

أثر شرط الكتابة على اتفاق التحكيم

دراسة تحليلية مقارنة في المواد المدنية والتجارية

The effect of writing clause on the arbitration agreement

A comparative analytical study according to civil and commercial texts

أ. د الزين عزري⁽²⁾

أستاذ - كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة محمد خيضر - بسكرة (الجزائر)

zine.azri@univ-Biskra.dz

تاريخ النشر

31 أكتوبر 2021

ط. د سهام العلواني⁽¹⁾

باحثة دكتوراه - كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة محمد خيضر - بسكرة (الجزائر)

lal.sihem@gmail.com

تاريخ الارسال:

22 نوفمبر 2020

تاريخ القبول:

15 جوان 2021

المخلص:

إذا كان مبدأ ثبوت التصرف بالكتابة لم يثر خلافا يذكر في المواد المدنية، إلا أن الرأي قد اختلف ولا يزال حول شرط الكتابة في اتفاق التحكيم. فبينما ترى بعض التشريعات مؤيداً من بعض الفقه وأحكام القضاء أن اشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم للإثبات. في المقابل ذهبت بعض التشريعات الأخرى يناصرها بعض الفقه وأحكام القضاء إلى اعتبار اشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم للإنعقاد، ولعل عدم اتفاق الرأي حول شرط الكتابة في اتفاق التحكيم يرجع إلى اختلاف الآثار التي قد تترتب على تبني هذا الاتجاه أو ذاك.

الكلمات المفتاحية: اتفاق التحكيم - الشكلية - الرضائية - الكتابة - الإثبات -

البطلان.

Abstract:

Despite that the principle of permanence in acting by writing does not raise any disagreement in civil code, the difference of opinion still exist in matter the writing clause in the Arbitration Agreement, since some legislations supported by certain islamic jurisprudence (Fiqh) and judicial decisions considered the writing as a clause. On the other side, some other legislation for the proof of the Arbitration Agreement supported by certain islamic jurisprudence (Fiqh) and judicial decisions considered the writing as a clause for the conclusion of the Arbitration Agreement. Maybe the disagreement expressed regarding the writing clause in the Arbitration Agreement is due to the different effects deriving from the adoption of this approach or the other.

key words: Arbitration Agreement - Formalism- Consensual - writing - Proof- The nullity.



مقدمة:

أصبح التحكيم بمفهومه المعاصر ظاهرة بارزة في المجتمعات الحديثة، حيث تلح الحاجة إليه في مجال المعاملات التجارية خاصة والتعاقدية بصفة عامة، وذلك نظرا لما يحققه من مزايا عديدة مقارنة بالقضاء التقليدي كوسيلة لفض المنازعات، كالسرعة والسرية.

وبالرغم من مزاياه العديدة، يعد التحكيم من التصرفات القانونية الخطيرة بالنظر إلى آثاره، إذ بموجبه ينزل الخصوم عن حقهم الدستوري في اللجوء إلى القضاء وما يكفله لهم من ضمانات، مقابل طرح نزاعهم على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بحكم يكون ملزماً للخصوم.¹ ولما كان من متطلبات انعقاد اتفاق التحكيم، توافر مجموعة من الشروط الموضوعية والشكلية، سواء ورد هذا الاتفاق في صورة شرط يبرم في وقت سابق على وقوع النزاع، أم في صورة مشاركة تحكيم تبرم في وقت لاحق على وقوع النزاع.

ولما كانت نقطة البداية في النظام القانوني للتحكيم هي ضرورة التأكد من وجود اتفاق التحكيم، وذلك نظرا للأثر الجوهرى الذي يترتب على هذا النوع من الاتفاقات، ألا وهو سلب قضاء الدولة صاحب الاختصاص الأصيل لصالح قضاء خاص يرتضيه الأطراف لحل نزاع بينهم. لذلك، تضمنت غالبية تشريعات التحكيم العربية والإقليمية والدولية على السواء ضرورة كتابة اتفاق التحكيم، غير أنها اختلفت بشأن النتائج التي تترتب على هذا الشرط، أي شرط الكتابة، ففي حين اعتبر البعض الكتابة شرطا لصحة وجود الاتفاق ذاته، اعتبرها البعض الآخر شرطا للإثبات فقط، وهنا تكمن أهمية موضوعنا. حيث بين هذا الرأي وذاك، يثور التساؤل الذي يمكن صياغته في الإشكالية التالية: ما مدى تأثير العملية التحكيمية بوجود الكتابة أو تخلفها في اتفاق التحكيم باعتبارها إحدى شروطه الشكلية؟

ولإجابة على هذه الإشكالية، اعتمدنا المنهج المقارن، وذلك بمقارنة مختلف التشريعات التي تناولت موضوع شرط الكتابة في اتفاق التحكيم الوطنية أو الدولية على السواء، مع بيان موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة. كما اعتمدنا أسلوب التحليل أثناء دراسة وتفكيك النصوص القانونية.

ومن أجل معالجة هذا الموضوع اتبعنا خطة مكونة من مبحثين سنتناول في أولها التعريف باتفاق التحكيم مع بيان صورته وطبيعته القانونية، وسنتناول في مبحث ثان الكتابة باعتبارها شرط انعقاد ثم باعتبارها شرط اثبات، مع توضيح آثار وجودها وجزاء تخلفها.

المبحث الأول: تعريف اتفاق التحكيم وبيان صورته

يعد اتفاق التحكيم حجر الأساس في عملية التحكيم، حيث يعمل هذا الاتفاق على إثبات موافقة طرفي النزاع على اللجوء إلى التحكيم². فاتفاق التحكيم يعد المرحلة الأولى والأساسية من مراحل التحكيم. ومصدر سلطة المحكمين.

ولما كانت الكتابة- وهي موضوع هذا البحث - تنصب أساسا على اتفاق التحكيم الذي يبرمه الطرفان، كان من الضروري الإحاطة بداية بمفهوم هذا الإتفاق وبيان صورته، ثم التطرق للحديث عن مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن باقي بنود العقد الذي ورد فيه.

المطلب الأول: تعريف اتفاق التحكيم

يهدف التعريف باتفاق التحكيم في المقام الأول إلى بيان ذاته، أو الحقيقة التصويرية التي تنظم مضمراته، بحيث تتكون له في الذهن صورة واضحة ومنضبة³. وللتعريف باتفاق التحكيم، لا بد من التعرض لتعريفه لدى علماء اللغة، والإصطلاح الفقهي، وأخيرا لدى مختلف التشريعات.

الفرع الأول: التعريف اللغوي

التحكيم في اللغة معناه التفويض في الحكم. فالتحكيم مصدره حَكَمَ بتشديد الكاف مع الفتح، يقال حَكَمْتُ فلانا في مالي تحكيماً، أي فوضت إليه الحكم فيه فاحتكم عليّ في ذلك. ويقول ابن منظور "حَكَمُوهُ بينهم: أمروه أن يحْكُمَ بينهم، ويقال حَكَمْنَا فلانا فيما بيننا أي أجزنا حُكْمَهُ بيننا". فمن حَكَمَ بالأمر فقد قضى به. ومن حكم فلاناً في الأمر والشئ جعله حَكْماً⁴. وفي كتاب الله عز وجل نجد قوله سبحانه وتعالى: " فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حاجة مما قضيت ويسلموا تسليماً"⁵ أي جعلوك حكماً لما وقع بينهم من خلاف⁶.

الفرع الثاني: التعريف الفقهي

اختلف الفقهاء في تعريفهم لاتفاق التحكيم بسبب اختلاف الزوايا التي ينظر من خلالها إلى التحكيم، فعرف جانب من الفقه المصري اتفاق التحكيم بأنه: "هو الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به"⁷. كما عرفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأنه: "ذلك الاتفاق الذي يحرره الخصوم فيما بينهم على عرض ما نشأ أو ما قد ينشأ من نزاع بخصوص عقد معين على التحكيم"⁸. أما في الفقه الفرنسي فقد عرفه الفقيه الفرنسي رينيه دافيد "Rene david" بأنه: "تقنية ترمي إلى إعطاء حل لمسألة تكون محل اهتمام علاقات بين شخصين أو أكثر، والذي

يتولاه شخص أو أكثر- محكم أو أكثر- يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص، يحكمون على أساسه دون أن تقلدهم الدولة هذه المهمة"⁹.

وعرفه الدكتور الياس ناصيف بأنه: "اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم، لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما، بمناسبة، علاقة قانونية معينة، عقدية كانت أو غيرعقدية"¹⁰.

الفرع الثالث: التعريف التشريعي

إن المطلع على مختلف تشريعات التحكيم الحديثة يدرك أنها تتشابه فيما بينها بشأن تعريف اتفاق التحكيم، وقد يرجع هذا التشابه إلى كون أن مختلف التشريعات قد استمدت قواعدها من قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي¹¹ الذي عرف اتفاق التحكيم في الفقرة الأولى من المادة 07 بأنه: "اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا 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 اتفاق التحكيم في صورته شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورته اتفاق منفصل"¹².

وعرفت بعض التشريعات العربية اتفاق التحكيم¹³، بينما لم تعرفه بعض التشريعات الأخرى كما هو الحال في نظام التحكيم السعودي، وقانون التحكيم الأردني والتي أخذت بالاتجاه القائل أن التعريفات هي من عمل الفقه لا المشرع.¹⁴

وبالرجوع إلى أحكام المادة 10 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994¹⁵، نجدها قد عرفت اتفاق التحكيم بأنه: "اتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت، أو يمكن أن تنشأ بينهما، بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غيرعقدية".

فتوافق إرادته الطرفين هو أساس التحكيم ومصدر سلطة المحكمين، سواء بالنسبة للإجراءات أو بالنسبة للقانون الواجب التطبيق.¹⁶

أما المشرع الجزائري فقد عرف شرط التحكيم في المادة 1007 من الباب الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹⁷ كالتالي: "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم"¹⁸. كما عرف اتفاق التحكيم في المادة 1011 من نفس القانون كالتالي: "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم"¹⁹.

ويتضح لنا من نص المادة السالفة الذكر أن المشرع الجزائري قد نقل التعريف الذي وضعه المشرع الفرنسي لاتفاق التحكيم في المادة 1442²⁰ من قانون المرافعات القديم²¹، والذي يعتبر في الحقيقة تعريفا لمشارطة التحكيم، وليس لاتفاق التحكيم بمفهومه الواسع، ومن هنا نرى ضرورة تدخل المشرع الجزائري لتصحيح الخطأ الذي وقع فيه، وذلك باستبدال لفظ "اتفاق التحكيم" الوارد في نص المادة السالفة الذكر بلفظ "مشارطة التحكيم"، كما نرى ضرورة وضع تعريف جامع لاتفاق التحكيم.

المطلب الثاني: صور اتفاق التحكيم

الأصل أن يتخذ اتفاق التحكيم إحدى صورتين، شرط يدرج في العقد الأصلي، أو مشارطة تبرم عادة بعد نشأ النزاع، إلا أن الواقع الدولي أفرز صورة ثالثة تعرف بشرط التحكيم بالإشارة²² أو بالإحالة.

وسوف نتعرف على هذه الصور، ثم نقارن بينها فيما يلي:

الفرع الأول: شرط التحكيم

يقصد بشرط التحكيم الاتفاق الذي يتم عند إتمام العقد وقبل حدوث النزاع. وفيه يسبق الأطراف الأحداث بالإتفاق قبل حدوث النزاع على اللجوء إلى التحكيم فيما قد يحدث نشوئه من نزاعات مستقبلية. وهذا الاتفاق إما أن يدرج مقدما في العقد المبرم أو يتم إدراجه في اتفاق مستقل لاحق على العقد، سابق على النزاع.²³

وقد عرف جانب من الفقه شرط التحكيم بأنه: "بند وارد ضمن نصوص عقد معين يقضي بالإلتجاء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي قد تثور مستقبلا بين المتعاقدين حول العقد وتنفيذه".²⁴

أما المشرع الجزائري فقد عرف شرط التحكيم في المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه: "الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".²⁵ في حين أن المشرع المصري لم يضع تعريفا لشرط التحكيم، وإنما أورد ما يدل عليه وذلك بنص الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون التحكيم بقوله: "يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي تنشأ بين الطرفين".

ومما سبق يمكن القول بأن شرط التحكيم هو: "الاتفاق الذي يرد كبند في العقود بوجه عام، بمقتضاه يلتزم أطراف هذا العقد بعرض ما قد ينشأ بينهم من منازعات، بخصوص هذا العقد تنفيذا أو تفسيرا، لواحد أو أكثر، يختارونهم للحكم فيها، بدلا من المحكمة المختصة بنظر

النزاع، بشرط أن يكون موضوعه أحد المنازعات الجائز اللجوء للتحكيم للفصل فيها بدلا من اللجوء إلى القضاء العام في الدولة، وذلك لأن إخراج النزاع من ولاية القضاء العام الذي تتولاه السلطة القضائية في الدولة، وإخضاعه لمحكمين، سواء كانوا من الأفراد العاديين، أو هيئات غير قضائية، لا يكون إلا كاستثناء، لا يتقرر إلا بنص قانوني.²⁶

ومن التعاريف السابقة لشرط التحكيم يمكننا أن نستنتج ما يلي:²⁷

- 1- لكي تكون بصدد شرط التحكيم، يجب أن يكون اتفاق الأطراف سابقا على نشوء النزاع، وهذا أمر جوهري يمثل الفارق الأساسي بين شرط ومشاركة التحكيم.
- 2- لشرط التحكيم صورتين، الأولى أن يدرج في صلب العقد أو المعاملة الأصلية بين الأطراف، ويكون شرطا ضمن باقي شروط أو بنود العقد، والصورة الثانية له هو أن يرد في اتفاق مستقل عن العقد أو المعاملة القانونية الأصلية.

الفرع الثاني: مشاركة التحكيم

يقصد بمشاركة التحكيم كل اتفاق تحكيم يتم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلا.²⁸

وقد تطرق المشرع الجزائري لمشاركة التحكيم من خلال المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على أن: "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم" وقد سبق وأن أشرنا إلى أن هذا التعريف هو تعريف لمشاركة التحكيم وليس لاتفاق التحكيم، والدليل على ذلك ما جاء بنص الفقرة الثانية من المادة 1012 من نفس القانون والتي مفادها: ".... يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم". وهي الشروط التي تتطلبها مشاركة التحكيم.

كما أشار المشرع المصري لمشاركة التحكيم دون تعريفها في الفقرة الثانية من المادة 10 من قانون التحكيم حيث نص على ما يلي: "... كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع، ولو كانت أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية".

وقد أجاز القانون الفرنسي التجاء الأفراد والجماعات إلى إبرام مشاركة التحكيم، للفصل في منازعاتهم، ما دام أن التحكيم يرد على أحد المنازعات الجائز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم، وكان متعلقا بعلاقة قانونية محددة، وذلك من خلال المادة 1447 قانون المرافعات الفرنسي.²⁹

فلا يتم الإتفاق على مشاركة التحكيم إلا بعد نشوء النزاع، ووقوع الخلاف بين أطراف العلاقة القانونية،³⁰ وتصح المشاركة ولو كان النزاع قد أقيمت بشأنه دعوى قضائية المادة (2/10) تحكيم مصري) و (1013 ق إ م ! الجزائري).

ويجب أن تتضمن مشاركة التحكيم، نقاط الخلاف بين الأطراف، حيث نص المشرع المصري على ضرورة تحديد المسائل التي يشملها التحكيم، والا كان الإتفاق باطلا³¹. وهو نفس ما ذهب إليه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 1012 ق إ م ! الجزائري التي أوجبت تحديد موضوع النزاع وأسماء المحكمين وكيفية تعيينهم في مشاركة التحكيم والا كانت باطلة.

32

فالمشاركة بهذا المعنى تختلف عن شرط التحكيم. فإذا كان الأخير يتم الإتفاق عليه قبل نشوء النزاع، فإن المشاركة يتم الإتفاق عليها بعد نشوء النزاع وفي اتفاق لاحق ومستقل عن العقد الأصلي، كما أنها لا تقتصر على تقرير الإلتجاء إلى التحكيم في شأن نزاع معين، وإنما تتضمن فوق ذلك تنظيم كل ما يتعلق بالتحكيم، كتشكيل هيئة التحكيم، ورسم حدود ولايتها، واختيار الإجراءات التي تتبعها، وتحديد القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع.³³

الفرع الثالث: شرط التحكيم بالإحالة

شرط التحكيم بالإحالة هو اتفاق على التحكيم غير مدرج في العقد الذي يترجم اتفاق الأطراف والموقع عادة من قبلهم، ولكنه يوجد في وثائق أخرى مستقلة عن العقد، تحيل إليها إرادة الأطراف صراحة أو ضمنا على نحو يؤدي إلى إدماج هذه الوثائق في العقد ذاته.³⁴ والفرض في هذه الصورة أن العقد الأصلي المبرم بين الأطراف لم يتضمن شرطا صريحا للتحكيم، بل اكتفى الأطراف بالإشارة أو الإحالة إلى عقد سابق بينهم أو عقد نمطي،³⁵ م عروف بينهم نتيجة لتعاملهم المعتاد، يتضمن شرطا واضحا جليا للتحكيم، يتم الأخذ به في حالة نشوب أي نزاع بينهما، وفي هذه الحالة ينسحب أثر شرط التحكيم في العقد النموذجي الحال إليه إلى موضوع النزاع في العقد الأصلي المبرم بين الطرفين، فيلتزم بالتالي أطراف العلاقة به، بحيث يتم بمقتضاه تسوية النزاعات القائمة بينهما عن طريق التحكيم.³⁶ وقد أشار المشرع الجزائري لشرط التحكيم بالإحالة بنصه في المادة 1008 ق إ م ! بأنه: "يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الإتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها".

كما تبني المشرع المصري صورة التحكيم بالإحالة، في الفقرة الثالثة من المادة 10 من قانون التحكيم المصري التي نصت على الآتي: "يعتبر اتفاق على التحكيم، كل إحالة ترد في

العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم، إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد"، أي أن شرط التحكيم يكون نصا في العقد الأصلي لكنه يحيل إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم.³⁷

وفي نفس السياق نصت المادة 1443 من قانون أصول المحاكمات المدنية الفرنسي على أن: "يكون شرط التحكيم مكتوبا، سواء ورد هذا الشرط في عقد الأساس، أو في وثائق أخرى أحال إليها العقد".³⁸

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم

إذا كان الإتفاق على التحكيم يتخذ في الممارسة العملية إحدى صورتين "شرط التحكيم، أو مشارطته" فإن الفقه القانوني قد اختلف حول الطبيعة القانونية للإتفاق على التحكيم، فيعز الفقه يسلم بطبيعته العقدية، والبعض الآخر يسلم بطبيعته الإجرائية (القضائية)، ولكل منهما من الحجج والأسانيد التي يعتمد عليها في تأييد وجهة نظره.³⁹ وفيما يأتي سنبحث في هذه الإتجاهات من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الطبيعة الإجرائية لاتفاق التحكيم

يرى أنصار هذا الإتجاه أن الإتفاق على التحكيم - شرطا كان أو مشارطة - ما هو إلا عقدا إجرائيا، نظرا لتأثيره المباشر في الخصومة القضائية، وإجراءات التقاضي،⁴⁰ فهو يرتب آثارا قانونية عديدة في ذمة عاقيه، وأهمها:

الأثر الإيجابي: ويتمثل في التزام أطرافه بعرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على المحكم، أو هيئة التحكيم المختارة للفصل فيه وذلك بدلا من اللجوء العام لقضاء الدولة.⁴¹ أي أنه متى ما رفعت الدعوى أمام المحكمة كان للطرف الآخر الدفع بعدم الإختصاص، لكونها من اختصاص هيئة التحكيم.⁴²

الأثر السلبي: ويتمثل في منع عرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على القضاء العام في الدولة، ومنع هذا القضاء من الفصل فيه.⁴³

فضلا عن أن اتفاق التحكيم ينظم عادة خصومة التحكيم في كثير من الأمور التي تركتها الأنظمة القانونية الوضعية على اختلاف مذاهبها، واتجاهاتها لحرية الأطراف المحكّمين،⁴⁴ بالإضافة إلى ما قامت به هذه الأنظمة القانونية الوضعية من إيراد قواعد تفصيلية إجرائية لخصومة التحكيم، وهي إجراءات تماثل، إن لم تكن تتطابق مع إجراءات الخصومة القضائية.⁴⁵

ولقد انتقد هذا التكييف من أنصار الرأي القائل: أن اتفاق التحكيم عقد خاص من عقود القانون المدني، مبررين بأن عقد التحكيم لا يدخل في عداد الأعمال الإجرائية، لأنه يبرم قبل بدء الخصومة فلا يمكن اعتباره عنصرا من عناصرها.⁴⁶

الفرع الثاني: الطبيعة العقدية لاتفاق التحكيم

يذهب أنصار هذا الاتجاه الفقهي إلى أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية، حيث تعتمد أسانيد هذا الاتجاه على الدور الجوهري الذي تلعبه إرادته الأطراف في التحكيم.⁴⁷ ويخلص أنصار هذا الاتجاه، إلى اعتبار الاتفاق على التحكيم مجرد عقد من العقود، تنطبق عليه - شأنه شأن سائر العقود - القواعد العامة في العقد، والمنصوص عليها في القانون المدني وأهمها تلك القواعد التي تحكم إبرامه، وتحديد أركانه وشروطه، والجزاء المترتب على تخلفها، وهو البطلان أو القابلية للبطلان، وبالتالي لا يخضع الاتفاق على التحكيم للقواعد التي تحكم وتنظم الأعمال الإجرائية، إذ أن هذا الاتفاق إنما يتم قبل بدء الخصومة عادةً ولهذا فلا يعتبر عنصرا من عناصرها ولا مكونا من مكوناتها فيكون طبيعيا ألا يأخذ طبيعتها.⁴⁸ ولسلامة الأساس القانوني الذي يستند إليه أصحاب الطبيعة العقدية لاتفاق التحكيم فإننا نميل إلى ترجيح هذا الرأي والأخذ به، وبالتالي اعتبار اتفاق التحكيم عقدا من العقود الخاصة يخضع للأحكام العامة للعقود.

المبحث الثاني: الكتابة في اتفاق التحكيم بين الإثبات والإنقاذ

لاشك في أن الكتابة تتبوأ المركز الأول في ترتيب أدلة الإثبات، سواء في الشريعة الإسلامية، أو في القانون الوضعي، فالشريعة الإسلامية تبرز هذا المركز المتقدم للكتابة وذلك في قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه".⁴⁹ وهذا إرشاد من الله تبارك وتعالى لعباده المؤمنين إذا تعاملوا بمعاملات مؤجلة أن يكتبوها ليكون ذلك أحفظ لمقاديرها وميقاتها، فالكتابة هنا للتوثيق.

ويقصد بالإثبات إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون، فهو قوام الحق الذي يتجرد من كل قيمة ما لم يقيم الدليل عليه.⁵⁰

كما تطرق المشرع الجزائري إلى الكتابة باعتبارها أهم وسيلة لإثبات الالتزام في المواد من 323 إلى 332 من القانون المدني.⁵¹

وهكذا، تعد الكتابة شرعا وقانونا من أهم طرق الإثبات. فهي دليل يعد عند إبرام التصرف وقبل حصول النزاع بشأنه.

وإذا كان مبدأ ثبوت التصرف بالكتابة لم يثر خلافا يذكر في المواد المدنية، إلا أن الرأي قد اختلف ولا يزال حول شرط الكتابة في اتفاق التحكيم. فبينما ترى بعض التشريعات مؤيدة

من بعض الفقه وأحكام القضاء أن اشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم للإثبات. في المقابل ذهب بعض التشريعات الأخرى يناصرها بعض الفقه وأحكام القضاء إلى اعتبار اشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم للإنعقاد، ولعل عدم اتفاق الرأي حول شرط الكتابة في اتفاق التحكيم يرجع إلى اختلاف الآثار التي قد تترتب على تبني هذا الإتجاه أو ذاك.⁵² وفيما يلي سنتعرض لوجهتي النظر السابقتين، ثم ندلي برأينا في هذا الشأن.

المطلب الأول: الكتابة كشرط إثبات

ذهب أنصار هذا الإتجاه إلى القول بأن الكتابة هي وسيلة إثبات، وهذا الإتجاه تبناه المشرع في بعض الدول، وهذا ما نصت عليه المادة 252 من قانون المرافعات المدنية العراقي التي جاء فيها: "لا يثبت الإتفاق على التحكيم إلا بالكتابة"، وبنص مماثل تضمنت ذلك المادة 190 من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري لعام 1990، والمادة 2/203 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم 11 لسنة 1992، والمادة 173 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم 38 لسنة 1980.⁵³

وقد تبني المشرع المصري سابقا هذا الإتجاه حيث كانت تنص على ذلك المادة 2/501 من قانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968⁵⁴ "أن التحكيم لا يثبت إلا بالكتابة".

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية "أن الكتابة شرط لإثبات قبول المحكم مهمة التحكيم وليست شرطا لانعقاد مشارطة التحكيم، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقام قضاؤه على أن توقيع المحكمين على العقد يعتبر ركنا لانعقاده، إذ استلزم أن يكون توقيع المحكم على ذات العقد وإلا اعتبر باطلا، واستبعد على هذا الأساس الإقرار الصادر من المحكم والذي ضمنه سبق موافقته على مهمة التحكيم - وهو محرر له قوة الكتابة في الإثبات - ورتب على ذلك بطلان المشارطة لعدم انعقادها فإنه يكون قد خالف أحكام القانون"⁵⁵. فإذا اختار أحد طرفي الخصومة محكما وحضر الطرف الآخر أمامه وأدلى بطلباته ودفاعه، فإن هذا الرضا الصريح بتحكيمة يغني عن كتابة توكده، مالم يتحفظ هذا الطرف قبل الإدلاء بدفاعه أمام هيئة التحكيم.⁵⁶

وفي ذات الإتجاه قُضي في ظل قانون المرافعات الفرنسي السابق بأن: "الكتابة ليست شرطا لصحة اتفاق التحكيم، بل إنها شرط لإثباته"، وعلى ذلك فإن إثبات اتفاق التحكيم يمكن أن يتم وفقا للقواعد العامة، أو وفقا لطرق الإثبات المقررة في المادة 109 من قانون التجارة الفرنسي. والحجة التي استند إليها القضاء عندئذ هو أن نص المادة 1005 مرافعات وردت بصيغة الجواز *pourra être fait*، وليس الوجوب فلم يقل *devra être fait*. وقد كانت هذه المادة

تنص على أنه: "يجوز أن يبرم *pourra être fait* الاتفاق على التحكيم سواء في محضر أمام المحكمين، أو بعقد أمام الموثق، أو بعقد عربي".⁵⁷

ووفقا لهذا الاتجاه تعتبر الكتابة مجرد وسيلة لإثبات اتفاق التحكيم فقط، وليس شرطا لصحته أو لانعقاده، وذلك لأن اتفاق التحكيم لا يعدو أن يكون عقدا رضائيا ينعقد بمجرد تبادل الإيجاب والقبول بين الطرفين، دون الحاجة إلى أي إجراء آخر، فهو ليس عقدا شكليا، لأن الكتابة ليست ركنا في العقد ولا شرطا لصحته، وإنما هي وسيلة لإثباته. ومعنى ذلك أن تخلف "الكتابة" كدليل إثبات وجود اتفاق التحكيم، لا يؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم، إذ يظل اتفاق التحكيم سليما تماما من الناحية القانونية، ويجوز إثباته بأية وسيلة من وسائل الإثبات تقوم مقام الكتابة كاليمين، والإقرار... الخ.⁵⁸

المطلب الثاني: الكتابة كشرط انعقاد

اتجهت معظم التشريعات⁵⁹ إلى إخراج اتفاق التحكيم من دائرة التصرفات القانونية الرضائية، وجعلته تصرفا شكليا، شأنه شأن الهبة والوصية و... الخ، وعليه وطبقا لهذه التشريعات فإن اتفاق التحكيم لا ينعقد بمجرد تراضي الأطراف، وإنما لابد من توافر عنصر الكتابة باعتباره ركنا لازما لانعقاده.⁶⁰

فالتحكيم وفقاً لهذه التشريعات إنما هو استثناء من الأصل العام في التقاضي، وهو القضاء العام في الدولة، لذلك يتعين إحاطته بالقدر الكبير من الحيطة للتأكد من أن إرادته الأطراف قد اتجهت بالفعل إلى التحكيم كوسيلة لحسم منازعاتهم الحالية، أو المستقبلية. ولا يتأتى ذلك إلا بجعل الكتابة ركنا لانعقاد اتفاق التحكيم.⁶¹

ومن هذا المنطلق، تعد الكتابة ركنا أساسيا يجب توافره حتى يمكن القول بوجود اتفاق التحكيم، وإلا ففي انعدامها بطلان هذا الاتفاق، فالكتابة إذا تعد في حد ذاتها إطاراً شكلياً رسمه المشرع لصحة اتفاق التحكيم، فهي في مضمونها تتعدى مجرد كونها دليل إثبات.⁶² فاتفاق التحكيم يدور وجودا وعدما مع توافر عنصر الكتابة، بحيث يترتب على تخلفها بطلان اتفاق التحكيم. فالكتابة ليست مجرد وسيلة إثبات، ولكنها مطلوبة لانعقاد العقد.

فالتحكيم وفقاً لهذه التشريعات إنما هو استثناء من الأصل العام في التقاضي، وهو القضاء العام في الدولة، لذلك يتعين إحاطته بالقدر الكبير من الحيطة للتأكد من أن إرادته الأطراف قد اتجهت بالفعل إلى التحكيم كوسيلة لحسم منازعاتهم الحالية، أو المستقبلية، ولا يتأتى ذلك إلا بجعل الكتابة ركنا لانعقاد اتفاق التحكيم.⁶³

وهذا ما اتجه إليه المشرع المصري من خلال المادة 12 من قانون التحكيم التي نصت على أنه: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا..."، وكذلك نصت المادة (1/10) من

قانون التحكيم الأردني على أنه: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً" وكذا ما نصت عليه المادة 1/763 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني بقولها: "لا يصح البند التحكيمي إلا إذا كان مكتوباً في العقد الأساسي، أو في وثيقة يحيل إليها هذا العقد"⁶⁴.

أما بالنسبة للمشروع الفرنسي فحسب المادة 1443 من قانون الإجراءات المدنية القديم أي قبل تعديله بموجب المرسوم الصادر في 13 جانفي 2011، كان شرط الكتابة يتعلق فقط بشرط التحكيم، بخلاف النص الجديد لها والذي يجعل الكتابة لازمة لشرط التحكيم واتفاق التحكيم على السواء.⁶⁵

وقد استلزم المشروع الجزائري الكتابة لوجود شرط التحكيم وإلا كان باطلاً، ويستوي في ذلك أن ترد كتابة شرط التحكيم في العقد الأصلي، أو في الوثيقة التي يستند إليها، أي الإتفاق اللاحق المبرم في وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي، وذلك وفقاً لنص المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، والتي تنص على أنه: "يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو الوثيقة التي يستند إليها" كما اشترط المشروع الجزائري أن يتضمن شرط التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم وإلا كان باطلاً.⁶⁶

أما بالنسبة لمشارطة التحكيم فالكتابة شرط لوجودها وليست شرطاً لإثباتها حيث نصت المادة 1012 من ق.إ.م.إ! الجزائري على أنه: "يحصل الإتفاق على التحكيم كتابياً، ويجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم"⁶⁷.

وسواء أكانت الكتابة مطلوبة لانعقاد اتفاق التحكيم، أو كانت مطلوبة لإثباته، فإن اشتراط توافرها في كلتا الحالتين له ما يبرره، إذ أن التحكيم يعد من التصرفات القانونية التي لها خطرها بالنظر للأثار التي تترتب عليه:⁶⁸

فمن ناحية أولى: إن اتفاق التحكيم يمثل تصرفاً قانونياً له خطره بالنسبة للدولة، إذ أن من شأنه نزع الإختصاص بالفصل في النزاع المتفق بشأنه على التحكيم من القضاء العام في الدولة، وتخويل سلطة الفصل فيه إلى قضاء خاص يتشكل من أفراد عاديين يختارهم أطراف اتفاق التحكيم.

ومن ناحية ثانية: إن اتفاق التحكيم له خطره على حق أطراف اتفاق التحكيم أنفسهم. إذ قد يترتب عليه المخاطرة ببعض الحقوق، إذ ليس بمقدور الأطراف تقدير النتائج التي ستترتب على التحكيم، وخاصة إذا كان التحكيم قد منع التفويض بالصلح حيث لا يتقيد المحكم بقواعد قانونية محددة، ويقضي تبعاً لمبادئ العدل والإنصاف.

ومن ناحية ثالثة : أن للتحكيم أثره بالنسبة للغير، وذلك حينما يمتد اتفاق التحكيم إلى أطراف آخرين، أو عقود أخرى تتصل بذات المعاملة أو بالعقد الأصلي. كما هو الحال بالنسبة لاتفاق التحكيم الذي تبرمه الشركة الوليدة، حيث تمتد آثاره إلى الشركة الأم.

المطلب الثالث: صور الكتابة في اتفاق التحكيم

نظرا للأهمية البالغة لعامل الوقت في مجال المعاملات التجارية ولا سيما الدولية منها، كان من الضروري الإستعانة بالتكنولوجيا الحديثة في مجال الإتصال والتي تتناسب وتتلاءم مع طبيعة هذه المعاملات، شريطة أن تجمع هذه الوسائل بين الأمان القانوني من ناحية، وسرعة إنجاز العمل المطلوب من ناحية أخرى.

وتحقيقا لذلك ذهب المشرع المصري في نص المادة 12 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 إلى القول على أنه: "... ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان، أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات، أو غيرها من وسائل الإتصال المكتوبة ". وكذا نص المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الذي جاء فيه: "... يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة".

وبصوره أكثر اتساعا نصت المادة 2/7 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (UNCITRAL) على أنه: "... ويعتبر اتفاق التحكيم مكتوبا إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الإتصال السلبي واللاسلكي تكون بمثابة سجل للإتفاق أو في تبادل المطالبة والدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر".

كذلك نصت المادة 2/2 من اتفاقية نيويورك⁶⁹ على أنه: "ويقصد "باتفاق مكتوب" شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الإتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات".

وعليه، وعلى ضوء ما تقدم، يمكن القول أن الكتابة في اتفاق التحكيم لم تعد تقتصر على ورق يوقعه الطرفان بالمفهوم التقليدي، بل أخذت صورا أخرى، مثل تبادل الرسائل أو البرقيات، أو غيرها من وسائل الإتصال المكتوبة الأخرى.

وسوف نتعرض إلى هذه الصور وذلك فيما يلي:

1- التوقيع: تتحقق هذه الصورة التقليدية لاتفاق التحكيم في وجود وثيقة كتابية، أو

محرر موقع من الأطراف أو من يمثلهم، يتضمن توافق إرادته الأطراف للخضوع للتحكيم.⁷⁰ ويستوي الأمر سواء كان التوقيع خطيا أو إلكترونيا.

وهذه الصورة هي الصورة التقليدية الغالبة لوجود الاتفاق والإعتداد به، سواء على المستوى الداخلي (الوطني)، أم على المستوى الخارجي (الدولي) حيث يتطلب الأمر وجود محرر أو وثيقة كتابية موقع عليها من أطراف النزاع أنفسهم أو من يمثلهم، وتكون ذات دلالة حقيقية وكافية على العلم الصحيح بوجود اتفاق التحكيم المشار إليه، فتعد الكتابة في هذه الحالة إعلاناً صريحاً على اتجاه إرادته طرفي النزاع إلى قضاء التحكيم باعتبارها هي الوسيلة الأفضل، والأكمل للإثبات، فإعداد الطرفين للدليل الكتابي في وقت مبكر قبل نشوب النزاع من شأنه أن يؤدي على زرع الثقة والإطمئنان في نفوس الأطراف جميعهم.⁷¹

ويتحقق الأمر أيضاً، إذا اتفق الطرفان على التحكيم أمام المحكمة، وتم تدوين هذا الاتفاق في محضر الجلسة، على الرغم من التوقيع عليه لكونه حرر تحت إشراف القاضي، الشيء الذي يعطيها طابعاً رسمياً.⁷²

ويندرج تحت هذه الصورة أيضاً إحالة الأطراف عند تعاقدهم إلى شروط نموذجية معدة سلفاً يلتزمون بها، وتتضمن هذه الشروط شرط التحكيم.⁷³

2- تبادل الرسائل أو الخطابات أو المستندات كتابة؛ نظراً للتطور الهائل الذي عرفه مجال وسائل الاتصالات، فقد استقر العرف التجاري الدولي على إمكان إبرام العقود دون أن يلتقي الطرفان، وبمجرد وجود تبادل مستندات مكتوبة، أيا كانت وسيلة هذا التبادل في صور رسائل، أو برقيات، أو توكسات، أو رسائل الفاكس أو كانت عبر الأنترنت.⁷⁴

فالعبرة في إثبات الكتابة للقول بوجود اتفاق التحكيم وفقاً لهذه الصورة هو ليس بالتوقيع المشترك للأطراف على وثيقة الاتفاق في ذات الوقت، وإنما يثبت الاتفاق على التحكيم بمجرد تبادل مستندات كتابية، أو برقيات، أو فاكسات، أو مراسلات، أو عن طريق البريد الإلكتروني، أو الوسائط الإلكترونية أو الرقمية، والتي من خلالها يتم وضع المعلومات في صورة رقمية وتخزينها كبيانات إلكترونية على شرائط مغنطة أو أقراص، والإحتفاظ بها في قواعد أجهزة الحاسب الآلي وما في شاكلتها.⁷⁵

ويشترط لتحقيق هذه الصورة، التأكد من حدوث تبادل للمستندات الكتابية، على نحو يمكن القول معه، إن إيجاباً كتابياً قد تلاقى مع قبول افرغ التعبير عنه في وثيقة كتابية.⁷⁶ على اختيار التحكيم كوسيلة لفض ما ينشأ بينهم من نزاعات، ويستوي الأمر إن كانت الكتابة تقليدية أو إلكترونية.

المطلب الرابع: الآثار التي تترتب على وجود أو تخلف الكتابة في اتفاق التحكيم

يترتب على تحقق الكتابة أو عدم تخلفها في اتفاق التحكيم، عدّة آثار حسب الحالة، وسنعرض لكل حالة من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: آثار وجود الكتابة

إذا ورد اتفاق التحكيم كتابة، وتوافرت أركانه، والشروط التي يتطلبها القانون لإبرام التصرفات القانونية، فإن هذا الاتفاق يكون في الأصل صحيحا. ويترتب عليه الآثار القانونية التي سنوجزها فيما يلي:

أولا - سلب الإختصاص من القضاء (الأثر المانع) عن النظر في النزاع:

من أهم الآثار التي تترتب على ورود اتفاق التحكيم كتابة بين أطرافه، لفض المنازعات التي ثارت، أو قد تثور بينهم في المستقبل، هو سلب اختصاص القضاء من نظر هذه المنازعات.⁷⁷ وهو ما يسمى بالآثر المانع لاتفاق التحكيم، ويطلق عليه أيضا الأثر السلبى لاتفاق التحكيم. وبالتالي لايجوز لأحد الأطراف اللجوء إلى القضاء أو طلب عزل المحكمين أو أحدهم إلا بتراضي الخصوم.⁷⁸

وعليه، يتم إقصاء قضاء الدولة المختص أصلا بنظر النزاع عن نظر ما يثور بين طرفي الاتفاق من منازعات بحيث ينشئ هذا الاتفاق لكل طرف الحق في الدفع بالتحكيم إذا حاول الطرف الآخر التنصل منه والإلتجاء إلى القضاء، وعلى المحكمة التي ترفع إليها الدعوى في هذه الحالة أن تحكم بعدم قبول الدعوى عند الدفع بالتحكيم.⁷⁹ وذلك أيّا كان الوقت الذي اتصل فيه النزاع، أي سواء قبل بدء إجراءات التحكيم أو بعد ذلك واتصال هيئة التحكيم بالنزاع.⁸⁰

وفي ذلك نص المشرع المصري في المادة 13 من قانون التحكيم المصري على أنه: "1- يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع. 2- ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم أو الإستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم".

وقد تبني المشرع الجزائري مبدأ الأثر المانع لاتفاق التحكيم حيث نصت المادة 1045 ق إ م إ على أنه: "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم، على أن تثار من أحد الأطراف"، وفي هذا الصدد نجد أن المشرع الجزائري قد سلك مسلك غالبية تشريعات التحكيم وأخذ بمبدأ الأثر المانع لاتفاق التحكيم، والذي يترتب على وجود اتفاق تحكيم سليم شكلاً وموضوعاً حسب الأحكام الواردة في هذا القانون.⁸¹

ثانيا - مبدأ الإختصاص بالإختصاص:

يعد مبدأ الإختصاص بالإختصاص من أهم آثار اتفاق التحكيم من الناحية الإجرائية وذلك إذا انعقد صحيحا بين أطرافه، حيث أنه ينقل الإختصاص من قضاء الدولة إلى قضاء

خاص أنشأه أطراف اتفاق التحكيم، حيث يصبح هذا الأخير هو صاحب الولاية في تسوية النزاع أصلاً بنظر النزاع بموجب هذا القضاء الإتفاقي الذي أرادته الأطراف،⁸² وبموجب ذلك تستمد هيئة التحكيم شرعية وجودها، واختصاصها بالفصل في هذه النزاعات بناء على ذلك الإتفاق المبرم بين الأطراف، ولا يجوز لأحد الأطراف منفرداً التحلل من التزامه هذا، واللجوء إلى القضاء العام في الدولة للمطالبة بحقوقه التي ينازع فيها خصمه.⁸³

ويتربط على مبدأ الإختصاص بالإختصاص تمتع حكم هيئة التحكيم بحجية الأمر المقضي به. وأن يكون هذا الحكم واجب النفاذ بعد صدور أمر القضاء بتنفيذه.⁸⁴ وفي هذا الإتجاه نصت المادة 1/22 من قانون التحكيم المصري على أنه: "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها..."⁸⁵

وقد قررت محكمة النقض في حكم لها أنه: "من المقرر عملاً بالمادة (1/21) من قواعد اليونسستيرال المتفق على تطبيقها بين الطرفين، أن هيئة التحكيم هي صاحبة الإختصاص في الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، وتدخل في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود شرط التحكيم أو الإتفاق المنفصل عن التحكيم، أو بصحة هذا الشرط أو هذا الإتفاق".⁸⁶

وباستقراء نص المادة 1044 ق إ م ! جزائري يظهر جلياً اعتراف المشرع الجزائري بمبدأ الإختصاص بالإختصاص حيث نصت على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في الإختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدفع بعم الإختصاص قبل أي دفاع في الموضوع. تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي، إلا إذا كان الدفع بعدم الإختصاص مرتبطاً بموضوع النزاع". وهنا نلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بالمبدأ لكن ليس على إطلاقه، حيث اشترط لكي تفصل هيئة التحكيم في اختصاصها بنظر النزاع شرطين اثنين:⁸⁷

1- عدم قيام أي طرف من أطراف التحكيم إبداء أي وجه من أوجه الدفاع أمامها بشأن اختصاصها في نظر النزاع.

2- أن يكون الحكم الذي تصدره هيئة التحكيم فيما يخص تحديد اختصاصها حكماً أولياً، إلا أنه استثنى من ذلك الأحكام التي تصدر بشأن الفصل في الدفع بعدم الإختصاص إذا كان مرتبطاً بموضوع النزاع، فوجب في هذه الحالة أن يكون الفصل في هذه الدفوع بحكم نهائي.

ثالثاً - استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي:

بإعمال المبادئ العامة في القانون المدني من تبعية الجزء للكل، وقاعدته ما بني على باطل، فإننا نتصور منطقياً أن أثر العقد يزول بكل ما تضمنه، وبالتالي إذا بطل العقد الأصلي بطل الشرط الذي تضمنه. ولكن تطور فقه وقضاء التحكيم انتهى إلى نتيجة أخرى مفادها، استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي ورد فيه، فلا يؤدي بطلان أو فسخ أو إنهاء

العقد الأصلي - بغير طريق التنفيذ - إلى التأثير على شرط التحكيم، إذ يظل الشرط صحيحا طالما له وجود قانوني باستكمال أركانه.⁸⁸

ومبدأ استقلال اتفاق التحكيم، لا يعني فقط استقلال هذا الاتفاق عن العقد الموضوعي. خاصة أن المسلم به جواز التحكيم في العلاقات القانونية غير العقدية. وهكذا فاتفاق التحكيم مستقل، سواء كان موضوع النزاع علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية، أي بصرف النظر عن موضوع النزاع. وهو بهذا مستقل تماماً عن موضوع النزاع.⁸⁹

بدأ ظهور هذا المبدأ في فرنسا عندما حكمت محكمة النقض الفرنسية باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي في قضية (GOSSET) بتاريخ 27 مايو 1963، وأكدت على هذا المبدأ في قضية أخرى (IEMPEX)⁹⁰ بتاريخ 18 مايو 1971.⁹¹

ومن الجدير بالذكر أن القضاء الفرنسي في تقريره لمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي قد تأثر بالقضاء الهولندي الذي يعتبر أول من قرر هذا الاستقلال صراحة. فقد قضت المحكمة الهولندية في 27 ديسمبر 1935 بأنه: "في حالة تنازع الأطراف حول صحة أو بطلان العقد، فإن ذلك لا يمنع من اختصاص المحكم بالفصل في النزاع رغم احتمال عدم صحة العقد الذي ورد به شرط التحكيم".⁹²

كما أكد المشرع المصري في قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 على استقلال اتفاق التحكيم، حيث نصت المادة 23 منه على أنه: "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الآخر ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته". وبذلك يكون المشرع المصري قد اتخذ موقفاً واضحاً أكد به تأييده لمبدأ استقلالية شرط التحكيم وعدم تأثره بأي بطلان يلحق بالعقد الأصلي الذي ورد به، ولم يفرق في ذلك بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي.⁹³

ومن جانبه، المشرع الجزائري، أكد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنص على ذلك صراحة في الفقرة الرابعة والأخيرة من المادة 1040 ق ا م إ بالقول أنه: "لا يمكن الإحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي".⁹⁴ ويتبين لنا من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أبرز الفعالية المهمة للتحكيم من خلال استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي وما يمكن أن يلحق هذا العقد من بطلان أو فسخ أو إنهاء.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري يفرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري التجاري الدولي، وإن كان قد تطرق لمسألة استقلال اتفاق التحكيم في مجال التحكيم التجاري الدولي، فإنه لم يتطرق لها في مجال التحكيم الداخلي، حيث لو يورد نص صريح ولا حتى إشارة تدعونا إلى اعتناق المبدأ السالف الذكر في مجال التحكيم الداخلي.⁹⁵

ومن هذا المنطلق ندعو المشرع الجزائري إلى اتخاذ موقف حاسم اتجاه مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في مجال التحكيم الداخلي.

رابعا - تنفيذ حكم التحكيم:

وثالث أثر يترتب على وجود اتفاق التحكيم وانعقاده صحيحا هو الزامية تنفيذ حكم التحكيم، ولتحقيق ذلك نصت المادة 56 من قانون التحكيم المصري أنه على طالب تنفيذ حكم التحكيم أن يرفق مع هذا الطلب صورة من اتفاق التحكيم. وتقابلها المادة 1052 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بالقول أنه: "يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما، تستوفي شروط صحتها".⁹⁶

وهذه نتيجة منطقية، فلو تم التحكيم دون وجود اتفاق بين طرفيه بأي صورة من صور الكتابة التي سبقت الإشارة إليها من قبل، كان التحكيم باطلا.⁹⁷

الفرع الثاني: آثار تخلف الكتابة في اتفاق التحكيم

يترتب على عدم تحقق شرط الكتابة في اتفاق التحكيم بطلان التحكيم، وهذا يؤدي إلى استرداد المحكمة لسلطتها في نظر النزاع. وسنتعرض لهذين الأثرين بإيجاز فيما يلي:

أولا - البطلان:

وفقا لنص المادة 12 من قانون التحكيم المصري⁹⁸ والمادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الباب الثاني في التحكيم، فإن اتفاق التحكيم يجب أن يكون مكتوبا وإلا كان باطلا.

وعلى ذلك فإذا نظرت هيئة التحكيم في النزاع رغم تخلف الكتابة، فإن ذلك يفتح الباب أمام من جاء حكم التحكيم في غير صالحه لرفع دعوى بطلان هذا الحكم أمام المحكمة المختصة. ويجب الإشارة هنا إلى أن طلب بطلان حكم التحكيم، يمكن أن يقدم بدعوى أصلية أي بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى أمام المحكمة المختصة، أو الدفع بالبطلان عند لجوء من صدر حكم التحكيم لصالحه للمحكمة المختصة لطلب التنفيذ.⁹⁹

ثانيا - الفصل في النزاع من طرف المحكمة المختصة:

يترتب على الحكم ببطلان اتفاق حكم التحكيم أيا كان شرطا أو مشاركة، زوال التحكيم واعتباره كأن لم يكن، ومن ثم يفتح الطريق لعرض النزاع أمام المحكمة المختصة وفقا لما تقرره القواعد العامة. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "إذا استحال عرض النزاع على التحكيم فإن شرطه يزول ويصبح كأن لم يكن، فعدم الحرص على صياغة شرط التحكيم، يمكن أن يؤدي إلى الإطاحة بالاتفاق على التحكيم، ولا يبقى على الأطراف عندئذ، إلا عرض نزاعهم على القضاء رغم سبق اتفاقهم على حسم نزاعهم بالتحكيم".¹⁰⁰

خاتمة:

وختاما لبحث شرط الكتابة في اتفاق التحكيم، نخلص إلى أن نظام التحكيم يتنازعه اتجاهان، أحدهما ينادي بالرضائية في اتفاق التحكيم وبالتالي يجعل الكتابة شرطا لإثباته، والثاني ينادي بالزامية الشكلية لخطورة اتفاق التحكيم والآثار المترتبة عنه، والمتمثلة في تنازل أطراف النزاع عن حقهم في اللجوء لقضاء الدولة، ويجعل الكتابة شرطا لانعقاده وتخلفها يؤدي إلى بطلانه.

وإجمالاً يمكننا أن نستخلص من هذا البحث النتائج التالية:

1- أن المشرع الجزائري اتخذ موقفاً متشدداً من الكتابة باعتبارها ركناً لقيام اتفاق التحكيم، حيث لا يقوم اتفاق التحكيم إلا في حالة قيام أطراف النزاع بكتابة هذا الاتفاق، وإلا كان باطلاً.

2- إن هذا التشدد من جانب المشرع الجزائري في اعتبار الكتابة ركناً لقيام اتفاق التحكيم، قد قابله تيسير كبير في مفهوم الكتابة اللازمة لقيام اتفاق التحكيم إذ وافق معظم التشريعات المقارنة، الوطنية منها والدولية، التي ذهبت إلى عدم تحديد شكل معين للكتابة ينبغي أن تصدر فيه، فيمكن أن تكون بأية عبارة أو لفظ يفيد الرغبة في اللجوء إلى التحكيم.

3- بالنسبة للصور التي ينبغي أن تفرغ فيها الكتابة، هناك صورتان، الصورة الأولى هي الكتابة التقليدية، وتتطلب هذه الصورة وجود محرر أو وثيقة كتابية موقع عليها من الأطراف أنفسهم، أو ممن يمثلهم، وتكون ذات دلالة كافية على العلم الكافي بوجود اتفاق التحكيم، كأن تكون في صورة عقود أو إتفاقيات أو مراسلات أو برقيات متداولة بين الطرفين. أما الصورة الثانية فهي الكتابة بالوسائل الإلكترونية، والتي أسهم في ظهورها التقدم التكنولوجي، الذي أدى بدوره إلى تغير مفهوم كتابة اتفاق التحكيم التقليدية إلى الكتابة الإلكترونية، التي تتم عن طريق مختلف وسائل المواصلات الحديثة عبر شبكة الأنترنت، بشرط أن تكون قاطعة في دلالتها على إرادة أطراف النزاع قبل أو بعد حدوثه إلى اللجوء للتحكيم.

4- الأخذ بالرأي القائل بضرورة الكتابة في اتفاق التحكيم، بالكيفية السالفة الذكر، يراعي أكثر متطلبات التجارة الدولية، لما يوفره من حماية كافية للمحتكمين، خصوصاً مع عدم اشتراط الرسمية في الكتابة.

وباعتبار أن المشرع الجزائري حسب سياق المادة 1008 والمادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قد أخذ بالرأي القائل بأن جزاء تخلف الكتابة في اتفاق التحكيم هو البطلان فإننا نقترح ما يلي:

1- تدخل المشرع الجزائري بتعديل المادة 1008 ق م ! والتي تنص على ما يلي: "يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الإتفاقية الأصلية أو الوثيقة التي تستند إليه..." وذلك باستبدال كلمة "يثبت" بـ "ينعقد" وذلك ما دام أن جزاء تخلف الكتابة حسب هذه المادة هو البطلان.

2- تدخل المشرع الجزائري بتعديل المادة 1012 ق م ! والتي تنص على ما يلي: "يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا..."، وذلك باستبدال كلمة "يحصل" بـ "ينعقد"، وأقترح أن يتم صياغتها كما يلي: "ينعقد اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان كتابيا..."

3- نرى ضرورته تدخل المشرع الجزائري لتصحيح الخطأ الذي وقع فيه فيما يتعلق بتعريفه لاتفاق التحكيم في المادة 1011 ق م ! وذلك باستبدال لفظ "اتفاق التحكيم" الوارد في نص المادة السالفة الذكر بلفظ "مشاركة التحكيم"، والأجدر أن يتم وضع تعريف جامع لاتفاق التحكيم ومشاركة التحكيم معا.

الهوامش:

¹ - حيث يترتب على المادة 1458 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد بأن قاضي الدولة غير مؤهل من حيث المبدأ للحكم في نزاع كان الطرفان في العقد يعتزمان عرضه على التحكيم. راجع:

Alain Lacabarats, Conseiller à la Cour de cassation, *Les mesures provisoires demandées au juge français en matière d'arbitrage international*, actes de colloque organisé par le journal du droit international (Clunet) en partenariat avec la chambre de commerce internationale, sous la direction de, Jean-Michel JACQUET et de Emmanuel JOLIVET, LexisNexis Litec, Paris, 2007.p 03.

وفي نفس السياق نصت المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بما يلي: "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تنار من أحد الأطراف".

² - محمد علي بن مقداد، الطريق القويم للاتفاق على التحكيم، دراسة نظرية تطبيقية مقارنة، الطبعة الأولى، دار حماد للدراسات الجامعية والنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2013، ص: 102.

³ - أيسر عصام داؤد سليمان، الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، ص: 27.

⁴ - عباس ناصر مجيد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم التجاري الدولي - دراسة قانونية مقارنة -، مكتبة السنهوري، منشورات زين الحقوقية، د ب ن، 2011. ص ص: 19 - 20.

⁵ - سورة النساء الآية 65.

⁶ - قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري - دراسة مقارنة -، دار المعرفة، الجزائر، 2019.

⁷ - أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 15.

⁸ - عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، ط2، المكتب الجامعي الحديث، صنعاء، اليمن، 2008، ص: 62.

⁹ - RENE DAVID, *l'arbitrage dans le commerce international*, Economica Paris, 1982, p.9.

¹⁰ - الياس ناصيف، العقود الدولية، التحكيم الإلكتروني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص: 53.

¹¹ - توفر قواعد الأونسيترال للتحكيم مجموعة شاملة من القواعد الإجرائية التي يمكن للأطراف الاتفاق عليها من أجل تسيير إجراءات التحكيم التي قد تنشأ عن علاقتها التجارية، وتستخدم على نطاق واسع في عمليات التحكيم المخصص وكذلك في عمليات التحكيم التي تديرها مؤسسات. وتتناول القواعد جميع جوانب عملية التحكيم، حيث تشمل شرط تحكيم نموذجياً، وتضع قواعد إجرائية لتعيين المحكمين وتسيير إجراءات التحكيم، وثنائي قواعد تتعلق بشكل قرار التحكيم وأثره وتقديره. وفي الوقت الراهن، توجد ثلاث نسخ مختلفة من قواعد التحكيم، ألا وهي: '1' نسخة عام 1976؛ و'2' نسخة عام 2010 المنقحة؛ و'3' نسخة عام 2013 التي تتضمن قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول.

لزيد من المعلومات وللإطلاع على قواعد القانون راجع:

<https://uncitral.un.org/ar/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>

¹² - لزهري بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، وفقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 50-51.

¹³ - نذكر منها على سبيل المثال: قانون التحكيم اليمني في المادة 02 والقانون النموذجي البحريني للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 في المادة 1/7، وكذا الفصل 02 من مجلة التحكيم التونسية، وقانون التحكيم لسلطنة عمان في المادة 1/10..... الخ

¹⁴ - عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق، ص: 63.

¹⁵ - القانون رقم 27 الصادر عن رئاسة الجمهورية المصرية بتاريخ 07 ذي القعدة لسنة 1414هـ الموافق ل 18 أفريل 1994 م، المتضمن قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية. متحصل من الموقع الإلكتروني:

<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/eg/eg020ar.pdf>

¹⁶ - فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2007، ص: 83.

¹⁷ - القانون رقم 08-09، الصادر بتاريخ 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، السنة 2008.

¹⁸ - العربياوي نبيل صالح، اتفاق التحكيم، بحث منشور بمجلة دفاتر السياسة والقانون الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد الخامس عشر، جوان 2016، ص 262.

¹⁹ - سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية - نصاً، شرحاً، تعليقاً - قانون 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المواد من 584 إلى 1065، الجزء الثاني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2015، ص 1198.

²⁰ - إلا أن المشرع الفرنسي تدارك الخطأ الذي وقع فيه بشأن تعريف اتفاق التحكيم وتم تعديل المادة 1442 من قانون الإجراءات المدنية بموجب: القانون رقم 48 لسنة 2011 الصادر، بتاريخ 1 / 5 / 2011 بحيث أصبح نصها كالتالي: "الاتفاق بشأن التحكيم يأخذ شكل شرط تحكيمي أو اتفاق تحكيم. شرط التحكيم هو اتفاق الأطراف في عقد أو أكثر على خضوع النزاعات الناشئة عن تلك العقود للتحكيم. اتفاق التحكيم هو اتفاق الأطراف المتنازعة على خضوع النزاع القائم إلى التحكيم". ونصها الأصلي بالفرنسية:

Article 1442: « La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis. La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats. Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage »

²¹ - Codifié par Décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975 Modifié par Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 - art. 2

²² - أحمد صدقي محمود، مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 2004، ص: 13.

²³ - محمد علي بن مقداد، مرجع سابق، ص: 104.

²⁴ - شحاته غريب شلقامي، إشكالات اتفاق التحكيم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص: 18.

²⁵ - زهر بن سعيد، مرجع سابق، ص: 52.

²⁶ - أيسر عصام داود سليمان، مرجع سابق، ص: 66.

²⁷ - زهر بن سعيد، مرجع سابق، ص: 53.

²⁸ - شحاته غريب شلقامي، مرجع سابق، ص: 21.

²⁹ - محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 133.

³⁰ - زهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 55.

³¹ - تنص المادة 2/10 تحكيم مصري على أنه: "... وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الإتفاق المسائل التي يشملها التحكيم والا كان الإتفاق باطلاً "

³² - زهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 55.

³³ - أيسر عصام داود سليمان، مرجع سابق، ص: 74.

³⁴ - أحمد صدقي محمود، مرجع سابق، ص: 18.

³⁵ - أيسر عصام داود سليمان، مرجع سابق، ص: 80.

³⁶ - محمد علي بن مقداد، مرجع سابق، ص 120. أنظر أيضا: زهر بن سعيد، مرجع سابق، ص: 55 - 56.

³⁷ - شحاته غريب شلقامي، مرجع سابق، ص: 19.

³⁸ - أحمد مصطفى الدبوسي السيد، التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والأمول، دراسة تحليلية مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2015، ص: 331.

³⁹ - أيسر عصام داود سليمان، مرجع سابق، ص: 85.

⁴⁰ - محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص: 136.

⁴¹ - أيسر عصام داود سليمان، مرجع سابق، ص: 86.

⁴² - شران فاطمة، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري "دراسة مقارنة"، بحث منشور في المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية الصادرة عن معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي، تيسميس، العدد الثاني، ديسمبر 2016، ص 13.

- 43 - محمود السيد عمر التحيوي، مرجع سابق، ص: 136.
- 44 - أيسر عصام داؤد سليمان، مرجع سابق، ص: 86.
- 45 - محمود السيد عمر التحيوي، مرجع سابق، ص: 137.
- 46 - عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق، ص: 65.
- 47 - شعران فاطمة، مرجع سابق، ص: 13.
- 48 - أيسر عصام داؤد، مرجع سابق، ص: 89-90. أنظر أيضا: محمود سيد التحيوي، مرجع سابق، ص: 139.
- 49 - سورة البقرة، من الآية 282.
- 50 - أحمد صدقي محمود، مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1 2004، ص 21.
- 51 - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، جريدة الرسمية عدد 78، السنة 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو، الجريدة الرسمية رقم 44، السنة 2005، النسخة المنقحة متاحة بالربط الإلكتروني التالي:
<https://www.joradp.dz/TRV/ACivil.pdf>
- 52 - أحمد صدقي محمود، مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص: 22.
- 53 - محمد صالح علي العوادي، التحكيم في المعاملات المصرفية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص: 209.
- وأيسر عصام داؤد سليمان، مرجع سابق، ص: 109.
- 54 - المعدل والمتمم بالقانون رقم 76 لسنة 2007.
- 55 - نقض مدني، جلسة 24 فبراير 1973 الطعن رقم 489 لسنة 37 ق، متحصل عليه من: أحمد صدقي محمود، مرجع سابق، ص: 25.
- 56 - محمد صالح علي العوادي، مرجع سابق، ص: 210.
- 57 - أحمد صدقي محمود، مرجع سابق، ص: 26.
- 58 - علي الصادق القناص، عبد الرحيم أبو القاسم الحريزي، اتفاق التحكيم بين الرضائية والشكلية في ظل القانون الليبي، مجلة العلوم القانونية والشرعية، حولية علمية محكمة نصف سنوية، تصدر عن جامعة الزاوية بالجمهورية الليبية، العدد الثامن، السنة الرابعة، رمضان 1436 هـ، يوليو 2016 م، ص: 165.
- 59 - ومنها التشريع اليمني مادة (15) تحكيم يماني رقم (1992/22) المادة (12 ج) من قانون التحكيم المصري رقم (1994/27) والمادة (10) من قانون التحكيم الأردني رقم (2001/31) المادة 12 للمرسوم السلطاني رقم (97/47) التحكيم لسلطنة عمان. المادة 763 من قانون أصول المحاكمات المدنية المتعلقة بالبند التحكيمي في القانون الداخلي لدولة لبنان.
- 60 - أيسر عصام داؤد سليمان، مرجع سابق، ص: 108.
- 61 - المرجع نفسه، ص: 109.
- 62 - محمد علي بني مقداد، مرجع سابق، ص: 94.
- 63 - أيسر عصام داؤد سليمان، مرجع سابق، ص: 109.
- 64 - أحمد بشير الشرايري، بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض (التمييز) عليه - دراسة مقارنة -، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2011، ص: 57.
- 65 - Jean-Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, puf Point Delta, paris, 2016, p193.
- 66 - نهر بن سعيد، مرجع سابق، ص: 67.

- 67 - نزهة بن سعيد، مرجع سابق، ص: 67.
- 68 - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، تنظير وتطبيق مقارن، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص ص: 423-424.
- 69 - اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، نيويورك، لسنة 1958، التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ: 1958، التي صادقت عليها الجزائر بتحفظ بموجب المرسوم رقم 233-88 الصادر بتاريخ 05 نوفمبر 1988، جريدة رسمية عدد 48، 1988. للحصول على نص الاتفاقية كامل تفحصوا الموقع الإلكتروني التالي: <https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/NY-conv/New->
- 70 - أيسر عصام داود سليمان، مرجع سابق، ص: 111.
- 71 - محمد علي بن مقداد، مرجع سابق، ص ص: 95-96.
- 72 - أيسر عصام داود سليمان، مرجع سابق، ص: 112.
- 73 - محمد صالح علي العوادي، مرجع سابق، ص: 214.
- 74 - أحمد صدقي محمود، مرجع سابق، ص: 49.
- 75 - محمد علي بن مقداد، مرجع سابق، ص: 98.
- 76 - أيسر عصام داود سليمان، مرجع سابق، ص: 113.
- 77 - أحمد صدقي محمود، مرجع سابق، ص: 68.
- 78 - عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق، ص: 183.
- 79 - هات محي الدين اليوسفي، الأثر المانع لاتفاق التحكيم ومدى تأثيره على الاختصاص القضائي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص: 15.
- 80 - نزهة بن سعيد، مرجع سابق، ص: 81.
- 81 - المرجع نفسه، ص: 83.
- 82 - المرجع نفسه، ص: 84.
- 83 - محمد علي بن مقداد، مرجع سابق، ص: 263.
- 84 - طارق سمير طلبة دويدار، الأبعاد القانونية لامتداد شرط التحكيم، مركز الدراسات العربية، الطبعة الأولى، 2017، مصر، ص: 133.
- 85 - المرجع نفسه، ص: 134.
- 86 - الطعن رقم 196 لسنة 74 ق، جلسة 2010/2/23، متحصل عليه من: طارق سمير طلبة دويدار، مرجع سابق، ص: 136.
- 87 - نزهة بن سعيد، مرجع سابق، ص: 88.
- 88 - عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق، ص: 86.
- 89 - أحمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص: 245.
- 90 - التي ذهبت فيها المحكمة إلى تأييد قاضي الموضوع فيما ذهب إليه في اعتبار شرط التحكيم مستقلاً من الناحية الموضوعية القانونية وفقاً للقانون الدولي الخاص الفرنسي بالعقد الوارد على تصدير الجيوب إلى إيطاليا والذي صور على أنها عملية بيع إلى البرتغال وسويسرا ومنه إلى إيطاليا للاستفادة من القواعد الواردة والمقررة في السوق الأوروبية المشتركة بهدف التصدير لدول أخرى خارج السوق فرفضت السلطات الجمركية الفرنسية ترخيص

- التصدير بسبب الغش وعندما أثيرت مسألة بطلان العقود نظراً لعدم مشروعية السبب ومدى تأثر شرط التحكيم بهذا البطلان انتهى القضاء الفرنسي إلى أن بطلان العقود الأصلية بسبب عدم مشروعية سببها لتوافر الغش لا يؤثر على صحة شرط التحكيم نزولاً عند مبدأ الاستقلالية التي يتمتع بها هذا الشرط بالنسبة للعقد الأصلي.
- ⁹¹ - راجع وقائع القضيتان في: عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق، ص: 86 - 87.
- ⁹² - أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 2003، ص: 118.
- ⁹³ - إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص: 94 - 95.
- ⁹⁴ - زهير كيبي، مبدأ استقلالية شرط التحكيم التجاري عن العقد، بحث منشور بمجلة الاجتهاد، مجلة سداسية محكمة تصدر عن المركز الجامعي لتأمقست، الجزائر، عدد: 08، جوان 2015، ص: 59.
- ⁹⁵ - نهر بن سعيد، مرجع سابق، ص: 79.
- ⁹⁶ - أحمد صدقي محمود، مرجع سابق، ص: 72.
- ⁹⁷ - أحمد صدقي محمود، مرجع سابق، ص: 72.
- ⁹⁸ - القانون رقم 27 الصادر عن رئاسة الجمهورية المصرية بتاريخ 07 ذي القعدة لسنة 1414 هـ الموافق ل 18 أفريل 1994 م، المتضمن قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية.
- ⁹⁹ - أيسر عصام داؤد سليمان، مرجع سابق، ص: 113.
- ¹⁰⁰ - أحمد صدقي محمود، مرجع سابق، ص: 75.

