



جامعة مولود معمري - تيزي وزو -

كلية الحقوق والعلوم السياسية



قسم الحقوق

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر

تخصص: قانون الأعمال

تحت إشراف:

أ/ لملوم كريم

إعداد الطالبين:

- توادي كاتية

- حوشين غيلاس

- أ/ خريمش مصطفى، أستاذ مساعد "أ"..... رئيسا.

- أ/ لملوم كريم، أستاذ مساعد "أ"..... مشرفا و مقرا.

- د/ أعراب أحمد ، أستاذ محاضر "ب" ..... ممتحنا.

تاريخ المناقشة: 2021-2022

# إهداء

الحمد لله سبحانه وتعالى الذي ييسر لنا طريق العلم، وأعاننا على إتمام هذه الدراسة بأنامل  
تحيط بقلم أعيته الكلمة وأرقته الخطوط أهدي ثمرة جهدي إلى:

- الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما

- إلى أبنتي الغالية أميرة

- إلى زوجي العزيز الذي وقف بجاني حتى النهاية

- كل أفراد عائلتي.

- إلى كلّ أحبتي.

- إلى كلّ من أعاننا من قريب أو بعيد

كاتبة.

# إهداء

الحمد لله سبحانه وتعالى الذي ييسر لنا طريق العلم، وأعاننا على إتمام  
هذه الدراسة بأنامل تحيط بقلم أعبته الكلمة وأرقت الخوط أهدي ثمرة  
جهدي إلى:

- كل أفراد عائلتي.

- إلى كلّ أحبتي.

- إلى كلّ من أعاننا من قريب أو بعيد

غياس.

# كلمة شكر

الحمد لله أولا وأخيرا لإتمام هذا العمل البسيط فهو الموفق والمعين في كلّ الأمور.

تحيّة احترام وتقدير وعرفان بالجميل إلى الأستاذ المشرف

" لملوم كريم "

الذي لم ييخل علينا بنصائحه القيّمة .

كما نتقدم بالشكر الجزيل للسادة الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بقبول قراءة هذا

العمل وتصحيحه وإثراءه فلهم منا جزيل الشكر.

## مقدمة :

تعد مسألة أحكام التحكيم ذات أهمية بالغة ، وتزايد الأهمية العملية لأحكام التحكيم يرجع إلى عاملين ، العامل الأول : الانتشار الكبير والنجاح غير العادي للتحكيم التجاري الدولي ، والعامل الثاني : عامل اقتصادي يتعلق بالوقت والجهد حيث يواجه الأفراد والشركات عبر الدول صعوبات عديدة من تعقد إجراءات التحكيم ، واستئناف أحكام التحكيم الأجنبية بطرق شتى ورفض تنفيذها بالتوسع في أسباب هذا الرفض ، مما أعطي لمسألة التحكيم أهمية متعاظمة.

إن التحكيم الداخلي كطريق بديل لحل المنازعات كان الأسلوب السائد في المجتمعات القديمة ، و بذلك هو أسبق للظهور من القضاء إذ أن هذا الأخير ظهر للوجود ببروز هيكل الدولة إلا أنه مع التطور الحاصل لدولة في جميع الميادين لم تعد عدالة الدولة تلبي رغبة المتقاضين في إيجاد حلول سريعة لنزاعاتهم بأقل الشائق و أقل التكاليف خاصة من طرف التجار و المستثمرين ، وهذا ما أدّى إلي اللجوء إلي طرق بديلة لحل النزاعات تتميز بالليوننة و السرعة ومن بينها طريق التحكيم و لذلك سعت العديد من الدول إلي تبني التحكيم في ضمن تشريعاتها كطريق بديل ودي لحل النزاعات ومن بينها التشريع الجزائري الذي نظم بدوره التحكيم في ضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في الكتاب الخامس منه.

فقد تناول التحكيم الداخلي و التحكيم التجاري الدولي وسوف اخص دراستي في التحكيم الداخلي دون التحكيم الدولي.

فسؤال المطروح :

---

كيف نظم المشرع التحكيم الداخلي كطريق بديل لحل النزاعات في التشريع  
الجزائري؟

و للإجابة علي هذا التساؤل تعرضت لماهية التحكيم الداخلي (الفصل الأول)  
و آثار التحكيم الداخلي في (الفصل الثاني).

# المفصل الأول

---

الأصل أنه لا يجوز للشخص المتضرر أن يقتضي حقه بنفسه وأنه يجب التوجه إلى شخص محايد للفصل في النزاع، والأصل أن هذا الشخص المحايد هو القاضي التابع للدولة الذي تتمثل مهمته في الفصل في النزاعات التي تنثور بين الأشخاص، واستثناء على هذا الأصل يعترف المشرع أيضا بالتحكيم حيث يتم اللجوء فيه إلى شخص محايد من نوع خاص هو المحكم الذي يختاره الخصوم عادة.

وإذا كان التحكيم اليوم يعتبر طريقا للفصل في المنازعات إلى جانب القضاء، فإن البشرية قد عرفت التحكيم قبل أن تعرف القضاء العام. فقد ارتبط ظهور هذا النظام مع ظهور المجتمعات القديمة فكان شيخ القبيلة هو الذي يفصل بين المتنازعين ويلعب دور المحكم، فبمجرد أن بدأ المجتمع ينتظم فقد اهتدت الجماعة إلى ضرورة الإلتجاء إلى شخص ثالث لفض المنازعة التي تنشأ بين الاثنين، ولكن بعد ظهور الدولة ازداد الاهتمام بالتحكيم فأصبح له نظام ونصوص قانونية تنظمه ومؤسسات تحكم به، إضافة إلى إبرام عدة دول اتفاقيات بشأنه نظرا لأهميته البالغة في حل المنازعات.

تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين يتناول الأول التعريف بالتحكيم الداخلي أو الوطني وتمييزه عما يتشابه به من الأنظمة القانونية الأخرى، وتعريف أنواعه من شرط ومشاركة، أما المبحث الثاني فيتناول انعقاد إتفاق التحكيم من حيث أطرافه وأركانه مع التركيز على ركن التراضي وصحته

# المبحث الأول

## مفهوم التحكيم الداخلي

يعرف التحكيم بأنه عدالة خاصة اتفاقية<sup>1</sup> عدالة لأن المحكم يقوم بالفصل في النزاع طبقا للقانون، وبالتالي فهو قاضي بالمعيار العضوي، لأنه يطبق القانون في نزاع ما بالمعيار المادي. وبالتالي فالتحكيم عدالة موازية للعدالة العادية. وهو يمثل خصخصة العدالة، لقيام أشخاص عاديين به وليسوا موظفين يمثلون الدولة والشعب، لأن المحكم شخص عادي خاص يعين من طرف الأشخاص للقيام بمهمة، وهو لا يمثل الدولة بينما القاضي العادي موظف وينطق بالحكم باسم سيادة الشعب الجزائري. وهو عدالة اتفاقية أو تعاقدية لأن أساس اختصاص المحكم هو عقد مبرم بين طرفين أو أكثر يتفقون على عرض النزاع على محكمين دون وجود إتفاق بين المحكمين. أما أساس اختصاص القاضي العادي فهو القانون، وبالتالي فيعرف التحكيم على أنه عدالة تعاقدية فهو يعتبر عقد قضائي.

فيقصد بالتحكيم تلك المؤسسة التي تتميز بطابع القضاء الخاص و بمقتضاها تخرج النزاعات عن النظر من طرف الجهات القضائية العادية و تعرض على محكمين تسند لهم وظيفة القضاء، و المهمة المسندة للمحكمين هي التي تفيد معنى التحكيم، وبمقتضى التحكيم يتنازل الخصوم عن اللجوء إلى القضاء مع إلزامهم بطرح النزاع على المحكمين<sup>2</sup>.

إن أساس التحكيم هو إتفاق أو عقد التحكيم، ذلك أنه لا يمكن أن يقوم التحكيم دون إتفاق بين الخصوم، فما هو تعريفه وما هي أنواعه؟ وللاجابة على هذا التساؤل تم تقسيم هذا

---

1- قشي سليمة، التحكيم الداخلي في العقود الادارية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، تخصص قانون الأعمال، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 2015،

2- ميلود سلامي، عقد التحكيم في القانون الداخلي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، تخصص قانون العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر، 2002.

المبحث إلى مطلبين خصص الأول للتعريف التحكيم الداخلي وتمييزه عما يشتهه، وتناول الثاني التعريف بأنواع التحكيم

## المطلب الأول

### تعريف التحكيم الداخلي و مقارنته بالأنظمة الأخرى

إن أساس التحكيم هو إتفاق أو عقد التحكيم، ويعرف الإتفاق بأنه إتقاء أو اجتماع إرادات أشخاص قصد ترتيب آثار قانونية. والأطراف في إتفاق التحكيم هدفها استبعاد القضاء الرسمي للدولة من أجل اللجوء إلى أشخاص آخرين يعرفون بالمحكّمين.

وهذا الإتفاق على التحكيم قد يقع الخلط بينه وبين الأنظمة القانونية الأخرى، وعليه فسيتم التطرق لأهم تعريفات إتفاق التحكيم في الفرع الأول من هذا المطلب إضافة إلى إبراز طبيعته القانونية وأسباب اللجوء إليه لإظهار الخصائص التي يتمتع بها هذا النظام، أما الفرع الثاني فسيخصص لإبراز أهم أوجه التشابه والاختلاف بين إتفاق التحكيم و الأنظمة القانونية المشابهة له لإظهار نقاط الخلاف بينها.

## الفرع الأول

### تعريف التحكيم الداخلي

التحكيم لغة وارد من الحكم أي القضاء، والحكم اسم من أسماء الله الحسنى ووردت آيات دالة على أن الذي يحكم ويفصل بين الناس يسمى حكم: **فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم** [سورة النساء، الآية 65]<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>عزيزي، خالد، بونويوة، سمية، التحكيم الداخلي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، تخصص قانون العقود و المسؤولية، جامعة أم البواقي، 2016.

أما اصطلاحا فيعرف إتفاق التحكيم بأنه: "الإتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين للفصل فيه بقرار ملزم دون اللجوء إلى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع"<sup>1</sup>.

كما يعرف بأنه إتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية<sup>2</sup>.

وحسب المعيار الإقليمي فالتحكيم نوعان: دولي وداخلي أو وطني الذي هو موضوع الدراسة، فمتى يكون التحكيم داخليا أو وطنيا حسب قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد؟

لم يعرف المشرع الجزائري التحكيم الوطني، ولكنه عرف التحكيم الدولي في المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كما يلي: "يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الإقتصادية لدولتين على الأقل"<sup>3</sup>. فاعتمد المشرع في تعريفه على معيار واحد جمع بين المعيار الإقتصادي والقانوني اللذان كان ينص عليهما في القانون القديم بطريقة جديدة.

---

<sup>1</sup>عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، 2004.

<sup>2</sup>ادريس الضحاك، التحكيم التجاري الداخلي و الدولي، دفاتر المجلس الأعلى، المغرب، 3-4 مارس 2004 ص 13.

<sup>3</sup> قنون سمير، قاسي صارة، التحكيم التجارية الدولي و النظام العام، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، تخصص قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2021 ص 83.

وانطلاقاً من ذلك فيمكن تعريف التحكيم الداخلي بمفهوم المخالفة لتعريف التحكيم الدولي بأنه: "التحكيم الذي لا صلة بالمصالح الإقتصادية الدولية بل له علاقة بالمصالح الداخلية الجزائرية فقط"<sup>1</sup>.

وفيما يخص الطبيعة القانونية للتحكيم<sup>2</sup> فقد تباينت النظريات والآراء الفقهية بشأنها، وذلك لأن عملية التحكيم تبدأ اعتباراً من تاريخ الإتفاق عليه وتنتهي بصدور الحكم وطلب تنفيذه. ومن الواضح أن التحكيم نظام اتفاقي أو تعاقدية في نشأته ولكنه نظام قضائي في وظيفته. من هنا اختلفت النظريات والآراء الفقهية التي رافقت تطور عملية التحكيم، فالنظرية التعاقدية أو الإتفاقية ترى بأن عملية التحكيم عقد من بدايتها إلى نهايتها، بينما النظرية القضائية ترى أن عملية التحكيم هي عمل قضائي بحت. وظهر رأي حديث يرى أن عملية التحكيم ذات طبيعة مختلطة أو مركبة، حيث أن تبدأ بالاتفاق عليه وتنتهي بصدور الحكم. فإذا كان واضحاً أن استقلال إرادة الطرفين يتأكد بوجه خاص من الاعتراف بالبند التحكيمي الذي هو أساس العنصر الإتفاقي، فإن العنصر القضائي يظهر بوضوح في التأكيد على الحجية العائدة للقرار التحكيمي، على غرار الحكم القضائي العادي، فاختلاط هذين العنصرين الإتفاقي والقضائي يمنحان الطبيعة المختلطة أو المركبة للتحكيم.

وخلصاً ما تقدم، فالتحكيم هو قضاء خاص اتفاقي يستمد قوته من إرادة الأطراف فهو يقوم أساساً على مبدأ سلطان الإرادة حتى ولو كان إلزامياً، فإذا غابت إرادة المتنازعين أصبح قضاءاً وليس تحكيمياً. إذن فالتحكيم يقوم على ثلاثة عناصر: نزاع قائم، محكم مزود بسلطة الحسم وقرار ملزم ونهائي، وإتفاق على اللجوء إلى التحكيم.

<sup>1</sup> عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الطرق البديلة لحل النزاعات، الجزء الأول، قسم الوثائق، 2009، ص 22.

<sup>2</sup> عليوش قريوع كمال، مرجع سابق، ص 33.

وتجدر الإشارة إلى أسباب اللجوء إلى التحكيم وعيوبه التي تتمثل فيما يلي<sup>1</sup>:

### أولاً: فيما يتعلق بمزايا التحكيم

فهو يتمتع بخصائص ومميزات هامة دعت الأشخاص إلى اللجوء إليه والإعراض عن القضاء العادي يتمثل أهمها في:

1. يتسم التحكيم بالحسم السريع للمنازعات، لذلك حرص المتنازعون على تقادي عرض منازعاتهم على القضاء لما يتسم به من ببطء إضافة إلى احتمال إطالة أمد النزاع بسبب تعدد درجات التقاضي وإمكانية الطعن في الأحكام، وتقديم إشكالات التنفيذ والمماطلة، في حين أن التحكيم هو على درجة واحدة إضافة إلى أن إجراءاته تتسم بالمرونة والسهولة للمتنازعين بسبب مواكبته عجلة التطور.

2. إن التحكيم يحقق سرية للمتنازعين من تجار ورجال أعمال ومستثمرين، بحيث لا يطلع أحد على نزاعهم من غير المحكمين المختارين للنظر في القضية، والمحامون المدافعون عن الطرفين وهؤلاء ملتزمون بالمحافظة على سر المهنة، فلا يمكن أن يذيعوا موضوع القضية وتفاصيلها، هذا ما يتطلب بحكم سرية إجراءات التحكيم، بخلاف ما يحصل أمام القضاء العادي حيث تكون الإجراءات علنية، ويتعذر إخفاء نوع المعاملة وحجم النزاع أو مقدار الأموال التي يتعلق بها، وكثيراً ما يكون في كشف هذه الأمور ضرر على أحد الطرفين أو عليهما معاً.

3. يقوم التحكيم على مبدأ الرضائية والاتفاق، ولذلك فالمحكم يتمتع بحرية أكثر من القاضي لاسيما في تحديد القانون الذي يطبق على موضوع النزاع ولا يتقيد إلا بالضمانات الأساسية للتقاضي والقواعد الآمرة التي يجري فيها التحكيم، فيستطيع اختيار القانون الأنسب للتحكيم. في حين نرى أن القضاة في المحاكم العادية مكبلون

<sup>1</sup>عزيزي، خالد، بونويوة، سمية، المرجع السابق، ص 11.

بالقانون ويلتزمون بمراعاة نصوصه، وفي هذا الصدد قال الفيلسوف الإغريقي أرسطو: "إن أطراف النزاع يفضلون التحكيم عن القضاء، لأن المحكم يرى العدالة بينما لا يعدد القاضي إلا بالتشريع".

4. التحكيم قريب من الصلح وليس طريقا هجوميا، وهو أقرب إلى التفاهم بين الطرفين المتنازعين، وغالبا ما تستمر العلاقات بين المتنازعين على الأساس الذي يقرره التحكيم. بينما يلاحظ أن المنازعات المعروضة على القضاء العادي قد يستعمل فيها كل من الطرفين أساليب الكيد للطرف الآخر وتنتهي المسألة إلى حد اللاعودة للمعاملات بينهما.

5. . يأخذ التحكيم أحيانا مفهوما يتعلق بحقوق الإنسان وحرية، حتى أن بعض الدساتير تنص على حرية اللجوء إلى التحكيم وذلك للبعد عن القيود التي يضعها مشرعو القوانين، فالتحكيم هو تعبير عن روح العدالة وتغليب المصالحة على روح النزاع<sup>1</sup>.

## ثانيا: فيما يخص عيوب التحكيم

فهي تتمثل في:

1- من حيث السرعة: في ظل التطور الحاصل في عالم التجارة والأعمال لم يعد التحكيم بديلا مغريا عن القضاء العادي ولم يبق هو الوسيلة الوحيدة لحسم النزاعات التجارية خصوصا الدولية منها ولم يبق مجردا من أي عيب، بل بات مقرونا ببطء القضاء وارتفعت تكاليفه حيث أصبحت تشكل أرقاما خيالية لا تناسب التجار ورجال الأعمال والشركات التجارية، وأثبتت التجارب من الناحية العملية انتشار قرارات تأجيل قضايا التحكيم وهذا من شأنه أن يجرد التحكيم من أهم ما يميزه عن القضاء الرسمي فقد تطول في بعض الأحيان مدة حسم النزاع إلى بضع سنوات.

<sup>1</sup> عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، 36.

2- من حيث الكلفة: من ناحية الكلفة فالمحكّمون يتقاضون أتعاباً لقاء قيامهم بالمهمة التحكيمية الموكولة إليهم وأصبحت اليوم تشكل أرقاما خيالية، فالتحكيم يكلف المتنازعين أكثر من القضاء الرسمي، حيث تدفع الدولة مرتبات القضاة ولا يدفع من يرفع الدعوى سوى الرسوم المقررة، بينما في التحكيم يدفع الخصوم أتعاب المحكّمين ومصاريف انتقالهم وإقامتهم بالإضافة إلى الرسوم المطلوبة لمراكز التحكيم، خصوصا عندما يتم التحكيم عن طريق مؤسسة تديره وتشرف عليه، فمن المعروف أن التحكيم النظامي أو المؤسّساتي يتطلب تكاليف باهضة نظرا لما تفرضه هذه المؤسّسات لقاء إدارتها لعملية التحكيم. فضلا عن عدم توافر القدر المطلوب من السرية في هذا النوع من التحكيم.

3- من حيث السرية: إضافة إلى البطء في عملية التحكيم والذي بات مقرونا ببطء القضاء التقليدي والتكلفة المرتفعة حتى صار يعرف بقضاء الأغنياء، فإن السرية أيضا تعرضت لبعض الانتهاكات في كثير من القضايا مؤخرا، رغم أن مبدأ سرية التحكيم يعتبر من الخصائص المهمة لعملية التحكيم<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني

### مقارنة التحكيم الداخلي بالأنظمة الأخرى:

قد يتداخل في بعض الأحيان مفهوم التحكيم مع بعض المفاهيم الأخرى للأنظمة القانونية كالصلح والوكالة والخبرة والوساطة والقضاء ذلك أن كل من هذه الأنظمة يعالج نزاعا بين الأطراف، لكن بالرجوع إلى مصدر كل واحد منها والكيفية التي يسير عليها فإن هناك خلاف واضح فيما بينها. وفيما يلي مقارنة موجزة بينها لتحديد نقاط الخلاف:

<sup>1</sup> قنون سمير، قاسي صارة، المرجع السابق، ص 87.

## أولاً: الخبرة

قد يقع من الناحية العملية الخلط بين التحكيم والخبرة، لكن التشابه يكمن في أن الأطراف يلتمسون من شخص آخر وهو ليس بجهة قضائية أن يحدد أو يدقق مسألة قانونية أو واقعية، وعليه فالخبير لا يسعه إلا أن يدلي برأي غير ملزم للأطراف وبالتالي يجوز استبداله وحتى الحكم عليه بالتعويض إن اقتضى الأمر إذا أهمل المهمة المسندة إليه، وعلى كل فالقاضي غير ملزم برأي الخبير، أما التحكيم فهو فصل في النزاع من المحكم يلتزم به المحتكمون إليه، وفي حالة طلب الخبرة من المتنازعين معاً، قد تشبه الخبرة بالتحكيم، نظراً لوجود الإتفاق خاصة وأن المحكم كثيراً ما يختار من أهل الخبرة في موضوع النزاع<sup>1</sup>. (1)

والعبرة في هذا الشأن ليست بالألفاظ التي يصف بها المتنازعين من يرتضيانه للقيام بالتحكيم أو لتقديم الخبرة، وإنما بحقيقة المهمة التي يعهدان بها، وما إذا كانت فصلاً في النزاع ملزماً لهما أو مجرد تقديم رأي استشاري غير ملزم، ومن ثم فقد يعطيه الطرفين وصف الخبير ويكون الأمر متعلقاً بتحكيم، أو يعطيانه وصف المحكم ويكون الأمر متعلقاً بمجرد خبرة<sup>2</sup>.

## ثانياً: الصلح

حسب المادة 459 من القانون المدني فالصلح عقد ينهي به الطرفين نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه، وفي كل من الصلح والتحكيم يتوقع قيام نزاع بين الطرفين، فهذه المادة نصت على نزاع قائم أو محتمل والتحكيم كذلك يكون اللجوء إليه في حالتي نزاع قائم أو محتمل، وكما أن الصلح

<sup>1</sup> الغوي بن ملحمة، مرجع سابق، ص 42.

<sup>2</sup> مصطفى محمد الجمال ود/ عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 29.

ينهي النزاع كذلك حكم التحكيم تكون له قوة الشيء المقضي فيه<sup>1</sup>. ويلتقيان كذلك في كون كليهما يفترض وجود نزاع بين طرفيه أو أطرافه وكل منهما يؤدي إلى انقضاء النزاع<sup>2</sup>.

إلا أنه ورغم هذا التشابه فإن الاختلاف بينهما واضح من النواحي التالية:

1. الصلح عقد، أما التحكيم فرغم أنه قائم على عقد أو إتفاق فهو مؤسسة تفصل في النزاع<sup>3</sup>.

2. أن عقد الصلح يتم بين أطراف علاقة قانونية معينة أو من يمثلونهم يتضمن تنازلاً تبادلياً لإنهاء منازعة نشأت أو تدارك منازعة متوقعة الحدوث، وهذا بخلاف ما ورد في نص المادة 459 من القانون المدني التي جاءت صياغتها أن الأطراف يتنازلون على وجه التبادل على حقوقهم في حين أن التنازل في عقد الصلح لا يكون على الحق كله وإنما على جزء منه<sup>4</sup>. بينما في إتفاق التحكيم فيتفق الأطراف على عدم طرح النزاع على القضاء وإختيار محكم أو محكمين للفصل فيه.

3. في الصلح الأطراف أو وكلائهم هم الذين يحسمون النزاع القائم بينهم، أما في التحكيم فإن الأطراف يسندون بموجب شرط أو مشاركة التحكيم المهمة إلى الغير للفصل في النزاع القائم بينهم وهذا بمقتضى حكم التحكيم الذي هو قابل للتنفيذ<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> الغوتي بن ملححة، مرجع سابق، ص 43.

<sup>2</sup> قشي سليمة، المرجع السابق، ص 24.

<sup>3</sup> د/ الغوتي بن ملححة، مرجع سابق، ص 44.

<sup>4</sup> علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 223.

<sup>5</sup> الغوتي بن ملححة، مرجع سابق، ص 44.

4. في عقد الصلح ينقضي النزاع بمجرد التنازل المتبادل للطرفين على جزء من حقوقهما أو إدعاءاتهما وهو غير قابل للتنفيذ بذاته ما لم يتم في صورة مكتوبة أو يتم أمام جهة القضاء التي يكون النزاع مطروحا أمامها قبل التوصل إلى الصلح<sup>1</sup>.

بينما إتفاق التحكيم لا ينهي النزاع بمجرد إبرامه وإنما ينتهي بإصدار المحكم لحكم فاصل في النزاع، ويكون هذا الأخير قابلا للتنفيذ وفقا للقواعد العامة لتنفيذ الأحكام بمجرد الحصول على أمر بتنفيذه طبقا لنص المادة 1035 من القانون المنظم للتحكيم: "يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها، ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمله التعجيل...".

وعقد الصلح يلزم أطرافه ويترتب عليه إسقاط الحقوق والإدعاءات المتنازل عنها بصفة نهائية، بينما إتفاق التحكيم الذي ينتهي بحكم فاصل في النزاع قد يقبل الطعن فيه بطرق الطعن المختلفة حسب القواعد العامة<sup>2</sup>، إلا إذا اشترط الأطراف صراحة عدم الطعن في حكم المحكم أو المحكمين والإلتزام به وفقا للمادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يرفع الإستئناف في أحكام التحكيم في أجل شهر واحد من تاريخ النطق بها، أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم، ما لم يتنازل الأطراف عن حق الإستئناف في اتفاقية التحكيم".

<sup>1</sup>د/ أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص31.

<sup>2</sup>عزيزي، خالد، المرجع السابق، ص46.

## ثالثا: الوكالة

ورد في نص المادة 571 من القانون المدني أن الوكالة أو الإنابة هي عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه، فالوكيل يستمد سلطته من الموكل، ويملك الموكل عزل الوكيل، ولا يقوم الوكيل إلا بما يمكن للموكل أن يقوم به في حدود، أما الإتفاق على التحكيم فله صفة القضاء، ولا يمكن للخصوم التدخل في عمل المحكم ولا أن يفرضوا عليه شروطا ما. فطرفي إتفاق التحكيم هما طرفي النزاع، وموضوعه هو تعيين محكم أو محكمين للفصل فيه. والمحكم يستقل في ممارسته لمهمته عن الأطراف التي عينته إستقلالا تاما ولا يخضع إلا لسلطان القانون الذي يحكم النزاع<sup>1</sup>.

إلا أنه ورغم هذه الفروقات الواضحة بين العقدين فقد تبرز التفرقة في الحالة التي يتفق الطرفان فيها باللجوء إلى هيئة تحكيم ثلاثية يختار كل طرف عضوا فيها ويتفق العضوان على العضو الثالث، كما هو الحال مثلا عند إختيار أحد الأطراف لمحام موكل عنه في الخصومة أو إختيار شخص آخر ففي هذه الحالة يكون العضو الذي عينه كل طرف شبيه بممثل أو نائب عنه. وهنا يثور التساؤل حول حقيقة الدور الذي يؤديه هذا الممثل أو النائب في التحكيم ما إذا كان هو دور الوكيل الذي يتولى الدفاع عن الطرف الذي عينه بحيث تقتصر صفة المحكم على العضو الثالث المختار من قبل الطرفين معا؟ أم هو دور المحكم في تحكيم متعدد هيئته؟

يرى الرأي الراجح من الفقه<sup>2</sup> أن العضوان المختاران من قبل الطرفين يعتبران محكمين بالمعنى الدقيق بحيث يكون هو الأصل عند عدم وجود خلاف ذلك في نصوص إتفاق التحكيم والظروف المحيطة به. وذلك أخذا بالمعنى الظاهر لعبارات المتعاقدين وفقا للقواعد

<sup>1</sup>د/ الغوتي بن ملحمة، مرجع سابق، ص 47.

<sup>2</sup>قنون سمير المرجع السابق، ص 34.

العامّة في تفسير إرادة المتعاقدين ووفقا لما جاءت به المادة 111 من القانون المدني والتي تنص: "إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين، أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدیندون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ...".

#### رابعاً: القضاء

يتفق التحكيم والقضاء في أن حكم القاضي واجب التنفيذ بحيث لا يجوز الخروج عليه، وإذا انفقت الأطراف المتنازعة على الأخذ برأي المحكم الذي اختير من طرفهم تعين عليهم الإلتزام بما انتهى إليه حكم المحكمين، وأما وجه الخلاف بين التحكيم والقضاء هو أن القاضي موظف في الدولة في حين المحكم هو كل شخص بدون صفة رسمية، وهذا الأخير يستمد سلطته من إرادة الذين اختاروه وارتضوا بحكمه، وهو يتقاضى أجره من الطرفين، في حين أن القاضي يتقاضاه من الدولة<sup>1</sup>. (1)

#### خامساً: الوساطة

إن عملية الوساطة هدفها الوصول إلى الصلح، ولا يفرض الوسيط على الأطراف أي حل لا يقبلونه بل دوره يتمثل في تقريب وجهات نظرهم أو تقديم بعض الاقتراحات، على خلاف المحكم الذي له أن يفرض رأيه في إطار القانون الواجب التطبيق.

ويختلف التحكيم عن الوساطة أيضا في أن الوسيط يخضع في محاولته إلى إرادة الخصوم واستعدادهم لها، بينما في التحكيم فلا دخل للخصوم في عمل المحكم والقرار الذي يصدره يكون مبنيا على القانون الواجب التطبيق. كما تختلف الوساطة عن التحكيم في كونها

<sup>1</sup> عليوش قربوع كمال المرجع السابق،، ص48.

---

تصدر من وسيط وحيد على خلاف التحكيم الذي يصدر من محكم واحد أو عدة محكمين، زيادة عن كون الوساطة لا تتطلب الوقت الطويل بينما التحكيم عادة ما يطول وقته أكثر.

## المطلب الثاني:

### أنواع التحكيم الداخلي

إتفاق التحكيم هو إتفاق طرفين على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية.

يستفاد من هذا التعريف أن إتفاق التحكيم يمكن أن يأخذ إحدى صورتين: إما يكون كشرط أو بند في عقد معين يذكر فيه من بين شروطه ويسمى في هذه الحالة بشرط التحكيم، ويكون تنفيذ الشرط في هذه الحالة أمرا احتماليا بحدوث النزاع بالفعل من عدم حدوثه، وقد ينعقد إتفاق التحكيم عند قيام النزاع بالفعل بين الخصوم ويسمى في هذه الحالة بمشاركة التحكيم، وإتفاق التحكيم تختلف أحكامه وشروطه بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بمشاركة تحكيم تجمع كل العناصر والشروط اللازمة لسير عملية التحكيم، أو إذا ما كان يتعلق بمجرد شرط أو بند يحتاج إلى إتفاق لاحق لاستكمال هذه العناصر عند قيام النزاع بالفعل.

وتجدر الملاحظة أن المشرع الجزائري في المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية عرف مشاركة التحكيم باستعمال عبارة غير صحيحة، فعرّفها بأنها إتفاق التحكيم في حين أن هذا الأخير يشمل شرط و مشاركة التحكيم معا. وهذا أمر يجب تداركه من طرف المشرع لأنه يثير كثيرا من اللبس، وبغض النظر عن ذلك فستتم دراستها وفقا لما

يقتضيه الصواب. لذا سأتناول في هذا المطلب مفهوم كل من شرط ومشاركة التحكيم من خلال الفرعين التاليين:

## الفرع الأول:

### شرط التحكيم

تنص المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: "شرط التحكيم هو الإتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".

من خلال هذا النص يتضح أن شرط التحكيم هو العقد الذي يتفق فيه الأطراف على اللجوء إلى التحكيم بشأن ما قد ينشأ مستقبلاً بين الأطراف من منازعات، ويكون في صورة بند أو شرط ضمن بنود أو شروط عقد معين، وهذا العقد يتم عند إبرام العقد الأصلي وقبل حدوث النزاع، فلا ينتظر أطراف العلاقة القانونية نشوب النزاع وإنما يسبقون الأحداث فيتفقون على التحكيم مقدماً في العقد الذي يبرمونه أو باتفاق مستقل<sup>1</sup> قد يكون لاحقاً للعقد ولكن في كل الحالات يكون سابقاً على قيام النزاع<sup>2</sup>. وسنتطرق فيما يلي إلى شكل الشرط التحكيمي ومجاله والمسائل التي لا يجوز التحكيم فيها وما مدى استقلالية الشرط التحكيمي عن العقد الأصلي:

---

<sup>1</sup>وقد يشترط القانون في بعض الحالات ضرورة أن يكون الإتفاق على شرط التحكيم منفصلاً عن شروط العقد الأصلي كما هو الحال مثلاً في الحالة التي ذكرتها المادة 4/622 من القانون المدني بنصها: "يكون باطلاً ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط التالية: شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة إتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة".

<sup>2</sup>د/ ناريمان عبد القادر، إتفاق التحكيم، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص204.

## أولاً: شكل الشرط التحكيمي

نص القانون الحالي في مادته 1/1008 على أنه: "يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها"، وبالتالي فإن الكتابة صارت شرطاً لصحة الشرط التحكيمي وليس لإثباته.

## ثانياً: مجاله

تنص المادة 1/1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها"، فالقانون الجزائري يجيز شرط التحكيم في جميع الحقوق التي للشخص مطلق التصرف فيها.

ونصت المادة 975 على أنه: "لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه، أن تجري تحكيمياً إلا في الاتفاقية الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية". وعند العودة إلى المادة 800 فإن الأشخاص المذكورة فيها هي: الدولة، الولاية، البلدية، إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية<sup>1</sup>.

نصت المادة 1006: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها".

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

ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ماعداً في علاقاتها الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية"، وبالتالي:

<sup>1</sup> قشي سليمة، المرجع السابق، ص 56.

1- فقد أبقى القانون شرط أهلية التصرف في الحقوق لإبرام إتفاق التحكيم وليس مجرد أهلية التقاضي وإدارة الحقوق، فيكون المشرع الجزائري مازال يعتبر التحكيم طريقا استثنائيا للتقاضي<sup>1</sup>.

2- صار بإمكان الدولة والمؤسسات العامة والبلديات والولايات أن تبرم عقود تحكيم إذا كان موضوع العقد، ما يسميه المشرع الجزائري بالصفقات العمومية أي الأشغال العامة، وبالتالي أصبحت عقود الصفقات العمومية أي الأشغال العامة الداخلية قابلة للتحكيم الوطني، أما خارج الصفقات العمومية فإن شرط إجازة التحكيم لأشخاص القانون العام (الدولة، البلديات، الولايات، المؤسسات العامة) هو أن تكون هذه العقود داخلة في اتفاقات دولية صادقت عليها الجزائر، ويوقعها الوزير أو الوزراء المعنيين إذا كانت الدولة طرفا، وإذا كانت البلدية أو الولاية هي الطرف فيوقعها الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، أما المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية فيوقعها ممثلها. وهذا ما نصت عليه المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3- المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية لها أهلية التحكيم في عقود الصفقات العمومية أي الأشغال العامة أما المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية فهي خاضعة لنظام التحكيم الإلزامي<sup>2</sup>.

### ثالثا: ما لا يجوز التحكيم فيه

نصت المادة 2/1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم"، وبالتالي:

<sup>1</sup>عزيزي، خالد، المرجع السابق، ص 66.

<sup>2</sup>عبد الحميد الأحمد، المرجع السابق، ص 69.

## 1-النظام العام: كل ما يتعلق بالنظام العام غير قابل للتحكيم، والنظام العام الجزائري

نطاقه يكبر ويصغر باختلاف الأزمان، والمحاكم القضائية هي التي تحدد نطاقه وهو مرتبط بالمفاهيم الاجتماعية و الاقتصادية<sup>1</sup>.

ولما كان النظام العام قائم على المصلحة العامة سواء كانت هذه المصلحة سياسية أو اقتصادية أو أدبية، فلا يجوز التحكيم في أي نزاع يتصل بما لا يجوز التعامل به بمقتضى قوانين خاصة ولأي سبب من الأسباب كالتعامل بالأسلحة والذخائر. كما لا يجوز التحكيم فيما يتعارض وحسن الآداب، فلا يجوز التحكيم في طلب دين القمار، وبالتالي فيمكن القول بأن الاختصاص النوعي الذي يتمتع به المحكمون محدود بالنظام العام<sup>2</sup>.

## 2-حالة الأشخاص وأهليتهم: المبرر في ذلك أن المادة 45 من القانون المدني تقر أنه

ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها، وأضافت المادة 46 أنه ليس لأحد التنازل عن حرите الشخصية، والمادة 47 و 48 أجازتا لكل من وقع اعتداء على حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر. ولكل من نازعه الغير في استعمال اسمه دون مبرر ومن انتحل الغير اسمه أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما لحقه من ضرر<sup>3</sup>. وفي هذا المقام يطرح التساؤل حول جزاء الإتفاق على التحكيم فيما لا يجوز التحكيم فيه؟

يتضح مما سبق أن ما لا يجوز فيه التحكيم ينحصر فقط في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم، فاتفق التحكيم في هذه المسائل يكون باطلا بطلانا مطلقا من النظام العام، فيجوز أن يتمسك به أي خصم في الدعوى، وفي أية حالة تكون

<sup>1</sup> عبد الحميد الأحذب، مرجع سابق، ص 69.

<sup>2</sup> الغوتي بن ملح، مرجع سابق، ص 52.

<sup>3</sup> عزيزي، خالد، المرجع السابق، ص 52.

عليها الإجراءات، وعلى المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها دون الاعتداد بما اتفق عليه الخصوم<sup>1</sup>.

#### رابعاً: استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي

إن شرط التحكيم هو ذلك الإتفاق الذي يتم بين أطراف علاقة قانونية معينة على إحالة ما قد يقع بينهم من منازعات في المستقبل على التحكيم ويكون في أغلب الأحيان في صورة بند أو شرط من بين بنود أو شروط عقد معين، كما قد يكون في صورة إتفاق منفصل عن العقد الأصلي، وفي هذه الحالة تطرح مسألة علاقة شرط التحكيم بالعقد الأصلي الذي يتضمنه خاصة إذا ما تضمن عقد ما شرط تحكيم، وينشأ في المستقبل نزاع بالفعل حول تطبيق أو تفسير أو تنفيذ هذا العقد، وكان العقد الأصلي باطلاً بطلاناً مطلقاً أو قابلاً للإبطال كما قد يكون شرط التحكيم باطلاً بطلاناً مطلقاً لوروده على مسألة لا يجيز القانون التحكيم فيها، ويبقى مع ذلك العقد الأصلي صحيحاً. فهل يعتبر شرط التحكيم جزءاً من العقد الأصلي يتوقف مصيره على مصير العقد؟ و بالتالي يؤدي إلى بطلانه أم أنه منفصل عنه ويتمتع بكيان مستقل عن العقد الأصلي؟

نص القانون الجزائري صراحة على مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وذلك في الأحكام المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي بنصه في المادة 4/1040 من قانون الإجراءات المدنية الحالي على أنه: "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي". أما في مجال التحكيم الداخلي فلم ينص على مبدأ الاستقلال مما يثير التساؤل حول مدى اعتبار شرط التحكيم منفصلاً عن العقد الأصلي؟

<sup>1</sup> قنون سمي المرجع السابق، ص 110.

هناك جانب من الفقه يرى بأن اشتراط المشرع الجزائري في المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ضرورة إثبات شرط التحكيم الموجود بالعقد الأصلي كتابة أي ضرورة التوقيع عليه إضافة إلى التوقيع على العقد الأصلي يعد اعترافا من المشرع الجزائري باستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي المدرج به، ومنه إمكانية نظر المحكم أو المحكمين في مدى اختصاصهم<sup>1</sup>.

ولكن لم يبين قانون الإجراءات المدنية والإدارية نظرية استقلالية الشرط التحكيمي، وبالتالي فإن منازعة أحد الطرفين بصحة العقد تشمل اختصاص المحكمين، ويعود الاختصاص إلى القضاء، فإذا قضى بصحة العقد عادت الحياة إلى الشرط التحكيمي وإلى التحكيم وإلا نظر القضاء بالنزاع التعاقدي<sup>2</sup>. ومنه يبدو أن عدم تطرق المشرع الجزائري إلى مسألة استقلال الشرط التحكيمي عن العقد الأصلي في مجال التحكيم الداخلي أو الوطني يؤدي إلى اعتبار شرط التحكيم مجرد بند أو شرط من بنود شروط عقد معين يتأثر بالعقد وجودا وعدما، ولا يكون شرط التحكيم مستقلا عن العقد الأصلي.

وبالتالي فيكون القانون الجديد قد سار على خطى القانون السابق ولم يتبن نظرية استقلال الشرط التحكيمي في التحكيم الداخلي وتبناها في التحكيم الدولي بشكل واضح وصريح<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> ميلود سلامي المرجع السابق، ص 147.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 149.

## الفرع الثاني: مشاركة التحكيم

### أولاً: مفهومها

تنص المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "إتفاق التحكيم هو الإتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم". فيقصد بمشاركة التحكيم ذلك العقد الذي يتم بين الطرفين المتنازعين بإرادتهما الحرة بعدم اللجوء إلى المحاكم المختصة أصلاً بنظر النزاع واللجوء إلى محكم أو محكمين في حالة نشوب نزاع بالفعل بينهما، ويحدد هذا الإتفاق شروط سير عملية التحكيم من تحديد موضوع النزاع وذكر أسماء المحكمين<sup>1</sup>.

### ثانياً: شروطها

تنص المادة 2/1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم". فمشاركة التحكيم تبرم عند قيام النزاع بالفعل من أجل إخراج ولاية الفصل في النزاع من القضاء إلى ولاية المحكم أو المحكمين، لذلك أوجب القانون ضرورة أن تعين المشاركة موضوع النزاع، أي تحديد المسائل المتنازع عليها بدقة وإلا كانت باطلة، والسبب في ذلك هو أن لا ينزل الأطراف عن ولاية القضاء إلا في موضوع معين أو في مسألة معينة.

ويؤدي تحديد محل أو موضوع النزاع إلى إمكانية تحديد ولاية المحكم أو المحكمين، فتكون ولايتهم في هذه المسألة المحددة دون غيرها فإن خرجوا عليها كان قرارهم باطلاً. وبالتالي فيجب أن تتضمن مشاركة التحكيم تحت طائلة الإبطال، تعيين المحكم أو

<sup>1</sup> الغوي بن ملحة، مرجع سابق، ص 58.

المحكّمين أو تحديد كيفية تعيينهم، وبالتالي فإن تحديد كيفية التعيين يعتبر شرطاً لصحة مشاركة التحكيم، ولا يشترط القانون أن تبرم مشاركة التحكيم بموجب عقد رسمي (عقد موثق) وإنما يكفي أن تحرر بموجب عقد عرفي على ورق عادي، كما لا يشترط أن تشهر مشاركة التحكيم لأنها ليست من قبيل التصرفات الواجب شهرها<sup>1</sup>.

وتنص المادة 1018 من القانون المنظم للتحكيم: "يكون اتفاق التحكيم صحيحاً ولو لم يحدد أجل لانتهائه، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة (4) أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم.

غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف، وفي حالة عدم الموافقة عليه، يتم التمديد وفقاً لنظام التحكيم، وفي غياب ذلك، يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة...". فعلى الرغم من أن قانون الإجراءات لا يشترط ضرورة أن تكون مشاركة التحكيم مؤرخة، إلا أنه يفهم ذلك ضمناً من خلال تحديده للمدة التي يجب فيها على المحكمين إتمام مهمتهم فيها، وهي المدة المتفق عليها في العقد أو عند عدم الاتفاق خلال مهلة 4 أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم في المشاركة.

ومما سبق يمكن القول بأن اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الأطراف على حسم نزاعهم الحالي أو المستقبلي بواسطة شخص أو أشخاص يختارونهم، وذلك لإقامة محكمة خاصة دون اللجوء إلى القضاء العادي في الدولة، وينقسم أساس التحكيم إلى نوعين: شرط تحكيم يكون غالباً ضمن بنود العقد الأصلي الذي يحكم العلاقة القانونية بين الطرفين، فينتقلان بموجبه على عرض نزاع لم ينشأ بعد إلا أنه محتمل الوقوع بينهما على التحكيم. ومشاركة تحكيم التي يتفق طرفا النزاع بموجبها بعرضه على التحكيم بعد نشأة النزاع بينهما.

<sup>1</sup>قشي سليمة، المرجع السابق، ص 66.

وبعد دراسة مفهوم إتفاق التحكيم من خلال المبحث الأول من هذا الفصل، فإنه يجب معرفة كيفية انعقاد هذا الإتفاق، وهل تنطبق عليه القواعد العامة لانعقاد العقود أم له قواعد خاصة به ينفرد بها، وهذا ما سنتم دراسته من خلال المبحث الثاني من هذا الفصل فيما يلي:

## **المبحث الثاني**

### **انعقاد التحكيم**

تقضي القواعد العامة بأنه لقيام أي عقد من العقود يجب حصول التراضي بين الطرفين على محل مشروع وغير مخالف للنظام العام، وأن يكون السبب إلى التعاقد مشروعاً كذلك. ولقيام العقد صحيحاً يجب أن يصدر من شخص تتوافر فيه الأهلية اللازمة لإبرامه وتحمل نتائجه وآثاره، هذا إضافة إلى شروط وأركان أخرى يتطلبها القانون في عقود معينة وهي العقود المسماة.

وفيما يلي سنتم دراسة انعقاد إتفاق التحكيم من خلال الأطراف المتعاقدة فيه وأركانه مع التركيز على ركن التراضي وصحته نظراً لأهميته البالغة مقارنة بباقي الأركان، وبالتالي فقد تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين يتضمن الأول أهلية الأطراف في إتفاق التحكيم والنيابة في إبرامه، بينما يتناول الثاني ركن التراضي وصحته:

### **المطلب الأول**

#### **الأطراف المتعاقدة في التحكيم الداخلي**

المتعاقدان في الإتفاق على التحكيم هما طرفي العقد أو التصرف الأصلي الذي يتعلق به النزاع المحكم فيه في حالة شرط التحكيم المدرج في هذا العقد أو التصرف أو الذي

يحيل عليه هذا الأخير. وهما طرفي النزاع في حالة مشاركة التحكيم التي تبرم بعد قيام النزاع بالفعل، سواء كانا هما طرفي العقد أو التصرف الأصلي الناشئ عنه هذا النزاع. في حالة تعلق النزاع بعقد أو تصرف سابق على إبرام إتفاق التحكيم، أو كانا طرفي علاقة قانونية أخرى غير إرادية ناشئة عن واقعة قانونية، كواقعة الفعل الضار أو واقعة الفعل النافع. ودراسة المتعاقدين تثير مسألتين: أهلية المتعاقد من جهة، والنيابة في إبرام الإتفاق على التحكيم من جهة أخرى، وهذا ما سيتم التطرق له من خلال الفرعين التاليين:

## الفرع الأول

### أهلية إبرام التحكيم الداخلي

بما أن إتفاق التحكيم يعد تصرفا قانونيا تنتج إرادة أطرافه إلى إحداث أثر قانوني معين وهو حجب الاختصاص بتسوية النزاع عن القضاء وتخويله للتحكيم، فإنه من الواجب أن تتوفر لدى كل طرف الأهلية اللازمة لصدور إرادة كافية لإبرام إتفاق التحكيم. فإذا انعدمت الأهلية أو كانت ناقصة، كان إتفاق التحكيم باطلا أو قابلا للإبطال وبالتالي لا يرتب أثره. وسيتم التطرق فيما يلي إلى الأهلية التي يشترطها المشرع من أجل إبرام إتفاق التحكيم سواء بالنسبة للشخص الطبيعي أو المعنوي<sup>1</sup>:

#### أولاً: الأشخاص الطبيعية

تنص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها...". فالأهلية التي يشترطها القانون

<sup>1</sup> تعويلت كريم ، التحكيم الداخلي في القانون الجزائري :مقتضيات تشجيعه وتفعيله، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص 2017، ص164-178.

لإبرام إتفاق التحكيم هي أهلية التصرف في الحقوق، والمقصود بها أهلية التصرف في الحق المتنازع عليه، ذلك أن إتفاق التحكيم يعني التنازل عن رفع النزاع إلى قضاء الدولة، وهو ما قد يعرض الحق المتنازع عليه للخطر، واشتراط أهلية التصرف لإبرام إتفاق التحكيم فيه خروج عن القواعد العامة سواء من حيث الأهلية المطلوبة أو من حيث حكم العقد الذي يبرمه من لا تتوافر فيه هذه الأهلية.

والأهلية الكاملة حسب القواعد العامة تكون لمن بلغ سن الرشد أي 19 سنة كاملة، ولم يكن محجورا عليه لجنون أو عته أو سفه أو غفلة. وعلى ذلك فإن العقد الذي يبرمه القاصر (عديم الأهلية) ومن في حكمه يكون باطلا بطلانا مطلقا، وبالتالي إجراءات التحكيم تكون باطلة بطلانا مطلقا لتعلق ذلك بالنظام العام<sup>1</sup>.

ومعنى ذلك أنه إذا رفع نزاع أمام المحكمة وتمسك أحد الخصوم بوجوب عرضه على هيئة التحكيم جاز لكل خصم أن يتمسك بعدم الاعتداد باتفاق التحكيم لبطلانه، ووجب على المحكمة أن تحكم بذلك من تلقاء نفسها، فكما يجوز لذي الأهلية التمسك ببطلان الخصومة لانعدام أهلية خصمه في إبرام إتفاق التحكيم، حتى يتجنب السير في خصومة معرضة للبطلان فتنضرر مصلحته ببطلان الحكم الصادر فيها . فيجوز للمحكمة أن تقضي بهذا البطلان، ويجوز أيضا لأي خصم التمسك ببطلان إتفاق التحكيم لانعدام أهلية أحد الخصوم حتى لا يجبر على السير في إجراءات مصيرها الزوال والبطلان، فضلا على إضاعة الجهد والوقت والمال.

والمادة 44 من القانون المدني تخضع فاقد الأهلية وناقصها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون، والمادة 43

<sup>1</sup> بن احمد حورية، اجراءات التحكيم الداخلي و الدولي في مجال العقود الادارية، مجلة العلوم الانسانية، المجلد 19، العدد 02، ص 73-85.

أقرت أن كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو معتوها فهو ناقص الأهلية، وهؤلاء لا يمكنهم اللجوء إلى التحكيم، ومن جهة أخرى نصت المادة 81 من قانون الأسرة: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون"<sup>1</sup>.

وعليه فالقاصر الذي بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني يملك تسلم أمواله لإدارتها من الولي أو القاضي عملا بحكم المادة 83 و84 من قانون الأسرة، فهذا لا يجوز اللجوء إلى التحكيم، كما يملك نفس القاصر أن يمارس التجارة بإذن من أبيه أو أمه وفي حالة وفاة أبيه أو فقدانه السلطة الأبوية أو بإذن من مجلس العائلة وبموافقة المحكمة عملا بالمادة 5 و6 من القانون التجاري، فهو يملك سلطة اللجوء إلى ما سطر له من تصرفات، ولكن نفس القاصر ليس له سلطة التصرف إلا في حدود، فلا يجوز له اللجوء للتحكيم.

### ثانيا: الأشخاص المعنوية

صار بإمكان الدولة والمؤسسات العامة والبلديات والولايات أن تبرم عقود تحكيم إذا كان موضوع العقد صفقات عمومية أي الأشغال العامة، وبالتالي أصبحت عقود الصفقات العمومية الداخلية قابلة للتحكيم الداخلي أو الوطني، أما خارج الصفقات العمومية فإن شرط إجازة التحكيم لأشخاص القانون العام (الدولة، البلديات، الولايات، المؤسسات العامة) هو أن تكون هذه العقود داخلة في اتفاقات دولية صادقت عليها الجزائر، ويوقع الوزير أو الوزراء المعنيين إذا كانت الدولة طرفا، وإذا كانت البلدية أو الولاية هي الطرف فيوقع الوالي أو

<sup>1</sup>د الغوتي بن ملح، مرجع سابق، ص62.

رئيس المجلس الشعبي البلدي، أما المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية فيوقع ممثلها. وهذا ما نصت عليه المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>1</sup>.

والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية لها أهلية التحكيم في عقود الصفقات العمومية أي الأشغال العامة، أما المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية فهي خاضعة لنظام التحكيم الإلزامي.

## الفرع الثاني:

### النيابة في إبرام التحكيم الداخلي

الأصل أن يبرم إتفاق التحكيم من أصحاب المصلحة فيه، أي من يدعي حقا أو مركزا قانونيا معيناً لنفسه، ومن يتم الإدعاء في مواجهته بهذا الحق. لكن صاحب المصلحة قد يوكل غيره في إبرام إتفاق التحكيم نيابة عنه، ويزوده بالسلطة وبالتعليمات اللازمة لإتمام هذا الإتفاق، فيكون نائباً إتفاقياً عنه. وقد يكون غير قادر على رعاية مصالحه بنفسه، فيعين القانون نائباً قانونياً لرعايتها أو يترك للقضاء سلطة تعيينه، فإلى أي حد تكون للنائب سلطة الإتفاق على التحكيم؟<sup>2</sup>

<sup>1</sup> تعويلت كريم، المرجع السابق، ص 166.

<sup>2</sup> محمد علياتي، التحكيم التجاري الدولي، مجلة البحوث و الدراسات العلمية، المجلد 09، العدد 01، ص 145-153.

## أولاً: النيابة الإتفاقية

يقصد بالنيابة الإتفاقية تخويل الشخص شخصا آخرًا لينوب عنه في إبرام العقد، فيستمد النائب سلطته في التعاقد من عقد الوكالة الذي يبين حدودها.

ولقيام عقد الوكالة صحيحًا لابد من توافر الأهلية اللازمة في شخص النائب حيث تنص المادة 574 من القانون المدني: "لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لاسيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء...الوكالة الخاصة لا تخول للوكيل إلا القدرة على مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري". ومنه فيجوز للوكيل الإتفاقي أن يبرم إتفاق التحكيم نيابة عن الأصيل بشرط أن يكون مزودا بوكالة خاصة، فإذا كان مفوضا بموجب وكالة عامة امتنع عليه إبرام إتفاق التحكيم، ولا يحتج به في مواجهة الأصيل، ذلك أن الوكالة العامة تقتصر على أعمال الإدارة دون أعمال التصرف، وإتفاق التحكيم يعتبره القانون من قبيل التصرفات القانونية<sup>1</sup>.

كما أن الوكالة الممنوحة للمحامي أو المحضر القضائي بحكم مهنتهما لا تجيز لهما أن يتفقا مع الخصم على إبرام إتفاق التحكيم لأن المحامي وكيل في الخصومة فحسب، كما أن المحضر وكيل في التنفيذ فحسب فلا تتسع الوكالة الممنوحة لهما لإبرام إتفاق التحكيم وإنما يشترط أن تكون للمحامي أو المحضر وكالة خاصة، فإذا توفرت كانت لهما سلطة إبرام إتفاق التحكيم. ويثور التساؤل في هذا المجال حول مدى إمكانية إبرام مديري ومسيري الشركات المدنية أو التجارية لاتفاق التحكيم؟.

<sup>1</sup> بن احمد حورية ، مرجع سابق، ص76.

بالنسبة لمسيري الشركات المدنية فلا يمكنهم إبرام إتفاق التحكيم فيما يتعلق بمصالح الشركة إلا إذا كانوا مزودين بوكالة خاصة، أما مسيروا الشركات التجارية فلم يكن القضاء الفرنسي القديم يجيز لهم إبرام إتفاق التحكيم إلا إذا كانت لهم وكالة خاصة تجيز لهم ذلك. إلا أن القضاء الحديث يجيز لمسيري ومديري الشركات مهما كانت طبيعتها إبرام إتفاق التحكيم دون اشتراط وكالة خاصة وذلك بالنسبة للمنازعات المتعلقة بمصالح الشركة، وذلك راجع إلى كون التحكيم أصبح من مستلزمات إدارة الشركات التجارية والسبيل الأكثر إتباعا الذي تنتهجه هذه الشركات لفض منازعاتها مع الغير<sup>1</sup>.

لذلك أصبح مدير أو مسير الشركة يملك سلطة إبرام إتفاق التحكيم بشأن أموال الشركة طالما له التصرف فيهدون اشتراط لوكالة خاصة، إلا إذا وجد نص خاص في القانون الأساسي للشركة يستوجب الحصول على إذن مجلس الإدارة قبل إبرام إتفاق التحكيم، أما الشركة التي لازالت لم تكتسب الشخصية المعنوية بعد فإن إتفاق التحكيم الذي يبرمه مديرها أو مسيرها يكون ملزم له وحده دون الشركة.

ويجوز للشريك على الشروع إبرام إتفاق التحكيم فيما يقابل حقه فقط، أما الدائن فلا يجوز له إبرام إتفاق التحكيم بشأن حقوقه لدى مدينه في ذمة الغير ولا يمكنه استيفاءها إلا عن طريق الدعوى غير المباشرة أو الدعوى المباشرة طبقا للقواعد العامة<sup>2</sup>.

فالنيابة في إبرام إتفاق التحكيم تتطلب إذن وكالة خاصة، كون إتفاق التحكيم من التصرفات القانونية، وينبغي على الوكيل مراعاة حدود الوكالة وأن يتصرف في نطاقها وأن يلتزم في ذلك بتعليمات الأصيل اللاحقة على عقد الوكالة، فإذا ما خرج الوكيل عن حدود الوكالة كان إتفاق التحكيم غير نافذ في مواجهة الأصيل، والتمسك بعدم النفاذ يكون حقا له

<sup>1</sup>قشي سليمة، المرجع السابق،، ص65.

<sup>2</sup>عزيزي، خالد، المرجع السابق،، ص74.

---

وحده فلا يجوز للطرف الآخر التمسك به إلا إذا أقر الموكل تصرف الوكيل صراحة أو ضمنا طبقا للقواعد العامة.

وإذا كان الغالب في الواقع العملي أن تكون الوكالة شاملة لإبرام العقد الأصلي ولشرط التحكيم معاً، إلا أنه يمكن أن تكون الوكالة لإبرام إتفاق التحكيم لاحقة لنشأة العلاقة الأصلية كما لو كان النزاع قد قام بالفعل وأعطى أحد الأطراف توكيلاً لشخص ما لمباشرة دعواه مخولاً بإياه سلطة إبرام إتفاق التحكيم، شريطة أن يتضمن هذا التوكيل تحديد العلاقة التي يخول في نطاقها إبرام إتفاق التحكيم كتحديد المنازعات الناشئة عنها، ثم إن الوكالة في إبرام إتفاق التحكيم قد تكون شاملة لا تحديد فيها لنوع التحكيم الموكل فيه فيقتصر أثرها على تخويل الوكيل سلطة الإتفاق على التحكيم بالقانون أي الإجمالي<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى نص الفقرة الأخيرة من المادة 574 من القانون المدني التي تنص على أن سلطة الإدارة قد تمتد إلى طائفة من أعمال التصرف التي تكون ضرورية لمباشرة الأمور المحددة في الوكالة وذلك وفقاً لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري، فالوكالة العامة قد تخول إذن للوكيل في حالات معينة سلطة إبرام إتفاق التحكيم في شأن هذه الأعمال رغم كونها بحسب الأصل من أعمال التصرف.

### ثانياً: النيابة القانونية

يقصد بالنيابة القانونية، النيابة التي يستمد النائب فيها سلطته في التعاقد من القانون وليس من إرادة الأصيل ومثالها: الولي، الوصي، القيم، وقد يفوض القانون تحديد شخص

---

<sup>1</sup>د/ أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص81.

النائب للقاضي كما هو الحال بالنسبة إلى الحارس القضائي أو الوكيل المتصرف القضائي لإدارة أموال التفليسة أو المصفي<sup>1</sup>.

وبالنسبة للنيابة على القاصر غير المميز أو المحجور عليه \_ عديم الأهلية \_ فتكون للولي أو الوصي أو القيم وتختلف سلطة النائب على مال عديم الأهلية بحسب الحالات التي أوردتها المواد من 81 إلى 108 من قانون الأسرة. ففيما يتعلق بالنيابة عن عديم الأهلية فتكون للأب وبعد وفاته الأم، وله في سبيل ممارسة هذه الولاية سلطة مباشرة التصرفات النافعة نفعاً محضاً دون قيد عليه في ذلك وأن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص. وهناك تصرفات اشترط فيها القانون ضرورة الحصول على إذن من القاضي لمباشرتها كبيع العقار وقسمته وإجراء المصالحة وبيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فيجب التمييز بين أعمال التصرف وأعمال الإدارة، فأما الإدارة فيجوز للولي مباشرتها شريطة أن يتصرف فيها تصرف الرجل الحريص وإلا كان مسؤولاً حسب قواعد القانون العام، أما أعمال التصرف فله مباشرتها باستثناء الحالات الواردة في المادة 88 من قانون الأسرة والتي يشترط فيها القانون ضرورة الحصول على إذن القاضي.

وبالنسبة لإبرام إتفاق التحكيم، فإنه يجوز للولي \_ الأب أو الأم \_ إبرامه نيابة عن القاصر غير المميز في أعمال الإدارة بصفة عامة وأعمال التصرف التي لا يشترط فيها القانون ضرورة الحصول على إذن من القاضي، أما أعمال التصرف التي يشترط فيها القانون الإذن فيشترط الحصول على إذن خاص بإبرام إتفاق التحكيم، ولا يكفي الإذن العام بإبرام التصرف. فالولي لا يجوز له في هذه الحالة القيام إلا بما هو مأذون له به، والإذن

<sup>1</sup> تعويلت كريم، المرجع السابق، 56.

بإجراء التصرف لا يتضمن الإذن بالاتفاق على التحكيم باعتباره اتفاقاً مستقلاً عن التصرف المأذون فيه<sup>1</sup>.

أما الوصي الذي يعينه الأب أو الجد للولد القاصر فنصت المادة 92 من قانون الأسرة أنه إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية، أو المقدم الذي تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على فاقد الأهلية أو ناقصها، فسلطاته تتفق مع سلطات الولي، وبناءً على ذلك يجوز للوصي أو المقدم إبرام إتفاق التحكيم في جميع أعمال الإدارة وكذا أعمال التصرف المأذون بها شريطة أن يكون الإذن بإبرام إتفاق التحكيم مذكوراً على وجه التخصيص.

وقد يقوم مانع مادي أو قانوني أو صحي يمنع الشخص من ممارسة تصرفاته رغم بلوغه سن الرشد لذلك يعين له نائب ليتولى القيام بالتصرفات نيابة عنه: فأما المانع المادي فهو الغيبة والفقْد، والمفقود هو الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا حياته من موته، أما الغائب فهو الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته وإدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة لمدة سنة وتسبب غيابه في ضرر للغير، لذلك يجب تعيين مقدم على الغائب أو المفقود للقيام بالتصرفات نيابة عنه. أما المانع القانوني فهو الحكم على الشخص بجناية، الأمر الذي يمنعه من إدارة أمواله كونه محجور عليه طوال مدة تنفيذ العقوبة لذا يجب أن يكون له مقدم يقوم بالتصرفات نيابة عنه. أما المانع الصحي فيتمثل في توافر عاهتين من ثلاث وهي: الصم والبكم، العمى والصمم، العمى والبكم، وتوافر هذه العاهات في الشخص من شأنه أن يحول بينه وبين إبرام التصرفات القانونية، لذا يجب تعيين مساعد قضائي يعاونه في

---

<sup>1</sup> بن احمد حورية، اجراءات التحكيم الداخلي و الدولي في مجال العقود الادارية،مجلة العلوم الانسانية، المجلد 19، العدد02، ص73-85.

التصرفات التي تقتضيها مصلحته<sup>1</sup>. وقد نص القانون المدني في المادة 2/80 على أنه: "يكون قابلاً للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقرر مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة". لكن المساعد في هذه الحالة ليس نائبا قانونيا على ذو العاهتين، لذلك لا يستطيع إجراء التصرف استقلالا عنه، فإذا قام بالتصرف بمفرده كان غير نافذ في حق من تقرر مساعدته. ومعنى هذا أن إتفاق التحكيم في الأعمال التي تقرر المساعدة فيها تكون من سلطة ذو العاهتين والمساعد المعين لمعاونته معا، فإذا تم العقد من جانب ذو العاهتين وحده كان قابلاً للإبطال لمصلحته، وإذا تم من جانب المساعد وحده كان غير نافذ في حق من تقرر مساعدته حتى يجيزه.

وقد يفوض القانون في بعض الحالات تحديد النائب القانوني للقاضي، كما هو الحال بالنسبة للوكيل المتصرف القضائي لإدارة أموال التقلية أو الحارس القضائي الذي تعينه المحكمة للمحافظة على المال المتنازع عليه وإدارته حتى الفصل النهائي في النزاع. والوكيل المتصرف القضائي هو الشخص المعين لإدارة أموال التقلية وتوزيعها على الدائنين فيما إذا تقرر تصفيتها وهو الذي يباشر الدعاوى المتعلقة بأموال التقلية، كما توجه ضده الدعاوى المتعلقة بهذه الأموال.

ولقد نص القانون التجاري في المادة 270 على أنه يجوز للوكيل المتصرف القضائي بإذن القاضي المنتدب وبعد سماع أقوال المدين أو استدعائه برسالة موصى عليها، أن يجري التحكيم أو يتصالح وذلك في كافة المنازعات التي تعني جماعة الدائنين بما فيها المنازعات المتعلقة بحقوق أو دعاوى عقارية. فإذا كان موضوع التحكيم أو الصلح غير محدد القيمة أو تجاوزت قيمته اختصاص المحكمة في الدرجة الأخيرة وجب عرض التحكيم أو الصلح على

<sup>1</sup>عليوش قربوع كمال المرجع السابق، ص 82.

المحكمة للتصديق، ومعنى هذا أن الوكيل المتصرف القضائي يجوز له إبرام إتفاق التحكيم في كافة المنازعات التي تعني جماعة الدائنين سواء تعلق الأمر بالدعاوى المرفوعة ضد التفليسة أو بدعاوى التفليسة قبل الغير في حالة ما إذا كان موضوع التحكيم محدد القيمة أما إذا كان غير محدد القيمة أو تجاوزت قيمته اختصاص المحكمة في الدرجة الأخيرة فيشترط المشرع ضرورة التصديق من المحكمة.

ويقصد بالحارس القضائي الشخص الذي تعينه المحكمة للمحافظة على المال المتنازع فيه وإدارته حتى الفصل النهائي في النزاع، وللحارس القضائي في سبيل إدارة هذه الأموال القيام بأعمال الإدارة دون أعمال التصرف التي تشترط إذن خاص من المحكمة التي عينته. وسلطته في إبرام إتفاق التحكيم تكون في حدود الإذن المسموح له بإدارة الأموال المتنازع فيها، أما مادون ذلك فيشترط الحصول على إذن المحكمة<sup>1</sup>.

## المطلب الثاني:

### وجود التراضي في التحكيم الداخلي وصحته

إن الأساس الذي يقوم عليه إتفاق التحكيم هو الإرادة الحرة والمطلقة لأطراف النزاع في اللجوء إلى فض النزاع عن طريق التحكيم بدلا من القضاء العادي. فلكي يقوم إتفاق التحكيم صحيحا ومرتبيا لآثاره القانونية من إخراج ولاية الفصل في النزاع من القضاء العادي المختص إلى ولاية المحكم أو المحكمين. لابد من توافر الأركان العامة التي يقوم عليها أي عقد مهما كانت طبيعته وهي التراضي بين أطراف إتفاق التحكيم، وأن تكون إرادة الأطراف خالية من العيوب كالغلط والإكراه والتدليس والاستغلال بالإضافة إلى ركني المحل والسبب،

<sup>1</sup> دحماني رشيد . التحكيم: كآلية بديلة لحل النزاعات ( دراسة تحليلية ونقدية)، مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 07، العدد 01 ص 454-58.

وأن يكونا مشروعين وغير مخالفين للنظام العام، بالإضافة إلى ضرورة توافر ركن الشكلية في إتفاق التحكيم أي الكتابة، وإضافة إلى الأركان العامة يشترط القانون بعض الشروط الخاصة في إتفاق التحكيم كضرورة تعيين موضوع النزاع وأسماء المحكمين تحت طائلة البطلان.

وبما أن التراضي ركن إتفاق التحكيم الذي لا يقوم بدونه، لذا يعتبر التحكيم نظام قضائي اتفاقي يقوم على توافق وتراضي إرادة أطرافه على قبوله كأداة لتسوية منازعاتهم، فإنه ستقتصر الدراسة في هذا المطلب على ركن الرضا وكيفية التعبير والتقاء الإرادتين وكذا عيوب الإرادة في كل من شرط ومشاركة التحكيم<sup>1</sup>.

## الفرع الأول:

### وجود التراضي

لا يقوم أي عقد إلا باتفاق الأطراف عليه، وقيام العقد صحيحا يقتضي رضا كل متعاقد بشأنه من جهة، وتطابقه مع رضا المتعاقد الآخر من جهة ثانية، وأن يكون رضا كلا المتعاقدين خاليا من عيوب الإرادة. ولكي يقوم رضا المتعاقد بالعقد لابد من وجود الإرادة التي تتجه إلى إحداث الأثر القانوني المعين، وأن تخرج هذه الإرادة إلى العالم الخارجي بالتعبير عنها، والقانون يشترط ضرورة توافر التمييز على الأقل لوجود الإرادة، وانعدام التمييز لدى أحد المتعاقدين يعني انعدام الإرادة كالصغير غير المميز والمجنون وفاقد الوعي... الخ<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> قنون سمير المرجع السابق، ص72.

<sup>2</sup> محمد علياتي، التحكيم التجاري الدولي، مجلة البحوث و الدراسات العلمية، المجلد09، العدد01، ص145-153.

ومادامت الصورة الشائعة لشرط التحكيم هو وروده كبند أو شرط من بنود أو شروط عقد معين فإن انعدام الإرادة يصيب العقد الأصلي وشرط التحكيم المدرج به معاً، ومن ثم فإذا دفع أحد طرفي إتفاق التحكيم ببطلان العقد الأصلي لانعدام إرادته، فإن البطلان يمتد إلى العقد الأصلي وكذا شرط التحكيم المدرج به<sup>1</sup>.

ويجب للاعتداد بإرادة المتعاقد المميز أن تتجه إلى إحداث الأثر القانوني الذي يترتب عليه العقد. وبما أن الإرادة كامنة في نية صاحبها، فإنه يتعين التصريح بها والتعبير عنها حتى تظهر إلى العالم الخارجي لكي يعتد بها القانون إذا تطابقت مع إرادة أخرى، والتعبير عن الإرادة يكون صريحاً أو ضمناً وذلك بوسائل التعبير المختلفة. ولكن القانون لا يعتد إلا بوسيلة واحدة في التعبير عن الإرادة بشأن اللجوء إلى التحكيم ألا وهي الكتابة وهذا يعني بطلان أي وسيلة أو طريقة أخرى غير الكتابة. وإضافة ذلك يتطلب الأمر توافق إرادتي طرفي إتفاق التحكيم على إبرامه، ويتم هذا التوافق بتطابق الإرادتين، وهي الإيجاب والقبول أي اقتران أو تلاقي الإيجاب بالقبول<sup>2</sup>.

فإذا اتفق طرفي إتفاق التحكيم وقاما بإعداد محضر أو عقد رسمي أو عرفي يثبت هذا الإتفاق سواء تعلق الأمر بشرط تحكيم مدرج في عقد أصلي بين الطرفين قبل حدوث النزاع أو بمشاركة بعد حدوثه، ففي هذه الحالة لا يثير تطابق عنصري الإيجاب والقبول أي صعوبة لأن تطابقهما يكون مسجلاً في المحرر الذي أعده لهذا الشأن، لكن الصعوبة تكمن في حالة ما إذا كان عنصري الإيجاب والقبول مقتصران على المراسلات المتبادلة بين

<sup>1</sup> عزيزي خالد، المرجع السابق، ص 172.

<sup>2</sup> قنون سمير المرجع السابق، ص 67.

الطرفين، كالرسائل و البرقيات وغيرها من وسائل الاتصال الأمر الذي يصعب معه بحث مدى تطابق إرادتي الطرفين<sup>1</sup>.

والإيجاب هو العرض الذي يتقدم به الطرف إلى الطرف الآخر بغية الحصول على قبول هذا العرض من أجل إبرام إتفاق التحكيم، والإيجاب بهذا المعنى حتى يعتد به قانونا يجب أن يتضمن طبيعة العقد المراد إنشاؤه وهو إتفاق التحكيم سواء تم ذلك في صورة شرط أو مشاركة تحكيم، كما يجب أن يحدد الإيجاب العناصر الأساسية والجوهرية التي يجب توافرها لإبرام إتفاق التحكيم: تحديد موضوع العقد وهو إسناد ولاية الفصل في النزاع إلى المحكم أو المحكمين بدلا من القضاء، كما يعد من العناصر الأساسية تحديد موضوع النزاع، أما العناصر المتعلقة بتعيين أسماء المحكمين والمدة التي ينهي فيها المحكم أو المحكمين مهمتهم أو المواعيد والأوضاع التي يتبعونها والقواعد القانونية التي تطبق فلا تعد من قبيل العناصر الأساسية والجوهرية لصحة الإيجاب لأن القانون وضع لها حلولا في حالة عدم الإتفاق عليها<sup>2</sup>.

أما القبول الذي ينعقد به إتفاق التحكيم، فهو الصادر ممن وجه إليه الإيجاب ويجب أن يتطابق القبول مع الإيجاب مطابقة تامة، فإذا تضمن زيادة أو نقصا أو تعديلا في الإيجاب فلا يعتبر قبولا بل إيجابا جديدا، فإذا عرض أحد الطرفين على الآخر إحالة أي نزاع يثور بينهما مستقبلا ناتج عن عقد معين على التحكيم ورد الطرف الآخر بأن يحيل إلى التحكيم نزاعا معينا دون غيره فهذا الرد لا يعتبر قبولا ينعقد به إتفاق التحكيم، وإنما يعتبر إيجابا جديدا يعدل من الإيجاب الأول ويجب أن يصادف قبولا من الطرف الآخر. فالتعبير

<sup>1</sup> ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 272.

<sup>2</sup> قشي سليمة، المرجع السابق، المرجع السابق، ص 87.

الصادر من الموجب له لا يعد قبولا ينعقد به إتفاق التحكيم إلا إذا كان مطابقا مطابقة تامة للإيجاب دون تعديل أو زيادة أو نقصان فيه<sup>1</sup>.

ونشير هنا إلى حكم المادة 65 من القانون المدني التي تنص: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الإتفاق عليها، اعتبر العقد مبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الإتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة". فإذا اتفق طرفا إتفاق التحكيم على المسائل الجوهرية في العقد، كتحديد طبيعة العقد وتحديد موضوعات النزاع التي ينظر فيها المحكم أو المحكمين ولم يتفقا على بقية المسائل التفصيلية ولم يشترطا أن لا أثر لإتفاق التحكيم عند عدم الإتفاق عليها، فإن إتفاق التحكيم يعتبر مبرما ولا تأثير لعدم الإتفاق على بقية المسائل التفصيلية على قيام العقد صحيحا لأن المشرع أورد عدة حلول بشأنه وهي طبيعة المعاملة أو أحكام القانون أو العرف أو العدالة. أما في حالة اشتراطهما الإتفاق على المسائل التفصيلية فإن انعقاد إتفاق التحكيم يتوقف على معرفة النية المشتركة للمتعاقدين، وما إن قصدا اعتبار العقد مبرما قبل الوصول إلى الإتفاق بشأنها وفي هذه الحالة فيطبق حكم القانون أو طبيعة المعاملة أو العرف أو العدالة... الخ. وإن قصدا عدم اعتبار إتفاق التحكيم مبرما إلا بالإتفاق عليها فهنا لا يقوم إتفاق التحكيم إلا بالإتفاق على هذه المسائل التفصيلية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> قنون سمير المرجع السابق،، ص 69.

<sup>2</sup> عليوش قربوع كمال المرجع السابق، المرجع السابق، 47.

## الفرع الثاني:

### خلو التراضي من عيوب الإرادة

حتى يقوم إتفاق التحكيم صحيحا فلا بد من توافر ركن التراضي بين أطرافه كما سبق بيانه، إضافة إلى خلو رضا الأطراف من العيوب وهي الغلط والإكراه والتدليس والاستغلال وإلا كان العقد قابلا للإبطال وفقا للأحكام العامة في العقود والالتزامات، وعليه سأتناول في هذا الفرع صحة التراضي من حيث شرط التحكيم ومن حيث مشاركة التحكيم فيما يلي<sup>1</sup>:

#### أولا: من حيث شرط التحكيم

فيما يتعلق بالغلط كعيب من عيوب الرضا فهو ذلك الاعتقاد المخالف للواقع يقوم في ذهن الإنسان فيدفعه إلى التعاقد ويشترط فيه أن يكون جوهريا أي أن يكون هو الدافع للتعاقد، ومن صورته: الغلط في صفة جوهرية للشيء والغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته. وقد نصت عليه المواد من 81 إلى 85 من القانون المدني، ففيما يتعلق بالغلط الواقع على صفة جوهرية للشيء فهو يتعلق بالعقد الأصلي ولا يمتد لشرط التحكيم، لأن هذا الأخير يختلف محله عن محل العقد الأصلي على نحو لا يتصور معه وقوع المتعاقد في مثل أنواع الغلط السابقة، فمحل شرط التحكيم هو إخراج ولاية الفصل في النزاع من القضاء إلى المحكم أو المحكمين، وهذا المحل إجرائي لا يمتد إليه الغلط. أما الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته بحيث أن الواقع فيه لم يكن ليتعاقد لو علم بحقيقة شخصية من يتعاقد معه قبل العقد، فهذا النوع من الغلط إذا وقع على العقد الأصلي فإنه يمتد بالضرورة إلى شرط التحكيم المدرج به لأن المتعاقد الذي وقع الغلط في ذاته أو في صفة من صفاته

<sup>1</sup> تعويلت كريم ، المرجع السابق، ص168.

هو نفسه المتعاقد في شرط التحكيم، وفي هذه الحالة فإن إمكانية إبطال العقد الأصلي تمتد إلى شرط التحكيم على نحو ينفي مبدأ الاستقلال بين شرط التحكيم والعقد الأصلي<sup>1</sup>.

أما فيما يتعلق بالإكراه كعيب من عيوب الرضا فهو يقع على شخص المتعاقد يهدف إلى بعث الرهبة في نفسه والتأثير عليه، نصت عليه المادتان 88 و89 من القانون المدني، ومنه فإذا وقع الإكراه على شخص المتعاقد من أجل إبرام عقد معين فإن إبطال هذا العقد للإكراه يؤدي إلى بطلان شرط التحكيم المدرج به على نحو ينفي في هذه الحالة أيضا مبدأ استقلال شرط التحكيم إلا إذا كان الإتفاق على شرط التحكيم بعد إبرام العقد الأصلي وزوال حالة الإكراه.

وفيما يخص التدليس المعيب للرضا فهو استعمال طرق احتيالية لخداع أحد المتعاقدين لدفعه إلى التعاقد، كما يعتبر من قبيل التدليس كتمان ما هو واجب الإفصاح عليه من معلومات وذلك بغض النظر عن نية الشخص المتعاقد، ونصت عليه المادتان 86 و87 من القانون المدني، وعلى هذا النحو فإن بطلان العقد الأصلي للتدليس يؤدي إلى بطلان شرط التحكيم المدرج به ما لم يكن شرط التحكيم قد أبرم بعد اكتشاف التدليس<sup>2</sup>.

أما عيب الاستغلال والغبن فلا يمكن تصورهما في شرط التحكيم لأن هذا الأخير ينشأ التزامات متعادلة بين الطرفين، فكل منهما يلتزم بعدم اللجوء إلى القضاء واللجوء إلى المحكم أو المحكمين على نحو لا يتصور معه وجود اختلال في مراكز الطرفين.

<sup>1</sup>قنون سمير المرجع السابق، المرجع السابق، ص76.

<sup>2</sup>المرجع نفسه، ص78.

## ثانيا: من حيث مشاركة التحكيم

كما في شرط التحكيم فإن الغلط كعيب من عيوب الرضا في مشاركة التحكيم لا يمكن تصوره إلا في شخص المتعاقد أو في صفة من صفاته كأن يتعاقد شخص مع شخص آخر معتقدا أنه ذو صفة معينة ثم يتضح أنه لا يحمل هذه الصفة، ويمكن تصور الغلط في شخص المحكم أو في صفة من صفاته كأن يعتقد المتعاقدان أن المحكم خبير في مجال التعامل محل النزاع أو تربطه علاقة قرابة بالمتعاقد الآخر من شأنها التأثير على حياده، فيكون إتفاق التحكيم قابلا للإبطال لمصلحة الطرف المعيبة إرادته<sup>1</sup>.

والإكراه يمكن تصوره أن يقع على الطرف المتعاقد من قبل الطرف الآخر، ومثال ذلك القضية التي تعرض لها القضاء المصري وتتلخص وقائعها في أنه كان هناك نزاع على أرض وقام أحد أطراف النزاع بمعاونة بعض أقربائه بإحضار الطرف الآخر إلى قسم البوليس وأجبر هذا الشخص على التوقيع على إتفاق تحكيم بعد أن هدد بالحبس في حالة عدم توقيعه، وبعد أن وقع من أحضروا للتحكيم بين الطرفين قام الطرف المكروه برفع دعوى وصلت إلى محكمة النقض المصرية وقضت فيها ببطلان إتفاق التحكيم لوجود عيب الإكراه المعيب للإرادة<sup>2</sup>.

والإكراه الذي يعيب الإرادة ويفسد التصرف القانوني هو الإكراه الذي يقصد به الوصول إلى غرض غير مشروع ولو كانت الوسائل المستعملة في ذلك مشروعة، كمن يقوم بالتهديد بشهر الإفلاس مثلا، أما استعمال الوسائل غير المشروعة للحصول على غرض مشروع فلا يعد إكراها معيبا للإرادة فمطالبة الدائن لدينه بعد حلول الأجل لا يشكل إكراها

<sup>1</sup> دحماني رشيد ، مرجع سابق، ص 49.

<sup>2</sup> ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 218.

---

غير مشروع للمدين على الوفاء به، وإذا ما أراد الدائن إجراء التحكيم في النزاع وإلا فسخ العقد إذا لم يوف المدين بدينه فلا يعتبر إكراها معيبا للإرادة<sup>1</sup>.

أما عيب الاستغلال والغبن فلا يمكن تصورهما أيضا في مشاركة تحكيم، لأنه ينشئ التزامات متعادلة ولا مجال للبحث هنا عن اختلال مراكز الطرفين.

ومن خلال ما تمت دراسته في هذا الفصل يمكن القول بأن إتفاق التحكيم هو عقد إجرائي ولا يتناول حقا موضوعيا ويتمثل محله في إخراج ولاية الفصل في النزاع من القضاء إلى المحكم أو المحكمين، وبأن أهلية التصرف هي التي يجب أن تتوفر في طرفي إتفاق التحكيم حتى يمكنهما إبرامه، وبأن إتفاق التحكيم فيما يتعلق بعيوب الإرادة يخضع للقواعد العامة، إلا أن هناك بعض الاستثناءات التي اقتضت التفرقة بين شرط ومشاركة التحكيم فيما يتعلق بهذه العيوب كما سبق بيانه. وبالتالي فقد تم التطرق لمفهوم إتفاق التحكيم وكيفية انعقاده من خلال الفصل الأول، لأن قيام إتفاق التحكيم صحيحا يجعله يتمتع بقوة الإلزام في مواجهة أطرافه كما هو الحال في بقية العقود

---

<sup>1</sup>عزيري خالد، المرجع السابق، ص86.

# الفصل الثاني

---

القاعدة العامة تقضي أن القوة الملزمة لأي عقد لها نطاق معين من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع، فلا يرتب العقد حقوقاً أو التزامات في مواجهة الكافة أو بالنسبة لأي موضوع، بل يقتصر على ما يرتبه من التزامات وما ينتج عنه من حقوق على أطرافه فقط وفي نطاق موضوعه، بحيث لا يلتزم الغير بما يرتبه هذا العقد من التزامات، ولا يكتسب ما ينتج عنه من حقوق.

التحكيم الداخلي كغيره من العقود يتمتع بقوة الإلزام التي تقوم في مواجهة أطرافه، ولا تقوم في مواجهة الغير إلا في أحوال خاصة يقرها القانون خروجاً عن هذا الأصل، وهذا ما يعرف بأثر العقد من حيث الأشخاص.

وإذا ما تحققت للاتفاق قوته الملزمة قامت في مواجهة من يلتزمون به بالالتزامات المحققة لمضمونه، والتي تتمثل في الامتناع عن الإلتجاء إلى القضاء في شأن موضوع النزاع المحكم فيه، والالتجاء إلى هيئة التحكيم للفصل في هذا النزاع، وهذا ما يعرف بأثر العقد من حيث الموضوع. وهذا ما سنتم دراسته من خلال المبحثين التاليين:

## المبحث الأول:

### الأثر الشخصي للتحكيم الداخلي

إن قيام إتفاق التحكيم صحيحا ينشئ حقوقا ويرتب التزامات، وتتصرف هذه الحقوق والالتزامات إلى الأطراف المتعاقدة. ومصطلح الأطراف المتعاقدة في القواعد العامة للعقود يشمل طرفي العقد كما يشمل من يقوم مقامهما من خلف عام وخاص، أي الأطراف الأصلية والحكمية للعقد.

وطبقا للقواعد العامة أيضا فإن آثار العقد لا تتصرف إلى الغير وهو الأجنبي عن العقد. لذا سيتم التطرق من خلال هذا المبحث إلى الآثار التي يربتها الإتفاق على التحكيم على الأطراف الأصلية وعلى الأطراف الحكمية فيه<sup>1</sup>.

## المطلب الأول:

### آثار إتفاق التحكيم على الأطراف المتعاقدة

إذا كان العقد لا يلزم ولا يرتب آثاره سوى على طرفيه اللذين نشأ بينهما دون الغير الأجنبي عنه، فإنه قد لا يكون الشخص طرفا في إتفاق التحكيم، كما قد لا يكون ممثلا فيه سواء كان هذا التمثيل إتفاقيا أو قانونيا أو قضائيا، ومع ذلك فإن أثر العقد ينصرف إليه، وهؤلاء هم الخلف العام والخلف الخاص حيث تتصرف إليهما آثار العقد الذي أبرمه السلف فيكتسبون ما ينشأ عنه من حقوق ويتحملون ما ينشأ عنه من التزامات وفقا لما تنص عليه المادتان 108 و109 من القانون المدني. ومنه فقد تم تخصيص الفرعين التاليين لدراسة

<sup>1</sup> عزيزي، خالد، بونويوة، سمية، مرجع سابق، ص 108.

طرفي إتفاق التحكيم ومدى امتداد آثار إتفاق التحكيم المبرم بينهما إلى خلفهما الخاص  
والعام:

## الفرع الأول:

### المقصود بالطرف في التحكيم الداخلي

الطرف في التحكيم الداخلي هو الشخص الذي يصدر عنه التعبير عن إرادة الإلتزام  
به، فيساهم في تكوين الإتفاق قاصدا بذلك انصراف آثاره له سواء كان شخصا طبيعيا أو  
اعتباريا.

وتنص المادة 1/1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يمكن لكل شخص  
اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها"<sup>1</sup>. فتجيز هذه المادة لأي  
شخص سواء كان طبيعيا أو اعتباريا أن يكون طرفا في إتفاق التحكيم، فالمشرع وكما سبقت  
دراسته أجاز في التعديل الجديد للأشخاص الاعتبارية العامة أن تكون طرفا في إتفاق  
التحكيم الداخلي بعدما كان في قانون الإجراءات المدنية القديم لا يجيز ذلك، ويستوي أن  
يقوم بإبرام إتفاق التحكيم شخص طبيعي أو اعتباري بنفسه أو عن طريق وكيل عنه، ففي كلا  
الحالتين ينصرف أثر إتفاق التحكيم وما ينشأ عنه من حقوق والتزامات إلى الأصيل. أما إذا  
أبرم الوكيل إتفاق التحكيم باسمه فيعتبر هو الطرف في إتفاق التحكيم وبالتالي تتصرف إليه  
آثار الإتفاق، كما يعتبر إقرار رب العمل لإتفاق التحكيم الذي أجراه الفضولي لصالحه نافذا  
في حقه وتتصرف بالتالي آثار هذا العقد إليه ويظهر ذلك في حالة ما إذا أبرم الفضولي  
تصرفا قانونيا لصالح رب العمل وكان هذا التصرف ملحقا به شرط تحكيم، فيمتد إقرار رب

<sup>1</sup> عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 84.

---

العمل للتصرف إلى شرط التحكيم بالتبعية<sup>1</sup>. ويطرح التساؤل حول إمكانية اعتبار بعض الأشخاص أطرافاً في إتفاق التحكيم كما هو الحال بالنسبة للمتضامن والكفيل؟

## الفرع الثاني:

### مدى إعتبار بعض الأشخاص أطرافاً في التحكيم الداخلي

أولاً: مدى إعتبار المتضامن طرفاً في التحكيم الداخلي

طبقاً للقواعد العامة فالمتضامن يعتبر ممثلاً للمتضامنين معه سواء كان هذا المتضامن دائناً أو مدیناً، وذلك فيما ينفعهم دون ما يضرهم<sup>2</sup>.

ومن ثم فإن إتفاق التحكيم الذي يبرمه المدین المتضامن لا يكون نافذاً في مواجهة بقية المدینين المتضامنين إلا إذا أجازوه، وفي هذه الحالة الأخيرة يعتبرون أطرافاً فيه وفقاً لمبدأ نيابة المدین المتضامن عن غيره من المدینين المتضامنين<sup>3</sup>.

وكذلك الحال بالنسبة لإتفاق التحكيم الذي يبرمه أحد الدائنين المتضامنين مع المدین فيكون لبقية الدائنين قبوله أو رفضه. ولا يكون نافذاً في مواجهتهم إلا بقبوله، ولا يمكن في هذه الحالة للمدین أن يتمسك في مواجهتهم بسبق الإتفاق على التحكيم مع أحدهم. أما إذا أجازوه فيجوز لهم مباشرة إجراءات التحكيم أمام المحكم أو المحكمين على الرغم من عدم توقيعهم على إتفاق التحكيم وذلك تطبيقاً لمبدأ نيابة الدائن المتضامن عن غيره من الدائنين

---

1 مصطفى محمد الجمال ود عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 454.

2 ناريمان عبد القادر، ص 128.

3 أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص 149.

المتضامنين فيما يفيدهم، ولا يمكن للمدين في هذه الحالة أن يتمسك في مواجهتهم بانعدام صفة الطرف في إتفاق التحكيم<sup>1</sup>.

ومنه فتطبيقا للقواعد العامة في التضامن، فإنه إذا أبرم أحد المدينين المتضامنين مع الدائن أو أحد الدائنين المتضامنين مع المدين إتفاق التحكيم، فإن الحكم الذي يصدره المحكم أو المحكمين في كلا الحالتين يكون مقتصرًا على أحد أطراف إتفاق التحكيم ولا يمتد إلى بقية المدينين أو الدائنين المتضامنين إلا إذا أجازوه طبقًا لمبدأ نيابة المدين المتضامن عن غيره من المدينين المتضامنين ونيابة الدائن المتضامن عن غيره من الدائنين المتضامنين فيما يفيدهم.

ويلاحظ في هذا الصدد أن حكم التحكيم غالبًا ما يكون في شق منه في مصلحة أحد الطرفين وفي شقه الآخر محققًا لمصلحة الطرف الآخر، ففي هذه الحالة يتعين على الطرف الذي يريد التمسك بحكم التحكيم سواء كان بالنسبة للدائنين المتضامنين مع الدائن أو المدينين المتضامنين مع المدين قبول حكم التحكيم برمته ولا يمكن لهم تجزئته بقبول الشق الذي في صالحهم ورفض الشق الآخر مادام هناك ارتباط بين الشقين<sup>2</sup>.

### ثانياً: مدى اعتبار الكفيل طرفاً في إتفاق التحكيم

الكفيل هو من يضمن للدائن الوفاء بالدين الذي له على المدين إذا لم يوف به المدين نفسه، والأصل أن الكفيل مسؤول تجاه الدائن عن وفاء الدين إذا لم يوف به المدين إلا أن هذه المسؤولية يجب أن لا تتعدى ما يقره القانون<sup>3</sup>.

1 مصطفى محمد الجمال ود عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 460.

2 ناريمان عبد القادر، ص 192.

3 المواد من 644 إلى 673 من القانون المدني.

فإذا ما أبرم الدائن مع المدين إتفاق التحكيم في شأن المنازعات التي تنشأ عن العلاقة القائمة بينهما والتي نشأ عنها الدين المكفول، فيطرح التساؤل حول أثر إتفاق التحكيم بين الدائن والمدين بالنسبة للكفيل؟<sup>1</sup>

الأصل أن طرفي عقد الكفالة هما الدائن والكفيل، أما المدين فليس طرفا في عقد الكفالة وإنما هو طرف في العلاقة الأصلية التي نشأ عنها الدين المكفول، فالكفيل إذن هو طرف أجنبي بالنسبة لإتفاق التحكيم الذي يبرمه الدائن مع المدين. ولا يمتد أثر هذا العقد للكفيل وفقا لمبدأ نسبية أثر العقد، ومنه فإن التحكيم الذي يجريه الدائن لا ينفذ في مواجهة الكفيل إلا إذا قبله أو أجازته، كما أن الكفيل لا يمكنه التمسك بشرط التحكيم في مواجهة الدائن لأن إتفاق التحكيم لا ينشئ له حقا كونه أجنبيا عن هذا العقد.<sup>2</sup>

إلا أن هناك جانب من الفقه<sup>3</sup> يرى بأنه يجوز الاحتجاج بحكم المحكم الصادر لمصلحة الدائن على كفيل المدين مباشرة دون أن يكون هذا الأخير طرفا في إتفاق التحكيم المبرم بين الدائن والمدين، ويمكن تنفيذ هذا الحكم في مواجهة الكفيل إذا ما توافرت الشروط التي يتطلبها القانون في الكفالة وأهمها نشوء الإلتزام المكفول صحيحا طبقا لنص المادة 648 من القانون المدني، وطالما لم تبرأ ذمة المدين وتم تجريده من أمواله قبل الرجوع على الكفيل، فلا يوجد ما يمنع من تنفيذ حكم المحكم أو المحكمين الصادر ضد المدين في مواجهة الكفيل مباشرة دون حاجة لإصدار حكم ضده شخصيا خاصة وأن التنفيذ ضده لن يكون إلا بعد تجريد المدين، ولأن الكفيل يستطيع كفالة المدين دون علمه ورغم معارضته<sup>4</sup>.

1 مصطفى محمد الجمال و عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 461.

2 محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 92.

3 ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 291.

4 دحماني رشيد، مرجع سابق، ص 45.

وتقضي القواعد العامة في الكفالة بجواز الكفيل التمسك بجميع الدفع التي تكون للمدين في مواجهة الدائن، لأن تبعية التزام الكفيل تجعله يتأثر بكل ما يؤثر في الإلتزام المكفول . وذلك طبقا لما تنص عليه المادة 1/654 من القانون المدني: "ببراً الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين". وهنا يطرح التساؤل حول ما إذا كان للكفيل أن يتمسك باتفاق التحكيم المبرم بين الدائن والمدين المكفول استنادا إلى أنه للكفيل التمسك في مواجهة الدائن بالدفع التي يمكن للمدين المكفول مواجهته بها؟

يرى الفقه في هذا المجال أن الدفع التي يجوز للكفيل التمسك بها في مواجهة الدائن هي الدفع المتعلقة بالدين والتي تؤدي إلى انقضائه أو تخفيض مقداره، وهذا لا ينطبق على الدفع بالاتفاق على التحكيم كونه دفع يتعلق بالحق في الدعوى وليس بالحق الموضوعي الذي تحميه، ومنه فالكفيل لا يمكنه التمسك في مواجهة الدائن باتفاق التحكيم المبرم بينه وبين المدين انطلاقا من حقه في التمسك بالدفع التي تكون للمدين قبل الدائن<sup>1</sup>.

وغني عن البيان أن الكفيل عند وفائه الدين يحل محل الدائن فيما أوفاه، ومن ثمة يجوز له بمقتضى هذا الحلول وفقا للقواعد العامة التمسك باتفاق التحكيم في مواجهة المدين عند رجوعه عليه<sup>2</sup>، إلا أن ذلك يبقى مشروطا بوفاء الكفيل للدين كله، أما إذا لم يوف للدائن إلا ببعض الدين فلا يمكنه الحلول محله، ومنه التمسك باتفاق التحكيم في مواجهته، طبقا لما تنص عليه المادة 671 من القانون المدني: "إذا وفى الكفيل الدين، كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق تجاه المدين. ولكن إذا يوف إلا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين".

1 مصطفى محمد الجمال ود عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 463.

2 تعويبت كريم، المرجع السابق، ص 172.

## المطلب الثاني:

### آثار التحكيم الداخلي على الأطراف الحكيمية

تفترض الخلافة ثبوت حق من الحقوق في ذمة السلف ثم انتقاله إلى الخلف، كما هو الحال مثلا في انتقال التركة أو جزء منها من المورث إلى الوارث بالميراث أو الوصية، وكما هو الحال في انتقال المبيع من البائع إلى المشتري وفي انتقال الشيء الموهوب من الواهب إلى الموهوب له، وفي انتقال الحق المحال من المحيل إلى المحال له.

والخلف قد يكون عاما وقد يكون خاصا: الخلف العام هو من يخلف سلفه في ذمته المالية كلها أو في حصة منها: كالوارث، والموصى له بكل التركة أو بجزء منها، والشخص المعنوي الذي يندمج فيه شخص آخر، والأشخاص التي ينقسم إليها الشخص المعنوي. أما الخلف الخاص فهو الذي يخلف سلفه في حق معين: كالمشتري والموهوب له، ومن يحال له الحق الشخصي والمنتازل له عن إيجار عين معينة. وإلزام العقد للخلف يختلف مداه، بحسب ما إذا كان الخلف عاما أو خاصا<sup>1</sup>:

## الفرع الأول:

### انصراف آثار التحكيم الداخلي إلى الخلف العام

الأصل هو انصراف آثار العقد إلى الخلف العام للمتعاقد، فإذا أبرم شخص عقدا من العقود ثم توفي انتقلت الحقوق الناشئة له من هذا العقد قبل وفاته إلى ورثته أو إلى الموصى له بحصة من تركته، وانتقلت إليهم كذلك الالتزامات التي تكون قد نشأت على عاتقه. ولا توجد هناك خلافة في الديون وهذا يقتضي عدم انتقال الالتزامات إلى ذمة الورثة وإنما تبقى

1 قشي سليمة، المرجع السابق، ص 87.

في التركة، وهذا هو الشأن فيما لو كان السلف طرفا في إتفاق تحكيم بصدد نزاع متعلق بحق من الحقوق التي انتقلت منه إلى خلفه بالوفاة<sup>1</sup>.

والسؤال الذي يطرح في هذا المجال يتعلق بمدى انتقال آثار إتفاق التحكيم إلى الخلف العام، وما هي الحالات التي يعتبر فيها الخلف العام من الغير؟

تنص المادة 108 من القانون المدني: "ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث". وبالتالي فيترتب على انصراف آثار العقد إلى الخلف العام أنه يسري في حقه ما يسري في حق السلف بشأن هذا العقد لأنه يعتبر قائما مقام المورث ويلتزم بتنفيذ العقد كما التزم به مورثه مادام العقد قد قام صحيحا ومرتبيا لآثاره القانونية. فإذا أبرم شخص ما إتفاق تحكيم وتوفي، فإن هذا العقد تنتقل آثاره إلى الخلف العام ولا يمكنهم التنازل عنه واللجوء إلى قضاء الدولة.

وهناك حالات أشارت إليها المادة 108 من القانون المدني لا يمكن فيها اعتبار الخلف العام طرفا في إتفاق التحكيم ولا تنصرف إليه آثاره، وهي طبيعة التعامل، كما لا تنتقل آثار العقد إلى الخلف العام في حالة إتفاقا لأطراف على ذلك، فإذا توافرت إحدى هذه الحالات لا تنصرف آثار إتفاق التحكيم إلى الخلف العام.

ومن الحالات التي لا تنصرف فيها آثار العقد إلى الخلف العام بنص القانون، حالة وفاة شخص وكان كل ورثته قصر، فيعتبر الخلف العام هنا من الغير. كما أن إتفاق التحكيم الذي يبرمه السلف وتكون فيه شخصية المتعاقد محل اعتبار في العقد فإن طبيعة الإلتزام

1تعويلت كريم ، المرجع السابق، ص 158.

تقتضي عدم انتقال الحق الناشئ عنه إلى الورثة، ويعتبرون في هذه الحالة من الغير لأن الورثة لا يمكنهم الحلول محل مورثهم، فينقضي العقد بموت المتعاقد<sup>1</sup>.

كما يعتبر الخلف العام من الغير بالنسبة لاتفاق التحكيم إذا اتفق المتعاقدان على اقتصار أثر هذا العقد عليهما، وبالتالي فوفاة أحد أطراف العقد تؤدي إلى انقضاء اتفاق التحكيم وعدم انتقال آثاره إلى الخلف العام، وذلك تطبيقاً لنص المادة 106 من القانون المدني: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".

### الفرع الثاني:

#### انصراف آثار التحكيم الداخلي إلى الخلف الخاص

تنص المادة 109 من القانون المدني: "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه".

فالخلافة الخاصة لا تقع إلا على الحقوق سواء كانت حقوق عينية أو شخصية أو معنوية، وتتمثل مصادرها في كل التصرفات الناقلة للحقوق والالتزامات كما يعد من بين مصادرها نص القانون.

والحق الذي ينتقل من السلف إلى خلفه الخاص والذي اتصلت به الحقوق والالتزامات هو حق خاص معين ينتقل إليه بهذا الوصف وليس باعتباره مجموعاً من المال كما هو الحال بالنسبة للخلافة العامة. وانطلاقاً من هنا يطرح التساؤل حول مدى انتقال أثر اتفاق

1 محمد علياتي، المرجع السابق، ص 133.

التحكيم الذي يبرمه السلف إلى الخلف الخاص والمتعلق بالحق أو الإلتزام الذي انتقل إلى الخلف؟ يميز الفقه هنا بين انتقال آثار العقد الأصلي إلى الخلف الخاص وبين انتقال آثار إتفاق التحكيم إليه<sup>1</sup>.

إن آثار العقد الأصلي التي تنتقل إلى الخلف الخاص قد تكون حقوقا أو التزامات، ويشترط لانتقالها إليه أن تكون مكملة للشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص، وأن يكون على علم بها وقت انتقالها إليه<sup>2</sup>.

ويعتبر الحق من مشروطات الشيء إذا كان يكمله، والحقوق المكملة للشيء هي التي من شأنها حفظ الشيء أو تقويته أو درء الخطر عنه، أما الإلتزامات فتعتبر من مشروطات الشيء إذا كانت محددة له أي تقيده استعماله أو تحد من سلطات المالك عليه<sup>3</sup>.

أما الشرط المتعلق بعلم الخلف الخاص وقت انتقال الشيء فتظهر أهميته بالنسبة لانتقال الإلتزامات وحدها لأن من تنتقل إليه الحقوق مستفيد من انتقالها إليه فلا يتصور الاحتجاج بعدم علمه بالحق المستخلف فيه وإنما له دائما أن يطالب بانتقالها إليه مادامت من مشروطات الشيء لأنها تعتبر من ملحقاته وتوابعه<sup>4</sup>.

إن آثار العقد التي تنتقل إلى الخلف الخاص كما قد تكون حقوقا أو التزامات قد تكون حقوقا والتزامات متقابلة، فكثيرا ما يكون العقد الذي أبرمه السلف قبل الخلافة من العقود الملزمة لجانبين، كما هو الحال مثلا في عقد التأمين الذي ينشئ حق للمؤمن له في مبلغ

1 مصطفى محمد الجمال و عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 473 - 475

2 محمد علياتي، المرجع السابق، ص 138.

3 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 740.

4 محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء 1، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، عين مليلة، 1993/1992، ص 346.

التأمين والتزاما بدفع الأقساط، وفي هذه الحالة يكون الحق الناشئ عن العقد وهو مبلغ التأمين من مشترطات الشيء، فينتقل إلى المشتري دون حاجة إلى العلم به وقت انتقال الحق له، بينما لا يكون الإلتزام الناشئ عن العقد من مشترطاته كما هو الحال في أقساط التأمين، أو يكون من مشترطاته ولكن المشتري لا يعلم به وقت التعاقد فلا ينتقل إليه<sup>1</sup>.

ويذهب الفقه أنه في العقود الملزمة لجانبين والتي تولد حقوقا والتزامات، يتوقف انتقال الحقوق إلى الخلف الخاص على تنفيذ الإلتزامات المتقابلة لأن مطالبة الخلف الخاص بالحق الناشئ عن العقد تتيح للمتعاقد معه التمسك بضرورة تنفيذ الخلف الخاص للإلتزامه المقابل، وبذلك يصبح انتقال الحقوق والإلتزامات الناشئة عن العقد تتوقف بأكملها على إرادة الخلف الخاص من الناحية العملية<sup>2</sup>.

وانتقال آثار إتفاق التحكيم إلى الخلف الخاص تقتض حتما انتقال آثار العقد الأصلي إليه سواء كان ذلك بمقتضى الإتفاق أو بحكم القانون وفقا للأحكام السابق بيانها، فإذا لم تنتقل آثار العقد الأصلي إلى الخلف الخاص لكونها ليست من مشترطات الشيء أو الحق أو كونه لم يكن ليعلم بها وقت انتقالها إليه فلا يمكن أن يخلف سلفه في إتفاق التحكيم. وي طرح التساؤل في هذا المقام حول مدى كفاية تحقق شروط الخلافة بالنسبة لآثار إتفاق التحكيم ذاته استقلالا عن العقد الأصلي المتعلق بالنزاع المحكم فيه؟ أم أن تحقق الخلافة في آثار العقد الأصلي يكفي لتحقيق الخلافة في إتفاق التحكيم؟.

يرى الفقه في هذه الحالة ضرورة البحث عن مدى تحقق شرط علم الخلف الخاص باتفاق التحكيم، ذلك أن الشرط المتعلق بكون الحقوق والإلتزامات المستخلف فيها من مشترطات الحق المستخلف فيه متحقق في كل الحالات بالنسبة لاتفاق التحكيم لأن موضوع

1 دحماني رشيد ، المرجع السابق، ص 88.

2 المرجع نفسه، ص 89.

إتفاق التحكيم هو المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي ذاته وليس غيره، فتكون بالتالي من مشروطاته<sup>1</sup>.

والبحت عن مدى تحقق شرط علم الخلف الخاص باتفاق التحكيم يقتضي التمييز بين ما إذا كان شرط التحكيم مدرجا في العقد الأصلي كبنود من بنوده وبين إتفاق التحكيم المستقل عن العقد الأصلي، ففي الحالة الأولى يكون العلم بشرط التحكيم متحققا بالضرورة نظرا لتحقيق العلم بالعقد الأصلي وبالتالي تحقق الخلافة في كل من العقد الأصلي وشرط التحكيم المدرج به. أما في الحالة الثانية فيمكن تحقق العلم بالعقد الأصلي دون إتفاق التحكيم وبالتالي تحقق الخلافة الخاصة في العقد الأصلي دون إتفاق التحكيم إلا إذا تمسك الخلف الخاص بانتقال آثار إتفاق التحكيم إليه<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للحوالة<sup>3</sup> فإن الفقه<sup>4</sup> يجمع على جواز دخول المحال له في إجراءات التحكيم، فإذا حول أحد المتعاقدين حقه في العقد الذي يتضمن شرط التحكيم وقبل الغير هذه الحوالة فإن المحال إليه يلتزم بشرط التحكيم لأنه قبل الحوالة بشروطها ومنها شرط التحكيم، فإذا اتفق الدائن مع مدينه على فض النزاع باللجوء إلى التحكيم وقبل أن يصدر حكم التحكيم أحال الدائن حقه إلى شخص آخر وقبل المدين الحوالة فإن حكم التحكيم يحتج به على المحال له لأنه حل محل الدائن.

أما إذا وفي أحد الأشخاص الدين عن المدين به فيمكنه الرجوع على المدين مادام لا يقصد بذلك التبرع. ورجوع الغير الموفي على المدين يكون بدين جديد غير الدين المنقضي بالوفاء ويكون مصدره عقد الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب، كما يمكنه

1 محمد علياتي، المرجع السابق، ص 138.

2 مصطفى محمد الجمال ود/ عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 476.

3 دحماني رشيد، المرجع السابق، ص 90.

4 عليوش قربوع كمال المرجع السابق، ص 82.

الرجوع على المدین وفقاً لقاعدة الحلول أي أن یحل الغیر الموفی محل الدائن فی رجوعه على المدین وبالتالي استعماله للدعوی التي كان للدائن استعمالها. والحلول قد یكون بنص القانون<sup>1</sup> أو بالاتفاق علیه بین الغیر والدائن أو بین الغیر والمدین، فإذا كان هناك إتفاق على التحکیم بین الدائن والمدین فهل ینتج هذا الإتفاق أثره فی مواجهة الغیر الموفی عند رجوعه على المدین بما أوفاه؟

یرى الفقه أن رجوع الغیر الموفی على المدین بما أوفاه وفقاً لقاعدة الحلول تجعله یحل محل الدائن الذي وفی له ومن ثمة فله التمسك باتفاق التحکیم ویكون ملزماً له شریطة أن یكون عالماً به وقت الحلول، أما إذا أبرم إتفاق التحکیم بتاريخ لاحق عن تاریخ الإتفاق الذي ینشأ عنه الدین فلا یكون لاتفاق التحکیم أي أثر ملزم فی مواجهة الغیر وفقاً للقواعد العامة فی انتقال الالتزامات إلى الخلف الخاص<sup>2</sup>.

أما إذا كان رجوع الغیر الموفی على المدین وفقاً للدعوی الشخصية على أساس الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب، فإنه لا یكون ملزماً مطلقاً باتفاق التحکیم المبرم بین الدائن والمدین الذي یرجع علیه.

ومن خلال ما سبقت دراسته یتضح أن إتفاق التحکیم یرتب آثاره على طرفیه وعلى خلفهما العام والخاص اللذان يأخذان أحياناً مركز الطرف وأحياناً أخرى مركز الغیر. والأصل أن الغیر لا تتصرف إليه آثار العقد إلا فی حالات استثنائية، إلا أن هناك حالات یمكن فیها إعتبار الغیر طرفاً فی العقد وهي:

1 علیوش قریوع کمال المرجع السابق، ص 85.

2 أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 147.

## 1- العقد المشترك (الجماعي):

هو العقد الذي يربط مجموعة من الأفراد بصفتهم الجماعية بفرد أو مجموعة أخرى من الأفراد، وهذا العقد ينصرف أثره ليس فقط إلى من اشترك في إبرامه من أفراد المجموعة وإنما إلى سائر أفرادها حتى من لم يشترك منهم في إبرامه طالما كان قد انعقد بالأغلبية التي يتطلبها القانون<sup>1</sup>.

وأهم هذه العقود، عقد العمل المشترك الذي تبرمه نقابة العمال مع أحد أرباب العمل بقصد تنظيم شروط العمل، وبالتالي فعقد العمل المشترك يلزم جميع العمال المنتمين إلى هذه النقابة سواء من رضي منهم بإبرام العقد أم من رفضه وسواء كانت عضوية أحدهم قائمة وقت إبرام العقد أم كان انضمامه لها لاحقاً، ومثاله أيضاً عقد الصلح الواقي من الإفلاس الذي يبرمه التاجر المفلس مع جماعة الدائنين بموافقة الأغلبية التي يتطلبها القانون<sup>2</sup> وعقد التصرف في المال الشائع، الذي يبرمه ثلاث أرباع الشركاء مع المتصرف له بالإيجار أو البيع... حسبما نصت عليه المادة 720 من القانون المدني، فكل هذه العقود تلزم جميع أفراد الجماعة التي عقدتها حتى من لم يشترك منهم في إبرامها و تكسبهم ما يترتب عليها من حقوق. وانطلاقاً منه فإذا أبرم عقد من العقود المشتركة كعقد العمل أو عقد التصرف في المال الشائع، من قبل الأغلبية القانونية التي لها سلطة التعاقد باسم الجماعة وتضمن هذا العقد شرط تحكيم فإنه يكون ملزماً لكافة أفراد الجماعة حتى من لم يشترك في إبرامه، بمعنى أن آثار العقد برمتها تنصرف إلى أفراد الجماعة وكذلك الحال بالنسبة لمشاركة التحكيم<sup>3</sup>.

1 بن احمد حورية، المرجع السابق، ص 92.

2 دحماني رشيد، المرجع السابق، ص 87.

3 المرجع نفسه، ص 88.

## 2- المجموع العقدي:

هو تعاقب عدة عقود حول محل واحد بحيث يحدد أحدها الالتزامات والحقوق وتساهم الأخرى في تنفيذه، ومثال ذلك عقود البيع المتعاقبة على محل واحد وعقود الإيجار المتعاقبة على عين واحدة وعقود النقل المتعددة على شيء واحد<sup>1</sup> وهناك إشكالات حول مدى امتداد شرط التحكيم إلى الغير في حالة المجموع العقدي، فيما يتعلق بمجموعة أو مجموعات الشركات؟

إن المبدأ المستقر عليه في القانون الجزائري هو عدم امتداد شرط التحكيم الذي تبرمه إحدى شركات المجموعة مع الغير إلى شركة أخرى لم تكن موقعة على العقد الذي يحتوي على ذلك الشرط تطبيقاً لمبدأ الأثر النسبي للعقد من حيث الأشخاص المنصوص عليه في المادة 108 من القانون المدني.

<sup>1</sup> ابن احمد حورية، المرجع السابق، ص 108.

## المبحث الثاني:

### الأثر الموضوعي للتحكيم الداخلي

يترتب على إتفاق التحكيم أثران هاما ينفرد بهما عن بقية العقود، أحدهما سلبي والآخر إيجابي. أما الأثر السلبي فيتمثل في التزام الطرفين بالامتناع عن الإلتجاء إلى القضاء للفصل في موضوع النزاع محل التحكيم، ويترتب عليه غل يد القضاء عن النظر فيه، وأما الأثر الإيجابي فيتمثل في إباحة التجاء الطرفين إلى هيئة التحكيم المتفق عليها أو المختارة من قبل القضاء في حال عدم الإتفاق للفصل في النزاع.

ويترتب على هذين الأثرين أن قيامهما يكون رهينا بصحة هذا الإتفاق وبقاؤهما يكون رهينا ببقائه. وعلى هذا النحو فإن دراسة أثر الإتفاق على التحكيم تتناول موضوعين أساسيين هما على التوالي: الحرمان من الإلتجاء إلى القضاء و إباحة الإلتجاء لهيئة التحكيم فيما يلي<sup>1</sup>:

### المطلب الأول:

#### الحرمان من الإلتجاء إلى القضاء

يرتب إتفاق التحكيم التزاما متبادلا يقع على عاتق كلا طرفيه، وهو الإلتزام بعدم اللجوء إلى القضاء للفصل في النزاع المتفق بشأنه على التحكيم، وإذا أخل أحد طرفي إتفاق التحكيم بالتزامه ورفع دعواه أمام القضاء كان للطرف الآخر الحق في الدفع بوجود إتفاق التحكيم، إلا أن هذا الدفع يطرح عدة تساؤلات حول نوعه وطبيعته ومدى جواز المحكمة

<sup>1</sup> تعويلت كريم، المرجع السابق، 63.

إثارته من تلقاء نفسها، والمدة التي يجب إثارته فيها والآثار المترتبة على قبوله، وهذا ما سيتم التطرق له في الفرع الأول من هذا المطلب.

ويرتب إتفاق التحكيم بالإضافة إلى الإلتزام السلبي التزاما إيجابيا مقابلا يتمثل في ضرورة فض النزاع عن طريق التحكيم وذلك باللجوء إلى المحكم أو المحكمين المختارين من قبل طرفي الإتفاق أو من قبل القضاء، ولجوء الأطراف إلى المحكم أو المحكمين يعطي لهم ولاية الفصل في النزاع، هذه الولاية التي تتحدد وفقا لما ينص عليه إتفاق التحكيم في حالة وضوحه أو وفقا لقواعد التفسير في حالة غموضه كما تتحدد وفقا لأحكام القانون المكمله لإتفاق الطرفين<sup>1</sup>، وهذا ستم دراسته من خلال الفرع الثاني من هذا المطلب.

## الفرع الأول:

### طبيعة الدفع بوجود التحكيم الداخلي

تختلف الدفوع وتتنوع إلى أنواع عديدة ولكل منها أحكامها وآثارها التي تتميز بها عن الأخرى، ويثير الدفع بسبق الإتفاق على التحكيم في حالة رفع أحد الأطراف دعوى أمام القضاء التساؤل المتعلق بطبيعة هذا الدفع كون الدفع المتعلق بعدم الاختصاص هو من الدفوع الشكلية التي يجب إثارتها قبل التطرق للموضوع، إلا إذا تعلق الدفع بالنظام العام، بينما الدفع بعدم القبول يجوز إيدأؤه في أية مرحلة تكون عليها الدعوى، ولذلك يقتضي الأمر تحديد طبيعة الدفع بسبق الإتفاق على التحكيم ما إذا كان دفعا بعدم الاختصاص أم دفعا بعدم القبول أو أنه دفع من طبيعة قانونية أخرى. وبما أن المشرع الجزائري لم ينص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على هذه المسألة فسيتم استعراض آراء الفقه وكذا القانون المقارن حولها:

<sup>1</sup> عزيزي، خالد، المرجع السابق، ص74.

## أولاً: الدفع بعدم الاختصاص

يقصد بالاختصاص سلطة المحكمة الحكم في الدعوى طبقاً لما ينص عليه القانون، ويقابل الاختصاص عدم الاختصاص، وهو فقدان القضاء لهذه الولاية<sup>1</sup>. واختصاص محكمة ما، هو نصيبها من المنازعات التي يجوز لها الفصل فيها، ويتحدد الاختصاص من حيث:

- طبيعة المنازعات التي تختص بها كل جهة من جهات القضاء إذا ما تعددت هذه الجهات داخل النظام القضائي للدولة وهو ما يسمى بالاختصاص الولائي أو الوظيفي.

- نوع القضايا التي تنظرها كل طبقة من طبقات الجهة القضائية أو هو نصيب الطبقة الواحدة من طبقات جهة قضائية معينة من المنازعات التي يجوز لها الفصل فيها وهو ما يعرف بالاختصاص النوعي.

- كما يتحدد الاختصاص وفقاً لما تختص به الجهة القضائية الواحدة من مجموع القضايا بالنظر إلى مكان وجودها وهذا ما يسمى بالاختصاص المحلي أو الإقليمي.

والدفع بعدم الاختصاص هو الدفع الذي ينكر به الخصم على المحكمة سلطة نظر الدعوى لخروجها من حدود الاختصاص الذي قرره القانون لها، فبهذا الدفع ينكر الخصم على المحكمة ولايتها بنظر الدعوى كما حددها القانون ويطلب بموجبه ألا تفصل فيها<sup>2</sup>. وهذا الدفع قد يكون متعلقاً بالنظام العام حيث يمكن إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ويمكن للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها كالدفع بعدم الاختصاص النوعي، وقد لا يكون متعلقاً

1 أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص 131.

2 بريارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط 1، منشورات بغداد، 2009، ص 99.

بالنظام العام وفي هذه الحالة يجب إثارته قبل التطرق للموضوع، ولا يمكن للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها.

وانطلاقاً من هذه المفاهيم ذهب الفقه والقضاء الفرنسي إلى أنه إذا ثار نزاع بين طرفين على عقد يشتمل على شرط تحكيم، أو إذا اتفق الطرفين على فض النزاع الذي نشب بينهما بموجب مشاركة تحكيم، إلا أن أحد الطرفين ورغم سبق الإتيان على التحكيم رفع دعوى أمام المحكمة للنظر في موضوع النزاع، فإن للطرف الآخر الحق في التمسك بسبق الإتيان على التحكيم في صورة دفع بعدم الاختصاص<sup>1</sup>.

وذهبت المحاكم الفرنسية إلى أن الدفع بسبق الإتيان على التحكيم هو دفع بعدم الاختصاص إلا أنه لا يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ويجب أن يطلبه الخصم صاحب المصلحة قبل إبداء أي دفع في الموضوع وإلا اعتبر متنازلاً عن التزام خصمه في اللجوء إلى التحكيم وقابلاً لاختصاص المحكمة المعروض عليها النزاع<sup>2</sup>.

إلا أن محكمة النقض الفرنسية اعتبرت أن الدفع بسبق الإتيان على التحكيم هو دفع بعدم الاختصاص النوعي وهو من النظام العام وعلى المحكمة المعروض أمامها النزاع أن تقضي به من تلقاء نفسها ويجوز إبدائه في أي مرحلة كانت عليها الدعوى<sup>3</sup>.

---

1 محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجزء 1، إتيان التحكيم، دار الفكر العربي، 1990، ص 250.

2 بن احمد حورية، مرجع سابق، ص 73.

3 المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

## ثانيا: الدفع بعدم القبول

عرفت المادة 67 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الدفع بعدم القبول على أنه: "الدفع بعدم القبول، هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي، كانعدام الصفة وانعدام المصلحة والتقدم وانقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع النزاع".

والدفع بعدم القبول يلتقي مع الدفع بعدم الاختصاص في كون المتمسك بالدفع في الحالتين يطلب من المحكمة عدم الفصل في الدعوى، ولكن في الحالة الأولى ينكر فقط سلطة المحكمة في نظر الدعوى، أما في الثانية فينكر اختصاصها وولايتها في نظرها. وبالنظر لأهمية هذا الدفع أجاز المشرع تقديمه في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولو بعد تقديم دفع في الموضوع، عكس ما هو مقرر بالنسبة للدفع الإجرائية.

وبالمقابل فإن اعتبار الدفع باتفاق التحكيم دفعا بعدم القبول من شأنه أن يؤدي إلى نتائج لا تتفق مع طبيعة هذا الدفع، فالدفع بعدم القبول من الدفع التي يجوز إبدائها في أية حالة تكون عليه الدعوى. وهذا يخالف ما رأيناه من أن الدفع بالاتفاق على التحكيم يتعين إبدائه قبل التكلم في الموضوع وإلا سقط الحق في إبدائه<sup>1</sup>.

## ثالثا: الدفع ببطلان الطلب القضائي

يرى جانب من الفقه أن الدفع بوجود إتفاق التحكيم ليس دفعا بعدم الاختصاص ولا بعدم القبول، وإنما هو دفع ببطلان الطلب القضائي لأنه لا يمكن تقديم الطلب القضائي إلى المحكمة للنظر في النزاع لوجود إتفاق التحكيم، فالدفع بوجود إتفاق التحكيم هو دفع إجرائي

1 بن احمد حورية ، مرجع سابق، ص 79.

يستند إلى عيب موضوعي في الإجراء المتعلق بتقديم الطلب<sup>1</sup>. حيث يرى هذا الجانب من الفقه أن الطلب القضائي (المطالبة القضائية) هو إجراء وأن الإجراء هو عمل قانوني يتألف من عناصر موضوعية كالأهلية والمحل وأخرى شكلية تتمثل في الشكل الذي حدده القانون لتقديمه، ووظيفة إتفاق التحكيم هي الحيلولة دون المطالبة بالحق المتنازع فيه أمام القضاء مما يجعله غير صالح لأن يكون محلاً لهذه المطالبة.

وسبب البطلان حسب هذا الرأي هو افتقاد هذا الإجراء (الطلب القضائي) عنصراً من عناصره الموضوعية وهو عنصر المحل مما يجعل الدفع بوجود إتفاق التحكيم دفعا خاضعا للقواعد المتعلقة ببطلان الإجراءات لعيب موضوعي فيها، فلا يجوز التمسك به إلا لمن شرع البطلان لصالحه، ولا يجوز للطرف الآخر أن يعود فيتمسك بوجوده كونه هو المتسبب فيه، ويجوز لصاحب الحق التمسك به (المدعى عليه) والتنازل عنه صراحة أو ضمناً.

وهذا الرأي يتلاءم مع طبيعة الإلتزام السلبي بعدم اللجوء إلى القضاء لوجود إتفاق التحكيم سواء فيما يتعلق باقتصار الدفع على صاحب المصلحة فقط وحرمان المتسبب فيه من إعادة التمسك به، أو فيما يتعلق بعدم إمكانية المحكمة إيدائه من تلقاء نفسها دون التمسك به من صاحب المصلحة<sup>2</sup>.

---

1 بن احمد حورية ، مرجع سابق، ص 83.

2 وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984، ص105.

## الفرع الثاني:

### آثار قبول الدفع بسبق الإتفاق على التحكيم

ومما سبق يترتب على إثارة الدفع بسبق الإتفاق على التحكيم منع القضاء من النظر في موضوع النزاع وهذا يقتصر بطبيعة الحال على المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم، إلا أن هذا يطرح مدى إمكانية القضاء النظر في المسائل المستعجلة التي قد تحدث أثناء النظر في النزاع بالرغم من سبق الإتفاق بشأنها على التحكيم. كما يطرح مسألة مدى إمكانية القضاء الفصل في بطلان إتفاق التحكيم أو بتفسيره وذلك في حالة ما إذا دفع أحد الأطراف ببطلان إتفاق التحكيم أو بعدم شموله للنزاع. كما يطرح مسألة أخرى مهمة تتعلق بمدى استنفاد القضاء أو المحكمة المثار أمامها الدفع بوجود إتفاق التحكيم ولايتها للنظر في موضوع النزاع:

#### أولاً: اختصاص القضاء في المسائل الإستعجالية

لم ينص المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على مدى اختصاص القضاء النظر في المسائل الإستعجالية في حالة الإتفاق بشأنها على التحكيم، وما إذا كان الإتفاق على تحويل المحكم أو المحكمين النظر في المسائل الإستعجالية يمتد إلى منع القضاء<sup>1</sup> الإستعجالي من نظرها، أم أنه يقتصر فقط على إعطاء المحكم أو المحكمين سلطة النظر فيها. لذلك سأحاول استعراض آراء الفقه والقضاء و التشريع المقارن في هذه المسألة:

ذهب القضاء الفرنسي في هذا الصدد إلى أن إتفاق التحكيم لا يبعد اختصاص القضاء الإستعجالي من النظر في الطلبات المتعلقة بالإجراءات الوقتية الخاصة بموضوع

<sup>1</sup> محمد علياتي، المرجع السابق، ص 76.

النزاع<sup>1</sup>. في حين كان يرى جانب من الفقه أن قاضي الأمور المستعجلة لا يختص بالنظر في المسائل الإستعجالية إذا كان موضوع النزاع قد طرح فعلا على المحكم أو المحكمين<sup>2</sup>.

إلا أن الرأي الراجح يرى بأن المشرع لا يسلب اختصاص قاضي الأمور المستعجلة حتى ولو كان<sup>3</sup> أصل الحق مطروحا على محكمة الموضوع، وعليه فإن قاضي الأمور المستعجلة يختص أيضا بنظر المسائل الإستعجالية حتى ولو كان النزاع على أصل الحق قد رفع فعلا أمام المحكم أو المحكمين، لأنه في نظر المسائل الإستعجالية ما يخشى عليه من فوات الوقت كونها تتعلق في غالب الأحيان بخطر داهم أو ضرر محقق لذلك ولا يستطيع قاضي الأمور المستعجلة أن لا ينظر في الدعوى بحجة الإتفاق على التحكيم بصددها، فصفة الاستعجال التي استدعت الخروج على القواعد العامة في اختصاص قاضي الموضوع تستدعي الخروج على صلاحية المحكم أو المحكمين.

ومنه يبقى القضاء الإستعجالي مختصا بنظر المسائل الإستعجالية حتى ولو كان هناك سبق إتفاق على التحكيم بصددها بل حتى ولو كان أصل النزاع معروضا أمام المحكم أو المحكمين.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم ينص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية حتى على إمكانية النص في إتفاق التحكيم على تخويل المحكم أو المحكمين سلطة النظر في المنازعات الإستعجالية، إلا أن هذا لا يمنع المحكم أو المحكمين من النظر فيها إذا كان هناك إتفاق بشأنها بين طرفي إتفاق التحكيم.

1محمد علياتي، المرجع السابق، ص 93.

2المرجع نفسه، ص 94.

3بن احمد حورية، مرجع سابق، ص 89.

## ثانيا: مدى سلطة القضاء في النظر في صحة التحكيم الداخلي

إن إثارة الدفع المتعلق بسبق الإلتفاق على التحكيم يمنع القضاء من النظر في موضوع النزاع، ولكن إذا رفع المدعي دعواه أمام القضاء ودفع المدعى عليه بسبق الإلتفاق على التحكيم فنثار مسألة إمكانية المدعي الدفع ببطلان إلتفاق التحكيم أو بعدم شموله للنزاع المعروض أمام المحكمة، ومدى إمكانية المحكمة التصدي لهذا الدفع المتعلق ببطلان إلتفاق التحكيم أو بتفسيره. ولكن المشرع الجزائري لم ينص على هذه المسألة مما يثير التساؤل حول موقفه منها؟

حسب نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنه لا يمكن الدفع بعدم اختصاص المحكم أو المحكمين إلا أمام القضاء وليس أمام المحكم أو المحكمين لذلك يكون الدفع بعدم اختصاص المحكم أو المحكمين لبطلان إلتفاق التحكيم أو لعدم شموله موضوع النزاع عن طريق دعوى قضائية أمام المحكمة المختصة وما يدل على ذلك هو نص المشرع على اختصاص محكمة التحكيم بالنظر في مدى اختصاصها في المنازعات الدولية دون المنازعات الداخلية بدافع مقتضيات التجارة الدولية في مجال التحكيم. ولكن من الواجب على المشرع أن ينص صراحة على إمكانية نظر المحكم أو المحكمين في مدى اختصاصهم حتى يؤدي التحكيم الدور المنوط به.

وإثارة الدفع بوجود إلتفاق التحكيم يترتب عدم استنفاد المحكمة المرفوع أمامها النزاع والمثار أمامها الدفع ولايتها في موضوع النزاع، وذلك في حالة قبولها للدفع المتعلق بسبق الإلتفاق على التحكيم، بمعنى أنه في حالة إثارة أحد طرفي إلتفاق التحكيم للدفع بسبق الإلتفاق على التحكيم أمام المحكمة وقبلت المحكمة هذا الدفع فإنه يمتنع عليها النظر في موضوع النزاع، إلا أن قبولها لهذا الدفع لا يؤدي إلى استنفاد ولايتها في موضوع الدعوى<sup>1</sup>.

1تعويبت كريم، المرجع السابق، ص 166.

وعليه ففي حالة إلغاء المجلس حكم المحكمة القاضي بقبول الدفع بسبق الإتفاق على التحكيم يؤدي ذلك إلى إعادة الدعوى إلى المحكمة التي أصدرت الحكم بقبول الدفع وذلك حتى لا يفوت على رافعها درجة من درجات التقاضي، ولأنه لا يمكن للمجلس التصدي للموضوع لأن الدعوى غير مهياًة للفصل فيها<sup>1</sup>.

## **المطلب الثاني:**

### **اللجوء إلى هيئة التحكيم**

بالإضافة إلى الإلتزام السلبي المتمثل في عدم اللجوء إلى القضاء يترتب إتفاق التحكيم التزاماً إيجابياً يتمثل في ضرورة فض النزاع عن طريق التحكيم، وذلك باللجوء إلى المحكم أو المحكمين المختارين من قبل طرفي اتفاهه أو من قبل القضاء في حالة عدم الإتفاق على تعيينهم، ولجوء أطراف إتفاق التحكيم إلى المحكم أو المحكمين يعطي لهم ولاية الفصل في النزاع والتي تتحدد وفقاً لما ينص عليه إتفاق التحكيم في حالة وضوحه أو وفقاً لقواعد التفسير في حالة غموضه، كما تتحدد وفقاً لأحكام القانون المكمله لاتفاق الطرفين:

### **الفرع الأول:**

#### **ولاية المحكم أو المحكمين في التحكيم الداخلي وفي ضوء القواعد القانونية**

##### **أولاً: في ضوء إتفاق التحكيم**

تتحدد ولاية المحكم أو المحكمين وفقاً لما اتجهت إليه الإرادة المشتركة لطرفي إتفاق التحكيم والإرادة المشتركة قد تكون واضحة مما يقتضي السير وفقاً ولا يجوز

---

1 هشام الطويل، الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات والقوانين الخاصة ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 1988، ص336.

---

الإنحراف عنها. أما إذا كانت الإرادة المشتركة لطرفي إتفاق التحكيم غامضة فإنها تحتاج إلى توضيح وفقاً لقواعد تفسير العقود.

والأصل أن يلجأ طرفاً إتفاق التحكيم إلى تدوين المسائل المتعلقة بالتحكيم في وثيقة تجمع كل العناصر اللازمة لسير عملية التحكيم، هذه الوثيقة التي تتحدد من خلالها ولاية المحكم أو المحكمين، فإذا كانت عبارات إتفاق التحكيم واضحة في دلالتها على إرادة طرفي إتفاق التحكيم، فلا يجوز للمحكم الإنحراف عنها لمعرفة إرادة الطرفين لأنه يجب الأخذ بالمعنى الواضح والمباشر الذي قصده الطرفان فلا يجوز ترك هذه العبارات والأخذ بمعنى آخر غير واضح بحجة أن هذا المعنى هو الذي انصرفت إليه إرادة الطرفين، فإذا كانت عبارات إتفاق التحكيم واضحة في دلالتها وكانت هذه الدلالة مطابقة لما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فيكون الإتفاق ملزماً للطرفين بما أفصحت عنه عباراته وعلى المحكم الإلتزام بمضمونه دون الخروج عنه<sup>1</sup>.

فعند وضوح عبارات إتفاق التحكيم في دلالتها التي تكون مطابقة لما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين لا يطرح أي إشكال، فتتحدد ولاية المحكم أو المحكمين وفقاً لبنود وشروط إتفاق التحكيم، إلا أن عبارات إتفاق التحكيم قد تكون غامضة ولا تؤدي معنى واضح ومحدد، وقد تكون واضحة في جملتها في الدلالة على معنى محدد ولكن يكون في بعضها أو في ظروف التعاقد بصفة عامة ما يشير إلى عدم مطابقة هذا المعنى للإرادة المشتركة للمتعاقدين أو إلى أن المتعاقدين قصداً بها معنى غير معناها الظاهر، وفي هذه الحالات يحتاج إتفاق التحكيم إلى تفسير قصد الوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين. وتفسير إتفاق

---

1تعويبت كريم، المرجع السابق، ص 124.

التحكيم قد يقوم به القاضي المطروح عليه النزاع كما قد يقوم به المحكم ويخضع للأحكام العامة في تفسير إرادة المتعاقدين<sup>1</sup>.

إلا أن الفقه والقضاء يتفقان في هذا الصدد على أن إتفاق التحكيم يجب أن يفسر تفسيراً ضيقاً والالتزام بمعنى ألفاظه وعدم تأويلها إلا بما يتطابق معها من معان لأن التحكيم استثناء من القاعدة العامة التي توجب الإلتجاء إلى القضاء العادي في كل الأحوال<sup>2</sup>.

وذهب الفقه إلى أن الإتفاق على التحكيم في شأن قسمة مؤقتة لا يجوز أن ينحرف إلى قسمة نهائية، وأن التحكيم في شأن حيازة أرض لا يجوز أن يمتد إلى ملكيتها، وإذا اتفق الطرفان على التحكيم في المنازعات التي تثار بينهما أثناء تنفيذ عقد معين على كيفية تنفيذه فلا يجوز أن يمتد هذا التحكيم إلى المنازعات المتعلقة بالتعويض على 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 المحكم لا تمتد إلى ترتيب فسخه أو الحكم بالتعويض على عدم تنفيذه<sup>3</sup>.

إلا أن قضاء محكمة النقض الفرنسية في إحدى قراراته خرج عن المبدأ المتعلق بالتفسير الضيق لاتفاق التحكيم وأقر تطبيقات منها: عندما يتم التعاقد على أداءات محددة لتحقيق غرض معين كتوريد معدات لإنشاء مشروع معين وينص في العقد على شرط التحكيم ثم يتبين بعد ذلك أن تحقيق الغرض المطلوب يحتاج إلى أداءات أخرى كمعدات إضافية أو تكميلية، ففي هذه الحالة يتعلق الأمر بعقد جديد مستقل عن العقد الأول رغم وجود صلة بينه

1 ابن احمد حورية، المرجع السابق، ص 133.

2 تعويلت كريم ، المرجع السابق، ص 127.

3 المرجع نفسه، ص 41.

وبين العقد الأول ومع ذلك فقد أقرت محكمة النقض الفرنسية امتداد شرط التحكيم المنصوص عليه في العقد الأول إلى العقد الثاني استنادا إلى هذه الصلة وحدها وخروجا على المبدأ العام المتعلق بتفسير إتفاق التحكيم تفسيرا ضيقا، لمبدأ هام في قانون الإجراءات المدنية وهو مبدأ تبعية الفرع للأصل<sup>1</sup>.

وأقر المشرع الجزائري مبدأ تبعية الفرع للأصل في مجال التحكيم الوطني في المادة 1019 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص: "تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال و الأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك"، فعدم إتفاق الأطراف على الأوضاع والآجال التي يتبعها المحكم أو المحكمون يؤدي إلى تطبيق الأوضاع المقررة أمام المحاكم والمنصوص عليها في قانون الإجراءات.

### ثانيا: في ضوء القواعد القانونية

في الكثير من الحالات يقتصر إتفاق التحكيم على ذكر الشروط الضرورية والجوهرية لقيامه دون التطرق إلى الشروط التفصيلية، وهنا تتدخل نصوص القانون لتكملة بنوده وشروطه وتعديله إذا كان في بنوده ما يتعلق بالنظام العام<sup>2</sup>. وقد سبقت الإشارة إلى أن الإتفاق على العناصر الجوهرية يكفي لانعقاد إتفاق التحكيم كتحديد موضوعات النزاع وذكر أسماء المحكمين، أما المسائل التفصيلية فقد أوجد لها قانون الإجراءات المدنية والإدارية حلولا مثلا:

1تعويلت كريم، المرجع السابق، ص 67.

2بن احمد حورية، المرجع السابق، ص 122.

- إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم، بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، فيعين من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه<sup>1</sup>.

- يكون إتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجلا لانتهائه، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم خلال 4 أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم<sup>2</sup>. وما نصت عليه المادة 1019 و 1020...الخ.

وبالإضافة إلى ما ورد في إتفاق التحكيم فيمتد أثره ليشمل كل ما هو من مشروطاته وفقا للأحكام العامة، ويتم تحديد مشروطات العقد وفقا لمصادر القانون المختلفة: القانون، العرف، العدالة<sup>3</sup>.

وإتفاق التحكيم من العقود المسماة، لذلك تطبق بشأنه الأحكام القانونية الخاصة المقررة له في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، وفي حالة عدم وجود أحكام خاصة فتطبق بشأنه الأحكام العامة للعقود، وإذا لم يوجد نص قانوني خاص أو عام، فيطبق العرف الجاري في المعاملات وخاصة أنه في إطار إتفاق التحكيم الذي يتعلق في الكثير من الأحيان بالأعمال التجارية فإن العرف يلعب دورا كبيرا في تكملة بنود إتفاقالتحكيم. أما إذا لم تكن هناك قاعدة قانونية أو عرفية فإن المحكم يحكم وفقا لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة التي تقتضيها طبيعة إتفاق التحكيم و طبيعة المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم<sup>4</sup>.

ويمكن الإشارة إلى أن المحكم أو القاضي لا يستطيع أن يكمل العقد سواء بالرجوع إلى القانون أو العرف أو قواعد العدالة إلا في حالة عدم تنظيم إرادة الطرفين لمسألة من المسائل فيجب أولا الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين بطرق التفسير المختلفة وإذا

1 المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3بن احمد حورية، المرجع السابق، ص122.

4قشي سليمة، المرجع السابق، ص 121.

عجز فعليه أن يكمل العقد باللجوء إلى العوامل السابق بيانها حتى يستطيع تحديد مضمون العقد ونطاقه<sup>1</sup>.

والأصل أنه إذا ما تحدد مضمون ونطاق العقد فلا يمكن تعديله بالزيادة أو النقصان فيه وذلك للقوة الملزمة التي يتمتع بها. غير أن المشرع ولا اعتبارات العدالة منح للقاضي في بعض الحالات واستثناء من الأصل سلطة تعديل العقد، ومن هذه الحالات سلطة منح المدين أجلا، وتحويل القاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي إذا كان مبالغا فيه، وسلطة تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان أو إعفاء الطرف المذعن منها، كما منح القانون للقاضي سلطة رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة الظروف الطارئة<sup>2</sup>.

ويطرح التساؤل حول إمكانية وجود تطبيقات لهذه المبادئ في نطاق إتفاق التحكيم؟

يرى الفقه بأنه لا يمكن أن نجد تطبيق للمبادئ السابقة في نطاق إتفاق التحكيم لأن هذه المبادئ تتعلق بالحقوق والالتزامات الموضوعية المتعلقة بالعقد الأصلي أما إتفاق التحكيم فهو عقد إجرائي يرد على كيفية حماية حق التقاضي وبالتالي لا تكون للقاضي سلطة التعديل فيه. وبأن المجال الوحيد الذي يسمح فيه للقاضي بتعديل العقد يكون في حالة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، فهذه الأخيرة غالبا ما تحرر في عقود نموذجية يعرضها الطرف المذعن على الطرف الآخر ولا يقبل مناقشة بنودها وما على الطرف المذعن إلا قبولها أو رفضها جملة<sup>3</sup>.

وعلى هذا النحو يرى الفقه وتطبيقا للقواعد العامة في القانون المدني وخاصة المادة

110 منه التي تنص: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز

1قشي سليمة، المرجع السابق، ص 123.

2قشي سليمة، المرجع السابق، ص 147.

3المرجع نفسه، ص 148

للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك". بأن هذا النص يجد تطبيقا له في إتفاق التحكيم فكثيرا ما تفرض بعض الشركات كشركات التأمين على عملائها عقودا تتضمن شرط التحكيم تنص فيها على تطبيق قانون معين تعلم سلفا أنه يحقق مصالحها وقد لا يكون لهذا القانون أي صلة بعقد التأمين المتفق بشأنه تبرر تطبيق هذا القانون. ويعتبر شرط التحكيم في هذه الحالة شرطا تعسفيا يجوز للقاضي إعفاء المدين منه إذا تمسك به هذا الأخير<sup>1</sup>.

وقضى المشرع في المادة 622 من القانون المدني على بطلان شرط التحكيم إذا كان من بين الشروط العامة لعقد التأمين، والبطلان هنا مطلق لشرط التحكيم ويجوز للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه دون حاجة لتمسك الطرف المذعن به. حيث تنص: " يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط التالية:

- ... شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة إتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة...".

### الفرع الثاني:

### إجراءات المحاكمة التحكيمية

التحكيم نوع من القضاء يتميز بمصدره الإتفاقي وصفته الخاصة، وخصومة التحكيم هي المجال الرئيسي الذي تظهر فيه طبيعته القضائية و خصوصياته، بمعنى أن خصومة التحكيم تخضع دائما للمبادئ الأساسية للنقاضي من جهة، وأن طرق تطبيق هذه المبادئ تستجيب إلى أهداف التحكيم وخصوصياته من جهة أخرى.

1ميلود سلامي المرجع السابق،، ص 113.

فمن ناحية الإجراءات، فسلطان الإرادة هو الذي يحدد الآجال والأوضاع أي إجراءات المحاكمة التحكيمية الداخلية. فإذا لم يعبر سلطان الإرادة عن خيار فإن الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية هي التي تطبق، وبالتالي تطبيق إجراءات المحاكمة القضائية حسب ما نصت عليه المادة 1019 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وفيما يخص الواجهية فلم يأت التحكيم الداخلي على ذكر قاعدة الواجهية ولكنها تبقى حتما جزءا من النظام الداخلي وهي قاعدة أساسية في الأصول القضائية فلا يمكن تجاهلها في إجراءات التحكيم الوطني.

وتجدر الإشارة إلى أن قانون الإجراءات السابق كان يفرق بين التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح، أما القانون الجديد فقد حصر التحكيم الداخلي في التحكيم بالقانون وألغى التحكيم بالصلح، بل نص وأكد أن المحكمين يفصلون بالدعوى" وفقا لقواعد القانون" في المادة 1023 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وفيما يتعلق بالمهل، فالقانون الجديد ترك أيضا لسلطان الإرادة أن يحدد مدة التحكيم واعتبار العقد صحيحا حتى ولو لم يحدد مهلة التحكيم، ولكنه في هذه الحالة تكون مهلة التحكيم أربعة أشهر، تبدأ من تاريخ تعيين المحكمين أي آخر واحد منهم<sup>1</sup> والتمديد جائز وهو لسلطان الإرادة فإذا تعذر فيعود الأمر للنظام التحكيمي الذي تطبق مهله، فإذا انقضت ولم يتوصل الطرفان إلى اتفاق على التمديد يعود الأمر إلى القضاء المختص.

وتجدر الملاحظة إلى أن القضاء يقدم مساعدة للتحكيم الوطني، في تشكيل المحكمة التحكيمية "إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم... يعين المحكم أو المحكمين من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه"<sup>2</sup>. وبعد

1قنون سمي المرجع السابق، ص 110.

2المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

تشكيل المحكمة التحكيمية فإن القضاء لا يعود له دور في مساعدتها لسماع الشهود إذا امتنع شاهد أو إلزام أشخاص آخرين بتقديم وثائق و مستندات تساعد التحكيم على كشف الحقيقة والحقوق، إلا في تحديد المهلة إذا تعذر وصول الطرفين إلى إتفاق على التمديد، إذن ففي التحكيم الوطني يساعد القضاء على تعيين المحكمين وعلى تمديد المهل ويقف دور القضاء عند هذا الحد.

أما بالنسبة لتوقف التحكيم، فإذا طعن بالتزوير مدنيا في ورقة أو حصل عارض جنائي، يحيل المحكم الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة ويتوقف سير التحكيم ليستأنف سريانه بعد الحكم في المسألة العارضة<sup>1</sup>.

وفيما يخص المحاضر وأعمال التحقيق فقانون التحكيم السابق ألزم بأن أعمال التحقيق يقوم بها المحكمون جميعا إلا إذا كان هناك إتفاق يخول لهم سلطة انتداب أحدهم للقيام بها. وقد جاء القانون الجديد بنفس الاتجاه. وبالتالي فالمحكمون يعملون معا ويجب وضع محضر في الجلسات كلها يوقعونه جميعا مع الأطراف<sup>2</sup>.

أما عن طرق الطعن فالقانون الجديد كما القانون السابق فتح باب استئناف الحكم التحكيمي، إلا إذا اتفق الأطراف على التنازل عن حق الاستئناف في إتفاق التحكيم<sup>3</sup>.

فإذا لم يكن الحكم التحكيمي قابلا للاستئناف فهو غير قابل للنقض لأن القرارات الإستئنافية وحدها تكون قابلة للنقض، وأمام المجلس تنشر الدعوى مجددا. والاستئناف ليست له شروط ولا أسباب، فالدعوى تنشر أمام المجلس ومن اختصاصه فسخ الحكم التحكيمي المستأنف و التعرض لأساس النزاع.

1عزيزي, خالد، المرجع السابق، ص76.

2قشي سليمة، المرجع السابق، ص56.

3المرجع نفسه، ص 57.

والقانون الجديد لم يعدد في التحكيم الوطني أسبابا للإبطال وبالتالي، فالحكم التحكيمي قابل للاستئناف كدرجة ثانية للمحاكمة، والمجلس ينظر الدعوى من أساسها ما لم يتنازل الأطراف<sup>1</sup> عن حق الإستئناف، ولكن الحكم التحكيمي الذي اتفق الأطراف على عدم قابليته للاستئناف كان قابلا للإبطال في القانون السابق لأسباب خمسة حدها، والتي كانت تخص الحكم التحكيمي الداخلي غير القابل للاستئناف، ولكن القانون الجديد لم يفتح باب الإبطال ولا حدد أسبابا له، فهل يعني ذلك أن الحكم التحكيمي الداخلي غير القابل للاستئناف بحكم تنازل طرفيه عن الإستئناف غير قابل للإبطال؟

الباب الوحيد المتروك هو أمام قاضي صيغة التنفيذ الذي يمكنه أن لا يمنحها، ولكن القاضي في عدم منح صيغة التنفيذ أو في منحها ليس مقيدا بأي قيد فالأمر نسبي وذاتي عنده، ولكن رفضه بمنحها يقبل الإستئناف.

وفي الإستئناف يكون قرار القاضي برفض إعطاء صيغة التنفيذ هو المدخل لمحاسبة الحكم التحكيمي، لأن الرفض قابل للاستئناف في محاكمة وجاهية وهذا هو الباب الوحيد المفتوح بدون أسباب الإبطال لإبطال الصيغة التنفيذية ولفسخ القرار القضائي الذي يمنحها، ولكن منح الصيغة التنفيذية لا يؤثر على الحكم التحكيمي الذي يبقى محتفظا بآثاره. طالما أن المراجعة الوحيدة أمام الحكم التحكيمي الداخلي هي استئناف الأمر القضائي برفض الصيغة التنفيذية... في حين أن الأمر القضائي بإعطاء الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي الوطني غير قابل للاستئناف أو لأية مراجعة طبقا للمادة 1035 من القانون الجديد، وبالتالي فإن الحكم التحكيمي الداخلي الذي يكتسي صيغة التنفيذ لا يقف في وجهه أي عائق قانوني<sup>2</sup>.

1 عبد الحميد الأحذب ، مجلة المحكمة العليا، العدد الخاص المشار إليه سابقا، ص 209.

2 عزيزي، خالد، المرجع السابق، ص 84..

أما فيما يتعلق باعتراض الغير الخارج عن الخصومة فحكم التحكيم قابل لهذا الطعن أمام القاضي المختص قبل طرح النزاع على التحكيم طبقاً للمادة 1032 من القانون المنظم للتحكيم، كما أنه لا يحتج بأحكام التحكيم اتجاه الغير حسب ما نصت عليه المادة 1038 من نفس القانون.

وتجدر الملاحظة بأنه إذا اعترض طرف على صحة العقد فإن المحكم لا يعود مختصاً للنظر بعقد مطعون بصحته ضمنه الشرط التحكيمي الذي ينبع منه التحكيم والذي يستمد منه المحكم اختصاصه، إلا إذا تبنى القانون نظرية استقلال الشرط التحكيمي عن العقد. ولكن إذا اعترض طرف على الشرط التحكيمي ذاته وليس على العقد أو أدلى بأنه معيب بعيب من عيوب الرضا مثلاً كالغلط أو الإكراه... الخ، فالمحكم لا يعود مختصاً للنظر باختصاصه إلا إذا تبنى القانون المطبق على التحكيم نظرية "اختصاص المحكم للنظر باختصاصه". والقانون الجديد لم يعتمد هذه النظرية في التحكيم الوطني كما لم يعتمد نظرية استقلالية الشرط التحكيمي، وبالتالي فإن أي منازعة بصحة الشرط التحكيمي توقف سير التحكيم، فيحال النزاع على القضاء الذي إذا بت بصحة الشرط التحكيمي، يعود التحكيم فيتابع سيره وإلا ينتهي التحكيم بحكم قضائي يبطل الشرط التحكيمي<sup>1</sup>.

ونص القانون الجديد في المادة 1008: "...يجب أن يتضمن شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كفاءات تعيينهم". وبالتالي فإن سلطان الإرادة يعين المحكمين أو يحيل إلى نظام تحكيمي أو إلى مركز تحكيمي يفضي إلى تعيين المحكمين. وإذا اعترضت صعوبة في تشكيل المحكمة التحكيمية يعين المحكم أو المحكمون من طرف رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها إبرام العقد أو محل تنفيذه طبقاً لنص المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>1</sup> ابن احمد حورية، المرجع السابق، ص 132.

ونصت المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فرد. فيكون المشرع الجزائري قد اختار العدد الوتر للتحكيم ترجيحاً للطبيعة القضائية للتحكيم وبغية الوصول إلى حسم للنزاع. والمحكم قد يكون شخصاً طبيعياً أم معنوياً، فاعتمد القانون الجديد القاعدة التي وضعها القانون الفرنسي ونص على أنه إذا عينت اتفاقية التحكيم شخصاً معنوياً، تولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم، وذلك في المادة 1014 منه. ولكنه اختلف عن القانون الفرنسي، الذي يقضي بأن الشخص المعنوي يتولى تنظيم التحكيم، من حيث تعيين المحكمين وتحديد إجراءات المحاكمة التحكيمية... الخ، فالقانون الجزائري يقضي بأن الشخص المعنوي ينحصر دوره بتسمية محكم أو محكمين من أعضائه. فإذا أحال شرط تحكيمي حسم النزاع إلى نقابة المحامين أو إلى غرفة التجارة فإنه في فرنسا تنظم نقابة المحامين التحكيم وتعين محكمين ليسوا بالضرورة من المحامين وتضع إجراءات المحاكمة التحكيمية وكذلك غرفة التجارة. أما في الجزائر فإن نقابة المحامين تعين محكمين من المحامين أعضائها وغرفة التجارة تعين تجاراً من أعضائها محكمين وينتهي دور نقابة المحامين وغرفة التجارة هنا<sup>1</sup>.

وتطرق القانون الجديد إلى قبول المحكم لمهمته فنص في المادة 1015 منه: "لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحاً إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم". وبالتالي قبول المحكم أصبح من القواعد الآمرة التي ترتبط بها صحة تشكيل المحكمة التحكيمية. وتطرق إلى الموضوع أيضاً من زاوية رفض المحكم في المادة 1012 منه إذ قضى بأنه "إذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه، يستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة". فيكون موضوع قبول المحكم من أهم القواعد الآمرة التي نص عليها القانون الجديد.

1 تعويلت كريم، المرجع السابق، ص 123.

ويترتب على ذلك أنه يجب أن تعرض المهمة على المحكم المعين، سواء كان معينا من طرف أو محكماً ثالثاً معينا من الطرفين أو من القضاء أو من مركز تحكيمي، إما أن يقبلها أو يرفضها. فإذا قبلها صح تشكيل محكمة التحكيم والتزم المحكم تعاقدياً بمهمة إصدار حكم تحكيمي ضمن شروط ونظام التحكيم الذي يرعى التحكيم النابع من الشرط التحكيمي الذي حدد كيفية تعيين المحكمين وأجاز للأطراف تعيين محكميهم. أما إذا رفض فليس الذي عينه هو من يعين البديل عنه\_ إلا إذا كان القضاء الذي عينه \_ بل الذي يعين البديل هو القضاء<sup>1</sup>.

وفيما يتعلق برد المحكم أو عزله في التحكيم الوطني، فلا يجوز عزل المحكمين خلال مدة التحكيم إلا باتفاق جميع الأطراف طبقاً للمادة 1018 من القانون المنظم للتحكيم، ونص المشرع في المادة 1015 على قاعدة في الرد وهي "إذا علم المحكم أنه قابل للرد يخبر الأطراف بذلك ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم" وأسباب الرد في القانون الجديد هي نفسها أسباب الرد في القانون السابق وهي: عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف، وإذا وجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف. وعندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.

ولا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي عينه أو شارك في تعيينه، إلا لسبب علم به بعد التعيين. وقد أخذ القانون الجديد من القانون القديم بمبدأ وجوب إبلاغ المحكمة التحكيمية والطرف الآخر بسبب الرد. في المادة 1016 منه.

وفيما يخص البت في طلب الرد، فقد اعتمد القانون الجديد في المادة 1016 نفس القاعدة التي اعتمدها القانون السابق وهي: "في حالة النزاع، وإذا لم يتضمن نظام التحكيم

<sup>1</sup> بن احمد حورية ، مرجع سابق، ص 87.

كيفية تسويته أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمة التعجيل. وهذا الأمر غير قابل لأي طعن". والذي يلفت النظر هو أن أسباب الرد ليست من النظام العام وبالتالي يمكن تسويتها، وبالتالي فإذا ظهر سبب الرد فيمكن للطرفين أن يتفاوضا عليه وأن يتفقا على القبول به.

أما بالنسبة للحكم التحكيمي، فقد فرق قانون التحكيم الجديد بين الحكم النهائي والحكم الجزئي والحكم التحضيري، وجعل هذه الأحكام قابلة للتنفيذ بأمر يصدر عن رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها ويودع أصل هذا الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمة التعجيل. طبقا لنص المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. أما التدابير المؤقتة والتحفظية فقد تركها القانون الجديد لاختصاص القضاء.

والقانون الجديد صريح بإلزام الحكم التحكيمي بالتسبيب، ونص على ذلك في المادة 1027 منه. وألزم في المادة 1028 بأن يتضمن حكم التحكيم البيانات الآتية: اسم ولقب المحكم أو المحكمين وتاريخ صدور الحكم و مكان إصداره، أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي، أسماء وألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف عند الاقتضاء. لذلك يجب أن تتضمن أحكام المحكمين عرضا موجزا لادعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم، وهذا ما نصت عليه المادة 1027 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وكذلك يجب أن توقع أحكام المحكمين من كل المحكمين إلا الممتنعين، فيشار إلى ذلك من طرف باقي المحكمين<sup>1</sup>. ونص القانون الجديد صراحة على أن الأحكام التحكيمية

1تعويلت كريم، المرجع السابق، ص 134.

---

تصدر بأغلبية الأصوات<sup>1</sup> وتوقع من المحكمين، وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير البقية إلى ذلك ويرتب الحكم أثره باعتباره موقعا من جميع المحكمين<sup>2</sup>.

---

1 محمد علياتي، المرجع السابق، ص 167.

2 بن احمد حورية ، مرجع سابق، ص 84.

## خاتمة

إن التحكيم الداخلي باعتباره الطريق البديل لحل النزعات أدرجه المشرع في الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية هو الإجراء الذي يتفق بموجبه المتعاقدان برضاها علي عرض نزاعهما الذي نشأ أو الناشئ علي طرف ثالث و هو المحكم للفصل بحكم ملزم.

و خلاصة ما تقدم، فالتحكيم هو قضاء خاص اتفاقي يستمد قوته من إرادة الأطراف فهو يقوم أساسا على مبدأ سلطان الإرادة حتى ولو كان إلزاميا، فإذا غابت إرادة المتنازعين أصبح قضاءا وليس تحكيميا. إذن فالتحكيم يقوم على ثلاثة عناصر: نزاع قائم، محكم مزود بسلطة الحسم و بقرار ملزم ونهائي، وإتفاق على اللجوء إلى التحكيم.

و تجدر الإشارة إلي أن التحكيم الداخلي أو الوطني سواء كان في الجزائر أو في الدول الأخرى التي سبقتها إلي تنظيم هذا الطريق البديل لحل النزعات كفرنسا مثلا فإنه لم يعرف اهتماما كبيرا وتطبيقا واسعا له علي المستوي الداخلي، عكس ما عرفه التحكيم التجاري الدولي من انتشار ، بحيث أن التحكيم الداخلي نادرا ما عرفته التطبيقات القضائية.

تنص المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: "شرط التحكيم هو الإتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".

كما تنص المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "إتفاق التحكيم هو الإتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم". فيقصد بمشاركة التحكيم ذلك العقد الذي يتم بين الطرفين المتنازعين بإرادتهما الحرة بعدم اللجوء

---

إلى المحاكم المختصة أصلا بنظر النزاع واللجوء إلى محكم أو محكمين في حالة نشوب نزاع بالفعل بينهما، ويحدد هذا الإتفاق شروط سير عملية التحكيم من تحديد موضوع النزاع وذكر أسماء المحكمين

و لعل سبب إحجام الخصوم عليه يعود أساسا إلى تفضيلهم الاحتكام إلى قضاء الدولة نظرا لما يوفره من طمأنينة من خلال الضمانات التي يحققها لاسيما وان ما يصدر عنها من سندات تكتسي رسمية محمية جزائيا بطريقة تمنع من التقليل من شأنها، هذا فضلا عن إبرام اتفاقية التحكيم من الخصوم بعيدا عن مرفق القضاء ، و من ثم لا سبيل لاقتراحه عليهم كطريق بديل لحل النزعات مثلما هو الشأن لصلح و الوساطة الذي يلعب القاضي دورا إيجابيا في عرضها علي الخصوم بمناسبة نظره في الخصومة المعروضة عليه وذلك طبقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

## قائمة المراجع:

### I- الكتب:

- 1- أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، ط 5، منشأة المعارف، الإسكندرية، 198
- 2- أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط2، 1984، ص 15.
- 3- بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ط 1، منشورات بغدادي ، 2009
- 4- عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الطرق البديلة لحل النزاعات، الجزء الأول، قسم الوثائق، 2009
- 5- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998
- 6- علاء أباريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية - دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2012،
- 7- علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992
- 8- علي عوض حسن، التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 11.
- 9- الغوتي بن ملح، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم الإدارية ، بن عكنون، 2006، ص38.
- 10- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء1، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، عين مليلة، 1992

- 11- محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996
- 12- محمود السيد عمر التحيوي، إتفاق التحكيم وقواعده في قانون المرافعات ، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994
- 13- محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجزء 1، إتفاق التحكيم ،دار الفكر العربي، 1990
- 14- مصطفى محمد الجمال ود/ عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998
- 15- ناريمان عبد القادر، إتفاق التحكيم، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996
- 16- هشام الطويل، الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات والقوانين الخاصة ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 1988
- 17- وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984.

## II- المذكرات الجامعية:

- 1- تياب نادية، التحكيم كآلية لتسوية نزاعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005-2006.
- 2- محمودي ناصر- عطال قويدر، التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لفض نزاعات العقود الاقتصادية الدولية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق، 1999-2000.

### III- المقالات:

1- يسعد حورية، التحكيم التجاري الدولي طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 2010/01، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، ص 313 إلى ص 327.

2- حمودي ناصر/عطال قويدر، بحث حول التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لفض نزاعات العقود الاقتصادية الدولية، في إطار دراسة ماجستير قانون الأعمال، جامعة مولود معمري كلية الحقوق تيزي وزو. 1999-2000.

3- والي نادية، الآليات القانونية المكرسة لنظام التحكيم التجاري الدولي، مجلة المعارف، عدد 09 ديسمبر 2010. ص 109 إلى ص 121.

4- بكلي نورالدين، نظام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مجلة الفكر البرلماني عدد 12 ابريل 2006 ص 143 إلى ص 151.

5- زغداوي محمد، التحكيم التجاري الدولي، مطبوعة جامعة التكوين المتواصل، البويرة، 2006/2007.

### IV- النصوص القانونية:

#### أ- النصوص التنظيمية

1- المرسوم الرئاسي 10- 236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، يتضمن قانون الصفقات العمومية، جريدة الرسمية عدد 58، سنة 2010 معدل و متمم بالمرسوم الرئاسي 12-23، المؤرخ في 18 يناير 2012، جريدة الرسمية عدد 4، سنة 2012.

**النصوص التشريعية:**

- 2-أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، جريدة الرسمية عدد 49 ، صادرة في سنة 1975 ، معدل و متمم.
- 3-قانون رقم 08-09 ، المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 ،الجريدة الرسمية العدد 21،  
الصادرة في 27 فبراير 2008، يتضمن الإجراءات المدنية والإدارية.

	الفهرس:
01	مقدمة:
03	:
05	المبحث الأول: مفهوم التحكم الداخلي
06	المطلب الأول: تعريف التحكم الداخلي و مقارنته بالأنظمة الأخرى
06	الفرع الأول: تعريف التحكم الداخلي
11	الفرع الثاني: مقارنة التحكم الداخلي بالأنظمة الأخرى
17	المطلب الثاني: أنواع التحكم الداخلي
18	الفرع الأول: شروط التحكم
24	الفرع الثاني: مشاركة التحكم
26	المبحث الثاني: انعقاد التحكم
26	المطلب الأول: الأطراف المتعاقدة في التحكم الداخلي
27	الفرع الأول: أهلية إبرام التحكم الداخلي
30	الفرع الثاني: النيابة في إبرام التحكم الداخلي
37	المطلب الثاني: وجود التراضي في التحكم الداخلي و صحته

38	الفرع الأول: وجود التراضي
42	الفرع الثاني: خلو التراضي من عيوب الإدارة
46	:
48	المبحث الأول: الآثار الشخصي للتحكم الداخلي
48	المطلب الأول: آثار إتفاق التحكيم على الأطراف المتعاقدة
49	الفرع الأول: المقصود بالطرف في التحكيم الداخلي
50	الفرع الثاني: مدى إعتبار بعض الأشخاص أطرافا في التحكيم الداخلي
54	المطلب الثاني: آثار التحكيم الداخلي على الأطراف الحكمية
54	الفرع الأول: انصراف آثار التحكيم الداخلي إلى الخلف العام
56	الفرع الثاني: انصراف آثار التحكيم الداخلي إلى الخلف الخاص
63	المبحث الثاني: الأثر الموضوعي للتحكيم الداخلي
63	المطلب الأول: الحرمان من الإلتجاء إلى القضاء
64	الفرع الأول: طبيعة الدفع بوجود التحكيم الداخلي
69	الفرع الثاني: آثار قبول الدفع بسبق الإلتفاق على التحكيم

---

72	المطلب الثاني: اللجوء إلى هيئة التحكيم
72	الفرع الأول: ولاية المحكم أو المحكمين في التحكيم الداخلي وفي ضوء القواعد القانونية
78	الفرع الثاني: إجراءات المحاكمة التحكيمية
87	خاتمة:
89	قائمة المراجع:
93	الفهرس:

## المخلص:

يعتبر التحكيم اليوم طريقا للفصل في المنازعات إلى جانب القضاء، فإن البشرية قد عرفت التحكيم قبل أن تعرف القضاء العام. لكن بعد ظهور الدولة ازداد الاهتمام بالتحكيم فأصبح له نظام ونصوص قانونية تنظمه ومؤسسات تحكم به، إضافة إلى إبرام عدة دول اتفاقيات بشأنه نظرا لأهميته البالغة في حل المنازعات.

يرتبه من التزامات وما ينتج عنه من حقوق على أطرافه فقط وفي نطاق موضوعه، بحيث لا يلتزم الغير بما يرتبه هذا العقد من التزامات، ولا يكتسب ما ينتج عنه من حقوق، فالتحكيم الداخلي كغيره من العقود يتمتع بقوة الإلزام التي تقوم في مواجهة أطرافه، ولا تقوم في مواجهة الغير إلا في أحوال خاصة يقرها القانون خروجاً عن هذا الأصل، وهذا ما يعرف بأثر العقد من حيث الأشخاص.

**الكلمات الدالة:** التحكيم الداخلي، التراضي، عيوب الإدارة، القضاء، هيئة التحكيم، المحاكمة.