

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس
كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962



التحكيم كآلية لحل منازعة عقد الفرنشيز

أطروحة للحصول على شهادة الدكتوراه في العلوم:

الفرع: قانون الأعمال

تخصص: القانون الخاص

تقدم وتناقش علنا من طرف الطالب: العمري خالد

أمام لجنة المناقشة

الصفة	جامعة الانتماء	الرتبة	الاستاذ
رئيسا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ التعليم العالي	براسي محمد
مشرفا ومقررا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذة محاضرة أ	حلوش فاطمة أمال
عضو	جامعة غيليزان	أستاذة محاضرة أ	براشمي مفتاح
عضو	جامعة غيليزان	أستاذة محاضرة أ	أزرو محمد رضا

السنة الجامعية: 2020-2021. الموافق لـ 1442هـ.

إهداء

إلى روح والدتي الغالية رحمها الله برحمته وأسكنها فسيح جناته

إلى والدي العزيز الذي رافقتي طوال مسيرتي الدراسية وكان السند

والداعم على إتمام هذا العمل.

إلى من تقاسمني حلو الحياة ومرّها... إلى زوجتي التي شجعتني

ولم تفقد يوماً صبرها وأملها لإنجاز هذا البحث.

إلى من أعتزّ بخفة روحها وفطنتها... ابنتي العزيزة تسنيم وإبني

العزيز حيدر.

إلى جميع الأهل والأقارب والأسرة الجامعية

بجامعة جيلالي اليايس سيدي بلعباس-

المركز الجامعي إيليزي.

إليهم جميعاً

أهدي هذه الرسالة

الطالب الباحث

الشكر والتقدير:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين نبينا

محمد وعلى أصحابه أجمعين أما بعد.

الشكر لله القدير أولاً على توفيقه لي لإتمام هذه المذكرة، وإنطلاقاً

من قوله صلى الله عليه و سلم: " لا يشكر الله من لا يشكر

الناس- " رواه الترمذي-

أتقدم بالشكر إلى أستاذتي المشرفة الدكتورة حلوش فاطمة أمال،

التي تفضلت بالإشراف على هذه الرسالة وبفضل جهودها

المتواصل، وتوجيهاتها السديدة تم إنجاز هذا العمل، فلها مني

فائق التقدير والاحترام.

كما أتقدم بالشكر الجزيل للأساتذة الأكارم، رئيس لجنة المناقشة

والأعضاء الممتحنين على تفضلهم المشاركة في مناقشة هذا

العمل العلمي وإثرائه بأفكارهم وملاحظاتهم القيمة، التي تساهم في

زيادة القيمة العلمية لهذه الرسالة.

الطالب الباحث

يقول عماد الدين الأصفهاني:

إن الإنسان لا يكتب كتاباً في يومه إلا غيره
فقال عنه أحسن.

ولو بدله لقال عنه يتحسن. وهذا من
أعظم العبر وهو دليل إستيلاء النقص على
جملة البشر.

مقدمة

تعتبر البنية القانونية أحد مقومات التجارة الدولية وعليه إهتمت الأنظمة القانونية المختلفة بوضع التنظيم القانوني للعقد أيًا كانت الصفة التي يتمتع بها، سواء كان عقدا داخليا أو عقدا يتسم بالصفة الدولية وذلك لضمان تنفيذ وإستمرارية هذه العقود وإزالة العوائق التي تواجهها، لأن فعالية النظام القانوني لعقود التجارة الدولية لها أثر مباشر في زيادة حجمها وإتساع نطاقها، ومن بين صور هذه العقود نجد عقد الفرنشايز الذي يعد من أهم عقود الإستثمار بإعتباره أداة للنمو الإقتصادي والتجاري.

يعتبر عقد الفرنشايز من أهم العقود التجارية الحديثة التي تهدف إلى نشر العلامة التجارية للمانح على أكبر نطاق جغرافي ممكن، وبالتالي تكرار نجاح المانح في العديد من الدول من خلال تكوين شبكة متكاملة والدعاية لعلامته دون دفع أمواله خاصة، في المقابل تسمح للمتلقي بإعادة تحقيق النجاح الذي سبق للمانح أن حققه من خلال إستغلال العلامة التجارية للمانح بالإضافة إلى المعرفة الفنية والمساعدة التقنية، الأمر الذي يقتضي فرض رقابة المانح لنشاط المتلقي لضمان تحقيق ذات الهدف، حيث كان بداية ظهور هذا العقد في الولايات المتحدة الأمريكية ثم إنتشر إلى باقي الدول العالم.

إن إبرام عقد الفرنشايز تسبقه مفاوضات تدور حول شروطه وأركانه وتبادل الاطراف النقاش حول كل ما يتعلق بتنفيذ العقد، وكل طرف يسعى إلى تحقيق أكبر المكاسب وتحمل أقل الخسائر في سبيل ذلك، وباعتبار أن المانح في عقد الفرنشايز المالك للتكنولوجيا والمعرفة الفنية يكون في مركز قانوني يسمح له بفرض شروطه على الطرف المتلقي، مما يخلق إشكالا من الناحية العملية يتمثل في كيفية الموازنة بين مصالح الأطراف في هذا العقد، فالمالك ملزم بموجب هذا العقد بترخيص جميع عناصر الملكية الفكرية والعلامة التجارية والمعرفة الفنية وغيرها من عناصر المشروع التجاري للطرف المتلقي طيلة مدة العقد، في حين يلتزم المتلقي بدفع مقابل الدخول في الشبكة الفرنشايز وأتاوة دورية إضافة إلى شروط أخرى تعتبر تعسفية

كشروط التموين الحصري، شرط عدم ضمان نجاح المشروع، شرط التصدير... الخ، الأمر الذي يخلق نزاع عادة ما يتفق الأطراف على التحكيم كآلية لحل المنازعات المرتبطة بعقد الفرنشايز.

كان للتطور الصناعي والتقني دورا هام في إبراز المعلومة كحد أهم المحاور التي تستند عليها العلاقات الانسانية بكافة مجالاتها، ونظرا لارتباط الملكية الفكرية بالإبداع والإبتكار كان للمعلومة خصوصية أخذت تبرز بشكل متسارع حتى أصبحت محورا مهما في موضوعات الملكية الفكرية عموما والملكية الصناعية والتجارية خصوصا، وذلك بسبب ما ينتج عنها من مسائل معقدة بالنسبة للدول الصناعية لما يترتب على نقل المعرفة من الدول المتقدمة إلى الدول النامية، وعليه أصبحت المعلومة الدعامة الأساسية في إنشاء المشروع التجاري وتطوره ومحورا أساسيا من محاور العملية الإنتاجية، وعليه فقد تعدى الإهتمام من الحصول على التركيبة الكيميائية أو الألات أو النماذج إلى الحصول على المعلومة المرتبطة بالعملية الإنتاجية بشكل عام.¹

إزدادت قيمة الأسرار التجارية وأهميتها ليس لأنها مجرد معلومة فحسب بل بما تعنيه هذه المعلومة من قيمة إقتصادية مهمة ومؤثرة، نتيجة للتنافس القوي بين القطاعات الصناعية والتجارية إزدادت الإعتداءات على الأسرار التجارية، لهذا عالج الفقه موضوع الاسرار التجارية بداية كمفهوم محدد بالأسرار الصناعية والمعارف الفنية التي يحوزها الشخص في المشروع، وقد تطور هذا المفهوم ليشمل المعارف الموضوعية التي تتعلق بالطرق والتراكيب والنماذج الصناعية، لتطور المفهوم إلى إعتبار كل المعلومات التي تؤدي الى التطور التجاري والصناعي، ولم يقف مفهوم الأسرار التجارية عند هذا الحد ليتعداه إلى المعلومات التي تزيد من فرص التنافس بين المشاريع التجارية، وعليه فهموم الأسرار التجارية يشمل الجوانب التنظيمية والإدارية للمشروع بالإضافة إلى أساليب وإجراءات كسب ثقة العملاء.²

¹ د/ إبراهيم محمد عبيدات: الأسرار التجارية، المفهوم والطبيعة والية الحماية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر

والتوزيع، عمان الاردن، 2015، ص11-12.

² المرجع نفسه، ص 13، 14.

إقترن التحكيم المعاصر بالعلاقات الاقتصادية بين الدول وبين الأفراد الأمر الذي أدى إلى ظهور مجتمع عالمي له كيانه المستقل والتميز عن كيان الدول المشكلة له، غير أن هذا المجتمع الدولي الحديث يفتقر إلى وجود سلطة عامة تفصل في منازعاته، كما ساهم التقدم العلمي والتكنولوجي وحاجة المجتمعات للمعرفة الفنية في تطور العلاقات التجارية الدولية وتعقدتها، الأمر الذي يستوجب ضرورة إستعانة القاضي الوطني بالخبرة الفنية لحل المنازعات المرتبطة بها، ما دفع بالعديد من المتعاملين في العلاقات الاقتصادية إلى تفضيل التحكيم باعتبار أن المحكم له من الخبرة الفنية التي تسمح له بتحقيق العدالة عند الفصل في النزاع المطروح عليه.¹

يرجع تطور التحكيم إلى رغبة الأطراف في المعاملات التجارية في التحرر من كل القيود التي تتضمنها القوانين الوطنية، وتفادي البطئ الذي تعرفه عادة المحاكم الوطنية وتعدد إجراءات التقاضي فيها، بشكل خاص إلى الحرية التي يتمتع بها في مجال التحكيم في إختيار المحكمين والقانون الذي يطبق على موضوع النزاع، الاجراءات، لغة التحكيم...الخ، كل ذلك أدى إلى نمو التحكيم بطريقة سريعة إلى أن أصبح الوسيلة المثالية لتسوية منازعات التجارة الدولية.²

أنشئت مراكز المتخصصة على المستوى الدولي مهمتها الفصل في المنازعات المتفق على حلها بالتحكيم من بينها نذكر على سبيل المثال، كغرفة التجارة الدولية بباريس، محكمة تحكيم لندن، الهيئة الأمريكية للتحكيم...الخ كما تم توقيع العديد من الاتفاقات الدولية الخاصة بتنظيم إجراءات التحكيم سير الدعوى التحكيمية، بداية بإتفاق الأطراف على اللجوء للتحكيم - شرط التحكيم- مروراً بإجراءات السير في خصومة التحكيم من إختيار المحكمين إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، طلب رد المحكمين...الخ، إلى أن صدر القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي وذلك بهدف تطوير وتوحيد القواعد التي تحكم المعاملات التجارية الدولية.

1 د/ مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة والداخلية، الطبعة

الاولى، 1998، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص6

2 حداد الطاهر: دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم

السياسية، جامعة مولود معمري، 2011-2012، ص1.

تبرز أهمية التحكيم كوسيلة بديلة لحل المنازعات فيما يتمتع به من خصائص تستجيب لرغبات الأطراف ولطبيعة العقود التجارية التي تتميز بالسرعة، حيث أن التحكيم يتميز بالسرعة في حل المنازعات بالإضافة الى أن من تعهد لهم مهمة الفصل في المنازعات يتميزون بالتخصص في الموضوع النزاع، كما أن التحكيم يتميز بالسرية التي عادة ما يسعى إليها أطراف الأطراف لارتباط المنازعات عادة بعناصر الملكية الفكرية والصناعية، هذه الخصائص وغيرها التي يتمتع بها التحكيم جعلت الدول والمنظمات الدولية تهتم به، حيث عقدت بشأنه العديد من الاتفاقات الدولية نذكر منها: إتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الاجنبية وتنفيذها، الاتفاقية الأوروبية لسنة 1961 وغيرها.

تمثل إرادة الأطراف بمثابة ضابط إسناد دورا هام يتمثل في إختيار القواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع، حيث تعترف التشريعات المقارنة والاتفاقات الدولية الخاصة بالتحكيم بدور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، إذ عادة ما يختار الأطراف القانون الذي يستجيب لرغباتهم وذلك سواء في العقد الاصلي أو في إتفاق آخر لاحق بعد نشوء النزاع، وبذلك ما يكون على هيئة التحكيم إلا تطبيق القانون الذي إختاره الأطراف وإلا عد حكمها معرضا للبطلان.

يترتب على إتفاق التحكيم نزع الإختصاص من القضاء بنظر النزاع بإعتباره صاحب الإختصاص الأصليل بذلك لتسند إلى هيئة التحكيم، ومع ذلك تبقى هيئة التحكيم في حاجة إلى تدخل القضاء لمساعدة هيئة التحكيم في القيام بمهامها، بداية بتعيين المحكمين، اتخاذ التدابير المؤقتة والحفظية إلى غاية صدور حكم التحكيم، كما تستمر مساندة القضاء للتحكيم من خلال طلب تنفيذ حكم التحكيم الذي يمر بعدة مراحل متى كان هذا الحكم موجود وغير مخالف للنظام العام الدولي.

يعتبر حكم التحكيم النتيجة المرجوة من اللجوء للتحكيم التجاري الدولي إلا أنه لا يمثل الغاية أو الهدف من اللجوء للتحكيم التجاري الدولي، إذ الغاية تتمثل في تنفيذ وتجسيد حكم هيئة التحكيم في الواقع، حيث أن عدم تنفيذ الأطراف لحكم التحكيم يترتب عليه إنعدام الغاية من اللجوء للتحكيم، وفي غالبية الأحيان يلتزم الأطراف بالتنفيذ حكم هيئة التحكيم بشكل إرادي

تجسيدا لإرادة اللجوء للتحكيم في البداية، دون الحاجة إلى إستصدار أمر من القضاء بالتنفيذ غير أنه قد يرفض أحد الأطراف تنفيذ الحكم بشكل طوعي، ومنه تظهر أهمية اللجوء للقضاء من أجل التنفيذ الجبري الذي يمثل نقطة التواصل بين القضاء والتحكيم بإعتباره نظام بديل لفض المنازعات.

على الرغم من أهمية الدور الذي يلعبه عقد الفرشاييز في نقل التكنولوجيا الحديثة والمعرفة الفنية وتدريب لليد العاملة الوطنية على المهارات الصناعية الدقيقة، إلا أن المشرع الجزائري لم ينظم هذا العقد بنصوص قانونية خاصة، بل ظل هذا العقد يخضع للقواعد العامة ضمن العقود غير المسماة.

الاشكالية: إلى أي مدى يساهم التحكيم التجاري الدولي في ضمان تنفيذ أطراف عقد الفرشاييز للالتزاماتهم؟

إتبعنا من خلال معالجتنا لموضوع الدراسة المنهج الوصفي لتحديد المفاهيم العامة لموضوع الدراسة، بالإضافة إلى المنهج المقارن من خلال مقارنة المسائل المرتبطة بالتحكيم في عقد الفرشاييز بين النظم التشريعية المختلفة كالتشريع الفرنسي وبعض التشريعات العربية الأخرى والاتفاقات الدولية ونظم مراكز التحكيم، بالإضافة إلى المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل بعض النصوص القانونية.

تم تقسيم هذه الدراسة إلى بابين تطرقت في الباب إلى الإطار المفاهيمي للتحكيم التجاري الدولي في عقد الفرشاييز، من خلال بيان الأحكام العامة للتحكيم التجاري الدولي، وتحديد الأحكام العامة لعقد الفرشاييز، في حين تم التطرق في الباب الثاني إلى التنظيم الإجرائي للمنازعات المرتبطة بعقد الفرشاييز بداية بالإتفاق على اللجوء للتحكيم في المنازعات المرتبطة بعقد الفرشاييز، مروراً بتحديد القانون الواجب التطبيق، تعيين المحكمين وصولاً إلى صدور قرار المحكمين الفاصل في النزاع وتنفيذه، وسيتم التطرق إلى كل هذه المسائل بالتفصيل من خلال هذه الدراسة.

الباب الأول:

الإطار المفاهيمي للتحكيم التجاري

الدولي في عقود التجارة الدولية

الباب الأول: الإطار المفاهيمي للتحكيم التجاري الدولي في عقود التجارة الدولية

عرفت المجتمعات القديمة فكرة التحكيم واتخذت منه أداة لتسوية المنازعات بين الأفراد على أساس الأعراف السائدة، لكن مع ظهور مفهوم الدولة تم الإستغناء عن نظام التحكيم حيث سار التطور في إتجاه إحتكار الدولة لجميع السلطات العامة، غير أنه بحلول القرن العشرين برزت فكرة التحكيم من جديد التي إقترنت بظواهر أخرى كان لها دور كبير في ظهورها، حيث كان لتطور العلاقات الإقتصادية الدولية بين الأفراد والدول، دور بارز في إزدهار التحكيم التجاري الدولي كما إقترنت إنطلاقة التحكيم التجاري بالتقدم العلمي والتكنولوجي الذي يتجسد في شكل عقود التجارة الدولية التي أصبحت تفرض شرط التحكيم كوسيلة لفض منازعاتها.

إن خصوصية التحكيم باعتباره أداة لتحقيق العدالة أصبحت الوسيلة المفضلة لفض المنازعات المرتبطة بالمعاملات الدولية، وذلك راجع لما يتمتع به التحكيم من مزايا منها سرعة الفصل في المنازعات، الخبرة المهنية للمحكمين، طابع السرية والذي يشكل حيزا هاما في عقود نقل التكنولوجيا والتي يعتبر عقد الفرنشيز جزء منها، حيث أن القواعد السائدة في مجال المعاملات الدولية تختلف عن النظم القانونية الوطنية مما يجعل التحكيم الأداة المثالية لتسوية المنازعات.

الفصل الأول: التحكيم التجاري الدولي كألية لفض منازعات التجارة الدولية

إن الدول في العصر الحديث لا تحتكر لوحدها سلطة الفصل في بعض النزاعات التي قد تنشأ بين الأشخاص، ويتجلى ذلك من خلال النص صراحة على إمكانية اللجوء إلى التحكيم كوسيلة أخرى بديلة عن القضاء لفض ما نشأ أو قد ينشأ من منازعات، وذلك بالإتفاق في العقد أو في إتفاقية تستند إليه أو في وثيقة مستقلة عنه على اللجوء للتحكيم كوسيلة لحل المنازعات، سواء كان شرط تحكيم أو إتفاق تحكيم إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، دون اللجوء إلى قضاء الدولة صاحبة الولاية العامة والإختصاص بالفصل في جميع المنازعات، حيث أصبحت تشريعات الدول تجيز اللجوء إلى التحكيم وعليه فإن تحديد مفهوم التحكيم هو مسألة أولية لتحديد نطاق بحثنا.

المبحث الأول: الاحكام العامة للتحكيم التجاري الدولي

الأصل أن القضاء هو مظهر لسيادة الدولة الحديثة لا يمارس إلا بواسطة الهيئات المخصصة لذلك وهي السلطة القضائية، غير أن النظم القانونية الحديثة وعلى إختلاف مذاهبها أجازت للأفراد والجماعات إخراج بعض المنازعات من ولاية الهيئات القضائية، وأن يعهدوا بنظرها والفصل فيها إلى هيئة تحكيم تختار لهذا الغرض، وعليه فإن الحكمة من تشريع نظام التحكيم تتمثل في أن طرفي الخصومة وبمحض إرادتهم وإتفاقهم، يفوضون أشخاص ليست لهم ولاية القضاء في الدولة في أن يقضوا بينهم أو يحسموا النزاع بحكم يقبلان شروطه، وعليه فإن رضاء أطراف الخصومة هو أساس نظام التحكيم.¹

المطلب الأول: تعريف التحكيم

سيتم التطرق لتعريف التحكيم من الناحية اللغوية ومن الناحية الإصطلاحية بإيراد بعض من التعريفات التي قال بها الفقه، لنصل في الأخير إلى تحديد عناصر نظام التحكيم وهو ما سيتم بيانه على النحو التالي:

الفرع الأول: التعريف اللغوي والفقه الإسلامي للتحكيم: سنقوم من خلال هذا الفرع ببيان تعريف التحكيم الذي سيكون محور دراستنا، وذلك من خلال بيان تعريفه من الناحية اللغوية وكذا الاصطلاحية وذلك على النحو التالي:

البند الأول: التعريف اللغوي: التحكيم مصدر حَكَمَ " بتشديد الكاف مع الفتحة" فيقال حكمت فلانا في مالي تحكيما أي فوضت إليه الحكم فيه فأحتكم عني في ذلك، ويقال حكّمه في الأمر أي فوض إليه الحكم فيه، وحكّموه فيما بينهم بمعنى طلبوا منه أن يحكم بينهم، وحكّمنا فلانا فيما بيننا بمعنى أجزنا حكمه بيننا، وحكمت بين القوم أي فصلت بينهم كما في قوله

¹ د/ محمود السيد عمر التحيوي: أركان الإتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،

تعالى: " فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما."¹ والحكم بفتح الحاء والكاف هو الشخص الذي يسند إليه الحكم في الشيء، كما في قوله تعالى: " أفغير الله ابتغي حكما."²

هيئة التحكيم هي لجنة تقوم بالحكم بين الأطراف المتنازعة فالتحكيم لغة يعني التفويض في الحكم ويقال حكموه بينهم أي أمره أن يحكم بينهم.³

ARBITAGE:⁴ أما تعريف التحكيم في اللغة الفرنسية فإنه يعني

: règlement d'un différend ou sentence arbitrale rendue par un ou plusieurs personnes auxquelles les parties ont décidé d'un commun accord de s'en remettre, soumettre un différend à l'arbitrage, traite d'arbitrage, arbitrage et conciliation en matière de conflits collectif du travail arbitrage international. Arbitrage de l' ONU.

Décision par laquelle on cherche le meilleur compromis entre des objectifs contradictoires un arbitrage délicat entre intérêts divergents.

¹ سورة النساء الآية 60.

² سورة الأنعام الآية 114.

³ ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم: لسان العرب، الطبعة الأولى، المجلد 15، المطبعة الميرية، بولاق مصر، دون سنة النشر، ص31.

* محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره ولد سنة 1198 هـ وتوفي في سنة 1252 هـ.

* ابراهيم بن علي بن محمد بن فرحون برهان الدين اليعمري، امام وقاض بالمدينة المنورة ولد سنة 729 هـ وتوفي سنة 799 هـ.

* أبو اسحاق ابراهيم بن علي الشيرازي، شيخ الشافعية ولد سنة 393 هـ بايران توفي سنة 476 هـ ببغداد.

⁴ Le petit robert dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française : Edition le robert 2015, paris, p130.

البند الثاني: تعريف الفقه الإسلامي للتحكيم: يقصد به التعريف الذي ذهب اليه فقهاء الشريعة الإسلامية وهو لا يختلف عن المعنى اللغوي كثيرا والذي يقضى بتفويض الأمر للغير، حيث قال ابن عابدين من الحنفية*: "هو تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما". وقال ابن فرحون المالكي*: "هو تولية الخصمين حكما يرتضيانه ليحكم بينهما وهو جائز في لأموال وما في معناها". وقال الشيرازي من الشافعية*: "فإن تحاكم رجلان إلى من يصلح أن يكون حاكما ليحكم بينهما جاز".

وقال ابن قدامة الحنبلي*: "فإن تحاكم رجلان إلى رجل حكّاه بينهما ورضياه وكان ممن يصلح للقضاء فحكم بينهما جاز ذلك ونفذ حكمه عليهما".¹

الفرع الثاني: تعريف التحكيم في الإصطلاح القانوني: سيتم التطرق للتعريف التي قال بها فقهاء القانون، بالإضافة إلى أهم التعريفات التي تطرق لها القضاء.

البند الأول: تعريف الفقه القانوني للتحكيم: في هذا الإطار لم يختلف تعريف الفقه القانوني للتحكيم عن تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية السابق ذكرها، بأن التحكيم هو تفويض طرفي الخصومة لطرف ثالث ليفصل بينهم فيما نزع بينهم، وبداية يمكن التمييز بين إتجاهين في تعريف التحكيم وتحديد مفهومه.

الإتجاه الأول الذي يعرف أنصاره التحكيم على أنه: "تسوية شخص أو أكثر نزاعا عهد به إليه للفصل فيه باتفاق مشترك".² ويعرف أيضا على أنه: "نظام بمقتضاه يتولى شخص من الغير

*موفق الدين محمد ابن عبد الله ابن أحمد ابن قدامة ولد بفلسطين سنة 541هـ وتوفي سنة 620هـ

¹ موفق الدين محمد ابن عبد الله ابن أحمد ابن قدامة: المغني، تحقيق: د/ عبد الله بن عبد المحسن التركي، د/عبد الفتاح محمد الحلو، الجزء الرابع عشر، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتاب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 1997، ص92.

² A. Kassis : problèmes de base de l'arbitrage en droit compare et en droit international, LGDJ, paris , 1987, p13.

تسوية نزاع يقوم بين طرفين أو أكثر ممارسا المهمة القضائية التي عهد بها هؤلاء إليه. " كما يعرف بأنه: " نظام لقضاء خاص بمقتضاه تخرج المنازعات من القضاء العادي كي يفصل فيها أفراد مخولون في هذه الظروف مهمة القضاء فيها.¹، في حين يعرفه الأستاذ أبو زيد رضوان التحكيم بقوله: " هو نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم 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 يختارونهم.²

مما سبق ندرك أن الإتجاه الأول يركز على امرين أساسيين هما: الأول أن التحكيم لا يكون إلا في مسألة محل نزاع وأن وظيفة المحكم هي حل هذا النزاع بقرار ملزم، أما الأمر الثاني وهو أن التحكيم وسيلة اتفاقية لحل النزاع قوامها إرادة الأطراف التي تتجه لإختيار شخص من غير ليحكّموه بينهم ويرتضون ما ينتهي إليه، وعلى هذا الأساس يكون التحكيم قضاء خاص بحسبان أنه يفصل في النزاع ولا يكون له دور فيما وراء ذلك وبالتالي فهو قضاء معادلا لقضاء الدولة.³

أما الإتجاه الثاني فيرى أن مفهوم التحكيم أشمل وأوسع مما سبق قوله في الإتجاه الأول حيث يرى أن التحكيم: " هو طريقة ترمي إلى إعطاء حل لمسألة تتعلق بالروابط بين شخصين أو أكثر عن طريق شخص واحد أو أكثر -محكم أو محكمون- يستمدون سلطتهم من إتفاق خاص ويفصلون على أساسه دون أن يخولوا تلك المهمة من قبل الدولة.⁴

بداية هذا التعريف أكثر عمومية وإتساعا حيث أنه من ناحية لا يحصر التحكيم في الفصل في النزاع أو تسوية خلاف، بل يمتد ليشمل تقديم حل solution ليس فقط لنزاع litige، بل

¹ J. Robet : l'arbitrage droit interne, droit international privé, Dalloz, paris, 5eme édition, 1983, p3.

² د/ أبو زيد رضوان: الأسس العامة للتحكيم التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص19.

³ د/ أحمد عبد الكريم سلامة: قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، تنظير وتطبيق مقارن، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص، ص14-17.

⁴ R. David : l'arbitrage dans le commerce international, paris, economica, 1982, p9.

لمسألة question متعلقة بالروابط والمعاملات التي تتم بين طرفين، دون أن يصل الخلاف حولها لدرجة النزاع، كما أنه لا يحصر الحل الذي يقدمه المحكم أو المحكمون في بيان حكم القانون، بل يمتد لحسم مسألة معينة لم تدع الظروف للأطراف الفرصة لحسمها مثال ذلك تحديد سعر أو صنف سلعة معينة من قبل محكم مختص في مجالها.

مما سبق يمكن القول أن تعريف التحكيم وفق الإتجاه الأخير وإن كان يستجيب للدور الكبير الذي يلعبه التحكيم في مجال التجارة الدولية، وهو دور يصعب حصره في مهمة فض المنازعات إذ يقوم التحكيم بدور خلاق في إرساء دعائم قانون التجارة الولية وبلورة العديد من قواعد ذلك القانون، إلا أن الدور القضائي المنوط به هو الدور الطاعي عليه.¹

إن التحكيم يبدأ بإتفاق الأطراف على إعتداد التحكيم كوسيلة لتسوية النزاع القائم بينهم دون اللجوء للقضاء، ثم منح المحكم سلطة الفصل في النزاع، وفي الاخير تنفيذ حكم المحكم، وفي هذا الإطار يقول الدكتور محسن شفيق: أن التحكيم هو في الحقيقة نظام مختلط يبدأ بإتفاق ثم يصير إجراء ثم ينتهي بقضاء.²، وإذا كان التحكيم يستهدف إقامة "العدل" بين طرفي الخصومة فإنه يستهدف كذلك وبذات الدرجة الحفاظ على السلام بينهم، ذلك لأن الإلتجاء إلى التحكيم يراد به الحصول على حل للنزاع مع الرغبة في المصالحة، وهو يتفادى بذلك المنازعات والصراعات دون أن يتضمن التنازل عن حماية القانون أو التنازل عن إختصاص قاضي الدولة بفض المنازعة، فالتحكيم إذن هو إختيار الخصوم لقاضيهم.³

هناك من عرف التحكيم على أنه يتمثل في متوالية من الأعمال تبدأ بعمل من المتنازعين يتمثل في إختيار طرف محايد تسند إليه مهمة الفصل في نزاعهم، رضاهم مقدا على النزول عند ما يراه هذا الطرف حلا قانونيا أو عادلا للنزاع، ويتواصل بقبول هذا الطرف للمهمة التي

¹ د/ أحمد عبد الكريم سلامة: مرجع سابق، ص18.

² د/ محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 1997، ص20.

³ د/ ابو زيد رضوان: مرجع سابق، ص 19، 20.

أنتدب لها وتحريه لوقائع النزاع وقواعد القانون أو العدالة الواجبة التطبيق عليه، وينتهي بحكم منه يجسد القانون أو العدالة بشأنه مثله في ذلك مثل الحكم القضائي.¹

البند الثاني: التعريف القضائي للتحكيم: في هذا السياق تعرضت أحكام القضاء إلى تعريف التحكيم ونذكر على سبيل المثال أن المحكمة الدستورية العليا في مصر عرفت التحكيم بأنه: "عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأعيان يعين بإختيارهما للحكم في ذلك النزاع، بقرار يكون مجردا من التحايل وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية." كما عرفت محكمة النقض المصرية بأنه: "إتفاق على عرض نزاع معين على محكمين والتراضي على حكمهم، وبأنه طريق لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية بما تكفله من ضمانات."، وقد إعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن التحكيم يتمثل في: "سلطة القرار التي يعترف بها لطرف ثالث والتسليم بصفة قضائية لقرار المحكم."²

من خلال ما تم ذكره سابقا حول تعريف التحكيم يمكن إستنتاج الخصائص التي يتميز بها التحكيم والتي تتمثل في:

- التحكيم هو نظام خاص للتقاضي.
- التحكيم نظام قضائي مصدره إرادة الأطراف.
- وظيفة التحكيم تكمن في حسم النزاع.
- إلزامية حكم التحكيم الصادر عن المحكم لأطرافه.

¹ Philippe fouchard, Emmanuel,baillard, Berthold Goldman, Traite de l'arbitrage commercial international, litec-Delta, 1996, p116.

² Philippe fouchard, Emmanuel: Op.cit p86.

المطلب الثاني: أنواع التحكيم التجاري

يختلف التحكيم كآلية فنية لحسم المنازعات الناشئة بين الأفراد عن القضاء، فهذا الأخير لا يجد مصدره في إرادة الأفراد وإنما في سلطة الدولة التي تفرضه على الأشخاص إذا ما نشئت المنازعة بينهم، في حين يستند التحكيم في وجوده إلى إرادة الأطراف وإذا كانت إرادة الأطراف معيارا حاسما للتمييز بين التحكيم والقضاء، فإنها أيضا تساعد على التفرقة بين التحكيم بالمعنى الفني الدقيق (التحكيم الاختياري والتحكيم الإجمالي).

إن التحكيم بالمعنى الفني الدقيق هو تحكيم إرادي إختياري لأن إحالة الخصومة إلى التحكيم هو نتيجة لإتفاق الخصوم، الذين يختارون المحكم أو هيئة التحكيم والقانون الواجب التطبيق، الإجراءات... إلخ، وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بالتحكيم الإختياري، الذي يتفق فيه الأطراف بإرادتهم الحرة على إحالة النزاع على التحكيم،¹ أما التحكيم الإجمالي فهو ذلك التحكيم الذي يكون مفروض على الخصوم بنص القانون، فهو عبارة عن آلية قضائية معدة سلفا ولا يمكن للأطراف إستبعادها بالنسبة للمنازعات التي وضعت هذه الآلية لتنظيمها، وبهذه الصفة لا يمكن إعتبره تحكيميا بالمعنى الفني الدقيق لأنه لا يستند لإرادة الأطراف التي تعد الركيزة الأساسية التي يقوم عليها التحكيم،² وعليه يمكن تحديد أنواع التحكيم كما يلي:

الفرع الأول: التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي: تزايد الإهتمام بالتحكيم بعد الحرب

العالمية الأولى نتيجة ظهور هيئات وطنية ودولية منظمة تتولى مهمة التحكيم وفق إجراءات

¹ قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، جريدة رسمية عدد 21. المادة 1007: " شرط التحكيم هو الإتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم."

المادة 1011: " اتفاق التحكيم هو الإتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم."

² د/ حفيفة السيد الحداد: مرجع سابق، ص 53.

وقواعد موضوعة مسبقا، وقد ترتب على هذا تقسيم التحكيم إلى: تحكيم حر وتحكيم مؤسسي ومناطق التفرقة بين التحكيم الحر والمؤسسي يتمثل في:

البند الأول: التحكيم الحر: ويسمى تحكيم الحالات الخاصة 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، ويتميز بعدم وجود منظمة تشرف عليه، حيث يستقل الاطراف بوضع نظام لإجراءات التحكيم، كما أن التحكيم الحر يلائم العلاقات الإقتصادية التي تتطلب السرية، كما هو الحال في عقود نقل التكنولوجيا أو العقود التي تكون الدولة أحد اطرافها، وبعبارة أخرى فإن التحكيم الحر تم وضعه لحالة خاصة بعينها سواء من حيث هيئة التحكيم أو من حيث الإجراءات والقواعد التي تطبق عليه.¹

مع ذلك تجدر الإشارة إلى أن إجراءات التحكيم في الحالات الخاصة أصبحت الآن تكاد تكون موحدة على الصعيد الدولي، بعد صدور قواعد التحكيم التجاري الدولي المتضمنة في قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في 15 ديسمبر 1976، وهي قواعد استرشادية يهتدى بها في تحكيم الحالات الخاصة، والمعروفة باسم Uncitral التي تحتوي على قواعد وأحكام كثيرة لتنظيم عملية التحكيم وهي في متناول كل من المحكمين والخصوم، وكون هذه اللائحة ليست تابعة لأي هيئة تحكيمية تشرف على تطبيقها ما يعني أن التحكيم بموجب هذه اللائحة هو تحكيم حر.²

البند الثاني: التحكيم المؤسسي: يعتبر التحكيم مؤسسي متى جرى في ظل منظمة أو هيئة دائمة وذلك وفق إجراءات وقواعد موضوعة مسبقا لحكم عمل هذه الهيئات، لم تكثف هذه الهيئات بوضع لائحتها أو قواعدها التنظيمية، أو وضع مكاتبها وخدماتها الإدارية تحت تصرف أطراف النزاع، بل إحتفظت لنفسها بإختصاص تطبيق لائحة التحكيم المذكورة،³ وقد أصبح هذا النوع من التحكيم هو السائدة في منازعات التجارة الدولية، لما يتميز به من تنظيم دقيق لإجراءاته

¹ د/ مصطفى محمد الجمال، د/ عكاشة محمد عبد العال: مرجع سابق، ص126، ص127.

² د/ ابو زيد رضوان: مرجع سابق، ص52، ص57.

³ د/ حفيظة السيد الحداد: مرجع سابق، ص91.

وكذا مباشرته من قبل من يتوفر على الخبرة، وكذا الجهاز الذي يتولى متابعة تنفيذ هذه الإجراءات حتى صدور الحكم في النزاع، وهو ما جعله أكثر إنسجاما مع طبيعة العلاقات الدولية.

الفرع الثاني: التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح: يتم عرض النزاع على المحكم

للفصل فيه بحكم بعد فحص وتقييم إدعاءات الأطراف، وعليه يتعين على المحكم أن يختار أحد الطرفين بناء على إتفاق الأطراف، حيث يلتزم المحكم بتقييم إدعاءات الأطراف وفق معيار موضوعي أساسه أحكام القانون كالقاضي، أو أن يلتزمه سيكون وفق معيار شخصي مبني على تقديره الذاتي لمدى عدالة إدعاءات الأطراف.

البند الأول: التحكيم بالقانون: الأصل أن يتفق الأطراف على حل نزاعاتهم وفق لأحكام

القانون وهنا يمارس المحكم سلطته كقاضي، وعليه فإن التحكيم بالقانون: " هو التحكيم الذي تلتزم فيه هيئة التحكيم بإنزال حكم القانون على المسائل القانونية المعروضة عليهم." وإذا لم يتفق الأطراف على تفويض هيئة التحكيم سلطة الفصل في المنازعة وفقا لمبادئ العدالة والإنصاف، فإنها تلتزم بالفصل في المنازعة وفقا للقانون وإلا عدت مقتصبة لسلطة الفصل في المنازعة كمحكم مصالح، وهو ما لا يجوز إلا بناء على إتفاق صريح من الأطراف.¹

البند الثاني: التحكيم بالصلح: هو التحكيم الذي تخول فيه الأطراف لهيئة التحكيم

صلاحية الفصل في المنازعة وفقا لمبادئ العدالة والإنصاف، حيث تتحرر هيئة التحكيم من التقيد بالقواعد القانونية أي كان مصدرها من أجل تحقيق التوازن بين مصالح الأطراف، وقد نص المشرع الجزائري على إمكانية التحكيم بالصلح كإستثناء في ظل أحكام قانون الإجراءات المدنية القديم وذلك بنص المادة 451 فقرة 02 حيث نص على: "... ويفصل المحكمون والمحكم المرجح في التحكيم وفقا لقواعد القانونية إلا إذا كان إتفاق التحكيم قد خول لهم سلطة الفصل كمحكمين مفوضين في الصلح." غير أن المشرع في القانون الإجراءات المدنية والإدارية غير موقفه بنصه صراحة على أن التحكيم يكون حصرا وفق قواعد القانون المادة 1023، وعليه فإن سلطة المحكم

¹ د/ حفيظة السيد الحداد: مرجع سابق، ص 92.

بالصلح لا ينبغي أن تخرج عن أحكام القواعد الأمرة، لأن الطرفين لا يملكان الحق في الخروج أو التنازع عن الحقوق المقررة لهما بمقتضاها.

الفرع الثالث: التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي: إرتبط اللجوء إلى التحكيم بشكل

كبير بنمو المعاملات الدولية وتقدمها، وإن كان التحكيم قد واجه في البداية العديد من العراقيل سواء من التشريعات أو من القضاء، على إعتبار أن القضاء هو وحده صاحب الإختصاص الحصري في الفصل في المنازعات، غير أنه بتطور المعاملات التجارية الدولية عمد القضاء الفرنسي إلى الإعتراف تدريجياً بالتحكيم، وذلك بإخضاع المنازعات الدولية لقواعد خاصة بها أكثر تحرراً تمثلت في إقرار صحة شرط التحكيم الوارد في عقد دولي، على الرغم من بطلان هذا الشرط إذ ورد في عقد داخلي، ويعد العقد دولي لمجرد إرتباطه بمصالح التجارة الدولية بالإضافة إلى تضيق مجال الرقابة التي تخضع لها الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم عندما يطلب من القضاء الإعتراف بها أو الأمر بتنفيذها.¹

إن التفرقة بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي له أهمية قصوى إذ أن التحكيم التجاري الدولي يثير المشاكل المعروفة في إطار القانون الدولي الخاص، سيما تلك المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم ذاته، أو تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع المنازعة محل إتفاق على التحكيم، كذلك بخصوص الرقابة التي يمارسها قضاء الدولة على حكم التحكيم، وفي هذا الإطار تختلف الأنظمة بشأن هذه الرقابة من زاويتين الزاوية الأولى تتعلق بنطاق الرقابة أما الزاوية الثانية تتعلق بنوع الرقابة.

بالنسبة للزاوية الأولى والمتعلقة بنطاق الرقابة فإن بعض الأنظمة القانونية لا تهتم بالرقابة على أحكام التحكيم ذات العنصر الأجنبي الخالص، بينما تخضع أحكام التحكيم ذات العنصر الوطني لرقابتها، أما بالنسبة للزاوية الثانية المتعلقة بنوع الرقابة فإنه كقاعدة عامة لا تستفيد

¹ د/ ناصر عثمان محمد عثمان: معايير دولية التحكيم، المؤتمر السنوي 16 للتحكيم التجاري الدولي، كلية

الحقوق، جامعة الامارات العربية المتحدة، 28-29 أبريل 2008، ص54.

أحكام التحكيم الوطنية من المعاهدات الدولية المنظمة لمسألة الإعراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية،¹ وبالرغم من أهمية التمييز بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي فإن الوقوف على دولية التحكيم من المسائل الشائكة والتي أثارت جدلا فقهيًا، حيث وضعت العديد من المعايير التي تستخدم لتحديد دولية التحكيم، وتتمثل في المعيار القانوني والمعيار الإقتصادي والمعيار المزدوج الذي يجمع بينهما.

البند الأول: المعيار القانوني كأساس للتفرقة: يعتبر القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته الأمم المتحدة سنة 1985، من بين القوانين التي تبنت المعيار القانوني كأساس لتدويل التحكيم، وعليه يعد التحكيم التجاري دوليًا وفق هذا القانون في الحالات التالية:

أولاً: إذا كان مقر عمل طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وهذا يعني أنه إذا كان مقر عمل أطراف التحكيم يقع في دولة واحدة فإن التحكيم يعد وطنيًا، والعبرة في تحديد ما إذا كان مقر العمل للأطراف التحكيم واقعا في دولتين مختلفتين أو دولة واحدة يكون بوقت الإتفاق على التحكيم، ولكن ما الحكم إذا كان للأطراف التحكيم أكثر من مقر عمل أو لم يكن لأحدهم مقر عمل على الإطلاق؟

الإجابة على هذين الفرضين تكمن في نص المادة الأولى من القانون النموذجي للتحكيم في فقرتها الرابعة على أنه: " للأغراض الفقرة الثالثة من هذه المادة.

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

- إذا لم يكن لأحد الطرفين مقر عمل فتكون العبرة بمحل إقامته.

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

¹ د/ حفيفة السيد الحداد: مرجع سابق، ص 96.

1. **تحديد مكان التحكيم في إتفاق التحكيم أو طبقاً له:** إستند القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في تحديده لدولية التحكيم في الفقرة (3 ب 1) على معيار مكاني من أجل تحديد دولية التحكيم، فالتحكيم يكون دولياً حتى ولو كان لطرفيه مقر عمل يقع في ذات الدولة إذا كانت الأطراف قد إتفقت على إجراءات التحكيم في مكان خارج هذه الدولة التي يوجد لكليهما مقر أعمال.

2. **أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الإلتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق الصلة به:** في هذه الحالة الأولى يكون مقر عمل الأطراف موجوداً في ذات الدولة، إلا أن مكان تنفيذ جزء هام من الإلتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية غير أنه يصعب تحديد المقصود بالجزء الهام من الإلتزامات الناشئة عن العلاقات التجارية، فالجزء الهام عن علاقة تجارية ما يختلف عن علاقة تجارية أخرى، ومن هنا تثار صعوبة وضع معيار واحد في هذا الشأن، أما الحالة الثانية يكون فيها المكان موضوع النزاع أوثق الصلة به يكون موجوداً في خارج هذه الدولة، غير أنه ليس مكان إبرام العقد وحده يكون وثيق الصلة بموضوع النزاع، لأنه حتى مكان تنفيذ الإلتزام يتحقق فيه ذات الوصف.¹

3. **دولية التحكيم المستندة إلى إرادة الأطراف:** تنص المادة الأولى فقرة 03 من القانون النموذجي للتحكيم على أن التحكيم يعد دولياً في مفهوم هذا القانون إذا أتفق الطرفان صراحة على أن موضوع إتفاق التحكيم يتعلق بأكثر من دولة واحدة، ويتضح من هذا أن القانون النموذجي قد إعتمد على إرادة الأطراف في منح صفة الدولية فإذا أعلنت إرادة الأطراف صراحة أن موضوع التحكيم يتعلق بأكثر من دولة واحدة عد التحكيم دولياً، غير أن إطلاق العنان لإرادة الأطراف في الإتفاق على تحديد مصير التحكيم أمر لا يخلو من الإنتقاد، لأن هذه الإرادة بإمكانها تحويل تحكيم داخلي إلى تحكيم دولي بمجرد الإتفاق على أن التحكيم يتعلق بأكثر من دولة، بغرض الإفلات من القواعد الأمرة الواردة في شأن التحكيم الداخلي.

البند الثاني: المعيار الإقتصادي كأساس لدولية التحكيم: يعتبر العقد دولي وفق المعيار الإقتصادي إذا كان هذا العقد يرتبط بمصالح التجارة الدولية، والمقصود بمصالح التجارة الدولية

¹ د/ ناصر عثمان محمد عثمان: مرجع سابق، ص58.

أن يكون العقد منظوياً على رابطة تتجاوز الإقتصاد الداخلي لدولة معينة، بأن يتضمن مثلاً إستيراد بضائع من الخارج أو تصدير منتجات وطنية إلى دولة أجنبية، وبصفة عامة حركة ذهاب وإياب للبضائع والأموال عبر الحدود،¹ وهذا المعيار الذي تبناه المشرع الجزائري حيث إعتد على المعيار الإقتصادي لتحديد صفة التحكيم الدولي ويتضح ذلك من خلال نص المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث تنص على: "يعد التحكيم دولياً بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الإقتصادية لدولتين على الأقل".

البند الثالث: المعيار المزدوج كأساس لدولية التحكيم: تبنت الإتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي جنيف 21 أبريل 1961 هذا المبدأ، حيث بينت نطاق تطبيق الإتفاقية في نص المادة الأولى فقرة أ، ب حيث تسري أحكام هذه الإتفاقية على التحكيم المبرم بهدف فض النزاعات الناشئة على أن يكون لهم عند إنشاء الإتفاقية محل إقامة معتاد أو مركز عمل في دول مختلفة مرتبطة تعاقدياً بهذه الإتفاقية، ولم تكفي الإتفاقية بالارتكاز على المعيار الإقتصادي وحده بل أنها أضافت إليه العنصر القانوني المنصب على ضرورة أن يكون للأطراف التحكيم محل إقامة معتاد أو مركز إدارة في دولتين مختلفتين.

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للتحكيم

يقوم المحكم بنفس الدور الذي يقوم به القاضي وهو الفصل في المنازعات المعروضة عليه، إلا أن التحكيم في جوهره قضاء خاص يستمد من إتفاق الخصوم في حين أن القاضي يستمد سلطته من الدولة التي نصبته كموظف يقوم على أداء وظيفة العدالة، كما أن المحكم على خلاف القاضي ينحصر إختصاصه في المنازعة المعروضة عليه فقط ولا يملك سلطة الجبر، مع ذلك لا يمكن تصور التحكيم مستقل عن قضاء الدولة إذ أن هناك روابط تعاون ورقابة يساهم بها قضاء الدولة في مسائل التحكيم، وعليه يثور التساؤل حول الطبيعة القانونية للتحكيم، إذا أختلف الفقه والقضاء في تحديدها وتعددت النظريات في هذا الخصوص، بين النظرية العقدية والنظرية القضائية ونظرية الطبيعة المختلطة.

¹ د/ حفيفة السيد الحداد: مرجع سابق، ص100، ص103.

يرجع هذا الإختلاف الفقهي في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم إلى المعنى للإصطلاحي للتحكيم، بإعتباره يجمع بين عملين أحدهما يأتيه طرفا النزاع وهو إبرام إتفاق التحكيم وتعيين محكم، والآخر يأتيه المحكم المختار من قبلهما وهو الفصل في النزاع بحكم يحوز حجية الشيء المقضي فيه، ومن ثما أي العملين يستوعب الآخر حتى يتسنى إتخاذه كمعيار للتفسير في كل ما يتعلق بمعطيات التحكيم¹؟

الفرع الأول: النظرية العقدية: يرى أنصار النظرية العقدية أن التحكيم يقوم على عمل من المحكمين وهو إتفاق التحكيم، وعمل من المحكم وهو الفصل في النزاع بقرار ملزم لطرفيه ولكنهم يرون أن عمل هذا الأخير يستند على الأول ويقوم عليه، بإعتباره مجرد تنفيذ له ومن ثم فإتفاق التحكيم يستغرق عملية التحكيم برمتها، فهذا الإتفاق هو الذي يحقق إخراج النزاع من سلطان القضاء وإسناده إلى سلطان محكم خاص، ويعين في الوقت ذاته المحكم الذي يتولى الفصل فيه ويحدد دائرة ولايته وهذا الإتفاق هو الذي يحدد القواعد الواجب على المحكم إتباعها في أدائه لهذه المهمة، وعلى هذا النحو فإن القرار الذي يصل إليه المحكم في النهاية يكون مجرد محصلة لتطبيق شروط التحكيم التي إتفق الأطراف عليها،² وأن قرار التحكيم يستمد قوته التنفيذية من هذا الإتفاق الخاص وعليه فإن عدم قابلية قرارات التحكيم للطعن يرجع إلى توافق إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم،³ ومن ثم فإتفاق التحكيم يستغرق عملية التحكيم برمتها.

بناء على ما تقدم يكون التحكيم عقديا ويكون العمل التحكيمي عملا خاصا وينتفي عنه الطابع العمومي والطابع الرسمي، كما تنتفي عن المحكم وعن رأيه الطبيعة القضائية فلا هو قاص ولا عمله يمثل عملا قضائيا، وهذه الشمولية لعمل الإرادة وفقا لأنصار النظرية العقدي للتحكيم جعلت الفقيه كلاين Klein يقول بأن التحكيم في أطواره المختلفة إنما هو إجراء واحد قائم

¹ د/ خالد محمد القاضي: موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع

الإشارة خاصة إلى أحكام القضاء المصري، دار الشروق، الطبعة الأولى، القاهرة، 2002، ص111.

² د/ مصطفى محمد الجمال، د/ عكاشة محمد عبد العال: مرجع سابق، ص38.

³ فؤاد محمد ابو طالب: التحكيم الدولي في منازعات الإستثمار الأجنبية وفقا لأحكام القانون الدولي العام، دار

الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص50.

على إرادة الأطراف، وعليه فإن التحكيم عقد ويخضع لأحكام النظرية العامة للعقود فطبيعته التعاقدية واضحة، في اطرافه وشروطه واختيار المحكمين وتحديد اجراءات التحكيم وبالتالي فإن المحكم لا يستمد سلطته من القانون بل من اتفاق التحكيم، وينعكس هذا الإتفاق بأثاره على الحكم الصادر في هذا التحكيم، بحيث يعتبر كأنه من عمل المتعادين أنفسهم فالمحكم مجرد وكيل مشترك عن الطرفين وليس قاضيا، وبهذا يستغرق عقد التحكيم عمل المحكمين من البداية إلى النهاية.¹

لا شك في أن لهذا الإتجاه فضل إبراز الدور الذي يؤديه إتفاق الأطراف في مجال التحكيم، إلا أن أنصار هذا الإتجاه لم يستطيعوا أنكار أن المحكم هو طرف خارجي عن أطراف العقد، كما أن المحكم يتمتع برأي مستقل عن أطراف العقد وأن ارادته ليست تعبير عن إرادتهم² كما أن هذا الإتجاه يتجاهل حقيقة الوظيفة التي يؤديها المحكم الذي يقوم في الواقع بنفس الوظيفة التي يقوم بها القاضي، بإصداره حكم مشابه للحكم الذي يصدره القاضي، ولعل هذا التجاهل هو الانطلاق من ظاهرة هيمنة الدولة الحديثة على الوظيفة القضائية، واحتكارها إقامة العدل بين الناس بواسطة قضاة موظفين يختارون من قبلها، وهذا ما تقدمه بالفعل فكرة العقد التي تقوم على مبدأ سلطان الإرادة والقوة الملزمة للعقود.

إن التصور القضائي للتحكيم ينطلق من التمييز والتفريق بين اتفاقية التحكيم من جهة وقرار التحكيم من جهة أخرى، وذلك لاختلاف الغاية بينهما حيث يركز هذا الإتجاه على الوظيفة المسندة لغير المحكم، بدل الاداة التي يعمل بها التحكيم ليجعل من التحكيم نوعا من القضاء ذي أساس مباشر إتفاقي وغير مباشر قانوني مسند لغير مستقل ومحايد، لذا اقترنت فكرة التحكيم عند اصحاب هذا الإتجاه بفكرة القضاء الخاص ويقول الأستاذ مونتلسكي: " أن التحكيم نشأ لكي يحسم النزاعات وأن مهمة المحكم تماما هي نفس مهمة القاضي."

¹ باسود عبد المالك: حماية الإستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2014-2015، ص17.

² الحسين السالمي: التحكيم وقضاء الدولة، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2009، ص69.

غير أن النظر إلى هيمنة الدولة على الوظيفة القضائية وإحتكارها إقامة العدل بين الناس من خلال السياق التاريخي للأمور، من شأنه أن يشير الى الدور القضائي الذي يؤديه المحكم، فاحتكار الدولة للقضاء وتنظيم السلطة القضائية ما هو إلا مرحلة من مراحل تطور الوظيفة القضائية، سبقتة مرحلة كان التحكيم يستقل فيها بهذه الوظيفة وتلوح في الأفق ملامح مرحلة أخرى تتوزع فيها الوظيفة القضائية بين قضاء الدولة وبين التحكيم.¹

الفرع الثاني: النظرية القضائية: إن التصور القضائي الخالص لفكرة التحكيم ينطلق

من طبيعة مهمة المحكم وولايته فهو ينطق بحكم القانون، وله كالقاضي سلطة الحكم وقد تبنى هذا الفكرة مجموعة من فقهاء المرافعات، أمثال جلاسون glasson وتيسي tissier ومورال morel الذين يصفون في مطولهم التحكيم بأنه نوع من الوظيفة القضائية،² أما فقهاء القانون الدولي الذين تبناوا هذا الاتجاه نذكر منهم، نبوي niboyet بارتن bartin ليني laine الذين يرون أن التحكيم تسيطر عليه الطبيعة القضائية من حيث طبيعة المهمة الموكلة للمحكم، كما أن المشرع عند تنظيمه للتحكيم أصبغ عليه الصبغة القضائية شكلا ومضمونا، فالمشرع يتحدث عن نزاع وأطراف في الخصومة وحكم تحكيمي وذلك كله وفق قواعد قانون الإجراءات القضائية، كما أن التحكيم لا ينفذ إلا وفق قواعد النفاذ المعجل ولا تكون الرقابة عليه إلا باستعمال طرق الطعن القضائي وكل هذه الطرق هي طرق إجرائية قضائية يركز عليها النظام القضائي.³

يرى أنصار هذه النظرية أن الطابع القضائي يغلب على طبيعة التحكيم، ذلك أنه قضاء إجباري ملزم للخصوم متى إتفقوا عليه وأن المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها، وأن عمله عمل قضائي شأنه في ذلك شأن العمل القضائي الصادر عن السلطة القضائية، وعليه فإن تحديد طبيعة نظام من النظم يعتمد على معايير موضوعية تتعلق بأصل وظيفته وليس بما هو

¹ د/ مصطفى محمد الجمال، د/ عكاشة محمد عبد العال: مرجع سابق، ص40.

² الحسين السالمي: مرجع سابق، ص80.

³ احمد أنعم الصلاحي: النظام القانونية للتحكيم التجاري الدولي، مركز البحوث والدراسات اليمني، المؤسسة

الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، صنعاء، 1994، ص19.

عارض في أدائها، وإذا كان التحكيم يقوم بالوظيفة ذاتها التي يقوم بها قضاء الدولة وهي حسم النزاع وتحقيق العدالة بين المتخاصمين فإنه بالضرورة يكتسب الطبيعة القضائية.

إن اللجوء إلى التحكيم يعد رهينا باتفاق الأطراف على اللجوء إليه ولكن ذلك لا يؤثر على جوهر وظيفته القضائية، حيث يرى أنصار هذا الإتجاه أن إختيار التحكيم وسيلة لحسم النزاع يتم بعمل إرادي من طرفيه، فإن الإلتجاء إلى القضاء يتم بعمل إرادي من أحد الأطراف وقد يتفق الأطراف على رفع النزاع إلى محكمة غير المحكمة المختصة، وقد يتفق اطراف الخصومة على النزول عن الخصومة بعد رفعها، وهذا دليل على أن ما تؤديه ارادة الخصوم في طرح النزاع على التحكيم بدل القضاء ليس له من أثر على حقيقة الوظيفة التي يؤديها التحكيم من كونها وظيفة قضائية مثلها في ذلك مثل وظيفة قضاء الدولة.¹

إن هذا الجانب من الفقه يرى بأن التحكيم ما هو في الحقيقة إلا شكل من أشكال ممارسة العدالة، ولكنه ذو طابع خاص والعدالة تعد وظيفة من وظائف الدولة في نظر هؤلاء، وبما أن الدولة هي التي منحت أطراف التحكيم سلطة اللجوء إليه ومكنتهم من إستعمال أجهزتها لتنفيذ هذا الحكم، فإن المحكم سيباشر وظيفة عامة وهي الوظيفة القضائية وقراره يكون حكما بالمفهوم القانوني للحكم القضائي.²

الفرع الثالث: نظرية الطبيعة المختلطة للتحكيم: أدت صعوبة دمج عمل أطراف

النزاع المتمثل في إتفاق التحكيم، وعمل المحكم المتمثل في الفصل في النزاع بحكم حاسم له إلى بروز إتجاه يضيف على التحكيم صفة العقد وصفة القضاء في أن واحد، حيث أن التحكيم وفق لهذا الإتجاه هو حقيقة ممتدة في الزمن تبدأ بإتفاق التحكيم وتنتهي بشمول حكم المحكم بأمر التنفيذ، وخلال إمتدادها الزمني يتعاقب عليها طابعان الطابع الأول وهو التعاقد الذي يجسد اتفاق التحكيم، والطابع الثاني هو الطابع القضائي الذي تجسده وظيفة المحكم المتمثلة في حسم

¹ د/ خالد محمد القاضي: مرجع سابق، ص 113.

² باسود عبد المالك: مرجع سابق، ص 23.

النزاع المطروح عليه، فالتحكيم يمر بمراحل متعددة فهو في أوله إتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم.¹

لكن يبدو أن أنصار هذا الاتجاه من بينهم الاستاذ محسن شفيق لا يتفقون فيما بينهم حول الحد الزمني الذي يفصل بين الطبيعة التعاقدية إلى طبيعته القضائية للتحكيم، ويؤكد أن التحكيم نظام مختلط يبدأ باتفاق ثم يصير إجراء ثم ينتهي بقضاء هو قرار التحكيم، والبعض الآخر يذهب إلى أنه طبق لهذه النظرية التوفيقية فإن قرارات التحكيم وإن اعتبرت عقد قبل أمر التنفيذ، إلا أنها تصبح بهذا الأمر بمثابة الحكم القضائي، بالإضافة إلى أن محاولة إيجاد فاصل زمني بين كل من الطابع العقدي والطابع القضائي للتحكيم خلافا للواقع، من بروز هذين الطابعين معا منذ الإتفاق على التحكيم وحتى الانتهاء منه بتنفيذ حكم التحكيم، فإن هذا الإتفاق ليس بعيد عن الطابع القضائي بحسبان أن موضوعه إقامة كيان عضوي للفصل في النزاع، وإذا كان التحكيم ينتهي بحكم فهذا الحكم ليس بمعزل عن إتفاق التحكيم وأثره على سير الخصومة.²

¹ د/ خالد محمد القاضي: مرجع سابق، ص 114.

² د/ مصطفى محمد الجمال، د/ عكاشة محمد عبد العال: مرجع سابق، ص 44.

المبحث الثالث: النظام القانوني لاتفاق التحكيم

يعد التحكيم التجاري الدولي أداة لتحقيق العدالة في النظم القانوني المعاصرة، فهو نظام لحل المنازعات التي تثور بين الأشخاص بحيث تختار الاطراف المتنازعة بموجب إتفاق خاص، القضاة الذين يتولون مهمة الفصل في النزاع المطروح أمامهم بخصوص علاقتهم التعاقدية التي يجوز تسويتها عن طريق التحكيم، وبالتالي يتعبر التحكيم بمثابة عدالة مرنة تقوم على أساس إرادة الاطراف في اللجوء للتحكيم كوسيلة لحل منازعاتهم، وإختيار المحكمين بالإضافة إلى إختيار القانون الذي يطبق على النزاع... الخ، ويتم ذلك بموجب إتفاق التحكيم الذي قد يكون في شكل شرط يدرج ضمن بنود العقد الاصلي وهو ما يعبر عليه بشرط التحكيم، أو قد يكون في شكل إتفاق مستقل يكون بعد نشوء النزاع، بحيث يتفق الاطراف على اللجوء للتحكيم كوسيلة لفض منازعاتهم، مما يسمح لهم بتحقيق العدالة وفقا لتطلعاتهم بحسب ما تقضي به مبادئ التجارة الدولية.

إذا كان نظام التحكيم يقوم على إرادة الأطراف فإن له فائدة تتمثل في الحفاظ على التوقعات المشروعة للاطراف في حل المنازعة المطروحة أمام التحكيم، إلا أنه بالمقابل يمكن لهذه الإرادة ان تكون مصدرا لعدم فعالية هذا النظام، إذا كان أحد الأطراف لا يرغب في السير في إجراءات التحكيم بشكل عادي، حيث يلجأ الطرف سيئ النية الذي يرى بأن إجراءات التحكيم تسير في غير مصلحته إلى التعسف بغرض تعطيل إجراءات التحكيم أو تعطيل صدور حكم التحكيم، وتحقق ذلك من خلال لجوء الطرف سيئ النية إلى إستهداف الفعالية الإجرائية للتحكيم، من خلال إنكار إختصاص محكمة التحكيم أو على الاقل التشكيك فيه وبالتالي وضع إتفاق التحكيم موضع عدم التنفيذ، وبالتالي إرجاع النزاع إلى ولاية القضاء الذي إتفق الأطراف على إستبعاده وما يترتب على ذلك من طول الاجراءات وتعقيدها.¹

¹ تعويلت كريم: فعالية إتفاق التحكيم التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي

وزو، الموسم الجامعي 2017-2018، ص13.

يقوم نظام التحكيم التجاري الدولي على إتفاق الاطراف باللجوء للتحكيم لتسوية منازعاتهم فإتفاق التحكيم يقوم بدور أساسي في عملية التحكيم، ومن دونه لا يمكن إخراج المنازعة المثارة من بين الأطراف من ولاية القضاء وإخضاعها لولاية هيئة التحكيم، فإتفاق التحكيم عقد بطبيعته فإنه يشترط لصحته ما يشترطه القانون في سائر العقود، وعليه سيتم التطرق بداية إلى دراسة مفهوم الإتفاق على التحكيم في المطلب الاول، في حين سيتم دراسة شروط صحة الإتفاق على التحكيم في المطلب الثاني وفي الاخير سيتم التطرق إلى إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في المطلب الثالث، وسيتم بيان ذلك كما يلي:

المطلب الأول: مفهوم الإتفاق على التحكيم

يشكل اتفاق التحكيم نقطة البداية لنظام التحكيم بل هو أساس عملية التحكيم فيرسم حدودها ويحدد نهايتها، فاتفاق التحكيم شأنه شأن باقي الاتفاقات في العقود هو تعبير عن إرادة الاطراف إرتضوا التحكيم كوسيلة بديل لتسوية عن القضاء لتسوية ما نشأ أو قد ينشأ من منازعات بينهم، ومن تما لا يمكن الحديث عن التحكيم واستبعاد دور القضاء بدون اتفاق التحكيم، فاتفاق التحكيم هو الذي يحدد مبدأ اللجوء للتحكيم ويحدد إجراءاته وموضوعه، كيفية تشكيل هيئة التحكيم، لغة التحكيم، مكان التحكيم، القانون الواجب التطبيق، حكم التحكيم... الخ.¹

لا يمكن أن يعرض النزاع على هيئة التحكيم إلا بإتفاق ذوي الشأن إتفاقا واضحا على الفصل فيه بطريق التحكيم، وفي هذا تقول محكمة النقض المصرية: "إن حكمة تشريع التحكيم تكمن في ان طرفي الخصومة يريدان ان يحص ارادتهما وإتفاقهما تفويض أشخاص ليس لهم ولاية القضاء في أن يقضوا بينهما... أو يحسموا النزاع بحكم ... فرضاء طرفي الخصومة هو أساس التحكيم."، ومادام إتفاق التحكيم عقد فإنه يشترط فيه ما يشترط في باقي العقود من شروط صحته بالإضافة إلى ما يتميز به إتفاق التحكيم من شروط خاصة.

1 بوقرط أحمد: النظام القانوني لاتفاق التحكيم، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03 العدد 01

السنة 2019 المركز الجامعي علي كافي تندوف، ص152.

يحظى إتفاق التحكيم بإهتمام كبير لدى الفقه والقضاء والقوانين الوطنية والدولية التي أعطت عدة تعريفات لإتفاق التحكيم، من بين التعريفات التي قدمها الفقه نذكر: " إتفاق التحكيم هو الإتفاق الذي بمقتضاه تتعهد الاطراف المتنازعة بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو المحتمل نشوئها بينهما من خلال التحكيم."¹ وهناك من عرفه بأنه تراض أطراف نزاع معين أو عقد محدد على الفصل في هذا النزاع أو تلك المنازعة التي قد تنشأ بينهم بخصوص هذا العقد عن طريق هيئة تحكيم تختار لهذا الغرض دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه والفصل في موضوعه. " في حين هناك من عرفه: " هو إتفاق يجعل محاكم الدولة غير مختصة بنظر النزاع فهو إتفاق يمنح المحكم سلطة الفصل في النزاع بحكم ملزم لاطرافه، بل أن هذا الاتفاق هو المسيطر على مسيرة التحكيم إبتداءا بإختيار المحكم وإنتهاء بمدى قابلية قراره للطعن. " في حين عرفه آخر بأنه: " هو تصرف قانوني يتخذ شكل إتفاق مكتوب ويحدد فيه الطرفان موضوع النزاع، أسماء المحكمين ، مكان واجراءات التحكيم، وقد يحددون أيضا القانون الذي يطبقه المحكم."²

كما عرفت الاتفاقات الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي إتفاق التحكيم اذ عرفته المادة 07 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بأنه: " الاتفاق بين الطرفين على ان يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية معينة سواء كانت هذه العلاقة تعاقدية أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في العقد أو في شكل اتفاق منفصل. "

عرّف المشرع الجزائري إتفاق التحكيم في المادة 1011 من قانون الاجراءات المدنية والادارية بأنه: " الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم. " بينما عرف المشرع الجزائري شرط التحكيم في المادة 1007 من قانون الاجراءات المدنية والادارية : " شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الاطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم

¹ حفيظة السيد الحداد: مرجع سابق، ص117.

2 محمد كولا: تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادية، الجزائر، 2008، ص93.

المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم." حيث ميز
المشرع الجزائري بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم بخصوص النصوص القانونية التي تنظم
التحكيم التجاري الداخلي، في حين نجد أن المشرع الجزائري لم يستعمل هذه التفرقة بين شرط
التحكيم ومشاركة التحكيم بخصوص الاحكام القانونية التي تنظم التحكيم التجاري الدولي، وهذا
ما يمكن أن يستشف من نص المادة 1040 من قانون الاجراءات المدنية والادارية التي تنص
على : " تسري إتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية".

المطلب الثاني: شروط صحة الاتفاق على التحكيم

إتفاق عقد ملزم لأطرافه يتحدد موضوعه في تسوية المنازعة التي تنشأ بين الاطراف عن
طريق التحكيم، إتفاق التحكيم هو تصرف قانوني يتطلب لصحته ما يتطلب لصحة التصرفات
القانونية، بالإضافة الى ما يتميز به اتفاق التحكيم من خصائص تميزه عن باقي الاتفاقات
الاخري، فإتفاق التحكيم ذو طبيعة خاصة تميزه عن باقي الاتفاقات أو العقود الاخري التي
تخضع للقواعد العامة في القانون المدني، وتكمن خصوصية إتفاق التحكيم في أن المشرع
الجزائري يشترط أن يكون إتفاق التحكيم في شكل مكتوب مع تحديد موضوع النزاع، تعيين
المحكم أو المحكمين أو طريقة تعيينهم...الخ.

بالإضافة إلى ما قد يشترطه القانون من شروط خاصة تختلف بحسب النظم القانونية، كما
أنه تتحدد شروط صحة التحكيم بناء على القانون الذي إختاره الأطراف أو المحكم في غياب
إختيار الاطراف ليطبق على إتفاق التحكيم، وفي هذا الاطار فقد وضعت الاتفاقات الدولية
والتشريعات شروط شكلية وأخرى موضوعية لابد من توافرها في إتفاق التحكيم حتى يعتد به
ويكون منتجا لأثاره القانونية.¹

1 زيار الشاذلي: النظام القانوني لاتفاق التحكيم، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة مولاي الطاهر

سعيدة، العدد 07 ديسمبر 2016، ص301.

الفرع الأول: الشروط الشكلية لصحة إتفاق التحكيم: تنص أغلب التشريعات

المقارنة واتفاقات التحكيم التجاري الدولية على وجوب أن يكون إتفاق التحكيم التجاري في شكل مكتوب، حيث نص المشرع الجزائري في المادة 1008 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على أن يكون إتفاق التحكيم مكتوب تحت طائلة البطلان، أي يقع باطلا ولا يعتد بكل إتفاق تحكيم شفوي لا يتم بشكل مكتوب وذلك راجع لكون إتفاق التحكيم عقد رضائي لكن تنفيذه يرتب احكام اجبارية، لذا يجب أن يكون التعبير عن الارادة واضحا لهذا إشتراط المشرع الجزائري الكتابة لصحة إتفاق التحكيم.

بالرجوع لاحكام قانون الاجراءات المدنية والادارية يمكن ملاحظة أن مصطلح الكتابة بخصوص أحكام التحكيم التجاري الداخلي، تختلف بعض الشيء عن أحكام الكتابة الخاصة بشرط التحكيم التجاري الدولي، حيث تنص المادة 1008 بخصوص التحكيم التجاري الداخلي: "يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها." كما إشتراط المشرع الجزائري أن يتضمن شرط التحكيم تعيين المحكم، أو تحديد كيفية تعيينهم وإلا كان باطلا، كما تنص المادة 1012 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على: "يحصل الإتفاق على التحكيم كتابيا، يجب أن يتضمن إتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع، وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم...."

يتضح مما سبق من نصوص قانونية موقف المشرع الجزائري بخصوص إتفاق التحكيم بحيث إعتبر كل إتفاق تحكيم غير مكتوب يترتب عليه البطلان، غير أن المشرع الجزائري لم يبين طبيعة الكتابة المطلوبة لاثبات إتفاق التحكيم هل كتابة رسمية أم يكفي الكتابة العرفية لاثبات إتفاق التحكيم، أما بخصوص مشاركة التحكيم فإن الكتابة هي شرط للوجود وليس للإثبات، حيث يمكن إثباتها بمحضر يوقعه الاطراف والمحكم كما استلزم أن تتضمن مشاركة التحكيم موضوع النزاع وأسماء المحكمين وكيفية تعيينهم هذا بخصوص التحكيم الداخلي، أما بخصوص التحكيم التجاري الدولي فقد إشتراط المشرع الجزائري أن يتم إتفاق التحكيم بشكل كتابي، أو بأي وسيلة أخرى تجيز الإثبات بالكتابة، وتتحق الكتابة إذا ورد شرط التحكيم في الرسائل أو البرقيات المتبادلة بين الطرفين، ويمتد ذلك إلى كل وسائل الاتصال المكتوبة والالكترونية بعد تحقق تبادل الايجاب والقبول بشأن التحكيم، وبناء على ما سبق فإنه لا يمكن

إثبات وجود إتفاق التحكيم إلا بالكتابة وبالتالي لا يعتد بالقرائن أو الشهود أو غير من وسائل الإثبات.¹

أخذت اغلب التشريعات المقارنة بشرط الكتابة لاتفاق التحكيم وهذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في المادة 1443 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي بإشترط الكتابة لاتفاق التحكيم، كما نص المشرع المصري على وجوب الكتابة في إتفاق التحكيم من خلال المادة 12 من قانون التحكيم المصري وإعتبر الكتابة شرط لوجود إتفاق التحكيم وليس لاثباته، نفس الموقف بالنسبة للمشرع العراقي في نص المادة 252 من قانون المرافعات العراقي: " لا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة..." كذلك الامر بالنسبة للمشرع السوري في المادة 509 من قانون المحاكمات السوري وغيرهم من التشريعات العربية والاجنبية التي تبنت نفس الموقف.²

نصت أغلب الاتفاقات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي على وجوب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوب نذكر منها، نصت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 على أنه: " تعترف كل الدول الموقعة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بموجبه الطرفان ويعرض منازعاتهم على علاقات حقوقية معينة، والمقصود بالاتفاق المكتوب شرط التحكيم الذي يتضمنه العقد التحكيم، اذا كان موقعا من قبل الطرفين أو إذا تضمنها تبادل مراسلات أو برقيات." كما نصت المادة 07 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 على أنه: " يجب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا، ويعتبر الاتفاق مكتوبا إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين، أو في تبادل الرسائل أو التلكسات أو غيرها من وسائل الاتصال السلبي واللاسلكي، والتي تكون بمثابة سجل للاتفاق، وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشمل على شرط التحكيم بمثابة إتفاق التحكيم، شريطة أن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزء من العقد."

1 زيبار الشاذلي: مرجع سابق، ص309

2 د/ فوزري محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، الطبعة السابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع الاردن، ص122.

إختلف الفقه في تفسير شرط الكتابة بخصوص إتفاق التحكيم هل هو شرط للثبات أو هو شرط للانعقاد إتفاق التحكيم؟ وما الذي يترتب على تخلف شرط الكتابة؟ وفي هذا الاطار أصدرت لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي توصية بشأن ذلك، حيث أشارت هذه التوصية إلى أنه نظرا لتزايد إستخدام التجارة الالكترونية ونظرا للسوابق القضائية التي ظهرت أكثر ملائمة من إتفاقية نيويورك، فيما يتعلق بشرط الشكل الذي يحكم إتفاق التحكيم وإجراءاته وتنفيذ قرارات المحكمين، بإعتبار الحالات المذكور في الاتفاقية هي حالات ذكرت على سبيل المثال لا الحصر، وهذا الموق تأخذ به أغلب الاتفاقات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، من خلال التوسع في مفهوم الكتابة لتشمل كل وسائل الكتابة الحديثة خاصة الالكترونية منها.

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية: إتفاق التحكيم مهما كان شكله (شرط تحكيم أو

مشاركة تحكيم) هو بمثابة تصرف قانوني يخضع للقواعد العامة للتصرفات القانونية، خاصة تلك القواعد المتعلقة بالعقود، غير أن المنتبغ للمؤلفات الفقهية في نظرية العقد بصفة عامة أو عقد أو آخر من العقود يلاحظ إختلافا في تصور أركان العقد، فالبعض يجعل أركان العقد ثلاث وهي الرضا، المحل، السبب، وبعض العقود الأخرى تستلزم ركنا رابعا وهو العاقد نفسه أو الشكلية، في حين أن هناك من يرد هذه الاركان إلى ركن واحد هو التراضي ويجعل دراسة الاركان الاخرى مجرد إمتداد للتراضي، بإعتبار أن التراضي يصدر عن العاقدوين وينصب على المحل ويستهدف تحقيق السبب.¹ والواقع أن تحديد أركان العقد يتوقف على ضوء طبيعة العقد محل الدراسة وما يتطلبه من أفراد محله أو سببه أو عاقديه من دراسة خاصة، وبالرجوع لعقد التحكيم نجد أنه يركز على مجموعة من الشروط الموضوعية العامة تتمثل في ضرورة توافر الاهلية اللازمة للاطراف للتوقيع على إتفاق التحكيم، وتوافر الرضا للاختيار التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ في المستقبل بينهم، وأن يرد إتفاق التحكيم على نزاع قابل للتسوية عن طريق التحكيم وأن يكون سبب الاطراف في اللجوء للتحكيم مشروع وهذا ما سيتم بيانه كما يلي:

1 د/ مصطفى محمد الجمال، د/ عكاشة محمد عبد العال: مرجع سابق، ص370.

البند الأول: القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم: لابد أن يصدر إتفاق

التحكيم من قبل الاطراف بشكل صحيح معبرا عن إرادتهم في اللجوء للتحكيم، أي لا بد من تطابق إرادة الاطراف (الايجاب والقبول) في المسألة التي إتجهت إرادة الأطراف إليها حتى ينعقد إتفاق التحكيم صحيحا، ويخضع إتفاق التحكيم فيما يتعلق بعيوب الإرادة إلى القواعد العامة سواء فيما يتعلق بوجودها أو الاثار المترتبة عنها، على أن يتحدد نطاق الاتفاق على التحكيم بخصوص منازعة معينة لا يتعداها، كما يتطلب عند تحديد موضوع التحكيم ان يكون محددًا بدقة بخصوص مشاركة التحكيم بحكم أن النزاع قائم ومعروف، اما شرط التحكيم فهذا يعني أن إبرامه تم قبل نشوء النزاع فيتم صياغة شرط التحكيم بشكل عام.

إتفاق التحكيم كغيره من الاتفاقات لابد أن يستند إلى قانون معين يستمد منه قوته الملزمة وينظم وجوده وصحته، أثاره، ومصيره، ولتحديد هذا القانون أهميته الخاصة بالنسبة لاتفاق التحكيم لاعتبارين أساسيين، أولهما أن هذا الإتفاق يستند إلى علاقة تتقدمه لها قانونها الخاص بحكمها والذي قد لا يكون هو القانون الخاص بإتفاق التحكيم ذاته، وثانيهما أن إتفاق التحكيم يتعلق بأداء وظيفة قضائية مما يجعل هناك تباين في مواقف قوانين الدول المختلفة منه.¹

إن البحث عن القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم يفترض بداية وجود إتفاق صحيح باللجوء للتحكيم، وعليه لابد من تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم ليكون الفصيل في كل ما يتعلق بإتفاق التحكيم من وجوده وصحته، نفاذه لزومه، ومصيره، حيث تثار مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم أول ما تثار أمام المحكم، إذ عليه أن يمضي في التحكيم بعد التأكد من صحة إتفاق التحكيم ونفاذه بإعتبار ولايته منوطة بهذا الإتفاق، والغالب أن يتصدى المحكم للمسألة بناء على دفع ببطلان الاتفاق على التحكيم، كما قد تثار مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم أمام القاضي، إذ قد تثار أمامه عندما يرفع أحد الأطراف دعوى أمام القضاء ويتمسك المدعى عليه بوجود إتفاق التحكيم.

¹ د/ مصطفى محمد الجمال، د/ عكاشة محمد عبد العال: مرجع سابق ، ص 299.

كما قد نثور أيضا في حالة صدور حكم التحكيم بالفعل ويلجأ الطرف المعني إلى القضاء من أجل الحصول على أمر بالتنفيذ، إذ على القاضي أن يتأكد في هذه الحالة من صحة وجود ونفاذ إتفاق التحكيم بناء على القانون الواجب التطبيق عليه، كما تثار مسألة تحيدي القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم أمام القاضي بمناسبة طلب تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي.¹

الأصل أن يتفق الأطراف على القانون الذي يحكم إتفاق التحكيم وذلك راجع لطبيعة إتفاق التحكيم بإعتباره ذا طابع عقدي يتمشى إخضاعه للقانون المتفق عليه مع القواعد العامة المنظمة للالتزامات، فالمحكم ملزم بتطبيق قانون إرادة الأطراف المتعاقدة على إتفاق التحكيم، إذ تقوم فلسفة التحكيم على حرية الأطراف المتعاقدة في إختيار القانون وسيلة تسوية منازعاتها، سواء فيما يتعلق بالهيئة التي تقوم به، أو القواعد واجبة التطبيق على سير إجراءاته وموضوعه، ولا شك أن حرية الاختيار هذه تجعل الأطراف يشعرون بالإستقرار القانوني ويحررهم من الشكليات والقواعد التي تختلف من دولة إلى أخرى.²

تعلم إرادة الأطراف كضابط إسناد دور هاما في تحديد القانون الذي يحكم إتفاق التحكيم حيث إعترفت التشريعات والاتفاقات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي بحرية الاطراف في إختيار القانون الذي يحكم إتفاق التحكيم، وتستند التشريعات والاتفاقات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي في إقرار حرية الاطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم إلى مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين المتعارف عليها في نظرية العقود، وهذه الحرية تحقق مبدأ الامان القانوني المتطلب في التعاملات الدولية بإختيار القانن الذي يتلائم وتطلعاتهم المشروعة، على أن يتم إختيار القانون من قبلل الأطراف بشكل صريح ضمن العقد الأصلي أو في عقد مستقل، لكن إذا لم يقم الأطراف بالإختيار بشكل صريح فإن المحكم يستطيع ان يستخلص

1 د/ مصطفى محمد الجمال، د/ عكاشة محمد عبد العال: مرجع سابق، ص302.

² د/ نور حمد الحجايا: القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه، المؤتمر السنوي 16 للتحكيم التجاري الدولي،

جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق، 28-30 أبريل 2008. ص653

الإرادة الضمنية للأطراف من ظروف العقد والقرائن التي تعبر عن إرادة الأطراف، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.¹

كما يمكن أن يخول الأطراف هيئة الحكيم مهمة تنظيم عملية التحكيم وفق للقواعد القانونية التي تراها الهيئة مناسبة لحكم موضوع التحكيم، ويساعد هذا الأمر هيئة التحكيم من تجاوز العديد من الصعوبات المرتبطة بتحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم أو حتى على موضوع التحكيم، وقد تبني المشرع الجزائري هذا الموقف في نص المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما تؤيد قواعد التحكيم للقانون التجاري الدولي unistral في المادة 10 منه هذا المبدأ، حيث تمنح لهيئة التحكيم حرية إختيار القواعد التي تراها ملائمة لحكم النزاع.

البند الثاني: قابلية النزاع للفصل فيه عن طريق التحكيم: يقصد بذلك مشروعية

محل إتفاق التحكيم أي أن النزاع قابل للفصل فيه بطريق التحكيم، أي أن يكون النزاع ناشئ عن علاقة قانونية ذات طابع إقتصادي مما يجوز لصاحبها التصرف فيها، وعليه فمحل إتفاق التحكيم هو النزاع أو الخلاف الذي نشأ أو يمكن أن ينشأ بين الأطراف فالتحكيم يتحدد نطاقه بمنازعة معينة لا تتعدها وهي تلك التي لا يجوز فيه الصلح، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، إذ لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص أو أهليتهم.

يجب أن يكون المحل في إتفاق التحكيم موجود أو قابل للوجود وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين وأن يكون مشروعاً، وعليه فإنه عند تحديد موضوع إتفاق التحكيم يجب التمييز بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، فإذا كنا بصدد شرط تحكيم فإن موضوع النزاع لا يمكن تحديده بدقة قبل حدوث النزاع بحيث يتم صياغة هذا الشرط بصياغة عامة لا تحدد فيها طبيعة النزاع بدقة كأن يقال بأن جميع المنازعات التي ستنشأ عن تنفيذ العقد يصار إلى حلها عن طريق التحكيم،

¹ د/ نور حمد الحجايا: مرجع سابق، ص 652، 653.

أما إذا كنا بصدد مشاركة التحكيم ففي هذه الحالة يكون موضوع النزاع معروف ومحدد بدقة كما يسهل تحديد مهمة المحكمين بدقة.¹

المطلب الثالث: إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

يرد الإتفاق على التحكيم كبند ضمن باقي بنود العقد الأصلي المثار بشأنه النزاع خلافا للقواعد العامة للعقود التي تقضي بأن العقد الذي يشوبه أحد الاسباب التي تؤدي إلى بطلانه أو فسخه، فإن أثر ذلك يشمل الإتفاق على التحكيم باعتباره أحد بنود العقود المعيب وبالتالي ينتهي أثر الاتفاق على التحكيم بالتبعية، ولكن باعتبار أن اتفاق التحكيم يستقل عن العقد الأصلي وبالتالي هل ينتقل العيب الذي يصيب أحد أركان العقد كالرضا (مثلا الغلط الاكراه التدليس) أو المحل أو السبب، فهل يبقى هذا العيب محصورا في العقد الأصلي دون أن يمتد إلى إتفاق التحكيم، أم أن أثر هذا العيب يمتد ليشمل الاتفاق على التحكيم؟ وهل يؤثر بالمقابل العيب الذي يشوب إتفاق التحكيم ليمتد للعيب للعقد الأصلي؟ وهذا ما سيتم بيانه كما يلي:

إن القول بمبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي تجاذبته إتجاهين إتجاه يرى بأنه لا يمكن القول باستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الاصلي، إذ يرى أنصار هذا الإتجاه أن إتفاق التحكيم يشكل جزء لا يتجزء من العقد الاصلي، فهو يشكل بندا من بنوده ويتأثر به وجودا وعمدا، صحة وبطلان، فإذا كان العقد الاصلي باطل يترتب على ذلك بطلان كل بنوده بما في ذلك إتفاق التحكيم الأمر الذي يترتب عليه عدم إتزام أطراف العقد بتنفيذ العقد الذي كان بينهما والذي يقضي بعدم اللجوء للقضاء للفصل في النزاع والاحتكام الى المحكمين، ذلك أن المحكم لا يملك سلطة النظر في الدفع التي يقدمها أحد الطرفين ببطلان العقد وبالتالي بطلان شرط التحكيم كي ينكر عليه إختصاصه، الأمر الذي يدفع لاحالة الطرفين إلى المحكمة المختصة للنظر في تلك الدفع، فإذا حكمت المحكمة ببطلان العقد ترتب على ذلك إنتهاء عملية التحكيم،

1 د/ فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة

للنشر والتوزيع، الطبعة السابعة، الاردن، 2015، ص125.

غير أن هذه النظرية عرفت إنتقادات من قبل أصحاب النظرية الحديثة الذين يرون بأن مفاهيم النظرية التقليدية من شأنها أن تقف ضد تطور التحكيم وتعزيز مكانته في التجارة الدولية.

نتيجة للانتقادات الموجهة للنظرية التقليدية ظهر إتجاه آخر يرى بأن بإستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وذلك لتعزيز دور التحكيم كالية فعّالة لتسوية المنازعات المرتبطة بالتجارة الدولية حيث إعتبروا بأن إتفاق التحكيم يشكل عقدا مستقلا عن العقد الأصلي الذي يتضمنه، وهذا الموقف تنبته العديد من أحكام التحكيم وكرسته العديد من الاتفاقات الدولية المرتبطة بالتحكيم بالاضافة إلى إعتراف أنظمة هيئات التحكيم بهذا الشرط وكرسته ضمن أحكامها،¹ وهذا ما سيتم بيانه.

بداية لابد من الإشارة إلى أن المقصود بإستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي هو الإستقلال القانوني وليس المادي، فهذه الإستقلالية لا تعني إطلاقا أن إتفاق التحكيم يجب أن يكون منفصلا من الناحية المادية عن العقد الأصلي، أو أن يكون إتفاق التحكيم محلا لرضاء وقبول منفصلا عن القبول الخاص بالعقد الأصلي، حيث استعمل هذا المصطلح أول مرة من قبل القضاء الفرنسي سنة 1963 في قضية GOSSET ليصبح هذا المبدأ من المبادئ المستقرة في مجال التحكيم التجاري الدولي، سواء في إطار القوانين الوطنية أو المعاهدات الدولية ولوائح التحكيم.

يرجع إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي إلى إختلاف الموضوع لكل من العقد الأصلي وإتفاق التحكيم، فإتفاق التحكيم هو مجرد عقد يرد على الإجراءات ولا يهدف إلى تحديد حقوق والتزامات الأطراف الموضوعية، ولكن ينصب محله على الفصل في المنازعات الناشئة عن شروط الموضوعية التي يتضمنها العقد الأصلي، ويترتب على ما سبق أن الإتفاق على التحكيم ليس مجرد شرط وارد في العقد الأصلي، بل هو عبارة عن عقد آخر من طبيعة مختلفة

¹ د/ كيسي زهرة: مبدأ إستقلالية شرط التحكيم التجاري عن العقد، مجلة الاجتهادات للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 08، المركز الجامعي تمارست، 2015، ص50.

فهو عقد ثانٍ وإن كان مدمجاً من الناحية المادية في العقد الأصلي¹، إذن فالمقصود من إستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي أن عدم مشروعية العقد الأصلي أو بطلانه أو فسخه لا يؤثر على شرط التحكيم، ذلك أن شرط التحكيم يعالج موضوع مختلفاً عن موضوع العقد الأصلي، فقد ينصب العقد الأصلي على توريد بضاعة أو خدمات أما شرط التحكيم فموضوعه حل المنازعات التي أثّرت أو يمكن أن تثور بمناسبة تنفيذ العقد أو تفسير العقد.²

الفرع الأول: تعريف مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي: إختلفت

الإتجاهات في تحديد مفهوم دقيق لمبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، فهناك من أخذ بمفهوم الإستقلال المادي لشرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه، وهناك من أخذ بإستقلال إتفاق التحكيم عن حكم القانون الذي يحكم العقد، وهذا ما سيتم بيانه كما يلي:

البند الأول: الإستقلال المادي إتجاه العقد: يعرّف أنصار هذا الإتجاه مبدأ إستقلال

إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بأنه: "أي أن عدم مشروعية أو صحة أو بطلان أو فسخ العقد الأصلي لا يؤثر على شرط التحكيم المدرج ضمن هذا العقد، أو كان في شكل إتفاق مستقل عن العقد الأصلي وذلك راجع لان إتفاق التحكيم يعالج موضوعاً مستقلاً عن العقد الأصلي، وذلك راجع لكون إتفاق التحكيم تصرف مستقل بذاته وله كيانه المستقل عن العقد الأصلي."

في حين عرفته الدكتورة ناريمان عبد القادر: "إذا كان الشرط باطلاً فإن هذا لا يجب أن يؤثر على العقد الذي يتضمنه، و إذا كان العقد باطلاً أو فسخ فإن ذلك لا يؤثر على شرط

¹ د/ حفيفة السيد الحداد: الموجز في النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 119.

² علالي عبد الرحمن: إستقلالية أتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي، مجلة حقوق الانسان والحريات، جامعة مستغانم، العدد السادس، جوان 2018، ص379.

التحكيم، وهذا ما يعبر عليه بإستلالية أو ذاتية شرط التحكيم، فشرط التحكيم وإن كان يرد في العقد الأصلي، فإن له ذاتية متميزة ومستقلة عن العقد.¹

بالرجوع إلى التعريفين السابقين وتحليلهما يتبين بأن التعريف الأول حصر مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في حالة واحدة وهي حالة التي يكون فيها العقد الأصلي معيب دون التطرق للعبء الذي يمكن أن يلحق شرط التحكيم، وهذا ما بينه التعريف الثاني الذي تطرق للعبء الذي يمكن أن يلحق العقد الأصلي بالاضافة إلى العبء الذي يمكن أن يلحق شرط التحكيم، كما أن التعريف الثاني إكتفى بحالة التي يكون فيها شرط التحكيم مدرج ضمن بنود العقد الأصلي، في حين نجد أن التعريف الأول وسع من نطاق إتفاق التحكيم سواء كان بند ضمن بنود العقد الأصلي، أو إتفاق لاحق مستقل عن العقد الأصلي، وفي تقديرنا أنه لا فائدة من الحديث عن مبدأ إستلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في حال كان هذا الإتفاق قد تم بعد إبرام العقد الأصلي لانه فعلا مستقل عن العقد الأصلي.

البند الثاني: الاستقلال عن قانون العقد: يؤدي إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي إلى خضوع إتفاق التحكيم لقانون آخر غير القانون الذي يخضع له العقد الأصلي، فإستلالية شرط التحكيم تؤدي بنا إلى قبول خضوع إتفاق التحكيم لقانون آخر للقانون الذي يحكم العقد الأصلي، ذلك أن القول بهذا المبدأ من شأنه أن يعزز فعالية لفكرة إستقلال شرط التحكيم، لان الاقتصار على الاستقلال المادي دون الاستقلال القانوني لفكرة التحكيم عن العقد الأصلي، يؤدي بنا إلى القول بأنه إذا ورد العقد صحيحا لا بطلان فيه وكان القانون الواجب التطبيق يحظر شرط التحكيم أو يجعله باطلا لسبب أو لآخر، فإن هذا الإستقلال لا يحول دون أن يقع شرط التحكيم باطلا، كما تجدر الإشارة إلى أن شرط التحكيم مستقل عن كافة القوانين الوطنية وذلك يعني إستقلال شرط التحكيم عن كل قانون وطني يؤدي إلى بطلانه، بل تسري عليه

¹ د/ نريمان عبد القادر: إتفاق التحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص311.

القواعد والمبادئ المستمدة من الأعراف ومبادئ التجارة الدولية، الأمر الذي يبين لنا الحرية التي يتمتع بها الأطراف في إختيار القانون الذي يخضع له إتفاق التحكيم.¹

يعرف مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بأنه: " قابلية هذا الإتفاق - إتفاق التحكيم- للانفصال عن العقد الاصلي الذي يتضمنه أي أن مصير الإتفاق على التحكيم لا يرتبط بالعقد الأصلي وذلك من حيث الوجود، الصحة، البطلان، فلا يترتب على إبطال أو بطلان إتفاق التحكيم أو عدم صحته بطلان العقد الأصلي، بالمقابل لا يترتب على بطلان العقد الأصلي أو عدم صحته بطلان إتفاق التحكيم، إلا إذا كان البطلان يشمل إتفاق التحكيم والعقد معا، مثلا لو أبرم العقد من عديم الأهلية.²، وهناك من عرفه: "على أن شرط التحكيم مستقل قانونا عن العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية فهو تصرف قانوني مستقل وقائم بذاته وإن تضمنه العقد الأصلي، ومن ثم قد يتصور صحة شرط التحكيم رغم بطلان العقد الأصلي الذي يتضمن هذا الشرط، إلا إذا كان سبب البطلان يشمل شرط التحكيم."³

إن قرار Gosset أقر أمر كان محل تردد حيث أنه أبرز لأول مرة في مجال التحكيم التجاري الدولي بأن عبارة إتفاق التحكيم تتضمن مفهوم موحد يعامل وعلى قدم المساواة كل من شرط التحكيم الوارد في العقد مشاركة التحكيم التي تبرم إستقلالا بحيث يتمتع الاثنان بذات القدر من الاستقلالية، عكس ما يذهب إليه البعض بأن مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم يقتصر على شرط التحكيم دون مشاركة التحكيم، بإعتبار أن شرط التحكيم يرد ضمن بنود العقد في حين مشاركة

¹ د/ كيسي زهرة: مرجع سابق، ص 53

² بلباقي بومدين: مدلول مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم في المنازعات البحرية دراسة في ضوء قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري وأنظمة التحكيم البحري، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، العدد الخامس، ص 257، 258.

³ د/ عمر السيد التحوي: أركان الإتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار المطبوعات الجامعة، الاسكندرية،

2001، ص 70.

التحكيم تكون بموجب عقد مستقل عن العقد الأصلي، والواقع أن إستقلال إتفاق التحكيم يشمل كل من شرط التحكيم ومشاركة التحكيم بإعتبار أن الاستقلالية المقصودة في هذا الحال هي الاستقلالية الموضوعية وليست المادية.¹

مما سبق يتبين أن مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم ن العقد الأصلي الذي يتضمنه تقوم على فكرة مؤداها عدم إرتباط مصير إتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي الذي يتضمنه، وترتب على ذلك بقاء هيئة التحكيم مختصة بالنظر في إختصاصها وتستمر في باقي إجراءات التحكيم، وعليه فان مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد بالمعنى القانوني يقتضي توافر الشروط التالية:

أولاً: إبرام إتفاق التحكيم بإعتباره عقد صحيح مستوفي لإركان إنعقاده وصحته من أهلية تراضي ومحل وسبب، فلو تخلفت أحد هذه الأركان كما لو كنا أمام إتفاق تحكيم في موضوع لا يجوز التحكيم فيه، أو إتفاق تحكيم أبرمه شخص لا يتمتع بالأهلية اللازمة لذلك...الخ ففي كل هذه الفروض وغيرها لا يمكن الحديث عن إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.

ثانياً: ألا يتفق الأطراف على إعتبار أتفاق التحكيم جزء لا يتجزأ من العقد الأصلي بحيث يكون مصير إتفاق التحكيم مرهون بمصير العقد الأصلي وجودا وبطلانا، غير أن إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي لا يعني أنه لا يمكن إبطاله أو فسخه وانما لا يبطل أو يفسخ تبعا للعقد الأصلي، ولكن متى لحق البطلان أو الفسخ إتفاق التحكيم بحد ذاته وليس بسبب تبيته للعقد الأصلي، فإن إتفاق التحكيم يكون باطلا او يلحقه الفسخ بغض النظر عن العقد الأصلي الذي قد يكون صحيحا وناظدا بحق أطرافه، كأن يكون أحد أطراف إتفاق التحكيم عديم الأهلية أو يتقادم إتفاق التحكيم بمعزل عن تقادم العقد الأصلي، ففي هذه الفروض مثلا يسقط إتفاق التحكيم

1 مقراني عائشة: مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة

ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، السنة الجامعية، 2004-2005، ص31.

بمعزل عن العقد الأصلي ويترتب على ذلك إختصاص القضاء بالفصل في موضوع النزاع وليس المحكم.¹

الفرع الثاني : الأساس القانوني لمبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد

الأصلي: إعتد القضاء الفرنسي على مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في قضية GUSSET غير أن القضاء الفرنسي في تطبيقه لمبدأ إستقلال إتفاق التحكيم لم يتطرق إلى تفسير الشرط إنما طبق المبدأ كقاعدة عامة، بإعتبار أم هذا المبدأ يشكل قاعدة مادية في القانون الدولي للتحكيم دون اللجوء إلى أحكام القانون الوطني، وهذا ما يؤكد أن إستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي لا يعد قاعدة تنازع قوانين بل قاعدة قانون دولي خاص مادية تتعلق بالتحكيم التجاري الدولي ولا تدع مجالاً لتطبيق أي قانون أجنبي مما قد تحدده قاعدة التنازع، ويرفض بعض الفقه صراحة إستبعاد مبدأ إستقلال شرط التحكيم بناء على إتفاق الأطراف، لان ذلك الاستبعاد بناء على إرادة الأطراف يشكل تقويضا خطيرا لمبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي أصبح يمثل أحد المبادئ المعترف بها عالميا، فهذا المبدأ يتعلق بقاعدة أمر في التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي لا يجوز للأطراف الإتفاق على مخالفتها.²

يستفاد مما سبق أن القضاء الفرنسي لم يستند في تطبيق مبدأ إستقلال شرط التحكيم إلى القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم التجاري الدولي، لذلك يرى جانب من الفقه الفرنسي أنه بالنسبة للقاضي الفرنسي فإن إتفاق التحكيم يعتبر مستقلا عن العقد الأصلي، أي ما كان الحل الذي يتبناه القانون الاجنبي المحتمل التطبيق على هذا العقد، أي ما كانت طبيعة القواعد الواجبة التطبيق على إتفاق التحكيم ذاته، فحسب القضاء الفرنسي يعد مبدأ إستقلال شرط التحكيم مبدأ دوليا ويتصنيفه على أنه قاعدة مادية فإنه يطبق مباشرة على إتفاق التحكيم الدولي دون

1 كوسة حليلة: مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم في التحكيم التجاري الدولي، المجلة الجزائرية للأمن الانساني،

مجلد05، عدد02، جويلية 2020، ص289،288.

² علالي عبد الرحمن: مرجع سابق، ص388،387.

الحاجة إلى تفسير الإتفاق ولا الرجوع إلى قانون وطني، وهو مبدأ يتعلق بإتفاق التحكيم التجاري الدولي سواء كان شرطا في عقد أو اتفاق منفصل عن العقد.¹

يمكن تحديد الاساس القانوني الذي يقوم عليه مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بالرجوع للقواعد العامة في القانون المدني، من خلال نظرية إنتقاص العقد التي تلعب دورا كبير في الحفاظ على العقد وانقاضه من البطلان، وذلك بالمحافظة على إستقرار المعاملات التعاقدية وضمان مصالح المتعاقدين، حيث تقتضي هذه النظرية أن العقد إذا كان معيبا في شق منه (باطلا أو قابل للإبطال) وصحيا في شق الاخر، فإن الشق المعيب هو الذي يبطل ويبقى الشق الصحيح قائما ومنتجا لأثاره القانونية، وقد أخذ المشرع الجزائري بهذه النظرية في نص المادة 114 من القانون المدني الجزائري: "إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذ تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال، فيقع العقد كله باطلا."

بتطبيق نظرية إنتقاص العقد على التحكيم التجاري الدولي يؤدي إلى أن العقد الأصلي الباطل الذي يحتوي شرط التحكيم، فانه في هذه الحالة يبطل العقد ويبقى شرط التحكيم صحيحا في حالة توافر شروطه كإتفاق مستقل والعكس صحيح، في حين لا يمكن التسليم بنظرية تحول العقد التي تفترض أن يكون العقد برمته باطلا لكي يتحول إلى عقد آخر صحيح، حيث تقوم هذه النظرية على أساس الارادة المفترضة، لا الحقيقية للعاقدين وتحل محلها ارادة القاضي، وذلك بهدف انقاذ ما يمكن انقاذه من العقد أي استبدال عقد جديد صحيح بعقد باطل اذا تبين اتجاه ارادة العاقدين اليه لو علما ببطلان عقدهما الأصلي.

إن إستقلال شرط التحكيم ينطلق من واقع عملي هو أن شرط التحكيم وهدفه في أن واحد هو تسوية النزاع عن طريق التحكيم بدلا من اللجوء إلى القضاء، والنزاع سيتم تسويته في جميع الاحوال ولا يمنع أن تتم هذه التسوية عن طريق التحكيم مادام أن هيئة التحكيم ستفصل فيه وفقا

1 علالي عبد الرحمن: مرجع سابق، ص 388.

للقانون الواجب التطبيق والتي سيقضي ببطان العقد مثلا مع تطبيق الاثار المترتبة على ذلك من تعويض أو إعادة الحال لما كان عليه قبل التعاقد.¹

الفرع الثالث: موقف الإتفاقات الدولية من مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن

العقد الأصلي: بالرجوع إلى موقف الإتفاقات الدولية بخصوص مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، نجد أنها متباينة، حيث أن هناك من الاتفاقات الدولية من نصت على هذا المبدأ بشكل صريح وهناك من الاتفاقات من نصت على هذا المبدأ بشكل ضمني، ولهذا فإن غياب النص الصريح على مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي أدى إلى إختلاف الفقه في إستنتاج تكريس هذه الاتفاقات المنظمة للتحكيم التجاري الدولي لمبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وسيتم التطرق لهذه الاتفاقات التي عالجت هذا الموضوع على النحو التالي:

البند الأول: الاتفاقات الدولية التي كرست مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن

العقد الأصلي بشكل ضمني: تستمد لوائح التحكيم سلطتها من إرادة الأطراف التي تشير إليها وأن مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم الذي تشير إليه هذه اللوائح يتعين تفسيره على أنه يعبر عن إرادة الأطراف في أن يعامل إتفاق التحكيم على نحو مستقل عن المعاملة التي يلقاها العقد الأصلي،² كما تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن أغلب الاتفاقات الدولية المتعلقة بالتحكيم جعلت من مبدأ إستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي قاعدة مادية ناتجة عن التوافق الدولي عن هذا المبدأ.³

أولا: إتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة

1958: بالرجوع إلى أحكام إتفاقية نيويورك لسنة 1958 نجد أن هذه الاتفاقية لم تتضمن

1 كيسي زهرة مرجع سابق، ص55،54.

2 حفيظة السيد الحداد: النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص137.

3 كيسي زهرة: مرجع سابق، ص50.

إجراءات التحكيم في حد ذاتها وذلك خوفاً من الخروج عن نطاق موضوعها، ولكن بعد النقاش وأثناء الصياغة النهائية للاحكام إتفقت الدول الموقعة على النص على مادة خاصة بإتفاق التحكيم بوصفه اساس الاحكام التحكيمية وهي المادة 02 من الاتفاقية، إستنادا إلى نص المادة من إتفاقية نيويورك ذهب جانب من الفقه إلى أن الاتفاقية قد إعترفت بشكل ضمني بمبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، حيث تلزم نص المادة 02 من الاتفاقية الدول الأعضاء بالإعتراف بإتفاق التحكيم المكتوب ومنع محاكمها من نظر المنازعات التي إتفق الأطراف بشأنها على اللجوء إلى التحكيم.¹

في حين تنص المادة 05 من نفس الاتفاقية على جواز رفض الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الاجنبية بناء على طلب الخصم الذي يحتج في مواجهته بهذا الحكم، إذ قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد الذي يطلب فيه التنفيذ الدليل على أن الإتفاق غير صحيح وفقا للقانون الذي يخضع له الأطراف، وعليه يفهم بشكل ضمني إمكانية خضوع إتفاق التحكيم لقانون مخالف للقانون الذي يخضع له العقد الأصلي، وبالنتيجة إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.

ثانيا: إتفاقية جنيف الاروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961: لم تتضمن

إتفاقية جنيف الاروبية للتحكيم التجاري الدولي النص بشكل صريح على مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وإنما إكتفت بالنص عليه بشكل ضمني، حيث نصت على مبدأ الإختصاص بالإختصاص الذي قودنا بدوره إلى مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، ويتحقق ذلك من خلال نص المادة 05 من الاتفاقية التي تقرر بأنه مع الاحتفاظ بحق الجهة القضائية بالرقابة اللاحقة المحددة بموجب قانون القاضي، فإنه يتعين على المحكم الذي تم المنازعة في إختصاصه بنظر النزاع أن لا يتخلى عن القضية المطروحة أمامه، كما يرجع له صلاحية الفصل في إختصاصه بنظر النزاع وبالنتيجة تقرير صحة إتفاق التحكيم الذي يستمد منه المحكم سلطته في الفصل في النزاع، أو صحة العقد الذي يتضمن شرط التحكيم جزءا منه.

1 بخيت عيسى، زروالي سهام: مبدأ إستقلال شرط التحكيم البحري عن العقد الأصلي في القوانين الداخلية

والاتفاقات الدولية، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد 03، ديسمبر 2016، ص207.

مما سبق يتبين بأن إتفاقية جنيف لم تنص بشكل صريح على مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وإنما يمكن أن يستشف ذلك من خلال منح المحكم سلطة الفصل في إختصاصه وفي وجود أو صحة إتفاق التحكيم أو العقد الذي يعدّ إتفاق التحكيم جزء منه، وبالتالي تكريس مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي من خلال مبدأ الإختصاص بالإختصاص، أي إختصاص المحكم بالفصل في إختصاصه.

ثالثاً: معاهدة واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول

الآخري لسنة 1965: لم تنص إتفاقية واشنطن لسنة 1965 على مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بشكل صريح، وإنما يمكن أن يستشف ذلك من خلال المادة 41 من نفس الإتفاقية والتي تتضمن مبدأ الإختصاص بالإختصاص أي أن يفصل المحكم في إختصاصه فهو الذي يقرر ما إذا كان هناك إتفاق تحكيم أم لا، فالمحكم لن يقرر بحال من الاحوال عدم صحة شرط التحكيم كنتيجة لعيب لحق إتفاق تحكيم الذي أورد الشرط، فتقرير مبدأ الإختصاص بالإختصاص يعني ترك تقدير مدى الأخذ بمبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي للمحكم، ولا شك في أن المحكم سيكون أكثر ميلاً للأخذ بمبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي مما يستتبع إختصاصه بالفصل في النزاع.

رابعاً: الإتفاقية العربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1987: لم تنص هذه

الإتفاقية بشكل صريح على مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وإنما أكتفت بالنص وبشكل ضمني أيضاً على إختصاص المحكم بالفصل في إختصاصه أي مبدأ الإختصاص بالإختصاص، حيث نصت على أن إيداء الدفع بعدم الاختصاص يجب أن يكون قبل الجلسة الأولى، وأنه على هيئة التحكيم أن تفصل في هذا الدفع قبل الدخول في الموضوع، الامر الذي يدفعنا إلى القول إلى أن فتقرير مبدأ الإختصاص بالإختصاص، يعني ترك تقدير مدى الأخذ بمبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي للمحكم.¹

¹ علالي عبد الرحمن: مرجع سابق، ص 391.

البند الثاني: الاتفاقية الدولية التي كرست مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن

العقد الأصلي بشكل صريح: بخلاف الاتفاقات الدولية التي سبق التطرق إليها والتي لم تنص بشكل صريح على مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، نجد أن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونيسترال) نصت قواعده على مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وذلك بشكل صريح ضمن أحكام هذه الاتفاقية وتجلى ذلك من خلال المادة 16 من الاتفاقية التي تنص على: "يجوز لهيئة التحكيم البت في إختصاصها بما في ذلك البت في أي إعتراضات تتعلق بوجود إتفاق التحكيم أو صحته، ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءا من العقد كما لو كان إتفاق مستقلا عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم".

نلاحظ ان القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي قد أقر وبشكل صريح بما لا يدع مجالا للشك مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي أو إنفصاله القانوني، ففي حالة إبرام عقد يتضمن شرط التحكيم وفيما بعد أتضح أن العقد الأصلي الذي تضمن شرط التحكيم كان باطلا، أو أو تعرض هذا العقد للفسخ أو طرأ عليه أي سبب من الاسباب التي تؤدي إلى عدم نفاذ هذا العقد الأصلي، فإن ذلك لا يمكنه الأمر لا يؤدي إلى المساس بشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي ولا تؤثر هذه الاسباب في فعالية شرط التحكيم، وتبقى هيئة التحكيم مختصة في الفصل في النزاع بموجب شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي.

بما أن هذه اللجنة تتشكل من خبراء قانونيين من مختلف دول العالم وتمثل أغلب الانظمة القانونية المقارنة، يمكن القول معه أن القانون النموذجي للتحكيم التجاري يعكس الاتجاه السائد حول العالم في المسائل المرتبطة بالتحكيم التجاري الدولي.¹

وفي هذا السياق نجد أن لوائح هيئات التحكيم هي الاخرى بدورها تبنت مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، ومن بين هذه اللوائح نجد لائحة التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس

1 بخيت عيسى، زروالي سهام: مرجع سابق، ص 208.

نصت على مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الاصيلي في المادة 06 التي تقي بأنه ما لم يوجد إتفاق مخالف فإنه لا يترتب على البطلان أو إنعدام العقد المدعى بهما، عدم إختصاص المحكم إذا تمسك بصحة إتفاق التحكيم" ويبقى المحكم مختصا حتى في حالة إنعدام أو بطلان العقد، وذلك بغرض تحديد الحقوق المتبادلة للأطراف وللفضل في طلباتهم وإدعاءاتهم.

يتضح تبني مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم بوضوح من خلال لوائح التحكيم لغرفة التجارة الدولية ليس هذا فقط في حالة الادعاء ببطلان العقد الأصلي ولكن أيضا في حالة الادعاء بعدم وجود هذا العقد من أساسه، وكذلك الأمر فإن المحكم إذا لاحظ إنعدام العقد الأصلي أو بطلانه فإنه لا يجب أن يتوقف على مجرد هذه الملاحظة، بل لابد أن يستخلص منها الآثار المترتبة على هذا البطلان أو الانعدام فيما يتعلق بإدعاءات الأطراف، فليس للمحكم أن يقضي بعدم إختصاصه ويتوقف على الفصل في المنازعة المعروضة عليه إذا لاحظ إنعدام أو بطلان إتفاق التحكيم ذاته.¹

بالإضافة إلى لائحة التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس فإن أغلب هيئات التحكيم تبنت مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ونذكر من بينها على سبيل المثال لائحة الجمعية الامريكية للتحكيم التي نصت على هذا المبدأ في المادة 15 يتعبر شرط التحكيم كما لو كان شرطا مستقلا عن باقي شروط العقد، كما تبنت لائحة التحكيم لمحكمة لندن هذا المبدأ في المادة 94 منه، وغيرها من هيئات التحكيم الدولية.

الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري من مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن

العقد الأصلي: لم يتبنى المشرع الجزائري في البداية التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات وبالتالي عدم النص على مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وذلك من خلال قانون الاجراءات المدنية الصادر لسنة 1966، إلى أن عدل المشرع الجزائري عن موقفه وتبنى التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات، وتحقق ذلك من خلال التعديل الذي أدخله المشرع الجزائري على قانون الاجراءات المدنية بموجب المرسوم التشريعي رقم 93/09، الذي إعترف فيه المشرع الجزائري بالتحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات، وتبنى المشرع الجزائري مبدأ إستقلال إتفاق

¹ حفيظة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 137، 138.

التحكيم عن العقد الاصيلي بشكل صريح في المادة 458 مكرر 1 فقرة 4 التي نصت على: " لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة إتفاق التحكيم بسبب أن العقد الأصلي قد يكون غير صحيح."

بقي النص 458 من قانون الاجراءات المدنية الجزائري ساري المفعول إلى غاية تعديل قانون الاجراءات وذلك بصدور قانون الاجراءات المدنية والادارية سنة 2009 لتؤكد المادة 1040 منه هذا المبدأ وذلك بنصها: " لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة إتفاق التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي" وبهذا يكون المشرع الجزائري قد ساير الاتجاه السائد في التشريعات المقارنة التي تبنت مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.

الفرع الخامس: الآثار المترتبة عن مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد

الأصلي: سبق القول بأن اغلب النظم القانونية اعترفت بمبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، حيث يترتب على هذا مبدأ آثار قانونية هامة أبرزها، هو عدم إرتباط إتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي، أيضا مبدأ الإختصاص بالإختصاص، وامكانية خضوع إتفاق التحكيم لقانون آخر غير القانون الذي يخضع له العقد الأصلي، وسيتم بيان ذلك كما يلي:

البند الأول: عدم إرتباط مصير إتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي: يعتبر هذا

الأثر من أهم الآثار التي تترتب على الاعتراف بمبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، ويتحقق ذلك من خلال فك الارتباط بين إتفاق التحكيم والعقد الأصلي أي يفصل إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، بحيث لا يكون مصير أي منهما مرتبط بمصير الآخر، إذ أن وجود أو صحة وسريان إتفاق التحكيم لا يتوقف ولا يتأثر بمصير العقد الأصلي الذي يتضمن هذا الإتفاق.

وعليه فإن الادعاء بأن العقد الأصلي لم يتم إبرامه في الفرض الذي يكون فيه العقد الذي يتضمن شرط التحكيم تم توقيعه، ولكن لم يدخل مرحلة النفاذ أو أنه باطل أو تم فسخه أو أن الالتزامات الناشئة عن العقد الأصلي تم تجديدها لا يؤدي إلى عدم فعالية إتفاق التحكيم أو المساس به، كذلك الأمر فإن التوصل إلى تسوية بشأن الحقوق الواردة في العقد الأصلي لا يؤدي بالضرورة إلى إنقضاء شرط التحكيم، فمبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يسمح

بالإبقاء على إتفاق التحكيم طالما لم يكن هذا الإتفاق في حد ذاته قد لحق به أي عيب من عيوب الإرادة التي لحقت بالعقد الأصلي ما لم يكن محله أو سببه مخالفا للنظام العام الدولي، أما إنعدام التعبير عن رضا الأطراف بالعقد الأصلي فإنه يؤدي إلى عدم وجود إتفاق مستقل في علاقته بإتفاق آخر إذ لا يوجد أي إتفاق.¹

البند الثاني: مبدأ الإختصاص بالإختصاص: من الآثار غير المباشرة المترتبة على مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، هو إختصاص المحكم بالفصل في مسألة إختصاصه بالفصل في موضوع النزاع المعروض أمامه، وعليه فالعيوب المنسوبة للعقد الأصلي لا تسري على إتفاق التحكيم الذي يبقى صحيحا ومنتجا لآثاره، فلو لا إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي لما أمكن المحكم من النظر في مسألة إختصاصه.²

البند الثالث: خضوع إتفاق التحكيم لقانون آخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي: يترتب على الأخذ بمبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي إلى عدم خضوع إتفاق التحكيم بالضرورة إلى ذات القواعد التي تحكم العقد الأصلي، سواء تم إخضاع إتفاق التحكيم إلى قانون محدد بإعمال قواعد الاسناد التقليدية أو تم إخضاع إتفاق التحكيم إلى قواعد مادية تتماشى مع الطابع الدولي للاتفاق التحكيم، فإن إستقلالية إتفاق التحكيم تقتضي قبول أن هذا القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم لا يشترط بالضرورة أن يكون هو ذلك القانون الذي يخضع له العقد الأصلي، لان إتفاق التحكيم يعد جزءا مستقلا عن العقد الأصلي، وقد أقر قضاء التحكيم الدولي بهذا الأثر المترتب على إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، بأنه وإعمالا لمبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم يكون القانون الواجب التطبيق على هذا الإتفاق مختلفا عن ذلك الذي يحكم موضوع العقد الأصلي.³

1 حفيظة السيد الحداد: مرجع سابق، ص 147، 143.

2 كوسة حليلة: مرجع سابق، ص 297.

3 د/ حفيظة السيد الحداد: مرجع سابق، ص 148.

المبحث الثاني: التنظيم الدولي للتحكيم التجاري

إن التحكيم كنظام لحل المنازعات معروف منذ بداية البشرية، حيث عرفت المدن اليونانية التحكيم كذلك الأمر بالنسبة للحضارة الرومانية، كما أن الحضارة الإسلامية هي الأخرى عرفت التحكيم كنظام مستقل ومختلف عن القضاء، حيث لم تتخلف البشرية بشكل عام في أي عصر من العصور عن اللجوء للتحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئة بين الأفراد، وای كان الأمر بشأن الخلاف حول الأسبقية في النشأة هل هو التحكيم ام عدالة الدولة، فإن التحكيم سيضل محل للاعتراف به إلا ان من كافة الأنظمة القانونية السائدة في دول العالم، إذ أنه لم يعد مجرد نظام إستثنائي لمنافسة العدالة التي تؤديها الدولة، وذلك لكون التحكيم قواعد قانونية متطورة تواكب المعاملات الدولية خاصة في المسائل التجارية، خصوصا مع التطور التكنولوجي وما أصبح يطلق عليه بالتجارة الإلكترونية وهذا يعطي المصادر الدولية للتحكيم أولوية على باقي المصادر الأخرى.

بالنظر إلى الهدف من التحكيم التجاري الدولي ومنفعته فهو عند منظري الفقه الحديث نظام خاص بمجتمع التجار الذي خلق قواعده الخاصة وهيئاته الخاصة للفصل في المنازعات الناشئة بين التجار، فكما يعكس القانون الموضوعي للتجارة الدولية حاجات التجارة في مجتمع التجارة، فإن التحكيم التجاري الدولي يحقق بدوره غاية نفعية إقتضتها التجارة الدولية، لذ بدأ مجتمع التجار يضع القواعد للاتجاه بالتحكيم التجاري الدولي من كونه قضاء إستثنائي إلى قضاء دائم ومستقر، وأهم هذه القواعد التي مهدت الطريق أمام التحكيم هي المعاهدات الدولية، التي تعتبر ركيزة التحكيم التجاري الدولي والنظام القانوني التحكيمي.¹

زاد اهتمام الدول بالتحكيم الدولي منذ أواخر القرن التاسع عشر وخلال القرن العشرين، وتم توقيع العديد من المعاهدات الخاصة بالتحكيم الدولي والتي من بينها إتفاقية الأرجواي الموقعة في 8 جانفي 1889، والتي تم تعديلها بتاريخ 19 مارس 1940 المتعلقة بالقواعد القانونية الإجرائية التي تطبق في التحكيم الدولي، كما تم إبرام بروتوكول جنيف بتاريخ 23 سبتمبر

¹ باسود عبد المالك: مرجع سابق، ص34.

1922 المتضمن شروط التحكيم ثم اتفاقية جنيف بتاريخ 26 سبتمبر 1927 بشأن تنفيذ حكام التحكيم الأجنبية، وفي عام 1958 أبرمت اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم الأجنبية، ثم تلتها الإتفاقية الأوربية بجنيف بشأن التحكيم الدولي 1961، ثم الإتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية بين الدول ورعايا الدول الأخرى، كما أنشئت مراكز التحكيم الدولية في العديد من الدول منها على سبيل المثال هيئة التحكيم الأمريكية، محكمة تحكيم لندن، محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، ومركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي.

المطلب الأول: دور المعاهدات الدولية في مجال التحكيم التجاري الدولي

إن المتتبع لمراحل التطور التشريعي للتحكيم يستخلص أن الإشكال لم يكمن في مبدأ تكريس التحكيم كمنهج لحل منازعات على المستوى الداخلي أو الدولي، وذلك تماشياً مع الحقيقة التاريخية المستقرة للتحكيم بقدر ما كان الإشكال يكمن في مكانة التحكيم داخل هذه الدول وإتصافه بالدونية مقارنة مع القضاء الوطني، ويبرز ذلك من خلال معاملة الحكم التحكيمي الأجنبي وشروط قبوله وتنفيذه على إقليم دولة أخرى، وحتى تتجنب الدول هذه الإشكالات قامت بوضع مجموعة من الإتفاقات الثنائية والمتعددة الأطراف لوضع الأسس والضوابط التي تنظم التحكيم من الناحية الدولية، سواء فيما يتعلق بالإجراءات أو القانون الواجب التطبيق الإقرار بأحكام التحكيم، ولكن أثر هذه الاتفاقات بقي محدود على الأحكام التحكيمية الصادرة على تراب الدول المتعاقدة.

رغم كثرة الإتفاقات الثنائية أو المتعددة الأطراف فإن مسألة الإقرار بأحكام التحكيم الأجنبية باعتبارها المسألة الأهم في التحكيم التجاري الدولي، فإنها ظلت قاصرة ولم تلبى طموحات محاكم التحكيم كون أن هذه الإتفاقات كانت إقليمية تقتصر على عدد معين من الدول، الأمر الذي جعل التحكيم الدولي قاصراً فقط على الدول المعنية به، لذلك كان لزاماً على الدول أن تفكر في استحداث إتفاقات ذات توجه عالمي بشأن مسائل التحكيم على غرار بروتوكول

جنيف لسنة 1923 المتعلقة بشروط التحكيم، ومعاهدة جنيف 1927 حول الإعتراف بأحكام المحكين وتنفيذها.¹

الفرع الأول: بروتوكول جنيف لسنة 1922 واتفاقية جنيف لسنة 1927: بعد

إنشاء غرفة التجارة الدولية بباريس ومحكمة التحكيم التابعة لها، كان على القائمين عليها دفع عصبية الأمم إلى إيجاد آلية قانونية يتم الإعتراف بمقتضاها بالتحكيم، وإعطاء الإتفاق باللجوء إلى التحكيم المشروعية حيث تم إبرام بروتوكول جنيف لسنة 1923 وهو البروتوكول الذي تعترف بموجبه الدول المتعاقدة بشرط التحكيم أو إتفاق التحكيم، ويتألف البروتوكول من 08 مواد، حيث عالجت المادة الأولى منه إتفاق التحكيم سواء تم قبل حدوث النزاع أو بعده كما يجب أن يكون طرف النزاع ينتميان إلى الدول التي صادقت على البروتوكول، ويمكن أن يسري الإتفاق على المنازعات التجارية وغير التجارية، ويمكن لأي دولة حصر مجال التحكيم في المنازعات التجارية فقط.

أما المادة 02 من البروتوكول فقد نظمت إجراءات التحكيم ومنها يظهر كيف تم الإعتراف بإرادة الأطراف في تنظيم عملية التحكيم وإختيار القانون البلد الذي ينظمها، والمادة 03 تلزم الدول الأعضاء في البروتوكول بتنفيذ الأحكام الصادرة على أراضيها طبقا لقانونها الوطني، أما المادة الرابعة فتتعلق بالتزام المحاكم الوطنية برفض نظر الدعاوى التي يوجد بشأنها إتفاق تحكيم، وإحالة طرفي النزاع إلى التحكيم كلما طلب أحدهما ذلك، أما باقي المواد الأخرى فتتعلق بأمور الإنضمام إلى البروتوكول والانسحاب منه.²

بعد مرور سنوات قليلة على العمل بالبروتوكول رأَت عصبية الأمم تحت ضغط الواقع العملي الذي كشف عن ثغرات في البروتوكول تتعلق أساسا بتنفيذ أحكام التحكيم، تم إقرار إتفاقية لتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية وهو ما تم من خلال اتفاق جنيف لسنة 1927، المتعلق بإعتراف الدول المتعاقدة بحجية أحكام التحكيم وتنفيذها كلما توافرت الشروط التالية:

¹ باسود عبد المالك: مرجع سابق، ص36.

² د/ فوزي محمد سامي: مرجع سابق، ص32.

- أن يكون الحكم قد صدر وفق لاتفاق تحكيم صريح (شرط او مشاركة).
- أن يكون موضوع النزاع قابل للحسم عن طريق التحكيم وفق لقانون البلد المطلوب منه الإعتراف وتنفيذ الحكم.
- أن يكون الحكم قد صدر من قبل هيئة تحكيم تم تشكيلها بناء على شرط او مشاركة التحكيم أو كان تشكيلها باتفاق الأطراف وطبقا للقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.
- أن يكون الحكم قد أصبح نهائيا في البلد الذي صدر فيه.
- أن لا يكون الحكم مخالفا للنظام العام او لقواعد القانون الدولي في الدولة المطلوب منها الإعتراف به وتنفيذه.
- كما أوردت هذه الإتفاقية حالات رفض تنفيذ الحكم التحكيمي وهي:
- إذا كان قرار التحكيم قد تم إبطاله في البلد الذي صدر فيه.
- إذا كان الطرف المحكوم ضده لم يتسنى له تقديم دفاعه أو كان ناقص الأهلية.
- إذا تعلق الحكم بنزاع لا يشملته إتفاق التحكيم.¹

يعد بروتوكول وإتفاقية جنيف بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية اللبنة الحقيقية لانتشار التحكيم التجاري الدولي، حيث وضع بروتوكول واتفاقية جنيف هدف مشترك يتمثل في ضمان التنفيذ الجبري لأحكام التحكيم، عبر الإعتراف المسبق بالقوة القانونية لاتفاقية التحكيم كأساس لولاية المحكمة التحكيمية، وعلى خطى عصبة الأمم سارت هيئة الأمم المتحدة بعد إنتهاء الحرب العالمية الثانية، فكان الاهتمام أكثر دقة بتنظيم التحكيم التجاري الدولي.

بالرغم من إعتبار هذا النظام (البروتوكول والاتفاقية) أول جهد جماعي لمعالجة مسائل التحكيم إلا أن الشروط المشددة التي حملها، أدت إلى فشل الإتفاقية وأهم هذه الشروط التي وردت في الإتفاقية وأدت إلى عدم فعاليتها نذكر:

¹ د/ فوزي محمد سامي: مرجع سابق، ص46.

- من حيث مفهوم التحكيم: أن الإتفاقية تشترط أن يكون التحكيم وطنيا بالمعنى الفني للمفهوم فهي تربط بين حكم التحكيم وقانون إحدى الدول المتعاقدة، كما أنها تشترط أن يكون حكم التحكيم متوافقا لقانون الدولة المتعاقدة، ويبدأ هذا التوافق من إنعقاد ولاية المحكم إلى تكوين هيئة التحكيم إلى إجراءاته إلى حجية قضائها، مما جعل المجال أمام التحكيم ضيقا من حيث الانتفاع بأحكام الإتفاقية ومن حيث القبول الدولي عند التنفيذ.

- من حيث تطبيق أحكام الإتفاقية: إشتطت الإتفاقية أن لا يكون الحكم التحكيمي صادرا على تراب الدولة المطلوب منها التنفيذ، بل يجب أن يصدر على تراب دولة متعاقدة كما يجب أن يكون أطرافه خاضعين لنظامين تشريعيين مختلفين، وهذا الأمر سوف يضيق من مقبولية الحكم وضمانات التنفيذ.

- من حيث القوة التنفيذية: لم تكتفي الإتفاقية بالطابع النهائي للحكم التحكيمي بل زادت عليه أن يكون غير قابل لأي طريقة من طرق المراجعة في بلد صدوره وهذا يستوجب رقابة مزدوجة عليه عند التنفيذ.

- من حيث مناط الرقابة: أن تعدد الشروط ومرونتها وبقائها مفتوحة غير حصرية مع إزدواجية الرقابة عند التنفيذ، مضافة إلى الرقابة القبلية يجعل حظوظ الإعراف بالحكم التحكيمي فضلا عن أن حظوظ تنفيذه شبه معدومة، خصوصا إذا أضيف إلى كل ذلك شرط المعاملة بالمثل وهو ما شهد به الواقع وأنتهى بإقرار فشل الإتفاقية.¹

الفرع الثاني: اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الإعراف وتنفيذ أحكام

التحكيم الأجنبية: أن الإقرار بفشل البروتوكول والاتفاقية في إيجاد الصيغة المثلى للتوفيق بين مقتضيات السيادة الوطنية، وضرورة المرونة التي يحتاجها مجتمع التجار في مسألة تسوية النزاعات التجارية خاصة بعد الحرب العالمية الثانية، وإزدياد التعامل التجاري الدولي وبضغط من الفاعلين في التجارة الدولية، كان لابد من إيجاد حل مرن لمشكل تنفيذ أحكام التحكيم يجعل منه الضمانة المثلى للإستثمار، وهو ما تحقق من خلال تضافر جهود غرفة التجارة الدولية

¹ باسود عبد المالك: مرجع سابق، ص 41، 42.

والمجلس الإقتصادي والاجتماعي لهيئة الأمم المتحدة، لإيجاد قواعد جديدة بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الدولي، وهو ما تم بالفعل من خلال عقد مؤتمر دولي بنيويورك ليضع نص الإتفاقية في 10-06-1958، المتعلقة بإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية.

تبنّت هذه الإتفاقية الاعتراف بالطابع الدولي للتحكيم كلما تضمنت الإتفاقية عنصر أجنبي أي كان، مع ضمانات الاستقلالية الإجرائية وإستبعاد أي قيود إقليمية على فاعلية التحكيم وجعل الاعتراف ألياً وشاملاً لكل تحكيم فيه عنصر أجنبي، وتمتعه بالقابلية للتنفيذ في كل الدول الأعضاء والنزول بالرقابة إلى أدناها.¹

البند الأول: خصائص إتفاقية نيويورك: تتميز إتفاقية نيويورك بالخصائص التالية:

يبدو من عنوان الإتفاقية أنها تختص فقط بمسألة الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها إلا أن الحقيقة خلاف ذلك، فمجال الإتفاقية أوسع من ذلك بكثير فلقد تميزت بتجديد مضمون التحكيم وطبيعة التحكيم ونظام الإجراءات، حيث جاءت الإتفاقية شاملة لجميع المعطيات المتعلقة بالتحكيم ابتداء من انعقاد ولاية المحكم بموجب إتفاق التحكيم إلى النظام القانوني لاتفاقية التحكيم من حيث إثباتها، حجيتها، علاقتها بالعقد الأساسي إلى تكوين هيئة التحكيم إلى الضمانات الإجرائية لفاعلية التحكيم إلى شروط الاعتراف بحكم المحكمين وتنفيذه.

أولاً: طبيعة التحكيم: تطبق الإتفاقية على أحكام المحكمين التي لا تعتبر وطنية وبناء عليه أصبح بالإمكان أن يجري تحكيم أجنبي على أرض البلد ذاته، ويصدر فيه حكم تحكيمي أجنبي ويطلب من القضاء الوطني إعطاء الصيغة التنفيذية لهذا الحكم، فصار بالإمكان أن يجري في نفس البلد تحكيم داخلي تطبق عليه أحكام التحكيم الداخلي، وتحكيم دولي تطبق عليه المحاكم قواعد إتفاقية نيويورك لتنفيذ الأحكام التحكيم الأجنبية.

¹ باسود عبد المالك: مرجع سابق، ص42.

ثانياً: جهة نظام التحكيم: إعترفت هذه الإتفاقية وبشكل رسمي بمراكز التحكيم الدولية (التحكيم المؤسسي) متجاوزة بذلك التحكيم الحر إلى التحكيم المنظم فقد أوضحت الإتفاقية على أن المقصود بأحكام المحكمين ليس فقط الأحكام الصادرة عن محكمين معينين للفصل في حالات محددة، بل تشمل ايضاً الأحكام الصادرة عن هيئات دائمة يحتكم إليها الأطراف، وفرقت بين الشرط التحكيمي والاتفاق التحكيمي، ونصت على أن العقد التحكيمي ينزع إختصاص محاكم الدولة مكرسة بذلك أثار العقد التحكيمي في إتفاقية دولية.

ثالثاً: ولاية المحكم: نصت الإتفاقية على إعتراف كل دولة متعاقدة بإلتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف، بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة او التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير تعاقدية، المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم، على أن إتفاقية التحكيم تنزع الإختصاص من محاكم الدولة مكرسة بذلك الأثر الملزم لعقد التحكيم في إتفاقية دولية.

البند الثاني: المبادئ التوجيهية للتحكيم في إتفاقية نيويورك: نصت إتفاقية نيويورك على مجموعة من الأحكام والمبادئ فيما يخص النظام التحكيمي والاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها، حيث شكلت هذه الأحكام نقلة نوعية في نظام التحكيم مقارنة بما سبقها من الإتفاقات، ويكمن المبدأ الجوهرى في إتفاقية نيويورك في كونها قلبت عبء الإثبات جاعلة من الحكم التحكيمي في يد الفريق الحائز عليه سنداً ثابتاً ويعتد به، وكنتيجة لذلك أصبح تقديم الحكم التحكيمي مع العقد التحكيمي يشكل إثباتاً على وجود حكم إلزامي، وينتقل عبء الإثبات على المطلوب التنفيذ ضده ولا يعود القاضي ملزماً بإثارته من تلقاء نفسه، فصار الحكم التحكيمي مقبولاً للتنفيذ حتى ثبوت العكس.

كذلك من حيث الولاية القضائية للتحكيم والتي يقصد بها أن المحكمة التحكيمية هي صاحبة الإختصاص الأصيل في الولاية على موضوع التحكيم بدلاً من الولاية القضائية لقضاء الدولة وذلك استناداً للأثر الملزم للإتفاقية، أيضاً مبدأ سمو سلطان الإرادة على القوانين الوطنية: ويعتبر هذا المبدأ مناط دولية التحكيم والفرق الجوهرى بين التحكيم الداخلى والتحكيم الدولى،

وهذه الأولوية تشمل الإختصاص القضائي الوجوبي للمحكمة التحكيمية، وايضا الاختصاص القانوني المستند إلى قاعدة قانون العقد وقانون مكان التحكيم،¹

يرى الأستاذ عبد الحميد الأحذب أن هذا المبدأ هو حجر الزاوية في إتفاقية نيويورك باعتبار أن هذا المبدأ الذي يؤسس للمنهج التحرري في نظام التحكيم الدولي، فالتحكيم الدولي يحتاج لانطلاق سيره وإزدهاره إلى أن يكون لسلطان الإرادة الأسبقية على القوانين الداخلية ولا يرجح قانون داخلي في تحكيم دولي إلا اذا شاء سلطان الإرادة ذلك أو خلا العقد من الاختيار.²

بالإضافة إلى مبدأ شمولية ولاية المحكم التحكيمية لكل المسائل المتعلقة بالتحكيم ومبدأ القوة التنفيذية للحكم التحكيمي باعتباره سند قائم بذاته في يد حائزه مشبها بالحكم القضائي وينتج أثره التنفيذي بمجرد الاستظهار به مع العقد التحكيمي، وتتأكد هذه المبادئ من خلال التجديد الحاصل على مستوى نظام الإعراف والتنفيذ للحكم التحكيمي الأجنبي.

البند الثالث: التجديد في نظام الإعراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه: يكمن التجديد هنا في مظهرين هما سلطة المحكم وسلطان القضاء، أما بالنسبة للمظهر الأول وهو الولاية الخصوصية أو التأهيل الخصوصي للمحكم، فهو يعد استجابة لمطلب غرفة التجارة العالمية من خلال اقرار سلطان الإرادة في التحكيم، وذلك من خلال الفصل بين القانون الذي يحكم الإتفاقية التحكيم ومكان إجراء التحكيم، حيث يبقى للأطراف سلطان الإرادة في الاختيار وهو ما يعد ضماناً لتطور وإنسيابية التجارة الدولية، أما المظهر الثاني وهو حجبية الذاتية للحكم التحكيمي، بمعنى أن الحكم التحكيمي قد أصبحت له قوة الإلزام والجبر النابعة من ذاته، فهو سند تنفيذي يعتد به وما على الطرف الموجه ضده طلب التنفيذ إلا أن يثبت حالة من حالات رفض الإعراف أو رفض التنفيذ، حيث نقلت الإتفاقية عبء إثبات عدم مقبولية الحكم التحكيمي إلى المنفذ عليه.

فالحكم التحكيمي يتمتع وفقاً لما جاءت به الإتفاقية بالإلزام الكافي ليتحول إلى سند تنفيذي حتى يقوم الدليل على عكس ذلك، أي يثبت المنفذ عليه أن الحكم التحكيمي فاقد للأساس

¹ باسود عبد المالك: مرجع سابق، ص 44-46.

² د/ عبد الحميد الأحذب: مرجع سابق، ص 100.

التعاقدية لولاية المحكمة التحكيمية التي أصدرته، إما بسبب بطلان إتفاقية التحكيم أو لخروجه عنها أو أنه مشوب بعيب إجرائي في تكوين هيئة التحكيم، أو في مراعاة حرمة حق الدفاع أو لكونه لم يصبح بعد قابلاً للتنفيذ أو قامت السلطة المختصة في بلد صدوره بإلغائه أو تعليقه أو أن الإقرار به أو تنفيذه قد يصطدم بالنظام العام، أي أن الإتفاقية أقرت بالنفاذ الجبري لأحكام التحكيم لفائدة طالب الإذن بالتنفيذ وتعفيه من الإثبات الذي كان محمولاً عليه في إتفاقية جنيف.¹

رغم الجهد المبذول من واضعي الإتفاقية لتحسين الحكم التحكيمي إلا أن هذا الأخير ظل مرتبطاً بمكان صدوره، فكان صدور الحكم أحد المعايير تحديد طبيعة الحكم التحكيمي إن كان داخلياً أو دولياً، فالإتفاقية تطبق حصراً على الأحكام التحكيمية الصادرة في إقليم دولة غير التي يطلب إليها الإقرار والتنفيذ، وعلى الأحكام التي لا تعتبر وطنية والدولة المطلوب إليها الإقرار أو تنفيذ هذه الأحكام، كما يتمتع قانون دولة صدور الحكم بدور إحتياطي إذا لم يتفق الأطراف على قانون يخضعون له إتفاق التحكيم، ويحق للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليه الإقرار أو التنفيذ أن ترفض الإقرار أو التنفيذ إذا تبين لها أن قانون ذلك البلد لا يجيز تسوية ذلك النزاع عن طريق التحكيم، أو أن الإقرار بحكم التحكيم أو تنفيذه يخالف النظام العام في ذلك البلد.²

الفرع الثالث: الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي 1961: تعتبر

الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف بتاريخ 21-04-1961 أهم عمل إتفاقي دولي دخل حيز التنفيذ بعد إتفاقية نيويورك 1958، فرغم إرتباطها بمحيط جغرافي محدود ممثلاً في القارة الأوروبية إلا أن تأثيرها على المحيط القانوني كان أكبر بكثير من حيز تطبيقها الجغرافي الضيق، وذلك راجع لكون هذه الإتفاقية كرسست إستقلالية التحكيم التجاري الدولي ويتجسد ذلك على مستويين هما:

البند الأول: المستوى الموضوعي: يتجسد هذا التطور من خلال جهة الإصطلاح ومن

جهة القواعد المادية، أما إصطلاحاً فقد إستبعدت إتفاقية جنيف لسنة 1961 التحفظ الذي أوردته

¹ باسود عبد المالك: مرجع سابق، ص 47-48.

² المرجع نفسه، ص 49.

إتفاقية نيويورك 1958 حول مفهوم التجارة الدولية، عندما أشارت إلى أن لكل دولة أن تصرح بأنها ستحصر تطبيق الإتفاقية، على المنازعات الناشئة عن روابط القانون التعاقدية التي تعتبر تجارية طبقاً لقانونها الوطني، الأمر الذي يخول الدولة إعطاء مفهومها الخاص لمغزى التجارة الدولية، أي إخراج معنى التجارة الدولية من الحيز الدولي إلى الحيز المحلي بينما إتفاقية جنيف لسنة 1961 تبنت المسألة وأخرجت مفهوم التجارة الدولية من المستوى المحلي إلى المستوى الدولي، وأصبح هذا المفهوم موسعاً ومتحرراً من تأثير القانون الوطني.

كما وسعت هذه الإتفاقية من نطاق مفهوم إتفاقية التحكيم ليتجاوز الشرط التحكيمي والإتفاق التحكيمي القابلين للإثبات حتى بالرسائل المتبادلة أو التلكس، ولكن رغم هذا التحرر والتوسع في بعض المفاهيم إلا أنها في المقابل كانت أضيق نطاق في مسألة المقياس المعتمد لدولية عقود التحكيم، فقد إعتمدت إتفاقية جنيف معيار يطبق على عقود التحكيم المبرمة لحسم نزاعات نشأت أو قد تنشأ، عن عمليات التجارة الدولية بين أشخاص طبيعيين أو معنويين لهم وقت إبرام العقد محل إقامة معتاد أو مركز عمل في دول متعاقدة مختلفة، بينما إتفاقية نيويورك تطبق على أحكام المحكمين الصادرة في إقليم دولة غير التي يطلب إليها الإعتراف والتنفيذ وكذلك أحكام المحكمين التي لا تعتبر وطنية في الدولة المطلوب إليها الإعتراف والتنفيذ.¹

البند الثاني: النظام القانوني التحكيمي: كرسّت إتفاقية التحكيم الأوروبية عدة قواعد مادية هي الآن مشتركة وذات نفاذ مباشر دولياً، وبالتالي لا تحتاج إلى النص عليها في التشريع الوطني كأفضلية التحكيم كأداة لفض النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية وهذه القاعدة هي نقطة إرتكاز في كامل نظام التحكيم وتأسيس لغيرها من القواعد المتصلة بطبيعة التحكيم وبعلاقته بقضاء الدولة، الأمر الذي حرر التحكيم من رقابة دولة مكان صدور الحكم التحكيمي، وقاعدة أهلية أشخاص القانون في عقد إتفاقات التحكيم، وقاعدة أهلية الأجنبي في تولي مهمة التحكيم، وقاعدة سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق، وقاعدة استقلالية الشرط التحكيمي.

¹ باسود عبد المالك: مرجع سابق، ص 52.

البند الثالث: المستوى الإجرائي: إهتمت اتفاقية جنيف لسنة 1961 بجميع المراحل التي يمر بها التحكيم، إبتداء من تنظيم هياكل التحكيم إلى الإختصاص التحكيمي إنتهاءا بحدود الرقابة على حكم التحكيم.

أولاً: من جهة تنظيم هياكل التحكيم: تحدثت المادة الرابعة من الإتفاقية الفقرة الأولى عن نظامين للتحكيم، وهما التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي أو النظامي واقرت للمحكمن حرية الاختيار بين النظامين، وأخضعت التحكيم الحر إلى سلطان الإرادة الأطراف الذين لهم إمكانية تعيين محكمين أو تحديد طرق تعيينهم في حالة النزاع، وتحديد مكان التحكيم وضبط القواعد الإجرائية التي على المحكمين اتباعها في حين اخضعت التحكيم النظامي إلى نظام المؤسسة التحكيمية المختارة.

ثانياً: من جهة الإختصاص: أقرت الإتفاقية في مادتها الخامسة مبدأ صلاحية المحكم للبت في إختصاصه، وفي صحة إتفاقية التحكيم أو العقد الذي يمثل جزءاً منه كما أوجبت إثارة الدفع بعدم إختصاص المحكم، المستمد من غياب إتفاقية تحكيم أو بطلانها أو إلغائها والدفع بعدم إختصاص إذا تجاوز المسألة المعروضة صلاحية هيئة التحكيم وفي كل الأحوال فإن المحكم الذي ينازع في إختصاصه لا يجب عليه التخلي عن نظر الدعوى بل يواصل ويبت في إختصاصه، كما يجب على المحاكم تعطيل النظر في نزاع يتعلق بموضوع أو بطلان أو إلغاء إتفاقية التحكيم، حتى يصدر الحكم التحكيمي وأن يطبق القانون الذي يعينه الأطراف أو قانون المكان المفترض لصدور الحكم الأجنبي، لكن في نفس الوقت فإن لجوء للقضاء لإتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي لا يتعارض مع اتفاقية التحكيم ولا يعتبر بمثابة عرض لأصل النزاع على القضاء.

ثالثاً المبادئ الأساسية للإجراءات التحكيمي: تبنت مبادئ توجيهية في الإجراءات تمثلت في:

أ- مبدأ حرية الأطراف في تحديد إجراءات سير النزاع التحكيمي سواء من حيث تكوين هيئة التحكيم أو من حيث أجل التحكيم أو من حيث إستقراء النزاع.

ب- مبدأ المساواة بين الأطراف ويتجسد ذلك في المواجهة وحق الدفاع عماد النظام العام الإجرائي.

4- من حيث الرقابة على التحكيم: إتبعته الإتفاقية نظاما مخففا في مسألة الرقابة على الأحكام التحكيمية، ويبدو ذلك جليا من خلال تعزيز الرقابة الذاتية للمحكم على ولايته وإختصاصه وتأجيل الرقابة القضائية إلى ما بعد صدور الحكم التحكيمي، وحصرها في الطعن بالبطلان القرار التحكيمي ولأسباب الحصرية التي بينها وهي المتعلقة بأهلية الأطراف أو بطلان إتفاقية التحكيم، أو بتكوين الهيئة التحكيمية أو إتباعها إجراءات تحكيم مخالفة للقانون المعين من الأطراف، أو التنفيذ الوارد بالبند د من الفقرة الأولى من المادة الخامسة من إتفاقية نيويورك والمتعلقة بعدم صيرورة الحكم التحكيمي ملزما للأطراف، وبتعليقه أو إبطاله في بلد صدره أو بلد القانون الذي صدر بمقتضاه، وحصرها في حالات البطلان السالف ذكرها على أن يصرح بالبطلان في بلد متعاقد على معنى الإتفاقية الأوربية وذلك في العلاقات بين الدول المصادقة على الإتفاقيتين معا.¹

الفرع الرابع: اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين

الدول ومواطني الدول الأخرى لسنة 1965: يمثل التحكيم أداة لتحقيق العدالة والقضاء المفضل للتجار والوسيلة المثلى لتطوير التجارة الدولية، لكن الإشكالية هي إنعدام ثقة لدى الدول النامية لأنها ترى فيه قضاء الدول المتقدمة، وإمتداد للهيمنة الإقتصادية الغربية ومجرد إمتياز آخر للإستثمارات الأجنبية، وبمعنى أدق ترى فيه قضاء الدول الرأسمالية لأن حتى الدول الاشتراكية هي الأخرى كانت تعترض عليه، وقد ظهرت هذه الحساسية المفرطة من خلال ما أصطلح على تسميته بنظرية كالفو نسبة إلى الفقيه الأرجنتيني Carlos Calvo، والتي تقضي بأنه لا يجوز للأجانب التمتع بحقوق وإمتيازات أكثر من التي يعترف بها لمواطني الدولة، ويقضي شرط كالفو بخضوع المشروعات الإستثمارية الأجنبية للمحاكم والقوانين الداخلية في الدولة المضيفة، وأصبح هذا الشرط مكرس في أغلب قوانين دول أمريكا اللاتينية باعتبارها رمزا للسيادة.

¹ باسود عبد المالك: مرجع سابق، ص 55-56.

إمتعت أغلب دول أمريكا اللاتينية عن الإعتراف بالتحكيم بل أن بعض الدول ذهبت أبعد من ذلك عندما أدرجت شرط في عقود الإستثمار يتنازل بمقتضاه المستثمر الأجنبي عن الحماية الدبلوماسية وعن التحكيم ويقبل إختصاص المحاكم الوطنية في دولة المضيفة للاستثمار، غير أن الظروف الاقتصادية وتبني الأمم المتحدة لمشروع تحكيم يكون مقبولا لدى جميع الكتل الدولية، وهو ما جعل دول أمريكا اللاتينية تتراجع عن مبدأ كالفو.¹

تولى البنك الدولي للأشياء والتعمير إعداد هذه الإتفاقية وذلك بهدف تشجيع الإستثمارات الدولية الخاصة في مجال التعاون الدولي، مما يؤدي إلى تحقيق التنمية الاقتصادية خاصة في الدول النامية، وفي الواقع أن هذه الإتفاقية كانت تهدف إلى بعث الثقة والطمأنينة في نفوس أصحاب رؤوس الأموال في الدول المتقدمة، الذين يسعون دائما إلى حماية أموالهم وإستثماراتهم من إجراءات قد تتخذها الحكومات في بعض الدول كالتأميم، ويتضح من تسمية الإتفاقية أنها تهتم بتسوية منازعات الإستثمار بين الدولة ورعايا الدول الأخرى، حيث يلعب الإستثمار الأجنبي دورا أساسيا في تنمية الدول المستقبلية له من خلال الاستفادة من رأسمال الأجنبي للاستغلال الموارد الطبيعية المتاحة، وإنجاز المشاريع الكبرى المتعلقة بالبنية التحتية وتمويل عمليات التنمية.²

تتم هذه الإستثمارات بواسطة عقود بين الدولة والمستثمر الأجنبي الذي يملك رأسمال الذي تتطلبه إحدى خطط التنمية، وما يلاحظ في هذه العلاقة أن طرفي هذه العقود ينتميان إلى نظامين قانونيين مختلفين، الدولة من ناحية والمستثمر الأجنبي من ناحية أخرى ويسعى كل طرف إلى حماية مصالحه، فالدولة تسعى إلى تحقيق خططها الإقتصادية والتنمية والمستثمر يسعى إلى تنمية رأسماله، وتضارب المصالح يؤدي حتما إلى نشوء النزاعات في أي مرحلة من مراحل تنفيذ العقد، وعلى الرغم من أن الدولة مجرد طرف متعاقد في العقود المبرمة بينها وبين الطرف

¹ الحسين السالمي: التحكيم وقضاء الدولة: مرجع سابق، ص111.

² صادقت الجزائر على اتفاقية واشنطن المتضمنة تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار ورعايا الدول الأخرى والمنشأة للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، وذلك بموجب المرسوم الرئاسي رقم 346/95 المؤرخ في

30-10-1995 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 66.

الأجنبي، إلا أنها مع ذلك طرف غير عادي من حيث المزايا السيادية التي تتمتع بها والتي تمكنها بالإضافة إلى إمكانية الإخلال بالتوازن الإقتصادي للعقد، الإخلال أيضا بالحياد الذي يجب أن يتوفر في السلطة القضائية الوطنية والتي يمكن عرض النزاع عليها في حالة نشأته.

فالقضاء الوطني للدولة المتعاقدة أيا كانت المزايا التي يتمتع بها من حياد وإستقلال عن الدولة ذاتها، فإنه في نهاية المطاف قضاء غير محايد في المنازعات التي تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرفا فيها مع متعاقد أجنبي، وتكون ناشئة عن عقد متصل بالمصالح الاقتصادية أو الاجتماعية للدولة.¹

إن إحالة المنازعات المرتبطة بتنفيذ عقود الإستثمار الأجنبية على محاكم الدول المضيفة للإستثمار أو محاكم دولة المستثمر، يحدث نوع من عدم الرضا لدى الطرفين فالمحكم لا يثق في قضاء الدولة المضيفة للإستثمار ويخشى أن يكون قضاءها منحاز وغير محايد، كما أن الدولة لا تستطيع أن تتنازل عن سيادتها وحصانتها وتلجأ إلى المحاكم الأجنبية، لكن كلاهما في حاجة إلى الآخر ولا بد من إستمرار هذه العلاقة وذلك بخلق نوع من التوازن بينهما وإيجاد سبل للتسوية تكون فعالة مقبولة من الطرفين، وهو ما تحقق من خلال المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، وذلك لتشجيع الإستثمار الذي لا غنى عنه خاصة في الدول النامية .

أولاً: خصائص التحكيم في ظل المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار: يتميز التحكيم

في ظل هذا النظام القانوني للتحكيم بمجموعة من الخصائص تتمثل في:

- إن وحدة نظام التحكيم هيكليا وإجرائيا تم تداولها لأول مرة على خلاف نظم ومراكز التحكيم القائمة آنذاك وهذه الخاصية تجعل منه نظاما تحكيميا دوليا صرفا يتميز بحجية أدواته الإتفاقية فيكسب علوية قانونية على أي نظام وطني أو إقليمي للتحكيم.

- الأطراف الموقعة على الإتفاقية وبالتالي على نظام التحكيم هي ذاتها أحد الأطراف وجوبا في النزاعات التحكيمية المتوقعة، بإعتبار الإتفاقية تشترط لإنطباقها أن يكون النزاع

¹ د/ حفيفة السيد حداد: مرجع سابق، ص32.

التحكيمي ذا صبغة قانونية وبين طرفين أحدهما الدولة المضيفة للاستثمار والآخر هو المستثمر الأجنبي.

- إن إستبعاد النزاعات السياسية وإشترط وجود طرف من أشخاص القانون العام يؤكد أن الإتفاقية قد وضعت مبدأ حرية التحكيم في جانبه الذاتي، من خلال إقرار أهلية أشخاص القانون العام للأخذ به كمبدأ عام، وقد يكون هذا التعاقد على حساب مصلحتها على الأقل من وجهة نظر إتباع نظرية فالكو، لكن يبدو أن واضعي الإتفاقية إنتبهوا لهذه المسألة فمنحو للدولة حق الإحتراز عن طريق الإشتراط بأن تستنفذ جميع السبل التنازعية الأخرى في نظامها الوطني، وهو الإحتراز الذي إستبعدته إتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1987.

- أنه يضع تنظيمًا مؤسسيًا للتحكيم يتجاوز الجواز العابر الذي وضعته إتفاقية نيويورك لسنة 1958 عند تعريفها للحكم التحكيمي، وهو من هذه الناحية يعطي للتحكيم خاصية الدوام والإستمرار ونوع من التأهيل الخصوصي يوازي تأهيل القاضي الرسمي الوطني، ويعادل تأهيل القاضي الدولي.

- الإلتزام المبدئي والمسبق بتنفيذ الحكم التحكيمي بمجرد الإستظهار بنسخة طبق الأصل منه موقعة من الأمين العام للمركز، وأن الإعتراف بالحكم التحكيمي الصادر عن المركز يعطيه نفس القوة الإلزامية، والتنفيذية للحكم القضائي الصادر في أي بلد من البلدان الموقعة على الإتفاقية.

ثانياً: ضمانات فعالية التحكيم في نظام المركز: تظهر هذه الضمانات على مستوى إنعقاد ولاية المركز على النزاع، وسير إجراءاته، والقوة الإلزامية والتنفيذية للحكم التحكيمي.

- على مستوى إنعقاد الخصومة: بمجرد موافقة أي طرف من أطراف العلاقة التحكيمية التعاقدية على الخضوع إلى تحكيم المركز، يتمتع عليه التراجع والتصل بإرادته المنفردة من ولاية المركز، كما أن قبول الدولة لتحكيم المركز يؤدي إلى تنازل الدولة عن التمسك بالحصانة القضائية وتنازل المستثمر ودولته عن الحماية الدبلوماسية، وهكذا تحول الإتفاقية دون تعطيل عملية التحكيم بإرادة أحد الأطراف، وتقضي الإتفاقية أيضاً بأن الإلتجاء إلى المركز يعني وجوباً

نزع الاختصاص من أي مرجع قضائي أيا كان نوعه إتفاقي أو رسمي، إلا إذا إتفق الطرفان على غير ذلك في الإتفاق التحكيمي.

-على مستوى إجراءات التحكيم: حيث وضعت الإتفاقية نظاما للإجراءات التحكيمية موحدا يتميز بالمرونة والحزم في أن واحد، وتضمن المساواة بين الدولة المضيفة للإستثمار ورعايا الدول الأخرى لديها، وبحول دون تعطيل أو شل السير العادي لإجراءات التحكيم فهو إلى جانب كونه يسمح للأطراف من إستبعاد أو ملائمة العديد من القواعد الإجرائية تماشيا مع مقتضيات التحكيم، أو وفق مصالحهم الخاصة بشرط وجود التوافق في ظل الإتفاق التحكيمي، كما أن الإجراءات التحكيمية لدى المركز تتم بعيدا عن أي تدخل من القضاء وبعيدا عن أي رقابة مهما كان نوعها، ويرجع ذلك إلى كون المركز يشمل نظام متكامل مما يوفر له الاستقلالية لقضائه التحكيمي.

-على مستوى القوة الإلزامية والتنفيذية للحكم التحكيمي: تنص الإتفاقية في هذا الصدد على أن الأحكام التحكيمية الصادرة عن المركز إلزامية بالنسبة للأطراف، كما أن الإعتراف بها يتم لفائدة اي طرف بمجرد الاستظهار بها لدى الجهة ذات الصلاحية في أي بلد عضو، وهي لا تجيز أي إستثناء لهذه القوة الإلزامية، وتحصر تدخل المحكمة أو الجهة المختصة في مجرد الإعتراف بالحكم التحكيمي.¹

الفرع الخامس: نظام اليونسترال 1976: إن تطور التحكيم وإتجاهه نحو توحيد

القواعد الموضوعية التي تحكم النظام القانوني التحكيمي، جعل الأمم المتحدة تفكر في وضع نظام توفيق بين مختلف الأنظمة القانونية التحكيمية في قالب واحد، يضمن التجانس بين قواعدها وفعالية قضائها ولذلك وضع قواعد نظام اليونسترال، وقد أجمع الفقه أن هذا النظام جاء توفيقا بين مختلف الأنظمة الدولية، فقد جاء هذا النظام مرضيا للدول النامية والرأسمالية والإشترابية، والدول ذات النظام اللاتيني والدول ذات النظم العرفية والمكتوبة على حد سواء، فقد أخذ هذا النظام بعين الاعتبار قواعد إتفاقية واشنطن وإتفاقية جنيف 1961 وإتفاقية موسكو 1972 عند صياغته بالإضافة إلى أنظمة مراكز التحكيم الدولية السائدة، خاصة نظام هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس ونظام هيئة التحكيم الأمريكية.

¹ باسود عبد المالك: مرجع سابق ص 64-65.

يرى الأستاذ فوشار وغيبار وغولدمان في المطول أن تلك القواعد الإجرائية من الدقة بدرجة تجعل الإحالة العرضية إلى اي قانون عديمة الجدوى، ومن المرونة بما يجعلها متلائمة مع أغلب القوانين الوطنية، غير أن هذه القواعد تنص على أنها لا تطبق اذا تعارضت مع القواعد الأمرة للقانون المطبق على التحكيم، وأصبح النظام القانوني التحكيمي بعد صدور نظام اليونسترال نظام ذو صبغة عالمية يتمتع بالإستقلالية عن مختلف النظم الإقليمية والوطنية، وقد عزز نظام اليونسترال من مكانة المحكم وذلك بمنحه سلطة شبه مطلقة اتجاه الأطراف وتجاه القواعد الوطنية.¹

البند الأول: إستقلالية التحكيم تجاه الأطراف: ليس القصد من الإستقلالية هو نفي التأهيل الموضوعي للمحكمة التحكيمية القائم على سلطان الإرادة، التي تعتبر مصدر ولاية المحكم المباشرة وعلى كونها منحصرة في النزاع موضوع إتفاقية التحكيم، ولا تنال من حريتهم في إختيار القانون الواجب التطبيق، وإنما القصد هو منح المحكمة التحكيمية الحرية في تسيير النزاع التحكيمي في إطار القواعد التوجيهية، ومن القواعد التفصيلية الدقيقة والشاملة لكامل مراحل التقاضي التحكيمي، ففي ضل هذه القواعد ينحصر مجال إرادة الأطراف، بل يصبح غير ذا تأثير في أي مرحلة من مراحل التقاضي، وينحصر دور الإرادة في مدى قبول الانخراط من عدمه في نظام تحكيم سابق الوضع، وحتى في هذه النقطة أصبح مجال الإرادة ضيقا فالقبول بالتحكيم أصبح مسألة مرتبطة بالاستثمار، إما القبول بالتحكيم حتى يأتي الإستثمار وأما رفض التحكيم فلا إستثمار.

فالمادة الأولى من نظام اليونسترال تنص على أنه في صورة الإتفاق على الخضوع للتحكيم في حالة النزاع وفق نظام مركز الأمم المتحدة لتطوير التجارة الدولية، تحسم النزاعات وفق هذا النظام مع إعتبار التغيرات التي يحق للأطراف إدخالها، وتقديم قواعد القانون الواجب التطبيق على التحكيم التي لا يجوز للأطراف الإتفاق على مخالفتها.

¹ Philippe fouchard, Emmanuel ,baillard, Berthold Goldman, Traite de l'arbitrage commercial international, litec-Delta, 1996, p116.

البند الثاني: الإستقلالية إتجاه النظم الوطنية: يمثل هذا الأمر الهدف المباشر لهيئة الأمم المتحدة ولجانها القانونية فقد كان تحرير التحكيم من سيادة النظم القانونية وتأثيرها عليه سواء في شأن موضوع العلاقات القانونية التحكيمية، أو من خلال تكوين المحكمة التحكيمية أو من حيث القانون المطبق، فمن حيث الجهة العلاقة القانونية التحكيمية حيث تتحدد هذه العلاقة في العادة من خلال معيار أهلية أحد أطرافها للتحكيم كأن يكون باتا بحسب القانون العام أو بحسب طبيعة موضوع النزاع، كأن يتعلق بمسألة لا يجوز فيها التحكيم، أو أن تكون في نطاق المعاملات الدولية مسألة لا تكتسي طابعا تجاريا.

في هذا الإطار وردت ملحوظة هامة في نظام اليونيسترال فقد تبين بأن هذا النظام استبدل عبارة التحكيم التجاري، التي وردت في مختلف الإتفاقات بعبارة هذا العقد التي جاءت في المادة الأولى منه، وجاءت هذه العبارة عامة ومطلقة بغية إستعمالها في كل المسائل التعاقدية التجارية وغير التجارية، كما تحاشت هذه القواعد من جهة أخرى تعريف التجارة الدولية بل إستبعدت حتى مصطلحاتها من تسميتها خوفا من خروج مواضيع كثيرة من مجال التحكيم حين توصف بأنها غير تجارية أو غير دولية، واستعملت بدلا عنها مصطلح قواعد التحكيم مما يجعلها في رأي البعض صالحة للتحكيم الداخلي والدولي على السواء.¹

كما أن هذه القواعد لم تستعمل مفهوم النظام العام أو الدفع بالنظام العام بل أنها لم تجعله معيارا لقابلية التحكيم، ولم تجعل من قواعد القانون الواجب التطبيق على التحكيم المرجع الأصل للمحكمة التحكيمية، بل إحالتها على قواعد النظام المقترح جاعلة منها المرجع الأصل وحصرت المادة الأولى ببندها الثاني قابليتها للتطبيق في القواعد الأمرة التي لا يجوز للأطراف الإتفاق على مخالفتها.

البند الثالث: أما من جهة القانون المطبق: في هذا الإطار يتضح منهج قواعد اليونيسترال في التصديق نطاق القواعد الوطنية، سواء على مستوى القانون المطبق على إجراءات التحكيم أو على مستوى القواعد المطبقة على أصل النزاع.

¹ باسود عبد المالك: مرجع سابق، ص 68.

أولاً: القواعد الإجرائية: سبق القول أن المرجع الأصلي للمحكم حتى في ظل النص على القانون الواجب التطبيق على التحكيم، فإنه تطبق قواعد نظام اليونيسترال مما يعني أن القبول بتطبيق هذه القواعد يقتضي التنازل عن القواعد الوطنية، بإستثناء الأمرة منها في صورة التعارض بينهما وزادت قواعد اليونيسترال على ذلك، بأن أزاحت القواعد الوطنية بصورة أخرى بإحاطة هذا النظام التحكيمي بكل مراحل المنازعة التحكيمية إبتداء من تقديم طلب التحكيم والإعلام به المادة 2 و3 آلية تمثيل الأطراف المادة 4 إلى نظام الإجراءات المتبعة المادة 15 إلى مكان التحكيم المادة 16 إلى لغة التحكيم المادة 17 إلى عريضة دعوى التحكيم والرد عليها وتحويلها المواد 18، 19، 20 إلى مسألة الاختصاص المادة 21 إلى مسألة الإثبات بما فيه الاختبارات والمعاینات المواد 22، 25، 27 بالإضافة إلى الوسائل الوقتية والتحفزية المادة 26 وصولاً إلى المرافعة والحكم وتفسيره وحتى المصاريف، فهذا التنظيم هدفه استبعاد القواعد الوطنية من التدخل في تنظيم هذا الإجراء.

ثانياً: القواعد الموضوعية: كرس نظام اليونيسترال الإتجاه نحو الأخذ بسطان الإرادة وإعطائه كل آثاره وفعاليته التعاقدية، وهكذا فعلت كل القوانين التي تبنت هذا النموذج ويعتبر الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة تكريساً لمبدأ الأساس التعاقدى للتحكيم، وإحدى ضمانات القبول به كطريقة ملائمة للتقاضي ضمن التنازل عن قضاء الدولة، كما أنه في حالة سكوت إتفاقية التحكيم عن القانون الواجب التطبيق يكون للمحكمة التحكيمية سلطة إختيار القانون المطبق، وأن تفصل في النزاع طبق مقتضيات العقد موضوع التحكيم مع الأخذ بعين الاعتبار العرف التجاري المطبق على المعاملة.

يرى الأستاذ أحمد السالمي أن نظام اليونيسترال رغم تكريسه لمبدأ سلطان الإرادة ونزوعه نحو العالمية والاستقلالية من النظم الوطنية، واتجاه لجنة الأمم المتحدة نحو قانون التجارة الدولية ذو نزعة التحررية المطلقة، إلا أنه رغم ذلك يبقى محدود الأثر لعدم قطعه الصلة كلية مع القواعد الوطنية للتحكيم، وبسبب حلوله التوفيقية المرنة التي حتمت تقييده بالقواعد الوطنية الأمرة، والتي لا تتطابق في المحتمل مع مفهوم النظام العام الدولي كميّار لمقبولية الحكم التحكيمي عند التنفيذ، وتكمن محدودية هذا النظام في كونه نظام إختياري ولا يخاطب الدول في خصوص مالها من سلطة تشريع للتحكيم، وإنما يخاطب المتعاملين الاقتصاديين اي الإرادة

الفردية بما يضعف قدرة هذا النظام على توحيد قواعد التحكيم عبر العالم، وبسبب هذا القصور اتجهت لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي لوضع نظام قانوني آخر للتحكيم.

الفرع السادس: القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي: أنشئت الأمم المتحدة

لجنة القانون التجاري الدولي بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2205 في دورتها الحادية والعشرين بتاريخ 11 ديسمبر 1966، وكان الدافع لإنشاء هذه اللجنة هو تحقيق التعاون في مجال التجارة الدولية، وتوحيد الجهود الدولية لتسوية المنازعات الناشئة عن التجارة الدولية باعتبارها عاملاً مهماً في إرساء السلم والأمن الدوليين، إذ أن استخدام هذه الطريقة لتسوية النزاع يعود بفائدة كبيرة مثل تقليل حالات التي يفضي فيها النزاع إلى إنهاء العلاقة التجارية، وتيسير إدارة المعاملات الدولية من قبل الأطراف التجارية وتحقيق العدل، وعليه فإن إصدار تشريع نموذجي يكون مقبولاً لدى أغلب الدول بمختلف أنظمتها الاجتماعية والقانونية والاقتصادية من شأنه أن يساهم في إقامة علاقات إقتصادية دولية متجانسة، وهو ما تم بالفعل من خلال لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بإصدار القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي واعتماده.

عملت لجنة الأمم المتحدة منذ أنشائها إلى تأكيد وتطوير وتوحيد قواعد القانون التجاري الدولي، حيث تتكون اللجنة من مجموعة من الدول تمثل قارات العالم لضمان تمثيل عادل لمختلف شعوب العالم، وتمثلت المهمة الرئيسية لهذه اللجنة في العمل على توحيد وتطوير قواعد القانون التجاري الدولي، وبناء عليه تكونت لجنة مكلفة بمهمة إعداد مشروع قانون نموذجي للتحكيم التجاري الدولي، وهو ما تم بالفعل حيث اقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في سبتمبر 1985 هذا القانون الموحد للتحكيم التجاري الدولي، ودعت الدول الأعضاء إلى أخذ هذا القانون بعين الاعتبار عند وضع تشريعاتها الداخلية، تبرز أهمية هذه الوثيقة في كونه تعبر عن توافق دولي حول التصور الذي يكون عليه التحكيم التجاري، بإعتباره وسيلة لها الأفضلية وذلك بحكم طبيعتها وتكوينها ومرونتها وقابليتها لدى جميع أطراف التجارة الدولية لحل النزاعات التجارية، ويتميز القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بالخصائص التالي:

البند الأول: من حيث فاعلية إتفاق التحكيم: لم يعد الأمر متعلقا بالمشروعية سواء من جهة صحة شرط التحكيم، أو من جهة أهلية اشخاص القانون العام في التحكيم فحرية التحكيم أصبحت المسلمة الأولى والرئيسية، لكن لا تكتمل هذه المسلمة إلا بتأمين فاعلية إتفاقية التحكيم كدريف لحرية الإرادة في الإحتكام، وضمان الفعالية يمر عبر إقرار بعض المبادئ التوجيهية التي ينبغي أن يقوم عليها نظام القضاء التحكيمي، بما يجعلها من مكونات النظام العام عبر الدولي وقوامها إستقلالية إتفاقية التحكيم، وصلاحيه المحكم للنظر في إختصاصه والمضامين إلى سلطة الحكم يكسبان المحكم ولاية قضاء كاملة، تجعله يناظر قضاء الدولة بل يتفوق عليها.

البند الثاني: إستقلالية إتفاق التحكيم: يقتضي ذلك أن صحته سواء كان شرط أو مشاركة تحكيم لا تتوقف على ثبوت صحة الإتفاق الأصلي الذي تتعلق به، فلا تبطل أو تنعدم أو تنتضي ضرورة بطلانه أو إنعدامه أو إنقضائه، كما أنهما لا يخضعان بالضرورة إلى نفس القانون بل أكثر من ذلك أنها تبقى صالحة كأساس لولاية المحكم القضائية، ولإعطائه سلطة وصلاحيه نظر مسألة وجود أو صحة أو إنقضاء العقد الأساسي ذاته، وقد كرست المادة 16 فقرة اولى هذا المبدأ ولهذا يعتبر الشرط التحكيمي المدرج في العقد بمثابة إتفاق مستقل عن باقي بنوده، وإذا قررت المحكمة التحكيمية بطلان العقد فلا ينتج عنه وبحكم القانون بطلان الشرط التحكيمي.

ما يعزز حرية التحكيم إعتقاد القانون النموذجي للتحكم تعريفا مرنا لإتفاقية التحكيم إلى جانب نظام ميسر لإثباتها، حيث تظهر المرونة في التعريف من خلال الأخذ بصيغتي الشرط والإتفاق التحكيمي وإستعمال مصطلح العلاقات العامة في تعريف التحكيم، حيث أن إستخدام هذا المصطلح يعني إستبعاد من مجال التحكيم النزاعات السياسية فقط، أما بالنسبة للإثبات إتفاقية التحكيم فإن إستراط الكتابة لإثبات إتفاقية التحكيم في القانون النموذجي يختلف عن غيره من الأنظمة القانوني التي وضعت هذا الشرط، فقد كان في السابق يعتبر قيذا وذلك للمفهوم الضيق الذي أعطى له في الأنظمة السابقة، أما في القانون النموذجي فقد أعطاه مفهوم واسع كما وضع نظاما مرنا لإنعقاد الرضا حول اللجوء إلى التحكيم.

أما من حيث الكتابة فقد نصت الفقرة الثانية من المادة السابعة على أنه يعتبر الإتفاق مكتوب إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو توكسات أو برقيات أو غيرها من سائل الإتصال عن بعد التي تشهد بوجوده أو كذلك من خلال طلبات دفاع يدعي فيها أحد الطرفين وجود إتفاق تحكيمي ولا ينازع فيها الطرف الأخر، وتعد إتفاقا تحكيمي الإحالة على وثيقة تتضمن شرطا تحكيمي، شريطة أن تكون عقدا مكتوبا أو أن ترد الإحالة في صيغة تجعل منها جزء من العقد، وعليه نستنتج أن مفهوم الكتابة يتمثل في كل أداة توثيق أو تخاطب لها أثر كتابي، وهذه المرونة مقصودة في ذاتها لتشمل طرق التوثيق والتخاطب الحديثة.¹

البند الثالث: الدفع بعدم الإختصاص التحكيمي: يعد من أهم المبادئ التي كرسها القانون النموذجي للتحكيم مبدأ الولاية الكاملة للمحكم، الوارد بالمادة الخامسة التي تقضي بأنه: في كل المسائل التي ينظمها هذا القانون لا يجوز للمحاكم التدخل خارج الحالات التي يذكرها، أما من جهة رقابة المحكمة التحكيمية على إختصاصها فإن القانون أقام نظام الدفع بعدم الإختصاص في مجال التحكيم، على مبدأ أساسي مستقر يقضي بصلاحيه المحكمة التحكيمية لنظر إختصاصها والمعبر عنه الإختصاص بإختصاص، كرسته المادة السادسة الفقرة الأولى في حين أعطت الفقرة الثالثة من نفس المادة للمحكمة التحكيمية الخيار في أن تفصل في الدفع بعدم إختصاصها كمسألة أولية، أو أن تؤجل الفصل فيه مع الحكم في الأصل.

حرص القانون النموذجي على حفظ خصوصية التحكيم من جهة وعلى تمكينه من إستنفاد ولايته على كامل موضوع التحكيم من جهة أخرى، اجازت الفقرة الرابعة من المادة 32 للمحكمة المتعده بطلب إبطال حكم تحكيمي، أن تعلق إجراءات الإبطال لأجل ضبطه حتى تتمكن المحكمة التحكيمية من إستئناف إجراءاتها، أو من إتخاذ أي إجراء تراه مناسبا لإزالة سبب البطلان، وخلاصة القول أن القانون النموذجي لم يكتف بمنح المحكم سلطة نظر إختصاصه، بل تجاوز ذلك إلى تأمين إستنفاد المحكم لكامل المهمة التحكيمية وذلك تأمينا لفاعلية الإتفاق التحكيمي، والتي تعتبر فاعلية الإتفاق التحكيمي تنمة لازمة لها بل مظهرها الحاسم.

¹ باسود عبد المالك: مرجع سابق، ص74.

البند الرابع: من حيث فاعلية الحكم التحكيمي: تقتضي فاعلية الحكم التحكيمي إحاطته بضمانات عدالة الحل الذي يعطي للنزاع، الأمر الذي يحمل على الرضا به وعدم التشكيك فيه ويكسبه حصانة ذاتية إلى جانب الإقرار له بالنفاذ الإلزامي من ذاته وتضييق سبل الطعن فيه، وقد عمل القانون النموذجي للتحكيم على توفير الضمانات المختلفة من خلال تحصين الحكم التحكيمي من الداخل والخارج، فمن حيث الحصانة الداخلية للحكم التحكيمي التي تكسبه ثقة المتقاضين ورضاهم، لا بد أن يراعى هذا الحكم مبادئ أساسية تضمن صحته إجرائياً وعدالة قضاؤه موضوعياً، كحيادية المحكم ووجاهية إجراءات التحكيم والتكافؤ بين الأطراف بإعتبارها تجسيداً للمساواة التي هي مقياس العدل، ولهذا حرص القانون النموذجي للتحكيم على مراعاة هذه الأشياء سواء في مرحلة تكوين المحكمة التحكيمية، أو خلال إجراءات إستقراء النزاع التحكيمي أو في مرحلة المفاوضة والنطق بالحكم.

ففي غياب إتفاق الأطراف على المحكم الفرد أو المحكم الثالث أوكلت المادة الحادية عشر مهمة إستكمال تكوين هيئة التحكيم إلى جهة رسمية حيادية وهي المحكمة أو الهيئة القائمة مقامها، وأن تأخذ بعين الإعتبار المؤهلات المطلوبة فيه حسب إتفاق التحكيم وكل ما من شأنه أن يضمن حياديته، أما الإجراءات سير التحكيم فإن القانون مع تأكيد مبدأ حرية الأطراف في تنظيمها، وأخضع تقديم الطلبات ووسائل الإثبات إلى مبدأ المواجهة ووجوب منحه الأجل المناسب لمناقشتها والرد عليها، أما مرحلة الحكم فقد حرص القانون على التأكيد أفضلية الحل التوافقي، وأخضع الحكم إلى قاعدة الأغلبية إلى جانب شرط التعليل.

أما الحصانة الخارجية فتظهر هذه الحصانة على مستويين هما حجية الحكم التحكيمي وقابليته للطعن، فبالنسبة لحجية الحكم التحكيمي فقد نصت المادة 32 من القانون النموذجي على أن الحكم التحكيمي ينهي إجراءات التحكيم، وينهي ولاية المحكمة التحكيمية بإستثناء ما لها من سلطة إصلاح أو تفسير أو إتمام حكمها، ونصت المادة 35 على أن القرار التحكيمي يكتسب قوة الإلزام بقطع النظر عن البلد الذي صدر فيه بمجرد طلب يقدم إلى المحكمة المختصة، في حين نصت المادة 36 على أسباب رفض الإقرار والتنفيذ، والتي على تعددها نجدها تتعلق إما بوجود أو بصحة سند ولاية المحكم وهو إتفاقية التحكيم أو بأهلية الأطراف أو

حرمة حق الدفاع والمواجهة أو بصحة تكوين المحكمة التحكيمية، أو بقابلية الموضوع للتحكيم حسب قانون الدولة مكان التنفيذ أو بالتعارض مع النظام العام.

أما من ناحية القابلية للطعن فقد كان القانون النموذجي للتحكيم حازما في خصوص هذا المظهر من مظاهر حصانة الحكم التحكيمي، حيث إستبعدت المادة 34 في دعوى الإبطال كل وسائل الطعن، في حين حصرت الحالات التي يجوز فيها طلب الإبطال في عيوب خطيرة وجوهرية في إنتقاد ولاية المحكم، أو في تكوين المحكمة التحكيمية أو في الإجراءات، وهذه الأسباب تكاد تتطابق مع أسباب رفض الإعتراف والتنفيذ.¹

الفرع السابع: النظام القانوني للتحكيم في الدول العربية: يعتبر إنتشار التحكيم في العالم سواء على المستوى المحلي أو الدولي ظاهرة طبيعية، حيث أثبت وجوده ضرورة أساسية لا يمكن الإستغناء عنها في مجال التجارة الدولية، إذ يعكس التطور الذي عرفته التجارة الدولية، وتسعى قوانين التحكيم في المنطقة العربية إلى تشجيع التجارة والإستثمار وجذب رؤوس الأموال الوطنية والأجنبية داخل الوطن العربي في شتى المجالات للنهوض بالمستويات الإقتصادية والإجتماعية والسياسية للدول العربية.

إن الحديث عن النظام التحكيمي العربي هو حديث مرتبط بالعمل الجماعي العربي ممثلا في جامعة الدول العربية، التي كرس ميثاقها التحكيم كوسيلة لحل منازعات بين الدول الأعضاء وإن لم يفصل فيه من حيث الإجراءات والشروط، وهو ما تعكس على الموثيق المنظمات العربية المتخصصة مثل ميثاق منظمة البريد العربي حيث نصت على التحكيم في المادة 12 والمادة 20 من ميثاق الاتحاد العربي للاتصالات السلكية واللاسلكية.

لكن أول عمل إتفاقي عربي خاص بالتعاون القضائي كان اتفاقية الجامعة العربية لسنة 1956 حول تنفيذ الأحكام القضائية والتحكيمية والتي تم إستبدالها باتفاقية الرياض العربية

¹ باسود عبد المالك: مرجع سابق، ص78.

للتعاون القضائي لسنة 1983،¹ وقد نصت هذه الإتفاقية على نظام الإعتراف وتنفيذ الأحكام والقرارات التحكيمية في المواد المدنية والتجارية والإدارية، والأحوال الشخصية، وخصصت الباب الخامس منها في المواد (25-37) للإعتراف بالأحكام الصادرة في القضايا المدنية والتجارية والإدارية ومادة الأحوال الشخصية وتنفيذها.

قدمت الإتفاقية العربية للتعاون القضائي تعريفا مرنا وواسعا للحكم التحكيمي حيث نصت في المادة 25 بند أ على: " يقصد بالحكم في معرض تطبيق هذا الباب كل قرار أيا كانت تسميته يصدر بناء على إجراءات قضائية أو ولائية من محاكم أو جهة مختصة لدى احد الأطراف المتعاقدة." وقد حددت هذه الإتفاقية مجموعة من القواعد والمبادئ نكر منها:

- مبدأ الإعتراف والتنفيذ المتبادل والمتكافئ للأحكام متى كان الحكم قابلا للتنفيذ في بلد صدوره.

- يخضع الإجراءات الخاصة بالإعتراف بالحكم أو تنفيذه إلى قانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه الإعتراف بالحكم.

- تقتصر مهمة الهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه الإعتراف بالحكم أو تنفيذه، على التحقق مما إذا كان الحكم قد توفرت فيه الشروط عليها في هذه الإتفاقية دون التعرض إلى فحص الموضوع .

في حين حصرت المادة 37 من هذه الإتفاقية الحالات التي يمتنع فيها عن التنفيذ الحكم التحكيمي والتي تتمثل في:

- إذا كان مكان موضوع التنفيذ لا يجيز حل موضوع النزاع بالتحكيم.

¹ إتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي اعتمدها مجلس وزراء العرب العدل العرب في دورته الأولى بالقرار رقم

(1) ودخلت حيز التنفيذ في 30-10-1985، والمصادق عليها من قبل الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 47-

01 المؤرخ في 11-02-2001، يتضمن التصديق على إتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي.

- إذا كان حكم المحكمين صادرا تنفيذا لشرط أو لعقد تحكيم باطل أو لم يصبح نهائيا.
- إذا كان المحكمون غير مختصين طبقا للإتفاقية التحكيم أو طبق القانون الذي صدر الحكم التحكيمي على أساسه.
- إذا لم يعلن الخصوم بالحضور على الوجه الصحيح.
- إذا كان حكم التحكيم فيه ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب العامة لدى الطرف المطلوب اليه التنفيذ.

بالرغم من كون الإتفاقية تعتبر البداية الحقيقية لنظام تنفيذ الأحكام التحكيمية على المستوى العربي، هذه الإتفاقية لم تنسجم مع متطلبات التحكيم التجاري على المستوى العربي، وهو ما دفع البلدان العربية للعمل على تكريس التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمار، وكانت إتفاقية تسوية منازعات الإستثمار بين الدول العربية المضيفة للإستثمارات العربية ومواطني الدول العربية الأخرى، الموقعة في 10-06-1974 بين الأردن، العراق، سوريا الكويت، مصر، السودان، اليمن، أول عمل عربي مشترك جعل من التحكيم الأداة الفضلى للفصل في منازعات الإستثمار بين الدول العربية، تلتها الإتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال في البلدان الأعضاء في الجامعة العربية.

يعد هذا الإتفاق حسب الأستاذ عبد الحميد الأحذب تعريبا لاتفاقية البنك الدولي بشأن نزاعات الإستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، مع الأخذ بالخصوصيات العربية بعين الإعتبار في مجال الإستثمار حيث أن إتفاقية 1965 المتعلقة بالمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار أعطت المجال للدول المتعاقدة بإستنفاد جميع وسائل المراجعة المحددة في تشريعها الداخلي، في حين إتفاقية 1974 المتعلقة بتسوية منازعات الإستثمار بين الدول العربية المضيفة للإستثمار العربية ومواطني الدول العربية الأخرى، لم تتحدث مطلقا على أي إستثناء قد يعطي الدول المتعاقدة في تعليق قبولها للتحكيم بالإلزامية استنفاد وسائل المراجعة الداخلية.¹

¹ باسود عبد المالك: مرجع سابق، ص57.

الفرع الثامن: إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي 1987: تعد هذه

الإتفاقية من أهم الإتفاقات العربية المتعلقة بالتحكيم، وذلك لما كرسته من الولاية القضائية الإتفاقية للمحكمة التحكيمية، وكونها جعلت التحكيم التجاري الدولي قضاء منظما ذي ولاية كاملة وبديلا عن قضاء الدولة، واعتمدت إتفاقية عمان التحكيم المؤسسي كقاعدة عامة والتحكيم الحر كاستثناء حيث لم تتحدث هذه الإتفاقية عن التحكيم إلا الحر إلا عند حد تأكيد جوازه في باقي مواد الإتفاقية، تتحدث عن تنظيم التحكيم المؤسسي ممثلا في المركز العربي للتحكيم التجاري، وهو ما تنص عليه المادة 3 فقرة 02، ولكن أهم أثر إجرائي وضعته إتفاقية عمان للتحكيم يتصل بطبيعة التحكيم وخصائصه، سواء من حيث التصور النظري له أو من خلال تجسيده الإجرائي كنظام مؤسسي موحد شامل ومتكامل.

من حيث التصور النظري للتحكيم فالمضمون الكلي للاتفاقية وتكوينها اللغوي يؤكد أن الهدف من وضع هذه الإتفاقية هو إقامة نظام موحد وشامل ومفتوح للقضاء التحكيمي في مجال التجارة الدولية، ويكون في نفس الوقت بديل جدّي لقضاء الدول وهو ما يستنتج من ديباجة الإتفاقية التي تنص على " أن حكومات الدول الموقعة إيمانا منها بأهمية إيجاد نظام عربي موحد للتحكيم التجاري يأخذ مكانه بين أنظمة التحكيم العالمية والإقليمية، وحرصا منها على تحقيق التوازن العادل في حل نزاعات التي يمكن أن تتولد عن عقود التجارة الدولية..."، ويفسر هذا المغزى مضمون الإتفاقية الذي لم يكتفي بإنشاء مؤسسة دائمة للتحكيم وإرساء نظام لتسييرها الإداري ولتنظيمها، بدليل أن الإتفاقية لم تتحدث عن التحكيم الحر إلا من باب الإجازة وليس من باب التنظيم والتأطير.¹

أما من حيث التجسيد الفني لهذا التصور فيقوم على أسس نجملها فيما يلي:

-إعتماد الشكل المؤسسي للتحكيم.

-جعل الإرادة أداة الخضوع للتحكيم.

¹ باسود عبد المالك: مرجع سابق، ص 59.

- إعطاء المحكم تأهيلا ذاتيا يستند إلى الشروط الشخصية الواجب توافرها في المحكم وإلى اعتماد نظام القائمة وهذا ما تنص عليه المادة 14 من الإتفاقية، ووضع لائحة الأجر والمصاريف والرسوم من قبل مجلس إدارة المركز المادة 07، بالإضافة إلى وجوبية اليمين الخاصة بالمحكم قبل مباشرة أعماله على غرار اليمين القانونية للقاضي الرسمي المادة 14¹، وإعطاء المحكم سلطة إتخاذ أي إجراء مؤقت أو تحفظي، وتعطي الإتفاقية مزايا وحصانات جامعة الدول العربية على المركز وأعضائه والمحكمين وحتى أطراف النزاع ومستشاريهم ومحاميهم والشهود والخبراء في حدود ما يتطلبه حسن أدائهم لمهامهم.

- وضع نظام شامل لإجراءات سير النزاع التحكيمي من إنعقاد الخصومة إلى إنقضائها.

- تحجيم دور الإرادة في تكوين المحكمة التحكيمية فنظام التقاضي في الإتفاقية يقوم على مبدأ وحدة درجة التقاضي ما يعني إستبعاد الإستئناف ووحدة الطعن حيث تقضي الإتفاقية بأن نظر طلب الإبطال يقدم إلى هيئة التحكيمية ثلاثية يعينها المركز من غير المحكمين الذين أصدروا القرار ومن غير مواطني أحد أطراف التحكيم، ومن حيث طرق الطعن بالبطان فقد جعلت الإتفاقية الطعن في الحكم التحكيمي محصورا بين التجاوز الظاهر للإختصاص المتعلق بعيب جوهري في الحكم التحكيمي، وبين قيام واقعة جديدة مؤثرة مجهولة من الطالب بغير تقصير وثابتة بحكم قضائي أو وقوع تأثير غير مشروع على أحد المحكمين وهما عييين متصلا بإرادة أشخاص التحكيم.

أما شروط قبول الحكم التحكيمي فتتمثل في عدم مخالفة النظام العام وجعل الإذن بتنفيذه من إختصاص المحكمة العليا في كل دولة، ويقصد بالنظام العام هو النظام الداخلي لكل دولة عربية، وذلك لعدم نظام عام موحد في كل الدول العربية فما تبيحه دولة تحرمه أخرى وهذا الشرط عند البعض، دليل على تفوق التحكيم على القضاء.²

¹ المادة 14 فقرة 02: "اقسم بالله العظيم أن احكم بالعدل وأن اراعي القانون الواجب التطبيق وأن أؤدي مهمتي

بأمانة ونزاهة وتجرد."

² بأسود عبد المالك: مرجع سابق، ص 61.

المطلب الثاني: دور مراكز التحكيم في التحكيم التجاري الدولي

تعددت مراكز التحكيم الدولي بعد أن شعرت الدول والأفراد على حد سواء بأهمية تلك المراكز لتسوية المنازعات التي تنور فيما بينها، فظهرت العديد من المراكز المتخصصة في مجال التحكيم التجاري الدولي، حيث سيتم التركيز في هذه الدراسة نماذج منها فقط وذلك كما يلي:

- محكمة لندن التحكيم الدولي.
- غرفة التجارة الدولية بباريس.
- مركز تسوية المنازعات الإستثمار بواشنطن.
- مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.
- مركز التحكيم التجاري الدولي لدول مجلس التعاون الخليج العربي.

الفرع الأول: محكمة لندن للتحكيم الدولي: تعتبر لندن كواحدة من أهم مراكز التحكيم في العالم فهي مقر محكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي وجمعية لندن للتحكيم البحري، وهاتان الهيئتان من أهم مراكز التحكيم في لندن حيث تنص العقود التجارية الدولية عادة على شرط التحكيم في لندن، خاصة تلك العقود المتعلقة بالشحن والإتجار في السلع وما شابه ذلك من المعاملات التجارية، ويفضل العديد من المتعاملين الإقتصاديين على المستوى الدولي في المعاملات التجارية، اللجوء إلى مركز التحكيم في لندن لتسوية منازعاتهم لتقتهم في المحكمين التابعين لها، لما هو معروف عنهم من نزاهة وحيادية ومرونة كبيرة في أداء مهام كما توفر فرصة لأطراف النزاع، لتفادي المشكلات المحيطة بالتقاضي أمام المحاكم العادية خاصة تلك المتعلقة بإختيار القانون الواجب التطبيق.¹

¹ د/ منى محمود مصطفى: الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات

الإستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص73.

تعتبر محكمة لندن للتحكيم الدولي من أقدم هيئات التحكيم الدولية ومع أن مقر محكمة لندن للتحكيم الدولي يقع في مدينة لندن، إلا أنها ذات إختصاص شامل يسمح بنظر المنازعات التي تثور حول تنفيذ العقود التجارية الدولية، أيا كان مكان إبرامها بالإضافة إلى أن قواعدها تناسب أغلب النظم القانونية في العالم، حيث تقوم المحكمة بإعادة النظر في قواعد نظامها وتجديدها وتطويرها بصفة مستمرة، لمواجهة المتطلبات المتغيرة للمجتمع التجاري الدولي وفي عام 1986 أعلن إدماجها كشركة محدودة بالضمان مع ثلاثة أجهزة أخرى وهي:

-هيئة مدينة لندن - غرفة التجارة والصناعة -المجمع القانوني للمحكمن.

تعتبر الأجهزة الثلاثة المذكورة تابعة لمحكمة لندن للتحكيم الدولي ويشترك جميعها في مجلس إستشاري موحد، ويتولى مجلس إدارة المحكمة رسم سياسيات هذه الأجهزة ويتولى الإشراف على نشاطها اليومي وخطط تطويرها المستقبلية، كما تضم المحكمة مجموعة من الخبراء يتم اختيارهم بكل دقة، يمثلون خيرة المحكمن القائمين على التحكيم التجاري الدولي من مختلف القطاعات التجارية في العالم، والمحكمة وحدها صاحبة الحق في تعيين المحكمن وفقا لنظامها وهي التي تشرف على تطبيق قواعد هذا النظام بدقة.¹

البند الأول: قواعد نظام محكمة لندن للتحكيم الدولي: تعكس قواعد نظام المحكمة بإستمرار التغييرات التي تلحق التشريعات والعادات المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، الأمر الذي جعل من هذه القواعد قابلة للتطبيق في أغلب الأنظمة القانونية العالمية، بالإضافة إلى أنها مكتوبة بسبع لغات وهي الإنجليزية، الفرنسية، الألمانية، الروسية، الإسبانية، الصينية، والعربية مما يسهل الرجوع إليها، وتحتوي هذه القواعد نموذجا لشرط التحكيم تتصح المحكمة بإدراجه في حالة اتفاق اطراف العقد على الالتجاء إلى نظام المحكمة لفض منازعاتهم، كما لفتت المحكمة نظر الأطراف في نظامها إلى الصعوبات والتكلفة التي يمكن أن يتفادونها، إذا ما أدرجوا نسا في عقودهم في شأن بيان القانون الواجب التطبيق على العقد، كما أشارت إلى جواز الإتفاق على عدد المحكمن ومكان ولغة التحكيم.

¹ د/منى محمود مصطفى، مرجع سابق، ص73.

البند الثاني: غرفة التجارة الدولية بباريس: أسست غرفة التجارة الدولية سنة 1919

لهدف خدمة قطاع الأعمال على المستوى الدولي، عن طريق تعزيز التجارة الدولية وفتح الأسواق أمام السلع والخدمات وتشجيع الإستثمارات الأجنبية، حيث كان لغرفة التجارة الدولية في باريس السبق في إنشاء مركز دولي في التحكيم يتمتع بسمعة عالمية في حل المنازعات التجارية الدولية، وذلك منذ إنشاء الهيئة الدولية للتحكيم التابعة للغرفة حيث ضلت هذه المحكمة تعمل كمحكم دولي بين الأطراف المتنازعة ذات العلاقة الدولية في مجال العلاقات التجارية الدولية، ونتج عن ممارسة غرفة التجارة الدولية بواسطة الهيئة الدولية للتحكيم إعتقاد نظام موحد وقواعد محددة للتحكيم، يسترشد بها الأطراف الذين يرغبون في اللجوء إلى التحكيم الدولي عن طريق الغرفة.

كما وضعت الهيئة الدولية للتحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية العديد من قواعد وشروط وأحكام التحكيم، التي يمكن لأطراف العقود الدولية وضعها في صياغة عقودهم الدولية لتكون نظام التحكيم الذي يتبعونه، من حيث الإجراءات التي تتخذ عند نشوب نزاع بينهم ورغبتهم في تسوية هذا النزاع عن طريق التحكيم بواسطة محكمة التحكيم التابعة للغرفة، وتتمثل الشروط والقواعد التي أرسنها محكمة التحكيم التجاري الدولي فيما يلي:

-ألزمت غرفة التجارة الدولية الأطراف الذين يرغبون في اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التي تنشأ في العقود الدولية، أن تتضمن عقودهم الشرط النموذجي التالي: " جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد يتم حسمها نهائياً وفق لنظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية بواسطة حكم أو عدة أحكام يتم تعيينهم طبقاً لذلك النظام."

-أتاحت غرفة التجارة الدولية في حالة رغبة الأطراف في جعل الغرفة هي سلطة تعيين المحكمين طبقاً لقواعد لجنة القانون التجاري للتحكيم، في أن تشمل عقودهم الشرط التالي وهو شرط التحكيم النموذجي: " يسوى أي نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو عن خرفه أو إنهائه أو بطلانه للتحكيم، كما هو ساري حالياً وتكون سلطة التعيين لغرفة التجارة الدولية التي تتصرف تبعاً لإجراءات التي إعتدتها الغرفة."

-كما إهتمت غرفة التجارة الدولية بإنشاء المركز الدولي للخبرة الفنية وذلك ليخدم الخبرة الفنية لأطراف العقود الدولية، الذين يرغبون في حل النزاعات التي تنشأ بشأن تطبيق هذه العقود من النواحي الفنية، وقد أوصت الغرفة بأن يقوم الأطراف بتضمين عقودهم الدولية شرطاً نموذجياً ينص على إتفاقهم على اللجوء للمركز الدولي للخبرة الفنية التابع لغرفة التجارة الدولية وذلك على النحو التالي: " إتفقت أطراف هذا العقد على اللجوء عند الضرورة إلى المركز الدولي للخبرة الفنية التابع لغرفة التجارة الدولية والخاصة بالخبرة الفنية."

أولاً: نظام التوفيق: الذي وضعته غرفة التجارة الدولية عندما يرغب أطراف العقد الدولي في تدخل طرف ثالث محايد، في حالة حدوث نزاع بشأن تطبيق أو تنفيذ بنود العقد وذلك من أجل مساعدتهم في الوصول إلى حل لهذا النزاع، وتسوية سلمية دون اللجوء إلى التحكيم ويسمى الإجراء في هذه الحالة بالتوفيق، والذي يتجسد من خلال تعيين لجان التوفيق لتتوسط على الأطراف شروط تسوية النزاع القائم بينهم، ويشترط لمباشرة التوفيق إتفاق الأطراف على ذلك حتى لو كان هناك شرط في العقد ينص على التوفيق كأحدى الوسائل درء النزاع وتسويته بين الأطراف بصدد تنفيذ العقد، ويختلف التوفيق عن التحكيم في أن الحل الذي يصل إليه مسعى التوفيق لا يكون نافذاً في حق الأطراف إلا بعد موافقتهم على هذا الحل، أما حكم التحكيم فهو نافذ بمجرد صدوره وله حجية قبل الأطراف التي تلتزم بتنفيذه.¹

ثانياً: إجراءات التحكيم في غرفة التجارة الدولية: يتمتع الأطراف بالحرية الكاملة في نظام التحكيم في غرفة التجارة الدولية سواء من حيث إختيار المحكمين، إختيار مكان التحكيم لغرفة التجارة الدولية في أي مكان في العالم، وبكل لغات العالم الرسمية، والقواعد التي وضعتها غرفة التجارة الدولية تضمن سلامة وسلاسة إجراءات التحكيم بهدف تحقيق الحياد والنزاهة والكفاءة في تسوية المنازعات برضا الطرفين، وقد شكلت الغرفة سكرتارية دائمة للمعاونة في تنفيذ إجراءات التحكيم ومساعدة أطراف النزاع والمحكمين في مباشرة إجراءات التحكيم منذ بدء الإتفاق على التحكيم وخلال مراحل التحكيم الأخرى إلى غاية صدور الحكم وتنفيذه.

¹ د/ خالد محمد القاضي: مرجع سابق، ص 134.

البند الثالث: مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي: تم إنشاء المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القاهرة، بناء على قرار صادر عن اللجنة القانونية الاستشارية لدول آسيا وإفريقيا بدورتها التي عقدت في الدوحة سنة 1978، وذلك كجزء من نظام اللجنة المتكامل لتسوية المنازعات في المجال الإقتصادي والتجاري، ويأتي إنشاء المركز تكليلاً لسلسلة من الجهود كانت حكومات الدول الآسيوية الأفريقية قد سعت بعد عدة دورات إتخاذ قرارات تمس الموضوعات ذات الإهتمام المشترك فإن موضوع التحكيم التجاري الدولي أحد المسائل المدرجة على جدول أعمال اللجنة القانونية الاستشارية الأفروآسيوية منذ إجتماع الدورة الثامنة عشر التي عقدت في بغداد سنة 1977.

تنفيذا للخطة التي أقرتها حكومات الدول الأعضاء في اللجنة الأفروآسيوية في الدورة الثامنة عشر إستقر الرأي على تبني قواعد التحكيم الدولي لجنة الأمم المتحدة كأساس يتم على أساسه تشجيع التحكيم التجاري الدولي، وذلك بإنشاء مراكز اقليمية تقوم على نشر وتنفيذ تلك القواعد، وإجتماع الدورة التاسعة عشر المنعقدة بالدوحة سنة 1978. تمت الموافقة على إنشاء أول مركزين إقليميين للتحكيم التجاري الدولي في إفريقيا واسيا، وأختيرت كل من كوالالمبور والقاهرة كمقر للمركز وبعد مفاوضات بين اللجنة الاستشارية والقانونية والحكومة المصرية، على أساس أن يغطي نشاط المركز القاهرة الدول العربية في غرب آسيا وإفريقيا وأي دولة أخرى في إفريقيا ترغب في اللجوء إليه، حيث أسفرت تلك المفاوضات عن توقيع بروتوكول مبدئي لمدة ثلاث سنوات، ثم تحول إلى اتفاق دائم وتتم اجراءات التحكيم على أساس قواعد المركز التي تقوم أساس على قواعد اليونيسترال.¹

البند الرابع: مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليج العربي: أقر المجلس الأعلى لمجلس التعاون لدول الخليج العربية، في دورته الرابعة عشر في الرياض في الفترة 20-22 ديسمبر 1993 النظام المنشئ لمركز التحكيم التجاري الدولي لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، حيث جاء إقرار نظام المركز تنويجا لجهود إستمرت عشر سنوات فقد بدأت الفكرة بإقتراح تقدمت به البحرين بموجب مشروع نظام المركز عرضته على الاجتماع الأول

¹ د/ خالد محمد القاضي: مرجع سابق، ص155.

لوزراء العدل في دول مجلس التعاون، ثم تولت الأمانة العامة لمجلس التعاون تلقي ملاحظات الدول الأعضاء حول المشروع وأعدت مشروعاً معدلاً يأخذ بعين الاعتبار هذه الملاحظات، وتم تبني نظام مركز التحكيم التجاري من قبل المجلس الأعلى لدول مجلس التعاون وكان على كل دولة عضو إتخاذ الإجراءات اللازمة لوضع النظام المركز موضع التنفيذ، حتى وإن كان مركز التحكيم التجاري مؤسسة منبثقة عن مجلس التعاون لدول الخليج العربية، فإنه يتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة من خلال إستقلال المركز تجاه حكومات الدول الأعضاء إدارياً ومالياً.¹

أولاً: إختصاص مركز التحكيم التجاري: رضا الأطراف هو أساس عملية التحكيم لذلك فإن إختصاص مركز التحكيم التجاري يتوقف على إتفاق أطراف النزاع، حيث أن المادة 02 من نظام المركز² تفيد بأن إختصاص المركز يتوقف على وجود اتفاق تحكيم مكتوب بين طرفي النزاع، وأن يتعلق النزاع بعلاقة قانونية تجارية بما في ذلك المنازعات التجارية الناشئة عن تنفيذ إتفاقية إقتصادية، وأن يكون أحد أطراف النزاع تابع لإحدى دول مجلس التعاون سواء كان شخص طبيعي أو معنوي، وعليه سيتم بيان شروط صحة إتفاق التحكيم والنطاق الشخصي والموضوعي لإختصاص المركز، ثم بيان الإختصاص المانع للمركز.

1- **إتفاق التحكيم لدى مركز التحكيم التجاري:** لا يتضمن نظام مركز التحكيم التجاري نصوصاً تفصيلية بشأن شروط إتفاق التحكيم الموضوعية والشكلية، إلا أنه بالرجوع للمادة 02 و 04 من نظام المركز أشارت لعدد من قواعد والشروط المتعلقة بصحة إتفاق التحكيم، منها شرط الكتابة وتتحقق الكتابة في شكل التعبير عن إرادة كل طرف من أطراف إتفاق التحكيم، كما يجب أن يصدر الإتفاق التحكيم من شخص يتمتع بالأهلية القانونية ويجب أن يكون إتفاق

¹ د/ محمد حسين بشايرة: تسوية المنازعات وفق الية مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، الطبعة الأولى، دار القرار، البحرين، 2015، ص16.

² المادة 02 من نظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية: " يختص المركز بالنظر في المنازعات التجارية بين مواطني دول مجلس التعاون، او بينهم وبين الغير سواء كانوا اشخاص طبيعية او معنوية والمنازعات التجارية الناشئة عن تنفيذ احكام لإتفاقية إقتصادية والقرارات الصادرة تنفيذاً لها، اذا اتفق الطرفان كتابة في العقد أو في اتفاق لاحق على التحكيم في اطار هذا المركز."

التحكيم مكتوباً، فلا يتصور إنعقاد الإختصاص التحكيمي للمركز بناء على إتفاق شفوي، اذا يجب أن يرفق طالب التحكيم مع طلبه نسخة من إتفاق التحكيم ويتخلف الكتابة لا ينعقد إختصاص المركز، ولا فرق بين ما اذا كان إتفاق التحكيم أخذ صورة شرط في عقد التحكيم (شرط تحكيم) أو كان إتفاقاً منفصلاً (مشاركة تحكيم).

2- **النطاق الشخصي لإختصاص مركز التحكيم التجاري:** فكرة إنشاء المركز في البداية كانت ذات بعد إقليمي إنعكست على تحديد إختصاصه الشخصي، فالمنازعة التي يختص المركز بها هي التي تثور بين مواطني دول مجلس التعاون او بينهم وبين الغير، حيث يكفي لقبول المركز الإختصاص أن يكون أحد الأطراف مرتبطاً بإحدى الدول الأعضاء، وهو نتيجة طبيعية لأهداف المركز المتمثلة بشكل رئيس في ضمان الحصول على حكم تحكيم نهائي يقبل التنفيذ في الدول الأعضاء، وعليه فإن ضمان تنفيذ حكم التحكيم من شأنه المساهمة في إقناع الطرف الأجنبي بقبول التحكيم وفقاً لنظام المركز، خاصة وأنه يهدف إلى تنفيذ الحكم اذا كان لصالحه في الدول الأعضاء التي للطرف الأخر موجودات وأموال فيها وليس في بلد آخر على الأغلب.

3- **النطاق النوعي لإختصاص مركز التحكيم التجاري:** بالرجوع لنص المادة من نظام المركز فإنه يتبين، أن إختصاص المركز يتعلق بالمنازعات ذات الصفة التجارية سواء كان النزاع بين أشخاص طبيعيين أو معنويين، أو كان النزاع التجاري ناشئاً عن تنفيذ الإتفاقية الاقتصادية لدول مجلس التعاون، ويدخل في إطار المنازعات التجارية بمعناها الواسع حيث يشمل جميع الصفقات والعمليات التجارية، بالإضافة إلى جميع أوجه النشاط الإقتصادي الذي يهدف إلى الربح.

بالإضافة إلى الإتفاقية الاقتصادية المبرمة بين دول مجلس التعاون والتي تنص على معاملة مواطني دول مجلس في كل دولة عضو معاملة مواطنيها في مجالات مختلفة كالاستثمار وتقل رؤوس الأموال... الخ، وعليه من المتصور أن تقع منازعات تتعلق بمطالبة مالية أو تعويضات، في حالة إلغاء رخصة مزاولة نشاط إقتصادي لمواطن من دولة عضو في دولة عضو أخرى، فإذا تعذر حل الخلاف بشكل ودي تحال هذه المنازعة إلى مركز التحكيم التجاري.

4- الإختصاص المانع لمركز التحكيم التجاري: يترتب على إتفاق التحكيم نتيجتين أساسيتين وهو إخراج النزاع من إختصاص المحاكم، وهو ما يوصف بالأثر السلبي والأمر الثاني وهو إكساب المحكمين الإختصاص بنظر النزاع وهو ما يوصف بالأثر الإيجابي، ويترتب عليه إمتناع المحكمة عن نظر الدعوى اذا تمسك أحد الأطراف باتفاق التحكيم، وهذا ما نصت عليه اتفاقية نيويورك لسنة 1958 التي أوجبت على المحكمة إحالة الأطراف على التحكيم ما لم يكن إتفاق التحكيم باطلا أو غير قابل للتنفيذ، بالإضافة إلى هذا فإن نظام المركز يعطي هيئة التحكيم إختصاصا مانعا بموجب المادة 14 من نظام المركز، وبالتالي فإن قضاء هيئة التحكيم بإختصاصها بنظر النزاع يحول دون عرضه على المحاكم في الدول الأعضاء، ويستفاد من ذلك أن المحاكم لا تستطيع النظر في إختصاص هيئة التحكيم، ولكن ذلك لا يعني أن قرار هيئة التحكيم حول إختصاصها نهائي بل يمكن النظر فيه في مرحلة طلب تنفيذ حكم التحكيم.¹

من المسائل المهمة التي يثيرها الإختصاص المانع للمركز أن طلبات الأوامر الوقتية تدخل في إختصاص هيئة التحكيم لدى المركز، وهذا ما تقضي به المادة 28 حيث يجوز لهيئة التحكيم أن تقضي بناء على طلب أحد الأطراف ما تراه مناسب من تدابير مؤقتة بشأن موضوع النزاع، كالأمر بالإيداع لدى الغير، أو بيع القابل للتلف وفقا لما تقضي به القواعد الإجرائية في البلد الذي يتم إتخاذ الإجراء الوقتي فيه.

البند الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع: حدد نظام المركز القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، حيث اعطى لأطراف النزاع حرية تحديد القانون الذي يلتزم المحكمين بتطبيقه وذلك في العقد أو مشاركة التحكيم، فإن لم يتفقوا على القانون المطبق إختارت هيئة التحكيم القانون بموجب قواعد تنازع الكوانين التي تراه مناسبة، على أن تراعي الهيئة شرط العقد وقواعد وأعراف التجارة الدولية، وهذا ما نصت عليه المادة 12 من نظام المركز في حين تقضي المادة 29 من نظام المركز، بأن هيئة التحكيم تفصل في موضوع النزاع طبقا للقانون الذي يحدد العقد المبرم بين الطرفين او اي اتفاق لاحق، أو بناء على القانون الذي

¹ د/محمد حسين بشايرة: مرجع سابق، ص101.

يختاره الطرفان أو القانون الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع أو بإتباع الأعراف التجارية المحلية والدولية.

البند الثالث: حجية حكم التحكيم: بمجرد صدور حكم التحكيم فإنه يكون ملزم لأطرافه وتكون له قوة النفاذ في الدول الأطراف، بعد الأمر بتنفيذه من قبل الجهة القضائية المختصة وهذا ما تقضي به المادة 15 من نظام المركز، كما لا يحتاج حكم التحكيم لمصادقة من اي جهة كي يعتبر نهائيا وملزما، كما أن صدور حكم التحكيم ينهي الخصومة وعليه فلا يمكن لأطراف النزاع بعد صدور الحكم، أن يقدموا لدى هيئة التحكيم اعتراضات أو طلب الحكم في مسائل جديدة أو أي طعون، غير أن هيئة التحكيم تحتفظ لمدة 15 يوم بصلاحيه تصحيح أو تفسير حكم التحكيم من تلقاء نفسها أو بناء على طلب كتابي من أحد أطراف النزاع، وهذا ما تقضي به المواد 37 و38 من اللائحة التنفيذية للمركز.¹

البند الرابع: تنفيذ حكم التحكيم: لا تتوقف فعالية التحكيم على مجرد صدور حكم تحكيم صحيح وإنما على ضمان تنفيذ الحكم، وبموجب نص المادة 15 من نظام المركز تكون لحكم التحكيم قوة النفاذ في الدول الأطراف، بعد الأمر بتنفيذه من قبل الجهة القضائية المختصة والدول الأطراف المشار إليها هي دول الأعضاء في مجلس التعاون، ويستفاد من ذلك أن حكم التحكيم يعتبر من حيث المبدأ نافذا في الدول الأعضاء بمجرد صدوره، وهذا من آثار حجية حكم التحكيم ونهائيته وبالتالي عدم خضوع حكم التحكيم لأي طريق من طرق الطعن.

إلا أنه في حالة عدم تنفيذه طوعا من طرف المعني، فإنه لا بد من اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة في الدول المطلوب التنفيذ فيها، وذلك من أجل إستصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم من طرف المحكوم عليه جبرا، في حين تتبنى إتفاقية واشنطن أسلوب النفاذ المباشر بحيث يكون حكم التحكيم بمثابة سند تنفيذ، ولا ينظر إليه كحكم أجنبي يحتاج إضفاء الصيغة التنفيذية.²

¹د/محمد حسين بشايرة: مرجع سابق، ص135.

²المرجع نفسه، ص138.

الفصل الثاني: أهمية عقد الفرنشيز في عقود التجارة الدولية

يعد ظهور عقد الفرنشيز كغيره من العقود نتيجة للتطور الإقتصادي الذي رافق التطور التكنولوجي على المستوى العالمي، وإنتفاح العالم على بعضه بسبب تطور وسائل النقل والاتصال والثورة المعلوماتية الهائلة في عصر العولمة، حيث يمثل عقد الفرنشيز من الناحية الاقتصادية أداة للنمو الإقتصادي والتجاري من خلال جلب الإستثمارات التي تحمل التكنولوجيا المتطورة التي تسعى إلى تحقيق الاكتفاء الذاتي، كما أنه يساهم في منع هجرة رؤوس الأموال إلى الخارج باستثمارها محليا في إطار عقد الفرنشيز.

بالمقابل فإن عقد الفرنشيز يتيح لمانح الفرنشيز الانتشار السريع في أغلب الدول مع تجنبه الزيادة في نفقاته، كما أنه ينقل مخاطر الإستثمار إلى المتلقي الذي يكون أكثر دراية منه بقوانين دولته والمويل الاستهلاكي لمجتمعه، ما يسمح بنشر العلامة التجارية للمانح على أكبر نطاق ممكن، وإعادة تحقيق النجاح للمتلقي الذي سبق للمانح أن حققه، حيث لعبت وسائل الإتصال والإعلام دور حاسما في سرعة إنتشار الفرنشيز وتفعيله في الإطار العالمي.

من المفيد قبل دراسة أي عقد من العقود تأصيله تاريخيا لإدراك المعنى الحقيقي لهذا العقد وتحديد الغاية التي وجد من أجلها، وهو ما سيتم تجسيده على عقد الفرنشيز حيث سيتم التطرق إلى تعريف عقد الفرنشيز وخصائص هذا العقد وتمييزه عن غيره من العقود المشابهة، ثم تحديد الطبيعة القانونية للعقد الفرنشيز والآثار المترتبة على عقد الفرنشيز، وهذا ما سيتم بيانه بالتفصيل.¹

¹ مسلم الطاهر: عقد الفرنشيز في العلاقات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق

المبحث الأول: مفهوم عقد الفرنشايز

يعد عقد الفرنشايز من العقود الهامة والمستحدثة الذي شاع إستعماله في العديد من الدول، فهو يمثل ظاهرة جديدة في المجال التجاري الذي يتميز بسرعة تطوره وعليه يكون من الضروري للإحاطة بتفاصيل هذا العقد، بتحديد المقصود بهذا المصطلح، ثم فهمه كنظام تجاري من خلال دراسة تطوره التاريخي، تحديد خصائصه وأنواعه، ثم تحديد الطبيعة القانونية لعقد الفرنشايز.

المطلب الأول: تعريف عقد الفرنشايز

سيتم دراسة عقد الفرنشايز من خلال معرفة المدلول اللغوي لكلمة فرنشايز وبعد ذلك سيتم التطرق إلى المفهوم الاصطلاحي للفرنشايز.

الفرع الأول: التعريف اللغوي لكلمة فرنشايز: لا توجد كلمة عربية تعطي نفس المفهوم الدقيق لمصطلح الفرنشايز، لذا يكون من الأفضل إعتداد نفس الكلمة باللغة العربية أي فرنشايز لأنها تؤدي المعنى المطلوب، فأصل كلمة هو "Franchising" يرجع إلى الكلمة الفرنسية "Franchir" وكان ذلك إعادة لصياغة الكلمة الفرنسية "Affranchir" التي تعني الانعتاق من العبودية،¹ وقد كان يحمل هذا المصطلح خلال القرنين الثاني والثالث عشر في فرنسا معنى الامتياز الذي يمنحه السيد لشخص ما، بحيث يتنازل له بموجبه عن بعض حقوقه مقابل أن يدفع هذا الشخص لسيدده مجموعة من الأداءات المالية أو المعنوية، وكان ينصب هذا الإمتياز غالباً على إستغلال الأراضي الزراعية، أما في المجال التجاري من خلال منح صاحب علامة أو إسم تجاري للغير الحق في إستخدامها.²

أما كلمة "Franchise" بمعناها الحالي عقد ترخيص استغلال المعرفة الفنية وغيرها من عناصر الملكية الفكرية الأخرى، ظهر في الولايات المتحدة الأمريكية تحت اسم "Franchising" ،

¹ François Luc Simon: théorie et pratique du droit de la franchise, Delta, Liban, 2009, p. 6.

² د/ لبنى عمر مسقاوي: عقد الفانشايز، دراسة على ضوء الفقه والاجتهاد والعقد النموذجي المعتمد في غرفة

التجارة الدولية، الطبعة الاولى 2012، المؤسسة العربية للكتاب، بيروت، ص15.

انتقل هذا العقد إلى فرنسا، ثم باقي الدول الأوروبية ودول العالم الأخرى بما فيها الدول العربية وأخذ تسميتين هما "Franchisage" التي جاءت بموجب قرار وزاري صادر بتاريخ 29 نوفمبر 1973¹، وعليه فإن هناك من يعرف عقد الفرنشيز بأنه وسيلة تعاون بين مؤسسة صاحبة العلامة من جهة وبين مؤسسة أو مؤسسات مستغلة لهذه العلامة من جهة أخرى بهدف تنمية سريعة للمؤسسات المتعاقدة عن طريق علامة تجارية مشهورة، على أن تحتفظ كل مؤسسة باستقلالها واحترام حقوق الامتياز المتبادلة.²

غير أنه عند ترجمة هذا المصطلح إلى اللغة العربية نجد أن الفقهاء العرب لم يتفقوا على مصطلح موحدة لهذا العقد، حيث نجد الدكتورة سميحة القليوبي تسميه بعقد السماح، أما الأستاذ سمير عبد السميع الأودن فقد عرفه بعقد الإمتياز التجاري ويتفق معه الدكتور ياسر سيد الحديدي ولتمييزه عن ما يسمى بالفرنسية "la concession" أطلق على هذا الأخير إسم الالتزام التجاري.³

بالمقابل يرى الدكتور نعيم مغبغب أنه لا توجد كلمة عربية تعطي نفس المفهوم لكلمة الفرنشيز وعليه يرى أنه من الأنسب إعتقاد نفس الكلمة بحروف عربية أي الفرنشيز لأنها كافية بحد ذاتها لتوصل المعنى إلى القارئ قياساً على مصطلحات أخرى كالإيديولوجيا، الفلسفة وغيرها،⁴ في حين نجد الفقه الجزائري أعطى ترجمة أخرى لهذا العقد حيث ترجمته الدكتورة فرحة زراوي صالح بعقد الإعفاء.⁵

¹ Philippe le Tourneau, le franchisage, 4^{em}, Edition, Economica, paris, 1994, p.5.

² أنوجال نسيمية: عقد الفرنشيز في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، ص18.

³ د/ ياسر سيد الحديدي: النظام القانوني لعقد الإمتياز التجاري، دار الفكر العربي، مصر، 2006، ص39.

⁴ د/ نعيم مغبغب: الفرنشيز، دراسة في القانون المقارن، الطبعة الثانية 2009، منشورات الحلبي الحقوقية،

لبنان، 2009، ص14.

⁵ د/ فرحة زراوي صالح: الكامل في القانون التجاري الجزائري، الحقوق الفكرية، حقوق الملكية الصناعية

والتجارية، حقوق الملكية لإدبية والفنية، ابن خلدون للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص252.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي لعقد الفرنشيز: لتوضح صورة هذا العقد أكثر يكون من المفيد ذكر التعاريف التي أعطيت له، سواء كانت قانونية أو فقهية أو قضائية، ثم إستخلاص أهم خصائصه من هذه التعاريف، كل هذا سيتم عرضه كما يلي:

البند الأول: التعريف القانوني لعقد الفرنشيز: ورد تعريف عقد الفرنشيز في عدة قوانين ومراسيم من بينها:

أولاً: التعريف الوارد في تشريع ولاية كاليفورنيا الأمريكية سنة 1970: عقد الفرنشيز حسب هذا التشريع هو ذلك الإتفاق الصريح أو الضمني، المكتوب أو الشفهي المبرم بين شخصين أو أكثر الذي بموجبه يعطى للمتلقي الحق في الإنضمام لنشاط بيع أو توزيع السلع أو الخدمات وفقاً لخطة تسويقية أو نظام محدد بصفة أساسية بمعرفة المانح، وأن يرتبط المتلقي في إدارته لنشاطه بالعلامة التجارية أو علامة الخدمة أو الاسم التجاري أو الشعار أو الدعاية الموضوعية بمعرفة المانح، وأن يطالب المتلقي بدفع أتاوة مقابل الامتياز الممنوح له بصفة مباشرة أو غير مباشرة¹.

ثانياً: التعريف الوارد بالفصل 75 من قانون الخدمات المالية البريطانية لسنة 1986: عقد الفرنشيز هو ذلك الإتفاق الذي بموجبه يحصل شخص على ربح أو دخل من خلال استغلال الحق الممنوح بإتفاق، المتضمن الاسم التجاري أو التصاميم أو أياً من حقوق الملكية الفكرية أو الشهرة المرتبطة بها².

ثالثاً: التعريف الوارد باللائحة الأوروبية: أصدر المجلس الأوروبي لائحة رقم 4087-88 التي إشملت في مادتها الأولى على تعريف لعقد الفرنشيز: " إتفاق تقوم بمقتضاه شركة (مانح الامتياز) بتحويل أخرى (متلقي الامتياز) نظير مقابل مادي مباشر أو غير مباشر الحق في إستغلال كافة حقوق الملكية الصناعية أو الفكرية فيما يتعلق بالعلامة التجارية، الإسم التجاري، العنوان التجاري، الرسوم والنماذج الصناعية."³

¹ د/ ياسر سيد الحديدي: مرجع سابق، ص 23، 24.

² المرجع نفسه، ص 12.

³ د/ احمد أنور محمد: المحل في عقد إلتياز التجاري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، لبنان، 2010، ص 38.

رابعا: التعريف الوارد بالمرسوم الصادر بتاريخ 29 نوفمبر 1993 المتعلق بإثراء وتعزيز اللغة الفرنسية وإدخال مصطلحات أجنبية إليها: حيث عرف عقد الفرنشيز على أنه عقد تسمح بموجبه مؤسسة لأخرى بالدخول إلى شبكة الفرنشيز مقابل أن تدفع الثانية للأولى أتاوى مقابل ذلك، وكذا إستعمال علامة المؤسسة المانحة من طرف المؤسسة المتلقية.

البند الثاني: تعريف عقد الفرنشيز وفقا للاجتهاد القضائي: في ظل نقص النصوص الخاصة بعقد الفرنشيز، جاءت أحكام القضاء لتعطي تكييفا لهذا العقد، وفقا لما تفرضه عليها النصوص التي تلزم القاضي بإعطاء تكييفه الصحيح للعقد المتنازع فيه أمامه بغض النظر عن التسمية التي أعطاها له طرفا هذا العقد، وبموجب هذا الالتزام جاءت التعاريف القضائية كما يلي:

أولا: محكمة إستئناف باريس بتاريخ 4 جوان 2002: عرف عقد الفرنشيز، بأنه ذلك العقد الذي تضع بموجبه المؤسسة المانحة إسما تجاريا أو لافتة أو شعارا ومساعدة تجارية تحت تصرف المؤسسة المتلقية لمساعدتها على إنشاء نشاط تجاري وتزويدها بالمعرفة الفنية اللازمة¹.

ثانيا: محكمة العدل الأوروبية: في قضية برنييتي "Pronuptia" في 28 جانفي 1986، عرف عقد الفرنشيز حيث جاء في الفقرة 15 من هذا الحكم: أن في نظام فرنشايز التوزيع الذي قام فيه أحد الأطراف بممارسة نشاط توزيع في سوق معين، مطورا نفسه وطرق عمله، ثم منح تجارا مستقلين الحق بالتوزيع في أسواق أخرى مستخدمين بالإضافة إلى الاسم التجاري، طرق التوزيع الخاصة به وأساليب العمل التي أدت إلى نجاحه، مقابل أن يدفعوا له رسما معيناً، فإن هذا النظام يخوله الحصول على فوائد مالية من خبراته دون أن يستثمر رأس ماله الخاص، بينما يوفر للأطراف الأخرى - التي ليست لها خبرة سابقة - إمكانية الوصول إلى الطرق التي ليس من السهل نقلها دون جهد كبير وتكلفة باهضة².

البند الثالث: التعاريف الفقهية لعقد الفرنشيز: قدم بعض الفقهاء تعاريف لعقد الفرنشيز سعيا منهم إلى تبسيط فهم هذا العقد ومن بينهم:

¹ François Luc Simon: op, cit, p. 13.

² د/ احمد أنور محمد: مرجع سابق، ص39.

أولاً: الدكتور جون ماري للوب Jean Marie Leloup: الذي عرفه في عبارة جد مختصرة، حيث يرى بأن عقد الفرنشيز ما هو إلا نظام لتسيير المؤسسة¹.

ثانياً: الدكتور ياسر سيد الحديدي: يعرف عقد الفرنشيز بكونه وسيلة عقدية للتعاون فيما بين المشروعات المستقلة، التي تعتمد على نقل المعارف الفنية والتجارية وما يرتبط بها من حقوق الملكية الفكرية والصناعية إلى جانب المساعدة التقنية من المانح للمتلقي، لممارسة نشاطه وفقاً لمعايير وشروط يضعها المانح في مقابل أداءات مادية له، بهدف تكرار النجاح الذي حققه المانح في نشاطه التجاري.²

ثالثاً: الدكتورة فرحة رزاوي صالح: ترى بأن عقد الفرنشيز يسمح لتاجر مستقل بالحصول على الحق في استغلال نظام التسويق الذي وضعه شخص ما، المعروف لدى الجمهور تحت شكل، شعار أو علامة، ويترتب على هذا أن التاجر المستقل يستفيد من وجود عنصر الإتصال بالعملاء مقابل تدخل صاحب الشعار في تسيير مؤسسة التاجر.³

رابعاً: الدكتور محمودي مسعود: يعرفه على أنه فرع من عقود الامتياز يسمح بموجبه صاحب علامة تجارية ويسمى المرخص، الذي يتمتع بشهرة بأن تستعمل علامته من طرف تاجر آخر يسمى المرخص له، شريطة أن يخضع لمتطلبات السياسة التجارية للمرخص مع ضمان للمرخص له الالتزام بالمساعدة الفنية والإرشادات فيما يتعلق بتجهيز المحلات التجارية وسير الحملات الإشهارية مقابل دفع الأخير نسبة مئوية على رقم الأعمال.

¹ Jean Marie Leloup : op, cit, p. 11.

² د/ ياسر سيد الحديدي: مرجع سابق، ص24.

³ د/ فرحة رزاوي صالح: مرجع سابق، ص106.

المطلب الثاني: خصائص عقد الفرنشيز

يتميز عقد الفرنشيز بمجموعة من الخصائص منها ما يشترك فيها مع بعض العقود الأخرى، ومنها ما ينفرد بها دون سواه، فهو من ناحية عقد رضائي تراعى فيه إرادة الطرفين مع ما فيه من إذعان، كما أنه يرد على الانتفاع بمحلّه، حيث أن العلامة أو الشعار أو غيرها من عناصر هذا العقد لا تنتقل ملكيتها إلى المتلقي، إضافة إلى ما يتميز به هذا العقد من رقابة وإشراف يمارسهما مانح الفرنشيز على المتلقي طوال مدة العقد، وهذا ما سيتم بيانه فيما يلي:

الفرع الأول: خصائص الفرنشيز كعقد: عرفت المادة 54 من القانون المدني

الجزائري العقد على أنه: "إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما". ثم أورد القانون المدني الجزائري بعض تقسيمات العقود في المواد من 55 إلى 58.

البند الأول: عقد الفرنشيز عقد ملزم للجانبين: يكون العقد ملزماً للجانبين حسب المادة

55 من القانون المدني الجزائري، متى تبادل المتعاقدان الالتزام ببعضهما بعضاً. كما يعرف العقد الملزم للجانبين أنه ذلك العقد الذي ينشئ التزامات على كل من طرفيه فيكون كل منهما دائماً ومديناً في نفس الوقت¹، وهو ذلك العقد الذي يرتب على عاتق المتعاقدين إلتزامات متقابلة ومرتبطة بعضها ببعض².

يعتبر عقد الفرنشيز عقداً ملزماً للجانبين لما يتحملة كل من مانح الفرنشيز ومتلقيه من إلتزامات متقابلة، فحسب ما ورد في تعريف عقد الفرنشيز، يقع على المانح إلتزام بنقل عناصر الملكية الفكرية وتقديم المساعدة التقنية وتدريب العمال، ويلتزم المتلقي من جانبه بأن يدفع مقابل الدخول إلى شبكة الفرنشيز مبلغاً جزافياً، إلى جانب دفع أقساط دورية قد تحسب على أساس رقم

¹ د/ صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص 60.

² د/ علي فيلاي: إلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم، الجزائر، 2001، ص 45.

الأعمال الذي يحققه خلال فترة زمنية معينة، إضافة إلى وجوب المحافظة على سرية المعرفة الفنية وغيرها من الالتزامات التي سيأتي ذكرها في حينها¹.

تظهر أهمية تصنيف عقد الفرنشيز ضمن العقود الملزمة للجانبين من عدة أوجه، بحيث أنه في العقد الملزم للجانبين يجوز لأحد الطرفين الدفع بعدم التنفيذ حسب المادة 123 من القانون المدني الجزائري، أو أن يطلب الفسخ عند عدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ إلتزاماته حسب المادة 119 من نفس القانون، كذلك يفسخ بحكم القانون العقد الملزم للجانبين إذا إستحال تنفيذ التزام أحد الطرفين وذلك للتقابل القائم بين الإلتزامين حسب المادة 121 من القانون المدني الجزائري، وما يترتب على ذلك من أن تبعة الهلاك في هذا النوع من العقود تقع على المدين، كما أنه وفي حالة إستحالة تنفيذ إلتزام أحد الجانبين لسبب أجنبي، يتحرر الجانب الآخر من إلتزاماته ويتحمل تبعة الهلاك الطرف الذي أصبح تنفيذ التزامه مستحيلا².

البند الثاني: عقد الفرنشيز عقد محدد: تنص الفقرة الأولى من المادة 57 من القانون المدني الجزائري على أنه "يكون العقد تبادليا متى التزم أحد الطرفين بمنح أو فعل شيء يعتبر معادلا لما يمنح أو يؤدي له".

يخلط هذا التعريف الذي نقله المشرع حرفيا عن المادة 1104 من التقنين المدني الفرنسي، بين العقد المحدد والعقد التبادلي أو الملزم للجانبين³، فالعقد المحدد هو الذي يعرف فيه المتعاقد مقدار ما يعطي ومقدار ما يأخذ عند التعاقد، ولا يهم بعدئذ إن كانت الأدعاءات متعادلة، أو أن يكون الثمن مؤجلا أو مقسما كما لا يهم أن يكون تسليم المحل على مراحل⁴.

¹ François Collar Dutilleul et Philippe Delebecque- contrats civils et commerciaux -5 edition- Dalloz - Paris - 2001 - p. 868.

² مسلم الطاهر: عقد الفرنشيز في العلاقات التجارية، مرجع سابق ص23.

³ د/ علي فيلالي: مرجع سابق، ص49.

⁴ د/ علي علي سليمان: النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات

الجامعية، الطبعة الثامنة، الجزائر، 2008، ص17.

عقد الفرنشيز عقد محدد لأن المانح يعرف وقت التعاقد مقدار المقابل الذي سيدفعه له المتلقي بمناسبة دخوله إلى الشبكة، وكذا مقدار الأقساط الدورية، كما يعرف المتلقي أيضا ما يرخّص له به من عناصر الملكية الفكرية وما سيحصل عليه من مساعدة تقنية ومعرفة فنية وتدريب وغيرها.¹

البند الثالث: عقد الفرنشيز عقد معاوضة: جاء في المادة 58 من القانون المدني الجزائري "العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء أو فعل شيء ما".

عقد المعاوضة هو العقد الذي يتلقى فيه كل طرف مقابلا لما يلتزم به في العقد²، أما التعريف الذي جاء في المادة المذكورة سابقا فقد كشف الفقه المدني عيوبه، لإختلاطه بتعريف العقد الملزم للجانبين، وقد أورد السنهوري تعريفا لهذا العقد بقوله "هو العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما أعطاه"³.

يتضح من خلال هذا التعريف أن عقد الفرنشيز هو عقد معاوضة وليس عقد تبرع، لأن المانح يرخّص للمتلقي بالمعرفة الفنية وما تعلق بها من عناصر الملكية الفكرية الأخرى، ويقدم له المساعدة التقنية، مقابل أن يدفع المتلقي ثمن استغلال هذه العناصر التي لولاها لما دفع أتاوى الدخول إلى الشبكة.

هذه هي التقسيمات التي جاءت في القانون المدني الجزائري للعقود، أما في الفقه فتوجد تقسيمات أخرى إلى جانب المذكورة سلفا.

البند الرابع: عقد الفرنشيز عقد زمني: العقد الزمني أو كما يقال له عقد محدد المدة، هو ذلك العقد الذي يشكل فيه الزمن عنصرا جوهريا، فتحدد الإلتزامات بقدر الزمن الذي يستغرقه تنفيذها.

¹ مسلم الطاهر: عقد الفرنشيز في العلاقات التجارية، مرجع سابق، ص24.

² د/جميل الشراوي: النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، مصر، 1995، ص72.

³ د/منذر الفضل: النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار الثقافة، الاردن، 1996، ص70.

لتصنيف العقود إلى فورية وزمنية أهمية خاصة فيما يتعلق بالفسخ، الذي يقع بالنسبة إلى المستقبل فقط ولا يمكن أن يكون له أثر رجعي في العقود الزمنية، كما تجد نظرية الظروف الطارئة التطبيق الخصب لها في هذا النوع من العقود، وكذا وقف تنفيذ هذا العقد يؤدي إلى نقص كمية الأداءات بقدر الالتزامات التي لم تنفذ، وعليه فإن عقد الفرنشيز يعتبر عقد زمني، لأن استغلال العلامة التجارية وما ارتبط بها من معرفة فنية يكون لمدة مستمرة ولا يتم دفعة واحدة، مما يترتب عليه دفع أقساط دورية لهذا الاستغلال التي تكون شهرية عادة.¹

البند الخامس: عقد الفرنشيز عقد غير مسمى: يخضع العقد غير المسمى في تنظيمه للقواعد العامة في الالتزامات والتي تخضع لها كافة العقود، والعقد غير المسمى هو الذي لم ينظمه المشرع بقواعد خاصة ولم يضع له إسما خاصا، وإنما تركه للقواعد التي تحكم العقد بشكل عام²، وبالتالي فعقد الفرنشيز هو عقد غير مسمى، لأن المشرع الجزائري لم يخصه بتنظيم.

البند السادس: عقد الفرنشيز عقد إذعان: عقد لإذعان هو العقد الذي لا يتم الإتفاق بين الأطراف على شروطه والمناقشة بين الطرفين، حيث يكون احد الأطراف قويا من الناحية الاقتصادية فيفرض إرادته على المتعاقد الآخر الذي إما يقبلها أو يرفضها دون مناقشتها، وعليه يعتبر عقد الفرنشيز من عقود الإذعان لأن المانح باعتباره صاحب المعرفة الفنية يفرض شروطه على المتلقي، وتظهر سيطرة المانح في كل مراحل العقد منذ بداية المفاوضات وأثناء تنفيذ العقد وحتى انتهائه.

البند السابع: عقد الفرنشيز عقد قائم على الإعتبار الشخصي: يقصد بالعقد القائم على الإعتبار الشخصي العقد الذي تكون فيه شخصية المتعاقد محل اعتبار عند إبرام العقد وأثناء تنفيذه، فالعقد يعتمد في قيامه وتنفيذه على شخصية المتعاقد ومدى الثقة في سمعته وملاءته المالية، وعليه يعتبر عقد الفرنشيز من عقود القائمة على الإعتبار الشخصي، وإن كان لهذه

¹ د/ محمد أحمد منصور: النظرية العامة للالتزامات، مصادر الإلتزام، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، الاردن، 2003، ص45، 46.

² دعاء طارق بكر البشتاوي: عقد الفرنشايز واثاره، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008، ص32.

الفكرة مضمونها الخاص في الفرنشيز، ذلك المفهوم الذي يحدد حقيقة المراكز الواقعية للأطراف ومدى إختلاف الإلتزامات بين المانح والمتلقي¹.

البند الثامن: عقد الفرنشيز عقد تجاري: يعتبر عقد الفرنشيز عقدا تجاريا، كون الصفة الممنوحة للمانح أو المتلقي تتوافق والمستلزمات المطلوبة لصفة التاجر، كالقيام بالعمل بصفة مستمرة في سبيل تحقيق الربح أو التوسط، وعليه فإن قواعد القانون التجاري (كل شراء بقصد إعادة البيع) تطبق على هذا العقد².

البند التاسع: عقد الفرنشيز عقد يتضمن التدريب: ما يميز عقد الفرنشيز عن غيره من العقود أن المانح ليس ملزما بتقديم المساعدة التقنية فحسب للمتلقي، وإنما يتضمن أيضا واجب تدريب المتلقي وجعله قادرا على القيام بنشاطه، وهذا ما يميزه عن عقد التنازل، فواجب التنقيف والتعليم والتدريب لمستخدمي المتلقي هو إلتزام على عاتق مانح الفرنشيز في إطار من التعاون، لكن ضمن الإستقلالية القانونية والمالية والإدارية لكلا من المتعاقدين³، والتدريب هذا لا يكون للمتلقي وحده وإنما يشمل عماله أيضا، ويكون تدريبهم إما في محل المتلقي وإما ببعثهم في دورات تكوينية لمؤسسات المانح كما هو الحال في معظم عقود نقل التكنولوجيا.

الفرع الثاني: خصائص عقد الفرنشيز كمشروع تجاري: من خلال دراسة التطور التاريخي لعقد الفرنشيز، يتضح أن هذا العقد جاء كآلية للتعاون من أجل تطوير وزيادة جودة المنتوجات، وقد فرض هذا التعاون لوجود فئتين في المجتمع تحتاج كل منها إلى ما تملكه الثانية، فمن جانب هناك أشخاص مبدعون لهم أفكار مبدعة في ميادين الصناعة أو الخدمات أو التسويق، ومن ناحية أخرى هناك أصحاب رؤوس أموال الذين يفتقدون الخبرة في بعث مشاريع ذات نجاح متميز وبمنتوج سلعي أو خدماتي رائج.

¹ د/ محمد محسن إبراهيم النجار: عقد الامتياز التجاري، دراسة في نقل المعارف الفنية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2001، ص29.

² د/ نعيم مغيب: مرجع سابق، ص160.

³ المرجع نفسه، ص156.

تعاون هتين الفئتين هو الحل الأمثل للوصول إلى هذه النتيجة، مما دفع بأصحاب الأفكار المجسدة في علامة تجارية أو صناعية وشعار واسم تجاري وغيرها من عناصر الملكية الفكرية، إلى الترخيص للفئة الثانية من أجل استثمارها وكل هذا في إطار عقد الفرنشيز، غير أن الفريق الأول المعروف بمانح الفرنشيز يعمل دوماً من أجل الحفاظ على سمعة علامته، مما يجعله يفرض رقابة على الفريق الثاني المسمى بالمتلقي، في حين نجد أن القوانين المنظمة لهذا النوع من العقود تفرض وجوب استقلالية مشروع المتلقي عن المانح من ناحية أخرى.¹

البند الأول: رقابة مانح الفرنشيز على المتلقي: يقوم عقد الفرنشيز على عنصر الرقابة والإشراف التي يمارسها المانح على المتلقي، مبرراً ذلك بسعيه للحفاظ على سمعة علامته، وكذلك ضمان جودة المنتوجات أو الخدمات المقدمة للجمهور وإظهار شبكة الفرنشيز في شكل موحد.

تظهر الرقابة والسيطرة المفروضة من طرف المانح منذ بداية العقد بل وحتى قبله وبعد إنتهائه، إذ يقوم المانح بدراسة المنشأة طالبة الإنضمام من حيث المحيط التسويقي والإنتاجي وأن كانت هذه الدراسة تعد ضرورية في شتى دراسات الجدوى، غير أنها تأخذ منحى مميزاً في عقد الفرنشيز بإلقاء عبء النفقة على المتلقي.

كما أن المانح هو الذي يخطط للعملية الإنتاجية من خلال تحديد نوع نشاط الفرنشيز وتحديد العلاقات داخل الشبكة، واختيار الوسائل المادية للإنتاج من الآلات ومعدات ومواد خام ونصف مصنعة، أو تحديد مصادر التزود بهذه البضائع، كما يقوم المانح بتحديد هيكل مشروع المتلقي وتأهيل المستخدمين من خلال الإشراف المباشر على سائر منشآت الشبكة.²

كما يحق للمانح في عقد الفرنشيز أن يراقب أعمال المتلقي لمعرفة مدى التزامه بالطرق والأساليب المتفق عليها في عملية الإنتاج، فيحق للمانح مراقبة الكيفية التي يتم بها إستغلال علامته وكذا جميع عناصر الملكية الفكرية التي رخص بها للمتلقي، ومراقبة السلع والخدمات

¹ مسلم الطاهر: عقد الفرنشيز في العلاقات التجارية، مرجع سابق، ص 26.

² المرجع نفسه، ص 27.

المقدمة إلى الزبائن، ليمنع حسب تقديره أي عمل من شأنه المساس بقيمة علامته، عدم نظامية صفات وجودة المنتجات أو الخدمات التي يقدمها المتلقي إلى المستهلكين¹.

تظهر وسيلة أخرى لتبرير سيطرة المانح على مشروع المتلقي، المتمثلة في إنفراده بتحديد كفاءة المتلقي من عدمها، التي يبني عليها فسخ عقد هذا الأخير، ويخضع تحديد الكفاءة للمعايير التي يضعها المانح، وتتحدد أيضا بالنظر إلى مستوى مباشرة المتلقي للنشاط الذي يقوم على تنفيذ تعليمات المانح.

لدى يكون توافر كفاءة المتلقي رهينا باستيعابه للمعرفة الفنية، ويكون تخلفه عن الإستيعاب إما بسبب إخفاقه في فهم مضمون الفرنشيز، أو لإخفاق المانح أو إمتناعه عن نقل المعرفة الفنية، أو فشل هذه المعرفة الفنية في تلبية إحتياجات السوق المحلي للمتلقي، لذلك يتحمل المسؤولية في كلتا الحالتين، وحتى مع توافر عنصر الكفاءة في جانب المتلقي لا يلزم المانح بتجديد عقد الفرنشيز بعد إنتهائه، مما يظهر سيطرة واضحة للمانح على المتلقي التي تمتد حتى بعد نهاية العقد، من خلال إلزام المتلقي بعدم ممارسة أي نشاط مماثل لذلك الذي كان يزاوله بموجب عقد الفرنشيز، لمدة معينة وكل ذلك تحت مبرر عدم المنافسة².

البند الثاني: الإستقلال المالي والقانوني والإداري لمؤسسة المتلقي عن مشروع المانح:

يتمتع المتلقي بإستقلال قانوني عن مانح الفرنشيز، غير أن إستقلاله المالي لا ينفي وجود حالة تبعية إقتصادية، إذ أن طبيعة عقد الفرنشيز تجعل للمانح إشرافا ورقابة على المتلقي لتحقيق النتائج الإقتصادية المستهدفة من النشاط التي يتطلبها صالح الشبكة ككل، ويظهر هذا الاستقلال القانوني من خلال ملكية المتلقي للمحل التجاري الذي يتولى إدارته³، ويظهر إستقلال المتلقي أيضا من الجانب الإداري، وذلك من خلال حريته في اختيار عماله، وتنظيم إدارة مؤسسته، واستشارة من يشاء من المختصين في نشاطه.

¹ د/ نعيم مغيب: مرجع سابق، ص224.

² مسلم الطاهر: عقد الفرنشيز في العلاقات التجارية، مرجع سابق، ص27.

³ د/ ياسر سيد الحديدي: مرجع سابق، ص25.

بل يجب على المتلقي إعلان استقلاله عن مانح الفرنشيز، من خلال التزامه بإعلام الغير كالمستهلكين والممولين والبنوك وغيرهم، حتى لا يقع هؤلاء في لبس معتقدين بذلك أن مشروع المانح والمتلقي إنما يمثل وحدة واحدة، فيمنع عليه بموجب هذا الالتزام تقديم نفسه كتابع لمشروع المانح أو كوكيل عنه أو مستخدم لديه، وإنما يجب على المتلقي إعلام المستهلك عن طبيعة مشروعه المستقل بصورة واضحة ومقروءة في جميع مستنداته¹.

المطلب الثالث: أنواع عقد الفرنشيز

لا يمكن الحديث عن نمط موحد لعقد الفرنشيز وإنما تتعدد أنواع عقد الفرنشيز على حسب نوع النشاط، أو درجة مراقبة الطرف المانح لعقد الفرنشيز وعليه يمكن تقسيمها على حسب موضوعها، أو على حسب طرق إدارتها.

الفرع الأول: أنواع الفرنشيز بحسب موضوعها: يأخذ الفرنشيز عدة أشكال أهمها الفرنشيز الصناعي وفرنشايز التوزيع وفرنشايز الخدمات إلى جانب الفرنشيز المالي.

البند الأول: الفرنشيز الصناعي: عرفت محكمة العدل الأوروبية هذا العقد في حكمها الصادر بتاريخ 28 جانفي 1986 بأنه "العقد الذي بموجبه يقوم متلقي الفرنشيز بالتصنيع بنفسه وفقا لتوجيهات المانح وإستخدام علامته التجارية التي يضعها على السلع المنتجة"².

من خلال هذا التعريف يتضح أن المتلقي يقوم بعمليتين رئيسيتين هما: صناعة المنتج ثم بيعه³، إذ يعتمد هذا العقد على إلتزام المانح بنقل المعرفة الفنية وطريقة صنع المنتج أو تجميعه، ويتحقق ذلك بكشف المانح للممنوح له الأسرار الصناعية المتعلقة بكيفية الإنتاج وإشراف المانح على عملية الإنتاج للتحقق من جودة السلعة التي تحمل العلامة التجارية للمانح إضافة إلى تزويده بالمواد الأولية التي تدخل في صناعة هذا المنتج وكذلك تكوين عمال المتلقي... الخ،

¹ د/ نعيم مغيب: مرجع سابق، ص 214.

² د/ ياسر سيد الحديدي: مرجع سابق، ص 38.

³ مسلم الطاهر: عقد الفرنشيز في العلاقات التجارية، مرجع سابق، ص 39.

بالمقابل قيام المتلقي بصنع المنتج الذي يحمل العلامة التجارية للمانح، وتسويقه مستعينا في ذلك بخبرة المانح،¹ وعليه تبرز أهمية عقد الفرنشيز الصناعي في نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، وفي تدريب أبنائها على المهارات الصناعية الحديثة وخلق صناعة محلية، مما يسهم في تحقيق فائض أو على الأقل توازن في الميزان التجاري لهذه الدول.

البند الثاني: عقد الفرنشيز الخدمات: عرفته محكمة العدل الأوروبية في حكمها الصادر بتاريخ 28 جانفي 1986 بقولها: "هو العقد الذي بموجبه يسمح المانح للمتلقي باستخدام اسمه وعلامته التجارية، ليضعها على خدمات يقدمها المتلقي، ويلتزم في ذلك بالنماذج والمواصفات التي يقدمها المانح ويخضع في ذلك لرقابته وإشرافه"².

يعتمد المتلقي في فرنشايز الخدمات على سمعة المانح وعلى شهرة علامته التجارية، ومن هنا يحقق المانح الإنتشار السريع دون تكبد أي نفقات أو مصروفات، على أنشاء مشاريع في أماكن أخرى، كما يمارس في المقابل الرقابة المستمرة لمطابقة نشاط المتلقي للشروط والمواصفات التي يضعها المانح من أجل ضمان جودة الخدمات التي يقدمها³.

يتمثل مجال هذا النوع من عقد الفرنشيز في كثير من الأنشطة وعلى سبيل المثال قطاع الفنادق ومطاعم الوجبات السريعة، أما محل هذا العقد في نقل المعرفة الفنية والإتصال بالعملاء، وبالتالي المانح لا ينقل إلى المتلقي طريقة بيع أو توزيع وإنما ينقل له طريقة عمل تتعلق بتقديم خدمة متميزة عن مثيلاتها، ومن أهم ما يميز هذا العقد أيضا، ما يمنحه للمتلقي من إمكانية البقاء في الشبكة بتجديد عقده بعد انتهائه⁴، لكونه إكتسب المهارة الكافية في مجال الخدمات التي كان يقدمها، وليس من صالح المانح أن يخرج المتلقي من شبكته، حيث صار بإمكان هذا الأخير خلق مشروع منافس له.

¹ دعاء طارق بكر البشتاوي: مرجع سابق، ص 25.

² د/ ياسر سيد الحديدي: مرجع سابق، ص 30.

³ المرجع نفسه، ص 31.

⁴ François Luc Simon – op.cit – p. 45.

البند الثالث: فرنشايز التوزيع: عرفته محكمة العدل الأوروبية في حكمها الصادر بتاريخ 28 جانفي 1986 "بأنه العقد الذي يلتزم بموجبه المتلقي ببيع منتجات معينة بمحل يحمل العلامة المميزة لمانح الفرنشيز"¹.

يتمثل هذا العقد في الحقوق التي تخول للمتلقي الحق في توزيع منتجات معينة في محل تجاري يحمل الإسم التجاري والعلامة التجارية للمانح، أي هو العقد الذي يسمح بتسويق منتجات الطرف المانح الذي يلزم بتوريد السلع إلى الطرف المتلقي ويلتزم بمساعدته على تسويق هذه المنتجات وتقديم المساعدة الفنية التي تساعد في ذلك²، وللتمييز بين عقد فرنشايز التوزيع وعقود أخرى مشابهة له وعلى الخصوص عقود الامتياز التجاري "la concession" فإن عقد الفرنشيز يتميز بشرط نقل المعرفة الفنية من المانح للمتلقي، إضافة إلى المساعدة التقنية المستمرة له، وهذا ما يميزه عن عقد الامتياز التجاري.

البند الرابع: الفرنشيز البنين التجاري يعتمد هذا النوع من العقود الفرنشيز على شهرة العلامة التجارية وجذب جمهور المستهلكين لطلب الخدمات أو السلع التي تحمل هذه العلامة التجارية، حيث يلجا المانح إلى إبرام عدة عقود فرنشايز مع الممنوحين الذين يختارهم لغاية ترويج بضاعة أو خدمة التي تحمل علامته التجارية، ويظهر هذا النوع من عقود الفرنشيز في مجالات عديدة كالفنادق والمقاهي والمطاعم ومكاتب تأجير السيارات مثل "Hertz" وغيرها³.

الفرع الثاني: تقسيم الفرنشيز حسب طرق إدارتها: يتم إدارة عقد الفرنشيز بحسب طرق معينة إما بالنظر إلى النطاق الإقليمي الذي تشغله، وإما بتعدد المتلقين لعقد الفرنشيز.

¹ د/ حسام الدين خليل فرج محمد: عقد الامتياز التجاري واحكامه في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2011، ص59.

² عروسي ساسية: الطبيعة القانونية لعقد الفرنشيز، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سطيف 02، 2015، ص18.

³ عروسي ساسية: مرجع سابق، ص19.

البند الأول: الفرنشيز الإقليمية: يسعى مانح الفرنشيز إلى تغطية إقليم جغرافي محدد من خلال فتح عدد من الوحدات التجارية للبيع، التي تكون متتابعة أو متزايدة، وينقسم هذا العقد إلى نوعين، فهو إما أن يكون عقد توسيع فرنشايز، أو إنشاء فرنشايز جديد، وقد يكون المانح في هذا العقد شريكا في مشروع المتلقي مما يمكنه من الحفاظ على معرفته السرية وما يرتبط بها من براءات اختراع وعلامة تجارية وغيرها.¹

البند الثاني: فرنشايز اتفاقية المطور: يربط هذا النوع من عقود الفرنشيز بين المانح والمتلقي بصورة وثيقة ومباشرة على أساس فتح وإدارة وحدات فرنشايز متعددة، ويتضمن الجهاز المذكور إتفاقية للتطوير، التي تنص على أن يقوم المطور بإمتلاك وإدارة تلك الوحدات من دون تخويله منح رخص للآخرين، ويحتوي عقد فرنشايز المطور على جدول زمني يذكر فيه تواريخ تطوير الوحدات في المنطقة الجغرافية المخصصة، بل قد تكون قسم من أقسام شركة المتلقي.²

البند الثالث: فرنشايز المحل الداخلي: هذا الفرنشيز أكثر استعمالا عندما يكون الفرنشيز محليا، أي المانح والمتلقي من نفس الدولة، وهنا يكون الترخيص مقتصرًا على الإستثمار في منطقة واحدة محددة.

البند الرابع: الفرنشيز الرئيسي: يخول المانح بموجب هذا العقد المتلقي الحق في منح فرنشايز لطرف ثالث يسمى المتلقي الفرعي، من أجل إستغلال الفرص الاستثمارية المحتملة في مناطق جغرافية أكبر، وقد يدير المتلقي الفرعي أكثر من فرنشايز واحد، ويستعمل هذا النوع من العقود في الفرنشيز الدولي، وذلك لنقص خبرة المانح بظروف بلد المتلقي وقوانينه.³

البند الخامس: الفرنشيز المهجنة: هو عقد فرنشايز يجمع بين كل من عقد الفرنشيز الرئيسي وفرنشايز المطور، فبموجب اتفاقية الفرنشيز الرئيسي يمكن للمتلقي إنشاء عدد من

¹ د/ نعيم مغبغب: مرجع سابق، ص54، 55.

² د/ مصطفى سلمان حبيب: الإستثمار في التراخيص الامتيازي (التجاري)، دار الثقافة، الاردن، 2009، ص33.

³ مسلم الطاهر: عقد الفرنشيز في العلاقات التجارية، مرجع سابق، ص35.

الفروع المستقلة مع مطور الفرنشيز التي يكون بموجبها المانح الرئيسي أو أيا من ممثليه ملزمين بإفنتاح وإمتلاك عدد من مؤسسات الفرنشيز في نفس المنطقة الجغرافية، كما يمكن تخويل المانح الرئيسي الحق في عقد اتفاقية تطوير فرنشايز مع عدد من المرخصين المستغلين في ظل الفرنشيز الرئيسي¹.

بعد التعريف بعقد الفرنشيز في المبحث السابق من خلال التطرق إلى مصدر تسمية هذا العقد وتتبع تطوره التاريخي في كل من الولايات المتحدة الأمريكية ودول أخرى، ثم تطوره في دول عربية ومنها الجزائر، ومن خلال إجمال مختلف التعاريف الفقهية والقانونية، وتلك الصادرة عن المنظمات المتخصصة في دراسة الفرنشيز، التي إستنتجت منها خصائصه سواء كعقد أو كمشروع تجاري وبعد التعرض أيضا إلى مختلف أنواع عقود الفرنشيز، لا بد من التعرف على الطبيعة القانونية لهذا العقد في المبحث الموالي.

المبحث الثاني الطبيعة القانونية لعقد الفرنشيز

تدرس الطبيعة القانونية لكل عقد من خلال مقارنته بالعقود المشابهة له من أجل إستخلاص أوجه التشابه والاختلاف، وعليه سأعمل على مقارنة عقد الفرنشيز بعقود التوزيع وفي مقدمتها عقد الامتياز التجاري، إلى جانب العقود التجارية كعقد الشركة وعقود التراخيص، كالترخيص بإستعمال العلامة التجارية أو براءة الاختراع وغيرها من العقود، وكل هذا سيتم دراسته في المطلب الأول، لأخصص المطلب الثاني إلى الطبيعة الخاصة لعقد الفرنشيز، لأصل في مطلب ثالث إلى خصوصية محل هذا العقد التي تعطيه طبيعته الخاصة.

¹ د/ مصطفى سلمان حبيب: مرجع سابق، ص 34.

المطلب الأول: مقارنة عقد الفرنشيز بالعقود المشابهة له

سيتم في هذا المطلب مقارنة عقد الفرنشيز ببعض العقود المشابهة من أجل الوصول إلى الطبيعة القانونية لهذا العقد وإيجاد تصنيف له بين هذه العقود.

الفرع الأول: المقارنة بين عقد الفرنشيز وعقد الامتياز التجاري: سبق القول عند

تعريف عقد الفرنشيز بأن هناك من الفقهاء العرب من يترجمه بأنه عقد الإمتياز التجاري والحقيقة أن هناك إختلاف بين المصطلحين، وعليه يجب تحديد أوجه الإختلاف بين العقدين، إذ يعرف عقد الإمتياز التجاري على أنه العقد المبرم بين مالك العلامة أي المرخص الذي يلتزم بعدم البيع لغير المتعاقد معه أي الملتزم، على إقليم معين مع إلتزام الأخير في المقابل بتوزيع السلع المرخص بها فقط مع إحترام السياسة التجارية التي يضعها المرخص، أما عن تسمية هذا العقد بعقد التوزيع الحصري أو الإمتياز الحصري فهي غير صحيحة لأن الحصرية البسيطة أو المتبادلة تمثل جوهر عقد الإمتياز التجاري وبالتالي فلا حاجة لوصفه بها.¹

من خلال تعريف عقد الإمتياز التجاري يتضح أنه يشترك مع عقد الفرنشيز في عدة عناصر كتوافر شرط الحصرية، وحق إستخدام العلامة التجارية للمانح وحق إستخدام الشعار، وبيع تشكيلة المنتجات أو تقديم الخدمات التي ينشط فيها المانح، غير أنه يتم التميز بين عقد الفرنشيز وعقد الإمتياز التجاري من ناحيتين².

البند الأول: الناحية الأولى: إختلاف محل كل من العقدين، فمحل عقد الإمتياز التجاري

هو مجرد تسويق السلع لا سيما السيارات والملابس والمواد الاستهلاكية بينما محل عقد الفرنشيز هو السماح بإعادة بعث طريقة تسويق أصيلة وفعالة التي يمكن أن تطبق على إنتاج السلع وتسويق الخدمات، هذه الطريقة التسويقية المختبرة من طرف المانح هي محل عقد الفرنشيز، كما يلاحظ أن المانح قد يكون هو نفسه موزعا بينما يكون المرخص في عقد الإمتياز التجاري صانعا فقط.

¹ François Collart Dutilleul et Philippe Delebeque-op.cit-p. 845.

² Philippe le Tourneau - la concession exclusive - Economica - Paris - 2004 - p. 14.

البند الثاني: الناحية الثانية: إن إلتزامات كل من مانح الفرنشيز ومرخص عقد الإمتياز التجاري تعد مختلفة فالمانح في عقد الفرنشيز ملزم بالترخيص بالمعرفة الفنية وتقديم المساعدة التقنية طيلة مدة العقد، بينما يلزم المتلقي بدفع مقابل الدخول إلى شبكة المانح، إضافة إلى دفع أتاوة دورية مقابل إستغلال عناصر الملكية الفكرية للمانح هذه الإلتزامات المالية لا يتحملها الملتزم في عقد الإمتياز التجاري.

أوضحت محكمة العدل التابعة للسوق الأوروبية المشتركة في حكمها الصادر في 28 فيفري 1986، التفرقة بين عقود الفرنشيز التوزيعي وعقود الإمتياز التجاري، إذ قررت "أن عقود الفرنشيز لا تسري عليها القواعد التي تنظم عقود الإمتياز، إذ أن هذه العقود لا تتضمن سوى إلتزامات بالبيع والشراء، ولا تشمل العناصر الأخرى المميزة والتنازل عن المعرفة الفنية، بالإضافة إلى إلتزام المتلقي بدفع مبلغ في التعاقد كمقابل للدخول في الشبكة"¹.

كما يظهر الإختلاف بين عقد الإمتياز التجاري وعقد الفرنشيز في إحتواء هذا العقد الأخير على بند مساعد المانح للمتلقي وخصوصا فيما يتعلق بنقل المتواصل للمعرفة الفنية، في حين أن عقد الإمتياز التجاري يمكن تنفيذه دون مساعدة ودون نقل معلومات من المانح للمتلقي، كما أن شرط الحصرية له طابع إختياري في عقد الفرنشيز في حين أنه يحظر على المتلقي في عقد الإمتياز التجاري منح هذا الإمتياز للغير في ذات المنطقة الجغرافية.²

الفرع الثاني: المقارنة بين عقد الفرنشيز وعقد التوكيل التجاري: عقد الوكالة

التجارية يتم مقابل أجر ليس بصفته مستخدم وإنما من خلال نصيب من الصفقة ذاتها أو فرق الأسعار وغيرها، من هنا يتضح وجه التقارب مع عقد الفرنشيز، بحيث يحق للمتلقي بأن يتقاضى بعض الأموال لقاء نشاطه من خلال تقديم الخدمات إلى الزبائن بالمقابل³، فإن الوكيل يتعاقد مع الزبائن بإسم موكله ولحسابه، بخلاف المتلقي في عقد الفرنشيز الذي يتعاقد بإسمه ولمصلحته

¹ د/ وليد عودة الهمشري: مرجع سابق، ص 44.

² دعاء طارق بكر البشتاوي: مرجع سابق، ص، ص 44، 45.

³ د/ نعيم مغيب: مرجع سابق، ص 108.

وإن جاز الإتفاق على خلاف ذلك في بعض الأحيان، ويختلف عقد الفرشيز وعقد التوكل التجاري في عدة نقاط من بينها:

1. يعلن الوكيل عن صفته أثناء التعاقد مع الغير، أما المتلقي فلا يتصرف كوكيل وإنما كتاجر يتمتع بصفة الاستقلال، وما يترتب على ذلك من تقديم الوكيل الحساب إلى موكله على خلاف المتلقي الذي يتصرف لحسابه الخاص، وأن ما يدفعه المتلقي يتم الإتفاق عليه في العقد لقاء ما يقدمه المانح من ترخيص لعناصر الملكية الفكرية ومعرفة فنية ومساعدة تقنية وغيرها.

2. يلتزم الوكيل بتنفيذ تعليمات موكله وهو يسأل عن عدم تنفيذها ويكون مسؤولاً عن أخطائه، أما في عقد الفرشيز فالأمر مختلف، إذ يتم تنفيذ النشاط من طرف المتلقي وعلى مسؤوليته، بغض النظر عن مانح الفرشيز الذي يحتفظ بحق المراقبة دون حق التدخل، هذا علاوة على إمكانية حبس الوكيل لبضاعة الموكل وبيعها إذا تخلف عن دفع ما يترتب عليه من حقوق مستحقة نتيجة تنفيذ الوكالة، بعد اللجوء إلى القضاء المختص ولا وجود لذلك في عقد الفرشيز¹.

البند الأول: المقارنة بين عقد الفرشيز وعقد الوكالة بالعمولة: يعرف عقد

الوكالة بالعمولة على أنه عقد يلتزم بمقتضاه شخص يدعى الوكيل بالعمولة بأن يعمل عملاً بإسمه أو باسم الشركة بأمر آخر يدعى الموكل وعلى ذمته في مقابل أجر يسمى العمولة².

لم يعرف المشرع الجزائري الوكالة بالعمولة، غير أن القانون المصري للتجارة أورد تعريفاً للوكيل بالعمولة في المادة 166 التي تنص: "الوكالة بالعمولة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يجري بإسمه تصرفاً قانونياً لحساب الموكل، ويشتبه عقد الوكالة بالعمولة مع عقد الفرشيز في أن عقد الوكالة بالعمولة يستخدم بكثرة في المجالات المتخصصة في توزيع البضائع وخاصة بين إتحادات المشترين والمنظمين إليها، كما أن كلا العقدين من العقود التجارية، والوكالة بالعمولة من العقود التي تقوم على الإعتبار الشخصي، فيختار الموكل وكيله بناء على سمعته الطيبة

¹ د/ نعيم مغيب: مرجع سابق، ص 108، 109.

² د/ عبد الحميد الشورابي: القانون التجاري، العقود التجارية، منشأة المعارف، مصر، بدون سنة نشر، ص 193.

ونشاطه وأمانته من واقع معاملاته التجارية¹، وكذلك يعتبر عقد الفرشيز من عقود الإعتبار الشخصي كما سبق دراسته في خصائص عقد الفرشيز.

البند الثاني: المقارنة بين التمثيل التجاري وعقد الفرشيز: التمثيل التجاري عقد يلتزم بمقتضاه شخص بأن يتولى على وجه الاستمرار في منطقة نشاط معين، الترويج والتفاوض وإبرام الصفقات باسم الموكل ولحسابه، ويكون الموكل مسؤولاً عن كافة نشاطات موكله التجارية في منطقة معينة، ولا يكون في متناول وكيل العقود أن يكون وكيلاً لأكثر من موكل في نفس المنطقة عن نفس النشاط إلا إذا تم التصريح له بذلك من موكله، كما لا يمكن للموكل توكيل أكثر من وكيل عقود في نفس النشاط وفي ذات المنطقة إلا إذا تمت الموافقة على ذلك من كافة وكلائه.

قد يكون الممثل التجاري مستقلاً عن الموكل فيدير الأعمال بصورة مستقلة ويكتسب صفة التاجر، ويتحمل الإلتزامات الملقاة على عاتق التاجر ويبرم العقود بإسمه كالوكيل بالعمولة، وهذا عكس عقد الفرشيز الذي لا يتمتع فيه المتلقي بالإستقلالية التامة بل يعمل تحت توجيهات ومراقبة المانح، هذه المراقبة أملاها حرص المانح للمحافظة على سمعة علامته التجارية وسرية معرفته الفنية، وقد لا يكون الممثل التجاري مستقلاً وإنما يعمل تحت إشراف وتوجيه الموكل وبالتالي يكون تابعا للموكل كتبعية العامل لرب العمل²، وهنا عقد التمثيل التجاري يتشابه مع عقد الفرشيز في عدم استقلال الممثل التجاري، ولكنه يختلف معه في كون المتلقي لا يعتبر تابعا للمانح.

كما أن المشرع الجزائري لم ينظم عقد التمثيل التجاري وكذا الحال بالنسبة لعقد الفرشيز، ولما كان الممثل التجاري يجري التصرفات بإسم ولحساب موكله، فهو لا يضمن تنفيذ هذه الصفقات شأنه من شأن الوكيل التجاري مالم يوجد إتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك، في حين أن المتلقي في عقد الفرشيز يتحمل المسؤولية الكاملة عن العقود التي يبرمها مع الغير، لكونه

¹ مسلم الطاهر: عقد الفرشيز في العلاقات التجارية، مرجع سابق، ص39.

² د/ سمير جميل حسين الفتلاوي: العقود التجارية الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص464.

يتعامل بإسمه ولحساب نفسه، في حين أن عقد الفرنشيز لا يشكل شرط الحصرية بندا أساسيا لإنشائه، على عكس ما هو معمول به في عقد التمثيل التجاري، كما لا يعتد بشرط الحصرية لصحة الفرنشيز، ولا يشكل عنصرا جوهريا في العقد حتى وإن كان من المفضل إعتماده فإنه لا يدخل عنصرا في تكييف عقد الفرنشيز¹.

الفرع الثالث: المقارنة بين عقد الفرنشيز وعقد التوزيع لأشخاص مختارين:

عرفت محكمة النقض الفرنسية عقد التوزيع لأشخاص مختارين بحكمها الصادر بتاريخ 03 نوفمبر 1992 كما يلي: هو عقد يلتزم بموجبه مورد بأن يمون بسلعة معينة تاجرا واحدا أو أكثر في قطاع معين يتم إختياره حسب معايير موضوعية وذات طابع نوعي وبدون تبرير، ومن جانب آخر يسمح المورد للموزع ببيع منتجات أخرى منافسة لمنتجاته وبالتالي فلا وجود لشرط الحصرية²، وإن كانت محكمة النقض قد تبنت ما أسمته بمبدأ التقييد المتبادل للحرية التجارية لكل الأطراف المتعاقدة.

إعتمدت المحكمة هذا المبدأ الأخير لإضفاء المشروعية على إمتناع المورد عن البيع إلى موزعين جدد، إلا أن هذا المبدأ - حسب الدكتور ماجد عمار - الذي أقرته محكمة النقض يثير إشكالا حينما يتعلق الأمر بمبدأ مشروعيته في القوانين المكافحة للإحتكار أو في قوانين المنافسة في الدول الأخرى، إذ يعتبر هذا الشرط أكبر من مبدأ القصر التبادلي³، من هنا يتضح الإختلاف بين كل من عقد التوزيع لأشخاص مختارين وعقد الفرنشيز الذي يجوز فيه شرط الحصرية سواء كان متبادلا أو بسيطا على خلاف عقد التوزيع الاختياري.

الفرع الرابع: المقارنة بين عقد الفرنشيز وعقد التوريد: عقد التوريد هو العقد

المبرم بين منتج السلع ومن يبيعهها، وقد يكون هذا الأخير تاجرا وسيطا مستقلا، ويمكن أن يتم إبرام عقد توريد بين هؤلاء الفرقاء وقد يشمل الإتفاق توزيعا حصريا، ويمكن أن يتم الإتفاق على

¹ د/نعيم مغيب: مرجع سابق، ص114.

² نسيم أنوجال: مرجع سابق، ص58.

³ د/ماجد عمار: مرجع سابق، ص61.

بنود خاصة تتعلق بالإعلانات العائدة لهذه السلع وباستعمال العلامة التجارية والإسم التجاري للمنتج، ويخضع هذا العقد للمبادئ العامة التعاقدية، فالمصنع أو الموزع يحقق أرباحا ببيعه منتجات إلى بائع ثانوي بأسعار مدروسة¹.

يضم عقد التوريد عادة عقدا إطارا تبين فيه الشروط العامة على أن يترك لعقود التنفيذ النص على شروط خاصة، ويحدد العقد الإطار ماهية الالتزام وتاريخا ثابتا أو دوريا، وشروط السداد وأحيانا شروطا خاصة بالتنازل عن العقد، ويختلف الفقه في طبيعة عقد التوريد، فمنهم من إعتبره عقد بيع حقيقي ويرى البعض الآخر أنه مجرد إلتزام سلبي يقع على المورد له بعدم الحصول على إحتياجاته من المنافسين².

من خلال تعريف عقد التوريد يتضح أنه يقتصر على بيع المنتجات ولا وجود للعناصر الأساسية في عقد الفرنشيز كالمعرفة الفنية وطريقة التسويق والمساعدة التقنية، وتراخيص الملكية الفكرية، كما أن عقد التوريد لا يكون حصريا في الغالب، ويكون عقد الفرنشيز من هذا الجانب أكثر تفضيلا وجاذبية من عقد التوريد³.

الفرع الخامس: المقارنة بين عقد الفرنشيز وعقد الترخيص بإستعمال العلامة

التجارية: الترخيص بإستعمال العلامة التجارية هو إيجار يقوم به صاحب العلامة، توضع هذه العلامة بموجبه تحت تصرف الطرف الآخر مقابل دفع أتاوة، مع إحتفاظ صاحب العلامة بملكيته، ولا يعتبر الترخيص بيعا أو تنازلا، بحيث أن ذلك يؤدي إلى فقد صاحب العلامة لملكيته، وهذا الترخيص قد يكون بسيطا أو قصريا، مع وجوب تحديد النطاق القصري في الحالة الأخيرة، هذا الترخيص القصري يبرره السعي للحفاظ على سمعة العلامة وحمايتها⁴.

¹ د/ نعيم مغيب: مرجع سابق، ص104.

² د/ ماجد عمار: مرجع سابق، ص50.

³ د/ نعيم مغيب: مرجع سابق، ص104.

⁴ د/ ماجد عمار: مرجع سابق، ص54.

هناك بعض التشابه بين عقد الفرنشيز وعقد الترخيص بإستعمال العلامة التجارية هذه التي تلعب دورا رئيسيا في كلا العقدين، إلى جانب إيراد شرط الحصرية في عقد الترخيص بإستعمال العلامة التجارية كما هو الحال في عقد الفرنشيز، وكذا دفع أتاوة دورية على إستغلال العلامة في كلا العقدين، والرقابة المستمرة لصاحب العلامة على مستغلها بهدف حمايتها والحفاظ على سمعتها.

غير أن هذا التقارب لا ينفي الإختلاف بين العقدين، إذ يختلف عقد الفرنشيز عن عقد الترخيص بالعلامة من بعض الأوجه، كالإلتزام المانح في عقد الفرنشيز بنقل المعرفة الفنية وتقديم المساعدة التقنية، وتدريب المتلقي على التشغيل والإنتاج، وغالبا ما يتضمن عقد الفرنشيز إستغلال براءة اختراع أو حقا من حقوق الملكية الصناعية، وبذلك يدخل عقد الفرنشيز في العقود الناقلة للتكنولوجية على خلاف الترخيص بإستعمال العلامة التجارية.

كما يختلف عقد الفرنشيز عن الترخيص بإستخدام العلامة التجارية في أنه يعتمد بالأساس على السمعة التجارية لمانح الفرنشيز، وطريقة تسويق المنتجات وتقديم الخدمات هذه التي يقدمها المتلقي بالاعتماد على المعرفة الفنية للمانح¹.

الفرع السادس: المقارنة بين عقد الفرنشيز والوكالة ذات المصلحة المشتركة:

إعتبرت المادة الأولى من قانون دويان الصادر بتاريخ 21 ديسمبر 1979 بأن العقد ذو المصلحة المشتركة هو كل عقد يضع بموجبه شخص تحت تصرف آخر إسما تجاريا أو علامة أو شعارا مشروطا استعمالها في نشاطه المهني، وهنا تقترب كثيرا من نظرية الفرنشيز، والوكالة المشتركة قد تكون مدنية أو تجارية، لكن ما يميز عقد الوكالة المشتركة عن عقد الفرنشيز هي الإستقلالية التي يتمتع بها كل من المانح والمتلقي في عقد الفرنشيز².

الفرع السابع: المقارنة بين عقد الفرنشيز وعقد المساعدة الفنية: عقد المساعدة

الفنية هو عقد يقدم بموجبه مشروع فنيين إلى مشروع آخر من أجل تحقيق تسهيل إستخدام

¹ د/ محمود أحمد الكندري: مرجع سابق، ص92.

² د/ نعيم مغيب: مرجع سابق، ص120.

المعرفة الفنية، أو تدريب العمال أو إدارة ومساعدة بعض أقسام المشروع، أو وضع المعدات والآلات في مكانها والمعاونة في تشغيلها، وباعتبارها مثلا ملحقات لعقد الترخيص بالبراءة، أو المساعدة في عملية الترويج والدعاية، ومثال عقد المساعدة الفنية ذلك الذي بموجبه تقوم شركة تشغيل أجهزة الكمبيوتر في تدريب العمال على استخدام هذه الأجهزة ورغم تصور أن يكون عقد المساعدة منفصلا، إلا أنه يكون مقترنا في الغالب بعقد آخر، كأن يكون جزء من عقد الفرنشيز¹.

الفرع الثامن: المقارنة بين عقد الفرنشيز وعقد العمل: عرّف القانون الجزائري

عقد العمل فقد جاء في المادة 2 من القانون رقم 11/90 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق لـ 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل² ما يلي: "يعتبر عمالا أجراء كل الأشخاص الذين يؤديون عملا يدويا أو فكريا مقابل مرتب في إطار التنظيم، ولحساب شخص آخر طبيعي أو معنوي عمومي أو خاص يدعى المستخدم"³، في حين عرّف القانون المدني المصري عقد العمل في المادة 674 من القانون المدني وكذا المادة 31 من قانون العمل رقم 12 لسنة 2003 كما يلي: "عقد العمل هو العقد الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته وإشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"⁴.

من التعريفين السابقين يمكن إستخلاص أهم العناصر المميزة لعقد العمل المتمثلة في تنفيذ عمل أو نشاط معين أيا كان نوعه، ووجوب مقابل يحصل عليه العامل أيا كان شكله، ووجود رابطة تبعية قانونية بين طرفي العقد، والعنصران الأول والثاني يمكن إيجادهما في عقد الفرنشيز الذي يبرم بين المانح والمتلقي، الذي يلتزم بموجبه المتلقي بإنتاج أو توزيع السلع أو تقديم الخدمات التي تحمل العلامة التجارية للمانح، مقابل أداءات مالية يلتزم بها في مواجهة المانح،

¹ د/ ماجد عمار: مرجع سابق، ص55.

² القانون رقم 11/90 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق لـ 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 17.

³ الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 78.

⁴ د/ ياسر سيد الحديدي: مرجع سابق، ص33.

وهو ما يظهر أن التمييز الحقيقي يبدو في الواقع فيما تعلق بالعنصر الأخير، وهو صفة التبعية القانونية التي تتضمن سلطة الإشراف والرقابة والتوجيه من جانب رب العمل على العامل وهو ما لا يتوافر في عقد الفرنشيز.

فالعامل تابع لرب العمل خاضع لإشرافه، ويتقاضى أجرا مقابل الأعمال الموكلة إليه، التي يقوم بها بإسم رب العمل ولحسابه، أما المتلقي في عقد الفرنشيز فهو يتمتع بحرية كبيرة في ممارسة نشاطه بعيدا عن كل تبعية قانونية لمانح الفرنشيز، وهو ما يعبر عنه بالإستقلال القانوني الذي تم التطرق إليه سابقا.

يطبق على عقد العمل قانون العمل، خاصة فيما تعلق بتحديد ساعات العمل والإجازات وإصابات العمل، وحالات فسخ العقد وإنقضائه، وإدراج اسم العامل في التنظيمات أو الجهات الإجتماعية، وصندوق المعاشات وتسديد أقساط الضمان الاجتماعي، أما علاقات عقد الفرنشيز فتحكمها القواعد العامة للعقود، التي ينظمها مبدأ سلطان الإرادة والعقد شريعة المتعاقدين وحسن النية.

كما يختلف القانون واجب التطبيق في كلا العقدين، فغالبا ما تنص القوانين أن يكون القانون واجب التطبيق في عقد العمل هو قانون المركز الرئيسي للنشاط الإقتصادي الذي يكون العامل تابعا له، أما عقد الفرنشيز فإن القانون واجب التطبيق على غالبية هذا النوع من العقود هو القانون الذي تنص عليه قواعد الإسناد، هذا علاوة على أن العامل لا يصح إلا أن يكون شخصا طبيعيا، بينها يكون المتلقي شخصا معنويا أو طبيعيا¹.

يمكن إضفاء صفة الفرنشيز على العقد لإخفاء عقد عمل من الصعب التوصل إلى إبرامه لأسباب شتى، قد تكون سياسية أو ضريبية أو اجتماعية وغيرها، فيسعى المتعاقدان إلى إبرام عقد يسمونه عقد فرنشايز لكنه في الحقيقة يخفي عقدا آخر، ففي هذه الحالة يعود للقضاء إعطاء

¹ د/ ياسر سيد الحديدي: مرجع سابق، ص، 34، 36.

التكليف الصحيح للعقد وإبطال تسمية الفرشيز إذا لم تكن العناصر الأساسية له متناسبة مع مدلوله.¹

الفرع التاسع: المقارنة بين عقد الفرشيز وعقد الشركة: عرفت المادة 416 من

القانون المدني الجزائري عقد الشركة أنه "عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك، بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد بهدف إقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق إقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة، كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك".

من خلال هذا التعريف يتضح أن عقد الشركة يلتقي مع عقد الفرشيز في أكثر من نقطة، كضرورة وجود شريكين على الأقل، والتزام الشريكين بتقديم حصة عينية أو نقدية، وهذا الوضع يمكن أن يوجد أيضا في عقد الفرشيز، على إعتبار المانح يمتلك جزءا من مشروع المتلقي ممثلا في حق إستعمال العلامة أو السمعة التجارية أو البضائع التي يمدده بها، إضافة إلى وجود نية المشاركة المعبر عنها في عقد الفرشيز بالتعاون كما ورد في أغلب تعاريف عقد الفرشيز سابقة الذكر، هذا التعاون الذي تستدعيه ضرورة حماية العلامة وتسويق السلع أو الخدمات.

هذا ويختلف عقد الشركة عن عقد الفرشيز في توافر نية إقتسام الربح وتحمل الخسائر، الذي يعد شرطا جوهريا في عقد الشركة، ولكن في عقود الفرشيز فإن المتلقي الذي يدفع الإتاوة لا يدفعها بقصد الإشتراك في الأرباح أو تحمل قدر من الخسائر التي يمني بها الأخير، بل كمقابل للدخول في الشبكة والإستفادة من المزايا العديدة التي يوفرها الإنضمام لشبكة تجارية منظمة.²

كما يظهر الإختلاف أيضا بين العقدين في عدم أحقية المانح في عقد الفرشيز بالتدخل في الإدارة المباشرة لمشروع المتلقي، عكس عقد الشركة التي يكون فيها لكل شريك الحق في

¹ د/ نعيم مغيب: مرجع سابق، ص126.

² د/ ياسر سيد الحديدي: مرجع سابق، ص37، 38.

إدارتها، ولذلك يفضل الإبتعاد عن كل مساهمة أو مشاركة من جانب المانح في إحدى الشركات التي يقوم المتلقي على إدارتها، لتتلافى تطبيق القواعد الخاصة بقانون الشركات¹.

الفرع العاشر: المقارنة بين عقد الفرشيز وعقد المساعدة التقنية: إن عقد

المساعدة التقنية هو النموذج الأول من العقود التي تهدف إلى الحصول الكامل على التكنولوجيا، ويلاحظ أن عبارة مساعدة تقنية هي عبارة واسعة وفضفاضة، فكافة الإتفاقات الصناعية تتضمن شرط المساعدة التقنية على مختلف المستويات، كالمساعدة بالتركيب، أو المساعدة بالتشغيل والمساعدة بتحسين سير الوحدة الصناعية المباعة، ويجب التفرقة هنا بين المساعدة التقنية الناشئة عن عقود الخدمات، التي تستوجب مسؤوليات المتعاقد الأجنبي في ضمان سير الشركة المحلية، وبين عقد المساعدة التقنية ذاته الذي يكون غالبا مرتبطا إرتباطا وثيقا بتوريد المعدات والآلات الصالحة للتشغيل ويتعلق الأمر هنا بإنشاء مصنع بصفة عامة².

هذا التعريف يعطى المساعدة التقنية نطاقا محدودا، يتمثل في المجال الصناعي، لكن قد يعطى مفهوم أوسع للمساعدة التقنية كما هو وارد في التعريف الآتي: "عقد المساعدة التقنية هو عقد بموجبه يتم توفير المعلومات الفنية غير القابلة للتسجيل أو غير المسجلة والمستخدم في الصناعة أو التجارة أو في أي نشاط آخر وهو ما يطلق عليه بالسر التجاري"³.

التعريف الأول يمكن أن يشمل الأساليب الفنية والإنتاجية والمهارة أو معايير المنتوجات وغيرها، بينما يشمل التعريف الثاني أسلوب مخاطبة العملاء، أو تنشيط مركز البيع أو اختيار الموردين، أو توريد نموذج التنظيم الإداري، وقد يكون حق المعرفة هو الكتالوج دون غيره، كما هو الحال بالنسبة لصناعة الملابس الجاهزة الراقية، من خلال إبتكار في كل موسم نماذج جديدة ومحددة ويكون في الغالب التعامل خاضعا لشرط قصري، ومن خلال هذا التحليل للتعريفين

¹ د/ أحمد أنور محمد: مرجع سابق، ص53.

² د/ صالح بن بكر الطيار: العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، دار بلال، لبنان، 1999، ص67.

³ د/ ماجد عمار: مرجع سابق، ص51.

يتضح أن المساعدة التقنية حسب المفهوم الأول متعلقة بالمجال الصناعي ووسيلة نقلها هي عقد الترخيص، بينما المعرفة التجارية المبينة في التعريف الثاني وسيلة نقلها هو عقد الفرنشيز¹.

المطلب الثاني: الطبيعة الخاصة لعقد الفرنشيز

سبق الإشارة إلى أن عقد الفرنشيز هو من العقود التجارية الحديثة، التي لم تتل تنظيمًا تشريعيًا إلا في بعض البلدان القليلة كالولايات المتحدة الأمريكية وكندا وغيرها، مما خلق عدة تساؤلات حول الطبيعة القانونية لهذا العقد، كما سبقت الإشارة إلى أن عقد الفرنشيز يختلف عن العقود المعروفة، مما يؤكد أن لهذا العقد طبيعة خاصة به، وسيتم بيان الطبيعة الخاصة لعقد الفرنشيز من خلال تحديد مضمون هذه الطبيعة الخاصة، ثم بيان الصفة التجارية لهذا العقد.

الفرع الأول: مضمون الطبيعة الخاصة لعقد الفرنشيز: من أهم ما يميز عقود نقل

التكنولوجيا، التي يعد عقد الفرنشيز أحد صورها، هو أن لها نظامًا خاصًا، يتمثل في مجموعة القواعد التي تم التعارف عليها في إطار التجارة الدولية، التي تحدد أبعاد التعاقد وآثاره وكيفية تنفيذه، ويقوم هذا النظام أيضًا على ما يتم الإتفاق عليه بين أطراف العلاقة القانونية وعلى المبادئ العامة للالتزامات المتبعة في نطاق التجارة الدولية².

هذا النظام يطلق عليه قواعد التجارة الدولية، هذه التي تعددت مفاهيمها وقد حاول الدكتور عمر سعد الله إجمالها، فجاء في تعريفه لقانون التجارة الدولية على أنه مجموعة القواعد الموضوعية المتعلقة بتنظيم المعاملات التجارية بين الدول، يتضح من ذلك أنه فرع ينظم البيع الدولي للبضائع، والسندات القابلة للتحويل، وأنظمة حل النزاعات، والتجارة الإلكترونية وتنظيم عقود التجارة الدولية، ومن بينها عقود الفرنشيز والشركات الدولية وحقوق المؤلف والملكية الصناعية وغيرها.

¹ د/ ماجد عمار: مرجع سابق، ص52.

² نداء محمد كاظم المولى: الآثار القانونية لعقد نقل التكنولوجيا، دار وائل، الاردن، 2003، ص45.

هذه المبادئ تستخلص من التصرفات القانونية التي إعتاد أطراف العلاقة التجارية الدولية القيام بها في كل مرة، وقد تفرض هذه القواعد كذلك من قبل الشركات متعددة الجنسيات من خلال العقود التي تبرمها مع الآخرين¹، وهكذا يتضح صفة الإذعان في عقود نقل التكنولوجيا، وفي هذا الإطار يرى الدكتور محمد محسن إبراهيم النجار توافر الشروط الثلاث للإذعان في عقد الفرنشيز².

من خلال دراسة أهم العقود التي تشته بعقد الفرنشيز، توصلت الدراسة إلى مجموعة من المبادئ التي تميز هذا العقد عن غيره، فمن ناحية نجد المتلقي يتمتع بإستقلالية مالية وقانونية وإدارية عن مانح الفرنشيز، لكونه يتصرف بإسمه ولحسابه الخاص، وهو ما يميز عقد الفرنشيز عن العقود الأخرى، كعقد العمل وعقد الشركة وعقد الوكالة التجارية وغيرها من العقود التي تحمل التبعية القانونية، بل كثيرا ما تفرض القوانين على المتلقي وجوب إعلان إستقلاله عن مانح الفرنشيز، من خلال إعلام الغير بوجود إستقلاليته المالية والقانونية والإدارية عن مشروع المانح³.

إن إستقلال أطراف عقد الفرنشيز لا يتحقق إلا إذا كانت العلاقة متوازنة، بمعنى التقارب النسبي بين المشروعات هو الذي يقيم رابطة عقدية متوازنة، ودراسة الشروط الجوهرية العامة في عقود الفرنشيز يتبين أن الحد الأقصى لإستقلال المتلقي لا يعطيه حرية تجاوز المستوى العام للجودة داخل الشبكة أو الخروج عن مضمون المعرفة الفنية⁴.

يلاحظ نوع من التعارض بين وجوب إستقلالية المتلقي عن مانح الفرنشيز من جهة، لأجل أن يتحمل تبعات مشروعه، ويكون مسؤولا مسؤولية تامة عن العقود التي يبرمها، ومن جهة ثانية

¹ نداء محمد كاظم المولى: مرجع سابق، ص46.

² د/ محمد محسن إبراهيم النجار: مرجع سابق، ص35 إلى 37.

³ د/ نعيم مغيب: مرجع سابق، ص214.

⁴ د/ محمد محسن إبراهيم النجار: مرجع سابق، ص22 و 122.

وجوب خضوع المتلقي لإشراف ورقابة المانح تحت مبرر الحفاظ على سمعة العلامة التجارية والحفاظ على سرية ممتلكاته الفكرية مما يعكس مرة أخرى لاذعان في هذا النوع من العقود.

يتميز عقد الفرنشيز أيضا عن كثير من العقود من ناحية الالتزامات، التي تمتد من حيث الزمان والأشخاص، فالالتزامات المانح والمتلقي تبدأ حتى قبل إبرام العقد، أي في مرحلة المفاوضات أين يلتزم الطرفان بمبدأ حسن النية في التعامل، ومبدأ عدم القطع التعسفي للمفاوضات، والتزام المانح بإعلام المتلقي والمسمى بالإعلام قبل التعاقد، الذي يتطلبه محل عقد الفرنشيز المتميز بالسرية، ويترتب على هذا الإلتزام في المقابل على المتلقي المحافظة على سرية المعلومات التي يزوده بها المانح، وتمتد هذه الإلتزامات إلى ما بعد إنتهاء عقد الفرنشيز، كإسترجاع المخزون والإلتزام بعدم المنافسة وغيرها.

يمتد عقد الفرنشيز ليرتب التزامات على غير أطرافه خروجاً عن قاعدة نسبية العقد، ولعل ذلك عائد إلى الطبيعة الخاصة لهذا العقد، إذ أن كل من المانح والمتلقي يتحمل إلتزامات إتجاه أعضاء شبكة الفرنشيز، وبالمقابل يتحمل هؤلاء إلتزامات اتجاه كل من المانح والمتلقي، تتمحور حول صورة الشبكة والمحافظة على جودة العلامة، وإحترام الحصرية الإقليمية لكل عضو تحت واجب عدم المنافسة.

ينصب عقد الفرنشيز على الترخيص بإستعمال العلامة التجارية والشعار والإسم التجاري وغيرها من عناصر الملكية الفكرية، وطبيعة عقود التراخيص أنها تنصب على الإنتفاع، لكون المانح يبقى محتفظاً بملكية هذه العناصر، ولا تنتقل ملكيتها إلى المتلقي بل يكون له حق انتفاع، وإن كان حق الإنتفاع يخول للمنتفع إمكانية ترتيب حقوق على حق الإنتفاع كالرهن والإمتياز، ويتحدد نطاق هذا الحق دون أن يتجاوزه إلى الرقبة، غير أن الطابع السري لأهم عناصر محل الفرنشيز وهي المعرفة الفنية يحول دون ترتيب مثل هذه الحقوق، مما يعبر عن الطبيعة الخاصة لمحل عقد الفرنشيز¹.

¹ د/ محمد محسن إبراهيم النجار: مرجع سابق، ص 93.

الفرع الثاني: الصفة التجارية لعقد الفرشيز: يعد عقد الفرشيز عقدا تجاريا، كون

الصفة الممنوحة للمانح والمتلقي تتوافق مع مستلزمات صفة التاجر، كالقيام بالعمل بصفة مستمرة في سبيل الربح أو التوسط، وعليه فإن قواعد القانون التجاري تطبق على هذا العقد¹، كما تستنتج تجارية عقد الفرشيز من خلال إعتبره من عقود نقل التكنولوجيا، وذلك لتضمنه عنصر المعرفة الفنية وإعتبره نمطا من الخدمات وفقا للمفهوم الإقتصادي²، وعقد الفرشيز بإعتبره من عقود نقل التكنولوجيا، فإنه يعد عملا من الأعمال التجارية من جانب وعقد من العقود التجارية من جانب آخر، فهو عمل تجاري لأنه يخضع بالضرورة لنظرية المشروع ونظرية التداول³، وهو عقد تجاري بالنظر إلى عاقديه.

يقصد بنظرية المشروع التكرار المهني للأعمال التجارية إستنادا إلى تنظيم سابق، فمن يمارس عملا في شكل مشروع يعتبر عمله تجاريا ولو لم يكن واردا في التعداد القانوني، أما نظرية التداول فمؤداها أن الأعمال التجارية هي التي تتعلق بتداول الثروات من وقت خروجها من يد المنتج إلى وقت وصولها إلى يد المستهلك⁴.

يخضع عقد الفرشيز لنظرية المشروع لأن نقل التكنولوجيا لا يقوم إلا بتوافر عنصر قوة العمل وقوة رأسمال، ويخضع لنظرية التداول، لأنه ينصب على تداول الثروة، ولذلك يقرر مشروع تقنين السلوك الدولي لنقل التكنولوجيا في الفقرة الأولى من المادة الأولى " إن عملية نقل التكنولوجيا تعد ذات طابع تجاري"⁵، وبما أن عقد الفرشيز عقد تجاري فإنه يخضع للنظام القانوني للعقود التجارية سواء من حيث الإثبات أو التقادم أو الفائدة ومهل الإيفاء وغيرها مما سيأتي ذكره.

¹ د/ نعيم مغيب: مرجع سابق، ص160.

² د/ محمد محسن إبراهيم النجار: مرجع سابق، ص8.

³ نداء محمد كاظم المولى: مرجع سابق، ص46، 47.

⁴ د/ مصطفى كمال طه: القانون التجاري، الدار الجامعية، لبنان، 1982، ص64، 65.

⁵ نداء محمد كاظم المولى: مرجع سابق، ص47.

البند الأول: الإثبات: تنص المادة 30 من القانون التجاري الجزائري على أنه¹: "يثبت

كل عقد تجاري:

- بسندات رسمية.

- بسندات عرفية.

- بفاتورة مقبولة.

- بالرسائل.

- دفاتر الطرفين

- بالإثبات بالبينة وبأي وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها".

من خلال هذه المادة يتضح مدى حرية الإثبات في المواد التجارية، فعلى خلاف القاعدة العامة للإثبات في المواد المدنية، التي لا يجوز الإثبات فيها فيما تجاوز مئة ألف دينار جزائري إلا كتابة، فإن الإثبات في المواد التجارية حر مطلق من كل قيد، فيجوز إثبات العقود والتصرفات التجارية بالبينة والقرائن والرسائل والدفاتر التجارية وجميع طرق الإثبات ولو زادت قيمتها على مئة ألف دينار جزائري².

حرية الإثبات في المواد التجارية تجد سندا لها في الشريعة الإسلامية قبل أن ينتبه لها فقهاء الغرب، فبعد أن قضى الله سبحانه وتعالى بوجوب كتابة الدين، وبين كيفية الكتابة والإملاء والشهادة، أعفى القرآن الكريم المواد التجارية من الكتابة لما تفتضيه من سرعة التداول³ "...إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح إلا تكتبوها..." الآية رقم 283، سورة البقرة.

¹ الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 101.

² د/ مصطفى كمال طه: مرجع سابق، ص 8.

³ د/ عبد القادر حسين العطير: الوسيط في شرح القانون التجاري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مكتبة الثقافة، الاردن، 1999، ص 8.

من الأسباب التي أدت إلى حرية الإثبات في المواد التجارية، إعتبار التجار مهنيين، فهم يبرمون الأعمال والعقود بشكل مستمر، ولا فائدة من إجبارهم على تحرير العقود التي يبرمونها خطأ لتحديد محتواها، علاوة على أنهم معتادون على ذكر العمليات التي يقومون بها في حساباتهم، فمسك المحاسبة إلزامي بالنسبة إليهم، هذا علاوة على ما تتطلبه العمليات التجارية من سرعة، وفرض كتابتها سيؤدي إلى تعطيل المصالح التجارية للطرفين، وكل هذه الأسباب تعود إلى مهنية التاجر¹.

من هنا يكون الإثبات حرا بين المانح والمتلقي للفرنشايز، لأن كلاهما يتصفان بالصفة التجارية، أما إذا تعاملنا مع شخص آخر مدني، فيحق لهذا الأخير الإثبات اتجاههما بكافة الطرق، ولا يحق لهما الإثبات ضده إلا وفقا للطرق المدنية، بل أكثر من ذلك إذا تعلق الأمر بمؤسسات تجارية عائدة إلى كل من المانح والمتلقي فإنه لا يحق إثبات بعض العقود الجارية عليها إلا خطأ².

البند الثاني: المهلة القضائية: يمكن إعطاء المدين في المسائل المدنية مهلة للوفاء بدينه أو تقسيطه عليه، إذا كان حسن الحظ سيء النية، أما في المسائل التجارية فليس من السهل إعطاؤها خاصة وأن مجرد إمتناع التاجر عن دفع ديونه كاف لطلب شهر إفلاسه إذا ثبتت حقيقة عجزه عن الدفع ولو كان حسن النية سيء الحظ³، طالما أن عقد الفرنشايز هو عقد تجاري فلا يجوز للقضاء منح مهلة الوفاء، إلا في حدود ضيقة وظروف إستثنائية، خلافا لما هو معمول به في المواد المدنية.

البند الثالث: التضامن: لا يفترض التضامن في المواد المدنية إلا إذا تم الإتفاق عليه أو أوجبه القانون حسب المادة 217 من القانون المدني الجزائري، وعلى العكس من ذلك يكون

¹ د/ لويس قوجال، ترجمة منصور القاضي: المطول في القانون التجاري، الجزء الاول، المجلد الاول، الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص353.

² د/ نعيم مغيب: مرجع سابق، ص161، 162.

³ د/ عبد الحميد الشواربي: مرجع سابق، ص11.

التضامن مفترضا في العقود التجارية التي تتعلق بعدة شركاء في الدين، وترتكز هذه القاعدة العرفية على تفسير الإرادة، والشركاء في الدين بمقتضى العمل نفسه يفترض أن تكون لهم مصلحة مشتركة فإن كان ذلك هو أساس القاعدة فمن المسموح قبول إستبعاد التضامن بإرادة الطرفين، فعلى سبيل المثال في عقد التأمين، يستبعد المؤمنون الذين يأخذون على عاتقهم المخاطر نفسها التضامن، بأن يتعهد كل منهم بمبلغ يحددونه في العقد¹.

البند الرابع: في إثبات تقصير المدين: يجب لإثبات تقصير المدين في الوفاء بتعهداته وإمكان مطالبته بالتعويض إنذار المدين أو التنبيه عليه بالوفاء بورقة رسمية أو إعلامه بالحضور أمام المحكمة في الأحوال الاستثنائية التي يقتضي فيها عن وجوب إثبات تقصيره بخطاب موسى عليه حسب عرف التجارة، ويثبت بمجرد الامتناع عند حلول الميعاد كما هو الحال في الأوراق التجارية².

البند الخامس: التقادم: تسقط الديون والتعهدات المدنية عادة بمضي 15 سنة إلا ما نص عليه القانون، وهذا ما جاء في المادة 308 من القانون المدني الجزائري، فأطال في بعض المدد لسقوط الحق، وقصرها في البعض الآخر عن خمسة عشرة سنة، أما في المسائل التجارية فيكون أقصر المادة 312 من القانون المدني الجزائري، بحيث وضعت التشريعات المقارنة حدا سريعا للمنازعات الناشئة عن الالتزامات التجارية، فقد خفض مدة تقادم الادعاء بالالتزامات التجارية، مراعيًا في ذلك طبيعة الحياة التجارية ورغبة التجار في المطالبة بحقوقهم حتى تستمر دورة رأس مال الإنتاج³.

البند السادس: الائتمان: أن عنصر السرعة في المعاملات التجارية قد لا تعطي التاجر فرصة لإبرام العديد من التصرفات التي تحتاجها تجارته فقد يكون في حاجة ماسة إلى الأموال التي تمكنه من الوفاء بالتزاماته التي تترتب على عاتقه من جراء تصرفاته، لذا يمثل الائتمان

¹ د/ لويس قوجال: مرجع سابق، ص 362، 363.

² د/ عبد الحميد الشواربي: مرجع سابق، ص 10.

³ دعاء طارق بكر البشتاوي: مرجع سابق، ص 36، 37.

التجاري الدعامة الثانية للحياة التجارية، الذي يعطي للمدين مهلة للوفاء بديونه، وهذا لا يعني أن الائتمان أو الاقتراض دليل على ضعف المركز المالي للتجار، بل الحياة التجارية تتطلب ذلك، فالتاجر يكون دائما ومدينا في نفس الوقت، فهو يعتمد على الوفاء بديونه على التزام الآخرين بالوفاء بديونهم له، فالائتمان صفة ملازمة للعمل التجاري¹.

البند السابع: سريان الفائدة: طالما أن عقد الفرنشيز هو عقد تجاري، فإن كان الدين المطالب به ذو تاريخ معين، فإن الفائدة تسري من تاريخ الاستحقاق الذي يشكل موضوع النزاع ولا حاجة للإنذار، وأن كان الدين مثبتا بأسناد تجارية، فالفائدة تسري من تاريخ الاستحقاق، وأن كان استحقاق الدين غير محدد بأجل فيجب إرسال إنذار، ومن تاريخ الإنذار تسري الفائدة²، هذا علاوة على ارتفاع نسبة الفائدة في المواد التجارية مقارنة بمثلتها في المواد المدنية.

بعد الانتهاء من تأكيد خصوصية طبيعة عقد الفرنشيز من خلال إيضاح مضمون هذه الطبيعة الخاصة، من ناحية اعتباره من عقود نقل التكنولوجيا، وكذا باعتباره عقدا تجاريا، يكون من المفيد التركيز على محل عقد الفرنشيز الذي أضفى عليه طابعا خاصا، نظرا لما تتميز به عناصر هذا المحل من كونها منقولات معنوية قائمة على السرية، وعلى تمتع مالكيها باحتكار استغلالها، مما جعله الطرف الأقوى في العلاقة التعاقدية لعقد الفرنشيز.

المبحث الثاني: آثار عقد الفرنشيز

يعتبر عقد الفرنشيز عقدا ملزما للجانبين يحصل بموجبه كل طرف على مقابل لما يعطيه فهو بذلك ينتج إلتزامات متبادلة على عاتق طرفيه، وهذه الإلتزامات تتمتع بخصوصية في عقد الفرنشيز تميزها عن باقي العقود الأخرى، يتحمل المانح مجموعة من الإلتزامات منها ما يرتبط بترخيص عناصر الفرنشيز ومنها ما يرتبط بترخيص الملكية الفكرية إلى جانب الإلتزامات أخرى متفرقة يتحملها المانح، كالإلتزام بالتمويل أو الإلتزام بالحصرية الإقليمية والإلتزام بتفضيل المتلقي، لكن رغم كل هذه الإلتزامات التي يتحملها المانح يبقى -وبحكم كونه الطرف الأقوى

¹ د/عبد القادر حسين العطير: مرجع سابق، ص 09.

² د/نعيم مغيب: مرجع سابق، ص 160.

اقتصاديًا في العلاقة التي تربطه بالمتلقي - قادرًا على فرض شروطه على المتلقي وجعله تابعًا له اقتصاديًا ومراقبته طيلة تنفيذ العقد¹، وهذا ما سيتم بيانه.

المطلب الأول: آثار عقد الفرنشايز بالنسبة إلى المانح

يقع على عاتق المانح في عقد الفرنشايز من لحظة إبرام العقد بنقل المعرفة الفنية والعناصر المرتبطة بها كمحل للعقد، ويترتب على ذلك أنه يلتزم ذا طابع عيني وبالتالي لا يكون المانح ملتزمًا بمجرد بذل العناية لتحقيق هذا الالتزام، بل أن إلتزامه هو إلتزام بتحقيق نتيجة وهذا الإلتزام وإن كان يقع قبل إبرام العقد وأثناء تنفيذه، فإنه يمتد كذلك إلى الممنوح بعد إنتهاء العقد من خلال إلتزامه بعدم المنافسة²، وعليه فإن إلتزامات المانح في عقد الفرنشايز تتمثل في :

الفرع الأول: إلتزامات المانح المرتبطة بترخيص عناصر الفرنشايز: ينتج عن

الإلتزامات المرتبطة بترخيص عناصر الفرنشايز إلتزامات متعلقة بنقل الطريقة التجارية والإلتزامات المرتبطة بترخيص عناصر الملكية الفكرية والإلتزام بضمان هذه العناصر المرخص بها.

البند الأول: الإلتزامات المرتبطة بنقل الطريقة التجارية: إن الإلتزام بنقل الطريقة التجارية

يتفرع إلى إلتزامين رئيسيين هما: الإلتزام بنقل المعرفة الفنية، والإلتزام بتقديم المساعدة التقنية.

أولاً: الإلتزام بنقل المعرفة الفنية: يعتبر الإلتزام بنقل المعرفة الفنية الإلتزام الرئيسي

للمانح، والأكثر أهمية في عقد الفرنشايز، وغياب هذا الإلتزام يؤدي إلى بطلان عقد الفرنشايز لغياب السبب³، وقد أشار الاتحاد الفرنسي للفرنشايز في تعليقه على أهمية المعرفة الفنية في عقد الفرنشايز أنه في غياب معرفة فنية حقيقية لا يمكن أن يوجد عقد فرنشايز⁴.

¹ طاهر مسلم: عقد الفرنشايز في العلاقات التجارية، مرجع سابق، ص 62.

² دعاء طارق بكر البشتاوي: مرجع سابق، ص 76، 77.

³ François Luc Simon-Théorie et pratique du droit de la franchise - op.cit – P. 166.

⁴ د/ ياسر سيد الحديدي: مرجع سابق، ص 75.

حاول الفقهاء وضع الآليات العقدية التي يمكن من خلالها تنظيم الترخيص المؤقت بإستعمالها وبيعها، مع الإحتفاظ لحائزها بإمكانية الإستمرار في ذلك الإستغلال إلى جانب الإستغلال المسبق للبائع، هذا ما يعد خروجاً عن المفهوم المستقر للبيع بإعتباره ناقلاً للملكية¹، ويصطدم بصعوبة إستيعابه في البناء التقليدي للحق².

نظراً لأهمية الإلتزام بنقل المعرفة الفنية في عقود الفرنشيز فقد إشتراط الفقه شروطاً لصلاحيّة المعرفة الفنية لأن تكون محلاً للإلتزام المانع وهي:

ثانياً: أن تكون المعرفة الفنية معرفة ومطابقة: يقصد بها أن تكون المعرفة فنية محددة قابلة للتطور وعملية أي تتعلق بأساليب التصنيع والتسويق، وقابلة للإنتقال وهو ما يميزها عن النجاح البسيط المرتبط بموهبة التاجر، وعليه لا بد أن تكون المعرفة الفنية متضمنة لكافة الوثائق ذات الطابع الفني، وغيرها من البيانات والمعلومات والشروح والتعليمات، التي تكوّن عناصر المعرفة الفنية المنقولة، وأن يقوم المانع بتجهيزها ووضعها تحت تصرف المتلقي في علاقة الفرنشيز، بما يساعده على إستيعابها كاملة لتحقيق النجاح الذي سبق للمانع تحقيقه³.

ثالثاً: قابلية المعرفة الفنية للنقل: تكون المعرفة الفنية قابلة للنقل إذا أمكن نقلها دون أن يستتبع ذلك نقل لحائزها، وهذا ما يميزها عن المهارة لكون هذه الأخيرة لصيقة بالشخص، وتتميز أيضاً المعرفة الفنية بخاصية النقل عن السر الصناعي، الذي ينتقل في حدود ضيقة لا تتعدى المنشأة التي تملكه وفروعها، ونقل المعرفة الفنية يشمل نقل القدرة على الإنتاج والسيطرة على المعرفة الفنية وإستيعابها، هذا وتنتقل المعرفة الفنية أيضاً إما شفاهة أو عن طريق الدورات التدريبية للمتلقي وعماله، وقد يتم النقل كتابة عن طريق المستندات التفصيلية الشارحة للمعرفة

¹ د/ ياسر سيد الحديدي: مرجع سابق، ص 83.

² د/ محمد محسن إبراهيم النجار: مرجع سابق، ص 3.

³ عروسي ساسية: مرجع سابق، ص 42.

الفنية، التي قد تأخذ صورة كتيبات متضمنة للتعليمات والنصائح والتوصيات والرسوم التوضيحية.¹

رابعاً: أن تكون المعرفة الفنية سرية: لا يشترط أن تكون المعرفة الفنية مطلقة السرية وإنما يمكن أن تكون المعرفة الفنية معلومة لدى قلة من المستغلين بفرع النشاط، وهذا المعيار النسبي للسرية لا يقتصر على الأشخاص العاملين بالمعرفة الفنية، وإنما يمتد إلى مضمون الابتكار، إذ يمكن أن ترد السرية على توليفة جديدة لعناصر معروفة من قبل.²

خامساً: أصالة المعرفة الفنية: تكون المعرفة الفنية أصيلة أي أنها تضيف قيمة جديدة للمتلقي بحيث تعطيه ميزة على منافسيه، وفي ذلك تختلف عن براءة الاختراع التي تقاس بالمستوى التقني العام في محيط الاختراع بينما يمكن أن يتوافر عنصر الجودة في المعرفة الفنية لمجرد إستغلال جديد لعناصر المعرفة الفنية.³

سادساً: معرفة فنية مجربة ومختبرة: تشير العديد من النصوص إلى ضرورة قيام المانع في عقد الفرنشيز بتقديم المعلومات اللازمة للمتلقي، لقيامه بإستغلال المعرفة الفنية، بعد التأكد من فاعليتها في تحقيق النجاح من خلال عدد من التجارب السابقة في وحدة أو عدد من الوحدات النموذجية التي تعد بمثابة عينة إختبار لإستظهار مزايا وعيوب الفرنشيز.⁴

ثامناً: أن لا يسجل على المعرفة الفنية براءة اختراع: لأن تسجيل البراءة يزيل عن المعرفة الفنية ستار السرية، ويغير من طبيعة الحق الوارد عليها من حق ملكية وارد على مضمون المعرفة الفنية إلى الحق المستمد من شهادة البراءة، وما من شيء يحول دون أن تكون

¹ مسلم الطاهر: عقد الفرنشيز في العلاقات التجارية، مرجع سابق، ص64

² د/ محمد محسن إبراهيم النجار: مرجع سابق، ص4.

³ د/ سمير عبد السميع إلأودن: مرجع سابق، ص151.

⁴ الطاهر مسلم: عقد الفرنشيز في العلاقات التجارية، المرجع السابق، ص65.

المعرفة الفنية مكتملة لبراءة الاختراع أو مرتبطة بها، طالما أحيطت بإطار من السرية وتوافرت المقومات الأخرى لها¹.

لا تتم عملية نقل المعرفة الفنية وهي ذات خاصية فكرية بالسهولة المتصورة، إذ يجب أن يتزامن نقل المعرفة الفنية مع كل العناصر المادية الأخرى وضرورة مطابقتها لما تم الإتفاق عليه مع إستيعاب المتلقي لهذه العناصر، لذي فإن إلتزام المانح هو إلتزام بنتيجة ومن هنا يكون المانح مسؤولاً بالكامل عن نقل هذه العناصر بصورة مماثلة بما لديه، ويعد إلتزام المانح بتقديم المساعدة الفنية من الإلتزامات المستمرة، بحيث توقفه عن هذا الإلتزام في مرحلة من مراحل العقد يعطي الحق للمتلقي في طلب إبطال عقد الفرنشيز.

تبراً ذمة المانح من هذا الإلتزام إذا ما أطلع المتلقي على ما يسمح له بإستغلال المعرفة الفنية دون إشتراط إستيعابه للتفاصيل المتعلقة بالإستغلال، فمناطق الإلتزام يتحدد بغاية العقد ومحله، تلك الغاية المرتبطة بالسماح بالإستغلال دون التصرف، وحدود الإستغلال تكون تبعا لنوع النشاط وطبقا لما ينص عليه العقد.

فيما يتعلق بميعاد تسليم المعرفة الفنية وبالرجوع إلى القواعد العامة في التشريع الجزائري، فإنه لا يوجد لا في البيع ولا في الإيجار نص يحدد ميعاد التسليم، ولكن يوجد نص عام يسري على جميع العقود وهو نص الفقرة الأولى من المادة 281 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه: "يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الإلتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك"، ويتم التسليم إذن في الوقت الذي عينه المتعاقدان، فإذا لم يعين المتعاقدان صراحة ميعاد التسليم، فقد يفهم أنهما أحالا على العرف في تعيين هذا الميعاد، والعرف يختلف باختلاف محل الإلتزام.

أما فيما يخص تسليم المعرفة الفنية في عقد الفرنشيز فيتم عن طريق سند أو السماح بالزيارة، ويحدد الطرفان طريقة التسليم وزمانه ومكانه، غير أن تعدد عناصر المعرفة الفنية وإختلاف طبيعتها يحتم على المانح تسليمها في المواعيد التي تحقق الغرض الذي تم الإتفاق

¹ د/ محمد محسن إبراهيم النجار: مرجع سابق، ص 4.

عليه، بحيث يتم تسليم هذه العناصر بالتزامن مع تحديد غرض كل منها، أما مكان التسليم فإنه يتحدد بمقتضى العقد كذلك، ولذا فعلى مانح الفرنشيز تسليم المعرفة الفنية دون عائق وبالطريقة التي تتناسب مع طبيعة هذه المعرفة، فكما يوجد في القواعد العامة تسليم فعلي هناك تسليم حكمي أو معنوي، ويتميز الثاني عن الأول بكونه تصرفاً قانونياً وليس عملاً مادياً، إذ يبقى المبيع في حيازة البائع بعد البيع ولكن لسبب آخر غير الملكية كالإيجار مثلاً، وينسجم هذا الواقع مع المعرفة الفنية في عقد الفرنشيز.

أما فيما يخص مكان التسليم في التشريع الجزائري، وبالرجوع إلى المادة 282 من القانون المدني الجزائري التي تنص: "إن كان محل الإلتزام شيئاً معيناً بالذات، وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الإلتزام ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك، أما في الإلتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء، أو في المكان الذين يوجد فيه مركز مؤسسته إذا كان الإلتزام متعلقاً بهذه المؤسسة".

من الإلتزامات المرتبطة بنقل المعرفة الفنية الإلتزام بالمطابقة، وهي ملازمة للتسليم إذ تنص المادة 19 الفقرة الأولى من القانون الموحد لبيع البضائع الدولي على أن التسليم هو "تسليم شيء مطابق لما تم الإتفاق عليه" ويجعل هذا النص المطابقة عنصراً من عناصر التسليم، ولا يمكن إخضاع الإلتزام بالمطابقة للقواعد العامة، وذلك لطبيعة المعرفة الفنية وما تستوجبه من سرية يفقدها الكشف عنها قيمتها الإقتصادية، كما أن المطابقة لا يتم تقديرها عند التسليم كما هو الحال في بقية العقود، ومن ثم لا تظهر مطابقة المعرفة الفنية مع ما تم الإتفاق عليه إلا بعد فترة قد تطول وقد تقصر، وبعد سلسلة من التجارب التي تنتهي إلى تحقيق النتيجة المطلوبة.¹

البند الثاني: الإلتزام بتقديم المساعدة التقنية: تتمثل المساعدة التقنية في التدريب الذي يقدمه المانح للمتلقي وطاقمه للإستغلال المعرفة الفنية محل عقد الفرنشيز، حيث تصبح هذه المعارف الفنية تحت سيطرة المتلقي وقيد الخدمة، فهي أداة لنقل المعرفة الفنية المتخصصة والخبرات مما يتيح إكتساب تكنولوجيا محددة.²

¹ مسلم الطاهر: عقد الفرنشيز في العلاقات التجارية، مرجع سابق، ص74.

² عروسي ساسية: مرجع سابق، ص43.

وعليه فإن المساعدة التقنية في عقد الفرنشيز تتحقق من خلال قيام المانح بنقل وتزويد المتلقي بالعناصر الفنية موضوع المعرفة الفنية، وهي تشمل كافة المعلومات التطبيقية اللازمة لإستيعاب المعرفة الفنية المنقولة، وكذا إمداده بالفنيين والخبراء اللازمين لتدريب المستخدمين والعاملين لديه على الإستغلال الأمثل للمعرفة الفنية، والقيام بأعمال الصيانة المطلوبة لها وإصلاحها إذا تلفت، بالإضافة إلى كل ما تعلق بإدارة المشروع بالأساليب التقنية والتجارية المختلفة¹.

تشمل المساعدة التقنية على تقديم الملاحظات حول الأشغال، تحسين وتجديد السلع والأجهزة، نصح المتلقي بالعمل وفق أسلوب محوري، بإعتماد محاسبة ضريبية، والقيام بلقاءات من وقت لآخر، وإقامة المحاضرات على المستوى المحلي والدولي لأجل تنفيذ هذه الأساليب²، والمساعدة التقنية لا تمثل في حد ذاتها قيمة اقتصادية كما هو حال المعرفة الفنية التي تعد قيمة إقتصادية يمكن التنازل عنها، والمعرفة الفنية أشمل وأكثر إتساعاً من المساعدة التقنية³.

إن المساعدة التقنية في عقد الفرنشيز تعد من قبيل الإلتزامات التي تفرضها طبيعة العقد دون الحاجة إلى النص عليها صراحة، وبإعتبارها أداة مكملة للمعرفة الفنية ويلتزم المانح بتقديمها للمتلقي حتى ولو لم ينص عليها العقد، بل أن نص كل من المانح والمتلقي على إستبعادها لا يؤدي إلى تحلل المانح منها، وفي حالة غيابها فإن للمتلقي الخيار بين طلب الفسخ أو طلب البطلان حسب الأحوال، خاصة أن كان المتلقي في حاجة ماسة إليها من أجل إستيعاب أسرار المعرفة الفنية المنقولة إليه، أو كانت هذه المعرفة تتعلق بمجال ليس للمتلقي خبرة فيه⁴.

أكدت محكمة باريس هذا الرأي عندما اعتبرت أنه يقع على عاتق كل مورد آلة إلكترونية واجب تقديم الإرشادات، هذا الواجب يصبح في منتهى الجدية والصرامة إذا كانت معلومات

¹ د/ ياسر سيد الحديدي: مرجع سابق، ص162.

² د/ نعيم مغيب: مرجع سابق، ص99.

³ المرجع نفسه، ص98.

⁴ د/ ياسر سيد الحديدي: مرجع سابق، ص158.

الزبائن في هذا الشأن غير كافية وناقصة، وإن كان هذا بالنسبة للمتلقي الذي لا يملك أي خبرة في مجال التكنولوجيا المنقولة إليه، فإنه ليس كذلك بالنسبة للمتلقي الذي يملك خبرة كافية في ذات المجال، مما يوجب النص على الإلتزام بتقديم المساعدة التقنية في العقد¹.

يلاحظ أنه لا وجود في التشريع الجزائري لنص يلزم المانح بتقديم المساعدة التقنية إلى المتلقي، مثل ما هو الحال في الإلتزام بنقل المعرفة الفنية، مما يستوجب اللجوء إلى القواعد العامة، والتي تنص على أن التسليم يشمل المحل وملحقاته، وباعتبار المساعدة التقنية من ملحقات المعرفة الفنية يشملها هذا الإلتزام، ويعتبر الإلتزام بتقديم المساعدة التقنية من قبيل الإلتزام بتحقيق نتيجة، تسمح بإندماج المتلقي في النشاط التجاري للمانح، بأسلوبه التقني ذاته في العمل وبتطبيق المعرفة الفنية ذاتها التي نقلها المتلقي²، وتتم المساعدة التقنية بالوسائل الآتية:

أولاً: الإعداد والتدريب: يعرف الأستاذ "Kahn" "كان" التدريب بأنه قيام المانح بمهمة التدريب المهني لأعداد مهمة من مستخدمي المشروع المتلقي، يمتد واجب تدريب المتلقي وعماله قبل توقيع العقد، وبالإعداد اللاحق بعد البدء بالتنفيذ، وفي كل مرة يتم فيها تغيير أسلوب العمل يقتضي إعداد المتلقي على هذا الأسلوب الجديد، وذلك بتدريبه على النظام الجديد، وإطلاعه على طرق التسويق وأساليب البيع، وكيفية القيام بأعمال التصليح والصيانة³. ويقع على المتلقي وضع مستخدمين من فنيين ومهندسين تحت تصرف المانح، من أجل إخضاعهم إلى برامج التدريب المتفق عليها، للوصول إلى الغاية التي من أجلها تم إبرام هذا العقد، الهادفة إلى الاستغلال الإقتصادي والإداري للمتلقي⁴.

¹ د/ وليد عودة الهمشري: مرجع سابق، ص 101.

² د/ ياسر سيد الحديدي: مرجع سابق، ص 159، 160.

³ د/ نعيم مغيب: مرجع سابق، ص 194، 195.

⁴ د/ وليد عودة الهمشري: مرجع سابق، ص 107.

ثانياً: تقديم الوثائق المادية: يتوجب على مانح الفرنشيز تقديم كافة المسندات والوسائل المادية اللازمة لتأدية نشاط المتلقي¹، ولا يحق له التلكؤ في تنفيذ التزامه، وعليه يلتزم بتقديم كل الوثائق والمواد والبرامج اللازمة لسير نظام الفرنشيز، بالمقابل يلتزم المتلقي بهذه الإرشادات وما ورد فيها من تعليمات التشغيل وأوقاته.

ثالثاً: إيفاد خبراء ومساعدین فنيين: يقوم المانح بتكليف بعض من خبرائه ممن يملكون الخبرة الكافية بمفهوم الفرنشيز بالقيام بزيارات دورية لمنشأة المتلقي لإعداد الكوادر الفنية اللازمة من أفراد المتلقي لاستيعاب المعرفة الفنية المنقولة، وذلك بتلقينهم الأمور النظرية والعملية لمختلف مراحل وعمليات الإنتاج والمهارات الخاصة بالإدارة، ومراقبة الإنتاج بغية رصد الأخطاء من أجل معالجتها والحفاظ على السمعة التجارية والصناعية.²

تكون المساعدة التقنية للخبراء إما في مجال الإستغلال الصناعي من خلال الوظائف الخاصة بسلسلة الإنتاج التي يعجز مستخدمو المتلقي عن القيام بها، خاصة في بداية عمل المؤسسة، أو في مجال المساعدة الخاصة بالإدارة، كتقديم النصائح اللازمة للمتلقي حتى يتمكن من إنتاج سلع على درجة من الجودة، وكذا نقل تجربة المانح المتعلقة بالتمويل والإنتاج و منافذ التسويق.³

الفرع الثاني: الإلتزامات المرتبطة بترخيص عناصر الملكية الفكرية: بعد إبرام

العقد يسمح للمتلقي في عقد الفرنشيز بإستغلال عناصر الملكية الفكرية كبراءة الإختراع أو الرسوم والنماذج الصناعية كما هو الحال في عقود فرنشايز التصنيع، وكذا الترخيص بإستغلال العلامة التجارية والشعار والإسم التجاري وحتى المصنفات الفنية، وكذا نقل التحسينات الواردة

¹ د/ نعيم مغيب: مرجع سابق، ص193.

² د/ ياسر سيد الحديدي: مرجع سابق، ص164.

³ مسلم الطاهر: مرجع سابق، ص69.

على هذه العناصر، بحيث يصبح في وضع قانوني يمكنه من ممارسة جميع هذه الحقوق إستنادا للعقد، بالمقابل يمتنع المانح عن البحث عن متلقي آخر ضمن الإقليم الذي يحدده العقد.¹

البند الأول: الإلتزام بنقل العلامة الفارقة: يلتزم المانح بنقل عدد من العلامات الفارقة وعلى رأسها العلامة التجارية والإسم التجاري والشعار، الرسوم الصناعية والنماذج هذه العلامات الفارقة ضرورية لتطوير الفرنشيز، وهذا ما سيتم بيانه كما يلي:

أولا: نقل العلامة التجارية: عرف المشرع الجزائري العلامة التجارية في المادة الأولى من الأمر 06-03 المتعلق بالعلامة التجارية،² أن جوهر هو أن يضع المانح علامته التجارية تحت تصرف المتلقي في عقد الفرنشيز بإستعمالها على كل أو بعض المنتوجات أو الخدمات المسجلة عنها العلامة بمقابل خلال مدة العقد، دون أن يترتب على ذلك نقل ملكية العلامة التجارية وهذا الوضع تحت التصرف يبقى المالك للعلامة التجارية.³

رتب القانون الجزائري البطلان على تخلف الكتابة في عقود نقل أورهن العلامة التجارية هذا إلى جانب وجوب قيد الرخصة في سجل العلامات⁴، كما يوجب القانون الجزائري تحت طائلة البطلان أن يتضمن الترخيص بإستعمال العلامة فترة الرخصة وتحديد السلع والخدمات التي منحت عليها الرخصة والإقليم الذي يمكن إستعمال العلامة في مجاله، أو نوعية السلع المصنعة أو الخدمات المقدمة من قبل حامل الرخصة⁵، بإعتبار أن الترخيص بإستعمال العلامة التجارية، لا ينقل ملكيتها إلى المتلقي، فإن المانح يلتزم بإعادة تسجيل العلامة إذا إنتهت المدة الأولى لحمايتها والمقدرة بعشر سنوات حسب المادة 5 من الأمر 06/03 المتعلق بالعلامات.

¹ د/ نعيم مغيب: مرجع سابق، ص192.

² الأمر 06-03 المتعلق بالعلامة التجارية المؤرخ في 19 جويلية 2003، الجريدة الرسمية، عدد 44.

³ عروسي ساسية: مرجع سابق، ص45.

⁴ الأمر 06/03 المادة 15، المادة 17 الفقرة 2.

⁵ الأمر 06-03 المادة 17 فقرة 1.

ثانيا: نقل الاسم التجاري: تعتبر العلامة والاسم التجاري متماثلان في عقد الفرنشيز، فيقدم مانح الفرنشيز مع العلامة ترخيصا باستخدام الاسم التجاري، الذي يوضع على واجهة المبنى الخاص بمتلقي الفرنشيز، حيث يسمح للمتلقي بوضع في واجهة المحل اللوحات الإشهارية والألوان وغير ذلك من المظاهر الخارجية التي تحمل الاسم التجاري للمانح،¹ وأن كان لا يجوز نقل الاسم التجاري إلا مع المحل التجاري على خلاف العلامة التجارية التي يجوز التصرف فيها منفردة حسب المادة 14 من الأمر 06/03 المتعلق بالعلامات، كما أنه لا يوجد قانون خاص بالإسم التجاري في التشريع الجزائري على عكس العلامة التجارية.

ثالثا: نقل الشعار: يلتزم مانح الفرنشيز أيضا بالسماح للمتلقي باستخدام الشعارات الدعائية، إذا كان المانح قد نجح في أن يصبغها بشهرة معينة، ويرجع هذا الإلتزام إلى أهمية الشعار ودوره في التعريف بالسلعة أو الخدمة المقدمة، وما يلعبه من دور مهم في جذب العملاء.

رابعا: نقل الرسوم والنماذج الصناعية: إذا كان الفرنشيز قائما على نماذج أو رسوم فإنه يتعين الترخيص بها للمتلقي، وقد ألزمت المادة 21 من الأمر 86/66 المؤرخ في 22 أبريل 1966 كتابة العقود الواردة على الرسوم والنماذج وأن تسجل في السجل الخاص بها وإلا كانت باطلة، فهي عقود شكلية تتطلب الكتابة والقيود.

البند الثاني: الترخيص ببراءة الإختراع: قد يشتمل الفرنشيز على براءة أو براءات إختراع يلتزم المانح بنقلها إلى المتلقي، ويعرف الترخيص بإستغلال براءة الإختراع بأنه ذلك التصرف القانوني الذي يتنازل بموجبه صاحب براءة الإختراع أو من آلت إليه عن حقه الإستثنائي في إحتكار إستغلال إختراعه كلية أو جزئيا وذلك خلال مدة معينة لقاء مبلغ يحدد في العقد يسمى بالإتاوة، والترخيص ببراءة الإختراع قد يكون بسيطا، أي أن يحتفظ المانح بحقه في إستغلال البراءة والترخيص بها لأطراف آخرين، وقد يكون الترخيص إستثنائيا فلا يحق لغير المرخص له إستغلالها.²

¹ د/نعيم مغيب: مرجع سابق، ص193.

² مسلم الطاهر: عقد الفرنشيز في العلاقات التجارية، مرجع سابق، ص70.

إشترط المشرع الجزائري في المادة 36 الفقرة الثالثة من الأمر 07/03 المتعلق ببراءات الإختراع¹ الكتابة في العقود الواردة على براءة الإختراع ومنها الترخيص بإستغلالها، إضافة إلى وجوب تسجيل هذا التصرف في السجل الخاص ببراءات الإختراع، ورتبت المادة عدم سريان التصرف في حق الغير إلا بعد تسجيله، كما نصت المادة 37 من نفس الأمر على بطلان الشروط المتعلقة بترخيص براءة الإختراع، التي تفرض تحديدات تمثل إستعمالا تعسفيا للحقوق التي تخولها براءة الإختراع، التي يكون لإستخدامها أثرا مضرا بالمنافسة في السوق الوطنية.

يؤخذ على هذه المادة عدم بيانها لما قد يعد تعسفيا من شروط تفرض من طرف المانح تاركة للقضاء سلطة تقدير ذلك.

لما كانت حقوق مالك البراءة أو الرسوم والنماذج الصناعية المتعلقة بالإحتكار والإستغلال حقوقا مؤقتة، بحيث تحدد المادة 09 من الأمر 07/03 المتعلق بالبراءات الحق في إستغلال البراءة وإحتكارها ب 20 سنة ابتداء من تاريخ إيداع طلب تسجيلها قبل أن تسقط في الدومين العام، نفس الوضع بالنسبة للرسوم والنماذج الصناعية التي حددت المادة 13 من الأمر 86/66 المتعلق بالرسوم والنماذج، مدة حمايتها بعشر سنوات ابتداء من تاريخ الإيداع، هذا الحق المؤقت على إحتكار البراءة أو النموذج والرسم يلزم المانح بالتسجيل بها في حدود مدة حمايتها، لأنه بعد إنتهاء هذه المدة يصبح من حق أي شخص إستغلال الإختراع أو الرسم أو النموذج دون إمكان متابعته بدعوى التقليد، هذا الأمر قد يثير إشكالا في حالة ما أن كانت مدة عقد الفرنشيز أطول من المدة المتبقية لحماية الإختراع أو الرسم والنموذج الصناعي، غير أن المانح يعمل دوما على تطوير وسائل الإستغلال، منها الإختراع والرسوم والنماذج، من خلال إدخال تحسينات عليها، هذه التي يلزم بنقلها للمتلقي.

البند الثالث: إلتزام المانح بنقل التحسينات: لم ينص المشرع الجزائري على مثل هذا الإلتزام، على خلاف القانون المصري الذي نص في المادة 77 الفقرة الثانية من قانون التجارة على أنه "كما يلتزم المورد بأن يعلم المستورد بالتحسينات التي قد يدخلها على التكنولوجيا خلال

¹ الأمر رقم 07/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق ببراءات إختراع، الجريدة الرسمية عدد 44.

مدة سريان العقد وأن ينقل هذه التحسينات إلى المستورد إذا طلب منه ذلك¹، ويتمشى هذا النص مع ما ذهب إليه جانب من الفقه الذي يرى أن التحسينات إذا لم يكن منصوصا عليها في العقد لا تكون محل التزام قانوني بالإعلام إذا لم ينص عليه بعقد مستقل.

يثار التساؤل حول ماهية التحسينات التي يجب نقلها إلى المتلقي، بحيث هناك تحسينات غير جوهرية ليس من شأنها تغيير طبيعة التكنولوجيا المنقولة أو تحسينها بل يقتصر أثرها على زيادة كفاية فاعليتها بنسبة محددة، إلى جانب تحسينات جوهرية من شأنها التغيير في طبيعة التكنولوجيا المنقولة لكونها تنصب على تعديلات أساسية يدخلها المانع على التقنية التي تم التعاقد عليه، وتؤثر تأثيرا مباشرا ونوعيا في التكنولوجيا المنقولة دون أن ترقى إلى درجة التجديد والإبتكار، والتزام المانع بتقديم التحسينات ينصب على تقديم التحسينات الجوهرية دون غيرها².

الفرع الثاني: الإلتزام بالضمان: الإلتزام بضمان التعرض والإستحقاق كالإلتزام بضمان

العيوب الخفية والإلتزام بالتسليم لا تقتصر على عقد البيع، بل تشمل كل عقد ينقل الحيازة والإنتفاع، لاسيما أن كان العقد من المعاوضات، ذلك أن من يكون ملزما بنقل ملكية شيء أو بنقل حيازته والإنتفاع به يجب عليه بداهة أن ينقل إلى الطرف الآخر حيازة هادئة لا يعكر صفوها تعرض منه أو من شخص آخر³، وبما أن عقد الفرنشيز من عقود المعاوضة، وبالتالي يلتزم المانع بضمان تعرضه المادي والقانوني، وتعرض الغير أن كان قانونيا.

يضمن مانح الفرنشيز إذا التعرض والإستحقاق، فيضمن أن براءة الإختراع التي تم التعاقد بشأنها خالية من أي نزاع، وبالتالي يضمن للمرخص له إستغلالها بصورة هادئة ونافعة ويشمل الإلتزام بضمان التعرض والإستحقاق أيضا المعرفة الفنية، الذي يجب عليه أن يضمن عدم تعرض الغير وإستحقاقه والوقوف إلى جانب المتلقي أثناء الإستغلال، فإذا فشل المانع في ذلك يتحمل تبعه فسخ العقد من تعويض عن الضرر ورد المقابل، يضمن المانع إلى جانب ضمان

¹ د/ جلال وفاء محمددين: الاطار القانوني لنقل التكنولوجيا، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص57.

² مسلم الطاهر: مرجع سابق، ص75.

³ دعاء طارق بكر البشتاوي: مرجع سابق، ص93.

التعرض والإستحقاق العيوب الخفية في عقد الفرنشيز، سواء ما تعلق منها بالطرق التجارية كخطط التسويق والتوزيع، أو ما يرتبط ببراءة الإختراع والرسوم والنماذج الصناعية والمعرفة الفنية عموماً¹.

الإلتزام بالضمان كان مثار خلاف بين الدول النامية والمتقدمة حيث إعتبرته الأولى من قبيل الإلتزام بتحقيق نتيجة، وفي حالة تخلف النتيجة التي يصبوا إليها المتلقي إعتبر المانح مخلاً بالعقد، على الرغم من وفائه العام بنقل المعلومات الفنية، بينما تسعى الدول الصناعية إلى جعله إلتزاماً ببذل عناية، خاصة أن عدم تحقيق النتائج قد يكون بسبب ظروف معينة خاصة بمشروع المتلقي، ولذلك لا يقبل المانح عادة أي إلتزام بالضمان وإذا قبله فغالبا ما يصر على تشديد بعض إلتزامات المتلقي، كتطلبه توفير مواد أولية ذات جودة عالية ومن مصادر معينة، أو وضع مشرفين من جانبه على تجارب التشغيل والإنتاج وغيرها من الشروط².

لهذا السبب تكون الضرورة ملحة لأجل إيجاد أحكام خاصة بالضمان، وللعديد من الإلتزامات الأخرى التي لابد للمانح الإلتزام بها، تكون أكثر فاعلية بالنظر إلى أطراف العلاقة، وعدم تكافئها من جهة إحتكار المانح هذه المعرفة، في وقت يكون المتلقي في حاجة ماسة إليها، مما يدفع به للقبول بجميع شروط المانح، المتمتع بالقوة المعرفية وإحتكارها والسعي لإنقاص هذه الضمانات التي يعلم خطورتها، كونه الأقدر على ذلك، وهنا يظهر دور المشرع ليوفر الحد المعقول من الحماية للمتلقي، وعدم ترك مثل هذه العقود لتطبيق القواعد العامة أو لإرادة أطراف العقد³.

الفرع الثالث: إلتزامات المانح التي لا ترتبط بترخيص عناصر الفرنشيز: يلتزم

مانح الفرنشيز بتمويل المتلقي ببعض السلع والخدمات ويكون ذلك من غير تعسف، ويلتزم المانح بالحصريّة وما يرتبط بهذا الإلتزام من عدم منافسة وإغراق المتلقي.

¹ مسلم الطاهر: عقد الفرنشيز في العلاقات التجارية، مرجع سابق، ص 83.

² د/ جلال وفاء محمددين: مرجع سابق، ص 50، 51.

³ د/ وليد عودة الهمشري: مرجع سابق، ص 118.

البند الأول: الإلتزام بتمويل المتلقي: أن كان شرط التمويل لا يعد أساسيا في عقود الفرنشيز بصفة عامة فإنه يلعب دورا محوريا في إطار عقود فرنشايز التوزيع، كما أن المانح قد يلتزم بتزويد المتلقي بالمواد المعينة في البيع أو المعدات المهمة في نشاط المتلقي، من هنا تظهر الطبيعة الإختيارية لهذا الإلتزام بحيث يجب النص عليه في العقد، كما يشترط أن تكون المواد محل التمويل ضرورية لوضع المعرفة العلمية حيز التنفيذ¹.

إن إلتزام المانح بتمويل المتلقي يقابله إلتزام هذا الأخير بعدم التزود إلا من المانح أو من الأشخاص الذين يحدد المانح²، هذا وقد يتحمل المانح إلتزاما بتمويل المتلقي دون أن يقابل هذا الإلتزام إلتزام المتلقي بالتمون من المانح، كأن تكون مكونات المنتوجات والخدمات التي يقدمها المتلقي في أغلبها من إنتاج المانح أو يحتكر بيعها هذا الأخير، مما يجعله ملزما بتزويد المتلقي بها، وإلا عد مخلا بإلتزامه المفروض بموجب حسن النية وكون العقد يشمل الشيء وملحقاته، وتمثل مدخلات المنتج أو الخدمة ملحقات محل عقد الفرنشيز، ويظهر الإلتزام بالتمويل في صورتين:

الصورة الاولى: التزام المانح بتوريد المواد: تختلف المقومات المادية التي تدخل في

نشاط الفرنشيز بإختلاف نوع النشاط محل العقد، ففي الفرنشيز الصناعي تكون منتجات غير كاملة الصنع فمدخلات الإنتاج تكون محل إعتبار لذا يلجأ المانح إلى فرض توريد تلك المدخلات من جهة معينة يحددها على إعتبار أنه يلتزم بضمان مطابقة جودة المنتج لوثائق عقد الفرنشيز، يظهر هذا الإلتزام بشكل أساسي في عقود فرنشايز التوزيع، عندما يكون المانح منتجا أو موزعا، الذي يمون المتلقين المنضوين تحت شبكة الفرنشيز التابعة له.

بناء على ما سبق يعد إخلال بالتزام تعقدي إخلال المانح بالإلتزام بتمويل المتلقي، وسواء كان هذا الإخلال كليا أو جزئيا أو تأخيرا في التمويل، أو تمويلا بسلع ذات نوعية رديئة، بحيث

¹ مسلم الطاهر: عقد الفرنشيز في العلاقات التجارية، المرجع السابق، ص93.

² Zoubeir Mrabet: les obligation des franchiseur- etude de droit civil et guide de unidroit sur l'accords internationaux de franchise principal- these universite de montreal, 2005 - P. 46.

تؤثر على المنتج أو الخدمة المقدمة من طرف المتلقي، كما أن إلتزام المانح بالتموين لا يتوقف عند تزويد المتلقي بالسلع التي يحتاجها ولكنه يحمل ضمانا يتعلق بثمن ونوعية البضاعة المسلمة للمتلقي، وبالتالي فلن يتحلل المانح من إلتزامه بالتموين، إلا إذا سلم للمتلقي سلعا بسعر تنافسي، لكن الإشكال يطرح في عدم تحديد معيار لمعرفة نوعية السلع أو تنافسية سعرها في مختلف القوانين، هذا ويمكن تحديد السعر التنافسي بالنظر إلى ما يدفعه الأعضاء الآخرون في شبكة الفرنشيز مقابل سلع مماثلة¹.

الصورة الثانية: التزود من الممومنين الذين يعينهم المانح: قد يعين مانح الفرنشيز

مانحين آخرين يزودون المتلقي بالمستلزمات التي يحتاجها في حالة عدم توافرها لديه، أو إذا لم تكن هذه المستلزمات والمدخلات من تخصص نشاطه²، ويبقى المانح ملزما هنا أيضا بضمان جودة السلع المقدمة من طرف الموردين، كما يضمن إقتناءها بأسعار معقولة وتنافسية، وعليه فإن الإلتزام بالتزود من المانح أو الممومنين الذين يحدددهم المانح لا يعتبر بمثابة تقليص أو تحديد للمنافسة لأن مثل الشرط يعتبر ضروري للحفاظ على نجاح وإزدهار الفرنشيز، وعدم المس بصورة شبكة الفرنشيز، إلا أنه لا يجوز للمانح أن يفرض أسعار المبيع التي على أساسها يعرض المتلقي السلع والخدمات³.

الفرع الرابع: الإلتزامات المرتبطة بميدان إستغلال المتلقي: يدخل ضمن هذه

الإلتزامات الإلتزام بالحصرية الإقليمية وما يرتبط به من الإلتزام بعدم المنافسة، والإلتزام بعدم الإغراق وكذا الإلتزام بتفضيل المتلقي.

البند الأول: إلتزام المانح بالحصرية الإقليمية: تلعب الحصرية الإقليمية دورا بالغا الأهمية

في إنتشار شبكة الفرنشيز لذلك تكون مشروعة طالما كان لها أثر إيجابي في تنمية هذا الإنتشار هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن قيامها يعني حظر مباشرة كل نشاط تجاري يقوم به أي

¹ مسلم الطاهر: عقد الفرنشيز في العلاقات التجارية، مرجع سابق، ص69.

² د/ ياسر سيد الحديدي: مرجع سابق، ص238.

³ د/ نعيم مغبغب: مرجع سابق، ص219.

عضو من أعضاء الشبكة خارج النطاق الإقليمي له ويقع هذا الإلتزام على كل من المانح والمتلقي معاً، ويتمثل إلتزام المانح في إمتناعه عن كل عملية بيع أو أداء خدمة داخل النطاق الإقليمي لأي من المتلقين، في حين يتمثل إلتزام المتلقي بإلتفاق الذي يربطه مع المانح في عدم تجاوز النطاق الإقليمي المحدد له.¹

يأخذ هذا التزم المانح مظهرين الأول يتمثل في امتناع المانح عن كل عملية بيع او تقديم لخدمات في النطاق الإقليمي لكل اعضاء شبكة الفرنشيز، اما المظهر الثاني فيتمثل في قيام المانح بضبط الحصرية داخل شبكة الفرنشيز، وتظهر أهمية هذا الأمر في كونه يجعل من المانح يلعب دور الحكم بين المتلقين داخل الشبكة، يعمل على منع تجاوز أي منهم لنطاق الإقليمية على حساب الطرف الأخر.²

البند الثاني: إلتزام المانح بعدم منافسة المتلقي: يترتب على إلتزام الحصرية إلتزام آخر يتمثل في إلتزام المانح بعدم منافسة المتلقين أعضاء الشبكة داخل النطاق الإقليمي المحدد لهم، بإمتناعه عن كل عملية بيع أو أداء خدمة سواء بنفسه أو بمنح فرنشايز آخر للغير³، ومرد هذا الحظر هو حق التاجر على العملاء الذي بموجبه يمتنع التجار الآخرون عن إتيان أعمال غير مشروعة للتأثير عليهم وإجتذابهم، فيكون بالتالي العمل الذي قام به التاجر عملاً غير مشروع يترتب عنه مسؤولية المعتدي عن تعويض الضرر الذي أصاب مستغل المحل بواسطة دعوى المنافسة غير المشروعة، يحقق عدم المنافسة للمتلقي فائدة كبيرة، تجعله يطمئن إلى إمتناع المانح أو غيره من المتلقين عن ممارسة نشاط الفرنشيز.⁴

¹ سمير عبد السميع إلاودن: مرجع سابق، ص170،169.

² دعاء طارق بكر البشتاوي: مرجع سابق، ص91.

³ د/ ياسر سيد الحديدي: مرجع سابق، ص237 و233.

⁴ مسلم الطاهر: عقد الفرنشيز في العلاقات التجارية، مرجع سابق، ص77.

البند الثالث: الإلتزام بعدم إغراق المتلقي: يعد هذا الإلتزام تابعا للإلتزام المانع بعدم المنافسة، فبموجبه يلتزم المانع بأن لا يتعامل مع أي زبون آخر لإغراق المتلقي الذي تعامل معه بعقد الفرنشيز، فلا يحق له القيام بعملية الإغراق حتى خارج الأراضي الداخلة في التعاقد¹.

يشترط في الإغراق عدة شروط كان يبيع المانع المنتج أو يقدم الخدمة بأقل من السعر الذي يقدمه بها في منطقة إستغلاله، وأن يمثل هذا الإغراق نسبة معينة من الإنتاج الوطني من تلك السلعة أو الخدمة، وأن يضر هذا العمل بمؤسسة المتلقي.

من أهم آثار عقد الفرنشيز على المانع هو ظهوره بمظهر السيطرة في كل مراحل عقد الفرنشيز، منذ بداية المفاوضات بإعتباره يمتلك القدرة على التفاوض، وأثناء إبرام عقد الفرنشيز بما يفرضه من شروط على المتلقي يسميها الفقه بالشروط التقييدية، كما يفرض رقابته وسيطرته على المتلقي أثناء تنفيذ العقد بفرض معايير الجودة وتحديد الكفاءة، إلى جانب تحديد جهة التموين بالمواد الأساسية التي تدخل في إنتاج السلعة أو الخدمة محل الفرنشيز، بل تمتد سيطرة المانع حتى بعد إنتهاء عقد الفرنشيز من خلال الإلتزام بعدم المنافسة.

المطلب الثاني: آثار عقد الفرنشيز بالنسبة إلى المتلقي

يترتب على عاتق متلقي الفرنشيز عدة إلتزامات مرتبطة بترخيص عناصر الفرنشيز، منها مقابل الدخول والإتاوة الدورية وهذا ما سيتم التطرق له تحت عنوان الإلتزامات المالية في الفرع الأول، في حين سيتم التطرق للإلتزامات المرتبطة بالمعرفة الفنية وباقي عناصر الملكية الفكرية تحت عنوان الإلتزامات المرتبطة بترخيص عناصر الملكية الفكرية، وذلك من خلال الفرع الثاني.

الفرع الأول: إلتزامات المتلقي المرتبطة بترخيص عناصر الفرنشيز: من أهم الإلتزامات التي يترتبها عقد الفرنشيز على عاتق المتلقي هي إلتزامه بدفع المقابل المالي إلى المانع الذي يلتزم بدوره السماح له بتوزيع منتجات و سلع وبضائع خاصة بالمانح في إقليم معين،

¹ د/نعيم مغيب: مرجع سابق، ص206.

حيث يمثل هذا الإلتزام تبعية المتلقي إقتصاديا للمانح ويراعى في تقدير الإلتزام المالي للمتلقي قيمة وشهرة العلامة التجارية والنجاح العملي للمعرفة الفنية وسمعة الشبكة...الخ.¹

تخضع شبكة الفرنشيز لدراسة جدوى تحدد النفقات المتطلبة لقيامها وتشغيلها وتجعل من المانح مسؤولا على هذه الدراسات حتى تتلاءم ومقتضيات نظام الفرنشيز الذي يشرف عليه، وتتمحور هذه النفقات في نوعين أساسيين، أولهما نفقات تهيئة المشروع وتتمثل في دراسة الموقع لمعرفة المحيط التسويقي والإنتاجي وكافة العوامل المساعدة على مباشرة النشاط، والثانية تكون لتخطيط العملية الإنتاجية بتحديد نوع الفرنشيز، كما يقوم المانح بتحديد هيكل المشروع المتلقي وتأهيل مستخدميه، وكل هذه النفقات تقع على المتلقي.²

يعتبر الإلتزام بدفع مقابل أهم إلتزام يقع على المتلقي في عقود الفرنشيز³، هذا الإلتزام يقع على المتلقي مقابل ما حصل عليه من معارف وخبرات فنية في مجال التكنولوجيا، ويتخذ المقابل في عقود نقل التكنولوجيا عموما صورا متعددة، فهناك المقابل الثابت الجزافي والمقابل النسبي.

المقابل النقدي في عقود نقل التكنولوجيا -التي من بينها عقد الفرنشيز- يمثل الصورة الأكثر شيوعا، ويفضله المتعاقدون لما فيها من تقليل لإحتمالات النزاع، وتتمثل في مبلغ من النقود يدفعه المتلقي كمقابل للمعرفة الفنية التي ينقلها إليه في عقود الفرنشيز بحق الدخول.

البند الأول: المقابل الثابت الجزافي: يدفعه الممنوح إلى المانح لدى إفتتاح مشروع الفرنشيز، ومن هنا جاءت تسميته " رسم الدخول" ويقدم هذا المبلغ أثناء توقيع العقد مقابل نقل المعرفة العملية وحق إستثمار العلامة، أي جميع الإمتيازات التي يستفيد منها المتلقي، وتتفاوت نسبة المبلغ حسب شهرة العلامة وأهمية المنطقة المعطاة وعدد الممنوح لهم، وأساس دفع المقابل يستمد وجوده من عقد الفرنشيز ذاته وعليه فإن الإستمرار بدفع الثمن بعد إنتهاء العقد يعد باطلا، وذلك لإنعدام السبب.

¹ عروسي ساسية: مرجع سابق، ص50.

² د/ محمد محسن إبراهيم النجار: مرجع سابق، ص24-26.

³ د/ جلال وفاء محمددين: مرجع سابق، ص58، 59.

يقترن هذا الثمن بالالتزام مالي آخر ذا طابع متجدد يتمثل في أقساط دورية يدفعها الممنوح طوال مدة العقد، لهذا يقترن مقابل حق الدخول بهذه الأقساط ليكونا معا الإلتزام المالي على الممنوح، ويتم الدفع بمبلغ محدد سلفا لدى توقيع العقد ولا يمكن إسترجاع هذا المبلغ حتى ولو توقف العقد بعد فترة قصيرة بعد إبرامه، إلا اذا التوقف ناتج عن خطأ المانح فيتم مقاضاته ومساءلته عن الأضرار التي تلحق بالممنوح، يلاحظ أن بعض العقود تنص على إمكانية إعادة تحديد رسم الدخول عند تجديد العقد، ومهما يكن من أمر فلا بد من تحديد نوع العملة التي يتم على أساسها الوفاء، طريقة التحويل...الخ.

البند الثاني: الثمن النسبي: يحسب هذا العائد بالنسبة المئوية مقابل الخدمات المقدمة وبالمقارنة مع الثمن الثابت يلاحظ أن الأخير يستحق في بداية العقد، أما الثمن النسبي يستحق خلال مراحل تنفيذ العقد في مهل تحدها الأطراف المتعاقدة، ويعتبر هذا الثمن نسبيا لأنه يتعلق برقم المبيعات المحققة لذا يطلب المانح من الممنوح الإلتزام بمعايير محاسبية محددة، وضرورة تقديم تقارير دورية عن المبيعات والدخل.¹

مهما يكن أسلوب دفع المقابل في عقد الفرنشيز، فإنه يجب الإتفاق على آلية الدفع ومقدار الدفعات وميعاد الوفاء ومكانه والضمانات الخاصة، وأن خلا الإتفاق من بيان هذه الأمور فإنه يلجأ إلى القواعد العامة²، ومثال ذلك نص المادة 387 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن دفع الثمن يكون في مكان تسليم المبيع، أو في موطن المشتري وقت استحقاقه وأن لم يكن كذلك فيوم تسليم المبيع، والمادة 388 من نفس القانون التي تبين وقت استحقاق الثمن فحدده بوقت تسليم المبيع.

الفرع الثاني: إلتزامات المتلقي المرتبطة بترخيص عناصر الملكية الفكرية: يلتزم متلقي الفرنشيز بعدة التزامات ترتبط بإستغلاله لعناصر الملكية الفكرية وهو ما سيتم بيانه كما يلي:

¹ عروسي ساسية: مرجع سابق، ص152،150.

² د/ وليد عودة الهمشري: مرجع سابق، ص145.

البند الأول: إلتزام المتلقي بالتعاون مع المانح في الدفاع عن الملكية الفكرية: يقتضي التعاون الوثيق فيما بين المانح والمتلقي للدفاع عن أي إعتداء على حقوق الملكية الفكرية، لأن له المصلحة الأكيدة في الدفاع عنها، ويحصل هذا التعاون خاصة في عمليات التقليد أو أي عمل مخالف للممارسة المشروعة في الميدان التجاري.¹

البند الثاني: الحفاظ على مستوى الجودة: يلتزم المتلقي بإحترام مستوى الجودة في مواجهة المستهلك، ومن ثم الحفاظ على السمعة التجارية لعلامة الشبكة، وبما أن المتلقي مستل في عمله عن المانح إلا أنه في التزامه يوجب عليه ممارسة هذا النشاط طبقا للموصفات المفروضة عليه من المانح، وتحت رقابة صارمة من المانح لنشاط المتلقي لضمان تنفيذ هذا الإلتزام.²

البند الثالث: إلتزام المتلقي بالسرية: تعتبر المعرفة الفنية العنصر الرئيسي الذي يقوم عليه مفهوم الفرنشيز، هذه المعرفة الفنية بإعتبارها مجرد معارف فهي قابلة للكشف عنها بمجرد إطلاع الغير عليها، ولذلك فإن عنصر السرية هو الذي يحقق الضمان لحائزها في حمايتها،³ يشمل شرط السرية جميع المعارف والطرق الفنية المنقولة من المانح إلى المتلقي، ويخرج منها حقوق المعرفة العامة.

تلعب السرية دورا هاما وبارزا في إطار توفير الضمانات لعقود نقل التكنولوجيا لكونها إحدى الركائز الهامة والأساسية للإحتكار التكنولوجي الذي يمنح القوة التنافسية لمنتجها، وعليه يتعين على المتلقي بأن يحافظ على سرية المعلومات التي أطلعه عليها المانح، وليس ضروريا النص على هذا الإلتزام في العقد، لأن هذا الإلتزام يعد ناشئا عن طبيعة الفرنشيز، وهو موجود سواء قبل إبرام العقد أو أثناء سريانه وحتى بعد إنقضائه، بل أن الحاجة تكون ماسة أكثر لحماية

¹ د/ نعيم مغيب: مرجع سابق، ص 230، 231.

² مسلم الطاهر: عقد الفرنشيز في العلاقات التجارية، مرجع سابق، ص 79.

³ د/ ياسر سيد الحديدي: مرجع سابق، ص 213.

المعرفة الفنية والمحافظة على سريتها، في مرحلة المفاوضات خاصة إذا لم يتوصل الطرفان إلى الإبرام النهائي لعقد الفرنشيز¹.

البند الرابع: إلتزام المتلقي بنقل التحسينات: تقديم التحسينات هو إلتزام يقع على كل من المانح والمتلقي، وهذا لزيادة التعاون من أجل الإرتقاء بالتكنولوجيا بما يعود عليهما بالفائدة، والأمر المسلم به أن التحسين يختلف عن الابتكار، وبالتالي فلا مبرر للمانح بأن يطالب بالابتكارات التي توصل إليها المتلقي، سواء أعلقت بالمعرفة الفنية محل العقد أم كانت مستقلة عنها²، وبذلك يخرج من إطار إلتزام المتلقي بنقل التحسينات الإبتكارات الجديدة التي يمكنه أن يحصل على براءة إختراع بشأنها، وكذلك يخرج من هذا الإلتزام نقل التحسينات غير الجوهرية، ويرى الدكتور محمود الكيلاني على خلاف الدكتور نعيم مغيب أن نقل هذه التحسينات يقابله إلتزام الطرف الآخر بدفع مقابل لها³، إما إذا تم النص على نقل التحسينات في العقد، فإنه يجب تنفيذ هذا الإلتزام وفقا لما إشتمل عليه العقد وبحسن نية حسب المادة 107 من القانون المدني الجزائري، وفي حالة الإخلال بهذا الإلتزام يسأل الطرف المخل مسؤولية عقدية.

يرى الدكتور ياسر سيد الحديدي أن أي تحسينات يقوم بها المتلقي أثناء مرحلة التعاقد على المعرفة الفنية المنقولة إليه ترتبط وجودا وعدما بها، بإعتبار الأخيرة أساس الأولى وسبب وجودها، وبالتالي فلا يمكن للمتلقي إستخدام هذه التحسينات بعد إنتهاء العقد أو السماح بإستخدامها لغيره متذعرا بخروج هذه التحسينات عن جوهر المعرفة الفنية⁴.

¹ د/ ياسر سيد الحديدي: مرجع سابق، ص213، 214.

² د/ محمود الكيلاني: مرجع سابق، ص210.

³ المرجع نفسه، ص215.

⁴ د/ ياسر سيد الحديدي: مرجع سابق، ص217.

إن التحسينات التي يدخلها المتلقي على المنتج والتي يحصل على براءة إختراع بموجبها فإنه يتمتع قبلها بكامل سلطات المالك، ولا يحد من سلطته في مباشرة حق ملكيته سواء إلتزامه بالإمتناع عن كل ما من شأنه إفشاء معرفة المانح السرية.¹

الفرع الثالث: إلتزامات المتلقي التي لا ترتبط بترخيص عناصر الفرشيز: يلتزم المتلقي بإحترام بند الحصرية سواء الحصرية الإقليمية أو حصرية التزود بالمواد الضرورية، وما يرتبط بهاذين الإلتزامين من عدم منافسة المانح، وكل هذا سيأتي ذكره كما يلي:

البند الأول: الإلتزامات المرتبطة بالحصرية: يلتزم المتلقي بالحصرية الإقليمية وبحصرية التمون من المانح أو ممن يحدده هذا الأخير، ويلتزم أيضا بعدم المنافسة إحتراما للحصرية الإقليمية.

أولا: إلتزام المتلقي بالحصرية الإقليمية: تتيح الحصرية الإقليمية بهذا المفهوم للمتلقي إحتكارا يمكنه من تحقيق أرقام أعمال مرتفعة في النطاق الإقليمي المحدد بالعقد، فضلا عما يترتب عليه من زيادة الأرباح التي تعود على المانح من خلال الأقساط الدورية²، او يشترط المانح على المتلقي أن يحصل منه على ترخيص من أجل تصدير منتوجاته، أو إلتزامه بالتصدير إلى دول معينة فقط أو منعه من تصدير منتوجاته إلى دول أخرى، أو تصديرها عبر الشبكة التسويقية للمانح³.

هذا وتعد الحصرية الإقليمية من قبيل تقسيم السوق الذي يعتبر غير مشروع حسب المادة 85 من إتفاقية روما الصادرة في 25 مارس 1957، وكذا في القوانين الوطنية المتعلقة بالمنافسة، غير أن الفرشيز يخرج عن هذا الحظر- في الدول التي تأخذ به - بل وتلعب الحصرية الإقليمية دورا بالغ الأهمية في إنتشار الشبكة⁴، ويرى الدكتور وليد عودة الهمشري أن

¹ عروسي ساسية مرجع سابق، ص58.

² د/ سمير عبد السميع إلاودن: مرجع سابق، ص88.

³ د/ وليد عودة الهمشري: مرجع سابق، ص274، 275.

⁴ د/ محمد محسن إبراهيم النجار: مرجع سابق، ص58.

هذا الشرط وغيره من الشروط التقييدية إنما تحد بشكل كبير من القدرة التنافسية للمشروع المتلقي في الأسواق الدولية أو الداخلية¹، ومثل هذا الشرط يدل على القدرة الإحتكارية للمشروع المانح وسعيه إلى تقوية هذه القدرة من جهة، والإبقاء على تبعية مشروع متلقي التكنولوجيا إقتصاديا للمانح من جهة ثانية.

ثانيا: إلزام المتلقي بحصرية التموين: تتضمن معظم عقود الفرنشيز شرطا يلزم المتلقي بالتزود كليا أو جزئيا من المانح أو من الموردين التابعين له بمستلزمات ممارسة نشاط الفرنشيز، من بضائع ومعدات وغيرها من مستلزمات الإنتاج سواء مواد خام أو مدخلات صناعية أو تراكيب أو نكهات أو خلطات معينة²، يعد هذا الشرط من المانح أساسيا لإتمام عملية نقل التكنولوجيا.

شرط التموين الحصري من الشروط الإتفاقية التي تتحدد برغبة الأطراف، التي يجب أن ترد صراحة في عقد الفرنشيز، فلا يمكن أن يفترض أو يفهم ضمنا من خلال البنود التعاقدية، مما يجعل بند التموين الحصري شرطا تكميليا يمكن الإتفاق على إيراده أو استبعاده³.

غير أن حظر التموين الحصري قد تبدد في القضاء والتشريع الأوربي⁴، وحتى في الدول النامية ومنها الجزائر التي لا تزال تمنع مثل هذه الشروط في قوانينها التي تظل دون فاعلية، وذلك لإشتراط التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الفرنشيز، مما يجعلها تفلت من القانون الوطني للمتلقي، مما يعطي المانح صلاحيات واسعة في إدراج ما شاء من الشروط التي تعد تعسفية في حق المتلقي دونما رادع يذكر، خاصة مع المركز الإحتكاري للمانح والقوة الاقتصادية

¹ د/ وليد عودة الهمشري: مرجع سابق، ص 274.

² د/ ياسر سيد الحديدي: مرجع سابق، ص 238.

³ د/ ياسر سيد الحديدي: مرجع سابق، ص 238.

⁴ د/ محمد محسن إبراهيم النجار: مرجع سابق، ص 57.

له مما يدفع بالمتلقي إلى الخضوع لكل شروطه، وما يزيد من وطأة ذلك هو قلة الخبرة لدى المتلقي خاصة في الدول النامية.¹

ثالثاً: إلزام المتلقي بعدم المنافسة: يرجع شرط عدم المنافسة في عقود الفرنشيز إلى إمتلاك المانح لعناصر الفرنشيز، وماله من حق إستبعاد المتلقي من إستغلالها ومنعه من إتيان سلوك يظهر بإستمراره في النشاط الذي تم إنهاؤه بإرادة المانح²، وعليه يميز شرط عدم المنافسة عقود الفرنشيز عن غيرها من عقود التوزيع مثل الامتياز التجاري³.

ذهب بعض الكتاب إلى أن شرط عدم المنافسة يعد صحيحاً في عقود الفرنشيز، مبررين مذهبهم بأن المانح يضمن بشرط عدم المنافسة بأن لا يواصل المتلقي القديم إستغلال المعارف الفنية والمعلومات المتعلقة بها التي إكتسبها أثناء تنفيذ العقد بعد إنتهاء العلاقات التعاقدية بينهما، في حين ذهب فريق آخر إلى عدم صحة هذا الشرط في عقود الفرنشيز، خاصة إذا لم يقابله تعويض عن فقد العملاء الذين يتحولون لفائدة المانح أو من يعينه من المتلقين مما يجعل هذا الشرط غير مشروع.

يرجع عدم مشروعية هذا الشرط في عقود الفرنشيز لعدة أسباب، فهذا الشرط غير متوافق مع طبيعة عقد الفرنشيز لكونه لا يعوض المتلقي عن فقدته عملائه أو جزءاً منهم لصالح المانح أو من يعينه هذا الأخير، ليس هذا فحسب بل يعد هذا الشرط غير عادل وخطير ويعارض الإستقلالية التجارية للمتلقي، إضافة إلى أن المتلقي يلتزم بدون سبب بحيث يلتزم المتلقي بعدم ممارسة نشاطه أو أي نشاط مشابه بدون التزام المانح بأي التزام في المقابل، كما أن ادراج هذا الشرط لحماية المعرفة الفنية يعد غير مؤسس، لاعتبار أن المعرفة الفنية يتم حمايتها من خلال الالتزام بالسرية المذكور أنفاً، بل وحتى في غياب شرط عدم المنافسة يمكن للمانح أن يتابع

¹ مسلم الطاهر: عقد الفرنشيز في العلاقات التجارية، مرجع سابق، ص75.

² د/ سمير عبد السميع الاودن: مرجع سابق، ص97.

³ د/ ياسر سيد الحديدي: مرجع سابق، ص220، 221.

المتلقي بدعوى المنافسة غير المشروعة في حال إستمرار هذا الأخير في إستغلال معرفته الفنية، هذا علاوة على إعتبار المعرفة الفنية ذات طابع مؤقت.

لتخفيف حدة وقع هذا الشرط على المتلقي لا بد من توافر عدة شروط لصحة بند عدم المنافسة في عقد الفرنشيز، فغياب تحديد الفترة الزمنية يكفي لإبطال شرط عدم المنافسة طالما أن مفعوله يضع المتلقي في حالة إستحيل عليه أن يزاول نشاطه بشكل طبيعي¹، كما يشترط أن يكون محددًا من حيث المكان الذي يسري عليه، وأن يقتصر على ميدان عمل محدد²، كما يشترط حصول المتلقي على تعويض مقابل عدم المنافسة³.

يمتد النطاق الموضوعي لعدم المنافسة ليشمل نشاط الفرنشيز وكل نشاط مرتبط به، فيحظر على المتلقي الإنضمام إلى شبكة منافسة بعد إنتهاء عقده الأول، وذلك خشية التواطؤ بين هذا المتلقي والمانح الجديدة، كون المتلقي يحمل معه معرفة فنية وخبرة ميدانية في نشاط الفرنشيز من عقده الأول، هذه التي قد يستغلها مع المانح الجديد من أجل بعث نشاط مشابه⁴.

البند الثاني: الإلتزامات المرتبطة بإنهاء عقد الفرنشيز: إذا إنتهى عقد الفرنشيز فإن المتلقي يلتزم بعدم إنشاء نشاط مشابه أو الإنضمام إلى شبكة منافسة لتلك التي كان ينتمي إليها، ويمتنع على المتلقي بموجبها الإستمرار في إستغلال عناصر الملكية الفكرية وإيقاف خطوط الهاتف والفاكس، وكذا الإلتزام بإرجاع المخزون.

أولاً: الإمتناع عن إستغلال عناصر الملكية الفكرية: يلتزم المتلقي بعد إنتهاء عقد الفرنشيز بالتوقف فوراً عن إستثمار الملكية الفكرية التي تكون قد أسندت إليه لإستثمارها في نشاطه، لأن هذه الحقوق تعود للمانح، ولا يحق للمتلقي المطالبة بأي حق عليها بإستثناء المصاريف التي دفعها للقيام بالإعلانات والدعاية وما شابه ذلك، وعليه إعادة العلامات

¹ د/ سمير عبد السميع إلاودن: مرجع سابق، ص98.

² سبيل جلول: مرجع سابق، ص98.

³ د/ محمد محسن إبراهيم النجار: مرجع سابق، ص324.

⁴ د/ ياسر سيد الحديدي: مرجع سابق، ص225.

والشعارات وجميع العلامات الفارقة إلى صاحبها¹، والتخلي عن الشكل الخارجي والتصميمات الداخلية، وذلك من أجل إزالة أي لبس في ذهن المستهلك باستمرار ممارسة المتلقي لنشاط الفرنشيز السابق، وإلا توبع بدعوى المنافسة غير المشروعة² أو بدعوى التقليد.

ثانياً: إيقاف خطوط الهاتف الفاكس والإنترنت مواقع الإنترنت: يعتبر الهاتف

والفاكس ومواقع الإنترنت من الوسائط الأساسية للتعامل التجاري، إذا لم تكن الأهم في تسريع عمليات التبادل، وعليه عند إنتهاء العقد يجب على المتلقي أن يوقف كل خطوط الهاتف والفاكس والإنترنت، إلا إذا أراد القيام بنشاط آخر لا يعتبر منافسة غير مشروعة، فعندها يمكنه الإبقاء على هذه الوسائط باسمه الشخصي³، وإلا يتحمل تبعات دعوى المنافسة غير المشروعة أو دعوى التقليد كما تم بيانه في الأحكام سابقة الذكر.

ثالثاً: إلتزام المتلقي بإرجاع المخزون: المتلقي وفي إطار ممارسة نشاط الفرنشيز

يحتاج إلى مواد ومعدات لذلك، تدخل في صناعة المنتج أو الخدمة، هذه المواد قد تكون أولية أو نصف مصنعة في حالة ما إذا كنا بصدد عقد فرنشايز صناعي، وقد تكون مصنعة في حالة فرنشايز التوزيع أو الخدمات، وعليه يثور التساؤل حول كيفية التصرف في المواد المكدسة في مخازن المتلقي، خاصة إن كانت هذه المواد تحمل العلامة التجارية للمانح، فقد يدرج في العقد بند يتعهد بموجبه المتلقي عند إنتهاء العقد بإعادة المواد وهنا لا تثار أي مشكلة، ولكن في حالة عدم وجود بند الإرجاع فيثور الإشكال حول كيفية القيام بهذا الإرجاع⁴.

ألزمت أحكام القضاء المانح بإعادة شراء هذا المخزون، كما فرض قانون "أفنور" "Afnor" وجوب النص في عقد الفرنشيز على طرق توضح كيفية تصريف أو إستعادة المواد المتخصصة

¹ د/ نعيم مغيب: مرجع سابق، ص236.

² د/ ياسر سيد الحديدي: مرجع سابق، ص279.

³ د/ نعيم مغيب: مرجع سابق، ص239، 240.

⁴ المرجع نفسه، ص239.

والمخزون¹، أو أن يتفق المانح والمتلقي على إعطاء هذا الأخير فترة زمنية لتصريف المخزون المتبقي².

¹ د/ ياسر سيد الحديدي: مرجع سابق، ص 277، 278.

² د/ نعيم مغيب: مرجع سابق، ص 239.

الباب الثاني:

الخصومة التحكيمية في عقد الفرنشيز

الباب الثاني: الخصومة التحكيمية في عقد الفرنشيز

في الواقع تتعدد الأسباب التي تدفع الأطراف إلى اخضاع خلافاتهم للتحكيم ولعل أبرز هذه الأسباب، الرغبة في وضع حد سريع ونهائي لا رجوع فيه للنزاع بواسطة شخص أو اشخاص يختارهم الأطراف بأنفسهم، وكذلك الرغبة في أن يفصل المحكم وفقا للقواعد التي يختارها الأطراف ولو كانت قواعد العدل والإنصاف، وحتى يتحقق هذا الهدف يجب الإكتفاء بالقرار التحكيمي كمستند للحق وكسند للتنفيذ لا يجوز المساس به من قبل المحاكم، لكن وفي نفس الوقت تتعدد الأسباب التي تدفع المشرع في أي نظام قانوني إلى إيجاد طرق الطعن في القرارات التي تقضي في المنازعات ومن بينها القرارات التحكيمية، وعليه سيتم من خلال هذا الباب التطرق إلى تحديد الاحكام الخاصة بإتفاق التحكيم ثم بيان الإجراءات الواجب اتباعها في خصومة عقد الفرنشيز وصولا إلى تنفيذ حكم التحكيم.

الفصل الأول: سير الخصومة التحكيمية في عقد الفرشيز

يعد إتفاق التحكيم نقطة البداية لسير الخصومة التحكيمية لأنه يعتبر الركيزة الأساسية التي يعتمد عليها هذا النظام القضائي الخاص، ومصدر تميزه عن غيره من ادوات تحقيق الوظيفة القضائية وخصها قضاء الدولة، حيث يعد الإتفاق قانون الأطراف وقانون المحكم على حد سواء وعليه فإن العناية بمناقشة تحليل الأحكام القانونية لإتفاق التحكيم.

يخضع إتفاق التحكيم للقواعد العامة في العقود التي نص عليها المشرع في القانون المدني الجزائري، بالإضافة إلى ما تفرضه ذاتية إتفاق التحكيم من قواعد خاصة به غير أن فقه القانون المدني مازال يعرض عن التطرق إلى هذا الإتفاق بالدراسة والتحليل، وربما كان ذلك راجعا إلى التسمية التي اشتهر بها التحكيم وهي تسمية التحكيم التجاري، وربما كان راجعا أيضا إلى خصوصية موضوع هذا الإتفاق بحسبان وروده على كيفية أداء الوظيفة القضائية، مما يتصل بقانون الإجراءات أكثر من إتصاله بالقوانين التي تعنى بالتنظيم الموضوعي للعلاقات الإقتصادية كالقانون المدني والقانون التجاري.¹

المبحث الأول: الإتفاق على التحكيم في منازعة عقد الفرشيز

أول ما تثار مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم أمام المحكم قبل السير في إجراءات التحكيم لأن ولايته بنظر النزاع منوطة بهذا الإتفاق، كما أن تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم تثار كذلك أمام القاضي عندما يرفع أحد طرفي النزاع دعواه أمام القضاء، ويتمسك المدعى عليه بوجود إتفاق التحكيم فيدفع المدعى ببطلان إتفاق التحكيم أو بعدم نفاذه في حقه، كذلك الامر عندما يصدر حكم التحكيم بالفعل ويراد الحصول على أمر

¹ د/ مصطفى محمد الجمال، د/ عكاشة محمد عبد العال: مرجع سابق، ص 297.

بتنفيذه إذ عليه في هذه الحالة أن يتأكد من صحة ونفاذ إتفاق التحكيم على ضوء القانون الواجب التطبيق عليه، وهي تثار أمامه مرة ثالثة بمناسبة طلب تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي.¹

المطلب الأول: الإتفاق على التحكيم في منازعة عقد الفرنشيز

تلعب إرادة الأطراف كضابط إسناد دورا بارزا في إختيار القواعد التي تحكم النزاع المحكم فيه، حيث إعترفت الإتفاقات الدولية والتشريعات الوطنية بدور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق، الأمر الذي يدفعنا للتساؤل حول الدور الذي تلعبه الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم؟ وما هي القيود الواردة عليها؟

الفرع الأول: القانون الذي يحكم إتفاق التحكيم: يقصد بإتفاق التحكيم ذلك الإتفاق

الذي يلزم بمقتضاه أطراف العلاقة بعرض منازعاتهم التي نشأت أو تنشأ عن هذه العلاقة على التحكيم،² وإتفاق التحكيم قد يتخذ إحدى صورتين الأولى هي شرط التحكيم، وهو نص وارد ضمن نصوص العقد المبرم بين أطراف العلاقة يقرر الإلتجاء إلى التحكيم، كوسيلة لحل منازعات التي قد تثار مستقبلا بشأن تفسير العقد أو تنفيذه، أما الصورة الثانية هي مشاركة التحكيم، وهي إتفاق يبرمه الأطراف وفقا لعقد مستقل عن العقد الأصلي، يقضي بعرض النزاع القائم بالفعل على قضاء التحكيم.³

عرف المشرع الجزائري إتفاق التحكيم في المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "بأنه الإتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم." حيث إستنتى شرط التحكيم ضمن إتفاق التحكيم وأصبح يقتصر على مشاركة التحكيم، وقد نصت

¹ د/ حسن علي كاظم المجمع: تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2016، ص295.

² المادة 1/07 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الامم المتحدة للقانون التجاري لسنة 1985.

³ د/ حسن علي كاظم المجمع: مرجع سابق، ص286.

لم يخرج المشرع المصري في تعريفه لإتفاق التحكيم عن هذا الإتجاه،¹ رغم أن هذه التفرقة بين طرق اللجوء إلى التحكيم لم يعد لها أهمية² لاسيما في إتفاقية نيويورك لسنة 1958، الخاصة بالإعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية، كذلك الإتفاقية الأوروبية المبرمة في جنيف تتحدث كلاهما عن إتفاق التحكيم،³ حيث يتمتع شرط التحكيم بذاتيته المستقلة عن العقد الأصلي بحيث لا يتأثر ببطلان أو الفسخ المحتمل لهذا العقد.

الفرع الثاني: تعيين القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم: سبق القول

أن تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم تعالج على مستوى المحكم وكذلك أمام القاضي، وبتتبع موقف الفقه والقضاء المقارن يتبين وجود إتجاهين رئيسيين في تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم، أحدهما ينحاز إلى تطبيق قانون مقر التحكيم والآخر ينحاز إلى إعمال قانون الإرادة المنظمة للعقود بصفة عامة.

البند الأول: تطبيق قانون مقر التحكيم: ينطلق هذا التصور من الإتجاه الذي يرى

في التحكيم حقيقة قضائية تتجرد من الطابع التعاقدية، حيث يتحدد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم من خلال خضوع إتفاق التحكيم لقانون الدولة التي تتم إجراءات التحكيم على

¹ المادة 10 من قانون التحكيم الجديد تنص على: "إتفاق التحكيم هو إتفاق الطرفين على الإلتجاء لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما، بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أم غير عقدية."

² د/ ابو زيد رضوان: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، مصر، 1991، ص20.

³ تنص إتفاقية نيويورك بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين لسنة 1958 في المادة 1/02: "على كل دولة موقعة الإعتراف بالإتفاق المكتوب الذي يلزم بمقتضاه لإطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع يتعلق بروابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم."، كما أشارت إلى ذلك الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 في المادة 2/01 بقولها: "إتفاق التحكيم ينصرف إلى شرط التحكيم السابق على قيام النزاع الذي يدرج في العقد الأصلي، وإما إلى إتفاق التحكيم اللاحق لوقوع النزاع."

إقليمها " قانون دولة المقر"، فالمحكّم يخضع للإختصاص التشريعي للدولة التي يقوم بأداء مهمته على إقليمها، حيث أن هذا الإتجاه يرى في التحكيم مجرد صورة من صور التقاضي، ومن ثم يرى في إتفاق التحكيم مجرد حلقة إجرائية من حلقات قضاء التحكيم، وإذا كانت الإجراءات تخضع لقانون محل التقاضي، فإن إتفاق التحكيم بدوره يخضع لقانون مقر التحكيم.¹

إن البحث عن القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم قد يثور أمام القاضي الوطني بمناسبة دفع بسبق الإتفاق على التحكيم بشأن النزاع المطروح عليه، في هذه الحالة سوف يؤدي هذا الإتجاه الذي يحيل الإتفاق على التحكيم إلى حلقة إجرائية، إلى أن يعمل القاضي على إتفاق التحكيم قانونه الإجرائي، بصرف النظر عن البلد المتفق على إجراء التحكيم فيه تأسيساً على كونه مأموراً بإتباع قانونه في شأن الإجراءات.²

من الواضح أن هذا التصور مصدره الإتجاه الذي يرى في التحكيم حقيقة قضائية تتجرد تماماً من أصلها التعاقدية، ويتجاهل أن إتفاق التحكيم هو كسائر العقود يخضع لضوابط الإسناد التي يقرها المشرع لها، ما لم يكن قد قرر له ضابطاً خاصاً به ومن الواضح أيضاً ما يوصل إليه هذا التصور من نتائج غير مقبولة، تتمثل في إختلاف القانون الواجب التطبيق أمام القاضي بحسب ما إذا أثرت المسألة أمامه بمناسبة دفع بسبق الإتفاق على التحكيم أو بمناسبة طلب تنفيذ حكم تحكيمي أجنبي، إذ في الحالة الأولى سوف يطبق القاضي قانونه بينما سوف يطبق في الحالة الثانية قانون البلد الأجنبي الذي تم فيه التحكيم.

البند الثاني: تطبيق قانون الإرادة: إن إتفاق التحكيم على الرغم من أن محله ينصب أساساً على تنظيم الإجراءات التي ستنبع في التحكيم، فإنه يتعين تكييفه على أنه عقد تتولد عنه إلتزامات شأنه في ذلك شأن أي عقد آخر، وبالتالي فإن القانون الذي يحكم إتفاق التحكيم يتعين تحديده في ظل مبدأ قانون الإرادة، فالأطراف حرة في إختيار القانون الذي يحكم إتفاق التحكيم وعلى المحكّم أو القاضي أن يحترم هذا الإختيار.

¹ د/ حفيظة السيد الحداد: مرجع سابق، ص156.

² د/ مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبدالعال: مرجع سابق، ص306.

إن الإعتداع على مبدأ سلطان الإرادة لتحديد القانون الذي يحكم إتفاق التحكيم لا يثير صعوبة، في حالة قيام الأطراف صراحة بإختيار القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، بينما يصعب الإعتداع على هذا المبدأ في حالة عدم إختيار الأطراف صراحة للقانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم، إذ يتعين على المحكم أو القاضي على حسب الحالة تحديد القانون الواجب التطبيق مستهدياً بالقرائن، التي بالرجوع إليها يمكن التوصل إلى الإرادة المشتركة أو الضمنية للأطراف، أو من خلال أعمال الضوابط الإحتياطية التي تنص عليها قواعد الإسناد كقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو قانون الدولة التي تم فيها العقد أو قانون مكان التنفيذ.¹

من بين نتائج مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه أو يشير إليه عدم خضوع إتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم العقد الأصلي، ومع ذلك في حالة عدم تحديد الأطراف للقانون الذي يحكم إتفاق التحكيم، فإنه يمكن للمحكم أو القاضي الذي يرى ضرورة تحديد قانون من أجل أن يفصل في المسائل المتنازع عليها والمتصلة بإتفاق التحكيم، أن يلجأ إلى إختيار القانون الذي يحكم العقد الأصلي إذا لم تقم الأطراف بإستبعاده بشكل صريح، شرط أن لا يمس هذا الإجراء بمبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ولا مبدأ صحة إتفاق التحكيم الدولي.²

بالرجوع إلى إتفاقية نيويورك لتحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم في المادة 1/05 بند 1 نجدها قد قضت في هذا الشأن، بتطبيق قانون الإرادة "الإرادة الصريحة" الذي تخضع له سائر العقود الدولية فإذا تخلفت الإرادة طبق قانون محل صدور حكم التحكيم، حيث إعتد المشرع الجزائري على مبدأ سلطان الإرادة لتحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق

¹ د/ حفيفة السيد الحداد: مرجع سابق، ص 163، 164.

² المرجع نفسه، ص 165.

التحكيم وذلك ما يمكن استخلاصه من نص المادة 1019 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.¹

الفرع الثالث: آثار الإتفاق على التحكيم: إن إتفاق التحكيم كغيره من الإتفاقات يتمتع بقوة الإلزام والأصل أن قوة الإلزام تقوم في مواجهة أطرافه، وإذا ما تحققت للإتفاق قوته الملزمة قامت في مواجهة من يلتزمون به بالإلتزامات المحققة لمضمونه، والتي تتمثل في الإمتناع عن الإلتجاء إلى القضاء في شأن موضوع النزاع المحكّم فيه أو الإلتجاء إلى هيئة تحكيم للفصل فيه، حيث يترتب على هذا الإتفاق اثران مختلفان، الأثر الأول وهو ما يعرف بالأثر الإيجابي وفقا له يتعين على الأطراف أن تحترم التعهد الصادر عنها، وتعهد بالمنازعات المتفق بشأنها على التحكيم إلى هيئة التحكيم، أما الأثر الثاني الذي يربته إتفاق التحكيم فهو ما يعرف بالأثر السلبي، حيث يمنع على أطراف الالتهاء إلى المحاكم الوطنية من أجل الفصل في المنازعات المتفق على حلها بواسطة التحكيم.² وهذا الأخير هو ما سنركز عليه في دراستنا هذه وذلك كما يلي:

البند الأول: إلتزام الأطراف بإحالة المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم إلى

المحكّم: تتحدد آثار العقد وفقا لما إتجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين في العقد، فتكون بنود العقد هي محور تحديد معالم التحكيم المتفق عليه غير أن الأمر ليس دائما بهذه السهولة، فقد تكون عبارات الإتفاق غامضة لا تفصح عن معنى محدد وقد تكون في العبارات في جزء منها ما يشير إلى عدم مطابقتها للإرادة المشتركة للمتعاقدين، أو إلى أن المتعاقدين قد قصدا بها معنى غير معناها الظاهر وفي هذه الحالة يحتاج الأمر إلى تفسير بحثا عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين التي يتحدد بها معالم التحكيم.

¹ تنص المادة 1019 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على: " تطبق على الخصومة التحكيمية الاجال

والاوضاع القانونية المقررة امام الجهات القضائية ما لم يتفق الاطراف على خلاف ذلك."

² د/ حفيظة السيد الحداد: مرجع سابق، ص213.

ينترتب على إتفاق التحكيم الدولي بوصفه العقد الذي تتعهد الأطراف فيه، بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم بواسطة المحكمين وليس بواسطة قضاء الدولة، كما أن تفسير غموض عبارات عقد التحكيم يخضع إلى مجموعة من الضوابط المنطقية بعضها يتعلق بتحديد معنى الألفاظ ومداهها، مثال قاعدة أن الأصل في الكلام الحقيقة فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا اذا تعذر حمله على معناه الحقيقي، وقاعدة ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله وقاعدة المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقد دليل التقييد نصاً أو دلالة، وقاعدة نصوص العقد يفسر بعضها بعض، أما ضوابط البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين خارج عبارات العقد مثالها طبيعة التعامل وما ينبغي أن يقوم من أمانة وثقة بين المتعاملين والعرف الجاري في المعاملات.¹

يلزم إتفاق التحكيم الأطراف بأن تعهد بالمنازعة الناشئة بينهم والمتفق على حلها بواسطة التحكيم إلى المحكم،² وهو إلترام ناتج عن القوة الملزمة لهذا الإتفاق وأن هذا الإلتزام يجب تنفيذه عينياً من المسائل المستقرة والتي لا تثير جدلاً، وقد قررت معاهدة نيويورك المتعلقة بالإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، في المادة 02 / 01 على أن تعترف كل دولة متعاقدة بإلتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف، بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم، بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم، وهو ما أكدته إنفاقية بشكل غير مباشر من خلال التنظيم الدقيق لعملية تعيين المحكم.³

الواقع أن هذا الإلتزام يتطلب من أجل ضمان فعاليته وإحترامه أن يكون نكوص أحد الأطراف عن إلتزامه مقترناً بإمكانية إلتزامه بالتنفيذ العيني الجبري، من خلال مباشرة إجراءات

¹ د/ مصطفى محمد الجمال، د/ عكاشة محمد عبد العال: مرجع سابق، ص 539، 538.

² المادة 1012 فقرة 02 التي تنص على: " يجب أن يتضمن إتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم اذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه، يستبدل بغير بأمر من رئيس المحكمة المختصة."

³ د/ حفيظة السيد الحداد: مرجع سابق، ص 216.

التحكيم على الرغم من إمتناع الطرف عن المشاركة في إجراءاته، وهناك دول تقوم بتعيين محكم وذلك بإنشاء هيئة مختصة تتولى مهمة تعيين هذا المحكم بدلا من الطرف الذي تقاسم عن تنفيذ إلتزامه.¹

البند الثاني: إلتزام الأطراف بعدم اللجوء للقضاء للفصل في موضوع النزاع

محل التحكيم: سبق القول أن إتفاق التحكيم يترتب عليه أثنان أحدهما سلبي والآخر إيجابي الذي تم التطرق إليه في الفرع الأول من هذا المطلب، أما الأثر السلبي فيتمثل في إلتزام أطراف منازعة التحكيم بالإمتناع عن اللجوء إلى القضاء للفصل في موضوع النزاع محل التحكيم، وهذا الإلتزام هو إلتزام إرادي يقيمه الطرفان بإرادتهما المشتركة، فإذا ما أخل أحد الأطراف بالإلتزام ورفع دعواه أمام القضاء جاز للطرف الآخر أن يدفع هذه الدعوى بسبق الإتفاق على التحكيم.

إن الدفع بسبق الإتفاق على التحكيم يثير العديد من التساؤلات تتمثل في طبيعة هذا الدفع هل هو من النظام العام وهل يجوز للمحكمة تحكم به من تلقاء نفسها إذا تبين لها أن الخصوم سبق لهم الإتفاق على التحكيم؟ وما إذا كان للمدعى عليه الحق في التمسك به في أي حالة تكون عليها الدعوى؟ سيتم الإجابة على هذه الأسئلة وذلك على النحو التالي:

تحدد طبيعة إلتزام أطراف منازعة التحكيم بعدم اللجوء للقضاء للفصل في موضوع المنازعة المتفق بشأنها باللجوء للتحكيم، بأنه إلتزام نشأ بإتفاق الأطراف ويخضع للإرادة المشتركة لأطراف منازعة التحكيم، وعليه فإن أطراف منازعة التحكيم لهم الحرية في التخلي عن هذا الإلتزام بإتفاق مماثل يقضي بالتخلي عن إتفاق التحكيم هذا من الناحية النظرية، غير أنه ومن الناحية العملية فإن الإتفاق اللاحق على إتفاق التحكيم والقاضي بالتخلي عن إتفاق التحكيم لا يكون بهذا البساطة، إذ عادة ما يتم معالجة هذا الموضوع في إطار خصومة حقيقية معروضة أمام القضاء مما يضيف عليها كثير من التعقيد.²

¹ د/ حفيفة السيد الحداد: مرجع سابق، ص220.

² د/ مصطفى محمد الجمال، د/ عكاشة محمد عبد العال: مرجع سابق، ص510.

غالب ما يلجا الطرف الذي يريد التحل من إتفاق التحكيم بعدم عرض النزاع أمام القضاء إلى رفع دعواه أما القضاء منكرًا لإتفاق التحكيم، ولا صعوبة في هذا الإطار إذا ما بادر خصمه إلى الدفع أمام المحكمة بسبق الإتفاق على التحكيم، إذا في هذه الحالة سوف تمتنع المحكمة من نظر الدعوى إذا تأكدت من صحة اتفاق التحكيم، ولكن الأمر سيكون أكثر صعوبة في حالة قيام المدعى عليه بتقديم دفاعه الموضوعي في الدعوى أمام المحكمة، ثم يعود بعد ذلك في مرحلة لاحقة ويدرك أهمية التمسك بإتفاق التحكيم في مواجهة خصمه، ويدفع بسبق الإتفاق على التحكيم بل قد يتراخى عن تقديم هذا الدفع إلى حين صدور الحكم في النزاع من محكمة الدرجة الأولى فيقدمه أمام محكمة الاستئناف.

إن سكوت المدعى عليه عن الدفع بالإتفاق على التحكيم وتقديم دفعه في الموضوع يعبر عن إرادته الضمنية في التخلي عن الإلتزام المتبادل بعدم الإلتجاء إلى القضاء، أو على الأقل يفيد بالتنازل عن حقه في التمسك بهذا الإلتزام في مواجهة خصمه، فلا يجوز له بعد التطرق لموضوع النزاع إثارة هذا الدفع لأن هذا الدفع مصدره الإرادة المشتركة للأطراف ولا يتعلق بالنظام العام، وبالتالي يجوز التنازل عن إتفاق التحكيم سواء صراحة أو ضمنا كما يسقط الحق فيه لو أثير متأخرا بعد التطرق لموضوع النزاع، وهذا الإعتبار ذاته يؤدي إلى القول بأن المحكمة ملزمة بالفصل في موضوع الدعوى إذا تخلف أحد الأطراف في التمسك بالدفع بالإتفاق على التحكيم.

إن الأخذ بفكرة التنازل الضمني على النحو السابق يترتب عليه أمران: الأول وهو أن قيام أحد أطراف إتفاق التحكيم برفع دعواه أمام القضاء، يعني نزوله عن التمسك بالإلتزام خصمه بالإمتناع عن الإلتجاء إلى القضاء، والأمر الثاني أن تكلم خصمه "المدعى عليه" في موضوع هذه الدعوى يعني نزوله هو الآخر عن التمسك بالإلتزام المدعي نفسه بعدم الإلتجاء إلى القضاء.¹

أما فيما يتعلق بماهية الدفع بسبق الإتفاق على التحكيم فإن التساؤل يثور حول حقيقة هذا الدفع، هناك من يقول بأنه دفع بعدم الإختصاص إذا أن إتفاق الطرفين على عدم طرح النزاع على القضاء، وإقرار المشرع لهذا الإتفاق يجعل النزاع خارجا عن إختصاص القضاء غير أنه يؤخذ على هذا الإلتجاه أن إختصاص كل المحاكم تحدده نصوص القانون ومن المسلم به أن هذا

¹ د/ مصطفى محمد الجمال، د/ عكاشة محمد عبد العال: مرجع سابق، ص512.

الإختصاص من النظام العام لا يجوز الخروج عليه ، كما أن القضاء يبقى مختص بالفصل في النزاع محل إتفاق التحكيم، وهو ما يتحقق من خلال الفصل في كافة المسائل التي لا يحول التحكيم دون رفعها إلى القضاء.¹

الدفع بعدم القبول: إن الدفع بإتفاق التحكيم هو دفع بعدم قبول الدعوى لأن الإتفاق على التحكيم ليس له القدرة على إخراج النزاع من إختصاص القضاء وإنما يستهدف مجرد إقامة مانع مؤقت من قبول الدعوى أمام القضاء رغم كونه مختص بها من الأصل، ورغم إستمرار إختصاصه لها أثناء مسيرة التحكيم وبعد إنتهاء هذه المسيرة، وهو بإقامة هذا مانع إنما يقيد حق الطرفين في الإلتجاء إلى القضاء أو حق كل منها في الدعوى والنتيجة المنطقية لهذا أن تصبح الدعوى غير مقبولة أمام القضاء مادام المانع من القضاء موجودا.

غير أنه من الناحية النظرية يتعين التمييز بين ما يسمى حق اللجوء إلى القضاء أو حق التقاضي وبين حق الدعوى بالمعنى الدقيق، فالحق الأول ليس حقا فرديا وإنما هو بالأحرى حرية من الحريات العامة المكفولة للكافة، والتي لا تقبل التقييد من جانب الأفراد لإتصالها المباشر بالنظام العام، أما حق الدعوى فهو حق فردي بإعتبار أن الدعوى هي وسيلة الفرد لحماية حقوقه، ومن ثم فالقانون لا يعترف بالحق في الدعوى إلا لصاحب الحق فيها لكن إتفاق التحكيم لا يمس بهذا الحق في ذاته الذي يبقى قائم رغم إتفاق التحكيم، وإنما يقتصر أمره على تعديل كيفية ممارسته بتعديل إجراءات ممارسة الحق في الدعوى، ولا يمس هذا الحق في ذاته بالتقييد أو التحديد والنتيجة المنطقية لذلك هي أن تظل الدعوى مقبولة في ذاتها رغم وجود شرط التحكيم.

أما من الناحية العملية فإن القول بأن الدفع بإتفاق التحكيم هو دفع بعدم القبول من شأنه أن يؤدي إلى نتائج لا تليق بهذا الدفع، فالدفع بعدم القبول هو من الدفع الموضوعية التي يجوز إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، وهذا مخالف لما هو عليه الحال في إتفاق التحكيم الذي يلزم أثاره قبل التطرق لموضوع النزاع وإلا سقط الحق في التمسك به (كدفع شكلي).

¹ مصطفى محمد الجمال، د/ عكاشة محمد عبد العال: مرجع سابق، ص516-519.

في حين يرى أنصار نظرية الدفع ببطان المطالبة القضائية: ينتمي هذا الدفع إلى مجموعة الدفوع الإجرائية التي تؤسس على عيب موضوعي في الإجراء، وعليه فإن المطالبة القضائية هي إجراء وأن هذا الإجراء هو عمل قانوني يتكون من عناصر موضوعية كالإرادة والأهلية والمحل والإختصاص، وأخرى شكلية تتمثل في الشكل الذي وضعها القانون لها، ووظيفة إتفاق التحكيم هي الحيلولة دون المطالبة بالحق المتنازع عليه عن طريق القضاء، ومن ثم فالمطالبة بالحق بعد الإتفاق على التحكيم أو رغم هذا الإتفاق تكون باطلة، وسبب البطلان هو إفتقاد هذا الإجراء (المطالبة القضائية) عنصر من عناصره الموضوعية والمحل، وعلى هذا فإن الدفع بالإتفاق على التحكيم يكون خاضعا للقواعد المتعلقة ببطلان الإجراءات لعيب موضوعي فيها، لا يجوز التمسك إلا لمن شرع لمصلحته وهو المدعى عليه في هذه الحالة ويجوز له التنازل عنه، ولا يكون قاطعا للتقادم.¹

لا شك أن هذا الرأي يؤدي إلى نتائج تتسجم مع طبيعة الإلتزام السلبي بعدم اللجوء إلى القضاء الناشئ عن إتفاق التحكيم، ولكن هذا الرأي هو الآخر لم يسلم من النقد إذا أن الدفع ببطلان المطالبة القضائية يتعين أن يكون له سبب راجع إلى هذه العريضة سواء بياناتها وعناصرها ولا يجوز أن يترتب على أمر خارج عنها كإتفاق التحكيم، ثم إن الإتفاق على التحكيم قد لا يتحقق إلا بعد رفع الدعوى وتوافر كافة مقتضياتها الموضوعية والإجرائية، فكيف يتأتى القول ببطلان صحيفة الدعوى لسبب لاحق لإستكمالها لكافة مقوماتها، وبالرغم من وجهة هذه الانتقادات إلا أنها لا تصيب صميم الفكرة التي بنيت عليها هذه النظرية.²

المطلب الثاني: القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه

الأصل في أي عقد من العقود أن يكون خاضعا لقانون معين ينظمه من شروط إنعقاده إبتداء إلى غاية تنفيذ ما يترتب عليه من إلتزامات ينفذها الأطراف، ولا يشذ عقد التحكيم عن هذا الأصل إلا أن عقد التحكيم له خصوصية تميزه عن باقي العقود الأخرى، إذا من المتصور أن

¹ مصطفى محمد الجمال، د/ عكاشة محمد عبد العال: مرجع سابق، ص520، 523.

² المرجع نفسه، ص524.

يكون عقد التحكيم بين أطراف من جنسيات مختلفة أو قد ينتمون بجنسيتهم لنظام قانوني معين، ومع ذلك قد يتفق الأطراف على إخضاع المنازعات الناشئة عن عقد التحكيم لنظام قانوني آخر غير القانون الوطني للأطراف، الأمر الذي يثير مسألة تنازع القوانين التي تحكم عقد التحكيم وأن كان هناك من ينادي بوجوب عزله عن كل قانون، وإسناد برمته إلى إرادة المتعاقدين لتكون هي المصدر الوحيد للإلتزام الذي يتضمنه، سواء فيما يتعلق بالإجراءات الواجب إتباعها أو حتى القانون الذي يحكم موضوع النزاع.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم: يقصد بإجراءات

التحكيم القواعد الإجرائية الواجبة الإلتباع منذ تشكيل هيئة التحكيم إلى غاية صدور القرار الذي يفصل في المنازعة، وأن أولى الأسئلة التي تطرح في سياق النظام القانوني الواجب التطبيق فيما يتعلق بقضاء التحكيم، تتعلق بتحديد القانون المختص بنظر أول عناصر التحكيم بداية إنعقاد الجلسات، نظام الإثبات... الخ، حيث لا مناص من وجوب إرتباط الإتفاق التحكيمي بتشريع معين الذي قد يكون قانون وطنيا أو إتفاقية دولية، وإنطلاقا من إعتبار الإتفاق التحكيمي مجرد عقد فإن المبدأ السائد في التحكيم التجاري الدولي يشير إلى تطبيق قانون الإرادة على هذا الإتفاق، ولا يحد منه سوى قيود تنسب إلى إعتبرات النظام العام، أما فيما يتعلق بشكل الإتفاق فإنه يخضع لقانون محل إبرام الإتفاق التحكيمي فيما يتعلق بشكل الإتفاق.¹

لا تعتبر مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم مسألة نظرية بل أنها ذات أهمية عملية وذلك من ناحيتين، الأولى هي أن القانون المختص سيمثل مرجع الأطراف والمحكمين والذي يزودهم بمجموعة القواعد اللازمة لحسم المسائل الإجرائية التي تثور أثناء الخصومة، أما الثانية فتعود إلى وجود الإختلافات المتعددة ما بين النظم الوطنية فيما يتعلق بالمسائل الإجرائية، مما يعني أن المشكلة قد تثور أمام القاضي الذي سيطلب منه تنفيذ الحكم

¹ د/ وفاء مزيد فلحوط: النظام القانوني الواجب التطبيق في اطار التحكيم التجاري الدولي، المؤتمر السنوي 16

للتحكيم التجاري الدولي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق، 28-30 افريل 2008، ص551.

التحكيمي أو يطعن أمامه بذلك الحكم بحجة صدوره من هيئة لم تشكل طبقا للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات أو أنه صدر طبقا لإجراءات مخالفة لهذا الأخير.¹

إن مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم قد تثور أمام القاضي الذي يطلب منه تنفيذ الحكم التحكيمي، أو يطعن أمامه بذلك الحكم بحجة صدوره من هيئة تحكيم لم تشكل طبقا للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات، حيث تعددت الآراء الفقهية في مسألة تحديد القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم، إلا أن أبرزها قد تمحور حول رأيين الأول يذهب إلى الإقرار بقانون إرادة الأطراف، بينما الإتجاه الآخر يغلب قانون مقر التحكيم وذلك كما يلي:

البند الأول: قانون الإرادة: يذهب أنصار هذا الإتجاه ومن بينهم فليب فوشار إلى أن

تحديد القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم، يتم بالرجوع إلى القانون الذي يختاره أطراف التحكيم ليحكم إجراءات سير المنازعة المطروحة للتحكيم، وذلك راجع لطبيعة نظام التحكيم بإعتباره قضاء إتفاقي يعتمد في الأساس على إتفاق الخصوم،² حيث يبدو من هذا الرأي تغليب الطبيعة الإتفاقية للتحكيم على طبيعته القضائية، ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد هو أهمية الدور الذي تلعبه إرادة الأطراف في تحديد قانون الإجراءات في معرض العقود الخاضعة للإجراءات التحكيم الإلكتروني، صعوبة تركيز العقد جغرافيا وعليه تبرز أهمية التعويل على إرادة الأطراف لحسم القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم.³

الأصل أن لأطراف التحكيم الإتفاق في عقد التحكيم على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم لنظر النزاع، ويجوز للأطراف الإتفاق على القانون الذي يحكم الإجراءات في إتفاق لاحق قبل بدء الخصومة أمام المحكّمين،⁴ ويكون لهم في ذلك الحرية المطلقة في تحديد

¹ د/ وفاء مزيد فلحوط: المرجع نفسه، ص553.

² د/ ابو زيد رضوان: مرجع سابق، ص95.

³ د/ وفاء مزيد فلحوط: مرجع سابق، ص555.

⁴ د/ عبد الحميد المنشاوي: التحكيم الدولي والداخلي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2014، ص65.

الإجراءات دون التقيد بقواعد الإجراءات في القانون الوطني، شرط عدم تعارض هذه الإجراءات المتبعة مع المبادئ الأساسية للتقاضي وتلك المتعلقة بالنظام العام.¹

كرست العديد من الإتفاقات الدولية مبدأ قانون الإرادة لتحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم ومن بينها نجد إتفاقية جنيف الخاصة بالتحكيم لعام 1923 حيث نصت في المادة الثانية من الإتفاقية على أن إجراءات التحكيم بما فيها تشكيل محكمة التحكيم تخضع لإرادة الأطراف ولقانون البلد الذي يجري فيه التحكيم، حيث أعطت الإتفاقية الأولوية في التطبيق لقانون الإرادة، كذلك الأمر بالنسبة لإتفاقية نيويورك بشأن الإعراف بأحكام المحكمين الأجانب وتنفيذها لعام 1958 التي إعترفت بقانون الإرادة دون غيره، حيث نصت المادة 05 فقرة 1د، إلى رفض الإعراف بالحكم لتحكيمي وتنفيذه فيما لو كان تشكيل محكمة التحكيم أو إجراءات التحكيم لا تطابق إتفاقية الأطراف.

كذلك الأمر بالنسبة لقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي فقد نصت المادة 19 على أنه يكون للطرفين حرية الإتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها، وفي حالة غياب إتفاق الأطراف تطبق هيئة التحكيم القانون الذي تراه مناسب، وهو نفس موقف إتفاقية تسوية منازعات الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى واشنطن 1965، بينما ميزت إتفاقية جنيف للتحكيم لعام 1961 بين التحكيم الخاص (الحر) الذي يطبق على إجراءاته قانون الإرادة الأطراف، بينما يطبق على التحكيم المؤسسي قواعد لائحة هيئة التحكيم.²

تخضع الإجراءات أمام محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس لنظام هذا المركز وفي حالة إغفاله يخضع سير الإجراءات للقواعد التي يحددها الأطراف أو تحدها محكمة التحكيم نفسها، في حين تنص المادة 13 من نظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي على خضوع إجراءات التحكيم إلى لائحة المركز ما لم يتفق على خلاف ذلك، كما تنص المادة 1/5 من قواعد محكمة لندن للتحكيم على أن الأطراف يمكن أن يتفقوا على

¹ د/ فتحي والي: التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الاولى، منشأة المعارف، 2007، ص295.

² د/ وفاء مزيد فلهوط: مرجع سابق، ص559.

إجراءات التحكيم وفي حالة عدم وجود إتفاق تتمتع المحكمة بسلطة تحديد الإجراءات الواجبة
الاتباع لضمان الفصل النهائي للنزاع.¹

غير أن حرية الطرفين في الإتفاق على الإجراءات لا تمتد إلى المبتدئ الأساسية في مجال
الإجراءات كمبدأ المساواة بين الخصوم، مبدأ المواجهة والعلانية، ومبدأ ضمان حق الدفاع، فهذه
المبادئ تعتبر من النظام على نحو لا يجوز معه للطرفين المساس بها باتفاق بينهما، ولذلك فهي
تكون واجبة التطبيق تطبيقاً مباشراً على الرغم من وجود مخالف لها.²

البند الثاني: قانون مقر التحكيم: بالإضافة إلى قانون الإرادة فإن هناك إتجاه آخر
وهو قانون مقر التحكيم، على إعتبار أن قانون المحل يحكم شكل التصرف أصبح بمثابة عرف
شائع في إطار التحكيم التجاري الدولي،³ كما أن حصول التحكيم في دولة معينة خاصة إذا كان
نتيجة إتفاق الأطراف يعد من المؤشرات التي قد تسهم في تحديد القانون الواجب التطبيق على
إجراءات التحكيم، ويرى أنصار هذا الإتجاه أن التحكيم ذو طبيعة قضائية وبالتالي يقيد
الإستقلال المطلق للإرادة الخصوم في إختيار قانون إجراءات التحكيم ويرجح قانون محل
التحكيم.

في هذا الإتجاه يرى الأستاذ G.sousser Hall أنه إذا وقع إختيار أطراف النزاع على
قانوننا وطنياً ليحكم النزاع، يجرم ذلك بالضرورة إلى إختيار دولة هذا القانون مكاناً لإجراء
التحكيم، وبالتالي سريان قانون هذه الدولة على إجراءات التحكيم حتى يكون هذا التحكيم بمجمله
خاضعاً لقانون واحد، أما إذا إنصب إختيار الأطراف على مكان التحكيم وحده فإن ذلك يعني
وجوب إختصاص قانون دولة مكان التحكيم على إجراءات المنازعة،⁴ كما أن إحترام القواعد

¹ د/ محمود مختار احمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007،
ص102.

² د/ مصطفى محمد الجمال، د/ عكاشة محمد عبد العال : مرجع سابق، ص686.

³ د/ وفاء مزيد فلحوط: مرجع سابق، ص552.

⁴ د/ ابو زيد رضوان: مرجع سابق، ص96.

الإجرائية في بلد مقر التحكيم يجنب خطر التعارض مع مقتضيات النظام العام في ذلك البلد، ويسهل مهمة المحكم في بعض المسائل الإجرائية كشهادة الشهود وإتخاذ الإجراءات الوقتية بمساعدة السلطات القضائية، بعبارة أخرى أنه كفيل بتأمين صحة إجراءات سير المنازعة في ضوء أحكامه وذلك لتأمين أكبر قدر من فرص تنفيذه.¹

الواقع أن تغليب أحد الخيارين (قانون الإرادة، قانون مقر التحكيم) ليحكم إجراءات التحكيم بشكل منفرد ومطلق، أمر غير مجدي في كثير من الأحيان حيث أن تطبيق قانون الإرادة كثيرا ما يصطدم ببعض العقبات من بينها عدم الإختيار أو غيابه أصلا، الأمر الذي يستدعي البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف وإتباع ما يسمى بنظرية المؤشرات التي يقول بها G.sousser Hall، كما أن القانون المختار قد لا يستوعب أحيانا كافة المسائل الإجرائية التي تثيرها المنازعة مما يستوجب على المحكمين البحث عن قانون محل التحكيم لتكملة هذا النقص، في حين يرى الأستاذ محمود احمد مختار بريري أنه لا يصح فرض قانون مكان التحكيم ليحكم إجراءات التحكيم، بل لابد من ترجيح قانون الإرادة وعليه لابد في بداية الأمر ترك الأمر لإتفاق الأطراف على أن يتم اللجوء إلى قانون مقر التحكيم كخيار في حالة عدم الإتفاق.²

البند الثالث: تقرير حرية المحكمين في إختيار أو تكملة القواعد الإجرائية

سير المنازعة: قد لا يتفق الأطراف في منازعة تحكيم الحالات الخاصة على القواعد التفصيلية للإجراءات سيرها، وقد لا يختارون قانون معين ليحكم إجراءات سير هذه المنازعة وإنما يتركون هذا الأمر إلى المحكمين أنفسهم لتحديد تلك الإجراءات على ضوء ما قد يرونه مناسبا بخصوص النزاع المطروح على التحكيم، وقد تكون الحرية التي تقرر لمحكمين في هذا الشأن نتيجة للخلاف الذي ينشب بين طرفي الخصومة بخصوص القواعد الإجرائية، في كل هذه الحالات من سلطة هيئة التحكيم تحديد قانون إجراءات التحكيم، ومثال ذلك التحكيم الذي جرى بين شركة أرامكو وبين المملكة السعودية إذ نص في المادة 4 من إتفاق التحكيم على أن محكمة التحكيم هي التي تحدد بنفسها القواعد الإجرائية التي تتبعها.

¹ د/ وفاء مزيد فلحوط: مرجع سابق، ص562.

² د/ محمود مختار احمد بريري: مرجع سابق، ص94، ص95.

كما تقر بعض لوائح هيئات ومراكز التحكيم التي قد يختارها الأطراف بحرية المحكم في تحديد أو تكملة الإجراءات الواجب إتباعها، مثال ذلك القواعد النموذجية الخاصة بإجراءات التحكيم الصادرة عن الأمم المتحدة 1956، ولائحة محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الخارجية في ألمانيا وكذلك بولندا... الخ، كما إعترف قضاء التحكيم التجاري الدولي بأن المحكمين يعملون في هذا الشأن سلطتهم التقديرية في إختيار القواعد الأنسب موضوعيا لحكم إجراءات التحكيم كما هو الحال في قضية التحكيم بين الحكومة الليبية وبين شركة texaco calasiatic للبتترول سنة 1977.¹

تختلف القواعد القانونية التي تحكم اجراءات سير المنازعة باختلاف نوع التحكيم هل هو من تحكيم الحالات الخاصة، حيث يعتبر اطراف المنازعة في تحكيم الحالات الخاصة بمثابة مشرعين لأنفسهم اذ يمكنهم طبقا لمبدأ سلطان الإرادة اختيار القانون الذي يحكم النزاع، أو تحكيما تتولاه هيئات أو مراكز تحكيم دائمة كما يمكن الأطراف تعديل الإجراءات الواجب إتباعها في التحكيم الحر بما يجعلها أكثر مرونة، غير أن مبدأ سلطان الإرادة في إختيار القانون الذي يحكم النزاع غالبا ما يفقد جوهره خاصة عندما نكون أمام منازعة تحكيم خاضعة لشروط احد العقود النموذجية الدولية، أو قواعد التي تحددها لوائح هيئات التحكيم الدائمة، كذلك الأمر في حالة عدم الإختيار الصريح للخصوم لأي قانون يحكم الإجراءات.

يبدو من واقع التحكيم أن قانون محل التحكيم يلعب دورا إحتياطيا أو مساعدا إلى جانب قانون الإرادة، فالأفضلية هي لقانون الذي يختاره أطراف النزاع ولا مجال لقانون مقر التحكيم في حال الإختيار الواضح والصريح، وقد يقع الإختيار الصريح على قانون دولة مكان التحكيم ويتم تطبيقه في هذه الحالة بناء على إرادة الخصوم، أما في حالة غياب هذا الإختيار الصريح فيكون اللجوء إلى تطبيق قانون دولة مكان التحكيم أمرا يفرضه الواقع، وذلك أما بسبب تفسير للإرادة الضمنية المبني على إختيارهم لمكان التحكيم أو هيئة أو مركز دائم للتحكيم، أو أن يكون هذا

¹ د/ ابو زيد رضوان: مرجع سابق، ص 103.

القانون هو الأنسب موضوعيا بإعتبره قانونا محايدا أو قانون دولة المحكم الذي سيكون أكثر إماما به من غيره،¹

بالرجوع لموقف القانون الجزائري فإنه يتحدد من خلال نص المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تقضي²، بأن تخضع الخصومة التحكيمية من حيث قانون الذي يحكم الإجراءات إلى قانون الإرادة الذي إتفق عليه أطراف النزاع، وفي حال غياب ذلك الإتفاق فإن قانون الذي يحكم الإجراءات يخضع لقانون مقر التحكيم.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع: نظرا للخصوصية

التي تتميز بها عقود التجارة الدولية والمتمثلة في الطابع التجاري للعلاقة العقدية ذات العنصر الأجنبي، فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود أعطى مفاهيم جديدة فرضتها ظروف وملابسات التجارة الدولية، مما أدى إلى عدم ملائمة القواعد والنظم القانونية الوطنية المختلفة التي تعنى بتنظيم العقود الداخلية.³

تقوم نظام التحكيم على مبدأ حرية أطراف العلاقة القانونية في إختيار وسيلة تسوية منازعاتها سواء ما تعلق بالهيئة التي تقوم بعملية التحكيم، أو القواعد واجبة التطبيق على سير الإجراءات أو موضوع التحكيم، ولا شك أن حرية الإختيار هذه تجعل الأطراف يشعرون

¹ د/ ابو زيد رضوان: مرجع سابق، ص 99.

² المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على: "يمكن أن تضبط في إتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها مباشرة أو إستنادا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في إتفاقية التحكيم.

وإذا لم تنص الإتفاقية على ذلك تتولي محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة او استنادا إلى قانون او نظام تحكيمي."

³ د/ بلاق محمد: قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2015، ص 57.

بالإستقرار القانوني حيث أن نظام التحكيم يحررهم من الشكليات والإختلاف في الآراء والقواعد الوطنية التي تختلف من دولة إلى أخرى.¹

يرتكز إهتمام المتعاملين في ميدان التجارة الدولية بصفة جوهرية على معرفة القانون الذي يحمي مصالحهم، ويتحقق ذلك من خلال تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود، باعتبار هذا الأمر مسألة أولية ذهنية لازمة وضرورية لكل مسألة ذات طبيعة دولية يراد البحث لها عن حل، حيث تلعب قاعدة تنازع القوانين الخاصة بعقود التجارة الدولية (قانون إرادة الأطراف) دورا كبيرا في حل هذا الإشكال، وعليه فإن مسألة تنازع القوانين من المسائل العملية الهامة في عقود التجارة الدولية.²

إن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الذي يجري فيه التحكيم ليس بالسهولة التي نتوقعها، فالأمر لا يقتصر على مجرد الفصل بين منهجين أي منهج القواعد المادية وقواعد التنازع، وإنما الأمر يتطلب معرفة ما إذا كان الأطراف يملكون الحرية في إختيار القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه أم لا؟ وفي حال عدم إختيارهم للقواعد القانونية التي بناء عليها يتم الفصل في النزاع المحكم فيه، هل المحكم يلجأ إلى القواعد الاحتياطية الموجودة في أغلب قواعد الإسناد التي يراها ملائمة أم يلجأ مباشرة إلى التطبيق المباشر لقواعد القانون التجاري الدولي التي تشكل قانون إختصاصه، وماذا لو كان الأخير يشوبه النقص لمعالجة النزاع المطروح فهل يعود ثانية إلى قواعد التنازع لتحديد القانون المختص؟³ وللإجابة على هذه التساؤلات قسمت هذا الفرع إلى البندين التاليين:

البند الأول: حرية الأطراف في إختيار القانون الذي يطبق على النزاع المحكم

فيه: إستقر العمل في أغلب النظم القانونية الوطنية بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين وفقا للقانون،

¹ د/ نور حمد الحجايا: القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه، المؤتمر السنوي 16 للتحكيم التجاري الدولي،

جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق، 28-30 أبريل 2008، ص653.

² د/ بلاق محمد: المرجع السابق، ص56.

³ د/ نور حمد الحجايا: مرجع سابق، ص654.

وتخضع عقود التجارة الدولية في جانبها الموضوعي لما يسمى بقانون الإرادة الذي يكون للأطراف العقد حرية إختيار القانون الذي يحكمه، وبالتالي إستبعد المشرع الجزائري فكرة العقد بدون قانون وفكرة القانون المختار المنقطع الصلة بالعقد أو المتعاقدين، وبالتالي محاربة ظاهرة الغش نحو القانون.¹

أصبح الدور الذي يلعبه قانون الإرادة لا يستهدف إلا تأكيد وضمان إحترام التوقعات المشروعة للمتعاقدين بإستخدامه لتحديد القانون الواجب التطبيق من ناحية، ومانحا للأطراف فرصة التحكيم في هذا القانون من ناحية أخرى فأصبح للمتعاقدين الحق في أن يخضعوا عقدهم لحكم قانون وطني معين، أو أن يخضعوه لأكثر من قانون مع إمكانية إستبعاد أي قانون وطني وإخضاعه للمبادئ العامة في القانون وهو ما يعبر عنه بمبدأ الإرادة في العقود الدولية.²

إن حرية إختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع المحكم فيه ما هي إلا تطبيق لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين المتعارف عليها في نظرية العقود، فهذه الحرية لا شك تدفع الأطراف نحو إختيار القانون الملائم الذي يتفق ورغباتهم وتوقعاتهم ويحقق لهم الأمان المتطلب في المعاملات الدولية، وبموجب هذه الحرية يستطيع الأطراف إختيار القانون أو القواعد القانونية التي تحكم منازعاتهم المحتملة منذ لحظة التعاقد، كما يجوز لهم تعديل القانون السابق إختياره مع مراعاة حقوق غير، شرط أن لا يؤدي ذلك التعديل إلى إبطال العقد الذي نشأ صحيحا وفق القانون الذي تم إختياره سلفا، وأن لا يكون المقصود من التغيير التحايل على القواعد القانونية الأمرة في القانون السابق.

ولما كان إختيار المتعاقدين لقانون العقد يتم بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين فإنه يتعين تقييد هذه الحرية في إختيار قانون العقد، بلزوم توافر صلة جادة وحقيقية بين هذا الأخير وبين العقد أو بينه وبين المتعاقدين أو مصلحة مشروعة، بالإضافة إلى إحترام الأطراف للقواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام في القانون المختار المراد تنفيذ حكم التحكيم فيها والقواعد القانونية

¹ المادة 18 من القانون المدني الجزائري: " يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين، اذا كانت له صلة حقيقة بالمتعاقدين او بالعقد. " التأكيد من نص المادة بعد التعديل.

² د/بلاق محمد: المرجع السابق، ص58.

المتعلقة بالنظام العام الدولي، وإلا فإن مصير هذا الحكم هو عدم التنفيذ،¹ فإذا إنعدمت هذه الشروط فإن ذلك يعتبر قرينة على التهرب من القانون واجب التطبيق على العقد وغشا نحوه، وعليه تكون الإرادة قد تخطت دائرة التنازع التي تعمل في إطارها مما يشكل خرقاً لأهداف تلك القاعدة.²

من المتصور خاصة في مجال عقود التجارة الدولية أن يضع الأطراف تنظيمًا خاصًا وقواعد منتقاه تواجهه على نحو واقعي ما قد ينشأ من منازعات، هم الأقدر على تصورها وعلى وضع ما يلائمها من حلول مبتكرة لا تجد مصدرها في قانون معين، وإنما في إرادة الأطراف مباشرة كما يلجأ الأطراف إلى المزج بين عدة مصادر، فينشئون قانون عقدهم من مجموعة من القواعد المستخلصة من تشريعات وطنية أو أجنبية أو يكرسون العادات والأعراف المتعلقة بموضوع العقد، أو الإحالة إلى القواعد والشروط التي تتضمنها وثيقة عقد نموذجي، ففي كل هذه الصور لا توجد أي إشارة لتطبيق " قانون دولة معينة " وهي الصورة الأخرى التي قد تتخذها إرادة الأطراف عند تحديد ما تلتزم الهيئة بإعماله عند التصدي للفصل في موضوع النزاع.

كما قد تتجه إرادة الأطراف المتعاقدة إلى إختيار بشكل صريح " قانون دولة معينة " ليكون الفصل في النزاع وفقا لما تضمنه أحكام هذا القانون، وهذا يعني أنه لا مجال للأخذ بالإحالة في الحالة التي يختار فيها المتعاقدين قانونا معين، ولسبب وراء ذلك يكمن في أن الأطراف عندما يختارون قانونا ليحكم خلافاتهم، فمن المفترض أنهم اختاروه على أساس أنه الأقدر على حسم نزاعهم فهو يحقق مصالحهم، ولو كان الأطراف يريدون إختيار القانون الذي تشير اليه قاعدة الإسناد في القانون المختار من قبلهم لاختاروا ذلك مباشرة إستنادا إلى قانون الإرادة، وإطلاق النص يسمح بإختيار أي قانون سواء كان قانون وطني أو أجنبي وهو إطلاق يتسق وحالات التحكيم الدولي، وأن كان يصعب تصور تطبيق قانون أجنبي على علاقة وطنية يدور النزاع فيها في إطار علاقة وطنية محلية بحت، ولكن ليس هناك مانع على الأقل من الناحية النظرية.³

¹ د/ نور حمد الحجايا: مرجع سابق، ص 656.

² د/ بلاق محمد: المرجع السابق، ص 66.

³ د/ محمود مختار أحمد بريري: المرجع السابق، ص 131.

إن الإختيار الصريح للقواعد القانونية (يشمل كل من القواعد القانونية الوطنية والقواعد القانونية الدولية على حد سواء) واجبة التطبيق في العقد الأصلي أو في إتفاق مستقل يلقي على عاتق المحكّم كقاعدة عامة واجب تطبيق القانون المختار، لكن إذا لم يقر الأطراف بالتحديد الصريح للقواعد القانونية التي تحكم النزاع المحكّم فيه، فإن المحكّم يستطيع أن يستخلص الإختيار الضمني للقواعد القانونية من ظروف العقد والقرائن التي تعبر بوضوح عن إرادة المتعاقدين، وإلا كان حكمه باطلا، تأسيسا على أن هيئة التحكيم تستمد ولايتها من طرفي التحكيم ولا تلتزم إلا بما يتفقان عليه، غير أنه لا يفهم من ذلك أن أعضاء هيئة التحكيم يمثلوا طرفي التحكيم وإنما مهمتهم تتجاوز التمثيل إلى الفصل في النزاع.¹

البند الثاني: دور المحكّم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع

النزاع: قد لا تتفق الأطراف المتنازعة على قانون معين يمكن اللجوء إليه بشكل صريح، وفي غياب إختيار الخصوم صراحة لقانون وطني معين لحكم موضوع المنازعة التي تطرح على التحكيم، فإن ثمة مشكلة على درجة من الأهمية بل والصعوبة تثور أمام المحكّم الدولي، وهي التصدي لبيان ما اذا كان أطراف الخصومة قد إستظهروا نيتهم في إخضاع موضوع المنازعة لقانون معين، واذا كان من المستقر عليه في قضاء التحكيم التجاري الدولي أن المحكّم يتمتع في هذا الصدد بقدر من السلطة التقديرية، إلا أنها سلطة تقف عند ضرورة إستظهار المحكّم لمؤشرات موضوعية ومعقولة لهذه الإرادة المفترضة أو الإرادة الضمنية في كل حالة على حدها وفق لظروف الحال.²

في الحقيقة أن دور المحكّم في هذه الحالة لا يمكن تشبيهه بدوره في تحديد القانون أو القواعد القانونية التي تحكم النزاع المحكّم فيه عند سكوت الأطراف عن تحديده أو تحديدها، ولكن في المقابل لا يمكن إنكار الدور الذي يلعبه للكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف، حيث أنه لا يجوز اللجوء إلى تطبيق القانون الأوثق صلة بالنزاع إلا اذا تأكد من غياب الإرادة الضمنية للأطراف، ونظرا لخطورة الدور الذي يؤديه المحكّم في مثل هذه الحالة لا بد من ناحية

¹ د/ نور حمد الحجايا: مرجع سابق، ص 657.

² د/ ابو زيد رضوان: مرجع سابق، ص 136.

من بيان كيفية الوقوف على الإرادة الضمنية لأطراف، ومن ناحية أخرى لابد من تحديد حريته في الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف.

أولاً: كيفية الوقوف على الإرادة الضمنية للأطراف: يستطيع المحكم الوقوف على الإرادة الضمنية لأطراف منازعة التحكيم، وعليه التأكد من وجود الإرادة الضمنية للأطراف من خلال القرائن أو ظروف وملابسات أكيدة، لا تترك مجالاً للشك في دلالتها على الإرادة الحقيقية للأطراف وذلك لتحديد القانون الذي يحكم النزاع، وذلك من الأخذ بعين الاعتبار لمجموعة من المؤشرات من بينها:

-التحليل الموضوعي لموضوع النزاع والوقوف على ظروف وملابسات الحال.

-القرائن الذاتية المستمدة من أطراف النزاع مثل جنسيتهم المشتركة، أو موطنهم المشترك، أو تلك المستمدة من موضوع النزاع، أو استخدام بعض التعابير والمفاهيم التي لا توجد إلا في نظام قانوني معين.

-القرائن الخارجية كتلك المستمدة من مكان إبرام الإلتزام الأصلي أو مكان تنفيذه.¹

ثانياً: حرية المحكم في الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف: يتمثل جوهر عمل المحكم الدولي في التصدي لتبيان القانون الذي يحكم موضوع المنازعة في حالة غياب الإختيار الصريح لمثل هذا القانون، ويتحقق البحث عن القانون من خلال مؤشرات توطين العقد وهي عديدة، وتلك مسألة تختلف فيها النظم القانونية، لاسيما حول القيمة المرجحة لهذا المؤشر أو ذلك عند إستظهار الإرادة الضمنية لأطراف الخصومة بشأن البحث عن القانون الذي يحكم موضوع النزاع، وذلك بالنظر إلى أن المحكم الدولي على خلاف القاضي الوطني لا يتقيد بقانون إختصاص، ومن ثم فإن مساحة هذه التأثيرات ستكون بالضرورة أوسع من تلك التي يتعرض لها القاضي الوطني.

¹ د/ نور حمد الحجايا: مرجع سابق، ص 671.

يمكن القول بأن تبني المحكم الدولي لأي من مؤشرات الإرادة الضمنية سيكون بمثابة إجتهد شخصي لهذا المحكم أو ذلك، وقد لا يكون هذا الإجتهد سيئا في حد ذاته إلا بقدر ما يكون فيه "تجاهل" لواقع المنازعة المطروحة على التحكيم، ولتفادي ذلك فإنه يتعين على المحكم الدولي وهو إذ يتصدى لهذه المسألة من خلال واقع العلاقة، البحث عن رابطة موضوعية يمكن الاطمئنان معها على أن الأطراف هي في الواقع إرادة مفروضة من واقع ظروف الحال، وليست إرادة "مقنعة" للمحكم نفسه.

إن مؤشرات الإرادة الضمنية أو المفترضة التي يتصدى المحكم للبحث من خلالها على القانون الذي يحكم موضوع المنازعة التي تطرح على التحكيم هي في واقع الأمر مؤشرات عديدة منها ما يمكن أن يطلق عليه بالمؤشرات العامة مثل قانون محل إبرام العقد وقانون محل التنفيذ، ذلك أن التنفيذ يمثل الهدف النهائي للعقد ومن ثم فيجب أن يعتبر محل التنفيذ هو المحل الحقيقي للتعاقد، وليس محل إبرام العقد لأن الصدفة كثيرا ما تحدد مكان إبرام العقد على عكس الحال بالنسبة لمكان التنفيذ¹، وهناك مؤشرات خاصة مثل محل إقامة المتعاقدين وموضوع العقد مكان التحكيم، ومؤدى هذه المؤشرات على إختيار القانون الأنسب لحكم موضوع منازعتهم فيما لو كان قد قدر لهم إختيار مثل هذا القانون صراحة²

يتمثل موقف المشرع الجزائري في إعتقاد نفس المنهج الذي إعتدته أغلب التشريعات الدولية³، فأخذ بمبدأ قانون الإرادة حيث أعطى المشرع الجزائري للأطراف الحرية الكاملة في إختيار القانون الذي يطبقه المحكمون على المنازعات التي تثور بشأن عقود التجارة الدولية، حيث نصت المادة 1050 فقرة 01 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانون الذي إختاره الأطراف..."، وعبارة "قواعد القانون" تنصرف

¹ د/أحمد عبد الحميد عشوش: التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الإستثمار، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990، ص41.

² د/ ابو زيد رضوان: مرجع سابق، ص137.

³ أنظر المادة 1/28 من قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم لسنة 1985، والمادة 02 من إتفاقية روما لسنة 1980، والمادة 1/7 من إتفاقية جنيف المتعلقة بالتحكيم التجاري.

إلى إختيار قانون وطني معين كما يشمل قواعد قانونية غير وطنية مثل المبادئ العامة للقانون،
القواعد التجارية الدولية.

في حالة عدم الإختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق فإن المحكم يبحث عن الإرادة
الضمنية التي تعتبر إرادة فعلية حقيقية لم يتم إعلان عنها ولكنها موجودة فعلا يجب فقط
الإستدلال عليها، فبالرجوع إلى المادة 2/60 من القانون المدني الجزائري¹ نجد أن تكرر فكرة
الإرادة الضمنية إلى جانب الإرادة الصريحة، كذلك الأمر بالنسبة للمادة 18 من نفس القانون
التي تنص على خضوع العقد لقانون الإرادة.

ثالثا: القيود الواردة على حرية الأطراف وهيئة التحكيم في تحديد القانون

الواجب التطبيق على موضوع النزاع: يجب على الأطراف عند إختيارهم القانون الذي يحكم
نزاعهم أن يقوموا بإختياره بحسن نية وأن لا يخالف هذا القانون النظام العام، فهل يقصد
بالإختيار بحسن نية توافر صلة بين القانون المختار وموضوع النزاع أم يكفي تحقق المصلحة
المشروعة من ذلك الإختيار؟ للإجابة على هذه الأسئلة سيتم التطرق لمعالجة مسألة الصلة بين
القواعد المختارة وموضوع النزاع، والنقطة الثانية نناقش فيها القيد المتعلق بالنظام العام.

¹ المادة 60 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري تنص على: "... ويجوز أن يكون التعبير عن إرادة ضمنا إذا

لم ينص القانون او يتفق الطرفان على أن يكون صريحا."

1- الصلة بين القواعد القانونية المختارة وموضوع النزاع:¹ ذهب بعض الفقهاء²

وأيدهم في ذلك بعض الإتفاقات³ إلى عدم تقييد حرية الأطراف عند إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المحكم فيه بضرورة توافر صلة بين القانون المختار والنزاع، وإذا ما إختار الأطراف القواعد القانونية واجبة التطبيق على النزاع المحكم فيه بأنه يجب على المحكم أن يطبق القواعد المختارة دون أن يصح إختيار الأطراف بحجة أنه لا توجد صلة بين القانون المختار والنزاع، والقول بغير ذلك من شأنه أن يخل بالإستقرار القانوني ويتنافى مع المبدأ القاضي بإحترام توقعات الأفراد، وفي المقابل ذهب إتجاه آخر من الفقه إلى القول بضرورة توافر صلة حقيقية بين القانون المختار والنزاع، وإذا ما إنعدمت تلك الصلة فإنه يحق للمحكم أن يستبعد القانون المختار ويحدد بدوره القانون الواجب التطبيق.

في حين يذهب إتجاه ثالث إلى القول بضرورة توفر صلة فنية بين القانون المختار والنزاع بحيث لا يكون النزاع مقطوع الصلة بالقانون الذي يحكمه، لذلك يكفي أن توجد صلة فنية بينهما وهذه الصلة الفنية تتحقق في مجال التجارة الدولية كان يتم تحرير العقد في صورة نموذجية متعارف عليها لتجارة معينة في قانون محدد، ومن هذا القبيل العقود التي وضعها إتحاد تجارة المطاط والقطن، فقد ورد النص في هذه العقود على إخضاعها للقانون الإنجليزي، وكذلك الحال بالنسبة لوثيقة تأمين اللويدر مثلا بوصفها من العقود النموذجية التي تخضع للقانون الإنجليزي،

¹ د/ نور حمد الحجايا: مرجع سابق، ص 657.

² يرى أنصار النظرية الشخصية بوجب اطلاق حرية لإطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم دون قيد او شرط.

³ أنظر المادة 02 من اتفاقية روما لسنة 1980، التي لم تشترط أن يكون هناك ارتباطا بين النزاع والقانون المختار، بالإضافة إلى المادة 1/28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لم تشترط أي رابط بين القانون المختار والنزاع وبنفس إتجاه ذهبت المادة 07 من اتفاقية القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع لسنة 1986.

وإذا إستبعد الأطراف صراحة نصوصا معينة من القانون المختار فلا يجوز لهيئة التحكيم تطبيقها حتى ولو بإسم النظام العام.¹

في حين ترى الدكتور نور حمد الحجايا أنه يكفي أن يكون للأطراف مصلحة مشروعة في إختيار القواعد القانونية التي تحكم نزاعهم ولو لم يكن هذا القانون على صلة بالنزاع الذي يحكمه، وفي هذه الحالة يجب على المحكم أن يطبق القانون المختار وإلا يكون مخالف لمهمته، وعليه فإن القيد الذي يرد على حرية الأطراف عند إختيار القانون أو القواعد القانونية التي تحكم النزاع المحكم فيه، تتمثل في أن يتم إختيار ذلك القانون أو القواعد القانونية بحسن نية وعليه لا يجوز الإتفاق على إختيار قانون دولة ما بهدف الهروب من القواعد الموضوعية الأمرة في القانون الأكثر ملائمة لحكم النزاع وإلا فمن حق المحكم إستبعاد هذا الإختيار.²

2- النظام العام: إن حق الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع

النزاع أمر واقع في المعاملات التجارية الدولية، وهو أمر مسلم به ي فقهاء وقضاء التحكيم التجاري الدولي، غير أن إطلاق حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق قد لا يرتبط بصلة بموضوع النزاع وهو ما يمثل غش نحو القانون، وكذلك الأمر فإن المحكم عند تطبيقه القانون المختار من الأطراف لابد أن يأخذ بعين الإعتبار القواعد الأمرة للبلد الذي أبرم فيه العقد وكذلك النظام العام للبلد الذي يحتمل أن ينفذ فيه القرار التحكيمي، إلا أن المحكم مقيد بعدم مخالفة أحكام القانون المختار من قبل الأطراف للنظام العام، القواعد ذات التطبيق الفوري.³

أ- النظام العام: إن أهم عقبة تواجه تطبيق قانون الإرادة هي فكرة النظام العام التي تشكل قيد عام على هذه الإرادة، حيث يشكل النظام العام الركيزة الأساسية والمصلحة العامة التي يقوم

¹ د/ منير عبد المجيد: الاسس العامة للتحكيم التجاري الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، لإسكندرية، 2000، ص259،258.

² د/ نور حمد الحجايا: مرجع سابق، ص660.

³ الموهاب فيروز: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماجستير في

الحقوق، كلية الحقوق جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2008/2009، ص120.

عليها النظام الاجتماعي، السياسي، الإقتصادي، والأخلاقي في قانون القاضي، وكلما تغلبت في المجتمع النزعة الفردية أطلقت حرية الأطراف وكفت الدولة عن التدخل في شؤونهم، فيتسع مبدأ سلطان الإرادة ويضيق دور النظام العام والأداب والعكس صحيح، وعلى هذا الأساس يصعب تحديد تعريف للنظام العام نظرا لكونها فكرة وطنية مرنة تختلف باختلاف الدول بل أنها تختلف في الدولة الواحدة بتغير الزمن.¹ والنظام العام بهذا المعنى نوعان نظام عام داخلي، والنظام العام الدولي، وسيتم بيان ذلك كما يلي:

***النظام العام الداخلي:** يهدف النظام العام الداخلي إلى حماية قوانين الدولة ومنع الأطراف من الإتفاق على مخالفتها، والنظام العام الداخلي يشكل قيودا على حرية الأطراف وقيودا على إرادتهم التي يستبدها متى كانت مخالفة له، ونظرا لكون المحكم ليس له قانون إختصاص وغير مقيد بقانون محلي فهو لا يصدر قراره باسم هذه الدولة أو تلك، وإنما يستمد لسلطته من الطبيعة الخاصة للوظيفة التي يمارسها بإعتباره قاض من نوع خاص، فهو يقوم بالفصل في النزاع إستنادا إلى إرادة الأطراف النزاع الدين إختاروه بمحض إرادتهم، وعليه فهو غير ملزم بإحترام المفاهيم الوطنية ويكون ملزما فقط بإحترام المفاهيم الدولية، ولهذا فإن النظام العام الداخلي لا يطبق أمام المحاكم التحكيمية بل أمام محاكم الدول، الأمر الذي يطرح التساؤل حول مدى إلتزام المحكم بتطبيق قواعد قانون محل التنفيذ؟

أنقسم الفقه في الإجابة على هذا التساؤل إلى قسمين فالإتجاه الأول يرى بأن المحكم ليس بحارس للنظام العام في بلد التنفيذ وغير مكلف من قبل الدولة بتطبيق قوانينها، كما أن مسألة تنفيذ حكم التحكيم ليست من إختصاص المحكم إضافة إلى صعوبة معرفة هذا القانون مسبقا، كما أن هذا الأمر يصعب تطبيقه في حال كانت للمحكوم عليه أموال تتوزع بين مجموعة من الدول، فكيف للمحكم أن يطبق جميع هذه القوانين في حال كان ثمة تعارض فيما بينها.

في حين هناك إتجاه (فوشار) آخر يرى أنه على المحكم إلتزام أخلاقي بالسهر على تأمين الفعالية التنفيذية لقرار الذي يصدر عنه، وأن يعمل على إستخدام كل ما من شأنه أن يجعل هذا القرار بعيدا عن الإبطال أو رفض التنفيذ، وهو ما يحقق فعالية التحكيم وتعزيز ثقة الدول بنظام التحكيم، لدى على المحكمين إحترام قواعد النظام العام الدولي وكذلك عليه عند إصدار حكم

¹ الموهاب فيروز: المرجع السابق، ص121.

التحكيم مراعاة قواعد النظام العام وقوانين البوليس في مكان التنفيذ وذلك لمنح ثقة أكبر بمراكز التحكيم وفعالية قرارات التحكيم، وقد تعزز هذا التوجه من خلال المادة 35 من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية، الذي تحدث عن وجوب بذل المحكمين قصارى جهدهم لإصدار قرار قابل للتنفيذ قانوناً.¹

تنص المادة 05/أ/ب من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الإعراف وتنفيذ قرارات التحكيم على حق الدولة رفض الإعراف وتنفيذ قرار التحكيم إذا تبين لها في أن الإعراف أو تنفيذ قرار التحكيم ما يخالف النظام العام فيها، الأمر الذي يدفع المحكم للحرص على مراعاة أحكام النظام العام في الدولة التي يتوقع تنفيذ حكمه فيها، حتى يكون حكمه قابلاً للتنفيذ فيها لأن عدم تنفيذ قرار التحكيم بحجة مخالفة النظام العام سوف لا يشجع على اللجوء إلى التحكيم. ساير المشرع الجزائري ما إستقرت عليه الإتفاقات الدولية حيث نصت المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتم الإعراف بالقرارات التحكيمية في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها وكان هذا الإعراف غير مخالف للنظام العام الدولي، إذ يجب على القاضي الجزائري عند الإعراف وتنفيذ القرارات التحكيمية هو مراعاة النظام العام بالمفهوم الدولي وليس الداخلي، وإلا تعرض أمر القاضي بالإعراف أو تنفيذ قرار التحكيم للطعن بالإستئناف وهذا ما تقضي به المادة 1056 فقرة 06.

2-النظام العام الدولي والنظام العام عبر الدولي: تتسم فكرة النظام العام بالمرونة وتختلف من دولة إلى أخرى، ومن شأن التوسع في الأخذ بالنظام العام يشكل قيد على تنفيذ العديد من أحكام التحكيم خاصة في المجال الدولي، الأمر الذي يقتضي ضرورة التقييد من فكرة النظام العام الوطني والبحث عن نظام عام دولي وعدم التقييد بالنظام العام الداخلي، وعليه يمكن تصور تطبيق أحكام التحكيم حتى ولو كان مخالف للنظام العام الداخلي في دولة التنفيذ، طالما أنه غير مخالف للنظام العام الدولي.

أ-النظام العام بمفهوم القانون الخاص: أن دور النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص ينحصر في إستبعاد القانون الأجنبي المخالف للمفاهيم والأسس الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع القاضي، ومنه ما الغاية من تطبيق هذا النوع من النظام العام أمام التحكيم خاصة

¹ الموهاب فيروز: المرجع السابق، ص125.

أن المحكم لا يملك قانون إختصاص يعود اليه لتحديد مدى التعارض القانون الأجنبي مع المفاهيم السائدة في قانون إختصاصه، ذلك أن كل القوانين تعد أجنبية بالنسبة له وفي ذات المرتبة من حيث إمكانية تطبيقها، وعليه فإن إحترام قواعد النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص والتي لا تعد من قواعد النظام العام عبر الدولي ولا من قواعد البوليس، مقصور على قواعد النظام العام المنتمية لقانون الدولة التي سينفذ فيها القرار التحكيمي، بمعنى آخر يكون على المحكم تطبيق قواعد النظام العام الدولي في الدولة التي سنفذ فيها قرار التحكيمي.¹

ب-النظام العام عبر الدولي: يمثل هذا النوع من النظام العام الجانب الأمر في القواعد القانونية عبر الوطنية والذي لا يجوز للمتعاملين في مجال التجارة الدولية مخالفة احكامه، وأن كان وجود هذا النظام مازال محل نقاش في الفقه حيث جاء في دورة معهد القانون الدولي سنة 1989 الخاصة بالتحكيم بين الدول والشركات الأجنبية، أقرت وجود نظام عام دولي حقيق ينبغي إحترامه من قبل المحكمين والأطراف، وفي حكم صادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس سنة 1984 فقد إمتنع المحكمين عن تطبيق القانون السوري وتم إستبعاده والذي يقضي بمقاطعة الشركات التي تتعامل مع إسرائيل رغم أنه يعد من قوانين البوليس التي تتصل بصميم النظام العام السوري، وذلك راجع لتعارض هذا القانون مع مبدأ حرية التجارة ومبادئ عدم التمييز والتي تتصل في تقديرهم بالنظام العام الحقيقي الذي يتعين على المحكمين تغليبها على النظام العام الداخلي.²

مما سبق يتضح ضرورة وجود نظام عام دولي يتيح للمحكم اللجوء إلى نظام عام مستقل عن الأنظمة العامة الوطنية، لأن محتوى النظام العام الوارد في القانون الدولي الخاص ذو عنصر اجنبي، ونظرا لكون المحكم ليس له قانون إختصاص وليس بحارس للأنظمة العامة الوطنية على خلاق القاضي الوطني، ومنه يتضح ضرورة وجود نظام عام دولي حقيقي مشترك بين الأمم ويسمو على الأنظمة العامة الوطنية، وهو ما يشكل محل خلاف فقهي بين مقر ومنكر لوجود النظام العام عبر الدولي وسيتم بيان موقف كل اتجاه كما يلي:

¹ الموهاب فيروز: المرجع السابق، ص129، ص130.

² المرجع نفسه، ص130.

ج-الإتجاه المنكر لوجود نظام عام عبر دولي: يستند هذا الإتجاه إلى القول بأن هذا النظام ليس إلا تعبيراً عن نظام قانوني فوق الدول لمجتمع دولي مؤلف من أشخاص وهذا المجتمع غير موجود الآن، ويرى بأنه بإستطاعة الأنظمة القانونية الداخلية أن تقدم نفس الحلول الأمر الذي يجعل فائدة وجوده محل شك، كما أنه لا يمكن القول بوجود نظام عام دولي حقيقي فالنظام العام دائماً وطنياً، لأنه يتحدد وفقاً لمعايير مستمدة من المجتمع الداخلي، كما يؤكد الأستاذ محمود مختار بريري أنه لا مبرر للتفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام عبر الدولي في مجال العلاقات الاقتصادية فالنظام العام يكتسي صبغة وطنية دائماً لا يصح تجاهلها تحت ستار فكرة غامضة قالت بها الدول المتقدمة لإهدار مصالح الدول النامية، ولن يتسنى القول بوجود نظام عام دولي حقيقي إلا عندما تتلاشى هذه الهوة التي تفصل بين دول العالم المتقدم والدول النامية¹

د-الإتجاه المؤيد لنظام عام عبر دولي: إقتضت ضرورة التجارة الخاصة الدولية نشأة بعض القواعد التي تحكم العلاقات الدولية بين التجار، ويرجع مصدر هذه القواعد إلى الأعراف التجارية السائدة بين التجار في مجال التجارة الدولية وكذلك المبادئ المستخلصة من نصوص العقود النموذجية التي درج هؤلاء على إتباعها في هذا المجال، أقرت بعض أحكام التحكيم الحديثة نسبياً بمبدأ النظام العام عبر الدولي حيث عمد المحكمون في قرار الصادر في نزاع بين شركة فرنسية وأخرى إسبانية أثرت فيه مسألة تطبيق قانون المنافسة في الاتحاد الأوروبي، إلى إعتبار أن قواعد هذا الأخير يشكل جزء من النظام العام عبر الدولي، كذلك الأمر بالنسبة للمشرع الجزائري الذي نص صراحة على فكرة النظام العام الدولي وذلك في المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وفي هذا الإتجاه يذهب الأستاذ ابو زيد رضوان إلى القول بعد تطابق فكرة النظام العام الداخلي في كل الأحوال أو الحالات مع فكرة النظام العام على الصعيد الدولي ولاسيما في مجال التحكيم التجاري بإعتباره قضاءاً للتجارة الخارجية يعفيها من الخضوع للقواعد الصماء في القوانين الداخلية، التي قد لا تستجيب بالضرورة لمعطيات التبادل التجاري على الصعيد الدولي، كذلك

¹ د/ محمود مختار احمد بريري: مرجع سابق، ص134.

فإنه من ناحية أخرى يبدو من الصعب القول بتحديد جوهر ملموس لفكرة النظام العام بمفهومه الدولي، رغم قناعتنا بأن هذه الفكرة بدأت على الصعيد الدولي تأخذ معنى حقيقي وجدي بعيدا إلى حد ما عن المعنى الحرفي لفكرة النظام العام في القوانين الداخلية.

إذ يمكن التساؤل هل تعني فكرة النظام العام بمفهومه الدولي القانون الطبيعي على المستوى العالمي، أم مبادئ العدالة العالمية أو الأخلاق أو مبادئ ما يسمى بالدول المتحضرة كما يزعم البعض، أم مبادئ العدالة المطلقة، ومع ذلك يمكن القول بأن فكرة النظام العام الدولي تعني القواعد المعيارية والتي تعتبر بمثابة الحد الأدنى أو القياسي التي يفرضها واقع المجتمع الدولي لحماية حقوق الإنسان.¹

3- **القواعد ذات التطبيق الفوري (قواعد البوليس):** إن إطلاق الحرية للأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق يمكن الأطراف من إختيار قانون لا يتم بصلة للنزاع، غير أن القوانين المقارنة تعرف نوع من القواعد القانونية تتميز بحتمية التطبيق المباشر على العلاقات الداخلة في مجال تطبيقها، فهي تعتبر بمثابة صمام الضمان الذي تدخل فيه الأنظمة القانونية الداخلية للحد من إطلاق مبدأ سلطان الإرادة في مجال العلاقات الخاصة الدولية وذلك حماية للأطراف الضعيفة أو المصالح الأولى بالرعاية، ومن بينها القواعد المتعلقة بالرقابة على سعر الصرف وعمليات البنوك وقيود الاستيراد والتصدير والجمارك بالإضافة إلى قوانين الخاصة بحماية المستهلك... الخ والتي يتعين تطبيقها مباشرة دون النظر إلى إنتمائها للقانون العام أو الخاص.

الأصل إطلاق سلطان هيئة التحكيم إلى أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري وعدم تقييدها إلا بقيد واحد، وهو أن لا يترتب عليها مفاجأة للمتعاقدين ومن ثم كلما كان هؤلاء يتوقعون أعمال قاعدة البوليس أو يفترض فيهم ذلك، كان على هيئة التحكيم أعمال قواعد التطبيق الفوري ولو ترتب على أعمالها إستبعاد القانون المختار ولو جزئيا.²

¹ د/ ابو زيد رضوان: مرجع سابق، ص 119، ص 120.

² الموهاب فيروز: المرجع السابق، ص 138.

إن مشروعية المصلحة المحمية بقانون البوليس في ضوء قواعد النظام عبر الدولي من شأنها أن تعزز مشروعية تطبيق هذا القانون، وإذا كان الأمر كذلك هل يشترط لتطبيق قواعد البوليس مطابقته للنظام العام عبر الدولي؟

إن القول بالتطابق المطلق بين قواعد البوليس وقواعد النظام العام عبر الدولي يجعلها غير ذي فائدة، لأن تطبيق قواعد النظام العام عبر الدولي يكفي وحده لتحقيق الأهداف التي تتوخاها قواعد البوليس، وهو ما يدفعنا إلى القول بأن التطابق المطلق غير مطلوب بين قواعد النظام العام عبر الدولي وقواعد البوليس الأجنبية، بل أنه يكفي أن لا يكون مخالفاً لأحكام النظام العام عبر الدولي، وعليه يمكن التمييز بين ثلاث حالات:

- يكون فيها قواعد البوليس متوافقة مع النظام العام عبر الدولي بشأن المصلحة المحمية وفي هذه الحالة تكون اسباب تطبيق قواعد البوليس قوية، ويؤدي ذلك ليس إلى حماية مصالح الدولة وإنما أيضاً مصالح وقيم عالمية تشكل حمايتها قاعدة من قواعد النظام العام عبر الدولي.
- تكون قواعد قانون البوليس مخالفة لقانون النظام العام عبر الدولي بشأن المصلحة وفي هذه الحالة لا يمكن تطبيق قواعد البوليس بسبب سمو النظام العام عبر الدولي.

- تحمي قواعد البوليس مصلحة غير مخالفة للنظام العام عبر الدولي وفي نفس الوقت داخلية في نطاقه، في هذه الحالة لا يوجد ما يمنع من تطبيق قانون البوليس.

وفي كل الأحوال فإن الممارسة العملية للمحكّمين تواترت على الامتناع عن تطبيق قوانين البوليس الأجنبية عندما تكون مخالفة للنظام العام عبر الدولي في ثلاث حالات تتمثل في:

أ- مخالفة النظام العام عبر الدولي: إستقر العمل عند أغلب المحكّمين على الإمتناع عن تطبيق قواعد البوليس عند مخالفة مفهومها أو هدفها مع أحكام النظام العام عبر الدولي، وهذا الإستبعاد يجد تبريره بإعتبار أن المحكّم حارس لهذا النوع من النظام الذي يعد قانون اختصاص المحكّم.

ب- مخالفة مبدأ حسن النية: يشمل مبدأ حسن النية مبدأ أساسياً في ميدان التحكيم في إطار التجارة الدولية، وعليه فقد إعتاد المحكّمون على إستبعاد القوانين الداخلية بسبب مخالفتها لمبدأ حسن النية مثل القوانين الداخلية التي تحظر على الدولة اللجوء إلى التحكيم.

ج- مخالفة التوقعات المشروعة للأطراف: اعتاد المحكّمون على إستبعاد قواعد البوليس متى كانت مخالفة لتوقعات الأطراف، بمعنى أن قواعد البوليس لم تكن داخلية في حساباتهم عند

إبرامهم للعقد، ويوجد هذا الأمر أساسه في الطابع الاتفاقي للتحكيم الذي يفرض على المحكمين والذي يستمد سلطته من إرادة الأطراف.

4- الغش نحو القانون: يقصد به التحايل على ضوابط قواعد التنازع بقصد التهرب من تطبيق القانون الواجب التطبيق، وهو أمر كثير الوقوع في العقود التجارية الدولية لأن قاعدة الإسناد تتوقف على إرادة الأشخاص، وذلك راجع إلى طبيعة عقود التجارة الدولية باعتبارها عقود إرادية يترك فيها للأطراف حرية إختيار القانون الواجب التطبيق تكريسا لمبدأ سلطان الإرادة، ويترتب على توافر شروط الدفع بالغش نحو القانون إستبعاد القانون المختار بحرمان التصرف المشوب بغش من أي أثر قانوني، وعدم الإحتجاج بالأثر الذي أراد المتعاقدان الحصول عليه عن طريق الغش، ويتوقف الدفع بالغش نحو القانون على توافر شرطين هما:

أ- تغيير ضابط إسناد بطريقة مشروعة: يتحقق الدفع بالغش نحو القانون عندما يتم تغيير إرادي لضابط الإسناد بطريقة مشروعة، ولكن القصد منها هو التوصل إلى هدف غير مشروع يتمثل في التهرب من أحكام القانون المختص بإستبعاده، ويتحقق ذلك في مجال التحكيم بإعتبار أن ضابط الإسناد فيه من الضوابط التي يكون للإرادة الأطراف دور حاسم في تحديدها، فيتحقق الغش عن طريق خلق ظروف معينة من قبل الأطراف من أجل الوصول إلى تطبيق قانون آخر غير القانون المختص.

ب- وجود سوء نية: بالإضافة إلى تغيير ضابط الإسناد بقصد استبعاد القانون المختص لابد من توافر إرادة الأطراف للتحايل على القانون أي أن هناك سوء نية في هذا التغيير، أي أن يلجأ الأطراف إلى إصطناع العنصر الأجنبي بقصد التهرب من أحكام الأمرة في قانون الواجب التطبيق.

إن صدور حكم التحكيم يترتب عليه إنتهاء مهمة المحكم إذ عادة ما يلجأ الأطراف إلى تنفيذ حكم التحكيم بشكل رضائي وبحسن نية، غير أنه قد يمتنع الطرف الذي صدر حكم التحكيم لغير صالحه عن تنفيذه سواء بالمماثلة أو الرفض، فيكون الطرف الذي يهمله التعجيل أن يطلب من الجهة القضائية المختصة التنفيذ الجبري، ويكون ذلك بإضفاء الصيغة التنفيذية على الحكم التحكيمي، وإن كان في الأصل أن الحكم التحكيمي يتمتع بحجية الشئني المقضي فيه غير أنه يتمتع بالقوة التنفيذية، وبالرجوع للمادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن إمتناع أحد الأطراف عن التنفيذ الإرادي يكون للطرف الأخر طلب التنفيذ الجبري.

المبحث الثاني: إجراءات سير الخصومة التحكيمية في عقد الفرنشيز

إن التحكيم باعتباره وسيلة بديلة لتسوية المنازعات يتميز بطابعه الاتفاقي ومع ذلك فإن خصومة التحكيم يغلب عليها الطابع القضائي، كون الخصومة التحكيمية تخضع في مجملها لنفس الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية، حيث تتعدّد الخصومة التحكيمية بتبليغ أحد الأطراف عن رغبته في مباشرة إجراءات التحكيم إلى الطرف الأخر، ويمثل تبليغ أحد الأطراف للطرف الأخر في مباشرة إجراءات التحكيم بداية لخصومة التحكيم التي تتبعها إجراءات أخرى وهذا ما سيتم بيانه كما يلي.

المطلب الأول: تشكيل هيئة التحكيم

تتعدّد خصومة التحكيم بتصرف إرادي من أحد أطراف النزاع بإعلان رغبته في تحريك إجراءات التحكيم إلى الطرف الأخر وهيئة التحكيم، وهو إجراء يشبه الخصومة القضائية التي تتحقق بقيام أحد أطراف النزاع بتحرير عريضة الدعوى، وتسجيلها لدى كتابة ضبط المحكمة بعد إبلاغ الطرف الأخر بالدعوى ثم إنعقاد الإختصاص للقاضي للفصل في النزاع، غير أن إجراء التحكيم يختلف عن الدعوى القضائية إذ يتطلب بالإضافة إلى إعلان رغبة المدعي إلى الخصم في تحريك إجراء التحكيم، ضرورة طلب تشكيل هيئة التحكيم التي تختص بالفصل في النزاع وبالرغم من أن حكم التحكيم يعتبر عملاً قضائياً، فإنه يتميز بأن من يصدره ليس قاضياً معين من الدولة ضمن تنظيمها القضائي، وإنما يصدر من شخص يتم إختياره بالنسبة لكل تحكيم على حدا ويسمى محكم.¹

بما أن تشكيل هيئة التحكيم يرتبط في أحوال كثيرة بالفصل في نزاع معين أو قضية ما فإن معنى ذلك أنها تتسم بطبيعتها المؤقتة، بحيث ينتهي وجود هيئة التحكيم بإصدارها للحكم الفاصل في النزاع، كما أن تشكيلها يتوقف على إرادة المتعاقدين فذلك لا يعني أنها جهاز تابع لهم ذلك وإنما تؤدي وظيفة محايدة، أي أنها تتمتع باستقلال كامل قبلهم فمتى تم تشكيل المحكمة فإنه لا

¹ د/ فتحي والي: مرجع سابق، ص 197.

يمكن تعديلها حتى إصدار الحكم ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك،¹ وعليه فإن إختيار كل طرف لمحكم لا يعطيه الحق في عزل المحكم لأن المحكم يقوم بعمل قضائي وليس عمل وكيل، كما يمكن للمحكم أن يتبنى وجهة نظر مخالفة إذا كانت وجهة نظر من عينه في التحكيم لا تتفق ومبادئ العدالة²

الفرع الأول: كيفية إختيار هيئة التحكيم: سبق القول أن المبدأ الأساسي في تكوين

هيئة التحكيم هو إرادة الأطراف، فالأطراف في منازعة التحكيم هم الذين يشكلون هيئة التحكيم وينظمون ما تخضع له من أحكام، وتبدو إرادة الطرفين واضحة بالنسبة لحالة التحكيم الخاص ad hoc اذ يختار الأطراف فيه مباشرة أو بواسطة شخص من الغير محكما أو أكثر لنظر نزاع معين، فإن لإرادة الأطراف الدور الأساسي أيضا في التحكيم لأنهم يعبرون عن إرادتهم في إختيار المحكمين وفقا لنظام مركز التحكيم المختار، سواء نص نظام مركز التحكيم على أن إختيار المحكمين يتم من الأطراف أو بواسطة المركز.³

التحكيم نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضاتهم بمقتضى إتفاق خاص مكتوب يعهدون به إليهم تسوية منازعاتهم بحكم ملزم، ويرجع إختيار الأطراف للمحكمين إلى ثقتهم في عدالتهم وهو ما يشكل أساس إلتزامهم بالحكم الذي يصدره، غير أن إختيار الأطراف لأعضاء هيئة التحكيم قد لا يتحقق في كل الفروض، فقد لا يتفق هؤلاء على تعيين المحكم لاسيما اذا كان فردا أو كان محكما مرجحا في الفرض الذي يناط بهم إختياره، أو قد يتقاعس أحد الأطراف في إختيار محكم إبتداء أو تعيين بديل عنه في حال تنحيته أو عزله أو وفاته أو رده، ففي كل

¹ د/ خالد محمد القاضي: مرجع سابق، ص203.

² د/ عصام احمد البهجي: التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، الطبعة الاولى، دار الفكر العربي، 2014، ص94.

³ د/ فتحي والي: مرجع سابق، ص201.

الحالات السابقة يلزم تعيين سلطة محددة يباط بها مهمة تعيين هيئة التحكيم إنفاذا لإتفاق التحكيم وتحقيقا لفعاليتة¹، ومما سبق يتضح أن تعيين هيئة التحكيم يتم بطريقتين وذلك كما يلي:

البند الأول: إختيار هيئة التحكيم بواسطة الأطراف: هيئة التحكيم عنصر جوهري

في التحكيم لا يتصور قيامه بدونه، الأصل أن يتفق طرفا التحكيم على هيئة التحكيم وطريقة تشكيلها غير أن عدم إتفاقهما عليها لا يترتب عليه بطلان إتفاق التحكيم، لأن القانون وضع السبيل إلى تحديد هيئة التحكيم في حال تخلف إتفاق الأطراف على تحديدها، كما أن للطرفين حرية تحديد عدد المحكمين إذ يمكن أن يكون المحكم فردا واحدا، ومن الجائز تعدد المحكمين بشرط أن يكون العدد وترا (فردى) وإلا كان التحكيم باطل، ويلزم كذلك قبول هيئة التحكيم للمهمة الموكلة لها.²

تختلف التشريعات في تطبيق هذا الشرط -التشكيل الفردي لهيئة التحكيم- فبعضها يستلزم تعيين أعضاء هيئة التحكيم في عقد التحكيم بالإسم، والبعض الآخر يكتفي بتعيينهم بصفاتهم أو الإتفاق على كيفية إختيارهم، وهناك من يعتبر التعيين على هذا النحو أو ذلك ركنا أساسيا في إتفاق التحكيم لا يقوم بدونه، وبعضها الآخر لا يعتبر تخلف الأطراف في تعيين أعضاء هيئة التحكيم موجبا لإهدار إتفاقهما على مبدأ الإلتجاء إلى التحكيم، ويرى بوجود نقل سلطة تعيين أعضاء هيئة التحكيم من إختصاص الأطراف إلى إختصاص القضاء، ومما سبق يتعين التطرق في إختيار هيئة التحكيم إلى ثلاث نقاط اساسية وهي، العدد الفردي لأعضاء هيئة التحكيم، تشكيل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين وأخيرا تشكيل هيئة التحكيم بواسطة المحكمة.³

إذا كانت فكرة التحكيم تقوم على الثقة فهي ليست ثقة من أحد المتعاقدين في المتعاقد الآخر على نحو ما هو معروف في عقود الإعتبار الشخصي، وإنما هي ثقة من المتعاقدين معا في هيئة التحكيم من حيث خبرتها وحيديتها ومن ثما قدرتها على إعطاء النزاع حلا قانونيا

¹ د/ احمد عبد الكريم سلامة: مرجع سابق، ص614،

² د/ احمد ابو الوفا: التحكيم في القوانين العربية، طبعة 2015، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ص33.

³ د/ مصطفى محمد الجمال، د/ عكاشة محمد عبد العال: مرجع سابق، ص575.

وعادلا، ومن هنا إعترفت التشريعات والإتفاقات على تخويل طرفي الإتفاق على التحكيم الحرية الكاملة في إختيار هيئة التحكيم، ولا تضع عليها من قيد سوى أن يكون تشكيلها وترتبا تحسبا لحالة الإختلاف في وجهات النظر بين اعضائها.¹

إن الثقة في حسن تقدير المحكم وفي حسن عدالته هي في الأصل مبعث الإتفاق على التحكيم، حيث تنص أغلب التشريعات على حرية الأطراف في إختيار أعضاء هيئة التحكيم، وفي هذا الإطار ينص المشرع الجزائري بخصوص التحكيم الداخلي في المادة 1008 فقرة 2 والمادة 1012 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على ضرورة أن يتضمن شرط التحكيم أو إتفاق التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كفيات تعيينهم، وعليه فإن تعيين هيئة التحكيم يمكن أن يتم بتحديد إسم المحكم أو أسماء المحكمين على وجه التحديد، في حين أنه بالرجوع لنص المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنه لم يشترط تعيين المحكم في إتفاق التحكيم وإنما سمح للأطراف تعيين المحكم مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيم.

يمكن أيضا تحديد المحكم أو المحكمين بتحديد صفاتهم شرط أن تكون الصفة قاطعة الدلالة على شخص المحكم، كأن يقال نقيب المحامين الحالي أما إذا ذكر الإتفاق صفة معينة للمحكمن يمكن أن تتوفر في أكثر من شخص، كان يقال عضو نقابة معينة فإن التعيين يكون باطلا لعدم القدرة على تعيين أشخاص المحكمين في إتفاق التحكيم، ويمكن أن يشمل معنى أوسع، وذلك بإتفاق الأطراف على طريقة وكيفية تعيين المحكم أو المحكمين، كتخويل شخص بإسمه أو صفته مهمة تعيين المحكمين، أو تخويل جهة معينة مهمة المساعدة في تعيين المحكم الفرد أو المحكم المرجح، وعادة ما تكون هذه الجهة هي إدارة التحكيم النظامي التي إتفق على توليها التحكيم، أو قد تكون المحكمة المختصة بنظر النزاع سلطة تعيين المحكم أو المحكمين.² ويلاحظ في هذا الصدد أن المشرع في إتفاق التحكيم نص أسماء المحكمين وهو ما لم يتم ذكره في شرط التحكيم.

¹ د/ مصطفى محمد الجمال، د/ عكاشة محمد عبد العال: مرجع سابق، ص 575.

² المرجع نفسه، ص 587.

إن قيام التحكيم على الثقة التي يوليها الأطراف للمحكم لا يفرض أكثر من ترك الحرية الكاملة لهم في إختيار المحكم أو المحكمين الذين يرتضون حكمهم، فإذا لم يكن لهم خيار محدد وكانت لهم رغبة في اللجوء إلى التحكيم فلا محل لإبطال اتفاق التحكيم، إذا كان هناك طريق آخر بديل يحدده الأطراف أو يبينه القانون يمكن من خلاله تحديد هيئة التحكيم، وهذا ما تتجه أغلب التشريعات إلى اقراره من خلال ترك الحرية للأطراف لإختيار أعضاء هيئة التحكيم مباشرة بالإسم أو الصفة، أو عن طريق بيان الكيفية التي يتم بها إختيار هيئة التحكيم.

إن حرية إختيار أعضاء هيئة لا يقتصر على تشكيل الهيئة عند بداية النزاع وإنما يمتد كذلك في حالة إنتهاء صفتها أو صفة أحد أعضائها لعارض من العوارض، أو الحاجة إلى تعيين هيئة بديلة كما لو حكم برد الهيئة الأصلية حيث تنص المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على حالات الرد، أو إتفاق طرفا التحكيم على عزله وهذا ما تقضي به المادة 1018 فقرة 3 من نفس القانون.

غير أن حرية أطراف في إختيار هيئة التحكيم مقيدة بالطبع بما يقتضيه مبدأ المشاركة في الإختيار من قيامها بدور متساو في تحقيق ذلك، وعلى هذا الأساس يكون باطلا كل شرط يقضي بإستقلال أحد الأطراف بإختيار أعضاء هيئة التحكيم، أو يقضي بإختيار عدد من المحكمين يفوق العدد الذي يختاره الطرف الأخر، أو يقضي بإستقلال المحكم المختار من قبله بالفصل في موضوع النزاع في حال تخلف الطرف الأخر عن تعيين محكمه.¹

البند الثاني: إختيار هيئة التحكيم من قبل المحكمة: في حالة صعوبة أو عدم تعيين أطراف النزاع أعضاء هيئة التحكيم فإن ذلك لا يعد مانعا من إتمام التحكيم، وقرر لذلك المشرع إحلال المحكمة المختصة محل الأطراف في الإختيار، وتتمثل الحالات التي تستدعي تدخل المحكمة لتعيين المحكم في حالة إتفاق الأطراف على تشكيل هيئة التحكيم من محكم واحد ولم يتفقا على إختياره أو عجزا عن هذا الإختيار بعد إبرام إتفاق التحكيم، أو في حالة إتفق الطرفان على تشكيل هيئة التحكيم من ثلاث محكمين ولم يتفقوا على إجراءات أي محكم، فيقوم

¹ د/ مصطفى محمد الجمال، د/ عكاشة محمد عبد العال: مرجع سابق، ص 580.

كل طرف بإختيار محكم ويقوم المحكان بإختيار المحكم الثالث، ففي حالة عدم قيام أحد الأطراف بإختيار محكمه أو في حالة عدم إتفاق المحكمين على إختيار المحكم الثالث.¹

تطرق المشرع الجزائري لصلاحيه المحكمه في تعيين المحكم أو المحكمين ففي حالة التحكيم داخلي حيث تنص المادة 1009 في هذه الحالة على أنه، إذا إعتضت صعوبة تعيين هيئة التحكيم بفعل أحد الأطراف أو بسبب إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، فإنه يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمه التي يقع في دائرة إختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه، وإذا كان شرط التحكيم باطلا أو غير كافي لتشكيل محكمة التحكيم يعاين رئيس المحكمه ذلك ويصرح بالألا وجه للتعيين، ويعرض النزاع على المحكمه من قبل الأطراف معا أو من الشخص الذي يهمله التعجيل، وهذا ما تنص عليه المادة 1010 من نفس القانون.

أما إذا كنا أمام تحكيم دولي فإن المحكمه المشار إليها في هذا الإطار هي المحكمه التي يقع في دائرة إختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم يجري في الجزائر، أو محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج وإختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر، وهذا ما تقضي به المادة 1041 فقرة 2 بند 1،2، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وفي حالة عدم النص على الهيئة القضائية المختصة بتعيين أعضاء هيئة التحكيم، فإن الإختصاص يؤول للمحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذ العقد، وما تقضي به المادة 1042 من نفس القانون.

الفرع الثاني: العدد الفردي لأعضاء هيئة التحكيم: الأصل أن للطرفين الحرية في

إختيار عدد المحكمين سواء كان محكم واحد أو أكثر، فإذا لم يتفق الأطراف على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة، ومع ذلك هناك من يرى أن الحكم الصادر عن هيئة مشكلة من عدد زوجي يكون صحيحا ومنتج لأثاره إذا صدر هذا الحكم بالإجماع، لأن الأمر يتعلق بحكم إجرائي وأن الغاية من هذا الحكم قد تحققت بالفعل،² فإذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا (ثلاثة،

¹ د/ فتحي والي: مرجع سابق، ص211.

² د/ احمد ابو الوفا: التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص172.

خمسة، سبعة... الخ)، ويمكن تعيينهم بالإسم أو الصفة في الإتفاق الأصلي أو في عقد لاحق وإلا كان التحكيم باطلا، ويسود مبدأ الحرية والمساواة بين الأطراف في إختيار هيئة التحكيم فاذا كان العدد ثلاثة يكون لكل طرف اختيار محكمه الخاص ويتولى المحكمان المختاران إختيار الثالث،¹ وسيتم التطرق إلى كيفية تشكيل هيئة التحكيم وفقا لقواعد بعض هيئات التحكيم العالمية وذلك كما يلي:

تكتسي قواعد اليونيسترال أهمية خاصة نظرا لما تتمتع به من قبول عالمي سواء بالنسبة المتقدمة أو النامية، حيث نظمت هذه القواعد أحكام تشكيل هيئة التحكيم في المواد (10-15) التي تركت تحديد عدد المحكمين لإرادة الأطراف، سواء تولوا ذلك بأنفسهم أو فوضوا جهة معينة لتولي هذه المهمة، وفي حالة عدم وجود إتفاق مسبق ولم يتم الإتفاق أو تعذر تشكيل الهيئة فنتولى الأمر الجهة التي يحددها القانون الوطني لكل دولة، وتختص محكمة التحكيم بالفصل في الدفع بعدم اختصاصها.²

عالج نظام المصالحة والتحكيم التابع لغرفة التجارة الدولية تشكيل محكمة التحكيم في المواد (7-12) أما إصطلاح المحكمة الدولية للتحكيم فهو خاص بجهاز تحكيم غرفة التجارة الدولية والتي لا تتولى الفصل في المنازعات وإنما تختص بتشكيل محكمة التحكيم، فهي التي تعين المحكمين إذا لم يتفق الأطراف على طريقة إختيار المحكمين، حيث تراعي المحكمة جنسية المحكمين ومحل إقامتهم، ويجوز أن يكون فردا أو أن يكون التشكيل ثلاثيا فإذا كان واحدا وإختاره الأطراف تقوم المحكمة بتثبيته أي إقرار إتفاق الأطراف، أما اذا لم يتفق الأطراف فنتصدى المحكمة لتعيينه بعد مضي ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الطرف الآخر بطلب التحكيم.

أما إذا كان التشكيل ثلاثيا فالأصل كما هو معمول به في القواعد اليونيسترال يتولى كل طرف إختيار محكم وتتولى المحكمة تثبيته، أما المحكم الثالث فإما أن يختاره المحكمان أو تتولى ذلك المحكمة إبتداء في حالة فشل المحكمين في إختيار المحكم الثالث الذي يتولى رئاسة المحكمة، وإذا خلا إتفاق الأطراف من تحديد عدد المحكمين تعين المحكمة محكما واحدا إلا اذا

¹ د/ عصام احمد البهجي: مرجع سابق، ص93.

² د/ محمود مختار احمد بريري: مرجع سابق، ص80.

وجدت ما يقتضي محكمين، فيكون للأطراف مهلة 30 يوم لتولي كل منهم تعيين محكم وإذا تعدد المدعون والمدعى عليهم يقوم المدعون بالتضامن بتعيين محكما وكذلك المدعى عليهم إذا كانت الهيئة ثلاثية، وإذا تعذر ذلك تتولى محكمة التحكيم بالغرفة تعيين المحكمين المادة 10.

أما بالنسبة لمحكمة لندن للتحكيم الدولي فإن تشكيل هيئة التحكيم سواء كان محكم فرد أو عدة محكمين، حيث يقوم المدعى بتحديد إسم محكمه في طلب التحكيم الموجه للمحكمة ويقوم المدعى عليه بتسمية محكمه في رده إذا شاء، ويعتبر متنازلا عن حقه في هذه التسمية إذا كان إتفاق التحكيم ينص على تولى كل طرف ترشيح محكمه وخلا رده من تحديد المحكم وهذه ما تقضي به المادة 1 و 2 من قواعد محكمة لندن، حيث تنفرد المحكمة وحدها بتعيين المحكمين وتعتمد المحكمة عند إتخاذ قرار التعيين بإتفاق الأطراف بشأن طريقة الإختيار مع مراعاة طبيعة العقد، طبيعة النزاع، جنسية الأطراف، لغتهم وموطنهم.

يمكن للمحكمة وفقا للمادة 03 من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي رفض اختيار الأطراف للمحكمين، إذا قدرت عدم ملائمة هذا الإختيار أو عدم توفر الإستقلال والحياد كما تتدخل المحكمة، في حالة تقاعس المدعى أو المدعى عليه في ترشيح المحكمين وفقا للإتفاق المبرم بينهم، أو عدم قدرة المحكم على مباشرة عملية التحكيم وذلك بناء على طلب أحد الأطراف أو بقية المحكمين، كما يجوز لأي طرف طلب رد المحكم خلال 15 يوم من تشكيل المحكمة أو من تاريخ علمه بالمبررات التي تثير الشكوك في إستقلاله، على أن قرار المحكمة في كل ما يعرض عليها أو تتدخل فيه يعتبر قرارا نهائيا ولا حاجة لتسبيبه ويفترض تنازل الأطراف عن الإلتجاء للقضاء للطعن في هذه القرارات.¹

نص القانون الجزائري على شرط الفردية عند تشكيل هيئة التحكيم في حالة التعدد في المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ونص على تسمية أعضاء هيئة التحكيم أو تحديد كفاءات تعيينهم، وهذا ما تقضي به المادة 1008 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يتحدد هذا الحكم بالنسبة للتحكيم الداخلي، في حين أن التحكيم الدولي لم ينص المشرع على إشتراط الفردية في تشكيل هيئة التحكيم، ما تنص عليه المادة 1041 فقرة 1 من قانون

¹ د/ محمود احمد مختار بريري: مرجع سابق، ص 85.

الإجراءات المدنية والإدارية بالنص على تعيين المحكم أو المحكمين مباشرة من الأطراف أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، دون اشتراط الفردية في عددهم وترك هذا الأمر للأطراف.

الفرع الثالث: قبول المحكم للمهمة: لا يكفي إتفاق الأطراف على التحكيم وتعيينهم

لأعضاء هيئة التحكيم للقيام هذه الأخيرة بمهامها، بل يلزم قبول المحكم أو المحكمين لهذه المهمة حيث نص المشرع الجزائري في المادة 1015 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أنه لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا إلا إذ قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم، ولم يبين المشرع الجزائري كيفية قبول هيئة التحكيم للمهمة المسندة إليهم هل يكون قبول المحكم بمهمته كتابة أم يكفي قبول المحكم بمهمته باللفظ؟

إن شروع المحكم في القيام بالمهمة التحكيمية أو قيامه بها بالفعل دليل قاطع على قبول المحكم للمهمة المسندة إليه، كما لو قام المحكم بإستدعاء الخصوم للحضور أمامه مثلا لتقديم طلباتهم ودفاعهم ومستنداتهم، كما يجوز إثبات قبول المحكم بالإقرار أو البيعة، وبالرجوع لنص المادة 1015 السابق ذكرها، يتبين أن المشرع لم يلزم المحكم على قبول المهمة فله الخيار بين القبول أو الرفض، وإنما تحدثت المادة على شروط صحة تشكيل محكمة التحكيم والتي تتحقق بقبول المحكم بالمهمة المسندة إليه.¹ (إعتبار إتفاق التحكيم معلق على شرط واقف وهو قبول المحكم للمهمة).

إن قبول المحكم للمهمة التحكيمية يتحدد كذلك من خلال قيام الأخير مع أطراف النزاع بالتوقيع على ما يسمى بمحرر أو مستند المهمة (مستند التفويض)، وذلك ضمانا لعدم المنازعة في صحة تنصيب المحكم، أيضا لتأكيد إستقلالية هذا الأخير في عمله في مواجهة الأطراف لاسيما مع من أبرم معه عقد التحكيم، ومن بين هيئات التحكيم التي إستلزمت وجود مستند المهمة، لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس وذلك من خلال نص المادة 18 التي إشتراطت وجوب توقيع ذلك المستند من الأطراف وأعضاء محكمة التحكيم.²

¹ د/ مصطفى محمد الجمال، د/ عكاشة محمد عبد العال: مرجع سابق، ص594.

² د/ احمد عبد الكريم سلامة: مرجع سابق، ص700.

إذا كان المشرع لم يلزم المحكم بضرورة قبول المهمة المنوطة به فإن ذلك يعني أيضا أنه لا يجوز للمحكم بعد قبوله للمهمة المسندة إليه، أن يتخلى عن مهمته بعد مباشرة الإجراءات وهذا ما تقضي به المادة 1021 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والأصل أنه إذا اعتذر المحكم قبل مباشرة الإجراءات، فلا يكون ملزم بالتعويض عن الضرر اللاحق للأطراف إتفاق التحكيم لأن إعتذاره لم يسبب لهم ضرر في هذه الحالة، إذ أن قبول المحكم للمهمة يتوقف على عدة عوامل من بينها في حالة تعدد المحكمين، معرفة المحكم لباقي أعضاء هيئة التحكيم، وعليه فإن قبوله قبل معرفة باقي الأعضاء الهيئة لا يمنعه من الإعتذار بعد معرفتهم، شرط عدم تأخر الإعتذار عن المهمة إلى ما بعد مباشرة الإجراءات.¹

جدير بالإشارة إلى قبول المحكم للمهمة التي أنتدب لها يترتب عليها قيام عقد بينه وبين أطرف النزاع، وهذا العقد قد يكون مباشرة بين المحكم وأطراف النزاع في حال التحكيم الحر في حين لا يكون كذلك في حالة التحكيم المؤسسي، وإنما يقوم هذا العقد بين أطراف النزاع وهيئة التحكيم التي إختارها الأطراف للفصل في النزاع، أما المحكم أو المحكمون فلا يكونون في إتصال مباشر مع أطراف النزاع وإنما يعتبرون أطرافا في عقد آخر يربطهم بمنظمة أو مركز التحكيم.

ينتهي العقد الذي يربط أطراف النزاع بالمحكم أو المحكمين إتمام المحكمين للمهمة وصدور حكم التحكيم، لكن هذا العقد يمكن أن ينقضي قبل ذلك لأسباب عدة منها أن هذا العقد من العقود التي يمكن أنهاؤها بالإرادة المنفردة مثل عقد الوكالة، وعليه يمكن للأطراف النزاع الإتفاق على عزل المحكم أنقضى العقد، كذلك الأمر في حال رد المحكم إذا توافر أسباب الرد أو قيام أسباب تحول دون قيامه بمهامه كالمريض، أو فقدانه لأهليته.

البند الأول: تقدير إتعاب هيئة التحكيم: يتوقف مدى إستحقاق المحكم لأجر عن

مهمته على طبيعة العلاقة التي تربطه بأطراف النزاع، وقد يبدو لأول وهلة أن هذه العلاقة أن هي إلا علاقة وكالة عن الطرفين، الأمر الذي يؤدي إلى عدم إستحقاق المحكم لأجر عن مهمته ما لم يكن هناك إتفاق على خلاف ذلك، لكن بالنظر إلى دور المحكم فإنه يختلف عن دور

¹ د/ مصطفى محمد الجمال، د/ عكاشة محمد عبد العال: مرجع سابق، ص595، 594.

الوكيل فلا يتلقى المحكم تعليمات أو توجيهات ممن إختاره، الأمر الذي يكرس إستقلال المحكم عن طرفي النزاع وعليه فهذه العلاقة هي علاقة عمل مستقل أقرب ما تكون إلى علاقة المقاوله، وهذا ما يترتب عليه إستحقاق المحكم مقابلا عن مهنته ما لم يكن هناك إتفاق على خلاف ذلك.¹

كما لا يمكن إعتبار عقد التحكيم بمثابة عقد مقاوله بمقتضاه يؤدي المحكم خدمات ذهنية لمصلحة أطراف النزاع وبصفة مستقلة مقابل أجر، فالواقع أن المحكم يقوم بمهمة أعظم من ذلك وهي إداء العدالة وليس مقاوله أو مشروع اقتصادي، الطبيعة القضائية لوظيفة المحكم هي ما تبرر إنفصال المحكم عن من إختاره بمجرد إبرام إتفاق التحكيم، فلا يكون تابعا له ولا يتلقى توجيهات منه ولا يكون محاميا عنه، ولا يمكن له التخلص من مهمته إذا استشعر أن الحكم سيكون في غير صالح من إختاره، وعلى المحتكم أن يدرك ذلك ويلتزم بإحترام الحكم الذي سيصدره ولو كان في غير صالحه.²

يخضع تقدير إعتاب هيئة التحكيم لإتفاق أطراف النزاع فإن لم يوجد هذا الإتفاق قبل بدء التحكيم وبعده إنتهائه كان المرجع في تقدير الأتعب القاضي، وقد يتم تقدير الأتعب في بعض الحالات من قبل أطراف النزاع في إتفاق التحكيم، وقد يخضع تقديرها في كثير من الحالات من قبل هيئة التحكيم من خلال النص عليها في حكم التحكيم لإضفاء عليها حجية الحكم، وهذه الحاليتين فإن تقدير الأتعب لا يلزم الجانب الآخر ويكون الفيصل في تقديره هو القضاء، غير أنه في حالة التحكيم المؤسسي فإن تقدير الأتعب يكون ضمن قوائم معدة سلفا بأجور المحكمين، وبالتالي فإن مجرد قبول الأطراف لتحكيم المركز فإنه يعد قبولاً لأتعب المحكمين.³

البند الثاني: مسؤولية المحكم: أن المحكم يرتبط بالشخص الذي إختاره بعقد يلتزم بمقتضاه أن يفصل في النزاع ويؤدي العدالة، وأن ينجز تلك المهمة في الموعد المحدد في إتفاق التحكيم أو ضمن قواعد مركز التحكيم الذي يعمل به، وأن يحافظ على سرية المداولات وأن

¹ د/ مصطفى محمد الجمال، د/ عكاشة محمد عبد العال: مرجع سابق، ص 597.

² د/ احمد عبد الكريم سلامة: مرجع سابق، ص 699، 698.

³ د/ مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال: مرجع سابق، ص 598.

يحترم حقوق الدفاع ويبدل العناية اللازمة لتحقيق العدالة، فضلا أن يلتزم النزاهة والحيادة في العمل والإستقلال إتجاه أطراف النزاع، كذلك التزم الشفافية والكشف عن أي ظرف قد يثير الشكوك حول نزاهة وحياده قبل قبول مهمته أو حتى بعد ذلك أن حدث أي طارئ أثناء سير الدعوى.

أن اخلال المحكم بأي من تلك الإلتزامات يترتب عليه قيام مسؤولية المحكم المدنية التعاقدية وهي مسؤولية يحكمها القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم، وإلى جانب المسؤولية التعاقدية فإنه من المتصور قيام المسؤولية التقصيرية لهيئة التحكيم، وذلك في حالة الخطأ الشخصي الجسيم في أداء هيئة التحكيم لمهامها أو في حالة الغش، ويمكن قيام المسؤولية الجنائية لهيئة التحكيم في حالة تواطؤها مع أحد الأطراف لحساب الأخر، أو تلقيه رشوة منه، أو إتلاف جزء من الوثائق والمستندات بنية الأضرار بأحد الأطراف...الخ.¹

إن تطبيق قواعد المسؤولية المدنية أو الجزائية على إطلاقها بالنسبة للقضاة من شأنه أن يؤثر على مدى إستقلالهم في مواجهة الخصوم، لذلك فقد رسم المشرع حدود موضوعية وأخرى إجرائية لمساءلة القاضي عن الأخطاء التي تقع منه في ممارسة مهنته، تتمثل في تحديد الحالات التي يكون فيها القاضي مسئولا من ناحية وتحديد خصومة خاصة لتقرير هذه المسؤولية من ناحية أخرى، وهذا ما نصت عليه المادة 241 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ببيان الحالات التي يجوز فيها طلب رد القاضي لشبهة.

المحكم ليس قاضي وإنما مجرد شخص عادي فهو يقوم بمهمة قضائية بناء على إختيار طرفي النزاع له للفصل في موضوع النزاع وقبوله لهذه المهمة، وهو ما يجعل مسؤولية المحكم مختلفة عن مسؤولية القاضي من وجهين:

-الوجه الأول: إن الإتفاق بين المحكم وأطراف النزاع يترتب عليه قيام مسؤولية المحكم العقدية بناء على إتفاق التحكيم، فإذا ما إمتنع عن أداء مهمته التي قبل بها أو تأخر في أدائها عن الوقت المحدد ترتب عليه ضرر لأطراف، وأن كان هناك من يرى أن طبيعة مهمة المحكم

¹د/ احمد عبد الكريم سلامة: مرجع سابق، ص722،721.

وحساسيتها توجب تخويله الحق في التنحي عن المهمة دون إبداء الأسباب ودون أن يترتب على ذلك مسؤولية عليه، وذلك لتمكينه من مواجهة الضغوطات التي يصعب البوح بها.¹

الوجه الثاني: أن المحكم لا يتمتع بالضمانات التي يتمتع بها القاضي في أداء مهامه على الرغم من قيامه بنفس الوظيفة القضائية، الأمر الذي يتطلب توفر للمحكم الضمانات الضرورية والمناسبة له، وعليه فمساءلة المحكم عن الأخطاء التي يرتكبها في أدائه لمهمته خارج التزاماته المنصوص عليها في إتفاق التحكيم تخضع للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، والأكد أن المحكم سوف يكون بالضرورة مسؤولاً في الحالات التي يكون فيها القاضي مسؤولاً، لكن مسؤولية المحكم تتجاوز مسؤولية القاضي إذا القواعد العامة لا تتطلب جسامه الخطأ لقيام المسؤولية المهنية للمحكم.

يمكن للمتضرر من خطأ القاضي الرجوع على الدولة والمطالبة بالتعويض على أساس الخطأ المرفقي (الإداري)، وهو ما لا يمكن تصور بالنسبة للمحكم إذ أنه حتى في حالة المحكم المختار من قبل مركز تحكيم، فإن ذلك لا يعطي الحق للمتضرر أن يطالب مركز التحكيم بالتعويض عن الضرر الناتج عن خطأ المحكم، لأن إستقلال المحكم في أداء مهمته يحول دون قيام علاقة التبعية بينه وبين مركز التحكيم بالمعنى الذي يترتب مسؤولية الأخير عن أعمال المحكم،² على أنه بالنسبة للمسؤولية العقدية أو التقصيرية فإنه لا يبدو مناسباً مساءلة محكم عن إصدار حكم خاطئ ناشئ عن فهم خاطئ للقواعد القانونية واجبة التطبيق على القضية، طالما أنه بذل العناية المطلوبة لذلك، لأن ذلك يفتح الباب لزعزعة الثقة في الصفة النهائية للحكم.³

أما المسؤولية الجزائية فإن من المتوقع قيام مسؤولية الجزائية لهيئة التحكيم نتيجة لما وقع منها من أعمال كالتزوير مثلاً أو إتلاف بعض المستندات المقدمة في الدعوى، كذلك الأمر بالنسبة للرشوة أو الحصول على بعض الإمتيازات غير المبررة، حيث يعتبر المحكم في حكم

¹ د/ مصطفى محمد الجمال، د/ عكاشة محمد عبد العال: مرجع سابق، ص 601.

² المرجع نفسه، ص 602.

³ د/ احمد عبد الكريم سلامة: مرجع سابق، ص 723.

الموظف العمومي فيما يتعلق بجريمة الرشوة أو استغلال النفوذ المحكم الذي يقوم بإصدار قرار لمصلحة شخص أو ضده، وهذا ما تقضي به المادة 126 فقرة 2 من قانون العقوبات الجزائري.

الفرع الثالث: الشروط الواجب توافرها في المحكم: مهما قيل عن الأصل الإتفاقي

لنظام التحكيم واختيار أطراف النزاع للمحكّمين، فإن ذلك لا يجب أن ينسبنا بأن من يتم اختيارهم كمحكّمين يؤدون مهمة قضائية بالدرجة الأولى، وهي حسم النزاع بحكم ملزم وواجب النفاذ في مواجهة أطرافه وبتلك المثابة فإنه يلزم فيهم ما يلزم في القضاة من كفاءة مهنية ومهارة وإختصاص فني، وتكاد تتفق أغلب التشريعات وهيئات التحكيم على وجوب توافر عنصر الكفاءة والتخصص في المحكم إذا تنص على وجوب توفر الكفاءة الفنية في المحكم غير أنه لا يجب أن يغيب العنصر القانوني عن تشكيل هيئة التحكيم، ذلك أن المنازعات التي تعرض على هيئة التحكيم تدور حول الحقوق ومراكز اطراف المنازعة، والقانون هو الذي يقرّ تلك الحقوق او ينشأها ويبيّن اصحابها ومضمونها ولا يقدر على فهم كل ذلك كمبدأ عام إلا رجل القانون.¹

البند الأول: أهلية المحكم: تتمثل مهمة المحكم في تسوية نزاع قائم بين الأطراف

وباعتبار أن المهمة التي يؤديها المحكم ذات طبيعة قضائية، وعليه يشترط فيه توافر الأهلية القانونية للقيام بهذا العمل وعليه فإن تقدير مسألة توافر أهلية المحكم من عدمها يرجع بالدرجة الأولى إلى قانون الشخصي للمحكم، أي قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته وإذا كان نقص أهلية المحكم راجع إلى الحكم عليه بعقوبة جنائية أو بسبب شهر إفلاسه، فإنه يرجع للقانون الذي حكم بعقوبة جنائية أو الذي حكم بشهر الإفلاس لتحديد أهلية المحكم.

بالرجوع إلى نص المادة 40 من القانون المدني الجزائري نجدها تنص على أن كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد هو بلوغ 19 سنة كاملة، وعليه من غير الممكن أن يتولى مهمة التحكيم شخص قاصر أو ناقص الأهلية، في حين تنص المدة 10 من القانون المدني الجزائري بأنه "يسري على الحالة المدنية للأشخاص واهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم"، وعند اختلاف

¹ د/ احمد عبد الكريم سلامة: مرجع سابق، ص 684.

جنسية اطراف منازعة التحكيم يكون من المناسب أن يختار الأطراف محكم من جنسية مختلفة عن جنسيتهم، غير أن الأمر قد يختلف بالنسبة للتحكيم الداخلي لأن المحكم يتأثر بثقافته الوطنية والدينية ويكون أكثر ممارسة للنظام القانوني لدولته.

المحكم قد يكون شخص طبيعي أو معنوي لكن لا يمكنه أن يكون شخص يمثل شخص معنوي كأن يكون والي مثلا¹، يكون المحكم شخصا طبيعيا ذلك أن الشخص الطبيعي هو صاحب العقل الذي يميز الحق من الباطل، وهو صاحب النفس الإنسانية التي تستشعر روح العدالة وتستلهمها وعليه يثور التساؤل حول أهلية الشخص الاعتباري لتولي مهمة التحكيم، خاصة في ظل تواجد العديد من مراكز وهيئات التحكيم الدولية التي يتم اللجوء إليها لتسوية منازعات التجارة الدولية.

أما بالنسبة للشخص المعنوي فإنه رغم ثبوت صلاحية إكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات، إلا أنه لا يستطيع بذاته إجراء التصرفات القانونية التي ترتب هذه الحقوق والإلتزامات، ومن ثم يكون من الضروري أن يكون هناك من يمثل الشخص المعنوي ليجري بإسمه ولحسابه مثل هذه التصرفات، وعليه فإنه عندما يعهد المحكّمون إلى شخص إعتباري معين كهيئة تحكيم بمهمة التحكيم، فهم إنما يسندون مهمة تنظيم عملية التحكيم إلى ذلك الشخص فقط، فلا يتولى بذاته مهمة التحكيم والفصل في النزاع وإنما يتم تحت رعايته وحسب، لأن من يباشر الإجراءات ويفحص الإدعاءات ويصدر الحكم إنما هم أشخاص طبيعيين يعملون لدى هيئة التحكيم ومعتمدون لديها² وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

تعترف اتفاقية نيويورك بصلاحيّة الشخص المعنوي لممارسة التحكيم حيث تنص المادة 1/2 على أن احكام المحكّمين يمكن أن تصدر من هيئات التحكيم التي يختارها الأطراف فهذا النص يسمح لهيئات التحكيم المختارة من الأطراف بإصدار احكام وبالتالي يكون الشخص الإعتبار

¹ د/ مصطفى تراري الثاني: الاجتهاد القضائي الجزائري، قرار المحكمة العليا ملف 393608، 2007، مجلة

التحكيم العالمية، العدد الرابع عشر، 2009، ص375.

² د/ احمد عبد الكريم سلامة: مرجع سابق، ص690.

الذي هو مركز التحكيم هو نفسه المحكم، ويعتبر الأشخاص الطبيعيون مصدر الحكم يعملون باسم المركز وتختلط اشخاصهم به.¹

تحدد الكفاءة والإختصاص الفني الواجب توافره في المحكم بحسب طبيعة النزاع والغالب أن يكون المحكم مختصا مهنيا في مجال التجارة الدولية، أو الصناعة أو المال أو المقاولات، ويتم إختياره إعتبارا لذلك، غير أنه لا يمكن أن يغير العنصر القانوني عن تشكيل هيئة التحكيم، والذي يتحقق من خلال إختيار أحد أعضاء الهيئة على الأقل من القضاة أو المحامين أو أسانذة الحقوق، لأن طبيعة المنازعات التي تعرض على هيئة التحكيم تدور حول الحقوق والمراكز القانونية لأطراف تلك المنازعات، والقانون هو الذي يقرر تلك الحقوق أو ينشئها ويبين أصحابها ومضمونها ونطاقها ولا يقدر على فهم ذلك كله إلا رجل القانون.²

تأكد الإتفاقات الدولية ولوائح هيئات التحكيم على توافر عنصر الكفاءة والتخصص لدى المحكم، حيث تنص اتفاقية واشنطن لعام 1965 حول تسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، حيث تنص في المادة 14 فقرة 1 على أن: " يكون الأشخاص المعينون للعمل في الهيئة -هيئة التحكيم- على قدر من الأخلاق وأن يكون معترفا بكفاءتهم في مجال القانون والتجارة والصناعة والمال، بحيث يمكن الإعتماد عليهم في ممارسة الحكم على الأمور حكما مستقلا وتشكل كفاءتهم في مجال القانون أهمية خاصة في حالة الأشخاص أعضاء هيئة التحكيم." ويلاحظ ضرورة توافر الكفاءة في مجال القانون وفي المجال المهني أيضا.

كما كرّست إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري شرط وجوب توافر الكفاءة في المحكم، حيث لم تشترط وجوب توافر الكفاءة في مجال القانون والمجال المهني معا بل يكفي توافر الكفاءة في جانب منها حيث نصت المادة 14 فقرة 1 التي نصت على: " يعد مجلس الإدارة سنويا قائمة بأسماء المحكمين من كبار رجال القانون والقضاء، أو من ذوي الخبرة العالية والاطلاع الواسع في التجارة أو الصناعة أو المال ومتمتعين بالأخلاق العالية والسمعة الحسنة."

¹ د/ فتحي الوالي: مرجع سابق، ص 234.

² د/ احمد عبد الكريم سلامة: مرجع سابق، ص 684.

بالإضافة إلى لوائح هيئات ومراكز التحكيم التي تحرص على حسن إختيار أعضاء هيئة التحكيم من ناحية كفاءتهم وإختصاصهم، لذلك تحتفظ بقوائم منتظمة ومحيّنة لأسماء المحكّمين المعتمدين لديها للإشتراك في عضوية هيئات التحكيم التي تعمل تحت وصايتها من ذلك مثلا، القانون الأساسي لمركز التحكيم التجاري الدولي لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، حيث نصت المادة 11 منه على أنه: يشترط في المحكّم أن يكون من رجال القانون أو القضاء أو ذوي الخبرة والإطلاع الواسع في مجال التجارة أو الصناعة أو المال وأن يكون متمتعا بالأخلاق العالية والسمعة الحسنة والإستقلال في الراي.

تجدر الإشارة إلى أن عنصر كفاءة المحكّم وتخصّصه ليس إجراء شكلي فقط بل هو عنصر جوهري وهو محل إعتبار شخصي، حيث أن تخلف شرط الكفاءة والتخصّص يشكل أحد أسباب رد المحكّم، وهذا ما تنص عليه المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، بل أنه يمكن أن يؤدي إلى إبطال تشكيل هيئة الحكيم وهذا ما يمكن إستخلاصه من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985، الذي قرر أن عدم كفاءة المحكّم على عكس ما يعنقد المحكّمون وذلك في نص المادة 12 فقرة 2.

غير أنه يمكن لهيئة التحكيم الإستعانة بخبراء ولها في حدود سلطتها التقديرية الأخذ بتقارير الخبراء متى إطمانت إليه وإقتنعت به، وتقدير الأدلة الخبراء عمل تستقل به هيئة التحكيم دون معقب عليها في ذلك، بإعتباره عنصر من عناصر الإثبات وهي لا تقضي إلا بما تظمن له من أدلة في حدود سلطتها التقديرية، وهذا ما عبر عليه القضاء الكويتي في حكم التحكيم محكمة الإستئناف لسنة 2004.¹

البند الثاني: الحياد والإستقلال عن أطراف النزاع: التحكيم قضاء ومن يتولاه يتنزّه عن كل نقيصة تخل بميزان العدالة القائم بالقسط والمحكّم قاض وأن كان خاصا، يلزم فيه الموضوعية في تقييم الأمور، وإشتراط الحياد والاستقلال يفترض أن لا يكون المحكّم شخص من

¹ الاجتهاد القضائي الكويتي، حكم محكمة الاستئناف الكويتية، رقم 27-2001 صادر في 12-01-2004،

أطراف النزاع فإن كان طرفا فيه، فإنه لا يصلح محكما دون البحث عن الحياد والإستقلال ذلك أنه لا يمكن للشخص أن يكون طرفا ومحكما في نفس الوقت، فالشخص لا يجوز أن يكون قاضيا لنفسه، والأصل في المحكم أنه محايد ومستقل مادام قبل القيام بمهمته وعلى من يدعي خلاف ذلك إثبات ذلك.

يقصد بالحياد عدم إنحياز المحكم ضد طرف أو لمصلحة طرف آخر فالحياد حالة نفسية تتعلق أساسا بالعاطفة (مصلحة شخصية أو صلة مودة أو عداوة بأحد الخصوم) يترتب عليها عدم إستطاعة المحكم الحكم بدون تحيز، ولا يكفي لإثبات التحيز مجرد إحساس شخصي لدى طالب الرد لا يستند إلى وقائع محددة وحقيقة يقدرها الشخص المعتاد صالحة عقلا لتبرير الشك في حياد المحكم، وإذا كان عدم الحياد شعور داخلي ليس له مظهر خارجي فإن هناك ظروف اذا توافرت يغلب معها عدم الحياد كان يكون المحكم زوجا أو أب أو قريب لأحد الأطراف أو تكون للمحكم مصلحة مادية في النزاع، أو أن المحكم إشتهر بعدائه للثقافة أو النظام القانوني للأحد الأطراف.

يقصد بالإستقلال هو تجرد المحكم الكامل فيما ينتهي إليه من رأي فيما يتعلق بالنزاع المحكم فيه، غير متأثر بعلاقة تربطه بأحد الأطراف سواء كانت مالية كان يكون شريكا لأحد الأطراف أو إجتماعية، أو مهنية بحيث يخضع لرئاسة وظيفية لأحد الأطراف فيتوقع منه ترقية أو يخشى منه توقيع جزاء، وعليه فإن الإستقلال وبخلاف الحياد له مظهر خارجي مادي وعليه فإن الإستقلال يساعد على ضمان الحياد، في حين يؤدي عدم الإستقلال إلى إثبات عدم حياد المحكم.¹

إن الميل وعدم إستقلال المحكم يضرب قضاء التحكيم في مقتل ويفقده مصداقيته، ومن هنا كان حرص التشريعات والإتفاقات الدولية على ولوائح هيئات التحكيم على النص القاطع بوجوب إلتزام المحكم الحياد والإستقلال، وإن كان من الصعب أحيانا أن ينفصل المحكم نفسيا عن الشخص الذي إختاره، ومع ذلك يجب على المحكم إتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان الحياد والإستقلال والتي من بينها: ضرورة إعلام ومكاشفة المحكم فور إختياره وقبل بدء إجراءات

¹ د/ فتحي والي: مرجع سابق ، ص247،245.

التحكيم عن كل الظروف والوقائع التي يمكن أن تثير شبهة حول حيادية وإستقلاله ويضل هذا الإلتزام قائما طوال إجراءات التحكيم.

هذا الإلتزام نصت عليه المادة 1/12 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والإلتزام المحكم بالإعلام والمكاشفة يضل من وقت تعيينه وطوال وقت الإجراءات إلى غاية صدور الحكم وذلك بأن يفضي إلى طرفي النزاع وبدون إبطاء بوجود أي ظروف تؤثر على إستقلاله إلا اذا كان قد سبق وأن أعلمهما بها ورضيا بها، هناك بعض الإتفاقات جعلت من مبدأ الحياد والاستقلال مبدأ مقدسا يتعين أداء اليمين بخصوصه بالإلتزام به وعدم نكثه، من ذلك إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري حيث نصت المادة 14فقرة 2 على اليمين القانونية الواجب أداءها من قبل أعضاء هيئة التحكيم قبل ممارسة أعمالهم : " أقسم بالله العظيم أن أحكم بالعدل وأن أراعي القانون الواجب التطبيق وأؤدي مهمتي بأمانة ونزاهة وتجرد."

نصت إتفاقية واشنطن على مبدأ الحياد والإستقلال، حيث نصت في المادة 14 فقرة 1 على أن يكون الأشخاص المعينون للخدمة في الهيئة على قدر عظيم من الأخلاق... بحيث يمكن الإعتماد عليهم في ممارسة الحكم على الأمور حكما مستقلا، في حين نصت المادة 5 فقرة 1-د على جواز رفض الإعتراف بالحكم وتنفيذه إذا كان تشكيل الهيئة أو إجراءات التحكيم مخالفا لما إتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم التحكيم فيه، ويمكن في هذا الإطار إعتبار بأن تعيين محكم غير محايد أو غير مستقل هو مخالفة قانونية في تشكيل هيئة التحكيم، مما يبرر رفض تنفيذ الحكم أو الإعتراف به.

كما نصت لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس على الإلتزام بالمكاشفة في المادة 7فقرة 2 اذ على المحكم قبل تعيينه وتثبيته أن يوقع إعلان إستقلال وأن يخطر المحكّمة الدولية بالغرفة بالوقائع التي تثير الشك في نفوس الأطراف، كما تضيف الفقرة 3 من نفس المادة على المحكم يقوم فورا بإبلاغ المحكّمة والأطراف بالظروف التي تثير الشك أثناء التحكيم، كما أن محكمة لندن للتحكيم الدولي تفرض هي الأخرى هذا الإلتزام على عاتق المحكم.

وقد نصت على هذا الإلتزام أغلب القوانين المقارنة وفي هذا الإطار نص المشرع الجزائري في المادة 1015 فقرة 2 إذا علم المحكم أنه قابل للرد يخبر الأطراف بذلك ولا يجوز له القيام مهامه إلا بعد موافقة الأطراف على ذلك.

بالإضافة إلى الإلتزام بالإعلام والمكاشفة لا بد أن يدرك المحكم أنه قاض وليس وكيل عن من إختاره وأنه بمجرد توقيع عقد التحكيم ينفصل عن من إختاره، كما أن تعيينه تم بالإرادة المشتركة للطرفين وعليه النظر إليها بعين المساواة ولا يميل لأحد مهملا للطرف الآخر، والدليل على ذلك أنه إذا قام أحد الأطراف بتعيين محكمه فلا يستطيع عزله أو تغييره بإرادته المفردة،¹ فإنه يجب أن تكون جنسية المحكم تختلف عن جنسية الأطراف ذلك أنه من النفسية وحتى السياسية تكون فرصة حياد المحكم أكبر لو كان من جنسية مختلفة عن أطراف النزاع،

أن مراكز وهيئات التحكيم المنتظمة تميل إلى إشتراط إختلاف جنسية المحكم عن جنسية طرفي النزاع، حيث نجد مثلا، أن نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس ينص في المادة 09 فقرة 1 على أن المحكمة الدولية للتحكيم بالغرفة وهي السلطة المختصة بتعيين المحكمين، عليها أن تأخذ بعين الإعتبار جنسية المحكم ومحل إقامته وأي رابطة مع البلاد التي ينتمي إليها الأطراف والمحكمين الآخرين، في حين لم يشر نظام ولائحة إجراءات مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، إلى مسألة الجنسية مما يعني وجوب إختيار المحكم الكفاء أي كانت جنسيته والبلد الذي ينتمي إليه أطراف النزاع.²

غير أنه ضمانا لإستقلالية المحكم وحيدته تحرص بعض التشريعات والاتفاقات الدولية على أن لا يكون المحكم من نفس جنسية أطراف النزاع، ومن هذه الإتفاقات نذكر إتفاقية واشنطن 1965 المتعلق بتسوية المنازعات الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، على أنه إذا لم تشكل محكمة التحكيم من قبل الأطراف خلال 90 يوم من تاريخ إخطار بتسجيل الدعوى المرسل من الأمين العام يقوم الرئيس وبناء على طلب أي من الطرفين وبعد التشاور معهما قدر الإمكان بتعيين المحكم أو المحكمون الذين لم يعينوا، ولا يجوز للمحكمين المعينين من قبل

¹ د/ احمد عبد الكريم سلامة: مرجع سابق، ص، ص715،710.

² المرجع نفسه، ص 692.

الرئيس أن يكونوا من بين رعايا الدول أطراف النزاع أو من رعايا الدول المتعاقدة التي يكون احد رعاياها طرفا في النزاع".

أخذت قواعد اليونسترال بهذا الحكم صراحة عندما نصت في المادة 6 فقرة 4 على أن تراعي سلطة التعيين وهي بصدد إختيار المحكم الاعترارات التي من شأنها ضمان إختيار محكم مستقل ومحاييد، وأن تأخذ بعين الإعتبار أنه من المستحسن أن يكون المحكم من جنسية غير جنسية أطراف النزاع، كما نصت إتفاقية عمان العربية للتحكيم على هذا الأمر حيث جاء نص المادة 18 فقرة 4: " أنه لا يجوز أن يكون المحكمون الذين يعينهم المكتب من مواطني أحد الطرفين". بقي أن نشير في الأخير إلى كل مقتضيات في المحكم فيما عدا أهليته تخضع لقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم¹

البند الثالث: عوارض هيئة التحكيم: يقصد بعوارض هيئة التحكيم كل الظروف التي

من شأنها أن تؤثر على مسيرة هيئة التحكيم والتي تتمثل في:

أولاً: تنحي المحكم أو عزله عن مهامه: قد يكلف المحكم بمهمة التحكيم من أطراف عقد التحكيم أو من قبل المحكمة، وعليه أن يبدي قبوله كتابة لتولي المهمة وتقدير أتعابه منعا للخلاف، ومع ذلك فإنه يمكن للمحكم العدول عن قبول القيام بمهمته قبل بدء خصومة التحكيم على أن يكون هناك سبب جدي يبرر العدول، كان يعلم بعد قبوله التحكيم وقبل بدء الإجراءات بتوافر سبب يؤدي إلى عدم حياده وإستقلاله أو مرض يمنعه من مواصلة مهمته.

يمكن للأسباب نفسها للمحكم أن يتنحي عن القيام بمهامه بمحض إرادته ولا يجوز إجباره على الإستمرار في مهمته، وبالمقابل إذا طلب أحد أطراف التحكيم من المحكم التنحي عن نظر الدعوى ولم يستجب المحكم لهذا الطلب ولم يقم الطرف برد المحكم، فإن الحكم الصادر من المحكم رغم طلب تنحيته لا يكون باطلا، وفي حالة إصرار المحكم على التنحي ولو كان بدون عذر مقبول لا يجوز اللجوء إلى القضاء لإجباره على الإستمرار في مهمته، لأن مهمة المحكم تتعلق بشخصه ولا يجوز إجباره قانونا على تنفيذها، وعليه ينتج العدول أو التنحي أثره بمجرد

¹ د/ احمد عبد الكريم سلامة: مرجع سابق، ص694.

إعلان المحكم لإرادته دون الحاجة لقبول باقي الأطراف أو المحكمين،¹ غير أن المحكم يكون مسؤولاً أما طرفي النزاع إذا ثبت أن التنحي لم يكن له سبب مشروع.

يمكن أن يتم عزل المحكم عن القيام بمهمته ويكون ذلك إما باتفاق الأطراف التحكيم أو بقرار قضائي، ويتحقق العزل الإتفاقي عندما يتفق جميع أطراف النزاع بشكل صريح على عزل المحكم الذي سبق وأن إختاروه، فليس لأي طرف بإرادته المنفردة عزل المحكم بعد إختياره لو كان هذا المحكم قد تم تعيينه بواسطة هذا الطرف إعمالاً لاتفاق التحكيم، وعادة ما يتفق الأطراف على عزل المحكم الذي لم يقم بالمهمة المنوطة به مما الحق ضرر بمصالح الأطراف، ولا يلزم الأطراف ببيان سبب عزل المحكم فهو أمر يرجع إلى محض إرادتهم، ذلك أن أساس التحكيم هو إرادة الأطراف فكما أن لهم إنهاء الإتفاق على التحكيم فإن لهم عزل المحكم وتعيين غيره.

بالإضافة إلى العزل الإتفاقي للمحكم يمكن للأطراف اللجوء إلى العزل القضائي والذي يتحقق، إذا قبل المحكم مهمة التحكيم وتعذر عليه أداء مهمته أو لم يباشرها أو إنقطع عن أدائها سواء بعذر أو بدون عذر، على نحو أدى إلى تأخير في إجراءات التحكيم ومع ذلك لم يتنحي المحكم عن مهمته ولم يتفق الأطراف على عزله جاز لكل طرف طلب عزل المحكم، ولطرف الخصومة المتضرر من العزل أن يطالب المحكم المعزول بالتعويض عن الضرر.²

يقدم الطلب إلى الجهة القضائية الواقع الإتفاق على إختصاصها مباشرة أو وفي غياب الإتفاق يتم تحديد الجهة القضائية المختصة بالرجوع إلى نظام التحكيم، وفي حال عدم تحديد الجهة المختصة وفقاً لما سبق ويقدم الطلب إلى رئيس المحكمة الواقع في دائرة إختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم يجري في الجزائر، أما إذا كان التحكيم يجري في الخارج وأختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر فيقدم طلب عزل المحكم إلى رئيس محكمة الجزائر وهذا ما تقضي به المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

¹ د/ فتحي والي: مرجع سابق، ص253.

² المرجع نفسه، ص255، 256.

ثانياً: رد المحكم: يمثل نظام رد المحكم جانب من جوانب ممارسة حق التقاضي بل هو يمثل ضماناً إجرائياً يجب توفيرها للخصوم، والقانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية هو الذي يحكم رد المحكمين، وعليه لا يجوز رد محكم إلا اذا قامت ظروف تثير شكوكاً حول حيده أو إستقلاله، ولا يجوز طلب رد المحكم إلا اذا تبين أن سبب الرد قد تحقق بعد الإتفاق على تعيينه، أو كان الخصم طالب الرد لا يعلم بهذا السبب إلا بعد هذا الإتفاق ذلك أنه اذا كان سبب الرد قائماً قبل الإتفاق، وكان الخصم يعلم به عند ذلك فإنه بإختياره هذا الشخص محكماً يكون قد تنازل ضمناً عن طلب الرد، وفي كل الأحوال فإنه اذا إنتهت مهمة المحكم بالحكم برده أو تحيته أو عزله أو بأي سبب آخر، وجب تعيين بديل له طبقاً للإجراءات التي تتبع في إختيار المحكم الذي إنتهت مهمته، ويترتب على طلب رد المحكم وقف إجراءات التحكيم إلى حين الفصل في طلب الرد من قبل المحكمة المختصة¹.

أقرت لوائح مراكز التحكيم نظام رد المحكم الذي ثارت شكوك جديّة حول حياده وإستقلاله حيث أقرت مبدأ رد المحكم لأي سبب يمكن أن ينال من حياده وإستقلاله دون تعدد أو تحدد أسباب الرد، حيث يكون من الأفضل ترك الأمر للخصوم تحت رقابة الجهة القضائية المختصة بالفصل في طلب الرد، لأن القضاة يتولى وظيفة عامة يحظر عليهم ممارسة أي نشاط يمكن أن ينشأ عنه مصالح لهم أو علاقات مع آخرين، أما المحكمون فهم أناس عاديون لهم مصالحهم وعلاقاتهم التجارية بغيرهم بالتالي لا يمكن حصر أوجه الضعف التي يمكن أن تتسرب إلى نفوسهم.

من ناحية ثانية فإن المحكم هو من إختيار الخصم وهذا الأخير قد يسيئ الإختيار بحيث يختار محكماً وهو لا يعلم أنه كان صديقاً لخصمه، أو مستشاراً له أو شريكه له وعليه يجب تمكينه من تصحيح إختياره الخاطئ كلما بدا له أن المحكم لا يتحكم في هواه فيميل بالحكم، وهذا ما ذهب إليه أغلب الإتفاقات الدولية من بينها القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 1985 في المادة 12 كذلك الأمر بالنسبة لقواعد اليونيسترال في المادة 10فقرة 2، بالإضافة إلى مراكز التحكيم التي تبنت هذا المبدأ منها لائحة

¹ د/ عبد الحميد المنشاوي: التحكيم الدولي والداخلي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2014، ص 57.

إجراءات محكمة لندن للتحكيم الدولي في المادة 03فقرة7 وكذلك لائحة التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس المادة 11فقرة1 وغيرها.

تبنى المشرع الجزائري كغيره من التشريعات المقارنة نظام الرد حيث نص على تقديم طلب الرد إلى الجهة القضائية الواقع الإتفاق على إختصاصها مباشرة وببلغ المحكم فوراً بذلك، وفي غياب الإتفاق يتم تحديد الجهة القضائية المختصة بالرجوع إلى نظام التحكيم، وفي حال عدم تحديد الجهة القضائية المختصة وفقاً لاتفاق التحكيم، ويقدم الطلب إلى رئيس المحكمة الواقع في دائرة إختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم يجري في الجزائر، أما إذا كان التحكيم يجري في الخارج وإختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر فيقدم طلب رد المحكم إلى رئيس محكمة الجزائر وهذا ما تقضي به المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

المطلب الثاني: نطاق خصومة التحكيم

خصومة التحكيم كخصومة القضاء لها طرفان طرف أول يسمى طالب التحكيم (مدعي) وهو عادة يشعر بأن هناك اعتداء على حقه أو مركزه القانونية، وطرف ثاني يسمى المحكّم ضده (مدعى عليه)، وهو من قدّم طلب التحكيم في مواجهته، ولصحة إجراءات التحكيم لا بد من توافر أهلية التقاضي لدى طرفي الخصومة ويترتب على عدم توافرها أو عدم توافر التمثيل القانوني الصحيح بطلان العمل الإجرائي، وإذا ما تم تحريك الخصومة تحددت معالمها الأولية بأطرافها وهم المحكّم والمحكّم ضده هذا من ناحية، بالإضافة إلى تحديد موضوعها بمعنى الطلبات المقدمة من المحكّم، غير أن الخصومة يمكن أن تشهد أثناء سيرها توسعاً أو تضيقاً في أطرافها أو موضوعها على نحو ما عليه الحال في الخصومة القضائية، وهو ما سيتم بيانه كما يلي:

الفرع الأول: النطاق الشخصي لخصومة التحكيم: خصومة التحكيم هي خصومة

خاصة تنشأ عن إتفاق التحكيم فلا يجوز أن يكون طرفاً فيها إلا من يلزمهم هذا الإتفاق، وهم الأطراف الذين حصل الإتفاق بينهم ومن يمتد إليهم أثره من الخلف أو غير، بالإضافة إلى وجوب توافر الأهلية التقاضي كما أن الأطراف قد يباشرون الخصومة بأنفسهم أو بتعيين وكيل،

وعند تخلف الأهلية للتقاضي تتم مباشرة إجراءات التحكيم بواسطة نائبه القانوني، وإلا كانت الخصومة باطلة.

أهلية التقاضي هي أهلية القيام بأعمال التصرف في الحق محل الخصومة وذلك أن التقاضي من شأنه أن يعرض الحق محل النزاع للخطر، نتيجة إحتمال أن يقضى ضد الطرف غير كامل الأهلية وعليه فإن الأهلية هي شرط لصحة الإجراءات وأن تخلفها يؤدي إلى بطلانها، غير أنه يمكن لمن كان غير كامل الأهلية أن يتقاضى عن طريق من يمثله بموجب وكالة خاصة، كذلك الأمر بالنسبة للشخص الاعتباري الذي يتقاضى عن طريق ممثله القانوني، فالوكالة بالخصومة تخول الوكيل القيام بالإجراءات والحضور ومباشرة الدفاع في الخصومة، لكن لا تخوله الإقرار عن الموكل بالحق المدعى أو التنازل عنه أو الصلح عليه أو ترك الخصومة أو أي تصرف آخر يوجب القانون تفويضاً خاصاً به.¹

يقوم الطرف في عقد التحكيم الذي يستشعر بأن هناك خطر أو إعتداء على حقه أو مركزه القانوني بتوجيه طلب التحكيم إلى الطرف الأخر، بنفسه مباشرة كما أن يقوم به محام أو ممثله القانوني بالكيفية التي يحددها الأطراف أو القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، كما يجب أن يوجه طلب التحكيم إلى المحكم أو المحكمين أعضاء هيئة التحكيم، وذلك حتى يتسنى لهم العلم بأن هناك نزاع بين الأطراف وأن إجراءات التحكيم قد بدأت وتباشر مهمتها، بالإضافة إلى توجيه طلب التحكيم إلى مركز التحكيم الذي يتولى إدارة عملية التحكيم والذي بدوره يوجه طلب التحكيم إلى الطرف الخصم،² وهذا ما تنص عليه المادة 4فقرة 1 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس، والمادة 4 أيضاً من لائحة محكمة لندن للتحكيم الدولي وغيرها من الهيئات.

إذا كان الأصل أن يكون لخصومة التحكيم طرفين هما المدعي والمدعى عليه إلا أنه قد يتعدد أي منها أو كلاهما عند بدء الخصومة، بل قد يوجب القانون تعددهم في بعض الحالات فالدعوى لا تقبل والخصومة لا تستقيم إلا بأطراف متعددين، كما هو الحال في الدعوى غير المباشرة إذ لا بد من أن ترفع على المدين ومدين المدين، كما يمكن أن يتحقق تعدد الأطراف

¹ د/ مصطفى محمد الجمال: مرجع سابق، ص 360.

² د/ احمد عبد الكريم سلامة: مرجع سابق، ص 821.

إثناء السير في الخصومة من خلال تدخل غير أو إختصامه من قبل أحد الخصوم أو إدخاله بأمر من المحكمة،¹

الأصل أن أثر عقد التحكيم من حيث الأشخاص لا ينصرف إلا إلى أطرافه غير أنه في أحوال خاصة، يمكن أن يمتد إلى غير كما في حالة التدخل في الخصومة، حيث أن إدخال أو تدخل غير في خصومة التحكيم ترتبط بالنطاق الشخصي لإتفاق التحكيم،² نص المشرع الجزائري على شروط التدخل في الخصومة القضائية في المادة 194 من قانون الإجراءات الجزائرية، والتي تتمثل في ثلاث شروط:

- يتم التدخل أمام الدرجة الأولى ودرجة الاستئناف لأول مرة وبالتالي استبعاد التدخل أمام جهة النقض أو أمام الإحالة بالنقض ما لم يتضمن قرار الإحالة خلاف ذلك.
 - أن يتوفر في المتدخل عنصر الصفة والمصلحة.
 - أن يكون للتدخل علاقة وطيدة بطلبات المدعي أو بدفوع المدعي عليه إذ من غير الممكن أن يثير طلب التدخل طلبات غير متصلة بموضوع النزاع.
- ويتم التدخل عملاً بأحكام المادة 194 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري تبعاً للإجراءات المقررة لرفع الدعوى بدءاً بالمادة 14 منه.

بالرجوع للمادة 1041 فقرة 4 فإنها تقضي بتطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر على التحكيم الذي يجري في الخارج إذا إتفق الأطراف على ذلك، وعليه فإنه بالرجوع إلى خصومة التحكيم فإنه يجب التفرقة بين تدخل من ينصرف إليه أثر إتفاق التحكيم وبين من لا

¹ د/ مصطفى محمد الجمال: مرجع سابق، ص 360.

² د/ محمد صلاح الدين عبد الوهاب: الاجتهاد القضائي المصري، حكم محكمة استئناف القاهرة رقم

123/70، سنة 2011، مجلة التحكيم العالمية، العدد الرابع عشر، بيروت 2012، ص 405.

ينصرف إليه هذا الأثر، فالأول وحده _دون الأخير_ يكون تدخله جائز، لكن التمعن في الأمر يفرض تفرقة أخرى بين التدخل الهجومي¹ والتدخل لانضمامي².

ففيما يتعلق بالتدخل الهجومي يفترض أن المتدخل يتمسك بحق أو مركز قانوني له قبل الخصوم أو أحدهم متصل بموضوع النزاع المطروح على التحكيم، وعليه فإن أثر إتفاق التحكيم لا ينصرف إليه لكن تدخله يعني التعبير عن إرادته في الإنضمام إلى إتفاق التحكيم على نحو يؤدي إلى إعتباره طرفاً في هذا الإتفاق، وهو أمر متوقف على إرادة الخصوم وحدهم يتحقق بنص يضمنانه إتفاق التحكيم ذاته أو عدم إعتراض الخصوم على تدخل الغير، كما يكون بعد بدء خصومة التحكيم وبمناسبة طلب الغير المتدخل، وفي هذه الحالة الأخيرة يتعين موافقة هيئة التحكيم إضافة إلى الخصوم، لأن طالب التحكيم ليس طرفاً في عقد التحكيم المبرم بين المحكّمين وهيئة التحكيم.³

خصومة التحكيم كخصومة القضائية تتشكل في الأصل من طرفين على الأقل مدعي ويسمى طالب التحكيم، وهو من يقدم بإسمه طلب التحكيم ومدعي عليه ويسمى المحكّم ضده وهو من يقدم في مواجهته هذا الطلب، ويتطلب لإعتبار الشخص طرفاً في الخصومة التحكيمية أن تتوافر لديه أهلية التقاضي، وعليه إذا رفعت دعوى التحكيمية ضد شركة كانت قد إندمجت في غيرها قبل رفع الدعوى وبالتالي انقضاء شخصيتها القانونية، فإن رفع الدعوى يكون باطلاً ويكون حكم التحكيم الصادر في الدعوى باطلاً.⁴

¹ قرار صادر عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا رقم 125.623 مؤرخ في 08-05-1997 غير منشور: من المقرر قانوناً أنه لا يجوز التدخل الهجومي لأول مرة أمام محكمة الإستئناف، والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام القانون... الخ.

² قرار صادر عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا (مجلس القضاء) رقم 52.489 مؤرخ في 17-05-1989، المجلة القضائية، عدد3، لسنة 1993، ": من المقرر قانوناً أنه يجوز التدخل في الخصام (التدخل لانضمامي) أمام جهة الإستئناف ويكون وفق لإلواضع المقررة أمام المحاكم... الخ."

³ د/ مصطفى محمد الجمال، د/ عكاشة محمد عبد العال: مرجع سابق، ص624،625.

⁴ د/ فتحي والي: مرجع سابق، ص339.

يقوم التحكيم التجاري الدولي على مبدأ الرضائية في مجال العلاقات والعقود الدولية هذا المبدأ الذي يعدّ من أهم المبادئ التي ساهمت في الإنفتاح على التحكيم وقبوله من طرف الدول كنظام قضائي مختص لتسوية المنازعات الناشئة عن مختلف العلاقات التجارية، ويتحقق ذلك من خلال إتفاق أطراف العقد التجاري على إحالة أي نزاع نشأ أو ينشأ في المستقبل على التحكيم، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 1007 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية، وإتفاق التحكيم كغيره من الاتفاقات أو العقود ملزم لأطرافه الذين عبروا عن إرادتهم في الإلتزام به، ويترتب على ذلك أن القوة الملزمة لهذا العقد سواء حقوق كانت أو إلتزامات، تنصرف إلى أطرافه دون غيرهم وهو ما يعبر عنه الأثر النسبي للعقد.¹

تتميز خصومة التحكيم عن الخصومة القضائية فيما يتعلق بالنطاق الشخصي للخصومتين، ففي الخصومة أمام القضاء نجد النطاق الشخصي للخصومة أشمل وأعم من النطاق الشخصي للخصومة في منازعة التحكيم، ويرجع ذلك للإعتبارات عديدة تبرر الإختلاف من أهمها الطبيعة الإتفاقية التي يقوم عليها التحكيم، حيث تظهر إرادة الأطراف بصورة واضحة في إتفاق التحكيم، لأن التنظيم القانوني للتحكيم يقوم على أساس رضا الأطراف، فإرادة المتعاقدين هي التي توجد التحكيم وتحدد نطاقه سواء من حيث المسائل التي يشملها أو من حيث أطراف الخصومة التحكيمية، ومن هنا تظهر أهمية تحديد النطاق الشخصي لخصومة التحكيم كونه يضمن الحفاظ على مبدأ السرية التي تعتبر من أهم مزايا التحكيم، التي تعتبر الدافع الأول للإختيار الأطراف للتحكيم كوسيلة لفض منازعاتهم.²

مما سبق يتضح أن التحقق من صفة أطراف الخصومة من المسائل المعقدة التي تواجه هيئة التحكيم عند الفصل في مسألة الإختصاص، خاصة عندما تبدأ إجراءات التحكيم من أطراف غير موقعين على إتفاق التحكيم، سواء كانوا ضمن تجمع لشركة أو افراد في سلسلة من

¹ د/ بلقاسم بومدين: المركز القانوني للغير في إتفاق التحكيم التجاري، دراسة في ضوء فقه وقضاء التحكيم التجاري الدولي، مجلة القانون والتنمية المحلية، المجلد الثاني، العدد الأول، جانفي 2020. مخبر القانون والتنمية المحلية، جامعة أحمد درارية أدرار، الجزائر، ص120.

² د/ علاء النجار حسنين: التدخل والادخال في خصومة التحكيم، في ضوء اراء الفقه وأحكام القضاء وأثره على

مبدأ الإلتزام بالسرية، دار التعليم الجامعي، الاسكندرية، 2020، ص01.

التعاقدات أو غيرها من صور الاتفاقات المعاصرة التي يتعدد أطرافها وتتشابك مصالحهم الاقتصادية، وينتج عنها ظهور أطراف غير تلك التي تعاقدت من البداية وقبلت شرط التحكيم، والتدخل والادخال في الخصومة التحكيمية إجراء غير محصور وجائز إلا انه إجراء غير مرغوب فيه نظرا للخصوصية التي تتميز بها خصومة التحكيم.¹

الأصل في خصومة التحكيم أنها تتكون من طرفين المحتكم والمحتكم ضده، غير أنه قد يتعدد الأطراف فيمكن أن يتعدد المحتكمون أو يتعدد المحتكم ضدهم، وهذا التعدد قد يحدث عند بدء الخصومة بأن ترفع الدعوى التحكيمية من شخصين أو أكثر أو ترفع ضد شخصين أو أكثر، والأصل في تعدد الأطراف عند بدأ الخصومة يكون إختياريا للمحتكم، فهو من يحدد أطراف إتفاق التحكيم الذين يرفع عليهم الدعوى التحكيمية.

قد تقتضي الظروف في بعض الحالات ضرورة إستفادة الغير من هذا العقد وتأثره بالإلتزامات المتولدة عنها، أضف إلى هذا أن صفة الطرف في العقد لم تعد قاصرة على العاقدين فقط، حيث أن القضاء يعترف للغير الأجنبي عن العقد بحقوق ويلقي عليه إلتزامات ناشئة عن هذا العقد بالرغم من أنه لم يكن طرفا في العقد، وهو ما يدفعنا للبحث عن الأساس القانوني الذي يفسر إمتداد هذا الحق للغير.

البند الأول: مركز الغير بالنسبة لاتفاق التحكيم التجاري: تظهر أهمية تحديد أثر إتفاق التحكيم في مواجهة الغير من المسائل التي كانت محل إختلاف بين الفقه حيث سيتم بيان ذلك كما يلي:

أولا: نظرية الإشتراط لمصلحة لغير: يعد الإشتراط لمصلحة الغير إستثناء على مبدأ أثار العقد من حيث الأشخاص، اذ يكتسب المنتفع حقا من هذا العقد بالرغم من أنه لم يكن طرفا فيه، حيث نص المشرع الجزائري على ذلك في المادة 116 من القانون المدني الجزائري، فكثير ما تفرض الظروف التجارة قيام أحد طرفي العقد بأن يشترط على الطرف الأخر في هذا العقد بأن يؤدي إلى شخص ثالث أجنبي عن العقد حقا معينا، فيسمى الطرف الأول بالمشترط والثاني

¹ د/ علاء النجار حسانين: مرجع سابق، ص 03.

المتعهد والثالث بالمستفيد، فيكتسب الطرف الثالث المستفيد حقا في مواجهة الطرف المتعهد حقا عن عقد لم يكن طرفا فيه، ويشترط توافر الشروط التالية حتى يعتد بالاشتراط لمصلحة الغير ويقع صحيحا منتجا لأثاره.

1- أن يتعاقد الطرف المشترط مع المتعهد بإسمه لا بإسم المستفيد وهذا ما يميزه عن الفضالة والنيابة حيث يتم ابرام العقد باسم شخص آخر ولحسابه، وعليه يتطلب رضا الطرف المستفيد لانه لم يكن طرفا في العقد.

2- أن ينصب إنشاء هذا الإشتراط على إنشاء حق خاص مباشرة لمصلحة الغير المستفيد، أي أن تتصرف إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع.

3- أن يكون للمشرط مصلحة شخصية أو ادبية من هذا العقد حيث يتخلف المصلحة يبطل العقد ويتحول الى فضالة تطبيقا للقواعد العامة.

مما سبق يتبين أن الإشتراط لمصلحة الغير يتحدد من خلال 03 أطراف تربط علاقة تتمثل في:

1- علاقة المشرط بالمتعهد: يحكم هذه العلاقة عقد الاشتراط المبرم بينهما فيما يتضمنه من حقوق وواجبات، ويطبق في تحديد هذه العلاقة القواعد العامة.

2- علاقة المشرط بالمستفيد: تتحدد هذه العلاقة تبعا لنية المشرط من إشتراطه فقد يكون الإشتراط بنية التبرع لمصلحة المستفيد، وقد يكون بقصد وفاء بدين عليه لهذا المستفيد، وقد يكون بقصد إقراضه أو غير ذلك، على انه يجوز للمشرط أن يتراجع عن إشتراطه طالما أن المستفيد لم يعلن عن رغبته في ذلك.

3- علاقة المستفيد بالمتعهد: وهو ما يميز عقد الإشتراط لمصلحة الغير من خلال الاستثناء الوارد على مبدأ نسبية أثر العقد، ذلك أن المستفيد يعتبر من الغير بالنسبة للعقد الذي تم من خلال المتعهد والمتعهد، ومع ذلك يمتد أثر هذا العقد للمستفيد فيكتسب حقا مباشرا يجد مصدره في الإشتراط.

غير أن فكرة الإشتراط لمصلحة الغير وإن كانت برّرت انتقال الحق الوارد في العقد إلى الغير، إلا أنه لا يمكن إعتقاد هذه النظرية لتبرير إنتقال الإلتزامات الى الغير، الأمر الذي يدفعنا للبحث عن سند قانوني آخر.¹

ثانيا: نظرية الخلف الخاص: يرى أنصار هذا الإتجاه أن الغير يعتبر بمثابة الخلف الخاص لسلفه (مثلا المشتري في العقد) وهو ما يبرر إنتقال ما يترتب على هذا العقد الذي أبرمه البائع مع المشتري من حقوق و الإلتزامات، حتى وإن كان الخلف الخاص من الغير إلا أن آثار العقد تنتقل إليه بتوافر شرطين:

1- أن يكون العقد الذي أبرمه سلفه سواء كانت حقوق أو إلتزامات متعلقة بالشيء الذي انتقل الى الخلف الخاص ومن مستلزماته.

2- ان يكون الخلف الخاص على علم بالالتزامات والحقوق التي إنتقلت إليه مع هذا الشيء الذي إنتقل إليه.

غير أنه لا يمكن الإعتقاد على هذا التفسير لتبرير إنتقال الحق إلى الخلف الخاص لانه لا يمكن الاحتجاج بالدفع التي يتمسك بها المدين في مواجهة الخلف الخاص لانه يتعارض مع مبدأ عدم جواز الاحتجاج بالدفع في مواجهة الغير حسن النية.

ثالثا: نظرية الدعوى المباشرة: هي الدعوى التي تسمح لدائن معين أن يباشر بإسمه ولحسابه دعوى ضد مدين مدينه يطالبه فيها بالدين الذي هو في ذمة مدينه، كأن يباشر المؤجر دعوى مباشرة في مواجهة المستأجر من الباطن يطالبه فيها بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتا في ذمته للمستأجر الأصلي، غير أن الدعوى المباشرة حق يقره القانون أي أن اتفاق التحكيم لا يبرر إنتقال هذا الحق الى الغير.

الفرع الثاني: مركز الغير وفق لفكرة مجموعة الشركات ومجموعة العقود: يمكن تفسير إمتداد أثر إتفاق التحكيم التجاري إلى الغير وفق لإطار قانوني يستجيب لخصوصية عقود التجارة الدولية، وذلك من خلال فكرتين هما مجموعة الشركات ومجموعة العقود، وهذا ما سيتم بيانه كما يلي:

¹ د/ بلباقي بومدين: مرجع سابق، ص124.

البند الأول: المركز القانوني للغير وفق لفكرة مجموعة الشركات: نظرا للضعف

الذي عرفته المشروعات الفردية خاصة بعد انفتاح الأسواق المحلية على الأسواق العالمية، الأمر الذي تطلب ظهور تكتلات تجارية واقتصادية بين مجموعة من الشركات، عن طريق تجميع رأسمالها بغية تحقيق أهداف مشتركة حيث تبدو وكأنها كيان تجاري واحد، وذلك تحت إشراف شركة تسمى الشركة الأم، والأصل ان لا تلتزم أي شركة من شركات المجموعة بإتفاق التحكيم إلا الشركة التي إرتضته ووقعت عليه، وذلك راجع لمبدأ نسبية أثر التحكيم من جهة وكذلك تمتع كل شركة بالإستقلال القانوني، غير أن واقع المعاملات التجارية يفرض تركيز سلطة إتخاذ القرار في مجموعة الشركات للشركة الأم، الأمر الذي يطرح تساؤل حول مدى إمتداد أثر التحكيم لباقي الشركات المجموعة غير الموقعة على إتفاق التحكيم؟

يبرز التعامل في مجال التحكيم التجاري الدولي بأن مركز الطرف في العقود التجارية الدولية لم يعد يقتصر على الطرف الذي قام بالتوقيع على إتفاق التحكيم، بل أنه تجاوز هذا المفهوم لتحديد الطرف في عقد التحكيم التجاري الدولي، ليشمل المعيار الإقتصادي تحقياً وتسهيلاً للتجارة الدولية، حيث يشمل كل من يقف خلف المتعاقدين الأصليين أو من يساهم بدور فعال في المفاوضات، تكوين العقد، تنفيذه... الخ، حيث يمتد أثر هذا العقد سواء حقوق أو إلتزامات الى الغير ولو لم يكن طرف في العقد أو لم يقم بالتوقيع على العقد وهذا ما يبرز بوضوح واقع مجموعة الشركات، عندما تفرض الظروف الروابط الإقتصادية المتصلة بالغير وبالذور الذي ساهم فيه في إبرام العقد، الاحتجاج في مواجهته بإتفاق التحكيم.

هذا وقد أثبتت مشكلة نسبية أثر إتفاق التحكيم في العديد من المنازعات سواء أمام القضاء أو هيئات التحكيم، على سبيل المثال قضية داو شيميكال حيث تتلخص وقائع هذه القضية في قيام شركتين من مجموعة شركات داو شيميكال الأمريكية بالتعاقد مع شركة فرنسية لتوزيع منتجاتها من العوازل الحرارية في فرنسا، وقد تضمن العقد شرطا تحكيم وفق قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، وبعد شروع الشركة الفرنسية في تنفيذ العقد نشأ نزاع بسبب جودة المنتج حيث فوجئت هذه الأخيرة بفسخ العقد من قبل شركة أخرى تابعة للشركة الأم داو شيميكال، وتم إحالة النزاع على التحكيم من قبل الشركتين الموقعتين على العقد وإلى جانبهما الشركة الأم والشركة الأخرى التي باشرت الفسخ رغم أن هاتين الأخرتين لم توقعا على العقد.

دفعت الشركة الفرنسية المدعى عليها بعدم إختصاص هيئة التحكيم على اعتبار أن الشركة الأمريكية الأم والفرع لم تكونا طرفا في العقد ولم توقعوا على إتفاق التحكيم، في حين رفضت هيئة التحكيم هذا الدفع مستندة على الطابع الإقتصادي الموحدة لهذه الشركات، ومن ثم يمتد إليها إتفاق التحكيم على أساس أنها تمثل كلها في النهاية حقيقة إقتصادية واحدة حتى إن كان لكل شركة شخصية قانونية مستقلة عن غيرها، كما رفضت محكمة إستئناف باريس الطعن بالبطلان ضد حكم الحكيم مستندة للإرادة المشتركة لكل من الشركات المعنية، وعليه فإن شركة داو شيميكال والشركة الفرع في فرنسا تعتبر طرفا في العقد على الرغم من أنها لم توقعوا عليه وبهذه المثابة يسري شرط التحكيم في مواجهتهم.¹

مما سبق يتضح أن كل من القضاء وهيئة التحكيم إستند في إمتداد أثر إتفاق التحكيم إلى الغير الذي لم يوقع العقد، على السند القانوني الممثل في معيار مجموعة الشركات وودلك في جميع الحالات التي يثبت فيها الدور الذي لعبته هذه الشركة في ابرام العقد أو تنفيذه أو إنهائه، ومع ذلك يبقى أن نشير إلى هذا المعيار المعتمد غير دقيق.

البند الثاني: فكرة المجموعة العقدية: ترتبط فكرة المجموعة العقدية بمبدأ سريان إتفاق التحكيم من حيث الموضوع، أي انها تتعلق بمدى سريان إتفاق التحكيم الوارد في أحد العقود على عقود أخرى، حيث تختلف فكرة المجموعة العقدية في مجال التحكيم الدولي عنها في مجال التحكيم الداخلي على النحو التالي:

أولاً: تطبيقات فكرة المجموعة العقدية في مجال التحكيم الدولي: تقوم فكرة المجموعة العقدية في مجال التحكيم الدولي على وجود مجموعة من العقود تنظمها وحدة المحل أو السبب، وتأخذ إحدى الصورتين:

1- التجمع العقدي: حيث ينظم هذا التجمع عدة عقود تهدف إلى تحقيق هدف واحد رغم إختلاف أطرافها، إذ تهدف أحد هذه العقود إلى تنفيذ الإلتزامات في حين تسعى الأخرى إلى تقديم الضمانات اللازمة لها، وسواء تم إبرام هذه العقود في وقت واحد أو بصورة متتابعة فالمهم أن يشكل كل واحد منها جزء من مجموع هذه العقود.

¹ د/ بلباقي بومدين: مرجع سابق، ص127،128.

2- السلسلة العقدية: يتحقق ذلك من خلال تتابع العقود على ذات المحل الذي أبرمت بشأنه هذه العقود رغم إختلاف أطرافها، مكونة بذلك سلسلة عقدية متصلة كما هو الحال في عقود البيع على سلعة واحدة يتداولها أكثر من مشتري واحد، كأن يرد على عقد بيع البضاعة بين الشاحن والمرسل إليه البضاعة لبيعها عقود أخرى تتعلق بالتأمين على البضاعة، ونقلها، فنكون أمام عقد أصلي يتعلق بالبيع متضمن لشرط التحكيم، بالإضافة على عقود أخرى مرتبطة بهذا العقد تهدف إلى ضمان تنفيذ العقد الأصلي، لكنها لا تتضمن شرط التحكيم ومنه يثور التساؤل حول جواز الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي على أطراف في عقد من العقود التابعة المنتمية لذات المجموعة العقدية إلا أنها لم تكن طرفا في شرط التحكيم؟¹

الإجابة على هذا السؤال تقتضي التمييز بين 03 فروض:

-الفرض الأول عندما يتضمن العقد الأصلي شرط التحكيم دون باقي العقود الأخرى: لا يثير هذا الفرض إشكال فإرادة الأطراف تهدف إلى إخضاع المنازعات التي تنشأ في إطار العملية التعاقدية للتحكيم، وذلك بمد أثر التحكيم من العقد الأصلي إلى باقي العقود الأخرى المرتبطة به والتي ساهمت في تنفيذه، غير أنه يثور الإشكال في حالة إنتهاء مدة العقد الأصلي وتم تجديده دون أن يتم الإتفاق على التحكيم، حيث أن القضاء يسمح في هذه الحالة للأطراف ان يتمسكوا بإتفاق التحكيم في العقد القديم إستنادا على تواتر العمل بهذا الشرط في ظل العقد القديم ما لم يتبين أن إرادتهم لم تتصرف إلى التحكيم، في حين أن يذهب الفقه التحكيم التجاري الدولي إلى عدم جواز الاعتداد بتواتر العمل بشرط التحكيم، غلا اذا تم التأكيد وبما لا يدع مجال للشك أن إرادة الأطراف ذهبت إلى ذلك.²

الفرض الثاني: أن تتضمن كل العقود شرط تحكيم مستقل: لا يثير هذا الفرض أي صعوبة لان كل عقد من العقود المتتالية يتضمن شرط التحكيم، غير أن الإشكال الذي يطرح في هذه الحالة أنه في حالة نشوء نزاع، هل يتم تشكيل هيئة تحكيم واحدة تفصل فيكل المنازعات في العقود المتضمنة لشرط التحكيم، أم أنه يتعين تشكيل هيئات تحكيم متعددة بتعدد هذه العقود،

¹ د/ بلباقي بومدين: مرجع سابق، ص128.

² المرجع نفسه، ص131.

والحل في هذه الحالة يتوقف على إرادة الأطراف ففي حالة عدم وجوده إرادة صريحة فإنه تختص ذات الهيئة بالفصل في كل المسائل المرتبطة بهذه العقود لنفس الهيئة.

الفرض الثالث: أن يخلو العقد الأصلي من شرط التحكيم مع وروده في أحد العقود التابعة أو اللاحقة المنفذة له: اختلف الفقه في ذلك بين فريق يمنع إمتداد نطاق شرط التحكيم وفريق يجيزه، فبالنسبة للأنصار الإتجاه الذي يمنع الإمتداد إستندوا في ذلك إلى وجوب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوب وإلا وقع باطلا، وأما الفريق الذي يجيز إمتداد شرط التحكيم من العقد اللاحق إلى العقد الأصلي، بالرغم من إتفاقهم على جواز إلا أنهم اختلفوا في أساسه فيرى البعض بوجوب تفسي إرادة الأطراف في كل حالة على حدى للوقوف على نيتهم بخصوص شرط التحكيم، في حين يشترط فريق آخر أن يرد شرط التحكيم في إطار تنفيذ ذات العملية التجارية، أما إذا لم يوجد تجانس بين هذه العقود فلا مجال لمد شرط التحكيم إلا اذا ثبت علم الأطراف بذلك.

البند الثالث: تطبيقات فكرة المجموعة العقدية في التحكيم الداخلي: تظهر هذه

الفكرة في التحكيم الداخلي من خلال مجموعة من الدعاوى تتمثل في:

أولاً: دعوى الضمان: الأصل أن هذه الدعوى ترفع من أحد المتعاقدين على الطرف الآخر إلا ان الفقه والقضاء أجاز للمالك الأخير برفع دعوى الضمان على البائع الأول، ويتحقق ذلك من خلال عقد أصلي لبيع بضاعة ما، عقد نقل، عقد تأمين على هذه البضاعة... الخ من العقود التي تهدف إلى تنفيذ العقد الأصلي، حيث أن المرسل إليه البضاعة يعتبر طرفا في المجموعة بأسرها رغم عدم إشتراكه في العقود الأخرى، كما يمكنه التمسك بإتفاق التحكيم كما يمكن التمسك في حقه بهذا الإتفاق.

ثانياً: دعوى الوفاء المباشرة: الأصل أن الدائن لا يمكنه الرجوع على مدين مدينه إلا عن طريق الدعوى غير المباشرة ما لم يوجب إتفاق صريح بخلاف ذلك، إلا أن القضاء الفرنسي أعطى للدائن الذي نشأ حقه عن عقد معين حق الرجوع بالوفاء مباشرة على مدين دينه الذي إلتزم قبله بمقتضى عقد آخر، وهذا يعني أن الطرف في أحد عقود المجموعة يصبح طرفا في باقي العقود على الرغم من عدم إشتراكه فيها.

ثالثاً: دعوى المسؤولية: تقتضي هذه الدعوى أنه إذ وجد عقد بين الدائن والمدين وقام أجنبي بالتعاقد مع هذا المدين، بحيث ترتب على ذلك إخلال المدين عن الوفاء بالتزامه، حيث

يعتبر الأجنبي مسؤول مسؤولية تفصيرية، ويترتب على ذلك حق الأجنبي في التمسك باتفاق التحكيم الوارد في العقد الأصلي في مواجهة الدائن.¹

مما سبق يمكن القول بأن فكرة المجموع التعاقدية كأساس لتفسير مركز الغير بالنسبة للعقد الأصلي، يشترط توافر مبدأ أساسي يتمثل في مبدأ النفاذ داخل المجموعة التعاقدية وهذا المبدأ لا يتحقق إلا بشرطين هما العلم والمصلحة، وبدون توافر الشرطين لا يمكن التسليم بهذه الفكرة لتبرير إمتداد أثر إتفاق التحكيم إلى الغير.

الفرع الثالث: مبدأ النفاذ داخل المجموعة العقدية كأساس لتبرير مركز الغير:

سبق القول أن النظريات السابقة لم تقدم تبرير قانوني دقيق لإمتداد أثر التحكيم للغير ليحكم العلاقات التي تنضوي تحت إطار العقد الأصلي، وذلك راجع للأساس الذي إستندت إليه هذه الدراسات وهو مبدأ الأثر الملزم للعقد، في حين أن هناك مجال آخر يمكن الإعتماد عليه لحل هذه المشكلة وهو مجال نفاذ أو سريان العقد، لكن بداية لا بد من التمييز بين مبدأ النسبية ومبدأ النفاذ، وعنصر العلم الذي يعتبر عنصر ضروري لنفاذ هذا العقد.

البند الأول: التمييز بين مبدأ النسبية ومبدأ النفاذ: إن مناط التمييز بين مبدأ

النسبية ومبدأ النفاذ يكمن في تحديد الضرر الذي يلحق غير جراء تصرف لم يشارك فيه، فالأصل أن العقد لا يضر الغير وهذا ما تقضي به المادة 113 من القانون المدني الجزائري، إلا انه يمكن أن يكسبه حقا، وبناء عليه يمكن القول أنه إذا كانت حدود العقد نسبية وقاصرة على طرفيه في إطار مفهوم الأثر الملزم له، فإن هناك إطار آخر يتعلق بالأثار الخارجية وغير المباشرة للعقد، ألا وهو نفاذ العقد من منطلق محاجة الكافة به وفرض إحترامه عليهم بالتالي هذا الأثر السلبي لا علاقة له بمبدأ نفاذ العقد، وإنما هو أثر خارجي غير مباشر للعقد بإعتباره واقعة قانونية، وعليه إذا تعرض الغير للعقد النافذ في مواجهته بعمل مادي وليس تصرف قانوني فهذا العمل يخرج عن المفهوم الدقيق لنفاذ العقد، فالنفاذ هنا يعني نفاذ العقد في مواجهة عقد اخر حيث يأتي هذا الاخير في صورة إنتهاك للإشتراطات العقدية الموجودة في العقد الأول.

وبالنتيجة فإن النفاذ داخل المجموعة العقدية إلى جانب توافر عنصر المصلحة قد اظهر إلتزام جديد داخل هذه المجموعة ذو طابع إيجابي، فإحترام عقد الغير داخل المجموعة العقدية

¹ د/ بلباقي بومدين: مرجع سابق، ص134.

نتيجة لمبدأ النفاذ داخليا، يوجب على كل عضو في هذه المجموعة تنفيذ التزامه تجاه الغير صاحب المصلحة أي ينشأ التزام للغير صاحب المصلحة حق خاص بمقتضى النفاذ داخل المجموعة العقدية التي هو عضو فيها، يخوله مطالبة إي عضو آخر داخل ذات المجموعة بأن يحترم مصلحته وينفذ أي التزام قد ينشأ عن العلاقة العقدية الأصلية.

البند ثاني: العلم شرط لإعمال مبدأ نفاذ العقد في مواجهة الغير: إن القول بأن

هناك التزام إيجابي بإحترام عقود الآخرين داخل المجموعة، يتطلب توافر العلم لدى الطرف الذي يتم مطالبته بتنفيذ هذا الالتزام، ويقصد بالعلم هو علم الطرف بأن عقده هو جزء من مجموعة عقدية تضم عقود لاطراف آخرين، بالإضافة إلى علمه بوجود حقوقهم تجاهه إذا توافرت المصلحة لديهم في الرجوع على العضو الاول بحقه ومطالبته بتنفيذه، وعليه فان شرط العلم هو شرط جوهري لتحقيق عملية النفاذ داخل المجموعة العقدية يكون الغير طرفا في احدها تخوله حقا خاصا ومستقلا يكون له الإحتجاج على غيره من الأعضاء في العقود الأخرى المنتمية لذات المجموعة رغم أنه لم يكن طرفا فيها، وعليه يكون له الحق في التمسك بشرط التحكيم الوارد في أي منها قبل هؤولاء الأعضاء متى توافرت فيهم المصلحة والعلم، ويكون لهؤلاء التمسك في مواجهته بهذا الشرط إستنادا لذات الشروط، وبإنتفاء هذه الشروط خاصة شرط العلم نكون أمام حالة عدم نفاذ.¹

الفرع الرابع: إمتداد إتفاق التحكيم إلى الغير: غير أنه قد يكون هذا التعدد إجباريا

ليس متروك لإرادة الأطراف فالخصومة لا تستقيم والدعوى لا تقبل إلا بأطراف متعددة، كما هو الحال لدعوى قسمة المال الشائع إذ يجب أن يختصم فيها جميع الشركاء، وعليه من غير المتصور أن يبرم إتفاق تحكيم بين بعض الشركاء فقط دون غيرهم من أجل قسمة مال شائع، وإنما لابد من أن يبرم إتفاق التحكيم بين جميع الشركاء وعليه يجب على هيئة التحكيم التي يعرض عليها النزاع القائم بين بعض الأطراف دون البعض الأخر، أن تأمر الطرف الذي بأشء إجراءات الدعوى التحكيمية بضرورة تكليف باقي الأطراف بالخصومة التحكيمية في أجل تحدده فإن لم يفعل تقضي بعدم قبول الدعوى، كما هو الحال لو رفع المفاوض من الباطن دعوى تحكيم

¹ د/ بلباقي بومدين: مرجع سابق، ص137.

ضد صاحب العمل إذ يجب عليه أن يخاصم كل من المقاول الأصلي وصاحب العمل،¹ وقد يحدث التعدد في أطراف الخصومة بعد بدء الخصومة التحكيمية وهو ما يتحقق في حالة الإدخال أو التدخل في الخصومة التحكيمية وهذا ما سيتم بيانه.

البند الأول: الإدخال في خصومة التحكيم: سبق القول بأن النطاق الشخصي

لخصومة التحكيم يتحدد بأطراف الإتفاق على التحكيم، إذ لا يمكن للغير الذي لم يكن طرفا في إتفاق التحكيم أن يختصم أمام هيئة التحكيم سواء كان ابتداء أو بإدخاله في الخصومة، ويرجع ذلك إلى ان هيئة التحكيم تستمد سلطتها من إتفاق التحكيم وهذا الإتفاق كأصل عام يقتصر على أطرافه ولا يمكن أن يمتد للغير، وعليه لا يمكن إلزام الغير أو من لا يمتد إليه أثر الإتفاق على التحكيم بالخضوع لسلطة المحكمين.

فلا تقبل دعوى الضمان الفرعية في خصومة التحكيم إلا إذا كان الضامن طرفا في الإتفاق على التحكيم، وفي هذا الإطار قضت محكمة النقض المصرية بأن: "كون أحد أطراف خصومة التحكيم شركة ضمن مجموعة شركات تساهم شركة أم في رأسمالها لا يعد دليلا على إلزام الأخيرة بالعقود التي تبرمها الأولى المشتملة على شرط التحكيم ما لم يثبت أنها تدخلت في تنفيذها أو تسببت في وقوع خلط بشأن الملتمزم به على نحو تختلط فيه إرادتها مع إرادة الشركة الأخرى، وذلك كله مع وجوب التحقق من توافر شروط التدخل أو الإدخال في الخصومة التحكيمية وفقا لطبيعتها الإستثنائية."²

¹ د/مصطفى محمد الجمال، د/ عكاشة محمد عبد العال: مرجع سابق، ص 630.

² يتحدد نطاق خصومة التحكيم بأطراف الاتفاق على التحكيم فلا يجوز لأى من الخصوم أن يختصم أمام هيئة التحكيم من ليس طرفا في الإتفاق ما لم يكن من الغير الذى يمتد إليهم هذا الإتفاق سواء كان هذا الإختصاص ابتداء أو بإدخاله في الخصومة فإن أدخل في الخصومة من ليس طرفا في إتفاق التحكيم أو من لا يمتد إليه الإتفاق فإن له ان يطلب إخرجه منها، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية فى الطعن رقم 4729 ، 4730 لسنة 72 قضائية جلسة 2004/6/22.

يمكن إدخال غير الذي ليس طرفا في إتفاق التحكيم بناء على طلب من طرفي التحكيم وموافقة الشخص المطلوب إدخاله، لأن إدخال شخص من الغير بناء على طلب أحد طرفي الخصومة ودون موافقة الطرف الآخر والغير المطلوب إدخاله لا يجوز إلا إذا كان هذا الغير طرفا في إتفاق التحكيم، ولا يجوز إدخال غير ولو كان متضامنا مع المحتكم ضده الطرف في إتفاق التحكيم دون تلك الموافقة، وعليه فإن إدخال الغير الذي لا يعتبر طرفا في إتفاق التحكيم دون موافقته وصدور حكم التحكيم ضده، فإن الحكم يكون باطلا وذلك راجع لكون الحكم صدر في مواجهة شخص لم يكن طرفا في إتفاق التحكيم، وهذا ما يعتبر إعتداء على سلطة القضاء بإعتباره صاحب الاختصاص الأصلي بالفصل في المنازعات.¹

غير أن إدخال شخص من الغير بموافقة طرفي الخصومة وحضور هذا الغير لإجراءات الخصومة وإستمر فيها دون أن يطلب إخراجه منها أو يدفع بعدم قبول الدعوى التحكيمية في مواجهته، ففي هذه حال يعتبر موقف الغير بمثابة قبول ضمني على إمتداد أثر الإتفاق على التحكيم في مواجهته، على أن إدخال في خصومة التحكيم يرجع أمر البت فيه إلى السلطة التقديرية لهيئة التحكيم، فهي ليست ملزمة بإجابة طلب أحد الأطراف بإدخال الغير في الخصومة التحكيمية ولو توافرت شروط هذا الإدخال، خاصة إذا تبين لها أن الهدف من إدخال الغير في خصومة التحكيم يهدف إلى عرقلة السير الحسن للدعوى التحكيمية، ما لم يكن هذا الإدخال لازما بسبب التعدد الوجوبي للأطراف الخصومة.

في المقابل لا يمكن لهيئة التحكيم أن تأمر من تلقاء نفسها بإدخال أي شخص من غير أطراف الإتفاق على التحكيم، ولو كان إدخاله لمصلحة العدالة أو كان لازما لإظهار الحقيقة، وإنما يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر بإدخال الغير من غير موافقة الأطراف، إذا كان من تأمر بإدخاله بهدف إظهار الحقيقة أو لمصلحة العدالة طرفا في إتفاق التحكيم أو ممن يمتد إليه أثر الإتفاق على التحكيم.²

¹ د/ فتحي والي: مرجع سابق، ص 342.

² د/ فتحي والي: مرجع سابق، ص، 342، 343.

البند الثاني: التدخل في خصومة التحكيم: إذا كان الإتفاق على التحكيم متعدد

الاطراف وحدث أن نشأت خصومة بين بعض الاطراف، ففي حال بدأت إجراءات التحكيم بين بعض أطراف التحكيم، فإنه لا يوجد ما يمنع أحد أطراف إتفاق التحكيم من أن يتدخل منضما إلى أحد طرفي الخصومة في طلباته إذا كانت له مصلحة في ذلك، إذ أن المتدخل إنضماميا لا يطالب بحق له ويقتصر دوره على مساعدة من تدخل إلى جانبه فهو مجرد ذرف تابع له، ومن ناحية أخرى فإن للطرف في إتفاق التحكيم الذي لم يدخل في الخصومة أن يتدخل فيها تدخلًا إنضماميا أو هجوميا مستقلا وذلك دون الحاجة إلى موافقة طرفي الخصومة، وذلك لأنه طرف في الإتفاق على التحكيم كان يمكن إختصامه فيه عند بدء إجراءاته، ومنعا لصدور أحكام متعارضة وتجنبًا لتقطيع أوصال القضية في نزاع واحد، ويدخل أمر قبول التدخل أي كان نوعه في السلطة التقديرية لهيئة التحكيم قد قطعت شوطا كبيرا، وكان الوقت الباقي من ميعاد التحكيم لا يسمح بنظر طلب المتدخل، على أنه يلاحظ أنه إذا كان تعدد الخصوم وجوبيا، فإن للطرف في إتفاق التحكيم الذي لم يكن طرفا في الخصومة عند بدئها التدخل فيها وليس لهيئة التحكيم سلطة عدم قبول هذا التدخل، إذ هذا التدخل لازم لصحة إجراءات الخصومة.

وإذا قبل التدخل فلا يجوز للمتدخل الإنضمامي أن يعين محكما جديدا عنه، أما التدخل الهجومي فإن من حقه أن يعين محكما عنه، ويلزم عندئذ إعادة تشكيل الهيئة مع مراعاة أن يكون عددها وترا.

أما من ليس طرفا في إتفاق التحكيم فليس له التدخل إنضماميا أو هجوميا في خصومة التحكيم، إلا إذ قبل الأطراف تدخله، وقد يتم هذا القبول ضمنيا بعدم إعتراض الأطراف على هذا التدخل، أو بتوجيه مذكرات دفاع منهم ضده إذ يعني ذلك موافقة الأطراف ضمنيا على ضمه كطرف في إتفاق التحكيم، على أن تبقى أمر قبول التدخل من عدمه للسلطة التقديرية لهيئة التحكيم.¹

¹ د/ فتحي والي: مرجع سابق، 343، 344.

المطلب الثالث: الطلبات والدفع في خصومة التحكيم: البداية الحقيقية

لعملية التحكيم تتجسد من خلال اشعار طالب التحكيم للطرف الآخر برغبته في حسم النزاع بالتحكيم، وهذا يقتضي دعوة الخصوم لإبداء طلباتهم ودفعهم وتقديم الأدلة الثبوتية ومناقشتها والاستماع أيضا إلى رأي الخبراء إذا استدعى الأمر ذلك، بالإضافة إلى تحديد اللغة التي يجري التحكيم بها وترجمة الوثائق وعند الاقتضاء طلب مترجم لترجمة أقوال الطرفين أو الشهود أو الخبراء... الخ، لكن بداية سيتم التطرق إلى تحديد طلبات وأوجه دفع أطراف التحكيم كما يلي:

الفرع الأول: الطلبات: يقصد بالطلب نوع الحماية القانونية التي يطلبها المدعي أو

المدعي عليه لحق أو مركز قانوني يدعيه لنفسه في مواجهة خصمه. " والأصل في الطلبات التي تعرض على هيئة التحكيم أن تكون طلبات موضوعية تتعلق بتقرير الحق لصاحب الطلب أو إلزام الخصم به أو تقييده، لكن الأمر قد يتعلق بحماية مؤقتة وفي هذه الحالة يتعلق الأمر بإجراء لحماية الحق بصفة مؤقتة او لحفظه.¹

الأصل أن يتحدد نطاق الخصومة بالطلبات الأصلية أي طلبات المحكم الواردة في طلب التحكيم ومذكرة الرد، فيترتب عليها تحديد موضوع النزاع المطلوب التحكيم فيه وهذا ما تقضي به المادة 25 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويجب الالتزام بالطلبات الأصلية الواردة في الإدعاء الأصلي سواء فيما تعلق بمحلها أو سببها، وعلة ذلك عدم مفاجئة الطرف الآخر بطلبات جديدة بعد أن استعد للدفاع في نطاق الطلب الأصلي وحده غير أنه ليس هناك ما يمنع الإتفاق على مخالفتها، وبالإضافة إلى الطلبات الأصلية فإن هناك طلبات إضافية والطلبات العارضة والطلبات المقابلة والطلب بالمقاصة، والتي تتم بعد تحريك الخصومة واثناء سيرها كما أنها تتضمن تغييرا في محل الخصومة بتعديله أو بالإضافة اليه.

بالنسبة للطلب الإضافي فقد عرفته المادة 25فقرة4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه الطلب الذي يقدمه أحد أطراف النزاع بهدف تعديل طلباته الأصلية، فالهدف من تقديم الطلب الإضافي هو تعديل الطلب الأصلي بالزيادة أو النقصان وليس إستبداله بطلب آخر، أما

¹ د/ مصطفى محمد الجمال، د/ عكاشة محمد عبد العال: مرجع سابق، ص639، 640.

الطلب المقابل فقد عرفته المادة 25فقرة5 على أنه الطلب الذي يقدمه المدعى عليه للحصول على منفعة فضلا عن طلبه رفض مزاعم خصه.

ينفرد الطلب المقابل عن غيره من الطلبات بأن تقديمه يتم حصريا من طرف المدعى عليه بعد تحريك الخصومة وأثناء سيرها، كما يعتبر وسيلة هجومية لا يكتفي برفض طلبات المدعى الخصم بل يسعى للحصول على منفعة بموجب حكم لصالح المدعى عليه، ويتحقق ذلك في منازعة عقد الفرشيز كما في حالة طلب المدعي تنفيذ العقد في حين يقابل المدعى عليه هذا الطلب بطلب مقابل يتمثل في الحكم بإبطال العقد أو فسخه، ويشترط في منازعة التحكيم إرتباط موضوع الطلبات المقابلة باتفاق التحكيم، كما أن طلب التعويضات لا يصح ما لم ينص عليه في إتفاق التحكيم.

أما الطلبات العارضة فيراد منها ما يترتب على كل نزاع يضاف إلى الطلب الأصلي بصورة تبعية كان يطالب المدعي بإجراء مضاهاة للخطوط على وثائق يقدمها الخصم تفيد براءة ذمته من الدين المطالب بدفعه، فالطلب الأصلي هنا يتضمن إستعادة مبلغ الدين بينما الطلب العارض هو إجراء مضاهاة للخطوط، في حين يتمثل الصنف الأخير من الطلبات في المطالبة بالمقاصة القضائية والتي أشار إليها المشرع من خلال مواد القانون المدني 297 إلى 303 ويمكن أن تستتبط أحكام هذا الطلب من نص المادة4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما في حالة رفع المدعي دعوى دائنية ضد المدعي عليه يقوم الأخير برفع دعوى دائنية في مواجهة المدعي، عن طريق دعوى فرعية يلتصق من المحكمة إجراء مقاصة قضائية بين الدينين.

بالرجوع إلى التحكيم فإنه إختصاص المحكم كما سبق القول للفصل في النزاع يرجع إلى إتفاق التحكيم، الذي يحدد المسائل التي تدخل ضمن إطار التحكيم وعليه فإن الطلبات العارضة تخرج من إتفاق التحكيم وبالتالي لا تكون مقبولة أمام المحكم، لأن سلطة هيئة التحكيم في تقدير قبول الطلب من عدمه مناطها في النهاية هو إتفاق التحكيم، لكن متى كان الطلب الأصلي مقبولا على هذا النحو فإن الطلبات الإضافية التي تكون تابعة له تكون مقبولة هي الأخرى، وهذا هو الشأن مثلا في طلب الفوائد القانونية المستحقة عن الدين الأصلي.¹

¹ د/ مصطفى محمد الجمال، د/ عكاشة محمد عبد العال: مرجع سابق، ص642.

الفرع الثاني: الدفع: يقصد بها تمسك الخصم بوجه من أوجه الدفاع التي من شأنها أن تؤدي إلى تفادي الحكم عليه بطلبات خصمه كلها أو بعضها بصفة نهائية أو مؤقتة.¹ وبناء عليه فإن الدفع تمثل وسيلة قانونية تهدف إلى دحض إدعاءات الخصم متى كانت الدفع موضوعية، أو إلى التصريح بعدم صحة الإجراءات أو إنقضائها أو وقفها في حالة الدفع الشكلية، بالإضافة الدفع بعدم القبول الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لإنعدام الحق في التقاضي.

يتصور أن تقدم الدفع من المدعى عليه وذلك ردا على طلبات المدعي الأصلية أو العارضة، كما يمكن أن تقدم الدفع من المدعي ذاته وذلك ردا على طلبات المدعى عليه المقابلة إذ يحق لطرفي التحكيم إبداء الدفع التي تحقق له مصلحته، وتخضع الدفع التي يمكن تقديمها في منازعة التحكيم إلى نفس الأحكام الخاصة بالدفع في الخصومة القضائية، والتي من بينها أنه يشترط لقبول الدفع أن يكون متعلقا بموضوع الدعوى أو بإجراءاتها، وأن يكون مؤثرا فيها على نحو يؤدي معه إلى تغيير وجه الفصل فيها فيما لو ثبتت صحته، هذا بالإضافة إلى اشتراط توافر الصفة في الدفع، غير أن بعض الدفع تعتبر من النظام العام يثيرها القاضي من تلقاء نفسه، وتقسم الدفع إلى ثلاث أنواع هي الدفع الموضوعية الدفع الإجرائية والدفع بعدم القبول.

أولا: الدفع الموضوعية: عرفت المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري: "الدفع الموضوعية هي وسيلة تهدف إلى دحض إدعاءات الخصم ويمكن تقديمها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى." وعليه فهي تتجسد في الدفع التي توجه إلى الحق موضوع الدعوى وتستهدف الحكم برفض الدعوى كليا أو جزئيا، وهذه الدفع منها ما هو سلبي يقتصر على مجرد إنكار الوقائع المدعاة أو إنكار أثرها القانوني كإنكار المدعي في دعوى المسؤولية لوقوع خطأ من جانبه أو إنكاره لترتيب ضرر على هذا الخطأ، أو إنكار التوقيع على العقد المقدم من خصمه دليلا في دعوى مرفوعة بتنفيذ العقد، وفي هذه الحالة يكفي مقدم الدفع أن يثيره فيقع على خصمه عبئ إثبات الوقائع التي يدعيها.

¹ د/ مصطفى محمد الجمال، د/ عكاشة محمد عبد العال: مرجع سابق، ص 646.

بالإضافة إلى للدفع الموضوعية السلبية هناك الدفع الموضوعية الإيجابية التي يتجاوز دورها مجرد الإنكار، إلى تأكيد واقعة معينة من شأنها أن تمنع قيام الحق المدعي به أو تؤدي إلى إنهائه، كالدفع بالبطلان العقد لعدم مشروعية السبب أو الدفع بالمقاصة القانونية، وفي هذه الحالة يتعين على مقدم الدفع أن يقوم بإثبات الواقعة التي يدعيها، وتخضع الدفع الموضوعية إلى مجموعة من القواعد بصرف النظر عما إذا كانت مقدمة أمام القضاء أو إلى هيئة التحكيم:

- الدفع الموضوعية لا يتقيد إبدائها بترتيب معين أو وقت معين وعليه فإن إبداء أحد الدفع الموضوعية لا يحول دون تقديم باقي الدفع الموضوعية في أي مرحلة كانت عليها الدعوى المادة 48 قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

- الدفع الموضوعية يعتبر الحكم الصادر فيها فاصلا في الموضوع ويحوز لذلك حجية الأمر المقضي فيه.

- الدفع الموضوعية يستنفذ الحكم الصادر فيها سلطة الجهة التي أصدرته فإذا ما ألغي الحكم من بعد بسبب بطلانه، فإنه لا يمكن إعادة النظر في موضوع النزاع من الجهة التي أصدرته لإستنفاده سلطتها حتى ولو كان البطلان لعيب شكلي.¹

فإذ دفع المدعى عليه بالشرط التحكيمي قبل أي طلب أو دفاع لا تقبل الدعوى القضائية ويعود الإختصاص للتحكيم، وعليه يجب على المحكمة التي رفع أمامها النزاع الذي يوجد بشأنه إتفاق تحكيم أن تتحقق من سلامة شرط التحكيم الذي يترتب عليه نزع إختصاص القضاء من نظر النزاع، وعليها أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بشرط التحكيم قبل إبداء أي طلب أو دفع في الدعوى.

ثانيا: الدفع الشكلية: عرفت المادة 49 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "الدفع

الشكلية هي كل وسيلة تهدف إلى التصريح بعدم صحة الإجراءات أو انقضاءها أو وقفها." فالدفع الشكلية لا تستهدف موضوع الحق وإنما تستهدف الإجراءات، فالغرض من إثارتها هو التوصل إلى عدم صحة إجراء معين دون مناقشة الموضوع، حيث نص المشرع الجزائري على أربع أنواع من الدفع وهي الدفع بعدم الإختصاص، الدفع بوحدة الموضوع والإرتباط، الدفع بإرجاء الفصل، الدفع بالبطلان.

¹ د/ مصطفى محمد الجمال، د/ عكاشة محمد عبد العال: مرجع سابق، ص 647.

يتمثل مناط التفرقة بين الدفع الشكلي والدفع الموضوعي أن الأول يتخذ في مواجهة صحة الخصومة والإجراءات المتعلقة بها بغية إنهاءها دون الفصل في موضوع الحق المطالب به أو تأخير الفصل فيه، أما الدفع الموضوعي فهو موجه إلى الحق موضوع الدعوى بهدف الحصول على حكم برفضها كلياً أو جزئياً، وتبدو أهمية التفرقة في أن الدفع الموضوعي يجوز إبداءه في أي حالة تكون عليها الدعوى، بخلاف الدفع الشكلي الذي يجب إثارته قبل التطرق إلى موضوع النزاع وقبل الدفع بعدم القبول وإلا سقط الحق في التمسك به، وهذا ما تقضي به المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما يجب إبداء جميع الدفوع الشكلية معاً وإلا سقط الحق فيما لم يبدأ منها.

إن الحكم في الدفوع الشكلية لا يحوز حجية الشيء المقضي فيه ولا يستنفذ سلطة الجهة التي أصدرته، لأنه لا يؤثر على موضوع الحق فيبقى قابلاً للمطالبة به من جديد، فإذا ترتب على الحكم في الدفع إنتهاء خصومة التحكيم فليس هناك مانع من أن يبدأ المدعي دعوى جديدة أمام القضاء ما لم تكن دعواه قد أنقضت بالتقادم، وإذا ما رفعت دعوى البطلان على هذا الحكم أمام القضاء وقضت المحكمة ببطلانه، كان للطاعن أن يعود إلى هيئة التحكيم للفصل في موضوع النزاع.¹

ثالثاً: الدفع بعدم القبول: يقصد به الدفع الذي لا يوجه إلى موضوع الدعوى بالمعنى الدقيق ولا يوجه إلى الإجراءات، وإنما يوجه إلى الحق في الدعوى وموضوع هذا الدفع هو التمسك بعدم توافر شرط من شروط الدعوى، كإنتفاء الصفة أو إنتفاء المصلحة أو تقادم الحق موضوع الدعوى أو انقضاء أجل رفع الدعوى، ويمكن إبداء الدفع بعدم القبول في أي حالة تكون عليها الدعوى، فلا يسقط هذا الحق بالتطرق لموضوع النزاع كما لا يحوز الحكم الصادر فيه حجية الأمر المقضي فيه.²

¹ د/ مصطفى محمد الجمال، د/ عكاشة محمد عبد العال: مرجع سابق، ص 652.

² المرجع نفسه، ص 652.

الفصل الثاني: الإعراف بحكم التحكيم وتنفيذه

يتمثل الهدف من اللجوء للتحكيم في صدور حكم يفصل في موضوع النزاع ولما كانت أحكام التحكيم تشمل جميع القرارات الصادرة عن المحكم التي تفصل في النزاع، فالمحكم يلتزم في فصله في النزاع بقواعد الإجراءات الأساسية التي تحكم مهمة القاضي وبذلك يكون التحكيم قد توافر له الجانب الشكلي في العمل القضائي، وبالتالي يكون حكم التحكيم قابلاً لأن يرتب آثار مماثلة لتلك الخاصة بالأحكام القضائية، بالإضافة إلى أن حكم التحكيم سواء كان داخلياً أو دولياً لا يكون قابلاً للتنفيذ إلا بعد صدور أمر من الجهة القضائية المختصة بمنحه الصيغة التنفيذية، بعد إستنفاد طرق الطعن القانونية المقررة.

المبحث الأول: صدور حكم التحكيم

تنتهي خصومة التحكيم بصدور حكم تحكيمي الذي يمثل الغاية التي يسعى إلى تحقيقها أطراف الخصومة في التحكيم، وعليه سيتم التطرق إلى بيان الطبيعة القانونية لحكم التحكيم التجاري الدولي. وعليه فإن البحث في إصدار حكم التحكيم الدولي الصادر في منازعات الإستثمار الأجنبي يقتضي تقسيم هذا المبحث إلى تحديد المقصود بحكم التحكيم التجاري الدولي، وأنواع الأحكام التحكيمية في المنازعات التجارية الدولية وتحديد البيانات الواجب توافرها في حكم التحكيم التجاري الدولي.

المطلب الأول: مفهوم الحكم التحكيمي: أثارت مسألة تحديد تعريف لحكم التحكيم التجاري الدولي جدلاً واسعاً في الفقه المقارن، وذلك راجع إلى أن العديد من التشريعات المقارنة وهيئات التحكيم التجاري الدولي لم تضع تعريفاً محدداً للحكم التحكيمي، كذلك الأمر بالنسبة للقانون النموذجي للتحكيم الذي إعدته لجنة الأمم المتحدة للكانون التجاري الدولي، فهو الآخر لم يضع تعريف لحكم التحكيم وذلك على الرغم من أن موضوع تعريف الحكم التحكيمي كانت قد تمت إثارته أثناء وضع القانون النموذجي للتحكيم.

تم اقتراح التعريف التالي: " يقصد بالحكم التحكيمي كل حكم قطعي يفصل في جميع المسائل المعروضة على محكمة التحكيم، وأيضا كل قرار آخر صادر عن محكمة التحكيم يفصل بشكل نهائي في مسألة تتعلق بموضوع النزاع أيا ما كانت طبيعتها او الفصل في مسألة إختصاص محكمة التحكيم او أي مسألة أخرى تتعلق بالإجراءات، ولكن في هذه الحالة الأخيرة يعد قرار المحكمة كما تحكيمي فقط غذا ما قامت محكمة التحكيم بتكليف القرار الصادر عنها بأنه كذلك.¹"

لما كان التعريف السابق محلا لخلافات عديدة ولا سيما بشأن معرفة ما إذا كانت القرارات الصادرة من المحكمين بشأن الفصل في موضوع إختصاصهم، أو تلك المنصبة على الإجراءات يتعين تكيفها بأنها أحكام تحكيمية، فإن الأمر إنتهى بوضعي القانون النموذجي إلى ترك مسألة وضع أي تعريف لفكرة الحكم التحكيمي، وإذا كان القانون النموذجي بإعتباره أنه أحدث الوثائق الدولية بشأن التحكيم التجاري الدولي، لم يضع تعريفا لفكرة الحكم التحكيمي فإن المعاهدات الدولية السابقة على هذه الوثيقة لم تضع تعريفا لما هو المقصود بحكم التحكيم.

في حين تشير معاهدة نيويورك الخاصة بالإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية إلى أن المقصود بأحكام التحكيم، ليس فقط أحكام التحكيم الصادرة عن المحكمين المعينين للفصل في حالات محددة، ولكن أيضا يشمل هذا اللفظ أحكام التحكيم الصادرة عن أجهزة التحكيم الدائمة التي يخضع لها الأطراف، كذلك فإن لوائح التحكيم الأساسية لا تتضمن بدورها أي تعريف لفكرة الحكم التحكيمي وإكتفت فقط بتحديد كيفية إصدار حكم التحكيم وما يتضمنه من أوصاف.

إن عملية تكليف القرارات الصادرة عن المحكم بأنها أحكام تحكيمية أهمية قصوى لما يترتب على هذا التكليف من آثار، ومن أهم هذه الآثار أن أحكام التحكيم وحدها دون غيرها من القرارات التي يمكن أن تصدر عن المحكم تكون قابلة للطعن فيها بالطرق المقررة قانونا، وأهمها الطعن بالبطلان وهي وحدها التي تخضع للمدد المقررة قانونا لممارسة هذا الحق في الطعن، ومن الآثار المترتبة على وصف القرار الصادر عن المحكم بأنه حكم تحكيم أن الأحكام

¹ د/حفيفة السيد الحداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 289.

التحكيمية وحدها التي يسري عليها قواعد المعاهدات الدولية بشأن الإعراف بأحكام التحكيم وتنفيذها.

كذلك فإن وصف القرار الصادر عن هيئة التحكيم بأنه حكم تحكيمي من شأنه أن يرتب آثار أخرى متنوعة وذلك بالتطبيق لبعض نصوص لوائح التحكيم، فعلى سبيل المثال تنص لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس أن مشروعات الأحكام التحكيمية يجب أن تخضع لفحص أولي من قبل محكمة غرفة التجارة الدولية بباريس، فإذا إتضحت أهمية تحديد المقصود بحكم التحكيم فإننا سوف نقسم دراستنا في إطار هذا المطلب إلى فرعين الفرع الأول نخصه لتحديد مفهوم حكم التحكيم، أما الفرع الثاني فنتطرق فيه إلى الرقابة القضائية على حكم التحكيم.¹

الفرع الأول: تعريف الحكم التحكيمي: وفقا للمبادئ العامة التصرفات القانونية فإن

تكييف القرار الصادر عن المحكم بأنه حكم تحكيمي مسألة لا تتوقف على الألفاظ المستخدمة من قبل المحكم بهذا الشأن، إنما تعتمد بالمقام الأول على مضمون هذا القرار، وينقسم الفقه في هذا الإطار عند تعريفهم لحكم التحكيم بالمعنى الفني الدقيق إلى إتجاهين: الإتجاه الأول يمثلته الأستاذ E.Gaillard ويمكن أن يطلق عليه الإتجاه الموسع لتعريف حكم التحكيم، في حين الإتجاه الآخر يمثلته جانب من الفقه السويسري ممثلا في كل من الأسانذة Reymond, Poudret, Lalive، ويمكن أن يطلق عليه الإتجاه المضيق لتعريف حكم التحكيم.

البند الأول: التعريف الموسع لحكم التحكيم: يرى الأستاذ E.Gaillard إلى تعريف

الحكم التحكيمي بأنه القرار الصادر عن المحكم الذي يفصل بشكل قطعي على نحو كلي أو جزئي في المنازعة المعروضة عليه، سواء تعلّق هذا القرار بموضوع المنازعة ذاتها أو بالإختصاص أو بمسألة تتصل بالإجراءات أدت بالمحكم بإنهاء الخصومة.

يرى أنصار هذا الإتجاه أن هذا التعريف يؤدي إلى أنه لا تعتبر القرارات الصادرة عن مؤسسات التحكيم والتي يعمل المحكم تحت لوائها وغير الصادرة عن المحكم أحكاما تحكيمية،

¹ د/ حفيفة السيد الحداد: مرجع سابق، ص 291.

فعلى سبيل المثال لا يعتبر القرار الصادر عن محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس برفض طلب رد المحكمّ حكماً تحكيمي يمكن الطعن فيه بالبطلان هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الإجراءات التي يتخذها المحكمّون والتي لا تهدف إلى الفصل في النزاع على نحو كلي أو جزئي لا تعتبر أحكاماً تحكيمية يمكن الطعن فيها بالبطلان، كذلك الأمر بالنسبة لإجراءات التحقيق في الدعوى والتي لا تعدو أن تكون مجرد إجراءات إدارية ذات طابع قضائي لا يمكن الطعن فيها بالبطلان، كذلك الأمر فإن القرارات الصادرة عن المحكمّ والتي لا تفرض على الأطراف إلا بناء على قبولهم الصريح لها لا تعد أحكاماً تحكيمية.

أما القرارات الصادرة عن محكمة التحكيم والمتعلقة بالفصل في إختصاص المحكمة أو بتحديد القانون الواجب التطبيق أو بصحة العقد أو بتقرير مسؤولية أحد الأطراف، فإنها أحكام تحكيمية حقيقية، حتى وأن لم تفصل في المسائل المتنازع عليها على نحو كلي ولا يمكن ترجمتها في صورة إلزام مالي مباشر، إذا كان هذا الإتجاه يوسع من نطاق حكم التحكيم على نحو يجعله يشمل ليس فقط الأحكام التي تفصل في المنازعة على نحو كلي، بل وأيضاً تلك التي تفصل في أحد عناصر المنازعة بشكل جزئي فإن هناك إتجاهاً آخر يضيق من نطاق حكم التحكيم وهو الإتجاه الذي سنتعرض له الآن.

البند الثاني: التعريف المضيّق لحكم التحكيم: يذهب جانب من الفقه السويسري إلى

الدفاع عن الإتجاه الضيق لحكم التحكيم وفي هذا يرى كل من الأستاذ Reymond, Poudret, إلى أن القرارات الصادرة عن محكمة التحكيم حتى تلك المتصلة بموضوع المنازعة والتي لا تفصل في طلب محدد لا تعد أحكاماً تحكيمية إلا إذا أنهت بشكل كلي أو جزئي منازعة التحكيم، وعليه فإن كل القرارات التي تفصل في المسائل المتصلة بالموضوع كصحة العقد الأصلي، مبدأ المسؤولية لا تعد أحكاماً تحكيمية ولا تعدوا أن تكون مجرد أحكام تحضيرية أولية.

بناء على سبق لا يمكن أن تكون هذه الأحكام محلاً للطعن عليها بالبطلان إستقلالاً عن الحكم التحكيمي الذي سوف يصدر بناء على الطلبات المقدمة من الأطراف، ويرى الأستاذ E.Gaillard أن مثل ذلك التحليل يستند إلى مفهوم ضيق لفكرة الطلب والتي تهدف على سبيل

المثال الحصول على التعويض والفوائد، وليس على التقرير المبدئي لإنتهاك العقد كسبب للمسؤولية.

إن القرار الصادر من المحكم بشأن الإختصاص أو بشأن القانون الواجب التطبيق أو بتقرير أو عدم تقرير مبدأ المسؤولية، يفصل بشكل قاطع في جزء من المنازعة وبهذه المثابة يتعين إعتباره حكما تحكيمي حقيقيا صالحا بصفته هذه لأن يكون محلا للطعن عليه بالبطلان مباشرة، فإعتبارات الملائمة تقتضي عدم الحيلولة بين الأطراف وبين الطعن بالبطلان على الحكم التحكيمي إذا فصل المحكمون بحكم يبدو حكما قطعيا يفرض على الأطراف.

في حين يرى الدكتور حفيظة السيد حداد أنه من الأمور التي لا تقبل الجدل بشأن نظام التحكيم كقضاء خاص أن هذا النظام يهدف إلى سرعة الفصل في المنازعات الناشئة بين الأطراف التي عهدت إلى المحكم للفصل في المنازعات القائمة بينهم، وإحترام هذا الهدف وتحقيق تلك الغاية يؤدي إلى تبني تعريف موسع لفكرة حكم التحكيم، وذلك حتى لا ينتهي الأمر بالأطراف إلى الإستمرار في المنازعة أمام المحكم في حالة قضائه مثلا باختصاصه، على الرغم من أن حكم التحكيم لو طعن فيه بالبطلان أمام محاكم الدولة التي صدر حكم التحكيم على إقليمها، لأنتهى الأمر بالقضاء ببطلانه وفقد المحكم لإختصاصه بالفصل في موضوع المنازعة.

فإعتبارات الملائمة تقتضي عدم الحيلولة بين الأطراف وبين الطعن المباشر بالبطلان على حكم التحكيم طالما كان هذا الحكم حكما قطعيا، ولو كان جزئيا يحسم المسألة التي فصل فيها حتى لو كانت هذه المسألة لا تتصل بشكل مباشر بموضوع الدعوى كتلك المتعلقة بفصل المحكم في موضوع إختصاصه، وهو ما يقتضي إعتبار حكم التحكيم الذي يفصل في صحة العقد أو تقرير مسؤولية أحد الأطراف حكما تحكيمي حقيقيا وأن لم يفصل في المنازعة كلها بل فصل في جزء منها.

ففي حالة تسليم الطرف الآخر بصحة العقد او بالمسؤولية يكون نظام التحكيم قد حقق الغاية منه على الوجه الأكمل، وفي حالة عدم التسليم بذلك فإنه يمكن الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الجزئي أن تحققت شروطه دون إنتظار للفصل في بقية المنازعة، وأن ترتب عليه مساس

بالهدف المذكور أعلاه لنظام التحكيم إلا أنه في ذات الوقت يسمح بتدارك الهدف الأول الذي يتمثل في سرعة الفصل في المنازعات بين الأطراف.

بناء على ما تقدم يعرف الدكتور حفيظة السيد حداد أحكام التحكيم بأنها: "تشمل جميع القرارات الصادرة عن المحكم، والتي تفصل بشكل قطعي في المنازعة المعروضة عليه سواء كانت أحكاما كلية تفصل في موضوع المنازعة ككل أم أحكاما جزئية تفصل في شق منها، سواء تعلقت هذه القرارات بموضوع المنازعة ذاتها أو بإختصاص أو بمسألة تتعلق بالإجراءات ادت بالمحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة."¹، في حين يعرفه الدكتور خليل بوصنبورة بأنه: "الحكم الذي تصدره محكمة تحكيم مختصة مشكلة قانونا في نزاع معروض عليها طبقا لإجراءات المتفق عليها، سواء كان في الموضوع كله أو في شق منه أو في مسألة أولية متفرعة عنها بشكل نهائي وهو ملزم للأطراف."²

بناء على ما سبق فإن القرارات الصادرة من محكمة التحكيم في غير خصومة لا تعتبر أحكاما تحكيمية بالمعنى الفني الدقيق لهذا المصطلح، كالقرارات الصادرة عن محكمة التحكيم والمتعلقة بتحديد زمان ومكان إنعقاد محكمة التحكيم أو تأجيل نظر الدعوى، أو القرارات التي تستهدف أعداد الخصومة للفصل فيها مثل القرار بتعيين خبير أو معاينة مكان أو سماع شهود كلها قرارات لا تستند بها محكمة التحكيم ولايتها.³

الفرع الثاني: أنواع أحكام التحكيم: تقسم الأحكام الصادرة عن هيئة التحكيم أثناء

نظر المنازعة إلى حكم منهي للخصومة وحكم جزئي وحكم تحضري وهذا مانصت عليه المشر الجزائري في المادة 1035 من قانون الاجراءات المدنية والادارية: "يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ..." وهذا ما سنتطرق له كما يلي:

¹ د/ حفيظة السيد الحداد: مرجع سابق، ص300.

² خليل بوصنبورة: القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه وفقا للقانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، السنة الجامعية، 2007-2008، ص55.

³ د/ حفيظة السيد الحداد: مرجع سابق، ص، 298.

البند الأول: حكم التحكيم المنهي للخصومة أو القطعي: يستخدم الفقه مصطلح

الحكم التحكيمي النهائي للتعبير عن معاني مختلفة، فأحيانا يستخدم للتعبير عن حكم تحكيمي يفصل في كل المسائل المتنازع عليها والذي يتضمن بالتالي إنهاء المحكم مهمته على نحو تام يؤدي إلى إستنفاد ولايته، ووفقا لهذا المعنى الذي يضيف على مصطلح الحكم التحكيمي النهائي يعد هذا الأخير مقابلا لأحكام التحكيم الوقتية والتمهيدية أو الجزئية والتي لاتضع نهاية لمهمة المحكم.¹

إستخدمت الأعمال التحضيرية بشأن القانون النموذجي للتحكيم الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي مصطلح الحكم التحكيمي القطعي للتعبير عن المعنى المتقدم، ويذهب الاستاذ E.Gaillard إلى التأكيد على أن إستخدام هذا المصطلح في هذا المعنى هو الذي دفع القائمين على وضع هذا القانون إلى ترك محاولة وضع تعريف لفكرة الحكم التحكيمي، وعلى الرغم من عدم وضع تعريف للحكم التحكيمي إلا أن المادة 23 فقرة 2 من القانون النموذجي للتحكيم تنص على أن حكم التحكيم النهائي هو الذي ينهي الإجراءات التحكيمية.

كما أن إستخدام لفظ حكم التحكيم بمعنى الحكم الذي يؤدي إلى إنهاء الإجراءات التحكيمية هو أيضا المعنى الذي اصفته المادة 21 فقرة 1 من لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس، في حين أنه تستخدم مصطلح الأحكام الجزئية لتمييزها عن الأحكام النهائية أو القطعية، وعليه فإن هذا المصطلح الحكم التحكيمي النهائي يستخدم أيضا للتعبير عن حكم التحكيم الذي يفصل في المنازعة ككل أو في جزء منها.

وفقا لهذا المعنى فإن مصطلح حكم التحكيم نهائي أو قطعي يقابله حكم تحكيمي تمهيدي أو مؤقت، والذي لا ينهي أي مسألة تتعلق بالمنازعة مثل القرار الصادر عن المحكم بتعيين خبير، وعليه فإن الحكم التحكيمي النهائي لا يعتبر بالضرورة حكما يتعلق بالمنازعة ككل، فالحكم الصادر الذي يفصل في مسألة المسؤولية على سبيل المثال يعد حكما نهائيا حتى إذا لم يكن مصحوبا لا جراء تحقيق يهدف إلى تحديد المحكمين لمبلغ التعويض، ويرى الأستاذ E.Gaillard أن هذا المعنى هو الذي يتعين اضافته على حكم التحكيم النهائي القطعي، فإذا

¹ د/ فوزي محمد سامي: مرجع سابق، ص324.

كان يقصد بالحكم التحكيمي القرار الصادر عن المحكم والذي يفصل في النزاع بشكل كلي أو جزئي، فإنه يتعين القول بأنه يعد حكماً نهائياً ذلك الذي يفصل في المسألة المطروحة عليه.¹

البند الثاني: حكم التحكيم الجزئي: هو الحكم غير المنهي للخصومة والفاصل في الموضوع بالنسبة لبعض الطلبات الموضوعية، وبالتالي فهو حكم موضوعي وليس حكم وقتي ويتميز بأنه يفصل في بعض المسائل المطروحة محل منازعة التحكيم وليس في كلها، وعليه فإن الحكم الجزئي لا يستنفذ ولاية هيئة التحكيم للفصل في المنازعة بل تستمر ولاية هيئة التحكيم لنظر باقي المسائل، فهي تستنفذ ولايتها في المسائل التي حكمت فيها بحكم جزئي فلا يجوز لها إعادة النظر فيما حكمت فيه بحكم جزئي.²

لا يشترط للممارسة هيئة التحكيم لسلطتها في إصدار أحكام جزئية أن يتفق أطراف النزاع على تخويل هيئة التحكيم هذه السلطة، كالفصل في مسألة إختصاصها أو تحديد القانون الواجب التطبيق، أو تقرير مبدأ المسؤولية من خلال إصدار المحكم لحكم منفصل يطلق عليه حكماً جزئياً ومن أجل إزالة أي لبس أو غموض، فإن أحكام التحكيم الجزئية تقابل أحكام التحكيم الكلية أو الشاملة لموضوع الدعوى ولا تقابل أحكام التحكيم النهائية، فلفظ حكم التحكيم النهائي يشير إلى الأثر المترتب على حكم التحكيم حتى ولو كان هذا الحكم جزئياً يفصل في جزء من المنازعة المعروضة على المحكم.

في حالة عدم إتفاق الأطراف على منح المحكم السلطة السابقة فإن للمحكّمين أنفسهم أن يفسروا ما إذا كان هناك محل عند التصدي للمنازعة، بأن يتم الفصل في بعض ما تثيره من مسائل من خلال إصدار أحكام جزئية، ولقد عنيت بعض التشريعات بالنص صراحة على منح المحكمين هذه الحرية، ولكن بقيود معينة فالقانون الدولي الخاص السويسري الجديد نص على هذه الحرية في المادة 188 على أن المحكمة التحكيم أن تصدر أحكاماً جزئية ما لم يوجد إتفاق مخالف، كما يقرر القانون الإنجليزي ذات الحل فيعترف للمحكّمين بسلطة إصدار أحكام جزئية طالما لم يوجد إتفاق مخالف من قبل الأطراف، وعلى الرغم من أن القانون الفرنسي لم يتضمن

¹ د/ حفيظة السيد الحداد: مرجع سابق، ص 304.

² د/ فتحي والي: مرجع سابق، ص 398.

نص صريحا بمنح المحكمين هذه السلطة، فإن جانب من الفقه الفرنسي يرى أن القاعدة المتقدمة تسري بالنسبة للقانون الفرنسي بشأن التحكيم.

يؤكد جانب من الفقه على ما سبق أن اشرنا اليه سابقا من اهمية التفرقة بين احكام التحكيم بالمعنى الفني الدقيق والقرارات الأخرى الصادرة عن المحكم، إذ يذهب إلى القول بضرورة التفرقة بين أحكام التحكيم التمهيدية والجزئية والقرارات التمهيدية أو الجزئية، فبالنسبة للائحة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس تقرر بأن الحكم التحكيمي الجزئي شأنه في ذلك شأن الحكم التحكيمي النهائي يجب أن يخضع لفحص من قبل محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية بباريس أما القرار التمهيدي فإنه يعد مجرد عمل إجرائي وبالتالي لا يخضع لرقابة هذه المحكمة.

الأصل أن تتمتع هيئة التحكيم بسلطة تقديرية في إصدار أحكام جزئية من عدمه وفقا لظروف كل منازعة على حدة، ولا يمكن تقييد سلطة المحكم في إصدار الأحكام الجزئية إلا بناء على إرادة الأطراف، فإذا إتفق الأطراف على حرمان هيئة التحكيم من سلطة إصدار أحكام جزئية فإنه يتمتع عليها إصدار أي حكم جزئي،¹ تتوقف مسألة الفصل في المنازعة المعروضة على محكمة التحكيم من خلال إصدار أحكام تحكيمية جزئية على ظروف كل منازعة، وملائمة الفصل بحكم جزئي في موضوع الإختصاص يتوقف على معرفة ما إذا كانت ذات وقائع تؤثر في حل المسألة المتصلة بالإختصاص وأيضا تلك المتصلة بالموضوع، ففي هذا الفرض فإنه من الأفضل أن يتم إصدار حكم وحيد بشأن كل من مسألة الإختصاص وموضوع النزاع.

يبدو أن لائحة التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي تشجع إصدار أحكام تحكيم جزئية بشأن الإختصاص، وهو ما يذهب إليه أيضا القانون الدولي الخاص السويسري في المادة 186 فقرة 3 والتي تنص على أنه كقاعدة عامة تفصل محكمة التحكيم في مسألة إختصاصها بحكم تمهيدي، وعلى العكس من ذلك فإن لائحة التحكيم لمعهد التحكيم لغرفة التجارة باستوكهولم تبدو أكثر تحفظا، بشأن إمكانية إصدار أحكام تحكيم جزئية في حالة عدم إتفاق الأطراف إذ أنها تقتضي في هذا الفرض أن يبرز المحكمون الأسباب الخاصة التي تدفع إلى التصرف على هذا النحو.

¹ د/ حفيظة السيد الحداد: مرجع سابق، ص306.

كذلك فإن مسألة الفصل فيما إذا كان من المناسب إصدار حكم تحكيمي جزئي بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع المنازعة يتعين تقديرها وفقا لكل حالة على حدة، فتحديد القانون الواجب التطبيق من خلال حكم تحكيمي مستقل يجنب الأطراف ضرورة التعرض في حججهم لكل القوانين المحتملة للتطبيق بما في ذلك المبادئ العامة للقانون، وقد يؤدي هذا الإختيار على العكس إلى تأجيل الفصل في المنازعة ويجبر المحكّمين على إختيار القانون الواجب التطبيق دون التبصر بشكل كامل للأثار الناجمة عن هذا القرار على حل المنازعة.

تلعب أحكام التحكيم الجزئية دورا هاما في حل المنازعات العقدية المركبة والمعقدة والتي تتفرع عنها العديد من المشاكل المستقلة، إذ أنه بصدد هذه الأحكام الجزئية ولاسيما من قبل هيئات التحكيم ذات الخبرة قد يستفيد كل من طرفي المنازعة على المدى البعيد، ولهذه الأسباب وغيرها دفعت المشرع الجزائري للإعتراف لهيئة التحكيم بسلطة إصدار حكم التحكيم الجزئي ما لم يتفق الأطراف على حرمان الهيئة من هذه الصلاحية صراحة، وهذا ما تقضي به المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بقولها تفصل محكمة التحكيم في إختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الإختصاص مرتبطا بموضوع النزاع، والمادة 1049 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

تبرز أهمية الأحكام الجزئية خاصة في النزاعات المعقدة والناجمة عن عقود دولية طويلة الأجل والتي تتفرع عنها عدة مسائل، حيث تفصل هيئة التحكيم في هذه المسائل بعدة أحكام جزئية مما يفيد طرفي النزاع كون أن هذا النوع من الأحكام يسمح بالإستمرار في تنفيذ العقد محل المنازعة التحكيمية، كمثل على هذا النوع من الأحكام الحكم التحكيمي الذي يقضي بدفع تعويضات للطرف المتضرر في العقد، عدم إحترام أحد أطراف عقد الفرنشيز للإلتزامات مثلا عدم مطابقة المنتج للموصفات الفنية المتفق عليها (فرنشايز توزيع) ... الخ

البند الثالث: حكم التحكيم بناء على اتفاق تسوية: قد يتفق أطراف منازعة التحكيم

أثناء سير إجراءات التحكيم على حل نزاعهم بطريقة التسوية، وفي هذا الصدد يمكن أن يطلبوا من هيئة التحكيم إنهاء إجراءات التحكيم وأن يوثقوا ما توصلوا إليه فيما بينهم في شكل عقد، كما يمكنهم أن يطلبوا من هيئة التحكيم إصدار قرار يحتوي على ما توصلوا إليه من إتفاق بنفس

الشكل والصيغة، ويصبح هذا الحكم حائزا لحجية الشيء المقضي به شأنه في ذلك شأن بقية الأحكام النهائية ويتم تنفيذه وديا أو جبرا،¹ كما أن قرار التحكيم المبني على التسوية التي إتفق عليها الأطراف سرعان ما ينفذ من قبلهما، وفي حالة عدم التنفيذ الإرادي يمكن طلب تنفيذه جبرا شأنه في ذلك شأن القرارات التحكيمية الأخرى.²

ليس من الضروري أن يقدم الطرفان إلى المحكم نصا مكتوبا يتضمن تفاصيل إتفاقيتهما ذلك لأنه في الغالب يتوصل الطرفان المتنازعان إلى صيغة معينة لحل النزاع، وفي هذه الحالة يطلب أطراف المنازعة من المحكم إصدار قرار تحكيم بالصيغة التي إتفقا عليها لحل نزاعهما، وعليه يجب أن يقدم الطلب من الطرفين وليس من طرف واحد حتى يصدر المحكم قراره بالصيغة التي إتفقا عليها، وفي هذه الحالة لا مانع في أن يقوم المحكم بمساعدة الأطراف المتنازعة للتوصل إلى مثل هذا الإتفاق، وبالمقابل فإن المحكم غير ملزم بالإستجابة إلى رغبة الأطراف ويستطيع أن يرفض الطلب إذا رأى بأن التسوية تؤدي إلى حلول غير مشروعة أو مخالفة للنظام العام.³

بناء على ما تقدم فإن تضمن إتفاق التسوية في قرار التحكيم يتوقف على موافقة المحكم وهذا ما تقضي به المادة 1/34 من قواعد التحكيم التي وضعتها اليونيسترال التي تنص على "إذا إتفق الطرفان قبل صدور قرار التحكيم على تسوية تنهي النزاع تقرر هيئة التحكيم إنهاء إجراءات التحكيم، أو إذا طلب منها الطرفان ووافقت هي على الطلب أن تضمن الإتفاق في قرار التحكيم الذي يصدر بناء على موافقة الطرفين وهذا القرار لا يكون مسببا."

إعتمدت قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية حكم التحكيم بإلتفاق وذلك من خلال المادة 32 والتي تقضي بأنه: "إذا توصل الأطراف إلى تسوية بعد إرسال الملف إلى هيئة التحكيم وفقا للمادة السادسة عشر، يتم تثبيت التسوية في شكل حكم تحكيم صادر بإتفاق الأطراف إذا طلب

¹ سمير زيلان: تسبيب أحكام التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، السنة الجامعية 2014-2015، ص 06.

² د/ فوزي محمد سامي: مرجع سابق، ص 311

³ المرجع نفسه، ص 311.

الأطراف ذلك ووافقت هيئة التحكيم، وقد أشار القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة 30 منه على حكم التحكيم الصادر بإتفاق الأطراف على تسوية خلال إجراءات التحكيم كان على هيئة التحكيم أن تنهي الإجراءات وأن تثبت التسوية بناء على طلب الطرفين.

بخلاف حكم التحكيم بإتفاق الأطراف فإنه يمكن للأطراف أيضا أثناء سير إجراءات المنازعة التحكيمية، أن يتفقوا على إجراء الصلح وذلك عن طريق تفويض هيئة التحكيم للقيام بإتخاذ قرار الصلح، ويتحقق ذلك بأن يقال في الحكم التحكيمي أن المحكم حسم النزاع وفقا لقواعد العدالة والأنصاف دون التقييد بنصوص القانون المختص، غير أن ذلك لا يعني منع المحكم من تطبيق أحكام قانون أو إتفاقية معينة يرى أنها تحقق العدالة والإنصاف، وفي الأخير فإنه حكم التحكيم بإتفاق الأطراف يختلف عن حكم التحكيم بالصلح، ففي الحالة الأولى فإن مهمة هيئة التحكيم تنحصر في المصادقة على إتفاق الأطراف، أما التحكيم بالصلح فمضمون الحكم يكون من طرف هيئة التحكيم التي تقرر ما يحقق العدالة والإنصاف بين الأطراف.

البند الرابع: أحكام التحكيم الغيابية: من المعلوم أن غياب أحد الأطراف عن حضور جلسات التحكيم ليس من شأنه أن يؤدي إلى عرقلة إجراءات التحكيم، إذ أنه يكفي لتحقيق الإعتبارات الخاصة بإحترام المساواة بين الأطراف وحقوق الدفاع، وأن يكون لكل طرف فرصة متساوية في تقديم حججه وأوجه دفاعه في ظل ظروف مماثلة، فغياب أحد الأطراف لا يحول دون صدور الحكم التحكيمي ولا يعطيه أي خصوصية مقارنة بالحكم التحكيمي الذي يصدر في الحالة التي يحرص فيها جميع الأطراف في المثل أمام المحكم مادام تم تكريس مبدأ الوجاهية.¹

لم ينص المشرع الجزائري على أحكام الحكم التحكيمي الغيابي وإنما إكتفى بالنص على عدم جواز المعارضة في الحكم الغيابي، وهذا ما تنص عليه المادة 1032 فقرة 01 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على: "أحكام التحكيم غير قابلة للمعارضة" وهو ما يعني أن الخصومة التحكيمية لا يمكن أن تتعقد بداية إلا إذ تم تبليغ الخصوم بالدعوى التحكيمية وكل ما تعلق بها من مستندات، وذلك تكريسا لمبدأ الوجاهية وإحترام حق الدفاع الذي يترتب على إنتهاك بطلان التحكيم، وعليه فإن مبدأ الوجاهية أمر وجوبي لصحة الإجراءات إذ بعد التبليغ

¹ د/ حفيظة السيد الحداد: مرجع سابق، ص312.

الصحيح للطلبات والمستندات اللازمة للخصم، يكون لهيئة التحكيم مواصلة الإجراءات الخصومة التحكيمية وإصدار حكم التحكيم.

لا يحول دون صدور حكم التحكيم إمتناع أحد الخصوم عن تقديم دفاعه عن الطلبات والمستندات المقدمة له من خصمه بعد تبليغه بشكل صحيح بالخصومة التحكيمية، فقد يتصل الطرف الخصم بالدعوى التحكيمية بشكل قانوني، ولكن رغبة منه في عرقلة إجراءات التحكيم يمتنع عن الجواب والدفاع خاصة غذا علم بأن أسانده وحججه ضعيفة سوف تؤدي إلى صدور حكم تحكيم لا يخدم مصالحه، وعليه يمكن لهيئة التحكيم أن تصدر حكم تحكيم غيابي حتى لو لم يقدم الخصم دفاعه أو لم يحضر جلسات التحكيم.

إن عدم إشتراك أحد أطراف الخصومة في إجراءات التحكيم يجعل مهمة التحكيم أكثر صعوبة مما يدفعها للقيام بدور أكبر، إذ يتعين عليها الفحص الدقيق لأسانيد طالب التحكيم وعليها أن تطلب الحجج والأسانيد المؤيدة لهذا الطلب، وإذا ما قضت هيئة التحكيم لصالح طالب التحكيم عليها أن تبذل قصارى جهدها في جعل الحكم التحكيمي قابلاً للتنفيذ، لأن غياب أحد الأطراف عن حضور جلسات التحكيم وتقديم دفاعه ليس من شأنه أن يؤدي إلى عرقلة إجراءات التحكيم.¹

البند الخامس: الأحكام الصادرة بعد الفصل في الموضوع: الأصل أن مهمة

المحكم تنتهي بفصله في النزاع بشكل نهائي وبذلك يستنفذ ولايته في نظر النزاع، غير أن التشريعات المقارنة تمدد مهمة المحكم في نظر النزاع إلى ما بعد صدور الحكم وتحدد في ثلاث حالات هي تفسير الحكم في حالة إذا ما إكتنفه غموض، حالة تصحيح الأخطاء المادية للحكم سواء كانت كتابية أو حسابية، وفي الأخير حالة إصدار حكم إضافي إذا ما أغفلت هيئة التحكيم عن الفصل في أحد الطلبات المرفوعة من أحد الخصوم أثناء سير الخصومة.

¹ سليم بشير: الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم

السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، السنة الجامعية 2010-2011، ص75.

أولاً: أحكام التحكيم التفسيرية: قد يتضمن منطوق الحكم التحكيمي غموضاً يصعب معه الوصول إلى مضمون الحكم ويكون ذلك خاصة في المسائل ذات الطابع الفني، ولهذا فإن المشرع في مختلف التشريعات المقارنة سمح لكل طرف من أطراف التحكيم، أن يتقدم بطلب إلى هيئة التحكيم لتفسير الغموض الذي يكتنف الحكم، ويعتبر الحكم التفسيري الذي تصدره هيئة التحكيم متمماً للحكم الأصلي وإمتداداً له، فإذا ما تضمن الحكم التفسيري تعديلاً في الحكم الأصلي فإنه يكون محلاً للطعن بالبطلان، وذلك راجع لكون أن سلطة المحكم تنتهي في تعديل الحكم الأصلي بمجرد صدور الحكم حتى ولو كان مشوباً بما يبطله، حيث يكون الطريق الوحيد هو الطعن بالبطلان.

نصت على مهمة تفسير حكم التحكيم بعض الإتفاقيات الدولية ومنها القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة 33 منه بقولها: "يجوز لأحد الطرفين بشرط إخطار الطرف الآخر أن يطلب من هيئة التحكيم تفسير نقطة معينة في قرار التحكيم أو جزء معين منه إذا كان الطرفان قد إتفقا على ذلك." كما نصت قواعد اليونيسترال في المادة 35 على نفس الأمر.

ثانياً: أحكام التحكيم التصحيحية: قد يحتوي حكم التحكيم على أخطاء مادية والتي لا يؤثر تصحيحها في تعديل الحكم وهي الخطأ في التعبير وليس الخطأ في التفكير، كأن يستخدم المحكم أسماء أو أرقام أو وقائع غير تلك التي كان يجب عليه إستخدامها للتعبير عما في ذهنه، حيث نصت المادة 33 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أنه يمكن لهيئة التحكيم بناء على طلب أحد المحكمين تصحيح ما يكون قد وقع في القرار من أخطاء حسابية أو كتابية أو مطبعية أو أخطاء مماثلة، بشرط إخطار الطرف الآخر، على أن يقدم الطلب خلال 30 يوم من تاريخ تسلم قرار التحكيم وإذا رأت هيئة التحكيم أن لهذا الطلب ما يبرره فإنها تجري التصحيح كتابة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلم الطلب وذلك ما لم يوجد إتفاق بين المحكمين على غير ذلك ويحق للهيئة أن تمدد هذه المواعيد إذا إقتضى الأمر.¹

ثالثاً: أحكام التحكيم الإضافية: قد يقدم أحد الخصوم طلباً عارضاً أو إضافياً تقبله هيئة التحكيم إلا أنها عند إصدار حكمها النهائي قد تغفل الفصل فيه، ويكون حكمها مشوباً بنقص

¹ سمير زيلان: مرجع سابق، ص 15.

جراء ذلك ولذلك أجازت بعض التشريعات المقارنة لكل من طرفي النزاع رغم إنتهاء هيئة التحكيم لمهمتها أن يقدم الطلب لإصدار حكم إضافي من أجل الفصل في الطلبات المغفلة الفصل فيها شرط أن يقدم الطلب خلال الميعاد المحدد، ولا يجوز أن يتقدم أحد الخصوم لهيئة التحكيم بطلب جديد لم يكن مطروحا عليها من قبل من أجل الفصل فيه بحكم إضافي، وإلا تجاوزت هيئة التحكيم حدود مهمتها وإختصاصها في الحكم الإضافي.

فمثلا القانون المصري يشترط تقديم الطلب خلال 30 يوم من تسلم الأطراف لحكم التحكيم وأن يتم إعلان هذا الطلب للطرف الآخر لأجل إبداء ملاحظاته، وبعد تفحص الهيئة لهذا الطلب تصدر حكمها خلال 60 يوم من تاريخ تقديم الطلب، كما يجوز لها من هذا الميعاد 30 يوم أخرى إذا رأت ذلك ضروريا وهذا ما تقضي به المادة 51 من قانون التحكيم المصري.

كما تناولت القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي إصدار قرار اضافي حيث نص على أنه ما لم يتفق الطرفان على خلاف ما كان يجوز لأي من الطرفين ويشترط إخطار الطرف الثاني أن يطلب من هيئة التحكيم خلال 30 يوما من تاريخه تسلمه قرار التحكيم، أن تصدر قرار إضافي في الطلبات التي قدمت خلال إجراءات التحكيم ولكن قرار التحكيم أغفلها وإذا رأت هيئة التحكيم أن لهذا الطلب ما يبرره وجب عليها أن تصدر ذلك القرار الإضافي خلال 60 يوم وهو الأمر المعمول به أيضا في قواعد اليونيسترال في المادة 37 او 39 التي أخذت بنفس الحل، كما نصت إتفاقية واشنطن على القرار التحكيمي الإضافي في المادة 2/29 منها بحيث أجازت البت في أي أمر لم يتناوله الحكم خلال 45 يوما من تاريخ إصدار القرار.¹

مما سبق ذكره بشأن تفسير وتصحيح الحكم التحكيمي أو إصدار حكم إضافي نجد أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في ظل الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي لم تطرق إلى إمكانية لجوء أطراف النزاع التحكيمي لتفسير الحكم الفاصل في الخصومة أو تصحيحه الأخطاء المادية التي قد تشوبه، إلى جانب إصدار أحكام إضافية، غير أنه بالرجوع إلى طبيعة هذه الإجراءات التي تدخل ضمن كيفية سير الخصومة التحكيمية، يمكن للأطراف طبقا للمادة 1043 منه ضبط كيفية القيام بذلك من خلال إتفاقية أو نظام التحكيم أو قانون

¹ سمير زيلان: مرجع سابق، ص16.

إجراءات معين وفي حالة تعذر ذلك تقوم هيئة التحكيم بضبط ذلك مباشرة أو إستنادا إلى قانون أو نظام تحكيم.

الفرع الثالث: وضع الدعوى للفصل والمداولة: بعد إنتهاء الخصوم من تقديم وتبادل

المستندات والمذكرات المتعلقة بالدعوى، تأمر هيئة التحكيم صراحة أو ضمنا بقفل باب المرافعة وحجز الدعوى للحكم بتحديد جلسة النطق بالحكم، على أنه لا يلزم إصدار قرار صريح بقفل باب المرافعة أو بتحديد ميعاد للنطق بالحكم مادام الحكم قد صدر بعد أن إستنفذ الطرفان من إبداء دفاعهما، وبحجز الدعوى للحكم يتم قفل باب المرافعة فتتقطع صلة الخصوم بالقضية ولا يمكن لهم الإتصال بها مجددا إلا بالقدر الذي تسمح به الهيئة، وعليه إذا قدم أحد الخصوم أي وثيقة أو مستند فإنه على هيئة التحكيم أن تتجاهله ولا تلزم بالرد عليه وليس لها أن تستند عليه في حكمها وإلا كان الحكم باطلا.¹

البند الأول: وضع الدعوى للفصل فيها: تكريسا لحق الدفاع لا يمكن لهيئة التحكيم

أن تقرر قفل باب المرافعة وتحجز الدعوى للحكم، إلا اذا كانت قد منحت الفرصة الكاملة وبصفة متساوية لطرفي الخصومة للإبداء دفاعهما وتقديم مستنداتهم واقتناع هيئة التحكيم بأن القضية أصبحت جاهزة للفصل فيها، غير أنه يمكن للهيئة بعد أن تحجز الدعوى للحكم أن تقرر فتح باب المرافعة من جديد لأجل محدد ولأسباب جدية سواء من تلقاء نفسها أو بطلب من أحد الخصوم، وعليه لا يمكن للخصوم أن يقدموا خلال هذا الميعاد إلا ما أمرت به الهيئة من أوجه دفاع أو مستندات، ومن الأسباب الجدية التي تبرر فتح باب المرافعة من جديد، أن تظهر واقعة جديدة لها تأثير جوهري على الفصل في الدعوى أو تظهر واقعة لم تكن معلومة من قبل لها هذا التأثير.²

إن قرار هيئة التحكيم في فتح باب المرافعة من جديد بعد حجز الدعوى للحكم يدخل ضمن سلطتها التقديرية، وعليه فإن هيئة التحكيم ليست ملزمة بالإستجابة لطلب أحد الخصوم بإعادة

¹ سليم بشير: الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، مرجع سابق، 122.

² د/ فتحي والي: مرجع سابق، ص 427.

فتح باب المرافعة من جديد، إذا وجدت في عناصر الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها بعد أن مكنت الخصوم من إبداء كل ما لديهم من طلبات ودفع، كما أنها ليست ملزمة بتقديم أسباب رفض طلب إعادة فتح باب المرافعة.

غير أن إستعمال هيئة التحكيم لسلطاتها التقديرية يجب أن لا يترتب عليه إخلال بحق الدفاع أو مبدأ المساواة بين الأطراف، وعليه يجب أن تمكّن الأطراف من إبداء دفاعهم عن ما أثير في الدعوى من دفع جديدة أو أوجه دفاع جوهرية، وذلك تكريسا لإستعمال الخصم لحقه في الدفاع وتكون الهيئة ملزمة بفتح باب المرافعة وإلا كان حكمها باطلا، كذلك الأمر إذا لم تراعي هيئة التحكيم مبدأ المساواة فإنها تكون ملزمة بإعادة الدعوى للمرافعة إلا كان حكمها باطلا.¹

بالرجوع لأحكام التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري نجد أن المشرع الجزائري لم ينص على هذه التفاصيل المتعلقة بإعادة فتح باب المرافعة من جديد، غير أنه بالرجوع لقواعد نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية المادة 22فقرة 01 نجدها تنص على أنه يمكن لهيئة التحكيم بعد قفل باب المرافعة، أن تقرر قبول طلب أحد الخصوم بإعادة فتح باب المرافعة إذا ما قدّرت ضرورة لذلك كما لها أن ترفض طلبه بما لها من سلطة تقديرية.

البند الثاني: المداولة والأغلبية المطلوبة لإصدار حكم التحكيم: تبدأ مرحلة

إصدار حكم التحكيم بقفل باب المرافعة في الدعوى حيث تقوم هيئة التحكيم بالتدقيق في الدعوى والمداولة وإصدار الحكم، ولا اعتبارات عملية فإن الإجراءات المتبعة في هذه المرحلة تختلف بحسب ما إذا كانت هيئة التحكيم تتألف من محكم منفرد أو عدة محكمين،² وعليه تتحقق المداولة من خلال المشاورات التي تتم بين أعضاء هيئة التحكيم حول مضمون وأسباب القرار

¹ د/ فتحي والي: مرجع سابق، ص 428.

² د/ محمد حسين بشايرة: تسوية المنازعات وفق البية مركز التحكيم التجاري الدولي لمجلس التعاون لدول الخليج

العربي، الطبعة الاولى، لبنان، دار القرار، 2015، ص 228.

التحكيمي، وإن كانت المداولة لا تجد ما يبررها في حالة المحكم الفرد مع ذلك فإنها تعتبر مرحلة تمهيدية لإعداد الحكم التحكيمي الذي يلتزم الأطراف بتنفيذه.¹

فالمداولة تتحقق بمعرفة هيئة التحكيم بخصوص قناعة كل عضو من أعضائها في النزاع موضوع التحكيم ومناقشة آرائهم حول هذا الموضوع بمعزل عن أطراف الخصومة، وعليه يمكن تعريف المداولة على أنها: "أنها التشاور في الحكم بين أعضاء المحكمة إذا تعددوا والتفكير في الحكم وتكوين الرأي فيه إذا محكم فرد." وهناك من عرفه أيضا على أنه: "المشاورة التي تتم بين أعضاء المحكمة بشأن الحكم وأسبابه بعد إنتهاء المرافعة."²

يمكن القول بأن المداولة يختلف مفهومها بحسب تشكيل هيئة التحكيم فإذا كانت الهيئة مشكلة من محكم فرد، فإنه يقصد بالمداولة في هذه الحالة التفكير والتمعن في القضية بروية لتكوين قناعة تؤدي إلى إصدار حكم التحكيم، أما إذا كانت الهيئة مشكلة من عدد من المحكمين فإنه يقصد بها طرح القضية للبحث والمناقشة بين جميع الأعضاء، وتبادل وجهات النظر بقصد الوصول إلى القرار الذي يتخذ بالأجماع أو الأغلبية، وعليه فإن المداولة تمثل حق لأطراف النزاع يتعلق بحقهم في سماع دفاعهم كما أنها تعد من ضمانات التقاضي، بالإضافة إلى أنها قاعدة جوهرية في إصدار حكم التحكيم، فضلا على أن الإشتراك في المداولة حق لكل محكم وواجب عليه، وبالتالي فإن تخلف إجراء المداولة أو بطلانه يعرض الحكم للطعن بالبطلان.

إن المداولة في حال تعدد المحكمين تثير بعض الصعوبات العملية المتعلقة بكيفية المداولة والتصويت ثم التوقيع على الحكم، وذلك في حالة عدم إشتراط القانون إجماع المحكمين لصدور حكم التحكيم والإكتفاء بتوافر الأغلبية، وهذا الإتجاه تبناه المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بخصوص التحكيم التجاري الداخلي، ذلك في نص المادة 1026: "تصدر أحكام المحكمين بأغلبية الأصوات." كما يلتزم المحكمون بمبدأ السرية في إجراءات المداولات فيما بينهم سواء تمت بحضور جميع الأعضاء أو عن طريق تبادل الوثائق وهي قاعدة ملزمة

¹ منسول عبد السلام: قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر،

السنة الجامعية 2000-2001، ص22.

² خليل بوصبورة: مرجع سابق، ص62.

دون الحاجة إلى نص خاص، فإذا خالف أحد المحكمين قاعدة سرية المداولات ترتب على ذلك قيام مسؤوليته المدنية دون أن تعتبر هذه المخالفة سبب لطلب بطلان التحكيم.¹

إن إجماع المحكمين على رأي واحد أمر قد لا يتحقق وبالتالي وجب البحث عن حل يضمن إصدار حكم التحكيم، حيث تنص بعض لوائح التحكيم على أنه في حال عدم تحقق الإجماع فإن قرار التحكيم يصدر بالإجماع ومنها، قواعد اليونيسترال في المادة 31 والمادة 25 من نظام غرفة التجارة الدولية، في حين تختلف النظم القانونية لمعالجة هذه الحالة فهناك من النظم القانونية التي تأخذ بنظام وحدة الرأي في الحكم، بحيث تكون المداولة في سرية تامة بما فيها التصويت على حكم التحكيم ويصدر حكم متضمن رأي واحد مهما كانت درجة الخلاف بين أعضاء المحكمة ويعد القانون الفرنسي المثال لذلك، في حين هناك نظم قانونية أخرى تأخذ بمبدأ تعدد الرأي بحيث تسمح بصدور قرار منفصل يعلن فيه المحكم عن رأيه الفردي أو المخالف حيث يعد النظام الإنجليزي النموذج له.

بالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري من هذا الإتجاه نجده يتحدد من خلال المادة 1029 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على: "توقع أحكام المحكمين من قبل جميع المحكمين.

وفي حالة إمتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك ويرتب الحكم أثاره بإعتباره موقعا من جميع المحكمين." من خلال نص المادة سالفه الذكر يمكن القول أن المشرع يسمح بإبداء الراي المخالف وهذا ما يمكن إستنتاجه من خلال الفقرة 2 من المادة 1029 سالفه الذكر من خلال السماح للأقلية المعارضة لنص الحكم بالإمتناع عن التوقيع على الحكم مع ضرورة الإشارة إلى ذلك في نص الحكم ومع ذلك يرتب الحكم أثاره القانونية، وهو ما يعني ضمنا إعتراف المشرع بحق الأقلية في إبداء الراي المخالف من خلال عدم التوقيع على الحكم ومع ذلك يكون الحكم منتج لأثاره القانونية وملزم للأطراف النزاع، لأنه لو لم يسمح المشرع الجزائري بالرأي المخالف لاكتفى بالقول: "... وفي حال إمتناع الأقلية عن التوقيع يرتب الحكم أثاره بإعتباره موقعا من جميع المحكمين."، يبقى أن تشير إلى أن المشرع الكويتي مثلا يسمح لواحد أو أكثر

¹ خليل بوضيرة: مرجع سابق، ص65.

من المحكمين أن يمتنع عن توقيع مسودة الحكم، إلا أنه يتعين أن يحضر للمداولة جميع الذين سمعوا المرافعة وإلا كان حكم هيئة التحكيم باطلا.¹

الفرع الرابع: ميعاد صدور حكم التحكيم: يلتزم المحكم بأن يفصل في المنازعة

المعروضة عليه للتحكيم خلال فترة زمنية محددة ولا يملك المحكم مدّ هذه المدة كأصل عام ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، كما أنه ليس هناك ما يمنع الأطراف من تفويض هيئة التحكيم بتحديد المدة الملائمة أو تمديدها، وقد يكون تفويض هيئة التحكيم ضمني كما لو إتفق الأطراف على أن تستمر هيئة التحكيم في مهمتها للمدة الضرورية لأنها، أو قررت هيئة التحكيم تمديد المدة المتفق عليها للإصدار حكم التحكيم دون أن يعترض أحد الخصوم على ذلك.²

تختلف مؤسسات التحكيم التشريعات الوطنية في تحديد هذه المهلة والقواعد المنظمة لها حيث نجد أن قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية تنص على إلزام المحكم بأن يفصل في المنازعة المعروضة عليه في أجل 06 أشهر من تاريخ توقيع وثيقة مهمة التحكيم، ويجوز للمحكمة أن تمد هذه المهلة إذا اقتضت الضرورة ذلك، وبناء على أسباب معقولة من المحكم أو بمبادرة من هيئة المحكمة، في حين تنص قواعد التحكيم للجمعية الأمريكية للتحكيم يجب على أن المحكم يصدر حكمه خلال مدة لا تتجاوز 30 يوم من تاريخ إنتهاء جلسات الاستماع أو التنازل عن المرافعات الشفوية أو من تاريخ إحالة البيانات والأدلة النهائية للمحكم ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

من الأفضل أن تكون نقطة البداية لحساب المدة المتفق عليها للفصل في النزاع مرتبطة بإنهاء جلسات الإستماع (قفل باب المرافعة)، وليس من تاريخ تعيين هيئة التحكيم أو قبول المحكم للمهمة... الخ، وذلك لتفويت الفرصة على الطرف سيئ النية لممارسة حيل التسوية

¹ الاجتهاد القضائي الكويتي، محكمة استئناف الكويت، حكم رقم 563، 12-01-2000، مجلة التحكيم

العالمية، العدد 12، 2009، ص456.

² د/ محمد حسين بشايرة: مرجع سابق، ص223.

والتعطيل،¹ وإذا إقتضت الضرورة تمديد مهمة المحكمين لصدور حكم التحكيم فإنه بالمقابل لا بد يتم التمديد لأجل محدد بدقة، إذ أن هناك من يرى أن إعفاء المحكمين من التقيد بمدة محددة ولو بإتفاق الأطراف هو أمر مخالف للنظام العام الدولي.

في حين نجد المشرع الجزائري نص في المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على إتفاق التحكيم يكون صحيحا ولو لم يحدد المهلة اللازمة لصدور حكم التحكيم حيث ترك تحديد المهلة إلى إتفاق الأطراف وفي حال غياب إتفاق الأطراف على ذلك فإنه هذه المدة تحدد بـ 04 اشهر، يبدأ سريان هذه الأجل من تاريخ تعيين المحكمين أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم، لكن ماذا لو إنتهت مدة التحكيم دون صدور حكم التحكيم؟

بالرجوع للمادة 1024 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجدها تنص على أنه ينتهي التحكيم بإنتهاء الأجل المحدد له، وفي حال عدم تحديد المدة فإنه ينتهي بانقضاء مدة 04 أشهر وإن كان هذا الحكم يتعلق بإنتهاء مهمة المحكمين ينطبق على المدة الأصلية المتفق عليها أو 04 أشهر في حال عدم الإتفاق، وهذا الحكم ينطبق على حالة التحكيم مع الإتفاق على تمديد الأجل لأنه لو لم تكن مهمة الهيئة تنتهي بإنتهاء المدة الأصلية لما كان هناك حاجة للبحث عن التمديد أصلا، وعليه ففي حال تمسك أحد الأطراف بإنقضاء مدة التحكيم ولم يوجد ما يثبت التمديد أو التنازل عن التمسك بإنتهاء الإجراءات، فإن حكم التحكيم الصادر بعد إنتهاء الميعاد المتفق عليه يكون باطلا وغير قابل للتنفيذ.

يبقى في الأخير الإشارة إلى أن الميعاد المتفق عليه لصدور حكم التحكيم هو قاعدة مكملة مقررة لمصلحة الأطراف فإن تنازلوا عنها صح ذلك، وعليه فإن مثل الأطراف أمام هيئة التحكيم بعد إنقضاء المدة المقررة لصدور حكم التحكيم يعدّ دليل موافقة ضمنية على التمديد.

¹ د/ خالد محمد القاضي: مرجع سابق، ص 237.

المطلب الثاني: البيانات الأساسية لحكم التحكيم التجاري الدولي

يتشابه الحكم التحكيمي مع الحكم القضائي من حيث البيانات التي يتضمنها، حيث تذهب العديد من التشريعات إلى أن حكم التحكيم يكتب بنفس الطريقة التي يكتب بها الحكم القضائي، لكن الأمر الذي يثير خلاف بين الفقهاء هو مسألة صدور الحكم التحكيمي بإسم السلطة العليا في البلاد أي بإسم الشعب أو الأمة... الخ، شأنه في ذلك شأن الحكم القضائي.

غير أن إقرار التشريعات المقارنة على أن الحكم التحكيمي يكتب بنفس الطريقة التي يكتب بها الحكم القضائي، لا يعني مطلقاً أن الحكم التحكيمي يصدر بإسم السلطة الشعب وإنما المقصود من ذلك أن يتضمن حكم التحكيم نفس الفقرات التي يحتوي عليها الحكم، من حيث أسماء المحكمين، أسماء الخصوم، موضوع النزاع، أسباب الحكم، تاريخه، مكانه... الخ، كما قواعد التحكيم الدولية التي تحدد إجراءات التحكيم ومشمولات حكم التحكيم، لم تنطرق إلى وجوب إصدار القرار من قبل المحكم بإسم السلطة العليا في البلاد التي تعتبر مكانا للتحكيم، حيث لا يحق لمثل تلك القواعد التي لم تضعها الدولة أن تنص على مثل هذا الأمر.¹

الفرع الأول: الكتابة: يجب أن يصدر حكم التحكيم في شكل كتابي فليس هناك مجال لقبول حكم التحكيم الشفوي فمثل هذا الحكم يكون منعداً، فأغلب التشريعات الحديثة للتحكيم ولوائح المؤسسات الدائمة للتحكيم تشترط بداية من ذكر أسماء المحكمين وكيفية تعيينهم والجهة التي قامت بذلك وقبولهم بالمهمة المسندة اليهم... الخ، وهي بيانات في غاية الأهمية سواء بالنسبة للأطراف ولجهة الرقابة سواء السابقة أو اللاحقة، إلى جانب تحديد الجهة مصدرة القرار مكان وتاريخ صدوره، توقيعهم من جميع المحكمين أو الأغلبية، على إعتبار أن هذه البيانات جوهرية فقد نص المشرع الجزائري على شرط الكتابة في المادة 458 مكرر 13 من قانون الإجراءات المدنية سابقاً.

غير أن عدم نص المشرع الجزائري على شرط الكتابة بشكل صريح في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا يعني أن المشرع تخلى عن شرط الكتابة وأصبح غير ملزم بالنسبة للأحكام

¹ د/ فوزي محمد سامي: مرجع سابق، ص، 315.

التحكيم، بل أوجب أن تكون أحكام التحكيم كتابية وذلك بشكل ضمني ويتحقق ذلك من خلال عدة مؤشرات تقضي بوجوب كتابة حكم التحكيم وذلك من يستشف من خلال نص المادة 1027 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تشترط بوجوب أن تشمل أحكام التحكيم عرض موجز لإدعاءات الأطراف، وأوجه دفاعهم، ويجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة، وهو ما يبرهن للجهة القضائية التي لها صلاحية إضفاء الصيغة التنفيذية لأحكام التحكيم، بأن المحكمين قد درسوا النزاع بشكل دقيق ومكنوا الأطراف من ممارسة حق الدفاع وأجابوا بشكل جدي على مختلف الدفوع والحجج التي إستند إليها الخصوم في الدفاع عن مطالبهم.¹

كما تقضي المادة 1029 قانون الإجراءات المدنية والإدارية بوجوب بأن تكون أحكام التحكيم موقّعة من جميع المحكمين، والتوقيع يقتضي بداية وجود ورقة مكتوبة حتى يتسنى التوقيع عليها، كما تقضي المادة 1029 قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "... ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمله التعجيل." هذا بالنسبة لأحكام التحكيم الداخلية أم بالنسبة لموضوع الإعتراف بأحكام التحكيم الدولية فإنه وبالرجوع لنص المادة 1052 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجدتها تنص على أن حكم التحكيم يثبت بتقديم أصل الحكم وهو ما يقتضي أن يكون هذا حكم التحكيم كتابية.

إن شرط الكتابة في حكم التحكيم يعتبر من أهم الشروط الشكلية التي يجب أن يستوفيها الحكم التحكيمي، لذا نصت عليه أغلب التشريعات المقارنة²، وهو ما كرسته أيضا الإتفاقات الدولية المتعلقة بالتحكيم، حيث تشترط المادة 4فقرة 1 من إتفاقية نيويورك الخاصة بالإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم، على أنه للحصول على إعتراف وتنفيذ حكم تحكيم الصادر في بلد أجنبي أن يقدم أصل الحكم التحكيمي أو نسخة مصادق عليها حسب الأصول بالإضافة إلى نسخة من

¹ بشير سليم: إصدار الحكم التحكيمي في قانون الاجراءات المدنية والادارية، مجلة الإحياء العدد 14، ص686.

² من بين هذه التشريعات نذكر على سبيل المثال، المادة 1472 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، المادة 1701 من قانون الاجراءات البلجيكي، المادة 43 من قانون التحكيم المصري، المادة 275 من قانون الاجراءات

المدنية التونسي (مجلة التحكيم)،

إتفاقية التحكيم... إلخ، وهذا يعني أن القرار يجب أن يكون مكتوب حتى يمكن تقديمه للجهة المختصة في البلد الذي يطلب فيه التنفيذ لمراقبة شروط صحته.

كما أن قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة قانون التجارة الدولية سنة 1976 تنص في المادة 32فقرة 2 على أن حكم التحكيم يجب أن يوضع كتابة كما يجب أن يكون نهائيا وملزما للأطراف، كذلك الأمر بالنسبة للقانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة الخاصة بقانون التجارة الدولية عام 1985، حيث تنص المادة 31فقرة 1 التي تستوجب أن يصدر حكم التحكيم كتابة ويجب أن يوقعه المحكمون... إلخ، وعليه ومن خلال ما سبق يمكن القول بضرورة أن يصدر حكم التحكيم كتابة إذ لا مجال للقول بحكم التحكيم الشفهي، فكتابة حكم التحكيم ضرورية للتحقق من إحترام هيئة التحكيم لحق الدفاع ومعالجتها لجميع المسائل المرتبطة بالنزاع، كذلك هو شرط لإثبات الحكم أمام الجهات القضائية للحصول على النسخة التنفيذية للحكم.¹

شرط الكتابة هو شرط وجود لا للإثبات فقط فصدور الحكم التحكيمي شفاهه لا يعطيه الصفة الحقيقية وهي صفة حكم تحكيم، ولما يترتب عن حكم التحكيم من آثار بداية بحجية حكم التحكيم وإمكانية التنفيذ، لذا تشترط أغلب القوانين صورة أصلية من الحكم مع طلب التنفيذ وهذا لا يتحقق إلا بكتابة حكم التحكيم²، ويتم كتابة حكم التحكيم باللغة التي جرى بها التحكيم سواء كانت اللغة العربية أو أي لغة أخرى يحددها إتفاق التحكيم أو هيئة التحكيم، وبالنسبة للمشرع الجزائري فإنه يشترط أن يكون حكم التحكيم بلغة الوطنية العربية، وفي حال كان حكم التحكيم بأي لغة غير اللغة الرسمية في بلد التنفيذ فإنه يشترط تقديم ترجمة رسمية له، وهذا ما تقضي به المادة 4فقرة 1 من إتفاقية نيويورك لسنة 1985، وهذا ما كانت تقضي به سابقا المادة 458 مكرر 13، التي تشترط أن يحرر الحكم التحكيمي باللغة العربية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، إذا كان التحكيم الدولي يجري بالجزائر يتعين أن يرفق به عند الإيداع ترجمة رسمية.

بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن المشرع الجزائري لم ينص على وجوب أن تكون أحكام التحكيم باللغة الوطنية الرسمية، غير أن تحرير الحكم باللغة الوطنية تجد

¹ خليل بوصنبورة: مرجع سابق، ص 76.

² بشير سليم: الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، مرجع سابق، ص 140.

تبريره في كونه نتيجة للمناقشات التي دارت بين أطراف التحكيم، وهو ما يتلاءم مع ما التحكيم يمتاز به التحكيم من مرونة دون الخروج عن القواعد القانونية الملزمة، وبذلك يشمل إختيار اللغة بداية من عريضة افتتاح الدعوى، ومذكرات الدفاع، المرافعات الشفوية، كما يمكن للمحكمة أن تأمر بأن تكون الوثائق المحررة باللغة الوطنية مدعمة بترجمة إلى لغة المختارة من الأطراف، مما يساعد على سهولة التحكيم ومرونته في الفصل في المنازعات المعروضة عليه.¹

حدد المشرع الجزائري البيانات الواجب توافرها في حكم التحكيم التجاري بشكل دقيق وواضح بحيث يترتب على تخلف أحدها بطلان حكم التحكم، حيث نص المشرع الجزائري في المواد 1027-1028-1029 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على البيانات الواجب توافرها في حكم التحكيم التجاري الدولي والتي تتمثل في:

البند الأول: عرض موجز لإدعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم: نص المشرع

الجزائري في المادة 1027 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن يجب أن تتضمن أحكام التحكيم عرض موجز عن إدعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم، وعليه يلزم المحكم أن يقدم عرض موجز عن الوقائع والمعلومات التي تهدف إلى تحديد طبيعة النزاع وتطور أحداثه ومكان هذه الأحداث، زمانها، مع تبيان أسماء الأطراف وصفاتهم، عرض طلباتهم وإدعائهم وأوجه دفاعهم، بالإضافة إلى تحديد هوية المحكمين، صفاتهم، كيف أحيل إليهم الإختصاص بالنزاع المعروض، كيف تم تعيينهم، من قام بتعيينهم، وكيف بدأت الإجراءات، سير الإجراءات، وغيرها من البيانات التي تترجم وقائع النزاع، لذا يجب على هيئة التحكيم أن تبرز في حكمها ملخص للوقائع التي يتمسك بها كل طرف وحججه المنطقية والقانونية.²

يتحدد الهدف من عرض موجز لطلبات الأطراف في معرفة نطاق سلطة المحكمين إما بيان أقوالهم وإدعاءاتهم فالهدف منه هو، توفير الرقابة على عمل المحكمين والتحقق من حسن إستيعابهم لوقائع النزاع وذلك حماية لمصالح الخصوم، وعليه يجب على المحكم بيان جميع

¹ خليل بوصنبورة: المرجع السابق، ص78.

² سليم بشير: الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، مرجع سابق، ص 145.

طلبات الخصوم أما دفعهم فيكتفي بذكر الدفوع الجوهرية أي التي تؤثر في النتيجة التي إنتهى إليها الحكم، وبناء عليه فإن ذكر هذه البيانات أمر وجوبي يترتب على إغفالها تعرض الحكم إلى الطعن بالبطلان، ولا يكفي إرفاق الوثائق أو المستندات بالحكم لأن الحكم التحكيمي يجب أن يكون دالا بذاته مستكملا شروط صحته، وعليه فإن هذا الإلتزام لا ينطبق إلا على الحكم الفاصل في الدعوى ولا يعيب إغفالها إذا الحكم متعلقا بدفع بعدم الإختصاص أو عدم القبول.¹

إن ذكر البيانات الأساسية من إدعاءات ودفع يعتبر من الركائز الأساسية للحكم التحكيم لأنه من خلاله يمكن معرفة ما إذا تجاوزت هيئة التحكيم صلاحيتها أم لا، وكذلك معرفة الصلة بين مضمون الحكم وطلبات الخصوم ذلك أن المضمون مبني أساسا على هذه الطلبات، ويستحيل معرفة مدى صحة هذا المضمون دون التعرف على تلك الطلبات، وأن المحكمة المختصة غير ملزمة بالرجوع إلى العرائض والمستندات المستعملة في إجراءات التحكيم لمعرفة الطلبات وربطها بالمضمون، وعليه فإن عدم تضمين هيئة التحكيم في حكمها لموجز للإدعاءات الخصوم وأوجه دفاعهم يعرض حكمها إما للإلغاء بالنسبة للأحكام التحكيم الداخلية، أو الأمر برفض التنفيذ بالنسبة لحكم التحكيم الدولي² وهذا ما تقضي به المواد 1027-1056 تبعا من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

البند الثاني: إسم ولقب المحكم أو المحكمين: كرس المشرع الجزائري ذلك حيث تنص المادة 1028 فقرة 01 من قانون إجراءات المدنية والإدارية أن ذكر أسماء المحكمين بالحكم التحكيمي إجراء جوهري دون الحاجة إلى النص عليه وإغفال ذلك يعد عيبا ويشكل سببا للطعن فيه، وقد ترد أسماء المحكمين عند التوقيع وقد ترد في صفحة لوحدها في الحكم التحكيمي، وقد ترد في جميع الصفحات، وعليه لا بد من ذكر إسم المحكم أو المحكمين الذين أصدروا حكم التحكيم، أن شخصية المحكمين وصفاتهم تدخل ضمن الوقائع التي ترد في الحكم التحكيمي، هذه الوقائع التي يمكن من خلالها التعرف على الكيفية التي تم بها تعيين المحكمين ومن قام بتعيينهم، وعليه فإن ذكر هذه البيانات له أهمية كبيرة خاصة في حال الطعن أمام

¹ د/ فتحي والي: مرجع سابق، ص440.

² سليم بشير: الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، المرجع السابق، ص، ص، 146-147.

القضاء، حيث يمكن للقاضي معرفة ما إذا كان إتفاق التحكيم الذي يشكل مصدر سلطة المحكم تم بشكل صحيح أم لا، وهل أن المحكمين إتزموا بحدود صلاحياتهم وولايتهم أم لا.¹

قد تشترط بعض القوانين ذكر جنسية المحكم كما هو الحال بالنسبة للقانون التحكيم المصري في المادة 43 منه، والهدف من ذلك هو التحقق من مراعاة ما قد ينص عليه إتفاق التحكيم من شرط خاص بجنسية المحكم، أيضا للتأكد من توافر عنصر الحياد في المحكم، أما ذكر صفة المحكم فيهدف إلى التحقق مما إذا كان المحكم مختارا من أحد الخصوم أو هو رئيس الهيئة، بالإضافة إلى ذكر الجهة التي قامت بتعيينه وتحديد تاريخ تعيينه، وهي مسألة لا تخلوا من الأهمية خاصة إذا كان أحد الأطراف يدفع بظهور عنصر جديد يمس بحياد المحكم (أحد أسباب الرد).²

البند الثالث: تاريخ الحكم التحكيمي: كرس المشرع الجزائري ذلك حيث تنص المادة 1028 فقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بتحدد أهمية ذكر التاريخ الذي صدر فيه الحكم التحكيمي في تحديد الوقت الذي تسري فيه آثار الحكم وأهمها حجية الشيء المقضي فيه، أي من حيث بدأ الحجية وإستنفاد المحكم لولايته، والعبارة بالنسبة لتحديد تاريخ صدور الحكم هو بالتاريخ المثبت في نسخة الحكم الموقع من المحكمين وأن تعددت تواريخ التوقيعات فالعبارة بأخر تاريخ، كما تتمثل أهمية تحديد تاريخ الحكم التحكيمي في معرفة ما إذا كان الحكم قد صدر خلال ميعاد التحكيم، أم بعد إنقضاء الميعاد وبالتالي زوال سلطة المحكم في إصدار الحكم أو في حالة وفاة أحد المحكمين قبل إنقضائه.³

تذهب أغلب التشريعات المقارنة إلى وجوب ذكر التاريخ صدور حكم التحكيم في ذات الحكم، وتؤسس إلزامها هذا على نقطتين أساسيتين، في أنه تنتهي مهمة المحكم مبدئيا من تاريخ صدور الحكم التحكيمي وبعد هذا التاريخ ليس له صلاحية إعادة النظر في القضية من جديد،

¹ سليم بشير: الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، المرجع السابق، ص148.

² د/ فتحي والي: مرجع سابق، ص436.

³ المرجع نفسه، ص441.

وإذا ما إتخذ المحكم أي إجراء بعد هذا التاريخ فإن مصيره يكون البطلان، أما الجانب الثاني فيتمثل في ميعاد التحكيم فإذا ما صدر حكم التحكيم قبل إنقضى الميعاد المحدد للتحكيم فإن الحكم يصدر صحيحا، أما إذا صدر حكم التحكيم بعد إنقضاء الأجل المحدد للتحكيم فإن ذلك يكون سبب في طلب بطلان الحكم.¹

البند الرابع: مكان إصدار الحكم التحكيمي: كرس المشرع الجزائري هذا الأمر حيث تنص المادة 1028 فقرة 03 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه من البيانات الواردة في الحكم التحكيمي، ضرورة تحديد مكان إصدار الحكم التحكيمي، ومكان إصدار الحكم التحكيمي لا يعني عنوان مقر التحكيم وإنما القصد منها هو تحديد البلد أو الدولة التي صدر بها الحكم، والهدف من ذلك تمكين القضاء من رقابة المحكمين هل إحترموا إتفاق التحكيم أم لا، أيضا لتحديد هل هو حكم وطني أو أجنبي، فإذا صدر في دولة أخرى أعتبر حكم أجنبي وينفذ في الدولة بإعتباره كذلك.

البند الخامس: أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الإجتماعي وأسماء وألقاب محاميهم أو من يمثلهم عند الإقتضاء: ألزم المشرع الجزائري ضرورة توافر ذلك حيث تنص المادة 1028 فقرة 04 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذ يجب أن يتضمن الحكم أسماء الأطراف بما في ذلك الخصم المدخل أو المتدخل في الخصومة، وذلك على نحو كافي للتمييز بين المحكوم له والمحكوم عليه بشكل واضح لا لبس فيه ولا غموض،² بالإضافة إلى تسمية الشخص المعنوي وتحديد مقره الإجتماعي الذي قد تتعدد الأمكنة المتواجد بها كما قد تكون له تسمية خاصة.

لم يكتفي المشرع الجديد عند تحديد الأطراف بذكر هوية الأطراف بل إشتراط في حال التمثيل القانوني للأطراف، ذكر الهوية الكاملة لمن يمثل الخصوم الذين يتم إختيارهم على أساس الخبرة والتجربة في موضوع معين، أو المحامين للقيام بجميع الإجراءات مكانهم ويدافع عنهم

¹ سليم بشير: الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، مرجع سابق، ص151.

² د/ فتحي والي: مرجع سابق، ص436.

وفي كل الأحوال يجب على الممثل الشخصي للخصم أن يبذل كل ما بوسعه للتعبير عن الحجج وأوجه الدفاع.¹

البند السادس: التوقيع: نص المشرع الجزائري على وجوب توقيع حكم التحكيم من قبل المحكم وذلك في نص المادة 1029 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وعليه فإنه لا تطرح مشكلة إذا كان المحكم فردا الذي لا يصدر حكم التحكيم إلا بتوقيعه، لكن الأشكال يثور في حالة كانت هيئة التحكيم مشكلة بأكثر من محكم واحد وإمتنع البعض عن التوقيع، فإنه بالرجوع لنص المادة السالف الذكر نجد أنه يلزم أن تكون أحكام التحكيم موقعة من قبل جميع المحكمين، ولكن في حال إمتناع الأقلية عن التوقيع فإن حكم التحكيم يصدر صحيحا ومنتجا لأثاره بتوقيع الأغلبية مع الإشارة إلى إمتناع الأقلية عن التوقيع.

وعليه إذا إمتنع المحكم عن التوقيع وأفصح عن سبب إمتناعه في المداولة تولى رئيس هيئة التحكيم إثبات إمتناعه عن التوقيع، ويصدر الحكم بتوقيع أغلبية المحكمين ويصبح منتج لأثاره وذلك لمنع الأقلية من تعطيل التحكيم بإمتناعهم عن التوقيع إذا الحكم التحكيمي صادر ضد مصلحة الطرف الذي يمثله، لكن الإشكال يثور إذا توزعت آراء المحكمين بحيث لا يمكن معها تشكيل أغلبية تسمح بصدور حكم التحكيم، فهذه الحالة لم ينص عليها المشرع الجزائري وأن كان الحل في تقديري يتمثل في إعطاء رئيس هيئة التحكيم الصوت المرجح، إذ من غير المعقول ولا المقبول أن تتعطل إجراءات التحكيم بعد أن قطعت أشواط طويلة وقاربت على الوصول إلى نهايتها.

¹ سليم بشير: الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، مرجع سابق، ص، ص154، 153.

المطلب الثالث: تسبب حكم التحكيم:

هو الحثيات والأسانيد التي يعتمد عليها حكم التحكيم سواء من حيث الوقائع أو القانون، والتسبب بهذا المفهوم يعد من أهم عناصر الحكم بل يمكن القول هو أساس مضمون الحكم، مادام أن إختلاف الأسباب يؤدي حتما إلى إختلاف المضامين، وهو يمثل أيضا الحجج والأدلة القانونية والواقعية التي إعتد عليها المحكم في إصدار حكمه، إذ من خلال التسبب يوازن المحكم بين أدلة الأثبات وأدلة النفي¹ فالإلتزام المحكم بكتابة أسباب الحكم يدفعهم إلى التروي والتفكير في الحكم قبل إصداره،² وعليه فإن التسبب يضمن حسن أداء المحكم لمهامه ويشكل ضمانا لحقوق الخصوم وكفالة لحقوق الدفاع إذ على أساسه يستعمل حق الطعن في الحكم التحكيمي.³

لا يمكن القول بوجود حكم تحكيمي عادل يكون خالي من التسبب، ولهذا تذهب معظم التشريعات الوطنية إلى الزامية التسبب أحكام التحكيم الداخلية خاصة بل وتعتبر أن التسبب من النظام العام، لهذا إشتراط المشرع الجزائري في المادة 1027 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ضرورة تسبب أحكام التحكيم بالنسبة للتحكيم الداخلي وهو نفس موقف المشرع الفرنسي في المادة 1471 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وهو ما ذهب إليه أيضا المشرع المصري 43 من قانون التحكيم المصري، غير أن المشرع المصري إختلف عن التشريع الجزائري في كونه سمح للأطراف في التحكيم الداخلي الإستغناء عن التسبب في حالتين:

- إتفاق الأطراف صراحة على إعفاء المحكم من تسبب حكم التحكيم الداخلي.

- إذا كان القانون الواجب التطبيق أو إجراءات الواجب التطبيق لهيئة تحكيم معينة لا تلزم تسبب الحكم.

¹ سليم بشير: د/ فتحي والي: مرجع سابق، مرجع سابق، ص154.

² د/ فتحي والي: مرجع سابق، ص443.

³ سليم بشير: مرجع سابق، ص159.

على خلاف التشريع الجزائري نجد أن قوانين الدول الأنجلوسكسونية لا تشترط ذكر الأسباب التي بني عليها حكم التحكيم الداخلي كما أن الأحكام القضائية في هذه الدول لا تكون مسببة أيضا، وإن كان هناك تطور بالنسبة للقانون الإنجليزي في هذا الموضوع حيث بدأت محاكم الدرجة العليا في تسبب قراراتها، حيث جاء القانون الإنجليزي لعام 1979 بنص جديد بالرغم من أنه أبقى المبدأ العام وهو عدم تسبب القرار التحكيمي، إذ يجوز لأي طرف من أطراف النزاع أن يطلب قبل إصدار القرار التحكيمي من المحكم أن يشتمل القرار على الأسباب التي إستند إليها، ويجوز للمحكمة أن تطلب بعد صدور القرار من المحكم أن يبين الأسباب التي إستند إليها في قراره.¹

إذا كان هذا حال حكم التحكيم الداخلي فما هو مصير حكم التحكيم الدولي؟

سبق القول أن تسبب حكم التحكيم الداخلي أمر وجوبي وهو من النظام العام إلا أن الأمر بالنسبة لحكم التحكيم الدولي مختلف، فقد ذهب القضاء التونسي سنة 1982 إلى ضرورة التفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي بالنسبة للدولة، وبالنسبة لتسبب القرار فقد ذهبت محكمة الاستئناف بتونس في الحكم الإستئنافي ضد حكم تحكيم كان قد صدر في إنجلترا والقانون الإنجليزي لا يتطلب التسبب إلى القول: "أن عدم سلوك القرارات التحكيمية الأجنبية لطريقتنا في تعليل الأحكام لا يعتبر في ذاته مخالفا للنظام العام الدولي إذا توافر فيه شرطان:

الأول: أن يكون عدم تعليل هو الطريقة المتبعة في البلد الذي صدرت فيه هذه القرارات تطبيقا لقانون هذا البلد أو العرف الجاري به.

الثاني: أن يتضح لقاضي التنفيذ من القرارات نفسها أو من الأوراق المصاحبة لها أن الإجراءات المتبعة فيها صحيحة، وأن الأسباب القانونية التي أعتد عليها بينة وأن حقوق الدفاع فيها محترمة.

وهذا الموقف تبناه القضاء الفرنسي فقد ذهب إلى أن عدم التسبب للقرار التحكيمي في التحكيم الدولي لا يعتبر مخالفا للنظام العام الدولي إذا كان القانون أو القواعد الإجرائية للتحكيم

¹ د/ فوزي محمد سامي: مرجع سابق، ص، ص، 320، 321.

لا تستلزم أن يكون القرار مسببا، في حين نجد أن المشرع الجزائري تبنى موقف مخالف إذ ألزم بوجود تسبب الحكم التحكيمي سواء كان حكم تحكيم داخلي وهذا حسب المادة 1027 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وألزم أيضا تسبب الحكم التحكيم الدولي وهذا ما تقضي به المادة 1056 من نفس القانون.

بالرجوع للقواعد التحكيمية الدولية نجد مثلا أن المادة 32 من قواعد اليونيسترال تستوجب تسبب القرار التحكيمي إلا إذا كان الطرفان قد إتفقا على عدم تسبب القرار، فالقواعد العامة هي تسبب القرار التحكيمي إلا إذا إتفق الأطراف على عدم التسبب، نفس الموقف في المادة 31 من القانون النموذجي للتحكيم فقد تطرقت إلى وجوب تسبب القرار التحكيمي ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، وما لم يكن الأطراف قد إتفقوا على أن يصدر القرار التحكيمي بناء على تسوية للنزاع التي إتفقا عليها، ولهذا فليس هناك مبرر لتسبب القرار التحكيمي ذلك أن سبب القرار هو التسوية التي تمت بين الأطراف والتي تم تدوينها في القرار التحكيم.¹

في حين أن قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية لم يرد في نصوصها ما يشير إلى ضرورة تسبب القرار التحكيمي، لكن اتفاقية واشنطن لعام 1965 الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى أشارت المادة 48 منها إلى كيفية صدور قرار التحكيم فقد نصت على أن قرار التحكيم يجب أن يكون مسببا، في حين نجد الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي تنص المادة 08 على أنه يفترض في الطرفين قد إتفقا على تسبب القرار إلا إذا كان الطرفان قد أعلنوا صراحة عدم تسبب القرار أو إذا كان الطرفان قد إخضعا أنفسهما لإجراءات تحكيمية لا يصار بموجبها إلى تسبب قرار التحكيم، وفي هذه يجب أن لا يكون الطرفان أو أحدهما قد طلب صراحة تسبب القرار قبل إنتهاء المداولة.²

¹ د/ فوزي محمد سامي: مرجع سابق، ص 323.

² محمد الطاهر بلقاضي: تسبب حكم التحكيم في التشريع الجزائري والمقارن، مجلة التواصل في العلوم الإنسانية والإجتماعية، العدد 28، جوان 2011، ص 63.

المبحث الثاني: الرقابة القضائية على حكم التحكيم التجاري الدولي

تنتهي خصومة التحكيم بصدور الحكم الفاصل في موضوع النزاع الذي يحوز حجية الشيء المقضي فيه شأنه في ذلك شأن الحكم الصادر عن القضاء العادي، وعليه فإنه من الطبيعي أن يسعى من صدر الحكم لصالحه إلى تنفيذه، غير أن الحكم القضائي يكون قابلاً للتنفيذ لصدوره من جهة مختصة تتمثل في القضاء ممهوراً بالصيغة التنفيذية، بينما حكم التحكيم يصدر من هيئة التحكيم لا تمتلك سلطة إضفاء الصيغة التنفيذية على حكم التحكيم، الأمر الذي يلزم الأطراف الإستعانة بجهة القضاء للأمر بتنفيذه، بالإضافة إلى التطرف إلى طرق الطعن في أحكام التحكيم التجاري.

المطلب الأول: النتائج المترتبة على صدور حكم التحكيم التجاري

الدولي:

يترتب على صدور حكم التحكيم إستنفاد هيئة التحكيم لولايتها، فإذا فصلت هيئة التحكيم فيما قدم لها من طلبات ودفوع فإنها تستنفذ ولايتها في ذلك، فلا يكون لها ولاية إعادة النظر فيما قدم لها وبالتالي لا يمكن لهيئة التحكيم العدول عن ما قضت به أو تعديله، ولا يمكن للخصوم إثارة نفس المنازعة أمام نفس الهيئة من جديد في نفس موضوع الخصومة، غير أنه يجب التمييز بين إستنفاد هيئة التحكيم لولايتها وبين حجية الشيء المقضي فيه وهذا ما سيتم بيانه كما يلي:

الفرع الأول: استنفاد هيئة التحكيم لولايتها: يقصد بإستنفاد هيئة التحكيم لولايتها أن

سلطة هيئة التحكيم بالفصل في المسائل المعروضة عليها تنتهي بمجرد صدور حكم التحكيم، حيث لا يجوز لها النظر من جديد في المسائل المعروضة عليها والتي فصلت فيها بصدور حكم التحكيم، ويعتبر هذا المبدأ أثر من أثار الأحكام القضائية بالنسبة للخصومة التي إنتهت بصدور حكم، وبالتالي فإن هذا الحكم ينهي إجراءات الخصومة ويترتب على إستنفاد الولاية عزل القاضي أو المحكم عن المسألة التي فصل فيها بحيث لا يملك الحق في نظرها من جديد، بل يصبح

قضاه فيها ملزما له وللخصوم ولو كان الحكم باطلا، ويرجع هذا المبدأ إلى القانون الروماني الذي عبر عنه بشكل دقيق في أن القاضي لا يصبح قاضي بالنسبة لما فصل فيه.¹

تعترف أغلب التشريعات المقارنة بهذا المبدأ وهو إستنفاد هيئة الحكم لولايتها بمجرد صدور حكمها في النزاع، فهذا المبدأ يعتبر من أهم المبادئ في قوانين المرافعات لأنه من المتعارف عليه أن المحكمة إذا فصلت في المسائل المعروضة عليها، أنقضت ولايتها ولم تعد لها أي سلطة لإعادة بحث هذه المسائل ولو باتفاق الخصوم إلا باتباع طرق الطعن، وعليه فإن الفصل في موضوع النزاع أو جزء منه يستنفذ سلطة المحكم في المسألة التي فصل فيها، شأنه في ذلك شأن الحكم القضائي فكلاهما يعد عملا قضائي ولا يجوز للمحكم العودة إلى حكمه مرة ثانية بقصد تعديله، سواء بالحذف منه أو بالإضافة إليه أو بقصد إلغائه فالمحكم بعد صدوره حكمه إنقضت صفته كمحكم، لأنه إستنفذ مهامه المسندة إليه بموجب إتفاق التحكيم فلا يكون له إستردادها من تلقاء نفسه بعد أن إنتهت مهمته بالحكم فيها.²

إن القاضي يستنفذ ولايته للفصل في النزاع بمجرد الفصل في مسألة بحكم قطعي وبالتالي يستنفذ بذلك سلطة الحكم في هذه المسألة، ومن ثم لا يمكن للقاضي أن يعدل ما قضى به بموجب حكم قطعي مرة ثانية ولا يجوز للخصوم إثارة هذه المسألة أمامه مرة ثانية ولو بإتفاقهم، وعليه فإن إستنفاد المحكم لولايته يتحقق بالنسبة لكل قرار يحسم مسألة موضوعية أو إجرائية تمهيدا لمنح الحماية القضائية، وعليه فإن إستنفاد المحكم لولايته لا يتحقق إلا للأحكام القطعية الفاصلة في موضوع النزاع محل إتفاق التحكيم أو مسألة متفرعة عنه، أما الأحكام غير القطعية التي يصدرها للمحكم لتهيئة النزاع للفصل فيها كالأحكام التحضيرية أو المتعلقة بالإثبات، فإنها لا تؤدي إلى إستنفاد سلطته للفصل في النزاع فيمكن للمحكم تعديله.³

سبق القول أن المحكم يستنفذ ولايته للفصل في النزاع الذي فصل فيه بشكل قطعي بحث لا يجوز له العودة ثانية لنظره ولو تبين له عدم صحة ما حكم به، وذلك لسقوط حق المحكم

¹ خليل بوضنبورة: مرجع سابق، ص123.

² سليم بشير: الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، مرجع سابق، ص170.

³ المرجع نفسه، ص170.

للنظر في النزاع فيما قضى به من قبل، إذ لا يمكن الفصل في الموضوع الواحد مرتين وذلك لمنع تضارب الأحكام التحكيمية، وتحقيقاً للإستقرار المنشود في المراكز القانونية وتدعيماً للثقة المتحامين في نظام التحكيم والأحكام التحكيمية، غير أن إنتهاء ولاية المحكم في الفصل في الموضوع لا يمنع إمكانية تصحيح الأخطاء المادية أو إكمال النقص الذي قد يعتري القرار أو أن يقوم المحكم بتفسير القرار الذي اتخذته.¹

أخذت أغلب التشريعات المقارنة بهذا المبدأ على سبيل المثال القانون الفرنسي حيث نص المشرع الفرنسي في المادة 1475 من قانون المرافعات على أن القرار التحكيمي ينهي ولاية المحكم عن النزاع الذي تم حسمه، وهذا يعني إنتهاء مهمة المحكم التي أوكلت له بموجب إتفاق التحكيم وعقد التحكيم الذي بينه وبين الأطراف المتنازعة، كما أن المشرع المصري نص هو الآخر على هذا المبدأ في المادة 48 من قانون التحكيم المصري، التي تنص على إنتهاء إجراءات التحكيم بمجرد صدور الحكم التحكيمي المنهي للخصومة التحكيمية كلها، أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 1030 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على هذا المبدأ بقوله: "يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه."

في حين نصت أغلب قواعد التحكيم الدولية على هذا المبدأ حيث نجد مثلاً إتفاقية واشنطن لسنة 1965 تشير إلى هذا المبدأ وذلك من خلال نصها على أن عند منازعة الأطراف حول معنى الحكم التحكيمي فإنهم لا يلجؤون للمحكمة التي أصدرته بل عليه التوجه إلى السكرتير العام بطلب كتابي لتفسير هذا الحكم، وهذا ما يعني إنتهاء ولاية المحكمة في نظر النزاع، كذلك الأمر بالنسبة للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي نص هو الآخر على هذا المبدأ من خلال المادة 32 منه، على أن إجراءات التحكيم تنتهي بمجرد صدور قرار التحكيم النهائي.

غير أنه يجب التمييز بين مبدأ إستنفاد هيئة التحكيم لولايتها وبين حجية الشيء المقضي فيه، فإذا فصلت هيئة التحكيم فيما قدم لها من طلبات ودفع فإنها تكون قد إستنفذت سلطتها بشأنها فلا تكون لها ولاية الفصل فيها، وبالتالي ليس لها العدول عن قرارها فيما بعد كما أنه ليس للخصوم إعادة طرح نفس المسألة من جديد ولو بإتفاقهم، وعليه فإن وجه الإختلاف بين إستنفاد

¹ د/ فوزي محمد سامي: مرجع سابق، ص348.

الولاية وحجية الشيء المقضي فيه، تتحقق في أن إستنفاد ولاية التحكيم يتحقق في كل مسألة تفصل فيها هيئة التحكيم أثناء نظرها الدعوى إلى إنتهاء الخصومة، سواء كانت هذه المسألة إجرائية أو موضوعية أما الحجية فتكون للأحكام القطعية فقط، وعليه فإنه إذا أصدرت هيئة التحكيم حكماً منهيًا للخصومة فاصلاً في كل الطلبات فإن المحكمة تستنفذ سلطتها بالنسبة للنزاع كله، أما إذا عرضت عدة طلبات على هيئة التحكيم، وأصدرت حكماً المنهي للخصومة دون أن تفصل في أحد الطلبات المقدمة فإنها لا تستنفذ ولايتها بشأنها.¹

الفرع الثاني: حجية حكم التحكيم التجاري الدولي: حجية الشيء المقضي فيه هي

مركز قانوني إجرائي ينشأ عن العمل القضائي، يؤدي إلى تقييد الأطراف بمنطوق الحكم كما يلزم القاضي في أي إجراء لاحق بإحترام هذا الحكم، وأن يمتنع عن النظر في أي إجراء لاحق وأن يمتنع عن الفصل فيه من جديد، وحجية الشيء المقضي فيه لا تثبت إلا للأحكام القطعية كما أنها لا تثبت إلا لمنطوق الحكم ولا تلزم إلا أطرافه وما يرتبط به من أسباب لازمة لحمله على أن ما قضى به يعبر عن الحقيقة، وتعد الحجية من النظام العام ترتبط بالحكم من تاريخ النطق به ويلتزم بهذه الحجية جميع أطرافه وكذلك الجهات القضائية.²

إن حكم المحكم يتمتع بحجية الشيء المقضي فيه شأنه في ذلك شأن الحكم القضائي أي أنه يتمتع بالخصائص الأساسية للأحكام، فحكم المحكم يعتبر عملاً قضائياً بالمعنى الفني ولذلك فهو يكتسب أهم خصائص العمل القضائي وهي تمتعه بحجية الشيء المقضي فيه، فلا يجوز إعادة النزاع نفسه تأسيساً على السبب ذاته بين الأطراف أنفسهم الذين صدر الحكم في مواجهتهم فاصلاً فيما نشب بينهم من نزاع، ولا يقبل الجدل في إثارة أي دافع أو حجج تهدف إلى نقض هذه الحجية التي يكتسبها الحكم بمجرد صدوره حتى وأن كان هذا الحكم قابلاً للطعن فيه، وترتيباً على ما سبق فإن من صدر حكم التحكيم لصالحه يحق له التمسك بحجية هذا الحكم إذا قام

¹ د/ فتحي والي: مرجع سابق، ص 463.

² خليل بوضنبورة: مرجع سابق، ص 110.

الطرف الآخر برفع دعوى أمام القضاء للنظر في الموضوع الذي فصل فيه حكم التحكيم، وكانت الدعوى مؤسسة على السبب الذي إستندت إليه دعوى التحكيم.¹

إذا كانت أحكام التحكيم تكتسب حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها إلا أن هذا الحكم لا يحوز قوة الشيء المقضي به بمجرد صدوره، وإنما يكتسب قوة الشيء المقضي به إلا بعد إستنفاد طرق الطعن المقررة قانوناً أي يصبح حكم نهائي، وعليه فإنه يمكن القول أن أحكام التحكيم التي تصدر في إطار نظام قانوني للتحكيم يمنع الطعن في أحكام التحكيم، هي أحكام تكتسب حجية الشيء المقضي فيه بالإضافة إلى قوة الشيء المقضي به معاً بمجرد صدورها.

حجية الشيء المقضي به تعد أثر مباشر لصدور حكم التحكيم، فأحكام التحكيم جميعها ودون إستثناء وبغض النظر عن النظام التحكيمي الذي صدرت في ظله هي أحكام تتمتع بحجية الشيء المقضي فيه، أما بالنسبة لقوة الشيء المقضي به فهي تختلف حسب القوانين التحكيمية الوطنية، فإذا كانت هذه القوانين لا تسمح بالطعن بالمعارضة أو الإستئناف فإن قوة الشيء تلحق مباشرة بعد صدورها، أما إذا كانت القوانين التحكيمية تسمح بالمعارضة والإستئناف فإن قوة الشيء تتأجل إلى حينها.²

إن حجية الشيء المقضي فيه بالنسبة للأحكام القضائية تعد من النظام العام تثبت للحكم القضائي من تاريخ النطق به ولو كان الحكم قابلاً للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن ويلتزم بهذه الحجية جميع أطرافه وكذلك الجهات القضائية، وعليه فإن إقرار حجية الشيء المقضي فيه مقررة للمصلحة العامة، كونها تتعلق بأحد مرافق الدولة العامة التي تسمح لكل شخص بحق اللجوء إلى العدالة لكن لا تتكرر إلا لمرة واحدة بالنسبة لنفس الدعوى حتى لا يتعطل مرفق القضاء ولإستقرار الأوضاع القانونية أيضاً، وعليه فإن حجية الحكم القضائي تحكمها إعتبارات الصالح العام لذا فهي تتعلق بالنظام العام، فلا يملك الخصوم طرح نفس النزاع من جديد أمام

¹ د/ محمود مختار احمد بريري: مرجع سابق، ص، ص، 255، 256.

² سليم بشير: الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، مرجع سابق، ص، ص، 190، 191.

نفس الهيئة أو أمام محكمة أخرى للنظر فيه من جديد، سواء كان ذلك بإتفاقهم أو تلقائياً من أحد الأطراف فمصير الدعوى المتكررة هو عدم القبول لسبق الفصل فيها.¹

إذا كان الحكم القضائي يتمتع بحجية الشيء المقضي فيه وهي تعتبر من النظام العام فما هو الحال بالنسبة لحكم التحكيم؟ هناك من يرى أن أحكام التحكيم لا تتعلق بالنظام العام وعليه فلا يجوز للهيئة التي يطرح عليها النزاع من جديد أن تقضي تلقائياً بسبق الفصل في النزاع، بل يشترط أن يتمسك بهذا الدفع أحد الأطراف بغض النظر عن طبيعة التحكيم داخلي كان أم دولي، وذلك راجع لكون أن الحجية المقررة لأحكام القضاء تتعلق بالمصلحة العامة في حين أن حجية أحكام المحكمين تتعلق بالمصلحة الخاصة.²

غير أن الدكتور فتحي والي يرى خلاف ذلك إذ يعتبر أن حكم التحكيم يتمتع بحجية الشيء المقضي به وإعتبارها من النظام العام، لأن هذه الحجية تتعلق بتطبيق القانون من طرف من له سلطة القضاء سواء كان قاضياً أو محكماً، وعليه فحجية حكم التحكيم تتعلق بالنظام العام مثلها مثل الحكم القضائي وعليه فإنه يتعين على المحكم أو القاضي الذي يعرض عليه النزاع مرة أخرى أن يقضي بعدم القبول من تلقاء نفسه، ويرى الدكتور فتحي والي أيضاً أنه: "ورغم تعلق حجية حكم التحكيم بالنظام العام إلا أنه يجوز للأطراف الاتفاق على الالتجاء للقضاء أو التحكيم من جديد وأن هذا الاتفاق يقع صحيح."

إن القول بأن حكم التحكيم يحوز حجية الشيء المقضي فيه وإعتبار هذه الحجية من النظام العام أمر مقبولاً ومؤسس، إلا أن القول الدكتور فتحي والي: بأن هذه الحجية التي يكتسبها الحكم تعتبر من النظام العام، ومع ذلك فإنه يجوز للأطراف الاتفاق على اللجوء للقضاء من جديد أو إلى هيئة تحكيم وإعتبار هذا الإتفاق صحيح أمر محل نظر، إذ أنه كيف يمكن القول بأن هذا الأمر من النظام العام ثم يسمح للأطراف بإلتفاق على مخالفته، كما أن الأخذ بهذا القول يؤدي إلى عدم إستقرار الأوضاع والمراكز القانونية، إذ في حال صدور حكم تحكيم ثم بعد ذلك تم إتفاق بين الأطراف على اللجوء مرة أخرى للتحكيم، وصدر في الحالة الثانية حكم تحكيم

¹ سليم بشير: الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، مرجع سابق، ص194.

² المرجع نفسه، ص194.

مخالف للحكم الأول فأى حكم يلتزم به الأطراف عند التنفيذ؟ إذ أن كل طرف سوف يتمسك بالحكم الذي يناسبه.

البند الأول: حجية حكم التحكيم من حيث الموضوع: يرتبط تحديد نطاق حجية

حكم التحكيم من ناحية الموضوع إرتباطا وثيقا بتحديد نطاق إتفاق التحكيم، فحكم التحكيم لا يتمتع بالحجية إلا في حدود ما فصل فيه من خلاف تضمنه إتفاق التحكيم، ولا تشمل هذه الحجية على حكم التحكيم في كل ما إشمئل عليه وإنما تقتصر هذه الحجية على منطوق الحكم، فالمنطوق الحكم وما يرتبط به من أسباب هما مناط تحديد نطاق الحجية، وعليه فإن كل ما لا يدخل في منطوق الحكم لا يتمتع بحجية الشيء المقضي فيه وبالتالي يمكن عرضه على القضاء دون التمسك بحجية الشيء المقضي فيه.

بناء على ما تقدم فإنه في منازعة عقد الفرشيز مثلا إذا صدر حكم التحكيم بتحديد المقابل والتعويضات المستحقة لناقل التقنية قبل الطرف المتلقي لها، وكان هذا الأمر هو مثار الخلاف وموضوع إتفاق التحكيم، فإن الحكم إذا تعرض للفصل في صحة أو بطلان براءة إختراع تكون جزء من التقنية محل العقد، فإن حكمه في هذه الجزئية لا يحوز حجية لأنه فصل فيما لم يعرض عليه ويعد تجاوزا يبرر طلب البطلان، وبالمقابل فإنه في حال أغفل حكم التحكيم الفصل في طلب كان معروضا عليه فإن الحكم لا يكتسب حجية فيما أغفله، ولذلك يسمح للأطراف بتقديم طلبات لإصدار أحكام إضافية تتناول ما تم إغفاله وإذا صدر الحكم الإضافي أصبح جزء من الحكم الأصلي وإمتدت إليه الحجية لكليهما.¹

البند الثاني: حجية حكم التحكيم من حيث الأشخاص: إن حكم التحكيم لا يكون

حجة إلا على أطراف الدعوى شأنه في ذلك شأن الأحكام القضائية، الذين أعلنوا بها وتمكنوا من إبداء دفاعهم فهم وحدهم من يحتج عليهم بالحكم التحكيم، وفي هذا المقام لا يجوز الخلط بين القوة الملزمة لإتفاق التحكيم وحجية حكم التحكيم الذي يصدر بناء على هذا الإتفاق، فالإتفاق على التحكيم قد يتعدد أطرافه فتمتد قوته الإلزامية إليهم جميعا، ومع ذلك لا يكون لحكم التحكيم الصادر حجية إذا لم يتم تبليغ الجميع بالحضور أما هيئة التحكيم وإقتصرت خصومة التحكيم

¹ د/ محمود مختار احمد بريري: مرجع سابق، ص 262، 260.

على بعض الأطراف دون الباقي، ففي هذه الحالة بالرغم من إلتزام جميع الأطراف بإتفاق التحكيم فإن الحكم لا يحتج به على أطراف التحكيم الذين يقيم بينهم النزاع ولم يشاركوا في خصومة التحكيم.

فإذا تعلق الأمر بشركة التضامن تضمن أحد بنودها نصا يلزم الأطراف بالإلتجاء للتحكيم في منازعاتهم فيما بينهم أو فيما بينهم وبين الشركة، ثم ثار نزاع بين أحد الشركاء والشركة بشأن تصفية حساباته وتم الإلتجاء للتحكيم، فإن الحكم الذي يصدر لا يحتج به إلا في العلاقة بين هذا الشريك والشركة ولا يمتد أثره لبقية الشركاء، لأن الحكم حجة في مواجهة من تم تبليغه بطلب التحكيم دون سواهم ممن لم توجه إليهم الإجراءات ولم يشاركوا فيها، وبداهة لا تسري الحجية في مواجهة ممثلي الخصوم وإنما في مواجهة الخصوم أنفسهم، لكن لا يتعارض مع ما سبق إمتداد الحجية للخلف العام أو الخاص كما تمتد الحجية الأحكام في حالة التضامن، إذا صدر لصالح أحدهم مادام لا يرتبط بسبب خاص به، أما إذ كان صادر ضد أحدهم فلا يحتج به في مواجهة الباقيين وذلك إعمالاً لأحكام التضامن.

إذا تعلق الأمر بمجموعة شركات فإن الحكم الصادر في علاقة إحدى هذه الشركات بالغير لا يحتج به في مواجهة بقية الشركات التي يتمتع كل منها بوجود قانوني مستقل، وذلك بعكس حالة المشروعات المشتركة أو حالة شركة المحاصة التي لا تتمتع بكيان قانوني مستقل، فإن حكم التحكيم في هذه الحالة يكون له حجية بالنسبة لجميع الشركاء، ومع ذلك يجب التفرقة بين تحديد القوة الملزمة للاتفاق التحكيم من جهة وحجية حكم التحكيم من جهة أخرى، خاصة وأن هناك توجه للتوسع في مد نطاق القوة الملزمة للاتفاق التحكيم في علاقات التجارة الدولية، إلى حد إمكانية إلزام طرف بإلتفاق المتعلق بالتحكيم حتى دون توقيعه على إتفاق التحكيم.¹

إن التوسع في مد نطاق القوة الملزمة للاتفاق التحكيم لا يمس حجية الحكم التي تبقى مقتصرة على الأطراف الذين تم تمثيلهم أمام هيئة التحكيم وتمكنوا من إبداء أوجه دفاعهم، لكن ما الحكم بالنسبة للغير الذين لم يكونوا أطرافاً في إتفاق التحكيم ولم يتمكنوا من المشاركة في خصومة التحكيم، ومع ذلك يؤثر الحكم في مراكزهم القانونية، بالرغم من أنه لم يمثل ولم يحضر

¹ د/ محمود مختار احمد بريري: مرجع سابق، ص 264.

في الخصومة ولم يتمكن من إبداء أوجه دفاعه أو حتى التمسك بأوجه دفاع قد يقصر المدين نفسه في التمسك بها اعتماداً على وجود كفيل أو المؤمن، يتأثر مركز الكفيل بكل ما يصدر عن مدينه من تصرفات وبالتالي إذا صدر حكم التحكيم لصالح الدائن هل يكون هذا الحكم حجة عليهم؟

إن القول بإمتداد آثار الحكم إلى الغير يستوجب فتح الباب أمامه للتدخل في خصومة التحكيم وهو أمر لا يتصور مع قيام التحكيم على الإتفاق لا تمتد آثاره إلى أطرافه، ولا يبقى أمام الغير إلا طلب التدخل في الخصومة والذي يخضع أمر قبوله لموافقة الأطراف، أما إذا لم يتحقق له ذلك فيجب أن يتاح أمام الغير أمر الإعتراض غير الخارج عن الخصومة، وإلا فإنه لا يمكن القول بإمتداد آثار حكم التحكيم إلى الغير الذين يقفون موقف وسط بين أطراف التحكيم، وبين الغير الأجنبي تماماً عن الخصومة التحكيم والعلاقات الأصلية التي تربط بين الأطراف، وعليه فإنه يتوجب السماح بإعتراض الغير الخارج عن الخصومة بالنسبة للغير ذا المصلحة فلا هو يملك ما يملكه الأطراف من إبداء أوجه دفاعه ولا هو أجنبي من الغير الذين لا تمتد إليهم آثار حكم التحكيم.

لمعرفة موقف المشرع الجزائري من مسألة حجية الشيء المقضي به بالنسبة للأحكام التحكيم، يكون من المفيد التطرق لموقف كل من المشرع الفرنسي والمصري في هذا المجال والبادية ستكون مع التشريع الفرنسي، الذي افرد لحكم التحكيم الداخلي احكام تختلف عن حكم التحكيم الدولي، إلا أنه بالنسبة لحجية الشيء المقضي فيه بالنسبة للأحكام التحكيم نجد أن المشرع الفرنسي لم يميز بين حكم التحكيم الداخلي وحكم التحكيم الدولي، وهذا ما تقضي به المادة 1476 من قانون الإجراءات المدنية والتجارية الفرنسي، التي تعطي للحكم التحكيمي منذ لحظة صدوره حجية الشيء المقضي فيه وذلك في موضوع النزاع الذي فصل فيه.

الأصل في الحجية الشيء المقضي فيه أنها حجية نسبية لا تلزم إلا الأطراف ولا تمتد إلى الغير كما تم بيانه سابقاً، كما أن قاعدة تمتع حكم التحكيم بالحجية لا تتعلق بالنظام العام وهذا يعني عدم إمكان إثارتها من قبل هيئة التحكيم من تلقاء نفسها، وإنما يجب التمسك بها وإثارة هذا الدفع من قبل أحد الأطراف حيث لا تقضي بها المحكمة من تلقاء نفسها، وذلك سواء مجال

التحكيم الداخلي أو الخارجي، وأن حكم التحكيم لا حجية له إلا بالنسبة للأطراف وذلك تكريسا لمبدأ نسبية الأحكام القضائية، والذي يجد تبريرا أكثر قوة في مجال التحكيم المستند على إرادة الأطراف الذين أبرموا اتفاق التحكيم، وهو بدوره إتفاق يخضع لمبدأ نسبية العقود فلا تمتد آثاره إلى الغير الذي لم يكن طرفا في هذا الإتفاق.¹

يترتب على عدم إمكان الإحتجاج بحكم التحكيم على الغير أنه في حال إمتدت آثار حكم التحكيم إلى الغير وألحقت به أضرار، فإنه لا يستطيع تجنب هذا الضرر بالتدخل في الخصومة التحكيم وإبداء أوجه دفاعه، لذلك نجد أن المشرع الفرنسي يسمح بإعتراض الغير الخارج عن الخصومة في كل الحالات التي يتوفر فيها ضرر نتج عن التحكيم، الذي يعد بالنسبة له واقعة مادية يترتب عليه إحترامها وعدم أنكارها، وتختص بنظر هذا الإعتراض الخارج عن الخصومة المحكمة المختصة أصلا في حالة النزاع.

يختلف الأمر بالنسبة لحكم التحكيم الدولي فبالرغم من التسوية بين حكم التحكيم الداخلي وحكم التحكيم الدولي في الحجية، إلا أن أحكام التحكيم الدولية تصدر متمتعة بالإضافة إلى حجية الشيء، ولا يمكن الطعن في أحكام التحكيم الدولية إلا من خلال إستئناف الحكم القاضي بالإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي ويقتصر أثر الطعن هنا على عدم نفاذ الحكم. المقضي فيه فإنها تتمتع أيضا بقوة الأمر المقضي به، بالتالي لا تخضع لطرق الطعن التي يخضع لها حكم التحكيم الداخلي، بالتالي يقع باطلا الشرط الذي يخضع حكم التحكيم الدولي للطعن بالإستئناف، بل يعتبر باطلا أيضا الإتفاق نفسه إذا كان هذا الإشتراط يمثل بند جوهرى في شرط التحكيم، ولا يمكن الطعن في أحكام التحكيم الدولية إلا من خلال إستئناف الحكم القاضي بالإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي ويقتصر أثر الطعن هنا على عدم نفاذ الحكم.

أما المشرع المصري فقد نص في المادة 101 من قانون الإثبات على أن الأحكام سواء قضائية لها حجية الكاملة فيما قضت به من حقوق لنفس الأطراف، وإعتبر المشرع المصري أن حجية الشيء المقضي فيه من النظام العام، إذ أوجبت على الجهة التي ترفع أمامها نفس النزاع التي سبق الفصل فيها بعدم قبول القضية لسبق الفصل فيها وذلك من تلقاء نفسها ودون إنتظار

¹ د/ محمود مختار احمد بريري: مرجع سابق، ص 267.

تمسك أحد الأطراف بهذا الدفع، وإذا كان هذا الأمر بالنسبة للأحكام القضائية فإن الحال مختلف بالنسبة للأحكام التحكيمية، وهذا ما تقضي به المادة 55 من قانون التحكيم المصري التي تقضي بأن أحكام التحكيم تحوز حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها بالإضافة إلى حيازتها لقوة الأمر المقضي به، بحيث لا يمكن الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن.

مع ذلك لم ينص المشرع المصري بشكل صريح على أن حجية الشيء المقضي فيه بالنسبة لأحكام التحكيم من النظام العام، وعليه فإن حكم التحكيم هو وليد نظام يرتكز على إرادة الأطراف وعليه فإذا ما إتفق الأطراف على رفض حكم التحكيم، وأصروا على مباشرة إجراءات التحكيم مرة أخرى سواء أمام نفس الهيئة أو أمام هيئة أخرى، فهذه الهيئة لا تملك من تلقاء نفسها الحكم بعدم قبول التحكيم لسبق الفصل فيه، ولا تحكم بذلك إلا إذا تملك أحد الأطراف بذلك والحال كذلك إذا لجأ الأطراف إلى الجهة القضائية بغرض إعادة تسوية النزاع من جديد فلا يحوز للمحكمة الحكم من تلقاء نفسها بعدم القبول الدعوى لسبق الفصل فيها.¹

بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه يعتبر أن حجية الشيء المقضي به بالنسبة لأحكام القضائية تثبت من تاريخ صدور الحكم من الجهة القضائية المختصة، حيث يشترط للتمسك بحجية الشيء المقضي فيه يجب أن نكون أمام نفس الموضوع ونفس الأطراف دون أن تتغير صفاتهم ويتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب، غير أن المشرع الجزائري اعتبر أن حجية الشيء المقضي فيه ليست من النظام العام، أي أن القاضي لا يثيرها من تلقاء نفسه وإنما لا بد أن يتمسك بها من له مصلحة وهذا ما تقضي به المادة 338 من قانون المدني الجزائري: "..... ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائياً."

أما فيما يتعلق بحكم التحكيم فإن المشرع الجزائري ميّز بين الأحكام الخاصة بالتحكيم الداخلي والأحكام الخاصة بالتحكيم الدولي، إلا أنه في مسألة حجية الشيء المقضي فيه بالنسبة لحكم التحكيم فإن المشرع الجزائري تكلم على حجية الشيء المقضي فيه بالنسبة لحكم التحكيم الداخلي وذلك في نص المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على

¹ د/ محمود مختار احمد بريري: مرجع سابق، ص 275.

أن: " تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه." في حين سكت عن مسألة حجية حكم التحكيم الدولي.

غير أن حكم التحكيم سواء كان داخليا أو دوليا يحوز حجية الشيء المقضي فيه منذ صدور، وبالرغم من المشرع الجزائري لم يتطرق إلى الحجية بالنسبة لحكم التحكيم الدولي إلا أنه يستشف ذلك من خلال تقسيم النصوص القانونية المتعلقة بالتحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أن نص المادة 1031 جاءت ضمن الفصل الثالث تحت عنوان أحكام التحكيم ضمن أحكام القسم الثالث تحت عنوان الأحكام المشتركة في إطار الباب الثاني الخاص بالتحكيم، وعليه فإن أحكام هذه النصوص تشمل كل من التحكيم الداخلي والدولي.

في الأخير يمكن القول أن حجية الشيء المقضي فيه بالنسبة لحكم التحكيم الداخلي أو حكم التحكيم الدولي، لا تندرج ضمن إطار أحكام النظام العام وهذا يعني أن الهيئة المطروح أمامها نفس النزاع بنقس الأطراف لا يمكنها ومن تلقاء نفسها أن ترفض قبول الدول لسبق الفصل فيها، وإنما للتمسك بهذا الدفع لابد من إثارته من أحد الأطراف.

المطلب الثاني: الإعراف بحكم التحكيم التجاري

إن الهدف من اللجوء إلى التحكيم من قبل الأطراف المتنازعة يتمثل في إيجاد حل يحمي الحق المتنازع عليه، وعليه فإن صدور حكم التحكيم الذي يفصل في موضوع النزاع يجسد هذه الحماية، غير أن هدف الأطراف المتنازعة من اللجوء إلى التحكيم لا يتمثل في صدور حكم التحكيم، ذلك أن صدور الحكم التحكيمي لا يمثل غاية في ذاته وإنما الهدف الحقيقي من اللجوء للتحكيم هو تسوية النزاع، وتتحقق هذه التسوية من خلال إلزام الأطراف بتنفيذ حكم التحكيم بمجرد صدوره وبصفة طوعية.¹

¹ قبائلي الطيب: التحكيم في عقود الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة

دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص421.

الفرع الأول: مفهوم الاعتراف بحكم التحكيم: لم يحدد المشرع الجزائري كغيره من

التشريعات مفهوم للإعتراف بحكم التحكيم، وهو ما يدفعنا للبحث عن تعريف للإعتراف بحكم التحكيم، حيث عرفه الأستاذ مصطفى تراري الثاني: "بأنه إجراء يهدف إلى اعتماد حكم التحكيم سواء كان ذلك بصورة عرضية أو بدعوى أصلية.¹" في حين يرى الباحث محمد كولا أن الإعتراف هو وسيلة دفاعية يتخذها المحكوم له أمام الجهات القضائية من أجل إثارة مسألة حجبية الشيء المقضي فيه، للقرار الذي يحوزه ولإثبات ذلك يقدم القرار التحكيمي ويطلب الإعتراف بصحته وبطابعه الإلزامي بالنسبة للمسائل التي فصل فيها²، في حين يعرفه الأستاذ عبد الحميد الأحذب: "طلب الإعتراف بالحكم التحكيمي هو إجراء دفاعي يلجأ إليه حين تتم مراجعة المحكمة في نزاع سبق عرضه على التحكيم، فيثير الطرف الذي صدر حكم التحكيم لصالحه قوة الشيء المقضي فيه، ولإثبات ذلك فإنه يبلغ المحكمة التي يطرح النزاع أمامها من جديد ويطلب منها الإعتراف بصحته وطابعه الإلزامي في النقاط التي حسمها، ويهدف الاعتراف إلى الحيلولة دون تقديم دعوى جديدة في الموضوع الذي سبق حسمه في التحكيم بموجب حكم تحكيمي،³ في حين عرفه الأستاذ فوزي محمد سامي بأنه يعني أن القرار التحكيمي قد صدر بالشكل صحيح وملزم للأطراف.⁴ وعليه فإن الإعتراف بالحكم التحكيمي يخضع لقانون الدولة التي يطلب منها التنفيذ.

في مرحلة الإعتراف يظهر أثر كل ما تم بشأن عملية التحكيم بداية من الإتفاق الحاصل بشأنه ونهاية بصدور حكم محكمة التحكيم المنهي للنزاع، ومعلوم أن حكم التحكيم الدولي بمجرد صدوره فإنه يحوز حجبية الشيء المقضي فيه، ولكن هذه الحجبية تبقى موقوفة إلى أن يتم الإعتراف بها في بلد التنفيذ وهذا ما أقرته إتفاقية نيويورك الخاصة بالإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم، وذلك في المادة الثالثة، وهو نفس موقف المشرع الجزائري في المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث أن المشرع لم يفرق بين حكم التحكيم الداخلي والتحكيم

¹ Mostapha trari tani: droit de l'arbitrage commercial international, editon Berti, 2007, p162.

² محمد كولا: مرجع سابق، ص253.

³ د/ عبد الحميد الاحذب: تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2003، ص24.

⁴ د/ فوزي محمد سامي: مرجع سابق، ص359.

الدولي، ولمعرفة المقصود بالإعتراف بالحكم التحكيمي لا بد من معرفة موقف المعاهدات الدولية الخاصة بالتحكيم خصوصا إتفاقية نيويورك وإتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار ثم الوقوف على موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة.¹

البند الأول: إتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية حيث تعد هذه الإتفاقية نموذج خاص بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الدولية، وهي نتيجة للتطور الإتفاقي الدولي الخاص بالإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الدولية، حيث لم تعرف الإتفاقية المقصود بالإعتراف وإنما ألزمت الدول بضرورة الإعتراف بأحكام التحكيم الدولي وبيّنت إجراءات تنفيذه، حيث نصت المادة 03 من هذه الإتفاقية على موضوع الإعتراف حيث أرست أيضا مبدأ المعاملة الوطنية أي إلزام الدول الموقعة بالإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الدولي وفقا لقواعد المرافعات الوطنية دون تمييز أو إخضاع أحكام التحكيم الأجنبية لقواعد أكثر تشددا.

البند الثاني: إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول ورعايا

الدول الأخرى: لم تضع الإتفاقية تعريفا محددًا لموضوع الإعتراف بل كرست الفعالية الدولية لأحكام التحكيم الدولي في المادة 53، حيث أكدت على أن الحكم التحكيمي ملزما للطرفين ولا يمكن إستئنافه بأي طريقة كانت إلا في حالات الواردة في هذه الإتفاقية، وأن كل طرف ملزم بتنفيذ الحكم طبقا لشروطه، وضمانا للإعتراف بالحكم التحكيمي ألزمت المادة 54 من إتفاقية واشنطن على وجوب الإعتراف بالحكم التحكيمي الأجنبي الصادر في المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمار من طرف كل دولة موقعة على الإتفاقية والتزمت بتنفيذ الإلتزامات المالية التي يفرضها الحكم كما لو كان حكما نهائيا صادر من المحكمة الوطنية.

البند الثالث: الإعتراف وفقا للقانون الجزائري: لم يعرف المشرع الجزائري الإعتراف

بأحكام التحكيم، وإنما نص على الأحكام الخاصة بالإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم في قانون

¹ د/ دمانة محمد، معنصري مريم: إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار تلجي الاغواط، العدد 04 جوان 2016،

الإجراءات المدنية والإدارية، حيث بين شروط الواجب توافرها للإعتراف بأحكام التحكيم، حيث يمكن الإعتراف بأحكام التحكيم إذا أثبت من تمسك بها وجودها وكان هذا الإعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي، وهذا الإتجاه يتماشى مع إنضمام الجزائر لإتفاقية نيويورك، وعليه يمكن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية اذا أثبت من تمسك بها وجودها وكان هذا الإعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي، وصدر أمر من رئيس المحكمة التي أصدرت أحكام التحكيم في دائرة إختصاصها أو محكمة محل التنفيذ اذا كان مقر التحكيم خارج الجزائر، وعليه يمكن القول أن موضوع الإعتراف مستقل عن موضوع التنفيذ اذ يمكن إتخاذ إجراءات الإعتراف دون مباشرة إجراءات التنفيذ.¹

مما سبق يمكن القول أن الهدف من طلب الإعتراف بحكم التحكيم هو دمج حكم التحكيم إعتقاد هذا الحكم ضمن النظام القانوني الوطني، ما يسمح لأحد أطراف الخصومة من تحصيل وسيلة دفاعية تمنع الطرف الأخر من إعادة طرح نفس النزاع الذي فصلت فيه هيئة التحكيم أمام الجهات القضائية، أي أن الهدف من الإعتراف بحكم التحكيم هو إضفاء عليه قوة الأمر المقضي به في النزاع الذي فصل فيه بالتحكيم،² وفي هذا الإطار نجد أن أغلب التشريعات قد نصت على أن أحكام المحكمين تكون واجبة التنفيذ بعد صدور الأمر من القاضي المختص.

وعليه فإن أغلب الأحكام التحكيمية الدولية يكون الإعتراف ملازما للأمر بالتنفيذ فطالب التنفيذ يمر أولا بالإعتراف ثم الأمر بالتنفيذ، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة إذ يمكن أن يكون التحكيم دولي يحتاج إلى إعتراف دون طلب التنفيذ، فقد يقضي حكم تحكيم دولي برفض دعوى المدعي ولا يقوم المدعي عليه بدعوى المعارضة، فلا يتضمن إذا الحكم التحكيمي في منطوقه أي إلتزام قابلا للتنفيذ، وكل ما في الأمر هو منع المدعي إذا ما رغب في رفع الدعوى من

¹ د/ دمانة محمد، معنصري مريم: مرجع سابق، ص 149.

² قطاف حفيظ: مجال تدخل القضاء في خصومة التحكيم التجاري الدولي على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مذكر ماجستير، جامعة محمد لمين دباغين سطيف 1، الجزائر، الموسم الجامعي 2014-

جديد،¹ وعليه فإن الإعراف ينحصر في الرقابة القانوني لحكم التحكيم بغرض التصريح له بحجية الشيء المقضي فيه في النزاع الذي فصل فيه.

البند الرابع: شروط الإعراف بالحكم التحكيمي: بإعتبار أن الحكم التحكيمي يصدر من غير قضاة ويفتقر إلى سلطة الأمر بالتنفيذ كان من الضروري تدخل القاضي لتكملة عمل المحكمين وتكوين سند تنفيذي، وذلك من خلال الرقابة القضائية أثناء مباشرة إجراءات الإعراف كما يلي:

أولاً: إثبات وجود الحكم التحكيمي: تفرض 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن طلب الإعراف بالحكم التحكيمي يقتضي تقديم الحكم التحكيمي أمام الجهة القضائية المختصة، فلا يمكن صدور الأمر بالإعراف بالحكم تحكيمي دون وجود الحكم التحكيمي الأصلي مرفقا باتفاقية التحكيم وهذا ما أكدت عليه المادة 1052 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثانياً: عدم مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي: أن فكرة النظام العام الدولي إقتضتها ضرورة وجود تنظيم دولي، حيث تتسم فكرة النظام العام بالمرونة وتختلف من دولة إلى أخرى، ومن شأن التوسع في الأخذ بالنظام العام يشكل قيد على تنفيذ العديد من أحكام التحكيم خاصة في المجال الدولي، الأمر الذي يقتضي ضرورة التقييد من فكرة النظام العام الوطني والبحث عن نظام عام دولي وعدم التقييد بالنظام العام الداخلي، وعليه يمكن تصور تطبيق أحكام التحكيم حتى ولو كان مخالف للنظام العام الداخلي في دولة التنفيذ، طالما أنه غير مخالف للنظام العام الدولي، وهذا ما أكد عليه المشرع الجزائري في المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الثاني: صدور الأمر بتنفيذ حكم التحكيم: يعتبر تنفيذ حكم التحكيم من أهم نتائج عملية التحكيم وعليه فإن حكم التحكيم لن تكون له قيمة قانونية أو عملية في حال كان مجرد عبارات مكتوبة غير قابلة للتنفيذ، فتنفيذ حكم التحكيم يمثل جوهر عملية التحكيم والهدف الحقيقي من اللجوء اليه، وعليه فإن تنفيذ أحكام التحكيم عادة ما يتم بشكل طوعي من الأطراف

¹ سليم بشير: الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، مرجع سابق، ص 231.

دون الحاجة إلى إتخاذ إجراءات إستصدار أمر التنفيذ، إلا أنه قد يرفض الطرف المحكوم عليه التنفيذ بشكل طوعي الأمر الذي يحتم اللجوء إلى إجراءات التنفيذ الجبري، ويتحقق ذلك من خلال اللجوء إلى القضاء المختص للاستصدار أمر بالتنفيذ الجبري.

إن مرافقة القضاء للتحكيم أمر لا بد من منه إذ لا يمكن للتحكيم أن يصل للغاية التي ينشدها دون مرافقة جهاز القضاء في الدولة، حيث يستعين التحكيم بالقضاء بداية عند تعيين المحكمين أو ردهم إلى غاية الوصول للإعتراف بحكم التحكيم والأمر بتنفيذه، إذا الأصل أن يتم تنفيذ أحكام التحكيم بشكل إختياري وطوعي من قبل الأطراف، إلا أنه في حالة عدم تنفيذ حكم التحكيم، فإن الطرف الذي صدر حكم التحكيم في غير مصلحته يسعى إلى إيجاد الآليات القانونية (طرق الطعن) التي تحول دون تنفيذ حكم التحكيم، في حين يسعى الطرف الذي صدر حكم التحكيم لصالحه إلى الحصول على حقه في أقرب وقت ممكن وذلك عن طريق طلب الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم.

إستنادا على ما سبق فإن الخصومة في التحكيم التجاري الدولي لا تعد منتهية بمجرد صدور الحكم التحكيمي بل أنها تمتد لمرحلة التنفيذ، فالحكم التحكيمي لا قيمة له إذا لم يتم الإعتراف به حيث يبقى الحكم التحكيمي مهددا برفض تنفيذه أو القضاء ببطلانه، ويبقى الوضع على هذا الحال إلى حين قبول الإعتراف بالحكم التحكيمي من قبل القضاء الداخلي وإضفاء الصيغة التنفيذية عليه، وبما أن مجال تدخل القضاء في خصومة التحكيمية يعبر عارضا ومساعدة فإن تدخل القضاء في مرحلة التنفيذ يعتبر أمرا لازما وضروري للحصول على الصيغة التنفيذية، حيث يقوم القاضي بحفص حكم التحكيم للتأكد من مراعاة المحكم للقواعد الخاصة بإتفاق التحكيم إجراءاته... إلخ من أجل الإعتراف بالحكم التحكيمي والأمر بتنفيذه، وعليه فإن المشرع الجزائري بيّن مجال تدخل القاضي في الخصومة التحكيمية سواء عند الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم، أو عند نظر دعوى البطلان.¹

تمثل الأحكام الصادر من القضاء سندات تقبل التنفيذ إذا صدرت نهائية غير قابلة للطعن، سواء بحكم القانون أو بفوات ميعاد الطعن أو بإستنفاد طرق الطعن، أما أحكام التحكيم التجاري

¹ باسود عبد المالك: مرجع سابق، ص96.

الداخلية وأن كانت تصدر نهائية غير قابلة للطعن فيها إلا أنها تخضع وجوباً لرقابة القضاء حتى يضي عليها الصيغة التنفيذية، حيث يمثل إضفاء الصيغة التنفيذية عمل لاحق على رقابة القاضي لعمل المحكم من حيث وجود إتفاق التحكيم صحيحاً، إحترام المحكم لحقوق الدفاع... إلخ، دون أن يتطرق القاضي للفصل في الحكم من الناحية الموضوعية، إذ أن حكم التحكيم يحوز حجية الشيء المقضي فيه غير أنه غير قابل للتنفيذ إلا بعد صدور الأمر بتنفيذه من قبل القاضي المختص.

لا يترتب على عدم صدور الأمر القضائي بتنفيذ حكم التحكيم إلغاء أو نفي مسألة حجية الشيء المقضي فيه، وعليه فإنه في حال عدم صدور الأمر القضائي بتنفيذ حكم التحكيم فإن حكم التحكيم يفقد قوته التنفيذية دون أن يفقد حجيته، إذ يستمر حكم التحكيم في إكتساب حجية الشيء المقضي فيه في مواجهة أطرافه ولا تفقد هذا الحكم حجيته إلا في حال صدور حكم ببطلانه، لأن كل من مسألة الحجية وقابلية الحكم للتنفيذ مسائل منفصلة عن بعضها إذ أن حجية الشيء المقضي فيه تعني عدم إمكان التعرض لموضوع القضية التي فصل فيها حكم التحكيم سواء من قبل المحكمة أو الخصوم، في حين أن التنفيذ الجبري يعني صلاحية هذا الحكم للتنفيذ في ظل حماية القضاء.¹

البند الأول: تنفيذ حكم التحكيم الداخلي: يكتسب حكم التحكيم الداخلي حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدوره فيما يخص الوقائع والحقوق التي فصل فيها، فلا يجوز لأي جهة قضائية أو تحكيمية إعادة النظر في موضوع النزاع، وتتفق أغلب التشريعات المقارنة على لزوم حجية حكم المحكمين، بالرغم من قيام نظام التحكيم على أساس تعاقدية وهو إتفاق التحكيم إلا أنه بصدور حكم التحكيم ينتهي الطابع التعاقدية لعملية التحكيم،² وحجية حكم التحكيم رغم صدوره من أفراد ليسوا بقضاة يمثلون سلطة عامة أمر متفق عليه في أغلب النظم القانونية، وبالرغم من ثبوت حجية الأمر المقضي فيه لحكم التحكيم فإنه لا يعد سند تنفيذي بمعنى أنه لا

¹ د/ خالد محمد القاضي: مرجع سابق، ص 475.

² فرعون محمد: الرقابة القضائية على قرارات التحكيمية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق

والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2017-2018، ص 140.

يتمتع بالقوة التنفيذية إلا بعد صدور أمر من القضاء بتنفيذه، وعليه يمكن القول أن الأمر بالتنفيذ ليس إلا أمر عملا إداري ليس له علاقة لحجية الشيء المقضي فيه لأنه لم يقضي في أي شيء.

إن الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الداخلي لا يخضع إلى الرقابة القضائية وإنما لمجرد إيداع أصل حكم التحكيم لدى كتابة ضبط المحكمة، وهذا ما تنص عليه المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث يكون حكم التحكيم النهائي أو التحضيري أو الجزئي قابلا للتنفيذ، بعد إيداعه لدى أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمله التعجيل وذلك بموجب أمر من رئيس المحكمة، وبهذا يختلف حكم التحكيم الداخلي عن حكم التحكيم الدولي كون الأول صادر في نفس النظام القانوني للدولة التي سينفذ بها حكم التحكيم، بخلاف حكم التحكيم الدولي الذي قد تحكمه نظم قانونية مختلفة وهو ما يحتم مسألة الاعتراف به بداية ثم الأمر بتنفيذه.

لكن ما هو الحل في حال إستئناف حكم التحكيم؟ بالنسبة لحكم التحكيم غير المستأنف فإنه لا يثير أي إشكال حيث يتم إيداعه لدى أمانة ضبط المحكمة من أجل التنفيذ، غير أنه في حال إستئناف حكم التحكيم الداخلي أمام المجلس القضائي فإنه يثير تساؤل حول طبيعة الحكم الذي يتم إيداعه لطلب التنفيذ، هل هو الحكم التحكيمي البات غير المستأنف؟ أم هو الحكم التحكيمي المصادق عليه من قبل المجلس القضائي؟ حيث أنه بالرجوع إلى المادة 1033 فإنه تسمح للأطراف بإستئناف حكم التحكيم وبالرجوع للقواعد العامة في الإجراءات المدنية فإن الأصل في طلب التنفيذ يكون للعمل القضائي البات الصادر عن المجلس القضائي، وعليه فإن طلب التنفيذ حكم التحكيم الداخلي سوف ينصب على حكم التحكيم غير المستأنف أمام كتابة ضبط المحكمة أو حكم على قرار القضائي الصادر للفصل في حكم التحكيم المستأنف، لأن إستئناف حكم التحكيم يفقد حكم حجيته إلى حين صدور قرار من المجلس القضائي.¹

البند الثاني: تنفيذ حكم التحكيم الدولي: تتنوع أليات تنفيذ حكم التحكيم تبعا لإرادة الأطراف ففي بعض الحالات يتم التنفيذ دون الحاجة إلى تدخل القضاء، فيقوم الأطراف بتنفيذ هذا الحكم بشكل رضائي وهو الأصل في تنفيذ في مجال التحكيم، فعندما يصدر حكم التحكيم

¹ سليم بشير: الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، مرجع سابق، ص 226.

ويكون خاليا من العيوب فإن حسن النية التي تسود التحكيم والمعاملات التجارية الدولية بشكل عام، تفرض تنفيذ الحكم من المحكوم عليه دون أن يطلب المحكوم له ذلك ودون الحاجة إلى أي إجراء آخر، وهذا ما يطلق عليه التنفيذ الرضائي.

يوم التنفيذ الرضائي على عدة اعتبارات منها أن المحكوم عليه يقوم بالتنفيذ الإرادي حتى لا يؤثر على عملياته التجارية اللاحقة، كما أن عدم التنفيذ قد يعبر عن الوضع المالي السيئ للمحكوم عليه وهو ما يؤثر على سمعته التجارية، كذلك تفادي الجزاءات التي تفرضها مراكز التحكيم على الأطراف التي ترفض التنفيذ، وفي كل الأحوال لا يحول عدم التنفيذ دون لجوء المحكوم له إلى القضاء من أجل إستنفاد حقه وهذا من شأنه إفشاء أسرار عملية التحكيم من خلال نشرها أمام القضاء وهو ما يتعارض مع أهم ميزة من ميزات نظام التحكيم وهو السرية التي عول عليها الأطراف من خلال لجوئهم للتحكيم.¹

بالإضافة للتنفيذ الرضائي هناك ما يسمى بالنفاذ المباشر لأحكام التحكيم حيث تقوم فكرة النفاذ المباشر لأحكام التحكيم ذات الطابع الدولي، على أن حكم التحكيم يعتبر نافذا داخل دولة التنفيذ بشكل مباشر دون الحاجة إلى إعطائه أمرا بالتنفيذ من القضاء الوطني في تلك الدولة، بمعنى أنه يجب معاملة حكم التحكيم الدولي وكأنه حكم وطني وقد جاءت بهذه الألية إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار، حيث يقوم نظام مركز التحكيم وفقا للنصوص الإتفاقية على ألية فريدة في تنفيذ أحكام التحكيم ذات الطابع الدولي، حيث تنص المادة 45 فقرة 1 من إتفاقية واشنطن على أنه تعترف كل دولة متعاقدة بالحكم الصادر وفقا لأحكام هذه الإتفاقية وتضمن تنفيذ الإلتزامات المالية التي يفرضها هذا الحكم كما لو كان حكما نهائيا صادر من محكمة محلية...إلخ.

وعليه فإن أحكام التحكيم الصادرة وفق هذا النظام تتمتع بالنفاذ المباشر أي أنها قابلة للتنفيذ في إقليم الدولة المتعاقدة، ولا تخضع للرقابة القضائية لتلك الدولة بل أنها تعتبر بمنزلة الأحكام النهائية الصادرة عن المحاكم الداخلية للدولة المطلوب فيها التنفيذ، ويتم التنفيذ وفقا

¹ د/ ابراهيم اسماعيل الربيع، على صباح خضير الجنابي: أليات تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي، مجلة

المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، 2015، ص162.

المادة 54 فقرة 2 من إتفاقية واشنطن إذ يقوم الطرف الذي يرغب في الحصول على إعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه على إقليم الدولة المتعاقدة بأن يقدم صورة طبق الأصل معتمدة من السكرتير العام إلى المحكمة المختصة أو أي سلطة أخرى تحددها الدولة المعنية بالتنفيذ، وبالرجوع إلى المادة 52 من إتفاقية واشنطن نجدها تستبعد الرقابة القضائية على حكم التحكيم الصادر عن المركز، وذلك عندما أقرت المراجعة الداخلية للحكم وذلك عن طريق هيئة تحكيمية جديدة تشكل وفقا لأحكام هذه الإتفاقية، وعليه فإن دور المحاكم الوطنية يقتصر فقط على تقديم المساعد في الإعتراف بحكم التحكيم ومن ثم لا يجوز لها الإعتراض على أحكام التحكيم حتى ولو كانت مخالفة للنظام العام.¹

إن تنفيذ أحكام التحكيم قد لا يتم طواعية من قبل الأطراف ما يدفع الطرف الذي صدر حكم التحكيم لصالح إلى اللجوء للقضاء من أجل إجبار الطرف الأخر على تنفيذ حكم التحكيم، لأن الأمر بالتنفيذ هو الأجراء الذي يصدر من السلطة القضائية في الدولة بما لها من ولاية عامة على التنفيذ الجبري للأحكام الصادرة من المحاكم القضائية والمحكمين، وبخلاف أحكام التحكيم الداخلية التي لا يتطلب لتنفيذها سوى إيداع الحكم لدى كتابة الضبط المحكمة المختصة لطلب التنفيذ، فإن أحكام التحكيم التجاري الدولي تتطلب لتنفيذها بداية الإعتراف بحكم التحكيم الدولي وذلك راجع إلى كون التحكيم يمثل قضاء خاص يفتقد فيه المحكمون لسلطة الإكراه التي يتمتع بها القضاة.

بالإضافة إلى كون حكم التحكيم الدولي يعتبر أجنبي عن النظام القضائي للدولة المطلوب فيها التنفيذ وهذا الأمر يمثل الأساس الجوهرى للرقابة القضائية على حكم التحكيم الأجنبي التي تتحقق من خلال الإعتراف بداية بحكم التحكيم الدولي ثم بعد ذلك الأمر بتنفيذه، وعليه فإن الأمر بالتنفيذ يمثل أداة الرقابة القضائية التي يفرضها المشرع على إرادة الأطراف وعلى ما قضت به هيئة التحكيم من حل في موضوع النزاع، والأثر المترتب على الأمر بالتنفيذ هو الإعتراف بالحكم من جهة ومنحه القوة التنفيذية من جهة أخرى.

¹ د/ إبراهيم اسماعيل الربيع، على صباح خضير الجنابي: مرجع سابق، ص 163.

تختلف الدول في تبنيها للنظام الإجرائي المتبع من قضائها الوطني في الرقابة على أحكام التحكيم الأجنبية، فبعض الدول تتمسك بمبدأ السيادة الوطنية فتتطلب لتنفيذ حكم التحكيم رفع دعوى جديدة أمام محاكمها يقدم فيها الحكم التحكيم كدليل إثبات، ويكون التنفيذ فيها للحكم القضائي الوطني لا لحكم التحكيم الأجنبي وهو ما يسمى نظام رفع الدعوى، بينما تتطلب دول أخرى من المحكوم له التقدم بطلب إلى الجهة القضائية المختصة من أجل إصدار الأمر بالتنفيذ، ولكن السؤال يثور حول سلطة المحكمة في الرقابة على حكم التحكيم، فهل ترجع من جديد إلى الوقائع التي إستند إليها حكم التحكيم وهو ما يسمى نظام المراجعة، أم تقتصر المحكمة على مراقبة الشروط اللازمة للتنفيذ دون التطرق إلى مضمون الحكم وهو ما يعرف بنظام المراقبة؟

البند الثالث: شروط تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي: سوف يتم التركيز على إتفاقية

نيويورك الخاصة بالإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، بإعتبارها المرجع الحقيقي لأغلب النظم القانونية في مجال تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وعليه فإنه يتطلب لصدور الأمر القضائي بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي تأكد القاضي توافر مجموعة من الشروط تتمثل في:

أولاً: صحة إتفاق التحكيم: لا بد من توافر الشروط الشكلية والموضوعية الخاصة بإتفاق التحكيم حتى يترتب إتفاق التحكيم أثاره، وقد سبق التطرق إلى هذه الشروط بالتفصيل في موضع آخر من البحث، ولكن لا بد من التأكيد من أن يتم إتفاق التحكيم في شكل كتابي وأن يتم ذكر شرط التحكيم في العقد الموقع من قبل الأطراف، وهذا ما نصت عليه المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، ومن بين الشروط الموضوعية لصحة إتفاق التحكيم توافر الأهلية اللازمة لإبرام إتفاق التحكيم.

ثانياً: صحة تشكيل المحكمة التحكيمية: يتحقق قاضي التنفيذ من صحة إجراءات الدعوى التحكيمية ومطابقتها لإتفاق التحكيم قبل أن يمنح الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، وبين هذه المسائل نذكر:

1- صحة تشكيل محكمة التحكيم: لا بد للقاضي أن يراقب صحة تشكيل المحكمة التحكيمية وفق للشروط المنفق عليها في إتفاق التحكيم، وعليه الإمتناع عن إصدار أمر تنفيذ حكم التحكيم إذا تبين له أن المحكمة التحكيمية تشكلت بالمخالفة لإتفاق التحكيم، وهذا ما نصت

إتفاقية نيويورك في المادة 05 فقرة 1 بند د على رفض إعتداد الحكم التحكيمي وتنفيذه بناء على طلب المنفذ ضده إذا أثبت هذا الأخير أن تشكيل المحكمة التحكيمية لم يكن مطابقا لإتفاق التحكيم، وفي حال عدم وجود الإتفاق لم يكن مطابقا لقانون البلد الذي وقع فيه التحكيم، وقد تبنى المشرع الجزائري هذا الموقف حيث إعتبر أن تشكيل هيئة التحكيم بالمخالفة لما إتفق عليه الأطراف، تمثل حالة من حالات الطعن ببطلان الحكم التحكيمي أو الطعن بإستئناف الأمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم.

2-شروط صحة إجراءات الدعوى التحكيمية: يتطلب التحكيم بإعتباره قضاء بديل عن القضاء الرسمي في الدولة مراعاة بعض الإجراءات الواجب إتباعها لضمان تحقيق العدالة، وقد نصت على هذه الإجراءات الإتفاقات والقوانين الخاصة بالتحكيم بالإضافة إلى قواعد التحكيم الخاصة بمراكز التحكيم، وتتفق الإتفاقات والقوانين الخاصة بالتحكيم على بعض الإجراءات التي من شأنها ضمان محاكمة عادلة وتمثل هذه الإجراءات في:

أ-إحترام مبدأ الوجاهية: ويتمثل في وجوب تبليغ الأطراف بكل إجراء حتى يتسنى لهم الإطلاع عليه وتحضيره دفاعه، وعليه فإن القاضي لا يمكنه منح الأمر بالتنفيذ ما لم يتحقق بأن المحكم قد إحترم مبدأ الوجاهية عند الفصل في الدعوى التحكيمية، وهذا ما كرسه إتفاقية نيويورك في المادة 05 فقرة 1 بند ب، وهذا ما كرسه أيضا المشرع الجزائري في المادة 1055 فقرة 4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ب-إحترام حقوق الدفاع: يتحقق ذلك من خلال منح الخصوم في الدعوى التحكيمية حقوقا مماثلة فيما يتعلق بتقديم الأدلة ومناقشة ودحض إدعاءات الطرف الأخر في الدعوى التحكيمية، ويتحقق ذلك من خلال تمكين الخصم بما قدمه خصمه من حجج وأدلة وسندات وتمكينه من مناقشتها ودحضها، وقد نصت على هذا الحق إتفاقية نيويورك في المادة 05 فقرة 1 بند ب، وهذا ما كرسه أيضا المشرع الجزائري .

ج-صحة الحكم التحكيمي: لا بد على القاضي قبل منح الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الدولي أن يتأكد من صحة الحكم التحكيمي بداية، ثم الأسس التي بني عليها، ويمكن تقسيم شروط

صحة الحكم التحكيمي إلى شروط تتعلق بشكل الحكم التحكيمي، وأخرى تتعلق بموضوع الحكم التحكيمي وذلك كما يلي:

3-الشروط الشكلية لصحة الحكم التحكيمي: بينت إتفاقية نيويورك الشروط الشكلية والواجب توافرها في الحكم التحكيمي وحدد المشرع الجزائري الشروط الواجب توافرها في حكم التحكيم والتي تتمثل في:

أ-الكتابة: تمثل الكتابة شرط شكلي جوهري للحكم التحكيمي إذ من خلال الكتابة يتم التأكد من الوجود الفعلي للحكم التحكيمي، وعليه فإن لا يمكن إثبات الحكم التحكيمي إلا بالكتابة، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1027 و1028 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وإتفاقية نيويورك في المادة 04.

ب- صدور الحكم التحكيمي بالأغلبية: يشترط لصحة الحكم التحكيمي حيازته على أغلبية الأصوات في حال تعدد المحكمين وهذا ما تنص عليه المادة 1026 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ج-تسبب الأحكام التحكيمية: لا بد من أن تقوم هيئة التحكيم بتسبب حكم التحكيم حيث تبين الأسباب والأسانيد التي اعتمدت عليها لإصدار حكم التحكيم، وهذا التسبب يعتبر من أهم ضمانات التقاضي لأنه يضمن حسن أداء المهمة وحسن إستيعاب للوقائع، وهذا ما نصت عليه المادة 1027 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على وجوب تسبب أحكام التحكيم.

د-تاريخ ومكان صدور الحكم التحكيمي: إن تحديد تاريخ صدور الحكم التحكيمي يسمح من التأكد بأن هيئة التحكيم قامت بالمهمة المسندة إليها في الأجل المحددة لها من قبل الأطراف، أما تحديد مكان صدور الحكم التحكيمي يساعد على تحديد الجهة القضائية المختصة بالأمر بالتنفيذ والتي يتم إيداع الحكم التحكيمي لديها، وهذا ما تنص عليه المادة 1028 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

هـ- **منطوق الحكم:** يتمثل منطوق الحكم في الحل الذي توصلت إليه هيئة التحكيم من خلال فصلها في طلبات الخصوم في النزاع المعروض عليها، وعليه يجب أن تكون ألفاظ وعبارات منطوق الحكم دقيقة وواضحة لا تدعو إلى الشك أو حملها على أكثر من معنى.

بالإضافة إلى هذه الشروط الشكلية يجب أن يضمن حكم التحكيم بيان أسماء الأطراف الخصومة التحكيمية وعنوانيهم وبيان أسماء أعضاء هيئة التحكيم، وإذا كان الحكم محررا بغير اللغة العربية يجب على الشخص الذي يهمله التعجيل تقديم ترجمة رسمية للحكم.

4- **الشروط الموضوعية لصحة الحكم التحكيمي:** بالإضافة إلى توفر الشروط الشكلية السابق ذكرها فإنه يتطلب توافر شروط أخرى موضوعية للحكم التحكيمي تتمثل في:

أ- **قابلية موضوع النزاع للفصل فيه بطريق التحكيم طبقا لقانون البلد المراد التنفيذ فيه:** نصت إتفاقية نيويورك لسنة 1958 في المادة 05فقرة2 على أنه يمكن للسلطة المختصة بالتنفيذ أن ترفض إعتداد الحكم التحكيمي وتنفيذه، إذا لاحظت أن موضوع الخلاف حسب قانون هذا البلد ليس من شأنه أن يسوى بطريق التحكيم، فمن غير المعقول أن يطلب تنفيذ القرار التحكيمي يشتمل على أمر تمنع الدولة من تسويته بالتحكيم.

ب- **عدم تجاوز الحكم التحكيمي لإتفاق الأطراف:** أن إتفاق التحكيم هو الأساس الذي يستمد منه المحكم إختصاصه وعليه يجب أن يتقيد به ويلتزم به، فلا يجوز أن يتضمن قرار التحكيم الذي أصدره المحكم المختص موضوعا أو مسائل لم ترد في إتفاق التحكيم الذي تم بين الأطراف ومثل هذا الأمر يعتبر تجاوزا للسلطة من قبل المحكم في نظر النزاع، حيث تقضي المادة5فقرة1 بند ج من إتفاقية نيويورك لسنة 1958 بجواز رفض إعتداد الحكم التحكيمي وتنفيذه إذا قام الخصم الذي جرى التنفيذ في مواجهته الدليل على أن القرار فصل في نزاع غير وارد في مشاركة أو شرط التحكيم أو تجاوز حدود سلطته فيما قضى به.¹

فإنه إذا فصلت هيئة التحكيم في مسألة لا يشملها إتفاق التحكيم في موضعه أو تجاوزت نطاقه، فإن قضائها بشأنه يضحى وارد على غير محل من خصومة التحكيم وصادر من جهة لا

¹ د/ ابراهيم اسماعيل الربيع، على صباح خضير الجنابي: مرجع سابق، ص154.

ولاية لها بالفصل فيه، لدخوله في إختصاص جهة القضاء صاحب الولاية العامة بنظره ويكون حكم التحكيم باطلا في أجزائه المتعلقة بالمسائل غير الخاضعة للتحكيم وحدها متى كان من الممكن فصل أجزاء هذا الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم، وعليه يبطل الحكم التحكيمي جزئيا لان إتفاق الحكيم لا يمتد إلى عقد آخر.¹

ج- إكتساب القرار التحكيمي صفة الإلزام: نصت المادة 5 فقرة 1 بند هـ من إتفاقية نيويورك لسنة 1958 على أنه يرفض تنفيذ القرار التحكيمي، بناء على طلب من صدر ضده القرار اذا قدم الدليل على أن القرار لم يكتسب صفة الإلزام للأطراف أو تم إبطاله أو وقف تنفيذه من السلطات المختصة في البلد الذي صدر فيه القرار المذكور أو طبقا للقانون الذي صدر بموجبه.²

د- عدم مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام: نص المشرع الجزائري على ضرورة إحترام الحكم التحكيمي للنظام العام، والنظام العام المقصود به في هذا المجال هو النظام العام الدولي وليس النظام العام الداخلي، وهذا ما تقضي به المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

هـ- شرط المعاملة بالمثل في تنفيذ حكم التحكيم: تشترط بعض الدول المعاملة بالمثل لتنفيذ قرارات التحكيم، أي أن يتم معاملة حكم التحكيم في الدولة المراد التنفيذ فيها بنفس المعاملة التي تعامل بها الأحكام الوطنية في الدولة التي أصدرت الحكم، فالقاضي الذي يعرض عليك حكم التحكيم لمنحه الصيغة التنفيذية يجب أن يتأكد من دولة القاضي الذي أصدر الحكم تقبل تنفيذ الأحكام الوطنية لدولته بنفس القدر والشروط³

¹ الاجتهاد القضائي المصري، حكم محكمة الاستئناف رقم 125-19 صدر في 10-09-2008، مجلة

التحكيم العالمية، العدد 12، 2009، ص473.

² د/ ابراهيم اسماعيل الربيع، على صباح خضير الجنابي: مرجع سابق، ص155.

³ عبد النور احمد: اشكاليات تنفيذ الاحكام الاجنبية، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم

السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية، 2009-2010، ص75.

البند الرابع: إجراءات الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الدولي: بالرجوع إلى إتفاقية

نيويورك لسنة 1958 والمتعلقة بالإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، فإننا نجد أنها أخضعت إجراءات الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الدولي إلى القوانين الإجرائية في الدولة التي يطلب فيها التنفيذ ولم تخضعه إلى إجراءات محددة، وعليه فإن المشرع الجزائري نظم مسألة الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الدولية من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية على النحو التالي:

أولاً: إجراءات الإعتراف لأحكام التحكيم التجاري الدولي: إن إيداع الحكم التحكيمي الدولي لدى الجهة القضائية من أجل الإعتراف به، يكون عن طريق إجراءات أولية تمكن القاضي بعدها من ممارسة الرقابة القضائية على الحكم التحكيمي، للتأكد من سلامته وتوافر الشروط والإجراءات اللازمة ومن ثم الإعتراف بحكم التحكيم من طرف الدولة التي ينفذ فيها وتتمثل هذه الإجراءات فيما يلي:

1-الجهة القضائية المختصة بالإعتراف:إن تحديد الجهة القضائية المختصة بإيداع حكم التحكيم مسألة مهمة، لأنه يمكن لأحد الأطراف أن يدفع بعدم إختصاص المحكمة التي تم فيها الإيداع، فالمحكمة المختصة قد تكون موجود في الجزائر، كما قد تكون المحكمة المختصة موجودة خارج الجزائر.

أ-حالة وجود المحكمة التحكيم في الجزائر: إن الجهة المختصة بمنح الإعتراف هي نفس الجهة القضائية المختصة بمنح الأمر بالتنفيذ، وقد نصت المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن الجهة المختصة بالإعتراف بحكم التحكيم مرتبط بمقر التحكيم، فإذا كان التحكيم في الجزائر يكون رئيس المحكمة التي صدر حكم التحكيم في دائرة إختصاصها هو المختص، وإختيار محكمة مقر التحكيم يرجع لأسباب موضوعية منها أن المحكمة قد تكون على علم بتفاصيل التحكيم، كونها قدمت يد المساعدة لعملية التحكيم فيما يتعلق بتعيين المحكمين أو ردهم الإجراءات التحفظية...الخ.

ب-حالة وجود محكمة التحكيم خارج الجزائر: في حال حكم التحكيم الذي يكون قد صدر خارج الجزائر فإن الإختصاص يؤول إلى المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان التنفيذ الحكم التحكيمي، وفي حالة أن حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر يكون محكمة محل التنفيذ هو المختص بالإعتراف بحكم التحكيم.

2-مباشرة إجراءات الإعراف بحكم التحكيم: بعد صدور حكم التحكيم يقدم طلب الإعراف لدى الجهة القضائية المختصة من الطرف الذي يهمله التعجيل وذلك حسب المادة 1053 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتكون وفق للطرق العادية لرفع الدعاوى ويشترط عند تقديم الطلب إرفاقه بالوثائق التالية:

أ- **إيداع أصل الحكم التحكيمي:** إذ يجب على صاحب المصلحة في طلب الإعراف بحكم التحكيم لدى الجهة القضائية المختصة وهو الطرف الذي يهمله التعجيل حسب المادة 1053 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولم يحدد المشرع مدة زمنية معينة يتم من خلالها إيداع القرار التحكيمي لدى الجهة القضائية المختصة، غير أنه حدد مدة 15 يوم لإستئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في المادة 1035 التي أحالت إليها المادة 1054 من نفس القانون.

ب- **إيداع إتفاقية التحكيم:** إشرط المشرع الجزائري ضرورة إرفاق حكم التحكيم بإتفاقية التحكيم على مستوى أمانة ضبط المحكمة، وهذا ما تنص عليه المواد 1052، 1053 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3-إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم التجاري: نص المشرع الجزائري على الإجراءات الواجب إتباعها لتنفيذ حكم التحكيم الدولي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث أحالت المادة 1054 المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي إلى أحكام المواد 1035 إلى 1038 والمتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الداخلي، وتتمثل الإجراءات الواجب إتباعها لتنفيذ حكم التحكيم الدولي فيما يلي:

أ-**الجهة القضائية المختصة بالتنفيذ:** أن تحديد الإختصاص يندرج ضمن أحكام النظام العام وذلك في الباب الثاني المتعلق بالإختصاص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وعليه يمكن النظر إلى مسألة الإختصاص من عدة أوجه حيث أن هناك الإختصاص النوعي والإختصاص المحلي.

ب- **الإختصاص النوعي:** والحديث عن الإختصاص يقودنا للحديث عن نقطة في غاية الأهمية وهي مبدأ الإختصاص بالإختصاص، أي منح المحكم الحرية تحديد إختصاصه فهو الذي يقرر ما إذا كان هناك إتفاق تحكيم أم لا، فهو لن يكون مختصا إلا بناء على وجود إتفاق تحكيم صحيح فقاعدة الإختصاص بالإختصاص لها أثر إيجابي يتمثل في السماح للمحكم في

السير بعملية التحكيم، وعليه فإن أمر التنفيذ لا يصدر إلا من رئيس المحكمة وذلك طبقاً لنص المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وعليه فإذا رفعت دعوى التنفيذ أمام جهة أخرى فإنها تقضي بعدم الإختصاص من تلقاء نفسها دون الحاجة إلى إثارته من قبل الأطراف.

ج- الإختصاص المحلي: بالرجوع للمادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتضح أن المحكمة المختصة بإصدار أمر التنفيذ لحكم التحكيم الدولي في الجزائر، هي المحكمة الواقع في دائرة إختصاصها مكان وقوع التحكيم الدولي، أما إذا كانت المحكمة التحكيمية التي أصدرت حكم التحكيم موجودة في الخارج، فإن محكمة محل التنفيذ تكون هي المختصة بإصدار أمر التنفيذ.¹

4- إجراءات رفع دعوى التنفيذ: إن صدور حكم التحكيم حتى وإن كان يحوز حجية الشيء المقضي فيه إلا أنه لا يمكن تنفيذه، إلا بعد رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتنفيذ لحكم التحكيم وذلك وفق الإجراءات التالية:

ترفع دعوى قضائية أمام المحكمة المختصة وفقاً للقواعد العامة لرفع الدعوى إذ لا بد من توافر الصفة المصلحة في رافع الدعوى، وعليه فإن إجراءات إستصدار أمر التنفيذ تكون ممن له مصلحة في ذلك وهو عادة الذي صدر حكم التحكيم لمصلحته، وهذا ما تقضي به المادة 1.35 1036 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يتمثل موضوع الدعوى في طلب الأمر بتنفيذ حكم التحكيم المراد تنفيذه وليس النزاع الذي فصل فيه هذا الحكم، فدعوى الأمر بالتنفيذ ليست دعوى مبتدأ وترتب على ذلك نتائج هامة كون نطاق هذه الدعوى محدد سواء من الجانب الشخصي أو الموضوعي، أما الجانب الشخصي للدعوى يتمثل في وجوب أن يكون اطراف هذه الدعوى هم ذات الخصوم في الدعوى الأصلية، فلا يجوز التدخل في الخصومة ولا إعتراض الغير، أما من حيث النطاق الموضوعي للدعوى فهو الآخر محدد وعليه فالقاضي المرفوع لديه أمر التنفيذ عليه أن يرفض كل الطلبات الإضافية المقدمة من الأطراف والتي من شأنها تعديل موضوع ما قضى به حكم التحكيم.

إن مضمون الحكم التحكيمي المراد تنفيذه لا يخرج من أحد فرضين إما أن يمنح القاضي المعروض عليه النزاع الصيغة التنفيذية لهذا الحكم، وبالتالي قد قرر جميع الآثار التي

¹ د/ إبراهيم اسماعيل الربيع، على صباح خضير الجنابي: مرجع سابق، ص 158.

يرتبط هذا الأخير بمقتضى منطوقه لا بالزيادة ولا بالنقصان، وإما أن يرفض منحه الصيغة التنفيذية إذا لم تتوفر الشروط اللازمة للتنفيذ وبالتالي يرفض القاضي منح الصيغة التنفيذية لهذا الحكم، وبالتالي فإن هذا الحكم لا يحوز على القوة التنفيذية أي لا يمكن لهذا الحكم أن يكون محلاً لطلب جديد للتنفيذ.¹

المطلب الرابع: طرق الطعن في احكام التحكيم التجاري: يحوز حكم

التحكيم بمجرد صدوره صحيحا حجية الشيء المقضي فيه، أي أنها لا تكون قابلة للمنازعة مرة أخرى غير أن المحكم بشر يمكن أن يخطأ، وعليه كان على المشرع التوفيق بين حجية الشيء المقضي فيه تحقيقا للمصلحة العامة، وبين مصلحة الخصوم في تدارك الأخطاء التي يمكن أن يقع فيها المحكمون، حيث أن بعض الأنظمة لا تؤمن بمسألة تعايش بين التحكيم وطرق الطعن حيث تمنع الطعن في أحكام المحكمين، في حين أن هناك أنظمة أخرى تعامل أحكام التحكيم معاملة الحكم القضائية حيث يخضع لكل طرق الطعن المعروفة في قوانين الإجراءات، حين أن هناك أنظمة وسط حيث تسمح بمراجعة أحكام التحكيم وفق طرق معينة.

هناك أنظمة قانونية من بينها التشريع المصري يمنع خضوع أحكام التحكيم لطرق الطعن سواء العادية أو غير العادية التي تخضع لها الأحكام القضائية، وإنما أجاز إستثناءات وفي حالات خاصة إخضاع حكم التحكيم لدعوى البطلان، لأن نظام التحكيم لن يكون فعالا كقضاء خاص لفض النزاع إذ أن إجراءات الطعن تحد من حجية الحكم وتعرقل إجراءات التنفيذ وبالتالي تحد من سرعة الفصل في المنازعات، بينما تذهب بعض التشريعات الأخرى إلى جواز الطعن في أحكام التحكيم أمام القضاء الوطني ولكن بشكل محدود مقارنة بطرق الطعن في الأحكام القضائية، أما المشرع الجزائري فقد أجاز بإستثناء أحكام التحكيم الداخلي وإلتماس إعادة النظر فيها مع إستبعاد المعارضة والطعن بالنقض.²

إن تنظيم طرق الطعن في أحكام التحكيم من الأمور المهمة التي تبين مدى الفعالية التي يتمتع بها حكم التحكيم، كذلك تحديد الصلاحيات المخولة للجهات القضائية في مجال الرقابة

¹ د/ ابراهيم اسماعيل الربيع، على صباح خضير الجنابي: مرجع سابق، ص160.

² خليل بوصنبورة: مرجع سابق، ص145.

على أحكام التحكيم بمناسبة طلب الإذن بتنفيذ حكم التحكيم، حيث تختلف التشريعات المقارنة في هذا المجال فهناك تشريعات تأخذ بأسلوب المراجعة أو الدعوى الجديدة عند إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، في حين أن هناك تشريعات أخرى تأخذ بأسلوب الرقابة حيث تنحصر سلطات القاضي بإصدار الأمر بالتنفيذ أو الرفض دون أن يتجاوز ذلك بالمساس بحكم التحكيم أو تعديله،¹ وفي كل الأحوال فإنه يمكن للأطراف مراجعة حكم القاضي المتعلق بالأمر بالتنفيذ، ولهذا سلك المشرع الجزائري منهجين مختلفتين، وذلك بإقراره طرق معينة وإستبعاد طرق أخرى في التحكيم الداخلي وإعتبرها من النظام العام، بينما إستبعد كل الطعون في التحكيم التجاري الدولي.²

الفرع الأول: طرق الطعن في حكم التحكيم التجاري الداخلي: إختلفت التشريعات

الوطنية في تنظيم طرق الطعن في أحكام التحكيم، فمنها من إكتفى بطعن وحيد يتمثل في البطلان كالتشريع المصري، ومنها من سمح بالطعن في حكم التحكيم ولكن يطرق أقل تعقيدا من طرق الطعن ضد الأحكام القضائية، حيث تخلت عن المعرضة حتى لا تتخذ سبيلا لإضاعة الوقت ومنها التشريع الفرنسي والتشريع الجزائري وذلك في المادة 1032 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على أحكام التحكيم غير قابلة للمعارضة.³

أما بالنسبة للطعن بالنقض حيث أن هناك من التشريعات من أقر اللجوء إليه ولكن، الطعن بالنقض سوف ينصب على القرار القضائي الصادر عن المجلس القضائي أي القرار القضائي الصادر عن جهة الإستئناف، وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي ونفس الموقف إتخذه المشرع الجزائري في المادة 1034 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في حين أن هناك أنظمة قانونية لا تسمح بالإستئناف في حكم التحكيم كأصل، إلا أنه يجوز كإستثناء إستئناف حكم التحكيم في حال إتفق الأطراف على ذلك.

¹ د/ تخونوي اسماء: دور القاضي الجزائري في مجال التحكيم الدولي، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر اثر

الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، العدد السادس عشر، مارس 2018، ص138.

² خليل بوصنبورة: مرجع سابق، ص144.

³ سليم بشير: الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، مرجع سابق، ص286.

البند الأول: إستئناف حكم التحكيم الداخلي: إن إستئناف حكم التحكيم حق ثابت للخصوم حتى ولو لم يتم النص على ذلك في إتفاقية التحكيم، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يرفع الاستئناف في حكم التحكيم في أجل شهر... ما لم يتنازل الأطراف عن حق الإستئناف في إتفاقية التحكيم." وعليه فإن حق الأطراف في إستئناف حكم التحكيم حق أصلي وثابت، وفي حال إتفاق الأطراف على إستبعاد طريق الإستئناف في إتفاقية التحكيم، في هذه الحالة يصبح حكم التحكيم نهائي وبالتالي حائر لقوة الشيء المقضي فيه مما يمكن الأطراف من مباشرة إجراءات التنفيذ.

إن إعتراف المشرع بحق الأطراف على إستبعاد الإستئناف مبني على إحترام إرادة الأطراف فإذا كان التحكيم وليد الإرادة فمن باب أولى إحترام إرادة الأطراف في عدم جواز إستئناف حكم التحكيم، وعليه ليس من المنطقي أن يحرم الأطراف من الإكتفاء بحكم التحكيم الداخلي خاصة إذا كانت لديهم مصلحة تتعلق بالإستقرار الفوري للمراكز القانونية التي فصل فيها حكم التحكيم، وتوفير الوقت والمصاريف، فإذا تحقق هذا الإتفاق أصبح حكم التحكيم غير قابل للإستئناف، غير أنه بالمقابل فإذا كان حكم التحكيم نهائيًا وحائز لقوة الشيء المقضي به نتيجة التنازل عن الغستئناف، فما مصير العدالة التي يجب أن تغلو مصلحة الأطراف، وما مصير الرقابة القضائية في حال مخالفة حقوق الدفاع أو النظام العام؟¹

نص المشرع الفرنسي في المادة 1484 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي بخصوص تنظيم حالة إتفاق الأطراف على إستبعاد الإستئناف، على أنه في حال تنازل الأطراف عن الإستئناف فإنه يمكن الطعن في حكم التحكيم عن طريق البطلان رغم الإتفاق المخالف من الأطراف، وعليه فقد حدد شروط البطلان، أما في حال عدم التنازل عن الإستئناف من قبل الأطراف، فإن الطريق الوحيد للطعن هو الإستئناف لا غير. أما المشرع الجزائري فقد سكت عن هذه الحالة وهو ما يطرح التساؤل هل أن سكوت المشرع عن هذه الحالة سهو أو متعمد على إعتبار أن الرقابة القضائية لا يجوز الإستغناء عليها، إذا لم تتحقق أثناء الطعن بالإستئناف فإنها ستتحقق عند التنفيذ؟

¹ سليم بشير: الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، مرجع سابق، ص 290.

مع ذلك فإن الرقابة القضائية لحكم التحكيم الداخلي التي تتحقق عند التنفيذ إستنادا لنص المادة 1035 فإنها رقابة مقتصرة على الأمر القاضي برفض التنفيذ، أما الأمر القاضي بالتنفيذ لا يجوز إستئنافه وبالتالي سوف يفلت من الرقابة القضائية خصوص وأن الرقابة القضائية لا تتعدى الجانب الشكلي لأن المشرع الجزائري إعتد أسلوب الرقابة لا المراجعة.

البند الثاني: إستئناف أمر رفض تنفيذ حكم التحكيم الداخلي: بمجرد صدور حكم

التحكيم فإنه يحوز حجية الشيء المقضي فيه غير أنه لا يمكن تنفيذه إلا باللجوء للقضاء من أجل إستصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم، وعليه فإنه بلجوء الأطراف إلى القضاء من أجل إستصدار أمر التنفيذ قد يقبل أمر التنفيذ وقد يرفض، ففي حالة قبول الطلب يجوز للمحكوم عليه الطعن في أمر التنفيذ، وفي حالة الرفض فإنه يجوز لطالب التنفيذ إستئناف أمر الرفض، حيث نصت المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على إستئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ خلال 15 يوم...إلخ، وعليه يمكن القول أن المشرع الجزائري قد أكد على جواز الإستئناف في الأمر الراض للتنفيذ دون التطرق للأمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم، أي إقتصر الأمر على حق طالب التنفيذ فقط، دون التطرق للطرف الذي صدر أمر تنفيذ حكم التحكيم.

البند الثالث: إجراءات الطعن في حكم التحكيم الداخلي: بعد معرفة آليات الطعن

في حكم التحكيم التجاري الداخلي، يكون من المفيد التطرق إلى الإجراءات الواجب إتباعها لتجسيد هذه الطرق أمام الجهات القضائية، وكما هو معروف في مجال إجراءات النقاضي أن هناك أمرين مهمين، ويتعلق الأمر بآجال ممارسة هذه الأليات القانونية في الطعن في أحكام التحكيم الداخلي بالإضافة إلى معرفة من هي الجهة المختصة بنظر هذه الطعون، وهذا ما سيتم بيانه كما يلي:

أولا: آجال ممارسة حق الطعن في حكم التحكيم الداخلي: تتمثل في المدة القانونية التي

يسمح فيها لصاحب بممارسة حقه في الطعن في حكم التحكيم الداخلي سواء بإستئناف حكم التحكيم أو إستئناف أمر القاضي برفض التنفيذ، حيث أن المشرع الجزائري حدد مدة شهر واحد لإستئناف حكم التحكيم الدولي إبتداء من يوم النطق بالحكم، وهذا ما تقضي به المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في حين حدد مدة 15 يوم للإستئناف أمر رفض تنفيذ حكم التحكيم وذلك ابتداء من يوم رفض التنفيذ، وهذا ما تقضي به المادة 1035 من قانون الإجراءات

المدنية والإدارية، جدير بالإشارة أن المدة الطعن لها أثر موقف للتنفيذ وعليه فإن لا يمكن تنفيذ حكم التحكيم لأن المدة القانونية لم تنقضي بعد.

ثانيا: الجهة المختصة بنظر الطعن في حكم التحكيم الداخلي: بالرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتبين بأن المشرع الجزائري عند معالجته مسألة الإختصاص أي الجهة المختصة بنظر الطعن في حكم التحكيم الداخلي، ميّز بين إستئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ وإستئناف حكم التحكيم الداخلي، ففي الحالة الأولى أسند الإختصاص لنظر أمر القاضي برفض التنفيذ إلى المجلس القضائي حسب المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما إستئناف حكم التحكيم فقد أسند المشرع الإختصاص للفصل فيه إلى المجلس القضائي أيضا حسب المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولكن يجب التفرقة بين الحالتين ففي حالة استئناف حكم التحكيم فإنه ينعقد الإختصاص للمجلس القضائي بما له من ولاية عامة للنظر في الطعون على أحكام الدرجة الأولى، في حين أن إستئناف أمر رفض التنفيذ يكون للمجلس القضائي بإعتباره جهة تفصل في الأوامر المستعجلة المستأنفة.

الفرع الثاني: طرق الطعن في حكم التحكيم التجاري الدولي: يتطلب حكم

التحكيم الدولي الإعتراف وصدور الأمر بتنفيذه من قبل القاضي المختص، وعليه فإن في حال صدور أمر القاضي سواء بالتنفيذ أو رفض التنفيذ، يجوز للطرف صاحب المصلحة الإعتراض على أمر القاضي سواء قبول التنفيذ أو رفض التنفيذ، حيث ميّز المشرع الجزائري بين طرق الطعن التي تلحق حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر وبين حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر، فإن كان يشتركان في كونهما لا يخضعان للإستئناف مباشرة أمام الجهات القضائية، إلا أنهما يختلفان في أحكام التحكيم التجاري الدولي الصادر خارج الجزائر لا يقبل الطعن فيه بالبطلان أمام القضاء الجزائري، في حين أن حكم التحكيم التجاري الدولي الصادر في الجزائر يقبل الطعن بالبطلان، وهذا ما تقضي به المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

البند الأول: حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر: منع المشرع الجزائري

الطعن في حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائري بأي طريقة من طرق الطعن، بل أن لصاحب المصلحة حل وحيد وهو أن يطعن في الحكم التحكيمي بالبطلان، وجعل هذا الحكم

قابلا للطعن غير المباشر عند التنفيذ عن طريق الإستئناف في أوامر المتعلقة بالإعتراف أو التنفيذ، وعليه فإن الأمر القاضي برفض الإعتراف بالحكم التحكيمي أو رفض إعطاء الصيغة التنفيذية، لحكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر هو الذي يكون محلا للإستئناف، لكن هذه الحالة الأخيرة ليست محددة أسبابها كما هو الحال بالنسبة للأمر القضائي الذي يعطي الصيغة التنفيذية،¹ الذي هو قابلا للإستئناف ضمن حالات محددة على سبيل الحصر واردة في المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

البند الثاني: حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر: بالرجوع إلى نص المادة

1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر يمكن الطعن فيه بالبطلان، عكس الحكم التحكيمي الدولي الصادر خارج الجزائر الذي لا يمكن الطعن فيه بالبطلان، وإنما يمكن الطعن فيه بطريق غير مباشر عن طريق إستئناف الأمر القضائي المتعلق بالإعتراف أو تنفيذ هذا الحكم.

أولاً: الطعن بالإستئناف: يمكن الطعن بالإستئناف ضد الأمر القضائي القاضي برفض

الإعتراف أو التنفيذ لحكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر، وهذا ما تقضي به المادة 1055 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في حين بينت المادة 1056 من نفس القانون 06 حالات التي يمكن الطعن بها بالإستئناف على الأمر المتعلق بالإعتراف أو بتنفيذ حكم التحكيم الدولي، وهي حالات مذكورة على سبيل الحصر، كما أن نص المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ينص على أن الطعن بالبطلان يترتب عليه بقوة القانون تخلي المحكمة عن نظر أمر الإعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الدولي.

من خلال ما تقدم من نصوص يتبين أن الأمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي لا يقبل أي طعن ما عدا الطعن بالبطلان، فالمشعر الجزائري لم يذكر مصطلح الإعتراف في المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهو ما يطرح تساؤل حول مصير

¹ د/ معمر حبتالة، سي فضيل الحاج: طرق الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، مجلة

العلوم القانونية والسياسية، جامعة مستغانم، عدد 15 جانفي 2017، ص94.

الإعتراف هل أن المقصود هو قصر حكم المادة 1058 على التنفيذ دون الإعتراف، ما يعني إمكانية الطعن بالإستئناف في حكم التحكيم التجاري الدولي الصادر في الجزائر، أم أن المشرع أدمج حالة الإعتراف مع الأمر بالتنفيذ مع بعض وأعطاهما نفس الحكم؟ أم أن الأمر لا يعدوا أن يكون المشرع أغفل الإعتراف سهوا لا غير؟ وفي كل الأحوال فإن الطعن يرفع أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم التجاري الدولي في دائرة إختصاصه، وذلك خلال أجل شهر من تاريخ الرسمي للأمر القاضي بالإعتراف أو التنفيذ لحكم التحكيم التجاري الدولي حسب المادة 1057 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثانيا الطعن بالنقض: يمكن للأطراف الطعن بالنقض في حكم التحكيم التجاري الدولي كما يمكن الطعن بالنقض أيضا في القرار الصادر في إستئناف حكم الإعتراف أو التنفيذ للحكم التجاري الدولي الصادر خارج الجزائر، وهذا ما تقضي به المادة 1061 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، غير أنه بالرجوع إلى أحكام هذه المادة نجد أن المشرع لم يبين الأوجه التي يبنى عليها هذا الطعن، وأمام سكوت المشرع يمكن القول أن الطعن بالنقض في هذه الحالات يؤسس على نفس الحالات الواردة في المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مادام الطعن موجهة لقرارات قضائية صادرة عن مجالس قضائية وطنية، ويرجع الإختصاص بنظر هذا الطعن إلى المحكمة العليا وفقا لأحكام الطعن بالنقض الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الثالث: دعوى بطلان الحكم التحكيمي: حفظ المشرع حقوق طرفي التحكيم

التجاري الدولي الصادر بالخارج عند تنفيذه في الجزائر، ويتحقق ذلك من خلال الرقابة التي يمارسها القضاء على الأمر بالإعتراف والتنفيذ خاصة عند الطعن بالإستئناف، في المقابل منع القانون المحكوم عليه في حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر من الطعن بالإستئناف في الأمر بالإعتراف أو التنفيذ، بالمقابل سمح له الطعن بالبطلان على الحكم التحكيمي في ذاته، وفي كل الأحوال سواء كان الحكم التحكيمي الدولي صادر في الجزائر أو بالخارج، فإن المجلس القضائي بمناسبة نظره في الإعتراف أو الأمر بالتنفيذ أو الإستئناف حكم التحكيم قد يقع في الخطأ، ولهذا مكن المشرع الجزائري الطرف الذي يرى الخطأ أن يطعن بالنقض أمام المحكمة العليا.

سبق القول أن المشرع الجزائري أجاز الطعن في حكم التحكيم الداخلي بطريق اعتراض غير الخارج عن الخصومة، ومنع المعارضة كما سمح بالإستئناف ما لم يتنازل عليه الأطراف دون أن يسمح بممارسة الطعن بالبطلان، أما بالنسبة للأحكام التحكيم التجاري الدولي الصادرة بالجزائر تكون قابلة للمراجعة سواء بطريق الطعن بالبطلان في حالات حددت على سبيل الحصر،¹ وعليه فإن القاضي يتأكد بداية من توافر شروط رفع هذه الدعوى وهي:

البند الأول الشروط الشكلية لرفع دعوى البطلان: لقبول دعوى البطلان لا بد من يكون الطعن موجه لحكم تحكيم دولي صادر بالجزائر، وذلك خلال أجل شهر من تاريخ تبليغ المحكوم عليه من طرف المحكوم له بأمر التنفيذ، وعليه فإن كل طعن بالبطلان يرفع مرور أجل شهر فإنه يعد باطلا ولا يعتد به، حسب المادة 1059 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بالإضافة إلى وجوب رفع الطعن أمام المحكمة المختصة حسب المادة 1059 من نفس القانون، وهو المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة إختصاصه.

البند الثاني: الشروط الموضوعية لرفع دعوى البطلان: تتمثل في الحالات التي يؤسس عليها طلب البطلان، حيث ذكرتها المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبالرجوع للمادة 1058 نجد من صياغتها أنها نص مكمل وليس ملزم، وعليه قد يفهم منها جواز إتفاق الأطراف على إستبعاد الطعن بالنقض ويقع هذا الإتفاق صحيح، وبالرجوع لنص المادة 1056 فإنه يمكن تحديد 03 مجموعات من حالات الطعن بالبطلان، تتعلق المجموعة الأولى إتفاق التحكيم، أما المجموعة الثانية بإجراءات التحكيم، أما الثالثة فتعلق بحكم التحكيم في ذاته، وهو ما سيتم بيانه كما يلي:

¹ قطاف حفيظ: مجال تدخل القضاء في خصومة التحكيم التجاري الدولي على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد إلامين دباغين، السنة الدراسية

1- حالات البطلان المتعلقة باتفاق التحكيم: يعتبر إتفاق التحكيم هو السند الذي تستمد منه عملية التحكيم شرعيتها، وتتمثل أساسا في عدم وجود إتفاق التحكيم، إتفاق تحكيم باطل، إتفاق التحكيم الذي إنتهت مدته.

2- حالات البطلان المتعلقة بإجراءات الخصومة التحكيمية: وتعلق ببعض الإجراءات الجوهرية الواجب إتباعها مثل صدور حكم التحكيم عن محكمين لم يتم تعيينهم طبقا لإتفاق التحكيم، عدم مراعاة مبدأ الوجاهية وحفظ حق الدفاع...إلخ.

3- حالات البطلان المتعلقة بالحكم التحكيمي في ذاته: هذه الحالات تتحقق في حالة ما إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها، كأن تفصل في أمر لم يعرضه الأطراف للتحكيم، أو أن تطبق الهيئة قانون لم يتفق الأطراف على تطبيقه، أو أن تتجاوز محكمة التحكيم في فصلها في النزاع حدود ما طلبه منها الأطراف، أو إغفال بعض الطلبات، إنعدام التسبب أو تناقض في الأسباب، مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي.¹

البند الثالث: إجراءات رفع دعوى البطلان: يعبر الإختصاص من النظام العام وعليه يجب على المدعي توجيه دعواه الجهة القضائية المختصة، وعليه يجب أن توجه دعوى البطلان إلى المجلس القضائي الذي صدر في دائر إختصاصه حكم التحكيم، وهذا ما تقضي به المادة 1059 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما بالنسبة للإجراءات فإنها تخضع لنفس إجراءات رفع الدعاوى أمام الجهات القضائية، بموجب عريضة بطلان حكم تجاري دولي صادر بالجزائر، بالإضافة إلى البيانات المطلوبة للتعريف بالأطراف وموضوع وسبب الدعوى.

البند الرابع: الآثار المترتبة على دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي: يترتب على رفع دعوى البطلان وقف إجراءات الإعتراف أو التنفيذ لحكم التحكيم الدولي، وذلك حسب المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث يبادر المحكوم له بإجراءات التنازل عن طلب الإعتراف أو التنفيذ بمجرد تبليغ من المحكوم عليه حتى يريح الوقت والجهد، كما قد يبادر المحكوم عليه بطلب البطلان بمجرد تبليغه بأمر التنفيذ وبالتالي يترتب على ذلك وقف الأمر بالتنفيذ إلى حين الفصل في دعوى البطلان.

¹ قطاف حفيظ: مرجع سابق، ص164-172.

إلا أن المشرع لم يبين لنا كيفية الرقابة التي يقوم بها القاضي على حكم التحكيم، هل يكفي بمراقبة أم أنه يقوم بمراجعة حكم التحكيم سواء من حيث الوقائع أو القانون للوصول إلى مدى جدية إمساك الطاعن بالبطلان، إذ يترتب على توافر أسباب جدية للبطلان حكم القاضي بالبطلان حكم التحكيم التجاري الدولي، وإلا فإنه يقضي بعد تأسيس الطلب ويقضي بالتنفيذ.¹

¹ قطاف حفيظ: مرجع سابق، ص 176-178.

خاتمة:

عرفت المجتمعات الإنسانية القديمة نظام التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، غير أنه مع ظهور فكرة الدولة ساد الاعتقاد بإحتكار الدولة لسلطة القضاء بإعتباره من صور السيادة، في حين يعدّ اللجوء للتحكيم في العصر الحديث من أهم الظواهر القانونية المعاصرة على المستوى الإقليمي أو الدولي، حيث ساد الإعتراف بالتحكيم أغلب النظم القانونية المقارنة على إختلاف إتجاهاتها السياسية والاقتصادية والإجتماعية والقانونية، وإعترفت هذه النظم القانونية بنظام التحكيم بإعتباره نظام بديل لتحقيق العدالة الأمر الذي يمثل إنعطاف في تطور وظيفة الدولة بمفهوما التاريخي.

برزت عقود التجارة الدولية في ظل عالم متطور ومتسارع في المجال العلمي والتكنولوجي الأمر الذي إنعكس على المبادلات التجارية نتيجة تطور وسائل النقل والإتصال، حيث ظهرت العقود التجارية الدولية التي تتجاوز النطاق الإقليمي للدولة نظرا لسهولة تنقل الأفراد ورؤوس الأموال عن طريق إبرام عقود ذات طابع دولي، ورغم ما تتسم به هذه العقود من إيجابيات إلا أن تضارب مصالح الأطراف ينتج عنه منازعات يتطلب اللجوء للتحكيم لفضها بإعتباره نظام بديل عن قضاء الدولة، حيث لا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة الدولية من شرط التحكيم، فإزداد الإهتمام بالتحكيم التجاري الدولي من قبل المتعاملين بالتجارة الدولية بإعتباره وسيلة بديلة لحل المنازعات التي تثور بمناسبة تنفيذ عقود التجارة الدولية، وذلك راجع لما يتميز به التحكيم من خصائص تجعله يتناسب مع طبيعة المعاملات التجارية، وعليه نجد أن أغلب عقود التجارة الدولية تتضمن إتفاق باللجوء للتحكيم.

يعتبر التحكيم التجاري الدولي أحد الوسائل البديلة عن قضاء الدولة لحل المنازعات التي تثور بسبب هذا العقد، حيث يعد إتفاق التحكيم نقطة البداية للإجراءات التحكيم التجاري الدولي لأنه الركيزة الأساسية التي يعتمد عليها هذا النظام الذي يقوم بمهمة قضائية خاصة، حيث يعدّ الإتفاق القانون الذي يلزم الأطراف وهيئة التحكيم على حد سواء، لأن إتفاق التحكيم كغيره من الإتفاقات يتميز بقوة الإلزام، وإذا ما تحققت للاتفاق قوته الإلزامية إمتنع الأطراف عن اللجوء للقضاء لحل النزاع تكريسا للإتفاقهم.

يتفق أطراف الخصومة على اللجوء للتحكيم من أجل فض أي منازعة قد تثور بمناسبة تنفيذ العقد التجاري الدولي، ويترتب على هذا الإتفاق إلترام متبادل بين أطرف الخصومة بالإمتناع عن اللجوء إلى قضاء الدولة من أجل طلب الفصل في النزاع، وهذا الإلتزام يقوم بداية على إرادة الأطراف المشتركة في اللجوء للتحكيم بدل القضاء، وعليه فان إخلال أحد الأطراف بإلتزامه من خلال إحالة النزاع للقضاء للفصل فيه يترتب عليه دفع الطرف الخصم بالإتفاق على التحكيم.

يثير إتفاق التحكيم عدة إشكالات وأول ما تثور مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم أمام المحكم قبل السير في إجراءات التحكيم لأن ولايته بنظر النزاع منوطة بهذا الإتفاق، كما أن تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم تثور كذلك أمام القاضي عندما يرفع أحد طرفي النزاع دعواه أمام القضاء، ويتمسك المدعى عليه بوجود إتفاق التحكيم فيدفع المدعى ببطلان إتفاق التحكيم أو بعدم نفاذه في حقه، كذلك الأمر عندما يصدر حكم التحكيم بالفعل ويراد الحصول على أمر بتنفيذه إذ عليه في هذه الحالة أن يتأكد من صحة ونفاذ إتفاق التحكيم على ضوء القانون الواجب التطبيق عليه، كما تثور صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في حالة عدم إتفاق الأطراف على تحديد القانون، غير أن المشرع الجزائري أخذ مبدأ سلطان الإرادة لتحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم وذلك ما يمكن إستخلاصه من نص المادة 1019 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

تكريسا لإتفاق التحكيم فإنه يتقرر مبدأ حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع وذلك تجسيدا لمبدأ حرية الإرادة الذي يقوم عليه نظام التحكيم، حيث يتفق الأطراف في عقد التحكيم على الاجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم فلنظر النزاع وذلك تكريسا لمبدأ قانون الإرادة، وهو مبدأ تقره أغلب التشريعات المقارنة وحتى الإتفاقات الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، غير أن قانون الإرادة يمكن أن ترد عليه بعض القيود خاصة لما يختار الأطراف الخضوع لقواعد أحد العقود النموذجية للتحكيم، أو قواعد التي تحددها هيئات التحكيم الدولية الدائمة.

يسعى المتعاملين في التجارة الدولية الى تحديد القانون الذي سوف يحكم النزاع المتصل بعقد الفرنشايز بما يحمي مصالحهم، ويتحقق ذلك من خلال تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع على هذا العقد، وعليه فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الذي يجري التحكيم فيه ليست بالسهولة التي نتوقعها خاصة في حالة عدم إتفاق الأطراف على قانون معين يحكم النزاع، وفي هذه الحالة تثار مشكلة صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق من قبل هيئة التحكيم، حيث يتمتع المحكم بسلطة تقديرية في تحديد القانون الذي يحكم النزاع إلا أنها سلطة مقترنة بضرورة إستظهار المحكم لرابطة موضوعية ومقبولة بين الإرادة الضمنية والقانون الواجب التطبيق.

تتعقد خصومة التحكيم بتصرف إرادي من أحد أطراف النزاع بإعلان رغبته في مباشرة إجراءات التحكيم للطرف الاخر ولهيئة التحكيم، ويتم إختيار هيئة التحكيم من قبل الأطراف غير أنه قد يعتمد أحد الاطراف تعطيل إجراءات التحكيم من خلال الإمتناع عن إختيار العضو في هيئة التحكيم، أو في أي صعوبة أخرى فإن ذلك لا يعد مانع من إتمام إجراءات التحكيم بل يمكن للطرف الذي يهمله الأمر اللجوء إلى القضاء من أجل تعيين المحكمة لهيئة التحكيم في حال إمتناع الإطراف عن ذلك.

إن القرار التحكيمي ينهي ولاية المحكم عن النزاع الذي تم حسمه، وهذا يعني إنتهاء مهمة المحكم التي أوكلت له بموجب إتفاق التحكيم وعقد التحكيم الذي بينه وبين الأطراف المتنازعة بصدر قرار التحكيم، إن حكم المحكم يتمتع بحجية الشيء المقضي فيه شأنه في ذلك شأن الحكم القضائي، وحجية الشيء المقضي فيه هي مركز قانوني إجرائي ينشأ عن العمل القضائي، يؤدي إلى تقييد الأطراف بمنطوق الحكم كما يلزم القاضي في أي إجراء لاحق بإحترام هذا الحكم، وأن يمتنع عن النظر في أي إجراء لاحق وأن يمتنع عن الفصل فيه من جديد،

باعتبار أن الحكم التحكيمي يصدر من غير قضاة ويفتقر إلى سلطة الأمر بالتنفيذ كان من الضروري تدخل القاضي لتكملة عمل المحكمين وتكوين سند تنفيذي، وعليه في أغلب الأحكام التحكيمية الدولية يكون الإعتراف ملازماً للأمر بالتنفيذ، فطالب التنفيذ يمر أولاً

بالإعتراف ثم الأمر بالتنفيذ شرط عدم مخالفة النظام العام الدولي، ويهدف الإعتراف إلى الحيلولة دون تقديم دعوى جديدة في الموضوع الذي سبق حسمه في التحكيم بموجب حكم تحكيمي.

يعتبر تنفيذ حكم التحكيم من أهم نتائج عملية التحكيم وعليه فإن حكم التحكيم لن تكون له قيمة قانونية أو عملية في حال كان مجرد عبارات مكتوبة غير قابلة للتنفيذ، فتنفيذ حكم التحكيم يمثل جوهره عملية التحكيم والهدف الحقيقي من اللجوء إليه، وعليه فإن تنفيذ أحكام التحكيم عادة ما يتم بشكل طوعي من الأطراف دون الحاجة إلى إتخاذ إجراءات إستصدار أمر التنفيذ، إلا أنه قد يرفض الطرف المحكوم عليه التنفيذ بشكل طوعي الأمر الذي يحتم اللجوء إلى إجراءات التنفيذ الجبري، ويتحقق ذلك من خلال اللجوء إلى القضاء المختص للإستصدار أمر بالتنفيذ الجبري.

إن مرافقة القضاء للتحكيم أمر لا بد من منه إذ لا يمكن للتحكيم أن يصل للغاية التي ينشدها دون مرافقة جهاز القضاء في الدولة، حيث يستعين التحكيم بالقضاء بداية عند تعيين المحكمين أو ردهم إلى غاية الوصول للاعتراف بحكم التحكيم والأمر بتنفيذه، إذا الأصل أن يتم تنفيذ أحكام التحكيم بشكل إختياري وطوعي من قبل الأطراف، إلا أنه في حالة عدم تنفيذ حكم التحكيم، فإن الطرف الذي صدر حكم التحكيم في غير مصلحته يسعى إلى إيجاد الأليات القانونية (طرق الطعن) التي تحول دون تنفيذ حكم التحكيم، في حين يسعى الطرف الذي صدر حكم التحكيم لصالحه إلى الحصول على حقه في أقرب وقت ممكن وذلك عن طريق طلب الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم.

يستنتج من هذه الدراسة غياب تنظيم قانوني خاص بهذا النوع من العقود حيث ترك المشرع الجزائري مسألة تنظيم عقد الفرنشايز إلى الأحكام العامة للعقود في القانون المدني وقواعد القانون التجاري، بالرغم من كون هذا العقد له طبيعة خاصة وأهمية خاصة على المستوى القانوني والاقتصادي.

يسبق إبرام أي عقد مفاوضات بين أطرافه وفي حال عدم إتفاق الأطراف على إبرام العقد لا يترتب على عاتق الأطراف أي إلتزام، غير أن المفاوضات في عقد الفرنشايز ترتب إلتزامات

على عاتق الأطراف أثناء سريان العقد في حال تمام إبرامه أو عدم إبرامه، وعليه فإن عملية المفاوضات في هذا العقد تتم وفق أساليب متعددة تتوافق مع طبيعة موضوع العقد.

يعد عقد الفرنشايز من أهم عقود نقل التكنولوجيا حيث يلتزم المانح بتسهيل إستغلال المتلقي للعلامة التجارية والتراخيص بالإضافة إلى إلترام أهم ألا وهو ضمان نقل المعرفة الفنية إلى المتلقي.

يعتبر عقد الفرنشايز من العقود الشكلية حيث يشترط الشكلية في التصرفات الواردة على عناصر الملكية الفكرية والصناعية وغيرها من العناصر، ذلك أن العقد المكتوب يسهل مهمة القضاء في مراقبة إحترام الاطراف لقواعد الامرة.

يسهل العقد المكتوب من مهمة إثبات أي طرف لحقوقه حيث يمكن للطرف المتلقي الذي قام بتسجيل، وشهر جميع التصرفات الواردة على حقوق الملكية الفكرية والصناعية وباقي العناصر الأخرى من منع أي إعتداء أو منافسة غير مشروعة من غير.

إن العقد المكتوب يدعم الإئتمان بين أطرافه ويجنبهم الوقوع في عيوب الإرادة ويسمح بإثبات التعسف أو مخالفة العقد للقواعد القانونية الأمرة المقررة لمصلحة الاطراف أو المصلحة العامة.

ومما سبق يمكن إقتراح التوصيات التالية:

إن الجهات المعنية بإعداد هذا النوع من العقود لابد لها من الإحاطة بكل عناصر التعاقد بداية من المفاوضات التي تتغير ألياتها بحسب نوع التكنولوجيا المراد توريدها، بالإضافة الى إختبار مدى جدية الطرف الاخر حول عملية إتمام عملية توريد إلى غاية إبرام العقد النهائي.

يجب على للطرف المتلقي في عقد الفرنشايز أن يوازن في إختياره بين نوع المعرفة الفنية المراد الحصول عليها ومتطلبات السوق المحلي وقدراته المالية.

لابد من الإحاطة بالجوانب الفنية والقانونية في هذا النوع من العقود بتضمين شرط التحكيم وتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بما يخدم مصالح الطرف المتلقى في عقد الفرنشايز بإعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

الإستعداد الجيد لمرحلة المفاوضات فإذا كان البحث عن المعرفة الفنية مهمّ فإن الأهم البحث عن الأشخاص الذي يكونون فريق التفاوض، حيث يساعد المفاوض الماهر بما لديه من خبرة في تجاوز العقبات التي تواجه الأطراف سواء في مرحلة التفاوض أو حتى خلال مرحلة تنفيذ العقد.

لابد من حماية الطرف المتلقي في عقد الفرنشايز من الشروط التعسفية التي يضعها الطرف المانح، كشرط المانح الذي يمنع المتلقي في عقد الفرنشايز من تطوير المعرفة الفنية، أو شرط التموين الحصري، ممارسة نشاط مشابه بعد إنتهاء عقد الفرنشايز وفق ما تتطلبه مقتضيات العدالة.

يجب على الطرف المتلقي في عقد الفرنشايز أن يشترط على الطرف المانح بأن تكون كل بنود عقد الفرنشايز مكتوبة، حتى يسهل إثباتها في حالة التعسف وبالتالي المطالبة بإلغائها أو التخفيف منها على الأقل.

فهرس المحتويات

إهداء.....	I
الشكر والتقدير	IV
مقدمة	VI
الباب الأول: الإطار المفاهيمي للتحكيم التجاري الدولي في عقد الفرشيز	1
الفصل الأول: أحكام التحكيم التجاري الدولي في عقد الفرشيز	2
المبحث الأول: الاحكام العامة للتحكيم التجاري الدولي	3
المطلب الأول: تعريف التحكيم	3
الفرع الأول: التعريف اللغوي والفقاه الإسلامي للتحكيم	3
البند الأول: التعريف اللغوي	3
البند الثاني: تعريف الفقه الإسلامي للتحكيم	5
الفرع الثاني: تعريف التحكيم في الإصطلاح القانوني	5
البند الأول: تعريف الفقه القانوني للتحكيم	5
البند الثاني: التعريف القضائي للتحكيم	8
المطلب الثاني: صور التحكيم التجاري	9
الفرع الأول: التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي	9
البند الأول: التحكيم الحر	10

- 10.....البند الثاني: التحكيم المؤسسي
- 11.....الفرع الثاني: التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح
- 11.....البند الأول: التحكيم بالقانون
- 11.....البند الثاني: التحكيم بالصلح
- 12.....الفرع الثالث: التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي
- 13.....البند الأول: المعيار القانوني كأساس للتفرقة
- 14.....البند الثاني: المعيار الإقتصادي كأساس لدولية التحكيم
- 15.....البند الثالث: المعيار المزدوج كأساس لدولية التحكيم
- 15.....المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للتحكيم
- 16.....الفرع الأول: النظرية العقدية
- 18.....الفرع الثاني: النظرية القضائية
- 19.....الفرع الثالث: نظرية الطبيعة المختلطة للتحكيم
- 21.....المبحث الثالث: النظام القانوني لاتفاق التحكيم
- 22.....المطلب الأول: مفهوم الاتفاق على التحكيم
- 24.....المطلب الثاني: شروط صحة الاتفاق على التحكيم
- 25.....الفرع الأول: الشروط الشكلية لصحة إتفاق التحكيم
- 27.....الفرع الثاني: الشروط الموضوعية

- 28.....البند الأول: القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم.
- 30.....البند الثاني: قابلية النزاع للفصل فيه عن طريق التحكيم.
- 31.....المطلب الثالث: إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.
- 33.....الفرع الأول: تعريف مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.
- 33.....البند الأول: الإستقلال المادي إتجاه العقد.
- 34.....البند الثاني: الاستقلال عن قانون العقد.
- 37.....الفرع الثاني : الأساس القانوني لمبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.
- 39.....الفرع الثالث: موقف الإتفاقات الدولية من مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.
- البند الأول: الاتفاقات الدولية التي كرسست مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بشكل
39.....ضمني.
- البند الثاني: الاتفاقية الدولية التي كرسست مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بشكل
42.....صريح.
- 43.....الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري من مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.
- 44.....الفرع الخامس: الأثار المترتبة عن مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.
- 44.....البند الأول: عدم إرتباط مصير إتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي.
- 45.....البند الثاني: مبدأ الإختصاص بالاختصاص.
- 45.....البند الثالث: خضوع إتفاق التحكيم لقانون آخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي.
- 46.....المبحث الثاني: التنظيم الدولي للتحكيم التجاري.

- 47.....المطلب الأول: دور المعاهدات الدولية في مجال التحكيم التجاري الدولي
- 48.....الفرع الأول: بروتوكول جنيف لسنة 1922 وإتفاقية جنيف لسنة 1927
- 50.....الفرع الثاني: إتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية
- 51.....البند الأول: خصائص إتفاقية نيويورك
- 51.....أولا: طبيعة التحكيم
- 52.....ثانيا: جهة نظام التحكيم
- 52.....ثالثا: ولاية المحكم
- 52.....البند الثاني: المبادئ التوجيهية للتحكيم في إتفاقية نيويورك
- 53.....البند الثالث: التجديد في نظام الإعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه
- 54.....الفرع الثالث: الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي 1961
- 54.....البند الأول: المستوى الموضوعي
- 55.....البند الثاني: النظام القانوني التحكيمي
- 56.....البند الثالث: المستوى الإجرائي
- الفرع الرابع: إتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ومواطني الدول
- 57.....الأخرى لسنة 1965
- 61.....الفرع الخامس: نظام اليونسترال 1976:
- 62.....البند الأول: إستقلالية التحكيم تجاه الأطراف
- 63.....البند الثاني: الإستقلالية إتجاه النظم الوطنية:

- 63.....البند الثالث: أما من جهة القانون المطبق.....
- 65.....الفرع السادس: القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.....
- 66.....البند الأول: من حيث فاعلية إتفاق التحكيم.....
- 66.....البند الثاني: إستقلالية إتفاق التحكيم:.....
- 67.....البند الثالث: الدفع بعدم الإختصاص التحكيمي.....
- 68.....البند الرابع: من حيث فاعلية الحكم التحكيمي.....
- 69.....الفرع السابع: النظام القانوني للتحكيم في الدول العربية.....
- 72.....الفرع الثامن: إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي 1987.....
- 74.....المطلب الثاني: دور مراكز التحكيم في التحكيم التجاري الدولي.....
- 74.....الفرع الأول: محكمة لندن للتحكيم الدولي.....
- 75.....البند الأول: قواعد نظام محكمة لندن للتحكيم الدولي.....
- 76.....البند الثاني: غرفة التجارة الدولية بباريس.....
- 78.....البند الثالث: مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.....
- 78.....البند الرابع: مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليج العربي.....
- 81.....البند الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع:.....
- 82.....البند الثالث: حجية حكم التحكيم.....
- 82.....البند الرابع: تنفيذ حكم التحكيم.....

83.....	الفصل الثاني: أهمية عقد الفرشيز في عقود التجارة الدولية.
84.....	المبحث الأول: مفهوم عقد الفرشيز
84.....	المطلب الأول: تعريف عقد الفرشيز
84.....	الفرع الأول: التعريف اللغوي لكلمة فرشيز
86.....	الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي لعقد الفرشيز
86.....	البند الأول: التعريف القانوني لعقد الفرشيز
87.....	البند الثاني: تعريف عقد الفرشيز وفقا للاجتهاد القضائي
87.....	البند الثالث: التعاريف الفقهية لعقد الفرشيز
89.....	المطلب الثاني: خصائص عقد الفرشيز
89.....	الفرع الأول: خصائص الفرشيز كعقد
89.....	البند الأول: عقد الفرشيز عقد ملزم للجانبين
90.....	البند الثاني: عقد الفرشيز عقد محدد
91.....	البند الثالث: عقد الفرشيز عقد معاوضة
91.....	البند الرابع: عقد الفرشيز عقد زمني
92.....	البند الخامس: عقد الفرشيز عقد غير مسمى
92.....	البند السادس: عقد الفرشيز عقد إذعان
92.....	البند السابع: عقد الفرشيز عقد قائم على الإعتبار الشخصي

93.....	البند الثامن: عقد الفرنشيز عقد تجاري
93.....	البند التاسع: عقد الفرنشيز عقد يتضمن التدريب
93.....	الفرع الثاني: خصائص عقد الفرنشيز كمشروع تجاري:
94.....	البند الأول: رقابة مانح الفرنشيز على المتلقي
95.....	البند الثاني: إاستقلال المالي والقانوني والإداري لمؤسسة المتلقي عن مشروع المانح:
96.....	المطلب الثالث: أنواع عقد الفرنشيز
96.....	الفرع الأول: أنواع الفرنشيز بحسب موضوعها
96.....	البند الأول: الفرنشيز الصناعي
97.....	البند الثاني: عقد الفرنشيز الخدمات
98.....	البند الثالث: فرنشايز التوزيع
98.....	البند الرابع: الفرنشيز البنيان التجاري
98.....	الفرع الثاني: تقسيم الفرنشيز حسب طرق إدارتها
99.....	البند الأول: الفرنشيز الإقليمية
99.....	البند الثاني: فرنشايز اتفاقية المطور
99.....	البند الثالث: فرنشايز المحل الداخلي
99.....	البند الرابع: الفرنشيز الرئيسي
99.....	البند الخامس: الفرنشيز المهجنة

100.....	المبحث الثاني الطبيعة القانونية لعقد الفرشيز
101.....	المطلب الأول: مقارنة عقد الفرشيز بالعقود المشابهة له
101.....	الفرع الأول: المقارنة بين عقد الفرشيز وعقد الامتياز التجاري
101.....	البند الأول: من الناحية الأولى
102.....	البند الثاني: الناحية الثانية
102.....	الفرع الثاني: المقارنة بين عقد الفرشيز وعقد التوكيل التجاري
103.....	البند الأول: المقارنة بين عقد الفرشيز وعقد الوكالة بالعمولة
104.....	البند الثاني: المقارنة بين التمثيل التجاري وعقد الفرشيز
105.....	الفرع الثالث: المقارنة بين عقد الفرشيز وعقد التوزيع لأشخاص مختارين
105.....	الفرع الرابع: المقارنة بين عقد الفرشيز وعقد التوريد
106.....	الفرع الخامس: المقارنة بين عقد الفرشيز وعقد الترخيص بإستعمال العلامة التجارية
107.....	الفرع السادس: المقارنة بين عقد الفرشيز والوكالة ذات المصلحة المشتركة
107.....	الفرع السابع: المقارنة بين عقد الفرشيز وعقد المساعدة الفنية
108.....	الفرع الثامن: المقارنة بين عقد الفرشيز وعقد العمل
110.....	الفرع التاسع: المقارنة بين عقد الفرشيز وعقد الشركة
111.....	الفرع العاشر: المقارنة بين عقد الفرشيز وعقد المساعدة التقنية
112.....	المطلب الثاني: الطبيعة الخاصة لعقد الفرشيز

112.....	الفرع الأول: مضمون الطبيعة الخاصة لعقد الفرنشيز
115.....	الفرع الثاني: الصفة التجارية لعقد الفرنشيز
116.....	البند الأول: الإثبات
117.....	البند الثاني: المهل القضائية
117.....	البند الثالث: التضامن
118.....	البند الرابع: في إثبات تقصير المدين
118.....	البند الخامس: التقادم
118.....	البند السادس: الإئتمان
119.....	البند السابع: سرمان الفائدة
119.....	المبحث الثاني: آثار عقد الفرنشيز
120.....	المطلب الأول: آثار عقد الفرنشيز بالنسبة إلى المانح
120.....	الفرع الأول: إلتزامات المانح المرتبطة بترخيص عناصر الفرنشيز
120.....	البند الأول: الإلتزامات المرتبطة بنقل الطريقة التجارية
124.....	البند الثاني: الإلتزام بتقديم المساعدة التقنية
127.....	الفرع الثاني: الإلتزامات المرتبطة بترخيص عناصر الملكية الفكرية
128.....	البند الأول: الإلتزام بنقل العلامة الفارقة
129.....	البند الثاني: الترخيص ببراءة الإختراع

- 130.....البند الثالث: إلتزام المانح بنقل التحسينات
- 131.....الفرع الثاني: الإلتزام بالضمان
- 132.....الفرع الثالث: إلتزامات المانح التي لا ترتبط بترخيص عناصر الفرنشيز
- 133.....البند الأول: الإلتزام بتمويل المتلقي
- 134.....الفرع الثاني: الإلتزامات المرتبطة بميدان إستغلال المتلقي
- 134.....البند الأول: إلتزام المانح بالحصرية الإقليمية
- 135.....البند الثاني: إلتزام المانح بعدم منافسة المتلقي
- 136.....البند الثالث: الإلتزام بعدم إغراق المتلقي
- 136.....المطلب الثاني: آثار عقد الفرنشيز بالنسبة إلى المتلقي
- 136.....الفرع الأول: إلتزامات المتلقي المرتبطة بترخيص عناصر الفرنشيز
- 137.....البند الأول: المقابل الثابت الجزافي
- 138.....البند الثاني: الثمن النسبي
- 138.....الفرع الثاني: إلتزامات المتلقي المرتبطة بترخيص عناصر الملكية الفكرية
- 139.....البند الأول: إلتزام المتلقي بالتعاون مع المانح في الدفاع عن الملكية الفكرية
- 139.....البند الثاني: الحفاظ على مستوى الجودة
- 139.....البند الثالث: إلتزام المتلقي بالسرية
- 140.....البند الرابع: إلتزام المتلقي بنقل التحسينات

- 141..... الفرع الثاني: إلتزامات المتلقي التي لا ترتبط بترخيص عناصر الفرشيز
- 141..... البند الأول: الإلتزامات المرتبطة بالحصرية
- 144..... الفرع الثاني: الإلتزامات المرتبطة بإنهاء عقد الفرشيز
- 144..... البند الأول: الإمتناع عن إستغلال عناصر الملكية الفكرية
- 145..... البند الثاني: إيقاف خطوط الهاتف الفاكس والأترنت
- 145..... البند الثالث: إلتزام المتلقي بإرجاع المخزون
- 148..... الباب الثاني: الخصومة التحكيمية في عقد الفرشيز
- 149..... الفصل الأول: سير الخصومة التحكيمية في عقد الفرشيز
- 149..... المبحث الأول: الإلتفاق على التحكيم في منازعة عقد الفرشيز
- 150..... المطلب الأول: الإلتفاق على التحكيم في منازعة عقد الفرشيز
- 150..... الفرع الأول: القانون الذي يحكم إلتفاق التحكي
- 151..... الفرع الثاني: تعيين القانون الواجب التطبيق على إلتفاق التحكيم
- 151..... البند الأول: تطبيق قانون مقر التحكيم
- 152..... البند الثاني: تطبيق قانون الإرادة
- 154..... الفرع الثالث: أثار الإلتفاق على التحكيم
- 154..... البند الأول: إلتزام الأطراف بإحالة المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم إلى المحكم
- 156..... البند الثاني: إلتزام الأطراف بعدم اللجوء للقضاء للفصل في موضوع النزاع محل التحكيم

- المطلب الثاني: القانون الذي يحكم النزاع المحكّم فيه.....159
- الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.....160
- البند الأول: قانون الإرادة.....161
- البند الثاني: قانون مقر التحكيم.....163
- البند الثالث: تقرير حرية المحكّمين في إختيار أو تكملة القواعد الإجرائية لسير المنازعة.....164
- الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.....166
- البند الأول: حرية الأطراف في إختيار القانون الذي يطبق على النزاع المحكّم فيه.....167
- البند الثاني: دور المحكّم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.....170
- المبحث الثاني: إجراءات سير الخصومة التحكيمية في عقد الفرنشيز.....183
- المطلب الأول: تشكيل هيئة التحكيم.....183
- الفرع الأول: كيفية إختيار هيئة التحكيم.....184
- البند الأول: إختيار هيئة التحكيم بواسطة الأطراف.....185
- البند الثاني: إختيار هيئة التحكيم من قبل المحكمة.....187
- الفرع الثاني: العدد الفردي لأعضاء هيئة التحكيم.....188
- الفرع الثالث: قبول المحكّم للمهمة.....191
- البند الأول: تقدير إتعاب هيئة التحكيم.....192
- البند الثاني: مسؤولية المحكّم.....193

196.....	الفرع الثالث: الشروط الواجب توافرها في المحكّم
196.....	البند الأول: أهلية المحكّم
199.....	البند الثاني: الحياد والإستقلال عن أطراف النزاع
203.....	البند الثالث: عوارض هيئة التحكيم
203.....	أولاً: تنحي المحكّم أو عزله عن مهامه
205.....	ثانياً: رد المحكّم
206.....	المطلب الثاني: نطاق خصومة التحكيم
206.....	الفرع الأول: النطاق الشخصي لخصومة التحكيم
211.....	البند الأول: مركز الغير بالنسبة لاتفاق التحكيم التجاري
213.....	الفرع الثاني: مركز الغير وفق لفكرة مجموعة الشركات ومجموعة العقود
214.....	البند الأول: المركز القانوني للغير وفق لفكرة مجموعة الشركات
215.....	البند الثاني: فكرة المجموعة العقدية
217.....	البند الثالث: تطبيقات فكرة المجموعة العقدية في التحكيم الداخلي
218.....	الفرع الثالث: مبدأ النفاذ داخل المجموعة العقدية كأساس لتبرير مركز الغير
218.....	البند الأول: التمييز بين مبدأ النسبية ومبدأ النفاذ
219.....	البند ثاني: العلم شرط لإعمال مبدأ نفاذ العقد في مواجهة الغير
219.....	الفرع الرابع: إمتداد إتفاق التحكيم إلى الغير

220.....	البند الأول: الإدخال في خصومة التحكيم
222.....	البند الثاني: التدخل في خصومة التحكيم
223.....	المطلب الثالث: الطلبات والدفع في خصومة التحكيم
223.....	الفرع الأول: الطلبات
225.....	الفرع الثاني: الدفع
228.....	الفصل الثاني: الإقرار بحكم التحكيم وتنفيذه
228.....	المبحث الأول: صدور حكم التحكيم
228.....	المطلب الأول: مفهوم الحكم التحكيمي
230.....	الفرع الأول: تعريف الحكم التحكيمي
230.....	البند الأول: التعريف الموسع لحكم التحكيم
231.....	البند الثاني: التعريف المضيّق لحكم التحكيم
233.....	الفرع الثاني: أنواع أحكام التحكيم
234.....	البند الأول: حكم التحكيم المنهي للخصومة أو القطعي
235.....	البند الثاني: حكم التحكيم الجزئي
237.....	البند الثالث: حكم التحكيم بناء على اتفاق تسوية
239.....	البند الرابع: أحكام التحكيم الغيابية
240.....	البند الخامس: الأحكام الصادرة بعد الفصل في الموضوع

- 243.....الفرع الثالث: وضع الدعوى للفصل والمداولة.....
- 243.....البند الأول: وضع الدعوى للفصل فيها.....
- 244.....البند الثاني: المداولة والأغلبية المطلوبة لإصدار حكم التحكيم.....
- 247.....الفرع الرابع: ميعاد صدور حكم التحكيم.....
- 249.....المطلب الثاني: البيانات الأساسية لحكم التحكيم التجاري الدولي.....
- 249.....الفرع الأول: الكتابة.....
- 252.....البند الأول: عرض موجز لإدعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم.....
- 253.....البند الثاني: إسم ولقب المحكم أو المحكمين.....
- 254.....البند الثالث: تاريخ الحكم التحكيمي.....
- 255.....البند الرابع: مكان إصدار الحكم التحكيمي.....
- البند الخامس: أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنية ومقرها
- 255.....الإجتماعي وأسماء وألقاب محاميهم أو من يمثلهم عند الإقتضاء.....
- 256.....البند السادس: التوقيع.....
- 257.....المطلب الثالث: تسبيب حكم التحكيم.....
- 260.....المبحث الثاني: الرقابة القضائية على حكم التحكيم التجاري الدولي.....
- 260.....المطلب الأول: النتائج المترتبة على صدور حكم التحكيم التجاري الدولي.....
- 260.....الفرع الأول: استفاد هيئة التحكيم لولايتها.....
- 263.....الفرع الثاني: حجية حكم التحكيم التجاري الدولي.....

- 266.....البند الأول: حجية حكم التحكيم من حيث الموضوع
- 266.....البند الثاني: حجية حكم التحكيم من حيث الأشخاص
- 271.....المطلب الثاني: الإعراف بحكم التحكيم التجاري
- 272.....الفرع الأول: مفهوم الاعتراف بحكم التحكيم:
- 273.....البند الأول: إتفاقية نيويورك لسنة 1958
- 273.....البند الثاني: إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى:
- 273.....البند الثالث: الإعراف وفقا للقانون الجزائري:
- 275.....البند الرابع: شروط الإعراف بالحكم التحكيمي:
- 275.....الفرع الثاني: صدور الأمر بتنفيذ حكم التحكيم:
- 277.....البند الأول: تنفيذ حكم التحكيم الداخلي
- 278.....البند الثاني: تنفيذ حكم التحكيم الدولي
- 281.....البند الثالث: شروط تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي
- 286.....البند الرابع: إجراءات الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيمي الدولي
- 289.....المطلب الرابع: طرق الطعن في احكام التحكيم التجاري
- 290.....الفرع الأول: طرق الطعن في حكم التحكيم التجاري الداخلي
- 291.....البند الأول: إستئناف حكم التحكيم الداخلي
- 292.....البند الثاني: إستئناف أمر رفض تنفيذ حكم التحكيم الداخلي

292.....	البند الثالث: إجراءات الطعن في حكم التحكيم الداخلي
293.....	الفرع الثاني: طرق الطعن في حكم التحكيم التجاري الدولي
293.....	البند الأول: حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر
294.....	البند الثاني: حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر
295.....	الفرع الثالث: دعوى بطلان الحكم التحكيمي
296.....	البند الأول الشروط الشكلية لرفع دعوى البطلان
296.....	البند الثاني: الشروط الموضوعية لرفع دعوى البطلان
297.....	البند الثالث: إجراءات رفع دعوى البطلان
297.....	البند الرابع: الآثار المترتبة على دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي
299	خاتمة

قائمة المصادر والمراجع

أولا المصادر:

أ- القرآن الكريم:

1-سورة النساء الاية 60

2-سورة الانعام الاية 114.

ب- المعاجم:

1-ابن منظور جمال الدين محمد بن كرم: لسان العرب، الطبعة الاولى،

المجلد 15، المطبعة الميرية، بولاق القاهرة، دون سنة نشر.

2-موفق الدين محمد ابن عبد الله ابن احمد بن قدامة، تحقيق د/عبد الله

بن عبد المحسن التركي، د/ عبد الفتاح محمد الحلو: المغني، الجزء

الرابع العشر الطبعة الثالثة، دار عالم الكتاب للطباعة والنشر والتوزيع،

الرياض، 1997.

ثانيا/الكتب باللغة العربية:

1/ المراجع العامة:

1. د/ ابو زيد رضوان: الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي،

مصر، 1991.

2. د/ احمد ابو الوفا: التحكيم في القوانين العربية، طبعة 2015، مكتبة الوفاء القانونية،

الإسكندرية.

3. د/ احمد أنعم الصلاحي: النظام القانونية للتحكيم التجاري الدولي، مركز البحوث والدراسات اليمني، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، صنعاء، 1994.
4. د/ احمد عبد الكريم سلامة: قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، تنظيم وتطبيق مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
5. د/ جلال وفاء محمدين: الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.
6. د/ جميل الشراوي: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، 1995.
7. د/ حسام الدين خليل فرج محمد: عقد الامتياز التجاري واحكامه في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2011.
8. د/ الحسين السالمي: التحكيم وقضاء الدولة، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2009.
9. د/ حفيظة السيد الحداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.

10. د/ خالد محمد القاضي: موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات

الدولية المشتركة، الطبعة الاولى، دار الشروق، القاهرة، 2002.

11. د/ سمير جميل حسين الفتلاوي: العقود التجارية الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية،

الجزائر، 2006.

12. د/ صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول،

دار الهدى، الجزائر، 2004.

13. د/ عبد الحميد الاحدب: تنفيذ احكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،

2003.

14. د/ عبد الحميد الشورابي: القانون التجاري، العقود التجارية، منشأة المعارف، مصر،

بدون سنة نشر.

15. د/ عبد الحميد المنشاوي: التحكيم الدولي والداخلي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،

2014.

16. د/ عبد القادر حسين العطير: الوسيط في شرح القانون التجاري، الجزء الأول، الطبعة

الثانية، مكتبة الثقافة، الأردن، 1999.

17. د/عصام احمد البهجي: التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، الطبعة الاولى، دار الفكر العربي، 2014.
18. د/ علاء النجار حسانين: التدخل والادخال في خصومة التحكيم، في ضوء اراء الفقه وأحكام القضاء وأثره على مبدأ الالتزام بالسرية، دار التعليم الجامعي، الاسكندرية، 2002.
19. د/ علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثامنة، الجزائر، 2008.
20. د/ علي فيلالي: الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم، الجزائر، 2001.
21. د/ فتحي والي: التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الاولى، منشأة المعارف، 2007.
22. د/ فرحة زراوي صالح: الكامل في القانون التجاري الجزائري، الحقوق الفكرية، حقوق الملكية الصناعية والتجارية، حقوق الملكية الأدبية والفنية، ابن خلدون للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
23. د/ فؤاد محمد ابو طالب: التحكيم الدولي في منازعات الإستثمار الأجنبية وفقا لأحكام القانون الدولي العام، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.
24. د/ فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة للأحكام التحكيم التجاري الدولي، الطبعة 07، دارة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الاردن، 2015.

25. د/ لويس قوجال، ترجمة منصور القاضي: المطول في القانون التجاري، الجزء الأول، المجلد الأول، الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.
26. د/ ماجد عمار: عقد الامتياز التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
27. د/ محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
28. د/ محمد أحمد منصور: النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، الأردن، 2003.
29. د/ محمد حسين بشايرة: تسوية المنازعات وفق الية مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، الطبعة الاولى، دار القرار، البحرين، 2015.
30. د/ محمد كولا: تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادية، الجزائر، 2008.
31. د/ محمد محسن إبراهيم النجار: عقد الامتياز التجاري، دراسة في نقل المعارف الفنية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2001.
32. د/ محمود أحمد الكندري: أهم المشكلات التي يواجهها عقد الامتياز التجاري، مجلة الحقوق، العدد الرابع، ديسمبر 2000، مجلس النشر العلمي، الكويت.

33. د/ محمود مختار احمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، 2008، دار

النهضة العربية، القاهرة.

34. د/ مصطفى كمال طه: القانون التجاري، الدار الجامعية، لبنان، 1982.

35. د/ مصطفى محمد الجمال، د/ عكاشة محمد عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة

الدولية والخاصة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.

36. د/ منذر الفضل: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الثقافة، الأردن، 1996.

37. د/ منى محمود مصطفى: الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في

تسوية منازعات الإستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

38. د/ منير عبد المجيد: الاسس العامة للتحكيم التجاري الدولي والداخلي في القانون

الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.

39. د/ منير محمد الجنبهي وممدوح محمد الجنبهي: العقود التجارية، دار الفكر الجامعي،

مصر، 2000.

40. د/ موفق الدين محمد ابن عبد الله ابن أحمد ابن قدامة: المغني، تحقيق: د/ عبد الله بن

عبد المحسن التركي، د/ عبد الفتاح محمد الحلو، الجزء الرابع عشر، الطبعة الثالثة، دار عالم

الكتاب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 1997.

41. د/ نداء محمد كاظم المولى: الآثار القانونية لعقد نقل التكنولوجيا، دار وائل، الأردن،

2003.

42. د/ نعيم مغبغب: الفرشاييز، دراسة في القانون المقارن، الطبعة الثانية 2009، منشورات

الخطبي الحقوقية، لبنان، 2009.

43. د/ ياسر سيد الحديدي: النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري، دار الفكر العربي،

مصر، 2006.

2/ المراجع المتخصصة:

1. د/ احمد أنور محمد: المحل في عقد الامتياز التجاري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى،

لبنان، 2010.

2. د/ أحمد عبد الحميد عشوش: التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار،

دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990.

3. د/ بلاق محمد: قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، الطبعة

الأولى، دار الفكر الجامعي، 2015

4. د/ حسن على كاظم المجمع: تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي،

دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2016.

5. د/ سمير عبد السميع الاودن: تسويق الشهرة التجارية (الفرشاييز) ودور التحكيم في

منازعاتها، منشأة المعارف، مصر، 2009.

6. د/ صالح بن بكر الطيار: العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، دار بلال، لبنان، 1999.

7. د/ لبنى عمر مسقاوي: عقد الفرانشايز، دراسة على ضوء الفقه والاجتهاد والعقد النموذجي المعتمد في غرفة التجارة الدولية، الطبعة الأولى، المؤسسة العربية للكتاب، بيروت، 2012.
8. د/ محمود الكيلاني: الموسوعة التجارية والمصرفية، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، دار الثقافة، الاردن، 2008.
9. / مصطفى سلمان حبيب: الإستثمار في التراخيص الامتيازي (التجاري)، دار الثقافة، الاردن، 2009.
10. د/ وليد عودة الهمشري: عقود نقل التكنولوجيا، الالتزامات المتبادلة والشروط التقييدية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، الأردن، 2009.

ثالثا/ الرسائل والمذكرات:

1. أنوجال نسيمية: عقد الفرانشايز في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2004
2. باسود عبد المالك: حماية الإستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2014-2015.
3. تعويلت كريم: فعالية إتفاق التحكيم التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، السنة الجامعية 2017-2018.

4. حداد الطاهر: دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، السنة الجامعية، 2011-2012.
5. خليل بوصنبورة: القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه وفقا للقانون الجزائري، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، السنة الجامعية، 2007-2008.
6. دعاء طارق بكر البشتاوي: عقد الفرنشايز واثاره، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008.
7. سليم بشير: الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، اطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، السنة الجامعية 2010-2011.
8. سمير زيلان: تسبيب احكام التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، السنة الجامعية 2014-2015.
9. عبد النور احمد: اشكاليات تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية، 2009-2010.
10. عروسي ساسية: الطبيعة القانونية لعقد الفرنشايز، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سطيف 02، 2015.

11. فرعون محمد: الرقابة القضائية على قرارات التحكيمية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2017-2018.
12. قبايلي الطيب: التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2012.
13. قطاف حفيظ: مجال تدخل القضاء في خصومة التحكيم التجاري الدولي على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الأمين دباغين، السنة الدراسية 2014-2015.
14. مسلم الطاهر: عقد الفرنشيز في العلاقات التجارية الدولية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعد دحطب البليدة، 2011-2012.
15. مقراني عائشة: مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، السنة الجامعية، 2004-2005.
16. منسول عبد السلام: قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2000-2001.

17. الموهاب فيروز: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري

الدولي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2009/2008.

رابعاً/ المقالات:

1- ابراهيم اسماعيل الربيع، على صباح خضير الجنابي: اليات تنفيذ احكام التحكيم

التجاري الدولي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، 2015.

2- بخيت عيسى، زروالي سهام: مبدأ إستقلال شرط التحكيم البحري عن العقد الأصلي في

القوانين الداخلية والاتفاقات الدولية، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد 03، ديسمبر

2016.

3- بلباقي بومدين: المركز القانوني للغير في إتفاق التحكيم التجاري، دراسة في ضوء فقه

وقضاء التحكيم التجاري الدولي، مجلة القانون والتنمية المحلية، المجلد الثاني، العدد الأول،

جانفي 2020. مخبر القانون والتنمية المحلية، جامعة أحمد درارية أدرار، الجزائر.

4- بلباقي بومدين: مدلول مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم في المنازعات البحرية دراسة في

ضوء قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري وأنظمة التحكيم البحري، المجلة الجزائرية

للقانون البحري والنقل، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، العدد الخامس، 2018.

5- بوقرط أحمد: النظام القانوني لاتفاق التحكيم، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية،

المركز الجامعي علي كافي تندوف، المجلد 03 العدد 01 السنة 2019.

6- تخونوي اسماء: دور القاضي الجزائري في مجال التحكيم الدولي، مجلة الاجتهاد

القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، العدد السادس عشر، مارس

2018.

7- د/ كيسي زهرة: مبدأ إستقلالية شرط التحكيم التجاري عن العقد، مجلة الاجتهادات

للداسات القانونية والاقتصادية، العدد 08، المركز الجامعي تمنراست، 2015.

8- د/ ناصر عثمان محمد عثمان: معايير دولية التحكيم، المؤتمر السنوي 16 للتحكيم

التجاري الدولي، كلية الحقوق، جامعة الامارت العربية المتحدة، 28-29 أفريل 2008.

9- زيبار الشاذلي: النظام القانوني لاتفاق التحكيم، مجلة البحوث القانونية والسياسية،

جامعة مولاي الطاهر سعيدة، العدد 07 ديسمبر 2016.

10- علالي عبد الرحمن: إستقلالية إتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي، مجلة

حقوق الانسان والحريات، جامعة مستغانم، العدد السادس، جوان 2018.

11- كوسة حليلة: مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم في التحكيم التجاري الدولي، المجلة الجزائرية

للأمن الانساني، مجلد 05، عدد 02، جويلية 2020.

- 12- محمد الطاهر بلقاضي: تسبيب حكم التحكيم في التشريع الجزائري والمقارن، مجلة التواصل في العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد 28، جوان 2011.
- 13- محمد صلاح الدين عبد الوهاب: الاجتهاد القضائي المصري، حكم محكمة استئناف القاهرة رقم 123/70، سنة 2011، مجلة التحكيم العالمية، العدد الرابع عشر، بيروت 2012.
- 14- محمود أحمد الكندري: أهم المشكلات التي يواجهها عقد الامتياز التجاري، مجلة الحقوق، العدد الرابع، ديسمبر 2000، مجلس النشر العلمي، الكويت.
- 15- مصطفى تراري الثاني: الاجتهاد القضائي الجزائري، قرار المحكمة العليا ملف 393608، 2007، مجلة التحكيم العالمية، العدد الرابع عشر، 2009.
- 16- معمر حيتالة، سي فضيل الحاج: طرق الطعن في احكام التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة مستغانم، عدد 15 جانفي 2017.
- 17- وفاء مزيد فلحوط: النظام القانوني الواجب التطبيق في اطار التحكيم التجاري الدولي، المؤتمر السنوي 16 للتحكيم التجاري الدولي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق، 28-30 افريل 2008.

خامسا: الاجتهاد القضائي:

1- قرار صادر عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا رقم 125.623 مؤرخ في 08-05-

1997 غير منشور.

2- الاجتهاد القضائي المصري، حكم محكمة الاستئناف رقم 125-19 صدر في 10-

09-2008، مجلة التحكيم العالمية، العدد 12، 2009.

3- الاجتهاد القضائي الكويتي، حكم محكمة الاستئناف الكويتية، رقم 27-2001 صادر

في 12-01-2004، مجلة التحكيم العالمية، العدد 12، 2009.

4- قرار صادر عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا (مجلس القضاء) رقم 52.489 مؤرخ في

17-05-1989، المجلة القضائية، عدد 3، لسنة 1993.

سادسا/ النصوص القانونية :

1. الامر 86/66 المتعلق بالرسوم النماذج الصناعية، الجريدة الرسمية عدد 35.

2. الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل

والمتمم، جريدة رسمية عدد 78.

3. الأمر رقم 75/59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري المعدل

والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 101.

4. الامر 03/03 المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية، عدد 25.

5. الأمر 06-03 المتعلق بالعلامة التجارية، المؤرخ في 19 جويلية 2003، الجريدة

الرسمية، عدد 44.

6. الأمر رقم 07/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق ببراءات الاختراع، الجريدة

الرسمية عدد 44.

7. قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فيفري 2008، المتضمن

قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، جريدة رسمية عدد 21.

سابعاً: المراجع باللغة الأجنبية:

- 1- A. Kassis : problèmes de base de l'arbitrage en droit compare et en droit international, LGDJ, paris , 1987.
- 2- François Collar Dutilleul et Philippe Delebecque- contrats civils et commerciaux -5 edition- Dalloz - Paris - 2001.
- 3- François Luc Simon: théorie et pratique du droit de la franchise, Delta, Liban, 2009.
- 4- J. Robet : l'arbitrage droit interne, droit international privé, Dalloz, paris, 5eme édition, 1983.
- 5- Le petit robert dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française : Edition le robert, paris2015.
- 6- Philippe fouchard, Emmanuel ,baillard, Berthold Goldman, Traite de l'arbitrage commercial international, litec-Delta, 1996.
- 7- Philippe le Tournea, le franchisage, 4^{em}, Edition, Economica, paris, 1994.
- 8- Philippe le Tourneau - la concession exclusive - Economica - Paris – 2004.
- 9- R. David : l'arbitrage dans le commerce international, paris, economica, 1982.
- 10- Zoubair Mrabet : les obligations de franchiseur, étude de droit civil et de guide d'unidroit sur les accords internationaux de franchise principale, thèse doctorat, université Montréal 2005.

التحكيم كألية لحل منازعة عقد الفرنشايز

Arbitration as a mechanism for resolving the dispute of the franchise contract

الملخص:

عرفت العلاقات التجارية الدولية تطورا كبيرا بسبب تطور وسائل النقل والاتصال مما سهل مهمة تنقل الأشخاص والسلع عبر الدول، حيث أصبح التحكيم الوسيلة الملائمة لحسم الخلافات الناتجة عن التعاملات التجارية، فلا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة الدولية من شرط التحكيم لحل الخلافات التي قد تثور عند تنفيذ هذا العقد، وذلك راجع لما يتمتع به التحكيم من خصائص تستجيب لما يطلبه المتعاملون في التجارة من سرية وسرعة وحرية في اختيار المحكمين... الخ،

يعد عقد الفرنشايز من بين العقود التجارية الحديثة التي تهدف الى نقل المعرفة الفنية من الدول المتقدمة الى الدول النامية، فالمانح بموجب هذا العقد ملزم بالترخيص للمتلقي باستغلال العلامة التجارية بالإضافة إلى نقل المعرفة الفنية له وجميع عناصر الملكية الفكرية، في المقابل يلتزم المتلقي بدفع مقابل للدخول لشبكة المانح واتاوة دورية، بالإضافة الى التزامات أخرى كشرط حصرية التمويل، شرط التصدير .. الخ.

إزداد اهتمام دول العالم بالتحكيم التجاري الدولي حيث أبرمت العديد من الإتفاقات الدولية التي تنظم عملية التحكيم، كما ظهرت العديد من المراكز الدولية المتخصصة للفصل في المنازعات عقود التجارة الدولية والتي يعد عقد الفرنشايز أحد صورها، وعليه نجد أن عقد الفرنشايز يضمن شرط التحكيم لفض المنازعات التي قد تنشأ بين أطرافه، فما كون أطراف الإتفاق إلا اللجوء الى أحد مراكز التحكيم لتسوية النزاع بموجب حكم هيئة التحكيم الذي يكون فاصلا في النزاع وغير قابلا للطعن فيه، وكنتيجة للاتفاق التحكيم يلتزم الأطراف بتنفيذ الحكم الصادر عن هيئة التحكيم بشكل طوعي، وفي حالة المخالفة يجوز للطرف صاحب المصلحة أن يلجأ للقضاء من أجل إلزام خصمه على تنفيذ حكم هيئة التحكيم.

الكلمات المفتاحية: التحكيم التجاري الدولي، عقد الفرنشايز، اتفاق التحكيم، هيئة التحكيم،

حكم التحكيم.

Arbitration as a mechanism for resolving the dispute of the franchise contract

Abstract

International trade relations have been greatly developed because of the development of means of transport and communication, which has facilitated the movement of people and goods across countries, as arbitration has become the suitable means to settle disputes resulting from trade transactions, and a contract of international trade is almost without the arbitration requirement to solve disputes that may arise in the execution of this contract. This is due to the characteristics of arbitration that respond to the confidentiality, speed and freedom of choice of arbitrators required by commercial operators, etc.

The French contract is one of the recent trade contracts aimed at transferring technical knowledge from developed countries to developing countries, as the donor is obliged to authorize the recipient to exploit the brand in addition to transferring the technical knowledge to him and all elements of intellectual property. In return, the recipient is obliged to pay for entry into the donor network and to make periodic payments, in addition to other obligations as an exclusive requirement of supply, export requirement.

The world countries' interest in international commercial arbitration increased as many international agreements that organize the arbitration process were concluded, and many international centers specialized in settling disputes appeared as international trade contracts, one of which is considered one of the forms of the French contract. Accordingly, the French contract guarantees the arbitration clause for the settlement of disputes that may arise between its parties, since the parties have only recourse to an arbitration center for the settlement of the dispute under the arbitral tribunal's provision, which is a dispute and is not subject to challenge. As a result of the arbitration agreement, the parties are obliged to implement the judgment of the arbitral tribunal voluntarily, and in the event of a breach, the interested party may resort to the judiciary in order to oblige its opponent to implement the arbitral award.

Key words: International Commercial Arbitration, Franchise Contract, Arbitration Agreement, Arbitration Tribunal, Arbitral Awards.

L'arbitrage est un mécanisme pour résoudre le litige de franchise

Résumé

Les relations commerciales internationales se sont considérablement développées en raison du développement des transports et de la communication, qui ont facilité la tâche de transporter des personnes et des marchandises à travers les pays, où l'arbitrage est devenu le moyen approprié de résoudre les différends résultant de transactions commerciales, un contrat de commerce international n'est guère libre de la clause d'arbitrage pour résoudre les différends. Cela peut survenir lorsque ce contrat est exécuté, en raison des caractéristiques de l'arbitrage qui répondent à la confidentialité, la rapidité et la liberté de choix des arbitres par les commerçants. Etc

Le contrat Franchise est l'un des contrats commerciaux modernes visant à transférer les connaissances techniques des pays développés aux pays en développement, le donateur dans ce contrat est tenu d'autoriser le bénéficiaire à exploiter la marque en plus de transférer des connaissances techniques à lui et à tous les éléments de propriété intellectuelle, en retour Le bénéficiaire est tenu de payer pour l'accès au réseau des donateurs et aux arrangements périodiques, en plus d'autres obligations en tant qu'exigence exclusive d'approvisionnement, l'exigence d'exportation. Etc.

L'intérêt mondial pour l'arbitrage commercial international s'est accru, avec de nombreux accords internationaux régissant le processus d'arbitrage, car de nombreux centres internationaux spécialisés dans l'arbitrage des différends ont émergé, et le Français est l'un des plus importants. Arbitrage pour résoudre les différends qui peuvent survenir entre les parties, les parties n'ont qu'à recourir à l'un des centres d'arbitrage pour régler le différend en vertu de la décision du tribunal arbitral, qui est une rupture dans le différend et ne peut pas faire l'objet d'une contestation, et à la suite de l'accord d'arbitrage, les parties sont tenues de mettre en œuvre volontairement le jugement du tribunal arbitral, En cas d'infraction, la partie ayant un intérêt peut recourir à la magistrature afin d'obliger son adversaire à rendre son jugement du tribunal arbitral.

Mot clet: Arbitrage commercial international, Contract de franchise, Convention d'arbitrage, Tribunal d'arbitrage, Décisions arbitrales.