جامعـــة 20 أوت 1955 سكيكـدة

كلية الحقـوق والعلـوم سياسيـة

قسـم الحقـــوق

النطـــاق الشخصـي لاتفاقية التحكيـــم الدولي

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر LMD في القانون الخاص

تخصص: قانون أعمال

إعداد الطالبة:

بولعراس فتيحة

الأستاذ المشرف:

د/ بوالصلصال نور الدين

أعضاء لجنة المناقشة:

1/ أ.د. بوالصلصال نور الدين..... مشرفا ومقررا.

2 / أ. بوشرك علي..... رئيسا

3/ أ. مجدوب كوثر..... مناقشا.

دورة جوان 2017

بسم الله الرحمن الرحيم

"قل هل يستوي اللذين يعلمون واللذين لا يعلمون إنما يتذكرو أولوا الألباب"

[الزمر آية (9)]

الإهـداء

إلى روح أبي الطاهرة

إلى الوالدة الكريمة

وفاء لحقها وعرفانا بفضلها

إلى زوجي وأخوتي الأعزاء

إلى كل الزملاء والأصدقاء وإلى كل من ساهم سواء من قريب أو من بعيد

في إنجاز هذا العمل.

شكر وعرفان

لا يسعني إلا أن أتقدم باسمي عبارات الشكر والامتنان للأستاذ المشرف الدكتور "بوالصلصال نور الدين" الذي لم يدخر جهدا في سبيل إنجاز هذا العمل بنصائحه القيمة وتوجيهاته السديدة التي أثرت البحث.

كما لا يفوتني في هذا المقام أن أتقدم بالشكر و التقدير إلى أعضاء اللجنة المكلفة بمناقشة هذه المذكرة.

كما أتقدم بشكري الجزيل إلى كافة أساتذة كلية الحقوق بجامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، الذين ساهموا بشكل أو بآخر في إنجاز هذا البحث.

وأدعوا الله أخيرا أن يجـــزي خيرا كل من ساهم من قريب أو من بعيد في إتمام هذا البحث.

مقدمـــــة

بالرغم من الضمانات والحماية القانونية التي يقدمها القضاء إلى الخصوم، إلا أن طبيعة المعاملات الاقتصادية والتجارية المتشعبة في القضايا المطروحة واختلاف الأنظمة من دولة إلى أخرى بالإضافة إلى الشكليات التي يتطلبها اللجوء إلى القضاء مما يؤدي إلى تعطيل مصالح التجارة وخاصة الدولية كان الدافع الأساسي لإيجاد وسيلة قانونية تتماشى مع الوضع الراهن موازية للنظام القضائي تحقق عدالة سريعة وأكثر فعالية، وهي نظام التحكيم كأسلوب من أساليب فض المنازعات بالطرق السلمية وذلك باختيار أطراف النزاع حكما يحكم بينهم فيما تنازعوا فيه فيصير حكمه ملزما لهم.

مما جعل جميع دول العالم تتجه نحو تنظيم هذا النظام الخاص في تشريعاتها، وهذا ما جعل المشرع الجزائري يواكب هذه التغيرات والتطورات بعد نفوره وعدائه للتحكيم التجاري الدولي، الذي أصدر تشريعا يتعلق بالتحكيم الدولي بموجب المرسوم 93-09[1] المؤرخ في 25 أفريل1993 المعدل والمتمم بقانون الإجراءات المدنية المؤرخ في 1966 غير أن المشرع الجزائري وبالنظر إلى التحولات السياسية والاقتصادية التي أفرزت تنوع في العقود والمعاملات والمنازعات وتعقيدها، أصدر قانون رقم 08-09[2] المؤرخ بتاريخ 25 فيفري 2008 والذي دخل حيز التنفيذ في 25-04-2009 الذي كان ليبراليا فيه إلى أبعد الحدود في مجال التحكيم التجاري الدولي وكان بمثابة تعبير عن رغبته في جلب الاستثمار الأجنبي وهو ما يعد تحولا، ومسايرة للأنظمة والمعاهدات والاتفاقيات الدولية.

ويستند التحكيم إلى إرادة الأطراف وفق آلية اتفاقية التحكيم التي تعد الحجر الأساسي للخصومة التحكيمية، وتأخذ اتفاقية التحكيم صورتان تقليدية وهي ورودها كبند في العقد الأصلي بموجبه تخضع الخلافات المستقبلية للتحكيم وإما تكون على شكل اتفاق يبرم بعد قيام النزاع، والتي تهدف إلى سلب الاختصاص من القضاء وتسويته عن طريق قضاء

1 – مرسوم تشريعي رقم93-09 مؤرخ في 03 ذي القعدة عام 1413 الموافق ل 25 أفريل 1993، يعدل ويتمم الأمر رقم 66 -154 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر العدد 27 بتاريخ 27 أفريل 1993.

2 – قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل25 فبراير2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 الصادر في 23 أفريل 2008.

خاص اتفاقي وودي باختيارهم التحكيم والتزامهم به، فالتحكيم يقوي دور إرادة الأطراف ويضعف دور القوانين فالطرف حر في أن يتعاقد وأن يلتزم في إطار مبدأ سلطان الإرادة.

ويترتب على الطابع الشخصي للاتفاقية ارتباط الأطراف فيما بينهم وهذا الارتباط قائم على حرية الإرادة والاختيار فلا تنتج أثرها إلا فيما بينهم ولا تتعداها إلى الغير.

وبالرغم بما يتميز به التحكيم من مزايا عديدة، مما جعل المتعاملون الاقتصاديون لا يكاد يخلو عقد من عقودهم من اتفاقية تحكيم إلا أنه هناك مبادئ وقواعد تحكيمية كلاسيكية وتقليدية كشفت عنها عدة حالات وقضايا نتيجة التطور المتزايد وقوة المنافسة الاقتصادية الحرة وتأثير العولمة، فارتباط هذه الاتفاقية بمجال المال والأعمال والتجارة التي تتميز بالحيوية وتتطلب السرعة والحركية في إيجاد الحلول، جعل من نظام التحكيم نظام كلاسيكي وجب النظر في بعض مبادئه لمسايرة الوضع الراهن، وتعتبر مسألة امتداد اتفاقية التحكيم من حيث الأشخاص التي تتواجد في مواقف تعاقدية أكثر تعقيدا وتشابكا التي نادرا ما تكون ثنائية الأطراف، تتعلق بأكثر من شخصين ليس كلهم موقعين عليها بالضرورة أحد أهم الإشكالات التي تصطدم بالمبادئ التقليدية، ويميل الاجتهاد القضائي لأن يكون أكثر ليونة في هذا المجال، فتمديد مجال الحماية لأطراف اتفاقية التحكيم والمتعاملين الاقتصاديين الذين يتواجدون على مستوى هذا النطاق أصبح من المفترضات، وتطبيق عدالة من خلال قواعد التحكيم على مجال أوسع ليصبح كمظلة تحيط بالعلاقات.

إن الأهمية التي استدعت دراسة هذا الموضوع هو تناول إشكاليات حديثة أظهرتها المعاملات المختلفة لرجال الأعمال لاسيما على المستوى الدولي، وأهمها دراسة مجال وحدود اتفاقية التحكيـــم من حيث الأشخاص كونها تعتبر مفتاح التحكيم الذي يعد وسيلة لحل النزاعـات وأمام ما نراه من تطورات وانفتاح والعولمة واتساع حرية التجارة ولما له من دور في جلب رؤوس الأموال واستقطاب المستثمرين في شتى الميادين وما يتبع ذلك من إبرام العقود وتضمينها باتفاقية التحكيم بهدف تسوية المنازعات الناشئة عنها وذلك لما في نظام التحكيم من مزايا ومقومات تتلاءم مع طبيعة المعاملات التجارية.

ويرجع اختيار هذا الموضوع إلى عدة أسباب منها ما هو ذاتي ومنها ما هو موضوعي نوضحها فيما يلي:

التحكيم كنظام قضائي خاص يثير الفضول لمعرفة الآليات والإجراءات المتبعة في إعماله للوصول إلى حكم ملزم يضاهي الحكم القضائي والمميزات التي يتميز بها من مرونة وسرية وغيرها كل ذلك من خلال اتفاق بين الطرفين.

كما أن الخوض في التحكيم يبين لنا أننا أمام السهل الممتنع وخاصة عند الاصطدام بإشكاليات تستحق الدراسة فمسألة النطاق الشخصي لاتفاقية التحكيم الدولي لها أهمية كبيرة في الواقع فدراسة الموضوع تحدد لنا حدود اتفاقية التحكيم من الناحية الشخصية وضرورة معرفة ما إذا كانت تقتصر على الأطراف الموقعين أم تمتد إلى أشخاص آخرين وتسليط الضوء على كل المسائل التي يثيرها الموضوع.

ويهدف البحث إلى تسليط الضوء عن المجال الشخصي الذي تحتله اتفاقية التحكيم في القواعد العامة لنظرية الالتزام، وكدا وسط العلاقات المتداخلة والمتشابكة على أرض الواقع ولما يتميز به موضوع الدراسة من تجدد وتطور مستمر على المستوى القضائي والوقوف على آخر المستجدات وتحديد ما إذا كانت تقتصر على الأطراف الموقعين باعتبار أنهم من يصدر عنهم التعبير عن إرادة الالتزام بها دون أن تتعداها إلى الغير، أم لها استثناءات تفرضها الضرورة والواقع العملي.

إن مضمون اتفاقية التحكيم يختلف عن مضمون باقي العقود فهي تهدف إلى خلق كيان عضوي وهو هيئة التحكيم يعترف لها سلطة حسم النزاع التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بمناسبة علاقة قانونية معينة، والفكرة الأساسية التي تقوم عليها هي الإرادة المشتركة للأطراف في إنشاء وتنظيم العملية التحكيمية، ولما كانت الإرادة هي العامل المحدد والمنشئ للتحكيم فإنه يترتب على ذلك أن اتفاقية التحكيم تخضع لمبدأ النسبية ويقتصر أثرها على أطرافها، وبناءا على ما تقدم فإن إشكالية البحث تتمحور حول مدى امتداد اتفاقية التحكيم من حيث الأشخاص؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية إعتمدنا في دراستنا على المنهج الوصفي والتحليلي لوصف النطاق الشخصي لاتفاقية التحكيم وتحليل كل ما له علاقة من نصوص قانونية وأحكام قضائية وآراء فقهية، والاستعانة بالمنهج المقارن كلما اقتضى الأمر للاستدلال والوقوف على ما أخذت به الأنظمة المختلفة.

وحتى نجيب على الإشكالية المطروحة، اتبعنا خطة ثنائية بتقسيم بحثنا إلى فصلين نتطرق في الفصل الأول إلى قاعدة انحصار اتفاقية التحكيم على الأطراف الموقعين، أما في الفصل الثاني فقد خصصناه للامتداد الاستثنائي لاتفاقية التحكيم إلى الأطراف غير الموقعين.

الفصل الأول

قاعدة انحصار اتفاقية التحكيم على الأطراف الموقعين

اتفاقية التحكيم اتفاق يبرم بين الأطراف المتعاقدة من أجل التملص من العدالة التابعة للدولة، وبالرجوع إلى العقود التجارية وخاصة الدولية نجد أن الطريق القانوني الأكثر اتفاقا عليه من طرف المتعاقدين سواء قبل أو بعد قيام النزاعات فيما بينهم هو التحكيم، وتعد اتفاقية التحكيم محور العملية التحكيمية لأنها تشكل التعبير الواضح عن إرادة الأطراف في اتخاذ التحكيم طريق لحل نزاعاتهم، فإذا كان القضاء يجد مصدره في سلطة الدولة التي تفرضه على الأشخاص فإن التحكيم يستمد وجوده من إرادة الأطراف.

ولما كانت اتفاقية التحكيم من صنع الأطراف وناتجة عن إرادتهم، فإنه يترتب على ذلك أن آثارها تتصرف إلى الأطراف الموقعين سواء كانوا اثنين أو أكثر دون أن تمتد إلى الغير الذي لم يكن طرفا في الاتفاقية، وذلك طبقا لمبدأ نسبية آثار العقود، أي أن التصرفات لا تنتج آثارها إلا في مواجهة الأطراف، فمن لم تتجه إرادته إلى انصراف الأثر إليه يظل بعيدا عن هذا الأثر فلا يفيد ولا يضار من هذا الاتفاق.

ومبدأ نسبية اتفاقية التحكيم ليس إلا نتيجة من نتائج سلطان الإرادة والنشأة الاتفاقية لاتفاقية التحكيم، شأنه في ذلك شأن أي عقد آخر، فلا يصح الاحتجاج به إلا في مواجهة أطرافه الذين ارتضوه.

ولذلك سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين ندرس فيهما على التوالي اتفاقية التحكيم كآلية لفض النزاعات وكذا مبدأ نسبية أثار اتفاقية التحكيم.

المبحث الأول: اتفـــاقية التحكيـــم

تعد اتفاقية التحكيم نقطة البداية في عملية التحكيم ولا يعرض النزاع على المحكمين إلا باتفاق ذوي الشأن (الموقعين)، لذلك ارتأينا في دراستنا هذه ضرورة التطرق إلى اتفاقية التحكيم، وسنقسم الدراسة في هذا المبحث إلى ثلاث مطالب، نخصص المطلب الأول لمفهوم اتفاقية التحكيم ونتناول في المطلب الثاني أهم خصائص اتفاقية التحكيم أما المطلب الثالث سنبين فيه دور إرادة الأطراف في إنشاء اتفاقية التحكيم.

المطلب الأول: مفهوم اتفاقيـــة التحكيـــم

سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الأول تعريف اتفاقية التحكيم وصورها أما الثاني فسنخصصه لدراسة الطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيم.

الفرع الأول: تعريف اتفاقية التحكيم وصورها

إن التعريف باتفاقية التحكيم يتطلب بيان مختلف التعريفات، ومن ثم بيان صورها.

أولا: تعريف اتفاقية التحكيم

سنقوم بتعريف اتفاقية التحكيم من خلال التطرق لمختلف التعاريف التشريعية والقضائية والفقهية.

1- التعريف التشريعي لاتفاقية التحكيم

إن المشرع الجزائري لم يضع تعريفا محددا لاتفاقية التحكيم، بل قام بالتطرق لها عن طريق التمييز بين صورتي اتفاقية التحكيم.

إذ عرف شرط التحكيم في المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والذي دخل حيز النفاذ في 25 أبريل، وعرف اتفاق التحكيم في المادة 1011 من ذات القانون[1].

وعرف المشرع المصري اتفاقية التحكيم في المادة 1/10 من قانون التحكيم المصري بأنه: "اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو التي يمكن أن تنشا بشأن علاقة بينهما عقدية كانت أو غير عقدية "[2]

وقد عرف قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 الذي تم تعديله عام 2006 في المادة السابعة من الفصل الثاني منه "اتفاقية التحكيم": هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، سواء أكانت تعاقدية أم غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في شكل اتفاق منفصل.[3]

إضافة إلى الاتفاقيات الدولية أبرمت عدة اتفاقيات إقليمية، بشأن التحكيم التجاري الدولي إلا إنها لم تختلف قواعدها عن قواعد الاتفاقية الدولية من حيث تحديد اتفاقية التحكيم إذ تطرقت إلى شــرط التحكيم ومشارطة التحكيم، وقد وقعت الجزائر على اتفاقية عمان بتاريخ 1987/04/14 المتعلقة بالتحكيم التجاري بين الدول العربيــة التي عرفت اتفاقية

1- ملاحظة: سنقوم بتعريف كل من شرط التحكيم واتفاق التحكيم الواردين في المادتين 1007-1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري عند التطرق لصور اتفاقية التحكيم لاحقا.

2- المادة: 10 الفقرة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 . المنشور على الموقع الالكتروني www.wipo.int

3- المادة: 07 من قانون الاونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي تم إصداره من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري في 21 يونيو سنة 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006 .المنشور على الموقع الالكتروني www.uncitral.org

التحكيم في مادتها الأولى بـ "اتفاق الأطراف كتابة على اللجوء إلى التحكيم سواء قبل النزاع أو بعده"[1].

2- التعريف القضائي لاتفاقية التحكيم

إن القضاء الجزائري لم يعطي تعريف لاتفاقية التحكيم من خلال الأحكام القضائية ولذلك سنقوم بتعريفها حسب ما عرفها القضاء المصري وقضاء دبي.

لقد أشارت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بمناسبة تعرضها لتعريف التحكيم إلى بيان المقصود باتفاق التحكيم حيث قضت بالآتي: "التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية، فهو مقصور على ما تنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم، يستوي في ذلك أن يكون الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة خاصة أو انصراف إلى جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين، فلا يمتد نطاق التحكيم إلى عقد لم تنصرف إرادة الطرفين إلى فض النزاع بشأنه عن طريق التحكيم، أو إلى اتفاق لاحق له ما لم يكن بينهما رباط لا ينفصم بحيث لا يستكمل – دون الجمع بينهما – اتفاق، أو يفض مع الفصل بينهما خلاف[2].

كذلك عرفته المحكمة الإدارية العليا في مصر أنه: "اتفاق على طرح النزاع على شخص معين، أو أشخاص معينين، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"[3].

ولقد عرفته محكمة التمييز بدبي بأنه: "طريق استثنائي لفض المنازعات يتعين الاتفاق عليه صراحة"[4].

1- صديق بغداد، اتفاقية التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الجزائري والقضاء التحكيمي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2001-2002 ، ص15. المنشورة على الموقع الالكتروني . www.dspace.univ-tlemcen ، 2017/04/12 ، 10:30.

2 - عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الالكتروني، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص ص 66-67.

3 - خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، ط 1، دار الشروق، القاهرة، 2002، ص87.

4 - المرجع نفسه، ص86.

3-التعريف الفقهي لاتفاقية التحكيم

لقد حظيت اتفاقية التحكيم باهتمام كبير من طرف الفقهاء، ولعل التعاريف التي توصلوا إليها تكاد لا تختلف.

إذ عرفها اتجاه من الفقه[1] على أنها طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به، فبمقتضى التحكيم ينزل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النـــزاع على محكم Arbitre أو أكثـر ليفصلوا فيه بحكم ملزم للخصـوم، وقد يكـون هذا الاتفــاق تبعــا لعقـــد معين يذكـر في صلبه ويسمى شــرط التحكيــم (Clause Compromissoire) وقد يكون بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم ويسمى في هذه الحالة مشارطة تحكيم أو اتفاق التحكيم (Compromis).

وعرفها اتجاه آخر[2] بأنها: ذلك الاتفاق الذي يحرره الخصوم فيما بينهم على عرض ما نشأ أو ما قد ينشأ من نزاع بخصوص عقد معين على التحكيم.

فاتفاقية التحكيم هي: اتفاق الأطراف المحتكمون "أطراف الاتفاق على التحكيم" على الالتجاء إلى نظام التحكيم، للفصل في كل، أو بعض المنازعات التي نشأت فعلا بينهم لحظة إبرام الاتفاق على التحكيم " مشارطة التحكيم" أو يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل بمناسبة علاقة قانونية معينة – عقدية كانت، أو غير عقدية-" شرط التحكيم"[3].

من خلال التعريفات السابقة التشريعية والقضائية والفقهية نتوصل إلى أنها لا تختلف لذلك ارتأينا أن نعطي تعريفا شاملا هو اتفاق الأطراف على التنازل عن حقهم في الالتجاء

1- أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، د ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص ص 223-224 .

2- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيـــم، ط2، المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية، 2008، ص62.

3- محمود السيد التحيــوي، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخــلال به، د ط، المكتب العربي الحديث، الإسكنـدرية 2007 ، ص35.

إلى قضاء الدولة واستبداله بقضاء خاص(التحكيم) وذلك عن طريق عرض النزاع الذي قد ينشأ بينهم أو نشأ فعلا بينهم بشأن علاقة عقدية أو غير عقدية على أشخاص عاديين.

ثانيا: صور اتفاقية التحكيم

يتم التعبير على إرادة الطرفين باللجوء إلى التحكيم بصورتين وهما شرط التحكيم واتفاق التحكيم وهو ما سوف نتناوله في النقطتين المواليتين.

1- شرط التحكيم

عرف المشرع الجزائري شرط التحكيم في المادة1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه:" الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه[1] لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم"[2].

وطبقا لنص المادة 1442 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي فإنه يقصد بشرط التحكيم، "الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف في عقد على أن تخضع للتحكيم المنازعات التي قد تنشا بينهم، بشأن هذا العقد"[3].

يقصد بشرط التحكيم اتفاق الأطراف على أن ما ينشأ من نزاع بينهم حول تفسير عقد أو تنفيذه يفصل فيه بواسطة التحكيم، فهو اتفاق يتم قبل حدوث أي نزاع ويرد في عقد من العقود ويلتزم الأطراف بمقتضاه إخضاع ما قد يثار بينهم من خلافات أو منازعات بمناسبة تنفيذ العقد على محكم أو محكمين يفصلون فيه بدلا من عرضه على القضاء العام[4].

1- حيث تنص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على أنه :"يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها"

2- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي (وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة)، ط 2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص52.

3- عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 70.

4- ناصر ناجي محمد جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية، د ط، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية 2008 ص ص65-66.

ويرى البعض تعريفه بأنه: اتفاق التحكيم الذي يواجه منازعات احتمالية غير قائمة بالفعل وإنما يمكن أن ينشأ في المستقبل، ويرد هذا الشرط في بند من بنود العقد، يبين فيه أطرافه كيفية تسوية المنازعات التي قد تنشأ بينهما إبان تنفيذ العقد[1].

والذي يميز شرط التحكيم ليس وروده في العقد الأصلي، ولكن كون المنازعات التي ينصب عليها شرط التحكيم منازعات محتملة فهي لم تنشأ بعد، فإذا انصب شرط التحكيم على نزاع نشأ بالفعل وعلى ما قد ينشأ في المستقبل فإنها تعتبر اتفاقية صحيحة محتوية على اتفاق وشرط لكل منهما محل مختلف[2].

2- اتفاق التحكيم

عرف المشرع الجزائري اتفاق التحكيم في نص المادة1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:"اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوئه على التحكيم"[3].

ولقد عرفته المادة 1447 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي بأنه: "الاتفاق الذي يتفق بمقتضاه أطراف عقد معين على تسوية المنازعات التي نشأت بينهم بشأن هذا العقد عن طريق محكم أو أكثر"[4].

ويقصد به: ذلك الاتفاق الذي يستطيع بمقتضاه أطراف نزاع قائم بالفعل عرض هذا النزاع على محكم أو محكمين يختارهم هؤلاء الأطراف لحسم النزاع[5].

وهو يفترض مبدئيا عدم وجود شرط تحكيم في العقد، ويقع النزاع بين طرفي العقد فبدلا من اللجوء إلى القضاء يتفقان على إحالته للتحكيم ويكون هذا في إطار ما يسمى

1- عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص65.

2- فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط 1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص92.

3- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص54.

4- عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص72.

5 - ناصر ناجي محمد جمعان، مرجع سابق، ص73.

باتفاق التحكيم، كما يتعين أن يرد اتفاق التحكيم في وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي حيث أنه يتم الاتفاق بشأنه بعد إبرام العقد ونشوء النزاع[1].

ويصح اتفاق التحكيم ولو كان النزاع قد أقيمت بشأنه دعوى قضائية مادام لم يصدر حكم نهائي فيه، ويمكن أن يبرم اتفاق التحكيم دون أن يسبقه شرط التحكيم كما يمكن أن يبرم مسبوق بهذا الشرط، ولا يؤدي إبرام اتفاق التحكيم إلى إلغاء شرط التحكيم الذي أبرم قبله إلا إذا اتفق الأطراف على غير ذلك[2].

ومنه في اتفاقية التحكيم نميز بين اتفاق التحكيم الذي يكون في تاريخ لاحق عن نشوء النزاع بين الأطراف الموقعة على عقد تجاري واتفاقية التحكيم التي غالبا ما تكون بعد تفاوض وتضمينها في العقد على شكل شرط تحكيم[3].

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيـم

الاتفاق على التحكيم يتخذ صورتين سواء على شكل شرط تحكيم يكون سابقا على نشأة النزاع أو في صورة اتفاق تحكيم يتم إبرامه بعد نشأة النزاع، وقد ثار خلاف حول طبيعته القانونية بين اتجاه سلم بالطبيعة الإجرائية وآخر يسلم بالطبيعة العقدية وسندرس كل اتجاه على حدا.

أولا: اتفاقية التحكيم ذو طبيعة إجرائية

للأفراد الحرية في إبرام ما يشاءون من العقود شريطة عدم مخالفتها للنظام العام والآداب العامة، على أن بعض الفقهاء في ايطاليا، ومع تسليمهم بأن اتفاقية التحكيم تعد

1 - عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص71.
2 - فتحي والي، مرجع سابق، ص103.
3- Yahya Amnache, L'arbitrage commercial international en droit algérien, Paris, p1. Publié sur le site www.avocats.bah.com 2017/05/23 à 13:30

عقدا إلا أنهم يرون أنها عقد ليس له الطبيعة الخاصة للعقود، وإنما لها طبيعة إجرائية عامة ويستند هذا الرأي إلى أن عقد التحكيم يؤثر في وجود وتنظيم الخصومة[1].

فاتفاقية التحكيم تمنع عرض النزاع على القاضي، وتخول المدعي عليه دفعا هو الدفع بوجود اتفاقية تحكيم هذا فضلا عن أن هذه الاتفاقية تنظم خصومة التحكيم في كثير من النواحي التي ترك القانون للأفراد حرية تنظيمها[2].

كما أن اتفاقية التحكيم تخول هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع محل التحكيم– وإن كانت تتشكل من أفراد عاديين، أو هيئات غير قضائية– سلطة القضاء بين الأطراف المحتكمين أطراف اتفاقية التحكيم بخصوص النزاع محل التحكيم، والفصل فيه بحكم يكون ملزما لهم ويقوم بديلا عن حكم القضاء العام في الدولة،[3]وترتيبا على الطبيعة الإجرائية لاتفاقية التحكيم فقد نص قانون المرافعات الايطالي رقم 40 لسنة 2006 على اعتبار الدفع بوجود اتفاقية التحكيم من المتعلقة بعدم الاختصاص[4].

وقد انتقد هذا التكييف من أنصار الرأي القائل أن عقد التحكيم عقد خاص من عقود القانون الخاص، وأنه عقد مدني.

ثانيا: اتفاقية التحكيم ذو طبيعة تعاقدية

يرى أنصار هذا الاتجاه[5] أن اتفاقية التحكيم شرطا كانت، أم اتفاقا هو عقد يتم باتفاق الأفراد والجماعات، وتعتبر مظهرا لسلطان إرادتهم، واستعمالا منهم لحقهم في الالتجاء إلى نظام التحكيم، من أجل الفصل في منازعاتهم الحالة والقائمة أو المحتملة وغير المحددة التي يمكن أن تنشأ بينهم.

1- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق ، ص65.
2- فتحي والي، مرجع سابق، ص87.
3- محمود السيد التحيوي، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به، مرجع سابق، ص ص63–64.
4- احمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والد فوع المتعلقة به، د ط، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2009، ص177.
5- محمود السيد التحيوي، العنصر الشخصي لمحل التحكيم، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص163.

فاتفاقية التحكيم هي عقد من عقود القانون الخاص ولا تدخل في عداد الأعمال الإجرائية، ذلك أن هذه الاتفاقية تبرم قبل بدء الخصومة، فلا يمكن اعتبارها عنصرا من عناصرها، وما دامت ليست عنصرا في الخصومة فهي لا تأخذ طبيعة أعمال الخصومة ولا تعد بالتالي عملا إجرائيا، ويترتب على هذا أن اتفاقية التحكيم تخضع لما تخضع له عقود القانون الخاص[1].

فالاتفاقية التحكيم شرطا كانت، أم اتفاق تحكيم تنطبق عليها القواعد العامة في العقد، والمنصوص عليها في القانون المدني شأنها في ذلك شأن سائر العقود الأخرى وأهمها: تلك القواعد التي تحكم إبرامها، وتحديد أركانها، وشروط صحتها، والجزاء المترتب على تخلفها وهو البطلان، أو القابلية للإبطال، كما تخضع لما يرد بشأنها من أحكام خاصة في النصوص القانونية المنظمة للتحكيم، وقواعد الاتفاق عليها[2].

كما أن النصوص القانونية الوضعية المنظمة للتحكيم، وقواعد الاتفاق عليه قد اعتبرت اتفاقية التحكيم شرطا كانت، أم اتفاق تحكيم عقدا من عقود القانون الخاص وحتى في الفرض الذي يتم فيه الاتفاق على التحكيم أثناء الخصومة القضائية فإنه لا يمكن اعتبارها ذات طبيعة إجرائية، بل تظل صفتها العقدية هي الغالبة[3].

وتعتبر اتفاقية التحكيم عقدا مدنيا، فهي لا تعتبر عقدا تجاريا، ولو تعلقت بمنازعات ناشئة عن عقد من العقود التجارية، كما لا تعتبر عقدا إداريا، ولو تعلقت بمنازعات ناشئة عن عقد من العقود الإدارية، هذا ولو كانت اتفاقية التحكيم شرطا في العقد الأصلي، ذلك أن اتفـــاقية التحكيم تعتبــر اتفاق مستقلا عن العقد الأصلي، فلا تتأثــر بصفته وكونه تجاريا أو إداريا[4].

وأكدت محكمة النقض الفرنسية الطبيعة التعاقدية لاتفاقية التحكيم بشكل صريح في حكمها الشهير الصادر في1937/07/27 حيث نصت على مايلي: "إن قرارات التحكيم

1 - فتحي والى، مرجع سابق، ص87.
2 - محمود السيد التحيوي، العنصر الشخصي لمحل التحكيم، مرجع سابق، ص164.
3 - محمود السيد التحيوي، المرجع نفسه، ص ص165- 166 .
4 - فتحي والى ، مرجع سابق، ص ص88- 89.

الصادرة على أساس مشارطة التحكيم تكون وحدة واحدة مع هذه المشارطة وتشترك معها في صفتها التعاقدية".[1]

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من الطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيم

إن اتفاقية التحكيم عقد يتم باتفاق الأفراد وللتأكد من تلك الصفة التعاقدية يجب أن نقوم بإسقاط الأحكام العامة للعقد على اتفاقية التحكيم وفقا للتشريع الجزائري.

تنص المادة 54 من القانون المدني الجزائري على أن: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيئ ما".

كما تنص المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "اتفاق التحكيم هو الاتفاق..." وكذلك المادة 1011 من نفس القانون على: "اتفاق التحكيم هو الاتفاق...".

نلاحظ أن اتفاقية التحكيم تخضع للأحكام الواردة في القانون الجزائري التي تحكم العقود من رضا ومحل وسبب، بالإضافة إلى ما تفرضه طبيعتها من أحكام خاصة كما يلزم فوق ذلك حتى يكون العقد صحيحا أن يكون كل من طرفيه يتمتعان بالأهلية اللازمة لعقده، وأن تكون إرادة كل منهما سليمة أي خالية من العيوب التي تفسدها وهذا ما يجب توافره في اتفاقية التحكيم.

المطلب الثاني: خصائص اتفاقية التحكيم

التحكيم طريق استثنائي ينشأ من إبرام الاتفاقية بين الأطراف على إحالة النزاع الناشئ بينهم إلى أشخاص من اختيارهم، واتفاقية التحكيم تعتبر عقدا من عقود القانون الخاص يحكمها مبدأ سلطان الإرادة، وأهم الخصائص التي تتميز بها أنها عقد رضائي وملزم للجانبين.

1 - نبيهة بومعزة، الطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيم في القانون الجزائري، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، ع35 ، سبتمبر2013، ص 224. المنشورة على الموقع الالكتروني http://dpubma.univ-annaba.dz, 22/05/2017 , 30: 15 .

الفرع الأول: اتفاقية التحكيم عقد رضـائي

التحكيم إجراء يقوم على التراضي الذي يصدر عن إرادة الأطراف بنية اللجوء إلى التحكيم ويتم التعبير عنه بعقد مكتوب يسمى اتفاقية التحكيم بعد تفاوض الأطراف وتكون مستقلة عن العقد التجاري أو مدمجة فيه.[1]

وتعد اتفاقية التحكيم تصرفا من التصرفات التي تنعقد بإرادتين متطابقتين ومنه فإنها تلزم لوجودها أن تتوافر الرضائية.

ووجود التراضي على التحكيم يفترض صدور هذه الإرادة من الأطراف وأن تكون متطابقة وأن تتلاقى على هدف واحد هو إخضاع النزاع للتحكيم بالشروط المتفق عليها ويطبق في هذا الشأن كافة القواعد العامة في الرضا التي يعرفها القانون المدني.[2]

ومن ثم فمن من الضروري من إيجاب وقبول يتلاقيان على اختيار التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات التي تثور بشأن العلاقة الأصلية، وإذا تعلق الأمر بشرط التحكيم فمن الضروري التحقق من تطابق إرادة الأطراف بشأن شرط التحكيم كشرط موجود في العقد، أما إذا كان الأمر متعلق باتفاق التحكيم فتكون العملية التحكيمية هي محل هذا الاتفاق.[3]

ويتم التعبير عن الرضا صراحة أو ضمنا، لكن المشرع الجزائري جعل من اتفاقية التحكيم اتفاقا شكليا لا يتم إلا بالكتابة، ومنه مقتضى هذه الحقيقة أنه لا تقوم اتفاقية التحكيم إلا إذا ثبت انصراف الإرادة المشتركة للمتعاقدين إلى التحكيم كتابة، أما عن نوع الكتابة تنص المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " يجب من حيث الشكل وتحت

1-Centre du commerce international, Règlement des litiges commerciaux: Arbitrage et Règlement alternatif des différends, Seconde édition, Switzerland ,2016, p37.
Publié sur le site http:// www. Intracen.org , 23/05/2017،15:30

2- نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، ط 1، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2004، ص ص37-38.

3- محمد عبد الفتاح ترك، شرط التحكيم بالإحالة وأساس التزام المرسل إليه بشرط التحكيم، ط 1، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2006، ص .6145

طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة".

ويتضح من نص المادة أنه تتحقق الكتابة إذا جاءت اتفاقية التحكيم في رسائل وبرقيات متبادلة بين الطرفين ويمتد ذلك إلى وسائل الاتصال المكتوبة والالكترونية.

كما قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 01-06-1999 على أنه: "وفقا للمبادئ الأساسية للتحكيم الدولي فإن العقد التحكيمي هو الذي يجيز تنصيب المحكمين فالإرادة المشتركة للطرفين هي وحدها حصرا التي تمنح المحكم سلطته القضائية"[1].

وعليه فإن اتفاقية التحكيم عقد رضائي من خلاله يتفق الأطراف بإرادتهم الحرة وتلاقيها وتطابقها على هدف واحد إلى ترتيب آثار قانونية تبعا لما اتفق عليه من شروط.

الفرع الثاني: اتفاقية التحكيم عقد ملـزم للجانبين

تدخل اتفاقية التحكيم في طائفة العقود الملزمة للجانبين لأنها تنشئ التزامات متقابلة على عاتق الأطراف، على الرغم من أن موضوع التزامها هو التزام واحد يقع على عاتق كامل طرفيها على سبيل التبادل المتمثل في اللجوء إلى الهيئة التحكيمية لفصل نزاعهما، إن الالتزام الواحد المتبادل قد يلغي الآثار المألوفة لتقابل الالتزامات المترتبة على العقود الملزمة للجانبين كالدفع بعدم التنفيذ أو طلب فسخ العقد لنكول خصم عند تنفيذ التزامه الناشئ عنها.[2]

1- قبايلي طيب، التراضي على التحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار: من الاتفاق الثنائي إلى اللجوء الانفرادي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية، الجزائر، ع 01، 2010 ص89. منشورة على الموقع الالكتروني. http://univ-bejaia.dz 2017/05/23 9:48

2- صديق بغداد، مرجع سابق، ص36.

إن القوة الإلزامية لاتفاقية في مواجهة الأطراف تستمد من إرادتهم في إنشاء هذا الاتفاق ومقتضى هذه القوة الملزمة توجب عرض النزاع على التحكيم، ولا يملك أحد أطراف الاتفاق التخلي عنه أو أن يعطله بإرادته المنفردة.

وما يميز اتفاقية التحكيم بهذا الخصوص هو أنها تنشئ التزاما واحدا يقع على عاتق كل من طرفيه، وليس التزامات مختلفة بخلاف العقود الأخرى مثل عقد البيع حيث يلتزم البائع بتسليم المبيع ويلتزم المشتري بدفع الثمن، فهي تتميز بأحادية الالتزام.[1]

وفي حالة حدوث حوادث استثنائية كالحروب والكوارث غير المتوقعة مما يصعب تنفيذ الالتزام أو يصبح مستحيلا أو مرهق يجوز للقاضي حسب الظروف الموازنة بين مصلحة الطرفين إلى الحد المعقول، وهذا ما تنص عليه المادة 107 من القانون المدني الجزائري.

وبما أن اتفاقية التحكيم عبارة عن اتفاق بين طرفي الخصومة فإنها تختلف عن باقي العقود الأخرى الملزمة للجانبين، حيث يترتب عليها التزام الالتجاء إلى التحكيم يجوز فيها الدفع ببطلانها عندما تنطوي على مسألة مما لا يجوز التحكيم فيه أو متى اتضح عدم مشروعية محل الالتزام، ومتى قام سبب من أسباب البطلان لا يمكن أن تتحول إلى عقد آخر ملزم للجانبين، لأن الطرفين لم يقبلا بموجب اتفاقية التحكيم سوى الالتزام بالحكم الذي يصدره المحكم، فإذا لم يصدر هذا الحكم تحللا من الالتزام الذي ترتبه اتفاقية التحكيم.[2]

المطلب الثالث: دور الإرادة في اتفاقية التحكيم

تخضع اتفاقية التحكيم للأركان والشروط العامة للعقود، وقوام العقد الإرادة المنشئة له المتمثلة في تلاقي إرادتين متطابقتين على إنتاج أثر قانوني، ولذلك سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى دور الإرادة في اتفاقية التحكيم وإبراز خصوصيتها في هذا الشأن عن باقي العقود.

1- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق، ص70.

2- منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص‌ص 97-98.

الفـــرع الأول: إرادة الطرفيـــن

لتحقيق الرضا يستلزم تبادل طرفا العقد التعبير عن إرادتين، إيجاب وقبول متطابقتين في كل ما تضمنه سواء في طبيعة التصرف وعناصره الجوهرية أو في اتجاهه إلى ترتيب آثار قانونية، بحيث يتعين لإبرام العقد أن يتطابق القبول مع كل ما ورد في الإيجاب من عناصر أساسية وتفصيلية.[1]

ويقصد بالإرادة أن يعي الشخص أمر التعاقد الذي هو مقدم عليه والذي يقصده، بأن يكون مدركا ماهية التصرف الذي يجريه والحقوق والالتزامات المترتبة له وعليه فيه، فالقانون لا يعتد إلا بالإرادة التي تتجه إلى إحداث آثار قانونية. [2]

أولا: تطابق وتلاقي الإرادتين

لقيام اتفاقية التحكيم يجب وجود متعاقدين يرضيان بالتعاقد وتتحرك إرادتهما لتتعلق بالمعقود عليه، وأن تتطابق مطابقة تامة، ولا يحدث هذا التطابق إلا بالاتفاق على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا عليها.[3]

فالطرفان يبدآن الاتصال بغية الوصول إلى هدف نهائي محدد هو الاتفاق على التحكيم، وهما يصلان إلى هذا الهدف عبر مفاوضات تسفر عن الاتفاق على المسائل المطروحة، وقد يصلا إلى تحقيق الهدف المقصود، وحتى يتحدد ما توصل إليه الطرفان لابد من التوصل إلى آخر عرض مقدم من أحدهما وتحليل مضمونه واعتباره بمثابة إيجاب منه موجه إلى الطرف الآخر والتأكد من قبول الطرف الآخر له، حتى يتحقق التطابق بين رضا الطرفين الذي يوجد به الاتفاق.[4]

1- همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام (نظرية العقد)، د ط، دار الجامعـــة الجديدة، الإسكنـــدرية 2004 ص ص 45- 46.

2- ناصر ناجي محمد جمعان، مرجع سابق، ص135.

3- علي طاهر البياتي، التحكيم التجاري البحري، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيـــع، عمان، الأردن، 2006 ، ص85.

4- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجـزء الأول، ط 1 الفتح للطباعة والنشر، 1998، ص396.

ولا يكفي لانعقاد اتفاقية التحكيم وجود الإرادة والتعبير عنها، بل يجب فوق ذلك أن يعلن كل طرف تعبيره إلى الطرف الآخر لكي يعلم به ويدركه،[1] ولا تثور أي صعوبة في حالة ورود اتفاقية التحكيم في العقد الأصلي المحرر بين الطرفين أو باتفاق مستقل مدون في وثيقة خاصة، إذ التطابق متحققا بالضرورة على ما تم تدوينه في الوثيقة، لكن الصعوبة تثور في حالة ما إذا اقتصر الأمر على المراسلات المتبادلة بين الطرفين كالرسائل والبرقيات وغيرها من وسائل الاتصال، ولذلك يتعين فحص المراسلات المتبادلة بين الطرفين للتعرف على حقيقة ما تطابقت إرادتهما بشأنه.[2]

ويتحقق تلاقي الإرادتين في اتفاقية التحكيم وهما الإيجاب بعرض ما ينشأ من نزاع على التحكيم والقبول بالموافقة على ذلك، في حال التعاقد بين حاضرين أصالة عن أنفسهم أو نيابة عن الآخرين، وشرط التحكيم يعد منعقدا في الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا قام الوسيط بإرسال مذكرة إلى البائع والمشتري بالشروط العامة للبيع متضمنة شرط تحكيم وقبلها الطرفان فإن شرط التحكيم يصبح ملزما للطرفين[3].

كما قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه:"حتى نكون بصدد تحكيم حسب المفهوم المستقر عليه لنظام التحكيم، يتعين التحقق من أن إرادة الأطراف ذوي الشأن قد اتجهت بالفعل إلى تخويل ذلك الغير أو الشخص الثالث سلطة قضائية."[4]

ثانيا: صدور الإرادة من ذي أهلية

إنتاج الرضا لأثره في إنشاء العقد منوط بصدوره عن إرادة معتبرة قانونا وهو ما يستلزم صدوره عن صاحب إرادة واعية مميزة ومدركة لماهية التصرف وطبيعته وأثره، دلالة على أن انعدام التمييز والأهلية يعدم الإرادة،[5]وهذا ما أكدته الكثير من الأنظمة القانونية

1 - ناصر ناجي محمد جمعان، مرجع سابق، ص140.
2 - مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص395.
3 - ناصر ناجي محمد جمعان، مرجع سابق، ص147.
4 - باسمة لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 28.
5 - همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص46.

الوضعية عندما نصت صراحة على وجوب توافر أهلية التصرف بالحق ويرجع ذلك إلى أن التحكيم يعد من أعمال التصرف، وليس من أعمال الإدارة، ومنه كل شخص كامل الأهلية حرا ويملك التصرف في حقوقه يجوز له أن يكون طرفا في اتفاقية التحكيم.[1]

وعليه فإن الأهلية المطلوبة لإبرام اتفاقية التحكيم بلوغ سن الرشد القانونية لمباشرة الأعمال التجارية، وأن يكون متمتعا بكامل قواه العقلية وغير محجور عليه.[2]

أما بخصوص الأشخاص الاعتبارية العامة في اتفاقية التحكيم فقد انقسمت الأنظمة القانونية إلى الاعتراف للدولة والأشخاص الاعتبارية العامة التابعة لها لأهلية الاتفاق على التحكيم ومنها من حظرت على الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة الاتفاق على التحكيم على أساس أن التحكيم يمس بسيادة الدولة وحصانتها القضائية، وهناك من الأنظمة ما فرقت بين المعاملات الداخلية والمعاملات الدولية فحظرت اللجوء إلى التحكيم على الصعيد الداخلي بينما أجازت لها ذلك في مجال المعاملات الدولية الخاصة.[3]

والمشرع الجزائري أجاز اللجوء إلى التحكيم للدولة والأشخاص الاعتبارية العامة في إطار علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية، وهذا ما نصت عليه المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وعليه لكل دولة حرية تقرير ما إذا كانت حكومتها وهيئاتها ومؤسساتها العامة تتمتع بأهلية إبرام اتفاقات التحكيم أم لا.

بالنسبة للشركات الخاصة عند تأسيس الشركة التجارية وفقا للشكل الذي يحدده القانون فإنها تصبح في مركز الشخص الاعتباري فتكون لها ذمة مالية مستقلة وتكون أهلا لمباشرة نشاطاتها ولها الحق في إبرام العقود ومنها اتفاقية التحكيم، ويقوم بذلك من يمثلها أو

1- باسمة لطفي دباس، مرجع سابق، ص44.
2- ناصر ناجي محمد جمعان، مرجع سابق، ص152.
3- باسمة لطفي دباس، مرجع سابق، ص62.

يقوم بإدارتها وذلك في إطار القانون والنظام التأسيسي للشركة، ويلزم أن يكون ممثل الشركة أو مديرها أهلا للاتفاق على التحكيم قانونا.[1]

الفــرع الثاني: عيـــوب الإرادة

قد يلحق إرادة الأطراف عيب من عيوب الإرادة التي تلحق بالعقود بصفة عامة وهي الإكراه والغلط والاستغلال والتدليس.

وأيا كانت الصورة التي يرد فيها التحكيم، فإنه لا مجال للغلط في محل العقد وهذا المحل هو إخراج النزاع من ولاية القضاء والفصل فيه بواسطة هيئة التحكيم، كما لا محل للغلط في القيمة لأن محل العقد في نطاق التحكيم ليس له قيمة مالية،[2]ونجد عيب الغلط كثير الوقوع خاصة حول مركز التحكيم المختار أو حول حياد وكفاءة المحكمين،[3]وأيضا في شخص المتعاقد الآخر أو في صفة من صفاته والغلط في القانون كأن يتصور أحد العاقدين أن حكم التحكيم يقبل الطعن أمام القضاء ثم يكتشف أن القانون لا يجيز ذلك.[4]

وإذا أكره أحد الطرفين على اللجوء إلى التحكيم بوسيلة غير مشروعة اعتبر عقده موقوفا، وكذلك إذا استعملت حاجة أحد الطرفين أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه[5]

وفي قضية تحكيمية أثير فيها عيب الغش اعتبر الحكم أن تنفيذ العقد طوعا يدل على غياب أي عيب من عيوب الرضا، والاجتهاد في هذا الحقل قليل جدا مما يؤكد أن هذا العيب قليل ما يثار في التحكيم طعنا باتفاقية التحكيم.[6]

1- ناصر ناجي محمد جمعان، مرجع سابق، ص165.
2- نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص45.
3- ناصر ناجي محمد جمعان، مرجع سابق، ص148.
4- نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص45.
5- علي طاهر البياتي، مرجع سابق، ص ص90-91.
6- عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم - التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2008، ص299.

وتتميز اتفاقية التحكيم بخصوصيات معينة في نطاق بحث عيوب الإرادة الخاصة بها، فإبطال شرط التحكيم لعيب في الإرادة أحد الطرفين لا يمتد إلى العقد الأصلي الملحق به هذا الشرط والذي يبقى صحيحا رغم إبطال شرط التحكيم، أما إذا كان العقد الأصلي باطل لعيب في الإرادة فإن هذا البطلان لا يكون له أثر على شرط التحكيم.[1]

مما تقدم نستنتج أن الإرادة في اتفاقية التحكيم لها أهمية في إنشائها وتكمن أهمية الإرادة في النتائج المترتبة عنها المتمثلة في القوة الإلزامية التي تستمدها الاتفاقية من إرادة الأطراف في مواجهة بعضهم البعض وحرمانهم من ولاية القضاء.

المبحث الثاني: قاعدة مبدأ نسبية اتفاقية التحكيم

بانعقاد العقد صحيح مستوفيا لكل أركانه وشروطه، يجعل منه شريعة في مواجهة طرفيه، حيث تنصرف إليهما آثاره من حقوق والتزامات دون أن تتعداهما إلى الغير كقاعدة عامة وهذا ما يعبر عنه بمبدأ نسبية آثار العقد على المتعاقدين ومن في حكمهم، فاتفاق التحكيم بوصفه تصرف قانوني يتسم في مراحله المتعاقبة بأنه نسبي الأثر وهذا ما يؤدي إلى القول بأن آثاره لا تمتد إلى أشخاص لم يوقعوا على هذا الاتفاق ونسبية اتفاق التحكيم تستند إلى نسبية أثر التحكيم.

المطلب الأول: اتفاقية التحكيم لا تلزم غير أطرافها

تفيد المبادئ العامة في نظرية العقد أن العقد لا يفيد غير أطرافه حيث أن مبدأ نسبية الاتفاقات تذهب إلى أن آثار اتفاقية التحكيم لا تمتد إلى أشخاص لم يوقعوا عليها وهذه النسبية تستمد من الطبيعة الخاصة والاستثنائية لنظام التحكيم، ذلك أن إرادة الأطراف هي التي توجد التحكيم وهي التي تحدد نطاقه وللتوضيح أكثر وجب تعريف الطرف في اتفاقية التحكيم وتبيان معايير التمييز الطرف عن الغير.

[1] - نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص46.

الفرع الأول: تعريف الطرف في اتفاقية التحكيـم

العاقدان هما طرفا العقد اللذان أبرماه باسمهما ولحسابهما، وقد يباشر المتعاقد عملية التعاقد بنفسه أو بواسطة شخص آخر يكون وكيلا أو نائبا عنه.[1]

المقصود بالطرف هو من ابرم اتفاق التحكيم بنفسه أو من يمثله وتتضح صفة الطرف من الاطلاع على التوقيع بالورقة أو على الخطابات أو وسائل الاتصال الأخرى المتبادلة التي تتضمن اتفاق التحكيم، إذا كانت تتضمن توقيعا، أو بيان ما يدل على مرسل وسيلة الاتصال، ويجب أن يكون التوقيع منصبا على إرادة إبرام اتفاق التحكيم .[2]

فيشترط أن تساهم إرادة الطرف في تكوين الاتفاق، فلا يكفي أن يرد ذكره فيه أو أن يوقع عليه بصفة أخرى غير هذه الصفة، ويؤدي هذا إلى نتيجة مفادها أن اكتساب الشخص صفة الطرف في اتفاق التحكيم تستلزم التوقيع عليه بهذه الصفة، على أن المفهوم القانوني لتعبير الطرف في اتفاق التحكيم يتسع.[3]

وهناك طائفة من الأشخاص لا يقومون بإبرام العقد بأنفسهم، كما أنه يصعب القول بأن غيرهم قد أبرموا العقد نيابة عنهم، أيضا يصعب القول بأن إرادتهم انصرفت إلى الارتباط بهذا العقد، ومع ذلك فإن أثر العقد ينصرف إليهم ويمكن تسمية هؤلاء بالأطراف حكما، وهؤلاء الخلف العام والخلف الخاص لأطراف العقد.[4]

نستخلص من الأحكام القانونية التي تحكم التحكيم، وكذلك النظرية العامة للعقد أن الطرف في اتفاقية التحكيم يجب أن تكون إرادته مكتوبة ولقد اكتفى المشرع بالكتابة المتمثلة في تبادل المستندات، والتوقيع عليها كما تنصرف عبارة طرفي التحكيم على أطراف التحكيم ولو تعددوا، وعلى من يقوم مقام طرفي العقد من خلف عام وخلف خاص.

1- علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، د ط، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص321.
2- فتحي والي، مرجع سابق، ص161.
3- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق، ص169.
4- الأنصاري حسن النيداني، الأثر النسبي لاتفاق التحكيم، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص24.

ومنه فالطرف كل من اشترك في إبرام اتفاقية التحكيم سواء تم التعاقد أصالة أو عن طريق النيابة، ويجب أن تنصرف نية المتعاقدين إلى المساهمة في إبرام اتفاقية التحكيم وانصراف آثارها إليهم.

الفرع ثاني: معايير تمييز الطرف عن الغير في اتفاقية التحكيم

يمكن أن نميز الطرف عن الغير في اتفاقية التحكيم عن طريق معيارين معيار شكلي ومعيار موضوعي.

أولا:المعيار الشكلي

اشترط المشرع في قانون التحكيم لاعتبار الشخص طرفا في اتفاقية التحكيم، أن تكون إرادته مكتوبة، فالكتابة تعد شرطا لوجود الاتفاق وإثباته، فضلا عن أن يكون الاتفاق موقعا عليه من جانب الأطراف.[1]

ولتسهيل ظروف التجارة وتحررها من القيود، لم تحدد هذه النصوص شكلا كتابيا معينا فاكتفت بورود هذا الاتفاق في صورة مراسلات أو برقيات بين الطرفين أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي، طالما كانت قاطعة في الدلالة على إرادة اللجوء إلى التحكيم من جانب الطرفين، ويؤكد الفقه الفرنسي أن توقيع الأطراف ليس متطلبا في هذه الأحوال،[2]وتبادل المستندات يفيد قبول الطرفين للتحكيم، أما في حالة إبرام العقد بتبادل استمارات مطبوعة تتضمن اتفاقية تحكيم وجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وإعمال اتفاقية التحكيم بقدر تطابقهما، ويعتبر الاتفاق على التحكيم صحيحا وملزما لأطرافه إذا اتفقوا على إخضاع العلاقة القانونية بينهم لأحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى تتضمن أحكاما خاصة بالتحكيم.[3]

1- محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم (دراسة تحليلية وتطبيقية مقارنة لمبـــدأ أثر نسبية التحكيم بالنسبة للغير) د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص21.

2- منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص ص 92- 93.

3- محمد نور شحاتة، مرجع سابق، ص22.

مما تقدم يتبين أن اتفاقية التحكيم قد ينصرف أثرها إلى أشخاص لم يوقعوا عليها كما قد ينصرف أثرها إلى أشخاص وقعوا عليها، ومنه فإن المعيار الشكلي أثبت أنه غير كاف كمعيار لتمييز كل من الطرف والغير.

ثانيا: المعايير الموضوعية:

الواقع أن الخلاف حول المعيار المميز لكل من الطرف والغير تمتد جذوره إلى النظرية العامة للعقد، وقد اختلف ما بين الفقه التقليدي والفقه الحديث بين مضيق وموسع.

1- المعيار التقليدي: طبقا للمعيار التقليدي تعتبر الإرادة هي المعيار الفاصل لتحديد مفهوم الطرف، ويكتسب هذه الصفة الأشخاص الممثلون والخلف العام،[1] وقوام هذا المبدأ أن المتعاقدين لا يلتزمون إلا بإرادتهم، حيث يعتبر طرفا في اتفاقية التحكيم كل من اتجهت إرادته إلى إبرامها، ووفقا لهذا المعيار فإن الطرف ينقسم إلى قسمين وهما:

الأشخاص الممثلون وإرادة هذه الفئة توجد عندما نكون بصدد تمثيل اتفاقي ومثال ذلك الوكيل الاتفاقي ولا تتحقق في حالة التمثيل القانوني فصفة الممثل القانوني تستمد من القانون وليس من إرادة الممثل،[2] والقسم الثاني الخلف العام حيث يأخذ حكم الطرف بالنسبة للتصرف الذي أبرمه سلفه، إلا أنه يمكن أن يرد استثناء على هذا الأصل يرجع إلى طبيعة التعامل قد يكون مصدره اتفاق الطرفين أو قد يكون مصدره القانون، مثلما هو الشأن في عقود الاعتبار الشخصي. [3]

كما ينقسم الغير على ضوء هذا المعيار إلى قسمين وهما:

الغير الحقيقي أو ما يطلق عليه بالغير الأجنبي، ويعرفه جوسران Josserand بأنه:"الشخص الذي لا تربطه أية علاقة بأحد أطراف العقد لا في الحاضر ولا في المستقبل"[4] حيث لا توجد أي رابطة قانونية بينه وبين أطراف العقد، أما القسم الثاني فهو

1- محمد عبد الفتاح ترك، مرجع سابق، ص389.
2- محمد نور شحاتة، مرجع سابق، ص24.
3- محمد عبد الفتاح ترك، مرجع سابق، ص ص389- 390.
4- صبري حمد خاطر، الغير عن العقد (دراسة في النظرية العامة للالتزام)، ط 1، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001، ص 50.

الغير الوهمي أي الغير حقيقي وهم أشخاص ليسو بأطراف في العقد ومن هؤلاء الدائنون العاديون، والخلف الخاص.[1]

نلاحظ أن المعيار التقليدي قد ضيق من مفهوم الطرف وقصره على الشخص الذي يقوم بالاتفاق أو من يمثله وعدا ذلك يدخل في دائرة الغير.

2- المعيار الحديث: إن نظرة الفقه الحديث لمفهوم الطرف قد تغيرت واتسع نطاق هذه الفكرة ليضم تحت لوائه الغير الوهمي أو الغير القريب،[2] فالتصور التقليدي بدأ يتغير تدريجيا إلى الحد الذي يمكن القول أن مفهوم الغير الأجنبي بالنسبة للعقد قد تطور، فالشخص الذي يوصف بالغير على أساس انه لم يساهم بإرادته في تكوين العقد قد يحتل مركزا موضوعيا بالنسبة لتنفيذه.[3]

فالالتزام بحسب طبيعته رابطة شخصية بين ذمتين أو أكثر، فإذا كان مصدر هذا الالتزام الاتفاق فإن هذا الاتفاق يعتبر حجة في مواجهة الجميع، فكل تصرف قانوني، يعدل من مضمون حق سابق ويخلق مركزا واقعيا جديدا، وهذا المركز له في حد ذاته وجوده الموضوعي المطلق الذي يفرض احترامه على الجميع، وإن أضر بهم أو أفادهم بطريقة غير مباشرة.[4]

ومفهوم الغير الحقيقي ينصرف إلى كل الأشخاص الذين ليست لهم رابطة مباشرة بأحد الأطراف في علاقة عقدية قائمة أو مصلحة مباشرة، وهذه الطائفة يعنيها نفاذ العقد بصفته واقعة قانونية، أما الغير غير الحقيقي أو الوهمي أهمهم الدائنون العاديون والخلف الخاص فهم الغير ذو الرابطة القانونية بأحد أطراف علاقة عقدية قائمة.[5]

فالاحتجاج بالعقد ينشأ عن اعتباره واقعة اجتماعية، في حين أن الأثر الملزم للعقد يتولد عن كونه تصرفا قانونيا، وهذا التمييز يجد أساسه في رغبة أطراف العقد في بسط آثاره على من ليس بطرف فيه، أي أن له أثرا انعكاسيا اتجاه الغير، فالأثر الملزم لا يمس الغير، وإن

1- محمد نور شحاتة، مرجع سابق، ص25.
2- محمد عبد الفتاح ترك، مرجع سابق، ص391.
3- صبري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 230.
4- محمد نور شحاتة، مرجع سابق، ص27.
5- محمد عبد الفتاح ترك، مرجع سابق، ص ص391- 392.

كان يمكن الاحتجاج به في مواجهة الكافة وذلك احتراما للطابع الاجتماعي للحقوق، وهم طائفة من الأشخاص لم يصدر منهم رضا بالعقد، ومع ذلك يعتبرون ذوي شان إيجابا وسلبا في العقد، فتتصرف إليهم آثار القوة الملزمة للعقد، على عكس الغير الذي يحتج في مواجهته أو يتمسك بالمركز القانوني المتولد عنه.[1]

المطلب الثاني: الخلف واتفاقيـــة التحكيـم

الخلف طائفة من الأشخاص لا يقومون بإبرام العقد بأنفسهم أي أن إرادتهم لم تتصرف للارتباط بهذا العقد، ومع ذلك فإن اثر هذا العقد ينصرف إليهم، حتى ولو كانوا يجهلون وجوده، ويطلق عليهم تسمية الأطراف حكما وهم الخلف العام و الخلف الخاص.

الفـــرع الأول: الخلف العـــــام

ويقصد بالخلف العام كل من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات، أو في جزء منها باعتبارها مجموعا من المال، كالوارث والموصي له بجزء من المال.[2]

وطبقا لنص المادة 108 من القانون المدني الجزائري[3]إذا توفى أحد أطراف اتفاقية التحكيم فإن ورثته يخلفونه في مركزه القانوني الناشئ عن الاتفاق، ويتحملون ما ينشأ عن هذا الاتفاق من آثار، فيمتنعوا من اللجوء إلى القضاء ويلتزمون بعرض النزاع على التحكيم.

فورثة أطراف اتفاقية التحكيم ملزمون بتنفيذ اتفاقية التحكيم التي أبرمها مورثهم، كما أنهم ملزمون بالسير في إجراءات التحكيم، ويكون الحكم الصادر من المحكمين حجة عليهم ويلتزمون به ما داموا قد بلغوا السن القانونية اللازمة، إذ يشترط لسريان أثر اتفاقية التحكيم على الورثة كمال الأهلية.[4]

1- محمد نور شحاتة، مرجع سابق، ص ص27- 28.
2- احمد إبراهيم عبد التواب، مرجع سابق، ص328.
3- تنص المادة 108 من القانون المدني الجزائري: "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."
4- ناصر ناجي محمد جمعان، مرجع سابق، ص240.

واستثناءا من انصراف أثر الاتفاق بالنسبة للخلف العام وفقا للقواعد العامة نستخلص من نص المادة 108 من القانون المدني الجزائري ثلاث حالات وهي :

1- إذا تبين من العقد أو إذا كانت طبيعة التعامل ذاتها تقتضي عدم انصراف الآثار إلى الورثة، كما لو كان عقد مرتب لمدى حياة الشخص، فمضمون الاتفاق نفسه يعني انقضاءه بمجرد وفاة مستحق المرتب وعدم انتقاله إلى الورثة، أو كأن يكون شخص المتعاقد محل اعتبار في العقد، كالتعاقد مع فنان أو مهندس، فالنزاعات الناشئة عن هذه العقود لا تنتقل إلى الخلف العام.[1]

2- إذا تم الاتفاق بين المتعاقدين على أن لا ينصرف أثر الاتفاق إلى الورثة أي الخلف العام.

3-إذا وجد نص قانوني يقضي بعدم امتداد أو انصراف آثار الاتفاق إلى الخلف العام ومثال ذلك عقد العامل الذي ينتهي بوفاة العامل.

كما ذكرنا فإن اتفاقية التحكيم عقد تنطبق عليها القواعد العامة إلا أنها تتميز بأحكام خاصة بها واردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكما نعلم فإن الخاص يقيد العام وحكم اتفاقية التحكيم بالنسبة للخلف العام وارد في المادة 1024 الفقرة الرابعة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها أن التحكيم ينتهي بوفاة أحد أطراف العقد، ومنه فإن الخلف العام حسب القانون الجزائري لا يأخذ حكم الطرف بخصوص اتفاقية التحكيم التي أبرمها سلفه.[2]

نلاحظ مما سبق أن المشرع الجزائري استثنى الخلف العام من القاعدة العامة الواردة في المادة 108 من القانون المدني وهو بذلك قد خالف التشريعات التي تعتبر أن الخلف العام طرف في اتفاقية التحكيم.

فالمشرع الفرنسي عندما تطرق في المادة 1464 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى الحالات التي ينتهي بها التحكيم لم يذكر حالة وفاة أحد الأطراف، وهو نفس التوجه القضائي، حيث قضت محكمة التحكيم في القضية رقم 2626 لسنة1977 أنه:" لا ينصرف

1- محمد حسين منصور، العقود الدولية، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999، ص ص 74- 75.
2- بوالصلصال نور الدين، الاختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2010-2011، ص267.

أثر اتفاقية التحكيم إلى المتعاقدين فحسب وإنما يلزم أيضا الخلف العام والخلف الخاص للمتعاقد، ما لم ينص في الاتفاقية على خلاف ذلك."[1]

كما أنه في حالة اندماج شركة موقعة على اتفاقية تحكيم في شركة أخرى، فإن اتفاقية التحكيم ترتب آثارها بالنسبة للشركة الدامجة باعتبارها خلفا عاما للشركة المندمجة،[2]إذ تحل الشركة الدامجة محل الشركة المندمجة في كل ما لها من حقوق وما عليها من التزامات بقوة القانون، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن "اندماج شركة في شركة أخرى مؤداه زوال شخصية الشركة المندمجة وخلافة الشركة الدامجة لها خلافة عامة فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات، وتكون الشركة الدامجة وحدها هي الجهة التي تختصم في خصوص هذه الحقوق والالتزامات، لأن الشركة المندمجة التي زالت شخصيتها قد انقضت بالاندماج."[3]

أما عند انقسام شركة معينة بعد إبرامها لاتفاقية التحكيم فالاتجاه الغالب في التطبيقات القضائية يذهب إلى امتداد اتفاقية التحكيم إلى الشركات الجديدة الناتجة عن انقسام الشركة الموقعة على اتفاقية التحكيم، ففي حكم صادر عن محكمة استئناف باريس، تم إلزام الشركات الوليدة على وجه التضامن باتفاقية التحكيم من قبل الشركة المنقسمة.[4]

الفـرع الثاني: الخلف الخـــاص

الخلف الخاص هو من يخلف السلف في حق عيني على شيء محدد أو ملكية مال معين، كالمشتري فهو خلف خاص للبائع، والموهوب له خلف خاص للواهب، وهنا لا تنصرف جميع آثار عقود السلف إلى الخلف كما هو الحال بالنسبة للخلف العام، فأثار العقد الذي يبرمه السلف لا تنصرف إلى الخلف، أما العقود التي يبرمها السلف والتي تتصل بالشيء الذي انتقل بعد ذلك إلى الخلف ترتب أثارها بالنسبة لهذا الخلف.[5]

1- ا بوالصلصال نور الدين، مرجع سابق، ص267.
2- فتحي والي، مرجع سابق، ص164.
3- ناصر ناجي محمد جمعان، مرجع سابق، ص240.
4- بوالصلصال نور الدين، مرجع سابق، ص267.
5- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 75.

والخلف الخاص يلتزموا باتفاقية التحكيم وينصرف إليهم الاتفاق على التحكيم ويشترط لانصراف أثر اتفاقية التحكيم للخلف الخاص حسب ما جاء في القواعد العامة في المادة 109 من القانون المدني الجزائري مايلي:[1]

1- أن يكون الاتفاق سابقا على انتقال الشيء المستخلف فيه.

2- أن تكون الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء المستخلف فيه، ويعتبر الالتزام من مستلزمات الشيء إذا كان محددا له أي يحد من حرية الانتفاع به كما هو الشأن بالنسبة لقيود البناء الاتفاقية، ويعتبر الحق من مستلزمات الشيء إذا كان مكملا له كعقود التأمين.[2]

3- وأن يكون الخلف عالما بها وقت انتقال الشيء المستخلف فيه إليه، وشرط العلم يختلف بحسب ما إذا كانت اتفاقية التحكيم مدرجة في العقد الأصلي الذي انتقل إلى الخلف الخاص، أو كان منفصلا عنه ففي الحالة الأولى يكون العلم بشرط التحكيم متحققا بالضرورة أما في الحالة الثانية فيكون من المتصور تحقق العلم بالعقد الأصلي أما مسألة العلم بالاتفاق على التحكيم هنا يمكن أن لا تتحقق في هذه الصورة وبالتالي يمكن للخلف الخاص أن يتمسك بعدم انتقال اتفاق التحكيم إليه رغم انتقال العقد الأصلي إليه.[3]

ويعتبر من الخلف الخاص المتصرف إليه بجزء من الحق محل اتفاق التحكيم والمحال إليه الحق، سواء أكانت حوالة حق أو حوالة دين أو حوالة عقد أو كان الأمر يتعلق بحلول شخصي محل الدائن.[4]

1- تنص المادة 109 من القانون المدني الجزائري:" إذا أنشأ العقد التزامات وحقوق 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.

2- باسمة لطفي دباس، مرجع سابق، ص478.

3- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص476.

4- إبراهيم عبد التواب، مرجع سابق، ص331.

أولا: حوالة الحق

إذا أحال طرف في عقد يتضمن شرط تحكيم حقه الناشئ عن هذا العقد إلى الغير وكانت الحوالة صحيحة وتحقق شرط نفاذها في مواجهة المدين بقبول المدين للحوالة أو إعلانها له فإن الحق المحال ينتقل إلى المحال إليه مقيدا بشرط التحكيم، فإذا رفع المحال إليه دعوى على المدين للمطالبة بالحق أمام القضاء، كان للمدعي عليه التمسك بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم، ذلك أن الحوالة لا تنشئ التزاما جديدا في ذمة المدين وإنما ينتقل الحق المحال بالحوالة إلى المحال إليه بكل صفاته ودفوعه وتوابعه.[1]

إن اتفاقية التحكيم تلزم المحال له باعتباره يحل محل الدائن المحيل، فهو يصبح بالنسبة للحق المحال به كما لو كان طرفا في العقد الأصلي باعتباره من توابع الحق الذي انتقل إليه.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 17نوفمبر1998م في نزاع يتعلق بعقد مبرم بين شركة من بوركينافاسو وشركة تشيكية تضمن شرط تحكيم، وقد حولت الشركة التشيكية حقوقها المتولدة على هذا العقد إلى شركة أخرى من ساحل العاج، فقررت المحكمة أن شرط التحكيم ينتقل إلى المحال إليه طالما أن شخص المحيل لم يكن محل اعتبار عند إدراج هذا العقد.[2]

وكذلك قضت محكمة استئناف باريس في 28جانفي 1988 بأن حقوق المحيل التي تتضمن شرط تحكيم الناتجة عن العقد تنتقل إلى المُحال له، وذلك في قضية بين الشركة الألمانية المنتِجة للأفلام والشركة الفرنسية وهي شركة توزيع أفلام التي تنازلت عن جميع حقوقها الى شركةEDIF حيث تضمن العقد توزيع استثمار الفيلم في العالم.[3]

1- فتحي والي، مرجع سابق، ص 165.

2- ناصر ناجي محمد جمعان، مرجع سابق، ص ص242– 243.

3- محمد نور شحاتة، مرجع سابق، ص55.

ثانيا:حوالة الدين

يترتب على حوالة الدين انتقال الدين المحال به من المدين إلى المحال عليه، وينتقل هذا الدين بكل صفاته وضماناته باستثناء ما إذا كان الضمان مقدما من الغير كالكفالة، فعندئذ لا تنتقل الكفالة مع الدين إلا برضاء هذا الغير.[1]

ويجب أن نفرق بين ما إذا كانت حوالة الدين باتفاق مبرم بين الدائن والمحال عليه أم باتفاق بين المدين والمحال عليه:

1- فإذا كانت الحوالة باتفاق مبرم بين الدائن والمحال فيلتزم كل منهما بشرط التحكيم المدرج في سند الدين، ما لم يتفقا في عقد الحوالة على غير ذلك،[2] أي كان اتفاق التحكيم ملزما للمحال عليه الدين باعتباره من توابع الدين الذي انتقل إليه.

2- أما في حالة تتم الحوالة باتفاق بين المدين والمحال عليه، فإن المحال عليه لا يلتزم بشرط التحكيم المدرج في سند الدين إلا إذا كان عقد الحوالة قد أشار إليه، أما الدائن فلا يلتزم باتفاق التحكيم في مواجهة المدين الجديد إلا إذا كان قد أقر الحوالة.[3]

ثالثا: حوالة العقد

تتحقق حوالة العقد عندما يخلف شخص من الغير أحد المتعاقدين في الاتفاق الأصلي فالحوالة تنصب على هذا الاتفاق برمته بما ينشئه من حقوق والتزامات على عاتق المحيل بحيث يصبح المحال إليه طرفا في العقد تنصرف إليه أثاره وفقا لقاعدة نسبية أثر العقود،[4] كما في حوالة المشتري عقد بيع إلى شخص أخر، فإذا كان هناك اتفاق على التحكيم مدرج في عقد البيع فإن هذا الشرط ينتج أثره في مواجهة المحال له، والحوالة تنصب

1- باسمة لطفي دباس، مرجع سابق، ص 483.
2- الأنصاري حسن النيداني، مرجع سابق، ص44.
3- المرجع نفسه، ص44.
4- باسمة لطفي دباس، مرجع سابق، ص484.

على حقوق المشتري والتزاماته قبل البائع، ومن ثم فإن إنتاج شرط التحكيم لأثره في العلاقة بين المحال له والبائع يتوقف على نفاذ الحوالة، على النحو الذي اشرنا له في حوالة الدين.[1]

رابعا: الحلــول

تنص المادة 264 من القانون المدني الجزائري " من حل محل الدائن قانونا أو اتفاقا كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن".

فالموفي يحل محل الدائن المستوفي، فينتقل إليه ذات الحق الذي كان للدائن بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع.[2]

إذا كان هناك اتفاقية تحكيم مبرمة بين الدائن والمدين فهل يجوز للمدين والحال محل الدائن أن يحتج كل منهما في مواجهة الأخر باتفاقية التحكيم المبرمة بين الدائن والمدين؟ الإجابة على هذا التساؤل تتوقف على نوع الدعوى التي يرفعها من حل محل الدائن: فإذا كانت الدعوى التي سيرفعها دعوى شخصية فإنه يكون غير ملزم باتفاقية التحكيم كما لا يمكنه التمسك بها، أما في حالة رفع دعوى الحلول فان اتفاقية التحكيم تلزم كل منهما إلا إذا اثبت الحال محل الدائن أنه لم يكن يعلم باتفاقية التحكيم التي لم تكن مدرجة في سند الدين الأصلي. [3]

المطلب الثالث: القوة الملزمة لاتفاقية التحكيم للأطراف

إن الالتزام الناشئ بين المتعاقدين يعد بمثابة شريعة لهم، كما لو كان ناشئ عن مصدر تشريعي، ويترتب تباعا لذلك ارتباط المتعاقدين بالاتفاقية فيما بينهم يعادل التزامهم بنص قانوني، ولذلك سنبين تعريف القوة الملزمة لاتفاقية التحكيم وأثرها بالنسبة للأطراف الموقعين.

1- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص479.

2- باسمة لطفي دباس، مرجع سابق، ص484.

3- الأنصاري حسن النيداني، مرجع سابق، ص 45.

الفرع الأول: تعريف القوة الملزمة لاتفاقية التحكيم

يرتب العقد الصحيح التزامات على المتعاقدين يجب الوفاء بها تحت طائلة التنفيذ الجبري وتقوم إلزامية العقد هذه على أسس أخلاقية واقتصادية واجتماعية بالإضافة إلى واجب احترام العهد الذي يقطعه المرء على نفسه إذ لابد من ضمان استقرار المعاملات.[1]

ويقصد بإلزامية اتفاقية التحكيم أنه بعد تفسيرها وتكييفها تصبح شريعة للمتعاقدين بمعنى انه بالنسبة إلى أطرافها تشبه القانون من حيث تنفيذ ما جاء فيها، وباعتبار اتفاقية التحكيم من العقود الملزمة للجانبين فتطبق عليها أحكام العقد الملزم للجانبين،[2]ويلتزم باتفاقية التحكيم كل من وقع عليها، ما لم يكن الاتفاق مشوبا بعيب من عيوب الرضا، أو عوارض الأهلية.[3]

إذن القوة الملزمة لاتفاقية التحكيم تلك الرابطة الإلزامية التي ينشئها الاتفاق بين طرفيه والتي توجب على كل منهما تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، ولكن هذه القوة الملزمة لا تخص سوى أطراف التحكيم وهي لا تلزمهم إلا بمضمون الاتفاق.[4]

ومنه إذا انعقدت اتفاقية التحكيم صحيحة بتوافر أركانها وشروطها فإنها تكتسب ما يعرف بالقوة الملزمة حيث يلتزم الطرفان بما ترتبه من آثار ومقتضى هذه القوة أن أحدا من العاقدين لا يملك التنصل مما التزم به في الاتفاقية أو التغيير أو التعديل فيه بإرادته المنفردة لذلك يقال العقد شريعة المتعاقدين .

1- علي فيلالي، مرجع سابق، ص286.
2- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق، ص174.
3- منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص 129.
4- مها عبد الرحمان الخواجا، امتداد اثر اتفاق التحكيم إلى الغير دراسة في التشريع الأردني، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن 2012-2013، ص66. منشورة على الموقع الالكتروني . www.meu.edu.jo / ,23/05/2017, 48 :9.

الفرع الثاني: أثر القوة الملزمة لاتفاقية التحكيم بالنسبة للأطراف الموقعين

يلتزم الأطراف الموقعين على اتفاقية التحكيم بما جاء فيها، ولا يجوز الإنفراد بوقف أثرها أو إنهائها إلا باتفاق بينهم كقاعدة عامة، ولا تنتج التزامات أو حقوق إلا في مواجهتهم دون أن تنتقل إلى غيرهم، حيث أن مبدأ نسبية الاتفاقات يؤدي إلى القول بأن آثار اتفاقية التحكيم لا تمتد إلى أشخاص لم يوقعوا على هذه الاتفاقية سواء بأنفسهم أو عن طريق ممثل لهم.[1]

وأهم النتائج التي ترتبها القوة الملزمة لاتفاقية التحكيم تتمثل في:

- اتفاقية التحكيم لا يحتج بها ولا ترتب آثارها إلا بالنسبة للشخص الذي اتجهت إرادته إليها.
- اتفاقية التحكيم هي التي تنظم العلاقة فيما بين الأطراف وتبين التزامات كل منهما.
- بما أن اتفاقية التحكيم هي نتيجة لإرادة المتعاقدين والقانون (الإرادي) الذي ينظم العلاقة التعاقدية فيما بين الأطراف فإنه لا يجوز نقضها أو تعديلها إلا اتفاق الطرفين.
- إذا كانت اتفاقية الحكيم تنتج آثارها في ذمة عاقديها كقاعدة عامة فإنه لا تقف عند ذلك فهي تتعداهما إلى من يحل محلهما في الحقوق والالتزامات التي ينظمها هذا العقد.
- قد يتفق الأطراف على عدم انصراف أثر العقد إلى خلفهما ويحددان أجلا لإنهاء الاتفاق فالعقد شريعة المتعاقدين ولذلك يجوز أن يتضمن الاتفاق مثل هذا الشرط.
- والالتزام الذي تفرضه اتفاقية التحكيم هو الالتزام بتحقيق نتيجة أي كل طرف يلتزم باتخاذ إجراءات التحكيم والامتناع على عرض النزاع أمام القضاء، وبتنفيذ كل طرف لهذين الالتزامين إيجابا وسلبا يكون قد حقق النتيجة التي يفرضها عليه هذا الالتزام.[2]

1- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص74.
2- أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة 2001، ص 61.

نستخلص مما سبق أن اتفاقية التحكيم مفترضا ضروريا للعملية التحكيمية في جميع مراحلها، وتتخذ اتفاقية التحكيم صورة شرط تحكيم متضمنا في أحد العقود أو تتخذ صورة اتفاق تحكيم مستقل عن العقد الأصلي، والمتفق عليه أن الاتفاق على التحكيم هو عقد يتم باتفاق الأطراف تطبق عليه جميع الأحكام العامة في العقود مع مراعاة الأحكام الخاصة به.

واتفاقية التحكيم يلزم لانعقادها تلاقي إرادة الطرفين على إحداث أثر قانوني، فالإرادة هي الدافع الذاتي المحرك لإبرامها، واتجاه الإرادة لاتخاذ التحكيم للفصل في النزاعات يجعل منها عقد رضائي بالإضافة إلى أنه عقد ملزم للجانبين وتنصرف آثارها إلى أطرافها أي كل من ابرم هذا الاتفاق بنفسه أو عن طريق من يمثله، كما ينصرف أثر الاتفاقية إلى خلف المتعاقدين وهم الخلف العام والخلف الخاص.

وأهم ما يميز اتفاقية التحكيم عن باقي العقود، هو قدرة إرادة الأطراف على إنشاء قضاء خاص لهم يحددون معالمه بدءا بتعيين قضاتهم وتحديد محل النزاع والقانون المطبق على النزاع والإجراءات...الخ، كما أنه بالمقابل فإن النتائج المترتبة عن إرادة الأطراف المنشئة لهذا القضاء الخاص آثار قانونية ملزمة وهي ما يسمى بمبدأ نسبية أثار اتفاقية التحكيم أي التزام الأطراف بكل ما جاء في الاتفاقية وانصراف آثارها إليهم دون أن تتعداها إلى غيرهم، فهي تعد بمثابة القانون الفاصل بينهم.

الفصل الثاني

الامتداد الاستثنائي لاتفاقية التحكيم إلى الأطراف غير الموقعين

المستقر عليه فقها وقانونا وقضاء وتشريعا أن اتفاقية التحكيم لا تلزم إلا أطرافها فالمبدأ المسلم به في تحديد النطاق الشخصي لاتفاقية التحكيم هو نسبية اتفاقية التحكيم وهذا ما يؤدي إلى القول بأن اتفاقية التحكيم لا تمتد آثارها إلى أشخاص لم يوقعوا على هذا الاتفاق سواء بأنفسهم أو عن طريق ممثل لهم.

إن نسبية الأثر الإلزامي لاتفاقية التحكيم لا تعني أن الغير يستطيع تجاهل اتفاقية التحكيم والأوضاع القانونية التي أحدثتها، حيث أن لمبدأ نسبية اتفاقية التحكيم حدود تتمثل في الاستثناءات التي فرضتها الحياة الاجتماعية.

فلقد أجاز المشرع الخروج على هذه القاعدة وفقا للقواعد العامة في نظرية الالتزامات فيما يتعلق بالحقوق وحدها دون الالتزامات وأجاز للغير أن يكتسب حقا من العقد وبالتالي من اتفاقية التحكيم باعتبارها عقدا ويتحقق ذلك من خلال الاشتراط لمصلحة الغير ونظرية التعهد عن الغير والدعوى المباشرة.

كما يمكن للغير أن تربطه صلة بأحد أطراف العقد يظهر بسببها التعارض بين مصالحه وبين مصالح الأطراف مما استوجب امتداد اتفاقية التحكيم عن طريق توسيع نطاقها، إذ يدلنا الواقع العملي على وجود حالات تسري فيها اتفاقية التحكيم على أشخاص لم يوقعوا عليها وإنما يعتبرون موافقين عليها ضمنا كما هو الحال في مجموعة العقود ومجموعة الشركات والعقود العامة.

لذلك سنتطرق في هذا الفصل إلى امتداد اتفاقية التحكيم وفقا للقواعد العامة في نظرية الالتزامات ثم إلى امتدادها بتوسيع نطاقها.

المبحث الأول: امتداد اتفاقية التحكيم وفقا للقواعد العامة في نظرية الالتزامات

طبقا لمبدأ نسبية أثر اتفاقية التحكيم فإن آثارها لا تنصرف إلا لأطرافها وخلفهم وعليه فإن آثارها لا تنصرف إلى الغير الأجنبي عنها والذي لم يكن طرفا فيها، ولم تربطه صلة بأي من طرفيها فلا تحمله التزاما ولا تكسبه حقا، وإن كان هذا هو الأصل فإن المشرع أجاز الخروج عن هذه القاعدة إذ يمكن للغير أن يكتسب حقا وذلك من خلال نظرية التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير والدعوى المباشرة، وسنقسم هذا المبحث إلى ثلاث عناصر أساسية نتناولها في هذه المطالب التالية.

المطلب الأول: التعهد عن الغيـــر

يعتبر التعهد عن الغير[1] من الحالات التي ينصرف فيها أثر اتفاقية التحكيم إلى الغير إذا ما قبل الغير هذا التعهد، وسنقوم بتعريف التعهد عن الغير للتوضيح أكثر ونتطرق للشروط التي يجب أن تتوفر في التعهد عن الغير حتى ينتج أثره.

الفرع الأول: تعريف التعهد عن الغير

يقصد بالتعهد عن الغير أن يلتزم أحد الطرفين في عقد بحمل أجنبي عنه على قبول التزام معين،[2] وهو اتفاق بمقتضاه يتعهد شخص بعمل وهو أن يحمل شخص آخر على قبول التزام معين مثال ذلك حالة الوكيل الذي يتجاوز حدود الوكالة ويتعهد شخصيا بأن يجعل الموكل يقر الاتفاق الخارج عن حدود التوكيل.[3]

1- تنص المادة 114 من القانون المدني الجزائري: إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده، فإن رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه و يجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ ما التزم به، أما إذا قبل الغير هذا التعهد ، فإن قبوله لا ينتج أثرا إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد.

2- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1999، ص 216.

3- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 81.

كما يرى جانب من الفقه أن التعهد عن الغير عبارة عن عقد يجريه المتعهد باسمه مع من تعاقد معه بهدف حمل الغير على قبول التعهد، والغير يكون له رفض أو قبول التعهد، وقبول التعهد عن الغير قد يكون صراحة أو ضمنا، أما في حالة قبوله فإن أثر العقد يمتد إليه من وقت القبول ، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا خلاف ذلك.[1]

وتدعو الحاجة إلى مثل هذا التعهد في مجال التحكيم عندما يتعذر الحصول على موافقة صاحب الشأن على شرط التحكيم بسبب غيابه، ولا تكون هناك نيابة قانونية بإبرام الاتفاق باسمه نيابة عنه.[2]

الفرع الثاني: شروط التعهد عن الغير وأثره

من خلال نص المادة 114 من القانون المدني الجزائري التي قامت بتنظيم هذا العقد نستنتج ثلاث شروط أساسية وهي:

1- أن يتعاقد المتعهد باسمه وليس باسم الغير الذي يتعهد عنه ويظل بعيدا عن العقد.
2- المتعهد هو وحده الملزم اتجاه المتعاقد معه بتنفيذ ما التزم به، إذ لا يمكن قانونا أن يلزم شخص بإرادته شخصا آخر بمقتضى عقد لم يكن هذا الأخير طرفا فيه.
3- أن يكون مضمون التعهد الحصول على رضا الشخص الثالث وهو محل التزام المتعهد أما محل التزام المتعهد عنه فيكون القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء.
أما الأثر الذي ينتجه التعهد عن الغير فيتمثل فيما يلي:

التصرف المبرم بين المتعهد وبين من تعاقد معه لا يلزم الغير بشرط التحكيم فيظل أجنبيا عن التصرف، وأن أثر هذا التصرف يقتصر على المتعهد وعلى من يخلفه.[3]

فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه، و يجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم بنفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به لأن التزام المتعهد هو الالتزام بتحقيق نتيجة فلا يكفي أن يبدل جهده لحمل الغير على قبول التعهد.

1- احمد إبراهيم عبد التواب، مرجع سابق، ص345.
2- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص456.
3- المرجع نفسه، ص456.

أما إذا قبل الغير هذا التعهد فإن قبوله لا ينتج أثره إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا خلاف ذلك، ومنه فإن أثر اتفاقية التحكيم الواردة في العقد الأصلي لا ينصرف إلى الغير إلا بعلمه وموافقته صراحة أو ضمنا على ذلك.[1]

وقد اختلف حول وظيفة تعبير الغير عن إرادته بالالتزام، وأيا كان الرأي في هذا الشأن فتعبير الغير عن إرادته بالالتزام باتفاقية التحكيم يجب أن يأخذ الشكل المطلوب في الاتفاق وهو الكتابة بصورة من صورها المذكورة في المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ومن ثم فإذا كان شرط التحكيم مدرجا في عقد أصلي، فيتعين أن يكون قبول هذا العقد وشرط التحكيم كتابة.[2]

ففي التعهد عن الغير نكون أمام عقدين مختلفين بالنسبة للأشخاص ومختلفين من حيث محل الالتزام ومختلفين من حيث تاريخ العقد، وآثار التعهد موقوفة على قبول أو رفض التعهد من طرف الغير، فإذا تم قبول التعهد نكون أمام امتداد أثر اتفاقية التحكيم إلى الغير أما إذا رفض هذا التعهد فإن اتفاقية التحكيم تبقى محصورة بين المتعهد والمتعاقد أي المتعاقدين الأصليين.

المطلب الثاني: الاشتراط لمصلحـــة الغيـــر

الاشتراط لمصلحة الغير[3] عقد يرتب حقوق لمصلحة شخص من الغير وهذا استثناء من المبدأ العام ومن خلال هذا المطلب سنقوم بتعريف الاشتراط لمصلحة الغير والشروط الواجب توفرها فيه حتى يحقق أثره.

الفرع الأول: تعريف الاشتراط لمصلحة الغير

الاشتراط لمصلحة الغير هو اتفاق بين المشترط والمتعهد ينشأ عنه على عاتق الأخير حق للمنتفع، حيث يعتبر الاشتراط لمصلحة الغير استثناءا حقيقيا على قاعدة نسبية

1- احمد إبراهيم عبد التواب، مرجع سابق، ص345.

2- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص459.

3- تنص المادة 1/116 من القانون المدني الجزائري: يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية.

أثر القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص فلا يقتصر أثر العقد على طرفيه ومن يمثلانهما في التعاقد بل ينصرف أثره إلى أجنبي عنه، ويرتب حقا في ذمة شخص ثالث ليس طرفا فيه.[1]

إن الاشتراط لمصلحة الغير عقد يرتب حقوقا لمصلحة شخص من الغير، ويكسبه حق مباشر قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط ويستطيع أن يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التي تنشأ عن العقد، ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، وفي جميع الأحوال لا يفرض الاشتراط لمصلحة الغير أي التزامات، أي أن اتفاقية التحكيم لا تنشئ التزامات على عاتق المشترط لصالحه وإنما تقتصر على تقرير حقوق له. [2]

وللاشتراط لمصلحة الغير تطبيقات عملية كثيرة أهمها نجده في عقد التأمين على الحياة، حيث يتم التأمين لمصلحة الغير إما على سبيل التبرع وهو الغالب، كما إذا أمن شخص على حياته لمصلحة أولاده أو زوجته وإما يكون التأمين لمصلحة الغير معاوضة كما إذا أمن المدين على حياته لمصلحة دائنه ضمانا لوفاء الدين المترتب بذمته له.[3]

وتطبيقا للاشتراط لمصلحة الغير، كان هناك عقد تمويل ابرم بين بنك وواحد من عملائه عن مشروع معين تضمن التزام البنك بسداد مستحقات المقاول القائم بالمشروع، كما تضمن شرط تحكيم، وقد طالب العميل في تحكيم أقامه ضد البنك بإلزام البنك بسداد مستحقات المقاول باعتبار أن للعميل مصلحة في هذا الإلزام حتى يتم المقاول إعماله، وقد قضت هيئة التحكيم بإلزام البنك بسداد مستحقات المقاول إعمالا لفكرة الاشتراط لمصلحة الغير رغم عدم تدخل المقاول في خصومة التحكيم، وحصل المقاول على تنفيذ حكم التحكيم الصادر لصالحه رغم أنه ليس طرفا في خصومة التحكيم التي صدر فيها.[4]

1- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص ص220-221.

2- احمد إبراهيم عبد التواب، مرجع سابق، ص343.

3- باسمة لطفي دباس، مرجع سابق، ص 436.

4- فتحي والي، مرجع سابق، ص ص171-172.

فالاشتراط لمصلحة الغير يمثل خروجا على قاعدة نسبية أثر العقد، إذ أن المنتفع وهو شخص أجنبي عن عقد الاشتراط يكتسب حقا مباشرا قبل المتعهد ومصدره عقد الاشتراط الذي لم يكن طرفا فيه ودون حاجة إلى قبوله،[1] وإذا كان حق المنتفع ينشأ مباشرة قبل المتعهد فإن للمشترط مصلحة مشروعة، أو أدبية في نشوئه لصالحه، ولذلك فيجوز له أن يطالب المتعهد بتنفيذه ما لم يتبين من العقد أن المنتفع وحده الذي يكون له ذلك.

ولهذا فإن لذي المصلحة في الاتفاق إعمال اتفاقية التحكيم في عقد يتضمن اشتراطا لمصلحة الغير للمطالبة بحقوق الغير، فإذا صدر الحكم فإن للغير المشترط لصالحه أن يستفيد من هذا الحكم لصالحه، ويمكن للغير المشترط لصالحه في اتفاق يتضمن اشتراطا لمصلحة الغير إن أعلن إرادته صراحة بقبول هذا الشرط أن يصبح طرفا في اتفاقية التحكيم وله أن يطلب إعماله لصالحه.

الفرع الثاني: شروط الاشتراط لمصلحة الغير وأثره

يتضح من الفقرة الأولى من نص المادة 116 من القانون المدني الجزائري أن هناك ثلاث شروط يجب توفرها حتى يقوم الاشتراط لمصلحة الغير وهي:

1- أن يتعاقد المشترط باسمه لا باسم المنتفع الذي يظل أجنبيا عن العقد، وهذا ما يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة، ويمكن لكل شخص أن يشترط لمصلحة غيره ما دامت له مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية ويجوز له الرجوع في هذا الاشتراط .

2- أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع في ذمة المتعهد، ويتلقى المنتفع هذا الحق مباشرة من عقد الاشتراط، الذي يتم بين المشترط والمتعهد، وهنا تكمن الفكرة الأساسية في الاشتراط لمصلحة الغير.

3- وجود مصلحة شخصية للمشترط وأن تكون هذه المصلحة الشخصية مادية أو أدبية وتكون المصلحة مشروعة.

1 – باسمة لطفي دباس، مرجع سابق، ص ص497-498.

وتتصرف آثار الاشتراط لمصلحة الغير إلى ثلاث أشخاص وهم المشترط والمتعهد والمنتفع وأهم الآثار التي يرتبها للأشخاص الثلاثة هي:

إن أثر اتفاقية التحكيم الذي يتضمنه عقد الاشتراط بالنسبة للمنتفع لا يلزم هذا الأخير، وإن كان يمكنه الاستفادة منه تأسيسا على أن الاشتراط لمصلحة الغير إن كان من شأنه أن يكسب الغير حقوقا من العقد إلا أنه لا يرتب أي التزام في ذمته.[1]

ويمكن أن يكون الغير المشترط لصالحه طرفا في خصومة التحكيم، سواء بأن يطلب بدءها أو بأن يتدخل في خصومة التحكيم التي بدأت من أحد طرفي الاتفاق، ويلتزم الغير باللجوء إلى التحكيم وفقا لاتفاقية التحكيم الواردة في العقد فإذا لجأ إلى قضاء الدولة فإن للمتعهد أن يتمسك في مواجهته باتفاقية التحكيم .[2]

كما يمكن للمشترط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع باتفاقية التحكيم.

ولا يترتب على نقض اتفاقية التحكيم من طرف المنتفع أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك،[3]و ينتهي حق المشترط في النقض إذا أظهر المنتفع رغبته في الاستفادة من الاشتراط، ومن تم يجب على المنتفع أن يظهر هذه الرغبة حتى يستقر حقه، و هذا ما نصت عليه المادة 117 من القانون المدني الجزائري.

هذا وقد قرر القضاء الفرنسي في حكم لمحكمة النقض أنه في حالة الاشتراط لمصلحة الغير إذا اشتمل على شرط للتحكيم والذي تم بين المشترط والمتعهد لا ينشئ التزامات على عاتق المنتفع سوى الحقوق، وقد استنتج الفقه من ذلك إمكانية اشتراط شرط التحكيم لمصلحة الغير، وعلى هذا الأساس يجوز للغير المنتفع من الشرط المذكور أن يتمسك به دون الالتزام به.[4]

1 – باسمة لطفي دباس، مرجع سابق ، ص502.

2 – فتحي والي، مرجع سابق، ص171.

3 – احمد إبراهيم عبد التواب، مرجع سابق، ص342.

4 – فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص219.

مما تقدم نجد أن اتفاقية التحكيم التي يتضمنها عقد الاشتراط لمصلحة الغير لا تلزم المنتفع، استنادا إلى أن الاشتراط لمصلحة الغير وإن كان من شأنه أن يكسب الغير حقوقا إلا أنه لا يرتب في ذمته أي التزام، والقول بغير ذلك معناه تخويل الغير مكنات الطرف في اتفاقية التحكيم وهو ليس بطرف فيها، وإذا كانت اتفاقية التحكيم لا تلزم المنتفع إلا أن ذلك ليس من شأنه منع الغير من الاستفادة من هذا الاتفاق متى قبل ذلك، وعندئذ قد يصبح طرفا في اتفاقية التحكيم التي يتضمنها عقد الاشتراط.[1]

المطلب الثالث: الدعوى المبـاشـــرة

إن صاحب الصفة في التمسك بالتحكيم هو فقط من كان طرفا في اتفاقية التحكيم واستثناءا يجوز للدائن استعمال حقوق مدينه وذلك عن طريق الدعوى المباشرة، وهذه الدعوى يكون مصدر الحق فيها نص القانون، لذلك سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريفها وتطبيقاتها العملية.

الفرع الأول: تعريف الدعوى المبـاشرة

تتمثل الدعوى المباشرة في حق الدائن في استيفاء حقه مباشرة من مدينه دون مزاحمة دائني هذا الأخير والدعوى المباشرة تخول لصاحبها حقا مباشرا وشخصيا على مدين مدينه.[2]
ومن هنا فإن الدعوى المباشرة تعتبر خروجا على القواعد العامة من ناحيتين وهما:

1- تمثل خروجا على مبدأ نسبية العقد، إذ يمكن لشخص أجنبي عن العقد أن ينتفع من عقد لم يكن طرفا فيه عن طريق اكتساب حق مباشر من هذا الحق.

2- كما تمثل خروجا على مبدأ المساواة بين الدائنين العاديين ، فمقتضى هذه الدعوى يستأثر الدائن على الدين الذي في ذمة مدينه.[3]

ولما كانت الدعوى المباشرة تتضمن إخلالا بالقواعد العامة سواء مبدأ نسبية العقد أو مبدأ المساواة بين الدائنين فإنها لا تثبت إلا بنص تشريعي خاص.

1 - باسمة لطفي دباس، مرجع سابق، ص ص 503-504.
2 - علي فيلالي، مرجع سابق ، ص344.
3 - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص ص234-235.

فالدعوى المباشرة هي دعوى يرفعها الدائن على مدين مدينه باسمه الشخصي ولحسابه الخاص،[1]بالرغم من أن هذا الدين نشأ عن عقد لم يكن الدائن صاحب الدعوى المباشرة طرفا فيه وذلك بخلاف الدعوى غير المباشرة التي يطالب فيها الدائن بحقوق مدينه و يرفعها باسم المدين و نيابة عنه.[2]

وبتطبيق القواعد المتقدمة على اتفاقية التحكيم فإن الدعوى المباشرة التي يرفعها الدائن باسمه ولحسابه يعد فيها بمثابة دائن لمدين مدينه مباشرة، إلا أنه ليس من شأنها أن تجعل هذا الدائن طرفا في اتفاقية التحكيم المبرمة بين المدين ومدينه في شأن ما ترد عليه الدعوى، إذ يظل أجنبيا عن هذا الاتفاق ومن ثم لا يلتزم بها ويرجع ذلك إلى أنه وإن كان محل حق الدائن هو الحق ذاته الذي يكون لمدينه قبل مدين المدين إلا أن كلا الحقين يظل مع ذلك مستقلا عن الآخر من حيث مصدره فحق الدائن الذي يعطيه القانون الدعوى المباشرة قبل مدين مدينه مصدره القانون، في حين مصدر الحق الذي يرد عليه هذا الحق المباشر قد يكون تصرف قانوني أو واقعة قانونية أو نص قانوني.[3]

الفرع الثاني: تطبيقات الدعوى المباشـــرة

كما رأينا فإن الدعوى المباشرة مصدر الحق فيها نص القانون، وفي كل الأحوال فهي تنشأ حقا مباشرا في إعمال اتفاقية التحكيم من طرف الدائن في مواجهة مدين مدينه، في المقابل لا تعتبر اتفاقية التحكيم التي يبرمها مدينه ملزمة له ومن أمثلتها:

دعوى المقاول من الباطن ضد رب العمل للمطالبة بما هو مستحق له قبل المقاول الأصلي وهذا ما تنص عليه المادة 565 من القانون المدني الجزائري، لنفرض أن هناك عقد مقاولة طرفاه هما صاحب العمل والمقاول، وعقد مقاولة من الباطن طرفاه المقاول والمقاول من الباطن وأن أحد العقدين عقد المقاولة وعقد المقاولة من الباطن مدرج فيه شرط تحكيم غير مشار إليه في الآخر، فإذا لم يقم المقاول من الباطن بتنفيذ التزاماته في عقد المقاولة من الباطن، وأراد صاحب العمل أن يرجع مباشرة على المقاول من الباطن بالضمان أو أن

1 – بلحاج العربي، مرجع سابق، ص234.

2 – باسمة لطفي دباس، مرجع سابق، ص 494.

3 – باسمة لطفي دباس، مرجع سابق، ص ص495–496.

يطالبه بالتنفيذ أو أن يرجع عليه بالتعويض له أن يلجأ إلى شرط التحكيم المنصوص عليه في عقد المقاولة من الباطن رغم أنه ليس طرفا فيه، بناءا على نص قانوني يخوله هذا الرجوع مباشرة، وهذا ما تقتضيه الدعوة المباشرة.

وكذلك الشأن بالنسبة لدعوى المؤجر قبل المستأجر من الباطن للمطالبة بالأجرة المستحقة له قبل المستأجر الأصلي وهذا بنص المادة 507 من القانون المدني الجزائري حيث تخول هذه المادة للمؤجر الرجوع مباشرة على المستأجر من الباطن رغم أنه لم يكن طرفا في العقد ودعوى المضرور في حالة التأمين من المسؤولية في الرجوع على المؤمن مباشرة للمطالبة بما هو مستحق له من تعويض قبل المسؤول.[1]

المبحث الثاني: امتداد اتفاقية التحكيم بتوسيع نطاقها

إن طبيعة المعاملات التجارية تفرض حالات عملية لامتداد أثر اتفاقية التحكيم تخرج من دائرة القواعد العامة في نظرية الالتزامات، وذلك بهدف تسوية نزاعات التجارة الدولية من خلال امتدادها إلى أطراف أخرى وعقود أخرى ترتبط بالمعاملة التجارية كما هو الحال في مجموعة الشركات ومجموعة العقود والمجموعات العامة ومن خلال هذا المبحث سندرس هذه الحالات في ثلاث مطالب.

المطلب الأول: امتداد آثار اتفاقية التحكيم في مجموعة الشركات

إن التطور الاقتصادي وسرعة المعاملات التجارية دفعت إلى ظهور العديد من التنظيمات الاقتصادية المواكبة للعصر، من بين هذه التنظيمات مجموعة الشركات التي تهدف إلى تنفيذ المشروعات الاقتصادية الضخمة، والتي تلجأ في تنفيذها إلى الأخذ باتفاقية التحكيم، والتساؤل الذي يطرح هل أثر اتفاقية التحكيم يمتد من إحدى الشركات إلى شركة أخرى؟ وللإجابة على هذا التساؤل ارتأينا تعريف مجموعة الشركات وتبيان موقف الفقه والقضاء من امتداد اتفاقية التحكيم في مجموعة الشركات.

1 – منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص 142.

الفرع الأول: تعريف مجموعة الشركـــات

يمكن تعريف مجموعة الشركات (groupe de sociétés) بأنها نظام قانوني يضم عددا من الشركات تتميز بإتحادها من الناحية الاقتصادية واستقلالها من الناحية القانونية.[1]

فما يجمع هذه الشركات إذن هو المصلحة الاقتصادية حيث تسعى هذه الشركات في مجموعها إلى تحقيق غرض مشترك، فهي ترتبط ببعضها البعض من الناحية الاقتصادية وتبدوا كأنها كيان اقتصادي واحد، إلا أنها مع ذلك تظل مستقلة من الناحية القانونية، إذ يبقى لكل شركة شخصيتها القانونية المستقلة، ويتم تنظيم الروابط بين شركات المجموعة إما من خلال علاقة نظامية بين الشركة الأم والشركات الوليدة أو من خلال علاقة تعاقدية تتم باتفاق بينها.[2]

وإذا كانت فكرة مجموعة الشركات لم تصل على وجه التحديد إلى حالة المجموعة القانونية بسبب اختلاف الأشكال وتنوعها، فإنه بمقتضاها يتجه عدد معين من الشركات إلى تقريب أنشطتها، سواء في المسائل الصناعية أو المالية أو التجارية عن طريق فروعها أو عن طريق دور الشركات في المساهمة لوجود التماثل في المجموعات، وعلى ذلك إذا كان شرط التحكيم قد أدرج في الاتفاق المبرم بين إحدى شركات المجموعة مع الغير فإنه يحتج به على شركة أخرى في المجموعة تسهم في العملية الاقتصادية.[3]

وتتخذ مجموعة الشركات أنواعا مختلفة فمنها مجموعة الشركات المالية، مجموعة الشركات الشخصية ومجموعة الشركات التعاقدية وهي الأكثر ذيوعا في العمل ومثالها المشروعات المشتركة سواء قامت على تنفيذ مشروع معين أو أكثر أو لتحقيق نوع من التكامل والتعاون الدائم، كأن تتعاقد شركة في مجال الإنتاج مع أخرى في مجال التوزيع.[4]

1 – أحمد مخلوف، مرجع سابق، ص 232.

2 – باسمة لطفي دباس، مرجع سابق، ص514.

3 – منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص138–189.

4 – أحمد مخلوف، مرجع سابق، ص233.

الفرع الثاني: موقف القضاء والفقـــه من امتـــداد اتفاقية التحكيـــم في مجموعة الشركـــات

نظرا لوجود ارتباط بين شركات المجموعة وتداخل بعض شركات المجموعة في تنفيذ المشروعات والعقود التي تبرمها إحداها، وهو الأمر الذي أثار خلاف لدى التوجه القانوني حول مدى إمكانية امتداد اتفاقية التحكيم لباقي شركات المجموعة والتي لم توقع على هذا الاتفاق ولكن اشتركت بصورة ما في مراحل تنفيذ العقد، وفي هذا الصدد ينقسم الفقه والقضاء إلى اتجاهين، اتجاه ذهب إلى عدم امتداد اتفاقية التحكيم، بينما ذهب اتجاه آخر إلى القول بأن اتفاقية التحكيم تسري في مواجهة باقي الشركات .

أولا: عدم امتداد اتفاقية التحكيم في مجموعة الشركات

يذهب جانب من الفقه.[1] إلى أن شرط التحكيم الذي تبرمه إحدى الشركات لا يلزم باقي شركات المجموعة، تأسيسا على أنه وإن كانت شركات المجموعة يجمعها وحدة المصلحة الاقتصادية، إلا أنها مع ذلك تتمتع باستقلال قانوني، حيث يتمتع كل منها بشخصية قانونية مستقلة.

بالإضافة إلى أن القول بامتداد اتفاقية التحكيم يتعارض مع أهم شرط في اتفاقية التحكيم وهو رضا الأطراف في اتخاذ طريق التحكيم كوسيلة لحسم منازعاتهم بدلا من قضاء الدولة.

وقد عبر أحد أحكام التحكيم عن هذا الاتجاه برفضه امتداد شرط التحكيم من الشركة الوليدة إلى الشركة الأم، تأسيسا على أن الشركتين المكونتين للمجموعة تشكلان وحدتين متميزتين لكل منهما شخصية قانونية مستقلة، قادرة على أن تتعهد بالتزاماتها بوجه منفصل عن الشركة الأخرى ، مما لا يسري معه آثار التزام أحدهما اتجاه الآخر.[2]

كما يرى هذا الاتجاه رفض مد اتفاقية التحكيم الواردة في أحد العقود إلى أطراف عقد آخر مؤسسا ذلك على الأخذ بتفسير ضيق لاتفاقية التحكيم، إذ يجب البحث عن الإرادة

1 – باسمة لطفي دباس، مرجع سابق، ص516.

2 – احمد مخلوف، مرجع سابق، ص235.

الحقيقية في المساهمة في التحكيم ويستبعد إمكانية إلزام الشركة إذا لم تتجه إرادتها إلى ذلك وهذا التفسير يتطابق والبعد العقدي للتحكيم، أي يتوافق والنشأة الاتفاقية للتحكيم.[1]

وخلاصة القول أن هذا الاتجاه ذهب إلى عدم امتداد اتفاقية التحكيم لباقي شركات المجموعة استنادا لمبدأ سلطان الإرادة واستقلالية كل شركة عن الأخرى من الناحية القانونية والتفسير الضيق لاتفاقية التحكيم.

ثانيا: امتداد اتفاقية التحكيم في مجموعة الشركات

يستند جانب من الفقه[2]إلى فكرة القبول الضمني للقول بامتداد شرط التحكيم في مجموعة الشركات، فالاشتراك في مشروع عام وإنشاء شبكة مغلقة من العلاقات التعاقدية وتعاون شركات المجموعة الواحدة، يمكن أن يفترض معه القبول الضمني لشرط التحكيم.

وقد قضت محكمة باريس في أحكامها الصادرة بتاريخ 28،30 نوفمبر سنة 1988 14 فبراير سنة 1989 أن شرط التحكيم المدرج في عقد دولي يكون له صحته وفاعليته الخاصة وهو يمتد بطبيعته مباشرة إلى الأطراف الذين يتضمنهم في تنفيذ العقد وفي المنازعات التي تنشأ عنه، ومنذ ذلك الحين فإن مراكزهم القانونية وأنشطتهم يفترض أنها قبلت شرط التحكيم الذين يعلمون وجوده ونطاقه رغم أنهم لم يوقعوا على العقد الذي ورد به هذا الشرط. [3]

كما استند هذا الاتجاه إلى فكرة الإرادة الظاهرة وذلك عند تفاوض ممثل الشركة على العقد المتضمن شرط التحكيم يخلق لدى المتعاقد الآخر الاعتقاد بأن العقد وما تضمنه ملزم لكل أعضاء المجموعة.[4]

والواقع أن الاتجاه الرامي إلى امتداد اتفاقية التحكيم هو الاتجاه الأرجح فقها وقضاءا باعتباره هو الذي يعطي الأمان القانوني للعلاقات التجارية الدولية، وتكشف لنا أحكام

1 – محمد نور شحاته، مرجع سابق، ص76.

2 – باسمة لطفي دباس، مرجع سابق ، ص517.

3 – منير عبد المجيد، مرجع سابق ، ص139.

4 – محمد نور شحاته، مرجع سابق، ص77.

التحكيم التجاري الدولي عن فروض عديدة لتطبيق امتداد اتفاقية التحكيم في مجموعة الشركات يمكن نلخصها في الحالات الآتية:

1- حالة امتداد اتفاقية التحكيم التي تبرمها الشركة الأم وفروعها أو الشركة الأم والشركة التابعة لها

إذا أبرمت الشركة الأم اتفاقية تحكيم عن عمل يتعلق بالفرع، فإنه يعتبر ملزما لها وللفرع، إذ الفروع لا تتمتع بشخصية اعتبارية مستقلة، أما إذا ابرم الفرع اتفاق تحكيم وكان نظام الشركة يجيز له ذلك، فإنه في الواقع يبرمه نيابة عن الشركة وتسري آثار الاتفاق في مواجهة الشركة وليس للفرع التمسك إلا نيابة عن الشركة.[1]

وقد قضت محكمة استئناف باريس في 21 أكتوبر 1983 بلزوم شرط التحكيم الذي قبلته صراحة بعض شركات المجموعة الشركات الأخرى التي لعبت دورا في إبرام وتنفيذ وفسخ العقود التي تتضمن هذا الشرط، وذلك لتوافر الإرادة المشتركة لجميع الخصوم كما لو كانت أطراف حقيقية في هذه العقود باعتبار العقل المفكر فيها، وقد أكدت محكمة استئناف Pau في21 نوفمبر1986 القضاء السابق بانصراف شرط التحكيم التي ارتضته صراحة الشركة الوليدة إلى الشركة الأم التي لعبت دورا مهما في إبرام العقد و تنفيذه.[2]

2- حالة امتداد اتفاقية التحكيم عند الاشتراك في كونسورسيوم أو في نشاط اقتصادي واحد

إذا اشتركت عدة شركات في نشاط اقتصادي واحد أو كونت بينها اتحاد "كونسورسيوم" لمباشرة هذا النشاط الذي تعجز شركة واحدة عن تنفيذه إذ هذه الاتفاقات ليس لها هوية قانونية بذاتها وإنما جاءت كنتيجة لتطور صناعة الإنشاءات الدولية، فهل تسري اتفاقية التي تبرمها إحدى هذه الشركات مع الغير في مواجهة باقي الشركات؟

1 – فتحي والي، مرجع سابق، 175.

2 – احمد إبراهيم عبد التواب، مرجع سابق، ص ص318-319.

فقد ذهب القضاء الفرنسي إلى سريان الاتفاق في مواجهة باقي الشركات، واستندت محكمة استئناف باريس في ذلك إلى الإرادة المشتركة لهذه الشركات في جميع الاتفاقات التي توقعها إحداها ولو لم يقم بعضها بالتوقيع.[1]

وهو نفس الاتجاه الذي سار فيه حكم هيئة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس والصادر في 16 سبتمبر 1983 في القضية رقم4357، وقد قضى بأن للشريك في الكونسورسيوم باعتبارها شركة واقع أن يلجأ إلى التحكيم وفقا لشرط التحكيم في عقد المقاولة المبرم مع الكونسورسيوم، وأيضا حكم هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية في 26 يناير 1984.[2]

إن امتداد اتفاقية التحكيم تشكل ضمانة للمتعاملين في مجال التجارة الدولية في تعاقداتهم التي تتم مع بعض الشركات الوليدة التي تخل بالتزاماتها التعاقدية، إذ يمكنهم الرجوع في هذه الحالة على الشركة الأم بما تتمتع به من ملاءة، تمثل بالنسبة لهم ضمانا قويا ينعكس في النهاية على مصالح التجارة الدولية وازدهارها .[3]

وفي الأخير إن امتداد اتفاقية التحكيم الواردة في العقد مع أفراد المجموعة إلى باقي المجموعة ليس إلا نتيجة لإرادة الأفراد الذين تجمعهم رابطة واحدة وهدف اقتصادي واحد.

المطلب الثاني: امتداد آثار اتفاقية التحكيم في مجموعة العقود

عندما تكون العلاقات التجارية متشابكة فيما بينها بهدف تحقيق عملية واحدة نكون أمام حالة مجموعة من العقود، فإذا وجدت اتفاقية تحكيم في أحد تلك العقود دون بقية العقود الأخرى المرتبطة بإنجاز مشروع معين فهل يمتد أثرها إلى عقد آخر لم يتضمن الإحالة إلى اتفاقية التحكيم الواردة في العقد الأول؟

1 – فتحي والي، مرجع سابق، 173.

2 – المرجع نفسه، ص173.

3 – باسمة لطفي دباس، مرجع سابق، ص521.

الفرع الأول: تعريف مجموعـــة العقـــود

العقود التي تبرم متتابعة كسلسلة واحدة أو متزامنة في آن واحد بهدف تحقيق هدف واحد هو تنفيذ عملية عقدية واحدة ترتبط فيما بينها برباط واحد تجعلها متحدة في مصيرها.[1]

ويمكن تعريف مجموعة العقود بأنها: ترابط عدة عقود معينة، سواء بسبب موضوعها أو بسبب أشخاصها لتحقيق عملية تجارية معينة.[2]

وقد اتجه الفقه الفرنسي الحديث إلى دراسة هده الظاهرة في صورتيها تحت مسمى مجموعات العقود، وقد كشفت هذه الدراسة عن وجود نوع من التبعية المتبادلة أحيانا والمنفردة أحيانا أخرى، بين عقود المجموعة العقدية الواحدة، يجعل منها كلا واحدا يصعب الفصل بين وحداته من الناحيتين الاقتصادية والقانونية، وهذا ما يجعل من أطراف كل عقد من العقود المكونة للمجموعة أطرافا في الكل التي تمثله المجموعة، خلافا لما يفرضه مبدأ نسبية أثر العقد بمفهومه التقليدي.[3]

كما يرى الأستاذ Nerét: المجموعة العقدية تدور حول مصلحة اقتصادية واحدة، مما يجعل كل طرف بأي من هذه العقود طرفا في عقد آخر، وعلى ذلك فإنه من يدخل في تجمع عقدي يعد قد ارتضى ضمنا بكل النتائج المترتبة على كل ما أبرم من عقود، فيعتبر من ثم كما لو كان طرفا فيها في حدود ما يلتزم به في مواجهة الآخرين وما يستفيد منه بشأنها.[4]

إن حالة وجود سلسلة من العقود المستقلة تفترض وجود مجموعة من العقود المستقلة في كيانها الظاهري ولكنها مترابطة فيما بينها من الناحية الاقتصادية وهذا الترابط سببه إما وحدة الموضوع أو لوجود عنصر التبعية، وكمثال على سلسلة العقود التي تنشأ نتيجة وحدة الموضوع العقود الناقلة للملكية أما التي تنشأ نتيجة التبعية عقود المقاولة من الباطن، ففي

1 – محمد نور شحاته، مرجع سابق، ص74.

2 – أحمد مخلوف، مرجع سابق، ص245.

3 . مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 495.

4 – محمد نور شحاته، مرجع سابق، ص74.

مجموعة العقود من المتصور سريان البند التحكيمي المدرج في العقد الأساسي في العقود اللاحقة، ومرد ذلك إلى دور المتعاقدين اللاحقين في إثارة أو تنفيذ الموجبات الأساسية الواردة في العقد الأساسي.

الفرع الثاني: كيفية امتداد اتفاقية التحكيم في مجموعة العقود

تأخذ مجموعة العقود شكلين: عقود تجمعها وحدة الموضوع، وعقود تجمعها وحدة الأشخاص (سلسلة العقود) وسنبين امتداد اتفاقية التحكيم في كل شكل على حدى.

أولا: كيفية امتداد اتفاقية التحكيم في مجموعة العقود التي تقوم على فكرة وحدة الموضوع

هذه العقود يكون الارتباط بينها موضوعيا، أي يتعلق بالطبيعة الواحدة لموضوع تلك العقود، إذ أنها تهدف إلى تحقيق نفس العملية التجارية،[1] ويبرز هذا جليا في مشروعات التجارة الدولية الكبيرة والتي نظرا لضخامتها وتعقيدها يصعب أن يتم تنفيذها من خلال العقد الأساسي وحده، وإنما لابد من إبرام عدة عقود أخرى تلي هذا العقد تنفيذا للجوانب المختلفة للمشروع.[2]

ومن أمثلة هذه العقود نذكر منها عقود الإنشاءات، حيث نجد عقد المقاولة الأصلي وعقد المقاولة من الباطن، وكذلك عقود نقل التكنولوجيا وعقود التوريد والتوزيع.....إلخ.[3]

وامتداد اتفاقية التحكيم في مجموعة العقود التي تقوم على فكرة وحدة الموضوع تأخذ عدة صور مختلفة نذكر من بينها صورتين:

الصورة الأولى: إذا ورد اتفاق الحكيم في العقد الأصلي، ففي هذه الحالة تمتد اتفاقية التحكيم إلى بقية العقود الأخرى، باعتبار أنها جاءت تنفيذا لهذا العقد أو بالإشارة إليه،[4] وهنا لا تثور أي صعوبة، ومن التطبيقات العملية لامتداد شرط التحكيم في مثل هذه الحالة الحكم الصادر من القضاء الفرنسي في دعوى شركة (Samin)،"إذ تعاقدت إحدى الشركات الفرنسية

1 – باسمة لطفي دباس، مرجع سابق، ص505.

2 – احمد مخلوف، مرجع سابق، ص245.

3 – باسمة لطفي دباس، مرجع سابق، ص506.

4 – احمد مخلوف، مرجع سابق، ص246.

(Sofremines) مع الشركة العربية للمناجم على إعادة تشغيل منجم الكبريت والنحاس بموريتانيا وفي سبيل ذلك: فقد تم إبرام عقدين أساسيين، الأول في 16 نوفمبر 1982 ويهدف إلى دراسة المشروع، والثاني في 21 ديسمبر 1983 ويهدف إلى تشغيل المنجم، وقد تضمن كل من هذين العقدين شرط تحكيم غرفة التجارة الدولية على أن يكون مكان التحكيم بجنيف وفي فترة لاحقة، أبرمت عدة عقود أخرى بين الطرفين لتنظيم العائد المادي لاستغلال المنجم، لم يتضمن أيا منها شرط التحكيم، وعلى إثر نزاع نشب بين الطرفين ، قامت الشركة الفرنسية برفع دعوى أمام محكمة (Bobigny) التجارية اعتمادا على أن النزاع الحاصل كان بشأن أحد العقود التي تتضمن شرط التحكيم، غير أن الحكمة المذكورة قررت في الحكم الصادر عنها بتاريخ 29 مارس 1990 عدم اختصاصها بنظر الدعوى لامتداد شرط التحكيم للعقد الوارد بشأنه النزاع.[1]

الصورة الثانية: أن يرد شرط التحكيم في أحد العقود المنفذة للعقد الأصلي دون أن يتضمنه هذا الأخير، وهذه الحالة قد أثير بشأنها خلاف فقهي، حيث ذهب البعض إلى وجوب تفسير إرادة الأفراد في كل حالة على حدة لمعرفة إرادتهم الحقيقية من اتفاقية التحكيم.

ويرى اتجاه آخر أن امتداد شرط التحكيم يجب أن يكون مبنيا على أسباب قانونية يستطيع قضاء الدولة أو قضاء التحكيم أن يتحقق من توافرها وأهم هذه الأسباب أن ترد اتفاقية التحكيم في إطار تنفيذ نفس العملية التجارية الدولية، فإذا تحقق ذلك كان امتدادها واجبا إلى بقية المجموعة.[2]

وعليه فإن اتفاقية التحكيم في مجموعة العقود تمتد إلى جميع عقود المجموعة التي يسعون من خلالها إلى تحقيق غاية مشتركة أي وحدة الموضوع.

1 – باسمة لطفي دباس، مرجع سابق، ص 507.

2 – احمد مخلوف، مرجع سابق، ص 247.

ثانيا: كيفية امتداد اتفاقية التحكيـم في مجموعة العقود المبرمة بين نفس الأطـــراف (سلسلة العقود)

وهذه العقود يكون الارتباط بينها شخصيا، حيث تبرم بين نفس الأطراف سلسلة من العقود تتصل بالعلاقات التعاقدية المعتادة بينهم وتدور حول نفس المسائل أو مسائل متشابهة.[1]

لقد اتجه القضاء للقول بامتداد اتفاقية التحكيم الواردة في أحد عقود السلسلة العقدية إلى العقود اللاحقة والتي لا تتضمن مثل هذا الاتفاق وهذا ما أكده القضاء الفرنسي الذي أصدر أمر بتنفيذ حكم تحكيم صادر عن جمعية التحكيم الأمريكية ضد شركة فرنسية امتنعت عن تنفيذ هذا الحكم، بدعوى أن شرط التحكيم لم يكن مدرجا في العقد محل النزاع[2] وتتلخص وقائع القضية التي صدر فيها هذا الحكم "في أن شركة(Sorvia) الفرنسية التي تعاقدت على شراء كمية من اللحوم المجمدة من الشركة الأمريكية (Weinstein) بموجب عقدين أبرم الأول في يوليو1979 والثاني في أغسطس من نفس العام، وعلى إثر الشحنة الأولى وظهور عدم مطابقتها للمواصفات المتفق عليها أخطرت الشركة الفرنسية الطرف الأمريكي بتأجيل إرسال الشحنة الثانية لحين فض النزاع بخصوص الشحنة الأولى، ولكن الإخطار وصل متأخرا حيث كانت الشركة الأمريكية قد أرسلت تلك الشحنة، فرفضت الشركة الفرنسية استلامها مما اضطرت الشركة الأمريكية إلى بيعها بثمن أقل، واتخاذا إجراءات التحكيم ضد الشركة الفرنسية، حيث حصلت على حكم لمصلحتها بتعويض الفارق من الثمن المتفق عليه والثمن الذي بيعت به الشحنة بالإضافة إلى الفوائد القانونية. [3]

وعند تنفيذ حكم التحكيم بفرنسا، طعنت الشركة الفرنسية في الأمر الصادر بتنفيذه على أساس أن العقد الصادر بشأنه الحكم لم يكن يتضمن اتفاقية تحكيم، غير أن محكمة باريس في حكمها الصادر في 25 مارس 1983 رفضت هذا الطعن على أساس امتداد اتفاقية التحكيم مقررة أنه: إذا كان العقد محل النزاع لم يتضمن شرط التحكيم، فإن العقد

1 – باسمة لطفي دباس، مرجع سابق، ص 511.

2 – احمد مخلوف، مرجع سابق، ص 251.

3 – باسمة لطفي دباس، مرجع سابق، ص 512.

الآخر الذي تم إبرامه بين نفس الأطراف من نفس طبيعة الصفقة قد احتوى على مثل هذا الاتفاق.[1]

هذا وقد أخذ بسريان اتفاقية التحكيم في حق الغير في المجموع العقدي قضاء التحكيم الدولي في حالة إبرام سلسلة من العقود بين طرفين ذات موضوع واحد وعمليات تجارية متجانسة ومتشابهة مثل عقود توريد الغلال والمواد الغذائية ويحدث ألا يتضمن أحد هذه العقود اتفاقية التحكيم رغم وجوده في باقي العقود وفي العلاقات التعاقدية السابقة بينهما استقر القضاء على امتداد اتفاقية التحكيم في العقود التي لا تتضمنها وفقا لسابقة التعامل مع الأطراف والعرف السائد، وبذلك تحقق اتفاقية التحكيم بهذا الامتداد مصالح كبيرة للتجارة الدولية.

المطلب الثالث: امتداد أثار اتفاقية التحكيم في المجموعات العامة

عند التعاقد مع إحدى المؤسسات أو الهيئات العامة التابعة للدولة وتضمين هذه العقود باتفاقية التحكيم تثار بعض الإشكالات والتساؤلات عن مدى امتداد اتفاقية التحكيم التي تبرمها هذه الأجهزة والهيئات التابعة للدولة في مواجهة الدولة ذاتها.

الفرع الأول: التمييز بين العقود التي تبرمها الدولة حول الصفة التي تتمتع بها عند التوقيع على العقد المتضمن اتفاقية تحكيم

العقد الإداري الدولي هو تصرف قانوني تبرمه الإدارة بصفتها سلطة عامة، مع شخص معنوي أو طبيعي تابع لدولة أخرى بقصد إنشاء أو إدارة مرفق عام، بهدف تحقيق مصلحة عامة من خلال تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية في الدولة، حيث يترتب عليها انتقال الأموال أو الخدمات محل التعاقد عبر الحدود باعتبارها تتصل بمصالح التجارة العالمية .[2]

1 – باسمة لطفي دباس، مرجع سابق ، ص ص512–513.

2 – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، ط 1، المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية، 2015، ص137.

ووفقا لنص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري أنه لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية وفي إطار الصفقات العمومية ونستنتج من هذا النص أن المشرع الجزائري أجاز بنص صريح للدولة وهيئاتها العامة طلب التحكيم في علاقاتها الدولية.

بعد تعريف العقد الإداري الدولي وتأكيد مشروعية التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري وجب التمييز بين العقود التي تبرمها الدولة حول الصفة التي تتمتع بها عند التوقيع على العقد المتضمن اتفاقية تحكيم، وسنتبع في ذلك معيار الرقابة للتمييز بين هذه الصفة وتلك:

إذا كانت الرقابة التي تمارسها الدولة على الهيئة العامة رقابة رئاسية فإن الدولة تكتسب صفة المتعاقد، أما إذا كانت الرقابة وصائية فإن الذي يكتسب هذه الصفة هي الجهة المشمولة بالرقابة، والرقابة الوصائية يقف دورها عند رقابة العمل الذي تقوم به الهيئة العامة من حيث المشروعية دون التدخل في سلطتها التقديرية ومن بين الوسائل الرقابة التي تمارسها الدولة على الهيئات العامة : التصريح، التصديق، والتعديل، والإيقاف.[1]

من خلال ما تقدم نستنتج أن مجرد الإمضاء على العقود التي تبرمها الهيئات والأجهزة التابعة للدولة من طرف الدولة ليس كافيا للقول أنها طرفا في اتفاقية التحكيم بل يجب أن تكون لها سلطة رئاسية مباشرة على المشروع المتضمن هذه العقود حتى تكتسب صفة المتعاقد.

الفرع الثاني: مدى امتـــداد اتفاقية التحكيم في عقـود الدولة عند لجـــوء هيئاتها إلى التحكيم

إن امتداد اتفاقية التحكيم يقوم على فكرة مجردة وهي الحقيقة الاقتصادية الواحدة فإذا كان هناك ترابط بين عقدين لتنفيذ مشروع اقتصادي واحد، فإن اتفاقية التحكيم تمتد تلقائيا.

1 – أحمد مخلوف، مرجع سابق، ص ص 353،335،334.

ويذهب الاتجاه الغالب في الفقه إلى أن شرط التحكيم المبرم بواسطة المؤسسات والهيئات العامة لا يمتد إلى الدولة ولا تلتزم به، فلا يجوز إلزام الدولة باتفاقية التحكيم الذي قبلته إحدى المؤسسات أو الهيئات العامة التابعة لها مادامت لم تعبر عن إرادتها الواضحة والصريحة في قبول هذا التحكيم، إذ يرى البعض [1] أن:" قبول الدولة الالتجاء إلى التحكيم لا يفترض، بل يجب أن يبنى على إرادة صريحة مكتوبة لا تحتمل الشك، كما يجب التمييز بين الدولة وهيئاتها العامة، فمجرد قبول إحدى الهيئات العامة حل منازعاتها بطريق التحكيم لا يجوز أن يمتد تلقائيا إلى إلزام الدولة بذلك، طالما أن لهذه الهيئات العامة شخصية قانونية مستقلة، فمن المستقر عليه الآن تطبيق مبدأ انفصال الذمة المالية للدولة والهيئات العامة"

وكان مجمع القانون الدولي قد أكد في قراره الصادر سنة 1989 على عدم المسؤولية المباشرة للدولة عند لجوء الأجهزة التابعة لها إلى التحكيم، فقد نصت المادة السابعة من هذا القرار على أن : "موافقة الهيئة الحكومية على التحكيم لا تنطوي في حد ذاتها على موافقة الدولة أن تكون طرفا في التحكيم"[2]

ومن التطبيقات العملية حول امتداد اتفاقية التحكيم في عقود الدولة أثيرت العديد من القضايا التحكيمية بهذا الشأن .

ففي قضية هضبة الأهرام تم القضاء بأن توقيع وزير السياحة عن عقد بين المستثمر وإحدى هيئات القطاع العام في ذيل العقد بعد وضعه عبارة نظر ويعتمد لا تجعل من الحكومة المصرية طرفا في العقد وإنما يعتبر نوع من الوصاية والرقابة التي تمارسها على الأنشطة التي تتم في المناطق التاريخية والأثرية.[3]

أما في قضية "وست لاند" ضد الدول العربية الأربعة المشتركة في إنشاء الهيئة العربية للتصنيع وهي: مصر، السعودية والإمارات وقطر، فقد تعاقدت الهيئة العربية للتصنيع

1 – بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية في منازعات عقود الاستثمار الدولية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2009، ص120.

2 – المرجع نفسه،ص 129.

3 – مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 450.

مع شركة "وست لاند" على مشروع لإنتاج طائرات الهيلكوبتر، وقد نص هذا الاتفاق على شرط التحكيم، فلما انسحبت الدول العربية الثلاثة المشتركة مع مصر في الهيئة في أعقاب اتفاق "كامب ديفيد" بين مصر وإسرائيل وتم إيقاف المشروع، لجأت شركة "وست لاند" إلى غرفة التجارة الدولية بباريس، إعمالا لاتفاقية التحكيم، وتمسكت في الوقت نفسه بمسؤولية الدول الأربعة المنشئة لهيئة التصنيع عن تعويضها عن الأضرار التي لحقتها من جراء إيقاف المشروع،[1] أمام محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في باريس وباعتبار أن الدول الأعضاء انسحبت بسبب تصرف مصر، وجدت مصر نفسها وحدها أمام هذه المحكمة متمسكة بانعدام الصفة كونها لم تكن طرفا في الاتفاق مع الشركة البريطانية "وست لاند" وأن الطرف الواجب مقاضاته هو الهيئة العربية للتصنيع،[2] وقد انتهت هيئة التحكيم إلى أن وضع الهيئة العربية للتصنيع يشبه وضع شركة التضامن، من ناحية أن الدول المشتركة فيها لم تسع إلى الاختفاء كلية وراء الشخصية المعنوية للهيئة، وإنما حرصت على أن تمارس فيها دور الأطراف المسؤولة من خلال لجنة وزارية مشتركة تتولى تنفيذ السياسة العامة للهيئة ومن ثم فقد أقرت هيئة التحكيم بمسؤولية هذه الدول عن الأضرار التي لحقت بالشركة.[3]

مما أدى إلى الدول الأعضاء إلى الطعن في الحكم التحكيمي أمام محكمة جنيف وقد انتهت المحكمة الفيدرالية إلى أن الهيئة العربية للتصنيع تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدول الأعضاء فيها، وهو ما يتأكد من الاطلاع على نظامها القانوني بالإضافة إلى ما يخوله لها من سلطة التقاضي والاتفاق على التحكيم ، وهو ما حدا بها إلى الحكم بأن الدول الأربعة المؤسسة للهيئة لا تعد طرفا في العقد المبرم بين الهيئة وبين شركة "وست لاند".[4]

1 – بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص123.

2 – محمد بن عمر، أثر التحكيم على العقود الإدارية في التشريع الجزائري والمقارن– الصفقات العمومية نموذجا ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الإداري، كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، الجزائر 2015/2014، ص62.المنشورة على الموقع الالكتروني www. these.univ-msila.dz 22/05/2017، 10:10.

3 – بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص123.

4 – المرجع نفسه، ص124.

خلاصة ما تقدم فإنه لا يجوز مد أثر اتفاقية التحكم التي تبرمها الهيئات أو المؤسسات التابعة للدولة في مواجهة الدولة ذاتها، فالهيئات العامة التابعة للدولة لا تملك أن تقيد الدولة بما تبرمه من اتفاقات، وأن تحمل الدولة بشرط تحكيم لم تقبله لمجرد تضمنه في عقد أبرمته إحدى هذه الهيئات، فمجرد الرقابة التي تمارسها الدولة على مثل هذه الهيئات المتمتعة بالشخصية القانونية لا تكفي للقول بمد أثر اتفاقية التحكيم التي تبرمها هذه الأخيرة في مواجهة الدولة ذلك أن إرادة الأطراف في مجال التحكيم هو القانون الأساسي للأطراف ومن ثم فإن قبول الدولة حل النزاع بالتحكيم لا يجوز أن يكون قائما على مجرد افتراض بل يجب أن يكون صريحا ومؤكدا وواضحا.

مما تقدم نستنتج أن مبدأ نسبية اتفاقية التحكيم يرد عليه استثناءات منها ما نجده في القواعد العامة لنظرية العامة للالتزامات ومنها ما يفرضها الواقع العملي والضرورة في توسيع نطاق اتفاقية التحكيم.

ففي القواعد العامة لنظرية الالتزامات نجد أن العقد أو اتفاقية التحكيم ينشئ حقا لصالح الغير دون ترتيب إلتزام، وهذا بتدخل القانون لحماية الغير مخالفا بذلك لمبدأ نسبية العقود والتي تقضي بأن الغير يبقى أجنبيا عن العقد، وتتمثل هذه الإستثناءات في الاشتراط لمصلحة الغير حيث يكتسب الغير المنتفع حقا مباشرا اتجاه المتعهد وبذلك إمكانية الغير في استعمال هذا الحق وإعمال اتفاقية التحكيم، أما في حالة التعهد عن الغير فمقتضى هذا العقد يتعهد شخص بأن يحمل شخص أجنبي على قبول التعهد، فإذا قبل الغير لهذا التعهد فإن اثر الاتفاق يمتد إليه، وكذلك بالنسبة للدعوى المباشرة فإن الدائن يكتسب حق اتجاه مدين مدينه، وهذا الحق يتقرر بمقتضى نص قانوني.

أما فيما يخص امتداد اتفاقية التحكيم عن طريق توسيع نطاقها، كما ذكرنا فإن الواقع العملي يفرض ذلك لتحقيق التوازن والاستقرار العملي والاجتماعي وحماية المتعاقدين من جهة ومن جهة أخرى فإن طبيعة المعاملات المتداخلة والمتشابكة فيما بينها كما رأينا في مجموعة الشركات، فرغم تضارب الآراء في شأن امتداد اتفاقية التحكيم فإن الرأي الغالب فقها وقضاء يذهب إلى مد اتفاقية التحكيم من أحد أفراد المجموعة إلى باقي أفراد مجموعة وكذلك الحال بالنسبة لمجموعة العقود بشكليها سواء في مجموعة العقود التي تقوم على فكرة وحدة الموضوع أو مجموعة العقود المبرمة بين نفس الأطراف، أما بالنسبة لامتداد اتفاقية التحكيم في العقود العامة أي في العقود التي تبرمها أحد هيئات أو أجهزة الدولة إلى الدولة في حد ذاتها فإن الفقه والقضاء استقرا على عدم امتدادها إلى الدولة، فمجرد الرقابة التي تمارسها الدولة لا تجعل منها طرفا في العقد أوالاتفاق.

خـــاتمـة

يجمع التحكيم بين نظامين نظام قضائي ونظام عقدي كل منهما يكمل الآخر فبدون اتفاق لا يكون حكم وبدون حكم لا معنى للاتفاق.

ولقد سمحت لنا الدراسة على التعرف على المسائل التي تتحكم في اتفاقية التحكيم من حيث الأشخاص، وذلك من خلال إبراز دور الإرادة في إنشاء اتفاقية التحكيم وما ينتج عنها من قوة ملزمة للطرفين، حيث تعرفنا على اتفاقية التحكيم ثم طبيعتها القانونية المتمثلة في الطبيعة العقدية وقمنا بتحديد أطرافها وهم كل من يوقع عليها ومن يمثلهم والخلف العام والخاص، وتطرقنا إلى الأثر المترتب عليها الملزم للأطراف كقاعدة عامة وذلك بتنفيذ كل ما جاء فيها وضرورة لجوئهم إلى التحكيم في حالة نشوء نزاع بينهم، إلا أنه استثناءا من قاعدة انحصار اتفاقية التحكيم على الأطراف الموقعين وردت استثناءات سواء في القواعد العامة لنظرية الالتزام أو استثناءات فرضها الواقع العملي نتيجة تداخل العلاقات الاقتصادية الحديثة أما في ما يخص الاستثناءات الواردة في القواعد العامة تتمثل في التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير والدعوى المباشرة والاستثناءات التي نجدها بتوسيع نطاقها فهي كثيرة وخصصنا بالدراسة عقود الشركات ومجموعة العقود وبينا أن اتفاقية التحكيم لا تمتد من العقود التي تبرمها الهيئات العامة (العقود العامة) إلى الدولة بصفتها وصية عليها.

ومن خلال الدراسة نستنتج النتائج التالية:

- ✓ يرتكز التحكيم على نقطتين أساسيتين هما إرادة الخصوم وإقرار المشرع لهذه الإرادة.
- ✓ بدون الاتفاق على التحكيم من الطرفين صراحة لا يمكن لطرف واحد بالإرادة المنفردة اللجوء إلى التحكيم.
- ✓ اتفاقية التحكيم ذو طبيعة تعاقدية تنشأ بإرادة الأطراف وتخضع لجميع الشروط الواردة في العقود العامة بالإضافة إلى الأحكام الخاصة بها.
- ✓ يقتصر أثر اتفاقية التحكيم على الأطراف الموقعين ومن يمثلهم وتنصرف إليهم القوة الملزمة للاتفاقية دون أن تمتد إلى الغير.

✓ استثناءا من قاعدة انحصار اتفاقية التحكيم على الأطراف تتصرف إلى الغير حسب النظرية العامة للالتزامات في نظرية التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير والدعوى المباشرة.

✓ وكذلك تتصرف اتفاقية التحكيم بتوسيع نطاقها حسب ما أقرته الاجتهادات القضائية إلى الغير حيث يجد الشخص الغريب عن العقد نفسه قد أقحم بطريقة أو أخرى في إبرامه كما هو الحال في مجموعة الشركات ومجموعة العقود.

✓ كما لا تتصرف اتفاقية التحكيم المبرمة من طرف الهيئات التابعة للدولة إلى الدولة باعتبارها وصية على هذه الهيئات.

✓ اتفاقية التحكيم تمتد ويتسع نطاقها لتصبح كمظلة تحيط بالعلاقات التي تنشأ تحت الاتفاق الأصلي، وبذلك يتسع مفهوم الأطراف.

وبناءا على ما سبق ارتأينا تقديم التوصيات الآتية:

✓ نلاحظ أن المشرع الجزائري استثنى الخلف العام بأن يكون طرف في اتفاقية التحكيم حسب الأحكام المطبقة على العقود الواردة في المادة 208 من القانون المدني الجزائري حيث جعل التحكيم ينتهي بوفاة أحد الأطراف في المادة 4/1024 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مخالفا بذلك التشريعات المقارنة والقضاء وفي ذلك إجحاف في حق الخلف العام والأطراف مما يدعونا أن نوصي المشرع بتطبيق المادة 208 من القانون المدني على اتفاقية التحكيم.

✓ القضاء الجزائري يفتقر إلى القرارات القضائية بشأن التحكيم بالمقارنة مع القضاء المصري والفرنسي أو أي قضاء آخر وحتى إن وجدت بعض القرارات بهذا الشأن فإنها لا تنشر ونحن نوصي القضاء الجزائري بنشر هذه القرارات حتى يتسنى للفقه دراستها وتسليط الضوء على الأخطاء التي يمكن أن يتعرض لها المحكمين الجزائريين ومعرفة موقفه من امتداد اتفاقية التحكيم من حيث الأشخاص وتشجيع المؤسسات للاستفادة من مزايا هذا القضاء الخاص، وكما رأينا في موضوعنا أن للاجتهاد القضائي دور فعال في تحديد النطاق الشخصي لاتفاقية التحكيم.

✓ إن استقرار الاجتهادات القضائية بخصوص توسيع نطاق اتفاقية التحكيم في مجموعة الشركات ومجموعة العقود وخاصة في ظل العلاقات التعاقدية الأكثر تعقيدا وتشابكا نتيجة الظواهر الاقتصادية الجديدة يجعلنا ندعو المشرع إلى أخدها بعين الاعتبار وإفراغها في شكل قوانين، حماية للمتعاملين الاقتصاديين وتسهيل لمهمة المحكمين وتنظيما لهذا النظام الخاص الفتي.

وخلاصة القول أن النطاق الشخصي لاتفاقية التحكيم له قاعدة عامة تحكمه وله استثناءات في القواعد العامة وفي الواقع العملي وللاجتهادات القضائية في المجال الشخصي لاتفاقية التحكيم دور كبير في سد الثغرات التي يواجهها الخصوم والمحكمين لذلك وجب الأخذ بعين الاعتبار كل الاجتهادات في هذا المجال من طرف المشرعين.

قائمــة المراجـــع

أولا: المراجع باللغــة العربيـــة

أ- النصوص القانونية الوطنية والدولية:

1. قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج ر عدد 21 الصادر في 23 أفريل 2008.
2- مرسوم تشريعي رقم93-09 مؤرخ في 03 ذي القعدة عام 1413 الموافق ل 25 أفريل 1993، يعدل ويتمم الأمر رقم 66 -154 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر العدد 27 بتاريخ 27 أفريل 1993.
3- الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975يتضمن لقانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 ، ج ر عدد 31 المؤرخ في 13 ماي 2007.
4- قانون الاونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي تم إصداره من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري في 21 يونيو سنة1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006 منشور على الموقع الالكتروني www.uncitral.org
5- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 منشور الموقع الالكتروني www.wipo.int

ب- الكتب:

1. أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، د ط، دار الجامعة الجديدة القاهرة، 2009.

2. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدوليـة، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
3. أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، د ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

4. الأنصاري حسن النيداني، الأثر النسبي لاتفاق التحكيم، د ط، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2009.

5. باسمة لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة 2005.

6. بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية في منازعات عقود الاستثمار الدولية، ط 1 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.

7. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، د ط، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

8. خالد محمد القاضي، التحكيم التجاري الدولي، ط 1، دار الشروق، القاهرة، 2002.

9. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد (دراسة في النظرية العامة للالتزام)، ط 1، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001.

10. عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، ط 2 المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2008.

11. عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم – التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، ط 3 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.

12. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية ط 1 المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2015.

13. عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الالكتروني، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2009.

14. علي طاهر البياتي، التحكيم التجاري البحري، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الأردن، 2006.

15. علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، د ط، موفم للنشر والتوزيع الجزائر،2001.

16. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط 1، منشأة المعارف، الإسكندرية 2007.

17.فوزي محمد سامي، التحكيــم التجـاري الدولي (دراسة مقارنة لأحكــام التجاري الدولي) د ط ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008.

18. لزهر بن سعيـد، التحكيم التجاري الدولي (وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة)، ط 2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.

19.محمد حسين منصور، العقود الدولية، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 1999.

20.محمد عبد الفتاح ترك، شرط التحكيم بالإحالة وأساس التزام المرسـل إليه بشرط التحكيـم ط 1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.

21. محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم(دراسة تحليلية وتطبيقية مقارنة لمبدأ أثر نسبية التحكيم بالنسبة للغير)، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

22. محمود السيد التحيوي، العنصر الشخصي لمحل التحكيم، د ط، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2003.

23. محمود السيد التحيوي، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به، د ط، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2007.

24.مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ج 1، ط 1، الفتح للطباعة والنشر، 1998.

25.منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، د ط، منشأة المعارف الإسكندرية، 2005.

26.ناصر ناجي محمد جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية، د ط، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2008.

27. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، ط 1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.

28. همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام (نظرية العقد)، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.

ج- الأطروحات والمذكــرات:

1. بوالصلصال نور الدين، الاختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة الجزائر، 2010-2011.

2. صديق بغداد، اتفاقية التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الجزائري والقضاء التحكيمي مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2001-2002 . منشورة على الموقع الالكتروني www.dspace.univ-tlemcen, 2017/04/12 ، 10:30.

3. مها عبد الرحمان الخواجا، امتداد اثر اتفاق التحكيم إلى الغير دراسة في التشريع الأردني رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2012- 2013. منشورة على الموقع الالكتروني www.meu.edu.jo, 23/05/2017, 48: 9 .

4. محمد بن عمر، أثر التحكيم على العقود الإدارية في التشريع الجزائري والمقارن- الصفقات العمومية نموذجا ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الإداري، كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، الجزائر،2015/2014. منشورة على الموقع الالكتروني www.these.univ-msila.dz ، 22/05/2017، 8:30.

د- المقالات والمجلات:

1. نبيهة بومعزة، الطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيم في القانون الجزائري، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، ع35، سبتمبر 2013 منشورة على الموقع الالكتروني http://dpubma.univ-annaba.dz، 22/05/2017، 15:30

2. قبايلي طيب، التراضي على التحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار: من الاتفاق الثنائي إلى اللجوء الانفرادي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، ع 01، 2010. منشورة على الموقع الالكتروني http://univ-bejaia.dz، 23/05/2017، 48 : 9.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية

A- Articles

1. Centre du commerce international, Règlement des litiges commerciaux: Arbitrage et Règlement alternatif des différends, Seconde édition Switzerland ,2016. Publié sur le site http:// www. Intracen.org 23/05/2017 9 :30.
2. Yahya Amnache, L'arbitrage commercial international en droit algérien, Paris Publié sur le site www.avocats.bah.com. ,2017/05/23 , 9 :30.

الفهـرس

مقدمـــــة..... 01

الفصل الأول: قاعدة انحصار اتفاقية التحكيم على الأطراف الموقعين

المبحث الأول: اتفاقية التحكيم..... 06

المطلب الأول: مفهوم اتفاقية التحكيم..... 06

الفرع الأول: تعريف اتفاقية التحكيم وصورها..... 06

أولا: تعريف اتفاقية التحكيم..... 06

ثانيا: صور اتفاقية التحكيم..... 10

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيم..... 12

أولا: اتفاقية التحكيم ذو طبيعة إجرائية..... 12

ثانيا: اتفاقية التحكيم ذو طبيعة تعاقدية..... 13

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من الطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيم 15

المطلب الثاني: خصائص اتفاقية التحكيم..... 15

الفرع الأول: اتفاقية التحكيم عقد رضائي..... 16

الفرع الثاني: اتفاقية التحكيم عقد ملزم للجانبين..... 17

المطلب الثالث: دور الإرادة في اتفاقية التحكيم..... 18

الفرع الأول: إرادة الطرفيـــــن..... 19

أولا: تطابق تلاقي والإرادتين..... 19

ثانيا: صدور الإرادة من ذي أهلية..... 20

الفرع الثاني: عيـــــوب الإرادة..... 22

المبحث الثاني: قاعدة مبدأ نسبية اتفاقية التحكيم..... 23

المطلب الأول: اتفاقية التحكيم لا تلزم غير أطرافها..... 23

الفرع الأول: تعريف الطرف في اتفاقية التحكيم..... 24

الفرع الثاني:معايير تمييز الطرف عن الغير في اتفاقية التحكيم..... 25

أولا: المعيار الشكلي..... 25
ثانيا: المعايير الموضوعية..... 26
المطلب الثاني: الخلف واتفاقية التحكيم..... 28
الفرع الأول:الخلف العـــام..... 28
الفرع الثاني: الخلف الخـــاص..... 30
أولا: حـــوالة الحـــق..... 32
ثانيا: حـــوالة الدين..... 33
ثالثا: حـــوالة العقـــد..... 33
رابعا: الحلـــول..... 34
المطلب الثالث: القوة الملزمة لاتفاقية التحكيم..... 34
الفرع الأول:تعريف القوة الملزمة لاتفاقية التحكيم..... 35
الفرع الثاني: أثر القوة الملزمة لاتفاقية التحكيم بالنسبة للأطراف الموقعين... 36
الفصل الثاني: الامتداد الاستثنائي لاتفاقية التحكيم إلى الأطراف غير الموقعين
المبحث الأول:امتداد اتفاقية التحكيم وفقا للقواعد العامة في نظرية الالتزام.... 39
المطلب الأول: التعهـــد عن الغيـــر..... 39
الفرع الأول: تعريف التعهـــد عن الغيـــر..... 39
الفرع الثاني: شروط التعهد عن الغير وأثره..... 40
المطلب الثاني: الاشتراط لمصلحة الغير..... 41
الفرع الأول: تعريف الاشتراط لمصلحة الغير..... 41
الفرع الثاني: شروط الاشتراط لمصلحة الغير وأثره..... 43
المطلب الثالث: الدعوى المباشرة..... 45
الفرع الأول: تعريف الدعوى المباشرة..... 45
الفرع الثاني: تطبيقات الدعوى المباشرة..... 46
المبحث الثاني: امتداد اتفاقية التحكيم بتوسيع نطاقها..... 47
المطلب الأول: امتداد أثار اتفاقية التحكيم في مجموعة الشركات..... 47
الفرع الأول :تعريف مجموعة الشركات..... 48

الفرع الثاني: موقف القضـــــاء والفقه من امتداد اتفاقيـــة التحكيـــم في مجموعة الشركـــات 49

أولا: عدم امتداد اتفاقية التحكيم في مجموعة الشركات..... 49

ثانيا: امتداد اتفاقية التحكيم في مجموعة الشركات..... 50

المطلب الثاني: امتداد أثار اتفاقية التحكيم في مجموعة العقود..... 52

الفرع الأول: تعريف مجموعة العقود..... 53

الفرع الثاني: كيفية امتداد اتفاقية التحكيم في مجموعة العقود..... 54

أولا: كيفيـــة امتـــداد اتفاقية التحكيـــم في مجموعة العقـــود التي تقـــوم على فكرة وحـــــدة الموضـــــوع 54

ثانيا: كيفيـــة امتـــداد اتفاقية التحكيـــم في مجموعة العقـــود المبرمة بين نفس الأطراف (سلسلة العقود) 56

المطلب الثالث: امتداد أثار اتفاقية التحكيم في المجموعات العامة..... 57

الفرع الأول: التمييز بين العقود التي تبرمها الدولة حول الصفة التي تتمتع عند التوقيع على العقد المتضمن اتفاقية تحكيم 57

الفرع الثاني: مدى امتداد اتفاقية التحكيم في عقود الدولة عند لجوء مشروعاتها إلى التحكيم 58

خاتمـة..... 63

قائمـــة المراجـع..... 66