



وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة الدكتور مولاي الطاهر - سعيدة -



كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة التخرج لنيل شهادة الماستر

التخصص : القانون الإقتصادي

عنوان المذكرة

النظام القانوني لاتفاق التحكيم في عقود الدولة

تحت إشراف الأستاذ

الدكتور بن أحمد الحاج

إعداد الطالب :

صغير عبد القادر

لجنة المناقشة

- | | | | | | |
|---|----------|---|--------------------|---|---------------|
| - | الدكتور | - | عثماني عبد الرحمان | - | رئيسا |
| - | الدكتور | - | بن أحمد الحاج | - | مشرفا و مقررا |
| - | الأستاذ | - | حمادو دحمان | - | عضوا مناقشا |
| - | الأستاذة | - | عبو تركية | - | عضوا مناقشا |

الموسم الجامعي

2017/2016

....بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ....

"... فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُخَرِّجُوا فِيهَا
شَجَرًا بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِيهَا أُنفُسَهُمْ
وَأَنفُسَهُمْ فَسَوْفَ يُعْرَضُونَ لِلْعَذَابِ وَأَنفُسُهُمْ
سَاحِجَةٌ عَلَيْهِمْ وَأَنفُسُهُمْ سَاحِجَةٌ عَلَيْهِمْ... "

سورة النساء الآية 65

صدق الله العظيم

شكر وتقدير

إنّ الإعتراف لأهل العلم بالفضل والمكانة لهو مبدأ إسلامي، وخلق إنساني رفيع؛ لقوله صلى الله عليه وسلم " : ليس منا من لم يوقر كبيرنا، ويرحم صغيرنا، ويعرف لعالمنا حقه." وعملا بهذا المبدأ الإسلامي الرفيع، أتوجه بخالص الشكر والتقدير والعرفان إلى أستاذي ومعلمي الأستاذ الدكتور بن احمد الحاج المشرف على هذا العمل، الذي عالج قلة خبرتي في البحث بسعة صدره، وباستعداده الدائم للنصح والتوجيه. فهنئياً لمن تتلمذ على يديك، وعرفك بجوهرك. فنعم المعلم أنت. ونعم الأخ ونعم الصديق. كما أتوجه بخالص شكري وتقديري إلى أستاذتي، كريمة العلم رفيعة الخلق، الأستاذة الدكتورة /عبو تركية، كما لا انسي الأستاذة الدكتورة المتواضعة صباح غربي أستاذة في كلية العلوم الاقتصادية بجامعة الدكتور الطاهر مولاي سعيدة .

وبعبير الحروف والكلمات، وشذى أحلى العبارات، أتوجه بخالص الشكر والتقدير إلى كل أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية.

الإهداء

إلى من قال فيهما سبحانه وتعالى ﴿واخفض لهما جناح الذلِّ من الرحمة وُقِلَ رب ارحمهما كما ربياني صغيراً﴾ الآية ٢٤ من سورة الإسراء

إلى حضرة الوالد الكريم

الذي رباني صغيراً، وثقفتني كبيراً، وأفهمني معاني الرحمة والحنان، وعلمني أن الحق خير ما في العالم، وأقدس ما في الوجود، والذي لولاه لما أستطعت أن أحمل قلمًا، أو أكتب حرفًا أو أعلم علمًا.

إلى أُمِّي العزيزة

التي ربنتي على أن الوجود مغامرة طاهرة، جزاؤها طمأنينة النفس الراضية في عالم أسمى فأسمى، وفي أثناء ذلك علمتني بإيمانها سبيل إيماني

إلى إخوتي وأخواتي الأعزاء (عامر، علي، يوسف، أمينة، فتيحة).

إلى رفيقة دربي وشريكة حياتي التي قاسمتني حلو الحياة ومرها فكانت خير معين لي لبلوغ غايتي وهدفي... زوجتي العزيزة

إلى ميراثي الثمين وقلذات كبدي... (يحيى، عبد الرؤوف، أمينة، إيناس، يوسف، ملاك، إسراء، دعاء، زكرياء، ياسر).

إلى كل من ساعدني في إنجاز هذا البحث: وأخص بالذكر أستاذي العلامة

الورع.. المتواضع....أحد أعظم أساتذة القانون الذي إذا غاب لا يفترق لأنه في

القلب ومع الروح وإذا حضر لا يقدر بثمن لأنه لا يوجد من يقدره ويجزيه خير
الجزاء سوى الله عز وجل الأستاذ الدكتور بن احمد الحاج .حفظه الله ورعاه.
إلى الصديق والأخ الوفي دائماً وأبداً جمال بن إبراهيم الذي كان لي الظل خلال
دراستي الجامعية، وفتح لي قلبه .

إلى الأخ والصديق يحياوي أمين الذي كان له الفضل في كتابة هذا البحث
المتواضع.

إلى جميع الزملاء الذين رافقوني في مقاعد الدراسة خاصة (يعقوب ناجي، سلام
عبد المجيد، بوسماحة رضوان، بوبكري محمد، فيصل عباد، يوسف، عبد الصمد،
عماد، ...وإلى كل من عرفته خلال هذا المسار).

إلى جميع الزملاء في شركة الإسمنت بالحاسنة وعلى رأسهم السيد الرئيس المدير
العام السيد روكبي مصطفى الذي كان له الفضل في تشجيع ومد يد المساعدة إلى
إطارات الشركة بمزاولة الدراسات الجامعية.

كما أخص بالتحديد زملائي في مديرية الموارد البشرية يتقدمهم السيد المدير واخي
المفضل في العمل رئيس دائرة الادارة العامة ادريس خوجة جمال الذي لم يرفض لي
ولو مرة الإلتحاق بالدراسة رغم ظروف العمل، كما لانسى زميلي العمل المفضلين
شيخ قادة وعيساوي مناد .

صغير عبد القادر

مقدمة

التحكيم مؤسسة عريقة ترجع جذورها إلى بداية تواجد الإنسان على وجه الأرض فعرفته مختلف الحضارات القديمة كالحضارة الإسلامية واليونانية والرومانية، حيث كان محلا للإقرار أو الاعتراف به من كافة هذه الأنظمة القانونية الأساسية المعروفة منذ البداية البشرية، فقد مر بمراحل وأتت عليه حقبة من الزمن فقد قيمته وكادت تنطفئ شعلته، خصوصا بعدما أصبح قضاء الدولة هو القضاء الرسمي والطريق الأكثر شيوعا لحل أي نزاع، لكن تسارع النمو الاقتصادي وتطور العلاقات الدولية خاصة في المجال التجاري، جعل التحكيم التجاري محط اهتمام الدول والمؤسسات الدولية والإقليمية التي سارعت لتنفيذه وتنظيمه، وأصبح الإقبال عليه من قبل الأطراف المتعاقدة، في المجال الدولي خاصة لحل نزاعاتهم، وفي الوقت الذي ظهرت فيه النظم القضائية الوطنية عاجزة وقاصرة عن بلوغ حد الكفاية لمواجهة عقود التجارة الدولية والتصدي لما ينشأ عنها من منازعات انتشرت وكثرت مؤسسات التحكيم الدولية وازداد الإقبال على التحكيم لما يتمتع به من خصائص معينة تميزه عن القضاء العادي¹.

وعليه يعتبر التحكيم التجاري الدولي واحدا من أهم وسائل تسوية المنازعات التجارية الدولية على الصعيد الدولي، بالإضافة إلى الوسائل الأخرى كالمفاوضات والتوفيق والوساطة والخبرة والمحاكمة الصغيرة، وهو وسيلة لتسوية المنازعات بشكل

¹ انظر نورة حليلة، التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة خميس مليانة،

الجزائر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق إدارة الاعمال، 2013-2014، ص 1

اختياري رضائي بعيدا عن سلطة الدولة القضائية بهدف تقادي العيوب التي يتصف بها النظام القضائي الوطني مثل البطء في الفصل في الدعاوي المعروضة عليه والتسويق من الخصوم القضائية.¹

فعلى المستوى الدولي تم إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم وكذا الهيئات التحكيمية، كما وضعت لجنة الأمم المتحدة قانونا نموذجيا للتحكيم التجاري الدولي في 21 جوان 1985. أما على المستوى الداخلي فقد تطرقت تشريعات مختلف الدول لتنظيم التحكيم وأصدرت تعديلات على قوانينها لما يتوافق ودور هذا القضاء الخاص ومن بينها الجزائر التي تبنت أحكام جديدة تخص هذا النظام في حل المنازعات الناتجة عن العلاقات التجارية الدولية وتجسدت في تعديل قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 وإصدار المرسوم التشريعي رقم 93-09 المتعلق به وهذا نظرا للتحويلات الاقتصادية و التجارية وتوجه الجزائر نحو اقتصاد السوق، الأمر الذي جعلها تغير الكثير من مواقفها الرسمية فبعدما كانت تعارض فكرة التحكيم التجاري الدولي، وإعطاء الاختصاص للمحاكم الوطنية والقانون الجزائري أصبحت تسمح اليوم باللجوء الى التحكيم التجاري الدولي بنصوص صريحة منصوص عليها في القانون، فتجد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 خص التحكيم التجاري- الدولي بأحكام هامة².

¹ انظر هاني محمد كامل المنابلي، اتفاق وعقود الاستثمار البترولية دراسة على الدول العربية مقارنة التشريعات الوضعية في العالم، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014 ص7.

² أنظر: نورة حليلة، المرجع السابق، ص 01.

وعليه تغير موقف الجزائر من التحكيم، وهذا نظرا للضغوط والاحتامية التجارية الدولية التي فرضت على الجزائر خاصة و انها على مشارف الانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة وكذا موقف الدول النامية في اختصاص التحكيم فإبرام عقود تجارية متوقف على شرط التحكيم الذي تمليه المؤسسات الأجنبية، فالمستثمر الأجنبي يتردد كثيرا في المجازفة باستثماراته إذا لم يكن مسموحا له بوضع شرط التحكيم و إبرام اتفاقية التحكيم لمواجهة ما قد يثور من خلافات.

ونظرا لأهمية التحكيم نجد ان معظم قوانين الاستثمار في الدول النامية تنص صراحة على تبني التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات مع المستثمرين لزرع الطمأنينة وتشجيعهم على استثمار أموالهم خاصة فيما يتعلق بالشركات متعددة الجنسيات التي تحرص دائما على تجنب حسم النزاعات الناجمة عن طريق تطبيق القوانين الداخلية وفقا لمنهج قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص وحتى تتمكن من الإفلات من القواعد الداخلية الآمرة تلجا الى الاتفاق المسبق على عرض النزاع على المحكمين.¹

ونظرا لأهمية التحكيم التجاري الدولي نجده قد حظي باهتمام كبير في الفقه الغربي وحتى العربي، لكن ليس بنفس القدر من الاهتمام وربما هذا راجع لحدثة انتهاج هذه الدول للتحكيم مؤخرا وحديثا حيث نجد الدراسات المتخصصة والمعقدة المتعلقة بهذا الموضوع نادرة خاصة في الفقه الجزائري.²

¹ أنظر: نورة حليلة، المرجع السابق، ص2

² أنظر: فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي -دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي-، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2008، ص 06.

فأهمية الموضوع تتضح من خلال التسليم أيضا بفعالياته في وقت بلغ التحكيم مداه في المعاملات التجارية الدولية تحت سيطرة الدول القوية اقتصاديا وتحت سيطرة هيئات تحكيمية في ظل تنظيم قضاء خاص فكان من الواجب على الباحثين في الدول النامية دراسة آليات التحكيم التجاري الدولي من أجل سد الفراغات الموجودة في قوانينهم وكذا إزاحة الغموض الذي يجتاح إحكام التحكيم التجاري الدولي لدى هذه الدول من أجل تفعيله بدلا من التراجع والتخوف و التردد من تطبيقه.

ونتيجة لهذا كان الدافع والمبرر إلى دراسة موضوع التحكيم التجاري الدولي هو انه ما نلاحظه في الوقت الراهن لا يكاد يخلوا عقد من عقود التجارة الدولية من شرط التحكيم، وبالتالي جاءت دراستنا لهذا الموضوع من أجل فهم أسباب ودوافع ذلك.

و من هنا يطرح موضوع بحثنا عدة إشكاليات تحتاج إلى البحث والإجابة عنها وتتمثل في البحث عن الإطار القانوني لاتفاق التحكيم تشريعا وفقها وقضائيا والإجراءات القانونية لإعمال اتفاق التحكيم والمشاكل القانونية الناجمة عنه خاصة في عقود الدولة؟ ،

ولدراسة هذا الموضوع استخدمنا ثلاث مناهج بحث، حيث استعملنا المنهج الوصفي في تحديد مفهومه وشروطه و أنواعه، والمنهج الثاني هو المنهج التحليلي الذي استخدمناه من خلال تحليل مختلف أحكام وقواعد التحكيم التجاري الدولي التي نظمها المشرع الجزائري ومختلف القوانين الوضعية الأخرى، والمنهج الثالث هو المنهج المقارن كون هذه الدراسة لا يمكن أن تقتصر على نظام قانوني معين أو على القانون الجزائري فقط بل وجب الاستعانة بخبرة القوانين الوضعية والاسترشاد

بأهم القوانين الأجنبية التي تناولت هذا الموضوع. وسنجيب على هذه التساؤلات في موضوعنا الذي ارتأينا تقسيمه إلى فصلين وهما:

● الفصل الأول: مفهوم اتفاق التحكيم في عقود الدولة الاقتصادية والذي يحتوي على ثلاث مباحث:

- المبحث الأول: تعريف اتفاق التحكيم.

- المبحث الثاني: أنواع اتفاق التحكيم

- المبحث الثالث: شروط اتفاق التحكيم في عقود الدولة

● الفصل الثاني: الإجراءات القانونية لأعمال اتفاق التحكيم في عقود الدولة والذي يحتوي على ثلاث مباحث:

- المبحث الأول: الحدود القانونية لإبرام اتفاق التحكيم

- المبحث الثاني: مرحلة ماثول أمام هيئة التحكيم.

- المبحث الثالث: المشاكل القانونية الناجمة عن اتفاق التحكيم في عقود الدولة.

الفصل الأول

مفهوم اتفاق

التحكيم

لا يعدو إتفاق التحكيم أن يكون- شأنه شأن أي اتفاق تعبيراً عن إرادتين تراضياً على اختبار التحكيم وسيلة منازعات ثارت أو قد تثور ،ولذا يلزم أن تتوافر الشروط الموضوعية اللازمة لصحة أي اتفاق ،كما يلزم توافر الشروط الشكلية التي يتطلبها القانون .فإذا ما استكمل الاتفاق شرائط صحته، رتب آثار القانونية.¹

هذا فضلا عن مزايا أخرى مثل ميزة التكم و السرية التي تكتنف التحكيم التجاري الدولي ،والتي بها يتم الحفاظ على أسرار الخصوم و المتعلقة بالنزاع،وهي معلومات خطيرة ، يمثل إفشاءها خسارة كبيرة للإطراف ،بالإضافة إلى ميزة الحيادية التي تتصل بالتحكيم حيث يتم الفصل في الخصومة على أيدي محكمين محايدين و هي الميزة التي قد لا تتوافر في القضاء الوطني الذي قد ينحاز للدولة التي يتبعها، كما أن القضاة الوطنيين لا تتوافر لديهم الخبرة الفنية و المعرفة القانونية التي تتصل بهذا النوع الحساس من المنازعات، و هي كما نعلم منازعات قليلة و تتسم بضخامة المبالغ المالية .

ولهذا فقد أبرمت معظم من الدول العربية العديد من الاتفاقات التحكيمية في عقودها البترولية ،والتي يتم الاتفاق على تسوية النزاع من خلال أحد غرف التجارة الدولية أو أحد محاكم التحكيم الدولية ذات العراقة و الخبرة في مجال التحكيم،وعلى رأسها محكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي ،أو غرفة التجارة في باريس ،تقديرًا من الدول العربية و الشركات الأجنبية لأهمية ففي عقود الامتيازات البترولية أبرمت دول

¹ أنظر محمود مختار احمد بري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2007 ، ص43.

الخليج العربية اتفاق التحكيم ورد في البند (2 / 42) من عقدها مع شركة للبترول و أبرمت الحكومة المصرية اتفاق تم النص فيه على اللجوء إلى التحكيم في عقدها شركة فليبس الأمريكية عام 1963 حيث يتم تسوية النزاع من خلال ثلاثة محكمين من غرفة التجارة الدولية في باريس¹ ، و على هدى ذلك نقسم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث .

المبحث الأول: تعريف اتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم هو حجر الأساس في التحكيم فيه تبدأ الإجراءات التي تستوجب إصدار حكم في المنازعات وهو الذي يظهر فيه الأطراف في تسوية النزاع من خلال التحكيم ،وبوجود اتفاق التحكيم الصحيح و السليم ينعقد الاختصاص للمحكمة التحكيمية و تلتزم المحكمة القضائية بإحالة الخصوم إلى المحكمة التحكيمية عند دفع الخصوم بوجود اتفاق التحكيم مالم يكن الاتفاق مفعلاً أو ظاهر البطلان ،ويتطرق اتفاق التحكيم إلى تحديد اللغة التي سيستخدمها الأطراف في المرافعة التحكيمية و القواعد الواجبة التطبيق و المكان الذي يتسم من خلاله تسوية النزاع التحكيمي ، هذا بالإضافة إلى تعيين المحكمين أو تحديد الطريقة التي سيتم من خلالها التعيين ،لهذا يمكننا القول بأنه حتى يصدر حكم في المنازعة التي تنشأ بين الأطراف لابد من اتفاق تحكيمي سليم ،لهذا اهتمت العديد من غرف التحكيم الدولية، بوضع العديد

¹ أنظر هاني محمد كامل المنايلي، المرجع السابق، ص 145-146

من الشروط النموذجية للتحكيم، لكي يستعين بها المتعاملون في مجال التجارة الدولية.¹

المطلب الأول: التعريف التشريعي.

إن معظم التشريعات العربية التحكيمية تناولت تعريف اتفاق التحكيم و من بين هذه التعريفات ما نص عليه التحكيم البحريني الفصل الثاني اتفاق التحكيم المادة السابعة بأنه " هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية و يجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط التحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل². " كما نصت المادة 203 في فقرتها الأولى من القانون الإماراتي على أنه "يجوز للمتعاقدين بصفة عامة أن يشترطوا في العقد الأساسي أو باتفاق لاحق عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكم أو أكثر كما يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين شروط خاصة". وتتص المادة الأولى من نظام التحكيم السعودي على انه "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم، كما يجوز الاتفاق مسبقا على التحكيم في اي نزاع يقوم نتيجة لتنفيذ عقد معين.³

¹ انظر محمود مختار احمد بربري، المرجع السابق، ص43.

² انظر هاني محمد كامل المنايلي، المرجع السابق، ص148.

³ أنظر: حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، الطبعة الثالثة، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2014، ص 43.

كما نصت المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري على أنه هو "الاتفاق الذي يقرر فيه طرفاه اللتجاء إلى التحكم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية".¹

و أما المشرع الجزائري فقد عرف اتفاق التحكيم في نص المادة (1011) من قانون الإجراءات المدينة والإدارية والتي تقضي بأنه " هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشؤه على التحكيم"²، وقد شاب النص السابق خطأ قانوني فاتفاق التحكيم يمكن أن يتم إبرامه قبل نشوب النزاع أو بعد نشوب النزاع.³

وتنص المادة (506) من القانون السوري انه "1-يجوز للمتعاقدين أن يشترطوا بصفة عامة عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكم واحد أو أكثر، 2- يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين وشروط خاصة".⁴

وتنص المادة (251) من القانون العراقي على أنه " يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين".⁵

¹ أنظر: المادة 10 من قانون التحكيم المصري.

² أنظر : المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري رقم 09 لسنة 2008.

³ أنظر: محمد هاني كامل المنايلي، المرجع السابق، ص 148-149.

⁴ أنظر: المادة 506 من القانون السوري.

⁵ أنظر: المادة 251 من القانون العراقي.

وتنص المادة (1/190) من القانون القطري بأنه "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة. كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ معين".¹

وتقضي المادة (739) من القانون الليبي بأنه "يجوز للمتعاقدين أن يشترطوا بصفة عامة عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكمين و يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بمشاركة تحكيم خاصة".²

وتقضي المادة (262) من القانون اللبناني بأنه "يجوز للمتعاقدين أن يدرجوا في العقد التجاري أو المدني المبرم بينهم بندا ينص على ان تحل بطريقة التحكيم جميع المنازعات القابلة للصلح و التي تنشأ عن صحة هذا العقد أو تفسيره أو تنفيذه"³

المطلب الثاني : التعريف الفقهي.

وضع الفقه عدة تعاريف للنظام القانوني لاتفاق التحكيم بمختلف بعضها عن البعض الآخر و العلة في هذا الاختلاف ،هو حسب الاختلاف الزاوية و المنظار الذي ينظر بها هذا الفقه وعليه سوف نتطرق الى بعض ما قيل في تعريف اتفاق التحكيم.

¹ أنظر: المادة 1/190 من القانون القطري.

² أنظر: المادة 739 من القانون الليبي.

³ أنظر: المادة 262 من القانون اللبناني

فقد عرّفه جانب من الفقه الفرنسي بأنه "هيئة تمتلك سلطة خاصة تهدف من خلالها حل نزاع مستبعد من سلطة القضاء".

ويبدو واضحاً أن هذا التعريف يهمل جانب الاتفاق في التحكيم، وهو إهمال غير مسوغ في حين يعرفه الجانب الآخر من الفقه الفرنسي بأنه "هيئة يعهد لها الأطراف المهمة حل نزاعاتهم لمحكمين ليعطوا قرارهم بحرية تامة".

أما الأستاذ جين روبرت فقد عرفه في مؤلفه الشهير عن التحكيم بأنه "إنشاء اختصاص قضائي خاص، يتم بواسطة سحب المنازعات من الاختصاص القضائي العام لتعطي لأفراد يزودون سلطات الفصل في هذه المنازعات".

أما بالنسبة للفقه المصري فقد انقسم إلى عدة اتجاهات في هذا التعريف فمنهم من يعرفه بأنه "اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به".

في حين عرفه القسم الآخر بأنه "عقد يتفق الأطراف بمقتضاه على طرح النزاع على محكم للفصل فيه دون المحكمة المختصة".

قريباً من هذا المعنى ذهب اتجاه فقهي آخر بالقول بأن اتفاق التحكيم "هو عقد من عقود القانون المدني يتفق الأطراف بمقتضاه على عدم طرح النزاع الخاص بهم على قضاء الدولة و طرحه على هيئة التحكيم يتم اختيارها بإجماع رأيهم"¹

¹ انظر: اسعد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم و إجراءاته، الطبعة الأولى، دار نيبوز، العراق، 2011، ص17.

أما بخصوص ما يتعلق بالفقه القانوني العراقي فهو كسابقه الفقه المصري انقسم على نفسه إلى عدة أقسام، فمنهم من يعرفه بأنه " نظام تعاقدى يلجأ اليه المتنازعان على الاختلاف الناشئ بينهما بواسطة شخص أو أكثر من غير الحكام و القضاة " اما الاتجاه الآخر فيعرف التحكيم بأنه " احتكام الخصم والى شخص أو أكثر ليقوم بفصل النزاع القائم بينهم للاستغناء به عن طريق اللجوء إلى المحاكم اقتصادا في الوقت و النفقات و الرغبة في إنهاء الخصومة".¹

المطلب الثالث : التعريف القضائي لاتفاق التحكيم

جاءت العديد من الأحكام القضائية التي في فحواها يمكن استخلاص تعريف قضائي فيمكن القول انه حق له يخول للمتعاقدین الالتجاء إلى التحكيم لنظر ما قد ينشأ بينهم من نزاع كانت تختص به المحاكم أصلا ،فاختصاص جهة التحكيم بنظر و أن كان يركز أساسا إلى حكم القانون الذي أجاز استثناء سلب اختصاص جهات القضاء، إلا انه ينبغي مباشرة و في كل حالة على حدى على اتفاق الطرفين ، و هذه الطبيعة الاتفاقية التي يتسم بها شرط التحكيم و تتخذ قواما لوجوده تجعله غير متعلق بالنظام العام ،فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بأعماله من تلقاء نفسها ، و إنما بتعيين التمسك به أمامها ، و يجوز النزول عنه صراحة أو ضمنا، و يسقط الحق فيه فيما لو أثير متأخرا بعد الكلام في الموضوع ،إذ يعتبر السكوت عن إبدائه قبل النظر في الموضوع نزولا ضمنيا عن التمسك به.²

¹ انظر: اسعد فاضل منديل، المرجع السابق، ص 18.

² أنظر: محمدي فتح الله حسين، شرح قانون التحكيم - التحكيم الإداري-، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2005، ص 123.

و قد قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم (1368) س 48 ق- جلسة 1982/11/28م و مفاد نص المادة (501) من قانون المرافعات ،على ما جرى به قضاء النقض تخويل المتعاقدين الحق في الالتجاء إلى التحكيم لنظر ما قد نشأ بينهم من نزاع كانت تختص به المحاكم أصلا، باختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع و إن كان يرتكز أساسا إلى حكم القانون الذي أجاز استثناء سلب اختصاص جهات القضاء إلا أنه يبني مباشرة و في كل حالة على حدة اتفاق الطرفين.

كما أن المشرع المصري لم يأت في المواد (501) إلى (513) من قانون المرافعات و المتضمنة لأحكام التحكيم مما يمنع من أن يكون التحكيم في الخارج على يد أشخاص غير مصريين لأن حكمة تشريع التحكيم تنحصر في أن طرفي الخصومة يريدان بمحض إرادتهما تفويض أشخاص ليس لهم ولاية القضاء أن يفضوا بينهما و يحسموا النزاع بحكم أو بصلح يقبلان شروطه و يستوي أن يكون المحكمون موجودين بمصر و أن يجري التحكيم فيها أو أن يكونوا موجودين في الخارج و مؤدي ما نقدم أن المشرع لا يرى في الاتفاق على محكمين يقيمون بالخارج و يصدرن أحكامهم هناك أمر يمس النظام العام.¹

¹ أنظر: محمدي فتح الله حسين، المرجع السابق، ص 123.

المبحث الثاني : أنواع اتفاق التحكيم.

تتفق قوانين الدول العربية عموماً، على النص على أن حكم التحكيم يجب أن يشتمل على صورة عن وثيقة أو صك التحكيم، ويقصد بذلك اتفاق، سواء ورد في صيغة شرط التحكيم أو اتفاق مستقل سابق للنزاع، أو مشاركة تحكيم بعد وقوع النزاع¹، فشرط التحكيم هو اتفاق التحكيم المتفق عليه قبل نشوب و يتم إدراجه كبند داخل العقد أو يرد في وثيقة العقد الأصلي و على العكس فقد يرد اتفاق التحكيم في ضوء مشاركة التحكيم و يرد في اتفاق مستقل وقد فرقت بعض التشريعات التحكيمية بين شرط التحكيم و المشاركة التحكيمية و لم يفرق البعض عن الآخر من التشريعات فيما بينهم، حيث قرر المشرع البولندي في المادة (246) أنه يوجد فرق بين شرط التحكيم و مشاركة التحكيم و في القانون الإجراءات المدنية الألمانية في المادة (1026) عرف التميز بين الشرط التحكيمي و المشاركة التحكيمية، بالنسبة للمشرع الفرنسي نظم المشرع اتفاقيات التحكيم متتالاً شرط التحكيم و مشاركة التحكيم في المواد (1446) إلى (1491).

أما على صعيد الدول العربية فإن الغالب من التشريعات المنظمة للتحكيم فرقت بين الشرط و المشاركة باستثناء تشريع التحكيم السوداني الذي لم يفرق بين الشرط التحكيمي و المشاركة التحكيمية.²

¹ أنظر: حمزة أحمد حداد، المرجع السابق، ص 402.

² أنظر: هاني محمد كامل المنايلي، المرجع السابق، ص 148.

المطلب الأول: شرط التحكيم

يمكننا القول أننا نكون أمام شرط التحكيم عندما يأتي اتفاق التحكيم على شكل اتفاق مدرج في العقد الأصلي و هو ما درج على تسميته بشرط التحكيم المنصوص عليه داخل العقد و الذي يتفق الأطراف عليه قبل نشوب النزاع بين الأطراف المتعاقدة، إلا أن لا يوجد ما يمنع من أن يرد الاتفاق داخل وثيقة مستقلة عن العقد الذي تم إبرامه بين الأشخاص ، إلا أن المطلع على التاريخ التعاقدى للدول العربية في مجال عقود الدولة يجد أن اغلب الاتفاقيات التي أبرمت في صورة شروط تحكيمية ، داخل العقد ذاته وليس في صورة اتفاق مستقل عن العقد ، والدليل على ذلك العقد المبرم من الحكومة الأردنية الهاشمية مع شركة جون بنظام الامتياز و الموقع في عام 2008 و تم الاتفاق على التحكيم فيه كأحد بنود العقد .

ويؤكد اتفاق التحكيم المبدئي أو شرط التحكيم داخل العقد ، رغبة الأطراف الأكيدة على السير قدما اتجاه تسوية أي نزاع ينشأ عن العقد بطريقة التحكيم منذ نشأة العقد، و تفضيل حسم هذا الأمر منذ البداية ،مما يقلل من حدوث تضارب في الاختصاص، لاسيما إذا تم رفع الأمر إلى المحكمة القضائية المختصة بنظر في النزاع وفق لقواعد الاختصاص الواردة في قانون الإجراءات المدنية ، و التي تنظم الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية، و بعد اتصال المحكمة القضائية بالنزاع يتفق الأطراف على التسوية بطريق التحكيم،مما يتسبب في إضاعة الوقت بين سلب الاختصاص من القضاء العادي وتولي المحكمة التحكيمية ولاية تسوية النزاع.¹

¹ أنظر: هاني محمد كامل المنايلي، المرجع السابق، ص154-155.

وإذا استعرضنا موقف التشريعات التحكيم ،بشأن التفرقة بين اتفاق التحكيم و المشاركة التحكيمية فنجد أن التشريع الأردني للتحكيم رقم 31 لسنة 2001 مادة/1 انه يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم.

كما تنص الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري الحالي رقم 24 لسنة 1994 على انه " يجوز ان يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين".¹

و عرف شرط التحكيم في المادة 1007 من القانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري بأنه " الاتفاق الذي بموجبه يلتزم الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 لعرض المنازعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم"²، ووفق للتعريف الوارد من المشرع الجزائري،فشرط التحكيم هو اتفاق بين الأطراف يتم إدراجه في عقد مبرم بين الأطراف على تسوية المنازعات التي تنشأ عن العقد .

وفي المادة(16) من القانون اليمني تنص على انه" يجوز أن يكون اتفاق التحكيم على شكل عقد مستقل (وثيقة التحكيم) أو على شكل بند في عقد (شرط التحكيم) و في الحالة الأخيرة يعامل شرط التحكيم باعتباره اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى وإذا حكم ببطلان العقد ذاته أو بفسخه فإنه لا يترتب على ذلك بطلان شرط التحكيم"³

¹ أنظر: هاني محمد كامل المنايلي، المرجع السابق، ص 156-157.

² أنظر: لزهري بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقوانين الإجراءات المدنية و الإدارية و القوانين المقارنة، دار هوما للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، ص 52.

³ أنظر: المادة 16 من القانون اليمني.

و في المادة السابعة من قانون التحكيم السوري تنص الفقرة الأولى منه على أنه "يجوز الاتفاق على التحكيم عند التعاقد وقبل قيام النزاع سواء كان الاتفاق مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد نشأ بين الطرفين"¹ و في هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوة المشار إليه في المادة 27 من القانون.²

كما تنص المادة السابعة من قانون التحكيم البحريني على أنه "يجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل"³. وفي الباب الثاني من قانون الإجراءات القانون العراقي تنص المادة (251) على أنه "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين"⁴.

ويتحدث البعض من الفقه السعودي أن المشرع حينما استخدم لفظ (أو) في نص المادة الأولى منه و التي تنص على أنه "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم، كما يجوز الاتفاق مسبقاً على التحكيم في أي نزاع يقوم نتيجة لتنفيذ عقد معين"⁵.

¹ أنظر: المادة 07 من القانون السوري.

² أنظر: هاني محمد كامل المنايلي، المرجع السابق، ص 157.

³ أنظر: المادة 07 من قانون التحكيم البحريني.

⁴ أنظر: المادة 251 الباب الثاني من قانون الإجراءات العراقي.

⁵ أنظر: هاني محمد كامل المنايلي، المرجع نفسه، ص 158.

وفي المادة الثالثة من الاتفاقية العربية للتحكيم تنص على أنه "1- يتم الخضوع للتحكيم إحدى الطريقتين، الأولى بإدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة بين ذوي العلاقة و الثانية باتفاق لاحق على نشوء النزاع".¹

المطلب الثاني : مشاركة التحكيم.

تناول المشرع المصري مشاركة التحكيم في الفقرة الثانية من المادة العاشرة من القانون التحكيم حيث نص على مايلي "...كما يجوز ان يتم اتفاق التحكيم بعد القيام النزاع ولو كانت اقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية، أما المشرع الجزائري فقد عرف مشاركة التحكيم من خلال تعريف اتفاق التحكيم حيث نص في المادة (1011) من القانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أن "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوءه على التحكيم".²

ويتضح مما سبق أن مشاركة التحكيم هي اتفاق أطراف علاقة قانونية ما على تسوية ما ثار بينهم من منازعات شأن هذه العلاقة بواسطة التحكيم. فلا يتم الاتفاق على مشاركة التحكيم إلا بعد نشوء النزاع، و الخلاف الواقع بين اطراف العلاقة القانونية، ولا يتم اللجوء إلى مشاركة التحكيم إلا إذا خلا العقد من شرط أو بند التحكيم.³

وتقترب مشاركة من عريضة الدعوى حيث يجب أن يتضمن نقاط الخلاف بين الأطراف، حيث نص المشرع المصري على ضرورة تحديد المسائل التي يشملها

¹ أنظر : المادة 03 من الاتفاقية العربية للتحكيم.

² أنظر: المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

³ أنظر: لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 54.

التحكيم، وإلا كان الاتفاق باطلا. وهو نفس ما ذهب إليه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة (1012).

حيث اوجب تحديد موضوع النزاع و أسماء المحكمين و كيفية تعيينهم في مشاركة التحكيم وإلا كانت باطلة، وهذا عكس شرط التحكيم التي الذي لا يحدد موضوع النزاع كونه لم ينشأ بعد.

وتحرر مشاركة التحكيم في مستند مستقل عن العقد الأصلي حيث أنها تبرم بين الأطراف بعد نشوب النزاع، وليس عند إبرام العقد الأصلي الذي يقوم بشأنه النزاع.¹

ومن التشريعات التي تناولت مشاركة التحكيم من قانون التحكيم الأردني في مادته 11 ".....كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام أية جهة قضائية و يجب في هذه الحالة أن يحدد موضوع النزاع الذي يحال إلى التحكيم تحديدا دقيقا و إلا كان الاتفاق باطلا."²

كما تنص المادة 203 من قانون الإجراءات الجديدة الإماراتي التي نصت على انه "يجوز للمتعاقدين بصفة عامة أن يشترطوا...أو باتفاق لاحق عرض ما قد ينشأ من نزاع على محكم أو أكثر."³

كما تنص المادة 11 من قانون التحكيم اليمني "يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على نشوء النزاع سواء كان مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل المنازعات أو بعضها التي قد تنشأ بين الطرفين، كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم

¹ أنظر: لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 55.

² أنظر: المادة 11 من قانون التحكيم الأردني.

³ أنظر: المادة 203 من قانون الإجراءات الجديدة الإماراتي

بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في نشأة دعوى أمام أية جهة قضائية و يجب في هذه الحالة أن يحدد موضوع النزاع التي يحال إلى التحكيم تحديدا دقيقا".¹

وعليه فان مشاركة التحكيم هي اتفاق بين الأطراف بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بينهم يلتزمون بمقتضاه بعرض هذا النزاع على المحكم أو المحكمين المختارين من قبلهم، بدلا من عرض تلك المنازعة على المحكمة المختصة أصلا بنظره وهي الصورة الأسبق ظهورا واعترفا بها.²

المطلب الثالث : شرط التحكيم بالإحالة.

يعتبر شرط التحكيم بالإحالة من الصور المعاصرة لاتفاق التحكيم و الفرض في هذه الصورة أن العقد الأصلي المبرم بين الأطراف لم يتضمن شرطا صحيحا للتحكيم، بل اكتفى الأطراف بالإشارة أو الإحالة إلى عقد سابق بينهم أو إلى عقد نموذجي و ذلك لتكملة النقص أو سد الثغرات التي تعتري عقدهم و كان ذلك العقد النمطي من بين بنوده بندا أو شرطا يقضي بتسوية المنازعات التي تنشأ عنه بواسطة التحكيم ، و في هذه الحالة يسحب أثر هذا البند أو الشرط إلى العقد الأصلي ، ويلتزم الأطراف به بحيث يتم تسوية المنازعات الناشئة عن العقد التي تضمن الإحالة عن طريق التحكيم.³

¹ أنظر: المادة 11 من قانون التحكيم اليمني.

² أنظر: عبد الباسط محمد عبد الواسع، النظام القانوني لإتفاق التحكيم- دراسة تحليلية مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، القاهرة، 2013، ص 63.

³ أنظر: أنظر لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 55.

فتناولت كذلك التشريعات العربية نظام الإحالة إلى التحكيم، وهو نظام معروف قانوناً يعني الإحالة إلى وثيقة تتم الاتفاق بين الأطراف على التحكيم بشأنها بما يعني أن الاتفاق تم في غير العقد إنما بالإحالة إلى اتفاق آخر مكتوب، ففي المادة العاشرة الفقرة الثالثة من قانون التحكيم اليمني تنص على أنه "يعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة باعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد".¹

و في المادة العاشرة من قانون التحكيم الأردني تنص على أنه "يعد في حكم الاتفاق المكتوب كل إحالة في العقد إلى إحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد".²

وتنص المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري الفقرة الثانية على أنه "يعتبر اتفاق على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد".³

ومعنى الإحالة التي تحدثت القوانين عنها، هي تلك الإحالة التي تتم من الأطراف إلى نص أو وثيقة تم الاتفاق على التحكيم عليها من الأطراف، وهذا الاتفاق لا يأخذ نفس طريقة إبرام الشرط المدرج داخل العقد و الوثيقة المذكورة هي تلك الوثيقة المكتوبة من الأطراف.

¹ أنظر: هاني محمد كامل المنايلي، المرجع السابق، ص 160.

² أنظر: المادة 10 من قانون التحكيم الأردني.

³ أنظر: المادة 1/10 من قانون التحكيم المصري.

أما بخصوص التحكيم بالإحالة في التشريعات الغربية، فقد حكم القضاء الفرنسي بصحة شرط الإحالة، والوارد في عقد المقاوله من الباطن إلى العقد الأصلي بين المقاول الرئيسي والمقاول من الباطن¹. فقد وردت الإحالة في عدد من التشريعات الغربية باعتباره شكل من أشكال اتفاق التحكيم بحيث ورد في قانون التحكيم الفنلندي رقم 967 لسنة 1992، نصت المادة 3 على التحكيم يمكن إبرامه من خلال الإحالة.²

وفي الفقرة الثالثة من المادة 1031 من التشريع الألماني للإجراءات وتنص على أن " التحكيم يمكن أن يتم من خلال الإحالة إلى وثيقة تشير إلى وجود اتفاق التحكيم و تحديدا من خلال سند من سندات الشخص حتى تضمن إحالة إلى التحكيم".³

¹ انظر: أنظر لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 56.

² أنظر: هاني محمد كامل المنايلي، المرجع السابق، ص 161.

³ أنظر: المادة 3/1031 من التشريع الألماني للإجراءات.

المبحث الثالث: شروط إبرام اتفاق التحكيم في عقود الدولة.

يعتبر اتفاق التحكيم تصرف قانوني كأي تصرف قانوني آخر فإنه لا يسري بحق الغير ولا يترتب أي أثر من الآثار القانونية إلا في حالة توافر الشروط الخاصة بهذا التصرف ،حيث بدون هذه الشروط يكون التصرف باطلا لا بل معدوما ،و على هذا الأساس فقد كان موضوع هذا المبحث هو شروط اتفاق التحكيم والذي وقع في مطلبين الأول منها الشروط الموضوعية والثاني الشروط الشكلية

المطلب الأول : الشروط الموضوعية

إن نظام التحكيم يبدأ باتفاق إي عقد يعبر من خلاله الطرفان عن إرادتهما في عرض النزاع على المحكمين بدلا من القضاء العادي، وعليه وبما أن هذا النظام يبدأ بعقد، فلا بد أن يخضع للشروط الموضوعية التي تخضع لها العقود والتي هي الرضا والمحل والسبب¹ والتي سوف تكون موضوع هذا المطلب وعلى شكل فروع وبالتتابع

الفرع الأول : الرضا

ويعني تطابق إرادتين واتجاههما إلى ترتيب آثار قانونية تبعا لمضمون ما اتفقا عليه.فلا بد من إيجاب وقبول يتلاقيان على اختيار التحكيم اختيار حرا كوسيلة لحسم المنازعات التي تثور بشأن العلاقة الأصلية و إذا تعلق الأمر بشرط تحكيم،سيكون مدار الأمر على التحقق من تطابق إرادة الأطراف بشأن شرط تحكيم كأحد شروط

¹ أنظر: لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 84.

العقد، أما إذا تعلق الأمر بمشارطة التحكيم، فسيكون التحكيم هو محل هذا الاتفاق، وليس مجرد بند أو شرط في العقد أو العلاقة القانونية الأصلية.

والمسألة المهمة في ركن الرضا هي تحديد الأهلية اللازمة لإبرام العقد و لهذا سوف نبحث في هذا الشرط على الأهلية المطلوب توافرها بالنسبة للمحتكمن و كذلك بالنسبة للمحكم.¹

أولا : أهلية المحتكمن

إن القصد بالأهلية هي صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعا ، و يمكن القول بأن الأهلية التي عبر بها الإنسان تنقسم إلى أهلية وجوب و أهلية أداء و بدورها تنقسم أهلية الوجوب إلى كاملة و ناقصة، و كذلك أهلية الأداء هذا و بالإضافة إلى أن الفقهاء يقسمون أهلية الأداء إلى أهلية اغتناء و أهلية الإرادة و أهلية تصرف و أهلية تبرع ، وهذا ما يمر به الإنسان منذ ولادته، وحتى بلوغه سن الرشد إذا لم يعترضه عارض من عوارض الأهلية. أما الأهلية المطلوبة هنا فهي صلاحية الشخص على إحالة النزاع قائما كان أو محتملا إلى هيئة التحكيم²، ففي هذه الحالة ماهي الأهلية الواجب توافرها للقيام بممثل هذا التصرف؟

بعض القوانين أغفلت الإشارة لمثل هذا الموضوع و في مثل هذه الحالة يجب توافر الأهلية الكاملة و هي بلوغ سن الرشد، أما النمط الآخر من القوانين فإنها لم

¹ أنظر: محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 45.

² أنظر: أسعد فاضل منديل، المرجع السابق، ص 85.

تتشرط أهلية التبرع و إنما اشترطت توافر أهلية التصرف، و هي الأهلية التي تجيز للشخص إبرام عقد يرد على التصرف، وهذا هو موقف المشرع الفرنسي في نص المادة 2059 من القانون المدني الفرنسي و هذا هو نفس النهج الذي نهجه المشرع المصري في هذا السياق، أما القانون العراقي فقد أخذ بما أجمعت عليه غالبية القوانين و هو توافر أهلية التصرف بالنسبة للشخص الذي يريد إبرام عقد التحكيم، إذن فالنتيجة المستخلصة أن كل شخص بلغ الثامنة عشر يتمكن من إبرام مثل هذا العقد و في المقابل فإنه لا يجوز للقاصر و المحجور عليه و عديمي الأهلية من اللجوء إلى التحكيم.¹

وقد نصت عليه الفقرة الأولى من المادة السادسة من التحكيم اليمني و التي نصت على أنه " شرط لصحة التحكيم مايلي :أولا أن يكون المحتكم أهلا للتصرف في الحق موضوع التحكيم ،على أن لا يقبل التحكيم من الولي أو الوصي الا لمصلحة ،أو من المنصوب إلا بإذن المحكمة".²

يتضح من هذا النص أنه أشترط في المحتكم أن يكون أهلا للتصرف في حق موضوع التحكيم ،و هذا الشرط له شقان:

الأول : أن يكون الشخص حائرا على أهلية التصرف ،و مناط ذلك الشخص نفسه لان مناط الأهلية التمييز و الرشد و ترجع إلى الاعتبار الشخصي،و تتطلب أغلب التشريعات أهلية التصرف، و لا نكتفي بأهلية التقاضي و التي تتضمن صلاحية

¹ أنظر: أسعد فاضل منديل، المرجع السابق، ص 86.

² أنظر: المادة 01/6 من قانون التحكيم اليمني.

الخصم للقيام بعمل إجرامي سواء كان باسمه أو في مصلحة الآخرين، و أهلية التصرف في الحق المطلوب حمايته تكون لكل من له أهلية أداء كاملة .

اما الشق الثاني: أن يكون الحق موضوع التحكيم مما يجوز التصرف فيه ،حيث إن عدم القابلية للتصرف قد ترجع إلى محل التحكيم و موضوعه ،ومناله المال الموقوف أو المال الموهوب من شخص إلى شخص آخر شرط عدم التصرف في المال ،ففي هذه الحالة لا يستطيع الشخص أن يتصرف في المال لا لنقص في الأهلية و إنما لصفة تلحق بالمال نفسه و هي عدم قابليته للتصرف.¹

أما المشرع الجزائري فقد استلزم أن يكون التراضي في اتفاق التحكيم صادرا عن أطراف أهل التصرف وهذا مانصت عليه المادة (1006) .فهذه المادة اقتصرت حق اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للأشخاص الطبيعية في من تتوافر لهم الأهلية القانونية لمباشرة التصرفات القانونية²

ثانيا : أهلية المحكم.

إن معظم التشريعات لم تشترط بلوغ المحكم أهلية معينة حتى يتمكن من الفصل بالنزاع المعروض عليه بل اشترطت هذه التشريعات أن يكون المحكم كامل الأهلية،أي أن يكون بالغاً لسن الرشد،فلا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محروماً من حقوقه المدنية أو محجوزاً عليه أو مفلساً لم يرد له اعتباره، أما في التشريع العراقي فان قانونه رد الاعتبار، قد الغي بقرار من مجلس قيادة الثورة رقم 997 لسنة

¹ أنظر: عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 97-99.

² أنظر: لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 58.

1978 و بالتالي فإن مجرد الحكم على أي شخص بجناية أو جنحة مخلة بالشرف يحرم من حقوقه المدنية و يمنع من أن يكون محكماً.¹

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة السادسة تحكيم يبنى على أنه شرط لصحة التحكيم ما يلي "أن يكون المحكم كامل الأهلية عدلاً صالحاً للحكم فما حكم فيه".²

فالشخص القاصر لا يملك أن تتصرف بملكه إلا أن يتعاقد بنفسه و لا يجوز له أن يتولى مهمة القضاء بين الناس ،و كذلك الحال بالنسبة الى المحجوز عليه أو التاجر المفلس.³

الفرع الثاني: المحل.

المحل في اتفاق التحكيم هو أن يخضع الأطراف للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع تتعلق برابطة من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة عمالة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم، إذا فمحل التحكيم هو نزاع أو الخلاف الذي نشأ أو يمكن أن ينشأ بين الأطراف و يقصد بالنزاع تعارض بين مصلحتين قانونيتين أو أكثر، بسبب تعارض وجهات النظر القانونية حول وقائع النزاع أو القواعد القانونية الواجبة لتطبيق بين شخصين أو أكثر.⁴

¹ أنظر: أسعد فاضل منديل، المرجع السابق، ص 89.

² أنظر: المادة 01/6 من قانون التحكيم اليمني.

³ أنظر: أسعد فاضل منديل، المرجع نفسه.

⁴ أنظر: عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 111-112.

وللمحل بصورة عامة في كل العقود شروط فنحاول تطبيقها على عقد التحكيم تبعاً للخصوصيته.

أولاً : وجود المنازعة و تحديدها.

هذا الشرط يمكن تطبيقه على ركن المحل في عقد التحكيم فقد يتفق الطرفان على أبرام عقد التحكيم بعد حصول النزاع. مثلاً لو اختلف الطرف حول ملكية سيارة معينة ثم بعد ذلك حصول النزاع اتفق على إحالة النزاع المذكور إلى هيئة تحكيم مختارة من قبلهم بدلاً من اللجوء إلى القضاء، فهنا يكون المحل موجوداً وقد تم تحديده و تحديد كل أبعاده، إما في حالة كون اتفاق التحكيم يرد في صيغة شرط ضمن بنود عقد معين فإن شرط الوجود يكون متحققاً أيضاً في ركن المحل لأن شرط التحكيم سوف يرد على نزاع من الممكن و جوده مستقبلاً عند تنفيذ ذلك العقد.¹

ولكي ينعقد اتفاق التحكيم يجب أن تكون المنازعة المراد عرضها على التحكيم موجودة بالفعل وفقاً للنص المادة 189 مدني من القانون اليمني و التي نصت على أنه " لا يصلح أن يكون الشيء المعلوم محلاً للعقد إلا ما استثنى النص عليه في فئة القانون، و الشيء المعلوم هو الذي لا يتحقق وجوده من الأعيان و وجود سببه من المنافع حال العقد"². و محل اتفاق التحكيم تكون موجودة، في حالة مشاركة التحكيم لأنها تتم بمناسبة نزاع قائم بالفعل كما يوجد مستقبلاً شرط التحكيم عند حدوث النزاع. وهنا نطرح سؤال مفاده، أين محل اتفاق التحكيم في الحالة الثانية أي في صورة شرط التحكيم و الذي يعد فيه محل العقد معدوماً، وفقاً للنص السابق

¹ أنظر: أسعد فاضل منديل، المرجع السابق، ص 89.

² أنظر: المادة 189 من القانون المدني اليمني.

والذي يقرر أنه لا يصلح أن يكون الشيء المردود محلاً للعقد و بالتالي فشرط التحكيم غير مشروع¹، ولكن باستكمال قراءة النص تتضح الإجابة على هذا السؤال، "إلا ما استثنى عليه"، فيعتبر شرط التحكيم مستثنى وفقاً كما تنص عليه المادة 15 تحكيم يماني، والتي نصت على أنه "لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة سواء قبل قيام الخلاف أو النزاع بعد ذلك..."² فأجازت المادة الاتفاق على التحكيم قبل الخلاف أو النزاع و هو المعيار المميز لشرط التحكيم، فأجازت المادة إبرام شرط التحكيم بعد استثناء من عدم جواز التعاقد على محل معدوم، إلا أن نص المادة 189 مدني يماني حدد المستثنى منه بعبارة في هذا القانون و يقصد به القانون المدني بينما في قانون التحكيم .

وإضافة إلى وجود المنازعة يشترط أيضاً تحديدها بمعنى أن يكون النزاع المتفق على التحكيم فيه ناشئاً عن علاقة قانونية محدودة، فيشترط في المنازعة محل الاتفاق على التحكيم أن تكون ناشئة عن علاقة قانونية محددة سواء كانت عقدية أو غير عقدية.³

ثانياً : أن يكون المحل معين أو قابلاً للتعين.

يؤكد هذا الشرط ما نصت عليه اغلب التشريعات بصدد تحديد موضوع النزاع في هذا عقد التحكيم و على هذا فمن الواجب على الطرفين أن يحدد و بشكل دقيق كل جوانب و أبعاد النزاع و هنا يجب أن نميز بين اتفاق التحكيم الذي يعقد بصورة

¹ أنظر: عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 113-114.

² أنظر: المادة 15 من قانون التحكيم اليمني.

³ أنظر: عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع نفسه.

مستقلة بعد قيام النزاع و بين الاتفاق الذي يكون بصورة شرط يضمن شروط عقد و قبل قيام النزاع ،ففي الحالة الأولى تكون مسألة تعيين النزاع و تحديده مسألة اعتيادية لأن كل طرف يعرف ما يريد من الطرف الآخر فالمسألة ليست مستحيلة و لا صعبة أما بالنسبة إلى الحالة الثانية فإن المشرع أراد بأن يكون النزاع قابلا للتعيين و هذا ما يمكن تحقيقه بالنسبة إلى شرط التحكيم.

ثالثا : أن يكون المحل مما يجوز التعامل معه.

يحدد هذا الشرط نطاق اتفاق التحكيم من حيث الموضوع أي أنه يحدد المنازعات التي يمكن أن يكون محلا لاتفاق التحكيم لا يجوز أن يتعلق النزاع التحكيمي لمسائل تتعلق بالنظام العام أو الآراء العامة و لكنه يجوز أن يتعلق بالمصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب الجرائم.¹

وهو نفس ماذهب إليه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة (1006) التي نصت على انه "لايجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم".²

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد اخرج بعض المسائل من مجال التحكيم الداخلي،وكذلك المسائل المتعلقة بالنظام العام.³

¹ أنظر: أسعد فاضل منديل، المرجع السابق، ص 91.

² أنظر: 02/1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

³ أنظر: لزهرة بن سعيد، المرجع السابق، ص 62

الفرع الثالث : السبب.

إن اتفاق الأطراف على التحكيم يجد سببه في اتفاق الأطراف لاستبعاد طرح النزاع على القضاء و تقويض الأمر للمحكمن و هذا السبب مشروع دائماً، ولانتصور عدم مشروعيته إلا إذا ثبت أن الأطراف من اتفاق التحكيم هو التهرب من أحكام القانون الذي كان يتعين تطبيقه لو طرح النزاع على القضاء، نظراً لما يتضمنه هذا القانون من قيود و التزامات يراد التحلل منها، وهو ما يمثل حالة من حالات الغش نحو القانون.¹

وبموجب القانون بأن تكون لكل التزام سبب مشروع، و لكنه يشترط أن يذكر في العقد وإنما يفترض القانون وجوده و مشروعيته، وما لم يقم الدليل على خلاف ذلك. أما بالنسبة إلى المقصود بالسبب هنا في عقد التحكيم فلا بد لنا من توضيح ما هو السبب وفق للنظرية التقليدية و النظرية الحديثة ثم نلاحظ مدى انطباقها على السبب في عقد التحكيم.²

أولاً : النظرية التقليدية للسبب.

يعتبر أصحاب هذه النظرية بان السبب هو الغاية أو القصد المباشر. و على هذا ففي العقود الملزمة للجانبين و منها عقد التحكيم نرى أن السبب في التزام كل من الطرفين هو التزام الطرف الآخر و عليه وفقاً للنظرية فإن السبب في عقد التحكيم هو امتناع كل طرف من الأطراف عن اللجوء إلى القضاء و الالتزام بعرض

¹ أنظر: لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 64.

² أنظر: أسعد فاضل منديل، المرجع السابق، ص 92.

النزاع على هيئة التحكيم . و هذا مما يؤدي بأن يكون السبب وفق هذه النظرية هو نفسه في جميع عقود التحكيم لا يتغير بتغيير الزمان و المكان.

ثانيا : النظرية الحديثة للسبب.

تتظر هذه النظرية إلى السبب على أنه الباعث الدافع إلى التعاقد ،ولهذا فالسبب هنا يعتبر أمر نفسيا يختلف من شخص إلى آخر. فالسبب في عقد التحكيم على أساس هذه النظرية يسمح للطرفين من تحقيق مزايا التحكيم مثل السرعة في حسم النزاع أو التقليل من نفقات الدعوى مقارنة بالقضاء أو أن يكون السبب هو ما يريده الطرفان في المحافظة على السمعة التجارية ،و العلاقات الاقتصادية التي يؤثر عليها أمام القضاء بسبب علانية جلساته و تعدي أحكامه إلى الغير،وقد يكون السبب غير مشروع أيضا وفق لهذه النظرية كأن يريد أحد الطرفين اللجوء إلى شخص لا يتمتع بالحياد و النزاهة كل مثل هذا النزاع و لذلك يكون قد خالف القانون و الأعراف و العدالة.¹

و بالرجوع إلى التشريع العراقي يلاحظ أن المشرع العراقي قد ذكر السبب في القانون المدني دون أن يرجح أحد النظريتين مما جعل بعض الفقه العراقي يذهب بالقول إلى أن ما أراده المشرع من خلال الصياغة المرنة لنص المادة (132) هو أن يشمل النظريتين معا بغية أن يكون القضاء في حرية لتكوين موقفه على أن من النظريتين إلا أنه على ما يبدو قد ظهر ما يدل على ميل القضاء إلى النظرية

¹ أنظر: أسعد فاضل منديل، المرجع السابق، ص 93.

الحديثه من خلال مما أصدرته محكمة التمييز بقولها أن السبب في القانون هو الباعث على التعاقد.¹

المطلب الثاني: الشروط الشكلية

أجمعت مختلف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم على أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، حيث نصت المادة من قانون التحكيم المصري على وجوب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، وإلا كان باطلا ، وورد الاتفاق كشرط في العقد الأصلي أو الاتفاق عليه بوثيقة مستقلة ، فإذا كانت هذه الوثيقة تنص على التحكيم فيما قد يثور من منازعات بمناسبة العقد الأصلي ،لزم أن يتضمن هذا العقد الإشارة إلى الوثيقة ويكون الأمر متعلقا بشرط تحكيم.

أما مشاركة، فهي محرر يتم الاتفاق عليه بعد قيام النزاع ويجب في جميع الأحوال التوقيع على اتفاق التحكيم شرطا كان أو مشاركة ولا يلزم أن يوقع الأطراف توقعيا خاصا بحوار شرط التحكيم ، إذا ورد بند من بنود العقد الأصلي ويكفي التوقيع على العقد إذا ينصرف هذا التوقيع إلى كافة بنود العقد.²

حيث يعتبر اتفاق التحكيم اتفاق شكلي وفقا للقانون ، بمعنى أن الكتابة ركن من أركانه، حيث إن نقطة البداية في نظام التحكيم هي ضرورة التأكد من وجود اتفاق

¹ أنظر: أسعد فاضل منديل، المرجع السابق، ص 92.

² أنظر: لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 65.

تحكيم مكتوب نظرا للآثار التي تترتب على هذا الاتفاق ، والتي من أهمها منع قضاء الدولة من نظر المنازعة محل التحكيم.¹

ويعتبر شرط الكتابة متحققا إذا تم النص في العقد الأصلي كإحالة على عقد نموذجي في مجال النقل البحري أو بيع البضائع ، ولكن يلزم إن تتضمن الإحالة ما يفيد اعتبار شرط التحكيم الذي تتضمنه هذه الوثيقة جزءا من العقد الأصلي . فالإحالة العامة التي قد يتضح منها عدم دراية أو علم احد الأطراف بوجود شرط التحكيم يكفي فيها إمكانية بوجود اتفاق وتراضي على شرط التحكيم، وجدير بالملاحظة إن قانون التحكيم جعل الكتابة شرطا لوجود اتفاق التحكيم ورتب البطلان على عدم الكتابة.²

وقد نصت المادة الرابعة تحكيم يمني على انه " ينعقد التحكيم بأي لفظ يدل عليه وقبول من المحكم ولا يجوز إثبات التحكيم إلا بالكتابة"³

والتناقض واضح من النص المادة العاشرة تحكيم يمني والتي تقضي بان الكتابة مطلوبة للانعقاد، ويترتب على تخلفها البطلان، كذلك هي الوسيلة الوحيدة لإثبات اتفاق التحكيم، إذ يجوز إثبات اتفاق التحكيم بغير الكتابة.⁴

أما المشرع الجزائري فقد استلزم الكتابة لوجود شرط التحكيم في العقد الأصلي او في الوثيقة التي يستند إليها، أي الاتفاق اللاحق المبرم في وثيقة مستقلة عن العقد

¹ أنظر، عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 139

² أنظر: زهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 66.

³ أنظر: المادة 4 من قانون التحكيم اليمني.

⁴ أنظر، عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع نفسه، ص 141.

الأصلي وذلك وفقا لنص المادة (1008) من ق.إ.م.إ الجزائر، والتي تنص على انه "يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو الوثيقة التي يستند إليها"¹. كما اشترط المشرع الجزائري إن يتضمن شرط التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم وإلا كان باطلا، إما بالنسبة لمشاركة التحكيم فالكتابة شرط لوجودها وليس شرط لاثباتها²، حيث نصت المادة (1012) من ق.إ.م.إ الجزائر على انه "يحصل الاتفاق على التحكيم كتابة، ويجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم"³

¹ أنظر: المادة 1080 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

² أنظر: لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 67.

³ أنظر: المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

الفصل الثاني

الإجراءات القانونية لأعمال

اتفاق التحكيم في عقود

الدولة

لقد أصبح التحكيم التجاري من الموضوعات الهامة خاصة في إطار عقود الدولة، و أصبح اتفاق التحكيم يشغل مكانا بارزا في الفكر القانوني والاقتصادي على المستوى العالمي في الوقت الحالي، فقد بات من المؤكد أن اللجوء إلى قضاء الدولة لحل مثل هذه المنازعات صار مجهدا وشاقا و لا يتفق مع مقتضيات العصر وحاجة المعاملات الدولية بل أن غياب المحاكم الدولية المختصة بنظر المنازعات الناجمة عن علاقات القانون الخاص نجد فيه تفسيراً هاما لدور التحكيم في عقود التجارة الدولية بصفة خاصة .

ويرتب اتفاق التحكيم أثر هاما في ذمة تعاقدية، إلا وهو منع عرض نزاع المتفق بشأنه على التحكيم على القضاء العام في الدولة ومنع هذا القضاء من النظر فيه وهنا يثور التساؤل حول ماذا لجأ أحد أطراف الاتفاق على التحكيم إلى قضاء الدولة لنظر النزاع المتفق بشأنه على التحكيم فهل يتمتع قضاء الدولة عن النظر في هذا النزاع من تلقاء نفسه؟ ما هي شروط تطبيق قاعدة منع قضاء الدولة عن لنظر النزاع. إذا كان الاتفاق على التحكيم يؤدي إلى منع قضاء الدولة من منع نظر النزاع المتفق بشأنه على اتفاق التحكيم ويعطي المدعي عليه الحق في منع هذا القضاء من نظره عن طريق الدفع بوجود اتفاق التحكيم¹. الأمر الذي يثير التطرق إلى الإجراءات القانونية لإعمال اتفاق التحكيم في عقود الدولة و ما هي الحدود القانونية لإبرام اتفاق التحكيم؟ أو ما معنى الأثر السلبي لاتفاق التحكيم و ما هي الاستثناءات الواردة على مبدأ الأثر السلبي والعديد من النقاط الأخرى التي سيتم التطرق إليها

¹ أنظر: أيسر عصام داود سليمان، الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، القاهرة، 2014، ص133.

في هذا الفصل الذي تم تقسيمه إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول الحدود القانونية لإبرام اتفاق التحكيم وفي المبحث الثاني: مرحلة المثل أمام هيئة التحكيم وذلك تباعا كمايلي:

المبحث الأول: الحدود القانونية لإبرام اتفاق التحكيم

إذا كان الأثر المترتب على اتفاق التحكيم هو أن يختص قضاء التحكيم وحده بنظر النزاع الناشئ بين الأطراف، فإن ذلك يؤدي إلى القول بان اتفاق التحكيم اثر مانع وهو ما يقصد به الأثر السلبي لاتفاق التحكيم فهل تعد قاعدة الأثر المانع مطلقة أو نسبية أم أنها استثناءات ترد عليها؟

ثم إن الإشكالية التي تثار في هذا الشأن هل اتفاق التحكيم مستقل عن العقد الأصلي أم انه مرتبط به وجودا وعدما؟

وفي هذا المبحث سيتم التطرق إلى الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في المطلب ومبدأ استقلالية شرط التحكيم في المطلب الثاني وذلك تفصيلا كما يأتي:

المطلب الأول : الأثر السلبي لاتفاق التحكيم

لقد سبقت الإشارة إلى انه عندما يتفق طرفان على نزاعهما عن طريق التحكيم فأنهما يقصدان في الواقع إبعاد قضاء الدولة عن نظر النزاع، أي يترتب على اتفاق التحكيم أثرا مانعا يمنع قضاء الدولة عن النظر النزاع المتفق بشأنه على التحكيم وهكذا تمتنع المحكمة من النظر في النزاع وعليه فما هو مصير هذا الأثر وما طبيعته القانونية وما مضمونه ؟ وهل هناك استثناءات واردة عليه؟ هذا ما سيتم التطرق إليه في هذا المطلب تبينا كمايلي:

الفرع الأول : نقل الاختصاص من القضاء الوطني الى التحكيم .

ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار الدفع بوجود اتفاق التحكيم أمام المحاكم القضائية هو بمثابة دفع بعدم الاختصاص ، و يؤسس هذا الجانب من الفقه رأيهم على أساس أن قانون الإجراءات المدنية في التشريعات الغربية¹ لاسيما تشريع الإجراءات المدنية الفرنسي في المادة (1458) حيث تنص على "أن المحكمة القضائية لا تتظر إلى النزاع إلا إذا كان اتفاق التحكيم ظاهر بالبطلان ،مع ضرورة تمسك أحد الأطراف بوجود اتفاق التحكيم"².

ذلك إن القضاء لا يستطيع من تلقاء نفسه بوجود اتفاق التحكيم، مما ينطبق عليه أوصاف الدفع الشكلي في قانون الإجراءات أو الإجراءات المدنية واستند هذا الفقه كذلك إلى موقف المشرع السويسري في قانون الإجراءات المدنية في المادة السابعة التي تنص على انه "إذا أبرم الأطراف اتفاق تحكيم بشأن نزاع يجوز فيه التحكيم فيجب على المحاكم السويسرية أن تحكم بعدم اختصاصها"³، و هو الذي يقابل نص المادة(112) من قانون الإجراءات المدنية الاسباني الذي ينص على أنه "يلزم اتفاق التحكيم الأطراف بالخضوع لما اتفق عليه و يمتنع على القضاء و المحاكم نظر المنازعة الخاضعة للتحكيم"⁴، مما يعني أنه دفع متعلق بالناحية

¹ انظر هاني محمد كامل منديل ،المرجع سابق ،ص326.

² انظر المادة (1458) قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

³ انظر المادة (7)قانون الإجراءات المدنية السويسري

⁴ انظر المادة(112) قانون الإجراءات المدنية الاسباني

الإجرائية المتعلقة بالاختصاص القضائي بين جهتين هما الاختصاص القضائي التقليدي و الوسيلة البديلة لتسوية الاختيارية للفصل في المنازعات".

وقد وجد هذا الفقه سند و حجة من التشريعات العربية الاجرائية¹ فالمشرع الكويتي نص في المادة رقم 38 لسنة 1980 التي تنص على انه "لا تختص المحاكم بنظر المنازعات التي اتفق على التحكيم بشأنها و يجوز النزول عن الدفع بعدم الاختصاص صراحة و ضمنا"¹.

ويتضح من النص السابق أن المشرع تحدث بصراحة عن الدفع بعدم الاختصاص في سياق نص المادة معتبرا إياه من قبيل الدفع الإجرائية، و أيد الفقه وجهة نظرهم بموجب قانون التحكيم وليس بموجب قانون الإجراءات المدنية و الذي اتضح بموقف المشرع التونسي في المادة 19 من قانون التحكيم التونسي التي تنص على أنه "إذا رفع أمام المحكمة نزاع منشور أمام هيئة تحكيم بموجب اتفاقية تحكيم فعليها التصريح بعدم الاختصاص بطلب من أحد الأطراف"².

وكلمة الاختصاص تبرهن على أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم إنما يعبر عن دفع بعدم الاختصاص القضائي، خاصة مع إبراز المشرع التونسي لكلمة بناء على طلب من أحد الأطراف.

و نجد القانون المصري للتحكيم رقم 27 لسنة 1994 ينص في المادة (1/13) بأنه "يجب على المحكمة التي يرفع إليها النزاع بوجود بشأنه اتفاق التحكيم أن تحكم

¹ انظر هاني محمد كامل منديل، المرجع السابق، 326.

² انظر المادة 19 قانون التونسي

بعد قبول الدعوى إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى وهو يعطي ذات المعنى¹.

أولاً : مضمون و طبيعة الأثر السلبي لاتفاق التحكيم.

الأثر السلبي هو التزام كل طرفيه بعدم التجاء إلى قضاء الدولة لنظر المنازعة محل التحكيم، وإعمالاً لهذا الأثر يلتزم كل من الطرفين بعدم عرقلة استعمال الطرف الآخر لحقه في الالتجاء إلى التحكيم، كما تلتزم محاكم الدولة بالامتناع عن نظر النزاع المتفق على التحكيم². احتراماً لاتفاقية التحكيم وتأميناً لتنفيذها، من الواجب على الأطراف احترام تعهداتهم وذلك بإحالة المنازعة التي يتضمنها عقد التحكيم على هيئة التحكيم؛ وهو ما يؤدي إلى أثر سلبي للاتفاقية التحكيمية بموجبه يمتنع على القضاء الحكومي الفصل في النزاع³.

وتضمن هذا العقد شرط تحكيم صحيح وقابل للتطبيق، أن تحيل الخصوم المعنيين إلى التحكيم ويبقى من حق قضاء " قضاء التحكيم " كما نصت اتفاقية نيويورك على حكم مماثل في المادة الثانية "على الدولة مراقبة سلامة اتفاقية التحكيم وصحتها، حتى يقضي تبعاً لذلك بإحالة الأطراف إلى التحكيم تنفيذاً للاتفاقية

¹ انظر المادة 1/13 قانون مصري

² انظر الانصاري حسن النيداني، الاثر السلبي لاتفاق التحكيم، دار الجامعة الجديدة لنشر، الاسكندرية، 2009، ص96.

³ أنظر: حفيظة السيد الحداد، الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 173.

التحكيمية. ومن جهتها فقد كرست معظم التشريعات العالمية للتحكيم، مبدأ عدم الاختصاص في وجود اتفاقية تحكيمية.¹

ومن بين هذه القوانين نجد المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي جعلت القضاء الوطني غير مختص بنظر منازعة، متى كانت الخصومة التحكيمية قائمة، بل يكفي أن يعلم القاضي بوجود اتفاقية تحكيمية، شريطة أن يتمسك أحد الخصوم بوجودها، ويدفع بعدم اختصاص القضاء الحكومي.² وفي فرنسا نصت المادة 1458 وإن كان يخص التحكيم الداخلي، فقد منع القاضي من نظر النزاع عندما تخطر محكمة التحكيم به، وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية بقولها " :أن حكم هذا النص يسري كذلك على التحكيم الدولي " . أما في بريطانيا فإن وجود اتفاقية تحكيمية ليس له من أثر سوى أنه يمنع القضاء الوطني مؤقتا من نظر النزاع، إلى غاية صدور حكم تحكيمي، ولا يفيد ذلك أن القضاء غير مختص³.

إلى أن مسألة عدم الاختصاص لا تتعلق بالنظام العام، وعلى الخصوم التمسك بها ولا يجوز للمحكمة أن تثيرها تلقائيا لأنه يجوز للخصوم التنازل عن اللجوء إلى قضاء التحكيم، والعودة إلى القضاء الأصلي، وهو قضاء الدولة. وأن هذا التنازل قد يكون صريحا، كما قد يكون ضمنيا كذلك، عندما يتقدم المدعى عليه بطلباته و دفعه في الموضوع دون إثارة مسألة الاختصاص، فيكون قد رضي بقبول حكم القضاء بدلا من التوجه إلى التحكيم، فتفقد اتفاقية التحكيم قيمتها القانونية ويمتد هذا الأثر إلى الطلبات المقابلة ذات الصلة بالعقد محل الحكم. ذلك هو الأصل، أما

¹ أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 175.

² أنظر: المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

³ أنظر: المادة 1458 من قانون التحكيم الفرنسي.

الاستثناء فهو جواز نظر الإجراءات الوقتية والتحفظية المتصلة بالمنازعات المتفق بشأنها على التحكيم من طرف المحكمة المادة 1064 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري¹، ضمن إطار التعاون بين القضاء والتحكيم لإعطائه الفاعلية اللازمة.

ثانيا :النطاق الموضوعي للأثر السلبي لاتفاق التحكيم.

يقتصر الأثر السلبي لاتفاق التحكيم على المسائل التي تعتبر داخل النطاق الموضوعي لاتفاق التحكيم، أما المسائل التي تخرج عن هذا النطاق فإن الأطراف يستردون حريتهم بشأنها في عرض النزاع المتعلق بها أمام قضاء الدولة، فإذا كان الأطراف قد اتفقوا على التحكيم في خصوص عقد بيع معين فالمنازعات المتعلقة بهذا العقد هي فقط التي لا يجوز طرحها أمام قضاء الدولة التزاما باتفاق التحكيم إما ما ينشأ بينهم من منازعات متعلقة بعقد آخر كما لو كان عقد بيع آخر أو عقد إيجار....الخ.²

فإن هذا النزاع يمكن طرحه أمام قضاء الدولة و لا يمكن الدفع في مواجهة التحكيم حيث أن هذا النزاع يعتبر خارج نطاق الاتفاق و نفس الأمر إذا اتفق الأطراف على التحكيم بشأن علاقة قانونية معينة بشأن بعض المنازعات التي تنشأ

¹ أنظر: نص المادة 1064 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على أنه " تلغى بمجرد سريان مفعول هذا القانون أحكام الأمر 66-154 المؤرخ في 188 صفر عام 1386 الموافق 08 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل و المتمم.

أما بالنسبة للمبادئ الخمسة الموالية لسريان قانون الإجراءات من حيث الزمان فقد تضمنتها المادة 3 من القانون الجديد و تشمل حق التقاضي و المساواة أمام القضاء و حق الدفاع و الوجاهية و الفصل في الدعاوى ضمن آجال معقولة.

² انظر الانصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص96.

عن هذه العلاقة، فإن الأثر السلبي لاتفاق التحكيم تقتصر على هذه المسائل المحددة فيه و لا يتجاوزه إلى غيرها من المسائل و لو كانت ناشئة عن ذات العلاقة القانونية بحيث يجوز طرح هذه المسائل على قضاء الدولة و لا يجوز الدفع في مواجهتها بالتحكيم لأنها تخرج من نطاق اتفاق التحكيم الموضوعي.¹

و تطبيق لذلك إذا كان الأطراف قد اتفقوا على التحكيم بشأن تفسير عقد أو تنفيذه، فإن ما يثور بينهم من نزاع بشأن صحة هذا العقد أو بطلانه يخرج من نطاق اتفاق التحكيم و بالتالي يجوز لأي من طرفي اتفاق التحكيم عرضه على قضاء الدولة دون الخشية من الدفع بالتحكيم.²

وينطبق هذا الحل ولو كان هناك ارتباط وثيق بين الموضوع المتفق بشأنه على التحكيم و الموضوع الذي يخرج من نطاق الاتفاق، فإذا وصلت هذه العلاقة إلى حد عدم القابلية للتجزئة فإن الراجح فقها هو وجوب عرض النزاع في مجموعة أمام قضاء الدولة بما فيه النزاع المتفق بشأنه على التحكيم.

و ينطبق هذا الحل رغم استقلالية شرط التحكيم عن العقد الذي يتضمنه فلا تعارض في الحقيقة بين الأمرين و ذلك لأن استقلال شرط التحكيم لا يعني إسناد الاختصاص لهيئة التحكيم بمسائل لا يشملها شرط التحكيم، ولذلك فإذا كان الأطراف قد اقتصروا في شرط التحكيم المدرج بالعقد على إسناد مهمة تفسير العقد فقط لهيئة التحكيم، فلا شك في خروج النزاع حول وجود العقد أو بطلانه من ولاية هذه الهيئة

¹ أنظر: ميموني سعاد، النظام القانوني لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري، مذكرة لنيل شهادة ماستر، تخصص قانون إقتصادي، كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، 2016/2015، ص 49.

² انظر الانصاري حسن النيداني، المرجع السابق، 97.

و لذلك إذا ثار نزاع أمامها حول صحة العقد أو بطلانه فلا يجوز للهيئة التعرض له و الفصل فيه رغم استقلال شرط التحكيم عن العقد يتعين أن توقف خصومة التحكيم لحين حسم النزاع حول بطلان العقد أمام قضاء الدولة.

فإن حكم بصحة العقد، جاز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع الدائر بين الخصوم حول تفسير العقد، أما إذا حكم قضاء الدولة ببطلان العقد الأصلي، فإن مهمة التحكيم تنتهي نظرا لأنه لم يعد لها محل وليس نظرا لبطلان شرط التحكيم نتيجة لبطلان العقد الأصلي.¹

الفرع الثاني : الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم اختصاص المحاكم الوطنية بنظر المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم.

على الرغم من إن القاعدة العامة التي تحكم مسلك القضاء الوطني فيما يتعلق بالمنازعات الخاصة الدولية ،المتفق بشأنها على التحكيم، تتلخص في عدم اختصاص هذا القضاء بالفصل في هذه المنازعات، إلا أن هذه القاعدة العامة ترد عليها بعض القيود و الاستثناءات:²

أبرزها انعقاد الاختصاص المحاكم الوطنية بشأن اتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية المتصلة بالمنازعات المتفق على التحكيم ،تدخل القضاء الوطني من أجل تكوين محكمة التحكيم في حالة تعذر تشكيلها ،وأخيرا الرقابة التي تباشر من

¹ أنظر: الانصاري حسن النيداني، المرجع السابق، 99.

² انظر حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 284.

قبل القضاء الوطني على حكم التحكيم سواء كانت هذه الرقابة من خلال الطعن البطلان على حكم التحكيم، أو في إطار دعوى الأمر بالتنفيذ.¹

ولقد حرص المشرع المصري في القانون رقم 1994/27 على تأكيد اختصاص القضاء المصري على الرغم من وجود اتفاق على التحكيم بشأن العديد من المسائل.

فعلى سبيل المثال، نص في المادة 17 على تدخل القضاء المصري بناء على طلب أحد طرفي التحكيم من أجل حل المشاكل المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم.² كذلك تنص المادة 20 من قانون التحكيم المصري على انه "إذا تعذر على المحكم أداء مهمته أو لم يباشرها أو انقطع عن أداءها بما يؤدي إلى تأخير لا مبرر له في إجراءات التحكم ولم ينتج ولم يتفق الطرفان على عزله، جاز للمحكمة المشار إليها في المادة التاسعة من هذا القانون الأمر بإنهاء مهمته بناء على طلب أي من الطرفين"³.

إلى جانب هذه الصور التي تشكل نوعان من المساعدة من قبل القضاء المصري لنظام التحكيم في الفترة السابقة على قيام هيئة التحكيم بأداء وظيفتها فإن القضاء المصري يتدخل أيضا أثناء قيام هيئة التحكيم بأداء وظيفتها في صور الأمر

¹ انظر حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق، ص 285.

² انظر المادة 17 القانون المصري رقم 1994/27 .

³ انظر المادة 20 من قانون التحكيم المصري.

باتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية على نحو ما نصت عليه المادة 14 من قانون التحكيم المصري.¹

كذلك، فإن القضاء المصري يقوم بنوع من الرقابة اللاحقة على صدور حكم التحكيم في صورتين هامتين عالجهما المشرع المصري، الأول: هي صورة الطعن بالبطلان على حكم التحكيم والصورة الثانية تتعلق بحالة إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم.²

المطلب الثاني : مبدأ استقلالية شرط التحكيم.

مما سبق اتضح لنا أن شرط التحكيم يعد عقد نهائي و لا يحتاج إلى عقد آخر يمكنه، ذلك رغم وجوده كبند في العقد أو يتضمنه العقد الأصلي، إلا أن الفقه و القضاء قد استقر على مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي.³

الفرع الأول : المقصود بالاستقلالية

خلافًا على المبدأ التقليدي الذي يرى أن شرط التحكيم تابع للعقد مما يعني انتهاء العقد لأي سبب يؤدي إلى سقوط و انتهاء هذا الشرط المتضمن في العقد، و عليه إذا حصل أي خلاف بين الطرفين حول العقد فلا يحال إلى التحكيم و إنما يحال إلى القضاء، مادام أن الشرط لم يعد موجودا لأنه كما تقول القواعد الفقهية، التابع تابع لا يفرد في الحكم، و إذا سقط الأصل سقط الفرع.

¹ انظر محمود مختار أحمد بريدي، المرجع السابق، ص426.

² انظر حفيفة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص286.

³ انظر عبد الباسط محمد عبد الواسع، مرجع سابق، ص73.

و لهذا أخذت قواعد قانون التجارة الدولية بفكرة مغايرة تماما، و هي بقاء شرط التحكيم قائما و صحيحا ،مادام أن البطلان أو الفسخ أو أي سبب آخر من أسباب انقضاء العقد لم يلحقه بحد ذاته. و في هذه الحالة تتم تسوية النزاعات الناشئة عن هذا العقد الأصلي بالتحكيم، بالرغم من انقضاء العقد ، و هو ما يسمى باستقلالية شرط التحكيم عن العقد الذي ورد فيه هذا الشرط و نرى بأن القول بهذه الاستقلالية لا تعتبر من النظام العام.¹

فيحوز الاتفاق على خلافها، بمعنى يجوز اتفاق الطرفين على عدم استقلالية شرط التحكيم، و إنما تبعية الشرط للعقد الأصلي، بل يجوز استخلاص مثل هذا الاتفاق ضمنا ،كما نرى بأن مصطلح "شرط التحكيم" لغايات الاستقلالية، لا يقتصر فقط على شرط التحكيم بمفهومه الضيق أي ذلك البند التعاقدى الوارد في العقد الأصلي، و إنما يشمل أيضا اتفاق التحكيم الذي يبرم كإنفاق منفصل عن العقد الأصلي لتسوية النزاعات المستقبلية، و ذلك لاتحاد العلة ،و المبررات التي سبقت للدفاع عن مبدأ استقلالية شرط التحكيم.²

و استقلالية شرط التحكيم لا تنفي أن هذا الشرط لا يمكن أن يبطل أو يكون عرضة للفسخ أو الانقضاء عموما ،و إنما فقط لا يبطل أو يفسخ تبعا لبطلان العقد الأصلي أو فسخه، و لكن إذا لحق البطلان أو الفسخ شرط التحكيم بحد

¹ انظر حمزة أحمد حداد ،مرجع سابق ،ص 123.

² أنظر: عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص74.

ذاته، و ليس بسبب تبعية للعقد، فإنه يكون باطلاً أو مفسوخاً بصرف النظر عن العقد الأصلي، حتى لو كان هذا العقد صحيحاً و نافذاً بحق طرفيه.¹

و مثال ذلك عدم جواز الاتفاق الأصلي بما يشمله من شرط تحكيم، عدم الأهلية عند إبرام العقد، أو يتفق الطرفان على فسخ العقد مع النص صراحة على أن الفسخ يشمل شرط التحكيم أو يتقادم شرط التحكيم بمعزل عن تقادم العقد الأصلي، في مثل هذه الفروض، يسقط شرط التحكيم لذاته، وليس سبب تبعيته للعقد الأصلي و يترتب على ذلك نتيجة هامة، و هي اختصاص القضاء عندئذ الفصل في موضوع النزاع و ليس هيئة التحكيم.²

الفرع الثاني : الآثار المترتبة على مبدأ استقلالية شرط اتفاق التحكيم.

مبدأ استقلالية التحكيم من العقد الأصلي هو المعنى القانوني و ليس المادي فهو لا يعني مطلقاً أن اتفاق التحكيم يجب أن يكون محلاً لإرضاء و قبول مستقل عن الرضا المقبول بشأن العقد الأصلي، كما يمكنه أن أي شرط التحكيم أن يلقي ذات المصير الذي يلقاه العقد الأصلي في حالة انتقال الحقوق الناجمة عن هذا العقد و بالتالي فإن هذا المبدأ ينجم فيه أثرتين مهمتين و هما :

الأثر الأول عدم ارتباط اتفاق التحكيم بمصير العقد الاصيلي، و الأثر الثاني هو امكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الاصيلي .

¹ أنظر: محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 70

² انظر حمزة أحمد حداد، المرجع السابق، ص 124.

أولاً : عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي .

و هو من أهم الآثار المترتبة على مبدأ استقلالية شرط التحكيم و معنى هذا المبدأ أن وجود و صحة و سريان اتفاق التحكيم لا يتوقف و لا يتأثر بمصير العقد الأصلي الذي يشير إليه الاتفاق فمثلا ادعاء أن العقد الأصلي لم يتم إبرامه في الغرض الذي يكون فيه العقد الذي يتضمن شرط التحكيم ثم توقيعه و لكن لم يدخل في مرحلة النفاذ أو أنه باطل أو تم فسخه أو التزامات الناشئة عن العقد الأصلي تم تحديدها، لا يؤدي إلى عدم فعالية اتفاق التحكيم أو المساس به فهذه المسألة بشأن عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي قد أثار الكثير من الجدل، حيث إن فكرة بطلان العقد و انعدامه من الأمور الشائكة فبمجرد الادعاء بانعدام العقد الأصلي لا يكفي في حد ذاته إلى استبعاد اختصاص المحكمة، إذ أن للمحكم أن يقدر مدى صحة هذا الادعاء واذ لاحظ فعلا أن العقد الأصلي غير قائم ولا وجود له قانوناً، و ذلك في حال الانعدام الكامل لرضا المتبادل بين أطراف العقد.¹

فإنه يتعين أن يستخلص من هذا الانعدام الآثار المتعلقة بموضوع النزاع فإذا اتضح له أن الانعدام المدعي به يسري أبطأ على اتفاق التحكيم ليس لمجرد و استخلاص هذه النتيجة و إنما لأن سبب الانعدام الذي لحق بالعقد الأصلي لحق أيضاً باتفاق التحكيم.²

¹ انظر نورة حليلة ، المرجع السابق، ص36-37

² أنظر: حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص

فمبدأ الاستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي سيمسح بالبقاء على اتفاق التحكيم طالما لم يكن هذا الاتفاق في حد ذاته قد لحق به أي عيب من عيوب الإرادة التي لحقت بالعقد الأصلي، و طالما لم يكن محله أو سببه مخالفا للنظام العام الدولي، أما انعدام التعبير عن رضا الأطراف بالعقد الأصلي، فإنه يؤدي إلى عدم وجود اتفاق مستقل في علاقته باتفاق آخر إذا لا يوجد أي اتفاق.¹

ثانيا : خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي.

يؤدي اتفاق مبدأ استقلالية اتفاق عن العقد الأصلي إلى قبول عدم خضوع اتفاق التحكيم بالضرورة إلى ذات القواعد التي تحكم العقد الأصلي، سواء تم إخضاع اتفاق التحكيم إلى قانون محدد بالإعمال لقواعد الإسناد التقليدية أو تم إخضاع اتفاق التحكيم على نحو ما ذهب إليه القضاء الحديث في فرنسا، سواء من حيث الفصل في مسألة وجود ذاته أو صحته، إلى قواعد مادية تتماشى مع الطابع الدولي للتحكيم فشرط التحكيم يعد جزءا مستقلا عن العقد الأصلي و الأطراف و أيضا للقضاء الذي قد يفوض إليه الأمر للفصل في مسألة وجوده و صحته، إخضاعه لقانون مختلف عن ذلك، الذي يخضع له باقي العقد.²

المطلب الثالث : نطاق اتفاق التحكيم

إن الاتفاق على التحكيم يتم بالإيجاب و القبول بمعنى أنه عقد، وكل عقد في القانون له نطاق يمتد إليه من حيث الموضوع، و من حيث الأشخاص، وعليه فإن

¹ حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 116.

² انظر نورة حليلة، المرجع السابق، ص 38.

هذا المطلب ،سوف يكون على فرعين الأول :في نطاق التحكيم من حيث الموضوع و الفرع الثاني في نطاقه من حيث الأشخاص.

الفرع الأول : نطاق اتفاق التحكيم من حيث الموضوع .

اتفاق التحكيم هو تصرف قانوني صادر عن إرادة طرفيه ،الغرض منه هو فض النزاع دون اللجوء إلى المحكمة المختصة، لذا أجاز المشرع العراقي على سبيل الاستثناء و حدد له نطاقا ،فالأصل أن التحكيم جائز في كل موضوع يجوز فضه بطريق الصلح ،و هذا ما أخذ به المشرع العراقي في قانون المرافعات بأنه قاس على المسائل التي تجوز فيها الصلح لتكون هي ذاتها التي تجوز فيها التحكيم ،و ذلك حسب المادة (254) من قانون المرافعات العراقي.¹

و نص هذه المادة يضع قاعدة عامة لنطاق التحكيم، ألا وهي أن الاتفاق على التحكيم جائز في كل المنازعات التي يجوز فيها الصلح ،وهذه الحالة يقتضي الرجوع للقانون المدني لتحديد نطاق عقد الصلح لكي يتضح لنا فيما بعد نطاق عقد التحكيم، حيث تنص المادة 704 من القانون المدني العراقي على ما يأتي :

1- يشترط في المصالح عنه مما يجوز أخذ البديل في مقابلة و يشترط ان يكون معلوما إن كان مما يحتاج إلى القبض والتسليم.2- ولا يحوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام و الآداب و لكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ على ارتكاب إحدى الجرائم.²

¹ انظر اسعد فاضل منديل ،المرجع السابق ،ص 62-63.

² انظر المادة 704 قانون مدني عراقي

و من خلال ما عرضت هذه المادة من أحكام يمكن أن نستشف بأن التحكيم غير جائز في العقود التي تكون بلا مقابل مثل الهبة أو الإعارة، إلا انه يجوز في العقود الأخرى مثل البيع و الشراء و التأمين و الإيجار و الرهن و المقاوله بشرط عدم مخالفتها للنظام أو الأدب العامة، هذا و عند التدقيق في نص المادة (704) و التي حددت نطاق اتفاق التحكيم نجده لم يكن سليما من ناحية الصياغة، و هذا ما ذهب إليه جانب من الفقه العراقي، و الذي يرى أن المشرع لم يكن موفقا في الجمع بين هاتين الفقرتين لأنهما تؤديان إلى معنى واحد مع اختلاف في الألفاظ، هذا لأنه اشترط في المصالح عنه أن يكون مما يجوز أخذ البديل مقابلا له، بمعنى آخر أن يكون مما يجوز التعامل فيه و هذا الحكم الذي جاءت به الفقرة الثانية من المادة نفسها بأن لا ينصب عقد الصلح على المسائل التي تخالف النظام العام والأدب، أي يجب أن لا ينصب على المسائل التي لا يجوز التعامل فيها.¹

الفرع الثاني : نطاق اتفاق التحكيم من حيث الأشخاص.

إن اتفاق التحكيم باعتباره عقدا من العقود المدنية، فإن القوة الملزمة لهذا العقد تقتصر على أطرافه فقط، و هذه هي القاعدة العامة المقررة في إطار القانون المدني و هذا ما قضت به أيضا محكمة النقض المصرية بأن آثار العقد وفق لنص المادة (145) من القانون المدني المصري لا تتصرف إلى الغير الذي لم يكن طرفا فيه و لم تربطه صلة بأي من طرفيه سواء كانت هذه الآثار حقا أم التزاما.²

إن مبدأ نسبية الاتفاقيات، يؤدي إلى القول بان اتفاق التحكيم لا تمتد آثاره إلى أشخاص لم يوقعوا على الاتفاق سواء بأنفسهم أو عن طريق ممثل لهم. ولكن هناك

¹ انظر اسعد فاضل منديل، المرجع السابق، ص 62-63.

² انظر اسعد فاضل منديل، المرجع نفسه، ص 71

حالات عملية قد تدق أحيانا، فضلا عن إن فكرة "الطرف" لاتعني فقط "شخص الموقع" على الاتفاق وإنما تشمل أيضا خلفه العام أو الخاص. "كالوارث الذي ابرم مورثه عقد تضمن شرط التحكيم أو في حوالة العقود، إذ ترد الحوالة على الشرط المنصوص عليه في العقد.¹

حيث أصدرت المحكمة النقض قرارها، هذا في الطعن المقدم من طرف المشتري التي اتفقت مع الشركة البائعة بمقتضى عقد البيع المبرم بينهما على ان كل نزاع يمكن أن ينشأ عن هذا العقد يكون من اختصاص هيئة تحكيم مختارة، و على هذا فإن الشركة الناقلة للبضاعة لم تكن طرفا في عقد البيع و إنما يكون تحديد حقوق و التزامات هذه الشركة على أساس عقد النقل بينها و بين الشركة البائعة.

وعلى هذا الأساس فإن شرط التحكيم الوارد في عقد البيع لا يسري مواجهة الشركة الناقلة و لا يمكن التمسك به عند قيام نزاع بين الشركة الناقلة و المشتري تطبيقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد ، ومع هذا فإنه يمكن أن يشار بهذا الخصوص بعض التساؤلات المهمة و التي يمكن منها نحيد الطرف الذي يمتد إليه أثر التحكيم خصوصا بعد أن ظهرت فكرة ما يسمى باتساع الأثر الإلزامي لإتفاق التحكيم أو شرطه ليشمل هذا الأثر أشخاصا لم يكونوا قد وقعوا على الاتفاق.²

إن التساؤل الذي قد يثور حول كيفية تحديد من هو الطرف في عقد التحكيم .

يمكن لأول وهلة أن يتبادر إلى الذهن بأن الإجابة على هذا التساؤل هو بالرجوع إلى المعيار التقليدي المادي البسيط الذي تتمكن من خلاله معرفة من هو الطرف

¹ انظر محمود مختار احمد بريري، المرجع السابق، ص 71

² انظر اسعد فاضل منديل، المرجع السابق، ص 71-72

الذي يكون ملزماً بالعقد عن طريق التوقيع الشخصي، فالشخص الذي يوقع على العقد يكون طرفاً فيه، إلا إن هذا المعيار البسيط لا يمكن الأخذ به في كل الأوقات.¹

ذلك على اعتبار أن هناك الكثير من الأشخاص، الذين يمتد إليهم آثار العقد و أن يوقعوا عليه مثل الخلف العام و الخلف الخاص، لذا فقد اتجه الفقه القانوني الفرنسي الى معيار جديد و هو اعتبار الإرادة كمعيار لتحديد من هو الطرف في العقد حيث عرف الطرف "بأنه من يساهم في العقد لأنه يريد ذلك " إلا أن هذا المعيار أيضاً لم يكن هو الآخر سالماً من النقد، و عليه فإن التعريف الذي يمكن أن نعهده جامعاً و ليس مانعاً إلا انه مع هذا فهو الأكثر شيوعاً هو الذي يعرف الطرف بأنه كل من ينصرف إليه أثر العقد.²

و على ضوء هذا التعريف فإن الطرف في العقد ليس فقط من أبرم العقد بل انه يشمل بالإضافة إلى من أبرمه الخلف العام و الخلف الخاص، لذا لا بد أن من يتعرض بشيء بسيط إلى هؤلاء الأشخاص الذين يمكن أن يشملهم تعبير "الطرف" و بالتالي يمتد إليهم أثر اتفاق التحكيم

ان في حالة كون الشخص معنوياً مثل الشركات فعلى سبيل المثال اتفاق التحكيم الذي تبرمه شركة تضامنية باسمها فإن هذا الاتفاق يكون ملزماً لكل الشركاء فيها بحيث يمكن السير في إجراءات التحكيم بحقهم مجتمعين أو بحق أحد من الشركاء. هذا بالإضافة إلى أن الشركاء يستطيعون تحويل تلك الإجراءات ضد الطرف

¹ انظر اسعد فاضل منديل، المرجع السابق، ص 72-73.

² أنظر: الفقيه مارتن حيث يرى بأن مساهمة الشخص بإرادته لا تكفي بان يوصف بالطرف فالنائب يساهم بإرادته في العقد دون ان يصبح طرفاً فيه.

الذي أبرم مع الشركة اتفاق التحكيم¹، هذا من جانب، أما الجانب الآخر هي حالة إذا ما أبرم شخص اتفاق التحكيم مع مجموعة شركات أو شركة كبرى و التي تسمى بالشركة متعددة الجنسيات ففي مثل هذه الحالة يكون اتفاق التحكيم ملزماً للشركة التي وقعت عليها وحدها أم أنه يمتد إلى بقية الشركات التي تنتمي إلى المجموعة؟

يمكن الإجابة على هذا السؤال بأن هناك اتجاهها و هو الراجح في الفقه الفرنسي بأن أثر اتفاق التحكم أو شرط التحكيم، لا يقتصر على الشركة الطرف التي وقعت على الاتفاق بل يمتد إلى بقية الشركات الأخرى التي توقع لم هذا الاتفاق و التي تنتمي إلى المجموعة نفسها على اعتبار أن هذه الشركات هي مجموعة اقتصادية واحدة وأن الرابط الاقتصادي هو الذي يربط كل هذه الشركات بعضها ببعض الآخر و بغض النظر عن التعدد المادي أو الشكلي لهذه الشركات فهي من الناحية الاقتصادية يمكن عدها شركة واحدة ذات فروع متعددة و على هذا فإن الشركة الأم و كل الشركات الأخرى التي تنتمي إلى المجموعة تكون ملزمة بموجب هذا الاتفاق و شرط التحكيم.²

وكذلك الحال بالنسبة إلى حالات الاندماج القانوني الذي يحدث بين الشركات فان الشركة الدامجة تكون ملزمة بكل الالتزامات الشركة المندمجة فيها، ومنها اتفاقات التحكيم التي أبرمتها الشركة المندمجة على اعتبار إن الشخصية القانونية للشركتين كليهما أصبحت واحدة وهي الشخصية القانونية للشركة المندمجة.³

¹ أنظر: سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي و مدى خضوعه للقانون المصري، نشأة المعارف بالإسكندرية، القاهرة، 1986، ص 337.

² أنظر: أندريه شابيل، التحكيم و الغير، حقوق الأشخاص المعنوية، بحث منشور في المجلة العربية للفقه و القضاء، العدد التاسع، 1986، ص 516.

³ انظر اسعد فاضل منديل، مرجع سابق، ص 75-76.

المبحث الثاني : مرحلة مثول أمام هيئة التحكيم.

يترتب على اتفاق التحكيم الدولي بوصفه العقد الذي تتعهد الأطراف فيه بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو التي قد تنشأ بواسطة المحكمين وليس بواسطة قضاء الدولة أثران مختلفان ،الأثر الأول إيجابي وفقا له يتعين على الأطراف أن يحترم التعهد الصادر عنها وتعهد بالمنازعات المتفق بشأنها على التحكيم الى المحكم.

أما الأثر الثاني وهو ما يعرف بالأثر السلبي وفقا له يتمتع الأطراف عن اللجوء إلى المحاكم الوطنية من أجل الفصل في المنازعات المتفق عليها بواسطة التحكيم.

بالإضافة إلى أن اتفاق التحكيم يلزم الأطراف بان يتعهد بالمنازعة الناشئة بينهم إلى هيئة التحكيم فإن هذا الاتفاق يعد الأساس أو المصدر الذي تستمد منه محكمة التحكيم إختصاصها¹ ويتم في المبحث التعرض لهاتين المسألتين على التوالي.

المطلب الأول : مبدأ التزام الأطراف اللجوء الى التحكيم.

سنتناول في هذا المطلب مضمون مبدأ التزام الأطراف اللجوء إلى التحكيم و هذا في الفرع الأول ثم سنستعرض في الفرع الثاني الآثار المترتبة على هذا المبدأ على التفصيل الآتي:

الفرع الأول :مضمون المبدأ

إن اتفاق التحكيم من العقود الملزمة للجانبين ،فيكون من الطبيعي و الأمر كذلك أن يكون ملزما لأطرافه مرتبا في ذمة كل منهما التزامات متقابلة في ذمة كل

¹ حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ،المرجع السابق،ص214

من المتعاقدين أي أطرافه و ينشئ حقوقا لكل منهما في الوقت نفسه.¹ و نصت المادة (13) مدني يماني على أن "العقد ملزم للمتعاقدين"²

فيتضح من النص السابق أن القانون اليمني يقر مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وباعتبار اتفاق التحكيم نوعا من أنواع العقود، وبالتالي يصبح هذا الاتفاق بمثابة القانون بالنسبة لأطرافه، فلا يجوز لأي من طرفيه نقص هذا الاتفاق و لا تعديله، لان العقد وليد إرادتين، وما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة.³

ويقصد بالزامية اتفاق التحكيم أنه بعد تفسيره و تكييفه يصبح شريعة المتعاقدين بمعنى أنه بالنسبة لأطرافه يشبه القانون من حيث تنفيذ ما جاء فيه، وباعتبار اتفاق التحكيم من العقود الملزمة للجانبين فتطبق عليه أحكام العقد الملزم للجانبين، وقد نصت المادة (211) مدني يماني على أن العقد ملزم للمتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب التي يقرها القانون الشرعي، ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة، كالحروب و الكوارث لم تكن متوقعة و يترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعادي، إن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين.⁴

وقد عالج المشرع المصري جزء الإخلال بالقوة الملزمة لاتفاق التحكيم في المادة (17) منه حيث أوصد الباب في وجه من يحاول أهدار قيمة اتفاق التحكيم بتهريره من بدأ الإجراءات أو المساهمة في تشكيل هيئة التحكيم فنصت على أنه إذا

¹ انظر عبد الباسط محمد عبد الواسع، مرجع سابق، ص 156.

² أنظر: المادة 13 قانون المدني اليمني.

³ انظر عبد الباسط محمد عبد الواسع، مرجع نفسه، ص 157.

⁴ انظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام. المجلد الاول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 93.

كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد تولت المحكمة المشار إليها في المادة التاسعة من هذا القانون اختياره على طلب احد الطرفين¹ و تنص المادة التاسعة في فقرتها الأولى " يكون الاختصاص بنظر النزاع، إما إذا كان التحكيم تجاريا دوليا، سواء جرى في مصر أو في الخارج، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة، ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر".²

و الأصل انه إذا ما تحدد مضمون العقد، فلا يمكن تعديله بالزيادة عليه أو بالإنقاص منه و مع ذلك فالقوة الملزمة للعقد لا تتعارض مع تعديله باتفاق الطرفين إذا طالما أن العقد نشأ عن إرادتين متطابقتين و متوافقتين.³

أما المشرع الجزائري فقد تعرض كذلك للقوة الملزمة لاتفاق التحكيم الداخلي حيث نص في المادة '(1009) من ق.إ.م.أ، على أنه "إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم بفعل أحد الأطراف أو مناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمتين، يعين المحكم أو المحكمتين من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه".⁴

الفرع الثاني: النتائج المترتبة على هذا المبدأ.

يترتب على مبدأ القوة الملزمة اتفاق التحكيم النتائج التالية :

¹ انظر لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 72.

² انظر المادة 09 قانون مصري.

³ انظر عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 157.

⁴ أنظر: المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

أولاً : عدم جواز التغيير في المنازعة محل التحكيم.

إن تحديد موضوع النزاع يعد ركناً من أركان اتفاق التحكيم لا ينعقد بدونه فإنه و الأمر كذلك يجب أن تكون المنازعة المعروضة على التحكيم هي نفسها المتفق عليها في اتفاق التحكيم ،فلا يجوز لأي من طرفي هذا الاتفاق أن يعرض على المحكم أو المحكمين نزاعاً يختلف عن ذلك النزاع المتفق عليه أو كان متفرعاً عن النزاع الأصلي إعمالاً بمبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم و مبدأ التفسير الضيق للاتفاق ،وعليه لا يجوز لهيئة التحكيم مد ولايتها إلى المسائل المتفرعة عن النزاع الخاضع لولايتها.¹

وإذا تعددت المنازعات بين الأطراف أنفسهم ،وكان الاتفاق على التحكيم في بعض منها ،أو جزء من المنازعة فيبقى القضاء مختصاً بالمنازعات التي لا يشملها الاتفاق على التحكيم ،لأن القضاء هو الأصل، و التحكيم عليه ،وإذا اتفق الأطراف على عرض نزاع غير النزاع المتفق عليه فلا بد من إبرام اتفاق تحكيم جديد بحيث يتطابق النزاع المتفق عليه مع النزاع المعروض على هيئة التحكيم.

ثانياً : عدم جواز عزل المحكمين أو احدهم إلا بتراضي الخصوم.

يتضح لنا أن تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد الجهة التي يوكل لها بالتعيين ركناً من أركان الاتفاق على التحكيم ،ويترتب على ذلك لزوماً انه لا يجوز لأحد الأطراف الاتفاق حول المحكم أو المحكمين أو احدهم أو تغيير الجهة التي تم الاتفاق عليها باختيار المحكمين ،إذ يجب أن يلتزم أطراف الاتفاق على التحكيم

¹ محمود محمد هاشم ،النظرية العامة للتحكيم ،الطبعة الاولى ،القاهرة ،1990،ص 193.

بعرض النزاع المتفق عليه ،على المحكم أو المحكمين الذين تم اختيارهم بموجب الاتفاق.¹

ثالثا : عدم جواز رد المحكم إلا لأسباب لاحقة على تعيينه.

المحكم لا يجوز رده إلا لأسباب تحدث أو تظهر بعد إبرام اتفاق التحكيم وقد نصت المادة (23) تحكيم يمضي على انه "لا يجوز بأي حال من الأحوال لأي من طرفي التحكيم رد المحكم الذي عينه أو اشترك في تعيينه ما عدا الأسباب التي تبين بعد التعيين ،و في كل الأحوال يجب على الشخص حين يفتح بقصد احتمال تعيينه محكما أن يصرح لما ولاه الثقة بكل الظروف التي من شأنها أن تثير شكا حول حياده أو استقلاله"²، و مع ذلك فلا يعد المحكم غير الصالح طالما كانت هذه الظروف و الوقائع معلومة لأطراف الاتفاق على التحكيم عند تعيين المحكم ، و من ثم لا يجوز رد المحكم إلا لأسباب لاحقة على تعيينه و شرط عدم علم الأطراف بها من قبل.³

¹ عبد الباسط محمد عبد الواسع ،المرجع السابق ،ص158.

² انظر المادة 23 قانون مدني

³ انظر محمود محمد هاشم ،المرجع السابق،ص 197.

المطلب الثاني : اختصاص محكمة التحكيم بالفصل في النزاعات محل اتفاق التحكيم.

سنفصل في هذا المطلب اختصاص محكمة التحكيم حيث نتناول في الفرع الأول نظر المحكمة في مدى اختصاصها في الفصل في النزاعات و أما في الفرع الثاني فسننتقل إلى انعقاد الاختصاص المحكمة بالفصل في النزاعات العقود الاقتصادية وهذا ما سنستعرضه كآتي :

الفرع الأول : نظر المحكمة في مدى اختصاصها .

تختص هيئة التحكيم بالفصل في المنازعات بشرطين :

الأول : أن يجيز القانون تسوية النزاع عن طريق التحكيم فإذا حظر القانون ذلك لأي سبب من الأسباب مثل عدم جواز التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها ،تكون الهيئة غير مختصة بنظر النزاع بالرغم من كل اتفاق مخالف ،أما الثاني أن يكون النزاع مشغولا باتفاق التحكيم من جهة ،و مطروحا على الهيئة للفصل فيه من جهة أخرى، فإذا تخلف أحد هذين الشرطين يكون حكم التحكيم معيبا ،ويشكل ذلك سببا صحيحا للطعن به، سواء عن طريق إبطاله أو غير ذلك مما ينص عليه القانون¹ و أساس التحكيم هو اتفاق أطراف النزاع عليه، ويتوجب على هيئة التحكيم التقيد بكل شرط وارد في الاتفاق ،ما دام لا يخالف النظام العام، ويجب أن يتعلق هذا الاتفاق بمسألة أو مسائل محددة ،فلا يجوز مثلا الاتفاق مسبقا على أن أي نزاع من شخصين ،مهما كان يحال إلى التحكيم ،وإلا كان الاتفاق باطلا.²

¹ أنظر : انظر حمزة محمد حداد ،المرجع السابق ،ص282.

² أنظر : حفيظة السيد الحداد، الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 135.

و إدراكا من المشرع المصري للدور الطبيعي لقضاء الدولة في منازعات التحكيم، فقد حرص في معرض تحديده للأحكام العامة في الباب الأول من قانون التحكيم على أن تجدد المحكمة المختصة بنظر مسائل التحكم التي يحيلها القانون إلى قضاء الدولة آخذا في ذلك بقاعدة أن محكمة البداية هي محكمة النهاية بمعنى إن المحكمة التي ينعقد بها الاختصاص دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم و في ذلك ما يصون منازعة التحكيم من أن تقطع أوصالها بين أكثر من محكمة، ويكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها قانون التحكيم المصري، رقم 27 لسنة 1994 إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع، هذا في التحكيم الداخلي، أما في التحكيم الدولي و سواء جرى في مصر أو في الخارج يكون الاختصاص لمحكمة الاستئناف القاهرة، ذلك ما لم يتفق الأطراف على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر¹

وهناك العديد من المسائل التحكيمية الهامة و خاصة الإجرائية، وقد لا تشمل عليها اتفاق التحكيم مثل مكان و لغة التحكيم، وكافة المسائل الإجرائية الأخرى الخاصة مثلا بتقديم المسندات و كيفية تبادلها بين الأطراف، و الاستماع للشهود و الخبراء و مناقشتهم، و بيان القانون الواجب التطبيق على النزاع و تحديد جدول زمني للتحكيم، و من تاريخ عقد أول جلسة إلى حين صدور الحكم النهائي بالنسبة لهذه المسائل و غيرها كثير مما لا يشملها إيقاف التحكيم، فإن من صلاحية هيئة

¹ انظر لزهرة بن سعيد، المرجع السابق، ص 136-137.

التحكيم بل من واجبها أحيانا تحديد هذه المسائل ،وبعملها هكذا لا تكون الهيئة خرجت على حدود الاتفاق أو تجاوزه.¹

أما المشرع الجزائري فقد أناط بقضاء الدولة مهمة المساعدة في تسيير إجراءات الفصل في منازعات التحكيم ،فحدد المحاكم المختصة بنظر المسائل المتعلقة بالتحكيم ،حيث تبقى المحكمة التي حددها القانون هي صاحبة الاختصاص من بداية إجراءات التحكيم حتى نهايته ،حيث أوكل مهمة مساعدة أطراف اتفاق التحكيم في استكمال تشكيل محكمة التحكيم لرئيس المحكمة المشار إليها.²

وهناك حالات التي لا تكون هيئة التحكيم فيها مختصة و من أمثلة ذلك أن يكون هناك أكثر من عقد بين نفس الطرفين ، ونص أحد هذه العقود على التحكيم في حين لا تتضمن العقود الأخرى ذلك حتى ولو كان بينهما ارتباط وثيق ،أو يكون بينهما أكثر من عقد بيع أو أكثر من عقد وكالة فيتفان على إحالة النزاعات المتعلقة بأي عقد بيع إلى التحكيم و لا يتفان على ذلك في عقود وكالة، أو يتضمن العقد الواحد بينهما ببعض السلع من جهة ووكالة تجارية لسلع أخرى.

وينص العقد على التحكيم في المسائل الخاصة بالبيع دون الوكالة، أو يتضمن العقد أحكاما لإنشاء ثلاثة مباني، مع النص على التحكيم بالنسبة للنزاعات المتعلقة بأحد هذه المباني دون المبنين الآخرين أو ينص العقد على التحكيم في المنازعات

¹ انظر حمزة أحمد حداد ،المرجع السابق ، ص284.

² انظر لزهر بن سعيد ،المرجع السابق ، ص138.

الناجمة عن المسائل القانونية الخاصة بالعقد دون غيرها أو على حصر مهمة هيئة التحكيم بتغيير العقد وفق أحكام القانون الواجب التطبيق.¹

الفرع الثاني: انعقاد الاختصاص المحكمة بالفصل في منازعات العقود الاقتصادية.

ساد الفقه و القضاء الفرنسي القديم اتجاه مفاده أن المحكم لا يستطيع الفصل في المنازعات المتعلقة باختصاصه ،سواء تعلق بالأصل الذي يستمد سلطته منه أي بوجود اتفاق التحكيم و صحة، أو تعلق بتحديد نطاق هذه السلطة على فرض وجودها ،فانعقاد الاختصاص المحكمة بالفصل في منازعات العقود هو مبدأ الاختصاص بالاختصاص أي أن المحكم يختص بتحديد اختصاصه و نظرا المنازعات المتعلقة باختصاصه، فهو الذي يقرر ما إذا كان هناك اتفاق تحكيم أم لا، كما يعني مبدأ الاختصاص بالاختصاص أن المحكمين يملكون تحديد نطاق سلطتهم بالنسبة لموضوع النزاع، و الذي يحدد بالاتفاق التحكيم الذي يشهدون منه سلطتهم صحيحا أو غير صحيح.²

كذلك إذا أثار أحد الخصوم مسألة انعدام إرادته أو عدم وجود اتفاق تحكيم من الأساس ،فيبقى لهيئة التحكيم الاختصاص المتعلق بالاتفاق ،وكذلك لو أثير موضوع عدم صحة اتفاق التحكيم بسبب عيب من عيوب الرضا فإن المحكم أو هيئة التحكيم تبقى هي المختصة بنظر النزاع وفق المبدأ الاختصاص بالاختصاص ،فبهذا المبدأ

¹ انظر حمزة أحمد حداد ،المرجع السابق ،ص284-285.

² انظر عبد الباسط محمد عبد الواسع ، المرجع السابق ،ص158.

وجد لمنع الطرف الذي لم يعد مصلحة بالتحكيم من عرقلته عن طريق إثارة عيوب في اتفاق التحكيم و بالتالي يبقى المحكم مختصا بنظر النزاع.¹

¹ انظر عبد الباسط محمد عبد الواسع ، المرجع السابق ،ص158.

المبحث الثالث: المشاكل القانونية الناجمة عن اتفاق التحكيم في عقود الدولة .

تنقسم الأسباب التي تدفع الأطراف في عقود الدولة إلى قبول التحكيم كوسيلة لفض المنازعات المحتمل قيامها بصدد صحة أو تنفيذ أو تفسير هذه العقود إلى نوعين من الأسباب،الأول منها يتعلق بمخاوف الطرف المتعاقد مع الدولة من افتقاد قضائها لحياده وأيضا خشية من تمسك الدولة بالحصانة القضائية،أما النوع الثاني فهو أن الدولة تقدم التحكيم كضمانة إجرائية من أجل تشجيع الاستثمار¹.

وعلى الرغم من أن الدولة مجرد طرف متعاقد في العقود المبرمة بينهما وبين الطرف الأجنبي،إلا أنها مع ذلك طرف غير عادي، من حيث المزايا السيادية التي تتمتع بها والتي تمكنها بالإضافة إلى إمكانية الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد، الإخلال أيضا بالحياد الذي يجب أن تتوفر للسلطة القضائية الوطنية والتي يمكن عرض النزاع عليها في حالة نشأته. وسيتم في هذا المبحث معالجة أهم المشاكل القانونية الناجمة عن اتفاق التحكيم في عقود الدولة بدءا بالدفع بالحصانة القضائية وذلك كمايلي:

المطلب الأول:الدفع بالحصانة القضائية وأثره على اتفاق التحكيم في عقود الدولة.

أصبح من المبادئ المستقرة في القانون الدولي العام أن الدولة تتمتع بالحصانة القضائية في مواجهة القضاء الوطني للدول الأخرى، و قد سادت نظرية الحصانة القضائية في معظم بلاد العالم تقريبا في القرن التاسع عشر و قد تبناها الفقه و القضاء، و طبقا لنظرية الحصانة المطلقة فان الدولة لا تخضع إلا للقانون الدولي و بالتالي فان منازعاتها مع الأفراد لا تخضع لقضاء دولة أخرى، و ظل

حفيظة السيد حداد،المرجع السابق،ص 228¹

القضاء الانجليزي يعمل بهذه النظرية إلى ما قبل انضمام انجلترا إلى الاتفاقية الأوروبية لحصانات الدول الأجنبية لسنة 1972.¹

و كذلك القضاء الأمريكي حتى سنة 1952، و أول تقنين دولي لمبدأ الحصانة الاتفاقية الأوروبية لحصانة الدول الأجنبية الصادرة في ماي 1972 و التي دخلت حيز التنفيذ سنة 1979، و قد نصت المادة السابعة من الاتفاقية الأوروبية بشأن الحصانات القضائية الأجنبية سنة 1972 بعدم جواز الدفع بالحصانة القضائية من الدول الأجنبية عندما تمارس على إقليم دولة القاضي أنشطة تجارية أو صناعية أو مالية كباقي الأشخاص الخاصة العادية.²

وقد تم النص على ذلك المبدأ في القانون الأمريكي الصادر سنة 1976 الذي دخل حيز النفاذ في 19 جانفي 1977 و طبق مبدأ الحصانة القضائية المقيدة و استبعد الأنشطة التجارية التي تمارسها الدول الأجنبية من نطاق الحصانة المطلقة للدولة، و في بريطانيا صدر قانون الحصانة القضائية للدولة سنة 1978 الذي دخل حيز النفاذ بتاريخ 22 نوفمبر 1978 حيث استبعد المقنن الانجليزي الأنشطة التجارية التي تمارسها الدول الأجنبية من نطاق الحصانة المطلقة المستقرة للدولة.

لكن انتقد تأسيس الدفع بالحصانة القضائية على فكرة السيادة و الاستقلال و المساواة التي تتمتع بها كل دولة في مواجهة الدولة الأخرى بحجة أن مثل هذا الأساس يقتضي الاعتراف للحصانة بصفة الإطلاق، و هذا يخالف الاتجاه الغالب فقها و قضاء و الذي يسعى إلى تقييد الحصانة، و هناك من يرى أن الأساس السليم للدفع بالحصانة القضائية يكمن في فكرة التعايش المشترك بين الدول و تحقيق التناسق بين النظم القانونية المختلفة، و هناك من يرى انه إلى جانب فكرة التعايش

¹ أنظر: سمية صخري، شروط إبرام اتفاق التحكيم البترولي و أثاره على الحصانة السيادية، مذكرة أطروحة

لنيل درجة الدكتوراه، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، ص 15

² أنظر: أشرف عبد العليم الرفاعي، إتفاق التحكيم و المشكلات العملية و القانونية في العلاقات الخاصة

الدولية - دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار الفكر الجامعي، 2003، ص 273.

المشترك بين الأنظمة القانونية، فإن منح الحصانة يستند أيضا إلى مبررات عملية واقعية و هي تمكين من يتمتع بالحصانة من أداء وظيفته.¹

إلى جانب هذه الأسس التقليدية فإنه تم اللجوء إلى بعض الأسس الأخرى ذات الصلة الثانوية أو التكميلية لتبرير الدفع بالحصانة القضائية و افتراض تنازل المتعاقد الخاص مع الأخيرة عن اللجوء إلى قاضيه الطبيعي و خضوعه لقضاء الدولة المتعاقدة معها، و كثيرا ما يستلزم تنفيذ الأحكام الالتجاء إلى القوة الجبرية و ليس مقبولا استعمالها ضد دولة أجنبية، لكن انتقد هذا التبرير على أساس انه يتضمن خلطا بين نشأة الحق و فاعليته فمعظم أحكام القضاء الدولي لا يتضمن إجراءات تنفيذية كما أن الجزاء لا يعتبر عنصرا ضروريا في القاعدة القانونية في كل الأحوال و مثاله قواعد القانون الدولي، و يظهر دور الاستثمار الأجنبي في تحول الحصانة القضائية للدولة من الإطلاق إلى النسبية حيث لم يعد هناك من الفقه أو القضاء من يدافع عن الحصانة المطلقة في هذا الخصوص.²

لذلك كان لابد من الحد من الحصانة القضائية المطلقة و الأخذ بالحصانة القضائية المقيدة التي أصبحت هي السائدة في الوقت الحالي، و لذلك كان القضاء الفرنسي أكثر دقة عندما استقر على عدم تمتع الدولة الأجنبية بالحصانة القضائية بالنسبة للدعاوى التي ترفع عليها بشأن ممارستها لنشاط تجاري، و يعتبر أن الروابط الاستثمارية ذات طبيعة مختلطة يغلب عليها الطابع العام نظرا لمساسها بالمصلحة العامة للدولة أكثر من غيرها من العقود.³

الفرع الأول: موقف الاتفاقيات الدولية من الحصانة الدول القضائية

نصت المادة 1/25 من اتفاقية البنك الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية واشنطن سنة 1965 أن " اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لدى المركز اتفاقا

¹ أنظر: سمية صخري، المرجع السابق، ص 17.

² أنظر: العيساوي حسين، الدفع بالحصانة القضائية و الحصانة التنفيذية أمام القاضي و المحكم، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014-2015، ص 131.

³ أنظر: سمية صخري، المرجع نفسه، ص 18.

لا يمكن العدول عنه بالإرادة المنفردة من الطرفين¹، و نصت المادة 26 من الاتفاقية على أن رضا و قبول الأطراف المتعاقدة للتحكيم كوسيلة لحل المنازعات الناشئة عن هذه العلاقة وفقا للإطار العام للاتفاقية بمثابة تنازل عن اللجوء لأي طريق آخر خلاف التحكيم، و يترتب على ذلك أن كافة الدول الموقعة على الاتفاقية لا يجوز لها الدفع بحصانتها القضائية أمام المركز في المنازعات الناشئة عن العلاقة العقدية الاستثمارية²، و نصت المادة 1/125 من الاتفاقية الأوروبية الخاصة بالحصانات القضائية CEI على انه " في حالة قبول الدولة المتعاقدة كتابة على خضوع منازعاتها الناشئة عن العلاقات التجارية أو المدنية للتحكيم على إقليمها أو بموجب قانونها، بموجب الموافقة الصريحة من الدولة"³، و نصت الفقرة الأولى من المادة 12 من الاتفاقية الأوروبية لحصانات الدول الأجنبية سنة 1972 على انه " لو أن دولة متعاقدة قبلت كتابة أن تخضع للتحكيم للمنازعات التي نشأت من قبل أو التي يمكن أن تنشأ في المسائل المدنية و التجارية فلا يجوز لها أن تتمسك بحصانتها القضائية أمام محكمة دولة أخرى متعاقدة يجري على إقليمها التحكيم وفقا لقانونها.⁴

الفرع الثاني: موقف القضاء من حصانة الدول القضائية

حرصت الهيئات القضائية الأوروبية على إقرار مبدأ الحصانة القضائية المقيدة للدولة في علاقاتها التجارية، إذ لا يجوز للدولة التمسك بحصانتها المطلقة القضائية، كما طبق القضاء الفرنسي الحصانة القضائية المقيدة على أعمال السلطة العامة بالنسبة للحصانة المطلقة، فقد رفضت محكمة النقض الفرنسية تمتع الممثل التجاري للاتحاد السوفيتي بالحصانة القضائية المطلقة استنادا إلى أن التصرفات الصادرة عن الهيئة التابعة لها ليست سوى تصرفات تجارية ورفضت محكمة الدفع

¹ انظر: المادة 1/25 من إتفاقية البنك الدولي لتسوية المنازعات الإستثمارية واشنطن.

² أنظر: سمية صخري، المرجع السابق، ص 18.

³ أنظر : المادة 1/125 من الإتفاقية الأوروبية الخاصة بالحصانات القضائية CEI

⁴ أنظر: المادة 1/12 من الاتفاقية الأوروبية لحصانات الدول الأجنبية سنة 1972.

النرويجي بالحصانة استنادا إلى أن التصرفات الصادرة كانت لإشباع حاجات خاصة طبقا للقواعد القانونية الخاصة¹.

و ألغت محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة استئناف باريس بتاريخ 29 جانفي 1957، و قامت المحكمة بإحالة الدعوى لمحكمة استئناف "Rauen" و التي أصدرت بتاريخ 10 فيفري 1957 حكما و الذي قضت فيه بان الدولة التركية ضمنت تنفيذ الالتزامات التعاقدية المبرمة بواسطة مدينة Constantinople تكون قد أنجزت عملا يعد من أعمال القانون المدني بطبيعته، كما تصرفت باعتبارها شخصا طبيعيا و بالتالي لا يعمل فيها بفكرة السلطة العامة.²

و في القضاء المصري طبقت محكمة النقض المصرية مبدأ الحصانة القضائية المقيدة، حيث ذهبت في حكمها الصادر بتاريخ 29 افريل 1986 إلى "...الأصل هو أن تتمتع الدولة الأجنبية بالحصانة القضائية و هو ما يبنى عليه عدم خضوعها لقضاء دولة أخرى، إلا انه لما كانت الحصانة القضائية غير مطلقة فلا تدرج فيها المعاملات المدنية و التجارية، و طالما أن العقد يبرم بالإرادة الكاملة للدولة فيمكن النص صراحة عن التنازل عن هذه الحصانة، و قد يتم النص في العقد على اختصاص محاكم الدول الأجنبية بنظر المنازعات الناشئة عن العلاقات القانونية بين أطرافه.³

الفرع الثالث: آثار شرط التحكيم على الحصانة القضائية للدولة أمام القضاء الوطني

قد ينظر القضاء الوطني منازعات ناشئة عن عقد دولي يتضمن شرطا تحكيميا، و قد يكون هذا أثناء نظر المحكم للنزاع أو بناء على طلب الأخير فيما لو

¹ أنظر: أحمد حلمي خليل هندي، عقود الإمتياز البترولية و أسلوب حل منازعاتها، دار الفكر الجامعي، مصر، 2013، ص 387.

² أنظر، سمية صخري، المرجع السابق، ص 21.

³ أنظر: أحمد حلمي خليل هندي، المرجع السابق، ص 388.

اقتضى الأمر اتخاذ إجراءات عاجلة أو وقتية أوتحفظية، كما قد يكون هذا النظر بعد صدور حكم التحكيم و ذلك للنظر في الطعون المقدمة من الأطراف في هذا الحكم أو من اجل إصدار أمر تنفيذه، فإذا ما عرض أمام القضاء الوطني منازعة ناشئة عن عقد دولي يتضمن شرطاً تحكيمياً¹، فهل يفيد هذا الشرط تنازل الدولة عن تمسكها بالحصانة القضائية أمام هذا القضاء الخاضع لسيادة دولة أخرى؟

يعتبر تنازلاً صريحاً من الدولة عن حصانتها القضائية الحالة التي تلجا فيها الدولة إلى القضاء الوطني لدولة أخرى بشأن المنازعات الناشئة عن عقد يربط بينهما وبين طرف خاص أجنبي، رغم تضمين هذا العقد شرطاً تحكيمياً، إذ حسب البعض ليس هناك وسيلة أكثر دلالة عن التعبير عن التنازل عن الحصانة القضائية من طريق رفع الدعوى مباشرة، و في هذه الحالة يكون مسلك الدولة هو القرينة التي يستفاد منها تنازلها عن الحصانة، حيث لا يعد وجود شرط التحكيم قرينة في حد ذاته على هذا التنازل.²

المطلب الثاني: اتفاق التحكيم و أهلية الدولة في إبرام العلاقات التجارية الدولية .

إن المتأمل في ساحة التحكيم التجاري الدولي يجد أكثر مجالاته تدور بين أشخاص اعتبارية سواء كانت عامة أم خاصة ولا توجد أي مشكلة بخصوص مقدرة الشخص المعنوي الخاص على أن يكون طرفاً في اتفاق التحكيم، فمن الثابت أن الأشخاص الاعتبارية الخاصة تتمتع بأهلية الوجوب، أهلية الأداء، و من ثم تملك التصرف في أموالها للغير طبقاً للنظم المقررة في عقد التأسيس، وبذلك تكون أهلاً لإبرام اتفاقية التحكيمية المنازعات التي قد تثور بينهما و بين المتعاقد معها.³

¹ أنظر : سمية صخري، المرجع السابق، ص 24.

² أنظر : أحمد حلمي خليل هندي، المرجع السابق، ص 389.

³ انظر: بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطان أحكام التحكيم، "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الأزراطة، مصر، ص 379.

هذا ما برهن عليه المشرع المصري و تنص المادة الرابعة من قانون قطاع الأعمال رقم 203 لسنة 1992 بقولها "يجوز الاتفاق على التحكيم في المنازعات التي تقع فيما بين الشركات الخاضعة للأحكام هذا القانون، أو بينهما و بين الأشخاص الاعتبارية العامة أو الأشخاص الاعتبارية من القطاع الخاص، أو لأفراد وطنيين كانوا أم الأجانب".¹

ولصحة الاتفاق التحكيمي هناك عدة شروط يلزم من توافرها في هذا الاتفاق، فضلا عن تطابق الإيجاب و القبول فلا بد أن يصدر هذا القبول من شخص ذو أهلية وفي مجال العقود البترولية فإن الاتفاق تم بين شخصين معنويين أحدهم من أشخاص القانون العام و هو الدولة البترولية أو المؤسسة العامة التابعة للدولة و الثاني من أشخاص القانون الخاص و هو الشركة الأجنبية المستمرة و الوقت المعتبر لتحديد الأهلية هو وقت التعاقد.²

وهو ما أكدته المادة 11 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 بقولها "لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه.....".³

ويرتبط تحديد أهلية إبرام اتفاق التحكيم بأهلية التعاقد، حيث عدم توافر شرط الأهلية في الأطراف من شأنه أن يؤدي إلى اعتبار شرط التحكيم باطل، غير أن محكمة النقض الفرنسية اعتبرت البطلان في هذه الحالات بطلانا مطلقا ووفقا لقواعد الأهلية، التي يحددها القانون المدني للأطراف، وهذا الأمر يتعلق بالشخص الطبيعي و الشخص المعنوي الذي يحدد القانون الذي يوجد به مركز الإدارة الرئيسي للشركة، ومدير الشركة لا يمكن له إبرام اتفاق التحكيم ما لم يكن مفوض بمسند كتابي

¹ أنظر: المادة 4 من قانون قطاع الاعمال المصري رقم 203 لسنة 1992.

² انظر هاني محمد كامل المنايلي، المرجع السابق، ص 166.

³ أنظر: المادة 11 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

صريح بإبرام اتفاق التحكم، وفي هذا الشأن لا بد من ذكر الحكم الفرنسي الصادر في 08 يوليو 1954 من محكمة "دواي" وقد طبق قواعد التنازع و قرر أن القانون الفرنسي هو وحده الذي يحدد من له السلطة في إبرام اتفاق التحكيم لاسيما في المنازعات التجارية مع شركة بلجيكية فلا بد من تفويض كتابي صريح مكتوب.¹

فالأشخاص الاعتبارية تتمتع بأهلية خاصة تختلف عن أهلية الشخص الطبيعي وذلك لاختلاف طبيعة كلا منهما على الآخر، فالشخص الاعتباري يكون أهلا للتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان الطبيعية، كما تنحصر أهلية الشخص الاعتباري فيما حدد له من نشاط في عقد التأسيس الذي يحدد له أغرضه التي تم إنشاؤه من أجلها وليس له تجاوزها، كما هو من حق الأشخاص الطبيعيين للجوء إلى التحكيم كذلك يحق لأشخاص الاعتبارية العامة و الخاصة إبرام اتفاق التحكيم.²

ففي مصر دار خلاف حول مسألة حظر التحكيم أو إجازته في منازعات الأشخاص الاعتبارية العامة، وقد حسم المشرع المصري هذا الخلاف بصدور القانون رقم (1997/1) والذي عدل المادة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم (1994/27) حيث أضاف إلى المادة الأولى النص الآتي "وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك".³

¹ انظر هاني محمد كامل المنايلى، المرجع السابق، ص 167.

² أنظر : عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 106.

³ أنظر: القانون 1997/1 الذي عدل المادة 1 من قانون التحكيم المصري رقم 1994/27.

أما الأشخاص الاعتبارية الخاصة فلم يشر قانون التحكيم اليمني إلى أهلية الأشخاص الاعتبارية الخاصة لإبرام اتفاق التحكيم، بل لم يتعرض للأشخاص الاعتبارية الخاصة إلا و هو بصدد تعريفه للتحكيم التجاري، وكان من الأخرى الإشارة إلى ذلك كون أغلب أطراف اتفاق التحكيم في واقع الحال هم من الأشخاص الاعتبارية الخاصة، في حين أشارت إلى ذلك المادة 11 تحكيم مصري، والتي نصت على أنه "يجوز الاتفاق على التحكيم للشخص الطبيعي أو الاعتباري، والذي يملك التصرف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح".¹

كما نصت المادة 190 من قانون الإجراءات القطري على أنه "لا يصح التحكيم إلا لمن له أهلية التصرف في حقوقه"²، وفي المادة 6 من التشريع اليمني للتحكيم تنص على أنه يشترط لصحة التحكيم ما يأتي "أولاً: أن يكون المحكّم أهلاً للتصرف في الحق موضوع التحكيم على أن لا يقبل التحكيم من الولي أو الوصي إلا لمصلحة أو من المنسوب إلا بإذن من المحكمة"³

كما تنص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على أنه "يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها"⁴، وهي تقابل المادة التاسعة من قانون التحكيم الأردني "اتفاق التحكيم لا يجوز إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه".⁵

¹ انظر: المادة 11 من قانون التحكيم المصري.

² أنظر: المادة 190 من قانون الإجراءات القطري.

³ أنظر: المادة 6 من قانون التحكيم اليمني

⁴ أنظر : المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

⁵ أنظر : المادة 9 من قانون التحكيم الأردني.

وما يهمنا و نحن بصدد الأشخاص الاعتبارية الخاصة هو الشركات كون التحكيم هو الطريق المتبع لفض المنازعات التي غالبا ما يكون أطراف اتفاق التحكيم فيها من الشركات فإن استوفت الشركة الشروط القانونية التي تؤهلها لإبرام اتفاق التحكيم فمن له سلطة إبرام هذا الاتفاق ؟.

و للإجابة على هذا التساؤل : تجدد التفرقة بين الشركات المدنية و الشركات التي هي بالنسبة للشركات المدنية فإن مدير الشركة لا يملك إبرام اتفاق التحكيم إلا بوكالة خاصة ،أما بالنسبة للشركات التجارية و هذا ما يهمنا في مطلبنا هذا فنفرق هنا أيضا بين شركات الأشخاص و شركات الأموال ،ففي شركات الأشخاص يحدد غرض الشركة سلطة مديرها فلا يستطيع إبرام اتفاق التحكيم إلا بصدد نزاع متعلق بغرض الشركة ،أما في شركات الأموال على العكس لا يحدد غرض الشركة من حيث المبدأ سلطة المديرين فيستطيع مدير الشركة إبرام اتفاق التحكيم حتى لو تجاوز غرض الشركة ،باستثناء حالة ثبوت سوء نية الغير الذي كان يعلم بتجاوز المدير لغرض الشركة.¹

والمشروع الجزائري في تعديله لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية في عام 2008 أجاز لجوء الدولة إلى التحكيم في علاقتها التجارية ذات الطابع الدولي و في الصفقات العمومية ،وذلك في المادة 1006.²

¹ انظر عبد الباسط محمد عبد الواسع ،المرجع السابق ،ص108.

² انظر هاني محمد كامل المنايلي ،المرجع السابق ،ص 168.

الفرع الأول: موقف الاتفاقيات من أهلية الدولة في إبرام اتفاق التحكيم .

بعد الحرب العالمية الثانية ظهرت حاجة الدول إلى إبرام الاتفاقيات الدولية نذكر منها على سبيل المثال :

1- اتفاقية نيويورك الصادرة بتاريخ 10 جوان 1958 :لم تنص الاتفاقية على أهلية الأشخاص الاعتبارية العامة في إبرام اتفاق التحكيم ،وذهب بعض الفقهاء إلى تفسير الفقرة الأولى من المادة الخامسة من الاتفاقية كون مصطلح الشخص المعنوي الوارد بالفقرة جاء دون قيد ودون تمييز بين الشخص الاعتباري الخاص أو العام،حيث أن أهلية الشخص المعنوي العام يحكمها قانون الدولة المنشئة للشخص العام ،فقد تركت اتفاقية نيويورك سنة 1958 لكل دولة الحرية في تقرير أهلية أشخاصها العامة في اللجوء إلى اتفاق التحكيم.¹

2- الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي بجنيف سنة 1961 :نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية على أن : "الأشخاص العضوية التي تعتبر وفقا للقانون الواجب التطبيق عليها ،من أشخاص القانون العام تكون لها القدرة على إبرام اتفاقيات تحكيم صحيحة"،وقد قيدت الاتفاقية من الاعتراف المطلق للأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم ،حيث نصت الفقرة الثانية من المادة الثانية على انه : "يجوز لكل دولة عند التوقيع أو التصديق على الاتفاقية أو الانضمام إليها أن تقيد من القدرة وفق الشروط المعينة في إعلانها".²

3- اتفاقية منازعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى بواشنطن 1965: سمحت هذه الاتفاقية للأشخاص المعنوية العامة التابعة للدولة

¹ أنظر : إتفاقية نيويورك الصادرة بتاريخ 10 جوان 1958.

² أنظر المادة 1،2/2 من الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي بجنيف 1961.

المتعاقدة بالدخول طرفاً في اتفاقية التحكيم لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، و التوقيع على الاتفاقية يعطي الأشخاص الاعتبارية العامة التابعة للدول المنتجة للاتفاق على شرط التحكيم، ولم تتضمن الاتفاقية أي التزام على الدول للاعتراف بأهليتها و أهلية أشخاصها الاعتبارية العامة بالاتفاق على شرط التحكيم¹.

الفرع الثاني : موقف التشريعات العربية و الأجنبية من أهلية الدولة في إبرام اتفاق التحكيم.

العديد من القوانين تنص على قدرة الشخص العام في اللجوء إلى التحكيم في بعض المنازعات التي ينبغي أن تخضع إجبارياً للتحكيم ، فتتص المادة التاسعة من قانون التحكيم السوري على أنه "لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته"².

أما بالنسبة لمقنن السعودي فقد نص في المادة 03 من نظام التحكيم السعودي على أنه : "لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء ، ويجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم"³.

أما المشرع الجزائري في تعديله لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية لسنة 2008 أجاز لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في علاقتها التجارية ذات

¹ أنظر : إتفاقية منازعات الإستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى بواشنطن 1965 و التي صادقت عليها الجزائر بالمرسوم التشريعي 346/95 عام 1995، الجريدة الرسمية رقم 66 الصادرة ب 5 نوفمبر 1995.

² أنظر : المادة 9 من قانون التحكيم السوري.

³ أنظر : المادة 3 من قانون التحكيم السعودي.

الطابع الدولي و في الصفقات العمومية بنص المادة 1008. ولا يوجد نص في القانون النموذجي للتحكيم في البحرين وسار على نفس النهج المقنن الكويتي و اللبناني و المغربي و السوداني و الإماراتي في إخضاع أحكام الأهلية للقواعد العامة

المطلب الثالث : دور قضاء التحكيم في الحد من المشاكل القانونية الناجمة عن اتفاق التحكيم في عقود الدولة .

بعد أن تمت الإجراءات داخل خصومة التحكيم، وقررت هيئة التحكيم استواء النزاع، وصلاحيته للفصل فيه، فتأمر بحجز القضية للحكم، وقفل باب المرافعة، وتتهياً لإصدار حكم في موضوع النزاع، والقيام بإعمال القانون على وقائع النزاع بعد أن قامت بتطبيق القانون على الإجراءات.

و من الطبيعي أن يقوم المحكم في إعماله للقانون بتقرير و تكييف الوقائع المطروحة أمامه، و البحث عن القواعد التي تستجيب للأعمال على هذه الوقائع، وهنا تثور مشكلة كيفية قيام المحكم بتطبيق القانون على النزاع، أي كيف يقضي هذا النزاع المطروح عليه أياً كان شكل التحكيم و إجراءاته فهنا يلتزم القاضي التابع للدولة بالفصل في المنازعات وفق لقواعد القانون الوارد في التشريعات، ولا يطبق قواعد العدالة إلا في الحالات و بالطرق المحددة في القانون، أما في التحكيم و بالنظر للاعتبارات التي يقوم عليها هذا النظام، فإن الخصوم يبحثون على عدالة

أخرى غير عدالة القانون، وبالتالي فقد خرج المشرع عن هذه القواعد بالسماح للخصوم بتقويض المحكم للحكم بالصلح و وفقا لقواعد العدل و الإنصاف.¹

حيث تنص المادة 39 في فقرتها الثانية قانون مصري على انه "إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع".²

بينما اتخذ وضعوا القانون النموذجي لتحكيم الدولي موقف مختلف فبعد أن تركت الفقرة الأولى تحديد القانون لإدارة الأطراف، نصت الفقرة الثانية من المادة 28 على انه "عند عدم مثل هذا التحديد بواسطة الأطراف، تطبق محكمة التحكيم القانون المحدد بواسطة قاعدة تنازع القوانين التي تقدر قابليتها للتطبيق على موضوع النزاع".³

ويتضح من المقابلة بين النصين أن المحكم في ظل القانون المصري يتمتع بسلطة تقديرية واسعة، فهو يختار القانون الذي هو أكثر اتصالا بالنزاع، بينما نجده ملازما بتطبيق القانون الذي تقتضي إليه قواعد التنازع في القانون الذي يرى إمكان تطبيقه على النزاع وفق النص القانون النموذجي و أمام مرونة القانون المصري، قد يجد المحكم أن القانون الأكثر إتصالا بالنزاع، وهو قانون مكان إبرام العقد أو قانون

¹ أنظر: نبيل اسماعيل عمر ، التحكم في الموارد المدنية و التجارية الوطنية و الدولية ، الطبعة الأولى ، دار

الجامعة الجديدة للنشر 2004، الاسكندرية ، ص155-156.

² أنظر : المادة 2/39 من قانون التحكيم المصري .

³ أنظر : المادة 2/28 من قانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي .

بلد المصدر أو المستورد و قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم أو التي يوجد فيها فرع الشركة المرتبطة بالعقد المتضمن لشرط التحكيمالخ.¹

وحرية الطرفان في اختيار القانون الواجب التطبيق أمام المحكم أوسع من حريتهم أمام القاضي ،و أساس هذه الحرية لا يرفع إلى استنادها على قواعد الإسناد ،بل أن أساسها هو قاعدة دولية موضوعية أو مادية مضمونها أن لطرفي التحكيم اختيار القانون الذي يطبقه المحكم على النزاع المعروض عليه دون قيد.²

ويكشف الواقع العملي عن ميل قضاء التحكيم على الصعيد الدولي إلى أعمال قانون محل إبرام العقد أحيانا،أو قانون محل التنفيذ ،وذلك استنادا إلى ما يسمى بالإرادة الضمنية للأطراف،والتي قد تكشف عنها ملابسات وظروف التعاقد أو استنادا إلى مؤشرات ذات طابع خاص للاستدلال على ترجيح قانون الدولة التي استخدمت لغتها في العقد أو ترجيح قانون الدولة إذا كانت طرفا في العقد ،و هو ما تنص عليه الاتفاقية الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار كما يمكن الاستناد إلى اختيار مكان التحكيم كمؤشر على قانون هذا البلد الذي يجري فيه التحكيم³

ومعيار الاختبار الذي تعتمد عليه هيئة التحكيم في اختبار القانون الذي يحكم النزاع قد يكون هو مركز الثقل في العلاقة محل النزاع فهذا المركز هو الذي يحدد أكثر القوانين المتنازعة اتصلا لهذا المحل ،وقد تلجأ هيئة التحكيم في سبيل تحديد القانون إلى إجراء تركيز موضوعي للعلاقة محل النزاع وفق لأحد معايير التركيز كمكان انعقاد العقد ،ومحل التنفيذ ،فكرة الأداء المميز مما تقدمه من معايير موضوعية ،أو

¹ أنظر: محمود مختار أحمد بريدي، المرجع السابق ، ص135.

² أنظر: نبيل اسماعيل عمر ،مرجع سابق ،ص158.

³ أنظر : محمود مختار أحمد بريدي، المرجع نفسه ، ص136.

مادية لتحديد القانون الواجب التطبيق و هي أنسب الأفكار لتحديد القانون الأكثر اتصالاً بالعلاقة محل النزاع.¹

ويظل قائماً ما انتهت إليه بصدد حرية الأطراف، فكما أنهم لا يملكون عن طريق اتفاق التحكيم الخلاص من تطبيق القوانين الآمرة التي رأى المشرع المصري ضرورة تطبيق حتى لو عهد الأمر للمحكمن، كما هو الحال في المنازعات العقارية أو الناشئة عن عقد معين، فالمحكوم حتى ولو تعلق الأمر بتحكيم دولي، لم يتفق فيه الأطراف على تحديد القانون المطبق على الموضوع، يتعين على المحكمن عند اختيارهم للقانون مراعاة تطبيق القانون في المسائل التي أجاز فيها المشرع التحكيم و حظر أعمال تشريعات أجنبية، حتى ولو كان التحكم سيتم في الخارج فإن هذا لا يعني إمكانية التحرر من القوانين الأخرى و إلا سيكون الحكم غير قابل للتنفيذ.²

¹ أنظر: نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 164.

² أنظر: محمود مختار أحمد بريدي، المرجع السابق، ص 137-138.

خاتمة

إنّ التطور الهائل في العلاقات الاقتصادية المبنية أساسا على العقود التجارية العابرة للحدود خلق مايسمى بتنازع القوانين نظرا لاختلاف التشريعات الوطنية و الأحكام والمبادئ السائدة في مختلف الدول، ومختلف النزاعات التي تنشأ عن هذه العقود وكذا انعدام وجود قضاء دولي مختص بنظر المنازعات التي تنشأ بين العاملين في التجارة الدولية.

أدى إلى ظهور التحكيم التجاري الدولي كوسيلة ناجعة وطريق بديل عن القضاء لحل النزاعات التي قد تنشأ عن هذه العلاقات التجارية هذا نتيجة لما يحمله من مزايا وامتيازات يحققها من تبسيط في إجراءات الفصل في النزاع والتحرر من الشكليات بغية الفصل في النزاع بأقصى سرعة ممكنة وفي سرية تامة فهذه المزايا تدعم التجارة على نطاق واسع وتستجيب لرغبة الأطراف المتعاقدة على مثل هذا الأسلوب لحل نزاعاتهم.

فلقد أثبت التحكيم التجاري الدولي وجوده وقدرته لحل النزاعات الدولية الناشئة عن علاقة تجارية وتبنيه على المستوى الدولي وحتى الداخلي كنظام مستقل عن قضاء الدولة ومنافس له ذلك أن أطراف العقود الدولية التجارية لها سلطة الخيار في إتباع نظام التحكيم أو الخضوع لنظام قضاء الدولة، فنجد الإقبال عليه كنظام منفصل عن القضاء العادي.

كما نجد أن أحكام التحكيم الصادرة في الجزائر أو في خارجها تخضع لرقابة القاضي من خلال فحص هذا الأخير لهذه الأحكام قبل إصداره لأمر التنفيذ وكذا فيما يخص تأكده من خلو الحكم التحكيمي من أسباب البطلان الواردة و المحددة في القانون ومن عدم

مخالفتها للنظام العام الداخلي والدولي. و من خلال التحليل والتطرق إلى الأحكام التي جاء بها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 حيث جاءت اغلبها مساير للقوانين الاجنبية الدولية و الوطنية الفاعلة والناشطة في مجال التحكيم التجاري الدولي بل كانت أكثر تيسيرا في بعض المسائل المتعلقة بحرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق ودور المحكم في ذلك. كما إن منح الاختصاص للقضاء التابع للدولة أمرا غير مرغوب فيه وغير ملائم، كونه في الغالب يعتمد إلى تطبيق المبادئ القانونية السائدة في دولته على العلاقات الدولية والتي قد لا تتلائم في عديد من الحالات مع طبيعة العلاقات التجارية الدولية. فالتحكيم التجاري الدولي يناسب كل من البلدان النامية والمتقدمة على حد سواء فإذا كان فريق المفاوضين الذين اختارهم الأطراف المتعاقدة على قدر كبير من الخبرة والكفاءة عند إبرام هذه العقود وان لم يستعينوا برجل القانون المتخصص عند تحرير شرط التحكيم، وعلى المعنيين بإبرام هذه العقود مراعاة الإجراءات و الأشكال التي يوجب القانون الداخلي إتباعها عند إبرام هذه العقود.

فعلى الدولة المتعاقدة و الأجهزة التابعة لها أن تحترم تعهداتها والتزاماتها التعاقدية خصوصا فيما يتعلق بشرط التحكيم، وألا تتبع أساليب التسويف والمماطلة بان تدعي عدم صحة اتفاق التحكيم استنادا إلى عدم أهليتها في الاتفاق على اللجوء إليه أوالى أي سبب آخر أمام المحكمين أو القضاء الوطني أثناء نظره لبعض المسائل المتصلة بالتحكيم، فان هذه الأساليب تفقد الدولة مصداقيتها في تعاملها مع الشركات الأجنبية المستثمرة، وان تضع أحكام التحكيم موضع التنفيذ وتعطي لها الصيغة التنفيذية لرد الحقوق لأصحابها على غرار أحكام القضاء.

وينتهي البحث إلى النتائج التالية :

- 1- أهمية الصياغة القانونية لاتفاق التحكيم , فهو حجر الزاوية في التحكيم كله .
- 2- إن مقتضى قاعدة نسبية اتفاق التحكيم ,هي سريان الاتفاق علي الأطراف الموقعه عليه و الخلف العام والخلف الخاص.
- 3- أن اتفاق التحكيم تمتد آثاره الي الغير ممن لم يوقع علي الاتفاق في حالات حددها التوجه القانوني و القضاء، شملت حتي الان حالة اندماج الشركات، و العقد الجماعي، و المجموع العقدي، و مجموعة الشركات، و المرسل اليه في عقد النقل، و الأمر لن يقف علي هذه الحالات حيث ينتظر الأضافة اليها وفقا لمستجدات معاملات التجارة المحلية و الدولية .
- 4- أن آثار اتفاق التحكيم تسري علي الأطراف الموقعه عليه بحسب الأصل، كما تمتد هذه الآثار لتسري علي الغير ممن يمتد اليهم اتفاق التحكيم.
- 5- يتمتع أطراف اتفاق التحكيم و الغير بمركز قانوني واحد علي حد سواء، و بالتالي يسري علي الغير ما يسري علي أطراف الاتفاق، فيكون من حقهم اللجوء لهيئة التحكيم، كما يتمتع عليهم ما يتمتع على أطراف الاتفاق من اللجوء للقضاء للفصل في النزاع المنصوص علي فضه بالتحكيم

تم بحمد الله

الفهرس

قائمة المصادر

و المراجع

الفهرس

المحتويات	الصفحة
شكر و تقدير	
الإهداء	
مقدمة :	1.....
الفصل الاول: مفهوم اتفاق التحكيم.....	7.....
المبحث الأول: تعريف اتفاق التحكيم.....	8.....
المطلب الأول :التعريف التشريعي.....	9.....
المطلب الثاني : التعريف الفقهي.....	11.....
المطلب الثالث : التعريف القضائي لاتفاق التحكيم.....	13.....
المبحث الثاني : أنواع اتفاق التحكيم.....	15.....
المطلب الأول: شرط التحكيم.....	16.....
المطلب الثاني : مشاركة التحكيم.....	19.....
المطلب الثالث : شرط التحكيم بالإحالة.....	21.....
المبحث الثالث: شروط إبرام اتفاق التحكيم في عقود الدولة.....	24.....
المطلب الأول : الشروط الموضوعية.....	24.....
الفرع الأول : الرضا.....	24.....
أولا : أهلية المحكمن.....	25.....
ثانيا : أهلية المحكم.....	27.....
الفرع الثاني: المحل.....	28.....
أولا : وجود المنازعة و تحديدها.....	29.....
ثانيا : أن يكون المحل معين أو قابلا للتعين.....	30.....
ثالثا : أن يكون المحل مما يجوز التعامل معه.....	31.....
الفرع الثالث : السبب.....	32.....
أولا : النظرية التقليدية للسبب.....	32.....

- 33..... ثانيا : النظرية الحديثة للسبب
- 34..... المطلب الثاني: الشروط الشكلية
- 38..... الفصل الثاني: الإجراءات القانونية لأعمال اتفاق التحكيم في عقود الدولة
- 40..... المبحث الأول: الحدود القانونية لإبرام اتفاق التحكيم
- 40..... المطلب الأول : الأثر السلبي لاتفاق التحكيم
- 41..... الفرع الأول : نقل الاختصاص من القضاء الوطني الى التحكيم
- 43..... أولا : مضمون و طبيعة الأثر السلبي لاتفاق التحكيم
- 45..... ثانيا :النطاق الموضوعي للأثر السلبي لاتفاق التحكيم
- الفرع الثاني : الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم اختصاص المحاكم الوطنية بنظر المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم
- 47.....
- 49..... المطلب الثاني : مبدأ استقلالية شرط التحكيم
- 49..... الفرع الأول : المقصود بالاستقلالية
- 51..... الفرع الثاني : الآثار المترتبة على مبدأ استقلالية شرط اتفاق التحكيم
- 52..... أولا : عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي
- 53..... ثانيا : خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي
- 53..... المطلب الثالث : نطاق اتفاق التحكيم
- 54..... الفرع الاول : نطاق اتفاق التحكيم من حيث الموضوع
- 55..... الفرع الثاني : نطاق اتفاق التحكيم من حيث الأشخاص
- 59..... المبحث الثاني : مرحلة مثول أمام هيئة التحكيم
- 59..... المطلب الأول : مبدأ التزام الأطراف اللجوء الى التحكيم
- 59..... الفرع الأول :مضمون المبدأ
- 61..... الفرع الثاني :النتائج المترتبة على هذا المبدأ
- 62..... أولا :عدم جواز التغيير في المنازعة محل التحكيم
- 62..... ثانيا : عدم جواز عزل المحكمين أو احدهم إلا بتراضي الخصوم
- 63..... ثالثا : عدم جواز رد المحكم إلا لأسباب لاحقة على تعيينه

المطلب الثاني : اختصاص محكمة التحكيم بالفصل في النزاعات محل اتفاق التحكيم.....	64
الفرع الأول : نظر المحكمة في مدى اختصاصها.....	64
الفرع الثاني :انعقاد الاختصاص المحكمة بالفصل في منازعات العقود الاقتصادية.....	67
المبحث الثالث :المشاكل القانونية الناجمة عن اتفاق التحكيم في عقود الدولة	69
المطلب الأول:الدفع بالحصانة القضائية وأثره على اتفاق التحكيم في عقود الدولة.....	69
الفرع الأول: موقف الاتفاقيات الدولية من حصانة الدول القضائية.....	71
الفرع الثاني: موقف القضاء من حصانة الدول القضائية.....	72
الفرع الثالث: آثار شرط التحكيم على الحصانة القضائية للدولة أمام القضاء الوطني.....	73
المطلب الثاني :اتفاق التحكيم و أهلية الدولة في إبرام العلاقات التجارية الدولية.....	74
الفرع الأول :موقف اتفاقيات من أهلية الدولة في إبرام اتفاق التحكيم.....	79
الفرع الثاني: موقف التشريعات العربية و الأجنبية من أهلية الدولة في إبرام اتفاق التحكيم.....	80
المطلب الثالث : دور قضاء التحكيم في الحد من المشاكل القانونية الناجمة عن اتفاق التحكيم في عقود الدولة.....	81
الخاتمة.....	86

قائمة المراجع والمصادر