبح نافذا في الدولة المراد تنفيذه فيها.

بينما تساوي دول أخرى كفرنسا بين حكم التحكيم الأجنبي وبين حكم التحكيم

الداخلي.⁵

أما المشرع الجزائري ، فقد ميز بين القرارات التحكيمية الصادرة في مادة التحكيم الدولي بالجزائر وذلك بأن جعل هذه الأخيرة قابلة للطعن بالبطلان⁶، واكسبها حجية الشيء المقضي فيه مباشرة بعد صدورها عكس القرارات الصادرة في الخارج التي لا تكتسي هذه الحجية إلا بعد الاعتراف بها والأمر بتنفيذها.

وبخصوص هذا الاعتراف، فقد اشترطت مختلف التشريعات المقارنة و الاتفاقيات

الدولية توفر ما يلي:

¹ لمادة 33 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1985

² المادة 35 و 37 من لائحة قواعد اليونسترال 1976

³ لمادة 17 من لائحة التحكيم لمحكمة لندن

-المادة 458 مكرر 16 قانون الإجراءات المدنية

"ويخص ذلك القرارات الصادرة في الجزائر ، والقرارات الصادرة في الخارج بصفة عامة"

⁴ الدكتور قادري عبد العزيز- مرجع سابق- ص 306- 307

⁵ المادة 458 مكرر 25 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري

⁶ المادة 485مكرر 19 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري

- المادة 4 من اتفاقية نيويورك لعام 1958

-التمسك بوجودها عند إيداع أصل القرار و اتفاق التحكيم لدى المحكمة المختصة من قبل الطرف الذي يهمله التعجيل مع ترجمتها من قبل مترجم رسمي إلى لغة محل بلد التنفيذ¹
-و تنفيذ قرارات التحكيم يتم بسعي من الطرف المحكوم لصالحه، دون خطر للطرف الأخر، على أن المحكمة المختصة يمكنها الأمر بالتنفيذ الجبري إذا امتنع عن التنفيذ الطوعي للقرار²

ج- الطعن في أحكام التحكيم

-تكون الأحكام الصادرة في مجال التحكيم التجاري الدولي قابلة للطعن بالطرق

التالية:

1-الطعن بالاستئناف:

وهو من الطرق المخولة ضد الأحكام التحكيمية الصادرة في الخارج، في حالتين :

الأولى: ضد كل قرار يرفض الاعتراف أو التنفيذ³.

الثانية: ضد القرار الذي يسمح بالاعتراف أو التنفيذ⁴ إذا:

-تمسكت محكمة التحكيم خطأ باختصاصها، أو عدم اختصاصها.

-حالة فصل محكمة التحكيم في النزاع دون وجود اتفاقية التحكيم أو في حالة وجود اتفاقية

باطلة أو منقضية المدة.

- إذا كان تشغيل محكمة التحكيم ، أو تعيين المحكم الوحيد مخالفين للقانون .

- إذا فصلت محكمة التحكيم زيادة عن المطلوب، أو لم تفصل في وجه من وجود الطلب.

- إذا لم يراع مبدأ حضور الأطراف.

- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها أو لم يكن تسببها كافيا، وإذا وجد تضارب في

الأسباب .

- إذا كان الاعتراف أو التنفيذ مخالفا للنظام العام الدولي⁵.

¹ الأستاذ : عليوش قربوع كمال – ص 62-64

وحسب المادة 458 مكرر 17 فإن تحديد المحكمة المختصة مرتبط بمقر التحكيم ، فإذا كان مقر التحكيم في الجزائر فرنسيس المحكمة التي صدر قرار التحكيم في دائرة اختصاصها هو المختص، وإذا كان مقر التحكيم موجودا خارج الجزائر فرنس محكمة محل التنفيذ هو المختص

² المادة 458 مكرر 22 من القانون الإجراءات المدنية الجزائري

³ المادة 458 مكرر 29 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري

⁴ وهي الحالة التي نصت عليها المادة 05 فقرة 2 أب من اتفاقية نيويورك لعام 1958

⁵ المادة 458 مكرر 25 من القانون الإجراءات المدنية الجزائري

وتجدر الإشارة إلى أن الاستئناف لا يخص حكم التحكيم في حد ذاته ، ولكن يكون ضد قرار الاعتراف أو التنفيذ وبالتالي فإن حكم التحكيم الذي يمكن استئنافه يشترط فيه أن يكون صادر في الخارج، وصدر قرار في الجزائر بشأن تنفيذه من عدمه .

2- الطعن بالبطلان :

جعل المشرع الجزائر الطعن بالبطلان خاصا بالقرارات التحكيمية الصادرة في الجزائر في مجال التحكيم الدولي¹ ويوجه هذا الطعن (عكس الاستئناف) مباشرة إلى حكم التحكيم، ويرفع أمام المجلس القضائي الذي أصدر الحكم في أجل شهر² .

3- الطعن بالنقض

إن الطعن بالنقض طريق آخر، مخول للأطراف التي لم ترض عن النتيجة التي أفضى إليها حكم التحكيم، ولا يوجه الطعن بالنقض ضد كل القرارات التحكيمية وإنما يوجه تحديد ضد القرارات الصادرة بعد الاستئناف وضد تلك الصادرة نتيجة طعن بالبطلان. أما أوجه الطعن التي يستند إليها فإن الراجح هو اعتماد الأوجه المذكورة في المادة 233 من قانون الإجراءات المدنية، على أساس أن المشرع الجزائري اكتفى بالإشارة إلى إمكانية الطعن بالنقض، وسكت عن أوجه الطعن³ .

ثانيا) انقضاء الخصومة التحكيمية بطرق أخرى

أ- التسوية الودية:

إن خصومة التحكيم إذا انتهت إلى صدور حكم ، فإن هذا الأخير سيكون حتما لصالح أحد الطرفين ، مما يؤدي إلى قطع العلاقة والمعاملات بينهم .

و لأن المصالح التجارية المشتركة بين الأطراف تحظى بأهمية بالغة، فإن الاتفاق على تسوية الخلافات وديا يكون أجدى وأنفع للعلاقة.

والتسوية الودية هذه تؤدي إلى انقضاء خصومة التحكيم وتوقف إجراءاتها بعد التوصل إلى حل النزاع القائم بينهم، ويرجع الطرفين أمام هيئة التحكيم من أجل اثبات هذه التسوية الودية لتصدر هيئة التحكيم قرارات تحكيمية تتضمن ما توصل إليه الطرفين من شروط لتسوية النزاع وتنص بذلك على انتهاء إجراءات التحكيم.⁴

¹ المادة 458 مكرر 26 من القانون الإجراءات المدنية الجزائري

² المادة 458 مكرر 28 من القانون الإجراءات المدنية الجزائري

³ الأستاذ : عليوش قريوع كمال - ص 67

⁴ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة - مرجع سابق - ص 967

وبالرجوع إلى النصوص التشريعية المقارنة واللوائح الدولية المتعلقة بالتحكيم التي اعتمدت مبدأ التسوية الودية¹ نجد أن لها عدة معالم:

- وجود اتفاق صريح بين الأطراف ، ويعتبر واضح عن رضا كل طرف بإنهاء إجراءات التحكيم .

- هذه التسوية الودية يمكن أن تتم بناء على طلب من الأطراف أو بناء على دعوة من هيئة التحكيم مراعاة للمصالح المشتركة.

- الاتفاق على التسوية يمكن أن يتم في أي مرحلة كانت عليها الدعوى التحكيمية، من بداية الإجراءات إلى ما قبل إقفال باب المرافعة .

- يشترط في التسوية الودية أن توافق عليها هيئة التحكيم التي تصدر حكماً بإنهاء الإجراءات تثبت فيه هذه التسوية وتكون له نفس الحجية التي للحكم الفاصل في النزاع .

وتختلف التسوية الودية عن الاتفاق على إنهاء الإجراءات الذي يعني اختيار الأطراف توقيف اجراءات التحكيم إذا اقتنعوا أن الحكم المنتظر سيزيد من حدة النزاع، ويؤدي إلى تدهور العلاقة.

يشترط في الاتفاق على إنهاء الإجراءات أن يتم بناء على طلب الأطراف، ولا تأمر به هيئة التحكيم من تلقاء نفسها ولا بناء على طرف واحد.²

وهو ما أشارت إليه أغلب التشريعات كأحد الطرق المؤدية إلى انقضاء خصومة التحكيم، كالقانون التونسي لعام 1993 وقانون التحكيم السويدي لعام 1999³ .

بينما لم يتطرق المشرع الجزائري لإمكانية التسوية الودية، ولا الاتفاق على إنهاء الإجراءات.

أما الحكم بإنهاء الإجراءات كعدم إمكانية الاستمرار فيها أو لعدم وجود جدوى أو مصلحة منها، تصدره هيئة التحكيم من تلقاء نفسها، ويشترط فيه توافر العوامل التي تجعل

¹ راجع في ذلك- المادة 30 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1985

- المادة 34 من لائحة قواعد اليونسترال لعام 1976

- المادة 41 من قانون التحكيم المصري لعام 1994

- المادة 05 من القانون التحكيم التونسي لعام 1999

- المادة 12/د من قانون التحكيم التركي لعام 2001

- المادة 16 من لائحة محكمة لندن للتحكيم الدولي

- المادة 26 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس 1998

² الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة - مرجع سابق - ص 971-974

³ مادة 2/76 من قانون التونسي لعام 1993

- المادة 27 من قانون السويدي

الاستمرار في الإجراءات مستحيل ، أو غير ذي فائدة ، وكذلك عدم اعتراض أحد الأطراف على هذا القرار وهو الشرط الذي وضعت له لائحة قواعد اليونسترال على احتمال أن هيئة التحكيم قد تقرر إنهاء الإجراءات لاستحالة التحكيم في الوقت الذي يرى فيه الطرف الذي يتوقع أن يصدر الحكم لصالحه أن إمكانياته تخوله التنفيذ¹ .

ب- ترك خصومة التحكيم

ترك الخصومة، هو أن يقوم طالب التحكيم بالتنازل عن دعواه، وعن كل آثارها. ولا يعني هذا الترك تنازل عن أصل الحق إذ يمكن لطالب التحكيم إعادة طرحه من جديد، إذا استجد في القضية جديد.

يشترط في التنازل أن يكون واضحاً و صريحاً، ويقدم لهيئة التحكيم وللطرف الآخر، فتصدر هذه الهيئة حكماً تقضي فيه بترك الخصومة من قبل المدعي، بعد أن يبدي المحكم ضده عدم اعتراضه.

أما في حالة اعتراضه على طلب ترك الخصومة ، بحجة أن له مصالح مشروعة في استمرار إجراءات التحكيم، فإن السلطة التقديرية لمحكمة التحكيم في قبول هذا الاعتراض أو لا.

وعلى خلاف الحكم القاضي بإثبات التسوية الودية، فإن الحكم بترك الخصومة لا يحوز قوة الشيء المقضي فيه، ولا يؤثر على اتفاق التحكيم، مما يجعل باب إعادة طرح النزاع للحل بواسطة التحكيم مفتوحاً².

¹ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة ص 986- 988

² المادة 2/32 من قانون النموذجي لعام 1985

- المادة 85/أ من قانون الموريتاني لعام 2000

- المادة 13/ب من قانون التركي لعام 2001

- المادة 48/ 1 من قانون العماني

المبحث الثاني

نماذج من أحكام التحكيم

المطلب الأول: أحكام التحكيم في مجال عقود البترول

كانت المنازعات الناشئة عن عقود البترول محلا للعديد من أحكام التحكيم، و التي من أهمها الأحكام الصادرة في حالة سكوت الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق، (فرع أول) ثم في حالة اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق (فرع ثان).

الفرع الأول: اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل هيئة التحكيم

أولا) حكم التحكيم الصادر في قضية أبي ظبي سنة 1951

تتلخص وقائع هذه القضية في أن الشيخ شخبوط حاكم أبي ظبي قد منح امتيازاً بترولياً في سنة 1929 لشركة تنمية البترول المحدودة للبحث و التنقيب عن البترول و استغلاله في الإقليم البري الخاضع لسلطته و كذلك في الجزر و المياه الإقليمية التابعة له و لما شرع الشيخ في منح امتياز بترولي للبحث و التنقيب عن البترول و استغلاله في منطقة الجرف القاري لشركة بترولية أخرى، نازعت شركة تنمية البترول المحدودة في ذلك على أساس أن امتيازها المبرم في عام 1939 يشمل أيضا منطقة الجرف القاري و تطبيقا لشرط التحكيم الوارد في العقد، لجأ الطرفان إلى التحكيم و تم تعيين اللورد اسويكث (*ASQUITH*) كمحكم وحيد للفصل في هذه القضية.

في هذه القضية لم يكن عقد امتياز البترول موضوع النزاع يتضمن نصا صريحا و واضحا يحدد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع.

و من ثم فقد بدأ المحكم الوحيد في هذه القضية اللورد (*ASQUITH*) بالبحث عن النظام القانوني الوطني واجب التطبيق ، وتوصل إلى أن قانون أبو ظبي هو الأول بالتطبيق، لأن الأمر يتعلق بعقد تم إبرامه في أبي ظبي، و يجب أن ينفذ بالكامل في هذا البلد.¹ بيد أن المحكم رفض الأخذ بهذه النتيجة التي توجب الأخذ بها قواعد الإسناد المتعلقة بالعقود ذات الطابع الدولي في القانون الدولي الخاص، مشيرا إلى أنه لا يمكن القول بوجود مثل هذا القانون، باعتبار "الشيخ" يمارس عدالة تقديرية محضة مستعينا في ذلك بالقرآن، و لا يتصور أن يوجد في هذا الإقليم البدائي مجموعة من المبادئ القانونية واجبة التطبيق على أدوات التجارة الحديث.

¹ الدكتور سراج حسين أبو زيد - مرجع سابق- ص 699- 700

و بعد استبعاده للنظام القانوني الداخلي الوحيد الذي يمكن إسناد العقد إليه قانونا و ذلك بحجة تخلفه، اتجه المحكم إلى تطبيق ما أسماه "المبادئ الراسخة في العقل السليم و الممارسة المشتركة في الأمم المتحضرة كنوع من القانون الطبيعي الحديث" ' مستندا إلى إرادة الأطراف المتعاقدة - تلك الإرادة التي نسبها هو إليهم - حيث قرر أن الأطراف و قد ضمنوا عقدهم نصا يقضي بتنفيذ و تفسير العقد وفقا لحسن النية و الثقة المتبادلة و التفسير المعقول، فإنهم بذلك يكونوا قد رفضوا تطبيق أي قانون داخلي.

و مع ذلك، انتهى هذا المحكم في هذه القضية إلى تطبيق القانون الإنجليزي - قانون الشراكة المتعاقدة - و ذلك بدعوى أنه يعد نموذجا للقانون الطبيعي الحديث و يشتمل على هذه المبادئ

و يمكن إبداء الملاحظات التالية على هذا الحكم:

1- أن القول بأن الشيخ يمارس عدالة محضة مستعينا في ذلك بالقرآن قول مردود، فالقرآن لا ينشئ عدالة تقديرية، إذ أنه يأمر بأن تكون العدالة في ممارسة السلطة لها عدالة مطلقة بدون تمييز بسبب الدين أو الجنس أو اللون أو القرابة ، حيث يقول الله تعالى " أن الله تعالى يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها و إذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل"¹

كما أن الزعم بأن القانون الإسلامي قانون متخلف كان منقوضا فيما بعد من قبل محكمة التحكيم التي فصلت في قضية أرامكو ضد السعودية، إذ أنها أكدت أن " يستخلص من الفقه و المعلومات المقدمة من كل الطرفين أن المملكة العربية السعودية تنتمي إلى أحد الأنظمة القانونية الكبرى في العالم و هو النظام القانوني الإسلامي".²

2 - انه من الصعب تفسير مجرد الإشارة في العقد إلى مبدأ حسن النية و الثقة المتبادلة و التفسير المعقول عل أنه يفيد رغبة الأطراف في استبعاد تطبيق كل قانون داخلي، كما أنه من الصعب تفسير هذا الشرط على أنه يعبر ضمنا عن رغبة الأطراف في تطبيق المبادئ العامة للقانون على العقد موضوع النزاع.

و الحقيقة هي أن المحكم اتخذ ذلك الشرط ليبرر قانونا جهله بأحكام الشريعة الإسلامية التي رماها بالتخلف من منطلق تعصب ديني أعمى.

3 - إن التجاء المحكم إلى المبادئ العامة للقانون أو القانون الطبيعي الحديث لم يكن سوى ستار للوصول إلى تطبيق قواعد القانون الإنجليزي، أي قانون الشراكة المتعاقدة، باعتباره التجسيد الحي لتلك المبادئ.

¹ الآية 85 من سورة النساء

² راجع تفاصيل هذه القضية بالفرع الأول من المطلب الموالي

4 - إن تكملة النقص و القصور الذي يعتري القانون واجب التطبيق لا يكون باستبعاد تطبيق هذا القانون، على نحو ما فعل الحكم المذكور. و إنما يكون من خلال تطبيق المصادر الاحتياطية في القانون واجب التطبيق ذاته، فالقوانين الوطنية غالباً ما تشمل على مصادر احتياطية يتعين اللجوء إليها في حالة عدم وجود نصوص واجبة التطبيق على موضوع النزاع أو في حالة عدم كفايتها، و من هذه المصادر المبادئ العامة للقانون الطبيعي و قواعد العدالة.¹

ثانياً) حكم التحكيم الصادر في قضية قطر سنة 1953:

تتلخص هذه القضية في أن نزاعاً قد نشب بين حاكم قطر و الشركة البحرية الدولية للبترول «*International Marine oil capny*» بمناسبة عقد امتياز البترول المبرم بينهما عام 1935، و ذلك عندما أنهت الشركة هذا العقد و رفضت سداد الدفعات المالية المستحقة عن السنة الأخيرة التي أنهت فيها العقد.

في هذه القضية أيضاً لم يكن عقد امتياز البترول موضوع النزاع يتضمن نصاً صريحاً و واضحاً يحدد القانون واجب التطبيق على العقد.

لذلك فقد بدأ المحكم (*ALFRED BUCKNILL*) بالبحث عن النظام القانوني واجب التطبيق مؤكداً على أنه إذا أخذ في الاعتبار موضوع العقد، فإنه من الصعب تفسيره بعيداً عن قانون قطر، فالحكومة تعد طرفاً في العقد، كما تم اختيار إقليم قطر كمقر لمحكمة التحكيم، بالإضافة إلى أنه قد تم تحرير العقد باللغة العربية و اللغة الإنجليزية.

وتوصل إلى أن كل هذه العناصر تشير إلى القانون الإسلامي، المطبق في قطر، باعتباره القانون الذي يحكم العقد.

¹ الدكتور سراج حسين أبو زيد - مرجع سابق - ص 702

ومع ذلك فإن المحكم اتجه إلى تأييد وجهة النظر التي سبق و أن أخذ بها المحكم اللورد « اسكويث» في قضية أبي ظبي، و التي مفادها أن النظام القانوني المطبق في قطر على أساس الشريعة الإسلامية غير مؤهل لحكم الامتيازات البترولية الحديثة.

وبعد أن استبعد المحكم أعمال النظام القانوني القطري واجب التطبيق على العقد وفقا لقواعد الإسناد المتبعة في القانون الدولي الخاص و ذلك بحجة تخلفه، انتهى إلى تطبيق ما أسماه "بمبادئ العدل و الإنصاف و الضمير اليقظ" مسندا ذلك إلى إرادة الأطراف. و يمكن إبداء الملاحظات التالية على هذا الحكم:

1- إن المحكم قد أسند للأطراف إرادة لا وجود لها و ذلك عندما قرر أن الطرفين قد أرادوا إخضاع العقد محل النزاع لمبادئ العدل و الإنصاف و الضمير اليقظ. 2- إن المحكم لم يحدد المقصود بمبادئ العدل و الإنصاف و الضمير اليقظ و ما إذا كانت هذه المبادئ مرادفة للمبادئ العامة للقانون باعتبارها مصدرا من مصادر القانون الدولي أو القانون الداخلي.

3- إن المحكم قد انتهى في تبريره للحل الذي قضى به إلى الاستناد إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي سبق و أن قرر عدم ملاءمتها لحكم عقد موضوع النزاع.¹

ثالثا) حكم التحكيم الصادر في قضية سافير *Sapphire*:

بعد أن أكد المحكم الوحيد في هذه القضية الأستاذ (CAVIN) على أن إدارة الأطراف الصريحة أو الضمنية هي التي تحدد القانون واجب التطبيق على المسائل التعاقدية، و بعد أن لاحظ أن العقد موضوع النزاع لم يتضمن أي اختيار صريح من قبل الطرفين، قرر أنه هو الذي سوف يتولى تحديد النظام القانوني الأكثر ملاءمة وفقا للمؤشرات الدالة على إدارة الأطراف و خصوصا المؤشرات الكامنة في العقد.

و قد أوضح المحكم أن كل من ضابط محل إبرام العقد، وضابط محل تنفيذه يشهدان لصالح تطبيق القانون الإيراني بيد أنه قد رفض الأخذ بهذه النتيجة التي تفرضها قواعد الإسناد المعمول بها في القانون الدولي الخاص، و اتجه إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون مستندا في ذلك على العديد من المبررات التي يمكن أن نوجزها فيما يلي:

1- إن العقد موضوع النزاع يختلف بعمق عن عقود التجارة العادية المستهدفة بالقواعد التقليدية في القانون الدولي الخاص، فهذا العقد مبرم بين شركة وطنية خاضعة للقانون العام من

¹ الدكتور سراج حسين أبو زيد - مرجع سابق- ص 704

ناحية و شركة تجارية أجنبية خاضعة للقانون الخاص من ناحية أخرى، ثم إن موضوع هذا العقد ليس عملية تجارية عادية، بل يمنح شركة سافير الاستغلال الطويل الأجل للثروات الطبيعية على الإقليم الإيراني، و يتضمن لأجل هذا الاستغلال الالتزام باستثمارات ضخمة و إقامة منشآت ثابتة، كما أن هذا العقد يرتب حقوقا ليست تعاقدية خالصة بل امتيازات تحقق مؤقتا لشركة سافير الحيازة و في بعض الأحيان الرقابة على الإقليم الإيراني، و يمنح لهذه الشركة الأجنبية تسهيلات ضريبية ذات طابع عام مما يجعل هذه الامتيازات تضي على العقد طابعا خاصا يجعله خاضعا للقانون العام و القانون الخاص على حد سواء.

2- إن العقد يتضمن شرطا يسند مهمة الفصل في المنازعات المحتملة إلى محكم يتم تعيينه بواسطة رئيس المحكمة العليا في سويسرا أو الدانمارك أو السويد أو البرازيل حسب الأحوال.

3 - تضمن العقد بندا يشير إلى تعهد الأطراف بتنفيذ نصوص الاتفاق وفقا لمبادئ حسن النية و الإرادة الحسنة مراعين في آن واحد روح الاتفاق و نصوصه.¹ وهو البند الذي فسره المحكم على أنه تعبير عن إرادة الأطراف في استبعاد تطبيق أي قانون وطني محدد، و تطبيق القواعد القانونية المبنية على الممارسة المشتركة في الأمم المتحدة.

4 - استشهد المحكم بعقود أبرمتها الشركة الوطنية الإيرانية (نيوك) مع الشركات الأجنبية مماثلة للعقد الذي أبرمته شركة سافير، و تضمنت شروطا تنص على تطبيق المبادئ العامة للقانون.²

مما يعني أن الشركة الإيرانية (نيوك) لا يمكنها الادعاء بأن عدم وجود نص صريح يحدد القانون واجب التطبيق يجب أن يفسر على أنه استبعاد لمبدأ مستقر في العقود السابقة التي لها نفس الموضوع، وذلك لأن مقتضيات الضمان المقررة لصالح الشركة الأجنبية تتطلب -وفقا لحسن النية و المنطق- الأخذ بنفس الحل الذي سبق وأن وافقت عليه الشركة الوطنية الإيرانية في العقود التي أبرمتها مع الشركات الأكثر قوة.

و بالاستناد إلى ما تقدم، انتهى المحكم إلى أن استبعاد تطبيق القانون الإيراني المستمد من نية الأطراف أنفسهم، وإغفالهم عن قصد النص على اختيار نظام قانوني وضعي آخر، دليل على أن نية الأطراف قد اتجهت نحو إخضاع تفسير و تنفيذ هذا العقد للمبادئ العامة للقانون.

¹ المادة 38 من العقد

² من العقود التي استشهد بها المحكم : العقد المبرم مع الكونسرتيوم الدولي للبترول ، عام 1954 ، و العقد المبرم مع الشركة

الإيطالية أجبب عام 1956

وقد تعرض هذا الحكم للعديد من الانتقادات التي يمكن أن إيجازها فيما يلي:

أ - القول بأن الطبيعة الخاصة للعقد موضوع النزاع تقتضي أن يتم تفسيره و تنفيذه بعيدا عن القانون الإيراني، قول لا يمكن التسليم به وغير منطقي، فمادام أن المحكم شدد على الطابع العام للعقد و أكد عليه من خلال ضرورة التصديق عليه من قبل السلطات الإيرانية، فمن المنطقي أن يترتب على هذا النظر أن يقضي المحكم بتطبيق القانون الإيراني بدلا من استبعاده.

ب - القول بأن شرط التحكيم يعد قرينة على اتجاه الأطراف نحو استبعاد قانون الدولة المتعاقدة قول متنازع فيه و محل اختلاف في الفقه. فلقد اختلف الفقهاء في الإجابة عن التساؤل الموجه من قبل الأستاذ (*Van Heck*) المقرر العام لمجمع القانون الدولي في دورته التي انعقدت في اوسلو *OSLO* عام 1977 بشأن تحديد النظام القانوني واجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص خاصة الأجنبية. و لقد كان السؤال مصاعا على النحو التالي: ما هو أثر شرط التحكيم فيما يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على العقد؟ و هل يمكن القول بأن وجود شرط التحكيم في العقد يعد قرينة على تطبيق قانون آخر غير القانون الداخلي للدولة المتعاقدة؟

إذ ذهب البعض إلى عدم وجود أي تأثير لشرط التحكيم فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على العقد، كما أنهم يرفضون أن يروا في شرط التحكيم قرينة على اتجاه إرادة الأطراف نحو استبعاد تطبيق القانون الداخلي للدولة المتعاقدة¹.

وفي هذا السياق نشير على سبيل المثال إلى أن اتفاقية البنك الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى، و المبرمة في واشنطن سنة 1965.²

في حين ذهب البعض الآخر إلى أن شرط التحكيم يعد عنصرا حاسما فيما يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على العقد، و يرون في هذا الشرط قرينة على اتجاه إرادة الأطراف نحو استبعاد تطبيق القانون الداخلي للدولة المتعاقدة³.

و قد اتخذ رأي ثالث موقفا وسطا مقرا أنه من التزايد أن نعزو إلى شرط التحكيم النتيجة التي مفادها استبعاد تطبيق القانون الداخلي للدولة المتعاقدة، و مع ذلك يمكن اعتبار هذا الشرط

¹ رأي كل من الأساتذة Feliciano – Dolhring Mann

² المادة 42 من اتفاقية البنك الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول، و رعايا الدول الأخرى لعام 1965

³ رأي كل من الأساتذة Hohenveldern – Monac –P. Lalive

قرينة على اتجاه نية الأطراف نحو استبعاد تطبيق قانون الدولة المتعاقدة شريطة أن توجد قرائن أخرى تعزز ذلك.¹

ج - إن القول بأن الإشارة في العقد إلى مبدأ حسن النية و الإرادة الحسنة في ظل عدم وجود أية إشارة إلى تطبيق قانون وطني معين تعبر عن إرادة الأطراف في استبعاد تطبيق تشريع وطني معين، و الخضوع فيما يتعلق بتفسير العقد و تنفيذه إلى المبادئ العامة للقانون قول متنازع فيه من ناحيتين:

- فمن ناحية إن مجرد الإشارة إلى مبدأ حسن النية لا يمكن اعتباره بمثابة اختيار ضمني للقانون واجب التطبيق.

-ومن ناحية أخرى، فإن الزعم بالعقد موضوع النزاع لم يشر إلى أي قانون وطني زعم يجافي الحقيقة، لأن العقد تضمن عدة شروط و إن كانت لا تعني خضوع العقد على نحو كامل أو شامل للقانون الإيراني، بيد أنها لا تعني أيضا الرفض الكلي لتطبيق القانون الإيراني.

وبالتالي يمكن القول بأن الأطراف لم يلتزموا الصمت، بل على العكس لقد بينوا بوضوح كبير إلى أي مدى و بأي طابع يمكن أن ينطبق القانون الإيراني على العقد.

د - و فيما يتعلق باستناد المحكم إلى العقود السابقة التي أبرمتها الشركة الإيرانية مع شركات أجنبية أخرى، فإن مثل هذا الاستدلال ينطوي على قدر كبير من المغالطة و يعد إتباعا لأسلوب المنطق المعكوس، لأن المحكم بدلا من أن يستخلص من سلوك الأطراف المتمثل في عدم إشارتهم في العقد موضوع النزاع للمبادئ العامة للقانون قرينة على أنهم قد رغبوا في إتباع مسلك آخر غير ذلك المتبع في العقود السابقة، نجد أنه يخلص إلى العكس، و يرى في عدم إشارة الأطراف إلى المبادئ العامة للقانون دليلا على اتجاه إرادتهم نحو تطبيقها.

ومما يدعو للغرابة أن يستند المحكم في أعماله للمبادئ العامة للقانون على شرط يتعلق باختيار القانون واجب التطبيق قد ورد في عقد آخر، مع أن شرط اختيار القانون واجب التطبيق الذي يرد في عقد معين لا يجب أن يكون له أي أثر خارج إطار العقد الذي ورد فيه

ز - ومن أهم ما يمكن أن يوجه إلى هذا الحكم من نقد أن المحكم لم يحدد بأي صفة لجأ إلى أعمال المبادئ العامة للقانون، هل بوصفها مصدرا احتياطيا من مصادر القانون الدولي، أم بوصفها مصدرا احتياطيا لنظام قانوني آخر.

و أخيرا، يمكن القول بأن المحكم في هذه القضية لم تكن لديه نية البحث عن القانون واجب التطبيق على العقد موضوع النزاع باعتباره القانون المناسب لحكم هذا العقد، بقدر

¹ رأي كل من الأستاذة : Vanhek – Batifol

ما كان يبحث عن إيجاد حل مناسب يحقق مصالح الشركة الأجنبية الطرف في العقد، و قد أوضح المحكم عن غرضه الحقيقي هذا في بداية تناوله لمسألة القانون واجب التطبيق و ذلك عندما قرر أن الشركة الأجنبية تحمل بموجب هذا العقد، إلى الدولة الإيرانية مساعدة فنية و مالية تتضمن بالنسبة لها استثمارات و مسؤوليات و مخاطر جسيمة¹.

الفرع الثاني: اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف

أولاً) حكم التحكيم الصادر في قضية أرامكو ضد المملكة العربية السعودية عام 1958

تتلخص وقائع النزاع الخاصة بهذا الحكم في أنه في 29 ماي 1933 ، أبرمت حكومة المملكة العربية السعودية عقد امتياز بترول مع شركة استنرد أويل أوف كاليفورنيا (*Standard Oil of California*)، والتي أصبحت فيما بعد الشركة العربية الأمريكية للبترول (أرامكو *ARAMCO*)

أثناء سريان العقد ، وبالضبط في 20 جانفي 1954 أبرمت حكومة السعودية عقدا مع شخص يدعى أوناسيس *ONASSIS* لنقل البترول المنتج ومشتقاته من السعودية إلى الخارج، وطالبت حكومة السعودية شركة أرامكو الالتزام بهذا العقد.

بيد أن شركة أرامكو اعتبرت هذا العقد متعارضا مع أحكام عقد الامتياز الذي يمنحها الحق المطلق في نقل البترول المنتج وتصديره بما في ذلك حرية اختيار وسائل النقل الضرورية . ومن أجل حل الخلاف الناشئ بين الحكومة السعودية وشركة أرامكو، اقترحت الحكومة السعودية عرض النزاع على التحكيم إعمالا لبنود العقد، وتم إبرام اتفاق التحكيم في 22 فيفري 1955، ثم تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين برئاسة الأستاذ السويسري (سوزر)

*Sauser Hall*²

بدأت محكمة التحكيم ،لتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، بالبحث في اتفاق التحكيم و الذي نص في بند منه أن المحكمة تفصل في النزاع في النزاع:

أ - طبقا للقانون السعودي بالنسبة للمسائل الداخلة في اختصاص السعودية.

ب - و طبقا للقانون الذي ترى المحكمة أنه واجب التطبيق، بالنسبة للمسائل

التي لا تدخل في اختصاص السعودية.³

¹ الدكتور سراج حسين أبو زيد - مرجع سابق- ص716

² الدكتور سراج حسين أبو زيد - مرجع سابق- ص536

³ المادة 04 من العقد

و قد أكدت المحكمة على أن اتفاق الأطراف بشأن القانون واجب التطبيق يعد مطابقاً لقواعد القانون الدولي الخاص في غالبية دول العالم المتحضر، و بالتالي يجب أن يأخذ في الحسبان من قبل محكمة التحكيم.

بيد أن الأطراف لم يتفقوا على تطبيق قانون واحد، بل اتفقوا كذلك على تطبيق القانون المعين بواسطة المحكمة بالنسبة للمسائل غير الداخلة في اختصاص السعودية. و في معرض بحثها عن القانون واجب التطبيق، استبعدت المحكمة نظرية القانون الذاتي للعقد، كما استبعدت إخضاع العقد للقانون الدولي العام.

و ثم وضحت المحكمة الحلول المعمول بها في إطار القانون الدولي الخاص، مبينة أنه وفقاً للمبادئ العامة في القانون الدولي الخاص، فإن العقد ذا الطابع الدولي يجب أن يخضع في المقام الأول للقانون المختار صراحة بواسطة الأطراف إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، و أنه في حالة غياب قانون الإرادة الصريحة، يتعين تطبيق قانون الإرادة المفترضة، كما بينت أن القانون الاحتياطي يمكن أن يكون قانون الجنسية المشتركة، أو قانون محل الإبرام، أو قانون موطن المدين (*Lex domicilii ditoris*) أو قانون محل التنفيذ (*Lex executions*) أو قانون البلد الذي يوجد بينه و بين العقد الصلة الأكثر وثاقة.

كما أكدت أن عقد الامتياز محل النزاع يعد عقداً ذا طابع دولي، و من ثم يتعين الأخذ بالقانون المختار صراحة بواسطة الأطراف شريطة أن يكون لهذا القانون صلات مناسبة مع النزاع، ثم بينت أن اختيار الأطراف للقانون السعودي يعتبر اختياراً مناسباً، حيث أن هذا القانون هو قانون الدولة محل الإبرام، كما أنه قانون الدولة محل التنفيذ، هذا بالإضافة إلى كونه قانون الدولة المتعاقدة، و من المعترف به في القانون الدولي الخاص أن العقود التي تبرمها الدولة يفترض أنها تخضع لقانون هذه الدولة، ما لم يثبت عكس ذلك.

و قد أشارت المحكمة في ذلك إلى حكم محكمة العدل الدولية الدائمة الصادرة في قضية القروض الصربية و البرازيلية عام 1929¹

و فيما يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على المسائل التي لا تدخل في اختصاص القانون السعودي، قررت المحكمة تبني الحلول السائدة في القضاء الانجليزي و السويسري و التي تعطي الاختصاص لقانون البلد الذي يوجد بينه و بين العقد الصلات الفعلية و الطبيعية الأكثر وثاقة.

ثم أوضحت أن القانون النافذ في المملكة العربية السعودية لا يتضمن أية قاعدة محددة بشأن استغلال حقول البترول لأن هذا الأمر لم يكن معروفاً في هذه الدولة قبل إبرام عقد

¹ الدكتور سراج حسين أبو زيد - مرجع سابق - ص 719

الامتياز محل النزاع عام 1933، و أن هذا النقص في القانون السعودي كان مكملًا بعقد الامتياز محل النزاع.

ومن ثم فإن عقد الامتياز محل النزاع يعد القانون الأساسي للأطراف، و يتعين على المحكمة أن تعترف له بأهمية خاصة في أنه يكمل النقص في القانون السعودي في مسائل صناعة البترول، و في الحالة التي يوجد فيها أية شكوك سواء حول مضمون الاتفاقات المبرمة بين الأطراف أو معناها، يتم اللجوء إلى المبادئ العامة للقانون من أجل تطبيق و تفسير هذه الاتفاقات أو تكملة الحقوق و الالتزامات المتبادلة للأطراف

وبناء عليه، انتهت المحكمة إلى أن المسائل المتصلة بالقانون الخاص تخضع من حيث المبدأ للقانون السعودي، و لكن مع مراعاة أن هذا القانون يتم تفسيره و تكملته عند الضرورة بالمبادئ العامة للقانون، و العادات المتبعة في صناعة البترول و معطيات العلم القانوني الخالص والملاحظات التي يمكن إبدائها على هذا الحكم هي:

1 - إن هذا الحكم قد اشتمل على تناقضين رئيسيين: فمن ناحية، بعد أن أكد على أن أي عقد لا يمكن أن ينشأ في فراغ، بل يتعين أن يستند إلى نظام قانوني معين، بيد أنه قد نقض هذا التأكيد عندما قرر أن عقد الامتياز محل النزاع يعد بمثابة القانون الأساسي للأطراف، ومن ناحية أخرى، بعد أن أكدت المحكمة على وجوب التفرقة بين القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم و ذلك الذي يحكم موضوع النزاع، و أنها إذا كانت قد أخضعت إجراءات التحكيم للقانون الدولي، فأنها لا تنوي إخضاع النزاع لهذا القانون، و بعد أن استبعدت تطبيق القانون الدولي العام على أساس أن عقد الامتياز محل النزاع لم يكن مبرما بين دولتين ذاتي سيادة، بل بين دولة و شركة خاصة أمريكية، إلا أنها قد نقضت ذلك كله عندما قررت تطبيق أحكام القانون الدولي على بعض أثار الامتياز خصوصا المسائل التي قدرت أنها تعد لأسباب موضوعية غير خاضعة لقانون وطني معين، كما هو الشأن بالنسبة للمسائل المتعلقة بعمليات النقل في أعالي البحار، و بسيادة الدولة على مياهها الإقليمية، و بمسؤولية الدول لمخالفتها لالتزاماتها الدولية.

2 - إن المحكمة قد انتهت إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون و أحكام القانون الدولي إلى جانب القانون السعودي، بيد أنها لم تحدد ما إذا كانت قد طبقت المبادئ العامة للقانون بوصفها أحد مصادر القانون الدولي أم القانون الداخلي، و دون أن تقدم تبريرا قانونيا لتطبيقها لهذه المبادئ و لأحكام القانون الدولي¹

ثانياً) حكم التحكيم الصادر في قضية (B . P بريتيش بتروليوم) ضد الحكومة الليبية عام

1973

في هذا الحكم، بدأ المحكم الوحيد (*Lagergren*) بالتأكيد على أن محكمة التحكيم ليس لها قانون اختصاص (*Lex Fori*) يزودها بالنظام القانوني الذي يمكنها اللجوء إليه لتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع. و من ثم قرر المحكم أنه ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، فإن محكمة التحكيم الحرة في اختيار قاعدة تنازع القوانين التي تبدو لها واجبة التطبيق، أخذة في الاعتبار الظروف المحيطة بالنزاع، و استند في ذلك إلى الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي.

و نظراً لحرية محكمة التحكيم في اختيار قاعدة التنازع التي تراها واجبة التطبيق، قرر المحكم تطبيق قواعد تنازع القوانين في دولة الدانمارك باعتبارها الدولة مقر التحكيم، والتي تعترف بمبدأ استقلال الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق في المسائل التعاقدية. وبناء عليه، تبنى المحكم القانون الذي اتفق عليه الأطراف في عقد الامتياز محل النزاع.¹

و قد قرر المحكم أن شرط القانون واجب التطبيق الوارد في العقد يستبعد تطبيق القانون الداخلي و حده أو القانون الدولي وحده، بل نص على تطبيق مبادئ القانون الليبي المشتركة مع مبادئ القانون الدولي، بما في ذلك المبادئ التي طبقتها المحاكم الدولية، في حالة غياب المبادئ المشتركة في القانون الليبي و القانون الدولي.

و بعد أن لاحظ المحكم عدم وجود مبادئ مشتركة بين القانون الليبي و القانون الدولي، قرر المحكم تطبيق المبادئ العامة للقانون²

استمد المحكم (*Lagergren*) سلطته في تحديد قاعدة التنازع الأكثر ملائمة من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي، و بناء على ذلك اختار المحكم قانون الدانمارك، حتى يعطي الأطراف حرية كبيرة في اختيار القانون واجب التطبيق على العقد، مما يسمح بقبول النص الذي يشير إلى تطبيق عدة قوانين في آن واحد.³

ثالثاً) حكم التحكيم الصادر في قضية ليامكو ضد الحكومة الليبية عام 1977 :

صدر هذا الحكم في النزاع الذي نشب بين الحكومة الليبية والشركة الأمريكية (ليامكو LIAMCO) إثر قيام الحكومة الليبية بتأميم ممتلكات ومصالح الشركة بموجب

¹ المادة 82 فقرة 07 من العقد المبرم بين الطرفين

² الدكتور سراج حسين أبو زيد - مرجع سابق- ص722

³ الدكتور سراج حسين أبو زيد - المرجع سابق- ص738

قرارات التأميم الصادرة في 01 سبتمبر 1974، ثم في 11 فيفري 1946 مما اضطر الشركة الأمريكية تقديم طلب للتحكيم، لكن الحكومة الليبية رفضت المشاركة في إجراءات التحكيم، ورفضت تعيين محكمها، فتوجهت شركة ليامكو إلى رئيس محكمة العدل الدولية من أجل تعيين محكم وحيد للفصل في النزاع تطبيقاً لشرط التحكيم الوارد ضمن بنود العقد.

عينت محكمة العدل الدولية الأستاذ اللبناني "محمصاني" وبدأت إجراءات التحكيم في

12 أبريل 1977¹

بدأ المحكم في هذا الحكم بتأكيد على أن الأنظمة القانونية لكل من الطرفين غالباً ما تكون غير متشابهة، وعليه، من غير العادل الاستناد على أي من النظامين و استبعاد الآخر لأن في ذلك ما يخالف مبدأ المساواة بين الأطراف، إلا إذا وجد اتفاق مخالف بينهم، فضلاً عن ذلك فإن كل من النظامين القانونيين أو أحدهما قد يكون غامضاً، أو غير كاف بالنسبة للعديد من المسائل المتعلقة بالامتياز.

و بناء على ذلك قرر المحكم أنه عندما يكون أحد أطراف النزاع أجنبياً، فإن على المحكمة المعروض عليها النزاع أن تسترشد بالمبادئ العامة المنظمة لتنازع القوانين في القانون الدولي الخاص و طبقاً لهذه المبادئ، فإن القانون واجب التطبيق على عقد ما هو إلا القانون المختار بواسطة الأطراف صراحة أو ضمناً، و إعمالاً لمبدأ استقلال الإرادة المعترف بها لحل تنازع القوانين في العقود بصفة عامة، تضمنت عقود الامتياز محل النزاع نصاً صريحاً يعبر عن رغبة الأطراف في اعتماداً مبادئ القانون الليبي المشتركة مع مبادئ القانون الدولي، و في حالة عدم وجود مبادئ مشتركة يكون العقد محكوماً و مفسراً بالمبادئ العامة للقانون، بما في ذلك المبادئ التي طبقتها المحاكم الدولية.

مما تجدر الإشارة إليه أن المحكم قد أكد على أن القانون الليبي عموماً أو القانون الإسلامي بصفة خاصة يشتملان على قواعد و مبادئ مشتركة مع القانون الدولي، كما أكد أيضاً على أن المبادئ العامة للقانون و التي تعد القانون الاحتياطي للعقد غالباً ما تكون مندمجة *incorporés* في غالبية الأنظمة القانونية و خصوصاً في التشريع الليبي بما في ذلك قوانينه الحديثة و القانون الإسلامي.

والملاحظ على هذا الحكم ما يلي:

1 - إن الاستناد إلى مبدأ المساواة بين الأطراف لاستبعاد اللجوء إلى الأنظمة القانونية لأطراف المتعاقدة أمر من الصعب قبوله، حيث لا يبدو أن في الاستناد إلى أحد أنظمة القانون

¹ الدكتور سراج حسين أبو زيد - المرجع سابق- ص 131

الدولي الخاص لأحد الأطراف أو في تطبيق قانون هذا الطرف أو ذلك ، ما يتضمن إهدارا لمبدأ المساواة بين الأطراف.

2 - إن الاستناد إلى المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص لتبرير تطبيق أحكام القانون الدولي أو المبادئ العامة للقانون يعد أمرا غير مجد، لأن قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص في الدول المختلفة تستهدف حل التنازع بين القوانين الداخلية، و من ثم فإن أعمالها يسفر حتما عن تطبيق أحد القوانين الوطنية¹

رابعاً) حكم التحكيم الصادر في قضية أمينويل Aminoil ضد الحكومة الكويتية.

تتلخص وقائع النزاع المتعلقة بهذا الحكم : أنه في عام 1948 أبرم أمير الكويت عقدا مع الشركة الأمريكية/أمينويل ، حصلت بمقتضاه على امتياز البحث عن البترول واستغلاله في دولة الكويت لمدة ستين عاما.

تضمن هذا العقد شرطا للثبات وعدم المساس يحول دون قيام الدولة بإجراء أي تعديل للعقد خلال مدة سريانه.

بعد مدة ، طالبت الحكومة الكويتية، تعديل العقد طبقا للاتفاقيات التي أبرمت بين الدول المصدرة للبترول، والتي تم التوقيع عليها في طهران عام 1971، وفي جنيف عامي 1972 و 1973 ، لكن الشركة الأمريكية رفضت هذا التعديل ، فقامت الحكومة الكويتية بوضع نهاية للعقد ، وتأميم الشركة بموجب قانون رقم 124 لعام 1977.

تمسكت الشركة الأمريكية باللجوء للتحكيم ، وتم إبرام اتفاق التحكيم بين الطرفين في 23 جويلية 1979 ، وتم تشكيل محكمة التحكيم من ثلاثة محكمين ، من كبار فقهاء القانون الدولي وهم : الأستاذ P.Reuter بصفته رئيسا ، و الأستاذين حامد سلطان ، و G.Fitzmaurice بصفتهما عضوين .²

في هذا الحكم، بينت محكمة التحكيم عدم وجود أي مشكلة في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد موضوع النزاع، مؤكدة على أنه من غير المتنازع فيه أن القانون الكويتي ينطبق على العديد من المسائل التي يعد بالنسبة لها القانون الأكثر ارتباطا، كما أوضحت أن القانون الكويتي يعد نظاما متطورا، حيث أن حكومة الكويت ذاتها قد أعلنت أن القانون الدولي العام يعد جزءا من القانون الكويتي، كما أن المبادئ العامة للقانون تعد بدورها جزءا من القانون الدولي العام، كما أشارت إلى أن تطبيق هذه المبادئ على عقود الامتياز البترولية ينبع في الواقع

¹ الدكتور سراج حسين أبو زيد - مرجع سابق- ص733-736

² الدكتور سراج حسين أبو زيد - مرجع سابق- ص137

من الشروط التعاقدية التي تتضمنها هذه العقود ذاتها، و ذكرت المحكمة على سبيل المثال، الاتفاق المبرم بين الأطراف عام 1973 و الذي تضمن نصا يقضي بأن يقيم الأطراف العلاقات الناشئة عن العقد على مبدأ حسن النية، و نظرا لاختلاف جنسيات الأطراف يرتب العقد آثاره، و يكون مفسرا و مطبقا وفقا للمبادئ المشتركة في قانون دولة الكويت و ولاية نيويورك بالولايات المتحدة الأمريكية

و قد أوضحت المحكمة أن هناك اعتبارا آخر قد سهل من مهمتها في هذا الصدد، ألا و هو أن الأطراف قد بينوا في اتفاق التحكيم أن القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع هو الذي تتولى محكمة التحكيم تحديده، على أن تراعي صفة الأطراف و الطابع عبر الدولي لعلاقاتهم و مبادئ القانون و الممارسات المتبعة في العالم المعاصر¹.

و انتهت المحكمة إلى أنه على الرغم من تعدد مصادر القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، إلا أنه لا يوجد تناقض فيما بينها، فمن ناحية فإن القانون الدولي يعتبر جزء لا يتجزأ من القانون الكويتي، و من ناحية أخرى فإن المبادئ العامة للقانون تعترف بحقوق الدولة بوصفها راعية للمصالح العليا للمجتمع²

الخلاصة:

يتضح مما تقدم عدم وجود اتجاه قضائي ثابت و مستقر بشأن تحديد القانون واجب التطبيق على عقود البترول.

المطلب الثاني: أحكام التحكيم في مجال العقود البحرية

بعدما تطرقنا لنماذج عن أحكام التحكيم في مجال العقود البترولية، وبخصوص القانون الواجب التطبيق، نتعرض في هذا المبحث لنماذج أخرى في مجال العقود البحرية وبخصوص التحكيم بشرط الإحالة (فرع أول) وكذا أحكام التحكيم الخاصة بمنازعات غرامة التأخير

الفرع الأول: أحكام التحكيم الخاصة بشرط الإحالة

أولا) دعوى السفينة (Aspillo)

أكدت محكمة النقض الفرنسية اتجاها المتشدد بخصوص شرط الإحالة في حكمها الصادر

في دعوى السفينة *Aspillo* الصادر في 4 جوان 1985.

¹ المادة 2/3 من اتفاق التحكيم المبرم بين الطرفين في 23 جويلية 1979

² الدكتور سراج حسين أبو زيد - مرجع سابق- ص737

حيث كانت محكمة الاستئناف " روان " قد اكتفت في هذه الدعوى بالإحالة العامة البسيطة الواردة في سند الشحن ، للاحتجاج بشرط التحكيم الموجود في عقد المشاركة على حامل سند الشحن، بأنه لا يمكنه الدفع بعدم علمه بتلك المشاركة و نصوصها، إلا أنه عند رفع الأمر إلى محكمة النقض قررت نقض الحكم السابق.

ثم أحيلت القضية إلى محكمة استئناف باريس، التي أكدت المبدأ السابق والمستقر، مقررّة أن الإحالة البسيطة العامة إلى نصوص و شروط و إعفاءات مشاركة الإيجار، بالرغم من دقتها و تحديد دمجها في سند الشحن، إلا أنها مع ذلك في حالة عدم وجود نسخ للمشاركة أو ملاحق للشروط العامة بها، فإنها لا تكفي للقول بوجود قبول مؤكد لدى حامل سند الشحن بشرط التحكيم الوارد بالمشاركة، و أن شرط التحكيم الموجود في عقد الشراء لا يطبق و لا يمتد إلى العقد الذي يشير إليه السند و الملاحق لعقد الشراء.

من ثم، يمكن القول بأن القضاء الفرنسي قد نهج نهجا متشددا في ضرورة توافر العلم اليقيني و القبول و الرضا في جانب حامل سند الشحن حتى يلتزم بشرط التحكيم الوارد في المشاركة بالرغم من عدم كونه طرفا فيها.

و لكي تتم عملية دمج هذا الشرط داخل بنود سند الشحن فلا بد من كلمات واضحة و صريحة مع ضرورة وجود نسخ للمشاركة أو ملاحق للشروط العامة بها للإطلاع عليها.¹

ثانياً) الحكم الصادر في دعوى شركة " SIER "

تتلخص وقائع هذه الدعوى في قيام شركة «SIER» بشراء شحنة من المواد الغذائية، و التي قامت بدورها بإبرام عقد مشاركة مع شركة شمال إفريقية للملاحة و ذلك في 19 جويلية 1984 بغرض نقل الشحنة من ميناء " Rouen " إلى ميناء " Reunion " باستخدام السفينة " Propontis " .

إلا أن السفينة المذكورة لم تكن جاهزة، مما دعا شركة شمال افريقية الملاحية إلى التعاقد مع شركة " سيشيكون " الملاحية لاستئجار سفينة أخرى هي " Aegis Harvet " لنقل الشحنة المذكورة. و بعد إتمام عملية الشحن تم إصدار سندات الشحن المؤرخة في 17 أوت 1984، و بها إحالة إلى عقد المشاركة الأول المنعقد في 19 جويلية 1984.

و في 4 ديسمبر 1984 قامت شركة شمال افريقية الملاحية بالإبلاغ بأن السفينة قد استبدلت بغيرها.

بعد وصول الشحنة إلى الميناء المحدد، و أثناء تفريغها أضح أنها قد تعرضت للتلف بسبب مياه البحر، الأمر الذي دعا شركة *SIER* (الطرف المشتري) بمطالبة كل من شركة شمال إفريقيا الملاحية و شركة " سيشيكون" (طرفا المشاركة الثانية) بالتعويض عن الأضرار التي وقعت، و ذلك أمام القضاء، و قد صدر حكم بذلك في 15 أبريل 1988. إلا أن شركة "سيشيكون" (الطرف المجهز في عقد المشاركة الثاني) قامت بالطعن في الحكم الصادر أمام محكمة الاستئناف، و دفعت بعدم اختصاص المحكمة التجارية لوجود شرط التحكيم و قد رفضت محكمة الاستئناف الدفع بعدم الاختصاص المؤسس على وجود شرط التحكيم (في عقد المشاركة الأول) و الذي أثير بواسطة شركة " سيشيكون"، و في نفس الوقت قبلت الطلب المقدم من شركة *SIER* و كان طلب الطعن المقدم من سيشيكون مبني على أساس أن عقد المشاركة (الثاني) أو عقد التأجير من الباطن، *Le contrat d'affrètement ou de sous - affrètement*، قد تم بين شركة إفريقيا الملاحية و بينها، و أن شركة *SIER* المرسل إليها *Destinataire des marchandises* لا يمكنها مباشرة دعوى كهذه إلا بإحلالها محل شركة شمال إفريقيا.

و من ثم فلا توجد علاقة تعاقدية بين شركة *SIER* و شركة سيشيكون، وكذلك إغفال التحري عما إذا كان عقد المشاركة المبرم بين شركة شمال إفريقيا و بينها لم يكن ملائماً أو متوافقاً *n'était pas assortie* مع شرط الإحالة الذي يحيل إلى شروط عقد المشاركة المبرمة في 19 جويلية 1984 (أي عقد المشاركة الأول المبرم بين شركة *SIER* و بين شركة شمال إفريقيا الملاحية). هذا و قد أوضح الحكم أن سند الشحن الذي وقعه ربان السفينة " *Aegis Harvest*" قد أحال *se référait* في مصطلحات عامة، وبدون وجود نسخ أو ملاحق للشروط العامة لعقد المشاركة المبرم في 19 جويلية 1984 (عقد المشاركة المبرم بين شركة *SIER* و شركة شمال إفريقيا الملاحية) و الذي لم تكن شركة سيشيكون طرفا فيه، و قد أشارت المحكمة و أكدت أنها لم تبني حكمها إلا على الشروط التي تمت، مع الأخذ في الاعتبار " التعديلات التي تمت من طرف واحد بمعرفة مجهزة السفينة¹.

من جهة أخرى تأكد تسليم سند الشحن بمعرفة ربان السفينة حين تم تحميل الشحنة مما ينتج عنه أن شركة سيشيكون مرتبطة تعاقدياً مع الشاحن و من ثم لم أسباب الطعن صحيحة لذلك تم الحكم برفض الطعن المقدم من طرف شركة سيشيكون و الخاص بعدم اختصاص المحكمة التجارية.

¹ المقصود بالتعديلات هنا هو استئجار السفينة الثانية، وهي محل قبول أكيد من جانب " المتعاقدين الآخرين في العقد الأول "

هذا و قد أيدت محكمة النقض القرارات التي اتخذتها المحكمة الاستئنافية بخصوص رفض الطعن بعدم الاختصاص المحكمة التجارية لوجود شرط التحكيم.

و باستقراء وقائع هذه الدعوى نلاحظ الآتي:

1 - إن هناك عقد مشاركة (أول) بين شركة **SIER** كمستأجر وشركة شمال إفريقيا للملاحة (كمؤجر) و أن محل العقد هو نقل شحنة غذائية لصالح الطرف الأول على ظهر السفينة " **Propontis** " .

2 - عدم استعداد السفينة لنقل الشحنة.

3 - عقد مشاركة (ثان) بين شركة شمال إفريقيا للملاحة (كمستأجر) و شركة سيشيكون (كمؤجر) و أن محل العقد هو نقل نفس الشحنة السابقة على ظهر السفينة " **Agis Harvest** " .

4 - إصدار سندات الشحن و بها إحالة عامة الى عقد المشاركة الأول.

5 - عدم وجود نسخ أو ملاحق بالشروط العامة لعقد المشاركة.

6 - اكتشاف تلف البضاعة، و قيام شركة **SIER** بتحريك الدعوى القضائية أمام المحكمة التجارية، إلا أن شركة سيشيكون دفعت بعدم اختصاص المحكمة التجارية لوجود شرط التحكيم في العقد الأول المحال إليه سند الشحن.

7 - رفض طعن شركة سيشيكون و تأييد الحكم باختصاص المحكمة التجارية بنظر الدعوى. 8 - بالرغم من أن هناك من جانب القضاء الفرنسي يساند موقف قضاء التحكيم الدولي الخاص ببند شرط التحكيم المبرم مع أحد أفراد المجموعة إلى العقود المبرمة مع باقي أفراد المجموعة، إلا أننا نلاحظ أن القضاء الفرنسي قد تخلى عن نظرية جماعة المتعاقدين و كذلك نظرية سلسلة العقود.

9 - بالرغم من أن شركة سيشيكون (الطرف الذي طعن في اختصاص المحكمة التجارية) ادعت بعدم وجود علاقة تعاقدية بينها و بين شركة **SIER** التي طالبت بالتعويض عن طريق القضاء، و بالتالي فلا يمكن لشركة **SIER** أن تطالب شركة سيشيكون بالتعويض إلا إذا حلت محل شركة شمال إفريقيا...، الأمر الذي عارضته المحكمة الاستئنافية حيث قالت أن سيشيكون مرتبطة تعاقديا مع الشاحن على أساس أنه قد تم تسليم سند الشحن بمعرفة ربان السفينة " **Agis Harvest** " حين تم تحميل السفينة.

10 - ادعاء شركة سيشيكون أن شركة **SIER** قد أغفلت التحري و البحث عما إذا كان عقد المشاركة (الثاني) يعتبر ملائما و متوافقا مع شرط الإحالة الذي يحيل إلى شروط عقد المشاركة (الأول)، و هذا الادعاء ليس له.

أكدت هذه الدعوى ضرورة أن يكون شرط الإحالة واضحا و محددا و صريحا مع ضرورة العلم بالشروط العامة المدونة في عقد المشاركة، كذلك اتجه القضاء الفرنسي إلى التخلي عن نظرية جماعة المتعاقدين و كذلك سلسلة العقود، بالرغم من الخسائر الاقتصادية الكبيرة التي يمكن أن تنشأ عن هذا التخلي، و المعارضة الشديدة لهذا الاتجاه¹.

ثالثا) دعوى شركة البحر المتوسط للشحن و حكم النقض الصادر في 16 يونيو 1992.

تتلخص وقائع الدعوى في وصول شحنة تالفة إلى ميناء الوصول، و من ثم لجأ المرسل إليه إلى المحكمة التجارية للمطالبة بالتعويض اللازم عن الضرر الذي حدث، فدفعت كل من الناقل البحري و ربان السفينة بعدم اختصاص المحكمة التجارية على أساس أن الشاحن *le chargeur* قد وافق على شرط التحكيم، و من ثم يحتج بهذه الموافقة على المرسل إليه إلى أنه تم رفض هذا الدفع، على أساس أن موافقة الشاحن على شرط التحكيم غير كافية للاحتجاج بها على المرسل إليه، كون هذا الأخير لم يعلن موافقته الصريحة على هذا الشرط. و من ثم نجد أن القضاء الفرنسي قد اتخذ نفس الموقف المتشدد نحو ضرورة العلم اليقيني، و القبول المؤكد من جانب حامل سند الشحن من أجل أن يلتزم بشرط التحكيم الوارد في المشاركة و التي لم يكن طرفا فيها.

أما الدفع بأن الشاحن قد أبدى موافقة صريحة و أكيدة على وجود شرط التحكيم و من ثم يلتزم حامل السند بهذه الموافقة و يحتج قبله بشرط التحكيم فهو دفع غير مقبول و ليس له أي أساس من الصحة².

رابعا) دعوى السفينة اسطنبول Istanbul Z

بعد الدراسة المتأنية لهذه الدعوى يتضح لنا الآتي:

¹ الدكتور محمد عبد الفتاح ترك – مرجع سابق- ص 519- 521
² الدكتور محمد عبد الفتاح ترك – مرجع سابق- ص 524- 525

- 1 - أن هناك عقدين أحدهما عقد بيع بين شركة **LORICO** كطرف أول بائع و شركة **ITALGRANI** كطرف ثانٍ مشتري و عقد مشاركة طرفاه البائع في عقد البيع الأول و لكن بصفته مستأجرا و ناقلا بحريا و المؤجر و هو شركة التاجير **Istanbul Denizcilik**
- 2 - حدوث تلف في البضاعة، تحفظ المشتري على ثمن البضاعة، لجوء البائع إلى التحكيم بناء على شرط التحكيم في عقد البيع، إلا أن البائع تمسك أيضا بشرط التحكيم في عقد المشاركة بصفته مستأجرا للسفينة **Istanbul** .
- 3- صدور قرار التحكيم في غير صالح المشتري، الذي لجأ بدوره إلى المحكمة التجارية بباريس و التي تناولت النزاع على أساس عدم تنفيذ بنود و شروط عقد النقل و ليس عقد البيع، أن نطاق الخصومة قد تحدد بالتنفيذ السيئ لعقد النقل .
- 4 - و طبقا لعقد المشاركة المبرم في 28 فيفري 1991 فإن هيئة التحكيم تتكون من ثلاثة أفراد، و يتم التحكيم في لندن ، و قرار التحكيم نهائي.
- 5 - عند عرض النزاع على المحكمة التجارية بباريس دفع المستأجر (الذي هو في الأصل البائع) بعدم اختصاص المحكمة لنظر هذا النزاع لوجود شرط التحكيم في عقد المشاركة، إلا أن المحكمة رفضت هذا الاعتراض على أساس أن المرسل إليه **ITALGRANI** لم يحط علما أكيدا بشروط التحكيم و من ثم لم يحدد موافقته من عدمها على هذا الشرط، و من ثم يكون القضاء هو المختص لنظر هذا الخلاف كما أنه لم يتسلم نسخا من عقد المشاركة إلا بعد استلام البضاعة، بمعنى أنه لم يكن هناك الوقت الكافي للإطلاع على بنود و شروط المشاركة، و من ثم لا يمكن أن نتمسك ضد المرسل إليه بشرط التحكيم، و من حقه اللجوء للقضاء مباشرة دون التقيد بشرط التحكيم.
- 6 - و من ثم يكون التساؤل هنا عن موضوع الموافقة الصريحة على شرط التحكيم، هل من الضروري أن يكون الشرط منسوخا بسند الشحن؟ هل من الضروري أن يتوافر في حق حامل سند الشحن العلم الثابت بشرط التحكيم الوارد ضمن بنود مشاركة الإيجار المذكور، و القبول المؤكد اليقيني لهذا الحامل لهذا الشرط التحكيمي؟ بمعنى ضرورة أن تكون هناك إحالة خاصة واضحة و محددة إلى شرط التحكيم الوارد بالمشاركة المحال إليها، أو بأن يرفق نص المشاركة بسند الشحن أو بأن يتم إبلاغ هذا الحامل بنص مشاركة الإيجار بطريقة ثابتة و مؤكدة لا تدع مجالا للشك في أن هذا الحامل قد علم بشرط التحكيم الوارد بالمشاركة...
- 7 - نلاحظ أنه عندما اعترضت شركة **LORICO** على قرار محكمة استئناف باريس و الصادر في 18 نوفمبر 1992 و الذي يقضي بعدم قبول اعتراض الأولى نظر النزاع أمام القضاء، نلاحظ أن المحكمة قد ذكرت أن الإحالة البسيطة بطريقة عامة إلى نصوص و بنود و حقوق و

تحفظات عقد المشاركة، غير كافية لدمج شرط التحكيم في سند الشحن لعدم إطلاع حامل السند على نسخ من المشاركة (المحال إليها)، من ثم لن تكون هناك إحالة كافية لعملية الدمج. و هذا يعني أن المحكمة تتطلب ضرورة اطلاع حامل سند الشحن على نسخة من عقد المشاركة لكي يكون هناك قبولا أكيدا و صريحا بأنه قد ارتضى بشرط التحكيم.

8 - كذلك تذكر شركة **LORICO** أن شركة **ITALGRANI** قد حصلت على نسخة من هذه المشاركة قبل استلام كل البضاعة و من ثم فإن الشركة الثانية كانت تملك من الوقت الكافي للإطلاع على بنود و شروط عقد المشاركة و خاصة شرط التحكيم و حيث أنه لم يفعل ذلك فليس من حقه اللجوء للقضاء.

9 - إن محكمة باريس أكدت أن نسخة عقد المشاركة قد وصلت بعد تسلّم كل البضاعة و أن شركة **ITALGRANI** لم تسلم نسخة من عقد المشاركة الذي تم في الخارج. (و من ثم فلم يكن هناك حتى الوقت الكافي لكي تتطلع الشركة على عقد المشاركة و خاصة شرط التحكيم، و من ثم لا تنقيد بشرط التحكيم، و يكون الاختصاص للقضاء).

10 - إلا أنه قد تم اعتبار أن هذه الموافقة الصريحة قد بدأت من وقت استلام الشحنة المذكورة في عقد النقل.

11 - نعت محكمة النقض في حكمها الصادر في 24 جانفي 1995 موقف قضاة محاكم الاستئناف الذي يتمثل في تمسكهم في أن " الإحالة البسيطة و بطريقة عامة لشروط عقد المشاركة غير كافية للقول بأن هناك موافقة أكيدة من لحظة استلام البضاعة بل كان يجب البحث و التحري عن نص شرط التحكيم أو رؤية نسخة من عقد المشاركة التي أرسلت بالبريد قبل استلام البضاعة كلها، أو ما إذا كانت هناك إشارة في محررات النقل أو خلافه".

كما حددت محكمة النقض محكمة روان كمحكمة إحالة للبت في الاعتراض المقدم من شركات **LORICO** للاحتجاج على حكم المحكمة التجارية بباريس الصادر في 1992/2/5 الخاص بعدم اختصاص المحكمة لنظر الدعوى لوجود شرط التحكيم.

و بناء على ما سبق تم إلغاء حكم المحكمة التجارية في باريس الصادر في 1992/2/5 الذي أعلن الاختصاص بنظر الدعاوى بين شركة **ITALGRANI** ضد شركتي (**LORICO**) و تطبيق شرط التحكيم الموجود في عقد المشاركة المنعقدة في 1991/2/28 ورفض طلب التعويض المقدم من شركة (**LORICO**) و دفع شركة **ITALGRANI** 30000 فرنك لشركة (**LORICO**) بناء على تطبيق المادة 700 من قانون الإجراءات المدنية.

12 - يظهر بوضوح التجاهل عن عمد للعادات و الأعراف التجارية الدولية و التي تعرف باسم (*lex mercatoria*) و يتمثل ذلك في عدم تنفيذ عقود النقل أو المشاركة للتنفيذ

الجيد، عدم توافر مبدأ حسن النية، وقد جاء في تحليل هذه الدعوى أن الأعراف التجارية الدولية قد أضيفت إلى حد كبير.

13 - و من ثم فبموجب الأحكام القضائية للغرفتين المدنيتين، فإن العلم ، أو القابلية للعلم شرط لتعديل التحكيم في العملية التحكيمية الدولية لحظة إبرام العقد تعادل الموافقة الصريحة على هذا الشرط.

14 - إن قيام المشتري بإصدار تعليماته إلى بنكه يأمر الدفع مباشرة بعد أن استلم نسخة من عقد المشارط بناء على طلبه يعد قرينة على الموافقة الصريحة على شرط التحكيم أي أن أمر دفع الثمن يساوي الموافقة الصريحة على شرط التحكيم .

هكذا نجد أن موقف القضاء الفرنسي كان و مازال في قمة التشدد تجاه العلم اليقيني و القبول و الموافقة الصريحة من جانب حامل سند الشحن، من أجل أن يلتزم بشرط التحكيم الوارد في المشاركة – و التي لم يكن طرفا فيها – ليعد طرفا في شرط التحكيم، و من أجل تحقيق ذلك من خلال الإحالة الواردة بسند الشحن، كان لابد أن تكون هذه الأخيرة خاصة، واضحة و محددة إلى شرط التحكيم الوارد بمشطرة الإيجار الوارد إليها، إلا أنه من ناحية أخرى يمكن أن يرفق نص المشاركة بسند الشحن، أو يتم إبلاغ حامل سند الشحن بطريقة مؤكدة و ثابتة بنص مشاركة الإيجار، والتأكد من أنه قد علم بشرط التحكيم المذكور في المشاركة و أبدى موافقته الصريحة بشرط التحكيم الوارد بالمشاركة.

و الهدف من التأكد من توافر العلم اليقيني و القبول و الموافقة الصريحة هو خطورة هذا الشرط بسبب الخروج عن طريق التقاضي بما يكفله من ضمانات، كما أن حامل سند الشحن لم يكن طرفا في مشطرة الإيجار، كما لم يكن شرط التحكيم منسوخا بسند الشحن الذي يحمله بين يديه. هذا علاوة على تداول السند من يد إلى يد أخرى¹.

الفرع الثاني: أحكام التحكيم الخاصة بمنازعات غرامة التأخير

¹ الدكتور محمد عبد الفتاح ترك – مرجع سابق- ص526-535

"أولا دعوى الباخرة " جوهانا أولودن دورف "

توجهت هذه الباخرة بشحنة من الولايات المتحدة إلى ميناء ليفربول بانجلترا، وجاء بالمشاركة أن إخطار الاستعداد يعطى سواء كانت السفينة بمرسى أم لا، مع تحديد مواقع معينة بالنسبة لبعض الموانئ يصدر عندها أخطار الاستعداد ليس من بينها ميناء ليفربول. وصلت السفينة إلى *MERSEY Bar Lightvessel* مساء يوم **02 جانفي 1968** ، وانتظرت فترة حيث تحركت إلى نقطة *Princes Lading stage*، في قلب مياه ليفربول الأمامية حيث توقفت ، وأتمت الإجراءات الجمركية ، وأصدرت إخطار الاستعداد ولكنها أعيدت بأمر من سلطات الميناء إلى مكانها الأول حيث ظلت حتى العشرين من يناير ، وكانت نقطة وقوفها تبعد سبعة عشر ميلا من أقرب رصيف تفرغ . نشب النزاع حول مدة الانتظار حيث طالب الملاك بغرامة تأخير عنها ودفع المستلمون بانعدام حق الملاك في ذلك السفينة لم تصل الى المنطقة التجارية حتى يبدأ التوقيت . وجاء قرار التحكيم لصالح الملاك ولكن في صورة دعوى خاصة أي تحت تصديق المحكمة العليا المحكمة التجارية .

إذ لم يأخذ قاضي المحكمة التجارية " *Donaldson* " بوجهة نظر التحكيم وقرر أن السفينة لا تعتبر أنها وصلت في نقطة وقوفها، مبررا ذلك أنه يشعر بأنه مقيد بقضاء مجلس اللوردات، وأن ما دعاه لذلك هو كون المشاركة لم تحدد نقطة معينة لإرسال الأخطار بالنسبة لميناء ليفربول / بريكن هيد كما فعلت بالنسبة لثلاث موانئ أخرى اختيارية هي: " أفون ماوث " و "جلاسجو" ، "هال" ، حيث أماكن الانتظار أبعد وخارج الحدود القانونية للمياه، مضيفا أنه قرر ذلك لأن مكان وقوفها لم يكن المكان المعتاد لانتظار بواخر الحبوب التي تقصد نقطة تفرغ، وأنها لم تكن بذلك المكان وقت إجراء أخطار الاستعداد . وكان أن طعن الملاك في الحكم أمام محكمة الاستئناف فجاء الحكم الاستئنافي مؤيدا للحكم الابتدائي (بأغلبية الآراء) تأسيسا على :

أ- أن السفينة لم تبلغ المنطقة التجارية للمياه

ب- منطقة الانتظار المعنية يجب أن تكون بالمنطقة التجارية.

ج- المنطقة التجارية يتعين أن تكون ذلك الجزء من الميناء حيث يمكنها التفرغ (أو الشحن عندما يتوافر المرسى)

ورفع النزاع إلى مجلس اللوردات الذي أصدر محكمة بإلغاء الحكمين الاستئنافي والابتدائي وبإجماع الآراء ، حيث قرر الحكم ما يلي :

قبل أن توصف السفينة بأنها وصلت يتعين عليها – إذا لم يمكنها التوجه فورا إلى المرسى – أن تبلغ إلى موضع بالميناء حيث تكون تحت التصرف الفوري والفعال بالنسبة

للعميل، إذا كانت في مكان حيث تنتظر السفن عادة ، فإنها تكون في مثل هذا الوضع ما لم تكن هناك ظروف غير عادية يقع عبء إثباتها على العميل .

وإذا كانت السفينة تنتظر في مكان آخر، فإن على المالك اثبات أنها كانت تحت كامل تصرف العملاء كما لو كانت قرب المرسى للشحن أو التفريغ .

2- وفي الدعوى الحالية السفينة تعتبر أنها وصلت عندما بلغت خط المخطاف، وبدأ حساب المدة المقررة من الثامنة صباح الرابع من يناير.

3- يرى اللورد "ريد" أن العنصر الأساسي قبل أن توصف السفينة بأنها وصلت، يجب أن تكون في نطاق الميناء وتحت التصرف العاجل والفعال بالنسبة للعميل، ويكون موقعها الجغرافي في الدرجة التالية من الأهمية – ولكن من حيث الأغراض العملية من اليسير أن نقرر ذلك إذا ما كانت السفينة في مكان الانتظار المعتاد بالميناء ، ويمكن أن نفترض بأنها تماما تحت تصرف العميل¹ .

ثانياً) الحكم الخاص بدعوى السفينة (Motor Oil Hellas (Corinth)

أبرمت مشاركة عن عدة رحلات في 19 أغسطس، وقبل نشوب حرب الخليج ، لنقل شحنات بترول من إيران، ونص بها أن يتم الشحن من ميناء أو اثنين أمنين²، ثم بمشاركة من الباطن أبرمت في 19/11/1980 عن رحلة واحدة بالسفينة المذكورة وحمولتها 2 72372 طن وهي من ناقلات البترول العملاقة، أتفق على أن يكون الشحن من ميناء أو اثنين أمنين بالخليج دون الموانئ الإيرانية والعراقية، ولكن يدخل ضمن موانئ الشحن بجزر **خرج، لافان، سييري** ، حسب أمر المتعاقدين مع الناقل.

كانت حرب الخليج قد نشبت في ذات الوقت ومنذ سبتمبر 1980 ، وكانت معظم العمليات الحربية عند مدخل شط العرب وعلى بعد مائة كيلو متر من جزيرة خرج ، هذا إلى جانب أن ذات الجزيرة كانت محل هجوم من الطائرات العراقية.

وما أثبتته قرار هيئة التحكيم وورد بوقائع حكم المحكمة التجارية بانجلترا والصادر في 10/7/1978 ، **القاضي Hob house** وثبت بوقائع النزاع أن المتعاقدين مع الناقل أصدروا

¹ الدكتور محمد عبد الفتاح ترك – مرجع سابق- ص667

² وكانت المنازعة تدور حول السفينة A.R.J.PRITI بمشاركة رحلة تنقل شحنة يوريا إلى ميناء بندر خميني بايران واتجهت إلى ميناء بندر بوشهر حيث انضمت إلى ناقلة متجهة إلى ميناء بندر خميني، وفي الطريق اصطدمت بلغم بحري وتم سحبها الى ميناء بوشهر لتفريغها. وقد طالب الملاك بغرامة تأخير بالخليج العربي باستثناء ميناءىء فاو عبادان

أوامرهم للناقل في **1980/11/20** بالشحن من جزيرة خرج ، وأكدوا هذا الأمر مرة أخرى في **11/21** وقام الملاك بأخطار الربان بالأمر المذكور في **11/21** وأشار الحكم إلى أنه من الثابت سبق تبادل مكاتبات بين الملاك والمتعاقدين معهم حول خطورة الموقف بالنسبة لجزيرة خرج وذلك خلال الفترة من منتصف أكتوبر وحتى منتصف نوفمبر **1980** .

وتبين تمسك المتعاقدين مع الناقل بأن يتم الشحن من جزيرة خرج، وبناء عليه صدر الأمر بالشحن من الميناء المذكور وأخطر الملاك ربان السفينة بذلك على النحو السالف ذكره ، وكانت إجابة الربان على الأمر بالاعتراض لخطورة الميناء الوارد بالأمر، وقد نقل الملاك هذا الاعتراض إلى المتعاقدين معهم، ومع ذلك أخطروا القطبان بضرورة التوجه إلى ميناء مع الاحتياط اللازم وأخطروا المتعاقدين معهم، بأن ذلك سيتم مع الاحتفاظ بحقهم في غرامة والتعويضات اللازمة التي قد تنجم عن ذلك . وكان أن توجه الربان الى منطقة المخطاف خارج الميناء في **11/23** حيث أرسل أخطار الاستعداد، وفي انتظار تحديد المرسى .

ثم في **11/25** أرسل الملاك للمتعاقدين معهم " بطريق التلكس"، أن ربان السفينة أفاد بأن هناك تأخير لتوافر الرسو بميناء الخرج يستغرق أسبوعا ، بالإضافة إلى إصابة إحدى سفنهم أصيبت في ذات اليوم نتيجة العمليات الحربية، ومن قبيل الاحتياط فان السفينة ستكون على بعد خمسة وعشرون ميلا غرب الخرج في مجال الاتصال بالميناء حيث ستظل لحين توافر المرسى. ثم في **12/2** - ولحدوث قصف لميناء الخرج انسحب فعلا الربان من موقعه بالمخطاف خارج الميناء إلى مسافة خمسة وعشرون ميلا خارج المياه الإقليمية، وبادر الملاك بأخطار المتعاقدين معهم بذلك حيث لتوفير الأمان وأنهم تلقوا من ملاك السفن الأخرى ما يفيد بأن ميناء الخرج يعتبر غير آمن نتيجة الأعمال الحربية ، وأنه مع احتفاظهم بحق المطالبة بغرامة التأخير والتعويض عن الأضرار الأخرى فأنهم يطالبون بتحديد ميناء أمن آخر للشحن منه .

وكانت إجابة المتعاقدين مع الناقل برجاء أخطار السفينة بالتوجه فورا للشحن من ميناء خرج ، وأنه بالنسبة لأية مشكلة فإنهم يحتفظون بحقوقهم القانونية، وأن الربان ليس على اتصال بنقطة الوصول طبقا للمشاركة، ويعنون بذلك أن السفينة لا يعتبر أنها وصلت، وبالتالي يتحمل الملاك عبء التأخير .

أوضح الحكم أن الملاك رغم ذلك كانوا مازالوا يرغبون في توجه الربان إلى الميناء، وأخطروه بذلك، إلا أنه أصر على اعتراضه على الأمر بالتوجه للميناء، وأخطر الملاك والمتعاقدين معهم بسبب عدم أمان ميناء خرج وخطورته وفقا لما ثبت من القصف المتواصل فانه لا يمكنه التجاوب مع تعليماتهم.

أضاف الحكم أن محور الخلاف بين الناقل والربان من جانب، وبين المتعاقدين مع الناقل في جانب آخر ، أن الطرف الأول اعتبر ميناء " خرج " المحدد للشحن غير آمن ، ويرفضون الشحن منه وأن على طرف الآخر أن يحدد ميناء آخر آمن، في حين أن هذا الطرف يعارض بأنه وينفي وجود خطر حقيقي، و متمسكا بأن الشحن يتم من الميناء المحدد بالأمر .
وإزاء رفض الملاك ألغى المتعاقدون معهم المشاركة، فطالب الملاك بالغرامة والتعويض ولجأ للتحكيم للحصول على قرار ابتدائي بإخلال المتعاقدين معهم بشرط العقد، وكان أن صدر قرار المحكمين لصالح الملاك بأن لهم الحق في التعويض، وطعن المتعاقدين في قرار هيئة التحكيم أمام المحكمة التجارية ، التي أيد القرار.¹

ثالثاً) حكم التحكيم الخاص بالباخرة THE HERMINE

حيث عيّن ميناء *Destrehan* على نهر الميسيسيبي للشحن، والمعروف أن هذا المكان في فترات معينة من السنة يمتلئ بالطمي الناجم عن فيضان النهر بما يقلل عمق المياه، وحدث أن السفينة تأخرت في الوصول إلى المكان وهناك واجهت هذه المشكلة، فاستغرق مكوثها هناك 37 يوماً .

قررت محكمة التحكيم بعد عرض النزاع عليها بأن المكان يعتبر آمن تبعاً للزمن المقرر لوصول السفينة وحتى خروجها منه، ولكن المحكمة التجارية ألغت هذا القرار وقررت مسؤولية المستفيد، ثم ألغت محكمة الاستئناف الحكم الابتدائي وأيدت قرار محكمة التحكيم.²

رابعاً) حكم التحكيم الخاص بالباخرة THE FONT VIVO

حيث توجهت السفينة إلى ميناء اللاذقية - سوريا - في مارس 1972 وكان من المعلوم وجود الصراع العربي الإسرائيلي في هذه المنطقة، وحدث بعد وصول السفينة للميناء والشروع في التفريغ أن قامت الطائرات الإسرائيلية بالتحليق قرب الميناء وتصدت لها قوات الدفاع الجوي السورية، فطلبت سلطات الميناء من السفن المتواجدة بالميناء حجب الضوء وإغلاق منافذه.
لكن طاقم السفينة - أثار حالة نفسية - طالبوا الربان بسرعة مغادرة الميناء واستجاب الربان لهذا الطلب وأوقف التفريغ وتحرك إلى عرض البحر، ثم تلقى المستلمون إشعاراً من جانب الملاك بأنه نظراً لظروف طلعات الطائرات الإسرائيلية وأمر السلطات السورية بالإلزام

¹ الدكتور محمد عبد الفتاح ترك - مرجع سابق- ص669 وما بعدها

² الدكتور محمد عبد الفتاح ترك - المرجع سابق- ص673

اضطر الربان إلى مغادرة الميناء إعمالاً للشروط الملحقة بالمشاركة، وطلب من المستلمين تحديد ميناء تفريغ آخر لتفريغ باقي الشحنة في أمان .

أجاب المستلمون بعدم توافر ظروف أعمال الشرط المذكور، وأن على السفينة العودة للمياه وتفريغ باقي شحنتها، فعاود الملاك طلب تحديد ميناء آخر وأصر المستلمون على عدم وجود ضرورة لذلك، وأخيراً تسلّم القبطان أمراً من الملاك بدخول للميناء حيث دخلته ثانية، وتم تفريغ باقي الشحنة.

طالب الملاك بغرامة تأخير – بما في ذلك فترة تواجد السفينة خارج الميناء والتي بلغت نحو ثلاثة أيام- لكن المحكم رفض طلبهم باعتبار أن الميناء كان مأموناً، وأنه يحدث ما يغير من ذلك الوصف وفق ما يثبت لديه من وقائع

وتأكد هذا القرار من المحكمة التجارية بانجلترا، التي أوضحت أنه لم يكن هناك ما يبرر مغادرة السفينة للميناء، وأن طلب الإظلام كان مفروضاً بالميناء بالليالي السابقة على الليلة التي غادرت فيها السفينة الميناء، ولم تكن مغادرة الميناء بسبب الحفاظ على سلامة الشحنة أو الباطنة، وبذلك يكون الملاك مسؤولين عن فعل الملاحين والطاقم الذين كانوا في حالة فزع واستجاب الربان لهم وترك الميناء.¹

خامساً) الحكم الخاص بالسفينة NIPPON

مجمل وقائع الدعوى أنه تم التعاقد على نقل شحنة بترول خام من ميناء حور المية، بالخليج العربي إلى ميناء المحمدية بالمملكة المغربية، ونص بالبند السادس من مشاركة الرحلة، أنه عند الوصول إلى منطقة الوقوف بكل ميناء للشحن أو التفريغ على القبطان أو وكيله أن يعطي المتعاقد أو وكيله أخطار كتابياً أو برقياً أو باللاسلكي أو التليفون، بأن السفينة مستعدة للشحن أو التفريغ، وتبدأ المدة المقررة فيما بعد فور انتهاء ست ساعات من استلام الأخطار أو عند رسو السفينة، " بمعنى أنها أنهت تحركاتها بالبحر والشحن أو التفريغ على الرصيف، أيهما سبق .

وحدث أن عملية الشحن استنفذت المدة المقررة بالإضافة إلى ساعتين وعشر دقائق فترة غرامة تأخير، وقد وصلت السفينة إلى الميناء المحمدية في أول ديسمبر 1976 الساعة التاسعة وخمس دقائق صباحاً وأعطت أخطار استعداد لتفريغ.

ثارت منازعة بين الطرفين والتي عرضت على التحكيم بلندن حيث طالب المستلمون بمهلة السماح وقدرها ست ساعات من وقت استلام إخطار الاستعداد بميناء المحمدية، وارتكز دفاع الملاك على أن السفينة منذ وصولها إلى ميناء المحمدية كانت في تأخر لانقضاء المدة المقررة

¹ الدكتور محمد عبد الفتاح ترك – مرجع سابق- ص 674

بأكملها في ميناء الشحن وتجاوزها بساعتين وعشر دقائق فترة غرامة تأخير إعمالا لقاعدة متى وقعت الغرامة (*ONCE ON DEM*)
وقد قرر الحكم المرجح في نزاع التحكيم بعدم أحقية المستلمين في هذه المهلة بميناء التفريغ وحسابها ضمن فترة التأخير استحقاق غرامة تأخير عليها.
عرض النزاع – في صورة دعوى خاصة – على المحكمة العليا حيث صدر حكم القاضي *Mocatta* بتأييد قرار التحكيم في هذا الصدد¹.

خاتمة

بعد أن أتمنا عرض وفحص الجوانب النظرية والتطبيقية لموضوع الرسالة، قبل و أثناء وبعد الخصومة التحكيمية خلص للنتائج التالية :

¹ الدكتور محمد عبد الفتاح ترك – مرجع سابق- ص675

01) أن تعريف التحكيم يحوي من الصعوبة ما يجعل أي محاولة لتعريفه ناقصة وغير كاملة، ذلك أن التحكيم هو عملية تقنية وإجرائية، يضم مجموعة من العناصر لا يمكن احتواؤها في تعريف واحد ولا يقوم التحكيم إلا بها وهي:

- وجود علاقة قانونية بين الأطراف.
- وجود نزاع قائم أو يحتمل قيامه.
- وجود اتفاق بين أطراف العلاقة على حل هذا النزاع من قبل أشخاص آخرين يرتضونهم كمحكمين.
- افتراض حياد المحكمين المختارين.
- إمكانية حدوث هذا الاتفاق قبل نشوب النزاع أو بعده
- إمكانية حدوث هذا الاتفاق في شكل بند في العقد الذي يحدد طبيعته العلاقة بين الأطراف أو في شكل عقد مستقل عن العقد الأصلي.
- حرية المحكمين في إتباع السبل التي يرونها مناسبة لحل النزاع.
- تكون القرارات الصادرة عن المحكمين ملزمة للجانبين بحكم السلطة المخولة لهم

- إرادة الخصوم تلعب الدور الحاسم في قيام التحكيم وتحليه بالصفة الملزمة

- استقلالية التحكيم عن قضاء الدولة.

وهذه العناصر تنطبق على التحكيم بصفة عامة وفي أي علاقة كانت مدينة أو تجارية، علاقة عمل أو أحوال شخصية.

02) إن التحكيم كأداة لتسوية المنازعات بين الأشخاص له خصوصية قوامها

أمران :

أ) إرادة المحكمين: حيث يتفقون على طرح النزاع على شخص معين أو شخص أو أشخاص محددين ليفصلوا فيه بحكم ملزم لهم.

ب) اعتراف القانون بدور تلك الإرادة ، بحسبان أن طريق التحكيم ظل حتى وقت قريب استثناء عن الأصل العام حيث لا يجوز إجبار الأشخاص على سلوكه

وحرماهم م اللجوء إلى قضاء الدولة، إلا عن رضا واختيار تامين ، مما يعي أ
إرادة الأطراف ل تكفي وحدها كأساس لقيام التحكيم و فصله في نزاعهم، بل لا بد
أن يتم ذلك في حدود القواعد التي يضعها القانون لتنظيم التحكيم و إجراءاته.
احتكرت الدولة سلطة القضاء منذ ظهورها في نهاية القرن الثامن عشر
ميلادي، واعتبرتها أحد مظاهر السيادة، واعتبرت فسها الأمين على تنظيم المرفق
الذي يحقق الحماية القضائية للحقوق والمراكز القانونية.
والحال كذلك، فإنه لن يكون يسيرا عليها التنازل عن تلك السلطة إلى جهة
أخرى، ليس خشية منها بل لرببتها في توفر الضمانات الأساسية للتقاضي أمامها
وهي مخاوف قد يساندها، أحيانا، الواقع العملي
وبتلك المثابة يكون التحكيم قضاء خاصا ، وبحسبان أنه يفصل في نزاع ، ولا
يكوله دور فيما وراء ذلك ، فإنه يعد قضاء معادلا (Jurisdiction
équivalente) لقضاء الدولة.

(03) أما عن سر اهتمام الدول بسن التشريعات الإجرائية فقد اتضح لنا من
خلال الدراسة أن الاعتقاد السائد في السابق هو أن التحكيم يكون في المنازعات
والقضايا التي يكون أحد أطرافها من دول العالم النامي، كأداة من أدوات التبعية
لدول العالم المتقدم، حيث أن هيئات التحكيم يهيم على تشكيلها محكمون غربيون،
وغالبا ما يقضون في غير صالح المحكّمين من الدول النامية ، وبإدراك رعايا
الدول الغربية ذلك أصبحوا يصرون على اختيار مراكز التحكيم التابعة لبلدانهم مما
جعل المراكز والهيئات التحكيمية الدولية والإقليمية تتسارع لسن تشريعات تكفل
السهولة واليسر في التعامل وتكفل خاصة أكبر قدر من الشرعية والمساواة، كما أن
الدول سارعت أيضا لسن مثل هذه التشريعات حماية للمتعاملين الاقتصاديين من
رعاياها أو من الأجانب، وجلبا للمستثمرين بتهيئة الأرضية الاقتصادية والتشريعية
الخصبة لهم، في محاولة لقمع الحصار المنيع الذي كان مفروضا من جهات معينة
(03) إن الجزائر حذت حذو الدول الأخرى في سن تشريع خاص بالتحكيم
التجاري الدولي ويتمثل في المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في

1993/04/25 يعدل ويتم الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 1966/06/08
المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

فالجزائر بعد أن كانت ترفض اللجوء للتحكيم فتحت له أبوابها بدون تحفظ ، إذ
أخذ المشرع الجزائري بآخر التطورات التي وصلت إليها التشريعات الوطنية
الأخرى (لاسيما الفرنسية والسويسرية)، فكان المرسوم التشريعي طابعا ليبراليا
مؤسسا على قانون سلطان الإرادة.

قائمة المراجع:

أولا: التفاسير والمعاجم

01 تفسير ابن جرير الطبري – المجلد 05- بيروت – دار الطباعة 1983

02 منجد الطلاب – الطبعة الكاثوليكية – بيروت ط6- 1957

03 لسان العرب المحيط لابن منظور الدمشقي، مجلد 12 – دار صادر للطباعة والنشر 1965

04 *Le petit LAROUSSE – 1995*

ثانيا : الكتب والدراسات

01 الدكتور عاطف شهاب : اتفاق التحكيم التجاري لدولي والداخلي – دار النهضة العربية –

الطبعة الأولى – القاهرة 2004

- (02) الدكتور سيد المراكبي : التحكيم في مجلس التعاون لدول الخليج العربية، دار النهضة العربية
- (03) الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة : التحكيم التجاري الدولي والداخلي - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى - القاهرة 2004
- (04) عبد العزيز الخياط- النظام السياسي في الإسلام - دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة ط 9
- (05) الدكتور هشام خالد- أوليات التحكيم التجاري الدولي- دار الفكر الجامعي طبعة 2004-
- (06) الدكتور علي عوض حسن -التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية
- (07) محمود محمد هشام - النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية - القاهرة دار الفكر ج1- سنة 90
- (08) الدكتور محمود محمد هاشم - القواعد العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات - مكتبة سيد عبد الله وهبة القاهرة 1988
- (09) الدكتور محمودي مسعود : أساليب وتقيات إبرام العقود الدولية - O P U - الطبعة الأولى 2006
- (10) عصمت عبد الله الشيخ - التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي- دار النهضة العربية 2000الاولى 2006
- (11) الدكتور قادري عبد العزيز الاستثمارات الدولية - دار هومة- طبعة 2000 -
- (12) الدكتور مصطفى ترو : سلطة المحكم في تعيين القانونية على موضوع النزاع -بيروت 1994
- (13) الدكتور عادل خير - مقدمة في قانون التحكيم المصري- طبعة 1-1995 دار النهضة العربية-
- (14) الدكتور الخير قشي- المفاضلة بين الوسائل التحكيمية وغير التحكيمية لتسوية المنازعات الدولية - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر. والتوزيع ط1 - 1999
- (15) الدكتور عبد الحميد الأحديب - التحكيم - احكامه ومصادره -الجزء الأول- توزيع مؤسسة نوفل- بيروت - لبنان -1990
- (16) الدكتور سراج حسين أبو زيد التحكيم في عقود البترول- دار النهضة- 2004
- (17) الدكتور محمد عبد الفتاح ترك - التحكيم البحري -دار الجامعة الجديدة لنشر 2005
- (18) الدكتورة حفيظة السيد حداد ، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ، دار الفكر الجامعي ، 2001

- 19) الدكتور منير عبد المجيد - قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية - دار المطبوعات الجامعية - طبعة 1995 - ص 36 وما بعدها
- 20) الأستاذ : عليوش قربوع كمال : التحكيم التجاري الدولي في الجزائر - ديوان المطبوعات الجامعية ، طبعة ثانية 2004
- 21) الدكتور : عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي : النظام القانون لاتفاق التحكيم
- 22) أحمد حسني- عقود إيجار السفينة . دار المعارف سنة 1980.
- 23) الدكتور جابر نصار- التحكيم في العقود الإدارية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية
ثالثا : المقالات
- 01) الدكتور تراري ثاني مصطفى -استقلالية اتفاق التحكيم كمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري الدولي المعاصر-مجلة دراسات قانونية -عدد09 - أبريل 2003
- 02) الدكتور: جلال وفاء محمددين - تسوية منازعات التجارة الدولية في منظمة التجارة الدولية - مجلة الحقوق البحوث القانونية والاقتصادية - العدد الأول 2001 - دار الجامعة الجديدة الإسكندرية - ص 87 - 2002
- 03) الدكتور مصطفى تراري ثاني استقلالية اتفاقية التحكيم كمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري المعاصر دراسات قانونية عدد 09 افريل 2003
رابعا: البحوث والرسائل
- 01) الأستاذ نور الدين بن شيخ : بشرط التحكيم في العقود الاقتصادية الدولية-بحث ماجستير- بدون تاريخ
- 02) الدكتور نادر محمد إبراهيم - مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي - رسالة دكتوراه عام 1998
خامسا: أقرص مضغوطة ومواقع انترنت
- 01) موسوعة المكتبة الإسلامية - معجم لسان العرب- قرص مضغوط - إصدار:
W W W .média pro.tec.com
- 02) موقع الإنترنت: http://iccwbo/org/court/french/calculateur_frais
- 03) موقع الإنترنت: http://www.acfci.cci.fr/présentation_cci
سادسا: المراجع باللغة الأجنبية:

01-Dr MED MENALACHTA: l'arbitrage commercial droit algérien

O.P.U 1986

02 - J. Robert : Arbitrage. Civil et commercial 4eme édition

- 03- R .David : l'arbitrage dans le commerce international / économica
-paris 1982 N°02
- 04- Pieter Sanders :L'autonomie de La clause compromissoire" -
Publication CCI
- 05- Pratique Des Contrats Internationaux O.P Cité TI – LVII 18

الفهرس

01.....	مقدمة:
04.....	الفصل الأول: ماهية التحكيم التجاري الدولي، أنواعه وهيئاته
06.....	المبحث الأول: ماهية التحكيم التجاري الدولي
06.....	المطلب الأول: مفهوم التحكيم التجاري الدولي
06.....	الفرع الأول: تعريف التحكيم
06.....	أولا: لغة
07	ثانيا: شرعا
09.....	ثالثا: اصطلاحا
12.....	رابعا: التعريف المقترح
13.....	خامسا: وصف التحكيم بالتحكيم التجاري الدولي
16.....	الفرع الثاني: صور اتفاق التحكيم
17.....	أولا: شرط التحكيم
19.....	ثانيا: مشاركة التحكيم

19.....	ثالثا: التحكيم بالإحالة.....
20.....	المطلب الثاني: تمييز التحكيم التجاري الدولي، خصائصه و طبيعته.....
20.....	الفرع الأول: تمييز التحكيم التجاري الدولي عن الأنظمة المشابهة له.....
20	أولا : التحكيم و الخبرة.....
22.....	ثانيا: التحكيم والتوفيق والوساطة.....
24.....	ثالثا: التحكيم والصلح.....
24.....	رابعا: التحكيم و الوكالة.....
25.....	خامسا: التحكيم والقضاء.....
26.....	الفرع الثاني: طبيعة وخصائص التحكيم التجاري الدولي.....
26.....	أولا: الطبيعة القانونية للتحكيم.....
29.....	ثانيا: خصائص التحكيم التجاري الدولي.....
34.....	المبحث الثاني: أنواع التحكيم التجاري الدولي وهيئاته.....
34.....	المطلب الأول: أنواع التحكيم التجاري الدولي.....
35.....	الفرع الأول: التحكيم بالقانون والتحكيم الطليق.....
35	أولا: التحكيم بالقانون.....
36.....	ثانيا: التحكيم الطليق.....
37.....	الفرع الثاني: التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر والتحكيم الإلكتروني.....
37.....	أولا: التحكيم المؤسسي.....
39.....	ثانيا: التحكيم الحر.....
40.....	ثالثا: التحكيم الإلكتروني.....
41.....	المطلب الثاني: هيئات و اتفاقيات التحكيم التجاري الدولي.....
41.....	الفرع الأول: الهيئات الدائمة للتحكيم التجاري الدولي.....
41.....	أولا: غرفة التجارة الدولية بباريس و محكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي.....
	أ- غرفة التجارة الدولية
41.....	بباريس.....
43.....	ب- محكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي.....
43.....	ثانيا: جمعية التحكيم الأمريكية و المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.....
	أ- جمعية التحكيم
43.....	الأمريكية.....

- ب- المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.....44
- ثالثا: نظام منظمة التجارة الدولية و جمعية المحكمين البحريين بنيويورك.....45
- أ- نظام منظمة التجارة الدولية.....45
- ب- جمعية المحكمين البحريين بنيويورك.....46
- رابعا: المحكمين البحريين بلندن و غرفة اللويدز للتحكيم البحري.....47
- أ- جمعية المحكمين البحريين بلندن.....47
- ب- غرفة اللويدز للتحكيم البحري.....48
- خامسا: المنظمة الدولية للتحكيم البحري و معهد التحكيم بكندا.....49
- أ- المنظمة الدولية للتحكيم البحري.....49
- ب- معهد التحكيم بكندا.....49
- سادسا: مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي و نظام التوفيق و التحكيم و الاختيار لغرف التجارة العربية الأوروبية.....50
- أ- : مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي.....50
- ب- نظام التوفيق و التحكيم و الاختيار لغرف التجارة العربية الأوروبية.....51
- سابعا: المركز العربي للتحكيم التجاري و مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.....53
- أ- المركز العربي للتحكيم التجاري53
- ب- مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.....53
- الفرع الثاني: أنظمة التحكيم التجاري الدولي.....55
- أولا: قواعد اليونسترال.....55
- ثانيا: القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة.....56
- الفصل الثاني: مبدأ الاستقلالية، وشروط إبرام اتفاق التحكيم.....59
- المبحث الأول: مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق.....61
- المطلب الأول: استقلالية اتفاق التحكيم.....61
- الفرع الأول : استقلالية اتفاق التحكيم.....61
- أولا : أقرار مبدأ استقلالية الاتفاق.....61
- ثانيا: مبدأ الاستقلالية والقوانين الوضعية.....63

102.....	ثانيا:تشكيل هيئة التحكيم بالرجوع إلى القضاء
103.....	الفرع الثاني:المحكم.
103.....	أولا:مؤهلات المحكم.
105.....	ثانيا:مسؤولية المحكم.
106.....	ثالثا:رد المحكم.
107.....	رابعا: عزل المحكم.
107.....	خامسا:استبدال المحكم.
108.....	المطلب الثاني: الخصومة التحكيمية.
108.....	الفرع الأول: سير الخصومة التحكيمية.
108.....	أولا: مراحل سير خصومة التحكيم.
112.....	ثانيا: في الدعوى التحكيمية الاستعجالية.
114.....	الفرع الثاني: انقضاء الخصومة التحكيمية.
114.....	أولا: انقضاء الدعوى التحكيمية عن طريق حكم فاصل في النزاع.
118.....	ثانيا: انقضاء الخصومة التحكيمية بطرق أخرى.
121.....	المبحث الثاني: نماذج من أحكام التحكيم.
121.....	المطلب الأول: أحكام التحكيم في مجال عقود البترول.
121.....	الفرع الأول: اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل هيئة التحكيم.
121.....	أولا: حكم التحكيم الصادر في قضية أبي ظبي سنة 1951.
123.....	ثانيا: حكم التحكيم الصادر في قضية قطر سنة 1953.
124.....	ثالثا: حكم التحكيم الصادر في قضية سافير Sapphire.
128.....	الفرع الثاني: اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف.
	أولا: حكم التحكيم الصادر في قضية أرامكو ضد المملكة العربية السعودية
128.....	عام 1958.
ضد	ثانيا: حكم التحكيم الصادر في قضية (B . P برينيش بتروليوم)
131.....	الحكومة الليبية عام 1973.
132.....	ثالثا: حكم التحكيم الصادر في قضية ليامكو ضد الحكومة الليبية عام 1977.
	رابعا: حكم التحكيم الصادر في قضية أمينويل Aminoil ضد الحكومة
133.....	الكويتية.
135	المطلب الثاني: أحكام التحكيم في مجال العقود البحرية.

135.....	الفرع الأول: أحكام التحكيم الخاصة بشرط الإحالة
135.....	أولاً: دعوى السفينة (Aspillo)
136.....	ثانياً: الحكم الصادر في دعوى شركة "SIER"
في	ثالثاً: دعوى شركة البحر المتوسط للشحن و حكم النقض الصادر
138.....	16 يونيو 1992.....
139.....	رابعاً : دعوى السفينة اسطنبول Istanbul Z
142.....	الفرع الثاني: أحكام التحكيم الخاصة بمنازعات غرامة التأخير
142.....	أولاً: دعوى الباخرة " جوهانا أولودن دورف "
144.....	ثانياً: الحكم الخاص بدعوى السفينة (Motor Oil Hellas (Corinth
146	ثالث: حكم التحكيم الخاص بالباخرة THE HERMINE
146.....	رابعاً: حكم التحكيم الخاص بالباخرة THE FONT VIVO
147.....	خامساً: الحكم الخاص بالسفينة NIPPON
148.....	خاتمة
	الملاحق.
151.....	الملحق الأول: نموذج عن طلب التحكيم
153.....	الملحق الثاني: نموذج عن مستند المهمة
161.....	الملحق الثالث: نموذج عن عقد دولي يتضمن شرط التحكيم
170.....	المراجع

