E-ISSN: 2602-6163

أحكام إتفاق التحكيم التجاري الدولي

The provisions of the international commercial arbitration agreement

منار صبرينة
جامعة الجزائر 01 بن يوسف بن خدة
yaya_soukahras@yahoo.com
منار فاطمة الزهرة
جامعة محمد الشريف مساعدية سوق أهراس

تاريخ الاستلام: 08-08-2020 تاريخ القبول:06-09-2020 تاريخ النشر: 15-09-2020

ملخص:

يقوم اتفاق التحكيم بدور أساسي في عملية التحكيم، إذ بدونه لا يمكن إخراج النزاع التجاري الدولي من ولاية القضاء العام وإخضاعه للتحكيم، وتظهر أهمية اتفاق التحكيم باعتباره المرحلة الأولى التي توضع فيها الأسس والمبادئ التي تحكم عملية التحكيم، أي أن التحكيم التجاري الدولي يعتمد أساسا على إرادة أطراف النزاع بدلا من الاعتماد على التنظيم القضائي للبلد الذي يقيم فيه أطراف النزاع، إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة، ومن ثم فإرادة الأطراف هي التي تنشأ اتفاق التحكيم وبدونه لا يمكن تصور نظام التحكيم، وقد تم التطرق لآثار اتفاق التحكيم، حيث يتضح أنه له أثران، أولا سلبي والمتمثل في حرمان أطراف العقد من اللجوء إلى القضاء في النزاع المتفق عرضه على التحكيم، أما عن الأثر الإيجابي فيتمثل في استشارة هيئة التحكيم بحل النزاع بمعنى إباحة اللجوء لهيئة التحكيم، كما يتبين أن اتفاق التحكيم ليس مقصورا على أطرافه فقط، بل يمكن أن ينصرف أيضا إلى خلفه، كما قد ينصرف إلى الغير أيضا.كما أوضحت الدراسة أسباب انقضاء اتفاق التحكيم، وكذا الآثار الناتجة عن هذا الانقضاء.

الكلمات الدالة: اتفاق التحكيم، هيئة التحكيم، أطراف التحكيم، نظام التحكيم، النزاع الدولي.

Abstract:

The arbitration agreement plays a fundamental role in the arbitration process, as without it the international commercial dispute cannot be removed from the jurisdiction of the public judiciary and subjected to arbitration, and the importance of the arbitration agreement appears as the first stage in which the foundations and principles that govern the arbitration process are laid, meaning that international commercial arbitration depends mainly on the will The parties to the dispute instead of relying on the judicial organization of the country in which the parties to the dispute reside, pursuant to the principle of the power of will, and then it is the will of the parties that creates the arbitration agreement and without it the arbitration system cannot be imagined. The effects of the arbitration agreement have been discussed, as it is clear that it has two effects, firstly, negatively, which is to deny the parties to the contract from resorting to the courts in the agreed dispute, to submit it to arbitration. As for the positive effect, it is to consult the arbitration board to resolve the dispute in the sense of permitting the resort to the arbitration board, as can be seen. The arbitration agreement is not limited to its parties only, but can also proceed to its

successor, and it may also proceed to others. The study also clarified the reasons for expiring the arbitration agreement, as well as the effects resulting from this lapse.
Keywords: Arbitration agreement, arbitration panel, arbitration parties, arbitration system, international dispute.

المؤلّف المرسل: منار صبرينة البريد الإلكتروني: yaya_soukahras@yahoo.com

1. مقدمة:

يعد التحكيم طريقا خاصا لحل المنازعات المختلفة بين الأشخاص وقد عرفته المجتمعات القديمة، واتخذت منه أداة لحسم المنازعات بين أفرادها على أساس الأعراف والتقاليد السائدة فيها، فهو معروف منذ بدء الحضارة الإنسانية، فكان اللجوء إلى الاحتكام من خلال القبائل والعشائر والأفراد لدى العرب في الجاهلية حيث كانوا يلجئون إلى شيخ القبيلة، أما في الإسلام فقد اعترف بشرعية التحكيم وأقره القرآن الكريم في قوله تعالى: "وَإِنْ خِفْتُم شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا".(1)

رغم الانحسار الذي عرفه التحكيم بظهور الدولة الحديثة والمحاكم الوطنية، حين أصبح نظاما استثنائيا منتقدا لمنافسته لعدالة الدولة، فإنه أصبح يعيش في هذه الفترة من التاريخ مرحلة ازدهاره وتوسعه، فأصبح نظاما مكملا للقضاء العام، يختص بالنزاعات التي تعجز فيها محاكم الدولة على تقديم العدالة السريعة والمتخصصة للمتعاملين في مجال مصالح التجارة الدولية، ولما لهذه التقنية في حل المنازعات من مزايا إجرائية وموضوعية فقديما قال فيلسوف اليونان أرسطو" أن أطراف النزاع يستطيعون تفضيل التحكيم عن القضاء ذلك لأن المحكم يرى بالعدالة، بينما لا يعقد القاضي إلا بالتشريع."وتظهر أهمية التحكيم في وقتنا الحاضر في العدد الهائل من النزاعات المعروضة أمام الهيئات التحكيمية الدولية، وتتجلى كذلك في العقود الاقتصادية الدولية التي أصبحت لا تخلو من شرط التحكيم في طياتها، وإبرام الاتفاقيات الدولية في هذا المجال، إلى جانب انتشار مراكز وهيئات التحكيم في أغلب أنحاء المعمورة.

يعتبر اتفاق التحكيم هو الحجر الأساس أو مركز الثقل في بناء التحكيم كنظام لحل النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية، ودونه لا يمكن اللجوء إلى هذه التقنية لفض النزاعات المرتبطة بعقود دولية، وأقصد باتفاق التحكيم الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بإخضاع النزاع للتحكيم، والذي يأخذ شكلين عادة، سواءً صورة الشرط التحكيمي ويبرم أثناء انعقاد العقد على شكل بند من بنود العقد ويخص النزاعات التي يمكن أن تثور مستقبلا أو على صورة مشارطة التحكيم وتكون بعد إبرام العقد وبعد أن يثور النزاع، وفي وثيقة مستقلة عن العقد وتخص النزاعات التي نشأت بين الطرفين بسبب العقد، إن اتفاق التحكيم أصبح تحكمه مبادئ وقواعد قانونية مهمة وخطيرة ليس على اتفاق التحكيم فحسب لكن كذلك على نظام التحكيم ككل.

ونظرا للأهمية المتزايدة لاتفاق التحكيم باعتباره جزء مهم من التجارة الدولية التي اتسعت رقعتها وازدادت قيمتها الدولية، فإن ذلك ما دفعنا لدراسة هذا الموضوع إضافة إلى كون اتفاق التحكيم من القضايا المهمة في الوقت الراهن

والذي حظي باهتمام كبير من جانب الفقه، كما تربع على قمة الموضوعات ذات القيمة القضائية التي شغلت أذهان الباحثين وجذبت الأنظار وكذا الاعتناء به من طرف المعاهد العلمية، إذ نسعى من خلال هذه الدراسة إلى التمعن أكثر في اتفاق التحكيم، لتكون مرجع لكل مهتم بموضوع التحكيم لكي تتوحد الرؤى وتبرز قيمة اتفاق التحكيم في حل وفض النزاعات المعروضة أمام المحكمين، لذلك فقد كان هدفنا من خلال هذه الدراسة، الإفادة قدر المستطاع بالموضوع محاولين بذلك إجلاء الغموض والفهم الخاطئ لهذا النوع من الحلول لفض المنازعات.

حيث تتمثل الإشكالية التي يعالجها هذا الموضوع في: **إلى أي مدى يمكن اعتبار اتفاق التحكيم التجاري الدولي وسيلة فعالة لحل النزاعات؟**

وسنتتبع في دراستنا هذه المنهج الوصفي القائم على عرض المادة العلمية وتتبع فروعها، بالإضافة إلى المنهج التحليلي وذلك بهدف تحليل النصوص القانونية ومعرفة مدى انسجامها مع قصد المشرع الجزائري.

وبناء على ما تقدم، سنتعرض إلى استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي في النقطة الأولى ثم نعالج آثار اتفاق التحكيم التجاري الدولي في النقطة الثانية.

2 . استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي:

يعد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي من المبادئ المستقرة حاليا، سواء في إطار القضاء الذي يعد مصدرا له، أو في مجال التشريعات والقوانين الداخلية للدول والأنظمة والاتفاقيات الدولية ولوائح التحكيم، وكذلك الاجتهاد التحكيمي. إن الاستقلالية المطلقة لهذا الاتفاق خاصة عندما يأخذ صورة الشرط التحكيمي الذي يرتبط ماديا بالعقد، يمكن تبريرها بأن اتفاق التحكيم يعتبر عقدا قائما بذاته ومتصلا ماديا فقط بالعقد الأصلي، باعتبار أن موضوع كل منهما مختلف عن الثاني.

ظهرت عدة اتجاهات فقهية وأبرمت عدة اتفاقيات دولية بخصوص موضوع القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم نظرا للصعوبات التي طرحتها هذه المسألة وان لم نقل أن مختلف النزاعات تقوم على طرح هذه المسألة.

سنتناول في هذه النقطة تكريس استقلالية اتفاق التحكيم، ثم نتعرض للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

2-1 . تكريس الاستقلالية:

يقصد باستقلالية اتفاق التحكيم، عدم تأثره بالعقد الأصلي لا من حيث الصحة والتمسك ببطلانه، ولا من حيث القانون الواجب التطبيق عليه وإمكانية تفادي اللجوء إلى قواعد الإسناد.

إن دراسة استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي تعتبر إجابة للإشكالية التي يثيرها وجود اتفاق تحكيم في عقد أصبح باطلا أو منعدما، فهل يتأثر هذا الاتفاق ويصبح باطلا باعتباره جزء لا يتجزأ أو بند من بنود هذا العقد؟ أم يبقى منتجا لأثاره؟ بحيث يثور التساؤل حول معرفة ما إذا كان الاتفاق المبرم بين الطرفين للجوء إلى التحكيم هو شرط عادي كغيره من الشروط، وعليه فإنه يتأثر بالعقد وجودا وعدما؟ أم نعتبره مستقلا عن هذا الاتفاق. (2)

سوف نتطرق إلى تكريس الاستقلالية في المعاهدات الدولية والقوانين الوضعية وكذا في الفقه والقضاء في ما يلي.

2-1-1 . تكريس الاستقلالية في المعاهدات الدولية والقوانين الوضعية:

لتقدير مدى صحة مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، لابد من الإجابة على التساؤل التالي: هل مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي والذي استخلصه القضاء الفرنسي سنة 1963، يعد مبدأ تقره الأنظمة القانونية الوضعية للعديد من الدول وتعترف به المعاهدات الدولية المنظمة للتحكيم والقوانين الوضعية، على نحو يمكن معه القول بأن هذا المبدأ يعد من المبادئ العامة للتحكيم التجاري الدولي؟ تقتضي الإجابة على هذا التساؤل المطروح أن نتعرض لموقف كل من المعاهدات الدولية والقوانين الوضعية.

2-1-1-1 . موقف المعاهدات الدولية من تكريس استقلالية اتفاق التحكيم:

من الثابت أن الاعتراف بمبدأ استقلالية اتفاق 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 سنة 1958 لا تشير إلى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بطريقة مباشرة، [3] إذ اقتصرت هذه المعاهدة في المادة 5 الفقرة الأولى على الإشارة إلى إمكانية رفض الاعتراف بحكم المحكم وتنفيذه إذا أثبت الطرف المطلوب الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم ضده أن اتفاق التحكيم غير صحيح وفقا للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم، وفي حالة عدم وجود إشارة صريحة لهذا القانون وفقا لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم. [4]

ومع ذلك فلقد استخلص أحد الفقهاء (P.SCHLOSSER الألماني الجنسية) 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 نظاما قانونيا عن العقد الأصلي أي يمكن إدراجها في إطار الاتجاهات المؤيدة لفكرة استقلالية اتفاق التحكيم. ولقد ذهب جانب من الفقه إلى وصف التفسير المتقدم بالجرأة، فالواقع على ما يبدو أن المعاهدة تركت لكل من القوانين المحتملة التطبيق الحرية في الفصل في هذه المسألة، [5] وهذا ما يظهر جليا بالنظر إلى نص المادة السابعة من الاتفاقية المذكورة، والتي تنص على أنه: «لا تؤثر أحكام هذه الاتفاقية على صحة ما تعقده الأطراف المتعاقدة من اتفاقات متعددة الأطراف أو اتفاقات ثنائية تتعلق بالاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها ولا تحرم أيا من الأطراف المهتمة من أي حق يكون له في الاستفادة من أي قرار تحكيمي على نحو وإلى الحد اللذين يسمح بهما قانون أو معاهدات البلد الذي يسعى فيه إلى الاحتجاج بهذا القرار.»

كما أن الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة في جنيف بتاريخ 21 أفريل 1961 [6] لم تتخذ موقفا صريحا إلا بشأن مسألة اختصاص المحكمين بالفصل في اختصاصهم وذلك في المادة الرابعة الفقرة الثالثة، صحيح أن هذه المسألة تتصل بشكل وثيق بموضوع استقلالية شرط التحكيم، ولكن الاعتراف بهذا المبدأ الأخير لا يستخلص إلا بشكل ضمني.

أما بالنسبة لمعاهدة واشنطن الموقعة في 18 مارس 1965، والتي أنشأت المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار، فقد اقتصرت في المادة 41 الفقرة الأولى منها على التأكيد أن محكمة التحكيم هي القاضي بالنسبة لمسألة اختصاصها.(7)

وعلى عكس الاتجاه الذي اتخذته المعاهدات الدولية، والتي لم تشر بشكل صحيح إلى قبول مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، حيث تم استخلاص هذا المبدأ من قبل جانب من الفقه بالإشارة إلى فكرة التفسير الضمني، فإن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم كرسته صراحة العديد من القوانين الوضعية وأيضا أحكام القضاء في العديد من الدول.(8)

2-1-2 . موقف القوانين الوضعية:

تنص الغالبية العظمى من التشريعات الحديثة المتعلقة بالتحكيم، على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم صراحة، فالقانون الجزائري في المادة 1040 الفقرة الثالثة والرابعة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على أنه: «تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما.

لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي.»

يتبين من نص هذه المادة أن العقد الأصلي يمكنه أن يخضع لقانون واتفاقية التحكيم تخضع لقانون آخر. في ذلك يمكن فصل أو استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي، يستنتج هذا الحل من الشق الأخير في الفقرة الثالثة من المادة 1040 السالفة الذكر الذي ينص: « أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما.» إن القصد من ذلك أن اتفاقية التحكيم يمكنها أن تخضع للقانون الذي يحكم اتفاقية التحكيم غير القانون الذي يحكم العقد الأصلي هو كذلك بالنسبة للمحكم الذي يمكنه أن يختار قانونا غير القانون الذي نظم موضوع النزاع، ليحكم اتفاقية التحكيم إذا تبين له أنه هو القانون الملائم. جاءت مسألة استقلالية اتفاقية التحكيم أكثر وضوحا عندما نصت على أن عدم صحة العقد الأصلي لا يؤثر على صحة اتفاقية التحكيم، حتى إذا كان العقد الأصلي باطلا، فإن اتفاقية التحكيم تبقى صحيحة، ذلك ما يبين استقلالية التحكيم على العقد الأصلي.(9)

أما القانون المصري الجديد رقم 27 لسنة 1994 المتعلق بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية ، فأكد على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وذلك في مادته 23 التي تنص على أنه" يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته."

كما تبنى كل من القانون البلجيكي الجديد للتحكيم، وقانون الإجراءات المدنية الهولندي أن اتفاق التحكيم يعتبر مكونا لاتفاق مستقل وأن لمحكمة التحكيم السلطة في الفصل في مسألة صحة العقد الأصلي الذي يكون اتفاق التحكيم مدرجا به أو يشير إليه. بالإضافة للمادة 8 من القانون الإسباني الصادر في 5 ديسمبر 1988 بشأن التحكيم والتي

تنص على أن بطلان العقد لا يؤدي بالضرورة إلى بطلان اتفاق التحكيم المتعلق به، كذلك القانون التونسي الصادر في 29أفريل سنة1993 يقر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.(10)

وعلى الرغم من هذا القبول شبه العام للعديد من الأنظمة القانونية لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، فإن القانون الإنجليزي يمثل حالة خاصة، إذ أنه لا يقبل الاعتراف بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم إلا بصعوبة شديدة، فمبدأ الانفصال بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي من المبادئ التي لم يتم تكريسها بشكل كامل في القانون الإنجليزي إلا في وقت قريب جدا في مناسبتين: الأولى تتعلق بالحكم الصادر في قضية هاربور Harbour ضد كانسا Kansa عام 1996، أما المناسبة الثانية فهي تتعلق بصدور قانون التحكيم الإنجليزي الجديد سنة 1996، والذي كرس مبدأ استقلالية التحكيم عن العقد الأصلي بموجب نص المادة السابعة من هذا القانون.(11)

2-1-2 . تكريس الاستقلالية قضاء وفقها:

ينصرف مفهوم استقلال اتفاق التحكيم التجاري الدولي تجاه العقد الأصلي إلى استقلال هذا الاتفاق عن حكم العقد الأصلي الذي ورد فيه أو ارتبط به، بحيث ينظر دائما في تقدير صحة الاتفاق إلى ذات ماهيته، أي من حيث وجوده هو، لا من حيث وجود العقد، وقد انتشر مبدأ استقلال اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي في الأوساط القضائية عن طريق أحكام قضائية عديدة، حتى نال شهرة كبيرة في مختلف بلدان العالم، كما انتشر في أوساط الفقه حتى انقسم هذا الأخير إلى قسمين بين مؤيد ومعارض لهذا المبدأ وسوف نعرض ذلك على المنوال التالي:

2-1-2-1 . تكريس الاستقلالية قضاء:

يعود الفضل إلى الاجتهاد القضائي في بروز مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم وتطور نظامه القانوني، في حين يرى بعض الفقه بأن القضاء الفرنسي هو الذي أصل هذا المبدأ (12) ، ويرى جانب آخر بأن الفضل يعود للقضاء الهولندي في بروز قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.(13)

أصدرت المحكمة الهولندية في 27 ديسمبر 1935 حكما يقضي بأنه في حالة تنازع الأطراف حول صحة أو بطلان العقد، فإن ذلك لا يمنع من اختصاص المحكم بالفصل في النزاع رغم احتمال عدم صحة العقد الذي ورد به شرط التحكيم، ثم أصدر القضاء الألماني في 14 ماي 1952 حكما يقضي بأن مصير شرط التحكيم ينفصل تماما عن مصير العقد الذي تضمنه، وهو ما قرره القضاء الإيطالي في الحكم الصادر عن محكمة النقض الإيطالية في 12جانفي 1959، وقد تأثر القضاء الفرنسي بهذه الأحكام(14) ، ثم بعد ذلك انتشر مبدأ الاستقلال في أحكام قضائية عديدة حتى نال شهرة كبيرة في بلدان مختلفة في العالم.

لقد كرس هذا المبدأ إما عن طريق أحكام القضاء أو بنصوص تشريعية، ففي فرنسا مثلا ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ماي 1963 في قضية Gosset إلى أنه: « في إطار التحكيم التجاري الدولي، فإن اتفاق التحكيم سواء تم هذا الاتفاق على نحو منفصل ومستقل عن التصرف القانوني الأصلي أو تم إدراجه به فإنه يتمتع

دائما،إلا إذا ظهرت ظروف استثنائية باستقلال قانوني كامل يستبعد معه أن يتأثر اتفاق التحكيم بأي بطلان محتمل يلحق بهذا التصرف».[15]

هذا المبدأ الذي وضعته محكمة النقض الفرنسية سارت عليه محاكم الاستئناف الفرنسية في العديد من أحكامها، كما أن محكمة النقض ذاتها أتيحت لها الفرصة في التأكيد على هذا المبدأ مع تغاضيها عن القيد السابق الذي أوردته والمتعلق " بالظروف الاستثنائية " التي لم تستخلص منه أية آثار عملية وذلك في العديد من القضايا.[16]

مما سبق نخلص لموقف القضاء الفرنسي والذي يرجع له الفضل ليس في بروز فكرة فصل اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي فحسب، لأنه سبقه إليه القضاء الهولندي، وإنما في تأصيل فكرة استقلالية أو ذاتية اتفاق التحكيم وجعلها كمبدأ قانوني وقاعدة مادية من القواعد التي تحكم التحكيم التجاري الدولي، حيث أن القضاء حاول بكل قوة إن يجعل من شرط التحكيم اتفاقا صحيحا وفعالا، لا يخضع لا لمؤثرات العقد الأصلي ولا للقوانين التي من شأنها أن تتسبب في عدم صحته أو بطلانه.[17]

ذهبت بعض أحكام التحكيم إلى وصف المبدأ المتقدم، بأنه يشكل قاعدة من القواعد المادية لقانون التجارة الدولية. ولقد ذهبت بعض أحكام التحكيم إلى ذات الاتجاه الذي ذهبت إليه أحكام القضاء الفرنسي، مقررة أنه وفقا لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، فإنه يخضع التحكيم الدولي إلى قانون آخر غير ذلك الذي يسري على العقد الأصلي، كذلك فإن جانبا من قرارات التحكيم الصادرة في المنازعات الناشئة عن العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية التابعة لدول أخرى، ذهبت بدورها إلى تأكيد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الوارد به هذا الاتفاق،[18] وهو ما يؤكده رأي الفقه على أن استقلالية اتفاق التحكيم أصبح مبدأ من المبادئ العامة للتحكيم، الذي يشير إليه المحكمين في إطار العلاقات الدولية أيا ما كان مقر انعقاد جلسات التحكيم، وأيا ما كان القانون الذي يحكم النزاع المطروح عليهم.[19]

2-1-2-2 . تكريس الاستقلالية فقها:

انقسم الفقه إلى قسمين، الأول يقول أن مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي يشكل الآن قاعدة مادية من قواعد القانون الفرنسي بشأن التحكيم التجاري الدولي، في حين ذهب القسم الآخر إلى اعتبار أنه بالنسبة للقاضي الفرنسي، فإن اتفاق التحكيم الذي يهدف إلى الفصل في المنازعة عن طريق التحكيم التجاري الدولي، يعتبر مستقلا عن العقد الأصلي أيا كان الحل الذي يتبناه القانون الأجنبي المحتمل التطبيق على هذا العقد وأيا كانت طبيعة القواعد الواجبة التطبيق على اتفاق التحكيم ذاته.

يؤكد هذا الجانب من الفقه على أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يعد مبدأ من المبادئ العامة للتحكيم الذي يشير إليه المحكمون في إطار العلاقات الدولية أيا ما كان مقر انعقاد التحكيم وأيا كان القانون الذي يحكم المنازعة المفروضة عليهم.[20]

2-2 . القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم:

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

2-2-1 . تطبيق قانون الإرادة:

عندما يحدد الأطراف القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم بإرادة صريحة ويسلم الفقه بالأخذ بإرادتهم الضمنية في هذا التحديد وتستخلص هذه الإرادة من ظروف الحال، مثل جنسية الأطراف أو موطنهم أو محل إبرام الاتفاق، على أن الفقه يقرر بأهمية خاصة لقرينتين تبنى على الواحدة منها أو الأخرى الإرادة الضمنية للأطراف، وهما مقر التحكيم والقانون الذي يسري على موضوع النزاع، أي القانون الذي يحكم العقد الأصلي.[21]

ذهب البعض إلى أنه لما كان اتفاق التحكيم له ذاتيته واستقلاله عن موضوع النزاع، فإنه يجب عزله عن كل قانون، وتكون الإرادة هي المصدر الوحيد للالتزامات التي يتضمنها اتفاق التحكيم، على أن الإرادة وإن كانت هي شريعة المتعاقدين فإنها تحتاج بذاتها إلى قانون يفرض احترامها ويهيئ الوسائل لتنفيذ الأثر الذي اتجهت إلى إحداثه،[22] لذلك فإن المبدأ السائد في التحكيم الدولي هو إخضاع اتفاق التحكيم للقانون الذي يختاره المتعاقدون، أي قانون إرادة المتعاقدون دون قيود على حرية المتعاقدين في هذا الشأن إلا النظام العام في الدولة، ويمكن لأطراف التحكيم النص في اتفاق التحكيم على رغبتهم في تطبيق القانون الذي يختارونه على كل من العقد الأصلي واتفاق التحكيم، وأيضا بالنسبة لإجراءات التحكيم.[23]

وضع بعض الفقهاء قيد آخر على حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق بقولهم إن الاختيار ينبغي ألا يكون تحكيما لا ضابط له، وإنما يجب أن يكون هناك صلة بين القانون الذي وقع عليه الاختيار واتفاق التحكيم، يكون مثلا قانون أحد طرفي الاتفاق أو القانون الذي يجري العرف الدولي على تعيينه أما الاختيار المطلق فغير جائز، ولم يلق هذا الرأي قبولا لدى القضاء.[24]

هناك رأي آخر للفقه يرى أن القيد الذي أراده هذا الجانب من الفقه إقامته على حرية الاختيار يجب إسقاطه لا سيما في مجال التجارة الدولية، حيث يجري العمل على إبرام عقود البيع بالإحالة إلى ما يوجد بشأن السلعة محل البيع من عقود نموذجية أو شروط عامة تتضمن شرط التحكيم وتنص على تطبيق قانون معين على اتفاق التحكيم، وقد يكون هذا القانون منقطع الصلة بالاتفاق.[25]

وإذا ما وصلنا إلى الفرض الذي لا توجد فيه إرادة صريحة أو إرادة ضمنية للأطراف في تعيين القانون الواجب التطبيق في التحكيم، نجد أن الفقه الغالب يرى أنه يفهم من سكوت الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق أنهم قد تركوا أمر تعيين هذا القانون للمحكمين أنفسهم، على أنه من غير المقبول في ميدان التجارة الدولية أن يكون إغفال الأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق مرجعه الجهل أو الإهمال، ومن المحتمل أنهم لم يتعرضوا لمعالجة هذه المسألة، إذ أنهم فضلوا ألا يتعرضوا لها أو أنهم قد يرون استحالة الاتفاق عليها، ومن كل ذلك يفهم تركها للحل الذي يراه

المحكمين،[26] وذلك ما أخذ به القانون الدولي في دورة انعقاده في أمستردام فيما تنص عليه المادة الثانية من مقرراته على أنه: «في حالة عدم وجود مقر لمحكمة التحكيم محدد على الوجه المبين في المادة الأولى يفترض أن الأطراف قد جعلوا للمحكمين الحق في تحديد المكان الذي تجلب فيه محكمة التحكيم ويحدد اختياره القانون الواجب التطبيق في التحكيم».

يقرر الفقهاء على أن ما يقرره النص السابق تضمنه المبدأ العام المجمع عليه والذي يقضي بأن سكوت اتفاق التحكيم يفيد الترخيص الضمني من الأطراف للمحكمين في تعيين مقر التحكيم وفي اختيار القانون الواجب التطبيق على التحكيم سواء باختيار القواعد الموضوعية (الاختيار المباشر) أو اختيار قواعد الإسناد التي تعين القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق (الاختيار غير المباشر).[27]

إن البحث عن مكنة تطبيق قانون الإرادة على اتفاق التحكيم نجد إن قانون الإرادة هو الذي يحكم هذا الاتفاق بعد استبعاد مسألتي الأهلية والشكل، وفي ذلك تقضي المادة السادسة من الاتفاقية الأوربية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي بأنه: « يرجع في وجود اتفاقية التحكيم وصحته – فيما عدا الأهلية للتحكيم – إلى القانون الذي اخضع له اتفاق التحكيم، وإذا كان محل الاتفاق التحكيمي يدخل في مجال تطبيق قانون الإرادة وما يكون بديل له عند عدم وجود إرادة حقيقية في شأنه»، على هذا الوجه فإن هذا القانون يحكم مشروعية هذا المحل، وأخص ما يلزم لتوفير المشروعية فيه هو أن يكون موضوع النزاع قابلا للتحكيم فيه، وهذا القول هو النتيجة المنطقية للنظر إلى القابلية للتحكيم باعتبارها شرط صحة اتفاق التحكيم، وعلى ذلك فمتى اثبت القابلية للتحكيم بهذا الوصف لدى المحكمين أو أثيرت لدى القاضي المطلوب منه الفصل في صحة اتفاق التحكيم طبق قانون الإرادة، وهذا الرأي ورد به النص في بعض الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية نيويورك فيما ينص عليه البند (أ) من الفقرة الأولى من المادة الخامسة منها من وجوب أن يكون اتفاق التحكيم صحيحا طبقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف.[28]

إن قوام ووجود اتفاق التحكيم مرهون بإرادة الأطراف التي تلعب دورا رئيسا في إنشاءه، حيث أن اللجوء إليه يكون حتما بتصريح عن هذه الإرادة في شكل اتفاق،[29] والذي بموجبه يتفق المتخاصمان على اللجوء إلى التحكيم للفصل في النزاعات التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بمناسبة علاقة قانونية معينة،[30] سواء اتخذ هذا الاتفاق شكل شرط التحكيم أو شكل مشارطة التحكيم.[31]

كما قد يكون اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق صريحا وذلك عندما يعين المتعاقدان في العقد قانونا بالاسم على النزاع يخضع له، ويمكن أن نلاحظ ذلك بصورة واضحة في مجال التجارة الدولية حيث شاع استعمال العقود النموذجية التي تخضع كل منها للقانون المنصوص عليه فيه، كما قد يكون اختياره ضمنيا يستخلصه القاضي من الظروف المحيطة بالعقد ومن تفسير عباراته الدالة على هذا الاختيار الضمني.[32]

2-2-2 . تطبيق قانون مقر التحكيم:

الأصل هو سلطان الإرادة بشأن وجود اتفاق التحكيم، إذ يستحيل إلزام الأطراف بتحكيم لم يتفقوا على الالتجاء إليه، غير أنه قد تثار في بعض الحالات تساؤلات بشأن صحة اتفاق التحكيم نظرا لعدم توافر الشروط المطلوبة في القانون الداخلي أو في أي قانون آخر، كاشتراط شرط التحكيم أو تحديد مكانه أو أسماء المحكمين أو ما إلى ذلك من شروط تختلف من قانون لآخر ، لذا نجد أن قانون التحكيم الدولي الخاص يُخضع صحة الاتفاق لقانون مكان التحكيم كما حدده الأطراف أو كما يحدده نظام التحكيم الذي أحيل إليه الأطراف، وذلك في حالة عدم وجود إرادة صريحة لهم.[33]

يعد اختيار الأطراف لمقر التحكيم دون تعيين القانون الواجب التطبيق صراحة يمكن أن يعد تعبيرا ضمنيا عن اختيارهم قانون هذا المقر ليكون هو الواجب التطبيق (قانون الإرادة الضمنية)، على أنه قد توجد صعوبة في الاعتداد بهذه القرينة عندما تثور عملية التحكيم بين أكثر من بلد، ولذلك نجد بعض الاتفاقيات الدولية تعتد بالمكان الذي صدر فيه حكم المحكمين وليس بمقر التحكيم،[34] ومن ذلك ما تقضي به المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك على أنه: « لا يجوز رفض الاعتراف بالقرار وتنفيذه، بناء على طلب الطرف المحتج ضده بهذا القرار، إلا إذا قدم ذلك الطرف إلى السلطة المختصة التي يطلب إليها الاعتراف والتنفيذ ما يثبت:

(أ) أن طرفي الاتفاق المشار إليه في المادة الثانية كانا بمقتضى القانون المنطبق عليهما، في حالة من حالات انعدام الأهلية، أو كان الاتفاق المذكور غير صحيح بمقتضى القانون الذي أخضع له الطرفان الاتفاق أو إذا لم يكن هناك ما يشير إلى ذلك، بمقتضى قانون البلد الذي صدر فيه القرار».

يستخلص من هذا النص أن اتفاقية نيويورك تحدد في مجال التحكيم الدولي القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم بأنه قانون إرادة المتعاقدين، وعند عدم الاتفاق يطبق قانون الدولة التي يصدر فيها حكم التحكيم، وهو قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم.[35]

2-2-3 . سلطة المحكم 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 يرونه مناسبا بخصوص النزاع المطروح على التحكيم لذلك يقع على عاتق المحكم الدولي أن يتصدى لهذه المشكلة، حيث يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في هذا الصدد، وهو في ممارسته لهذه السلطة ينبغي عليه احترام التوقعات المشروعة للأطراف، وعلى هذا الأساس فإن هذا الأمر يختلف بالنسبة للمحكم الدولي عن القاضي الوطني، ذلك لأنه مقيد بالنصوص القانونية أي قانون دولته التي يصدر باسمها أحكامه، فإن الأمر يختلف تماما بالنسبة للمحكم الدولي، ذلك لأن المحكم الدولي ليس له قانون مختص، ولا يصدر أحكامه باسم هذه الدولة أو تلك ومن ثم لا يخضع لسيادة أي دولة حتى ولو كان أحد رعاياها طرفا في المنازعة التي تطرح على التحكيم.[36] إن القوانين

الوطنية تشجع الأطراف على الاختيار المسبق للقانون الواجب التطبيق حتى لا يفاجئهم قانون لا يراعي توقعاتهم المشروعة، ولا يستجيب لمصالحهم عند عرض نزاعهم على المحاكم الوطنية أو قضاء التحكيم، فقد نص المشرع الجزائري في المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على ما يلي: «تفصل محكمة النزاع عملا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف».[37]

تعترف التشريعات الوطنية بسلطة المحكم بصورة احتياطية عند غياب سلطة الأطراف الأصلية وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري رغم حداثة نظام التحكيم التجاري، ففي حالة غياب اختيار الأطراف للقانون تتولى الهيئة التحكيمية الفصل في النزاع حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة، إذ تنص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على: « في غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة».

في قانون التحكيم الفرنسي الجديد لسنة 1981، ومن خلال المادة 1496 أين تكرس سلطة المحكم في تحديد القواعد الواجبة على موضوع النزاع حيث تنص على: « ...وفي غياب اختيار الأطراف فوفقا للقواعد التي تراها مناسبة ويأخذ بعين الاعتبار الأعراف التجارية في جميع الأحوال».[38] نفس الأمر في المادة 28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة سنة 1985، حيث تنص على أنه: « وإذا لم يعين الطرفان أي قواعد، وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق».[39]

يتبين من خلال الممارسات التحكيمية والتي تبرز سلطة المحكم في ترجيح أحد القوانين إذ يلتزم المحكم بالقانون المختار كأصل عام باعتباره قانون إرادة الأطراف، وفي غياب هذه الإرادة تتولى الهيئة التحكيمية تحديده وتتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تعيينه، وذلك راجع إلى أن المحكم ليس له قانون اختصاص، فهو يختلف عن القاضي الذي يتقيد بإتباع قانون دولته التي يصدر أحكامه باسمها، فيتعين عليه إتباع قواعد الإسناد التي يرسمها هذا القانون للاهتداء إلى القانون الذي يحكم موضوع المنازعة،[40] وهذا يرتب نتيجتين هامتين: الأولى لا يوجد للمحكم قانون له أفضلية التطبيق، والثانية لا يوجد قانون أجنبي في التحكيم، فكل القوانين الوطنية تملك نفس القيمة على قدم المساواة.

من الأحكام والممارسات التحكيمية التي يمكن الاستدلال بها على سلطة المحكم، قضية أرامكو وهي من أشهر القضايا في التحكيم، فلما طرح النزاع على الهيئة التحكيمية، حيث تطرقت الهيئة إلى القانون الواجب، فتم استبعاد القانون السعودي، واستبعاد القانون السويسري مكان إجراء التحكيم نظرا لحصانة الجهاز القضائي للدول الأجنبية المعترف به دوليا والمستمد من مبدأ السيادة، فإن قانون جنيف لا يمكن تطبيقه احتراما لسيادة الدولة الطرف، وتم إخضاع النزاع للقانون الدولي.[41]

3 . آثار اتفاق التحكيم التجاري الدولي:

يتم إبرام اتفاق التحكيم وفقا للقانون الواجب التطبيق، واحترامه لإرادة أطرافه السليمة ورغبتهم بإخضاع نزاعاتهم القائمة أو المحتملة بصدد علاقة قانونية محددة للتحكيم، وإذا نشب النزاع بين أطرافه بخصوص تفسير العقد الأصلي أو تنفيذه، ما هي الآثار التي ستترتب على وجود هذا الاتفاق؟

تتطلب دراسة آثار اتفاق التحكيم ضرورة الوقوف على أمرين: الأول أثر اتفاق التحكيم من حيث الأشخاص، والثاني أثر اتفاق التحكيم من حيث الموضوع، إذ ثمة حالات قد يتعدى فيها اتفاق التحكيم أطرافه فيلزم غيرهم، كما يتعدى نطاق موضوع اتفاق التحكيم إلى عقود أخرى قد لا تتضمن اتفاق التحكيم وذلك ما سنتعرض له في ما يلي.

3-1 . آثار الاتفاق بالنسبة الأشخاص:

إن مبدأ نسبية الاتفاقات يؤدي إلى القول بأن اتفاق التحكيم لا تمتد آثاره إلى أشخاص لم يوقعوا على الاتفاق سواء بأنفسهم أو عن طريق ممثل لهم، لكن هناك حالات عملية قد تدقق أحيانا فضلا عن أن فكرة "الطرف" لا تعني فقط الشخص الموقع على الاتفاق، وإنما تشمل أيضا خلفه العام أو الخاص.

3-1-1 . آثار اتفاق التحكيم بالنسبة لطرفيه:

إذا كان الأصل ألا يلزم العقد سوى من يكون طرفا فيه، لا يظهر أثر اتفاق التحكيم إلا بالنسبة لأطرافه سواء أكانوا اثنين أو أكثر ولا يجوز الاحتجاج به على من لم يكن طرفا في الاتفاق،[42] فإن الإنسان كثيرا ما يتحمل لإبرام العقد أو اتفاق في شأن من شؤون غيره أو يمس في قليل أو كثير هذه الشؤون، ومن هنا يثور التساؤل عمن يكون طرف في العقد أو الاتفاق: هل هو من قام بإبرامه، أو هو من يكون العقد متعلقا بشأن من شؤونه؟

تتوقف الإجابة كأصل عام على ما إذا كان الشخص الذي ابرم العقد، أبرمه بصفته الشخصية رغم أنه يتعلق بشأن غيره أو أبرمه بصفته نائبا عن صاحب الشأن، وهذا ما يظهر في بعض الأحوال الخاصة كحالة الوكالة، التعهد عن الغير، تعدد أصحاب الحق المتنازع عليه أو تعدد المسؤولين عنه على نحو ما نجده في كفالة الدين وخطاب الضمان...الخ.[43]

يصدق وصف العقد على كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني، وإسباغ وصف المتعاقد إنما ينصرف إلى من يفصح عن إرادة متطابقة مع إرادة أخرى على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو زواله في خصوص موضوع معين يحدد العقد نطاقه، دون أن يعتبر بإطلاق كل من ورد ذكره بالعقد أنه أحد أطرافه طالما لم يكن له صلة بشأن ترتيب الأثر القانوني الذي يدور حول النزاع الناشئ بسبب العقد.[44]

يقصد بطرفا اتفاق التحكيم كل من اشترك في إبرام العقد، سواء تم التعاقد أصالة أو عن طريق النيابة، وطرفي الاتفاق هم المتعاقدين الذين يبرمون الاتفاق بأسمائهم ولحسابهم، ويجب أن تنصرف نية المتعاقدين إلى المساهمة في إبرام اتفاق التحكيم وانصراف آثاره إليهم، ومن لم يساهم في الإبرام يعد من الغير وبالتالي لا تسري بحسب الأصل أحكام هذا الاتفاق عليه.[45]

3-1-2 . آثار اتفاق التحكيم بالنسبة للخلف:

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 جزء منها من المورث إلى الوارث بالميراث، أو انتقال المبيع من البائع إلى المشتري، والخلف قد يكون عاما أو خاصا، وبالتالي فإن القاعدة أن اتفاق التحكيم تسري آثاره في مواجهة الخلف العام والخلف الخاص لأطرافه طبقا للقواعد العامة المقررة في القانون المدني.

3-1-2-1 . الخلف العام:

هو كل شخص يخلف أخر في كامل ذمته المالية أو في بعض منها، بما يترتب عليها من حقوق والتزامات مثل الوارث لكل التركة أو الوارث مع آخرين للتركة، وكذلك الموصى له بحصة في التركة، ويتم ذلك في حالة الوفاة فيخلف المتوفى ورثته، فيكون لهم حقوقه وعليهم التزاماته، فإذا أبرم شخص اتفاق تحكيم وتوفي انتقلت حقوق التحكيم والتزاماته إلى ورثته والموصي لهم.(46)

الخلف العام هو كل من تنصرف إليه آثار كل عقد أبرمه السلف فينتقل إلى خلفه، وهناك حالات لا تنتقل فيها آثار العقود إلى الخلف العام، مثل عقد العمل وعقد الوكالة فتنقضي العلاقة العقدية بوفاة أحد أطرافها، وكذا عقد الشركة إذا تم النص على انتهائها بوفاة أحد الشركاء، وأيضاً عقود أصحاب المهن الحرة مثل المحامين والمهندسين تنقضي بوفاة صاحب المهنة ولا ترتب آثار للخلف العام، وحالة الاتفاق على عدم انتقال الحقوق والالتزامات إلى الخلف العام باعتبار أنها ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على مخالفتها،(47) كذلك تعد الشركة الدامجة التي آلت إليها الذمة المالية لشركة أخرى خلفا عاما لها، لذلك تنصرف آثار اتفاق التحكيم الذي أبرمته الشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة.(48)

إن العقد يلزم الخلف العام لكل من المتعاقدين حيث يأخذ الخلف حكم الطرف بالنسبة للتصرف الذي أبرمه سلفه، فإذا توفي أحد المتعاقدين انتقلت الحقوق الناشئة له عن العقود التي يكون قد أبرمها قبل وفاته إلى ورثته وإلى من أوصى لهم بحصة في تركته وانتقلت إليهم، كذلك الالتزامات التي تكون قد نشأت على عاتقه.

تنتقل أثر الالتزامات بالنسبة للخلف العام في حدود ما آل إلى شخص من الحقوق، وبصدد اتفاق التحكيم هي آثار موضوعية وأخرى إجرائية، وليست مالية، فبالتالي يكون أثر الالتزام واقع على الخلف جميعهم وعند صدور حكم التحكيم يكون أثره التزام عليهم كل في حدود ما آل إليهم.(49)

وإذا كانت القاعدة أن الالتزامات لا تنتقل إلى الخلف العام إلا في حدود ما آل إليه من التركة، إلا أن هذا القيد ليس له من أثر على انتقال آثار اتفاق التحكيم إلى الخلف العام، لأن موضوع هذا الاتفاق هو حقوق والتزامات إجرائية، وليس مالية تدخل في مفهوم التركة وتتحدد بحدودها.

3-1-2-2 . الخلف الخاص:

هو كل شخص يخلف أخر في حق عيني على شيء معين أو في ملكية شيء معين، مثل المشتري لشيء مادي كالعقار، أو شيء معنوي كحوالة الحق، وكذا الموهوب له والموصي له بعين معينة بالذات، ويترتب على ذلك انتقال آثار التصرف إلى من يتلقاه من سلفه، ويشترط في هذه الحالة ثلاثة شروط[50]

1 -إبرام العقد سابق على انتقال الشيء إلى الخلف.

2 -أن يكون الحق أو الالتزام من مستلزمات الشيء.

3 -علم الخلف وقت انتقال الشيء بالحق أو الالتزام.

وأما عن انتقال آثار اتفاق التحكيم إلى الخلف الخاص فإن انتقالها إليه يفترض بالضرورة انتقال آثار العقد الأصلي إليه، سواء بمقتضى الاتفاق أو بمقتضى القانون.[51]

3-2 . آثار الاتفاق بالنسبة لموضوع التحكيم:

المفروض أن اتفاق التحكيم لا يجوز أن يتعدى العقد الأصلي الذي يسري عليه باتفاق طرفيه إلى عقد آخر لا يتضمن اتفاق تحكيم، ولو تم بين نفس الأطراف، لأن أثر اتفاق التحكيم نسبي يقتصر على موضوع الاتفاق دون غيره، ومع ذلك فإنه في بعض الحالات قد يمتد اتفاق التحكيم الوارد بشأن عقد معين إلى عقد آخر لم يرد به شرط التحكيم، ولكن لابد من توافر شروط معينة للأخذ بالاستثناء المشار إليه.[52]

يترتب على امتداد اتفاق التحكيم للغير، أن يصبح كلاً من الغير وأطراف الاتفاق في مركز سواء، وما يحق لطرفي الاتفاق يحق للغير، ويرتب اتفاق التحكيم لكلاهما أثران، أحدهما سلبي يتمثل في الحرمان من اللجوء للقضاء بصدد موضوع التحكيم، وثانيهما إيجابي يتمثل في فض المنازعة بطريق التحكيم، ونتطرق للأثرين الإيجابي والسلبي في ما يلي.

3-2-1 . منع اللجوء للقضاء:

متى امتد اتفاق التحكيم للغير، فإن ذلك يرتب التزام سلبي على عاتق الغير بالامتناع عن اللجوء للقضاء بغية الفصل في النزاع محل اتفاق التحكيم، وهذا الالتزام السلبي يسري على الغير مثله في ذلك مثل طرفي الاتفاق، وهذا الالتزام إرادي سواء كانت إرادة صريحة لطرفي الاتفاق أو إرادة ضمنية للغير، ووفقا للالتزام الإرادي يجب على الطرفين والغير عدم رفع النزاع إلى القضاء لسبق الاتفاق على اللجوء للتحكيم.[53]

في هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية أنه وفقا للنص الوارد بالعقد المبرم بين طرفي التداعي والمقرر أن أي خلاف بين الطرفين فيما يتعلق بتنفيذ أو تطبيق أو تفسير بنود وشروط هذا العقد وما لا يتم تسويته وديا يتم طرحه على التحكيم طبقا لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس ويكون مكان التحكيم في القاهرة مما يدل على ارتضاء الأطراف لإخضاع التحكيم لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، الأمر الذي من شأنه حجب أحكام القانون المصري إلا فيما يتعلق بالنظام العام، كما قضت أيضا أن اتفاق الأطراف على حل أي خلاف يتم عن طريق التحكيم في مدينة لوجانو

بسويسرا وطبقا لقواعد التسوية والتحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية، ولم يرد بالأوراق ما يدل على تطبيق أحكام القانون المصري بما لا يجوز معه طرح النزاع على المحاكم المصرية.(54)

3-2-2 . إباحة اللجوء لهيئة التحكيم:

يحق للغير مثله في ذلك مثل طرفي الاتفاق اللجوء لهيئة التحكيم لفض النزاع الناشئ أو المحتمل نشوئه في المستقبل، وفقا للأثر الإيجابي لامتداد اتفاق التحكيم، ويترتب على اللجوء للتحكيم ضرورة إتباع إجراءات التحكيم وفقا للاتفاق، وإلاعتداد بالحكم الصادر فيه وكأنه صادر من محكمة مختصة أصلا بنظر النزاع.(55)

يعتبر التزام الأطراف بإحالة النزاعات المتعلقة بموضوع اتفاق التحكيم على المحكمين الالتزام الأساسي لهذا العقد، ويأتي تأكيدا وتكريسا لمبدأ القوة الملزمة للعقود أو أن العقد شريعة المتعاقدين، وهي من المبادئ المستقرة في القانون الدولي للعقود.

يقر الفقه الفرنسي بأنه لا تثير مسألة القوة الملزمة لاتفاق التحكيم أي صعوبة لأنها قاعدة مادية من قواعد القانون الفرنسي بشأن التحكيم الدولي، كما يمكن اعتبارها قاعدة من قواعد القانون العابر للدول متعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، وهو ما يفسر أن الاجتهاد القضائي الفرنسي لم يلجأ إلى التفكير بمنطق القانون الواجب التطبيق لكي يؤكد القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، ونتيجة لذلك فإن أي قانون أجنبي لا يعترف بالقوة الملزمة لاتفاق التحكيم لن تكون له أي فرصة للتطبيق وفقا للنظام القانوني الفرنسي، حتى ولو كان قانون هذه الدولة ممكن التطبيق بسبب علاقته بالنزاع من خلال جنسية الأطراف أو موضوع النزاع أو القانون الواجب التطبيق على الموضوع.

يضيف هذا الرأي بأن القضاء الفرنسي يمكنه على أساس القاعدة المادية المذكورة التي يقرها القانون الفرنسي في مجال التحكيم، أن يعترف بحكم التحكيم الصادر بناء على شرط تحكيمي في الوقت الذي تقرر دولة أخرى على اتصال وثيق بالنزاع والتي صدر فيها هذا الحكم عدم ترتيبه لأي أثر قانوني وعدم تمتعه بالقوة الإلزامية لأنها لا تقبل بصحة شرط التحكيم أو لأي سبب آخر.(56)

3-3 . انقضاء اتفاق التحكيم:

إن اتفاق التحكيم باعتباره عقدا ينقضي بالأسباب المقررة لانقضاء العقد وفقا للقواعد العامة بالرغم من استقلاله عن العقد الأصلي، فقد ينقضي بانقضاء العقد الأصلي بسبب تنفيذ جميع الالتزامات محل هذا العقد،(57) غير أن الطبيعة المتميزة لموضوع هذا الاتفاق تجعل له خصوصية في هذا المقام تظهر أثرها في أسباب انقضائه،(58) فينقضي التحكيم بطريقة طبيعية وهي التي تتلخص في تنفيذ الاتفاق سواء بنشوب نزاع بين الأطراف فيلجئون لتفعيل التحكيم الذي يأخذ مجراه، فتتم المحاكمة التحكيمية ويصدر الحكم.

قد ينتهي التحكيم نهاية غير طبيعية، حيث يمكن أن يتوفى أحد المحكمين أو أحد الأطراف، أو يفقد الشيء محل الخلاف أو ينقضي الدين محل النزاع بسبب من أسباب انقضاء الديون، أو بتنازل أحد الأطراف عن الدعوى، ويمكن أيضا أن ينقضي التحكيم برد المحكم بسبب شبهة في حياده.

3-3-1 . الانقضاء الطبيعي لاتفاق التحكيم:

ينتهي التحكيم طبيعيا بعد نشوء النزاع، بتفعيل الاتفاق، حيث يتم تعيين المحكمين وقيام الخصومة التحكيمية ومن ثم صدور حكم يحسم النزاع بين الأطراف، ولا سيما إذا تم تنفيذه دون عوائق، وقد يتم تنفيذ العقد الأصلي دون حدوث نزاع ومن ثم لا تعود هناك حاجة للتحكيم أصلا.

3-3-1-1 . تنفيذ العقد الأصلي:

ينقضي اتفاق التحكيم في الحالة التي يقرر فيها القانون الانتهاء بتنفيذ العقد الأصلي دون إثارة أية منازعات بين الطرفين، وبالتالي لم يتم إعمال شرط التحكيم الذي تضمنه العقد الأصلي على اعتبار أن اتفاق التحكيم هو شرط واقف وهو إثارة النزاع حول تنفيذ العقد، ذلك أن اتفاق التحكيم الوارد في صورة شرط تحكيم يقف نفاذه إلى حين تحقق نشوب وإثارة منازعة أو منازعات بين أطراف الاتفاق بخصوص العقد الوارد به شرط التحكيم، فعندها يجب تنفيذ الالتزام الذي يتضمنه اتفاق التحكيم الوارد في صورة شرط ضمن عقد العلاقة القانونية باللجوء إلى التحكيم للفصل في هذا النزاع وتنفيذا للحكم الصادر في هذه المنازعة، أما إذا زال العقد الأصلي وانتهى دون إثارة نزاعات زال اتفاق التحكيم انقضاء طبيعيا، أما في حالة ما إذا كان اتفاق التحكيم ورد في صورة مشارطة تحكيم فإنه لا يكون هناك شرط واقف لأن مشارطة التحكيم تحرر بعد نشوء المنازعة وتكون محددة ولا تتضمن هذا الشرط الواقف ويكون اللجوء إلى التحكيم مباشرة دون انتظار تحقق الشرط.[59]

3-3-1-2 . صدور الحكم:

ينقضي اتفاق التحكيم إذا صدر حكم من المحكم أو المحكمين في النزاع موضوع التحكيم، وهذه النتيجة الطبيعية لانقضاء اتفاق التحكيم،[60] وإتفاق التحكيم ينقضي في هذه الحالة حتى ولو كان الحكم الصادر في الموضوع قابلا للإبطال ولو حتى قضى بإبطاله بالفعل نظرا لاستنفاذ هيئة التحكيم لولايتها في الفصل في النزاع بإصدار حكمها في الموضوع، وإذا كان اتفاق التحكيم يشمل عدة منازعات وصدر حكم بخصوص إحدى هذه المنازعات فيكون اتفاق التحكيم قائما بالنسبة للمنازعات الأخرى ويقتصر أثر الحكم على إنهاء التحكيم بالنسبة للنزاع الذي صدر فيه ويبقى اتفاق التحكيم قائما للأعمال في المنازعات الأخرى.

بمعنى أخر عند الانتهاء من الإجراءات بالنظر في النزاع وحسمه، وذلك بصدور القرار بالشكل الذي يقتضيه القانون أو القواعد الإجرائية، حيث أن المحكم بعد قبوله القيام بمهمة التحكيم الاستمرار بهذه المهمة لحين إتمامها، ولا يجوز له التنحي عن مهمته دون سبب مشروع والالتزام بالتعويض لمصلحة الخصوم عن الضرر الذي أصابهم جراء تنحيه في وقت غير مناسب ودون عذر مقبول،[61] وهذا ما نصت عليه المادة 1021 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري والتي تنص على أنه: «لا يجوز للمحكمين التخلي عن المهمة إذا شرعوا فيها...»، وبالتالي جعل المشرع للمحكمة المختصة بأن تصدر أمرا بإنهاء مهمة المحكم، وسلطة المحكمة بالمفهوم العكسي قد لا تصدر المحكمة هذا الأمر مما

يترتب عليه إضرار بحق أطراف اتفاق التحكيم مما يستدعي القول أن على المشرع التدخل وفرض جزاء يتمثل في التعويض لهذه الحالة بما يتناسب مع واقع الضرر الذي قد يصيب أطراف اتفاق التحكيم، وهذا بدوره قد يؤدي إلى استقرار العلاقة بين أطراف التحكيم أو هيئة التحكيم من ناحية، ويؤدي إلى ضبط العملية الإجرائية للتحكيم مما يسهل عملية سير الإجراءات من ناحية أخرى.

إذا أصدرت هيئة التحكيم حكمها النهائي الفاصل في جميع أوجه النزاع، فإنه يترتب على ذلك انقضاء اتفاق التحكيم، بيد أنه، قد تغفل هيئة التحكيم الفصل في أحد طلبات الخصوم، ويقدم إليها أحدهم طلب إصدار حكم إضافي، أو يحدث خطأ مادي في أسباب أو منطوق الحكم، ويتقدم أحد الخصوم إلى هيئة التحكيم بطلب تصحيحه، ففي جميع الأحوال المتقدمة، لا يحول انقضاء اتفاق التحكيم بصدور الحكم المنهي للخصومة كلها دون امتداد سلطة هيئة التحكيم لإصدار حكم إضافي أو حكم بالتصحيح أو بالتفسير.(62)

وإذا صدر حكم من المحكم في موضوع التحكيم ينتهي اتفاق التحكيم كنتيجة طبيعية لهذا الاتفاق، ولا يقبل الطعن بأي طريق من طرق الطعن بموجب المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري إلا بدعوى البطلان.(63)

3-3-1- انتهاء اتفاق التحكيم بإرادة أطرافه:

ينتهي اتفاق التحكيم بالاتفاق على إنهاء التحكيم صراحة أو ضمنا، والاتفاق الصريح قد يرد في وثيقة مكتوبة وموقعة من الطرفين، أو في صورة تبليغات على يد محضر قضائي، أو في صورة مراسلات متبادلة، أما الاتفاق الضمني فيكون عن طريق تقديم كل من الطرفين بطلباته أمام القضاء طالبا الفصل فيها، وأن التجاء أحد من الطرفين إلى القضاء للفصل في النزاع ثم حضور المدعى عليه، ويعني هذا اتفاق الأطراف على النزول عن التحكيم.(64)

إن الالتجاء إلى القضاء المستعجل من قبل أحد الطرفين لا يعني إرادة منه في التنازل عن التحكيم فيما يتعلق بموضوع الحق ذاته ومثول الطرف الأخر أمام القضاء المستعجل وتقديم دفاعه عن الدعوى المستعجلة دون الدفع بالاتفاق على التحكيم لا يعني إرادة منه في النزول عن التحكيم بصدد النزاع الأصلي.(65)

الاتفاق على إنهاء التحكيم قد لا يتحقق إلا بعد تنفيذ التحكيم تنفيذا جزئيا، بعد صدور حكم من المحكم في شق من النزاع والاتفاق على إنهاء أثره بالنسبة للمستقبل، ويكون منهيا لمهمة المحكم أيضا اعتبارا من تاريخ الاتفاق، وهذا طبيعي أن سلطة المحكم تنتهي بمجرد اتفاق الخصوم على إنهاء التحكيم.(66)

3-3-2 . الانقضاء غير الطبيعي لاتفاق التحكيم:

الطريق الطبيعي لانقضاء التحكيم كما سبق ذكره، هو أن يتم السير في الخصومة التحكيمية إلى غاية صدور حكم فاصل في النزاع، ولكن يحدث أن هذا الأمر قد لا يتحقق ويظهر من المشكلات ما يؤدي إلى انتهاء التحكيم دون الفصل في النزاع، وذلك يعود لأسباب طبيعية أو من فعل إرادة الأطراف، كذلك إذا توصل الأطراف إلى تسوية للنزاع

موضوع التحكيم، وفي هذه الحالة على هيئة التحكيم أن تثبت تلك التسوية في القرار الصادر بإنهاء إجراءات التحكيم.(67)

نص المشرع الجزائري على انتهاء التحكيم بطريق آخر غير طريق الفصل في النزاع في المادة 1024 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على أنه: « ينتهي التحكيم:

– بوفاة أحد المحكمين أو رفضه القيام بمهمته بمبرر أو تنحيته أو حصول مانع له، ما لم يوجد شرط مخالف أو إذا اتفق الأطراف على استبداله أو استبداله من قبل المحكم أو المحكمين الباقين، وفي حالة غياب الاتفاق تطبق أحكام المادة 1009.

– بانتهاء المدة المقررة للتحكيم، فإذا لم تشترط المدة، فبانتهاء مدة أربعة (04) أشهر.

– بفقد الشيء موضوع النزاع أو انقضاء الدين المتنازع فيه.

– بوفاة أحد الأطراف».

ومن بين الأسباب التي تؤدي إلى انتهاء اتفاق التحكيم: عدم الفصل في الأجل المحدد، بطلان اتفاق التحكيم واستحالة التنفيذ، وذلك ما سنتطرق إليه فيما يلي.

3-3-2-1 . عدم الفصل في الأجل المحدد:

نصت الفقرة الثانية من المادة 1024 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: «ينتهي التحكيم.....بانتهاء المدة المقررة للتحكيم، فإذا لم تشترط المدة، فبانتهاء مدة أربعة (04) أشهر».

إن الأصل أن يتفق طرفا التحكيم على تحديد ميعاد التحكيم إبتداء من اكتمال تشكيل هيئة التحكيم ما لم يتفق الطرفين على غير ذلك، فإذا لم يوجد اتفاق على ميعاد، فوجب أن يصدر خلال أربعة أشهر من اليوم الذي يكتمل فيه تشكيل هيئة التحكيم ومباشرتها لمهمتها.

من صفات اتفاقية التحكيم أنها مرنة إذ يمكن للأطراف استغلال هذه المرونة بإدراج ما شاءوا فيها من اتفاقيات ما لم تكن مخالفة للنظام العام الدولي، لهذه الأسباب لا يمنع الأطراف من الاتفاق على مد الميعاد أو تفويض هيئة التحكيم بمد ميعاد محدد لإصدار الحكم التحكيمي في شرط أو مشارطة التحكيم، وهذا بمقتضى المادة 1043 في فقرتها الأخيرة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مما يؤدي إلى اعتبارها شرط من شروط اتفاق التحكيم الذي يلزم الهيئة التحكيمية، وهذا ما يبرر مبدأ سلطان الإرادة في قدرة الأطراف على تحديد ميعاد لإصدار القرار حيث يبدأ من تاريخ قيام النزاع إذا كان محدد الميعاد في شرط التحكيم أو منذ بدء سير الدعوى التحكيمية أو وفقا لنظام تحكيمي لأحد المراكز الدائمة للتحكيم إذا اتفق الأطراف على التحكيم المؤسساتي.

وفي جميع الأحوال إن عدم صدور الحكم التحكيمي ضمن الميعاد المحدد ينهي مهمة الهيئة التحكيمية ما لم يتفق الخصوم على امتداده، أما انقضاء الميعاد المحدد لإصدار الحكم التحكيمي لا يؤثر في بقاء شرطا لتحكيم بحيث يظل أطرافه ملزمين به وعليه يجب إحالة نفس النزاع أو نزاع أخر لنفس العقد الأساسي للتحكيم.(68)

3-3-2-2 . بطلان اتفاق التحكيم:

تنقضي اتفاقية التحكيم بصرف النظر عن العقد الأصلي، وذلك عندما يشوبها عيب خاص بها دون أن يؤثر هذا العيب في العقد الأصلي، وأبرز العيوب التي تبطلها تتمثل خاصة في عدم قابلية النزاع للتحكيم، بمعنى أن محل التحكيم يكون مخالفا للنظام العام حسبما يقره القانون، فقد اشترط المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 1039 معيارين لمحل التحكيم الدولي، أولهما المعيار القانوني الذي له القابلية للنزاع، أي أن يكون لأحد أطراف العلاقة الدولية مقر أو موطن خارج الجزائر، وثانيهما المعيار الاقتصادي، أي القابلية الموضوعية للنزاع المتمثلة في كون محل النزاع التحكيمي يتعلق بالمصالح الاقتصادية الدولية.

تبطل اتفاقية التحكيم أيضا عندما لا تحترم الشروط الشكلية التي يستلزمها القانون، إذ أن المادة 1040 في فقرتها الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري اشترطت الكتابة لصحتها تحت طائلة البطلان، كل هذه الأحوال السابقة تمثل أسباب لانقضاء اتفاقية التحكيم بقوة القانون، وفي حالة انقضاء اتفاقية التحكيم المدرجة في العقد الأساسي يبقى هذا الأخير صحيحا، وفي حالة وقوع نزاع يرجع الاختصاص فيها للقضاء العادي طبقا لقواعد القانون.[69]

3-3-2-3 . استحالة التنفيذ:

وهو عادة يكون بسبب ارتباط النزاع المتفق على التحكيم فيه بنزاع أخر خارج عن نطاق التحكيم أو لا يجوز التحكيم فيه أو معروض على القضاء، ارتباطا لا يقبل التجزئة، ففي هذه الحالة سوف لا يكون من المستطاع حسم النزاع المتفق على التحكيم فيه أمام هيئة التحكيم، الأمر الذي يوصل إلى ضرورة الفصل فيه أمام القضاء مما يعني في النهاية انقضاء اتفاق التحكيم،[70] وصورة ذلك كما درج عليه الفقه أن يكون موضوع التحكيم مرتبطا بموضوع نزاع أخر، فإذا كان أحدهما مما يخرج عن نطاق التحكيم المتفق عليه أو عن نطاق القابلية للتحكيم أدى الارتباط إلى ثبوت صلاحية الفصل في النزاعين معا للقضاء.[71] قد تكون الصورة في شكل آخر كأن يرتبط النزاع بشخص آخر ليس طرفا في اتفاق التحكيم، وبالتالي لا يجوز أن يفرض عليه اللجوء إلى التحكيم، مما يؤدي أيضا إلى نهاية اتفاق التحكيم ويختص القضاء بنظر النزاع.[72]

في الواقع أن مبدأ عدم القابلية للتجزئة لا يكفي لوحده لهدم وإنهاء اتفاق التحكيم، وذلك لكون أن الأحكام لحظة صدورها تكتسب حجية نسبية، وبالتالي قابلة للطعن فيها، فضلا عن قوة اتفاق التحكيم، وبالتالي حيازة حكم التحكيم لحجية الأمر المقضي فيه وفقا للنظام القانوني مع مراعاة أن لا يكون هناك ارتباط بمسائل مخالفة للنظام العام ولا يجوز التحكيم فيها.[73]

4- الخاتمة:

شكل التحكيم التجاري الدولي حقيقة ثابتة وواقع لا يمكن تجاهله ساهم بشكل كبير في حل النزاعات التجارية الدولية، إلا أن اللجوء للتحكيم كوسيلة لحل النزاعات التجارية الدولية يصطدم ببعض العوائق أهمها ما يتعلق باتفاق التحكيم، هذا الأخير الذي يتفق الأطراف بموجبه على حل النزاعات التي قد تنشأ بينهم عن طريق التحكيم، فرغم اختلاف

التشريعات والاتجاهات الفقهية في تحديد طبيعته القانونية، إلا أنه يبقى عقدا له أهميته واستقلاليته عن العقد الأصلي، كما رتب عليه القانون آثار تضفي عليه المزيد من الإلزام.

لم يحظ أي اتفاق من الاتفاقيات الخاصة في الآونة الأخيرة، بمثل ما حظي به اتفاق التحكيم من عناية واهتمام، ولا يغيب عن ذهن السبب الأساس في هذا الاهتمام وتلك العناية، بحيث نجد المشرع الجزائري نص عليه ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فمن خلال هذا القانون حاول المشرع الجزائري أن يتماشى مع القواعد المادية الدولية للتحكيم التجاري الدولي فأراد توفير المناخ المناسب لإجراء اتفاق التحكيم التجاري الدولي بشأن إبرام عقود التجارة الدولية تلبية للضغط الاقتصادي العالمي، وكما نجد المشرع الجزائري قد حاول أيضا الإلمام بكل الجوانب التي تخص اتفاق التحكيم، حتى لا يترك للأطراف التلاعب بقواعده.

نخلص إلى أن المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وضع أحكام وقواعد معاصرة توضح اتفاق التحكيم أفضل مما كانت عليه سابقا، ليتماشى بذلك مع تطور الممارسة العملية نحو إدراج اتفاقيات التحكيم في عقود المعاملات الداخلية والدولية على حد سواء.

النتائج:

من خلال ما سبق، فقد خلص البحث إلى مجموعة من النتائج والتي نصيغها في النقاط التالية:

1- يعد اتفاق التحكيم الأساس الجوهري الذي يقوم عليه قضاء التحكيم سواء في صورة شرط تحكيم أو في صورة مشارطة تحكيم.

2- أن نظام التحكيم يتنازعه اتجاهان متعارضان، الأول ينادي بالرضائية في اتفاق التحكيم، وذلك لتلبية متطلبات التجارة الدولية، والثاني ينادي بالشكلية وذلك لخطورة اتفاق التحكيم إذ بموجبة يتنازل أطراف النزاع عن حقهم في اللجوء لقضاء الدولة وما يتمتع به هذا الأخير من ضمانات أساسية في التقاضي.

3- يتضح أن الأهلية المطلوبة لصحة اتفاق التحكيم هي أهلية التصرف، فالشخص الذي لا يملك أهلية التصرف في حقوقه كالقاصر والمحجور عليه لجنون أو عته أو سفه لا يكون طرفاً في اتفاق التحكيم، وكذلك الولي أو الوصي أو القيم لا يستطيع إبرام اتفاق التحكيم إلا بعد الحصول على إذن من المحكمة.

4- يتميز اتفاق التحكيم بأنه إجراء يتعلق بالاختصاص في نظر النزاع، أو بمعنى آخر اتفاق لنزع الاختصاص من القضاء الرسمي صاحب الولاية العامة في نظر المنازعات، وإحالتها لقضاء خاص ألا وهو التحكيم.

5- من أهم المبادئ التي تحكم اتفاقية التحكيم وبالضبط اتفاق التحكيم مبدأ الاستقلالية الذي يستمد أساسه من طبيعة اتفاقية التحكيم وبالخصوص التحكيم الدولي.

6- أنه يتعين حتى ينصرف اثر اتفاق التحكيم إلى الغير توافر الشروط الموضوعية والشروط الشكلية اللازمة لصحة هذا الاتفاق.

الاقتراحات:

غير أننا في ظل المستجدات والتحولات الاقتصادية الحاصلة على المستوى العالمي، ومدى تأثيرها على مستوى الدول، وبما أن الجزائر من الدول التي تبحث عن المتعاملين الاقتصاديين والتجاريين لتعزيز استثماراتها الأجنبية خاصة، حتى تواكب التطور، وعليه يجب على الجزائر أن تجدد تشريعاتها الداخلية المنظمة للتحكيم، لأنه أصبح من الناحية الواقعية هو النظام الأكثر فعالية على العقود الدولية، لذلك وجب علينا تقديم بعض التوصيات والتي نوجزها في ما يلي:

1- الاهتمام بحسن صياغة اتفاق التحكيم، إذ يجب إن تكون صياغة اتفاق التحكيم واضحة فيما يتعلق بموضوع النزاع وفيما يثور من خلافات في تفسير العقد، وما يثور من خلافات أثناء تنفيذه، وما يترتب من تبعات قانونية نتيجة انتهاءه أو فسخه.

2- يتعين اختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من طرف المتعاقدين لتسهيل الوصول لحل أمثل لفض النزاعات، وهذا من شأنه أن يؤثر إيجابا على التجارة الدولية.

3- يجب على الأطراف عند إبرام اتفاق التحكيم تحديد ما إذا كان اتفاق التحكيم مقصور عليهم فقط أم أنه يمكن أن تمتد آثاره إلى الخلف أو الغير وذلك لتفادي الوقوع بالمشاكل وعرقلة عملية التحكيم.

4- العمل على تفعيل دور محكمة التحكيم الدائمة في حل النزاعات الدولية، والعمل على إحياء مشروع محكمة العدل التحكيمية الذي سبق ابتكاره وفشلت بسبب التنافس بين القوى الكبرى.

5- على المشرع الجزائري إحداث هيئات للتحكيم التجاري الدولي.

5- الهوامش:

1- الآية 35، سورة النساء.

2- بكلي نور الدين، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في الأنظمة القانونية العربية، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الخاص ، جامعة الجزائر -1- بن يوسف بن خدة ، كلية الحقوق بن عكنون ، 2007-2008، ص 219.

3- حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية ، 2004، ص 126.

4- المادة 05 من اتفاقية نيويورك 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

5- حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 127.

6 - Convention européenne sur l'arbitrage commercial international, Genève, 21 avril 1961.

7 - اتفاقية واشنطن لسنة 1965 الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى.

8- بولحية سعاد، استقلالية اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ص 27.

9- عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، 2002، ص113.

10- بولحية سعاد، المرجع السابق، ص 29.

11- E.Gaillard «Arbitrage commercial international convention d'arbitrage, autonomie et principe de validité, droit applicable » JURIX .Cl Droit international , N°.15.
12 - Ph.FOUCHARD, L'arbitrage commercial international , Dalloz , Paris , 1986, P 215 .
13- أحمد صالح علي مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 2001، ص 118.
14 - بكلي نور الدين، المرجع السابق، ص 223.
15- النص الأصلي بالفرنسية كما يلي:
«En matière d'arbitrage international, L'accord compromissoire qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique…présente toujours sauf circonstances exceptionnelles, une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle nulté de cet act ».
16- حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 122.
17- بكلي نور الدين، المرجع السابق، ص 229.
18- بولحية سعاد، المرجع السابق، ص 36.
19- بكلي نور الدين، المرجع السابق، ص 229.
20- حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 122.
21 - أحمد السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 41، السنة 17،الكويت، 1993، ص 187.
22- محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة قانونية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 93 .
23- فوزي مُحَمَّد سامي، شرح القانون التجاري التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية، المجلد الخامس، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1997، ص 209.
24- محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 122.
25- عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، المجلة القضائية العربية، العدد الأول، السنة الأولى، المغرب، 1984، ص 42 .
26- أحمد حسان حافظ مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، 2007، ص 364.
27- عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 445.
28- أحمد حسان حافظ مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، 2007، ص 395.
29- تعويلت كريم، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في المرسوم التشريعي رقم 93-09، مداخلة في ملتقى دولي حول التحكيم التجاري الدولي بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية، يومي 14 و15 جوان 2006، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص348.

30- رشدي سعيدة، مفهوم التحكيم التجاري الدولي ونظامه القانوني، مداخلة في ملتقى دولي حول التحكيم التجاري الدولي بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية، يومي14 و15 جوان 2006، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة،بجاية، ص 333.

31- محمود السيد عمر التحييوي، مفهوم التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، مصر، 2002، ص 34.

32- شعران فاطمة، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري ، دراسة مقارنة ، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية ، العدد الثاني ، ديسمبر 2016، ص 14.

33- إبراهيم احمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص 67 .

34- عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 44.

35- محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 94.

36- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ص 45.

37- دريدر ملكي، سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، 2011، ص 73.

38- L'article 1496 «… à défaut d'un tel choix , conformément celles qu'il appropriées , il tient compte dans tous les cas des usages du commerce » , NCPC, in ‹‹http: // lexinter.net/ NCPC/ l'arbitrage – international.htm» 07/08/2019 à 18:45.

39- قانون الاونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985.

40- أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 32.

41- مُحَمَّد كولا ، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادي، الجزائر، 2008، ص222.

42- نادية مُحَمَّد معوض، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة 2، 2002، ص 94.

43- شعران فاطمة، المرجع السابق، ص 20.

44- محمود سمير الشرقاوي،المرجع السابق، ص 145.

45- مها عبد الرحمان الخواجا، امتداد اثر اتفاق التحكيم إلى الغير دراسة في التشريع الأردني، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2012-2013، ص 67.

46- حيواني جمال، النظام القانوني لاتفاق التحكيم في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستير، جامعة مُحَمَّد خيضر، بسكرة، 2015-2016، ص 60.

47 – نادية مُحَمَّد معوض، المرجع السابق، ص 71.

48- محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 148.

49- شعران فاطمة، المرجع السابق، ص 21.

50- حيواني جمال، المرجع السابق، ص 61.

51- نادية مُحَمَّد معوض، المرجع السابق، ص 95.

52- محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 156.

53- مها عبد الرحمان الخواجا، المرجع السابق، ص 109.

54- حيواني جمال، المرجع السابق، ص 63.

55- مها عبد الرحمان الخواجا، المرجع السابق، ص 117.

56- بكلي نور الدين، المرجع السابق، ص 320.
57- محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 159.
58 - أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الخامسة، 2001، ص 132.
59 - حيواني جمال، المرجع السابق، ص 65.
60 - مصطفى الجمال، عكاشة عبد المتعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والمحلية، الجزء الأول، الفتح للطباعة والنشر، القاهرة، 1998، ص 567.
61- مصطفى الجمال، عكاشة عبد المتعال، المرجع نفسه، ص 569.
62- محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 162.
63- حيواني جمال، المرجع السابق، ص 66.
64- أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 138.
65- مصطفى الجمال، عكاشة عبد المتعال، المرجع السابق، ص 561.
66- حيواني جمال، المرجع السابق، ص 67.
67- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الأولى ، دار الشروق ، القاهرة 2002، ص 228.
68- حيواني جمال، المرجع السابق، ص 69.
69- حيواني جمال، المرجع نفسه، ص 69.
70- مها عبد الرحمان الخواجا، المرجع السابق، ص 125.
71- أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 140.
72- شعران فاطمة، المرجع السابق، ص 22.
73- مها عبد الرحمان الخواجا، المرجع السابق، ص 128.

6- قائمة المراجع:

* المؤلفات بالعربية:

1- التحييوي محمود السيد عمر، مفهوم التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، مصر،2002.
14- الجمال مصطفى، عكاشة عبد المتعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والمحلية، الجزء الأول، الفتح للطباعة والنشر، القاهرة، 1998.
2- السيد حداد حفيظة، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية ، 2004.
3- القاضي خالد محمد، موسوعة التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الأولى ، دار الشروق ، القاهرة 2002.
4- الشرقاوي حمود سمير، التحكيم التجاري الدولي، دراسة قانونية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
13- أبو الوفا أحمد، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الخامسة، 2001.
5- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، القاهرة.
6- إبراهيم احمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة.

7- حافظ مطاوع أحمد حسان، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، 2007.

8- سامي فوزي مُحَمَّد، شرح القانون التجاري التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية، المجلد الخامس، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1997.

9- عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، ط 2002.

10- كولا مُحَمَّد، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادي، الجزائر، 2008.

11- محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.

12- مخلوف أحمد صالح علي، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 2001.

13- معوض نادية مُحَمَّد، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة 2، 2002.

*** المذكرات والرسائل الجامعية:**

1- بكلي نور الدين، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في الأنظمة القانونية العربية، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الخاص ، جامعة الجزائر -1- بن يوسف بن خدة ، كلية الحقوق بن عكنون ، 2007-2008.

2- بولحية سعاد، استقلالية اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر.

3- دريدر ملكي، سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، 2011.

4- مها عبد الرحمان الخواجا، امتداد اثر اتفاق التحكيم إلى الغير دراسة في التشريع الأردني، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2012-2013.

*** المقالات:**

1- أحمد السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 41، السنة 17،الكويت،1993.

2- عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، المجلة القضائية العربية، العدد الأول، السنة الأولى، المغرب، 1984.

3- شعران فاطمة، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري ، دراسة مقارنة ، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية ، العدد الثاني ، ديسمبر 2016.

*** المداخلات:**

1- تعويلت كريم، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في المرسوم التشريعي رقم 93-09، مداخلة في ملتقى دولي حول التحكيم التجاري الدولي بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية، يومي 14 و15 جوان 2006، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.

2- رشدي سعيدة، مفهوم التحكيم التجاري الدولي ونظامه القانوني، مداخلة في ملتقى دولي حول التحكيم التجاري الدولي بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية، يومي14 و15 جوان 2006، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة،بجاية.

*** الاتفاقيات الدولية:**

1- اتفاقية نيويورك 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

2- اتفاقية واشنطن لسنة 1965 الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى.

*** مواقع الانترنيت:**

http: // lexinter.net/ NCPC/ l'arbitrage – international.htm , 07/08/2019 à 18:45

*** المؤلفات باللغة الأجنبية:**

1- E.Gaillard «Arbitrage commercial international convention d'arbitrage, autonomie et principe de validité, droit applicable » JURIX .Cl Droit international , N°.15.

2 - Ph.FOUCHARD, L'arbitrage commercial international , Dalloz , Paris , 1986, P 215 .