جامعة محمد خيضر بسكرة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

اتـفـــاق التحـــكيم كوسيلـة لـتسويـة المـنازعات التـجاريـة

مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون اعمال

إعداد الطالب:

حمداوي محمد الصغير

إشراف الأستاذ:

قروف موسى

الموسم الجامعي 2017/2016

(انَّ اللّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا
وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِالْعَدْلِ)

صدق الله العظيم

سورة النساء الاية 58

{ إهداء }

أهـــدي هذا العمل المتواضع

إلى منبع الحنان والعطاء و الصبر إلى أعذب كلمة نقشت بذاكرتي

ونطق بها لساني إلى "أمي الحبيبة" أطال الله في عمرها.

الى من كلله الله بالوقار الى من علمني العطاء بدون انتظار

الى من احمله اسمه بكل افتخار إلى "أبي الغالي" رحمه الالله.

إلى إخوتي وأخواتي كل باسمه.

إلى أخوالي وخالاتي وأعمامي وعماتي.

إلى جدتي أطال الله في عمرها.

إلى أصدقائي جميعا و خاصة اصدقاء الدراسة.

إلى جميع الأساتذة الذين درسوني طيلة مشواري الدراسي.

الطالب: حمداوي محمد الصغير

شكر و عرفان

إنّ الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيّئات أعمالنا من يهده الله فلا مضلّ له، ومن يُضلل الله فلا هادي له، وأشهد أنّ لا إله إلاّ الله وحده لا شريك له وأشهد أنّ محمّدا عبده ورسوله.

بداية أشكر الله سبحانه و تعالى الذي وفقنا لانجاز هذه المذكرة وأعاننا ومنحنا المقدرة على إتمام ثمرة سنين من الجهد والعطاء.

نتقدّم بجزيل الشكر والعرفان والتقدير للأستاذ المشرف الدكتور " قروف موسى" على كلّ توجيهاته وإرشاداته القيّمة التي أفادنا بها خلال فترة الإشراف فألف شكر وتقدير له.

كما لا يفوتني أن أشكر أساتذة قسم الحقوق جامعة محمد خيضر بسكرة وكل من مد لي يد العون.

يسرني ان اتقدم بالشكر والعرفان الى اللجنة الموقرة التي قبلت مناقشة اتقدم بجزيل الشكر إلى كل من ساعدني سواءً من قريب أو من بعيد من أجل إنجاز هذا البحث المتواضع.

مقدمة

يشهد العالم تطورا ملحوظا من ناحية العلمية و التكنولوجية، مما أدى الى تزايد المعاملات التجارية و آنتشار عقود دولية التي تتميز بتجاوزها نطاق الإقليمي لدولة بحيث ترك للأفراد و حرية الانتقال بين الدول مما أدى إلى تطوير علاقاتهم خارج الإقليم الذي ينتمون إليه و بالرغم من تطور هذه العلاقة بين الأفراد إلا أنه لكل طرف في هذه علاقة مصلحة تختلف عن طرف الأخر و هذا التضارب قد ينشأ عنه منازعات بين الأطراف مما يستدعي اللجوء إلى قضاء لفض هذه النزاعات.

يضطلع القضاء بفض النزاعات التي قد نشأ بين الأفراد بإعتباره أحد السلطات الثلاثة في الدولة، إلا أنه لم يكن دائما الوسيلة الوحيدة للفصل في المنازعات، فقد أستحدث طريق بديل لفض النزاعات عن طريق ما يعرف بالتحكيم و ذلك قبل اللجوء غلى القضاء.

وقد جاء التحكيم كنظام يتسم بالسرعة لحل المنازعات بين الأطراف المتخاصمة فهو ليس وليد العصر الحالي، بل عكس ذلك، فهو أول و أقدم وسيلة إبتدعها الإنسان لحل النزاعات، لجأ إليها الأفراد و الجماعات ثم الدول لتصفية مراكز الخلاف بغية الوصول إلى إستقرار و الهدوء و تحقيق السيادة القانون بدلا من سيادة القوة .

كان الأفراد يتوجهون إلى شيوخ قبائل لحل منازعاتهم، وكما كان سائدا في المجتمعات اليونانية و الرومانية و عند العرب في الجاهلية أيضا و مع ظهور الإسلام حيث أكد على أهميته و اعتنى به عناية محكمة ، و ذلك الدور الذي الهام يلعبه في حل بعض الإشكاليات و الخصومات، و بمرور الزمن و تباين المجتمعات تطور التحكيم و عرف في مجال التجارة الدولية، فمنذ بداية القرن التاسع عشر و على أثر نجاح الثورة الصناعية، وما أسفرت عنه مع ظهور شركات الأموال الكبرى، و الشركات الصناعية و المصانع و المقاولات الكبرى و التي تمخضت عنها مبادلات و عقود تجارية، نشأ على أثرها التحكيم.

فهذا النظام الذي لم يأفل نجمه بل زاد في الازدهار و السطوع يوما بعد يوم الى أن أصبح نظاما عالميا و مظهرا من مظاهر عصرنا الحديث الذي يتسم بتشابك العلاقات و المصالح و تنوعها، و نظرا لأهميته الكبيرة في حل النزعات أصبحت كل النزاعات بشتى أنواعها يمكن أن تعرض على التحكيم من أجل حلها.

و تكمن أهمية التحكيم في أنه يتميز بالسرعة في فض المنازعات لأن المحكمين عادة ما يكونون متفرغين للفصل في خصومة واحدة و عموما لا تتعدى أكثر من ستة أشهر، و يتميز أيضا بالسرية حيث أن ملف الخصومة بين الطرفين يبقى تحت علم المحكمين حصرا في حين جلسات التقاضي في المحاكم علنية و لا ننسى ان المحكمين يقسمون اليمين في كل قضية يتولون التحكيم فيها للمحافظة على الحياد و السرية و كذلك من أهميته التحكيم أنه يتميز بالحرية إختيار المحكمين بحيث يمتاز التحكيم ببساطة إجراءاته، و الحرية المتاحة إلى هيئة التحكيم بحسم الخلاف غير مقيدة إلا بما ينفع حسم الموضوع و كذلك طريقة اختيار المحكمين برضا تام من الفرقاء المتنازعون بحيث يشعر كل منهم بكامل الأطمئنان لأنهو إختارو بإرادتهم من يحكم بينهم.

وأصبح التحكيم وسيلة لفض منازعات التجارة الدولية، و الأمر الذي جعل الإقبال الشديد على حسم المنازعات بالتحكيم هو تجنب المتعاقدين عرض خلافاتهم كحسمها من قبل المحاكم دولة الطرف الآخر، و الخضوع لقواعد تنازع القوانين، كما في ذلك من تحمل الرسوم و تكاليف باهضة و إستغراق وقت طويل، و لذا أصبح أطراف النزاع يبحثون عن جو الملائم و البحث عن العدالة و السرعة في فض المنازعاتهم التي قد تثار بينهم، فلهذا أعتبر اتفاق على التحكيم المرحلة الأولى من المراحل التي تمر بها عملية التحكيم، و من أهم الوسائل البديلة عن القضاء العام المعروف بتعقيداته و طول إجراءاته.

وتكتسي دراسة موضوع اتفاق التحكيم اهمية بالغة سواء من ناحية العلمية نظرا لتميزه بخصوصيات ينفرد بها من انعقاده و آثاره التي يرتبها ومن أهميته للحياة الإقتصادية و القانونية فهو يعتبر أهم وسيلة لحل المنازعات و لا سيما المنازعات الدولية ، ونحن اليوم في ظل سياسة الإنفتاح و العولمة و إتساع حرية التجارة، فاتفاق التحكيم يبحث الطمأنينة في نفوس أطراف النزاع من خلال أنه في حالة حدوث نزاع سيلجؤون إلى التحكيم.

ومن ناحية القانونية: باعتبار ان اتفاق على التحكيم عقد ذو طبيعة خاصة فهو يعتبر من اهم الوسائل القانونية التي اتسع نطاقها، حتى اعترف بها و تم تنظيمها قانونا في معظم دول العالم على رغم من اختلاف انظمتها القانونية و الظروف الاقتصادية و ذلك لتحقيق العدالة بين الاطراف.

و من منطلق هذا نطرح الاشكال التالي:

مامدى فعالية اتفاق التحكيم كوسيلة ناجعة لحل النزاعات بين الاطراف بدل اللجوء الى وسائل اخرى؟

كما تندرج تحت هذه الاشكالية الرئيسية تساؤلات فرعية والمتمثلة في:

*ما مفهوم اتفاق التحكيم؟

*هل القواعد المطبقة على العقد هي نفسها المطبقة على اتفاق التحكيم؟

*ماهي الآثار المترتبة على شرط التحكيم؟

وتهدف دراستنا الى تعرف و تمعن اكثر في اتفاق التحكيم و ذلك لسهولة اجرءاته كاختيار هيئة التحكيم مثلا التي تكون باتفاق الاطراف النزاع على غرار هيئة التقاضي في القضاء العادي التي تفرض عليهم ، فهذه الدراسة تعتبر مهمة في مجال التحكيم باعتبار ان اتفاق التحكيم يعد بداية انطلاق عملية التحكيم، و كذلك ابراز قيمته في حل و فض النزاع المعروض امام المحكمين.

وهناك أسباب ذاتية وأسباب موضوعية شدت اهتمامي اختيار الموضوع:

*الأسباب الذاتية:

1- رغبة في دراسة الموضوع كونه أهم وسيلة يلجأ إليها الأطراف لحل نزاعاتهم .

2- رغبة في إثراء البحث وأفراد هذا الموضوع كونه جديد الدراسة واعطاء صورة واضحة المعالم للقراء وكذا الباحثين المتخصصين وأضف إلى ذلك تشجيع الأطراف المتعاقدة إلى اللجوء إلى التحكيم .

*الأسباب الموضوعية:

ان البحث في موضوع اتفاق التحكيم كونه حجر الزاوية ومركز الثقل بالنسبة للتحكيم فهو يعتبر أهم وسيلة قانونية اتفاقية لحسم المنازعات بين الأطراف المتعاقدة وحل المنازعات عقود التجارة الدولية، خاصة بازدياد وتيرتها واتساع حرية التجارة والقضاء على عراقيل الإدارية والقانونية التي تفرضها الدول في قوانينها الداخلية .

أما عن صعوبات الدراسة لإعداد هذه المذكرة :

فكان العائق الرئيسي هو ندرة المراجع المتخصصة في موضوع اتفاق التحكيم كونه جزء لا يتجزا من موضوع التحكيم بصفة عامة.

و سنعتمد في دراستنا على منهجين :

المنهج التحليلي: وذلك من خلال تحليل بعض النصوص القوانين الوطنية والإتفاقيات الدولية واعتمدت على المنهج المقارن: بجانب المنهج التحليلي في دراسة الإتفاق التحكيم في التشريعيات الوطنية وكذا الإتفاقيات الدولية وذلك من خلال مقارنة النصوص هذه القوانين وكذا بعض المواقف التشريعيات الوطنية والدولية الأخرى .
يهدف موضوع الدراسة وأهداف البحث المسطرة ومحاولة الإلمام أكثر بإتفاق التحكيم بكل محتوياته ، و للاجابة على الاشكالية ارتأينا ان يتم تقسيم البحث إلى ما يلي:

الفصل الأول : تناولنا فيه ماهية اتفاق التحكيم .

وقد قسم إلى ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : مفهوم اتفاق التحكيم.

المبحث الثاني : صور اتفاق التحكيم .

المبحث الثالث :العلاقة بين شرط التحكيم والعقد الأصلي .

أما الفصل الثاني : فقد تطرقنا إلى انعقاد اتفاق التحكيم .

وقد قسم إلى ثلاثة مباحث .

المبحث الأول : الأركان العامة إتفاق التحكيم.

المبحث الثاني : الأركان الخاصة لإتفاق التحكيم .

المبحث الثالث : آثار اتفاق التحكيم.

الفصل الاول: ماهية اتفاق التحكيم

الفصل الأول:ماهية اتفاق التحكيم

يعتبر اتفاق التحكيم جوهر عملية التحكيم، فقد حظي اتفاق التحكيم بعناية واهتمام على صعيد التشريعات الوطنية، وكذلك على صعيد المعاهدات الدولية، والسبب الأساسي وراء هذا الاهتمام وتلك العناية هو بلا شك أن اتفاق التحكيم هو محرك الذي يستند عليه هذا النظام القضائي الخاص ألا وهو نظام التحكيم.

وتكمن أهمية نظام التحكيم في كونه يقوم على الاتفاق بإرادة الأطراف وهذا الاتفاق هو مهيمن عليه بدء من الاتفاق على المبدأ ذاته، أي التحكيم. فاتفاق التحكيم هو دستور التحكيم ومنه فإن حل النزاع عن طريق التحكيم إنما يأتي على أثر عمل إرادي لأطراف النزاع هذا العمل الإرادي يتجسد في الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم وذلك في صورة متسارعة تحكيم كإجراء لاحق لنشوء النزاع أو في صورة شرط التحكيم كمتعهد سابق لنشوئه.

قد يكون اتفاق التحكيم بموجب عقد يتم بعد نشوء النزاع، ويكون الاتفاق المذكور في وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي الذي يمثل العلاقة القانونية الموجودة بين الطرفين قبل نشوء النزاع وقد يتم اتفاق التحكيم بموجب شرط يوضع في العقد الأصلي.

وسنتطرق في هذا الفصل إلى مفهوم اتفاق التحكيم في المبحث الأول وصور اتفاق التحكيم في المبحث الثاني والعلاقة بين شرط التحكيم والعقد الأصلي في المبحث الثالث.

المبحث الأول: مفهوم اتفاق التحكيم

نتيجة لتشعب العلاقات التجارية والاقتصادية واختلاف مصالحها وأهدافها، أصبح لشرط التحكيم أهمية كبيرة سيما في عقد التجارية الدولية وذلك من خلال الاتفاق إلى اللجوء للتحكيم، وفي هذا المبحث سنستعرض إلى تعريف اتفاق التحكيم في المطلب الأول وطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم في المطلب الثاني وتكييف اتفاق التحكيم مع غيره من العقود في المطلب الثالث

المطلب الأول: تعريف اتفاق التحكيم

لما كان موضوع دراستنا حول اتفاق التحكيم ، حيث يعتبر اتفاق التحكيم هو الأساس لمشروعية لجوء أطراف الخصومة إلى التحكيم، بناءا عليه تتم جميع الإجراءات التي حددها نظام التحكيم للفصل في النزاع، ونظرا لتلك الأهمية بالغة وتأثيره في سير العملية التحكمية منذ أن تبدأ إلى أن تنتهي، فكان لابد من التطرق إلى بيان موضوع التحكيم بصفة عامة ، و كذلك توضيح ماهية التحكيم، من خلال تحديد مفاهيم عامة حوله.

الفرع الاول: مفهوم التحكيم

أولا- تعريف التحكيم:

1- التحكيم في اللغة: يأتي من مصدر "حكم" من باب التفعيل بتشديد الكاف مع الفتح، و حكمه في الأمر أي فرض إليه الحكم فيه، و حكموه بينهم أي أمروه أن يحكم، و يقال حكمنا فلان فيما بينا أي أجزنا حكمه بيننا و حكمته في الأمر فاحتكم أي أجاز فيه حكمه[1]

2- التحكيم اصطلاحا:"هو توليه الخصمين حكما يحكم بينهما أي أختيار ذوي الشأن شخص أو أكثر فيما تنازعوا فيه دون أن يكون للمحامي ولاية للقضاء بينهم،[2] وقد عرفه البعض " أيضا بأنه "عقد يتفق الأطراف بمقتضاه على طرح النزاع على المحام شخص، أو أشخاص يختارونهم للفصل في النزاع دون محكمة مختصة".

---

[1] -عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، **النظام القانوني لأتفاق التحكيم** ،المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2005، ص 15.

[2] - حسان نوفل،**التحكيم في منازعات عقود الأستثمار**، دار الهرمة للطباعة و النشر و التوزيع ،الجزائر، 2010 ،ص 15.

ثانيا-الطبيعة القانونية للتحكيم:

ولقد احتلت طبيعة التحكيم حيزا لا بأس به من اهتمام الفقه، و حاول عديد من الفقهاء التوصل إلى هذه الطبيعة التي يكتنفها الغموض و إختلاف المفاهيم، و يرجع هذا الاختلاف إلى أساس الاتفاقي الذي يقوم عليه التحكيم، و النتيجة ذات الصفة القضائية التي ينتهي عليها المحكم، أي حكم التحكيم و تتمثل الطبيعة القانونية للتحكيم أنه ذو طبيعة إتفاقية أي النظرية العقدية التي يغلب عليها مبدأ سلطان الإرادة حيث يرى أنصار هذا الاتجاه أن المحكم يستمد ولايته من أرادة الخصوم، ويعتبر ذلك طريق إستثنائيا لفض النزاعات، و خروج عن الأصل في عرض المنازعات على القضاء، فمركز الثقل فيه هو إتفاق الأطراف، ومن هذا الأخير يستمد حكم التحكيم قوته التنفيذية، فهذا الحكم و الإتفاق كل لا يتجزأ، فالحكم لا يكون إلا نتيجة و إنعكاس لاتفاق أما الطبيعة القضائية للتحكيم فيقوم على أساس مستمد من أصل الوظيفة التي يقوم بها المحكم هي في ذاتها التي يقوم بها القضائي و بالتالي فإن عمله يكون عمل قضائيا و يتم عرض النزاع أمامه على ذات المراحل التي تتم أمام القضاء.

و إذ كان التحكيم يقوم بالوظيفة ذاتها التي يقوم بها القضاء في الدولة وهي حسم النزاع، و تحقيق العدالة بين المتنازعين، فإنه يكتسب بالضرورة الطبيعية القضائية و من ثم فنظر النزاع أمام المحكم يمر بذات الإجراءات التي يمر بها أمام القضاء، و ينتهي بحكم مماثل لحكم القاضي، سواء فيما يتعلق بالطعن فيه أو فيما يتعلق بقابليته للتنفيذ.

أما الطبيعة المركبة للتحكيم (النظرية المختلطة): بحيث أتخذ أنصار هذه النظرية موقف وسط بين النظريتين السابقتين فهو أكثر أعتدالا وواقعية، فهم يوازنون بين الطبيعة التعاقدية و الطبيعة القضائية للتحكيم فيرون بأن له طبيعةمركبة أو مزدوجة، فيقولون أن الطبيعة المركبة للتحكيم تبرز وجها تعاقديا بسبب إتفاق التحكيم الذي ينشئه وتبرز وجها قضائيا بسبب حكم التحكيم الذي يفصل في النزاع.

تفرق هذه النظرية بين العلاقات التعاقدية البحتة، و العلاقات القانونية و الإجرائية القضائية البحتة، و هي تسعى إلى التوفيق بين النظريتين السابقتين العقدية و القضائية و تجعل بذلك

التحكيم يحتل موقعا و سطا بين الطبيعة التعاقدية و الطبيعة القضائية[1]، و تكمن أهمية التحكيم بإنه يتميز بالسرعة في فض المنازعات لأن المحكمين عادة ما يكونون متفرغين للفصل في خصومة واحدة و عموما لا تتعدى أكثر من ستة أشهر، و يتميز أيضا بالسرية حيث أن ملف الخصومة بين الطرفين يبقى تحت علم المحكمين حصرا في حين جلسات التقاضي في المحاكم علنية و لا ننسى ان المحكمين يقسمون اليمين في كل قضية يتولون التحكيم فيها للمحافظة على الحياد و السرية و كذلك من أهميته التحكيم أنه يتميز بالحرية إختيار المحكمين بحيث يمتاز التحكيم ببساطة إجراءاته، و الحرية المتاحة إلى هيئة التحكيم بحسم الخلاف غير مقيدة إلا بما ينفع حسم الموضوع و كذلك طريقة اختيار المحكمين برضا تام من الفرقاء المتنازعون بحيث يشعر كل منهم بكامل الأطمئنان لأنهو إختارو بإرادتهم من يحكم بينهم.[2]

ثالثا-انواع التحكيم:

يتفرع عن التحكيم عدة أنواع تتمثل فيمايلي :

1-التحكيم الخاص يحدد فيه أطراف النزاع المواعيد و المهل ويعينون المحكمين و يقومون بعزلهم أو ردهم و يقومون بتحديد الإجراءات اللازمة للفصل في قضايا التحكيم.[3]

2- التحكيم المؤسسي :فهو الذي يتولاه هيئات أو مؤسسات أو مراكز وطنية أو دولية دائمة مختصة بالتحكيم أستنادا الى قواعد و إجراءات معينة تحددها الأتفاقيات الدولية أو قرارات المنشئة لهذه الهيئات، و هذا النوع من التحكيم هو الأكثر شيوعا في مجال التحكيم في منازعات العقود الدولية.[4]

---

[1]- لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي وفق القانون إجراءات المدنية الأدارية و القوانين المقارنة**، دار الهرمة للنشر و التوزيع الجزائر ،2012، ص 18-24.

[2]- مناني فراح، **التحكيم طريق بديل لحل النزعات حسب آخر تعديل لقانون إجراءات المدنية و الإدارية الجزائر**، د.ط دار الهدى ،عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 31-32.

[3]- المرجع نفسه، ص 52.

[4]- لزهر بن سعيد، المرجع نفسه، ص 32.

3- التحكيم الدولي: فيقصد به التحكيم في مجال العلاقات التجارة الدولية و المصالح الخارجية لأطراف النزاع و التي تكشف إرادتهما المشتركة على ان التحكيم الناشئ عن علاقة تجارية دولية أو مصالح خارجية أي خارج الدول التي ينتمون إليها.[1]

4- التحكيم الداخلي: هو التحكيم الذي يتم طبق لأحكام القانون الوطني لأطراف النزاع و داخل دولتهم بالقانون الوطني هو الذي ينص على كافة الإجراءات و القواعد التي تطبق على عملية التحكيم.

5- التحكيم الإختياري: فيقصد به التحكيم الذي يتم بناء على إتفاق طرفي النزاع و بمحض أرادتهما الحرة فلهما اللجوء بالاختيارهما الى التحكيم لفض النزاع القائم بينهما و اختيار المحكمين و الإجراءات و القواعد التي تطبق على التحكيم، أما التحكيم الإجباري بحيث يلزم القانون طرفي النزاع في اللجوء الى التحكيم و الخضوع لأحكامه في بعض المنازعات.[2]

وقبل البدء بتعريف اتفاق التحكيم أو عقد التحكيم كما يسمى أحيانا، يجدر التنبيه على أن سبب الاختلاف في التعبير عن اتفاق التحكيم بمصطلح الاتفاق أو العقد مرده إلى التفرقة عند البعض بين الاتفاق والعقد.(3)

فالاتفاق هو:توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه.

اوالعقد هو: فهو أخص من الاتفاق فهو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله،(4)

ومن ذلك يتضح أن كل عقد يكون اتفاق أما الاتفاق فلا يكون عقدا إلا إذا كان منشأ لالتزام أو ناقلا له، ولا نرى أهمية للتمييز بين الاتفاق والعقد ومع ذلك يستحسن أن يعبر عن اتفاق التحكيم بالاتفاق وعن الصورة التي يتخذها هذا الاتفاق بالشرط أو المشارطة.(5)

---

[1]- مناني فراح ،المرجع السابق، ص 53.

[2]- المرجع نفسه، ص 63.

[3]- عبد الباسط محمد عبد الواسع ضراسي،**النظام القانوني لاتفاق التحكيم,دراسة تحليلية مقارنة**،المرجع السابق، ص62.

[4]- عبد الرزاق السنهوري،**الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام**، دار احياء التراث العربي، بيروت ،لبنان،1998 ،ص137.

[5]- عبد الباسط محمد عبد الواسع ضراسي،المرجع نفسه،ص62.

لم تتفق التشريعات والقوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية على تعريف دقيق للتحكيم، لاتفاق التحكيم بحيث تطرقت بعض القوانين إلى صوره دون تعريفه وبعضها ربطت هذا التعريف بشروط صحته ويعتبر اتفاق التحكيم عقد رضائيا، وتتجلى أهميته في تحديد مضمون الاتفاق للمحكمين عند معالجتهم لنزاع ما.

فأي تحكيم يستمد مصدره من الاتفاق الذي يعتبر في نظر القانون الدولي معاهدة دولية تشكل عملا قانونيا ملزما الأطراف.[1]

الفرع الثاني:التعريف الفقهي

يذهب بعض الفقهاء إلى تعريف اتفاق التحكيم على انه:

"ذلك الاتفاق الذي يحرره الخصوم فيما بينهم على عرض ما نشأ أو ما قد ينشأ من نزاع بخصوص عقد معين على التحكيم"

ومن تعريفات أيضا "اتفاق التحكيم هو ذلك العقد الذي يتفق الأطراف بمقتضاه على عرض النزاع القائم فعلا أو النزاع الذي قد ينشئ في المستقبل بمناسبة تنفيذ عقد معين على المحكين بدلا من عرضه على قضاء الدولة".[2]

ويعرف اتفاق التحكيم بأنه "ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه تتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في النزاعات الناشئة بينهما أو محتمل نشوئها بينهما من خلال التحكيم.[3]

ويعرف أيضا " هو اتفاق بين طرفين على الاتجاه إلى تحكيم لفض نزاعاتهما المحتملة أو الواقعة فعلا ويكون هذا كتابة وقد يحدد فيه الأطراف موضوع النزاع ومكان إجراء التحكيم وأسماء المحكمين وكذا قانون الواجب التطبيق" ويتعين أن يتضمن شرط التحكيم تعيين المحكم أن كان فردا أو المحكمين أو تحديد طريقة وكيفية تعيينهم.[4]

---

[1]- مجول محمد،**التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولي**،مذكرة الماستر،كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص قانون العلاقات الدولية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، جوان 2015 ، ص01.

[2]- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي،المرجع السابق،ص63.

[3]- محمد بواط ،**التحكيم في حل النزاعات الدولية**، مذكرة الماستر كلية العلوم القانونية و الادارية ،قانون عام،جامعة بن علي،الشلف ،2008/2007،ص43.

[4]- مجول محمد،المرجع نفسه,ص03.

وعرف اتفاق التحكيم الدولي بأنه "ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه تتعهد الأطراف بأن يتم فصل في المنازعة الناشئة بينهما أو محتمل نشوؤها بينهما من خلال التحكيم وذلك إذا كانت هذه المنازعات تتعلق بمصالح التجارة الدولية".[1]

كما يعرف كذلك اتفاق التحكيم "هو ذلك التصرف القانوني الذي يتفق بمقتضاه الفرقاء على حل النزاع الناشئ أو المحتمل نشوئه بواسطة التحكيم ويمنح المحكم سلطة الفصل فيه بقرار ملزم يحصل من محاكم الدولة غير المختصة لنظر فيه".[2]

ويشكل أوسع وتفصيلا اكثر يعرف على أنه "تصرف قانوني يتخذ شكل اتفاق مكتوب ويحدد فيه الطرفان موضوع النزاع وأسماء المحكمين ومكان إجراءات التحكيم وقد يحدد كذلك القانون الذي يطبقه المحكومون وعادة ما يكون اتفاق التحكيم لاحق على نشوء النزاع.[3]

كما يلاحظ أن تعريفات اتفاق التحكيم السابقة قد عرفت اتفاق التحكيم بأنه " ذلك الاتفاق.... " وتعريف الشيء يكون ببيان ذلك الشيء وليس بإعادة إبهامه.

وعلى ذلك يمكن تعريف اتفاق التحكيم بأنه "ذلك التعهد الذي يكون في شكل عقد أو معاهدة (حسب أطراف الاتفاق) أو ذلك النص المدرج في العقد أو المعاهدة والذي بمقتضاه يلتزم أطراف باللجوء إلى التحكيم لحل كل أو بعض النزاعات التي تنشئ بينهم بمناسبة علاقة قانونية معينة".[4]

---

[1]– حفيظة السيد حداد،**الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي**، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2003 ص117.

[2] – منان فراح، **التحكيم طريق بديل لحل النزاعات بحسب أخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية** ،المرجع السابق، ص 92.

[3]– نورة حليمة،**التحكيم التجاري الدولي** ، مذكرة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة خميس مليانة،عين دفلى، 2013-2014،ص21.

[4]– محمد بواط،المرجع السابق، ص44.

ويعرف اتفاق التحكيم بصفة عامة بأنه "الاتفاق الذي بموجبه يعرض النزاع على هيئة التحكيم دولية معينة للفصل فيه بحكم ملزم للأطراف النزاع" والاتفاق التحكيم بأخذ أحدى صورتين لدى الفقه أما شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم[1]

ونستخلص من هذه التعريفات تعريفا جامعا لاتفاق التحكيم بأنه "هو اتفاق بين طرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة وتعاقدية كانت أو غير تعاقدية ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط التحكيم وارد في العقد أو صورة اتفاق منفصل" وذلك في حالة الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم بعد نشأة المنازعة بين الأطراف.[2]

الفرع الثالث: التعريف في ضل الاتفاقيات الدولية

فقد جاء في مقطع الاتفاقيات الدولية على نصوص تتكلم عن الاتفاق التحكيم حيث عرفت اتفاقية عمان اتفاق التحكيم في المادة الأولى الفقرة (ط)"

اتفاق التحكيم هو اتفاق الأطراف كتابة على اللجوء إلى تحكيم سواء قبل نشوء النزاع أو بعده" وتضيف المادة 1/3 من نفس الاتفاقية أنه: "يتم الخضوع للتحكيم بإحدى الطريقتين الأولى بإدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة بين ذوي العلاقة والثانية باتفاق لاحق على نشوء النزاع[3]"أي أن مصطلح اتفاق التحكيم يعني شرط ومشارطة التحكيم في آن واحد وهو ما أخذ به المشرع الجزائري واتفاقية بنيويورك وكذا القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.[4]

---

[1]– خالد محمد قاضي، **موسوعة التحكيم التجاري الدولي**, دار الشروق، ط1، القاهرة مصر، 1423-2002،ص 164

[2]– منان فراح ،المرجع السابق، ص93.

[3]– اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي 1987، الموقع الالكتروني:http://www.aiadr.com/con7.htm ،تاريخ الزيارة يوم 2017/02/9.

[4]– حوت فيروز،**الرقابة القضائية للتحكيم التجاري الدولي في ضوء القانون الجزائري و الاتفاقيات الدولية**، رسالة الماجستير، كلية القانون،فرع قانون العقود، جامعة اكلي محند اولحاج ،البويرة، 14-7-2016،ص74.

أما اتفاقية نيويورك فقد عرفت اتفاق التحكيم في المادة الثانية الفقرة الأولى والثانية من الاتفاقية بنصها:

1- تعترف كل دولة متعاقدة بأي اتفاق مكتوب يتعهد فيه الطرفان بأن يحيلوا إلى تحكيم جميع الخلافات أو أية خلافات نشأت أو قد تنشأ بينهما بالنسبة للعلاقة قانونية محددة تعاقدية أو غير تعاقدية تتصل بموضوع يمكن تسويته عن طريق التحكيم.

2- يشمل مصطلح "اتفاق مكتوب" أي شرط تحكيم يرد في العقد أو أي اتفاق التحكيم موقع عليه من طرفين أو وارد في رسائل أو برقيات متبادلة.[1]

وتنص اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا على تعريف اتفاقيات التحكيم في الفصل 15 تحت اسم التحكيم في المادة 1/75" رهنا بإحكام هذا الفصل يجوز لطرفين أن يتفق على أن يحال إلى تحكيم أي نزاع قد ينشأ بشأن نقل البضائع بمقتضى هذه الاتفاقية.[2]

وقد نصت اتفاقية البلدان الأمريكية بشأن التحكيم التجاري الدولي في المادة الأولى منه "الاتفاق الذي يتعهد الأطراف بموجبه للحصول على قرار تحكيم لفض أية خلافات قد تنشأ بينهما فيما يتعلق بمعاملة تجارية يعد صحيحا ويجب النص على الاتفاق في صك يوقع من قبل الطرفين أو في شكل تبادل لرسائل البرقيات أو التلكس".[3]

---

[1]- اتفاقية نيويورك اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف و تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية 1958.الموقع الالكتروني: http://www.eastlaws.com/ETF/ETFSearch.aspx?I=2943 ، تاريخ الزيارة يوم 2017/02/10.

[2]- اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا 2008.

[3]- اتفاقية البلدان الأمريكية بشان التحكيم الدولي 1975، الموقع الالكتروني: http://www.eastlaws.com/ETF/ETFSearch.aspx?I=7080 ،تاريخ الزيارة يوم 2017/02/9.

فرع الرابع:التعريف في القانون الجزائري والتشريعات المقارنة

وعرف المشرع الجزائري اتفاق التحكيم في المادة 1011 من ف ا ج م ا "الاتفاق الذي تقبل الأطراف بموجبه عرض النزاع سبق نشوءه على التحكيم.[1] " يعني هذا قبول الأطراف عرض نزاع نشأ بينهما على التحكيم والمقصود بذلك الاتفاق المسبق بين الأطراف على اللجوء إلى التحكيم.[2]

أما المشرع المصري فقد عرفه كما يلي في المادة العاشرة فقرة الأولى من قانون تحكيم المصري رقم 27/ 1994 "اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على التجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة القانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية".[3]

أما المشرع التونسي فقد عرف اتفاقية التحكيم في الباب الأول في الفصل الثاني من قانون تحكيم التونسي رقم 1993/42 على أنها "هي التزام أطراف على أن يقضوا بواسطة التحكيم كل أو بعض النزاعات القائمة أو التي قد تقوم بينهم بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية وتكتسي الاتفاقية صبغة الشرط التحكيمي أو صيغة الاتفاق على التحكيم".[4]

وعرف قانون التحكيم السوري رقم 2008/04 في المادة الأولى اتفاق التحكيم على أنه "اتفاق طرفي النزاع على اللجوء إلى التحكيم للفصل في كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية".[5]

---

[1]– قانون رقم 08–09 المؤرخ ف 18 صفر 1429 الموافق ل25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري ص113.

[2]– مجول محمد،المرجع السابق، ص03.

[3]– قانون رقم 27/ 1994 المؤرخ في 7 ذي القعدة 1414 الموافق 18 ابريل 1994 متضمن قانون في شأن التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية.

[4]– قانون تحكيم التونسي رقم 1993/42، الموقع الالكتروني:
https://www.damascusbar.org/arabic/dbar/ar_law/tun.htm، تاريخ الزيارة يوم 2017/02/25.

[5]– قانون تحكيم السوري رقم 2008/04. الموقع الالكتروني:
http://www.omanlegal.net/vb/showthread.php?t=2651، تاريخ الزيارة يوم 2017/02/25.

وعرفته المادة (2) من قانون التحكيم اليمني رقم 22-94 بأنه "موافقة الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم والتي تشملها وثيقة التحكيم (أي عقد مستقل) أو شرط التحكيم (أي بند في العقد)".[1]

وعرفت المادة (7) من قانون الاونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 حيث نصت فقرة الأولى على اتفاق التحكيم على انه "هو اتفاق بين طرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة سواء كانت تعاقدية أم غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في شكل اتفاق منفصل".[2]

وترى الدكتورة سامية راشد أن تعبير اتفاق التحكيم الذي شاع استعماله مؤخرا تعبير واسعا قصد به ان يشمل الصورتين التقليديتين المعروفتين وهما: مشارطة التحكيم في صدد نزاع قادم فعلا بينهما وشرط التحكيم الذي يقرر اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل النزاعات التي قد تثور مستقبلا بين الأطراف.[3]

ويلاحظ على تعريف اتفاق التحكيم في قانون التحكيم اليمني ما يلي:

أولا: أن القانون اليمني بدأ تعريفه لاتفاق التحكيم بأنه "موافقة" و كان غير موفق في استخدامه هذا اللفظ لأن دلالته القانونية لا تعبر تعبيرا دقيقا عن التقاء الإرادتين.

ثانيا: أن لفظ "الطرفين" غير جامع لأنه عبر عن أطراف النزاع بعبارة طرفين وهنا يظهر التساؤل عما هو الحل إذا تعدد أطراف النزاع؟ أي أنه كان ينبغي استخدام لفظ الأطراف بدلا من طرفين كون دلالته القانونية تشمل فيما إذا كان الاتفاق بين طرفين أو أكثر[4]، ولتأكيد

---

[1]- قانون التحكيم اليمني رقم 22-94. الموقع الالكتروني:
http://www.alexalaw.com/t8044-topic ، تاريخ الزيارة يوم 2017/02/25.

[2]- قانون الاونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 المعدل في2006-2010،الموقع الالكتروني:
https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-a.pdf ،
تاريخ الزيارة يوم 2017/03/12.

[3]- محمد بواط،المرجع السابق ،ص 44.

[4]- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي ،المرجع السابق، ص ص 63-64.

أكثر ما جاء به نص المادة (3/4) من قانون تحكيم المصري رقم 27-1994 والتي نصت على أنه "تتصرف عبارة طرفي التحكيم في هذا القانون إلى الأطراف التحكيم ولو تعددوا" .

ثالثا: أن التعريف في القانون اليمني قد اشتمل على الصورتين التقليديتين المتعارف عليها لاتفاق التحكيم وهي صورة مشارطة والصورة الثانية شرط التحكيم[1] ،وسواء اتخذا اتفاق التحكيم إحدى صورتين فإن التعريف التقليدي لاتفاق التحكيم يتطلب أن يكون موضوع هذا الاتفاق متصلا بمصالح التجارة الدولية.[2]

رابعا: عدم إشارة التعريف إلى المنازعة أو الخلاف الذي هو موضوع التحكيم رغم أن الهدف من الاتفاق هو حل النزاع أو الخلاف.[3]

وأما المشرع المصري فلم يخرج عند تعريفه لإنفاق التحكيم عن هذا التعريف التقليدي الذي تضمنته المادة العاشرة مذكورة سلفا من قانون تحكيم المصري، والواقع أن هذا التعريف الواسع الذي أعطاه المشرع المصري لاتفاق التحكيم ما نص عليه في الفقرة الثانية من المادة العاشرة (2/10) والتي تشمل كل من شرط التحكيم والاتفاق التحكيم يتماشي مع تعريف الفقهي التقليدي لاتفاق التحكيم، ومع ما هو ملحوظ في الأنظمة القانونية والمعاهدات الدولية.[4]

ويتضح لنا أيضا من نصت عليه المادة 1011 السالفة الذكر أن المشرع الجزائري قد وضع تعريف لمشارطة التحكيم وليس الاتفاق التحكيم ومن هنا نرى ضرورة تدخل المشرع الجزائري لتصحيح الخطأ الذي وقع فيه وذلك باستبدال لفظ "اتفاق التحكيم" الوارد في نص المادة السالفة الذكر بلفظ "مشارطة التحكيم" كما نرى ضرورة وضع تعريف جامع لاتفاق التحكيم.

ويظهر جليا من تعاريف السابقة أن اتفاق التحكيم يرتكز على عدة أمور تبرز جوهره:

---

[1]- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي ،المرجع السابق ،ص 64.

[2]- حفيظة السيد الحداد، **الاتجاهات المعاصرة بشان اتفاق التحكيم**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2001 ،ص 14.

[3]- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي ،المرجع نفسه ،ص 64.

[4]- حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه،ص15.

أولا: أنه تراضى وتلاقي إرادتين طرفي علاقة قانونية معينة على اتخاذ التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ عن تلك العلاقة أيا كان أساس تلك العلاقة عقدية أو غير عقدية.

ثانيا: تحويل المحكمين أو هيئة التحكيم سلطة الفصل في كل أو بعض المنازعات الناشئة عن هذه العلاقة والغالب عملا أن تحدد المسألة محل التحكيم في الاتفاق.

ثالثا: أن الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم قد يكون سابق على نشوء نزاع بين الطرفين وهو ما يسمى (شرط التحكيم) أو (مشارطة التحكيم)[1] ومن خلال هذه التعريفات أصبحت جميع الاتفاقيات والقوانين تستعمل مصطلحات تدل على اختصاص التحكيم في المنازعات السابقة أو اللاحقة لإبرام عقد ومعظمها تستمد روح نصوصها من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري (cnudci) لسنة 1985 و عدلته سنة 2006 وسنة 2010 حيث انتشرت انتشارا واسعا على مستوى التحكيم الدولي.[2]

المطلب الثاني:الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم

من المتفق عليه أن الاتفاق على التحكيم هو عقد يتم بين الأطراف ويعد مظهر لمبدأ سلطان الإرادة والذي من نتائجه حرية الأفراد في إبرام ما يشاءون من العقود شريطة عدم مخالفتها للنظام العام أو الأداب العامة.[3]

هذا ويري بعض الفقهاء في ايطاليا مع تسليمهم بأن اتفاق التحكيم يعد عقدا ألا أنهم يرون أنه عقد ليس له الطبيعة الخاصة بالعقود وإنما له طبيعة إجرائية عامة ويستند هذا الرأي إلى أن إنفاق التحكيم يؤثر في وجود وتنظيم الخصومة.

وتختلف هذه الإتفاقات عن العقود في أن أرادتي الطرفين ليستا متقابلتين، وإنما هما متوازيتين فلسنا بصدد تقابل إرادتين وإنما بصدد تساند بين إرادتين لتكون ارادة واحدة تتجه إلى المحكم

---

[1]– لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي وفقا للقانون ا ج م ا و القونين المقارنة**، المرجع السابق، ص52.

[2]– مجول محمد، المرجع السابق ،ص04.

[3]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي ،المرجع السابق ،ص 65.

كما أن قبول المحكم لمهمة التحكيم يعد ركنا أساسيا في هذا الاتفاق وهذا ما نص عليه الفقه الإسلامي ومعظم تشريعات المقارنة.[1]

وقد انتقد هذا التكييف من أنصار الرأي القائل: أن عقد التحكيم عقد خاص من عقود قانون المدني وسندهم في ذلك مبررين بأن عقد التحكيم لا يدخل في عداد أعمال إجرائية لأنه يبرم قبل بدء الخصومة فلا يمكن اعتباره عنصرا من عناصرها ولا يخضع لقواعد البطلان المنظمة في القانون المدني [2] ،وتبرم العقود المدنية بين الأشخاص القانون الخاص بعضهم ببعض أو بينهم وبين شخص من القانون العام ليس باعتباره صاحب سيادة،ويعتبر عقد اتفاقية التحكيم عقد مدني لأنه يبرم بين أشخاص القانون الخاص كما سبق القول فيما بينهم أو مع شخص من أشخاص القانون العام ويطبق عليه أحكام القانون الخاص.[3]

ومن هذا المنطلق فإنه يتعين تكييف عقد التحكيم على أنه عقد تتولد عنه التزاماته شأنه في ذلك شأن أي عقد آخر فالاتفاق التحكيم عقد يسبق الإجراءات ولا يشكل مرحلة من مراحلها.[4]

وبذلك يعد اتفاق التحكيم عقد خاص من العقود القانون المدني وهو الرأي الذي يؤيده الباحث لأنه له شروط معينة فيجب تحديد النزاع في مشارطة التحكيم أو في اتفاق مستقل أن يكون محل نزاع قابل للتحكيم.[5]

المطلب الثاني: موقع اتفاق التحكيم بين العقود الأخرى

سنتكلم في هذا البند عن تكييف اتفاق التحكيم مع غيره من العقود.

---

[1]– محمد بواط،المرجع السابق ،ص 45.

[2]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق،ص 65.

[3]– نبيهة بومعزة،**الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم في القانون الجزائري** ،مجلة التواصل في الاقتصادكلية الحقوق، جامعة باجي مختار،عدد 35،عنابة ، ص 228.

[4]– حفيظة السيد حداد،**الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي**، المرجع السابق، ص 163.

[5]– محمد بواط، المرجع السابق ، ص 45.

فرع الأول:اتفاق التحكيم وتقسيم العقود من حيث الموضوع

ذكر قانون المدني فرنسي وكذا قوانين الأخرى عن تقسيمات للعقود بحيث أنه يمكن تقسيم العقود من حيث الموضوع أما أن يكون عقد مسمى أو عقد غير مسمى وأما أن يكون عقد بسيطا، وتنقسم العقود من حيث التكوين إلى عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية وتنقسم من حيث الأثر إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد وتنقسم إلى عقود معاوضة وعقود تبرع. [1]

ويقسم فقه القانون المدني العقود من حيث الموضوع إلى عقود مسماة فعقد المسمى: هو عقد الذي يشاع بين الناس نتيجة تعاملهم وخصصه القانون بإسم معين وتولى تنظيمه وتكفل ببيانه وذلك لشيوعه بين أفراد أما الفئة الأخرى وهي عقود غير مسماة فهي عقود التي لم يخصها القانون باسم معين ولم يتولى تنظيمها وباعتبارها اقل شيوعا فلمشرع لم يفصل في احكامها و اكتفى بتطبيق القواعد العامة [2] ‘فإن التمييز بينهما يكمن في أن عقود المسماة تقوم على تنظيم تشريعي خاص بهذه العقود أما العقود غير مسماة يوجد تنظيم تشريعي خاص بها.

وبهذا المفهوم فالمشرع قد وضع لاتفاق التحكيم تنضيما خاصا يتمثل في قانون التحكيم [3]ونطبق عليه قواعد الموجودة في قانون التحكيم ثم قواعد الموجودة في التنظيم العام للقانون المدني إذا لم توجد القاعدة المطلوبة في القانون التحكيم وبهذا يعد اتفاق التحكيم من ضمن العقود المسماة [4] ،فالتنظيم العام للعقود يكون بمثابة المرجعية والمكمل للتنظيم الخاص بخلاف العقود غير مسماة والتي يطبق عليها التنظيم العام للعقود.

---

[1]– عبد الرزاق السنهوري،**الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام**، المرجع السابق ،ص 149–150.

[2]– المرجع نفسه، ص 153–154.

[3]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق، ص 66.

[4]– محمد بواط ،المرجع السابق، ص 46.

وتنقسم العقود من حيث الموضوع إلى عقود بسيطة وعقود مختلطة فالعقد البسيط هو ما اقتصر على عقد واحد ولم يكن مزيجا من عقود المتعددة أما العقد المختلط هو ما كان مزيجا من عقود متعددة اختلطت جميعا فأصبحت عقد واحدا.[1]

ويمكن تعريف عقد المختلط أيضا هو الذي يظهر عند تكيفه أنه يحتوى على خصائص قانونية لأكثر من عقد وعليه يعد اتفاق التحكيم من ضمن العقود البسيطة لأن إرادة الأطراف في اتفاق التحكيم تتجه لحل النزاع عن طريق محكمين مختارين دون اللجوء إلى القضاء فالإرادة فيه محددة.[2]

فرع الثاني: اتفاق التحكيم وتقسيم العقود من حيث التكوين

تنقسم العقود من حيث تكوينها إلى ثلاث فئات الفئة الأولى عقود رضائية والفئة الثانية هي عقود شكلية والفئة الثالثة هي عقود عينية، فالعقد الرضائي هو ما يكفي في انعقاده تراضي المتعاقدين، أي اقتران الإيجاب بالقبول فالتراضي وحده هو الذي يكون العقد[3]. وبعبارة أخرى مجرد توافق الإرادتين عليه فالإرادة في هذا النوع من العقود تكفي بذاتها ومجردة عن أي ظرف يستلزم لإنشائها، وسواء حل التراضي باللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو باتخاذ أي موقف أخر يدل عليه.[4] ويعرف عقد الشكلي: هو ما لا يتم بمجرد تراضي المتعاقدين، بل يجب إفراغه في شكل مخصوص يعينه القانون وأكثر ما يكون هذا في شكل ورقة رسمية يدون فيها العقد، ويعرف كذلك العقد العيني هو عقد لا يتم بمجرد التراضي، بل يجب علاوة على ذلك تسليم العين محل التعاقد.[5]

وباستقراء التعريفات السابقة وتصديقها على اتفاق التحكيم نجد أن الاتفاق التحكيم إذا كان القانون يتطلب الكتابة لانعقاد بحيث تصبح ركن من أركانه فهو من العقود الشكلية أما إذا كان

---

[1]– عبد الرزاق السنهوري،المرجع السابق، ص 158.

[2]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق، ص67.

[3]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص 150.

[4]– محمد صبري السعدي،**شرح قانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات –مصادر الالتزام– التصرف القانوني** ،الجزء الأول، دار الهدى، عين مليلة ،الجزائر،ط2 ، 2004، ص 55.

[5]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه ، ص ص 150-153.

القانون يتطلب الكتابة للإثبات فقط فهو من عقود الرضائية وقد وجد تباين بين التشريعات الوطنية فبعض التشريعات تضفي على اتفاق التحكيم ضمانات معينة أكثرها شيوعا هو إخراجه من دائرة التصرفات التي يحكمها مبدأ الرضائية وضمه إلى تصرفات التي يجب إفراغها في شكل معين وعلى النقيض تماما فإن النظم الانجلوسكسونية لم تجد مبررا بوجوب إخضاع اتفاق التحكيم لشكل معين ولم تجعل من كتابة شرطا لصحة اتفاق التحكيم ولا حتى وسيلة لإثباته وإنما تركت ذلك للقاضي حسب تقديره.[1]

فرع الثالث: اتفاق التحكيم وتقسيم العقود من حيث الأثر

تنقسم العقود من حيث أثرها إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد وعقود معاوضة وعقود تبرع من جانب ثان.

فالعقد الملزم لجانبين: هو عقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، أما العقد الملزم لجانب واحد هو العقد الذي ينشئ التزامات إلا في جانب أحد المتعاقدين.[2]

ويجب عدم خلط بين العقد الملزم لجانب واحد والتصرف القانوني الصادر من جانب واحد أي العقد الذي يصدر بإرادة منفردة فالعقد ملزم لجانب واحد لابد من توافق إرادتين لكي يتم وينعقد العقد، أما التصرف القانوني لجانب واحد فإنه يكون بإرادة منفردة. [3]وهكذا يتضح أن العقود الملزمة للجانبين هي تلك التي تنشئ التزامات على كل من طرفي العقد.

وبتطبيق ذلك على اتفاق التحكيم نجد انه بلا شك هو من عقود الملزمة لجانبين لأنه يرتب التزامات وحقوق متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين فهذا التزام تقع على عاتقهم طرفيه النزاع فكلاهما يلتزم بعدم طرح النزاع محل الاتفاق أمام القضاء وأن يتم حل هذا النزاع بواسطة محكم أو هيئة التحكيم.[4]

غير أن ما يميز اتفاق التحكيم في هذا الصدد هو أن ينشئ التزاما واحدا يقع على عاتق كل من طرفيه على سبيل التبادل وليس التزامات مختلفة بخلاف العقود وتختلف من طرف لأخر

---

[1]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي،المرجع السابق، ص ص 68-69.

[2]– عبد الرزاق السنهوري،المرجع السابق، ص 158.

[3]– محمد صبري السعدي ،المرجع السابق، ص 60.

[4]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع نفسه، ص 70.

كما هو الحال في غيره من العقود الملزمة لجانبين.[1] وما تجدر الإشارة إليه أن العقد الملزم لجانبين إذا لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذها في ذمته من التزام كان للمتعاقد الأخر أن يفسخ العقد وهذا ما يسمى عادة بشرط الفاسخ او الضمني.[2]

ومما لاشك فإن اتفاق التحكيم يتميز بخاصية والمتمثلة في أحادية الالتزام الواقع على كل من طرفيه من شأنها أن تلغي الآثار المألوفة لتقابل الالتزامات المترتبة عن عقود الملزمة لجانبين كالدفع بعدم التنفيذ أو الفسخ لعدم التنفيذ، فإذا رفع أحد الطرفين نزاعه إلى هيئة التحكيم لا يتصور أن يدفع الطرف الأخر أمام هيئة التحكيم بعدم التنفيذ ا وان يطلب بفسخ اتفاق التحكيم لعدم قيام خصمه بتنفيذ التزامه[3] لأن حق الخصم في اللجوء إلى تحكيم الناشئ عن اتفاق التحكيم هو عين التزامه الناشئ عن هذا الاتفاق[4]، وكذلك تنقسم العقود من حيث أثرها إلى عقود معاوضة وعقود التبرع، فعقود معاوضة هو العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما أعطاه ولا يعطي المتعاقد الأخر مقابلا لما أخذه.[5]

ويلاحظ من خلال ذلك أن اتفاق التحكيم ليس من عقود التبرع على وجه التحديد إنما يمكن اعتباره من عقود المعاوضة على اعتبار انه من العقود ملزمة لجانبين.

وهناك من يرى أن اتفاق التحكيم من عقود المعاوضة لأنه يتضمن منفعة متبادلة لأطرافه تتمثل في رغبتهم في الاستفادة من مزايا العديدة التي يقدمها التحكيم والتي من أهمها سرعة الفصل في النزاع عن طريق محكمين متخصصين بطبيعة هذا النزاع ويتبين لنا من هذا أن اتفاق التحكيم لا يمكن تكييفه على انه من عقود التبرع إلا أن ذلك لا يعني انه من عقود المعاوضة وذلك لأنه لا يرد على حق موضوعي يمكن التعاوض عليه أو التبرع به وإنما يرد

---

[1]– محمد بواط،**التحكيم في حل النزاعات الدولية** ،المرجع السابق، ص 47.

[2]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، ص 158.

[3]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق،ص ص 71-72.

[4]– محمد بواط، المرجع نفسه ، ص 47.

[5]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه ، ص 162.

على عمل إجرائي يتمثل في اللجوء إلى محكم أو هيئة التحكيم للفصل في النزاع والامتناع عن اللجوء إلى القضاء.[1]

إلا انه توجد حالة يمكن اعتباره عقد معاوضة إذا اتخذ اتفاق التحكيم شكل اتفاق التحكيم بالصلح فيمكن تكيفه على انه عقد معاوضة وذلك إذا اتفق الأطراف على إسقاط جزء من الإدعاءات مقابل إسقاط الخصم جزءا من ادعاءاته.[2]

المبحث الثاني: صور اتفاق التحكيم:

يتضح لنا مما سبق ذكره أن اتفاق التحكيم هو أساس اللجوء إلى التحكيم، وهذا الاتفاق إما أن يكون في صورة عقد بين الخصوم بمناسبة نزاع قائم بالفعل بينهم، و يطلق عليها الفقه العربي تسمية "مشارطة التحكيم" أو عقد التحكيم، وهي الصورة التي يعبر عنها التحكيم الاختياري وأما أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط أو بند في عقد من العقود ويتضمن إحالة المنازعات التي قد تنشأ بين أطراف العقد عند تنفيذه أو تفسيره إلى التحكيم ويطلق عليه تسمية "شرط التحكيم"، ويعكس اتفاق التحكيم حقيقة قانونية مقتضاها: وحدة المعاملة القانونية للصورتين السابقتين "شرط أو مشارطة". [3]

ومن هذا المنطلق سندرس الأشكال المختلفة لاتفاق التحكيم حيث تخصص مطلب الأول شرط التحكيم أي الاتفاق سابق لنشوء النزاع بينما نخصص المطلب الثاني لمشارطة التحكيم أي الاتفاق اللاحق لنشوء النزاع.

المطلب الأول:شرط التحكيم

سنتناول في هذا المطلب تعريف التحكيم في الفقه وفي التشريعات المقارنة، ونبين الطبيعة القانونية لشرط التحكيم.

---

[1]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي،المرجع السابق، ص 71.

[2]– محمد بواط ، المرجع السابق ، ص 48.

[3]– محمد بواط،،**التحكيم في حل النزاعات الدولية**، المرجع السابق ،ص 52.

فرع الأول: تعريف شرط التحكيم

أولا: تعريف شرط التحكيم في الفقه

يقصد بشرط التحكيم (اتفاق الأطراف على إحالة ما ينشئ من نزاع حول تفسير العقد أو تنفيذه بفصل فيه بواسطة التحكيم وقد يرد هذا الشرط في نفس العقد الأصلي –مصدر الرابطة القانونية– أو في اتفاق لاحق). [1]

وعرف أيضا بأنه (اتفاق يتم عند إتمام العقد وقبل حدوث النزاع، فلا ينتظر فيه أطراف العلاقة القانونية نشوب النزاع، وإنما يسبقون الحوادث ليتفقوا على التحكيم مقدما في العقد الذي يبرمونه أو باتفاق مستقل قد يكون لاحقا للعقد ولكنه على أية حال سابق على قيام النزاع).[2]

ويعرف أيضا بذلك (الاتفاق الذي يتم النص عليه في العقد الأصلي ويتفق الطرف بموجبه على إحالة النزاعات التي قد تنشأ بينهم إلى التحكيم).

ويعرف أيضا بأنه (الاتفاق الذي يكون مبرما بين أطراف الاتفاق على التحكيم بشأن الفصل في نزاع محتمل وغير محدد يمكن أن ينشأ في المستقبل عن العقد أو تنفيذه عن طريق هيئة تحكيم).[3]

ثانيا: تعريف شرط التحكيم في التشريعات المقارنة

بالنسبة للمشرع الفرنسي، فإنه لم يعرف شرط التحكيم في التحكيم الدولي بينما عرفه في التحكيم الداخلي في المادة 1442 من مجموعة المرافعات وذلك بنصها على أنه (اتفاق بتعهد

---

[1]– طبيب عربية، **شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية**، مذكرة ماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق،تخصص قانون عام للأعمال، جامعة قاصدي مرباح ،ورقلة ، نوقشت بتاريخ 15-6-2013،ص 2.

[2]– ناصر ناجي محمد جمعان،**شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية دراسة مقارنة**, مكتب الجامعي الحديث,الازاريطية – الإسكندرية، 2008 ، ص 66.

[3]– بفي عادل،**شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية**، مذكرة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص قانون الاعمال ،جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2014-2015،ص 23.

بمقتضاه الأطراف في عقد من العقود بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل للتحكيم). [1]

وعرف المشرع الجزائري شرط التحكيم في القانون الداخلي في نص المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بنصها (شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1007 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم) .

وفيما يتعلق بالتحكيم التجاري الدولي فالمشرع الجزائري لم يفرق بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم كما فعل في القانون الداخلي وإنما قام بجمعهما في نص واحد وذلك في نص المادة 1040 التي تنص على أنه (تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية).[2]

ونص عليه المشرع الأردني في المادة 11 من قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2007 على أنه (لا يجوز أن يتم اتفاق التحكيم سابقا على نشوء النزاعات سواء كان مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل المنازعات أو بعضها التي قد تنشأ بين الطرفين..."[3]

ومن خلال التعريفات السابقة لشرط التحكيم نجد أنه يتميز بكونه له فائدة إذ يستند الاختلاف والتعطيل في مسار عرض، النزاع الذي نشأ من إبرام مشارطة التحكيم لأنه يرد قبل نشوء النزاع وينقسم شرط التحكيم إلى شرط تحكيم عام حيث يحال إلى تحكيم جميع المنازعات التي ستنشأ في المستقبل دون استثناء والمتعلقة بتفسير أو تنفيذ العقد، وشرط تحكيم خاص وذلك ما يظهر من خلال النص على إحالات بعض النزاعات إلى التحكيم دون البعض الأخر قبل نشوء النزاع[4] ،فالشرط التحكيم هو صورة من صور اتفاق التحكيم أي عقد من العقود بحيث يتضمن إحالة ما قد ينشأ بين الأطراف من منازعات إلى التحكيم أي أنه يواجه منازعة أو منازعات

---

[1] -**Article 1442**"" La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats.""

[2]- قانون رقم 08-09 المؤرخ ف 18 صفر 1429 الموافق ل25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ص116

[3]- قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001، الموقع الالكتروني:
https://www.damascusbar.org/arabic/dbar/ar_law/jor.htm ، تاريخ الزيارة يوم 2017/02/25.

[4]- نورة حليمة، المرجع السابق ،ص 23.

محتملة وغير محددة ويمكن أن تنشأ مستقبلا بين الأطراف الراغبة في اللجوء للتحكيم سواء تعلقت بتفسير العقد أو تنفيذه وقد لا تنشأ.

فالمميز لشرط التحكيم هو وروده قبل حدوث النزاع وبرد شرط التحكيم في الغالب في صلب العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية سواء كان عقدا مدنيا أم عقدا تجاريا ويستوي أن يرد هذا الشرط في أي مكان من العقد سواء ورد في بدايته أو في نهايته إلا أن ذلك ليس بلازم قد يكون شرط التحكيم قائما بذاته ومنفصلا عن العقد المبرم بين أطرافه مصدر الرابطة القانونية بحيث أنه لا يؤدي إلى تأثير ذلك على أنه شرط التحكيم ما دام الاتفاق عليه قد تم قبل نشوء النزاع بالفعل بين الأطراف المحتكمين.[1]

وتجدر الإشارة فإن التحكيم يكون فقط للخلاف الناشئ الذي انصرفت إرادة الأطراف إلى عرضه على التحكيم، ومن وضحت هذه الإرادة وفق الشكل الذي يتطلبه القانون التزام الخصوم بحسم النزاع عن طريق التحكيم، فيعرض عليهم ويلتزمون بحكمه وينتهي أثر إرادتهم عند هذا الحد فالعبرة إذن أن تكشف إرادة الخصوم عن رغبتهم في النزول عن التجاء إلى القضاء وفي حسم النزاع بواسطة التحكيم.

أما إذا كان الهدف هو التحكيم في كافة المنازعات فيجب النص على ذلك بصراحة، أو يتفق الأطراف مسبقا على ذلك، فإرادة الخصوم يجب أن تكون واضحة وجلية ومتطابقة.

ولكي يحقق شرط التحكيم هدفه، لابد أن يصاغ شرط التحكيم صياغة دقيقة وواضحة، لأن أي غموض في شرط التحكيم يمكن أن يترتب عليه استحالة حل النزاع بالتحكيم، فالصياغة السليمة لشرط التحكيم في العقد الأصلي أو في أي اتفاق مستقل يؤدي إلى انجاز عملية التحكيم والتنفيذ النهائي لحكم التحكيم لذا يجب أن يشمل شرط التحكيم على جميع مشاكل التحكيم المتوقعة من اختيار المحكمين وعددهم وطريقة تعينهم، ومدة التحكيم ومكان التحكيم إلى غير ذلك من الإجراءات.[2]

---

[1]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي،المرجع السابق،ص ص78–79.

[2]– ناصر ناجي محمد جمعان، **شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية دراسة مقارنة**، المرجع السابق ،ص 67–68–69.

فرع الثاني:طبيعة شرط التحكيم

تثير طبيعة شرط التحكيم بعض الصعوبات خاصة عند تكيفه بمعنى أن تسميته بالشرط تثير صعوبة من حيث أن شرط التحكيم، يعد شرط ككيفية الشروط المنظمة في القانون المدني أم أنه يتميز عنها. [1]

أولا: شرط التحكيم من ضمن الشروط التي ينظمها القانون المدني:

بداية يجب معرفة هل يعتبر شرط التحكيم من ضمن الشروط التي يتضمنها القانون المدني وذلك بتعريف الشرط في القانون المدني ،لنرى بعد ذلك هل يعتبر شرط التحكيم من ضمن شروط التي ينظمها القانون المدني من عدمه.[2]

فالشرط في القانون المدني: أمر عارض يلحق عنصرا جوهريا في العقد فهو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع وغير مخالف للنظام العام.[3]

وقد يقصد به الحكم الذي ينفق العاقد أن صراحة أو ضمن على إتباعه فيما يتعلق بجزئية في جزئيات تطبيق العقد وقد يقصد به التكليف الذي يفترض على طرف في العقد ليس من طبيعته أن يلتزم بشيء كما في الهبة المقترنة بشرط.[4]

وشرط التحكيم أمر عارض على القد الأصلي، ويلحق بأمر جوهري هو قيام النزاع عند تنفيذه العقد أو تفسيره وهو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع غير مخالف للنظام العام ويرد على أمر جائز شرعا وقانون وهو حل النزاع عن طريق التحكيم.

---

[1]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق ،ص ص 81–82.

[2]– أسامة احمد حسين ابو القمصان، **مدى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي دراسة مقارنة**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، قانون الخاص ،جامعة الأزهر، غزة ،2010 ، ص 16.

[3]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 23.

[4]– ناصر ناجي محمد جمعان،المرجع السابق، ص 78.

والشرط في القانون المدني إما أن يكون شرطا واقفا \أو شرطا فاسخا فالذين يرون أن شرط التحكيم عند تكييفه بأنه شرط واقف يبررون ذلك بإتباع سلوك التحكيم مشروطا بقيام النزاع الذي يعد شرطا لتنفيذ الالتزام بحل النزاع بواسطة التحكيم.[1]

فإن كان شرط التحكيم يشبه الشرط طبقا للقانون المدني إلا أنه يختلف عنه كونه يتميز في تطلبه لأهلية خاصة لإبرامه واشتراط الكتابة لصحته وكذا تعين المحكمين كما يتميز عن بقية شروط العقد الأخرى فهو اتفاق داخل اتفاق.[2]

ثانيا :شرط التحكيم مجرد وعد بالتعاقد أو وعد التحكيم:

ذهب اتجاه من فقه إلى تكييف شرط التحكيم بقول أنه يعتبر مجرد وعد بالتعاقد وعرفوا شرط التحكيم بأنه الوعد بالتحكيم فيما يثور مستقبلا بين المتعاقدين من منازعات تنشأ عند تنفيذ العقد الذي يتضمن هذا الوعد، وشرط التحكيم لا تنطبق عليه شروط الوعد بالتعاقد.

فالوعد بالتعاقد هو اتفاق يتم بتوافق إرادتين بموجبه يعد أحد العاقدين الأخر بإبرام عقد معين في المستقبل إذ أظهر رغبته في ذلك خلال مدة معينة فيتقبل الواعد بهذا الاتفاق دون أن يتقيد الموعود له بشيء.[3]

أما شرط التحكيم فهو يرد على أمر احتمالي هو حصول النزاع فقد يحصل النزاع ويتم اللجوء إلى التحكيم وقد لا يحصل النزاع وبالتالي يتعذر تحديد النزاع فليس هناك مدة محددة في شرط التحكيم وتحديد نزاع غير ممكن لأنه أمر محتمل الوقوع، إذن لا يعد وعدا بالتعاقد وإنما يعد اتفاقا كاملا بجميع شروطه ومقوماته فهو عقد كامل لا مجرد إيجاب، بل هو في جوهره اتفاق تم برضاء الطرفين فهو عقد كأي عقد يتم بإيجاب وقبول، ويلزم أن تتوافر فيه الشروط العامة للعقود سواء كان شرط التحكيم بند في العقد الأصلي أو كان في عقد مستقل عن العقد الأصلي.[4]

---

[1]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي،المرجع السابق، ص 82.

[2]– ناصر ناجي محمد جمعان، المرجع السابق ،ص ص 79–80 .

[3]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع نفسه،ص 83.

[4]– ناصر ناجي محمد جمعان، المرجع نفسه ،ص 81–82.

كما أنه يمكن اعتبار الوعد بالتعاقد عقدا ابتدائيا فإن لا يمكننا قول بأن شرط التحكيم هو عقد ابتدائيا لأن عقد الابتدائي يحتاج دائما إلى عقد أخر يكمله يسمى عندئذ عقدا نهائيا، ولا يعد كذلك مونه عقدا كاملا ولا يحتاج إلى عقد أخر يكمله، إضافة إلى اشتراط الاتفاق على جميع العناصر الجوهرية في العقد الابتدائي، وهذا ما لا يمكن في شرط التحكيم كونه تحديد النزاع يعد من العناصر الجوهرية للعقد وتحديد ذلك يعد مستحيلا.[1]

وخلاصة القول إن شرط التحكيم لا يندرج تحت اسم شرط في قانون المدني ولا يجمعه مع شرط إلا وحد التسمية كما أنه لا يعد وعدا بعقد ولا عقد ابتدائي بل هو عقد قائم بذاته لذلك حينما ينشأ النزاع في المستقبل فلا يكون على أطراف هذا الشرط التزام بإبرام مشارطة تحكيم بل يتم اللجوء إلى تحكيم طبقا للشرط الوارد في العقد أو في اتفاق مستقل.[2]

المطلب الثاني: مشارطة التحكيم

فرع الأول: تعريف مشارطة التحكيم في فقه

مشارطة التحكيم "هي اتفاق دولتين أو أكثر على تسوية نزاع بينهم قد نشأ بالفعل وذلك عن طريق التحكيم ومشارطة التحكيم تعد معاهدة دولية تخضع في إبرامها لقواعد العامة في إبرام المعاهدات الدولية وفا لأحكام ومبادئ القانون الدولي عام".[3]

ويعرف كذلك "هو عبارة عن اتفاق يبرمه الأطراف استقلال عن العقد الأصلي بعد نشوء النزاع فعلي بينهما بهدف اللجوء إلى طريق التحكيم لفض هذا النزاع".

وتعرف كذلك أيضا 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 محكمة مختصة أصلا بنظره وهي صورة الأسبق ظهورا والمعترف بها.[4]

---

[1]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق ،ص 84.

[2]– اسامة احمد حسين ابو القمصان،المرجع السابق، ص 19.

[3]– حمدوني عبد القادر،**التحكيم التجاري الدولي و تطبيقاته على القانون الجزائري**،مذكرة الماستر، كلية الحقوق،تخصص قانون دولي عام ،جامعة ابوبكر بلقايد، تلمسان ،2014–2015،ص41.

[4]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع نفسه ،ص 75.

ويقصد كذلك بمشارطة التحكيم "هي الاتفاق الذي يتم بين طرفين بعد قيام النزاع بينهما لعرض هذا النزاع على تحكيم".[1]

إذن فإن مشارطة التحكيم يتم الاتفاق عليها بعد نشوء النزاع وفي اتفاق لاحق ومستقل عن العقد الأصلي، ولا يتم اللجوء إلى المشارطة إلا إذا خلا العقد الذي تم إبرامه بين الأطراف من شرط التحكيم، فإذا وجد الأخير فإنه يغني عن تحرير تلك المشارطة.

كما أن المشارطة تتضمن الموضوعات التي تطرح على التحكيم بشكل دقيق وتفصلي، وبعبارة أخرى فإن المشارطة تواجه نزاعا حالا قائما موجودا عكس الشرط الذي يواجه نزاعا محتملا قد يثور وقد لا يثور في المستقبل.[2]

الفرع الثاني: تعريف مشارطة التحكيم في التشريعات المقارنة

عالج المشرع المصري مشارطة التحكيم في الفقرة الثانية من المادة 10 من قانون التحكيم المصري رقم 27-1994 حيث نص على (كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية).

وكذلك القانون اليمني حيث عرفت المادة (2) تحكيم اليمني رقم92/22 اتفاق التحكيم بأنه (موافقة الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم والتي تشملها وثيقة التحكيم أي عقد مستقل أو شرط التحكيم أي بند في العقد) ولم يوفق المشرع اليمني في استخدام مصطلح وثيقة التحكيم كون الوثيقة تطلق عادة على الأوراق ذات الطابع دولي كوثيقة حقوق الإنسان وتطلق في مصر على الورقة التي يحرر فيها عقد الزواج.[3]

كما أجازت معظم التشريعات بجواز اللجوء للتحكيم عن طريق إبرام مشارطة التحكيم فالمشرع الأردني في المادة 11 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 نص على مايلي (كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد اقيمت في شأنه دعوى قضائية، ويجب

---

[1]- العرباوي نبيل صالح،**اتفاق التحكيم**, مجلة الدفاتر السياسية و القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،العدد 15 ،الجزائر جوان ،2016 ،ص 362.

[2]- حسان نوفل، **التحكيم في منازعات العقود الاستثمار**، دار الهومة للطباعة و النشر و التوزيع، دون سنة نشر، ص 54.

[3]- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق،ص 75.

في هذه الحالة أن يحدد موضوع النزاع الذي يحال إلى تحكيم تحديد دقيق وإلا كان الاتفاق باطلا).

وأشار المشرع الجزائري إلى مشارطة التحكيم في المادة 1040 من ق إج م إ على أنه " تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية...." ويعني بالمستقبلية مشارطة ولا بد أن يكون مجسدا في عقد مكتوب وبإعتباره عقدا لاحق ومستقلا عن العقد الأصلي، فلا بد أن تتوفر فيه الشروط العامة.[1]

وكذلك أخذت بنفس الحكم اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، حيث نصت المادة الثانية الفقرة الأولى منها على أنه "تعتمد كل دولة من الدول المتعاقدة الاتفاقية المكتوبة التي يلتزم فيها الأطراف بأن تعرض على التحكيم جميع الخلافات أو بعض الخلافات التي قامت أو يمكن أن تقوم بينهما بخصوص علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أم غير تعاقدية تتضمن قضية من شأنها أن تسوى عن طريق التحكيم."

ولتسهيل ظروف التجارة الدولية وتحريرها من القيود لم تحدد إتفاقية نيويورك لسنة 1958 شكلا كتابيا معينا لاتفاق التحكيم.[2]

وتجدر الاشارة إلى أنه لا يصح إبرام المشارطة التحكيم بصدد ما قد ينشأ بين الأطراف من منازعات في المستقبل إذ تكون في هذه الحالة أمام شرط تحكيم وليس مشارطة، حيث أن عدم تحديد النزاع في مشارطة التحكيم يؤدي إلى بطلان الاتفاق.

ونصت المادة (11) من تحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 في فقرتها الأخيرة "يجب في هذه الحالة أن يحدد موضوع النزاع الذي يحال إلى التحكيم تحديدا دقيقا وإلا كان الاتفاق باطلا" حيث ملاحظ من هذه المادة أن تحكيم الأدرني اشترط أن يحدد النزاع بدقة في اتفاق التحكيم.[3]

---

[1]– مجول محمد ، المرجع السابق، ص07.

[2]– منسول عبد السلام ،**قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري**، مذكرة الماستر ،معهد الحقوق و العلوم الادارية ،جامعة الجزائر ،2000–2001، ص05.

[3]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق،ص 77.

ونستخلص مما سبق أن اتفاق التحكيم قد يرد ضمن نصوص العقد من العقود أو مستقلا عنها لمواجهة ما قد يحدث من خلاف في تفسير العقد الأصلي أو وتنفيذه ويسمى الاتفاق في هذه الحالة شرط التحكيم وقد يأتي هذا الاتفاق بعد نشوء نزاع معين بقصد إيجاد حل له ويسمى في هذه الحالة مشارطة التحكيم.[1]

ورغم ذلك فإن هناك فروق بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم- مما يستوجب بيان ذلك ويمكن إيجاز هذه الفروق على النحو التالي:

1-شرط التحكيم يتم إبرامه قبل حدوث النزاع، أما مشارطة التحكيم فيتم إلزامها بعد حدوث النزاع بين الأطراف، فيشترط التحكيم يتعلق بنزاع من الممكن أن يحدث مستقبلا، أما مشارطة التحكيم فإنها تتعلق بنزاع حدث.[2]

2-أن مشارطة التحكيم تواجه نزاعا حالا قائما موجودا عكس الشرط الذي يواجه نزاعا محتملا قد يثور في المستقبل.[3]

3-عندما يتم إبرام مشارطة التحكيم فإن الخصوم ينزلون عن اللجوء إلى القضاء بالنسبة للنزاع القائم، أما في شرط التحكيم فإن الخصوم ينزلون عن حقهم في اللجوء إلى القضاء، فيما لو نشأ نزاع مستقبلي بين الأطراف.

4-يتميز شرط التحكيم عن مشارطة التحكيم في أن شرط التحكيم يرد على نزاع قد يثور مستقبلا ولهذا يصعب تحديد موضوع النزاع أما مشارطة التحكيم فإنها تبين مضمون النزاع لأن الأخير وقع فعلا، ومن الجدير ذكره في هذا الشأن أن أغلب القوانين رتبت البطلان في حلة عدم تضمين مشارطة التحكيم المسائل المتنازع فيها، وذلك على عكس الحال في شرط التحكيم لأنه يتعلق بنزاع مستقبلي محتمل الوقوع.

---

[1]- بفي عادل، **شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية**، المرجع السابق،ص 27.

[2]- اسامة احمد حسين ابو القمصان، المرجع السابق،ص ص 14-15.

[3]- حسان نوفل، **التحكيم في منازعات العقود الاستثمار**، المرجع السابق، ص 54.

5-شرط التحكيم يتم إبرامه في جو تسوده روح الثقة بين الأطراف، لأن النزاع لم يقع أما في مشارطة التحكيم، فالأمر لا يدور بهذه البساطة لأن النزاع يكون قد وقع فعلا وبالتالي فإن المشارطة تبرم في جو يسودها التوتر وعدم الثقة.[1]

المبحث الثالث:العلاقة بين شرط التحكيم والعقد الأصلي

سبقت الإشارة إلى أن اتفاق التحكيم قد يكون اتفاق مكتوب بين طرفين بعد نشوب النزاع، يخضعون به هذا الأخير للتحكيم، وهذا النوع من الاتفاق يكون بعد نشوب النزاع ويكون في وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي وقد يتم اتفاق التحكيم بموجب شرط يوضع في العقد الأصلي يحيل بمقتضاه إلى حسم النزاع الذي قد ينشأ فيما بعد بطريق التحكيم في هذا المبحث سنتناول مضمون مبدأ استقلال شرط التحكيم في المطلب الاول و مضمون مبدأ استقلال شرط التحكيم كما ورد في قرارات القضائية والنصوص القانونية في المطلب الثاني ومبدأ الاختصاص بالاختصاص في المطلب الثالث

المطلب الأول: مضمون مبدأ استقلال شرط التحكيم

يعد مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن عقد الأصلي من المبادئ المستقرة إذ تستمر الاستقلالية من الموضوع المختلف لكل من العقدين: العقد الأصلي وبنوده المختلفة، وعقد التحكيم الوارد في ذلك العقد كأحد هذه البنود وتتطلب دراسة هذه استقلالية ببيان مفهومها في الفرع الأول، ومبررات الاستقلال في الفرع الثاني.

الفرع الأول:مفهوم مبدأ استقلال شرط التحكيم

يقصد بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي هو أن عدم مشروعية العقد الأصلي أو عدم صحته، أو بطلانه، أو فسخه... لا يؤثر على شرط التحكيم سواء كان هذا الشرط مدرج في العقد الأصلي أم كان مستقلا عنه في صورة اتفاق منفصل عن العقد[2]. وبمعنى آخر أن يكون شرط التحكيم في وضعية مستقلة عن العلاقة القانونية التي يرتبط بها.

---

[1]- اسامة احمد حسين ابو القمصان ،المرجع السابق، ص 15.

[2]- ناصر ناجي محمد جمعان، المرجع السابق، ص 99.

فشرط التحكيم عبارة عن اتفاق إرادي ملزم لجانبين وهو مستقل عن العقد المبرم بين الطرفين، وإن كان يرد كنص في العقد لكنه لا يمتزج به من حيث المحل والسبب المتمثل في الغرض المباشر الذي يقصده كل طرف من هذا التعاقد والمحل هو الالتزام الأطراف في اللجوء إلى التحكيم.[1]

فالاستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي تعني أن ننظر إلى شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي على أنه يعتبر عقدا قائما بذاته، رغم أنه ليس إلا جزءا من هذا العقد أو أحد بنوده وهو ما يعبر عنه باستقلالية أو ذاتية شرط التحكيم فشرط التحكيم وإن كان يرد في العقد الأصلي إلا أنه له ذاتي متميزة ومستقلة عن العقد الأصلي، فشرط التحكيم المدرج في العقد يعتبر مستقلا تماما عن العقد المدرج فيه ولا يرتبط به ولا يتأثر بالمؤثرات والعوارض التي قد تؤثر في عدم صحة العقد الأصلي.[2]

وعلى ذلك يقصد بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي المعنى القانوني وليس المادي فهو لا يعني مطلقا أن اتفاق التحكيم يجب أن يكون محلا لرضاء وقبول مستقل على عن الرضا المقبول بشأن العقد الأصلي كما أن هذا المبدأ لا يعني أن شرط التحكيم لا يمكنه أن يلقى ذات المصير الذي يلقاه العقد الأصلي في حالة انتقال الحقوق الناجمة عن هذا العقد.[3]

الفرع الثاني:مبررات مبدأ استقلال شرط التحكيم

هناك عدة مبررات لإقرار مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي تجعله بمنأى عن مصير العقد الأصلي ومنها:

أولا: من مبررات استقلال شرط التحكيم اختلاف موضوع العقدين العقد الأصلي وشرط التحكيم، فالعقد الأصلي قد يكون موضوع تجاري أو مدني، أما شرط التحكيم فموضوعه إحالة النزاع الذي قد ينشأ عن العقد إلى التحكيم.

---

[1]– طبيب عربية،**شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية**، المرجع السابق،ص ص18–19.

[2]– ناصر ناجي محمد جمعان،المرجع السابق، ص 100.

[3]– حفيظة السيد حداد،**الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي**،المرجع السابق، ص 142.

ثانيا: أنه يمكن إخضاعه لقانون أخر غير قانون العقد الأصلي بحسب الاتفاق الأطراف على القانون الواحد التطبيق وفق لنص المادة (45) قانون تحكيم اليمني رقم 22-94 والتي تنص على أنه "على لجنة التحكيم أن تفصل في النزاع استنادا إلى القواعد التي يتفق عليها الطرفان".[1]

ثالثا: احترام إرادة الأطراف والذين عادة ما يدرجون شرط التحكيم في العقد الأصلي بطريقة واسعة، بحيث يقصدون منه عرض كافة منازعاتهم على المحكمين بما فيها المنازعات حول صحة أو بطلان العقد الأصلي فعدم إجازة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي سينتج عنه تضييق نطاق التحكيم على النقيض من إرادة الأطراف لأنهم لو أرادوا هذا التضييق لعبروا عنه بوضوح في اتفاق التحكيم.

رابعا:من مبررات شرط التحكيم اختلاف موضوع كل من العقد الأصلي وشرط التحكيم المدرج فيه العقد الأصلي قد يتعلق ببيع وشراء أو توريد أو أي عمل من الأعمال التجارية أما موضوع شرط التحكيم فهو حل أي نزاع مستقبلي يمكن أن ينشأ بسبب تنفيذ العقد الأصلي.

خامسا: ومن مبررات استقلال شرط التحكيم أن الكتابة شرط من شروط صحة شرط التحكيم، بخلاف العقد الأصلي الذي قد تشترط فيه الكتابة أو لا تشترط.

سادسا: تقرير مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي يؤدي إلى عدم التفرقة بين إبرام التحكيم في صورة شرط التحكيم وإبرامه في صورة مشارطة التحكيم، حيث مشارطة التحكيم سيتمكن من إصدار حكم نهائي حول بطلان أو صحة العقد الأصلي باعتبارها أبرمت بعد النزاع أما في حالة إبرام الاتفاق في صورة شرط التحكيم، فإنه يمكن أن يصادف المحكم إدعاءات الأطراف حول بطلان أو صحة العقد الأصلي الذي يلزم عليه الفصل فيها، والحكم الذي يصدره يخضع إلى رقابة قضائية لاحقة قد تلغي حكمه، الا أنه ذهب البعض إلى أن هذه التفرقة بين صورتي اتفاق التحكيم غير مبررة.[2]

---

[1]- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي،المرجع السابق،ص ص 89-90.

[2]- ناصر ناجي محمد جمعان،المرجع السابق ، ص ص 101-102.

وهكذا فقد اقتضى تحقيق الفاعلية لشرط التحكيم الدولي، الاعتراف بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي مما يكون من شأنها أن يزيل مخاوف المتعاملين، ويحصن شرط التحكيم من كل أسباب البطلان التي تمس العقد الأصلي، وكذلك قبول إخضاع العقد الأصلي لنظام قانوني يختلف عن ذلك الذي يحكم شرط التحكيم. [1]

المطلب الثاني: مبدأ استقلال شرط التحكيم كما ورد في القرارات القضائية والنصوص القانونية

يعتبر استقلال شرط التحكيم من مبادئ المستقرة عليها في القضاء والقوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية وتستمد هذه الاستقلالية من الموضوع المختلف لكل من العقدين، العقد الأصلي وشرط التحكيم فالشرط التحكيم يفصل في المنازعات الناشئة عن الشروط الموضوعية التي يتضمنها العقد الأصلي، وفي هذا المطلب سنتعرض إلى موقف القرارات القضائية في الفرع الأول والنصوص القانونية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مبدأ شرط التحكيم كما ورد في القرارات القضائية

أصبح مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي محل جدل فقهي إلا أن القضاء الفرنسي عام 1963 وضع حد لهذا الجدل وذلك عندما صدر قرار غوسي (gosset) والذي اكتسب شهرة واسعة في أوربا، وبموجبه اعتبرت محكمة التمييز الفرنسية أن اتفاق التحكيم الدولي سواء كان مدرجا في العقد الأصلي أو في عقد أخر منفصل عنه [2]، وتتلخص وقائع هذه القضية أو دعوى في صدور حكم تحكيم بإيطاليا يقضي بإلزام مستورد فرنسي يدعى gosset بدفع تعويض لصالح مصدر ايطالي يدعى garapelle، وكان الطرف الفرنسي قد تعاقد مع الطرف الايطالي على إستراد كمية من البذور ولم يقم بتنفيذ التزاماته التعاقدية، وعند تنفيذ الحكم التحكيم بفرنسا، دفع الطرف الفرنسي برفض طلب الأمر بالتنفيذ تأسيسا على بطلان شرط التحكيم الوارد في العقد حيث أن العقد الذي تضمنه بشرط التحكيم باطلا بطلانا مطلقا لمخافته النظام العام الفرنسي لعدم مراعاته للقواعد الآمرة الخاصة بالإستراد أن محكمة

[1]– طبيب عربية،المرجع السابق ،ص 20.

[2]– المرجع نفسه ، ص 21 .

النقض الفرنسية رفضت هذا الدفع وأصدرت حكما يقرر المبدأ القانوني والذي يقضي باستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي استقلالا قانونيا تاما[1]، أكدت محكمة النقض الفرنسية مرة أخرى على مبدأ استقلال شرط التحكيم في عدة قضايا منها على سبيل المثال قضية leampex 1971م بالقول "يتمتع اتفاق التحكيم باستقلال قانوني في مجال القانون الدولي خاص".

وضل قضاء الفرنسي يأخذ بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي في العلاقات الدولية، وأصبح هذا المبدأ من الأمور المسلم بها في التحكيم الدولي فقد جاء في حكم أخر بمحكمة النقض الفرنسية أن اتفاق التحكيم الدولي بمثل استقلال تاما والقرارات في هذا الاتجاه[2]، ومن جدير بالذكر أن القضاء الفرنسي في تقريره لمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي قد تأثر بالقضاء الهولندي الذي يعتبر أول من قرر صراحة هذا المبدأ، فقد أصدرت المحكمة الهولندية حكما في 27 ديسمبر 1935 بأنه "في حالة تنازع الأطراف حول صحة أو بطلان العقد، فإن ذلك لا يمنع من اختصاص المحكم من فصل في النزاع رغم احتمال عدم صحة العقد الذي تضمنه شرط التحكيم"، ثم أصدر القضاء الألماني حكما في 14ماي 1952 يقضي بأن شرط التحكيم ينفصل تماما عن العقد الذي يتضمنه أما في بريطانيا فقد كان القضاء الانكليزي وحتى وقت قريب ترفض رفضا قاطعا لمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي غير أنه سرعان ما تحول عن موقفه هذا واقر صراحة في حكم له باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي وذهب إلى أنه إذا ما تم فسخ العقد أو إنهائه لسبب من الأسباب فإن ذلك لا يؤثر على شرط التحكيم وإذا ما شاب العقد الأصلي بطلان نسبي أو خلاف حول إرادة الأطراف في تفسير العقد الأصلي فذلك أيضا لا يؤثر على شرط التحكيم بينما يأخذ شرط التحكيم حكم العقد الأصلي إذا لم يبرم العقد الأصلي أصلا أو لم يكن له وجود قانوني بالفعل كما لو كان باطلا بطلانا مطلقا.[3]

---

[1]- خالد محمد قاضي ،**موسوعة التحكيم التجاري الدولي**،المرجع السابق،ص ص167-168.

[2]- طبيب عربية، المرجع السابق ،ص 21.

[3]- خالد محمد قاضي،المرجع نفسه ، ص ص 169-170.

وذهب القضاء في لبنان على القول باستقلالية لشرط التحكيم، ذلك في حكم لمحكمة استئناف ببيروت جاء فيه "أن شرط التحكيم مستقلا عن العقد الذي ورد فيه فيبقى قائما بذاته بغض النظر عن العقد الذي ورد فيه" كما أصبح استقلال شرط التحكيم من المبادئ المعترف بها على صعيد الدولي في كل من ولايات المتحدة الأمريكية وأوروبا الغربية، ونصت التشريعات الحديثة على هذا المبدأ.[1]

فرع الثاني:مبدأ شرط التحكيم في النصوص القانونية

تنص المادة (16) تحكيم اليمني على أنه"يجوز أن يكون اتفاق التحكيم على شكل عقد مستقل "وثيقة التحكيم" أو على شكل بند في عقد "شرط التحكيم" وفي حالة الأخيرة يعامل شرط التحكيم باعتباره اتفاق مستقلا عن شروط العقد الأخرى، وإذا حكم ببطلان العقد ذاته أو بفسخه لا يترتب على ذلك بطلان شرط التحكيم."

نستشف من هذا النص أن المشرع اليمني أقر صراحة بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي بحيث أن شرط التحكيم لا يتأثر بما قد يقع على عقد الأصلي من بطلان أو إلغاء أو فسخ إلى أنه ما يؤخذ على النص السابق عدم إشارته الصريحة إلى الحالة التي يكون فيها شرط التحكيم باطلا، فقد يفسر عدم تعرض التشريع لبيان هذه الحالة على خلاف تعرضه لحالة بطلان العقد، وعدم تأثير ذلك على شرط التحكيم، إلا أن ما يضعف هذا المأخذ هو تعوض المشرع بالنص في عبارة "يعامل شرط التحكيم باعتباره شرطا مستقلا عن شروط العقد الأخرى" فيستفاد ضمن من النص عدم تأثر العقد ببطلان الشرط أو العكس، فإذا كان الشرط باطلا فلا يؤثر على العقد الأصلي سواء كان بندا في العقد أو يتضمنه العقد الأصلي أو يحيل إليه.[2]

وقد كرست م 1040 في الفقرة الثالثة منها من ق ا ج م و إ الجزائري على أنه " لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي"[3] وهذا النص يجرنا إلى

---

[1]– طبيب عربية،المرجع السابق، ص 22.

[2]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي،المرجع السابق،ص ص 87–89.

[3]– قانون رقم 08–09 المؤرخ ف 18 صفر 1429 الموافق ل25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ص116.

القول بأنه إذا كان العقد الأصلي باطلا فإن ذلك لا يؤثر على صحة شرط التحكيم، وهذا تأكيد على أن المشرع الجزائري أخذ بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي.[1]

وبمعنى أخر أن يكون اتفاق التحكيم في وضعية مستقلة بالنسبة للعلاقة قانونية التي يرتبط بها،من هنا فاتفاق التحكيم يتمتع باستقلالية قانونية لا تتأثر باحتمالات إبطال العقد الأصلي، وما يترتب على ذلك من استمرار المحكمين في نظر النزاع وإصدار الحكم بصدده، فهو بذلك لا ينفي الاختصاص للمحكم في تحديد الحقوق للأطراف والفصل في ادعاءاتهم وطلباتهم[2]، وقد أقر القانون المصري مبدأ استقلال شرط التحكيم حيث نصت المادة (23) قانون التحكيم المصري رقم 27/ 1994 على أنه "يعتبر شرط التحكيم اتفاق مستقلا عن شوط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته" ومع ذلك فإن ما يميز قانون التحكيم المصري أنه يشترط لإعمال مبدأ استقلال شرط التحكيم أن يكون الشرط صحيحا في ذاته بخلاف القانون اليمني الذي لم يشترط صراحة إلى صحة الشرط، ولكنه من منطقي أن يكون الشرط صحيحا، لأنه إذا كان باطلا فإنه يكون في حكم المعدوم.[3]

أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية، فنجد مثلا الأونسترال النموذجي للتحكيم أخذ بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي و ذلك في الفقرة الأولى من المادة (16) والتي تنص على أنه "يجوز لهيئة التحكيم البث في اختصاصها، بما في ذلك البث في أي المترضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزاء من عقد كما لو كان اتفاق مستقلا عن شرط العقد الأخرى، أي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم.[4]

أما اتفاقية نيويورك لعام 1958م بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، لم تشر صراحة إلى مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي فالمادة (2) فقرة ثالثة من الاتفاقية

---

[1]– طبيب عربية،المرجع السابق، ص 22.

[2]– الياس عجابي: **النظام القانوني لتحكيم التجاري الدولي**، مجلة المنتدى القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، عدد7،2010، ص193 .

[3]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق، ص 88–89.

[4]– طبيب عربية،المرجع نفسه، ص 23.

تنص على أن محكمة الدولة المتعاقدة التي تطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق"

فنجد أن هذه المادة لم تعرض صراحة لمبدأ استقلال شرط التحكيم ومختلف نتائجه القانونية إلا أنها أبقت لهذا الشرط فعاليته وأثاره وأعطته قوة لم تكن له من قبل لذلك فإن اتفاقية نيويورك

تكون قد أقرت ضمنيا مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي وتبنته بطريقة غير مباشرة.[1]

ونستخلص مما سبق اتفاق التحكيم في نظر الاتفاقيات الدولية والاجتهادات القضائية باستقلالية تامة تجاه العقد الذي أدرج فيه شرط التحكيم أو الذي تولد منه النزاع الذي تم الاتفاق بشأنه بين الخصوم على عرضه للتحكيم بمعنى أنه إذا كان العقد الأصلي باطلا فإن هذا البطلان لا ينسحب بأثره إلى شرط التحكيم.[2]

المطلب الثالث:مبدأ الاختصاص بالاختصاص

سنتناول في هذا المطلب مبدأ أخر يرتبه شرط التحكيم، لذلك سنتعرض في بداية الأمر إلى مفهوم الاختصاص بالاختصاص في الفرع الأول ومبدأ الاختصاص بالاختصاص قانونا في الفرع الثاني ومبررات مبدأ الاختصاص بالاختصاص في الفرع الثالث.

فرع الأول:مفهوم مبدأ الاختصاص بالاختصاص

ساد الفقه والقضاء الفرنسي القديم اتجاه مفاده أن المحكم لا يستطيع الفصل في المنازعات المتعلقة باختصاصه، سواء تعلقت بالأصل الذي يستمد سلطته منه أي بوجود اتفاق تحكيم وصحته أو تعلقه بتحديد نطاق هذه السلطة على فرض وجودها، مستندا إلى الطابع التعاقدي

[1]– ناصر ناجي محمد جمعان،المرجع السابق ،ص ص 114–115.

[2]– فؤاد ديب،**المحكم الدولي و النظم تنازع القوانين الوطنية**، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية ،كلية الحقوق ،جامعة دمشق، المجلد24، العدد02، 2008، ص 37.

للتحكيم إلا أنه لم يستمر الحال كذلك فكما أخذ المشرع الفرنسي بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم فقد أخذ أيضا بمبدأ الاختصاص بالاختصاص. [1]

ويقصد بمبدأ الاختصاص بالاختصاص أنه عند عرض أي نزاع للفصل فيه أمام الجهة المخولة لذلك، يقدم الدفوع واجبة الفصل فيها لكن تختلف هذه الجهة من طريق إلى طريق أخر لحل النزاع، حيث إذا قدمت هذه الدفوع أمام القضاء مثلا فعلى القاضي أن يفصل في أي دفع وفق لاختصاصاته المفتوحة له قانونا، والتي تفرض عليه ذلك.

أما إذا كانت الجهة المعروضة أمامها المنازعة هي التحكيم وجب عليها أن تفصل في هذه الدفوع وفق الاختصاصات الممنوحة لها، لكن تختلف هذه الدفوع حيث قد يكون عدم الاختصاص هي احدي الدفوع المقدم أمامها فعليها أن تفصل فيه، أي المحكم وهذه من خصوصيات طريق التحكيم، ولا يصدر قرار عدم الاختصاص من طرف المحكم إلا بعد تمحص وفحص وتدقيق جيد في الدفع المقدم من المدعي بذلك، حيث يتحقق من أن العقد الأصلي الذي أصابه عيب من العيوب التي تصيب الإرادة، مما أدي به إلى بطلانه أو انعدام وجوده، وكان هذا العيب له تأثير مباشر على شرط التحكيم أي يمتد إليه مما يجعله باطل أو منعدم فإن تحقق جيدا في ذلك ما كان له أن يحكم بهذا القرار.[2]

فرع الثاني:مبدأ الاختصاص بالاختصاص في القانون

أقر قانون التحكيم المصري مبدأ الاختصاص بالاختصاص من خلال نص المادة (22) من قانون التحكيم المصري رقم 27/ 1994الجديد على أنه "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص بما في ذلك الدفوع المبينة على عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع" نستشف من هذا النص أنه إذا قدم أحد الأطراف دفع بعدم الاختصاص أما هيئة التحكيم ما كان عليها إلا أن تفصل فيه سلطتها المخولة لها قانونا، وبذلك يكون بطلان شرط التحكيم أو عدم وجده، أو انعدامه هو موضوع هذا الدفع، ويترتب الحكم بما ورد في الدفع أن هيئة التحكيم، والتحكيم كله منتهية الصلاحية، كما اقتصر

[1]- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي،المرجع السابق،ص ص 90-91.

[2]– عبد الوهاب عجيري ، **شرط التحكيم تجاري الدولي في التشريع الجزائري** ،رسالة الماجستير ، كلية حقوق وعلوم سياسية، قسم الحقوق، قانون خاص، جامعة سطيف 2 ،سطيف، 2013،ص ص116-117.

المشرع صلاحيات هيئة التحكيم في هذه الحالة على التدقيق والتمحيص الجيد إن كان هناك وجود لأحدى العيوب التي يمكن أن تصيب العقد الأصلي، فتجعله غير صحيح، أو في عدم إصابته بذلك أي صحيحا، وإلا اعتبرت متجاوزة لصلاحياتها إذا أقرت بع، إذا كان العقد صحيحا أو غير صحيح.

وقد أقر قانون التحكيم اليمني مبدأ الاختصاص بالاختصاص وساير في ذلك التشريعات الحديثة بهدف تبسيط إجراءات التحكيم وإزالة العقبات التي قد تعترض هذا النظام فقد نصت المادة (28) تحكيم يمني رقم 22-94 على أنه "تختص لجنة التحكيم بالفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصها بما فيها الدفع المقدم بعدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله موضوع النزاع وإذا فصلت لجنة التحكيم في الدفع برفضه جار الطعن في هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف خلال الأسبوع التالي لإخطار الطاعن بالحكم" .

ويشير كذلك المشرع الجزائري صراحة إلى مبدأ الاختصاص بالاختصاص ، وذلك يظهر جليا في نص المادة 1044 من ق ا م ا 2008 حيث تنص على تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفع في الموضوع.

تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص بحكم أولى إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبها بموضوع النزاع. منح المشرع الجزائري للمحكم هذه السلطة كما منحتها العديد من النظم القانونية واشترط أن يكون الدفع بعدم الاختصاص هو الدفع الأول الذي يجب منافسته ثم ينتقل غلى الدفوع الموضوعية الأخرى[1]. أو بمعنى أخر يكون فصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع.[2]

أما موقف الاتفاقيات الدولية من هذا المبدأ فلقد نصت المادة 2/2 من قواعد غرفة التجارة (ICC) أنه إذا لم يرد المدعي عليه على طلب التحكيم أو أثار دفعا بتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته أو بطلانه لمحكمة التحكيم الدولية من فحص ظاهر الأوراق إمكانية اعتداد بوجود اتفاق التحكيم أن تقرر مواصلة إجراءات التحكيم دون المساس بقبول أو سلامة هذه الدفوع وفي

[1]- عبد الوهاب عجيري ،المرجع السابق، ص 118.

[2]- بربارة عبد الرحمان،**شرح قانون إجراءات المدنية والإدارية** ، منشورات بغدادي، ط1، الجزائر ،2008 ،ص 555.

هذه الحالة يكون لهيئة التحكيم اتخاذ أي قرار يتعلق باختصاصها فإذا لم تتوصل محكمة التحكيم الدولية إلى هذه النتيجة يتم إبلاغ الأطراف أن التحكيم غير ممكن.[1]

فرع الثالث: مبررات مبدأ الاختصاص بالاختصاص

1/التطور الحديث في فقه وقضاء التحكيم والذي يعطي لهيئة التحكيم سلطات أوسع لأعمال المزايا التي يتميز بها التحكيم.

2/ لتشكيك في عدم اختصاص المحكم بالنظر في اختصاصه، وعدم إعطائه هذا الحق يصبح التحكيم لا قيمة له لأنه في هذه الحالة سيتم اللجوء إلى فضاء وستتوقف إجراءات التحكيم، الأمر الذي يعني ضياع الجهد والوقت مما يفقد التحكيم أهم مزاياه.[2]

فرع الرابع: حالات البطلان تتعلق بإتفاقية التحكيم :

نصت المادة 1/53 من قانون تحكيم المصري رقم 94/27 التي تشمل هذه الطائفة الحالتين المنصوص عليها في البندين أ ، ب و هما:

أ- إذ لم يوجد إتفاق التحكيم أو كان هذا الإتفاق باطلا أو قابل لإبطال أو سقط بإنهاء مدته

ب- إذا كان أحد طرفي إتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الإهلية أو ناقصها وفق للقانون الذي يحكم آهليته.

أما القانون الفرنسي فقد حددتها المادة 1502 البند 1:

1- إذا صدر حكم التحكيم بدون وجود إتفاقية أو بناء على الإتفاقية تحكيم باطلة أو منقضية.

من مجموع هذه الفقرات يمكن القول أن المشرع في كل من هذه الدول حرص على أن تكون أول حالات التي تبيح رفع دعوى البطلان هي تلك الحالات التي تمس إتفاقية التحكيم، وهو أمر له مبرره فالإتفاقية تحكيم هي أساس سلطات المحكمين، وهدف من دعوى بطلان التأكد من صحة الأساس الذي يستمد منه المحكمون إختصاصهم.[3]

---

[1]- نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية (icc) لسنة 1998. الموقع الالكتروني: www.gjpi.org/wp-content/uploads/icc-arbitration-rules_arabic.pdf تاريخ الزيارة يوم 2017/03/14.

[2]- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي,المرجع السابق،ص 94.

[3]- علي بركات،**الطعن في آحكام التحكيم**، دار النهضة العربية، 2003 ، ص 47.

اولا-عدم وجود إتفاقية التحكيم:

هذه الفرضية ليست مطروحة بكثرة في الواقع العلمي، بعدما آجازت التشريعات حديثة كافة صور الإتفاق التحكيم، و بعدما أن قررت صراحة أن كل إحالة ترد في العقد الأصلي إلى وثيقة تضمن شرط التحكيم، تعتبر إتفاق على تحكيم ذاته، إذا كانت حالة واضحة على إعتبارات ان هذا الشرط جزء من العقد و هذا ما أكده مشروع جزائري في المادة 442 مكرر1 من قانون الاجراءات المدينة و الادارية 08-09 التي تنص " تسري إتفاقية التحكيم التحكيم...يجب من حيث شكل وتحت طائلة بطلان آن تبرم إتفاقية التحكيم بموجب عقد كتابي".[1]وبالرغم من ذلك لا يمنع أحيان من أن يأتي خصم و يشكك في إبرام إتفاقية التحكيم أو تجديدها، أو أن يكون المحكم قد إستمد ولايته بالنزاع المستند لا يعتبر اتفاق تحكيم كما لو أستعن من مستندات النهوض من خطاب النوايا أو مرسلات لا تستخلص منها آركان إتفاقية التحكيم ففي مثل ذلك قد يزعم أحد الطرفين أن المستند لها قيمة عقديه، بينما ينكر الاخر هذه القيمة بدعوى أنها نشأت في المرحلة السابقة و ينجح ذلك في الإثبات [2].

ثانيا- إتفاقية التحكيم باطلة أو منتهية:

1-إتفاقية التحكيم باطلة :

يكون أتفاق التحكيم بالرغم من أنها موجودة لكنها باطلة سواء كان بطلان مطلق أو نسبيا و تكون الإتفاقية باطلة لأحد الأسباب:

الأول: هو تخلف أحد الشروط العامة لوجود إتفاقية التحكيم أو لصحتها بإعتبارها عقد فإذا لم تتوافر أحد الشروط العامة كان العقد التحكيم باطلا أو قابل لأبطال.

الثاني: قد يستمد أحد الطرفين في دعوى بطلان الحكم، إلى سبب موضوعي أخر يتعلق بصحة هذه الإتفاقية متعلقة بمسألة لا يجوز فيها التحكيم أو تتعارض مع النظام العام.

---

[1]- خليل بوصنبورة، **القرار التحكيمي و طرق الطعن فيه وفق القانون الجزائري**،رسالة دكتورة، كلية حقوق ،تخصص قانون عام، جامعة منتوري، قسنطينة ،2007-2008،ص 181.

[2]- حسان كليبي، **دور القضاء في قضايا التحكيم التجاري الدولي**،رسالة ماجستير، كلية الحقوق، شعبة قانون الخاص ، تخصص عقود و مسؤولية، جامعة أحمد بوقرة ، بومرداس، 2012-2013 ، ص 81.

و عندما ينعقد التحكيم بناء على شرط تحكيم، فإن النزاع قد ينصب على صحة الإتفاقية الأصلي الذي أدرج فيه هذا الشرط.[1]

2- إتفاقية التحكيم منتهية :

المقصود بهذا السبب ان المحكمين اصدروا احكامهم بعد المهلة التي حددها الخصوم في إتفاق التحكيم أو التي حددها المشرع في قانون التحكيم ،هي أثنى عشر شهرا في القانون المصري من تاريخ بدء الاجراءات التحكيم و ست اشهر في القانون الفرنسي و هذا البطلان يستمد مبرراته من طبيعة التحكيم كقضاء خاص يحدد الخصوم مدته ما لم يتم تحديد ذلك من قبل المشرع طبق للقانون المتفق عليه من قبل الخصوم و إنما يشترط لقبول دعوى البطلان لهذا السبب، أن يكون المدعى قد نزل عن مهلة التحكيم الأتفاقية أو القانونية صراحة أو ضمن أثناء إجراءات التحكيم فلم يدفع أمام المحكم، قبل صدور الحكم بإنتهاء ولايته بإنقاص تلك المدة، و يستفاد هذا النزول الصريح أو الضمني من قيام رافع دعوى البطلان بإرسال مذكرة دفاعه أو مستنداته إلى محام بغير تحفظ بعد إنتهاء مهلة التحكيم، وقبل صدور حكم التحكيم.[2]

[1]- علي بركات، المرجع السابق، ص 50.

[2]- حسان كليبي، **دور القضاء في قضايا التحكيم التجاري الدولي**، المرجع السابق ،ص ص 82-83.

الفصل الثاني:انعقاد اتفاق التحكيم

الفصل الثاني:انعقاد اتفاق التحكيم

يعتبر اتفاق التحكيم أيا كانت صورته (شرط أو مشارطة) يعد عقد من العقود يرتب على عاتق طرفيه التزامات متبادلة ويتميز أيضا بطبيعة خاصة وبالتالي لابد أن تتوافر في هذا العقد الشروط اللازمة لصحة العقود بوجه عام ولا يكون صحيحا إلا إذا توفرت الشروط اللازمة لصحته ولقد أجمعت الآراء على ضرورة أن تفصل الهيئة التحكمية في النزاع استنادا إلى اتفاق تحكيم يشترط فيه الصحة، وبهذا استقرت التشريعات والاتفاقيات الدولية على اعتبار اتفاقية التحكيم صحيحة متى كانت إرادة الأطراف سليمة وخالية من عيوب وكان موضوع النزاع قابلا للفصل فيه عن طريق التحكيم.

حددت قوانين أخرى أركان العقد (الرضا والمحل والسبب). وعليه يلزم توافر تلك الشروط ضرورية لصحة شرط التحكيم هذا بالإضافة الى ضرورة توافر الشروط الخاصة باتفاق التحكيم وشروط العامة لصحة هذا الاتفاق وعليه فقد قسمنا هذا الفصل متمثل في انعقاد اتفاق التحكيم إلى الأركان العامة لانعقاد الاتفاق التحكيم في المبحث الأول بإضافة إلى الأركان الخاصة لإنفاق التحكيم في المبحث الثاني و اثار اتفاق التحكيم في المبحث الثالث.

المبحث الأول:الأركان العامة لانعقاد اتفاق التحكيم

يعتبر اتفاق التحكيم عمل إرادي يتوقف على إرادة الأطراف بحيث يلتزم توافر في اتفاق التحكيم باعتباره عقدا كسائر العقود جميع الأركان العقد وشروط صحته.

وسيتم حديث في هذا المبحث عن الأركان العامة لاتفاق التحكيم والمتمثلة في الرضا والمحل نظرا لكون الرضا والمحل لهما من الخصوصية في اتفاق التحكيم ما يقتضي أفرادهما بالبحث أما بالنسبة لركن الثالث وهو السبب كونه لا يثير أي صعوبة في مشروعيته، فهو في شرط التحكيم يمثل إرادة الأطراف باللجوء إلى التحكيم في حالة نشوب نزاع دون اللجوء إلى القضاء وتفويض الأمر للمحكمين وهذا بسبب مشروع دائما إلا إذا اثبت أن المقصود بالتحكيم التهرب من أحكام القانون.

ولهذا فقد قسمنا ها المبحث إلى مطلبين فتكلمنا في المطلب الأول عن التراضي في اتفاق التحكيم وفي المطلب الثاني على المحل اتفاق التحكيم.

المطلب الأول: التراضي في اتفاق التحكيم

يعتبر التراضي ركنا أساسيا لقيام أي عقد ويتكون التراضي من إرادتين على الأقل، فإذا تلاقت إرادة المتعاقدين، يتبادل الإيجاب والقبول، فإن التراضي يكون قد تم ويكون العقد قد انعقد إذا ما توافر الركنان الآخران، فإذا التقت هذه الإرادة كان العقد باطلا، أما إذا كانت الإرادة صادرة ممن يملكها ولكنها معيبة بعيب من العيوب الرضا كالغلط وتدليس أو الإكراه فإن العقد يكون قابلا للبطلان وفق القواعد القانون المدني، ونظرا لوضوح مسألة عيوب الرضا وقلة ما تثيره من تساؤلات بخصوص اتفاق التحكيم حيث أن اتفاق التحكيم شأنه في هذا الخصوص شأن العقود الأخرى يخضع للقواعد المقررة بهذا الشأن في القانون المدني ويجب أن يكون هذا الرضا صادرا من شخص تتوافر فيه الأهلية اللازمة لإبرامه.

وقد قسمنا المطلب متمثل في تراضي إلى ثلاثة فروع الفرع الأول متمثل توافر التراضي في اتفاق التحكيم وفرع الثاني متمثل في عيوب الرضا وفرع الثالث تحت عنوان الأهلية اللازمة لإبرام شرط التحكيم.[1]

الفرع الأول:توافر التراضي

يقصد بالتراضي هو تطابق إرادتين لإحداث أثر قانوني معين هو إنشاء الالتزام.[2]

وقد عرف قانون المدني اليمني التراضي بأنه "تعبير كل طرفي العقد عن إرادته وأن تكون الإرادتان متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد".[3]

فأساس يعبر كل طرف في العقد ع إرادته يجب أن تكون هذه الإرادة متطابقة مع إرادة الطرف الأخر.

واتفاق شأنه شأن العقود الأخرى يلزم لانعقاده وجو تراضي من طرفي العقد وتطابق ما رضا به أحدهما مع رضا به الأخر أي تلاقي إرادتهما لإبرام العقد ويقتضي ذلك دراسة وجود الإرادة والتعبير عنها ثم توافق الإرادتين.[4]

أولا : وجود الإرادة

الإرادة هي المحرك والدافع الذاتي لإبرام العقد، ويقصد بالإرادة أن يعي الشخص أمر التعاقد الذي هو مقدم عليه والذي يقصه بأن يكون مدركا ماهية التصرف الذي يجربه، والحقوق والالتزامات المترتبة له أو عليه فيه، وأن يقصد ذلك كله، فالقانون لا يعقد إلا بالإرادة التي تتجه إلى إحداث أثار قانونية، فإذا لم تتوافر هذا الاتجاه إلى ذلك فلا يكون هناك رضا بالمعنى القانوني.

---

[1]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الظراسي ، المرجع سابق، ص98.

[2]– عبد الفتاح السنهوري ، المرجع السابق، ص172.

[3]– قانون رقم 2002/14 بشأن قانون المدني اليمني قانون التحكيم اليمني رقم 22–94، الموقع الالكتروني:

. http://www.alexalaw.com/t8044-topic ، تاريخ الزيارة يوم 2017/02/25.

[4]– ناصر ناجي محمد جمعان،المرجع السابق ، ص 134.

وعليه لا يعتد القانون بالرضا الذي يصدر عن الأشخاص عديمي الإرادة كالصبي غير المميز وكذا المجنون.[1]

وتلعب إرادة طرفي التعاقد دورا بارزا في مجال التحكيم حيث ينفق على الالتجاء إليه في التعاقد تسوية نزاعاته من خلال أسلوب التحكيم ويعتبر رضا ضروري باختبار الأطراف باللجوء إلى تحكيم كبديل للجوء للقضاء بحيث أن اتفاق التحكيم هو عقد ملزم للجانبين بمعني أن يرتب التزامات متقابلة في ذمة كل من متعاقدين فكل منهما يمتنع عليه الإلجاء إلى القضاء في صدد النزاع المتفق على طرحه على المحكم، وكل منهما يلتزم بطرحه على المحامي ويفرض على حكم الأخير".

فكل التزامات أطراف متطابقة ترمي إلى منع فض النزاع بطريق القضاء، وفضه بطريق التحكيم [2] ،فاتجاه الإرادة يكون إذا باختيار نظام التحكيم بدلا عن القضاء العادي لذلك يجب أن يتم تحديد نظام التحكيم بالذكر عند الاتفاق بين الأطراف المحتكمة أطراف الاتفاق التحكيم شرط كان أم مشارطة.

وعليه فالتعبير عن يجب أن يكون صريحا أو ضمنيا وفق للقواعد العامة والتعبير عن الإرادة في الإنفاق التحكيم يلزم أن يكون ريحا من أجل تنبيه المتعاقدين لأهمية وخطورة ما هم مقبلون عليه من أمر وبالتالي لا يتخذون قرارهم إلا بعد تفكير عميق صادر عن إرادة واضحة وصريحة[3]. وهذا ما تضمنته المادة (147) من قانون المدني يمني على أن التراضي هو تعبير كل من طرفين العقد عن إرادته...." فالتعبير عن إرادة يكون تعبير ريحا أما باللفظ أو الإشارة المفهومة والمتداولة في عرف.[4]

---

[1]– ناصر ناجي محمد جمعان، المرجع السابق، ص135.

[2]– شريف الطباخ،**التحكيم الاختياري والإجباري في ضوء القضاء والفقه**،دار الفكر والقانون،المنصورة ،2008 ،ص47 ص 48.

[3]– ناصر ناجي محمد جمعان ،المرجع نفسه، ص 137.

[4]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي ،المرجع السابق،ص ص 102– 101.

وتنص المادة (**60**) من قانون المدني جزائري "أن التعبير عن الإدارة يكون باللفظ وبالكتابة أو بإشارة..." وقد نص أيضا قانون الإجراءات المدنية وإدارية على وجوب الكتابة في اتفاقية التحكيم وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية في التحكيم الداخلي حيث تنص المادة 1008 فقرة 1 "يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في وثيقة التي تستند إليهما" وكما تنص المادة 1012 فقرة 01 على ما يلي "يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا".

أما في التحكيم الدولي تنص المادة **1040** فقرة **2** "يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأية وسيلة أخرى تجيز الإثبات بالكتابة" لم يحدد المشرع الجزائري شكلا كتابيا معينا ولم يستوجب في الكتابة أن تكون رسمية، إذ يكفي أن تكون عرفية موقعة من طرفين.

وما يلاحظ أن المشرع الجزائري في ما يخص التحكيم الداخلي نص في المادتين منفردتين في الأولى على إلزامية كتابة شرط التحكيم وفي المادة الثانية على إلزامية كتابة اتفاق التحكيم.

أما في التحكيم الدولي فذكر المشرع مادة واحدة على كتابة اتفاقية التحكيم بصورة عامة مع إضافة الوسائل الأخرى التي تجيز الإثبات بالكتابة.[1]

وبناء عليه يمكن القول من استقراء النصوص السابقة التي أوجبت الكتابة سواء لانعقاد أو لإثبات أنها تتطلب التعبير الصريح، فطالما أن المشرع قد أوجب الكتابة في اتفاق التحكيم فلم يكن بحاجة لتطلب التعبير الصريح فالتعبير بالكتابة يعد من وسائل التعبير الصريح في شكل من أشكالها العرفية كانت أو رسمية.[2]

---

[1]– نبيهة بومعزة،**الطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيم في القانون الجزائري**، مجلة التواصل في الاقتصاد والادارة والقانون، كلية الحقوق ،جامعة باجي مختار،عدد 35 عنابة ،2013،ص ص224–225.

[2]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع سابق، ص 102.

ثانيا :توافق الإرادتين

إن الاتفاق على إنشاء أي تصرف قانوني متبع لأثره يتطلب تحقق تطابق الإرادتين المفصح عنهما بحيث، تكون الإرادة التي يعبر عنها الطرف **(القبول)** تطابق أو توافق الإرادة التي فصح عنها الطرف الأول **(الإيجاب)**[1]. بحيث أنه لا يكفي لانعقاد اتفاق التحكيم وجود الإرادة والتعبير عنها بل يجب فوق ذلك أن يعلن كل طرف تعبيره إلى طرف الأخر لكي يعلم به ويدركه.

وتوافق الإرادتين يقصد به: اقتران الإيجاب بقبول مطابق له، فيلزم لإبرام اتفاق التحكيم أن يصدر تعبير عن الإرادة ويتمثل في الإيجاب والذي يتضمن تصريحا من احد الأطراف بعرض النزاع على التحكيم ويلزم أيضا أن يصدر تعبير يقابله من المتعاقد الأخر هو القبول ويجب أن يكون مطابق للإيجاب وأن تكون هاتان الإرادتان أو هذان التعبيران مقترنان بتطابق بموجبهما وتنصب على اللجوء إلى التحكيم لحسم النزاع الذي ينشأ بينهما.[2]

أ-**الإيجاب:** هو العرض الذي يتقدم به الشخص معين إلى أخر أو آخرين بقصد إبرام عقد ما، للحصول على قبول هذا العرض وبالتالي إنشاء العقد وبعبارة أخرى، الإيجاب تعبير نهائي عن الإرادة يتم به العقد، إذا ما تلاقى معه القبول وقد عرفته محكمة النقض المصرية "عرض يعبر به الشخص على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد.[3]

وفي شرط التحكيم يكون الإيجاب في عرض أحد طرفي العقد الأصلي على الآخر باللجوء إلى التحكيم في حالة نشوء نزاع مستقبلي حول العقد الأصلي وتنفيذه ون اللجوء إلى القضاء العام.[4]

---

[1]- عبد الوهاب عجيري، **شرط التحكيم تجاري الدولي في التشريع الجزائري**، رسالة الماجستير في قانون خاص ،كلية حقوق وعلوم سياسية،جامعة سطيف 2، 2013, ص10.

[2]- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي ،المرجع السابق ،ص ص 103-104.

[3]- محمد صبري سعدي،المرجع السابق، ص108.

[4]- ناصر ناجي محمد جمعان ،المرجع السابق ،ص 141.

ويشترط الإيجاب في شرط التحكيم:

*أن يكون الإيجاب نهائيا وباتا وجازما ويدل على اتجاه إرادة المتعاقد لاختيار نظام التحكيم كوسيلة لحل النزاع، وأن تتوفر لدى صاحبه نية التعاقد بمجرد قبول الطرف الأخر.

*أن يكون الإيجاب كاملا فلا يعد إيجابا إلا إذا تضمن جميع عناصر الأساسية للعقد وهي في اتفاق التحكيم:

– تنحية النزاع عن ولاية القضاء وإسناد الفصل فيه إلى هيئة التحكيم.

– تعيين النزاع (بالنسبة للمشارطة التحكيم فقط)

أما غير ذلك من العناصر كتشكيل هيئة التحكيم أو الإجراءات أو القواعد الموضوعية التي تطبق فلا تعد جوهرية لتكوين الإيجاب.

وبالنسبة لتعيين النزاع فلا يشترط تعينه في حالة شرط التحكيم الوارد كبند من بنود العقد كون المنازعة أو المنازعات الناتجة عن تنفيذ أو تفسير العقد وعدم انصرافه إلى المنازعات التي تكون خارجة عن العقد أما في مشارطة التحكيم فيشترط في الإيجاب أن يتم تعيين النزاع المعروض للتحكيم فيه، فذا خلا من هذا التحديد فلا يعد إيجاب وبالتالي لا تكون إرادة الأطراف قد اتجهت إلى التحكيم، مما يترتب عليه بطلان الاتفاق لانتفاء الرضى.[1]

ب– القبول:

القبول هو تعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب بارتضائه العرض الذي تقدم به بموجب فالقبول هو موافقة على إنشاء العقد بناء على الإيجاب وغالبا يتأخر صدوره عن صدور الإيجاب ويسمى الإرادة الثانية والإيجاب هو إرادة الأولى.[2]

فالقبول في شرط التحكيم يتمثل في موافقة الطرف الموجه إليه الإيجاب وهو طرح النزاع الناشئ على التحكيم.

[1]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق ،ص ص 104–105.

[2]– محمد صبري سعدي،المرجع السابق ،ص 114 .

ويشترط لصحة القبول أن يتضمن شرطين:
مطابقة القبول للإيجاب وذلك بالموافقة على كل المسائل التي تضمنها الإيجاب بمعنى أن لا يزيد عن الإيجاب أو ينقص منه أو يعدل فيه فإذا عرض الموجب تسوية النزاع على هيئة وإخراجه من ولاية القضاء، وحدد هذا النزاع بموافقة القابل فإن اتفاق التحكيم يكون قد انعقد، أما إذا عدل القابل أو أخرج من موضوع التحكيم مسألة معينة أو زاد فيه فلا يعد قبولا وإنما يعد إيجابا جديدا يحتاج إلى قبول من الطرف الآخر.[1]

وإذا جاء القبول مطابق للإيجاب المتضمن المسائل الجوهرية في المسائل التفصيلية التي لم يتفق عليها طبقا لطبيعة المعاملة وأحكام القانون [2] ، وإذا كان شرط التحكيم ملحقا بعقد من عقود الإذعان، ففي هذه الحالة يعد شرط التحكيم من الشروط التعسفية التي يجوز للقاضي تعديلها أو إعفاء الطرف المذعن منها، كما إذا نص شرط التحكيم على تطبيق قانون أجنبي على نزاع وطني بحت ليس هناك من صلة بينه وبين العلاقة التي يثور النزاع بشأنها، ويتبين أن القصد منه هو التوصل إلى نتيجة مجحفة بالطرف المذعن لا يوصل إليها إلا القانون المختار على وجه التحدي.

ومن تطبيقات القضائية في شأن ضرورة وجود قبول ما قضت به المحكمة الفيدرالية لجنوب نيويورك في حكمها الصادر بتاريخ 3 ابريل سنة 1979 م بخصوص الدعوى التي أقيمت من شركة مؤسسة في إمارة (ليشتنيسن) تطالب فيها إجبار شركة إيطالية على الخضوع للتحكيم، بدعوى وجود شرط تحكيم بخصوص شراء قفة قمح، وبالتحليل الدقيق للوقائع خلصت المحكمة إلى أن التلكسات التي أرسلت والذي أوضح إحداها أن يكون التعاقد وفق لشروط العقد النموذجي والذي يتضمن في أحد بنوه شرط التحكيم، فإن هذه التلكسات إنما تضمنت عرض يحتاج إلى قبول ولما كانت الشروط المقترحة عن طريق الإحالة قد وردت كجزء من الإيجاب الذي لم يعقبه قبول من الطرف الأخر (المشتري الايطالي)، لذلك فإنه يتعذر القول بوجود اتفاق على التحكيم لعدم وجو القبول على الإيجاب الصادر من الشركة الأمريكية.[3]

---

[1]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي،المرجع السابق ،ص 106 .

[2]–أنظر المادة (155) من قانون رقم 2002/14 بشأن قانون المدني اليمني .

[3]––ناصر ناجي محمد جمعان، المرجع السابق ،ص ص 143– 144.

أن يصدر القبول قبل سقوط الإيجاب فإذا كانت هناك مدة محددة للإيجاب سواء كانت صريحة أو ضمنية فيجب أن يرد القبول خلال هذه المدة وقبل فواتها، فإذا صدر القبول متأخرا فلا يؤدي إلى انعقاد العقد وإنما يمكن اعتباره إيجابا جديدا لا يحتاج بدوره إلى قبول يصدر في الوقت المناسب، وإما السكوت فقد يعد قبولا إذا كانت هناك معاملات جارية بين الأطراف وكان التحكيم شرطا فيها.[1]

ج-اقتران الإيجاب بالقبول: لكي ينعقد العقد يجب أن يتطابق الإيجاب والقبول، أي أن يعلم كل من العاقدين بالإيجاب والقبول، فينعقد العقدين الحاضرين متى يكون يضمهما مجلس واحد، وقد ينعقد العقد بين غائبين.[2]

فالانعقاد اتفاق التحكيم لا يكفي أن يصدر إيجابا وقبولا متطابقين، بل يجب علاوة على ذلك أن يقترن وذلك بأن يصل القبول إلى علم الموجب، فلا يكفي تبادل التعبيرين لكي يوجب تراضي بل يجب فوق ذلك أن يندمج التعبيران لتتكون منهما إرادة عليا هي إرادة كل الطرفين وتنتمي هذه الإرادة (الإرادة المشتركة) أو (النية المشتركة)، وجدير بالإشارة أن اتفاق التحكيم بتميز عن العقود الأخرى بوحدة الإرادة المشتركة لدى أطراف العقد والمتمثلة باختيار نظام التحكيم وسيلة لحل النزاع بدل عن القضاء العادي.

ولا تثير مسألة تلاقى الإرادتين أو اقترانهما إلى صعوبة في حال التعاقد بين حاضرين، سواء حضر العاقدان أصالة أو وكالة حيث أن الطرفين يبرمان وثيقة مكتوبة تتضمن ما اتفق عليه سواء تعلق الأمر بشرط تحكيم مدرج في عقد أصلي محرر بين الطرفين، أو باتفاق مستقل دون في وثيقة خاصة أو في محضر قرره المحكم، إذ أنه في هذه الحالة يكون تلاقي الإرادتين متحقق بالضرورة كونه قد انتهي إلى تحرير الاتفاق تحكيم ويكون زمان ومكان اتفاق التحكيم هو الزمان والمكان الذين تم فيهما تلاقي الإيجاب بالقبول سواء كان شرط أو مشارطة ما لم يوجب اتفاق بين الطرفين يقضي بغير ذلك[3] ،لكن هنا صعوبة تكمن في اقتران الإيجاب

---

[1]- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي،المرجع السابق،ص ص 106- 107.

[2]- فاضلي ادريس،**الوجيز في النظرية العامة للالتزام**, ديوان المطبوعات الجامعية،بن عكنون الجزائر، 2009 ،ص68.

[3]- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي ،المرجع نفسه،ص ص 107- 108.

بالقبول في حالة التعاقد بين غائبين سواء كان بالمراسلة أو بوسائل الحديثة والتي تقرها التشريعات الوطنية[1] بحيث تجيز هذه التشريعات إلى شرط التحكيم عن طريق خطابات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال الحديثة ذات الطابع التوثيقي وهذا ما نصت عليه المادة 2/1 على أنه " يجوز إرسال إشعار، التحكيم بما في ذلك البلاغ أو خطاب أو الاقتراح بوسيلة اتصال توفر سجلا بإرساله أو تتيح إمكانية..." [2]

ففي هذه الحالة يكون ما رضا به الطرف ثابت في المراسلات الإدارة عنه، وأن يكون هناك اتفاق واحدا جامعا لما توصل إليه الطرفين، ويؤدي ذلك إلى استخلاص زمان ومكان تلاقي الإيجاب بالقبول والذي يعتبر هو نفسه زمان ومكان انعقاد اتفاق التحكيم.[3]

فرع الثاني: عيوب الرضا

تكلمنا في ما سبق عن لزوم الرضا باعتباره الأساس الأول لقيام العقود ومنها اتفاق التحكيم إلا أنه لا يكفي لتوافر ووجوب الرضا في شرط التحكيم بل يجب أن يأتي هذا الرضا سليما صحيحا من العيوب التي تؤدي إلى إفساده ويقصد بعيوب الرضا هي أمور تلحق أحد المتعاقدين أو كليهما فتفسد الرضا دون أن تزيله، فالرضا موجود، غاية الأمر أن الإرادة لا تجيء سليمة إما لأنها أتت نتيجة وهم كاذب، وإما لأنها جاءت وليدة الضغط.

والعيوب التي تفسد الرضا هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال.[4]

اولا–الغلط:

يمكن تعريف الغلط على أنه حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها[5] ،فإذا وقع

---

[1]– انظر المادة 154 ق مدني اليمني والمادة 15 تحكيم اليمني، والمادة 12 تحكيم المصري والمادة 10 تحكيم الأردني.

[2]– المادة (2/1) من قانون الاونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1998 المعدلة في 2010.

[3]– ناصر ناجي محمد جمعان، المرجع السابق ، ص 145.

[4]– محمد صبري السعدي ،المرجع السابق ،ص 165.

[5]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق،ص 289.

أحد المتعاقدين عند الاتفاق على التحكيم في غلط يحسب جوهر التعقد (كالغلط في القانون أو ذات المتعاقد) جاز له إبطال العقد لأنه توهم يقع فيه لما أتم التعاقد، لكن يستبعد قابلية إبطال العقد، ما إذا كان الغلط كتابي لتوفير إمكانية تصحيحه بل يصبح التصحيح في هذه الحالة واجب حتى يرفع اللبس الواقع فيه.[1]

ويتصور أن يوجد غلط في القانون في اتفاق التحكيم ذاتي، ومثال ذلك أن يتصور أحد العاقدين أن حكم المحكمين يقبل المعني أمام القضاء تم يكشف أن القانون لا يجيز ذلك[2] أو قد يخطئ أطراف التي قد عند الاتفاق على شرط التحكيم عند تحديد اسم الهيئة المراد الاحتكام إليها، كون أن الهيئة التحكمية لا وجو لها على ارض الواقع، لكن محكمو غرفة التجارة الدولية لم يقروا بعدم اختصاصهم لحل هذه المنازعة التي عرضت عليهم بل فهموا أن هناك خطأ وارد عند الاتفاق وتم تصحيحه، ومارسوا بعدها مهامهم التحكيمي على أساس وجود شرط التحكيم، وكما ذهب أيضا القضاء الأمريكي تقريبا إلى نفس ما ذهب إليه محكمون غرفة التجارة الدولية، بحيث اقروا أن عدم وجود اسم الهيئة التحكمية المذكورة في الاتفاق على ارض الواقع لا يعني بطلان شرط التحكيم بل يبقي موجودا.[3]

ويرى جانب من فقه المدني أنه بصدد الاتفاق على التحكيم، لا مجال للغلط في مجال العقد (إخراج المنازعة من ولاية القضاء) كما أنه لا محل للغلط في القيمة لأن محل العقد في نطاق التحكيم ليس له قيمة مالية تقبل الزيادة أو النقصان، لكن يتصور أن يوجد غلط الشخص المتعاقد الأخر أو في صفة من صفاته وذلك في حالة ما إذا كانت شخصيته محل اعتبار[4]، ومن التطبيقات القضائية لذلك الحكم الصادر من المحكمة النقض الفرنسية عام 1964م، والذي يقضي بأن عدم علم طرف من أطراف عقد التحكيم بالعلاقة القائمة بين محكم يتفق عليه

---

[1]– عبد الوهاب عجيري،المرجع السابق،ص 19.

[2]– شريف الطباخ ، المرجع السابق ،ص 51.

[3]– عبد الوهاب عجيري، المرجع نفسه،ص ص 19– 20.

[4]– حسيني يمينة، **تراضي الاطراف على تحكيم أمام مركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار**، رسالة ماجستير في قانون،كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق،جامعة مولود معمري ،تيزي وزو،11/12/08،ص 33.

وبين الطرف الأخر بشكل غلطا ويمكن أن يشكل غشا في حالة اتصاله بوسائل احتيالية متعمدة الإخفاء هذه الروابط على الطرف الأخر مما يؤدي غلى بطلان التحكيم.[1]

ثانيا-التدليس:

يعرف التدليس على أنه إيهام الشخص بغير الحقيقة بالالتجاء الى الحيلة والخداع لحمله على التعاقد[2] ،فيعتبر التدليس من عيوب التي تؤثر على السلامة الرضائية عن الاتفاق على التحكيم، فلولا توهم احد المتعاقدين أو انخداعه جراء الأفعال التدليسية لما أتم العقد، وإن تجاوز هذا التدليس حد الخطورة جاز إبطال العقد أما إذا كان الغير هو المدلس فيشترط في هذه الحالة أن يثبت دراية المتعاقد الأخر بتلك الأفعال التدليسية حتى يكون له حق طلب الإبطال وتأكيد على ذلك ما نصت عليه المادة 126 ق م المصري رقم 27/ 1994 على انه " إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد الأخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم لهذا التدليس".[3]

وقد يحدث أن يتعرض أحد المتعاقدين عند الاتفاق على التحكيم إلى غش أو تدليس مخطط له من المتعاقد الأخر بقصد سلبه، وكما تلخص حال القضية التي قامت بها شركة فرنسية بأفعال احتيالية وتدليسية بقصد سلب أموال الشركات الكندية، ومن بين هذه الأفعال الاحتيالية التي قامت بها، بحيث أن هذه الشركة فرنسية قامت بتشكيل هيئة تحكيمية لتحقيق ما تصبوا إليه وكان مقرها فرنسا، في حين أنه تم الاتفاق في العقد بين الشركة الكندية والشركة الفرنسية في إطار الصفقة المبرمة فيما بينهما مع تحديد تلك الهيئة التحكيمية في شرط التحكيم للإحتكام إليها في حالة النزاع، بعدها تم تقديم طلب التحكيم لفض النزاع قائم ضد الشركة الكندية أما هيئة التحكيم من طرف الشركة الفرنسية، بعدها حققت هيئة التحكيم للشركة الفرنسية ما كانت تصبوا إليه من خلال حكمها ضد الشركة الكندية، لكن ذلك لم يدم طويلا لأن أمر الهيئة

---

[1]- ناصر ناجي محمد جمعان،المرجع سابق،ص ص 148-149

[2]- محمد صبري السعدي،المرجع سابق، ص 181.

[3]- قانون رقم 27/ 1994 المؤرخ في 7 ذي القعدة 1414 الموافق 18 ابريل 1994 متضمن قانون في شأن التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية.

التحكيمية انكشف مما أدي بالقضاء إنصاف الشركة الكندية جراء النصب والاحتيال الواقع عليها من طرف الشركة الفرنسية.[1]

ثالثا-الإكراه:

فيعرف الإكراه على أنه الضغط الذي تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد، والذي يفسد الرضا، ليست هي الوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه، بل هي الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد[2]، فإن بلغ هذا الإكراه عدم الاطمئنان أحد المتعاقدين على نفسه أو ماله أو عرضه أو من يقربه حد الجسامة تجعله مرغما على إبرام لعقد المتضمن شرط التحكيم، جاز له إبطال العقد إذا ثبت أن مسبب عدم الاطمئنان هو طرف الآخر، إما إذا كان من الغير فيشترط أن يثبت دراية أو إلزامية دراية الطرف الأخر بذلك حتى يجاز له طلب الإبطال.[3]

رابعا-الغبن:

يعرف الغبن على انه هو عم التعادل بين ما يأخذه العاقد و ما يعطيه وبمعنى أخر هو الخسارة التي تلحق أحد المتعاقدين فالغبن هو المظهر المادي للاستغلال[4]،بحيث أنه قد يشغل أحد المتعاقدين ما يصيب الطرف الأخر من طيش بين أو هوى جامح عند الاتفاق النهائي على التحكيم، بإنقاص ما عليه من التزامات بشكل مبالغ فيه، وزيادتها إلى طرف الأخر، كان لهذا الأخير طلب إبطال الاتفاق على التحكيم أو طلب إنقاص ما وقع عليه من التزامات الزيادة لكن عليه أن يثبت أن لولا استغلال المتعاقد الأخر لذلك لما التعاقد.[5]

---

[1]- عبد الوهاب عجيري، المرجع السابق،ص ص20، 21 .

[2]- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ،ص 334 .

[3]- عبد الوهاب العجيري ،المرجع نفسه ، ص21.

[4]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 202 .

[5]- عبد الوهاب العجيري، المرجع نفسه، ص 21 .

وعليه فإن عيوب الرضا التي يمكن أن تصيب العقد الأصلي لا ينقل أثر بطلانها إلى شرط التحكيم الصحيح لتمييزه بسمة الاستغلال، وهو ما يبينه مشرع التحكيم المصري في نص المادة 23[1] من قانون التحكيم المصري رقم 94/27 التي تنص على أنه " يعتبر شرط التحكيم اتفاق مستقلا عن الشروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته".[2]

غير أن الفقه المدني أعطى تفسيرا مبسطا حول فكرة أن اتفاق التحكيم (شرط التحكيم) قد ينتقل إليه البطلان من العقد الأصلي إذا كان في هذا الأخير صفة أحد المتعاقدين هي التي أصيبت بإحدى العيوب (الغلط، الإكراه)، بينما لا تنتقل البطلان اللذان وقعا عليهما العيب (الغلط) في العقد الأصلي.[3]

الفرع الثالث:أهلية أطراف اتفاق التحكيم

تعتبر الأهلية أهم ركيزة التي ينبغي أن تتوافر في الأطراف المحتكمين–أطراف الاتفاق على التحكيم– وهي الأهلية اللازمة لصحبة الالتجاء إلى التحكيم للفصل في منازعاتهم المحتملة وغير محددة أو القائمة لحظة إبرام الاتفاق على التحكيم، عن طريق هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين أو هيئات غير قضائية دون المحاكم المختصة بتحقيقها والفصل في موضوعها.[4]

فيقصد بالأهلية بأنها صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق أو عليه حقوق، وأن يباشر بنفسه الأعمال القانونية والقضائية المتعلقة بهذه الحقوق ويعتبر كل شخص أهلا للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم قضائي ويقع شيء إثبات عدم الأهلية على من يدعيه.

---

[1]– نبيل إسماعيل عمر، **التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية**، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ،2004 ص 46.

[2]– قانون رقم 27/ 1994 المؤرخ في 7 ذي القعدة 1414 الموافق 18 ابريل 1994 متضمن قانون في شأن التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية، ص 15.

[3]– نبيل إسماعيل عمر، المرجع نفسه، ص 46.

[4]– حمدوني عبد القادر،**التحكيم التجاري الدولي وتطبيقاته على ضوء القانون الجزائري**، المرجع السابق، ص 42 .

و الأهلية نوعان أهلية أداء و أهلية وجوب [1]

وقد وردت في تشريعات التحكيم المختلفة نصوص تؤكد ذلك حيث تنص المادة **(6)** من قانون التحكيم اليمني على أنه "يشترط لصحة التحكيم...أن يكون المحتكم أهلا للتصرف في الحق موضوع التحكيم...) كما تنص المادة **(11)** من قانون التحكيم المصري على انه " لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه..." وأساس أهلية التصرف هو الإدراك والتمييز.[2]

اولا–من يجوز له إبرام اتفاق التحكيم:

اتضح لنا مما سبق أن يشترط في أطراف اتفاق التحكيم أن يكونوا حائزين على أهلية التصرف، وهناك أشخاص لا يجوز لهم إبرام اتفاق التحكيم كما يجوز إبرامه من قبل نائب قانوني أو من قبل الأشخاص المعنوية.

أ–عدم جواز إبرام اتفاق التحكيم من قبل ناقص الأهلية أو فاقدها:

فأهلية التصرف عند الصبي غير المميز لإبرام شرط التحكيم تعتبر معدومة فلا يكون أهلا لأن يمارس بنفسه التصرفات والأعمال القانونية المتعلقة بحقوقه والتزاماته التي تثبت له بموجب أهلية الوجوب.

فقد حدد المشرع الجزائري هذه المرحلة بثلاثة عشر الأولى من حياة الصبي، على خلاف المشرع المصري الذي حددها بسبع سنوات وذلك في المادة (45) من قانون المدني المصري رقم48/131 والتي تنص "وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدا للتمييز..." وعليه فالصبي غير المميز لا يستطيع إبرام شرط التحكيم سواء كان الصبي أصيلا عن نفسه أو نائبا عن غيره وإلا كان العقد باطلا. أما أهلية الصبي المميز لإبرام شرط التحكيم والتي حددتها المادة (51)

---

[1]– فاضلي إدريس،**الوجيز في النظرية العامة للالتزام**، المرجع السابق، ص 76.

* **أهلية أداء** : هو صلاحية الشخص لان يباشر بنفسه عملا قانونيا أو قضائيا.

* **أهلية الوجوب** : فهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق و التحمل الالتزامات.

[2]–ناصر ناجي محمد جمعان، المرجع السابق،ص ص 150– 151 .

من قانون المدني اليمني رقم 2002/14 والتي تنص على انه "سن التمييز هي عشر سنين كاملة فإذا بلغها الشخص مميزا كان ناقص الأهلية وتكون له أهلية الصبي المميز..."

وأهلية الصبي المميز هي أهلية أداء ناقصة فالعقد التي يبرمها هذا الصبي لا تنفذ إلا إذا كانت نافعة له نفعا محضا أما التصرفات ضارة فلا تنفذ وإذا كان تصرف دائر بين النفع والضرر فتعتبر موقوفة إلا إذا أجازها الوصي أو الحاكم أو الصبي بعد بلوغه سن الرشد.

وبما أن إبرام اتفاق التحكيم يتطلب أهلية التصرف في الحق موضوع التحكيم، والصبي المميز ليست له في الأصل أهلية التصرف في أمواله وبالتالي لا يملك إبرام اتفاق التحكيم[1]، وفي المقابل يجوز لولي أو وصي الصبي المميز إبرام اتفاق التحكيم نيابة عنه، وفي هذا يقول الدكتور **أحمد أبو الوفا** "وبالنسبة للأب والولي بوجه عام فإنه لا يملك التحكيم إلا فيما نملك فيه التصرف، وإذا تطلب القانون إذن المحكمة للتصرف كان هذا الإذن واجبا أيضا بالنسبة إلى التحكيم"[2]

وكذلك لا يجوز للمفلس الذي أشهر إفلاسه أن يبرم اتفاق التحكيم، بسبب أنه لا يملك التصرف في أمواله ويعد مفلس ناقص الأهلية فبالرجوع لنص المادة 224[3] من القانون التجاري الجزائري نجد أن التاجر المفلس لا يسمح له بمباشرة أي اتفاق يخص التحكيم ابتداء من تاريخ صدور الحكم بإشهار إفلاسه لأنه لم يعد مؤهلا للتصرف أو لتسيير أمواله فيعين بذلك وكيل التفليسة، ليتولى بدلا منه مباشرة هذا الاتفاق على أن يخرج نطاق الإذن الممنوح له من المحكمة بينما هذه الجهة المختصة لا تمنح الإذن لوكيل التفليسة إلا إذا قدم القاضي المنتدب تقرير يثبت فيه وجود ضرورة تستلزمها مصلحة الدائنين أو المصلحة العامة[4]

---

[1]– ناصر ناجي محمد جمعان، المرجع السابق، ص ص 154، 155.

[2]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق ، ص 116.

[3]– الامر رقم 75–59 المؤرخ في 20 رمضان 1395الموافق 26–9–1975 الذي تضمن القانون التجاري المعدل والمتتم ص60.

[4]–عبد الوهاب العجيري ،المرجع السابق، ص31.

غير أن هذا المنح لا يشتمل بالطبع الأموال غير الداخلة في التفليسة، كالأموال التي لا يجوز الحجر عليها، ومن ثم فليس هناك ما يمنع من الاتفاق على التحكم شأنها.[1]

ب-أهلية الوكيل التجاري لإبرام اتفاق التحكيم:

يمكن للشخص الأصيل الذي بلغ 19 سنة كاملة وتكون له أهلية التصرف في الحق الموضوع التحكيم ولم تتأثر أهلية بأي مانع أو عارض أو أن يوكل شخصا ينوبه، بشرط أن تكون الإجابة في شكل وكالة خاصة يجيز للموكل فيها أن يقوم بمباشرة الاتفاق الخاص بالتحكيم بدلا منه وذلك تطبيقا للنص المادة 574 من قانون المدني الجزائري تنص "لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ....".[2]

واتفاق التحكيم يشترط لإبرامه وكالة خاصة على اعتبار أن الوكيل العام ليس له أهلية التصرف وطبقا للمادة (913) قانون المدني اليمني رقم 2002/14 والتي تنص "الوكالة الخاصة لابد فيها من النص في كل عمل ليس من الأعمال الإدارة بوجه خاص البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه التهم والخصومة."

وكذلك ما نصت عليه المادة 701 من قانون المدني المصري رقم 1948/131، فلا تكفي الوكالة العامة وإنما تشرط الوكالة الخاصة وأن يذكر فيها التفويض صراحة بإبرام اتفاق التحكيم، ولا تكفي أن تكون الوكالة الخاصة ضمنيا نظرا لخطورة التحكيم، فإذا تضمنت الوكالة توكيلا بالصلح ولم يرد بها ذكر عن التحكيم، فإن الوكالة لا تتضمن التحكيم لأنه أكثر خطرا من الصلح[3]، وكذلك الوكالة العامة التي تتحصل عليها المحامي لا تكون كافية، بل تفرض عليه الوكالة خاصة بالتحكيم حتى لا يكون الاتفاق الذي يبرمه باطلا ، والبطلان في هذه الحالة قد يجيزه الوكيل فيصبح صحيحا لتنازله عن حق التمسك بالبطلان، أما إذا لم يتنازل عن

[1]- ناصر ناجي محمد جمعان، المرجع السابق، ص 156.

[2]- عبد الوهاب العجيري ،المرجع السابق ،ص29.

[3]- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي ،المرجع السابق ، ص ص 119- 120.

حق التمسك أصبح الاتفاق باطلا لأن هذا الحق مقتصر على الوكيل فقط من أجل حمايته دون الخصم الذي يجوز له ذلك.[1]

ج-أهلية الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة لإبرام اتفاق التحكيم:

يختلف أهلية الشخص الاعتباري عن أهلية شخص الطبيعي فالشخص الاعتباري يتمتع بأهلية خاصة بحيث يكون أهلا للتمتع بجميع الحقوق وكما تنحصر أهليته فيما حد له من نشاط في العقد التأسيسي الذي يحدد الغرض الذي أنشأت من أجلها ولا يمكن أن يخرج عن هذا الغرض، وكما بحق لها أيضا ، [2]

فتتمثل الأشخاص الاعتبارية العامة في الدولة والأجهزة التابعة لها كالشركات والمؤسسات العامة والهياكل الأخرى ذات الطابع العمومي بحيث يمكن لهذه الأشخاص الاعتبارية العامة اللجوء إلى التحكيم وحق إبرام اتفاق التحكيم فنجد أن قانون التحكيم اليمني يجيز للأشخاص الاعتبارية العامة إبرام اتفاق التحكيم، حيث لا يوجد نص في القانون اليمني يمنع ذلك وهذا بعد اعتراف ضمني من المشرع اليمني بذلك تطبيق لمبدأ المخالفة.[3]

حيث تنص المادة 3 من قانون تحكيم الأردني "تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة ويتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف الأشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع..."

أما بالنسبة لأشخاص القانون العام فان مختلف تشريعات الدول تسمح لأشخاص القانون العام ان يكون طرفا في اتفاقيات التحكيم إذا كان الأمر يتعلق بعقد من العقود التجارية، اي ان الامر يتعلق بحسم نزاع ناشئ عن معاملات دولية [4]

---

[1]- أحمد السيد صاوي، **الوجيز في التحكيم طبقا القانون رقم 27 لسنة 1994 على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية**، دار حمدي سلامة وشركاؤه ،مصر، 2002 ،ص 35.

[2]- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي ،المرجع السابق ،ص 121.

[3]- ناصر ناجي محمد جمعان ،المرجع السابق ،ص 162.

[4] -Robert jeaen،**l'arbitrage droit interne international prive**،Dalloz ،paris،1990،p240.

حتى الاتفاقيات الخاصة بالتحكيم لم تتأخر في إبداء موقفها تجاه أهلية الشخص الاعتباري العام في إبرام اتفاق التحكيم بحيث أجازت معظم الاتفاقيات، إبرام الاتفاقيات الخاصة بالتحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة منها الاتفاقية الأوربية 1961 (المادة 1/2) واتفاقية نيويورك (المادة1/5) وغيرها من الاتفاقيات.[1]

أما فيما يخص أهلية الأشخاص الاعتبارية الخاصة فالشركات التجارية والتي يكون موضوعها تجاريا وتم تأسيسها في شكل يحدده القانون تصبح في مركز الشخص الاعتباري، فتكون لها ذمة مالية مستقلة ولها حق في إبرام العقود ومنها اتفاق التحكيم، وعليه فإن مدير الشركة يملك صلاحية إبرام اتفاق التحكيم بشأن مال من أموال الشركة طالما يملك سلطة التصرف في الأموال المملوكة للشركة، وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أن المدير العام لشركة المساهمة والذي منحه مجلس الإدارة سلطة إدارة الشركة بحيث يجوز له إبرام اتفاق التحكيم نيابة عن الشركة على الرغم من أنه لم يوكل في هذا العمل على وجه التحدي، لأن التحكيم أصبح اليوم ضمني من مستلزمات إدارة الشركات التجارة والطريق العادي الذي تتبعه هذه الشركات لفض منازعاتهم مع الغير.

ثانيا-الجزاء المترتب على مخالفة قواعد الأهلية:

إذا تم إبرام اتفاق التحكيم بين طرفين ولا يملك أحد الأطراف سلطة التصرف مخالفا بذلك قواعد الأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم فإن هذا الاتفاق يعد باطلا، حيث نصت المادة 1/53 (ب) من قانون التحكيم المصري رقم 1994/27 على أنه "إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقا للقانون الذي يحكم أهليته"[2] بحيث يؤدي عدم توافر أهلية أحد المتعاقدين عند الاتفاق على شرط التحكيم بأن يدخل ضمن نفس الأسباب التي يجوز فيها طلب إبطال التحكيم أمام القضاء.

[1]- فوزي محمد سامي ،**التحكيم التجاري الدولي**، دار الثقافة ،الأردن، 2006، ص ص 117- 118.

[2]- ناصر ناجي محمد جمعان، المرجع السابق، ص ص165-166.

أما المشرع الجزائري خاصة لم ينص في الفصل الخاص بالتحكيم على هذه الأسباب التي تجوز فيها طلب إبطال حكم التحكيم وبالتالي الرجوع إلى قواعد العامة التي توضح ذلك.[1]

وكما أجازت الفقرة (ب) من قانون التحكيم اليمني رقم 94/22 "إذا كان أحد الأطراف اتفاق التحكيم فاقد الأهلية" ولم يشر النص إلى ناقص الأهلية أخذا بالاتجاه القائل أن فاقد الأهلية يتضمن فاقد الأهلية أو ناقصها.[2]

المطلب الثاني: محل اتفاق التحكيم:

يعتبر اتفاق التحكيم عقد كيفية العقود ولا بد أن يكون له محل يرد عليه ، بحيث يعد المحل شرط أساسي لصحة اتفاق التحكيم وانعقاده بحيث أنه يعد ركن أساسي لا ينعقد بدونه وتنص المادة 184 من قانون مدني اليمني على أنه "يلزم كل طرف عقد محل معقود عليه يضاف إليه يكون قابلا لإحكامه..."

بحيث يلزم في محل اتفاق التحكيم وجوده وتحديده ومشروعيته وبأن يكون مما يجوز التحكيم فيه، ويتناول في هذا المطلب المقصود بالمحل اتفاق التحكيم في فرع الأول والمسائل التي لا يجوز فيها التحكيم في الفرع الثاني.

الفرع الأول: المقصود بالمحل اتفاق التحكيم:

بداية يقصد بمحل العقد هو محل الالتزام هو الشيء الذي يلتزم به المدين القيام به[3] وهو أما أن يكون منح شيء (إعطاء شيء) وإما أن يكون بفعل شيء أي أداء عمل دون يكون بعدم فعل شيء ما، أي بالامتناع عن العمل.[4]

ويقصد بالمحل في اتفاق التحكيم تنص المادة الثانية الفقرة الأولى من اتفاقية نيويورك بشأن اعتراف وتنفيذ أحكام الأجنبية 1958. أن يخضع الأطراف للتحكيم كل أو بعض المنازعات

---

[1]– عبد الوهاب عجيري ،المرجع السابق ،ص 45.

[2]– احمد أبو الوفاء،**التحكيم الاختياري والإجباري**، منشأ معارف،ط4، الإسكندرية، 2002 ،ص ص52–53.

[3]– عبد الرزاق السنهوري ،المرجع السابق، ص 374.

[4]– فاضلي ادريس ،**الوجيز في النظرية العامة للالتزام** ،المرجع السابق ،ص102.

الناشئة أو التي تنشأ بينهم بشأن موضوع يتعلق برابطة من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم، إذا فمحل اتفاق التحكيم هو النزاع أو الخلاف الذي نشأ أو يمكن أن ينشأ بين الأطراف[1]. فالمحل في شرط التحكيم لا يعد مالا أو منفعة وإنما يعد عملا وامتناع عن عمل في وقت ذاته فبعد عملا من حيث إخضاع النزاع الذي ينشأ مستقبلا للتحكيم، ويعد امتناع عن عمل من حيث عدم عرض ما ينشأ من نزاع أو خلاف على القضاء.[2]

ويشترط في محل اتفاق التحكيم أن يكون مشروعا وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة وهو موضوع النزاع وأن يكون موجودا ومحدد[3]. بحيث يجب لكي ينعقد اتفاق التحكيم أن تكون المنازعة المراد عرضها على التحكيم موجود بالفعل وتنص المادة (132) من قانون المدني المصري رقم 48/131 على أنه إذا كان محل الالتزام مستحيل في ذاته كان العقد باطلا وعليه يلزم أن يكون المحل أمرا ممكن ومستطاعا فإذا لم يكن ممكن صار مستحيلا والمستحيل لا يلتزم به أحد.

ويتحقق وجود المحل في شرط التحكيم بوجود العقد المتضمن الشرط إذ أن في شرط التحكيم لا يشترط أن تكون هناك منازعات قائمة بين الأطراف، فشرط التحكيم بحسب طبيعة يتم بالنسبة للمنازعات للمستقبلية والتي تنشأ عن تنفيذ العقد المتضمن لشرط التحكيم وإضافة بوجود المحل يلزم تحديده وتعينه أو على الأقل أن يكون قابلا للتعيين طبق للقانون المدني اليمني الذي نصت عليه المادة (190) منه على أنه "يلزم أن يكون محل العقد معين تاما كافيا للجهالة المؤثرة..." وهذا ما تضمنه القانون المدني المصري في المادة (133) منه، والتي تنص على أنه " إذا لم يكن محل الالتزام معين بذاته وجب أن يكون معين بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا..." وتنص كذلك المادة 1/94 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان للم يكن محل الالتزام معين بذاته وجب أن يكون معين بنوعه ومقداره وإلا كان العقد

---

[1]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق ،ص 127.

[2]– ناصر ناجي محمد جمعان ،المرجع السابق ،ص 169.

[3]– برش ايوب ،**التحكيم في عقود الاستثمار بين لدولة والمستثمر**،رسالة ماستر، كلية ،الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص قانون اعمال، ،جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2013/ 2014، ص36.

باطلا..."[1] بحيث سيلزم أن يكون المحل معين عند إبرامه أو أن يكون قابل لتعيين وإلا كان العقد باطلا.[2]

الفرع الثاني: المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم:

تختلف مسألة تحديد قواعد النظام العام من تشريع إلى آخر فيما يعد من النظام العام في دولة قد لا يعد من النظام العام في دولة أخرى ولما كان النظام العام قوامه هي فكرة المصلحة العامة كما سبق توضيحية، فلا يجوز التحكيم إذن في أي منازعة تتصل بما لا يجوز التعامل فيه، لتعلقه بالنظام العام[3]، وهناك عدة مسائل تعد متعلقة بالنظام العام ولا يجوز التحكيم فيها بشكل عام ونذكرها إجمالا:

اولا-عدم جواز التحكيم في مسائل الأحوال الشخصية:

إن مسائل الأحوال الشخصية بحتة كالنسب والزواج والطلاق وإثبات الورثة والخلع تعتبر مسائل متعلقة بالنظام العام، ولا يجوز فيها التحكيم وكل اتفاق يخالف ذلك يعتبر باطلا بطلانا مطلقا أما ما يترتب على المسائل الأحوال الشخصية من آثار مالية فمن الممكن الاتفاق على التحكيم بشأنها[4]، وعلة منع التحكيم في هذه المنازعات هي رغبة المشرع في بسط ولاية القضاء العام عليها.

ثانيا-عدم جواز التحكيم في المسائل المخالفة لنظام العام:

يشترط في محل اتفاق التحكيم ألا يخالف النظام، وقد وجد الشراح صعوبة في تعريف النظام العام ويمكن أن نختار تعريف للنظام العام بأنه[5] كل ما يمس كيان الدولة أو يتعلق بمصلحة أساسية من مصالحها التي يلزم تحقيقها سواء كانت تلك المصالح سياسية أو اجتماعية أو

---

[1]- ناصر ناجي محمد جمعان ،المرجع السابق ، ص ص 170- 171.

[2]- فاضلي ادريس، المرجع السابق ،ص104.

[3]- أحمد أبو الوفاء،**التحكيم في القوانين العربية** منشأة المعارف، القاهرة، 2002، ص112.

[4]- شريف الطباخ ،المرجع السابق، ص 53.

[5]- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي ،المرجع السابق ، ص ص 132- 133.

اقتصادية، فالنظام العام يعد من قواعد القانونية الآمرة والتي لا يجوز للأفراد والجماعات الاتفاق على مخالفة حكمها، فأي قاعدة قانونية متعلقة بالنظام العام يكون حكمها أمرا لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه، كونها قاعدة أساسية في تنظيم المجتمع والمتعلقة بالصالح العام[1]وتوجد بعض المسائل التي تتعلق بطبيعتها بالنظام العام بحيث لا حاجة للبحث علما إذا كانت قاعدة أمرة قد خولت أمالا ومن هذه المسائل:

أ-مسائل الجنائية:

لا يجوز أن تكون مسائل التجريم وعقاب محلا لاتفاق التحكيم سواء كان الأمر متعلقا بجناية أو مخالفة، لأن ذلك منوط بالمشرع ذاته [2] ،والمسائل الجنائية لا يجوز فيها التحكيم لأنه لا يجوز فيها الصلح، وأيضا لأنها تتعلق بالنظام العام، حيث أن التحكيم يعد مخالفا للنظام، ومع ذلك يجوز الصلح والتحكيم في المسائل المالية لمترتبة على ارتكاب الجريمة فيمكن أن تكون محلا للتحكيم، وذلك لأنه يجوز فيها الصلح مثل التعويض المستحق للمجني عليه فطالما أنه يجوز التصالح فيها، فبالتالي يجوز فيها التحكيم، وكون الجريمة تنشئ عنها دعوتان الأولى دعوى جنائية تختص بها النيابة العامة، ولا يجوز فيها التحكيم والثانية دعوى مدنية صاحبها هو المجني عليه وله مطلق الحرية في أن يتصالح عن حقه في التعويض المدني.

ب-المنازعات المتعلقة بإجراءات التنفيذ

لا يجوز التحكيم كذلك في المنازعات المتعلقة بإجراءات التنفيذ وفقا للقاعدة التي تقضي بأن إجراءات التنفيذ إنما تجري تحت إشراف القضاء ورقابته، فلا يتصور مثلا أن يحكم محكم في صحة أو بطلان إجراءات التنفيذ التي تتم بواسطة القضاء ولا يجوز التحكيم أيضا بصدد إتباع وسائل أخرى لإجراءات التنفيذ الجبري على المدني، دون تلك المسائل المقررة في قانون المرافعات[3] حتى وإن كان التنفيذ الجبري عن سند تنفيذي ناشئ عن نزاع في علاقة قانونية

---

[1]- ناصر ناجي محمد جمعان، المرجع السابق ،ص ص 173-174.

[2]-شريف الطباخ ،المرجع السابق ،ص53.

[3]- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق ،ص 137.

متفق عليه على التحكيم بشأنها، فلا يجوز إخضاع منازعات التنفيذ المتولدة من هذه العلاقة للتحكيم.

والعلة في هذا الاستبعاد ترجع إلى رغبة المشرع في طرح هذه المنازعات على القضاء الدولة لحكمه يقدرها المشرع، ويكون اتفاق على التحكيم باطلا إذا كان محله منازعة لا يجوز إخضاعها لاتفاق التحكيم.[1]

ج-عدم جواز التحكيم في مسائل الإفلاس:

يجتمع الفقه على أن التحكيم غير جائز في مسائل الإفلاس، فلا يجوز التحكيم بشأن تحديد تاريخ التوقف عن الدفع، تقريرو بطلان تصرف تم في فترة الريبة أو بشأن نزاع يتعلق بتحديد مسؤولية معاير التفليسة، أو أي نزاع آخر يكون سببه حالة الإفلاس، ويجوز التحكيم بشأن نزاع لا يتعلق بحالة الإفلاس، كما لو تعلق الأمر بعقود أو وقائع سابقة على حالة الإفلاس ولا تنتج آثارا بالنسبة له، بشرط أن يكون المدين حسن النية.

د-عدم جواز التحكيم في المسائل الملكية الفكرية:

لا يجوز التحكيم كذلك في مسائل الملكية الفكرية، سواء كانت الملكية الصناعية، كالرسوم والنماذج والعلامات التجارية، أو الملكية الأدبية كحق المؤلف، وتجدر التفرقة هنا، بين نوعين من المنازعات الأولى: وهي المنازعات التي تتعلق بوجود أو صحة سند الملكية، أو استيفائه للشروط المنصوص عليها في القانون، أو المنازعات المتعلقة بالتقليد أو التزوير، فهذه المنازعات مختصة بها المحاكم حصرا ولا تقبل التحكيم، ويرجع في ذلك القانون المنظم لها.

أما النوع الثاني من المنازعات التي تدور حول تنفيذ العقود، لا سيما التراخيص المتعلقة باستثمار حقوق براءة الامتياز فيجوز بشأنها التحكيم بشرط عدم مخالفتها للنظام العام.[2]

---

[1]- شريف الطباخ ،المرجع السابق، ص 54.

[2]- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق، ص ص 140-141.

ثالثا-الجزاء المترتب على التحكيم في منازعة لا يجوز فيها التحكيم:

إذا ابرم شرط التحكيم في منازعات تخالف نظام العام فإن شرط التحكيم يعد باطلا بطلانا مطلقا لافتقاده مشروعية المحل.[1] ،ومن تطبيقات القضائية حول حكم الصادر بتاريخ 1995/02/14 عن دائرة النقض المدنية في المحكمة الاتحادية العليا في الإمارات العربية المتحدة في دعوى بين شركة عالمية لخدمات حقول النفط وشركة توتال للتوزيع العالمية، حيث اعتبرت المحكمة أن الفصل في المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقد الوكالة التجارية بين الوكيل والموكل هو من اختصاص محاكم الدولة، وبحسب القانون رقم 14 الصادر في 1988م والذي أناط بمحاكم الدولة الفصل في كافة المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقد الوكالات التجارية بين الوكيل والموكل ويبطل كل اتفاق تحكيم يخالف ذلك متى كانت الوكالة مسجلة في سجل الوكلاء التجاريين وبذلك إبطال شرط التحكيم لمخالفته للنظام العام والذي يجعل الاختصاص لمحاكم الدولة.[2]

المبحث الثاني:الأركان الخاصة لاتفاق التحكيم

تكلمنا فيما سبق عن الأركان العامة لاتفاق التحكيم ولا بد من توافرها لانعقاده وإضافة إلى ذلك هناك الأركان الخاصة لاتفاق التحكيم والمتمثلة في تعيين المحكمين وتحدي موضوع النزاع وأخيرا كتابة اتفاق التحكيم بحث لا ينعقد الاتفاق التحكيم إلا بتوافر جميع أركانه سواء العامة منها أو الخاصة.

سنتناول في هذا المبحث تعيين المحكمين في اتفاق التحكيم في المطلب الأول وتحديد موضوع النزاع في المطلب الثاني وكتابة اتفاق التحكيم في المطلب الثالث.

[1]- ناصر ناجي محمد جمعان، المرجع السابق ،ص176.

[2]- عبد الحميد الاحدب، **موسوعة التحكيم في البلاد العربية**،ج2 ،مطابع دار المعارف، القاهرة ،دون سنة النشر ،ص 108.

المطلب الأول:تعيين المحكمين في اتفاق التحكيم:

يستوجب على أطراف النزاع تعيين محكمين أو تحديد طريقة تعيينهم، وقد يكون ذلك بأن يتعهدوا إلى هيئة أو مركز من مراكز التحكيم الدولي لتعيين المحكمين أو عن طريق الخصوم عن طريق التعيين المباشر للمحكمين وأن يتضمن هذا التعيين عدد المحكمين.[1]

بحيث سنتناول في هذا المطلب عن تعيين المحكمين في الفرع الأول وعدد المحكمين في الفرع الثاني والجزاء المترتب على عدم تعيين المحكمين في الفرع الثالث.

الفرع الأول:تعيين المحكمين

تباينت مواقف التشريعات التحكيم المختلفة بشأن تعيين المحكمين في اتفاق التحكيم، فقد نصت المادة **17** من قانون التحكيم اليمني رقم 22-94 بأنه " يجب تعيين شخص المحكم أو المحكمين في اتفاق التحكيم وفيما عدا التحكيم بين الزوجين، أو الحالات التي ينفق فيها الطرفان على خلاف ذلك إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا وإلا كان جاهلا" ويتضح من نص السابق أن المشرع اليمني يوجب المحكم أو المحكمين في اتفاق التحكيم كونه يعد اتفاق مستقلا طبقا للمادة **16** من قانون التحكيم اليمني واعتبر ذلك شرط لصحة اتفاق التحكيم يرتب على مخالفته البطلان واستثني منه الحالات التي يتفق فيها الأطراف على خلاف ذلك كالاتفاق على طريقة معينة يتم بواسطتها تشكيل لجنة التحكيم وذلك بأن يتعهدوا إلى هيئة أو مركز التحكيم للفصل في ما ينشئ نزاع حول تنفيذ العقد.[2]

وجاء في قانون التحكيم المصري رقم 1994/27 في المادة 1/17 منه والتي تنص على أن "لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم" فالمشرع المصري أعطى طرفي الاتفاق حرية الحرية في اختيار المحكمين بحيث يأتي اتفاق الطرفين التحكيم على تعيين المحكمين في المقام الأول، أي أن المشرعين لا يجعلون من تعذر هذا الاتفاق عقبة

[1]- برش ايوب،المرجع السابق ، ص37

[2]- ناصر ناجي محمد جمعان ،المرجع السابق ، ص ص188-189.

تحول دون إخضاعها للتحكيم الذي اتفقوا عليه بموجب اتفاقية التحكيم، وذلك لتسهيل سير إجراءاته حتى لا يجئ أحد الطرفين في عرقلة تعيين المحكم".[1]

كما أن القانون الفرنسي أشار في المادة (1443) [2]من قانون المرافعات المدنية الجديد بأنه "يجب تحت طائلة البطلان، أن يكون للشرط التحكيمي منصوص عليه كتابة في العقد أو في وثيقة يحيل إليها هذا العقد، وأن يشتمل على تعيين المحكم أو المحكمين أو النص على طريقة يعين بها هؤلاء"

ويتضح أن المشرع الفرنسي يشترط تعيين المحكمين في اتفاق التحكيم وأن يتضمن الشرط طريقة تعيين المحكمين عند حدوث النزاع غير أن المشرع الفرنسي أشار في المادة 1444 من قانون المرافعات السالفة الذكر في حالة اختلاف الأطراف بعد حدوث النزاع في تشكيل هيئة التحكيم فالرئيس محكمة التجارية سلطة تعيين المحكمين وبناء على طلب الخصوم إذا ما تحقق النزاع فعلا.[3]

أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية فنجد أن قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي يتضح لنا من هذا القانون عدم إلزام الأطراف باختيار عدد محدد للمحكمين بحيث لهم كامل الحرية باختيار عدد المحكمين ولهم كامل الحرية في اختيار محكم واحد أو عدد من المحكمين، سواء كان عددهم ينتمي إلى الأعداد الزوجية أو الفردية على عكس التشريعات الوطنية السابق ذكرها، وإذا لم يتفق الأطراف على اختيار لتدخل القانون وتحدد ثلاثة محكمين وهذا الذي أخذ به المشرع المصري.[4]

---

[1]– حسان كليبي، **دور القضاء في قضايا التحكيم التجاري الدولي**، المرجع السابق ،ص36.

[2] -Article 1443 ""A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale.""

[3]– ناصر ناجي محمد جمعان، المرجع السابق، ص ص190–191.

[4]– عبد الوهاب العجيري، المرجع السابق، ص ص 65–66

وكذلك تبين الاتفاقية كيفية تعيين والتي نصت عليها المادة 09 من قانون الأونيسترال النموذجي 2010 يقولها"إذا أريد تعيين ثلاثة محكمين فيعين كل طرف محكما واحدا ثم يختار المحكمان المعنيان على هذا النحو المحكم الثالث الذي يتولى رئاسة الهيئة التحكيمية".

وإذا تخلف أحد الطرفين أو المحكمان يتعين المحكم الواحد الذي من اختصاصات التعيين فيمنح له فرصة ثانية، فإذا تعذر ذلك أحيل إلى القضاء، أو السلطة المختصة التي تتولى مهمة التعيين[1].فإذا تم اختيار المحكمين سواء بطريق مباشر أو غير مباشر فإنه يجب أن تتم الاختيار بوضوح فبالنسبة للشرط التحكيم لا يلزم ذكر اسم المحكم أو المحكمين لأن النزاع لم يقع بعد أما في صورة مشارطة التحكيم لا يوجد ما يمنع من تحديد المحكم بالصفة أو الوظيفة ولكن بشرط في هذه الحالة ألا يثير هذا التحديد شكا في تميزه.[2]

الفرع الثاني:عدد المحكمين

تختلف إجراءات اختيار المحكمين وعددهم طبقا لنوع التحكيم الذي يختاره أطراف اتفاق التحكيم، فإذا كان التحكيم تحكيما خاصا، فالأطراف في هذه الحالة الحرية المطلقة في اتفاق على هيئة التحكيم وعددها وتقرر ذلك تشريعات التحكيم المختلفة، فنج أن المشرع الجزائري في المادة **1017** من قانون إجراءات المدنية الإدارية الجزائري والتي تنص "تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي" بحيث تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي دون أن يضع المشرع ح أقصى للعدد المحكمين، أما اشتراط عدد الفردي حينما تكون شكلية جماعية فذلك لأن الأحكام التحكيم تصدر بأغلبية الأصوات ولا يمكن حصول على أغلبية دون أن يكون العدد فرديا.[3]

أما المشرع اليمني فلقد نص في المادة **17** تحكيم اليمني "على أنه يجب تعيين شخص المحكم أو المحكمين في اتفاق التحكيم، وفيما عدا التحكيم من زوجين أو الحالات التي تتفق فيها

---

[1]– قواعد الانسترال النموذجي في التحكيم التجاري الدولي 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2010 انظر المادة 3/10.

[2]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي،المرجع السابق، ص 146.

[3]– بربارة عبد الرحمان ،**شرح قانون إجراءات المدنية والإدارية**، المرجع السابق، ص 542.

الطرفان على خلاف ذلك، إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا وإلا كان باطلا، بحيث أنه يجب أن يكون عددهم وترا ورتبت المادة البطلان على عدم وترية العدد وكما يجوز للأطراف الاتفاق على تشكيل لجنة التحكيم سواء كان فردا أو زوجا.[1]

وتحدد قواعد غرفة التجارة الدولية كيفية اختيار المحكمين وعددهم وذلك في المادة (8)، حيث تعتمد وترية عدد المحكمين سواء كان المحكم واحدا أو ثلاثة محكمين طبق للفقرة الأولى من المادة، كما تعيين هيئة التحكيم في الغرفة المحكمين في حالة عدم اتفاق الأطراف على ذلك سواء كان محكما أو ثلاثة محكمين، أما إذا اتفق الأطراف التحكيم على محكم واحد للفصل في النزاع فعليهما تعينه باتفاق بينهم لتثبيته من هيئة التحكيم وإذا لم يتفق خلال ثلاثين يوما على تعيينه أو أي مدة تحددها الأمانة ففي هذه الحالة تقوم هيئة التحكيم بتعينه وهذا ما نصت عليه المادة (7) من قانون الأونسترال النموذجي 2010 والمادة 8 من نفس القانون والتي تنص في فقرتها الأولى على "إذا إتفق الأطراف على تعيين محكم وحيد ثم انقضى 30 يوما على تسليم جميع الأطراف الأخرين اقتراحا بتعين محكم وحيد دون أن يتوصلوا إلى اتفاق بهذا الشأن،تولت سلطة التعيين ذلك المحكم بناءا على طلب أحد الأطراف.[2]

الفرع الثالث:الجزاء المترتب على عدم تعيين المحكمين

كما انه لا يستلزم تعيين أسماء المحكمين في شرط التحكيم، فبتالي لا يمكن ترتيب أي جزاء على عدم تعيين أسماء المحكمين في شرط التحكيم ولكن ما يلزم هو أن يتضمن شرط التحكيم طريقة تعيين المحكمين تعينا كافيا ودقيقا عند حدوث النزاع مستقيلا وذلك بإحالة إلى مؤسسة

تحكيمية[3] وقد اتفق المحكمين أو عدم تحديد الجهة التي يعهد إليها بذلك وهنا يعتبر بطلان نسبي إلى أن يعين أطراف الاتفاق أشخاص المحكمين وذلك عند حدوث النزاع.[4]

---

[1]– نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، **التحكيم في القوانين العربية دراسة مقارنة في حق الإسلامي والأنظمة الوضعية**، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2006، ص 209.

[2]– ناصر ناجي محمد جمعان ،المرجع السابق، ص ص 196–197.

[3]– المرجع نفسه، ص 201.

[4]– أحمد أبو الوفاء،**التحكيم في القوانين العربية** ، المرجع السابق ،ص 46.

المطلب الثاني:تحديد موضوع النزاع في اتفاق التحكيم

يعتبر تحديد موضوع النزاع من المسائل المهمة في الاتفاق التحكيم كونه يكشف إرادة الأطراف في تحديد النزاعات معينة قد تنشأ ومن ثم يتم إحالتها إلى التحكيم وكذلك يؤدي إلى تحديد مجال واختصاص المحكمين أيضا،بحيث أن هذا الأمر يقودنا إلى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين فالفرع الأول يتضمن المقصود بتحديد موضوع النزاع والفرع الثاني يتضمن الجزاء المترتب على عدم تحديد موضوع النزاع في اتفاق التحكيم.

الفرع الأول:المقصود بتحديد موضوع النزاع

يقصد بموضوع النزاع في اتفاق التحكيم بالمنازعات التي قد تنشأ بين الأطراف، ويقصد بالنزاع تعارض بين مصلحتين قانونيتين أو أكثر بسبب تعارض وجهات النظر القانونية أو القواعد القانونية الواجبة التطبيق بين شخصين أو أكثر.

فموضوع النزاع في اتفاق التحكيم ينصب على منازعات قد تنشأ عن تفسير أو تنفيذ عقد متعلق بمعاملة تجارية دولية سواء تمت المعاملة بين أشخاص طبيعيين أو معنويين من جنسيات مختلفة أو بين أشخاص في القانون العام، كالدولة أو أحدى مؤسساتها من جهة أو بين أشخاص طبيعيين أو معنويين من جهة أخرى، أو أن النزاع ينشب بين أحدى مؤسسات القطاع العام، لإحدى الدول أو مؤسسة أخرى من القطاع العام من دولة أخرى.[1]

لا يلزم في اتفاق التحكيم تحدي موضوع النزاع بالنسبة للشرط التحكيم تحي كاملا كما في مشارطة التحكيم، وإنما يلزم تحديد نوعية المنازعات التي قد تنشأ عن العقد الأصلي الذي يتضمن شرط التحكيم وذلك بعرضها على التحكيم، ولا يكفي لتحديد موضوع النزاع فيه أن يكون في عبارة مبهمة، كالقول بأن الموضوع هو تصفية جميع المشاكل المتعلقة بين الأطراف.[2]

---

[1]– طبيب عربية، **شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية**، المرجع السابق ،ص 15.

[2]– ناصر ناجي محمد جمعان، المرجع السابق، ص203.

وقد يكون تحديد موضوع النزاع كليا أو جزئيا وذلك باتفاق الأطراف في شرط التحكيم على أن يشمل التحكيم جميع المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد سواء كانت ذات طابع قانوني أم طابع فني أم ذات طابع مالي وقد يكون اتفاقهم على التحكيم اتفاق جزئي يشمل بعض أنواع من المنازعات المتقدمة كالمنازعات القانونية أو ذات طابع الفني.[1]

ولا يشترط أن يرد تحديد النزاع المراد الفصل فيه عن طريق التحكيم في ذات العقد المتضمن شرط التحكيم، وإنما يمكن أن يشير هذا العقد إلى عقد أخر أو عمل قانوني أخر، بل من الممكن تحديد النزاع بعد ذلك أثناء المرافعة امام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه. [2]

وتحديد موضوع النزاع في اتفاق التحكيم يكون أمرا لازما ولو كانت هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع اتفاق التحكيم قد عهد إليها بمهمة التحكيم و نصت المادة 2/10 من قانون التحكيم المصري 1994/27 في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية عندما أجازت تحديد موضوع النزاع المراد الفصل فيه عن طريق التحكيم في بيان الدعوى الذي يجب على المدعى أن يرسله إلى المدعى عليه، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم. [3]

والحكمة من تحديد موضوع النزاع في الاتفاق التحكيم تلخيصها في النقاط التالية:

1-الرغبة في ألا يتنازل الأطراف عن ولاية القضاء واللجوء التحكيم إلا في مسألة أو مسائل المحددة لأن اتفاق التحكيم يعين حرمانهم من قضاء صاحب الولاية الأصلية في نظر النزاع وبما له من ضمانات أساسية لمصلحة الأفراد، ولأن التحكيم يقرر وضعا استثنائيا فيتوجب تحديد العادة على وجه الدقة.[4]

2-تحديد موضوع النزاع في اتفاق التحكيم يحول دون إثارة أي خصم من الخصوم لأي منازعة فرعية بينهم حول ما عهدوا به إلى التحكيم

---

[1]- أحمد أبو الوفا، المرجع السابق ،ص 32.

[2]- محمدود السيد عمر التحيوي،**مفهوم الاثر السلبي لاتفاق التحكيم شرط كا أم مشارطة الوسيلة الفنية لاعمال أو نطاقة**، دار المطبوعات الجامعية، اسكندرية ،2003، ص167.

[3]- المرجع نفسه،ص ص 225-226.

[4]- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق، ص ص103 - 104.

3-تحديد موضوع النزاع يؤدي إلى تعيين المحكم بموضوع النزاع وعدم الخروج عليه، وذلك بأن لا يكون المحكم قد قضى بغير ما يطلبه الخصوم أو أكثر مما طلبوه مما يفتح الباب أمام الطعن في حكمه بدعوى البطلان الأصلية، فمهمة المحكم محدودة دائما باتفاق التحكيم الذي يخوله سلطة الحكم، فلا يجوز الخروج عن حدوث هذا الاتفاق.[1]

الفرع الثاني: الجزاء المترتب على عدم تحديد موضوع النزاع

إذا تم تحديد موضوع النزاع بصورة مبهمة ولم يتم تحديد موضوع النزاع فيكون بطبيعة الحال الاتفاق باطلا وفقا لنص م (15) قانون تحكيم اليمني "...يكون الاتفاق باطلا إذا لم يكن مكتوبا ومحدد به موضوع النزاع..." والبطلان في هذه الحالة هو بطلان نسبي حيث يزول بتحديد موضوع النزاع بشكل مفصل ودقيق أثناء عرضه على هيئة التحكيم للبدء في إجراءات التحكيم والفصل فيه.[2]

المطلب الثالث:كتابة اتفاق التحكيم

باعتبار أن الاتفاق التحكيم عقد من عقود فلا بد من توفره على شروط شكلية وتتمثل هذه الشروط الشكلية بأن يكون اتفاق التحكيم مكتوب بمعنى تعتبر كتابة ركن من أركانه حيث أن نقطة البداية في نظام التحكيم هي ضرورة التأكد من وجود اتفاق تحكيم مكتوب نظرا للآثار التي تترتب على هذا الاتفاق.

ولهذا سيتم دراسة هذا المطلب على نحو التالي بحيث سيتضمن الفرع الأول موقف القوانين الوطنية من كتابة اتفاق التحكيم والفرع الثاني موقف معاهدات الدولية من كتابة اتفاق التحكيم وفي فرع الثالث الجزاء المترتب على عدم كتابة اتفاق التحكيم.

[1]- ناصر ناجي محمد جمعان، المرجع السابق، ص 209.

[2]- المرجع نفسه، ص 210.

الفرع الأول:موقف القوانين الوطنية من كتابة اتفاق التحكيم

تقرر معظم قوانين التحكيم ضرورة الالتزام بالكتابة لصحة شرط التحكيم وانعقاده ويعني ذلك الكتابة تعد شرط أساسيا لوجود وصحة شرط التحكيم فقانون إجراءات المدنية والإدارية الجزائري نص على شكلية في مادة 2/1040 على أنه "يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأية وسيلة اتصال أخرى تحيز الإثبات بالكتابة"[1] وعليه فإنه لابد أن تترجم اتفاق التحكيم في وثيقة مكتوبة أو بأية شكلية أخري من شأنها أن تقبل الإثبات بالكتابة، وأي خروج على هذه الشكلية يترتب عنه جزاء البطلان على تخلف هذا الشرط ويتفق الكثير هنا أن المقصود بالاتفاق المكتوب هو شرط التحكيم المدرج في العقد أو الاتفاق عن طريق وسائل الاتصال القابلة لإثبات بالكتابة ونلاحظ أن المشرع لم يحدد نوع هذه الوسائل[2]

وذهب القانون المصري إلى اشتراط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم وانعقاده وهذا نصت عليه المادة 12 من قانون التحكيم رقم 94/27 من قانون التحكيم المصري والتي تنص "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوب وإلا كان باطلا ويكون اتفاق التحكيم مكتوب إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غير ذلك من رسائل الاتصال المكتوبة".

فتنص المادة على وجوب الكتابة الاتفاق على التحكيم وإلا كان باطلا، ويكون الاتفاق مكتوبا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان، أو إذا تضمنته ما يتم تبادله بينهما من مستندات مختلفة ومن ثم لا يشترط التوقيع على الوثيقة التي تضمنته ولو كانت هذه الأخيرة مطبوعة أو نموذجية أو معدة سلفا ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك.[3]

---

[1]– المادة 1040 من قانون 09/08 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري.

[2]– الياس عجابي، **النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ضل قانون ا ج م ا**، المرجع السابق، ص 193.

[3]– شريف الطباخ ،المرجع السابق، ص 65.

كما اوجب القانون الفرنسي الكتابة كشرط لصحة شرط التحكيم، وما جاء ذلك في المادة (1443) من قانون المرافعات الجديد، فالمشرع الفرنسي قرر البطلان شرط التحكيم إذا لم يكن مكتوب سواء في ورقة العقد الأصلي أو في ورقة أخرى يشير إليها هذا العقد.[1]

الفرع الثاني:موقف المعاهدات الدولية من كتابة اتفاق التحكيم

تتفاوت الاتفاقيات والمعاهدات الدولية في اشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم، فاتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بالأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها سنة 1958 في نص المادة 2/1 التي تنص على أنه "كل دولة موقعة ستعترف باتفاق التحكيم المكتوب..." وعرفت الاتفاقية هذا الاتفاق المكتوب في الفقرة الثانية من نفس المادة بأنه "شرط التحكيم في العقد واتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو برقيات" فملخص هذه المادة أن هذه الاتفاقية قد تطلبت أن يكون اتفاق التحكيم مكتوب حتى تقره الدول الأعضاء وتعترف به، بمعنى أن الدول الأعضاء لا تكون ملزمة بالاعتراف باتفاق التحكيم إذا لم يكن هذا الاتفاق مكتوب، مع ذلك فقد أضافت هذه الاتفاقية مكتوب، مع ذلك أضافت هذه الاتفاقية مرونة كبيرة على الكتابة المطلوبة حين أنها لا يشترط في الكتابة شكلا معينا.[2]

وبخصوص الاتفاقية العربية لتحكيم التجاري فقد نصت في الفقرة الثانية من المادة الثالثة على أنه "يقترح إدراج الصيغة التالية في العقود التي تخضع للتحكيم كل المنازعات التي تنشئ عن هذا العقد ليتم تسويتها من قبل المركز العربي للتحكيم التجاري وفق لأحكام الواردة في اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري".

فمن خلال نص المادة الثالثة والمذكرة سلفا والتي اقترحت في فقرتها الثالثة شرطا نموذجيا يمكن إدراجه في العقود التي يراد إخضاع المنازعة الناشئة عنها للتحكيم، نستنتج أنها تستوجب الكتابة لإدراج الشرط في العقد ولتنظيم اتفاق لاحق حول النزاع بالتحكيم.[3]

---

[1]– ناصر ناجي محمد جمعان، المرجع السابق، ص ص 181–182.

[2]– نورة حليمة ،المرجع السابق ،ص 25.

[3]– طبيب عربية ،المرجع السابق، ص 12.

فرع الثالث:الجزاء المترتب على عدم كتابة شرط التحكيم

رأينا أن الكتابة تعد شرطا أساسيا لصحة شرط التحكيم وانعقاده طبقا لنصوص مقطع التشريعية متعلقة بالتحكيم التي تشترط ذلك وذلك لأن اتفاق التحكيم وسيلة من وسائل التقاضي عن طريق التحكيم فيجب أن ترد هذه مكتوبة سواء كان شرط التحكيم مكتوب في وثيقة موقعة من أطراف أو كان ثابتا من خلال المراسلات أو الوثائق الكتابية الالكترونية ما دام تأكد وتحقق على وجه اليقين أن إرادة الأطراف قد تلاقت على قبول اتفاق التحكيم.[1]

وخلاصة القول أن الاتفاقيات الدولية وكذا قواعد التحكيم ذات طبيعة الدولية تتطلب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا بيدا أن لا يشترط أن تتم الكتابة اتفاق التحكيم في شكل معين، إذا أنها أجازت أن يتخذا اتفاق التحكيم صورة شرط التحكيم وارد في العقد، أو أن يتخذ صورة اتفاق موقع عليه من الأطراف أو أن يرد اتفاق التحكيم في برقيات أو رسائل أو فاكسات متبادلة بينهم.[2]

المطلب الثاني : آثار اتفاق التحكيم

يترتب على ابرام اتفاق التحكيم آثران هامان:

الأول هو امتناع القضاء من نظر في النزاع محل اتفاق التحكيم عند تشويه وهو ما يسمى بالأثر السلبي، والأثر الثاني هو اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في النزاع عند نشوبه وهو ما يسمى بالأثر الإيجابي .

ونتناول في هذا المطلب الذي يتضمن الأثر السلبي في الفرع الأول والأثر الإيجابي في الفرع الثاني .

[1]– ناصر ناجي محمد جمعان، المرجع السابق ،ص 186.

[2]– نورة حليمة ،المرجع السابق، ص 27.

الفرع الأول : الأثر السلبي

يتمثل الأثر السلبي للإتفاق التحكيم هو امتناع القضاء العام من نظر للمنازعة المتفق بخصوصها على التحكيم ، ويسمى بالأثر المانع لإنفاق التحكيم ، وبالتالي فلا يجوز لأحد الأطراف اللجوء إلى القضاء أو طلب عزل المحكمين أو احدهم إلا بتراض الخصوم .

ويترتب على ذلك منع قضاء الدولة من نظر المنازعة محل التحكيم وهذا الإلزام سلبي متبادل على عاتق كل من طرفي الإتفاق فيمتنع عليها اللجوء إلى القضاء للفصل في النزاع المحكم فيه ، وإذا رفعت دعوى أمام القضاء بخصوص منازعة متفق بعوضها على التحكيم ، فيكون للمدعي عليه أن يمنع المحكمة من نظر النزاع بموجب دفع يتضمن الإعتداء بالتحكيم بوجود اتفاق التحكيم. [1]

وقد كرست المعاهدات الدولية هذا المبدأ عدم اختصاص المحاكم الوطنية بنظر في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم ، وذلك ابتداء من بروتوكول ضيف الموقع في عام 1923 ، حيث نصت المادة (4) فقرة واحد منه على هذا المبدأ وتلخص المادة على انه على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف أن تحيل الخصوم بناء على طلبهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الإتفاق باطل ولا أثر له أوغير قابل للتطبيق.

أما التشريعيات الوطنية فنجد أنها تعترف بمبدأ عدم الإختصاص القضاء التابع للدول بنظر المنازعة محل التحكيم ، بحيث تنص المادة 13 من القانون تحكيم المصري 94/27 على انه يجب على المحكمة التي يرفع إليها النزاع يوجد بشأنه اتفاق التحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في دعوى ".

ويبدو من هذا النص المتقدم أن حق المدعى عليه في الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق على التحكيم بشأن المنازعة المعروضة على القضاء المصري يسقط في حالة إبدائه أي طلب

[1]– حريش نوال ،**التحكيم في العقود الإدارية**،رسالة الماستر،كلية الحقوق و العلوم السياسية،قسم الحقوق،تخصص قانون اداري،جامعة محمد خيضر، بسكرة،2013/2012 ، ص 29.

أو دفاع في الدعوى ، إذ يعد تقديم المدعى عليه لأي طلب أو دفاع في الدعوى ، إذ يعد تقديم المدعى عليه لأي طلب أو إبدائه لأي دفاع بمثابة تنازل عن اتفاق التحكيم وقبول الخضوع لإختصاص القضاء الوطني بشأن منازعة المتفق بشأنها على التحكيم. [1]

وأن حكم بعدم قبول الدعوى لا تصدره المحكمة من تلقاء نفسها حتى لو تبين لها وجود اتفاق التحكيم وعليها مباشرة اختصاصها واستلزم النص التمسك المدعى عليه بدفع بعدم قبول وتفسير ذلك أن التجاء أحد الأطراف اتفاق التحكيم إلى قضاء يعني تخليه عن هذا الاتفاق ورغبته في العودة للقضاء المختص أصلا فإذا حضر الطرف الآخر وساير خصمه وبدأ في تقديم طلباته ومناقشة موضوع النزاع ، فإن مضاده ذلك تخليه هو أيضا عن اتفاق التحكيم مما يؤدي إلى وجوب تصدي لموضوع النزاع ، أما إذا تمسك الطرف باتفاق التحكيم ، فهنا فقط يتعين على القاضي الحكم بعدم قبول الدعوى ، وإلا لفتحت الباب على مصراعيه للتحلل من اتفاقات التحكيم وإهدار قيمتها .

وقد تبنى المشرع الجزائري مبدأ الأثر المانع لإتفاق التحكيم حيث نصت المادة (1045) ق إ ج م الجزائري على أنه " يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع ، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة ،أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف "

وفي هذا الصدد نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بمبدأ الأثر المانع لإتفاق التحكيم والذي يترتب على وجود اتفاق تحكيم سليم شكلا وموضوعا حسب الأحكام الواردة في هذا القانون فوجود اتفاق التحكيم بمعنى السابق يحجب القضاء الدولة عن نظر النزاع الذي يوجد بشأنه اتفاق التحكيم.([2])

[1]– حفيظة السيد الحداد ،**الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي** ، المرجع السابق ص ص ص، 281– 282 –283.

[2]– لزهر بن سعيد ،المرجع السابق ،ص ص ص 81– 82 – 83.

الفرع الثاني : الأثر الإيجابي

يتمثل الأثر الإيجابي في الإتفاق التحكيم في التزام أطراف اتفاق يعرض المنازعة على التحكيم،ويتمثل الأثر الإيجابي في أن يلزم اتفاق التحكيم الأطراف تعهد المنازعة الناشئة بينهم ، والمتفق على حلها بواسطة التحكيم إلى المحكم فطالما وجد اتفق التحكيم بين طرفي النزاع فلا يجوز لأحدهما أن يلجأ إلى قضاء الدولة من دون موافقة الطرف الآخر. [1]

وبهذا تستأثر هيئة التحكيم بالفصل في النزاع الذي نشأ على أثر اتفاق التحكيم وتتجسد مهمة المحكمين بالفصل من خلال طلبات الخصوم أو بيان الدعوى ووفق للمذكرات المتبادلة خلال عملية التحكيم فهيئة التحكيم هي وحدها مختصة بالنضر في موضوع لأن القضاء العام لا ولاية له في نظر موضوع النزاع والإختصاص بالفصل فيه إزاء وجود شرط التحكيم الدولي.

ويمكن لكل طرف ذي مصلحة أن يلجأ إلى قضاء ويطلب تعيين المحكم أو المحكمين في حالة عدم تعيين مسبق للفصل في المنازعة موضوع شرط التحكيم والني نشأت بالفعل فيقوم حكم القاضي مقام الإتفاق التحكيم حيث يعرض شرط التحكيم على طرفي العقد وينفذ جبرا مما يعني أن عدم موافقة أحد الطرفين في لاشرط التحكيم لا يؤدي إلى إفلات النزاع موضوع شرط التحكيم من ولاية المحكم أو المحكمين ، ولا يكون لهيئة التحكيم سلطة إلا في النزاعات المحددة في اتفاق التحكيم وإذا ثار نزاع بين طرفين عقد التحكيم على أمر لا يدخل في نطاق مسائل المتفق فيها على تحكيم لا يكون لهيئة التحكيم سلطة الفصل فيها. [2]

المطلب الثاني :انقضاء اتفاق التحكيم

انطلاقا من طبيعة التعاقدية للتحكيم فإن اللجوء إليه يتطلب اتفاق الأطراف على إتخاذ هذه الآلية لتسوية المنازعات و ذلك من خلال إدراج شرط التحكيم في متن العقد أو في وثيقة مستقلة عنه تحيل إلى تحكيم[3] و الإتفاق على التحكيم كونه عقد فإنه ينتهي بما ينهي له العقود

[1]– حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق،ص110.

[2]– يفي علي ، المرجع السابق ،ص 51.

[3]– المرجع نفسه، ص 54.

و لكن نظرا لطبيعته خاصة فهو لا يتأثر بالعروض الخاصة بأطرافه أو بهيئته التحكيم كوفاة أو الردا و التنحي أو العزل، كما ان إتفاق التحكيم لا يتأثر بأسباب إنقضاء الأتفاق الأصلي كما رأينا هذا سابقا.[1]

وفي هذا المطلب سنتعرض إلى أسباب إنقضاء إتفاق التحكيم في الفرع الأول و آثار إنقضاء إتفاق التحكيم في الفرع الثاني.

الفرع الاول: أسباب إنقضاء إتفاق التحكيم

ينتهي إتفاق التحكيم إما بنهاية طبيعية أو نهاية غير طبيعية في الحالات التالية:

اولا: النهاية الطبيعية

صدور حكم من الحكم في النزاع موضوع التحكيم، حيث ينقضي لإتفاق التحكيم إذا عرض النزاع على التحكيم و صدر حكم من هيئة التحكيم سواء من المحكم المحكمين في النزاع موضوع التحكيم و هذه هي النتيجة الطبيعية لإتفاق التحكيم و يخضع هذا التحكيم من ناحية طعن فيه للقاعدة المقررة بالنسبة لأحكام كما لو كان صادرا من المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع [(2)].

ثانيا: النهاية غير طبيعية لاتفاق التحكيم

يكون إنقضاء شرط التحكيم بإدارة الأطراف، حيث ينقضي إتفاق التحكيم صراحة كأن يرد في إتفاق لاحق و موقع من الطرفين أو في مراسلات متبادلة أو غير و سائل الإتصال الحديثة كما قد ينقضي اتفاق التحكيم ضمني كأن يقدم أحد الطرفين إلى المحكمة بطلباته ويستعمل الطرف الآخر الإجراءات ويقدم دفاعه دون أن يتعرض إلى وجود اتفاق التحكيم .

يكون انقضاء اتفاق التحكيم بوفاة المحكم أو عزله أو تنحيته أو رده ، وذلك عندما يكون السبب فعلي أو قانوني يحول دون قيام المحكم بمهمته ، مثال على السبب القانوني تعين

---

[1]– نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 80.

[2]– أحمد أبو الوفاء، **التحكيم الأختياري و الإجباري**، المرجع السابق، ص 146.

المحكم قاضيا عندما لا يجيز القانون الواجب التطبيق على الإجراءات أن يكون المحكم من بين القضاة، أو عندما يفقد المحكم أهليته أما عن السبب الفعلي فهو كحالة الوفاة أو المرض أو القوة قاهرة التي تحول دون قيام المحكم لمهمته[1] ،و يلاحظ أن نزول صفة المحكم أدى بسبب من الأسباب السالفة الذكر لا يترتب عليه نزول التحكيم وما نصت عليه المادة 503 من تحكيم المصري و المادة 1042 من ق.إ.ج.م و إ جزائري.

ينقض إتفاق التحكيم إذا لم يصدر المحكم حكمه خلال المدة المعينة أو المحددة[2]، بالنسبة لخصومة التحكيم التي بدأت و لا يمنع من بقاء إتفاق التحكيم لتبدأ وقف له خصومة تحكيم جديدة يبدأ لها ميعاد جديد.

كما ينتهي الإتفاق على التحكيم بإستحالة تنفيذ هذا الأتفاق و قد ترجع الأستحالة إلى إرتباط النزاع المتفق على التحكيم بشانه بآخر مطروح على القضاء و لا يجوز فيه التحكيم أو أن يكون هذا الموضوع خارج نظاق التحكيم هذا و يكون هذا الأرتباط غير قابل للتجزئة، فهنا ينتهي التحكيم لأستحالة حسمه أمام هيئة التحكيم و يجب طرح النزاع أمام القضاء[3].

الفرع الثاني: أثار إنتهاء التحكيم

اولا –زوال صلاحية هيئة التحكيم

بإنقضاء إتفاق التحكيم ايا كان السبب، تزول صلاحية هيئة التحكيم و لا يجوز لها فصل في النزاع أو إتخاذ أي إجراء فيه يعود للقضاء المختص صلاحيته في ذلك.

و أي حكم أو قرار يصدر من جانب المحكم بعد زوال التحكيم يعتبر باطلا لا يتعلق بالنضام العام و يجوز لاطراف التمسك بهذا البطلان كسبب للتظلم من الأمر بتنفيذ الحكم أو كسب للطعن على الحكم.

---

[1]– فوزي محمد سامي،**التحكيم التجاري الدولي**، المرجع السابق ،ص 243.

[2]– أحمد أبو الوفاء ،المرجع السابق، ص 149.

[3]– نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق ، ص 82.

و رغم ذلك إذا صدر الحكم من هيئة التحكيم، و رضي به الأطراف فإن هذا الحكم يعتد به و يكتسي كامل حجيته بشرط أن يثبت من ظروف الحال و بصورة قاطعة أن الصادر في مثل هذه الحالة لا يتعلق بالنظام العام و يلاحظ أن أتفاق الأطراف على الرضى بما قضى به مثل هذا التحكيم يعتبر بمثابة صلح على نتيجة التي توصل إليها و بكسب الحكم كامل حجيته.[1]

ثانيا- مدى صلاحية الأحكام الصادرة قبل الأنقضاء

يلاحظ أنه إذا توافر بسبب من الأسباب إنتهاء الأتفاق على التحكيم بعد بدء الأجراءات و كانت قد صدرت أحكام فرعية فإنها تبقى منتهجة للآثارها رغم إنتهاء الأتفاق على التحكيم و يعتد بها أمام القضاء إذا ما رجع إليه نفس النزاع أو أمام هيئة تحكيم أخرى بناء على إتفاق تحكيم آخر.

و أما فيما يخص الأحكام الصادرة في شق من الموضوع فإنها تبقى ما لم يكن الموضوع غير قابل للتجزئة ففي هذه الحالة هذا طرح و النزاع على القضاء، فإن المحكمة لا تتقيد بهذه الأحكام.

و إذا أتخذت إجراءات الأثبات أمام المحكم و بدر من جانب الخصوم عند تنفيذها إقرار أو تنازل عن حق أو من أمر متنازع فيه جاز الإسناد إليه بعدئذ بشرط أن يكون قد ثبت هذا الأقرار و التنازل في محضر الجلسة ووقع عليه المحكم بالقضاء، و بعد توقيع المقر عليه و لا يعتبر هذا القرار بمثابة أقرار قضائي، لأن المحكم أيا كانت سلطته ليس بقاضي.

و إذا توفي المحكم أو زالت صفته لأي سبب من الأسباب تم عين غيره وجب على هذه الأخيرة أن يفتح باب المرافعة من جديد و يستمع إليها و يأمر بها المر من إجراءات إثبات مع الأعتداد بالأحكام الصادرة من سلفه في الشق من الموضوع من كانت صحيحة في ذاتها و كل ذلك بتطبيق القاعدة أن القاضي الذي يصدر الحكم هو الذي يسمع المرافقة[2].

[1]- بفي علي، المرجع السابق ،ص 56.

[2]- أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 57.

الخاتمة

تطرقنا خلال هذا البحث إلى دراسة موضوع اتفاق التحكيم الذي يعتبر وسيلة فعالة في دفع المتعاملين التجاريين إلى إدراجه ضمن تعاملاتهم التي يبرمونها مع أي شخص كان سواء كان شخص معنوي عام أو خاص فالإتفاق على التحكيم يعتبر وسيلة لتسوية منازعات ثارت أوقد تثور بين أطراف النزاع وأصبح ظاهرة مسلم بها في ميدان التجارة الدولية وهذا الذي أدى إلى وجود اتفاق التحكيم في العقود التجارة الدولية و حظي بإهتمام الإتفاقيات الدولية إلى جانب التشريعات الوطنية فهو يرتكز على اتفاق إرادة بين الأطراف العقد وكونه يبرم في وقت تسوده روح المودة والطمأنينة مما يؤدي إلى استمرار التعامل بين أطراف العقد وبناء على هذا سجلنا بعض النتائج والتوصيات التالية التي من شأنها أن تجعل إتفاق التحكيم(شرط التحكيم) كوسيلة ناجعة وأكثر فعالية في العقود التجارة الدولية لتسوية المنازعات التي تنشأ بين الأطراف المتعاقدة.

أولا–النتائج :

1– يعتبر اتفاق التحكيم اتفاق يبرم بين الأطراف وفقا لإرادتهم وذلك على أساس أن التحكيم يقوم على الرضائية .

2– ومن طبيعة اتفاق التحكيم أن ذو طبيعة قضائية مستقلة خاصة للفصل في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم ولا سيما منازعات التجارية الدولية التي يتلائم معطياتها .

3– اتفاق التحكيم قد يكون في صورة بند في العقد الأصلي وقد يكون في صورة اتفاق مستقل قائم ومنفصل عن العقد الأصلي كأن يكون ملحق من ملحقاته .

4– شرط التحكيم مستقل عن عقد الأصلي ولا يتأثر ببطلانه وهذا من شأنه أن يزيل مخاوف المتعاملين .

5– قد يكون إتفاق التحكيم كليا أو جزئيا بأن يتفق الأطراف على التحكيم في كل المنازعات أو بعضها وعرض البعض الآخر على القضاء.

6– من أجل أن يكون اتفاق التحكيم صحيحا لابد من توافر مراعاة الشروط الشكلية والموضوعية بحيث يصبح اتفاق كاملا بجميع شروطه.

7- يتم تشكيل هيئة التحكيم حسب غالبية النظم القانونية الوطنية والتشريعات الدولية بتوافق إرادة الأطراف ، وعند غياب هذه الإرادة يتدخل القضاء أو أي جهة أخرى للقيام بتعين الهيئة.

8- وجود اتفاق على التحكيم يمنع القضاء من نظر النزاع ، ويسلبها اختصاصها في النزاعات التي اتفق فيها إلى اللجوء للتحكيم .

ثانيا- التوصيـات:

1- يجـب تنظيم نصوص خاصة للشخص الذي سيتولى مهمة التحكيم وأن تكون واضحة أكثر فيعين من خلالهم شروط المحددة يجب إتباعها وخاصة في ما يخص المستوى المحكم فكيف يمكن عرض على نزاع على محكم ليس لديه مستوى قانوني فيتطلب عليه أن يكون لديه مستوى قانوني حيث يتسنى له تفحص الوقائع المعروضة عليه للفصل في المنازعة .

2- الإهتمام بصياغة شرط التحكيم ، إذ يجب أن تكون صيغة شرط التحكيم واضحة فيما يتعلق بموضوع النزاع ، وفيما يثور من خلافات في تفسير العقد وما يثور من خلافات أثناء تنفيذه وما يترتب على انتهائه أو فسخه من تبعات القانونية .

3- يجب مراعاة طرق واضحة وصريحة فيما يخص مسألة تعيين هيئة التحكيم وطرق

اختيار الحكم المرجح .

4- يجب على أطراف عند إبرام اتفاق التحكيم تحديد ما إذا كان هذا الإتفاق مقصور عليهم فقط أم أنه يمكن أن تمتد أثاره إلى الخلف والغير لتفادي المشاكل وعرقلة عملية التحكيم .

5- يجب أن يتضمن الإتفاق التحكيم اللغة معتمدة في التحكيم بما يتناسب مع رغبة الأطراف ولغة العقد.

6- يتعين اختيار القانون الواجب التطبيق على هذا الإتفاق بدقة إذ ليس من الضرورة حتما التمسك بالقانون الوطني ليحكم النزاع.

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر و المراجع

اولا- المصادر:

أ- الأتفاقيات الدولية:

- اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا 2008.

ب- القوانين:

- قانون رقم 08-09 المؤرخ ف 18 صفر 1429 الموافق ل25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

- قانون رقم 27/ 1994 المؤرخ في 7 ذي القعدة 1414 الموافق 18 ابريل 1994 متضمن قانون في شأن التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية.

- قانون رقم 14/ 2002- الجمهورية اليمنية- الجريدة الرسمية العدد7 الجزء الاول الصادر بتاريخ 2002/04/15 متضمن القانون المدني اليمني.

- قانون رقم 48/131 صدر بالقبة في9 رمضان 1367 الموافق ل16 يوليو 1948 متضمن القانون المدني المصري.

- الامر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395الموافق 26-9-1975 متضمن القانون التجاري الجزائري المعدل والمتتم.

ثانيا- المراجع:

1-المراجع باللغة العربية:

أ-الكتب:

- أحمد أبو الوفاء، **التحكيم الاختياري والإجباري**، منشأ معارف،ط5، الإسكندرية، 1988.

- أحمد أبو الوفاء، **التحكيم في القوانين العربية**، منشأة المعارف،ط1، القاهرة، 1988.

- أحمد السيد صاوي،**الوجيز في التحكيم طبقا القانون رقم 27 لسنة 1994 على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية**، دار حمدي سلامة وشركاؤه، مصر،2002.

- بربارة عبد الرحمان، **شرح قانون إجراءات المدنية والإدارية** , منشورات بغدادي ط1 الجزائر 2008.

- حريش نوال ،التحكيم في العقود الإدارية،رسالة الماستر،كلية الحقوق و العلوم السياسية،قسم الحقوق،تخصص قانون اداري،جامعة محمد خيضر، بسكرة،2013/2012.

- حسان نوفل، **التحكيم في منازعات العقود الاستثمار**، دار الهومة للطباعة و النشر و التوزيع، دون سنة نشر.

- حفيظة السيد حداد،**الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي**،منشورات حلبي الحقوقية، بيروت لبنان،2003.

- حفيظة السيد الحداد، **الاتجاهات المعاصرة بشان اتفاق التحكيم**، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2001.

- خالد محمد قاضي، **موسوعة التحكيم التجاري الدولي**،دار الشروق ط1،القاهرة مصر، 142-2002.

- شريف الطباخ،التحكيم **الاختياري والإجباري في ضوء القضاء والفقه**،دار الفكر والقانون،المنصورة ,2008.

- عبد الحميد الاحدب، **موسوعة التحكيم في البلاد العربية**، ج2، مطابع دار المعارف، القاهرة دون سنة النشر.

- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم,دراسة تحليلية مقارنة**،المكتب الجامعي الحديث،الاسكندرية، دط،2005.

- عبد الرزاق السنهوري،**الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام**،دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان،1998.

- علي بركات،**الطعن في آحكام التحكيم**، دار النهضة العربية، 2003.

- فوزي محمد سامي ،**التحكيم التجاري الدولي**، دار الثقافة الأردن،دط، 2006.

- فاضلي ادريس،**الوجيز في النظرية العامة للالتزام**،ديوان المطبوعات الجامعية،بن عكنون الجزائر،2009.

- لزهر بن سعيد،**التحكيم التجاري الدولي وفقا للقانون ا ج م ا و القونين المقارنة**،دار الهومة للطباعة و النشر و التوزيع،الجزائر،2002.

- محمد صبري السعدي، **شرح :قانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات –مصادر الالتزام– التصرف القانوني**، الجزء الأول ،دار الهدى عين مليلة ،الجزائر،ط2، 2004.

- منان فراح،**التحكيم طريق بديل لحل النزاعات بحسب أخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية** ،دار الهدى للنشر و التوزيع عين مليلة،الجزائر، 2010.

- محمدود السيد عمر التحيوي، **مفهوم الاثر السلبي لاتفاق التحكيم شرط كان أم مشارطة الوسيلة الفنية لاعمال أو نطاقة**، دار المطبوعات الجامعية، اسكندرية ،2003.

- ناصر ناجي محمد جمعان، **شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية دراسة مقارنة**،مكتب الجامعي الحديث،الازاريطية – الإسكندرية، 2008.

- نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي،**التحكيم في القوانين العربية دراسة مقارنة في حق الإسلامي والأنظمة الوضعية**،المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2006.

- نبيل إسماعيل عمر،**التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية**، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ،2004.

ب- الرسائل العلمية:

- أسامة احمد حسين ابو القمصان، **مدى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي دراسة مقارنة**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، قانون الخاص ،جامعة الأزهر، غزة ،2010 .

- بفي عادل،**شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية**، مذكرة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص قانون الاعمال ،جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2014-2015.

- برش ايوب ،**التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر**، مذكرة ماستر، كلية الحقوق،تخصص قانون الاعمال،جامعة الحاج لخضر ،باتنة ،2013/ 2014.

- حوت فيروز،**الرقابة القضائية للتحكيم التجاري الدولي في ضوء القانون الجزائري و الاتفاقيات الدولية**، رسالة الماجستير، كلية القانون،فرع قانون العقود، جامعة اكلي محند اولحاج ،البويرة، 14-7-2016.

-حمدوني عبد القادر،**التحكيم التجاري الدولي و تطبيقاته على القانون الجزائري**، مذكرة الماستر، كلية الحقوق،تخصص قانون دولي عام ،جامعة ابوبكر بلقايد، تلمسان ،2014-2015.

- حسان كليبي، **دور القضاء في قضايا التحكيم التجاري الدولي**،رسالة ماجستير، كلية الحقوق، شعبة قانون الخاص ، تخصص عقود و مسؤولية، جامعة أحمد بوقرة ، بومرداس، 2012-2013.

- حسيني يمينة، **تراضي الاطراف على تحكيم أمام مركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار**، رسالة ماجستير في قانون،كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق،جامعة مولود معمري ،تيزي وزو،11/12/08.

- خليل بوصنبورة، **القرار التحكيمي و طرق الطعن فيه وفق القانون الجزائري**،رسالة دكتورة، كلية حقوق ،تخصص قانون عام، جامعة منتوري، قسنطينة ،2007-2008.

– طبيب عربية، **شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية**، مذكرة ماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق،تخصص قانون عام للأعمال، جامعة قاصدي مرباح ،ورقلة ،نوقشت بتاريخ 15-6-2013.

– عبد الوهاب عجيري ، **شرط التحكيم تجاري الدولي في التشريع الجزائري** ،رسالة الماجستير ، كلية حقوق وعلوم سياسية، قسم الحقوق، قانون خاص، جامعة سطيف 2 ،سطيف، 2013.

– محمد بواط :**التحكيم في حل النزاعات الدولية**، مذكرة الماستر، كلية العلوم القانونية و الإدارية، قانون عام,، جامعة بن علي ،الشلف، 2007-2008.

– منسول عبد السلام ، **قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري**،رسالة ماجستير، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر، الجزائر، 2000-2001.

– مجول محمد،**التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولي**، مذكرة الماستر ،كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص قانون العلاقات الدولية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، جوان 2015.

– نورة حليمة،**التحكيم التجاري الدولي** ، مذكرة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق،تخصص ادارة الأ عمال، جامعة خميس مليانة، عين الدفلى،2013-2014.

ج- الدوريات:

-العرباوي نبيل صالح،**اتفاق التحكيم**، مجلة الدفاتر السياسية و القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،العدد 15،جامعة بشار،الجزائر،جوان ،2016 .

– الياس عجابي، **النظام القانوني لتحكيم التجاري الدولي**، مجلة المنتدى القانوني، كلية الحقوق ، جامعة محمد خيضر، بسكرة، عدد7، افريل 2007 ص 193.

– نبيهة بومعزة،**الطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيم في القانون الجزائري**، مجلة التواصل في الاقتصاد والادارة والقانون، كلية الحقوق ،جامعة باجي مختار،عدد 35 عنابة ،2013.

- فؤاد ديب،**المحكم الدولي و النظم تنازع القوانين الوطنية**، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية ،كلية الحقوق ،جامعة دمشق، المجلد24، العدد02، 2008.

د-المواقع الالكترونية:

1- اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي 1987، الموقع الالكتروني:
http://www.aiadr.com/con7.htm ،تاريخ الزيارة يوم 2017/02/9.

2- اتفاقية البلدان الأمريكية بشان التحكيم الدولي 1975، الموقع الالكتروني:
http://www.eastlaws.com/ETF/ETFSearch.aspx?I=7080 ،تاريخ الزيارة يوم 2017/02/9.

3- اتفاقية نيويورك المؤرخة في جوان 1958المتعلقة بالإعتراف بالقرارات التحكيمية و تنفيذها .الموقع الالكتروني:
http://www.eastlaws.com/ETF/ETFSearch.aspx?I=2943 ، تاريخ الزيارة يوم 2017/02/10.

4- قانون الاونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 المعدل في2006-2010،الموقع الالكتروني:
https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-a.pdf ، تاريخ الزيارة يوم 2017/03/12.

5- نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية (icc) لسنة 1998، الموقع الالكتروني:
www.gjpi.org/wp-content/uploads/icc-arbitration-rules_arabic.pdf ، تاريخ الزيارة يوم 2017/03/14.

6- قانون تحكيم التونسي رقم1993/42، الموقع الالكتروني:
https://www.damascusbar.org/arabic/dbar/ar_law/tun.htm
،تاريخ الزيارة يوم 2017/02/25.

7 – قانون تحكيم السوري رقم 2008/04، الموقع الالكتروني:
http://www.omanlegal.net/vb/showthread.php?t=2651،

، تاريخ الزيارة يوم 2017/02/25.

8– قانون التحكيم اليمني رقم 22–94، الموقع الالكتروني:
http://www.alexalaw.com/t8044-topic ، تاريخ الزيارة يوم 2017/02/25.

9– قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001، الموقع الالكتروني:
https://www.damascusbar.org/arabic/dbar/ar_law/jor.htm

، تاريخ الزيارة يوم 2017/02/25.

10- قانون المرفعات المدنية الفرنسي 2016 ، الموقع الالكتروني:
http://jcia.ucoz.com/index/qanun_althkim_alfrnsi/0-101

تاريخ الزيارة يوم 2017/03/20.

ثانيا–المراجع باللغة الفرنسية:

-Robert jeaen،**l'arbitrage, droit interne international prive**،Dalloz ،paris،1990.

الموضوع	الصفحة
مقدمة	أ،ب،ج،د
الفصل الأول:ماهية اتفاق التحكيم	
المبحث الأول: مفهوم اتفاق التحكيم	6
المطلب الأول: تعريف اتفاق التحكيم	6
الفرع الاول: مفهوم التحكيم	6
اولا: تعريف التحكيم	6
ثانيا: الطبيعة القانونية للتحكيم	7
ثالثا: انواع التحكيم	8
الفرع الثاني:التعريف الفقهي	10
الفرع الثالث: التعريف في ضل الاتفاقيات الدولية	12
الفرع الرابع:التعريف في القانون الجزائري والتشريعات المقارنة	14
المطلب الثاني:الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم	17
المطلب الثاني: موقع اتفاق التحكيم بين العقود الأخرى	18
فرع الأول:اتفاق التحكيم وتقسيم العقود من حيث الموضوع	19
فرع الثاني: اتفاق التحكيم وتقسيم العقود من حيث التكوين	20
فرع الثالث: اتفاق التحكيم وتقسيم العقود من حيث الأثر	21
المبحث الثاني: صور اتفاق التحكيم	23
المطلب الأول:شرط التحكيم	23
فرع الأول: تعريف شرط التحكيم	24
أولا: تعريف شرط التحكيم في الفقه	24

ثانيا: تعريف شرط التحكيم في التشريعات المقارنة	24
فرع الثاني:طبيعة شرط التحكيم	27
أولا: شرط التحكيم من ضمن الشروط التي ينظمها القانون المدني	27
ثانيا :شرط التحكيم مجرد وعد بالتعاقد أو وعد التحكيم	28
المطلب الثاني: مشارطة التحكيم	29
فرع الأول: تعريف مشارطة التحكيم في فقه	29
الفرع الثاني: تعريف مشارطة التحكيم في التشريعات المقارنة	30
المبحث الثالث:العلاقة بين شرط التحكيم والعقد الأصلي	33
المطلب الأول: مضمون مبدأ استقلال شرط التحكيم	33
الفرع الأول:مفهوم مبدأ استقلال شرط التحكيم	33
الفرع الثاني:مبررات مبدأ استقلال شرط التحكيم	34
المطلب الثاني: مبدأ استقلال شرط التحكيم كما ورد في القرارات القضائية والنصوص القانونية	36
الفرع الأول: مبدأ شرط التحكيم كما ورد في القرارات القضائية	36
فرع الثاني:مبدأ شرط التحكيم في النصوص القانونية	38
المطلب الثالث:مبدأ الاختصاص بالاختصاص	40
فرع الأول:مفهوم مبدأ الاختصاص بالاختصاص	40
فرع الثاني:مبدأ الاختصاص بالاختصاص في القانون	41
فرع الثالث: مبررات مبدأ الاختصاص بالاختصاص	43
فرع الرابع: حالات البطلان تتعلق بإتفاقية التحكيم	43
اولا–عدم وجود إتفاقية التحكيم	44
ثانيا– إتفاقية التحكيم باطلة أو منتهية	44
أ–إتفاقية التحكيم باطلة	44

ب- إتفاقية التحكيم منتهية	45
الفصل الثاني:انعقاد اتفاق التحكيم	
المبحث الأول:الأركان العامة لانعقاد اتفاق التحكيم	48
المطلب الأول: التراضي في اتفاق التحكيم	48
الفرع الأول:توافر التراضي	49
أولا : وجود الإرادة	49
ثانيا:توافق الإرادتين	52
أ-الإيجاب	52
ب- القبول	53
ج-اقتران الإيجاب بالقبول	55
فرع الثاني- عيوب الرضا	56
اولا-الغلط	56
ثانيا- التدليس	58
ثالثا- الإكراه	59
رابعا- الغبن	59
الفرع الثالث:أهلية أطراف اتفاق التحكيم	60
اولا-من يجوز له إبرام اتفاق التحكيم	61
أ- عدم جواز إبرام اتفاق التحكيم من قبل ناقص الأهلية أو فاقدها	61
ب- أهلية الوكيل التجاري لإبرام اتفاق التحكيم	63
ج- أهلية الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة لإبرام اتفاق التحكيم	64
ثانيا-الجزاء المترتب على مخالفة قواعد الأهلية	65
المطلب الثاني: محل اتفاق التحكيم	66

الفرع الأول: المقصود بالمحل اتفاق التحكيم	66
الفرع الثاني: المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم	68
اولا–عدم جواز التحكيم في مسائل الأحوال الشخصية	68
ثانيا–عدم جواز التحكيم في المسائل المخالفة لنظام العام	68
أ–مسائل الجنائية	69
ب–المنازعات المتعلقة بإجراءات التنفيذ	69
ج–عدم جواز التحكيم في مسائل الإفلاس	70
د–عدم جواز التحكيم في المسائل الملكية الفكرية	70
ثالثا–الجزاء المترتب على التحكيم في منازعة لا يجوز فيها التحكيم	71
المبحث الثاني:الأركان الخاصة لاتفاق التحكيم	71
المطلب الأول:تعيين المحكمين في اتفاق التحكيم	72
الفرع الأول:تعيين المحكمين	72
الفرع الثاني:عدد المحكمين	74
الفرع الثالث:الجزاء المترتب على عدم تعيين المحكمين	75
المطلب الثاني:تحديد موضوع النزاع في اتفاق التحكيم	76
الفرع الأول:المقصود بتحديد موضوع النزاع	76
الفرع الثاني: الجزاء المترتب على عدم تحديد موضوع النزاع	78
المطلب الثالث:كتابة اتفاق التحكيم	78
الفرع الأول:موقف القوانين الوطنية من كتابة اتفاق التحكيم	79
الفرع الثاني:موقف المعاهدات الدولية من كتابة اتفاق التحكيم	80

فرع الثالث:الجزاء المترتب على عدم كتابة شرط التحكيم	81
المطلب الثاني : آثار اتفاق التحكيم	81
الفرع الأول : الأثر السلبي	82
الفرع الثاني : الأثر الإيجابي	84
المطلب الثاني :انقضاء اتفاق التحكيم	85
الفرع الاول: أسباب إنقضاء إتفاق التحكيم	86
اولا–النهاية الطبيعية	86
ثانيا– النهاية غير طبيعية لاتفاق التحكيم	86
الفرع الثاني: أثار إنتهاء التحكيم	87
اولا –زوال صلاحية هيئة التحكيم	87
ثانيا– مدى صلاحية الأحكام الصادرة قبل الأنقضاء	88
الخاتمة	89
قائمة المصادر و المراجع	91
الفهرس	98

ملـخــص:

يعتبر التحكيم نظام قضائي خاص فهو يعتمد على إرادة أطراف العقد أو الإتفاق، و ذلك بإحالة نزاع معين نشأ عن تنفيذ العقد الأصلي أو تفسيره أو يمكن أن ينشأ عنه في المستقبل على المحكم أو عدة محكمين الذين يثقون فيهم لإيجاد حل للنزاع فهو طريق إستثنائي لحل المنازعات و إجتناب القضاء العادي للفصل في النزاع ، بحيث أصبح نظام قضائيا عالميا و ضرورة يفرضها واقع التجارة الدولية بحيث نادرا ما نجد عقد دوليا لا يتضمن في بنود عقده اتفاق على التحكيم و ذلك لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بين أطراف العقد. فإتفاق التحكيم قد يرد قبل نشوء النزاع (شرط التحكيم) ،أو بعد نشوء النزاع (مشارطة التحكيم)، و يكون شرط التحكيم مستقل عن عقد الأصلي بحيث لا يترتب بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على اتفاق التحكيم (شرط التحكيم)، و لابدا ايضا من توافر الشروط الشكلية بإضافة الى الشروط الموضوعية لصحة إتفاق التحكيم، و يترتب عرض النزاع على التحكيم حرمان أطراف العقد من اللجوء غلى قضاء بخصوص النزاع المتفق عليه في العقد.