مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية.....ISSN2572-0201
المجلد 03 العدد01 السنة.2019 الرقم التسلسلي 06

النظام القانوني لاتفاق التحكيم

The legal regime of the arbitration agreement

تاريخ الارسال:...2019/02/23تاريخ القبول2019/05/11 تاريخ النشر2019/06/11

بوقرط أحمد، طالب دكتوراه
جامعة عبد الحميد بن باديس –مستغانم-
الايميل sidboukortt@gmail.com

ملخـــص

يعد التحكيم أداة من أدوات تحقيق العدالة في النظم القانونية المعاصرة، فهو نظام قضائي اتفاقي يختار بمقتضاه الأطراف قضاتهم ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاقهم مهمة تسوية المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية التي يجوز تسويتها عن طريق التحكيم.

يعتبر اتفاق التحكيم الحجر الزاوية لنظام التحكيم، و هو جوهر العملية التحكيمية، تكمن أهميته في كونه يقوم على اتفاق أطرافه، فيكون ذلك الاتفاق هو أساس العملية التحكمية فيرسم خطاها ويحدد نهايتها، وهو لا يعدو أن يكون مجرد اتفاق شأنه شأن سائر العقود يعتبر تعبيرا عن إرادة أطراف ارتضوا طريق التحكيم كوسيلة بديلة عن القضاء لفض ما ثارت أو قد تثور بينهم من نزاعات.

من ثم يقوم اتفاق التحكيم بدور أساسي في عملية التحكيم، من دونه لا يمكن إخراج المنازعة المثارة بين الأطراف من ولاية القضاء وإخضاعها للتحكيم، فاتفاق التحكيم هو الذي يقرر مبدأ اللجوء إلى التحكيم ويحدد إجراءاته وموضوعه وكيفية تشكيل هيئة التحكيم وكذا القانون الواجب التطبيق ولغة ومكان التحكيم.

ومادام أن ذلك الاتفاق هو عقد بطبيعته فإنه يشترط لصحته ما يشترطه القانون في سائر العقو .

الكلمات المفتاحية نظام التحكيم، عقد، سلطان الإرادة

Abstract:

The arbitration agreement is the essence of the arbitration process. It is based on the agreement of the parties to the arbitration process. It is a contract, like other contracts, which is an expression of the will of parties who have accepted the arbitration method as an alternative to the judiciary to resolve disputes that may arise or may arise between them.

The arbitral agreement shall determine the principle of recourse to arbitration, determine its procedures and subject matter, how to form the arbitral tribunal, the applicable law, and the language and place of arbitration.

Keywords : Arbitration system, contract, Sultan of will

المقدمة:

إذا كان القضاء في الدولة حكرا عليها، أين ينفرد دون غيره ليكون صاحب الولاية العامة، إلا أن ذلك لا يكون مانعا للدولة بما لها من سيادة للخروج على هذا الأصل، ويعتبر التحكيم الصورة الأساسية لهذا الخروج.

هناك من الفقه من يرى أن التحكيم هو الشكل البدائي للعدالة، فهو أسبق في الظهور من القضاء الذي تشرف عليه الدولة، فهو نظام قديم في نشأته ووجوده، عرفته الأنظمة المختلفة على مر العصور فهو نظام فرضته الضرورة و أملته المصالح العامة و الخاصة لما يتميز به من خصائص و سمات لا تتوافر لدى القضاء.

يعد التحكيم نظام قضائي اتفاقي، يختار بمقتضاه الأطراف المتخاصمة قضاتهم، ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مهمة تسوية المنازعات التي نشأت أو التي قد تنشأ بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية التي يجوز تسويتها عن طريق التحكيم، أين تعترف الدولة لأفراد عاديين أو هيئات غير قضائية بسلطة الفصل في بعض النزاعات بين الأفراد.

إلا أن التحكيم لا يتم إلا من خلال عقد يتم بين الأطراف المتنازعة يسمى باتفاق التحكيم، يكون دوره أساسي في عملية التحكيم، بدونه لا يمكن إخراج النزاع القائم بين أطراف علاقة قانونية من ولاية القضاء وإخضاعها للتحكيم، فالتحكيم نظام قضائي خاص قوامه إرادة من يرغبون فيه.

من ثم تثار الإشكالية التالية: هل يخضع اتفاق التحكيم إلى نفس الضوابط و الشروط التي يخضع لها باقي العقود ؟

للإجابة على هذه الإشكالية سوف نقسم هذه المداخلة إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول ماهية اتفاق التحكيم، بينما نخصص المبحث الثاني لضوابط اتفاق التحكيم.

المبحث الأول: ماهية اتفاق التحكيم

إن التحكيم يتقرر بوسيلة تتمثل في اتفاق التحكيم ، وهو نقطة البداية في مسيرة التحكيم، و الذي بمقتضاه يتميز التحكيم عن غيره من طرق تحقيق الوظيفة القضائية[1]، وهو نظام يقرره القانون ويعهد به إلى شخص أو أشخاص يختارون للفصل فيها بحكم ملزم، يختار فيه الأطراف قضاتهم ويحددون لهم في اتفاقهم نطاق ولايتهم[2].

المطلب الأول: تعريف اتفاق التحكيم

عرف بعض الفقه اتفاق التحكيم بأنه «***ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه تتعهد الأطراف المتنازعة بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهما أو المحتمل نشوئها بينهما من خلال التحكيم***»[3]، وهناك من عرفه بالقول أنه «***تراض أطراف نزاع معين أو عقد محدد على الفصل في هذا النزاع أو تلك المنازعات التي قد تنشأ بينهم بخصوص هذا العقد عن طريق هيئة تحكيم تختارلهذا الغرض دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه والفصل في موضوعه***»[4]، كما يعرفه جانب من الفقه عل أنه «***مصدر اتفاقي يجعل محاكم الدولة غير مختصة بنظر النزاع، وهو الذي يمنح المحكم سلطة الفصل فيه بقرار ملزم بل أن هذا الاتفاق هو الذي يهيمن على مسيرة التحكيم ابتداء من اختيار المحكم وانتهاء بمدى قابلية قراره للطعن مرورا بالقواعد التي يطبقها المحكم موضوعية كانت أم إجرائية***»[5].

[1]- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 1998، ص 297.

[2]- ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 وتعديلاته، دار النهضة العربية، القاهرة 2016، ص 101.

[3]- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 117.

[4]- محمود السيد التحيوى، العنصر الشخصي لمحل التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 257.

[5]- أحمد خليل، قواعد التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص27. و للإطلاع على المزيد من التعريفات المختلفة لاتفاق التحكيم يرجى الرجوع إلى، فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص 84، عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 226 يوسف حسن يوسف التحكيم الدولي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011، ص 59.

كما عرف الفقه الفرنسي اتفاق التحكيم بالقول أنه «***الاتفاق الذي بموجبه يلتزم شخصين أو أكثر على حسم المنازعات التي يمكن أن تنشأ أو نشأة فعلا عن طريق محكم أو عدة محكمين***»[1]، أما المشرع الجزائري فقد عرف اتفاق التحكيم بالقول «***هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوءه على التحكيم***»[2]، كما عرف اتفاق التحكيم على أنه «***اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية***»[3].

أما القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لهيئة الأمم المتحدة اليونسترال لسنة 1985 فقد عرف اتفاق التحكيم بأنه «***اتفاق الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية أو غير تعاقدية***»[4].

إن تعريف اتفاق التحكيم على أنه عقد، من شأنه أن يرسخ في الأذهان بضرورة أن يكون ذلك الاتفاق عقدا قائما بذاته، وهو قول غير صحيح في مجمله، فقد يكون ذلك الاتفاق مجرد شرط وارد في أحد بنود العقد الأصلي، كما قد يكون مجرد إحالة ترد في عقد من العقود إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم[5].

تجدر الإشارة إلى أنه مهما كان شكل اتفاق التحكيم فإنه لا بد أن تسبقه مفاوضات بين أطراف النزاع يتم فيها التفاوض حول نقاط الخلاف الرئيسية التي سوف يقوم المحكمون بمناقشتها في حالة قيامها أو الخلافات القائمة فعلا، فيتم الاتفاق على هيئة التحكيم المختصة للنظر في النزاع، والقانون

---

[1]- «La convention d'arbitrage est la convention par laquelle deux ou plus s'engagent à faire trancher par un ou plusieurs arbitres les litiges susceptibles de s'élever entre elles ou ceux qui les opposent déjà», cité par Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, Traité de l'arbitrage commercial international Litec éditions, Paris, 1996, p 209, et voir Eric LOQUIN, L'arbitrage du commerce international, Lextenso éditions, Joly éditions, Issy- les-Moulineaux, p 117.

[2]- أنظر المادة 1011 من قانون 08-09، المؤرخ في 25-02-2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، عدد 21، لسنة 2008، ويظهر من فحوى المادة السالفة الذكر أن المشرع الجزائري قد وضع تعريفا لمشارطة التحكيم وليس لاتفاق التحكيم، لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 51

[3]- المادة 1/10 من قانون التحكيم المصري قم 27 لسنة 1994.

[4]- المادة 07/1 القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر سنة 1985.

[5]- حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 56، محمد طه سيد أحمد عاشور، اتفاق التحكيم التحكيم وإجراءات الخصومة التحكيمية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 16.

الواجب التطبيق سواء على موضوع النزاع أو إجراءاته، ونوع المسائل القابلة للتحكيم و عدد المحكمين والزمن المحدد لإجراء عملية التحكيم والمصاريف الإدارية ووسيلة الاتصال[1].

المطلب الثاني: صور اتفاق التحكيم

إن اتفاق التحكيم يمكن أن يتخذ صور مختلفة، ولا يتصور وجوده بالضرورة قبل نشوب النزاع أو ضمن العقد الأصلي، فقد يكون في شكل شرط بالعقد الأصلي كبند من بنوده، أو في شكل اتفاق لاحق بعد قيام النزاع، أو في شكل شرط إحالة يرد في العقد الأصلي يحيل إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم[2].

الفرع الأول: شرط التحكيم La clause compromissoire

يعرف شرط التحكيم عل أنه «***الشرط الذي يرد ضمن بنود علاقة قانونية معينة أو بنود عقد معين وبمقتضى هذا الشرط يتفق أطراف العلاقة الأصلية قبل نشوب أي نزاع على حسم ما قد يثور بينهم من منازعات بواسطة التحكيم***»[3].

يرد شرط التحكيم عادة في نفس العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية[4]، فيكون اتفاق التحكيم في هذه الحالة سابقا على قيام النزاع، فأطراف النزاع لا تنتظر نشوب النزاع لتحديد وسيلة حله، فشرط التحكيم يتم الاتفاق عليه كبند ضمن بنود العقد الأصلي، فهو يتعلق بنزاع مستقبلي غير محدد ومحتمل[5].

لا يوجد مانع من ورود الشرط في اتفاق لاحق عن العقد لكن قبل نشوء النزاع[6]، ويشترط في شرط التحكيم أن يكون واضحا لا يوجد به أي لبس أو غموض[7].

---

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 279.

[2]- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2008، ص 74.

[3]- خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 164.

[4]- عرف المشرع الجزائري شرط التحكيم بمقتضى المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر بالقول «هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم».

[5]- ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 102، لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 52، مناني فراح، المرجع السابق، ص 96.

[6]- و هذا ما أشارت إليه المادة 7/1 من القانون النموذجي لليونسيترال للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985.

[7]- فتحي والي، المرجع السابق، ص 91.

إن العبرة إذن بلحظة الاتفاق على التحكيم، فإذا جاءت هذه اللحظة قبل ظهور بوادر النزاع نكون بصدد شرط التحكيم، فشرط التحكيم هو نوع من الالتزام المعلق على شرط واقف وهو وقوع النزاع وهذا النزاع إما أن يحدث أو لا يحدث، ولا يجوز لأحد طرفي هذا الاتفاق أن ينفرد بنقضه[1].

عادة ما يرد شرط التحكيم بصيغة مختصرة تفيد فقط الإحالة على فض النزاع بالتحكيم، كالنص مثلا على أن أي نزاع بين طرفي العقد يحال على التحكيم، كما قد يتوسع الأطراف فيضيفون أحكاما خاصة بمكان التحكيم ولغة التحكيم والقانون الواجب التطبيق على النزاع، كما قد يرد شرط التحكيم في صيغة إحدى الشروط النموذجية لإحدى هيئات التحكيم[2].

الفرع الثاني: مشارطة التحكيم Le compromis

تعرف مشارطة التحكيم عموما على أنها «***الاتفاق الذي يتم بين الطرفين بعد قيام النزاع بينهما لعرض هذا النزاع على التحكيم، و يسمى أحينا وثيقة التحكيم الخاصة***»[3]، فقد يتفق الأطراف بعد نشوب النزاع على عرضه على التحكيم طبقا لاتفاق مكتوب يحدد فيه الأطراف موضوع النزاع و أسماء المحكمين ومكان التحكيم وإجراءات التحكيم[4].

يتضح من التعريف السابق أن مشارطة التحكيم هي عقد منفصل عن العقد الأصلي، وينبغي أن يتوافر لها أركان العقد من أهلية ورضاء ومحل وسبب، وإذا تخلف أحد هذه الأركان أصبحت مشارطة التحكيم باطلة وجاز الطعن فيها بالبطلان[5]، ومن ثم يختلف شرط التحكيم عن مشارطة التحكيم في كون أن الأول يتعلق بنزاع مستقبلي محتمل يتم الاتفاق عليه قبل نشوء النزاع، في حين تتعلق مشارطة التحكيم بنزاع أكيد وقع فعلا، فيتم الاتفاق عليها بعد نشوء النزاع في وقت لاحق وبمقتضى عقد مستقل عن العقد الأصلي[6].

---

[1]- أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 327.

[2]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 275.

[3]- فتحي والي، المرجع السابق، ص 103.

[4]- أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 331.

[5]- محمد طه سيد أحمد عاشور، اتفاق التحكيم و إجراءات الخصومة التحكيمية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص 24.

[6]- أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 37.

تظهر أهمية التفرقة بين شرط التحكيم و مشارطة التحكيم، في كون أن بعض القوانين الوطنية تتطلب في مشارطة التحكيم ضرورة تحديد طبيعة النزاع الذي وقع تحت طائلة بطلان الاتفاق، في حين يرى البعض أنه لا فائدة عملية للتفريق بين شرط ومشارطة التحكيم في إطار العلاقات الدولية[1].

إذا كان شرط التحكيم يتم صياغته بعبارات عمومية دون اشتراط الاتفاق على الأمور التفصيلية على اعتبار أنه مجرد بند من بنود العقد الأصلي يتم الاتفاق عليه قبل حدوث النزاع، إلا أنه يشترط أن تتضمن مشارطة التحكيم المسائل التفصيلية التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلا، كذكر اسم كل طرف وعنوانه ووسائل الاتصال به، وطبيعة العقد الأصلي، وطبيعة النزاع القائم بينهما، وتعيين المحكمين أو تحديد الوسيلة المناسبة لتعيينهم، والقانون الواجب التطبيق، وتحديد لغة ومقر التحكيم وتحديد مدة المهمة التحكيمية...الخ، فمشارطة التحكيم تعتبر بمثابة خارطة الطريق التي سيسير عليها المحكم[2].

يجوز إبرام مشارطة التحكيم حتى ولو تم عرض النزاع على القضاء الوطني بشرط عدم صدور حكم نهائي في النزاع[3]، كما يمكن أن تبرم مشارطة التحكيم مسبوقة بشرط تحكيمي، وفي هذه الحالة لا يؤدي إبرامها إلى إلغاء شرط التحكيم إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك[4].

يتم صياغة مشارطة التحكيم في محرر أو مستند مستقل عن العقد الأصلي، مادام أنها تبرم بين الأطراف بعد نشوب النزاع، وطالما أن هذا المستند قد استوفى جميع شروط صحته الشكلية منها والموضوعية، ستصح بغض النظر عن صحة أو عدم صحة العقد الأصلي، تطبيقا لمبدأ استقلالية شرط التحكيم[5].

---

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 276.

[2]- شحاته غريب الشلقامي، إشكالات اتفاق التحكيم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 21.

[3]- «تصح مشارطة التحكيم و لو كانت الدعوى في مرحلة المداولة، و سواء أمام الدرجة الأولى أو أمام الاستئناف مادام لم يصدر حكم نهائي»، فنحي والي، المرجع السابق، ص 103.

[4]- عبد الكريم أحمد أحمد الثلاياء، تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص 90.

[5]- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 142.

الفرع الثالث: شرط التحكيم بالإحالة Clause Arbitrale par référence

يعتبر شرط التحكيم بالإحالة من الصور المعاصرة لاتفاق التحكيم، و تتحقق هذه الصورة من اتفاق التحكيم في حالة إذا كان العقد الأصلي المبرم بين الأطراف لم يتضمن شرطا صريحا للتحكيم، أين يكتفي الأطراف بالإشارة أو الإحالة إلى عقد سابق بينهم أو إلى عقد نموذجي، وذلك لتكملة النقص أو سد الثغرات التي تشوب عقدهم[1].

على أن يكون ذلك العقد متضمنا لشرط تحكيم، وفي هذه الحالة ينسحب أثر هذا البند أو الشرط إلى العقد الأصلي ويلتزم به الأطراف، فيتم تسوية المنازعات الناشئة عن العقد الذي تضمن الإحالة عن طريق التحكيم [2].

المبحث الثاني: ضوابط اتفاق التحكيم

لا يخرج اتفاق التحكيم على أنه عقدا ملزما لجانبين، موضوعه هو اتفاق موقعيه على تسوية المنازعات التي تنشأ بينهم عن طريق التحكيم[3]، من ثم فإنه يسري على اتفاق التحكيم القواعد العامة في العقود، التي تعرفها النظرية العامة للعقد من حيث شروط صحته[4].

المطلب الأول: الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم

إن اتفاق التحكيم هو عقد، وكغيره من العقود يرتب التزامات على طرفيه، لذلك وجب أن تتوافر فيه الشروط اللازمة لصحة الالتزام، وطبقا لقواعد التحكيم يستوجب أن تتوافر شروط موضوعية لصحة اتفاق التحكيم، تتمثل في ضرورة توافر الأهلية في الأطراف الموقعة على الاتفاق، وتوافر رضا الأطراف باختيار التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي نشأت أو ستنشأ بينهم، وأن يرد اتفاق التحكيم على نزاع قابل للتسوية بالتحكيم وأن يكون سبب الأطراف للجوء للتحكيم مشروع[5].

---

[1]- Il arrive Fréquemment, dans les relations commerciales internationales, que les parties ne formalisent pas en détail les termes de leurs conventions mais se contentent de se référer à cet effet à des documents préexistants qu'il s'agisse de contrats précédemment conclus entre elle ou de contrats-type établis par une association professionnelle par exemple, Cité par Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN op.cit, p 291.

[2]- لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 55.

[3]-أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 239.

[4]- محمود السيد عمر التحيوى، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 128.

[5]- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق، ص 97.

الفرع الأول: الأهلية في اتفاق التحكيم

إن اتفاق التحكيم لا يختلف من حيث القواعد العامة عن سائر العقود في الشروط الواجبة توافرها لصحته، فلا يصح اتفاق التحكيم كقاعدة عامة إلا ممن له أهلية التصرف في حقوقه، ذلك أن اتفاق التحكيم يعتبر تصرفا قانونيا، تتجه إرادة أطرافه إلى أحداث أثر قانوني معين، هو سلب الاختصاص بتسوية النزاع بعيدا عن قضاء الدولة، وتخويله لقضاء التحكيم.

لذا يجب أن تتوافر لدى كل من طرفيه الأهلية اللازمة لصدوره، والأهلية المتطلبة في هذا الشأن هي أهلية الأداء المتمثلة في قدرة الشخص مباشرة التصرفات القانونية[1].

إن الأهلية المتطلبة لإبرام اتفاق التحكيم هي أهلية التصرف، ولا يلزم للاتفاق على التحكيم أهلية التبرع أو التعاقد لأنه ليس من قبيل التبرع بالحق[2].

طبقا للقانون الجزائري فإن اتفاق التحكيم يقع باطلا إذا قام به شخص لا يملك حق التصرف في حقوقه فمن لم يبلغ سن الرشد المحدد ب 19 سنة لا يجوز له إبرام اتفاق التحكيم، وكذلك الحال بالنسبة للمحجور عليه والمعتوه والمجنون والسفيه والمحروم من حقوقه المدنية ومن أشهر إفلاسه وهذا ما أكدته المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

كما لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية[3].

الفرع الثاني: التراضي على التحكيم

إن اتفاق التحكيم شأنه شأن سائر العقود، لا ينعقد إلا بالتقاء الإيجاب مع قبول مطابق له، للجوء إلى التحكيم كوسيلة لحزم النزاع، سواء كان النزاع حالا أم محتملا، أي اقتران إرادتين متوافقتين بالإيجاب والقبول في كل المسائل التي اتجهت إرادة الطرفين إلى الاتفاق عليها حتى ينعقد اتفاق التحكيم، كما يشترط أن يقع التعبير عن الإرادة صريحا[4].

---

[1]- محمد طه سيد أحمد عاشور، المرجع السابق، ص 42.

[2]- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 409، محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 92.

[3]- لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 58.

[4]- ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 342، محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، دار الهدى، عين مليلة، 2007 ص 103.

إن الإيجاب المقصود في اتفاق التحكيم هو ذلك العرض الذي تتحد فيه العناصر الجوهرية لاتفاق التحكيم ، والذي يكون باتا في دلالته على إرادة التعاقد من صاحبه، و المتمثلة في تنحية سلطة الفصل في النزاع القائم عن ولاية القضاء وإسناد مهمة الفصل فيه إلى هيئة تحكيم، مع تحديد هذا النزاع.

أما غير ذلك من العناصر كتشكيل هيئة التحكيم أو الإجراءات أو القواعد الموضوعية التي تطبقها، فلا تعد من المسائل الجوهرية لتكوين الإيجاب، ذلك أنه وضعت حلولا لها في حالة عدم الاتفاق عليها [1].

كما يجب أن يصدر القبول مطابقا للإيجاب، و المقصود بتطابق الإيجاب و القبول في هذا المعنى ليس تطابقها في كل المسائل التي تدخل في العقد، بل تطابقهما بشأن المسائل الجوهرية، وعدم اختلافهما في شأن المسائل التفصيلية[2].

يخضع اتفاق التحكيم فيما يتعلق بعيوب الإرادة، للقواعد العامة، سواء فيما يتعلق بمقومات وجودها أو بالنسبة للآثار المترتبة عليها، فلا يكفي لصحة اتفاق التحكيم تمتع أطرافه بالأهلية القانونية بل يجب أن تكون إرادتهم سليمة خالية من عيوب الرضا[3].

إلا أنه فيما يتعلق باتفاق التحكيم ، فلا مجال للحديث من الأصل عن الغلط في محل التعاقد وهو إخراج النزاع من سلطان القضاء للفصل فيه عن طريق التحكيم ، لأن ذلك المحل واحد لا يختلف من حالة إلى أخرى كما أنه لا محل للغلط في القيمة، لأن محل اتفاق التحكيم ليس قيمة مالية تقبل الزيادة أو النقصان[4].

إن أكثر حالات الغلط وقوعا في مسائل التحكيم، هو الغلط في شخص المحكم أو في صفة من صفاته[5] إلا أن الغلط في صفة المحكم أو علاقته بالطرف الآخر يصعب تصوره في التحكيم الذي تشرف عليه مراكز التحكيم، إلا أن هذه المراكز تتولى العملية التحكيمية عن طريق محكمين يتم اختيارهم من

---

[1]- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 396.

[2]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 339.

تنص المادة 65 من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر، على أنه «إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، أعتبر العقد مبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، والعرف، والعدالة».

[3]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 161.

[4]- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 403.

[5]- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 45.

قوائمها بواسطة طرفي التحكيم أو مركز التحكيم نفسه، وهذا لا يمنع من اكتشاف أحد طرفي التحكيم وجود علاقة بين الطرف الآخر وأحد المحكمين[1].

تجدر الإشارة أن الغلط الذي يعتد به لإبطال اتفاق التحكيم هو الغلط الذي يعاصر إبرام الاتفاق ولم يكن لاحقا عليه، وأن يكون الغلط حاسما مؤثرا وجوهريا.

كمالا يمكن تصور الغبن في اتفاق التحكيم، فقد يتصور استغلال ضعف في المتعاقد الآخر، إلا أنه لا يمكن تصور عدم وجود تعادل بين ما يأخذه أحد الأطراف وما يعطيه، ذلك أن شرط التحكيم محله نزع الاختصاص عن قضاء الدولة للفصل في النزاع وعرضه على التحكيم.

من ثم فإنه ينشئ التزامات متعادلة في مواجهة كل من الطرفين، إذ أن كل منها لا يلتزم بأكثر من عدم اللجوء إلى القضاء عند قيام النزاع، بمقابل اللجوء إلى التحكيم [2].

الفرع الثالث: المحل في اتفاق التحكيم

يقصد بالمحل في اتفاق التحكيم ما ينعقد رضا الطرفين عليه، شريطة أن يجوز تسويته عن طريق التحكيم[3]، إذ أن نظام التحكيم هو استثناء على الأصل العام، الذي مفاده اختصاص قضاء الدولة بالفصل في كافة المنازعات، باعتباره صاحب الولاية العامة في تحقق الحماية للحقوق والمراكز القانونية[4]، فالتحكيم يتحدد نطاقه بمنازعة معينة لا يتعداها، و هي تلك التي لا يجوز فيها الصلح[5].

فمحل اتفاق التحكيم هو النزاع أو الخلاف الذي نشأ أو يمكن أن ينشأ بين الأطراف، ويقصد بالنزاع تعارض بين مصلحتين قانونيتين أو أكثر، بسبب تعارض وجهات النظر القانونية حول وقائع النزاع أو القواعد القانونية الواجبة التطبيق بين شخصين أو أكثر[6].

للمحل بصورة عامة في كل العقود شروط يجب توافرها[7]، و هي أن يكون موجودا أو قابلا للوجود، وأن وأن

---

[1]- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 404.

[2]- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 407.

[3]- محمد طه سيد أحمد عاشور، المرجع السابق، ص 48.

[4]- محمد طه أحمد عاشور، المرجع السابق، ص 48.

[5]- عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 90.

[6]- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق، ص 127.

[7]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 322.

يكون معينا أو قابل للتعيين، وأن يكون مشروعا[1].

يجب عند تحديد موضوع اتفاق التحكيم التفريق بين إذا كان اتفاق التحكيم أبرم في صورة مشارطة تحكيم أو شرط تحكيم، فإذا كان اتفاق التحكيم قد تم بموجب مشارطة تحكيم، هذا يعني أن الاتفاق كان بمناسبة نزاعا قائما ومحققا بالفعل لحظة انعقاد الاتفاق[2].

في هذه الحالة يكون موضوع النزاع معروفا، ويمكن تحديده بدقة، كما يسهل تحديد المهمة الموكول بها إلى المحكمة أو المحكمين، وتحديد البيانات اللازمة لحسم النزاع، أين يتم تحديد موضوع النزاع في مشارطة التحكيم بمعرفة الطرفين المحتكمين معا، كما يمكن الاكتفاء بتحديد النزاع بشكل عام دون تفصيل أوجه النزاع[3].

أما إذا كان اتفاق التحكيم على شكل شرط تحكيم، فهذا يعني أن إبرامه كان قبل حدوث أو نشوء النزاع بين الأطراف، و يتم صياغة هذا الشرط في شكل نص عام لا يحدد فيه النزاع بصورة كافية كأن يقال «***أن جميع المنازعات التي ستنشأ عن تنفيذ العقد يتم حلها عن طريق التحكيم***»[4].

إن المحكم أو المحكمين ملزمين بالفصل في المنازعة موضوع اتفاق التحكيم، والالتزام بحدود تلك الولاية الاستثنائية، فإن خرجوا عليها، كان حكمهم في هذا الصدد باطلا[5].

كما يشترط في محل اتفاق التحكيم أن يكون مشروعا، مما يجوز التحكيم فيه، وتتفق معظم التشريعات الوطنية على استبعاد المسائل المتعلقة بالنظام من نطاق التحكيم، ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والنفقة ...الخ[6].

وقد قصدت تلك التشريعات عدم إجازة التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أن تخضع لرقابة وإشراف السلطة العامة التي يهمها أن تسري عليها قواعد عامة وموحدة[1].

---

[1]- تنص المادة 93 من القانون المدني الجزائري السالف الذكر، على أنه «إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا».

[2]- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 74، عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق، ص 182.

[3]- محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص 126.

[4]- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 74، محسن جميل جريح، المرجع السابق، ص 71.

[5]- محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص 124.

[6]- تنص المادة 1006/2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر على أنه «لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم»

الفرع الرابع: مشروعية السبب في اتفاق التحكيم

يجد اتفاق التحكيم سببه في إرادة الأطراف لاستبعاد طرح النزاع على القضاء وتفويض الأمر للمحكمين وهذا سبب مشروع دائما و لا يتصور عدم مشروعيته، إلا إذا ثبت أن المقصود من التحكيم هو التهرب من أحكام القانون الذي كان سيتعين تطبيقه لو طرح النزاع على القضاء نظرا لما يتضمنه من قيود والتزامات يراد التحلل منها[2]، وهو ما يمثل حالة من حالات الغش نحو القانون[3].

المطلب الثاني: الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم

تتمثل الشروط الشكلية اللازمة لصحة اتفاق التحكيم في ضرورة أن يكون مكتوبا، وأن يكون عدد المحكمين فيه وترا.

الفرع الأول: كتابة اتفاق التحكيم

أجمعت مختلف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم بما فيها المشرع الجزائري، على اشتراط قاعدة شكلية لصحة اتفاق التحكيم وهي الكتابة[4]، أين اشترط المشرع الجزائري الكتابة لوجود شرط التحكيم وإلا كان باطلا[5]، وسواء ورد في العقد الأصلي أو في اتفاق لاحق[6].

أما بالنسبة لمشارطة التحكيم فالكتابة شرطا لوجودها وليس شرطا لإثباتها، أين يمكن إثباتها بمحضر يوقعه المحكم و الأطراف[7]، تتمثل أهمية التفرقة بين اشتراط الكتابة كشرط انعقاد وبين كونها شرط إثبات، أنه في الحالة الأولى فإن تخلفها يترتب عليه بطلان الاتفاق، على خلاف الحالة الثانية[8].

---

[1]- لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 63.

Et voir, « Dans toute société, il est parfaitement compréhensible que le législateur estime ne pas devoir abandonner le règlement de certains types de litiges à ce mécanisme privé qu'est l'arbitrage», cité par Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, op.cit, p 346.

[2]- محمد طه سيد أحمد عاشور، المرجع السابق، ص 50.

[3]- محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص 64.

[4]- ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 386.

[5]- لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 67.

[6]- تنص المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر على أنه «يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو الوثيقة التي يستند إليها».

[7]- لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 68..

[8]- محمد طه سيد أحمد عاشور، المرجع السابق، ص 41.

الفرع الثاني: العدد الوتري للمحكمين

نصت أغلب التشريعات على أن يكون عدد المحكمين وترا، فتكون الهيئة مكونة من محكم واحد أو ثلاثة أو خمسة...الخ، وهذا ما أكد عليه المشرع المصري بمقتضى المادة 15 والمشرع الفرنسي في قانون المرافعات الجديد بمقتضى المادة 1453، وكذا المشرع الجزائري[1].

النتائج و التوصيات

يعتبر اتفاق التحكيم ركنا جوهريا لنظام التحكيم والسبب المباشر له، فهو تصرف قانوني إرادي يتم باتفاق الطرفين كسائر العقود أيا كان الصورة التي يتخذها، من ثم يجب أن يتوافر له أركانه من أطراف وحل وسبب، كما يتطلب لصحته أن يكون مكتوبا بأي طريقة من طرق الكتابة المعروفة.

من ثم توصلنا إلى التوصيات التالية:

- ✓ التعريف بالتحكيم وفوائده ونشر ثقافة التحكيم من خلال عقد ندوات وجلسات قانونية.
- ✓ إنشاء معاهد ومراكز متخصصة في عملية التحكيم، والعمل على تكوين محكمين متخصصين.
- ✓ في حالة إبرام اتفاق التحكيم في شكل شرط تحكيم، ينصح الأطراف على إحالة جميع المنازعات التي سوف تنشأ بينهم على التحكيم دون حصر لتلك المنازعات، لأنه قد تحدث خلافات في حالة حدوث نزاعات لم يتم النص عليها في شرط التحكيم، مما يؤدي إلى اللجوء إلى القضاء لفض ذلك الخلاف، وبذلك لا يتحقق الغرض من اللجوء إلى التحكيم وهو حل النزاعات بعيدا عن ساحة القضاء.
- ✓ ينصح الأطراف بإبرام اتفاق التحكيم في صورة مشارطة تحكيم فإنها تعد أفضل بكثير من شرط التحكيم، إذ أنه من خلال مشارطة التحكيم يستطيع الأطراف تقدير مدى أهمية النزاع وكذا أهمية اللجوء إلى التحكيم لفض نزاعاتهم بعيدا عن ساحة القضاء، ويكون اختيارهم بعد إدراكهم لأمور منازعاتهم وتقديرها تقديرا جيدا بناءا

[1]- تنص المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية السالف الذكر على أنه «تشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي».

على إرادة صحيحة،كما أنه بمقتضى مشارطة التحكيم يتفق الأطراف على جميع المسائل التي تتعلق بسير إجراءات التحكيم، وبالتالي تكون مشارطة التحكيم أكثر دقة في تحديد نظام التحكيم لأنها تتعلق بنزاع قائم بالفعل، على عكس شرط التحكيم.

قائمة المصادر والمراجع

1- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 1998.

2- ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 وتعديلاته، دار النهضة العربية، القاهرة 2016.

3- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.

4- محمود السيد التحيوى، العنصر الشخصي لمحل التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.

5- أحمد خليل، قواعد التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.

6 - فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، .2007

7- عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية دار الفكر الجامعي الإسكندرية، .2003

8- يوسف حسن يوسف التحكيم الدولي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011.

9- حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.

10- محمد طه سيد أحمد عاشور، اتفاق التحكيم وإجراءات الخصومة التحكيمية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، .2017

11- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2008.

12- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2008.

13- محمد طه سيد أحمد عاشور، اتفاق التحكيم و إجراءات الخصومة التحكيمية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.

14- أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

15- شحاته غريب الشلقامي، إشكالات اتفاق التحكيم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2015.

16- عبد الكريم أحمد أحمد الثلاياء، تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2014.

17- محمود السيد عمر التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2008.

18- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، دار الهدى، عين مليلة، 2007.

19- Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec éditions, Paris, 1996.

20- Eric LOQUIN,L'arbitrage du commerce international, Lextenso éditions, Joly éditions Issy- les-Moulineaux, 2015.