

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة جيلالي ليايس /سيدي بلعباس
كلية الحقوق والعلوم السياسية

التحكيم في الاعتماد المستندي

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق
(قانون الأعمال)

اشراف الدكتور :

بردان رشيد

الطالبة :

وضاح نسيمة

أعضاء اللجنة المناقشة

| | | |
|--------------|-------------------|-------------------|
| رئيسا | جامعة سيدي بلعباس | السيدة بوراس نجية |
| مشرفا ومقررا | جامعة سيدي بلعباس | السيد بردان رشيد |
| عضوا | جامعة سعيـدة | السيد مغربي قويدر |
| عضوا | جامعة سعيـدة | السيد بوكلي شكيب |

السنة الجامعية: 2016- 2017م

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

قال عماد الاصفهاني " لا يكتب الانسان كتابا في يومه إلا وقال في غده لو كان هذا لكان احسن ، ولو زيد لكان يستحسن ، ولو زيد لكان يستحسن ، ولو ترك هذا لكان افضل ، وهذا من عظيم العبر وهو دليل استيلاء النقص على جملة البشر ."

الاهداء

أهدي هذا العمل المتواضع
إلى والدي أطال الله عمرهما
وختم لهما بخير

إلى أخواتي و ابنتيا

إلى

إلى سندي ورفيق دربي محمدي

شكر وعرفان
إلى الله تعالى نتوجه بالحمد
والشكر الخالص ، إذا أحسن
بي لإخراج هذا العمل الى
الوجود وأصلي وأسلم على سيد
الأولين والآخريين محمد ابن
عبد الله صل الله عليه وسلم .
كما اتقدم بالشكر إلى
الأستاذ الفاضل المؤطر
الدكتور بردان رشيد على
تحمله عناء الإشراف

مقدمة

مقدمة

إن التطورات السريعة تعد هي السمة الغالبة للأنشطة الاقتصادية في العصر الحالي من خلال استخدام الوسائل الأكثر فعالية وسرعة في الحياة . وبسبب ذلك كثيرا ما يحدث صراعات متعددة بين من يزاولون هذه الأنشطة من جانب ، وبين العديد من جهات ذات الطبيعة الرقابية في المجتمع ، وحيث أن عمل القضاء بشكل عام يقوم على عنصر تحقيق العدالة بالإضافة إلى السرعة في الفصل ، تم تطوير القضاء بأكثر من وسيلة كي يتوازي ذلك مع سرعة ايقاع الأنشطة الاقتصادية والحياة ذات التطور السريع .

وذلك التطور الذي تم بداية من خلال تقدير القوانين وتقصير المدد في المواعيد وللحث على السرعة في الفصل وزيادة عدد القضاة . ومع ذلك لا تزال الدعاوى التي تنتظر من قبل القضاء العادي وتأخذ أمدا طويلا في الفصل بها . الأمر الذي جعل كثيرا من رجال القانون والمهتمين بالتجارة الدولية ، يقومون بالبحث عن استخدام وسائل أخرى بديلة مثل التحكيم كوسيلة لفض المنازعات بشكل عام ، وهو واحد من أكثر الطرق شيوعا لحسم المنازعات الدولية ، وبعبارة أخرى هو أسلوب خاص لتسوية المنازعات ، يختاره الأطراف انفسهم لوضع حد للخلافات بينهم دون اللجوء إلى المحاكم . و مع التطور التكنولوجي الحاصل ، أصبح يتم ذلك باستخدام محصلات ذلك التطور و على رأسها شبكة الأنترنت كأسلوب عصري لحسم المنازعات دون حاجة إلى انتقال أو تواجد الأطراف في مكان التحكيم . الأمر الذي يحفز اللجوء إليه أكثر من صورته التقليدية ، خاصة في التعامل مع المستندات الإلكترونية واستخراجها وتبادلها من أي مكان وفي أي وقت بتكلفة زهيدة علاوة على استخدام الوسائل السمعية البصرية في عقد جلسات التحكيم الإلكتروني ، ما يعني ذلك من تخفيض نفقات السفر وتكاليف حضور الجلسات بصورة شخصية كما هو مطلوب في التحكيم التقليدي¹ .

¹ كريم بوديسة ، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، 2012 ، ص 4 .

إذا كان هذا هو المبدأ السائد عموماً في عقود التجارة الدولية ، فإن الأمر يختلف عنه في مجال الاعتمادات المستندية ذلك أن هذه الأخيرة تعتبر روح التجارة الدولية ، بحيث يتصل اتصالاً وثيقاً بالبيوع البحرية وذلك من خلال البيئة التي نشأ فيها .

فنشأة الإ اعتماد المستندي جاءت لتحقيق مجموعة من الغايات كانت التجارة الخارجية في حاجة ماسة إليها قصد تسوية جميع المعاملات التجارية بين عدة أطراف يجهل بعضها البعض ، ومن أجل خلق ثقة وطمأنينة لكل الأطراف المتدخلة في عملية الإ اعتماد المستندي حيث يحصل البنك على عمولة مقابل قيامه بهذه العملية بالإضافة إلى الفائدة المتفق عليها من تاريخ دفع قيمة الإ اعتماد . وإذا لم يقيم المشتري بسداد المبلغ الذي دفعه البنك ، كان لهذا الأخير أن يمتنع عن تسليمه المستندات الممثلة للبضاعة ، حيث لا يستطيع المشتري تسليمها إلا بموجب هذه المستندات ، إذا لم يف الزبون بما عليه قام البنك ببيع البضاعة واستفاء حقوقه و ثمنها وفقاً للإجراءات القانونية .

ورغم أهمية الإ اعتماد المستندي ودوره عملية التجارة الخارجية ، إلا أن مشرعنا الجزائري لم يتولاه بالتنظيم سوى الإشارة إليه في قوانين المالية الأصلية والتكميلية . لذا فيعتمد في تنظيمه على العادات وأعراف التجارة الدولية الموحدة المتعلقة بالإ اعتمادات المستندية .

لذا يعتبر التحكيم في ظل المنظومة الإقتصادية في الوقت الراهن الوسيلة المثالية

للحسم بل وضرورة حتمية .

وأكثر من ذلك ونتيجة التطور التكنولوجي المستمر أصبح يتم ذلك باستخدام الوسائل التكنولوجية التي على رأسها شبكة الانترنت كأسلوب عصري لحسم المنازعات دون حاجة إلى انتقال أو تواجد الأطراف مكان التحكيم ، الأمر الذي يحفز اللجوء إليه أكثر من صورته التقليدية ، خاصة في مجال التعامل بالمستندات الإلكترونية واستخراجها وتبادلها من أي مكان و في أي وقت بتكلفة زهيدة ، علاوة على استخدام الوسائل السمعية البصرية

في عقد جلسات التحكيم الإلكتروني ، ما يعني ذلك من تخفيض نفقات السفر وتكاليف حضور الجلسات بصورة شخصية كما هو مطلوب في التحكيم التقليدي² .

وإذا كان التحكيم كذلك في أصله بصورته التقليدية والحديثة ، فهل يختلف مفهومه في العمليات المصرفية عموما وفي الاعتماد المستندي على وجه الخصوص ؟
وهل تتمتع باقي الوسائل البديلة لحل المنازعات بنفس القيمة القانونية للتحكيم بصورتيه أم هناك فوارق تجعل من كل نظام طابع خاص يتميز به عن باقيه ؟

وإذا كان التحكيم من آثاره تجريد قضاء الدولة من سلطة الفصل النزاع المعروض للتسوية تطبيقا لمبدأ الإختصاص للنظر بالإختصاص، فهل يعتبر ذلك تجريدا لها من سيادتها بحجة القانون التجاري المشترك الذي يخدم مصالح الشركات الضخمة للدول المتقدمة ؟ وهل يشمل التجريد حتى التدابير التحفظية والوقائية ؟

وإذا كان أساس ومصدر إنشاء التحكيم إرادة الأطراف ، فهل من شأن ذلك إضفاء عليه طابع تعاقدي ؟ أم الطابع القضائي كون نهاية مصيره بحكم حائز لقوة الشيء به شأنه شأن قضاء الدولة ؟ أم يكتسي طابعا خاصا ؟

ومع فرضية توفر مسببات البطلان أو الفسخ أو تجديد الالتزامات الناشئة عن العقد الأصلي ، فهل يؤدي ذلك إلى عدم فعالية اتفاق التحكيم أو المساس به ، أم يبقى مصيره غير مرتبط بمصير العقد الأصلي حتى في حالة انعدامه وفقا لرأي الفقهاء والتشريعات الدولية والوطنية ؟

إذا أمكن التوصل إلى الإرادة المشتركة للطرفين ، فهل يمكن اعتبار شرط التحكيم المعتل صحيحا وناظرا ؟

² كريم بوديسة ، مرجع سابق ، ص 4 .

وفيما يتعلق بقضية وجود الرضا عموماً في الإلتجاء إلى التحكيم ، فهل ينبغي التحقق من إرادة ذوي الشأن في ذلك على نحو يمكن معه الإطمئنان على أنهم قصدوا حقيقة اختيار التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات التي نشأت أو ستنشأ بينهم ، أم يكفي تواتر العمل بين الطرفين على التحكيم للقول بوجود إتفاق ضمني في حالة تعامل سابق ، وعلى وجه الخصوص وفي حالة وضع البنك شرط في وظائفه ، أو بندا يحيل إلى لائحة خاصة بالبنك لفض المنازعات جعلت من التحكيم الأسلوب الوحيد لفض المنازعات فيما بين البنك وبقية الأطراف ، فهل يفترض هنا الرضا من قبل العميل ؟ وما هو القانون الواجب التطبيق على ذلك ؟

وبشأن الكتابة ودورها في عملية التحكيم، فهل شرعت للإنعقاد أو للإثبات ؟ وكيف تتحقق في طلبات فتح الاعتماد المستندي وغيرها من العمليات المصرفية ؟

و فيما يتعلق بآثار شرط التحكيم الوارد في علاقة الأساس إلى النزاع الناشئ عن مطالبة المستفيد بقيمة الإعتماد، فهل يجوز الإحتجاج به في مواجهة المستفيد ؟ وما أثره على التزام البنك بدفع قيمة الإعتماد في حالة الإتفاق عليه قبل نشوء النزاع وبعده ؟ وما أثره في حالة الضمان المقابل وفي التحكيم المتعدد الأطراف ؟

وعند إحالة النزاع إلى المحكمين في حالة قيام نزاعات بين أطراف الإعتماد المستندي لأبد من توفر شروط قانونية معينة مهما كانت تعيينهم المشروعة لتجنب الرد و العزل ، مع احترام الإجراءات اللازمة الاتباع أمام محكمة التحكيم لضمان صدور قرار تحكيمي منتجاً لآثاره القانونية .

وفيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق أو بالأحرى قاعدة الإسناد ، من طرف المحكمين على نزاع الإعتماد المستندي ، و نظراً لطبيعة العلاقة فيه بين أطرافه ، فإنه يختلف من علاقة إلى أخرى ، فتختلف علاقة المصرف بالمستفيد عن علاقة المصرف بالعميل الأمر ، و بين ما إذا كان منفذ الإعتماد المصرف فاتح الإعتماد أو مصرف البائع

في حالة تعدد المصارف المنفذة . فماهي قواعد الإسناد أو التنازع الواجبة التطبيق بغض النظر عن العادات والأعراف الموحدة الخاصة بالاعتمادات المستندية لطبيعتها غير الإلزامية ؟ إضافة إلى القواعد الإجرائية التحكيمية .

و في سبيل الاجابة عن كل هذه الإشكالات ، اقتضى منا الأمر اتباع خطوات المنهج الوصفي لطبيعة الموضوع مع تخلل الدراسة المقارنة لوجوبها .

ولعل اختيارنا لهذا الموضوع يرجع إلى عدم تطرق المشرع الجزائري إلى الإعتماد المستندي بموجب نصوص صريحة وثابتة إلا من خلال قوانين المالية وحاجة الدولة له من خلال الممارسة العملية من جهة ، وارتباط التحكيم به كوسيلة لحل النزاعات المتولدة عنه ارتباطا وثيقا ، بحيث لا يمكن فصله عنه بأي شكل من الأشكال من جهة أخرى .

و لمعالجة هذا الموضوع التحكيم في الاعتماد المستندي ، ارتأينا تقسيم هذا البحث إلى قسمين :

القسم الأول : خصصناه للتحكيم وأثره في الإعتماد المستندي ، ونتطرق إليه من خلال بابين:

الباب الأول : ماهية التحكيم وشروطه .

الباب الثاني : أثره في الإعتماد المستندي .

أما القسم الثاني فخصصناه للإجراءات التحكيمية الواجبة الإلتباع ، ونعرض فيه من خلال بابين :

الباب الأول : إجراءات نظر النزاع .

الباب الثاني : إصدار الحكم التحكيمي .

القسم الأول

التحكيم وأثره في

الاعتماد المستندي

القسم الأول

التحكيم وأثره على الاعتماد المستندي

يعد التحكيم من أهم الوسائل البديلة لحسم المنازعات بشكل عام كما سبقت الإشارة ، فهو ذو أصول قديمة في تاريخ البشرية ، ليصل إلى ضرورة حتمية خاصة ما يتعلق منها بالبنكية لطبيعة العلاقة الناشئة عنها ونقصد بذلك الإعتدال المستندي ، وهذا القبول المتزايد للتحكيم فتح المجال أمام المناداة بمؤسسات تحكيمية خاصة بذلك .

و من خلال هذا القسم سننظر إلى توضيح معالم التحكيم من مختلف الجوانب القانونية المطروحة ، وأثره على أطراف عقد الإعتدال المستندي سواء ورد في عقد الأساس أو في عقد فتحه . وذلك بتقسيمه إلى بابين :
نتناول في الأول ماهية التحكيم وشروطه .
وفي الثاني أثره في الإعتدال المستندي .

الباب الأول

ماهية التحكيم وشروطه

إن الحديث عن ماهية التحكيم في الإعتدال المستندي ، يتطلب منا تبيان مفهومه وتحديد شروطه القانونية لإنتاج أثره القانوني وذلك في فصلين .

الفصل الأول

ماهية التحكيم في الاعتماد المستندي

إن للتحكيم مفهوم يختلف عن باقي الوسائل المخولة لفض النزاعات، كما أن له طبيعة قانونية خاصة ومستقلة . كما يعتبر وكما سبق الذكر ضرورة حتمية مع معارضة البعض من الفقه . لذا سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين :
الأول لمفهوم التحكيم وطبيعته القانونية و الثاني لحتمية التحكيم وأنواعه .

المبحث الأول

مفهوم التحكيم وطبيعته القانونية

سننظر في هذا المبحث إلى تحديد مفهوم التحكيم لغة و اصطلاحا و إلى الوسائل البديلة لحسم المنازعات وتحديد طبيعته القانونية وذلك في مطلبين .

المطلب الأول

مفهوم التحكيم و الوسائل البديلة لحسم المنازعات

الفرع الأول

مفهوم التحكيم

لغة : التحكيم في اللغة يأتي من مصدر حكم بتشديد الكاف مع الفتح ، وهو بمعنى التفويض في الحكم ، ويقال حكمنا فلانا فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا³ وفي الإصطلاح الشرعي ، فقد عرف التحكيم بأنه " تولية الخصمين حكما يحكم بينهما أي اختيار ذوي الشأن شخصا للحكم فيما تنازعا فيه دون أن يكون للمحكم ولاية القضاء بينهما"⁴، وقد ورد ذكر التحكيم في كتاب الله تعالى في قوله " يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله " ⁵ ، وقد جاء أيضا في الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون الحن بحجته من بعض فاقضي بنحو مما اسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه فإنما اقطع له قطعة من النار ."⁶ أما الإصطلاح القانوني ، فقد تعددت التعاريف حول ماهية التحكيم من حيث كونه إحدى وسائل فض المنازعات بطريقة سلمية ، وذلك عن القانوني طريق اللجوء إلى شخص أو عدة أشخاص يسمى الواحد منهم محكما أو هيئة أو مركز دائم للتحكيم ، للفصل في النزاع الذي ينشأ بين الطرفين بعيدا عن اللجوء إلى القضاء العادي وذلك وفقا لإتفاق الأطراف⁶

³ لسان العرب لإبن المنظور ، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والنشر ، ج 15 ، ص 31- 32 .

⁴ محمد ابن عرنوس ، تاريخ القضاء في الإسلام ، المطبعة المصرية الأهلية ، الطبعة الأولى ، ص 175 .

⁵ سورة ص الآية 26 .

⁶ NICOLETTE KOST, « LE CONSENTEMENT A LA CONVENTION D'ARBITRAGE COMMERCIAL » =

ويعرفه البعض من الفقه بأنه نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم إما مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها ، أو هو مكنة أطراف النزاع بإقصاء منازعاتهم عن الخضوع لقضاء المحاكم المخول لها طبقا للقانون ، فيما تحل عن طريق أشخاص يرتضونهم⁷ .

وفيه من يعرفه استنادا إلى مقوماته وأركانه الثلاثة في الخصومة ، وحكم يزود بسلطة الفصل فيها بقرار ملزم ، وإتفاق بين الخصوم على التحكيم وهو إتفاق يكون شاملا لمبدأ التحكيم وجميع عملياته في التحكيم الإختياري المحض ، ومقصورا على بعض جوانب التحكيم في التحكيم الإجباري إذا انعدمت إحدى هذه العناصر الثلاث فالأمر لا يكون تحكيما⁸ .

بينما يعرفه آخر بأنه نظام قضائي خاص ، يختار فيه الأطراف قضائهم ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب بمهمته ، لتسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية ، والتي يجوز حسمها بطريق التحكيم وفقا لمقتضيات القانون والعدالة وإصدار قرار ملزم لهم⁹ .

كما يعرفه أيضا "بأنه نظام خاص للتقاضي ، ينشأ من الإتفاق بين الأطراف المعنية على العهدة إلى شخص أو اشخاص من الغير بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي"¹⁰ .

ويتضح من هذا التعريف أن هناك جوانب مهمة ينبغي أن يتضمنها أي تحديد لمفهوم التحكيم ، وأهمها جانبان جانب عضوي وجانب وظيفي .
فالجانب العضوي يشير إلى أن التحكيم نظام قانوني وجدلي يؤدي وظيفة مهمة ومحددة وهي تسوية منازعة أو البت في مسألة مختلف عليها .

= INTERNATIONAL , mémoire grade de LLM , UNIVERSITE MOTREAL , 2005 , p 14 .

و د/ أحمد محمد عبد البديع شتا ، شرح قانون التحكيم ، دراسة مقارنة ، الطبعة الرابعة ، 2009 ، ص 11 - 12 .
⁷ د/ أبو زيد رضوان ، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، الطبعة الأولى ، 1981 ، ص 19 .
⁸ د/ محسن شفيق ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، 1997 ، ص 16 - 17 .
⁹ د/ أحمد عبد الكريم سلامة ، التحكيم في معاملات المالية والداخلية والدولية ، دار النهضة العربية ، 2006 ، ص 19 .
¹⁰ د/ حفيظة السيد حداد ، الموجز في التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2004 ، ص 44 .

بينما يشير الجانب الوظيفي إلى أن التحكيم أداة لتسوية نزاع ، حيث لا تنشأ فكرة لجوء أطراف أية علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية ، مدنية أم تجارية إلى التحكيم إلا بقصد تسوية نقاط خلاف حول جوانب تلك العلاقة¹¹ .

بينما يعرفه القضاء على أنه عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأعيان يعين بإختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها ، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار نهائي من شبهة الممالة ، مجردا من التحامل وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه ، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسي¹² .

إذا ومن خلال استعراضنا لمفهوم التحكيم عند علماء اللغة وفقهاء القانون واللغة والقضاء ، يبرز لنا التساؤل التالي ، هل يختلف مفهوم التحكيم المصرفي عموما وفي الإعتقاد المستندي خصوصا عن مفهوم التحكيم بشكل عام ؟

من خلال ما سبق ، يتضح لنا أنه لا اختلاف في مفهوم التحكيم إلا في شق واحد ألا وهو أطراف العملية التحكيمية ومحل النزاع ، لأنه عند الحديث عن التحكيم في الإعتقاد المستندي ، فإن أول ما يتبادر في الذهن مباشرة هو أن أطراف العلاقة بنك أو مصرف ، و النزاع يدور حول عملية بنكية ، لذا فيمكن وضع تعريف للتحكيم في الإعتقاد المستندي على أن هذا النحو :

هو نظام قانوني يجيز لأطراف عملية الإعتقاد المستندي اللجوء إليه عند حدوث نزاع سواء في مستقبل العلاقة أو حاضرها وفقا لنص يتضمنه عقد الإعتقاد المستندي بإعتباره آلية لتمويل العقود الدولية التجارية أو مستقلا عنه ، و يسعى أطرافه إلى حل نزاعهم وفقا

¹¹ د/ عصام عبد الفتاح مطر ، التحكيم الإلكتروني ، دار النهضة ، 2009 ، ص 38 .
حكم المحكمة الدستورية العليا ، 17 ديسمبر 1994 ، القضية رقم 13 لسنة 15 قضائية دستورية ، منشور في الجريدة الرسمية ديسمبر 1994 ، وهو الحكم الذي صدر بعدم دستورية نص المادة 18 من القانون رقم 48 لسنة 1977 المنشئ لبنك فيصل الإسلامي ، التي كانت تجعل التحكيم الطريق الوحيد لحل أي نزاع بين البنك ومن يتعاملون معه ، نقلا عن د/ حفيظة السيد حداد مرجع سابق ، ص 41 .

¹² Dominique VIDAL , DROIT FRANÇAIS DE l'arbitrage intern et international , lextenco édition 2012 .p 213 .

لمقتضيات الأعراف الدولية والعدالة ، وقد يعهدوا بذلك إلى مؤسسة أو مركز أو أشخاص مستقلين ، ويتمتع ما يصدر عنهم بحجية الأمر المقضي .

الفرع الثاني

الوسائل البديلة لحسم المنازعات

من بين الوسائل لفض المنازعات البديلة ، توجد المفاوضات المباشرة والوساطة الإلكترونية والتوفيق ، سنتطرق في هذا الفرع إلى كل من المفاوضات المباشرة والوساطة الإلكترونية بينما التوفيق نترك له المجال عند الحديث عن الأنظمة المشابهة لنظام التحكيم تجنباً للتكرار .

البند الأول

المفاوضات المباشرة

لاقت المفاوضات المباشرة المبتكرة من قبل مراكز الوساطة والتحكيم كوسيلة لفض المنازعات عن بعد نجاحاً وإقبالاً هائلاً من قبل المتنازعين بما فيه من المحافظة على علاقات العمل الودية .

وتقوم عملية المفاوضات المباشرة على طرفي النزاع ، إذ يتم الإتصال فيما بينهم عن طريق الهاتف ، أو من خلال صفحة تابعة لموقع فض المنازعات الإلكترونية بعد أن يقوم المركز بتزويد كل من المتفاوضين بإسم المرور يسمح لهم من خلاله بالدخول لصفحة النزاع والتفاوض بعدها على موضوع النزاع بغية الوصول إلى حل فاضاً للنزاع دون تدخل أي مركز ، سواء تم التوصل إلى حل أم فشل في ذلك¹³ .

كما أن لأطراف النزاع الحرية المطلقة في التفاوض حول النقاط التي يرغبون في تناولها و حرية صياغة الإتفاق ، إلا أنهم مقيدان بمدة زمنية معينة ، وقد حددت بعض

¹³ د/ محمد ابراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني (الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات) الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، 2009 ص 20 .

المراكز هذه المدة بثلاثين يوما ، بانقضائها يتم إغلاق صفحة التفاوض إلكترونيا ، مع منح أطراف النزاع مدة إضافية في حال أن يتم تقديم أسباب تبرر ذلك¹⁴ .

في حين حددت مراكز أخرى المدة الممنوحة للتفاوض بعشرة أيام ، مع إلزام المتفاوضين في حال إن انقضت المدة دون التوصل لحل النزاع بإحالته للمركز مع طلب وسيط أو أكثر لحل النزاع¹⁵ .

آلية المفاوضات المباشرة

تبدأ عملية التفاوض من خلال إرسال طلب إلى المركز مقدم من أطراف النزاع ليعلنوا فيه عن رغبتهم في فض النزاع القائم بينهم من خلال المفاوضات المباشرة . ويشتمل الطلب المقدم للمركز إلكترونيا على (الإسم ، العنوان ، رقم الهاتف ، البريد الإلكتروني ، ...) مع ملخص عن موضوع وأسباب النزاع .

وعند تقديم الطلب للمركز من أحد أطراف النزاع ، يقوم المركز في هذه الحالة بعد استلامه للطلب و مراجعته ، بإرسال إخطار للأطراف الأخرى يخبرهم فيه عن رغبة مقدم الطلب في التفاوض معهم مباشرة حول موضوع الخلاف القائم بينهم ، وسؤاله فيما إذا كانوا يرغبون في قبول التفاوض أم لا مع تحديد مهلة معينة للجواب ، وإذا كان الجواب بالرفض أو عدم تلقي المركز للجواب ، تنتهي هنا عملية المفاوضات المباشرة ، أما في حالة القبول فتستمر العملية¹⁶ .

يقوم المركز بعد تسلمه طلب التفاوض المقدم من الأطراف ، أو بعد تسلمه الجواب إذا كان طلب التفاوض مقدما من طرف واحد بإرسال إخطار إلى المتنازعين يتضمن إسم مرور خاص لكل بكل طرف ، والذي يسمح لهم بالدخول للصفحة الخاصة بنزاعهم والمعدة

¹⁴ [http : // www . squaretrade . Com / cnt / jsp / hlp / odr . jsp ? vhosred= tomcat](http://www.squaretrade.com/cnt/jsp/hlp/odr.jsp?vhosred=tomcat)

[4&stmp=stmp=squaretrade &cate=3&ques=5](http://www.squaretrade.com/cnt/jsp/hlp/odr.jsp?vhosred=tomcat&stmp=stmp=squaretrade&cate=3&ques=5)

تم الإحالة للمركز للنظر في النزاع بالوساطة بموجب اتفاق التفاوض الذي أبرمه المتفاوضون مع المركز لقاء تقديم أدوات الإتصال للمتفاوضين.

¹⁵ Internet neutral .op .cit .

مركز وساطة ،

¹⁶ [http // www . Squaretrade . com / cnt / jsp / hlp / odr . jsp : jssessionid= 8 z2tiu7pk1&cate = 1&ques=1](http://www.Squaretrade.com/cnt/jsp/hlp/odr.jsp?jssessionid=8z2tiu7pk1&cate=1&ques=1)

على الموقع الإلكتروني التابع للمركز ، والمحاط بالسرية التامة من خلال توفير قنوات آمنة
يجرى الإتصال من خلالها ، مع البيان أن المدة الممنوحة للتفاوض هي ثلاثون يوما¹⁷ .

وقد حذت مراكز أخرى لفض المنازعات عن بعد حذو مركز وساطة في تقديم خدمة
المفاوضات المباشرة ومنها مركز وساطة (Internet Neutral) .

وقد اعتبر الفقه أنها سابقة من نوعها عند قيام بنك فنلندا المركزي بوضع نظاما
خاصا لفض أي نزاع سواء مع العملاء أو مع أي من البنوك الأخرى إلكترونيا عند تأسيسه
نظام (ESETTLE) سنة 2000 ، حيث جرى الإتصال مع البنك عن طريق الانترنت في
حال وقوع نزاع وحله عن طريق المفاوضات المباشرة¹⁸ . و أيضا المنظمة العالمية
للتجارة نجدها قد سارت على نفس الإتجاه عند تأسيسها لهيئة متخصصة لفض المنازعات
الناشئة بين أعضائها ، التي يبدأ عملها عند فشل المفاوضات بين المتنازعين في حل
النزاع .

كما تجدر الإشارة إلى أن هذه العملية مجانية بغض النظر عن نتيجة التفاوض ، لذا
فقد لاقت المفاوضات المباشرة إقبالا واسعا لما فيها من مزايا مادية زمنية¹⁹ .

البند الثاني

الوساطة الإلكترونية

تعد الوساطة من الوسائل الودية لفض المنازعات ، حيث عرفتها المادة الثالثة
من قانون اليونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي بأنها عملية يتم من خلالها حل
النزاع وديا سواء بالوساطة أو بالتوفيق مع محاولة الوسيط الوصول لحل ودي للنزاع
العقدي أو القانوني دون أن يملك سلطة إجبار المتنازعين على قبول الحل .

¹⁷ [http // www . squaretrade . com / organization / user – agreement . jsp](http://www.squaretrade.com/organization/user-agreement.jsp) .

¹⁸ د/ محمد ابراهيم أبو الهيجاء ، مرجع سابق ، ص 23 .

¹⁹ د/ محمد ابراهيم أبو الهيجاء ، مرجع سابق ، ص 24 .

- خصائص الوساطة الالكترونية -

من أبرز الخصائص التي تتمتع بها الوساطة الالكترونية مايلي :

- 1 - فعالية الأدوات المستخدمة في عملية الوساطة الالكترونية منذ لحظة إحالة النزاع لحين فصله .
- 2 - توفير قنوات إتصال آمنة خلال سير عملية الإجراءات حتى توقيع اتفاق التسوية الملزم الذي يعده المركز مع موافقة الأطراف المتنازعة عليه ، وإذا ما تخلف أي طرف عن تنفيذ مضمونه ، فللطرف الآخر تنفيذ تقديم الإتفاق للقضاء والإعتداد به .
- 3 - توفير قاعدة بيانات متكاملة تشمل سير عملية الوساطة وكيفية الإثبات وتقديم الطلبات .
- 4 - مراعاة الوسيط لاتفاق الوساطة المبرم بين الأطراف ، أي عدم الخروج أو تجاوز الإتفاق .
- 5 - منح أطراف النزاع الحرية الكاملة في الإتصال مع الوسيط والطرف الآخر للتفاوض حول مسائل النزاع .
- 6 - تقديم العون والإرشاد للمتنازعين سعياً وراء حل النزاع القائم بينهما .
- 7 - إرسال رسائل إلكترونية لطرفي النزاع لإخطارهم بأوقات ومواعيد جلسات الوساطة .
- 8 - توفير الوقت والجهد على المتنازعين في إجراء جلسات الوساطة عن بعد من خلال الشبكة العنكبوتية بتقديم المقترحات والأدلة والطلبات .
- 9 - العمل على توضيح الرؤية أمام المتنازعين، من خلال تزويد كل منهم بنموذج العرض الذي قدمه الطرف الآخر والطريقة المناسبة لحل النزاع .
- 10 - المرونة في القواعد الإجرائية المتبعة خلال عملية الوساطة ، حيث يترك للأطراف إختيار القواعد التي تناسبهم و القائمة على الحياد والشفافية واحترام القانون .
- 11- حفظ كامل المستندات والوثائق والطلبات وتخزينها ، مع إلغاء ماتم تخزينه إذا ما كان هناك تراجع عن الإستمرار في عملية الوساطة .
- 12 - إتاحة المجال للإطلاع على موقع المركز المتضمن خطوات نظر النزاع من خلال الوساطة ، مع تشجيع اللجوء إليها كوسيلة بديلة لفض المنازعات .

الفرع الثالث

الأساس القانوني للتحكيم ومدى تأثيره بسيادة الدولة

البند الأول

الأساس القانوني للتحكيم

يتجسد الأساس القانوني في مختلف الإتفاقيات الدولية والإتفاقيات الإقليمية ، ومختلف التشريعات الوطنية التي كرسّت التحكيم كوسيلة لحل نزاعات عقود التجارة الدولية القائمة بين أطراف النزاع ، كما يتجسد في اتفاق التحكيم على الوجه التالي :

أساسه في الإتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم الخاصة بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي UNCITRAL :

إن أهم الإتفاقيات الدولية التي أسست قواعد التحكيم التجاري الدولي ، ونظمت مختلف أحكامه هي كالتالي :

أولاً : اتفاقية نيويورك عام 1958 : وهي اتفاقية خاصة بالإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية ، التي أقرها مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بالتحكيم الدولي المنعقد في نيويورك في الفترة 20م ماي - 10 جوان عام 1958 ، التي تنص على تطبيق الإتفاقية للإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة من هيئات تحكيم دائمة ، يحتكم إليها الأطراف والمؤسسات ، حيث تطبق على أحكام المحكمين والتي لا تعتبر وطنية في الدولة المطلوب إليها الإعتراف أو تنفيذ هذه الأحكام .

ثانياً : اتفاقية واشنطن عام 1972 : وهي اتفاقية دولية خاصة بتسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار بين الدول الأخرى الموقعة في واشنطن في 11 / 02 / 1972 ، والتي أقرت فيها التحكيم التجاري الدولي ، حيث تنص المادة الأولى منها بالباب الأول على " 1 - يتم إنشاء المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الإستثمار ، 2- الغرض من المركز هو توفير الوسائل اللازمة للتوفيق والتحكيم لفض المنازعات بالإستثمار بين الدول المتعاقدة

ورعايا الدول المتعاقدة الأخرى طبقا لأحكام هذه الاتفاقية ، غير أن الاتفاقية لم تنتقص من حق الدول المتعاقدة في الدفع بعدم التنفيذ على أساس اعتبارات السيادة²⁰ .

ثالثا : قواعد التحكيم الخاص بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال)
لسنة 1976 و القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 : أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 15 / 02 / 1976 وهو المعمول به في مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم الدولي ، وهو أيضا مقر مؤقت للعرب للتحكيم التجاري ، وقد نصت المادة الأولى من اليونسترال على : " عندما يتفق طرفا عقد ما على أن تحال المنازعات التي تتعلق بذلك العقد إلى التحكيم وفقا لقواعد اليونسترال للتحكيم ، فإن تلك المنازعات ستسوى وفقا لهذه القواعد مع مراعاة التعديلات التي قد يتفق الطرفان عليها كتابة ."

تحكم هذه القواعد التحكيم إلا إذا كان أي منها يتعارض مع نص في القانون الواجب التطبيق على التحكيم والذي لا يمكن للطرفين مخالفته فعندئذ يغلب النص²¹ .

1 - التعريف بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي : وهي هيئة قانونية ذات عضوية عالمية متخصصة في إصلاح القانون التجاري على النطاق العالمي منذ ما يزيد عن 30 سنة ، وهي الهيئة القانونية الرئيسية التابعة لمنظومة الأمم المتحدة في مجال القانون التجاري ، ومهمتها عصرنة ومواءمة القواعد المتعلقة بالأعمال التجارية الدولية ، وهي تشمل ما يلي : اتفاقيات وقوانين نموذجية وقواعد مقبولة عالميا ، أدلة قانونية وتشريعية وتوصيات ذات قيمة عملية ، معلومات محكمة عن السوابق القضائية وسن قوانين تجارية موحدة ، مساعدة تقنية في مشاريع إصلاح القوانين ، حلقات دراسية إقليمية ووطنية في مجال القوانين التجارية الموحدة ، بيع البضائع ، التحكيم ، التجارة الإلكترونية، حيث أنشأت الجمعية العامة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونسترال عام 1966 القرار 2205 (د - 21) المؤرخ في 17 / 12 / 1966 ، حيث سلمت الجمعية العامة بأن التفاوتات في القوانين الوطنية التي تنظم التجارة الدولية ، تضع عوائق أمام تدفق التجارة واعتبرت أن اللجنة هي الوسيلة التي تستطيع بها الأمم المتحدة القيام بدور أنشط في تقليل هذه العوائق ، تتكون اللجنة من 60 دولة عضوا تنتخبها الجمعية العامة ، والتي من

²⁰ محمد شهاب ، أساسيات التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الأولى ، مكتبة الوفاء القانونية ، 2009 ص 39 - 40 .

²¹ محمد شهاب ، نفس المرجع ، ص 40 .

بينها الجزائر وينتخب أعضاء اللجنة لفترة ولاية مدتها (06) سنوات وتنتهي فترة ولاية نصف الأعضاء الثلاث سنوات ، حيث يقع مقر أمانة الأونسترال في فينا .

2 - الأعمال التي تضطلع بها الأونسترال :

المجالات التي عملت فيها اللجنة والنتائج الرئيسية نجد من بينها : البيع الدولي للبضائع والمعاملات المتصلة به ، والتي تندرج ضمنها اتفاقية الأمم المتحدة بشأن فترة التقادم واتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع ، كما نجد من بين الأعمال اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع ، المدفوعات الدولية واتفاقية الأمم المتحدة بشأن إحالة المستحقات في التجارة الدولية (2001) وقانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية ، وما هو أهم من هذه الأعمال التي تضطلع بها هي قواعد التحكيم فنجد :

أ - قواعد الأونسترال للتحكيم لسنة 1976 : وتتضمن مجموعة شاملة من القواعد الإجرائية التي يجوز للأطراف أن تتفق عليها لتنفيذ إجراءات التحكيم ، وتستخدم القواعد على نطاق واسع في عمليات التحكيم الفردي .

ب - قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 : وهو مصمم لمساعدة الدول في اصلاح وتحديث أحكامها المتعلقة بإجراءات التحكيم ، وقد اعتمدت الأونسترال القانون النموذجي في 1985 ، وشرعه في القانون عدد كبير من النظم القانونية في البلدان المتقدمة والنامية ، حيث يرجع أصل نشأة القانون النموذجي إلى طلب اللجنة الإستشارية القانونية الإفريقية الآسيوية عام 1977 من لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي إلى إعادة النظر في قواعد اتفاقية نيويورك لعام 1958 ، واقترحت اللجنة تعديل اتفاقية نيويورك ، فتناولت مسألة الرقابة القضائية على سير العدالة والمحاكمة العادلة وحصانة الدولة . وبعد أن بدأت أمانة لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي دراسة الموضوع ، وجدت أن الأمر يحتاج إلى وضع قانون نموذجي شامل للتحكيم التجاري الدولي ، وتتلخص الأهداف التي تبناها القانون المذكور في :

1 - قيام التحكيم التجاري على مبدأ سلطان الإرادة والحد من دور المحاكم.

2 - وضع قواعد الزامية تكفل العدالة و ضمانات الدفاع .

3 - وضع إطار لإدارة التحكيم التجاري ، في حالة عدم قدرة الأطراف الإتفاق على المسائل الإجرائية وتجنب عرقلة الاجراءات .

4 - وضع بعض القواعد الإضافية التي تساعد على تنفيذ أحكام التحكيم²² .

كما جاء قانون الأونسترال مع التعديلات التي اعتمدت سنة 2006 ، حيث يهدف هذا القانون النموذجي لمساعدة الدول على تحديث قوانينها المتعلقة بإجراءات التحكيم لمراعاة السمة الخاصة للتحكيم التجاري الدولي واحتياجاته ، فاعتمدت الأونسترال في 7 جويلية 2006 تعديلات على المواد 1 (2) و 7 و 35 (2) ، كما اعتمدت الفصل الرابع (أ) الجديد كي يحل محل المادة 17 ، و المادة 2 (أ) الجديدة ، ويقصد بالصيغة المنقحة للمادة 7 أن تحدث الشرط المتعلق بشكل إتفاق التحكيم لمواكبة ممارسات العقود الدولية علة نحو أفضل ويكرس الفصل الرابع (أ) المستحدث نظاما أشمل للتعامل ومع التدابير المؤقتة ، واعتبارا من سنة 2006 أصبحت الصيغة المعيارية للقانون النموذجي هي صيغته المعدلة ، كما أنه عدلت أيضا سنة 2010 بإضفاء أحكام جديدة متعلقة بالتدابير المؤقتة²³ ، ويستنسخ أيضا النص الأصلي لعام 1985 نظرا إلى وجود العديد من التشريعات الوطنية التي سنت استنادا إلى هذه الصيغة الأصلية²⁴ .

رابعا : جولة أوروغواي الوثيقة الختامية في 15 / 04 / 1994 بالمغرب المنظمة من

طرف منظمة التجارة العالمية :

أصبحت جولات الأوروغواي التي نظمتها منظمة الجات (الإتفاقية العامة للتجارة والتعريفات) بعد جولتها الختامية هي منظمة التجارة العالمية ، وفيها نصت على إنشاء جهاز تسوية المنازعات المنشأ حسب الإتفاقية له وساطة إنشاء فرق التحكيم .

ومن النصوص الهامة في الجولة الأخيرة في مراكش النص التالي " يجب أن تتوافق جميع حلول المسائل التي تطرح رسميا استنادا إلى الأحكام المتعلقة بالتشاور وتسوية

²² محمد شهاب ، مرجع سابق ، ص 41 .

²³ إلا أن الأمر كان محل تعليق من طرف الفقيه محمود سمير الشرقاوي من خلال نص المادة 26 بقوله " يعد هذا النص من أسوأ النصوص ، إذ يعد أن كان الأمر واضحا مكون من ثلاث فقرات محددة الألفاظ ، جاءت هذه المادة في عشر فقرات ، وتتضمن بعضها فقرات أخرى فرعية تتضمن تفاصيل لا مبرر لها وتزيد الأمور تعقيدا " .

WWW. الجمعية العامة 18 / 12 / 2006 ، الدورة 61 البند 77 من جدول الأعمال 49639 - 06 ، RES / A / 33 الأمم المتحدة / 61 / 24
UNCITRAL ,org .

المنازعات في الإتفاقية المشمولة بما فيها قرارات التحكيم مع تلك الإتفاقيات ويذكر الأستاذ صلاح عبد البديع شلبي في كتابه " العضوية في منظمة التجارة العالمية و تنفيذ الإتفاقيات التجارية الدولية " أن أحد النصوص يجب الوقوف عندها " يعمل كل عضو على مطابقة قوانينه ولوائحه وإجراءاته الإدارية مع التزاماته المنصوص عليها في الإتفاقيات الملحقه " كما أنه في نص آخر من اتفاقات التجارة المتعددة الأطراف التي وردت في الملاحق الأولى لإتفاقية المنظمة العالمية للتجارة في الوثيقة الختامية لنتائج جولة أوروغواي ملحق 2 لم يذكر غير كلمة " مذكرة تفاهم " وهي وثيقة تفاهم بشأن القواعد والإجراءات التي تحكم تسوية المنازعات ²⁵.

أساسه في الإتفاقيات الإقليمية والتشريعات الوطنية

إن للتحكيم التجاري أيضا أساس في الإتفاقيات الإقليمية لتتبعها التشريعات الوطنية لمختلف الدول .

أولا : أساسه في الإتفاقيات الإقليمية

هناك عدة اتفاقيات عقدت على المستوى الاقليمي ، منها ما تم بين الدول الأوروبية والخاصة بالقانون الموحد للتحكيم التي أعدها المجلس الأوروبي سنة 1966 ، ومنها ما تم أيضا بين دول أمريكا اللاتينية ، كما هناك اتفاقية موسكو سنة 1972 الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن علاقة التعاون الإقتصادي والعلمي والفني بين الدول الأعضاء في مجلس التعاون الاقتصادي المتبادل (الكوميكون) . وعلى المستوى العربي ، هناك اتفاقيات عديدة نصت على اتخاذ التحكيم وسيلة لحل الخلافات الناشئة بين الدول المتعاقدة أو مواطني تلك الدول .

1 - اتفاقية تنفيذ الاحكام لجامعة الدول العربية سنة 1952 : وافق مجلس الجامعة العربية على هذه الاتفاقية ²⁶ في دورته السادسة عشر 16 بتاريخ 14 / 09 / 1952 وأصبحت نافذة المفعول منذ سنة 1954 ، و أهم أحكامها معالجة مسألة تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في إحدى الدول العربية ، وأحكام التحكيم الصادرة عن إحدى الدول العربية ويراد تنفيذها

²⁵ محمد شهاب ، مرجع سابق ، ص 41 - 42 .

²⁶ الدول التي صادقت على هذه الاتفاقية: العراق الأردن لبنان سوريا مصر اليمن ليبيا المملكة العربية السعودية الإمارات العربية المتحدة .

في دولة عربية أخرى من الدول المنظمة ، كما تضمنت أحكام متعلقة بالمنازعات المدنية والأحوال الشخصية .

2 - الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية سنة 1980 : أصبحت نافذة المفعول منذ (7) من شهر سبتمبر 1981 ، وصادقت عليها (16) دولة عربية وهدفها تعزيز التنمية والتكامل الاقتصادي في إطار قانوني موحد ومستقر²⁷ . وقد نصت المادة 1/ 2 من ملحق الإتفاقية على " إذا لم يتفق الطرفان على اللجوء إلى التوفيق أو لم يتمكن الموفق من إصدار تقريره في المدة المحددة ، أو لم يتفق الأطراف على قبول الحلول المقترحة فيه جاز للطرفين الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم " .

3 - اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي سنة 1983²⁸ : تهدف هذه الإتفاقية إلى السعي نحو توحيد التشريعات العربية في المجالات القضائية ، وقد أفردت المادة 37 منها الأمور التي تتعلق بأحكام التحكيم ، وأطلقت على ذلك مصطلح أحكام المحكمين .

4 - اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الصادرة سنة 1987²⁹ : تتميز هذه الإتفاقية بأنها ليست مقصورة على الدول العربية ورعايها ، وإنما يمكن أن تطبق على الغير مهما كانت جنسياتهم³⁰ .

أساسه في التشريعات الوطنية : صدرت العديد من التشريعات الحديثة بشأن التحكيم ومن أهمها القانون الفرنسي للتحكيم الصادر في 12 / 5 / 1981 المعدل والمتمم في 2011 والقانون الإيرلندي لسنة 1986 ، والقانون الإسباني سنة 1988 والقانون المصري رقم 27 لسنة 1994 ، والقانون الجزائري الذي سنوجه كالاتي :

التحكيم التجاري الدولي المؤسس من خلال المرسوم التشريعي (93- 09) ، حيث رفضت الجزائر طيلة 30 سنة مضت الخضوع للتحكيم التجاري الدولي لأسباب تاريخية

²⁷ نصوص الإتفاقية بمطبوعات جامعة الدول العربية ، الأمانة العامة ، مجموعة المعاهدات والاتفاقيات ، 1985 ، نقلا عن د / عبد الكريم أحمد أحمد الثلاثاء ، تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في منازعات عقود الإستثمار ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، 2014 ، ص 234 .
²⁸ وافق على هذه الاتفاقية من قبل مجلس وزراء العدل العرب بالقرار رقم (1) بتاريخ 1983/4/6 التي كانت تنفيذا للإعلان الصادر عن المؤتمر الأول العربي لوزراء العدل الذي انعقد في الرياض خلال الفترة من 14 - 16 ديسمبر 1977 ، نقلا عن د/ عبد الكريم أحمد الثلاثاء مرجع سابق ، الهامش ، ص 240 .

²⁹ تمت الموافقة على الاتفاقية في الدورة الخامسة لمجلس وزراء العدل العرب المنعقدة في عمان خلال الفترة من 11 - 14 / 4 / 1987 ، ووافقت عليها كل من الجزائر ، الأردن ، تونس ، جيبوتي ، السودان ، سوريا ، العراق ، فلسطين ، لبنان ، ليبيا ، المغرب ، موريتانيا ، الجمهورية العربية اليمنية ، نقلا عن د/ أحمد الثلاثاء ، مرجع سابق ، الهامش ، ص 242 .

³⁰ د/ أحمد الثلاثاء ، مرجع سابق ، ص 243 .

وسياسية واقتصادية ، حيث تم تقنين التحكيم التجاري الدولي في قانون الإجراءات المدنية الجزائري (الملغى) لأول مرة في تاريخ الجزائر يكرس التحكيم التجاري الدولي صراحة من خلال المرسوم المذكور ، الذي أدخل الجزائر ميدان التحكيم التجاري الدولي من الباب الواسع³¹ .

أساسه في اتفاق التحكيم : يعد اتفاق التحكيم نقطة البداية في عملية التحكيم ، و مصدر تميزه عن غيره من طرف تحقيق الوظيفة القضائية .

البند الثاني

مدى تأثير التحكيم بسيادة الدولة

يرتبط التحكيم في علاقته بالسيادة بثلاثة مسائل ، الأولى هي اتفاق التحكيم كقيد على ولاية المحاكم الوطنية واختصاصها بنظر المنازعات ، والثانية هي اختيار الخصوم للقانون الواجب التطبيق على التحكيم والثالثة هي تنفيذ حكم التحكيم . وقبل الخوض في ذلك ينبغي التطرق إلى فكرة السيادة من الناحية النظرية على الوجه التالي :

أولا : نظرية السيادة

اختلف الفقه حول تعريف السيادة لتشابك المصالح وتباين أسباب القوة والنفوذ بين الدول فيكون هناك عدم توافر إجماع فكري وقانوني على المعنى الدقيق للسيادة ، والإتفاق على تعريف جامع مانع لها .

فهناك من يعرفها بأنها السلطة والقوة العليا في الدولة المطلقة غير المحدودة التي تمارسها الدولة على رعاياها وعلى جميع المنظمات ، أو هي سلطة إصدار الأوامر في الدولة بالإستقلال الخارجي في مواجهة الدول الأخرى ، مع امتلاكها في الداخل إدارة الحكم

³¹ د/عليوش قربوع كمال ، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر ، الطبعة الثانية ، 2004 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الساحة المركزية ، بن عكنون ، الجزائر ، ص 21 - 25 .

وإصدار القوانين واللوائح وتنفيذها وقدرتها على منع الدول الأخرى من التدخل في شؤونها الداخلية ، وإلا اعتبرت دولة ناقصة السيادة ، وقد عرّف بودان في مؤلفه المشهور الكتب الستة للجمهورية الذي نشره سنة 1576 بأنها السلطة العليا على المواطنين والرعايا ، وهي سلطة مستقلة عن أية سلطة أخرى ، فلا يتفقد سلطان الأمير بقيد سوى أن قوانينه لا يمكن أن تغير وتحرف قوانين الخالق والطبيعة .

كما عرف البعض الآخر الدولة ذات السيادة ، بأنها الدولة التي لا تخضع لدولة أخرى أن لها السلطة المطلقة على إقليمها البري والبحري في حدود القوانين المطلقة . ليكون هذا التعريف جامع بين عنصري السيادة الداخلية والخارجية . فالداخلية تلزم نفسها بالقوانين التي وضعتها دون أن ينتقص ذلك من سيادتها ، هذا لأنها هي التي شرعت هذا القانون ووضعت حدود تطبيقه ونفاذه وألزمت نفسها بأحكامه . أما الخارجية فيخضع تعريف الدولة للقانون الدولي المستمد من الاتفاقيات والمعاهدات التي ألزمت بها الدولة نفسها .

ثانيا : مظاهر السيادة :

رجح غالبية الفقه أن للسيادة مظهرين أحدهما داخلي والآخر خارجي . فأما الداخلي هو أن تبسط السلطة السياسية سلطانها على كل إقليم الدولة ، بحيث يكون لها السلطة الأمرة التي تعلوا على جميع الأفراد والجماعات والهيئات الموجودة فيها وبالتالي فهي تتمتع بالقرار النهائي في جميع الشؤون الداخلية دون مشاركة سلطة أخرى لها هذه السيادة .

ويعتبر أهم مظهر من السيادة الداخلية أعمال السيادة التي هي عبارة عن طائفة من الأعمال والإجراءات الصادرة عن السلطة التنفيذية غير خاضعة لرقابة القضاء ، مشكلة بذلك خروجاً صريحاً عن مبدأ المشروعية .

وفيه من يعتبر أنها سلاحا خطيرا في يد السلطة التنفيذية يهدد حقوق الأفراد وحررياتهم لتمكينها على اتخاذ إجراءات أو القيام بتصرفات تخرج فيها عن القواعد القانونية التي يتضمنها مبدأ المشروعية .

والمفاد من إستبعادها من ولاية القضاء لإتصالها بسيادة الدولة في الداخل أو الخارج ولا تقبل بطبيعتها أن تكون محلا للتقاضي لما يحيط بها من إعتبارات سياسية تبرر تخويل السلطة التنفيذية سلطات تقديرية أوسع مدى ، لتحقيق مصالح الوطن وسلامته مقابل عدم فسح المجال للقضاء ومنحه سلطة التعقيب ، لما يقتضيه الأمر من توافر معلومات وعناصر وموازن تقدير لا تتاح للقضاء ، فضلا عن عدم ملائمة طرح مثل هذه المسائل علنا في ساحات القضاء .

وقد حاول بعض الفقه أن يرد نظرية أعمال السيادة إلى أساس تشريعي إعتقادا على ما ورد في قانون 03 مارس 1949 الفرنسي، الذي يقضي بأن للوزراء الحق في أن يرفعوا إلى محكمة النزاع القضايا المقدمة لمجلس الدولة التي تختص بنظرها المحاكم الإدارية ، والمادة (17) من قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972 التي نصت على " ليست للمحاكم أن تنتظر بطريق مباشر أو غير مباشر في أعمال السيادة " .

وما أكد عليه الفقه في فرنسا ومصر هو ترك للقضاء إضفاء صفة أعمال على أعمال السلطة التنفيذية كونها فكرة متغيرة تبعا لظروف الدولة، فلا يمكن تجميدها في نص تشريعي .

لنخلص إلى أعمال السيادة تتمتع بخاصية النسبية ، ذلك أنها تختلف من دولة إلى أخرى بحيث أنها وطنية وإن كانت تتشابه في معظم دول العالم ، كما أنها متغيرة ومتطورة بمرور الزمن ، لذا ترك أمر تحديدها للقضاء .

وأما المظهر الخارجي للسيادة ، فيقصد به عدم خضوع الدولة لدولة اجنبية ، وبالتالي عدم الإرتباط والتبعية ، ومن أهم مظاهر السيادة الخارجية الإستقلال في مواجهة الدولة

الأخرى ، بحيث يكون للدولة الحق في تصريف شؤونها الداخلية والخارجية دون تدخل دولة أخرى ، وفي الإطار الذي تحترم فيه حق الدول الأخرى المستقلة المقابل لحقها .

كما يجسد الخصائص المهمة للسلطة العامة للدولة ، إذ بمقتضاه تنفرد السلطة العامة بممارسة الإختصاص الشامل في إقليمها في حدود ما يقره القانون لها .

ومن خصائصه مانعية الاختصاص ، أي أنه لا يجوز أن تمارس السلطة في إقليم ما إلا دولة واحدة تحصر بذاتها جميع الاختصاصات ، وأن نجاح السلطة في ممارسة اختصاصها متوقف على عدم وجود سلطة أخرى تنافسها .

كما من خصائصه حرية الإختصاص، إذ تباشر الدولة بنفسها بواسطة سلطاتها اختصاصاتها من دون إملاءات أو توجيهات .

كما يمتاز هذا الإختصاص بالعمومية ، وهذا بأن تتمتع الدولة باختصاصات شاملة غير محددة ، تسمح لها بالتدخل في سائر مظاهر الحياة البشرية متى أرادت ذلك إذا ما رأت فيه تحقيقاً للعدالة والأمن .

إضافة إلى الإستقلال تعتبر المساواة النتيجة الثانية التي تترتب على الإقرار بمبدأ السيادة ذلك أن الدولة المستقلة ذات السيادة ، بما تملك من حرية اختصاص شامل على إقليمها في علاقاتها الخارجية تكون على قدم المساواة والتكافؤ مع الدول الأخرى ، وهذا ما أقرته مبادئ منظمة الأمم المتحدة .

مدى تأثير أنظمة التحكيم بسيادة الدولة

في هذا المقام من الفقه من يرى أن وجود الأشخاص الاعتبارية العامة في التحكيم يضيف طابعاً خاصاً ، منذ لحظة إبرامه حتى صدور الحكم وتنفيذه نتيجة عدم توافر القدرة

لدى الشخص الإعتباري الدخول كطرف في إتفاق تحكيمي ، أو نتيجة اعتبارات السيادة التي قد تحيط ببعض التصرفات التي تحول دون تنفيذ اتفاق التحكيم³² .

ف نجد بعض دول العالم الثالث تعاني من ظاهرة اللاتكافؤ الاقتصادي في علاقاتها مع الدول الاستعمارية السابقة ، بحيث تشترط هذه الأخيرة إدراج شرط التحكيم في عقود التنمية ، الأمر الذي يعتبر في نظر البعض على أنه سيطرة استعمارية لكن في ثوب جديد وبوسائل اقتصادية وأن اتخذت شكل اتفاق رضائي ، خاصة وأنه في الغالب يتم الحكم عليها في هذه المنازعات بمبالغ باهضة التي من شأنها التأثير على اقتصادها . لذا تنظر إلى التحكيم نظرة سلبية بإعتباره وسيلة لحماية المستثمر الأجنبي فقط .

لذا فقد حرصت الشركات المتعددة الجنسيات على الترويج لفكرة حسم المنازعات بينها وبين الدول التي تمارس فيها نشاطها عن طريق التحكيم ، الأمر الذي سمح للمحكمن بتدويل القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق والرجوع بها إلى ما يسمى بالقانون التجاري المشترك ، الذي ينطوي على عادات وأعراف شاركت في نشأتها الشركات الضخمة للدول المتقدمة وتكوينها بما يتماشى ومصالحها . وبهذه الصورة أدى التدويل الإجرائي لأداة فض المنازعة الخاصة الدولية إلى تدويل موضوعي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق على النزاع ، الأمر الذي جعل حتى الشراح الغربيين يصف تلك القواعد بأنها تعبر عن مصالح الأقوياء التي تختفي تحت رداء أنيق هو القانون التجاري المشترك .

كما دفع الأمر البعض الآخر إلى القول أن التحكيم في المجال القضائي يماثل الإعفاء الضريبي في المجال الاقتصادي ، فكلاهما يستبعد الممارسة الطبيعية لسيادة الدولة³³ .

³² GEORGES DELAUN , state contrats and transnational arbitration , the american journal of international law , ro1 1981 ,R 785 نقلا عن د/ السيد المراكبي ، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي ومدى تاثره بسيادة الدولة ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، 2010 ص 53 .
³³ د/ حسام محمد عيسى ، دراسات في الأليات القانونية للتبعية الدولية والتحكيم التجاري الدولي ، نظرية نقدية ، بدون تاريخ ، ص 13 - 14 .

المطلب الثاني

طبيعة التحكيم

مما لا شك فيه أن لتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم في الإعتقاد المستندي أهمية بالغة لا يمكن إغفالها. ومن خلال استعراض وجهات النظر بين فقهاء القانون حول الطبيعة القانونية للتحكيم في الإعتقاد المستندي أن يخرج عن رداء الطبيعة القانونية للتحكيم بشكل عام .

والطبيعة القانونية للتحكيم تكتسب أهميتها من عدة نواحي بإعتبارها مفيدة في معرفة القانون الواجب التطبيق وأيلولة حكم التحكيم ومصيره ، ومعرفة المعاملة التي سيلقاها حكم التحكيم عند إرادة التنفيذ في الدولة التي صدر فيها الحكم أو خارجها .³⁴

وقد ثار في ذلك جدل واسع بين الفقهاء وتعددت آراءهم حول الطبيعة القانونية للتحكيم ، ووجدت أكثر من نظرية في هذا الخصوص ، فيه من رأى أن التحكيم نظام يمكن أن يكون ذا طبيعة تعاقدية ، ومن يعتبر أن التحكيم ذو طبيعة قضائية ، ومن هم من حاول التوفيق بين الرأيين فأخذ بكل وسط ويرى أن التحكيم يتصف بطبيعة مختلطة ، وهناك من يفضل النظر إليه بوصفه ذا طبيعة خاصة ، ويجب النظر إليه نظرة خاصة .

والخلاف حول الطبيعة القانونية للتحكيم ليس خلاف نظري فحسب بل أن الواقع يظهر له نتائج لها أهمية بالغة .³⁵

كما أن الإختلاف الفقهي يعزى إلى المعنى الاصطلاحي للتحكيم ، لكونه يجمع بين عاملين ، أحدهما يأتيه طرفا النزاع المتمثل في اتفاق التحكيم ، والآخر يأتيه المحكم المختار من قبلهما وهو الفصل في النزاع بحكم يحوز حجية الأمر المقضي³⁶ .

³⁴ D Antoine KASSIS , PROBLEMES DE BASE DE L'ARBITRAGE , Tome 1, Paris , 1987 , p 85- 92 .

³⁵ د/ الوليد بن محمد على البرماني ، التحكيم في المنازعات البحرية ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، 2010 ، ص 110 .
د/ الوليد بن محمد على البرماني ، مرجع سابق ، ص 110 ود سامية راشد ، التحكيم في العلاقات الدولية ، دار النهضة العربية ،

³⁶ 1984، ص31

وعلى هذا الأساس ، يكون العنصر الإرادي هو السائد في المرحلة الأولى للتحكيم ، وهي مرحلة الإتفاق على التحكيم كوسيلة لحل المنازعات الناشئة أو التي تنشأ بين الأطراف ثم ليبدأ هذا العنصر في الأفول تدريجيا ، تاركا الغلبة منذ مرحلة التداعي للخصائص التي سيتم بها العمل القضائي³⁷ .

الفرع الأول

الطبيعة التعاقدية للتحكيم

يذهب أنصار هذه النظرية إلى القول بأن الأصل في التحكيم هو الإتفاق بين أطراف العقد على حسم النزاع شرطا كان أو مشاركة ، وقد استند أصحاب هذا الإتجاه على مجموعة من الحجج والأسانيد التي تثبت صحة ما ذهبوا إليه ، حيث يرون أن أساس التحكيم هو اتفاق الأطراف رغبة منهم في حل نزاعاتهم بطريقة ودية عن طريق إخراج النزاع من سلطان القضاء ، وإسناده إلى محكم خاص وقبول الطرفين بالقرار الذي يصدره المحكم³⁸ .

وأن مصدر سلطة المحكم في حل النزاع بين الطرفين ، هو اتفاق التحكيم ورضاء الخصوم بالقرار الذي يصدره المحكم ، وعلى ذلك فالمحكم سيتمد سلطته من إرادة الأطراف في حين تقف الدولة عند دور " الدولة الحارسة " التي تمنع على المساس بالنظام العام³⁹ .

وإذا كان القضاء يرمي إلى تحقيق مصلحة عامة، نجد أن التحكيم يهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة بأطرافه.

كما أن أطراف العلاقة وفقا لرأي أصحاب هذه النظرية يتخلون عن بعض الضمانات القانونية والإجرائية التي يحققها لهم النظام القضائي ، وذلك بهدف تحقيق مبادئ العدالة والعادات التجارية المتعارف عليها ، وإتخاذ إجراءات سريعة وأقل رسمية من إجراءات المحاكم .

³⁷ FOUCHAR, GAILLARD, GOLDMAN , Traité de l'arbitrage commercial internati N°514.

³⁸ د/ أحمد أبو الوفا ، التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الاسكندرية 1994 ، ص 152 .

³⁹ د/ محمود مختار البريري ، التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، 2004 ، ص 18 .

ويرى أنصار هذه النظرية - لتأييد ما ذهبوا إليه - أن أعضاء الهيئة التحكيمية هم أفراد عاديون لا يمتون للسلطة القضائية بصلة ، بل أنهم يذهبون إلى أبعد من ذلك بقولهم أن مسلك القانون الوطني يؤيد هذه الطبيعة العقدية بصورة غير مباشرة ، وذلك من عدة جوانب .

ف نجد أن المحكم يمكن أن يكون وطني ، كما يمكن أن يكون أجنبيا ، بخلاف القاضي الذي لا بد أن يكون وطنيا ، إضافة إلى أنه في حالة ما إذا لم يقد بواجبه فلا تسري عليه قواعد إنكار العدالة ، إذا أخطأ فلا يخضع لقواعد المخاصمة ، ولا يلزم أن تتوافر في المحكم الشروط الواجب توافرها في القاضي .⁴⁰

كما يمكن رفع دعوى أصلية ببطالان حكم التحكيم وفقا للأنظمة بعكس القضاء العام .⁴¹

إضافة إلى أن عمل المحكم لا يمكن إعتباره عملا قضائيا من الناحيتين الشكلية والمادية ، فمن الناحية الشكلية لا يلزم المحكمون باتباع إجراءات المرافعات التي يتطلبها القانون إذا ما أعفاهم الخصوم من التقيد بها ، ومن الناحية المادية فليس للمحكم سلطة الأمر التي يتمتع بها القاضي ، بحيث وعلى سبيل المثال لا يستطيع إلزام شاهد بالحضور وتوقيع عليه غرامة في حالة عدم حضوره ، كما لا يستطيع إلزام الغير بتقديم مستند تحت يده يكون منتجا في الدعوى .⁴²

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية الطبيعة التعاقدية للتحكيم برمته منذ إبرام وثيقة التحكيم إلى غاية صدور القرار ، وظل القضاء الفرنسي متشبثا بهذا الرأي حتى صدور حكم من محكمة استئناف باريس بتاريخ 10 / 12 / 1901 أين أخذت بالنظرية القضائية.

⁴⁰ د/ عبد الفتاح مطر ، مرجع سابق ، ص 46 .

⁴¹ د/ محمد السيد التحيوي ، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية 2003 ص 259 وما بعدها .

⁴² د/ عبد الفتاح مطر ، مرجع سابق ، ص 47 .

وفي إطار تقييم هذا الإتجاه ، ذهب البعض إلى القول بأن هذا الإتجاه له فضل في إبراز الدور الذي يؤديه اتفاق الأطراف في مجال التحكيم ، غير أنه يتجاهل مع ذلك حقيقة الوظيفة التي يؤديها المحكم .⁴³

فالمحكم يقوم بالكشف عن إرادة القانون في الحالة المعروضة ، حيث يقوم في الواقع بالوظيفة ذاتها التي يقوم بها القاضي ، لينتهي في هذا الشأن إلى حكم مشابه للحكم الذي يصدره القاضي بغض النظر عما اتجهت إليه إرادة الأطراف . ومرجع هذا التجاهل هو الإنطلاق من ظاهرة هيمنة الدولة الحديثة على الوظيفة القضائية واحتكارها في إقامة العدل بين الناس بواسطة قضاة موظفين يختارون من قبلها ، والإستسلام لواقع الهيمنة وهذا الإحتكار من شأنه أن يحول دون الإعتراف لمحكم يختاره أطراف النزاع ويحددان صلاحيته بوظيفة قضائية ، ومن شأن ذلك أن يؤدي إلى البحث عن تفسير آخر لنظام التحكيم لاسيما مع الحقائق الواقعة⁴⁴ .

فالتحكيم وفقا للقانون هو القاعدة والأساس ، أما التحكيم وفقا للعدالة فليس إلا على سبيل الإستثناء⁴⁵ .

ومن جانب آخر ، هذه النظرية نظرت إلى التحكيم كعقد و العقد لا يحل النزاع مع عدم نفي وجود اتفاق بين الأطراف على حل النزاع بالتحكيم ، وذلك بالتمييز بين هذا الإتفاق وبين التحكيم ككل ، إضافة إلى أن العقد ليس هو بجوهر التحكيم بدليل عدم وجوده في التحكيم الإجباري .

كما ينبغي الإشارة إلى أن التحكيم وإن كان يستند إلى اتفاق الخصوم ، فإن الإتجاه إلى القضاء لا يتم إلا بناء على عمل إرادي كأصل عام وهو المطالبة القضائية ، ولا يحكم إلا بناء على طلب الخصوم وفي حدود هذه الطلبات ، وللخصوم الإتفاق على نزع الإختصاص من محكمة وتثبيته لمحكمة أخرى ، كما أنهم قد يتفقون على رفع النزاع أمام

د/ عكاشة عبد العال & مصطفى محمد الجمال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى الإسكندرية، 1998 ، ص 45 .
43

44 د/ عبد الفتاح مطر ، مرجع سابق ، ص 47 .

45 محمد على صالح العوادي ، التحكيم في المعاملات المصرفية الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2010 ، ص 36 .

محكمة دولة معينة دون محاكم دولة أخرى ، كما يملكون النزول عن الخصومة أو تركها أو وقفها .

الفرع الثاني

النظرية القضائية

يذهب هذا الرأي إلى أن التحكيم وإن كان يبدأ بعقد ، إلا أنه لا يبدأ بعقد وإنما ينتهي بحكم قضائي ويفصل في نزاع معين ، ومن ثم يعد هذا الحكم عملاً قضائياً بالمعنى الدقيق للإصطلاح .

وسواء كان المعيار المستخدم هو المعيار الشكلي الذي يستمد من الإجراءات المتبعة لإصدار الحكم ، أو المعيار المادي الذي يستمد من صدور الحكم في منازعة حقيقية ، أو من نهائية هذا الحكم واكتسابه حجية الأمر المقضي .⁴⁶

وقد ذهب البعض في سبيل إستظهار أوجه الشبه بين نظام التحكيم ونظام القضاء إلى الموازنة بين دور الإرادة المشتركة للخصوم في التحكيم وحدودها في القضاء ، بحيث إذا كان التحكيم قد أختير كوسيلة لحسم النزاع من طرفيه ، فإن الإلتجاء إلى القضاء يتم بعمل إرادي من جانب ، لكن متى تم هذا العمل تعلق به حق الآخر ، بحيث لا يجوز لرافع الدعوى النزول عنه إلا بموافقة خصمه ، وقد يتفق أطراف النزاع على رفعه إلى محكمة غير المحكمة المختصة به أصلاً أو إلى محاكم دولة غير الدولة التي يثبت الإختصاص لمحاكمها .⁴⁷

وقد يتفق أطراف الخصومة على النزول بعد رفعها ، وهذا دليل واضح على ما تؤديه إرادة الخصوم من دور في طرح النزاع على التحكيم بدلاً من القضاء ، ليس له من أثر على حقيقة الوظيفة التي يؤديها التحكيم من كونها وظيفة قضائية مثلها في ذلك مثل وظيفة قضاء الدولة .

⁴⁶ D Antoine KASSIS , op , cit , p 98- 103 .

⁴⁷ ابراهيم أحمد ابراهيم ، التحكيم التجاري الدولي ، النهضة العربية ، 2000 ص 31 .

ويستند أنصار هذه النظرية أيضا في إثبات صحة ما ذهبوا إليه فيما يتعلق بوظيفة كل من المحكم والقاضي ، بل أن هناك تماثل بينهما فيما يصدر عنهما من حكم ملزما ، كما أنهما يقومان بالفصل في النزاع وفقا لقواعد القانون والعدالة .⁴⁸

كما يلمس وحدة الوظيفة بين المحكم والقاضي من خلال وحدة المصطلحات القانونية المستعملة بينهما ، حيث أن قرار التحكيم يوصف بأنه حكم ، بل أنه في بعض الدول يطلق على هيئة التحكيم محكمة التحكيم .⁴⁹

كما يرى أنصار هذه النظرية أنه عند إتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم ، فهم لا ينزلون عن حقهم في الإلتجاء إلى القضاء ، وإنما ينزلون عن الإلتجاء إلى القانون الرسمي لصالح قضاء آخر يختارون فيه قضاتهم وتعترف به الدولة ، لهذا فالتحكيم نوع من أنواع القضاء .

وسند قيام المحكم بوظيفة القاضي هو قانون الدولة التي سمحت بالتحكيم كوسيلة لحسم المنازعات يمكن للأفراد الإلتجاء إليها ، و يترتب على الطبيعة القضائية للتحكيم التسليم بحق الدولة في التدخل ، لأن القضاء أصلا منوط بالسلطة القضائية ، ويأتي حكم التحكيم استثناء يسمح لأشخاص من خارج هذه السلطة القيام بوظيفة القاضي ، فلا بد أن تراقب الدولة وتتدخل بقواعد أمره تضمن سلامة إجراءات التحكيم ، وسلامة الحكم وكذا السماح بالطعن فيها أمام القضاء ، وتنظم القواعد والإجراءات اللازمة لتنفيذ حكم المحكم .

ويعتبر الدكتور حسنى المصري ، أن الرأي القائل بإعتبار التحكيم عملا قضائيا يجد فيما يعززه فيما قرره قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر عام 1981 المعدل والمتمم من وجوب تسبب أحكام المحكمين ، وتضمينها بيانات معينة ، فضلا على إعترافه لها بقوة الأمر المقضي ، فقد نصت المادة 1471 وبغير تحفظ على ضرورة تسبب أحكام التحكيم ، ونصت المادة 1472 على البيانات التي يجب أن تشتمل عليها حكم التحكيم وإلا تعرض للبطان ، مما حدا بالبعض إلى القول بأن المشرع الفرنسي قد أضفى على أحكام التحكيم

⁴⁸ سيد أحمد محمود ، نظام التحكيم - دراسة مقارنة - النهضة العربية ، 2005 ، ص 45 ، عكاشة عيد العال ، مرجع سابق ، ص 42 .

⁴⁹ على صالح العوادي ، مرجع سابق ، ص 39 ، سيد أحمد محمود ، مرجع سابق ، ص 45 .

طابعا قضائيا حقا ، سواء من حيث الشكل أو من حيث الآثار ، الأمر الذي يقطع دابر الجدل حول طبيعة التحكيم ، كما تميل نصوص اتفاقية تسوية منازعات الإستثمار بين الدول المضيفة والدول العربية لعام 1974 ، واتفاقية التعاون الإقتصادي والفني والتجاري بين الدول الأعضاء في المؤتمر الإسلامي لعام 1976 إلى الطبيعة القضائية للتحكيم ، حيث تقترب هذه النصوص من نصوص قوانين المرافعات في حيثيتها من الأحكام القضائية .⁵⁰

إلا أنه قد أخذ على هذه النظرية بعض المآخذ ، حيث يرى بعض الفقهاء أن النظرية القضائية لا تستقيم مع طبيعة التحكيم ، فالقضاء سلطة عامة من سلطات الدولة لا يتولاها إلا القاضي الذي يمثل الدولة فيما يصدره من أحكام تهدف إلى تحقيق سيادة القانون على المصالح المتنازعة في العلاقات الإجتماعية ، لذلك فهو يقوم بإنزال القانون على وقائع النزاع بغض النظر عن أثر ذلك مستقبلا على الخصوم أو المصالح الإقتصادية والإجتماعية أما وظيفة المحكم في تحقيق تلك الوظائف متميزة متمثلة في التعايش السلمي بين أطراف النزاع في المستقبل ، لذا فهو يحاول أن يلتمس الحل الأكثر توفيقا من خلال فهمه اللصيق بالمصالح الإقتصادية والإجتماعية المتنازعة .⁵¹

ويضيف ناقدوا هذه النظرية إلى القول بأن المحكم لا يتقيد دائما بالقانون كما هو الأمر في التحكيم بالصلح ، بعكس القاضي الذي يكون دائما ملزم بتطبيق القانون .⁵²

وهناك من انتقد هذه النظرية من جانب الحرية الممنوحة للأطراف ، بحيث أن هؤلاء من يختار قضائهم وإجراءات التحكيم ولغته ومكانه والقانون الذي يحكمه ، وهم من يدفع رواتب قضائهم ، وكل ذلك يتعارض مع إضفاء الصفة القضائية المحضة على عملية التحكيم .⁵³

كما يذهب ناقدوا هذه النظرية إلى القول بأن التحكيم يختلف عن القضاء في بنائه الداخلي ، حيث ينظم قانون المرافعات القضاء عضويا وإجرائيا عن طريق قواعد عامة و

⁵⁰ د/ حسنى المصري ، التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة - دار الكتب القانونية و دار شتات للنشر والبرمجيات ، ص 15 .

⁵¹ د/ وجدي راغب فهمي ، مبادئ القضاء المدني ، دار الفكر العربي ، الطبعة الأولى ، 1977 ، ص 45 .

⁵² د/ ابراهيم أحمد ابراهيم ، مرجع سابق ، ص 31 و 32 .

⁵³ د/ أحمد السيد الصاوي ، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية ، الطبعة الثانية ، النهضة العربية ، 2002 ص 13 .

مجردة ، وتبين شكل كل منها وتحدد قواعد إختصاص الدعاوى التي تدخل في نطاق سلطة كل المحكمة ، وقواعد الإجراءات الواجبة الإلتباع أمام المحكمة المختصة ، وبخلاف التحكيم الذي يعد طريقا خصوصا مفضلا عضويا وإجرائيا للفصل في نزاع معين .⁵⁴

كما أن حجية الحكم وقوته التنفيذية تختلف عن حجية الحكم القضائي ، بينما يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم ، كما أن القوة التنفيذية لا تتقرر لحكم التحكيم إلا بعد الإلتجاء للقضاء للأمر بتنفيذه⁵⁵ .

الفرع الثالث

النظرية المختلطة

يذهب أنصار هذه النظرية إلى إعتبار أن التحكيم ليس إتفاقا محضا ولا قضاء محضا أي عدم النظر إلى العملية التحكيمية كل لا يتجزأ ، وتفضيل النظر إلى مراحل التحكيم المختلفة التي يلبس في كل منهما لباسا محضا ، ليكون في أوله إتفاقا وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم .

وعليه فالتحكيم في حقيقته ذو طبيعة مختلطة أو مركبة عقدية قضائية ، حيث يبدأ عقدا وينتهي قضاء .

ويقول أنصار هذه النظرية إلى أن لا النظرية التعاقدية ولا النظرية القضائية يمثلان حقيقة التحكيم ، فهذا الأخير يعتمد على عناصر النظريتين ، بحيث أن الإتفاق على إحالة النزاع إلى التحكيم وتعيين المحكمين ، والقانون الواجب التطبيق الموضوعي والإجرائي هو من السلطة التي يتحكم فيها الأطراف . أما فيما يتعلق بالتأثيرات القانونية على اتفاقية التحكيم وقرار المحكمين بمعنى إمكانية تنفيذه أو لا ، فإنه يرجع بالدرجة الأولى إلى قانون الدولة التي يقوم التحكيم على أرضيتها أو المكان الذي يطلب فيه تنفيذ حكم المحكمين ، وبناءا على ذلك تعتبر قرارات المحكمين عقد قبل الأمر بتنفيذه من المحكمة وتصبح بعد

⁵⁴ د/ وجدي راغب ، مرجع سابق ، ص 37 .

⁵⁵ د/ ابراهيم احمد ابراهيم ، مرجع سابق ، ص 45 .

الأمر بمثابة الحكم القضائي، و كان العنصر الإرادي يبدأ في الأفول تدريجيا إلى أن تكون الغلبة في المرحلة النهائية للعنصر القضائي ، لتتحول فيها طبيعة التحكيم إلى الطبيعة القضائية وذلك بتدخل قضاء الدولة عن طريق طلب تنفيذ قضاء المحكمين في حالة رفض أحد الخصوم تنفيذ القرار طوعا .

إلا أنه بالرغم ما ساقه أنصار هذه النظرية من مبررات تؤكد ما ذهبوا إليه ، إلا أن نقطة ضعف هذه النظرية يكمن في محاولتها إيجاد حد زمني ، فأصل بين كل من الطابع القضائي والطابع الإتفاقي .

وبالتالي وخلافا للواقع يبرز هذان الطابعان معا منذ الإتفاق على التحكيم وفي الإنتهاء منه بتنفيذ حكم المحكم .⁵⁶

وبذلك لم تتصدى لجوهر المشكلة وإنما اختارت أيسر الحلول . كما أنها ربطت ربطا خاطئا بين حجية أحكام المحكمين وقوتها التنفيذية ، إذ أن حكم المحكمين يحوز حجية الأمر المقضي بمجرد صدوره .

أما الأمر بتنفيذ الحكم الصادر عن المحكم فهو يتعلق بقوة الحكم التنفيذية لا بحيازة الحكم حجية من عدمه ، ولا يعني استلزام الأمر بتنفيذه أن حكم المحكمين ليس قضاء ، والقول بغير ذلك يؤدي إلى القول بأن الحكم الأجنبي ليس بدوره قضاء .⁵⁷

كما أن تعليق إضفاء الطابع القضائي لحكم المحكمين على صدور أمر بتنفيذه إهدار كل قيمة قانونية له ، ليصبح نظام التحكيم كله لغوا وتنافي مع إرادة المشرع .⁵⁸

الفرع الرابع

الطبيعة المستقلة

بناء على النقد الموجه للنظريات السابقة ، ظهرت نظرية أخرى تدعو إلى الإقرار بالطبيعة الخاصة للتحكيم وأنه نوا ذاتية مستقلة لحل المنازعات ، حيث أن العقد

⁵⁶ د/ عكاشة محمد عبد العال ، مرجع سابق ، ص 45 .

⁵⁷ د/ فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، الإسكندرية ، 1980 ، ص 42 .

⁵⁸ د/ ابراهيم أحمد ابراهيم ، مرجع سابق ، ص 50 ، د/ سامية راشد ، مرجع سابق ، ص 71 .

ليس هو جوهر التحكيم ، بدليل عدم وجوده في التحكيم الاجباري ، كما أن المحكمين لا يعينون دائماً باتفاق الأطراف أو بواسطتهم ، إنما قد يتم تعيينهم بواسطة مراكز التحكيم الدائمة التي يلجأ إليها الأطراف ، لكن هذا لا يعني فقدان التحكيم لذاتيته واندماجه في القضاء في رأي هذه النظرية - كما ترى النظرية القضائية - ذلك أن القضاء سلطة عامة من سلطات الدولة التي يباشرها القاضي بهدف تحقيق سيادة القانون على المصالح في العلاقات الإجتماعية ، أما التحكيم فله طبيعة المصالح الإقتصادية لخلق تعايش سلمي بين أطراف النزاع ، لذا فهو يتمتع بخصائص تخدم هذه الوظيفة وتميزه عن وسائل حل المنازعات الأخرى .⁵⁹

ومما يعزز ذلك هو استثناء التحكيم في مجال المعاملات التجارية الدولية ، فهو يتدخل لمواجهة المظاهر المختلفة لعدم كفاءة القضاء الداخلي لتسوية المنازعات المتعلقة بهذه المعاملات ، وبصفة خاصة عدم كفاءة القواعد القانونية الداخلية المتعلقة بتنازع القوانين أو بالموضوع ، حيث في بعض الحالات لا تكون هذه القواعد كافية وملائمة لتنظيم منازعات التجارة الدولية ، وذلك لأسباب تتعلق بالطابع الداخلي لهذه القواعد والطابع الدولي ، وكما سبقت الإشارة تتعدد حاجات ومقتضيات المعاملات التجارية الدولية خصوصاً ما يتعلق منها بالسرعة والسرية ، وإن كانت لديه القدرة على التشريع الذي يحقق العدالة في المجتمع الخاص به ، فإنه لا يمكن أن يدعي القدرة على وضع تشريع ملائم وفعال لأوساط التجارة الدولية .⁶⁰

وعليه ، فإن التحكيم لا يجد مأواه في قوانين الدولة فحسب بل في غيرها من موثيق ومعاهدات وقرارات لمنظمات دولية ، وفي أنظمة ولوائح وهيئات التحكيم الدائمة المنتشرة في مختلف دول العالم .⁶¹

⁵⁹ د/ وجدي راغب ، مرجع سابق ، ص 135 .

⁶⁰ د/حفيظة السيد حداد ، مرجع سابق ، ص 21 .

⁶¹ د/ ابراهيم أحمد ابراهيم ، مرجع سابق ، ص 51 .

إذا التحكيم نظام مستقل بذاته له قواعده الخاصة وأهدافه وغاياته المستقلة التي تميزه عن غيره ، من الإجحاف محاولة إلحاقه وضمه بطبيعة أخرى غير طبيعته المستقلة .⁶²

المطلب الثالث

تمييز التحكيم عن بعض أنظمة المشابهة

إذا كان التحكيم يعد وسيلة من وسائل فض المنازعات بين الأطراف بعيدا عن القضاء فإن هناك العديد من الوسائل لفض المنازعات تتشابه مع التحكيم في كثير من الصفات ويجمعها معه هدف واحد يصبوا إلى تحقيقه ، الأمر الذي قد يؤدي إلى الخلط بينهما ، رغم ذلك فإنه يوجد بعض الفوارق بين تلك الوسائل جميعا تميز بعضها عن البعض الآخر وتبرز ذاتية كل وسيلة⁶³ .

ومن الخصائص الجوهرية المميزة لنظام التحكيم أنه يهدف إلى حسم النزاع المعروض من قبل الأطراف بواسطة حكم نهائي ، يصدره شخص ثالث يكون حكمه ملزما لأطراف النزاع ، وهذا الهدف أي حسم النزاع المنوط بالتحكيم يعد عاملا أساسيا يساعد على التمييز بين التحكيم والأنظمة القانونية الأخرى ، التي قد تتشابه مع التحكيم والتي تتفق معه في العهدة إلى شخص من الغير لأداء مهمة تختلف عن مهمة المحكم ، الأمر الذي يرتب أثر مهم وهو عدم الإنطباق في الأحكام الخاصة بالتحكيم على تلك المسألة⁶⁴ .

⁶² د/ محمد صالح على العوادي ، مرجع سابق ، ص 45 .

⁶³ JEAN FRONCOIS POUURET & SEFASTIEN BESSON, droit de l'arbitrage , 2nd edition , sweet & maxwell , 2007 , n°13

⁶⁴ د/ الوليد بن محمد بن علي البرماني ، مرجع سابق ، ص 49 .

الفرع الأول التحكيم والتوفيق

عرفنا أن التحكيم هو اتفاق الأطراف على طرح النزاع على شخص معين أو اشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة . بينما التوفيق فهو اتفاق الأطراف على محاولة إجراء تسوية ودية عن طريق الموفق أو الموفقين الذين اختارهم الأطراف⁶⁵ .

أو هو نظام تقوم بمقتضاه هيئة أو فرد يتم اختيارهم من قبل الأطراف ، وذلك لدراسة موضوع الخلاف بالتشاور المستمر مع الأطراف للتعرف على مختلف وجهات النظر والعمل على الحد من اتساع الخلاف بينهما ، واقتراح أفضل الحلول الودية لتسوية الخلاف والتي تعرض عليهم ليأخذوا بها أو يرفضوها⁶⁶ .

ليكون التوفيق مختلف عن التحكيم في كون قرارات الموفق أو الموفقين تكون غير ملزمة للأطراف مع عدم استبعاد حقهم في اللجوء إلى القضاء ، بخلاف التحكيم بإعتباره متمخضا من نظام تحكيم قضائي حقيقي⁶⁷ .

لكن ذلك لا يعني التقليل من نظام التوفيق وما يقوم به من محاولات تقريب وجهات النظر بين الأطراف ، ذلك أن معظم المراكز والهيئات تضع قواعد خاصة من نظام التوفيق ونظام التحكيم كنظام المركز اليمني للتوفيق والتحكيم ، بل أن بعض الاتفاقيات الدولية قد نصت على أن الأولوية في تسوية المنازعات تكون عن طريق التوفيق ، كما هو الحال في الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية الصادرة عام 1980 ، حيث نصت هذه الإتفاقية في ملحقها من خلال المادة الثانية على ثلاث طرق لتسوية النزاع وهي على الترتيب ، التوفيق أو التحكيم أو القضاء ، وذلك في حالة اتفاق الأطراف على أن تتم تسوية النزاع وفقا لأحكام هذه الإتفاقية .

⁶⁵ د / محمد مختار البريري ، مرجع سابق ، ص 16 .

⁶⁶ د / عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 56-57 .

⁶⁷ د/ سامية راشد ، مرجع سابق ، ص 369 .

الفرع الثاني التحكيم والصلح

لقد ارتبط التحكيم بالصلح في الكثير من التشريعات الوطنية وعلى وجه الخصوص عند البحث في قابلية النزاع أو عدم قابليته للتحكيم⁶⁸ ، فقد نص المشرع الجزائري على مايلي " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها ."

فالصلح كالتحكيم يفترض نزاعا بين الأطراف ولكنهما يختلفان في طريقة حل النزاع ذلك بأن الصلح ابتداء و انتهاء لا يعدو أن يكون عقدا لا يتجاوز إرادة طرفيه حتى لو توسط فيه شخص من الغير⁶⁹ ، بينما في التحكيم فإن الأطراف باتفاقهم على اللجوء إلى التحكيم لا يكون لهم أي سيطرة على المحكم أو المحكمون ، بحيث قد يحكمان لكل طرف بادعاءته وقد يحكمان لطرف دون الآخر⁷⁰ ، لإعتبار التحكيم ليس مجرد عمل عقدي وإنما عمل تحكيمي قضائي متميز بذاتيته واستقلاله ، بحيث لا تنشأ خصومة إلا إذا ثار النزاع فعلا ، فإذا انتهت هذه الخصومة بحكم تحكيمي ، فإنه يكون منهيًا لنزاع بحل مفروض على المحكوم ضده ولو لم يتنازل المحكوم له عن أي جزء من إدعائه ومن ثم ينال حقه كاملا⁷¹ .

الفرع الثالث التحكيم والوكالة

تعرف الوكالة بأنها التفويض والمراد بها إنابة الشخص غيره فيما يقبل النيابة ، وقد عرف المشرع الجزائري الوكالة بأنها " عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شئى لحساب الموكل وبإسمه ."⁷²

⁶⁸ د / عبد الكريم أحمد أحمد التلاية ، مرجع سابق ، ص 22 .

⁶⁹ د/ حسنى المصرى ، مرجع سابق ، ص 21 .

⁷⁰ د/ فتحي والي ، مرجع سابق ، ص 20 .

⁷¹ د/ أحمد أبو الوفا ، التحكيم الإختياري والإجباري ، الطبعة الثانية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، 2008، ص 30 - 31 .

⁷² المادة 571 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم .

فالقاعدة أن الوكيل يستمد سلطاته من الموكل ، ولا يستطيع أن يقوم إلا بما يمكنه أن يقوم به الموكل ، بينما المحكم فإنه بمجرد اتفاق الخصوم على التحكيم يصبح مستقلا عنهم تمام الإستقلال و تكون له صفة القاضي ، ولا يستطيع الخصوم التدخل في عمله وحكمه يفرض عليهم⁷³ .

فالوكيل يباشر سلطاته القانونية لحساب الموكل و وفقا لتعليماته ، أما المحكم وإن كان يتم اختياره من قبل أطراف الخصومة ، إلا أنه يباشر مهمته بصورة حيادية و استقلالية طبقا لما يمليه ضميره عليه والقانون الذي اختاره الأطراف . وإذا كان الوكيل يعزل عن طريق الموكل فالمحكم لا يعزل إلا بإتفاق الخصوم⁷⁴ .

والوكالة المشار إليها هي الوكالة العامة ، لي طرح السؤال نفسه وهو هل يجوز للوكيل في الوكالة العامة الإتفاق على التحكيم نيابة عن الأصيل ؟ أم يجب أن يكون لديه وكالة خاصة؟

والمشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه القضية ، لكن البعض من التشريعات أجابت على التساؤل المطروح بعدم السماح للوكيل في الوكالة العامة الإتفاق على التحكيم نيابة عن الأصيل ، بل لابد من وكالة خاصة ، ومن هذه التشريعات نجد منها اليمني في المادة 913 من القانون المدني التي تنص " الوكالة الخاصة لابد فيها من نص في كل عمل ليس من أعمال الإدارة وبوجه خاص الصلح أو الإقرار أو التحكيم ... " كما تنص المادة 120 من قانون المرافعات اليمني على " لا يصح لغير المفوض بتفويض خاص الإقرار بالحق المدعى به أو التنازل عنه أو الصلح أو التحكيم ... " .

إذا الوكالة العامة لا تكفي لتحويل الوكيل سلطة الإتفاق على التحكيم بل لابد من وكالة خاصة تفوضه بذلك ، خصوصا ما تتضمنه مشاركة التحكيم من تحديد إجراءاته وميعاده والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، باستثناء الوكالة في العمل التجاري بحيث تكفي العامة .

⁷³ د/ أحمد أبو الوفا ، التحكيم بالقضاء وبالصلح ، مرجع سابق ، ص 22 .

⁷⁴ د/ سيد أحمد محمود ، مرجع سابق ، ص 37 .

كما أنه في إطار الوكالة الخاصة بالتحكيم لا يشترط تحديد نوع النزاع الذي يتم الإتفاق على التحكيم بشأن هاو مد ميعاده ، لكن في هذه الحالة يقتصر أثره على تخويل الوكيل سلطة الإتفاق على التحكيم بالقانون ولا ينصرف على التحكيم بالصلح ، وذلك لما يترتب على هذا الأخير من النزول مقدما بجزء من إدعاءات الطرفين ، وبالنسبة للمحامي في القضايا التي ينوب فيها عن موكله لا تخوله سلطة الاتفاق على التحكيم ، بل لابد من وكالة خاصة .

كما يتولد عن التساؤل المطروح أنفا تساؤل آخر مفاده أن هل يجوز للوكيل الحاصل على وكالة خاصة بالإتفاق على التحكيم سلطة تمثيل موكله أمام هيئة التحكيم ؟ لقد تعددت الإتجاهات الفقهية في هذا الصدد إلى ما يلي :

الإتجاه الأول : يرى هذا الإتجاه أن التوكيل الخاص بالإتفاق على التحكيم لا يخول الوكيل سلطة تمثيل موكله في الخصومة التحكيمية ، بل لابد من تفويض خاص ، باستثناء المحامي الذي يكفي بشأنه الوكالة العامة ⁷⁵ .

الإتجاه الثاني : يرى أنصار هذا الإتجاه وهو الراجح ، أن الوكيل الذي يحمل توكيلا خاصا بالإتفاق على التحكيم يحق له تمثيل موكله في خصومة التحكيم ، سواء كان التحكيم بالقضاء أو التحكيم بالصلح ⁷⁶ .

لكن البعض من الفقه وفيما يتعلق بالتحكيم بالصلح أنه لابد من التفويض الخاص في الخصومة التحكيمية ، وذلك لما يترتب وكما سبق الذكر من تنازلات متقابلة من قبل طرفي الخصومة ⁷⁷ .

ويرجع في صحة التوكيل أو عدم صحته بإعتباره عقدا كسائر العقود إلى محل ابرامه وفقا للقواعد العامة .

⁷⁵ د/ فتحي والي ، مرجع سابق ، ص 112-113 .

⁷⁶ د/ أحمد أبو الوفا ، التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح ، مرجع سابق ، ص 232 .

⁷⁷ د/ عبد الكريم أحمد أحمد الثلاثاء ، مرجع سابق ، ص 27 .

أما بالنسبة للمعاملات الدولية والتي يندرج تحتها الإعتماد المستندي ، التي كثيرا ما يتم اتفاق التحكيم فيها عن طريق وكلاء أو سماسرة ، فتكون الوكالة الصادرة في هذا الشأن خاضعة في شكلها للتنظيم الدولي الذي تضمنته اتفاقية نيويورك لعام 1958⁷⁸ .

الفرع الرابع

التحكيم والخبرة

يقصد بالخبرة ذلك الإجراء الذي تعهد بمقتضاه القاضي أو المحكم أو الخصوم إلى شخص ما ، مهمة إبداء رأيه في بعض المسائل ذات الطابع التي يكون على دراية بها ، دون إلزام القاضي بهذا الرأي⁷⁹ ، النظام القانوني لكل منهما ، فالمحكم من حيث الإجراءات والمواعيد يخضع لقانون التحكيم ، بينما الخبير يكتب تقريره وفقا للإجراءات والمواعيد المحددة بقانون الإثبات⁸⁰ . والتفرقة بين النظامين لا تعني القطيعة بينهما فهما نظامان متساندان⁸¹ .

قد يدق في بعض الأحوال تحديد المقصود من المهمة الملقاة على عاتق شخص ما ، وما إذا كانت هي مهمة تحكيم أو خبرة .

يرى بعض الفقه أن العبرة في تكييف الوضع بحقيقة المقصود من المهمة وليس بالألفاظ التي يصاغ بها ، فإذا اتفق الخصوم على أن يلتزموا بالرأي الذي يصدره أشخاص معينين يستشيرونهم فيما يرفعونه إليهم من نزاع فإن رأيهم يعتبر تحكيما وليس خبرة⁸² .

بينما يرى البعض الآخر ، إن اتفاق الأطراف على اختيار خبير فني لإبداء رأيه في مسألة فنية واعتبار تقريره ملزما لهم ، فإن التقرير الذي يصدره هذا الخبير ليس فيه صفة قضائية وبالتالي لا يعتبر حكم تحكيم ، ذلك أن مهمته تتعلق بمسألة فنية ، وإن كان عمل الخبير أحيانا يؤدي تقرير حقوق أطراف النزاع .

⁷⁸ د / فتحي والي ، مرجع سابق ، ص 113 .

⁷⁹ د/ ممدوح عبد العزيز العنزي، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى ، 2006، ص 24 .

⁸⁰ د/ أحمد أبو الوفا ، التحكيم الإختياري والتحكيم الإجباري ، مرجع سابق ، ص23 ود/ عبد الكريم أحمد أحمد الثلاثاء ، مرجع سابق ، ص 28

⁸¹ د/ أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 66.

⁸² د/ أحمد أبو الوفا ، التحكيم الإختياري والتحكيم الإجباري ، نفس المرجع، ص 23 - 24 .

فمعيار التفرقة بين المحكم والخبير تتمثل أحيانا في أن المحكم يفصل في نزاع قانوني بينما الخبير يبدي رأيه في مسألة فنية⁸³. ومما يؤكد ذلك في أن رقابة القضاء لأحكام المحكمين تمتد لتشمل ضرورة التأكد من أن المهمة المسندة إلى الأشخاص المختارين مؤداها منحهم سلطة الفصل في النزاع استقلالا عن أي جهة أخرى ، وذلك كشرط جوهري كي يصدق في شأن مصدرها وصف المحكمين⁸⁴.

⁸³ د/ فتحي والى ، مرجع سابق ، ص 26 - 27 .

⁸⁴ د/ سامية راشد ، مرجع سابق ، ص 365 وما بعدها .

المبحث الثاني

حتمية التحكيم وأنواعه

يقف التحكيم رغم أهميته خصوصا على الصعيد الدولي استدلالا على المزايا التي يتمتع بها ، وفيما يتعلق بالاعتماد المستندي بين رأي مؤيد له لدرجة لا يمكن الإستغناء عنه ورأي معارض ، كما يتنوع التحكيم بتنوع المنازعات محل الفض .

المطلب الأول

حتمية التحكيم ومزاياه

الفرع الأول

حتمية التحكيم في الاعتماد المستندي بين المعارضة والتأييد

إذا كان التحكيم يشكل ضرورة حتمية في المنازعات البنكية في ظل العولمة وما خلفته ، إلا أن هناك من يعزف عن اللجوء إليه ، وذلك لمبررات تقف عائقا أمام انتشاره والتي أوردتها البعض من الفقه كمايلي :

أولا: خشية البنوك من صدور حكم غير متوقع ، لاعتبار أن المحكم يتمتع بسلطة واسعة خصوصا إذا كان التحكيم مطلقا ، بخلاف أحكام القضاء التي تكون مفترضة لكونها محل تطبيق القانون وعدم الحيادة عنه⁸⁵ .

ثانيا : كما يرى البعض بشأن الإجراءات التحفظية ، إنها مستبعدة من إجراءات التحكيم ، الأمر الذي سيفوت على البنوك الحفاظ على حقوقها⁸⁶ .

ثالثا : إمكانية امتداد إجراءات التحكيم وارتفاع تكلفتها .

رابعا : محدودية الطعن بالإستئناف في إطار التحكيم .

خامسا : ميول البنوك العربية إلى الإعتماد على الضمانات العينية كالرهون بأنواعها ، لتمتعها بقوة السندات التنفيذية⁸⁷ .

⁸⁵ د/ علي صالح العوادي ، مرجع سابق ، ص 52 .

⁸⁶ د/ علي صالح العوادي ، مرجع سابق ، ص 52 .

⁸⁷ د/ محي الدين اسماعيل ، حسم المنازعات المصرفية بين التقاضي والتحكيم ، بحث مقدم إلى مؤتمر إداري مخاطر المصارف وإعادة هيكلتها ووسائل حسم منازعاتها ، نظمه مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، نقلا عن د/ علي صالح العوادي ، مرجع سابق ، ص 53 .

وردا على تلك المثالب ، يؤكد الفقه أن وفيما يتعلق بصدور حكم غير متوقع ، فإن اختيار محكمين مؤهلين ومهنيين ذوي الخبرة - خصوصا مع وجود نظام تحكيم دوكدكس المتعلق بالاعتمادات المستندية - سبب لتجنب ذلك . كما أن هيئات التحكيم عندما تصدر أحكامها ، فهي تصدرها على أساس العقود المعروضة ، وطبقا للقانون المطبق وبواسطة الأطراف المختارين . أما إذا لم يحدد الأطراف القانون الواجب التطبيق ، فعلى هيئة التحكيم أن تحدد القانون الواجب التطبيق طبقا للقوانين الحديثة ، وإذا رأت هيئة التحكيم أنها تفضل الفصل طبقا لقواعد العدل والانصاف ، أو على أساس المبادئ والعادات التجارية ، يجب عليها أن تحصل على إذن مسبق من الأطراف . ويضيف الفقه أن الممارسة العملية تؤكد أن القواعد والأعراف الدولية معروفة مسبقا لدى أطراف النزاع ⁸⁸ .

أما فيما يتعلق بالإجراءات التحفظية وحقيقة تفويت الحفاظ على بعض الحقوق للأطراف ، فإن وما جاءت به المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وقرار المحكمة العليا الصادر في 1985 كافيان للرد على ذلك بالسماح لقاضي الأمور المستعجلة باتخاذ أي تدبير تحفظي بالرغم من وجود شرط تحكيمي .

وأما فيما يتعلق بمحدودية الاستئناف في التحكيم ، فيرى الفقه أن تكريس ضمانات تعدد درجات التقاضي فيه إهدار لعامل أساسي وأهم مزية في التحكيم ألا وهي السرعة في الإجراءات ⁸⁹ ، هذا من جهة ومن جهة أخرى وكما هو معلوم أن المحكمين هم من ذوي الخبرة والكفاءة خصوصا إذا ما كنا أمام نظام تحكيم دوكدكس ، ففي هذا لسنا بحاجة إلى درجة ثانية للتقاضي .

أما الإعتماد على الضامانات العينية ، فإن من شأن ذلك عرقلة اقتضاء البنوك لحقوقها لدى العملاء ، ذلك أن مراحل التنفيذ العقاري طويلة وشاقة وتكثر فيها المنازعات الكيدية .

⁸⁸ د/ علي صالح العوادي ، مرجع سابق ، ص 54 .

⁸⁹ د/ علي صالح العوادي ، مرجع سابق ، ص 56 .

الفرع الثاني

مزايا التحكيم

1 - السرية:

من الخصائص المميزة لقضاء الدولة ، ما يعرف بمبدأ علنية الجلسات التي تعتبر من الضمانات الأساسية للتقاضي ، إذ تنص العديد من المواثيق الدولية على حق كل فرد في أن ويحاكم محاكمة علنية وعادلة⁹⁰ .
والسرية هي التي تميز قضاء الدولة عن التحكيم التي تعتبر دافعا قويا اللجوء إليه ، والعزوف عن الأول في غير المسائل المتعلقة بالنظام العام .

وتقوم العمليات المصرفية عموما دائما على مقتضى السرية التامة حفاظا على العملاء أولا ، وأسرار البنوك ثانيا . فإذاعة سر معين قد يسبب في حدوث بلبلة الأسواق المحلية والدولية وبالتالي نشوء اضطرابات إقتصادية نتيجة المساس بسمعة المؤسسات المالية والشركات ، والتي تعتمد في معاملاتها التجارية على الثقة⁹¹ .

ولم تتناول قواعد تحكيم اليونسترال قواعد منضبطة بشأن سرية الإجراءات ذاتها إلا من خلال مسألة سرية جلسات الإستماع التي تعتبر لصيقة بهذا النظام ، وهو ما لا يدعو إلى ضرورة نص الأطراف على احترام هذا المبدأ في عقودهم⁹² .

وهو ما دعا الدورة (45) لليونسترال المنعقدة في الأمم المتحدة بتاريخ 5 / 9 / 2006 ، وكذا الدورة (46) المنعقدة أيضا في الأمم المتحدة بتاريخ 2 / 2 / 2007 ، تحت مسمى تنقيح قواعد اليونسترال للتحكيم إلى الإقتراح بإدراج حكم عام يتعلق بالسرية التي تنور أمام هيئة التحكيم أو الوثائق التي تعرض عليها ، إلا أنها انتهت إلى أن السرية مسألة

⁹⁰ المادة 06 من الاتفاقية الأوروبية بشأن حقوق الانسان والمادتين (11-12) من الإعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر في 10 / 12 / 1948 .

⁹¹ / سلطان مبارك عبد الله ، نحو منظور جديد لتعديل قواعد تحكيم اليونسترال المنظمة لمقر التحكيم ومبدأ السرية بعد ثلاثين عاما من التطبيق ، مجلة التحكيم ، العدد 08 ، 2010 ، ص 422 .

⁹² د/ حفيظة السيد حداد ، مرجع سابق ، 20 .

معقدة جدا وأن هناك آراء متباينة بشأنها والممارسات والقوانين المتعلقة بها لا تزال في طور النشوء وأن تنظيم هذه المسألة بتفصيل مفرط قد يمثل خروجاً كبيراً عن قواعد اليونسترال للتحكيم وأنه من الأفضل ترك المسألة كي يعالجها المحكمون والأطراف تبعاً لكل حالة على حدة.

وفي المقابل يرى البعض وجوب إدراج مقترح خاص بسرية الإجراءات ذاتها ، وسرية الوثائق والمستندات المعروضة أمام هيئة التحكيم ، بما فيها مرافعات الخصوم سواء الشفوية أو المكتوبة ، بموجب مذكرات الدفاع على أن تخصص لها مادة مستقلة ، وبالتالي إضفاء على التحكيم مزيداً من العملية التي تتطلبها سرعة وسرية المعاملات التجارية الدولية⁹³.

والنص المقترح " جلسات المرافعات الشفوية أمام هيئة التحكيم ، وما يتم من خلالها من إجراءات سماع الشهود والخبراء تكون سرية ، وكذلك المواد المعروضة عليها بما فيها من وثائق ومستندات ومرافعات سواء كانت شفوية أو مكتوبة تضي عليها ذات السرية ، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك⁹⁴ .

الأساس القانوني للإلتزام بالسرية :

لقد تعددت الآراء في هذا الصدد ، فذهب جانب من الفقه إلى فكرة احترام التوقعات المشروعة للأطراف المتنازعة التي تلجأ إلى التحكيم ، هي أساس إلتزام المحكم بالسرية . بينما يذهب جانب آخر من الفقه إلى القول ، أن هذا الإلتزام ينبع من دوافع أخلاقية تتصل بنظام التحكيم ، وما يؤكد ذلك اللوائح الثلاثة الرئيسية الخاصة بأخلاقيات التحكيم الدولي ، تتضمن نصوصاً تحض على الإلتزام بالكتمان .

بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن الأساس الحقيقي لإلتزام المحكم بالسرية والكتمان هو التعهد الذي تمخض عن عقد التحكيم ، وهو إلتزام مدني تعاقدي بل

⁹³ أ / سلطان مبارك عبد الله ، مقال سابق ، ص 423 .
⁹⁴ أ / سلطان مبارك عبد الله ، مقال سابق ، ص 423 .

ويبدأ قبل انعقاد عقد التحكيم ، ويؤدي إلى انعقاد مسؤولية المحكم في حالة الإخلال به قبل توقيع المحكم لهذا العقد ، وبمجرد ابلاغه الرغبة في اختياره لمحكم لا يفسرها سوى ما يعرف بأخلاقيات التحكيم .

وبهذه المثابة ، فإنه من الصعب أن يعزوا التزام المحكم بالسرية إلى عامل واحد فقط فالمحكم يلتزم بالسرية لأن أخلاقيات التحكيم عليه ذلك ، وهو يلتزم بهذه السرية حتى قبل توقيعه على عقد التحكيم بخصوص المعلومات التي تصل إليه كي يقبل المهمة أو يرفضها.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الإلتزام لا يشمل بطبيعة الحال الصور التي أباحها القانون ، كحق المحكم في الإمتناع عن التوقيع على الحكم في إعطاء رأي مخالف للأغلبية أو التصريح بأن الحكم لم يصدر بالإجماع وإنما بالأغلبية ، كما لا يعتبر المحكم مخلا بالإلتزام المذكور ، إذا قام بابلاغ على وقائع تشكل أمور معاقب عليها تكشفت له أثناء جلسات التحكيم⁹⁵ .

2 - حرية الأطراف في ظل قضاء التحكيم :

من الأسباب التي تدفع المتعاملين على صعيد العلاقات التجارية الدولية إلى اختيار التحكيم كوسيلة لحل المنازعات الناشئة بينهم ما يتمتعون به من حرية لا تتحقق لهم في ظل قضاء الدولة ، ويمتد النطاق الزمني لتلك الحرية من لحظة الإتفاق على التحكيم ، ويستمر حتى بعد صدور حكم التحكيم ، ولذلك فإنه يتعين التفرقة في هذا الصدد بين الحرية التي يتمتع بها الأطراف في ظل قضاء التحكيم في المرحلة السابقة على صدور حكم التحكيم ، وتلك التي يتمتع بها الأطراف بعد صدور حكم التحكيم .

⁹⁵ د/ حفيظة السيد حداد، مرجع سابق ، ص 95 .

حرية الأطراف قبل صدور حكم التحكيم:

تتمتع الأطراف المتنازعة بحرية لا حدود لها في ظل قضاء التحكيم بمقتضى النصوص القانونية الدولية والوطنية ، بحيث تملك اختيار نوع التحكيم الذي يكون إما تحكيم مؤسسي أو تحكيم الحالات الخاصة ، وبين ما إذا كان التحكيم بالصلح أو بالقانون ، وإضافة إلى تملك الأطراف حرية تحديد مكان انعقاد التحكيم وزمانه ، والقانون الذي يطبقه المحكمون على اتفاق التحكيم وإجرائه ، وموضوع المنازعة والمدة التي يتعين على المحكم أن ينهي فيها المنازعة ، وتلك الحرية المطلقة وعلى وجه الخصوص في النزاعات الدولية تفقدها الأطراف في إطار القضاء العام⁹⁶ .

حرية الأطراف بعد صدور حكم التحكيم :

تعترف بعض الأنظمة القانونية الحديثة للمنظمة للتحكيم بحرية الأطراف في التنازل على الطعن على حكم التحكيم ، بالرغم من وجود حالة من حالات الطعن بالبطلان حيث تقضي المادة 192 من قانون التحكيم السويسري⁹⁷ على أنه إذا لم يكن لأي من الأطراف موطن أو إقامة معتادة أو مؤسسة في سويسرا ، لهم الحق في الإعلان صراحة في العقد التحكيمي أو في إتفاق لاحق عن التنازل كلياً عن أي طريق من طرق الطعن في الأحكام التحكيمية .

3 - الطبيعة المختلفة للعدالة التي يقدمها قضاء التحكيم :

يتميز قضاء التحكيم عن قضاء الدولة بأن يقدم عدالة تستجيب لرغبات الأطراف المتنازعة ، ولما يتمتع به من مزايا أساسية :

- التحكيم قضاء متخصص :

من المزايا الأساسية للتحكيم ما يتسم به من تخصص ، فهناك هيئات تحكيمية متخصصة في المنازعات البنكية وأخرى في المنازعات البحرية ، و من شأن هذا

⁹⁶ د/ حفيظة السيد حداد ، مرجع سابق ، ص 27 .

⁹⁷ القانون الفدرالي المتعلق بالقانون الدولي الخاص الصادر في 1978/12/18 .

التخصص تحقيق عدالة تحقق رغبات الخصوم التي تلجأ إلى التحكيم كوسيلة بديلة عن قضاء الدولة . حيث أن النزاع القائم بين البنك وعملائه ليس له دائما صفة الخلاف القضائي فمعظم الخلافات تدور بين البنوك وعملائها حول مسائل فنية وتقنية قد لا يمكن حلها بواسطة المحاكم ، ذلك أن غالبا ما يكون سبب النزاع بين البنك وعملائه يدور حول تنفيذ عقد الاعتماد المستندي . وعليه يمكن القول أن منازعات البنوك تلجأ دائما إلى الطريق الودي ، فإذا لم تنجح في ذلك ، فأقرب طريق هو التحكيم فالبنك الدائن اليوم هو مدين غدا ، و القواعد والأعراف الدولية معروفة سلفا لدى المتنازعين ، ليكون الحسم دائما حسب توقعاتهم⁹⁸ .

- التحكيم قضاء مرن :

إن المقصود بمرونة التحكيم هو المحكم لا يتقيد كالقاضي بالعديد من القواعد الإجرائية التي لا يمكن للقاضي التحلل منها ، خاصة في علاقته بإدارة الخصومة المطروحة أمامه مع احترام المبادئ الأساسية للتقاضي ، من احترام حقوق الدفاع والمساواة بين الأطراف المتنازعة واحترام مبدأ الوجاهية .

- التحكيم ضمانا إجرائية لتشجيع الاستثمار :

تقبل الدولة على التحكيم كضمانة إجرائية لتشجيع الإستثمار على إقليمها ، وهو الأمر الذي دفع بالكثير من الدول من بينها الجزائر إلى أن تضمن قوانينها الصادرة لتشجيع الإستثمار نصوصا صريحة تفيد قبول التحكيم .

⁹⁸ د/ ناريمان عبد القادر ، ندوة التحكيم كبديل للتقاضي اتحاد بنوك مصر الجمعية المركزية للبنوك العاملة في مصر 21 جوان 1996 القاهرة و Ph. FOUCHARD, « La spécificité de l'arbitrage international », Rev. Arb. 1981 p. 449.

المطلب الثاني

أنواع التحكيم

لا يتخذ التحكيم صورة واحدة وإنما يتمتع بصور وأشكال متعددة ، لذا فهو ينقسم إلى من حيث عناصر التحكيم إلى دولي وداخلي ، ومن حيث جواز أو عدم جواز اللجوء إليه إلى تحكيم إختياري وتحكيم إجباري ، ومن حيث الإجراءات الواجبة التطبيق إلى تحكيم مؤسسي وتحكيم حر ، وإلى تحكيم بالقانون وتحكيم بالصلح من حيث القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع .

الفرع الأول

التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي

للتفرقة بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي أهمية قصوى ، إذ أنه من المتفق عليه أن التحكيم الدولي هو وحده الذي يثير المشاكل المعروفة في إطار القانون الدولي الخاص والمتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم وعلى إجراءاته ، وكذا الواجب التطبيق على موضوع المنازعة محل الإتفاق على التحكيم .

كما أن لهذه التفرقة آثار تتعلق بتطبيق العديد من القواعد المادية ذات الطبيعة الخاصة والتي ينحصر نطاق أعمالها على التحكيم الدولي ، ولا تطبق على التحكيم الداخلي⁹⁹ . ومن أبرز القواعد المادية المتصلة بالتحكيم ، والتي ينحصر مجال أعمالها على التحكيم الدولي التي صاغها القضاء الفرنسي الخاصة بصحة شرك التحكيم الوارد في العقد المبرم بين الدولة أو أحد أجهزتها أو مؤسساتها العامة ، إذا كان هذا الشرط وارد في عقد دولي يتعلق بمصالح التجارة الدولية على الرغم من بطلانه في إطار العلاقات الوطنية .

⁹⁹ د/ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001 ص 1014

إضافة إلى أن اتفاق التحكيم الوارد في عقد من عقود التجارة الدولية يعد اتفاقاً صحيحاً في مقتضى قاعدة من قواعد القانون المادية دون التطرق إلى البحث عن القانون الذي يحكم هذا الإتفاق .

كما تظهر أهمية التمييز بين التحكيم الدولي والوطني بشأن الرقابة التي يمارسها قضاء الدولة على حكم التحكيم ، وفي هذا الخصوص تختلف الأنظمة القانونية بشأن هذه الرقابة من ناحيتين .

الناحية الأولى تتعلق بنطاق الرقابة ، أما الثانية فبنوع الرقابة .

إذ إنه من الثابت أن بعض الأنظمة القانونية لا تكثرث بالرقابة على أحكام التحكيم ذات العنصر الأجنبي الخالص ، بينما تخضع جميع أحكام التحكيم الوطنية لرقابتها¹⁰⁰ . ولا يقتصر أمر التفرقة بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي على نطاق الرقابة بل الأمر يتعداه ليشمل أنواع الرقابة ، فما يتعلق بأوجه الرجوع على كل من الحكيم الداخلي والدولي¹⁰¹ .

ويترتب على التفرقة بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي فيما يتعلق بالرقابة على حكم التحكيم ، إن المحكمة المختصة بنظر دعوى الرجوع على حكم التحكيم تختلف كقاعدة عامة فيما إذا كان الحكم الصادر في المنازعة يعد حكماً تحكيمياً وطنياً أو حكم تحكيم دولي وفي الأخير ، وبشأن مسألة الإعراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية ، فنلمس أن أحكام التحكيم الوطنية لا تستفيد كقاعدة عامة من المعاهدات المنظمة لذلك بخلاف أحكام التحكيم الدولية .

وهناك العديد من المعايير التي تستخدم للتمييز بين التحكيمين ، فهناك المعيار القانوني و المعيار الاقتصادي ، المعيار المزدوج الذي يجمع بين كل من المعيارين المذكورين .

¹⁰⁰ د/ حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 95 .

¹⁰¹ د/ حفيظة السيد حداد ، مرجع سابق ، ص 96 .

البند الأول

المعيار القانوني كأساس لتدويل التحكيم

يعتبر القانون النموذجي للتحكيم الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بصيغته التي اعتمدها اللجنة في 21 / 06 / 1985 من القوانين التي تبنت المعيار القانوني كأساس لتدويل التحكيم .

فبعد أن حددت المادة الأولى في فقرتها الأولى نطاق تطبيق القانون النموذجي ، بأنه ينطبق على التحكيم التجاري الدولي ، نصت ذات المادة في الفقرة (3) منها على أن " يكون التحكيم دولياً :

1 / إذا كان مقر عمل طرفي اتفاق التحكيم ، وقت عقد ذلك الإتفاق واقعين في دولتين مختلفتين .

2 / إذا كان أحد الأماكن التالية واقعا خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين:

- مكان التحكيم إذا كان محدد في اتفاق التحكيم أو طبقا له .

- أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الإلتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية ، أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق الصلة به .

3 / أو إذا اتفق الطرفان صراحة على موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة .

4 / لأغراض الفقرة 3 من هذه المادة :

- إذا كان لأحد الطرفين أكثر من مقر عمل فتكون العبرة بمقر العمل الأوثق صلة باتفاق التحكيم .

معيار التفرقة بين التحكيم الوطني والدولي وفقا للمعيار القانوني

قيل أن معيار التفرقة بين كل من التحكيم الدولي والتحكيم الوطني ، هو القانون الواجب التطبيق بالنسبة للإجراءات الخاصة بالتحكيم ، بحيث في كل حالة يصار إلى معرفة صفة التحكيم لمعرفة قانون الإجراءات الذي يخضع له التحكيم ، فإذا كان ذلك قانونا داخليا ، فإن التحكيم يعتبر وطنيا ، أما إذا كانت قواعد الإجراءات مأخوذة من قانون أجنبي ، فإن

التحكيم يعتبر في هذه الحالة تحكيماً أجنبياً ، وكذلك الحال إذا كانت قواعد الإجراءات مستمدة من نصوص اتفاقيات دولية أو أجنبية ، ويلاحظ أن التحكيم قد يعتبر وطنياً بالنسبة لدولة ما و أجنبياً بالنسبة لدولة أخرى .¹⁰²

إلا أن هذه النظرية تعرضت إلى انتقادات عديدة أهمها احتمال سير إجراءات التحكيم في عدة دول وبموجب قوانين متعددة ، حيث إذا قيل على سبيل المثال الأخذ بالأحكام الإجرائية للدولة التي صدر فيها قرار التحكيم ، فإنه من الصعب في بعض الحالات الإعتماد على هذا المعيار ، والسبب يرجع إلى أنه قد لا يتواجد المحكمون في الدولة المذكورة إلا لفترة قصيرة جداً ، كما قد يكون وجودهم في ذلك المكان لإعداد قرار التحكيم كما أن هناك حالات لم يجتمع فيها المحكمون سوية لإصدار قرار التحكيم ، بل يتم التوصل إلى اتخاذ القرار بالمراسلة ، ففي هذه الحالات من الصعوبة جداً تحديد مكان صدور قرار التحكيم .¹⁰³

وهناك معايير أخرى لمعرفة صفة التحكيم ، منها ما ينسب إلى مكان صدور القرار التحكيمي ، مثل ما جاء في المادة الأولى من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، حيث نصت على أن أحكام الاتفاقية تطبق على الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في إقليم دولة غير تلك التي يطلب فيها الاعتراف ، وتنفيذ الأحكام الناتجة عن الخلافات بين الأشخاص الطبيعية أو المعنوية ، وتطبق كذلك على أحكام التحكيم التي لا تعتبر من الأحكام الوطنية في الدولة المطلوب فيها الاعتراف وتنفيذ الأحكام " ، وهذا المعيار كانت قد أخذت به قبل ذلك اتفاقية جنيف لسنة 1927 الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في مادتها الأولى ، والتي بموجبها أن كل دولة من الدول المتعاقدة تعترف بحجية أحكام التحكيم الصادرة بناء على مشاركة أو شرط تحكيم مما أشير إليه في بروتوكول، وتعترف بتنفيذ الحكم المذكور طبقاً للإجراءات المتبعة في الدولة التي يطلب فيها تنفيذ الحكم عندما يكون حكم التحكيم قد صدر في دولة متعاقدة

¹⁰² د / فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة) ، الطبعة الرابعة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2010 ، عمان ، ص 100 .

¹⁰³ د / فوزي محمد سامي ، نفس المرجع ، ص 100 .

تطبق أحكام هذه الاتفاقية ، وأن الحكم المذكور يتعلق بمنازعات بين أشخاص يخضعون للقضاء في إحدى الدول المنظمة إلى الاتفاقية المذكورة .

كما وجدت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي 1961 لمعالجة قضايا التحكيم منذ الوقت الذي يتم فيه الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات لحين تنفيذ الحكم او رفض تنفيذه ، فنصت المادة الأولى منها على " إن نطاق تطبيقها يشمل اتفاقيات التحكيم المعقودة لحسم المنازعات الناشئة أو التي ستنشأ عن عمليات التجارة الدولية التي تجرى بين أشخاص طبيعيين أو معنويين عندما يكون لكل منهم وقت إبرام الإتفاق محل إقامة معتاد ، أو مركز للأعمال في دول متعاقدة مختلفة¹⁰⁴ .

إن مكان التحكيم حين يكون في الخارج هو المقياس والأساس ، وهكذا فالتحكيم أجنبي إذا تم في بلد أجنبي ، أو كان أحد أطرافه أجنبيا ، وكذلك فإن تطبيق قانون أو قواعد إجراءات محاكمة أجنبية أو وجود طرف أجنبي يجعل من التحكيم أجنبيا ، وبالتالي يجعل القرار التحكيمي قرار أجنبيا¹⁰⁵ .

كما تبنت إتفاقية لاهاي نفس الموقف المنعقدة عام 1964 حول المبيعات الدولية للمنقولات التي تطبق على عقود البيع المعقودة بين أطراف تقع مؤسساتهم في بلدان مختلفة.

¹⁰⁴ يلاحظ أن هذه الاتفاقية لا تطبق إلا على العمليات التجارية الدولية ، أما في اتفاقية نيويورك فلا نجد مثل هذا التحديد حيث يمكن تطبيق نصوصها على أحكام التحكيم الصادرة في المسائل المدنية . لكن أجازت في مادتها الأولى عند توقيع أو تصديق الاتفاقية أو الانضمام إليها ، أن تضع تحفظا تصرح بموجبه أنها ستطبق أحكامها على المعاملات الناشئة عن العلاقات التجارية . (تعليق للدكتور محمد فوزي سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، ص 52 .

¹⁰⁵ د/ عبد الحميد الأحديب ، التحكيم الدولي ، الكتاب الأول ، موسوعة التحكيم ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2008 ، ص 11

البند الثاني

المعيار الاقتصادي (المعيار الحديث)

يعتبر العقد دوليا إعمالا للمعيار الإقتصادي ، إذا كان العقد يتصل بمصالح التجارة الدولية ، أي اعتمادا على طبيعة النزاع دون أخذ مكان التحكيم أو قانون إجراءات المحاكمة المطبق أو جنسية الأطراف بعين الاعتبار .¹⁰⁶

وقد اعتمدت هذا المقياس مجموعة من الدول ، أما القانون الفرنسي للتحكيم فقد عرف التحكيم الدولي كالاتي : " يعتبر تحكيما دوليا ، التحكيم الذي يضع في الميزان مصالح التجارة الدولية ."¹⁰⁷

ويرجع الفضل في تدشين المعيار الإقتصادي إلى محكمة النقض الفرنسية ، فقد حرصت في العديد من أحكامها إلى إبراز ما هو المقصود بمصالح التجارة الدولية ، وذلك من خلال الإشارة إلى ضرورة أن يكون العقد منطويا على رابطة تتجاوز الإقتصاد الداخلي لدولة معينة¹⁰⁸ .

الأسباب الكامنة وراء تبني المشرع الفرنسي المعيار الاقتصادي كأساس لتدويل التحكيم :

يرجع جانب من الفقه تفضيل المشرع الفرنسي للمعيار الإقتصادي كأساس لتدويل التحكيم إلى عاملين : الأول عامل ذو طابع موضوعي ، أما الآخر فهو عام ذو طابع فني .

أما العامل الأول فهو العامل الموضوعي الذي يستند إلى ضرورة تحديد نطاق تطبيق القواعد الذاتية للتحكيم ، و هي قضية لا يمكن حسمها إلا من خلال تبني معيار محدد هو المعيار الإقتصادي الذي يضمن حد أقصى من الإستقلالية ودرجة كبيرة من التحرر .¹⁰⁹

¹⁰⁶ د/ عبد الحميد الأحذب ، التحكيم الدولي ، مرجع سابق، ص 13 . فوزي محمد سامي ، مرجع سابق ، ص 102 وحفيظة السيد حداد ، مرجع سابق ، ص 102 .

¹⁰⁷ المادة 1492 من قانون المرافعات المدنية الجديد (مرسوم رقم 500 / 81 الصادر في 12 / 05 / 1981) وتقابلها المادة 1504 من المرسوم رقم (2011/ 48 الصادر في 13 / 01 / 2011) المعدل والمتمم للمرسوم السابق .

¹⁰⁸ د / عبد الحميد الأحذب ، التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 14 .

¹⁰⁹ د / حفيظة السيد حداد ، الموجز في التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 104 .

ونظرا لعدم وجود جهاز قضائي دولي يعلو الدول يختص بالفصل في المنازعات الخاصة الدولية ، فإن المحكمين هم القضاة الطبيعيون لمنازعات التجارة الدولية نظرا لحياد العوامل الوطنية والمحلية ، ودولية القواعد التي يقوم بإعمالها والتي تتماشى مع حاجة التبادل التجاري الدولي ، وبالتالي محلا لثقة الأطراف يكون التحكيم وما لا يتضمنه قضاء الدولة مهما اتصف بالحيدة والسمعة الطيبة ، فكان لابد من الإعتماد على هذا المعيار لتحديد نطاق أعمال هذه القواعد الذاتية .¹¹⁰

أما العامل الآخر الذي دفع بالمشرع الفرنسي إلى تبني المعيار المزعوم كأساس لتدويل التحكيم من وجهة نظر الأستاذ فوشار ، هو عامل ذو طابع فني متعلق بفشل المحاولات المبذولة في تعريف التحكيم الدولي من خلال استخدام المعايير القانونية كالإعتماد على محل إقامة الأطراف المتعاقدة في دولتين مختلفتين ، في مقابل خروج بعض النزاعات التي تتجاوز نطاق الدولة من دائرة تطبيق التحكيم التجاري الدولي لعلاقات بين أطراف لهم محل إقامة مختلف في ذات الدولة محل تجاوز النطاق .

إلا أنه يعاب على التعريف الذي وضعه المشرع الفرنسي للتحكيم ، كونه مرن من جهة لإثارة الكثير من المشاكل أكثر مما يجد لها الحل . و من جهة أخرى فإن تعريف العقد الدولي هو تعريف للدولية بالدولية – المصادرة على المطلوب – فهو تعريف يحتاج بدوره إلى تعريف¹¹¹ . مع بقاء السوابق القضائية قادرة على تبديد أية مشكلة بخصوص هذا المعيار الإقتصادي .¹¹²

¹¹⁰ د/ حفيظة السيد حداد ، مرجع سابق ، ص 104 – 105 .

¹¹¹ نفس الحكم ينطبق على المادة الأولى من الاتفاقية الأوروبية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 ، فيما يتعلق بعدم تحديد المقصود بمعاملات التجارة الدولية .

¹¹² د / حفيظة السيد حداد ، مرجع سابق ، ص 106

موقف المشرع الجزائري من المعيارين

تنص المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹¹³ على " يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون ، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل " .¹¹⁴

نجد أن هذا النص مأخوذ عن المادة 1492 من قانون الإجراءات الفرنسي ، والمشرع كان قد كرس في هذا النص الاجتهاد القضائي كما سبقت الدراسة ، ليكون المشرع الجزائري بذلك قد تبنى المعيار الاقتصادي ، مع عدم إعطاء تفسير لمفهوم " مصالح التجارة الدولية " مثله مثل المشرع الفرنسي .

والملاحظ على هذا النص الجديد ، هو الإعتماد على معيار واحد¹¹⁵ يجمع بين المعيارين الاقتصادي والقانوني بطريقة فذة وجديدة ، بحيث يكون المشرع الجزائري قد تخطى عن المعيار الاقتصادي الذي هو " النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية " إلى تعدد الاستثمارات الدولية ، بحيث يكون التحكيم دوليا حين يكون أحد طرفيه منتم إلى المصالح الاقتصادية للدولة الفرنسية مثلا ، بينما يكون الطرف الآخر إلى المصالح الاقتصادية للدولة الجزائرية ، وهذا التعريف يتجاوز المعيار الاقتصادي والمعيار القانوني إلى مقياس فيه معيار إقتصادي يتعلق بمصالح التجارة الدولية وفيه معيار قانوني يتعلق بتعدد الدول والجنسيات والإقامات .¹¹⁶

ونفس الحكم يوجه إلى قانون التحكيم المصري في رقم 27 / 1994 من خلال تبنيه المعيار المزدوج لإضفاء الدولية على التحكيم ، حيث تنص المادة الثالثة منه على " يكون التحكيم دوليا في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه يتعلق بالتجارة الدولية ، وذلك في الأحوال التالية :

- 1 – إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم ، إذا كان لأحد الأطراف عدة مراكز للأعمال ، فالعبرة بالمركز الأكثر

¹¹³ القانون رقم (08 – 09) المؤرخ في 17 ربيع الثاني 1429 الموافق ل 23 أبريل 2008 .

¹¹⁴ تقابلها المادة 458 من قانون الإجراءات المدنية الملغى .

¹¹⁵ كان المشرع الجزائري في ظل القانون القديم يعتمد وبوضوح على كل من المعيارين الاقتصادي والقانوني من خلال نص المادة 458 بقوله " يعتبر دوليا التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج " .

¹¹⁶ د / عبد الحميد الأحمد ، التحكيم في البلدان العربية ، الكتاب الأول ، موسوعة التحكيم ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ،

2009 ، ص 09 .

ارتباطا بموضوع اتفاق التحكيم ، وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال ، فالعبرة بمحل إقامته المعتادة .

2 - إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها .

3 - إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة (تحصيل حاصل لفكرة الدولية) .

4 - إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم ، وكان أحد الأماكن التالية واقعا خارج الدولة هذه الدولة :
- مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه .
- مكان تنفيذ جانب جوهري من الإلتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين .
- المكان الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع ."

و قد بارك الفقه هذا الازدواج بالإعتماد على المعيارين الإقتصادي والقانوني وذلك لعدم كفاية المعيار الاقتصادي لمرونته كما سبقت الدراسة لتدويل التحكيم . وهذا الموقف قد تبنته أيضا العديد من المعاهدات الدولية والأنظمة القانونية شأنها في ذلك شأن القانون الجزائري وبطريقته الخاصة في ظل القانون الجديد خلافا للقديم .

وفي الأخير نشير إلى أن المعيار الذي يركز على الارتباط القائم بين التحكيم وبين النظام القانوني لدولة معينة ، فإذا كان التحكيم ينتمي بجميع عناصره ، سواء كان ذلك من حيث منازعة الإجراءات أو القانون الواجب التطبيق إلى دولة واحدة سمي تحكيما " وطنيا " . وعلى العكس لو ارتبط هذا التحكيم في أحد عناصره بعوامل خارجية أو أجنبية سمي بالتحكيم " الأجنبي " أما " دولية " التحكيم فتعني العديد من نقاط الإلتقاء التي لا صلة لها بأي من النظم القانونية الوطنية .¹¹⁷

¹¹⁷ د/ فوزي محمد سامي ، مرجع سابق ، ص 103 - 104 .

وعليه فكل تحكيم أجنبي قد يكون مرادفاً للتحكيم الدولي ، حيث أن هذا الأخير يتعدى في إجراءاته وأثره والقانون الواجب التطبيق حدود دولة واحدة ، لكن ليس كل تحكيم دولي مرادف للتحكيم الأجنبي ، وإن كان بعض الفقه يجد صعوبة في التفرقة بين أجنبية التحكيم ودوليته .¹¹⁸

ذلك أنه ومرة أخرى قد تكون طبيعة النزاع دولية ، ويجرى التحكيم في دولة واحدة وينتمي إليها أطراف النزاع ، ويطبق قانون تلك الدولة بالنسبة للإجراءات والموضوع ، ومع ذلك فهو تحكيم دولي . فكل عقد دولي بالمعنى الإقتصادي هو دولي بالمعنى القانوني ، فالمعيار الإقتصادي لا يتصور وجوده المتمثل في تجاوز موضوع العملية للنطاق الإقتصادي لحدود دولة معينة إلا من خلال وجود عنصر قانوني ملازم له ومرتبطة به .¹¹⁹

الإعتماد المستندي ودولية التحكيم :

يعتبر الإعتماد المستندي من المواضيع التي تقطع فيها " جهينة كل خطيب " ، بحيث أن النزاع هو بطبيعته غير مرتبط بدولة ما ، ما دام آلية أو وسيلة لتسوية عقود التجارة الدولية باعتباره أداة ائتمانية وعملية بنكية حديثة في عمليات البنوك الذي اقرته الغرفة التجارية الدولية من خلال القواعد والاعراف الموحدة ، وأداة هامة لتسوية البيوع الدولية وتحويلها لما يوفره من ضمانات خصوصاً بالنسبة إلى البائع والمشتري التي يقدمها البنك لكل منهما على السواء وحمائتها من سوء نية أحد الطرفين اتجاه الآخر ، ومن سوء مخاطر تدخل العوامل الخارجية ، فيخضع الإعتماد المستندي إلى القواعد الموحدة التي وضعتها غرفة التجارة الدولية بباريس ضمن النشرة رقم 600 . وعليه فالإعتماد المستندي من المواضيع التي لا يمكن أن تكون سوى دولية ، وشرطه التحكيمي هو حتماً دولي ، بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق ومكان إجراء التحكيم ، والإجراءات المطبقة على التحكيم .¹²⁰

¹¹⁸ د / أبو زيد رضوان ، مرجع سابق ، ص 113 .

¹¹⁹ د / سلطان عبد الله محمود الجوّاري ، القانون الواجب التطبيق على الحساب الجاري والإعتماد المستندي - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2010 ، ص 24 .

¹²⁰ د / عبد الحميد الأحديب ، التحكيم الدولي ، مرجع سابق ، ص 19 .

وقد وضعت اتفاقيات ومعاهدات دولية لترعى عقودا هي بطبيعتها دولية ، مثل عقود البيع الدولي وعقود القروض الدولية ، ليصبح لها نظام قانوني دولي بالنظر لأن مادتها وطبيعتها دوليتين .

والتحكيم وجد لحل المنازعات ، ولم توجد المنازعات من أجل التحكيم ، ليتكيف ويصبح دوليا في العقود الدولية مختلفا عن خصائص التحكيم الداخلي .¹²¹

الفرع الثاني

التحكيم الحر (الحالات الخاصة) والتحكيم المؤسسي

ينقسم التحكيم من حيث مدى وجود منظمة تديره إلى تحكيم الحالات الخاصة والتحكيم المؤسسي .

البند الأول

تحكيم الحالات الخاصة أو التحكيم الحر

التحكيم الحر هو " ذلك التحكيم الذي يتولى الخصوم إقامته بمناسبة نزاع معين للفصل في هذا النزاع ، فيختارون بأنفسهم المحكم أو المحكمين ، كما يتولون في الوقت ذاته تحديد الإجراءات والقواعد التي تطبق بشأنه .¹²²

ويتميز هذا النوع من التحكيم بأنه لا يخضع لإشراف أي منظمة تحكيمية ، فالأطراف لهم الحرية في اختيار نظام إجراءات التحكيم ، واختيار الأشخاص من الغير لحسم النزاع الناشئ بينهم ، و اختيار المكان المناسب لإنعقاد التحكيم . ويرى جانب من الفقه ، أن التحكيم الحر هو التحكيم الأكثر وفاء لخاصية السرية في التحكيم ، وبالتالي يعد من الأنواع الأكثر ملائمة للعلاقات الإقتصادية التي تتطلب السرية ، إضافة إلى التحكيم التي تكون الدولة أحد أطرافها .¹²³

¹²¹ د/ عبد الحميد الأحمد ، التحكيم الدولي ، مرجع سابق ، ص 20 .

¹²² د / عكاشة عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، مرجع سابق ، ص 128 وما بعدها .

¹²³ د/ حفيفة السيد حداد ، مرجع سابق ، ص 90 – 91 ، د/ الوليد بن محمد بن علي البرلماني ، مرجع سابق ، ص 74 .

وعادة ما يكون هذا النوع من التحكيم أيضا أقل تكلفة وأكثر مرونة وسرعة.¹²⁴ ويعتبر التحكيم خاصا ولو تم الإتفاق بين طرفي النزاع على تطبيق إجراءات وقواعد منظمة أو هيئة تحكيمية طالما أن التحكيم يتم خارج إطار تلك المنظمة أو الهيئة ، ومن ذلك على سبيل المثال ، أن يختار الطرفان تطبيق القواعد الصادرة عن غرفة التجارة الدولية ، فالعبرة في هذا النوع من التحكيم بما يختاره طرفا النزاع من إجراءات وقواعد تطبق على التحكيم وخارج أية هيئة أو منظمة تحكيمية ، حتى وأن استعان الطرفان بالإجراءات والقواعد والخبرات الخاصة بتلك الهيئة أو المنظمة ، وهذا التحكيم الذي كان أول نوع من أنواع التحكيم ما زال مستمرا وما زالت له مكانة هامة في حقل التحكيم ، ولا سيما في المنازعات التي تقع بين الدول . فالدول ذات السيادة حين تذهب الى التحكيم فإنها لا ترضى به إلا إذا فصلته على القياس والشكل الذي يراعي سلطتها وسيادتها ، وكثير ما يحصل ذلك في منازعات تكون أطرافها الدولة ذاتها أو إحدى وزاراتها أو مصالح حكومية تابعة للدولة ، ولكن أصبح مفهوم الدولة الذي أوجد نوعين من المؤسسات العامة التابعة للدولة ، منها ترتبط بمرافق عامة ومنها التي لها نشاطات صناعية وتجارية ، ولها طابع خاص من الذاتية والإستقلالية الإدارية والمالية ، هذه المؤسسات حين تكون طرفا في النزاع لا تطرح سلطة وسيادة الدولة ، وهي تقبل ثم تذهب بسهولة إلى تحكيم مراكز التحكيم ، لكن النوع الآخر من المؤسسات العامة أو الوزارات هو الذي لا يقبل إلا التحكيم الذي يساهم هو في تنظيمه ، وتشكيل محكمته التحكيمية ، بحيث يختار هو محكميه وخصمه . وإذا تم الإتفاق تتولى هذه المحكمة النظر في الخلاف ثم الفصل فيه بحكم لا يكون خاضعا لرقابة هيئة حقوقية دائمة أخرى ، هذا النوع من التحكيم إذا كانت كمية المنازعات التي تحل عن طريقه عديدة لأنه يناسبه أكثر ، لاسيما المنازعات الكبرى بين الدول حول المواضيع التجارية والمالية أو المنازعات بين شركات متعددة الجنسيات . من هنا فإن الظاهرة التي تلفت النظر في الزمن الحاضر ، هي نوعي التحكيم : تحكيم مراكز التحكيم وتحكيم المحكمة التحكيمية التي ينشئها الأطراف خصيصا لحل النزاع ، كلاهما له مكانته ومنازعته . وفيه من الفقه من

¹²⁴ د/ نادر محمد ابراهيم ، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الإقتصادي الدولي ، دون دار نشر ، 1998 ، ص 49 - 50 .

يسمي تحكيم الحالات الخاصة بالتحكيم على القياس ، وتحكيم مراكز التحكيم يصفه بالجاهز في مقاييسه ومعايير ه .¹²⁵

البند الثاني

التحكيم المؤسسي

إن أهمية التحكيم وجدواه ، بل ضرورته في مجال علاقات التجارة الدولية ، اقتضى قيام مؤسسات وهيئات ومراكز متخصصة في مجال التحكيم ، بما تملكه من إمكانات علمية وفنية ومادية و عملية ، ولوائحها الخاصة في إجراءات التحكيم . ولقد أنشئت العديد من تلك الهيئات سواء المستويات الإقليمية أو الدولية .

والهدف من الإحالة إلى هذا النوع من التحكيم ، هو تسهيل العملية التحكيمية وتيسيرها على الأطراف ضبطها بطريقة أصولية ، إضافة إلى مراقبة العملية التحكيمية وإدارتها من بدايتها حتى نهايتها من قبل المؤسسة المعنية ليشكل بذلك الصورة الحديثة للتحكيم الإختياري¹²⁶ .

بعض مؤسسات التحكيم المصرفي :

مركز الوساطة والتحكيم لدى اتحاد المصارف العربية :

أقر إتحاد المصارف العربية سنة 1980 نظام مركز الوساطة والتحكيم لدى الإتحاد ، ووضع شروط ينبغي توفرها كي يخضع النزاع لهذا النظام ، فنصت المادة (1/9) منه على أن : " يحل كل خلاف ينشأ بين عضوين أو أكثر من أعضاء الإتحاد أو بين عضو أو أكثر من الإتحاد وطرف أو أكثر من خارجه عن طريق التحكيم وفقا لهذا النظام في إحدى الحالتين التاليتين :

إذا كان المدعي والمدعى عليه مرتبطين بعقد يتضمن بندا تحكيميا ينص على أن جميع الخلافات الناجمة عن هذا العقد تحل نهائيا وفقا لنظام الوساطة والتحكيم لدى المصارف ، بواسطة محكم فرد أو ثلاثة محكمين يتم تعيينهم طبقا لهذا النظام ... " .

¹²⁵ النقيب (المحامين) مناد البشير ، قواعد اليونسترال ، مجلة التحكيم ، العدد 08 ، لبنان ، 2010 ، ص 468 .

¹²⁶ . د/ سيد أحمد محمود ، مرجع سابق، ص 15 .

من خلال هذا النص نستخلص أن الإتحاد اشترط شرطين ليخضع النزاع لنظامه

وهما:

الأول أن يكون أحد أطراف النزاع على الأقل عضوا في الإتحاد .

الثاني أن يكون هناك اتفاق تحكيم بين طرفي النزاع يتضمن إحالة مثل هذا النزاع وفقا لنظام التحكيم لدى إتحاد المصارف ، سواء أكان هذا الإتفاق سابقا أو لاحقا .

مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري (نظام التحكيم في المنازعات المصرفية):

يطبق مركز القاهرة قواعد التحكيم الخاصة بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري ، والتي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب القرار رقم 98/31 ، وقد اعتمد المركز هذه القواعد منذ إنشائه وأجرى عليها تعديلات طفيفة تكفل صلاحيتها كقواعد للتحكيم المؤسسي وتستجيب لحاجات المتعاملين من متقاضين ومحكمين ومحامين ورجال الأعمال ، وما أسفر عنه التطبيق العملي من إتجاهات التي اعتمدت في القانون المقارن في مجال التحكيم التجاري الدولي .¹²⁷

فقد أدى التطبيق العملي للتحكيم والوسائل الأخرى البديلة لحسم المنازعات في السنوات التي أعقبت إنشاء المركز إلى تطوير قواعده ، خصوصا في ضوء التغيرات والتطورات التي طرأت على قوانين الدول ، وإلى قبول التحكيم الدولي كوسيلة طبيعية ومرغوبة في حسم النزاعات التجارية الدولية ، و مع ظهور العولمة وما أسفرته من تنافسية وتبادل المصالح الإقتصادية .¹²⁸

وقد برزت الحاجة إلى إجراء تعديلات جديدة لقواعد التحكيم المؤسسي للتخلص من كثير من الحواجز التقليدية التي وضعتها القوانين الداخلية أمام التجارة الدولية وأدت إلى كثرة وتعقيد المنازعات التجارية .

¹²⁷ تم إجراء هذه التعديلات في 1998 و 2000 و 2002 و 2006 .

¹²⁸ د/ عبد الحميد الأحمد ، وثائق تحكيمية ، الكتاب الثالث ، موسوعة التحكيم ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2008 ، ص 428 .

وعليه فمن شأن التعديلات الجديدة التي أجريت على قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري و التي يطبقها مركز القاهرة كفاءة السرعة ومرونة التطبيق والحياد والكفاية .

وقد نصت المادة الأولى في فقرتها الأولى على أنه : " إذا اتفق طرفا العقد كتابة على إحالة المنازعات المتعلقة بهذا العقد إلى التحكيم وفقا لنظام التحكيم لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، وجب عندئذ تسوية هذه المنازعات وفقا لهذا النظام مع مراعاة التعديلات التي قد يتفق عليها الطرفان كتابة ."

من خلال هذا النص نستنتج أن نطاق تطبيق نظام مركز القاهرة الإقليمي يتجسد في حالتين: - وجود إتفاق كتابي يقضي بإحالة النزاعات الناشئة بين أطراف العقد محل النزاع إلى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في حالة عدم وجود إتفاق بين الأطراف على القانون الواجب التطبيق .

نظام المصالحة والتحكيم في لبنان :

تم إنشاء مركز التحكيم من قبل غرفة التجارة والصناعة في بيروت بالتعاون والتنسيق مع جميع الهيئات الاقتصادية في لبنان بتاريخ 08 / 05 / 1995 ، وبناء على ذلك اتخذت الجمعية العامة لجمعية مصارف لبنان المنعقدة بتاريخ 14 / 11 / 1995 قرارها بإلغاء مركز الوساطة والتحكيم التابع للجمعية والإنضمام مع سائر الهيئات الاقتصادية إلى المركز اللبناني للتحكيم الذي تم إنشائه في غرفة التجارة والصناعة في بيروت .¹²⁹

وتقضي المادة الأولى منه على : أن كل خلاف ذي طابع مدني أو تجاري داخلي أو دولي ، يمكن أن يكون قابلا للمصالحة بواسطة مصلح واحد تعينه غرفة التجارة والصناعة في بيروت .

¹²⁹ د/ علي صالح العوادي ، مرجع سابق، ص 75 .

غرفة التجارة الدولية :

وتنبثق عن غرفة التجارة الدولية هيئة تسمى بالهيئة الدولية للتحكيم ، بإعتبارها جهاز تحكيم تابع لغرفة التجارة الدولية ، مهمتها إتاحة السبيل من خلال التحكيم الدولي لحل الخلافات ذات الطابع الدولي التي تنشأ في مجال الأعمال طبقا لنظام تحكيم غرفة التجارة الدولية¹³⁰

مزايا وعيوب التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر

مزايا وعيوب التحكيم المؤسسي :

يمكن تحديد أهم المزايا التي يتمتع بها التحكيم المؤسسي في الآتي :

يعد التحكيم المؤسسي أكفا في إدارة التحكيم ، بإعتباره يتضمن مجموعة من القواعد الحقيقية التي تم تجربتها وثبت نجاحها .¹³¹

إن هيئات ومنظمات ومراكز التحكيم الدائمة توجد لديها قوائم معدة بأسماء المحكمين المتخصصين في مختلف أنواع المنازعات ، الأمر الذي يسهل على المحكمتين اختيار محكمهم منها ويجنبهم صعوبة البحث عن المحكم المناسب خاصة في الأمور الفنية التي تحتاج خبرة لا تتوفر على نطاق واسع .

إن تلك الهيئات والمنظمات والمراكز لديها لوائح معدة بالإجراءات التي يجرى التحكيم على أساسها ، وعادة ما تكون بسيطة وسريعة وغير مكلفة ، مما يجنب الأطراف مؤنة الإتفاق على الإجراءات الواجبة الإتباع أمام المحكم .

يتم التحكيم عادة في مقر المؤسسة التحكيمية ، ما لم تتطلب ظروف النزاع اختيار مكان آخر يكون مقر للتحكيم ، الأمر الذي يكفي المحكمتين مؤنة الإتفاق على مكان التحكيم ، إضافة إلى أن المكان المختار له أثره على مسيرة التحكيم ، حيث أن قضاء البلاد

¹³⁰ المادة الأولى من نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية ، الساري المفعول ابتداء من 01 / 01 / 1998 .
¹³¹ د / محمد أبو العينين ، المبادئ القانونية التي يقوم عليها التحكيم في الدول العربية والأفريقية التي تبنت قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم ، ص 14 .

الذي يتم فيه التحكيم يكون مختصا بالفصل في العوارض التي قد تقابل مسيرته أو بالطعن على حكم التحكيم .

إن هيئات ومنظمات ومراكز التحكيم الدائمة تقدم الخدمات الإدارية التي تتطلبها عملية التحكيم ، كأعمال السكرتارية ، والترجمة وحفظ الملفات والمستندات وغيرها ، بالإضافة إلى تقديم ما قد يحتاجه المحكمون من وثائق ومعلومات متعلقة بالقانون الواجب التطبيق على النزاع ، كما أن تقدم التسهيلات الخاصة بعقد الجلسات¹³² .

كما أن هيئات ومنظمات التحكيم ومراكز التحكيم تفصل بين الوظائف الإدارية للمؤسسة وبين الوظائف القانونية لهيئة التحكيم والأطراف¹³³ .

إن الأحكام التي تصدر عن الهيئات والمنظمات والمراكز الدائمة سوابق تحكيم صادرة تحت رعايتها ، مما يجعلها مبادئ عامة ومعروفة من قبل الأطراف ، الأمر الذي يجعل الأحكام أكثر استقرارا وتوقعا .

إن تحكيم المنظمات والهيئات والمراكز الدائمة يعتبر اكفا في مواجهة الطرف المراوغ .

إلا أن المزايا السابقة لا تنفي وجود عيوب في هذا النوع من التحكيم والتي أهمها :
- عدم معرفة المحكّمين بالمحكم معرفة كافية توفر لهم الثقة في حيده وأمانته ، أي أن التحكيم المؤسسي يفقد التحكيم طابعه الشخصي الذي كثيرا ما يكون له الأثر الحاسم في اختيار أطراف النزاع طريقا للتحكيم بدلا من القضاء .

- إن أغلب منظمات وهيئات ومراكز التحكيم العالمية المشهورة قد تم انشاؤها في ظل الدول الصناعية المتقدمة ، وكثيرا ماتذهب نظامها ولوائحها إلى رعاية مصالح هذه الدول .
- عدم مرونة بعض الترتيبات الإجرائية .

¹³² د/ محمد عبد الفتاح ترك ، مرجع سابق ، ص 411 .

¹³³ د/ محمد أبو العينين ، مرجع سابق ، ص 14 .

- إرتفاع تكلفته الإضافية الناتجة عن المصاريف الإدارية ، الأمر الذي ينتج عنه توجه الأطراف إلى التحكيم الخاص الذي هو أقل تكلفة وأكثر مرونة¹³⁴ .

مزايا وعيوب التحكيم الحر:

- إن التحكيم الحر تحكيم منظم بواسطة الأطراف ، فهم يختارون المحكمين الذين يكونون قضاء التحكيم ، ويسمونهم وفق ما يرونه مناسباً من وجهة نظرهم .
- عدم وجود إشراف من منظمة تحكيم ، إذ أن التحكيم الحر يعطي الأطراف حرية كبيرة في تنظيم الخصومة التحكيمية ، بوضع نظام إجراءات التحكيم وفقاً لإحتياجات الأطراف وطبيعة النزاع . وليس هناك ما يمنعهم من الرجوع إلى لائحة تحكيم معينة كقواعد جاهزة مع استناد كل ذلك إلى إرادة الأطراف ، كما أن خلافاً للتحكيم المؤسسي عدم وجود سكرتارية تدير أو تنظم الإجراءات ، الأمر الذي يعكس بساطة الإجراءات وسهولتها¹³⁵ .
- التحكيم الحر يعتبر أكثر مرونة وواقعية عن قواعد التحكيم المؤسسي ، إذ يستطيع الأطراف فيه إضافة أو حذف أو تعديل منها بما يتلائم و إرادتهم .
- التحكيم الحر أقل تكلفة من التحكيم المؤسسي ، ففي هذا الأخير يجب على الأطراف دفع تكلفة الخدمات الإدارية التي تقدمها المؤسسة التحكيمية ، إضافة إلى دفع أتعاب المحكمين والمحاسبين والمستشارين .
- كفالة السرية في التحكيم الحر ، والتي تعتبر دافعاً لتفضيل الأطراف اللجوء إليه ضماناً للثقة والسرية ، وإن كانت الكثير من المؤسسات التحكيمية تهتم بها ، إلا أن خطر العلانية يزيد في حالة التحكيم المؤسسي عن التحكيم الحر¹³⁶ .

تعد السرعة في الإجراءات من مميزات التحكيم الحر ، كما تتطلب المنازعات المتعلقة بالإعتمادات المستندية حلاً سريعاً لإعتبارات متعلقة بطبيعة البضاعة محل التمويل من جهة

¹³⁴ د/ الوليد بن محمد بن علي البرماني ، مرجع سابق ، ص 98 .

¹³⁵ د / الوليد بن محمد بن علي البرماني ، مرجع سابق ، ص 99 .

¹³⁶ د/ الوليد بن محمد بن علي البرماني ، مرجع سابق ، ص 100 .

وأخرى بالجانب النقدي. وعليه يمكن الأطراف تعديل أي ميعاد تم تحديده ، والإتفاق على قواعد مختصرة للإجراءات و على تسليم حكم التحكيم للأطراف مباشرة لحظة صدوره .

- التحكيم الحر وكما سبقت الإشارة أكثر مناسبة للهيئات والوكالات الحكومية التي لا مفر لها من ابرام اتفاقات التحكيم عن طريق وكلاتها ، إلا أن الدول ترفض ان تعترض بشدة على أن تكون طرفا في خصومة تحكيمية معروضة أمام مؤسسة تحكيم ، لإعتبارات سيادية فتنفضل أن تكون طرفا في تحكيم حر ، إذ تنظر إلى التحكيم المؤسسي نظرة غير منفصلة عن دولة المقر فيما إذا كانت سوابق تاريخية استعمارية .

إلا أنه وبالرغم من كل هذه المميزات التي تحفز الأطراف إلى اختيار التحكيم الحر لفض نزعاتهم ، فإنه لا يخلو من بعض المثالب فيما إذا توفرت أسباب مهينة ونذكر :

- إحتمالية عدم القدرة على التعاون عند حدوث وإساءة العلاقات بينهم ، تكون إرادة في التحكيم الحر أكثر منه في التحكيم المؤسسي .

- صعوبة التنبؤ بالمشكلات التي قد تواجهها هيئة التحكيم ، إلى عدم القدرة على حسمها لعدم تغطية إتفاق التحكيم الحر لها .

قد يواجه الحكم التحكيمي المنبثق عن التحكيم الحر صعوبة في التنفيذ ، بعكس ما هو عليه بالنسبة للتحكيم المؤسسي .

- يحمل التحكيم الحر بذرة ضعف في عدم وجود جهاز إداري أو تنظيمي ، الأمر الذي قد يؤدي به الى الجمود¹³⁷ .

- احتمال أن تطرأ مسائل لا يغطيها القانون المحلي أو اتفاق الأطراف¹³⁸ .

¹³⁷ P.Lalive, problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial ,Recueil des cours p 317- 318.

¹³⁸ د/ الوليد بن محمد بن علي اليرماني ، مرجع سابق ، ص 102 .

الفرع الثالث

التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري

البند الأول

التحكيم الاختياري

هو إتفاق الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية على عرض نزاع قائم بينهم أو محتمل ناشئ عن عقد أو دون عقد على فرد أو هيئة ، لإختيار الفرد أو الأفراد المحكمين وتنظيم عملية التحكيم ، أو أفراد عاديين يختارونهم مباشرة أو يبينون طريقة إختيارهم للفصل فيه خلال فترة زمنية معينة يحددها ، أو يتركون تحديدها للقانون وفقا لقواعد القانون أو لقواعد العدالة ، دون عرضه على قضاء الدولة ، وذلك بقرار ملزم لهم يرمي إلى استمرارية العلاقات الإقتصادية والإجتماعية بينهم¹³⁹ .

وهذا النوع من التحكيم يلجأ إليه أطراف النزاع بإرادتهم الحرة وإختيارهم المجرد ورغبتهم المطلقة ، دون أن يفرض عليهم أو يلزمهم القانون أو النظام أو اللائحة أو أي مصدر مستقل آخر بذلك مع إقرار المشرع أو الأنظمة القانونية لإتفاقهم¹⁴⁰ .

وقد جاء في حكم المحكمة الدستورية المصرية الشهير في قضية بنك فيصل الاسلامي " إن التحكيم مصدره الإتفاق ، إذ يحدد طرفاه وفقا لأحكامه نطاق الحقوق المتنازع عليها بينهما ، أو المسائل الخلافية التي يمكن أن تعرض لهما ... " وجاء في سياق الحكم " أنه من المقرر سواء كان التحكيم مستمدا من إتفاق طرفين أبرماه بعد قيام النزاع بينهما ، أم كان ترقيهما لنزاع محتمل قد حملهما على أن يضمنا عقد من العقود التي إلتزما بتنفيذها شرط يخولهما الإعتصام به ، فإن مراحل التحكيم يمثلها الإتفاق عليه ، وهي مدار وجوده وبدونه لا ينشأ أصلا ولا يتصور أن يتم تخلف هذا الإتفاق ... وأن التحكيم وسيلة

¹³⁹ د/ علي صالح العوادي ، مرجع سابق ، ص 76 .

¹⁴⁰ د/ أحمد أبو الوفا ، التحكيم بالقضاء والصلح ، مرجع سابق، ص 11 . د/ محمود السيد عمر التحوي ، قاعدة عدم افتراض الرضا بالإلتجاء للتحكيم ، دار الجامعة الجديدة ، 2010 ، ص 81 .

فنية له طبيعة قضائية غايتها الفصل في نزاع مبناه علاقة محل اهتمام من أطرافها وركيزته إتفاق خاص يستمد المحكمون منه سلطاتهم ، ولا يتولون مهامهم بالتالي من أسناد الدولة ."

وقد حكمت المحكمة بعدم دستورية نص في قانون إنشاء بنك فيصل الاسلامي ، والذي كان ينص على اللجوء إلى التحكيم في حال حصول أي نزاع ، حيث قضت بـ " لا يجوز بحال أن يكون التحكيم إجباريا ، إذا دعت إليه أحد الأطراف تنفيذا لقاعدة قانونية أمره ، ولا يجوز الإتفاق على خلافها ، وذلك سواء كان موضوع التحكيم نزاعا قائما أو محتملا . " 141

البند الثاني

التحكيم الإجباري

إذا كان التحكيم الإختياري هو الأصل وفقا لما سلف بيانه ، فإن المشرع قد يجعل من التحكيم في بعض المنازعات أمرا واجبا ، لا يملك معه الأطراف اللجوء لقضاء الدولة للفصل في النزاع القائم بينهم ، وذلك بموجب نص في القانون الأطراف يجبرهم باللجوء إليه أي التحكيم .

وهذا النوع من التحكيم يأخذ الشخص فيه حقه من اللجوء إلى قاضيه الطبيعي ، ويمكن أن يوجد على نوعين ، فقد يتولى المشرع فرض التحكيم ، و يترك للأطراف حرية اختيار المحكم وتعيين الإجراءات . وقد لا يكتفي المشرع بهذا التدخل فيضع تنظيما إلزاميا لإجراءات التحكيم لينعدم دور إرادة الخصوم في التحكيم .

ويجب عدم الخلط بين نظام التحكيم الإجباري ونظام القضاء العام في الدولة عندما يصدر العمل من هيئات قضائية استثنائية .

¹⁴¹ حكم المحكمة الدستورية في قضية بنك فيصل الاسلامي بتاريخ 11 / 12 / 1994 في الطعن رقم 13 لسنة 15 قضائية . نقلا عن محمد صالح علي العوادي ، ص 77 .

إذ أن القضاء الإستثنائي يعد من القضاء العام في الدولة .لذلك فإن القرار الصادر من القضاء العام في الدولة .

أما في نظام التحكيم الإجباري ، فإن القرار الصادر من هيئة التحكيم والتي يلتزم الأطراف بالإلتجاء إليها للفصل في منازعاتهم لا يحوز القوة التنفيذية إلا بعد شموله بأمر التنفيذ الذي يصدر من القضاء العام بإعتباره قرارا تحكيميا ، كما أن الهيئة التي تنظر في القضاء الإستعجالي تتكون من أشخاص دائمين ، أما في نظام التحكيم الإجباري هيئة التحكيم تشكل بالنظر إلى كل نزاع على حدة .¹⁴²

الفرع الرابع

التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح

التحكيم بالقانون هوذلك التحكيم الذي تلتزم فيه هيئة التحكيم بإنزال حكم القانون على المسائل القانونية المعروضة عليهم . والأصل في التحكيم أن يكون تحكيما بالقانون¹⁴³ .

وترتيباً على ذلك ، إذا لم يتفق الأطراف على تفويض هيئة التحكيم سلطة الفصل في المنازعة وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف ، فإن هيئة التحكيم تلتزم بالفصل في المنازعة وفقاً للقانون ، ولا عدت مغتصبة لسلطة الفصل في المنازعة كمحكم مصالح ، وهو الأمر الذي لا يجوز إلا بناء على اتفاق صريح من الأطراف .

و التحكيم بالصلح هو ذلك التحكيم الذي تخول فيه الأطراف لهيئة التحكيم صلاحية الفصل في المنازعة وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف دون التقيد بالقواعد القانونية ، الأمر الذي يعد الأهم والأخطر¹⁴⁴ .

¹⁴² د/ محمود السيد عمر التحيوي ، قاعدة عدم افتراض الرضا بالالتجاء للتحكيم ، مرجع سابق ، ص 83 .

¹⁴³ د/ حفيظة السيد حداد ، مرجع سابق ، ص 92 .

¹⁴⁴ د/ أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري والاجباري ، مرجع سابق ، ص 185 .

وتنص القوانين الوطنية المنظمة للتحكيم على النوعين من التحكيم ، وقد عبر المشرع الجزائري عن ذلك بصورة غير مباشرة ، حيث تنص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها ، ولا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم ."

فما دام أنه في التحكيم بالصلح (داخليا) تطبق قواعد العدالة والإنصاف فقط ، استثنى المشرع الجزائري المسائل المتعلقة بالنظام العام بإعتباره مجموعة من المبادئ السياسية والإقتصادية والإجتماعية التي هي من الأمور المرنة التي تتغير بتغير الزمان والمكان ، وأضاف حالة الأشخاص وأهليتهم التي لا بد فيها من تطبيق القواعد القانونية والشخصية .

هذا بالنسبة للأشخاص الطبيعية ، أما بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، فليس لها الحق في ذلك (التحكيم بالصلح) إلا في علاقاتها الإقتصادية الدولية ، أو في مجال الصفقات العمومية .¹⁴⁵

ويقضي المشرع المصري في المادة 39 / 4 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 بأنه " لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح ، أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون ."

ويتبنى المشرع الفرنسي التحكيم بالصلح من خلال المادة 1474 من قانون المرافعات المدنية المعدل والمتمم في 13 / 01 / 2011 .

كما تتضمن المعاهدات الدولية هذا النوع من التحكيم ، حيث أجازت المادة 42 من معاهدة واشنطن في فقرتها الثالثة لهيئات التحكيم المشكلة وفقا لقواعد المركز الدولي لتسوية

¹⁴⁵ الفقرة الثالثة من نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

المنازعات الناشئة عن الإستثمار ، أن تفصل في المنازعات المعروضة عليها وفقا لمبادئ العدالة والإنصاف إذا اتفقت الأطراف المتنازعة على ذلك .

إلا أنه وكما سبقت الإشارة - عند الحديث عن موقف المشرع الجزائري من التحكيم بالصلح - إذا كانت هيئة التحكيم بالصلح تتحرر من التقيد بأي نصوص تشريعية أو قواعد قانونية ، فإن ذلك لا يعني أنها غير ملزمة بإحترام المبادئ الأساسية الموجهة للخصومة المدنية . كما ليس بإمكان المحكم المفوض بالصلح تجاهل القواعد الأمرة التي تمس النظام العام الدولي التي تتصل بها المنازعة المعروضة عليه ، لضمان الإعراف وتنفيذ حكم التحكيم الصادر عنه .¹⁴⁶

¹⁴⁶ د/ حفيظة السيد حداد ، مرجع سابق ، ص 93 .

الفصل الثاني

اتفاق التحكيم وشروطه

يعتبر إتفاق التحكيم أساس وجوده ، لذا ينبغي توافر شروط معينة حتى يحقق ذاتيته لذا سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين ، نخصص للأول مفهوم إتفاق التحكيم وآلية إنعقاده ، والثاني لشروطه الموضوعية منها والشكلية .

المبحث الأول

مفهوم إتفاق التحكيم وآلية انعقاده

إن من شأن تحديد مفهوم إتفاق التحكيم في الإعتماد المستندي ، تحديد المعالم الأساسية التي تميزه عن وسائل ونظم شبيهة ، كما أن أهميته تجعل له ذاتية لا تتأثر بعوامل أخرى خارجية ، لذا وللتفصيل سنجزء هذا المبحث إلى مطلبين ، نتناول في الأول تحديد مفهوم إتفاق التحكيم وأستقلاله وفي الثاني آلية انعقاده .

المطلب الأول

مفهوم إتفاق التحكيم وإستقلاله

الفرع الأول

مفهوم إتفاق التحكيم

التحكيم أداة من أدوات تحقيق العدالة في النظم القانونية المعاصرة¹⁴⁷. وبهذا المفهوم فإنه يختلف في فكرته المجردة عما كان في شرعية إدعاءات طرفين حول حق أو مركز قانوني معين عن طريق طرف ثالث يختارانه ويثقان في خبرته وحسن تدييره¹⁴⁸.

ومع ازدهار حركة التجارة الدولية ، فقد حظي التحكيم التجاري الدولي لإهتمام واسع على المستوى المحلي والإقليمي والدولي ، بإعتباره لم يعد سلعة يجب استظهار

¹⁴⁷ د/ مصطفى جمال ، د/ عكاشة عبد العال ، مرجع سابق ، ص 13 .

¹⁴⁸ د/ أبو زيد رضوان ، مرجع سابق ، ص 8 .

محاسنها ، بل أصبح ضرورة يفرضها واقع التجارة الدولية . وعليه يمكن تعريف إتفاق التحكيم شأنه شأن أي إتفاق على أنه تعبير عن إرادتين تراضيتا على اختيار التحكيم وسيلة لتسوية منازعات ثارت أو تثور بينهم¹⁴⁹ .

فما من نزاع يعرض على هيئة تحكيم إلا استمد من إتفاق طرفيه على التحكيم ، لذا فهو يعتبر حجر الزاوية للتحكيم والأساس الذي ترتكز عليه الهيئة التحكيمية¹⁵⁰ .

ومن شأن إتفاق أن يمنع جميع الأطراف اللجوء إلى قضاء الدولة ومنازعاتهم على محكم أو أكثر للفصل فيه بحكم ملزم ، وقد نصت عليه المادة 1/2 من إتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الإعراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها على أن " الإتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف أن 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 . " كما عرفته المادة 1/7 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985 ب" إتفاق التحكيم هو إتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة ، سواء أكانت تعاقدية أم غير تعاقدية و يجوز أن يكون إتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في شكل إتفاق منفصل . "

من خلال ما ذكر، نجد أن إتفاق التحكيم في الإعتماد المستندي يأتي في صورة من الصور التالية ، إما أن يكون قبل حدوث النزاع وهو ما يعرف بشرط التحكيم - وهذه هي الصورة الغالبة في الإعتماد المستندي وإن لم تكن هي وحدها - وإما يأتي في مرحلة لاحقة بعد حدوث النزاع وهو ما يعرف بمشاركة التحكيم ، و يمكن أن يكون في صورة إحالة إلى عقد أو مستند يتضمن شرط التحكيم وهو ما يعرف بالتحكيم بالإحالة وهذه الصور سنتناولها من خلال المطلب الثاني ، إلا أنه يجب الإشارة في ختام هذا المطلب إلى مبدأ هام من مبادئ التحكيم التجاري ألا وهو استقلال شرط التحكيم وذلك في الفرع الثاني .

¹⁴⁹ د/ محمود مختار البريري ، التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الثانية ، دار النهضة ، 2004 ، ص 43 .
¹⁵⁰ د/ على صالح العوادي ، مرجع سابق ، ص 97 - 98 .

الفرع الثاني

استقلال شرط التحكيم

تعتبر مسألة كون شرط التحكيم مستقل أو غير مستقل عن العقد الذي يتضمنه مسألة حيوية بالنسبة للتحكيم ، بإعتبار أن كثير من المنازعات تحال إلى التحكيم عند انتهاء العقد¹⁵¹ ، فالقول بأن شرط التحكيم لا يبقى بعد الإنتهاء سيفسد الغرض الأساسي للإتفاق ، وذات الأمر ينطبق بالنسبة لعدم صحة أو مشروعية العقد الأصلي ، لذا فقد أثار مبدأ استقلال شرط التحكيم جدلا فقهيًا وقضائيا كبيرا ، حيث كان الإتجاه السائد هو تبعية إتفاق التحكيم للعقد الأصلي وجودا وعدما ، مع حرمان هيئة التحكيم من نظر المنازعات المتعلقة ببطلان العقد الأصلي ، بحيث يتعين عليها حين الدفع أمامها ببطلان العقد الأصلي ، أن توقف سير إجراءات التحكيم لحين فصل قضاء الدولة في صحة هذا العقد .

وقد جاء في حكم للمحكمة الإتحادية العليا في أبو ظبي بأنه " يترتب على بطلان العقد الأصلي بطلان شرط التحكيم تبعا لذلك ، ويكون القضاء صاحب الولاية في الفصل في هذا النزاع ."

إلا أن هذا الإتجاه ما لبث أن تراجع والقول بإستقلال شرط التحكيم ، حيث لهذا المبدأ دور في حماية إتفاق التحكيم وجعله في منأى عن أي عيب لحق بالعقد الأصلي . ويرجع استقلال شرط أو اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بين الأطراف إلى اختلاف الأركان في كل منهما .

الآثار المترتبة على مبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم :

يتضمن مبدأ استقلال إتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي أثرين هامين :

الأثر الأول : هو عدم ارتباط إتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي .

¹⁵¹ MOSTAFA TRARI-TANI ,DROIT ALGERIEN DE L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL , BERTI EDITION , ALGER,2007 , p 38 39. 101 و د/ علي صالح العوادي ، مرجع سابق ، ص

الأثر الثاني : هو امكانية خضوع إتفاق التحكيم لقانون آخر غير الذي يخضع له العقد الأصلي .

1 - عدم ارتباط مصير إتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي الأول ، الذي يعني أن وجود وصحة سريان إتفاق التحكيم لا يتوقف ولا يتأثر بمصير العقد الأصلي الذي يشير إليه هذا الإتفاق ، وبالتالي فإن الإدعاء بأن العقد الأصلي الذي لم يتم إلزامه في الفرض الذي يكون فيه العقد الذي يتضمن شرط التحكيم يتم توقيعه ولكن لم يدخل مرحلة النفاذ ، أو أنه باطلا أو تم فسخه ، أو أن الإلتزامات الناشئة عن العقد الأصلي تم تجديدها ، لا يؤدي إلى عدم فعالية إتفاق التحكيم أو المساس به .

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

والواقع أن نطاق القاعدة المتقدمة بشأن عدم ارتباط مصير إتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي قد أثار العديد من الجدل ، فذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه إذا كان إتفاق التحكيم لا يتأثر ببطلان العقد الأصلي فإنه مع ذلك وعلى عكس ما تقدم ، يتأثر بمصير هذا العقد في حالة انعدامه¹⁵² . لكن الفقه كله غير متفق مع هذا الإتجاه ، فتيار آخر يعتبر أن اللجوء والبطلان خيط رفيع والتفريق بينهما صعب ، ذلك أن هذا الموقف يؤدي إلى تعطيل نظرية استقلال العقد التحكيمي ، لأنه يجعلها سلاحا خطيرا بيد الطرف سيئ النية الراغب في المماطلة والذي وجدت نظرية استقلالية العقد التحكيمي من أجل قطع هذا الطريق عليه وحتى لا يشل التحكيم¹⁵³ ، ليبقى أمام المحكم اختصاص النظر في وجود أو عدم وجود العقد الأساسي وترتيب آثار ذلك . وقد تبنت اتفاقيات دولية هامة استقلالية الشرط التحكيمي ولم تفرق بين انعدام وجود العقد الأساسي وإبطاله منها معاهدة جنيف الأوروبية لسنة 1961¹⁵⁴ وقواعد تحكيم اليونسترال¹⁵⁵ والقانون النموذجي للتحكيم¹⁵⁶ ،

¹⁵² د/ حفيظة السيد حداد ، مرجع سابق ، ص 114 .

¹⁵³ د/ عبد الحميد الأحذب ، التحكيم الدولي ، مرجع سابق ، ص 238 .

¹⁵⁴ المادة 5 / 3 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة في جنيف بتاريخ 21 / 4 / 1961

¹⁵⁵ المادة 2 / 23 من قواعد اليونسترال .

نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية¹⁵⁷، نظام الهيئة الأمريكية للتحكيم لسنة 1992 ، بحيث جميعها تعتبر الإدلاء بعدم الوجود أو الإبطال ليس من شأنهما التأثير على استقلالية العقد التحكيمي وكلها ترفض التفرقة بين الإبطال وعدم وجود العقد الأساسي .

مبدأ الإستقلالية ومبدأ الإختصاص للنظر بالإختصاص (استقلال المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه):

مبدأ سلطة المحكمين للنظر بإختصاصهم يعتبر من أهم مبادئ قانون التحكيم لإرتباطه بقاعدة استقلالية العقد التحكيمي . إلا أن تلازمة المبدأين من المسائل التي تستحق المناقشة ذلك أنه وإن كان من الممكن الإعراف بأن هذين المبدأين بينهما علاقات وطيدة ويتنافسان في تحقيق ذات الهدف ، إلا أنهما لا يلتقيان إلا بشكل جزئي¹⁵⁸ .

فبفضل قاعدة الإستقلالية ، فإن العيوب المنسوبة إلى العقد الأساسي تفقد كل أثر مباشر لما على اتفاقية التحكيم التي تبقى صحيحة ، وتعطي بالتالي للمحكم اختصاص النظر بالنزاع .

ويسمح هذا المبدأ كذلك بالفصل في مسألة انكار اختصاص المحكم المستند إلى عدم فعالية العقد محل المنازعة . ففي هذه الفروض المذكورة يلتقي مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم مع مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه ويساند إحداهما الآخر¹⁵⁹ .

وعلى العكس تماما من ذلك ، فإن قاعدة الإستقلالية إذا كانت تجيز للمحكم الذهاب بعيدا في التحكيم وأبعد من مجرد النظر في عيوب العقد الأصلي ، وعدم الوقوف عند هذا الحاجز في حال أن العيوب مبطللة للعقد ، إلا أن الأمر يطرح على العكس في حال ما إذا كان الطعن موجهها إلى عيب العقد التحكيمي ذاته أي في شرط التحكيم ، فالإستقلالية هنا ليست قادرة على أن توفر للمحكم امكانية تجاوز أول حاجز يعترضه ، فلا بد هنا من أن

¹⁵⁶ المادة 16 / من القانون النموذجي .

¹⁵⁷ المادة 6 / 4 من نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية .

¹⁵⁸ د/ حفيظة السيد حداد ، مرجع سابق ، ص 151 .

¹⁵⁹ MOSTAFA TRARI –TANI, op. cit , p 106 – 110 .

تأتي قاعدة قانونية هي " اختصاص المحكم للنظر باختصاصه " لتوفر له إمكانية تجاوز أو أول حاجز يعترض سيره ، في حين تكون إتفاقية التحكيم هي موضع الطعن في عيوب منسوبة لها بالذات ، فإن المحكم اعتمادا على قاعدة اختصاص المحكم للنظر باختصاصه ، يبقى له الإختصاص برغم الطعن بالعقد التحكيمي للنظر في هذه العيوب أن يحكم على ضوء النتائج التي يتوصل إليها .

وعليه ، فإنه وإن كانت قاعدة الإستقلالية تشكل مضلة واقية للسير بالتحكيم ، فإن قاعدة الإختصاص للنظر بالإختصاص يجب أن تفصل عنها بشكل قاطع¹⁶⁰ .

لقد أدى استقرار مبدأ استقلالية إتفاق التحكيم بالقضاء الفرنسي إلى أن يلحق بهذا المبدأ مبدأ آخر والمعروف بمبدأ الفعالية الذاتية لإتفاق التحكيم أو صحة إتفاق التحكيم . ولما كانت هذه الفكرة ليست إلا مجرد أثر من آثار فكرة أخرى أكثر عمومية منها ، وهي عدم خضوع إتفاق التحكيم لذات القانون الذي يحكم العقد الأصلي.

2 - استقلالية العقد التحكيمي عن كل قانون

ذهب الإجتهد الفرنسي بعيدا جدا في تكريس قاعدة الإستقلالية ، بحيث لم يكتف بفك الارتباط بين العقد الأساسي والعقد التحكيمي والإعتراف بخضوع العقد الأساسي للقانون غير قانون العقد التحكيمي ، بل ذهب إلى حد فك الارتباط بين العقد التحكيمي وأي قانون .

وبهذا فإن هذا المبدأ بدأ يأخذ شيئا فشيئا مفهوما جديدا مضافا للمفهوم السابق ، والذي من خلاله سمح القضاء الفرنسي لنفسه أن يخلق مبدأ يقدر صحة إتفاق التحكيم الدولي والخضوع للقواعد المادية ودون البحث عن القانون الواجب التطبيق من خلال منهج التنازع¹⁶¹ .

¹⁶⁰ د/ عبد الحميد الأحذب ، التحكيم الدولي ، مرجع سابق ، ص 241 .

¹⁶¹ د/ حفيفة السيد حداد ، مرجع سابق ، ص 154 .

موقف المشرع الجزائري من استقلالية العقد التحكيمي :

نجد أن المادة 1040 / 4 تنص على " لا يمكن الإحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي ."

بهذا النص يكون المشرع قد كرس نظرية استقلالية الشرط التحكيمي ، والذي تعتبره مستقلا عن العقد المطعون فيه ، و تجيز للمحكمة التحكيمية النظر بالنزاعات الناشئة عن العقد¹⁶² .

كما أعطى المشرع للمحكمة التحكيمية النظر في حالة وجود عيب من العيوب بالشرط التحكيمي في قوله " تفصل محكمة التحكيم في الإختصاص الخاص بها " ¹⁶³ .

المطلب الثاني

آليات انعقاد التحكيم في الاعتماد المستندي

يتخذ تعبير اتفاق التحكيم صورا عديدة منها شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم أو التحكيم بالإحالة إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم لذا سيتم التطرق إلى ذلك وفق التقسيم الآتي:

الفرع الأول

شرط التحكيم

ويقصد به النص الذي يرد ضمن نصوص عقد معين يقرر الإلتجاء إلى التحكيم

لحل المنازعات التي قد تنشأ مستقبلا بين المتعاقدين حول تفسير العقد أو تنفيذه .¹⁶⁴

سواء كان عقدا مدنيا أو تجاريا أو إداريا ، كما قد شرط التحكيم في اتفاق لاحق للعقد

الأصلي قبل نشوء النزاع .¹⁶⁵

¹⁶² MOSTAFA TRARI –TANI , op , cit , p 42 .

¹⁶³ المادة 1/1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .
¹⁶⁴ د/ سامية راشد ، مرجع سابق ، ص 75 .

¹⁶⁵ NICOLETTE KOST , OP , cit , p 70 .

ونفس الحكم ينطبق على التحكيم في الإعتماد المستندي ، بحيث سواء كان الشرط في صلب العقد المصرفي أو مستقلا بذاته ، فكلاهما له نفس الأثر القانوني حتى ولو كان الإتفاق على التحكيم بعد مضي فترة زمنية من توقيع العقد الأصلي ، حيث العبرة بلحظة الإتفاق على التحكيم ، فإذا جاءت هذه اللحظة قبل ميلاد النزاع فنحن أمام شرط تحكيم مصرفي ويعتبر اتفاق التحكيم (الشرط) هو الأكثر شيوعا في التطبيق من ناحية العملية ، لأنه لا يبرم بعد وقوع النزاع مما يصعب معه إبرام اتفاق التحكيم .¹⁶⁶

الفرع الثاني

مشاركة التحكيم

قد يرد إتفاق التحكيم المصرفي بعد حدوث النزاع في صورة مشاركة تحكيم تأتي في أي مرحلة من مراحل النزاع ، سواء كانت العلاقة قبل اللجوء إلى القضاء أو أثناء اللجوء إليه متى رأى أطراف العلاقة أن مصالحهم تتفق مع ترك النزاع أمام القضاء ، وإبرام اتفاق التحكيم .

والفرق بين شرط التحكيم والمشاركة ، هو أن الأول يأتي في مرحلة ما قبل حدوث أي نزاع أما الثاني فإنه يأتي في مرحلة لاحقة بعد حدوث النزاع ، فإذا تم الإتفاق على التحكيم عند حدوث النزاع بين طرفيه ، فإنه يتعين أن يتضمن مشاركة التحكيم بيان المسائل التي تخضع للتحكيم ، وهذا ما يميز المشاركة عن الشرط - كما سبقت الإشارة - .

فقد نص المشرع المصري من خلال الشطر الأخير في المادة 7 من قانون التحكيم المصري على أنه "....كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية ، في هذه الحالة يجب أن يحدد الإتفاق المسائل التي يشملها التحكيم ، و إلا كان الإتفاق باطلا ."

المشرع المصري قد رتب بطلان اتفاق التحكيم المبرم بعد حدوث النزاع في حالة إذا لم يحتوي على بيان محدد للمسائل التي تشملها مشاركة التحكيم ، فلا يمتد إليها أثر اتفاق

¹⁶⁶ د/ ناريمان عيد القادر ، ندوة التحكيم كبديل للتقاضي ، مرجع سابق .

التحكيم ، حيث العبرة بما تم الإتفاق عليه في مشاركة التحكيم المصرفي عموماً وفي الإعتقاد المستندي خصوصاً .¹⁶⁷

وإن كانت معظم التشريعات العربية متفقة على ضرورة بيان المسائل محل النزاع في مشاركة التحكيم ، إلا أن المشرع السعودي قد نص بالإضافة إلى تحديد النزاع في مشاركة التحكيم اعتمادها من قبل الجهة المختصة ، حيث نصت المادة 5 من قانون التحكيم السعودي على " يودع أطراف النزاع وثيقة التحكيم لدى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع ويجب أن تكون هذه الوثيقة موقعة من الخصوم أو من وكلائهم الرسميين المفوضين ومن المحكمين ، وأن يبين بها موضوع النزاع وأسماء الخصوم وأسماء المحكمين وقبولهم نظر النزاع وأن ترفق بها صورة من المستندات الخاصة بالنزاع ."

ونصت المادة 6 على أن يتم قيد الطلب لدى الجهة المختصة بنظر النزاع ، فمتى رأت هذه الجهة أن مشاركة التحكيم مستوفية شروطها أصدرت قرارها بإعتمادها ، حيث نصت المادة 6 على أن تتولى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع قيد طلبات التحكيم المقدمة إليها وتصدر قراراً بإعتماد وثيقة التحكيم .

يلزم لقيام مشاركة التحكيم توافر شرطين ، الأول هو وجود النزاع وجوداً موضوعياً والثاني إتجاه الإرادة الشخصية لطرفي النزاع لتسويته عن طرق التحكيم . وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية ، حيث أشارت إلى أنه حتى ولو أمكن الإعتراف بوجود نزاع ذي طبيعة قضائية في الخلاف الدائر بين الطرفين حول مبلغ الأجرة فإنه لا يكفي ثبوت وثيقة لإعتبارها مشاركة تحكيم ، وإنما يلزم لإعتبارها كذلك ثبوت إتجاه إرادة طرفيها إلى تخويل الغير المعين من قبلها في هذه الوثيقة مهمة الفصل في النزاع .

¹⁶⁷ د/ محمد صالح على العوادي ، مرجع سابق ، ص 118 .

1/ وجود نزاع قائم وحال

إن وجود مشاركة التحكيم يقتضي وجود نزاع قائم وحال ، فقد عرفته المادة 1447 من قانون المرافعات الفرنسي لعام 1980 هذه المشاركة بأنها " الإتفاق الذي بمقتضاه يخضع أطرافه نزاع نشأ بينهم لتحكيم شخص أو أكثر . "

كما عرفته المادة 1/10 من قانون التحكيم المصري اتفاق عندما يتخذ صورة مشاركة التحكيم بأنه " اتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية .

وهكذا تتميز مشاركة التحكيم عن شرط التحكيم الذي يتعلق بنزاع مستقبل أو محتمل لم ينشأ فعلا عند الإتفاق على هذا الشرط ، ويلزم لقيام مشاركة التحكيم توافر معنى النزاع ويرى الفقهاء أن النزاع معنى محددًا يميزه عن مجرد الإعتراض أو الشقاق ، إذ يعني النزاع في آن معا وجود خصومة بين الطرفين من جهة ، ووجوب فض هذه الخصومة بطريق التحكيم من جهة أخرى ، الأمر الذي يضع هيئة التحكيم أمام مهمة حسم النزاع ، وذلك دون أن يقف الأمر عند حد الإعتراض أو الشقاق ، الذي لا يسفر عن وجود مهمة التحكيم .

وتختلف مهمة التحكيم في هذا الصدد عن أعمال الخبرة ، مما يستوجب قيام مشاركة التحكيم على مهمة المحكم ، المتمثلة في الفصل في نزاع قائم وليس على مجرد قيام شخص بعمل من هذه الأعمال ، وهنا لا يجوز القول بوجود نزاع قائم او بعدم وجوده إستنادا إلى استخدام اصطلاح " حكم " في مشاركة التحكيم ، حيث لا ينبغي التعويل في وجود مشاركة التحكيم على الأوصاف التي استخدمها الطرفان ، بل يجب التعويل على حقيقة وجود النزاع فعلا ، ولو لم يستخدم الطرفان الإصطلاح المذكور .

ولا صعوبة في الأمر إذا ميز الطرفان المشاركة بين الخبراء المكلفين بعمل تقييم معين أو إبداء رأي معين ، لا يلزم الطرفين بشئ وبين المحكمين المكلفين بالفصل في نزاع قائم بقرار أو بحكم تحكيمي يلتزمان به معا ، إنما قد تثور الصعوبة عندما يعين الطرفان

وكيل مشترك يناط به إكمال إتفاق معين أو مراجعته ، مثال ذلك تكليف الغير بتحديد الثمن في عقد البيع أو مراجعة بنوده .

إذا قد يثور الجدل في هذه الحالة حول اعتبار العمل الذي عين به هذا الوكيل المشترك مشاركة تحكيم أو عدم إعتبره كذلك ، وهنا يجبر القول بأن الخلاف الناشب بين الطرفين ضروري ، ولاشك لوجود مشاركة التحكيم ، إلا أنه غير كاف لوجودها ، لأن هذا الوجود يتطلب بالإضافة إلى هذا الخلاف ، وجود مطالبة أو إدعاء يكلف معه " الغير " من قبل الطرفين بالفصل فيه أي بالفصل في النزاع .

وينبني على ما تقدم ، أنه يلزم لقيام مشاركة التحكيم توافر شرطين في آن واحد كما سبق الذكر ، الأول هو وجود نزاع وجودا موضوعيا ، الثاني إتجاه الإرادة الشخصية للطرفين إلى تخويل الغير (المحكم) مهمة قضائية ، وهي مهمة الفصل في النزاع¹⁶⁸ ، من أجل ذلك ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أنه حتى لو أمكن الإعراف بوجود نزاع ذي طبيعة قضائية في الخلاف الدائر بين الطرفين حول مبلغ الأجرة ، فإنه لا يكفي ثبوت ذلك في وثيقة لإعتبارها مشاركة تحكيم ، وإنما يلزم لإعتبارها كذلك ، ثبوت إتجاه إرادة طرفيها إلى تخويل الغير المعين من قبلهما في هذه الوثيقة مهمة الفصل في هذا النزاع .

مدى كفاية شرط التحكيم للجوء إلى التحكيم عند نشوء النزاع :

يتبادر إلى الذهن تساؤل هو بما أن شرط التحكيم يتصف بالعموم ، فهل يعتبر كافيا للجوء مباشر إلى التحكيم عند نشوء النزاع ؟ .
للإجابة على هذا التساؤل ، نقول أنه قد تباينت اتجاهات الفقه في مدى كفاية شرط التحكيم للجوء إلى التحكيم عند نشوء النزاع .

¹⁶⁸ د/ أحمد أبو الوفا ، التحكيم الإختياري والإجباري ، مرجع سابق ، ص 37 ، 38 .

الإتجاه الأول : يرى أنصار هذا الإتجاه أن الإتفاق على التحكيم عندما يكون مشاركة تحكيم فإنه يكون إتفاق شامل لكل متطلبات التحكيم ، وهو في ذلك يختلف عن شرط التحكيم ، الذي يعتبر مجرد تعهد باللجوء الى التحكيم باعتبار أن النزاع لم ينشأ بعد وعند نشوء النزاع ، فلا يعتبر شرط التحكيم كافيا للجوء مباشرة إلى التحكيم ، وإنما يلزم مشاركة تحكيم ، يحدد فيها كيفية تشكيل هيئة التحكيم ، وعددها وموضوع النزاع والقواعد الموضوعية الواجبة التطبيق والقواعد الإجرائية ومدة التحكيم .¹⁶⁹

وقد كانت بعض الأنظمة القانونية الماثورة وعلى رأسها القانون الفرنسي ، تأخذ التفرقة بين مشاركة التحكيم وشرط التحكيم من حيث الطبيعة القانونية والقوة الملزمة لكل منهما ، فكانت تعتبر شرط التحكيم مجرد تعهد باللجوء إلى التحكيم ، كان يترتب على النكول عن التعهد باللجوء إلى التحكيم من قبل الأطراف ، هو إمكانية الحكم عليه بالتعويض على أساس إخلاله بالالتزام عقدي ، دون أن يتمكن الطرف الآخر في العديد من الحالات أن يقحمه على إبرام مشاركة تحكيم ، خاصة في العقود الداخلية دون العقود المتعلقة بالتجارة الدولية المشتملة على عنصر أجنبي ، وبعد التعديلات المتلاحقة لمواد التحكيم الواردة بقانون المرافعات الفرنسي والتي كان آخرها التعديلات الصادرة بالمرسوم رقم 48 لسنة 2011 حيث ساوى المشرع الفرنسي بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم من حيث قوتها الملزمة وأثاره وأصبح شرط التحكيم كافيا للجوء إلى التحكيم وممارسة المحكم لمهمته .¹⁷⁰

2/ الإتجاه الثاني : وفيه يرى أنصار هذا الإتجاه الذي يمثل غالبية الفقه ، بأن شرط التحكيم شأنه شأن مشاركة التحكيم ملزم لأطرافه ويرتب أثاره ، ولا يعتبر وعدا بإبرام مشاركة تحكيم عند نشوء النزاع ، وإنما هو إتفاق كامل ونهائي على التحكيم ، فلا يحتاج الأطراف الذين اتفقوا على شرط التحكيم إلى إبرام مشاركة لاحقة بعد نشوء النزاع ، بل يكفي وحده للإلتجاء إلى التحكيم و ممارسة المحكمين مهمتهم .

¹⁶⁹ د/ ابراهيم محمد العناني ، اللجوء إلى التحكيم الدولي العام والخاص ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، 2006 ، ص 141 ، د/ أحمد عبد الحميد عشوش ، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمارات ، دار النشر مؤسسة الشباب ، الجامعة الاسكندرية ، 1990 ، ص 27 .

¹⁷⁰ د/ مصطفى الجمال ، د/ عكاشة عبد العال ، مرجع سابق ، ص 331 . ود/ سامية راشد ، مرجع سابق ، ص 90 .

ومع التسليم بأن شرط التحكيم يعتبر كافيا لترتيب آثاره باللجوء إلى التحكيم ، إلا أن ذلك يمنع من إتفاق الأطراف على إبرام مشاركة تحكيم و إعتبارها المرجع أمام هيئة التحكيم في بيان كافة المسائل التي يشملها التحكيم .
فشرط التحكيم إتفاقا ملزما بالتحكيم وليس مجرد الوعد بالتحكيم ، وعليه فإنه يغني عن إبرام مشاركة تحكيم وفقا للإتجاه المتطور للتحكيم التجاري الدولي .

الفرع الثالث

التحكيم بالإحالة

الفرض في هذه الصورة أن العقد الأصلي المبرم بين طرفيه لم يتضمن شرطا صريحا للتحكيم ، وإنما اكتفى أطرافه بالإشارة أو الإحالة إلى وثيقة أخرى أو عقد سابق أو عقد سابق أو عقد نمطي أو إلى شروطا عامة معروفة في مجال التعامل بينهم ، وكانت الوثيقة أو العقد النمطي أو الشروط العامة تتضمن في أحد بنودها شرطا يقضي بتسوية المنازعات التي تنشأ عن طريق التحكيم .¹⁷¹

وهو ما يعبر عنه بشرط التحكيم بالإحالة . وينسحب أثر هذا البند أو الشرط إلى العقد الأصلي ، ويحدث عادة في عقد الشحن البحري أو عقود التأمين ، سواء كانت الوثيقة المحال إليها إتفاق بين الطرفين ، أو صادرة من أحدهما أو من شخص آخر أو عقدا نموذجيا أو لائحة لمركز تحكيم ، فتعتبر هذه الإحالة إتفاقا على شرط التحكيم .¹⁷²

ويلزم لإعمال شرط التحكيم بالإحالة أن يكون الشرط في العقد المحال إليه نافذا وأن تتوافر الإرادة المشتركة للطرفين لهذا الإحالة .¹⁷³

ويشترط لإعمال هذه الاحالة :

- أن تكون الوثيقة أو العقد المحال إليه سابقا في الوجود على العقد المحيل .

¹⁷¹ د/ أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 259 .

¹⁷² د/ فتحي والي ، مرجع سابق ، ص 97 .

¹⁷³ د/ فتحي والي ، مرجع سابق ، ص 98 .

- أن تتضمن الوثيقة أو العقد المحال إليها نصا صريحا بشرط التحكيم .
- ان تكون الوثيقة أو العقد المحال إليه معروفا للطرف الذي يتمسك في مواجهته بشرط التحكيم أو على الأقل معلوم على نطاق واسع في النشاط الإقتصادي ، بحيث لا يمكن الإدعاء بعدم معرفته .
- أن تكون الإحالة واضحة باعتبار شرط التحكيم المحال إليه جزءا من العقد المبرم بين الطرفين .

ولبحث مدى توافر حالات شرط التحكيم في الوثيقة أو العقد المحال إليه ، فإن تقدير ذلك متروكا لمحكمة الموضوع إذا رفع أمامها بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم¹⁷⁴ ، كما تختص أيضا بتقدير هذه المسألة هيئة التحكيم إذا رفع أمامها بعدم اختصاصها¹⁷⁵ .

وتطبيقا لذلك فقد عرضت على القضاء الايطالي قضية تتعلق بعقد شراء دقيق أمريكي بين شركتين ايطاليتين ، ونص فيه على الإحالة للعقد النموذجي الخاص بالهيئة الدولية لتجارة الحبوب الكائنة بلندن ، وعندما نشأ النزاع بين الشركتين البائعة والمشتريّة حول نوعية الدقيق الذي تم تسليمه ومدى مطابقته للمواصفات ورفع الأمر إلى محكمة رافينا الايطالية ، تمسكت الشركة المشتريّة بنص المادة 32 من العقد النموذجي المحال إليه والذي يشير إلى التحكيم في لندن ، وطالبت الشركة المشتريّة من المحكمة الايطالية عدم السير في إجراءات التقاضي أمامها ، وإحالة الطرفين إلى التحكيم في لندن ، إلا أن المحكمة حكمت برفض الطلب ، ثم الطعن ضد هذا الحكم أمام محكمة النقض ، وقضت هذه الأخيرة في حكمها الصادر بتاريخ 13 / 12 / 1981 إلى أن الإشارة العامة إلى عقد نموذجي لا تكفي للقول بتوافر إتفاق التحكيم وفقا لمفهوم المادة(2) من إتفاقية نيويورك¹⁷⁶ .

¹⁷⁴د/ أحمد السيد صاوي ، التحكيم طبقا لقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية ، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر ، القاهرة ، 2002 ص 47 .

¹⁷⁵د/ أحمد السيد صاوي ، مرجع سابق ، ص 48 .
¹⁷⁶الحكم رقم (40) محكمة النقض ، الدوائر المجتمعة ، رقم 3620 بتاريخ 13 / 12 / 1981 .مشار إليه بمؤلف الدكتورة سامية راشد ، مرجع سابق ، ص 247 .

كما قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا اتفق الطرفان على الإحالة إلى شروط عامة تتضمن شرط تحكيم ، وكان الطرف الذي يحتج عليه بشرط التحكيم عالما بهذه الشروط ، فإن سكوته يعني موافقته على هذا الشرط .¹⁷⁷

كما عرضت على هيئة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس القضية المعروفة بإسم صفقة الحافلات وتتلخص وقائعها ، بأنه في ديسمبر 1985 اتفقت إحدى الوزارات في جمهورية بنين الشعبية مع إحدى الشركات الرومانية ، على أن تشتري من هذه الأخيرة خمسين حافلة لنقل الركاب وتم تحديد مواعيد التسليم ، وقد نص في العقد على أن أية خلافات تثار عند تنفيذه تتم تسويتها وديا بين الطرفين ، وإذا تعذر ذلك أمكن الفصل في النزاع بواسطة محكم أو أكثر عن طريق غرفة التجارة الدولية ، وأن يطبق على النزاع القانون الفرنسي ، وكان أحد البنوك في بنين قد أصدر خطابي الضمان أشار فيهما إلى العقد المبرم بين بنين ورومانيا ، وعندما ظهرت عيوب في المبيع امتنعت بنين من تسديد باقي الثمن وطالبت بالتعويض . فتقدمت الشركة الرومانية بطلب تحكيم أمام غرفة التجارة الدولية ضد المدعى عليهم الوزارة الطرف في العقد (بنين) البنك الممتنع عن أداء قيمة خطاب الإ اعتماد ، وقد تمسك البنك بعدم خضوعه للتحكيم كونه ليس طرفا في العقد الذي يحتوي على شرط التحكيم . وقد بحث المحكمون كمسألة أولية في مدى اختصاصهم بالنسبة للبنك والذي لا يوجد له أي إرتباط بالعقد سوى الإشارة في خطابي الضمان إلى ذلك العقد الذي يتضمن شرط التحكيم ، فقررروا أن هذه الإشارة لا تكفي لإعتبار البنك خاضعا لشرط التحكيم الوارد بذلك العقد ، لأن نية الخضوع للتحكيم يجب أن تكون صريحة وواضحة لذلك قضاوا بعدم اختصاصهم بنظر أي طلبات موجهة إلى البنك ، واختصاصهم في طلبات الشركة الرومانية والوزارة بإعتبارهما طرفي العقد¹⁷⁸ .

¹⁷⁷ حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 26 / 07 / 1990 ، مشار إليه بمؤلف الدكتور فتحي والي ، مرجع سابق ، ص 101 .

¹⁷⁸ د/اسماعيل علم الدين ، منصة التحكيم التجاري الدولي ، الجزء الأول ، شركة مطابع الطناني ، 1986 ، ص 355 .

إذا فالمعيار لإعتبار الإحالة كافية للقول بوجود إتفاق التحكيم ، هو إذا كانت الإحالة واضحة إلى الشرط التحكيمي في العقد السابق المحال إليه . أما إذا كانت الإحالة عامة دون إشارة واضحة ومحددة لشرط التحكيم ، فإن ذلك لا يكفي لوجود إتفاق التحكيم .¹⁷⁹

الفرع الرابع

شرط التحكيم المعيوب (المعتل)

قد تكون الصيغة التي دون فيها اتفاق التحكيم (شرط أو مشاركة) فيها بعض الغموض والتي تحتمل عدة تفسيرات ، وبالتالي فإن ظاهر النص قد لا يوحي بما قصده الطرفان ، مثل هذا الشرط أطلق عليه بالفرنسية (phatologie) وكلمة باثولوجي مصطلح طبي يعني علم الأمراض وسبب التسمية هذه هو أن الصياغة المجدية للشرط تصيب الشرط بمرض أو علة قد يمكن شفاؤه عن طريق تفسيره ، بشكل يقترب من الواقع ويلبي رغبة الطرفين .¹⁸⁰

ويبدو أن أول من استعمل المصطلح المذكور هو (ESMEN) في بحثه الذي نشر عن الشرط المذكور .¹⁸¹

ولأجل معرفة هذا الشرط وكيفية شفاؤه بإعتباره صحيحا وناظرا ، لابد من الإشارة إلى قرارات صدرت في حكمين للتحكيم من الغرفة التجارية الدولية ، وتتلخص بأن عقدا بين أطراف كان يتضمن شرط للتحكيم كالاتي " في حالة عدم الإتفاق الودي تحسم جميع المنازعات المحتملة وفقا لقواعد التحكيم والتوفيق للغرفة التجارية الدولية في زيورخ . " وعندما نشب الخلاف بين الأطراف ، طلب أحدهم من غرفة التجارة في زيورخ إتخاذ ما يلزم للسير في إجراءات التحكيم ، ولكن الغرفة التجارية بسبب أنها غير مختصة للنظر في التحكيم وفقا للشرط وأحالت ملف القضية إلى الغرفة التجارية الدولية التي مركزها بباريس

¹⁷⁹ د/ سامية راشد ، مرجع سابق ، ص 259 .

¹⁸⁰ د/ فوزي محمد سامي ، مرجع سابق ، ص 220 .

¹⁸¹ د/ فوزي محمد سامي ، مرجع سابق ، ص 220 .

ذلك لأن غرفة تجارة زيوريخ وإن كانت تقوم أيضا بحل المنازعات بالتحكيم ، إلا أنها ليست دولية ، كما توجد في سويسرا لجنة وطنية تابعة للغرفة التجارية الدولية ، وهذه اللجنة كما هي موجودة في عديد من دول العالم تستعين بها الغرفة التجارية الدولية لطلب بعض المعلومات ، واقتراح ترشيح المحكمين مع أن هذه اللجان لا تقوم بممارسة التحكيم .

قررت محكمة التحكيم وهي من إحدى تنظيمات الغرفة التجارية التي تشرف على التحكيم ، أن المقصود في الشرط المذكور أعلاه ، هو أن يكون مكان التحكيم مدينة زيوريخ في سويسرا ، وأن المؤسسة التي يتم إختيارها من قبل الأطراف لكي تنظم عملية التحكيم هي الغرفة التجارية الدولية . وبهذا التفسير تم شفاء العلة التي كانت تعاني منها صيغة الشرط المذكور ، وأصبح المقصود من الأطراف كما ذهبت إليه محكمة التحكيم ، أن يجرى هذا الأخير وفقا لقواعد الغرفة التجارية الدولية ، أن مدينة زيوريخ تعتبر مكانا للتحكيم ، وعلى هذا الأساس باشر المحكم الوحيد في نظر اختصاصه وفي صحة اتفاق التحكيم وفقا للقانون السويسري (قانون مكان التحكيم) وذلك لأن سويسرا منظمة إلى اتفاقية نيويورك لعام 1958 ، حيث أن المادة الخامسة من هذه الإتفاقية تقضي بأن صحة عقد التحكيم يتقرر طبقا لقانون مكان التحكيم .

أما الحكم الثاني ، فقد كان في قضية مماثلة للأولى لم يحدد فيها شرط التحكيم بشكل دقيق المؤسسة التي ستقوم بالإشراف على التحكيم ، وكان الشرط كالاتي " جميع الخلافات الناتجة عن هذا العقد يصار إلى حسمها بالتحكيم نهائيا وفقا لقواعد التوفيق والتحكيم للغرفة التجارية الدولية الكائنة في جنيف ."

هذه القضية استند المحكمون في قرارهم إلى أن الأطراف قد قصدوا في الشرط المذكور ، أن الخلاف يتم حسمه بالتحكيم في مكان يتسم بالحياد ، وعلى هذا الأساس فسر المحكمون عبارة (الكائنة في جنيف) على أنها لا تعني مكان أو مقر المؤسسة المراد منها الإشراف على التحكيم ، وإنما الأمر يتعلق بمكان التحكيم ، أي أن الشرط يعني أن يتم

التحكيم في جنيف وفقا لقواعد الغرفة التجارية الدولية ، وهذا الشرط أيضا قد اعتراه مرض وهو الغموض وعدم الدقة في التعبير¹⁸² .

مظاهر الإعتلال :

التناقض ، عدم التماسك وانعدام الفاعلية .

أولا : التناقض

كثيرا ما تكتب شروط تحكيمية متضمنة تناقضات في كتابة الشرط التحكيمي ، كان يقول أن أي خلاف يحصل يسعى إلى حله بالمصالحة أو بالتحكيم ، أو يصدر المحكم قراره متفقا مع نص القانون والضمير . مثل هذه الشروط تخلق للطرف المدعى عليه فرصا كبيرة للمطالبة وكسب الوقت ، وشل أية مراجعة قضائية أو تحكيمية¹⁸³ .

ثانيا : عدم التماسك

كذلك أمام شروط تحكيمية غير متماسكة ، فإن المحاكم تسعى لإعطاء الشرط التحكيمي إثارة وكثيرا ما وقفت غرفة التجارة الدولية أمام شروط تحكيمية تحيل المنازعات إليها ولكن في شروط تحكيمية غير متماسكة ومن أمثلة عدم التماسك والتناقض :

- 1 / في حال حصول خلاف لم يسو ، يحال الأمر على غرفة التجارة الدولية .
- 2 / في حال حصول أي خلاف كمناسبة العقد الراهن يحال بالدرجة الأولى على التحكيم عائدا لغرفة التجارة الدولية .
- 3 / إن قرارات اللويدز أو بورصة فيينا تلزم الطرفين ، ويخضع الطرفان لغرفة التجارة الدولية .

ويعلق الدكتور عبد الحميد الأحذب على المثال الأول بقوله ، أن ليس هناك ما يشير إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية ، وإن كانت هناك إشارة لغرفة التجارة الدولية . فهل يحل الخلاف بالمصالحة ؟ أم بالتحكيم ؟ أم بالخبرة ؟

¹⁸² MOSTAFA TRARI- TANI , op .cit, p 54 .

¹⁸³ عبد الحميد الأحذب ، التحكيم الدولي ، مرجع سابق، ص 183 .

وعلى المثال الثاني أن الشرط التحكيمي يلحظ التحكيم ولكنه لا يفصل كيفية تشكيل المحكمة التحكيمية ، ثم ماذا يعني بالدرجة الأولى ؟ هل الدرجة الثانية هي العودة إلى القضاء ؟

يضيف الدكتور عبد الحميد الأحذب أنواع أخرى من الشروط التحكيمية المضطربة في حال حصول خلاف ، وكانت هناك مطالبات أو اعتراضات يلتزم الطرفان بأن يخضعا للتحكيم ، فإن المحكمة القضائية هي وحدها المختصة .

وفي حال أي خلاف ، يحال إلى تحكيم يتولاه محكمون تعينهم غرفة التجارة الدولية في جنيف وفقا لإجراءات تحكيم القانونيين المدنيين الفنزويلي والفرنسي ، مع الأخذ بعين الاعتبار قانون مكان التحكيم (وفقا لما ذكر سابقا) .
ثالثا : إنعدام الفاعلية .

بمقتضى معاهدة نيويورك في مادتها الثانية الفقرة الثالثة : "على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها النزاع حول موضوع كان محل إتفاق من الأطراف بالمعنى الواحد في هذه المادة ، أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم ، وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الإتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق " .

فالشرط التحكيمي يصبح غير فاعلا في حالة ما إذا ترك الطرفان المهل والمواعيد التي نص عليها هذا الشرط أو تصرفا بما يوحي تأكيدا على أنهما قد تخليا ضمنا عنه . كما قد يعود أمر عدم فاعلية الشرط التحكيمي لسبب خارج عن إرادة الأطراف .

فقد اعتبر القضاء في الوم . أ أنه إزاء إفلاس أحد طرفي موقعي الشرط التحكيمي ، فإن الإختصاص يعود حتما للقضاء فاقتا آثاره وفقا لمعاهدة نيويورك ، كما أن يصبح الشرط التحكيمي غير فاعل إذا كان تشكيل المحكمة التحكيمية غير ممكن وفقا لمضمونه¹⁸⁴ .

¹⁸⁴ د/ عبد الحميد الأحذب ، التحكيم الدولي ، مرجع سابق ، ص 185 .

يتبين مما سبق ، أن المصطلح الحديث الذي أطلق على شرط التحكيم الذي يشوبه عيب في التعبير ، الذي عبر مصطلح " الشرط المعتل " يمكن اعتباره صحيحا وناظا إذا أمكن التوصل إلى معرفة الإرادة المشتركة للطرفين .

والأمر هنا يتعلق بتفسير العقد حيث هناك نصوص قانونية تتضمن وسائل وقواعد تفسيرية يستهدي بها القاضي للبحث عن قصد المتعاقدين عند وجود غموض في العبارات المستعملة من قبلهما .

وتأخذ أغلبية القوانين بنظرية البحث عن الإرادة الحقيقية أي الباطنة للطرفين ، فتتص المادة 1156 من القانون المدني الفرنسي " يجب في العقود البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ."

وتتص الفقرة الثانية من المادة 150 من التقنين المدني المصري على أنه " إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات ."

وتتص المادة 155 من التقنين المدني العراقي على أن " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني."

ويضيف القانون الفرنسي إلى هذه الوسائل التي لم ترد على سبيل الحصر وسائل أخرى ومنها إذا كانت للعبارة الواحدة معاني مختلفة ، فيجب حملها على المعنى الذي يجعلها تنتج أثرا قانونيا. ومن الوسائل أيضا تفسير عبارات العقد ببعضها البعض ، حيث ينبغي الإرتباط

بمجموعها لا تجزئتها والأخذ بجزء دون الآخر . ومن الوسائل أن تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم .¹⁸⁵

أما إذا لم يهتدي القاضي إلى استخلاص النية المشتركة للمتعاقدین استخلاصا واضحا وتعذر عليه بعد استخدام المعايير السابقة القطع برأى وقام لديه شك في تفسير عبارات العقد الغامضة ، ورأى أن تفسيرها يحتمل عدة وجوه ، فهنا يؤول الشك في مصلحة المدين وهذه القاعدة تبررها عدة اعتبارات منها : افتراض براءة ذمة المدين من أي التزام ، وأن ترتيب هذا الأخير في ذمته استثناء ، فإذا قام شك في التزام ذمة المدين وجب الرجوع إلى الأصل وهو براءته و ما على الدائن إلا اثبات الإلتزام .¹⁸⁶

لكن إذا تعلق الأمر بتفسير غموض شاب عقد الإعتقاد المستندي، فإن الحكم يختلف كون هذا الأخير يعتبر من عقود الإذعان على وجه الخصوص وعمليات الإلتزام عموما - مع وجود شك من التفاوض- فيكون على المحكمين المختصين تفسير الشك لمصلحة الطرف المدعى¹⁸⁷ .

¹⁸⁵ د / علي علي سليمان ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005 ، ص 102- 103 .

¹⁸⁶ د / علي علي سليمان ، مرجع سابق ، ص 103 .
¹⁸⁷ د/ بودالي محمد ، مكافحة الشروط التعسفية في العقود (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، دا الفجر للنشر والتوزيع ، 2007 ، ص 113 .

المبحث الثاني

شروط اتفاق التحكيم

إتفاق التحكيم عقد شأنه شأن أي عقد ، تحكمه النظرية العامة للعقود التي ينظمها القانون المدني ، لذا يتعين أن تتوافر فيه الشروط الموضوعية للعقد (الأهلية ، الرضا ، المحل والسبب) و إذا ما تخلف أي منها ، فإن اتفاق التحكيم لا ينعقد ويلحقه البطلان .
فإتفاق التحكيم لا بد أن يبنى على رضا صحيح لا يشوبه أي عيب من عيوب الرضا ، وأن يرد هذا الرضا على محل ممكن ومشروع ، وأن يستند إلى سبب مشروع .

المطلب الأول

الشروط الموضوعية للتحكيم

الإتفاق على التحكيم يعد من العقود وبالتالي تسري عليه القواعد العامة للعقود ، حيث يسوده مبدأ سلطان الإرادة ، وعليه فهو يفترض صدور هذه الإرادة من أطراف العلاقة القانونية محل الاتفاق أو ممن يمثلهم بتوكيل خاص لإبرام هذا الإتفاق ، لإحداث أثر الممثل في إخضاع نزاعهم للتحكيم دون القضاء . وهذه الإرادة تتجلى من خلال تطابق إرادتين وإتجاههما إلى ترتيب آثار قانونية تبعا لمضمون ما اتفقا عليه ، بحيث لا بد من إيجاب وقبول يتلاقيان على اختيار التحكيم اختيارا حرا كوسيلة لحسم المنازعات التي تثور بشأن العلاقة الأصلية .¹⁸⁸

ولصحة إتفاق التحكيم ، لا بد أن يصدر هذا الرضا من أشخاص تتوفر فيهم أهلية الإتفاق على التحكيم ، بإعتبار أن هذا الأخير ينطوي على التزامات متبادلة بالنزول على حكم المحكمين¹⁸⁹ .

¹⁸⁸ د/ مختار محمود البريري، التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 45 ، أحمد السيد الصاوي ، مرجع سابق ، ص 34 .
¹⁸⁹ د/ على صالح العوادي ، مرجع سابق ، ص 128 ، د/ أحمد السيد الصاوي ، مرجع سابق ، ص 37 .

كما تجب الإشارة إلى أنه في حالة ما إذا وجد اتفاق قد تم إبرامه ، كان مشتملا على مسائل غير قابلة للتحكيم فإنه يكون مجردا من الصحة باعتبار أن القابلية للتحكيم يعد شرط لنفاذ اتفاق التحكيم¹⁹⁰ .

من خلال ما سبق سنتناول الشروط الموضوعية لإتفاق التحكيم في ثلاث فروع على التوالي، الأول لشرط التراضي والثاني للأهلية ، أما الثالث يخص لشرط قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم في الإعتماد المستندي .

الفرع الأول

التراضي

لإعتبار إتفاق التحكيم في عقد الاعتماد المستندي كأى عقد آخر، لابد من أن تتوفر لديه أطرافه إرادة إبرام إتفاق التحكيم مدركين الأثر المترتب على هذا التصرف ، بحيث تتوجه إرادتهم إلى إختيار التحكيم كوسيلة لحسم منازعاتهم، حيث تنص المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أن " شرط التحكيم هو الإتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة" ، كما تنص أيضا المادة 1011 من نفس القانون على " اتفاق التحكيم هو الإتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم ."

من خلال هاتين المادتين نقول أن المشرع الجزائري قد عبر عن توفر شرط التراضي الصحيح من خلال كلمة الإتفاق الشاملة . مع وجوب خلوه من الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الإستغلال ، ويتحقق ذلك بتوافق الإيجاب مع القبول بين أطراف هذه العلاقة ، واختيارهم التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات فيما بينهم¹⁹¹ .

¹⁹⁰ Bernard Hanotiau ,La Loi applicable à l'arbitrabilité du litige ,Revue de Droit des affaires Internationales ,n°7 ,1998 p 755 .

¹⁹¹ د/ علي صالح العوادي ، مرجع سابق ، ص 131 .

فالشخص حتى يقصد التصرف لا بد أن تتجه إرادته إلى إحداث الآثار القانونية التي يربتها فإذا لم يتوفر الإتجاه إلى ذلك ، فلا يكون هناك رضا بالمعنى القانوني المقصود¹⁹² وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى القول " أن اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم هو المكون الرئيسي للشرط وهو الذي يؤسس اختصاص المحكمين " ¹⁹³ . فإذا لم يتحقق هذا التوافق لا يكون اتفاق التحكيم موجودا ، كأن يرفض العميل صياغة الإيجاب المقدمة من قبل البنك لتسوية المنازعات فيما بينهم عن طريق التحكيم ، أو صدر منه قبولا ينطوي على تعديل لمضمون هذا الإيجاب¹⁹⁴ .

والغالب أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا ، فيبرم الطرفان اتفاقا خاصا على التحكيم أو ينصان في العقد الأصلي على الإلتجاء إليه عند قيام النزاع¹⁹⁵ .

إلا أن التساؤل الذي يطرح نفسه ، هل يجوز أن يكون التعبير عن إرادة اتفاق التحكيم ضمنا ؟ وما هو القانون الواجب التطبيق على الرضا و سلامته ؟ للإجابة على هذين السؤالين ، سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين ، سنتناول في الأول الرضا بالتحكيم ضمنيا في معاملات البنوك ، وفي الثاني القانون الواجب التطبيق على الرضا و سلامته .

الرضا الضمني بالتحكيم في معاملات البنوك

الأصل في الرضا على التحكيم أنه لا يفترض ، وإنما لا بد من الإتفاق عليه بإعتباره ركنا أساسيا ، وفي معاملات البنوك وما ينتج عنها من سلسلة من الوثائق أو أنماط متعددة في التعامل ، قد يتم الإتفاق في أحدها على التحكيم ، فهل يسري مثل هذا الإتفاق على كافة المعاملات اللاحقة ، بحيث فرضا وجود تعامل مسبق بين العميل والبنك على إدراج شرط التحكيم في خطاب الإعتماد التي تمت بينهم في المرحلة السابقة ، وقاما بعد

¹⁹² د/ عكاشة عبد العال ود/ محمد الجمال ، مرجع سابق ، ص 388 .

¹⁹³ Cass. Civ. 05- 01 -1999 , N°2 , p 260 , notePH FOUCHARD..

¹⁹⁴ د/ رضا السيد عبد الحميد ، مسائل في التحكيم ، تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة والرقابة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 ، ص

112 .

¹⁹⁵ د/ محسن شفيق ، مرجع سابق ، ص 174 .

ذلك بإبرام خطاب ضمان خلا من اتفاق التحكيم ولم يرد فيه شرط التحكيم ، فهل يجوز الإستناد على تواتر العمل فيما بينهما على تسوية المنازعات عن طريق التحكيم ، للقول بوجود اتفاق ضمني عليه ؟ وبعبارة أخرى لو قام البنك بوضع شروط عامة متعلقة بتسوية المنازعات فيما بينه وبين العملاء ، وكانت هذه الشروط تتضمن شرط التحكيم ، فهل يكون هذا الشرط ملزما للطرف الآخر ؟ وهل يمكن القول بوجود رضا ضمني ؟

إذا قام الأطراف بتجديد خطاب الإعتماد كتابة دون أن ينص فيه على شرط التحكيم أو الإحالة إلى شرط التحكيم المدرج في الخطاب السابق .

وحدث أن نشأ نزاع بين الطرفين حول تفسير أو تنفيذ العقد الجديد وأراد أحد الأطراف التمسك بشرط التحكيم الوارد بالعقد الأصلي ، ولمعالجة هذه الحالة فقد أجازت العديد من أحكام القضاء للطرف ذي المصلحة بشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي ، بالرغم من عدم تضمين الأطراف لهذا الشرط في العقد الجديد إستنادا لتواتر العمل بينهما للقول بوجود اتفاق تحكيم ضمني عليه ، إلا إذا تبين من العقد الجديد أن الطرفين قد قصدا بعدم ذكره عدم رغبتهما في إخضاع المنازعات الناشئة عن الخطاب للتحكيم .¹⁹⁶

إلا أن غالبية الفقه¹⁹⁷ قد إشتراط أن تكون إرادة الأطراف صريحة على إختيار التحكيم كوسيلة لحل المنازعات ، واستندوا في ذلك بقولهم أن اتفاق التحكيم يعد خروجاً على الأصل في التقاضي ، ومن ثم فلا بد من التعبير عنه صراحة وعدم افتراضه ، بإعتباره نظاماً استثنائياً ، فيجب تخصيصه بالذكر أو الإحالة بوجه خاص . فلو تضمن العقد المبرم بين البنك والعميل إحالة لشروط عامة تضمنت تسوية منازعاته مع عملائه عن طريق التحكيم ، فيجب حتى يصبح شرط التحكيم الوارد في هذه الشروط جزءاً من علاقة الأساس أن تنصرف إرادة الأطراف صراحة أو ضمناً وبشكل قاطع إلى إحداث هذا الأثر .

¹⁹⁶ محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ 14 / 02 / 1970

¹⁹⁷ د/ محمود السيد عمر التحيوي ، قاعدة عدم افتراض الرضا بالالتجاء للتحكيم ، مرجع سابق، 2010 ، ص 121 .

وعلى هذا الأساس فقد خلصت محكمة النقض الفرنسية إلى أنه " حتى نكون بصدد تحكيم حسب المفهوم المستقر عليه لنظام التحكيم ، يتعين التحقق من إرادة الأطراف ذوي الشأن ، أنها قد اتجهت بالفعل إلى تخويل ذلك الغير أو الشخص الثالث سلطة قضائية¹⁹⁸ . ومن ثم يجب التأكد من إرادة الأطراف قد اتجهت بالفعل للإلتجاء إلى التحكيم ، على نحو يمكن معه الإطمئنان على أنهم قد قصدوا حقيقة اختيار التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات التي نشأت أو ستنشأ بينهم¹⁹⁹ .

فلا يجوز الإستناد إلى تواتر العمل بين الطرفين على التحكيم للقول بوجود اتفاق ضمني عليه²⁰⁰ .

أما إذا أبرم الطرفان عقداً وكان الإرتباط بينهما إرتباطاً عضوياً ، بحيث يعتبر العقد اللاحق مكملًا للعقد السابق ، فإن شرط التحكيم الوارد في العقد السابق يسري على ما ليه من عقود لاحقة مكملة له ، ويكفي أن ينص في العقد اللاحق على أن تطبق جميع الشروط الواردة في العقد السابق ودون الحاجة إلى النص صراحة شرط التحكيم الوارد فيه²⁰¹ .

لكن هذا التساؤل يقودنا إلى تساؤل أكثر دقة ومهنية ، وهو عندما يضع البنك شرط تحكيم في وثائقه أو بندا يحيل إلى لائحة خاصة بالبنك لفض المنازعات ، جعلت من التحكيم هو الأسلوب الوحيد لفض المنازعات فيما بين البنك وبقية أطراف العقد ، فهل نفترض هنا الرضا من قبل العميل ؟

للإجابة على هذا التساؤل لا بد أولاً من التمييز بين حالتين ، الحالة الأولى وتتمثل بمعرفة الطرف المتعامل مع البنك بوجود شرط التحكيم وما يترتب عليه من آثار ووافق عليه بإرادته الحرة ، ففي هذه الحالة يكتسب الشرط قوته نظراً لتوفر الإرادة الصريحة بين طرفي العلاقة والمتمثلة في إيجاب وقبول²⁰² .

¹⁹⁸ حكم محكمة النقض الفرنسية ، الدائرة المدنية ، الصادر في 25 / 05 / 1962 ، منشور في مجلة فرنسية للتحكيم 1962 ، ص 103 ، أشارت إليه سامية راشد ، مرجع سابق ، ص 355 .

¹⁹⁹ د/ نبيل اسماعيل عمر ، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية ، الطبعة الثانية ، النهضة العربية ، 2005 ، ص 47 .

²⁰⁰ د/ ناريمان عبد القادر ، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، 1996 ، ص 219 ، د/ أحمد سلامة ، قانون التحكيم ، مرجع سابق ، ص 257 .

²⁰¹ د/ فتحي والي ، قانون التحكيم ، مرجع سابق ، ص 100 .

²⁰² د/ علي صالح العوادي ، مرجع سابق ، ص 133 .

أما الحالة الثانية وهي التي يتجه فيها البنك إلى فرض التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات المصرفية التي تحدث بينه وبين عملائه ، فهنا نجد أن الرضا قد شابه عيب من العيوب ، وصار اللجوء إلى التحكيم إجباريا²⁰³ ، مما يعني حرمان أحد الأطراف حق من حقوقه الدستورية ، وبالتالي لا يعتد بشرط التحكيم في حالة ما إذا رفض الطرف الآخر التحكيم ، وأراد اللجوء إلى القضاء لفض المنازعات الدائرة بينه وبين البنك .

وهذا الرأي قد تبنته المحكمة الدستورية العليا بمصر في حكمها الشهير في قضية بنك فيصل الاسلامي وقضت بعدم دستورية الفقرة 2 من المادة 18 من القانون رقم 48 لسنة 1977 بإنشاء بنك فيصل الإسلامي التي توجب عرض كافة المنازعات التي تنشأ بين البنك وعملائه على التحكيم ، مؤكدة أنه لا يجوز للمشرع أن يفرض التحكيم قصرا على أشخاص لا يسعون إليه ويأبون الدخول فيه ، ومن ثم فإن كل تحكيم حمل إليه أطراف الخصومة ، ينبغي أن يعامل باعتباره تحكيما تم دون إتفاق لا يستنهض ولاية المحكمين²⁰⁴ .

كما ذهبت إلى القول "إن الأصل في التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار ، يعين بإختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع ، بقرار يكون نائيا عن شبهة الممالة مجردا من التحامل وقاطعا لدابر الخصومة من جوانبها التي أحالها الطرفان إليه ، ولا يجوز بحال أن يكون التحكيم إجباريا يذعن إليه أحد الطرفين ، انفاذا لقاعدة قانونية أمره لا يجوز الإتفاق على خلافها ، فالتحكيم لا يكون إراديا مصدره الإتفاق ، الذي يحدد به الطرفان نطاق الحقوق المتنازع عليها بينهما ، أو المسائل الخلافية التي يمكن أن تعرض لهما وإليه تترد السلطة الكاملة التي يباشرها المحكمون عند البت فيها ، وهما يستمدان من اتفاقهما على التحكيم ، إلتزامهما بالنزول على القرار الصادر منه وتنفيذه كاملا وفقا لفحواه " ²⁰⁵ .

²⁰³ د/ علي صالح العوادي ، مرجع سابق ، ص 134 .

²⁰⁴ الحكم في القضية رقم 13 لسنة 15 قضائية دستورية جلسة 17 / 12 / 1994 ، نشر بالجريدة الرسمية العدد رقم 2 بتاريخ 12 / 1 / 1995 .

²⁰⁵ حكم المحكمة الدستورية بجلسته 3 / 7 / 1999 في القضية رقم 104 لسنة 20 قضائية .

القانون الواجب التطبيق على الرضا وسلامته :

إن القانون الواجب التطبيق على الرضا وسلامته قد يخضع لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم الإتفاق الاصيلي²⁰⁶ .

والسند القانوني الذي يخضع له هذا الإتفاق في توافر التراضي وصحته وخلوه من العيوب هو قانون الإرادة أو الموطن المشترك أو قانون محل إبرام عقد الإتفاق²⁰⁷ ، وفقا لقاعدة الإسناد التي نظمها القانون المدني الجزائري من خلال المادة 18 المعدلة بموجب القانون (05-10) ، حيث نصت على أنه " يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين أو بالعقد .وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة ، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد " .

حيث يرى بعض الفقه أن إخضاع وجود التراضي وسلامته للقانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم ذاته ، ليس فقط لأن الأمر يتعلق بأخص المسائل التي تدخل في دائرة تطبيق هذا القانون ، بل أيضا لإتصال الأمر بتأمين المعاملات والأمانة في الإتفاق . بالإضافة إلى ذلك فإن قواعد التراضي وحماية الإرادة من العيوب هدفها قيام اتفاق تحكيم صحيح منذ البداية²⁰⁸ .

أما وفقا لاتفاقية نيويورك لعام 1958 فيعتبر الرضا من مقومات التحكيم ، حيث أشارت الفقرة الأولى من المادة الخامسة إلى ضرورة أن تتوفر لإتفاق التحكيم مقومات وجوده وصحته ، إذا ما أريد الإعتراف به وتنفيذه ، حيث نصت على أنه " لايجوز رفض الإعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الإعتراف والتنفيذ الدليل على (أ) أن الإتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم " .

²⁰⁶ د/ علي صالح العوادي ، مرجع سابق ، ص 135 .

²⁰⁷ د/ محمود مختار البريري ، مرجع سابق ، ص 45 .

²⁰⁸ د/ أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 384 ، د/ علي صالح العوادي ، مرجع سابق ، ص 135 .

فمن خلال هذا النص يتضح جليا أن الإتفاقية قد أعطت لأطراف العلاقة الحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق ، الذي يحكم اتفاقهم فيما يتعلق بالرضا وكافة المسائل المتعلقة به ، لكن في حالة عدم تحديد الأطراف ذلك ، فإن الإتفاقية قد وضعت قاعدة إسناد إحتياطية تعالج كافة الحالات الأخرى التي لا يوجد بصدها قانون اختاره الأطراف بالتطبيق لقاعدة الإسناد الأصلية لتفادي الحلول المتضاربة التي قد تؤدي إليها تطبيق قواعد الإسناد الوطنية ، استحدثت قاعدة إسناد دولية تلزم القاضي الوطني في مختلف الدول الأعضاء، مفادها تطبيق قانون الدولة التي صدر فيها الحكم المطلوب تنفيذه²⁰⁹ .

ومؤدى ذلك النص أن الإتفاقية افترضت في أن حكم المحكمين الأجنبي المطلوب تنفيذه في دولة القاضي ، ارتكز في أساسه إلى اتفاق توافرت فيه مقومات وجوده وصحته ، فأقامت بذلك قرينة قانونية من شأنها نقل عبء اثبات لكل إدعاء بإنعدام هذا الإتفاق أو عدم صحته إلى عاتق من يطلب تنفيذ الحكم ضده ، وجعلت المرجع في ذلك إلى القانون الذي اختاره الأطراف ليحكم اتفاقهم على التحكيم ذاته ، أو ليحكم العقد الأصلي الوارد في اتفاق التحكيم في إطاره أو إلى قانون البلد الذي صدر فيه الحكم ، عند عدم وجود هذا الإختيار وفقا لقاعدة إسناد موحدة دوليا ، تكفل لهذا القانون وحده دون غيره الإختصاص بحكم الإتفاق التحكيمي ، في كل ما يتصل بالشروط الموضوعية اللازمة لوجود صحته ، وترتيبه لآثاره فيما عدا الأهلية التي تخضع للقانون الشخصي لطرفي التحكيم²¹⁰ .

وقد اتجه القضاء الفرنسي إلى عزل تراضي الأطراف عن البنود الأخرى لشرط التحكيم ويمكن القول أن الخط الفاصل المرسوم بواسطة مبدأ استقلال شرط التحكيم ، يمكن أن يمر داخل الشرط نفسه ، يفصل الإتفاق حول التحكيم عن الإشتراطات المتعلقة بتطبيقه ، وقد أجابت محكمة النقض بالإيجاب ، وهي تفرق بين الرضا بالتحكيم الذي يكون جوهر شرط التحكيم والإشتراطات المتعلقة بطرق الطعن²¹¹ .

²⁰⁹ د/ سامية راشد ، مرجع سابق ، ص 319 .

²¹⁰ نقض مدني 1996 /3/27 ، الطعن رقم 2660 لسنة 59 قضائية ، مجموعة النقض السنة 47 ، الجزء الأول قضية 107 ، ص 558 .

²¹¹ cass.civ, 13 mars 2007 , Rev.arb, 2007 ,N °3 , p 499 .

وهذا التطبيق لمبدأ استقلال شرط التحكيم قد اعتبر مغالاً فيه ، إذ لوحظ أن أساس التحكيم مستمد من إرادة الأطراف وهي لا تتفق مع مبدأ الإستقلال ، و قد ذهب بعض الفقه إلى عدم رضائه عن هذا الإتجاه ، حيث أشاروا إلى أن محكمة النقض تعطي معنى آخر لإستقلال شرط التحكيم في مواجهة الأطراف ، والصحيح أن الأساس المستمد من رضا المتعاقدين قد تم إضعافه استبعاد الإشتراطات غير الصحيحة وهو شرط حتمي .²¹²

وبالتالي هل ننفذ أساس الرضا المكون بطريقة ناقصة، أم يكون من الأفضل أن نضع حدا لوجوده. واللجوء إلى مبدأ استقلال شرط التحكيم عندما تكون صحة شرط التحكيم محل التساؤل حول طبيعة هذا الإستقلال .لذا فإنه من المنطقي أن نفصل الرضا بالتحكيم عن القواعد العامة ؛ لأنه يأخذ بنظام مخالف لها .إن إتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم هو المكون الرئيسي للشرط ، و هو الذي يؤسس اختصاص المحكمين بعيدا عن تحكم القوانين الوطنية .

وبالتالي فإن اتفاق التحكيم هو عقد رضائي ينعقد بالتراضي، ومن ثم فإنه يلزم أن يكون هذا الرضا صحيحا، بحيث يكون صادرا عن أهلية تعتد بها الأنظمة الوضعية ، وترتب عليها الآثار القانونية اللازمة وأن يكون خاليا من العيوب المفسدة المتعارف عليها .

لكن لصحة اتفاق التحكيم إضافة إلى الرضا أن يصدر من أشخاص تتوفر لهم أهلية الإتفاق على التحكيم . فماهي الأهلية المطلوبة لأطراف العلاقة المصرفية ، حتى يبرموا اتفاق التحكيم ، وهذا ما سنتناوله من خلال الفرع الثاني والذي نتناول فيه شرط الأهلية كأحد شروط صحة اتفاق التحكيم .

²¹² د/ علي صالح العوادي ، مرجع سابق ، ص 137.

الفرع الثاني

الأهلية

تنص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها ."
يتضح من هذا النص أن الأهلية المطلوبة²¹³ لصحة اتفاق التحكيم هي أهلية التصرف بالنسبة للحق المتفق على التحكيم فيه وليس أهلية الاختصاص²¹⁴ .
فالشخص (الطبيعي) الذي لا يملك أهلية التصرف في حقوقه كالقاصر أو المحجور عليه لا يملك أن يكون طرفا في اتفاق التحكيم ، وبالنسبة إلى الولي أو الوصي أو القيم فلا يستطيع إبرام اتفاق تحكيم إلا بعد الحصول على إذن بذلك من المحكمة .

وبالنسبة للمفلس سواء كان شخص طبيعي أو اعتباري وإن كان غير ناقص الأهلية ، إلا أنه ممنوع من التصرف في حقوقه ، فلا يجوز له الإتفاق على التحكيم ، وإذا أبرم مثل هذا الإتفاق فلا يكون باطلا بل لا يحتج به على جماعة الدائنين²¹⁵ .

كما اشترطت اتفاقية نيويورك لعام 1958 توافر الأهلية لإبرام إتفاق التحكيم ، حيث نصت على ذلك المادة 5/ بقولها " يجوز رفض طلب الإعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه وذلك بناء على طلب المدعى عليه ، شريطة أن يقدم هذا الأخير إلى الجهة المقدم إليها ذلك الطلب إثباتا بمايلي : (أ) إن أطراف الإتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا فاقدي الأهلية طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم ... " و طبقا لهذا النص ، فإن شرط الأهلية له دور بارز في إتمام حكم التحكيم وتنفيذه ، ومن ثم فإن إتفاق التحكيم يكون مصدره من قبل أطراف يتمتعون بالأهلية اللازمة لإبرامه ، ولم تضع اتفاقية نيويورك قاعدة إسناد موحدة دوليا لتحديد القانون الواجب التطبيق على الأهلية ، إنما أخضعت الأهلية للقانون الشخصي

²¹³ د/ فتحي والي ، مرجع سابق ، ص 716 .

²¹⁴ د/ السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المجلد الأول (مصادر الالتزام) ، 1981 ، ص 342 وما بعدها .

²¹⁵ د/ عاطف شهاب ، اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي ، القاهرة ، دون سنة نشر ، ص 96 .

ولم توضع المقصود بالقانون الشخصي ، حيث أن الأنظمة القانونية في العالم منقسمة حول معنى القانون الشخصي إلى قسمين :

القسم الأول يعتبر قانون الجنسية هو القانون الشخصي ، كالقانون الفرنسي والجزائري والمصري .

للقسم الثاني يعتبر قانون الموطن هو القانون الشخصي كالقانون الإنجليزي والأمريكي²¹⁶ وقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى القول " بأن الإتفاقية جعلت المرجع في إنعدام إتفاق التحكيم أو عدم صحته فيما عدا الأهلية للقانون الذي اختاره الأطراف ليحكم اتفاهم على التحكيم ذاته، أو ليحكم العقد الأصلي الوارد في اتفاق التحكيم في إطاره أو إلى قانون البلد الذي صدر فيه الحكم عند وجود هذا الإختيار وفقا لقاعدة إسناد موحدة دوليا²¹⁷ ."

فالأهلية إذا تخضع للقانون الشخصي لطرف التحكيم الذي يدور البحث حول اكتمال أو نقصان أهليته وقت إبرام إتفاق التحكيم أو العقد الأصلي المتضمن شرط التحكيم .

البند الأول

أهلية الشخص الطبيعي

إن سن الرشد في القانون الجزائري هو تسعة عشر سنة ميلادية كاملة وفقا لنص المادة الأربعين من التقنين المدني ، مع عدم الحجر لجنون أو عته أو سفه أو غفلة .

أما بالنسبة للطرف الأجنبي فإن أهليتهم تخضع لقانونهم الشخصي وفقا للمعيار في كل بلد. أما إذا كان من أبرم الإتفاق على التحكيم وكيفا عن الأصيل أو ممثلا له ، تعين أن له سلطة إبرام الإتفاق نيابة عن الأصيل وإلا كان الإتفاق باطلا²¹⁸ .

²¹⁶ د/ عبد الحميد الأحمد ، اتفاقية نيويورك بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية 1958 ، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي ، عدد خاص ، ص 10 .

²¹⁷ طعن رقم 5169 لسنة 62 قضائية جلسة 27 / 3 / 1996 ، مجموعة أحكام النقض ، المكتب الفني ، الجزء الأول ، 575 .

²¹⁸ د/ أحمد السيد صاوي ، مرجع سابق ، ص 37 .

البند الثاني

أهلية الدول والأشخاص العامة في الإتفاق على التحكيم

في إطار الإتفاقيات الدولية لم يتضمن بروتوكول جنيف لسنة 1923 واتفاقية جنيف لسنة 1927 واتفاقية نيويورك لسنة 1958 أي نص يتعلق بأهلية الدول والأشخاص المعنوية العامة في اتفاق التحكيم ، إلا أنه ذهب جانب من الفقه إلى نطاق تطبيق اتفاقية نيويورك ليشمل اتفاقات التحكيم التي تكون الأشخاص العامة طرفا فيها مستنديين في ذلك إلى الفقرة الأولى (1) من المادة الخامسة (5) التي حددت مجال تطبيق الإتفاقية بـ "الأحكام الصادرة في منازعات ناشئة عن علاقات بين أشخاص طبيعية أو أشخاص معنوية ... " فقد جاء إصطلاح الأشخاص المعنوية مطلقا من كل قيد ²¹⁹ .

كما نجد أن الاتفاقية الأوروبية لسنة 1961 بشأن التحكيم التجاري الدولي أكدت صراحة على أهلية الأشخاص المعنوية العامة من الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم حسب نص المادة الثانية الفقرة الأولى ، كما نصت في الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه " يجوز لكل دولة عند التوقيع أو التصديق على الإتفاقية أو الإنضمام إليها أن تقيد من هذه القدرة وفق الشروط المبينة في إعلانها " ²²⁰ .

وفي إطار القوانين الوطنية ، فهناك قوانين وطنية قررت أهلية الدولة والأشخاص العامة في إبرام اتفاقات التحكيم خاصة في مجال المعاملات الدولية الخاصة ، فقد اعترفت بذلك معظم قوانين الدول الأوروبية مثل النمسا وإسبانيا وسويسرا والدول الإسكندنافية (الدنمارك وفنلندا والسويد والنرويج) وألمانيا، إضافة إلى القانون المصري الجديد للتحكيم رقم 27 لسنة 1994 في مادته الأولى ، وهناك قوانين وطنية حظرت على الدولة والأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم ، فحظرت بعض الدول العربية كذلك من بينها السعودية وليبيا والجزائر.

²¹⁹ د / قادري عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص 317 - 318 .

²²⁰ د/ قادري عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص 319 - 320 .

لكن المشرع الجزائري في نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (08-09) في فقرتها الثالثة " ... ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ، ما عدا في علاقاتها الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية ". نجد أن المشرع الجزائري قد أورد هذه المادة في أحكام ونصوص التحكيم الداخلي ولا نجدها في أحكام التحكيم التجاري الدولي .

ويفهم من خلال هذا النص أن المشرع أخذ مبدأ عام وهو عدم جوازية اللجوء إلى التحكيم للأشخاص المعنوية العامة باستثناء ما يخص علاقاتها الإقتصادية الدولية وفي إطار الصفقات العمومية .

بينما وقبل صدور المرسوم التشريعي (93 - 08) الملغى كان هناك قانون يحظر على الدولة والأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام اللجوء إلى التحكيم ، إلا أنه لم يكن مطبقا عمليا ، فكانت عقود الدولة المتعلقة بالتجارة الدولية غالبا ما تتضمن شرطا تحكيميا يحيل إلى تحكيم مركز تحكيمي دائم خصوصا تحكيم غرفة التجارة الدولية في باريس²²¹ . وعلى وجه الخصوص في إطار عقود البترول المبرمة مع الشركات الأجنبية تتضمن شروطا للتحكيم ، ويمكن أن نذكر على سبيل المثال في العقود التي أبرمتها شركة سونطراك الجزائرية مع شركات البترول الأجنبية ومنها العقد التكميلي المبرم في 27 ماي 1972 بين شركة جي تي و سونطراك ، فنصت المادة (12) من هذا العقد على الأخذ بالتحكيم.

أما النصوص الجديدة الملغاة والسارية المفعول جاءت تركز الممارسة العملية والسماح للدولة والأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام باللجوء إلى التحكيم في علاقاتهم التجارية الدولية²²² .

²²¹ د/ عبد الحميد الأحذب ، التحكيم في البلدان العربية ، مرجع سابق ، ص 369 .

²²² د/ عبد الحميد الأحذب ، التحكيم في البلدان العربية ، مرجع سابق ، ص 369 .

البند الثالث

أهلية البنوك في إبرام اتفاق التحكيم

إذا كان للشخص الطبيعي الحق في اللجوء إلى التحكيم إذا ما توفرت الشروط التي حددها القانون. فهل يحق أيضا للشخص الاعتباري إبرام مثل هذا الإتفاق ؟

يحق للشخص الاعتباري الإتفاق على التحكيم وفقا لصريح النص القانوني الذي ساوى بين الشخص الطبيعي والاعتباري في حقهما في اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات من خلال نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري السالفة الذكر ، مع استثناء للأشخاص الاعتبارية العامة²²³ في علاقاتها الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية .

وبما أن دراستنا تهتم بالبنوك ، فسينصب إهتمامنا عليها كشخصيات إعتبارية ، حيث أنه يحق لها اللجوء إلى التحكيم متى ما اكتسبت الشروط التي يتطلبها القانون لإقرار بشخصيتها الإعتبارية ، بعد استيفاء الشروط المطلوبة لأجل القيد ، فمتى تم تسجيلها في السجل التجاري فعندئذ تكون قد اكتسبت الشخصية الإعتبارية . وبالتالي يتعين أن تكتمل للشخصية الإعتبارية مقومات وجودها قانونا وقت إبرام اتفاق التحكيم²²⁴ .

فالبنوك تتمتعها بالشخصية الإعتبارية ، تتمتع بذمة مالية مستقلة عن ذمة أعضائها ، و من ثم فهي تتمتع بالحقوق وتتحمل الإلتزامات وتتمتع بكافة مقومات الشخصية الإعتبارية التي تعطيها الحق في مباشرة كافة الأعمال لتحقيق الأهداف المنشودة من إنشائها²²⁵ . والسؤال الذي يطرح نفسه ، هل تملك البنوك كشخصيات إعتبارية أهلية الإتفاق على التحكيم ؟

²²³ الأشخاص الاعتبارية العامة هي الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري (المادة 49 من التقنين المدني الجزائري)

²²⁴ د/ السيد أحمد الصاوي ، مرجع سابق ، ص 39 .

²²⁵ المادة 50 من التقنين المدني الجزائري الساري المفعول .

إن البنوك عبارة عن شركات مساهمة تتمتع بالشخصية الاعتبارية ، وهذه الشخصية لا تظهر إلا متى استكملت كافة مقومات وجودها القانوني ، وصار لها ذمة مالية مستقلة عن أعضائها ، واستوفت إجراءات الشهر القانونية . فعندئذ يعتد باتفاق التحكيم الذي أبرمته هذه البنوك .

أما في حالة عدم استيفاء الإجراءات ، فإنه هذه الشخصية تظل متوافرة فيما بين الشركاء فقط ، ولا يجوز الإحتجاج بتوافرها على الغير لعدم وجود العلم المفترض نتيجة عدم إتمام الإجراءات المنوطة بها ، إلا أنه في مقابل ذلك يجوز للغير أن يتمسك بالشخصية المعنوية للشركة ، وتكون مسؤولية الشركاء مسؤولية تضامنية و حتى ولو كانت شركة أموال لتأخذ حكم شركات الأشخاص وهي مقيدة في السجل التجاري²²⁶ .

مما سبق يتبين لنا أنه متى توافرت الأهلية الكاملة لهذه البنوك ، جاز لها إبرام اتفاق التحكيم مع أي طرف محلي أو أجنبي ، وسواء أكانت العلاقة تعاقدية أم غير ذلك ، وفقا لنص المادة 1006 " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق الحرية في التصرف فيها . "

ولم تتضمن اتفاقية نيويورك أي قيود حول أهلية الأشخاص الاعتبارية الخاصة في الإتفاق على التحكيم ، وطبقا لهذه الإتفاقية فإن القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص الاعتباري هو القانون الشخصي ، سواء أكان هو قانون مركز الإدارة الرئيسي أو قانون مكان التأسيس ، حيث أن ذلك لا يؤثر على صحة هذا الإتفاق من حيث قدرة الشخص المعنوي الخاص على القيام به²²⁷ .

ويترتب على إنعدام الأهلية وفقا لاتفاقية نيويورك ، عدم الإعراف بالحكم وتنفيذه .

²²⁶ المادة 549 من التقنين التجاري الجزائري ، ونصها " لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري . وقبل إتمام هذا الإجراء يكون الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة و لحسابها متضامنين من غير تحديد أموالهم ، إلا إذا قبلت الشركة بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة . "

²²⁷ د/ أحمد محمد مخلوف ، اتفاق التحكيم كاسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، 2001 ، ص 84 .

البند الرابع

سلطة إبرام إتفاق التحكيم من قبل البنك

مادامت البنوك شخصيات إعتبارية يحق لها إبرام إتفاق التحكيم ، فمن هو الشخص المخول بإبرام هذا الإتفاق ؟

إن سلطة من يوقع إتفاق التحكيم عن البنك تكتسب أهمية خاصة²²⁸ ، تكمن فيما يترتب على هذا التوقيع من آثار ونتائج. وإذا كان رئيس مجلس إدارة البنك أو المدير العام يتمتع بسلطة إدارة البنك والقيام بكافة الأعمال التي تدخل حيز مهامه ليسير بها وفق ما هو مدرج من قبل الجمعية العامة ، فهل له الحق في إبرام إتفاق التحكيم من عدمه وفقا للأنظمة الخاصة بالبنك أو وفقا لتفويض من الجمعية العامة²²⁹ .

إن رئيس مجلس الإدارة أو المدير العام للبنك سلطة إدارة البنك ، فيجوز له إبرام إتفاق التحكيم نيابة عن البنك ، على الرغم من أنه لم يوكل في هذا العمل على وجه التعيين ذلك إن التحكيم صار من مستلزمات إدارة البنوك لفض منازعاتها مع الغير²³⁰ .

ونظرا لأهمية توقيع إتفاق التحكيم ، فإنه لا بد من أن تقتصر صلاحية التوقيع على بعض موظفي البنك من درجة معينة ، أو على عدد منهم مجتمعين ، و أن يكون هذا التعيين واردا في نظام البنك او في اللوائح والنشرات التي يعلنها البنك من حين لآخر ، فعندئذ يجب مراعاة أن يصدر التوقيع ممن له سلطة معينة ، وإلا كان الشرط عديم الجدوى²³¹ .

²²⁸ د/ على صالح العوادي ، مرجع سابق ، ص 145 .

²²⁹ د/ على صالح العوادي ، مرجع سابق ، ص 145 .

²³⁰ د/ محسن شفيق ، مرجع سابق ، ص 178 .

²³¹ على جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، دار النهضة العربية ، 2002، ص 549

توقيع اتفاق التحكيم ممن لا يملك سلطته

قد يوقع اتفاق التحكيم ممن له سلطة في توقيع مثل هذا الإتفاق وإبرامه ، لذا لا بد من الوقوف عند هذه المسألة لأهميتها في الحياة العملية في مجال البنوك وتعاملها مع الغير. استند بعض الفقه في الإجابة على التساؤل بعد طرحه إلى حكم لمحكمة النقض الفرنسية في قضية تتعلق بالكفالة المصرفية وإسقاطه على جميع العمليات البنكية ، مشيراً إلى أنه متى وقع مدير البنك على إجراء بالرغم من أن النظام الأساسي لا يعطيه هذه السلطة ، فإن البنك يلتزم به ، ولو لم يكن قد صدر خطأ تسبب في اعتقاد العميل أن للمدير هذه السلطة ، وبما أن العميل كان يعتقد بحق أن المدير يتصرف في حدود سلطته المعتادة التي جرت به العادة التجارية في ظروف مماثلة .

فمن خلال هذا الحكم نجد أن القضاء سعى لحماية المظهر الذي اعتمد عليه الطرف الآخر ، حتى ولو كانت الوكالة قائمة على مظهر كاذب ، من غير الحاجة إلى تأسيس حق الغير على خطأ صدر من الموكل أدى إلى خلق هذا المظهر ، وذلك بالرغم من أن هذا الغير كان بإمكانه تفادي الوقوع في الغلط بأن يطلع أو يطلب الإطلاع على سلطات المدير في نظام الشركة .

وقد رتب الفقه على هذا الحكم نتائج هامة ، منها أن شهر سلطات المدير بشهر نظام الشركة لا يكفي لحرمان الغير من التمسك بالوضع الظاهر ، مادام الغير حسن النية في النظر إلى أن العملية كانت تدخل في السلطات العادية للمدير و من قام بالتوقيع ، وهذا حفاظاً على استقرار المعاملات .

ويقضي المشرع التجاري الجزائري من خلال نص المادة 622 على أن يخول مجلس الإدارة كل السلطات للتصرف في كل الظروف بإسم الشركة ، ويمارس هذه السلطات في نطاق هذه السلطات موضوع الشركة مع مراعاة السلطات المسندة في القانون لجمعيات المساهمين .

و أوجب على الشركة الإلتزام في علاقاتها مع الغير حتى بإعمال مجلس الإدارة التي لا تتصل بموضوع الشركة ، إلا إذا ثبت أن الغير كان يعلم بأن الغير تجاوز هذا الموضوع أو كان لا يستطيع أن يجهله مراعاة للظروف ، ويعتبر نشر القانون الأساسي وحده غير كاف لإثبات سوء نيته أو إقامة هذه البيئة على حسب تعبير المشرع حماية منه له ²³².

وعليه نقول في الأخير ، أن رئيس مجلس الإدارة أو المدير العام للبنك الذي منحه مجلس الإدارة والجمعية العامة للبنك سلطة الإدارة وإبرام الإتفاقيات ، يجوز له أن يبرم اتفاق التحكيم ، حيث أن مثل هذا الإتفاق تقتضيه طبيعة العمل في المجال التجاري ، فالتحكيم هو الوسيلة الأكثر ملائمة في فض المنازعات في مجال التجارة الدولية ، ويرى الفقه أنه من غير المنطقي في التعامل المعتاد أن يطلب الطرف الآخر منه تفويضا خاصا لإبرام إتفاق التحكيم ، لأن الواقع أثبت أن اتفاق التحكيم صار من مستلزمات الإدارة . إلا إذا وجد نص في عقد التأسيس أو في نظام ولوائح البنك يستوجب الحصول على إذن من مجلس الإدارة أو تفويض من الجمعية العامة . و مع حماية الغير حسن النية الذي تعامل مع الجانب الظاهر ، بإعتباره غير ملزم بالتحري عن صلاحيات هذا أو ذاك ، طالما جرى التعامل على أن إبرام مثل هذا الإتفاق يدخل في صلاحيات المدير الذي تعامل معه .

الفرع الثالث

قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم

إن هناك بعض القواعد في العمليات المصرفية لها طابع أمر ، وبالتالي فهي تخضع للنظام القضائي ، ولا يجوز التحكيم فيها لتعلقها بالنظام العام ، ذلك أن المنازعات المتعلقة بتنظيم العمليات المصرفية ، و شروط عمل المؤسسات البنكية لا تقبل التحكيم ، وكذا معاملات البنوك مع عملائها المقيدة بقواعد أمر ، التي هي عبارة عن مجموعة من

²³² المادة 623 من التقنين التجاري الجزائري المعدل والمتمم .

القواعد التي تفرضها السلطات العامة في الدولة المتعلقة بالسياسة الاقتصادية والنقدية التي يفرضها المشرع²³³ .

وعليه يمكن القول في هذا الصدد أن هناك مسائل غير قابلة للتحكيم ، وذلك لخضوعها للنظام العام الذي يختلف باختلاف المكان والزمان .

ولقد تناول المشرع الجزائري مسألة قابلية النزاع للتحكيم من عدمه من خلال الفقرة الثانية (2) من المادة 1006 بقولها " لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم ."

وإذا توجهنا إلى القانون المدني في الفصل الخاص بالصلح وبالتحديد إلى نص المادة 461 التي تنص على أنه " لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو أهليتهم لتعلقها بالنظام العام ، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية الناجمة عن الحالة الشخصية ."

إذا وتفسيرا للجزء الثاني من نص المادة 1006 السالفة الذكر أن المشرع كان يقصد عدم جواز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ، مادام يوجد هناك تطابق مع ما تضمنته المادة 461 من التقنين المدني .

مع العلم أن أغلبية التشريعات العربية في قوانينها الخاصة بالتحكيم تنص صراحة على عدم جواز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ، بخلاف المشرع الجزائري .

كما نصت المادة الثانية الفقرة منها على أنه يتعين أن يكون الموضوع من المسائل التي يجوز تسويتها عن طرق التحكيم ، ونصت المادة الخامسة في فقرتها الثانية على أنه " يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الإعراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الإعراف أو التنفيذ إذا تبين لها :

1- إن قانون ذلك البلد لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم .

²³³ الأمر رقم (90 - 10) المتضمن المؤرخ في 1990 قانون النقد والقرض الجزائري المعدل و المتمم .

2- إن في الإعراف بحكم المحكمين أو تنفيذها ما يخالف النظام العام في هذا البلد ."

وإذا كانت الفقرة ثانية من المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية استثنت المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم وكذا المسائل المتعلقة بالنظام العام من أن تكون خاضعة للتحكيم ، فإن الذي يهمننا بالدراسة قضية النظام العام ، الذي يجد سنده أيضا من خلال النصوص العامة في القانون المدني .

فإتفاق التحكيم يجب أن يتم في محل يكون موجودا أو ممكنا ، وأن يكون معين أو قابل للتعيين ، وأن يكون قابلا للتعامل فيه .²³⁴

حيث تنص المادة 94 من التقنين المدني الجزائري على أنه " إذا كان محل الإلتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة ، كان باطلا بطلانا مطلقا ."
وعلى ضوء ذلك ، متى كان اتفاق التحكيم منصبا على محل مخالف للنظام العام ، كان الإتفاق باطلا تطبيقا لقاعدة "ما بني على باطل فهو باطل" ، كما يكون كذلك إذا كان مستحيلا بذاته ، فمثلا جريمة الإختلاس من أموال البنك لا يجوز فيها التحكيم والإستحالة قد ترجع إلى طبيعة المحل أو إلى حكم القانون . ولا يقصد بلفظ موجودا أن يكون المحل الخاضع لإتفاق التحكيم موجودا وقت التعاقد ، فالمحل الذي سيكون موجودا في المستقبل يجوز أن يخضع لإتفاق التحكيم ، حيث نصت المادة الفقرة الأولى من المادة 92 من التقنين المدني على أنه " يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئا مستقبلا ومحققا²³⁵ ."

كما يجب أن يكون المحل الوارد عليه إتفاق التحكيم مشروعاً بمعنى غير مخالف للنظام العام والآداب العامة .

لكن المشكل الذي يطرح نفسه وبقوة هو فكرة النظام العام ، حيث تختلف وكما سبق الذكر من دولة إلى أخرى ومن مجتمع إلى آخر ، كما أن النظام العام الداخلي يختلف عن النظام العام الدولي ، لذا قد يبطل الإتفاق على التحكيم إذا كان وطنيا ، ويكون هو نفسه صحيحا إذا كان دوليا . القواعد المقررة لبطلان التعامل على أساس الذهب أو عملة أجنبية

²³⁴ د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الإلتزام ، مرجع سابق ، ص 502 وما بعدها .

²³⁵ من غير المعقول أن يكون الأمر مستقبلا ومحققا .

هي من قواعد النظام العام الداخلي ، وعند تطبيق مثل هذه القواعد على المعاملات الدولية ، فإنها ستعطي آثار سلبية ، حيث ستحجم الشركات الأجنبية في مختلف مجالات تجارة السلع والخدمات عن التعامل مع الأطراف الوطنية ، مما يؤدي إلى نتائج سلبية ويلحق الضرر بالمصالح والاقتصاد الوطني . ومن ثم يكون من الملائم وفقا لمتطلبات التجارة الدولية تضييق نطاق تطبيق هذه القواعد على المعاملات الداخلية فقط ، لإعتبار أن تلك القواعد مخالفة للنظام العام الدولي²³⁶ .

كما أنه لا يجوز التحكيم حول منازعة تتضمن مخالفة لتشريعات الصرف الأجنبي حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أنه يجب التفرقة بين شرط التحكيم في إتفاق باطل لمخالفته تشريع الصرف الأجنبي وذلك الذي يتضمنه إتفاق صحيح ، وإنما يتوقف نفاذه على ترخيص الجهة المختصة²³⁷ .

ففكرة النظام العام لا يمكن أن يوضع لها تعريف محدد ، لأن فكرة النظام العام فكرة نسبية معيارية تختلف باختلاف الزمان والمكان ، فهي تختلف من دولة إلى أخرى وتختلف أيضا في نفس الدولة لإختلاف الزمان .

لكن الكل متفق على أنه مجموعة القواعد القانونية التي تهدف إلى المحافظة على الكيان السياسي والإقتصادي والأخلاقي للدولة ، وتضع في الإعتبار سمو المصلحة العامة على المصلحة الفردية دون أن تغفل أو تتجاهل كلية المصلحة الفردية²³⁸ .

ماهو الحل في حالة ما إذا اشتمل إتفاق التحكيم في شق منه على منازعات لا يجوز التحكيم فيها ؟

²³⁶ د/ أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 393 .
²³⁷ نقض فرنسي تجاري ، 30 جوان 1980 ، مشار إليه في بوايسون ، ص 40 ، هامش 49 ، أشار إليه د/ فتحي والي ، مرجع سابق ، 126 .
²³⁸ د/ أشرف عبد العليم الرفاعي ، إتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 29 ، 2006 .

نجد أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري لم ينص على عدم جواز تجزئة التحكيم ، في حين أن القانون المدني ينص في المادة 466 على أن الصلح لا يتجزأ ، فبطلان جزء منه يقتضي 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 المتعاقدين قد اتفقا عن أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض .

فيتضح من هذا النص أنه ينبغي التفرقة بين نوعين من التحكيم :

التحكيم بالصلح والتحكيم بالقضاء، فالتحكيم بالصلح طبقاً لنص المادة السابقة غير قابل للتجزئة وبناء عليه ، فإنه إذا اشتمل عقد التحكيم في شق منه على منازعات لا يجوز التحكيم فيها يترتب على ذلك بطلان العقد كله ، بحيث أنه ينزل الشخص عن جزء مما يدعيه في مقابل أن ينزل باقي أطراف العقد أيضاً عن جزء مما يدعونه فهو على هذا النحو لا يتجزأ²³⁹ .

أما إذا تبين من عبارات العقد أو من ظروف العقد أن المتعاقدين قد اتفقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض ، فإن هذا الإتفاق لا يكون باطلاً إلا في الجزء الذي اشتمل على منازعة لا يجوز التحكيم فيها .

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

²³⁹ د / أحمد أبو الوفا ، التحكيم الإختياري والإجباري ، مرجع سابق ، ص 116 .

وإذا عرض على المحكم موضوع يتألف من عدة طلبات بعضها يتصل بالنظام العام دون البعض الآخر ، وجب عليه أن يمتنع عن الفصل في الشق المتصل بالنظام العام لإنتفاء سلطته في ذلك ²⁴⁰ .

المطلب الثاني

الشروط الشكلية للتحكيم

من المتفق عليه أن التحكيم في أساسه يقوم على توافق إرادتين ، إلا أنه ونظرا لما يترتب عليه من آثار فإنه لا بد من إفراغه في محرر مكتوب ، لتعتبر الكتابة شرطا شكلي للتحكيم والتي كانت ماثرا للجدل ، حيث وجد إتجاهين حول الكتابة ، الإتجاه الأول يرى أن الكتابة وسيلة إثبات ، بينما يرى الثاني أن الكتابة شرط للإنعقاد .

الفرع الأول

الكتابة وسيلة لإثبات اتفاق التحكيم

اختلفت الأنظمة القانونية فيما بينها حول كتابة اتفاق التحكيم ، حيث ذهب بعض الأنظمة إلى اعتبار الكتابة التي تطلبها في الإتفاق على التحكيم مجرد وسيلة إثبات ، ومن هذه الأنظمة القانون الإماراتي في قانون الإجراءات المدنية ، حيث نص في المادة 2/203 على أنه " لا يثبت الإتفاق على التحكيم إلا بالكتابة . " وقانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 13 في سنة 1990 في المادة 190 " ولا يثبت الإتفاق على التحكيم إلا بالكتابة . " والمشرع الكويتي في قانون المرافعات المدنية رقم 38 لسنة 1980 من خلال نص المادة 173 " ... ولا يثبت التحكيم إلا بالكتابة . " وكذا المشرع التونسي من خلال قانون التحكيم التونسي رقم 43 لسنة 1993 حيث نص في الفصل السادس على " لا تثبت اتفاقية التحكيم إلا إذا بكتب سواء كان رسميا أو خط يد أو محضر جلسة أو محضر محررا لدى هيئة التحكيم التي وقع اختيارها " . ونفس الموقف بالنسبة للمشرع اللبناني والعراقي والبحريني والليبي والسوري.

²⁴⁰ د/ أحمد أبو الوفا ، التحكيم الإجباري والتحكيم الإختياري ، مرجع سابق ، ص 116 .

ويترتب على ذلك عدم جواز إثبات اتفاق التحكيم بغير الكتابة كشهادة الشهود واليمين ، غير أنه ليس ثمة ما يمنع - في حالة عدم وجود نزاع في كينونة اتفاق التحكيم - أن يتم إثباته بالبينة أو اليمين . وعليه فالبطلان الناشئ عن عدم كتابة اتفاق التحكيم ليس بطلانا من النظام العام ، ويمكن تغطيته عن طريق التنفيذ الإختياري للأطراف . كما أنه في حالة عدم التوقيع على اتفاق التحكيم لا يؤدي إلى البطلان المطلق لهذا الإتفاق .

ويرى جانب من الفقه ²⁴¹ أنه لما كانت قواعد الإثبات الموضوعية لا تتعلق بالنظام العام ، فمن الواجب الإعتداد بإرادة الخصوم في صدد التحكيم ، بحيث إذا اتفق الخصوم على جواز الإثبات بغير الكتابة ، فيما كان يجب إثباته بها صح هذا الاتفاق ، لإعتبار أن القاعدة المطروحة لا تتعلق بالنظام العام .

ويرى بعض الفقه ²⁴² أنه إذا كانت الكتابة مجرد وسيلة لإثبات اتفاق التحكيم وليست ركنا للإنعقاد ، فمن الممكن إثبات عقد التحكيم بالإقرار أو أداء اليمين تسري فقط في صدد اتفاقات التحكيم الوطنية البحتة ، ولا تسري في شأن اتفاقات ذات الطابع الدولي التي تخضع لاتفاقية نيويورك سنة 1985 ، فطبقا لنص المادة الثانية من الإتفاقية ، تعد الكتابة شرط وجود لا إثبات ، وبالتالي لا يمكن الإستغناء عن الكتابة بأي وسيلة أخرى من وسائل الإثبات.

الفرع الثاني

الكتابة ركن لإنعقاد اتفاق التحكيم

ذهب أنصار هذا الإتجاه إلى القول بأن الكتابة ركن لإنعقاد إتفاق التحكيم ، وهذا ما تبنته بعض التشريعات ، حيث ذهب إلى اعتبار الكتابة ركنا لازما لإنعقاد اتفاق التحكيم . ويترتب على تخلفه البطلان وتبنى هذا الإتجاه المشرع المصري من خلال نص المادة 12 تحكيم مصري حيث أشار إلى أنه " يجب أن يكون التحكيم مكتوبا و إلا كان باطلا

²⁴¹ د/ أحمد أبو الوفا ، التحكيم الإختياري والإجباري ، مرجع سابق ، ص 25 - 26 .
²⁴² د/ أشرف عبد العليم الرفاعي ، مرجع سابق ، ص 299 .

ويكون إتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل وبرقيات أو غيرها من وسائل الإتصال المكتوبة ."

وفي النظام الفرنسي ، فقد تضمن المرسوم الصادر في 1980 حكمن أساسين بشأن شروط صحة إتفاق التحكيم ، فقد نصت المادة 1/1443 من تقنين المرافعات المدنية الفرنسي قبل تعديلها في 2011 على أن شرط التحكيم يجب أن يكون مكتوبا وإلا كان باطلا وذلك على عكس مشاركة التحكيم التي كانت الكتابة فيها شرطا للإثبات فحسب .

أما التعديل الذي جاء به المرسوم سنة 2011 فقد اتجه نحو توحيد النظام القانوني لشرط التحكيم ولمشاركة التحكيم ، ووضعهما تحت التعريف العام " إتفاق التحكيم " . فنصت المادة 1442 بعد التعديل على ان : " إتفاق التحكيم يجوز أن يتخذ شكل شرط تحكيم أو مشاركة تحكيم " .

ونحو توحيد النظام القانوني لشرط التحكيم ولمشاركة التحكيم ، فقد حرص واضعوا هذا التعديل ، على خلاف ما اقترحتة اللجنة الفرنسية للتحكيم على النص بأن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا سواء بالنسبة لشرط التحكيم أو لمشاركة التحكيم ، بإعتبار أن اتفاق التحكيم يمثل تصرفا خطيرا طالما أنه سيفضي إلى التنازل عن حق اللجوء لمحاكم الدولة .

وهكذا يكون النص الجديد أكثر صرامة من القديم الذي لم يفرض الكتابة كشرط لصحة اتفاق التحكيم الا بالنسبة لشرط التحكيم دون مشاركة التحكيم .

لكنه في مقابل ذلك فنجده قد خفف من صرامة الشرط الشكلي بنوع من التوازن ، عندما نص على أن إتفاق التحكيم " يجوز أن ينشأ من مكاتبات متبادلة أو من مستندات أو أية وثيقة أحال إليها الإتفاق الأساسي " .

أما فيما يتعلق بالتحكيم الدولي، فلم يفعل المرسوم الجديد سوى الإقرار بالحالة القانونية التي كانت موجودة ومطبقة في ظل مرسوم 12 ماي 1981. فوفقا للمادة 1495 القديمة التي كان من الجائز للأطراف الإتفاق على مخالفة النصوص الخاصة بالتحكيم الداخلي المتعلقة باتفاق التحكيم ، ومن ثمة لم يكن اتفاق التحكيم الدولي خاضعا لأي شرط شكلي ، طالما أنه يجوز للأطراف أن يخالفوا بشأنه القاعدة التي تتطلب الكتابة لإنعقاده ، وهو ما تبنته المادة 1507 الجديدة صراحة على أن " إتفاق التحكيم لا يخضع لأي شرط شكلي ."

أما المشرع الجزائري فقد كان واضحا بشأن ذلك ، إذا تعلق الأمر بشرط التحكيم الداخلي أو الدولي بصورة مطلقة و ذلك من خلال المادتين 1012 و 1014/2 حيث تنص الأولى على " يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا . " بينما تنص الثانية على " يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان ، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة ."

وقد اعتبرت اتفاقية نيويورك 1985 الكتابة ركنا أساسيا يجب توافره للقول بوجود إتفاق التحكيم ، حيث نصت في المادة 2/2 على أنه " تشمل عبارة (الإتفاق الخطي) الفقرة التحكيمية الواردة في أي عقد أو أية إتفاقية للتحكيم موقع عليها من قبل الفرقاء ، أو التي يمكن إستنتاجها من التحارير أو البرقيات المتبادلة بين الفرقاء " . كما تبني القانون النموذجي ذلك من خلال الفقرة الثانية من المادة السابعة 2/7 والتي نصت على أنه " يعتبر الإتفاق مكتوبا إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو توكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي ، تكون بمثابة سجل للاتفاق ..."

ومن خلال ماسبق ونظرا لخطورة الأثر الجوهري الذي يترتب عليه ألا وهو سلب قضاء الدولة اختصاصه الأصيل لصالح قضاء خاص وارتضاه الأطراف للفصل في النزاع

بينهم ، قامت الأنظمة السابقة بوضع قاعدة شكلية لتضبط مفهوم إتفاق التحكيم بصورة جامعة مانعة اشترطت صراحة الكتابة لصحة الإتفاق وللتحقق من وجوده²⁴³.

كما أن ذلك يرتب أيضا أثرا في حق الأطراف أنفسهم نتيجة عدم العلم إلى ما سينتهي إليه التحكيم، خصوصا إذا كان المحكم مفوضا بالصلاح الذي لا يتقيد بقواعد قانونية محددة وإنما القضاء وفقا لمبادئ العدل والإنصاف. لذا يجب التحقق من أن إرادة الأطراف كانت على وعي بحقيقة ما أقدموا عليه بإبرامهم اتفاق التحكيم²⁴⁴.

إذا وفي الأخير بشأن الكتابة في التحكيم سواء ورد في إطار شرط أو مشاركة أو إحالة يجب أن يكون مشمولا بها كشرط شكلي ليس فقط لإثبات العقد وإنما لإنعقاده وصحته ، ويترتب في حالة انعدام الكتابة البطلان كون إتفاق التحكيم لا ينعقد إلا بالكتابة ومن ثم لا يقوم مقامها حضور الخصوم أمام المحكم ، مع إمكان الأطراف الإتفاق على التحكيم أمامه وإثبات اتفاقهم في محضر الجلسة²⁴⁵.

ويتحقق شرط الكتابة في طلبات فتح الإعتماد المستندي بوضع البنك في تلك الطلبات شرط التحكيم ، ويوقع عليه ممثل البنك والعميل أو متى أحال البنك إلى شروط عامة متضمنة شرط التحكيم في أي نزاع دائر بين البنك والعميل ، فمتى تحقق العلم بوجود هذا الشرط وتوافرت باقي الشروط اكتسب قوته ونفاذه²⁴⁶.

كما يتحقق أيضا بأن يكون إتفاق التحكيم قد تم عليه من خلال المراسلات التبادلية بشتى وسائل الإتصال المختلفة ، بأن يتراسل البنك والعميل وفي مراسلاتهم هذه يتم الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم لفض النزاع بينهما ، ومع صدور موافقة من الطرف الآخر

²⁴³ نريمان عبد القادر ، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم ، مرجع سابق ، ص 263 .

²⁴⁴ د/ أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 424 .

²⁴⁵ د/ مصطفى الجمال ود/ عكاشة عبد العال ، مرجع سابق ، ص 381 .

²⁴⁶ د/ محمد على صالح العوادي ، مرجع سابق ، ص 215 .

واتصال هذا القبول بعلم الطرف الأول ، والهدف من ذلك هو الإطمئنان إلى أن الأطراف كانوا على علم بوجود شرط التحكيم²⁴⁷ .

أما السكوت فقد يكون قبولا إذا كانت هناك معاملات جارية بين الأطراف وكان التحكيم شرطا فيها ، أو إذا تعلق الأمر بتجديد عقد يتضمن شرط التحكيم ، أو في حالة إبرام عقد جديد يحيل إلى العقد السابق المتضمن لشرط تحكيم²⁴⁸ ، وذلك بالإعتماد على توجه الفعلي للأطراف إلى مد نطاق شرط التحكيم ليشمل العلاقة التي قد نشأ بمناسبة النزاع ، وذلك إذا تضمنت الوثيقة التعاقدية إشارة مباشرة لشرط التحكيم تفيد أنه كان محل اعتبار وقت التعاقد وأن تكون الصلة جدية بخصوص التحكيم بين العقد القائم المحال إليه والعقد الجديد المتضمن الإحالة ، والصلة الجدية تعني أنها ليست موضوع البحث لا موضوع الشك²⁴⁹ .

و تجدر الإشارة إلى أن اقتضاء الكتابة لإنعقاد الإتفاق على التحكيم يعتبر لازما ليس فقط لصحته وإنما كذلك لصحة أي تعديل لاحق لأي بند في إتفاق التحكيم²⁵⁰ .
فإن لهذا الإتفاق أثارا تمس العمليات المصرفية عموما والإعتماد المستندي خصوصا ، وعليه سنتناول ذلك في الباب التالي . لكن قبل ذلك لابد أولا من تبيان فيما إذا كانت قواعد التحكيم التجاري الدول هي ذاتها التي تطبق على التحكيم في قضايا المصارف والمؤسسات المالية وعلى وجه الخصوص في الاعتمادات المستندية .

يرى الفقه بالإجماع أنه لا تختلف قواعد التحكيم الدولي الأساسية المطبقة في القضايا المصرفية بأي وجه عن قواعد التحكيم الدولي في أي مجال آخر كعقود المقاولات أو عقود البيع والشراء في التجارة الدولية ، ابتداء من تقديم طلب التحكيم وانتهاء بصدور قرار المحكمين وتنفيذه . كما أن حرية الأطراف في اختيار المحكم تجعل من الممكن

²⁴⁷ المادة 61 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم في 2007 . إن الحكم المذكور قد اقتبس من القواعد العامة مع غياب نصوص خاصة في هذا الشأن بخلاف ما تضمنته بعض النظم العربية .

²⁴⁸ د/ محمود مختار البريري ، مرجع سابق ، ص 59 .

²⁴⁹ د/ عبد الحميد الأحذب ، التحكيم الدولي ، مرجع سابق ، ص 200 .

²⁵⁰ د/ فتحي والي ، مرجع سابق ، ص 136 .

الإطمئنان إلى معرفتهم الفنية المباشرة بالموضوع المصرفي ، خلافا لحالة القضاء العادي الذي يحتاج فيه القاضي في المواضيع المعقدة إلى تقارير الخبراء من المختصين .

وهذا ما أكدته توصية إتحاد بنوك مصر بندوة التحكيم كبديل للتقاضي²⁵¹ إلى البنوك بأن طرق التقاضي العادية أو كبديل لها ، حيث جاء فيها " إتخاذ التحكيم طريقا موازيا للطريق القضائي في فض المنازعات المصرفية .2 / إنشاء لجنة لدى الإتحاد تقوم بالرد على استفسارات البنوك في المرحلة الأولى للتطبيق .3/ تطبيق بدائل التحكيم عن طريق الإتحاد وهذا الإقتراح في الواقع المعمول به فعلا ، إذ يقوم الإتحاد بدوره في الوساطة والتوفيق بين البنوك ، أما بين البنوك و العملاء فتوجد هذه الوسائل لدى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي .4/ إنشاء غرفة للمنازعات بالإتحاد تبدأ ببدائل التحكيم مثل الوساطة والتوفيق وتنتهي بالتحكيم .5/ العمل على إعداد كوادرن من المحكمين المصرفيين عن طريق إتحاد البنوك تشرف عليه اللجنة المشار إليها في التوصية الثانية .6/ إعداد قائمة محكمين في الأعمال المصرفية تقدم لقيدها مركز القاهرة الإقليمي ولقيدها كذلك في قائمة وزارة العدل التي تصدر سنويا في الوقائع المصرية .7/ اعتماد الصيغة النموذجية لإتفاق التحكيم كما وردت في بحث الدكتورة ناريمان عبد القادر كصيغة مبدئية قابلة للتعديل بما يناسب كل حالة على حدة .8/ إبلاغ البنوك أن لها حرية اختيار التحكيم الحر أو النظامي واختيار التحكيم طبقا للقانون أو طبقا للعدالة أو طبقا للشريعة (الخاص بالبنوك الإسلامية) .9/ تقديم اقتراح كليات الحقوق بالعناية بتدريس أعمال البنوك كمادة قانونية منفصلة .10/ إقامة دورات تدريبية للقانونيين لدى الإتحاد والمعهد المصرفي ومركز القاهرة الاقليمي .11/ أن ينظم البنك المركزي المصري مركزا للخبرة لغرض الإستعانة به بدلا من خبراء وزارة العدل بالإتفاق مع وزارة العدل .12 / قدمت اقتراحات بإنشاء دوائر متخصصة بالمحاكم وقد سبق أن تقدم الإتحاد بهذا الطلب إلى وزارة العدل ضمن طلبات أخرى كثيرة . تعتبر التحكيم أحد السبل المرغوب فيها لسرعة حسم المنازعات المصرفية

²⁵¹ الندوة المنعقدة في القاهرة 21 / 7 / 1996 للدكتورة ناريمان عبد القادر ، مرجع سابق .

الباب الثاني

أثر اتفاق التحكيم في الاعتماد المستندي

يترتب على إتفاق التحكيم أثران هاما أحدهما إيجابي والآخر سلبي ، أما الإيجابي يتمثل في حق كل من طرفيه الإلتجاء الى التحكيم ، والأثر السلبي يتجلى من خلال إلتزام كل من أطراف العلاقة التحكيمية بعدم الإلتجاء إلى القضاء ، وحل منازعاتهم عن طريق التحكيم . وقبل الولوج بتعمق في ذلك ينبغي علينا لزاما التطرق إلى ماهية الإعتقاد المستندي سواء على الوجه التقليدي أو الحديث (الإلكتروني) ، باعتبار أن هذا الأخير محل الدراسة بالتوازي مع التحكيم . لذا سنتناول في الفصل الأول من هذا الباب الإعتقاد ماهية المستندي التقليدي والإلكتروني ، أما الفصل الثاني فسنخصصه للآثار .

الفصل الأول

الإعتقاد المستندي التقليدي والإلكتروني

إن الإعتقاد المستندي وضرورته في تنفيذ العقود التجارية الدولية لم يقف صامدا أمام التطور التكنولوجي المستمر ، لذا كان لزاما بل وضرورة إضافة إلى الخصوصيات التي يتمتع بها الإعتقاد المستندي أن يخضع لهذا التطور . وعليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين يكون الأول للإعتقاد المستندي التقليدي والثاني للإلكتروني .

المبحث الأول

الإعتقاد المستندي الكلاسيكي

وكما سبق القول ، يعتبر عقد الإعتقاد المستندي عملية بنكية يتميز بها عن مجموعة من العقود التي يشترك معها في بعض الخصائص .

المطلب الأول

تعريفه وتمييزه عن بعض العقود المشابهة

الفرع الأول

تعريفه وأطرافه

البند الأول

تعريفه

يعتبر الإعتماد المستندي في الوقت الحالي أهم الوسائل التي تساعد على إتمام عمليات التجارة الدولية ، بحيث يعطي لأطراف اي عملية تجارية الثقة التامة في التامين ضد المخاطر التي يمكن التعرض لها .

فالبائع عند قيامه بتصدير سلع مما يجوز التعامل بها محل إلتزامه ، فإنه يريد ثمنها الذي هو محل إلتزام المشتري الذي يخشى أن يدفعه مقدما قبل التأكد من أن البائع قام بإتخاذ الإجراءات اللازمة لتصدير هذه السلع إليه . فيقوم المشتري بفتح إعتماد مستندي لصالح المستفيد من هذا الاعتماد ، فيتعهد البنك بدفع قيمة الإعتماد عند قيام البائع بتسليمه المستندات الدالة على تنفيذ الإلتزامه في تصدير السلعة المتفق على بيعها للمشتري ، ثم ما يجب فعله بالفعل وكذا تتحقق مصلحة البائع في أن يتسلم قيمة السلعة التي قام بتصديرها²⁵² بمجرد إحضار المستندات الدالة على ذلك ، ومن هنا أعطى الإعتماد المستندي ثقة في التعامل سواء للبائعين أو للمشتريين في التجارة الدولية .

وقد عرف بعض الفقه²⁵³ الإعتماد المستندي بأنه "عقد يتولى بموجبه المشتري دفع ثمن المبيع الى البائع عن طريق أحد البنوك العاملة في بلد المشتري والذي يقوم بدوره بتكليف أحد البنوك في بلد المصدر بدفع الثمن لهذا الأخير مقابل تسلمه مستندات الشحن التي ينص عليها عقد فتح الاعتماد ."

²⁵² د/علي البارودي ، العقود وعمليات البنوك التجارية ، دار المطبوعات الجامعية ، كلية الحقوق ، اسكندرية ، 2001، ص 394-395 .
²⁵³ د/ يعقوب يوسف صرخوة ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية في القانون الكويتي ، الطبعة الأولى ، الكويت ، 1988 .

بينما عرفه البعض²⁵⁴ الآخر " هو العقد الذي يلتزم بمقتضاه البنك أن يضع مبلغاً من المال تحت تصرف شخص يحدده العميل المتعاقد ، ويكون الشخص المستفيد حائزاً للمستندات التي تمثل البضاعة والمستندات المثبتة لعلاقته مع العميل الأمر بالإعتماد والتي على البنك التحقق منها والحصول عليها لتنفيذ التزامه بالإعتماد ."

كما عرفه آخر²⁵⁵ " بأنه ترتيب مصرفي بين مصرفين أو أكثر في شكل تعهد مكتوب تعمل فيه البنوك مصدرة للإعتمادات المستندية بناء على تعليمات عملائها ، وتلتزم بموجبه البنوك القابلة والمتداخلة فيه ويدفع إلى المستفيدين من هذه الإعتمادات مقابل مستندات شحن أو مستندات تنفيذ أو أداء خدمات والمنصوص عليها بالإعتمادات ومطابقة تماماً لشروطها أو قبول كمبيالات مستندية ومرتبطة بهذه الإعتمادات أو تداول مستندات شحن مطابقة لشروط هذه الإعتمادات ."

أما القواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية لغرفة التجارة الدولية – نشرة رقم 500 – عملية فتح الإعتماد المستندي بأنها " أية ترتيبات مهما كانت تسميتها أو وصفها يقوم بموجبها مصرف ما – المصرف المصدر للإعتماد – الذي يتصرف بناء على طلب وبموجب تعليمات صادرة عن عميل – طالب فتح الإعتماد – أو بالنيابة عن نفسه :

1/ بأن يلتزم بالدفع لطرف ثالث المستفيد أو لأمره بأن يقبل أو يدفع سفاتج مسحوبة على المستفيد .

2/ أو أن يصرح لمصرف آخر بتنفيذ هذه المدفوعات أو بقبول أو دفع هذه السفاتج .

3/ أو أن يصرح لمصرف آخر بالتداول ، وذلك مقابل مستندات منصوص عليها بشرط أن تكون مطابقة لأحكام وشروط الإعتماد .

²⁵⁴ سميحة القليوبي ، الأسس القانونية لعمليات البنوك ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، 2002 ، ص 135 .
²⁵⁵ عبد الحميد الشواربي ، عمليات البنوك في ضوء الفقه والتشريع ، منشأة المعارف ، 2006 ، ص 174 .

إذا نلاحظ أن جميع هذه التعريفات متفقة في الجوهر ، فهي تحدد أطراف الإعتماد المستندي وتشير إلى الائتمان الذي يقدمه البنك للعميل ، وكون هذا الائتمان مضمونا بحياسة المستندات ليكون بذلك الإعتماد المذكور وسيلة من وسائل الائتمان التجاري وتمويل التجارة الدولية ، كما ينظم تنفيذ عقد البيع الدولي للبضائع .²⁵⁶

البند الثاني

أطرافه

1/ العميل الأمر : وهو الشخص الذي يطلب من البنك فتح الإعتماد سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا ، وعادة يكون المشتري في عقد البيع ، ويكون هذا الطلب تنفيذا لإلتزماته الواردة في عقد البيع محل إبرام مع البائع (عقد الأساس).

2/ المستفيد : وهو الشخص الذي يفتح الإعتماد المستندي لصالحه سواء أكان شخصا طبيعيا أو اعتباريا ، والذي يلتزم بتقديم المستندات المطلوبة للحصول على قيمة الإعتماد المستندي من البنك بعد إخطاره بفتح الإعتماد .

لذلك يكون من مصلحة المستفيد دراسة خطاب الإعتماد بشكل دقيق حتى يسهل

عليه طلب الوفاء

3/ البنك فاتح الإعتماد (المنشئ) : هو البنك الذي يفتح الإعتماد لصالح البائع بناء على تعليمات عميله ، ويكون هذا البلد عادة في بلد العميل الأمر .

4 / البنك مؤيد الإعتماد أو مبلغه : ويكون ذلك عندما يطلب البنك فاتح الإعتماد من بنك آخر ، يكون عادة في بلد المستفيد إضافة إلى تأييده للإعتماد ، فيصبح هذا البنك المؤيد أو المعزز ملتزما بنفس إلتزام البنك المنشئ ، والمتمثل في دفع قيمة الإعتماد المستندي إلى المستفيد عند تقديمه هذا الأخير المستندات المطلوبة والمطابقة لشروط الإعتماد .

²⁵⁶ د/ حسين محمد بيومي على الشيخ ، التكييف الفقهي والقانوني للإعتمادات المستندية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2008 ، ص 53 .

الفرع الثاني

تمييزه عن بعض العقود المشابهة

البند الأول

عقد الإعتماد العادي

يختلف الإعتماد المستندي عن الإعتماد العادي في أن الإعتماد المستندي يستلزم وجود شخص ثالث وهو المستفيد من هذا الإعتماد ، أما الإعتماد العادي فيقتصر على طرفين فقط وهما العميل والبنك²⁵⁷

ويتفق عقد الإعتماد العادي والإعتماد المستندي في أن كلا منهما عقد ائتمان يتم بناءا على طلب العميل وموافقة البنك ويكون في الغالب بشأن تمويل عملية تجارية ، كما أنهما يقومان على الإعتبار الشخصي للعميل .²⁵⁸

ويختلفان من حيث العلاقات في كل منهما ، فالإعتماد المستندي ذو علاقة ثلاثية الأطراف ، وتكون رباعية إذا تدخل بنك معزز ، أما الإعتماد العادي فيرتب علاقة ثنائية بين البنك والعميل فقط .

كما أن الإعتماد المستندي يكون مشروطا بتقديم مستندات من المستفيد للبنك مقابل مبلغ الإعتماد ، أما في الإعتماد العادي فيكون مجرد وعد يتفقان فيه على أن يقدم البنك مبلغا معيناً إذا طلبه العميل في مدة معينة أو غير معينة ، ولا يشترط فيه تقديم مستندات لشحن أو تأمين أو غيرها .²⁵⁹

و في ما يتعلق بالمقابل في الإعتماد المستندي يكون لقاء عمولة ومصاريف وفوائد شرط قيام البنك بتنفيذ الإعتماد ، أما الإعتماد العادي فيكون لقاء عمولة يقدمها العميل للبنك سواء استعمل الإعتماد أو لا إضافة إلى الفوائد .

²⁵⁷ المادة 1/338 من قانون التجارة المصري الحالي " الإعتماد العادي عقد يضع البنك بمقتضاه تحت تصرف المستفيد وسائل دفع في حدود

مبلغ معين ."

²⁵⁸ حسين محمد بيومي علي الشيخ ، مرجع سابق ، ص 108.

²⁵⁹ محمد بيومي ، مرجع سابق ، ص 109.

وإذا كان الإعتماد بخصوص عملية تجارية معينة بين العميل والمستفيد ، فإن الإعتماد العادي يكون بشأن توفير الائتمان للعميل خلال فترة معينة أو غير معينة بمبلغ محدد في أي عملية تجارية يقدم عليها .
و أخيرا ، في الإعتماد العادي يكون البنك أجنبيا بالنسبة لدائن العميل ، أما في الإعتماد المستندي يدفع البنك مبلغ الإعتماد لدائن العميل المتمثل في المستفيد .

البند الثاني

عقد القرض المصرفي

يختلف الإعتماد المستندي عن القرض المصرفي من حيث أن الإعتماد المستندي يخضع لأحكام القانون التجاري والقوانين المكملة له ، فإن لم يوجد فإنه يخضع للقواعد والأعراف الموحدة .
أما القرض المصرفي فيخضع لأحكام القانون التجاري الواردة بشأن القرض المصرفي وإلا تطبق أحكام القانون المدني .
والإعتماد المستندي له أطراف ثلاثة وقد تصل إلى أربعة ، أما القرض المصرفي فله طرفان فقط .
ويهدف الإعتماد المستندي إلى إتمام عملية تجارية معينة ومحددة ، أما القرض المصرفي فالأصل فيه أن يكون لأي غرض ما لم يتفق على غير ذلك .²⁶⁰

البند الثالث

الإعتماد المستندي تحت الطلب

كما يختلف الإعتماد المستندي بهذا الشكل عن الإعتماد المستندي تحت الطلب و هو النظام المعروف في الولايات المتحدة الأمريكية ، هي أليات قانونية تشبه من حيث الشكل الإعتمادات المستندية التقليدية ، في حين أنها تؤدي وظيفة خطابات الضمان .²⁶¹

²⁶⁰ د/ محمد حسن بيومي ، مرجع سابق ، ص 112.

والإعتماد المستندي تحت الطلب لا يستهدف كما هو عي الإعتماد المستندي التقليدي تأمين الدفع للبائع مقابل تسلمه البضاعة المشحونة ، وإنما يستخدم الإعتماد المستندي تحت الطلب كضمان أو تأمين لقيام البائع بالتزامه . وتظهر أهمية الإعتمادات المستندية تحت الطلب في الولايات المتحدة الأمريكية ، حيث تحظر القوانين المصرفية على البنوك إمكانية إصدار ضمانات أو وثائق تأمين ، فيكون الإعتماد تحت الطلب الوسيلة المناسبة لتحقيق هذا الهدف الذي تحققه هذه الضمانات ، ولا يوجد بشأنها حظر كما هو الحال بالنسبة للضمانات المحظور إصدارها بالنسبة للبنوك .²⁶²

البند الرابع

خطاب الضمان

ويختلف الإعتماد المستندي عن خطاب الضمان ، بإعتبار هذا الأخير " تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص يسمى الأمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمى المستفيد إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب دون اعتراض " .²⁶³

فهو أحد عمليات الإئتمان التي تقوم بها البنوك لصالح عملائها ، حيث يقوم مقام التأمين النقدي الذي يطلبه المستفيد ضمانا لتنفيذ إلتزام العميل بعد قيام البنك بتوقيعه²⁶⁴ .

ويتفق خطاب الضمان والإعتماد المستندي ، في أن إلتزام البنك كل منهما إلتزام مباشر ومستقل عن العقد بين البنك والعميل والعقد بين العميل والمستفيد . أما الفرق الجوهرى بينهما فيمكن في طبيعة الواقعة التي تؤدي إلى استحقاق وفاء كل منهما ، ففي الإعتماد المستندي يلتزم البنك بوفاء قيمة الإعتماد إذا قدم المستفيد المستندات المطلوبة ،

²⁶¹ د/ عصام صلاح أحمد اسماعيل ، أثر اتفاق التحكيم المدرج في الإلتزامات المصرفية ، 2009 ص 255 ، د/سميحة القليوبي ، مرجع سابق ، ص 135 .

²⁶² د/ عصام صلاح أحمد اسماعيل ، مرجع سابق ، ص 256 .

²⁶³ المادة 355 من القانون التجاري المصري وهو تعريف يتفق مع الذي قدمه الفقهاء . أما المشرع الجزائري فلم يتطرق لذلك .

²⁶⁴ د/ حسين محمد البيومي على الشيخ ، مرجع سابق ، ص 113 .

وكانت هذه المستندات مطابقة لشروط الإعتماد ، فالواقعة هي إيجابية تثبت تنفيذ المستفيد للعقد الأساس²⁶⁵ .

أما في خطاب الضمان ، فإن البنك يلتزم بالوفاء بناء على طلب المستفيد لعدم تقديم مستند يشير إلى إخلال العميل بتنفيذ بعض إلتزاماته بموجب العقد الأساسي ، فالواقعة سلبية تفيد عدم تنفيذ العميل لإلتزاماته²⁶⁶ .

المطلب الثاني

أنواعه والعلاقات الناشئة عنه

الفرع الأول

من حيث تدخل بنك آخر

يتنوع الإعتماد المستندي من حيث تدخل بنك آخر أو عدة بنوك أخرى في العملية من عدمها إلى إعتماد مؤيد وغير مؤيد .

البند الأول

الإعتماد المؤيد (المعزز)

قد لا يكفي البائع بتعهد البنك الذي فتح الإعتماد لصالحه ، وإنما يتطلب زيادة في الحيطة والإطمئنان لإستيفاء ثمن سلعته أن يؤيد بنك آخر من بلد البائع هذا الإعتماد ، وذلك لأن البنك فاتح الإعتماد يكون في بلد المشتري ، وقد يكون مجهولا للبائع ، فيلجا البائع إلى طلب التأييد للإعتماد من بنك يعرفه في بلده هو وبالتالي وفقا لذلك يمكن مقاضاته في بلده وفق قوانين بلد المستفيد ، حيث يستطيع التنفيذ عليه دون مصاعب أو مشاكل لا شك أنها كانت ستواجهه إذا لجأ الى مقاضاة البنك الفاتح في بلد المشتري حيث لا يعرف قانون بلده كما لا يضمن تدخل عوامل خارجية في تنفيذ العملية ، كتغيير نظم مراقبة النقد والتسويات الدولية للإستيراد والتصدير على سبيل المثال²⁶⁷ .

²⁶⁵ د/ أحمد الزبادات ، الإعتماد المستندي وخطاب الضمان ، بحث قانوني موثق على الموقع WWW . LAWJO . NET

²⁶⁶ د/ أحمد زبادات ، نفس المرجع .

²⁶⁷ د/ محمد بيومي حسن علي الشيخ ، مرجع سابق ، ص 146 .

وتجب الإشارة إلى أن تأييد الإعتقاد لا يرد إلا على إعتقاد قطعي (غير قابل للنقض أو الإلغاء) ، لأن التأييد يترتب إلتزاما قطعيا على المؤيد ، وهذا الأخير لن يلتزم نهائيا إلا إذا إطمأن إلى كون البنك الفاتح ملتزما كذلك بشكل بات ، أما الإعتقاد غير القطعي فلا يمكن أن يكون مؤيدا ، لأن البنك الفاتح لا يلتزم نهائيا قبل المستفيد ، بحيث لا يتصور أن يلتزم البنك الوسيط شخصا لأنه مجرد وكيل عن الأول ، وإذا التزم كان إلتزامه أصيلا وليس تأييد للإلتزام آخر ، وإلتزم به وحده ولم يكن له الرجوع على البنك الأول .²⁶⁸ وطلب التأييد يكون من البنك الفاتح عندما يكلف بنكا آخر بالإخطار أو التأييد ، ولا مانع أن يؤيد البنك الوسيط الإعتقاد بدون طلب من الفاتح .²⁶⁹

ويعتبر إلتزام كل من البنكين اتجاه المستفيد مستقل عن إلتزام الآخر مادام قد صدر تعهد من كليهما بإرادته المنفردة ، ليكون بذلك للمستفيد بنكين ملتزمين بتنفيذ الإعتقاد بالقبول أو الوفاء أو الخصم على وجه التضامن دون الدفع التقسيم أو التجريد .

وفي الأخير فور استلام البنك المؤيد المستندات المطلوبة وبعد فحصها مع استغراق وقتا معقولا لذلك يقوم بإرسالها إلى البنك المنشئ بعد دفع قيمة الإعتقاد إلى المستفيد ، كي لا يترتب تأخره مسؤولية إتجاه البنك²⁷⁰ .

البند الثاني

الإعتقاد المستندي غير المؤيد

وهو الذي يقوم البنك المنشئ بتنفيذه ، حيث يقوم بإصدار خطاب فتح الإعتقاد وإرساله إلى المستفيد ، كما قد يوكل بنكا آخر ليقصر دوره على تبليغ فتح الإعتقاد إلى

²⁶⁸ حسين محمد بيومي علي الشيخ ، مرجع سابق ، ص 146- 147 .

²⁶⁹ علي جمال الدين عوض ، الإعتقادات المستندية ، مرجع سابق ، ص 23 .

²⁷⁰ د/ بردان رشيد ، الإعتقاد المستندي في إطار التطبيق التجاري الدولي اطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه دولة في الحقوق (2007-2008)

المستفيد ، أي يقوم بدور ساعي البريد دون أي التزام شخصي قبل المستفيد ، وبذلك لا يكون الإعتماد مؤيدا .

وقد نصت المادة السابعة (7) من القواعد والأعراف الموحدة النشرة رقم 600 على أنه " يجوز أن يتم تبليغ الإعتماد للمستفيد من خلال مصرف آخر دون إلتزام على المصرف المبلغ ، غير أنه يرتب عليه إذا اختار أن يقوم بالتبليغ أن يبذل العناية المعقولة لفحص ظاهر صحة الإعتماد الذي يقوم بتبليغه ، وإذا اختار المصرف أن لا يقوم بتبليغ الإعتماد ، فيجب عليه أن يعلم المصرف مصدر الإعتماد بذلك دون أي تأخير ، وإذا لم يتمكن المبلغ من التأكد من ظاهر صحة الإعتماد ، أما إذا اختار مع ذلك أن يقوم بتبليغ الإعتماد ، فيجب عليه أن يعلم المستفيد بأنه لم يتمكن من التأكد من صحة الإعتماد ."

الفرع الثاني

الإعتماد من حيث القابلية للتحويل

البند الأول

الاعتماد القابل للتحويل

هو إعتماد يكون بموجبه للمستفيد "المستفيد الأول" أن يطلب من المصرف المفوض بالدفع أو التعهد أو الدفع المؤجل أو القبول أو التداول المصرف المحول من أي مصرف مرخص له بالتداول بأن يجعل الإعتماد متاحا كلياً أو جزئياً لمستفيد آخر أو أكثر .²⁷¹

والأصل أن الإعتماد غير قابل للتحويل إلا إذا وجد فيه نص يجيز له تحويله ولا يتحقق إلا ذلك بإستخدام عبارات مثل (قابل للتقسيم ، قابل للتجزئة ، قابل للتنازل ، قابل للنقل) وإذا وجد هذا النص فلا يجوز تحويل قيمة الإعتماد إلا مرة واحدة فقط ما لم ينص على غير ذلك²⁷² .

²⁷¹ المادة 48 / 1 من القواعد والأعراف الموحدة .
²⁷² المادة 48 / 2 من القواعد والأعراف الموحدة .

ويأخذ التحويل صفة الإعتماد الأصلي ، فإذا كان هذا الأخير قابلاً للنقض كان التحويل قابلاً للنقض ، وإذا كان قطعياً كان التحويل كذلك .²⁷³

ولا يجوز للمستفيد الأول أن يحول إلى المستفيد الثاني أكثر مما هو مقرر له في خطاب فتح الإعتماد .

وقد أجازت الفقرة الثامنة (8) من المادة (48) من الأعراف والقواعد الموحدة تغيير بيانات الإعتماد عند تحويله فيما يتعلق بمبلغ الإعتماد أو مدة صلاحيته أو تاريخ الشحن أو زيادة نسبة غطاء التأمين أو استبدال إسم طالب فتح الإعتماد بإسم المستفيد الأول .

ومن الناحية العملية ، يرى جانب من الفقه أنه يترتب على تحويل الإعتماد إصدار إعتماد جديد بالشروط الجديدة بإسم المستفيد الجديد الذي يصبح صاحب حق مباشر في مواجهة البنك مصدر الإعتماد ، وهو حق مستقل عن حق المستفيد الأول ، كما أنه ونظراً لتعارض هذا الإعتماد مع الإعتبار الشخصي الذي تقوم عليه عمليات البنوك ، فإنه نادر الوقوع .²⁷⁴

البند الثاني

الإعتماد المستندي غير قابل للتحويل

وهو الإعتماد الذي يصرف للمستفيد الصادر بإسمه الإعتماد ، ولا يجوز للمستفيد أن يحوله كلياً أو جزئياً لصالح مستفيد آخر .

الفرع الثالث

الإعتماد المستندي من حيث وقت الوفاء

يكون الإعتماد المستندي من حيث وقت الوفاء به من طرف البنك المعني بذلك إلى منجز ومؤجل .

²⁷³ د/ محي الدين اسماعيل ، مرجع سابق ، ص 778 . ومحمد حسن بيومي ، مرجع سابق ، ص 96 .

²⁷⁴ سميحة القليوبي ، مرجع سابق ، ص 401 .

البند الأول

الإعتماد المنجز

وهو الذي يجب الوفاء به فور تقديم المستندات المطابقة لشروط الإعتماد ، ويكون الوفاء بدفع المبلغ المذكور في الخطاب فور الإطلاع على المستندات وفقا لما كرسته الفقرتان الأولى والثانية من نص المادة 9 للقواعد والأعراف الموحدة .
وقد يكون الإعتماد مقدما ، وهو ما يتم الحصول فيه دفعة مقدمة من قيمة الإعتماد قبل تقديم المستندات .

البند الثاني

الإعتماد المؤجل

وهو الذي يؤجل فيه قيام البنك بالدفع أو القبول أو الخصم إلى تاريخ لاحق على تقديم المستندات من المستفيد ، وغالبا ما يكون الغرض من التأجيل هو إتاحة الفرصة للعميل لمعاينة البضاعة والتأكد من أنها هي المتفق عليها مع المستفيد دون ذكر هذا السبب في عقد الإعتماد أو خطاب فتح الإعتماد المرسل إلى المستفيد ، وخير ضمان يحصل عليه هذا الأخير هو أن يكون الملتزم بالوفاء أمامه بنكا لما ينجر عنه من تأجيل الوفاء بالثمن²⁷⁵ .

الفرع الرابع

الإعتماد من حيث القابلية للإلغاء أو النقص

البند الأول

الإعتماد القابل للإلغاء

وهو الإعتماد الذي يمكن فيه للبنك المنشئ أن يلغيه بمحض إرادته دون إخطار المستفيد ، ولا يعتبر البنك مسؤولا أمام العميل عن هذا الإلغاء ، ونفهم من هذا أن الإعتماد لا ينشئ إلزاما مباشرا في ذمة البنك ، بحيث أن المستفيد لا يستطيع معه الرجوع على البنك فاتح الإعتماد . وهذا السبب دفع بعض الفقه إلى عدم إعتبار هذا النوع من الإعتمادات

²⁷⁵د/ محمد بيومي ، مرجع سابق ، ص 98 . محي الدين اسماعيل ، مرجع سابق ، ص 779- 780 .

إعتمادا مستنديا بمعناه القانوني والفني ، إلا أن هذا الموقف يتعارض مع ما يجري العمل به في مجال التجارة الدولية ، فيجب عدم المبالغة في إعتقاد ضعف الاعتماد المستندي القابل للإلغاء ، ذلك أن البنك لا يستطيع أن يقوم بفسخه دون أن يتكفل بمسؤوليته إتجاه المستفيد بنا على العقد الأساسي الذي تم إبرامه .
وينبغي الإشارة إلى أن هذا النوع من الإعتقاد المستندي قليل الإستعمال بالمقارنة مع الإعتقاد غير قابل للإلغاء²⁷⁶ .

البند الثاني

الإعتقاد غير قابل للإلغاء

هو الإعتقاد الذي يلتزم فيه البنك قبل المستفيد بشكل مباشر ونهائي ، بخلاف الإعتقاد القابل للإلغاء ، بإعتباره غير قابل للإلغاء أو النقض أو التعديل ، إلا إذا تم الإتفاق على ذلك بين جميع الأطراف .

فمن خصائص الإعتقاد المستندي غير قابل للإلغاء أنه يعطي أقوى الضمانات للمستفيد ما دام يلتزم فيه البنك بشكل مباشر ونهائي أمام المستفيد بدفع قيمة الإعتقاد أو قبول سفاتح أو خصمها إذا ما قام بتنفيذ الإلتزامات المنوطة به ، وليس للبنك أن يتمسك في مواجهة المستفيد بالدفع المستمدة من عقد البيع تكريسا لمبدأ الإستقلالية ، إلا فيما يتعلق بالدفع المستمدة من شروط خطاب الإعتقاد²⁷⁷ .

ويبدأ إلتزام البنك في الإعتقاد غير قابل للنقض بإبلاغ خطاب الإعتقاد إلى المستفيد ليصبح الإلتزام نهائيا ، فلا يجوز الرجوع فيه ، ويعتبر استلام المستفيد لخطاب الإعتقاد قرينة على العلم ، ليقوم البنك مكان المشتري متعهدا بشراء مستندات ممثلة للبضاعة ، ولا يمكن التحلل من هذا الإلتزام حتى ولو كانت تعليمات صادرة من العميل ، أو أفلس هذا الأخير ، أو انخفضت قيمة الإعتقاد خلال الفترة بين فتح الإعتقاد وتنفيذه²⁷⁸ .

²⁷⁶ د/ بردان رشيد ، مرجع سابق ، ص 24 .

²⁷⁷ د/ ثروت عبد الرحيم ، مرجع سابق ، ص 990 .

²⁷⁸ د/ سميحة القليوبي ، مرجع سابق ، ص 92 .

المطلب الثالث

العلاقات الأساسية الناشئة عن الإعتماد المستندي

تتنوع العلاقات الناشئة عن الإعتماد المستندي بتنوع أطرافها الأساسية وهي :

1/ العلاقة بين العميل الأمر والمستفيد .

2/ العلاقة بين العميل والبنك .

3/ العلاقة بين البنك والمستفيد .

الفرع الأول

العلاقة بين العميل الأمر والمستفيد .

العلاقة بين العميل الأمر والمستفيد والتي يحكمها العقد المبرم بينهما وهو المنظم لآلية التعامل فيما بينهما ، حيث أنه قد يطلب المستفيد من العميل الأمر فتح إعتماد مستندي من أحد البنوك كنوع من إثبات الجدية والملائمة والدقة في التنفيذ .

ويعرف هذا العقد بعقد الأساس الذي هو الخطوة الأولى في سبيل قيام عملية تجارية بين الطرفين تمتد فيما بعد لتشمل عمليات أخرى تقوم في أساسها على ضوء هذا العقد ، ومن ثم كان اصطلاح عقد الأساس على هذه العلاقة نتيجة لأن الإعتماد المستندي يصدر بمناسبة تنفيذها لأحد البنود الواردة فيها ليكون بذلك السبب في إصداره .

الفرع الثاني

العلاقة بين العميل الأمر والبنك

يحكم العلاقة بين العميل الأمر والبنك ويحدد الإلتزامات الناشئة عنها عقد الإعتماد وتبدأ هذه العلاقة بطلب يقدمه العميل إلى البنك لإصدار خطاب الإعتماد ، لصالح المستفيد وفقا للبيانات والتعليمات التي يقدمها العميل ولشخصية الأخير دور بارز في قيام هذه

العلاقة ، حيث محل الإعتبار الشخصي من أهم خصائص الإعتماد المستندي ، حيث أن البنك يحرص على انتقاء عملائه من ذوي السمعة الطيبة الذين يحترمون تعهداتهم .²⁷⁹

وعليه يترتب على العميل عدم الرجوع عن تعليماته الصادرة للبنك عن فتح الإعتماد أو تعديل شروطه خلال مدة فتحه ، لأن التزام البنك قبل الاستفادة لا يجوز الرجوع فيه طالما وصل خطاب الإعتماد للمستفيد ، إذ بمقتضاه يلتزم البنك في مواجهة العميل إلتزاما باتا كأصل عام ومجرد بإعتبار الإعتماد المستندي من العقود الملزمة لجانبين ، كما أن إلتزام البنك في مواجهة المستفيد لا رجوع فيه .²⁸⁰

ومتى صدر الخطاب وبعد استلامه للمستندات ، أصبح البنك دائنا للعميل بقيمة الإعتماد وعمولة التأييد التي يستحقها البنك المراسل في حالة وجوده ، والتي تكون مستحقة منذ فتح الإعتماد ولو لم يستخدمه العميل بسبب لا يد للبنك فيه²⁸¹ إضافة إلى الإلتزام بدفع الفوائد المقررة على مبلغ الإعتماد التي تكون مستحقة بعد تنفيذ الإعتماد .²⁸²

الفرع الثالث

العلاقة بين البنك والمستفيد

تختلف العلاقة بين البنك والمستفيد في الإعتماد القابل للإلغاء عنه في الإعتماد غير القابل للإلغاء .

في الإعتماد القابل للإلغاء :

لقد سبق التطرق إلى الجدل الذي أثير بشأن مدى جدوى الإعتماد المستندي القابل للإلغاء ، ترجيحاً إلى أنه مجرد ترتيب بين البنك وعميله دون ما أي ارتباط قانوني ، حسب ما هو وارد في المادة الثامنة من القواعد والعادات الموحدة ، بحيث يستطيع البنك تعديل أو إلغاء هذا الإعتماد في أي وقت دون إشعار مسبق للمستفيد ، ولا يستطيع هذا الأخير

²⁷⁹ د/ محي الدين اسماعيل ، موسوعة أعمال البنوك من ناحيتين القانونية والعملية ، الجزء الأول 1987 دون دار نشر ، ص 566 .

²⁸⁰ محمد حسين بيومي ، مرجع سابق ، ص 126 .

²⁸¹ د/ محمد حسن بيومي ، مرجع سابق ، ص 126 .

²⁸² د/ محمد حسن بيومي ، مرجع سابق ، ص 126 .

أن يحمل البنك أية مسؤولية ما دام لا يملك أي حق في مواجهته ، لكن عمليا جرت العادة على أن لا يقوم البنك بالإلغاء الإعتقاد إلا إذا توافرت أسباب موضوعية ، تقتضي ذلك خصوصا فيما يتعلق بالمركز المالي إذا طرات عليه مستجدات ، مما يجعله لا يطمئن إلى قدرة عميله على تعويض ما دفعه ، وأكثر من هذا إذا كان تدخل البنك كعمول للعملية وليس فقط وسيط .²⁸³

أما فيما يتعلق بعملية الإخطار ، فحتى ولو أعفت المادة الثامنة من القواعد والأعراف البنك من هذا الإجراء ، فإن المجاملات البنكية تقض به أي بإعلام المستفيد بالتعديلات أو الإلغاء الذي يلحق الإعتقاد ، كما أنه لا يتصور أن يقوم بإلغاء الإعتقاد دون إخطار البائع ، خاصة إذا كان بينهما تعامل سابق وإلا اعتبر تعسفا .²⁸⁴

لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو إمكانية الإحتجاج بالإلغاء على الحامل حسن النية إذا تم تنفيذ الإعتقاد عن طريق سحب سفاتج ؟
وفقا لمضمون أحكام التظهير في السفتجة ، فإنه لا يمكن الإحتجاج بإلغاء الإعتقاد في وجه حامل السفتجة التي سحبت بمثابة الإعتقاد إذا كان حاملها حسن النية ، إلا إذا كان البنك قد قبل السفتجة ليصبح مصدر التزام البنك هو القبول وليس فتح الإعتقاد ، كما أن هذا يكون لمصلحة كل من الحامل والمستفيد ، ولا يمكن للساحب أن ينقل لغيره حقوقا أكثر مما يملك ، لذا يعتبر الرأي الراجح أن الحامل ولو كان حسن النية ، فإنه يحل محل المستفيد ، وعليه يمكن الإحتجاج عليه بالإلغاء لكونه مقابل الوفاء لا يكون موجودا وقت التظهير²⁸⁵ .

وبالتالي لم يبق أمام المستفيد سوى الرجوع على البنك بدعوى المسؤولية العقدية – التي هي للأمر قبل البنك الذي لم ينفذ الإعتقاد – لكنها لا تشكل سوى ضمان من الضمانات العامة من نتائجها²⁸⁶ .

²⁸³ د/ بردان رشيد ، مرجع سابق ، ص 206 .

²⁸⁴ د/ بردان رشيد ، مرجع سابق ، ص 206 .

²⁸⁵ د/ بردان رشيد ، مرجع سابق ، ص 207 .

²⁸⁶ المادة 189 من التقنين المدني الجزائري الحالي .

في الإعتاد غير قابل للإلغاء :

على خلاف الإعتاد القابل للإلغاء ، ينشئ الإعتاد غير القابل للإلغاء لصالح المستفيد حق مباشر ونهائي ومستقل منذ وصول الإعتاد إلى المستفيد - كما سبقت الإشارة مما يجعل البنك مدينا أصليا اتجاه المستفيد في تنفيذ الإعتاد ، بحيث لا يمكن الرجوع فيه سواء بإرادته أو تنفيذا لتعليمات الأمر ، فتنص المادة 9 من القواعد والعادات الموحدة على أنه " يشكل الإعتاد غير القابل للإلغاء إلزاما نهائيا من جانب البنك المصدر شريطة تقديم المستندات المطلوبة واحترام شروط الإعتاد ."

كما تضيف الفقرة الرابعة من نفس المادة على أنه " لا يجوز تعديل هذه الإلتزامات أو إلغائها دون موافقة البنك المصدر والبنك المؤيد حالة وجوده ، والمستفيد في تبرير عدم جواز سحب أو تعديل الإعتاد بناء على طلب الأمر .

ومن نتائج اعتبار إلتزام البنك مجرد عدم الإحتجاج ببطلان عقد فتح الإعتاد ، ذلك أن إصدار خطاب الإعتاد بمثابة إجازة لعيب الرضا في حالة اكتشافه قبل ذلك ، أما إذا كان اكتشاف العيب لاحقا لإصدار خطاب الإعتاد فإن حق المستفيد يضل قائما غير منقوص ، لأن عيب الرضا متعلق بعقد فتح الإعتاد لا بالخطاب هو الذي يعتبر مصدر الحق .

أما إذا تعلق سبب الإبطال بنقص أهلية العميل أو لعيب شاب رضاه ، فإنها تعتبر دفع خاصة وشخصية لا يمكن للبنك التمسك بها .²⁸⁷

وإذا تعلق البطلان بسبب متعلق بالنظام العام كمخالفة قانون الصرف والنقد ، فإن حق المستفيد كذلك لا يتأثر في هذا المقام ، عليه لا يمكن لا للبنك التمسك بهذا الدفع في مواجهته لإعتبار إلتزام البنك له وجود خاص وقانوني لا يجعله يتأثر بمثل هذه الأسباب .²⁸⁸

²⁸⁷ المادة 400 من التقنين التجاري الجزائري الحالي .
²⁸⁸ د/ بردان رشيد ، مرجع سابق ، ص 218 .

كما يعتبر في الأخير إلتزام البنك مستقلا عن عقد البيع تطبيقا لتجريد السبب مما يكرس حصول البائع أو المصدر على ثمن العقد التجاري مهما كانت الأسباب التي يقدمها المستورد ، كما يعتبر نتيجة حتمية لإعتبار البنك طرفا غريبا عن هذا العقد .²⁸⁹

وهذا ما كرس ضمن القواعد والعادات الموحدة في نص المادة الثالثة بقولها " تعتبر الإعتمادات بطبيعتها عمليات مستقلة بيوع أو عقود أخرى ، تمثل عقود أصلية أو أساسية لها وليست للبنوك أية علاقة بها ، ولا تلزمها ولو أن الإعتماد يتضمن الإشارة إليها ومهما كانت نوعية الإشارة .

المطلب الرابع

التنفيذ العملي للإعتمادات المستندية في الجزائر

يتم تنفيذ الاعتمادات المستندي في الجزائر عبر عدة مراحل تكون بالترتيب الآتي :

الفرع الأول

مرحلة ما قبل فتح الإعتماد

البند الأول

مرحلة العقد الأساس

غالبا ما يكون عقد الأساس هو عقد بيع دولي بين مستورد ومصدر ، ويتم فيه الإتفاق على نوع البضاعة المبيعة أو الخدمة ، وتحدد فيه كافة المستندات التي تثبت وجود البضاعة أو تأدية الخدمة ، وتبين ثمنها وكيفية نقلها وتأمينها ، ولا يتم دفع الثمن في هذه الصفة الدولية بتقنية الإعتماد المستندي ، إلا إذا ورد في العقد الأساس إتفاق صريح بذلك . ولئن كانت قواعد النشرة "600" ترجع إمكانية تطبيق الإعتمادات المستندية للإتفاقات الصريحة لأطراف العقد الدولي ، فإن المشرع الجزائري قد خالف ذلك بتقييد حرية المستوردين المقيمين في الجزائر ، وذلك بإجبارهم على تنفيذ صفقاتهم بتقنية الإعتماد المستندي كوسيلة وحيدة لتسوية وإرداتهم ، في مقابل ترك حرية الإختيار بين مختلف وسائل الدفع الدولية للمصدرين (تطبيقا للمادة 69 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009)

²⁸⁹ عبد الباري بن محمد علي مشعل ، الإعتمادات المستندية دراسة شرعية وفنية ، دراسة أعدت بتكليف من لجنة الدراسات الشرعية احد لجان المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، 2001 ، ص 64 .

البند ثاني

مرحلة التوطين المصرفي

تعرف المادة 30 من نظام بنك الجزائر رقم (07 - 01) التوطين بأنه : " إجراء يتمثل في فتح ملف يسمح بالحصول على رقم التوطين من الوسيط المعتمد الموطن للعملية التجارية ، ويجب أن يتضمن الملف مجموع المستندات المتعلقة بالعملية التجارية ، إذ يمكّن شباك الوسيط المعتمد فهرس الملفات الوطنية ، مرقما ومؤشرا عليه من طرف شخص مؤهل لهذا الغرض ، ويضمن متابعتها " .

واستنادا على نص المادة المذكور ، يفهم أن التوطين المصرفي هو إجراء إداري يسبق كل عملية تنفيذ مادي أو ترحيل مالي للعقد التجاري الدولي ، يلزم المستوردين والمصدرين على القيام به أمام شبابيك البنوك التي منح لها اعتماد لتنفيذ عمليات التجارة الخارجية من الجزائر وإليها .

الفرع الثاني

مرحلة فتح الإعتماد وما بعدها

البند الأول

مرحلة فتح الاعتماد

وهي المرحلة التي يقبل فيها البنك الوسيط المعتمد فتح إعتماد مستندي لصالح المستفيد وذلك بناء على تعليمات عميله الأمر ، ولا يستجيب البنك لتعليمات هذا الأخير إلا بعد أن يطمئن لمركزه المالي وسمعته .

البند الثاني

مرحلة إصدار خطاب الإعتماد وتبليغه

خطاب الإعتماد هو الرسالة أو الصك التي تصدر عن البنك فاتح الإعتماد ، والتي يبلغ المستفيد من خلالها بفتح إعتماد مستندي لصالحه ، وتحدد فيه المستندات المطلوب إيفائها للبنك المستورد .

ويعتبر خطاب الإعتماد في الجزائر إحدى وسائل الدفع الخارجية المدونة بعملة صعبة ، والتي لا يجوز للمقيمين بالجزائر أو إقتنائها أو تداولها أو إيداعها إلا لدى البنوك الوسيطة المعتمدة (وفقا لنص المادتين 17 و 18 من نظام بنك الجزائر رقم 01 - 07) .

البند الثالث

فحص المستندات المقدمة ودفع قيمة الإعتماد

بمجرد وصول خطاب الإعتماد للمستفيد تبدأ مرحلة تلقي المستندات ، وهي المرحلة التي يتلقى فيها البنك المصدر من المستفيد المستندات المحددة في خطاب الإعتماد ولا يمكن للبنوك الوسيطة المعتمدة المقيمة في الجزائر أن تنفذ عمليات تسديد أثمان السلع أو الخدمات المترتبة عن الصفقات الدولية إلا بعد تسلم الوثائق التي تثبت إرسال السلع باتجاه الإقليم الجمركي الوطني والفواتير النهائية الخاصة بها حسب المادة 48 من نظام بنك الجزائر السابق الذكر .

وبمجرد تلقي البنوك للمستندات المطلوبة في تعليمات عملائها ، ينشأ إلتزام جوهري على عاتقها الذي يعتبر الفيصل في إتمام عملية الإعتماد المستندي ، وهو فحص المستندات مع شروط الإعتماد .

ولما كان أمر تحديد المستندات المطلوبة في الإعتماد يرتد إلى الإتفاقات الحرة لأطراف العقد الدولي ، فإن المشرع الجزائري قد تطلب بعض الوثائق التي لا يقبل تنفيذ عملية استيراد البضائع من دونها وأهمها " شهادة مراقبة مطابقة المنتوجات المستوردة " ، والتي يجب أن تكون محررة من طرف المنتج أو الممون أو هيئات أو مخابر مؤهلة بذلك

طبقا للمادة 12 من القانون رقم 09 - 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ، والمادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 05 - 467 الذي يحدد شروط مراقبة مطابقة المنتوجات المستوردة عبر الحدود .

إضافة إلى شهادة " الأصل أو المنشأ " والتي تصدر عن الغرفة التجارية لبلد المستفيد أو سلطة مختصة ، وتحرر لمعرفة مكان إنتاج أو تصنيع البضاعة المستوردة ، وبعدها يقوم البنك المصدر بدفع قيمة الإعتماد إلى المستفيد بعد التأكد من التطابق الظاهري للمستندات مع شروط الإعتماد .

المبحث الثاني

الإعتماد المستندي الإلكتروني

المطلب الأول

التعاقد الإلكتروني

يتم التعاقد الإلكتروني مثل أي تعاقد تقليدي وذلك عن طريق الإيجاب والقبول ، إلا أن الطريقة التي يتم بها تختلف وبالتالي الأحكام ، نظرا للبيئة المختلفة ، ألا وهي البيئة الإلكترونية .

كما يختلف التوقيع الإلكتروني عن التوقيع التقليدي ، والكتابة الإلكترونية عن الكتابة التقليدية اللازمة لإبرام العقد الإلكتروني .

ولمناقشة هذه النقاط المثارة ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين ، الأول يتعلق بالإيجاب والقبول الإلكتروني ، والثاني بالكتابة والتوقيع الإلكتروني .

الفرع الأول

الإيجاب والقبول الإلكتروني

عندما تتفق إرادتان أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين ، ينعقد العقد ويتحقق الاتفاق بتبادل التعبير من إرادتين متطابقتين ، إيجاب يتلوه قبول مطابق له ، والإيجاب هو

عرض يعبر بها الشخص على نحو جازم عن إرادته في إبرام قد معين ، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له ، انعقد العقد . ومن ثم فإن الإيجاب عرض مكتمل وحاسم يتضمن العناصر الجوهرية للتعاقد²⁹⁰ .

البند الأول

الإيجاب في الاعتماد المستندي الإلكتروني

يدخل الاعتماد المستندي الإلكتروني ضمن العمليات التي تبرم عن بعد ، لذلك فإن تعريف الإيجاب²⁹¹ فيه يجب أن يتم من خلال تعريف الإيجاب في ظل تلك العقود التي تبرم عن بعد²⁹² ، عرف التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلك في العقود التي تعقد عن بعد رقم (97 - 27) والمؤرخ في (20 مايو 1997) الإيجاب الإلكتروني بأنه " كل إتصال عن بعد يتضمن جميع العناصر الضرورية للتعاقد ، بحيث يستطيع الموجب له أن يقبل التعاقد مباشرة ، ويستثنى من هذا النطاق مجرد الإعلان) . وظاهر أن هذا التعريف يميز بين الإيجاب الإلكتروني والإعلان الإلكتروني ، فهذا الأخير لا يعد إيجاباً يصلح لإنعقاد العقد ، وكما عرفته القواعد الأوروبية المتعلقة بالتلفاز العابر الصادر في (30 جوان 1997) بأنه " مجموعة الرسائل التي يبثها شخص عام أو خاص في إطار نشاطه التجاري أو الصناعي أو المهني ، والتي يهدف من خلالها إلى الترويج عن سلعة أو خدماته "

والإعلان الإلكتروني عن الخدمات المصرفية عبر شبكة الانترنت ، إما أن يكون من خلال موقع مخصص للإعلان ، بحيث يكفي الضغط كلمة أو صورة معروفة أو ملفتة للانتباه ، من أجل دخول زائر الشبكة إلى هذا الموقع ، وإما أن يكون من خلال شغل الإعلان لجزء من موقع معين أوفى صفحة الإستقبال منه ، بحيث أن الإعلان يقابل زائر الموقع عند دخوله إليه ، كما قد يوجه الإعلان الإلكتروني إلى شخص معين من خلال

²⁹⁰ د/ جليل الساعدي ، مشكلات التعاقد عبر شبكة الانترنت ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، 2011 ، ص 62 .

²⁹¹ CHIHEB GHZOUANI " LE CONTRAT DE COMMERCE ELECTRONIQUE INTERNATIONAL " 1^o edition , Latrach edition , 2011 , p 121 .

²⁹² د/ عصام صلاح أحمد اسماعيل ، مرجع سابق ، ص 324 .

البريد الإلكتروني ، الذي يسمح بتوجيه رسالة إلكترونية مصحوبة بإعلان إلى شخص أو مجموعة من الأشخاص .

ليكون بذلك الهدف من الإعلان الإلكتروني الحث أو الدعوة إلى التعاقد وليس إيجابا ، إلا في حالتين :

الحالة الأولى : إذا وجدت النية لدى المعلن في الارتباط بالعقد الإلكتروني ، والذي يتحقق عندما يتضمن الإعلان الإلكتروني ما يفيد الإلتزام بإبرام العقد الإلكتروني إذا حظي بقبول الزبون .

الحالة الثانية : إذا أعطى الإعلان الإلكتروني للزبون الحق في إرسال رد عبر شبكة الويب أو عبر البريد الإلكتروني ، يؤكد موافقته على التعاقد بناء على العناصر الواردة في الإعلان .

وما ينطبق على التعاقد الإلكتروني بشكل عام ينطبق على الإعتماد المستندي الإلكتروني ، حيث أن البنك الذي يعلن عن خدماته على الانترنت وأعلن عن استعداده لإجراء الإعتمادات المستندية في ذلك الإعلان والذي لا يعتبر إيجابا من البنك ، وإنما الشخص الذي يريد فتح الإعتماد لصالح شخص ثالث (المستفيد) عن طريق البنك ، يقوم بإرسال رسالة إلكترونية إلى البنك لإظهار رغبته في فتح إعتماد مستندي بمبلغ معين ، والذي يعتبر إيجابا ينتظر قبولاً من جانب البنك المعلن عن خدماته إلكترونياً .

أنواع الإيجاب الإلكتروني في التعاقد عبر شبكة الانترنت

الإيجاب الإلكتروني الخاص :

قد يوجه البنك إيجابه الإلكتروني في التعاقد عبر شبكة الانترنت إلى شخص أو أشخاص معينين أو إلى فئة معينة من الأشخاص ضماناً ليسرهم ، أو اعتقاداً منه أنهم يهتمون بخدماته دون سواهم من الجمهور ، فيحرر إليهم عبر البريد الإلكتروني رسالة إلكترونية تمثل إيجاباً إلكترونياً خاصاً ، وعندما يفتح هؤلاء الأشخاص صناديق رسائلهم الإلكترونية ، فإنهم يكونوا قد علموا بالإيجاب ، لتبدأ فعاليته بالقبول أو عدم القبول بالرسالة.

وعليه يجب أن تحرر الرسالة الإلكترونية على النحو الذي يجعلها إيجابا ، وذلك بتضمنها العناصر الجوهرية التي سيتم بها الإلتزام في التعاقد²⁹³.

الإيجاب الإلكتروني العام :

عندما يعرض المصرف خدماته أو الشخص الذي يريد فتح الإعتماد ، على صفحات الويب دون تحديد فئة معينة ، فيكون الإيجاب في هذه الحالة جماعيا أو عاما ، أو كما يقول البعض أن الإيجاب الإلكتروني في التعاقد عبر شبكة الأنترنت في هذه الحالة يكون موجها للجمهور العالمي²⁹⁴ ، مع مواجهة هذا النوع من الإيجاب مشكلتين²⁹⁵.

البند الثاني

القبول في الاعتماد المستندي الإلكتروني

القبول²⁹⁶ هو التعبير اللاحق للإيجاب والذي يتضمن الموافقة على شروط الموجب ، ويشترط أن تتوفر فيه الشروط العامة للإرادة ، وأن يصدر في وقت ما يزال الإيجاب فيه قائما ، وأن يطابقه مطابقة تامة .

أما بشأن ما يتمتع به القبول الإلكتروني من خصوصية ، فإن أهم ما يميز القبول الإلكتروني في هذا شكل هذا القبول أو طريقته ، ذلك أنه يتم بمجرد ملامسة من وجه إليه الإيجاب لأيقونة القبول بالضغط بلمستين²⁹⁷ .

²⁹³ د/ أسامة أبو الحسن مجاهد ، التعاقد عبر الأنترنت ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2002 ، ص 80 - 81 .

²⁹⁴ PIERERE CATALA , EXPOSE INTRODUCTIF , COLLOQUE DU 13 MAI 1998 , COMMERCE ELECTRONIQUE ET AVENIR DES CIRCUITS DE DISTRIBUTION (DE L'EXPERIENCE DES ETATS – UNIS AUX PERSPECTIVE S FRANCAISES , ASPECTS JURIDIQUE ET FISCAUX) , GAZETTE DU PALAIS – DIMANCHE 18 AU MARDI 20 1998 , P 9 .

نقلا عن أسامة أبو الحسن مجاهد ، مرجع سابق ، 81 ، الهامش 115 .
²⁹⁵ د/ جليل الساعدي ، مرجع سابق ، ص 68 .

²⁹⁶ CHIHEB GHZOUANI , op , cit , 135 .

²⁹⁷ د/ أسامة أبو الحسن ، مرجع سابق ، ص 84 .

وقد يتمثل القبول في قيام من وجه إليه الإيجاب بدفع ثمن السلعة أو الخدمة إلكترونيا بإعطاء رقم بطاقته المصرفية لمن قام بتوجيه الإيجاب إليه .
ويثير القبول في نطاق التعاقد عبر شبكة الأنترنت المسائل الآتية : وسائل التعبير عن القبول الإلكتروني ، الشك في حرية القبول الإلكتروني ، تحديد اللحظة التي ينتج فيها القبول الإلكتروني أثره القانوني ، مطابقة هذا النوع من القبول للإيجاب الإلكتروني .

وسائل التعبير عن القبول الإلكتروني في عبر التعاقد شبكة الأنترنت

استخدام البريد الإلكتروني أو شبكة الويب

إن استخدام شبكة الأنترنت كوسيلة للتعبير عن القبول لا يثير إشكالا بحد ذاته ، بالخصوص إذا كان كتابة ، عن طريق تحرير الموجب له رسالة إلكترونية بقبوله ، إلا أن الأمر قد يتعلق بحالات معينة على ملامسة أيقونة القبول أو الضغط عليها دون تحرير رسالة إلكترونية بالقبول ، فهل تعد هذه اللمسة تصرفا قانونيا أم واقعة مادية ؟ وما حكم اللمسة التي تقع خطأ أو بصورة عفوية ؟

يمكن التغلب على هذه الشكوك من خلال أسلوبين هما :

الأسلوب الأول :

هناك برامج معلوماتية لا تسمح بإنعقاد العقد الإلكتروني إلا إذا تم تأكيد القبول ، وإلا لن يحدث أي أثر قانوني . أما إذا تضمن البرنامج المعلوماتي ضرورة التأكيد على القبول ، لكنه لا يمنع من إنعقاد العقد بدونه ، فإن اللمسة الأولى على أيقونة القبول تعد قرينة بسيطة على القبول ، بحيث يمكن معه الموجب له أن يثبت أن هذه اللمسة قد وقعت خطأ أو بصورة عفوية ، وذلك بإتخاذ عدم صدور التأكيد منه دليلا لذلك .

الأسلوب الثاني :

إن هناك بعض البرامج المعلوماتية تسمح بالتغلب على أي شكوك ، وذلك إذا ما تضمنت وثائق معينة ينبغي تحريرها على الشاشة ، أو التأكيدا الجازم للقبول بأية وسيلة مشابهة .

قيمة السكوت في التعبير عن القبول الإلكتروني

يرى البعض أن القبول الإلكتروني في التعاقد عبر شبكة الأنترنت أن يكون واضحا ومحددا لكن قبول الموجب له للإيجاب الإلكتروني قد لا يكون صريحا ، كأن يرسل الموجب له رسالة إلكترونية للموجب تفيد الوصول ، دون الإشارة إلى الموافقة الصريحة على مضمونها ، أو من خلال الارتباط الفعلي بالعقد الإلكتروني ، لكن القبول الإلكتروني في التعاقد عبر شبكة الأنترنت لا يمكن أن ينتج من السكوت إلا إذا كانت هناك مؤشرات تدل على إتجاه إرادة الموجب له نحو القبول كوجود عادات جارية أو أعراف ، و إن كان البعض يشكك فيها ، وذلك لحدثة هذا النوع من التعاقد ، بخلاف ما إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين بشرط إقترانه بظرف آخر يرجح دلالة السكوت على قبول العميل للتعاقد²⁹⁸ .

تحديد اللحظة التي ينتج فيها القبول الإلكتروني أثره القانوني

تعد مسألة إقتران القبول بالإيجاب نطاق الخطابات الإلكترونية ، فلا يكفي تطابق الإيجاب والقبول ، بل لابد من إقترانهما ، وذلك بوصول القبول إلى علم الموجب ، لإعتبار أن التعاقد عبر الخطابات الإلكترونية يكون بين غائبين ، وتكون هناك فترة زمنية قد تستغرق ثوان تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به . وقد تعددت النظريات التي تكشف عن وقت إنعقاد العقد ، وهم نظرية إعلان القبول ونظرية تصدير القبول ، نظرية تسلم القبول ، ونظرية العلم بالقبول .

نجد أن المادة 10 / 2 من إتفاقية الأمم المتحدة بشأن الخطابات الإلكترونية تنص على وقت تلقي الخطاب الإلكتروني وهو الوقت الذي يصبح فيه الخطاب قابلا للإستخراج من جانب المرسل إليه على ذلك العنوان ، ويصبح المرسل إليه على علم بأن الخطاب الإلكتروني قد أرسل إلى ذلك ، ويفترض أن يكون الخطاب الإلكتروني قابلا للإستخراج من جانب المرسل إليه عندما يصل ذلك الخطاب إلى العنوان الإلكتروني للمرسل إليه .

²⁹⁸ د/ أسامة أبو الحسن مجاهد ، مرجع سابق ، ص 82 - 83 .

وهو ما أخذت به أيضا إتفاقية فينا الصادرة في 11 أبريل 1980 والمتعلقة بالبيع الدولي ، حيث نصت المادة 1/18 من الإتفاقية على أن " قبول الإيجاب يحدث أثره منذ لحظة وصول القبول إلى الموجب " .

كما عالجت القوانين الداخلية هذه المسألة في القانون المدني ، وما يهمننا في هذا الصدد هو القانون الجزائري ، حيث تنص المادة 61 على " ينتج التعبير عن الإرادة في الوقت الذي يتصل فيه ، بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يعم الدليل على عكس ذلك " . من خلال النص المذكور نجد أن نفس الحكم مكرس بشأن زمان إقتران الإيجاب بالقبول .

المطلب الثاني

الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني

الفرع الأول

الكتابة الإلكترونية

عبر قانون اليونسترال النموذجي عن الكتابة الإلكترونية بلفظ رسالة البيانات ، فقد نصت المادة 5 على " لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها في شكل رسالة بيانات " .

وأوردت المادة 2/ أ من القانون النموذجي رسالة البيانات بأنها " المعلومات التي يتم إنشائها أو إرسالها واستلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة ، وما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي " .

كما اعترف المشرع الجزائري بالكتابة الإلكترونية ووسائل الإتصال الحديثة ، بموجب القانون (05 - 10) المعدل والمتمم للقانون التقنين المدني من خلال نص المادة

323 مكرر 1 بقولها " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق ، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها ، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها " .

ونجد في نصوص القانون المدني الفرنسي نفس الموقف وذلك بموجب القانون رقم 230 /2000 الخاص بتعديل بعض قواعد الإثبات الواردة في الفصل السادس من الباب الثالث من القانون المدني ، حيث نصت المادة 1316 على " ينتج الدليل الكتابي أو الإثبات بالكتابة من مجموعة الحروف أو الأشكال أو الأرقام أو الإشارات أو الرموز التي تعطي معنى مفهوما وذلك بصرف النظر عن دعامتها أو طريقة انتقالها " .
وتضيف الفقرة الثالثة من نفس المادة " الكتابة على دعامة إلكترونية لها نفس القوة في الإثبات المقررة للكتابة على دعامة ورقية " .

الفرع الثاني

التوقيع الإلكتروني

البند الأول

تعريفه وأنواعه وحججه

أولا : تعريفه : عرف التوقيع الإلكتروني في مشروع التوجيه الأوروبي الخاص بالتوقيع الإلكتروني بأنه " توقيع رقمي يرتبط ببيانات يستعملها الموقع وذلك تعبيرا عن قبوله بمحتوى هذه البيانات ، على أن تتوافر فيه الشروط الآتية :

- أن يخص صاحبه دون سواه .
- أن يتم بوسائل تمكن صاحبه من الإحتفاظ به تحت سيطرته دون سواه .
- ان يتم ربطه بالبيانات التي وقع به عليها

واشترطت المادة (2 / 6) من قواعد اليونسטרال الموحدة بشأن التوقيعات الإلكترونية أن تكون الوسيلة المستخدمة في التوقيع الإلكتروني موثوقا بها ونصت على أن " التوقيع الإلكتروني موثوق إذا :

أ - كانت الوسيلة المستخدمة لإنشاء التوقيع الإلكتروني مرتبطة في السياق الذي تستخدم فيه بالموقع دون شخص آخر .

ب - وإذا كانت الوسيلة المستخدمة لإنشاء التوقيع الإلكتروني خاضعة في وقت التوقيع لسيطرة الموقع دون شخص آخر .

ج - وكان أي تغيير في التوقيع الإلكتروني يجري بعد حدوث التوقيع قابلا للاكتشاف .

د - وكان الغرض من اشتراط التوقيع قانونا هو تأكيد سلامة المعلومات التي يتعلق بها التوقيع ، وكان أي تغيير يجري في تلك المعلومات بعد وقت التوقيع قابلا للاكتشاف .

أما الفقه فقد عرف التوقيع الإلكتروني في التعاقد عبر شبكة الأنترنت أنه " ملف إلكتروني قصير يرتبط ببيانات يستعملها الموقع ، ويسمح بتحديد شخصيته وتمييزه عما سواه ، ويثبت إتجاه إرادته إلى الإلتزام بمضمون الوثيقة الإلكترونية ، و يتحقق هذا النوع من التوقيع عبر إجراءات حسابية ترتبط بمفتاح رقمي خاص بالمرسل دون سواه " ²⁹⁹ .

ثانيا : أنواع التوقيع الإلكتروني : يقسم التوقيع الإلكتروني إلى نوعين ، أولهما التوقيع الرقمي ، وثانيهما التوقيع بالقلم الإلكتروني .

التوقيع الرقمي : يتم هذا التوقيع بإستعمال أرقام متعددة تركيب لتشكل في النهاية (كودا) يتم التوقيع به . ويستخدم هذا النوع من التوقيع في التعاملات المصرفية ، كما يستخدم في المراسلات الإلكترونية بين التجار أو بين الشركات في الصفقات التجارية التي تتم عبر شبكة الأنترنت ³⁰⁰ . ويؤدي التوقيع الرقمي إلى إقرار المعلومات التي تتضمنها الوثيقة الإلكترونية ، ومن شأن هذا النوع من التوقيع السماح بأبرام العقود عند بعد دون الحضور المادي للمتعاقدين .

²⁹⁹ د/ جليل الساعدي ، مرجع سابق ، ص 105 .
³⁰⁰ د/ جليل الساعدي ، مرجع سابق ، ص 105 .

التوقيع بالقلم الإلكتروني : ويتم هذا التوقيع بإستعمال قلم إلكتروني حسابي ، يكتب من خلاله على شاشة الكمبيوتر ، وعن طريق برنامج معين الذي يؤدي خدمة التقاط التوقيع وخدمة التحقق من صحة التوقيع . و وظيفة هذا البرنامج قياس خصائص معينة للتوقيع من حيث الحجم والشكل والنقاط والخطوط والإلتواءات ، وإذا رضي بالتوقيع تشفر البيانات الخاصة بالتوقيع ³⁰¹ .

ثالثاً: حجية التوقيع الإلكتروني : إن التوقيع في الشكل الكتابي يمكن أن يؤدي مجموعة متنوعة من الوظائف حسب طبيعة المستند الذي يحمل التوقيع ، بحيث أنه يمكن أن يكون دليلاً على نية الموقع الإقرار بتحريره نص المستند ، و أيضاً كدليل للإثبات . كما هو أداة للتعبير عن إرادة الشخص في قبوله الإلتزام بمضمون العقد ووسيلة لتوثيق العقد و حمايته من أي تلاعب ، إضافة إلى تمييز شخصية صاحبه و يحدد هويته .

أما التوقيع الإلكتروني ، فهو يتفوق على التوقيع التقليدي بالنظر إلى أن الإستيثاق من شخصية صاحب التوقيع يتم بشكل روتيني في كل مرة يتم فيها استخدام الرقم السري أو المفتاح الخاص . وبالتالي التأكد من صحة التوقيع من البداية ، وليس حتى بعد نشوب النزاع كما هو الشأن في المحررات الموقعة بخط اليد . كما أن هناك تقنية حديثة في تأمين التوقيع الإلكتروني عن طريق ما يسمى المعاملات الإلكترونية الآمنة ، إضافة إلى نظام تأمين آخر يستخدمه الأشخاص في حالة زيارة مواقع الويب عبر ما يسمى بروتوكول تأمين طبقة المقابس ³⁰² .

³⁰¹ د/ جليل الساعدي ، مرجع سابق ، ص 108 - 109 .
³⁰² د/ خالد ممدوح ابراهيم ، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2008 ، ص 405 - 406 .

المطلب الثالث

الإعتماد المستندي الإلكتروني والتحويل الإلكتروني للمعلومات

الفرع الأول

الإعتماد المستندي الإلكتروني

تعتبر الأعمال المصرفية الإلكترونية نوعاً من أنواع التجارة الإلكترونية التي تعتبر إحدى النماذج الهامة في مجال الاتصالات التي شهدها العالم مؤخراً ، ويأتي في مقدمة هذه الأعمال الإعتماد المستندي بطبيعة الحال الذي هو ومن جديد محل الدراسة ، ونعود لنذكر بأن المشرع الجزائري لم يعالج الإعتماد المستندي لا التقليدي ولا الإلكتروني ومن ثم فإن دارستنا للإعتماد المستندي الإلكتروني تنصب على ما يتعلق بالإعتماد المستندي وفق القواعد الواردة بالأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية الصادرة من غرفة التجارة الدولية.

وبالنظر في تلك القواعد والأعراف ، فقد صيغت بمعرفة غرفة التجارة الدولية لأول مرة سنة 1933 ، وبعد الصياغة الأولى لها ، تم باستمرار التغيير والتطوير لها لتواكب التطورات العالمية المتلاحقة³⁰³ ، حيث أعيدت صياغتها عدة مرات في سنوات 1951 ، 1962 ، 1974 ، 1983 و 1993 ، 2007. ولقد كانت النشرة رقم 500 الأكثر تفصيلاً من النشرة رقم 600 لسنة 2007 بشأن الإعتماد المستندي الإلكتروني ، بل أن استخدام الطرق الإلكترونية في الإعتماد المستندي كان سبب صدور هذه الصياغة .

وبدأ سريان هذه الصياغة للقواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية 500 اعتباراً من 01 / 01 / 1994 ، و كان السبب لهذه الصياغة الحديثة هو مواكبة التطورات المعلوماتية ووسائل الإتصال ، واستخدامها في القطاع المصرفي من طرف البنوك ، لكنه تجب الإشارة إلى أن حتى النشرة 400 اي الصادرة سنة 1983 قد تضمنت بعض الاحكام الالكترونية في نطاق الاعتماد المستندي ، وذلك من خلال المادة 22 / 3 على أنه " ما لم

³⁰³ د/ عصام صلاح أحمد اسماعيل ، مرجع سابق ، ص 336 .

ينص الإعتقاد على خلاف ذلك ، تقبل البنوك كمستندات أصلية المستندات التي استخرجت أو الثابتة في ظاهرها أنها استقرت :

- 1 - عن طريق نظم الإستنساخ الإلكتروني .
- 2 - عن طريق النظم الآلية أو نظم الكمبيوتر .
- 3 - النسخ الكربونية وذلك بشرط أن تدون عليها تأشيرة تفيد أنها تعتبر أصولا ، وأن تدل في ظاهرها بأنها موثقة ."

إذا ومن خلال النص نجد أنه قد اشترط شرطين على البنوك ، لكي تتعامل مع المستندات المستنسخة إلكترونيا أو المستخرجة من النظم الآلية ونظم الكمبيوتر والصور الكربونية وهما :

- الشرط الأول : أن يتم التأشير على تلك المستندات بأنها تعتبر أصولا .
- الشرط الثاني : أن تدون في ظاهرها أنها موثقة .

أما الصياغة التالية للقواعد والأعراف الموحدة 500 ، فقد جاء فيها من خلال المادة 2/20 التي تقابل المادة 22 من النشرة 400 ومع التعديل فيما يتعلق بمعنى التوثيق ، والتي تنص " ما لم ينص الإعتقاد على خلاف ذلك تقبل البنوك كمستندات أصلية المستندات المستخرجة أو التي تدون في ظاهرها أنها استخرجت :

- 1 - عن طريق الإستنساخ الإلكتروني أو نظم الكمبيوتر .
- 2 - النسخ الكربونية وذلك بشرط أن تدون عليها تأشيرة تفيد أنها تعتبر أصولا وأن تدل في ظاهرها بأنها موقعة .

يلاحظ على هذا النص مايلي :

- 1 - اشترط النص لإعتبار هذه المستندات أصولا أن تكون موقعة بدلا من موثقة ، مما أزال الغموض في معنى التوثيق³⁰⁴ .

كما أن المادة 8 / 1 من القواعد والأعراف الموحدة 500 قد أوضحت معنى التوثيق واعتبرته أي وسيلة معقولة تستخدم للدلالة عن شخصية مرسل الرسالة مثل :
أ - استعمال رمز ملتصق بالرسالة التي يتم إبلاغها بحيث يمكن تمييزها .

³⁰⁴ د / عصام صلاح أحمد اسماعيل ، مرجع سابق ، ص 338 .

ب - استخدام البنك المصدر كلمة سر للدخول الى الشبكة التي يتم إبلاغ الرسالة عن طريقها إلكترونياً .

ج - إخطار البنك المبلغ للبنك المصدر بما يفيد استلامه الرسالة .

د - الإتصال بأي وسيلة بين العاملين في البنكين سواء قبل أو بعد إبلاغ الرسالة .

2 / وضع النص نفس الشرط الوارد في القواعد 400 ، والمتعلق بوجوب التأشير على المستندات لإعتبارها أصولاً ، دون التوثيق الظاهري في مقابل التوقيع وعند الإقتضاء³⁰⁵ .

3 / أوجد النص حكماً جديداً يتوافق والتطور التكنولوجي ، ذلك أن القواعد 400 لم تكن تجيز التوقيع على المستندات بالفاكس أو بطريقة الترخيم أو بلسق الطابع أو بالرمز أو بأي وسيلة إلكترونية أخرى من وسائل التوثيق .

وبالنسبة للنشرة 500 فقد أجازت بأن يصدر خطاب الإعتماد المستندي في شكل إلكتروني ، وذلك من خلال المادة 11 / 1 منها التي تنص على " عندما يعطي المصرف تعليمات موثقة إلى المصرف المبلغ برسالة بإحدى وسائل الإتصال عن بعد ليقوم بتبليغ أو تعديل اعتماد تلك الرسالة تعتبر حكماً هي مستند الإعتماد أو التعديل نافذ المفعول دون حاجة إلى إرسال أي تعزيز للرسالة بالبريد " .

ليكون بذلك النص مكتفياً بالرسالة المرسلة عبر الوسائل المذكورة حتى يقوم البنك المرسل إليه في تلك الرسالة بتنفيذ التعليمات الواردة بها دون الحاجة إلى إرسال رسالة بالبريد لتعزيز الرسالة التي أرسلها البنك المصدر إلى البنك المبلغ .

ومن أجل التعرف على هوية مرسل الرسالة ، فهناك جهة مختصة للتصديق وتسمى بسلطة التصديق ، التي تقوم بإصدار شهادات رقمية تضمن هوية أصحاب المفاتيح العامة ، وتنسب إليهم تلك المفاتيح حتى يلزم كل صاحب مفتاح بالرسائل المرسلة عن طريق هذا المفتاح³⁰⁶ .

³⁰⁵ أما في النشرة 600 فنلاحظ انها لم تضيف شيئاً بشأن الإعتماد المستندي الإلكتروني ، حيث نصت المادة 18 منها " على البنك أن يتعامل مع المستند على أنه أصل طالما يظهر بأنه يحمل توقيع أصلي أو علامة أو ختم أو علامة من مصدر الوثيقة إلا إذا كان المستند نفسه يشير إلى أنه أصلياً " .

³⁰⁶ د / حسام الدين عبد الغني ، مرجع سابق ، ص 68 نقلاً عن د/ عصام صلاح أحمد اسماعيل ، مرجع سابق ، ص 340 .

وللغوص أكثر في مضامين الإعتمادات المستندية الإلكترونية ، اقتضى الأمر منا الولوج في آلية التحويل الإلكتروني للمعلومات .

الفرع الثاني

التحويل الإلكتروني للمعلومات في مجال الاعتماد المستندي

فيما يتعلق بتحويل وتبادل المعلومات بين البنوك ، يلاحظ أن النظام الموحد والمعتمد فيما بينهما يتمثل في نظام سويفت ويعتبر النظام الآلي SAGITTAIRE في فرنسا امتداد لنظام سويفت والمسير من مصالح البريد .

وما يمكن ملاحظته في مجال الإعتماد المستندي فيما يتعلق استعمال نظام سويفت : أنه يقتصر على العلاقات فيما بين البنوك المتصلة فيما بينها عن طريق الشبكة المزودة بنظام تشفي يصعب على الغير اختراقه أو إستعماله ، وتعتبر المؤسسة من أجل الإتصال العالمي المالي بين البنوك الكائن مقرها في بروكسل ، المشرفة على تسيير هذا النظام ، الذي يربط حوالي 50 دولة يتم التعامل بموجب رسائل إلكترونية نموذجية وموحدة ، ترسل على هذه الشبكة المؤجرة من طرف مؤسسة SWIFT. وقد ساهم هذا الأخير أي نظام سويفت بإعتباره أداة إلكترونية لتحويل الأموال في تطوير لغة اتصال موحدة فيما بين البنوك من خلال توحيد رسائل إلكترونية نموذجية ، الأمر الذي سمح بتقليص نسبة الخطأ .

كما أن نظام عمل SWIFT يقوم على مجموعة هائلة من الرسائل الإلكترونية الموحدة في شكل نماذج متنوعة موزعة على خمس مجموعات ، الثالثة منها تحت عنوان التجارة والمالية والتي يندرج ضمن قائمتها الإعتماد المستندي المخصصة له 15 رسالة ، الضمانات البنكية خصصت لها 04 رسائل و 06التحصيل المستندي .

أما عن إمكانية استعمال رسائل SWIFT فيما يتعلق تأييد الإعتماد أو تبليغ المستفيد ، فالأمر غير وارد لوجود طرف أجنبي خارج العلاقات البنكية ، ولعدم وجود نماذج موحدة

فيما بين البنوك عند تعاملها مع أطراف أجنبية لا تتمتع بصفة البنوك ويقصد به البائع (المستفيد) .

غير أنه تجب الإشارة إلى أن بالرغم من فعالية نظام SWIFT من حيث سرعة الإتصال ونقل المعلومات وحفظ تكلفة العمليات البنكية ، تبقى تركيبة الإعتماد المستندي المعقدة ووجود أطراف أخرى غير البنوك عي العملية من جهة ، وظهور نظام عالمي آخر جد متطور في مجال التجارة الدولية ، والمتمثل في نظام التبادل الإلكتروني للمعلومات (EDI) المعتمد من طرف هيئة الأمم المتحدة تحت صيغة " EDI FACT " التبادل الإلكتروني للمعلومات في مجال الإدارة ، التجارة والنقل .

الأمر الذي أدى سنة 1990 بمجلس إدارة شركة السويقت إلى عقد إجتماع عام ، فتم من خلاله الإتفاق على تبني جميع الإجراءات المتعلقة بتوحيد المستندات والرسائل التي يتضمنها نظام التبادل الإلكتروني للمعلومات في مجال الإدارة ، التجارة ، النقل وإدخالها في شبكتها ، وهو الأمر الذي ادخل الاعتماد المستندي في قلب العمليات الإلكترونية .

الفرع الثالث

قواعد السير الموحدة المتعلقة بتبادل المعلومات التجارية عن طريق التحويل عن بعد

UNCID

بالرجوع إلى القاموس الدائم لقانون الأعمال، نجد أن تبادل المعلومات الإلكتروني (EDI) يقصد به التقنية التي يمكن من خلالها إصدار وتلقي المعلومات بصفة آلية في شكل رسائل الكترونية موحدة ، تهدف إلى استعمال موحد لبرامج إلكترونية متنوعة معروفة في نظام الإعلام الآلي في شكل غير متناسق بوضع شبكة موحدة للإتصال عن بعد³⁰⁷ .

³⁰⁷ سعدي عبد الحليم ، الأرضية القانونية للإعتماد المستندي الإلكتروني ، مجلة المفكر ، العدد 09 ، بسكرة ، ص 93 .

من خلال هذا التعريف يمكن القول أن تبادل المعلومات الإلكترونية هو تحويل ذكي لمعلومات منظمة مسبقا ، بإستعمال رسائل معدة مسبقا وموحدة بين المتعاملين من حاسوب لآخر ومن برنامج لآخر بصفة متناسقة³⁰⁸ .

وعملية التحويل الإلكتروني للمعلومات حتى يكون لها نفس القيمة القانونية المعهودة للمستندات الورقية ، وجب أن تتضمن الخاصيات التالية :

- 1 - أن تكون المعلومة التجارية قابلة للقراءة من خلال أجهزة الحاسوب في لغة يفهمها الإنسان ، لتمكنه من معرفة محتوى المعلومة ومن قام بإرسالها .
- 2 - التجريد التام للمستندات التي لم يعد لها وجود مادي ، سوى على الحواسيب بما يمكن من تعديل أو إلغاء هذه المستندات في شكل رسائل في أي وقت ، وذلك أمام غياب إطار قانوني يحكم العمليات الإلكترونية .
- 3 - الإعراف القانوني الدولي والوطني بنظام التبادل الإلكتروني للمعلومات (EDI) لأجل تطبيقه في حقل التجارة الدولية بإعتباره يشكل تحديا قانونيا كبيرا ، وانقلابا على الأنظمة الكلاسيكية . باستثناء المملكة المتحدة سنة 1988 والولايات المتحدة سنة 1990 ليتم تحسين هذه قواعد ولأول مرة بواسطة قوانين داخلية .

وتجب الإشارة إلى أن غرفة التجارة الدولية هي الجهة الوحيدة المخولة لحل أي نزاع يثور فيما بين الأطراف ، فيما يتعلق بمضمون قواعد السير الموحدة من أجل تبادل المعلومات التجارية عن طريق التحويل عن بعد .

هذا وأمام التخوف الكبير من اعتماد نظام التبادل الإلكتروني للمعلومات ، و للوصول إلى الهدف المنشود ، قامت غرفة التجارة الدولية بتشكيل لجنة عمل لدراسة وتمحص مشروع المستقبل الخاص بقواعد الإعتماد المستندي الإلكتروني والذي لم يأت ثماره إلى حد الآن لتبقى الأزمة دوما قائمة³⁰⁹ .

³⁰⁸ المقصود بالمعلومة الإلكترونية هو معلومة الإطار العام ، أي عنصر التبادل أولا ثم المضمون المتمثل في رسائل محولة عبر شبكات اتصال

عن بعد .

³⁰⁹ سعدي عبد الحليم ، مرجع سابق ، ص 96 .

الفرع الرابع

الآثار القانونية لنظام التبادل الإلكتروني على الإعتماد المستندي

لقد أعطى مشروع نظام EDIFACT آمال كبير للمتعاملين في حقل التجارة الدولية ، من أجل تكريس نظام آلي لكافة العمليات البنكية ، دون المساس بأساس الإعتماد المستندي القائم على تقديم وفحص المستندات ، كخطوة أولية من أجل الوصول إلى إعتماد مستندي إلكتروني .

وقد استطاعت تلك التقنية وضع مجموعة موحدة من الرسائل الإلكترونية النموذجية الحية لتنفيذ الإعتماد المستندي كمرحلة انتقالية ، ومن هذه الرسائل الإلكترونية : طلب فتح الإعتماد ، إشعار تبليغ الإعتماد للمستفيد ، تأييد الإعتماد للبنك الفاتح ومختلف التعديلات المتعلقة بالإعتماد³¹⁰ .

وفيما يتعلق بشكل النموذج الإلكتروني المطلوب، هو ذلك الذي يحدده خطاب الإعتماد وإن أغفل عن ذلك اعتمد أي شكل آخر دون إحراج (المادة 04 من القواعد و العادات الموحدة الإلكترونية) .

أما مسألة تاريخ إرسال المستندات ، فقد جعلت القواعد والعادات الموحدة الإلكترونية من خلال نص المادة 09 تاريخ إرسال المستندات من طرف المرسل هو التاريخ المعتمد ، ما لم يتضمن التسجيل الإلكتروني تاريخ آخر ، كما يعتبر تاريخ الإرسال هو التاريخ المعتمد .

أما مسؤولية البنك في فحص المستندات ومن خلال نص المادة 12 من نفس القواعد ، هي ذات المسؤولية في حال تقديم مستند ورقي ، بإعفاء البنوك من المسؤولية فيما يتعلق بتطابق هوية المرسل مصدر المعلومة ، لتبقى مقتصرة بالفحص الظاهري لشكل الإعتماد المستندي الإلكتروني.

³¹⁰ سعدي عبد الحليم ، مرجع سابق ، ص 97 .

وفي الأخير ، يمكن القول أن غياب تحديد التقنية التي بموجبها يتم التقديم الإلكتروني في ملحق القواعد والعادات الموحدة الإلكترونية ، سوف يدفع البنوك حتما إلى التساؤل عن النموذج أو النماذج المستعملة ، واستعمال المعلومة الإلكترونية المعتمدة في سير وحركة المستندات الإلكترونية و استيعابها .

المطلب الرابع

التحكيم الإلكتروني في الإعتماد المستندي الإلكتروني

إذا كان التحكيم وسيلة حتمية لفض النزاعات على المستويين المحلى والدولي على وجه الخصوص ، نظرا لما يتمتع به من مزايا ، فإن هذه الأخيرة تظهر الحاجة إليها بشكل أكثر وضوحا عندما يتعلق الأمر بالمعاملات التي يتم إبرامها عن طريق الأنترنت التي تتسم أيضا بالسرعة في إبرام المعاملة والتنفيذ ، من أجل ذلك ظهر التحكيم الإلكتروني كوسيلة حديثة لفض المنازعات .

ولاشك أن تحديد مفهوم وماهية التحكيم الإلكتروني والجوانب القانونية المتعلقة به ، سيساعد على تطوير الآليات ليصبح مواكبا لتطور المجتمع المعلوماتي ، وحاجاته حاضرا ومستقبلا ونشر ثقافة التحكيم ، بيان أهميته كوسيلة بديلة لفض منازعات التجارة بصفة عامة وعقود التجارة الدولية بصفة خاصة .

إلا أن التحكيم الإلكتروني في الإعتماد المستندي الإلكتروني يحتاج إلى بيان طبيعة هذا التحكيم ومزاياه وكذا إجراءاته ، وأهم المشاكل التي يثيرها حكم التحكيم الإلكتروني في الإعتماد المستندي على التوالي في ثلاث فروع .

الفرع الأول

طبيعة التحكيم الإلكتروني في الإعتدالمستندي الإلكتروني

لا يختلف التحكيم الإلكتروني في جوهره عن التحكيم التقليدي ، في كونهما من الوسائل البديلة لفض المنازعات بعيدا عن القضاء العادي وأن أساسه الإتفاق إلا من خلال الوسيلة التي تتم بها إجراءات التحكيم في العالم الافتراضي ، فلا وجود للورق والكتابة التقليدية أو الحضور المادي للأشخاص في هذا التحكيم³¹¹ .

الأمر الذي دفع إلى ضرورة تبني قواعد قانونية جديدة تتوافق مع هذا النوع الجديد من المعاملات القانونية ، لأن القواعد التقليدية لم تكن تسمح باستيعاب مثل هذه الإشكال الحديثة من المعاملات . وخلق مثل هذه الأنواع من القواعد التي تحكم المعاملات الحديثة يعد أمرا في غاية الأهمية ، ذلك أن الثقة والإنتمان أساس التجارة إلكترونية كانت أو تقليدية³¹² . إن استخدام الوسط الإلكتروني في المعاملات بين طرفين موجودين في دولتين مختلفتين بل إن كثيرا من تلك المعاملات يتم بين أطراف لا يعرفون بعضهم ، لذا يصبح من الصعب اللجوء للقضاء في هذه الحالة ، ذلك لأنه يجب تحديد المحكمة المختصة ، والقانون الواجب التطبيق والإنتقال إلى مكان التقاضي ، لذا أصبحت الوسائل البديلة لفض المنازعات هي الأكثر توافقا لفض مثل هذه النزاعات لتشمل الإعتدالمستندي ، ومن ثم فإن فض النزاع الناشئ عنه يتم باستعمال الوسيلة ذاتها والوسط نفسه .

وقد ثار خلاف فقهي حول وصف التحكيم الإلكتروني ، فهل التحكيم الذي يتم إصباغ الصفة الإلكترونية عليه يجب أن يتم بأكمله عبر الوسيلة الإلكترونية ؟ أم أنه إذا تم اللجوء للوسيلة الإلكترونية في أي مرحلة من مراحلها أصبح تحكيما إلكترونيا ؟

³¹¹ د / وائل حمدي أحمد ، التقاضي الإلكتروني في العقود الإلكترونية ، دار الفكر القانوني ، الطبعة الأولى ، 2010 ، ص 123 .

³¹² د / عصام أحمد صلاح اسماعيل ، مرجع سابق ، ص 343 .

الإتجاه الأول : يرى أن التحكيم لا يكون إلكترونيًا إلا إذا تمت جميع عناصره بالوسيلة الإلكترونية ، بدءًا من الإتفاق إلى انتهاء بحكم تحكيم إلكتروني المنهي للخصومة . ذلك أن أي تحكيم لا يخلو من استخدام الوسائل الإلكترونية في أحد مراحلها³¹³ .

أما الإتجاه الثاني، وبخلاف الرأي الأول يذهب إلى اعتبار أن التحكيم يعد إلكترونيًا باستعمال الوسائل الإلكترونية في أية مرحلة من مراحلها³¹⁴ .

الإتجاه الثالث³¹⁵ يرى - بحق - أن الفارق الأساسي بين التحكيم التقليدي والتحكيم الإلكتروني مرحلة إجراءات التحكيم وانعقاد الجلسات ، لإضفاء على التحكيم الصفة الإلكترونية ، كما أن هذه المرحلة تضي على التحكيم مزايا التحكيم الإلكتروني من قلة التكاليف وعدم التقيد المكاني ، أما بخصوص مرحلة الإتفاق ، فإن أي عقد يمكن أن نعقد بواسطة وسائل الإتصال الحديثة . وفيما يتعلق بالحكم فإن ديباجته قد تكون مكتوبة بالطريقة الإلكترونية ، ولكن لا يضي على التحكيم صفة التحكيم الإلكتروني ، حيث أن هناك من الأحكام القضائية حاليًا في بعض الدول ما يتم نشره واعتبار صورة رسمية من حكم وهو مكتوب إلكترونيًا ومنشور عبر الأنترنت ، ولم يقل أحد أن هذه الدعوى التي صدر بشأنها هذا الحكم هي دعوى إلكترونية .

الفرع الثاني

مزايا التحكيم الإلكتروني في الإعتماد المستندي الإلكتروني

إن أهم ميزة للتحكيم الإلكتروني هو السرعة في الفصل في النزاع ، وهذه الميزة تفوق كثيرًا بسرعة ما يجري به تداول هذه المازعات في أروقة المحاكم الوطنية من بطء وتكدس - كما سبق الذكر - عند الحديث عن أسباب اللجوء إلى التحكيم - خاصة مع ازدياد عقود التجارة الإلكترونية بما فيها عقود الإعتماد المستندي ، حتى أن هذا التحكيم

³¹³ د/ نائلة قمير عبيد ، التوجهات الحديثة للتحكيم التجاري الدولي ، محاضرة بالدورة الثانية للتحكيم التجاري الدولي المنعقدة بمركز دبي للتحكيم الدولي من 12 إلى 14 نوفمبر 2007 ، ص 7 ، نقلًا عن د/ عصام أحمد صلاح اسماعيل ، مرجع سابق ، 345 .

³¹⁴ د/ سامي عيد الباقي أبو صالح ، التحكيم التجاري الإلكتروني ، دار النهضة ، 2004 ، ص 20 .

³¹⁵ د/ عصام أحمد صلاح اسماعيل ، مرجع سابق ، ص 346 .

يفوق كثيرا سرعة الفصل في المنازعات المعروضة عليه مقارنة باللجوء للتحكيم التجاري العادي ، الذي يحتاج مدة أطول بكثير مما يتطلب هذا التحكيم³¹⁶ ، ذلك أنه لو أراد طرف الإعتماد المستندي تحريك التحكيم بعد نشوب نزاع بينه وبين الطرف الآخر ، فإن ذلك لن يتطلب منه سوى ملء إستمارة إلكترونية دون أن يقتضي الأمر منه أن ينتقل إلى مقر انعقاد جلسات التحكيم ، كما يمكن إرسال المستندات عبر الأنترنت بسهولة وسرعة ، ونتيجة لذلك فإن بعض اللوائح الخاصة تضع للمحاكم سقفا زمنيا يحسم النزاع خلاله ، كما هو الشأن بالنسبة للائحة النزاعات الموحدة الصادرة عن مؤسسة الأنترنت للأسماء الأرقام المخصصة³¹⁷ . كما هناك قواعد التحكيم الخاصة في المنازعات الناشئة عن تسجيل العناوين الإلكترونية على شبكة الأنترنت (الايكان)³¹⁸ ، التي تلزم المحكم بأن يصدر الحكم خلال 60 يوما من تاريخ تقديم طلب التحكيم .

وفيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق ، فإن المشكلة لا تثار بشأن ذلك مع عدم وجود قواعد محددة تحدد الإختصاص القضائي في منازعات عقود التجارة الدولية ، والإكتفاء بالإتفاق في التحكيم الإلكتروني على القانون الواجب التطبيق وعلى هيئة التحكيم المختصة ومكان انعقاد الجلسات ولا يلزم الأطراف بحضور هذه الجلسات .

كما يتميز التحكيم الإلكتروني بقلة النفقات ، ما دام أن الوسيلة الإلكترونية لا تتطلب إنتقال أطراف التحكيم إلى مكان معين لعقد الجلسات التحكيمية ، كما لا تلزم بالحضور المادي للشهود ، مع توفير مصروفات إرسال المستندات بالصور التقليدية كالبريد لكون ذلك يتم عبر الأنترنت .

ولضمان السرية في التحكيم الإلكتروني ، كما هي موجودة في التحكيم التقليدي - التي تعتبر من دوافع اللجوء للتحكيم - لابد من الاحتفاظ بالرقم السري الذي من خلاله

³¹⁶ أمينة خبابة ، التحكيم الإلكتروني في التجارة الإلكترونية ، رسالة ماجستير ، الطبعة الأولى ، دار الفكر والقانون 2010 ، ص 77 .

³¹⁷ عصام أحمد صلاح اسماعيل ، مرجع سابق ، ص 347 .

³¹⁸ الصادرة في 24 أكتوبر 1999 التي تضم 21 قاعدة أساسية .

يستطيع الدخول في إجراءات التحكيم ، مع حسن اختيار أصحاب المهن الفنية الذين يقومون بعمل هذه الأرقام لأنهم هم أنفسهم يكونوا على علم بهذه الأرقام السرية ³¹⁹.

أما بالنسبة للقرصنة التي يتعرض لها التحكيم الإلكتروني فإنها أهم ما يعاب عليه إلا أنه يمكن إتخاذ تشفير للبيانات المتعلقة بالتحكيم ، وأن يتم تزويد المواقع التي تضم هذه البيانات ببرامج تقوم بتحسينها ضد الإختراق أو التجسس أو التخريب ³²⁰.

الفرع الثالث

مصادر التحكيم الإلكتروني في الإعتماد المستندي الإلكتروني

إن هناك بعض التنظيمات الإقتصادية والإقليمية و إتحادات مهنية فعالة في مجال التحكيم الإلكتروني في الإعتماد المستندي وغيره ، والتي تهتم بمواكبة التطور الإلكتروني السريع التي تعتبر مصدرا هاما يستقي منه التحكيم الإلكتروني أحكامه ، ومن هذه المنظمات والهيئات :

البند الأول

الإتحاد الأوروبي

حيث نصت المادة (17) من التوجيه رقم 2000 /31 والموسوم بتوجيه التجارة الإلكترونية على السماح للدول الأعضاء ، في حالة وجود نزاع مقدمي خدمة المعلومات والمتعاملين معهم، بتسوية هذه الخلافات خارج المحاكم وباستخدام الوسائل الإلكترونية .

كما قام الإتحاد الأوروبي بتوجيه الدول الأعضاء بالألا تضع في تشريعاتها الداخلية عقبات قانونية تحول دون استخدام آليات تسوية المنازعات إلكترونيا بعيدا عن القضاء ، حيث جاء نص المادة الأولى من قواعد التوجيه الأوروبي رقم 2000 /31 على أنه " تسمح

³¹⁹عصام احمد صلاح اسماعيل ، مرجع سابق ، ص 348 .

³²⁰SCHÄFER, « La visioconférence dans l'arbitrage », *Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la chambre de commerce Internationale*, Vol. 14 / N° 1, 1^{er} Semestre 2003, p. 37. DAVID j. Howell, *Electronic Disclosure in international arbitration*, *Juri Net*, 2008, p 30 – 32 .

الدول الأعضاء لموردي خدمات المعلومات والمتعاملين معهم ، بتسوية منازعاتهم بعيدا عن أوراق المحاكم ، وباستخدام الوسائل التكنولوجية في العالم الإلكتروني ، وفي مجتمع المعلومات في فض المنازعات " .

كما أصدرت اللجنة الأوروبية المختصة بتسوية المنازعات ³²¹، إعتقاد سلسلة من التوجيهات بخصوص حل المنازعات على الخط منها :

- 1 - تأسيس شبكة أوروبية لتسوية المنازعات مباشرة على الخط ، ولحل كافة منازعات المستهلك الأوروبي خاصة في قطاع الخدمات .
- 2 - المبادئ الواجب مراعاتها من جانب الدول الأعضاء عند تسوية منازعاتهم عبر الأنترنت ، وذلك لسد النقص في التوصية رقم 257 / 298 ، التي تضع خطوطا إرشادية لتوفير أفضل للمستهلك الأوروبي في معاملاته عبر الأنترنت .

البند الثاني

القاضي الافتراضي

يعتبر مشروع التحكيم الإلكتروني المعروف بإسم القاضي الافتراضي ، أول مشروع فض المنازعات عبر الأنترنت لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية ، وأطلق هذا المشروع في مارس 1996 ، كمشروع تجريبي للتحكيم عبر الأنترنت . وتم الإعلان رسميا عن هذا المشروع من خلال نشرة صحفية تم توزيعها من خلال البريد الإلكتروني ، وغيرها من الأجهزة على شبكة الأنترنت .

و مشروع القاضي الافتراضي فكرة أمريكية ، تم إرساء دعائمها في مارس 1996 من قبل أساتذة مركز القانون وأمن المعلومات بجامعة فيلانوفيا عام 1999 ، انتقلت المسؤولية عن المشروع إلى كلية الحقوق بمعهد الينوي للتكنولوجيا ، ودعم هذا النظام جمعية المحكمين الأمريكيين ، ومعهد قانون الأنترنت والمركز الوطني لأبحاث المعلوماتية الأمريكي ³²² .

³²¹ . خصوصا المنازعات التي تتم بين المستهلكين .

³²² NICOLETTE KOST , OP , cit , p 90 .

والهدف الرئيس من هذا المشروع هو محاولة إعطاء حلول سريعة ومحايدة للمنازعات المتعلقة بالإنترنت عن طريق وسيط معتمد من المركز ، والذي تكون له خبرة قانونية في التحكيم والقوانين المنظمة للتجارة الإلكترونية ، وذلك من خلال وثيقتين أساسيتين والتي يقوم عليهما المشروع وهما وثيقة المفاهيم ووثيقة قواعد الإستخدام .

شروط تطبيق هذا النظام :

تتحدد شروط تطبيق هذا النظام فيما يلي :

أولاً : إرتضاء الأطراف تطبيق قواعد هذا النظام .

ثانياً : إقرار المحاكم لصحة هذا الإتفاق .

ثالثاً : إقرار المحاكم لهذا النظام والجزاءات المقررة في الأحكام الصادرة .

ويرى الفقه أن هذه الشروط كافية لتطبيق هذا النظام في التحكيم الدولي ، لكن مع وجود صعوبات في ذلك³²³ .

إجراءاته

تبدأ إجراءات هذا النظام عندما يرسل الطرف المدعى شكواه إلى المحكمة على النموذج المعد لذلك ، متضمنة شرح كامل لدعواه واعتراضاته ضد الطرف الآخر ، لتتم مراجعة الشكوى من قبل هيئة المحكمين الأمريكية ، ويكون لهذه الأخيرة أن تطلب أي معلومات تفسيرية عن الشكوى . وبعد الحصول على موافقة الأطراف المشتركين ، وإرسال كافة المستندات الضرورية ، يتم اختيار القضاة الإفتراضيين عشوائياً للنظر في النزاع ، تصدر حكمها خلال 72 ساعة .

وأمام هذا التعدد في العلاقات الناشئة عن فتح الإعتماد المستندي ، مع تضمن هذا الأخير أو عقد الأساس شرط أو مشاركة للتحكيم عند نشوب نزاعات فيما بينهم ، سواء فيما يتعلق بالإعتماد المستندي التقليدي أو الإلكتروني ، فإنه يثور التساؤل حول أثر ذلك على إلتزاماتهم.

³²³ د/ وائل حمدي أحمد ، مرجع سابق ، ص 28 .

الفصل الثاني

أثار التحكيم في الإعتماد المستندي

سبق بيان أن شرط التحكيم ينعقد بتوافر ركن الرضا إلى جانب الأركان الأخرى ، وهو ما يستتبع نسبية أثره ، فلا يحتج بها في مواجهة الطرف الذي ارتضاه وقبل خصومته ، وشرط التحكيم بوصفه عقدا شأنه شأن أي عقد آخر - يحكمه مبدأ النسبية - حيث أن آثاره لا يمتد إلا إلى أطرافه ، ومن ثم لا تمتد إلى غيرهم من الذين لم يشاركوا في إبرامه إعمالا لمبدأ نسبية العقود ، فلا لايلزم الغير بشيء ولا يخوله أي حق .

وإذا كان هذا المبدأ الذي يحكم التعاقد ، فإن الواقع العملي يؤكد أن مجال التفرقة بين أطراف التعاقد والغير أصبح مجالا ضيقا ، وظهرت طائفة بين هذين المفهومين تتصف أحيانا بوصف الطرف وأحيانا أخرى بوصف الغير ، وهذه الطائفة تتمثل خلف المتعاقدين ، فقاعدة النسبية ترمي إلى إثارة أي عقد لا تنصرف إلا إلى أطرافه وأحيانا إلى خلفهم العام والخاص ، فلا تنصرف إلى الغير ولا يكتسب حق أو يتحمل إلتزام جراء انعقاد العقد الذي لم يكن طرفا فيه ، إلا أن هذه القاعدة يتم الخروج عنها في حدود ضيقة ، فتنصرف آثار العقد إلى الغير ، بمعنى أن شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي أو في آلية تمويله قد تمتد إلى الغير ، للوقوف على ذلك سيقسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو الآتي :

المبحث الأول : نطاق شرط التحكيم

المبحث الثاني : إمتداد شرط التحكيم

المبحث الأول

نطاق شرط التحكيم

يتحدد نطاق شرط التحكيم بإعتباره عقداً بتحديد أطرافه ، ومما لا شك فيه أن مسألة تحديد الطرف في شرط التحكيم وتحديدته لا تطرح نفسها إلا إذا أراد شخص طبيعي أو اعتباري ، مختلف عن أطراف العقد الأصلي التمسك بهذا الإتفاق ، ومن ثم اللجوء إلى التحكيم ، أو على العكس إذا رفض الإرتباط بهذا الإتفاق .

المطلب الأول

اتفاق التحكيم الوارد في عقد الأساس والاحتجاج به

الفرع الأول

إتفاق التحكيم الوارد في عقد الأساس

قد يتفق العميل الأمر والمستفيد في عقد الأساس المبرم بينهما على أن كافة المنازعات الناشئة عن تنفيذ بنود هذا العقد يتم الفصل فيها عن طريق التحكيم ، وقد يطلب المستفيد من البنك قيمة الإعتماد ويعترض العميل الأمر على ذلك ، فيثور بينهما نزاع في هذا الشأن .

فالسؤال الذي يثور في هذا الجانب هو : هل يمتد أثر شرط التحكيم الوارد في علاقة الأساس إلى النزاع الناشئ عن مطالبة المستفيد بقيمة الإعتماد ؟ أو بتعبير أوضح هل يجوز الإحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس في مواجهة المستفيد ، عندما يطالب بقيمة الإعتماد ؟

هناك إجماع فقهي وقضائي على عدم جواز التمسك بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس ، سواء كان قد صدر من العميل الأمر للحيلولة بين المستفيد والحصول على قيمة الإعتماد أو من قبل البنك³²⁴ .

³²⁴ د/ على صالح العوادي ، مرجع سابق .ص 312 .

كما تجب الإشارة إلى أن مجرد وجود شرط التحكيم في العلاقة التي تربط بين العميل الأمر والمستفيد ، لا يمنع هذا الأخير من المطالبة بقيمة الإعتداف وفقاً لشروط التي حددها الخطاب ، بحيث أن شرط التحكيم الوارد في عقد الأساس لا يمثل قيوداً على حق المستفيد في المطالبة بقيمة الإعتداف³²⁵.

أما الخلاف فيثور حول الأساس القانوني لعدم الإحتجاج ؟

ذهب البعض إلى إعتبار الأساس القانوني لعدم الإحتجاج هو مبدأ الإستقلالية والذاتية التي يتمتع بها الإعتداف المستندي في عقد الأساس ، بينما ذهب الرأي الآخر إلى أن ذلك يرجع إلى طبيعة شرط التحكيم ذاته .

الفرع الثاني

الأساس القانوني لعدم الإحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس

البند الأول

استقلال علاقة الأساس عن الإعتداف المستندي لعدم الإحتجاج

إن أهم ما يميز الإعتداف المستندي كما سبقت الإشارة - باعتباره من الضمانات المصرفية - هو إستقلال علاقة الأساس القائمة بين المستفيد والعميل الأمر عن تلك الضمانات ، ومن نتائج هذا الإستقلال ، أنه لا يجوز التمسك بأي دفع ناشئ عن تلك العلاقة للتأثير على إلتزام البنك بالوفاء بقيمة الإعتداف ، أو على مطالبة المستفيد به . وهذا بخلاف الكفالة التي يجوز فيها للكفيل أن يتمسك بدفع ناشئ عن العقد الأصلي المبرم بين المدين المكفول والدائن ، للتخلص من إلتزام بتغطية خطر عدم الوفاء للدين المكفول³²⁶.

وقد استندت بعض أحكام القضاء على مبدأ الإستقلال المذكور للقول بعدم الإحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس في مواجهة المستفيد بشأن المطالبة بقيمة الإعتداف ، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 20 / 12 / 1982 بأنه " طالما

³²⁵ د/ رضا السيد عبد الحميد ، مرجع سابق، ص 78 .
³²⁶ د/ رضا السيد عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص 51 - 59 .

أن إلتزام البنك في مواجهة المستفيد هو إلتزام لدى أول مطالبة ، ومستقل عن عقد الأساس وكان محكوما بشروط الخطاب فقط ، فإن محكمة الإستئناف لم تخالف هذه الشروط عندما قضت بأن إتفاق التحكيم المنصوص عليه في عقد الأساس لا تأثير له على تطبيق خطاب الضمان."

ويجب التنويه إلى أن هذا القرار قد صدر في نزاع متعلق بخطاب الضمان ، إلا أنه يسري كذلك على الإعتماد المستندي لإشتراك العمليتين المصرفيتين في إستقلال علاقة الأساس عن كل منهما .³²⁷

وعلى ذلك وفقا لهذا القرار ، فإن عدم الإحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس على كل من البنك أو المستفيد في شأن النزاع الذي ينشأ عن المطالبة بقيمة الإعتماد إلى إعتبار شرط التحكيم ضمن الدفوع الناشئة عن عقد الأساس ، ونظرا لما يتمتع به هذا العقد من استقلال عن الإعتماد المستندي ، فلا يجوز التمسك بهذا الدفع في نزاع ناشئ عنه سواء أكان ذلك في مواجهة البنك أو المستفيد.

إلا أنه يرى جانب آخر من الفقه أن الأساس المذكور لعدم الإحتجاج ليس كافيا ، فمبدأ الإستقلال بين الإعتماد المستندي وعلاقة الأساس لا يكفي للقول بعدم الإحتجاج بشرط التحكيم الوارد في تلك العلاقة بشأن نزاع ناشئ عن الإعتماد ، ذلك أنه حتى في حالة الكفالة المصرفية لا يجوز الإحتجاج بشرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بين المدين والدائن على الكفيل ، بالرغم من عدم وجود مبدأ الإستقلال بين هذا العقد والكفالة المصرفية ، إضافة إلى أنه يجوز الإحتجاج في مواجهة الكفيل بالدفوع الناشئة عن هذا العقد . وعليه فلو كان استقلال علاقة الأساس هو السبب في عدم الإحتجاج بشرط التحكيم الوارد في هذه العلاقة لكان من الممكن الإحتجاج بهذا الشرط إذا ورد في العقد المبرم بين الدائن و المدين على الكفيل أخذا بمفهوم المخالفة ، وهذا ليس بصواب .

³²⁷ د/ رضا السيد عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص 80 .

و هذا ما يجرنا للبحث عن أساس آخر لعدم الإحتجاج بشرط التحكيم الوارد في علاقة الأساس في منازعة ناشئة عن المطالبة بقيمة الإعتماد .

البند الثاني

نسبية أثر شرط التحكيم كسبب لعدم الإحتجاج

لقد ذهب هذا الإتجاه إلى القول بأن الأساس القانوني لعدم الإحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس بشأن المطالبة بقيمة الإعتماد يجد ذاته في شرط التحكيم بإعتباره إتفاق تحكمه القاعدة عامة في العقود ، يجد ذاته في شرط التحكيم بإعتباره إتفاق تحكمه القاعدة العامة في العقود يتمثل في مبدأ نسبية أثر العقود بصفة عامة ، والذي بموجبه لا يرتب العقد أي إلتزامات ولا يكسب أي حقوق لغير أطرافه ، فلا يرتب شرط التحكيم الوارد في علاقة الأساس آثارا إلا بالنسبة لطرفيه وخلفهما العام ، وهما العميل الأمر والمستفيد ، والأثر الملزم لهذا الشرط هو إلتزام الطرفين باللجوء إلى التحكيم عند نشوب نزاع عن تنفيذ أو تفسير أحد بنود عقد الأساس .

ومن ثم فعندما يثور نزاع بين العميل الأمر والمستفيد بشأن مطالبة المستفيد بقيمة الإعتماد ، فإنه لا يجوز للعميل الأمر التمسك بشرط التحكيم لعرض هذا النزاع على التحكيم ، لأن النزاع المذكور نشأ عن علاقة أخرى لم تتضمن شرط التحكيم ، كما لا يجوز للعميل التمسك بهذا الشرط في مواجهة البنك لأنه لم يكن طرفا في عقد الأساس³²⁸ .

وقد قضت محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر في 1987/12/14 بأنه " لا يجوز للعميل الأمر التمسك بإجراء التحكيم المنصوص عليه في عقد الأساس لإخضاع المنازعات الناشئة عن دفع قيمة الإعتماد أو الضمان المقابل للتحكيم ، حيث أن إلتزام البنك الضامن المقابل إتجاه البنك الضامن يقع على عاتق الأول بصفة شخصية وأصلية ، وكل

³²⁸د/ رضا السيد عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص 82 .

من البنكيين أجنبي بالنسبة لعقد الأساس ومن ثم ليس طرفا في إتفاق التحكيم ، الأمر الذي ينعدم معه كل أثر لهذا الإتفاق على وضع الضمانات المصرفية موضع التنفيذ ."

كما لا يستطيع العميل الأمر أن يتمسك بشرط التحكيم المنصوص عليه في عقد الأساس على المستفيد محتجا بأن المستفيد طرفا في هذا العقد ، إذ أن هذا الأخير له صفتان ، فيعتبر مستفيد من الضمان في علاقته بالبنك ، ومن ثم ليس طرفا في علاقة الأساس بتلك الصفة ويعتبر بائعا أو مشتريا وموردا أو مستوردا في علاقة الأساس ، التي ورد بها شرط التحكيم ضد المستفيد في حالة نشوء نزاع بينهما متعلق بعقد الأساس ذاته .

لا شك أن لمبدأ النسبية التي يمتاز بها إتفاق التحكيم دورا بارزا عي عدم إمتداد هذا الإتفاق لغير أطراف علاقة الأساس - كما سبق الذكر- ليظل محصورا بين طرفي العلاقة ، إلا أن الواقع العملي يطرح لنا تساؤلا عن دور هذا الإتفاق على تنفيذ البنك لإلتزاماته ، حيث أنه قد يسعى العميل الأمر من خلال هذا الإتفاق إلى تجميد قيمة الإعتماد أو إيقاف الفصل في الخصومة بين البنك والمستفيد بشأن الإعتماد إلى حين الفصل في النزاع القائم بينه وبين المستفيد ، فهل لإتفاق التحكيم أثر على ذلك ؟

المطلب الثاني

تجميد قيمة الإعتماد تحت يد البنك

قد ينشأ نزاع بين المستفيد والعميل الأمر بشأن علاقة الأساس ، ويتم عرضه على التحكيم وفقا للإتفاق المبرم بينهما ، ولا ينتظر المستفيد نتيجة الحكم في هذا النزاع ، ويبادر بمطالبة البنك بقيمة الإعتماد ، ثم يتبين للعميل الأمر أن تلك المطالبة تنطوي على غش أو تعسف ظاهر من جانب المستفيد ، فيتمسك بهذا الغش إستنادا إلى قاعدة أن الغش يفسد كل شيء ، ليوقف دفع قيمة الإعتماد لحين الفصل في النزاع التحكيمي .فإلى من يتقدم بهذا الطلب ؟ وهل سيجاب إلى هذا الطلب أم لا ؟

يجب الإشارة إلى أن الغش الواضح والمؤكد الذي يقع على عاتق الأمر إثباته إلى جانب المستفيد والبينة على من ادعى ، يؤدي إلى سقوط الإستقلال القائم بين عقد الأساس والإعتماد ، ليصبح من الجائز التمسك بالدفع المستمدة من عقد الأساس لتعطيل تنفيذ البنك لهذا الإعتماد ، بحيث إذا تمكن العميل الأمر من إثبات الغش من جانب المستفيد ، يستطيع مطالبة البنك بتجميد قيمة الإعتماد وعدم دفعه للمستفيد دون أن يستند إلى وجود نزاع تحكيمي بين العميل الأمر والمستفيد ، فنشوء هذا النزاع لا يعد سببا للتجميد ، بل لابد أن يستند على وجود غش من المستفيد ، ما دام الغش يفسد كل شيء . وهذا الغش من شأنه أن يقضي إستقلال الإعتماد عن عقد الأساس ، ويتيح الفرصة للعميل الأمر أن يتمسك بدفع ناشئة عن هذا العقد لتعطيل تنفيذ البنك لإلتزامه بدفع قيمة الإعتماد .³²⁹

فماهو الغش الموجب لتعطيل تنفيذ البنك لإلتزامه ؟ أو بالأحرى المعطل لمبدأ الإستقلالية وفي القانون الجزائري ؟

الفرع الأول

الغش وتعطيل مبدأ الإستقلالية

البند الأول

مفهوم الغش المعطل لمبدأ الإستقلالية

بالرجوع لنص المادة 430 من قانون العقوبات الجزائري ، يمكن القول بأنه يعتبر غشا في التشريع الجزائري " كل خداع يتم فيه استعمال وسائل إحتيالية ترمي إلى تغليط عمليات التحليل أو المقدار أو الوزن أو الكيل أو التغيير أو التكيب أو وزن أو حجم السلع أو المنتجات ، كما يعتبر غشا أيضا البيانات الكاذبة التي ترمي إلى الإعتقاد بوجود عملية سابقة وصحيحة أو إلى مراقبة رسمية لم توجد .

واستنادا إلى نص المادتين 86 - 87 من القانون المدني يعرف التدليس بأنه " إيهام شخص شخصا آخر بأمر مخالف للحقيقة بقصد دفعه إلى التعاقد " .

³²⁹ محمد صالح علي العوادي ، مرجع سابق ، ص 320 . ح د / حفيظة السيد حداد، مرجع سابق ، ص 433 .

وبناء على ما سبق ، يتضح أن الغش يختلف عن التدليس من حيث فترة وقوعهما ، إلا أنهما يتحدان في استعمال وسائل إحتيالية قصد إخفاء حقيقة الأمر عن المتعاقد الآخر ، فإذا كان التدليس خديعة تصاحب تكوين العقد ، فإن الغش خديعة تقع عند تنفيذ العقد .

وبالرجوع إلى واقع الغش المعتاد في الإعتمادات المستندية ، يمكن القول بأن الغش في هذا العقد هو إستعمال طرق ووسائل إحتيالية عند تنفيذ الإعتماد ، بغية الحصول على قيمة الإعتماد ، سواء استعملت الوسائل الإحتيالية من المتعاقدين أو من الغير ، لذا فإن معنى التدليس الوارد في القانون المدني الجزائري لا يصلح للتطبيق على الغش في الإعتمادات المستندية ، لأنه يقع لدى تكوين العقد وليس تنفيذه ، كما يحدث من أحد المتعاقدين ، إضافة إلى إثارته من أطراف العلاقة الأصلية فقط .

ولم تتناول الأصول و الأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية مسألة الغش الموجب لتعطيل دفع قيمة الإعتمادات المستندية ، وإنما ذكرت حالات من الغش التي تعفي البنك من المسؤولية إذا ثبت فيها غش المستفيد في المستندات ولم يكتشفه البنك ، كما إتفاقية الأمم المتحدة بشأن الكفالات المستقلة والخطابات الضامنة لسنة 1998 اكتفت في مادتها (1/1 - 05) بإحالة هذا الموضوع إلى القانون الواجب التطبيق بقولها : " القواعد الخاصة بالغش و إساءة الإستعمال أو أي أمر مماثل غير خاضعة لأحكام الإتفاقية ، ويترك أمر تنظيمها إلى القانون الواجب التطبيق " .

لذا فإن ندرة النصوص التشريعية الجزائرية أو الدولية المجيبة على هذه التساؤلات فتح الباب للإجتهد الفقهي والقضائي الدولي ، والذي بدوره انقسم بين متبن لفهوم واسع للغش المانع في الإعتمادات المستندية وبين مؤيد للمفهوم الضيق له .

أ - الإتجاه الموسع لتعريف الغش المانع لوفاء قيمة الإعتماد المستندي :

وفقا لهذا الإتجاه ، فإن مفهوم الغش المانع من الوفاء لا يقتصر على مجرد استعمال وسائل إحتيالية ، بل يمتد ليشمل كل مطالبة من المستفيد للحصول على قيمة

الإعتماد بسوء نية ، ومن المطالبات التي تبنتها العديد من الدول كصور للغش الموجب لإيقاف دفع قيمة الإعتماد ، التعسف في استعمال الحق والخطأ الجسيم .

ورد في نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري ذكر حالات محددة اعتبرها المشرع الجزائري تعسفا في استعمال الحق ، غير أنه لم يورد أي تعريف لمعنى التعسف في استعمال الحق ، لذا كان لزاما الرجوع الى القانون (04 - 08) المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية³³⁰ ، الذي عرّف الشرط التعسفي في مادته الثالثة على أنه :
" كل بند أو شرط مع واحد أو مشترك مع بند أو مع عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد " .

لذا يمكن القول بأن التعسف في استعمال الحق هو كل فعل تمارس فيه الحقوق الشرعية بطريقة تظهر مفرطة ومخالفة للقانون ، ومن شأنه الإخلال بالتوازن العقدي ، وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية³³¹ إن مجرد التعسف في استعمال الحق يشكل غشا بالمعنى العام ويوجب وقف دفع قيمة الإعتماد ، و ذهبت إليه المادة 19 من إتفاقية الكفالات المستقلة وخطابات الإعتماد الضامنة لسنة 1998 .

ولا يوجد في التشريع الجزائري ما يوضح ما إذا كانت القوانين الجزائرية تسوي بين الغش والتعسف في استعمال الحق ، كسبب وقف صرف قيمة الإعتماد المستندي .

وقد ذهب إتجاه آخر من الدول إلى التسوية بين الغش والخطأ الجسيم ، فإذا كان الغش يتطلب القصد والتعمد وسوء النية ، فإن الخطأ الجسيم لا يتطلب ذلك ، بل يكفي فقط أن يكون خطأ لا يرتكبه أكثر الناس إهمالا .

ويقر الفقه والقضاء الأمريكيين إضافة بأن الخطأ الجسيم إحدى صور الغش لتعطيل تنفيذ قيمة الإعتماد المستندي ، حيث يعتبرون أن الوصف الخاطئ للبضاعة في المستندات يعتبر خطأ جسيم يصل إلى درجة الغش .

³³⁰ المنشور بالجريدة الرسمية ، العدد 50 سنة 2004 .

³³¹ حكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية ، نقض تجاري ، صدر في 20 يناير 1987 ، منشور في مجلة دالوز لسنة 1991 .

وباستقراء نص المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 13-84 المؤرخ في 6 فبراير 2013 الذي يحدد كفاءات تنظيم وتسيير البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش ، نستطيع الوقوف على موقف المشرع الجزائري ، فنجده يسوي بين الغش والخطأ الجسيم ، حيث تنص المادة " تعد مخالفات خطيرة يترتب عنها تسجيل مرتكبيها في البطاقة الوطنية لمرتكبي أعمال الغش ، المخالفات المتعلقة على الخصوص بما يأتي ... المناورات التدليسية والتصريحات في المجال الجبائي والجمركي والكذا التجاري ... العمليات البنكية والمالية ... " .

ب - الإتجاه المضيق لتعريف الغش المانع لوفاء قيمة الاعتماد المستندي :

يتبنى هذا الإتجاه المفهوم الكلاسيكي للغش في الإعتماد المستندي ، أي استعمال وسائل إحتيالية دون أن يشمل الطلب التعسفي أو الخطأ الجسيم .

وقد استند هذا الرأي على حجة منطقية ، و هي أن التسليم بالمفهوم الواسع للغش المانع في الإعتماد يؤدي إلى وجوب النظر في العقد الأساس ، ويترتب على ذلك ضرورة الربط بين العقد الأساسي وعقد الإعتماد ، من أجل البحث في مدى أحقية المستفيد في طلبه من عدمه ، وهو ما يؤدي إلى الإطاحة بمبدأ إستقلال إلتزام البنك ، فيتحول الإعتماد إلى كفالة عادية ، فيتبع فيها إلتزام البنك إلتزام العميل .

البند الثاني

نطاق الغش الموجب لتعطيل مبدأ استقلالية الإعتماد المستندي

إن الإعتراف الدولي بالغش سواء بمعناه التقليدي أو الحديث كإستثناء على مبدأ الإستقلالية ، لم يكن على إطلاقه بل إجتهدت المحاكم الدولية في وضع شروط لإعماله وساندها في ذلك العديد من الفقهاء .

1 / نطاق الغش الموجب لتعطيل مبدأ استقلالية الإعتماد من حيث الموضوع :

إن التساؤل الذي يمكن طرحه في هذا الصدد ، هو مكان وجود الغش المعطل لدفع قيمة الإعتماد في عقد الإعتماد أو في عقد الأساس ؟

يقصد بالغش في الإعتمادات المستندية هو تقديم مستندات مزورة أو إحتيالية ، ويقصد بالمستند المزور المستند الذي يعده المستفيد بنفسه ، أو يعد بعلمه دون أن يكون صادر عن الشخص المخول بإعداده ، كأن يقوم المستفيد بتعبئة نموذج سند الشحن بنفسه ويوقع عليه بدلا من ربان السفينة .

ويقصد بالمستند الإحتيالي المستند الذي يعده الشخص المختص بذلك ، و لكنه يحتوي على بيانات خلافا للحقيقة والواقع ، كأن يشحن المستفيد البضاعة بتاريخ 2 جانفي ، غير أنه يتفق مع ربان السفينة أن يدون في سند الشحن أنه تم الشحن بتاريخ 1 جانفي حتى لا يفقد المستفيد حقه في مبلغ الاعتماد .

ويعتبر غشا في العقد الأساسي الغش المادي ، أي وجود وقائع ثابتة تدل على مخالفة المستفيد لبنود العقد الأساسي ولجؤه إلى وسائل غير مشروعة في تغطيتها ، كأن يتفق العميل الأمر مع المستفيد أن يورد له كمية من الورق ، ويتبين بعد الشحن أن البضاعة عبارة عن قمامة ومواد لا فائدة منها .

لذا اعتبر القضاء الأمريكي والبريطاني أن الغش الواقع في العقد الأساس أو الواقع في الإعتماد هي أسباب توجب توقف المصرف عن دفع قيمة الإعتماد . وهو إتجاه أغلبية الدول ، ومنهم الجزائر من خلال المادة 430 من قانون العقوبات التي تعتبر الغش خديعة سواء وردت في البضاعة أو في الوثائق الممثلة لها .

نطاق الغش الموجب لتعطيل مبدأ استقلالية الإعتماد من حيث شخص مرتكبه :

يثور التساؤل عما إذا كان يمكن وقوع الغش فقط عندما يكون بفعل المستفيد ، أم يجوز أن يقع من الغير ، شرط أن يكون بتحريض من المستفيد أو على الأقل بعلم منه ؟ ذهب البعض في الإجابة عن هذا التساؤل إلى أن مفهوم الغش لا يتصور إلا إذا كان بفعل المستفيد ، فلا يشمل الغش الصادر من الغير إذ يعتبر المستفيد بريئا منه .

بينما ذهب البعض الآخر إلى القول بأنه يجب أن يتم إقترافه من المستفيد ، ويلحق بصدور الغش من المستفيد علمه به ، فإذا كان هناك غش من قبل سمسار الشحن الذي قام بإعداد سند الشحن بالإتفاق مع الناقل وعلم المستفيد به وسكت عنه ، فإنه يعتبر وكأنه قد صدر عنه³³² ، وقد أيد المشرع الجزائري ذلك من خلال المادتين 219 و 221 من قانون العقوبات ، التي تعاقب الشخص الذي قام بالتزوير في المحررات التجارية والمصرفية أو الشخص الذي استعمل المزور مع علمه بتزويره .

نطاق الغش الموجب لتعطيل مبدأ استقلالية الإعتاد من حيث الزمان :

إن وجوب قيام الدليل على وجوب غش في العقد الأساس أو غش في المستندات يتطلب التدليل على وقوعه قبل تنفيذ الإعتاد المستندي ، بحيث إذا علم البنك أن ثمة غش أو تزوير بأي شكل معتمد من قبل المستفيد ، أو على الأقل بعلمه من أجل الحصول على قيمة الإعتاد بالغش ، فإن البنك ما عليه إلا إيقاف الدفع .

البند الثالث

معيار الغش الموجب لتعطيل مبدأ استقلالية الإعتاد المستندي

يقصد بمعيار الغش الموجب لعدم العمل بمبدأ الاستقلالية ، هو مستوى الغش المطلوب توافره ، فهل هو بسيط أو صارخ ؟ .

إن المعيار المعتمد في معظم دول العالم هو الغش الصارخ ، ويعرف أنه : " انتهاك ائيم لحقوق المشتري في ظل خطاب الإعتاد " أو " أن المعاملة كلها كانت مشوبة بالغش " ، أو أنه : " سلوك معين يصد من المحكمة³³³ .

فالغش لا يفترض حتى ولو كان الشك في وجوده قائما على قرائن قوية ، بل لابد من إثباته بأدلة قاطعة ، وهذا ما كرسته المحكمة العليا الجزائرية في القرار رقم : 233625 بتاريخ 17 / 01 / 2001 الذي جاء فيه أنه " يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت

³³²SYMON, (Letters of Credit : Fraud, Good Faith And the Basis to Injunctive) , 1980 , Tulaine , P 338 . 348 .

³³³SYMON , Letters of Credit , OP , cit P 358 .

الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لو لاهما لما أبرم الطرف الثاني العقد " .

البند الرابع

وقف صرف قيمة الاعتماد والآليات القضائية للحد من الغش

أولاً : وقف صرف قيمة الاعتماد المستندي كأثر مترتب عن الغش

تطبيقاً لقاعدة " الغش يفسد كل شيء " اعتبر الغش استثناءً يوجب وقف صرف قيمة الاعتماد اعتباراً أن المستفيد قد خرج عن مبدأ حسن النية ، فإنهايار هذا الأخير في العقود استتبع إنهايار مبدأ الإستقلالية ، ذلك لأن استعمال مستندات مزورة أو إحتيالية بقصد الحصول على قيمة الاعتماد بطريقة غير شرعية يوجب توقف المصرف عن الدفع³³⁴ . والقضاء الأمريكي هو أول من قضى بإمكانية وقف صرف قيمة الاعتماد حالة الغش بقوله : " يجب أن تكون المستندات المقدمة إلى المصرف صحيحة ، وإذا لم تحترم هذا الأمر وكانت مستندات مزورة أو مستندات إحتيالية ، فإن هناك مبرر قانوني قوي يمنع المصرف من الوفاء بقيمة الاعتماد " ³³⁵ .

ثانياً : الآليات القضائية للحد من الغش في الإعتمادات المستندية

بينت المادة 114 / 5 من القانون التجاري الأمريكي الفدرالي بأنه يحق للعميل الأمر الحصول على أمر قضائي ، يعرض فيه تنفيذ الإعتماد متى كان هناك غش ظاهر ، سواء وقع الغش في العقد الأساس أو في مستندات الإعتماد شريطة إثباته .

³³⁴ معزي صونيا ، الغش واثره على الالتزام المصرفي المستقل في الاعتماد المستندي في القانون الجزائري ، مجلة المفكر ، العدد العاشر ، بسكرة ، ص 408 .

³³⁵ JOSEPH O. standby Letters Of Credit And THE Iranian Caces , Uniform Commercial code law Journal , USA, 1981. 408. نقلا عن صونيا معزي، مرجع سابق ، ص 408.

ولا يوجد ما يمنع وفقا للتشريع الجزائري من الحصول على أمر عدم الدفع ، سواء تم اللجوء إلى القضاء العادي أو الإستعجالي ، وهذا من خلال نص المادة 303 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية³³⁶ .

كما هناك سبيل آخر إضافة إلى إستصدار أمر قضائي ، هو إجراء حجز على قيمة الإعتماد ، ويسمى بالتجميد القانوني أو الحجز التوقيفي للإعتماد ، ويعرف على أنه: " إجراء يخول الدائن منع الغير من أن يدفع لمدينه محل الدين عند حلول أجل إستحقاقه " .³³⁷

وبالنسبة لموقف المشرع الجزائري ، يعتبر الفقه أنه لا يوجد هناك نص قانوني أو مبدأ أو تنظيم من شأنه أن يمنع المشتري من اللجوء إلى المحكمة وطلب إجراء حجز توقيفي لقيمة الإعتماد بين يدي البنوك بسبب الغش ، فالأصل في الأشياء الإباحة ، ونفس الحكم يسري على القواعد والأعراف الموحدة لغرفة التجارة الدولية³³⁸ .
لكن السؤال الذي يفرض ذاته في هذا المجال ، من هي الجهة المختصة بمثل هذا الطلب ؟ هل يقدم إلى هيئة التحكيم التي تنتظر النزاع القائم بين المستفيد والعميل الأمر ، بشأن عقد الأساس ؟ أم يقدم إلى قاضي الدولة المختص بمثل هذه الإجراءات؟³³⁹

إن تجميد قيمة الإعتماد يعتبر من قبيل الإجراءات الوقائية والتحفظية ، حسب ما هو مكيف فقها .³⁴⁰

وقد أعطى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري من خلال نص المادة 1046 الإمكانية لهيئة التحكيم الأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية ، بقولها " يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف ، مالم ينص إتفاق التحكيم على خلاف ذلك "³⁴¹ .

³³⁶ معزي صونيا ، مرجع سابق ، ص 408 .

³³⁷ TRARI TANI MOSTAPHA, cit, op, P 199 .

³³⁸ معزي صونيا ، مرجع سابق ، ص 409 .

³⁴⁰ د/ رضا السيد عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص 86 . محمد علي صالح العوادي ، مرجع سابق ، 321 .

³⁴¹ وقد عرفت الفقرة 2 من المادة 26 المعدلة من قواعد اليونسترال التدبير المؤقت بأنه " هو أي تدبير وقتي تأمر بمقتضاه هيئة التحكيم أحد الأطراف ، في أي وقت يسبق إصدار قرار التحكيم الذي يفصل في المنازعة نهائيا أن يقوم على سبيل المثال لا الحصر بأي مما يلي :

إذا لم يقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إرادياً، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص ، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي ."
يترتب عن إتفاق التحكيم سواء كان خاصاً أو مؤسسياً أثاراً ، أولهما إيجابي وهو إعطاء المحكم الإختصاص للبت في موضوع النزاع ، و ثانيهما سلبي يمتنع قضاء الدولة من النظر في هذا النزاع .

فهل يمتد هذا الأثر السلبي ليشمل حتى التدابير المؤقتة ؟

يتخذ الفقه موقفاً متبايناً حول الإجراءات الوقائية والتحفظية يمكن تلخيصها فيما يلي :
1 / هناك إتجاه يدافع عن إختصاص قضاة الدولة للبت في التدابير الوقائية ، معتبراً أن الأثر السلبي المذكور يقتصر على موضوع النزاع دون الإجراءات الوقائية والتحفظية ، وفي رأي هذا الإتجاه لا يملك المحكم سلطة الإجبار ، وهو ما يتطلبه الإستعانة بقضاء الدولة لإستصدار التدابير المؤقتة وتنفيذها .

2 / هناك إتجاه يدافع عن إختصاص محاكم التحكيم للبت في التدابير الوقائية ، ويعتمد في ذلك على إرادة الأطراف التي منحت المحكمة سلطة البث في موضوع النزاع ، وفي باب آخر سلطة البث في جانبه الوقائي و التحفظي ، تفادياً لتفاقم النزاع إن توفرت حالة الإستعجال .

والملاحظ أن هذا الإتجاه أنه ينطوي على نوع من التعارض بين البت في جوهر النزاع الذي يتولاه المحكم وبين التدابير الوقائية التي لها قواعد خاصة بقضاء الدولة الاستعجالي ، ويتجلى التعارض أكثر في رغبة الأطراف في الإبتعاد عن القضاء ، ورغبتهم في الإستفادة من الإجراءات التحفظية والوقائية .

غير أن هذا الإتجاه تبقى محدوديته واضحة ، على إعتبار أن هناك عدة إجراءات وقائية وتحفظية لا يستطيع المحكم إصدارها ولو إتفق الأطراف على إسناد الإختصاص له بشأنها إما لتعلقها بالغير أو لأنها تتطلب سلطة الإجبار القاصرة على الدولة .³⁴²

أن يبقى الحال على ما هو عليه ، أو أن يعيده إلى مكان عليه إلى حين الفصل في المنازعة ؛ 2 - أن يتخذ إجراء يمنع حدوث 1' ضرر حالي أو وشيك أو 2' مساس بعملية التحكيم نفسها أو أن يمتنع عن اتخاذ إجراء يحتمل أن يسبب ذلك الضرر أو المساس ؛ 3 - أن يوفر وسيلة لصون الموجودات التي يمكن أن تستخدم لتنفيذ قرار لاحق ؛ 4 - أن يحافظ على الأدلة التي قد تكون مهمة وجوهرية في حسم المنازعة ."
³⁴² د/ القاضي عبد الرحمن المصباحي ، التدابير التحفظية ، مجلة التحكيم اللبنانية ، العدد 8 ، 2010 ، ص 585 .

3 / هناك إتجاه يدافع عن خضوع الفصل في التدابير الوقتية لمبدأ الاختصاص المشترك بين المحكمة التحكيمية ومحاكم قضاء الدولة الرسمي . ونظرا لأهمية هذا الإتجاه سنتناوله بنوع من التفصيل من خلال التعريف بفكرة الإختصاص المشترك وأهميته ، وموقف التشريعات المختلفة من الإختصاص المشترك ، وموقف العمل القضائي وطبيعة وتنفيذ الأحكام التحكيمية موضوع الأوامر التنفيذية والوقتية .

فكرة الإختصاص المشترك :

لقد تنامت فكرة الأخذ بإختصاص محكمة التحكيم بجانب إختصاص قضاء الدولة ، وهذا المنحى ، يمكن للأطراف الحصول من محاكم الدولة على التدابير التحفظية والوقتية رغم قيام إتفاق التحكيم ودون حصول تنازل عن هذا الإتفاق ، كما تقض بذلك المادة 7 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة ، والمادة 8 من لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس والمادة 26 من لائحة التحكيم الدولي .
وفضلا عما ذكر ، فإنه يترتب عن إعمال مبدأ الإختصاص المشترك قيام المحكمين أنفسهم بالبت في الإجراءات الوقتية والتحفظية .

و هذا هو موقف المشرع الجزائري من خلال نص المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها " يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف ، ما لم ينص إتفاق التحكيم على خلاف ذلك .
إذا لم يقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص ، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي ."
كما قررت المحكمة العليا الجزائرية في قرارها المبدئي بتاريخ 23 / 03 / 1985 أن وجود الشرط التحكيمي ، لا يمنع قاضي الأمور المستعجلة من إتخاذ تدبير تحفظي أو وقتي وبالأخص تعيين خبير لإجراء جردة وجاهية للأعمال المنفذة .³⁴³

³⁴³ القضية رقم 34776 ، بين شركة كروزولوارا الفرنسية والشركة الجزائرية العمومية سناتب ، المجلة القضائية ، الجزائر ، 1989 ، رقم 4 ، ص 129 .

كما تنص الفقرة (15) للفصل (327) من قانون التحكيم المغربي على أنه " يجوز للهيئة التحكيمية ما لم يتم الإتفاق على خلاف ذلك ، أن تتخذ بطلب من أحد الأطراف كل تدبير مؤقت أو تحفظي تراه لازما في حدود مهمتها . " وتنص الفقرة الأولى لنفس الفصل على أنه " لا يمنع اتفاق التحكيم أي طرف من اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة ، سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها ، لطلب إتخاذ أي إجراء وقتي أو تحفظي وفقا للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون ، ويجوز التراجع عن تلك الإجراءات بالطريقة ذاتها . "

قيود الإختصاص المشترك

هناك قيدان أحدهما مستمد من إرادة الأطراف ، وثانيهما مصدره إختصاص المحاكم . فبالنسبة للقيد الأول ، يتجلى في أن يتفق كل من المستفيد والعميل الأمر على استبعاد البعض من الإجراءات الوقتية والتحفظية عن نظر المحكمين ، ويشيرون إلى قصر نظرها على محاكم الدولة ، كما أنه قد يتفقا على منع اللجوء للمحاكم لإستصدار الأوامر التحفظية والوقتية طوال سريان فترة التحكيم ، غير أن هناك من يرى أنه لا يجوز الإتفاق على استبعاد إختصاص قاضي الأمور المستعجلة ، الذي يعد من النظام العام للإعتبرات المذكورة آنفاً ، والمتعلقة بعدم المساس بأصل الحق و انعدام سلطة جبر التنفيذ . أما بالنسبة للقيد الناتج عن إختصاص محاكم الدولة بشأن تنفيذ الأحكام ، فإنه بمقتضى ما ذكر ، لا يجوز لقضاء التحكيم تنفيذ الأحكام الصادرة عنه سواء كانت وطنية أو أجنبية ، وهي وضعية مستمدة من المبادئ العامة للتحكيم ، وتجري حتى على قواعد تحكيم المركز الدولي لحل النزاعات الناشئة عن الإستثمار .

أهمية الإختصاص المشترك

يتميز هذا الإتجاه بقدرته على الإحاطة بجميع عناصر النزاع ، بغية الوصول لحل عادل له دون أن تعترضه أية عراقل ، إذ أنه بالإضافة إلى أن قضاء التحكيم هو المختص بنظر موضوع النزاع ، فإنه لما تطفو على سطحه بعض الإجراءات التي تتطلب حولا وقتية أو تحفظية ، يجوز للمحكمين سد هذا الفراغ كما يتأتى ذلك لقضاء الدولة الرسمي .

لكن وبالرغم من هذه الإيجابيات ، إلا أن الجهة الأكثر قدرة على كفالة الإجراء
الوقتي تقريراً وتنفيذاً هي جهة القضاء الإستعجالي لما يلي :

1 / قضاء الدولة الإستعجالي وحده المختص بالبت في الطلبات الوقتية والتحفظية لما لا
يكون في إمكان طالب الإجراء الحصول عليه بعد تكوين محكمة التحكيم لسبب من
الأسباب المعتبرة و لما لا يكون قد تم تكوينها .

2 / تختص محكمة التحكيم وحدها بالبت في الطلبات الوقتية والتحفظية بعد تكوين محكمة
التحكيم ، عدا لما يتطلب الأمر سلطة الجبر ، بسبب رفض الخصم أو الغير ، أو لما يتعلق
الأمر بتنفيذ للإجراء خارج الدولة التي يجلس بها المحكمون .

3 / لما ينعقد الإختصاص لمحكمة التحكيم لإتخاذ الإجراءات التحفظية والوقتية ، يلزم
قانوناً إشفاق التدبير المتخذ بالأمر بالتنفيذ عن قضاء الدولة في حالة إمتناع أحد الأطراف .

موقف العمل القضائي من الإختصاص المشترك

القضاء الفرنسي وفي نزاع نشب بين جمهورية الكونغو والشركة الوطنية للبترول من
جهة وشركة طوطال فينا اليف الكونغو من جهة أخرى ، وعلى إثر إتفاق الطرفين على
إسناد البت في نزاعهما لغرفة التحكيم الدولية وبمناسبة إتخاذ إجراءات وقتية ، أصدرت هذه
الأخيرة في نطاق نظامها الإستعجالي إجراء تحفظياً ، اعتبرت محكمة الإستئناف بباريس
بمقتضى قرارها الصادر بتاريخ 2003 بأن هذا الأمر التحفظي الصادر لا يعد حكماً
تحكيمياً .

القضاء المغربي وفي قرار عدد 1905 صادر سنة 1973 في الملف عدد 47342 ،
اعتبرت محكمة الإستئناف بالدار البيضاء ، أن قاضي الأمور المستعجلة يبقى مختصاً
بإصدار الأمر بمواصلة البناء حماية لمصالح الطرفين ، رغم كون النزاع معروفاً في
جوهره على محكمة التحكيم بلاهاي .

الطبيعة المزدوجة للإجراء التحكيمي الإستعجالي

هناك من يضيف على التدبير التحفظي الصادر عن المحكمة التحكيمية صفة الحكم التحكيمي وهناك من يعتبره أمرا تحكيميا ، فبالنسبة للائحة التحكيم الدولية صيغة (1998) نصت مادتها 23 على " إن الإجراءات المتخذة بمقتضى هذه المادة تصدر في شكل أوامر معللة ، وعند الإقتضاء في شكل حكم تحكيمي ،حسبما تراه محكمة التحكيم مناسبة . " وهو مايستفاد منه الطبيعة المزدوجة للإجراء التحكيمي الإستعجالي .

أما قانون التحكيم الهولندي المعروف بتميزه من خلال ما قضت به المادة 1051 منه بقولها " إن الأحكام التحكيمية في مادة الإستعجالات لها قوة الحكم التحكيمي . " أما باقي معظم التشريعات العربية منها والغربية ، فإنها تتبنى إزدواجية الإجراء التحكيمي الإستعجالي .

وقف الدعوى القضائية بين البنك والمستفيد

هناك فرض آخر يثور فيه السؤال حول أثر الدعوى التحكيمية القائمة بين العميل الأمر والمستفيد بشأن عقد الأساس على الدعوى القضائية ، التي يمكن أن تنشأ بين البنك والمستفيد للفصل في نزاع قائم بينهما حول حق هذا الأخير في قيمة الإعتماد .

فقد يحدث أن يطالب المستفيد بقيمة الإعتماد ، ويعترض البنك لأسباب تتعلق بتنفيذ شروط الإعتماد ذاته ، كعدم المطالبة به في الميعاد أو عدم استيفاء المستندات المطلوبة في خطاب الإعتماد ، فيرفع المستفيد دعوى ضد البنك ويتم نظرها أمام قضاء الدولة ، وفي ذات الوقت تكون هناك دعوى تحكيمية بين المستفيد والعميل الأمر ، متعلقة بنزاع ناشئ عن عقد الأساس ، فهل يجوز للمحكمة وقف الدعوى القضائية وفقا تعليقا لحين الفصل في الدعوى التحكيمية ؟

يكون للمحكمة وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية أن تأمر بوقف الخصومة ، كلما رأت تعليق حكمها في موضوعها على الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم ، و في الفرض المطروح يجوز للمحكمة التي تنتظر النزاع القائم بين البنك والمستفيد حول أحقية هذا الأخير في الإعتماد ، أن توقف الخصومة إذا رأت أن حكمها في تلك الأحقية

يتوقف على الحكم في مسألة أخرى تخرج عن نطاقها ، وتلك المسألة قد تكون في مدى توافر الغش في مطالبة المستفيد ، والتي يتم الفصل فيها بصدور حكم التحكيم في النزاع القائم بين العميل الأمر والمستفيد بشأن علاقة الأساس ، وإذا صدر هذا الحكم بعدم ثبوت أي حق للمستفيد في مواجهة العميل الأمر ، كانت مطالبة المستفيد بالثمن منطوية على غش مما يؤدي إلى عدم أحقيته في تسجيل قيمة الإعتاد .

ومما لا شك فيه أن مسألة تحديد حقوق المستفيد قبل العميل الأمر ، استنادا لعلاقة الأساس تخرج عن إختصاص المحكمة التي تنظر بين البنك والمستفيد ، بموجب إتفاق التحكيم الذي حجب عن القضاء الإختصاص بنظرها ، وكذا الفصل في مسألة حقوق المستفيد تجاه العميل الأمر ، ومن ثم في مسألة توافر الغش في مطالبة الأول بقيمة الإعتاد يتوقف عليها حكم المحكمة في خصوص الموضوع المطروح عليها ، وهو مدى حق المستفيد في قيمة الإعتاد ، لذا يرى الفقهاء أنه يجوز للمحكمة أن توقف الخصومة المطروحة أمامها وفقا تعليقا، لحين صدور حكم هيئة التحكيم في النزاع الناشب بين المستفيد والعميل³⁴⁴ .

مدى خضوع حق المستفيد من الإعتاد للتحكيم

يجب التحديد وبدقة نطاق خضوع المنازعات الناشئة عن الإعتاد المستندي للتحكيم إعمالا لإتفاق التحكيم الوارد في عقد الأساس ، للفصل في المنازعات الناشئة بين أطراف هذا العقد .

بداية ، يجب استبعاد من الخضوع لهذا التحكيم المنازعات المتعلقة بالإعتاد والتي تنشأ بين البنك والمستفيد ، استنادا إلى نسبية أثر إتفاق التحكيم المنصوص عليه في عقد الأساس والتي تمنع من مد أثر هذا الإتفاق إلى منازعات بين أطراف آخرين غير أطرافه .

³⁴⁴ د/ رضا السيد عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص 94 .

لكن التساؤل المطروح يدور حول مصير المنازعات المتعلقة بالإعتماد والتي تنشأ بين المستفيد والعميل الأمر ، كتمسك هذا الأخير ببطلان الإعتماد أو سقوطه ، هل تخضع للتحكيم أم أن الإستقلال بين عقد الأساس وهذا الضمان يمنع من ذلك ؟

للإجابة على هذا التساؤل لابد من تبيان أثر الإستقلال على الإعتماد ، من المستقر عليه فقها وقضاء أن الإستقلال بين عقد الأساس والإعتماد ، وضع أساسا لمنع العميل الأمر من التمسك بأي دفع ناشئ عن عقد الأساس لتعطيل أو عرقلة تنفيذ البنك الضامن لإلتزامه بدفع قيمة الإعتماد واحترام تعهده بذلك ، فأثر الإستقلال هنا ينصرف إلى البنك ويجعله ملتزما أصليا بالوفاء بقيمة الإعتماد ، بصرف النظر عما يطرأ على عقد الأساس من أسباب الفسخ أو البطلان ، لأنه عند موافقة العميل الأمر على الإعتماد ، فيكون بذلك قد تنازل مقدما عن إثارة أية اعتراضات في مواجهة البنك عند قيامه بالوفاء .

أما بالنسبة لأثر الإستقلال على حق المستفيد في قيمة الإعتماد ، فإنه يكمن في الحصول على قيمة الإعتماد لدى أول مطالبة أو تقديم المستندات المشروطة ، على إعتبار أن البنك لا يستطيع الإمتناع عن الوفاء استنادا إلى أي دفع يثيره العميل الأمر ، و بالتالي يكون المستفيد في مركز إيجابي ، الذي يخوله له مبدأ الإستقلال بالنسبة للبنك الضامن ، فيما يتعلق بدفع قيمة الإعتماد دون أي اعتراض من جانب العميل الأمر .

إلا أن ذلك لا يعني أبدا أن حصول المستفيد على قيمة الإعتماد ، قد أنشأ له حق ملكية على تلك القيمة ، ذلك أن مبدأ الإستقلال بين عقد الأساس والإعتماد يتيح فقط للمستفيد المطالبة بقيمة الإعتماد والحصول عليه ، دون إعتبار عدم إلتزامه بردها للعميل ، فيما إذا ثبت عدم أحقيته فيها ، ومسألة ثبوت تلك الأحقية من عدمها لا تكون إلا بعد الرجوع لعقد الأساس ، وإجراء تسوية نهائية لآثاره لمعرفة حقوق والتزامات لكل منهما ، حيث أنه بعد أن يفى البنك بقيمة الإعتماد ، فإنه يخرج من دائرة العملية المصرفية ، لتنشأ المواجهة بين العميل الأمر والمستفيد ، ويثور بينهما نزاع حول مدى أحقية هذا الأخير في قيمة الإعتماد الذي قبضه . وبالتالي فهل ينظر هذا النزاع أمام هيئة التحكيم المنعقدة تطبيقا لإتفاق التحكيم

الوارد في عقد الأساس ، أم أنه يجوز للمستفيد التمسك بأن تلك المنازعات لم تنشأ عن عقد الأساس وإنما عن الإعتماد ، ومن ثم لا تخضع لهذا التحكيم ويطلب نظرها أمام القضاء ؟

يرى الفقهاء أن المنازعات التي تنشأ عن الإعتماد بين المستفيد و العميل الأمر، تخضع للتحكيم المنعقد لنظر المنازعات الناشئة بينهما بخصوص عقد الأساس ، واستندوا في ذلك إلى الأسباب الآتية :

أولا : لا يوجد مجال لتمسك المستفيد بمبدأ الاستقلال بين عقد الأساس والإعتماد المستندي ، لأن هذا الأخير يستقل عن عقد الأساس فيما يتعلق بإلتزام البنك بدفع قيمة الإعتماد ، وليس فيما يتعلق بحق المستفيد في تلك القيمة ، فإلتزام البنك هو المستقل عن علاقة الأساس ، أما حق المستفيد ليس مستقلا عنها ، ولذلك فإنه الكلام عن مجرد الإعتماد عن السبب من عدمه فعادة ما يقال " إلتزام البنك مجرد عن سببه أم لا " ولا يقال "إن حق المستفيد مجرد عن السبب . " 345

وعليه فإن حق المستفيد على قيمة الإعتماد لم يكن في أي ظرف من الظروف مستقل عن عقد الأساس ، سواء من حيث النشوء أو المطالبة أو الحصول على قيمته³⁴⁶ ، بإعتبار أن هذا الحق مرتبط دائما بعقد الأساس .

ثانيا : إن المحكمين في هذا الفرض لن يتعرضوا لفحص الشروط ، التي على أساسها قام البنك بالوفاء بإلتزامه بالدفع إلى المستفيد ، ولكن دورهم سينحصر في تقدير ما إذا كان طلب المستفيد لقيمة الإعتماد المستقل في العلاقة بينه وبين العميل الأمر له سند في الواقع أو القانون أم لا . فالضمان أو الإعتماد المستقل وغير المشروط لا ينتج للمستفيد حقا مجردا في تحصيل قيمة الضمان النقدية ، والوفاء الذي يقوم به البنك لن يكون صحيحا إلا إذا كان للمستفيد دين في ذمة العميل الأمر، على الرغم من أن إثبات هذا الدين ليس لازما لتبرير رجوع المستفيد على البنك ، و إثبات هذا الدين من عدمه لن يكون إلا بالرجوع لعقد الأساس .

³⁴⁵ د/ رضا السيد عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص 98 .

³⁴⁶ وإن كان البعض ذهب إلى القول بأن الاستقلال القائم بين عقد الأساس والإعتماد ينتهي بدفع البنك قيمة الإعتماد .

ثالثا: قد يحتج المستفيد بأن مشاركة التحكيم المحررة بينه و بين العميل الأمر لم تتضمن المنازعات عن الإعتماد المستقل ، وجاءت قاصرة على المنازعات المتعلقة بعقد الأساس ، إذ أنه من المقرر قانونا، لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في مسألة لم يعرضها عليها الخصوم وإلا كان محل الطعن بالبطلان .³⁴⁷

لكن هل تمثل أحقية المستفيد في قيمة الإعتماد أو الضمان من عدمه مسألة أولية أو فرع بالنسبة لعقد الأساس ، ومن ثم لا تخضع المنازعات المتعلقة بتلك القيمة للتحكيم الذي ينظر منازعات الأصل وهي المتعلقة بعقد الأساس ؟

يعتبر الفقهاء أن هناك صعوبة في القول بأن قيمة الإعتماد تعد فرعا لعقد الأساس ، ذلك أنها جزء لا يتجزأ منه ومن الصعب الفصل بينهما ، فالإعتماد من حيث الأصل يعتبر تنفيذا لأحد بنود هذا العقد ، كما أن ثبوت أحقية المستفيد في قيمة الضمان من عدمه ، تتوقف على وجود أو عدم وجود دين له في ذمة العميل الأمر ، وهذه المسألة لا يمكن تبيينها إلا إذا نظرت جميع عناصر عقد الأساس متوفرة ، من أجل تمكين المحكمين من وضع تسوية نهائية لإستحققات هذا العقد ، بإعتبار قيمة الضمان إحدى الوقائع المؤثرة في عقد الأساس وأحد مستلزماته الضرورية .

وفي الأخير ، يمكن القول أن الحق في قيمة الإعتماد لا تعد فرعا لعقد الأساس ، ومن ثم لا يجوز للمستفيد التمسك بعدم إنطباق قاعدة أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع على التحكيم ، للقول بعدم خضوع النزاع القائم بينه وبين العميل الأمر بشأن الأحقية في قيمة الإعتماد للتحكيم ، وترك أمر الفصل فيه لقضاء الدولة .

رابعا : هناك إعتبار عملي يصعب إغفاله على حد تعبير الفقهاء في هذا الشأن ، وهو أن طرح المنازعات التي يربط بينها روابط وثيقة أمام جهة واحدة ، من شأنه تجنب إصدار أحكام متعارضة ، لأن عرض بعض المنازعات على التحكيم والبعض الآخر على القضاء يؤدي إلى تناقض في الأحكام ، تثار مسألة الفصل في هذا التعارض³⁴⁸ .

³⁴⁷ المادة 1056 /1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الحالي .

³⁴⁸ د/ رضا السيد عبد الحميد ، مرجع سابق ص 103 .

المطلب الثاني

أثر إتفاق التحكيم الوارد في الإعتماد المستندي والتحكيم المتعدد الأطراف

الفرع الأول

أثر إتفاق التحكيم الوارد في الإعتماد المستندي

قد يرد في إتفاق التحكيم في عقد الإعتماد الذي يربط بين البنك والمستفيد ، ويثور التساؤل عن أثر هذا الإتفاق على إلزام البنك بدفع قيمة الإعتماد ، وعلى حق المستفيد في المطالبة بها ، ولا يقتصر عدد أطراف الإعتماد في الكثير من الحالات على ثلاثة : البنك المنشئ ، العميل الأمر و المستفيد ، ولكن قد يتدخل بنك ثاني كما في الإعتماد المعزز (المؤيد) فيصبح أطراف الإعتماد بذلك أربعة ، وفي هذا الفرض يكون الأطراف الأربعة هم : العميل الأمر المستفيد - البنك الموجود في بلد المستفيد ، ويسمى بالضامن الأصلي ، حيث يرجع عليه المستفيد للمطالبة بقيمة الإعتماد ، ويرجع هذا البنك بدوره على بنك العميل الأمر ليحصل منه على قيمة ما دفعه للمستفيد ، أي أن بنك العميل الأمر يعد ضامنا لبنك المستفيد . وعلى ذلك يمكن القول أننا أمام نوعين من الضمان ، الأول هو الضمان الذي يحكم العلاقة بين المستفيد والبنك الضامن الأصلي ويسمى ضمان من الدرجة الأولى ، والثاني : هو الضمان بين البنك الضامن المقابل (بنك العميل الأمر) والبنك الضامن الأصلي (بنك المستفيد) ويسمى بالضامن المقابل . فما أثر إدراج إتفاق التحكيم في الضمان المقابل .

وقد يحدث أن يوقع جميع أطراف الإعتماد على إتفاق تحكيم واحد ، يتم بموجبه عرض كافة المنازعات التي تنشأ عن هذا الإعتماد أيا كان أطراف تلك المنازعات على التحكيم ، أو يوجد إتفاق تحكيم بصدد كل علاقة على حدة من علاقات الإعتماد ، ويتفق الأطراف على ضم كل المنازعات التحكيمية التي تنشأ أمام هيئة تحكيم واحدة لتجنب التعارض بين الأحكام ، ويسمى التحكيم في هذه الفروض " بالتحكيم المتعدد الأطراف " .
فما أثر هذا الوضع التحكيمي على الإعتماد المستندي .

قد يتفق البنك المنشئ والمستفيد على عرض المنازعات التي تنشأ بينهما على التحكيم فهل يعد هذا الإتفاق سببا يمكن أن يستند عليه البنك ليمنع عن دفع قيمة الإعتماد عندما يطالبه المستفيد بها ، لحين الفصل في النزاع الناشئ بينهما بخصوص تلك المطالبة ؟ وهل يستطيع العميل الأمر ، استنادا إلى هذا الإتفاق ، مطالبة البنك بعدم الوفاء للمستفيد إلا بعد صدور حكم تحكيمي يلزمه بذلك ؟

وفيما يتعلق بأثر إتفاق التحكيم المذكور على إلزام البنك بدفع قيمة الإعتماد ، لا بد من التفريق بين فرضين هما : أن يتم الإتفاق على التحكيم قبل نشوء النزاع أو بعده .

البند الأول

حالة الإتفاق على التحكيم قبل نشوء النزاع

فقد يتفق البنك المنشئ والمستفيد في العقد المبرم بينهما على أي نزاع ينشأ عن مطالبة المستفيد بقيمة الإعتماد يتم الفصل فيه عن طريق التحكيم ، وفي هذا الفرض يكون الإتفاق على التحكيم سابقا على طلب المستفيد بتسييل الإعتماد ، فهل يستطيع البنك الإحتجاج بمجرد وجود شرط التحكيم للإمتناع عن الوفاء بقيمة الإعتماد عندما يطلبه المستفيد ؟ أو هل يحق للبنك الامتناع عن الوفاء ويطلب من المستفيد اللجوء إلى التحكيم والحصول على حكم لصالحه أولا ، حتى يدفع له البنك إعمالا لشرط التحكيم في العقد المبرم بينهما ؟

إن الإجابة على هذا التساؤل يجب أن تكون بالنفي ، فإذا لم يستند البنك في إمتناعه عن الدفع لأسباب أخرى ، كالغش أو التعسف الظاهر الصادر من المستفيد ، فإن تمسكه بمجرد إدراج شرط التحكيم في العقد المبرم بينه وبين المستفيد يفتقر إلى أساس في الواقع أو القانون ، وذلك لسببين هما :

الأول : إن طلب البنك من المستفيد اللجوء للتحكيم أولا ، والحصول على حكم لصالحه حتى يوفي بقيمة الإعتماد من شأنه أن يجعل حكم التحكيم مستندا وشرطا للوفاء ، أي أن

البنك يحول الإعتقاد بإرادته المنفردة من إعتقاد غير مشروط إلى إعتقاد مشروط أو مبرر وهذا يعد مخالفة لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاقهما .

الثاني : إن القول مجرد الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم يعد سببا يمكن أن يرتكن إليه البنك للإمتناع عن الدفع يفترق إلى المنطق القانوني الصحيح ، لأن إختيار التحكيم كوسيلة لحل النزاعات ما هو إلا تحديد الإجراء لحماية الحق الموضوعي ، شأنه في ذلك شأن الدعوى القضائية ، ذلك أن الملتزم بهذا الحق لا يستطيع أن يطالب المدعي به ، بأن يستعمل تلك الوسيلة للحصول على حقه طالما ليست لدى هذا الملتزم أسباب أخرى للإمتناع عن تنفيذ إلتزامه ، والقول بغير ذلك يؤدي إلى نتيجة غريبة : فالوسيلة التقليدية لحماية الحق الموضوعي هي الدعوى القضائية ، وتلك الوسيلة متاحة لكل صاحب حق ولا يوجد ما يمنع قانونا صاحب الحق من مطالبة الملتزم به دون رفع تلك الدعوى ، ولا يوجد أيضا أي سبب قانوني يعطي الملتزم الحق في مطالبة سحب الحق برفع دعوى قضائية ، للحصول على حقه دون أن يكون لديه أسباب متعلقة بالحق الموضوعي ذاته يستند إليها للمنازعة فيه .

وعليه ، فإذا كان الأمر كذلك بالنسبة للدعوى القضائية ، فإنه لا يوجد ثمة سبب يغير من هذا الأمر لو كانت وسيلة حماية الحق الموضوعي هي الدعوى التحكيمية .فالمسألة في الحالتين تتعلق بالحق في الدعوى ، سواء كانت تحكيمية أو قضائية .

البند الثاني

حالة الإتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع

قد يطالب المستفيد بقيمة الإعتقاد ويمتنع البنك عن الوفاء به لأسباب تتعلق بالإعتقاد ذاته ، ويتفق مع المستفيد على عرض النزاع الناشئ بينهما على التحكيم . فهنا لن يدفع البنك قيمة الإعتقاد إلا بعد صدور حكم التحكيم لصالح المستفيد ، إلا أن إتفاق التحكيم في ذاته ليس سببا لإمتناع البنك ، ولكن الإمتناع راجع لأسباب أخرى تتعلق بالإعتقاد .فهنا قد وافق المستفيد على أن يكون حكم التحكيم لصالحه شرطا لحصوله على قيمة الإعتقاد ، ليتحول بذلك بإرادة الطرفين المتمثلة في إتفاق التحكيم ، من إعتقاد غير مشروط إلى إعتقاد مشروط ، وهذا أمر جائز قانونا .

البند الثالث

أثر إتفاق التحكيم في حالة الضمان المقابل

عندما يعين بنك آخر في بلد المستفيد بخلاف بنك العميل الأمر ، فإن المستفيد يرجع بقيمة الإعتماد على البنك الموجود في بلده ، ويصبح هذا البنك ضامنا أصليا ويسمى ضمانه في مواجهة المستفيد " ضمان من الدرجة الأولى " - كما سبقت الإشارة - وبعد أن يدفع هذا البنك قيمة الإعتماد للمستفيد يرجع على بنك العميل الأمر بما دفعه ، بإعتباره ضامنا لبنك المستفيد ، لذا ضمانه لهذا البنك الآخر يسمى " بالضمان المقابل " ، وقد اصطلح على تسمية العلاقة بين بنك المستفيد وبنك العميل الأمر " بالضمان المقابل " .

وقد يتفق في الضمان المقابل على شرط التحكيم ، بحيث تعرض المنازعات التي تنشأ بين الضامن الأصلي والضامن المقابل على التحكيم ، وإن كان هذا النوع من المنازعات نادر الوقوع عمليا . فالضامن الأصلي لن يلجأ إلى التحكيم إلا إذا نازع الضامن المقابل في مطالبته برد قيمة ما دفعه للمستفيد ، وقلما ينازع الضامن المقابل في هذا الطلب فليس له مصلحة جدية في الإمتناع عن الدفع ، وعادة ما يكون موقفه في هذا الموضوع سلبيا .

ولا شك أن هذا الموقف من البنك المقابل قد يمثل خطورة بالنسبة للعميل الأمر ، عندما يكون طلب الضامن الأصلي مخالفا لشروط الضمان المقابل ، ولذلك فإن من مصلحته التمسك بعدم مشروعية هذا الطلب وعرض الأمر على التحكيم ؛ وتطبيقا لمبدأ نسبية أثر شرط التحكيم ، لا يجوز التمسك بهذا الأخير من طرف البنك المنشئ ، باعتباره ليس طرفا في الضمان المقابل .

وقد يوجه العميل الأمر خطابا إلى البنك الضامن المقابل ، يطالبه فيه بتعيين بنك ضامن أصلي في بلد المسفيد ، لكي يرجع عليه هذا الأخير بقيمة الإعتماد في أي وقت شاء ويحدد العميل الأمر في الإعتماد شروط إنشائه من قبل البنك الضامن الأصلي ، وقد يضع ضمن تلك الشروط بندا يقضي بان المنازعات التي تنشأ بين البنكين يتم الفصل فيها عن

طريق التحكيم . و في هذا الإطار لا يجوز للعميل الأمر التمسك بشرط التحكيم بالرغم من أنه هو الذي اشترطه في العلاقة بين البنكين ، بإعتباره مازال أجنبيا عن تلك العلاقة .

كما قد يكون هناك شرط تحكيم في عقد الأساس المبرم بين العميل الأمر والمستفيد ، فالعميل لا يستطيع التمسك به ليكون طرفا في إتفاق التحكيم المبرم بين البنكين ، وذلك لإستقلال علاقة الأساس عن الضمان المقابل ، وكذا نسبية أثر العقود .

وقد كان هذا الفرض محلا لحكم محكمة استئناف باريس الصادر في 1987/12/14 حيث قضى بأنه : " لا يجوز للعميل الأمر الإحتجاج بشرط التحكيم الوارد في بنود العقد الأصلي ، المبرم بينه وبين المستفيد و الذي بموجبه يتم الفصل في المنازعات الناشئة عن دفع الضمانات المصرفية ، في مواجهة البنك الضامن الأصلي أو الضامن المقابل ، فهذان البنكان أجنبيان عن عقد الأساس وليس من ثم أطرافا في إتفاق التحكيم ، ولذلك فإن شرط التحكيم يتجرد من أي أثر على إلتزامهما بالوفاء بقيمة الضمانات البنكية .

وإستقلال الضمان المقابل عن الضمان الأصلي يقتضي ، لمنع البنك الضامن المقابل من الدفع ، إقامة الدليل على غش أو تعسف المستفيد في المطالبة بقيمة الضمان ، ويكون هذا التعسف أو الغش معلوما للبنك الضامن الأصلي وقت توجيه المطالبة إليه . "

كما هناك فرض أخير يمكن تصوره ، فقد يوجد شرط تحكيم في العلاقة بين الضامن المقابل والعميل الأمر ، بجانب شرط التحكيم القائم بين الضامن الأصلي والضامن المقابل ، فما أثر وجود هذين الشرطين على الوفاء بقيمة الإعتقاد ؟ إن هذا الفرض يؤدي إلى وجود ما يسمى " بالتحكيم المتعدد الأطراف " .

الفرع الثاني

إتفاق التحكيم المتعدد الأطراف وآثاره

البند الأول

إتفاق التحكيم المتعدد الأطراف

إتفاق التحكيم المتعدد الأطراف عموماً ، هو ذلك الإتفاق الذي يتعدد فيه أطراف التحكيم ويكون لكل طرف في الإتفاق مصالح متباينة عن الطرف الآخر ، وهذه المصالح إما أن تكون متماثلة في بعضها ، وإما أن تكون مختلفة تمام الإختلاف عن مصالح الطرف الآخر³⁴⁹ ، وقد عرفها البعض الآخر³⁵⁰ بأنه ذلك الإتفاق الذي يشمل على أكثر من طرفين ، تنشأ فيما بينهم جميعاً مصالح متعارضة ، فتتعدد الأطراف ليس بكاف وحده لإطلاق هذا الوصف على إتفاق التحكيم ، وإنما يجب فوق ذلك أن يكون لهؤلاء الأطراف مصالح متعارضة .

ويتحقق التعدد في التحكيم بأن يوقع جميع أطراف الإعتماد المستندي شرط تحكيم واحد يعرض بموجبه أي نزاع ينشأ عن أي علاقة على هيئة تحكيم واحدة ؛ إلا أن هذا الأمر من الناحية العملية نادر الوقوع .

وقد يتفق طرفا كل علاقة على التحكيم لحسم منازعاتهما ، فتتعدد إتفاقات التحكيم بتعدد تلك العلاقات . والوضع التقليدي في مثل تلك الحالة أنه إذا نشب نزاع عن كل علاقة منها تعرض على هيئة تحكيم مختلفة ، مما يؤدي إلى تعدد الأحكام التي تصدر بشأنها وإمكان وجود تعارض بينها .

وفي هذا الصدد يجب التنويه بأن طرفي التحكيم لا يقتصر على المتعاقدين الأصليين لإتفاق التحكيم ، بل يتعداهما إلى كل من يخلفهما سواء أكان خلفاً عاماً أو خاصاً .

³⁴⁹ د/ أحمد محمد عبد البديع شتا ، شرح قانون التحكيم ، الطبعة الرابعة ، بدون دار نشر ، 2009 ، ص 109 - 110 .

³⁵⁰ ME PHILIPPE. LÉBOULAGER , THE Relative Effect of the Arbitration Agreement (joining a Third Party or More Parties to the Arbitration) . ص 350 – 362 . مجلة التحكيم ، العدد 8 ، 2010 لبنان .

الخلف العام : وهو من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق وإلتزامات ، أو في أي جزء منها بإعتبارها مجموعا من المال كالوارث والموصى له بجزء من التركة في مجموعها ³⁵¹ .

وقاعدة إنصراف آثار العقد إلى الخلف العام تعد من المبادئ المستقرة في القانون المدني، وهو ما كرسته المادة 108 من التقنين المدني الجزائري والتي تنص على " ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ، ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون ، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام ، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث " .

والملاحظ على هذا النص أنه يضع مبدأ عاما ، من ثم يبين حدود هذا المبدأ ، ويتمثل هذا المبدأ في أن ما يترتب على العقد من حقوق ينتقل الى الخلف العام ، وهم الورثة بعد موت مورثهم وفقا لأحكام الميراث المنصوص عليها في قانون الأسرة ، ويقصد المشرع من التحفظ في قوله دون إخلال بأحكام الميراث ، عدم المساس بقاعدة " لا تركة إلا بعد سداد الديون ؛ أي أن ما يستحقه الوارث من أموال المورث هو ما يبقى بعد سداد ما على المورث من ديون ، كما أن الورثة لا يلتزمون بديون المورث في حدود ذمتهم الشخصية ³⁵² ، أما حدود هذا المبدأ فتتمثل في عدم جواز إنصراف آثار العقد إلى الخلف العام بناء على الإلتفاق ، أو بسبب طبيعة العقد أو الإلتزام الناشئ عن العقد ، أو إذا كان إنصراف آثار العقد إلى الخلف العام فيه إخلال بقواعد الميراث ، كما لا تنتقل آثار العقد إلى الخلف العام بناء على نص قانوني ³⁵³ .

والأصل أن الخلف العام لا يعتبر من الغير ، ومن ثم تتصرف إليه آثار العقد الذي يبرمه سلفه وفقا لقاعدة النسبية ، ويقصد بذلك أنه يأخذ حكم الطرف بالنسبة للتصرف الذي أبرمه سلفه ، فإذا توفي أحد المتعاقدين إنتقلت إلى خلفه الحقوق والإلتزامات الناشئة عن

³⁵¹ د / عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،(مصادر الإلتزام) مرجع سابق ، ص 721 .
³⁵² د/ عبد الباسط محمد عبد الواسع ، شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي - دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2014 ص 415 .
³⁵³ د/ محمد عبد الواسع عبد الباسط ، مرجع سابق ، ص 415 - 416 .

العقد الذي أبرمه قبل وفاته ، ويترتب على ذلك أن الخلف العام يلتزم كالأصيل بشرط التحكيم الذي أبرمه سلفه ³⁵⁴ .

وبناء عليه إذا كان السلف طرفا في إتفاق تحكيم بصدد نزاع متعلق بحق من الحقوق التي إنتقلت منه الى الخلف ، فإن آثار هذا الإتفاق تنتقل إلى الخلف .

أما الخلف الخاص ، فوفقا لنص المادة 109 من التقنين المدني الجزائري يشترط لكي يكتسب صفة الطرف أن يكون على علم بهذا الإتفاق ، فتنص " إذا أنشأ العقد لإلتزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء إنتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ، فإن هذه الإلتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كان من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت إنتقال الشيء إليه ."

وتعدد أطراف إتفاق التحكيم إما أن يكون في لحظة إبرام العقد ، كما هو الحال في عقود الإنشاءات والمقاولات ؛ وإما أن يكون التعدد في مرحلة لاحقة على إبرام العقد ، كحوالة العقود والتي تكتسب أهمية خاصة في المعاملات الدولية ، ذلك أن حوالة العقد بما تتضمنه من شرط الإتفاق على التحكيم من المحال إلى المحال إليه ، يجعل هذا الأخير ملتزما به دون أن يحق له الإعتراض عليه ، وهذا ما قرره القضاء ³⁵⁵ .

كما يمكن أن يتعدد أطراف التحكيم بتدخل الغير في إجراءات التحكيم ، وهذا التدخل إما أن يكون بناء على طلب أحد الخصوم فيسمى التدخل الإنضمامي ، وإما أن يكون تدخل الغير من تلقاء نفسه فيعرف بالتدخل الإختصامي .

وفي التدخل الإنضمامي ، لا يطالب المتدخل بحق أو مركز قانوني لنفسه ، وإنما يقتصر على تأييد طلبات من ينضم إليه لوجود مصلحة أكيدة للمتدخل من تدخله ، وهذا التدخل لا يشترط الموافقة الصريحة أو الضمنية من أطراف التحكيم ³⁵⁶ .

³⁵⁴ د/ محمد عبد الفتاح ترك ، شرط التحكيم بالأحالة ، مرجع سابق ، ص 135 .
³⁵⁵ القرار الصادر عن محكمة النقض المصرية في القضية رقم 450 لسنة 40 القضائية الصادر بجلسة 1975/3/5 نقض مدني ، وهو غير منشور الوارد في مؤلف د/ احمد محمد عبد البديع شتا ، مرجع سابق ، ص 111 .
³⁵⁶ د/ مصطفى محمد الجمال ود/ عكاشة محمد عبد العال ، مرجع سابق ، ص 635 - 636 .

أما في الإختصامي ، فهو التدخل لتمسك بحق أو مركز قانوني - كما سبق الذكر - له قبل أحد الخصوم أو كلاهما في أمر مرتبط باتفاق التحكيم وخصومته ، وفي هذه الحالة يرى الفقه³⁵⁷ أنه لا بد على الخصوم أن يوافقوا على هذا التدخل وبالتالي موافقة هيئة التحكيم على ذلك حتى يصبح المتدخل طرفا في التحكيم .

البند الثاني

أثر التحكيم المتعدد الأطراف

نظرا للإرتباط القائم بين العلاقات - كما سبق البيان - العقدية فقد برز مؤخرا إتجاه ينادي بعرض كافة المنازعات التي تنشأ عنها على هيئة تحكيم واحدة ، وتصدر بشأنها جميعا حكما واحدا ، لما يحقق ذلك من تجنب لتضارب الأحكام ، ومن توفير للوقت والنفقات التي يتكبدها المحتكمون .

وتعتبر الإعتمادات المستندية شأنها في ذلك شأن خطابات الضمان ، وما ينشأ عنهما من علاقات عقدية تعد تطبيقا نموذجيا لتلك الفكرة ، فهناك علاقة بين العميل الأمر والمستفيد ، وأخرى بين العميل الأمر والبنك المنشئ أو البنك الضامن الأصلي والبنك المقابل ، فكل هذه العلاقات مرتبطة ببعضها البعض .
ولأجل تجنب هذا التعارض ، يفضل عرض المنازعات الناشئة عن كل هذه العلاقات على هيئة تحكيم واحدة ، ليصدر فيها جميعا حكم واحد .

وتجدر الإشارة إلى أن خصوصية التحكيم وتقنيته وإختلافه عن القضاء في العديد من المبادئ هي التي تفرض فكرة التحكيم المتعدد الأطراف ، ذلك أن القضاء في غنى عن هذه الفكرة ، بإعتبار أن فيه من الحلول والوسائل ما يضمن تركيز المنازعات الناشئة عن علاقات مرتبطة أمام نفس الجهة القضائية ، وهذا عن طريق التدخل أو الإدخال في

³⁵⁷ د/ محمد حمد عبد البديع شتا ، مرجع سابق ، ص 112 .

الخصومة ، طلب ضم الدعوى المرتبطة أمام قاضي واحد ، أما فيما يتعلق بالتحكيم ، فلا مجال للحديث عن ذلك بالنظر إلى الطابع التعاقدى له ، وسيادة فكرة سلطان الإرادة .

إن من مصلحة الأطراف الإحتفاظ بإستقلالية العلاقات عن بعضها البعض وعدم ربطها بأي وجه من الوجوه بما في ذلك شرط التحكيم الموحد ؛ فمن مصلحة المستفيد أن تكون علاقته بالبنك المنشئ بعيدة عن تدخل العميل الأمر ، والبنكين أيضا حريصان أن تظل علاقتهما قاصرة عليها دون تدخل من العميل الأمر . ولتجنب إثارة نزاعه عند المطالبة بقيمة الإعتماد كل مرة ، والتمسك بعرضها على التحكيم إعمالا لشرط التحكيم الموحد الذي وُقِع عليه مع باقي الأطراف حفاظا على فعالية الإعتماد المستندي .

كما أن المستفيد الأول من التحكيم المتعدد الأطراف هو العميل الأمر ، دون باقي الأطراف الذين من مصلحتهم عزل الأخير والإبقاء على إستقلال علاقاتهم ، الذي يعتبر الدافع إلى التعامل بالضمانات المصرفية بما فيهم الإعتماد المستندي .

وخلاصة الكلام أنه بالرغم من المزايا التي يتمتع بها التحكيم المتعدد الأطراف ، من تجنب صدور أحكام متناقضة وتوفير الوقت والنفقات في مجال العلاقات الناشئة عن الإعتماد المستندي ، إلا أنه نادر الوقوع عمليا³⁵⁸ .

³⁵⁸ د/ رضا السيد عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص 103 وما بعدها .

القسم الثاني
اجراءات التحكيم و
اصدار الحكم
التحكيمي

القسم الثاني

إجراءات التحكيم واطدار حكم التحكيم

تعتبر إجراءات التحكيم الاطار التنفيذي لتطبيق ما اتفق عليه الأطراف من حل نزاعهم بواسطة التحكيم فتدب فيه الحياة من أجل تحديد مسار الاتفاق وخطواته . لذا سنعالج من خلال هذا القسم إجراءات نظر النزاع والحكم الفاصل فيه وذلك في بابين .

الباب الأول

إجراءات نظر النزاع

إن إجراءات نظر النزاع في الاعتماد ألمستندي لا تختلف بطبيعة الحال عن إجراءات التحكيم بشكل عام ، إلا أنه يجب على القائمين على مؤسسات التحكيم المختصة وهيئاته مراعاة طبيعة هذا العقد ، لذا سنتطرق إلى مضمون محكمة التحكيم و الخصومة التحكيمية في فصلين .

الفصل الأول

محكمة التحكيم

تشمل محكمة التحكيم كل ما يتعلق بمحكميها والمخولون بالتسير الحسن لعملية التحكيم المنوطة بهم من خلال تمتعهم ببعض المواصفات و طريقة تعيينهم ، وعليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين ، الأول نعالج فيه تعيين المحكمين والثاني نخصه لطرق تعيينهم.

المبحث الأول

تعيين المحكمين

إن للمحكم دور مهم من اجل نجاح المهمة التحكيمية ، لذا ينبغي أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط وتجنب الوقوع في مصيدة العزل أو الرد ، وطرق تعيين هذا المحكم

تختلف باختلاف الوسائل المتاحة . ومن أجل معرفة ذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين ،
نتناول في الأول الشروط الواجب توافرها في المحكم ، وفي الثاني طرق تعيينهم .

المطلب الأول

الشروط الواجب توافرها في المحكمين

من البديهي أن تتخذ الشروط الازم توافرها في المحكمين في منازعات التجارة الدولية – الذي ينبثق منه عقد البيع ووسائل تمويله – على ضوء الطابع التجاري الدولي للتحكيم في هذه المنازعات ، وبما لا يخرج عن مهمة التحكيم المتمثلة في حسم النزاع بحكم ملزم للطرفين . لذا يلاحظ أن أنظمة وإتفاقيات التحكيم التجاري الدولي غالبا ما تحرص على إبراز الشروط التي يلزم توافرها في المحكم ، بما يضمن إضطلاعه بحسم نزاع تجاري دولي وذلك مع عدم إغراقها في تفاصيل هذه الشروط .

الفرع الأول

شرط الأهلية

لا توجد في تلك الأنظمة والإتفاقيات نصوص صريحة تتطلبها في المحكم ، ومع ذلك فإنه بالرغم من عدم وجود قيود على حرية الطرفين في إختيار المحكمين ، فإنه لا يجوز لهما إختيار محكمين ناقصي الأهلية ، كالقصر والمحجور عليهم وفقا لما تضمنه دليل التحكيم التجاري الدولي لغرفة التجارة الدولية بباريس .

إذ لا يقبل إضطلاع هؤلاء بمهمة التحكيم ، ومتى توافر هذا الشرط ، فلا يهم بعد ذلك أن يكون المحكم الدولي ذكرا أو أنثى وطنيا أو أجنبيا ، وأن يكون من ديانة معينة أو حاملا لدرجة علمية محددة ، إلا أن غرفة التجارة الدولية بباريس على سبيل المثال تحرص

على تكوين جداول المحكمين من كبار المحامين والمستشارين وخبراء القانون وأساتذة الجامعات وكبار المهندسين ورجال الصناعة.³⁵⁹

إلا أنه إذا كان الأمر كذلك فيما يتعلق بعدم إشتراط في المحكم جنسية معينة ، بل وأحيانا هناك ماينص صراحة على جواز تعيين الأجانب كمحكمين وفقا للمادة (3) من الإتفاقية للأوروبية للتحكيم الصادرة في جنيف (1961) . فإن أنظمة وإتفاقيات التحكيم التجاري الدولي أحيانا ما تشترط أن يكون المحكم من جنسية مغايرة لجنسية الخصوم لضمان الحياد والإستقلالية .

فطبقا لنظام تحكيم غرفة التجارة الدولية لعام 1955 الذي ينص على أن " يتم إختيار المحكم الواحد أو رئيس محكمة التحكيم في حالة تعدد المحكمين من إحدى البلدان التي ينتمي إليها الطرفان ، إذا اقتضت الظروف ولم يعترض على ذلك أحد الطرفين " .³⁶⁰

الفرع الثاني

شرط صلاحية المحكم للتحكيم

يلاحظ أن أنظمة وإتفاقيات التحكيم التجاري الدولي تكاد تخلو من نصوص صريحة ، تتناول هذا الشرط بطريق مباشر .³⁶¹

وهو ما يرجع إلى إعتبار هذا الشرط مفترض في المحكم بالضرورة ، أيا ماكان الأمر فإنه يمكن التحقق من توافر شرط صلاحية المحكم من خلال النصوص التي توجب على المحكم من قبل الأطراف ،الإفصاح عند قبوله مهمة التحكيم و عن الأسباب والظروف التي يرى أنها قد تؤثر في صلاحيته للحكم في النزاع المطروح عليه . وذلك على نحو ما نصت عليه المادة (9) من نظام لجنة اليونسترال للتحكيم التجاري الدولي ، والمادة 12 / 1 من

³⁵⁹ المادة 5/11 من القانون النموذجي للتحكيم لعام 1989 .

³⁶⁰ المادة 2 / 6 من النظام المذكور .

د/ حسن المصري ، مرجع سابق ، ص 189 ..

³⁶¹JULIE BOYELDIEU , l'endependance et l'impartialité des naux arbitres internatio master2 , 2011 , n° 39 .

القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ، من حيث إشتراط عدم قبول تعيين محكم ما ، لم يكن مستوفيا للمقتضيات الأساسية للعدالة والنزاهة .³⁶²

الفرع الثالث

شرط الحياد والإستقلال

تنص المادة 12 من قواعد اليونسترال المنقحة سنة 2010 على مايلي : يجوز الإعتراض على أي محكم إذا وجدت ظروف تثير شكوكا لها ما يبررها بشأن حياده أو استقلاليتها .

2 - لا يجوز لأي طرف أن يعترض على المحكم الذي عينه إلا لأسباب أصبح على علم بها بعد تعيينه .

3 - في حال عدم قيام المحكم بمهامه ، أو في حال وجود مانع قانوني أو واقعي يحول دون أدائه تلك المهام ، تسري الإجراءات المتعلقة بالإعتراض على المحكم المنصوص عليها في المادة 13 ."

إن ثقة الطرفين في نزاهة المحكم تبرر إتفاقهما على الإلتزام مسبقا بأي قرار يتخذه طرف ثالث ؛ وهذا الإلتزام يعتبر خطوة جريئة³⁶³ .

فالمجتمع لا يمكن أن يقبل بنظام قضائي خاص يديره محكمون منحازون على سبيل المثال عليه لا يقبل القرار التحكيمي وينفذ طوعا ، إلا إذا ظهر أنه عادل ومشروع وفي نظر الأطراف وأنه صادر عن محكمين مستقلين .

والإستقلال يعني عدم وجود أية روابط خاصة بين المحكم وأحد الأطراف³⁶⁴ ، والأمر الذي ينبئ بالحياد إضافة إلى وجود درجة معينة من "الشجاعة" لدى المحكم ، بمعنى خلو المحكم من الطمع بوجود أية رغبة لديه في أن يرضي أحد الأطراف على حساب البقية ،

³⁶² مركز الأمانة العامة للجنة الامم المتحدة للقانون التجاري لعام 1981 ، ص 7 .

³⁶³ ANTOINE KASSIS , op , cit , p 322 .

³⁶⁴ JOACHIM FRICK , Arbitration and complex international contrats , law library , 2001 , p 48 .

على أمل أن يعاد تعيينه كمحكم في المستقبل ، أو في الحصول على أية منافع أخرى من الطرف الذي نال رضاه . ليرتبط بذلك الإستقلال بمظاهر موضوعية محددة ووقائع مادية ملموسة ، وإعتبره بطبيعة الحال شرط مسبق على تولي المحكم لمهمته .³⁶⁵

وعليه يجب أن يتمتع المحكم بموضوعية طبيعية أو مكتسبة في عدم الإنحياز ، والقدرة على رؤية وجه كل قضية وعلى إبقاء ذهنه مفتوحا حتى نهاية الإجراءات التحكيمية وإتخاذ القرار وإلا لا يمكن للتحكيم أن يعتبر وسيلة مجدية لحل الخلافات ، إذا كان المحكم إنسانا متمسكا بمفاهيم وطرق تفكير بلاده وثقافته إلى حد يمنعه من إستيعاب مفاهيم وطرق تفكير دولة أخرى .³⁶⁶

أما الحياد ، فهو ألا ينبثق حتما عن الإستقلالية بإعتبره حالة نفسية وذهنية ، لها طابع ذاتي أكثر مما هو موضوعي³⁶⁷ ، و يتم الرجوع عادة في ذلك إلى الخلفية الثقافية ، أي إلى العقيدة السياسية الرأسمالية أو الإشتراكية ، أو الإنتماء إلى دولة صناعية أو دولة نامية . وقد لاحظ بعض الأخصائيين " أنه لا توجد معاني واضحة للصفات الإيديولوجية التي تلصق بالأشخاص ، أو أنه في كثير من الأحيان تثار شكوك غير عقلانية اتجاه المحكمين ، يحتمل أن يكونوا غير موضوعيين بسبب خلفيتهم الثقافية على الرغم من حيادهم التام وعدم وجود أية أفكار مسبقة لديهم " .

والعيب المفترض في المحيط الاجتماعي للمحكم يكون أقل أهمية عندما يعيش ويكون عضوا في مجتمع من النوع الذي يسمى " المجتمع متعدد الجوانب " . ولا يعتبر المحكم منحازا إذا تبني موقفا كان قد اتخذ في نزاع سابق أو رأيا قانونيا سابق ، ثم اعتمد ذلك في النزاع المعروض عليه ، فلا ينال من ذلك من حياده وهو ما تبنته المحكمة الفدرالية السويسرية التي قالت في حكم لها " إن الرأي الذي بين يدي حكم محتمل حول مسألة قانونية أو تعبير عن هذا الرأي في منشور ، لا يشكل في حد ذاته عدم حيادته

³⁶⁵ أ / محمد أمين الداعوق (أمين عام الهيئة العربية للتحكيم الدولي) تعيين المحكم وحيده واستقلاله ، مجلة التحكيم ، العدد 8 ، 2010 ، ص

658 .

³⁶⁶ لرينه دافيد الفرنسي نقلا عن لويس قشيشو ، مجلة التحكيم ، ص 546 .

³⁶⁷ أ / محمد أمين الداعوق ، نفس المقال ، مرجع سابق ، ص 658 .

ظاهرة ، بمعنى أن هذا الأخير لا يحكم مسبقا على نزاع حاصل ، وأن الرأي المهم وحده غير قابل للرجوع أو للعودة عنه بشكل حالة ، ويبرر بالتالي درء المحكم المحتمل حتى لو كان الغير الفاصل في النزاع قد حصل في وقت لم يكن فيه³⁶⁸ المحكم عالما أو بإمكانه أن يعلم أنه سوف تتم تسميته محكما في الإجراء التحكيمي .

وملخص القول ، أن المحكم الدولي يجب أن يكون " محايدا " ليس اتجاه الطرفين ودولتي الطرفين والنظاميين السياسيين في دولتي الطرفين فحسب ، بل أيضا اتجاه النظاميين الحقوقيين المعمول بهما في الدولتين المذكورتين من حيث التشريع والمفاهيم والأعراف ، هذا يعني أن يكون " دوليا " من حيث طريقة التفكير ، ذلك أن التزمت الحقوقي أو " العصبية القضائية " الذي يوجد للأسبق لدى الكثير من لهم علاقة بالتحكيم الدولي (من المحامين والمحكمين) على الرغم من تمتعهم بالمؤهلات والصفات المهنية الأخرى المطلوبة الأخرى .³⁶⁹

ومهما يكن من أمر ، فلا يعقل أن يكون الحياد شرطا مسبقا للتعيين ، إذ لا يقاس سوى بالسلوك عند إجراء وأثناء التحكيم ، ففرض القانون بأن لا يسمى المحكم إلا إذا كان محايدا لا معنى له مبدئيا ، إذ لا يمكن التكهن بسلوك إلا بعد ظهوره ، وفي هذا الشأن فكيف أن يرفض التعيين على عدم الحياد مسبقا .³⁷⁰

الفرع الرابع

شرط إسناد التحكيم إلى شخص طبيعي

فيما يتعلق بوجود إسناد التحكيم إلى شخص طبيعي ، نجد أن هذا الشرط مستفاد ضمنيا من مجموع نصوص وأنظمة وإتفاقات التحكيم التجاري الدولي ، فوفقا للمادة 2 / 1-2 من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية : لا تفصل هيئة التحكيم في الخلافات بنفسها وإنما عن طريق محكمين تتولى تثبيتهم وتبديلهم بأخرين في حالة وفاتهم ، وهو ما يفترض أن يكون المحكم شخصا طبيعيا لا معنويا، لاسيما مع ما سبق ذكره من حرص هذه الهيئة على اشتغال

³⁶⁸ المحكمة الفدرالية السويسرية حكم بتاريخ 7/7 2006 ، نشرت قاعدته بمجلة التحكيم التي يصدرها الأستاذ عبد الحميد الأحمد العدد ، 2009 ص 843 .

³⁶⁹ أ / لويس قشيشو محامي ومحكم دولي ، مجلة التحكيم ، ص 547 .

³⁷⁰ أ / الحبيب مالوش ، تعيين المحكم ، مجلة التحكيم ، العدد 8 ، 2010 ، ص 440 .

جداول المحكمين على الأشخاص ذوي الخبرة والكفاءة ، من رجال القانون وأساتذة الجامعات والمهندسين فضلا على رجالات السياسة ، لتكون المحكمة التحكيمية بذلك قيامها بدورين إثنين ، إحداهما إداري يتعلق بتسيير عملية التحكيم وإدارتها وتنظيمها ، وثانيهما بعد استجماع العناصر الأساسية تحيل الأطراف على هيئة التحكيم التي يصدر عنها الحكم التحكيمي في التحكيم المؤسستي .³⁷¹

وأيا كان الأمر ، فإنه لا يوجد نص في أنظمة وإتفاقيات التحكيم التجاري الدولي يجيز صراحة أو ضمنا في أن يكون المحكم شخصا معنويا .

الفرع الخامس

وتر عدد المحكمين

وفيما يتعلق بوجوب أن يكون عدد المحكمين وترا ، يلاحظ أن أنظمة وإتفاقيات التحكيم التجاري الدولي تغلب هذا الحل وتؤثره على تكوين هيئة التحكيم من عدد زوجي ، فالمادة 2/2 من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية تنص على أنه " يمكن الفصل في الخلافات بواسطة محكم واحد أو ثلاثة محكمين ... " وبالرغم من أن هذا النص يهدف إلى تقادي صعوبة إصدار الحكم التحكيمي في حالة تساوي الأصوات عندما تشكل هيئة التحكيم من عدد زوجي ؛ إلا أنه لا يمنع طرفي النزاع من الإتفاق على تشكيل هذه الهيئة من عدد زوجي ، شريطة أن يكون هذا الإتفاق صريحا ، أما إذا لم يحصل هذا الإتفاق ، انطبقت المادة 5/2 من النظام المذكور التي تنص على أنه " إذا لم يكن الطرفان قد اتفقا على تحديد عدد المحكمين ، قامت الهيئة بتعيين محكم واحد ما لم تقدر أن النزاع يبرر تعيين ثلاثة محكمين . "

وهذا هو الأصل الذي يلاحظ أيضا في قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، حيث نصت المادة الخامسة على أنه " إذا لم يتفق الطرفان مسبقا على عدد المحكمين (واحد أو ثلاثة) ولم يتفق خلال خمسة عشر يوما ... على تشكيل هيئة التحكيم من محكم واحد، وجب تشكيلها من ثلاثة محكمين . " كما تميل إلى تشكيل هيئة

³⁷¹ النقيب عبد الله درميش ، المحكم تعيينه وحياده واستقلاله ، مجلة التحكيم ، العدد 8 ، لبنان ، 2010، ص 676 .

التحكيم من محكم واحد ، إذا لم يتفق الطرفان على عدد المحكمين (المادة 4 من الإتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي الصادرة في جنيف سنة 1961 .) وتنص المادة 10 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 على " للطرفين حرية تحديد عدد المحكمين ، فإن لم يفعل ذلك كان عدد المحكمين ثلاثة . " نستنتج من هذا النص أنه يمكن أن يكون عدد المحكمين المعينين زوجيا بإتفاق الأطراف ، وفي حالة غيابه يكون فرديا .
أما مشرنا الجزائري فنلاحظ أنه لم يأت على ذكر عدد المحكمين وترا أو شفعا بخلاف التحكيم الداخلي ، ونص فقط على أنه يمكن أن يكون هنالك محكم أو عدة محكمين ³⁷² .

للإشارة ومن خلال مقارنة النظام الدولي بالنظام الوطني بشأن الشروط اللازم توافرها في المحكمين ، نلاحظ أن هذين النظامين يكادا يتطابقا ، حيث يتطلب كل منهما في المحكم أن يكون ذا أهلية قانونية للتحكيم وأن تتوفر لديه الصلاحية لهذه المهمة ، وأن يكون محايدا ومستقلا ، وأن يكون شخصا طبيعيا ؛ ومع ذلك يلاحظ أن النظام الدولي وإن كان يؤثر تشكيل هيئة التحكيم من عدد فردي - واحد أو ثلاثة - إلا أنه لا يمنع مع ذلك من تشكيل هذه الهيئة من عدد زوجي ، في حين يوجب النظام الوطني الحل الأول ³⁷³ . ويرجع هذا الفارق إلى أن النظام الدولي يترك نطاقا أكبر لإرادة طرفي النزاع في اختيار المحكمين وتحديد عددهم ، وذلك مراعاة لطبيعة المنازعات في مسائل التجارة الدولية وتعدد أطرافها من جهة ، وعملا على أن يحظى النظام الدولي للتحكيم بقبول التجار الدوليين ، فلا يشعرون بأن هذا النظام يلاحقهم بقواعد لا يمكن الإتفاق على خلافها، مما يحمسهم على الخضوع لأحكام التحكيم التجاري الدولي من جهة أخرى . إضافة إلى عدم اهتمام النظام الدولي بخلاف الوطني بتفاصيل الشروط اللازم توافرها في المحكمين ، اعتمادا منه على المبادئ العامة التي يزخر بها النظام الوطني للتحكيم ³⁷⁴ .

³⁷² المادة 1/1041 من القانون (09-08) .

³⁷³ تنص المادة 1017 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري في القسم الخاص بالتحكيم الداخلي على " تتشكل محكمة التحكيم من

محكم أو عدة محكمين بعدد فردي . "

³⁷⁴ د / حسن المصري ، مرجع سابق ، ص 193 .

المطلب الثاني

طرق تعيين المحكمين

يجرى تعيين المحكمين لتشكيل هيئة التحكيم في التنظيم الدولي بثلاث طرق ، إذ يقوم أطراف التحكيم بتعيينهم ، وقد تقوم المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع أو إحدى منظمات التحكيم الدائمة أو الغير بتعيين المحكمين أو أحدهم حسب الأحوال .

الفرع الأول

تعيين المحكمين الدوليين عن طريق أطراف التحكيم

وضع بروتكول جنيف الخاص بشروط التحكيم لسنة 1923 ، المبدأ الذي بمقتضاه يستند تكوين هيئة التحكيم إلى إرادة الطرفين ، فضلا على قانون الدولة التي يجرى التحكيم على إقليمها ، حيث نصت المادة الثانية منه على " إن اجراءات التحكيم بما فيها تكوين هيئة التحكيم تخضع في تنظيمها لإرادة الطرفين وقانون الدولة التي يجرى التحكيم على إقليمها " فيلاحظ أن هذا النص أضفى الطابع الإرادي على إجراءات التحكيم عموما ، وتشكيل هيئة التحكيم خصوصا .

كما أكدت اتفاقية جنيف لسنة 1927 بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية نفس المبدأ ، بما نصت عليه المادة الأولى من الفقرة الثالثة منها " أنه يشترط للإعتراف بهذه الأحكام وتنفيذها أن يكون الحكم التحكيمي صادرا من هيئة التحكيم المحددة في شرط أو مشاركة التحكيم ، أو التي تم تكوينها وفقا لإرادة الطرفين أو طبقا للقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم ، وهو قانون مكان التحكيم كقاعدة عامة .

و يقض المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه " يمكن للأطراف ، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم ، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم"³⁷⁵.

يتبين من هذا النص أنه يمكن للأطراف تعيين المحكمين في الشرط التحكيمي في التحكيم الخاص قبل قيام النزاع أو انتظار قيام المنازعة ، ومن ثم تعيين المحكمين. وفي حال كانت المحكمة التحكيمية مشكلة من ثلاثة محكمين ، يمكن لكل من الطرفين أن يعين محكمه ومن ثم تعيين المحكم الثالث ، إما من قبل الطرفين أو من قبل المحكمين المعينين ، وفي حال امتناع أحد الطرفين عن تعيين محكمه ، فإنه يمكن للطرف الأكثر عجلة أن يطلب من رئيس محكمة الجزائر ، إذا كان القانون الجزائري مطبقا تعيين المحكم محل الطرف الممتنع .

الفرع الثاني

تعيين المحكمين الدوليين عن طريق محكمة قضائية مختصة أو سلطة أخرى تحددها الدولة
قدمنا أن بعض الإتفاقيات الدولية تقرر تطبيق قانون الدولة التي يتم فيها التحكيم على تعيين المحكمين في حالة عدم إتفاق الطرفين على هذا التعيين ، ولقد أخذ نفس الحل القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 ، إذ بعد قرر هذا القانون حرية الطرفين في الإتفاق على الإجراء الواجب اتباعه في تعيين المحكم أو المحكمين (الفقرة 2 من المادة 11) فإنه قد توقع عدم حصول هذا الإتفاق وواجه هذا الفرض بمجموعة حلول تضمنتها الفقرتان 3 و 4 من المادة 11 من هذا القانون .

فوفقا للفقرة (3) إذا لم يتفق الطرفان على الإجراء الواجب اتباعه في تعيين المحكم الواحد أو المحكمين الثلاثة يتبع الإجراء التالي :

³⁷⁵ المادة 1041 / 1 من القانون (09-08) .

1/ في حالة التحكيم بثلاثة محكمين ، يعين كل من الطرفين محكما ويقوم المحكمان المعنيان على هذا النحو بتعيين المحكم الثالث ، وإذا لم يقر أحد الطرفين بتعيين المحكم خلال ثلاثين يوما من تسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر ، أو إذا لم يتفق المحكمان على المحكم الثالث خلال ثلاثين يوما من تعيينهما ، وجب أن تقوم بتعيينه ، بناء على طلب أحد الطرفين ، المحكمة أو السلطة الأخرى المسماة في المادة 6 من هذا القانون .

2/ فإذا كان التحكيم بمحكم فرد ، ولم يستطع الطرفان الإتفاق على المحكم وجب أن تقوم بتعيينه ، بناء على أحد الطرفين ، المحكمة أو السلطة الأخرى المسماة في المادة 6 من هذا القانون .

ووفقا للفقرة (4) إذا وجدت إجراءات تعيين إتفق عليها الطرفان ، وجب اتباع مايلي بحسب الأحوال :

- إذا لم يتصرف أحد الطرفين وفقا لما تقتضيه الإجراءات التي إتفقا عليها .
- أو إذا لم يتمكن الطرفان أو المحكمان من التوصل إلى إتفاق ، قد يكون مطلوبا منهما وفقا لتلك الإجراءات .
- أو إذا لم يقر طرف ثالثا من الغير بأداء أي مهمة موكولة إليه في هذه الإجراءات ، فيجوز لأي من الطرفين أن يطلب من المحكمة أو السلطة الأخرى المسماة في المادة 6 أن تتخذ الإجراء اللازم ما لم ينص اتفاقهما بشأن إجراءات التعيين على وسيلة أخرى لضمان التعيين.

ويعني ذلك أن المحكمة أو السلطة الأخرى المشار إليهما فيما تقدم لا تتدخل في تعيين المحكم أو المحكمين إلا بناءا على طلب أحد الطرفين من جهة ، كما لا تتدخل من باب أولى إلا عند عدم اتفاقهما على تحديد شخص من الغير يقوم بهذا التعيين ، أو عدم تحديدهما لطريقة التعيين أو عدم إحترامهما للإجراءات التي اتفقا عليها بشأن التعيين من جهة أخرى ؛ الأمر الذي يكشف عن المدى الكبير لحرية الطرفين في تعيين المحكم أو المحكمين . لكن إذا اساء الطرفان أو أحدهما استعمال هذه الحرية وتعذر تعيين المحكم أو المحكمين ، فلا مناص حينئذ من تدخل المحكمة أو السلطة الأخرى التي نصت عليها المادة 6 من القانون النموذجي المذكور ، وطبقا لهذه المادة " تتولى الوظائف المشار إليها في الفقرتين 3 و 4 من

المادة 11 المحكمة أو المحاكم أو المحاكم أو السلطة الأخرى التي تحددها كل دولة تصدر هذا القانون (كقانون وطني) ، ويكون قرار المحكمة أو المحاكم أو السلطة الأخرى المذكورة في هذا الشأن ، قرار نهائيا غير قابل للطعن .³⁷⁶

وتقترب القواعد المتقدمة من قواعد لجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي ، حيث قررت المادتان 7 و8 وظائف مشابهة للسلطة التي أسمتها " سلطة التعيين " وإن جعلت للطرفين الحق في اختيار هذه السلطة باتفاق مشترك ، فإن لم يتفقا على تحديدها ، أو إذا اتفقا على تحديدها ومنتعت أو عجزت عن اضطلاعها بتلك الوظائف ، جاز لأحد الطرفين أن يطلب من السكرتير العام للمحكمة الدائمة للتحكيم بالأمم المتحدة تعيين سلطة أخرى لتعيين المحكم أو المحكمين ، الذين لم يتم تعيينهم وفقا لقواعد اللجنة ، وعليه تعتبر هذه القواعد نظاما وسطا بين تعيين المحكمين عن طريق المحاكم أو سلطة مماثلة وبين تعيينهم عن طريق هيئات التحكيم الدولي الدائمة .³⁷⁷

الفرع الثالث

تعيين المحكمين الدوليين عن طريق هيئات التحكيم الدولي الدائمة أو شخص من الغير
إذا لجأ الطرفان إلى هيئة تحكيم دولي دائمة ، وهو اختيار إرادي بطبيعة الحال ، فإنهما يخضعان لآلية هذه الهيئة في تعيين المحكمين ، وغالبا ما تتفاعل إرادة الطرفين مع تلك الآلية في هذا التعيين ، وذلك على نحو ما هو مقرر في نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس .³⁷⁸

³⁷⁶ الفقرة 5 من المادة 11 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي .

³⁷⁷ حسنى المصري ، مرجع سابق ، ص 202 – 203 .

³⁷⁸ المواد 7 و 8 و 9 من نظام الغرفة .

المطلب الثالث

المحكمة المختصة لحل النزاعات الناشئة عن تشكيل المحكمة التحكيمية ورد المحكمين وعزلهم

الفرع الأول

المحكمة المختصة لحل النزاعات الناشئة عن تشكيل المحكمة التحكيمية

- 1- تقضي الفقرة 2 من المادة 1041 على أنه يرفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم ، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر . أو يرفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر ، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر . والحالتين عند غياب التعيين وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم في حالة العجلة .
- 2 - إذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم ، يؤول الإختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ تضيف المادة 1042 .

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد تحاشى الإنتقادات التي كانت موجهة إليه في ظل القانون الملغى ، عندما يتم التحكيم في الجزائر من خلال نص المادة 458 مكرر 3 عندما جعل محكمة مكان إقامة المدعي عليه أو المدعى عليهم في النزاع ، أو محكمة مقر إقامة المدعي إذا كان المدعى عليه يقيم في الجزائر .

الفرع الثاني

رد المحكمين وعزلهم

- إضافة إلى نص المادة 12 من قواعد اليونسترال السابقة الذكر المتعلقة بحياد المحكم واستقلاله واعتبارهما سببا للرد عند انعدامهما ، تنص المادة 1016/ 1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على " يجوز رد المحكم في الحالات الآتية :
- 1 - عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف ،

2 - عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف ،

3 - عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلالية لا سيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة إقتصادية، عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو طريق وسيط " 379 .

وخير مثال على ذلك في أن يكون المحكم مستشارا لأحد الطرفين قبل تعيينه محكما .

لكن اشترط المشرع الجزائري في الفقرة 4 من نفس المادة لقبول طلب الرد من الذي

عينه أو شارك في تعيينه ، أن يكون على علم بسبب الرد بعد التعيين خصوصا بعد اكتشاف

انعدام المؤهلات المهنية المطلوبة لتعيينه محكما 380 .

تبلغ محكمة التحكيم والطرف الآخر دون تأخير بسبب الرد . يفصل القاضي في ذلك

بموجب أمر لمن يهمله التعجيل ، يكون هذا الأمر غير قابل لأي طعن 381

³⁷⁹ نفس الحكم الذي جاءت به المادة 12 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الامم المتحدة .

³⁸⁰ د/ عبد الحميد الأحذب ، التحكيم في البلدان العربية ، مرجع سابق ، ص 374 .

الفقرات الثلاثة الأخيرة من المادة 1016 .

المبحث الثاني

خصوصية التحكيم

تشمل خصوصية التحكيمية ما يتعلق بالإجراءات التمهيدية من أجل السير في العملية التحكيمية ، فيتم من خلالها تحديد تنظيم الإجراءات ووضع الملامح العامة لها كتحديد لغة ومكان التحكيم ، كما للتحكيم الإلكتروني الإجراءات الخاصة به، وعلى هذا الأساس سنقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب ، الأول نخصه لبدأ إجراءات التحكيم والمكان واللغة التي يجري بها ، والثاني للإجراءات المتبعة أمام هيئة التحكيم ، بينما الثالث لإجراءات التحكيم الإلكتروني .

المطلب الأول

ابتداء إجراءات التحكيم ومكانه واللغة التي يجري بها

الفرع الأول

ابتداء إجراءات التحكيم

ما نلاحظه في هذا الشأن هو حرص الإتفاقيات وأنظمة التحكيم التجاري الدولي في معظمها على إعفاء المحكم من القواعد الإجرائية الوطنية ، إلا ما تعلق منها بالنظام العام ، ذلك أن التجار الدوليين يضل سعيهم وراء حل منازعاتهم بواسطة قضاء عادل وسريع ، والمتمثل في التحكيم التجاري الدولي الذي يمنح للأطراف حرية الإتفاق على الإجراءات التي يجب اتباعها أمام المحكمين ، والمكرسة للضمانات الأساسية للتقاضي ، أو اختيار نظام إجرائي معين لمؤسسة تحكيم .

لذا تبقى الاتفاقيات والأنظمة المذكورة خالية من أي إجراء ملزم وارد في القوانين الوطنية ، بل تكتفي باتخاذ أي إجراء أمام المحكم أو أمام مؤسسة التحكيم الدائمة³⁸² .
فوفقا للمادة 21 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ، التي تقابلها المادة 3 / 1 و2 من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة " تبدأ إجراءات التحكيم في نزاع ما من اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلبا بإحالة ذلك النزاع إلى التحكيم ما لم يتفق الطرفان على خلاف

³⁸² د/ حسنى المصري ، مرجع سابق ، ص 287 .

ذلك . " فمتى أحيطت المحكمة التحكيمية بهذا الطلب وتم إعلانه إلى المدعى عليه ، انعقدت خصومة التحكيم أمامها بإعتبار ذلك الطلب الإجراء الإفتتاحي للخصومة³⁸³ .

ونفس الحكم يسري على التحكيم المؤسسي ، إلا أن الفرق يكمن في الجهة المقدم إليها الطلب ، بحيث لا يقدم مباشرة إلى المحكمة التحكيم المختصة بالفصل في النزاع ، بل إلى أمانة مؤسسة التحكيم الدائمة ، ثم تحيله إلى تلك المحكمة بمجرد تشكيلها ، ونجد مثال ذلك في نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس من خلال نص المادة الرابعة (1 / 4) التي تنص على: " يلتزم كل طرف يود اللجوء إلى التحكيم طبقا لهذا النظام ، أن يقدم طلب التحكيم إلى الأمانة العامة التي تبلغ المدعي أو المدعى عليه بتسلمها الطلب وتاريخ هذا التسلم ."

وتضيف الفقرة (3) من نفس المادة على أن يشتمل الطلب بوجه خاص على ما يلي :

- أ - أسماء وألقاب وصفات وعناوين الأطراف كاملة .
 - ب - عرض لطبيعة وظروف النزاع الداعي إلى تقديم الطلب .
 - ج - بيان موضوع الطلب ، فضلا عن إشارة بقدر الإمكان ، إلى المبلغ أو المبالغ المطالب بها .
 - د - الإتفاقات المعقودة وخاصة إتفاق التحكيم .
 - هـ - أية معلومات حول عدد المحكمين واختيارهم طبقا لما نصت عليه المواد 8 و 9 و 10 ، وكذلك كل تعيين واجب لمحكم في هذا الشأن .
 - و - أية ملاحظات عن مكان التحكيم والقواعد القانونية الواجبة التطبيق ولغة التحكيم .
- ويوجه المدعي طلبه مرفقا بعدد من النسخ ، كما يسدد مقدم المصاريف الإدارية . أما إذا قصر المدعي في مراعاة أحد هذه الشروط ، يجوز للأمانة العام أن تمنحه مدة إضافية لإتمام ذلك ، فإذا انقضت المدة حفظ الطلب ، مع عدم الإخلال بحقوق المدعي في التقدم بطلب جديد . وعلى هذا الأساس ، تعد مرحلة تقديم طلب التحكيم البوابة الثانية لسير العملية التحكيمية ، والبوابة الأولى لهذه العملية تتجلى من خلال الإتفاق على التحكيم بين أطراف

³⁸³ د/ حسنى المصري ، مرجع سابق ، ص 288 .

العملية التحكيمية ، ولهذه العملية أحكام خاصة يجب على الأطراف مراعاتها للولوج عبرها.

فإذا كان المشرع قد حدد معالم الإجراءات القضائية ، فيما يتعلق بإلزام أطراف النزاع القضائي بإتباعها وفق ما هو محدد ، ككتابة الدعوى وإيداعها في قلم المحكمة ، وغيرها من إجراءات التقاضي الأخرى (384) ؛ إلا أن هذا الأمر قد يختلف في العملية التحكيمية ، بإعطاء المشرع للأطراف جانبا من الحرية في تحديد المسار الذي سوف ينطلقون منه . إن انطلاقة التحكيم تبدأ من خلال الولوج إلى إجراءاته الأولية ، ولا توجد طريقة محددة لها ، فقد يتم اتفاق الأطراف على مسار هذا الإنطلاق وكيف يبدأ واضعين نصب أعينهم عوامل هامة يتم مراعاتها ، منها عامل الوقت والسرعة في النظر في القضية محل النزاع . أما في حالة عدم تحديد الأطراف المسار الواجب اتباعه ، فإنه يتم الرجوع إلى النظام التشريعي الذي ينظم إجراءات التحكيم ، أو قد يفضل الأطراف اللجوء إلى مؤسسة تحكيمية تنظر في نزاعهم ، وفق لوائحها أو قد يتم تحويل الهيئة التحكيمية بتحديد بدأ الاجراءت .

وإذا اتفق الأطراف صراحة على تحديد إجراءات محددة تنظم سير التحكيم عند اتفاقهم عليه ، فإن الهيئة التحكيمية تكون ملزمة بإتباع هذه الإجراءات و إلا كان حكمها محل الإبطال .

الفرع الثاني

مكان التحكيم

إن تحديد المكان في هذا الشأن يخضع لعامل الإرادة ، بحيث للأطراف الحرية في تحديد المكان الذي يجرى فيه التحكيم ، و إلا تولت محكمة التحكيم تحديد ذلك ما لم يوجد اتفاق بشأنه ، سواء تعلق الأمر بالتحكيم الحر أو تحكيم بعض مؤسسات التحكيم الدائمة الدولية، إلا أنه ترد على هذه القاعدة بعض الإستثناءات ، فلدينا المادة الرابعة (4) من الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 ، بحيث إذا كانت تنص الفقرة الأولى منها على أن : " حل النزاع بطريق تحكيم الحالات الخاصة كان لهما حرية تحديد

³⁸⁴ د/ أحمد أبو الوفا ، التحكيم الإختياري والتحكيم الإجباري ، مرجع سابق ، ص 52 .

مكان التحكيم . " فإن الفقرة الثالثة منها تقضي بأن إذا لم يتفق الطرفان على مكان التحكيم ، جاز للمدعي اللجوء إلى رئيس الغرفة التجارية المختصة في الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتاد للمدعى عليه ، أو مركز إدارته أو إلى اللجنة الخاصة المنصوص عليها في هذه الإتفاقية لطلب تحديد مكان التحكيم ، ليكون وفق لهذا المقتضى حرية محكمة التحكيم في تحديد مكان التحكيم ، في حالة عدم وجود إتفاق بشأنه بين الطرفين بتحويلها إلى طرف من الغير . لكن نجد البعض من الفقه³⁸⁵ يقف موقف إنتقادي اتجاه هذا الأمر ، ذلك أن هذا الغير قد لا يكون محيطا بظروف الخصوم أو المحكمين أو بملاسات الدعوى . كما أن تحديد مكان التحكيم قد تكون له خطورته وأهميته ، لما قد يترتب على تحديد هذا المكان من اختصاص محكمة قضائية معينة بإتخاذ الإجراءات التحفظية ، أو توقيع الغرامات على من يتخلف من الشهود أو إلزام أحد الخصوم بتقديم مستند تحت يده، ضف إلى ذلك أن تحديد مكان التحكيم حيث ينعكس قانون البلد الذي اختير ليكون مكان التحكيم على مدى الإعتراف بحكم التحكيم الأجنبي أو الدولي وتنفيذه في البلد الآخر الذي يطلب إليه الإعتراف هذا الإعتراف وقد كرست المادة الخامسة (5) من إتفاقية نيويورك ذلك بنصها على : " متى ثبت أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالفة لما اتفق عليه الطرفان أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الإتفاق . "

ومن أجل ذلك جاءت قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة بأحكام مرنة يتحدد بشأنها مكان التحكيم وفق لما ذكر سابقا ، فنصت المادة 18 منها على أنه " إذا لم يكن الأطراف قد اتفقوا مسبقا على مكان التحكيم ، تولت هيئة التحكيم تعيين مكان التحكيم آخذة ظروف القضية في الاعتبار. ويعتبر قرار التحكيم صادرا في مكان التحكيم . " وتضيف الفقرة الثانية بأنه يجوز لهذه المحكمة أن تجتمع للمداولة في أي مكان تراه مناسبا كما أن تجتمع في أي مكان تراه مناسبا لأي غرض آخر بما في ذلك عقد جلسات الاستماع مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك . ونفس موقف هذه المادة تبنته المادة 20 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي .

³⁸⁵ د/ حسنى المصري ، مرجع سابق ، ص 291 .

وتنص المادة 1/14 من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس على : " تحدد الهيئة مكان التحكيم إذا لم يكن الأطراف قد اتفقوا عليه ."

وفقا لهذه الفقرة يحق للأطراف الإتفاق على أن يجرى في أي بلد آخر من بلدان العالم، أما إذا لم يتفقوا على ذلك ، تولت مؤسسة التحكيم الدائمة بما لديها من سلطة تنظيمية أو إدارية ، وذلك بهدف توفير الحيطة لعملية التحكيم³⁸⁶ .

إلا أن هناك من أنظمة مؤسسات التحكيم الدائمة ما تقيد من إرادة الأطراف أو المحكمين ببعض القيود عند تحديد مكان التحكيم ، كالشأن في نظام مركز تسوية منازعات الإستثمار المقررة بإتفاقية واشنطن لعام 1966 ، حيث جعل من مقر المركز (البنك الدولي للإنشاء والتعمير) مكانا للتحكيم بصفة أصلية طبقا لنص المادة 62 من الإتفاقية ، و بناء على نص المادة 63 يجرى التحكيم لدى إحدى مؤسسات التحكيم الدائمة أو غيرها من مراكز التحكيم عامة أو خاصة ، بشرط أن يوجد بينها وبين المركز اتفاقات في هذا الأمر ، كما يمكن أن يجرى التحكيم في أي مكان آخر تختاره محكمة التحكيم ذاتها بعد التشاور مع المركز من خلال الأمانة العامة .

الفرع الثالث

لغة التحكيم

إن حصول التحكيم في دولة معينة يعني بذاته اختيار لغة هذه الدولة لغة التحكيم ، ما لم يتفق الخصوم أو يقرر المحكمون على لغة أو لغات أخرى ، ذلك أن لإختيار لغة التحكيم تأثير في مجال اختيار المحكمين ، من حيث إقتصار هذا الإختيار على المحكمين القادرين على إنجاز مهمة التحكيم بهذه اللغة ، الأمر الذي يخلف نفقات كبيرة كأتعاب هؤلاء المحكمين أو ترجمة المستندات و أقوال الشهود والخبراء .

³⁸⁶ د/ حسنى المصري ، مرجع سابق ، ص 293 .

فتشير المادة 19 من قواعد اليونسترال إلى أنه: " مع مراعاة ما قد يتفق عليه الأطراف ، تسارع هيئة التحكيم عقب تشكيلها إلى تحديد اللغة أو اللغات التي تستخدم في الإجراءات ، ويسري هذا التحديد على بيان الدعوى وبيان الدفاع وأي بيانات كتابية أخرى وكل بيان مكتوب ، كما يسري على اللغة أو اللغات التي تستخدم في جلسات الاستماع الشفوية ، إذا عقدت جلسات من هذا القبيل ."

وأجازت الفقرة الثانية من نفس المادة أنه لهيئة التحكيم أن تأمر بأن يرفق بأي دليل مستندي ، ترجمة إلى اللغة أو اللغات التي اتفق عليها الطرفان أو عينتها هيئة التحكيم .

وإذا كان يفسر لجوء الخصوم إلى إحدى منظمات التحكيم الدائمة الدولية ، التي تتخذ مقرها في دولة معينة على أنه اختار الخصوم لغة هذه الدولة لتكون لغة الإجراءات . لكن هذا الأمر لا يمنع المنظمات من أن تسمح للخصوم الإتفاق على استخدام لغة أخرى لهذه الإجراءات .

تنص المادة 16 من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس على: " تعين محكمة التحكيم ، ما لم يوجد اتفاق مخالف لغة أو لغات التحكيم ، آخذة بعين الإعتبار جميع الظروف ذات الصلة بما فيها لغة العقد . " من خلال هذا النص نستشف أن نظام الغرفة لا يحدد لغة معينة تجرى بها عمليات التحكيم ، بل يحق للطرفين الإتفاق على هذه اللغة ، أما إذا لم يوجد اتفاق كان لمحكمة التحكيم اختيار اللغة التي تراها أكثر ملائمة .

وبشأن الإعتراف بحكم التحكيم الأجنبي أو الدولي ، وتنفيذه في إقليم دولة معينة ملتزمة بالإعتراف ، يشترط أن تقدم إلى سلطتها الوطنية المختصة بذلك ، ترجمة رسمية لهذا الحكم إلى اللغة الوطنية لتلك الدولة ، كما يشهد على الترجمة مترجم رسمي أو محلف أو أحد رجال السلك الدبلوماسي أو القنصلي ³⁸⁷ .

³⁸⁷ المادة الرابعة من اتفاقية نيويورك لعام 1985 بشأن الإعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها .

المطلب الثاني

الإجراءات المتبعة أمام محكمة التحكيم

سنتناول من خلال هذا المطلب شكل الإعلانات ومواعيد الإجراءات ، وبيان الدعوى والمذكرات والمستندات والطلبات العارضة ، ثم نظام الجلسات وحضور الشهود والإستعانة بالخبراء ، وذلك في ثلاث فروع على التوالي .

الفرع الأول

شكل الإعلانات و مواعيد الإجراءات

بإستقراء أحكام القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي من خلال نص المادة الثانية³⁸⁸ ، نلمس إعترافه بدور إرادة أطراف التحكيم في تحديد شكل الإعلانات وطريقة إعلانها ، وتبسيطها في حالة عدم الإتفاق ، فتقضى بأنه ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك تعتبر أي رسالة كتابية في حكم المستلمة إذا سلمت إلى المرسل إليه شخصيا ، أو إذا سلمت في مقر عمله أو في محل إقامته المعتاد أو في عنوانه البريدي ، وإذا تعذر العثور على أي من هذه الأماكن بعد إجراء تحريات معقولة ، تعتبر الرسالة الكتابية في حكم المستلمة إذا أرسلها إلى آخر مقر عمل أو محل إقامة معتاد أو عنوان بريدي معروف للمرسل إليه ، وذلك بموجب خطاب موصى عليه أو بأي وسيلة أخرى تثبت بها محاولة تسليمها . إلا أنه لا يجوز تسليم الإشعار بالوسائل الالكترونية مثل الفاكس أو البريد الالكتروني تضيف المادة

ونفس الحكم وارد في قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة من خلال نص المادة 2 / 1 ، إلا أن الفرق يكمن في أن القانون النموذجي إنفرد بالنص على أن " لا تسري أحكام هذه المادة (1/3 و 2) على الرسائل أو الإعلانات المتعلقة بإجراءات التحكيم ، بسبب أن الأمر لا يخلوا من لجوء أحد الخصوم إلى إحدى المحاكم القضائية الوطنية ، لإتخاذ أي إجراء وقتي أو تحفظي في التحكيم محل إحترام³⁸⁹ .

³⁸⁸ تقابلها المادة 1 / 2 من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة .

³⁸⁹ د/ حسنى المصري ، مرجع سابق ، ص 303 .

أما في تحكيم المؤسسات الدائمة ، فإنها قد تحد من إرادة الأطراف في حالة ما إذا اختاروا التحكيم أمامها فما يتعلق بالإعلانات .

فإذا ما توجهنا إلى النظام الخاص بغرفة التجارة الدولية بباريس من خلال المادة السادسة فنجد أنها أعطت للمدعي الحق في تقديم مذكرة بالرد على أي طلب مقابل ، وذلك خلال ثلاثين يوما من يوم تسلمه الطلب أو الطلبات المقابلة من طرف الأمانة العامة ، ويجوز للأمانة العامة أن تمنح المدعي مدة إضافية لتقديم الرد .

الفرع الثاني

بيان الدعوى والمذكرات والمستندات والطلبات العارضة

نظمت قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة بيان الدعوى وبيان الدفاع بصورة دقيقة ، فنصت المادة 1 / 20 " يرسل المدعي خلال المدة التي تحددها هيئة التحكيم ، إلى المدعي عليه وإلى كل واحد من المحكمين ، بيانا مكتوبا بدعواه ، وترفق بهذا البيان صورة من العقد وصورة اتفاق التحكيم إذا لم هذا الإتفاق واردا في العقد " ، وتضيف الفقرة الثانية " يجب أن يشتمل بيان الدعوى على البيانات التالية :

- إسم المدعي وإسم المدعى عليه وعنوان كل منهما ؛
 - بيان بالوقائع المؤيدة للدعوى ؛
 - المسائل موضوع النزاع ؛
 - التدبير المطلوب للانصاف أو لتصحيح الوضع ؛
 - الأسس أو الحجج القانونية المؤيدة للدعوى .
- و يجوز للمدعي أن يرفق ببيان دعواه كل الوثائق التي يعتقد أن لها صلة بالدعوى ، أو أن يشير في البيان إلى الوثائق وأدلة الإثبات التي يعتزم تقديمها .

أما فيما يتعلق ببيان الدفاع، فتقتضي المادة 21 من نفس النظام على أنه يجب أن يرسل المدعى عليه خلال المدة التي تحددها هيئة التحكيم إلى المدعى وإلى كل واحد من المحكمين بيانا مكتوبا بالرد على بيان الدعوى .

يتضح من نصي المادتين 20 و21 أن قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة قد اشترطت أن يكون بيان الدعوى والدفاع مكتوبا ، وأن يوجه إلى المدعى والمدعى عليه وإلى كل واحد من المحكمين إذا تعددوا .

وذلك بخلاف ما جاءت به المادة 23 / 1 من القانون النموذجي ، التي لم تشترط أن يكون بيان الدعوى أو بيان الدفاع مكتوبا ، بحيث يجوز أن يدلي المدعي ببيان دعواه وأن يدلي المدعى عليه ببيان دفاعه شفاهة أمام محكمة التحكيم في الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان أو حددته المحكمة .

إلا أن تخلف الكتابة لا يؤدي إلى بطلان بيان الدعوى أو الدفاع ، ما دام المشرع الدولي لم ينص على هذا البطلان أو لم يتفق الأطراف على ترتيبه³⁹⁰ .
كما أن الوضع يختلف إذا كان التحكيم لدى إحدى مؤسسات التحكيم الدائمة³⁹¹ ، التي تضع إجراءات محددة لتقديم بيان الدعوى والدفاع في شكل كتابي وإلا رفض التحكيم ؛ نظرا للطابع الإداري أو التنظيمي الذي يطبع جهاز الإدارة المحرك لعملية التحكيم³⁹² .

³⁹⁰ د/ حسنى المصري ، مرجع سابق ، ص 312 .
³⁹¹ على سبيل المثال المادة 3 و 4 و 5 من نظام الغرفة التجارية الدولية بباريس.
³⁹² د/ حسنى المصري ، مرجع سابق ، ص 314 .

الفرع الثالث

حضور الخصوم والشهود والإستعانة بالخبراء

من المتفق عليه أن إجراءات التحكيم تسير على أساس اتفاقي ، كما هو مجسد في أنظمة التحكيم التجاري الدولي ، فإذا لم يحدد هذا الإتفاق إجراءات معينة لخصومة التحكيم ، كان لمحكمة التحكيم اختيار الإجراءات المناسبة .

فتقضي المادة 28 من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة على تخويل محكمة التحكيم حرية عقد جلساتها ، لكن مع إخطار الأطراف مسبقا وفي وقت مناسب بميعاد الجلسة ومكانها .

وبالنسبة للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ، فقد نصت المادة 34 منه على :
" تقرر محكمة التحكيم ما اذا كانت ستعقد جلسات مرافعة شفوية ، لتقديم البيانات أو تقديم الحجج الشفهية أو أنها ستسير في الإجراءات على أساس المستندات ، وغيرها من الأدلة المادية مع مراعاة أي إتفاق مخالف لذلك من الطرفين . غير أنه يجب على محكمة التحكيم مالم يتفق الطرفان على عدم عقد أي جلسات لمرافعة شفوية ، أن تعقد تلك الجلسات في مرحلة مناسبة من الإجراءات إذا طلب ذلك منها أحد الطرفين . ويجب إخطار الطرفين بموعد أي جلسة لمرافعة شفوية ."

أما المادة 28 التي تقابلها 28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ، فتضيف بأنه في حالة تخلف المدعى عليه عن تقديم بيان دفاعه ، فإن محكمة التحكيم تواصل الإجراءات دون أن تعتبر هذا التخلف قبولا لإدعاءات المدعى ، وفي حالة ما إذا تخلف أحد الطرفين عن حضور جلسة أو عن تقديم أدلة مستندية ، فلمحكمة التحكيم مواصلة الإجراءات وإصدار حكم التحكيم ، وهذا كله في حالة عدم وجود إتفاق مخالف أو عذر مقبول لتأخير تقديم بيان الدفاع ، أو عدم حضور كل من الطرفين الجلسات ، أو لعدم تقديم الأدلة في المواعيد المحددة .

ويستوي أن يكون الحضور للأطراف شخصيا أو بتوكيل خاص ، وهذا قياسا على التحكيم الداخلي ، لإعتبار إخراج النزاع من ولاية المحكمة القضائية المختصة³⁹³ ، إضافة إلى ما جاءت به المادة 4 قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة .

وبالنسبة لللائحة إتحاد المصارف العربية :

يدير الجلسة التحكيمية رئيس الهيئة أو المحكم الفرد ، ولا يسمح لمن لا علاقة لهم بخصومة التحكيم حضور الجلسات ، تكريسا وإحتراما لمبدأ السرية الذي يعد أحد دعائم التحكيم والدافع إليه ما لم يتم الإتفاق على خلاف ذلك ، وهذا كله وفقا لنص المادة 20 من اللائحة التي نصت على أنه " يتولى المحكم الفرد أو رئيس هيئة التحكيم إدارة الجلسات في حضور الفريقين ، ولا يسمح بحضور أشخاص لا علاقة لهم بالتحكيم ، ما لم يتفق الفريقان وهيئة التحكيم على خلافه ."

وحضور أطراف الخصومة يكون إما بذواتهم أو عن طريق وكلاء معتمدين ، كما يمكن الإستعانة بمستشارين مهنيين ومتخصصين في موضوع النزاع من طرفهم ، و بالنسبة للبنوك و بإعتبارها شخصيات معنوية فإن لممثلها القانوني الحضور أمام الهيئة التحكيمية ، فنصت الفقرة الثامنة من المادة 20 على أنه " يحضر الفريقان عن طريق وكلاء معتمدين ، ويجوز لهم الإستعانة بمستشارين ."

تخلف أحد الأطراف عن الحضور :

في حالة ما إذا تخلف عن الحضور أحد أطراف القضية المعروضة دون مبرر ، فإن الهيئة تتابع مهمتها التحكيمية ، حيث تنص المادة 20 / 5 على أنه " إذا تخلف أحد الفريقين عن الحضور رغم دعوته حسب الأصول ، كان لهيئة التحكيم بعد التحقق من استلامه الدعوة ، ومن عدم وجود عذر مقبول ، أن تتابع مهمتها وتعتبر الإجراءات قد تمت

³⁹³ د/ حسنى المصري ، مرجع سابق ، ص 323 .

في مواجهة الفريقين . " وبالتالي إذا تغيب عن الحضور سواء المدعى أو المدعى عليه ، فإن لا أثر لذلك على نظر الدعوى .

ولا تطبق قواعد الحضور والغياب التي ينص عليها قانون المرافعات ، و لا تقضي الهيئة بشطب الدعوى ، بل تستمر في عملها رغم الغياب ، كما تصدر حكمها في النزاع ولو لم يحضر الأطراف الجلسة مكتفية بما قدم من وقائع وأدلة إثبات³⁹⁴ . ويفترض في هيئة التحكيم عند استمرارها في نظر القضية رغم غياب الطرفين أو أحدهما قد بنت ذلك على ضوء ما لديها من مستندات تكون لها صورة سليمة وواضحة عن أيلولة الحكم³⁹⁵ .

الطلبات الجديدة أو المقابلة :

نصت الفقرة التاسعة من المادة 20 على أنه " يحق للفريقين أن يقدم أمام هيئة التحكيم طلبات جديدة أو طلبات مقابلة ، على أن تكون في حدود محضر المهمة المذكورة في المادة (19) أعلاه وأن ينظما ملحقا لذلك الحصر يوقعه الفريقان وهيئة التحكيم وتبلغ صورة عنه إلى الأمانة العامة ."

من خلال هذا النص أن من حق طرفي خصومة التحكيم المصرفية تقديم طلبات جديدة غير الطلبات التي سبق وأن قدمت في الملف المسلم للأمانة العامة ، ولكن مع اشتراط شرط جوهرى في الطلبات الجديدة ، والمتمثل في أن يكون الطلب الجديد في إطار النزاع المطروح ، وفي حالة ما إذا كان خارج إطار مهمة هيئة التحكيم التي حددها المحضر وفقا لنص الفقرة الأولى من المادة 19 من اللائحة والتي نصت على أنه " يقوم جهاز التحكيم قبل المباشرة في النظر بالقضية ، بوضع محضر يحدد فيه مهمته ، وذلك على أساس المستندات المقدمة ، وبعد الإستماع إلى الطرفين إذا طلب أحدهما أو إذا إرتأت ذلك هيئة التحكيم . " فإنه في هذه الحالة يقوم أطراف العملية بعمل محضر ، يتم إدراج الطلب الجديد فيه ويوقع هذا المحضر من قبلهم .

³⁹⁴ د/ فتحي والي ، مرجع سابق ، ص 336 ، د/ سيد أحمد محمود، مرجع سابق ، ص 331 .
³⁹⁵ د/ عاشور ميروك ، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، الطبعة الثانية ، 1998 ، ص 102 .

وتقديم الطلب الجديد ، سواء تعلق بموضوع المهمة أو كان خارج إطارها أمر تقتضيه طبيعة النزاعات ، حيث أنه قد يتبين للمدعي حاجته إلى إضافة طلبات أخرى إلى الطلب الأصلي ، أو قد يتبين للمدعى عليه الحاجة إلى تقديم طلب مقابل أو إضافي ، في ضوء مستندات قدمت من الطرف الآخر³⁹⁶ ، وهذا من شأنه أن يحقق مبدأ هام وهو مبدأ المساواة بين الخصوم ، وإتاحة الفرص كاملة وبصورة متكافئة³⁹⁷ .

سماع الشهود :

لقد تطرقت قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة إلى نظام سماع الشهود من خلال المادة 25 بفقراتها الست التي تقضي بأنه إذا تقرر سماع شهود ، وجب على الطرف الذي طلب أن يعلن محكمة التحكيم والطرف الآخر ، في غضون خمسة عشر (15) يوماً بالأقل قبل عقد جلسة الإستماع إلى الشهود ، بأسماء وعناوين الشهود الذين ينوي تقديمهم وبموضوع الشهادة واللغة التي سوف تجرى بها . وتتخذ محكمة التحكيم الترتيبات اللازمة لترجمة الأقوال الشفهية في جلسة الإستماع وتسجيلها إذا اقتضت ظروف القضية ذلك أو وافق عليه الطرفان . ويجوز لمحكمة التحكيم أن تأمر بإخراج أي شاهد أثناء إدلاء شاهد آخر بشهادته وتكون لها حرية تحديد طريقة الإدلاء بالشهادة ، ويجوز الإكتفاء بالشهادة المكتوبة الموقعة من الشاهد ، ويكون لمحكمة التحكيم تقرير جواز قبول الأدلة المقدمة وصلتها بالموضوع وجدواها وأهميتها ، كما أن الفقه تطرق الى ذلك³⁹⁸ .

³⁹⁶ د/ فتحي والي ، مرجع سابق ، ص 349 .

³⁹⁷ د/ محمد على صالح العوادي ، مرجع سابق ، ص 401 .

³⁹⁸ « L'opportunité de recourir à la preuve testimoniale est diversement appréciée en droit comparé . Pour les juristes de common law , c'est un élément essentiel de l'administration de la preuve sans lequel le tribunal ne pourrait véritablement apprécier l'exactitude des allégations des parties . Cette conception repose sur le postulat que le juge – ou le jury – pourrait déceler la vérité en entendant les témoins en personne , spécialement lorsque ceux –ci font l'objet d'une cross-examination vigoureuse . Les juristes continentaux sont généralement plus sceptiques sur la sincérité des témoignages et sur l'intérêt d'y recourir systématiquement . La preuve par excellence reste pour eux la preuve écrite . » FOUCHARD , GAILLARD ET GOLDMAN , op . cit , 714 .

أما القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي فقد جاء خالياً من ذلك ، بينما تناول نظام الإستعانة بالخبراء في المادة 29 والمطابقة للمادة 27 من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة ، اللتان تقضيان بأنه على محكمة التحكيم إحترام اتفاق الطرفين بشأن أي مسألة من مسائل الخبراء ، كما يجب عليها مراعاة كل طرف بكل قرار تتخذه بشأن تعيين الخبراء ، وكل تقرير يضعه المحكم وكل دليل مستندي قد تستند إليه المحكمة في إصدار حكمها .

ويشترط قبول الأطراف الخضوع للإجراءات المنصوص في أنظمة مؤسسات التحكيم الدائمة في حالة اللجوء إليها فيما يتعلق بحضور الخصوم والشهود والإستعانة بالخبراء³⁹⁹

كما يلاحظ أنه لا يختلف تحكيم مؤسسات التحكيم الدائمة عن تحكيم الحالات الخاصة في القواعد المتقدمة التي تحكم إجراءات التحكيم ، إلا في بعض التفاصيل ذات الطابع التنظيمي - كما سبقت الإشارة - فتتص المادة 18 / 1 من نظام غرفة التجارة الدولية على بمجرد تلقي الملف من الأمانة العامة ، تقوم محكمة التحكيم بإعداد وثيقة المهمة استناداً إلى المستندات المقدمة أو بحضور الأطراف وفي ضوء آخر ما قدموه .

وتضيف الفقرة الرابعة من نفس المادة بإلزام محكمة التحكيم القيام في مستند منفصل بإعداد جدول زمني تنوي إتباعه لإدارة إجراءات سير التحكيم . ولا يجوز بعد التوقيع على وثيقة المهمة للأطراف أن يتقدموا بطلبات جديدة ، إلا إذا أجازت محكمة التحكيم ذلك⁴⁰⁰ .
و فيما يتعلق بالإستماع إلى الأطراف و الشهود و الإستعانة بالخبراء تحت إطار التحقق من الوقائع ، فيقضى نظام الغرفة بأن تحقق محكمة التحكيم في القضية في أقصر وقت ممكن وتحدد كل وقائع القضية ، وبعد ذلك على محكمة التحكيم الإستماع إلى الأطراف في مواجهة بعضهم البعض بناء على طلب أو من تلقاء نفسها⁴⁰¹ .

³⁹⁹ د/ عبد الحميد الأحمد ، التحكيم الدولي ، مرجع سابق ، ص 445 ود/ حسنى المصري ، مرجع سابق ، ص 321 .

⁴⁰⁰ المادة 19 من نظام غرفة التجارة الدولية .

⁴⁰¹ الفقرتين 1 و 2 من المادة 20 من نظام الغرفة .

ويجوز لمحكمة التحكيم أن تستمع إلى شهود أو خبراء عينهم الأطراف ، أو إلى أي شخص كما يجوز لها بعد إستشارة الأطراف أن تعين خبيراً أو أكثر وتحدد مهمتهم وتلقي تقاريرهم⁴⁰² .

وقد أشارت الفقرة الثانية من المادة 20 من لائحة المصارف العربية إلى جواز إستعانة الهيئة بخبير سواء واحد أو أكثر ، ويستوي أن يكون ذلك مرتبطاً بالجوانب الفنية أو العملية حيث نصت على ذلك بقولها " يحق لهيئة التحكيم تعيين خبير أو أكثر ، وتحديد مهامهم وتلقي تقاريرهم والإستماع إليهم ، ولها أن تحدد أتعابهم بعد أخذ أتعابهم بعد أخذ رأي الأمانة العامة".

والخبير ينحصر دوره في إعطاء رأياً لا يلزم الأطراف أو الهيئة ، لتبقى هذه الأخيرة في قبول الرأي أو رفضه .

وتبدأ مهمة الخبير فور تعيينه من قبل الهيئة ، على الرغم من غياب الإشارة إلى ذلك في النص ، وإن كان هذا الأمر من البديهيات ، حيث تبتدئ مهمته من تاريخ تعيينه وعمله ينحصر فيما أوكل إليه⁴⁰³ .

كما أنه من الطبيعي إشعار أطراف القضية التحكيمية بتعيين الخبير حتى يتسنى لهم تذليل الصعوبات له ومساعدته في مهمته⁴⁰⁴ .

كما أشارت الفقرة إلى أن الخبير يقدم تقريره شفويًا وكتابياً للهيئة ، حيث أنه ومن خلال السماع تستطيع كشف جوانب الغموض الذي يعترض التقرير الكتابي .

ويضيف بعض الفقه⁴⁰⁵ ، أنه لا بد من الإشارة في النص إلى ضرورة إرسال نسخة من تقرير الخبير إلى أطراف العملية التحكيمية لإعطاء لهم الفرصة لإبداء آرائهم حول التقرير، مع حقهم بالإطلاع على الوثائق التي استند إليها الخبير في تقريره⁴⁰⁶ .

⁴⁰² الفقرتين 3 و4 من المادة 20 من نظام الغرفة .

⁴⁰³ د/ محمد علي صالح العوادي ، مرجع سابق ، ص 408 .

⁴⁰⁴ د/ محمد علي صالح العوادي ، مرجع سابق ، 408.

⁴⁰⁵ محمد علي صالح العوادي ، مرجع سابق ، 408 .

⁴⁰⁶ د/ مختار محمود البريري ، مرجع سابق ، ص 114 .

الفرع الرابع

إنهاء إجراءات التحكيم

إذا كان من المتفق عليه أن إجراءات التحكيم تنتهي بانتهاء مهلة التحكيم ، فيكون للمحكم اتخاذ قرار بإنهاء تلك الإجراءات . فإن هناك بعض الأنظمة تقرر سلطة المحكم في إنهاء إجراءات التحكيم برغم من عدم صدور الحكم المنهي للخصومة .

ومن بين هذه الأنظمة قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي من خلال المادتين 30 و 28 اللتان تقضيان بأن تنتهي محكمة التحكيم إجراءات التحكيم إذا تخلف المدعي عن تقديم بيان دعواه ، ما لم يكن الطرفان قد اتفقا على خلاف ذلك أو كان لهذا التخلف عذر كاف .

كما قضت المادة 34 من قواعد لجنة الأمم المتحدة على أنه إذا اتفق الطرفان خلال إجراءات التحكيم على تسوية النزاع بينهما ، كان على محكمة التحكيم إنهاء إجراءات التحكيم ، ولها حينئذ إثبات هذه التسوية في حكم التحكيم بالشروط المتفق عليها . أما بالنسبة لقواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة ، فلم تنطبق إلا للحالة الأخيرة التي تطرق لها القانون النموذجي من خلال نص المادة 34 / 2 والتي تمنح للمحكم سلطة إنهاء إجراءات التحكيم .

كما جاءت المادة 26 من نظام غرفة التجارة الدولية بحالة ينتهي بها النزاع وهي حكم التحكيم باتفاق الأطراف بنصها : " إذا توصل الأطراف إلى تسوية بعد إرسال الملف إلى محكمة التحكيم وفقا للمادة 13 ، فمن الممكن بناء على طلب من الأطراف وموافقة محكمة التحكيم تثبيت التسوية بحكم تحكيمي يصدر باتفاق الأطراف . " وهذا ما جاءت به أيضا لائحة اتحاد المصارف العربية .

من فإنه من خلال مبدأ سلطان الإرادة يحق للأطراف أيضا الإتفاق على حل نزاعهم بطرقهم الخاصة أثناء نظر الدعوى أمام هيئة التحكيم ، حيث أنه في حالة ما إذا تم التوصل إلى حل الخلاف الناشئ بينهم إيقاف مهمة الهيئة التحكيمية ، مع إثبات هذا الإتفاق في

محضرها . والحكمة من ذلك هو الحرص على الثقة في التعامل ، والحرص على المصالح المشتركة في البيئة المصرفية ، بتجنب صدور أحكام لصالح أحدهما ضد الآخر⁴⁰⁷ فقد نصت على ذلك المادة 21 من اللائحة بقولها " إذا اتفق الطرفان أثناء السير في التحكيم على حل خلافهما ، يثبت ذلك الإتفاق في حكم يصدر عن هيئة التحكيم ويوقع عليها الفريقان." فاللائحة قد اشترطت ثلاثة شروط لإنهاء التحكيم بالإتفاق قبل صدور الحكم وهي:

1 - أن يتم الإتفاق بين طرفي الخصومة :

لإنهاء التحكيم من قبل الأطراف يجب موافقة هؤلاء على هذا الحل ، بحيث إذا وافق طرف دون الآخر فإن هذه الموافقة لا يعتد بها ولا يلزم الطرف الآخر بها ، وعليه لا يترتب على هذا الإتفاق إنهاء الإجراءات ، كما يجب أن يصدر هذا الإتفاق من قبل أطراف العملية التحكيمية بأنفسهم أو من قاموا بتوكيله توكيلا خاصا⁴⁰⁸ . ويجب أن يكون هذا الإتفاق صريحا لا غموض فيه يعلن من خلاله كل طرف من أطراف العملية التحكيمية عن رضائه بعدم مواصلة إجراءات التحكيم واتفاقه مع الطرف الآخر على إنهاء النزاع بينهما وديا أو صلحا⁴⁰⁹ .

2- صدور حكم من الهيئة بهذا الاتفاق :

إن دور الهيئة التحكيمية ينحصر في إثبات هذا الإتفاق في محضر، وأن تقوم بإصدار حكمها وفقا لهذا الإتفاق بإعتبارها مساندة له ، وذلك من أجل المحافظة على ديمومة التعامل فيما بينهم واستمراره بما له من أهمية في مجال المعاملات المصرفية⁴¹⁰ .

3- التوقيع على الحكم المتضمن الإتفاق من قبل الأطراف :

لابد على أطراف الخصومة من التوقيع على الحكم الصادر من الهيئة كإجراء شكلي ، وذلك حتى يحوز على قوته القانونية .

⁴⁰⁷ د/ أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 967 .

⁴⁰⁸ د/ فتحي والي ، الوسيط في القضاء المدني، مرجع سابق ، 402 .

⁴⁰⁹ د/ عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 971 .

⁴¹⁰ د / محمد عي صالح العوادي ، مرجع سابق ، ص 403 .

وسائل الإثبات الجائز استخدامها امام هيئة التحكيم

نظرا لأن المحكم يقوم بوظيفة قضائية شأنه شأن قاضي الدولة بالنسبة لوسائل الإثبات التي يمكن استخدامها ، من أجل الوقوف على حقيقة النزاع المعروض أمامه لإصدار الحكم.

فتنص المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على " يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام التحكيم ، كما يمكن اخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم .

إذا لم تنص الإتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم ."

من خلال هذا النص ، نجد أن المشرع قد أطلق الأمر لإرادة الأطراف أولا ، ولتقدير هيئة التحكيم في حال غياب تحديد من قبل الأطراف المتعاقدة .
ووسائل الإثبات هي متعددة ، والوسيلة الأكثر انتشارا في مجال التحكيم هي المستندات باعتبارها وسيلة مكتوبة ، مع الإشارة إلى أن الكتابة ركن للإنعقاد في الجزائر وفي نفس الوقت تمثل وسيلة اثبات ⁴¹¹ .

وتجدر الإشارة إلى أنه في التحكيم الدولي ، يشكل الإثبات الكتابي وسيلة اثبات مميزة ، حتى أن بعض الأنظمة التحكيمية لحظت امكانية إجراء محاكمة تحكيمية محصورة بالكتابة إذا رغب الطرفان بذلك ؛ هذا ما أشار نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية والهيئة الأمريكية للتحكيم ، والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ينص في المادة 1 / 24 على أنه " تقرر هيئة التحكيم ما إذا كانت ستعقد جلسات مرافعة شفوية لتقديم البيانات أو

⁴¹¹ المادة 1040 / 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

لتقديم الحجج الشفهية أو أنها ستسير في الإجراءات على أساس المستندات وغيرها من الأدلة المادية ، ومع مراعاة أي اتفاق مخالف لذلك بين الطرفين " .

الالتزام بتقديم كل الإثباتات في أنظمة التحكيم الدولية

أخذت أنظمة التحكيم الدولية تجمع بين نظام الإثبات في القوانين المدنية ونظام الإثبات في أعراف القوانين الأنجلو أمريكية . نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية ينص في مادته الثالثة على تقديم طلب تحكيم إلى الغرفة . وتشير المادة الرابعة إلى وجوب أن يتضمن هذا الطلب إلى جانب الأسماء والصفات والعناوين وعرض الطلبات " الاتفاقيات القائمة ولاسيما اتفاق التحكيم و الوثائق والمعلومات التي توضح ظروف القضية " .

قواعد تحكيم اليونسترال التي وضعها رجال القانون من مختلف الإتجاهات والأنظمة القانونية جاءت إلى هذا الموضوع بحذر فقالت المادة 3/20 أنه " ...يجوز للمدعي أن يرفق ببيان دعواه كل الوثائق التي يعتقد أن لها صلة بالدعوى أوأن يشير في البيان إلى الوثائق وأدلة الإثبات الأخرى التي يعترزم تقديمها " .

نظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي والهيئة الأمريكية للتحكيم أشار إلى أن الأدلة الخطية يجب أن يتم تبادلها إلا إذا اتفق الطرفان على غير ذلك . أما نظام تحكيم اتفاقية حسم منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى ، فقد أشارت في المادة 34 إلى أن للمحكمة التحكيمية سلطة إصدار أمر لأطراف النزاع بتقديم كل المستندات إذا وجدت ضرورة لذلك .

وقد نظمت لائحة اتحاد المصارف العربية من خلال المادة 20 ، فأشارت في الفقرة الأولى منها على قيام الهيئة التحكيمية بدراسة ملف القضية المسلم لها من قبل الأمانة العامة ويحق لها ابتداء السماع من أحد الأطراف من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحدهما وبإمكانها السماع لهما معا متى ارتأت أهمية ذلك ، ويحق لها أيضا في هذا الشأن السماع لأي شخص آخر ترى الهيئة أن أقواله ستفيد سير القضية ، فقد نصت 1 /20 على

" تقوم هيئة التحكيم بدراسة القضية في أقرب وقت ممكن وذلك في ضوء المستندات واللوائح المقدمة من الفريقين ، وتقوم بناء على طلب أحد الفريقين بسماع أقوالهما بصورة وجاهية ، كما تستطيع من تلقاء نفسها أن تقرر سماعها دون طلب منهما ، ولهيئة التحكيم كذلك الحق بأن تقرر الإستماع إلى أي شخص آخر في حسب الأصول".

المطلب الثالث

إجراءات التحكيم الإلكتروني في الاعتماد المستندي الإلكتروني

إذا نشب نزاع بين أطراف الإعتماد الإلكتروني والمتفق بشأنه على التحكيم الإلكتروني ، فإنه ينبغي اتخاذ عدة إجراءات معينة على المركز المعين قبل اللجوء إليه ، وهذه الإجراءات :

1 - تقدم الطرف طالب التحكيم الإلكتروني سواء كان البنك أو العميل الأمر أو المستفيد وفق اتفاق التحكيم المبرم إلى مركز التحكيم المعين عن طريق كتابة النموذج المبين على موقع الأنترنت والمعد سلفا من قبل المركز أو الجهة المعينة بالتحكيم مبينا بهذا الطلب طبيعة الخلاف الذي نتج عنه النزاع المراد التحكيم بشأنه من أجل تحديد ولاية المحكمين ، دون اشتراط اقتراح حلول مناسبة ، ما دام لم يشترط أي قانون تحكيم مثل هذا الشرط لصحة وثيقة التحكيم⁴¹² .

ومراكز التحكيم المتخصصة في التحكيم الإلكتروني عادة ما تتطلب في طلب التحكيم البيانات التالية :

- أ - أسماء الأطراف وطبيعة أعمالهم وعناوين البريد الإلكتروني لهم .
- ب - الغرض من الطلب وطبيعة التسوية المطلوبة .
- ج - وصف طبيعة النزاع وظروفه .
- د - قائمة بأدلة الإثبات .
- هـ - نص شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم .

⁴¹² د/ عصام أحمد صلاح اسماعيل ، مرجع سابق ، ص 350 .

- 2 - يقدم كل طرف الأدلة والمستندات والوثائق التي تدعم حقه في النزاع ، و يتم إرفاق نسخة من اتفاق التحكيم على أن يقوم مركز التحكيم بالإتصال بأطراف النزاع التحكيمي بواسطة البريد الإلكتروني ليتم متابعة إجراءات التحكيم .
- 3 - كل طرف يحدد أسماء ممثليه في النزاع كما يحدد وسيلة الإتصال بهم والإتفاق على إجراءات التحكيم وكذا المحكمين و مدة التحكيم .
- 4 - يبدأ نظر النزاع بتسلم المركز طلب التحكيم ، ويقوم المركز بإخطار المدعى عليه بالإدعاء من اجل تمكينه بتقديم دفاعه فيما يتعلق بموضوع النزاع ، وتقديم الأدلة والبيانات المؤيدة لدفاعه .
- 5 - يقوم المركز بتحديد ميعاد الجلسات وذلك ، من أجل تمكين كل طرف من تقديم الأدلة والبيانات ، لتبدأ بعدها الخصومة التحكيمية الحاسمة لتنتهي بإصدار الحكم ، ليتم قيده على الموقع الخاص بالقضية على الأنترنت .

الباب الثاني

حكم التحكيم

يعتبر حكم التحكيم المرحلة النهائية التي يرغب أطراف العملية التحكيمية الوصول إليها ، بعدما تم الاتفاق على التحكيم عند حدوث النزاع أو سبق حدوثه عليه ، والاتفاق أيضا على كل ما يتعلق بالإجراءات الواجبة الإلتباع . وللوقوف على حقيقة الحكم الصادر بمقتضى التحكيم ارتئينا تقسيم هذا الباب إلى فصلين ، الأول لماهية حكم التحكيم والثاني للقانون الواجب التطبيق سواء على موضوع النزاع أو الإجراءات .

الفصل الأول

ماهية حكم التحكيم

هناك إجماع فقهي و قانوني على أن حكم التحكيم هو ذلك الذي يفصل في النزاع ، يبقى الأمر فيما يتعلق إذا كان الفصل كلي أو جزئي و نهائي ، إضافة إلى تحديد طبيعته القانونية واستفائه لشكل معين ، و استظهار آثاره القانونية والإشارة إلى المشاكل التي يثيرها الحكم الإلكتروني . الأمر الذي يحتم علينا تقسيم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث ، المبحث الأول خصص لتعريف الحكم وتحديد طبيعته القانونية ، بينما الثاني لشروط إصدار حكم و شكله ، أما الأخير فلأثره وحجيته و تفسيره و الطعن فيه .

المبحث الأول

تعريفه وطبيعته القانونية

سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين ، فنتناول في الأول تعريف الحكم التحكيمي وفي الثاني طبيعته القانونية .

المطلب الأول

تعريفه

عرف بعض الفقه⁴¹³ حكم التحكيم بأنه هو الذي يفصل في حل النزاع أو في نقطة ومطلب من نقاط ومطالب النزاع فصلا نهائيا ويكون إلزاميا لأطراف النزاع . وعرفه البعض الآخر بأنه القرار الصادر عن هيئة التحكيم في الخصومة المنعقدة أمامها سواء كان صادرا في موضوع هذه الخصومة كله أو في جزء منه أو في مسألة من المسائل الإجرائية⁴¹⁴ .

كما أجابت اتفاقية نيويورك " ...يقصد بأحكام المحكمين ليس فقط الأحكام الصادرة عن محكمين معينين للفصل في حالات محددة ، بل أيضا الأحكام الصادرة عن هيئات تحكيم دائمة يحتكم إليها الأطراف " ⁴¹⁵ .

أما قواعد تحكيم اليونسترال فعرفته كما يلي ⁴¹⁶ : " يصدر قرار التحكيم كتابة ويكون نهائيا وملزما للطرفين ويتعهد الطرفان بالمبادرة إلى تنفيذه دون تأخير " .

هذا التعريف عام وشامل غير كاف وغير واضح ، وما نبحت عنه هو تعريف للحكم التحكيمي الذي يفصل النزاع وإن كانت تسبق هذا الحكم التحكيمي أحكام جزئية ، وأحيانا إعدادية و أخرى أوامر إجرائية ، فهل هذه كلها أحكام تحكيمية ⁴¹⁷ ؟

بينما محكمة استئناف باريس أعطت تعريفا للحكم التحكيمي فقالت بأنه : " أعمال المحكمين التي تفصل بطريقة نهائية في كل أو جزء من النزاع المعروض عليهم ، سواء

⁴¹³ د/ عبد الحميد الأحذب ، موسوعة التحكيم ، التحكيم الدولي ، مرجع سابق ، ص 449 .
⁴¹⁴ د/ عبد محمد الفصاح ، حكم التحكيم دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن ، النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 - 2004 ، ص70

⁴¹⁵ المادة 1 / 2 من اتفاقية نيويورك .

⁴¹⁶ المادة 34 / 2 من قواعد تحكيم اليونسترال .

⁴¹⁷ د/ عبد الحميد الأحذب ، التحكيم الدولي ، مرجع سابق ، ص 451 .

في أساس النزاع ، أو في الإختصاص أو في إجراءات المحاكمة وتفضي لوضع حد نهائي للدعوى ". ليكون من خلال هذا القرار أن الحكم التحكيمي هو الذي يفصل في النزاع ولو جزئيا ، وإلا لا يعتبر حكما تحكيميا .

كما قضت نفس المحكمة أن " القرار المعل الذي أصدره المحكم وبموجبه و بعد دراسة الموقفين المتقابلين للطرفين ، رفض إرجاء البت في الدعوى ، له طبيعة قضائية ويشكل حكما تحكيميا قابلا لمراجعة الإبطال الملحوظة في القانون ... " .
وعليه يمكن أن يكون الحكم التحكيمي جزئيا الذي يفصل في موضوع الإختصاص أو في موضوع القانون المطبق أو في صحة العقد الأساسي أو في المسؤولية ولا تلزم بمبالغ مالية⁴¹⁸ .

و تجدر الإشارة إلى أن هناك قرارات تحكيمية إعلانية ليس لها طابع الإلزام ، مثل حكم تحكيم الأرامكو الشهير الذي استمع فيه المحكمون إلى وجهة نظر الطرفين، ليصدروا بعد ذلك حكما لا يلزم بأي شيء ، بل يعلن وجهة نظر المحكمين في النزاع . هذا الحكم هو أقرب إلى الإستشارة القانونية بإعتبار أنه لا يلزم بشيء ، في هذه الحالة يكون الحكم التحكيمي إعلاني غير إلزامي⁴¹⁹ .

ونستطيع القول بأن الحكم التحكيمي المصرفي هو " الحكم النهائي الصادر بأغلبية من هيئة التحكيم والمستوفي بياناته في منازعة بين أطراف المنازعة المصرفية (بنك وبنك أو عميل وبنك) والذي يفصل بشكل كلي أو جزئي في المسائل المتنازع عليها ، وفي مدة زمنية محددة⁴²⁰ .

⁴¹⁸ د/ عبد الحميد الأحمد ، التحكيم الدولي ، مرجع سابق ، ص 453 .

⁴¹⁹ د/ عبد الحميد الأحمد ، التحكيم الدولي ، مرجع سابق ، ص 454 .

⁴²⁰ د/ محمد علي صالح العوادي ، مرجع سابق ، ص 413 .

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للحكم التحكيمي (تعاقدية أم قضائية)

التحكيم يبدأ تعاقديا وينتهي قضائيا ، يبدأ بعقد وينتهي بحكم ، لذا أخذ الإجتهد القضائي يجمع على تكريس طابعه القضائي ، بحيث له طبيعة قضائية معلقة على شرط استحصاله على الصيغة التنفيذية بإعتباره حكم له قوة القضية المحكمة الذي لا يقبل التنفيذ الإكراهي⁴²¹.

و يرى الدكتور عبد الحميد الأحذب أنه في سبيل تحصين الحكم التحكيمي الدولي من أحكام تصييه وتشل تنفيذه وتصدر في بلد المنشأ أو في بلد القانون المطبق ، قوة القوانين العصرية الطبيعة التعاقدية فيه لتبقيه صحيحا وتحفظ مفاعيله القانونية لبلد التنفيذ ولو أبطل في بلد المنشأ أو بلد القانون المطبق .

المبحث الثاني

شروط إصدار حكم التحكيم وشكله

حتى ينتج الحكم التحكيمي آثاره القانونية ، فلا بد من توفر شروط معينة وفقا للقواعد التحكيمية ، كما لا بد أن يكتسي طابع شكلي معين . وكل هذا في مطلبين .

المطلب الأول

شروط إصدار حكم التحكيم

تتمثل شروط إصدار الحكم التحكيمي في وجوب كتابته ، واللغة التي يجب أن يحرر بها إضافة إلى المدة التي يجب أن يصدر فيها ، لذا فقد خصصنا لكل شرط فرع مستقل .

الفرع الأول

الكتابة

تنص غالبية القوانين والقواعد التحكيمية على ضرورة إصدار القرار التحكيمي كتابة كي يتسنى ايداعه المحكمة المختصة لإضفاء الصفة التنفيذية عليه . قد جاء ذلك في

⁴²¹ د/ عبد الحميد الأحذب ، التحكيم الدولي ، مرجع سابق ، ص 454.

القواعد التحكيمية الدولية ، فنصت المادة (34) في فقرتها (2) على أن " تصدر كل قرارات التحكيم كتابة ..."، كما نصت المادة (2 / 23) من لائحة اتحاد المصارف العربية على " يصدر حكم هيئة التحكيم كتابة " وفي التشريع الجزائري ، نلاحظ أن المشرع لم يشترط الكتابة صراحة ، بل يمكن استخلاصه ضمنا بقوله في المادة 1052 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما تستوفي شروط صحتها ."

ولا يمكن تصور صدور حكم في نزاع مصرفي على وجه الخصوص بشكل شفوي وإلا يترتب عليه ضياع لحقوق أطراف الخصومة ، ونشوب خلافات كثيرة تعترض تنفيذ حكم التحكيم ، كما قد يترتب على عدم الكتابة نسيان الحكم⁴²² . وإن كانت بعض القوانين تجيز إصدار القرار كتابة⁴²³ .

الفرع الثاني

اللغة التي يحرر بها القرار أو الحكم التحكيمي

إن للأطراف الحرية في الإتفاق على استعمال لغة أو لغات معينة في إجراءات التحكيم فإذا لم يتفقا على ذلك ، وغالبا ما تجمع إجراءات التحكيم الدولي ، محكمين وشهود وخبراء من خلفيات لغوية وثقافية مختلفة ، و عندها يتم الرجوع إلى نصوص القواعد الإجرائية للتحكيم بالنسبة لمعرفة اللغة التي تستخدم في التحكيم ، فقد نصت قواعد الغرفة التجارية الدولية في المادة (16) على " تعين محكمة التحكيم ، ما لم يوجد اتفاق مخالف ، لغة أو لغات التحكيم آخذة بعين الإعتبار جميع الظروف ذات الصلة ، بما فيها لغة العقد ."، كان نصت المادة (1/19) من قواعد اليونسترال على " مع مراعاة ما قد يتفق عليه الأطراف ، تسارع هيئة التحكيم عقب تشكيلها إلى تحديد اللغة أو اللغات التي تستخدم في الإجراءات . ويسري هذا التحديد على بيان الدعوى وبيان الدفاع وأي بيانات كتابية أخرى

⁴²² د/ محمد علي صالح العوادي ، مرجع سابق ، ص 433 .

⁴²³ القانون الانجليزي .

وكذلك على اللغة أو اللغات التي ستستخدم في جلسات الإستماع الشفوية ، إذا عقدت جلسات من هذا القبيل ."

أما المادة (17) بفقراتها الثلاث من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي : الفقرة الأولى تنص على " تكون اللغة المبدئية للتحكيم لغة اتفاق التحكيم ، ما لم يكن الأطراف قد اتفقوا بخلاف ذلك وأن يشترط دوماً ألا يكون الطرف غير المشارك أو المخالف سبباً للشكوى، إذا جرت الإتصالات بين المسجل وبوشرت إجراءات التحكيم باللغة الإنجليزية ."

الفقرة الثانية " إذا كان اتفاق التحكيم مكتوباً بأكثر من لغة ، فيجوز لمحكمة لندن للتحكيم الدولي ، ما لم ينص اتفاق التحكيم على مباشرة إجراءات التحكيم بأكثر من لغة تقرر أين من تلك اللغات تكون اللغة المبدئية للتحكيم ."

الفقرة الثالثة " متى تشكلت هيئة التحكيم ما لم يتفق الأطراف على تحديد اللغة (اللغات) التحكيم ، فإن هيئة التحكيم تقرر لغة (لغات) التحكيم ، وذلك عقب إعطاء الأطراف الفرصة لتقديم تعليق مكتوب والوضع في الإعتبار لغة التحكيم التي تستعمل في التحكيم ، وأي أمر آخر تراه مناسباً وفقاً لكافة ظروف القضية المبدئية ."

من خلال استقراء النصوص المذكورة ، يلاحظ أن اختلافاً بين كل من قواعد غرفة التجارة الدولية ومحكمة لندن دون قواعد اليونسترال ، ففي حين ترك نظام غرفة التجارة الدولية هامشاً واسعاً من الحرية للهيئة في تحديد اللغة آخذة بعين الإعتبار جميع الظروف المحيطة بما في ذلك لغة العقد⁴²⁴ ، وقواعد محكمة لندن قد أرست نوعاً من القرينة لمصلحة لغة العقد المتضمن الإتفاق على التحكيم ، وهكذا فعلت قواعد التحكيم الدولي للجمعية الأمريكية للتحكيم⁴²⁵ ، وقواعد المنظمة العالمية للملكية الفكرية⁴²⁶ .

إن المشكلة الأساسية تثور في حال التباين بين لغة العقد ، ولغة القانون الواجب التطبيق هذه الحالة تستدعي أخذ لغة القانون الواجب التطبيق بعين الإعتبار ، خاصة في

⁴²⁴ أ/ مروان صقر ، لغة التحكيم في ضوء قواعد اليونسترال ، مجلة التحكيم ، العدد 8 ، 2010 ، ص 516 .

⁴²⁵ المادة 14 .

⁴²⁶ المادة 17 .

حالة عدم وجود اتفاق الأطراف على تحديد اللغة الواجبة الإعتماد ، وعلى هذا الأساس يقترح الدكتور (عبد الحميد الأحذب) تعديل نص المادة 17 التي تقابلها المادة 19 من مشروع التعديل لقواعد اليونسترال لتصبح كما يلي : " مع مراعاة ما يتفق عليه الطرفان ، تبادر هيئة التحكيم إثر تشكيلها إلى تعيين اللغة أو اللغات التي تستخدم في الإجراءات ، ومراعاة لغة القانون المطبق على التحكيم إذا حدد في اتفاق التحكيم . ويسري هذا التعيين على بيان الدعوى وبيان الدفاع وكل بيان مكتوب آخر " 427 .

الفرع الثالث

مدة حكم التحكيم

يقصد بها المدة التي يجب إصدار حكم التحكيم خلالها ، وأي امتداد لها يجب أن تقرره اتفاقية التحكيم . و الخصومة التحكيمية تبدأ منذ إحالة النزاع إلى التحكيم وتنتهي بإنهاء مدة التحكيم ، لذا لا بد على كل من الأطراف المتنازعة و هيئة التحكيم أن تعلم متى تبدأ خصومة التحكيم لسببين :

السبب الأول هذه المدة حاسمة ، إذ يمكن للمحاكم القضائية استرداد الولاية على النزاع فيما إذا كان اتفاق التحكيم محل الطعن بالبطلان ، وأن النزاع لم يحل خلال هذه المدة إلى محكمة التحكيم 428 .

السبب الثاني متعلق بتاريخ بداية خصومة التحكيم ، والذي يتم فيه تقديم طلب التحكيم خصوصا وأن البيئة المصرفية بيئة مالية وحيث تكون الأسعار غير مستقرة ، فيهدف أطراف النزاع إلى الفصل السريع في منازعاتهم ، والذي يعتبر أهم ميزة ومحفزة للجوء إلى التحكيم .

وأن القواعد التحكيمية وكذلك القوانين تحدد مدة معينة على المحكمين أن يصدروا خلالها قرارهم التحكيمي الذي يضع حدا للنزاع . ويعلل ذلك بعض الفقه ب" لكي لا يتراخى المحكمون في نظر النزاع فتضيع ميزة السرعة التي ينشدها الخصوم " 429 .

⁴²⁷ د/ عبد الحميد الأحذب ، اتجاهات تعديل قواعد اليونسترال في ضوء متطلبات الممارسين ، مجلة التحكيم ، العدد 10 ، ص 23 .
⁴²⁸ د/ محمد على العوادي ، مرجع سابق ، ص 420 .

والقاعدة هي إعطاء الأولوية لإتفاق الطرفين في تحديد المدة التي تنتهي بإنتهائها مهمة المحكم ، وتحديد المدة يرد في الشرط التحكيمي أو في المشاركة ، كما قد يتفق الطرفان فيما بعد على تحديد مدة التحكيم ، ويملك الطرفان تمديد المدة المذكورة صراحة أو ضمنا⁴³⁰، وتحديد مدة التحكيم لا يمكن تركه لتقدير المحكمين حتى بموجب تفويض من قبل الأطراف ، لأن ذلك سوف يقود إلى خطر الإمتناع عن الحكم⁴³¹ .

إلا أنه يمكن للأطراف الإتفاق على ترك مسألة التمديد لمدة محددة من قبلهم إلى المحكمين في الحالات التي يرون فيها ضرورة التمديد⁴³² .

أما في حالة عدم تحديد المدة من قبل الأطراف ، يصار إلى الأخذ بنصوص القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق .

بحيث يوجد بعض قواعد التحكيم الدولية تحدد مدة يتعين فيها على المحكمين إصدار قرارهم أولا بالنسبة لللائحة إتحاد المصارف العربية ، فقد حددت فترة زمنية لإصدار الحكم ، مبينة فيها مرحلة بدأ سريان المدة الزمنية لصدور الحكم ، فنصت في المادة 1/22 على أنه " يجب على هيئة التحكيم إصدار حكمها خلال مهلة ستة اشهر ، اعتبارا من تاريخ توقيعها المحضر المذكور في المادة (19) أعلاه " . يلاحظ من خلال النص أن الهيئة ملزمة بإصدار الحكم في القضية محل النزاع خلال الفترة المحددة ، وهي ستة أشهر من تاريخ التوقيع على المحضر الذي حددت عناصره المادة 19 من اللائحة .

إلا أننا نجد البعض من الفقه يتحفظ على طول الفترة الزمنية التي نصت عليها اللائحة على صعيد الحياة المصرفية ، لذا لو تم تقليص الفترة الزمنية إلى ثلاثة أشهر كحد أقصى ، ذلك أن النزاع قائم بين محترفين للعمل المصرفي كأصل عام ، فالبنوك والمصارف مؤسسات مالية محترفة تمتلك الكادر البشري الخبير في تسيير مهامها⁴³³ .

⁴²⁹ د/ محسن شفيق ، مرجع سابق ، ص 162 .

⁴³⁰ د/ أحمد أبو الوفا ، التحكيم الإختياري والإجباري ، مرجع سابق ، ص 185 .

⁴³¹ ROBER Jean, L'Arbitrage , droit interne ,droit international privé.op, cit , p 118 .

⁴³² د/ فوزي محمد سامي ، مرجع سابق ، ص 318 .

⁴³³ د/ محمد صالح على العوادي ، مرجع سابق ، ص 421 .

أما فيما يتعلق بلائحة البنك المركزي لمصر فقد نصت على الفترة الزمنية المخصصة لإصدار الحكم من خلال المادة 13 والتي نصت على أنه " يجب الإنتهاء من كل إجراءات التحكيم وإصدار حكم التحكيم في موعد أقصاه شهرين من تاريخ تعيين هيئة التحكيم ، أو بعد أسبوعين على الأكثر من إيداع تقرير الخبير المختص " .

إذا وخلافاً لللائحة اتحاد المصارف العربية التي حددت مدة إصدار الحكم ب(6) أشهر نجد أن لائحة البنك المركزي قد راعت في تحديد الفترة الزمنية طبيعة العمليات المصرفية ذلك أن فترة الشهرين فترة منطقية ومقبولة لإصدار الحكم خلالها⁴³⁴ .

أما قواعد التحكيم الخاصة بالغرفة التجارية العربية الأوروبية تنص المادة 23 منها في الفقرة 10 على أنه " تحدد المهلة التي يتعين على المحكم أن يصدر حكمه خلالها بتسعين يوماً من تاريخ الإحالة المنصوص عليها في الفقرة 5 من هذه المادة ، إلا أنه يجوز للمجلس تمديد هذه المهلة إن رأى ذلك ضرورياً وذلك بناءً على طلب المحكم " .

وبدأ سريان المدة هو تاريخ قيام أمانة التوثيق التابعة للغرفة التجارية العربية الأوروبية بإحالة ملف التحكيم إلى المحكم ، وليس من تاريخ قبول المحكم لمهمته .

أما عن قواعد الغرفة التجارية الدولية ، فتتضمن المادة 24 منها على " 1- تصدر محكمة التحكيم حكم التحكيم النهائي خلال ستة أشهر ، وتسري هذه المدة إعتباراً من تاريخ آخر توقيع لمحكمة التحكيم أو للأطراف على وثيقة المهمة ، أو في حالة تطبيق الفقرة 3 من المادة 18 من تاريخ إخطار محكمة التحكيم من قبل الأمانة العامة بإعتماد هيئة التحكيم لوثيقة المهمة .

2- يجوز لهيئة التحكيم تمديد المدة المذكورة بناءً على طلب مسبب من محكمة التحكيم ، أو من تلقاء نفسها إذا رأت ذلك ضرورياً ."

⁴³⁴ د/ محمد على صالح العوادي ، مرجع سابق ، ص 422 .

وأما بالنسبة لقواعد اليونسترال ، فقد جاءت خالية من تحديد أية مهلة من أجل إصدار حكمها التحكيمي ، وبالتالي يعود إلى اجتهاد الهيئة في كل مرة تحديد مهلة حسم النزاع بحسب نوعه وحجمه ⁴³⁵ .

كما أن هناك أنظمة وقواعد أخرى تترك للهيئة تحديد المهلة إذا أغفلها الأطراف ، ولم تحدد مهلة إصدار الحكم منها نظام محكمة لندن للتحكيم ، نظام الهيئة الأمريكية للتحكيم نظام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي .

أما بالنسبة للتشريعات الوطنية ، فنجد أن مشرعنا الجزائري قد حدد مهلة التحكيم وذلك من خلال نص المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأربعة (4) أشهر في حالة عدم تحديدها في اتفاق التحكيم ، وتبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم .

وتضيف الفقرة الثانية من نفس المادة على إمكانية تمديد الأجل بموافقة الأطراف ، وفي حالة عدم الموافقة عليه ، يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم ، وفي غياب ذلك يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة .

بينما نجد المشرع الفرنسي في نص المادة 1456 يقضي ب " إذا لم يحدد العقد التحكيمي مهلة التحكيم فإن مهمة المحكمين تنتهي في خلال ستة أشهر من تاريخ قبول آخر محكم لمهمته ، ويجوز تمديد المهلة القانونية أو التعاقدية إما باتفاق الأطراف أو بقرار من رئيس المحكمة الابتدائية أو من رئيس محكمة التجارة ."

أما القانون المصري فقد نص على مدة اثنتي عشر شهرا في المادة (1/45) ، والقانون الإيطالي يحدد المدة بتسعين يوما تبدأ من قبول المحكم لمهمته (820)، و القانون العراقي حدد مدة ستة أشهر لمهمة المحكمين .

⁴³⁵ المحامي أحمد حداد ، مدة التحكيم وفقا لقواعد اليونسترال ، مجلة التحكيم ، العدد 8 ، 2010 ، ص 505 .

جزاء فوات مدة التحكيم المحددة أو المعقولة :

تتضمن قواعد التحكيم سواء في التشريعات أو في أنظمة التحكيم أنواعا مختلفة من الجزاء على عدم إصدار حكم التحكيم في الميعاد المحدد اتفاقا أو قانونا ، وهذا الجزاء يتمثل عموما وكما سبقت الإشارة في بداية هذا المطلب إلى إعطاء الحق للأطراف في إقامة الدعوى في المحكمة المختصة لفض النزاع أو لإتخاذ إجراءات جديدة لمباشرة عملية التحكيم من جديد ، وهذا ما كرسته المادة (263) من قانون المرافعات العراقي ، حيث نصت على أنه "إذا لم يتم المحكمون بالفصل في النزاع خلال المدة المحدودة في اتفاقهم أو المدة المحددة في القانون أو تعذر على المحكمين تقديم تقريرهم لسبب قهري ، جاز لكل خصم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع لإضافة مدة جديدة أو الفصل في النزاع ، أو لتعيين محكمين آخرين للحكم فيه وذلك على حسب الأحوال " .

المطلب الثاني

شكل حكم التحكيم

- نلاحظ أن النصوص القانونية والدولية التي تتعلق بالتحكيم تعدد محتويات القرار أو الحكم التحكيمي .
- فقد جاء المادة (34) من قواعد اليونسترال ب" 1- يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر قرارات تحكيم منفصلة بشأن مسائل مختلفة في أوقات مختلفة .
- 2- تصدر كل قرارات التحكيم كتابة ، وتكون نهائية وملزمة للأطراف . وينفذ الأطراف كل قرارات التحكيم دون إبطاء .
- 3 - على هيئة التحكيم أن تبين الأسباب التي استند إليها القرار ، مالم يكن الأطراف قد اتفقوا على عدم بيان الأسباب .
- 4 - يكون قرار التحكيم ممهورا بتوقيع المحكمين ، ويذكر فيه التاريخ الذي أصدر فيه ومكان التحكيم ، وفي حال وجود أكثر من محكم واحد وعدم توقيع أحدهم ، تذكر في القرار أسباب التوقيع.

5 - يجوز نشر قرار التحكيم علنا بموافقة كل الأطراف ، أو متى كان أحد الأطراف ملزما قانونا بأن يفصح عن ذلك القرار من أجل حماية حق قانوني أو المطالبة به ، أو في سياق إجراءات قانونية أمام محكمة أو هيئة مختصة .

6 - ترسل هيئة التحكيم إلى الأطراف نسخا من قرار التحكيم ممهورة بتوقيع المحكمين .

كما جاء في نص المادة 23 من اللائحة والتي تتحدث عن حكم التحكيم و شروطه الشكلية ، حيث نصت على ذلك بقولها " 1 - إذا عين ثلاثة محكمين ، صدر الحكم بالإجماع أو بالأغلبية ، فإذا لم تتوافر هاتان الحالتان أصدر رئيس اللجنة التحكيمية الحكم بمفرده .

2 - يصدر حكم هيئة التحكيم كتابة ومسببا وموقعا عليه من المحكمين ومتضمنا تاريخ ومكان صدوره ، وفي حال إختلاف رأي أو أكثر على مضمون الحكم دونت الأسباب المبررة للمخالفة .

3 - كل حكم يصدر وفقا لهذا النظام ، يودع أصله لدى الأمانة العامة ."

بعد عرض هذين النموذجين اللذين يحددان مشتملات القرار التحكيمي من خلال النصوص القانونية ، وكذا بعد الإطلاع على نماذج عديدة لقرارات تحكيمية ، نخلص إلى القول بأن القرار التحكيمي يحتوي على الأمور التالية :

1 - أسماء المحكمين :

إنه من الضروري ذكر أسماء المحكمين في القرار التحكيمي ، و قد جرت العادة على ذكر صفاتهم وعناوينهم والطرف الذي قام بتعيين كل منهم وكيفية اختيار المحكم الرئيس ، وفي بعض القرارات الدولية يشار إلى قبول المحكم لمهمته إذا تم استبدال محكم قبل صدور الحكم ، فلا يرد ذكره في القرار ⁴³⁶ .

⁴³⁶ د/ فوزي محمد سامي ، مرجع سابق ، ص 330 .

2 - أسماء أطراف النزاع :

يجب ذكر إسم كل طرف من أطراف النزاع في التحكيم ، وقد يشار إلى طالب التحكيم بالمدعى والشخص المطلوب ضده بالمدعى عليه ، أو يطلق على الأول مصطلح طالب التحكيم وعلى الطرف الثاني المطلوب التحكيم ضده ⁴³⁷ .

وبالنسبة للأشخاص الاعتبارية ونخص منها بالذكر البنوك ، فيجب ذكر إسم هذا البنك ومركز أعماله ، أسماء المحامين أو المستشارين لكل طرف في حالة وجوده .

3 - الإشارة إلى اتفاق التحكيم :

بعض النصوص القانونية لا تستوجب ذكر لإتفاق التحكيم في القرار التحكيمي ، وفي المقابل هناك نصوص تتطلب الإشارة إلى اتفاق التحكيم في القرار .

ويرى البعض أنه من الضروري الإشارة إلى اتفاق التحكيم في القرار، سواء كان الإتفاق ورد في صيغة شرط ضمن العقد الذي تم بين الطرفين أو بصيغة اتفاق لاحق لنشوء النزاع ⁴³⁸ .

ومثل هذا الأمر يجد صداه في القرارات التحكيمية الدولية ليشمل الإعتمادات المستندية .

4 - موضوع النزاع :

يذكر في القرار موضوع النزاع الذي أثير بين الأطراف المتعاقدة ، والذي أدى إلى طلب أحد الأطراف البدء بالإجراءات لكي يتم البث في النزاع بالتحكيم .

5 - الإجراءات التي تم اتخاذها من قبل المحكمين :

على المحكمين ذكر خلاصة الإجراءات التي تمت أثناء سير التحكيم ، بما فيها أقوال الشهود والخبراء والتقارير الخاصة بالكشف والمعاينة ، وجميع المستندات التي قدمت أثناء سير المرافعة ، ومع ذكر المشاكل التي واجهت المحكمين وكيفية معالجتها ، تاريخ إقفال المرافعة .

⁴³⁷ المواد (16) (17) (18) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري التي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 25 / 6 / 1992 بعد التوقيع عليها بتاريخ 14/4/1987 .
⁴³⁸ د/ فوزي محمد سامي ، مرجع سابق ، ص 331 .

6 - الأسباب التي بنى عليها القرار :

إن أغلب النصوص القانونية توجب تسبب قرار أو حكم التحكيم ، حيث تقضي المادة 1056 في فقرتها (6) أن الأمر القاضي بالإعتراف أو بالتنفيذ يكون محل الطعن بالإستئناف إذا " لم تسبب محكمة التحكيم حكمها أو وجد تناقض في الأسباب ". كما تنص المادة (1471) من القانون الفرنسي على أنه " يجب أن يتضمن الحكم التحكيمي ملخصا لإدعاءات الأطراف وأسبابهم ، ويجب أن يكون الحكم التحكيمي معللا (مسببا) .

إلا أن القضاء الفرنسي قد ذهب إلى أن عدم تسبب القرار التحكيمي في التحكيم الدولي لا يعتبر مخالفا للنظام العام الدولي ، إذا كان القانون أو القواعد الإجرائية للتحكيم لا تستلزم أن يكون القرار مسببا⁴³⁹ . كما أن نصوص قانون المرافعات الفرنسي لا تلزم المحكم في التحكيم الدولي الذي يتصل بالتجارة الدولية ، أن يسبب قرار التحكيم إلا إذا كان الطرفان قد طلبا التسبب أو أن قانون أو قواعد الإجراءات التي اتبعتها المحكم تقتضي ذلك ، وهذا هو موقف قواعد اليونسترال من خلال المادة (34) المذكورة أعلاه .

إلا أن الإتجاه الحديث الذي ميز الاجتهاد الفرنسي، هو رفضه إخضاع التسبب لرقابته واعتباره أنه لو فعل ذلك ، فإنه إنما يتصدى بذلك لأساس النزاع ، واعتبرت محكمة استئناف باريس في حكم أصدرته في 30 / 3 / 2003 أن المحكمين ليسوا ملزمين في حكمهم أن يخصصوا سببا خاصا لكل حجة من الحجج التي أثرت خلال المحاكمة.

ويعتبر القانون الجزائري وكذا القانون اللبناني المستوحيان من القانون الفرنسي أن عدم التسبب ليس من أسباب إبطال الحكم التحكيمي الدولي ، أما باقي القوانين العربية فقد ألزمت بتسبب الحكم التحكيمي تحت طائلة البطلان ، بإستثناء القانون المصري والتونسي والعماني المأخوذة عن القانون النموذجي لليونسترال التي أجازت للطرفين الإتفاق على عدم التسبب .

⁴³⁹ قرار محكمة استئناف باريس في مارس 1988 المنشور في مجلة التحكيم عام 1989 ، ص 83 - 96 .

و تجدر الإشارة إلى أن النظام التحكيمي الإنجليزي لا يلزم بتسبيب الأحكام التحكيمية لأسباب عائدة لطبيعة هذا النظام الذي كان تحت وصاية قضائية خانقة ، لكن حاليا بدأ بالتحرك في هذا الإتجاه ⁴⁴⁰ . ليبقى التسبيب ضمان للرقابة على عمل المحكمين وعلى الطريقة التي توصلوا بها إلى النتائج في حسم النزاع ⁴⁴¹ .

7 - التاريخ :

الحكم التحكيمي الدولي يصبح له قوة القضية من تاريخ صدوره ، كما للتاريخ أثر على صحته من حيث تقيده بالمهلة التحكيمية .

8 - توقيع المحكمين :

يجب على المحكمين التوقيع على حكمهم ، لكن ما الحكم في حالة الإمتناع عن ذلك ؟ إن نظام تحكيم اليونسترال ، نظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي ، ونظام مركز التحكيم في البحرين وكذلك نظام تحكيم مركز القاهرة للتحكيم تشير إلى أن الحكم يجب أن يشير إلى سبب امتناع المحكم عن التوقيع . لكن نجد أن أغلبية القوانين الحديثة تكتفي بتوقيع الأكثرية حتى لا يبقى التحكيم معلقا .

وقوانين أنظمة التحكيم منقسمة إلى قسمين : الأولى أن توقيع الأكثرية أو الأغلبية يكفي و إلا فإن توقيع الرئيس يحل محل الأغلبية ، والثانية أن توقيع الأغلبية ضروري . والفرق بين الإتجاهين ، هو أن كل محكم قريب من تفهم مطالب الطرف الذي عينه ، وبالنسبة للمحكم الثالث ، فحتى لا يكون مظطرا للإنضمام إلى أحدهما مع وجود رأي مخالف لديه ، ذهب اتجاه قانوني إلى منح المحكم الثالث سلطة إصدار القرار التحكيمي ، فيحين تتمسك قوانين وأنظمة أخرى بتوقيع الأكثرية .

9 - مكان التحكيم

ويقصد به الدولة أو المدينة التي صدر فيها حكم التحكيم ، لذا فهو مهم في حالة ما إذا كان يتضمن إجراءات وقواعد إلزامية تؤدي إلى بطلان الحكم التحكيمي في حالة مخالفتها ، وإن لم يكن قانون التحكيم مطبقا . وقد نصت قواعد تحكيم اليونسترال على أن

⁴⁴⁰ د/ عبد الحميد الأحمد ، التحكيم الدولي ، مرجع سابق ، ص 474 .

⁴⁴¹ د/ عبد الحميد الأحمد ، التحكيم الدولي ، مرجع سابق ، ص 474 .

الحكم التحكيمي يصدر في مكان إجراء التحكيم من خلال الفقرة الرابعة من المادة (16) ،
ونظام تحكيم مركز القاهرة التحكيمي ومركز البحرين التحكيمي ، ليكون توقيع المحكم
واقعا في هذا المكان ، ولابد من إشارة الحكم التحكيمي الى المكان تأكيدا لإحترام إرادة
الأطراف الذين اختاروا مكان التحكيم ، واحترام القانون أو القواعد التي تقضي بأن يصدر
الحكم التحكيمي في مكان إصدار حكم التحكيم⁴⁴² .

بعد التطرق إلى حكم التحكيم وفقا للقواعد الدولية وكذا التشريعات ، بقي لنا أن
نتناول أثر حكم التحكيم و حجيته ، ثم تفسيره وتصحيحه و الطعن فيه .

المبحث الثالث

أثر حكم التحكيم و حجيته و تفسيره و الطعن فيه

نظرا لطبيعة العلاقة التي تربط أطراف الإعتقاد المستندي ، خصوصا ما يتعلق
منها بالاستقلالية ، فإن حكم التحكيم الصادر عن نزاع ناشئ عن تلك العلاقة له حكمه
الخاص . كما ونظرا للطريقة التي يتم بها التحكيم الإلكتروني، فإن الحكم الناشئ عنه يثير
بعض المشاكل القانونية . و يتمتع الحكم بحجية بمجرد صدوره ، يكون عرضة للتفسير
والتصحيح إذا ما شابه غموض أو أخطاء مادية ، كما يكون عرضة للطعن بالإستئناف أو
البطلان إذا ما توافرت أسباب معينة ، ولتوضيح ذلك قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين ،
الأول لأثر حكم التحكيم والمشاكل التي يثيرها حكم التحكيم الإلكتروني ، والثاني لحجيته
وتفسيره و الطعن فيه .

⁴⁴² د/ عبد الحميد الأحمد ، التحكيم الدولي ، مرجع سابق ، ص 480 .

المطلب الأول

أثر حكم التحكيم والمشاكل التي يثيرها حكم التحكيم الالكتروني

الفرع الأول

أثر حكم التحكيم

يؤدي الإستقلال التام الذي يتمتع الإعتماد المستندي عن علاقة الأساس إلى عدم جواز تمسك العميل الأمر بأي دفع ناشئ عن تلك العلاقة ، لمنع البنك المنشئ من دفع قيمة الإعتماد إلى المستفيد لدى أول مطالبة - كما سبق الذكر - فتنفيذ العميل الأمر لكل إلتزاماته الناشئة عن علاقة الأساس ، أو بطلان تلك العلاقة أو فسخها ليس سببا يستند عليه العميل الأمر لمنع البنك من الدفع إلى المستفيد .

ذلك أن التقنية القانونية للإعتماد المستندي وبعض الأنظمة المشابهة فيما يتعلق بالإستقلال هو أمر معروف بالنسبة للعميل الأمر في الإعتماد المستندي قبل الموافقة عليه ، وبالتالي الخضوع للنظام القانوني لتلك العملية المصرفية وما يترتب على الإستقلال من آثار ليكون العميل الأمر غير قادر على التمسك بعدم تطبيق تلك الأحكام .

وإذا كانت الحماية التي يوفرها مبدأ الإستقلال للمستفيد فهي ليست إلا وقتية ، حتى لا يمكن القول بالإختلال التوازن في العلاقات العقدية الناشئة عن الإعتماد المستندي ، ذلك أن حصول المستفيد على قيمة الإعتماد بغير وجه حق ، يقابله حق العميل في استرداد ما قبضه استنادا لأحكام علاقة الأساس⁴⁴³ .

فالبنك بوفائه بقيمة الإعتماد - باعتبار الوفاء من أسباب انتهاء الإلتزام - يخرج من دائرة النزاع لينتهي بذلك أثر مبدأ الإستقلال ، وتصبح المواجهة بين المستفيد والعميل الأمر بخصوص مدى أحقية المستفيد في مبلغ الإعتماد الذي تحصل عليه من البنك ، ويتم الإستناد في ذلك إلى بنود عقد الأساس المبرم بين العميل الأمر والمستفيد ، كون أن أساس النزاع

⁴⁴³ د/ رضا السيد عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص 120 .

يدور حول مدى أحقية المستفيد في قيمة الإعتماد . وعليه فإذا ثبت أن العميل قد نفذ التزاماته الواردة في عقد الأساس ، فإن المستفيد بحصوله على قيمة الإعتماد ، يكون مخلا ببنود العقد ومن ثم ترتيب مسؤوليته العقدية⁴⁴⁴ .

ويرى الدكتور رضا السيد عبد الحميد أن الضجة المثارة بشأن الإستقلالية ليس لها وجود في الإعتمادات المستندية ، لكون أن المستفيدين منها غالبا ما يكونون من رعايا دول العالم المتقدم ، فإن قضاء تلك الدول وأحكام التحكيم الصادرة فيها لا تميل إلى تقرير استثناءات على مبدأ الإستقلال . بخلاف خطاب الضمان التي لها بعد سياسي أكثر منه قانوني ، ذلك أن العميل الأمر فيها يكون في الغالب أحد رعايا دول العالم المتقدم ، لذا يحاول القضاء في الدول المتقدمة التقليل من مبدأ استقلال الخطاب عن عقد الأساس بوضع استثناءات عليه كالغش والتعسف الظاهر الصادر من المستفيد ، ومحاولة الربط بين حكم التحكيم وأحقية المستفيد في المطالبة بقيمة الخطاب⁴⁴⁵ .

الفرع الثاني

المشاكل التي يثيرها حكم التحكيم الإلكتروني

لم تتعرض لائحة المحكمة الالكترونية أو قواعد مركز تحكيم الوايوا أو نظام القاضي الافتراضي لتعريف حكم التحكيم الإلكتروني . إلا أنه لا يختلف عن تعريف حكم التحكيم عموما في أنه يتم عبر وسائط إلكترونية وشبكة اتصالات ، لذا فهو يعني كافة القرارات الصادرة عن هيئة التحكيم عبر شبكة الإتصال كالأترنت ، سواء كانت قرارات مؤقتة أو تمهيدية أو جزئية ، دون حاجة إلى التواجد المادي لأعضاء هيئة التحكيم في مكان واحد⁴⁴⁶ . إلا أن السؤال الذي يطرح نفسه هو ما مدى استيفاء حكم التحكيم الإلكتروني مقومات تنفيذه وذلك في وجود القواعد القائمة للتحكيم التقليدي أو مدى استيعاب هذه القواعد للتحكيم الإلكتروني ؟

⁴⁴⁴ د/ رضا السيد عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص 120 .

⁴⁴⁵ د / رضا السيد عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص 121 وما بعدها .

⁴⁴⁶ د/ ايناس الخالدي ، التحكيم الإلكتروني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2009 ، ص 442 .

لإعتبار أن الحكم التحكيمي الإلكتروني يصدر على الخط المباشر ، فإن الإشكال يتعلق بتنفيذ هذا الحكم في أنه قد تكون قواعد تنفيذ حكم التحكيم في البلد المراد تنفيذ حكم التحكيم فيه لا تستوعب تنفيذ مثل هذا الحكم والناشئ عن اتفاق تحكيم إلكتروني .

فبالنسبة لإتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية - كما سبق الذكر - التي نصت المادة الثانية الفقرة الأولى على " تعترف كل دولة متعاقدة باتفاق الأطراف المكتوب الذي يلزمهم بالإلتجاء للتحكيم لحل منازعاتهم . يقصد بالإتفاق المكتوب شرط التحكيم الوارد في عقد أو اتفاق تحكيم وقع عليه الأطراف أو تضمنته خطابات أو برقيات متبادلة بينهم " .

إذا و بالنسبة للتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني من خلال المادة المذكورة ، لا بد من التوسيع في مفهوم الكتابة ليشمل الكتابة الإلكترونية ، حتى يصبح حكم التحكيم الذي صدر بناء على هذا الشرط المكتوب جائز التنفيذ .
وفيما يتعلق بتقدير صحة اتفاق التحكيم فإنه يصعب ذلك على شبكة الأنترنت ، ذلك أن مكان صدور الحكم الإلكتروني هو مكان مجازي غير حقيقي .

كما أن هناك بعض القواعد التحكيمية القائمة يرتبط تطبيقها بتركيز التحكيم تركيزا مكانيا فيما يتعلق بمكان التحكيم ذاته ، أو فيما يتعلق بمكان صدور حكم التحكيم ، لتظهر إشكالية تحديد هذا المكان في اتفاق التحكيم المبرم إلكترونيا وصدور حكم التحكيم إلكترونيا .
لذا فإن تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني عموما ، وحكم التحكيم الإلكتروني الذي يتعلق بالإعتماد المستندي خصوصا يحتاج إلى ثورة قانونية في الإتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية لمختلف الدول لمواكبة الثورة التكنولوجية المعلوماتية .

المطلب الثاني

حجية حكم التحكيم والإعتراف به وتنفيذه

الفرع الأول

حجيته

يحوز حكم التحكيم بمجرد صدوره حجية الأمر المقضي ، وتبقى هذه الحجية ما بقي الحكم قائما ، وهذا ما أكدته عدة قرارات قضائية ، فنجد في الإجتهاد الفرنسي " بمجرد صدور الحكم التحكيمي فإنه يشكل سنداً بموجبه يمكن اتخاذ تدابير تحفظية ... " ⁴⁴⁷ ، و محكمة تمييز دبي التي قضت بـ " من المقرر أن لحكم المحكمين حجية الأمر المقضي بمجرد صدوره ، فلا يجوز لأي من الخصمين أن يلجأ إلى القضاء بعد صدوره ، إلا أنه يمكن مع قيام هذه الحجية أن ترفع بشأنه دعوى بطلان إذا توافرت شروطها . " ⁴⁴⁸ كما كان لنفس الجهة القرار التالي " من المقرر أن المحكمين كعمل قضائي يكتسب بمجرد صدوره حجية الأمر المقضي به ولو لم يكن قد صدر الأمر بتنفيذه " ⁴⁴⁹ .

ويترتب على ذلك أنه يكون لطرف النزاع الذي صدر الحكم لصالحه ، سواء كان البنك أو المستفيد أو العميل الأمر ، وبما يقرره له من حقوق في مواجهة من صدر ضده ، ولا يجوز لهذا الأخير أن يطلب طرح النزاع مرة أخرى أمام جهة قضائية أخرى أو محكمة تحكيم ، لكن قبل صدور الحكم فإن المحاكم القضائية ملزمة أمام عقد تحكيم يتمسك به أحد الطرفين بإعلان عدم اختصاصها . أما بعد صدور الحكم التحكيمي فإن المحاكم لاتعلن عدم إختصاصها ، بل ترد الدعوى لقوة القضية المقضية للحكم الصادر فيها ، لأنه قد سبق الفصل في النزاع وبواسطة التحكيم .

وقوة القضية لا يعطيها غير القانون ⁴⁵⁰ . أما أنظمة التحكيم فلا يمكنها ذلك عملاً بقاعدة فاقد الشيء لا يعطيه ⁴⁵¹ .

⁴⁴⁷ Cour d'appel de paris(1 Ch .C) ,9juill .1992 , Rev . arb , 1994 ,p 133 .

⁴⁴⁸ طعن رقم 279 لسنة 1993 ق ، تاريخ الجلسة 4 / 6 / 1994 ، مجلة القضاء والتشريع ، ص 448 .

⁴⁴⁹ طعن رقم 387 / 2001 ، الجلسة 18 / 2 / 2002 ، مجلة القضاء والتشريع ، لسنة 2002 .

⁴⁵⁰ حيث تنص المادة 1031 م قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على " تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه . "

إلا القضية المقضية تسقط عن الحكم التحكيمي إذا أبطل من المحكمة القضائية . كما أن الحكم التحكيمي العائد لإجراءات التحكيم ، كقرارات المحكم التي تأمر بتدابير تحفظية أو مؤقتة أو تدقق في تحقيقات و إثباتات ، فهذه القرارات أو الأحكام ليست لها حجية الأمر المقضي به ⁴⁵² .

الفرع الثاني

الإعتراف به وتنفيذه

لا شك أن تنفيذ حكم التحكيم يمثل نهاية المطاف بالنسبة لأطرافه ، والغاية التي يتوخاها الطرف الذي كسب الدعوى من وراء اختيار طريق التحكيم دون اللجوء إلى القضاء ، إذا بدون تنفيذ الحكم يضحى ولوج طريق التحكيم ضربا من إضاعة الوقت والجهد والمال بلا مردود .

هناك فرق بين الإعتراف بالقرار وبين تنفيذ القرار المذكور، فقد يعترف بالقرار ولكن لا ينفذ . ولكن لو نفذ فمن الضروري أن يكون قد تم الإعتراف به من الجهة التي أعطته القوة التنفيذية ⁴⁵³ .

الإعتراف يعني أن القرار قد صدر بشكل صحيح وملزم ، والتنفيذ يعني الطلب إلى الخصم الذي صدر القرار ضده أن ينفذ ما جاء في القرار التحكيمي ، وإلا إتخاذ الإجراءات التنفيذية لقانون البلد المراد تنفيذ القرار فيه .

وتتم إجراءات الإعتراف والتنفيذ وفقا للقواعد التي تنظم هذه الأمور ، أهمها الإتفاقيات الدولية الجماعية و الإتفاقيات الإقليمية بإعتبار أن الجزائر تعتبر عضوا في البعض منها .

⁴⁵¹ د/ عبد الحميد الأحذب ، التحكيم الدولي ، مرجع سابق ، ص 485 .
⁴⁵² د/ عبد الحميد الأحذب ، التحكيم الدولي ، مرجع سابق ، ص 485 - 486 .
⁴⁵³ د/ فوزي محمد سامي ، مرجع سابق ، ص 383 .

أولاً : تنفيذ القرارات التحكيمية بموجب الإتفاقيات الدولية الجماعية :

إن أهم الإتفاقيات التي أثرت في التشريعات الوطنية ووحدت إجراءات الإعراف والتنفيذ هي إتفاقية نيويورك لعام 1958 ، حيث أن ليس هناك أهم من إمكانية تنفيذ القرارات التحكيمية دولياً ، ذلك لأن المكان الذي صدر فيه القرار قد يتم اختياره بسبب ملائمة للأطراف ، دون أن يكون الطرف الذي صدر ضده القرار أموال أو ممتلكات في الدولة التي تم اختيارها كمكان للتحكيم وصدر القرار فيها ، وعليه فإن الطرف الذي صدر القرار لصالحه سواء البنك أو المستفيد أو العميل الأمر ، يبحث عن الدولة التي يكون لخصمه فيها ممتلكات يمكن التنفيذ عليها .

وقد سبقت إتفاقية نيويورك إتفاقية جنيف 1927 ، وهناك إتفاقية واشنطن لعام 1965 يضاف إليها الإتفاقيات التي أبرمت بين الدول العربية ، والتي نظمت نصوصاً تتعلق بتنفيذ القرارات التحكيمية كإتفاقية تنفيذ الأحكام سنة 1952 ، و إتفاقية الرياض للتعاون القضائي وإتفاقية عمان للتحكيم التجاري لعام 1987 .

إن إتفاقية جنيف لعام 1927 الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، تهدف إلى الإعراف وتنفيذ القرارات التحكيمية في الدول المتعاقدة ، بالنسبة للقرارات الصادرة بناء على اتفاق التحكيم وفقاً لما جاء في بروتوكول جنيف لعام 1923 ، الذي كان ينص على تنفيذ القرارات التحكيمية التي تصدر في الدولة المراد التنفيذ فيها ، إلا أن إتفاقية جنيف ذهبت إلى أبعد من ذلك ، فنصت على الإعراف وتنفيذ القرار التحكيمي في إقليم أية دولة من الدول الأطراف في الإتفاقية . ومن شروط القرار الأساسية هي :

1 - أن يكون القرار قد صدر بناء على إتفاقية تطبق عليه أحكام بروتوكول 1923 .

2 - أن يكون القرار صدر في دولة من الدول الأطراف في إتفاقية جنيف .

3 - أن يكون أطراف النزاع خاضعين لقضاء إحدى الدول الأطراف في الإتفاقية .

ويتم الإعراف وتنفيذ القرار وفقاً للقواعد الإجرائية المعمول بها في الدولة المراد تنفيذ

القرار فيها .

أما اتفاقية نيويورك لعام 1958، فهي تعتبر أحسن ما توصل إليه المجتمع الدولي في مجال الإعراف ، وكيفية تنفيذ القرار وبموجب إجراءات مبسطة وواضحة .
وهذه الإتفاقية تحل محل إتفاقية جنيف وبروتوكول جنيف بالنسبة للدول الأطراف في تلك الإتفاقيتين ، عندما تصبح طرفا في اتفاقية نيويورك .

ثانيا : الإتفاقيات الإقليمية العربية

أما عن الإتفاقيات العربية ، فلدينا إتفاقية تنفيذ الأحكام لجامعة الدول العربية لعام 1952 بحيث وافق عليها المجلس في دورته السادسة عشر بتاريخ 14 سبتمبر 1952 ، وأصبحت نافذة المفعول في 1954 ، وتتسم هذه الإتفاقية بطابعها الإقليمي ولا مجال لدولة غير عربية الإنضمام إليها ، وهذا ما نصت عليه المادة العاشرة ، حيث جعلت الإنضمام إلى الإتفاقية مفتوحا فقط للدول العربية المنظمة إلى جامعة الدول العربية .
ويمكن تلخيص أهم الأحكام التي جاءت بها الإتفاقية بما يأتي :

1 - تعالج الإتفاقية مسألة تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في إحدى الدول العربية ، كما أنها تعالج أحكام التحكيم الصادرة في إحدى الدول العربية ، ويراد تنفيذها في دولة عربية من الدول المنظمة إلى الإتفاقية .

2 - أخذت الإتفاقية بالمبدأ المعروف والذي يعطي للسلطة المطلوب منها تنفيذ حكم التحكيم إعادة فحص موضوع النزاع الذي صدر فيه الحكم المطلوب تنفيذه على أن يكون الحكم نهائيا .

3 - شملت أيضا تنفيذ الأحكام التي تصدر بشأن المنازعات المدنية أو المتعلقة بالأحوال الشخصية

كما أن هذه الإتفاقية لا تطبق على أحكام التحكيم الصادرة ضد الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها ، كما لا تطبق على الأحكام التي تصدر ضد موظفيها ، عن أعمال قاموا بها بسبب الوظيفة ، كذلك لا تطبق أحكام الإتفاقية على الأحكام التي يتعارض تنفيذها مع الإتفاقيات والمعاهدات السارية في البلد المراد تنفيذ الحكم فيه .

4 - تعين كل دولة السلطة القضائية المختصة التي ترفع إليها طلبات التنفيذ وإجراءاته وطرق الطعن في الأمر أو القرار الصادر في هذا الشأن ، وتبلغ إلى كل من الدول المتعاقدة الأخرى .

5 - حددت المادة الثالثة من الإتفاقية الحالات التي يمكن للدول المطلوب منها تنفيذ حكم التحكيم أن ترفض تنفيذه ، وهذه الحالات هي :

- إذا كان قانون الدولة المطلوب إليها تنفيذ الحكم لا يجيز حل موضوع النزاع عن طريق التحكيم .

- إذا كان حكم المحكمين غير صادر تنفيذا لشرط أو لعقد تحكيم صحيحين .

- إذا كان المحكمون غير مختصين طبقا لعقد أو شروط التحكيم أو طبقا للقانون الذي صدر قرار المحكمين على مقتضاه .

- إذا كان حكم المحكمين ما يخالف النظام العام والأداب العامة في الدولة المطلوب إليها التنفيذ . وهي صاحبة السلطة في تقدير كونه كذلك وعدم تنفيذ ما يتعارض منه مع النظام العام فيها .

- إذا كان حكم المحكمين ليس نهائيا في الدولة التي صدر فيها .

ويوجد أيضا إتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام 1983 ، حيث صدرت في (6) من شهر أبريل ، وتم التوقيع عليها من قبل (21) دولة ، أصبحت نافذة المفعول في 1985 تعتبر هذه الإتفاقية أحدث إتفاقية في نطاق جامعة الدول العربية ، اشتملت على (72) مادة . أفردت المادة 37 منها اللأمور التي تتعلق بأحكام التحكيم ، وأطلقت على ذلك مصطلح أحكام المحكمين ، وما يندرج عن هذه الأخيرة كيفية الإعراف بها وتنفيذها ، فنصت " مع عدم الإخلال بنص المادتين 28 و30 من هذه الإتفاقية ، يعترف بأحكام المحكمين ، وتنفذ لدى أي من الأطراف المتعاقدة بنفس الكيفية المنصوص عليها في هذا الباب ، مع مراعاة القواعد القانونية لدى الطرف المتعاقد المطلوب لديه ، ولا يجوز للهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ أن تبحث في موضوع التحكيم ولا أن ترفض تنفيذ الحكم ...".

و هذا يعني أن السلطة القضائية في البلد المراد تنفيذ الحكم فيه لا يجوز لها الخوض في موضوع النزاع إلا إذا توافرت شروط معينة ، وهذه الشروط هي نفسها الواردة في إتفاقية تنفيذ الأحكام لعام 1952 التي كانت قد أعدتها جامعة الدول العربية أيضا .
و بالنسبة لإتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري والموسومة بالإتفاقية العربية للتحكيم التجاري والتي تعتبر الجزائر إحدى أعضائها ، فنجد أنها من خلال نص المادة 35⁴⁵⁴ منها أنه لا يمكن للمحكمة المختصة رفض إضفاء الصيغة التنفيذية على قرار التحكيم ، إلا إذا كان القرار مخالفا للنظام العام .

المشروع الجزائري والإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الدولية التجارية :

تنص المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على " يتم الإعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها ، وكان هذا الإعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي .
وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة إختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني ."
من خلال النص نجد أن المشروع اكتفى بتنظيم قرارات التحكيم الدولية دون القرارات الأجنبية⁴⁵⁵ التي ترك أمر تنظيمها لمعاهدة نيويورك لسنة 1958 ، وذلك على مستوى إجراءات الإعتراف والتنفيذ أو طرق الطعن .
فيمكن للمحكوم ضده تنفيذ القرار التحكيمي طوعا . ولكن عندما لا يتوفر ذلك ، فيجب على الطرف الذي صدر الحكم التحكيمي لمصلحته أن يتوجه إلى السلطة المختصة للحصول على الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي .

⁴⁵⁴ تنص " تختص المحكمة العليا لدى كل دولة متعاقدة بإضفاء الصيغة التنفيذية على قرارات هيئة التحكيم ، ولا يجوز رفض الأمر بالتنفيذ إلا إذا كان القرار مخالفا للنظام العام ."
⁴⁵⁵ وإن كان هناك تداخل أحيانا بين التحكيم الأجنبي والدولي ، وقد سبق الحديث عن ذلك عند تمييز التحكيم الدولي عن الأجنبي .

السلطة المختصة لاعطاء الصيغة التنفيذية :

يعطي رئيس المحكمة التي صدرت ضمن دائرة إختصاصها القرارات التحكيمية في الجزائر الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي .
أما إذا كان محل التحكيم في خارج الجزائر ، فتعود هذه الصلاحية إلى رئيس محكمة محل التنفيذ .

إجراءات تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي :

ينص القانون الجزائري على أنه " يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما ، تستوفي شروط صحتها " ⁴⁵⁶ .
ويودع الوثائق المذكورة لدى المحكمة المختصة أحد الحكّمين أو الطرف المعني بالتنفيذ ، أي الذي صدر الحكم لمصلحته ⁴⁵⁷ .

الشروط الواجب توفرها :

لتنفيذ الحكم التحكيمي الدولي يكفي أن يثبت المدعى ما يلي :

- وجود القرار التحكيمي الدولي .
- عدم مخالفته للنظام العام الدولي . ويقول الدكتور مصطفى الترابي الثاني أن المقصود بالنظام العام الدولي هو تلك الصورة المخففة من النظام الجزائري التي تتماشى مع مقتضيات المرونة التي تتسم بها التجارة الدولية ، سواء تعلق الأمر بالقواعد الموضوعية أو الاجرائية ⁴⁵⁸ .

يشترط للإعتراف بحكم التحكيم الأجنبي وتنفيذه ألا يتعارض الحكم مع النظام العام في بلد التنفيذ .

يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري في شرح مفهوم النظام العام " المسألة لا يجدي فيها نص تشريعي ، وهي أكثر المسائل القانونية تعقيدا . فنحن نريد أن نعرف ما إذا كانت قاعدة قانونية معينة تتعلق بنظام المجتمع الأعلى ، حتى يخضع لها الجميع ولا يجوز لأحد

⁴⁵⁶ المادة 1052 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

⁴⁵⁷ المادة 1053 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

⁴⁵⁸ Rathvisal THARA . 53 ص . 2002 . 01 . العدد ، مجلة دراسات قانونية ، الجزائر ، مصطفى ترابي الثاني ، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر ، mémoire master 1 ,Lyon ,2005 , p 5 .
Ordre public et arbitrage international en droit de commerce international

أن يخالفها أو هي قاعدة اختيارية ، لا يهيم المجتمع أن يأخذ بها كل الناس ، وكل شخص حر في اتباعها أو في تعديلها كما يشاء .

وما هو هذا النظام الأعلى للمجتمع الذي يحتم على كل عضو عدم الخروج عليه ؟ يوجد دون شك من القواعد القانونية ما يحقق مصلحة عامة تمس النظام الأعلى للمجتمع . وهذه المصلحة إما أن تكون سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية . والمصلحة الخلقية هي التي تقوم عليها الآداب العامة ، ومن ذلك نرى دائرة النظام العام واسعة فهي تشمل الآداب.

فمثل المصلحة السياسية ما تقوم عليه روابط القانون العام من دستورية وإدارية ومالية ، فإن أكثر روابط هذا القانون تعتبر من النظام العام . وكذلك المصلحة الاجتماعية وما تقوم عليه القانون الجنائي ، ومن هذه القواعد أيضا ما يحقق مصلحة عامة خلقية . وهناك من روابط القانون الخاص ما يحقق مصلحة عامة إجتماعية كما في كثير من القواعد القانونية المتعلقة بالعمل ، أو مصلحة عامة إقتصادية ، كما في القواعد التي تجعل التنافس حرا مفتوحا بابه للجميع .

ونرى من ذلك أن النظام العام والآداب هما الباب الذي تدخل منه العوامل الإجتماعية والإقتصادية والخلقية ، فتؤثر في القانون روابطه ، وتجعله يتماشى مع التطورات الإجتماعية والإقتصادية والخلقية . وتتسع دائرة النظام العام والآداب أو تضيق تبعا لهذه التطورات ، وطريقة فهم الناس لنظم عصرهم ، وما توافقوا عليه من آداب وتبعا لتقدم العلوم الإجتماعية .

هكذا يترك للقاضي ، يفسره التفسير الملائم لروح عصره ؛ فالقاضي يكاد إذا أن يكون مشرعا في هذه الدائرة المرنة ، بل هو مشرع يتقيد بآداب عصره ونظم أمته الأساسية ومصالحها العامة " .

وموضوع النظام العام أصبح يطرح من زاوية التحكيم الداخلي المختلف عن التحكيم الدولي فالتحكيم الداخلي يتعلق بالمصالح الداخلية ومنها التجارية ، بينما التحكيم الدولي فإنه يتعلق بالمصالح التجارية الدولية لتجاوز حدود الدول وتعدد الجنسيات .

ومن المعلوم أيضا أن ما يعد من النظام العام الداخلي لا يكون بالضرورة كذلك على نطاق القانون المقارن فلا اعتبارات العدالة وحاجة المعاملات الدولية ، يجب عدم التوسع في تفسير فكرة النظام العام بالنسبة لأحكام التحكيم الأجنبية ، أي أعمال هذه الفكرة يكون بوصفه ضرورة تقدر بقدرها ، وذلك بعدم الإسراف في استخدامها إلا بالقدر الذي يمنع المساس بالقواعد الأساسية المتعلقة بجوهر النظام العام في قاضي التنفيذ⁴⁵⁹ .

وعليه يمكن القول أن النظام العام الدولي يحاسب الحكم التحكيمي الدولي ، والنظام العام الداخلي يحاسب الحكم التحكيمي الداخلي⁴⁶⁰ .

ويمكن تقسيم النظام العام في التحكيم الدولي إلى ثلاثة أنواع ، الأول يتعلق بتنازع القوانين ، والثاني إجرائي والثالث موضوعي أو حقيقي .

أنواع النظام العام في التحكيم الدولي

النوع الأول : ويطلق عليه النظام العام الحمائي أو الوقائي أو الإستبعادي ، وتقوم فكرته على أن هناك قواعد قانونية وطنية ضرورية التطبيق ، والتي تتصل إلى حد كبير بموضوع مشروعية الإتفاق على التحكيم ، وربما تتصل بفكرة النظام العام العادي (غير الحمائي) أو بفكرة الغش⁴⁶¹ .

أما النوع الثاني من قواعد النظام العام : هو النظام العام الدولي الإجرائي المرتبط بالخواص الجوهرية المستمدة من معطيات التحكيم كنظام قانوني متفرد . ويدخل مبدأ المواجهة بين الخصوم وتطبيقاته ضمن ما يعرف بالنظام العام الإجرائي الدولي ، وكذا مبدأ حيادة المحكم ، كما هناك قواعد تحكيمية هيكلية ملزمة تتعلق بأسس نظام التحكيم وشرعيته لا يمكن تجاوزها . و قد أكد الإجتهد السويسري في حكم أصدرته المحكمة السويسرية العليا في 23 / 3 / 2005 (أن الواجهة التي هي حق الأطراف في أن يستمع إليهم من قبل المحكم في مواجهة بعضهم هي جزء أساسي من النظام العام الدولي في القانون السويسري).

⁴⁵⁹ القاضي اسماعيل ابراهيم الزبيدي ، تنفيذ أحكام التحكيم والنظام العام ، مجلة التحكيم ، العدد 8 ، 2010 ، ص 848 .

⁴⁶⁰ د/ عبد الحميد الأحمد ، التحكيم الدولي ، مرجع سابق ، ص 539 .

⁴⁶¹ اسماعيل ابراهيم الزبيدي ، تنفيذ أحكام التحكيم والنظام العام ، مقال سابق ، ص 850 .

النوع الثالث: النظام العام الموضوعي أو الحقيقي والذي يتعلق بموضوع النزاع ، فالنظام العام الدولي الموضوعي نظرتة شاملة وأحكامه عامة تشمل العالم بأسره ، فالبغاء وتجارة المخدرات وتجارة الرقيق والرشوة واستغلال النفوذ من النظام العام الدولي . والعقد الذي ظاهره عمولة وباطنه رشوة واستغلال نفوذ هو مخالف للنظام العام .

و قد اتخذ الاجتهاد الفرنسي موقفا من موضوع النظام العام الدولي في حكم أصدرته محكمة استئناف باريس في 10/3/2005 حول قضية يتفق مع موقفها الحذر الراض لأي شكل من أشكال التعرض لأساس النزاع تحت ستار النظام العام الدولي .

كما اعتبر الإجتهد السويسري أن نصوص قانون المنافسة في سويسرا ليست جزءا من القيم الأساسية المعترف بها على نطاق واسع ، والتي لها الأرجحية في سويسرا ، وبالتالي فإن مخالفتها ليست مخالفة للنظام العام .

النظام العام عبر الدول ومصادره

النظام العام عبر الدول :

إن النظام العام عبر الدول هو ترجمة قانونية لمشاغل أخلاقية ، ذلك أنه يبقى الضمان الأكيد لتنفيذ الأحكام التحكيمية ، لذا فهو يحتل مرتبة أعلى من مرتبة أي نظام قانوني عائد لأية دولة . ويتجلى ذلك في محاولة تطبيق المحكم قواعد لها طابع النظام العام وليس حماية مصالح وقيم نظامه القضائي والقانوني⁴⁶² .

كما يجد النظام العام صداه أكثر مع العولمة الإقتصادية ، التي أخذت تسقط الفوارق الإجتماعية والثقافية بين الأمم ، فأصبحت ظاهرة التقارب بين الأنظمة القانونية واقعا لا مفر منه في الحياة التجارية . ويبقى المحكم الدولي يمارس مهمة هي بحد ذاتها عبر الدول غير مرتبطة بأية دولة أو محكمة من محاكم الدول⁴⁶³ .

⁴⁶² د/ عبد الحميد الأحديب ، التحكيم الدولي ، مرجع سابق ، ص 769 .
⁴⁶³ د/ عبد الحميد الأحديب ، التحكيم الدولي ، مرجع سابق ، ص 770 .

مصادر النظام العام عبر الدول

المصادر العامة :

إن المصادر العامة مصدرها الإتفاقيات والمعاهدات الدولية ، وفي المبادئ العامة الواردة في المادة 38 من نظام محكمة العدل الدولية . ذلك أن المحكم عليه أن يسند رأيه وموقفه إلى المواثيق الدولية المكتوبة التي أشارت إلى هذه المبادئ القانونية العامة ليكون السند موضوعيا لا ذاتيا⁴⁶⁴ .

فعلى سبيل المثال يوجد حكم صادر عن محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية⁴⁶⁵ يشير إلى أن المحكمين يلاحظون أن الرشوة محظورة في قوانين كل الدول المعنية بالنزاع ؛ ليكون النظام العام المشترك في الدول المعنية بالنزاع شكل من أشكال النظام العام عبر الدول .

المصادر الخاصة :

تعتبر أعراف التجارة الدولية أولى مصادر قانون التجارة الدولية التي تساهم في تكريس مبادئ النظام العام عبر الدول . وما على المحكم إلا أن يتأكد من أن القاعدة التي سيطبقها هي من قواعد النظام العام عبر الدول ، أي أنها مشتركة وشاملة في معظم الأنظمة القانونية.

أهم المصادر الخاصة للنظام العام عبر الدول هي :

استبعاد تطبيق مبدأ " العقد شريعة المتعاقدين "

إن اعتماد قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تفتقد إلى قوتها الإلزامية إذا تناقضت مع النظام العام عبر الدول ، وإن كان يوجد حكم HILmarton شهير لمحكم سويسري الذي اعتبر عقدا غير شرعي في ضوء القانون الجزائري ، هذا الحكم حين عرض على القضاء السويسري ابطله ، إذ اعتبره انه خالف قاعدة اساسية من النظام العام وهي حرية التعاقد .

⁴⁶⁴ عبد الحميد الأحديب ، التحكيم الدولي ، مرجع سابق ، ص 770

⁴⁶⁵ الصادر سنة 1982 برقم 3916 .

استبعاد تطبيق قانون متفق على تطبيقه :

يمكن للمحكم ألا يطبق قانونا متفقا على تطبيقه إذا اعتبر أن قاعدة حرية التعاقد التي تفضي إلى أن العقد هو شريعة المتعاقدين غير مطبقة وفقا للنظام العام عبر الدول .

حسن النية :

مبدأ تنفيذ العقود بحسن نية قضت به معظم قوانين الدول واعتمده مجموعة المبادئ العامة ، وهي قاعدة من أهم قواعد النظام العام عبر الدول . (UNIDROIT) و تطبيقا لذلك ، يمكن استبعاد تطبيق قانون ما إذا لم يكن هذا القانون متوافقا مع حسن النية ، شرط أن ينص الشرط التحكيمي على ذلك ، وإلا فليس للمحكم سلطة بحث مدى ملائمة القانون المتفق على تطبيقه لقواعد حسن النية ، إلا إذا كان هناك تحيزا وتحسينا وترجيحا .

وتطبيقا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، قبلت الأحكام التحكيمية شروطا تحكيمية وقعتها دول لا تقبل قانونها إخضاع الدولة ولجوؤها إلى التحكيم ، فليس من حسن النية أن توقع الدولة عقدا مخالفا لقانونها ثم تعود فتنزاع بهذه المخالفة حين يحلوا لها لعدم الخضوع للإلتزامات الواقعة على عاتقها .

الظروف الطارئة :

إن مصدر نظرية " الظروف الطارئة " القضاء الإداري الفرنسي ، التي تجيز إعادة النظر في شروط العقد إذا ما طرأت ظروف جعلت تنفيذ الإلتزام مرهقا إرهابا شديدا لطرف من أطراف العقد ، و قد تبنى المشرع المدني الجزائري هذه النظرية من خلال نص المادة 107 ، كما تبنت مجموعة المبادئ العامة للقانون هذه النظرية بين المبادئ العامة للقانون التي تسهل على المحكم تطبيقها عبر تطبيق النظام العام عبر الدول⁴⁶⁶ .

حماية المنافسة في الاسواق الدولية :

إن الفقه يميل إلى ضرورة اعتماد هذه الحماية كمبدأ من النظام العام عبر الدول تأمينا لحرية التجارة ، ولقد كانت دول أوروبا الشيوعية غير معترفة بمبدأ المنافسة

⁴⁶⁶ د/ عبد الحميد الأحمد ، التحكيم الدولي ، مرجع سابق ، ص 773 .

الأمر الذي جعل تطبيق هذه القاعدة في نظام عام عبر الدول صعبا ، لكن في الوقت الحاضر يسرت الأمور ⁴⁶⁷ .

مكافحة الرشوة :

هناك حكم تحكيمي صادر عن غرفة التجارة الدولية ⁴⁶⁸ ، اعتبر فيه أن الرشوة هي شر دولي وهي مخالفة للأداب العامة وللنظام العام الدولي الذي يشمل كل أمم الأرض .

لكن الرشوة التي تعاقب عليها كل قوانين الدول ، إنما تعاقب على الرشوة التي ترتكب داخل البلد ، لأن قانون كل دولة يطبق داخل إقليم هذه الدولة .

ويثير موضوع معاقبة الرشوة ردتا فعل قانونيتين :

الأولى هي التي تعتبر أن العقد الذي يخفي رشوة غير قابل للتحكيم ، و بالتالي فإن المحكم يعلن فيه عدم اختصاصه ⁴⁶⁹ .

و الثانية التي يعتبر فيها المحكم نفسه مختصا، ولكن بعد إعلان اختصاصه يعتبر العقد باطلا.

حقوق الانسان :

يمكن الرجوع إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948 ، والمعاهدة الأوروبية لحماية حقوق الانسان والحريات الأساسية سنة 1950 ، كما يمكن الرجوع إلى قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة لا سيما القرار الصادر في 21 / 12 / 1965 الذي يحرم التفرقة العنصرية .

من مبادئ حقوق الانسان تستوقف في التحكيم :

حماية حق الملكية :

بسقوط النظام الشيوعي في العالم عادت للملكية حرمتها ومكانتها بالتأميم الذي كان يعتبر أن الملكية الفردية ظلما إجتماعيا وأنانية ، فصار التأميم والمصادرة

⁴⁶⁷ د/ عبد الحميد الأحديب ، التحكيم الدولي ، مرجع سابق ، ص 773 .

⁴⁶⁸ رقم الصادر سنة 1963 .

⁴⁶⁹ حكم صادر عن محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية برقم 2730 سنة 1982 .

مشروعين من شدة تمسكها بحرمة الملكية لإقترانها بتعويض عادل وفوري ، وصار التعويض عن التأميم من أسس النظام العام عبر الدول ⁴⁷⁰ .

حظر المقاطعة العرقية :

لقد اعتبر الفقه أن القوانين المكرسة للمقاطعة على أساس الدين أو العنصر هي قوانين مخالفة للنظام العام عبر الدول ، لكن لم يتطرق التحكيم إلى حكم يعتبر ذلك ، سوى اعتبار أن عدم منح اجازات لعمال من دين معين قوة قاهرة ⁴⁷¹ .

السلاح وتجارة الاسلحة :

إن التجارة ببعض الأسلحة كالأسلحة النووية والكيميائية والجرثومية ، يمكن أن تدخل في خانة الحظر و مخالفة النظام العام عبر الدول شأنها في ذلك عقود بيع الأسلحة بين الأفراد كما هو معمول به في قوانين معظم دول العالم .

الأعضاء البشرية :

إن بيع أعضاء الجسم الانساني غير مشروع و مخالف للنظام العام عبر الدول ، وتجسد ذلك بعد الغاء الرق ، لكن ذلك لم يمنع من إجازة بعض الدول " بيع الدم " البشري ⁴⁷² .

البيئة الثقافية :

تعتبر معاهدة اليونسكو الدولية بتاريخ 16 / 11 / 1972 المعاهدة المكرسة لحماية الثروة الثقافية والطبيعية في العالم ، وأهم نزاع تحكيمي في هذا الشأن كان حول أهرامات الجيزة التي طبق فيها المحكم اتفاقية الأونسكو ، وذلك النزاع نجم عن اتفاقية بين شركة من هونغ كونغ وبين الدولة المصرية عبر الهيئة العامة المصرية للسياحة والفنادق وكان موضوع بناء شبكة فنادق حول أهرامات الجيزة . وبعد أن بدأ تنفيذ العقد وبدأت الأشغال عبّر البرلمان المصري عن اعتراضه ومعارضته للمشروع . ثم قررت الحكومة المصرية سنة 1978 التخلي عن المشروع وصنفت الموقع في الحقل

⁴⁷⁰ د/ عبد الحميد الأحذب ، التحكيم الدولي ، مرجع سابق ، ص 775 .

⁴⁷¹ P. Mayer (L' interférence des lois police) in L' apport de la jurisprudence arbitrale, les dossiers de l'institut du droit des affaires internationales de la CCI . عن نقلا . ص 775 .

⁴⁷² منها الولايات المتحدة الأمريكية وألمانيا .

العام ، وفي سنة 1979 صنفت أهرامات الجيزة من لجنة الثروة الثقافية والحضارية العالمية على لائحة المواقع المحمية من اتفاقية الأونسكو لحماية الثروة العالمية الثقافية والطبيعية . راجعت الشركة المذكورة محكمة تحكيم تشكلت وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية مطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها من جراء فسخ العقد .

فحكم المحكمون بالزام الدولة المصرية بدفع التعويضات بسبب فسخ العقد ، وطعن الطرف المصري بالبطلان أمام محكمة استئناف باريس على أساس أن الحكم جاء مخالف للنظام العام الدولي لتعارضه مع معاهدة الأونسكو .

وقد أبطلت محكمة استئناف باريس الحكم التحكيمي كون أن الشرط التحكيمي معيوب دون التعرض لموضوع مخالفة النظام العام . ثم عادت شركة هونغ كونغ لمراجعة محكمة تحكيم واشنطن لحسم خلافات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى ، فقضت بالتعويض على أساس أن اتفاقية الأونسكو لا تجيز للدولة المصرية فسخ العقد ولا تحرم الطرف المتضرر من التعويض.

وقد اعتبر الفقه أنه يمكن للمحكمن الدوليين العودة إلى معاهدة الأونسكو وإلى المبادئ العامة للقانون لإجازة تطبيق قانون إلزامي لدولة يمنع تصدير آثار مصنفة جزءا من التراث الحضاري لهذا البلد ⁴⁷³ .

وفي الأخير يمكن القول أن النظام العام عبر الدول يجب أن يراعي حاجات التجارة الدولية ليكون فعالا ، كما يعتبر وسيلة ومناسبة لحماية قواعد أدبية قانونية الزامية لحماية التجارة الدولية ، ولا يتأتى ذلك إلا بتطبيق المحكمين الدوليين له ⁴⁷⁴ .

⁴⁷³ د/ عبد الحميد الأحمد ، التحكيم الدولي ، مرجع سابق ، ص 777 .
⁴⁷⁴ د / عبد الحميد الأحمد ، التحكيم الدولي ، مرجع سابق ، ص 777 .

المطلب الثالث

تفسير وتصحيح حكم التحكيم وطرق الطعن فيه

يخضع أمر تفسير أو تصحيح حكم التحكيم إلى إجراءات معينة ينبغي احترامها ، كما قد يكون الحكم محل طعن بالطرق المخولة له .

الفرع الأول

تفسير حكم التحكيم وتصحيحه والإضافة إليه

عند النظر في المادة 33 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي نجد أنها تنص على أن لطرفي النزاع أو أحدهما تقديم طلب للهيئة لتصحيح ما قد يعيب الحكم من أخطاء حسابية أو كتابية أو مطبعية أو أية أخطاء أخرى مشابهة ، و يشترط لذلك اختيار الطرف الآخر بطلب يوجه لمحكمة التحكيم لتفسير ما غمض من الحكم ، فإذا رأت المحكمة ما يبزر الطلب تقوم بإصدار قرار التصحيح أو التفسير في مدة ثلاثين (30) يوما التالية لتلقي الطلب . ويعتبر التفسير الذي تقدمه المحكمة جزءا لا يتجزأ من الحكم ، كما يجوز لها ولو لم تتلقى أي طلب ، القيام بتصحيح الأخطاء المادية خلال نفس المدة الخاصة بالتصحيح أو التفسير لكن التالية لصدور الحكم⁴⁷⁵ . وقد لائحة التحكيم لمحكمة لندن لعام 1985 على امكانية تصحيح الحكم وتفسيره .

وفي التشريع الجزائري نجد أن الحكم التحكيمي الذي يحتاج إلى تفسير أو تصحيح أو إضافة ، فإذا كان صادرا في الجزائر يتبع الطريق الذي يتبعه الحكم التحكيمي الداخلي بوجوب تقديم الطلب من الذي يهمله التعجيل إلى هيئة التحكيم إذا كانت مهلة التحكيم لم تنقضي ، أما فيما إذا كانت مهلة التحكيم قد انقضت ، فيتوجب التوجه إلى القضاء لطلب تمديد المهلة بغرض الفصل في التصحيح أو السهو أو الإضافة

⁴⁷⁵ د/ قادري عبد العزيز ، الإستثمارات الدولية ، التحكيم التجاري الدولي ، ضمان الاستثمارات ، الطبعة الثانية ، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2006 ، ص 300 - 301 .

فإذا تم رفض التمديد ، ينتقل الإختصاص إلى القضاء الوطني في أمر التفسير أو التصحيح أو الإضافة .

أما إذا صدر الحكم التحكيمي في الخارج و كان استنادا إلى نظام أو قانون غير القانون الجزائري ، فإن هذا النظام أو القانون هو الذي يحدد طريقة التصحيح أو التفسير أو الإضافة التحكيمية⁴⁷⁶ .

الفرع الثاني

طرق ومواعيد الطعن في حكم التحكيم

تخضع القرارات التحكيمية الصادرة في التحكيم الدولي لدى كثير من التشريعات العربية - بما فيها التشريع الجزائري - والأجنبية لمعاملة خاصة و لنظام مختلف من حيث طرق الطعن باختلاف الدول ، ويعود ذلك إلى خصوصية هذا التحكيم أو إلى استقلاليته في نظر بعض التشريعات⁴⁷⁷ .

البند الأول

طرق الطعن

فتح المشرع الجزائري باب الطعن بقرار رئيس المحكمة القاضي بمنح الصيغة التنفيذية إما عن طريق الإستئناف أو الإبطال ، مع إخضاعهما لنفس الشروط⁴⁷⁸ .
وقد نص المشرع الجزائري على ست حالات يمكن استئناف أو طلب إبطال القرار التحكيمي فيها و هي :

أ - إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية

⁴⁷⁶ بوكريطة موسى ، القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي وفق القانون الجزائري ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة البليدة ، 2012 ص 118 .
⁴⁷⁷ د/ فؤاد ديب ، تنفيذ أحكام التحكيم الدولي بين البطلان والكسء في الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية الحديثة ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 27 ، العدد الثالث ، 2011 ، ص 68 .
⁴⁷⁸ المادتين 1056 و 1058 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية .

ب - إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالف للقانون،

ج - إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها ،

د - إذا لم يراع مبدأ الوجاهية ،

هـ - إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب،

و - إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي .

من خلال ما ذكر نجد أن المشرع الجزائري لم يفرق ما بين القرارات التحكيمية الصادرة في الجزائر وتلك الصادرة في الخارج ، أيا كان القانون المطبق على الإجراءات .

والملاحظ أيضا أن أسباب الإبطال الستة لاستئناف الأمر القاضي بإعطاء صيغة التنفيذ أو الإقرار بالحكم التحكيمي الدولي الصادر خارج الجزائر هي على سبيل الحصر بالنسبة للأمر القاضي بإعطاء صيغة التنفيذ والإقرار ، بينما ليست هي على سبيل الحصر وليست محصورة بالأسباب الستة لإبطال الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر ، وذلك بتعبير المشرع " لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالإقرار أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية " أي المحددة حصرا إلا أنه حين جاء لإبطال الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر نص على أنه " يمكن أن يكون الحكم التحكيمي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 " ففي المادة 1056 يقول القانون " لا يجوز استئناف " بينما يقول في المادة 1058 " يمكن ... " " فلا يجوز " بالنسبة للحكم الدولي الصادر في الخارج إلا للأسباب الستة المحددة على سبيل الحصر " و يمكن " بالنسبة للحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر . يمكن الاستناد إلى الأسباب الستة للإبطال كما يمكن الاستناد إلى غيرها .

والملاحظ أيضا أن المادة 1056 نصت على أنه " لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالإقرار أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية (الحالات الست الواردة أعلاه) بينما نصت المادة 1058 الفقرة الثانية على أنه " لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه (أي الصادر في الجزائر) أي طعن ، غير أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يترتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ . وبالتالي فإن إعطاء صيغة التنفيذ أو

الإعتراف بالحكم التحكيمي الصادر في الجزائر يعبر محصنا من أية مراجعة قضائية إلا
مراجعة إبطال الحكم التحكيمي الدولي ذاته التي تؤدي إلى شل الصيغة التنفيذية لحين البت
بطلب إبطال الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر .

البند الثاني

مواعيد الطعن

بالنسبة للاستئناف

يرفع الإستئناف أمام المجلس القضائي خلال شهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ
الرسمي لأمر رئيس المحكمة⁴⁷⁹ .

بالنسبة للبطلان :

يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 1058 أمام
المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه ، ويقبل الطعن ابتداء من
تاريخ النطق بالحكم التحكيمي . ولا يقبل هذا الطعن بعد أجل شهر من يوم التبليغ للامر
القاضي بالتنفيذ⁴⁸⁰ .

⁴⁷⁹ المادة 1057 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .
⁴⁸⁰ المادة 1059 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

الفصل الثاني

القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وعلى الاجراءات

يعد تحديد القانون الواجب التطبيق خصوصا على موضوع النزاع أحد المشاكل الرئيسية التي تطرح في مجال التحكيم في الاعتماد المستندي . وعليه سنناقش هذه المسألة من خلال مبحثين ، الأول يكون خاص بالقانون الواجب التطبيق على الموضوع ، والثاني بالقانون الواجب التطبيق على الإجراءات .

المبحث الأول

القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

من أهم قضايا التحكيم – كما سبقت الإشارة - معرفة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، وذلك لأن القانون المذكور هو الأساس في إصدار حكم التحكيم وبالتالي حسم النزاع وإنهائه ، ولا صعوبة بالنسبة للقاضي في كل دولة إذا تعين عليه تطبيق النصوص القانونية للدولة التي يستمد منها سلطته ليطبق بعدها القانون أو قواعد القانون الدولي الخاصة بتنازع القوانين لتلك الدولة⁴⁸¹ .

أما بالنسبة للمحكم فإن الأمر مختلف والذي يستمد سلطته من اتفاق التحكيم ، لتكون إرادة الأطراف مصدر سلطته .

أمام غياب نصوص قانونية منظمة للاعتماد المستندي في تشريعات الدول ، كونه يعد من خلق الممارسات الدولية بين المصارف ، ونظرا لطبيعة العادات والأعراف الموحدة التي لا تطبق تلقائيا إذا لم يبين الأطراف رغبتهم في ذلك ، فهي ليست صادرة عن المشرع الوطني في كل دولة ، فلا هي بقواعد أمرة ولاهي بالقواعد المكملة لإرادة الأطراف ، لذلك فإن المحكم المنظور أمامه النزاع لا يطبق هذه القواعد ، لأنها تنقصها وجود قاعدة إسناد

⁴⁸¹ د/ فوزي محمد سامي ، مرجع سابق ، ص 185 .

تشير بتطبيق قانون الإرادة كشرط لتطبيق هذه القواعد بوصفها من قواعد القانون التجاري الدولي .

كما أن توحيد القواعد الموضوعية في مجال مابين بموجب اتفاقية دولية لا يقضي على حالات التنازع⁴⁸² ، وذلك بسبب اختلاف القضاء في تفسير وتطبيق النصوص الموحدة ذاتها . مما يتطلب الأمر البحث عن القانون الواجب التطبيق مع بيان أن العملية هنا مركبة تثير أكثر من علاقة ، وكل العلاقات لها هدف اقتصادي واحد هو ضمان مراكز الأطراف وتسوية تنفيذ البيع وهي مستقلة - كما سبقت الدراسة - كل من هذه العلاقات عن الأخرى .

وتجدر الإشارة إلى أنه في النزاع المطروح على التحكيم مسألة تنازع القوانين في مرحلتين ، أمام هيئة التحكيم أو المحكم عندما يراد تحديد القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع وأمام القاضي عندما يتدخل ليس فقط من أجل تنفيذ حكم التحكيم ، بل كذلك أثناء اجراءات التحكيم أو قبل البدء فيها ، وذلك في حالة الاعتراض على صحة اتفاق التحكيم وطلب إبطاله .

المطلب الأول

القانون الذي يحكم علاقة المصرف بالمستفيد

ما هو متفق عليه عموماً أن عمليات المصارف يحكمها قانون المكان الذي فيه المصرف أو الفرع الذي يقوم بتنفيذ العملية⁴⁸³ ، بوصفه المكان الذي تتمركز فيه العملية أو الواقعة ، ويعتبر قانون مكان التنفيذ ذلك أنه يحكم العقد كله في حالة عدم اتفاق الأطراف على قانون معين يحكم العلاقة .

وقد يكون مكان تنفيذ الإعتاماد هو المكان الذي فتح فيه الإعتاماد ، أي صدر فيه الخطاب ونفذ فيه ، وهنا يكون الأمر مختلف بحيث يكون قانون بلد الفرع أو المراسل في

⁴⁸² د/ هشام على صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، 1993 ، ص 137 .

⁴⁸³ د/ سلطان عبد الله محمود الجوارى ، مرجع سابق ، ص 157 .

دولة البائع هو محل التطبيق اذا فتح الاعتماد مصرف المشتري⁴⁸⁴. أما إذا اشترط البائع تنفيذ الإعتاد في بلده ، فإنه أراد بذلك تطبيق قانونه لمعرفة أكثر من أي قانون آخر سواء كان الإعتاد قطعي أو غير قطعي⁴⁸⁵.

المطلب الثاني

القانون الذي يحكم علاقة المصرف بالعميل الأمر

إن علاقة المصرف بالعميل الأمر علاقة ليست متصلة بالعلاقة الأولى ، وبالتالي هل تخضع لقانون غير ذلك الذي تخضع له الأولى ؟
من المعلوم أن المصلحة تتطلب ان تخضع العلاقاتان قدر الامكان لقواعد واحدة إذا كان المصرف المنفذ لكل منهما واحدا .
أما في حالة ما إذا كان فاتح الإعتاد مصرف المشتري ومنفذه مصرف البائع ، فقد يختلف القانون الذي يحكم كل من العلاقاتين .

الفرع الأول

حالة ما يكون مصرف المستفيد منفذ العملية

في هذا الفرض يخضع لقانون مكان التنفيذ كل ما يتعلق بتنفيذ الإعتاد من فحص و سلامة المستندات وتفسير عبارة الإعتاد وشروط وكيفية تسوية الإعتاد الذي يكون عادة قانون البائع ، وفي مقابل ذلك ليس من حق العميل أن يسأل المصرف عن هذه العمليات طبقا لقانونه ، لكن إذا ورد نص أمر بقانون مكان التنفيذ يمنع تقديم مستند معين لكن مطلوب وفقا للخطاب ، التزم البائع بإحترامه⁴⁸⁶.

⁴⁸⁴ د/ علي جمال الدين عوض ، الاعتمادات المستندية ، دراسة مقارنة للقضاء والفقهاء المقارن وقواعده ، دار النهضة ، 1989 ص 6 .

⁴⁸⁵ د/ سلطان عبد الله محمود الجواري ، مرجع سابق ، ص 157 .

⁴⁸⁶ د/ سلطان عبد الله محمود الجواري ، مرجع سابق ، ص 159 .

الفرع الثاني

حالة ما يكون المصرف فاتح الاعتماد المنفذ

في هذا الفرض لتحديد القانون الواجب التطبيق لابد أن نعرض لأمرين :

أولاً : قد يحدث أن يلجأ المصرف فاتح الإعتماد إلى الأمر كما قد يرسله إلى البائع ، ففي هذه الحالة يكون قانون دولة المصرف هو القانون الواجب التطبيق ليحكم العلاقات القانونية الناشئة عن الإعتماد المستندي ، كون المصرف فاتحه ومنفذه .

ثانياً : قد يتدخل في العملية مصرفان (مصرفاً مستقلاً أو فرعاً أو مراسلاً للمصرف فاتح الإعتماد) ففي هذه الحالة المصرف فاتح الإعتماد هو ذاته الذي يقوم بتنفيذ الإعتماد ، ذلك إن الفروع الثابتة لمصرف أجنبي ليس لها وجود قانوني مستقل عن المصرف الرئيس⁴⁸⁷ .

أما إذا تدخل مصرفان لكن المصرف الوسيط يكون هو المنفذ للإعتماد المستندي سواء تصرف بوصفه وكيلاً عن المصرف فاتح الإعتماد في الوفاء أو قبول الكمبيالة المستندية التي يسحبها البائع أو متعهداً تعهداً شخصياً . ففي هذه الحالة نكون أمام مصرفين مصرف العميل و المصرف المصدر الإعتماد والمصرف الوسيط منفذ الإعتماد ، فأبي من المصرفين يكون قانونه واجب التطبيق ؟

هناك آراء فقهية متعددة بشأن هذا الفرض ، إلا أننا سنكتفي باستعراض الرأي الراجح الذي يقضي بتطبيق قانون المصرف المنفذ⁴⁸⁸ ، ذلك ان هذا الاخير هو الذي يقوم بالوفاء للمستفيد أو بدفع أو قبول أو خصم سفاتج مسحوبة بواسطة المستفيد ، كما أن المستفيد هو الذي يتحمل أكبر قدر من المخاطر فيبحث عن ضمان إضافي ، وأحسنه هو المصرف المنفذ الذي يعتبر تعهد يتم وفق أحكام قانون الدولة التي يوجد بها ، إضافة إلى علم المستفيد بهذا القانون الذي اختاره أو شارك في اختياره في كل الأحوال⁴⁸⁹ ، كما يعتبر المصرف الوسيط المنفذ للإعتماد وكيلاً عن المصرف المصدر للإعتماد قطعياً كان

⁴⁸⁷ د/ علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية دار النهضة العربية ، مرجع سابق ، ص 1216 .

⁴⁸⁸ د/ سلطان عبد الله محمود الجواري ، مرجع سابق ، 164 .

⁴⁸⁹ د/ عصام الدين القصيبي ، النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية ، دراسة تطبيقية خاصة بالإعتمادات المستندية ، ص 231 .

أو غير ذلك ، والوكالة تخضع لقانون دولة التنفيذ ، إذا من الأجر تطبيق قانون الدولة التي تم فيها تنفيذ الإعتقاد ، مالم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك ⁴⁹⁰ .

وقد أخذت غرفة التجارة الدولية في قواعدها الموحدة المتعلقة بالضمانات بالحل المذكور ، وكرسته في إحدى قراراتها التحكيمية حين قضت بتطبيق القانون البلجيكي على ضمان صادر من مصرف بلجيكي واجب النفاذ في بلجيكا .

ويكون قانون المصرف المصدر الإعتقاد هو الواجب التطبيق لا قانون مصرف المنفذ الإعتقاد ، وذلك لاعتبارات فنية وعملية التي تجد صداها في الإعتقاد الدائر ، الذي يدعوا فيه البنك فاتح الإعتقاد بنوك متعددة إلى تنفيذه مع تعهده برد ما دفعوه الذي يكون عادة بالخصم ، ومن شأن النوع من الإعتقاد توسيع دائرة البنوك التي يستطيع المستفيد تنفيذ الإعتقاد لديها ⁴⁹¹ .

كما يكون قانون مصدر الإعتقاد ساري المفعول عند نقل خطاب الإعتقاد وإرساله إلى البائع والجزاء المترتب على تخلف المصرف في تنفيذ هذا الإلتزام، وعند رجوع المصرف على العميل باسترداد ما دفعه للمستفيد، كما لا يجوز أن تكون العملة الواجب الوفاء بها محلا لتطبيق قانون أجنبي عند الاتفاق على نوع معين ⁴⁹² .

وقد تبنى القضاء المقارن نفس موقف الفقه بشأن القانون الواجب التطبيق باعتداده قانون المصرف المنفذ .

قد يتفق الأطراف على عدم اختيار أي قانون ليطبق على النزاع وهذا بغية إخضاعه إلى القواعد العرفية والعادات السائدة في الإعتقاد المستندي ، ومن الأمور المعروفة أيضا على الصعيد الدولي اختيار أطراف النزاع لتلك القواعد مع أحكام أحد القوانين الوطنية وفي الغالب يختار الأطراف أيضا قواعد عرفية ومبادئ العدالة

⁴⁹⁰ د/ علي جمال الدين عوض ، الإعتمادات المستندية ، مرجع سابق ، ص 34 - 35 .

⁴⁹¹ د/ سلطان عبد الله محمود الجواري ، مرجع سابق ، ص 166 .

⁴⁹² د/ سلطان عبد الله محمود الجواري ، مرجع سابق ، ص 166 .

وتعيين القانون الواجب التطبيق قد يكون صريحا بذكره في اتفاق التحكيم - شرطا كان أو مشاركة - أو نجده في الغالب مدونا في العقود النموذجية الدولية ، حيث تبين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع⁴⁹³ . وقد لا يفصح أطراف النزاع عن إرادتهم في تحديد القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع ، مما يقتضي الأمر البحث عن الإرادة الضمنية أو المفترضة للأطراف بشأن ذلك .

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع والاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم الدولي
هناك عدة اتفاقيات دولية تنص صراحة على القانون الواجب التطبيق في حالة عدم تعيينه ، ومنها اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع لعام 1955 والتي أصبحت نافذة المفعول منذ عام 1964 ، حيث نصت في مادتها الثانية على " أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني للبلد الذي عينه أطراف العقد " .
أما في حالة عدم الاتفاق على ذلك ، فقد بينت المادتان 3 و4 من الإتفاقية القانون الواجب التطبيق طبقا للحالات التي وردت في كل من المادتين المذكورتين .
فعند عدم التصريح من الطرفين بالقانون الواجب التطبيق عدت المادة الثالثة الحالات التالية :

- 1- يخضع البيع للقانون المحلي للبلد الذي يوجد فيه محل إقامة البائع وقت تسلمه العرض الخاص بالبيع ، وإذا كان العرض قد استلم من مؤسسة تابعة للبائع ، فإن البيع يخضع لقانون البلد الذي توجد فيه تلك المؤسسة .
- 2 - يخضع البيع للقانون المحلي للبلد الذي يوجد فيه محل إقامة المشتري أو البلد الذي توجد فيه مؤسسته التي قدمت العرض ، إذا كان العرض قد تم استلامه في ذلك البلد سواء كان ذلك من البائع نفسه أو من المؤسسة التابعة له أو من وكيل أو ممثل تجاري .

⁴⁹³ مثال ذلك ما جاء في العقود النموذجية المتعلقة بتوريد المواد الانشائية بين الدول الغربية ، حيث نصت المادة 13 على ان العقد وما تنشأ عنه من منازعات تخضع لقانون دولة البائع ، إلا إذا اتفقت الأطراف على غير ذلك . كذلك ما جاء في المادة (110) من الشروط العامة لتسليم البضائع بين مؤسسات دول الاعضاء في مجلس التعااضد الإقتصادي المشترك حول تطبيق قانون بلد البائع بالنسبة لتنظيم العلاقات التي ينظمها العقد .

3 - في حالة اتمام البيع بالمزاد العلني ، يطبق قانون البلد الذي جرى فيه المزاد العلني " .
أما المادة الرابعة فتعالج مسألة القانون الواجب التطبيق في حالة الخلاف عند فحص
البضاعة المسلمة بموجب عقد البيع ، وتنص على تطبيق قانون البلد الذي يجري فيه فحص
البضاعة .

كما أن هناك اتفاقية جديدة أعدها مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص الذي عقد في
لاهاي عام 1985 ، والتي سميت باتفاقية القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي
للبنائات .

لتكون هذه الاتفاقية مسددة للنقص الموجود في اتفاقية فيينا بشأن القانون الواجب
التطبيق حيث مادتها الثامنة 1/8 على أنه في حالة عدم اتفاق الأطراف ، يطبق قانون الدولة
التي يوجد فيها مكان عمل البائع وقت إبرام العقد .

أما الإتفاقية الأوروبية لعام 1961 ، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة السابعة على
حرية الأطراف في الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق ، وفي حالة عدم الاتفاق
فعلى المحكمين تطبيق القانون الذي تحدده قواعد تنازع القوانين الملائمة للموضوع . وفي
كلتا الحالتين على المحكمين أن يأخذوا بنظر الإعتبار نصوص العقد والعادات التجارية .

وفي الإتفاقية العربية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1987 ، جاء في الفقرة الأولى
من المادة 21 مايلي : " تفصل الهيئة وفقا للعقد المبرم بين الطرفين ، وأحكام القانون الذي
اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنا إن وجد وإلا فوفق أحكام القانون الأكثر ارتباطا
بموضوع النزاع ، على أن تراعي قواعد الأعراف التجارية الدولية المستقرة . "

كما نصت الفقرة الأولى من المادة (33) من قواعد التحكيم التي وضعتها عام
1976 لجنة القانون التجاري التابعة للأمم المتحدة على أنه " تطبق هيئة التحكيم على
موضوع النزاع القانون الذي يعينه الطرفان ، فإذا لم يتفقا على تعيين القانون ، وجب أن

تطبق هيئة التحكيم القانون الذي تعينه قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها الواجبة التطبيق في الدعوى".

و أشارت الفقرة الثالثة من المادة المذكورة إلى أنه " وفي جميع الأحوال تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لشروط العقد وبمراعاة الأعراف التجارية السارية على المعاملة".

أما القانون النموذجي الذي وضعته كذلك لجنة القانون التجاري للأمم المتحدة عام 1985 ، فقد تطرق إلى مسألة القانون الواجب التطبيق من خلال المادة (28) التي تنص على مايلي "1 - تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع ، وأي اختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني ، يجب أن يؤخذ على أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس قواعد الخاصة بتنازع القوانين ، ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك .

2 - إذا لم يعين الطرفان أية قواعد ، وجب على هيئة التحكيم ان تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة انها واجبة التطبيق .

3 - لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع على أساس ودي إلا إذا أجاز لها الطرفان ذلك صراحة.

4 - وفي جميع الأحوال ، تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لشروط العقد وتأخذ في اعتبارها العادات المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري المنطبقة على المعاملة".

كذلك نجد قواعد التحكيم للغرفة التجارية الدولية لعام 1998⁴⁹⁴ ، جاء في المادة (17) منها " للأطراف حرية الاتفاق على القواعد القانونية الواجب على محكمة التحكيم تطبيقها على موضوع النزاع . فإذا لم يتفقوا على ذلك طبقت محكمة التحكيم القواعد التي تراها ملائمة.

2 - وفي كل الأحوال ، تأخذ محكمة التحكيم بعين الاعتبار أحكام العقد والعادات التجارية ذات الصلة .

⁴⁹⁴ قبل تعديل أحكام قواعد التحكيم للغرفة التجارية الدولية عام 1998 ، كانت تقضي المادة(13/3) ب" للطرفين ملء الحرية في تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع ، فإذا لم يحددها طبق المحكم قاعدة تنازع القوانين التي يراها ملائمة في هذا الخصوص". أما الفقرة الخامسة من نفس المادة كانت تنص على " يراعي المحكم في جميع الأحوال شروط العقد والعادات التجارية".

3 - لا تقضي محكمة التحكيم بصفقتها مفوضة بالصلح ، أو وفقا لقواعد العدل والإنصاف إلا إذا اتفق الأطراف على منحها هذه السلطات .

وأخيرا نشير إلى نص الفقرة السادسة (6) والسابعة (7) من المادة (19) من نظام مركز الوساطة لدى إتحاد المصارف العربية ، حيث جاء في الفقرتين مايلي : " للفريقين تحديد القانون الذي تطبقه هيئة التحكيم على النزاع فإن لم يحددها ، طبقت هيئة التحكيم قاعدة تنازع القوانين عند اللزوم ووفق ما تراه ملائما في هذا الخصوص . تراعي هيئة التحكيم في مطلق الأحوال أحكام العقد والعادات والأعراف المصرفية التجارية .

لنخلص إلى أن جميع الاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم المعروفة دوليا تكرس حرية الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على نزاعاتهم المعروضة على المحكم ، وفي حالة عدم الاتفاق على ذلك ، فما على المحكم سوى تطبيق القانون الملائم لموضوع النزاع مع مراعاة العادات والأعراف الدولية المستقرة في التعامل التجاري الدولي والتي تخص موضوع النزاع في الحالات المماثلة⁴⁹⁵ .

المطلب الثالث

موقف المشرع الجزائري من مسألة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

تنص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف ، وفي غياب هذا الإختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة ."

نجد من خلال هذا النص أن المشرع قد تبنى نفس الموقف الذي تبنته الاتفاقيات وقواعد التحكيم الدولية في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي ، من خلال إعطاء الأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وإلا حكمت محكمة التحكيم بالقوانين والأعراف التي تراها ملائمة .

⁴⁹⁵ LOUKAS MISTELIS & STAVORS BREKOULAKIS , arbitrability international & comparative perspective , wolter kluwer, p 129 – 130 .

ونجد أيضا نفس الموقف لدى المشرع الفرنسي من خلال المادة 1496، والقانون الجيبوتي لعام 1984 من خلال نص المادة 13 منه ، والقانون الأردني الجديد رقم (31) لسنة 2001 في المادة 36 /ج التي تنص على " في جميع الأحوال يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد موضوع وتأخذ في عين الاعتبار الأعراف الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين " كما أن المشرع المغربي أقر نفس الإتجاه في الفصل 44 - 327 فقد نصت الفقرة الثانية من هذا الفصل بأنه " في جميع الأحوال ، تأخذ الهيئة التحكيمية بعين الاعتبار مقتضيات العقد الذي يربط بين الأطراف والأعراف والعادات السائدة في ميدان التجارة " والمشرع المصري من خلال المادة 3139 من قانون التحكيم رقم 94 /27 .

وتجدر الإشارة إلى أنه وبالنسبة للقانون السويسري في القانون الفيدرالي المتعلق بالقانون الدولي الخاص الصادر في 18 /12 /1978 ، قد نص في المادة 187 / 1 " تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي اختارها الأطراف أو في حال انتفاء هذا الخيار وفقا لقواعد القانون الأكثر إرتباطا بالقضية ."

يرى الفقهاء أن عدم ذكر قواعد العرف والعادات الموجودة في التعامل التجاري ، لا يعني أن المحكم يجب ألا يأخذ ذلك عين الإعتبار بل يصار إلى التفسير الواسع للنص⁴⁹⁶ .

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على الاجراءات

لقد تباينت المواقف حول القانون الواجب التطبيق على الإجراءات التحكيمية ، سواء على الصعيد الدولي أو الوطني ، خصوصا مع الإختلاف حول الطبيعة القانونية للتحكيم بين النظرية التعاقدية والقضائية . لذا سيكون هذا المبحث محل الدراسة بموجب مطلبين ، الأول لموقف الفقه والأحكام الدولية ، والثاني لموقف المشرع الجزائري من ذلك .

⁴⁹⁶ د/ فوزي محمد سامي ، مرجع سابق ، ص 202 .

المطلب الأول

موقف الفقه والأحكام الدولية

لقد انقسم الفقه إلى رأيين بمناسبة البحث عن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم والتي تبدأ منذ إبداء أحد أطراف النزاع رغبته في فض النزاع عن طريق التحكيم لحين إصدار قرار التحكيم بصيغته النهائية .

فالرأي الأول يذهب إلى ربط التحكيم وإجراءاته بمكان التحكيم ، أي أن الدولة المنعقد فيها التحكيم يكون قانونها هو محل التطبيق بالنسبة للإجراءات .

أما الرأي الثاني ، فيذهب إلى ربط التحكيم وإجراءاته بإرادة الأطراف بالنسبة لقواعد تنازع القوانين على الصعيد الدولي ، بحيث إذا كيف التحكيم على أنه تصرف اتفاقي فالقانون الواجب التطبيق يكون هو الذي اختاره الأطراف ، أما إذا كيف على أنه تصرف قضائي أو إجرائي ، فهنا لا بد من خضوع التحكيم إلى قانون المكان الذي يجري فيه التحكيم وكما سبقت الإشارة أن الأمر يختلف في التحكيم الحر عنه في التحكيم المؤسسي ، ذلك أنه في الأول يكون لإرادة الطرفين دور هام في اختيار القواعد القانونية أو القانون الذي تخضع له الإجراءات التحكيمية ، فقد يختار الأطراف قواعد متفرقة مأخوذة من بعض القواعد الدولية المعروفة في مجال التحكيم التجاري الدولي ، كما يكون قسم منها من قواعد التحكيم التي أصدرتها لجنة القانون التجاري التابعة للأمم المتحدة ، وقسم آخر من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية ، وأخرى من قواعد أحد مراكز التحكيم⁴⁹⁷ . كما يذهب هذا الرأي أن القانون الواجب التطبيق يمكن تعيينه بشكل غير مباشر، وذلك عندما تختار الأطراف قانون بلد ما الذي يفترض معه أن تلك الأطراف قبلت ضمناً بالقواعد الخاصة بتنازع القوانين لذلك البلد ، وبالتالي معرفة القانون الواجب التطبيق طبقاً لقواعد الإحالة أو الإسناد لقانون ذلك البلد .

⁴⁹⁷ د/ أبو زيد رضوان ، الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي ، القسم الثالث (القانون الذي يحكم النزاع) مجلة الحقوق والشرعية ، السنة الثالثة ، العدد الثاني ، الكويت ، جويلية 1979 ، 38 . نقلاً عن فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 167 .

أما في حالة عدم الإتفاق على قواعد أو قانون معين الذي يحكم الإجراءات التحكيمية فإنه يتم تفويض المحكم أو المحكمين صراحة أو ضمنا لذلك .

وفي نصوص القانون النموذجي الذي وضعته اليونسترال تحت عنوان تحديد قواعد الاجراءات نجد المادة 17 التي جاء فيها :

" مع مراعاة هذه القواعد ، يجوز لهيئة التحكيم أن تسيّر التحكيم على النحو الذي تراه مناسباً ، شريطة أن يعامل الأطراف على قدم المساواة وأن تتاح لكل طرف ، في مرحلة مناسبة من الإجراءات فرصة معقولة لعرض قضيته وتسيير هيئة التحكيم لدى ممارستها صلاحيتها التقديرية الإجراءات على نحو يتفادى الابطاء والانفاق بلا داع ، ويكفل الإنصاف والكفاءة في تسوية المنازعات بين الأطراف ." .

أما في الثاني فإن الأطراف يعبرون في الغالب عن إرادتهم في ايجاد حل للنزاع وفقا لقواعد التحكيم لإحدى المؤسسات أو لمراكز التحكيم ، خاصة في حالة سكوت الأطراف بالنسبة لهذا الأمر ، بمفهوم المخالفة أنه في حالة اتفاق الأطراف على اختيار قواعد قانونية معينة لتطبيقها على الإجراءات حتى في هذا التحكيم ممكن⁴⁹⁸ .

والملاحظ أن مثل هذه السلطة لا يمكن أن نجدها لدى القاضي في المحاكم العادية ، ذلك أنه ملزم بتطبيق قانون الإجراءات في البلد الذي يمارس فيه سلطته .

وخلاصة القول، أنه إذا اتفق أطراف النزاع على القانون أو القواعد التي تطبق على إجراءات التحكيم انتهى الأمر، أما إذا لم يتفقا على ذلك لكن اتفقا على تعيين مكان للتحكيم ، فإن قانون إجراءات ذلك المكان هو الذي يجري بموجبه التحكيم ، و نفس الحكم في حالة عدم تعيين مكان للتحكيم ، فإن المكان المذكور يعين من قبل المحكمين وبالحدود التي تسمح به قواعد الإسناد لذلك البلد .

⁴⁹⁸ د/ فوزي محمد سامي ، مرجع سابق ، ص 166 - 167 .

كما لنا في ذلك بعض الاتفاقيات والتي نشير إلى أحكامها فيما يلي :

1 - بروتوكول جنيف لعام 1923 :

نجد أن أحكام هذا البروتوكول تؤكد دور الأطراف في تحديد الإجراءات التي يجب اتباعها في التحكيم ، حيث نصت المادة الثانية (2) منه على أن " إجراءات التحكيم بما في ذلك تشكيل هيئة التحكيم تحدد بإرادة الأطراف وبقانون البلد الذي يجري على إقليمه التحكيم".

2 - اتفاقية نيويورك لعام 1958 :

لقد جاء في المادة الخامسة (5) من الاتفاقية في فقرتها (4) أن للقاضي الذي يطلب منه الإعراف وتنفيذ قرار التحكيم الأجنبي ، أن يرفض الإعراف وتنفيذ القرار المذكور إذا كان تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم لا تتطابق مع اتفاق الأطراف ، أو مع قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم في حالة عدم وجود الإتفاق بين الأطراف على تشكيل هيئة التحكيم أو الإجراءات الواجب اتباعها في عملية التحكيم .

ويجد هذا المبدأ أهميته في تطبيق الإجراءات التي نصت عليها قواعد التحكيم المعروفة دوليا ، ذلك أنه عندما يختار الأطراف تطبيق قواعد إحدى المؤسسات التحكيمية ، فإنهم يختارون قواعد عرفية دولية جرى التعامل بها وتواتر الأخذ بأحكامها على صعيد المعاملات التجارية الدولية⁴⁹⁹ .

3 - الإتفاقية الأوروبية لعام 1961 :

إن ما يلاحظ على هذه الاتفاقية أنها أعطت الحرية للأطراف في تحديد قواعد الاجراءات التي يسير على هداها المحكمون ، وقد أكدت أيضا على حرية الأطراف في اختيار نوع التحكيم وذلك من خلال المادة الرابعة منها .

⁴⁹⁹ د/ فوزي محمد سامي ، مرجع سابق ، ص 181 .

كما لا بد من الإشارة إلى بعض العقود النموذجية التي تشير إلى إجراء التحكيم عند حدوث خلاف عن العقد وفقا لقواعد التحكيم المعروفة حتى و إن كان التحكيم خاصا ، مثال ذلك مانصت عليه العقود النموذجية التي أعدتها اللجنة الإستشارية القانونية الآسيوية الإفريقية لبعض البيوع الدولية مثل البيع فوب والبيع سيف ، فقد جاء في كل من العقدين المذكورين بأنه وفقا لقواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي يتم حل النزاعات الناشئة .

وهناك اتفاقيات دولية تنظم مختلف النشاطات التجارية التي تخص دول متعددة تنص على إخضاع المنازعات الناشئة عن تلك المعاملات إلى التحكيم الذي يجري من قبل هيئات ومؤسسات تحكيمية تنشأ طبقا لما جاء في تلك الإتفاقيات ⁵⁰⁰.

يضاف إلى ذلك ما نصت عليه اتفاقية واشنطن لعام 1965 والخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى ، حيث جاء في المادة الأولى منها على إنشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات الخاصة بالإستثمارات ، ووضحت المادة 44 من الإتفاقية المذكورة كيفية اتباع الإجراءات الخاصة بالتحكيم وذلك بتطبيق ما جاءت به تلك الإتفاقية ، إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك .

أما على المستوى العربي فنشير إلى ما جاء في ميثاق الصندوق العربي للإنماء الإقتصادي والإجتماعي حول اللجوء إلى التحكيم في حسم المنازعات التي قد تحدث بين الصندوق والمقترض ، وهذا الشرط يوضع في جميع الاتفاقات الخاصة بالقروض التي يعقدها الصندوق ، و قد ورد في الميثاق تفاصيل حول كيفية التحكيم وإجراءاته .

كذلك ما جاء في الإتفاقية الموحدة لاستثمارات رؤوس الأموال العربية والتي أصبحت نافذة المفعول منذ عام 1981 ، التي نصت على حل المنازعات الخاصة

⁵⁰⁰ كالاتفاقية الدولية لنقل البضائع بالسكك الحديدية المعروفة باسم اتفاقية " سيم " .

بالإستثمارات عن طريق التوفيق أو التحكيم كما وضعت قواعد وإجراءات للتحكيم في هذا المجال وذلك من خلال المادة (25) .

المطلب الثاني

موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق على الاجراءات التحكيمية وحرية الأطراف في ذلك

الفرع الأول

موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق على الاجراءات التحكيمية

نجد أن القانون الجزائري ينص على أن للأطراف يمكنهم الإشارة في اتفاقهم إلى نظام تحكيمي أو إلى قانون إجراءات .

وفي حال لم ينص الأطراف على الإجراءات الواجب اتباعها ، ولم يحصل اتفاق بين الأطراف عليها ، تتولى المحكمة التحكيمية تحديد الإجراءات مباشرة أو بالإستناد إلى قانون أو نظام تحكيمي كلما تطلبت الحاجة ذلك .

وبهذا يكون التحكيم حرا غير مرتبط بأي قانون إجرائي . لكن الفقه⁵⁰¹ انتقد هذه الحرية المطلقة في تحديد قواعد اجراءات المحاكمة . ويقول الفقه أن تدخل أو رقابة مركز تحكيمي دائم على إجراءات المحاكمة بدءا بتشكيل المحكمة التحكيمية حتى صدور القرار التحكيمي ، يمكن أن يكون مناسبة لمشاكل يمكن ان تؤدي إلى نزاع قضائي ، في حين أن أهداف التحكيم البساطة والسرعة والفعالية .

وفيما يتعلق ببدأ الإجراءات التحكيمية ، فيعتبر المشرع الجزائري أن الدعوى التحكيمية عالقة عندما يرفع أحد الأطراف دعوى أمام المحكم إذا كان معينا في الإتفاقية أو عندما يباشر في تأسيس محكمة التحكيم .

⁵⁰¹ MOHAND ISSAD , OP , CIT , P 396 .

كما ينص المشرع الجزائري على أنه " يكون القاضي غير مختص للفصل في الموضوع متى كانت دعوى التحكيم معلقة " .
وبالتالي تصبح المحاكم القضائية غير مختصة للنظر في موضوع النزاع بمجرد أن يبدأ الأطراف في إجراءات التحكيم .

لكن ما يعاب على النص على أنه يشكل ثغرة ، إذ أنه لا يتضمن تحديدا دقيقا لتوقيت التعليق بإعلانه إن القاضي يصبح غير مختص " متى كانت دعوى التحكيم معلقة " .
وهذا الأمر غير اعتيادي في مجال التحكيم ، فأغلب القوانين تقضي بكفاية بوجود العقد التحكيمي لرفع يد القضاء عن النزاع ، وعندما تنظر المحكمة القضائية في نزاع انفق فيه الأطراف على حله عن طريق التحكيم ، تعلن المحكمة القضائية عدم اختصاصها وتحيل الأطراف إلى التحكيم .

ومن ناحية أخرى ، يقضي المشرع الجزائري بصلاحيه المحكمين للنظر في اختصاصهم لذا يرى الفقه⁵⁰² أن تطبيق هاتين المادتين حرفيا يمكن أن يؤدي في بعض الحالات إلى تنازع اختصاص ما بين القضاء والتحكيم . والحل المقابل لذلك هو إعطاء تفسير منطقي لهاتين المادتين ، واعتبار وجود الإنفاق التحكيمي كاف لرفع يد القضاء عن النزاع ، و فيمكن لكل طرف عندما لا يكون التحكيم من مصلحته أن يتوجه إلى القضاء العادي في حال كل تفسير مخالف ، مما يؤدي إلى عرقلة الإجراءات التحكيمية .

وفي هذا الصدد أعطى بعض الفقهاء حلا لتنازع الاختصاص مرتكزين في ذلك على التناقض الوارد في قانون التحكيم الجزائري والمادة 2 الفقرة 3 من معاهدة نيويورك لسنة 1958 ، مستنتجين من هذه الفقرة الأخيرة أنه عندما يكون اتفاق التحكيم قائما بين الأطراف فعلى المحاكم الوطنية أن ترجع الأطراف إلى التحكيم ، إلا اذا لاحظت أن هذا الاتفاق باطل لا أثر له أو غير قابل للتطبيق⁵⁰³ .

⁵⁰² د/ عبد الحميد الأحمد ، التحكيم الدولي ، مرجع سابق ، ص 376 .
⁵⁰³ د/ عليوش قريوع كمال ، مرجع سابق ، ص 46-47 .

وبما أن المادة 123 من الدستور الجزائري تنص على " المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسموا على القانون " ففي هذه الحالة يجب تطبيق المادة 2 الفقرة 3 من معاهدة نيويورك ، وبالتالي إحالة أطراف النزاع إلى التحكيم حتى قبل أن تكون دعوى التحكيم عالقة .

الفرع الثاني

القانون المطبق و حرية الأطراف في إجراءات التحكيم و نظام تحكيم دوكدكس

البند الأول

القانون المطبق وحرية الاطراف في اجراءات التحكيم

يملك الأطراف الحرية تعيين القانون المطبق على العقد التحكيمي، فإذا لم يعينوه طبق قانون مكان التحكيم ، كما يملك الأطراف تعيين اجراءات التحكيم ، فإذا لم يعينوها أو لم يعينوا قانونا للإجراءات طبق قانون إجراءات مكان التحكيم ؛ ولكن القانون المطبق يتضمن إجراءات للتحكيم، فهل تطبق هذه الاجراءات أو تلك الواردة في قانون الإجراءات المطبق ؟

وبصياغة أخرى إذا تناقض القانون المطبق على العقد التحكيمي مع القانون المطبق على الإجراءات التحكيمية ، فما هو الذي يؤخذ به في التحكيم الدولي ؟
فإذا كان القانون المطبق على العقد لا يعتبر الشرط التحكيمي صحيحا إلا إذا عين أسماء المحكمين ، فهل يكون الحكم التحكيمي الذي يصدر مبنيا على شرط تحكيم مخالف لهذه القاعدة غير قابل للتنفيذ ، لمخالفته القانون المطبق على العقد التحكيمي أو مخالفته النظام العام للبلد ؟

إذا كان الحكم التحكيمي في هذا الوضع غير قابل للتنفيذ فما معنى فائدة الفقرة 4 من المادة 5 من اتفاقية نيويورك التي تعطي الأطراف حرية وضع إجراءات التحكيم أو تعيين قانون لإجراءات التحكيم . ما ينطبق على التساؤلات من حلول هو ما قيل حول التعليق على موقف المشرع الجزائري من ثغرات وحلول فقهية قبل حين .

البند الثاني

نظام تحكيم دوكدكس

إذا كان التحكيم يلعب دورا كبيرا في تسوية المنازعات المصرفية بما فيها المتعلقة بالاعتمادات المستندية خصوصا عبر مراكز التحكيم المؤسسي ، فإن مركز التحكيم التابع لغرفة التجارة الدولية يعتبر أهم مركز للتحكيم المؤسسي على المستوى العالمي . حيث أن الغرفة التجارية الدولية ظلت ومازالت تقوم بكل كفاءة باصدار التعليمات والأنظمة واللوائح التي تنظم كل ما يتعلق بالإعتمادات المستندية والضمانات المصرفية عبر لجانها الفنية ، فأصدرت نظام خاص للتحكيم في المنازعات التي تطرأ بين الأطراف عند استخدامها للوائح المنظمة للاعتمادات المستندية هو نظام " دوكدكس " من أجل توفير تخصصية و فنية أكثر⁵⁰⁴ .

ووفقا للنظام المذكور يجوز لأي طرف أن يتقدم بطلبه الشكوى إلى الغرفة التجارية الدولية متضمنا تفاصيل الشكوى، وما يطلبه الطرف الآخر من حقوق ، فنقوم غرفة التجارة الدولية بإحالة هذه الشكوى إلى هيئة خبراء (ثلاث خبراء) يتم اختيارهم عبر لجنة الممارسات المصرفية التي تضم خبراء مصرفيين وقانونيين و تجار من المستوردين والمصدرين . ويشترط في هؤلاء الخبراء التزام السرية والاستقلالية شأنهم شأن باقي المحكمين .

تقوم هيئة التحكيم وفقا لنظام تحكيم دوكدكس باستلام الشكوى وإحالتها للرد عليها ، ويتم تداول الطلبات والردود والإضافات بين الأطراف ، وكل هذه الإجراءات تتم وفق تواريخ محددة يجب الإلتزام التام بها ، ثم تقوم لجنة الخبراء في خلال فترة لا تتعدى 30

⁵⁰⁴ د/ عبد القادر ورسمه غالب ، منشور يوم 02/13 /2014 بجريدة عمان ، الملحق الاقتصادي ص 8 .

يوما بتقديم مسودة قرارها التحكيمي إلى المركز ، وبموجب النظام المذكور يجوز للمركز الإستعانة برأي الخبير الفني التابع للجنة الممارسات المصرفية والتشاور معه قبل إصدار القرار النهائي لتحقيق درجة عالية من المهنية .

وبعد صدور القرار النهائي ، يخطر الأطراف ويتم وضع النسخة الأصلية من القرار النهائي في مركز التحكيم بالغرفة لمدة عشر سنوات ، ويمكن الإستفادة من هذا الحكم كسابقة في المنازعات المماثلة ، بل قد يستفاد منها في تعديل اللوائح الصادرة عن غرفة التجارة الدولية إذا لزم الأمر⁵⁰⁵ .

⁵⁰⁵ د/ عبد القادر ورسمه غالب ، مرجع سابق .

خاتمة

خاتمة

تركزت دراستنا كما تجلى من خلال القسمين المكونين لهذا العمل المتضمن التحكيم في الاعتماد المستندي ، وقد ابتغينا بهذه الدراسة الوقوف على أحكام التحكيم عموما ثم اسقاط تلك الأحكام على عملية الإيعتماد المستندي باعتباره عملية بنكية و تبيان آثار اتفاق التحكيم عليه نظرا لخصوصيته ، ثم التطرق إلى إجراءاته .

فقد تناولنا في القسم الأول ماهية التحكيم وشروطه مرورا إلى آثاره . التحكيم هو نظام خاص للتقاضي ، ينشأ من الاتفاق بين الأطراف المعنية على العهدة الى شخص أو أشخاص من الغير بمهمة الفصل ف المنازعات القائمة بموجب قرار نهائي، وإذا تعلق الأمر بالاعتماد المستندي ، فيكون ذلك النظام القانوني الذي يجيز لأطرافه (البنك ، العميل الأمر المستفيد) اللجوء إليه عند حدوث نزاع سواء في مستقبل العلاقة أو حاضرها وفقا لنص يتضمنه الاعتماد المستندي باعتباره آلية لتمويل عقود التجارة الدولية أو مستقلا عنه يسعى أطرافه إلى حل نزاعهم وفقا لمقتضيات الأعراف الدولية والعدالة ، وقد يعهدوا وقد يعهدوا بذلك إلى مؤسسة أو مركز أو أشخاص مستقلين ، ويتمتع ما يصدر عنهم بحجية الأمر المقضي .

كما يتمتع اتفاق التحكيم بذاتية مستقلة فيما يتعلق بطبيعته القانونية ، ذلك أنه ليس عقد بجوهره ، بدليل عدم وجوده في التحكيم الإلزامي ، كما أن المحكمون لا يعينون دائما باتفاق الأطراف أو بواسطتهم ، كما لا يندمج في قضاء الدولة الذي يسعى إلى تحقيق مصالح اجتماعية ، بينما التحكيم يسعى لتحقيق مصالح اقتصادية لخلق تعايش سلمي بين أطراف النزاع ، واستئنائه في مجال المعاملات التجارية الدولية لخصوصيته ، ذلك أن التحكيم لا يجد مأواه فقط في قوانين الدولة ، بل أيضا في الموائيق والمعاهدات ، ليكن من الإجحاف محاولة إلحاقه وضمه إلى غير طبيعته المستقلة .

كما يتمتع نظام التحكم بمزايا تجعل منه وسيلة حتمية لا بديل عنها - بغض النظر عن بعض المعارضين - فتعتبر السرية من أهم مزايا التحكيم التي تميزه عن قضاء الدولة ، حفاظا على العملاء وأسرار البنوك من الإضطرابات الإقتصادية والمساس السمعة .
والحرية التي يحظى بها الأطراف في ظل قضاء التحكيم من لحظة الاتفاق عليه إلى مرحلة ما بعد صدور القرار التحكيمي . إضافة إلى كون اعتبار قضاء التحكيم قضاء متخصص ، ذلك أن هناك هيئات تحكيمية متخصصة في منازعات الإعتماد المستندي وعلى رأسها نظام تحكيم دوكدكس الذي من شأنه خلق عدالة تحقق رغبات الخصوم عند تنفيذ الإعتماد ، أو تسوية مسائل فنية وتقنية لا تستدعي حلها بواسطة المحاكم .

كما يمتاز قضاء التحكيم بالمرونة ، ذلك أن المحكم لا يتقيد بقواعد إجرائية إلزامية مع عدم الإخلال بالمبادئ الأساسية للتقاضي .

ويعتبر مصير الإتفاق التحكيمي غير مرتبط بمصير العقد الأصلي (عقد الأساس) في حالة ما إذا كان هذا الأخير خارج مرحلة النفاذ أو كان باطلا أو تم فسخه ، أو أن الالتزامات الناشئة عن العقد الأصلي تم تجديدها ، بل حتى إذا تم التوصل إلى تسوية الحقوق الواردة في العقد الأصلي لا يؤدي بالضرورة إلى انقضاء شرط التحكيم .

ومن شأن تكريس هذا الاستقلال الذي تبنته معظم أنظمة التحكيم الدولية منها والوطنية حماية العملية التحكيمية من أي مماطلة التي قد تكون سلاح خطير بين أيدي سيئ النية .

وإعمالا لقاعدة اختصاص المحكم للنظر لإختصاصه المتولدة عن مبدأ الاستقلالية الذي يشكل مضلة واقية للسير بالتحكيم ، يجب أن تفصل عن عقد الأساس بشكل قاطع من أجل النظر أيضا بصحة العقد التحكيمي .

وإذا شاب اتفاق التحكيم بعض الغموض الذي يحتمل عدة تفسيرات ، بأن يكون ظاهر النص لا يوحي بما قصده الطرفان لوجود تناقض او عدم تماسك الشروط التحكيمية ، أو انعدام فعاليتها ، فهنا لابد من التوصل إلى الإرادة المشتركة للأطراف دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، حتى يكون اتفاق التحكيم صحيحا وناظدا .

وليكون اتفاق التحكيم منتجا لآثاره القانونية ، ينبغي توفر الشروط الموضوعية التي تسري على أي تصرف قانوني ، بحيث لا بد من وجود الإرادة المعبر عنها صراحة أو ضمنا بإدراك الأثر المترتب على اختيار التحكيم كوسيلة لحسم منازعاتهم ، فلا يكون اتفاق التحكيم موجودا إذا رفض العميل صياغة الايجاب المقدمة من قبل العميل لتسوية المنازعات فيما بينهم عن طريق التحكيم ، أو صدر منه قبولا ينطوي على تعديل مضمون الايجاب . كما تعتبر أهلية التصرف بالنسبة للشخص الطبيعي من أهم شروط صحة العقد ، فإذا كان الشخص (العميل الأمر والمستفيد إذا كانوا أشخاص طبيعيين) قاصرا أو محجورا عليه فإنه لا يملك أن يكون طرفا في اتفاق التحكيم ، أما النائب عنه فلا يتجلى له ذلك إلا بعد الحصول على إذن بذلك من المحكمة المختصة .

والشخص المفلس طبيعيا كان أو اعتباريا ، فإنه ممنوعا من التصرف في حقوقه ، لذا فليس له الحق بالاتفاق على التحكيم ، وإلا فلا يسري في مواجهة جماعة الدائنين . ويكون القانون الشخصي هو الساري المفعول فيما يتعلق بالأهلية، سواء كان قانون الجنسية أو الموطن .

كما يكون للبنوك باعتبارها أشخاص اعتبارية الحق في اللجوء إلى التحكيم مع أي طرف محلي كان أو دولي ، ومباشرة كافة الأعمال لتحقيق الأهداف المنشودة من انشائها ، ويكون أيضا القانون الساري بشأنها هو القانون الشخصي الذي قد يكون قانون مركز الادارة الرئيسي أو قانون مكان ممارسة نشاطه ، ويترتب على انعدام أهلية الشخص الاعترافي وفقا لإتفاقية نيويورك عدم الاعتراف بالحكم وتنفيذه . كما أعطت تشريعات

بعض الدول الحق للدولة والأشخاص العامة في اللجوء إلى التحكيم لكن في إطار علاقاتها الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية فقط ، وهذا ما كرسه المشرع الجزائري.

كما يشترط أيضا لصحة اتفاق التحكيم أن يكون محله موجودا أو قابلا للوجود ، و ألا يكون مخالفا للنظام العام ، إضافة إلى ركن السبب الذي يفترض أن يكون مشروعاً .

أما الشروط الشكلية فتتمثل في الكتابة و التي تتحقق في طلبات فتح الاعتماد المستندي بوضع البنك في تلك الطلبات شرط التحكيم ، ويوقع عليه ممثل البنك والعميل ، أو متى أحال البنك الى شروط عامة متضمنة شرط التحكيم في إي نزاع دائر بين البنك والعميل ، ومتى تتحقق العلم بوجود هذا الشرط اكتسب قوته ونفاذه ، كما تتحقق من خلال المراسلات بشتى الوسائل الاتصالية .

ثم تم التطرق إلى آثار اتفاق التحكيم الوارد في عقد الأساس وإمكانية الإحتجاج به ، والإتفاق الوارد في عقد الإعتماد المستندي .

أما الفرض الأول فيكون في الحالة التي يتفق فيها العميل الأمر والمستفيد في عقد الأساس المبرم بينهما على أن كافة المنازعات الناشئة عن تنفيذ بنود هذا العقد يتم الفصل فيها عن طريق التحكيم ، فيطلب المستفيد من البنك قيمة الاعتماد ويعترض العميل الأمر على ذلك فيثور نزاع بينهما . وتطبيقا للإجماع الفقهي والقضائي فإنه لا يجوز التمسك بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس تطبيقا لمبدأ نسبية شرط التحكيم ، كونه يشكل قييدا على حق المستفيد في المطالبة بقيمة الإعتماد .

بينما الفرض الثاني يكون في صورة اتفاق البنك المنشئ والمستفيد على عرض المنازعات التي تنشأ بينهم على التحكيم ، فاذا كان الاتفاق على التحكيم قبل نشوء النزاع فليس للبنك الإحتجاج بمجرد وجود شرط التحكيم للإمتناع عن الوفاء بقيمة الإعتماد عندما يطلبه المستفيد إلا فيما يتعلق بالغش والتعسف الظاهر الصادر من المستفيد . ذلك أن طلب

البنك من المستفيد اللجوء إلى التحكيم أولاً والحصول على حكم لصالحه حتى يوفي بقيمة الإعتقاد ، فإنه يجعل من حكم التحكيم مستندا وشرطا للوفاء .

كما أن القول بمجرد الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم يعد سببا يمكن أن يرتكن إليه البنك للإمتناع عن الدفع يفتقر إلى المنطق القانوني الصحيح ، لأن اختيار التحكيم كوسيلة لحل النزاعات ما هو إلا تحديد الإجراء لحماية الحق الموضوعي شأنه شأن الدعوى القضائية .

أما في حالة الاتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع ، فلا يدفع البنك قيمة الإعتقاد إلا صدور حكم التحكيم لصالح المستفيد ، ليتحول إلى إعتقاد مشروط لكن بإرادة الطرفين بخلاف الحالة الأولى .

ويعتبر التحكيم في الإعتقاد المستندي النموذج الأمثل للتحكيم المتعدد الأطراف ، بأن يوقع جميع أطراف الإعتقاد شرط تحكيم واحد ، يعرض بموجبه أي نزاع عن أي علاقة على هيئة تحكيم واحدة ، إلا أن الأمر من الناحية العملية نادر الوقوع .

أما الجزء الثاني من البحث ، فخصصناه لإجراءات نظر النزاع وإصدار حكم التحكيم وعند الحديث عن إجراءات نظر النزاع فلا بد من الإشارة إلى محكمة التحكيم الممثلة في محكميها ، الذين ينبغي أن تتوفر لديهم الأهلية القانونية اللازمة إضافة إلى حياده و استقلاله وعدم انحيازه كما والقدرة على رؤية وجه كل حقيقة ، وعلى إبقاء ذهنه مفتوحا حتى نهاية الإجراءات التحكيمية ، كما يشترط أن يكون عددهم وترا من أجل تفادي صعوبة إصدار الحكم التحكيمي في حالة تساوي الأصوات ، إلا أن هذه القاعدة يمكن الإتفاق على خلافها .

ويتم تعيين المحكمين إما عن طريق أطراف التحكيم أو عن طريق محكمة قضائية مختصة أو سلطة أخرى تحددها الدولة ، أو عن طريق هيئات التحكيم الدولي الدائمة أو شخص من الغير . يكون هؤلاء المحكمون عرضة للرد أو العزل عند عدم توفرهم على المؤهلات المطلوبة أو الشك في وحيادهم .

ثم بعد ذلك تطرقنا إلى الخصومة التحكيمية المتمثلة في تقديم طلب التحكيم وفقا للشروط المتفق عليها ، ومراعاة المبادئ الأساسية للتقاضي التي يجب احترامها بأي حال من الأحوال . ولا بد من اثبات الحق المدعى به بمختلف الوسائل المتاحة المكتوبة منها وغير المكتوبة . لتنتهي الإجراءات بحكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي بأغلبية من هيئة التحكيم والمستوفي لجميع بياناته ، فاصلا كليا أو جزئيا في المسائل المتنازع عليها في المدة المحددة .

ويبقى الحكم أو القرار التحكيمي متمتعا بالحجية ولو لم يصدر الأمر بتنفيذه ما لم ترفع بشانه دعوى بطلان بتوفر سببا من أسبابه القانونية ، أو الحكم التحكيمي العائد لإجراءات التحكيم ، كقرارات المحكم التي تأمر بتدابير تحفظية أو التي تدقق في تحقيقات أو إثباتات . لكن لا يمكن تنفيذ الحكم التحكيمي إلا بعد الإعراف به في البلد المراد تنفيذه فيه ، وذلك بمقتضى الاتفاقيات الدولية الجماعية و الإتفاقيات الاقليمية بشرط ألا يكون مخالفا للنظام العام الدولي .

أما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على النزاع من حيث موضوعه ، فالأصل هو تطبيق قانون المكان الذي فيه المصرف أو الفرع الذي يقوم بتنفيذ العملية في العلاقة بين المصرف والمستفيد ، كما قد يكون مكان تنفيذ الإعتماد هو المكان الذي فتح فيه الإعتماد ، أما في حالة تعدد المصارف فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون المصرف المنفذ إلا في حالة الإعتماد الدائر ، والعمليات المتعلقة بالرجوع بين المصرف والعميل ، إضافة إلى العملة الواجب الوفاء بها .

أما بالنسبة للإجراءات التحكيمية، فإنه إذا اتفق أطراف النزاع على القانون أو القواعد التي تطبق على إجراءات التحكيم انتهى الأمر، أما إذا لم يتفقا على ذلك لكن اتفقا على تعيين مكان للتحكيم ، فإن قانون إجراءات ذلك المكان هو الذي يجري بموجبه التحكيم و نفس الحكم في حالة عدم تعيين مكان للتحكيم ، فإن المكان المذكور يعين من قبل المحكمين وبالحدود التي تسمح به قواعد الإسناد لذلك البلد .

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

المراجع العامة

- 1- ابن المنظور ، لسان العرب ، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والنشر ، ج 15.
- 2- أسامة أبو الحسن مجاهد ، التعاقد عبر الانترنت ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2002
- 3- د/ بودالي محمد ، مكافحة الشروط التعسفية في العقود (دراسة مقارنة) الطبعة الأولى دار الفجر للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 2007 .
- 4- د/ جليل الساعدي ، مشكلات التعاقد عبر شبكة الأنترنت ، مكتبة السنهوري ، بيروت 2011.
- 5- د/ عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المجلد الأول ، 1981 ،
- 6- د/ على على سليمان، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005
- 7- د/ فتحي والي ، مبادئ القضاء المدني ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، 1985
- 8- محمد ابن عرنوس ، تاريخ القضاء في الإسلام ، المطبعة المصرية الأهلية ، الطبعة الأولى.
- 9- د/ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية، 2001 ،
- 10- د/ وجدي راغب فهمي ، مبادئ القضاء المدني ، دار الفكر العربي ، الطبعة الأولى ، 1977 .

المراجع الخاصة :

- 1- د/ ابراهيم محمد العناني ، اللجوء إلى التحكيم الدولي العام والخاص ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، 2006 .
- 2- ابراهيم أحمد ابراهيم ، التحكيم التجاري الدولي ، النهضة العربية ، 2000 .
- 3- د/أبو زيد رضوان ، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، الطبعة الأولى ، 1981 .
- 4- د/ أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري والاجباري ، الطبعة الثانية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2008.
- 5- د/أحمد أبو الوفا ، التحكيم بالقضاء والصلح ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1994 .
- 6- د/أحمد السيد الصاوي ، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية ، الطبعة الثانية ، النهضة العربية ، 2002 .
- 7- د/أحمد عبد الحميد عشوش ، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمارات دار النشر مؤسسة الشباب ، الجامعة الاسكندرية ، 1990.
- 8- د/أحمد محمد عبد البديع شتا ، شرح قانون التحكيم ، الطبعة الرابعة ، بدون دار نشر ، 2009.
- 9- د/أحمد محمد مخلوف ، اتفاق التحكيم كاسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، 2001.
- 10- د/أحمد عبد الكريم سلامة ، التحكيم في معاملات المالية والداخلية والدولية ، دار النهضة العربية ، 2006 .
- 11- أشرف عبد العليم الرفاعي ، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2006.
- 12- د/اسماعيل علم الدين ، منصة التحكيم التجاري الدولي الجزء الأول ، شركة مطابع الطناني ، 1986.

- 13- د/السيد المراكبي ، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي ومدى تاثيره بسيادة الدولة الطبعة الثانية ، القاهرة ، 2010 .
- 14- د/ الوليد بن محمد على البرماني ، التحكيم في المنازعات البحرية ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، 2010.
- 15- أمينة خبابة ، التحكيم الالكتروني في التجارة الالكترونية ، رسالة ماجستير ، الطبعة الأولى دار الفكر والقانون 2010.
- 16- ايناس الخالدي ، التحكيم الالكتروني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2009 ، .
- 17- د/حسام محمد عيسى ، دراسات في الآليات القانونية للتبعية الدولية والتحكيم التجاري الدولي نظرية نقدية ، بدون تاريخ.
- 18- د/ حسنى المصري ، التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة - دار الكتب القانونية و دار شتات للنشر والبرمجيات (دون سنة نشر).
- 19- د/ حسين محمد بيومي على الشيخ ، التكييف الفقهي والقانوني للاعتمادات المستندية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2008 .
- 20 د/ حفيظة السيد حداد ، الموجز في التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2004
- 21 - د/ خالد ممدوح ابراهيم ، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الالكترونية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2008 .
- 22- د/رضا السيد عبد الحميد ، مسائل في التحكيم ، تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة والرقابة دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003.
- 23- د/ سامية راشد ، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، دار النهضة العربية ، 1984.
- 24- د/ سلطان عبد الله محمود الجواري ، القانون الواجب التطبيق على الحساب الجاري والاعتماد المستندي - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2010 .

- 25- د/سميحة القليوبي ، الأسس القانونية لعمليات البنوك ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، 2002 .
- 26- د/ سيد أحمد محمود ، نظام التحكيم –دراسة مقارنة – بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي ، دار النهضة العربية ، 2005 .
- 27- عاطف شهاب ، اتفاق التحكيم التجاري الدولي والإختصاص التحكيمي ، القاهرة ، دون سنة نشر .
- 28- د/عبد الحميد الأحمد ، التحكيم في البلدان العربية ، الكتاب الأول ، موسوعة التحكيم الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2009 .
- 29- د/عبد الحميد الأحمد ، التحكيم الدولي ، الكتاب الأول ، موسوعة التحكيم ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2008 .
- 30- د/عبد الحميد الأحمد ، وثائق تحكيمية ، الكتاب الثالث ، موسوعة التحكيم ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2008 .
- 31- د/عبد الباسط محمد عبد الواسع ، شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي - دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2014
- 32- د/ عصام عبد الفتاح مطر ، التحكيم الالكتروني ، دار النهضة ، 2009
- 33- د/ عكاشة عبد العال & مصطفى محمد الجمال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، الطبعة الأولى 1998، الإسكندرية
- 34- د/عبد الباري بن محمد على مشعل ، الإعتمادات المستندية (دراسة شرعية وفنية) ، دراسة أعدت بتكليف من لجنة الدراسات الشرعية أحد لجان المجلس الشرعي لهئية المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية ، 2001 .
- 35- د/عبد الحميد الشواربي ، عمليات البنوك في ضوء الفقه والتشريع ، منشأة المعارف ، 2006 .
- 36- د/عبد الكريم أحمد أحمد الثلايا ، تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في منازعات عقود الاستثمار ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، 2014

- 37- د/على جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، دار النهضة العربية
2002.
- 38- د/علي البارودي ، العقود وعمليات البنوك التجارية ، دار المطبوعات الجامعية ، كلية
الحقوق اسكندرية ، 2001.
- 39- د/عليوش قربوع كمال ، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر ، الطبعة الثانية ، 2004
ديوان المطبوعات الجامعية ، الساحة المركزية ، بن عكنون ، الجزائر
- 40- د/ فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة) ، الطبعة الرابعة ،
دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2010 .
- 41- د/ قادري عبد العزيز ، الاستثمارات الدولية ، التحكيم التجاري الدولي ، ضمان
الاستثمارات الطبعة الثانية ، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2006 .
- 42- د/ محسن شفيق ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، 1997
- 43- د/محمد ابراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني (الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات
الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، 2009
- 44- د/محمد السيد التحيوي ، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم دار المطبوعات الجامعية ،
الاسكندرية 2003
- 45- د/ محمد على صالح العوادي ، التحكيم في المعاملات المصرفية ، الطبعة الأولى ،
دار النهضة العربية ، 2010 .
- 46- د/محمود السيد عمر التحيوي ، قاعدة عدم افتراض الرضا بالإلتجاء للتحكيم ، دار
الجامعة الجديدة ، 2010 .
- 47- د/ محمود مختار البريري ، التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الثانية ، دار النهضة ،
2004
- 48- د/ محي الدين اسماعيل ، موسوعة أعمال البنوك من ناحيتين القانونية والعملية ، الجزء
الأول 1987 ، محمد شهاب ، أساسيات التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الأولى ، مكتبة
الوفاء القانونية ، 2009

- 49- د/محمود مختار البريري ، التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، 2004 ،
- 50- ممدوح عبد العزيز العنزي، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى ، 2006،
- 51-د/ نادر محمد ابراهيم ، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي ، دون دار نشر ، 1998
- 52-د/ ناريمان عبد القادر ، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، 1996
- 53- د/نبيل اسماعيل عمر ، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية ، الطبعة الثانية ، النهضة العربية ، 2005 ، .
- 54- د/ وائل حمدي أحمد ، التقاضي الالكتروني في العقود الإلكترونية ، دار الفكر القانوني الطبعة الأولى ، 2010
- 55- د/ يعقوب يوسف صرخوة ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية - دراسة مقارنة – الطبعة الأولى ، الكويت ، 1988 .

ثانيا : باللغة الأجنبية :

Ouvrages Généraux

- 1-CHIHAB GHZOUANI "le contrat de commerce electronique internatioale "1° edition , Latrach edition , 2011 ,.
- 2-Symon, (Letters of Credit : Fraud, Good Faith And the Basis to Injunctive) , 1980 , Tulaine

Ouvrages Spéciaux

- 1-D Antoine KASSIS , problème de base de l'arbitrage , Tome 1, Paris , 1987.
- 2-Dominique VIDAL , droit francais del'arbitrage et international , lextenco édition 2012.
- 3- fouchar, Gaillard, Goldman ,Traité de l'arbitrage commercial international.
- 4-GEORGES delaun , state contrats and transnational arbitration , the American journal of international law , rol 1981 ,R 785
- 5-JEAN froncois poudret & SEFASTIEN besson ,droit de larbitrage, 2nd edition , sweet & maxwell , 2007
- 6-LOUKAS MISTELIS & STAVORS BREKOULAKIS , arbitrability international & comparative perspective , wolter kluwe,1984
- 7-MOSTAFA TRARI-TANI ,droit algerien de l'arbitragecommercial internatioal , berti edition, alger,2007
- 8 -ROBER JOACHIM frick , Arbitration and complex international contrats , law library , 2001.

2 - الرسائل والمذكرات : أ /باللغة العربية :

- 1-د/ عصام صلاح أحمد اسماعيل ، أثر اتفاق التحكيم المدرج في الإلتزامات المصرفية .
- 2- د / بردان رشيد ، الإعتماد المستندي في إطار التطبيق التجاري الدولي ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في الحقوق ، 2007 – 2008 .
- 3- كريم بوديسة ، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، 2012 .

ب/ باللغة الأجنبية :

1-JULIE BOYELDIEU , l'endependance et l'impartialité des naux arbitres international , master2 , 2001

2- NICOLETTE KOST , « LE CONSENTEMENT A LA CONVENTION INTERNATIONAL D'ARBITAGE COMMERCIAL , mémoire grade de LLM , UNIV MOTREAL , 2005 .

3 - المجلات والدوريات :

- 1 - مجلة التحكيم ، العدد 8 وملحقه، لبنان ، 2010 ،
- 2- دراسات قانونية ، العدد الأول ، دار القبة للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2002 .
- 3- مجلة المفكر،العدد(9) جامعة محمد خيضر ببسكرة ، 2013 .
- 4- مجلة المفكر ، العدد (10) جامعة محمد خيضر ببسكرة 2014 .
- 5- مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية ، المجلد 27 ، العدد 3 ، 2011 .
- 5 - المجلة القضائية الجزائرية .
- 6 - المجلة الفرنسية الخاصة بالتحكيم ، العدد 02 - 07 و مجلة دالوز .

4 / الإتفاقيات و الأنظمة الدولية :

- قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي .
- الإتفاقية الأوروبية لسنة 1961 المعقودة في جنيف المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي .
- اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالإعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية .
- نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية .
- نظام إتحاد المصارف العربية .

5/ التشريعات :

- القانون 08 – 09 المؤرخ في 23 أبريل المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري .
- الأمر رقم 75 – 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري
- الأمر 75 – 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري .
- قانون المالية التكميلي لسنة 2009 الجزائري .
- المرسوم الفرنسي 2011 – 48 المعدل لقانون المرافعات الصادر في 13 / 01 / 2011.
- بعض التشريعات العربية والأوروبية .

6/ بعض المواقع الإلكترونية :

- [http : // www . squaretrade . Com / cnt / jsp / hlp / odr . jsp ? vhosted= tomcat 4&stmp=stmp=squaretrade &cate=3&ques=5](http://www.squaretrade.com/cnt/jsp/hlp/odr.jsp?vhosted=tomcat4&stmp=stmp=squaretrade&cate=3&ques=5)
- _ [http // www. Squaretrade . com / cnt / jsp / hlp / odr . jsp ; jsessionid= 8 z2tiu7pk1&cate = 1&ques=1](http://www.Squaretrade.com/cnt/jsp/hlp/odr.jsp;jsessionid=8z2tiu7pk1&cate=1&ques=1)
- _ [http // www . squaretrade . com / organization / user – agreement . jsp .](http://www.squaretrade.com/organization/user-agreement.jsp)
- _ [.WWW . LAWJO. NET](http://WWW.LAWJO.NET)

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

| | |
|----|---|
| 7 | مقدمة : |
| 13 | القسم الأول: التحكيم وأثره على الاعتماد المستندي |
| 13 | الباب الأول: ماهية التحكيم وشروطه |
| 13 | الفصل الأول: ماهية التحكيم |
| 14 | المبحث الأول: مفهوم التحكيم وطبيعته القانونية |
| 14 | المطلب الأول: مفهوم التحكيم و الوسائل البديلة لحسم المنازعات |
| 14 | الفرع الأول: مفهوم التحكيم |
| 17 | الفرع الثاني: الوسائل البديلة لحسم المنازعات |
| 17 | البند الأول: المفاوضات المباشرة |
| 19 | البند الثاني: الوساطة الالكترونية |
| 21 | الفرع ثالث: الأساس القانوني للتحكيم ومدى تأثيره بسيادة الدولة |
| 21 | البند الأول: الأساس القانوني للتحكيم |
| 27 | البند الثاني: مدى تأثير التحكيم بسيادة الدولة |
| 32 | المطلب الثاني: طبيعة التحكيم |
| 33 | الفرع الأول: الطبيعة التعاقدية للتحكيم |
| 36 | الفرع الثاني: النظرية القضائية |
| 39 | الفرع الثالث: النظرية المختلطة |
| 40 | الفرع الرابع: الطبيعة المستقلة |
| 42 | المطلب الثالث: تمييز التحكيم عن بعض الأنظمة المشابهة |
| 43 | الفرع الأول: التحكيم والتوفيق |
| 44 | الفرع الثاني: التحكيم والصلح |
| 44 | الفرع الثالث: التحكيم والوكالة |
| 47 | الفرع الرابع: التحكيم والخبرة |
| 49 | المبحث الثاني: حتمية التحكيم وأنواعه |
| 49 | المطلب الأول: حتمية التحكيم ومزاياه |
| 49 | الفرع الأول: حتمية التحكيم في الاعتماد المستندي بين المعارضة والتأييد |

| | |
|-----|---|
| 51 | الفرع الثاني :مزايا التحكيم..... |
| 56 | المطلب الثاني: أنواع التحكيم..... |
| 56 | الفرع الأول: التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي..... |
| 58 | البند الأول: المعيار القانوني كأساس لتدويل التحكيم..... |
| 61 | البند الثاني: المعيار الاقتصادي (المعيار الحديث) |
| 66 | الفرع الثاني: التحكيم الحر (الحالات الخاصة) والتحكيم المؤسسي..... |
| 65 | البند الأول: تحكيم الحالات الخاصة أو التحكيم الحر..... |
| 68 | البند الثاني: التحكيم المؤسسي..... |
| 75 | الفرع الثالث: التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري..... |
| 75 | البند الأول: التحكيم الاختياري..... |
| 75 | البند الثاني: التحكيم الإجباري..... |
| 77 | الفرع الرابع: التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح..... |
| 80 | الفصل الثاني: اتفاق التحكيم وشروطه..... |
| 80 | المبحث الأول: مفهوم إتفاق التحكيم وآلية انعقاده..... |
| 80 | المطلب الأول: مفهوم إتفاق التحكيم وإستقلاله..... |
| 80 | الفرع الأول: مفهوم إتفاق التحكيم..... |
| 82 | الفرع الثاني: استقلال شرط التحكيم..... |
| 86 | المطلب الثاني: آليات انعقاد التحكيم في الاعتماد المستندي..... |
| 86 | الفرع الأول: شرط التحكيم..... |
| 87 | الفرع الثاني: مشاركة التحكيم..... |
| 92 | الفرع الثالث: التحكيم بالإحالة..... |
| 95 | الفرع الرابع: شرط التحكيم المعيوب (المعتل) |
| 101 | المبحث الثاني: شروط اتفاق التحكيم..... |
| 101 | المطلب الأول: الشروط الموضوعية للتحكيم..... |
| 101 | الفرع الأول: التراضي..... |
| 110 | الفرع الثاني: الأهلية..... |
| 111 | البند الأول: أهلية الشخص الطبيعي..... |
| 112 | البند الثاني: أهلية الدول والأشخاص العامة في الإتفاق على التحكيم..... |

| | |
|-----|--|
| 114 | البند الثالث: أهلية البنوك في إبرام اتفاق التحكيم |
| 116 | البند الرابع: سلطة إبرام إتفاق التحكيم من قبل البنك |
| 118 | الفرع الثالث: قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم |
| 123 | المطلب الثاني: الشروط الشكلية للتحكيم |
| 123 | الفرع الأول: الكتابة وسيلة لإثبات اتفاق التحكيم |
| 124 | الفرع الثاني: الكتابة ركن لإنعقاد اتفاق التحكيم |
| 130 | الباب الثاني: أثر اتفاق التحكيم في الاعتماد المستندي |
| 130 | الفصل الأول: الإعتماد المستندي التقليدي والالكتروني |
| 130 | المبحث الأول: الإعتماد المستندي الكلاسيكي |
| 131 | المطلب الأول: تعريفه وتمييزه عن بعض العقود المشابهة |
| 131 | الفرع الأول: تعريفه وأطرافه |
| 131 | البند الأول: تعريفه |
| 133 | البند الثاني: أطرافه |
| 134 | الفرع الثاني: تمييزه عن بعض العقود المشابهة |
| 134 | البند الأول: عقد الإعتماد العادي |
| 135 | البند الثاني: عقد القرض المصرفي |
| 135 | البند الثالث: الإعتماد المستندي تحت الطلب |
| 136 | البند الرابع: خطاب الضمان |
| 137 | المطلب الثاني: أنواعه والعلاقات الناشئة عنه |
| 137 | الفرع الأول: من حيث تدخل بنك آخر |
| 137 | البند الأول: الإعتماد المؤبد (المعزز) |
| 138 | البند الثاني: الإعتماد المستندي غير المؤبد |
| 139 | الفرع الثاني: الإعتماد من القابلية للتحويل |
| 139 | البند الأول: الاعتماد القابل للتحويل |
| 140 | البند الثاني: الإعتماد المستندي غير قابل للتحويل |
| 140 | الفرع الثالث: الإعتماد المستندي من حيث وقت الوفاء |
| 141 | البند الأول: الإعتماد المنجز |
| 141 | البند الثاني: الإعتماد المؤجل |

| | |
|-----|--|
| 141 | الفرع الرابع: الإعتماد من حيث القابلية للإلغاء أو النقض |
| 141 | البند الأول: الإعتماد القابل للإلغاء |
| 142 | البند الثاني: الإعتماد غير قابل للإلغاء |
| 143 | المطلب الثالث: العلاقات الأساسية الناشئة عن الإعتماد المستندي |
| 143 | الفرع الأول: العلاقة بين العميل الأمر والمستفيد |
| 143 | الفرع الثاني: العلاقة بين العميل الأمر والبنك |
| 144 | الفرع الثالث: العلاقة بين البنك والمستفيد |
| 147 | المطلب الرابع: التنفيذ العملي للإعتمادات المستندية في الجزائر |
| 147 | الفرع الأول: مرحلة ما قبل فتح الإعتماد |
| 147 | البند الأول: مرحلة العقد الأساس |
| 148 | البند ثاني: مرحلة التوطين المصرفي |
| 148 | الفرع الثاني: مرحلة فتح الإعتماد وما بعدها |
| 148 | البند الأول: مرحلة فتح الاعتماد |
| 149 | البند الثاني: مرحلة إصدار خطاب الإعتماد وتبليغه |
| 149 | البند الثالث: فحص المستندات المقدمة ودفع قيمة الإعتماد |
| 150 | المبحث الثاني: الإعتماد المستندي الإلكتروني |
| 150 | المطلب الأول: التعاقد الإلكتروني |
| 150 | الفرع الأول: الإيجاب والقبول الإلكتروني |
| 151 | البند الأول: الإيجاب في الإعتماد المستندي الإلكتروني |
| 153 | البند الثاني: القبول في الاعتماد المستندي الإلكتروني |
| 156 | المطلب الثاني: الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني |
| 156 | الفرع الأول: الكتابة الإلكترونية |
| 157 | الفرع الثاني: التوقيع الإلكتروني |
| 157 | البند الأول: تعريفه وأنواعه وحجيته |
| 160 | المطلب الثالث: الإعتماد المستندي الإلكتروني والتحويل الإلكتروني للمعلومات |
| 160 | الفرع الأول: الإعتماد المستندي الإلكتروني |
| 163 | الفرع الثاني: التحويل الإلكتروني للمعلومات في مجال الاعتماد المستندي |
| 164 | الفرع الثالث: قواعد السير الموحد المتعلقة بتبادل المعلومات التجارية عن طريق التحويل عن بعد |

- 166 الفرع الرابع : الآثار القانونية لنظام التبادل الإلكتروني على الإعتماد المستندي
- 167 المطلب الرابع: التحكيم الإلكتروني في الإعتماد المستندي الإلكتروني.....
- 168 الفرع الأول: طبيعة التحكيم الإلكتروني في الإعتماد المستندي الإلكتروني.....
- 169 الفرع الثاني : مزايا التحكيم الإلكتروني في الإعتماد المستندي الإلكتروني.....
- 171 الفرع الثالث : مصادر التحكيم الإلكتروني في الإعتماد المستندي الإلكتروني
- 171 البند الأول : الإتحاد الأوروبي
- 172 البند الثاني : القاضي الافتراضي.....
- 174 الفصل الثاني : آثار التحكيم في الإعتماد المستندي
- 175 المبحث الأول : نطاق شرط التحكيم.....
- 175 المطلب الأول : اتفاق التحكيم الوارد في عقد الأساس والاحتجاج به
- 175 الفرع الأول : إتفاق التحكيم الوارد في عقد الأساس
- 176 الفرع الثاني: الأساس القانوني لعدم الإحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس ..
- 176 البند الأول : استقلال علاقة الأساس عن الإعتماد المستندي لعدم الإحتجاج
- 178 البند الثاني : نسبية أثر شرط التحكيم كسبب لعدم الإحتجاج.....
- 179 المطلب الثاني : تجميد قيمة الإعتماد تحت يد البنك
- 180 الفرع الأول : الغش وتعطيل مبدأ الإستقلالية.....
- 180 البند الأول : مفهوم الغش المعطل لمبدأ الإستقلالية.....
- 183 البند الثاني : نطاق الغش الموجب لتعطيل مبدأ استقلالية الإعتماد المستندي
- 185 البند الثالث : معيار الغش الموجب لتعطيل مبدأ إستقلالية الإعتماد المستندي.....
- 186 البند الرابع : وقف صرف قيمة الإعتماد والآليات القضائية للحد من الغش
- 197 المطلب الثاني:أثر إتفاق التحكيم الوارد في الإعتماد المستندي والتحكيم المتعددالأطراف
- 197 الفرع الأول : أثر إتفاق التحكيم الوارد في الإعتماد المستندي
- 198 البند الأول : حالة الإتفاق على التحكيم قبل نشوء النزاع
- 199 البند الثاني : حالة الإتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع
- 200 البند الثالث : أثر إتفاق التحكيم في حالة الضمان المقابل.....
- 202 الفرع الثاني : إتفاق التحكيم المتعدد الأطراف وآثاره
- 202 البند الأول: إتفاق التحكيم المتعدد الأطراف
- 205 البند الثاني : أثر التحكيم المتعدد الأطراف

| | |
|-----|---|
| 208 | القسم الثاني : إجراءات التحكيم واصدار حكم التحكيم..... |
| 208 | الباب الأول: إجراءات نظر النزاع..... |
| 208 | الفصل الأول : محكمة التحكيم..... |
| 208 | المبحث الأول : تعيين المحكمين..... |
| 209 | المطلب الأول : الشروط الواجب توافرها في المحكمين..... |
| 209 | الفرع الأول : شرط الأهلية..... |
| 210 | الفرع الثاني : شرط صلاحية المحكم للتحكيم..... |
| 211 | الفرع الثالث : شرط الحياد والإستقلال..... |
| 213 | الفرع الرابع : شرط إسناد التحكيم إلى شخص طبيعي..... |
| 214 | الفرع الخامس : وتر عدد المحكمين..... |
| 216 | المطلب الثاني: طرق تعيين المحكمين..... |
| 216 | الفرع الأول :تعيين المحكمين الدوليين عن طريق أطراف التحكيم..... |
| 219 | الفرع الثالث : تعيين المحكمين الدوليين عن طريق هيئات التحكيم الدولي الدائمة أو شخص من الغير..... |
| 220 | المطلب الثالث : المحكمة المختصة لحل النزاعات الناشئة عن تشكيل المحكمة التحكيمي ورد المحكمين وعزلهم..... |
| 220 | الفرع الأول :المحكمة المختصة لحل النزاعات الناشئة عن تشكيل المحكمة التحكيمية..... |
| 220 | الفرع الثاني :رد المحكمين وعزلهم..... |
| 222 | المبحث الثاني :خصومة التحكيم..... |
| 222 | المطلب الأول :ابتداء إجراءات التحكيم ومكانه واللغة التي يجري بها..... |
| 222 | الفرع الأول :ابتداء إجراءات التحكيم..... |
| 224 | الفرع الثاني: مكان التحكيم..... |
| 226 | الفرع الثالث :لغة التحكيم..... |
| 228 | المطلب الثاني: الإجراءات المتبعة أمام محكمة التحكيم..... |
| 228 | الفرع الأول :شكل الإعلانات و مواعيد الإجراءات..... |
| 229 | الفرع الثاني : بيان الدعوى والمذكرات والمستندات والطلبات العارضة..... |
| 231 | الفرع الثالث: حضور الخصوم والشهود والإستعانة بالخبراء..... |
| 237 | الفرع الرابع :إنهاء إجراءات التحكيم..... |
| 241 | المطلب الثالث : اجراءات التحكيم الالكتروني في الاعتماد ألمستندي الالكتروني..... |

| | |
|-----|---|
| 243 | الباب الثاني: حكم التحكيم |
| 243 | الفصل الأول: ماهية حكم التحكيم |
| 244 | المبحث الأول : تعريفه وطبيعته القانونية |
| 244 | المطلب الأول : تعريفه |
| 246 | المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للحكم التحكيمي (تعاقدية أم قضائية) |
| 246 | المبحث الثاني: شروط إصدار حكم التحكيم وشكله |
| 246 | المطلب الأول : شروط إصدار حكم التحكيم |
| 246 | الفرع الأول : الكتابة |
| 247 | الفرع الثاني : اللغة التي يحرر بها القرار أو الحكم التحكيمي |
| 249 | الفرع الثالث : مدة حكم التحكيم |
| 253 | المطلب الثاني: شكل حكم التحكيم |
| 258 | المبحث الثالث : أثر حكم التحكيم وحجيته وتفسيره والطعن فيه |
| 259 | المطلب الأول: أثر حكم التحكيم والمشاكل التي يثيرها حكم التحكيم الالكتروني |
| 259 | الفرع الأول: أثر حكم التحكيم |
| 260 | الفرع الثاني : المشاكل التي يثيرها حكم التحكيم الالكتروني |
| 262 | المطلب الثاني : حجية حكم التحكيم والإعتراف به وتنفيذه |
| 262 | الفرع الأول: حجيته |
| 263 | الفرع الثاني : الإعتراف به وتنفيذه |
| 277 | المطلب الثالث : تفسير وتصحيح حكم التحكيم وطرق الطعن فيه |
| 277 | الفرع الأول : تفسير حكم التحكيم وتصحيحه والإضافة إليه |
| 278 | الفرع الثاني : طرق ومواعيد الطعن في حكم التحكيم |
| 278 | البند الأول : طرق الطعن |
| 280 | البند الثاني : مواعيد الطعن |
| 281 | الفصل الثاني : القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وعلى الاجراءات |
| 281 | المبحث الأول :القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع |
| 282 | المطلب الأول :لقانون الذي يحكم علاقة المصرف بالمستفيد |
| 283 | المطلب الثاني: القانون الذي يحكم علاقة المصرف بالعميل الأمر |
| 283 | الفرع الأول : حالة ما يكون مصرف المستفيد منفذ العملية |

| | |
|-----|--|
| 284 | الفرع الثاني : حالة ما يكون المصرف فاتح الاعتماد المنفذ..... |
| | المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع والاتفاقيات الدولية وقواعد |
| 286 | التحكيم الدولي..... |
| | المطلب الثالث : موقف المشرع الجزائري من مسألة القانون الواجب التطبيق على |
| 289 | موضوع النزاع..... |
| 290 | المبحث الثاني : القانون الواجب التطبيق على الاجراءات..... |
| 291 | المطلب الأول : موقف الفقه والأحكام الدولية..... |
| | المطلب الثاني :موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق على الإجراءات |
| 295 | التحكيمية وحرية الأطراف في ذلك..... |
| 295 | الفرع الأول..... |
| 295 | موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق على الإجراءات التحكيمية..... |
| | الفرع الثاني: القانون المطبق و حرية الاطراف في اجراءات التحكيم ونظام تحكيم |
| 297 | دودكس..... |
| 297 | البند الأول: القانون المطبق وحرية الأطراف في اجراءات التحكيم..... |
| 298 | البند الثاني : نظام تحكيم دوكدكس..... |
| 301 | خاتمة :..... |
| 309 | قائمة المراجع : |
| 319 | فهرس المحتويات |