

## اتفاق التحكيم

د/العرباوي نبيل صالح، أستاذ محاضر " أ "   
 كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بشار (الجزائر)

## المخلص:

يعتبر التحكيم نظام قانوني يتم بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص من الغير يستمدون سلطتهم من إتفاق أطراف النزاع. و أصبح التحكيم حاليا من أهم الوسائل القانونية التي أتسع نطاقها، حتى أعترف بها و تم تنظيمها قانونا في معظم دول العالم، على الرغم من اختلاف أنظمتها القانونية و ظروفها الاقتصادية و ذلك بغية تحقيق العدالة بين أطراف النزاع. كما تزايد اللجوء إلى التحكيم في الآونة الأخيرة سواء بالتجارة الدولية أو الداخلية، و لعل السبب الرئيسي في ذلك يرجع إلى أن التحكيم يمثل إرادة أطرافه سواء في اختيار المحكمين أو مكان التحكيم أو القانون الواجب التطبيق على النزاع.

## Abstract:

Instead of taking their quarrels to court, it that individual sometimes turn to other people in order to arbitrate a dispute.

Hence, arbitration is a simple procedure to resolve a dispute without going to court, entrusting the dispute to one or more individuals chosen by the parties. It is a private and profitable justice done in compliance with the principles of law.

The development and use of arbitration as a normal way of resolving disputes in international trade relations have become commonplace in the contemporary legal discourse. Doctrine and jurisprudence claim without the situation that international commercial arbitration offer, given its particular characteristics, a more flexible legal framework and appropriate to the assessment and resolution of disputes arising in international trade relations than the one offered by state courts. Unlike the judicial process, contractual foundation of arbitration allows parties to control several aspects of the procedure, including the appointment of arbitrators and choice of law applicable to the procedure and substance of the dispute.

**Keywords:** arbitration – dispute resolution – international trade – state courts – law

## مقدمة:

يعتبر التحكيم من أهم الظواهر القانونية المعاصرة، ومن أهم الوسائل القانونية التي إتسع نطاقها حتى تم الاعتراف بشرعيته من كافة أفراد الجماعة الدولية على اختلاف أوضاعها الاقتصادية.

ويؤكد ذلك اللجوء المتزايد بين المتعاقدين سواء على مستوى التجارة الدولية أو الداخلية في حل نزاعاتهم عن طريق التحكيم. إن خصوصية التحكيم باعتباره أداة لتحقيق العدالة تكمن من كونه أداة اتفاقية، فالاتجاه إلى التحكيم رهين بإرادة أطرافه سواء في اختيار الشخص أو هيئة التحكيم أو القانون الواجب التطبيق على النزاع<sup>1</sup>.

ولهذه الاعتبارات اهتمت الدول الغربية ومن بعدها العربية بالتحكيم، وعنيت بوضع تنظيم قانوني للتحكيم، يتناول الاتفاق عليه ويحدد المنازعات التي يجوز طرحها أمامه، ويبسط كيفية اختيار القواعد الإجرائية التي يسير عليها. ومن الدول من خصص للتحكيم قوانين مستقلة مثل مصر التي أصدرت قانون التحكيم رقم 27 سنة 1994. ومنها من خصص له بابا من أبواب قانون الإجراءات المدنية مثل قانون الإجراءات المدنية والإدارية لدولة الجزائر وفرنسا ولبنان.

كما عني المجتمع الدولي بمسألة تنظيم التحكيم في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية، وقد ظهرت بوادر هذا الاهتمام منذ نهاية الحرب العالمية الأولى. حيث ثم إيرام بروتوكول جنيف لعام 1923م في شأن شروط التحكيم، واتفاقية جنيف لعام 1927م الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم.

ولعل أهم هذه الاتفاقيات هي اتفاقية نيويورك لعام 1958م، بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، والتي انضمت إليها الجزائر بتحفظ بعد التصديق على أحكامها سنة 1988م<sup>2</sup>. كذلك قامت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية بإعداد قواعد التحكيم الدولي تحمل اسمها (Uncitral).

وإلى جانب التنظيمات الدولية والوطنية، فقد اتخذ الاهتمام بالتحكيم منحى آخر، تمثل في إنشاء مراكز التحكيم سواء على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي، ولكل من هذه المراكز نظامه الخاص .

ويعد الاتفاق على التحكيم المرحلة الأولى من المراحل التي تمر بها عملية التحكيم، فيعتبر إتفاق التحكيم انطلاقاً عملية التحكيم. وثور مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم أول ما تثار أمام المحكم، إذ عليه قبل أن يبدأ في عملية التحكيم أن يتأكد من صحة الاتفاق عليه و نفاذه، على اعتبار أن ولايته منوطة بهذا الاتفاق.

#### - شرط التحكيم ومشاركة التحكيم.

يأخذ الاتفاق على التحكيم إحدى صورتين شرط التحكيم أو مشاركة تحكيم، فكل من شرط التحكيم ومشاركة التحكيم يعتبر اتفاقاً على التحكيم. وشرط التحكيم (la clause compromissoire) هو اتفاق بين طرفين على أن ما قد ينشأ بينهما من نزاع بشأن علاقة قانونية معينة يفصل فيه بواسطة التحكيم.<sup>3</sup>

ويرد الشرط عادة في نفس العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية، وبالتالي فإن شرط التحكيم إنما يقصد منه تنازل المتعاقدين مسبقاً، وقبل نشوء النزاع عن مراجعة المحاكم والتزامها بعرض الخلاف على المحكمين.<sup>4</sup> وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن "شرط التحكيم هم الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم."

أما مشاركة التحكيم (le compromis) هي الاتفاق الذي يتم بين طرفين بعد قيام النزاع بينهما لعرض هذا النزاع على التحكيم. ولقد أجازته المشرع صراحة في نص المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم". والمميز لمشاركة التحكيم هي أنها تتم بعد نشأة النزاع فنشأة النزاع مفترض ضروري لصحة مشاركة التحكيم.

وبذلك فإن اتفاق التحكيم طبقاً للقانون الجزائري يتخذ إما في صورة شرط التحكيم والذي يكون في عقد متصل بشأن النزاعات التي قد تنشأ بين الطرفين المتعاقدين، ويثبت شرط التحكيم بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها،<sup>5</sup> أو في صورة مشاركة التحكيم.

لذلك سنركز دراستنا هذه على معالجة القانون المنظم لاتفاق التحكيم (المبحث الأول)، ومفهوم الاتفاق على التحكيم (المبحث الثاني). و شروط صحة الاتفاق (المبحث الثالث)، وأثار التحكيم (المبحث الرابع).

#### المبحث الأول: القانون المنظم لاتفاق التحكيم.

اتفاق التحكيم يخضع بالضرورة للقواعد العامة في العقود التي أودعها المشرع في القانون المدني، بالإضافة إلى ما قد تفرضه خصوصيته على قواعد ينفرد بها، غير أن القانون المدني ما زال حتى الآن لا يعالج هذا الاتفاق بالدراسة.

ولعل السبب الرئيسي في ذلك هو تعلق اتفاق التحكيم بقانون الإجراءات المدنية، على اعتبار أنه يرد على كيفية أداء الوظيفة القضائية. واتفاق التحكيم كغيره من الاتفاقيات لا بد أن يستند إلى قانون معين ينظمه ويمده بقوته الملزمة ويحدد آثاره ومصيره.<sup>6</sup>

وتثور مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم أول ما تثور أمام المحكم، إذ عليه قبل أن يمضي في التحكيم أن يتأكد من صحة الاتفاق عليه ونفاذه. فالمحكم يتصدى للمسألة بناء على دفع ببطان الاتفاق على التحكيم لتعلقه بمسألة غير قابلة للتحكيم، أو على دفع بانتهاج إجراءات التحكيم لانتهاء المدة المحددة له قانونا. ومسألة تحديد القانون الواجب التطبيق قد تثور أمام القاضي عندما يتمسك المدعى عليه بوجود اتفاق التحكيم. فيدفع المدعي ببطان اتفاق التحكيم أو بعدم نفاذه في حقه، كما قد تثور هذه المسألة أثناء صدور حكم التحكيم ورفع دعوى من أجل الحصول على أمر بتنفيذه.

فإذا كانت العلاقة وطنية، جميع أطرافها في دولة واحدة، فإن اتفاق التحكيم يخضع لقانون هذه الدولة. أما إذا كانت هذه العلاقة تتضمن عنصرا أجنبيا، فهنا يحدد القانون الواجب التطبيق على أساس قواعد الإسناد المختصة. وسندرس في هذا المبحث إلى تطبيق قانون الإرادة (أولا)، ثم إلى قانون مكان التحكيم (ثانيا).

**أولا: تطبيق قانون الإرادة.**

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن العقود تخضع لقانون الإرادة، ومن تم يحق للمتعاقدين اختيار القانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم، مثله في ذلك مثل العلاقة الأصلية التي يكون النزاع المحكم فيه قد نشأ عنها.<sup>7</sup> ويمكن للمتعاقدين أن يختاروا قانونا آخر غير القانون الذي يحكم هذه العلاقة. فإذا لم يكن هناك اتفاق على القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، فعلى المحكم أن يلجأ إلى إعمال الضوابط القانونية التي تنص عليها قواعد الإسناد كقانون الدولة التي تم فيها العقد أو قانون مكان التنفيذ.<sup>8</sup>

وقد تبنى المشرع الجزائري قاعدة إرادة الأطراف في تحديد القانون الذي ينظم اتفاق التحكيم. حيث تنص المادة 18 من القانون المدني على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي ينبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر".

ونفس الحكم أخذت به اتفاقية نيويورك في شأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، حيث تنص المادة الثانية من الاتفاقية على أنه "تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب التي 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 لمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم".

وكذلك ما تضمنته الفقرة الأولى من المادة الخامسة والتي تقضي بأنه "لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم السلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على عدم صحة اتفاق التحكيم وفقا لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق".<sup>9</sup>

كما تضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية إخضاع اتفاقية التحكيم لقانون إرادة الأطراف وذلك طبقا للمادة 1040 الفقرة الثالثة، حيث تقضي على أنه "تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما".

وخلاصة ذلك أنه يمكن الأطراف أن يضعوا تنظيما خاصا وقواعد تواجه ما قد ينشأ من منازعات، هم الأقدر على تصورها وعلى وضع ما يلائمها من حلول لا تجد مصدرها في قانون معين، وإنما في إرادة الأطراف مباشرة.<sup>10</sup>

وقد نتج إرادة الأطراف إلى اختيار قانون دولة معينة، ليكون الفصل في النزاع وفقا لما تضمنه هذا القانون من قواعد، ونص المادة السابق جاء طليفاً يتمشى خاصة مع عقود التجارة الدولية، لأنه لا يمكن تصور تطبيق قانون أجنبي على علاقة تعاقدية بين أشخاص داخل إقليم دولة يدور النزاع فيها في إطار علاقة محلية.<sup>11</sup>

وقد حرص المشرع الجزائري في حالة اختيار الأطراف لقانون معين على انصراف هذا الاختيار إلى القواعد الموضوعية التي يتضمنها هذا القانون، ولا تطبق القواعد الخاصة بتنازع القوانين إلا إذا عبر الأطراف عن نيتهم في إلزام هيئة التحكيم باختيار القانون الذي تشير إليه قواعد النزاع الواردة في القانون الذي تم اختياره.<sup>12</sup>

كما أن المشرع الجزائري أخذ باحترام مبدأ سلطان الإرادة في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، وقد سائر في ذلك ما تضمنته الاتفاقيات الدولية<sup>13</sup>. أما في التحكيم الداخلي تنص المادة 1023 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "يفصل المحكمون وفقا لقواعد القانون" ونفس الحكم أقرته المادة 1034 من نفس القانون.<sup>14</sup>

**ثانياً: قانون مكان التحكيم.**

يرى هذا الاتجاه أن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو قانون مقر التحكيم، أخذاً بمبدأ خضوع الإجراءات لقانون محل التقاضي. فالتحكيم طبقاً لهذا الاتجاه هو صورة من صور التقاضي، فإذا كانت إجراءات التقاضي تخضع لقانون محل التقاضي، فإن اتفاق التحكيم يخضع بدوره لقانون مقر التحكيم.<sup>15</sup>

وتطبيق قانون مكان التحكيم يفترض أن الأمر يتعلق بتحكيم دولي، أما التحكيم الداخلي فهو يخضع لنصوص القانون الوطني المنظم لإجراءات التحكيم.

وترداد أهمية مكان التحكيم إذا تعلق الأمر بتحكيم يخضع لاتفاقية نيويورك، حيث تقضي المادة الثالثة من هذه الاتفاقية على أنه تعترف كل دولة بحجية حكم التحكيم وتقر تنفيذه وفقاً لقواعد الإجراءات السارية في الدولة التي يطلب تنفيذ الحكم فيها.

إلا أن تطبيق قانون مكان التحكيم مرتبط دائماً بإرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية، ويمكن أن يترك للمحكم أو لهيئة التحكيم اختيار القانون الواجب التطبيق، والتي لا يكون اختيارها للمكان منصرفاً بالضرورة إلى تطبيق قانون هذا المكان ليحكم إجراءات التحكيم.<sup>16</sup>

فقانون مكان التحكيم هو أساس احتياطي، ويقضي ذلك أن نترك الأمر ابتداءً لاتفاق الأطراف على أن نلجأ إلى قانون مكان التحكيم في حالة عدم الاتفاق.

#### -حالات سريان القانون الجزائري على إجراءات التحكيم:

إن القانون الجزائري قد يطبق على التحكيم باعتباره مكان التحكيم، وذلك حين يجري التحكيم في الجزائر، سواء كان التحكيم وطنياً أو دولياً ما دام تم في الجزائر سواء باتفاق الأطراف أو باختيار هيئة التحكيم.

كما يطبق القانون الجزائري على التحكيم الذي يجري خارج الجزائر إذا تم الاتفاق على تطبيقه من قبل الأطراف ليحكم إجراءات التحكيم. كما يسري القانون الجزائري على التحكيم الدولي الذي يجري في الجزائر باعتباره القانون واجب التطبيق، وفقاً لقواعد التنازع التي يطبقها القاضي الأجنبي المعروف عليه تنفيذ حكم التحكيم الصادر في الجزائر، وذلك في حالة عدم اختيار الأطراف القانون الذي يحكم الإجراءات.

**المبحث الثاني: مفهوم الاتفاق على التحكيم.**

تنص المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم"<sup>17</sup>. فاتفاق التحكيم هو عقد يتفق فيه الطرفان المتعاقدان على التنازل عن مراجعة القضاء العادي والاحتكام إلى محكم أو أكثر للفصل في نزاع محتمل أو نزاع قائم بينهما. فتوافق

إرادة الطرفين هو أساس التحكيم ومصدر سلطة المحكمين، سواء تعلق الأمر بالإجراءات أو بالنسبة للقانون الواجب التطبيق.<sup>18</sup>

ولمعالجة اتفاق التحكيم سوف نتعرض إلى العناصر الآتية: الاتفاق على اختيار هيئة التحكيم أو كيفية اختيارها (أولاً)، والاتفاق على الالتجاء إلى القضاء لمراجعة حكم التحكيم (ثانياً)، ثم نتعرض إلى تحديد موضوع النزاع (ثالثاً).  
**أولاً: الاتفاق المتضمن اختيار هيئة التحكيم أو كيفية اختيارها.**

إن الأطراف عندما تتجه إرادتهم إلى اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي تنشأ عن علاقة معينة، لا يكتفون بالتعبير عن إخراج النزاع عن سلطة القضاء. بل يجب عليهم الإفصاح عن عزمهم إخضاعه لسلطة قضاء خاص يحتكمون إليه. ويتعين الإشارة في اتفاق التحكيم إلى هيئة التحكيم التي تتولى مهمة الفصل في النزاع سواء بتسمية المحكم أو المحكمين بأسمائهم، أو كيفية تعيينهم.<sup>19</sup>

وطبقاً لنص المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنه يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم.

ويمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين، وفي غياب التعيين وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يأتي:<sup>20</sup>  
- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.  
- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.

#### ثانياً: الاتفاق على جواز الالتجاء إلى القضاء لمراجعة حكم التحكيم.

إن اختيار الأطراف اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي تنشأ بينهم، يفترض تخويل هيئة التحكيم المعنية اتفاقاً أو قضاء سلطة الفصل في النزاع وحدها، وقبول الأطراف بحكمها. لكن هل يؤثر سلبي على مفهوم اتفاق التحكيم، احتفاظ طرفيه بحق الالتجاء إلى القضاء في حالة رفضها حكم هيئة التحكيم، فالأمر هنا لا يكون متعلقاً باتفاق تحكيم بمعناه الصحيح، وإنما توفيق أو وساطة.<sup>21</sup>

وطرحت قضية على هذا النحو في ظل اتفاقية نيويورك، حيث وجدت علاقة عقدية بين شركة ألمانية وأخرى هولندية. وتضمنت شرطاً يقضي بالالتجاء إلى هيئة تحكيم، أضيف إليه النص على أنه "في حالة عدم قبول أحد الأطراف بحكم هيئة التحكيم يجوز له الالتجاء إلى القضاء". وعندما ثار النزاع بين الطرفين، قامت الشركة الألمانية برفع الدعوى مباشرة أمام القضاء الألماني. تمسكت الشركة الهولندية بعدم جواز نظر الدعوى أمام القضاء الألماني لوجوب عرض النزاع أولاً على التحكيم. وقد أقرت محكمة هيد ليرج في حكمها الصادر بتاريخ 23 أكتوبر 1972م وجهة نظر الشركة الألمانية على أساس أن اتفاق التحكيم الذي يمنح اختصاص المحكمة هو الاتفاق الذي يقطع باختصاص هيئة التحكيم وحدها.<sup>22</sup>

ووفقاً لما ذهبت إليه المحكمة الألمانية فإنه لا يوجد اتفاق التحكيم بالمعنى الصحيح إذا اتفق الأطراف على الاحتفاظ بحقهم في اللجوء إلى القضاء إذا لم يقبلوا حكم هيئة التحكيم.

#### ثالثاً: أن يتضمن اتفاق التحكيم محل النزاع.

يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحديد النزاع المتفق على التحكيم فيه ناشئاً عن علاقة قانونية محددة، وذلك بقصد استبعاد الصورة التي يتفق فيها بين الأطراف على حل كافة النزاعات التي قد تنشأ بينهم بصفة عامة بطريق التحكيم. وهذا الأمر يتماشى مع ما تضمنته اتفاقية نيويورك، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية منها على أنه: "

تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب التي 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".

فالاتفاق على التحكيم يجب أن يكون منصبا على المنازعات الناشئة عن علاقة قانونية قائمة بالفعل، بحيث لا يتصور أن يتفق على التحكيم بالنسبة لعلاقات لم تنشأ بعد اتفاقا صحيحا.<sup>23</sup>

#### المبحث الثالث: شروط صحة اتفاق التحكيم.

لما كان اتفاق التحكيم هو عقد فإنه يتوجب أن يتوفر فيه الشروط الموضوعية لصحة العقود ابتداء وهي التراضي والأهلية، المحل والسبب. وأن يكون التراضي صحيحا بأن تكون إرادة كل من الطرفين صادرة من ذي أهلية وخالية من الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال. وأن يكون السبب موجودا ومشروعاً<sup>24</sup>. وتكتفي هنا بدراسة اتفاق التحكيم من حيث أطراف التحكيم (أولا)، والمحكم (ثانيا)، والمحكوم فيه أي موضوع النزاع (ثالثا).

**أولا: الشروط الخاصة بأطراف التحكيم.**

لا ينعقد العقد إلا باتفاق الطرفين، وانعقاد العقد يفترض بهذه المثابة رضاء كل من المتعاقدين، ويشترط بالنسبة للطرفين توافر الأهلية. فالأهلية اللازمة فيمن يبرم اتفاقا على التحكيم هي أهلية التصرف، بمعنى ضرورة توافر أهلية الأداء في طرفي التحكيم.<sup>25</sup>

ذلك أن الاتفاق على التحكيم يعني التنازل عن رفع النزاع إلى قضاء الدولة، وهو ما قد يعرض الحق المتنازع عليه للخطر. وتطبيقا لهذا الشرط لا يجوز لعديم الأهلية أو للقاصر ما لم يكن مأذونا له بالإدارة إبرام عقد تحكيم. ونظرا لأن أهلية الأداء تخضع للقانون الشخصي لأطراف التحكيم وليس قانون التحكيم. فإن التشريع الجزائري نص على ذلك صراحة بالمادة 1/10 من القانون المدني والتي تنص على أنه: "يسري على الحالة المدنية الأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها جنسيتهم".

وفي شأن ركن التراضي في اتفاق التحكيم، فإنه يشترط تطابق إرادتين واتجاههما إلى ترتيب آثار قانونية تبعا لمضمون ما اتفق عليه. فلا بد من إيجاب وقبول يتلاقيان على اختيار التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات التي تنشأ بشأن العلاقة الأصلية. وإذا تعلق الأمر بشرط تحكيم، فيجب التحقق من تطابق إرادة الأطراف كأحد شروط العقد.<sup>26</sup>

ويستلزم القانون الجزائري الكتابة كشرط لوجود شرط التحكيم وإلا كان باطلا، ولكن يستوي أن ترد كتابة شرط التحكيم في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها وذلك طبقا للمادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

كما يشترط المشرع الجزائري تحديد المحكم أو المحكمين، أو تحديد كفاءات تعيينهم وإلا بطل الشرط<sup>27</sup>. ونجد أن شرط تسمية المحكمين ما زال قائما هذا بالنسبة للتحكيم الداخلي، أما التحكيم الدولي فلا يخضع للنصوص المنظمة لهذا التحكيم.

وما تجدر الإشارة إليه أن شرط التحكيم لا يكون إلا في المسائل التجارية، أما المسائل المدنية فالأصل بطلان شرط التحكيم إلا إذا نص القانون على إجازته.<sup>28</sup>

أما بالنسبة لاتفاق التحكيم "مشارطة التحكيم" فالكتابة شرط لإثباتها وليس لوجودها وذلك يستنتج من نص المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفقرة الأولى والتي تنص على أنه "يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا". ولم يستلزم المشرع الجزائري ذكر بيانات معينة في مشارطة التحكيم ما عدا ذكر موضوع النزاع وأسماء المحكمين. لأن المشارطة هي اتفاق تحكيم لاحق على قيام النزاع، مما يتحتم معه تحديد لكافة المسائل المراد عرضها على التحكيم، ويترتب على عدم ذكر وتحديد موضوع النزاع البطلان.

**ثانيا: تشكيل هيئة التحكيم (المحكمن).**

رغم أن حكم التحكيم يعتبر عملا قضائيا فإنه يتميز بأن من يصدره ليس قاضيا معيناً من الدولة ضمن تنظيمها القضائي، وإنما يصدر من شخص يتم اختياره بالنسبة لكل تحكيم على حدة يسمى المحكم. ويعرف المحكم على أنه الشخص الذي يعهد إليه بفض النزاع بين الطرفين أو أكثر، ويكون له الحق في النظر في النزاع وإصدار الحكم<sup>29</sup>. ويمكن أن تتكون هيئة التحكيم من شخص واحد أو عدة أشخاص، ويستلزم أن يكون العدد فردي، وقد عالج المشرع الجزائري ذلك صراحة فتنص المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "تشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي".

فكافة التشريعات تتفق على منح طرفي الاتفاق على التحكيم الحرية الكاملة في اختيار هيئة التحكيم. وفي حالة عدم اتفاق الأطراف أو في حالة صعوبة تعيين المحكمين فيوكل الأمر للمحكمة المختصة التي يجري التحكيم في دائرة اختصاصها إذا تعلق الأمر بتحكيم داخلي، ولمحكمة الجزائر في حالة التحكيم التجاري الدولي. ويلزم أن يكون المحكم متمتعاً بالأهلية وألا يتعرض إلى عارض يؤدي إلى الحجر عليه، إضافة إلى تمتعه بحقوقه المدنية<sup>30</sup>. ويتعين على المحكم أو المحكمون إعلان قبولهم بالمهمة المسندة إليهم، كما يجب على المحكم الكشف عن أي ملاسبات أو ظروف تشكك في حياده أو استقلاله. وإذا علم المحكم أنه قابل للرد، يخبر الأطراف بذلك ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم (المادة 1015 الفقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

ويجب توافر هذه الشروط سواء كان المحكمون على اختيار الأطراف أو القضاء، ويلزم أن يكون المحكمين من الأشخاص الطبيعيين، فإذا عينت اتفاقية التحكيم شخصا معنويا تولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم، وقد عالج المشرع الجزائري هذا الفرض بنص صريح في المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفقرة الثانية.

**ثالثا: الشروط الخاصة بموضوع النزاع محل التحكيم.**

يشترط أن يكون محل التحكيم من المسائل التي يجوز فيها التحكيم، فالمهم أن يكون النزاع حول علاقة قانونية معنية سواء كانت عقدية أو غير عقدية. ونص المشرع الجزائري على ضرورة كون موضوع النزاع مما يجوز فيه التحكيم بالمادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على أنه "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها".

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص أهليتهم".

والمسائل التي لا يجوز التحكيم فيها هي التي تتعلق بالأحوال الشخصية و الجنسية والمسائل التي لا يجوز الصلح فيها وهي التي تتعلق بالنظام العام.<sup>31</sup>

وتؤكد الاتفاقيات الدولية منها اتفاقية نيويورك لعام 1958 على عدم الاعتراف باتفاقيات التحكيم إلا إذا كان موضوع النزاع مما يجوز تسويته عن طريق التحكيم، وذلك طبقاً لنص المادة الثانية من الاتفاقية التي تنص على أنه "تتعترف كل دولة ... بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم".

**المبحث الرابع: آثار الاتفاق على التحكيم.**

يترتب على التحكيم أثران هامان، أحدهما سلبي والآخر إيجابي. أما عن الأثر السلبي فهو حرمان أطراف العقد من اللجوء إلى القضاء بصدد النزاع الذي اتفقوا على إخضاعه لنظام التحكيم. أما عن الأثر الإيجابي فهو فض المنازعة بطريق التحكيم والاعتداد بالحكم الصادر فيه. وسوف ندرس في هذا المبحث أثر اتفاق التحكيم على المحكم (أولاً)، وأثره في مواجهة أطرافه (ثانياً).

**أولاً: أثر اتفاق التحكيم على المحكم.**

ينشئ اتفاق التحكيم التزاماً سلبياً متبادلاً على عاتق كل من طرفيه بالامتناع عن الالتجاء إلى القضاء للفصل في النزاع المحكم فيه. وهذا الالتزام هو التزام إرادي، فإذا ما أحل أحد الطرفين به ورفع دعواه إلى القضاء كان الطرف الآخر أن يدفع هذه الدعوى بسبق الاتفاق على التحكيم.<sup>32</sup>

غير أن دور القضاء لا يستبعد بصفة نهائية في الخصومة التحكيمية، حيث تظل المحكمة المختصة لتقديم للخصوم المحتكمين أحكاماً يتطلبها الفصل في النزاع لسير الإجراءات القانونية، من ذلك إيداع حكم التحكيم قلم كتاب المحكمة من أجل تنفيذه وإمهارة بالصيغة التنفيذية.<sup>33</sup>

فاتفاق التحكيم يترتب عليه عدم جواز رفع الدعوى أمام المحكمة، كما يتعين على المحكمة المختصة بنظر النزاع أن تحكم بعدم قبول الدعوى.

**- جواز نزول المدعي عليه عن التزام خصمه بعدم الالتجاء إلى القضاء.**

إن الفقه والقضاء متفق على أن المحكمة المختصة لا تملك الحكم بعدم القبول من تلقاء نفسها، بل يجب أن يثار هذا الدفع من أحد الخصوم بوجود اتفاق التحكيم، ذلك أن سكوت المدعي عليه عن الدفع بالاتفاق عن التحكيم، واستمر في الدعوى وقدم طلبات ودفع في الموضوع فإنه يعد تنازلاً عن اتفاق التحكيم.

ويكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تتار من أحد الأطراف.<sup>34</sup>

ويلاحظ في هذا الشأن أنه يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك. غير أنه في حالة عدم تنفيذ هذا التدبير يجوز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ومن ثم فالالتجاء إلى القضاء المستعجل طلباً لإجراء عاجل لا يعتبر نزولاً ضمناً عن التحكيم.

**ثانياً: أثر اتفاق التحكيم على الأطراف.**

يلزم العقد طرفيه، ومن تم فاتفاق التحكيم يلزم الأطراف الذين تتشأ بينهم، سواء كانوا اثنين أو أكثر. وإذا كان الأصل ألا يلزم العقد سوى من يكون طرفاً فيه وذلك تطبيقاً لقاعدة نسبية أثار العقد، إلا أنه يسري في مواجهة أشخاص لم يكن أطراف في اتفاقية التحكيم، وذلك في الحالات الآتية:

1- الأصل هو أن يلزم العقد الخلف العام لكل من المتعاقدين، فالخلف العام يأخذ أحكام الطرف بالنسبة للتصرف الذي أبرمه سلفه. فإذا توفي أحد المتعاقدين انتقلت الحقوق الناشئة له عن العقود التي يكون قد أبرمها قبل وفاته إلى ورثته وإلى من يكون قد أوصى له بحصته في تركته.<sup>35</sup>

وانصراف أثر اتفاق التحكيم إلى الخلف العام لا يتعلق بالنظام العام، وبالتالي يجوز لطرفي اتفاق التحكيم أن يضيفا عليه طابعاً شخصياً، فينصان في الاتفاقية على اقتصار أثره عليهما وحدهما دون الخلف العام لأي منهما، وفي هذه الحالة ينقضي اتفاق التحكيم مع العقد الأصلي نتيجة الوفاة.<sup>36</sup>

2- أما عن انتقال أثار اتفاق التحكيم إلى الخلف الخاص، فانتقالها إليه يفترض انتقال أثار العقد الأصلي إليه سواء بمقتضى الاتفاق أو القانون. ويشترط لسريان هذا الاتفاق أن تكون الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص على علم بها وقت الاستخلاف.<sup>37</sup>

3- الأصل أن الغير لا يمكن أن ينصرف إليه أثر العقد حقا كان أو التزاماً، غير أن الغير قد تربطه صلة ما بأحد أطراف اتفاق التحكيم. ويعتبر طرفاً في التحكيم في حالات أربعة رئيسية هي حالة العقد الجماعي وحالة المجموع العقدي، وحالة العقود التي يبرمها من يظهر بمظهر صاحب الحق، وحالة المرسل إليه في عقد النقل، وسوف نتعرض إلى هاته الحالات باختصار:



أ- العقد الجماعي هو عقد يربط مجموعة من الأفراد بصفتهم الجماعية بفرد أو مجموعة أخرى من الأفراد. وهذا العقد ينصرف أثره إلى من اشترك في إبرامه من أفراد المجموعة، وإلى سائر أفرادها حتى من لم يشترك منهم في إبرامه، ومثال ذلك عقد الصلح الوافي من الإفلاس الذي ينعقد بين المدين التاجر وبين جماعة الدائنين.<sup>38</sup>

ب- المجموع العقدي هو اجتماع عدة عقود حول محل واحد تتعاقب عليه ويكون محلا لكل منها، أو حول غرض واحد يصوغ أحدهما الالتزامات المحققة له، وتساهم الأخرى في تنفيذ هذه الالتزامات أو تساعد عليه أو تقدم الضمان اللازم لتمام تنفيذه.<sup>39</sup>

ونفترض استنادا إلى فكرة المجموع العقدي عملا في إطار الشركات التي تنظمها مجموعة واحدة، عندما تبرم هذه الشركات عقودا مع الغير تتعلق كلها بعملية اقتصادية واحدة، فهنا يتضمن العقد الأساسي وجود اتفاق التحكيم وتبقى المشكلة بين الغير وأفراد المجموعة حول امتداد اتفاق التحكيم إلى العقود التي تربط الغير ببقية أفراد المجموعة، على الرغم من عدم وجود نص يشير إلى وجود اتفاق.<sup>40</sup>

وقد ذهب قضاء التحكيم الدولي في امتداد اتفاق التحكيم الوارد في العقد المبرم مع أفراد المجموعة إلى العقود المبرمة مع باقي أفراد المجموعة، والسبب في ذلك هو إرادة الأفراد الذين تجمعهم رابطة واحدة وهدف اقتصادي واحد يخصهم جميعا.<sup>41</sup>

ج- قد يدعي شخص مركزا قانونيا معيناً يوحى الظاهر بوجوده لكنه في الواقع غير موجود، فإذا تعاقد شخص حسن النية بناء على الوضع الظاهر فإنه يأخذ بالوضع الظاهر وكأنه الحقيقة، وذلك حماية الثقة المشروعة للغير الذي كان يجهل الواقع. وإذا أبرم من يظهر بمظهر صاحب حق معين اتفاق تحكيم مع آخر، ينصرف الاتفاق إلى الأصل الذي هو من الغير.<sup>42</sup>

د- المرسل إليه في عقد النقل قد يكون هو المرسل وهنا لا تثار أي مشكل، وإنما الإشكالية تكون في حالة أن المرسل إليه ليس هو المرسل، وتضمن سند الشحن اتفاق التحكيم، فالمنفق عليه فقها وقضاء أن سند الشحن ينتج أثره في حق المرسل إليه، فهو يرتبط به كما يرتبط المرسل (الشاحن) به.<sup>43</sup>

#### انقضاء التحكيم:

ينقضي التحكيم :

- بوفاة أحد المحكمين أو رفضه القيام لمهمته بمبرر أو تنحيته أو حصول مانع له، ما لم يوجد شرط مخالف، أو اتفق الأطراف على استبداله من قبل المحكم أو المحكمين الباقين.
- انتهاء المدة المقررة للتحكيم، فإذا لم تسترط المدة، فبانتهاء مدة أربعة أشهر.
- بفقد الشيء موضوع النزاع أو بانقضاء الدين المتنازع فيه.
- بوفاة أحد أطراف العقد.<sup>44</sup>

الهوامش :

- (1) د منير عبد المجيد : التنظيم القانوني للتحكيم الداخلي و الدولي في ضوء فقه و قضاء التحكيم، ص83. د حفيظة السيد الحداد: الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر العربي، ص16
- (2) أنظر مرسوم رقم 88 - 233 الموافق ل 5 نوفمبر 1988م، يتضمن إنضمام الجزائر بتحفظ إلى اتفاقية نيويورك من أجل الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية الصادرة عن مؤتمر الأمم المتحدة بنيويورك في 10 جوان 1958 الجريدة الرسمية 23 نوفمبر 1988.
- (3) أنظر أكثر تفصيلا د فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، 2007، ص91. أنظر د محمود السيد عمر التحيوي : مفهوم التحكيم الإختياري و التحكيم الإجباري، 2002، ص81.
- (4) المحامي عزت خالد المالكي: التحكيم، 2003، ص27.
- (5) أنظر المواد 107 - 1010 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- (6) د. مصطفى محمد الجمال د. عكاشة محمد عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى، 1989، ص297 وما يليها.
- (7) أنظر أكثر تفصيلا، د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال: مرجع سابق، ص307.
- (8) د منير عبد المجيد: مرجع سابق، ص144.
- (9) أنظر اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية التي أقرها مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بالتحكيم التجاري الدولي المنعقد في نيويورك من 20 ماي إلى 10 جوان 1958.
- (10) أنظر أكثر تفصيلا د. محمود مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، 2007، ص131.
- (11) د. محمود مختار أحمد بريري: المرجع سابق، ص132.
- (12) نفس المرجع، ص132.
- (13) وعلى سبيل المثال ما ورد في قواعد الأوسنترال، وكذلك نظام التوفيق والتحكيم الخاص بغرفة التجارة الدولية بباريس.
- (14) تنص المادة 1034 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه (تكون القرارات الفاصلة في الاستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض طبقا للأحكام المنصوص في هذا القانون)
- (15) د. مصطفى محمد الجمال. عكاشة محمد عبد العال: المرجع سابق، ص304. د منير عبد المجيد : مرجع سابق، ص146.
- (16) د محمد مختار بريري: مرجع سابق، ص94.
- (17) وقد عرفته الفقرة الأولى من المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري على أنه (اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية)
- (18) أنظر د فتحي والي: مرجع سابق، ص83. أنظر أحمد أبو الوفاء: التحكيم الإختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، 1988، ص34.
- (19) أنظر أكثر تفصيلا د مصطفى محمد الجمال. د. عكاشة محمد عبد العال: مرجع سابق، ص330. أنظر أكثر تفصيلا، د أحمد محمد حشيش: القوة التنفيذية لحكم التحكيم، ص25.
- (20) أنظر المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- (21) أنظر أكثر تفصيلا د أحمد شرف الدين: التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي في قانون التحكيم الجديد، معايير التمييز وأهمية، سنة 1995م، ص94.
- (22) أنظر هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، 1995، ص73.
- (23) د سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، اتفاق التحكيم، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1984م، ص123
- (24) د منير عبد المجيد: مرجع سابق، ص108. أنظر أكثر تفصيلا فتحي والي: مرجع سابق، ص106.

- (25) وتطبيقا لذلك فإن مجرد إرسال أحد طرفي العقد المتضمن شرط التحكيم هذا العقد إلى الغير المتعاقد معه لأخذ رأيه في الجوانب الفنية لا يعني أنه أصبح مرتبطا بشرط التحكيم المدرج في العقد.
- (26) أنظر أكثر تفصيلا د محمد مختار بريري: مرجع سابق، ص45.
- (27) أنظر المادة 1008 الفقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
- (28) د. محمد مختار بريري: مرجع سابق، ص61.
- (29) أنظر أكثر تفصيلا د أحمد أبو الوفاء: مرجع سابق، ص 153. المحامي خالد عزت المالكي: مرجع سابق، ص55.
- (30) المادة 1014 الفقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
- (31) أنظر أكثر تفصيلا المحامي خالد عزت المالكي: مرجع سابق، ص38.
- (32) أنظر المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
- (33) د أحمد هندي : تنفيذ أحكام المحكمين ، الأمر بتنفيذ أحكام المحكمين الوطنية و الأجنبية ، دار الجامعة الجديدة، 2001، ص20. أنظر المواد 1035، 1053 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
- (34) أنظر المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
- (35) د أحمد أبو الوفاء: مرجع سابق، ص 139 وما يليها.
- (36) د. مصطفى محمد الجمال. عكاشة محمد عبد العال: مرجع سابق، 470.
- (37) أنظر أكثر تفصيلا د مصطفى محمد جمال د. عكاشة محمد عبد العال: مرجع سابق، ص472.
- (38) ومن بين العقود الجماعية عقد العمل الذي ينعقد بين رب العمل وبين نقابة العمال أو منظمة من منظمات أرباب العمال بقصد تنظيم شروط العمل.
- (39) وتتميز عقود المجموعة العقدية الواحدة، أنها كل واحد يصعب الفصل بين وحداته من الناحيتين الاقتصادية والقانونية، مما يجعل الأطراف كل عقد من العقود المكونة للمجموعة أطرافا في الكل الذي تمثله المجموعة، دون أن يكونوا أطرافا في بقية العقود الداخلة في المجموعة.
- (40) أنظر أكثر تفصيلا د مصطفى محمد الجمال. د عكاشة عبد العال: مرجع سابق، ص 497.
- (41) د مصطفى محمد الجمال. د عكاشة عبد العال المرجع السابق ، ص 497.
- (42) وتظهر فكرة النيابة الظاهرة، خاصة فيما يتعلق بتمثيل إحدى الشركات لغيرها من الشركات، كحالة الشركة الأم والفرع.
- (43) أنظر المواد 41-44 من القانون التجاري. أنظر د. حسن المصري: العقود التجارية في القانون الكويتي والمصري المقارن، الطبعة الأولى، 1989، ص297. د سمية القليوبي: شرح العقود التجارية، دار النهضة العربية، 1987، ص487.
- (44) أنظر المادة 1024 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.