جامعة محمد خيضر بسكرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

النظام القانوني لاتفاق التحكيم في التشريع الجزائري

مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص قانون أعمال

إعداد الطالب:

حيواني جمال

إشراف الدكتور:

حوحو رمزي

السنة الجامعية:

2016 / 2015

إهداء

إلى العزيزين الكريمين أمي وأبي

إلى زوجتي وأولادي

محمد الصادق "مأمون"

أمينة إسراء

محمد منتصر

إلى إخوتي واخواتي

وروح أخي محمد

إلى كل الأصدقاء وكل الزملاء

شكر وتقدير

أتقدم بالشكر والإمتنان

لكل من ساعدني ولو بعبارة تشجيع

على إنجاز هذا العمل

وأخص بالذكر الدكتور حوحو رمزي

الاستاذ المشرف، الذي كان واسع البال ورحب الصدر ولم

يبخل بتوجيهاته القيمة ونصائحه الثمينة.

كما أشكر كل طاقم كلية الحقوق والعلوم السياسية

لجامعة محمد خيضر بسكرة

من اساتذة وإداريين على مرافقتهم لي طوال سنين الدراسة

والشكر والتقدير لزملائي الذين تعاونوا معي وآزروني في

رحلة طلب العلم الطويلة والتي توجت بهذا العمل

مقدمـة:

يعد التحكيم التجاري من مظاهر الفكر القانوني و الإقتصادي الحديث على المستوى العالمي و أداة مبتغاة لتنشيط الإستثمار و التجارة الدولية، فقد أصبح في وقتنا الحاضر الأسلوب الغالب لفض المنازعات التي تثور بين الأفراد و المؤسسات خاصة بعد إتساع العلاقات التجارية الدولية، فمعظم الدول العالم اليوم تسعى إلى زيادة الإستثمارات الأجنبية على إقليمها مما ينتج عنه زيادة العلاقات الإقتصادية الدولية عموما والتجارية خصوصا'و بذلك تزداد الحاجة إلى التحكيم بإعتباره الوسيلة المثلى لما قد ينشأ من منازعات حتى أصبح كثيرا من الفقه يقول مجازا أن الأصل في تسوية المنازعات الناشئة عن العقود الدولية هو التحكيم، وأن اللجوء إلى القضاء هو الإستثناء.

و التحكيم يعد نظاما قديما حديثا' حيث فكرة التحكيم قديمة قدم المجتمعات البشرية.فنظام التحكيم وجد قبل ظهور الدولة ونظام القضاء المنظم و كان وسيلة لحل النزاعات في المجتمعات القديمة حيث تحكمهم العادات والأعراف. ويعد التحكيم بصفة عامة إرث إنساني أملته طبيعة البشر في بحثهم عن وسيلة لفض خصوماتهم.

فبالنسبة للرمان فقد عرفوا التحكيم فيما بين القرنين الثامن والسادس قبل الميلاد في مجال القانون الخاص دون غيره لإيمانهم بعدم المساواة بينهم وبين غيرهم من الشعوبّ، و يتم ذلك بتولي شخص يسمى البريتور تسجل لديه كافة الإدعاءات ثم يرفعها إلى المحكم الذي يتفق عليه الأطراف، غير أن الأحكام التي يصدرها غير ملزمة بالتنفيذ إلا إذا ورد في الإتفاق ضرورة توقيع غرامة مالية على من إمتنع عن التنفيذ.

أما الإغريق فقد عرفوا التحكيم في المواد التجارية فيما بين القرنين السادس و الرابع قبل الميلاد و ذلك لما شهدوه من إزدهار في التجارة و ما نتج عنه من تزايد النزعات بخصوصها حتى أن المحاكم لم تستطيع أن تنظر فيها لكثرتها و ضخامتها مما دفع بهؤلاء

الإستعانة بالمواطنين من خلال وضع قوائم يسجل فيها أسمائهم حتى يتولوا هذه المهمة'بل شمل التحكيم عند الإغريق حتى أشخاص القانون العام و ذلك من خلال إنشاء مجلس دائم يفصل في المنازعات المدنية و التجارية بين الدويلات و المدن المتعددة.

ولم يختلف العرب عن غيرهم من الشعوب والأمم، حيث عرفوا قبل الإسلام التحكيم باللجوء إلى وسائل مختلفة كالأزلام، أو رجاحة العقل و الحكمة من أفراد القبيلة، كالحاجب بن زارة، و الأقرع بن حابس، و الأكتم بن صيفي و من النساء هند بنت الأبية، و جمعة بنت حابس.

أمافي الإسلام فقد إعترف بشرعية التحكيم و أقره القرآن الكريم في قوله تعالى في الآية 35 من سورة البقرة " إن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ان يريد إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيرا".و كذلك قوله تعالى" إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمنات إلى أهلها و إذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل إن الله نعم يعظكم به أن الله كان سميعا بصيرا".

أما في القرون الوسطى كان المتخاصمون يعرضون خصومتهم على تحكيم الكنيسة لما تغيب عدالة الدولة وقد أعطى مشرع الثورة الفرنسية دورا أساسيا للتحكيم تم التراجع عليه فيما بعد في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1807 الذي تضمن بعض المواد المتعلقة بالتحكيم وبإتفاقيات التحكيم.

و بقيت الأمور على حالها إلى غاية العصر الحديث حيث أصبح التحكيم من أهم الوسائل التي إتسع نطاقها حتى أصبح الوسيلة الأكثر شيوعا لتسوية المنازعات على إختلاف مواضيعها سوى تلك التي تنشأ بين الدول (المسائل السياسية التي طبق فيها التحكيم'أو النزاعات التجارية المالية) أو بين الأفراد سواء من جنسية واحدة أو من جنسيات مختلفة حتى عم الإعتراف به و تنظيمه قانونا من طرف معظم دول العالم رغم إختلاف أنظمتها القانونية و ظروفها الإقتصادية'ويؤكد ذلك الإقبال المتزايد للمتعاملين سواء بالتجارة الخارجية أو الداخلية في حسم نزاعاتهم بسبب تعاملاتهم بالتحكيم، و السبب الرئيسي في ذلك يرجع إلى أن التحكيم

يمثل إرادة أطرافه سواء في إختيار المحكم أو هيئة التحكيم أو مكان التحكيم أو القانون الواجب التطبيق على النزاع، و هذا الإختيار من الأطراف له أثر فعال في تقبل الحكم و تنفيذه.

ولذلك إهتمت الدول الغربية و من بعدها الدول العربية بالتحكيم من خلال التصديق على الإتفاقيات الدولية التي تنظم مختلف إجراءات التحكيم و أهمها:

إتفاقية نيورك المتعلقة بالإعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، الصادرة بتاريخ 10 جوان 1958.

إتفاقية وشنطن المتعلقة بتسوية منازعات الإستثمار، الصادرة بتاريخ 18 مارس 1965.

القانون النموذجي للتحكيم التجاي الدولي UNICTRAL الذي وضعته الأمم المتحدة عام 1985.

اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987 المبرمة بين عدد من الدول العربية وهي من أهم الإتفاقيات في مجال التحكيم التجاري

كما تم على المستوى الدولي كذلك إنشاء العديد من مراكز التحكيم أو كما تعرف بمؤسسات

التحكيم الدولي مثل:

- محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس.
- محكمة التحكيم الأوروبية.
- مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.
- مركز تحكيم دول مجلس التعاون الخليجي بالبحرين.
- مركز دبي للتحكيم الدولي.

أما على المستوى الداخلي فقد تطرقت تشريعات مختلف دول العالم لتنظيم التحكيم التجاري، و أصدرت تعديلات على قوانينها بما يتوافق معه.

أما الجزائر فقد إتخذت غداة الإستقلال مباشرة موقفا معاديا إتجاه التحكيم التجاري الدولي، و عارضت بشدة فكرة اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي حرصا على ممارسة السيادة الوطنية على جميع الأصعدة ، حيث تجلى ذلك في غياب نصوص قانونية متعلقة به و ذلك يعود إلى عدة أسباب أهمها نوعين من الأسباب و هي سياسية و قانونية.

فأما الأسباب السياسية تتمثل خاصة في:

إعتبار التحكيم التجاري الدولي يمس بسيادة الدولة لكونه يقوم أساسا على إستبعاد الدولة في الفصل المناوعة التجارية الدولية التي يرى فيها تخلي عن ممارسة حقوق سيادة الدولة في إقامة عدالتها بنفسها بمقتضى الإتفاقيات التي توقعها هذا زيادة عن أن أحكام التحكيم جاءت لتتماشى مع إهتمامات الدول الصناعية إكثر منه من إهتمامات دول العالم الثالث.

و الاسباب القانونية فتتمثل في:

إنعدام الأساس القانوني الذي يعتمد عليه للجوء إلى هذا الإجراء و بالرجوع إلى المادة 442 من الأمر 154/66 التي تنص صراحة على منع التحكيم التجاري الدولي بقولها"لا يجوز للدولة أو الأشخاص الإعتباريين المومبين أن يطلبوا التحكيم". فسكوت المشرع الوطني عن تنظيم إجراءات التحكيم الدولي هو عدم اللجوء إليه.

وإستمر هذا الوضع القانوني المانع للتحكيم التجاري الدولي إلى بداية التسعينيات و نظرا للتحولات الإقتصادية و التجارية في العالم، و توجه الجزائر نحو إقتصاد السوق الأمر الذي جعلها تغير الكثير من مواقفها الرسمية التي تجسدت في تعديل قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 بإصدار المرسوم التشريعي رقم 09/93 .

فبعدما كانت تعارض و ترفض اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي و إعطاء الإختصاص للمحاكم الوطنية و القانون الجزائري، عادت و أنفتحت عليه بشكل واسع أصبحت

تسمح بالحوء إلى التحكيم التجاري وتجسد ذلك في تعديل قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 بإصدار المرسوم التشريعي رقم 09/93 بتاريخ 25 أفريل 1993. إذ وصف هذا المرسوم بأنه ذو طابع لبيرالي قائم مبدأ سلطان الإرادة. ثم جاء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الصادر بموجب القانون09/08 الذي يسري إبتداءا من تاريخ 2009/04/23 ، فألغى أحكام الأمر رقم 154/66 و أعاد صياغة القواعد المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي لجعلها متلائمة مع الواقع الإقتصادي الجديد خاصة بعد إنضمام الجزائر للعديد من الإتفاقيات و المعاهدات الدولية.

واتفاق التحكيم سواء أكان عقدا أم شرطا، فانه يقوم على أساس مبدأ سلطان الإرادة، الذي يشكل أساس مشروعية التجاء الأطراف إلى التحكيم، ومنه يستمد المحكم سلطته في الفصل في النزاع. ويترتب على عدم وجود الاتفاق المذكور، انعدام حكم التحكيم، واعتباره كأن لم يكن، كما يقع باطلا أيضا الحكم الذي يستند على اتفاق تحكيم إختلت شروطه. غير أنه ومتى أبرم وفق الشكل الصحيح، إلا وتترتب عليه كافة الآثار القانونية الملزمة للمتعاقدين، ومن يحل محلهما في حقوقهما والتزامهما، ولعل من أبرزها نزع الاختصاص عن المحاكم القضائية، وجعل هيئة التحكيم هي المختصة.

وعليه، فمناط اختصاص القضاء، هو صحة أو عدم صحة اتفاق التحكيم، فإن صح اتفاق التحكيم، فإن القضاء يرفع يده عن البت، ويعود الإختصاص لهيئة التحكيم. أما ان إختل عقد التحكيم، فيسترد قضاء الدولة اختصاصه الأصيل بنظر النزاعات المثارة بين الأفراد، بدل هيئة التحكيم. فمتى يمكن القول أن اتفاق التحكيم صحيح، وأنه مرتب لآثاره القانونية، والتي من أهمها سلب النزاع عن سلطة القضاء؟

لقد تم الإعتماد في هذه الدراسة على المنهج الوصفي وما يتفرع عنه من مناهج البحث العلمي الأخرى، كالمنهج التحليلي، وذلك، بهدف تحليل النصوص القانونية ، ومعرفة مدى انسجامها مع قصد وهدف المشرع. كما سيتم الاعتماد على النهج المقارن، للوقوف على توجه المشرع الجزائري من التشريعات المقارنة ذات الصلة بموضوع الدراسة.

تنبع أهمية هذا البحث من أهمية موضوعه الذي يتناول أهم ركن من أركان التحكيم التجاري، وهو اتفاق التحكيم التي تعتبر الأساس في نجاح نظام التحكيم والتسليم بأفضليته لتسوية المنازعات ذات الطابع التجاري، وتقديمه على كل وسائل الحلول الأخرى. إضافة إلى أن هذه الدراسة تأتي في مرحلة يعيش التحكيم التجاري فيها أزهى وأنضج عصور تطوره وازدهاره، كنظام مصاحب ورديف لنظام الدولة القضائي.وتتعاظم أهمية البحث، إذا أخذ بعين الاعتبار، أن الموضوعات التي عالجها هي من الأحكام الجديدة، التي لم تكن معروفة ومطبقة، في ظل معظم أنظمة التحكيم في العالم.

تهدف دراسة هذا الموضوع، إلى إلقاء الضوء على الجزء الهام من التحكيم، والمتعلق بأهم جانب فيه وهو إتفاق التحكيم، بصورة مستقلة في ظل قانون الإجراءات الجديد 09/08 ، كما هو حال الكثير من موضوعات التحكيم الأخرى. إضافة إلى محدودية وشح النصوص القانونية والأحكام القضائية التي تغطي الموضوع. وسوف يتم البحث في انعكاس أثار إتفاق التحكيم على نظام التحكيم بشكل عام، في العديد من القوانين المقارنة العربية والأجنبية والدولية. كما سيتطرق البحث إلى عدد من المبادئ القانونية الحديثة كمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، ومبدأ الإختصاص بالإختصاص، التي انبثقت عن تلك الآثار الإيجابية، وساهمت في توسيع مفهوم اتفاق التحكيم واستقلاله، وتقوية سلطات المحكم، و أنظمة التحكيم على مجالات لم تصلها من قبل.الدراسات السابقة يمكن القول بأنه لم تكن هناك أية دراسة تناولت هذا الموضوع على مستوى الجزائر، كما هو حال في الكثير من موضوعات التحكيم الأخرى، وذلك بسبب قلة الإهتمام بدور التحكيم التجاري كوسيلة بديلة لفض المنازعات التجارية في الجزائر حتى الوقت الحاضر. أما الدراسات الأخرى، فقد جاءت جزئية وجامعة لنظام التحكيم في مؤلفات وكتب قوانين التحكيم، ولكن ليس بصورة مستقلة، حتى النصف الثاني من القرن الماضي، وخاصة مبدأ الاستقلالية عن عقد العلاقة القنونية، ومبدأ الاختصاص بالاختصاص. ومن هذا المنطلق جاءت أهمية الكتابة بهذا الموضوع، إضافة إلى أهمية المبادئ والقواعد القانونية التي تتناولها الدراسة في أنظمة التحكيم التجاري، التي تستحق الاهتمام.

ومن خلال ما تقدم نطرح الإشكالية التالية: **كيف نظم المشرع إتفاق التحكيم في القانون الجزائري حتى يكون ملزما لأطرافه و منتجا لأثاره القانونية؟**

وبناءا عليه، فإن الحديث عن النظام القانوني لاتفاق التحكيم بصورة علمية وقانونية وافية، يتطلب تقسيم هذه الدراسة، إلى فصلين هما الفصل الأول: إنعقاد اتفاق التحكيم التجاري و الفصل الثاني: أثار و إنقضاء اتفاق التحكيم.

الفصل الأول

إنعقاد إتفاق التحكيم التجاري.

إن إتفاق التحكيم عقد كغيره من العقود يخضع لما تخضع له العقود عموما بإعتباره تصرف قانوني فلا وجود له إلا بتوافر أركانه الأساسية اللازمة لأي تصرف قانوني من أطراف يبرمانه وموضوع ينصب عليه وآثار تترتب عليه وإن كانت متمايزة عن الآثار المعتادة للتصرفات القانونية في نظم القانون الخاص. و عقد التحكيم من العقود الرضائية التي تتم بالإيجاب والقبول ولم يشترط القانون شكلا خاصا لإتفاق التحكيم, فللمتعاقدين أن يحرراه بأي شكلا أراداه شأنه شأن سائر العقود الرضائية الأخرى و دون التقيد بأية ألفاظ معينة.و العبرة أن تنصب إرادة الخصوم و تكشف عن رغبتهم في النزول عن اللجوء إلى القضاء والتزام باللجوء إلى التحكيم قصد حل[1] نزاع نشأ أو قد ينشأ عن علاقة قانونية تعاقدية.

[1]- أحمد أبو الوفا، **التحكيم الاختياري والإجباري**، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط5، 2001، ص 576.

المبحث الأول

الأحكام العامة لإتفاق التحكيم التجاري.

إن إتفاق التحكيم هو الركيزة الأساسية لمباشرة التحكيم' و منه يستمد المحكم سلطته للفصل في النزاع' كما أنه يعتبر الأساس القانوني لإخراج النزاع من إختصاص قضاء الدولة صاحبة الولاية العامة' فلذلك وجب علينا قبل التعرض لأحكام إتفاق التحكيم التطرق إلى مفهومه.[2]

المطلب الأول: مفهوم إتفاق التحكيم التجاري

سوف نتناول في هذا المطلب تعريف إتفاق التحكيم'ثم خصائصه' وطبيعته القانونية و قبل البدء بتعريف إتفاق التحكيم – أو عقد التحكيم كما يسمى أحيانا- يجدر التنبيه إلى أن سبب الإختلاف في التعبير عن إتفاق التحكيم بمصطلح الإتفاق أو العقد مرده إلى التفرقة عند البعض بين الإتفاق و العقد[3]

فالإتفاق: هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء إلتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه.

و العقد: هو توافق إرادتين على إنشاء إلتزام أو نقله أو تعديله

و يرى أكثر الفقهاء أنه لا أهمية للتمييز بين الإتفاق و العقد.[4]

---

[2]- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد المتعال ، التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول،الطبعة الأولى،الفتح للطباعة و النشر،مصر، ص13.

[3]- عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-مصادر الإلتزام- المجلد الأول منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان 1998 –ص 149.

[4]-عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراس،النظام القانوني لإتفاق الحكيم دراسة تحليلية مقارنة،الطبعة الأولى،الإسكندرية،2005،ص112.

الفرع الأول: تعريف إتفاق التحكيم التجاري ومعيار دوليته.

أولا:تعريف إتفاق التحكيم التجاري.

أ- في المعاهدات الدولية

1- التعريف طبقا لاتفاقية نيويورك 1958

قضت المادة الثانية من الاتفاقية

ا- تعترف كل دولة متعاقده بإلاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم.

ب- يقصد " بإتفاق التحكيم " شرط التحكيم في عقد أو إتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الإتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات.

ج- على محكمة الدولة المتعاقدة التى يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل إتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الإتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق.[5]

[5]- المادة الثانية من إتفاقية نيورك 1958.

2- التعريف طبقا للقانون النموذجي ليونيسترال

هو "إتفاق التحكيم" هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ويجوز أن يكون إتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو صورة إتفاق منفصل.

يجب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا . ويعتبر الإتفاق مكتوبا إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي تكون بمثابة سجل للإتفاق أو في تبادل لبيانات الإدعاء والدفاع يقول فيه أحد الطرفين بوجود إتفاق ولا ينكره الطرف الآخر وتعتبر الإشارة فى عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط للتحكيم بمثابة إتفاق تحكيم شريطة أن يكون العقد وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءا من العقد". [6]

3- **التعريف طبقا لإتفاقية عمان العربية للتحكيم**

جاء في مادتها الأولى "إتفاق التحكيم هو إتفاق الأطراف كتابة على اللجوء إلى التحكيم سواء قبل نشوء النزاع أو بعده".[7]

ب- في التشريع

لم تعط القوانين المقارنة في أغلبها تعريفا لإتفاق التحكيم، وأكتفت بالتأكيد على أنه قد يبرم حين نشوب النزاع أو قبله ، أي إما أن يكون اتفاقا قائما في شكل شرط تحكيم ، أو في شكل اتفاق مستقل .

[6]- المادة السابعة القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة 1985
[3]-إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري التي حررت في عمان عام 1987.

إلا أن جانبا من هذه التشريعات المقارنة أعطت له تعريف ومن ذلك المشرع المصري الذي عرفه في المادة 10الفقرة الأولى من قانون التحكيم94/27 بأنه" اتفاق بين الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لفض نزاعاتها المحتملة أو الواقعة فعلا ويكون هذا كتابة ، وقد يحدد فيه الأطراف موضوع النزاع ومكان وإجراءات التحكيم وأسماء المحكمين وكذا القانون واجب التطبيق".[8] و قد قضت محكمة النقض المصرية أن إتفاق التحكيم هو إتفاق على عرض نزاع معين على محكمين وعدم التزود على حكمهم ولا تتضمن تكليف للخصوم بالحضور أمام هيئة التحكيم و بمقتضى التحكيم تنصرف إرادة الأطراف عن عدم الإلتجاء إلى القضاء مع إلتزامهم على طرح النزاع على محكم أو أكثر ليلزموا فيه بحكم ملزم للأطراف.[9]

وأيضا المشرع المغربي قد عرف هو الأخر إتفاق التحكيم في الفصل 307 من القانون 08/05 بأنه" إلتزام الأطراف بالجوء غلى التحكيم قصد حل نزاع نشأ او قد ينشأ عن علاقة قانونية معينة 'تعاقدية أو غير تعاقدية".10

أما في القانون الجزائري فالمشرع لم يتطرق إلى تعريف إتفاق التحكيم في القانون 09/08 و إكتفى بالنص في المادة 1040 منه على أن "إتفاقية التحكيم سواء شرط التحكيم أو اتفاق مستقل(مشارطة) يسري على النزاعات القائمة والمستقبلية بشرط أن يكون مكتوبا ".[11]

ج- في الإصطلاح الفقهي

نجد البعض من الفقه يعرف إتفاق التحكيم بأنه "إتفاق الخصوم على عرض نزاع قائم أو نشأ بينهم على محكم أو هيئة تحكيمية، بدل عرضه على مؤسسة قضائية رسمية ".

8- المدة 10 الفقرة الأولى من اقنون التحكيم المصري 27/ 1994.
9- حمدي علي عمر،التحكيم في العقود الإدارية، بدون طبعة، دارالنهضة العربية،القاهرة 1997،ص 34.
10-الفصل307 من القانون المغربي 08/05 .
11-المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

وكما عرفه البعض الآخر بأنه: " هو ذلك التصرف القانوني الذي يتفق بمقتضاه الفرقاء على حل النزاع الناشئ ،أو المحتمل نشوئه بواسطة التحكيم و يمنح المحكم سلطة الفصل فيه بقرار ملزم.

كما يعرف إتفاق التحكيم على شكل أكثر توسعا و تفصيلا بأنه:"...تصرف قانوني يتخذ شكل إتفاق مكتوب ،و يحدد فيه الطرفان موضوع النزاع و أسماء المحكمين و مكان إجراءات التحكيم،و قد يحدد فيه الطرفان القانون الذي يطبقه المحكمون،و عادة مايكون إتفاق التحكيم لاحقا علىنشوء النزاع."[12]

و جاءت أيضا بعض الآراء بتعريف إتفاق التحكيم مشتملا على تعريف المشارطة بأنه إتفاق أطراف النزاع على طرحه على أشخاص معينين يسمون محكمين Arbitres ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه والفصل في موضوعه وقد يكون الإتفاق على التحكيم في نزاع معين بعد نشأته ويسمى عندئذ مشارطة التحكيم compromis [13]

ثانيا: معيار دولية اتفاق التحكيم التجاري.

نقصد به المعيار و الأسس المعتمدة من قبل المشرع الجزائري لمعرفة ما إذا كان الأمر يتعلق بتحكيم تجاري دولي ،وفي هذا الإطار لم يقتصر القانون الجزائري لاعتبار التحكيم دوليا على معيار أوحد كما فعل المشرع الفرنسي الذي أخذ بمعيار "مصالح التجارة الدولية " بل أضاف معيارا ثانيا وهو معيار جغرافي إلى جانب المعيار الأول ، وهذا طبقا للمادة 1039 من القانون 09/08 التي تنص على أنه " يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الإقتصادية لدولتين على الأقل". ، وما يمكن استخلاصه من هذا النص أنه اعتمد على معيارين أحدهما اقتصادي وآخر قانوني.

12-عبد الحميد عشوش،التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الإستثمار، دراسة مقارنة،ندون طبعة،مؤسسة الشهاب،القاهرة،1990،ص16و17.

13- عبد الحميد المنشاوي: التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص 27 .

فإتفاق التحكيم الداخلي أو الوطني هوالذي يتعلق بنزاع وطني في جميع عناصره، و يعين له محكمين وطنيين يصدرون حكمهم داخل الدولة وفقا لإجراءات وطنية مع تطبيق القانون الوطني ولا يثير التحكيم الوطني أية صعوبة لأنه يخضع للقانون الوطني ، و لا ينعقد خارج إقليم الدولة، و لا يجوز للقاضي أن يتصدى لموضوع النزاع، حيث يقتصر دوره على بحث مدى توافر الشروط اللازمة للتنفيذ، و خصوصا مدى إتفاق متطلبات التنفيذ مع النظام العام[14].

ويعد التحكيم دوليا، إذا كان المركز الرئيسى لأعمال كل من طرفى التحكيم يقع فى دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطا بموضوع اتفاق التحكيم، وإذا لم يكن لأحد طرفى التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل اقامته المعتاد. وكذلك إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره خارج الدولة. وأيضا إذا كان موضوع النزاع الذى يشمله اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة. بالإضافة إلى الحالة التي يكون فيها المركز الرئيسى لأعمال كل من طرفى التحكيم يقع فى نفس الدولة وقت ابرام اتفاق التحكيم ويكون أحد الأماكن التالية واقعا خارج هذه الدولة:

- مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.
- مكان تنفيذ جانب جوهري من الإلتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين.
- المكان الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع[15].

الفرع الثاني:خصائص إتفاق التحكيم التجاري.

يحمل اتفاق التحكيم الخصائص الخاصة بالعقود، وجرى العمل على إستخدام التوجه القانوني لتعبيري إتفاق التحكيم وعقد التحكيم بمعنى واحد بلا خلاف بينهما، ويتميز اتفاق أو عقد التحكيم بالخصائص التالية:

[14]-أحمد شرف الدين،دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، دون ناشر،دون سنة النشر ،ص71.
[15] - المادة 3 من قانون التحكيم المصري

1-عقد ملزم لجانبين: إتفاق التحكيم ينشئ التزامات متقابلة على عاتق كل من طرفيه، وتتمثل هذه الالتزامات بعدم اللجوء إلى القضاء للفصل في النزاع المتفق بشأنه على التحكيم، فيوجد التزام على كل منهما بطرح النزاع على هيئة التحكيم، والالتزام بالحكم الصادر منها، وهكذا تتضح غرابة التحكيم فكل التزامات أطرافه متطابقة، وترمي إلى منع فض النزاع بطريق القضاء، وفضه بطريق التحكيم وفرض حكمه عليهم.[16]

2-يعتبر شرط التحكيم من العقود المشروعة: يعتبر شرط التحكيم من العقود المشروعة والملزمة للأفراد، وذلك استناداً لم هو حاصل من تطور على صعيد الحياة الاقتصادية، فضلاً على أنه يلعب دوراً هاماً في مجال المعاملات الدولية وأنه من العوامل التي تسهلها، وهوإتفاق غير مخالف للنظام العام.

3- يعتبر شرط التحكيم من العقود المسماة: وذلك بسبب شيوعه في العمل، ولأن المشرع نظمه بقواعد خاصة، ومن ثم فإتفاق التحكيم تطبق عليه القواعد الموجودة في قانون التحكيم، ثم القواعد الموجودة في التنظيم العام للعقود في القانون المدني إذا لم يوجد في القانون الخاص بالتحكيم في معظم دول العالم.

4- عقد شكلي: على الرغم من أن شرط التحكيم اتفاق إرادي لأن الإرادة هي التي لجأت إلى التحكيم، إلاأنه يعتبر من العقود الشكلية، فهو لا ينعقد إلا بالكتابة، فإذا لم توجد الكتابة، فلا يجوز انعقاده ولوبالإقرار إو اليمين[17].

5- عقد محدد: فهو يرتب التزامات مؤكدة على أطراف النزاع، كما يجب الانتهاء منه خلال أجل يتم الاتفاق عليه.

-6 إتفاق التحكيم عقد احتمالي: العقد الاحتمالي هو العقد الذي لا يتحدد فيه وقت انعقاده مقدار الالتزامات التي يلتزم بها كل من المتعاقدين، بحيث لا يعرف أحدهما مقدار الأداء الذي

[16] - أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص21

مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2010-2011، ص 18.

يبذله، أو يأخذه نظراً لوجود عنصر احتمالي فيه وشرط التحكيم يعد من ضمن العقود الاحتمالية، لان المنازعات التي ينصب عليها التحكيم هي منازعات محتملة، وغير محددة فهي لم تنشأ بعد[18].

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لإتفاق التحكيم التجاري.

إ ن المقصود بالطبيعة القانونية هي تحديد ماهية إتفاق التحكيم من الناحية القانونية أو تحديد التكييف القانوني له. فلا يمكن تصور وجود تحكيم دون الإتفاق عليه من قبل الأطراف، فإرادتهم هي التي تولد إتفاق التحكيم، و بنفس الوقت لايمكن اللجوء إلى التحكيم إذا لم يجيز القانون مثل هذا الإتفاق، بمعنى التحكيم يرتكز على أساسين هما إرادة الخصوم و إقرار المشرع لهذه الإرادة [19]

ومن حيث طبيعة اتفاق التحكيم كعمل قانوني، نجد أن قوانين الدول العربية قسمت الأعمال القانونية إلى أعمال إدارة وأعمال تصرف، وذلك لغايات أهلية الشخص وخاصة الشخص الطبيعي. والمقصود بأعمال الإدارة، الأعمال التي تهدف لإدارة المال واستثماره أو حمايته مع بقاء ملكيته في ذمة الشخص المالك له.

أما أعمال التصرف، فيقصد بها الأعمال التي تؤدي إلى خروج المال من ذمة مالكه ودخوله في ملكية شخص آخر، سواء بمقابل مثل البيع، أو بدون مقابل مثل الهبة، أو احتمالية خروجه مثل الرهن.

وأعمال التصرف هذه تنقسم إلى تصرفات نافعة نفعا محضا مثل قبول الهبة، أو كفالة دين دون مقابل، وضارة ضررا محضا مثل إعطاء الهبة أو إقراض نقود، أو تقديم كفالة دون مقابل، ودائرة بين النفع والضرر مثل البيع والمقايضة والشركة .ويترتب على هذا التقسيم للأعمال القانونية، آثار هامة خاصة بالنسبة لأعمال التصرف[20].

---

[18]- ناريمان عبد القادر،" اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994"، دار النهضة العربية، ط.1 ، 1996، ص.209.
، د ط، مكتبة فهد الوطنية،جدة،1996،ص114.

، المكتب الجامعي الحديث، دون بلد نشر،2008،ص17.

ويثور التساؤل هنا عن طبيعة اتفاق التحكيم كعمل قانوني، ومدى اعتباره احد الأعمال القانونية مما ذكر.

اختلفت الآراء الفقهية في إضفاء طابعا قانونيا مناسبا لاتفاق التحكيم وذهبت في ذلك عدة مذاهب إلى شرح تأثير الطبيعة القانونية للتحكيم على الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم ، فبعض الآراء الفقهية قد اختلط عليها الأمر بين ما يعد طبيعة قانونية للتحكيم كوسيلة استثنائية لفض النزاعات وبين الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم وفي أوجه النقد الموجهة لكل اتجاه منهم سرد مدى تأثر وتأثير الطبيعة القانونية للتحكيم فى الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم

ردا على الاتجاه الأول بأن التحكيم ذو طبيعة إجرائية ويعد عملا قضائيا فإن هذا الأمر مخالف للواقع وللقانون حيث أن الجزء من التحكيم والخاص بالاتفاق لا يعدو كونه عقد خاضع للقواعد العامة التي تحكم العقود وهي قواعد القانون المدني. كذلك فإنه لا يمكن إضفاء تلك الطبيعة على اتفاق التحكيم لانه اتفاق ينعقد قبل بدء الخصومة فمن غير المتصور أن يأخذ صفة العمل القضائي حيث أن المشرع قد ساوى بين شرط التحكيم ومشارطته ولم يفرق في طبيعة كل منهما عن الأخر ومادام أن شرط التحكيم يتم مستقلا وقبل البدء في الإجراءات مما يجعله ذو طبيعة عقدية خالصة فإن مشارطة التحكيم تأخذ ذات الحكم من حيث كونها ذات طبيعة تعاقدية محضة حتى وإن أبرمت بعد بدء الإجراءات ذات الطبيعة القضائية.

وللرد على الاتجاه القائل بان للتحكيم طبيعة تعاقدية فمردود عليه أيضا بأن الطبيعة التعاقدية لا تنطبق إلا على جزء من التحكيم وهو الاتفاق ولا يمكن إضفاؤها على التحكيم ككل وإلا نكون بذلك قد خالفنا ما قصده المشرع من إضفاء طبيعة الأعمال القضائية على التحكيم ومنحه كافة مقومات العمل القضائي وانما يختلف عنه فقط في الشخص القائم به أما ماعدا ذلك من آثار فلا يختلف التحكيم عن الأعمال القضائية.[21].

وترتيبا على أوجه النقد التي وجهت للآراء الفقهية التي اجتهدت في بحث الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم، فإن الاختلافات حول الطبيعة القانونية للتحكيم لم تؤثر على الطبيعة

-الجزء الأول -دار المعارف-ص37

التعاقدية الثابتة لاتفاق التحكيم بصورتيه الشرط والمشارطة فجل القوانين قد أخضعوا اتفاق التحكيم للقواعد العامة (النظرية العامة للالتزام خاصة أحكام العقد).[22]

فإتفاق التحكيم مع التسليم بطابعه العقدي-الذي لم يختلف عليه إلا أصحاب المذهب القائل بالطبيعة القضائية للتحكيم -لا يفرقون بين اتفاق التحكيم وبين التحكيم ذاته-إلا انه وبحق، كما يراه فقه القانون المدني عقدا ذو طبيعة خاصة وذلك حيث أن العقد عموما يعني توافق إرادتين أو اكثر على ترتيب أثر قانوني معين،بينما لا يهدف اتفاق التحكيم إلى خلق علاقة مبتدأة، بل يقصد به التوافق على اللجوء إلى طريق استثنائي لحل نزاع في علاقة قامت فعلا و أنتجت بعض آثارها، فلا يهدف عقد التحكيم إلى عمل محدد بذاته وكذلك لا يهدف للتوصل إلى تسوية نهائية للنزاع بل هو خطوة تؤدي إلى قيام كيان عضوي يعرض عليه النزاع(هيئة التحكيم)[23].

المطلب الثاني: صور إتفاق التحكيم التجاري و طرق لإبرامه.

يقسم الفقه التحكيم من حيث وقت إبرام الإتفاق عليه و مدى علاقته بالعقد الأصلي إلى تحكيم سابق بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين و صار يعرف بشرط التحكيم أي يعد بند من بنود العقد الأصلي، و تحكيم لاحق أو المستقبل وهو الذي يتم الإتفاق عليه بعد قيام النزاع وهو ما يعرف بمشارطة التحكيم.[24]

، الطبعة الأولى- دار الجامعة، الأردن، 1997، ص 219

[23]- أحمد أبو الوفاء، مرجع سابق، ص 43
، دار النهضة العربية، دون طبعة، القاهرة، 1984، ص75 و76.

الفرع الأول: صور إتفاق التحكيم.

طبقاً للمادة 1442 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي CPC، والمعدلة بالمرسوم 2011/48 في 13 يناير 2011، يأخذ اتفاق التحكيم la convention d' arbitrage أحد شكلين : شرط تحكيم أو مشارطة تحكيم.[25]

أولا: شرط التحكيم:

قد يرد إتفاق التحكيم في صيغة شرط يتم إدراجه في العقد الأصلي الذي ينظم العلاقة القانونية بين الطرفين، وهو ما يكثر تطبيقه في الحياة العملية، ويسمى في هذه الحالة بشرط التحكيم. وعادة ما يرد الشرط بصيغة تتضمن فقط الإحالة للتحكيم، كالقول مثلا أن أي خلاف بين طرفي العقد يحال إلى التحكيم. وقد يتوسع الأطراف في ذلك فيضيفون أحكاما أخرى لشرط التحكيم، مثل مكان التحكيم والقانون الواجب التطبيق على النزاع، وصفات ومؤهلات كل أو بعض الأشخاص الذين سيعينون محكمين في هيئة التحكيم، وإذا كان التحكيم مؤسسياً، فقد جرت العادة أن تضع مؤسسة التحكيم المعنية صيغة ينصح الأطراف بإدراجها في عقدهم إذا رغبوا بإحالة نزاعهم إلى تلك المؤسسة.

فيقصد بشرط التحكيم الشرط الذي يرد في العقد الاصلي و أنه يتعلق بأي خلاف ينشأ في المستقبل عن هذا العقد يحال إلى التحكيم. ويستوي ان يرد هذا الشرط في أي مكان من العقد (بدايته أو نهايته) أو أي مكان آخر بينهما، إلا إذا تبين من الشرط انه يقصد به منازعات معينة ناشئة عن العقد وليس جميعها[26].

ويلاحظ في شرط التحكيم أنه يتعلق بنزاعات مستقبلية محتملة وليس بنزاعات قائمة. وقد يقع مثل هذا النزاع فعلا فيحال إلى التحكيم، وقد لا يقع فلا يعمل بشرط التحكيم. ويعتبر

[25]- القانون المدني المدني الفرنسي، المادة1442.
، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2001 ، ص 14.

من قبيل شرط التحكيم أيضا، الإتفاق اللاحق على إبرام العقد بإحالة النزاعات التي ستنجم عن ذلك العقد إلى التحكيم، ولكن قبل وقوع أي من تلك النزاعات ، فيعرض أحد الخصوم على الآخر تسوية المنازعات المستقبلية الناشئة عن العقد إلى التحكيم فيوافق الآخر على ذلك. في هذه الحالة يأخذ إتفاق التحكيم اللاحق حكم شرط التحكيم من حيث أنه يتعلق بنزاع مستقبلي محتمل[27].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد عرف إتفاقية التحكيم في المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08 أنه" شرط التحكيم هو الإتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006أعلاه،لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".[28]

وعرف القانون النموذجي[29](UNCIRIL) الفقرة الأولى من المادة السابعة تحت عنوان إتفاق التحكيم بأنه "هو إتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ويجوز أن يكون الإتفاق التحيكم في صورة شرط تحكيم واردة في عقد أو في صورة إتفاق منفصل".

أما بالنسبة للقانون المصري فقد أورد في المادة العاشرة من الفقرة الثانية من قانون التحكيم " يجوز أن يكون إتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقبلاً بذاته أو في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة (15) ومن هذا القانون كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الإتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الإتفاق باطلا" [30].

---

[27] - سامية راشد، مرجع سابق، ص 75

[28]- المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08.

[29]- المادة 7 من القانون النموذجي المعروف بقانون اليونيسترال(UNISTRAL)،تم إصداره من قبل لجنة الأمم المتحدة للتجارة في 21 جوان 1985.

[30] - المادة 10 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

ثانيا: مشارطة التحكيم.

وقد يكون اتفاق التحكيم لاحقاً على قيام النزاع، حيث يتفق الطرفان على إحالة هذا النزاع الذي وقع بالفعل إلى التحكيم. ويطلق الفقه والقضاء على هذا النوع من الاتفاق بمشارطه التحكيم لتمييزه بشكل خاص عن شرط التحكيم وهذا مانصت عليه المادة1011 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08 ، وعلى ذلك فان الفرق بين مشارطة التحكيم واتفاقيات التحكيم الأخرى، هو فيما إذا كان اتفاق التحكيم قد أبرم قبل نشوب النزاع أو بعده. ففي الحالة الأخيرة، نكون في إطار مشارطة التحكيم، وإلا في إطار اتفاقيات التحكيم الأخرى.

و تعرف مشارطة التحكيم بأنها " اتفاق يبرمه الأطراف منفصلا عن العقد الأصلي، وذلك للجوء إلى التحكيم في صدد نزاع قائم فعلا بينهم" [31] .

تعتبر هذه الصورة الأسبق ظهورا وإعترافا، وقد أشار إليها المشرع الجزائري في المادة 1011 بنصه على أنه "إتفاق التحكيم هو الإتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم".[32]

ومشارطة التحكيم تكون عادة إتفاق شامل لكل متطلبات التحكيم ، فلا يقتصر فقط على تقرير اللجوء إلى التحكيم لحل نزاع معين، وإنما تنظيم كل ما يتعلق بهذا التحكيم مما يكون لطرفي النزاع الإتفاق عليه، كتشكيل هيئة التحكيم ورسم حدود ولايتها، وإختيار الإجراءات التي تتبعها، إضافة إلى تحديد القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على النزاع .

ويجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى، كما يجوز أن تبرم مشارطة التحكيم حتى بعد قيام النزاع ولو أقيمت بشأنه دعوى قضائية.

ثالثا: الفرق بين شرط و مشارطة التحكيم.

[31]- سامية راشد، مرجع سابق، ص 83 .
[32]- المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08.

إن شرط التحكيم هو ذلك البند الذي يشترط في العقد حيث يتفق الأطراف فيه على الالتجاء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات والخلافات التي قد تنشأ بينهما. أما مشارطة التحكيم كما سبق وان أوردنا فهو ذلك الإتفاق الذي يلتزم فيه أطراف النزاع بأن يعرضوا هذا الأخير على هيئة تحكيمية.

ويتضح مما سبق بان شرط التحكيم يتعلق بنزاع لم يولد بعد. وبالتالي فهو شرط احتياطي قد يتم إعمال مقتضياته وقد لا يحصل ذلك ، أما مشارطة التحكيم فيتعلق بنزاع قد تحقق على أرض الواقع.

وهذه التفرقة بين مشارطة التحكيم وشرط التحكيم لها آثار قانونية بالغة الأهمية، إذ أن في مشارطة التحكيم لابد من تضمين موضوع النزاع وتحديده والإخلال بهذا المقتضى يرتب جزاء البطلان في حين لا تصادف مثل هذا المقتضى في شرط التحكيم وهذا أمر طبيعي لأنه لا يمكن تعيين موضوع النزاع بدقة فيما يتعلق بشرط التحكيم لان النزاع لازال في حكم المجهول ،كما أن شرط التحكيم هو شرط مستقل عن باقي الشروط الأخرى حيث أنه لا يترتب عن بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا وهذا ما تؤكده معظم القوانين[33].

الفرع الثاني:طرق إبرام إتفاق التحكيم

نص المشرع الجزائري في المادة1007 من القانون 09/08 على جواز كون إتفاق التحكيم سابقاً علي قيام النزاع سواء كان مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين، أو أن يتم الإتفاق بعد نشأة النزاع حسب المادة 1011 من القانون 09/08 ، وأخيراً أشار اعتبار اتفاق التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلي وثيقة تتضمن شرط التحكيم طالما كانت الإحالة واضحة في اعتبار شرط التحكيم جزءاً من العقد.وبذلك فإن إن إبرام الإتفاق علي التحكيم طبقاً للقانون الجزائري تتخذ أحد الصور التالية :

، رسالة ماجستير، جامعة منتوري قسنطينة ، 1999- 2000، ص 11

أولا: ورود شرط التحكيم في صورة بند من بنود العقد بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين، عن العلاقة القانونية بينهما في الحقوق التي لهم مطلق التصرف فيها حسب الفقرة لأولى من المادة 1008 من القانون 09/08 بقولها" يثبت شرط التحكيم ، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الوثيقة الأصلية.... [34]

ثانيا: ورود شرط التحكيم في عقد مستقل عن العقد الأصلي ويجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى، كما يجوز أن يبرم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو أقيمت بشأنه دعوى قضائية، و هذا ما نصت عليه المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المشاكل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً .[35]

ثالثا: الإحالة إلى الوثيقة التي تتضمن شرط التحكيم.

تنص المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08 الفقرة الثانية بأنه "يثبت شرط التحكيم .....أو في الوثيقة التي تستند إليه".

فشرط التحكيم قد لا يرد ضمن بنود العقد الأصلي، وإنما يكتفي العقد بالإحالة إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم، وفي هذه الحالة يكون شرط التحكيم بالإحالة إلى الوثيقة التي تضمنت شرط التحكيم. وقد تكون الإحالة إلى عقد نموذجي[36]، في مجال النقل البحري، أو بيع البضائع ويلزم في هذه الحالة أن تتضمن الإحالة ما يفيد اعتبار شرط التحكيم الذي تضمنته هذه الوثيقة جزءاً من العقد الأصلي. وقد أجازت محكمة النقض المصرية أن تضمن مستندات الشحن إحالة إلى شرط التحكيم الوارد في مشارطة الإيجار، موضحة أن هذه الإحالة تجعل شرط التحكيم ضمن سند الشحن ويلتزم به المرسل إليه باعتباره في حكم الأصيل رغم عدم توقيعه على سند الشحن وعدم تعاقده على نقل البضائع إذ يعتبر المرسل إليه طرفاً ذا شأن في عقد النقل.

[34] - المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
[35]- المادة 1031 من ق إ م إ 09/08 مرجع سابق.
2- أحمد عبد الكريم سلامة،قانون العقد الدولي،الطبعة الأولى،دارالنهضةالعربية،2001،ص133،134.

وأن معظم القوانين جاءت متضمنة مثل هذه الإحالة ومن هذه القوانين نذكر نص الفقرة الثالثة من المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري، حيث جاء فيها" ويعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم، إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد.

المطلب الثالث: الأركان العامة لإتفاق التحكيم التجاري

يتطلب لصحة اتفاق التحكيم(شرط أو مشارطة) أن تتوافر فيه الشروط اللازمة لصحة أي عقد بصفة عامة، والتي تحددها النظرية العامة للعقود ويتعلق الأمر بأركان قيام العقد وهي: التراضي والأهلية والمحل والسبب.

الفرع الأول: التراضي و أهلية التصرف في الحق المتنازع فيه.

لم يختلف التشريع والفقه على أن إتفاق التحكيم عقدا رضائيا وأيا كانت الصورة التي نتحدث عنها شرطا كانت أم مشارطة، فإن الإرادة التي يعول عليها تقييم إتفاق التحكيم من حيث إنعقاده صحيحا مستوفيا كافة شروطه الموضوعية والتي يعد التراضي على رأسها هي الإرادة السليمة، غير المعيبة بأي عيب من عيوب الرضا سواء غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ويتفق الفقه أيضا بشأن إرجاع ماهية الإرادة وعيوبها للقواعد العامة للالتزامات والقاعدة في شأن الرضا أنه يجب أن تتقابل إرادة طرفي الإتفاق على إتخاذ التحكيم وسيلة لفض النزاع الناشئ بينهما بالفعل أو الذي سينشأ بينهما،وقد أقر المشرع ذلك في قانون التحكيم بل أنه رتب البطلان على تخلف هذا الشرط أو وجوده معيبا[37]

1. التراضي في اتفاق التحكيم

التراضي بإعتباره ركن من أركان إتفاق التحكيم، لا تقوم لهذا الاخير قائمة بدونه، ومفاده أن تتجه إرادة الأطراف المتطابقة في اللجوء إلى التحكيم كبديل لقضاء الدولة. وبعبارة أخرى أن إتفاق الشخص الذي يصدر الرضا عنه، سواء أكان من أبرم العقد باسمه ولحسابه أو كل من اتجهت إرادته إلى الإلتقاء بإرادة أخرى، لإتخاذ التحكيم سبيلا لتسوية منازعاتهما بعيدا عن قضاء الدولة.

، الطبعة الثانية، دارالجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2005، ص 31.

ويكون التراضي متحققا بالنسبة لشرط التحكيم، وذلك بالمفاوضات التي تدور حول كل بنود أو شروط العقد، ومن بينها شرط التحكيم، ويتم الإتفاق على مجمل العقد في النهاية، وليس ثمة هناك حاجة إلى تراض خاص بشأن شرط التحكيم[38].

أما بالنسبة لمشارطة التحكيم، فان التراضي يتحقق بقبول مبدأ التحكيم ذاته كموضوع للعقد، وإثبات التراضي على ذلك كتابة إضافة إلى توقيع عقد التحكيم من الأطراف[39].

وفي هذا الصدد، نستحضر قرارا صادرا عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ: 1987/11/06 في قضية هضبة الأهرام المصرية، المتعلق بالإتفاق المبرم بين الهيئة المصرية للسياحة والفنادق " E.G.O.T.H" وبين شركة ممتلكات جنوب الباسفيك "S.P.P"، بتاريخ: 1984/12/23، والموقع عليه من لدن وزير السياحة المصرية. إذ أيدت محكمة النقض قرار محكمة الاستئناف بباريس، حينما ألغت الحكم التحكيمي الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس بتاريخ: 1984/07/16، مستندة في ذلك إلى أن العقد قد خلا من شرط التحكيم الذي نص على "إحالة أي منازعة خاصة بهذا العقد إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس"، فانه لا يمكن افتراض توفر رضا الدولة المصرية بالتحكيم. وإذا كان العقد قد احتوى على شرط التحكيم، فان الحكومة المصرية لم تكن طرفا فيه، حتى ولو تم توقيعه من طرف وزير السياحة، لأن توقيعه قد تم بما له من سلطة وصاية، ولم يكن ممثلا للحكومة المصرية، والتي لم تنصرف إرادتها إلى الالتزام بشرط التحكيم، بل يقتصر هذا الالتزام بطرفيه فقط، شركة " E.G.O.T.H" و شركة "S.P.P". كما لا يمكن إعتبار توقيع مصر على مستند المهمة، بمثابة تراض على التحكيم[40].

وأخيرا أن إتفاق التحكيم، كأي عقد أساسه الإرادة، إذا إنتفت عنه كان العقد باطلا ومنعدما. لذا وجب أن يكون التراضي سليما، قائما على إرادة متبصرة بموضوع إتفاق التحكيم، وعلى إرادة حرة غير مضطرة إلى إبرام هذا الإتفاق، مع ضرورة أن يقع هذا التعبير بشكل

[38] - نبيل اسماعيل عمر، نفس المرجع، ص 37
، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص.216.

[40]- Cass. Civ. 06 janvier 1987, Clunet 1987, p. 638. Note GOLDMAN, Rev. Arb, 1987, p. 469.

صريح و واضح، وذلك حتى لا تثار صعوبات حول إرادة الطرفين في اللجوء إلى التحكيم من عدمه.

2 . الأهلية في إبرام اتفاق التحكيم

لما كان إتفاق التحكيم تصرفا قانونيا، تتجه إرادة طرفيه إلى إحداث أثر قانوني، والمتجلي في نزع الإختصاص عن القضاء في نظر منازعات الأطراف، ومنحه لهيئة التحكيم. كان من الضروري، أن تتوفر لدى كل طرف أهلية الأداء اللازمة لصدور إرادة كافية لإبرام لإتفاق. ومناط أهلية الأداء، هو توفر أهلية التصرف في الحقوق، فكل من يملك التصرف في حقوقه المالية أصلا أو بإذن من المحكمة أو بحكم القانون، يكون أهلا لإبرام إتفاق التحكيم.حسب نص المادة 1006/الفقرة1 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بقولها"يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها".[41]

فالمشرع الجزائري، سمح لكل من توافرت فيه الأهلية الكاملة في إبرام اتفاق التحكيم. وبمفهوم المخالفة، فإن كل من لم يتوافر فيه شرط كمال الأهلية المحددة في المادة 40 من القانون المدني "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، و لم يحجر عليه،يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية"، فهو ممنوع من إبرام اتفاق التحكيم، وينصرف ذلك على القاصرين، وناقصي الأهلية الذين ليس بوسعهم إبرام اتفاق التحكيم إلا إذا أذن لهم بذلك، أو قضي بترشيدهم، أو باشروا هذا الأمر بواسطة نائبهم القانوني.[42]

وتجدر الاشارة هنا الى أن المشرع، عندما سمح لكل الأشخاص، سواء كانوا طبيعيين أو معنويين، أن يبرموا إتفاق التحكيم في الحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها، فانه لم يميز بين أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص، مما يفيد أن المشرع الجزائري من خلال القانون 09/08 في الباب الثاني من الكتاب الخامس المتعلق بالتحكيم ، قد تجاوز ذلك الحظر الذي كان مقررا لأشخاص القانون العام والذي عددته المادة 800 من القانون 09/08 عند إبرام اتفاقات التحكيم من قبلهم، وذلك قبل صدور هذا القانون.[43]

[41]- المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
[42]-المادة 40 من القانون المدني الجزائري.
[43]-المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وإن كان قد سمح باللجوء لهؤلاء الأشخاص إلى هذه الوسيلة، إلا أنه قد قيد هذا اللجوء بشروط. إذ بالرجوع إلى نص المادة 1006 من القانون رقم 09/08 الفقرة الثالثة" ولايجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم،ما عدا في علاقاتها الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية" نجد أن المشرع قد قيد الدولة أو الجماعات المحلية أو غيرها من الهيئات المتمتعة باختصاصات السلطة العمومية من اللجوء إلى التحكيم في النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية بضرورة التقيد بالمقتضيات الخاصة بالمراقبة والوصاية، سواء تعلق الأمر بالدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية.

الفرع الثاني:المحل من حيث قابلية الحق المتنازع فيه للتحكيم.

الأصل أن القضاء هو المختص بالبت في كافة النزاعات بالنظر لكونه صاحب الولاية العامة في تحقيق الحماية للحقوق والمراكز القانونية. لذا، يبقى اللجوء إلى التحكيم كوسيلة بديلة عنه، بمثابة استثناء من الأصل، يتعين للجوء إليه أن يكون محل النزاع مما يقبل التسوية عن طريقه.

ويقصد بمحل اتفاق التحكيم، تلك المنازعة التي يراد حسمها عن طريق التحكيم، والتي يجب أن تقبل التسوية بواسطته، والذي يرتبط وجوده بوجودها. غير أن المنازعة التي تكون محلا لاتفاق التحكيم، قد توجد مستقبلا في شرط التحكيم، وقد تكون موجودة حالا في عقد التحكيم، الذي يتم إبرامه بسبب نزاع قائم بالفعل[44].

وطالما أن اتفاق التحكيم، هو عقد كسائر العقود، فان محله يجب أن تتوفر فيه الشروط العامة المتطلبة في محل الالتزامات التعاقدية بوجه عام، والواردة في قانون المدني، (التراضي والمحل والسبب و الشكل بالنسبة للعقود الشكلية) حيث يجب أن يكون محل اتفاق التحكيم، موجودا وممكنا ومعينا أو قابلا للتعيين، وأن يكون مشروعا.

[44] - ناريمان عبد القادر، إتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية،الطبعة الأولى، القاهرة، 1996، ص.240

وإضافة إلى الشروط السابقة، لابد وأن ينصب محل اتفاق التحكيم على نزاع مالي في إطار القانون الخاص بين طرفي العلاقة القانونية، والذي يفترض فيه أنه يقبل الصلح. أما إذا كان لا يقبله[45]، فقد اتفقت جل التشريعات بما في ذلك التشريع الجزائري على عدم جواز التحكيم بشأنه، فالمسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم" تعتبر من النظام العام، يترتب على عدم مراعاتها في اتفاق التحكيم بطلانه[46].

وتجدر الإشارة إلى أن هناك تطابق بين محل التحكيم ومحل الصلح. إذ ما يجوز فيه الصلح يجوز فيه التحكيم، و ما لا يجوز فيه الصلح لا يجوز فيه التحكيم. وقد حرصت بعض التشريعات على التنصيص صراحة على هذا المبدأ، إذ نص المشرع المصري في المادة 11 من القانون رقم: 27 لسنة 1994 في شقها الأخير على أنه: " لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح".

في حين أن المشرع الجزائري، لم ينص صراحة على المبدأ السابق إلا أنه عليه عمد إلى تحديد المسائل التي تخرج عن نطاق التحكيم، وهي نفس المسائل التي لا يجوز أن تكون موضوع صلح.

إذ نص المشرع الجزائري من خلال المادة 1006 الفقرة الثانية على أنه: لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و اهليتهم. " بمعنى لا يجوز أن يبرم إتفاق التحكيم بشأن تسوية النزاعات التي تهم حالة الأشخاص وأهليتهم أوالحقوق الشخصية التي لا تكون موضوع تجارة.

وأضاف من خلال المادة 1006 الفقرة الثالثة من نفس القانون " و لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقتها الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية"[47]

وعموما، فهناك مجالان لا يجوز فيهما التحكيم: مسائل الأحوال الشخصية، والمسائل المتعلقة بالنظام العام.

[45] - حمزة أحمد حداد، " التحكيم في القوانين العربية"، ج.1، منشورات الحلبي الحقوقية، ط. 1، 2007 ، ص.147.
[46] - المادة 1006 من القانون 09/08.
[47]- المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08.

فمسائل الأحوال الشخصية، لا تصلح لأن تكون محلا لاتفاق التحكيم، لاتصالها بوضع الشخص ومركزه داخل الأسرة، بحيث لا يجوز مثلا التحكيم في مسالة تتعلق بمدى شرعية الولد أم لا، وبما إذا كان الشخص وارثا أو غير وارث، في حين أنه يجوز التحكيم في المسائل والمصالح المالية التي تترتب عليها.

أما المسائل المتعلقة بالنظام العام، والتي لا يجوز التحكيم فيها، تكون مرتبطة بالدرجة الأولى بالقواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد، والمتعلقة بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم، وتعلو فيه على مصالح الأفراد. ومن أمثلة تلك المسائل المتعلقة بحالة الشخص وأهليته، المسائل الجنائية، أو تلك المتعلقة بكسب الجنسية أو فقدها[48].

مما سبق، يتبين أن محل التحكيم يحتل أهمية بارزة للقول بصحة أو عدم صحة إتفاق التحكيم، ويبقى على قاضي الموضوع تحديد ما إذا كان موضوع النزاع يقبل التسوية عن طريق التحكيم أم لا مسترشدا في ذلك بالقانون المنظم للتحكيم أي القانون رقم: 09/08 المتعلق بالتحكيم.

الفرع الثالث: السبب.

السبب ركن جوهري لا ينعقد بدونه العقد ، و هو ما ينظر اليه المتعاقد من وراء العقد،أو المصلحة و الغرض التي يسعى إلى الحصول عليها من التعاقد.

نظم المشرع الجزائري نظرية السبب في المواد من 97و98 من قانون المدني، والتي تناول من خلالها أحكام السبب في القانون الجزائري. إذ اشترط المشرع لصحة أي اتفاق بصفة عامة، ضرورة وجود السبب، وأن يكون هذا السبب مشروعا غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، إلا أنه في حالة عدم ذكره، افترض المشرع أن لكل إتفاق سببا حقيقيا ومشروعا.

وإتفاق التحكيم كغيره من العقود، يجب أن يتضمن ركن السبب وفق نفس الشروط التي حددها المشرع الجزائري في هذا الإطار.

[48]- أحمد عبد الكريم سلامة، " التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المدنية والتجارية والإدارية والجمركية والضريبية- دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص.225.

ومفاد السبب في إتفاق التحكيم، هو إتجاه إرادة الأطراف إلى استبعاد طرح النزاع على القضاء، وتفويض الأمر بذلك إلى المحكمين، والسبب على هذا النحو يعتبر مشروعا دائما.

المبحث الثاني

الأحكام الخاصة لإتفاق التحكيم التجاري.

تختلف اتفاقية التحكيم عن باقي العقود لن أطرافها تخضع مسبقا لقرار الغير الذي يقرر طريقة فض النزاعات بينهم، بالرغم من شرعية هذا الإتفاق وسمو إرادة الأطراف فيه[49]، فنه يقابلها جزاء قانوني في حالة تخلف احد الشروط الخاصة المنصوص عليها في التشريع وهي الكتابة وتسمية المحكمين أو تحديد طريقة لتعيينهم ، بالإضافة إلى تحديد موضوع النزاع في بالنسبة لمشارطة التحكيم.

المطلب الأول: الشكلية.

إذا كان الاتفاق على التحكيم، شرطا كان أو مشارطة، يعتبر تصرفا من التصرفات التي تنعقد بإرادتين، فانه يلزم لوجود هذا الاتفاق، كما سبقت الإشارة إلى ذلك، توافر أركانه وهي الرضا والأهلية والمحل والسبب، والى جانب هذه الشروط هناك الشرط الشكلي المتعلق بالكتابة، الذي أوجبته جل التشريعات المنظمة للتحكيم.

الفرع الأول: الكتابة.

يمكن أن يرد اتفاق التحكيم إما في شكل عقد رسمي أو عرفي، كما يمكن أن يضمن في المحاضر المنجزة من طرف هيئة التحكيم، أو أن يرد في شكل وثيقة موقعة من الأطراف، أو في رسائل متبادلة أو اتصال بالتلكس أو برقيات أو أية وسيلة أخرى من وسائل الاتصال، إلى جانب أنه يمكن أن يرد من خلال تبادل مذكرات الطلب أو الدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين بوجود اتفاق تحكيم، ولكن ذلك مقيد بعدم منازعة الطرف الآخر له في ذلك. غير أن اعتماد الصياغة الالكترونية لاتفاق التحكيم، يدفع إلى التساؤل عن مدى حجيتها القانونية في الإثبات؟[50]

---

[49] - صديق بغداد، اتفاقية التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون اتلجزائري و القششاء التحكيمي، مذكرة ماجستير،كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2001-2002، ص 68

[50]- وائل أنوربندق، موسوعة التحكيم الإتفاقيات الدولية وقوانين الدول العربية، بدون طبعة، دارالفكرالجامعي، الإسكندرية،.2004، ص. 402.

والجواب على هذا السؤال، نستشفه من خلال مقتضيات المادة 323 مكرر1 من القانون المدني، "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها أو أن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها"، فاعتبر المشرع الجزائري أن الوثيقة المحررة على دعامة الكترونية تتمتع بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المحررة على الورق، شريطة أن يكون بالإمكان التعرف بصفة قانونية، على الشخص الذي صدرت عنه وأن تكون معدة ومحفوظة وفق شروط من شانها ضمان سلامتها.

غير أن التساؤل الذي يطرح نفسه هنا يتعلق بطبيعة شرط الكتابة في اتفاق التحكيم، فهل تعتبر الكتابة ركنا من أركان اتفاق التحكيم أم شرطا لصحته؟ أم مجرد وسيلة لإثباته؟

اختلفت الأنظمة القانونية فيما بينها بخصوص شرط الكتابة في اتفاق التحكيم. فهناك من الأنظمة القانونية، من اعتبر الكتابة المتطلبة في اتفاق التحكيم مجرد وسيلة للإثبات.

ومن هذه الأنظمة، نجد مثلا كل من المشرعين التونسي والسوري. إذ نص المشرع التونسي من خلال مقتضيات الفقرة 1 المادة 6 من مجلة التحكيم التونسية عدد: 42 لسنة 1996 51، على أنه: " لا تثبت اتفاقية التحكيم إلا بكتب سواء كان رسميا أو خط يد أو محضر جلسة أو محضرا محررا لدى هيئة التحكيم التي وقع اختيارها". فالكتابة اعتبرها المشرع التونسي وسيلة لإثبات اتفاق التحكيم وليست شرطا من شروط انعقاده، سواء أكانت الكتابة بمقتضى محرر رسمي أو عرفي.

كما نص المشرع السوري من خلال مقتضيات المادة 509 من قانون التحكيم السوري المستخرج من قانون أصول المحاكمات المدنية52، على أنه: " لا يثبت التحكيم إلا بالكتابة".

ويرى جانب من الفقه، أنه إذا نص المشرع صراحة على جعل كتابة اتفاق التحكيم للإثبات، فان الكتابة في هذه الحالة تكون للإثبات وليست للانعقاد. ومن ثم يجوز إثبات هذا الاتفاق بالكتابة أو ما يقوم مقامها من إقرار ويمين حاسمة. ويستطرد هذا الجانب من الفقه

، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط.2004، ص. 402.

2- نفس المرجع، ص. 235.

بالقول، بأنه لا معنى للاعتراف بالكتابة كوسيلة إثبات، ثم نعود بعد ذلك، ولا نسمح بهذا الإثبات إلا بالكتابة. إذ أن من المقرر أن الإقرار واليمين الحاسمة، هما وسيلتان من وسائل الإثبات يصح الإثبات بأيهما في الحالات التي يجب إثباتها بالكتابة[53].

ويرى جانب آخر من الفقه، أنه لما كانت قواعد الإثبات الموضوعية لا تتعلق بالنظام العام، فمن الواجب الاعتداد بإرادة الأطراف في إجراءات التحكيم، بحيث إذا اتفق الأطراف على جواز الإثبات بغير الكتابة، فيما كان يجب إثباته بها، صح اتفاق التحكيم لان قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام[54].

في حين أن هناك أنظمة قانونية أخرى، تشترط الكتابة كشرط انعقاد وليس كشرط للإثبات، من بينها المشرع الجزائري والمصري والفرنسي.

فبالنسبة للمشرع الجزائري، نجد أنه في نص المادة 1040 الفقرة الثانية "يجب من حيث الشكل و تحت طائلة البطلان، أن تبرم إتفاقية التحكيم كتابة، أو بأي وسيلة أخرى تجيز الإثبات بالكتابة" فاعتبر كتابة اتفاق التحكيم شرط انعقاد، ونص على وجوب إبرام اتفاق التحكيم كتابة إما على شكل عقد رسمي أو عرفي أو محضر يحرر أمام الهيئة التحكيمية المختارة.

وأمام صراحة هذا النص، يتبين أن اتفاق التحكيم هو من العقود الشكلية التي يتوقف انعقادها على إفراغها في سند كتابي، فلا يمكن إقامة الدليل على اتفاق التحكيم شفويا أو بأية وسيلة أخرى حتى بالإقرار.

أما المشرع المصري فقد نص من خلال مقتضيات المادة 12 من القانون رقم: 27 لسنة 1994 المتعلق بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية، على ما يلي:" يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا و إلا كان باطلا".

3 ـ محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية"، ج.1، اتفاق الحكيم، دار الفكر العربي، ط.1990، ص. 106و ما يليها.

[54] ـ أحمد أبو الوفا، " التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري"، دار المعارف، الإسكندرية، ط.5، 1988،ص. 25 ومايليها.

وهو نفس ما سار عليه المشرع الفرنسي، عندما نص من خلال مقتضيات المادة 1443 في شقها الأول من قانون المسطرة المدنية الفرنسي كما تم تعديله، على بطلان اتفاق التحكيم إذا لم يكن مكتوبا[55].

وعليه، يتبين من خلال النصوص السابقة أن اتفاق التحكيم، يتعين أن يكون مكتوبا تحت طائلة البطلان. إذ اتجهت إرادة المشرع صراحة على اعتبار الكتابة ركنا لقيام اتفاق التحكيم، وليست مجرد وسيلة لإثباته، ولما كانت الكتابة تعد ركنا شكليا في الاتفاق على التحكيم، فان البطلان الناشئ عن تخلفها، يعتبر بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام.

الفرع الثاني:الوسائل التي يجيز إثباتها بالكتابة.

لم تكتف المادة 1040 فقرة 3 بشرط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم من الناحية الشكلية مثلما كان منصوص عليه في المادة 458 مكرر 8 فقرة 2 ، بل أعطت إمكانية إبرام اتفاق التحكيم بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة .

ومن وسائل الاتصال التي تجيز الإثبات بالكتابة المحررات الالكترونية التي تبرم بالانترنت ، والتوقيع الالكتروني ،الفاكس ...الخ، وبهذا أراد المشرع أن يتماشى مع المادتين 323 مكرر و 323 مكرر 1 من القانون المدني، اللتان تجيزان الإثبات بالكتابة الالكترونية، كما أراد المشرع مواكبة التطور الواسع لوسائل الاتصال وتوسع شبكاتها ومدى تأثيرها على التجارة الخارجية ، بحيث أصحت تبرم الصفقات عن طريق الانترنت وهو ما يسمى التجارة الالكترونية[56]

[55]- l'article 1443 du procédure civile proclame que:" A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite."

[56]-المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري.

المطلب الثاني: تعيين المحكمين

المحكم هو شخص يتمتع بثقة الخصوم ، أولوه عناية الفصل في خصومه قائمة بينهم ، و قد يتم تعيينه من جانب المحكمة إذا كان التشريع يجيز ذلك للقيام بمهامه ، و لما كان حكم المحكم بمثابة قضاء على الخصوم فلم يترك المشرع لهم حرية كاملة في اختياره، و انما قيدها ببعض القيود رعاية لهم .[57]

إذا اختار الأطراف وسيلة التحكيم لفض المنازعات التي تنشأ عن علاقة معينة ، يجب أن يفصح الأطراف عن عزمهم إخضاع هذه المنازعات للتحكيم دون الاكتفاء بإشارة عابرة بإخراج النزاع من سلطة القضاء.

ومن أساليب الموضوع لإتفاق التحكيم الإشارة إلي هيئة التحكيم التي تتولي مهمة الفصل في النزاع سواء بتسمية المحكم أو المحكمين بأسمائهم أي أشخاصهم أو صفاتهم أو عن طريق الإحالة إلي نظام هيئة تحكيم دائمة يتم في إطارها تعيين المحكمين عندما يلزم الأمر ذلك .

و بالإطلاع على نص المادة 1041 من القانون 09/08 أعلاه ،نجد أن المشرع الجزائري قد وضع ثلاث فرضيات أو احتمالات لتعيين أعضاء هيئة التحكيم مقتديا في ذلك بالقانون السويسري أكثر من القانون الفرنسي وهذه الفرضيات هي :

- اختيار المحكمين عن طريق الأطراف.
- اختيار المحكمين عن طريق نظام تحكيمي.
- اختيار المحكمين عن طريق القاضي.

و سنتبنى النهج الذي انتهجه المشرع الجزائري في تنظيمه لكيفيات اختيار المحكمين عن طريق تقسيمه إلى ثلاث طرق بحسب إرادة الأطراف ،جاءت بالشكل التالي.[58]

[57]- محمود الكيلاني ، الموسوعة التجارية ، المجلد الأول ، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا ، ص 364 الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن ، سنة 2008.
[58]- المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08.

الفرع الأول: تعيين المحكم مباشرة من قبل الأطراف.

بموجب هذه الكيفية يكون للأطراف الفرصة الأولى و الأكبر في اختيار المحكمين ،و تنطبق هذه الحالة على التحكيم الحر أو الخاص بحيث يتولى هؤلاء تعيين المحكمين مباشرة دون الاعتداد بأي نظام تحكيمي إذ يتم ذلك انطلاقا من الثقة التي يتمتعون بها في قدرتهم على حسم النزاع ، أو انطلاقا من التخصص الفني و الذي قد لا يتوافر لغيرهم مما يجعلهم أقدر من الآخرين على فهم المسائل المعروضة عليهم و الفصل فيها[59].

و تجدر الإشارة إلى أنه حتى وإن كنا نستعمل مصطلح " هيئة التحكيم " إلا إن ذلك لا يمنع من أن يكون المحكم فردا واحدا فقط ،و عليه ينبغي أن نميز بين ما إذا إتفق الأطراف على أن تتكون هيئة التحكيم من محكم فرد أو أكثر .

أولا . هيئة التحكيم تضم محكم واحد فقط : و يتمخض أسلوب إختيار محكم وحيد أو المحكم الفرد عن مجموعة أسباب لعل أهمها ،اقتصاد النفقات باعتبار أن وجود محكم واحد يفرض تكاليف أقل ،إلا أن هذه الميزة يجب أن يؤخذ فيها بعين الاعتبار مدى أهمية و مقدار المنفعة المادية أو الأرباح التي تكون على المحك في التحكيم بصدد عقود التجارة الدولية بحيث يكلف شخص واحد فقط بفض النزاعات الناشئة عنها[60].

هذا و يتميز اللجوء إلى المحكم الفرد من جهة أخرى ،بأنه حسب البعض يسمح بفض النزاع في وقت أقل حتى و إن كان كل ثقل أو عبئ الخصومة يقع على عاتق شخص واحد إذ أنه بتعدد المحكمين ،تختلف مواطنهم و مقراتهم الأمر الذي يطرح عدة مشاكل فقد ثبت في واقع الحياة العملية أن مجرد تثبيت و تحديد تاريخ الجلسات يكون صعبا ويحتاج إلى وقت طويل نسبيا حتى يتناسب ذلك مع كافة أعضاء هيئة التحكيم[61].

ثانيا . هيئة التحكيم تضم أكثر من محكم : وتثير هذه الحالة عدة إشكالات لها علاقة بمدى تنفيذ القرار و ذلك كالآتي :

، دار الفكر الجامعي ،2003 ، ص.60

[60]- أحمد شرف الدين ، المرجع السابق ، ص.27 .

[61]- Nour _ Eddine Terki ,Op.cit ,P.73

بالنسبة للمشرع الجزائري نجده في المادة 1041 الفقرة الأولى قد أشار إلى أن هيئة التحكيم قد تتضمن محكما أو أكثر إذ نصت هذه المادة على " ...تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم ..." دون أن تقيد هذا العدد بأي شرط آخر .

أما المشرع المصري إلى جانب العديد من التشريعات العربية الأخرى ،فقد قيد الأطراف بضرورة إختيار عدد فردي من المحكمين ، بل و رتب بطلان القرار التحكيمي على عدم توافر هذا الشرط وجاء هذا القيد بموجب نص المادة 15 . 2 من قانون التحكيم المصري التي تنص على أنه " إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا و إلا كان التحكيم باطلا ".

و في القانون النموذجي للتحكيم فلم يُشترط عدد معين من المحكمين إذ نص على أن يكون للأطراف حرية إختيار عدد المحكمين و كيفية اختيارهم ،و في هذه الحدود من الممكن أن يكون العدد زوجيا أو فرديا و في حال عدم الاتفاق يكون العدد ثلاث محكمين و هو ما نصت عليه كل من المادتين 10 و 11 من القانون النموذجي للتحكيم[62] .

و انطلاقا دائما من أن الأطراف في حالة تراضي فإنه ، يمكنهم أن يعينوا المحكم الثالث أو أن يتركوا ذلك للمحكمين المعينين من قبل كل واحد منهم[63].

إذ أنه " في ميدان العقود الدولية و لا سيما المعقدة منها سيكون من المفيد اختيار عدة محكمين لضمان عدم المحاباة ،إلا أن هذا العدد يجب تحديده ضمن سقف معين وذلك اقتصدا بالنفقات "[64].

و نرى من جهتنا أنه إلى جانب تأييد الرأي أعلاه بتعدد المحكمين مع و ضع سقف معين لذلك ،فإن ما اتجهت إليه القوانين العربية من اشتراط لأن يكون عدد المحكمين وترا يتوافق و تحقيق المساواة بين الأطراف من جهة ،و يتوافق و السرعة كخاصية للتحكيم من جهة أخرى ،ذلك أنه في حال كان العدد زوجيا و انقسمت الهيئة التحكيمية إلى نصفين

[62]- المواد 10 و 11 من قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم.
[63]- عليوش قربوع كمال ، المرجع السابق ، ص.40 .
[64]- محمد علي جواد ، المرجع السابق ، ص.ص. 199 .200 .

متساويين بصدد القرار التحكيمي الواجب اتخاذه أدى ذلك إلى أخذ و رد بينهم قد يطول ،في حين أن هذه الإشكالية لا تقوم في حال كان العدد وترا لوجود محكم مرجح لرأي على آخر .

الفرع الثاني: تحديد طريقة لتعيين المحكمين.

تنص المادة 1041 من القانون 09/08 على أنه " يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين ".

و يؤدي الرجوع لنظام تحكيمي ،إلى تدخل هيئة أو مركز دائم للتحكيم من أجل تعيين المحكمين و بذلك تكون طرق التعيين المحددة في نظامها الخاص مقبولة بين الأطراف الذين يمكنهم أن يختاروا أي هيئة تحكيمية دائمة، و تتعدد هذه المؤسسات و تتنوع على أكثر من مستوى ،فقد تكون وطنية و لكنها تختص بتسوية منازعات العلاقات الدولية كجمعية التحكيم الأمريكية و محكمة لندن للتحكيم و غرفة تجارة استوكهلم و قد تكون إقليمية كما هو الحال بالنسبة للتحكيم المنشأ بموجب الاتفاق الأوربي الذي أعدته اللجنة الاقتصادية الأوربية التابعة للأمم المتحدة [65]،و أيضا مختلف مراكز التحكيم في الدول العربية و التي نذكر منها ،مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي التابع للجنة الاستشارية القانونية الآفروآسيوية ،و كذلك المركز الدولي لتسوية المنازعات و المركز العربي للتحكيم . أما على المستوى الدولي فإن أكثر هيئات التحكيم انتشارا من حيث الخدمات التي تقدمها فهي محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية ،و المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار المنشأ بموجب اتفاقية البنك الدولي . حيث أن الجزائر لجأت إلى نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية في أغلب الأحيان[66].

و نظرا لهذا التنوع في المراكز التحكيمية فإننا سنتطرق إلى نظام غرفة التجارة الدولية للاعتبارات المذكورة سابقا و كذلك بعض مراكز التحكيم العربية و الإقليمية فيما يتعلق بهذه المرحلة من مراحل العملية التحكيمية ،مع التطرق إلى جانب ذلك لقواعد اليونسيترال.

[65]- عليوش قربوع كمال ،المرجع السابق ، ص.41.
[66]- أحمد شرف الدين ، المرجع السابق ، ص.35 .

أولا . اختيار المحكمين وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية بباريس : يتميز هذا النظام بمجموعة مميزات أدت إلى الانتشار الواسع له من خلال كثرة العقود الدولية التي تلجأ إليه لفض منازعاتها كالعقود المبرمة بين مصر و شركة بان أمريكان سنة 1964 حيث نصت المادة 46 / الفقرة ب على أنه " ...و إذا لم يقم الطرف الثاني بتعيين محكم له ... فإن للطرف الأول الحق في أن يتقدم إلى محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية طالبا تعيين محكم ثان ..."[67].

و كذلك الوضع بالنسبة لاتفاقية مصر و شركة فيلبس سنة 1963 إذ نصت المادة 45/ الفقرة الثانية منها على أن يفصل في النزاع ثلاثة محكمين يجري اختيارهم وفقا للائحة التحكيم الخاصة بالغرفة التجارية الدولية[68]". و تتجسد مزايا نظام التحكيم وفقا لهذه الغرفة في :

انعدام القيود فيما يخص نوع النزاع التجاري إذ يمكن تطبيقه على منازعات مختلف المعاملات التجارية الدولية دون تخصيص و هو نفس الحكم فيما يتعلق بصفات أطراف النزاع .

منح قدر كبير من الحرية للأطراف على امتداد الخصومة من اختيار المحكمين و مكان التحكيم وصولا إلى تحديد قانون الإجراءات و الموضوع .

على الرغم من أن نظام التحكيم في هذه الغرفة يتضمن ثلاثة أجهزة هي الأمانة العامة و اللجان الوطنية و محكمة التحكيم إلا أن هذه الأخيرة لا تبت بنفسها في النزاع و إنما يتم ذلك عن طريق المحكمين الذين يعينهم أطراف النزاع ،أما محكمة التحكيم فهي تشرف على سير نظر النزاع و تنظر في اعتماد الحكم الصادر فيه .

يستهدف النظام استصدار قرار تحكيمي تتوفر له مقومات الفاعلية و النفاذ[69].

[67]- عليوش قربوع كمال ، المرجع السابق ، ص.41 ،42.
[68]- أحمد عبد الحميد عشوش ، المرجع السابق ، ص.64 .
[69]- أحمد شرف الدين ، المرجع السابق ، ص.36

و انطلاقا من هذه المزايا فقد نصت المادة 2 من نظام الغرفة على مختلف طرق و حالات تعيين المحكمين ،فنظمت مثل أغلب التشريعات العربية سبل تعيين المحكم الفرد أو أكثر :

حالة الاتفاق على محكم منفرد : فإنه يحق للأطراف تعيين هذا المحكم دون قيود ،و لا يكون لمحكمة التحكيم إلا المصادقة على هذا التعيين[70]،أما الفقرة 3 من المادة 2 فقد قررت أنه في حال لم يتفق الأطراف على تعيين المحكم خلال الثلاثين يوما من تاريخ إبلاغ الطرف الآخر طلب التحكيم فإن المحكمة تعينه بعد أن تطلب ترشيحا من اللجنة الوطنية التي تراها مناسبة من بين اللجان الوطنية لغرفة التجارة الدولية ،و إذا لم تقبل المحكمة هذا الترشيح أو لم تتولى اللجنة تأدية مهمتها في المدة التي حددتها لها المحكمة فلها أن تكرر طلبها للجنة أو أن تطلب ترشيحا من لجنة أخرى مناسبة[71].

حالة الاتفاق على هيئة تحكيم تضم أكثر من محكم : إذا فضل الأطراف اللجوء إلى هذا الخيار ،فإنه يتوجب على كل واحد منهم أن يختار محكما من جانبه ،أما المحكم الثالث و الذي يترأس الهيئة التحكيمية فتعينه المحكمة إلا إذا اتفق الأطراف على أن يتم تعيينه من قبل المحكمين المعينين لتتولى المحكمة المصادقة على ذلك ،وهذا ما قضت به المادة الثانية دائما في فقرتها الرابعة .

بيد أنه إذا لم يتوصل الخصوم إلى اتفاق حول تعيين المحكم الرئيس ،وهذا ما يحدث عادة أو أن يُقصر أحدهم في اختيار محكمه ،فإن محكمة التحكيم بالغرفة تتولى هذه المهمة بالتعاون دائما مع اللجان الوطنية التي ترشح لها محكما من الدولة التي ينتمي إليها الطرف المُقصر و يكون لها تعيين المحكم حتى من دولة غير دولة هذا الأخير إذا اقتضت الضرورة ذلك ولم يعترض أي من الطرفين[72].

ليكون بهذا النظام الخاص بمحكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية قد منح الأطراف حرية واسعة في اختيار المحكمين من جهة كما لجأ إلى الأجهزة التابعة لها للتصدي لكل

---

[70]- إبراهيم أحمد إبراهيم ، المرجع السابق ، ص.148 .و كذلك Nour_Eddine Terki ,Op.cit ,P.78

[71]- أحمد شرف الدين ، المرجع السابق ، ص 36.

[72]- إبراهيم أحمد إبراهيم ، المرجع السابق ، ص.149. و Nour _ Eddine Terki , Op.cit , P.79

تقصير من الأطراف ،حيث أن مماطلة أحدهم في اختيار محكمه أو امتناعه عن ذلك لن يكون من شأنه إعاقة إجراءات التحكيم .

ثانثا . اختيار المحكمين وفق نظام كل من المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار و المركز العربي للتحكيم التجاري : لا تختلف كيفية اختيار المحكمين وفق هذين المركزين عما جاءت به التشريعات العربية المذكورة آنفا ،فقد منحا الأطراف متسعا من الحرية لذلك .

فبالنسبة للمركز الدولي لتسوية المنازعات نجده قد نص في المادة 37 من الاتفاقية المنظمة له على أن المحكمة التحكيمية قد تتكون من محكم واحد أو أكثر وفق اتفاق الأطراف شرط أن يكون العدد فردي و هذا تماما ما أقرته أغلب القوانين.أما إذا لم يتفقوا كان العدد ثلاثة محكمين يعين كل من الطرفين محكمه و الثالث يعين بموافقتهما و لتفادي أي تعطيل لسير الخصومة فقد نصت المادة 38 من الاتفاقية على أن يتولى رئيس المجلس الإداري للمركز تعيين المحكم الثالث إذا مرّ تسعون يوما من تاريخ الإخطار بتسجيل الدعوى و لم يتوصل الأطراف إلى تسميته ،و الحقيقة أن هذه المادة تضمنت عبارة غاية في الأهمية و توضح مدى حرص هذا المركز على رضا الأطراف عند اختيار من يفصل في النزاع لما لهذا الرضا أو القبول من تأثير على القرار التحكيمي بحيث أنه يدفع بالأفراد إلى تنفيذه طواعية دون حاجة إلى أن يلجأ الطرف الذي صدر القرار لصالحه باستصدار أمر للتنفيذ و الذي سندرسه في الفصل الثاني ،و تتجسد هذه العبارة في " ... يقوم الرئيس تلبية لرغبة أي من الطرفين وبعد التشاور معهما بقدر الإمكان بتعيين المحكم أو المحكمين الذين لم يعينوا بعد ..."[73].

أما في المركز العربي للتحكيم فتتضمن الهيئة التحكيمية ثلاث محكمين إلا إذا اتفق الأطراف على محكم واحد وهذا بنص المادة 15 .1 من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري و المنظمة لهذا المركز.

[73]- عبد الفتاح مراد ، المرجع السابق ،ص.457 .458 .

وفي المادة 17 تم التطرق إلى كافة حالات التقصير و الإختلاف بين الأطراف بهذا الخصوص كالتالي[74]:

يعين مكتب المركز المحكم حال تخلف طالب التحكيم عن ذلك بعد أسبوع من تقديم طلبه .

يعين المكتب المحكم حال تخلف المطلوب التحكيم ضده عن ذلك بعد انقضاء ثلاثين يوما من تاريخ إبلاغه بطلب التحكيم .

يعين المكتب المحكم الثالث حال عدم إتفاق الأطراف إثر انقضاء ثلاثين يوما من تاريخ دعوة رئيس المركز لهما لهذا الغرض .

ثالثا . إختيار المحكمين وفق قواعد تحكيم اليونسيترال و القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي : تناولت قواعد اليونسيترال تنظيم عدد المحكمين وكيفية تعيينهم في المواد 5 ، 6 ، 7 كما يلي[75]:

إذا لم يتفق الأطراف على العدد ،سواء قبل النزاع أو حتى بعد خمسة عشر يوما من تسلم المدعى عليه إخطار التحكيم كان العدد ثلاثة .

إذا تم اللجوء إلى محكم واحد كان لأي من الطرفين اقتراحه على الآخر ،وعند الاختلاف يتم اللجوء إلى سلطة التعيين التي إتفق عليها مسبقا ،و لم تهمل هذه القواعد حالة ما إذا أخفقت أو رفضت هذه الأخيرة تعيين المحكم حيث قررت أنه يحق لأي من الطرفين اللجوء بعد مُضي ستين يوما من تسلم السلطة لطلب التعيين أن يطلب من الأمين العام لمحكمة التحكيم الدائمة بلاهاي تحديد سلطة التعيين[76].

و بدورها لم تختلف أحكام القانون الـ نموذجي عمّا تّم ذكره أعلاه و لكنها نصت على أن قرار التعيين يكون غير قابل للطعن من جهة ،و من جهة أخرى نذكر أن مركز القاهرة

---

[74]- المرجع نفسه، ص 470 و471 .
[75]- حمزه حداد ،التحكيم التجاري (http://www.lac.com.jo/articles,htm)
[76]- نفس المرجع ، ص. 299 و ما بعدها.

للتحكيم التجار ي في المادة الثالثة من نظامه القانوني ينص على أنه يُجَسّد سلطة التعيين إذا لم يتفق الأطراف على غير ذلك[77] .

و كخلاصة لما تقدم طرحه حول اختيار المحكمين سواء باللجوء إلى التحكيم الخاص أو المؤسسي ، أن هذه المرحلة من مراحل التحكيم تشكل جزءا أساسيا لقيام قرار تحكيمي فعال إذ أن هذا الأخير إذا صدر عن هيئة تحكيم تّم تشكيلها بغير ما هو منصوص عليه في اتفاق الأطراف أو القانون المختار من قبلهما أو النظام الخاص بمركز التحكيم المعتمد فإن ذلك يعرضه للطعن وبالتالي عدم تحقيق الهدف من العملية التحكيمية ككل .

الفرع الثالث: التعيين بالرجوع إلى القاضي.

إن المبدأ الأساسي كما ذكرنا هو إرادة الأطراف و حريتهم الكاملة لاختيار أعضاء الهيئة التحكيمية ،إلا أنه قد يثور خلاف بين هؤلاء بخصوص هذا الإجراء نتيجة لتقاعس أحدهم عن تسمية محكمه مثلا " و يسمي المختصون هذه الظاهرة " بإنحطاط الأخلاق" ... إذ كثيرا ما يؤدي هذا الأمر إلى نشوب نوع من المنازعات تارة أمام الهيئات النظامية للتحكيم و تارة أمام المحاكم ، و في أغلب الأحيان بسوء نية للتنصل من الإلتزامات التي يفرضها اتفاق التحكيم " و للتصدي لذلك تدخلت مختلف التشريعات لتنظيم إختيار المحكمين بمنح هذه السلطة للقاضي المختص[78] .

أولا . إختيار المحكمين عن طريق القاضي الجزائري

جاء في نص المادة 1041 أنه يجوز للطرف المعني بالتعجيل أن يسلك إحدى الطريقتين لتعيين أعضاء هيئة التحكيم بحسب ما إذا كان التحكيم يجرى في الجزائر أو خارجها وأختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر يكون ذلك كالتالي[79]:

[77]- عبد الحميد الأحدب ، التحكيم الدولي ، المرجع السابق ، ص.188 .189 .
[78]- مصطفى تراري الثاني ، المرجع السابق ، ص.42 .
[79]- المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية09/08

1 . إذا كان التحكيم يجرى في الجزائر : يجوز للطرف المعني بالتعجيل أن يرفع الأمر أمام المحكمة المختصة طبقا لنص المادة 458 مكرر03 ،إذ تنص هذه الأخيرة على أن المحكمة المختصة في مثل هذه الحالة هي :

. المحكمة المحددة في اتفاقية التحكيم لتعيين المحكمين في حال الخلاف .

. و إذا لم يتم تحديدها في الاتفاقية فالمحكمة المختصة هي تلك التي يقع في دائرة اختصاصها مقر إقامة التحكيم ،أو المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مقر إقامة المدعى عليه أو المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مقر إقامة المدعي إذا كان المدعى عليه لا يقيم في الجزائر .

هذا و قد أبدى البعض تخوفهم من أن يؤدي تطبيق المادة أعلاه إختيار أو تعيين محكم أجنبي و هو أمر غير مرغوب فيه لحسن سير العملية التحكيمية . في حال كون الأطراف جزائريين . إلا أن أنصار هذه الفكرة قد أهملوا عدة عوامل تلغي هذا التخوف لعل أهمها ،أنه يتم تعيين المحكم وفق اختصاص أحد قضاة المحاكم المذكورة سابقا ،في حال كان التحكيم يجرى في الجزائر[80].

2 . إذا كان التحكيم يجرى خارج الجزائر : في هذه الحالة أجازت المادة 1041 الفقرة الثانية للطرف المعني بالتعجيل أن يرفع الأمر أمام رئيس محكمة الجزائر شريطة أن يكون الأطراف قد اختاروا القانون الإجرائي الجزائري .

و بناء عليه فإن إسناد هذه السلطة المميزة لرئيس محكمة الجزائر ،و الذي تكون نتيجته استبعاد تدخل أي قاضي وطني آخر .تستلزم توافر ثلاثة شروط مجتمعة أولها أن يتعلق النزاع بتحكيم دولي ،الثاني أن يجرى التحكيم في الجزائر ،أما الثالث فهو أن تتطابق إرادة الأطراف على تطبيق أحكام القانون الإجرائي الجزائري. و يستجيب القاضي لطلب التعيين ،بموجب أمر بناء على مجرد عريضة ،بحيث يكون أمر القبول أو أمر تعيين المحكم غير قابل لأي طعن [81].

[80]-Nour_ Eddine Terki ,Op.cit , P.82 .83" .

[81]- عبد الفتاح مراد ، المرجع السابق ، ص.106 .

و يتضح من كل ما سبق أن المشرع الجزائري قد ميز عند تحديد القاضي المختص بشأن تعيين المحكمين بين ما إذا كان التحكيم يجرى في الجزائر أو خارجها .

ثانيا: اختيار المحكمين عن طريق القاضي في مصر

إكتفى المشرع المصري في المادة 17 من قانون التحكيم بالنص على الحالات التي يثبت فيها الاختصاص للقاضي في تعيين المحكم أو المحكمين، وهذه الحالات هي :

حال عدم الاتفاق على المحكم و كانت الهيئة التحكيمية تضم محكم واحد . حال كانت الهيئة التحكيمية تضم ثلاث محكمين ،و لم يتولى أحد الأطراف تعيين محكمه بعد مرور ثلاثين يوما من تسلمه لطلب خصمه بذلك ،أو اختلفوا بشأن تعيين المحكم الثالث حتى بعد مضي ثلاثين يوما من تاريخ تعيين آخر محكم .

و قد أحالت المادة 17 الاختصاص بتعيين الجهة القضائية إلى المادة 09 من ذات القانون و التي نصت على ما يلي "... أما إذا كان التحكيم تجاريا دوليا ،سواء جرى في مصر أو في الخارج فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر"[82] .

المطلب الثالث: تحديد موضوع النزاع.

قد يكون اتفاق التحكيم لاحقاً على قيام النزاع، حيث يتفق الطرفان على إحالة هذا النزاع الذي وقع بالفعل إلى التحكيم. ويطلق الفقه والقضاء على هذا النوع من الاتفاق بمشارطه التحكيم لتمييزه بشكل خاص عن شرط التحكيم وعلى ذلك، فان الفرق بين مشارطة التحكيم واتفاقيات التحكيم الأخرى، هو فيما إذا كان اتفاق التحكيم قد أبرم قبل نشوب النزاع أو بعده. ففي الحالة الأخيرة، نكون في إطار مشارطة التحكيم.[83]

[82]- المادة 7 من قانون التحكيم المصري 1994/27

[83]- عبد الحميد الأحدب ، التحكيم الدولي ، المرجع السابق ، ص.210 و ما بعدها .

الفرع الأول : المشارطة.

يعرفها جانب من الفقه بأنها:" الإتفاق الذي يستطيع بمقتضاه أطراف نزاعقائماً بالفعل عرض هذا النزاع على محكم، أو محكمين يختاره هؤلاء الأطراف لحسم النزاع ، كما يجوز أن يتم إتفاق التحكيم بعد قيام النزاع، ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية، وتسمى أحياناً وثيقة التحكيم الخاصة.

والأصل أن مشارطة التحكيم ينبغي أن تتضمن نفس العناصر، والشروط الجوهرية التي ترد في شرط التحكيم ولذلك يطلق في التطبيق العملي مصطلح إتفاق التحكيم على شرط التحكيم، ومشارطة.

يلاحظ انه من المتعذر، إن لم يكن من المستحيل، تحديد موضوع النزاع في شرط التحكيم ما دام أن هذا الشرط يتعلق بنزاع مستقبلي محتمل والذي قد يقع وقد لا يقع بتاتاً . لذلك، فان اشتراط ذكر موضوع النزاع في وثيقة التحكيم يقصد به فقط مشارطة التحكيم حتى تكون المشارطه صحيحة، إذ من غير المعقول أن يتقدم احد الطرفين بدعوى تحكيمية دون بيان موضوع النزاع، كما انه من غير الممكن أن تنظر الهيئة في نزاع وتفصل فيه، دون أن يكون هذا النزاع محددا وواضحا أمامها، (وإلا كانت العملية التحكيمية باطلة حسب نص القانونية) و هذا مانصت عليه المادة 1012 الفقرة الثانية بقولها" يجب أن يتضمن إتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع...".[84] فهي إذا ركن لإنعقاد مشارطة التحكيم.

الفرع الثاني:الشرط

شرط التحكيم كأحد بنود العقد يتفق الأطراف فيه على الإلتجاء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات والخلافات التي قد تنشأ بينهما حول تفسير العقد وتنفيذه، فالشرط يرد على منازعات محتملة الوقوع. فهو يرد بشكل عام وبالنسبة لجميع أو بعض أنواع النزعات أو الإختلافات، وفي المشارطة يتخلى الأطراف عن الإحتكام إلى القضاء بالنسبة للنزاع القائم أما الشرط فإنه يعبر عن إرادة الخصوم ورغبتهم في النزول عن الإلتجاء إلى القضاء وفي حسم كل النزاعات

[84]- المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08.

بواسطة التحكيم، لهذا لايمكن التصور أو التنبؤ بالنزاعات قبل حدوثها على عكس المشارطة التي تكون بسبب قد ثار بين إطراف العلاقة القانونية.

الفصل الثاني

أثار إتفاق التحكيم و إنقضائه.

إذا ما توافر لإتفاق التحكيم قوته الملزمة رتب أثاره في مواجهة من يلتزمون به إي بمعنى أخر قيام جميع الأثار المترتبة عليه. الإتفاق على التحكيم هو عقد من العقود، يخضع للقواعد العامة من حيث الأصل في إنهاء العقود، إلا أن الإتفاق على التحكيم يمتلك خصوصية، نظرا لطبيعته، مما يجعله يتميز عن العقود الأخرى فهو لا يتأثر بالعوارض الخاصة بأطرافه أو بهيئة التحكيم كالوفاء أو العزل أو رد المحكم أو تنحية أو عجزه لأي سبب، وجب تعيين بديل له طبقا للإجراءات التي تتبع في إختيار المحكم التي تجعل لطرفي التحكيم إولا، و لمن يعهدان إليه بسلطة التعيين ثانيا و للمحكمة في نهاية الأمر، كذلك لا يتأثر إتفاق التحكيم بأسباب إنتهاء العقد الأصلي و المتضمن لشرط التحكيم و ذلك طبقا لمبدأ إستقلال شرط التحكيم إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته

وبما ان التحكيم عقد كغيره من العقود يخضع لما تخضع له الاتفاقيات عموما باعتباره تصرف قانوني فلا وجود له إلا بتوافر أركانه الأساسية اللازمة لأي تصرف قانوني من أطراف يبرمانه وموضوع ينصب عليه وآثار تترتب عليه وإن كانت متمايزة عن الآثار المعتادة للتصرفات القانونية في نظم القانون الخاص. وهنا تتجلى أهمية الموضوع أي في الجانب الإجرائي والذي يرتب أهم اثرين الأول في نزع الاختصاص عن قضاء الدولة والثاني في منح الاختصاص للهيئة التحكمية للنظر في موضوع النزاع.

وبناءا على ذلك وسواء كان الإتفاق على التحكيم في صورة شرط أو مشارطة فإنه ينتهي لتوفر عدة أسباب لابد من تبيانها في مبحثين. الأول نبحث الإنتهاء الطبيعي لإتفاق التحكيم، و في الثاني الإقضاء الغير طبيعي لإتفاق التحكيم.

المبحث الأول

أثار إتفاق التحكيم

يتمتع إتفاق التحكيم بقوة الالتزام متى توافرت شروطه الموضوعية والشكلية، وهذه القوة تقوم في مواجهة أطرافه ولا تقوم في مواجهة الغير، إلا في أحوال خاصة يقررها القانون خروجا عن الأصل وهذا ما يعرف بنسبية آثار العقد.

وإذا تحققت شروط التحكيم الموضوعية والشكلية فانها تضفي على الاتفاق قوته الملزمة والتي تتمثل في الإمتناع عن الإلتجاء إلى القضاء في شان النزاع المحكم فيه وبناء عليه ويترتب على اتفاق التحكيم أثران مختلفان وهما[1] :

الأثر الأول : وهو مايعرف بالأثر الإيجابي

ويعتبر قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08 من القوانين التي تبنت هذا النهج ولاسيما وأن قانون التحكيم الجزائري قرر أنه في حال امتناع أحد الأطراف عن تعيين محكم ، فإن هذا الامتناع لا يؤدي إلى إعاقة الشروع في إجراءات التحكيم ، حيث تقوم المحكمة المختصة بتعيين المحكم بدلاً عن الطرف الذي امتنع عن تعيين محكمه .

وأياً ما كانت الوسائل والطرق التي يلجأ إليها المشرع الجزائري من أجل وضع إتفاق التحكيم موضع التنفيذ الفعلي فإن هناك حقيقة وهي أن مقاومة أحد الأطراف للإتفاق على التحكيم و إمتناعه عن تنفيذ التزامه لن يؤدي إلى تجميد إجراءات التحكيم.

الأثر الثاني :وهو ما يعرف بالأثر السلبي وبموجب الأثر السلبي فإنه يمتنع على الأطراف التي إتفقت على حل النزاع عن طريق قضاء التحكيم ، الإلتجاء إلى القضاء العادي لطلب الفصل في المنازعة محل إتفاق التحكيم .

[1]- ناريمان عبد القادر، مرجع سابق ، 1996، ص.270.

المطلب الأول: الأثار الإيجابية لإتفاق التحكيم.

وفقاً له يتعين على الأطراف أن تحترم التعهد الصادر عنها، بحيث يتم إحالة المنازعات المتفق عليها إلى قضاء التحكيم وهذا يعني أن اتفاق التحكيم يتمتع بالقوة الملزمة وهذا يعني أن إتفاق تحكيم يجب أن ينفذ عيناً أي إحالة موضوع النزاع إلى هيئة التحكيم للفصل وحسم النزاع موضوع إتفاق التحكيم إعمالاً لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز الرجوع عن إتفاق التحكيم إلابرضاء الطرفين .

ولقد أقرت المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم بالالتزام الواقع على الأطراف بالعهدة بالمنازعات المتفق على حلها بواسطة التحكيم إلى المحكمين .

ويعني بأن إتفاق التحكيم يلزم أطرافه إحترام التعهد الصادر عنهم بإحالة نزاعهم إلى قضاء التحكيم،بدلا من قضاء الدول صاحب الولاية العامة للفصل فيه، و أن إتفاق التحكيم يعتبر المصدر الذي تستمد منه هيئة التحكيم إختصاصها للفصل في المنازعة. والجدير بالذكر أن مبدأ عدم اختصاص المحاكم العادية بنظر المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم سواء اتخذ اتفاق التحكيم صورة شرط تحكيم مدرج في العقد أو في صورة اتفاق (مشارطة) تحكيم مستقل بعد أن نشأ النزاع فإن هذا المبدأ أكدته المعاهدات الدولية أيضاً أي أن المحاكم العادية يجب أن تتوقف عن الفصل في الموضوع في حالة تمسك أحد الخصوم بوجود اتفاق صحيح على التحكيم[1].

الفرع الأول: مبدأ الإختصاص بالإختصاص.

يعتبر مبدأ اختصاص الهيئة التحكيمية بالفصل في مسألة إختصاصها والمعروف بمبدأ الإختصاص بالإختصاص Compétence compétence من أهم المبادئ في إطار التحكيم

1- ممدوح طنطاوي ، **التوفيق و التحكيم و لجان فض المنازعات**، مطبعة الانتصار، بدون طبعة، القاهرة، 2001، ص. 59

الدولي ومن أدقها، وقد أثار هذا المبدأ العديد من الجدل وذلك على الرغم من الإعتراف شبه الكامل به في الأنظمة القانونية المعاصرة المتعلقة بالتحكيم

أولا: تعريف المبدأ .

يعني هذا المبدأ أن هيئة التحكيم لها صلاحية الفصل في صحة اختصاصها نظرا لبطلان عقد التحكيم او بطلان العقد الأصلي، وإذا لم يمنح لها هذا الاختصاص يصبح التحكيم مجرد لغو طالما كان في متناول خصوم التحكيم شل فعاليته عبر مجرد إثارة هذا الدفع، والسؤال الذي يثور هنا، هل تختص هيئة التحكيم في تقرير اختصاصها من عدمه؟ أم أن القضاء هو صاحب الولاية في حسم تلك المسألة ؟وهل اعترفت التشريعات للمحكم بحق النظر في هذا الدفع ؟

يمكن القول أن هذه الإشكالية كانت مثار خلاف احتدم بين الفقه والقضاء[1]، فشايع كل فريق النظرية التي يعتنقها ، فأنصار النظرية العقدية ناصروا قضاء الدولة باعتباره مرجع الاختصاص وحده لحسم الإشكال في حين ذهب أنصار النظرية القضائية إلى أن الاختصاص هو للهيئة التحكيمية(المحكمين) بإعتبار التحكيم هو قضاء إستثنائي.

فالمشرع الفرنسي قد حسم هذا الخلاف حينما نص في المادة 1466 من قانون الإجراءات المدنية الجديد على أنه إذا نازع أحد الخصوم في أصل أو نطاق سلطة المحكمة القضائية فإن المحكم هو الذي يفصل في ذلك.[1]

كما أن موقف المشرع المصريهو كذلك اقر بمقتضى المادة 22 من قانون التحكيم نفس المبدأ، مضيفا على ذلك بتنظيمه الكامل لكيفية إبداء الدفع به وكيفية الفصل فيه.

1- احمد أبو ألوفا، مرجع سابق، ص 123.

و جاء موقف المشرع الجزائري ليتبنى هو الأخر هذا المبدأ في المادة 1044 الفقرة الأولى من الفانون 09/08 بقولها: "تفصل محكمة التحكيم في الإختصاص الخاص بها.و يجب الدفع بعدم الإختصاص قبل أي دفع في الموضوع".

فكل هذه النصوص ما هي إلا تكريس للطبيعة القضائية لمهمة المحكم الذي هو مثله مثل القاضي أي هو(قاضي اختصاصه).

والملاحظ في كل هذه النصوص أنها أتت بصيغة الوجوب بدل صيغة الإمكان التي تنص عليها بعض التشريعات الأخرى فمثلا المشرع التونسي استعمل عبارة " إذا أثيرت، واستعمل القانون اللبناني عبارة (إذا نازع) جاعلين من الهيئة التحكيمية غير ملزمة بالنظر في اختصاصها من عدمه إلا إذا طلب منها ذلك في شكل دفع أو اعتراض أو إثارة.

ثانيا: مصادر مبدأ الاختصاص

يستمد مبدأ اختصاص هيئة التحكيم أساسه من العديد من المصادر سواء كانت هذه المصادر هي المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم أو القوانين الوطنية المعاصرة للعديد من الدول وكذلك الغالبية العظمى من لوائح التحكيم، إذ تنص العديد من القوانين الوطنية المنظمة للتحكيم على هذا المبدأ ومن بينها:

- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 في مادته 22.
- وقانون التحكيم التونسي لعام 1993 في مادته 26.
- وقانون التحكيم الموريتاني لعام 2000.
- وقانون التحكيم المغربي 08/05 المنظم للتحكيم في الفصل 9-327.

كما تبنى هذا المبدأ المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08 المنظم للتحكيم في الفصل الأول من الباب الثاني من الكتاب الخامس في المادة 1044

بقولها" تفصل محكمة التحكيم في الإختصاص الخاص بها .و يجب إثارة الدفع بعدم لإختصاص قبل أي دفاع في الموضوع." [1]

فبالإضافة على هذه القوانين الوطنية هناك مجموعة من الاتفاقيات الدولية هي كالتالي :

- معاهدة جنيف الموقعة في 21 أبريل 1961 تعرضت بشكل واضح لمبدأ اختصاص الهيئة التحكيمية بالفصل في مسألة اختصاصها في الفقرة الثالثة من المادة الخامسة منها.

-كما أن قواعد قانون اليونتسترال النموذجي تتجه هي الأخرى على منح الهيئة صلاحية الفصل في صحة اختصاصها.[2]

- كذلك تبنت معاهدة واشنطن لعام 1965 الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى مبدأ الاختصاص بالاختصاص في المادة 41 منها والتي تنص على أن" المحكمة هي التي تحدد اختصاصها ".[3]

ومن الأعمال العلمية الجماعية ذات الطابع التشريعي التي قننت هذا المبدأ نذكر قرار مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده بمدينة سان جاك دوكو مبوستيبل عام 1989 الصادر بخصوص مشكلات التحكيم بين الدول والتشريعات الأجنبية ، حيث نصت المادة 3/ب من ذلك القرار على أن " تحدد محكمة التحكيم وجود نطاق اختصاصها وسلطاتها" .

ولم تخل لوائح هيئات ومراكز التحكيم من تقرير هذا المبدأ ومن ذلك:

- نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي لعام 1994 في مادته 5/ب

-لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1998 في المادة 2/6.

1 - المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية
2 - المادة 16 من قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم
3 - المادة 41 من اتفاقية واشنطن لـ 18 مارس 1965 **الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى**، مصادق عليها بالمرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، ج ر رقم 66 بتاريخ 05 نوفمبر 1995.

-لائحة جمعية التحكيم الأمريكية لعام 1992 في المادة 1/15.

هذا وقد أجرى القضاء تطبيقات عدة لمبدأ الاختصاص بالاختصاص من ذلك في القضاء الفرنسي، حكم محكمة Colmar بتاريخ 29 نوفمبر 1967 الذي قضى بأنه من المسلم به " مبدأ أن القاضي المطروح عليه النزاع يكون مختصا بالفصل في اختصاصه، وهذا يستلزم بالضرورة عندما يكون القاضي محكما حيث تستسقى سلطاته أصلها من اتفاق الطرفين ، فحص وجود وصحة ذلك الاتفاق".[1]

ثالثا: أساس ومبررات المبدأ.

ذهب جانب من الفقه في تحديده لأساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص، ومنهم الأستاذة حفيظة السيد حداد إلى القول بأن مبدأ اختصاص الهيئة التحكيمية بالفصل في مسألة اختصاصها لا يستمد مصدره في اتفاق التحكيم وإنما في قانون التحكيم في دولة المقر وفي قوانين الدول الأخرى المحتمل عرض حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم للاعتراف به أمام محاكمها.

وهذا المبدأ لا يعني مطلقا أن يترك للمحكم موضوع الرقابة على اختصاصه، بل على العكس فإن هذا الاختصاص تتم مراقبته بواسطة الجهات القضائية في الدولة بمناسبة الطعن والبطلان على حكم التحكيم أو إصدار الأمر بتنفيذه.

فمبدأ إختصاص الهيئة يفرض على الجهات القضائية في الدولة التي يعرض عليها الفصل في اتفاق التحكيم لأي سبب من الأسباب سواء أثناء المنازعة بشأن تشكيل الهيئة أو بسبب التمسك بأن اتفاق التحكيم باطل أو لا وجود له أن تمتنع عن الفصل في موضوع المنازعات التي تدخل في إختصاص المحكم ومن هنا فإن هذا المبدأ يتضمن فكرة الأولوية أي

1 - Ali bencheneb:Mécanismes juridiques des relations Commercials internationales en Algérie, OPU, Alger 1984 . P 297.

أنه تعطى للهيئة الفرصة في أن تفصل أولا في جميع المسائل المتصلة بإختصاصها وذلك مع الخضوع للرقابة اللاحقة للقضاء الوطني المختص المعني بالقيام بهذه الرقابة.

بينما نجد إتجاها آخر من الفقه وعلى رأسهم الدكتور عبد الكريم سلامة، بأن مبدأ الاختصاص يجد أساسه في نطاق التحكيم الدولي ، في قاعدة عرفية خاصة بتحكيم منازعات التجارة الدولية قبل أن يصير قاعدة قانونية تطبق في التحكيم الداخلي وكذلك رسوخه في مختلف الاتفاقيات الدولية وقضاء التحكيم. ويدعم هذا التحليل ، ان مبدأ الإختصاص بالإختصاص يكون واجب الإعمال بغض النظر عن وجود أو صحة العقد الأصلي ، وعن وجود أو صحة إتفاق التحكيم ذاته، بل وبغض النظر عن ضرورة الرجوع إلى قانون دولة معينة يقره أو يعترف به، ويستشف هذا التحديد الأخير من حكم غرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1982 الصادر في القضية المعروفة بقضية dow chemical بتاريخ 23 سبتمبر 1982 حيث قضى " أن المادة 8 من اللائحة تخول المحكم سلطة اتخاذ كل قرار حول اختصاصه، دون أن تفرض عليه من اجل ذلك، تطبيق قانون وطني أيا كان .

وبعيدا عن تلك القاعدة الموضوعية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي ، يمكن البحث على أساسا مبدأ الإختصاص بالإختصاص في المبادئ العامة للقانون الإجرائي الداخلي. فمن الثابت أن الدفوع المتعلقة بإختصاص أية محكمة ، سواء تعلق الأمر بعدم الاختصاص المحلي أو لإنتفاء الولاية فإن المحكمة هي التي لها الحق في الفصل في مدى اختصاصها ، ولا يضعف من قيمة هذا السند القانوني لمبدأ الإختصاص في مجال التحكيم الدولي، أن هذا الأخير قضاء إتفاقي لا يقارن بالقضاء النظامي للدولة فالحقيقة أنه رغم الطابع الإتفاقي الخاص للتحكيم فإنه في النهاية ، قضاء يحسم المنازعات بحكم ملزم واجب النفاذ ومن ثم تحكمه القواعد العامة في القانون الإجرائي كمبدأ الإختصاص بالإختصاص، ومبدأ المواجهة بين الخصوم ومبدأ المساواة بينهم ...الخ.

وبذلك لا يكون صحيحا الرأي الذي يعتبر أن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم هو الأساس الحقيقي لمبدأ الإختصاص بالإختصاص وذلك لعدم إدراكه حقيقة طبيعة الاختلاف بين المبدأين، فمبدأ استقلال إتفاق التحكيم مبدأ موضوعي يتعلق بوجود إتفاق التحكيم وهو عقد ، والحفاظ عليه من أية شائبة قد تعلق بالعقد الأصلي وتمتد إليه فيصيبه البطلان أو الفسخ. وبالتالي يتعين ضمان فعاليته تحقيقا لآثاره التي يبتغيها أطرافه.

أما مبدأ الإختصاص بالإختصاص فهو مبدأ إجرائي يتعلق بسلطة المحكم في البث في مسألة إختصاصه، كما أن مسألة إختصاص الهيئة تثور في وقت مبكر قبل أن تثور مسألة إستقلال إتفاق التحكيم من عدمه، فكان مبدأ الإختصاص بالإختصاص يسمح لهيئة التحكيم بمواصلة مهمتها حتى ولو كان إتفاق التحكيم باطلا في ذاته.

ويدعم مبدأ الإختصاص بالإختصاص عدة مبررات قانونية وأخرى عملية يمكن إجمالها في النقط التالية:

-أن هذا المبدأ يسد طريق الغش والتحايل أمام الطرف السيئ النية الذي يرغب في تعويق مسار التحكيم، برفع الدعوى بالنزاع أمام قضاء الدولة.

-كما يعمل على الاقتصاد في الوقت والإجراءات.

- كما أن مقتضيات الثقة الكاملة التي أولاها الأطراف لقضاء التحكيم لا تستتبع نقط الثقة في الحكم الموضوعي بل كذلك الثقة في كل حكم تمهيدي يصدر قبل الفصل في الموضوع، كالحكم بثبوت الإختصاص.

-أن الأثر السالب لاتفاق التحكيم يدعم بدوره هذا المبدأ، حيث أن هذا الأثر يحجب على القضاء النظر في المنازعة وبالتالي الاعتراف لهذه الهيئة بسلطة الحسم في مسألة اختصاصها.

الفرع الثاني: مبدأ إستقلال شرط التحكيم.

-أولا تعريف مبدأ إستقلال شرط التحكيم: أن المقصود بهذا الشرط :الاتفاق الذي يتم قبل حدوث النزاع وسواء ورد هذا الاتفاق في عقد من العقود، أو في اتفاق لاحق على إبرام العقد الأصلي، ويلتزم الأطراف بمقتضى ذلك، بإخضاع ما قد يثور من خلافات بينهم حول تنفيذ العقد، أو تفسيره لمحكمين للفصل فيه بدلاً من قضاء الدولة .وأن هذا الشرط أصبح معترفا به في معظم القوانين العربية والأجنبية، وكذلك في المعاهدات الدولية المعنية بالتحكيم .وأن المقصود من استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي معناها :أن عدم مشروعية العقد الأصلي، أو بطلانه، أو فسخه، لا يؤثر على شرط التحكيم، وذلك لأن شرط التحكيم يعالج موضوعا مختلفا عن موضوع العقد الأصلي .

-ثانيا مبررات المبدأ: وأن هناك مبررات لمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، ولعل أهم هذه المبررات هو اختلاف موضوع شرط التحكيم عن موضوع العقد الأصلي، فالعقد الأصلي قد يتعلق بشراء أو بيع أو توريد، أما شرط التحكيم فموضوعه حل المنازعات التي من الممكن أن تثور حول تنفيذ أو تفسير العقد الأصلي مستقبلا

.ومن هذه المبررات أيضا اختلاف سبب كل منهما، فالسبب في شرط التحكيم هو التعهد بعدم اللجوء إلى القضاء، أما السبب في العقد الأصلي فهو مختلف تماماً .وان مبدأ استقلالية شرط التحكيم نصت عليه الغالبية العظمى من القوانين العربية والأجنبية، وان هذا المبدأ كرسته أحكام القضاء في العديد من أحكامها، ولذلك فان هذا المبدأ أصبح معترفا ومسلما به .وتناول الباحث في

أما النتائج المترتبة على إستقلالية شرط التحكيم، يمكن إيجازها في أربعة نتائج، وتتمثل في ما يلي:

النتيجة الأولى: عدم ارتباط شرط التحكيم بالعقد الأصلي.

النتيجة الثانية: إمكانية خضوع شرط التحكيم لقانون مختلف عن القانون الذي يخضع له العقد الأصلي.

النتيجة الثالثة: عدم خضوع شرط التحكيم لأي قانون وطني؛ حيث تسري عليه قواعد قانونية مستمدة من المبادئ العامة للقانون، ومن العادات والأعراف التي نشأت تلقائيا في ميدان التجارة الدولية،

و النتيجة الأخيرة: أن المحكم هو الجهة المختصة بالفصل في مسألة إختصاصه.

سواء كان إتفاق في شكل مشارطة تحكيم أو شرط تحكيم ، فإنه يتميز بالإستقلال عن العقد الأصلي وهو المبدأ الذي إستقرت عليه أغلب التشريعات ومنها المشرع الجزائري الذي أخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، إذ نصت الفقرة الرابعة من المادة 1040 الفقرة الرابعة على أنه

"لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي" ، يعني أن كل عقد مستقل عن الآخر في موضوعه وفي إجراءاته، بحيث أن عدم صحة أي منهما لا يؤدي بالضرورة إلى عدم صحة الآخر .

المقصود بمبدأ استقلالية شرط التحكيم ، عدم ارتباطه أو ربطه بأي عقد أخر ، أي استقلالية شرط التحكيم عن عقد الأساس ، الأمر الذي يفيد بأن صحة شرط التحكيم لا يمكن المنازعة فيه لمجرد أن عقد الأساس غير صحيح، وبمفهوم المخالفة يترتب على بطلان أو عدم صحة بعض بنود الإتفاق الأصلي الذي يحوي شرط التحكيم بقاء الشرط التحكيمي صحيحا بالرغم من ذلك[1] .

1 - ومن تطبيقات هذا المبدأ في القضاء الفرنسي قرار " كوسي " Arrêt Gosset " الصادر سنة 1963 الذي يجيز أن يخضع اتفاق التحكيم لقانون مختلف عن القانون الذي يخضع له قانون عقد الأساس، و قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 20 ديسمبر 1993، الذي اعتبرت فيه اتفاق التحكيم ليس مستقلا عن عقد الأساس فحسب وإنما كذلك عن كل القوانين الوطنية ، كما اعترف القضاء البريطاني باستقلالية الشرط عن العقد الأصلي بعد أن كان يأخذ بالقاعدة السابقة في قضاء اللورد ما كميلان (Macmillan) والتي مفادها: الأكبر يشمل الأقل، أي العقد الأصلي يشمل الاتفاق التحكيمي .

إضافة إلى ذلك، فإن اتفاق التحكيم يمكن أن يخضع لنظام قانوني غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي أي أن تقدير مدى صحة وحتى وجود كل من اتفاق التحكيم والعقد الأصلي يمكن أن يكون بصفة منفصلة ووفقا لنظامين قانونيين مختلفين .

هناك من يرى أن أساس استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي مبني على نظرية البطلان الجزئي للتصرفات القانونية المعروفة في فقه القانون المدني، ومفاد هذه الأخيرة أن التصرف القانوني يمكن أن يكون صحيحا رغم بطلان أحد شروطه أو أجزائه ، فحسب أصحاب هذا الرأي ، فإن العقد الواحد يمكن أن يكون باطلا في جزء منه وصحيحا في جزء آخر[1] .

المطلب الثاني:الأثار السلبية لإتفاق التحكيم.

ويعني بأن إتفاق التحكيم يلزم أطرافه إحترام التعهد الصادر عنهم بإحالة نزاعهم إلى قضاء التحكيم،بدلا من قضاء الدول صاحب الولاية العامة للفصل فيه، و أن إتفاق التحكيم يعتبر المصدر الذي تستمد منه هيئة التحكيم إختصاصها للفصل في المنازعة.

الفرع الأول: مبدأ الأثر المانع.

اتفاق التحكيم من التصرفات الإرادية، وهو عقد يلزم طرفيه وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة، وأي عقد يرتب آثار تتصرف إلى طرفي الاتفاق دون أن يستفيد منه الغير أو يضيره، وذلك ما يسمى بقاعدة نسبيةrelativité العقد[(2)]، ومقتضى نسبية اتفاق التحكيم أن يتمتع الاتفاق بالقوة

1 ـ تعويلت كريم ، محاضرة بعنوان، **استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في المرسوم التشريعي 09/93 "** ألقيت بمناسبة الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر المنظم من طرف نقابة المحامين لناحية سطيف ، أيام 14 و 15 جوان 2006 .

2- مها عبدالرحمن الخواجة، مرجع سابق، ص65،

الملزمة لطرفيه وتفرض على كل منهما تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، وهذه القوة الملزمة لا تخص سوى طرفي التحكيم ويصبح منتجاً لآثاره، فهو ملزم بكل ما جاء فيه[1].

الفرع الثاني:نطاق إتفاق التحكيم.

أولاً: نطاق نسية التحكيم بالنسبة للأشخاص:طبقاً لمبدأ نسبية اتفاق التحكيم تنصرف آثار الاتفاق لطرفيه دون أن يستفيد منه الغير أو يضيره، وأطراف التحكيم قد تكون أطراف مباشرة وأطراف غير مباشرة، وتلك الأطراف تشمل طرفي الاتفاق والخلف العام والخلف الخاص[2].

1- طرفي الاتفاق: يقصد بهم كل من اشترك في إبرام العقد سواء تم التعاقد أصالة أو عن طريق النيابة، وطرفي الاتفاق هم المتعاقدين الذين يبرمون الاتفاق بأسمائهم ولحسابهم، ويجب أن تنصرف نية المتعاقدين إلى المساهمة في إبرام اتفاق التحكيم وانصراف آثاره إليهم، ومن لم يساهم في الإبرام يعد من الغير وبالتالي لا تسري بحسب الأصل أحكام هذا الاتفاق عليه[3].

2- الخلف العام: هو كل شخص يخلف أخر في كامل ذمته المالية أو في بعض منها، بما يترتب عليها من حقوق والتزامات مثل الوارث لكل التركة أو الوارث مع آخرين للتركة، وكذلك الموصى له بحصة في التركة، ويتم ذلك في حالة الوفاة فيخلف المتوفي ورثته، فيكون لهم حقوقه وعليهم التزاماته، فإذا أبرم شخص اتفاق تحكيم وتوفي انتقلت حقوق التحكيم والتزاماته إلى ورثته والموصي له[4].

فالخلف العام هو كل من تنصرف إليه آثار كل عقد أبرمه السلف فينتقل إلى خلفه، وهناك حالات لا تنتقل فيها آثار العقود إلى الخلف العام، مثل عقد العمل وعقد الوكالة فتنقضي

1- نفس المرجع، ص 66.
2 - محمد مصطفى محمود: مرجع سابق، 65.
3 - مها عبدالرحمن الخواجة، مرجع سابق، ص67.
4 - محمد مصطفى محمود: مرجع سابق.

العلاقة العقدية بوفاة أحد أطرافها، وكذا عقد الشركة إذا تم النص على انتهائها بوفاة أحد الشركاء، وأيضاً عقود أصحاب المهن الحرة مثل المحامين والمهندسين تنقضي بوفاة صاحب المهنة ولا ترتب آثار الخلف العام، وحالة الاتفاق على عدم انتقال الحقوق والالتزامات إلى الخلف العام باعتبار أنها ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على مخالفتها[1].

3- الخلف الخاص: هو كل شخص يخلف أخر في حق عيني على شيء معين أو في ملكية شيء معين، مثل المشتري لشيء مادي كالعقار، أو شيء معنوي كحوالة الحق، وكذا الموهوب له والموصي له بعين معينة بالذات، ويترتب على ذلك انتقال آثار التصرف إلى من يتلقاه من سلفه، ويشترط في هذه الحالة شروط ثلاثة[2]:

أ- إبرام العقد سابق على انتقال الشيء إلى الخلف.

ب- أن يكون الحق أو الالتزام من مستلزمات الشيء.

ج- علم الخلف وقت انتقال الشيء بالحق أو الالتزام.

ثانياً: نطاق تطبيق نسبية التحكيم بالنسبة للموضوع:

ذكرت محكمة النقض المصرية أن إرادة المتعاقدين هي التي توجد التحكيم وتحدد نطاقه سواء من حيث المسائل التي يشملها والقانون الواجب التطبيق وتشكيل هيئة التحكيم وسلطاتها وإجراءاتها، وأن المشرع أوجب تضمين اتفاق التحكيم تحديد المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان بطلاً، فنطاق التحكيم من حيث الموضوع يتحدد بالنزاع المراد فضه وفق الشروط الواردة بالاتفاق والإجراءات المتفق عليها، وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية أنه متى اتفق المحتكمان على الموضوع محل النزاع تعين على هيئة التحكيم أن تطبق عليه القواعد القانونية التي اتفق عليها، فإذا اتفقا أن يطبق على النزاع قانون دولة معينة التزمت هيئة التحكيم بذلك.

1- نادية محمد معوض، **التحكيم التجاري الدولي**،دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2001، ص 71.

2 - محمد مصطفى محمود: مرجع سابق ، ص74.

وجاء بحكم أخر لذات المحكمة أنه إذا اتفق الطرفان على حل أي خلاف يتم عن طريق التحكيم في مدينة لوجانو بسويسرا طبقاً لقواعد التسوية والتحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية، ولم يرد بالأوراق ما يدل على تطبيق أحكام القانون المصري بما لا يجوز معه طرح النزاع على المحاكم المصرية، وقررت المحكمة أيضاً في حكم أخر أن النص الوارد بالعقد المبرم بين طرفي التداعي والمقرر أن أي خلاف بين الطرفين فيما يتعلق بتنفيذ أو تطبيق أو تفسير بنود وشروط هذا العقد ولا يتم تسويته ودياً يتم طرحه على التحكيم طبقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس ويكون مكان التحكيم في القاهرة، مما يدل على ارتضاء الأطراف إخضاع التحكيم لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، الأمر الذي من شأنه حجب أحكام القانون المصري إلا ما يتعلق بالنظام العام.

آثار امتداد اتفاق التحكيم للغير

يترتب على امتداد اتفاق التحكيم للغير، أن يصبح كلاً من الغير وأطراف الاتفاق في مركز سواء، وما يحق لطرفي الاتفاق يحق للغير، ويرتب اتفاق التحكيم لكلاهما أثران، أحدهما سلبي في حرمان اللجوء للقضاء بصدد موضوع التحكيم، وثانيهما إيجابي بفض المنازعة بطريق التحكيم، ونوضح كلا الأثرين بالنسبة للغير فيما يلي:

1- حرمان الغير من اللجوء للقضاء:

متى امتد اتفاق التحكيم للغير، فإن ذلك يرتب التزام سلبي على عاتق الغير بالامتناع عن اللجوء للقضاء بغية الفصل في النزاع محل اتفاق التحكيم، وهذا الالتزام السلبي يسري على الغير مثله في ذلك مثل طرفي الاتفاق، وهذا الالتزام إرادي سواء كانت إرادة صريحة لطرفي الاتفاق أو إرادة ضمنية للغير، ووفقاً للالتزام الإرادي يجب على الطرفين والغير عدم رفع النزاع إلى القضاء لسبق الاتفاق على اللجوء للتحكيم[1]، وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية أنه

1 - مها عبدالرحمن الخواجة، مرجع سابق، ص109.

وفقاً للنص الوارد بالعقد المبرم بين طرفي التداعي والمقرر أن أي خلاف بين الطرفين فيما يتعلق بتنفيذ أو تطبيق أو تفسير بنود وشروط هذا العقد ولا يتم تسويته ودياً يتم طرحه على التحكيم طبقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس ويكون مكان التحكيم في القاهرة مما يدل على ارتضاء الأطراف لإخضاع التحكيم لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، الأمر الذي من شأنه حجب أحكام القانون المصري إلا فيما يتعلق بالنظام العام، كما قضت أيضاً أن اتفاق الأطراف على حل أي خلاف يتم عن طريق التحكيم في مدينة لوجانو بسويسرا وطبقاً لقواعد التسوية والتحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية، ولم يرد بالأوراق ما يدل على تطبيق أحكام القانون المصري بما لا يجوز معه طرح النزاع على المحاكم المصرية.

2- حق الغير في اللجوء لهيئة التحكيم:

يحق للغير مثله في ذلك مثل طرفي الاتفاق اللجوء لهيئة التحكيم لفض النزاع الناشئ أو المحتمل نشوئه في المستقبل، وفقاً للأثر الإيجابي لامتداد اتفاق التحكيم، ويترتب على اللجوء للتحكيم ضرورة إتباع إجراءات التحكيم وفقاً للاتفاق، والاعتداد بالحكم الصادر فيه وكأنه صادر من محكمة مختصة أصلاً بنظر النزاع[1].

1- مها عبدالرحمن الخواجا: مرجع سابق، ص117.

المبحث الثاني

إنقضاء إتفاق التحكيم التجاري.

يخضع إتفاق التحكيم في الأصل إلى القواعد العامة في إنهاء العقود غير أن الطبيعة المتميزة لموضوع هذا الإتفاق تجعل له خصوصية في هذا المقام تظهر أثرها في أسباب إنقضائه.[1]فينقضي التحكيم بطريقة طبيعية وهي التي تتلخص في تنفيذ الإتفاق، سواء بنشوب نزاع بين الأطراف فيلجئون لتفعيل التحكيم الذي يأخذ مجراه، فتتم المحاكمة التحكيمية و يصدر الحكم .

وقد ينتهي التحكيم نهاية غير طبيعية، حيث يمكن أن يتوفى أحد المحكمين أو أحد الأطراف، او يفقد الشيء محل الخلاف أو ينقضي الدين محل النزاع بسبب من أسباب إنقضاء الديون، أو بتنازل أحد الأطراف عن الدعوى، ويمكن أيضا أن ينقضي التحكيم برد المحكم بسبب شبهة في حياده.

المطلب الأول: الإنقضاء الطبيعي لإتفاق التحكيم.

ينتهي التحكيم طبيعيا بعد نشوء النزاع، بتفعيل الإتفاق، حيث يتم تعيين المحكمين وقيام الخصومة التحكيمية ومن ثم صدور حكم يحسم النزاع بين الأطراف، ولا سيما ذا تم تنفيذه دون عوائق. وقد يتم تنفيذ العقد الأصلي دون حدوث نزاع ومن ثم لاتعود هناك حاجة للتحكيم أصلا.

1 - أحمد أبو الوفاء، مرجع سابق،ص132.

الفرع الأول: تنفيذ العقد الأصلي.

ينقضي إتفاق التحكيم في الحالة التي يقرر فيها القانون إنتهاء بتنفيذ العقد الأصلي دون إثارة أية منازعات بين الطرفين و بالتالي لم يتم إعمال شرط التحكيم الذي تضمنه العقد الأصلي على إعتبار من أن إتفاق التحكيم هو شرط واقف وهوإثارت النزاع حول تنفيذ العقد، ذلك أن إتفاق التحكيم الوارد في صورة شرط تحكيم يقف نفاذه إلى حين تحقق نشوب وإثارة منازعة أو منازعات بين أطراف الإتفاق بخصوص العقد الوارد به شرط التحكيم .فعندها يجب تنفيذ الإلتزام الذى يتضمنه إتفاق التحكيم الوارد فى صورة شرط ضمن عقد العلاقة القانونية باللجوء إلى التحكيم للفصل فى هذا النزاع وتنفيذ الحكم الصادر فى هذه المنازعة أما إذا زال العقد الأصلي و أنتهى دون إثارة نزاعات زال إتفاق التحكيم إنقضاءا طبيعيا. اما فى حالة ما إذا كان إتفاق التحكيم ورد في صورة مشارطة تحكيم فإنه لا يكون هناك شرط واقف لأن مشارطة التحكيم تحرر بعد نشوء المنازعة وتكون محددة ولا تتضمن هذا الشرط الواقف و يكون اللجوء إلى التحكيم مباشرة دون إنتظار تحقق الشرط .

الفرع الثاني: صدور الحكم.

ينقضي إتفاق التحكيم إذا صدر حكم من المحكم (أو المحكمين) في النزاع موضوع التحكيم ، وهذه النتيجة الطبيعية لإنقضاء إتفاق التحكيم[1]، وإتفاق التحكيم ينقضي في هذه الحالة حتى ولو كان الحكم الصادر في الموضوع قابلا للإبطال ولو حتى قضى بإبطاله بالفعل نظرا لإستنفاذ هيئة التحكيم لولايتها في الفصل في النزاع بإصدار حكمها في الموضوع ، و إذا كان إتفاق التحكيم يشمل عدة منازعات و صدر حكم بخصوص إحدى هذه المنازعات فيكون إتفاق التحكيم قائما بالنسبة للمنازعات الأخرى ويقتصر أثر الحكم على إنهاء التحكيم بالنسبة للنزاع الذي صدر فيه و يبقى إتفاق التحكيم قائما للأعمال في المنازعات الأخرى.

بمعنى أخرعند الإنتهاء من الإجراءات بالنظر في النزاع و حسمه،و ذلك بصدور القرار بالشكل الذي يقتضيه القانون أو القواعد الإجرائية،حيث أن المحكم بعد قبوله القيام بمهمة

1 - مصطفى الجمال، عكاشة عبد المتعال، **التحكيم فى العلاقات الخاصة *الدولية والمحلية*،** الجزء 1، الفتح للطباعة والنشر، القاهرة، 1998، 567.

التحكيم الإستمرار بهذه المهمة لحين إتمامها، و لا يجوز له التنحي عن مهمته دون سبب مشروع و الإلتزام بالتعويض لمصلحة الخصوم عن الضرر الذي إصابهم جراء تنحيه في وقت غير مناسب و بدون عذر مقبول[1].و هذا مانصت عليه المادة 1021 من القانون 09/08 بقولها "لايجوز للمحكمين التخلي عن المهمة إذا شرعوا فيها،..." و بالتالي جعل المشرع للمحكمة المختصة بإن تصدر إمرا بإنهاء مهمة المحكم و سلطة المحكمة بمفهوم العكسي قد لا تصدر المحكمة هذا الإمر مما يترتب عليه إضرار بحق أطراف إتفاق التحكيم مما يستدعي القول إن على المشرع التدخل و فرض جزاء يتمثل في التعويض لهذه الحالة بما يتناسب مع واقع الضرر الذي قد يصيب أطراف إتفاق التحكيم، و هذا بدوره قد يؤدي إلى إستقرار العلاقة بين أطرافالتحكيم أو هيئة التحكيم من ناحية ،و يؤدي إلى ضبط العملية الإجرائيةللتحكيممما يسهل عملية سير الإجراءات من ناحية أخرى.

و إذا صدر حكم من المحكم في موضوع التحكيم ينتهي إتفاق التحكيم كنتيجة طبيعية لهذا الإتفاق ،و لا يقبل الطعن بأي طريق من طرق الطعن بموجب المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية إلا بدعوى البطلان.

الفرع الثالث:إنتهاء إتفاق التحكيم بإرادة أطرافه.

و ذلك بالإتفاق على إنهاء التحكيم صراحة أو ضمني ، و الإتفاق الصريح قد يرد في وثيقة مكتوبة و موقعة من الطرفين أو في صورة تبليغات على يد محضر قضائي أو في صورة مراسلات متبادلة.

أما الإتفاق الضمني فيكون عن طريق تقديم كل من الطرفين بطلباته أمام القضاء طالبا الفصل فيها ، و أن لتجاء أحد من الطرفين إلى القضاء للفصل في النزاع ثم حضور المدى عليه، و يعني هذا إتفاق الأطراف على النزول عن التحكيم[2].

1- نفس المرجع، ص 569.
2 -أبو الوفاء أحمد، مرجع سابق، ص138.

و الإلتجاء إلى القضاء المستعجل من قبل أحد الطرفين لا يعني إرادة منه في التناول عن التحكيم فيما يتعلق بموضوع الحق ذاته و مثول الطرف الأخر أمام القضاء المستعجل و تقديم دفاعه عن الدعوى المستعجلة دون الدفع بالإتفاق على التحكيم لا يعني إرادة منه في النزول عن التحكيم بصدد النزاع الأصلي[1].

و الإتفاق على إنهاء التحكيم قد لا يتحقق إلا بعد تنفيذ التحكيم تنفيذا جزئيا بعد صدور حكم من المحكم في شق من النزاع و الإتفاق على إنهاء أثره بالنسبة للمستقبل ، و يكون منهيا لهمة المحكم أيضا إعتبارا من تاريج الإتفاق ، و هذا طبيعي أن سلطة المحكم تنتهي بمجرد إتفاق الخصوم على إنهاء التحكيم.[2]

المطلب الثاني: الإنقضاء الغير طبيعي لإتفاق التحكيم.

الطريق الطبيعي لإنقضاء التحكيم كما أسلفنا، هو ان يتم السير في الخصومة التحكيمية إلى غاية صدور حكم فاصل في النزاع، ولكن يحدث أن هذا الأمر قد لا يتحقق، ويظهر من المشكلات ما يؤدي إلى إنتهاء التحكيم دون الفصل في النزاع، وذلك بطبيعة الحال، يعود لأسباب طبيعية أو من فعل الأطراف، أو التي يحددها القانون، وكذلك إذا توصل الأطراف إلى تسوية للنزاع موضوع التحكيم، وفي هذه الحالة على هيئة التحكيم ان تثبت تلك التسوية في القرار الصادر بإنهاء إجراءات التحكيم.[3]

وقد نص المشرع الجزائري على إنتهاء التحكيم بطريق آخر غير طريق الفصل في النزاع في المادة 1024 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على:

" ينتهي التحكيم:

- بوفاة أحد المحكمين أو رفضه القيام بمهمته بمبرر أو تنحيته أو حصول مانع له، ما لم يوجد شرط مخالف أو إذا اتفق الأطراف على استبداله أو استبداله من قبل المحكم أو المحكمين الباقين، و في حالة غياب الإتفاق تطبق احكام المادة 1009

1 - مصطفى الجمال، عكاشة عبد المتعال، مرجع سابق، ص561.
2 - المادة 1031 من الإجراءات المدنية والإدارية،مرجع سابق.
3 - خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة ، 2002، ص228

- بإنتهاء المدة المقررة للتحكيم، فإذا لم تشترط المدة، فبإنتهاء مدة أربعة(4) أشهر.

- بفقد الشيء موضوع النزاع أو انقضاء الدين المتنازع فيه.

- بوفاة أحد الأطراف.

الفرع الأول: عدم الفصل في الأجل المحدد.

نصت الفقرة الثانية من المادة 1024 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08" ينتهي التحكيم...بإنتهاء المدة المقررة للتحكيم، فإذا لم تشترط المدة، فبإنتهاء مدة أربعة(4) أشهر".

إن الأصل أن يتفق طرفا التحكيم على تحديد ميعاد التحكيم إبتداءا من إكتمال تشكيل هيئة التحكيم مالم يتفق الطرفين على غير ذلك.

فإذا لم يوجد إتفاق على ميعاد، فوجب أن يصدر خلال أربعة أشهر من اليوم الذي يكتمل فيه تشكيل هيئة التحكيم و مباشرتها لمهمتها.

من صفات إتفاقية التحكيم أنها مرنة إذ يمكن للأطراف إستغلال هذه المرونة بإدراج ما شاؤا فيها من إتفاقيات ما لم تكن مخالفة للنظام العام الدولي. لهذه الأسباب لا يمنع الأطراف من الإتفاق على مد الميعاد أو تفويض هيئة التحكيم بمد ميعاد محدد لإصدار الحكم التحكيمي في شرط أو مشارطة التحكيم و هذا بمقتضى المادة في فقرتها الأخيرة 1043 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[1] مما يؤدي إلى إعتبارها شرط من شروط إتفاقية التحكيم الذي يلزم الهيئة التحكيمية. وهذا ما يبرر مبدأ سلطان الإرادة في قدرة الأطراف على تحديد ميعاد لإصدار القرار حيث يبدأ من تاريخ قيام النزاع إذا كان محدد الميعاد في شرط التحكيم أو منذ بدء سير الدعوى التحكيمية أو وفقا لنظام تحكيمي لأحد المراكز الدائمة للتحكيم إذا إتفق الأطراف على التحكيم المؤسساتي.

1- المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08.

و في جميع الأحوال إن عدم صدور الحكم التحكيمي ضمن الميعاد المحدد ينهي مهمة الهيئة التحكيمية ما لم يتفق الخصوم على إمتداده.

أما إنقضاء الميعاد المحدد لإصدار الحكم التحكيمي ،لا تؤثر في بقاء شرط التحكيم بحيث يظل أطرافه ملزمين به وعليه يجب إحالة نفس النزاع أو نزاع أخر لنفس العقد الأساسي للتحكيم.

الفرع الثاني: بطلان إتفاق التحكيم.

قد تنقضي إتفاقية التحكيم بصرف النظر عن العقد الأصلي، و ذلك عندما يشوبهاعيب خاص بها دون أن يؤثر هذا العيب في العقد الأصلي، و أبرز العيوب التي تبطلها يتمثل خاصة في عدم قابلية النزاع للتحكيم، بمعنى أن محل التحكيم يكون مخالفا للنظام العام حسب ما يقره القانون،فقد إشترط المشرع الجزائري في المادة 1039 الفقرة الثانية معيارين لمحل التحكيم الدولي إولهما المعيار القانوني الذي له القابلية للنزاع أي أن يكون لأحد أطراف العلاقة الدولية مقر أو موطن خارج الجزائر، و ثانيهما المعيار الإقتصادي أي القابلية الموضوعية للنزاع المتمثلة في كون محل النزاع التحكيمي يتعلق بالمصالح الإقتصادية الدولية.[1]

و قد تبطل إتفاقية التحكيم أيضا عندما لا تحترم الشروط الشكلية التي يستلزمها القانون، إذ أن المادة 1040 الفقرة الثانية إشترطت الكتابة لصحتها تحت طائلة البطلان، كل هذه الأحوال السابقة تمثل أسباب لإنقضاء إتفاقية التحكيم بقوة القانون[2].

و في حالة إنقضاء إتفاقية التحكيم المدرجة في العقد الأساسي، يبقى هذا الأخير صحيحا،و في حالة وقوع نزاع يرجع الإختصاص فيهللقصاء العادي طبقا لقواعد القانون.

1- المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08.
2- المادة 1040 من نفس القانون.

الفرع الثالث: إستحالة التنفيذ.

وهو عادة يكون بسبب إرتباط النزاع المتفق على التحكيم فيه بنزاع أخر خارج عن نطاق التحكيم أو لا يجوز التحكيم فيه أو معروض على القضاء، إرتباطا لا يقبل التجزئة، ففي هذه الحالة سوف لا يكون من المستطاع حسم النزاع المتفق على التحكيم فيه أمام هية التحكيم الأمر الذي يوصل إلى ضروؤة الفصل فيه أمام القضاء مما يعني في النهاية إنقضاء تفاق التحكيم، مع أن إتفاق التحكيم على نواع لا يقبل التجزئة لا يكون صحيحا إلا إذا جميع أطراف النزاع طرفا في إتفاق التحكيم[1].

و صورة ذلك كما درج عليه الفقه أن يكون موضوع التحكيم مرتبطا بموضوع نزاع أخر، فإذا كان أحدهما مما يخرج عن نطاق التحكيم المتفق عليه اوعن نطاق القابلية للتحكيم أدى الإرتباط إلى ثبوت صلاحية الفصل في النزاعين معا للقضاء.[2]

و في الواقع أن مبدأ عدم القابلية للتجزئة لا يكفي لوحده لهدم و إنهاء إتفاق التحكيم و ذلك لكون أن الأحكام لحظة صدورها تكتسب حجية نسبية ، و بالتالي قابلة للطعن بها، فضلا قوة إتفاق التحكيم و بالتالي حيازة حكم التحكيم لحجية الأمر المقضي وفقا للنظام القانوني مع مرعاة أن لا يكون هناك إرتباط بمسائل مخالفة للنظام العام ولا يجوز التحكيم فيها.[3]

1- مها عبدالرحمن الخواجة، مرجع سابق، ص 125
2- أبو الوفاء أحمد،مرجع سابق، ص140.
3- مها عبدالرحمن الخواجة، مرجع سابق، ص127و128.

خاتمة:

من خلال ما تقدم يتضح الدور الذي تلعبه اتفاق التحكيم بصورتيها شرطا كان أو اتفاقا في نوعي التحكيم الداخلي و الدولي.حيث يتميز اتفاق التحكيم الداخلي عن التحكيم الدولي بطبيعة المنازعة التي تكون موضوع التحكيم، حيث يمنع المشرع في التحكيم الداخلي عن الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إليه، وان لجأت إلي التحكيم الدولي تكون المنازعة متعلقة بالمصالح الاقتصادية

إن اتفاق التحكيم باعتباره عقدا فيلزم الأطراف التي أبرمته بإسناد حل النزاع لمحكمين و تأسيسهم لإختصاص المحكمة التحكيمية وتعد كتابة اتفاقية التحكيم شرطا كان أو مشارطة سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي ركنا أساسيا، يجب توافره لإمكان القول بوجود اتفاقية التحكيم، ويترتب على تخلف الكتابة بطلان الاتفاقية بطلانا مطلقا. من أهم المبادئ التي تحكم اتفاقية التحكيم وبالضبط شرط التحكيم مبدأ الاستقلالية الذي يستمد أساسه من طبيعة اتفاقية التحكيم وبالخصوص التحكيم الدولي.

تتميز اتفاقية التحكيم بأنها إجراء يتعلق بالاختصاص في نظر النزاع، أو بمعنى آخر اتفاق لنزع الاختصاص من القضاء الرسمي صاحب الولاية العامة في نظر المنازعات، واحالتها لقضاء خاص ألا وهو التحكيم.

وبالتالي نخلص إلى أن المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد قد بأحكام وقواعد معاصرة توضح اتفاق التحكيم أفضل مما كانت عليه سابقا، ليساير بذلك تطور الممارسة العملية والتزايد نحوإدراج اتفاقيات التحكيم في عقود المعاملات الداخلية والدولية على حد سواء. وان كان التحكيم في بدايته عقدا، حيث أن اتفاقية التحكيم هو عقد فإنه في نيايته قضاء، بحيث أن قرار التحكيم هو بمثابة حكم قضائي

.نقترح على المشرع الجزائري رغم وفرة النصوص في مجال التحكيم إلا أنه نلاحظ قصور في اللجوء إليه، وبالتالي وضع هذه النصوص موضع التنفيذ، ويتعين على المشرع إحداث هيئات للتحكيم.

كما أن أبرز تحدي يثيره التحكيم الأن يتعلق بما يسمى بالتحكيم الإفتراضي أو ما يعرف بالتحكيم عبر الأنترنت خاصة و أن المشرع في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد لم يخصه بقواعد قانونية تنظمه خاصة في جزئ حجر الأساس الا و هو إتفاق التحكيم، وهو مايدفعنا إلى التساؤل عن كيفية حل المشاكل التي تترتب عن إعمال هذا النوع من التحكيم في الجزائر، أم اننا سنكون بحاجة لصدور قانون خاص بالتحكيم الإلكتروني.

قائمة المصادر والمراجع

أولا - قائمة المصادر

أ - الإتفاقيات الدولية

1- اتفاقية نيويورك لـ 10 يونيو 1958 **الخاصة باعتماد قرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها،** المصادق عليها في الجزائر بالمرسوم رقم 88-233 بتاريخ 05 نوفمبر 1988 ج ر رقم 48 بتاريخ 23 نوفمبر 1988

2- إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري التي حررت في عمان عام 1987.

ب - القوانين

1- الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر1975 المعدل و المتمم.

2- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 **يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،** ج ر رقم 21 مؤرخة في 23 أبريل 2008.

3- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 المؤرخ في 18 ابريل 1994 الصادر بالجريدة الرسمية المصرية رقم 16 المؤرخة في 21 أبريل 1994

4- القانون النموذجي المعروف بقانون اليونيسترال(UNISTRAL)،تم إصداره من قبل لجنة الأمم المتحدة للتجارة في 21 جوان 1985.

ثانيا - قائمة المراجع

1-المراجع باللغة العربية

1- أحمد أبو الوفا، **التحكيم الاختياري والإجباري**، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط5، 2001

2- أحمد شرف الدين، **دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية**، دون ناشر،دون سنة النشر

3- أحمد لعور ونبيل صقر، **الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ط1

4- حمدي علي عمر،**التحكيم في العقود الإدارية**، بدون طبعة، دارالنهضة العربية،القاهرة 1997

5- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراس،**النظام القانوني لإتفاق الحكيم دراسة تحليلية مقارنة**،الطبعة الأولى،الإسكندرية،2005.

6- عبد الحميد المنشاوي: **التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995،

7- عليوش قربوع كمال، **التحكيم التجاري الدولي في الجزائر**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2005.

8- ناجي محمد جمعان، **شرط التحكيم في العقود التجارية**، المكتب الجامعي الحديث، دون بلد نشر،2008،

9- ناريمان عبد القادر،**إتفاق التحكيم**، دار النهضة العربية، القاهرة،1996

10- نبيل اسماعيل عمر، **التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية**، دارالجامعة الجديدة، الإسكندرية ، الطبعة الثانية،2005

11- سامية راشد،**التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة**،دار النهضة العربية، دون طبعة،القاهرة،1984

12- وائل أنوربندق، **موسوعة التحكيم الإتفاقيات الدولية وقوانين الدول العربية**، بدون طبعة، دارالفكرالجامعي، الإسكندرية،.2004

ب- الكتب العامة

1- أحمد عبد الكريم سلامة، **التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المدنية والتجارية والإدارية والجمركية والضريبية . دراسة مقارنة**، دار النهضة العربية، القاهرة، ط.1، 2006

2- أمين مصطفي محمد، **التحكيم طريق بديل لحل النزاعات حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية**، دار الهدى الجزائر 2010

3- بربارة عبد الرحمان،**شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية**،طبعة ثانية مزيدة،منشورات بغدادي،الجزائر،2009

4- خالد محمد القاضي، **موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة**، دار الشروق، القاهرة، 2002، ط1.

5- عبد الحميد الأحدب، **موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي**، الكتاب الثاني،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط3، 2008.

6- عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام**، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 2004.

7- لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، دار هومة، الجزائر، 2012

8- مختار أحمد بربري، **التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية**، بيروت، ط3، 2004.

9- ممدوح طنطاوي ، **التوفيق و التحكيم و لجان فض المنازعات**، مطبعة الانتصار، بدون طبعة، القاهرة، 2001.

10- موسى سلمان أبو ملوح، **شرح القانون المدني الأردني، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، دار الجامعة، الأردن، 1997

11- نادية محمد معوض، **التحكيم التجاري الدولي**،دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2001

ج- رسائل دكتوراه و مذكرات ماجستير

أولا- رسائل دكتوراه

1-حسن طالبي، **تسوية المنازعات في القانون الجزائري للإستثمارات**، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2005-2006

2-خالد كمال أحمد عكاشة، **دور التحكيم في فض منازعات عقود الإستثمار**، دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الأردني، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، معهد الدراسات العربية، القاهرة، مصر، سنة 2011

3-خالد شويرب، **القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي**، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، 2008-2009.

4-سليم بشير، **الحكم التحكيمي والرقابة القضائية**، اطروحة دكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، السنة الجامعية 2010-2011.

ثانيا- مذكرات ماجستير

1-اسامة حسين أبو القمصان، **مدى استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، دراسة مقارنة**، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2010-2011.

2-حسان كليبي، **دور القضاء في قضايا التحكيم التجاري الدولي**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، كلية الحقوق والعلوم التجارية، بومرداس، السنة الدراسية 2012-2013.

3-محمد بواط، **التحكيم في حل النزاعات الدولية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2007-2008.

4- مها عبد الرحمان خواجة، **امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير**، دراسة في التشريع الأردني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2012-2013

5- عائشة مقراني، **مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، السنة الجامعية 2005.

د- مقالات علمية:

1-صالح جاد عبد الرحمن المنزلاوي, **الرقابة القضائية على التحكيم**، مجلة القضاة المصرية، السنة الحادية والثلاثون,العدد الأول والثاني، 1999.

ب - مراجع بالفرنسية:

1- Lois

- Code de procédure civile français, https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716

2- Ouvrages

1- Mostefa TRARI-TANI : Droit Algérien de l'Arbitrage Commercial International, BERTI Editions, Alger, 2007

ثالثا - مواقع الإنترنت

1- موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
.http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/arbitration.html

2- موقع الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة
http://www.caci.dz/ar/Arbitrage.

الفهرس

مقدمة .....أ

الفصل الأول: إنعقاد إتفاق التحكيم التجاري 8

المبحث الأول: الأحكام العامة لإتفاق التحكيم التجاري 9

المطلب الأول: مفهوم إتفاق التحكيم التجاري 9

الفرع الأول: تعريف إتفاق التحكيم التجاري ومعيار دوليته 10

الفرع الثاني: خصائص إتفاق التحكيم التجاري 14

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لإتفاق التحكيم التجاري 16

المطلب الثاني: صور إتفاق التحكيم التجاري و طرق لإبرامه 18

الفرع الأول: صور إتفاق التحكيم 19

الفرع الثاني:طرق إبرام إتفاق التحكيم 22

المطلب الثالث: الأركان العامة لإتفاق التحكيم التجاري 24

الفرع الأول: التراضي و أهلية التصرف في الحق المتنازع فيه 24

الفرع الثاني: المحل من حيث قابلية الحق المتنازع فيه للتحكيم 27

الفرع الثالث: السبب 29

المبحث الثاني الأحكام الخاصة لإتفاق التحكيم التجاري 31

المطلب الأول: الشكلية 31

الفرع الأول: الكتابة 31

الفرع الثاني:الوسائل التي يجيز إثباتها بالكتابة 34

المطلب الثاني: تعيين المحكمين 35

الفرع الأول: تعيين المحكم مباشرة من قبل الأطراف 36

الفرع الثاني: تحديد طريقة لتعيين المحكمين 38

الفرع الثالث: التعيين بالرجوع إلى القاضي 43

المطلب الثالث: تحديد موضوع النزاع 45

الفرع الأول : المشارطة 46

الفرع الثاني:الشرط 46

الفصل الثاني: أثار إتفاق التحكيم و إنقضائه 47

المبحث الأول: أثار إتفاق التحكيم 49

المطلب الأول: الأثار الإيجابية لإتفاق التحكيم 50

الفرع الأول: مبدأ الإختصاص بالإختصاص 51

الفرع الثاني: مبدأ إستقلال شرط التحكيم 57

المطلب الثاني: الأثار السلبية لإتفاق التحكيم 59

الفرع الثاني: نطاق إتفاق التحكيم 60

المبحث الثاني: إنقضاء إتفاق التحكيم التجاري 64

المطلب الأول: الإنقضاء الطبيعي لإتفاق التحكيم 64

الفرع الأول: تنفيذ العقد الأصلي 65

الفرع الثاني: صدور الحكم 65

الفرع الثالث: إنتهاء إتفاق التحكيم بإرادة أطرافه 66

المطلب الثاني: الإنقضاء الغير طبيعي لإتفاق التحكيم 67

الفرع الأول: عدم الفصل في الأجل المحدد 68

الفرع الثاني: بطلان إتفاق التحكيم 69

الفرع الثالث: إستحالة التنفيذ 70

ملخص

نظم المشرع الجزائري التحكيم كوسيلة بديلة عن القضاء لتسوية النزاعات. وأساس التحكيم هو الإتفاق الذي يكون على شكل شرط في العقد الأصلي أو إتفاق منفصل يأتي بعد نشوء النزاع يسمى مشارطة التحكيم، وله استقلاله عن الإتفاق الأصلي. كما له أثر مانع حيث أن القضاء يحكم بعدم اختصاصه و يترك له المجال للتحكيم لحل النزاع.والتحكيم هو قضاء خاص مؤقت ينشأ لقضية واحدة يفصل فيها.وينتهي دور المحكمين بعد ذلك.

Résumé

Le législateur algérien a réglementé l’arbitrage comme moyen alternatif de règlement des litiges, il survient sous forme de compromis ou de clause compromissoire, indépendante du contrat initial. Le juge est incompétent pour statuer sur le fond si les parties sont liées par une convention d’arbitrage . L’arbitrage est une justice privée provisoire créée pour une seule instance, a la fin de laquelle le rôle des arbitres est terminé/