جامعة المسيلة

كلية الحـــقوق

قسم العلوم القانونية والإدارية

مذكرة بعنوان:

طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به

(دراســــــــــــــة تحليلية مقارنة)

مـــذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر

تخصص: قانون الأعمال

من إعداد الطالبة:

- حجاب عائشة

تحت إشراف الأستاذ:

- بوخرص عبد العزيز

السنة الجامعية: 2013/2012

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

إليكَ ملاكي...نبع لا ينضب...زهرة لا تذبل...شمس نهاري...

إلى التي غمرتني بحنانها

إليكَ أمي.....

إلى القلب العظيم ...صاحب السواعد الظاهرة عنوان الإرادة والتصميم

إلى الذي أفنى شبابه كي نكبر

إليكَ أبي.....

إلى رفيق عمري.....

إلى نسائم قلبي...سندي في حياتي

إلى أعز الأصدقاء...واجمل الذكريات

شكر وتقدير

أقدم شكري وعرفاني للأستاذ المشرف بوخرص عبد العزيز

على توجيهاته ونصائحه القيمة

أشكر جزيل الشكر أعضاء لجنة المناقشة الموقرة على الجهود المبذولة

والملاحظات النيرة التي سيفيدونني بها

أشكر جميع أساتذتي من الطور الابتدائي

إلى الطور ما بعد التدرج

مقدمة البحث

للدولة وظائفها التي لا يصح لها أن تتخلى عنها حفاظا على سيادتها والتي تباشرها_ وظائف الدولة_ من خلال سلطاتها الثلاث: التشريعية، التنفيذية، القضائية إذ أن الفصل في الخصومات وظيفة من وظائف الدولة أسندها الدستور إلى السلطة القضائية تتولاها من خلال محاكمها هذا من جهة، من جهة أخرى فإن للمواطن حق الإلتجاء إلى القضاء دون معوقات مادية أو غير مادية ومن واجب القاضي في هذا السياق الفصل في هذه الخصومة وإلا تعرض للجزاء كما أن من حقه _المواطن_ كذلك أن تعفيه الدولة من الرسوم إذا أعوزته الحاجة.

فإذا كانت هذه هي حقوق المواطن وتلك وظيفة الدولة فإن الأصل أنه لا يجوز حرمان المواطن من الإلتجاء إلى المحاكم بيد أن الإلتجاء إلى القضاء عند كل صغيرة وكبيرة، وهو ميسور ومقدور بحكم الدستور أثقل كاهل القضاة وأتعبهم وعطل آلة الإنجاز فتباطأت الأحكام وتثاقلت بقدر ما تكاثرت فكان لابد من سد ذرائع البطء في الفصل في المنازعات وإتاحة الفرصة لفضها رضاءا قبل فضها قضاءا ومن هذا المنطلق سمحت الدولة بالتحكيم وألزمت مواطنيها بأن يتظلموا وأن يعرضوا منازعاتهم على اللجان.

إن التحكيم كطريق للفصل في المنازعات يعتبر أداة من أدوات تحقيق العدالة الصاعدة في النظم القانونية المعاصرة، وهو بهذه المثابة يؤدي دوره في ظل نظام قانوني مستكمل لأدواته من وجود قانون أو قواعد قانونية عامة للسلوك الإجتماعي تحمي

المصالح الإجتماعية الجديرة بالإعتبار، ومن جهاز قضائي للفصل فيما قد يصادف هذه الحماية من منازعات وعوارض، ومن جهاز تنفيذي يتولى فرضها على ذوي الشأن وهو بهذه المثابة أيضا أداة مضافة إلى معطيات النظام القانوني المعاصر تؤثر فيه وتتأثر به، والمقصود بأداة مضافة أنه يعمل في إطار نظام مستكف بذاته، مستغن بأدواته وأن دورها في هذا النظام هو مجرد دور تحسيني وليس دورا ضروريا لا يعمل النظام القانوني بدونه

وهو أداة تؤثر في النظام القانوني، بمعنى أنه يعتمد على سلطان إرادة الأفراد إما في اختيار قاضيهم وإما في اختيار القواعد القانونية التي يطبقها خلافا للأصل من إستقلال النظام القانوني بتحديد القاضي الذي يفصل في النزاع وتحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق بشأنه إجراءا وموضوعا، وهو أداة تتأثر بمعطيات النظام القانوني بمعنى أن أداءه محكوم دائما بالحدود العامة التي يسمح فيها النظام القانوني لسلطان الإرادة ترتيب الآثار القانونية.

وبالتالي فالتحكيم في حقيقته ماهو إلا استثناء من الأصل لا يكون إلا حين تسمح الدولة به لمواطنيها ليلجأوا إليه لفض منازعاتهم عن غير طريق القضاء ومتى أذنت به الدولة، فإنه لا ينفذ في حق أحد إلا برضاه ومن ثم فلا يقوم للتحكيم قائمة إلا إذا مارسها ذو الشأن بإتفاقهم وإرادتهم وهذا عن طريق ما يسمى بإتفاق التحكيم.

هذا الإتفاق كغيره من الإتفاقات لابد أن يستند إلى قانون معين يمده بقوته الملزمة وينظم وجوده وصحته وآثاره ومصيره ولتحديد هذا القانون أهمية خاصة بالنسبة لإتفاق التحكيم

لإعتبارين أساسيين: أولهما أن هذا الإتفاق يفد على علاقة تتقدمه لها قانونها الخاص يحكمها، والذي قد لا يكون هو القانون الخاص بإتفاق التحكيم ذاته، وثانيهما أن موضوع هذا الإتفاق يتعلق بأداة وظيفة من وظائف الدولة الأساسية هي الوظيفة القضائية مما يجعل هناك تباينا في مواقف قوانين الدول المختلفة منه.

ثم إن الإتفاق على التحكيم وإن كان في جوهره إتفاقا على حسم النزاع عن طريق محكم ، إلا أنه قد يعقد بمناسبة قيام نزاع معين بين طرفيه بقصد الفصل فيه، وقد يكون مجرد شرط يقصد به مجرد الإحتياط لحالة قيام نزاع في المستقبل بشأن هذه العلاقة وهي الصورة الأولى للإتفاق أو مشارطة تحكيم والتي هي الصورة الثانية من صور الإتفاق على التحكيم إلا أن التساؤل الذي يمكن طرحه بهذا الشأن:

– ماهي الطبيعة القانونية لشرط التحكيم؟ وما الجزاء المترتب في حالة الإخلال بهذا الشرط؟

***أهمية الموضوع:**

إن التحكيم التجاري كوسيلة للفصل في المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين الأفراد والجماعات أصبح الطريقة الحديثة التي يلجأ إليها الأطراف لتسوية منازعاتهم نظرا لما يتميز به من سهولة في الإجراءات وسرعة الفصل تجنبا للقضاء العادي الذي يعاب عليه تراكم الملفات وصعوبة الإجراءات واستغراق الوقت. لذلك إرتأيت إلى البحث في هذا الموضوع.

نطاق البحث:

يقتصر نطاق البحث على دراسة موضوعه في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر تحت رقم 08/09 ، المؤرخ في 18 صفر الموافق 25 فبراير 2008 الذي ينظم التحكيم في الباب الثاني من الكتاب الخامس في نصوص المواد من 1006-1061 منه بالإضافة إلى قوانين التحكيم المقارنة والمتمثلة في قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م، وكذا قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 ، وكذا قانون التحكيم الفرنسي.

أهمية الموضوع:

إن التحكيم التجاري كوسيلة للفصل في المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين الأفراد والجماعات أصبح الطريقة الحديثة التي يلجأ إليها الأطراف لتسوية منازعاتهم نظرا لما يتميز به من سهولة في الإجراءات وسرعة الفصل تجنبا للقضاء العادي الذي يعاب عليه تراكم الملفات وصعبة الإجراءات واستغراق الوقت ، ومادام الحديث عن التحكيم والعقد المتضمن للتحكيم فلا بد من الحديث عن شرط التحكيم كخطوة ابتدائية تمهد للجوء إلى التحكيم في المستقبل، لذلك ارتأينا من خلال هذا البحث التعرف إلى هذا الشرط بالتطرق إلى مختلف عناصره الجوهرية.

الدراسات السابقة:

تم الاستناد إلى العديد من المصادر والمراجع ذات الصلة بموضوع البحث والمشتملة على الكتب والقوانين والمواقع الالكترونية، وذلك كله وفق ما هو مبين في قائمة المصادر والمراجع، لكن ما تجدر الإشارة إليه أن المصادر والمراجع السابقة لم تتناول موضوع الرسالة بشكل مباشرة، وإنما تمت الإشارة إلى ذلك ضمن الحديث حول موضوع التحكيم التجاري بصفة عامة.

أسباب الكتابة:

يمر العالم بمرحلة جد هامة وهي مرحلة الإنفتاح والعولمة الأمر الذي يستدعي وجود تعاون دولي في شتى المجالات لاسيما التجارية منها عن طريق جلب رؤوس الأموال وكذا إستقطاب رجال الأعمال والمستثمرين إلى شتى البلدان والتي تعتبر بلادنا واحدة منها ويتبع ذلك من وجود عقود تتضمن في فحواها شرط التحكيم الذي يعتبر عنصر مهم من عناصر التحكيم هذا الأخير كطريق بديل لتسوية المنازعات الناشئة عن هذه العقود.

ولما كانت العقود في هذا المجال تتضمن ما يسمى بشرط التحكيم إقتضى الأمر إجراء هذه الدراسة لأجل معرفة طبيعة هذا الشرط وكذلك الجزاء المترتب في حالة الإخلال بمضمون هذا الشرط الذي يسير وفق القواعد والأصول المستقر عليها في الأعراف التجارية الدولية.

مشكلة الدراسة:

نظرا لكثرة التعاملات التجارية وخاصة الدولية هاته الأخيرة ترتبت عليها منازعات بين متعاقديها لذلك إهتم رجال القانون بالبحث عن آليات التي تسمح بفضها ولعل أهم وأسهل طريق لذلك هو التحكيم الذي يعتبر الإتفاق فيه خطوة أولى ويمكن تلخيص مشكلات الدراسة في النقاط التالية:

ماهو شرط التحكيم ؟

ما طبيعته القانونية أو تكييفه القانوني؟

ما الأثار القانونية المترتبة على هذا الشرط؟

ما الجزاء المترتب على الإخلال بشرط التحكيم؟

منهج الدراسة:

للإجابة على التساؤل إتبعت المنهجين: التحليلي والمقارن

*المنهج التحليلي: من خلال ما ورد في النصوص القانونية التي تطرقت لهذا الموضوع خصوصا المواد الواردة في التعديل الجديد لقانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير لسنة 2008 ويتعلق الأمر بالمواد 1007- 1013 من نفس القانون الواردة ضمن نصوص

الفصل الأول من الباب الثاني المتعلق بالتحكيم وذلك بقصد التوصل إلى معلومات في هذا المجال.

*المنهج المقارن: وذلك من خلال إجراء مقارنة بسيطة بين مختلف التشريعات خاصة تلك القريبة إلى التشريع الجزائري بغرض التأكد من مدى مسايرة التشريع الجزائري لهذه التشريعات.

متبعة الخطة التالية :

خطة الدراسة: حيث قسمت خطة البحث إلى فصلين خصصت الفصل الأول لماهية شرط التحكيم و التكييف القانوني له ، والذي هو بدوره تضمن مبحثين الأول بعنوان ماهية شرط التحكيم و الثاني بعنوان التكييف القانوني لشرط التحكيم ، أما الفصل الثاني فكان بعنوان الجزاء المترتب على الإخلال بشرط التحكيم وأدرجنا تحته مبحثين المبحث الأول الذي كان بعنوان الأثار القانونية لشرط التحكيم و المبحث الثاني الجزاء المترتب على الإخلال بشرط التحكيم.

الفصل الأول:
ماهية شرط التحكيم والتكييف القانوني له

الفصل الأول: ماهية شرط التحكيم والتكييف القانوني له

لقد مر شرط التحكيم بتطور طويل في القانون الفرنسي قبل أن يصل إلى الإعتراف به بإعتباره إتفاقا على التحكيم بمعنى الكلمة، مرتبا للآثار المنوطة بمثل هذا الإتفاق ذلك أن نصوص قانون المرافعات الفرنسي في وضعها الأصلي القديم لم تكن تواجه سوى مشارطة التحكيم، التي يفترض قيامها وجود نزاع محدد [1]قائم بالفعل ترد عليه إذ أن المادة 1004 كانت تنص على أنه:" يجوز للأفراد اللجوء إلى التحكيم في جميع الحقوق التي يتمتعون بحرية التصرف فيها"، بينما كانت المادة 1005 تنص على أنه:" يجب أن تتضمن مشارطة التحكيم تعيين موضوع النزاع وتسمية المحكمين وإلا وقعت باطلة" وفي ظل هذه النصوص لم يكن من السهل على الفقه والقضاء إسباغ وصف إتفاق التحكيم على ما يعرف بشرط التحكيم لأنه لا يواجه نزاعا قائما بالفعل وإنما يواجه مجرد منازعات إحتمالية يمكن أن تتحقق أو لا تتحقق في المستقبل، على نحو لا يمكن معه تعيين موضوعه على وجه التحديد هذا إلى جانب أن المادة 1005 من قانون المرافعات الفرنسي ذاتها كانت تستلزم ذكر أسماء المحكمين في مشارطة التحكيم وإلا كانت باطلة وهو مطلب يصعب تحقيقه في شرط التحكيم في أغلب الحالات.

وإذا إنتهى الفقه والقضاء على هذا النحو إلى إنكار وصف إتفاق التحكيم على ما يعرف بشرط التحكيم، وكان هذا الشرط مألوفا بالفعل رغم ذلك في كثير من الحالات يتزايد

[1] - مصطفى محمد جمال و عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 1997، ص 343.

عددها يوما بعد يوم، فقد كان على الفقه والقضاء أن يحدد القيمة القانونية لهذا الشرط بإعطائه الوصف المناسب وإستنباط ما قد يرتبه هذا الوصف من آثار يقتضيها مبدأ الحرية التعاقدية ومبدأ سلطان الإرادة، وقد وجد الفقه والقضاء ضالته في فكرة العقد الإبتدائي وبعبارة أدق الوعد بالتعاقد[1]، فالإتفاق على شرط التحكيم هو إتفاق بالفعل لكنه ليس إتفاقا على التحكيم بالمعنى المقصود، وإنما هو مجرد إتفاق يعد بمقتضاه كل من الطرفين الآخر بإبرام إتفاق على التحكيم في المستقبل إذا ما قام بينهما نزاع بصدد العلاقة التي ورد بشأنها الشرط.

لكن في أعقاب الحرب العالمية الأولى ظهرت الحاجة إليه في مجال العلاقات الدولية بصفة خاصة إلى رفع شرط التحكيم إلى مصاف الإتفاق على التحكيم إستجابة إلى حاجات التجارة الدولية وقد إنتهت جهود الأمم المتحدة في هذا الصدد إلى إبرام بروتوكول جنيف لعام 1924، الذي يمثل خطوة هامة في سبيل تحقيق هذا الهدف وقد وقعت فرنسا على هذا البروتوكول وسلمت بذلك بإعتبار شرط التحكيم في مجال المنازعات التجارية الدولية إتفاقا على التحكيم وليس مجرد وعد بهذا الإتفاق ثم إنتهى الأمر بصدور قانون 21 ديسمبر 1920 الذي أضاف إلى المادة 41 من المجموعة التجارية الفرنسية فقرة تقضي بأنه:" يجوز للأطراف الإتفاق عند التعاقد على إخضاع ما ينشأ بينهم من منازعات على محكمين متى كانت من بين المنازعات المعدودة فيما سبق" وهذه المنازعات هي:"

أ- المنازعات المتعلقة بالتعهدات بين العملاء والتجار وأصحاب المصارف.

[1] - نفس المرجع ، ص 344.

ب- المنازعات بين الشركاء في الشركات التجارية.

ج- المنازعات الخاصة بالأعمال التجارية بين جميع الأشخاص".

وتماشيا مع التطور السابق، انتهت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر عام 1949 إلى أنه:" يحق للطرف ذي المصلحة أن يلجأ إلى القضاء ويطلب منه تعيين محكم أو محكمين للفصل في المنازعة أو المنازعات موضوع شرط التحكيم، والتي نشأت بالفعل عند تفسير العقد المتضمن شرط التحكيم، فيقوم حكم القاضي مقام الاتفاق على التحكيم حيث يفرض شرط التحكيم على طرفي العقد، وينفذ جبرا بمعنى أن عدم موافقة أحد الطرفين في شرط التحكيم على إجراء مشارطة التحكيم عند نشأة المنازعة أو المنازعات موضوع شرط التحكيم لا يؤدي إلى إفلات النزاع موضوع شرط التحكيم من ولاية المحكم وهكذا تم الاعتراف بشرط التحكيم وإعطائه الآثار المنوطة في الحدود التي أصبح فيها مباحا بمقتضى المادة 41 من المجموعة التجارية الفرنسية.

والتساؤل الذي يمكن طرحه بهذا الشأن : ما هو شرط التحكيم؟و ما الطبيعة القانونية لهذا الشرط؟

وسنتناول الإجابة على هذا التساؤل من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: ماهية شرط التحكيم

المبحث الثاني:التكييف القانوني لشرط التحكيم

المبحث الأول: ماهية شرط التحكيم

وللوقوف على ماهية شرط التحكيم سنتعرض إلى مفهوم شرط التحكيم في مطلب أول عن طريق التعرض إلى تعريف هذا الشرط بالنسبة لمختلف التشريعات بما فيها التشريع الجزائري، وكذا كيفية إثبات هذا الشرط، ثم تمييزه عن ما يعرف بمشارطة التحكيم من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول:مفهوم شرط التحكيم

المطلب الثاني:أنواع شرط التحكيم

المطلب الثالث:شروط صحة شرط التحكيم

المطلب الأول:مفهوم شرط التحكيم

تقتضي دراسة هذا الجزء التعرف على تعريف شرط التحكيم بالتطرق إلى مختلف التعريفات الفقهية و القانونية، ثم تبيان أهمية هذا الشرط و طريقة إثباته، و كذا التمييز بينه وبين مشارطة التحكيم ، وذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف شرط التحكيم

الفرع الثاني:إثبات شرط التحكيم

الفرع الثالث:التمييز بين شرط التحكيم و مشارطة التحكيم

الفرع الأول: تعريف شرط التحكيم

شرط التحكيم إحدى صور إتفاق التحكيم ويشكل بند يتضمن حل النزاع الذي ينشأ بسبب علاقة قانونية والذي قد يثور مستقبلا بواسطة التحكيم بدلا عن القضاء[1].

ولقد عرفه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 1007 من ق.إ.م.إعلى أنه:"الإتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه ،لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم."

و لقد اختلف الفقه و كذا التشريعات المقارنة في وضع تعريف موحد كما يلي:

أولا: في الفقه

يعرف فقها بأنه:" إرادة الطرفين في اللجوء إلى التحكيم إذا حدث خلاف أو نزاع من العقد أو مسألة معينة يمكن حلها بالتحكيم"[2].

وهناك من يعرفه بأنه:" ذلك الشرط الذي يرد في العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية سواء كان عقدا مدنيا أو تجاريا يتفق طرفاه بموجبه على أن ما ينشأ من نزاع حول تفسير هذا العقد وتنفيذه يحل عن طريق التحكيم"

---

[1] – تنص المادة 1006 من ق.إ.م.إ على أنه:"يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها. لا يجوز الجوء إلى التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم،و لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ، ماعدا في علاقاتها الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية."

[2] – فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الجزء الخامس، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان 1990، ص111.

ومن خلال ما سبق يتبين لنا بأن شرط التحكيم:" بند من بنود العقد يتضمن إتفاق الأطراف على الفصل في أي نزاع قد يحدث مستقبلا حول تفسير العقد أو تنفيذه بطريق التحكيم، وينصب هذا البند على نزاعات مستقبلية محتملة الحدوث ولم تحدث بعد، وهذا النزاع غير محدد تفصيلا وقت إبرامه".

ثانيا: في القانون

عرفه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة عام 1985 في الفقرة الأولى من المادة السابعة تحت عنوان إتفاق التحكيم بأنه:" هو إتفاق بين الطرفين على ان يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ويجوز أن يكون إتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم واردة في عقد أو في صورة إتفاق منفصل"

وجاءت إتفاقية الأمم المتحدة عندما لجأت إلى تفادي إستعمال تعبيري" شرط التحكيم" و " مشارطة التحكيم" واستخدمت للدلالة على إندماجهما في مفهوم موحد مصطلح" إتفاق التحكيم".

وما تجدر الإشارة إليه أن الإعتراف التشريعي بشرط التحكيم لم يكن من البداية حيث أثار شرط التحكيم في فرنسا خلافا شديدا وبقي القضاء الفرنسي لفترة طويلة يرفض الإعتراف بصحته وفقا لما قررته محكمة النقض الفرنسية في حكم شهير أصدرته في الأول من يوليو 1943 حيث أجاز فقط الإتفاق الذي يبرمه الأطراف بعد نشوء النزاع

للجوء إلى التحكيم وحيث أن اللجوء إلى التحكيم يحتاج إلى توقيع " مشارطة تحكيم" بين الأطراف بعد قيام النزاع، فإن شرط التحكيم يعد مرحلة تمهيدية سابقة لإبرام مشارطة التحكيم[1] والمادة 1006 من القانون الفرنسي كانت توجب تحديد النزاع وتعيين المحكم في وثيقة التحكيم وإلا كان التحكيم باطلا.

وعندما إنضمت فرنسا لبروتوكول سنة 1923 الذي يعتد بصحة شرط التحكيم قام المشرع الفرنسي بإصدار تشريع خاص سنة 1925 أجاز بموجبه شرط التحكيم و الإعتراف بصحته[2].

أما القانون الأردني فقد أجاز الشرط وعبر عنه:" يجوز أن يكون إتفاق التحكيم[3] سابقا على نشوء النزاع سواء كان مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل المنازعات أو بعضها".وبذلك يكون المشرع الأردني قد ساوى بين الشرط والمشارطة وذلك بإيراده عبارة إتفاق التحكيم.

وبالنسبة للقانون المصري فقد أورد في المادة 10 من الفقرة الثانية من قانون التحكيم" يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليها في الفقرة 01 من المادة 15 من

---

[1] – سامية راشد، التحكيم في العلاقات التجارية الدولية الخاصة، دون طبعة،القاهرة، دار النهضة العربية 1984،ص 70–87.

[2] – أبو علي الطبشي : مبدأ الإختصاص في مجال التحكيم ،الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة ، ص200

[3] المادة 01 من قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001.

هذا القانون، كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلا.

وكان القانون النموذجي أكثر وضوحا في بيان صور شرط التحكيم" ... يجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل"[1].

وحسمت اتفاقية نيويورك موقفها من شرط التحكيم:" تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي تلتزم بموجبه الأطراف إلى اللجوء إلى التحكيم". ويقصد بالاتفاق المكتوب شرط التحكيم الوارد في عقد أو اتفاق التحكيم الذي وقعه الأطراف وتضمنه رسائل وبرقيات متبادلة بينهم[2].

ويعتبر التحكيم طريقا استثنائيا لحل المنازعات الناشئة عن العلاقة العقدية والقانونية بين الأطراف ويمثل شرط التحكيم القاعدة التي يرتكز عليها نظام التحكيم والذي يظهر إرادة الأطراف لاختيار نظام التحكيم لحل خلافاتهم حيث تم الاعتراف بهذا الشرط من طرف جميع التشريعات مع اختلاف في التسميات، حيث يسمى في القانون السعودي (الشرط الخاص)[3] وفي القانون اللبناني (البند التحكيمي) وفي القانون الليبي (الاتفاق التحكيمي)

[1] –المادة 02/07 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة عام 1985.

[2] – المادة الثانية من إتفاقية نيويورك لعام 1958.

[3] – المادة 10 من قانون التحكيم السعودي.

وفي القانون الأردني وكذا القانون الجزائري (شرط التحكيم) ومهما اختلفت التسميات وتعددت فإنها تعد مصطلحات مترادفة تعبر عن الاتفاق التحكيمي.

وبالتالي فشرط التحكيم كأحد بنود العقد يتفق الأطراف فيه على الالتجاء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات والخلافات التي قد تنشأ بينهما حول تفسير العقد أو تنفيذه، وهذا بخلاف المشارطة التي تتميز عن الشرط في كونها تكون في المنازعات الواقعة فعلا وتبين بوضوح موضوع النزاع أما الشرط فيرد على منازعات محتملة الوقوع.

ويترتب عن هذه التفرقة أن المشارطة تفرض تحديد موضوع النزاع لصحة الإتفاق لأنها تبرم بعد قيام النزاع أما شرط التحكيم فيرد بشكل عام وبالنسبة لجميع أو بعض أنواع النزاعات.

أهمية شرط التحكيم:

يتضح من خلال ما سبق أن لشرط التحكيم أهمية كبيرة حيث يعتبر منبع التحكيم التجاري الدولي في معظم الأحيان وأن أكثر من 80% من عقود التجارة الدولية تتضمن شرطا تحكيميا[1].

إن لشرط التحكيم فائدة وقائية فهو يستبعد ذلك الإختلاف والتعطيل[2] في مسار عرض النزاع الذي قد ينجم عند إبرام مشارطة التحكيم.

[1] –عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم – التحكيم الدولي– الجزء الثاني، دار المعارف 1998، ص 104.

[2] –أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي،دون طبعة، القاهرة، دار الفكر العربي1981 ،ص 21.

الفرع الثاني: إثبات شرط التحكيم

وبالرجوع إلى القانون الجزائري فإن المشرع يشترط الكتابة[1] كركن لصحة شرط التحكيم وفقا لما نصت عليه المادة 1008 من ق.إ.م.إ التي جاء في مضمونها مايلي: " يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان الإتفاقية الأصلية أو الوثيقة التي تستند إليها ..." ومن ثم فإن الكتابة تعتبر شرط أساسي لصحة شرط التحكيم و يمكن اعتبارها في ذات الوقت وسيلة من أجل إثباته سواء كانت هذه الكتابة في العقد الأصلي أو في وثيقة أخرى ملحقة به.

و تنص المادة 501 من القانون المصري على أن التحكيم لا يثبت إلا بالكتابة ومعنى هذا أن الكتابة شرط لإثباته [2]ومن ثم لا يمكن إثبات عقد التحكيم بشهادة الشهود أو باليمين المتممة مهما تكن قيمة النزاع المتفق بصدده على التحكيم أو نوعه كما إذا كان في المواد التجارية.

وكما تلزم الكتابة لإثبات العقد تلزم أيضا لإثبات كل شرط من شروط فإذا إتفق الخصوم مثلا على عدم جواز إستئناف حكم المحكم في تشريع يجيز هذا الإستئناف وجب أن يكون ذلك أيضا بالكتابة لأن الأصل أن يكون في ذلك التشريع حكم المحكم يقبل الإستئناف إلا إذا إتفق الأطراف على عكس ذلك كتابة، ولا تجدي شهادة الشهود في هذا الصدد كذلك لا يجوز إثبات أن المحكم مفوض بالصلح إلا بالكتابة.

---

[1] –المادة 1008 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، جريدة رسمية 2008 ، عدد 21.

[2] – أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختياري والإجباري، منشأة المعارف الإسكندرية، دون طبعة ، دون سنة نشر، ص112.

كما قضت محكمة النقض بأن عقد التحكيم يجب أن يكون ثابتا بالكتابة ولا يجوز أن يستشف الرضا به بصورة ضمنية.

ويلاحظ أن قانون الإثبات يجيز في بعض الأحوال الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة وذلك إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة (المادة 62 من القانون المصري) وتنص هذه المادة على أن:" كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الإحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة".

وتنص المادة 63 من نفس القانون على أنه يجوز أيضا الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة:

أ- إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي.

ب- إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي لا يد له فيه[1].

وجدير بالإشارة أن إقرار الخصم يغني عن الكتابة، إذ كل ما يتطلبه القانون أن يكون شرط التحكيم صريحا وثابتا بصورة لا تقبل الشك فالكتابة إذن شرط لإثبات العقد لا لوجوده.

كذلك يجوز إثبات التحكيم بتوجيه اليمين الحاسمة.

وجدير بالذكر أن إتفاق الخصوم على جواز الإثبات بغير الكتابة فيما كان يجب إثباته بها يبرر إثبات عقد التحكيم بغير الكتابة على ما سلف ذكره وذلك إستنادا إلى هذا الإتفاق.

[1] – نفس المرجع ، ص 114.

ومما تقدم يتضح أن القانون يوجب إثبات شرط التحكيم بالكتابة ولو كان ذلك في المسائل التجارية وإنما يجوز التجاوز عن الكتابة في الحالات التالية:

- إذا إتفق الخصوم على غير ذلك.
- الإقرار أو اليمين الحاسمة.
- في الحالات التي يجيز فيها قانون الإثبات الإثبات بغير الكتابة فيما كان يجب إثباته بها.
- إذا استخلصت إرادة الخصوم وأمكن أن يستشف الرضا من جانبهم ببعض عناصر التحكيم ولو كانت جوهرية.

الفرع الثالث: التمييز بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم

باستقراء نصوص ق.إ.م.إ نجد إن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على مشارطة التحكيم ما يدل على عدم اعترافه بها و إنما اكتفى بالنص فقط على شرط التحكيم من خلال المادة 1007 من ق.إ.م.إ و كذا اتفاق التحكيم من خلال المادة 1011 من نفس القانون و يمكن التمييز بين شرط التحكيم و مشارطته من خلال مايلي:

شرط التحكيمClause compromissoire ويقصد به ذلك الشرط الذي يرد ضمن بنود تنظم علاقة قانونية معينة أو بعبارة أخرى يرد ضمن نصوص عقد معين وبمقتضى هذا الشرط يتفق أطراف العلاقة الأصلية– قبل نشوب أي نزاع– على حسم ما قد يثور بينهم من منازعات بواسطة التحكيم.

مشارطة التحكيم: وفي هذه الحالة قد يتفق أطراف النزاع بعد نشوب النزاع على عرضه على التحكيم طبقا لإتفاق مكتوب يحدد الأطراف موضوع النزاع [1]وأسماء المحكمين ومكان التحكيم وإجراءات التحكيم وهذا الإتفاق قد يرد في صورة معاهدات تحكيم خاصة وهو ما يعرف بمعاهدات التحكيم الدائمة قبل نشوب النزاع أيضا.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون المصري يجيز شرط التحكيم كما يجيز مشارطته أما القانون الفرنسي فلا يجيز إلا المشارطة دون الشرط، وانه قد صدر قانون في فرنسا سنة 1920 يجيز الشرط في المواد التجارية.

وتتميز المشارطة عن الشرط في تبيانها بوضوح لموضوع النزاع أم الشرط فهو يرد عن نزاع محتمل[2]، وفي المشارطة ينزل الخصم بالفعل عن الالتجاء إلى القضاء بالنسبة إلى النزاع القائم أما في الشرط فهو ينزل عن الالتجاء إلى القضاء فيما لو نشأ نزاع عن تنفيذ العقد.

وكثيرا ما تتم مشارطة التحكيم أثناء نظر الخصومة أمام القضاء ويتفق أطرافها على وقف السير فيها حتى يتهيأ لهم الجو الصالح لإتمام التحكيم أما إذا اتفق الخصوم على التحكيم أثناء نظر الخصومة أمام القضاء ولم يتفقوا على بقائها لتعود سيرتها الأولى إذا فشل التحكيم لأي سبب من الأسباب، جاز التمسك بعدم قبول الدعوى إذا تم تعجيلها أمام القضاء.

---

[1] – سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع سابق، ص 70.

[2] – أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 192.

المطلب الثاني: أنواع شرط التحكيم

شرط التحكيم كما سبق العرض هو نص وارد ضمن نصوص عقد معين بموجبه يتم اللجوء إلى التحكيم لفض ما قد يثور من منازعات مستقبلا بين أطراف هذا العقد بشأن نفس العقد ويتنوع شرط التحكيم بحسب مجال هذا الشرط وكذلك من حيث ترتيبه للتحكيم عند وقوع النزاع مستقبلا بين أطراف العقد الأصلي.

غير أن ما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري أورد شرط التحكيم على العموم و لم يحدد التقسيمات المختلفة لهذا الشرط ، وكذا الأسس المعتمدة في هذا التقسيم.

و سنتناول فيما يلي التقسيمات المختلفة لهذا الشرط كما يلي:

الفرع الأول: شرط التحكيم من حيث المجال

الفرع الثاني: شرط التحكيم من حيث ترتيبه وتنظيمه للتحكيم

الفرع الأول: شرط التحكيم من حيث المجال

ينقسم شرط التحكيم من حيث المجال إلى شرط تحكيم عام وشرط تحكيم خاص

أولا: شرط التحكيم العام

وهو النص الذي بموجبه تلتزم الأطراف المتعاقدة بإحالة أي نزاع يتعلق بأي نقطة في العقد الأصلي إلى التحكيم دون استثناء أو مع وجود استثناءات محدودة ومتفق عليها

صراحة[1] أو بعبارة أخرى هي أن كل الخلافات الناجمة عن العقد والتي قد تثور مستقبلا يكون التحكيم هو المختص بنظرها والفصل فيها ومثال ذلك نص الفقرة الثالثة من المادة 09 من الاتفاقية المعقودة بين حكومة الجمهورية العربية المتحدة وبرنامج الغذاء العالمي في 06 يوليو 1963 والذي يقضي بأن:" أي خلاف يقع بين الحكومة والبرنامج ناشئا عن هذه الاتفاقية، أو متعلقاتها ولا يمكن تسويته بالمفاوضات أو بأي وسيلة أخرى متفق عليها يحال إلى التحكيم بناء على طلب أي من الطرفين ويجري هذا التحكيم في مدينة روما".

وكذلك المادة الرابعة من معاهدة الصداقة بين الهند[2] ومصر في 06 أبريل 1955 وكذلك المادة 12 من اتفاق الخدمات والمرافق الجوية بين اندونيسيا واليابان في 23 يناير 1962.

ومن أمثلة هذا النوع من شرط التحكيم نص المادة 15 من معاهدة مكة للصداقة وحسن الجوار في 07 أبريل 1931 بين المملكة العربية السعودية والعراق.

ثانيا: شرط التحكيم الخاص

وهو النص الوارد بالعقد الأصلي والذي تلتزم بموجبه الأطراف بإحالة أية خلافات تثور مستقبلا إلى التحكيم بشأن مسألة معينة أو مسائل محددة على سبيل الحصر أو شرط التحكيم في هذه الحالة قد يكون مشفوعا بوسائل سابقة على التحكيم كالمفاوضات أو

[1] – محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة، دار الشروق، ط 2002، ص 112

[2] – إلهام عزام وحيد الخراز ، التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع ، أطروحة لاستكمال متطلبات الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس – فلسطين ، ص 172

التفويض أو غير ذلك من وسائل التسوية السلمية، وغالبا ما تكون المسألة أو المسائل المحدودة والتي بنص شرط التحكيم على إحالتها إلى التحكيم تتعلق بتفسير العقد الأصلي (المعاهدة) أو تطبيقه ومثال ذلك شرط التحكيم الخاص المنصوص عليه في المادة 07 من معاهدة السلام المصرية الإسرائيلية في عام 1979م والذي قضى باللجوء إلى التحكيم فقط بالنسبة إلى الخلافات التي قد تنشأ بشأن تطبيق تلك المعاهدات أو تفسيرها حيث جاء[1] في نص تلك المادة:

أ. تحل الخلافات بشأن تطبيق أو تفسير تلك المعاهدة عن طريق التفاوض.

ب. إذا لم يتيسر حل أي من هذه الخلافات عن طريق المفاوضة فتحل بالتوفيق أو تحال إلى التحكيم".

الفرع الثاني: شرط التحكيم من حيث ترتيبه وتنظيمه للتحكيم

أولا: التعهد التحضيري

هو أن ينص شرط التحكيم بإحالة ما قد يثور من منازعات مستقبلا بشأن العقد الأصلي إلى التحكيم دون تنظيم أو ترتيب وهذا يعني أنه بمجرد وقوع النزاع لابد من اتفاق ثان بين الأطراف لوضع اتفاق تحكيم خاص أو بعبارة أخرى أنه بمجرد وقوع النزاع لابد من تنظيم للتحكيم متفق عليه ومثال ذلك نص البند 38 من المادة 16 من اتفاقية إنشاء مركز الشرق الأوسط الإقليمي للنظائر المشعة للدول العربية بالقاهرة عام 1962م الذي

[1] – أنور علي أحمد الطبشي ، مبدأ الإختصاص في مجال التحكيم ، المرجع سابق، ص 158.

يقضي:" بأن يتم تسوية المنازعات بين دولتين أو أكثر من أطراف الاتفاقية المتعلقة بتفسير وتطبيق الاتفاقية والتي لا يمكن تسويتها بالمفاوضات أو بطرق أخرى يتفق عليها عن طريق التحكيم". فهذا النص يقتصر على وضع تعهد باللجوء إلى التحكيم لا يمكن وضعه موضع التنفيذ إذا ما وقع النزاع إلا بوضع تنظيم التحكيم.

ثانيا: التعهد المنظم

بمعنى أن شرط التحكيم لا ينص فقط على مجرد اللجوء إلى التحكيم عندما يثور النزاع مستقبلا بل يتضمن شرط التحكيم أيضا نصوص منظمة للتحكيم بشأن تشكيل المحكمة وعدد المحكمين والعدد الذي يقوم كل طرف بتعيينه وكيفية اختيار رئيس المحكمة وجنسية المحكمين والإجراءات الواجب إتباعها في حالة عدم اتفاق الأطراف على تشكيل المحكمة[1]، ومن أمثلة هذا النوع من شرط التحكيم نص المادة 06 من الميثاق المنشئ للصندوق العربي للإنماء الاقتصادي والاجتماعي حيث تضمن نصوص تفصيلية تنظم كيفية اللجوء إلى التحكيم[2].

[1] – حيدر علي ، دور الحكام في شرح مجلة الأحكام ، الكتاب الثاني عشر– بيروت ، بدون طبعة ، بدون سنة نشر ،ص 213 وما بعدها.

[2] – نفس المرجع ، ص 218

المطلب الثالث: شروط صحة شرط التحكيم

لقد سبقت الإشارة إلى أن شرط التحكيم ذا طبيعة مستقلة وما دام كذلك فهو يلزم لصحته شروط منها ما هو موضوعي ومنها ما هو شكلي وسنتناول هذه الشروط بالتفصيل من خلال ما يلي:

الفرع الأول: الشروط الموضوعية

أولا: التراضي في شرط التحكيم

ثانيا: المحل في شرط التحكيم

ثالثا: السبب في شرط التحكيم

الفرع الثاني: الشروط الشكلية

أولا: كتابة شرط التحكيم

ثانيا: تعيين المحكمين

الفرع الأول: كتابة شرط التحكيم

يجب لصحة شرط التحكيم أن تكون الشروط الموضوعية متوفرة وهذه الشروط تتمثل في ثلاثة عناصر، أولهما توفر التراضي الصحيح، وثانيهما أن يرد هذا التراضي على محل ممكن، ثالثا أن يكون السبب مشروعا كالتالي:

أولاً: التراضي في شرط التحكيم

التعبير عن الإرادة الذي يتم إفراغه كتابيا بما يفيد قبول التحكيم كوسيلة لحل المنازعات الحالة أو المستقلة يصدر بالضرورة عن أشخاص أطراف التحكيم أو ممثليهم، ومن هنا يجب التأكد من:

- من أهليتهم القانونية لإبرام هذا النوع من التصرفات.
- سلامة رضاهم عن طريق خلو الإرادة من العيوب .

1- إن الأهلية المشترطة في طرفي اتفاق التحكيم هي أهلية التصرف، وأهلية التصرف لا تثبت بحسب الأصل إلا لمن بلغ سن الرشد غير محجوز عليه لجنون أو عته أو سفه أو غفلة، كذلك يجب ألا قد أشهر إفلاسه لأنه يترتب على شهر الإفلاس غل يد المدين عن التصرف في أمواله من تاريخ إشهار إفلاسه، ومن ثم فإنه يتمتع بالاتفاق على التحكيم اعتبارا من هذا التاريخ، غير أن المنع لا يشمل بالطبع الأموال غير الداخلة في التفليسة.[1]

وعدم توافر أهلية أحد أطراف التحكيم يعد سببا لبطلان الاتفاق على التحكيم وهذا أمر مفترض، ونصت عليه اتفاقية نيويورك في المادة 01/5/ أ.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا ما هو القانون الواجب التطبيق على أهلية أطراف اتفاق التحكيم حتى يمكن الرجوع إليه لمعرفة أهلية أطراف اتفاق التحكيم؟

[1] – سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 234–242.

باستقراء قوانين الدول في هذا الشأن نجد أن بعضها يطبق على الأهلية قانون الجنسية بالنسبة للأفراد وقانون الموقع بالنسبة للأشخاص المعنوية لقوانين البلاد ذات التقاليد اللاتينية، والبعض الآخر من القوانين يطبق قانون الموطن بالنسبة للأفراد وقانون البلد التأسيس بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة لقوانين البلاد ذات التقاليد الأنجلو سكسونية، وقد تطبق بعض القوانين ضابطا موضوعيا وليس شخصيا مثل ضابط محل إبرام العقد المعمول به في الولايات المتحدة الأمريكية أو أن يكون قانون الأهلية هو القانون الذي يخضع له العقد بوجه عام.

ولم تقرر اتفاقية نيويورك مسألة القانون الواجب التطبيق على الأهلية بل تركت لمحاكم الدول المختلفة أن تطبق قواعد التنازع المعمول بها في كل دولة، ولعل السبب في عدم وضع قاعدة موحدة بخصوص أهلية أطراف التحكيم هو تخوف واضعي الاتفاقية من الدخول في مسألة تنازع التكييفات، ونظرا لاختلاف قواعد الإسناد ولتعذر وضع نصوص موحدة لذا فقد آثروا ترك تقدير أهلية أطراف اتفاق التحكيم للقانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع في قانون الدولة المطلوب إليها[1] التنفيذ ومن ثم فإن اتفاقية نيويورك قد تركت للقاضي الذي يطرح عليه طلب الأمر بالتنفيذ، عند التطرق لمسألة الأهلية لتقرير مدى صحة الاتفاق على التحكيم، فإذا كان الأمر مطروحا على قاضي فرنسي أو مصري مثلا يأخذ نظامه القانوني بقانون الجنسية، وجب تحديد مدى توافر أو عدم توافر أهلية الشخص وفقا لقانون جنسيته، أما إذا طرح الأمر على قاضي بريطاني أو أمريكي يأخذ نظامه

[1] – المادة 01/5/أ من اتفاقية نيويورك.

القانوني بقانون الموطن، فإن المناط عندئذ لتقرير مدى توافر أو عدم توافر أهلية الشخص يكون بالقواعد الموضوعية في قانون موطن الشخص الطرف في شرط التحكيم والسؤال الذي يطرح نفسه هنا ما هو الحال عند وجود قيود في القوانين الداخلية للدول تؤثر على أهلية الأفراد عند إبرامهم لاتفاق التحكيم كما هو الحال في القانون الإيطالي الذي ينص في المادة الثانية من قانون المرافعات على بطلان اي اتفاق تحكيم بين أشخاص إيطاليين أو متوطنين في إيطاليا لإجراء تحكيم خارج ايطاليا؟ كما هو الحال في القانون الفرنسي الذي ينص على حظر الاتفاق على التحكيم من قبل أشخاص القانون العام كالدولة وأجهزتها وهيئاتها العامة.

بالنسبة للحالة الأولى حسم القضاء الايطالي الإجابة على هذا التساؤل بقول محكمة النقض الايطالية مرارا في العديد من أحكامها بتقرير وجوب الاعتراف بصحة الاتفاق على التحكيم في الخارج المبرم بين رعايا ايطاليين مقيمين في إيطاليا، أو بينهم وبين أجانب متوطنين في إيطاليا ، إعمالا لاتفاقية نيويورك لأنه بالتصديق على الاتفاقية صارت جزء من النظام القانون الإيطالي بحيث يجب تطبيق مضمونها باعتبارها تتضمن قواعد تسمو على القواعد الداخلية، ولما كانت الاتفاقية لم تشترط انتماء أطراف التحكيم إلى جنسية دولة معينة أو توطنهم في دولة ما كشرط لصحة اتفاق التحكيم فلا يجوز الادعاء بعدم صحة شرط التحكيم لأن أحد طرفيه من جنسية إيطالية أو متوطن في إيطاليا[1].

[1] – سامية راشد ،المرجع السابق، ص 933.

وبالنسبة للحالة الثانية، فقد استقر القضاء الفرنسي على أن القيود المذكورة تسري فقط في شأن المعاملات الداخلية، ولكنها لا تمنع أشخاص القانون العام من أن تكون طرفا في اتفاق تحكيم ذا طبيعة دولية، وأثيرت هذه الحالة أمام المحاكم التونسية في نزاع طرح أمام القضاء التونسي حول صحة اتفاق تحكيم أبرم بين شركة الكهرباء والغاز التونسية، وهي مؤسسة عامة وبين شركة فرنسية وتمسكت الشركة التونسية ببطلان اتفاق التحكيم على أساس أن القانون التونسي يحظر على المؤسسات العامة الالتجاء إلى التحكيم، ورفضت المحكمة التونسية هذا الدفع واستندت إلى واقعة انضمام تونس لاتفاقية نيويورك، وقررت أن الحظر القائم في القانون الداخلي لا يسري على الحالات التي يكون فيها الاتفاق على التحكيم متعلقا بمعاملة دولية، وخلصت المحكمة إلى حجة اتفاق التحكيم بغرض النظر عن القيود التي يفرضها القانون الداخلي.[1]

ويجب أن نلاحظ أن بطلان حكم التحكيم لبطلان شرط التحكيم لنقص أهلية أحد طرفيه، قد يكون بطلان مطلق وذلك إذا وجهت إجراءات المحاكمة إلـــى ناقص الأهلية نفسه أو باشرها بنفسه وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، أما إذا وجهت إجراءات المحاكمة إلى ممثل أو نائب ناقص الأهلية القانوني فإن البطلان يكون بطلان نسبي، حيث يجب على الممثل أو النائب القانوني أن يحضر إجراءات المحاكمة ويتمسك ببطلان اتفاق التحكيم، أما إذا حضر ولم يعارض في ذلك اعتبر شرط التحكيم صحيحا من هذا الوجه لأن ذلك بمثابة إجازة من الممثل أو النائب القانوني لاتفاق التحكيم الذي وقعه ناقص

[1] – سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 323.

الأهلية وعلى ذلك يجب على الطرف الآخر تجنب مباشرة إجراءات قابلة للزوال بأن توجه إجراءات التحكيم إلى نائب أو ممثل ناقص الأهلية من البداية كمحاولة لتصحيح البطلان الذي أصاب شرط التحكيم لنقص أهلية الطرف الآخر.

2- خلو الإرادة من العيوب: لا يكفي فقط أن يتمتع أطراف شرط التحكيم بالأهلية حتى يكون الشرط صحيحا، بل يجب أيضا أن تكون إرادتهم سليمة خالية من عيوب الرضا(الغلط، والتدليس، والإكراه، والاستغلال)، وسلامة الرضا مطلب ضروري لتلاقي إرادة الطرفين، والتحقق من وجود الرضا وعدم وجوده وما يتعلق بصحته أو فساده إنما هي أمور تخضع للقانون الذي يحكم اتفاق التحكيم ذاته. ومن ثم فإبطال شرط التحكيم لعيب في إرادة[1] أحد الطرفين لا تمتد إلى العقد الأصلي، الذي يبقى صحيحا، رغم إبطال شرط التحكيم الملحق به، وفي هذا يصدق مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، الذي سجلته **المادة 23** من قانون التحكيم التجاري الجديد، غير أنه يلاحظ في هذا المقام ما قد يؤدي إليه إعمال حكم المادة 143 من القانون المدني، من امتداد البطلان إلى العقد الأصلي إذا تبين من الظروف أن إرادة المتعاقدين ما كانت لتنتهي إلى إبرام العقد الأصلي فيما لو كان قد تبين أن شرط التحكيم باطل عند التعاقد.

[1] – سامية راشد ، المرجع السابق، ص 312.

أما إذا كان عيب الإرادة لاحقا بالعقد الأصلي، فإن إبطال العقد الأصلي لهذا السبب لا يكون له أثر على شرط التحكيم إذا كان هذا الشرط[1] صحيحا في ذاته .

وهذا هو حكم المادة 23 من القانون التي قررت مبدأ استقلال شرط التحكيم. ومن الواضح من هذا الحكم أنه يشرط لإعمال مبدأ الاستقلال أن يكون الشرط صحيحا في ذاته . ومن ثم فالسؤال الجوهري الذي يطرح نفسه هو ما إذا كان عيب الإرادة اللاحق بالعقد الأصلي يمكن أن يمتد إلى شرط التحكيم، ويؤدي بالتالي إلى جعله باطلا، على الرغم من التسليم بمبدأ استقلال شرط التحكيم؟ وماهي الحالات التي يمكن أن يتحقق فيها هذا الامتداد؟

- ويمكن أن نميز في هذا الشأن بين الغلط، وبين الإكراه، وبين الاستغلال أو الغبن.

ففيما يتعلق بالغلط، يلاحظ أن الغلط قد يرد على محل العقد الأصلي أو على قيمة المعقود عليه، وهذا النوع من الغلط لا يمتد بطبيعة الحال إلى شرط التحكيم لأن له محلا آخر متميزا عن محل العقد الأصلي، هو إخراج النزاع من ولاية القضاء وإيكال الفصل فيه إلى هيئة التحكيم، وقد يرد الغلط على شخص المتعاقد في العقد الأصلي أو على صفة من صفاته. وهذا النوع من الغلط تمتد بالضرورة إلى شرط التحكيم، لأن المتعاقد الذي وقع الغلط في شخصه أو في صفته هو بالضرورة متعاقد في شرط التحكيم ذاته. وعلى هذا النحو تخرج هذه الحالة من نطاق مبدأ الاستقلال.

[1] – مصطفى محمد الجمل، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، ص 406.

- أما فيما يتعلق بالإكراه، فهو ينصب بالضرورة على شخص المتعاقد الآخر ويستهدف التأثير على إرادته. وهذا المتعاقد هو ذاته[1] الطرف الآخر في شرط التحكيم. وشرط التحكيم يتم التعاقد عليه مع العقد الأصلي دفعة واحدة وعلى هذا النحو فالإكراه الذي يبطل العقد الأصلي يؤدي بالضرورة إلى إبطال شرط التحكيم، على نحو يخرج معه الأمر من نطاق تطبيق مبدأ استقلال شرط التحكيم، ما لم يكن شرط التحكيم قد تم الاتفاق عليه بعد ابرام العقد الأصلي، وبعد زوال حالة الإكراه.
- وأما عن عيب الاستغلال والغبن، فالاستغلال يتطلب لقيامه شرطان احدهما هو عدم التعادل الواضح بين ما يلتزم به أحد الطرفين[2] وما يلتزم به الطرف الآخر. وثانيهما هو أن يكون عدم التعادل هذا ناشئا عن استغلال أحد الطرفين لضعف معين في الطرف الآخر، حدده المشرع المصري بالطيش البين أو الهوى الجامح . ومن الواضح أن الشرط الأخير – وهو شرط استغلال ضعف في المتعاقد الآخر – يتصور تحققه بالنسبة لشرط التحكيم – لكن الشرط الأول لا يتصور تحققه بالنسبة له لأن له محلا أو مضمونا متميزا عن محل أو مضمون العقد الأصلي ، ولأنه – أي شرط التحكيم – ينشئ التزامات متعادلة في مواجهة كل من الطرفين ، إذ كل منهما لا يلتزم فيه بأكثر من عدم الالتجاء إلى القضاء عند قيام النزاع، والالتجاء بدلا منه إلى التحكيم.

---

[1] – نفس المرجع ، ص 406.

[2] – نفس المرجع ، ص 407.

ولا يختلف الوضع بالنسبة للغبن من باب أولى لأن الغبن يقوم على عنصر واحد هو عنصر عدم التعادل في الالتزامات. وعلى هذا النحو فمبدأ استقلال شرط التحكيم يجد تطبيقا مطلقا في مجال إبطال العقد الأصلي للاستغلال أو الغبن. فيظل شرط التحكيم صحيحا رغم إبطال العقد الأصلي لهذا السبب.

ثانياً : المحل في شرط التحكيم

1- **تعريف المحل:**محل العقد يمثل الحق أساسيا من أركانه، و الذي لا ينعقد بدونه ومحل العقد :هو الالتزامات التي يولدها، أو الشيء الذي يلتزم المدعي بعمله، أو الامتناع عن عمله فالغاية من العقد هي إنشاء الالتزام، فإن لم يتم الالتزام لسبب يمس محله فإن العقد لحله تقع باطلا بدوره، باعتبار أن محل الالتزام يعتبر في نفس الوقت محلا للعقد الذي يشوبه ويشرط في محل العقد بصفة عامة – فضلا عن وجوده – أن يكون معينا، أو على الّأقل قابلا للتعيين، وأن يكون مشروعا .

2- شروط المحل:

وقد تضمن القانون المدني الجزائري الشروط الواجب توافرها في محل العقد بصفة، عامة وهذه الشروط هي :

الشرط الأول : أن يكون محل العقد ممكنا، غير مستحيل

يلتزم لنشأة الالتزام، وبالتالي، لقيام العقد الذي يولده أن يكون محله ممكنا، غير مستحيل . وفي ذلك، تنص المادة 93 من ق المدني الجزائري المعدل بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005على أنه:

(إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أومخالف للنظام العام أو الأداب العامة كان العقد باطلا بطلانا مطلقا)

فإن الالتزام المدني بما هو مستحيل، بطل التزامه، وبطل العقد الذي أريد له أن ينشؤه .

الشرط الثاني: أن يكون محل العقد معينا ، أو قابلا للتعين

يشترط في محل الالتزام أن يكون معينا، أو على الأقل قابلا للتعين وفي ذلك تنص المادة94 من القانون المدني الجزائري على أنه :

1- إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا.

2- ويكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تمكن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره. وإذا لم تتفق لمتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف . أو منذ أي ظرف أخر ، التزام المد ين أن يسلم شيء من صنف متوسط) .

الشرط الثالث : أن يكون محل العقد مشروعا[1]

شرط في محل الالتزام أن يكون مشروعا – أي جائزا قانونا – فإذا كان محل الالتزام غير مشروع، ما قام الالتزام، وبطل العقد الذي كان من شأنه أن يولده ، لعدم مشروعية محله، وفي ذلك تنص المادة 93 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005على أنه :

(إذا كان محل الالتزام... مخالفا للنظام العام و الآداب كان العقد باطلا)

ومناط مشروعية محل الالتزام، أو عدم مشروعيته، هو مخالفته للقانون، وللنظام العام وحسن الآداب في الدولة . فإذا كان محل الالتزام لا يتعارض مع القانون، ولا مع النظام العام، وحسن الآداب في الدولة، كان مشروعا وقام العقد.

أما إذا كان مخالفا للقانون أو متجافيا مع النظام العام أو حسن الآداب في الدولة وقع غير مشروع وبطل العقد .

- إذا تحديد المحل في شرط التحكيم إنما يكون بتحديد النزاع المحتمل، وغير المحدد أو القائم بالفعل بين الأطراف المحكتمين لحظة إبرام الاتفاق على التحكيم الوارد في صورة شرط التحكيم، و المراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم، شكل من

[1] – محمود السيد التحيوي ، طبيعة شرط التحكيم و جزاء الإخلال به ، دار الفكر الجامعي ، طبعة 2003، ص213-ص215.

أفراد عاديين أو هيئات غير قضائية – دون المحكمة المختصة بتحقيقه والفصل في موضوعه– .

- أما في ورقة ذاتها أو أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .
- هذا وقد يكون تحديد النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم واردا في شرط التحكيم يكون قد سبق إدراجه في عقد من العقود – سواء كان عقدا مدنيا، أم عقدا تجاريا ،أم عقدا إداريا، أو في طلب التحكم.
- تنص م 1440 من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية على انه:" النزاع يرفع أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه عند نشأته بواسطة المحكمين معا أو بواسطة الخصم صاحب المصلحة في التعجيل برفع الدعوى. أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه" وهو ما يعني أن موضوع النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم قد يتحدد بمعرفة خصم واحد، و هو نفس المعنى الذي نصت عليه المادة (02/10) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م، في شأن التحكيم في المواد المدنية و التجارية ،عندما أجازت تحديد موضوع النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم في بيان الدعوى الذي يجب على المدعى أن يرسله إلى المدعى عليه، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم.
- على انه – وبالنسبة لشرط التحكيم –يمكن القول بان المنازعات موضوعه تحدد بأنها الناشئة عن تفسير ،أو تنفيذ عقد معين ،و لهذا فإنه يعتبر باطلا ،العقد المبرم

بين شخصين و الذي يتفق فيه على عرض أية نزاع ينشأ بينما في المستقبل على هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين، أو هيئات غير قضائية، للفصل فيه.

- و لا يشترط أن يرد تحديد النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم في ذات العقد المتضمن شرط التحكيم، وإنما يمكن أن يشير هذا العقد الى عقد ،أو عمل قانوني آخر ،بل من الممكن تحديد محل النزاع بعد ذلك ،أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه، ذلك أنه وان كان شرط التحكيم يحصل عند ابرام العقود، و كان الغرض منه إخضاع ما ينشأ عن هذه العقود من منازعات في المستقبل لنظام التحكيم، فإنه لا يتصور أن يتضمن هذا الشرط موضوع نزاع لم ينشأ بالفعل بين الأطراف المحتكمين.

بيد أن شرط التحكم يجب أن يتضمن بالضرورة الالتزام الأساسي لأطرافه المحتكمين ألا وهو التزامهم بحل النزاعات المستقبلية والتي يمكن أن تنشأ عن تفسير، أو تنفيذ العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية لنظام التحكيم، بحيث إذا خلا شرط التحكم من هذا الالتزام فإنه يكون قد فقد مغزاه، لأنه يكون وارد حينئذ على غير محل.

ويمثل هذا الالتزام الحد الأدنى لمضمون شرط التحكيم، والذي إذا تخلف فقد شرط التحكيم ركن المحل، والخاص بتحديد النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم.

وان كان يجوز للأطراف المحكمين إضافة بيانات أخرى يتحدد بها مضمون شرط التحكيم فيجوز مثلا ان يتضمن شرط التحكيم الإتفاق على قصره على بعض المنازعات المحتملة –دون غيرها أو الإتفاق على الحدود التي تتقيد بها هيئة التحكيم المكلفة بالفصل

في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم،أو على القواعد والإجراءات الواجبة الإتباع أمامها. أو فتجوز مثلا ان يتضمن شرط، او على القواعد والإجراءات الواجبة الإتباع أمامها، او تخويلها صفة هيئة التحكم المفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين، أو استبعاد أي طريق من طرق الطعن الجائز و لوجها ضد حكم التحكيم الصادر في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم، أو الاحتفاظ بحق الطعن فيه أمام درجة أعلى من درجات التقاضي، بطبيعة الحال في حدود ما يسمح به القانون الوضعي المقارن.

- وكما يجوز أن يتضمن شرط التحكيم نصا بالفصل في جميع المنازعات التي يمكن أن تنشأ في المستقبل عن تفسير عقد من العقود، أو تنفيذه بطريق التحكيم، بدون تحديد مواطن النزاع، فإنه يجوز كذلك أي يقتصر شرط التحكيم على النص على الفصل في بعض المنازعات المحتملة وغير المحددة التي يمكن أن تنشأ بين الأطراف المحتكمين عن تفسير عقد من العقود، أو تنفيذه في المستقبل، أي عن جزء فقط من تلك المنازعات المحتملة و غير المحددة.

– فقد يتفق الأطراف المحتكمون في شرط التحكيم على ان يكون التحكيم كليا ،أي شاملا لجميع المنازعات المتعلقة بتفسير عقد من العقود، أو بتنفيذه– سواء كانت ذات طابعا قانونيا، أم فنيا، أم ماليا، أم اقتصاديا – وقد يكون اتفاقهم على التحكيم جزئيا، يشتمل على بعض أنواع من المنازعات المتقدمة.

وفي الممارسة العملية ،يجري تحديد صيغة [1]النزاع المحتمل، وغير المحدد في شرط التحكيم بعدة طرق –فقد يطلق عليها اصطلاح نزاع disqute، او خلاف differende و تجري صياغة شرط التحكيم بطرق مختلفة – فقد ينص مثلا– على أن التحكيم سوف يشمل كل المنازعات التي يمكن أن تنشا عن تفسير عقد من العقود ،أو تنفيذه، بمعنى انه تختلف صياغة شرط التحكيم في العقود المختلفة فيما يتعلق بتحديد نطاق النزاع المحتمل و غير المحدد، والمراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ،بسبب ما اذا كان يراد تحديد موضوع مخصوص ليعرض على هيئة التحكيم، تشكل من أفراد عاديين، أو هيئات غير قضائية للفصل فيه، أم أن نية الأطراف المحتكمين "أطراف الإتفاق على التحكيم" قد اتجهت إلى بسط شرط التحكيم على كل المنازعات الناشئة عن تفسير العقد، أو تنفيذه.

والتزام أطراف شرط التحكيم بالفصل فيما يثور بينهم من منازعات في المستقبل محتملة وغير محددة عن طريق نظام التحكيم– يتحدد و بطبيعة الحال – بالمنازعات التي يجوز الفصل فيها بهذا الطريق ،بحيث يكون شرط التحكيم باطلا متى تعلق بغير هذه المنازعات.

ولقد اكتفت أحكام القضاء المقارن بتحديد الأطراف المتحكمون لموضوع النزاع محل شرط التحكيم تحديدا عاما ،دون تفصيل أوجه النزاع، كأن يكتفي باتفاق الأطراف المحتكمين على التحكيم لتصفية حساب بينهم، أو للفصل في منازعات ناشئة عن تنفيذ

[1] – نفس المرجع ،ص245.

عقد إيجار منزل أحدهم، أو للفصل في المنازعات الناشئة بين الزوجين، في نظام اشتراك الأموال الذي تم الزواج على أساسه.

وتطبيقا لذلك، فقد قضي بأنه:" عقد التحكم الذي تكلف فيه هيئة التحكم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالفصل في النزاع القائم بين الأطراف المحتكمين".

أطراف الإتفاق على التحكيم بموجب الدعاوى القضائية يعتبر تحديدا للنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ".

كما قضى بانه :" يمكن تحديد النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم بأية عبارة نافية للجهالة". على انه يجب تحديد النزاع موضوع شرط التحكيم بشكل كاف ،ليسمح للقاضي العام في الدولة المرفوع اليه الطعن باستئناف حكم التحكيم الصادر في النزاع موضوع شرط التحكيم أو الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة، المرفوعة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر في النزاع موضوع شرط التحكيم تقدير ما اذا كانت هيئة التحكم التي كانت قد كلفت بالفصل فيه، قد التزمت حدود المهمة التي عمد إليها القيام بها، من عدمه.

ثالثا: السبب

حيث يشرط في السبب أن لا يكون مخالفا للنظام العام والأداب العامة هذه الأخيرة تختلف من بلد لأخر ، وقد نص المشرع الجزائري على مشروعية السبب من خلال المواد 97-98 من الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 حيث نصت

المادة 97 منه على مايلي :" إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب العامة كان العقد باطلا."

الفرع الثاني:الشروط الشكلية لصحة شرط التحيم

لا تكفي الشروط الموضوعية و حدها لصحة شرط التحكيم، بل لا بد من توافر شروط أخرى، هي شروط شكلية يمكن حصرها في شرطين إثنين هما :كتابة شرط التحكيم (أولا)، و تعيين المحكمين (ثانيا)

أولا: كتابة شرط التحكيم

ثانيا: تعيين المحكمين

أولا : كتابة شرط التحكيم

حيث اختلفت التشريعات في مدى اعتبار الكتابة شرط لانعقاد صحة شرط التحكيم أم وسيلة للإثبات .

1/الموقف التشريعي

أ-موقف التشريعات الدولية :

إذا كانت القاعدة العامة في شأن شرط التحكيم ،تقضي بخضوعه للقانون الموضوعي المطبق على العقد[1]، لذلك يجب الرجوع الى مثل هذا القانون لمعرفة مدى تطلبه الكتابة لصحة شرط التحكيم من عدمه، و باستقراء مواقف قوانين الدول من النص على هذا

[1] – مصطفى محمد الجمل و عكاشة محمد عبد العال ،التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية ، مرجع السابق،ص308.

الشرط نجدها اختلفت و تباينت ،فمجموعة الدول ذات التقاليد اللاتينية سعت الى إحاطة شرط التحكيم بضمانات معينة و ادخاله في دائرة التصرفات التي يجب افراغها في شكل معين كالقيمة و الوصية و الصلح ومن ثم تطلبت الكتابة لصحة شرط التحكيم ،و ذلك حتي يمكن التحقق من أن إرادة الأفراد قد اتجهت بالفعل إلى الإلتجاء الى التحكيم.

وعلى النقيض تماما فإن الدول ذات النظم الأنجلو سكسونية لم توجد مبررا يوجب اخضاع شرط التحكيم لشكل معين فأخضعته للقواعد العامة التي تحكم التصرفات القانونية، واكتفت بتدخل القاضي للتحقق من انصراف إرادة الأطراف إلى اللجوء الى التحكيم في حالة ما اذا كان شرط التحكيم شفهيا أو يمكن استخلاصه ضمنا من الظروف القائمة، فعلى سبيل المثال يجري قضاء محكمة استئناف باريس على أن انعدام الكتابة في حد ذاتها لا يترتب عليه بطلان مشارطة التحكيم ،حيث يمكن التحقق من وجود مشارطة التحكيم من مسلك الخصوم أثناء سير خصومة التحكيم ،فإذا شارك الخصوم في خصومة التحكيم بدون أي تحفظ أو اعتراض على وجود مشارطة التحكيم أمكن القول بوجود شرط تحكيم صحيح.

ب- موقف التشريعات الداخلية :

اختلفت قوانين الدول العربية في النص على هذا العنصر، بالنسبة للمشرع الجزائري فيتبين جليا أنه اعتبر الكتابة شرطا لصحة شرط التحكيم و ذلك ما نستشفه من خلال قراءة ما نصت عليه المادة 01/1008 من ق أم إ 09/08 المؤرخ في 25 فبراير

2008 التي جاء فيها ما يلي :" يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان ،بالكتابة في الاتفاقية الأصلية، أو في الوثيقة التي تستند اليها.

أما القانون المصري يتطلب الكتابة لصحة شرط التحكيم من خلال نص المادة 12 من قانون التحكيم الجديد،أما القانون البنائي فيهم من نص المادة766 /01 من قانون أصول المحاكمات المدنية أن الكتابة شرط للإثبات .

2 /موقف التنظيمات الدولية

أما بخصوص هذا العنصر على مستوى التنظيمات الدولية الموحدة،فان بروتوكول جنيف 1923م واتفاقية جنيف لعام 1927م قد رأيا بأن يتركا الأمر لتقدير كل دولة حسب قانونهما الداخلي بالإحالة إلى التشريع الوطني لكل دولة لتحديد شروط إثبات شرط التحكيم، ولكن اتفاقية نيويورك لعام 1958م حسمت هذا الأمر بالنص صراحة في المادة الثانية على ضرورة الكتابة لصحة شرط التحكيم ،و الكتابة في هذه الحالة تعد شرطا للصحة وليس دليلا للإثبات، وتعترف الاتفاقية كذلك بالخطابات أو البرقيات المتبادلة بين الأطراف دون اشتراط وجود عقد مسايرة لضرورات التجارة الدولية بموجب المادة 02/ 02، اما بالنسبة للاتفاقيات المتبادلة عن طريق الفاكس تنص المادة 2/2 من الاتفاقية على هذا النوع من طرق الاتصال، ولكن لا يوجد ما يمنع من الاعتراف بهذه الوسيلة من وسائل الاتصال حيث اعترفت القوانين الوطنية الحديثة بوسائل الاتصال المكتوبة كالفاكس مثل: قانون التحكيم المصري رقم 27 لعام 1994م في المادة (12) ،و القانون الإيطالي لعام 1994م في المادة 19/807.

ثانيا :تشكيل هيئة التحكيم

يخضع تشكيل هيئة التحكيم في الأصل إلى إرادة الأطراف و اتفاقهم ،وقد حاولت القوانين تنظيم هذا الأمر من خلال النص على ذلك في التشريعات الوطنية ،و من الأمثلة على ذلك ما تم النص عليه في مضمون المادة 15 من قانون التحكيم المصري حيث جاء فيها: "تتشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين، من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة وإذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا و إلا كان التحكيم باطلا."[1]

نلاحظ أن القانون المصري ترك للأطراف الحرية في تشكيل هيئة المحكمين لكنه تدخل بنص آمر حيث اشترط فيه حال تعدد المحكمين دون تحديد للعدد أن يكون العدد ثلاثة .

وقد عالج قانون اليونسترال النموذجي بشأن التحكيم التجاري الدولي القواعد الخاصة بتشكيل محكمة التحكيم في المواد من10–15حيث أرست هذه المواد مبدأ سلطان الإرادة بترك الحرية للأطراف في تحديد عدد المحكمين ،و إلا كان العدد ثلاثة.[2]

كما ينص القانون النموذجي على: "انه في حال عدم وجود اتفاق على تشكيل هيئة التحكيم تتولى الأمر الجهة التي يحددها القانون الوطني لكل دولة و تكون قراراتها في هذا الخصوص غير قابلة للطعن فيها"[3]

---

[1]– قانون التحكيم المصري، رقم 27 لسنة 1994.

[2]– بريري محمود مختار أحمد ،التحكيم التجاري الدولي ، دون طبعة ، دون سنة نشر، ص80.

[3]–انظر المواد(6،11،12،13،16) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال ما تم النص عليه في مضمون المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08-09 التي جاء فيها مايلي :"اذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة تحكيم بفعل احد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين الحكم و المحكمين يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس[1] المحكمة الواقع في دائرة اقتصارهما محل إبرام العقد أو محل تنفيذه".

من خلال ما سبق يتبين أن القاعدة العامة في تشكيل هيئة التحكيم منوطة بإرادة الأطراف، و لكن في حال عدم الاتفاق بين الأطراف على أية جزئية متعلقة بتشكيل هيئة التحكيم يتم إحالة الأمر الى الجهة المعنية وفق ما ينظمه القانون الوطني لكل دولة.

1/ الشروط الواجب توافرها في المحكم

يجب ابتداء أن يتوفر في المحكم عد ة شروط حتى يستطيع القيام بالمهمة الموكلة إليه حيث لا يكفي توافر الأهلية المدنية التي تخضع للقانون الشخصي عند الفرد ليكون محكما وإنما يلزم توفر شروط أخرى ،هي في الغالب شروط صلاحيته لممارسته العمل القضائي ،مثل شرط الجنسية، أو شرط مزاولة مهنة معينة، أو مراعاة القيود الواردة في القوانين الوطنية المختلفة، مثل أن لا يكون المحكم قاصرا، أو محجورا عليه، أو محروما من حقوقه المدنية أو مفلسا، فهذه الشروط تتعلق بالاختصاص بالتحكيم، ولها

[1]– عبد الله ،عز الدين ،تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص ،مجلة مصر المعاصرة القاهرة ،العدد 371 ،يناير سنة 1978 ،ص 54.

أثرها في صحة الحكم أو بطلانه وهي بهذه المثابة تخضع للقانون الذي يحكم الإجراءات.[1]

فالشروط المطلوب توافرها في المحكم هي لغرض ضمان الحياد والاستقلال حتى يطمئن الطرفان للقرار الذي سيصدره هذا المحكم، فالمحكم لا يعتبر وكيلا عن الأطراف أو مدافعا عنهم، وإنما الاختيار لهذا المحكم هو تفويض من أحد الأطراف لشخص آخر بأن يقوم بحل النزاع مع قبول الشخص المفوض بما يحرره المحكم.[2]

وبالنظر إلى القوانين المختلفة ،فإنها تضع نصوصا تحدد وتنظم شروط معينة للشخص الذي يمكن أن تعهد إليه محكمة التحكيم وهي في الغالب نفس الشروط التي يجب أن تتوفر في القاضي.

حيث جاء في مجلة الأحكام العدلية :"أن المحكم بمنزلة القاضي المولى من طرف السلطان للحكم بين الطرفين و لذلك يجب أن يكون المحكمة حائزا للشروط المشروط توفرها في القاضي "[3] .

في حين نصت المادة 502 من قانون المرافعة المصري على أنه:" لا يجوز أن يكون المحكم قاصرا أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو مفلسا لم يرد إليه اعتباره .

---

[1]– فوزي محمد سامي :التحكيم التجاري الدولي ،الجزء الخامس،الطبعة الأولى،عمان، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 1997،ص157.

[3]–حيدر علي ، دور الحكام في شرح مجلة الأحكام ، الكتاب الثاني عشر ،بيروت ، مرجع سابق ، ص230.

ويمكن حصر الشروط الواجب توفرها في المحكم بشكل عام حسب ما ورد في عدد من القوانين بما يلي:

– يجب أن يكون المحكم شخصا طبيعيا ولا يجوز أن يكون شخصا معنويا وهذا الشرط يمكن استنتاجه من النصوص القانونية دون أن يرد ذلك صراحة .

أما إذا تم تعيين شخص معنوي يناط به تسوية الخلاف بتحكيم عن طريق مركز التحكيم مثل: غرفة التجارة الدولية [1]، فهذا يعني أن مركز التحكيم يقوم بتنظيم عملية التحكيم فقط.[2]

–أن يكون المحكم متمتعا بالأهلية الكاملة وفقا لقانونه الشخصي، ولا فرق في كونه ذكرا أو أنثى، وتنص بعض الدول في تشريعاتها على وجوب أن يتم اختيار المحكمين من مواطني هذه الدولة كما هو الحال في قوانين كولومبيا و الإكوادور إلا أنه في تشريعات أخرى يجوز أن يكون المحكم أجنبيا ،أيضا لا يشترط أن يكون للمحكم مهمة معينة.

إلا بعض القوانين تشترط أن يكون للمحكم مهمة معينة كأن يكون محامي[1] مثلا مثل: القانون الإسباني.

يتضح من خلال ما سبق أن أهلية المحكم منوطة بقانونه الشخصي الذي يحدد أهليته والشروط الواجب توفرها فيه.

[1]– تأسست غرفة التجارة الدولية في العام 1919 ،و تعد مؤسسة من مؤسسات التحكيم التجاري الدولي ،حيث تعمل محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة على جل المنازعات التجارية بمعدل 500 قضية سنويا.

[2]– فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق ،ص155.

2/اختيار المحكمين

إن القواعد الدولية المعمول بها في حقل التحكيم الدولي بصورة عامة، لاتضع شروطا خاصة لمن يمكن اختياره محكما، ذلك لأن القاعدة في هذه الحالة ترك الحرية للطرفين في اختيار الشخص أو الأشخاص الذين يثقون بهم وبنزاهتهم والاطمئنان إلى عدالتهم في اتخاذ القرار الخاص بحسم النزاع.

أ- على المستوى الدولي:

حيث نصت بعض الاتفاقيات الدولية صراحة على إمكانية قيام الأجنبي بمهمة التحكيم، وقد ورد في الاتفاقية الأوربية لعام[2] 1961م في المادة الثالثة منها على أنه :" في التحكيم الخاضع لهذه الاتفاقية يمكن للأجانب أن يعينوا المحكمين".

كما نصت بعض الاتفاقيات والقواعد الدولية على عدم تعيين محكم ممن يحملون جنسية أحد أطراف النزاع، وذلك في حالة تعيينه من قبل سلطة التعيين.

كما نصت الاتفاقية العربية للتحكيم الجاري لسنة 1987 م على أنه: " لا يجوز أن يكون المحكمون الذين يتم تعيينهم من مواطني دولة أحد الطرفين ".

كما نصت الاتفاقية في المادة 14 منها على أن: " يعد مجلس الإدارة سنويا قائمة بأسماء المحكمين من كبار رجال القانون والقضاء أو من ذوي الخبرة العالية والاطلاع الواسع في التجارة أو الصناعة أو المال ومتمتعين بأخلاق العالية والسمعة الحسنة".

وقد ورد نص مشابه في اتفاقية واشنطن لعام 1965م الخاص بحل المنازعات المتعلقة بالاستثمارات، حيث جاء في المادة 38 من الاتفاقية أنه:" عندما يقوم رئيس مجلس الإدارة بتسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات بتعيين المحكم أو المحكمين، يجب ألا يكونوا من مواطن دولة احد الأطراف". مما يتعلق بهذا الخصوص أيضا ما جاء في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة[1]، حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة 11: "أنه لا يمنع أي شخص بسبب جنسيته من العمل كمحكم ما لم يتبين الطرفان على خلاف ذلك [1]".

ب- على مستوى التشريع الجزائري:

حددت المادة 1041 من ق إ م إ كيفية تعيين المحكمين حيث جاء فيها:" يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم.

في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يلي:

1- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

[1]- نفس المرجع ، ص157.

2- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر".

يتبين من خلال هذا النص أن هناك 3 طرق يتم بموجبها تعيين المحكمين، فقد يكون ذلك عن طريق التعيين المباشر للأطراف (أ) ، بطريقة غير مباشرة وذلك بالرجوع إلى نظام مركز التعيين تحكيمي (ب) أو من قبل رئيس المحكمة في حالة غياب هذا التعيين أو صعوبته (ج) .

- **التعيين المباشر للمحكمين من قبل الأطراف:**

يمكن للأطراف مباشرة، كما تؤكد المادة 1041 أعلاه، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم، وسواء كان ذلك التعيين مدرجا في شروط التحكيم clause compromissoire أو كان في اتفاق التحكيم compromis بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل يبين الخصوم، وتختلف الإجراءات الخاصة باختيار أو تعيين المحكمين طبقا لنوعية التحكيم الذي اختاره الطرفان، فإذا كان التحكيم خاصا المسمى أيضا التحكيم الحر أو تحكيم الحالات الخاصة أو التحكيم الفردي[1]، أي دون الإشارة إلى مؤسسة تحكيمية، يتولى الطرفان اختيار أو تعيين محكم واحد أو عدة محكمين، وفي أغلب الأحيان يتولى

[1]- أنور علي أحمد الطبشي ، مبدأ الإختصاص في مجال التحكيم ،الطبعة الأولى ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،2009 ،ص144.

كل طرف في النزاع اختيار أو تعيين محكم واحد ومن ثم يتولى المحكمان الاثنان تعيين محكم ثالث يسمى بالمحكم الرئيسي أو المحكم المرجح[1].

يتمتع الأطراف في هذه الحالة بحرية مطلقة في تشكيل المحكمة التحكيمية الدولية كما يشاءون وبالعدد الذي يرتؤونه والمواصفات التي يحددونها والطريقة التي يرسمونها[2].

وعلى الطرفين أن يشيرا في اتفاق التحكيم إلى كيفية معالجة بعض المشاكل التي قد تحدث بالنسبة لتعيين المحكمين، مثال ذلك: عند عدم تعيين المحكم من قبل أحد الأطراف أي امتناعه عن تسمية المحكم، أو أن تسمية المحكمين الاثنين الذين تم اختيارهما اختلفا في تعيين المحكم الثالث، ففي هذه الحالات يكون من الأفضل للطرفين أن يكونا قد اتفقا على ما لم يمكن عمله، كأن يتفقا على جهة معينة أو شخص ما هو الذي يتولى تعيين المحكم ويطلق على هذه الجهة أو الشخص مصطلح " سلطة التعيين" L'autorité de nomination[3].

-التعيين بالإشارة إلى نظام مركز تحكيمي دائم:

تسمح المادة 1041 أعلاه للأطراف اختيار التحكيم المنظم أو المؤسسي لتسوية النزاعات التي قد تطرأ أو طرأت بينهم ، و في هذه الحالة يتم التحكيم وفقا للقواعد التي تتبعها المؤسسة التحكيمية و هذه القواعد هي التي تحدد كيفية اختيار المحكمين و غالبا ما تعد

---

[1]- فوزي محمد سامي ، مرجع سابق، ص136.

[3]- عبد الحميد الأحدب ، موسوعة التحكيم –التحكيم الدولي- الجزء الثاني ، مرجع سابق،ص285.

[3]- فوزي محمد سامي ، مرجع سابق، ص136.

المؤسسة قائمة PANEL تشتمل على أسماء أشخاص متخصصين لهم خبرة و معرفة بالمعاملات و القوانين التجارية،وللأطراف المتنازعة أن تختار من خارج القائمة الخاصة بتلك المؤسسة و الأمر متروك لحرية الطرفين.

ويتعين التنبيه هنا إلى أن مهمة المؤسسة التحكيمية تنظم التحكيم فحسب، فليس لهما صلاحية الفصل في نزاع و إنما يتولاه المحكمون المختارون . ومن الواضح أن الأطراف الذين قبلوا بنظام مؤسسة تحكيمية يخضعون بذلك إلى نظام تعيين وعزل واستبدال المحكمين المنصوص عليهما في نظام هذه المؤسسة ويتعين عليهم التقيد بهما[1]

ج- تعيين المحكمين من طرف القاضي الوطني:

إن تدخل القاضي الوطني في تعيين المحكمين يكون عادة عندما تختار الأطراف التحكيم الخاص واستثناء عندما يختارون تحكيم نظامي أو المؤسسي إذا ثار نزاع بين أحد طرفي التحكيم وبين مركز التحكيم الذي اتفق الطرفان على إدارته للتحكيم حول بعض الإجراءات التي اتخذها المركز أو التي يتعين عليه اتخاذها، أو بسبب وجود نقص في لوائحه في هذه الحالة سوف يجد القضاء نفسه مدعوا إلى التدخل لحسم النزاع بين الطرفين.

- فالقاضي الجزائري من خلال نص المادة 1041 م من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا يتدخل في تشكيل هيئة التحكيم إلا استثنائيا تاركا الحرية الكاملة

للطرفين في اختيار محكميهم أو اختيار نظام تحكيم يتولى المهمة، فهو لا يتدخل إلا في حالة غياب تعيين أو في حالة صعوبة تعيين المحكمين .

- فإذا لم يتفق طرفا التحكيم على اختيار المحكمين أو على الطريقة التي يتم بها الاختيار، فإن القضاء يحق له الاختيار بناءا على طلب أحد الطرفين بشروط هي :
- أن يكون هناك اتفاق على التحكيم، يحدد فيه كيفية تشكيل المحكمة.
- يجب ألا يتفق الطرفان على تسمية المحكم أو تعيين محكم التحكيم الخاص.
- يجب أن يقدم أحد طرفي التحكيم إلى المحكمة طلبا لتعيين المحكم، فإذا توفرت هذه الشروط حق للجهة القضائية المختصة المساعدة في تشكيل المحكمة.

المبحث الثاني: التكييف القانوني لشرط التحكيم

إن شرط التحكيم أمر عارض على العقد وهو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع وغير مخالف للنظام العام وهو وارد على أمر جائز شرعا وقانونا لتسوية النزاع عن طريق التحكيم وسنحاول التطرق لطبيعته القانونية وفق مايلي:

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لشرط التحكيم

المطلب الثاني: مبدأ استقلال شرط التحكيم

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لشرط التحكيم

و تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يحدد و بدقة الطبيعة القانونية لهذا الشرط، و هذا خلافا لما ذهب له كل من المشرع المصري و كذا الفرنسي من اعتبار شرط التحكيم وعدا بالتعاقد اوعقدا معلقا على شرط استنادا لمجموعة من الحجج كالتالي:

الفرع الأول: طبيعة شرط التحكيم في القانون الوضعي المصري

الفرع الثاني: طبيعة شرط التحكيم في القانون الوضعي الفرنسي

الفرع الأول: طبيعة شرط التحكيم في القانون الوضعي المصري

شرط التحكيم يكون وعدا بعقد في القانون الوضعي المصري ومن ثم فإنه يشترط أن تتوافر لدى الواعد نفس الأهلية اللازمة لصحة العقد الموعود به" مشارطة التحكيم" والوعد بالتعاقد هو:" اتفاق يتم بتوافق إرادتين بموجبه يعد أحد المتعاقدين الآخر بإبرام

عقد معين في المستقبل، إذا أظهر الأخير رغبته في ذلك خلال مدة معينة[1] فيتقيد الواعد بهذا الاتفاق دون أن يتقيد الموعود له بشيء"

وتنص المادة 101 من القانون المدني المصري على أنه:" 01- الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها.

02- وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضا في الاتفاق الذي يتضمنه الوعد بإبرام هذا العقد"

ومفاد النص القانوني المصري المتقدم أن الوعد بالتعاقد هو عقد كامل يتم بإيجاب وقبول ولذلك فإنه يجب أن تتوفر فيه شروط الانعقاد، وشروط الصحة اللازمة لأي عقد من العقود ولكن نظرا لأن الوعد بالتعاقد يلزم الواعد دون الموعود له فيعتبر الوعد بالتعاقد بالنسبة له نافعا نفعا محضا ولذلك يكفي أن يكون مميز ولا يشترط أن تتوافر فيه الأهلية اللازمة لإبرام العقد الموعود به إلا وقت إبرام العقد النهائي.

وبناء على ما سلف فإن شرط التحكيم هو مجرد وعد بالتعاقد.

[1] – محمود السيد التحيوي، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به، المرجع السابق ، ص 76.

الفرع الثاني: طبيعة شرط التحكيم في القانون الوضعي الفرنسي

لم يكن شرط التحكيم في مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة يعتبر اتفاقا على التحكيم وإنما كان وعدا بإبرام هذا الاتفاق في المستقبل عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم.

بمعنى أن شرط التحكيم يمثل حلقة مؤدية للتحكيم[1] بحيث أن شرط التحكيم المدرج في عقد من العقود لمواجهة نزاع محتمل وغير محدد لا يعفي أطراف شرط التحكيم عندئذ من إبرام مشارطة تحكيم في المستقبل عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم.

وشرط التحكيم بالمعنى السابق وهو اللجوء إلى التحكيم فيما قد يثور من نزاعات في المستقبل بين الأطراف، يطلق عليه الفقه التحكيم الإجباري وقد تطورت هذه الفكرة وكانت جذورها الأولى في معاهدة التحكيم بين فرنسا وبريطانيا عام 1904 م وبعد انتهاء الحرب العالمية الثانية انتشر وساد اللجوء إلى التحكيم الإجباري وأصبح شرطا وارد في الكثير من المعاهدات[2].

وشرط التحكيم بالمعنى السابق لا يعدو إلا أن يكون بندا من بنود العقد ومن ثم فهو ينطوي على الغموض حيث أنه لا يتضمن التفاصيل اللازمة والواجبة والتي تمكن من وضع التحكيم موضع التطبيق الأمر الذي يترتب عليه استحالة حل النزاع بالتحكيم ما لم

---

[1]– خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة،دار الشروق ،الطبعة الأولى، مرجع سابق ، ص 166.

[2] – نفس المرجع ، ص 169.

يسع الأطراف إلى إبرام مشارطة تحكيم تتضمن التفاصيل اللازمة والواجبة لحل النزاع كما أن شرط التحكيم قد يثير بعضا من الصعوبة عندما يرد في عقد غير صحيح أو باطل أو منعدم مما أدى في الماضي بالكثير من الدول إلى رفضه وضرورة إبرام مشارطة تحكيم بعد قيام النزاع، بيد أن الوضع اختلف كثيرا منذ إبرام بروتوكول جنيف 1924 م حيث اتجه الفقه والقضاء إلى الاعتراف بشرط التحكيم وإسباغه بنفس القوة القانونية التي تتمتع بها مشارطة التحكيم.

مهما كان الأمر حول تكييف شرط التحكيم فإن الأمر المؤكد أن شرط التحكيم عقد كامل ملزم لأطراف التحكيم دون الحاجة إلى إبرام المشارطة ولابد أن تتوافر فيه أركان العقد بشكل عام وهذا هو التكييف المنطقي لطبيعة شرط التحكيم.

ودوران شرط التحكيم في فلك العقد الأصلي وارتباطه به ارتباط لا يقبل التجزئة أمر قد يؤدي إلى تقليص نظام التحكيم لذا ظهر من يقول بمبدأ استقلال شرط التحكيم وهو ما يجب أن نتعرض له بشيء من التفصيل.

المطلب الثاني: مبدأ استقلال شرط التحكيم

كثيرا ما يبطل أو يفسخ أو يلغى العقد مثار المنازعة الذي تضمن شرط التحكيم مما قد يؤدي إلى إشكالية عويصة يحملها التساؤل التالي:

هل يفسخ أو يبطل شرط التحكيم تبعا للعقد أم يبقى قائما مستقلا عنه على الرغم من فسخ العقد الأصلي أو إلغائه لأي سبب؟

و سنتناول الإجابة على هذا التساؤل من خلال مايلي:

الفرع الأول: مدى القول باستقلالية شرط التحكيم

الفرع الثاني: مفهوم مبدأ استقلالية شرط التحكيم

الفرع الأول: مدى القول باستقلالية شرط التحكيم

إن البحث في مدى القول باستقلالية شرط التحكيم عن العقد الذي يتضمنه أدى بنا إلى دراسة وجهة نظر بهذا الخصوص أولهما تذهب إلى القول بعدم استقلالية شرط التحكيم وهو ما جاء به أصحاب النظرية التقليدية في حين ذهبت الثانية إلى الأخذ بهذه الاستقلالية وهو ما نادى به أصحاب النظرية الحديثة[1].

أولا: رأي أصحاب النظرية التقليدية

يرى أصحاب هذه النظرية أن شرط التحكيم جزء لا يتجزأ عن العقد الذي يتضمنه، فهو يشكل بندا من بنوده الذي يتأثر به وجودا وعدما، صحة و بطلانا فإذا بطل العقد أدى ذلك إلى بطلان كل بنوده وشروطه بالتبعية بما في ذلك شرط التحكيم الأمر الذي يترتب عليه عدم التزام أطراف العقد بتنفيذ الاتفاق الذي كان بينهما والذي مفاده عدم اللجوء إلى القضاء كل النزاعات التي قد تثور بينهما والاحتكام إلى حكم المحكمين ذلك أن المحكم لا يملك سلطة النظر في الدفوع التي يقدمها أحد الطرفين ببطلان العقد وبالتالي

[1] – مصطفى محمد الجمل و عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، ص 349.

بطلان شرط التحكيم كي ينكر عليه اختصاصه الأمر الذي يدفعه إلى إحالة الطرفين إلى المحكمة المختصة في النظر في تلك الدفوع فإذا حكمت المحكمة ببطلان العقد ترتب على ذلك انتهاء عملية التحكيم[1].

لقد استمرت أفكار النظرية التقليدية التي سادت بالوحدة الكاملة بين العقد الأصلي وشرط التحكيم حتى منتصف القرن الماضي إلى أن تلقت انتقادات لاذعة على هذه المفاهيم والمبادئ من قبل أصحاب النظرية الحديثة الذين يرون أن مفاهيم النظرية التقليدية من شأنها أن تقف ضد تطور التحكيم وتعزيز دوره ومكانته في التجارة الدولية[2].

ثانيا: رأي أصحاب النظرية الحديثة

في منتصف القرن الماضي عمد أصحاب النظرية الحديثة إلى القول بمبدأ استقلالية شرط التحكيم لحماية الإنجازات التي حققتها أنظمة التحكيم التجاري واعتبروا شرط التحكيم عقد قائما بذاته مستقلا عن العقد الذي تضمنه وقد أدى قضاء التحكيم التجاري الدولي كقضاء لحل النزاعات التي تنتج عن إبرام العقود التجارية إلى تأكيد استقلالية شرط التحكيم.

[1] – ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية 1996، ص 309.

[2] – فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 199

الفرع الثاني: مفهوم مبدأ استقلالية شرط التحكيم[1]

اختلفت الاتجاهات في تحديد المفهوم الدقيق لمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي فهناك من أخذ بمفهوم الاستقلال المادي لشرط التحكيم عن العقد الذي تضمنه وهناك من أخذ باستقلال شرط التحكيم عن حكم القانون الذي يحكم العقد، وهذا ما سنوضحه من خلال مايلي:

أولا: الاستقلال المادي تجاه العقد

لقد قيلت بهذا الصدد تعريفات مختلفة وسنعرض أهمها من خلال مايلي:

عرف الدكتور منير عبد المجيد مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي كما يأتي:" إن عدم مشروعية العقد الأصلي أو صحته أو بطلانه أو فسخه لا يؤثر على شرط التحكيم سواء كان هذا الشرط مدرجا في العقد الأصلي أم كان مستقلا عنه في صورة اتفاق تحكيم وأساس هذا النظر أن اتفاق التحكيم يعالج موضوعا مختلفا عن موضوع العقد الأصلي لأن اتفاق التحكيم تصرف قائم بذاته له كيانه المستقل عن العقد الأصلي"[2].

في حين عرفته الدكتورة ناريمان عبد القادر بالآتي:" إذا كان الشرط باطلا فإن هذا يجب ألا يؤثر في العقد الذي يتضمنه وإذا كان العقد نفسه باطلا أو فسخ فهذا لا يؤثر

[1] – ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 311.

[2] – منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية 1995، ص 102.

على شرط التحكيم، وهذا ما يعبر عنه باستقلالية شرط التحكيم، فشرط التحكيم وإن كان يرد في العقد الأصلي إلا أن له ذاتية متميزة ومستقلة عن العقد"[1]

بعد قراءة كل من التعريفين وتعليلهما نجد أن التعريف الثاني أدق وأكثر صوابا من التعريف الأول وذلك للأسباب التالية:

01- تناول التعريف الثاني مفهوم مبدأ الاستقلالية من خلال التمييز بين حالتين أولهما حالة استقلالية شرط التحكيم عن العقد الذي تضمنه وثانيهما: حالة استقلالية العقد الأصلي عن شرط التحكيم في حين اقتصر التعريف الأول على بيان مفهوم مبدأ الاستقلالية من خلال حالة فريدة وهي الحالة التي يلحق العيب فيها العقد دون شرط التحكيم.

02- اكتفى التعريف الثاني بحالة استقلالية الشرط الذي يكون مدرجا ضمن بنود العقد في حين توسع التعريف الأول إلى القول بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم سواء كان يندرج ضمن بنود العقد وهو ما يصطلح على تسميته مشارطة التحكيم إلا أننا نرى أن هذا الكلام يشوبه الخلل لأنه لا حاجة للكلام عن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد في الوقت الذي يكون فيه هذا الاتفاق مستقل فعلا عن العقد وقائما بذاته تم الاتفاق عليه بعد إبرام العقد وقبل نشوء النزاع.

[1] – ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 311.

تجدر الإشارة هنا إلى القول أن المقصود بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم هو استقلال الاتفاق المبرم على شكل شرط التحكيم والمدرج ضمن بنود العقد عن هذا الأخير ومن المؤثرات التي تؤثر بصحته[1]، وبالتالي فإن بطلان العقد أو فسخه لأي سبب كان لا يؤثر على شرط التحكيم المدرج ضمن بنود هذا العقد وأن بطلان شرط التحكيم لا يؤثر على العقد وهذا ما يؤدي إلى تحقيق الغاية المرجوة من التحكيم كوسيلة بديلة للمتعاقدين لحل نزاعاتهم.

إن الأساس الذي استند عليه مبدأ استقلال اتفاق التحكيم هو أن اتفاق التحكيم والعقد الأصلي يشكلان تصرفين متميزين وبالتالي فإن اتفاق التحكيم هو اتفاقية في اتفاقية أو عقد في عقد.

ثانيا: الاستقلال عن قانون العقد (الاستقلال القانوني)

ويقصد منه خضوع شرط التحكيم لقانون آخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي فاستقلالية شرط التحكيم تؤدي إلى قبول عدم خضوع شرط التحكيم بالضرورة إلى ذات القواعد التي تحكم العقد الأصلي فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية سنة 1973م في قضية RECHT إلى أن:" لشرط التحكيم استقلال قانوني كامل في مواجهة العقد الأصلي وأي قانون وطني واجب التطبيق". ومما لا شك في أن الاعتراف بهذا الأثر لمبدأ استقلال شرط التحكيم من شأنه أن يحقق الفاعلية في مجال استقلال شرط التحكيم ومن ثم

[1] – حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2007، ص 119.

فإن الاقتصار على فكرة الاستقلال المادي دون الاستقلال القانوني لشرط التحكيم عن العقد الأصلي يؤدي بنا إلى القول أنه إذا ورد العقد صحيحا لا بطلان فيه وكان القانون الواجب التطبيق عليه يحظر شرط التحكيم أو يجعله باطلا لسبب أو لآخر فإن هذا الاستقلال لن يحول دون أن يقع شرط التحكيم باطلا[1].

كما يرى الأستاذ "غولمان" أن استقلالية شرط التحكيم تشكل قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي مستقلة عن أحكام القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي ولا يستبعد اعتباره واحدة من القواعد العرفية الدولية التي كرستها المحاكم الفرنسية آخذة بالحسبان حاجات التجارة الدولية ومن ثم يترتب على استقلالية شرط التحكيم في التحكيم التجاري الدولي خضوع اتفاق التحكيم لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي.

فإذا كان قانون العقد يبطل شرط التحكيم لعيب في الرضا مثلا أو لاختلاف صفة الأطراف أو لطبيعة الالتزامات التعاقدية الوارد بشأنها أو يمنعه في بعض العقود إلى غير ذلك فإن ذلك لا أثر له على صحة الشرط المذكور[2]. إذ أن النظام القانوني الذي يحكم العقد الأصلي يختلف عن النظام القانوني الذي يحكم الاتفاق أي اتفاق التحكيم.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن شرط التحكيم مستقل كذلك عن كافة القوانين الوطنية ويقصد بذلك استقلالية شرط التحكيم عن كل قانون يؤدي إلى بطلانه وتسري

[1] – أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب تسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية 2003، ص 130.

[2] – نفس المرجع ، ص 230.

عليه قواعد قانونية مستمدة من مبادئ وعادات التجارة الدولية. الأمر الذي يدعونا إلى استنتاج مدى الحرية التي يحققها هذا المبدأ من خلال السماح للأطراف المتعاقدة اختيار القانون الواجب تطبيقه على اتفاق التحكيم.

ثالثا: الأساس القانوني لمبدأ استقلالية شرط التحكيم

بعدما تأكد لنا مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم لابد من بيان الأساس الذي يقوم عليه هذا المبدأ فيمكن أن نجد أساسه في القواعد العامة في القانون المدني وبما يطلق عليها نظرية انتقاص العقد إذ أخذ بها القانون المدني الجزائري في نص المادة 104 والتي جاء فيها:" إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله.

ومؤدى هذه النظرية تفترض أن العقد ليس باطلا بالكامل بل في جزء منه فقط فيمكن إزالة الجزء الباطل والإبقاء على الجزء الصحيح وقياسا على اتفاق التحكيم فإنه في حالة بطلان العقد الأصلي الذي يحوي شرط التحكيم ضمنه فإن العقد يبطل لوحده ويبقى شرط التحكيم صحيحا في حالة توافر شروطه كاتفاق مستقل والعكس صحيح[1]. في حين أنه لا يمكننا تطبيق نظرية تحول العقد لأن هذه النظرية تفترض أن يكون العقد باطلا برمته لكي يتحول إلى عقد آخر، أما إذا كان في جزء منه باطلا وفي الجزء الآخر صحيح وكان هذا التصرف قابلا للانقسام فإنه ينتقص العقد ولا يتحول.

[1] – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، القاهرة، ص 454.

وعليه فإن اتجاه استقلالية شرط التحكيم ينطلق من واقع عملي هو أن شرط التحكيم وهدفه في آن واحد هو تسوية النزاع عن طريق التحكيم بدلا من اللجوء إلى القضاء والنزاع ستتم تسويته في جميع الأحوال ولا يمنع أن تتم هذه التسوية عن طريق التحكيم ما دام أن هيئة التحكيم ستفصل فيه وفقا للقانون الواجب التطبيق والتي ستقضي ببطلان العقد مثلا مع تطبيق الآثار المترتبة على ذلك من تعويض أو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد

موقف الاتفاقيات الدولية والتشريعات الداخلية والقضاء من مبدأ استقلالية شرط التحكيم:

01- موقف الاتفاقيات الدولية من مبدأ استقلالية شرط التحكيم

حيث اختلفت الاتفاقيات الدولية في طريقة النص على مبدأ استقلالية شرط التحكيم فمنها من نصت عليه بصورة ضمنية ومنها من عالجه بصورة صريحة

أ- الاتفاقيات الدولية التي تناولت مبدأ استقلالية شرط التحكيم بصورة ضمنية

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن أغلب الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم جعلت من مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي قاعدة مادية ناتجة عن التوافق الدولي على هذا المبدأ غير أنه لم تتبنى جميع هذه الاتفاقيات هذا المبدأ بصورة صريحة فهناك من أخذ به بشكل ضمني وهناك من نص عليه صراحة.

إن اتفاقية نيويورك المتعلقة باعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الموقعة في 10 جوان 1958م والاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي الموقعة في جنيف بتاريخ 1961/04/21م واتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى الموقعة بتاريخ 1966/10/14 لم تنص صراحة على مبدأ استقلالية شرط التحكيم

إن اتفاقية نيويورك لم تشر مباشرة إلى مبدأ استقلالية شرط التحكيم واكتفت بالتأكيد على جواز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ.

أما اتفاقية جنيف الأوربية الصادرة في 21 أبريل 1961 والمتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي لم تشر بصورة صريحة إلى مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي أو لم تشر إليه أصلا، فيذهب أصحاب الرأي الأول إلى أن اتفاقية واشنطن أكدت على مبدأ استقلالية شرط التحكيم ولكن بصورة ضمنية إذا اكتفت بالإشارة من خلال نص الفقرة الأولى من المادة 41 منها إلى أن هيئة التحكيم هي التي تحدد اختصاصها وهو ما يمكن إلحاقه بما جاء في اتفاقية جنيف لسنة 1961 م في حين يذهب أصحاب الرأي الثاني إلى إنكار ما جاء على لسان أصحاب الرأي الأول إذ يقول الباحث أسامة أحمد حسين أبو القمصان:" لا يمكن الاستناد إلى نص المادة السابقة للوصول إلى مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي لأن النص المذكور لم يأت بما يفيد باستقلالية شرط التحكيم، حيث أن النص أحدث فقط عن مبدأ اختصاص هيئة التحكيم وهذا المبدأ الأخير

يعتبر من المبادئ التي أصبحت مستقرة في التحكيم التجاري الدولي وأن الأساس القانوني لمبدأ اختصاص المحكم لا يقوم على مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

فالأساس القانوني لهذا المبدأ يقوم على أساس قضائي وهو الاعتراف للمحكم بالنظر في اختصاصه.

ب- الاتفاقيات الدولية التي تناولت مبدأ استقلالية شرط التحكيم بصورة صريحة:

لقد أعاد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال) لعام 1985م في نص الفقرة الأولى من المادة 16 ما نصت عليه قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في الفقرة الثانية من المادة 21 منها، إذ نصت المادة 16 على ما يأتي:" ... ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزء من العقد كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يرتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم".

وفي نفس السياق تبنت الدول الإفريقية هذا المبدأ في نص الفقرة الثانية من المادة الرابعة من التصرف الموحد لـــ 11 مارس 1999م في إطار منظمة قوانين الأعمال في إفريقيا (أوهادا)[1] فبعدما أن تم التصريح بصورة مستقلة على أن اتفاق التحكيم مستقل عن

[1] – L'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires(OHADA).

العقد الأصلي، جاءت المادة الرابعة في فقرتها الثانية وأكدت أن:" صحة اتفاق التحكيم لا تتأثر ببطلان العقد الأصلي".

إن الاختلاف الوحيد الذي يمكن استنتاجه بين هذه المادة والفقرة الأولى من المادة 16 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال) هو أنه في هذه الحالة الأخيرة تم التأكيد على استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، في حين أن المادة الرابعة المذكورة أعلاه توسعت بالنص على استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي لا شرط التحكيم.

02- موقف التشريعات الداخلية من مبدأ استقلالية شرط التحكيم:

نصت أغلب التشريعات الحديثة المتعلقة بالتحكيم على مبدأ استقلال شرط التحكيم بصورة صريحة ومباشرة سواء منذ بداية إصدار التشريع أو بعد إدخال التعديلات على نصوصه القانونية في وقت لاحق كالآتي:

- القانون الجزائري:

لقد دخلت الجزائر مجال التحكيم الدولي سنة 1989م تاريخ انضمامها إلى اتفاقية نيويورك المتعلقة باعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الموقعة في 10 جوان 1958م، ليصدر بعد ذلك مرسوم تشريعي[1] ينظم التحكيم التجاري الدولي وهو المرسوم الذي أضاف مواد جديدة إلى قانون الإجراءات المدنية فصار يشتمل على

[1] – المرسوم 09/93 المؤرخ في 25 أفريل 1993 المتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية ، جريدة رسمية 1993، عدد 27.

مواد تنظم التحكيم الداخلي[1] ومواد أخرى تنظم التحكيم التجاري الدولي جاءت في مجملها متأثرة بالقانون الفرنسي لسنة 1981م [2]، وهي المواد التي ظلت سارية المفعول إلى غاية أفريل 2009 أي تاريخ تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3] والذي تضمن مواد خاصة بالتحكيم التجاري الدولي وهي المواد من 1039– 1061 منه.

حيث نصت المادة 458 مكرر من المرسوم التشريعي 09/93 على مبدأ استقلالية شرط التحكيم إذ جاء فيها:" لايمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح". إلا أنه بقي العمل بنفس الحكم حتى مع صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد

حيث نصت المادة 1040 منه على أنه:" لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي" .

- القانون التونسي:

ساير المشرع التونسي تطور قوانين التحكيم التجاري الدولي وقد أخذ بمبدأ استقلالية شرط التحكيم في الفصل 61 من قانون التحكيم التونسي إذ جاء في الفقرة الأولى منه أنه:" تثبت هيئة التحكيم في اختصاصها وفي أي اعتراض يتعلق بوجود اتفاقية تحكيم

[1] – المواد من 442 إلى 458 من قانون الإجراءات المدنية.

[2] – المواد من 458 إلى 458 مكرر 28 من قانون الإجراءات المدنية.

[3] قانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية 2008، عدد 21 علما أنه نصت المادة 1062 منه على سريان مفعوله منذ نشره.

أو بصحتها، ولهذا الغرض ينظر إلى الشرط ألتحكيمي بالعقد كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شروطه الأخرى والحكم ببطلان العقد لا يترتب عنه قانونا بطلان الشرط ألتحكيمي.[1]

- القانون المصري:

من القوانين أيضا التي نصت على هذا المبدأ نذكر نص المادة 23 من قانون التحكيم المصري، حيث جاء في نص المادة المذكورة:" يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط 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".

- القانون الأردني:

حيث إن موقف القانون الأردني من مبدأ الاستقلالية لم يكن منذ البداية، حيث لم يشر قانون التحكيم الملغى لسنة 1958م إلى مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي ولكن أحسن المشرع في قانون التحكيم الجديد لسنة 2001 م بإيراده حكم المادة 22 التي نصت على مايلي:" يعد شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي اثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته".

وبذلك ذهب المشرع إلى حماية الشرط التحكيمي وجعله مستقل عن العقد الأصلي.

[1]قانون عدد 42 لسنة 1993 مؤرخ غي 26 أبريل 1993 يتعلق بإصدار مجلة التحكيم، الرائد الرسمي،عدد 33 بتاريخ 4 مايو،1993، ص 580.

أما بالنسبة للتشريعات الغربية، فقد أشار قانون التحكيم الإنجليزي لسنة 1996م إلى مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد وذلك بموجب نص المادة السابعة منه، والتي نصت على انه:" مالم يتفق الأطراف على غير ذلك فإن التحكيم الذي يشكل أو كان مقصودا أن يشكل جزءا من اتفاق آخر لا ينبغي اعتباره غير صحيح بسبب أن ذلك الاتفاق الآخر غير صحيح، وينبغي أن يعامل من أجل ذلك الغرض كاتفاق مستقل".

كما تبنى القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 م صراحة مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي في الفقرة الثالثة من المادة 178 منه إذ نصت على أنه:" لا يجوز المنازعة في صحة اتفاق التحكيم بمقولة عدم صحة العقد الأصلي".

كما أخذ بنفس الحكم قانون الإجراءات المدنية الهولندي لسنة 1986م والساري ابتداء من 31 يناير 1997 م وذلك في نص المادة 1053 منه بالإضافة إلى المادة الثامنة من القانون الإسباني لـــ 05 ديسمبر 1988م والمتعلق بالتحكيم.

03- موقف القضاء من مبدأ استقلالية شرط التحكيم

لقد لعب القضاء دورا لا يستهان به من أجل تبني بعض الأنظمة القانونية لمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وقد كان أول ظهور لمبدأ استقلالية شرط التحكيم في العقود التجارية الدولية من القضاء الهولندي، في الحكم الصادر بتاريخ 27 ديسمبر 1935م حيث تقرر:" أنه في حالة تنازع الأطراف حول صحة أو بطلان العقد،

فإن ذلك لا يمنع المحكم من الفصل في النزاع[1] رغم احتمال عدم صحة العقد الوارد فيه شرط التحكيم".

أما في فرنسا فقد بقي التساؤل حول مدى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي إلى غاية صدور قرار محكمة النقض الفرنسية سنة 1963 بخصوص القضية الشهيرة GOSSET والتي تتلخص وقائعها في:" النزاع حول تنفيذ حكم تحكيم صدر في إيطاليا إعمالا لشرط التحكيم المدرج في العقد بين مستورد فرنسي ومصدر إيطالي وهذا الحكم الذي قضى بالتعويض للمصدر الإيطالي بسبب خطأ المستورد الفرنسي في تنفيذ التزاماته التعاقدية الأمر الذي دفع المستورد الفرنسي بعدم تنفيذ حكم التحكيم استنادا إلى أن العقد الذي ورد فيه شرط التحكيم يعد باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته النظام العام الفرنسي ولعدم احترامه للقواعد الآمرة المتعلقة بالاستيراد، ولما كان العقد الأصلي باطلا فإن شرط التحكيم يبطل بالتبعية بناء على هذا الشرط الباطل، وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية هذا النظر إعمالا لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي".

يظهر لنا أن القضاء الفرنسي تأثر بالقضاء الهولندي وأخذ بمبدأ الاستقلالية بعد أن تمسك لمدة طويلة بمبدأ تبعية اتفاق التحكيم للعقد الأصلي، غير أنه جعل هذا المبدأ ينطبق على مسائل التحكيم التجاري الدولي دون الداخلي كما هو مبين في القرار المذكور أعلاه.

[1] – أحمد مخلوف، مفهوم استقلال شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، دراسة قانونية في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية 2002، ص 212.

ومن أهم القرارات القضائية الأخرى التي تبنى القضاء الفرنسي من خلالها مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي القرار الصادر عن مجلس قضاء باريس بتاريخ 19 جوان 1970 في قضية HECHT ، والذي أقرته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 04 جويلية 1972م والقرار DALICO الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1993/12/20 ثم القرار الذي صدر بخصوص النزاع الذي كان بين شركة Société CMT – Société Bouygues .

أما القضاء الألماني فقد سبق التشريع الألماني في الأخذ بمبدأ استقلالية شرط التحكيم وذلك في الحكم الصادر عن المحكمة الفدرالية الألمانية بتاريخ 1952/05/14م والذي جاء فيه قرار مفاده أن:" يعتبر شرط التحكيم منفصلا تماما عن مصير العقد الذي يتضمنه"، وبعدها تبنى القانون الألماني لسنة 1997م لهذا المبدأ في الفقرة الأولى من المادة 1040 منه.[1]

وللاختصار يمكننا إيجاز الحالات التي أخذ فيها الاجتهاد القضائي لبعض الدول بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي وذلك من خلال مايلي:

- الحكم الصادر سنة 1981م في بريطانيا والذي قرر فيه اللورد ديبلوك ما يأتي:" إن مثل هذا العقد يوجد غالبا كشرط تحكيم في عقد تجاري أو صناعي أو أي عقد آخر وهو عندما يوجد يكون حسب التحليل الدقيق عقدا منفصلا عن العقد الأصلي".

[1] - حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، المرجع السابق ، ص 216.

– كما قضت المحكمة العليا في أمريكا سنة 1967م في قضية prima print ضد flood and conkin بأن:" مصير اتفاق التحكيم يعد مستقلا ومنفصلا عن مصير العقد المدرج فيه هذا الاتفاق".[1]

[1] - محمد علي السكر، تشريعات التحكيم في مصر والدول العربية، منشأة المعارف الإسكندرية،دار الجامعيين ، 2006، ص 180.

الفصل الثاني:

الجزاء المترتب على الإخلال بشرط التحكيـــم

الفصل الثاني : الجزاء المترتب على الإخلال بشرط التحكيم

إن الحديث عن الجزاء المترتب عن الإخلال بشرط التحكيم، أي الأثر القانوني المترتب على عدم موافقة أحد أطراف شرط التحكيم على إبرام مشارطة التحكيم، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم يستلزم أن نتحدث أولا عن الآثار القانونية التي يرتبها هذا الشرط فشرط التحكيم يتمتع بقوة الإلزام وإذا ما تحققت قوته الملزمة، قامت في مواجهة من يلتزمون به الالتزامات المحققة لمضمونه، والتي تتمثل في الامتناع عن الالتجاء إلى القضاء في شأن موضوع النزاع المحكم فيه، والالتجاء إلى هيئة التحكيم للفصل في هذا النزاع وهذا ما يعرف بأثر العقد من حيث الموضوع.

إذن وكما سبقت الإشارة إليه فإن لشرط التحكيم أثران أحدهما سلبي والآخر إيجابي أما الأثر السلبي، فيتمثل في التزام الطرفين بالامتناع عن الالتجاء إلى القضاء للفصل في موضوع النزاع محل التحكيم، التزاما يترتب عليه غل يد القضاء عن النظر فيه، وأما الأثر الإيجابي فيشتمل في إباحة التجاء الطرفين إلى هيئة التحكيم المتفق عليها– أو المختارة من قبل القضاء في حال عدم الاتفاق– للفصل فيه، وفقا للشروط التي ينص عليها اتفاق الطرفين وأحكام القانون المنظمة للتحكيم.

أما الجزاء المترتب على الإخلال بشرط التحكيم فيمكن معرفته بعد التطرق إلى العناصر التي سبقت الإشارة إليها

والتساؤلات التي يمكن طرحها بهذا الصدد:

ماهي الآثار التي تترتب على هذا الشرط؟ ثم ما دام هذا الشرط يتمتع بالقوة الملزمة، ما الجزاء الذي رتبه القانون في حالة الإخلال به؟

و سيتم التطرق لهذه العناصر من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: الآثار القانونية لشرط التحكيم

المبحث الثاني: الجزاء المترتب على الإخلال بشرط التحكيم

المبحث الأول: الآثار القانونية لشرط التحكيم.

اتفاق التحكيم الوارد في صورة شرط تحكيم كغيره يتمتع بقوة الإلزام وإذا تحققت لهذا الشرط قوته الملزمة، قامت في مواجهة من يلتزمون به الالتزامات المحققة لمضمونه والتي تتمثل في الامتناع عن الالتجاء إلى القضاء في شأن موضوع النزاع المحكم فيه، وهذا ما يعبر عنه بالالتزام السلبي، بالإضافة إلى الالتزام الإيجابي المتمثل في إباحة التجاء الطرفين إلى هيئة التحكيم المتفق عليها أو المختارة من قبل القضاء في حال عدم الاتفاق للفصل فيه وفقا للشروط التي يتفق عليها الطرفين وأحكام القانون المنظمة للتحكيم.[1]

وإذا كان هذان الأثران مترتبان على شرط التحكيم، فإن قيامهما يكون رهينا بصحة هذا الاتفاق، وبقاؤهما يكون رهينا ببقائه.

وعلى هذا النحو فإن دراسة أثر شرط التحكيم تتناول موضوعين أساسيين هما على التوالي: منع الالتجاء إلى القضاء، إباحة الالتجاء إلى هيئة التحكيم.

المطلب الأول: منع الالتجاء إلى القضاء.

المطلب الثاني: إباحة الالتجاء إلى هيئة التحكيم.

[1]– مصطفى محمد الجمل و عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، ص509 وما بعدها.

المطلب الأول: منع الالتجاء إلى القضاء.

حيث يرتب شرط التحكيم وكما سبقت الإشارة إليه إلزاما يتمثل في منع الالتجاء إلى القضاء[1] وهو التزام سلبي متبادل على عاتق كل من طرفيه، كما أنه التزام إرادي يقيمه الطرفان بإرادتهما المشتركة فإذا ما أخل أحد الطرفين لالتزامه ورفع دعواه إلى القضاء كان للطرف الآخر أن يدفع هذه الدعوى بسبب شروط التحكيم لكن يبقى بعد ذلك أن الأصل التعاقدي لمنع الطرفين من الالتجاء إلى القضاء، يضعنا وجها لوجه مع جملة من التساؤلات:

التساؤل الأول: يتعلق بما إذا كان يجوز للمدعى عليه أن يدفع بسبق شرط التحكيم في أية حال تكون عليها الدعوى، وما إذا كان للمحكمة أن تمتنع عن نظر الدعوى من تلقاء نفسها إذا ما تبين لها سبق شرط التحكيم.

التساؤل الثاني: يتعلق بنوع الدفوع بسبق شرط التحكيم في حد ذاته، وما إذا كان دفعا بعدم الاختصاص أو بعدم القبول أو غير ذلك من الدفوع.

التساؤل الثالث: وهو امتداد للتساؤل الثاني– الآثار المترتبة على قبول الدفع بسبق شرط التحكيم وهذا ما سوف نتناوله على النحو التالي:

الفرع الأول: الالتزام العقدي بعدم الالتجاء إلى التحكيم

الفرع الثاني: ماهية الدفع بسبق شرط التحكيم

[1]– عبد الفتاح مراد، شرح قوانين التحكيم ، دون طبعة ، دون سنة نشر ، ص 82–84.

الفرع الثالث: أثر قبول الدفع بسبق شرط التحكيم

الفرع الأول: الالتزام العقدي بعدم الالتجاء إلى التحكيم.

دراسة الالتزام العقدي بعدم الالتجاء إلى التحكيم[1]يستلزم دراسة عدة نقاط أساسية هي على التوالي: وضع المشكلة، جواز نزول المدعي عن التزام خصمه بعدم الالتجاء إلى القضاء، وكذا واجب المحكمة الفصل في الدعوى عند تخلف الدفع بشرط التحكيم كما يلي:

أولا: وضع المشكلة

لا شك في أن الالتزام السلبي بعدم الالتجاء إلى القضاء، كما نشأ باتفاق بين الطرفين فإنه، يمكن الإقالة منه باتفاق[2] مماثل بينهما، غير أن المسألة لا تعرض عادة في صورة اتفاق صريح بين الطرفين، وإنما تعرض في إطار خصومة حقيقية معروضة على القضاء، مما يضفي عليها الكثير من التعقيد، فالغالب أن يعمد الطرف الراغب في التحلل من الالتزام بعدم الالتجاء إلى القضاء إلى رفع النزاع أمام القضاء ملتفتا عن شرط التحكيم، ولا صعوبة إذ ما بادر خصمه إلى الدفع أمام المحكمة باتفاق التحكيم، إذ في هذه الحالة سوف تكف المحكمة يدها عن النظر في النزاع، إذا ما تحققت من صحة هذا الدفع، لكن كثيرا ما يحضر الخصم أمام المحكمة، ويبادر إلى تقديم دفاعه الموضوعي في الدعوى، ثم يعود بعد ذلك في مرحلة لاحقة فيدرك أهمية التمسك بشرط التحكيم في

---

[1] –نفس المرجع ، ص 82–84.

[2] – أحمد مخلوف، مفهوم استقلال شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 275.

مواجهة خصمه، ويدفع بسبق شرط التحكيم، بل وقد يتراخى في تقديم هذا الدفع إلى حين صدور الحكم في النزاع من محكمة الدرجة الأولى، فيقدمه أمام محكمة الاستئناف.[1]

وهذا الواقع العلمي يثير سؤالين على جانب كبير من الأهمية:

السؤال الأول: ما إن كان سكوت المدعى عليه عن إثارة الدفع بشرط التحكيم منذ البداية، وتقديمه دفاعه الموضوعي يفيد تعبير منه عن إرادة ضمنية فحواها قبوله لما عبر عنه المدعي من إرادته التحلل من الالتزام بعدم عرض النزاع على القضاء، وبالتالي قبوله الإقالة من هذا الالتزام، أو على الأقل تنازله عن حقه في التمسك بالالتزام بعدم الالتجاء إلى القضاء؟

السؤال الثاني: هو ما إذا كان يجوز للقاضي أن يمتنع من تلقاء نفسه عن الفصل في النزاع إعمالا لمقتضى الشرط وعلى الرغم من عدم تمسك المدعى عليه به.

ثانيا: جواز نزول المدعي عن التزام خصمه بعدم الالتجاء إلى القضاء.

- أما عن السؤال الأول فيبدو أن الفقه والقضاء متفق في مجموعه على أن سكوت المدعى عليه عن الدفع بشرط التحكيم يفيد نزوله عن حقه في التمسك بهذا الالتزام في مواجهة خصمه، بحيث لا يجوز له بعد التكلم في الموضوع إثارة هذا الدفع لسبق سقوطه.

[1] – نفس المرجع ، ص 275.

وبعبارة أخرى فالالتزام السلبي[1] بعدم الالتجاء إلى القضاء هو التزام لا يتعلق بالنظام العام وما ذلك إلا لكون الحق المقابل له ناشئ عن إرادة الطرفين وحدها- استثناء من الأصل العام في حرية الالتجاء إلى القضاء- فيكون لكل منهما النزول عن حقه بإرادته وحدها- وهذا النزول كما يمكن أن يكون صريحا يمكن لذلك أن يكون ضمنيا.

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية مرارا عدة بأن "التحكيم هو طريق استثنائي، قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية، ولا يتعلق شرط التحكيم بالنظام العام ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمنا، ويسقط الحق فيه لو أثير متأخرا بعد الكلام في الموضوع، إذ يعتبر السكوت عن إبدائه قبل نظر الموضوع نزولا ضمنيا عن التمسك به"

وهذا ما سجلت فحواه المادة 14 من قانون التحكيم التجاري الجديد بقولها :" يجب على المحكمة التي يرفع إليها[2] نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذ دفع المدعى عليه بذلك قبل إبداءه أي طلب أو دفاع في الدعوى ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم".

والأخذ بفكرة النزول الضمني على النحو السابق يترتب عليه أمران:

---

[1] – نفس المرجع ، ص 546.

[2] – نفس المرجع ، ص 549 وما بعدها

- الأول هو أن قيام أحد طرفي شرط التحكيم برفع دعواه أمام القضاء يعني نزوله عن التمسك بالتزام خصمه بالامتناع عن الالتجاء إلى القضاء.
- والثاني أن تكلم خصمه المدعى عليه في الدعوى في الموضوع يعني نزوله هو الآخر عن التمسك بالتزام المدعي نفسه بعدم الالتجاء إلى القضاء.

لكن يلاحظ في هذا الشأن [1] ما سبق أن رأيناه من أن الاتفاق على التحكيم لا يسلب القضاء ولاية الفصل في المسائل المستعجلة، ومن ثم فالالتجاء إلى القضاء المستعجل طلبا لإجراء عاجل لا يعتبر بذاته نزولا ضمنيا عن التحكيم، لكنه مع ذلك يمكن أن يفيد معنى النزول عن التحكيم إذا ما توافرت ظروف خاصة ترجح دلالته على النزول. من ذلك مثلا ما إذا كانت الإجراءات التحكيم قد بدأت وطلب إلى هيئة التحكيم انتداب خبير وقدم هذا الخبير تقريره بالفعل، ثم لجأ أحد الطرفين بعد ذلك إلى القضاء المستعجل طالبا إليه تعيين خبير، إذ الطلب في هذه الحالة– وبالنظر إلى الظروف السابقة– يفيد معنى النزول عن التحكيم.

ويلاحظ أن الاتفاق على التحكيم الوارد في صورة [2] شرط تحكيم لا يتم إلا بالكتابة ومن ثم يثور التساؤل عما إذا كان النزول المتبادل عنه يتعين أن يتم كتابة– ولا صعوبة بالنسبة لنزول رافع الدعوى إذ أن النزول مستفاد من تقديمه عريضة الدعوى ذاتها مكتوبة، ولكن الصعوبة تظل موجودة بالنسبة لنزول المدعى عليه، لكن الأمر يتعلق

[1] – فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 310.

[2] – أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم بأسلوب تسوية منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 204.

بموقفه أمام القضاء فحواه التقدم بدفاعه الموضوعي، مما لا حاجة معه إلى كتابة موقعة منه.

ثالثا: واجب المحكمة الفصل في الدعوى عن تخلف الدفع بشرط التحكيم

أما عن السؤال الثاني فقد أثارت الإجابة عليه خلافا في القضاء الفرنسي، فقد ذهبت بعض الأحكام إلى أن الالتزام السلبي بعدم الالتجاء إلى التحكيم من النظام العام، بحيث يكون للمحكمة أن تمتنع عن الفصل في النزاع من تلقاء نفسها إذا ما تبين لها وجود شرط التحكيم، وذهبت أحكام أخرى إلى عدم تعلقه بالنظام العام، بحيث لا يجوز للقضاء الامتناع عن الفصل في النزاع في غيبة دفع بوجود شرط التحكيم من المدعى عليه.

وعلى العكس من ذلك فيبدو أن المسألة لم تثر خلافا في الفقه، فقد أجمع الفقه على أنه لا يجوز للقاضي أن يمتنع من تلقاء نفسه عن الفصل في الدعوى في غيبة دفع من المدعى عليه بشرط التحكيم.

والواقع أن هناك ارتباط[1] وثيق بين الإجابة على السؤال الأول المتعلق بجواز النزول عن التمسك بالالتزام بعدم الالتجاء إلى القضاء، والسؤال الثاني المتعلق بإمكان امتناع القاضي عن الفصل في الدعوى من تلقاء نفسه– فجواز النزول عن التمسك بالالتزام بعدم الالتجاء إلى القضاء معناه أن هذا الالتزام لا يتعلق بالنظام العام، وهذا الاعتبار ذاته يؤدي إلى القول بأنه لا يجوز للقاضي أن يعمل بمقتضى هذا الالتزام من تلقاء نفسه.

[1] – أحمد مخلوف، مفهوم استقلال شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 275.

وإذا كان جانب من القضاء الفرنسي قد ذهب إلى تقرير حق القضاء في الامتناع عن الفصل في النزاع من تلقاء نفسه، دون حاجة لسبق الدفع من المدعى عليه، فما ذلك إلا لأنه لم ينطلق في بحثه للمسألة من طبيعة الالتزام السلبي بعدم الالتجاء إلى القضاء، وإنما من تصوره أن المسألة تدور في فلك ضوابط اختصاص القضاء بنظر النزاع، وتتعلق بدفع بعدم الاختصاص، وإذا كان الأمر ليس بالقطع أمر اختصاص مكاني، مما لا يتعلق بالنظام العام، فقد قاس هذا الجانب من القضاء الفرنسي هذا الدفع بعدم الاختصاص النوعي الذي هو من النظام العام، وتوصل من ذلك إلى القول يحق للمحكمة الامتناع من تلقاء نفسها عن الفصل في الدعوى.

الفرع الثاني: ماهية الدفع بسبق شرط التحكيم

إذا كان القاضي لا يستطيع الامتناع عن الفصل في الدعوى من تلقاء نفسه استنادا إلى وجود شرط تحكيم، وكان الأمر يتطلب على النحو السابق أن يدفع المدعي عليه بهذا الشرط، فإن التساؤل يثور حول حقيقة هذا الدفع فالقانون يعرض طوائف متميزة من الدفوع لكل منها نظامه القانوني، ولكل منهما آثاره المتميزة عن آثار الآخر، وسنتطرق لهما من خلال العناوين التالية: نظرية الدفع بعدم الاختصاص، نظرية الدفع بعدم القبول، نظرية الدفع ببطلان المطالبة القضائية.

أولا : نظرية الدفع بعدم الاختصاص

يذهب الرأي السائد في الفقه والقضاء الفرنسي وجانب من الفقه المصري تؤيده بعض أحكام محكمة النقض المصرية إلى أن الدفع بشرط التحكيم هو دفع بعدم الاختصاص، والحجة الأساسية التي يستند إليها هذا الرأي هي أن اتفاق الطرفين على عدم طرح النزاع على القضاء، وإقرار المشرع لهذا الشرط يجعل النزاع خارجا عن اختصاص القضاء، وتطبيقا لدور الإدارة في تعديل الاختصاص القضائي، فمن المسلم به إمكان تعديل الاختصاص أو مده إلى بعض الدعاوى التي لا توجد نصوص تقر اختصاصها، باتفاق الطرفين كما هو الحال في تعديل الاختصاص المكاني، وكما هو الحال في مد الاختصاص الدولي إلى المنازعات ذات العنصر الأجنبي التي لا يتوافر نص على اختصاصه بها.

ومنع القضاء من نظر الدعوى استنادا إلى شرط التحكيم، ما هو إلا الوجه الآخر لهذه السلطة الثانية للخصوم، على نحو يكون معه الدفع بهذا الشرط دفعا بعدم الاختصاص.

وقد اتجهت محكمة النقض الفرنسية إلى أن الأمر يتعلق بعدم اختصاص نوعي، وذهبت كذلك إلى أن عدم اختصاص المحكمة يتعلق بالنظام العام، فيكون للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ويجوز إبداؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى.

أما المحاكم الأدنى فقد مالت إلى عدم مجاراة النقض في هذا النظر، معتبرة أن الأمر يتعلق بنوع من عدم الاختصاص الذي لا يتعلق بالنظام العام فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ويجب أن يطلبه الخصم صاحب المصلحة في الحكم قبل إبداء أي دفاع وإلا اعتبر قابلا لاختصاص المحكمة ومتنازلا عن التزام خصمه بعدم الالتجاء إلى القضاء على النحو الذي سبق أن رأيناه.

لكن هذا الرأي تعرض لانتقاد شديد تتلخص أهم ملامحه فيما يلي:

1) – أن اختصاص كل محكمة من المحاكم تحدده نصوص القانون، بحسب الجهة القضائية التي تنتمي إليها المحكمة، وبحسب مرتبتها في هذه الجهة، ومن المسلم به أن هذا الاختصاص يعتبر من النظام العام لا يجوز الخروج عليه، إلا فيما يتعلق بالاختصاص المكاني، والقول بأن الدفع بشرط التحكيم هو دفع بعدم الاختصاص يقتضي تحديد نوع هذا الاختصاص وما إذا كان الاختصاص ولائيا أو نوعيا أو مكانيا، بل يقضي على وجه التحديد القول بأنه اختصاص مكاني وهذا كله ما لا يمكن التسليم به نظرا لعدم إمكان إسناد عدم الاختصاص لأي نوع من أنواع عدم الاختصاص.

2) – أنه لا يجوز القياس في هذا الصدد على سلطان الإرادة في مد الاختصاص إلى حالة لا تتضمنها نصوص القانون، كما هو الحال في مد اختصاص المحكمة المكاني، وكما هو الحال في مد اختصاص القضاء الوطني إلى منازعات ذات عنصر أجنبي لم يقرر المشرع اختصاصه بها أصلا، لأن اختصاص القضاء بما

يختص به يعتبر من النظام العام فلا يجوز الحد منه، وإن جاز توسعته أو مده إلى حالات لا يشملها.

3) – إن القضاء يظل مختصا بالفعل في النزاع، وهذا ما يتحقق عملا من خلال الفصل في كافة المسائل التي لا يحول التحكيم دون رفعها إليه على التفصيل السابق إيراده.

4) – كذلك فالدفع بعدم الاختصاص[1] يكون في الغالب من النظام العام فلا يجوز للخصوم التنازل عنه ويكون لهم التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى، كما يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها وهذا كله على عكس الحال في الدفع بشرط التحكيم، حيث يجوز لمن أبداه بالفعل التنازل عنه بعد إبدائه، وحيث لا يجوز للمحكمة أن تقضي بمقتضاه من تلقاء نفسها دون إبدائه من صاحب المصلحة فيه.

ثانيا: نظرية الدفع بعدم القبول

يذهب الفقه السائد في مصر[2] إلى أن الدفع الاتفاق على التحكيم الوارد في صورة شرط تحكيم، ليس دفعا بعدم الاختصاص، وإنما هو دفع بعدم قبول الدعوى، ويستند الرأي إلى مجموعة من الحجج فحواها أن شرط التحكيم ليس له القدرة على إخراج النزاع من اختصاص القضاء على نحو ما سبق أن رأيناه، وهو فوق ذلك لا يستهدف من الأصل

[1] – مصطفى محمد الجمل و عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، ص520.

[2] – أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ص 120.

إحداث هذا الأثر وإنما يستهدف مجرد إقامة مانع مؤقت من سماع الدعوى أمام القضاء رغم كونه مختصا بها من الأصل، ورغم استمرار اختصاصه بها أثناء مسيرة التحكيم وبعد انتهاء هذه المسيرة، وهو بإقامة هذا المانع إنما يقيد حق الطرفين في الالتجاء إلى القضاء أو حق كل منهما في الدعوى، والنتيجة المنطقية لهذا التقييد هي أن تصبح الدعوى غير مقبولة أمام القضاء مادام المانع من قبولها موجودا، فإن زال المانع لسبب أو لآخر عادت الدعوى مقبولة أمام القضاء، باعتباره مختص بها، وباعتبار شرط التحكيم غير ذي أثر على هذا الاختصاص-.

على أن هذه النظرية قد عانت بدورها من انتقادات نظرية تتوجه إلى الفكرة التي بنيت عليها وإلى النتائج العملية التي تترتب عليها على حد سواء.

فمن الناحية النظرية يتعين التمييز بين ما يسمى بحق الالتجاء إلى القضاء أو حق التقاضي، وبين حق الدعوى بالمعنى الدقيق، فالحق الأول ليس حقا فرديا وإنما هو بالأحرى حرية من الحريات العامة المكفولة للكافة، والتي لا تقبل التقييد من جانب الأفراد لاتصالها المباشر بالنظام العام- أما الحق الآخر-حق الدعوى- فهو حق فردي بالمعنى الدقيق، باعتبار الدعوى هي الوسيلة المثلى لحماية حق فرد معين عند الاعتداء على هذا الحق بالذات، ومن ثم فالقانون لا يعترف بالحق في الدعوى لصاحب الحق فيها، لكن اتفاق التحكيم لا يمس هذا الحق في ذاته، الذي يبقى قائما رغم الاتفاق على التحكيم والنتيجة المنطقية لذلك هي أن تظل الدعوى مقبولة في ذاتها رغم وجود شرط التحكيم.

أما من الناحية العملية، فاعتبار الدفع باتفاق التحكيم دفعا بعدم القبول من شأنه أن يؤدي إلى نتائج لا تتفق مع طبيعة هذا الدفع، فالدفع بعدم القبول هو من الدفوع الموضوعية التي يجوز إبداؤها في أية حالة تكون عليها الدعوى، وهذا ما يخالف ما سبق أن رأيناه من أن الدفع بالشرط في التحكيم يتعين إبداؤه قبل التكلم في الموضوع، وإلا سقط الحق في إبداءه.

ثالثا: نظرية الدفع ببطلان المطالبة القضائية

أمام الانتقادات الموجهة إلى كل من الرأيين السابقين فقد حاول جانب من الفقه الوصول إلى صياغة أخرى للدفع بالاتفاق على التحكيم الوارد في صورة شرط تحكيم تستجيب إلى خصوصية هذا الدفع وما تفرضه هذه الخصوصية من نظام له- وقد ذهب هذا الفقه إلى أن الدفع بالاتفاق على التحكيم هو دفع ببطلان المطالبة القضائية تأسيسا على عدم قابلية الطلبات التي تتضمنها صيغة الدعوى لأن تكون محلا لهذه المطالبة، ونزولا على مقتضى اتفاق التحكيم وهو بهذه المثابة ينتمي إلى طائفة الدفوع الإجرائية التي تؤسس على عيب موضوعي في الإجراء.

ويتلخص هذا الرأي في أن المطالبة القضائية هي إجراء وأن الإجراء هو عمل قانوني يتألف من عناصر موضوعية كالإرادة والأهلية والمحل والاختصاص، وأخرى شكلية تتمثل في الشكل الذي وضعه القانون له، ووظيفة شرط التحكيم هي مجرد الحيلولة دون المطالبة بالحق المتنازع عليه عن طريق القضاء، على نحو لا يصبح معه صالحا لأن يكون محلا لهذه المطالبة، ومن ثم فالمطالبة بالحق بعد شرط التحكيم تكون باطلة-

وسبب البطلان هو افتقاد هذا الإجراء عنصرا من عناصره الموضوعية وهو عنصر المحل.

ولا شك في أن هذا الرأي يحقق إلى حد كبير الأهداف التي سعى أنصار الرأيين الأوليين إلى تحقيقها دون أن يقع في الوقت ذاته في التناقضات التي وقعا فيها، فالرأي الذي انحاز إلى فكرة الدفع بعدم الاختصاص يرى من البداية أن الأمر يتعلق بدفع إجرائي، وهذا ما جره إلى فكرة عدم الاختصاص التي تبين بالفعل استحالة الأخذ في هذا المقام.

والرأي الآخر الذي انحاز إلى فكرة عدم القبول، كان يحذو في الأخذ بها البحث عن فكرة لا تتصادم مع حقيقة بقاء الاختصاص منعقدا للقضاء رغم وجود شرط التحكيم، لكن فكرة عدم القبول ساقته إلى فكرة أخرى غير صحيحة، هي التنازل عن حق التقاضي أو عن حق الدعوى، خلافا للحقيقة من كون التنازل ينصب على طريق الخصومة العادية، استبدالا له بطريق آخر هو طريق خصومة التحكيم، دون أن يمس بحق التقاضي أو بحق الدعوى في ذاته.

ولا شك كذلك أن هذا الرأي يؤدي إلى نتائج تنسجم مع طبيعة الالتزام السلبي بعدم الالتجاء إلى القضاء الناشئ عن وجود شرط التحكيم، سواء فيما يتعلق بحصر الدفع به على صاحب المصلحة وحرمان المتسبب فيه من التمسك به، أو فيما يتعلق بعدم تمكين المحكمة من إعمال مقتضاه من تلقاء نفسها، دون أن يكون هناك تمسك به من صاحب المصلحة، أو في ظل نزول عنه من صاحب المصلحة.

لكن هذا الرأي لم يسلم من النقد[1] هو الآخر، فقد لفت البعض النظرية إلى حقيقة أن الدفع ببطلان صحيفة الدعوى يتعين أن يكون له سبب راجع إلى هذه الصحيفة ذاتها، ولا يجوز أن يترتب على أمر خارج عنها، كما هو الحال في اتفاق التحكيم الوارد في صورة شرط تحكيم، ثم إن هذا الأخير قد لا يتحقق إلا بعد رفع الدعوى وتوافر كافة مقتضياتها الموضوعية والإجرائية، فكيف يأتي القول ببطلان صحيفة الدعوى لسبب لاحق لاستكمال كافة مقوماتها؟

وفي تقديرنا أن هذه الملاحظات رغم وجاهتها لا تصيب صميم الفكرة التي بني عليها هذا الرأي وإنما تتطلب مجرد تعديلات جزئية في صياغتها.

أما عن النقد الأول فالأمر يتعلق في الحقيقة بسبب خاص للبطلان، أقامه الطرفان بإرادتهما، لا بأسباب البطلان العامة التي ينص عليها القانون، ومتى سلمنا بحق الطرفان في إقامة هذا السبب الخاص للبطلان فإنه لا بد أن يتصل بالضرورة بالمطالبة القضائية ويتمركز في عنصر من عناصرها وهو عنصر المحل وعلى هذا النحو يضحى من السهل تقبل فكرة بطلان المطالبة القضائية لسبق الالتزام التزاما مشروعا بعدم اللجوء إليها، متى سلمنا بأن صحة الإجراء تفترض توافر عناصر موضوعية فيه إلى جانب عناصره الشكلية.

[1] – محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكم في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول، إتفاق التحكيم، دار الفكر العربي، 1990، ص 262.

أما عن النقد الثاني فيكفي القول بأن أثر الدفع[1] بالاتفاق على التحكيم (الوارد في صورة شرط تحكيم) في هذه الحالة لا يكون بطلان المطالبة القضائية، إنما هو الحكم بوقفها لحين الانتهاء من إجراءات التحكيم.

والذي نخرج به من هذا النقاش حول طبيعة الدفع بسبق شرط التحكيم، يمكن تلخيصه كما يلي:

1) – أن هناك شبه اتفاق على عناصر النظام القانوني الذي يخضع له هذا الدفع والذي يتفق مع ذاتيته.

2) – أن الخلاف حول تكييف هذا الدفع هو مجرد خلاف حول الصيغة التي يصاغ بها أو حول الاصطلاح الذي يطلق عليه، وبعبارة أخرى فهو خلاف شكلي أكثر منه موضوعي.

3) – أن أقرب الصيغ المقترحة للتعبير عن هذا الدفع إلى حقيقته هي الصيغة الأخيرة التي نرى فيها دفعا ببطلان المطالبة القضائية أو بوقفها بحسب الأحوال.

الفرع الثالث: أثر قبول الدفع بسبق شرط التحكيم

وسنتناول هذا العنصر من خلال التطرق للنقاط الخمس الأساسية: اختصار أثر الدفع على موضوع النزاع، مدى سلطة القضاء في النظر في صحة شرط التحكيم، شرط

[1] – أبو زيد رضوان ، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 185.

التحكيم ودعوى المسؤولية التقصيرية، أثر قبول الدفع بسبق شرط التحكيم بالنسبة لتقادم الحق الموضوعي، عدم استنفاذ المحكمة ولايتها في موضوع النزاع كما يلي:

أولا: اقتصار أثر الدفع على موضوع النزاع

سبق أن انتهينا إلى أن صلاحية هيئة التحكيم تقتصر على النزاع الموضوعي[1]، ولا تمتد إلى المنازعات المستعجلة، ما لم يكن هناك نص صريح على ذلك في شرط التحكيم، لكن وجود هذا النص بالفعل في شرط التحكيم يثير مسألة أخرى متعلقة بأثره، وما إذا كان يقتصر على تخويل هيئة التحكيم صلاحية الفصل في المنازعات المستعجلة إذا ما رفعت إليها، أو يمتد إلى منع القضاء المستعجل من نظرها، بحيث إذا ما رفع أحد الطرفين دعوى مستعجلة أمام القضاء كان للطرف الآن أن يدفعها بشرط التحكيم.

وقد ذهب البعض كما أشرنا إليه من قبل إلى الأخذ بظاهر الأمر من أن شرط التحكيم يمنع من الالتجاء إلى القضاء، منتهيا من ذلك إلى تخويل هيئة التحكيم صلاحية الفصل في المنازعات المستعجلة يعني بالضرورة الالتزام بعدم عرضها على القضاء، بحيث إذا ما خالف أحد الطرفين هذا الالتزام ورفع دعواه المستعجلة أما القضاء، كان للطرف الآخر أن يدفعها بالاتفاق على التحكيم بشأنها.

وعلى العكس من ذلك فقد ذهب البعض الآخر إلى مواجهة المسألة من خلال طبيعة المنازعات المستعجلة ذاتها ووظيفة القضاء بشأنها، منتهيا من ذلك إلى أن تخويل

[1] – نفس المرجع ، ص 186.

هيئة التحكيم صلاحية الفصل في المنازعات المستعجلة لا يمنع من رفعها أمام القضاء، بصفة عامة فيما يراه البعض وفي حال الضرورة فيما يراه البعض الآخر.

فالأمر في المنازعات المستعجلة [1] يتعلق بخطر محدق أو ضرر داهم، يواجهه المشرع بقضاء خاص متميز عن القضاء صاحب الاختصاص بنظر دعوى الموضوع وفي ظل هذا الاعتبار لا يستطيع القضاء المستعجل أن يقف مكتوف اليدين أمام الدعوى المرفوعة إليه بحجة وجود شرط التحكيم، وإلا كان في ذلك إهدار للمصلحة المراد حمايتها من ناحية، وتخل من هذا القضاء عن وظيفته من ناحية أخرى، وبعبارة أخرى فصفة الاستعجال التي اقتضت الخروج على القواعد العامة في الاختصاص القضائي، تقتضي بالمثل الخروج على صلاحية المحكم.

يضاف إلى ذلك اعتبار آخر، هو أن الالتجاء إلى القضاء في شأن المنازعات المستعجلة قد يكون أحيانا ضرورة لا مفر منها، فقد يتفق على التحكيم، وينص في الاتفاق على صلاحية هيئة التحكيم للنظر في المنازعات المستعجلة[2]، لكن تشكيل هيئة التحكيم والحصول على قبول أعضائها للمهمة الموكلة إليهم، وإجماعهم بالفعل، يستغرق وقتا قد تكون فيه الحاجة إلى اتخاذ إجراء عاجل، كإثبات حالة أو اتخاذ إجراء تحفظي أو تقرير حراسة، مما لا يحتمل التأخير وفي مثل هذه الحالة لا يكون هناك مناص من الالتجاء إلى القضاء المستعجل، وإلا ضاعت المصلحة المقصودة من وراء الإجراء المطلوب.

---

[1] – نفس المرجع ، ص 187.

[2] – نفس المرجع ، ص 189– 190.

وعلى هذا النحو قد انتهينا إلى أن الحجج التي يستند إليها هذا الرأي الأخير، فضلا عن أصول التفسير في حال الشك، تجعله هو الأدنى إلى القبول- كذلك انتهينا إلى أن نصوص قانون التحكيم التجاري الجديد ترجح الأخذ بها.

ثانيا: مدى سلطة القضاء في النظر في صحة شرط التحكيم وتفسيره

إذا ما رفع أحد طرفي[1] التحكيم دعواه إلى القضاء، ودفع المدعي عليه بسبق شرط التحكيم، فيثور التساؤل عما إذا كان للمدعي أن يدفع في هذه الحالة ببطلان شرط التحكيم أو بعد شموله للنزاع المطروح على المحكمة، ومن ثم ما إذا كان للمحكمة أن تفصل في مسألة بطلان شرط التحكيم أو تفسيره بقصد تحديد ما إذا كان يشمل النزاع الذي طرحه المدعي على المحكمة.

حيث نص المشرع[2] المصري في م 01/22 من قانون التحكم التجاري الجديد، على أن "تفصل هيئة التحكم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع"، انطلاقا من اعتناق المشرع في هذا القانون لمبدأ استقلال التحكيم عن العقد الأصلي الذي قررته المادة 23 من القانون، كما نصت المادة 03/22 على أن "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة قبل الفصل في الموضوع أو أن تضمها إلى الموضوع للفصل فيهما معا، فإذا اقتضت برفض الدفع، فلا

[1] – محمد علي سكر، تشريعات التحكيم في مصر والدول العربية، مرجع سابق ، ص 310.

[2] – نفس المرجع ، ص314.

يجوز التمسك إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقا للمادة (54) من هذا القانون".

ومن الواضح أن ظاهر نص المادة 01/22 سالف الذكر يوحي بأنه لم يعد للمدعي أن يدفع ببطلان اتفاق التحكيم أو عدم شموله لموضوع النزاع ردا على دفع المدعي عليه بسبق الاتفاق على التحكيم الوارد في صورة شرط التحكيم، ولم يعد بمقدور المحكمة تبعا لذلك أن تفصل في مسألة صحة شرط التحكيم أو تفسيره استقلال عن الطعن في حكم التحكيم، باعتبار أن المشرع قد جعل هذه المسائل صراحة داخلة في ولاية هيئة التحكيم، مما يشكل مانعا أمام القضاء من الفصل فيها قبل الحكم في موضوع النزاع من قبل هيئة التحكيم واستقلالا عن الطعن في هذا الحكم.

ومع ذلك فيبدو أن آليات التحكيم ذاتها تفرض اختلاف الحل الواجب الإتباع من حالة إلى أخرى، فإذا كان المدعي قد رفع دعواه أمام القضاء للفصل في أمرها بعد تشكيل هيئة التحكيم وطرح النزاع المحكم فيه عليها ودفع المدعى عليه بسبق شرط التحكيم فلا شك أنه لا يكون للمدعي أن يدفع ببطلان شرط التحكيم أو بعدم شموله للنزاع المطروح على المحكمة، ويتعين على المحكمة بدورها أن تمتنع عن النظر في صحة شرط التحكيم، أو في شموله للنزاع المطروح عليها، مالم يكن هذا النزاع منبت الصلة بالنزاع المحكم فيه على نحو واضح لا يثير لبسا أو شكا، أما إذا كان المدعي قد رفع دعواه قبل تشكيل هيئة التحكيم وطرح النزاع عليها فيبدو أنه يكون للمدعي أن يدفع ببطلان شرط التحكيم أو بعدم شموله للنزاع المطروح على المحكمة ولا يكون للمحكمة أن تمتنع عن النظر في هذا

الدفع أو ذاك، ما لم يكن المدعي عليه دفعه بسبق التحكيم بما يفيد اتخاذه ما يلزم لتحريك إجراءات التحكيم.

ثالثا: شرط التحكيم ودعوى المسؤولية التقصيرية

رأينا أن محل التحكيم يكون محددا تحديدا دقيقا في حالة وثيقة التحكيم التي تبرم بعد قيام النزاع، بحيث ينصرف التحكيم إلى النزاع المعين فيها ولا ينصرف إلى غيره[1]، أما في حالة شرط التحكيم فالأمر لا يتعلق بنزاع معين قائم بالفعل وإنما بمنازعات محتملة يمكن أن تثيرها علاقة قانونية ناشئة عن العقد الأصلي المدرج فيه الشرط أو المتعلق به، وقد يتعلق الشرط بالمنازعات الناشئة عن المسؤولية الناشئة عن هذا العقد، لكن الفعل المرتب لهذه المسؤولية يكون مرتبا في الوقت ذاته للمسؤولية التقصيرية، كما لو تعلق الأمر مثلا بعقد نقل واختلس الناقل البضاعة المتفق على نقلها، أو اختلسها تابعوه، وفي هذه الحالة قد يلجأ المضرور إلى رفع دعوى المسؤولية التقصيرية أمام القضاء، مما يثور التساؤل معه حول ما إذا كان المدعى عليه يستطيع دفع هذه الدعوى بسبق الاتفاق على التحكيم، أو أن شرط التحكيم يقتصر أثره على دعوى المسؤولية العقدية ولا تمتد إلى دعوى المسؤولية التقصيرية.

يلاحظ أولا أن المسألة تتعلق بمسألة أخرى هي مسألة الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية. وقد فضت محكمة النقض المصرية بأن "المشرع إذا أفرد المسؤولية

[1] – مصطفى محمد الجمل و عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، ص 532.

العقدية والمسؤولية التقصيرية كلا منهما بأحكام تستقل بها عن الأخرى وجعل لكل من المسؤوليتين موضوعا منفصلا عن المسؤولية الأخرى فقد أفصح بذلك عن رغبته في إقامة نطاق محدد لأحكام كل من المسؤوليتين– فإذا قامت علاقة تعاقدية محددة بأطرافهما ونطاقها وكان الضرر الذي أصاب أحد المتعاقدين قد وقع بسبب إخلال الطرف الآخر بتنفيذ العقد فإنه يتعين الأخذ بأحكام العقد وبما هو مقرر في القانون بشأنه باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد سواء عند تنفيذه تنفيذا صحيحا أو عند الإخلال بتنفيذه، ولا يجوز الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية التي لا يرتبط المضرور فيها بعلاقة عقدية سابقة لما يترتب على الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية من إهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسؤولية عند عدم تنفيذه مما يخل بالقوة الملزمة له ما لم يثبت ضد أحد الطرفين المتعاقدين أن الفعل الذي ارتكبه وأدى إلى الإضرار بالطرف الآخر يكون جريمة أو يعد غشا أو خطأ جسيما مما تتحقق معه المسؤولية التقصيرية تأسيسا على أنه أخل بالتزام قانوني، إذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل في جميع الحالات سواء كان متعاقد أو غير متعاقد".

لكن هل معنى موقف محكمة النقض من مسألة الخيرة بين المسؤوليتين على هذا النحو، أنه يجوز للمضرور أن يلجأ إلى القضاء كلما كان فعل المدعى عليه بالمسؤولية يشكل جريمة أو غشا أو خطأ جسيما، وأن الدفع بسبق الاتفاق على التحكيم لا يكون مقبولا في هذه الحالة؟ وهذا ما لا نعتقده لسببين:

- السبب الأول: يتصل مباشرة بالأساس الذي بنت عليه المحكمة رفضها للخيرة بين المسؤوليتين وأن هذه الخيرة يترتب عليها إهدار القوة الملزمة للعقد، لكن الأمر لا يتعلق هنا بالعقد الأصلي ولا بالخيرة بين المسؤوليتين، وإنما يتعلق باتفاق التحكيم في ظل ما قرره المشرع من استقلاله عن العقد الأصلي- وبالخيرة بين طريقتين للتقاضي، هما طريق القضاء وطريق التحكيم، ولا شك أن فتح باب الالتجاء إلى القضاء أمام المضرور في حال الاتفاق على التحكيم سوف يترتب عليه إهدار نصوص اتفاق التحكيم، مما يخل بالقوة الملزمة له، وهو الأمر الذي قصدت المحكمة إلى تفاديه برفضها اعتماد فكرة الخيرة بين المسؤوليتين كحاصل عام.
- السبب الثاني يتعلق بتفسير إرادة طرفي شرط التحكيم وفقا للضوابط الموضوعية المعتمدة في التفسير فالطرفان عندما يتفقان على التحكيم في شأن المسؤولية الناشئة عن العقد، لا ينصرف ذهنها إلى المسؤولية العقدية وحدها، وإنما إلى مطلق المسؤولية المترتبة على العلاقة، بصرف النظر عن كيفية تأسيسها، وما إذ كان هذا التأسيس يقوم على الخطأ العقدي، أو على الخطأ التقصيري، ولذلك فالبعض يلاحظ أن فكرة العلاقة القانونية أوسع نطاقا في هذا المقام من فكرة العقد.

رابعا: أثر قبول الدفع بسبق شرط التحكيم بالنسبة لتقادم الحق الموضوعي

الأصل أن المطالبة القضائية تؤدي إلى انقطاع مدة تقادم الحق الموضوعي، ولو رفعت إلى محكمة غير مختصة، لكن إحداث المطالبة القضائية لهذا الأثر منوط بأن تكون المطالبة صحيحة، وإذا كان هذا الدفع بسبق الاتفاق على التحكيم، على ما انتهينا إليه، هو دفع ببطلان المطالبة القضائية، فإن قبول هذا الدفع يكون معناه عدم صحة المطالبة القضائية، ومن ثم عدم إحداثها لأثرها في قطع التقادم، غير أنه يبقى بعد ذلك أن التقادم ينقطع بالاتفاق على التحكيم ذاته إذا ما تم بعد قيام النزاع، أو باتخاذ الإجراءات اللازمة لتحريك التحكيم عند قيام النزاع في حال حصول الاتفاق على التحكيم قبل قيامه.

المطلب الثاني: إباحة الالتجاء إلى هيئة التحكيم

الأثر الإيجابي لشرط التحكيم هو إباحة الالتجاء إلى هيئة التحكيم التي يختارها الطرفان أو يختارها القضاء للفصل في النزاع وهذه الإباحة تتحدد بما يسفر عنه تفسير شرط التحكيم من ناحية، وأحكام القانون من ناحية أخرى:

الفرع الأول: ولاية هيئة التحكيم على ضوء شرط التحكيم.

الفرع الثاني: ولاية هيئة التحكيم على ضوء أحكام القانون.

الفرع الأول: ولاية هيئة التحكيم على ضوء شرط التحكيم

و سنتناول هذا الجزء من خلال التطرق للعناصر التالية:

أولاً:ضوابط التفسير

والتفسير يخضع لمجموعة من الضوابط المنطقية بعضها يتعلق بتحديد معاني الألفاظ ومداها وبعضها يتعلق بحسم التعارض بين دلالة معينة وبين ما يعارضها من دلالات أخرى مستفادة من الشرط في جملته، كما يخضع لمجموعة من الضوابط القانونية التي تتعلق بالبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين فيما وراء عبارات الشرط.

ومثال الضوابط المتعلقة بتحديد معاني الألفاظ ومداها، قاعدة أن "الأصل في الكلام الحقيقة فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على معناه الحقيقي" وقاعدة "ذكر بعض ملا يتجزأ كذكر كله" وقاعدة "المطلق يجري على إطلاق ما لم يقم دليل التقييد نصا أو دلالة"، وقاعدة أن "نصوص العقد يفسر بعضها بعضا".

ومثال الضوابط المتعلقة بحسم تعارض دلالة اللفظ مع غيرها من الدلالات، قاعدة أن " لا عبرة بالدلالة في مقابل التصريح"، وقاعدة "إكمال الكلام أولى من إهماله لكن إذا تعذر إعمال الكلام يهمل".

وأما عن ضوابط البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين خارج عبارات العقد، فمثالها طبيعة التعامل وما ينبغي أن يقوم من أمانة و ثقة بين المتعاقدين، والعرف الجاري في المعاملات.

ثانيا: أمثلة لتفسير الغموض

ويقدم لنا قضاء التحكيم الدولي العديد من شروط التحكيم الغامضة والتي أمكن جلاء غموضها عن طريق تفسير عباراتها، من ذلك قضية متعلقة بعقد بين أطراف ألمان كان يتضمن شرط للتحكيم يقضي بأنه:" في حالة عدم الاتفاق الودي[1]، تحسم جميع المنازعات المحتملة وفقا لقواعد التحكيم والتوفيق للغرفة التجارية الدولية في زيوريخ، وعندما نشب الخلاف بين الأطراف طلب أحدهم من غرفة التجارة في زيوريخ اتخاذ ما يلزم للسير في إجراءات التحكيم، ولكن الغرفة تبين أنها غير مقصودة بالشرط لأنها ليست دولية، وقدرت أن المقصود هو غرفة التجارة الدولية التي مركزها في باريس، والتي لها في سويسرا لجنة وطنية تابعة لها، فأحالت ملف القضية إليها، وهي إحدى تنظيمات غرفة التجارة الدولية التي تشرف على التحكيم- أن المقصود في الشرط المذكور هو: أن يكون مكان التحكيم مدينة زيوريخ في سويسرا وأن المؤسسة التي تم اختيارها من قبل الأطراف لكي تنظم عملية التحكيم هي الغرفة التجارية الدولية، وعلى هذا النحو صار المقصود بالشرط كما ذهبت إليه محكمة التحكيم، أن يجري التحكيم وفقا لقواعد الغرفة التجارية الدولية وأن مدينة زيوريخ تعتبر مكانا للتحكيم، وعلى هذا الأساس باشر المحكم الوحيد النظر في اختصاصه وفي صحة اتفاق التحكيم وفقا للقانون السويسري (قانون مكان التحكيم)، ذلك لأن سويسرا منظمة إلى اتفاقية نيويورك لعام 1958 التي تقضي المادة الخامسة منها بأن جهة اتفاق التحكيم تتقرر طبقا لقانون مكان التحكيم.من ذلك قضية

[1] – فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 221 وما بعدها.

مماثلة لم يحدد فيها شرط التحكيم بشكل دقيق المؤسسة التي ستقوم بالإشراف على التحكيم، مكتفيا[1] بالنص على أن جميع الخلافات الناتجة عن هذا العقد، يصار إلى حسمها بالتحكيم نهائيا، وفق لقواعد التوثيق والتحكيم للغرفة التجارية الدولية الكائنة في جنيف وقد ذهب المحكمون في تفسيرهم لهذا الشرط إلى أن المقصود هو أن الخلاف يتم حسمه بالتحكيم في مكان يتسم بالحياد.

ثالثا: استحالة التفسير ومبدأ التفسير الضيق [2]

قد لا يتوصل القاضي من خلال بحثه إلى الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فيظل هناك شك حول حقيقة هذه الإرادة لذلك كان لا مناص من حل هذا الإشكال عن طريق تفسير الشك لمصلحة أحد المتعاقدين، وقد كان من الطبيعي في هذا الصدد أن ينحاز المشرع إلى الجانب المدني فيفرض على القاضي أن يفسر الشك لمصلحته.

ويعرض الفقه عادة لتفسير الشك في دلالة اتفاق التحكيم بصدد تحديد موضوع التحكيم وما يشمله من منازعات– وهو ينطلق في هذا الصدد من كون حرية الاتفاق على التحكيم قد جاءت على خلاف الأصل من ولاية القضاء في الفصل في المنازعات، لينتهي إلى اعتماد مبدأ التفسير الضيق لاتفاق التحكيم، وإلى أنه في كل حالة يثور فيها شك

---

[1] – القضية رقم 3–402 لسنة 1984 منشورة مع تعليق sigvard في مجلة J.D.I، 1984، رقم 4.

[2] – يلاحظ السنهوري (الوسيط..ج1، ص 687)، أن قاعدة تفسير الشك لمصلحة أحد المتعاقدين تتحدد لنطاق معين هو أن يكون هناك شك في التعرف على النية المشترطة للمتعاقدين: مجرد شك، "بأن يتراوح تفسير العقد بين وجوه متعددة كل وجه منها محمل، ولا ترجيح لوجه على وجه، أما إذا استحال التفسير ولم يستطع القاضي أن يتبين ولو وجها واحد لتفسير العقد مهما كان جانب الشك فيه، فهذه .قرينة على أنه ليست هناك نية مشتركة للمتعاقدين التقيا عندها، بل كل منهما أراد شيئا لم يرده الآخر لقم ينعقد العقد، ولا بد من وجهة أخرى أن يكون الشك.مما لا يتعذر جلاؤه".

حقيقي حول اتجاه الإرادة المشتركة للمتعاقدين إلى شمول الاتفاق لمنازعة من المنازعات، يتعين القول بانتفاء هذه الإرادة وخروج المنازعة من مجال التحكيم بحيث يظل الفصل فيها من سلطة القضاء وحده[1]، فإذا اتفق مثلا على التحكيم في شأن قسمة مؤقتة، فلا يجوز أن ينصرف هذا التحكيم إلى ما يتعلق بالقسمة النهائية، وإذ اتفق على التحكيم في المنازعات التي تثور بين الطرفين أثناء تنفيذ عقد معين على كيفية تنفيذه، فلا يجوز أن يمتد هذا التحكيم إلى المنازعات المتعلقة بالتعويض عن عدم تنفيذه أو قسمته، وإذا اتفق على التحكيم في المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقد شركة، فلا يجوز أن يمتد هذا التحكيم إلى المنازعات المتعلقة بالكيان القانوني لهذه الشركة، وإذا اتفق على التحكيم في شأن تفسير عقد من العقود، فإن سلطة المحكمة لا تمتد إلى ترتيب نسخة أو الحكم بالتعويض عن عدم تنفيذه.

ولنا بصدد مبدأ التفسير الضيق لاتفاق التحكيم ملاحظتان هامتان، الأولى تتعلق بنطاق مبدأ التفسير الضيق ومفهومه، والثانية تتعلق بمدى توافق هذا المبدأ مع القواعد التي وضعها المشرع لتفسير الشك عند استحالة تفسير العقود.

أما عن نطاق مبدأ التفسير الضيق ومفهومه، فهو لا يقتصر على حالة الشك في شمول اتفاق التحكيم لنزاع أو آخر بين الطرفين، على نحو يكون الرجوع معه إلى الأصل من خضوع النزاع المشكوك في شمول اتفاق التحكيم له لولاية القضاء، وإنما يشمل كذلك حول آليات التحكيم ذاته وكيفية إتمامه، وفي هذه الحالة لا يكون القول بالرجوع إلى

[1] – أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 145 وما بعدها.

الأصل مفيدا في حسم الشك، إنما يكون الرجوع إلى القواعد التي وضعها المشرع للتطبيق في حالة عدم الاتفاق على المسألة التي ثار بشأنها الشك أيا كان موضوعها، مثال ذلك أن يثور الشك حول اتفاق الطرفين على هيئة التحكيم أو على العضو المرجح فيها، فيكون الرجوع إلى حكم القانون القاضي بتخويل المحكمة سلطة تعيين هيئة التحكيم أو العضو المرجح فيها عند عدم الاتفاق، أو أن يثور الشك حول الاتفاق على الإجراءات أو على القواعد الموضوعة الواجبة التطبيق، فيكون الرجوع إلى هيئة التحكيم ذاتها لاختيار الإجراءات وتحديد القواعد الموضوعية، أو أن يثور الشك حول ما إذا كان المقصود هو التحكيم بالقانون أو التحكيم بالصلح، فينبغي القول أن التحكيم المتفق عليه هو التحكيم بالقانون لا التحكيم بالصلح.

رابعا: مبدأ التفسير الضيق والقواعد العامة

ومن الواضح مما تقدم أنه رغم اتساع نطاق مبدأ التفسير الضيق وشموله على النحو السابق، فإن تطبيقه لا كثير تساؤلات إلا في الحالة الخاصة التي يثور فيها الشك حول شمول اتفاق التحكيم لنزاع معين بين الطرفين، وموضع التساؤل في هذه الحالة هو ما إذا كانت النتيجة التي توصل إليها المبدأ مع القواعد العامة التي وضعها المشرع لملء الفراغ الناشئ عن الشك واستحالة التفسير.

وأول ما يلاحظ في هذا الصدد هو أن الامتناع عن الالتجاء إلى القضاء واللجوء إلى التحكيم يكون كما قدمنا حقا لكل من الطرفين وإلزاما عليه في الوقت ذاته، ولذلك فالمدين الذي يجب أن يفسر لمصلحته لا يمكن إلا أن يكون الطرف الذي يتم التمسك في

مواجهه بشرط التحكيم، وهو ما يؤدي إلى النتيجة ذاتها التي يؤدي إليها مبدأ التفسير الضيق.

ويذهب الفقه بصفة عامة إلى أخذ لفظ المدى في هذا المقام بمعناه العادي المألوف الذي يتطرق إلى من يقع عليه الالتزام، ومع ذلك فقد ذهب البعض إلى أخذ لفظ المدين في هذا الصدد بمعنى خاص تختلف عن المعنى العادي، فهو في نظره ينصرف إلى من يتحمل عبء الشرط الذي يكون محلا للتفسير.

وثاني ما يلاحظ في هذا الشأن أن تفسير الشك لا ينبغي أن يكون ضارا بمصلحة الطرف المذعن في عقود الإذعان، فإذا كان اتفاق التحكيم من عقود الإذعان، وكان الطرف المذعن هو الطرف الذي يتم التمسك في مواجهته باتفاق التحكيم، فإن هذا الطرف سوف يكون في مركز المدين، أما إذا كان الطرف المذعن هو الذي يتمسك باتفاق التحكيم، فإن الشك يجب أن يفسر لصالحه أيضا فيختلف وضعه عما لو التزمنا بشأنه قاعدة التفسير لمصلحة المدين، ونتيجة لذلك فإن إكمال قاعدة التفسير المعتمدة في عقود الإذعان سوف يؤدي إلى نتيجة مخالفة للنتيجة التي يؤدي إليها مبدأ التفسير الضيق.

وفي تقديرنا أن الاعتبارات التي بنيت عليها قاعدة التفسير لمصلحة الطرف المذعن تتقدم على الاعتبارات التي بنى عليها مبدأ التفسير الضيق المقول به، ذلك أن الطرف المذعن في عقد الإذعان هو الذي يستقل بوضع شروط الاتفاق، وأن صياغة هذه الشروط تكون مسؤوليته وحده، وأنه من ثم يجب أن يتحمل وحده تبعة عدم الاضطلاع بهذه

المسؤولية على النحو المفروض بحيث تخرج عبارات العقد التي صاغها واضحة لا غموض فيها ولهذا فإننا نرى إقصاء ما يسميه مبدأ التفسير الضيق لشرط التحكيم.

الفرع الثاني: ولاية هيئة التحكيم في ضوء أحكام القانون

والذي سنتناول من خلاله ما يلي: دور القانون في تكملة الاتفاق، وكذا مدى تبعيته للفرع الأصل.

أولا: دور القانون في تكملة الاتفاق

بيننا من قبل أن يكفي لتمام التعاقد الاتفاق على العناصر الجوهرية ولو لم يتعرض الطرفان للمسائل التفصيلية، ولذلك فكثيرا ما لا نجد في العقد بيانا وافيا لتفاصيل ما ينشأ عنه من التزامات على نحو تثور معه مشكلة تكملة ما ورد فيه والقاعدة في هذا الشأن أن العقد يمتد أثره ليلزم بكل ما هو من مستلزماته فوق ما ورد فيه اتفاق التحكيم لا تختلف في ذلك عن غيره من القعود.

ويتم تحديد مستلزمات عقد من العقود وفقا لمصادر القانون المختلفة الأصلي منها والاحتياطي، وأول هذه المصادر هو التشريع، والمفروض في بعض القوانين أن يلي التشريع في ذلك الشريعة الإسلامية، لكن الأمر في تكملة العقد يتعلق بأمور تكرها الشارع الإسلامي لاختيار الناس وفقا لما تقتضيه مصالحهم، والشريعة تعول في هته الأمور عند عدم وجود شروط تعاقدية على ما ألفه الناس في تعاملهم.

والعرف يقوم بدور فعال في تكملة العقود الخاصة في العقود التجارية ويبدو أن المجال الذي تتاح فيه وجود عرف مكمل لاتفاق التحكيم، هو مجال التحكيم الدولي.

فإذا لم يكن هناك قاعدة تشريعية أو عرفية لم يكن أمام القاضي سوى الاجتهاد المباشر، من خلال النظر في طبيعة المعاملة موضوع العقد، فطبيعة المعاملات قد تفرض وجود التزام لم يتعرض له المتعاقدان– وتطبيقا لذلك فالاتفاق على التحكيم في شأن جميع المنازعات المتعلقة بتنفيذ عقد بيع أو تفسيره يجعل التحكيم واجبا في كل منازعة تتعلق بثمن ما تم تسليمه من المبيع أو بدعوى فسخ العقد بالنسبة لما يتم تنفيذه منه.[1]

ثانيا: مدى تبعية الفرع للأصل

القاعدة في تحديد ولاية القضاء أن: "قاضي الأصل[2] هو قاضي الفرع" وقد جرى الفقه والقضاء في مصر على عدم تطبيق هذه القاعدة في مجال التحكيم، انطلاقا من القول بأن إباحة شرط التحكيم هي استثناء من الأصل في ولاية القضاء في الفصل في المنازعات، على نحو تتقيد معه ولاية هيئة التحكيم بما تم الاتفاق على التحكيم فيه بالفعل ولا تتجاوزه، ومن ثم فعدم مد ولاية هيئة التحكيم إلى المسائل المتفرعة عن النزاع الخاضع لولايتها، يبدو على هذا النحو استكمالا لقاعدة التفسير الضيق المعمول بها، ونتيجة من نتائجها، فإلى أي حد يعبر موقف الفقه والقضاء في هذا المقام عن حقيقة القانون الوضعي؟

---

[1] – نفس المرجع ، ص 36.

[2] – إلهام عزام، وحيد الخرازي، التحكيم التجاري الدولي، في إطار منهج التنازع، أطروحة لاستكمال متطلبات الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، المرجع السابق ،ص 36.

يلاحظ أولا أن تبعية الفرع الأصل كثيرا ما تجد[1] سندا لها في إرادة المتعاقدين ذاتها، على نحو ما نراه في العقود المتكاملة، وهذا ما نراه مثلا إذا كان شرط التحكيم مدرجا في اتفاق يمثل إطارا عاما للتعامل بين الطرفين، ويقتصر على المبادئ العامة لهذا التعامل– ففي هذه الحالة إذا ما وقع الطرفان اتفاقا لاحقا ضمن الإطار الذي وضعه العقد الأول، أو أبرما اتفاقا يفصل ما أجمله الاتفاق الأول، دون أن ينص في هذا العقد الآخر على شرط التحكيم، فإن شرط التحكيم المنصوص عليه في الاتفاق الأول يمتد إلى العقد الأخير، إذ لا معنى لقصره على الاتفاق الأول، بحسبان أنه وضع لحسم المنازعات التي تثور بين الطرفين في المستقبل، وأن هذه المنازعات لا تثور في الغالب إلا بصدد تنفيذ العقد الأخير لا بصدد تنفيذ العقد الأول.

[1] – بنان أحمد البياري ،شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية ، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الماجستير ،كلية الحقوق ،الجامعة الأردنية ،2009، ص 97

المبحث الثاني: الجزاء المترتب على الإخلال بشرط التحكيم

لقد سبقت الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يحدد و بدقة الطبيعة القانونية لشرط التحكيم إلا أنه و بناءا على التعريف الوارد في المادة 1007 من ق.إ.م.إ ، أمكن القول بأن هذا التعريف ينطبق عليه التعريف الوارد للعقد المنصوص عليه في المادة 351 من الأمر رقم 10/05 وبالتالي يترتب على مخالفة شرط التحكيم نفس الآثار المترتبة في حالة مخالفة العقد[1]، وفيما يلي سنتطرق لموقف كل من المشرعين الفرنسي والمصري.

المطلب الأول: جزاء الإخلال بشرط التحكيم في ظل القانون الفرنسي

المطلب الثاني: جزاء الإخلال بشرط التحكيم في ظل القانون المصري

المطلب الأول: جزاء الإخلال بشرط التحكيم في ظل القانون الفرنسي

الحديث عن جزاء الإخلال بشرط التحكيم في القانون الوضعي الفرنسي–أي الأثر القانوني المترتب على عدم موافقة أحد أطراف شرط التحكيم على إبرام مشارطة التحكيم، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم، يتطلب منا أن نتحدث أولا عن موقف مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة من هذه المسألة، ثم بعد ذلك نتطرق للحديث عن مجموعة المرافعات الفرنسية في ظل أحكام المرسوم الفرنسي الصادر في 14 مايو سنة 1980– والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلي في فرنسا، لاختلاف طبيعة الأثر القانوني المترتب على عدم موافقة أحد أطراف شرط التحكيم على إبرام مشارطة التحكيم، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم في المجموعتين.

[1] المواد من 106 – 118 من القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يوليو 2005 المتضمن تعديل القانون المدني.

الفرع الأول: الأثر القانوني المترتب على عدم موافقة أحد أطراف شرط التحكيم على إبرام مشارطة التحكيم، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم.

لم يكن شرط التحكيم في مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة يعتبر اتفاقا على التحكيم، وإنما كان وعدا بإبرام هذا الاتفاق في المستقبل، عندئذ نشأة الصراع موضوع شرط التحكيم. بمعنى أن شرط التحكيم يمثل حلقة مؤدية للتحكيم وهو يمهد لإبرام عقد آخر، هو مشارطة التحكيم.

بحيث أن شرط التحكيم المدرج في عقد من العقود لمواجهة نزاع محتمل وغير محدد لا يعفى أطراف شرط التحكيم عندئذ من إبرام مشارطة تحكيم في المستقبل، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم، وقد أثار التساؤل عن مدى حرية أطراف العقد الأصلي المبرم بين أطراف شرط التحكيم في إبرام مشارطة التحكيم في المستقبل، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم؟ فهل تخضع هذه المسألة لمبدأ سلطان إرادة أطراف شرط التحكيم؟ وهل يكن الرد على ذلك بالإيجاب؟ فيكون شرط التحكيم عملا إراديا يتضمن الوعد بالتحكيم، ويترتب على رفض أحد أطراف شرط التحكيم إبرام مشارطة التحكيم في المستقبل، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم، ألا يكون للأطراف الآخرين في العقد الأصلي سوء مطالبته بالتعويض عما لحق بهم من أضرار، نتيجة إخلاله بشرط التحكيم؟ أم أنه يمكن تنفيذ هذا الالتزام تنفيذا عينيا؟

بحيث يجوز إجبار المتعاقد على تنفيذ التزامه، إما قضاء على أساس تنفيذ الالتزام عينيا، فيقوم القاضي العام في الدولة الفرنسية بمهمة[1]اختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع شرط التحكيم، ويقوم عندئذ بالمساهمة في تكوين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع شرط التحكيم؟

وقد ذهب جانب من فقه القانون الوضعي الفرنسي إلى أن الجزاء المترتب على رفض أحد الأطراف المتعاقدين تنفيذ التحكيم تنفيذا عينيا، عن طريق إبرام مشارطة التحكيم في المستقبل، عند نشأة النزاع موضوع التحكيم، وتعيين[2] أعضاء هيئة التحكيم المتعلقة بالفصل في النزاع موضوع شرط التحكيم، هو الحكم بالتعويض على من يرفض إبرام مشارطة التحكيم في المستقبل، عند نشأة النزاع موضوع التحكيم، وتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع شرط التحكيم، وقد أيدت هذا الرأي بعض أحكام القضاء الفرنسي.

غير أن محكمة النقض الفرنسية قد انتهجت مسلكا آخر مؤداه: "أنه يحق للطرف ذي المصلحة أن يلجأ إلى القضاء العام في الدولة، ويطلب منه تعيين هيئة تحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع شرط التحكيم والذي نشأ بالفعل عن تفسير العقد، أو تنفيذه– والمتضمن شرط التحكيم– فيقوم حكم القاضي العام في الدولة عندئذ مقام الاتفاق على التحكيم حيث يفرض شرط التحكيم على أطراف العقد الذي تضمنه، وينفذ جبرا.

---

[1] –نفس المرجع ، ص 98.

[2] – إلهام عزام وحيد الخراز، المرجع السابق، ص 90.

بمعنى أن عدم موافقة أحد أطراف شرط التحكيم على إبرام مشارطة التحكيم في المستقبل، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم، لا يؤدي إلى اختلاف النزاع موضوع التحكيم من ولاية هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع شرط التحكيم. فإذا تضمن العقد التجاري شرطا للتحكيم–فإنه يفرض على أطرافه التزاما بالالتجاء إلى نظام التحكيم للفصل في المنازعات التي يثيرها هذا العقد– ومن ثم، يلتزم أطرافه بعدم عرض المنازعات المذكورة بالعقد على المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها والفصل في موضوعها، ويجب عليهم عرضها على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيها، والخلاف الذي قد يثور بين أطراف العقد التجاري–والمتضمن شرطا للتحكيم– ويكون من شأنه الحيلولة دون إطلاع هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع شرط التحكيم بمهمتها التحكيمية، لا ينبغي أن يحول دون تنفيذ شرط التحكيم، فإذا اختلف أطراف العقد التجاري حول تسمية أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع شرط التحكيم، فإنه يجوز لأي منهم أن يطالب من المحكمة التجارية المختصة أصلا بتحقيق النزاع موضوع شرط التحكيم، والفصل في موضوعه، والأمر بإلزام خصمهم بالمشاركة في تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع شرط التحكيم، في مدة معينة، وإلا قامت هذه المحكمة بإجراء هذا التعيين من تلقاء نفسها، واتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لمباشرة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع شرط التحكيم لمهمتها التحكيمية، فضلا عن التزام الطرف المذكور بالتعويض، من كان له مقتضى– والخلاف حول إبرام مشارطة التحكيم في المستقبل، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم، لا يجيز لأي

طرف في العقد التجاري التتصل منه، ونقضه- بإرادته المنفردة، ووفق لمشيئته وحده- لأن تعليق خضوع النزاع موضوع شرط التحكيم- والذي نشأ فعلا- التحكيم على محض مشيئته أطراف العقد التجاري- والمتضمن شرط التحكيم- يجعله وهميا، وعديم الأثر. فلا يجوز لأحد أطراف العقد التجاري- والذي تضمن شرطا للتحكيم- الإدعاء باختصاص المحكمة التجارية بنظر المنازعات الناشئة عن هذا العقد، حيث يتناقض هذا المسلك مع شطر التحكيم المدرج فيه.

فإذا أصر أحد أطرافه على هذا المسلك، جاز للأطراف الآخرين الدفع أمام المحكمة التي رفع أمامها النزاع موضوع شرط التحكيم، ووجب على تلك المحكمة قبول هذا الدفع، والذي يتضمن الإدعاء بعدم اختصاصها بتحقيق[1] هذا النزاع في موضوعه.

وهكذا فقد أضفت محكمة النقض الفرنسية على شرط التحكيم طابعا إلزاميا يوجب تنفيذه، فالوعد بالتحكيم: هو مجرد التزام بعمل لا يتخلف عن الإخلال به سوى التعويض بل أصبح النظر إليه كالتزام قابل للتنفيذ العيني وهو تنفيذا يفرضه قرار القاضي العام في الدولة على الخصم المماطل فرضا، مادام لم يقم بتنفيذه اختيارا-وبذلك، فإنه يجوز للطرف صاحب المصلحة في عرض النزاع على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه، الالتجاء إلى رئيس المحكمة التجارية المختصة أصل بتحقيقه، والفصل في موضوعه- ولم يوجد اتفاقا على التحكيم- إذا لم يستجب الطرف بالمشاركة في تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع شرط التحكيم خلال مدة معينة، دون حاجة

[1] – فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 40 وما بعدها.

لصدور حكم قضائي، يكون حائز القوة الأمر المقضي به وقد صاغ المرسوم الفرنسي الصادر في الرابع عشر من شهر مايو لسنة 1980م- والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلي بفرنسا- في الباب الأول: اتفاقات التحكيم، وتبين أن شرط التحكيم- شأنه شأن مشارطة التحكيم- قد أصبح[1] يشكل إلتزاما مستقلا عن مشارطة التحكيم بالالتجاء إلى إجراءات التحكيم من جانب الأطراف المحتكمين، للفصل في النزاع المحتمل، وغير المحدد- موضوع شرط التحكيم وليس مجرد وعد بإبرام مشارطة التحكيم في المستقبل عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم.

فالمرسوم الفرنسي الصادر في 14 من شهر مايو سنة 1980- والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلي في فرنسا- قد أوضح استقلال صورتي الاتفاق على التحكيم "شرط التحكيم، ومشارطته".

بحيث يمكن لأطراف العقد التجاري الذين يدرجون فيه شرطا للتحكيم، للفصل في النزاع المحتمل، وغير المحدد والذي يمكن أن ينشأ مستقبلا عن تغييره أو تنفيذه الالتجاء مباشرة إلى إجراءات التحكيم، عن طريق تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع شرط التحكيم، دون حاجة لإبرام مشارطة تحكيم مستقلة.

بل ويظهر استقلال صورتي الاتفاق على التحكيم في المرسوم الفرنسي الصادر في 14 مايو 1980م من خلال تخصيصه الفصل الأول من الباب الأول لشرط التحكيم-

[1] – محمود السيد التحيوي، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به، ص 83.

والفصل الثاني منه لمشارطة التحكيم، والفصل الثالث منه للقواعد المشتركة لصورتي الاتفاق على التحكيم "شرط التحكيم ومشارطته".

فالمرسوم الفرنسي قد ميز شرط التحكيم عن مشارطته، وجعلهما على قدم المساواة، من حيث الأثر القانوني المترتب على كل منهما، بحيث يلتزم أطراف شرط التحكيم بالالتجاء مباشرة إلى إجراءات التحكيم، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم، دون الحاجة لإبرام مشارطة تحكيم مستقلة.

المطلب الثاني: الجزاء المترتب على الإخلال بشرط التحكيم في القانون المصري.

شرط التحكيم يكون في القانون الوضعي المصري، ومن ثم فإنه يشترط أن تتوافر لدى الواعد نفس الأهلية اللازمة لصحة العقد الموعود به" مشارطة التحكيم".

والوعد بالتعاقد هو: اتفاقا يتم يتوافق إرادتين بموجبه يعد أحد المتعاقدين الآخر بإبرام عقد معين في المستقبل، أما إذا أظهر الأخير نيته في ذلك خلال مدة معينة، فيتقيد الواعد بهذا الاتفاق دون أن يتقيد الموعود له بشيء.

وتنص المادة (101) من القانون المدني المصري على أنه:

1-"الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا من المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها.

2-وإذا اشترط القانون لتمام العقد إستيفاء شكل معين، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضا في الاتفاق الذي يتضمنه الوعد بإبرام هذا العقد"

ومفاد النص القانوني الوضعي المصري المتقدم، أن الوعد بالتعاقد هو :

عقدا كاملا يتم بإيجاب، وقبول ولذلك فإنه يجب أن تتوافر فيه شروط الانعقاد، وشروط الصحة اللازمة لأي عقد من العقود، ولكن نظر لأن الوعد بالتعاقد يلزم الواعد دون الموعود له، فإنه يجب أن تتوافر في الواعد الأهلية اللازمة لإبرام العقد النهائي، أما الموعود له فيعتبر الوعد بالتعاقد بالنسبة له نافعا نفعا محضا، ولذلك يكفي أن يكون مميزا و لا يشترط أن تتوافر فيه الأهلية اللازمة لإبرام العقد الموعود به، إلا وقت إبرام العقد النهائي.

وحين تجيز الأنظمة القانونية الوضعية للأفراد، والجماعات الالتجاء إلى نظام التحكيم للفصل في منازعاتهم المحتملة، وغير المحددة، لحظة إبرام الاتفاق على التحكيم بينهم والتي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل، بمناسبة تفسير أو تنفيذ العقد الأصلي المبرم بينهم بمقتضى شرط التحكيم فإن ذلك يمثل حلقة مؤدية إلى التحكيم كنظام قانوني، فإرادة الأفراد والجماعات في الالتجاء إلى نظام التحكيم للفصل في منازعاتهم المحتملة وغير المحددة، لحظة إبرام الاتفاق على التحكيم بينهم، والتي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل، بمناسبة تغييره، أو تنفيذا لعقد الأصلي المبرم بينهم- مصدر الرابطة القانونية-بمقتضى شرط التحكيم تظهر منذ البداية في العقد التجاري، أو في العقد المدني، والذي يرد به شرط التحكيم، ويضع هذا الشرط على أطراف العقد الأصلي المبرم بينهم التزاما بإبرام

مشارطة التحكيم التي تتضمن موضوع النزاع الذي نشأ فعلا بينهم، مصدر الرابطة القانونية، والذي يتضمنه–التزام بإبرام مشارطة التحكيم التي تتضمن موضوع النزاع الذي نشأ فعلا بينهم، عن العقد الأصلي المبرم بينهم، وتسمية أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم، للفصل فيه، في حدود طلبات الأطراف المحتكمين "أطراف الاتفاق على التحكيم"، وفقا للقواعد، والإجراءات التي تكون الأنظمة القانونية الوضعية قد قررتها بخصوص نظام التحكيم، مالم يتفق الأطراف المحتكمون" أطراف الاتفاق على التحكيم" على إعفاء هيئة التحكيم المكلفة عندئذ بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم من الخضوع لهما، إلا ما يتعلق منها بالنظام العام في القانون الوضعي المقارن، وحقوق الدفاع للأطراف المحتكمين "أطراف الاتفاق على التحكيم"–ويستوي أن يرد شرط التحكيم كبند من بنود العقد الأصلي المبرم بين الأطراف المحتكمين "أطراف الاتفاق على التحكيم" أو في اتفاق مستقل عنه، وفي الحالتين يتميز شرط التحكيم كوعد بالتعاقد عن مشارطة التحكيم كعقد موعود به– إذ بينما يتضمن الأول "شرط التحكيم" وعدا من كل الأطراف المحتكمين "أطراف الاتفاق على التحكيم" للأطراف المحتكمين الآخرين "أطراف الاتفاق على التحكيم الآخرين" بإخضاع نزاع قد ينشأ بينهم في المستقبل، بمناسبة تغييره، أو تنفيذ العقد الأصلي المبرم بينهم لنظام التحكيم، فإن الثاني "مشارطة التحكيم" يتضمن التزام أطرافه المحتكمين بإخضاع نزاع نشأ بينهم فعلا لنظام التحكيم، فضلا عن تسمية أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم.

ويثور التساؤل عن مدى حرية أطراف العقد الأصلي[1] المبرم بين الأطراف المحتكمين في إبرام مشارطة التحكيم عند نشأة النزاع المحتمل وغير المحدد في المستقبل بينهم، بمناسبة تفسيره أو تنفيذه، فهل تخضع هذه المسألة لمبدأ سلطات إرادة الأطراف المحتكمين؟

إذا كان الرد على ذلك بالإيجاب، فإن النظر في شرط التحكيم–وبإعتباره عملا إرادي يتضمن الوعد بالتحكيم–يقتضي القول بأنه إذا رفض أحد الأطراف المحتكمون إبرام مشارطة التحكيم فلا يكون للأطراف المحتكمين الآخرين سوى مطالبته بالتعويض، عما أصابهم من أضرار، بسبب إخلاله بشرط التحكيم، وينبني على ذلك القول أن عدم موافقة أحد الأطراف المحتكمون على إبرام مشارطة التحكيم يعني عدم خروج النزاع موضوع شرط التحكيم من ولاية المحكمة المختصة أصل بتحقيقه، والفصل في موضوعه، وإقتصار الأمر على مطالبة هذا الطرف المحتكم بالتعويض عن إخلاله عندئذ بشرط التحكيم.

وفقا للرأي الراجح في مصر، فإن شرط التحكيم المدرج في عقد من العقود–ليس مجرد إلتزاما بعمل– لا تختلف عن الإخلال به سوى التعويض وإنما يجب النظر إليه كإلتزام قابل للتنفيذ العيني، وهو تنفيذ يرفضه القاضي العام في الدولة على الطرف المحتكم المماطل فرضا، مادام لم يقم بتنفيذه إختيارا، إستنادا إلى ما قضت به المادة (102) من القانون المدني المصري، والتي تنص على أنه: "إذا وعد شخص بإبرام عقد

[1] – نفس المرجع ، ص 81.

ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم، من حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد".

فمفاد النص القانوني المصري المتقدم أن حكم القاضي العام في الدولة يحل محل إرادة الأطراف ذوي الشأن في تنفيذ الوعد بالتعاقد، متى حصل هذا الحكم القضائي على قوة الأمر المقضى.

خاتمة

الخاتمة:

تناولت هذه الدراسة بالبحث والتحليل موضوع شرط التحكيم وكذا جزاء الإخلال به كوسيلة لحل النزاعات الناشئة في المعاملات التجارية الدولية في المستقبل– والتي يتفق أطرافها على حلها بطريق التحكيم.

فقد شكل التحكيم التجاري الدولي حقيقة ثابتة وواقعا لا يمكن تجاهله ساهم بشكل كبير في حل النزاعات التجارية الدولية، إلا أن اللجوء للتحكيم كوسيلة لحل النزاعات التجارية الدولية يصطدم ببعض العوائق أهمها ما يتعلق بشرط التحكيم، هذا الأخير الذي يتفق الأطراف بموجبه على حل النزاعات التي قد تنشأ بينهم بطريق التحكيم، فرغم اختلاف التشريعات والاتجاهات الفقهية في تحديد طبيعته القانونية إلا أنه يبقى عقدا له أهميته واستقلاليته التي تفصله عن العقد المتضمن به، كما رتب عليه القانون آثارا من شأنها أن تضفي عليه مزيد من الإلزام، إلا أنه ما تجدر الإشارة إليه أن الجزاء المترتب على الإخلال بهذا الشرط لا ترقى إلى تحقيق الهدف الذي أرادت القوانين تحقيقه عندما نصت عليه، فمن خلال هذه الدراسة توصلت للاستنتاجات التالية:

أولا: شرط التحكيم ما هو إلا صورة من صور الاتفاق على التحكيم الذي يتفق الأطراف بموجبه على حل النزاعات التي قد تنشأن بينهم عن طريق التحكيم الذي أصبح وسيلة هامة للفصل في المنازعات التي قد تثور بصدد العلاقات التجارية الدولية.

ثانيا: تظهر أهمية شرط التحكيم من خلال أنه القاعدة التي يرتكز عليها نظام التحكيم و الذي يظهر إرادة الأطراف في اختيار نظام التحكيم لحل خلافاتهم،إذن يعتبر شرط التحكيم منبع التحكيم التجاري الدولي فهو يستبعد ذلك الاختلال و التعطيل في مسار عرض النزاع الذي قد ينجم عند إبرام مشارطة التحكيم

ثالثا: لم يكن الموقف الفقهي والتشريعي واضحا من شرط التحكيم، حيث تعددت الاتجاهات واختلفت القوانين حول مدى اعتبار شرط التحكيم عقدا معلق على شرط أم هو وعد بالتعاقد أو مجرد إلتزام تعاقدي إلا أن الدراسة المقارنة تثبت أن الرأي الأقرب إلى الصواب هو اعتبار شرط التحكيم عقدا كاملا.

رابعا: المشرع الجزائري لم يبين بوضوح موقفه من شرط التحكيم ومن طبيعته القانونية حيث اكتفى بالنص عليه من خلال مواد معدودة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بموجب الأمر رقم 09/08 ما يدل على عدم وجود تشريع يمكنه الإلمام بالتحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاعات.

خامسا: من خلال هذه الدراسة تبين لنا أن شرط التحكيم شرط مستقل عن العقد الذي يتضمنه والفوائد التي يحققها مبدأ الاستقلال والتي من أهمها عدم تأثر بطلان شرط التحكيم ما يعني أن بطلان العقد لا يرتب بطلان الشرط وكذا العكس.

سادسا: أنه رغم أهمية مبدأ استقلال شرط التحكيم إلا أنه لا يعد من النظام العام، إذ يجوز الاتفاق على ما يخالفه، وبالتالي يجوز اتفاق الأطراف على عدم استقلالية شرط

التحكيم عن العقد الأصلي، كما أن هذا المبدأ لا يبتعد عن تطبيق أحكام قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ففيه احترام لإرادة الأطراف بل أكثر من ذلك عدم الأخذ بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي سيؤدي إلى رفع يد المحكم عن التحكيم بمجرد أن يدفع طرف من أطراف العلاقة في صحة العقد الأصلي.

سابعا: أن شرط التحكيم يرتب التزامات تعاقدية على الأطراف يمكن حصرها في التزامين أساسيين من حيث الموضوع، أحدهما سلبي والمتمثل في منع الالتجاء إلى القضاء والثاني إيجابي والمتمثل في الالتزام بالالتجاء إلى التحكيم، وهذين الأثرين يعتبران بمثابة الضمانة القانونية التي توفر مزيد من الحماية والمصداقية لشرط.

ثامنا: إن الجزاء المترتب على الإخلال بشرط التحكيم بصفة عامة هو التعويض وهذا غير منطقي ذلك أن ومن المفروض ترتيب جزاء يتناسب مع هذا الشرطـــ، ما يشجع الأطراف على الأخذ به واللجوء إلى التحكيم بدل القضاء في تسوية منازعاتهم المستقبلية.

تاسعا: من خلال استعراض قانون التحكيم المصري وكذا قانون التحكيم الأردني وكذا الفرنسي نجد أن المشرع الجزائري لم يكن موفق في صياغة المواد القانونية ما يستدعي إعادة مراجعة المواد القانونية المتعلقة بالتحكيم وتطويرها بشكل أفضل كي يكون قادر على التماشي مع متطلبات التجارة الدولية والتطور التجاري الحاصل على الصعيد الدولي، والانسجام بشكل أكبر مع المعاملات والاتفاقيات الدولية التي تبرم بهذا الخصوص.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المراجع:

المراجع:

1. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكم التجاري الدولي، دون طبعة، القاهرة، دار الفكر العربي 1981.
2. أبو علي الطبشي:"مبدأ الاختصاص في مجال التحكيم"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
3. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، نشأة المعارف بالإسكندرية، بدون سنة نشر.
4. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم بأسلوب تسوية منازعات عقود التجارة ، دار النهضة العربية، 2003.
5. أحمد مخلوف، مفهوم استقلال شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، دراسة قانونية في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 2003.
6. بريري محمود مختار أحمد، التحكم التجاري الدولي،بدون طبعة و بدون سنة نشر
7. حيدر علي، دار الحكام في شرح مجلة الأحكام، الكتاب الثاني عشر، بيروت بدون طبعة، بدون سنة نشر.
8. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة، دار الشروق، الطبعة الأولى، 2002م.

9. سامية راشد، التحكم في العلاقات التجارية الدولية الخاصة، دون طبعة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1984م.

10. عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم–التحكيم الدولي–الجزء الثاني–دار المعارف 1998م.

11. عبد الفتاح مراد، شرح قوانين التحكيم، بدون سنة نشر، بدون طبعة.

12. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الجزء الخامس، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.

13. محمد علي سكر، تشريعات التحكيم في مصر والدول العربية، منشأة المعارف بالإسكندرية، دار الجامعيين، 2006.

14. محمود السيد التحيوي، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به، دار الفكر الجامعي، 2003.

15. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول، اتفاق التحكيم، دار الفكر العربي، 1990.

16. مصطفى محمد و عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 1997م.

الرسائل:

- أحمد البياري، شرط التحكيم في العقود التجارية الدولية (دراسة مقارنة) رسالة مقدمة لإستكمال متطلبات الماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الأدرنية، 2009.

- أسامة أحمد أبو القمصان، مدى استقلالية التحكيم عن العقد الأصلي، دراسة مقارنة- رسالة مقدمة لإستكمال متطلبات الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2010.
- حدادن طاهر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهاد الماجستير كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2012.
- إلهام عزام وحيد الخراز، التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع، أطروحة لاستكمال متطلبات الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين.

المجلات:

- عبد الله عز الدين، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، مجلة مصر المعاصرة، القاهرة، العدد 31 يناير لسنة1978.

المعاهدات والقوانين:

- المعاهد الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف المبرة في 1961/04/21.
- إتقافية واشنطن لعام 1965 الخاصة بحل النزاعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى الموقعة بتاريخ 1966/10/19.
- اتفاقية نيونيورك المتعلقة بإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الموقعة في 1958/06/10م.

- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة لعام 1985.
- قانون التحكيم الفلسطيني رقم 03 لسنة 2000.
- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.
- قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001.
- قانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية جريدة رسمية 2008 عدد 21.

الفهـــــــرس

العنوان	الصفحة
المقدمة	أ
الفصل الأول: ماهية شرط التحكيم والتكليف القانوني له	**09**
المبحث الأول: ماهية شرط التحكيم	**12**
المطلب الأول: مفهوم شرط التحكيم	**12**
الفرع الأول: تعريف شرط التحكيم	**13**
أولا: في الفقه	**13**
ثانيا: في القانون	**14**
الفرع الثاني: إثبات شرط التحكيم	**18**
الفرع الثالث: التمييز بين شرط التقييم ومشارطة التقييم	**20**
المطلب الثاني: أنواع شرط التحكيم	**22**
الفرع الأول: شرط التحكيم من حيث المجال	**22**
أولا: شرط التحكيم العام	**22**
ثانيا: شرط التقييم الخاص	**23**

الفرع الثاني: شرط التحكيم من حيث ترتيبه وتنظيمه للتحكيم	24
أولا: التعهد التحضيري	24
ثانيا: التعهد المنظم	25
المطلب الثالث: شروط صحة شرط التحكيم	26
الفرع الأول: الشروط الموضوعية	26
أولا: التراضي	27
ثانيا: المحل في شرط التحكيم	34
ثالثا: السبب في شرط التحكيم	41
الفرع الثاني: الشروط الشكلية	42
أولا: الكتابة	42
ثانيا: تشكيل هيئة التحكم	45
المبحث الثاني: التكييف القانوني لشرط التحكيم	55
المطلب الأول: الطبيعة القانونية لشرط التحكيم	55
الفرع الأول: طبيعة شرط التحكيم في قانون الوضعي المصري	55
الفرع الثاني: طبيعة شرط التحكيم في القانون الوضعي الفرنسي	57

المطلب الثاني: مبدأ استقلال شرط التحكيم	**58**
الفرع الأول: مدى القول بإستقلالية شرط التحكيم	**59**
أولا: رأي أصحاب النظرية التقليدية	**59**
ثانيا: رأي أصحاب النظرية الحديثة	**60**
الفرع الثاني: مفهوم مبدأ الإستقلالية لشرط التحكيم	**61**
أولا: الإستقلال المادي تجاه العقد	**61**
ثانيا: الإستقلال عن قانون العقد (الإستقلال القانوني)	**63**
ثالثا: الأساس القانوني لمبدأ الإستقلالية لشرط التحكيم	**65**
الفصل الثاني: الجزاء المترتب على الإخلال بشرط التحكيم	**77**
المبحث الأول: الأثار القانونية لشرط التحكيم	**79**
المطلب الأول: منع الإلتجاء إلى القضاء	**80**
الفرع الأول: الإلتزام العقدي بعدم الإلتجاء إلى التحكيم	**81**
الفرع الثاني: ماهية الدفع بسبق شرط التحكيم	**86**
الفرع الثالث: أثر قبول الدفع بسبق شرط التحكيم	**94**
المطلب الثاني: إباحة الإلتجاء إلى القضاء	**102**

الفرع الأول: ولاية هيئة التحكيم على ضوء شرط التحكيم	**102**
الفرع الثاني:ولاية هيئة التحكيم في ضوء أحكام القانون	**109**
المبحث الثاني: الجزاء المترتب على الإخلال بشرط التحكيم	**112**
المطلب الأول:جزاء الإخلال بشرط التحكيم في القانون الفرنسي	**112**
المطلب الثاني: جزاء الإخلال بشرط التحكيم في القانون المصري	**113**
الخاتمة	**124**
قائمة المراجع	**128**
الفهرس	

تم بحمد الله