

جامعة سعد دحلب – البليدة -

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

مذكرة ماجستير

التخصص: قانون الأعمال

اتفاق التحكيم

والمشاكل العملية والقانونية التي يواجهها في ظل العلاقات الخاصة

الدولية

من طرف

شعران فاطمة

أمام اللجنة المشكلة من:

- | | | | |
|-------------------------|----------------------|-------------------------|----------------|
| أ- د/العبد حداد | أستاذ التعليم العالي | جامعة سعد دحلب بالبليدة | رئيساً |
| - أ/د/عمرو خليل | أستاذ محاضر، أ، | جامعة سعد دحلب بالبليدة | مشرفاً ومقرراً |
| أ- د/ بوسهوية نور الدين | أستاذ محاضر، أ، | جامعة سعد دحلب بالبليدة | عضواً مناقشاً |
| أ- د/جلاب نغاعة | أستاذ محاضرة، ب، | جامعة سعد دحلب بالبليدة | عضواً مناقشاً |

البليدة ، ديسمبر 2012

شكر

الشكر لله العلي القدير الذي لا يتحرك ساكن إلا بأمره
الشكر إلى كل أساتذتي الأفاضل الذي ساهموا في تكويني، وأخص الدكتور
الفاضل عمرو خليل المشرف على رسالتي، والذي بفضل جهوده وإرشاداته وسعة صدره
استطعت إنجاز هذا البحث
كما أتقدم بالشكر والتقدير إلى أساتذة لجنة المناقشة.

الإهداء

إلىك ملاكي.....نبع لا ينضب...زهرة لا تذبل.....شمس نهاري

إلى التي غمرتني بحنانها

إلى أمي

إلى القلب العظيم..... صاحب السواعد الطاهرة عنوان الإرادة

والتصميم.....إلى الذي أفنى شبابه كي تكبر

إلى أبني

إلى نسائي قلب بي.....سندي في حياتي

أخوتي كريم ومحمد وأخواتي رشيدة،كريمة،حليمة،دليلة

إلى براعم قلبي أبناء إخوتي

إسلام وعبد المجيد و محمد و أسامة

إلى أعز وأنبيل من عرفت بالقسم الماجستير فرع قانون الأعمال

إلى أعز الأصدقاء زهيرة و زبيدة وحببية وأجمال الذكريات

إلى هؤلاء أهدي هذه الرسالة لهم

ملخص

لم يحظ أي اتفاق من الاتفاقيات، في الأونة الأخيرة بمثل ما حظى به اتفاق التحكيم من عناية واهتمام و ذلك ليس فقط في بعض التشريعات الوطنية و لكن أيضا كذلك في إطار المعاهدات الدولية. و لا يغبين عن الذهن السبب الأساسي في هذا الاهتمام و هذه العناية، إذ أن اتفاق التحكيم هو الأساس الذي يستند عليه النظام القضائي الخاص و السبيل المفضل لحل المنازعات الخاصة الدولية، و على إثر ذلك نجد أن اتفاق التحكيم باعتباره عقد فإنه لا يكفي فقط أنه يخضع إلى القواعد العامة التي تخضع لها كل العقود و إنما كذلك يخضع إلى قواعد خاصة تفرضها خصوصيته و ذاتيته التي تجعله يتميز عن باقي العقود الأخرى لأن مجال اتفاق على التحكيم يكون في عقود التجارة الدولية التي لها دور كبير في تنمية الاقتصاد الدولي.

و ما ينجم عنه من آثار سواء بالنسبة للأشخاص أو بالنسبة للموضوع و على هذا الأساس أصبح يكتسي أهمية على الصعيد الدولي مما أدى إلى مواجهة الأطراف في اللجوء إليه تواجههم مشاكل أو بالأحرى مشكلة وهي فكرة النظام العام نظرا لأن هذه الأخيرة يصعب ضبطها لأنها فكرة مرنة تتغير بالتغير الزمان والمكان لذلك حاول الفقه و القضاء بالوضع تعريف مانع و جامع للفكرة النظام العام غير أن محاولاتهم لم تتكلل بالنجاح و على هذا الأساس أصبحت فكرة النظام العام تعتبر قييدا بالنسبة للأطراف في اتفاقهم في اللجوء إلى التحكيم سواء فيما يخص أهلية الأشخاص الاعتبارية(سواء كانت العامة أو الخاصة)و يمكن أن نشير في هذه النقطة إلى الأشخاص الاعتبارية العامة التي كانت محل جدل فيما يخص لجوئها إلى التحكيم بحيث نجد المشرع الفرنسي كان في البداية يحظر من اللجوء الأشخاص الاعتبارية العامة في اللجوء إلى التحكيم ثم عدل عن موقفه بعد ذلك عند تعديله للقانون المدني الفرنسي في نص المادة 2/2060 إذ سمح لها اللجوء إلى التحكيم ولكن بعد أن تحصل على إذن من طرف الأشخاص المعنية ويعتبر ذلك بمثابة استثناء وهذا على خلاف المشرع الجزائري إذ سمح للأشخاص الاعتبارية العامة في اللجوء إلى التحكيم في علاقاتها الاقتصادية وذلك بدون حصول على إذن من الأشخاص المعنية كما تعتبر أيضا فكرة النظام العام قييدا فيما يتعلق بالكتابة أو الدفع بوجود اتفاق التحكيم إذ أن بالرجوع إلى المعاهدات الدولية تبين لنا موضوع القابلية للتحكيم من الأمور التي لاقت اهتماما كبيرا من المشاركين من أجل التوفيق بين مختلف الدول في هذا الخصوص و ضرورة الوصول إلى حل يسمح للتحكيم أن يؤدي دوره على أفضل وجه ممكن،وبأقل قدر ممكن من تدخل المحاكم الوطنية لإبطال اتفاق التحكيم بدعوى أن موضوع من موضوعات المطروح على التحكيم من الموضوعات التي لا يجوز تسويتها عن طريق التحكيم و على هذا الأساس تعتبر المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها هي المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية(نفقة، الحالة، الأهلية)و المسائل الجنائية والمسائل الجنسية.....إلخ ويمكن القول في الأخير رغم اهتمام الباحثين باتفاق التحكيم غير أنه إلى حدي الآن لا زال محل جدل لذلك يجب أن يتم التطرق إلى كل الجوانب و النقاط التي تخصه حتى لا يجد الأطراف ثغرات تسمح لهم بالانحراف و التلاعب بالقواعد التي تحكمه لأن ذلك سوف يؤدي إلى خروج التحكيم عن أداء وظيفته الأساسية وهي حل النزاعات بطرق سليمة و واضحة يضمن من خلالها العدل.

الفهرس

شكر

الإهداء

الملخص

09 مقدمة
12 الفصل 1. إتفاق التحكيم
12 1.1 مفهوم اتفاق التحكيم
12 1.1.1 تعريف اتفاق التحكيم
13 1.1.1.1 تعريف الفقه لاتفاق التحكيم
13 2.1.1.1 تعريف القوانين العربية لاتفاق التحكيم
15 3.1.1.1 تعريف الاتفاقيات الدولية لاتفاق التحكيم
16 2.1.1 الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم
16 1.2.1.1 الطبيعة العقدية لاتفاق التحكيم
18 2.2.1.1 الطبيعة القضائية لاتفاق التحكيم
19 3.2.1.1 الطبيعة المختلطة لاتفاق التحكيم
20 3.1.1 القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم
21 1.3.1.1 تطبيق قانون الإرادة
22 2.3.1.1 تطبيق قانون مقر التحكيم
23 3.3.1.1 سلطة المحكم الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق
 1.3.3.1.1 موقف المعاهدات الدولية من سلطة المحكم الدولي في اختيار القانون الواجب التطبيق
24 التطبيق
24 2.3.3.1.1 موقف الهيئات الدائمة للتحكيم من سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق
25 3.3.3.1.1 موقف الأنظمة القانونية من سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق:.....
25 4.3.3.1.1 السلطة التقديرية للمحكم في أحكام محاكم التحكيم:.....
26 4.1.1 صور اتفاق التحكيم
26 1.4.1.1 شرط التحكيم clause compromission
27 1.1.4.1.1 إن صيغة شرط تحكيم
28 2.1.4.1.1 الطبيعة القانونية لشرط التحكيم
28 3.1.4.1.1 عناصر شرط التحكيم

29أنواع شرط التحكيم.4.1.4.1.1
33القيود المفروضة على صحة شرط التحكيم.5.1.4.1.1
33le compromis d'arbitrage مشاركة التحكيم.2.4.1.1
34وجود نزاع قائم وحال.1.2.4.1.1
34عدم وجود شرط التحكيم أو بطلانه.2.2.4.1.1
34تحديد موضوع النزاع في المشاركة.3.2.4.1.1
35الفرق بين شرط التحكيم و مشاركة التحكيم.3.4.1.1
35أركان اتفاق التحكيم.2.1
35الأركان العامة لاتفاق التحكيم.1.2.1
36الرضا.1.1.2.1
37المحل.2.1.2.1
38السبب.3.1.2.1
38الأركان الخاصة لاتفاق التحكيم.2.2.1
39تعيين المحكمين.1.2.2.1
39تحديد موضوع النزاع.2.2.2.1
40كتابة اتفاق التحكيم.3.2.2.1
43آثار اتفاق التحكيم.3.1
43آثار اتفاق التحكيم من حيث الأشخاص.1.3.1
43طرفا الاتفاق على التحكيم.1.1.3.1
43الوكالة.1.1.1.3.1
44التعهد عن الغير.2.1.1.3.1
45كفالة دين.3.1.1.3.1
46خطاب الضمان.4.1.1.3.1
47الخلف واتفاق التحكيم.2.1.3.1
48الغير واتفاق التحكيم.3.1.3.1
49آثار اتفاق التحكيم من حيث الموضوع.2.3.1
49منع الالتجاء إلى القضاء.1.2.3.1
50إباحة الالتجاء إلى هيئة التحكيم.2.2.3.1
51انتهاء اتفاق التحكيم.3.2.3.1

52 خلاصة الفصل
54 الفصل. 2. المشاكل التي تواجه اتفاق التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية
54 1.2. النظام العام
54 1.1.2. مفهوم النظام العام
55 1.1.1.2. مفهوم النظام العام في القانون الجزائري
56 2.1.1.2. مفهوم النظام العام في القانون الفرنسي
58 3.1.1.2. تطبيق النظام العام الداخلي أمام المحكم الدولي
61 2.1.2. النظام العام في القانون الدولي الخاص
61 1.2.1.2. مضمون فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص
63 2.2.1.2. التفرقة بين النظام العام في القانون الدولي الخاص والقانون الداخلي
63 3.2.1.2. النظام العام كأداة لإعداد قانون موضوعي أو مادي للتحكيم
	1.3.2.1.2. دور القضاء في خلق قواعد موضوعية تتعلق بالتحكيم التجاري الدولي باللجوء إلى
64 الطريقة التنازعية:
	2.3.2.1.2. النظام العام كأداة لإعداد قانون موضوعي (أو مادي) بدون اللجوء إلى الطريقة
68 التنازعية:
69 3.1.2. مفهوم النظام العام الدولي الحقيقي:
70 1.3.1.2. إنكار فكرة النظام العام الدولي الحقيقي
70 2.3.1.2. تأييد فكرة النظام العام الدولي الحقيقي
71 3.3.1.2. وظائف النظام العام الدولي الحقيقي أمام المحكم
71 1.3.3.1.2. الوظيفة السلبية
72 2.3.3.1.2. الوظيفة الإيجابية
76 2.2. مشاكل النظام العام في علاقته بإتفاق التحكيم
76 1.2.2. النظام العام وأهلية إبرام إتفاق التحكيم
78 1.1.2.2. النظام العام وأهلية الشخص الطبيعي في إبرام إتفاق التحكيم
79 2.1.2.2. النظام العام وأهلية الشخص الاعتباري
	1.2.1.2.2. مبدأ منع إبرام إتفاق التحكيم بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأشخاص العامة في التحكيم
80 الدولي
83 2.2.1.2.2. مبدأ الحظر التحكيم بالنسبة للدولة
85 2.2.2. النظام العام وكتابة إتفاق التحكيم

851.2.2.2 موقف الأنظمة القانونية
872.2.2.2 معالجة هذه المسألة في إتفاقية نيويورك 1958
893.2.2 النظام العام ومحل إبرام إتفاق التحكيم
891.3.2.2 مجال القيود القابلة للتحكيم في المعاهدات الدولية
891.1.3.2.2 في إتفاقية نيويورك لعام 1958
902.1.3.2.2 إتفاقية جامعة الدول العربية سنة 1952
902.3.2.2 المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها في القانون الجزائري
913.3.2.2 المسائل التي لايجوز التحكيم فيها في القانون المصري
951.3.3.2.2 في القانون الأمريكي:
962.3.3.2.2 في القوانين الأوروبية:
974.3.2.2 المسائل التي لايجوز التحكيم فيها في القانون الفرنسي
981.4.3.2.2 النفقة
992.4.3.2.2 المنازعات المتعلقة بالحالة والأهلية
1003.4.3.2.2 المنازعات المتعلقة بالنظام العام الإجتماعي الحمائي
1024.4.3.2.2 التحكيم والإجراءات الجماعية procedures collectives
1045.4.3.2.2 الملكية الصناعية
1066.4.3.2.2 الحق في المنافسة
107 خلاصة الفصل
108 خاتمة
111 قائمة المراجع

مقدمة

إن الحديث عن اتفاق التحكيم يرجع بنا إلى تحدث عن التحكيم الذي كان يعد في المجتمعات القديمة كأداة لحسم المنازعات التي تنشأ بين الأفراد على أساس الأعراف والتقاليد السائدة آنذاك. ولكن مع ظهور فكرة الدولة سار التطور في اتجاه تركيز السلطات العامة في المجتمع في يدها، بدءاً من سلطة الحكم ومروراً بسلطة القضاء و إنتهاء بسلطة صنع القانون ممثلاً في التشريع حتى انتهى الأمر بفسوخ الاعتقاد في احتكار الدولة المعاصرة لهذه السلطات ثم جاء ذبوع التحكيم واتساع نطاقه في القرن 20 ليسجل اتجاهها مغايراً نحو التقلت من سلطان القضاء الدولة وسلطان القانون الذي تضعه إلى قضاء خاص ينصبه أطراف النزاع بأنفسهم.

وإلى قانون تشكل ملامحه ممارسات العملية المتغلبة في مجال التعامل اليومي بين الناس وهذا ما جعل التحكيم يعرف ازدهارا واتساعا في أفاقه خاصة مع اقترانه ببعض الظواهر التي كان لها دور واضح في هذا الازدهار بحيث يعود البعض منها إلى المجتمعات القديمة التي كان التحكيم فيها الوسيلة الوحيدة أو الغالبة لإحقاق الحق وتجنب الالتجاء إلى القوة وبعض الآخر ينقلنا إلى ما وصلت إليه البشرية من التقدم وبالتالي إلى إستشراق آفاق المستقبل وترسم توجهاته فمن الناحية الأولى اقترنت انطلاقة التحكيم بنمو العلاقات الاقتصادية الدولية بين الأفراد وبين الدول نموا بدت معه ملامح مجتمع عالمي له كيانه الخاص المستقل والتميز عن كيانات الدول، وله قوانين حركته وطورته وهو مجتمع يفنقر إلى وجود السلطة العامة القادرة على هيمنة على نزاعات أفرادها وضبطها، ويسعى جاهدا إلى تلمس الطريق إلى هذه السلطة كما يفنقر إلى سلطة تشريعية تملك صنع القانون فيه ومن ناحية أخرى اقترنت انطلاقة التحكيم المعاصرة بالتقدم العلمي والتكنولوجي الهائل، والمنتابع في كافة المجالات وما تركه هذا التقدم من آثار على كافة مظاهر نشاط الإنسان والحياة التي يحيها، أخصها الحاجة إلى علم خاص لفهم حقيقة كل نوع من أنواع النشاط الإنساني، ودراية علمية مواكبة لمباشرته وتحقيق الإفادة منه.

وهذا ما كان له انعكاس مباشر على وظائف الدولة القضائية والتشريعية. فلم يعد القاضي بقادر على الفصل في الكثير مما يعرض عليه من المنازعات دون الاستعانة بأهل الخبرة في موضوع النزاع وما يتصل به من علوم ولم يعد المشرع بقادر على استباق الزمن بالتشريع للمستقبل فاختر أن يترك مهمة خلق

القواعد القانونية للممارسة المعنيين بها قاصرا على تسجيلها وضبط معالمها من بعد نضوجها وهكذا وجد قضاء الخبرة مكانا له في أكثر المجتمعات تقدما ممثلا في التحكيم ولهذا تظهر خصوصية هذا الأخير في كونه أداة اتفاقية. فالالتجاء إلى التحكيم رهين باتفاق الأطراف على طرح نزاعهم على من يرتضونه قاضيا بينهم وإجراءات التحكيم وضوابط الفصل في الدعوى رهينة بما يرتضيه هؤلاء الأطراف ولهذا نجد أن التحكيم في المجتمعات المعاصرة لا يختلف عن المجتمعات القديمة بحيث نجده في المجتمعات المعاصرة يتميز بالملامح خاصة به فلقد خاضت العدالة تجربة طويلة في مضمار قضاء الدولة، خرجت منها بأسس ثابتة ومبادئ عامة ومن ثم لم يكن من المتصور أن تتجاوز العدالة التحكيمية المعاصرة عن هذه الأسس والمبادئ بحسبانها ترتبط بتحقيق العدالة في ذاتها وبصرف النظر عن كونها قضاء خالصا للدولة أو تحكيما يقوم على إرادة أطراف النزاع.

ثم إن التحكيم المعاصر يقوم على رحاب دول قضاؤها المزود بسلطة الأمر وسلطة الرقابة على التصرفات الناس ويتم تنفيذه في هذه الدول. ولهذا أصبح التحكيم له قانون يلتزم به الكافة وله سلطة قضائية تتولى إزالة كل ما قد يصادف تطبيق هذا القانون من عوارض. وهو من ثم يمثل خروجاً على السير الطبيعي لهذا النظام، سواء فيما يتعلق بمن يناط به الفصل في إدعاءات الأطراف أو فيما يتعلق بمعايير الفصل فيها وهذا ما يستدعي البحث عن المعطيات التي يستند إليها هذا الخروج والتي تجعل منه في تقدير دعائه أمراً مشروعاً يسمح به النظام القانوني وكل هذه الاعتبارات جعلت الدول العربية تقوم بتنظيمه وفق قواعد خاصة به بحيث لا نكاد نجد دولة عربية لم تقم بالتنظيم التحكيم وفق قواعد خاصة به كذلك فقد عنى المجتمع الدولي بأمر تنظيم التحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية. وقد ظهرت بواكير هذا الاهتمام منذ نهاية الحرب ع 1 حيث أسفرت جهود عصبة الأمم المتحدة عن وثيقتين أساسيتين بروتوكول جنيف 1923 في شأن شرط التحكيم واتفاقية جنيف لعام 1927 الخاصة بالتنفيذ أحكام التحكيم اللتين اقتصرت أهدافهما على إيجاد أساس قانون لإعداد اتفاقيات وأحكام التحكيم على النصوص القانونية الوطنية.

وباعتبار أن التحكيم تكمن نقطة بدايته في اتفاق التحكيم ومصدر تميزه عن غيره من أدوات تحقيق الوظيفة القضائية وأخصها قضاء الدولة لأنه حجر الزاوية في نظام التحكيم واتفاق التحكيم يخضع بالضرورة للقواعد العامة التي أوردها المشرع في القانون المدني، بالإضافة إلى ما قد تفرضه ذاتيته من قواعد خاصة به، خاصة وأن اتفاق التحكيم تواجهه مشاكل من الناحية العملية والقانونية وتتمثل هذه المشاكل في النظام العام الذي يعتبر عقبة أمام المحكم سواء من حيث اتفاهه أو من حيث القانون الواجب التطبيق أو من حيث تنفيذ أحكام المحكمين ولهذا تظهر أهمية هذا الموضوع أن هناك تناقض بين التحكيم والنظام العام حيث يشكل هذا الأخير عقبة أمام انطلاق التحكيم و حيث يمكن القول بأن هذه المنازعات ليست قابلة للتحكيم أو أن شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم باطل بسبب موضوع النزاع غير مشروع أو من حيث أهلية اللجوء للتحكيم سواء بالنسبة للشخص الطبيعي للأشخاص الاعتبارية العامة أو من حيث القواعد التي تحكم

موضوع النزاع شكلا وموضوعا ومن أبرز القيود التي تفرضها بعض التشريعات الداخلية تلك المتعلقة بالحظر القائم في القانون الفرنسي بالنسبة للجوء الدولة وأجهزتها وهيئاتها العامة والمشروعات العامة التجارية والصناعية في التحكيم إلا بعد الحصول على موافقة خاصة وتبدو أهمية الموضوع من الناحية العملية المستمدة من أحكام القضاء بصفة عامة وقضاء التحكيم بصفة خاصة، فهي تضع بين يدي القاضي العديد من الأحكام في كافة المسائل المتعلقة بالنظام العام كما تبدو أهمية هذا الموضوع في معالجة فكرة النظام العام الدولي الحقيقي وهي فكرة بدأت تظهر حديثا في كتابات الفقه وفي بعض أحكام القضاء وبصفة خاصة القضاء الفرنسي وتجد أرضية خصبة في مجال التحكيم التجاري الدولي وعلى إثر ذلك يمكن طرح الإشكالية التالية:

ما هي أهم المشاكل التي يمكن أن تواجه اتفاق التحكيم في العلاقات الدولية؟ وما مدى محاولة كل من الفقه و القضاء لمعالجتها؟

للإجابة عن هذه الإشكالية اعتمدنا المنهج التاريخي والمنهج التحليلي وعلى إثر ذلك قمنا بتقسيم الخطة إلى فصلين تناولنا في الفصل الأول تعريف اتفاق التحكيم في كل من الفقه والقوانين والمعاهدات الدولية كما تطرقنا إلى صحة اتفاق التحكيم من حيث الرضا والأهلية وفي الأخير أشرنا إلى الآثار التي تترتب على اتفاق التحكيم سواء بالنسبة للأشخاص أو بالنسبة للغير.

أما الفصل الثاني تناولنا المشاكل التي تواجه اتفاق التحكيم وأشرنا إلى فكرة النظام العام التي يستعصى ضبطها وتحديدها نظرا لأنها فكرة مرنة تتغير بتغير الزمان والمكان وكما تطرقنا إلى أن فكرة النظام العام تعتبر أهم مشكلة التي تواجه اتفاق التحكيم سواء من الناحية القانونية والمتمثل هنا في المسائل التي يجوز أو التي لا يجوز التحكيم فيها أو من الناحية العملية والتي تتمثل في أحكام القضاء وأحكام التحكيم.

الفصل 1 اتفاق التحكيم

لاتفاق التحكيم الدولي أهمية خاصة حيث يعد ذلك الاتفاق هو قانون الأطراف و قانون المحكم على حد سواء و من ثم فإن العناية بالتحليل و مناقشة الأحكام القانونية لاتفاق على التحكيم من أخطر الأمور التي يجب أن تنال اهتمام الباحثين في مجال التحكيم الدولي كما أن اتفاق التحكيم هو الأساس أو مركز الثقل في بناء التحكيم كنظام لحل منازعات التجارة الدولية.

بدونه لا يمكن اللجوء إلى هذه التقنية لفض النزاعات المرتبطة بالعقود الدولية و ذلك فليس من المستغرب أن تهتم به كافة التشريعات العربية و من ثم سوف نولي عناية خاصة به و ذلك من خلال البحث و الدراسة أشكال اتفاق التحكيم.

1.1 مفهوم اتفاق التحكيم

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

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

1.1.1 تعريف اتفاق التحكيم

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

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

1.1.1.1. تعريف الفقه لاتفاق التحكيم

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

كما يرى الأستاذ فوشارد بأن اتفاق التحكيم يغطي في الحقيقة فكرتين مختلفتين من جهة شرط التحكيم Clause compromissoire و هو الشرط منصوص عليه في العقد، و ينص على أن أي نزاع يمكن أن يثور بسبب هذا العقد يتم الفصل فيه عن طريق التحكيم و من جهة أخرى مشاركة التحكيم compromis d'arbitrage و التي هي اتفاق بين الأطراف يقومون بموجبه بإخضاع النزاع إلى المحكم أو هيئة تحكيمية، وتكون بعد إبرام العقد و بعد أن يثور النزاع بين الطرفين [1]ص 262-263

و تعرفه الدكتورة حفيظة السيد الحداد" بأنه ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه تتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهما أو المحتمل نشوئها من خلال التحكيم، و ذلك إذا كانت هذه المنازعات تتعلق بمصالح التجارة الدولية " [2]ص 117

ويعرفه المستشار معوض عبد التواب " على أن اتفاق التحكيم شأنه شأن أي اتفاق تعبير عن إرادتين تراضيا على أن التحكيم وسيلة لتسوية المنازعات التي تثار " [3]ص. 155

لذا تتفق جميع التعريفات التي أوردها الفقه لاتفاق التحكيم على أن اتفاق التحكيم يشمل ما يسمى بشرط التحكيم و هو بند من بنود العقد كما يغطي كذلك مشاركة التحكيم و هو الاتفاق المبرم استقلالا عن العقد، إذ أن تطور الاجتهاد التحكيمي و القضائي أصبح يظهر أشكالا أخرى لهذا الاتفاق كامتداد شرط التحكيم إلى شرط التحكيم بالإحالة كما سنرى ذلك لاحقا.

2.1.1.1. تعريف القوانين العربية لاتفاق التحكيم

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

يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام سواء كان مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين " [4]ص 91

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

يجوز أن يقع التحكيم في شكل شرط التحكيم سابق على قيام النزاع يرد في عقد معين أو في شكل اتفاق منفصل يبرم بعد قيام النزاع و لو كانت قد أقيمت شأنه دعوى أمام جهة قضائية و في هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم و إلا كان الاتفاق باطلا.

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

كما ينص القانون الفلسطيني الصادر بتاريخ 2000/2/3 في المادة 5 على أنه

اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين أو أكثر يقضي بإحالة كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، و يجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط التحكيم و ارد في عقد أو اتفاق منفصل.

يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا.

يكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو تضمنه ما تبادلاه من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة.

إذا تم الاتفاق على التحكيم بعد نشوب النزاع فيجب أن يتضمن الاتفاق موضوع النزاع و إلا كان باطلا. يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا و لا يتأثر ببطان العقد أو فسخه أو انتهائه.

لا يجوز العدول على اتفاق التحكيم إلا باتفاق الأطراف أو بقرار من محكمة المختصة. " [5]ص360

كما لم تعرف من جهة أخرى العديد من الدول العربية اتفاق التحكيم واكتفت بإجازته ربما لأنها تأخذ بالاتجاه الذي يرى بأن تحديد المفاهيم و التعاريف من عمل الفقه لا المشرع.

من القوانين العربية التي تفادت تعريف اتفاق التحكيم يمكن ذكر القانون الجزائري والليبي و الأردني و السعودي و الكويتي و الإماراتي و السوداني و المغربي غير أنه تجب الإشارة هنا إلى أن القانون الجزائري أصبح يتضمن فصلا خاصا ليس عن التحكيم فحسب، بل عن الطرق البديلة لحل المنازعات من الصلح و الوساطة إلى التحكيم مسائرا تطور هذه الوسائل البديلة كل منها على حدة كما نجد أنه تأثر بالقانون الفرنسي الجديد الصادر سنة 1981، فيكون المشرع الجزائري اختار المنحى الفرنسي للتحكيم الذي اتبعه كل من المغرب و تونس و لبنان بينما اتبعت بقية الدول العربية منحى الأونسترال ((لجنة قانون التجارة الدولية للأمم المتحدة)) و أولها مصر التي كيفت الأونسترال النموذجي و تبعتها سلطنة عمان

ثم الأردن فسوريا و الآن الإمارات العربية المتحدة [6]ص43-44

3.1.1.1. تعريف الاتفاقيات الدولية لاتفاق التحكيم

نظرا لما يشهده العالم من انفتاح اقتصادي و التجاري كان لابد لهذا الانفتاح من دعامة توفر الأمان فيه، في ظل تباين أنظمة العالم في معالجتها للنزاعات المستقبلية في التجارة الدولية و ليضمن ممارسي التجارة الدولية ميزانا عادلا يراعى فيه أعراف التجارة الدولية و أحكامها لذلك انصرف القانون الدولي في العالم لتنشيط و تحصين التحكيم كوسيلة لحل خلافات التجارة الدولية عن طريق عدة اتفاقيات نذكر منها:

- اتفاقية نيويورك للاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية 1958.
- اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و مواطني دول الأخرى لعام 1965.
- الاتفاقية الأوروبية لتحكيم التجاري الدولي عام 1961.
- الاتفاقية العربية لتحكيم التجاري الدولي و التي أنشأت من طرف المركز العربي للتحكيم التجاري عام 1887.

غير أننا سوف نركز دراستنا على اتفاقية نيويورك و القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لأنها فقط تطرقا إلى تعريف اتفاق التحكيم بحيث نجد اتفاقية نيويورك لعام 1958 حسمت موضوع اتفاق التحكيم إذ قررت صراحة أن تعترف كل دولة متعاقدة باتفاق مكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم.

ثم وضحت أنه يقصد "باتفاق التحكيم" شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات و هذه الاتفاقية (نيويورك) صادقت عليها الجزائر بتحفظ بموجب قانون رقم 88- 18 المؤرخ في 12/7/1988 و أغلبية الدول العربية. [7]ص116-117

- كما نجد القانون النموذجي للتحكيم الصادر بتاريخ 1985/2/21.

هنا يثور التساؤل عن ما هي الطبيعة القانونية للقانون النموذجي؟

هل هو اتفاقية دولية؟ أم أنه قانون دولي؟

إن الإجابة عن هذه التساؤلات تكمن في أن القانون النموذجي ليس اتفاقية دولية ملزمة لأي دولة كما هو واضح من اسمه و ليس قانونا بالمعنى الفني الدقيق لهذا المصطلح، و إنما هو في الحقيقة الأمر مشروع قانون موحد للتحكيم التجاري الدولي.

و كما سبق القول تم إعداده و إقراره من اللجنة الدولية تابعة للأمم المتحدة هي لجنة القانون التجارة الدولية لذا نجد القانون النموذجي يعرف اتفاق التحكيم في نص المادة 1/7 منه" على أنه اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي أنشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، و يجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط التحكيم وورد

في العقد أو في صورة اتفاق التحكيم" [8]ص59-60

من خلال هذه المادة نستشف أن تم تقييد كل النقاط المتعلقة باشتراط الكتابة فلا يجوز الاتفاق شفوي على التحكيم، فصيغة الكتابة واجبة.

و شرط الكتابة كما ورد في القانون النموذجي ليس شرطا لثبوت العقد بل هو صحة اتفاق التحكيم، و الدليل على ذلك أن القانون النموذجي حين تطرق إلى تنفيذ الحكم التحكيم يشترط أن يرفق بطلب تنفيذ حكم التحكيم.

كما وسع نص المادة و أجاز اتفاق التحكيم في الحالة عدم وجود شرط التحكيم ولا محرر مكتوب إذا رفع المدعي دعواه إلى التحكيم، ولم يعترض المدعى عليه على ذلك.

كما نجد أن نص المادة لم تشترط شكلا معيناً لاتفاق التحكيم، ولكن في الحالة الأولى يشترط أن يكون اتفاق التحكيم موقعا عليه و لا يلزم بذلك إذا كان مستمدا من الرسائل متبادلة و البرقيات كما ورد في اتفاقية نيويورك.

- توسع القانون النموذجي في تعداد الوسائل التي سنداً لاتفاق و سمح أن يكون اتفاق التحكيم في شكل تبادل الرسائل أو التلكسات أو البرقيات الخ و في الأخير يمكن القول أن اتفاقية نيويورك لعام 1958 والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي خطى خطوة كبيرة و هامة على درب توحيد و تنسيق قوانين التحكيم في العالم. و هذه الخطوة نرى أنها تمهيدا للوصول إلى قواعد عالمية موحدة يخضع لها التحكيم التجاري الدولي، حتى لا يجد من حصل على حكم التحكيم نفسه قد حصل على حكم أحيط بعقبات تمنع تنفيذه [7] ص. 117-120

2.1.1.1. الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم

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

1.2.1.1. الطبيعة العقدية لاتفاق التحكيم

يذهب اتجاه فقهي إلى أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية. حيث تعتمد أسانيد هذا الاتجاه على الدور الجوهري الذي تلعبه إرادة الأطراف في التحكيم. [9] ص 28

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

فإذا اتفق الأطراف على التحكيم فإن ذلك يشمل ضمنا تنازلا منهم عن دعوى مخولين للمحكم سلطة مصدر إرادتهم، وبالطبع فإن هذه السلطة لا يمكن أن تكون قضائية لأنها تقوم على إرادة الأطراف و يظهر حكم المحكمين في كونه ليس أكثر من تدعيم و تكملة لاتفاق التحكيم الذي يسعى التنفيذ إلى تأكيده. ويعبر النائب العام Merlin هو أول من تبنى النظرية العقدية للتحكيم، فقد دفع في 15 يوليو 1812 أمام محكمة النقض في قضية le couloux cautelou بأن المحكمين ليسوا قضاة فليس لديهم ما للقضاة من سلطة عامة وإنما تحركهم إرادة الأطراف، فاتفق التحكيم هو الأساس الذي يعتمد عليه المحكم.

و لعل ما يؤيد هذا الاتجاه أحكام محكمة النقض الفرنسية الأولى التي كانت تؤسس للنظرية العقدية وفق لأسس المتقدمة من اتفاق الأطراف على التحكيم يعني تنازلهم عن اللجوء إلى القضاء و أعمال إرادتهم في تحويل سلطتهم لمحكمين و هذه السلطة لا يمكن بالطبع أن تكون قضائية مما يعني أن التحكيم دعامة الأساسية لإرادة الأطراف، مما يضيف عليه الصفة العقدية.

- أسانيد الطبيعة العقدية للتحكيم:

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

سلطة المحكم مصدرها الإرادة الذاتية لأطراف اتفاق التحكيم كما سن حجتين هامتين:

أولا: نص المادة 2059 من القانون الفرنسي المعدلة بموجب القانون رقم (72-626) الصادر في 5 يوليو سنة 1972 التي تنص على أنه "يستطيع الأشخاص الاتفاق على التحكيم في كل الحقوق التي يستطيعون التصرف فيها بإرادتهم، ثم تولت المادة (2060) من القانون ذاته تحديد المنازعات التي لا يجوز التحكيم فيها.

ثانيا: حكم المحكمة الدستورية العليا بمصر في جلسة 1994/12/17 التي قضت بعدم دستورية نص المادة 18 من القانون الصادر بإنشاء بنك فيصل الإسلامي رقم 47 لسنة 1977 و التي فرضت التحكيم جبرا على من يتعاملون مع هذا البنك و قالت المحكمة في حيثيات حكمها أن الأصل في التحكيم هو الاتفاق، فلا يتصور اللجوء إلى التحكيم في غيبة رضا الأطراف سواء كان التحكيم يتعلق بنزاع سابق أو لاحق، إضافة إلى أن قصر التحكيم بنص تشريعي كوسيلة لحل النزاع يعد بمثابة حرمان الأطراف من اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي".

- تقدير هذا الاتجاه:

رغم أن هذا الاتجاه الفقهي لا يخلو من وجهة، و هي أن التحكيم يقوم بداءة على إرادة الأطراف إلا أنه أخلط بين استناد التحكيم في البداية على إرادة الأطراف و بين كون المحكم ذاته لا يرتكن إلى هذه الإرادة، إذ يعمل بأحكام القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض عليه دون النظر إلى حكمه، لذا ذهب

رأي في نقد هذا الاتجاه إلى أن "الأطراف في التحكيم لا يطلبون من المحكم الكشف عن إرادتهم، كما هو الحال بالنسبة إلى الشخص الثالث الذي يحدد ثمن البيع مثلا، وإنما الكشف عن إرادة القانون في حالة معينة". بل أن البعض قد هدم كل ما بقي من أسانيد لهذه النظرية فيما يلي:

لا يوجد عقد إجرائي، فالإجراءات هي الوسيلة الفعالة لتحقيق فاعلية القواعد الموضوعية التي تنظم العلاقات القانونية.

طرق الطعن المقررة لأحكام المحكمين لا تكون إلا للأعمال القضائية.

الإرادة الذاتية لا يمكنها أن تولد آثارا إجرائية كذلك التي تترتب على المحكم [10] ص 46-50

2.2.1.1. الطبيعة القضائية لاتفاق التحكيم

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

و يرى أنصار هذه النظرية أن أعمال التحكيم يعد رهينا باتفاق الخصوم على الالتجاء إليه، ولكن ذلك لا يؤثر على جوهر وظيفته القضائية، ومن ثم فإن هذا الاتفاق هو من قبيل العنصر العارض فرضته ظروف لا صلة لها بوظيفة التحكيم و طبيعته.

- أسانيد الطبيعة القضائية لاتفاق التحكيم:

إن التحكيم قضاء استثنائي مستثنى من الأصل العام في التقاضي أمام المحاكم التي نظمها القانون، وإذا حدث و رفعت الدعوى أمام المحكمة المختصة كان للطرف الآخر الحق في الدفع بعدم الاختصاص، لأن المحكمة تنظر في دعوى هي من اختصاص هيئة المحكمين و ذلك قياسا على الأثر الذي يترتب على رفع النزاع معين أمام المحكمة معينة غير مختصة أصلا و لكن يجوز ذلك استثناء كما في الاختصاص المحلي. والجدير بالذكر أن الدفع بوجود شرط التحكيم قد أثار خلافا بين شراح فقال البعض أنه الدفع بعدم الاختصاص غير متعلق بالنظام العام يتعين أن يبدي قبل التكلم في الموضوع، وقال البعض الآخر أنه يتعين أن يبدي قبل أي دفع شكلي ولا يجوز للمحكمة أن تبديه من تلقاء نفسها.

وقد أوردت محكمة النقض المصرية رأيها في هذا الأمر في حكم لها حيث قالت:

أن الدفع بعدم القبول ليس من الدفوع الوارد ذكرها في المادة 115 من قانون المرافعات المصري ويجب التمسك به قبل التكلم في الموضوع وإلا سقط الحق فيه.

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

و يترتب على القول بالطبيعة القضائية للتحكيم، أنه يثور التساؤل حول وقت اكتساب حكم التحكيم للصفة القضائية، فهل يكتسب ذلك الحكم الصفة القضائية بمجرد صدوره، أم بعد الأمر بالتنفيذ؟

لقد انقسم الشراح في الإجابة على هذا التساؤل إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: ويتزعمه الشراح الإيطاليين، وهو عدم اعتبار الصفة القضائية للحكم التحكيمي إلا بصدور الأمر بالتنفيذ (وقد أخذ القانون الإيطالي بهذا الاتجاه في إطار القانون رقم 28 لسنة 1983م حيث اشتمل هذا القانون على تعليق مسألة تصحيح حكم المحكمين والطعن بالبطلان على صدور الأمر بالتنفيذ مما يمثل انتقاصا للقيمة القانونية لحكم التحكيم.

ولكن القانون الإيطالي الجديد الصادر في يناير عام 1994م جاء خلوا من ذلك سواء فيما يتعلق بتصحيح الحكم أو الطعن فيه، حيث نص على أن بطلان حكم التحكيم يقدم خلال تسعين يوما من تاريخ إعلان الحكم، ودون الحاجة لصدور الأمر بالتنفيذ) وقد أيد جانب من شراح الفرنسيين هذا الاتجاه.

أما الاتجاه الثاني: الشراح الفرنسيين والعرب وهو الاتجاه الغالب وهو عدم اشتراط صدور الأمر بالتنفيذ لإسباغ الصفة القضائية على حكم التحكيم، فحكم التحكيم يتمتع بالحجية وقوة الأمر المقضي به منذ صدوره، وأن إجراء الأمر بالتنفيذ لا يمنح الحكم الحجية وإنما يجعله قابلا للتنفيذ. وهذا ما قرره محكمة النقض المصرية.

- تقدير هذا الإتجاه:

1- أنه يصعب أن نلحق أحكام التحكيم بأحكام القضاء جملة واحدة، لأن هناك خلاف بين المحكم والقاضي، لأن الأخير له وظيفة عامة ويتمتع بالدوام والاستقرار والحصانة فيما يقوم به من أعمال، كما أن له سلطة الأمر والإجبار، ويعد منكرا للعدالة إذا امتنع عن الفصل في النزاع، ولا دخل للخصوم في اختياره، بعكس المحكم.

2- إن الدعوى ببطلان حكم المحكم تتصل في مجموعها بحالات تعيب عقد التحكيم أو تنكره وهي بهذا الوصف تثير الشك في الصفة القضائية لحكم التحكيم ومما يبرر ذلك وقف تنفيذ حكم المحكم عند رفعها، وهي أيضا بالوصف المتقدم تكفي وحدها كوسيلة لتظلم من الحكم [11] ص 40-44

3.2.1.1. الطبيعة المختلطة لاتفاق التحكيم

يأتي أخيرا، اتجاه الثالث يذهب إلى عدم تمتع التحكيم بالطبيعة واحدة سواء كانت تعاقدية أو قضائية. فالنظام التحكيم يتمتع بالطبيعة مزدوجة أو مختلطة. وتعتمد أسانيد هذا الاتجاه على الدور الجوهرى الذي تلعبه إرادة الأطراف مجتمعا مع الوظيفة القضائية للمحكم.

- أسانيد الطبيعة المختلطة لاتفاق التحكيم:

ينقسم مناصري الطبيعة المختلطة للتحكيم إلى اتجاهين:

فالاتجاه الأول: يذهب إلى أن التحكيم بناء قانوني مركب من عدة إرادات، إرادة المشرع التي تحدد نطاق ومضمون الحق في التحكيم وكيفية ممارسته، وإرادة المحكمين والتي تحرك هذه الإرادة الساكنة في صورة الاتفاق على التحكيم "شرط التحكيم و مشاركة التحكيم" وإرادة المحكمين التي تدور في فلك الإرادتين السابقتين "وتجد مصدر سلطتها مباشرة في إرادة المحكمين وبطريقة غير مباشرة في إرادة المشرع".

أما الاتجاه الثاني: يذهب إلى أن إذا كان التحكيم في الحقيقة ذي طبيعة مركبة بوصفه "قضاء إراديا" أو عملا قضائيا يستمد أساسه من اتفاق الأطراف أي أنه من الناحية عمل قضائي ولكن في ذات الوقت ينطلق في منشأه عن تصرف إرادي تعاقدية، فإن التحليل القانوني يجب ألا يقف عند القول أنه بالتالي ذو طبيعة مختلطة أو خليط غير متجانس، فمثل ذلك القول يعتبر بمثابة اعتراف بالعجز ومحاولة للهروب من مواجهة الحقيقة بأبعادها المتعددة. والواجب في مواجهة مثل هذه الحقائق المركبة محاولة تحليلها لردّها إلى عناصرها المميزة [9]ص. 38-39

- تقدير هذا الاتجاه:

رغم ما يتضمنه هذا الرأي من وجهة ومحاولته الجمع بين الرأيين سالفين، إلا أن البعض قد وجه إليه النقد فيما يلي:

1- اختار الحل الأسهل، ولم يتصدى للمشكلة، وعاب عليه البعض أخذه بالفكرة التحويلية للتحكيم من عقد إلى القضاء وأن هذا يعد هروبا من المشكلة.

2- القول بالطبيعة المختلطة لا معنى له إذ يجب تحديد هذه الطبيعة.

وعلى ذلك نخلص إلى أن التحكيم قضاء اتفاقي يتقيد بنصوص اتفاق التحكيم وبالنصوص القانونية التي تقتض على المحكم الالتزام بها، لذلك يجب أن نبتعد عن القوالب التقليدية لتحديد طبيعة التحكيم، فهو ظاهرة وإن سبقت القضاء في الوجود، إلا أنه ليس أحد السلطات العامة في الدولة مثل القضاء، كما أنه لا يجوز في كل منازعة، حيث يجب أن تكون المنازعة قابلة للتحكيم، فربط التحكيم بفكرة التقليدية عقدية كانت أم قضائية وهذه الفكرة قد تقف الآن أمام التوصل إلى نظرة شاملة وواضحة لظاهرة التحكيم التي باتت تفرض نفسها على منازعات التجارة الدولية.

3.1.1. القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم

تنثور مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم أول ما تنثور أمام المحكم، إذ عليه قبل أن يمضي في التحكيم أن يتأكد من صحة الاتفاق عليه ونفاذه، باعتبار ولايته منوطة بهذا الاتفاق والغالب أن

يتصدى المحكم للمسألة بناء عن الدفع ببطلان الاتفاق على التحكيم لوروده على مسألة غير قابلة للتحكيم أو لفقدانه أحد الأركان اللازمة لانعقاده.

لكن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم تثار كذلك أمام القاضي. فهي قد تثار أمامه أولاً عندما يرفع أحد طرفي النزاع دعواه أمام القضاء، ويتمسك المدعى عليه بوجود اتفاق التحكيم فيدفع المدعي ببطلان اتفاق التحكيم أو بعدم نفاذه في حقه. لذا قد إحتد النقاش حول التحكيم و القانون الذي يخضع له و يحكم مسأله. لذلك نجد أن هناك من يقوم بإسناد اتفاق التحكيم إلى قانون إرادة الأطراف وهناك من يسنده إلى قانون مقر التحكيم وهناك من يسنده إلى المحكم.

1.3.1.1. تطبيق قانون الإرادة

يجوز للأطراف اختيار نظام قانوني متكامل لكي يطبق على التحكيم، أو أن يشترطوا تطبيق طائفة معينة من القواعد القانونية. فعلى سبيل المثال، يمكن للأطراف اختيار نظام قانوني لأي من الطرفين، أو كليهما، أو حتى قانون دولة ثالثة. وعلاوة على ذلك يمكنهم الاتفاق على فض منازعاتهم طبقاً للمبادئ العامة للقانون أو بعض القواعد السائدة في نظام قانوني معين [12] ص 43

لذلك قد يكون اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق صريحاً عندما يعين المتعاقدان في العقد قانوناً بالاسم على أن النزاع يخضع له ويمكن أن نلاحظ ذلك بصورة واضحة في مجال التجارة والنقل الدوليين حيث شاع استعمال العقود النموذجية التي يخضع كل منها لقانون منصوص عليه فيه. ومثال ذلك، العقود الخاصة بالتجارة القطن وعقود الشحن البحري..... الخ.

وقد يكون اختيار القانون الواجب التطبيق هو اختيار ضمني يستخلصه القاضي من الظروف المحيطة بالعقد ومن تفسير عباراته الدالة على هذا الاختيار الضمني. فالنص في العقد مثلاً على جعل النظر في المنازعات المتعلقة به من اختصاص محاكم دولة معينة أو إخضاعها للتحكيم لدى محكم من دولة معينة أو في دولة معينة، يمكن أن يستخلص منه انصراف نية الأطراف لإخضاع العقد لقانون دولة القاضي أو قانون دولة المحكم. وإليك فيما يلي بعض الأمثلة:

ففي نزاع بين شركة باكستانية لصنع السجاد وتاجر بلجيكي حول عملية عقد توزيع السجاد في بلجيكا عرض الأمر أمام غرفة التجارة الدولية التي عينت محكماً واحداً لفض النزاع. وقد ناقش المحكم مسألة القانون الواجب التطبيق على النزاع وحيث أنه لم يكن هناك اختيار صريح للقانون فقد قرر أن القانون الباكستاني هو الأولي بالتطبيق لأن الاتفاق تم في باكستان كما تمت مناقشة شروطه فيها بالإضافة إلى أن الشحن يتم منها، وهذا كله يفيد أن القانون الباكستاني أوثق علاقة بالموضوع من أي قانون آخر.

وفي نزاع آخر بين شركة ألبانية وشركة سويسرية دار حول عمولة عقد التسويق المنتجات الزراعية التي تبيعها الشركة الأولى في سويسرا، حيث يتم الاتفاق الصريح بين الأطراف لاختيار القانون

الواجب التطبيق على النزاع. لذلك فقد بحثت هيئة التحكيم عن قانون الإرادة الضمنية. وقد لاحظت الهيئة أن العقد قد تم توقيعه في زيورخ (سويسرا) على أن يتم تنفيذه فيها أيضا، كما أن سويسرا هي البلد الوصول. لذلك وإزاء عدم وجود اتفاق صريح فإن المؤشرات تدل على اتجاه الإرادة نحو تطبيق القانون السويسري. وهذا الاستخلاص كما قالت الهيئة يتفق مع آخر ما وافقت عليه الشركة الألبانية حيث أنها أعلنت موافقتها على تطبيق القانون الذي تراه محكمة التحكيم معقولا. وهذا تفويض منها للهيئة في اختيار ذلك القانون [13] ص 176-190.

2.3.1.1. تطبيق قانون مقر التحكيم

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

على أنه يحدث في بعض الحالات إثارة التساؤل بشأن صحة اتفاق التحكيم نظرا لعدم توافر الشروط المطلوبة لذلك في القانون داخلي أو قانون آخر، كاشتراط كتابة شرط التحكيم أو تحديد مكانه أو أسماء المحكمين أو ما إلى ذلك من شروط تختلف من قانون لآخر. لذا نجد أن قانون التحكيم الدولي الخاص يخضع صحة الاتفاق لقانون مكان التحكيم، كما حدده الأطراف، أو كما يحدده نظام التحكيم الذي أحال إليه الأطراف، وذلك في حالة عدم وجود إرادة صريحة للأطراف. وكانت محكمة النقض المصرية قد استقرت على الأخذ بهذا الاتجاه في قضية تتعلق باتفاق في 27/01/1973 بين شركة الخليج العربي للمقاولات والشركة العربية كونتنتال للملاحة على أن تنقل هذه الأخيرة للأولى عشرة آلاف طن إسمنت من ميناء الإسكندرية إلى ميناء لطارلس بليبيا على رحلات متتالية على السفينة ليلا. وتنفيذا للعقد قامت شركة الملاحة بإخطار الشاحن بوصول السفينة المذكورة في 13/03/1973 واستعدادها لشحن الرسالة إلا أن شركة الخليج العربي للمقاولات أعطت تعليمات بعدم شحن السفينة دون أسباب مما يعد فسحا للعقد من جانبها فأقامت شركة الملاحة دعواها مطالبة بأجرة النقل المتفق عليها بالكامل فضلا عن غرامة التأخير ومقابل ما أصابها من أضرار مادية وأدبية نتيجة ذلك.

دفعت شركة الخليج العربي بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم. إلا أن محكمة أول درجة قضت في 07/06/1975. برفض الدفع بعدم قبول فاستأنفت الشركة هذا الحكم فقضت محكمة الاستئناف الإسكندرية في 15/03/1977 بتأييد الحكم المستأنف.

فطعن بطريق الخطأ في تطبيق القانون، إذ أن الحكم المطعون فيه قضى بسقوط حقها في التمسك بالشرط التحكيم بمقولة أنها تنازلت عنه ضمنا بتعرضها لموضوع الدعوى، كما اعتبر التحكيم باطلا لعدم تعيين أسماء المحكمين في اتفاق مستقل لنص المادة 3/502 من قانون المرافعات، وبذلك يكون قد طبق

القانون المصري في تحكيم الدولي متفق على إجرائه في لندن مما يعيبه بالخطأ في تطبيق القانون مما يستوجب نقضه.

وقد استجابت محكمة النقض فعلا لهذا التبرير وقضت في 26 أبريل 1982 بنقض الحكم، وقررت "أن شرط التحكيم - وعلى ما جرى به القضاء هذه المحكمة- لا يتعلق بالنظام العام فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بأعماله من تلقاء نفسها وإنما يتعين التمسك به أمامها" [14] ص 67-69

كما قضت ذات المحكمة بحكمها الصادر في 13 يونيو 1983 بأنه "لما كان الثابت أن شرط التحكيم المدرج في سند الشحن قد نص على أن يحال أي نزاع ينشأ عن هذا السند إلى ثلاثة محكمين في مرسيليا، وكان المشرع قد أقر الاتفاق على إجراء التحكيم في الخارج، ولم يرى في ذلك ما يمس النظام العام، فإنه يرجع في شأن تقرير صحة شرط التحكيم وترتيب آثاره إلى قواعد القانون الفرنسي باعتباره قانون البلد الذي اتفق على إجراء التحكيم فيه طبقا لما تنص عليه المادة 22 من القانون المدني الفرنسي. وهذا هو الاتجاه الرائج في القضاء هيئات ومراكز التحكيم والقضاء الوطني.

خذ مثلا كذلك، حكم محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس الصادر عام 1980 بشأن منازعة حول عقد خاضع للقانون الألماني، حسب اختيار الأطراف، ولم يحدد فيه القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، حيث أوضحت محكمة التحكيم، أنه ليس هناك ما يلزمها أن تطبق القانون الألماني المختص بالعقد الأصلي على شرط التحكيم وأضافت ".....ومن ثم يجب على المحكم البحث عن القانون الواجب التطبيق على هذا الشرط" وانتهت إلى أنه لما كان التحكيم يجري في باريس، فإنه "من حيث المبدأ، يحكم صحة شرط التحكيم القانون النافذ في دولة مقر محكمة التحكيم" أي القانون الفرنسي وهكذا يمكن القول أن قانون دولة مقر التحكيم هو من بين قوانين المرشحة لاتفاق التحكيم [15] ص 321-323.

3.3.1.1. سلطة المحكم الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق

إن الأطراف قد لا يختارون قانون معين ليحكم إجراءات سير المنازعة، بل يتركون الأمر إلى المحكمين أنفسهم ليحددوا تلك الإجراءات على ضوء ما قد يروونه مناسبا بخصوص النزاع المطروح على التحكيم [16] ص 45

لذلك يقع على عاتق المحكم الدولي أن يتصدى لهذه المشكلة، حيث يتمتع بالسلطة تقديرية واسعة في هذا الصدد وهو في ممارسته لهذه السلطة ينبغي عليه احترام التوقعات المشروعة للأطراف. والأمر يختلف بالنسبة للمحكم الدولي عنه بالنسبة لقاضي الوطني، ذلك لأنه إذا كان القاضي مقيدا بإتباع القواعد القانونية لقانون اختصاصه أي قانون دولته التي يصدر باسمها أحكامه ويتعين عليه بالتالي إتباع قواعد الإسناد في قانونه للاهتمام إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن الأمر يختلف تماما بالنسبة للمحكم الدولي، ذلك لأن المحكم الدولي وكما سبق القول ليس له قانون مختص ولا يصدر أحكامه باسم هذه الدولة أو

تلك ومن ثم لا يخضع بالتالي لسيادة أي دولة، حتى ولو كانت هي، أو أحد رعاياها طرفا في المنازعة التي تطرح على التحكيم وقد أكدت تلك الحقيقة الكثير من القرارات التحكيم التجاري الدولي حيث قررت محكمة تحكيم (غرفة التجارة الدولية) أن المحكم الدولي لا يملك تحت تصرفه قانون مختص يستطيع على أساسه تطبيق قواعد تنازع القوانين.

1.3.3.1.1. موقف المعاهدات الدولية من سلطة المحكم الدولي في اختيار القانون الواجب التطبيق:

إن اتفاقية نيويورك في 10/06/1958 للتنفيذ والاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية توافق بطريقة ضمنية على سلطة التقديرية للمحكم في هذا المجال. فالمادة الخامسة من هذه الاتفاقية في تعدادها لأسباب رفض تنفيذ الأحكام لم تتعرض بأي صورة من صور لمشكلة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. وتعترف بعض النصوص الأكثر حداثة من اتفاقية نيويورك بطريقة صريحة بالسلطة التقديرية للمحكم حيث تنص المادة السابعة من اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي على ما يلي: "للأطراف الحرية في تحديد القانون الذي ينبغي على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع، وفي حالة عدم تحديد ذلك يطبق المحكمون القانون الذي عينته قاعدة الإسناد و التي يرون أنها ملائمة أو مناسبة في هذا الخصوص، وفي الحالتين يجب على المحكمين أن يضعوا في الاعتبار أحكام العقد، والأعراف التجارية".

2.3.3.1.1. موقف الهيئات الدائمة للتحكيم من سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق:

تنص المادة 3/13 من القواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية على أن:

الأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع فإذا لم يحدده الأطراف، طبق المحكم قاعدة تنازع القوانين التي يراها ملائمة في هذا الخصوص. وتنص المادة 5/13 من ذات اللائحة على ما يلي: "يراعى المحكم في كل الأحوال أحكام العقد والعادات التجارية".

ولكن السؤال المطروح: هل يتقيد المحكم بأي قيد عند اختيار القانون الواجب التطبيق؟

يتقيد المحكم بأحكام العقد، وهذه الأحكام تتمثل في القاعدة إسناد أو في قاعدة موضوعية فقد يشير الأطراف إلى تطبيق قانون معين في النزاع وهنا يلتزم المحكم بإعمال هذا القانون وإلا خرج عن إرادة الأطراف، والتحكيم نظام قانوني يقوم أصلا على إرادة الأطراف وهو يتقيد من ناحية أخرى بالعادات التجارية وهنا أيضا نجد اتساع حرية المحكم فالعادات التجارية وإن استقرت في بعض الأنشطة، إلا أنها لم تستقر في غيرها وإرادة المحكم تلعب دورا كبيرا في هذا المجال.

3.3.3.1.1. موقف الأنظمة القانونية من سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق:

تعترف بعض الأنظمة القانونية بطريقة صريحة بالسلطة التقديرية للمحكم حيث نصت المادة 39 من قانون التحكيم المصري الجديد (فقانون رقم 27 لسنة 1994) نص على ما يلي: "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان. وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك. وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي تراه أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع..... الخ". وتتص المادة 1496 من قانون التحكيم الفرنسي الجديد الصادر سنة 1981 على ما يلي: "يحسم المحكم النزاع طبقاً لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف وفي غياب مثل هذا الاختيار فطبقاً لما يراه مناسباً وفي كلتا الحالتين ينبغي على المحكم أن يضع في الاعتبار الأعراف التجارية".

4.3.3.1.1. السلطة التقديرية للمحكم في أحكام محاكم التحكيم:

إن السلطة التقديرية للمحكم الدولي في مثل هذه الحالة لا تعني اختيار القانون الأسهل بقدر ما تعني اختيار القانون الأكثر ملائمة لحكم موضوع النزاع، ومن البديهي أن تتعدد وتختلف اجتهادات المحكمين بهذا الخصوص. لذلك سيكون هدفنا في هذا الصدد إلقاء الضوء على الحلول الأكثر شيوعاً في قرارات التحكيم التجاري الدولي.

– حكم صادر في قضية شركة الألمنيوم اليوغسلافية

ويتعلق بمشكلات ثارت عند تنفيذ عقود بيع شركة ألمنيوم يوغسلافية ومشتري أمريكي، عينت لحلها هيئة ثلاثية في إطار نظام غرفة التجارة الدولية جعلت مقر التحكيم في باريس. وعند اضطلاع هيئة التحكيم بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع تبين لها عدم اتفاق الطرفين على هذا القانون مما يلقي هذا العبء على عاتق هيئة التحكيم وقد حاولت هيئة البحث عما يمكن أن يشير إلى قصد الطرفين للوصول إلى إرادتهما الضمنية بدراسة ظروف العلاقة لاستخلاص ما يرجح تفضيل قانون آخر، ويتضح منها أن العقد أبرم في يوغسلافيا باللغة الإنجليزية، وأن البائع يوغسلافي والمشتري أمريكي وقد وجدت الهيئة أن جنسية البائع ومكان إبرام العقد يرجح تطبيق القانون اليوغسلافي. واتفاقية لاهاي المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنفولات المادية ترجح الأخذ بقانون جنسية البائع في حالة الشك ومن ناحية الأخرى فإن جنسية المشتري واللغة التي حرر بها العقد يرجحان تطبيق القانون الأمريكي، ولم تجد الهيئة ما يدل على اتجاه إرادة الطرفين إلى تطبيق قانون معين بالإضافة إلى أن الهيئة قد استخدمت الطابع العشوائي لمحل الإبرام العقد، وذلك نظراً لوجود معاملات

مستمرة بين الطرفين يقومان بها في دول مختلفة وقد انتهت المحكمة إلى تطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون دولة مقر التحكيم، فهو المكان الوحيد الذي تربطه بالقضية علاقة محددة، و يبرز هذا الحكم مدى السلطة التقديرية التي يتمتع بها المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

- حكم تحكيم قضية ليامكو: liamco

في نزاع شركة ليامكو الأمريكية مع الحكومة الليبية إثر تأمينات الليبية، توصل المحكم محمصاني إلى حل قريب من الحل في قضية السابقة. إذ قام بالبحث عن قاعدة الإسناد إلى أحد الأنظمة القانونية دون الآخر بدون إهدار مبدأ المساواة بين الأطراف وإنما بالإسناد إلى المبادئ العامة لتنازع القوانين. في القانون الدولي الخاص، كما أكد حكمه بدراسة القانون الدولي الليبي والقانون الدولي حيث يسود نفس المبدأ. فالمبادئ العامة للقانون أساس يستند إليه المحكم لتبرير الحل الذي يفتتح به أو يرغب في الوصول إليه وبالتالي فيمكن عن طريق تطبيق المحكمين لهذه المبادئ الوصول إلى نتائج مختلفة من قضية لأخرى [17] ص 4-29

4.1.1. صور اتفاق التحكيم

يتضح لنا من تعريف اتفاق التحكيم أن له صورتين الأولى وهي أن يكون في صورة شرط أو بند في عقد من العقود ويتضمن إحالة المنازعات التي قد تنشأ بين الأطراف العقد عند تنفيذه أو تفسيره إلى التحكيم، ويطلق عليه شرط التحكيم والثانية هي أن يكون في صورة عقد بين الخصوم بمناسبة نزاع قائم بالفعل بينهم، ويطلق عليها الفقه العربي تسمية "مشارطة التحكيم" أو عقد التحكيم ويعكس اتفاق التحكيم حقيقة قانونية مقتضاها: وحدة المعاملة القانونية للصورتين السابقتين "شرط و المشارطة" وليس فقط لضمهما تحت عنوان واحد، فاتفاق التحكيم له صورتان وهذا ما سيتم تناوله في هذا المطلب.

1.4.1.1. شرط التحكيم clause compromission

هو شرط مدرج في العقد ويعد جزءاً لا يتجزأ منه وأهم عناصره "تطابق الإرادات" على حسم النزاع - أيا كان نوعه مالي أو فني أو قانوني - مستقبلي ناشئ عن تطبيق العقد بطريق التحكيم، الاتفاق على شموله للمنازعات الفرعية عن النزاع الأصلي والاتفاق على الوسيلة تحديد موضوع النزاع، وعدم تفويضه بالصلح، الاتفاق الصريح على أن يكون الحكم باتاً غير قابل لأي طعن. [18] ص 57

ويرد شرط التحكيم على أي نزاع قد يحدث بينهم في المستقبل بمناسبة تفسير العقد الذي تضمنه، أو تنفيذه، فلا يرد على النزاع معين.

شرط التحكيم قد يكون قائماً بذاته، ومنفصلاً عن العقد الأصلي المبرم بين أطرافه - مصدر الرابطة القانونية - ولا يؤثر ذلك في وصفه بأنه شرطاً للتحكيم، مادام الاتفاق عليه قد تم قبل نشأة النزاع بالفعل بين الأطراف

المحتكمين "أطراف الاتفاق التحكيم" [19] ص 39-40 لذلك يعد شرط التحكيم أهم مصدر من مصادر التحكيم التجاري سواء الداخلي أو الدولي حيث تبين أن ما يقارب من 80% من عقود التجارة الدولية أصبحت تتضمن شرطاً تحكيمياً. إذ قد يقتصر مضمون شرط التحكيم على اتجاه نية الأطراف إلى الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة لحل النزاعات دون أي تفصيل يؤدي إلى تطبيق هذا النص، ويسمى بشرط التحكيم الفارغ.

كما قد يشمل مضمون شرط التحكيم تنظيم جوانب التحكيم من حيث تشكيل المحكمة واختيار هيئة التحكيم وتحديد موضوع النزاع والقانون الواجب التطبيق، ومكان انعقاد الجلسات، والمواعيد، وكيفية إصدار القرار التحكيمي في النزاع. ولما كان شرط التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة المختصة به أصلاً، وإنما يمنعها من سماع الدعوى مادام الشرط قائماً إذ يقوم دفع المتمسك بالشرط على إنكار سلطة خصمه في الالتجاء إلى القضاء العادي للفرد وعن حقه، لتنازله - بالاتفاق على التحكيم - عن مكنه الالتجاء إليه حماية لحقه [20] ص 154

لذا قد يكون شرط التحكيم عاماً أو خاصاً. يكون عاماً إذا أحال إلى التحكيم كل النزاعات المتعلقة بتفسير أو تنفيذ العقد. يكون خاصاً إذا اقتصرته الإحالة للتحكيم على بعض المسائل أو موضوعات دون غيرها. [1] ص 264-265

وإذا كان شرط التحكيم في القانون العام أصبح صحيحاً في العقود المبرمة بسبب نشاط مهني مع مراعاة النصوص القانونية الخاصة (المادة 2061 من قانون المدني المعدلة بالقانون 2001-420 في 15 أيار 2001). [21] ص 385

1.1.4.1.1. إن صيغة شرط التحكيم: التي يرد فيها لم يرد بشأنه صيغة معينة وإنما يجب أن تكون صيغة واضحة ومحددة معالم كي لا تثير تفسيرات مختلفة لدى الأطراف المتنازعة أولدا المحكمين وقد أوردت بعض القواعد التحكيمية الدولية أمثلة على صيغ شرط التحكيم ولكي يتمكن الأطراف الاستئناس بها عند وضعهم للشرط أو وضع الشرط المذكور كما جاء في تلك القواعد ومن هذه القواعد ما جاء في قواعد التحكيم التي وضعتها الأونسترال حيث جاء في هامش المادة الأولى من قواعد المذكورة النموذج التالي لصياغة شرط التحكيم: "كل نزاع أو خلاف أو مطابقة تنشأ عن هذا العقد أو تتعلق به أو بمخالفة أحكامه أو فسخه أو بطلانه يسوى بطريق التحكيم وفقاً لقواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي كما هي سارية المفعول حالياً".

وأضيفت ملحوظة إلى هذا الشرط حيث جاء فيها: قد يرغب الطرفان في إضافة البيانات التالية:

- تكون سلطة التعيين..... (اسم منظمة أو مؤسسة).

- يكون عدد المحكمين..... (محكم واحد أو ثلاثة).

- يكون مكان التحكيم.....(مدينة أو بلد).

د - تكون اللغة أو اللغات التي تستخدم في إجراء التحكيم هي () .

أما عن غرفة التجارة الدولية فقد جاء في بداية قواعد التوفيق والتحكيم للغرفة المذكورة ما يلي:

(توصي غرفة التجارة الدولية الأطراف الراغبين بالإشارة إلى التحكيم غرفة التجارة الدولية في عقودهم ذات الطابع الدولي أن يضمنونها النص التالي:

أن الجميع الخلافات الناجمة عن هذا العقد يتم حسمها نهائياً وفقاً لقواعد التوفيق والتحكيم لغرفة التجارة الدولية من قبل المحكم واحد أو عدة محكمين يعينون وفقاً لهذه القواعد).

إذ أن النماذج المذكورة قد أوردنا على سبيل المثال، ويجب أن لا يغيب عن بالنا أن للطرفين كامل الحرية في صياغة شرط التحكيم وتضمينه الأمور التي يرغبان فيها، مثال ذلك المدة التي يجب فيها إصدار الحكم و الشروط التي يجب توفرها في المحكم والقانون الواجب التطبيق على موضوع وعلى الإجراءات، وهل يرغبان في أن تكون المرافعة علنية أو سرية، وإلى غير ذلك من الأمور، التي لا تتعارض مع طبيعة التحكيم وقواعد القوانين الأمرة الواجبة التطبيق عند التحكيم [22] ص 110-112

2.1.4.1.1. الطبيعة القانونية لشرط التحكيم

تواجه الباحث تساؤلات عند تكييفه لشرط التحكيم

هل شرط التحكيم كبقية الشروط تطبق عليه الأحكام الواردة في العقد؟

فشرط كقاعدة عامة أمر عارض يلحق عنصر جوهري في العقد، فهو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع غير مخالف للنظام العام وارد على أمر جائز شرعاً وقانوناً وهو حل النزاع عن طريق التحكيم. وهذا شرط يعتبر وفقاً لـ *condition suspensive*، لأن إتباع أسلوب التحكيم مشروع بقيام النزاع الذي يعتبر شرطاً لتنفيذ الالتزام بحل النزاع بواسطة محكم.

والحقيقة أن شرط التحكيم قد يشبه الشرط في أمور كثيرة، ولكن لا نستطيع تكييفه على أساس أنه شرط مثل شروط العقد، فشرط التحكيم يختلف عن بقية الشروط، لأنه يعتبر اتفاقاً داخل اتفاق. وأياً كان الرأي حول تكييف شرط التحكيم، فإن الأمر المؤكد أن شرط التحكيم أصبح الأكثر شيوعاً في الواقع العملي في الأنظمة القانونية وفي مختلف العقود التجارية والمدنية على حد سواء. [23] ص 175-177

3.1.4.1.1. عناصر شرط التحكيم

وأهم عناصر شرط التحكيم هي كالاتي:

-تطابق إرادتي طرفي العقد على ضرورة حسم أي نزاع قد ينشأ عن تطبيق هذا العقد بطريقة التحكيم، أياً كان نوع هذا النزاع، وسواء أكان فنياً (أي صناعياً أو زراعياً أو كيميائياً أو هندسياً بحسب طبيعة موضوع العقد الأصلي) أو قانونياً أو مالياً.

-الاتفاق على أن التحكيم يشمل سائر المنازعات التي قد تنفرع عن النزاع الأصلي المطروح على التحكيم. والاتفاق على أنه يشمل أيضا كافة المسائل المستعجلة (بتعبيرها القانوني) التي قد تنفرع عن هذا النزاع.

-الاتفاق على وسيلة تحديد موضوع النزاع. وهذا هو أهم عناصر شرط التحكيم. وإذا كان من السهل تحديد موضوع النزاع في المؤسسات ذات النشاط المالي أو الاقتصادي أو التجاري، فإنه كثيرا ما يدق تحديده في المؤسسات ذات النشاط الصناعي أو الإنشائي. ويبدأ الخلاف فيها عادة من المهندس المقيم (المراقب عمل المؤسسة من جانب الطرف الآخر) ولهذا يذكر عادة في شرط التحكيم، تفرقة بين ما إذا كان النزاع قانونيا، أي في تفسير أي شرط من الشروط العقد، وإنما في حالة الأولى يسهل تحديد موضوع النزاع من ذات مكاتبات طرفي العقد. وإنما في الحالة الثانية يجب أن يذكر في شرط التحكيم الإجراءات الواجبة الإلتباع بمجرد نشأة الخلاف الفني بين مهندسي الطرفين، وتحدد مهلة يجب في خلالها محاولة حسم هذا الخلاف، وإلا رفع إلى السلطات العليا لمحاولة حسمه أيضا بين ممثلي طرفي العقد.

-الاتفاق على مكان التحكيم، وشخص المحكم، أو طريقة تعيينه. أو الاتفاق على أنه في حالة عدم اتفاق الخصوم على شخص المحكم، فلا يجوز تعيينه بواسطة المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع. [24]ص 17

4.1.4.1.1 أنواع شرط التحكيم

شرط التحكيم في العقود التجارية يتخذ أنواعا متعددة تبعا للعلاقة المرتبط بها سواء على مستوى العلاقات الداخلية أو العلاقات الدولية، ونعرض تلك الأنواع على النحو التالي:

- شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي:

شرط التحكيم عادة يدرج في العقد الأصلي المنظم للعلاقة التجارية، فيتفق طرفا العقد على أن ما قد ينشأ بينهما في المستقبل من منازعات تفسير العقد الأصلي أو تنفيذه يتم الفصل فيها بواسطة هيئة التحكيم، سواء كان شرط التحكيم واردا في بداية العقد أم نهايته إلا إذا تبين من شرط أنه يقصد به منازعات معينة ناشئة عن العقد وليس جميعها [25]ص 69-70 كما يجب على الطرفين أن يكون اتفاقهما على شرط التحكيم واضحا دون غموض في معنى وجوب اللجوء إلى التحكيم.

ويمكنهما أن يؤكدوا هذا الوجوب بالنص على عدم اللجوء إلى محاكم الدولة. ومن صالح الطرفين أن يوضحا أن اللجوء هما إلى التحكيم هو الفصل فيما سيقوم بينهما من منازعات "ناشئة عن العقد أو متصلة به"، "فلا يحدد أن المنازعات تحديدا جامدا كالقول بأنها منازعات على تفسير العقد وتنفيذه، إذ هذه لا تشمل ما يتعلق ببطان العقد أو فسخه كما لا تشمل المسؤولية غير التعاقدية المتصلة بالعقد كالمسؤولية عن قطع المفاوضات السابقة على التعاقد". ويحدد شرط التحكيم مكان التحكيم بالنظر إلى ما يحقق مصلحتهما، كما يتفق الطرفان على لغة التحكيم المناسبة للطرفين ومحاميهما ولمستندات النزاع حتى لا يترك الأمر لتقدير

هيئة التحكيم، ويتفقان على نظام الإجرائي الذي يخضع له التحكيم، وعلى تخويل هيئة التحكيم سلطة اتخاذ تدابير وقتية والحفظية. كما أن من مصلحتهما أيضا الاتفاق على ميعاد التحكيم المناسب، وعلى النص أنه إذا أحييت القضية إلى الخبرة فلا يحسب الوقت الذي تستغرقه الخبرة ضمن ميعاد التحكيم.

وباعتبار أن شرط التحكيم عادة يدرج في العقد الأصلي غير أنه قد يحدث أن يتعرض العقد الأصلي المتفق بشأنه على التحكيم، لأحد الأسباب التي قد تؤدي إلى بطلانه أو فسخه أو إنهائه، فيثور التساؤل في هذه الحالة على مدى العلاقة بين شرط التحكيم وبين العقد الأصلي بسبب ما تعرض له هذا الأخير من العوارض التي تؤدي إلى بطلانه أو فسخه أو إنهائه، فهل يؤثر ذلك على شرط التحكيم الوارد في هذا العقد بحيث يتوقف مصير اتفاق التحكيم على مصير العقد الأصلي ويتعرض هو الآخر للبطلان أو تتأثر صحته بسبب ما أصاب العقد الأصلي من أوجه البطلان، أم أن شرط التحكيم بمنأى عن هذا ويظل قائما مستقلا عن العقد الأصلي؟ بالرغم من ما تعرض له هذا الأخير من عوارض أثرت عليه بالبطلان أو الفسخ أو الإنهاء. وتجدر الإشارة إلى أهمية الوقوف على مدى هذه العلاقة بين العقد الأصلي وشرط التحكيم الوارد كالبنود من بنوده حيث أنه تزداد أهمية شرط التحكيم في مثل هذه الحالة أكثر من أهميته في حالة ما إذا لم يكن العقد الأصلي قد تعرض لمثل هذه الأسباب المشار إليها وأدت إلى بطلانه أو فسخه أو إنهائه، وذلك نظرا لازدياد احتياج أطراف النزاع للوقوف على مدى صحة اتفاق التحكيم في حالة التي يتعرض فيها العقد الأصلي للبطلان أو فسخ أو الإنهاء أكثر من احتياجهم لذلك في الحالة التي لم يكن فيها العقد الأصلي قد تعرض لشيء من ذلك، حيث تكثر احتمالات نشوء النزاع في حالة الأولى عنها في الحالة الثانية، الأمر الذي تظهر معه مدى أهمية الوقوف على مدى صحة اتفاق التحكيم وتأثره أو عدم تأثره بما اعتري العقد الأصلي من أوجه أدت إلى بطلانه أو فسخه أو إنهائه، وذلك حتى يتمكن الأطراف من تحديد ما إذا كان في إمكانهم عرض نزاعهم على التحكيم حيث يكون انعقاد الاختصاص بهذا النزاع للمحكم أو لهيئة التحكيم بموجب اتفاق التحكيم الذي يتبين مدى صحته من عدمها. [26]ص 277-278

شرط التحكيم كاتفاق مستقل:

قد يكون شرط التحكيم واردا كاتفاق مستقل، أي يكون قائما بذاته ومنفصلا عن العقد الأصلي المبرم بين أطرافه كأن يكون ملحقا من ملحقاته، ولا يؤثر ذلك في وصفه بأنه شرط التحكيم مادام الاتفاق عليه تم قبل نشأة النزاع بالفعل بين أطراف اتفاق على التحكيم، ومثال ذلك أن يبرم الطرفان عقدهما دون أن يتضمن شرط التحكيم لتسوية المنازعات بينهما، ولكن في مرحلة لاحقة، يعرض أحدهما على الآخر تسوية أية منازعات مستقبلية ناشئة عن العقد أو تتعلق به إلى التحكيم، فيوافق الطرف الآخر على ذلك، في هذه الحالة نكون أمام عقدين: العقد الأصلي المنظم للعلاقة التجارية الخالي من شرط التحكيم وعقد آخر خاص بتسوية المنازعات عن طريق التحكيم. [25]ص 70-71

ويبرر هذا الاستقلال من الناحية القانونية أن لكل من الشرط والعقد الأصلي محلا مختلفا، فمحل الشرط هو الفصل في المنازعة يمكن أن تنشأ بشأن العقد، أما محل العقد فهو أمر آخر يختلف حسب نوع العقد الذي قد يكون عقد بيع أو مقاوله..... الخ.

ومن ناحية أخرى، فإن سبب كل منهما مختلف، فالسبب في الشرط هو تعهد كل طرف بعدم الالتجاء إلى قضاء الدولة بالنسبة لما يثور بينهما من نزاع حول عقد معين، أما السبب في العقد الأصلي فهو أمر مختلف تماما.

ولا يعني استقلال شرط التحكيم أن يصدر من الطرفين توافق إرادتين بشأن التحكيم مستقلا عن ذلك المتعلق بالعقد الأصلي ومن الناحية أخرى فإن هذا الاستقلال لا يحول دون انتقال شرط التحكيم إلى الخلف تبعا لانتقال العقد الأصلي الذي يتضمن هذا الشرط.

وإذ تنص مادة 23 من قانون التحكيم المصري على مبدأ الاستقلال شرط التحكيم، فإن على القاضي المصري اعتباره مستقلا، حيث يطبق القانون التحكيم المصري ولو كان العقد الأصلي يخضع - وفقا لقواعد تنازع القوانين المصرية لقانون لا يعترف بهذا الاستقلال. [27] ص 95

لذا من الثابت أن الاعتراف بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه لا يستخلص بشكل صريح من المعاهدات الدولية الرئيسية المنظمة للتحكيم، ومن هنا فإن التصديق على هذه المعاهدات من قبل الدول الأطراف فيها ليس هو السبب في تبني هذه الأنظمة القانونية لهذا المبدأ.

فمعاهدة نيويورك الموقعة عام 1958 لا تشير إلى مبدأ الاستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بطريقة المباشرة - إذ اقتصررت هذه المعاهدة في المادة 5-1 - أ إلى الإشارة إلى "إمكانية رفض الاعتراف بحكم المحكم وتنفيذه إذا ثبت الطرف المطلوب الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيم ضده أن اتفاق التحكيم غير صحيح وفقا للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم، وفي حالة عدم وجود إشارة صحيحة لهذا القانون وفقا لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم". ومع ذلك فقد استخلص أحد الفقهاء من هذا النص أن اتفاق التحكيم يمكنه أن يخضع إلى قانون آخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي وبالتالي فإن معاهدة نيويورك تكون قد قبلت ضمنا أن يكون لاتفاق التحكيم نظام قانوني مستقل عن العقد الأصلي أي يمكن إدراجها في إطار الاتجاهات المؤيدة لفكرة استقلالية اتفاق التحكيم [28] ص 26-27 وفي هذا الصدد لدينا قضية شهيرة إذ تعتبر قضية gosset ضد carapelli هي البداية الحقيقية نحو إقرار واعتراف القضاء الفرنسي باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي وقد صدر هذا الحكم من محكمة النقض الفرنسية في 7 مايو 1963 وتتلخص وقائع هذه الدعوى في صدور حكم تحكيم بإيطاليا يقضي بإلزام المستورد الفرنسي يدعى gosset بدفع تعويض لصالح مصدر إيطالي يدعى carapelli وكان الطرف الفرنسي قد تعاقد مع الطرف الإيطالي على إستيراد كمية من البذور ولم يتم بتنفيذ التزاماته التعاقدية وعند تنفيذ حكم التحكيم بفرنسا، دفع الطرف الفرنسي برفض طلب الأمر بالتنفيذ تأسيسا على بطلان شرط التحكيم بطلانا مطلقا

لمخالفته النظام العام الفرنسي لعدم مراعاته القواعد الأمرة الخاصة بالاسترداد، بيد أن محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الدفع وأصدرت حكماً يقرر المبدأ القانوني والذي يقضي باستقلالية شرط التحكيم وتوالت أحكام محكمة النقض الفرنسية لتأييد هذا المبدأ دون تحفظ ودون إيراد عبارة - عدا حالات الاستثنائية - ومثال ذلك أحكامها الصادرة في دعاوى المعروفة باسم impex في 18 مايو 1981، التي قضت فيها بأن بطلان العقد الأصلي لعدم مشروعيته بسبب الغش لا يترتب عليه بطلان شرط التحكيم والذي يتعين النظر إليه استقلاً [29] ص. 167-168

شرط التحكيم بالإحالة:

قد يرد شرط التحكيم في عقد مرتبط بعقد آخر يحيل تنظيمه إليه، وتوجد هذه الإحالة كثيراً في عقود النقل البحري فقد توجد مشاركة إيجار تتضمن شروط التحكيم وموقعه من طرفيها، وإلى جانبها سند الشحن لا يتضمن شرط التحكيم، بمعنى أنه قد يتم النص في العقد الأصلي (سند الشحن) على الإحالة على عقد يتضمن شرط التحكيم (مشاركة الإيجار)، ويلزم في هذه الحالة أن يتضمن ما يفيد اعتبار شرط التحكيم الذي يتضمنه العقد جزء من العقد الأصلي.

ويشكل شرط التحكيم بالإحالة في نطاق عقود التجارة الدولية طريقة ذات أهمية قصوى بالنسبة للمتعاقدين، إذ تساعدهم على اختصار الوقت والجهد الذي يمكن أن يبذل في سبيل تنظيم الأحكام التي يمكن أن تطبق على التحكيم المتعلقة بمنزعاتهم ويأخذ شرط التحكيم بإحالة غالباً الصور التالية: (اتفق الأطراف على أن تكون تسوية النزاعات الناشئة على العقد المائل خاضعة للأحكام المنصوص عليها في بنود رقم..... في العقد المبرم..... بين.....)

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا حدثت إحالة في اتفاق بين الطرفين إلى الشروط عامة في وثيقة تتضمن شرط التحكيم، وكان الطرف الذي يحتج عليه شرط التحكيم عالماً بهذه الشروط، فإن سكوته يعني موافقته على هذا الشرط.

وكانت محكمة النقض الفرنسية قد تشددت قبل ذلك بالنسبة لتفسير قبول شرط فنطلبت المحكمة أن توجد بين الطرفين علاقات عمل سابقة تؤكد علمهم التام بالشرط التحكيم [25] ص 71-72

وفي الأخير نتطرق في هذا الصدد إلى اجتهاد قضائي عماني بشأن استقلالية شرط التحكيم - أي انتقال شرط التحكيم.

انتقال شرط التحكيم تبعاً لانتقال العقد من جهة حكومية إلى جهة أخرى - استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي - هيئة التحكيم تثبت الدعوى بطلان العقد المتضمن شرط التحكيم أي مبدأ الاختصاص بالاختصاص. الاستفادة من العقود تنقلها بجميع شروطها. إنكار الاستفادة تنفي الصفة في الدعوى - التحكيم يمكن أن يكون مع أطراف من القانون العام أو القانون الخاص [30] ص 403-404

5.1.4.1.1. القيود المفروضة على صحة شرط التحكيم

إن شرط التحكيم يتلقى معاملة غير متساوية في الدول العربية لعدد من الأنظمة العربية "الحديثة" من التحكيم، وشرط التحكيم لم يعد يخضع لقيود أو شروط الموضوعية والإجرائية تختلف عن تلك التي هي المطلوبة، وبشكل أعم، أي اتفاق دولي للتحكيم والتشريع (القديم) لا يأخذ ومع ذلك في الاعتبار الاحتياجات المحددة للتجارة الدولية ويقدم دائما شرط التحكيم في النظام على وجه التحديد الصارم الذي يؤثر على الكفاءة وعموما، فإن هذه النتيجة من تبديل القواعد التي تلازم متطلبات التسوية في قانون التحكيم فقط [31] ص. 114-115

2.4.1.1. مشاركة التحكيم le compromis d'arbitrage

يمكن تعريف مشاركة التحكيم على أنها "هي اتفاق بين أطراف النزاع باللجوء إلى التحكيم وتقديمه لشخص أو أكثر (art 1447 ncp) المراكز الوطنية" [32] ص 32 كما أنها تتعلق بوجود منازعة قائمة، محددة وناشئة بالفعل بين أطرافه، لحظة الاتفاق على التحكيم، بصدد علاقة قانونية محددة، سواء كانت العلاقة ناشئة عن تعاقد مبرم بين الأطراف المحكّمين "أطراف اتفاق على التحكيم" أو تصرف حدث، أو واقعة تحققت، تؤثر على حقوقهم، ومراكزهم، وبشرط أن يكون موضوع النزاع قائم بالفعل بينهم داخلا في نطاق المسائل التي يجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم. ومن ثم، فإنه لا يصح إبرام عقد التحكيم، أو مشاركة بالنسبة لنزاع انتهى بالفعل بين أطرافه، إما بحكم قضائي صادرا من القضاء العام في الدولة الحديثة، يكون حاسما له، أو حتى بحكم التحكيم صادرا من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه ويكون نهائيا.

فقد قضت محكمة الاستئناف باريس بأنه "يتضح من نص المادة (1006) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة أن موضوع النزاع المطروح على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم يجب أن يكون محددًا بدقة في مشاركة التحكيم وتقتصر سلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم على الفصل في المنازعات الواردة في تلك المشاركة ومن ثم، لا يمكنها الفصل في المنازعات لاحقة، أو التالية، حتى ولو كان من المحتمل وقوعها، طالما أنها لم تكن محلا للاتفاق الصريح بين الأطراف المحكّمين الاتفاق على منح هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم سلطة الفصل في الطلبات الإضافية وهذا الاتفاق يشكل من جانبهم مشاركة تحكيم جديدة [33] ص 204-205 أما فيما يتعلق بالطلبات التابعة لتلك المقررة في المشاركة فقد قررت محكمة الاستئناف Douai في 7 مايو 1958 أن اختصاص المحكمين يمتد إلى هذه الطلبات التابعة المنصوص على أنها ترتبط برابطة كافية lien étroit بالطلب الأصلي. وقد قضت محكمة rouen في 21 أكتوبر 1965 "بأن الفوائد القانونية التي تمثل التابع العادي لطلب الوفاء يمكن أن يقررها المحكمون" ولا تقبل الطلبات المرتبطة connexes بالطلبات الواردة في المشاركة: فعلاقة الارتباط وحدها لا تكفي في هذه الحالة لقبول الطلب

الجديد ومن ذلك أنه قضى بأنه إذا كان اتفاق التحكيم يتعلق بالفسخ عقد والتعويض الذي يمكن أن يتحملة من اتخاذ المبادرة، فلا يمكن لأي من الخصوم أن يطلب من المحكمين أن تمنحه مبالغ تعوضه على الضرر الناجم عما لم يتم المتعاقد بتنفيذه من التزامات تثقل كاهله أثناء تنفيذ العقد. [34] ص 48-49

- مقتضيات وجود مشاركة التحكيم:

1.2.4.1.1. وجود نزاع قائم وحال: إن وجود مشاركة التحكيم يقضي، بحسب تعريفها وجود نزاع قائم un litige né وحال actuel فقد عرفت المادة 1447 من قانون المرافعات الفرنسي لعام 1980 هذه المشاركة بأنها "الاتفاق الذي بمقتضاه يخضع نزاع نشأ بينهم لتحكيم شخص أو أكثر" لذلك يلتزم لقيام مشاركة التحكيم توافر معنى "النزاع" litige ويرى الفقهاء أن للنزاع معنى محدد يميزه عن مجرد الاعتراض contentatoin أو الشقاق désaccord، إذ يعني النزاع في أن معا- وجود خصومة diffèrend بين الطرفين من جهة ووجوب فض هذه الخصومة بطريق التحكيم من جهة أخرى، الأمر الذي يضع المحكمة أمام مهمة حسم النزاع، وذلك دون أن يقلل الأمر عند حد الاعتراض أو الشقاق الذي لا يسفر عن وجود مهمة التحكيم. ومن أجل ذلك ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أنه حتى لو أمكن الاعتراف بوجود نزاع ذي طبيعة قضائية في الخلاف desaccord الدائر بين الطرفين حول مبلغ الأجرة فإنه لا يكفي ثبوت ذلك في وثيقة لاعتبارها مشاركة التحكيم وإنما يلزم لاعتبارها كذلك ثبوت اتجاه إرادة طرفيها إلى تخويل "الغير" المعين من قبلها في هذه الوثيقة مهمة الفصل في هذا النزاع فإذا لم يتوافر أحد الشرطين المتقدمين في مشاركة التحكيم كانت باطلة .

2.2.4.1.1. عدم وجود شرط التحكيم أو بطلانه: إن وجود شرط التحكيم صحيح يغني عن إبرام مشاركة التحكيم ما دام يترتب على هذا الشرط الولوج مباشرة إلى التحكيم وهو ما يتعين معه القول بأن عدم وجود شرط التحكيم صحيح يعد مقتضى ضروريا لإبرام تلك المشاركة، هذا إذا كان شرط التحكيم صحيحاً، أما إذا كان باطلاً فإن خضوع الطرفين للتحكيم بشأن نزاع نشأ عن العقد بينهما يقضي إبرام مشاركة التحكيم، وذلك أياً كان سبب بطلان الشرط. ولقد قضت محكمة النقض الفرنسية باعتبار مشاركة التحكيم صحيحة بالرغم من بطلان شرط التحكيم الذي تضمنه عقد الشركة.

3.2.4.1.1. تحديد موضوع النزاع في المشاركة: يعتبر تحديد موضوع النزاع l'objet du litige عنصراً جوهرياً essential élément في مشاركة التحكيم بعكس شرط التحكيم، لأن المشاركة - على خلاف الشرط - لا تبرم إلا بعد وقوع النزاع فعلاً، فإذا خلت من تحديد موضوع ما أمكن انعقاد اختصاص المحكمين بالفصل فيه، حيث يفترض تمتعهم بسلطة الحكم وجود إدعاءات contestations محددة يتقيدون بها في خصومة التحكيم، ومن ثم تبطل مشاركة التحكيم إذا لم يحدد طرفاها موضوع النزاع عند إبرامها

[35]ص159-161 يمكن القول في الأخير أن أغلب الاتفاقيات الدولية حسمت مسألة تحديد صور اتفاق التحكيم. نصت اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية في المادة الثانية بأنه يقصد باتفاق التحكيم "شرط التحكيم في العقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف.... الخ" كما نصت أغلب القوانين العربية على صور اتفاق التحكيم بداية بالقانون الإجراءات المدنية الجزائي في المادة 458 مكرر 1 الذي تنص بأنه "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات المستقبلية والقائمة" وتقابلها المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ونص القانون المصري و العماني في المادة العاشرة منهما.

3.4.1.1. الفرق بين شرط التحكيم و مشاركة التحكيم

أن شرط التحكيم يرد كأحد بنود عقد معين لتنظيم طريقة حل المنازعات التي قد تنشأ في المستقبل بين طرفي العقد على خلاف ذلك كانت مشاركة التحكيم لا تبرم إلا في حالة وجود نزاع قائم بين الطرفين أو أكثر وتتفق الأطراف على إخضاعه للتحكيم ولذلك تعتبر مشاركة التحكيم عقدا مستقلا قائما بذاته، بينما لا يتجاوز شرط التحكيم كونه شرطا أو بندا في عقد موضوعي وإن كان القانون الجديد قد أعطى له استقلاليته [36]ص281

– أن مشاركة التحكيم التي تبرم بعد إثارة النزاع يجب أن تكون أكثر دقة في تحديد المسائل محل النزاع بين الطرفين مقارنة بشرط التحكيم الذي قد يكون أكثر عمومية. وهو الأمر الذي قد يؤدي إلى تعذر حل النزاع بالتحكيم إن لم يكن هذا البند قد أحسنت صياغته عند إبرام العقد لأن شرط التحكيم غالبا ما يرد في نهاية العقد ومن دون أي تفاصيل بسبب حسن نية الطرفين بعدم وقوع في أي خلاف عند إبرام العقد، حيث يأتي شرط التحكيم خاليا من تحديد مكان التحكيم وعدد المحكمين والقانون الواجب التطبيق. كذلك من صيغة شرط التحكيم هي الأسلوب الأكثر شيوعا مقارنة بالمشاركة لذا أهم الدراسات انصبت عليه. [37]ص186

2.1. أركان اتفاق التحكيم

باعتبار أن اتفاق التحكيم كغيره من العقود ينبغي لقيامه توافر أركان وعلى هذا الأساس سنتطرق في هذا المبحث إلى الأركان العامة لاتفاق التحكيم بالإضافة إلى ما تفرضه ذاتيته من أركان الخاصة.

1.2.1. الأركان العامة لاتفاق التحكيم

رأينا بأن اتفاق التحكيم مهما كانت صورته، يعد عقدا قائما بذاته مع تميزه بطبيعة ومميزات خاصة ويلزم لوجود أي عقد أركان وهي ثلاثة الرضا والمحل والسبب.

1.1.2.1. الرضا

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

وبناء على ذلك فلا بد لقيام الاتفاق على التحكيم من وجود رضا وإلا كان الاتفاق غير قائم. ووجود التراضي على التحكيم يفترض صدور هذه الإرادة من الأطراف، وأن تكون الإرادة متطابقة، وأن تتلاقى على هدف واحد هو إخضاع النزاع للتحكيم بالشروط المتفق عليها. ويطبق في هذا الشأن كافة القواعد العامة في الرضا التي يعرفها القانون المدني [38] ص 37-38 وحتى يكون رضا الأطراف في اللجوء إلى التحكيم صحيحا لا بد أن تتوفر فيهم الأهلية اللازمة لذلك لا بد أن نفرق بين أهلية أشخاص القانون الخاص وأهلية أشخاص القانون العام فيما يخص أهلية أشخاص القانون الخاص في اللجوء إلى التحكيم، تتوقف على قانونهم الشخصي، أي القانون الوطني أو القانون محل الإقامة، وكذلك فإن أهليتهم للتعاقد في عقد التحكيم، تتوقف على القانون الذي يحدد قواعد التمثيل (تمثيل الموكل وعديم الأهلية والشركة، على سبيل المثال) وفي هذا الصدد ينبغي إعطاء المحكم صلاحية تطبيق قواعد التي "يراهها ملائمة".

أما في ما يخص أشخاص القانون العام أن الاجتهاد مستقر في ميدان التحكيم الدولي، على اعتبار المنع الذي تفرضه المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي، لا يتعلق بالنظام العام الدولي. وبموجب القرار الصادر في 2 أيار 1966 في قضية غالاكيس galakix، اعتبرت الغرفة المدنية الأولى في محكمة التمييز الفرنسية، أن هذا المنع لا يطبق على "العقد الدولي وجد لحاجات، وفي شروط متوافقة، مع أعراف التجارة البحرية" [39] ص 39-40

أما فيما يتعلق بأهلية القاصر نجد القانون الفرنسي نص في المادة 481 منه على أن القاصر المأذون له بالإدارة يتمتع بالأهلية بعكس الحال الذي كان سائدا في فرنسا قبل العمل بالقانون الوضعي الفرنسي الصادر في 14 ديسمبر 1964 حيث كان القاصر المأذون له بالإدارة، وإن كان يتمتع بحرية كبيرة بالنسبة لشخصه، حيث أنه يتحرر من ولاية الأب، وهي ما تعرف بولاية التربية، والتوجيه، أو يتحرر من الوصاية، من حيث التوجيه، إلا أنه يظل مقيدا فيما يتعلق بالإدارة ذمته المالية. [40] ص 239

ويتمثل إثبات الرضا في وجود الاتفاق ذاته على التحكيم، أو وجود كتابة، رسائل، برقيات، توكسات وغيرها من وسائل الاتصال الحديثة التي تثبت بوضوح إبرام هذا الاتفاق.

والغالب في المعاملات التجارية الدولية أن يتم الاتفاق على المسائل الأساسية في العقد، كالثمن، المحل، كيفية التنفيذ، المسؤولية، ويتركون مسألة التحكيم واردة ضمن الشروط العامة، أو المطبوعة سلفا، أو الإحالة على الشروط النموذجية لأحد المراكز التحكيمية. وتثير هذه الأوضاع الكثير من المشاكل في تحديد ما إذا كانت الإرادة قد انصرفت إلى الأخذ بنظام التحكيم الوارد في مثل هذه الشروط أم لا. وهذه المشاكل لا يستهان بها

لأن في القول بانصراف الإرادة إلى الأخذ بنظام التحكيم ما يؤدي إلى حرمان الأطراف من اللجوء لقضاء الدولة.

مثال ذلك عقد النقل البحري سند الشحن، وأن يحتوي سند الشحن على شرط التحكيم، بينما يغلب وجود شرط التحكيم في مشاركة إيجار السفينة ويحيل سند الشحن إلى هذه المشاركة عادة، والسؤال الآن هل حامل سند الشحن يعتبر راضيا باتفاق التحكيم الذي لم يرد به وإنما ورد في مشاركة الإيجار؟ وبالتالي يعتبر حامل سند الشحن ملزما بشرط التحكيم الوارد في وثيقة أخرى أم لا؟

وبنفس الشكل يثور السؤال في حالة تجديد ذات العقد الذي تضمن شرط التحكيم، ولم يرد في العقد الجديد أية إشارة لشرط التحكيم، فهل لوحدة الموضوع والسبب والارتباط والاستمرارية والأشخاص في العقدين ما يدل على سريان شرط التحكيم على العقد الجديد أو لا؟ بمعنى هل ينصرف الرضا إلى الشرط التحكيم أم لا؟ وتثير مشكلة شكل التعبير عن الرضا في الاتفاق التحكيم العديد من المشاكل وبالذات في نطاق القانون البحري.

ويجب التأكد من أن إرادة الأطراف قد اتجهت بالفعل إلى الالتجاء التحكيم، فإن هناك تلاحما واضحا في التعبير عن إرادة كافية للأطراف على النحو يمكن معه الاطمئنان على أنهم قد قصدوا حقيقة إقامة قضاء التحكيم فيما بينهم.

كما يجب أن يتم تخصيص التحكيم بعبارات واضحة في اتفاق الأطراف أو الإحالة إليه بوجه خاص. وإذا انظم أشخاص جدد إلى اتفاق التحكيم، فيجب أن يكون انضمامهم صريحا، ولا يفترض هذا الانضمام.

وتتنصرف دراستنا الآن إلى عيوب الرضا أيًا كانت الصورة التي يرد فيها التحكيم فإننا نتصور أن يكون غلط في الشخص المتعاقد الآخر أو في صفة من صفاته. كذلك نجد الغلط في القانون يبطل العقد إذا توافرت فيه شروط الغلط. والأقرب إلى التصور أن يوجد غلط في القانون بالعقد الذي يولد النزاع موضوع التحكيم. ولكن قد يتصور أن يوجد غلط في اتفاق التحكيم ذاته مثال ذلك أن يتصور أحد العقدين أن حكم المحكمين يقبل الطعن أمام القضاء ثم يكشف أن القانون لا يجيز ذلك. ويتصور أن يوجد تدليس يعيب الرضا في إتفاق التحكيم أيًا كانت صورته، كذلك يتصور وقوع إكراه أيضا وبذات الشروط والقواعد المعمول بها في نظرية العقد [38] ص 39-46

2.1.2.1. المحل

محل اتفاق التحكيم هو موضوع النزاع. ووفقا للقواعد العامة يشترط أن لا يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة وإلا كان باطلا. وأضافت المادة 1004 من قانون مرافعات الفرنسي شرط صحة آخر. وهو

ألا يكون النزاع ناشئا عن إحدى المسائل التي لا يجوز عرضها على التحكيم، وهي جملة مسائل ولا يغنيها منها في صدد التجارة الدولية إلا طائفتين:

– المنازعات التي يجب تبليغها إلى النيابة العامة وحضورها في الخصومة، وهي المنازعات المذكورة في المادة 83 من قانون مرافعات الفرنسي، ومن بينها المنازعات التي تكون الدولة أو الشخص العام طرف فيها.

– والمنازعات التي تدور حول المسائل تتعلق "بالنظام العام" وفي القضاء الفرنسي اضطراب حول تعيين الأمر الذي يتعلق بالنظام العام في هذا المجال. أهو قرار التحكيم بحيث لا يكون هناك محل للبطلان ما دام أن القرار لم يفصل في النزاع على خلاف النظام العام ولو كان موضوع النزاع ذاته مخالفا للنظام العام؟ أم هو موضوع النزاع بحيث يكون اتفاق التحكيم باطلا وقرار التحكيم الذي يصدر بمناسبة باطلا بالتبعية إذا كان الموضوع مخالفا للنظام العام؟ يبدو أن الحل الأخير هو الذي تتجه إليه الأحكام الحديثة مع ميل إلى تضيق من نطاق الحظر، فلا تعمله لمجرد اتصال موضوع النزاع بالنظام العام، وإنما تشترط أن يكون مخالف لنص يتعلق بالنظام العام وأن يكون الفصل فيه متوقفا على تطبيق هذا النص. وعلى هذا الأساس قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت هناك مخالفة في العقد الأصلي لأحكام الرقابة على النقد (وهي مما يتعلق بالنظام العام) فإن الاتفاق على التحكيم لا يكون محظورا إذا كان موضوعه لا يتعلق بهذه المخالفة وإنما بتعيين ما إذا كان المدعى عليه قد قام بتنفيذ ما يفرضه عليه العقد من التزامات وحق المدعي في طلب التعويض بسبب التخلف عن التنفيذ [41] ص 181-182.

3.1.2.1. السبب

إن اتفاق الأطراف على التحكيم يجد سببه في إرادة الأطراف. استبعاد طرح النزاع على القضاء وتفويض الأمر للمحكمن، وهذا سبب مشروع دائما. ولا يتصور عدم مشروعيته إلا إذا ثبت أن المقصود بالتحكيم التهرب من أحكام القانون الذي كان سيتعين تطبيقه لو طرح النزاع على القضاء، نظرا لما يتضمنه هذا القانون من قيود أو التزامات يراد التحلل منها، وهو ما يمثل حالة من حالات الغش نحو القانون فيكون التحكيم وسيلة غير مشروعة يراد الاستفادة من حرية الأطراف أو حرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق. ولا يختلط السبب غير المشروع بالمحل غير الممكن أو غير مشروع، فالأول يقتضي البحث عن إجابة السؤال لماذا لجأ الأطراف للتحكيم؟ الثاني فيتعلق بتحديد الموضوع المراد تسويته بطريق التحكيم وهل هو ممكن ومشروع أم لا؟ [42] ص 58

2.2.1. الأركان الخاصة لاتفاق التحكيم

التحكيم كإجراء قانوني يستوجب توافر شروط شكلية لازمة لصحته وهذا ما سوف يتم تناوله في هذا المطلب.

1.2.2.1. تعيين المحكمين

رغبة في الوصول إلى حل النزاع التحكيمي في حالة انقسام الآراء فقد استلزم قانون التحكيم أن يكون عدد المحكمين وترا إذا تعددوا وهذا وإن كان المشرع قد ترك فيه الأطراف النزاع تحديد عدد المحكمين بواحد أو أكثر، إلا أنه قيد إرادتهم في حالة الاتفاق على زيادة عدد المحكمين عن واحد، حيث تطلب أن يكون العدد وترا، وإلا وقع الاتفاق باطلا وإذا لم يتفق أطراف النزاع على تحديد لعدد المحكمين كان العدد ثلاثة [43]ص34 وفي هذا الصدد تنص المادة 1017 من قانون 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي "تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي" [44]ص227

2.2.2.1. تحديد موضوع النزاع

من الطبيعي أن الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم يجب أن يكون لحل النزاع وأن يكون ذلك النزاع بصدد علاقة قانونية محددة سواء كانت علاقة تعاقدية أو غير تعاقدية، إذا كان من الشائع أن يرد اتفاق التحكيم بمناسبة علاقة تعاقدية، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من ورود اتفاق التحكيم بمناسبة علاقة غير تعاقدية، مثل التعويض عن العمل غير المشروع، أو عن الإثراء بلا السبب، أو التصادم البحري، أو مسؤولية عن حوادث النقل البري والبحري والجوي، وما إلى ذلك من مجالات الحديثة يلعب فيها التحكيم دورا مهما، وهذا هو ما نص عليه كل من قانون التحكيم المصري الجديد في المادة 1/10 وقانون التحكيم اليوناني في المادة 868 مرافعات، والقانون التونسي في الفصل الثاني، والقانون النموذجي اليونسسترال في المادة 70 واتفاقية نيويورك في المادة 2.

أما بعض القوانين الأخرى فقد قصرت مجال تطبيق اتفاق التحكيم عن العلاقة الناشئة عن العقد كالقانون الفرنسي في المادة 1442 مرافعات، وقواعد الأنسترال، وقواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية CCI في المادة 2/3 ج والمادة 4/8 والفارق بين الاتجاهين واضح حيث أن العلاقة القانونية في القوانين الأولى أوسع نطاقا من العقد.

وتطبيقا لذلك فقد عرض على القضاء البريطاني قضية أقامتها شركة lonrho وشركة خط الأنابيب mocambiQue ضد شركة shle للبترول وشركة BP و27 شركة بترولية أخرى بمناسبة نكولهم عن استخدام خط الأنابيب المذكور بناء على ما وصفه المدعون بأنه عمل غير مشروع ناتج عن تأمر، فقد لجأت الشركات البترولية إلى التمسك بضرورة إحالة النزاع إلى التحكيم استنادا إلى المادة (22) من الاتفاقية المعروفة الذي يتضمن اتفاقا على اللجوء إلى التحكيم، وانتهت المحكمة Shippers' agreement

إلى قبول وجهة النظر هذه يعد أن تأكدت من أن صياغة اتفاق التحكيم تسمح بإدخال المطالبات الناشئة عن العمل غير المشروع في إطاره [11]ص122-123

3.2.2.1. كتابة اتفاق التحكيم

إن الكتابة لا تحمل نفس الموقف فيما يتعلق باتفاق التحكيم والتوفيق لذا نجد اختلاف في كل من المعاهدات الدولية والتشريعات الوطنية [45]ص143 وعلى إثر ذلك نصت الفقرة الثانية من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك لعام 1958 "يقصد باتفاق التحكيم شرط التحكيم في العقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات" يتضح من هذا النص أن الدول غير ملزمة بالاعتراف باتفاق التحكيم إلا إذا كان مفرغا في محرر، لو كان القانون الواجب التطبيق على الاتفاق لا يشترط الكتابة لصحته أو إثباته، واستلزام الاتفاقية هذا الشرط تأكيد على ما دل عليه العمل في مجال التحكيم التجاري الدولي حيث يتم الاتفاق عادة في الوثائق مكتوبة، قد تكون عقودا مبرمة لهذا الغرض أو مراسلات أو برقيات تبادلها الخصوم وتحتوي على اتفاق التحكيم. [46]ص72

هذا وتشترط الفقرة الأولى من المادة 1028 من القانون الألماني أن يكون اتفاق التحكيم صريحا ومكتوبا وأن يفرغ في وثيقة لا تتضمن إلا شروط التحكيم. ولكن الفقرة الثانية من المادة تستثني من هذه الشروط اتفاقات التحكيم التي تقع بين الطرفين كلاهما تاجر.

وكتابة شرط لصحة اتفاق التحكيم "ad substantial" في القانون الإيطالي (المادتان 8/7 و8/8 من قانون مرافعات). ومن البديهي أن "التحكيم الحر" يفلت من هذا الشرط. ومع ذلك يتجه القضاء الإيطالي إلى استلزام الكتابة لإثباته.

ويشترط القانون الإسباني تحرير اتفاق التحكيم أمام موثق وإلا كان باطلا. وفي التشريع الإنجليزي الكتابة غير مشروطة فيما يتعلق بتحكيم القانون العام.

والكتابة شرط للإثبات في تشريعات بعض المقاطعات السويسرية (مثل لوسرن وزيورخ) ولكن حضور الخصوم أمام المحكمة دون الاعتراض على التحكيم يعتبر في ذاته إقرارا ضمينا بقبول التحكيم.

واعتبرت الفقرة الثانية من المادة 12 من اتفاقية نيويورك لعام 1958 أيضا يعد بمثابة اتفاق على التحكيم ما يكون قد تضمنه أي محرر أو أي وثيقة تبادلها الطرفان تفيد انصراف إرادتهما إلى التحكيم وضربت مثلا لذلك بالبرقيات وبناءا عليه تكون للرسائل الموقع عليها قيمة المحرر العرفي من حيث الإثبات وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضا إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك وإذا أعدم أصل البرقية فلا يعتد بالبرقية إلا لمجرد الاستئناس.

هل يصح الفاكس كدليل كتابي على التحكيم؟

عرضت مسألة مدى حجية الفاكس في الإثبات على محكمة النقض المصرية بصدد نزاع مؤداه أن أحد الأشخاص أقام دعوى عمالية ضد شركة التي كان يعمل بها للمطالبة ببعض الحقوق المالية وأنكرت شركة عليه هذه الحقوق بحجة أنه تقدم باستقالته عن طريق الفاكس فقضت المحكمة أول درجة بإلزام

الشركة بأداء المبالغ المالية المشار إليها في الحكم تأسيساً على أن الاستقالة المرسلة عن طريق الفاكس بفرض صحتها فهي ورقة عرفية لا حجية لها في الإثبات وذلك بعد أن جردها العامل المدعي وأيدت المحكمة الاستئناف المصرية هذا الحكم فطعنَت الشركة أمام محكمة النقض تأسيساً على أن الاستقالة المرسلة بالفاكس لا تعتبر صورة عرفية بل هي صورة مطابقة للأصل المرسل عن طريق الفاكس والذي يظل تحديد المرسل بها يستحيل معه تقديمه من جانب الشركة وأن هذه الورقة يكون لها حجيتها في الإثبات لأنها محررة صلماً وتوقيعاً من العامل الأمر الذي يحق معه للشركة أن تثبت بالبينة واقعة الاستقالة المرسلة بالفاكس وهو ما لم تستجب له محكمة أول درجة ولا محكمة الاستئناف ونظرت محكمة النقض الطعن وقررت أنه لما كانت المادة 62 من قانون الإثبات المصري تنص على أنه "يجوز الإثبات بشهادة شهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأً ثبوت بالكتابة وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعي قريب الاحتمال تعتبر مبدأً ثبوت بالكتابة" ومفاد ذلك أن المشرع وقد جعل لمبدأ ثبوت بالكتابة ما للكتابة من قوة في الإثبات متى أكمله الخصم بشهادة الشهود أو القرائن فقد اشترط لتوافر مبدأ ثبوت بالكتابة أن يكون هناك ورقة مكتوبة - أي كان شكلها أو الغرض منها - ولم يتطلب المشرع بيانات معينة في الورقة لاعتبارها مبدأً ثبوت بالكتابة فيكفي أن تكون صادرة من الخصم ويحتج عليه بها وأن تجعل الواقعة المراد إثباتها مرجحة الحصول وقرينة الاحتمال وكان من المقرر في القضاء هذه المحكمة أن تقدير الورقة المراد اعتبارها مبدأً ثبوت بالكتابة من جهة كونها ورقة مكتوبة أو صادرة من الخصم - من المسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض أما من جهة كونها تجعل الواقعة المراد إثباتها قانوناً مرجحة الحصول وقرينة الاحتمال فإن ذلك يعتبر من المسائل الواقع التي تستقل بها المحكمة الموضوع متى أقامت قضاءها في ذلك على أسباب سائغة ولم تتعارض مع الثابت بالورقة، لما كان ذلك وكان الواقع في الدعوى أن الطاعنة (الشركة) تقدمت لمحكمة الموضوع بورقة مبينة بها استقالة مسببة مرسلة إليها عن طريق الفاكس وقررت أنها بخط وتوقيع المطعون ضده (العامل المدعي) فإن هذه الورقة التي يحتفظ المرسل بأصلها لديه كما هو متبع في حالة إرسال الرسائل عن طريق الفاكس وتعتبر مبدأً ثبوت بالكتابة يجوز تكملته بشهادة الشهود أو بالقرائن القضائية، وإذ رفض الحكم المطعون فيه طلب الطاعنة إحالة الدعوى إلى تحقيق الإثبات واقعة الاستقالة بكافة طرق الإثبات تأسيساً على هذه الورقة المرسلة إلى الطاعنة بطريق الفاكس ما هي إلا صورة لورقة عرفية لا حجية لها في الإثبات طالما أن المطعون ضده قد أنكرها ولم تقدم هي أصلها فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وعابه القصور في التسبب بما يوجب نقضه على أن يكون مع النقض بالإحالة. [47]ص 90-92

وفي القضاء هناك تطبيقات كثيرة تتعلق بشرط التحكيم تقدم منها النماذج التالية:

قضية تتعلق بعقد استئجار السفينة في نيويورك بين مجهز نرويجي ومستأجر إيطالي ونص فيه على التحكيم بنيوبيورك، ولم يصدر من المستأجر الإيطالي أي تأييد كتابي للشرط ثم نشب النزاع وأحيل إلى

التحكيم أمام هيئة التحكيم بنيويورك وصدر قرار لصالح المجهز النرويجي، فأقام دعوى أمام محكمة الإيطالية المختصة بطلب الأمر بوضع صيغة التنفيذ على القرار، فدفعت المستأجر الإيطالي ببطان قرار تبعا لبطان شرط التحكيم لأنه لم يؤيد بالكتابة كما يتطلب القانون الإيطالي. ولما وصل النزاع إلى محكمة النقض الإيطالية قضت بأن التأييد الكتابي شرط شكلي يخضع لقانون مكان انعقاد العقد وليس إجراء يطبق فيه قانون القاضي وأسست على ذلك أن قانون ولاية نيويورك (مكان انعقاد العقد) هو الواجب التطبيق، ولما كان هذا القانون لا يشترط التأييد الكتابي، وجب القول بصحة اتفاق التحكيم وصحة القرار الذي صدر بمناسبةه ومما بلغت النظر في هذا الحكم أن محكمة ذكرت في سياق أسبابه أن شرط التأييد الكتابي وأن كان مما يتعلق بالنظام العام، فإنه النظام العام الداخلي وليس النظام الدولي.

ومن قضاء لجنة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الرومانية (رومانيا) أنه إذا لم يتفق الطرفان على التحكيم كتابة، فلا يحول ذلك دون إجراء التحكيم، وإنما يتعين أن يعلن المدعى عليه أمام هيئة التحكيم قبوله التحكيم وإثبات ذلك في محضر الجلسة الأولى ويعلق الأستاذ nester على ذلك [48]

وفي قضية عرضت على القضاء الألماني تعاقبت جمعية تعاونية زراعية مركزها بفرنسا بيع كمية من البذور لمنشأة تجارية مركزها بمدينة هامبورغ، وأشير على التحكيم في العقد دون أن تحرر به وثيقة خاصة كما تستلزم الفقرة الأولى من المادة 1027 من قانون المرافعات الألماني - ونشب النزاع وأحيل إلى التحكيم بمدينة هامبورغ وصدر القرار في صالح الجمعية التعاونية الفرنسية فتقدمت إلى المحكمة بطلب الأمر بوضع صيغة التنفيذ على القرار. فدفعت المنشأة الألمانية ببطان اتفاق التحكيم لأنه لم يتم في الشكل الذي تستلزمه الفقرة الأولى من المادة 1027 وهي واجبة التطبيق لأن الاتفاق وقع بين الطرفين، أحدهما (المنشأة الألمانية) تاجر والآخر (الجمعية التعاونية الفرنسية) غير تاجر. وردت الجمعية الفرنسية بأنها تعتبر وفقا لقانون الألماني تاجرة، الأمر الذي يقتضي تطبيق الفقرة الثانية من المادة 1027 التي تستثني من الشروط المذكورة في الفقرة الأولى من اتفاقات التحكيم التي تقع بين الطرفين كلاهما تاجر.

وكان على المحكمة أن تفصل في صفة الجمعية التعاونية الفرنسية، وكان عليها للفصل في هذه المسألة أن تعيين القانون الواجب التطبيق عليها، فإذا كان القانون الألماني، فالجمعية التعاونية تاجرة لأن القانون الألماني يعتبر هذه الجمعيات تجارا، ويكون النص الواجب التطبيق هو الفقرة الثانية من المادة 1027 وإذا كان القانون الفرنسي، فالجمعية غير تاجرة لأن القانون الفرنسي لا يكسب الجمعيات التعاونية الزراعية صفة التاجر، ويكون النص الواجب التطبيق هو الفقرة الأولى من المادة 1027 وقضت المحكمة بأنه وفقا للقواعد القانون الدولي الخاص الألماني يسري فيما يتعلق بصفة التاجر قانون الدولة التي يوجد بها مركز المنشأة المراد التعيين صفتها، وهو في الدعوى القانون الفرنسي. وأسست المحكمة على ذلك بطلان اتفاق التحكيم لأنه وقع بين تاجر وغير تاجر فكان ينبغي أن تراعى فيها لشروط المذكورة في الفقرة الأولى من المادة

3.1. آثار اتفاق التحكيم

يترتب على إبرام اتفاق التحكيم أيا كانت صورته آثارا معينة بالنسبة للأشخاص وبالنسبة للموضوع وهذا ما سوف نتناوله في هذا المبحث.

1.3.1. آثار اتفاق التحكيم من حيث الأشخاص

اتفاق التحكيم كغيره من اتفاقات يتمتع بقوة الالتزام. والأصل أن هذه القوة تقوم في مواجهة أطرافه ولا تقوم في مواجهة الغير إلا في الأحوال الخاصة يقرها القانون خروجاً عن هذا الأصل. وهذا ما يعرف بأثر العقد من حيث الأشخاص وهذا ما سنتناوله في المطلب الأول.

1.1.3.1. طرفا الاتفاق على التحكيم

إذا كان الأصل ألا يلزم العقد سوى من يكون طرفاً فيه، بالمفهوم السابق، فإن الإنسان كثيراً ما يتدخل لإبرام عقد أو اتفاق في شأن من شؤون غيره أو يمس في قليل أو كثير هذه الشؤون. وهنا يثور التساؤل عن من يكون طرف العقد أو الاتفاق: هل هو من قام بإبرامه، أو هو من يكون العقد متعلقاً بشأن من شأنه؟ وتتوقف الإجابة كأصل عام على ما إذا كان الشخص الذي أبرم العقد أبرمه بصفته الشخصية رغم أنه يتعلق بشأن غيره أو أبرمه بصفته نائباً عن صاحب الشأن.

وتطبيق هذا الأصل يحتاج إلى إيضاح في بعض الأحوال الخاصة، أهمها حالة الوكالة وحالة التعهد عن الغير، وحالة تعدد أصحاب الحق المتنازع عليه أو تعدد المسؤولين عنه على النحو ما نجده في كفالة الدين وخطاب الضمان.

1.1.1.3.1. الوكالة

إن التعاقد بطريق الوكالة النيابية لا يتحقق إلا إذا انصرفت آثار العقد إلى الموكل لا إلى الوكيل نفسه. فإذا كان التعاقد قد تم بإرادة الوكيل وباسمه شخصياً وليس باسم الموكل فإنه يتم لحساب الوكيل وليس لحساب الموكل، بحيث يعتبر هو المتعاقد الذي تنصرف إليه آثار العقد. ويلحق بحالة الوكالة النيابية حالة الفضالة، إذا ما أقر الأصل أعمال الفضولي. فهذا الإقرار يجعل من الفضولي نائباً عنه فيما أجراه من تصرف لصالحه. فإذا ما كان التصرف ملحقاً به شرط التحكيم، امتد الإقرار إلى هذا الشرط بالتبعية.

- الاسم المستعار: هو وكيل، مجرد وكيل عادي، عهد إليه موكله بإبرام تصرف قانوني معين مع شخص من الأشخاص، مشترطاً عليه أن يبرمه باسمه الشخصي دون أن يظهر شخصية موكله لمن يجرى التصرف معه. ومن ثم فمن يعبر اسمه ليس سوى وكيل عن أعاره، لا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من حيث

أن الوكالة مستترة، فكأن الشأن شأنه في الظاهر مع كونه في الواقع شأن الموكل، أما غيره من الوكلاء فوكالته سافرة، الشأن فيها للموكل ظاهراً وباطناً.

والاسم المستعار يعتبر هو وحده الطرف في العقد الذي يبرمه مع الغير، ومن ثم في اتفاق التحكيم الذي قد يكون ملحفاً بهذا العقد، وكل ما ترتبه الوكالة في هذه الحالة هو مجرد التزام الوكيل في علاقته بالموكل بنقل آثار التصرف إلى هذا الموكل وإلا اعتبر مخالفاً بالتزامه كوكيل. وترتيباً على ذلك فالغير الذي أبرم كلاً من العقد الأصلي واتفاق التحكيم مع الاسم المستعار لا يرتبط إلا بهذا الأخير وحده، فإلى هذا الأخير وحده تنصرف حقوق العقد الأصلي والتزاماته، وآثار اتفاق التحكيم، وذلك دون الإخلال بالآثار التي يرتبها عقد الوكالة في علاقة الاسم المستعار بالموكل أو المستعير للاسم.

وقد يعلم الغير في لحظة التعاقد معه يعمل لحساب شخص آخر. وفي هذه الحالة تنصرف آثار العقد إلى الأصل، ما لم يكن الغير يعلم أيضاً أن المتعاقد معه قصد انصراف العقد إليه شخصياً باعتباره اسماً مستعاراً أو يكن باستطاعته أن يعلم بذلك، كأن يكون الاسم المستعار مثلاً وكيل بالعمولة، إذ وظيفة الوكيل بالعمولة أن يبرم عقود البيع والشراء وغيرها من العقود لحساب موكله، ولكن باسمه الخاص، ولذلك فهو وكيل لا ينوب عن موكله، وآثار العقد الذي يبرم لحساب هذا الموكل تنصرف إليه هو ليس إلى الموكل [49] ص 453-455

2.1.1.3.1. التعهد عن الغير

مفهوم التعهد عن الغير: التعهد عن الغير هو اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد طرفيه بأن يجعل شخصاً من الأشخاص يلتزم بالتزام ما قبل الطرف الآخر.

وتدعو الحاجة إلى مثل هذا التعهد في مجال التحكيم عندما يتعذر الحصول على موافقة صاحب الشأن على شرط التحكيم بسبب غيابه، ولا تكون هناك نيابة قانونية تسمح بإبرام الاتفاق باسمه نيابة عنه. مثال ذلك أن تعرض لأحد الأخوة فرصة لإبرام صفقة باسمه واسم إخوته في غيابهم، ويصر الطرف الآخر على شرط التحكيم، ولا يكون لدى الطرف الأول توكيل خاص بالموافقة على إبرام التحكيم، فيقوم بإبرام العقد مع الطرف الآخر عن نفسه، ويتعهد لهذا الأخير - نظراً لعدم توافر سلطة النيابة عن إخوته لديه - بأن يحصل على موافقة بقية الأخوة على الصفقة وعلى شرط التحكيم.

على أن الحاجة كثيراً ما تدعو إلى مثل هذا التعهد كذلك في أحوال نقص الأهلية لصاحب الشأن. وهذا هو الحال مثلاً في الشركاء على الشيوع عندما يكون بينهم قاصر. فإذا أراد هؤلاء بيع المال الشائع دون الحصول على إذن المحكمة، فليس أمامهم من سبيل سوى التعاقد مع المشتري عن أنفسهم مع التعهد له بالحصول على موافقة القاصر. عند بلوغ سن الرشد. وقد يكون العقد في هذه الحالة أو تلك متضمناً لشرط التحكيم، فينصرف التعهد عن الغير إليه بمثل ما ينصرف إلى العقد الأصلي.

أما بالنسبة لأثر التعهد فإن موضوع التصرف الذي يتعهد به الشخص عن الغير يتمثل في جعل هذا الغير يلتزم بعقد من العقود. ومن المسلم به أن الغير يكون مطلق الحرية في موافقة على الالتزام بالعقد المذكور من عدمه. فإذا وافق فإن هذه الموافقة تكون محض مشيئة من جانبه لا يقيد بها أي التزام واقع على عاتقه. وإذا رفض فإن هذا الرفض لا يرتب أي مسؤولية عليه.

ومعنى ذلك أن التصرف المبرم بين المتعهد وبين من تعاقد معه لا يلتزم الغير بشرط التحكيم، فيظل الغير أجنبياً عن التصرف، وأن أثر هذا التصرف يقتصر على المتعهد وعلى من يخلفه. وإذا كان التعهد عن الغير لا يلزم هذا الغير على نحو ما قدمناه، فهو يلزم المتعهد ذاته.

ويتحصل أثر التعهد بالنسبة للمتعهد في قيام التزام عليه بالحصول على موافقة الغير على الالتزام بشرط التحكيم. ويذهب الرأي الراجح إلى أن الالتزام المتعهد هو الالتزام بعمل، وأن هذا العمل يتمثل في جعل الغير يلتزم بأمر من الأمور، وهو التزام يبذل عناية لدى البعض والتزام بتحقيق نتيجة لدى البعض الآخر.

العقد بين المتعاقد مع المتعهد وبين الغير: وقد اختلف الفقه حول وظيفة تعبير الغير المذكور. وأياً كان الرأي في هذا الشأن فتعبير الغير عن إرادته الالتزام باتفاق التحكيم يجب أن يأخذ الشكل المطلوب في هذا الاتفاق وهو الكتابة بصورة من صورها المقررة في المادة 12 من قانون التحكيم التجاري الجديد المصري. ومن ثم فإذا كان شرط التحكيم مدرجاً في العقد أصلي، فيتعين أن يكون قبول هذا العقد - وتبعاً له شرط التحكيم - كتابة [49] ص 456-459

3.1.1.3.1 كفالة دين

تتمثل الكفالة في أنها عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام، بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه وهذا هو موقف المشرع الجزائري والمصري بحيث نجد المشرع الجزائري تطرق إلى تعريف كفالة في نص المادة 644 من القانون المدني الجزائري كما نجد نص المادة 1326 من القانون المدني الفرنسي عرفت عقد الكفالة بأنها

« le contrat de cautionnement et le contrat par le quel une personne appelée caution fidéjusseur promet au créancier d'exécuter les obligations du débiteur dit débiteur principal si celui-ci ne tient pas ses engagements » [50] ص 18

وفي هذه الحالة قد يبرم الدائن مع مدينه اتفاقاً على التحكيم في شأن المنازعات الناشئة عن العلاقة القائمة بينهما، والتي نشأ عنها الدين المكفول، فيثور التساؤل عن هذا الأثر للاتفاق بالنسبة للكفيل؟

الواقع أن التزام الكفيل لا يختلط بالتزام المدين المكفول. فهو يتميز عنه في مصدره، إذ ينشأ عن العقد بين الكفيل وبين الدائن، خلافاً لالتزام المدين المكفول، الذي ينشأ عن علاقة أخرى بين الكفيل وبين الدائن ومن ثم فالكفيل يكون أجنبياً بالنسبة لاتفاق التحكيم الذي يبرمه الدائن والمدين، ولا يمتد أثره إليه وفقاً لمبدأ نسبية أثر العقود. وعلى هذا النحو فإن الدائن لا يستطيع التمسك بشرط التحكيم المبرم بينه وبين المدين في مواجهة الكفيل لأن اتفاق التحكيم لا يلزم الكفيل بحسبانه أجنبياً عنه. وبالمثل فالكفيل لا يستطيع التمسك بهذا الشرط في مواجهة الدائن لأن اتفاق التحكيم لا ينشئ له حقا بحسبانه أجنبياً عن هذا الاتفاق.

لكن التساؤل يظل مع ذلك مطروحا حول ما إذا كان الكفيل أن يتمسك باتفاق التحكيم المبرم بين المدين المكفول وبين الدائن، لاعتباره طرفاً في هذا الاتفاق، وإنما استناداً إلى أن الكفيل التمسك في مواجهة الدائن بالدفع التي تكون للمدين المكفول في مواجهة الدائن ما لم تكن متعلقة بشخصه؟

والإجابة عن هذا التساؤل تتوقف في الواقع على تحديد مفهوم الدفع الخاصة بالمدين والتي يجوز للكفيل التمسك بها في مواجهة الدائن. ومن المسلم به أن المقصود بهذه الدفع هي الدفع المتعلقة بالمدين والتي تؤدي إلى انقضائه أو إلى تخفيض مقداره. وهذا ما لا ينطبق على الدفع بالاتفاق على التحكيم، باعتباره دفعا يتعلق بالحق في الدعوى، وليس بالحق الموضوعي الذي تحميه، أو بعبارة أخرى دفعا ببطلان المطالبة القضائية ومن ثم فالكفيل لا يستطيع التمسك قبل الدائن باتفاق التحكيم المبرم بينه وبين المدين، استناداً إلى حقه في التمسك بالدفع التي تكون للمدين قبل الدائن على أنه إذا كان الأصل في الكفيل أن يكون أجنبياً عن اتفاق التحكيم فلا يلتزم به ولا يفيد منه على النحو المتقدم، فإن ذلك لا يحول دون إمكان دخوله طرفاً فيه، على نحو يخول الدائن التمسك به في مواجهته ويخوله التمسك به في مواجهة الدائن، في بعض الأحوال.

وإذا كان اتفاق التحكيم المبرم بين الدائن والمدين يقتصر أثره عليهما، ولا يمتد إلى الكفيل، الذي يظل أجنبياً عنه بحيث لا يمكن التمسك به في مواجهته. فهو يسري في مواجهته، بحسبانه واقعة قانونية تسري قبل الكافة. فالأمر هنا لا يتعلق بمجال الأثر الملزم للحكم وإنما بمجال سريانه ومن ثم فإذا ما لجأ الدائن إلى التحكيم و استحصل على الحكم بحقه، فإن هذا الحكم لا ينتج أثره في مواجهة الكفيل، بحيث لا يمكن الاستحصال على أمر بتنفيذه في مواجهته، ويتعين على الدائن الالتجاء إلى القضاء للحصول على حكم منه في مواجهة الكفيل، تأسيساً على أنه قد ضمن المدين في التزامه بمقتضى عقد الكفالة. لكن حكم التحكيم يكون دليلاً على حق الدائن أمام القضاء، بحيث للكفيل أن يتعرض لما قضى به حكم التحكيم في مواجهة المدين، ويكون على القضاء أن يقضي بالتزام الكفيل بما قضى به هذا الحكم. [49] ص 461-465

4.1.1.3.1. خطاب الضمان من الكفالات المعاصرة ما تقوم بها المصارف، ما يسمى بإصدار خطابات الضمان وخطاب الضمان يمكن تعريفه بأنه "تعهد كتابي يتعهد بمقتضاه المصرف بكفالة أحد عملائه - طالب الإصدار- في حدود مبلغ معين اتجاه الطرف الثالث - بمناسبة التزام ملقى على عاتق العميل المكفول، ضمناً لوفاء هذا العميل بالتزامه اتجاه ذلك الطرف خلال مدة معينة، على أن يدفع المصرف المبلغ المضمون عند

أول مطالبة خلال سريان خطاب الضمان، دون التفات لما قد يبديه العميل من معارفه "[51]ص40 من خلال هذا التعريف نستشف مجموعة من العلاقات المتميزة منها علاقة بين البنك وبين العميل الأمر، والعلاقة بين البنك والمستفيد الذي يتعامل معه الأمر، والعلاقة بين الأمر وبين هذا المستفيد. وقد تضاف إلى هذه العلاقات علاقات أخرى إذا ما تدخل بنك آخر في العملية لضمان تنفيذ البند الأول لتعهد. ومن المتصور تواجد شرط التحكيم في أكثر من علاقة من هذه العلاقات. وكثيرا ما يوجد هذا الشرط بصفة خاصة في العلاقة بين الأمر وبين المستفيد. وفي هذه الحالة يثور التساؤل عما إذا كان للعميل الأمر أن يتمسك بهذا الشرط في مواجهة البنك الضامن، وما إذا كان للبنك أن يتمسك به قبل المستفيد. من المسلم به في الفقه والقضاء أن العميل الأمر لا يستطيع التمسك بشرط التحكيم المضاف إلى علاقته بالمستفيد، لمنع البنك من الوفاء بقيمة خطاب الضمان، كما لا يستطيع البنك أن يتمسك بهذا الشرط للامتناع عن الوفاء للمستفيد وتقتصر سلطة هيئة التحكيم على نظر المنازعات التي تنشأ بين الأمر وبين المستفيد، فلا تمتد إلى المنازعات بين أي منهما والبنك ولا يملك أي منهما التمسك بشرط التحكيم في مواجهة البنك، كما لا يملك البنك التمسك به في مواجهة أي منهما.

2.1.3.1. الخلف و اتفاق التحكيم

يعتبر الخلف هو ثبوت حق من الحقوق في ذمة السلف، ثم انتقال هذا الحق الثابت له إلى الخلف، كما هو الحال مثلا في انتقال التركة أو الجزء منها من المورث إلى الوارث بالميراث أو انتقال المبيع من البائع إلى المشتري. والخلف قد يكون عاما أو خاصا. فيقصد بالخلف العام هو الخلف الذي يخلف سلفه في ذمته المالية كلها، أو حصة منها كالوارث مثلا أما الخلف الخاص فيقصد به الخلف الذي يخلف سلفه في حق معين. كالمشتري مثلا وبالتالي فإن القاعدة أن اتفاق التحكيم تسري آثاره في مواجهة الخلف العام لأطرافه طبقا للقواعد المقررة في القانون. المادة 206 من قانون المدني اليمني، المادة 145 من قانون المدني مصري، و المادة 108 من قانون المدني الجزائري حيث يتقيد به الخلف العام من (الورثة) طالما كانوا راشدين وليس هناك غش. فالورثة التاجر مثلا الذي أبرم اتفاق التحكيم يلتزمون بهذا الاتفاق كما يستطيعون التمسك به اتجاه الطرف الآخر، واشترط قانون التحكيم اليمني لسريان أثر اتفاق التحكيم على الورثة كمال الأهلية، حيث نصت المادة 12 من قانون تحكيم اليمني على أنه "لا ينقضي اتفاق التحكيم بوفاة أحد الخصوم، وإذا كان في الورثة ناقص الأهلية فإن التحكيم ينقضي إلا إذا استمر فيه وليها ووصيه أو أذنت فيه المحكمة للمنصوب عنه بالاستمرار فيه".

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

العقد للخلف وفقا للقواعد العامة المادة 206 من قانون المدني يمني إذا لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص قانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الورثة، عملا بالنص المادة 207 من قانون المدني يمني ووفقا لهذا النص فإن انتقال آثار اتفاق التحكيم للخلف الخاص يفترض بالضرورة انتقال آثار العقد الأصلي والتي يشترط فيها أن تكون من مستلزمات العقد وأن تكون معلومة (أي باتفاق التحكيم). وشرط أن يكون اتفاق التحكيم من مستلزمات العقد هذا متحقق بالضرورة لأن موضوعه هو حل المنازعات الناشئة عن العقد، وأما عن شرط العلم باتفاق التحكيم فالأمر يختلف بحسب ما إذا كان اتفاق التحكيم مدرج في العقد الأصلي الذي انتقل إلى الخلف الخاص أو منفصلا عنه، ففي الحالة الأولى يكون العلم متحققا بالضرورة، أما في الحالة الثانية فيكون بمقدور السلف أن يتمسك بعدم انتقال لاتفاق التحكيم إليه رغم انتقال العقد الأصلي إليه [52] ص 189-192

3.1.3.1. الغير واتفاق التحكيم

القاعدة الأساسية العامة في آثار العقود بالنسبة للغير، أنها لا تنصرف إليهم، أي لا تسري في حقهم ويقصد بالغير هو كل شخص ماعدا أطراف العقد وخلفاءهما و دائنيهما ولكن استثناء من تلك القاعدة هناك حالات محددة يمكن فيها أن تنصرف الآثار إلى الغير كاشتراط لمصلحة الغير، الدعوى المباشرة وغيرها غير أننا سترتكز دراستنا على الاشتراط لمصلحة الغير (la stipulation pour autrui) ويقصد بهذا الأخير عقد يتم بين شخصين هما المشرط والملتزم بمقتضاه يكسب شخص ثالث يسمى المستفيد أو المنتفع حقا مباشرا قبل الملتزم يستطيع أن يطالبه بالوفاء به. [53] ص 354

والاشتراط لمصلحة الغير نظمته نصوص التشريعات المختلفة، ومنها القانون اليمني في مادة 217 منه وهو يعد خروجاً على مبدأ نسبية آثار العقود، والتي تقتصر انصراف آثارها على أطرافها.

فمثلا عقد من العقود مبرما بين الطرفين يتضمن الاشتراط لمصلحة الغير كعقد تأمين أبرمه مدين على حياته مع الشركة تأمين لصالح دائنة، ويتضمن هذا العقد شرط التحكيم، فإن شرط التحكيم هذا كما يكون ملزما للمؤمن له ذاته إذا ما أراد مطالبة المؤمن المتعهد بتنفيذ تعهده، فإنه ولا شك ينصرف إلى الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد التأمين بصرف النظر عن الدائن الذي يستطيع المطالبة بتنفيذ هذه الالتزامات.

وإذا كان العقد الأصلي المبرم بين المشرط والمتعهد يتضمن شرط التحكيم، فإنه وبحكم اتفاق التحكيم من شأنه أن يرتب حقوقا وواجبات فإنه لا يلزم المنتفع إلا إذا قبله، ذلك لأن الاشتراط لمصلحة الغير لا يفرض على المنتفع التزاما وإن كان جائز أن يكتسب حقا، فيصبح المنتفع بقبوله طرفا في اتفاق التحكيم، وأكد ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في 1987/10/2 بأن "شرط التحكيم لا ينشأ التزامات على عاتق المشرط لصالحه، وإنما يقتصر على ترتيب حقوق لصالحه". وقد استنتج الفقه من ذلك

مفهوم بالمخالفة أن المشتراط لصالحه في الاشتراط لمصلحة الغير يستطيع الاستفادة من شرط التحكيم إذا ما رغب ذلك، رغم عدم التزام به. [25]ص246-247

2.3.1. آثار اتفاق التحكيم من حيث الموضوع

يترتب على اتفاق التحكيم أثران، أحدهما سلبي والآخر إيجابي. أما الأثر السلبي، فيتمثل في التزام الطرفين بالامتناع عن الالتجاء إلى القضاء للفصل في موضوع النزاع محل التحكيم، التزاما يترتب عليه غل يد القضاء عن النظر فيه. وأما الأثر الإيجابي فيتمثل في إباحة التجاء الطرفين إلى هيئة التحكيم المتفق عليها - أو المختارة من قبل القضاء في حال عدم الاتفاق - للفصل فيه، وفقا للشروط التي ينص عليها اتفاق التحكيم وأحكام القانون المنظم للتحكيم. وعلى هذا النحو فإن دراسة أثر الاتفاق على التحكيم تتناول ثلاث موضوعات أساسية هي على التوالي، منع الالتجاء إلى القضاء، إباحة الالتجاء إلى هيئة التحكيم، انتهاء اتفاق التحكيم.

1.2.3.1. منع الالتجاء إلى القضاء

لقد تم التأكيد مبدأ عدم الاختصاص القضاء الداخلي في النزاعات المعروضة للتحكيم سواء من قبل الاتفاقيات الدولية خاصة تلك التي صادقت عليها الجزائر وكذا من قبل التشريع الداخلي. فسأقتصر بدراسة موقف اتفاقية نيويورك إذ تنص في المادة 2 الفقرة 2 على أنه "تقوم أية دولة متعاقدة برفع إليها النزاع بشأن قضية أبرم الأطراف بخصوصها اتفاقية" حسب مفهوم هذه المادة يتم إحالة الأطراف على التحكيم بناء على طلب أحد الأطراف وبالتالي نجد أن هذه الاتفاقية فرضت حضرا قاطعا يلزم محاكم الدول بالامتناع عن سماع الدعاوى التي ترفع أمامها. ووضع حد للآثار السلبية التي تترتب على اللجوء، لمثل هذا الأسلوب الذي يهدد مستقبل التحكيم.

إلا أن بروتوكول جنيف سنة 1923 واتفاقية جنيف 1961 تتحفظ نصوصها فيما يخص مراقبة وجود والصحة اتفاق التحكيم والتي يجب أن تقوم بها القضاء الداخلي. لقد كرس المشرع الجزائري مبدأ عدم الاختصاص القضاء الداخلي، شأنه شأن العديد من التشريعات الأجنبية ونصت المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 تنص على ما يلي: "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف" وهو ما نصت عليه عدة قوانين منها القانون الدولي الخاص السويسري في المادة 7 وقانون إجراءات الارلندي المادة 1022 والقانون الألماني (zpo) 1027، إن منح القضاء إمكانية النظر في القضية التي هي محل اتفاق التحكيم سيقضي على فعالية شرط التحكيم، ولهذا السبب أكدت القوانين المقارنة على مبدأ عدم الاختصاص القضاء العادي.

كما أن تأكيد اتفاقيات الدولية أو التشريعات الداخلية باتفاق التحكيم لمبدأ عدم الاختصاص القضاء الداخلي، لإعطاء ضمانات أكثر وفعالية أكبر لاتفاق التحكيم، وللمحد من أي تفسير أو التأويل لاتفاق التحكيم

ومنح صلاحية واسعة للمحكّمين [54]ص134-135 وتطبيقا لهذا المبدأ رفضت المحكمة الجزائرية اختصاصها بنظر نزاعين وحدا بشأنهما اتفاقا تحكيميا في القرار الصادر بتاريخ 25 نوفمبر 1989 عن غرفة التجارة، وفي النزاع بين شركة الأجنبية (greusot- Loire) والمؤسسة العمومية، وفي القرار الثاني بين (earon et Leveque) وولاية الجزائرية [55]ص101

ويكمن مبدأ عدم الاختصاص القضاء العادي في عنصرين أساسيين هما:

عدم إمكانية الإثارة التلقائية لعدم الاختصاص: إذا كان التحكيم يقوم أساسا على إرادة الأطراف في حل النزاعات بهذه الطريقة الخاصة فإنه يمكن لهم التنازل عليه باتفاق مشترك بالجوء إلى القضاء العادي صراحة أو ضمنا لهذا السبب لا يمكن للقاضي المكلف بالفصل في نزاع أبرم اتفاق التحكيم شأنه إثارة عدم الاختصاص تلقائيا. [54]ص135

جواز نزول المدعى عليه عن الالتزام خصمه بعدم اللجوء إلى القضاء: أن سكوت المدعى عليه عن الدفع باتفاق على التحكيم، وتكلمه في الموضوع، يراد به التحلل من الالتزام المتبادل بعدم اللجوء إلى القضاء أو على الأقل يفيد نزوله عن حقه في التمسك بهذا الالتزام في مواجهة خصمه، بحيث لا يجوز له التمسك بهذا الدفع ويعد التكلم في الموضوع إثارة هذا الدفع لسبق سقوطه. [49]ص511

ولكن يمكن للقضاء أن يتدخل في حالة تقرير بوجود صحة اتفاق التحكيم أي أن نزاع يتعلق بصحة اتفاق التحكيم فإن هذا لا يمنع المحاكم التحكيمية من متابعة مهمتها في الفصل في اختصاصها وتستمر الفصل في الموضوع، دون انتظار دعوى إلغاء محتملة أمام القضاء العادي وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 1013 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. [54]ص136

2.2.3.1. إباحة اللجوء إلى هيئة التحكيم

إن الالتزام بإسناد النزاع أو النزاعات معينة في اتفاق التحكيم على المحكّمين ناتجة عن التطبيق المحض لمبدأ القوة الإلزامية للاتفاقيات كما هو معروف بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين و هو ما يؤكد القانون المدني الجزائري في المادة 106 التي تنص: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب يقرها القانون". [56]ص26

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

وأن تنفيذ الالتزام بإسناد النزاعات المحددة في اتفاق التحكيم للمحكّمين يعتبر التنفيذ الجبري لاتفاق التحكيم من طبيعة التحكيم. يجب عدم التزام أحد الأطراف بإسناد مهمة التحكيم للمحكم يعطل الإجراءات.

وجاءت التشريعات الداخلية بحلول فيما يخص هذا المشكل حيث أن القانون الجزائري أخذ بنفس موقف القانون الفرنسي في المادة 1041"يمكن للأطراف، مباشرة أو الرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم. في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للأطراف الذي يهمله التعجيل القيام بما يلي:

- 1- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر
- 2- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر."

- إذ وضع المشرع الجزائري ضمان حماية اتفاق التحكيم من التهرب أحد الأطراف من التزاماته بإسناد النزاع للمحكمين والمحددة في اتفاق التحكيم. وجاء القانون الجزائري بإجراءين وقائيين في حالة عدم تعيين المحكم من قبل الأطراف وهذا لحسن سير التحكيم وإعطاء فعالية أكثر وضمان لاتفاق التحكيم.

كما يمكن أن تختص هيئة التحكيم في حل النزاعات معينة لاتفاق التحكيم والذي يعتبر الأثر الإيجابي الثاني لاتفاق التحكيم، بدون شك فإن العلاقة الموجودة بين الأطراف لهذه المهمة لكن هل تعتبر هذه نتيجة لاتفاق التحكيم؟ وفي علاقات الأطراف فيما بينهم باتفاق التحكيم هو الذي يؤسس اختصاص الأطراف.

إن اتفاق التحكيم يمنح للمحكمة التحكيمية سلطة إصدار قرار ليفصل في النزاع الذي أخضعه الأطراف إليها والذي يفرض عليها ويكون القرار حائز لقوة الشيء المقضي به ويمكن أن يكون نافذا بعد أن يمهره القاضي التنفيذي بالصيغة التنفيذية، فيما يخص المحكمة التحكيمية في النظر في اختصاصها فتتص المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها. ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع.

تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع". [54] ص 132-134

3.2.3.1. انتهاء اتفاق التحكيم

ينتهي اتفاق التحكيم نهاية طبيعية بصدور حكم التحكيم في المسائل محل التحكيم وهذه الحالة لا تثير مشاكل ماعدا ما يتعلق منها بالدعوى البطلان، ولكن قد ينتهي الاتفاق بإرادة الأطراف، وقد ينتهي بإنهاء الإجراءات لعدم الفصل في التحكيم خلال الموعد المحدد، كما ينتهي باستحالة تنفيذ الاتفاق.

إنهاء الاتفاق بالحكم في الموضوع:

ينتهي اتفاق التحكيم نهاية طبيعية بصدور الحكم في موضوع التحكيم أيا كان الحكم سواء كان صحيحا أو باطلا أو قابلا للإبطال.

انتهاء الاتفاق بإرادة الطرفين:

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

انتهاء الميعاد دون الفصل في موضوع التحكيم:

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

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

انتهاء الاتفاق لاستحالة التنفيذ:

كأن يرتبط النزاع محل التحكيم بنزاع آخر ارتباطا لا يتقبل التجزئة ولكنه خارج إطار اتفاق التحكيم ومعروض على القضاء، أو غير قابل للتحكيم وبالتالي يستحيل إعمال اتفاق التحكيم وبالتالي يعرض الأمر على القضاء وبالتالي انقضاء اتفاق التحكيم.

وقد تكون الصورة في شكل آخر كأن يرتبط النزاع بشخص آخر ليس طرفا في اتفاق التحكيم، وبالتالي لا يجوز أن يفرض عليه اللجوء إلى التحكيم. وبالتالي أيضا ينتهي اتفاق التحكيم ويختص القضاء بنظر النزاع [57]ص. 11-12

خلاصة الفصل

لم يحظى أي اتفاق من الاتفاقيات الخاصة، في الآونة الأخيرة، بمثل ما حظى به اتفاق التحكيم من عناية واهتمام وذلك ليس فقط في بعض التشريعات الوطنية ولكن أيضا في إطار المعاهدات الدولية. ولا يغبين عن الذهن السبب الأساسي في هذا الاهتمام وتلك العناية، إذ أن اتفاق التحكيم هو الأساس الذي يستند عليه النظام القضائي الخاص والسبيل المفضل لحل المنازعات الخاصة الدولية، ألا و هو نظام التحكيم والواقع أن الحصانة القانونية التي غلفت اتفاق التحكيم شملت العديد من المسائل إذ لم يقتصر الأمر على تقرير استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الذي يتضمنه بل امتد تعزيز اتفاق التحكيم إلى التزام الأطراف باحترام آثاره على نحو يخول القضاء الوطني، احتراما للأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم، أن يلتزم الأطراف

بالالتجاء إلى سلوك هذا السبيل وحده دون غيره في حالة لجوئهم إلى القضاء الوطني للفصل في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم.

الفصل 2

المشاكل التي تواجه اتفاق التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية

نظرا للأهمية التي أصبح يكتسيها اتفاق التحكيم أصبح هناك تناقض بين هذا الأخير والنظام العام حيث أصبح النظام العام يشكل عقبة أمام انطلاق الاتفاق التحكيم، وحيث يمكن القول بأن هذه المنازعات ليست قابلة للتحكيم، أو أن شرط التحكيم (اتفاق التحكيم) باطل بسبب أن موضوع النزاع غير مشروع. ويأتي رد الفعل اتجاه اتفاق التحكيم في فترة ازدهار النزاعات الوطنية المصاحبة لسن التشريعات الداخلية وحرص كل دولة على استئثار قضاءها بممارسة وظيفة الفصل في منازعات معينة. ولذلك سنعتمد في دراستنا على معالجة فكرة النظام العام، فأزمة التحكيم التجاري الدولي تكمن حاليا في اعتقادنا في الدفع بالنظام العام الذي كثيرا ما يأتي بصورة تعسفية، فالقاضي الوطني عندما لا يجد مبررا مفعولا لاستبعاد التحكيم فإنه يلجأ إلى هذه الوسيلة، كما يظهر إشكال هذه الفكرة (النظام العام) من الناحية العملية وهذا ما سنتطرق إليه من خلال أحكام القضاء بصفة عامة، وقضاء التحكيم بصفة خاصة، فهي تضع بين يدي القاضي العديد من الأحكام في كافة المسائل المتعلقة بالنظام العام.

1.2. النظام العام

نظرا لأن فكرة النظام العام فكرة مرنة تتغير بتغير الزمان والمكان وهي فكرة يصعب تحديدها فعلى هذا الأساس سنتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم النظام العام وإلى النظام العام في القانون الدولي الخاص وفي الأخير سنتطرق إلى مفهوم النظام العام الدولي الحقيقي.

1.1.2. مفهوم النظام العام

تعد فكرة النظام العام من الأفكار الأساسية في علم القانون بصفة عامة، حيث يقترن استخدام مصطلح النظام العام في القانون الداخلي بكافة فروعها المختلفة بالكلام عن القواعد القانونية الآمرة التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، فالنظام العام يعد قييدا على سلطان الإرادة ولهذا نجد أن النظام العام

يهدف إلى حماية المبادئ والأسس العامة فقد حاول الفقه والقضاء تعريف النظام العام وذلك لتدارك ما أغفله المشرع غير أن محاولتهما باءت بالفشل نظرا لأن فكرة النظام العام هي إحدى الأفكار القانونية التي تستعصى على تعريف لمرونتها وتغيرها بتغير الزمان والمكان، فما يعتبر من النظام العام في دولة ما في وقت ما قد لا يعتبر كذلك في وقت لاحق وعلى هذا الأساس سوف نتطرق إلى مفهوم النظام العام في القانون الجزائري وفي القانون الفرنسي وكذلك تطبيق النظام العام الداخلي أمام المحكم

1.1.1.2. مفهوم النظام العام في القانون الجزائري

لم يعرف المشرع الجزائري على غرار غيره من المشرعين النظام العام، ولم يحدد فكرته، بل ترك ذلك للفقه والقضاء، برغم ما لهذه الفكرة من أهمية كبرى في التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملّة. ومع أن فكرة النظام العام هو الأساس السياسي والاجتماعي والاقتصادي والخلقي الذي يسود المجتمع في وقت من الأوقات، بحيث لا يتصور بقاء المجتمع سليما دون استقرار هذا الأساس، بحيث ينهار المجتمع بمخالفة المقومات التي تدخل ضمن هذا الأساس لذا كانت القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام آمرة لا تجوز مخالفتها.

وترجع صعوبة تعريف النظام العام تعريفا دقيقا إلى أن فكرته مرنة غير محددة، بمعنى أنها فكرة نسبية تتغير وفقا للمكان والزمان، فهي تختلف من مجتمع إلى آخر، بل وفي داخل المجتمع الواحد تختلف من زمن لآخر. فما يعتبر من القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام في مجتمع معين وفي زمن معين، قد لا يصبح كذلك في زمن لاحق، وذلك بفعل تغير أسس المجتمع بتغير المبادئ والعقائد والمذاهب الفكرية والاجتماعية والسياسية السائدة فيه. [58] ص 117-118

- خصائص النظام العام

يمكن القول على العموم أن النظام العام يمتاز بأنه مرن ونسبي وأنه وطني وقضائي كذلك، فهو نسبي لأنه ما يعد في دولة من الدول النظام العام لا يعد كذلك في غيرها (وهذا ما أشرنا إليه سابقا) وخير مثال على ذلك نظام تعدد الزوجات والطلاق بإرادة الزوج المنفردة في القوانين الدولية الإسلامية وثبوت النسب الطبيعي من الأب في الدولة الأوربية، كما أنه مرن على اعتبار أنه قابل للتغيير في دولة واحدة، ومثال ذلك أن الطلاق في فرنسا كان محظورا قبل سنة 1884 وفي إيطاليا 1970 ثم صار بعد ذلك مباحا.

كما يمتاز النظام العام أيضا بأنه وطني، أي أن القاضي الجزائري يجب عليه تقدير مفهومه بالنظر إلى المبادئ العامة السائدة في الجزائر. ويتميز النظام العام أخيرا بأنه قضائي، أي أن القاضي هو الذي يحدده مستلهما في ذلك ضمير الجماعة لا ما يراه هو. ثم هو في ذلك يخضع لرقابة المحكمة العليا على اعتبار أن الأمر يتعلق بمسألة قانونية يترتب عنها تعطيل قاعدة الإسناد الوطنية.

- شروط التمسك بالنظام العام

يعتبر النظام العام من الناحية الإجرائية دفعا موضوعيا، مما يجيز بالتالي إثارته في أي مرحلة من مراحل الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا.
على أنه مع ذلك يشترط لإعماله أن تتوافر الشروط الآتية:
أنه يتعلق الأمر بالقانون الأجنبي واجب التطبيق طبقا للقاعدة الإسناد الوطني (المادة 24 من القانون المدني).

أن يكون تطبيق القانون الأجنبي متعارضا مع النظام العام في دولة القاضي.

أن يراعي القاضي النظام العام السائد وقت الفصل في النزاع لا وقت نشوئه. [59]ص135-137

وفي هذا الصدد سنتطرق إلى بعض القضايا التي نظر فيها القضاء الجزائري والمتعلقة بالنظام العام .

- في القرار الصادر عن المجلس الأعلى سابقا والمحكمة العليا حاليا بصدد موانع الإرث حيث جاء فيه "من المقرر قانونا أن يرجع القاضي لأحكام الشريعة الإسلامية في كل مالم يرد فيه نص من قانون الأسرة ومن ثابت شرعا: "أن لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر ولا يتوارث أهل الملتين شيئا" ولما تبين - من قضية الحال - أن الطاعن لم يعتنق الإسلام مادام لم يتلفظ بشهادتين أمام الجهة المؤهلة لذلك إلا بعد وفاة أمه المسلمة فإنه لا توارث بينهما، مثلما ذهب إليه قضاة الموضوع في قرارهم، يتعين بذلك رفض الطعن.

كما قضى المجلس الأعلى في القضية الثانية هو أن المشرع الجزائري يعتبر أن فكرة الفوائد هي مخالفة للنظام العام وأن القرار الصادر يكرس صحة القرار الأجنبي حتى في أحكامه التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري. لم يذكر المجلس الأعلى المادتين 454 و 24 من القانون المدني. ما قام به هو أنه إستنتج أن المشرع الجزائري قد منع الفوائد بين الأفراد، وكان عليه أن يؤسس قراره بالرجوع إلى المادتين. [60]ص171-172

2.1.1.2. مفهوم النظام العام في القانون الفرنسي

وبإستعراض هذه الفكرة في القانون الفرنسي نجد المشرع الفرنسي لم يضع تعريفا للنظام العام تاركا هذا الأمر للفقهاء والقضاء ويرتكز النظام العام على نص المادة السادسة من القانون المدني حيث تنص هذه المادة على مايلي "كل إتفاق خاص مخالف للقوانين المتعلقة بالنظام العام والأداب يكون باطلا ولا يعمل به" وقد بذل الفقه قصارى جهده لتعريف النظام العام ولكن محاولته لم تكلل هي الأخرى بالنجاح، حيث ترجع صعوبة وضع تعريف دقيق ومنضبط للنظام العام إلى أن فكرته مرنة، وتغير وفقا للزمان والمكان فما لايعتبر من هذه القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام في دولة ما يعتبر من هذه القواعد في دولة أخرى أو في نفس الدولة في وقت آخر.

فتعدد الزوجات مخالف للنظام العام في فرنسا في حين أنه ليس كذلك في مصر والجزائر فالفقه يضيف خصائص النظام العام على قانون أو نص معين وكذلك يكشف القضاء عن طابع النظام العام في كل قضية على حدة، وقد لاحظنا بصفة عامة أن الفقهاء الذين حاولو التغلب على هذه العقبة قد إقترحو صيغا ونماذج لهذه الفكرة مع اللجوء إلى تعريفات مطولة.

وقد إستعرض أحد الباحثين الفرنسيين في رسالته للدكتوراه أكثر من عشرين تعريفا للنظام العام وانتهى إلى أن أيا منها لا يكفي لتحديد الفكرة تحديدا دقيقا واقترح تعريف التالي:

L'ordre public :c'est le bon fonctionnement des institutions indispensable a la collectivite.

النظام العام هو:حسن سير (أو الإدارة) المؤسسات الضرورية للمجتمع.

وفي رأبي هذا التعريف لا يكفي لتحديد فكرة النظام العام تحديدا دقيقا فهو لم يأت بجديد ويعتبر تكرارا(أوترديدا) لما سبق ذكره من التعريفات.

في الواقع فإن ربط فكرة النظام العام بالمصلحة العامة التي ينبغي أن تسمو على المصلحة الخاصة للأفراد لا يعني إغفال المصلحة الخاصة تماما.

وما يعتبر من النظام العام في بلد معين قد لا يعتبر كذلك في ذات البلد في الوقت آخر،أي فكرة النظام العام تتغير بتغير الزمان ومثال ذلك أن القضاء الفرنسي كان يرى أن الإتفاق على تقييد الحق المالك في التصرف في ملكه يعد مخالفا للنظام العام،وذلك لخروجه على أساس من الأسس الإقتصادية التي يقوم عليها نظام المجتمع وهوحرية تداول الأموال،وعدم جواز حبسها عن التداول وقد تغير المفهوم بعد ذلك وأجازت المحاكم الفرنسية في الوقت لاحق،أن يتضمن الإتفاق الناقل للملكية شرطا يمنع التصرف إليه من التصرف فيما آل إليه لمدة معقولة إذا وجدت مصلحة خاصة جدية تبرر هذا الشرط المانع للتصرف.

وسوف نستعرض بعض الأمثلة في القانون الفرنسي لبعض القواعد المتعلقة بالنظام العام.

قوانين التنظيم الإجتماعي وتتضمن:

نظام الأسرة - حالة الأشخاص وأهليتهم،أحوال الأجانب الحرية الفردية،وحرية الأموال التي تضمنتها المادة 638 من القانون المدني.

وفي مجال التنظيم السياسي:

فإن القوانين المتعلقة بانظام العام هي الدستور،القوانين السياسية والإدارية والمالية،والقوانين التنظيم القضائي.

قوانين التنظيم الإقتصادي والتي تعتبر عقبة أمام المحكم.

القوانين المتعلقة بأخلاق:

ومن أمثلتها التعامل في تركة مستقبلية فهي قاعدة أخلاقية تتعلق بالنظام العام

نص المادة 6/1484 من القانون الإجراءات المدنية الجديد الذي يشكل حالة من حالات الطعن بإبطال الحكم في حالة ما إذا خرق المحكم قاعدة من القواعد النظام العام ونظرا لأن النظام العام غير ثابت فهو يحتمل التغيير لذلك فإن قانون الإجراءات المدنية الصادر بتاريخ 23 مارس 1885 لم يعد يعتبر الصفقات قصيرة الأجل نوعا من القمار، في حين أنه فيما سبق كانت تعتبر كذلك حيث حكم ببطلان حكم بصدد صفقة لمخالفته للنظام العام.

وبنفس الطريقة فإن نص المادة 340 القديم من القانون التجاري كان يقضي ببطلان بعض العقود البحرية مثل التأمين أجره البضائع المحملة على السفن.

Chargees sur navires de fret des marchandises assurance.

قانون الصادر بتاريخ 12 أغسطس 1885 لم يعد يحمي سوى التأمين على مبلغ القرض البحري الأخرى.

-الجزاء المترتب على مخالفة النظام العام:

إن أفضل ما يميز النظام العام هو الجزاء الصارم الذي يتعلق به فالبطلان الناشئ عن مخالفة النظام العام يستطيع أن يتمسك به أي طرف من الأطراف المعنية، وتستطيع النيابة العامة التمسك به، ويمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه، كما يمكن إثارة الدفع بالنظام العام في أي مرحلة تكون عليها الدعوى، ويمكن إثارته لأول مرة أمام المحكمة النقض بل يمكن لمحكمة النقض أن تتصدى لفكرة النظام العام من تلقاء نفسها حيث يترتب على مخالفة قواعد النظام العام بطلان الإتفاق الذي يتضمن هذه المخالفة بطلانا مطلقا. ولذلك لا يزول مثل هذا البطلان بالإجازة [61]ص33-37

3.1.1.2. تطبيق النظام العام الداخلي أمام المحكم الدولي

من حيث المبدأ ونظرا لأن المحكم الدولي ليس له قانون إختصاص فإنه غير ملزم بإحترام المفاهيم الوطنية، ويكون ملزما فقط بإحترام المفاهيم الدولية، ولهذا فإن النظام العام الداخلي لا يطبق أمام المحاكم التحكيمية، بل أمام محاكم الدول.

لكن ألا يجب على المحكم مع ذلك أن يحرص على أن يكون حكمه قابلا للتنفيذ من قبل قاضي الدولة؟

في الواقع لكي يكون الحكم التحكيمي معترفا به وناظرا في القانون الوطني ينبغي على المحكم أن يحترم القواعد الآمرة والأساسية في القانون القاضي، فالميل القوي لدى المحكم لتطبيق النظام العام للدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها يرجع إلى رغبة المحكم في أن يرى حكمه منفذا "حيث أن القاضي الوطني يمنع عن إعطاء أمر التنفيذ لحكم يخالف النظام العام في دولته" إلا أن الضرورة الحصول على أمر تنفيذ الحكم من المحاكم الدول ليس كثيرا الحدوث في الممارسته العملية، ففي أغلب الأحيان ينفذ الحكم تلقائيا (التنفيذ الإختياري) برضا الأطراف دون ما الحاجة إلى المحاكم الدول.

ومن هنا تبدو أهمية أمر التنفيذ أهمية نسبية. وذلك يعني القول بأن التحكيم الدولي ليس بالضرورة اللجوء للقضاء الداخلي، ذلك لأن الأمر بالتنفيذ إن هو إلا واقع يفرض على هذه القرارات لغياب سلطة تعلق فوق الدول تستطيع الأمر بتنفيذ هذه القرارات كما أن أهمية النسبية لأمر التنفيذ تبدو في الكثير من الأحيان أهمية نظرية إذا ما تبينا واقع التجارة الدولية ذلك لأنه - وكما سبق القول - أن الغالبية العظمى من القرارات التحكيم التجاري الدولي تنفذ إختياريا وربما كان يمكن وراء هذا التنفيذ الإختياري إسما لسلطة القهر في التجارة الدولية غير سلطة القهر بالمعنى المادي التي يعرفها تنفيذ أحكام القضاء الداخلي ففي مجال التجارة الدولية يأخذ (القهر) لتنفيذ قرارات التحكيم التجاري الدولي معنى إقتصادي يلعب نفس الدور الذي يلعبه (القهر) السلطة بمفهومه في القوانين الداخلية إذ يترتب على عدم تنفيذ قرارات التحكيم التجاري الدولي جزاءات على الدرجة من الخطورة في مجال مثل مجال التجارة الدولية، منها الجزاءات تأديبية توقع على الطرف الممتنع عن التنفيذ فضلا عن النشر هذه الجزاءات وقرارات التحكيم الصادرة ضده وحرمانه مستقبلا من الدخول في عمليات تجارية وعلى ذلك نستطيع القول بأن قرارات التحكيم التجاري الدولي تنفذ (جبرا) عن الإرادة الطرف المحكوم عليه وتقترب بذلك تماما من التنفيذ الجبري للأحكام القضائية.

وبمعنى آخر فإن تنفيذ قرارات التحكيم ليس لأمر قاضي التنفيذ، إنما لإعتبرات التجارة الدولية وما قد يترتب على عدم التنفيذ من جزاءات فضلا عن أن التحكيم في هذه التجارة يسعى نحو إقامة السلام بين الأطراف أكثر من سعيه نحو التشبث بإعتبرات قانونية خالصة.

وطبقا لنص المادة 1476 من قانون مرافعات الفرنسي الجديد يحوز الحكم التحكيم - فور صدوره حجية الأمر المقضي به بصدد النزاع الذي فصل فيه. فحجية الشيء المقضي به في قرارات التحكيم شيء وقوته التنفيذية التي يصبغها عليه أمر التنفيذ شيء آخر. وتنص المادة 55 من قانون التحكيم المصري الجديد (القانون رقم 27 لسنة 1994) على مايلي "تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقا لهذا القانون حجية الأمر المقضي به وتكون واجبة النفاذ مراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون". [61] ص 38-41 كما نجد المادة 1031 من قانون إجراءات المدنية والإدارية تنص على مايلي "تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي به بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه". فيستشف من هذه المادة أنه متى تم تذييل القرار التحكيمي بالصيغة التنفيذية يصبح حكما واجب التنفيذ، يشرع في تنفيذه بكافة الطرق القانونية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية سواء كان التنفيذ إختياريا أو كان هذا التنفيذ إجباريا.

ويتدخل القاضي عند مرحلة التنفيذ في حالتين هما:

- حالات إشكالات التنفيذ طبقا للقواعد العامة.
- حالة إصدار الأوامر المتعلقة بالحجوز المختلفة سواء كان الحجز تحفظيا أو تنفيذيا على المنقول أو على عقار أو حجز ما للمدين لدى الغير [62] ص 127-128

وعليه نجد أن حكم التحكيم يحوز على حجية الشيء المقضي به إعتباراً من تاريخ صدوره وتوقيع المحكمين عليه أي حتى قبل مصادقة المحكمة وإستصدار أمر بالتنفيذ سواء كان التنفيذ إختيارياً أو إجبرياً.

[63]ص188

وقد قضت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في 1978/2/15 لما كان ماتقدم وكان الأمر الصادر من قاضي الأمور الوقئية والذي يعتبر حكم المحكم واجب التنفيذ طبقاً للمادة 844 من القانون السالف - يقصد به مراقبة عمل المحكم قبل تنفيذ حكمه من حيث التثبت من وجود مشاركة التحكيم، وأن المحكم قد راعى الشكل الذي يتطلبه القانون سواء عند الفصل في النزاع أو عند الكتابة الحكم، دون أن يخول قاضي الأمور الوقئية حق البحث في الحكم من الناحية الموضوعية ومدى مطابقته للقانون وكان يترتب على أن الحكم المحكم له - وعلى ماسلف بيانه - بين الخصوم جميع الآثار التي تكون للحكم القضائي أن تلحقه الحجية ولو لم يكن قد صدر الأمر بتنفيذه، لأن صدور الأمر من قاضي الأمور الوقئية إنما يتطلب من أجل تنفيذ لا من أجل قوة الثبوت، فإنه وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - لا يجوز المجادلة في الحجية حكم المحكمين حتى يفرض أنه لم يتم تنفيذه طالما أن الحجية حكم المحكمين حتى يفرض أنه لم يتم تنفيذه طالما أن الحجية قائمة لم تنقض بأي سبب من الأسباب التي تنقض بها قانوناً وإذا إلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه لا يكون قد خالف القانون ونظراً لأن المحكم لا يستمد سلطاته إلا من إرادة الأطراف فإنه يلتزم بإحترام النظام العام في القانون الذي إختاره الأطراف (قانون العقد) شريطة ألا يتعارض هذا مع النظام العام الدولي الحقيقي.

إن لجوء المحكم إلى النظام العام لقانون العقد يفسر بكون المحكم لا يرى ضرورة اللجوء إلى النظام العام الوطني لقانون العقد تبدو مطابقاً للنظام العام الدولي الحقيقي (وهذا مانراه لاحقاً) ويحاول المحكم التقليل من المساس بالتوقع المشروع للأطراف ويبين عندئذ أن محتوى النظام العام لقانون العقد (وهو القانون الذي إختاره الأطراف) يطابق نظاماً عاماً مقبولاً (أي النظام العام الدولي الحقيقي) ومن جهة أخرى يميل المحكم إلى تدعيم قراره عن طريق الفحص النظام العام للدول التي لها صلة أو ارتباط وثيق بالعقد.

ومن جهة أخرى فإن المحكم يدعم تطبيق الدفع بالنظام العام الداخلي بمطابقة محتوى أو مضمون هذا الأخير مع النظام العام الدولي الحقيقي.

ومن المسلم به في القانون الدولي الخاص أن قواعد النظام العام للدولة التي يحكم قانونها العقد تقرض نفسها على القاضي والمحكم المرفوع أمامه النزاع طالما أن هذه القواعد لاتخالف النظام العام الدولي الحقيقي.

في ضوء ماتقدم يتضح لنا أن المحكم الدولي ينبغي عليه إحترام النظام العام لقانون العقد وهوقانون الذي إختاره الأطراف لحكم واقعة محل النزاع شريطة ألا يتعارض هذا مع النظام العام الدولي الحقيقي الذي يستمد مصادره من الأدوات الدولية. فإذا حدث مثل هذا التعارض فإنه ينبغي على المحكم الدولي تفضيل النظام العام الدولي الحقيقي على الأنظمة العامة الوطنية [61]ص42-45

2.1.2. النظام العام في القانون الدولي الخاص

إن النظام العام في القانون الدولي الخاص يهدف إلى حماية المبادئ والأسس العامة الإقتصادية والإجتماعية والسياسية التي تقوم عليها كيان المجتمع وهو في الحقيقة ذات الهدف الذي يسعى إلى تحقيقه النظام العام في القانون الداخلي ولكن بطريقة مختلفة فالنظام العام في القانون الداخلي يهتم أكثر بالقاعدة القانونية الوطنية، فهو شق فيها، وحام لها أما في القانون الدولي الخاص فتتحقيق هذه الحماية يكون عن طريق دفع يتم بمقتضاه إستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق وعلى إثر ذلك سنتناول في هذا المطلب مضمون فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص والفرق بينه وبين القانون الداخلي إضافة إلى إعتبار النظام العام كأداة لإعداد قانون موضوعي للتحكيم.

1.2.1.2. مضمون فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص

إن فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص لا تثار لمجرد التعارض مع قاعدة أمره متعلقة بالنظام العام في القانون الداخلي، بل يستوجب المساس بكيان الدولة والأسس الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع. [14]ص70

وإذا كان المشرع الوطني قد سمح بتطبيق القوانين الأجنبية على إقليمه في بعض الفروض، فإن هذا لايعني - كما قرر البعض - أنه قد منح توقيعا على بياض لمشرعي دول العالم جميعا. إذ من غير المقبول أن يطبق القاضي قانونا أجنبيا يتعارض مفهومه مع النظام العام في دولته، أي مع المثل العليا والمبادئ الأساسية والجوهرية السائدة في دولة القاضي. وبهذا تكون فكرة النظام العام بمثابة "صمام الأمان" الذي يحمي الأسس الجوهرية في المجتمع.

ويلعب النظام العام على هذا النحو دورا هاما في مجال تنازع القوانين كأداة لإستبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد بإختصاصه.

ودور النظام العام على وجه السالف لم يكن واضحا في القديم. فقد كانت فكرة النظام العام تستخدم أساسا كأداة لتثبيت الإختصاص للقانون الإقليمي. بل إن دور النظام العام - وهي فكرة مرنة يصعب تحديدها - يختلف في مجال التنازع الدولي للقوانين عنه في نطاق القانون الداخلي.

لذلك فإن توجد صعوبة كبيرة في ضبط فكرة النظام العام ومدى سلطة القاضي في تحديدها.

يؤكد الفقه الحديث في مجموعه أهمية دور النظام العام كأداة لإستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق إذا تعارض مضمون هذا القانون مع الأسس الجوهرية في المجتمع.

وفكرة النظام العام على هذا النحو فكرة مرنة ومتطورة، يكتنفها الغموض، وبالتالي يصعب تحديدها على وجه دقيق. فهي فكرة ذات مفهوم متغير بإختلاف المكان والزمان. فما قد يعتبر متعارضاً مع النظام العام في دولته لا يعد كذلك في دولة أخرى. وما يصطدم بالنظام العام في داخل نفس الدولة في فترة معينة قد لا يعد أمراً منافياً لهذه الفكرة في وقت آخر. ولهذا السبب يؤكد الفقه أن العبرة في تقدير مدى تعلق الأمر بالنظام العام من عدمه هي بوقت نظر الدعوى، وليس بالوقت الذي نشأ فيه المركز القانوني محل النزاع.

وقد أدت الإعتبارات السالفة إلى الإعتراف للقاضي بسلطة التقديرية واسعة في فحص كل حالة على حدة ليرى ما إذا كان تطبيق القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام من عدمه بالنسبة للمسألة المعروضة. وسلطة القاضي التقديرية على الوجه السالف لاتعني ترك الأمر لتقديره الشخصي ولمعتقداته الخاصة، وإنما يتعين على القاضي أن يستلهم المبادئ الجوهرية السائدة في دولته. بمعنى آخر "يجب أن يكون تقدير القاضي موضوعياً يستوحي شعور الجماعة، لأشخصياً يترجم مشاعر القاضي".

ولهذا فقد استقر الرأي على إخضاع تقدير القاضي في هذا المجال لرقابة المحكمة النقض فالدفع بالنظام العام هو إستثناء يعطل تطبيق قاعدة الإسناد. وهو بهذه المثابة مسألة قانون تخضع بالضرورة لرقابة المحكمة العليا.

ومن جهة أخرى فإن رقابة المحكمة النقض في هذا المجال تبدو لأزمة لتوحيد الحلول القضائية في شأن هذه المسألة الجوهرية.

ويزيد من أهمية دور محكمة النقض في هذا المجال أن فكرة النظام العام وإن كانت هي "صمام الأمان" الذي لاغنى عنه في أي تنظيم للنزاع، إلا أن مرونتها وصعوبة ضبطها يقتضي أن يكون إستخدامها دائماً مقرر بالمحكمة والإعتدال.

فالدفع بالنظام العام هو في حقيقته يهدف إلى تعطيل تطبيق قواعد الإسناد، ومن ثم فلا يصح الإلتجاء في إستخدامه، وإلا أطاح بالهدف الذي يسعى إليه تنظيم النزاع في الدولة.

ورغم إخفاق الفقه في ضبط فكرة النظام العام، إلا أنه قد حاول مع ذلك وضع موجّهات عامة يمكن عن طريقها إلقاء الضوء على هذه الفكرة. ويلتقي الفقه، مهما كانت إتجاهاته في شأن هذه الموجّهات على فكرة أساسية هي ضرورة إستبعاد أحكام القانون الأجنبي الذي يتعارض تطبيقه مع الأسس الإجتماعية والإقتصادية والسياسية في الدولة.

وفي الأخير يمكن القول بأن فكرة النظام العام هي في الحقيقتها فكرة "وظيفية" تهدف إلى تحقيق غاية معينة. ولاتتأتى محاولة ضبطها إلا من خلال تحديد هذه الغاية.

فتطبيقاتها التي تختلف باختلاف العلاقات الإجتماعية،بالإضافة إلى مرونتها،وتغيرها بتغير الزمان والمكان،كل ذلك لا يستطيع معه نجاح أي محاولة لوضعها في قالب علمي محدد. [62]ص186-197

2.2.1.2. التفرقة بين النظام العام في القانون الدولي الخاص والقانون الداخلي

إن فكرة النظام العام معروفة في القانون الداخلي.غير أنها تختلف في هدفها عن فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص.فبينما هدفها في القانون الداخلي هو إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد الوطنية إذا كان تطبيقه يؤدي إلى المساس بالأسس التي يقوم عليها المجتمع الوطني.ويترتب على ذا الإختلاف في الهدف نتيجة هامة هي إختلاف نطاق أعمال كل منهما فجميع المسائل التي نظمها المشرع بقواعد أمره تعتبر من النظام العام الداخلي،ومن ثم لايجوز للأفراد الإتفاق على مخالفتها.في حين أن الأغلبية هذه المسائل تقبل تطبيق القوانين الأجنبية عليها إذا ماأشارت بإختصاصها قواعد إسناد وطنية.فالقواعد القانونية المتعلقة مثلا بالإحالة والأهلية تعتبر من النظام العام في القانون الداخلي،ومن ثم لايجوز للأفراد الإتفاق على مخالفتها،بينما نفس هذه المسائل تقبل خضوعها للقانون الأجنبي إذا ما أشارت بإختصاصه قاعدة الإسناد الوطنية يتضح من ذلك أن مجال النظام العام الداخلي غير مجال النظام العام الدولي[63]ص174-175

كذلك يعتبر النظام العام الدولي أضيق من النظام العام الوطني على إعتبار أن ما يخالف النظام العام الداخلي(كتحديد سن الرشد القانوني،أوتحديد أنصبة الميراث)قد لا يخالف النظام العام الدولي (فكثير من الدول لها أنصبة الميراث مغايرة ومع ذلك لا تخالف النظام العام الدولي الجزائري)هذا ويلاحظ أن ما يخالف النظام العام الدولي لا بد من أنه يخالف النظام العام الداخلي لكون الأول أقل تشددا[59]ص136

3.2.1.2. النظام العام كأداة لإعداد قانون موضوعي أو مادي للتحكيم

إن التفرقة بين النظام العام الداخلي،والنظام العام الدولي وفقت المحاكم بدون قصد إلى وضع قواعد معينة تخص العلاقات الدولية،فهذه التفرقة تقوم بدون الوسيط في إعداد قانون(موضوعي)أو مادي للتحكيم وأن التطور الحديث لقواعد التحكيم يسمح بإعداد قانون جديد يكون تعبيرا عن النظام قانوني خاص بالمجتمع الدولي،وسيصبح يوما ماميثاقا للتجارة الدولية وللمجتمع الدولي للتجار. ومن خلال إستقراء أحكام القضاء يمكننا أن نستنبط هذه القواعد التي يمكن إعتبارها نواة لخلق قواعد موضوعية(أومادية)في مادة التحكيم التجاري الدولي.

وسوف نعالج هذه المسألة من خلال أحكام القضاء الفرنسي،والمصري لنصل إلى النهاية إلى نتيجة هامة وهي أن القضاء قد توصل بدون قصد إلى خلق قواعد موضوعية تخص التحكيم التجاري الدولي وذلك بإستخدام معيار التفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي وعلى هذا الأساس سنتناول أولا دور

القضاء في خلق قواعد موضوعية تتعلق بالتحكيم التجاري الدولي باللجوء إلى الطريقة التنازعية وثانيا دور القضاء في خلق قواعد موضوعية دون اللجوء إلى الطريقة التنازعية.

1.3.2.1.2 دور القضاء في خلق قواعد موضوعية تتعلق بالتحكيم التجاري الدولي باللجوء إلى الطريقة التنازعية:

وستعرض في هذه الحالة إلى موقف القضاء الفرنسي من هذه المسألة وموقف القضاء المصري.

موقف القضاء الفرنسي:

- شرعية أحكام التحكيم غير المسببة:

قاعدة تسبب الأحكام غير متفق عليها في العالم، فأنظمة التحكيم الأنجلوسكسونية لم تكن تلزم المحكم بتسبب الحكم، وكان المحكمون يتجنبون تسبب أحكامهم حتى يبعدوها عن رقابة المحاكم القضائية، ولكن مع صدور قانون التحكيم الإنجليزي سنة 1979، فإن قاعدة تسبب الأحكام التحكيمية أصبحت عامة في القوانين المدنية فالتسبب وحده الذي يلقي الضوء، ويعطي صورة عما إذا كان المحكم قد إحترم حقوق الدفاع أم لا.

وقد نصت المادة 2/43 من قانون التحكيم المصري الجديد (القانون رقم 27 لسنة 1994) على مايلي: "يجب أن يكون حكم التحكيم مسببا إلا إذا إتفقا طرفا التحكيم على غير ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم". [61] ص 49-53

كما نجد المشرع الجزائري تناول تسبب أحكام التحكيم في نص المادة 1027 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذ تنص على مايلي "يجب أن تتضمن أحكام التحكيم عرضا موجزا لإدعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم.

يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة" [64] ص 1209

- في القانون الداخلي الفرنسي:

إذ نجد نص المادة 2/1471 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد على أن القرار التحكيمي يجب أن يكون مسببا وحتى في التحكيم بالصلح - حيث يسمح الأطراف للمحكمن بأن يفصلوا في النزاع طبقا لقواعد العدالة - فإنه ينبغي عليهم تسبب أحكامهم.

وتنص المادة 7 من إتفاقية الأروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف في 21 أبريل

1961 كقاعدة عامة على تسبب ماعدا الحالات التالية:

1- إذ قرر الأطراف صراحة أن الحكم لا ينبغي أن يكون مسبب.

2- إذا أخضع الأطراف نزاعهم لإجراءات تحكيمية جرت العادة في إطارها على تسبب الأحكام.

ولكن السؤال الذي يطرح هل تستطيع محكمة الفرنسية الإعتراف بالحكم تحكيم أجنبي غير مسبب صادر طبقا للقانون الأجنبي الواجب التطبيق على النزاع؟

سوف نعثر على الرد الإيجابي على هذا السؤال في الحكم.

larret el massian -

اعترضت الشركة *veuve henri bnauchoux* والشركة *el massian* على أمر التنفيذ حكم التحكيم أجنبي غير مسبب صادرا طبقا للقانون الإنجليزي الواجب التطبيق على موضوع النزاع. وقد حكم قضاة الموضوع ومن بعدهم محكمة باريس في صالح التنفيذ ولكن الدفاع طعن بالنقض ناعيا على قضاة محكمة الدرجة الثانية منح الأمر بالتنفيذ لحكم التحكيم أجنبي لا يحتوي على أي تسبب في حين أن تسبب الأحكام مبدأ من مبادئ النظام العام في القانون الفرنسي. وقد رفضت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض في 14 يونيو 1960 الطعن معلنة أن

« Que le défaut de motif de la sentence litigieuse n'était pas en lui- meme contraire a l'ordre public international »

عدم تسبب الحكم المتنازع فيه لم يكن في حد ذاته متعارضاً (أو مخالفاً) للنظام العام الفرنسي الدولي. في الواقع قد لاحظت محكمة النقض أن التحكيم كان خاضعا للقانون الإنجليزي وأن هذا القانون لا يفرض على المحكمين تسبب حكمهم كما أنه لا يتعارض مع النظام العام الفرنسي. وقد اتبعت المحكمة حجة تقليدية مستمدة من طريقة التنازعية واستخدمت التفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي بعد استشارة القانون الإنجليزي المختص الذي لا يشترط التسبب. وبهذه الطريقة توصلت المحكمة بدون قصد إلى خرق قاعدة مادية (أو موضوعية) تتعلق بالتحكيم التجاري الدولي. [61]ص54-56

يمكن الإشارة في هذه النقطة إلى أن المشرع الجزائري نص في المادة 2/1027 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي "يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة". يستشف من هذه المادة أن المشرع الجزائري اشترط على أن تكون أحكام التحكيم مسببة. [64]ص1209

l'arret gerstle -

حيث قررت محكمة النقض في حكمها الصادر في 22 نوفمبر 1966 في قضية *gerstle/merry hull* أن:

« le défaut de motif d'une sentence arbitral etrangere n'est pas en lui – meme contraire a l'ordre public français au sens du droit international prive »

عدم تسبب حكم التحكيم الأجنبي لا يتعارض في حد ذاته مع النظام العام الفرنسي بالمعنى الوارد في القانون الدولي الخاص.

وإن الحكم المتنازع فيه قد صدر طبقاً لقانون ولاية نيويورك الواجب التطبيق على النزاع والذي يسمح للمحكّمين بعدم تسبیب الحكم.

ويبدو أن اعتبارات الممارسة العملية هي التي أرشدت محكمة النقض إلى هذه الحجة حيث أن شرط التحكيم يدرج غالباً في العقود الدولية، وكثيرة تلك العقود التي تتضمن شرط التحكيم ينص على إجراء التحكيم في لندن ومن ثم فإن رفض كل فاعلية للأحكام الأجنبية غير المسببة سيؤدي إلى وضع عقبات كثيرة أمام التجار الفرنسيين على المستوى الدولي، وإلى تراجع قوى وسريع للتحكيم.

كما يمكن أن نستمد إلى خصوصية العلاقات التجارية الدولية لتبرير هذا الحل وعلى إثر ذلك استقر القضاء الفرنسي على اعتبار المادة 1006 من النظام العام الداخلي في حين أنها تعتبر كذلك في مفهوم النظام العام الدولي.

بيد أن محكمة النقض في هاتين القضيتين قد توصلت عن طريق التفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي إلى خلق قاعدة موضوعية تتعلق بالتحكيم التجاري الدولي.

ولكن تحت إسناد العلاقة إلى القانون الإنجليزي الواجب التطبيق على واقعة محل النزاع وهذا القانون وفقاً لقواعده الموضوعية يعتبر شرط التحكيم صحيحاً في حالة المطروحة

وكان في إمكان المحكمة أن تقر شرعية شرط التحكيم وذلك بالإعلان عن ميلاد قاعدة موضوعية تتعلق بالتحكيم التجاري الدولي دون اللجوء إلى الطريقة التنازعية وهذا ما سيتم دراسته لاحقاً.

-موقف القضاء المصري-

حكم محكمة النقض الصادر في 1983/6/13

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن شركة مصر لتأمين قد أقامت دعوى تجارية على شركة الإسكندرية للتوكيلات الملاحية بصفتها وكيلة عن السفينة (ديمون تريدر) بطلب إلزامها بدفع مبلغ معين..... وقالت بيانا لدعواها أن شركة مصر حلوان للغزل والنسيج استوردت رسالة من المشمع شحنت من مرسيليا (فرنسا) إلى الإسكندرية على سفينة المشار إليها بمقتضى سند الشحن المؤرخ 1977/2/28، وعند وصول السفينة إلى ميناء الإسكندرية في 1977/3/20 تبين أن بالرسالة عجزاً قدرت قيمته بالمبلغ المطالب به ولما كانت الرسالة مؤمناً عليها لدى شركة مصر للتأمين فقد قامت بسداد قيمة العجز إلى الشركة المستوردة التي أحالت حقها لشركة مصر للتأمين، وبتاريخ 1978/5/24 قضت محكمة أول درجة بعدم قبول الدعوى لسبق الاتفاق على التحكيم استأنفت شركة مصر للتأمين هذا الحكم، وبتاريخ 1979/4/5 قضت محكمة استئناف الإسكندرية بتعديل الحكم المستأنف إلى عدم القبول الدعوى بحالتها الراهنة وطعنات شركة مصر للتأمين في هذا الحكم بطريق النقض لمخالفته للقانون والخطأ في تطبيقه، واستندت الطاعنة بصفة خاصة على أن المادة 3/502 من قانون المرافعات التي توجب تعيين أشخاص المحكّمين في اتفاق التحكيم أو في اتفاق مستقل تتعلق بالنظام العام ويتعين أعمالها و لو اتفق على إجراء التحكيم في الخارج

.....وإذ خالف الحكم المطعون فيه ذلك وقضى بعدم قبول الدعوى بمقولة أن تعيين المحكمين بأشخاصهم متروك لقانون البلد المتفق على إجراء التحكيم فيه، وإن القانون الفرنسي هو الذي يحكم صحة شرط التحكيم مما لا محل معه لتطبيق المادة 3/502 من قانون المرافعات مخالفاً بذلك أقوال شراح وأحكام القضاء فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون. [61]ص62-68

وقد قضت محكمة النقض في حكمها الصادر في 1983/6/13 برفض الطعن، وأكدت في حكمها أنه:

(.....)لما كان الثابت أن شرط التحكيم المدرج في سند الشحن قد نص على أن يحال أي نزاع ينشأ عن هذا السند إلى ثلاثة المحكمين في مرسيليا، وكان المشرع قد أقر الاتفاق على إجراء التحكيم في الخارج ولم ير في ذلك ما يمس النظام العام، فإنه يرجع في شأن تقرير صحة شرط التحكيم وترتيب لآثاره إلى قواعد القانون الفرنسي باعتباره قانون بلد الذي اتفق على إجراء التحكيم فيه طبقاً لما تقضي به المادة 28 من القانون المدني بشرط عدم مخالفة تلك القواعد للنظام العام في مصر، وإذا كانت طاعنة لم تقدم الدليل على القانون الفرنسي المشار إليه باعتباره واقعة يجب أن تقيم الدليل عليها حتى تتبين المحكمة مدى صحة ما ادعته من بطلان شرط التحكيم، وكان مناط استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق - وفق المادة 28 من القانون المدني هو أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام في مصر أي المتعارضة مع الأسس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية في الدولة مما يتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع بما لا يكفي أن تتعارض مع نص قانوني أمر، وكانت المادة 3/502 من قانون المرافعات بما اشترطته من وجوب بيان أسماء المحكمين في مشاركة التحكيم أو في اتفاق مستقل لا تتعلق بالنظام العام على النحو السالف بيانه فإن مخالفتها لا تنهض مبرراً لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد ألزم هذا النظر واعتبر شرط التحكيم صحيحاً مرتباً لآثاره فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه).

نلاحظ من هذا الحكم أنه قد استخدم منهج التنازع التقليدي للتوصل إلى حل مناسب لمشكلة خلو شرط التحكيم من أسماء المحكمين في العلاقات الخاصة الدولية. إلا أن استخدام المحكمة لهذا المنهج لم يكن في حقيقة الأمر إلا ستاراً أخفت من ورائه المحكمة رغبتها الصادقة في تقرير قاعدة موضوعية تؤكد سلامة شرط التحكيم في المعاملات الدولية رغم خلوه من تعيين أسماء المحكمين.

ولقد أصابت محكمة النقض في هذا الحكم بإجراء التفرقة بين فكرة النظام العام في القانون الداخلي، والنظام العام في القانون الدولي الخاص، فمجرد اختلاف القانون الأجنبي الواجب التطبيق مع قاعدة قانونية أمرية ليس من شأنه المساس بالنظام العام في القانون الدولي الخاص.

2.3.2.1.2. النظام العام كأداة لإعداد قانون موضوعي (أو مادي) بدون اللجوء إلى طريقة تنازعية:

جاءت نقطة انطلاق لتقرير هذه القاعدة الموضوعية في صورة اعتراف محكمة النقض الفرنسية بمبدأ استقلال شرط التحكيم في مجال العلاقات الدولية الخاصة عن العقد الأصلي حيث قررت المحكمة هذا المبدأ بدون اللجوء إلى الطريقة التنازعية في ثلاث قضايا وجاء الدفع بالنظام العام كأداة لهذا الخلق.

l'arret gusset(أ)

وتتلخص وقائع هذه القضية في أنه قد أثير نزاع حول تنفيذ حكم تحكيم صدر في إيطاليا بناء على شرط التحكيم وارد في عقد بين مستورد فرنسي، ومصدر إيطالي حيث قضى الحكم بالتعويض للمصدر الإيطالي، لخطأ المستورد الفرنسي في تنفيذ التزاماته التعاقدية حيث أنه لم يحصل على التصريح الخاص بالإستاد في الوقت المناسب. وهذا الحكم واجب التنفيذ في فرنسا، وقد تمسك المستورد الفرنسي بعدم جواز تنفيذ حكم التحكيم، وذلك على أساس إن العقد الذي تضمن شرط التحكيم باطل بطلانا لمخالفته للنظام العام الفرنسي نظرا لعدم مراعاته للقواعد الأمرة الخاصة بالتصدير، وتأسيسا على بطلان العقد الأصلي فإن الأمر يستتبع تقرير بطلان شرط التحكيم وإهدار حكم التحكيم الذي صدر بناء عليه. إلا أن محكمة النقض الفرنسية قد رفضت هذا الدفع وقضت بما يلي:

« enmatiere d'arbitrage international, l'accord compromissore qu'il soit conclu separement, ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présentetoujours, sauf circonstances exceptionnelles, une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecte par une eventuelle invalidite de l'acte ».

إن اتفاق التحكيم في المجال الدولي يتمتع كقاعدة عامة باستقلال قانوني لا يتأثر باحتمالات إبطال العقد الأصلي.

في ضوء ما تقدم: يتضح لنا أن محكمة النقض قد أعلنت عن ميلاد قاعدة موضوعية جديدة تتعلق باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وأن الدفع بالنظام العام هو الأداة التي أدت إلى ميلاد هذه القاعدة.

l'arret impex

تتلخص وقائع هذه القضية في أن شركة الفرنسية impex قد قامت بتصدير كمية من الحبوب إلى أربع شركات إيطالية على أساس تصوير العملية بأنها بيع إلى البرتغال، سويسرا، ومنها إلى إيطاليا وذلك للاستفادة من المزايا المقررة في إطار السوق الأوروبية المشتركة في حالة التصدير على أساس الغش. وقد أثرت مسألة بطلان العقود المبرمة مع الشركات الإيطالية على أساس أن الاستعانة بدول أخرى خارج المجموعة الأوروبية يشكل خرقا للنظام العام الفرنسي لعدم مشروعية السبب، وخلصت المحاكم الفرنسية إلى

أن بطلان العقود الأصلية لعدم مشروعيتها بسبب الغش لا يؤثر على صحة شرط التحكيم الذي يتعين النظر إليه استقلالا.

والجدير بالذكر أن محكمة النقض في هذا الحكم أيدت قاضي الموضوع على اعتبار أن اتفاق التحكيم يتمتع باستقلال عن العقد الأصلي.

ويتضح أيضا من هذا الحكم أن محكمة النقض الفرنسية قد توصلت إلى خلق قاعدة موضوعية تتعلق بالتحكيم التجاري الدولي وهي استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي وأن الدفع بالنظام العام كان هو الأداة لهذا الخلق [61] 67-76

3.1.2. مفهوم النظام العام الدولي الحقيقي:

باعتبار أن المحكم الدولي ليس له إختصاص وليس بحارس للأنظمة العامة الوطنية على خلاف قاضي الدولة الذي يدافع عن مفاهيم وطنية محددة، فإن المحكم الدولي يستطيع أن يقر مفهوم النظام العام الدولي الحقيقي. فالنظام العام الدولي الحقيقي مهياً بأن يستخدم بصفة خاصة أمام المحاكم الدولية أو محاكم التحكيم. ويتعلق الأمر هنا بنظام عام دولي حقيقي مشترك بين الأمم مستقلا عن النظام العام بالمفهوم الوارد في القانون الدولي الخاص فمحتوى النظام العام الدولي الحقيقي يتعلق بالنظام العام الذي يستمد مصدره من الأدوات الدولية. وعلى إثر ذلك سنتعرض إلى مؤيدي ومعارض فكرة النظام العام الدولي الحقيقي.

1.3.1.2. إنكار فكرة النظام العام الدولي الحقيقي

إنكار وجود النظام العام الدولي الحقيقي يستند على القول بأن هذا النظام ليس إلا تعبيراً عن نظام قانوني فوق الدول لمجتمع دولي مؤلف من أشخاص خاصة وهذا المجتمع غير موجود حتى الآن. فالمجتمع الدولي الوحيد هو المجتمع المؤلف من الدول ويخضع لقواعد القانون الدولي وإن النظام العام الدولي الحقيقي على فرض وجوده سوف يتعلق بالقانون الدولي العام وقد صرح niboyet أن النظام العام الدولي الحقيقي هو القانون الدولي العام نفسه، يتطابق معه ويمتزج به وأيضا rollin في مقال مشهور تعرض للنظام العام الدولي الحقيقي من هذه الزاوية [65] ص 441، وكذلك francescakis تبنى وضعاً مشابهاً. فالصفة الوطنية للنظام العام الدولي مازالت حتى اليوم هي الركن الذي يستند عليه النظام العام في القانون الدولي الخاص. ويرى بعض الفقهاء أن النظام العام يكون دولياً حسب طبيعة العلاقة القانونية، ويظل وطنياً لأنه يعبر عن المفاهيم الأساسية للمجتمعات الوطنية ويتوزع محتواه تبعاً لتنوع الدول.

وقد صرح jean rober بمايلي:

La jurisprudence, il faut le dire, n'a pas jusque ce jour consacré la notion d'un ordre public reellement international.

ينبغي القول بأن أحكام القضاء لم تقر حتى الآن مفهوم النظام العام الدولي الحقيقي ويرى جانب من الفقه المصري أن فكرة النظام العام الدولي الحقيقي لا يمكن تصورهما إزاء الوضع الحالي للأمر، حيث لا توجد سلطة عليا فوق الدول يمكن لها أن تفرض هذا النظام.

وواقع الأمر أن صعوبة التسليم بالنظام العام المقال به هي النتيجة الطبيعية للصفة الوطنية لقواعد القانون الدولي الخاص وتعذر القول بوجود تنظيم دولي متكامل لهذا الفرع من فروع القانون فليس هناك إذن نظام عام وطني، وإنما يتسم النظام العام كقاعدة عامة بصفته الوطنية. كل ما في الأمر هو أن دور فكرة النظام العام ونطاق أعمالها يختلف في القانون الداخلي عنه في مجال القانون الدولي الخاص. ويرى niboyet بأنه على الرغم من أن النظام العام يتغير تبعاً لتغير الزمان والمكان، وتبعاً للدول إلا أنه توجد مع ذلك مفاهيم معينة تشكل النظام العام العالمي مثل تحرير القرصنة، والعبيد والتجارة بالرقيق الأبيض والبضائع المهربة..... إلخ، وفي رأي هذا الفقيه أن الأمثلة المذكورة هي شكل من أشكال النظام العام الدولي في القانون الدولي العام.

2.3.1.2. تأييد فكرة النظام العام الدولي الحقيقي

إذا كان صحيحاً أن النظام العام الدولي في القانون الدولي الخاص يملك صفة وطنية بسبب مصدره الوطني (أو المتعلق بدولة ما) فإن محتواه يظل ذائباً دولياً لأنه يحقق حماية المبادئ الأساسية لاقامة أو تشييد الأخلاق الدولية التعاقدية. نقد الحجة القائمة على التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص هذه التفرقة أصبحت الآن غامضة فهي تفرقة نسبية زماناً ومكاناً فمن حيث الزمان كان نظام الملكية يعتبر في العصر الإقطاعي من نظام القانون العام وفي عصرنا الحاضر أصبحت من نظم القانون الخاص وهي تفرقة لا يوجد معيار محدد لإجرائها وفي بعض الأحيان تتداخل قواعد القانون العام مع قواعد القانون الخاص [66]ص152 فنص المادة الرابعة من ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول والذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 21 ديسمبر سنة 1974 هذا النص يمكن إستخدامه فيما يتعلق بالنزاع بين شركة الأم وفرعها كالنزاع الذي تعلق بالشركة frue hauf وهي فرع مستقل من شركة أمريكية (شركة الأم) حيث أبرمت شركة frue heuf في سنة 1946 عقد مع شركة berliet للسيارات بغرض صناعة عدد معين من القاطرات (remorques) خصصت للبيع لجمهورية الصين الشعبية ثم فجأة في بداية سنة 1965، أي قبيل التاريخ المنصوص عليه للتسليم صدر أمر سياسي من الجهاز الإداري لدولة الشركة الأم بعدم إمكانية متابعة تنفيذ العقد بسبب جنسية المرسل إليهم (جمهورية الصين الشعبية) وإتجاهاتهم السياسية حيث رفضت الولايات المتحدة الأمريكية المحافظة على العلاقات التجارية مع الدول الشيوعية. سوف لا يكون من المستحيل في الوقت الحاضر على فرض أن هذا النزاع قد عرض على محكم دولي تطبيق النظام العام الدولي الحقيقي الناتج عن نص المادة الرابعة من ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول

حيث أن هذا النص يقر مبدأ حرية التجارة الدولية بإستقلال تام عن تباين في الانظمة السياسية أو الإقتصادية أو الإجتماعية للدول.

الرد على ما ذكره jean rober بأن القضاء حتى هذه اللحظة لم يقر مفهوم النظام العام الدولي الحقيقي، نبادر بالقول بأن القضاء الفرنسي قد أقر مفهوم النظام العام الدولي الحقيقي.

كما نجد الفقه الحديث قد أقر بظهور قواعد دولية، مشتركة في مجال التجارة الدولية. فقد إقتضت ضرورات التجارة الخاصة الدولية نشأت بعض القواعد التي تحكم العلاقات الدولية بين التجار ونجد أن هذه القواعد مصدرها في الأعراف التجارية السائدة بين التجار في مجال التجارة الدولية، وكذلك في المبادئ المستخلصة من نصوص العقود النموذجية التي درج هؤلاء على إتباعها في هذا المجال. ولاشك أن تكوين هذه القواعد يتم بعيدا عن إرادة مشرعي الدول المختلفة لأنها قواعد من صنع المتعاملين في التجارة الدولية فهي إذن قواعد غير وطنية أو قواعد عبر الدول وهذا القانون الخاص بالمعاملات الدولية يعيد إلى الأذهان فكرة قانون الشعوب [67] ص 12

3.3.1.2. وظائف النظام العام الدولي الحقيقي أمام المحكم

ففي التحكيم التجاري الدولي يملك النظام العام وظيفتين وظيفية سلبية ووظيفة إيجابية

1.3.3.1.2. الوظيفة السلبية

هذه الوظيفة يمكن مقارنتها بوظيفة شرط الحماية (clause de reserve) في القانون الدولي الخاص التقليدي إلا أنها تختلف عنه في أنها تقود المحكم عند الإقتضاء ليس فقط إلى إستبعاد القوانين أو القواعد الواجبة التطبيق بمقتضى إختيار الأطراف، ولكن أيضا إلى إستبعاد النظام العام بالمعنى الوارد في القانون الدولي الخاص للدولة وإعطاء أفضلية للنظام العام الدولي الحقيقي على مفهوم الكلاسيكي للنظام العام الدولي. فالمحكم سوف لا يضع في الإعتبار القانون الأجنبي ولإقاعدة النظام العام الوطنية لأنها تؤدي إلى إنتهاك النظام العام الدولي بالمعنى الدقيق لهذه الكلمة.

إن تطبيق المحكم للنظام العام الدولي الحقيقي لا يثير أية مشكلة عندما يفصل المحكم في غياب إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق واضعا في الحسبان التقيد بأعراف التجارة الدولية. فالصعوبة التي يمكن أن تظهر أمام المحكم هي في إعمال النظام العام الدولي الحقيقي ضد النظام العام الدولي المتعلق بدولة ما والواجب التطبيق طبيعيا على النزاع. وقد سلم جانب من الفقه بصفة عامة بسمو النظام العام الدولي الحقيقي على الأنظمة العامة الدولية الوطنية، حتى ولو كانت هذه الأنظمة تنتمي إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع. [68] ص 498 أن تضحية المحكم بالنظام العام بالمعنى الوارد في القانون الدولي الخاص بإسم النظام العام الدولي الحقيقي يشكل مغامرة كبيرة لأن الحكم يخضع لرقابة القاضي الوطني الذي لن يعترف بفاعلية هذا الحكم لأنه لم يحترم النظام العام في دولته. [69] ص 86 وكما سبق القول بأن الغالبية العظمى

من أحكام التحكيم تنفذ تلقائياً دون الحاجة إلى القاضي الوطني للحصول على أمر تنفيذ، علاوة على ذلك فإن حكم التحكيم يحوز الحجية فور صدوره ومن هنا أرى أن تضحية المحكم بالنظام العام بالمعنى الوارد في القانون الدولي الخاص بإسم النظام العام الدولي الحقيقي لايشكل مغامرة كبيرة، حيث في إستطاعة الأطراف تنفيذ الحكم إختيارياً. وينبغي الإعراف (بأن الممارسة القضائية، والتحكيمية) تكشف عن تطابق كبير بين مجال النظام العام الدولي للدول والنظام العام الدولي الحقيقي فكلاهما يغذي الآخر.

2.3.3.1.2. الوظيفة الإيجابية

العديد من الأحكام إستندت في حل المنازعات ذات الطابع الدولي إلى مثل هذه المبادئ. وسوف نوضح الوظيفة الإيجابية للنظام العام الدولي الحقيقي من خلال النظام العام الدولي الحقيقي للمتعاملين في التجارة الدولية.

- النظام العام الدولي الحقيقي للمتعاملين في التجارة الدولية

حيث سلم القضاء الفرنسي للمحكمين بسلطة تطبيق القواعد المتعلقة بالنظام العام الدولي، وبسلطة معاقبة السلوك والتصرفات المخالفة لمبدأ حسن النية الذي ينبغي أن يسمو في علاقات التجارة الدولية. إن تطبيق المباشر لهذه المبادئ الأساسية المتعلقة بالعلاقات التجارية الدولية دون المرور المسبق على القانون الوطني الذي إختاره الأطراف يبدو أنه يخالف المبدأ الذي بمقتضاه أن المحكم لايملك سلطة تبديل إختيار الأطراف بإختياره الخاص فبمجرد وجود إختيار صريح للأطراف لايملك المحكم أي سبب شرعي يمكن الإستناد عليه لرفض إعطاء أثر لهذا الإختيار. على عكس فإن تطبيق المباشر لهذا المبدأ لا يثير على ما يبدو مشكلة كبيرة عندما يفصل المحكم في غياب إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق واضعاً في الإعتبار التقيد بأعراف التجارة الدولية ويستطيع الأطراف أن يختاروا مباشرة إخضاع النزاع لأعراف التجارة الدولية، ولكن في حالة سكوتهم هل يستطيع المحكم أن يكتفي بالتطبيق المباشر لمبادئ وأعراف التجارة الدولية وبصفة خاصة تلك التي تتراءى له أنها أساسية (أوجوهية)؟

أمينبغي عليه التحقق من أنه لا توجد أية صلة كافية لتبرير إختصاص تشريعي معين؟

في الواقع محكمة إستئناف باريس في قضية valenciana رأت أنه لكي يطبق المحكم أعراف التجارة الدولية ينبغي عليه أولاً التحقق من عدم وجود صلة لتبرير إختصاص تشريعي معين - وبعبارة أخرى أن المحكم لا يطبق أعراف التجارة الدولية إلا بعد التأكد من أن النزاع المعروض عليه لا يرتبط بأي قانون وطني. [70] ص 430 ويرى جانب من الفقه أنه من المتصور إجراء تنسيق بين القانون الوطني وأعراف التجارة الدولية فالقضاء التحكيمي أعطى العديد من الأمثلة حول هذا الموضوع إلا أن هذا التنسيق قد يؤدي إلى ظهور عقبة معينة في حالة التعارض بين قاعدة أعراف التجارة الدولية وقاعدة من قواعد المتعلقة بقانون الدولة في هذه الحالة يمكن للمحكم تطبيق أعراف التجارة الدولية إذا سلمنا لها الطابع النظام

العام الدولي الحقيقي. ففي حكم صادر من محكمة النقض يبين هذا الحكم بوضوح سمو أعراف التجارة الدولية على قواعد الوطنية، على الأقل عندما يسكت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع. أيا كان الدور الذي تلعبه قواعد النظام العام الدولي في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية فإن مضمون هذه الفكرة ثابت في كافة الأنظمة القانونية. فهي في الواقع هي قواعد دولية مشتركة تنشأ من اللحظة التي تعتبر فيها مجموعة من الدول (ذات تنظيم السياسي أو اقتصادي أو اجتماعي مشترك) أحد المبادئ متعلقاً بالنظام العام الدولي. [71] ص 13

- النظام العام لجماعة المتعاملين في التجارة الدولية أمام المحكم

المحكم لا يكون مجرداً من سلاح لإبطال الأعمال غير الأخلاقية أو غير المشروعة. ولتوضيح ذلك نذكر الحكم الشهير للمحكم *largregen*. هذا الحكم يتعلق بنزاع نجم عن عواقب أونتائج الإتجار بالنفوذ في الأرجنتين.

حيث كانت شركة بريطانية ترغب في إبرام عقد مع الأرجنتين بمبلغ قيمته 4 ملايين ليرة، وبعد الإتصال بالموظف المحلي، الذي عمل ما في وسعه للحصول على مساندة أودعم الرئيس *peron* والذي بدونه كانت فرصة إبرام العقد ضئيلة. ومقابل هذه الخدمات يحصل على عمولة 10% من المبلغ الإجمالي للعقد ولكن في سنة 1955 فقد *peron* السلطة، وهذا لم يعيق الشركة البريطانية من إبرام العقد بمبلغ 9 ملايين ليرة وقد طالب الموظف بالعمولة التي كانت قد وعدت بها الشركة.

(*Gunnar largregen*) المرفوع أمامه النزاع بصفته محكماً فحص الموضوع على ضوء القانون الفرنسي (قانون مقر التحكيم) وعلى ضوء القانون الذي تم إختياره من قبل الأطراف وهو القانون الأرجنتيني وحكم بأن العقد مخالف للنظام العام بمطابقته مع التشريعين في الواقع صرح المحكم "بأنه لا يمكن أن نفرض وجود مبدأ عام في قانون المعترف به من الأمم المتعدنة أو المتحضرة، بمقتضاه تكون العقود المخالفة للأخلاق الفاضلة أو النظام العام الدولي غير صحيحة أو على الأقل غير قابلة للتنفيذ، ولا يمكن أن تقرها المحاكم أو المحكمين". أو بعبارة أخرى لا يمكن لمحاكم الدول أو محاكم التحكيم إعتبار مثل هذه العقود صحيحة لمخالفتها للأخلاق الفاضلة والنظام العام الدولي - وأستطرد المحكم قائلاً: - أن الرشوة الموظف تكون مخالفة للنظام العام حتى ولو كانت صحيحة في القانون الأرجنتيني. ويكون من المستحيل من وجهة نظر الأخلاق التجارية أن نغض أعيننا (عن القصد أو النية المحتملة) لمبلغ كهذا على قدر كبير من الأهمية، ولا عن أثره الضار بممارسة أو مزاولة التجارة مع الخسارة التي تنتج عن هذا بالنسبة للتقدم الصناعي. وأن مثل هذه الرشوة تشكل مخالفة للأخلاق الفاضلة وللنظام العام الدولي لجماعة الأمم. وقد قرر المحكم عدم الإختصاص في إصدار حكم في هذه القضية قائلاً:

"بعد تقييم جميع الأدلة، قد إقتنعت بأن حالة مثل هذه تنطوي على مخالفة صارمة للأخلاق الفاضلة، والنظام العام الدولي ولا يمكن لأي محكمة سواء في الأرجنتين أو في فرنسا لأن تقر بصحة هذا العقد ولا في أي بلد متحضر ولا أمام أي محكمة تحكيمية". [72] ص 166-167

M.goldman صاغ بخصوص هذا الحكم ملاحظتين من ناحية أن النظام العام لايتدخل للإعتراض على مضمون قرار أو حكم فيما يخص الموضوع، ولكن ليضع مانعا أو عقبة للممارسة نفسها من قبل المحكم لفعالية الحكم في الموضوع ومن الناحية أخرى كأن المحكم يستطيع أن يكتفي بالإستناد أو الإحالة إلى النظام العام في بلد الذي يجري فيه التحكيم(بلد مقر التحكيم) لكي يبررحكمه أو قراره.

وباعتبار أن النظام العام الدولي الحقيقي له دور كبير في مجال تحديد للمحكم القانون الواجب التطبيق كما أنه يستخدم بصفة خاصة أمام المحاكم الدولية أو محاكم التحكيم. وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى بعض الأمثلة الواقعية باللجوء إلى أحكام القضاء الفرنسي وأحكام المحكمين.

- أحكام القضاء

حكم banque ottoman

أن الحكم الأول في القضاء الفرنسي الذي تصدى لمشكلة وجود نظام عام دولي حقيقي، قد جاء مخيبا للآمال حيث رفضت محكمة إستئناف باريس في حكمها الصادر في 19 مارس سنة 1965 تطبيق النظام العام الدولي الفرنسي وأقرت بحزم وضعا مضادا لوجود نظام عام دولي حقيقي يسمى على القوانين الداخلية. فيما يخص النظام العام الدولي الفرنسي، قررت المحكمة أنه لا يمكن الإستناد بالنظام العام الدولي الفرنسي لإعادة النظر في حالة قانونية نشأت بطريقة شرعية في خارج بين أجنبى بمقتضى قانون أجنبي إستوفى آثاره في الخارج. أما من جهة النظام العام الدولي الحقيقي فقد رفضت تطبيق المبادئ المزعومة نظام عام

(les principes d'un pretendu ordre public international superieur a'toutes les lois internes dont l'existence n'est reconnyue par aucum droit positif particulierement par le droit francais).

دولي يسمى على كل القوانين الوطنية والذي لايعترف بوجوده أي قانون وضعي وبصفة خاصة القانون الفرنسي. والجدير بالذكر أن نفس المحكمة(محكمة باريس) بعد عشرين عاما تقريبا في قضية تتعلق بنفس البنك قد إعترفت بالنظام العام الدولي الحقيقي. حيث إعتبرت المحكمة أن تأمين العلاقات التجارية والمالية الدولية تتطلب الإعتراف بنظام عام، أن لم يكن عالميا فهو على الأقل مشترك بين الأنظمة القانونية المختلفة. وفي حكم آخر لمحكمة باريس إعترفت بطريقة ضمنية بوجود النظام العام الدولي الحقيقي حيث إعتبرت المحكمة أن عقد بيع مادة أولية من مواد الحرب بين شريكتين مقرهما في جنيف يكون مخالفا في

أن واحد للنظام العام الدولي، والنظام العام الفرنسي ويتضح من هذا الحكم أن محكمة إستئناف باريس قد إستخدمت مفهومها للنظام العام الدولي أكثر إتساعاً من المفهوم الفرنسي للنظام العام (مع الأخذ في الإعتبار بأن المفهوم الفرنسي للنظام العام يشمل النظام العام الداخلي، والنظام العام بالمعنى الوارد في القانون الدولي الخاص) فإن تعبير النظام العام الدولي الذي إستخدمته محكمة باريس يختلف عن مفهوم النظام العام الفرنسي، وهذا ما يدعونا إلى الإعتقاد بأن محكمة تقصد النظام العام الدولي الحقيقي.

كما نجد محكمة النقض الفرنسية أصدرت منذ عدة سنوات سلسلة من الأحكام في مجال القانون التجاري، بإستقلال تام عن الإحالة إلى أي نص قانوني متجنباً بذلك - في الممارسة العملية - الصعوبات الخاصة بالحلول التي تقدمها تنازع القوانين. ففي ميدان التجارة الدولية لاتصلح في بعض الأحيان القواعد الوطنية لتسوية المنازعات، ومن هنا تولدت فكرة وجود النظام العام الدولي الذي يكون مجال تطبيقه مختلفاً عن مجال تطبيق النظام العام الوطني. وقد إعترفت محكمة النقض للمحكّمين بالحق في إختيار القانون الأكثر ملائمة لحل النزاع، والتخلي عن القانون المحدد للبحث عن حل للنزاع في إطار العرف التجاري الدولي. وقد صرحت محكمة النقض أن النظام العام الداخلي الفرنسي للنظام القانوني للوكلاء التجاريين والذي يفرض تطبيقه بوضوح على كل الأطراف الموجودين على الإقليم الوطني - لايطبق على العلاقات الدولية. وأن النظام العام الدولي بالمفهوم الفرنسي لايستلزم أن تكون سلطات المحكّمين في حالة عدم تحديد مدة الإتفاقية المقيدة بمدة قانونية بهذا الحال إستبعد في مجال القانون الدولي صفة الإلزام لقواعد قانون الإجراءات المدنية الفرنسي. [61]ص120-125

- أحكام المحكّمين

يجب أن لاننسى أن أحكام التحكيم قد ساهمت بشكل كبير في حل المنازعات الخاصة بالتعامل التجاري الدولي مما أدى إلى إرساء قواعد أطلق عليها البعض بالقواعد النظام العام الدولي الحقيقي أي أن هذه القواعد تفرض نفسها على أطراف النزاع وعلى المحكم. فالنسبة للأطراف لايمكن أن يكون الإتفاق الذي تم بينهم صحيحاً وناقذاً إذا كان مخالفاً للنظام العام بالنسبة لموضوعه [22]ص174-175 وعلى إثر ذلك نجد مثلاً حكم لغرفة التجارة الدولية بخصوص العمولة فقد إعتبر المحكم أن مبلغ (الرشوة - أو العطية) من الشركة البريطانية كانت السبب في التعهد المبرم من الشركة الفرنسية وإستتبط من ذلك بطلان العقد. وقد حدد المحكم بدقة أن هذا الحل لايتفق فقط مع النظام العام الفرنسي الداخلي بل أيضاً مع مفهوم النظام العام الدولي الذي تعترف به غالبية العظمى من الدول.

حكم آخر لغرفة التجارة الدولية بباريس يقر بمبدأ حسن النية في مادة تعاقدية ومن المسلم به في القضاء الفرنسي أن المحكّمين لهم سلطة تطبيق القواعد المتعلقة بالنظام العام الدولي، حيث يملك المحكّمون سلطة معاقبة السلوك المخالفة لمبدأ حسن النية الذي ينبغي أن يسمو في علاقات التجارة الدولية.

كما يشير الحكم الصادر في سنة 1983 من غرفة التجارة الدولية بباريس إلى مايلي:بعد ملاحظة أن العقد المتنازع فيه كان مخالفا للنظام العام لقانون العقد، وللنظام العام لمكان تنفيذ العقد إلا أنه في نهاية يمكن تقييم الواقعة بعيدا عن أي قانون وطني حسب ما اعتبر أخلاقا في القضايا الدولية. [61]ص133-135

2.2. مشاكل النظام العام في علاقته باتفاق التحكيم

إن إتفاق التحكيم سواء كان أحد أطرافه دولة أم لا، لا، لا، وأن يصادفه العديد من المشاكل الناجمة عن محاولة طرف من الأطراف (والذي لا يكون من مصلحته اللجوء إلى التحكيم) إثارة العقبات حول بنود الإتفاق على التحكيم، وذلك أملا في إحباط عملية التحكيم ككل وإعاقة هيئة التحكيم عن أن تصدر حكما. وتقوم هذه المحاولات في الغالب على التشكيك في صحة إتفاق التحكيم، وذلك من ناحية طبيعة ومهمة أحد الأطراف حيث هناك من الأشخاص الذين يثور بصددهم مدى جواز خضوعهم للتحكيم، أو من ناحية موضوع النزاع فهناك من الموضوعات التي لا يجوز أن تكون محلا للتحكيم ومن خلال هذا المبحث سوف نحاول معالجة أهم المشاكل التي تواجه الأطراف عند الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم.

1.2.2. النظام العام وأهلية إبرام إتفاق التحكيم

إن إتفاق التحكيم لا يصح إلا إذا كان التعبير عن إرادة حرة لطرفيه فإن هذا الإتفاق يتعين أن يكون طرفيه من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين ممن يملكون التصرف في حقوقهم، إعمالا لنص المادة 11 من قانون التحكيم فيما ذهب إليه من أنه "لا يجوز الإتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه.....". [43]ص39

لذى فإن الأهلية شرط لازم لصحة العقد، فالرضى لا يكون صحيحا إلا إذا كان صادرا من ذي أهلية، والأهلية هي صلاحية الشخص لكسب حقوق والتحمل للإلتزامات ومباشرة التصرفات وعرفها الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأنها صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق، وصلاحية لإستعمالها، وطبقا للقواعد العامة في القانون المدني تنقسم الأهلية إلى نوعين أهلية وجوب ويقصد بها صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق وتحمل الواجبات التي يقرها القانون، وهي يثبت للإنسان منذ ولادته وحتى وفاته.

والأصل في الإنسان أنه بمجرد ولادته تثبت له أهلية إكتساب الحقوق، وتحمل الإلتزامات، ولكنه لا يكون أهلا لمباشرة التصرفات القانونية التي تؤدي إلى إكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات وهذا ما يطلق عليه أهلية الأداء، ويقصد بها صلاحية الشخص لإعمال إرادته إعمالا من شأنه ترتيب الأثر القانوني الذي ينشده، والأهلية بهذا المعنى هي المهمة هنا لوجوب توافرها لصحة التصرفات القانونية وهي المقصودة بإطلاق لفظ الأهلية والقاعدة في إتفاق التحكيم أنه يملك الحق في اللجوء إلى التحكيم كل شخص كامل الأهلية يملك التصرف في الحق محل النزاع. ونظرا لما للإتفاق التحكيم من الأهلية في الوقت ذاته فيشترط في الأطراف التي تبرمه ان تكون أهلا لذلك أي تتوافر لديهم أهلية التصرف، وهي تقابل أهلية الأداء والتي

يكتسبها الشخص ببلوغه سن الرشد ويجب أن يكون الحق موضوع التحكيم مما يجوز التصرف فيه وعلى هذا الأساس قبل أن ننتقل إلى الأهلية كل من الشخص الطبيعي والإعتباري ينبغي أن نحدد القانون الواجب التطبيق على أهلية إبرام إتفاق التحكيم والقيود التي تفرضها بعض التشريعات الداخلية والجزاء المترتب على ذلك.

- تحديد القانون الواجب التطبيق على أهلية إبرام إتفاق التحكيم

التعبير عن الإرادة الذي يفيد قبول التحكيم كوسيلة لحل النزاع بين الأطراف يصدر بالضرورة عن الأشخاص معينين - وهؤلاء الأشخاص قد يكونو أنفسهم أطراف الإتفاق على التحكيم. ومن هنا يثور مسألة التأكد من أهليتهم لإبرام هذا النوع من التصرفات، وقد يكونوا ممثلين لأطراف إتفاق التحكيم نيابة عن الأصل بمقتضى قاعدة قانونية تسمح بذلك.

وبالرجوع إلى إتفاقية نيويورك سنة 1958 نجد أنها لم تورد أي قواعد موضوعية في هذا الخصوص، واكتفت أعمالها التحضيرية بإيضاح مؤتمر الأمم المتحدة الذي أعد الإتفاقية حرص فقط على تأكيد أمر واحد، ألا وهو إستبعاد أية قيود فيما يتعلق بالأشخاص الذين يحق لهم أن يكونوا أطرافا في إتفاق التحكيم الخاضع لقواعد الإتفاقية.

ذلك أن كافة الأشخاص الطبيعيين أيا ما كانت جنسيته أو مكان توطنه يجوز لهم الإتفاق على التحكيم، وفي ضوء هذا المفهوم الموسع للأشخاص الذين يجوز لهم أن يكونوا أطرافا في إتفاق التحكيم لم يجد المؤتمر حاجة إلى تقنين أية قاعدة سوى تضمين المادة الخامسة -قاعدة إسناد -مؤداها. رفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه إذا أقام المطلوب ضده الدليل على أن " أطراف الإتفاق على التحكيم كانوا طبقا للقانون الذي يطبق عليهم في إحدى الصور عدم الأهلية ".

والجدير بالذكر أن الأعمال التحضيرية التي صاحبت وضع المادة الخامسة من إتفاقية نيويورك تكشف بوضوح أن مؤتمر الأمم المتحدة عند مناقشة مشروع هذه المادة قد رفض كافة المقترحات التي كانت قد تقدمت بها بعض الدول لتقييد دائرة الأشخاص أطراف إتفاق التحكيم من حيث جنسياتهم بما في ذلك الإقتراحات التي قدمتها كل من النمسا، الصين المكسيك، إيران، يوغسلافيا، تشيكوسلوفاكيا، وتستهدف في مجموعها العودة إلى نظام بروتوكول جنيف عام 1923 من حيث إشتراط أن يكون كافة الأطراف متمتعين جنسية الدولة المتعاقدة أو المتوطنين بها. أو يمكن القول بأن الأعمال التحضيرية تقضي بالضرورة إستبعاد أي قيد يتعلق بجنسية أو موطن أطراف الإتفاق التحكيم عند تطبيق التنظيم السائد في ضل إتفاقية نيويورك.

- القيود التي تقررها بعض التشريعات الداخلية، وفي هذا الصدد نتطرق إليها في القانون الفرنسي :

ففي القانون الفرنسي وطبقا لنص المادة 2059 من القانون المدني "الشخص الذي لا يملك أهلية التصرف لحقوقه كالقاصر والمحجور عليه لا يستطيع إبرام عقود إتفاق التحكيم إلا عن طريق الوصي أو القيم بعد الحصول على إذن بذلك من المحكمة" والبطلان الناشئ عن نقص الأهلية هو بطلان نسبي "غير متعلق بالنظام العام"، المقرر لمصلحة القاصر أو المحجور عليه، لا يستطيع الطرف الآخر "المتعاقد مع القاصر أو المحجور عليه" التمسك بهذا البطلان، أما البطلان الناشئ عن إنعدام الأهلية فهو بطلان مطلق متعلق بالنظام العام. وعلى إثر ذلك نجد أن مؤتمر الأمم المتحدة الذي أعد إتفاقية "نيويورك" حرص فقط على تأكيد أمر واحد ألا وهو إستبعاد أية قيود فيما يتعلق بالأشخاص الذين يحق لهم أن يكونوا أطرافا في إتفاق التحكيم.

1.1.2.2. النظام العام وأهلية الشخص الطبيعي في إبرام إتفاق التحكيم

أهلية الإتفاق على التحكيم لا تتوفر إلا لشخص الطبيعي، أو الإعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، وكل فرد له ذمة مالية لا تنقضي إلا بوفاة، وبعد سداد ديونه، فكل من لم يبلغ سن 13 من عمره يكون فاقد التمييز وتكون جميع تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا، أما من بلغ سن التمييز 13 ولم يبلغ سن الرشد 19 فإن تصرفاته تكون صحيحة إذا كانت نافعة نفعاً محضاً، وباطلة إذا كانت ضارة به ضرراً محضاً، وقابلة للإبطال إذا كانت دائرة بين النفع والضرر، وبالتالي فإن قبول الصبي المميز الهبة يكون صحيحاً بإعتبار أن هذا التصرف نافعا نفعاً محضاً، أما هبته لما له فباطلة بطلانا مطلقاً لأن ذلك ضاراً به ضرراً محضاً، وأما البيوع التي يجريها أو الشراء الذي يقوم به أو الإيجار فكلها قابلة للإبطال لمصلحته، إذ هي عقود دائرة بين النفع والضرر. أما بعد بلوغه سن الرشد 19 وهذا حسب التشريع الجزائري لأن مع العلم أن الأهلية الشخص تتغير من تشريع لآخر تعتبر تصرفاته صحيحة إذا كان متمتعاً بقواه العقلية، على أنه إذا عرض له عارض من جنون أو عته أو سفه أو غفلة فإن أهلية تصبح ناقصة. وقد يبلغ الإنسان سن الرشد وتكتمل أهليته ولا يصيبه عارض من عوارضها، لكنه لا يستطيع مباشرة هذه الأهلية المكتملة، لمانع يمنعها، كما في حالة الغيبة، والحكم عليه بعقوبة جنائية، وإجتماع عاهتين مثل الأصم الأبكم، أو الأعمى أصم - من له حق التمسك بنقص الأهلية:

البطلان في حالة نقص الأهلية يكون بطلانا نسبياً، فلا يتمسك به إلا صاحب الحق في طلبه، ولا يصح الذي لا أهل له التمسك به، وفقاً للأحكام القانون المدني.

2.1.2.2. النظام العام وأهلية الشخص الاعتباري

تنقسم الأشخاص الاعتبارية إلى نوعين أشخاص اعتبارية عامة وأشخاص الاعتبارية خاصة، فالأشخاص الاعتبارية الخاصة فهي التي تخضع للقانون الخاص أي القانون الوطني أو قانون محل الإقامة، ومنها الشركات التجارية والمدنية والجمعيات [39] ص 39 والأشخاص الاعتبارية العامة مثل الدولة، والوزارات والمصالح والمؤسسات والهيئات العامة وهي تخضع لأحكام وقواعد القانون العام وإذا كانت للأشخاص الاعتبارية الشخصية القانونية وهو ما يستتبع الإعراف لها بأهلية الوجوب الموضوعية، وأهلية الإختصاص الإجرائية.

فقد اختلف الفقه في هذا الخصوص إلا أن الرأي الراجح هو الإعراف للشخص الاعتباري بأهلية الأداء بالنسبة لحقوقه وإتزاماته التي تدخل في الغرض من إنشائه.

فإذا اكتملت أهلية الشخص الاعتباري، فإن نائبه هو الذي يعبر عن إرادته، وليس عن إرادة من ينوب عنه، ومع ذلك تتصرف آثار تصرفاته إلى الشخص الاعتباري وترتبا على ما تقدم فإن الشخص الاعتباري يقاضى ويتقاضى، يلزم ويلتزم.

أما فيما يخص اللجوء الأشخاص الاعتبارية إلى التحكيم نجد أن الأشخاص الاعتبارية خاصة لا يوجد أي إشكال في لجوءها إلى التحكيم غير أن الأشخاص الاعتبارية العامة مثل الدولة، والوزارات كان هناك إشكال في لجوءها إلى التحكيم مثل القانون الفرنسي، حيث نجد أن القانون المصري، خاصة في تطوراته الحديثة لا يثير أدنى شك حول جواز أن تكون الدولة ذاتها أو أجهزتها، وهيئاتها، ومؤسساتها وشركات قطاعها العام أطراف في إتفاق التحكيم، فالمسألة لم تعد في غياب نصوص مماثلة للنموذج الفرنسي تحضر على أشخاص القانون العام إبرام إتفاق التحكيم، بل تجاوز ذلك للنص صراحة على أن التحكيم في المنازعات التي قد تثور مع الدولة، ومختلف أجهزتها أمر مقرر تشريعيا، ومؤكدا دوليا.

وبمقتضى نص المادة 7 من قانون رقم 143 لسنة 1974 في شأن إستثمار المال العربي والأجنبي، والمناطق الحرة صار التحكيم من الأسلوب المألوف في حل المنازعات التي تتعلق بالإستثمارات الأجنبية في مصر، وإحدى الخيارات المتاحة، بمقتضى النص المذكور تشير إلى التحكيم أمام مركز حل المنازعات الإستثمار التابع للبنك الدولي للتعمير والمعروف بإصطلاح".

وهو التحكيم أساسه معاهدة الدولية جماعية إنضمت إليها مصر بمقتضى قانون سنة 1971 على نحو ينشأ على كاهل الدولة إلتزام دولي مقتضاه الإعراف بأهليتها هي ومختلف أجهزتها ومؤسساتها العامة لكون طرف في إتفاق التحكيم ملزم .

ونظر لأن القانون الفرنسي يحظر على الدولة وهيئاتها ومؤسساتها العامة اللجوء إلى التحكيم فإننا سنتناول هذا الموضوع بشئ من التفصيل في النظام الفرنسي، حيث تعود الأصول التشريعية البعيدة للقيود المذكورة في ضل القانون الفرنسي في نص المادتين 4 و10 من القانون المدني الفرنسي، ونص المادتين

83 و1004 من قانون المرافعات القديم، ولقد إستمر هذا الحضر قائماً حتى بعد التعديلات الحديثة التي أدخلت في عام 1975 على القانون المدني، إذ لازالت المادة 2060 مدني فرنسي تحظر التحكيم في المنازعات المتعلقة بالدولة وبالهيئات والمؤسسات العامة وتشتترط بالنسبة للمشروعات العامة التجارية، والصناعية الترخيص لها بمرسوم في اللجوء للتحكيم.

والجدير بالذكر أن القضاء الفرنسي كان قد إستقر منذ عام 1932 على أن القيود المذكورة تسري فقط في شأن المعاملات الداخلية، ولكنها لا تمنع في المعاملات الدولية أشخاص القانون العام من اللجوء إلى التحكيم.

ويتلخص المبدأ الذي إستقر عليه القضاء الفرنسي في العبارة التالية:

que la prohibition fait a l'etat de compromettre est limetee aux contrats d'ordre interne et sans applications pour les coventions ayant un caracter international. [61] ص 261-265 international.

وتأكد هذا المبدأ أكثر من مرة في القضاء محكمة النقض الفرنسية ومن ثم فلم يحدث أي تغيير في موقف القضاء الفرنسي عقب الإنضمام إلى إتفاقية النيويورك وعلى إثر ذلك سنتطرق إلى مبدأ منع إبرام إتفاق التحكيم بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأشخاص العامة في التحكيم الدولي وكذلك إلى حظر إبرام إتفاق التحكيم بالنسبة للدولة.

1.2.1.2.2. مبدأ منع إبرام إتفاق التحكيم بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأشخاص العامة في التحكيم الدولي.

سوف نفحص على التوالي مجال المنع الوارد في نص المادة 2060 من القانون المدني والجزء المترتب عن هذا المنع وكذلك نتطرق إلى نص المادة 442 من قانون أصول المحاكمات المدنية الفرنسي.

مجال المنع أو الحظر

عندما أعاد المشرع الفرنسي النظر في القوانين الفرنسية ألغى نص المادتين 1004، 1003 من قانون المرافعات بالقانون رقم 72 / 626 في 5 يوليو 1972 وهو أول تنقيح لقانون التحكيم وحل محلها المادتين 2059، 2060 من القانون المدني، وبدون شك كان من الأفضل وضعهما ضمن نصوص التحكيم في قانون الإجراءات المدنية الجديد ومع أن قانون 1972 عدل صياغة إلا أنه لم يغير تغييراً جوهرياً محتوى هذه القاعدة.

فنص المادة 2059 على مايلي: "يستطيع الأشخاص الإتفاق على التحكيم في كل الحقوق التي يملكون التصرف فيها بإرادتهم" هذا النص له معنيين - فهو يعالج من حيث المبدأ مشكلة أهلية إبرام إتفاق التحكيم

- هذا النص يتسع لتحديد موضوع إتفاق التحكيم وقصره على الحقوق القابلة للتصرف فقط وهذا التحديد يتعلق بصفة عامة بمفهوم النظام العام.

وهذا التفسير كان دائما مقررًا في المادة 1003 من قانون الإجراءات المدنية ونص المادة 2060 عالج بطريقة مباشرة مشكلة قابلية النزاع للتحكيم حيث منعت إبرام إتفاق التحكيم بالنسبة لبعض المنازعات المتعلقة بالهيئات العامة والمؤسسات العامة وبصفة عامة في كل **Collectivites publiques** المتعلقة بالموضوعات المتعلقة بالنظام العام وهنا أيضا على الرغم من إختلاف الكتابة أو صياغة بين نص المادة 2060 ونص المادة 1004 القديم تمنع الإتفاق التحكيم بالنسبة للهيئة والوصية، والسكن والملبس وأي منازعات يجب أن تبلغ للنيابة العامة. أما من ناحية منع الإتفاق على التحكيم في كل الموضوعات التي تتعلق بالنظام العام والذي ورد في نص المادة 2060 من القانون المدني، يمكننا أن نلاحظ أن النظام العام لم يرد في النص القديم للمادة 1004 والفرق هنا يظل شكليا لأن نص المادة 1004 يستبعد التحكيم فيما يخص الموضوعات التي يجب أن تصل إلى علم النيابة العامة وذلك بالإحالة الضمنية إلى نص المادة 83 من قانون إجراءات المدنية (هذه المادة ألغيت) والتي تحدد الموضوعات التي يجب أن تصل إلى علم النيابة العامة فقد حدد نص المادة (83) بدقة في الفقرة الأولى الموضوعات التي ينبغي أن تصل إلى علم النيابة العامة وهي الدولة، المؤسسات العامة... الخ.

وفي ضوء ماتقدم يتضح أن المادة 2060 لم تفعل سوى أنها تناولت بالتبسيط العبارات أو التحديدات التي ذكرها القانون السابق على سنة 1972 في مجال التحكيم والقضاء الفرنسي كان يطبق هذا المنع بشكل طبيعي قبل تعديل سنة 1972 إستنادا إلى نص المادة 1/83، 1004 من قانون إجراءات المدنية وهذا الحل نعثر عليه في حكم صادر عن مجلس الدولة في 7 نوفمبر 1824 وظل هذا الحل منذ ذلك الوقت معمولا به في قضاء مجلس الدولة. وإن إصرار محاكم القضاء الإداري على منع المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري من إبرام إتفاق التحكيم كان محل النقد من جانب العديد من الفقهاء وفي حكم صادر من محكمة وآخر صادر عن محكمة باريس أقر نفس الحل الذي إعتنقته محكمة باريس في حكمها السابق ولكن دائما في مادة التحكيم الدولي وقد أكدت محكمة النقض بوضوح، شرعية شرط التحكيم الموقع من قبل الأشخاص العامة الفرنسية في العقود الدولية حيث قررت محكمة أن المنع الوارد في نص المادتين 83، 1004 من قانون إجراءات المدنية لا يتعلق بالأهلية بالمعنى الوارد في نص المادة 3 من القانون المدني.

فموقف القضاء الفرنسي وخاصة بعد صدور حكم محكمة النقض السالف الذكر لم يتغير بشأن مشكلة إبرام إتفاق التحكيم بالنسبة للمؤسسات العامة الصناعية والتجارية في مادة التحكيم الداخلي.

والحظر الوارد في نص المادة 2060 من قانون إجراءات المدنية يطبق على الشركات لأنها أخذت الشكل القانوني للمؤسسات العامة .

في الواقع أن الشركات الإقتصادية المشتركة مثل شركات النقل البحري، وشركة فرنسا لطيران، وشركة النقل بالسكك الحديدية s. n. c. f () لا تبرم بها، ليست من الأشغال العامة، فهي تخضع لوسائل التنفيذ الخاص.

وبالتالي لا يوجد أي سبب يمنع إعطاء مثل هذه الشركات سلطة إبرام إتفاق التحكيم وكذلك الشركة الخاضعة للرقابة العامة تستطيع إبرام إتفاق التحكيم ويمكن القول في الأخير أصبح العديد من القوانين في الوقت الحالي تنص على قدرة الشخص العام في اللجوء إلى التحكيم في بعض المنازعات التي ينبغي أن تخضع إجباريا للتحكيم حيث مثلا نجد المشرع الجزائري نص في المادة 3/1006 "لايجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ماعدا في علاقاتها الإقتصادية الدولية أوفي إطار الصفقات العمومية" وعلى إثر ذلك أجاز للأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم ولكن إستثناءا والتحكيم المقصود به هنا التحكيم في القانون الخاص والخاضع لقواعد القانون الإجراءات المدنية الجديد وهذا ما عبر عنه في المادة 248، 361 من كون الصفقات العمومية ومع ذلك فقد إستوجب القانون عدد معين من الشكليات فيما يتعلق بالدولة ينبغي أن يكون اللجوء إلى التحكيم مصرحا به بواسطة مرسوم من مجلس الوزراء موقع عليه من الوزير المختص، وكذلك من وزير المالية.

أما بالنسبة - (les collectivites locales) والمؤسسات العامة التي تعتمد على نص المادة

61 تتطلب قرار يتضمن اللجوء إلى التحكيم مصادقا عليه من السلطة الوصائية. [61]ص266-269

فإذا لم تكن الدولة أو الشخص المعنوي العام قد حصل على ذلك الإذن قبل التوقيع الإتفاق فإنه لايجوز له التمسك ببطلان الإتفاق بعد ذلك لايجوز للدولة الإحتجاج بقانونها للتخلص من موافقتها على شرط التحكيم التجاري الدولي لأن ذلك يتعارض مع النظام العام الدولي فلا يجوز إستبعاد قواعد النظام العام الدولي إستنادا إلى تطبيق قانون الدولة على أطراف التحكيم والزعم بأن القبول شرط التحكيم تم عن طريق تجاوز ممثلي الدولة لسلطاتهم يعتبر سبب لرفض الدفع بعدم القابلية للتحكيم. [73]ص58-59 والقضاء يطبق هذه القواعد الإجرائية بصرامة وفي غياب الإذن يكون بطلان إتفاق التحكيم.

الجزاء المترتب عن هذا المنع

إتفاق التحكيم أو شرط التحكيم الذي يبرمه شخص العام بقصد تسوية نزاع يتعلق به يكون باطلا. والهدف من هذا الحظر هو حماية المصلحة العامة، والبطلان الناشئ عن هذا الحظر يجب إعتبره بطلانا مطلقا ويستطيع أن يتمسك بهذا البطلان الشخص العام الذي أبرم إتفاق التحكيم وكذلك السلطة الوصائية عليه.

ويستطيع أيضا المتعاقد مع الشخص العام التمسك بهذا البطلان ويستطيع القاضي إثارته من تلقاء

نفسه.

كما نجد نص المادة 442 من قانون أصول المحاكمات المدنية المصري تنص على أن "الدولة والشركات العامة لا يمكن معها حل وسط" ولكن بالرغم من هذا الحظر القانوني، وممارسة العقود تظهر أن معظم الشركات العامة على استعداد في الواقع، تحت ضغط من شركائها الأجانب، لإدراج شرط التحكيم في العقود الدولية.

والذي لاشك فيه أنه عدم وجود هذه الواقعية في التحكيم الدولي، أدت إلى تدخل السلطات التشريعية لإضفاء الشرعية على الوضع الفعلي على حد سواء من خلال القانون الدولي والاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف، وأحكام القانون، وأخيراً فإن المرسوم التشريعي لي 25 أبريل 1993 ولتكتمل الحركة في صالح عملية خاصة لتسوية المنازعات، في حين يعطي الأساس العام للمادة 2/442 من قانون أصول المحاكمات المدنية المصري التي تم بموجبها تعديل هذا القانون وحافظت بالتأكيد القاعدة التقليدية التي تنص على أن "الأشخاص الاعتباريين في القانون العام لا يمكن معهم تسوية" ولكن ما هو أهم؟ الأهم هو أن يقدم حلاً مبتكراً قانونياً. ويضاف على الفور "ماعداداً في علاقتها التجارية الدولية" وفي ضوء هذا النص، يعني إذا كانت هذه الكيانات لاتزال غير قادرة على التحكيم بموجب القانون الوطني، ومع ذلك لا يحق لهم قبول شرط التحكيم أو بخرقه عندما تبرم عقداً يشمل المصالح الدولية في مجال التجارة الدولية. ومصطلح "الأشخاص الاعتباريين في القانون العام" يجب أن يفهم في أوسع معانيها، وهي في الواقع شاملة بحيث أنه من المنطقي أن أعتقد أنه يشمل حتى الدولة في مجال القدرة على الاعتراف لتقديم تنازلات في العلاقات الاقتصادية الدولية. [74]ص48

2.2.1.2.2. مبدأ الحظر التحكيم بالنسبة للدولة

في العصر الحديث لم تعد وظيفة الدولة كما كانت في الماضي قاصرة على الأمر، والدفاع بل إمتدت إلى مجالات متعددة، فقدنزلت الدولة إلى الأسواق التجارية تبيع وتشتري، وتقرض، وتقترض، وتصدر وتستورد..... إلخ شأنها في ذلك شأن الأفراد. ونظراً لأن التحكيم قد أصبح الوسيلة المعتادة لتسوية المنازعات التجارية الدولية فإن لجوء الدولة إليه قد يؤدي إلى الخلل في هذا النظام فأحياناً تتمسك الدولة بالحصانه القضائية ومن هنا تبدأ المشكلة ويثار التساؤل حول ما إذا كانت الدولة تستطيع التنازل أو التخلص عن إمتيازات القانون العام، وهل تستطيع إبرام إتفاق التحكيم وهل تستطيع التنازل عن حصانتها؟ في الواقع فإن هذا الجدل يتعلق بالدول التي مازال يهيمن عليها الإقتصاد الليبرالي (أو الحر)، لأن الدول الإشتراكية تفضل التحكيم على القضاء، ويبدو الوسيلة العادية لتسوية المنازعات التجارية. ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هل أن الدولة لا تملك أهلية إبرام إتفاق التحكيم؟

que la prahibition fait a l'etat de comorometter est limi tee aux
contrats d'ordre interne et sans application pour les convention
ayant un caracter interational.

أن الحظر أو المنع المقرر على الدولة في إبرام إتفاق التحكيم يكون قاصرا على العقود في القانون
الداخلي ولا يطبق على إتفاقات ذات الطابع الدولي.
وأیضا محكمة باريس صارت في نفس الإتجاه حيث قررت:

« la prohibition est limtee aux contrat d'ordre interne est sans application
pour les conventions ayant un caractere international et qu'elle n'est pas
d'order public international.

أن الحظر(أو المنع) يكون قاصرا على العقود الداخلية ولا يطبق على الإتفاقات ذات الطابع الدولي كما
أن الحظر لا يتعلق بالنظام العام الدولي.

في مادة التحكيم التجاري الدولي يوجد حكمين مشهورين الأول صدر في 19 فبراير 1930 والثاني
صدر في 27 يناير 1931 بمقتضى هذين الحكمين أن الحظر(أو المنع) إبرام اتفاق التحكيم المنصوص عليه
قبل 1925 في المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية ليس من النظام العام عندما يتعلق الاتفاق
بمصالح التجارة الدولية ويستطيع كل من التعاقدین في عقد إبرام سواء في الخارج أو في فرنسا مخالفة
للأحكام الواردة في هذا النص. إلا أن السابقة التي أعطت علاجاً لهذه المشكلة هي بالتأكيد الحكم الشهير
الصادر من محكمة النقض الفرنسية في 21 يونيو 1928 في قضية الرسائل البحرية messageries
Maritimes فقد اعتبرت محكمة النقض أن عقد قرض يتضمن حركة الأموال من دولة إلى أخرى يستطيع
الأطراف بموجبه الاتفاق على ما يخالف القواعد الأمرة في القانون الداخلي الواجب التطبيق على اتفاقهم.
وقد اعترف القانون الفرنسي صادر في 25 يونيو 1928 بشرعية شرط الدفع بالذهب لتطابقه مع
المفهوم الفرنسي للنظام العام الدولي.

نستخلص من هذا العرض أن الحل الذي قرره محكمة باريس يتطابق مع الاتجاه العام للفقهاء
والقضاء الفرنسي. فالطريقة التي اتبعتها محكمة باريس، وكذلك محكمة النقض أدت إلى استنباط معيارين في
القانون الفرنسي أحدهما يطبق على العلاقات الداخلية، والآخر يطبق على العلاقات الدولية.

ومن هنا فإن النظام العام الدولي الذي لم يرد في أي نص قانوني من قوانين الدول هو بكل بساطة
مهارة فنية (تكنيكية) يستمد مصادره من الأدوات الدولية.

ويستطيع المحكم الدولي بما لديه من سلطة تقديرية واسعة من استنباط النظام العام الدولي الحقيقي
لأنه - على خلاف قاضي الدولة - ليس له قانون اختصاص وغير ملزم باحترام المفاهيم الوطنية للنظام
العام.

ويلاحظ أن لجوء الدولة إلى التحكيم بعد أن كان محظورا بمقتضى نص المادة المذكورة، وهذه الفقرة أجازت للمؤسسات العامة الصناعية والتجارية إبرام اتفاق التحكيم بعد الحصول على ترخيص بذلك بموجب مرسوم. وهكذا فقد أدخل المشرع الفرنسي استثناء على حظر لجوء الدولة للتحكيم بحيث أصبح الأصل هو الحظر والاستثناء هو اللجوء إلى التحكيم.

وفي ضوء ما تقدم يتضح أن ما انتهى إليه الفقه والقضاء الفرنسي في جواز لجوء الدولة إلى التحكيم يعد تكريسا لأعراف التجارة الدولية، وتطبيقا للاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرم في جنيف سنة 1961 التي نصت في المادة 1/2 على ما يلي "أن الأشخاص المعنوية للقانون العام تملك القدرة على إبرام لاتفاق التحكيم.....الخ".

2.2.2. النظام العام وكتابة إتفاق التحكيم

باعتبار أن إتفاق التحكيم بصوره سواء كان شرطا أو مشاركة فهو يعتبر عقد من العقود أي تصرفا من التصرفات القانونية التي تنعقد بإرادتين وعلى إثر ذلك يجب أن يتوفر هذا العقد على كافة أركانه المتمثلة في الرضا والمحل والسبب وأنه يلزم لصحة هذا الوجود أن يكون الرضا به صادرا عن أهلية يعتد بها القانون وأن يكون خاليا من العيوب المفسدة له بإضافة إلى هذه الأركان أشرط أن يكون إتفاق التحكيم مكتوب غير أن هذه الكتابة كانت محل إختلاف تشريعي وفقهي مما يتحتم علينا معالجة هذه المسألة من خلال إستعراض موقف الأنظمة القانونية، بإضافة إلى موقف إتفاقية نيويورك لسنة 1958.

1.2.2.2. موقف الأنظمة القانونية

إختلفت الأنظمة القانونية فيما بينها بشأن كتابة إتفاق التحكيم فنجد نص المادة 501 من القانون المصري التي تنص على أن التحكيم لا يثبت إلا بالكتابة، ومعنى هذا أن الكتابة شرط لإثباته، وليس شرطا لإنعقاد مشاركة التحكيم. كما نجد نص المادة 1005 من القانون الفرنسي على أن المشاركة يجوز أن تتم بعقد عرفي، كما يجوز أن تتم بعقد رسمي [75] وتنص المادة 523 من نصوص التحكيم في مشروع قانون أصول المحاكمات اللبناني على مايلي "لا يثبت التحكيم إلا بالكتابة" وتنص المادة 829 من نصوص التحكيم في القانون اللبناني على مايلي: "..... ولا يجوز إثباته بشهود أو القرائن" ونجد المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري تنص على مايلي "يحصل الإتفاق على التحكيم مكتوبا". فإذا كانت القاعدة العامة في شأن إتفاق التحكيم تقضي بخضوعه للقانون الموضوعي المطبق على العقد، لذلك يجب الرجوع إلى مثل هذا القانون لمعرفة مدى تطلب شرط الكتابة لصحة إتفاق التحكيم من عدمه، وبإستقراء مواقف قوانين الدول من النص على هذا الشرط نجد أنها اختلفت وتباينت فمجموعة الدول ذات التقاليد اللاتينية سعت إلى إحاطة إتفاق التحكيم بضمانات معينة وإدخاله في دائرة التصرفات التي يجب إفراغها في شكل معين كالهبة والوصية والصلح ومن ثم تطلبت الكتابة كشرط لصحة إتفاق التحكيم. وهذا على نقيض

تماما فإن الدول ذات النظم الأنجلوسكسونية لم تجد مبررا يوجب إخضاع الإتفاق التحكيم لشكل معين فأخضعته للقواعد العامة التي تحكم التصرفات القانونية، واكتفت بالتدخل القاضي للتحقق من إنصراف إرادة الأطراف إلى اللجوء التحكيم في حالة ما إذا كان الإتفاق شفهيًا أو يمكن إستخلاصه ضمنا من الظروف القائمة، فعلى سبيل المثال يجري قضاء محكمة الإستئناف بباريس على إنعدام الكتابة في حد ذاتها لا يترتب عليه بطلان مشاركة التحكيم، حيث يمكن التحقق من وجود مشاركة التحكيم من مسلك الخصوم أثناء سير خصومة التحكيم، فإذا شارك الخصوم في خصومة التحكيم بدون أي تحفظ أو إعتراض على وجود مشاركة التحكيم أمكن القول بوجود إتفاق صحيح على التحكيم. [11] ص 181

ومن ثم لا يمكن إثبات عقد التحكيم بشهادة شهود أو باليمين المتممة مهما تكن قيمة النزاع المتعلق بصده على التحكيم أو نوعه - كما إذا كان في المواد التجارية.

وكما تلزم الكتابة لإثبات العقد، تلزم أيضا لإثبات كل شرط من شروطه. فإذا إتفق الخصوم مثلا على عدم الجواز إستئناف حكم المحكم في التشريع يجيز هذا الإستئناف وجب أن يكون ذلك أيضا بالكتابة لأن الأصل أن يكون في ذلك التشريع أن حكم المحكم يقبل الإستئناف إلا إذا إتفق على عكس ذلك من الكتابة ولا تجدي شهادة الشهود في هذا الصدد. كذلك لا يجوز إثبات أن المحكم مفوض بالصلح إلا - بالكتابة - ويجب أن يثبت في مشاركة التحكيم موضوع وأسماء المحكمين والمهلة المشروطة لإصدار الحكم في خلالها، وذلك على ما تقدمت دراسته.

وما تقدم ينطبق بالنسبة إلى كل من شرط التحكيم والمشاركة. والدراسة التالية تنطبق أيضا عليهما معا.

وقضت محكمة النقض بأن عقد التحكيم يجب أن يكون ثابتا بالكتابة ولا يجوز أن يستشف الرضاء به بصورة ضمنية.

وحكم بأن القانون لا يطبق شكلا خاصا في مشاركة التحكيم فالطرفين أن يحرراها بالشكل الذي أرادوه كالأشأن العقود الأخرى. ولذلك لا يتقيد شكلها باللفظ ما.

ويلاحظ أن قانون الإثبات يجوز في بعض الأحوال الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة - وذلك إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة (المادة 62). وتنص هذه المادة على أن كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريبا لإحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة.

وتنص المادة 63 على أنه يجوز أيضا الإثبات بالبينة فيما كان إثباته بالكتابة

- إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي.

- إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي لا يد له فيه.

والجدير بالإشارة أن إقرار الخصم يغني عن الكتابة، إذ كل ما يتطلبه القانون أن يكون شرط التحكيم صريحا وثابتا بصوره لا تقبل الشك، فالكتابة إذن شرط لإثبات العقد لوجوده.

كذلك يجوز إثبات التحكيم بتوجيه اليمين الحاسمة.

والجدير بالذكر أن إتفاق الخصوم على جواز الإثبات بغير الكتابة فيما كان يجب إثباته بها يبرر إثبات عقد التحكيم بغير الكتابة على ما قدمناه.....، وذلك إستنادا إلى هذا الإتفاق.

ومما تقدم يتضح أن القانون يوجب إثبات التحكيم بالكتابة - هو وعناصره الجوهرية - ولو كان ذلك في المسائل التجارية، وإنما يجوز التجاوز عن الكتابة في الحالات التالية:

- إذا إتفق الخصوم على غير ذلك.

- بالإقرا أو اليمين الحاسمة.

- في الحالات التي يجيز فيها القانون الإثبات بغير الكتابة فيما كان يجب إثباته بها (المادة 62 و63 منه).

- إذا إستخلصت إرادة الخصوم وأمكن أن يستشف الرضاء من جانبهم ببعض عناصر التحكيم ولو كانت جوهرية، وفقا لما سوف نراه.

بل يذهب رأي - وفقا لما سوف نراه - يجيز أن يستشف الرضاء بالتحكيم من غير أطرافه إذا قبلو الخصوم أمام المحكم وأدلو بدفاعهم وطلباتهم أمامه ولا يترتب أي بطلان إذا أغفل ذكر تاريخ مشاركة التحكيم، ومن الجائز إثبات هذا التاريخ بكافة طرق الإثبات.

وإذا لم يتم عقد التحكيم بالكتابة فلا يعتد به، وإذا إشتراك خصم في تنفيذ مشاركة التحكيم غير ثابتة بالكتابة بأن إختار محكمة كتابة أو حدد ميعادا لبداية مهمته أو طلب من خصمه بالإعلان على يد المحضر تحديد المحكمة أو طالبه بتنفيذ المشاركة فإن كل هذه التصرفات تعد من جانبه رضاء عنه بالتحكيم [76] ص 113-115.

2.2.2.2. معالجة هذه المسألة في إتفاقية نيويورك 1958

قبل أن نتعرض لهذه المسألة في إتفاقية نيويورك نشير إلى أن برتوكول جنيف سنة 1923، وإتفاقية جنيف سنة 1927 لم تتصد لمعالجة هذه المسألة دوليا، والإكتفاء بمجرد الإحالة إلى التشريعات الوطنية لتحديد الضمانات التي تقتضيها للتأكد من وجود إتفاق التحكيم.

غير أن تطبيق العملي قد كشف عن حدوث تضارب وتباين نتيجة لإختلاف مواقف الدول، مما أدى إلى عدم الإستقرار لم يعد من الممكن السكوت عنه خلال مرحلة إعادة التقييم التي صاحبت وضع إتفاقية نيويورك 1958.

وقد جاء نص المادة الثانية من هذه الإتفاقية على النحو التالي:

- تعترف كل الدولة متعاقدة بالإتفاق المكتوب الذي يتعهد الأطراف بمقتضاه أن يخضعوا للتحكيم كافة أو أية خلافات نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم.

- وتعبير إتفاق مكتوب يشمل شرط التحكيم الوارد في عقد أو إتفاق تحكيم، موقع عليه من الأطراف أو تضمن في تبادل للخطابات أو البرقيات.

ويتضح من هذا النص أن الكتابة تعد ركنا أساسيا يجب توافره لإمكان القول بوجود إتفاق التحكيم، فهذا النص قد قرر في الفقرة الأولى قاعدة موحدة تقضي الكتابة به كشرط صحة تتعلق بوجود الإتفاق ذاته وليس عنصرا خارجيا متطلبا للإثبات فقط.

ويترتب على تخلف الكتابة بطلان الإتفاق بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام.

كما أن الفقرة الثانية من المادة الثانية قد وردت صورتين لتحقيق الإتفاق الكتابي

إفراغ إتفاق التحكيم في الوثيقة موقع عليها من الأطراف.

أوجود تبادل لمستندات كتابية بين الأطراف يفيد قبولهم التحكيم.

ونكتفي فقط بالقول بأن مصدر القواعد الواردة في المادة الثانية من إتفاقية نيويورك لسنة 1958

هو نص المعاهدة الذي يعد قاعدة دولية تسمو على القواعد الواردة في التشريعات الداخلية ويترتب على هذه الطبيعة الدولية عدة نتائج:

أولاً: يجب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا حسب المفهوم الوارد في الإتفاقية حتى ولو لم يكن شرط الكتابة متطلبا وفقا للتشريع الوطني في الدول المعنية.

أن إتفاق التحكيم يعتبر مستوفيا للشكل المطلوب بتوافر شرط الكتابة حسب المفهوم الوارد في الإتفاقية، وذلك بغض النظر عن القيود الأكثر تشددا في هذا الخصوص التي قد تتطلبها النصوص التشريعية في الدول المعنية. وبعبارة أخرى، فإن الإنضمام إلى الإتفاقية يعد بمثابة إلغاء ضمني - في خصوص إتفاقات التحكيم ذات العنصر الأجنبي - لأية متطلبات زائدة عن الحد الذي تقتضيه المادة 2/2 من هذه الإتفاقية وقد أحسن المشرع المصري صنعا بتعديل نص المادة 2/501 من قانون المرافعات بنص المادة 12 من القانون رقم 27 لسنة 1994 في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية والتي جاء نصها على النحو التالي "يجب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا"

وهذا النص يتطابق مع نص المادة الثانية من إتفاقية نيويورك لسنة 1958 التي إنضمت إليها مصر

في 9 مارس سنة 1959. [61] ص 301-303

كما نجد المشرع الجزائري إشتراط أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا وأن يتضمن هذا الإتفاق تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم وعلى هذا الأساس نجد أن المشرع لم يجعل الكتابة ركنا في إتفاق التحكيم ومما جاء مخالفا للمشرع المصري بل إعتبر الكتابة هي فقط كوسيلة لإثباته ويمكن القول في الأخير أن الدول قد تباينت وإختلفت في النص على إشتراط الكتابة في عقد التحكيم وذلك حسب سياستها التشريعية غير أن إتفاقية نيويورك نجد أنها إشتطرت الكتابة صراحة وذلك بموجب نص المادة الثانية.

3.2.2. النظام العام ومحل إبرام إتفاق التحكيم

سوف نتناول في هذا المطلب إلى مجال قيود قابلية للتحكيم في المعاهدات الدولية كما نتناول المسائل التي لايجوز التحكيم فيها في كل من القانون الجزائري والمصري والفرنسي.

1.3.2.2. مجال القيود القابلة للتحكيم في المعاهدات الدولية

1.1.3.2.2. في إتفاقية نيويورك لعام 1958

يعد موضوع القابلية للتحكيم من الأمور التي لاقت إهتماما كبيرا من المشاركين في مؤتمر الامم المتحدة الذي تولى وضع إتفاقية نيويورك، وذلك للتوفيق بين مختلف الدول في هذا الخصوص وضرورة الوصول إلى حل يسمح التحكيم أن يؤدي دوره على أفضل وجه ممكن، وبأقل قدر ممكن من تدخل المحاكم الوطنية لإبطال إتفاق التحكيم بدعوى أن الموضوع المطروح على التحكيم من الموضوعات التي لايجوز تسويتها عن طريق التحكيم فبعض الدول تجعل الأصل هو جواز التحكيم في كافة المسائل مع الإستثناءات محددة مقررة على سبيل الحصر وفي أضيق نطاق ممكن وعلى العكس تماما فإن هناك دولاً تعتبر التحكيم طريقاً إستثنائياً ويؤدي ذلك إلى توسيع نطاق المسائل التي لايجوز التحكيم في شأنها وإستعمال عبارات معروف بأنها غير منضبطة الحدود في هذا المجال مثل إقحام فكرة النظام العام.

ودول أخرى أخذت بحلول توفيقية، أما عن طريق نصوص التشريعية تحدد المسائل التي لايجوز فيها التحكيم، وأما عن طريق إجتهاد قضائي يعطي لفكرة النظام العام مفهوماً ضيقاً باعتبار أن المقصود هو النظام العام الدولي وليس الداخلي بحيث لايعني وجود قواعد أمره منظمة لمسائل معينة أنها صارت بالضرورة غير قابلة للتحكيم.

وإزاء ما تبين خلال مناقشات مؤتمر الأمم المتحدة من إستحالة الوصول إلى قاعدة موضوعية محددة لتحديد المسائل التي يجوز فيها التحكيم وتلك التي لايجوز فيها ذلك إتجه المؤتمرين إلى الإكتفاء بالإشارة للمبدأ العام مع إحاطته بالقدر الممكن من الضمانات التي تكفل عدم التوسع في تطبيقاته، وتحقيقاً لهذا الفرض حرص المؤتمر على تسجيل رفضه لإقحام فكرة النظام العام في هذا الخصوص، ووجوب ترك المجال مفتوحاً للإجتهاد خلال المراحل السابقة على صدور حكم هيئة التحكيم، وأية ذلك أن إتفاقية نيويورك في صورتها النهائية لم تنظم إمكانية تطبيق قواعد القانون الوطني إلا في المرحلة التالية لصدور حكم التحكيم حيث نصت المادة 2/5 على ذلك.

فإتفاقية نيويورك سنة 1958 للإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها تشترط لكي يمكن لإتفاق التحكيم أن يرتب أثره ينبغي أن يتعلق بمسألة من المسائل التي يجوز التحكيم فيها، ويلاحظ أن إتفاقية لم تعترض لبيان المسائل التي يجوز أو لايجوز حلها عن طريق التحكيم.

2.1.3.2.2. إتفاقية جامعة الدول العربية سنة 1952

لم تعالج إتفاقية جامعة الدول العربية مسألة قابلية النزاع للتحكيم بطريقة مباشرة، فهي لم تتعرض لبيان المسائل التي يجوز أو لايجوز حلها عن طريق التحكيم ولكن المادة الثالثة من الإتفاقية أشارت إلى "رفض طلب تنفيذ حكم المحكمين إذا كان قانون الدولة المطلوب منها تنفيذ الحكم لايجيز حل موضوع النزاع عن طريق التحكيم".

الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف سنة 1961 نصت هذه الإتفاقية في المادة السادسة الفقرة الثانية على مايلي: "يستطيع القاضي المختص عدم الاعتراف بإتفاق التحكيم، إذا كان موضوع النزاع غير قابل للتحكيم بموجب قانون الوطني".

في ضوء ماتقدم يتضح لنا أن الإتفاقيات الدولية المتمثلة في بروتكول وإتفاقية جنيف، وإتفاقية نيويورك، وإتفاقية جامعة الدول العربية والإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لم تتضمن فيها نصوصا لمعالجة المسائل التي يجوز أو لا يجوز فيها التحكيم.

وقد كانت هناك إقتراحات بتعديل إتفاقية نيويورك وإلحاقها بقائمة تتضمن الموضوعات والمجالات التي لا يجوز التحكيم فيها لتصبح سارية على كل الدول الأعضاء في إتفاقية أو إبرام إتفاقية جديدة، ولكن هذه الإقتراحات لم تؤخذ في الإعتبار، وذلك لإختلاف الأنظمة القانونية الوطنية لهذه الدول.

يرى جانب من الفقه أن تقدير مدى قابلية النزاع للتحكيم يجب أن يتم بالرجوع فقط إلى قانون الدولة التي يثار فيها عدم إختصاص محاكمها القضائية الداخلية، وليس من محل في هذا الصدد لتطبيق أولتزام أي قانون أجنبي.

ويرى جانب آخر من الفقه على هذه الإنتقادات قائلا أن هذه الإنتقادات لايمكن أن تكون قاطعة، فالفقهاء الذين يقولون بها إنما يضعوا جميعا أنفسهم في مكان المحكم الذي يتعين عليه.

لدى الفصل في مسألة القابلية للتحكيم، وهم يقترحون عليه أن يطبق في هذا المجال إما قانون إرادة الأطراف وحده، وإما هذا القانون مجتمعا مع قانون الدولة التي نزع التحكيم إختصاص محاكمها [61]ص326-333

2.3.2.2. المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها في القانون الجزائري

يجب أن يصدر التحكيم ممن تتوافر له الصفة المقررة في التشريع. مثل مالك الشقة أو مستأجرها، وهنا يقع على المحكم التأكد من صفتهم إذا كانوا من صفة الحقوق أو من يمثلوهم. إذ نجد المشرع الجزائري نص في المادة 2/1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على مايلي: "لايجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم".

ومن خلال إستقراء هذا النص نجد المشرع الجزائري جعل بعض المسائل التي لايجوز فيها التحكيم متى تعلقت هذه المسائل بالنظام العام وبالتالي نجد هذه المسائل تتمثل في الأحوال الشخصية البحتة والمسائل الجنسية والمسائل الجنائية.

فالأحوال الشخصية تقسم إلى المواد المتصلة بالأحوال الشخصية البحتة ومواد تتصل بالمصالح المالية.

فلايجوز التحكيم فيما كان الولد شرعيا أو متبنى أم لا ينسب إلى أسرة ما أو خصومة تتصل بما كان عقد الزواج صحيحا أم باطلا وخصومة تتصل بما إذا كان شخص يعتبر وارثا أم غير وارث. فلا يجوز التحكيم بصدد الجريمة أو عدم قيامها وفي صدد نسبتها إلى فاعلها وفي صدد العقوبة الواجبة.

وفي الجرائم لايجوز التحكيم في مسؤولية الجاني إذا ارتكب جريمة أم لا ولا يجوز التحكيم في نص الواجب التطبيق في قانون الإجراءات على ما ارتكبه الجاني.

كما لايجوز التحكيم في الدعوى المتعلقة بالنظام العام مثل دين القمار أو في مكان يتعلق بإعتبار الدين دين قمار أم لا. ولايجوز التحكيم بدعوى نزاع الملكية للمنفعة العامة إذا آلت إلى الدولة بطريق مشروع. [77]ص421

3.3.2.2. المسائل التي لايجوز التحكيم فيها في قانون المصري

نجد نص المادة 11 من القانون المصري تنص على أنه "لايجوز الإتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، ولايجوز التحكيم في المسائل التي لايجوز فيها الصلح".

حدد لنا المشرع في هذه المادة من هم طرفي التحكيم وقصر ذلك على كافة الأشخاص الطبيعيين وكذلك الأشخاص الاعتباريين فقط وبالتالي لايجوز لغير هؤلاء أن يكون طرفا في منازعات التحكيم. [78]ص45

أما فيما يتعلق بالمسائل التي لايجوز التحكيم بشأنها.

-المسائل الجنائية

يقصد المشرع بالمسائل الجنائية كافة المسائل التي تتعلق بالجرائم والعقوبات المقررة لها. فقد أعطى المشرع للنيابة العامة مطلق الحرية في تحريك الدعوى الجنائية بشأنها أو الإمتناع عن تحريكها طبقا لما تراه حسبما ينتهي إليه الأمر في نظرها بإعتبارها جهة الإختصاص بمباشرة أعمال التحقيق في المسائل الجنائية ولما كان ذلك من المسائل التي تتعلق بالنظام العام في الدولة والتي لايجوز مخالفتها الأمر الذي يترتب عليه خروج هذه المسائل من المنازعات التي يمكن اللجوء إلى التحكيم بشأنها أما بشأن مايتعلق

بما يترتب من مسائل مالية تولدت نتيجة ارتكاب بعض الجرائم فإن الأمر بشأنها يختلف وبالتالي يجوز أن يكون تلك المسائل محلاً للإتفاق على إجراء تحكيم بصددها.

-المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية-

ويقصد بالمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية كافة المنازعات المنصوص عليها في قوانين الأحوال الشخصية الآتية:

- القانون رقم 52 لسنة 1920 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 بشأن النفقات والمفقود والتفريق.
- المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 بشأن الطلاق والشقاق بين الزوجين والتطليق للضرر والتطليق لغية الزوج أولحبه ودعاوى النسب ونفقة العدة والمهر وسن الحضانة والمفقود.

- المرسوم بقانون رقم 118 لسنة 1952 بشأن سلب الولاية على المال.

- المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 بشأن أحكام الولاية على المال.

- القانون رقم 77 لسنة 1943 بشأن المواريث.

- القانون رقم 25 لسنة 1944 بشأن الوصاية.

- القانون رقم 48 لسنة 1946 بشأن الوقف.

- القانون رقم 48 لسنة 2000 بشأن تنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.

ونظراً لما تتمتع به منازعات الأحوال الشخصية من طبيعة خاصة تميزها عن غيرها من المنازعات ذات الطبيعة المدنية أو التجارية وتعتبر من المسائل المتعلقة بالنظام العام وبالتالي أخرجها المشرع من نطاق تطبيق المنازعات التي يمكن اللجوء بشأنها إلى الإتفاق على التحكيم.

إلا أن الأمر يختلف إذا كنا بصدد منازعات مترتبة على إثار التزامات مالية بين الأطراف فإنه من

الممكن اللجوء بشأنها إلى التحكيم للفصل فيها. [79]ص48-49

ونخلص القول أن الأحوال الشخصية فيما يتعلق بالزواج والطلاق والنسب والأهلية هذه لايجوز التحكيم بشأنها، أما الأحوال الشخصية المتصلة بالمصالح المالية أي بالأموال فهذه يجوز التحكيم فيها. من ذلك أنه يجوز التحكيم في دعوى التعويض عن فسخ الخطبة، أو بشأن تحديد مقدار النفقة الواجبة للزوجة أو لأحد الأقارب، أو في دعوى تقسيم التركة بين الورثة [34]ص.58

-المسائل المتعلقة بالجنسية:-

لايجوز التحكيم في خصومة تتصل بطلب إكتساب جنسية ما، وإنما يجوز في دعوى بطلب التعويض

عن قرار إداري صدر مخالفاً للقانون في شأن الجنسية [11]ص110

ويقصد بها كافة المسائل التي تتعلق بإكتساب الأشخاص لجنسية الدولة والشروط اللازمة لإكتسابها وإسقاطها عن بعض الأشخاص.

ولما كانت الدولة هي الشخص الوحيد من أشخاص القانون العام الذي يمنح الجنسية وبالتالي لا يصدق وصف رابطة الجنسية على أية تبعية أخرى تربط الفرد بشخص من أشخاص القانون العام ومن ثم تلك المسائل لا يمكن إخضاعها لنظام التحكيم المنصوص عليه في قانون التحكيم المصري الذي جاء تحت رقم 27 لسنة 1994 ويرجع السبب في إستبعادها إلى كونها مظهرا من مظاهر كيان الدولة وسيادتها على كل من يتمتع بجنسيتها ويقم على أرضها داخل حدودها الإقليمية ومن ثم فإنه لا يمكن بأي حال من الأحوال الدخول مع الدولة كطرف في منازعة التحكيم بصدد إكتساب الجنسية المصرية أو فقدانها والسبب في ذلك يرجع إلى ما تتمتع به الدولة قبل رعاياها من سيادة تمكنها من أحكام سيطرتها ونفوذها على كل من يتمتع بجنسيتها ويحمل إسمها كمواطن من أفراد شعبها مقابل ماتقدمه له من خدمات وما تفرضه عليه من واجبات وإلتزامات ومن ثم فقد إختص المشرع القضاء الإداري بالرقابة على كافة القرارات التي تصدر تطبيقا لقانون الجنسية المصري فهو الذي يملك إلغاؤها إذا صدرت وشابها عيب من العيوب كما هو الذي إنفرد بالتعويض عنها إذا طلب منه ذلك ويقوم بالفصل حينئذ في الجنسية بوصفها مسائل فرعية لا بد من النظر فيما لا يمكن النظر في الدعوى الأصلية. لكن الأمر يختلف إذا كان قد ترتب على أي مسألة من المسائل الجنسية سواء كانت تتعلق بإكتسابها أو إسقاطها ما يستدعي طلب تعويضات مقابل ما أصاب الشخص من ضرر أو مافات عليه من كسب أو مالحقه من خسارة فلا يمنع ذلك من اللجوء بشأن ذلك إلى التحكيم.

-المنازعات المتعلقة بالتنفيذ-

نص المشرع المصري في المادة 275 من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه "يختص قاضي التنفيذ دون غيره بالفصل في جميع منازعات التنفيذ الموضوعية والوقئية أيا كانت قيمتها. كما يختص بإصدار القرارات والأوامر المتعلقة بالتنفيذ. ويفصل قاضي التنفيذ في منازعات التنفيذ الوقئية بوصفها قضايا للأمر المستعجلة"

ويتضح من المادة السالفة الذكر أن المشرع قد أعطى قاضي التنفيذ وحده ولاية الفصل في كل هذه الأمور فكل منازعة تقتضي إصدار حكم وقتي أو حكم موضوعي أو أمرا ولائيا تدخل في إختصاصه بوجه عام.

وبناء على ماتقدم فإنه لا يجوز بأي حال من الأحوال أن تكون أي منازعة من المنازعات التنفيذ محلا لإتفاق بين الأطراف على اللجوء بشأنها للتحكيم والحكمة التي أرتاها المشرع من وراء ذلك هو رغبته في جعل القضاء وحده هو الذي يختص بنظر تلك المسائل نظرا لخطورتها وتعلقها بالمساس بالأحكام التي تصدر عنه وما ينفزع عنها ومن ثم يكون أي إتفاق على إجراء تحكيم بشأن أي منازعة من منازعات التنفيذ

يكون باطلا لتعلق الأمر بشأنها بالنظام العام ولايجوز الخروج عنها بأي حال من الأحوال طالما كنا بصدد التنفيذ الجبري يتم إجرائه بمعرفة السلطة العامة في الدولة تحت إشراف القضاء ورقابته بناء على طلب الدائن الذي بيده سند التنفيذي مستوفي كافة شروطه القانونية من أجل إستفاء حقه الوارد في السند التنفيذي من المدين الصادر ضده الحكم قهرا وجبرا عنه عندما يرفض أداء ما إلترزم به إختيار فيكون من حق الدائن أن يطلب إلزامه وإجباره على الأداء بإستخدام القوة للتغلب على مقاومته للقانون وإجراء تغيير للواقع عن طريق إجباره إعمالا لما ينص عليه القانون في هذا الشأن. إذ أن الإجراءات التي تطلبها المشرع ما هي إلا تلاقيا للتعسف وضمانا للعدالة في تحقيق التوازن بين الدائن والمدين وفرضها بمثابة قواعد إلزامية تتصل بمبادئ التنظيم القضائي في مصر والمتعلقة بالنظام العام ولايجوز بأي حال من الأحوال الخروج عليها ومخالفة ماجاء بها أما إذا كان الأمر يتعلق بمجرد تنفيذ الإختياري فإن ذلك لا يثير ثمة مشكلة لأن التنفيذ الإختياري ليست له الإجراءات محددة ولايعرض على القضاء وإنها يتم التوافق والتراضي بين الطرفين لتحقيق التوازن بينهما بعيدا عن الطرق الرسمية وخلافا لما يتبع في التنفيذ الجبري [79]ص49-51

-قابلية التحكيم في القوانين المنافسة-

إن الأخذ بمبدأ الإقتصاد الحر يقضي بوجود الأخذ بمبدأ آخر هو مبدأ حرية المنافسة في الأسواق التجارية والمالية والصناعية وغيرها. ذلك أنه من شأن العمل بمبدأ حرية المنافسة تحقيق خدمة أفضل. فالمنافسة تعد أمرا ضروريا ومشروعا بحد ذاته ضمن حدود القوانين والأعراف والعادات التجارية التي تستهدف حماية المتعاملين في الوسط التجاري وجمهور المستهلكين وبالتالي الإقتصاد الوطني. إنطلاقا من أهميتها نلحظ معظم القوانين عقوبات جزائية أو المدنية أو الإثنيين معا، تفرض على الأشخاص الذين يقومون بخرق قواعدها، كما نلحظ أحيانا وجود لجان أو هيئات خاصة تتولى السهر على تأمينها وتطبيقها، والتي تكون تابعة للدولة معينة أو مجموعة من الدول، كمجلس المنافسة في فرنسا ولجنة الإتحاد الأوروبي للمنافسة. وإذا كانت الدول تفرض مثل هذه الأحكام على صعيد المعاملات القانونية الداخلية، فإن التساؤل يطرح حول مدى إنعكاس هذه الأحكام على العلاقات الخاصة الدولية التي يأمل أطرافها غالبا حل المنازعات بشأنها عن طريق التحكيم. الأمر الذي يستتبع تساؤلا آخر حول إمكانية عرض هذه المنازعات على التحكيم؟

إن القول بإمكانية إخضاع المنازعات المتعلقة بقانون المنافسة للتحكيم، وبالتالي تطبيق المحكمين له بوصفه قانونا يدخل في إطار قوانين النظام العام ذات الطابع الإقتصادي، من شأنه أن يجعل المحكم مشاركا، إنطلاقا من الوظيفة القضائية الممنوحة له، في آليات الضابطة والمنظمة لإقتصاد السوق إن على الصعيد الداخلي أو الدولي. إن هذه المشاركة ظهرت في الدول الغربية ومن أبرزها الولايات المتحدة الأمريكية ودول الإتحاد الأوروبي، وحيث أشارت العديد من الدراسات إلى أهمية موضوع التحكيم في مادة قانون المنافسة.

1.3.3.2.2 في القانون الأمريكي:

يحظر القانون الأمريكي بوجه عام التكتلات والتجمعات التي يكون من شأنها تقييد التجارة والمنافسة. فالمادة 7 من قانون كلايتون الصادر سنة 1914 تنص على أنه يحظر إستحواذ شركة أو مؤسسة أخرى سواء بطريق مباشر أو غير مباشر، إذ كان من شأن هذا الإستحواذ أن يؤدي إلى تقييد المنافسة بين تلك الشركات أو المؤسسات أوفي سوق بصفة عامة أو كان مؤدى ذلك إحتمال تكوين إحتكار في مجال السلعة وفي نطاق السوق الجغرافية.

كما تنص المادة 1 من قانون شيرمن sherman act على حظر كل تجمع أو تكتل أو تواطؤ من شأن تقييد التجارة.

- مرحلة حظر التحكيم:

في هذه المرحلة، حظر الإجتهد الأمريكي اللجوء إلى التحكيم في المنازعات المتعلقة بقوانين مكافحة الإحتكار، حيث قض في قضية safety بأن هدف هذه القوانين هو تحقيق المصلحة الوطنية في إقتصاد المنافسة، أو خرقها يمكن أن يمس بمصالح الآلاف أو بملايين المواطنين ويمكن أن يؤدي إلى خسائر إقتصادية، لينتهي إلى الإعتقاد بأنه لا يوجد لدى أعضاء الكونغرس أية نية لجعل هذه الدعاوى منظورا بها من غير القضاء. [80] ص 369-371

ففي هذا القرار أظهرت المحكمة أهمية قوانين المنافسة في تحقيق المصلحة العامة ومصلحة المواطنين، كما أظهرت من خلال النتيجة التي توصلت إليها، أن الإختصاص بنظر هذه المنازعات يعود القضاء وحده، إستنادا إلى إستنتاجها بعدم وجود نية معاكسة للمشرع.

- مرحلة إجازة التحكيم قرار mitsubishi

في هذه المرحلة أجاز الإجتهد الأمريكي اللجوء إلى التحكيم في المنازعات المتعلقة بقوانين المنافسة، وقد تمثلت هذه الإجازة بالقرار صادر عن المحكمة العليا في قضية mitsubishi سنة 1985، والذي رأته المحكمة أن العقود الدولية التي تثير تطبيق قانون المنافسة "تكون قابلة للتحكيم، إنطلاقا من إعتبرات اللياقة الدولية والإحترام إتجاه إختصاص المحاكم الأجنبية، والحاجة إلى نظام لتسوية منازعات التجارة الدولية، الذي يمكن الإتفاق عليه مسبقا، والتي لا يمكن أن تبقى غير أبهين بها، تقود إلى وجوب إعطاء أثر لإتفاقية التحكيم، وإن كان ربما نتوجه غدا نحو الحل المعاكس في القوانين الداخلية".

إن قبول المحكمة العليا بالتحكيم في المنازعات المتعلقة بقانون المنافسة لم يكن مطلقا إذ أنه أرفق بتحفظين، الأول هو أن تبقى المحاكم الأمريكية مختصة لتدقيق في حكم التحكيم. والثاني من مطابقتها لنصوص قانون المنافسة ومراعاته للنظام العام الأمريكي، عند طلب تنفيذه في الولايات المتحدة، أي ما يعرف

بالقراءة الثانية (second looq). والثاني ينص على بقاء حق المحكمة العليا بإسقاط الشرط التحكيمي الذي يجرم طرفا فيه، من حق الحصول على تعويضات طبقا لنصوص القانون الأمريكي الخاصة بالمنافسة.

2.3.3.2.2. في القوانين الأوروبية:

- التحكيم وقانون المنافسة الأوروبي

تطرح مسألة إمكانية اللجوء إلى التحكيم في قانون المنافسة عندما تثار مسألة سلطة المحكم بإعلان بطلان العقود أو الشروط المتضمنة مخالفة لقانون المنافسة وكذلك عندما تطرح مسألة سلطته بتقرير بدل العطل والضرر.

إن الإعراف للمحكم بمثل هاتين السلطتين يتضمن إقرارا بقابلية المنازعات المتعلقة بقانون المنافسة للتحكيم، وأن له انعكاسا على القانون الأوروبي كونه الأكثر تطبيقا بخصوص التحكيم الدولي من القوانين الداخلية. مع الإشارة إلى أن ذلك لا يعني إستقلا لا كليا لهذه المادة عن المسائل الأخرى. إذ تتأثر القابلية للتحكيم هنا بما توصل إليه الإجتهد والفقهاء بخصوص القابلية للتحكيم في المواد الأخرى، وخصوصا لجهة إزالة العوائق والموانع عن طريق التحكيم، بواسطة ذات الآليات التي إتبعته بخصوص القابلية للتحكيم في المواد الأخرى.

- مبدأ القابلية للتحكيم في قانون المنافسة

يرى quover بأن "إتفاقية التحكيم لا تكون باطلة بمجرد أن موضوعها يتعلق بقانون المنافسة الإتحادي". تتوافق هذه النظرة مع النظرة الفقه والإجتهد الفرنسيين اللذين خلصا إلى عدم إبطال الإتفاق التحكيمي بمجرد أن يكون مطبقا على النزاع قاعدة تتعلق بالنظام العام لإستبعاد صلاحية المحكم، إنما يقتضي أن يكون قد تم خرقا هذه القواعد، كما مر معنا.

وعليه فإنه، إستنادا إلى ما هو معمول به بوجه عام في مسألة تثير طابع النظام العام للقواعد القانونية على القابلية للتحكيم، إنتهى الإجتهد الفرنسي إلى إعتبار أن قانون المنافسة ليس مادة تخرج بطبيعتها عن نطاق التحكيم.

ففي هذا الصدد فسخت محكمة الإستئناف قرار محكمة التجارة، الذي قضى برد دفع عدم الإختصاص، المسند إلى طابع النظام العام الإقتصادي، لقواعد قانون المنافسة، سواء على صعيد الإتحاد أو على صعيد الدول الأعضاء. أقرت بالتالي بقابلية المنازعات المتعلقة بهذا القانون للتحكيم لا بل أكثر من ذلك أقرت المحكمة للمحكم سلطة التقدير صحة العقد المتنازع عليه، في ضوء قواعد القانون الإتحادي الخاص بالمنافسة ومعاقبة التصرف المخالف له. وبذلك يكون المحكم مالكا لسلطة إبطال العقد المخالف للنظام العام الخاص بالمنافسة وكذلك لسلطة الحكم ببطل العطل والضرر.

وعلى صعيد القرارات التحكيمية، فإنها تؤكد إجازة التحكيم بصدد المنازعات المتعلقة بقانون المنافسة الأوروبي. ففي القرار التحكيمي الصادر سنة 1984 إعتبر المحكمون أن النزاع يكون قابلا للتحكيم بمجرد أن يكون متعلقا بحق يمكن التصرف به، وأن كان في الأساس متصلا بمسائل تتعلق بالنظام العام حيث لا يمنعهم ذلك من البت فيه، ومؤكدين على أن إثارة المدعى علىية لأحكام القانون الداخلي الإيطالي والقانون الأوروبي، اللذين يستهدفان حماية مبدأ الحرية الاقتصادية، وحرية المنافسة، سواء على صعيد النظام القانوني الإيطالي أو الأوروبي، ليس من شأنها أن تجعل النزاع غير قابل للتحكيم، إنطلاقا من كون الحق المتنازع عليه يمكن التصرف فيه.

- قيود القابلية للتحكيم في قانون المنافسة

تعد لجنة الإتحاد الأوروبي حارسة نزاهة وإستقامة المنافسة في السوق الأوروبية المشتركة. وكونها كذلك فقد منحت إختصاصا حصريا في بعض المجالات، بحيث لا يكون ممكنا منح إختصاصها لأية هيئة أخرى. سواء كانت تابعة للدولة كالقضاء، أو غير تابعة لها، أي هيئة خاصة بالتحكيم. وهذا ما أشارت إليه م. إ. باريس سنة 1993 عندما قضت بأن "الإختصاص الحصري المعترف به أحيانا للسلطات الإتحادية، كاللجنة، يكون قيذا على إمكانية تطبيق القاعدة الإتحادية من قبل المحكم". فمثل هذا الإختصاص الحصري يستبعد إختصاص القضاء التابع للدولة وكذلك من باب الأولى إختصاص المحكمين، ولا يرد على ذلك قبول بأن الإختصاص الحصري نطاق تطبيق واسع من شأنه إستبعاد إختصاص المحكمين أيضا وهذا ما ينطبق على حالة الحاضرة.

ومن جهة ثانية يستدعي أحيانا تطبيق قانون المنافسة فرض بعض العقوبات الإدارية أو الجزائية (amendes et injonctions) بحق الطرف الذي يرتكب مخالفة له مع ماتقتضيه هذه المسائل من خروج بديهي من نطاق سلطات المحكمين. وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف باريس في قرارها الصادر في تشرين الأول من سنة 1993 والمذكور سابقا وفي قرارها الصادر بتاريخ سابق من ذات السنة عندما قضت بأن "الطابع قانون البوليس الإتحادي لقانون المنافسة لا يسمح للمحكمين بأن يمنعوا التصرفات المخالفة للمادة 85 من معاهدة الإتحاد الأوروبي، وأن يفرضوا العقوبات المالية أو أن يمنحوا إعفاء فرديا بموجب المادة 85" [80] ص 371-376

4.3.2.2. المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها في القانون الفرنسي

إن مسألة قابلية النزاع للتحكيم كانت قد نظمت خلال فترة معينة بنص المادتين 1003-1004 من قانون الإجراءات المدنية القديم، وقد ألغيت هاتين المادتين رقم 72/626 في 5 يوليو 1972 وحل محلها نص المادتين 2059-2060 من القانون المدني.

ومن الملاحظ أن القانون الجديد قد عدل الصياغة فقط ولم يغير محتوى أو مضمون النصوص السابقة.

فنص المادة 2059 من القانون المدني قد تناولت حرفيا المعاني والتحديدات الواردة في نص المادة 1003 من قانون الإجراءات المدنية القديم حيث نصت المادة 2059 على مايلي "يستطيع الأشخاص الإتفاق على التحكيم في كل الحقوق التي يستطيعون بإرادتهم التصرف فيها".

فهذا النص يعالج من حيث المبدأ مشكلة أهلية إبرام إتفاق التحكيم إلا أنه يقصر الموضوعات التي يمكن للأشخاص التصرف فيها بإرادتهم، وهذا التحديد يتعلق بصفة عامة بالنظام العام.

وعلى الرغم من إختلاف الصياغة بين نص المادة 2060 من القانون المدني ونص المادة 1004 من القانون القديم إلا أن الجوهر لم يتغير.

حيث كانت المادة 1004 تنص على أن المنازعات التي لايجوز الإتفاق على التحكيم بشأنها هي المنازعات التي تنصب على الهبة، والوصية، الإيجار، الانفصال الجسماني، الطلاق، مسائل الحالة، والمنازعات التي يجب إبلاغها إلى النيابة العامة.

ونلاحظ أن نص المادة 1004 لم يذكر النظام العام من ضمن المنازعات التي أوردتها.

فأحكام الفقه والقضاء على درجة كبيرة من الأهمية لأن القيود الناجمة عن النظام العام بالنسبة لعدم قابلية المنازعات للتحكيم هي من أهم التعقيدات أو الصعوبات التي تثار في مادة التحكيم وهذا يرجع بدهاء إلى غموض فكرة النظام العام، وكثرة القوانين المتعلقة بها. فكثرة هذه القوانين وختلافها من حيث الهدف وطريقة التدخل تجعل تطبيق مفهوم النظام العام في مادة التحكيم أوفي أي مادة أخرى، من التطبيقات الصعبة والمعقدة والمتشابكة.

علاوة على ذلك فإنه توجد صعوبة خاصة بالتحكيم تتعلق بالطبيعة المختلطة لهذا النظام الذي يكون تعاقديا، وقضائيا في أن واحد وهذه الصعوبة تضي غموضا آخر على هذه الفكرة.

1.4.3.2.2. النفقة

في الواقع أن المنع إتفاق التحكيم فيما يتعلق بالهبة له ما يبرره ويجد هذا المنع أساسه في نص المادة 2059 من القانون المدني، حيث أن الحق في النفقة يؤمن الحاجة الأساسية للدائن ويكون هذا الحق من الحقوق غير القابلة للتصرف.

ففكرة عدم قابلية الحقوق المتعلقة بالنفقة للتصرف تؤدي إلى منع إبرام إتفاق التحكيم المتعلق بتلك الحقوق.

والقضاء كان قد إستنبط أن التحكيم ممكنا بالنسبة للنفقات المستحقة (أو الواجبة الأداء) بمقتضى عقد من عقود المعاوضة وقد دار جدل في الفقه لمعرفة ماذا كان ينبغي أن يمتد المنع ليشمل الإلتزام بالنفقة ذات الأصل القانوني.

فبعض الفقهاء إعتبروا أن الحق في النفقة الناتج عن نص المادة 205 وما يليها من القانون المدني الفرنسي يمكن أن يكون من الموضوعات القابلة للتحكيم. ويرى البعض الآخر عكس ذلك وتتلخص وجهة نظرهم في أن الحق في النفقة من الحقوق غير القابلة للتصرف ولا يمكن أن تكون من الموضوعات التي يجوز التحكيم بشأنها.

ويترأى لنا أن الحق في النفقة ذات الأصل القانوني يشكل قلب المنع، لأنه يتطابق مع الحاجات الأساسية للدائن وليس هناك مبررا معقولا لإجراء تفرقة بين النفقة المعطاة (أو الموصى بها)، والنفقة الممنوحة في عقد من عقود التبرع.

وإذا كان من المحذور التنازل مسبقا عن النفقة، فليس ممنوعا التنازل عن الفوائد المستحقة عنها وانطلاقا من هذا ينبغي التسليم بإمكانية إبرام إتفاق التحكيم فيما يتعلق بالفوائد المستحقة عن النفقة. [61] ص 392-397

2.4.3.2.2. المنازعات المتعلقة بالحالة والأهلية

أ- المسائل المتعلقة بالحالة

توجد بعض المسائل التي تتعلق بطبيعتها بالحالة الشخصية للفرد وبالنظام العام بحيث لا حاجة للبحث عما إذا كان هناك نص معين يتعلق بالنظام العام قد خلف أم لا، فهي من النظام العام لأنها تستهدف حماية المصالح العليا للمجتمع.

إذ لا يجوز التحكيم في مسائل الحالة لأنها المركز القانوني الذي يحدد وضع الفرد بالنسبة للدولة والمجتمع فلا يجوز التحكيم في مسائل الجنسية كالإقرار بها أو نفيها..... إلخ [7] ص 253 وتشمل مسائل الحالة ما يلي: واقعة الوجود (الحياة أو الموت)، السن، الجنس، الجنسية، المركز العائلي، (البنوة- الزواج، الطلاق)، وكذلك المنازعات الناشئة عن الحالة (تنظيم الحالة المدنية) ويضيف جانب من الفقه إلى المسائل الحالة النظام المهني.

فالمحكم يكون غير مختص للفصل فيما إذا كان الشخص يملك صفة التاجر أم لا. حيث أن المحكم يكون مختصا بالحكم على سبيل المثال فيما إذا كان الشخص يملك أو لا يملك صفة التاجر فنص المادة 1466 من قانون الإجراءات المدنية الجديد يسمح للمحكم بالإختصاص في تقدير شرعية شرط التحكيم. وعلى العكس يكون من المستبعد تماما على المحكم الفصل في الطلاق. أو في بنوة طفل، أو فحص نزاع متعلق بالجنسية. فأحيانا يكون الحظر (أو المنع) مرتبطا بنص المادة 2059 من القانون المدني ففي إطار هذا النص يستطيع الأشخاص الإتفاق على التحكيم في كل الحقوق التي يستطيعون

بإرادتهم التصرف فيها [61] ص 392-393

لا يجوز كذلك التحكيم في المنازعات المتعلقة بالأهلية فليس لأحد التنازل عن أهليته ولا التعديل من أحكامها [52]ص139 بحيث نجد نص المادة 83 من قانون الإجراءات المدنية القديم على أن من بين المسائل أو الدعاوى التي يجب إبلاغها للنيابة العامة تلك المتعلقة بالقصر. ولهذا السبب فإنها تكون مستبعدة من مجال التحكيم إلا أن هذا الحل الوارد في نص المادة 83 من القانون المشار إليه قد أُلغى هذا النص بموجب المرسوم رقم 855/68 في 2 أكتوبر 1968 والتعديل الذي تم بموجب القانون رقم 626/72 الصادر في 5 يوليو 1972 لم ينص على أن الدعاوى المتعلقة بالقصر يجب إبلاغها للنيابة العامة. ومن هنا وطبقا لنص المادتين 2061، 2059 من القانون المدني من الممكن أن تخضع المنازعات المتعلقة بالقصر للتحكيم تحت تحفظ إحترام قواعد الأهلية.

3.4.3.2.2. المنازعات المتعلقة بالنظام العام الإجتماعي الحمائي

ما يميز النظام العام الإجتماعي الحمائي عن قواعد النظام العام الحامية للمصالح الخاصة أن المشرع المعاصر يحمي أشخاصا معينة تعتبر أقل كفاءة من الطبقات الأخرى للدفاع عن مصالحها وهؤلاء الأشخاص هم الأجير، المستهلك.....إلخ.

ونلاحظ بصفة عامة أن القانون لا يفرض على هؤلاء المتعاقدين سوى إكتساب حقوق معينة: إذن هذه الحقوق وحدها هي ممنوع التنازل (أو التخلي) عنها مسبقا. وإتفاق التحكيم ليس ممنوعا في حد ذاته إلا بهذه المعايير، وينبغي إذن تحديد إبتداءا من أي لحظة يكون للأطراف حرية التصرف في الحقوق المتعلقة بالنظام العام الحمائي.

من المناسب التفرقة بين ما إذا كان القانون يفرض ميلاد الحق في لحظة تكوين العقد، أو أن القانون يحكم فقط آثاره الطبيعية. ففي الحالة الأولى:- الحق يكتسب فور إبرام العقد، ومن الممكن التخلي عنه إبتداءا من هذه اللحظة بشرط أن يكون هذا التنازل قد تم في العقد نفسه. وفي الحالة الثانية:- في المقابل فإن التنازل لا يكون ممكنا إلا بالتتابع (أولا بأول) لضبط تنفيذ العقد. لأنه في هذه اللحظة فقط تكون الحقوق قد تم إكتسابها، وهكذا يكون من الممكن للأجير aux salaires التنازل نظرا لأن هذه الحقوق تكون مستحقة الأداء.

- التحكيم والإيجار

معظم القواعد العامة للإيجارات تقريبا وعلى سبيل الحصر عبارة عن قواعد تكميلية (أو تفسيرية). فمن الناحية العملية من المؤكد إمكانية اللجوء إلى التحكيم فيما يخص هذه القواعد.

ولا يكون نفس الشيء في التشريعات الخاصة بالإيجار والتي تملك صفة (أو الطابع) النظام العام فالنصوص القانونية في هذا الصدد تكون بصفة أساسية عبارة عن قواعد لحماية الطرف الضعيف "أي المستأجر" وهذه الحماية تتدخل بصفة عامة فيما يتعلق بهاتين النقطتين، قيمة الإيجار وحالة المستأجر في لحظة إنقضاء الإيجار.

وينبغي التساؤل إلى أي مدى تشكل هذه النصوص عقبة أمام صحة أو شرعية إتفاق التحكيم المبرم فيما يخص الحقوق التي يحميها القانون؟

وانطلاقاً من هذا فإن منع إبرام إتفاق التحكيم ليس منعا عاما، (أو منعا مطلقا) وعلى إثر ذلك سوف نتطرق إلى الإيجار التجاري، إيجار الأراضي الزراعية.

- الإيجار التجاري

إن شرعية إتفاق التحكيم لا تشكل صعوبة في الإيجار لأغراض تجارية، والمشكلة الوحيدة التي تتأثر هو تكيف الشرط الذي بمقتضاه يعهد الأطراف إلى الشخص ثالث، بتحديد أو إعادة النظر في الإيجار. ومشكلة التكيف تتأثر أيضا في إطار الإيجار التجاري الخاضع لمرسوم 30 سبتمبر 1953 أي للنظام القانوني (الملكية التجارية) وفضلا عن ذلك تثار أيضا مشكلة أخرى وهي قابلية المنازعات المتعلقة بالملكية التجارية للتحكيم.

ويرى جانب من الفقه أن النظام القانوني للملكية التجارية (le statut de la propriété commerciale) يتعلق بالنظام العام فالأحكام التي تحمي المستأجر في الإيجار التجاري على ما يبدو لم تترك سوى مكانا قليلا للتحكيم.

ومع ذلك أضاف صاحب هذا الرأي وبحق أن التحكيم لا ينبغي أن يكون مستبعدا إلا إذا كان هناك خطر سقوط هذه الحماية المتعلقة بالنظام العام، والتي تكون على مستويين إعادة النظر في تحديد قيمة الإيجار، أو إعادة تجديده والضمانات ضد إستبعاد غير عادل للمستأجر من قبل المالك.

والمسألة التي يكون التحكيم بمقتضاه مستبعدا، هي إعادة النظر في الإيجار في أثناء سريان عقد الإيجار (يتعلق الأمر بالإيجار الأساس الأصلي أو الإيجار المجدد).

في الواقع يستطيع الأطراف أن يتفقوا بطريقة مباشرة على اللجوء إلى التحكيم لتحديد القيمة الإيجارية ولكن في إطار القيود القانونية المقررة في هذا الشأن وعلى العكس، يكون إتفاق التحكيم باطلا لو أن الإيجار المقترح على المحكم يسمح بتحديد الإيجار في خارج القيود المسموح بها قانونا.

على سبيل المثال لو أن الحد الأقصى المقترح من قبل المالك كان أعلى من القيمة الإيجارية.

التحكيم وعقود إيجار الأراضي الزراعية baux ruraux

إن مشكلة اللجوء إلى التحكيم في مادة عقود إيجار الأراضي الزراعية أثارت في سنة 1950، نقاشا فقهيًا وقضائيا على درجة كبيرة من الأهمية، إرتبط من حيث المبدأ بإسناد الإختصاص المقصود على المحكمة *paritaire* بخصوص حسم المنازعات بين المستأجر والمؤجر وهذه الحجة كانت قد أستبعدت سريعا من قبل القضاء وأنه بخصوص الإيجارات الزراعية فإن الفقه قد أشار بطريقة قاطعة إلى ان التوزيع الأمر للإختصاص لا يكفي لإستبعاد اللجوء إلى التحكيم.

الإدعاء بأن الإختصاص المقصود على المحكمة *paretaire* يشكل عقبة كان قد أستبعد، وفي نظر البعض إلى أن التشريع في عقود إيجار الأرض الزراعية يكون ملزما لأنه يتعلق كلية بالنظام العام وفي النظر البعض الآخر لا يتعلق الأمر هنا بنظام عام لحماية المستأجر، فإمكانية إبرام إتفاق التحكيم لا ينبغي أن تكون مقيدة إلا بقدر الضروري لحماية الحقوق المتعلقة بالنظام العام لهذا المستأجر.

ومن المسلم به أن الأطراف يمكنهم الإتفاق على أن يخضعوا للمحكم تحديد قيمة إيجار الأراضي الزراعية داخل قيد الجدول المحدد *par arretes prefectoraux*، آخذين في الإعتبار العناصر المتعلقة بكل واقعة.

والمشكلة الوحيدة التي تثار هنا، هي مشكلة تكيف هذا الإتفاق والذي لا ينشأ بدون شك تحكيما حقيقيا.

4.4.3.2.2 التحكيم والإجراءات الجماعية procedures collectives

- مبدأ إستبعاد التحكيم

إن مختلف النصوص المتعاقبة في مادة الإفلاس قد أسندت إختصاصا مقصورا على المحكمة التي أفتتحت الإجراء أو الخصومة (أي وفقا للواقعة، المحكمة التجارية أو المحكمة الابتدائية) لإصدار الحكم في كل المنازعات المتعلقة بالإجراءات الجماعية، وقد كان هذا الحل منصوصا عليه قبل 1967 في نص المادة 635 من القانون التجاري، وبعد ذلك أشير إليه في نص المادة 112 من مرسوم 22 ديسمبر 1967، وأصبح هذا الحل معمولا به في نص المادة 174 من المرسوم رقم 1388/85 في 27 ديسمبر 1985 والمطبق بقانون 25 يناير 1985 وبمقتضى هذا النص.

"المحكمة المطروح عليها التقويم القضائي (*redressement judiciaire*) تعني بكل ما يتعلق بالتقويم *le redressement* التصفية القضائية، الإفلاس الشخصي، وأي إجراءات أخرى منصوص عليها في قانون 25 يناير 1985 بإستثناء دعاوى المسؤولية المدنية ضد المدير، والتي تكون من إختصاص المحكمة الابتدائية.

أن الإختصاص المقصور على المحكمة الابتدائية لا يكفي دائما لمنع إبرام إتفاق التحكيم، ولكن هدف هذا الإختصاص في موضوع الإفلاس، وعلى ما يبدو، أنه من طبيعة تشكل عقبة أمام التحكيم.

ونظرا لأن هذا الهدف الذي يمس المصلحة العامة للإلتزام وحماية الشركات التي تمر بصعوبات لايمكن الإعتداء عليه لوأن الأطراف طرحو نزاعهم على محكمة أخرى،سواء تعلق الأمر بقضاء الدولة أوالقضاء التحكيمي ومن أجل هذا فإن التحكيم يكون مستبعدا في كل المنازعات المتعلقة بالإختصاص المقصور على محكمة الإفلاس وهذا الحل كانت المحاكم قد كرسته،من قبل،في إطار نص المادة 635 من القانون التجاري،وكان هذا الحل هو المعمول به بعد سنة 1967 ومما لاشك فيه أن العديد من الأحكام الحديثة قد قبلت بالتحكيم في مادة الإجراءات الجماعية.

فهذه الأحكام تبين أن النزاع الخاضع للتحكيم كان مستقلا عن الإجراء الجماعي،إذن خارج نطاق الإختصاص المقصور على المحكمة التي أفتتحت الخصومة.

فالجوء إلى التحكيم لايقصد به الأطراف تعيين هذا القضاء أوذلك بل إختيار نموذج آخر لتسوية المنازعات.ومن ثم لايمكن أن نتصور أن المشرع بإسناد الإختصاص الأمر لنوع معين من المنازعات - لمحكمة معينة- بغرض تحديد المحاكم التي تبدو له أنها أكثر ملائمة من بين محاكم الدول،يريد أن يستبعد هذا النموذج الخاص بتسوية النزاع الأ وهوالتحكيم،لأن مسائل الإختصاص تكون أجنبية عن المحكمين وذلك لأن حقهم في تسوية النزاع يكون نتيجة إتفاق وليس نتيجة تنظيم قضائي،ومفهوم الإختصاص القاصر هوأن المحكمة المطروح عليها نزاع ما والحل يعتمد على حكم تعلق بإختصاص قاصر على القضاء آخر ينبغي على هذه المحكمة وقف الفصل في الدعوى حتى يفصل القضاء الآخر. [61]ص394-417

- مجال إستبعاد التحكيم

يكون التحكيم مستبعدا بالتأكيد عندما يتعلق الأمر بإفتتاح الخصومة أوبناءا على تطبيق قواعد خاصة بالتقويم(redressement) التصفية القضائية:

أي بطلان التصرفات القانونية المبرمة خلال فترة الريبة (dessaisissement) وبطلان دعوى المسؤولية ضد المدير فيما يخص نص المادة 180من قانون 25يناير1985 (نص القديم). في كل هذه الحالات يتعلق الأمر بمنازعات (متولدة عن الإفلاس) والتي تشكل قلب من الإختصاص المقصور على المحكمة.ويكون الأمر في غاية الدقة لتحديد أي المنازعات التي خلالها تمارس حالة الإفلاس نفوذ قانوني.

ويمكننا أن نستنبط أن التحكيم ليس مسموحا به بالضرورة لمجرد أن العقد المتنازع فيه كان قد أبرم في وقت سابق على إفتتاح الإجراء(أوالخصومة)بل ينبغي أيضا ألا يكون سبب هذا النزاع داخل في الإجراءات الجماعية(أي مرتبط بحالة الإفلاس).والجدير بالذكر أنه لاينبغي دائما إستبعاد التحكيم فيما يخص العقود اللاحقة بشرط ألايكون النزاع واقعا تحت التأثير القانوني لحالة الإفلاس.ونستطيع أن نذكر في هذا

المعنى حكم لمحكمة النقض في 17 يناير1956. [61]ص417-419

5.4.3.2.2. الملكية الصناعية

لايجوز التحكيم كذلك في المسائل الملكية الفكرية،سواء كانت الملكية الصناعية،كالرسوم والنماذج،والعلامات التجارية،أو ملكية أدبية. [52]ص140 فإذا كانت القابلية للتحكيم في الموضوعات المتعلقة بـ *dessins et modeles*، ونفس الشئ في إمكانية خضوع المنازعات المتعلقة بالعلامات الصناعية للتحكيم وبصفة خاصة براءة الاختراع مثارا للجدل، فإن الجدل يدور حول إسناد الإختصاص المتضمن في قانون 31 ديسمبر 1964 بالنسبة للعلامات التجارية وقانون 2 يناير 1968 بالنسبة لبراءة الاختراع أمام المحكمة الابتدائية. وعلاوة على ذلك الصلة الموجودة بين الإحتكار المخول للدولة والنظام العام. ومع ذلك، فإن تطور القانون الوضعي يقود إلى الإعتراف أكثر فأكثر بإمكانية أوسع للتحكيم في هذا المجال بما يتفق مع حاجات الممارسة العملية.

أ- براءة الاختراع

طبقا لنص المادة 1004 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم، فإن اللجوء إلى التحكيم كان محظورا بالنسبة لكل هذه الموضوعات، وكان مسموحا بالنسبة لموضوعات أخرى وقد نصت المادة 68 من قانون 2 يناير 1968 على أن المنازعات المتولدة عن القانون الحالي من إختصاص المحكمة الابتدائية وكانت أحكام القضاء في ذلك الوقت ترى أن التحكيم يكون مستبعدا في مادة براءة الاختراع، وهذه الأحكام قد تبنت تفسير واسعا لنص المادة 68 من قانون المذكور، حيث إعتبرت أن التحكيم يكون مستبعدا بصفة عامة في كل دعاوى (أو الأفعال) التي تعالج براءة الاختراع.

ومن بين المنازعات التي تكون قابلة للتحكيم - المنازعات المتعلقة بشرعية البراءة فهذه المنازعات تكون مستبعدة، كمسألة أولية من الإختصاص التحكيمي دون أن يكون هناك محل التساؤل عما إذا كان قد حدث إنتهاك أو خرق للنظام العام.

ويكون أيضا مستبعدا من التحكيم المنازعات المتعلقة بـ

Le licences imposées : licence obligatoire pour défaut d'exploitation d'un brevet (l.art.32)

Ou pour cause de dépendance (art. 36 al. 21) licence d'office dans l'intérêt de la santé publique (art. 37) ou pour les besoins de la défense nationale (art 40).

كل هذه الإجراءات لمنح الرخصة متعلقة بالمصلحة العامة التي تستبعد تدخل القاضي الخاص. فقد إستوجب القانون تارة تدخل النيابة العامة وتارة موافقة (أو تصديق) وزاري وتارة أخرى تدخل وزير الدفاع. وفي غياب سوابق قضائية تتعلق بهذا الموضوع. فقد أجمع الفقه على عدم القابلية للتحكيم في هذه المنازعات.

وقد تردد الفقه بصدد نوعين من المنازعات:

- المنازعات المتعلقة بالتقليد (أو التزييف) *de la contrefaçon* والمنازعات المتعلقة بملكية البراءة.

فيما يخص المنازعات المتعلقة بالتقليد إنقسم الفقه إلى إتجاهين إتجاه يرى أن هذه المنازعات تخضع للتحكيم وإتجاه آخر يرى أن نص المادة 45 من قانون 68 أسند الإختصاص بشأن المنازعات المتعلقة بالتقليد إلى المحكمة الابتدائية (وهو إختصاص قاصر على هذه المحكمة) وأن هذا النص على خلاف نص المادة 68 لم يكن قد عدل في 1978 لكي يفتح الباب أمام إمكانية التحكيم في هذه المنازعات. إذن يمكن للقضاء اليوم أن يعطي لنص المادة 54 نفس التفسير الذي أعطاه لنص المادة 68 قبل سنة 1978 وهذا التفسير يستبعد التحكيم في هذه المنازعات. وقد لاحظ فقهاء آخرون أن الجدل السابق ليس له فائدة في الممارسة العملية لأن المنازعات المتعلقة بالتقليد سوف تثير دائما مسألة (أو مشكلة) شرعية البراءة وهذا في حد ذاته كافيا لإستبعاد إمكانية اللجوء للتحكيم في مثل هذا الفرض.

- فيما يخص المنازعات المتعلقة بملكية البراءة إنقسم الفقه أيضا فيما يتعلق بالمنازعات المتعلقة بملكية البراءة، ومدى إمكانية اللجوء للتحكيم بصددها بين المؤيد ومعارض وبصفة عامة، فإن هذا النمط من المنازعات قابل للتحكيم.

- العلامات التجارية

تتضمن المادة 16 من قانون 23 يونيو 1887 والمادة 24 من قانون 21 ديسمبر 1964 حول العلامات مايلي "دون إخلال بأحكام المادة 384 من قانون الإجراءات الجنائية فإن الدعاوى المدنية المتعلقة بالعلامات ترفع أمام المحاكم الابتدائية والمادة 2/26 وسعت من هذا الإختصاص شأنها في ذلك شأن المادة المتعلقة ببراءة الإختراع ليشمل المسائل المرتبطة بالمنافسة غير المشروعة" والقضاء لم يعتبر أن هذه النصوص تشكل عقبة أمام التحكيم في مادة العلامات، ومن ثم فقد قضت محكمة باريس بأنه لا يوجد أي نص قانوني يتعلق بالنظام العام يحظر الأطراف من الخضوع للتحكيم في نزاع يتعلق بالحقوق المتعلقة بالعلامات. وقد إعتبر الفقه بالإجماع أن هذا الحل ينبغي أن يكون ساريا بعد 1964.

وكما هو الحال في مادة براءة الإختراع، فإن المنازعات المتعلقة بعقود إستغلال هي بالتأكيد قابلة للتحكيم، وعلى العكس فقد ثار جدل في الفقه حول إمكانية أن يخضع للتحكيم في المنازعات المتعلقة بالتقليد، لأنها في مادة العلامة تشكل جريمة جنائية أو حول التحكيم في العقوبة التي يمكن أن تقرر ضد المقلد (أو المزيف). فالمسائل الجنائية كما سبق القول من المسائل التي لا يجوز التحكيم بشأنها، أما المسائل المدنية المتولدة عن التزوير فمن المسلم به أن مثل هذه الموضوعات يجوز التحكيم فيها. إلا أن بعض الفقهاء قد إستبعدوا التحكيم في هذه المسائل بالقياس مع الحل الذي سبق أن أبداه جانب من الفقه في مادة براءة

الإختراع وأن هذا الحل كان محلاً للجدل والنقاش. أما فيما يتعلق بالإختصاص المحكم للفصل في صحة (أو مشروعية) العلامة، هذه المشكلة لو تكن قد أثيرت.

6.4.3.2.2. الحق في المنافسة

سوف نفحص هنا إمكانية التحكيم بالنسبة لقواعد الحق في المنافسة في القانون الداخلي الفرنسي والواردة في نص المادة 50 ومايلها من الأمر رقم 1483/45 في 30 يونيو 1945، هذه النصوص تحظر أو تمنع الإتفاقات القاصرة على المنافسة « les ententes, restrictives de concurrence » وكذلك أنشطة الشركات التي تشغل (أو تحتل) وضع معين (أو مسيطر) يعوق (أو يعطل) الوظيفة العادية للسوق. وأن مخالفة هذا النص يؤدي إلى عقوبات جنائية، وجزاءات أخرى فمنذ تعديل الهام في سنة 1977 توجد جزاءات إدارية يعلن عنها وزير الإقتصاد بعد الأخذ رأي لجنة المنافسة.

من المؤكد أن المحكم لا يستطيع ان يحكم بأي جزاءات ضد شركة متهمة بمخالفة نص المادة 50 ولكن هل يستطيع المحكم أن يقرر شرعية إتفاق بين الشركات فيما يتعلق بهذا النص؟

يرى أحد الفقهاء أن المنازعات المتعلقة بالحق في المنافسة لا ينبغي أن تخضع للتحكيم في رأي هذا الفقيه أنه إذا أفتتح المحكم أن إتفاق التحكيم يعتمد على نص المادتين 50، 51 من مرسوم سنة 1945 ينبغي عليه أن يعلن عدم إختصاصه. بيد ان القضاء الفرنسي لم يساير هذا الإتجاه، حيث أن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية قد أيدت محكمة إستئناف باريس ببطان إتفاق التحكيم حيث إعتبرت المحكمة أن إتفاق التحكيم باطل ليس لكون النزاع يمس موضوع من الموضوعات المحجوزة لقضاء الدولة بل لخرق النظام العام من قبل الأطراف. ويتضح مما سبق أن مالايجوز فيه التحكيم ينحصر فقط في المسائل المتعلقة بالنظام العام، فعقد التحكيم في هذه المسائل يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً من النظام العام، فيجوز أن يتمسك به أي خصم في دعوى، وفي أية حال تكون عليها الإجراءات، وعلى المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها دون الإعتداد بما إتفق عليه الخصوم.

ولكن ماهو الحل في حالة ما إذا إشتمل إتفاق التحكيم في شق منه على منازعات لايجوز التحكيم فيها؟

لم ينص قانون التحكيم على عدم جواز تجزئة التحكيم، في حين ان القانون المدني ينص في المادة 1/557 " على أن الصلح لا يتجزأ فبطلان جزء منه يقتضى بطلان العقد كله.

وقد نصت الفقرة الثانية من ذات المادة على أن حكم الفقرة الأولى لا يسري إذا تبين من عبارات العقد أو من ظروف أن المتعاقدين قد إتفقا عن أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض".

يتضح من هذا النص أنه ينبغي التفرقة بين نوعين من التحكيم: التحكيم بالصلح والتحكيم بالقضاء. فالتحكيم بالصلح طبقاً لنص المادة السابقة غير قابل للتجزئة وبناءً عليه فإنه إذا إشتمل العقد في

شق منه على منازعات لايجوز التحكيم فيها يترتب على ذلك البطلان العقد كله ولعل القانون قد راعى مالمصلحة من صفة خاصة تميزه عن غيره من العقود.

أما التحكيم بالقضاء فهو يقبل التجزئة بطبيعته سواء من ناحية الموضوع أو من ناحية الأطراف، ولايستثنى من هذه القاعدة إلا الحالة التي يكون فيها الموضوع لايقبل التجزئة بحسب طبيعته أو بنص القانون أو بالاتفاق ومن ثم إذا إتفق على التحكيم في أمر يتصل شق منه بالنظام العام بطل التحكيم في هذا الشق دون الشق الآخر وعلى المحكمة أن تبطل التحكيم في شق المتصل بالنظام العام وتستبقيه بالنسبة للشق الآخر.

وإذا عرض على المحكم موضوع يألف من عدة طلبات بعضها يتصل بالنظام العام دون البعض الآخر،وجب عليه أن يمتنع عن الفصل في شق المتصل بالنظام العام لإنتفاء سلطته في هذا
الصدد[61]ص420-435

خلاصة الفصل

باعتبار أن إتفاق التحكيم له دور كبير في مجال التحكيم غير أنه تواجهه عوائق تتمثل في فكرة النظام العام التي يستعصى تحديدها نظرا لمرونتها إذ ما يعد من النظام العام في دولة ما قد لا يعد من النظام العام في دولة الأخرى وعلى هذا الأساس تطرقنا إلى النظام العام في القانون الجزائري والمصري والفرنسي وإلى النظام العام في القانون الدولي الخاص كما تطرقنا إلى النظام العام الدولي الحقيقي التي تعتبر فكرة بدأت تظهر حديثا تتجلى تطبيقاتها من خلال أحكام القضاء الفرنسي لهذا نجد صعوبة في تحديد المسائل التي قد تكون من النظام العام والتي تستبعد من نطاق التحكيم لذلك قامت التشريعات الوطنية بالتحديد هذه المسائل والمتمثلة في الأحوال الشخصية والمسائل الجنائية،المسائل المتعلقة بالجنسية..... إلخ وتم تكريس هذا من خلال أحكام القضاء والفقهاء.

خاتمة

نظرا لأن التحكيم أصبح له دور في مجال التجارة الدولية إذ نجد أنه منصوص عليه في كل من القوانين الوطنية والقوانين دولية كالمعاهدات وفضلا على أن التحكيم يسعى إلى إقامة السلام بين الأطراف أكثر من سعيه نحو التثبيت بإعتبرات قانونية خالصة فهذا تكمن خصوصيته في إتفاق التحكيم الذي لازال إلى حد الآن محل جدل.

لذا يجب أن ينال إهتمام الباحثين وذلك من أجل تطرق إلى كل الجوانب والنقاط التي تخص هذا الإتفاق حتى لا يجد الأطراف ثغرات تسمح لهم بالإنحراف والتلاعب بالقواعد التي تحكمه ونظرا لأن إتفاق التحكيم هو عقد فيجب أن تتوافر في هذا العقد كل القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني كما أنه يمتاز بخصوصية أيضا تجعله يتميز عن باقي العقود الأخرى لأن مجال الإتفاق على التحكيم يكون في عقود التجارة الدولية التي لها دور كبير في تنمية الإقتصاد الدولي وكما أن هذا الإتفاق هو الأساس الذي يستند عليه النظام القضائي الخاص والسبيل المفضل لحل المنازعات الخاصة الدولية، ألا وهو نظام التحكيم بل إمتد تعزيز هذا الإتفاق إلى إلزام الأطراف بإحترام آثاره والتقيد بما تمليه قواعد التجارة الدولية.

وأن إتفاق التحكيم عند تنفيذه تواجهه مشاكل سواء من ناحية القانونية المتمثلة في فكرة النظام العام التي تعد فكرة تصعب تحديدها نظرا لمرونتها إذ نجد كل من المشرع المصري والمشرع الفرنسي والمشرع الجزائري لم يضعوا تعريفا للنظام العام ولم يحددوا فكرة تاركين الأمر للفقهاء والقضاء وقد حاول الفقهاء والقضاء معالجة ما أغفله المشرع ولكن محاولتهما لم تكلل بالنجاح نظرا لأن فكرة النظام العام هي إحدى الأفكار القانونية التي تستعصى على التعريف لمرونتها وتغيرها بالتغير الزمان والمكان، وإذاء هذه الصعوبة إكتفى الفقهاء بتقريبها إلى الأذهان باللجوء إلى تعريفات مطولة وقد لاحظنا أن جميع التعريفات التي أوردها الفقهاء غير كافية لتحديد الفكرة تحديدا دقيقا وأن البطلان الناشئ عن مخالفة النظام العام هو بطلان مطلق يستطيع التمسك به ويمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه، كما يمكن إثارة الدفع بالنظام العام في أي مرحلة تكون عليها الدعوى، ويمكن إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض ولا يزول مثل هذا البطلان بالإجازة كما نجد المحكم يستمد سلطاته من إرادة الأطراف فإنه يلزم بإحترام النظام العام الذي إختاره الأطراف شريطة

ألا يتعارض هذا مع النظام العام الدولي الحقيقي، وأن لجوء المحكم إلى النظام العام للقانون الذي إختاره الأطراف يفسر بكون المحكم لا يرى ضرورة اللجوء إلى نظام عام للقانون الوطني ما غير قانون العقد.

لأن حل المشكلة في إطار قانون العقد نعثر على حل مطابق لها في قوانين وطنية أخرى ومن هنا فإن النظام العام الوطني لقانون العقد يبدو مطابق للنظام العام الدولي الحقيقي الذي يستمد مصادره من الأدوات الدولية وبصفة خاصة المعاهدات الدولية فإذا حدث تعارض فإنه ينبغي على المحكم تفضيل النظام العام الدولي الحقيقي على الأنظمة العامة الوطنية، فقد إقتضت ضرورات التجارة الخاصة الدولية بنشأ بعض القواعد التي تحكم العلاقات التجارية بين التجار ونجد أن المصادر هذه القواعد تكمن في الأعراف التجارية السائدة بين التجار في مجال التجارة الدولية، وهو الأمر الذي يساعد على تكوين قواعد دولية مستقلة عن القواعد الوضعية السائدة في الدول المختلفة، تستجيب بالدرجة الأولى إلى طبيعة التجارة الدولية، كما نجد هناك جدل كان فيما يخص اللجوء الدولة ومؤسساتها العامة إلى التحكيم الذي كان يعد محضورا بمقتضى نص المادتين 1004، 83 من قانون المرافعات الفرنسي القديم إلا نص المادة 2060 من القانون المدني وقد أضاف المشرع الفرنسي في سنة 1975 فقرة الثانية إلى المادة 2060 من القانون المدني هذه الفقرة أجازت للمؤسسات العامة الصناعية والتجارية إبرام عقود تحكيم بعد الحصول على إذن ترخيص بموجب مرسوم وهكذا فقد أدخل المشرع إستثناء على حظر اللجوء الدولة للتحكيم وهذا الخلاف المشرع الجزائري حيث نجد أنه سمح للأشخاص العامة (الدولة والمؤسسات العامة) اللجوء إلى التحكيم في علاقتها الإقتصادية وبالتالي بدون الحصول على إذن لذي يجب على المشرع الجزائري أن يتدارك ما أخذ به المشرع الفرنسي وهي في حالة اللجوء الدولة والمؤسسات العامة إلى التحكيم إذ لا بد من الحصول على إذن من طرف الأشخاص المعنية كما أن هذا إتفاق تواجهه مشاكل سواء من حيث أهلية أطراف التحكيم أو من حيث الكتابة أو من حيث الدفع بوجود إتفاق التحكيم إذ أن بالرجوع إلى المعاهدات الدولية تبين لنا موضوع القابلية للتحكيم من الأمور التي لاقت إهتماما كبيرا من المشاركين من أجل التوفيق بين مختلف الدول في هذا الخصوص وضرورة الوصول إلى حل يسمح للتحكيم أن يؤدي دوره على أفضل وجه ممكن، وبأقل قدر ممكن من تدخل المحاكم الوطنية لإبطال إتفاق التحكيم بدعوى أن الموضوع المطروح على التحكيم من الموضوعات التي لا يجوز تسويتها عن طريق التحكيم، فبعض الدول تجعل الأصل هو جواز التحكيم في كافة المسائل مع الإستثناءات محددة مقرررة على سبيل الحصر وفي أضيق نطاق ممكن وعلى العكس تماما فإن هناك دولا تعتبر التحكيم طريقا إستثنائيا ويؤدي ذلك إلى توسع نطاق المسائل التي لا يجوز التحكيم بشأنها.

أما إذا نظرنا إلى التطبيقات العملية نجد أحكام القضاء والفقهاء إستقرت على تحديد المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها لتعلقها بالنظام العام أي تلك التي تقتصر على علاقات الأحوال الشخصية، والعلاقات ذات الطابع السياسي وتضيف نطاق المسائل التي لا يجوز التحكيم في شأنها متى كانت متصلة بإحدى صور المعاملات الدولية، وضرورة تفادي الإتجاهات الهدامة الساعية إلى محاولة النكول على التعهدات السابقة

بقصد تعليل الفصل في المنازعات وضرورة التغلب على العائق النفسي المعادي للتحكيم لدى القضاء الوطني.

قائمة المراجع

- 1- مجلة المحكمة العليا، الطرق البديلة لحل المنازعات – الصلح و الوساطة و التحكيم، الجزء الأول، قسم الوثائق، 2009.
- 2- د/ حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004.
- 3- م/ معوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 1997.
- 4- د/ عبد المنعم دسوقي، التحكيم التجاري الدولي و الداخلي، قانون الجديد رقم 27 سنة 1994، بدون طبعة، مكتبة مربولي، 1995.
- 5- د/ وائل أنور بندق، موسوعة التحكيم، الاتفاقيات الدولية و قوانين الدول العربية، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
- 6- د/ عبد المجيد الأحذب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة التحكيم، العدد الثاني، 2009.
- 7- د/ ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم - وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية و التجارية رقم 27 لسنة 1994، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1996.
- 8- د/ فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، بدون طبعة ودار النشر.
- 9- د/ نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، 2002، الإسكندرية.
- 10- د/ حسن محمد هند، التحكيم في المنازعات الإدارية، دراسة مقارنة، بدون طبعة، دار الكتب القانونية، 2008، مصر.
- 11- أ/ مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل المنازعات - حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، طبعة 2010، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.
- 12- د/ جلال وفاء محمدين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1995، الإسكندرية.

- 13- د/ أحمد سمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي (مجلة الحقوق)، العدد الأول والثاني، مارس ويونيو 1993، تصدر عن المجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت.
- 14- د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، 2003.
- 15- د/ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، طبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- 16- د/ أبو زيد رضوان، الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي (مجلة الحقوق والشريعة)، العدد الثاني، تصدر عن مجلس النشر العلمي، 1979.
- 17- د/ أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، طبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2003.
- 18- د/ سيد أحمد محمود، نظام التحكيم - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الكويتي والمصري، بدون طبعة، دار الكتب القانونية، 2006.
- 19- د/ محمود السيد عمر التحيوي، أساس التفرقة بين التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوكالة الاتفاقية، بدون طبعة، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2001.
- 20- د/ أحمد ضاعن السمدان، تنازع القوانين في الإنقاذ البحري، مجلة الحقوق، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة الكويت، ص 154.
- 21- لويس قوجال - ترجمة منصور القاضي، المطول في القانون التجاري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2007، ص 385.
- 22- د/ فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الثقافة لنشر والتوزيع، 2008.
- 23- د/ نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، بدون طبعة، المكتب الجامعي الحديث، 2006.
- 24- د/ أحمد أبو الوفاء، التحكيم في القوانين العربية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالإسكندرية .
- 25- ناصر ناجي محمد جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية، دراسة مقارنة، بدون طبعة، المكتب الجامعي الحديث، 2008.
- 26- د/ عاطف شهاب، اتفاق التحكيم التجاري الدولي و الاختصاص التحكيمي، بدون طبعة ودار النشر.
- 27- د/ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2007.
- 28- د/ حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي.
- 29- د/ خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الشروق.
- 30- مجلة التحكيم، العدد الأول، 2009.

31-d/ Nathalie najjar،l'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international, prix de thèse de l'université panthéon – Assas(paris).

32-p/Christian gavalda, l'arbitrage, clause lèvcas de l'eysac Dalloz, paris,1993.

33-د/ محمود السيد عمر التحيوي, الطبيعة القانونية لنظام التحكيم, بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، 2003.

34- د/ حسام الدين فتحي ناصف، قاعدة منع قضاء الدولة من نظر موضوع المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم وقيود تطبيقها، بدون طبعة، دار النهضة العربية، 2001.

35- د/ حسن المصري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، بدون طبعة، دار الكتب القانونية، 2006.

36-المستشار حازم كمال، الموسوعة الشاملة في التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية محليا ودوليا، بدون طبعة و دار النشر.

37- د/ بن سهلة دالي بن علي، الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم وأثره على تسوية المنازعات التجارية الدولية (مجلة دراسات القانونية) العدد الرابع، 2007.

38-د/ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الحديثة، 2004.

39- د/ عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم في البلدان العربية، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009.

40- د/ محمود السيد عمر التحيوي، الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية.

41- د/ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، بدون طبعة، دار النهضة العربية .

42- د/ محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

43- د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، بدون طبعة، دار الكتب القانونية، 2006.

44- قانون 09-08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون إجراءات المدنية و الإدارية(ج ر 21 مؤرخة في 23-04-2008).

45-Fadi nammour, théorie et pratiQue de l'arbitrage interne et international, editions juridiques seder,2000.

46-د/عامر فتحي البطانية، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، طبعة الأولى، دار الثقافة لنشر والتوزيع،الأردن2008، ص72.

47-د/ على عوض حسن، التحكيم الاختياري في المنازعات المدنية والتجارية، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية،2001.

48- « on peut donc conclure que la commission d'arbitrage près de la chambre de la république socialiste de Roumanie ne peut résoudre les litiges que si les parties se sont mises d'accord au sujet de la compétence et que si la manifestation expresse de leur accord a été consignée par écrit indépendamment du fait que cet accord a été réalisé avant ou après le moment où la commission s'est trouvée saisie ».

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

50- د/زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، الطبعة الثالثة، دار الأمل للطباعة والنشر و التوزيع .

51- أ/محمد الأمين ولد أحمد المرابط، خطابات الضمان في المصاريف إسلامية، مجلة الدراسات القانونية،العدد9،دار النشر والتوزيع،الجزائر،2003.

52- د/ عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، دراسة تحليلية مقارنة، طبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث،الإسكندرية،2005.

53- د/ محمد صبري السعدي،شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات ،الجزء الأول، طبعة الثانية، دار الهدى،الجزائر،2004.

54- نور الدين بكلي،اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر،1995.

55- كروش نعيمة، تطور موقف البلاد النامية من التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر،2000.

56-قانون 10/75 المعدل والمتمم بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ، المتضمن القانون المدني .

57-صابر عمار، اتفاق التحكيم وقراءة بعض المشكلات العملية، بدون طبعة، مايو 2006.

- 58-د/ محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، الطبعة الثالثة عشر، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
- 59-أ/ دربال عبد الرزاق، الوافي في شرح القانون الدولي الخاص، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، بدون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة.
- 60- أ/ عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
- 61- د/ أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات خاصة الدولية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
- 62-د/عجة الجيلالي، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الأول، الجزائر، 2006.
- 63-د/علي طاهر البياتي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة قانونية مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.
- 64-أ/سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية- نصا- شرحا- تعليقا(القانون رقم 09/08 المؤرخ في صفر 1429هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008م المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية)، الجزء الثاني، الطبعة 2011، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر.
- 65-h.rollin ,vers un ordre public reellement international, melanges Basdevant ,paris pedone ,1960.
- 66-أ/ أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة النشر.
- 67-د/ أحمد صادق القشيري، نطاق وطبيعة القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، مطبعة جامعة عين الشمس، يناير 1968.
- 68- voir en particulier, b- Goldman, la « lex mercatoria » dans les contrat et arbitra, op, cit,p475,sp p 498.
- 69-kassis théorie general des usage du commerce lg, dj,1984,p484 et p86.
- 70-Paris 13 juill.1989,valenciana,rev,crit dip 1990,305 not appetiti, jdi 1990.
- 71-د/ محمد إبراهيم علي محمد، القواعد الدولية الآمرة - دراسة في إمكانية تقليص الدور الذي تلعبه في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية، هيئة التحكيم والقضاء الوطني، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

72-j.d.lew, la Lio applicable aux contrat internationaux dans la jurisprudence des tribunoux arbitraux, in le contât économiéque international, paris pedone 1975, p51 et sp .

73-م/ عمرو عيسى الفقى، الجديد في التحكيم في الدول العربية، بدون طبعة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2003، .

74-p/Nour Eddine terki, l'arbitrage commercial international en Algérie, office des publications universitaires,1-place centrale de ben aknoun-alger.

75- قانون المرافعات الفرنسي القديم

76-د/ أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، دار المعارف، الإسكندرية، 1988.

77-د/ عبد العزيز العيشاوي، فض النزاعات الدولية بالطرق السلمية، بدون طبعة، دار الخلدونية، الجزائر، 2010.

78-د/ جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، بدون طبعة، بدون دار النشر، الإسكندرية، 2001.

79-المستشار علي سكيكر، تشريعات التحكيم في مصر والدول العربية، بدون طبعة، دار الجامعة الحديثة، الإسكندرية، 2007.

80-د/إياد محمد بردان، التحكيم والنظام العام، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004،