الفصل الثاني ماهية اتفاق التحكيم التجاري

المبحث الأول مفهوم اتفاق التحكيم:

تتشابه مختلف تشريعات التحكيم الحديثة فيما بينها بشأن تعريف اتفاق التحكيم، ويرجع هذا التشابه إلى كونها قد استمدت قواعدها من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن التحكيم لسنة 1985. حيث عرف التحكيم في الفقرة الأولى من المادة السابعة بأنه: **" اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية "**.

المطلب الأول تعريف اتفاق التحكيم:

عرف المشرع المصري اتفاق التحكيم في المادة 1/10 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 بأنه: **" اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو التي يمكن أن تنشأ بشأن علاقة عقدية كانت أو غير عقدية "**

أما المشرع الجزائري فلم يضع تعريفا محددا لاتفاق التحكيم بل ميز بين شرط التحكيم ومشارطته كوسيلة لاتفاق الأطراف على سلوك طريق التحكيم لتسوية ما ثار أو قد يثور بينهم من نزاع بشأن تنفيذ عقد أو اتفاق ما.

فقد عرف شرط التحكيم في المادة 1007 في الكتاب الخامس الباب الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09 لسنة 2008 المؤرخ في 25 فبراير 2008، كما عرف اتفاق التحكيم في المادة 1011 من ذات القانون.

المطلب الثاني صور اتفاق التحكيم:

لاتفاق التحكيم صورتين هما شرط التحكيم ومشارطة التحكيم

أولا- شرط التحكيم: عرف شرط التحكيم في المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09 لسنة 2008 المؤرخ في 25 فبراير 2008 بأنه: **" الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الاطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".**

ومن هذا التعريف يمكننا أن نستنتج ما يلي:

1- لكي نكون امام شرط تحكيم يجب أن يكون اتفاق الأطراف سابقا على نشوء النزاع.

2- إما أن يدرج شرط التحكيم في صلب العقد أو المعاملة الاصلية بين الأطراف، ويكون شرطا ضمن باقي شروط العقد أو بندا من بنوده.

3- قد يرد شرط التحكيم في اتفاق مستقل عن العقد أو المعاملة القانونية الاصلية.

ثانيا- مشارطة التحكيم:

عرف المشرع الجزائري مشارطة التحكيم من خلال تعريف اتفاق التحكيم حيث نص في المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: **" اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوئه على التحكيم".**

أما المشرع المصري فقد تناول مشارطة التحكيم في الفقرة 2 من المادة 10 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994.

وتقترب مشارطة التحكيم من عريضة الدعوى حيث يجب ان تتضمن نقاط الخلاف بين الأطراف، حين نص المشرع الجزائري في الفقرة 2 من المادة 1012 حيث أوجب تحديد موضوع النزاع وأسماء المحكمين وكيفية تعينهم في مشارطة التحكيم وإلا كانت باطلة وهذا عكس شرط التحكيم الذي لا يحدد موضوع النزاع كونه لم ينشأ بعد.

وتحرر مشارطة التحكيم في مستند مستقل عن العقد الأصلي حيث انها تبرم بين الأطراف بعد نشوب النزاع.

ثالثا شرط التحكيم بالإحالة:

يعتبر شرط التحكيم بالإحالة من الصور المعاصرة لاتفاق التحكيم والفرض في هذه الصورة أن العقد الاصلي المبرم بين الأطراف لم يتضمن شرطا صريحا للتحكيم بل يكتفي الاطراف بالإشارة أو الإحالة إلى عقد سابق بينهم أو إلى عقد نموذجي وذلك لتكملة النقص أو سد الثغرات التي تعتري عقدهم.

المبحث الأول الأحكام المتعلقة باتفاق التحكيم

المطلب الأول الشروط الموضوعية العامة

أولا التراضي:

يتطلب لقيام العقد توفر شرط أساسي وجوهري هو التراضي، وكما يشترط أن تكون إرادة الأطراف النابعة من هذا التراضي غير معيبة وغير مقيدة.

إن الاتفاق على إنشاء أي تصرف قانوني منتج لأثره، يتطلب تحقق تطابق الإرادتين المفصح عنهما ؛ بحيث تكون الإرادة التي يعبر عنها الطرف الثاني (القبول) تطابق، أو توافق الإرادة التي فصح عنها الطرف الأول (الإيجاب) وهذا ما يثبت وجود التراضي المطلوب توافره عندما يكون طريق التحكيم هو السبيل التي تحذوه إرادة الأطراف المتعاقدة لحل النازعات التي يمكن أن تثور في ما بينهما عوض انصراف تلك الإرادة إلى سبيل مغاير لحل المنازعات

1/ وجود التراضي: إن الاتفاق على إنشاء أي تصرف قانوني منتج لأثره، يتطلب تحقق تطابق الإرادتين المفصح عنهما، بحيث تكون الإرادة التي يعبر عنها الطرف الثاني (القبول) تطابق، أو توافق الإرادة التي فصح عنها الطرف الأول (الإيجاب) وهذا ما يثبت وجود التراضي المطلوب توافره عندما يكون طريق التحكيم هو السبيل التي تحذوه إرادة الأطراف المتعاقدة لحل النازعات التي يمكن أن تثور في ما بينهما عوض انصراف تلك الإرادة إلى سبيل مغاير لحل النازعات.

2/ صحة التراضي: حصر المشرع المدني عيوب الرضا في الغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال أو الغبن، بحيث أن هذه العيوب يمكن أن تخل بسلامة تطابق الإرادتين على اتخاذ التحكيم كطريق بديل لحل النزاعات الممكن حدوثها في المستقبل، والمشترط أصلا سلامة الإرادة من تلك العيوب حتى يرتب الرضاء آثاره.

ثانيا الأهلية:

الأهلية هي قدرة التحمل والكسب، التي يجب توافرها في الشخص لقبول الالتزامات والحقوق المرتبة عن التصرف القانوني الذي قام به .

ويمكن أن يكون هذا التصرف هو الاتفاق على شرط التحكيم، لذا يستوجب علينا معرفة من هو الشخص القادر على القيام بهذا التصرف القانوني؟

لقد أفصحت التشريعات القانونية عن طبيعة الشخص الذي قد يكون طبيعي أو شخص اعتباري، شريطة أن يتمتع بكامل أهلية التصرف للإفصاح عن إرادته الصحيحة للاتفاق على شرط التحكيم في المواد المجيزة لذلك، لأن هناك من الحقوق المتنازع عليها من تخرج عن نطاق أهلية تصرف الشخص فيها، وبالتالي لا يجوز التحكيم فيها.

1/ أهلية الشخص الطبيعي: لقد حدد المشرع الجزائري في نص المادة 40من قانون المدني الجزائري المرحلة التي تمكن الشخص من القيام بجميع التصرفات القانونية، وهي بلوغ 19 سنة كاملة، واشترط عليه سلامة عقله . ويكون الشخص الطبيعي مؤهلا للاتفاق على شرط التحكيم متى توافرت فيه الشروط المنصوص عليها في نص المادة 40.

2/ أهلية الشخص المعنوي: تعتبر كل من الدولة، الولاية، البلدية، والشركات المدنية، التجارية والجمعيات، وكذلك يضاف إليهم المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وكل مجموعة تملك الشخصية القانونية التي أقرها القانون إياها سواء كانت مجموعة أموال أو أشخاص، وبمجرد تكوين الشخص المعنوي والاعتراف به يصبح في حدود طبيعته، وفي إطار ما سطر لتحقيقه قادرا على تحمل ما عليه من واجبات وتمتع بما له من حقوق.

كما للشخص المعنوي أهلية مباشرة التصرفات القانونية لحسابه عن طريق ممثله الذي يكون شخصا طبيعيا ومؤهلا قانونا للقيام بذلك، قد يكون الاتفاق على شرط التحكيم من بين التصرفات التي يباشرها الممثل تمثيلا صحيحا من أجل الشخص المعنوي.

أ/ أهلية الشخص المعنوي العام في إبرام اتفاق التحكيم: بعد المصادقة على دستور 1998 داخلت الجزائر مرحلة جديدة سياسيا، اجتماعيا واقتصاديا، تزامنت مع تدهور اقتصادي حاد ها مما أدى بالمشرع الجزائري التعامل مع هذه المرحلة الجديدة بداية التسعينات التي جاءت بالجديد بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي، ليواكب ويشارك ويساهم ولو بقسط ضئيل في إيجاد الحلول اللازمة للخروج من النكسة التي أصابت الاقتصاد الوطني، فكان قانون رقم 93-03 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية رقم 66-154 خير دليل على ذلك بحيث تنازل المشرع عن **الحظر** المفروض سابقا في القوانين المتعاقبة منذ 1966 ، واستبدل مكان الحظر **بجواز** إبرام الاتفاقات الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي بالنسبة لكل من الدولة والأشخاص المعنوية الأخرى،

كما تلتها قوانين أخرى لتأكيد هذا الجواز كقانون الاستثمار 1993 مثلا، وكذا تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية في سنة 2008.

ب/ أهلية الشخص المعنوي الخاص في إبرام اتفاق التحكيم: يكتسب مدير الشركة أهلية التصرف بمجرد تعيينه، لكن هذه الأهلية يجب ألا تخرج عن نطاق المسموح به صراحة، وبهذا يحق له القيام بالتصرفات القانونية لصالح الشركة بما فيها الاتفاق على شرط التحكيم، أما عند تعدد المدراء فمباشرة هذه التصرفات يرجع لمن يدخل في دائرة اختصاصاته صراحة.

3/ الآثار المترتبة على عدم توفر شرط الأهلية اللازمة عند الاتفاق على شرط التحكيم:

يؤدي عدم توفر أهلية أحد المتعاقدين عند الاتفاق على شرط التحكيم التجاري الدولي، بأن يدخل ضمن نفس الأسباب التي يجوز فيها طلب إبطال التحكيم أمام القضاء، وهو الذي أشار إليه المشرع المصري صراحة في نص المادة 53 الفقرة 1 .

أما المشرع الجزائري لم ينص صراحة في الفصل الخاص بالتحكيم على هذه الأسباب التي يجوز فيها طلب إبطال حكم التحكيم، وبالتالي الرجوع إلى القواعد العامة التي توضح ذلك .

لكن يجدر بنا الإشارة، كما سبق ذكره إلى أن الأهلية قد تكون كاملة، منعدمة، أو ناقصة، فإن توفرت الأهلية اللازمة عند الإبرام فيترتب صحة التصرفات المباشرة بالنسبة للشخص المتوفرة فيه، وإن كانت الأهلية منعدمة أو ناقصة فيرتب عليها جزاء قانوني وهو البطلان، بحيث يكون نسبيا بالنسبة لناقص الأهلية، ومطلقا لفاقدها، فالأول يسمح فقط للشخص الواقع عليه سبب النقصان، أو لأحد ورثته، أو السلف، أو ممثله بطلب الإبطال. بينما لا يجوز ذلك للقاضي أو للمتعاقد الآخر، على عكس البطلان المطلق الذي يجيز ذلك لكل الأشخاص المذكورين سابقا، بالإضافة إلى كل شخص تتوفر فيه شرط المصلحة في هذا العقد.

ثالثا المحل:

يقصد بالمحل في اتفاق التحكيم، أن يخضع الأطراف للتحكيم كل أو بعض النزاعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع يتعلق برابطة من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم.

إن موضوع النزاع المحدد عند الاتفاق على شرط التحكيم والتي يمكن لهيئة التحكيم النظر فيه هو الذي يمثل **محل الاتفاق** على التحكيم.

غير أن النزاعات تختلف باختلاف المسائل التي يمكن أن ينشأ النزاع من أجلها، لأن اللجوء إلى طريق التحكيم في بعض المسائل قد لا يسمح به، بينما يكون جائزا في مسائل أخرى، لذا يجب مراعاة ذلك عند تحديدها حتى لا يفرغ شرط التحكيم من محتواه.

المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم

1) **مسائل الأحوال الشخصية:** الخطبة، الزواج، التطليق والتفريق، البنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها

2) المسائل المخالفة للنظام العام: المسائل الجنائية، المسائل المتعلقة بإجراءات التنفيذ، مسائل الحالة والأهلية، مسائل الإفلاس ومسائل الملكية الفكرية.

الآثار المترتبة على التحكيم في منازعة لا يجوز فيها التحكيم

إذا تم الاتفاق على التحكيم في منازعة لا يجوز فيها التحكيم نظرا لتعلقها بالنظام العام، أو في منازعة لم يحددها الأطراف في اتفاق التحكيم، فإن هذا الاتفاق يقع باطلا بطلانا مطلقا نظرا لافتقاره لركن المحل، والذي يجب أن يكون موجودا ومعينا ومشروعا.

فإذا صدر حكم في المنازعة فيمكن رفع دعوى البطلان وفقا لما نصت عليه المادتين: 1056 و1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

المطلب الثاني الشروط الموضوعية الخاصة

أولا الكتابة:

تنص المادة 60 من القانون المدني " **إن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة**. "... ولهذا أوجب المشرع الجزائري الكتابة في اتفاقية التحكيم وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- في التحكيم الداخلي تنص المادة 1008 فقرة 1 "**يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها.**" كما تنص المادة 1012 فقرة 1 على ما يلي" **يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا .**"

- 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 الطرفين.

ما يلاحظ أن المشرع الجزائري فيما يخص التحكيم الداخلي نص في مادتين متفرقتين في الأولى على إلزامية كتابة شرط التحكيم وفي المادة الثانية على إلزامية كتابة اتفاق التحكيم .

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

وما نستنتجه من ذلك، أنه في التحكيم الداخلي لا يسمح باستعمال الوسائل الأخرى التي تجيز الكتابة رغم أن كل وسائل الاتصال الحديثة أصبحت مستعملة للإثبات.

ويعتبر شرط الكتابة متحققا، إذا تم النص في العقد الأصلي على الإحالة على وثيقة تتضمن شرط تحكيم كالإحالة على عقد نموذجي في مجال النقل البحري أو بيع البضائع.

ولكن لا يلزم أن تتضمن الإحالة ما يفيد " اعتبار شرط التحكيم " الذي تتضمنه هذه الوثيقة جزءا من العقد الأصلي حيث الإحالة التي قد يتضح منها عدم دراية أو علم أحد الأطراف بوجود شرط التحكيم ينتفي فيها إمكانية القول بوجود اتفاق وتراضي مكتوب على شرط التحكيم.

ثانيا تحديد موضوع النزاع

إضافة إلى وجود النزاع وتحديده ومشروعيته، يشترط أيضا تحديد موضوع النزاع المراد عرضه على التحكيم في اتفاق التحكيم، وقد نصت المادة 1012 الفقرة 2 على: " **يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أوكيفية تعيينهم**"

أما بالنسبة لشرط التحكيم المتضمن إحالة النزاع إلى التحكيم فيكتفي بتحديد المحل الذي يدور حوله النزاع، وفي هذه الحالة تكون النزاعات التي يشملها شرط التحكيم، هي النزاعات الناشئة عن العقد الذي أدرج فيه شرط التحكيم، على أن تحدد المسائل المتنازع فيها في وقت لاحق أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم.

ترجع الحكمة من اشتراط تحديد موضوع النزاع في اتفاق التحكيم إلى ما يلي:

- الرغبة في عدم تنازل الأطراف عن القضاء، واللجوء إلى التحكيم إلا في مسألة محددة لأن الاتفاق على التحكيم يعني حرمانهم من القضاء صاحب الولاية الأصلية في نظر النزاع، ولما له من ضمانات أساسية لمصلحة الأفراد.

- أن يكون التحكيم في الحدود التي رسمت له بدقة من الأطراف، وبالتالي عدم إثارة نزاعات فرعية بين الخصوم حول ما عهد به إلى التحكيم، وإلا وجد الأطراف أنفسهم أمام القضاء لحل نزاعاتهم المتعلقة بموضوع التحكيم نظرا لعدم تحديدها بدقة.

- يؤدي تحديد المسائل محل النزاع إلى إمكانية تحديد ولاية المحكمين وسلطاتهم بدقة، فتكون لهم ولاية التحكيم في المسائل المحددة بالاتفاق دون غيرها، فان خرجوا عنها كان حكمهم باطلا.

ثالثا تعيين المحكمين

- تنص المادة (1008) على وجوب تضمن شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين، أو تحديد كيفيات تعيينهم حتى يكون هناك اتفاق أولي على هذه الهيئة المكلفة بالتحكيم، كما أوجب المشرع كذلك في المادة 1012 أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان أسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم.

يتضح من نص المادتين: 1008 و1012 أن المشرع اعتبر تعيين المحكم أمرا جوهريا ولم يعتبره أمرا جوازيا، يترتب على مخالفته البطلان، وبالتالي يعد تعيين المحكم أو المحكمين ركنا أساسيا من أركان اتفاق التحكيم وليس شرطا لصحة هذا الاتفاق.

ويجوز للأطراف أن يتفقوا على طريقة معينة يتم بواسطتها تشكيل هيئة التحكيم، كأن يعهدوا بذلك إلى هيئة أو مركز تحكيم عملا بنص المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية" **يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم**".

1/ طريقة تعيين المحكمين

كما أجاز المشرع وفق نفس المادة، تعيين المحكم أو المحكمين عن طريق اللجوء إلى القضاء في حالة صعوبة تعيينهم أو عزلهم أو استبدالهم، ومن ثمة فللطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يلي:

أ) اللجوء إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان التحكيم إذا كان التحكيم يجري في الجزائر،

ب) اللجوء إلى رئيس محكمة الجزائر لاستصدار أمر إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.

وإذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاق التحكيم يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ.

2/ **عدد المحكمين**

يجوز لأطراف النزاع الاتفاق على كيفية تعيين هيئة التحكيم، فلهم الحق في الاتفاق على تعيين محكم واحد أو أكثر من محكم، وفي حالة تعيين أكثر من محكم يجب أن يكون عدد المحكمين فرديا أو وترا، وإلا كان الاتفاق باطلا، إعمالا للمادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي تنص على:" تشكل محكمة التحكيم من محكم واحد أو عدة محكمين بعدد فردي.

وعلة وجوب وترية العدد هو تفادي ما قد يحدث من مشاكل عند المداولة، إذ قد ينقسمون إلى فريقين متساويين فيتعذر صدور حكم بالأغلبية.

وبترتيب البطلان على عدم وترية العدد، يعني أن الوترية ركن في العقد لا ينعقد العقد بدونه، واعتبر البعض أن هذا البطلان من النظام العام.

المبحث الثالث تفسير اتفاق التحكيم وقوته الإلزامية والآثار المترتبة عليه

المطلب الأول تفسير اتفاق التحكيم

أولا: مفهوم تفسير اتفاق التحكيم

يتضح مما سبق أن اتفاق التحكيم يثبت بالكتابة وإلا كان باطلا، إلا أن المشرع لم يوجب عبارات محددة ترد في الاتفاق، ونظرا لاختلاف الألفاظ والعبارات التي يرد بها الاتفاق، فمن هنا وجب البحث عن قواعد تفسير اتفاق التحكيم.

يقصد بتفسير العقد: استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين في اتفاق التحكيم المتمثلة في اتجاهها لاختيار نظام التحكيم لحل النزاع الواقع أو المحتمل الوقوع بدلا من القضاء، ويقوم بتفسير العقد القاضي أو المحكم، فإذا ما انتهى القاضي من مرحلة التفسير، واستخلص من واقع الاتفاق حقيقة مقصد الأطراف من العقد، أنها تتمثل في اختيار نظام التحكيم وسيلة لحل النزاع، وجب عليه تكييف العقد على أنه اتفاق تحكيم، وبالتالي يرتب آثاره كاملة.

كما يجب على القاضي أن يراعي كامل الحيطة والحذر عند تكييف العقد، فلا يعتبره عقد تحكيم، إلا إذا وضحت تماما إرادة الخصوم، وكانت ترمي بجلاء إلى ذلك، لأن التحكيم استثناء من الأصل العام، فلا يحرم شخص من اللجوء إلى القضاء إلا عن رضا واختيار.

ثانيا: حالات اتفاق التحكيم من حيث الوضوح

1/ إذا كانت عبارة الاتفاق واضحة الدلالة

ففي هذه الحالة تكون سلطة التفسير مقيدة، وبالتالي يجب **الأخذ بالمعنى الظاهر للاتفاق دون الانحراف عنه بحجة تفسيره**، وهذا القول يجد أساسه في القواعد العامة لتفسير العقد عملا بنص المادة 111 من القانون

المدني، والتي نصت على:" **إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين.**"

2/ إذا كانت عبارة الاتفاق غيرواضحة الدلالة

قد تكون عبارة الاتفاق غير واضحة، أي غامضة في دلالتها على ما قصدته إرادة أطرافه، بحيث يمكن تأويلها على أكثر من معنى، ففي هذه الحالة يتعين الالتجاء إلى التفسير لاستجلاء غموضها وتحديد حقيقة المقصود من دلالته.

وعملا بنص المادة 111 من القانون المدني، الفقرة الثانية منها والتي نصت على: " أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات. "

فمن هنا وجب على القاضي في هذا الخصوص الالتزام بمبدأ **التفسير الضيق**، وأن يفسر العبارات الخاصة بمحل العقد دون توسع.

3/ وجود شك في عبارة الاتفاق

في هذه الحالة يتعذر ترجيح عبارة الاتفاق، أي وجود شك حول حقيقة النية المشتركة للمتعاقدين، لذلك ينبغي حل هذا الإشكال عن طريق **تفسير الشك لمصلحة أحد المتعاقدين** عملا بنص المادة 112 من القانون المدني، الفقرة الأولى منها والتي نصت على أنه: " **يؤول الشك في مصلحة المدين** " ولإعمال هذا النص يثار سؤال مفاده **من هو المدين في اتفاق التحكيم؟**

وللإجابة عن ذلك يمكن القول بأن المدين في هذا المعنى الخاص هو الطرف الذي تُرتب عليه العبارة محل التفسير التزاما تفرضه عليه القواعد العامة، أو تشدد من مسؤوليته عن عدم تنفيذه.

أما إذا كانت العبارة محل التفسير تعفي أحد الأطراف من التزام تفرضه عليه القواعد العامة، أو تخفف من مسؤوليته عنه، فإن الطرف الثاني يكون هو المدين، أما إذا كانت العبارة محل التفسير تعفي أحد الأطراف من التزام تفرضه عليه القواعد العامة، أو تخفف من مسؤوليته عنه، فإن الطرف الثاني يكون هو المدين.

ثالثا: أثر القوة القاهرة على اتفاق التحكيم

وفقا للمادة 107 من القانون المدني والتي تقضي بتخويل القاضي سلطة تعديل العقد وذلك في حالة الظروف الطارئة (الحوادث الاستثنائية) في هذه الحالة يفترض ورود العقد على عمل موضوعي متراخي التنفيذ، أما بخصوص اتفاق التحكيم فيرد الاتفاق على عمل إجرائي هو الفصل في منازعة بواسطة محكم أو محكمين بدلا عن القضاء، **فيبقى للاتفاق على التحكيم أثره ولو حدثت قوة قاهرة، فهذه القوة لا يترتب عليها سوى وقف سريان الميعاد المحدد لعرض النزاع على المحكمين**، ومع ذلك إذا طرأت ظروف تجعل التحكيم مرهقا لأحد الأطراف كصعوبة الوصول إلى مكان التحكيم، فيجوز للقاضي التعديل.

رابعا: إذعان أحد أطراف اتفاق التحكيم

إذا كان أحد أطراف اتفاق التحكيم تنطبق عليه شروط المذعن، بحيث أن الطرف الثاني ينفرد بصياغة الاتفاق، ولا يقبل أي مناقشة، **فيجوز للقاضي تعديل العقد** وفقا للمادة 110 من القانون المدني والتي تنص

على أنه: " إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها...."

المطلب الثاني القوة الإلزامية لاتفاقية التحكيم

أولا: مفهوم القوة الإلزامية لاتفاق التحكيم

سبق القول أن اتفاق التحكيم من العقود الملزمة للجانبين، فيكون من الطبيعي والأمر كذلك أن يكون ملزما لأطرافه مرتبا في ذمة كل منها التزامات متقابلة، بمعنى أنه يرتب التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، أي أطرافه، وينشئ حقوقا لكل منهما في الوقت نفسه، ونصت المادة 55 مدني " يكون العقد ملزما للطرفين، متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضا"، والمادة 106 مدني " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون" وبالتالي يقصد بإلزامية اتفاق التحكيم أنه بعد تفسيره وتكييفه، يصبح شريعة المتعاقدين، فلا يمكن تعديله بالزيادة أو النقصان، ومع ذلك فالقوة الملزمة للعقد لا تتعارض مع تعديله باتفاق الطرفين، والالتزام بإحالة النزاع الوارد في اتفاق التحكيم هو تطبيق للقوة الملزمة للعقود.

نطاق القوة الإلزامية لاتفاق التحكيم:

نطاق القوة الإلزامية لاتفاق التحكيم من حيث الأشخاص:

تفيد المبادئ العامة في نظرية العقد أن العقد لا يقيد غير أطرافه، ولا ينتج التزامات أو حقوق إلا في مواجهتهم، دون أن ينتقل إلى غيرهم، ومنه فان آثار اتفاق التحكيم لا تمتد إلى أشخاص لم يوقعوا على الاتفاق، لكن لا يعتبر غيرا الشريك او المدين المتضامن، فلو تعدد الشركاء أو المدينون المتضامنون وأبرم أحدهم عقدا أو تضمن عقد قرض في حالة المدينين المتضامنين شرط التحكيم، فإن الشرط يمتد أثره للجميع، أي يستطيع كل منهم التمسك باتفاق التحكيم، كما يستطيع الطرف الآخر الاحتجاج بهذا الاتفاق في مواجهة أي منهم.

كما يسري هذا في حالة شركات الأشخاص حيث لا تحجب الشخصية المعنوية اشخاص الشركاء حجبا كاملا.

ففي هذه الصور يمتد شرط التحكيم ويتسع نطاقه، ويتسع بذلك مفهوم الأطراف.

نطاق القوة الإلزامية لاتفاق التحكيم من حيث الموضوع:

الأصل في اتفاق التحكيم في القانون الداخلي يفصل تفصيلا ضيقا وفي الحدود التي تحقق الغرض منه، حيث إذا ورد اتفاق التحكيم على المنازعات الخاصة لتفسير عقد معين فلا تمتد سلطات هيئة التحكيم إلى المنازعات المتصلة لتنفيذه إذ لا يفترض امتداد اتفاق التحكيم إلى مسائل لم يقصدها المحتكمون

غير انه في مجال التحكيم التجاري الدولي فإن الأمر يختلف، فالحرص على زيادة فاعلية اتفاق التحكيم قد دعى إلى الخروج على تلك المبادئ فقد اضحى مقبولا اعتماد تفسير موسع منطقي وفعال لاتفاق التحكيم.

ثانيا: النتائج المترتبة على مبدأ القوة الإلزامية لاتفاق التحكيم

1/ عدم جواز التغيير في المنازعة محل التحكيم

رأينا فيما سبق أن تحديد موضوع النزاع يعد ركنا من أركان اتفاق التحكيم لا ينعقد بدونه فإنه كذلك يجب أن يكون النزاع المعروض على التحكيم هو نفسه المتفق عليه في اتفاق التحكيم، فلا يجوز لأي من طرفيه أن

يعرض على المحكم أو المحكمين نزاعا يختلف عن ذلك النزاع المتفق عليه، ولو كان متفرعا عن النزاع الأصلي، إعمالا لمبدأ القوة الإلزامية لاتفاق التحكيم، ومبدأ التفسير الضيق للاتفاق، وعليه لا يجوز لهيئة التحكيم مد ولايتها إلى المسائل المتفرعة عن النزاع الخاضع لولايتها.

وإذا تعددت النزاعات بين الأطراف أنفسهم، وكان الاتفاق على التحكيم في بعض منها، أو جزء من النزاع، فيبقى القضاء مختصا بالنزاع الذي لا يشمله الاتفاق على التحكيم، لأن القضاء هو الأصل، والتحكيم هو الاستثناء وإذا اتفق الأطراف على عرض نزاع غير النزاع المتفق عليه فلا بد من إبرام اتفاق تحكيم جديد يتطابق النزاع المتفق عليه مع النزاع المعروض على هيئة التحكيم .

2/ عدم جوازعزل المحكمين أوأحدهم إلا باتفاق الخصوم

مما سبق يتضح أن تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد الجهة التي يوكل إليها بالتعيين ركنا من أركان الاتفاق على التحكيم.

ويترتب على ذلك لزوما أنه لا يجوز لأحد أطراف الاتفاق عزل المحكم أو المحكمين أو تغيير الجهة التي تم الاتفاق عليها باختيار المحكمين، إذ يجب أن يلتزم أطراف الاتفاق على التحكيم بعرض النزاع المتفق عليه، على المحكم أو المحكمين الذين تم اختيارهم بموجب الاتفاق.

3/ عدم جوازرد المحكم إلا لأسباب لاحقة على تعيينه

لا يجوز رد المحكم إلا لأسباب تحدث أو تظهر بعد إبرام اتفاق التحكيم، والتي نصت عليها المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية، وفي كل الأحوال يجب على الشخص حين يفاتح بقصد احتمال تعيينه محكما أن يصرح لمن ولاه الثقة بكل الظروف التي من شأنها أن تثير شكا حول حياده واستقلاله والقاعدة أنه يرد المحكم للأسباب التي يرد بها القاضي وفق للمادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية.

المطلب الثالث آثاراتفـاق التحكيم

أولا: الأثرالايجابي لاتفاق التحكيم

يتمثل الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم في التزام أطراف الاتفاق بعرض النزاع على التحكيم، وقد سبق البحث في القوة الإلزامية لاتفاق التحكيم، والذي بموجبه يلتزم أطرافه بسلوكه، ومن آثار هذا المبدأ طبقا للقواعد العامة في آثار العقود التزام أطرافه بما جاء فيه، فطالما وجد اتفاق تحكيم بين طرفي النزاع، فلا يجوز لأحدهما أن يلجأ إلى القضاء دون موافقة الطرف الآخر.

ثانيا: الأثرالسلبي لاتفاق التحكيم

يتمثل في امتناع القضاء في نظر النزاع المتفق بخصوصه على التحكيم، ويسمى بالأثر المانع لاتفاق التحكيم، ويترتب على ذلك منع القضاء النظر في النزاع محل التحكيم، وهذا الالتزام السلبي متبادلا على عاتق كل طرفي الاتفاق، فيمنع عليهما الالتجاء إلى القضاء، إذا ما لجأ أحد الأطراف لعرض النزاع على القضاء، جاز للطرف الآخر الدفع بوجود اتفاق تحكيم وهو دفع بعدم الاختصاص طبقا للمادة 1045 ق إم إ.

الاستثناءات الواردة على الأثرالسلبي لاتفاق التحكيم

القاعدة العامة التي تحكم مسلك القضاء الوطني فيما يخص أو يتعلق بالنزاعات الخاصة الدولية، المتفق بشأنها على التحكيم تتعلق في عدم اختصاص هذا القضاء بالفعل في هذه النزاعات إلا أن هذه القاعدة ترد عليها قيود واستثناءات، أبرزها:

- انعقاد الاختصاص للمحاكم الوطنية بشأن اتخاذ الإجراءات الوطنية والتحفظية المتصلة بالنزاعات المتفق بشأنها على التحكيم، **(م 1046)**
- المساعدة في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين **(م 1048)**
- تدخل القضاء الوطني من أجل تكوين محكمة التحكيم في حالة تعذر تشكيلها، **(م 1041)**
- الرقابة التي تباشر من قبل القضاء الوطني على حكم التحكيم سواء كانت هذه الرقابة من خلال الطعن بالبطلان على حكم التحكيم، أو في إطار دعوى الأمر بالتنفيذ **(م 1055...1059)**.

المبحث الرابع انقضاء اتفـاق التحكيم

المطلب الأول بصدور حكم من المحكم في نزاع التحكيم

ينقضي اتفاق التحكيم إذا صدر حكم من المحكم أو المحكمين في النزاع موضوع التحكيم، وهذه هي النتيجة الطبيعية لانقضاء اتفاق التحكيم، وينقضي اتفاق التحكيم في هذه الحالة حتى لو كان الحكم قابلا للإبطال، وحتى لو قضي بإبطاله بالفعل نظرا لاستنفاد هيئة التحكيم لولايتها في الفصل في النزاع بإصدار حكمها في الموضوع، وإذا كان اتفاق التحكيم يشمل عدة نزاعات وصدر حكم بخصوص إحدى هذه النزاعات فيكون اتفاق التحكيم قائما بالنسبة للنزاعات الأخرى ويقتصر أثر الحكم على إنهاء التحكيم بالنسبة للنزاع الذي صدر فيه ويبقى اتفاق التحكيم قائما للإعمال في النزاعات الأخرى.

المطلب الثاني بإرادة الأطراف

ينقضي اتفاق التحكيم كذلك باتفاق الخصوم على التنازل عنه، فللخصوم في أي وقت يرونه التنازل عن اتفاق التحكيم برضاهما فالإرادة هي أساس نظام التحكيم، وبناء عليه ينقضي اتفاق التحكيم باتفاق الخصوم على ذلك:

صراحة: والاتفاق الصريح قد يرد في صورة محرر مكتوب أو صورة إعلانات على يد محضر أو مراسلات متبادلة أو عبر وسائل الاتصال الحديثة.

ضمنا: كأن يتقدم أحد الأطراف إلى القضاء، ثم يحضر الطرف الآخر ويتابع التقاضي أمام المحكمة. وإذا كان اتفاق التحكيم يشمل عدة نزاعات فان اللجوء إلى القضاء في صدد منازعة منها لا يعني النزول عن اتفاق التحكيم بخصوص بقية النزاعات.

المطلب الثالث بانتهاء الميعاد دون الفصل في موضوع التحكيم

تنقضي اتفاق التحكيم بانتهاء الميعاد المتفق عليه بين الأطراف لتسوية النزاع، أو الميعاد الذي يحدده القانون دون الانتهاء من الفصل في موضوع النزاع كما نصت عليه في المادة 1024:" **ينتهي التحكيم: 2) بانتهاء المدة المقررة للتحكيم، فإذا لم تشترط المدة، فبانتهاء مدة أربعة (4) أشهر**"

المطلب الرابع بفقد الشيء موضوع النزاع

ينقضي اتفاق التحكيم بفقد الشيء موضوع النزاع، أو انقضاء الدين المتنازع فيه كأن يسدد المدين الدين المتنازع فيه، وبالتالي يتفقا طرفا التحكيم على تسوية النزاع خلال سير إجراءات التحكيم، فعلى لجنة التحكيم إنهاء الإجراءات واثبات اتفاق التسوية في صورة وثيقة منهية للخلاف، كما نصت عليه في المادة 1024: " **ينتهي التحكيم:... 3) بفقد الشيء موضوع النزاع أو انقضاء الدين المتنازع فيه** " .

المطلب الخامس بوفاة أحد أطراف النزاع

إن القاعدة العامة المتعارف عليها هو أن تتابع إجراءات الدعوى التحكيمية إلى حين انقضاءها بصدور حكم منهي لها من قبل المحكم، ولكن خروجا عن القاعدة العامة قد تعترض الخصومة أثناء سيرها وقائع ومستجدات عديدة تحول دون الفصل فيها وبالتالي إنهائها بغير حكم منهي كوفاة أحد المتخاصمين، حسب ما نصت عليه في المادة 1024: الفقرة 4" **ينتهي التحكيم: 4) بوفاة أحد أطراف العقد**".

المطلب السادس انقضاء اتفاق التحكيم بوفاة المحكم

سبق القول أن تعيين المحكم أو تحديد الجهة التي يعهد إليها بذلك ركن من أركان اتفاق التحكيم، وبالتالي فإذا اتجهت إرادة الأطراف في اتفاق التحكيم إلى تعيين شخص بعينه فإن اتفاق التحكيم ينقضي بوفاته أو رفضه القيام بمهمته أو تنحيته أو حصول مانع له ما لم يوجد شرط مخالف حسب ما نصت عليه في المادة 1024: الفقرة 1 " **ينتهي التحكيم:... 1) بوفاة أحد المحكمين أو رفضه القيام بمهمته أو تنحيته أو حصول مانع له، ما لم يوجد شرط مخالف، أو إذا اتفق الأطراف على استبداله أو استبداله من قبل المحكم أو المحكمين الباقين، وفي حالة غياب الاتفاق تطبق أحكام المادة 1009 أعلاه**"