

## النظام القانوني لاتفاق التحكيم

الأستاذ/ زيار الشاذلي ، جامعة تيارت

مقدمة :

التحكيم هو نظام قضائي اتفاقي يختار فيه الأطراف قضائهم ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي نشأت بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية ، والتي يجوز تسويتها بطريق التحكيم وفقا لأحكام القانون .

ومن هذا التحديد لمعنى التحكيم يبدو جليا أن جوهر التحكيم هو اتفاق الأطراف الراغبين في التحكيم ، فهو إن كان نظاما قانونيا له هيكله ، وإجراءاته ، وقواعده التي حددها القانون ، إلا أنه بالأساس نظام اتفاقي أساسه إرادة الأطراف على اتخاذه سبيلا لفض المنازعات التي تثور بينهم ، فهذا الاتفاق هو الذي يقرر مبدأ اللجوء للتحكيم ويحدد إجراءاته ، وموضوعه ، وكيفية تشكيل هيئة التحكيم ، والقانون المختص بحكم النزاع<sup>1</sup>.

واتفاق التحكيم هو عبارة عن تصرف قانوني بالمعنى الفني ، فلا وجود له إلا بتوافر الأركان الأساسية و اللازمة لأي تصرف قانوني ، فأي تحكيم يستمد مصدره من الاتفاق ، الذي يعتبر في نظر القانون الدولي بمثابة معاهدة دولية ، يشكل عملا قانونيا ملزما للأطراف لكن كانت جميع التشريعات والقوانين والاتفاقيات قد أشارت إلى اتفاق التحكيم في بعض جوانبه كشروط صحته وغيرها ، إلا أنها افترقت إلى إعطاء تعريف دقيق لهذا المصطلح ، والسؤال المطروح ما هو دور القانون في ضبك الإطار القانوني لاتفاق التحكيم ؟ للإجابة عن هذا التساؤل ، سوف نتناول الإطار القانوني لاتفاق التحكيم (أولا) ، وحتى يتم تحديد الإطار القانوني فلا بد من ضبط شروط صحة اتفاق التحكيم (ثانيا).

أولا / الإطار القانوني لاتفاق التحكيم :

حظي اتفاق التحكيم باهتمام كبير لدى الفقه والقضاء وكذا القوانين المقارنة والقانون الدولي<sup>2</sup> ، حيث أعطيت عدة تعريفات لاتفاق التحكيم تصب في مجملها على إعطاء تصور عام لهذا الأخير .

<sup>1</sup> - أ. زهر بن سعيد ، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة ، درا هوم للطباعة والنشر ، الجزائر ، 2012 ، ص 47.

<sup>2</sup> - د بشير سليم ، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه العلوم في العلوم القانونية ، تخصص القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، 2011 ، ص 86.

ثم 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 القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بشأن التحكيم لعام 1985.

أ/ في القانون الجزائري :

عرف قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية<sup>1</sup> اتفاق التحكيم في المادة 1011 بما يلي: "الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم، بينما عرف شرط التحكيم في المادة 1007 كما يلي: 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"، فرق المشرع الجزائري في النصين بين "شرط التحكيم" الذي سماه "اتفاق التحكيم".

وأعطى مفهوما لكل منهما، لكنه تراجع عن هذا التميز في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، حيث نص في الفقرة الأولى من المادة 1040: "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية أي أن مصطلح "اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية".....

يذهب بعض الفقهاء إلى إعطاء تعريف لاتفاق التحكيم على ضوء النصوص السابقة وغيرها على التشكيل الآتي: "اتفاق التحكيم هو اتفاق بين طرفين على الالتجاء إلى التحكيم لفض نزاعاتها المحتملة أو الواقعة فعلا ويكون هذا كتابة، وقد يحدد فيه الأطراف موضوع النزاع ومكان إجراء التحكيم وأسماء المحكمين وكذا القانون الواجب التطبيق"<sup>2</sup>.

وحاول بعض الفقهاء إعطاء تعريف كالآتي: "هو عبارة عن تصرف قانوني، يتخذ شكل اتفاق مكتوب و يحدد فيه الطرفان موضوع النزاع وأسماء المحكمين ومكان وإجراءات التحكيم، وقد يحددون كذلك القانون الذي يطبقه المحكمون وعادة ما يكون اتفاق التحكيم لا حقا على نشوب النزاع"<sup>3</sup>، ويظهر جليا من التعاريف السابقة أن اتفاق التحكيم يتركز على عدة أمور تبرز جوهره:

<sup>1</sup> - قانون رقم 09-08 مؤرخ في 25 فيفري سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 صادرة بتاريخ 25 أفريل سنة 2008.

<sup>2</sup> - معتصم سويلم نصير، مدى تحقق الشروط المطلوبة في التحكيم التقليدي في ظل التحكيم الإلكتروني، بحث متوفر على الموقع [www.Arablawinfo.com](http://www.Arablawinfo.com)

- محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادية، 2008، ص 93.

1- أنه تراخي وتلاقي إرادتي طرفي علاقة قانونية معينة على اتخاذ التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ عن تلك العلاقة أيا كان أساس تلك العلاقة عقدية أو غير عقدية .

2- تخويل المحكمين أو هيئة التحكيم سلطة الفصل في كل أو بعض المنازعات الناشئة عن هذه العلاقة ، و الغالب عملا أن تتحدد المسألة محل التحكيم في الاتفاق .

3- أن الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم قد يكون سابقا على نشوء نزاع بين الطرفين ، وهو ما يسمى "شرط التحكيم" وقد يكون لاحقا لنشوء النزاع وهو ما يسمى بمشارطة التحكيم .

ب/ في القانون الاتفاقي متعدد الأطراف :

ورد تعريف اتفاق التحكيم في معظم الاتفاقيات متعددة الأطراف المتعلقة بالتحكيم التجاري ، بالرغم من التباينات التي ظهرت في مختلف التعاريف ، من حيث الدقة ومن حيث المدى فقد نصت المادة السابعة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، في فقرتها الأولى على "اتفاق التحكيم : هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة ، سواء أكانت هذه العلاقة تعاقدية، أم غير تعاقدية يجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في شكل اتفاق منفصل".

أخذت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، بمبدأ صحة و فإذ التزام الطرفين أن يحيلوا إلى التحكيم أي نزاع قائم (اتفاق التحكيم أو ما يسمى بمشارطة التحكيم<sup>1</sup> .

وهو ما استوتحت منه معظم التشريعات تعريفها لاتفاق التحكيم شكل شرط التحكيم ( La clause compromissoire)، تضمنت المادة الثانية من اتفاقية نيويورك المتعلقة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958 ، تعريفا لاتفاق التحكيم بطريقة غير مباشرة حيث نصت في فقرتها الأولى والثانية على :

1- تعتمد كل دولة من الدول المتعاقدة الاتفاقية المكتوبة التي تلتزم فيها الأطراف بأن تعرض على التحكيم جميع الخلافات التي قامت / أو يمكن أن تقوم بينها بخصوص علاقة قانونية معينة تعاقدية تتضمن قضية من شأنها أن تسوى عن طريق التحكيم<sup>1</sup> .

<sup>1</sup> - مشارطة التحكيم : اتفاق مستقل عن العقد الأصلي يبرم قبل نشوء النزاع ، يلتزم فيه الطرفان بعرض أي نزاع محتمل بينهما على التحكيم .

أما بالنسبة إلى شرط التحكيم فهو اتفاق يتم بعد نشوء النزاع ويتضمن التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم .

ينظر إلى :أ حسان نوفل ، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار هومو للطباعة و النشر ، 2010، ص 53

2- المراد بالاتفاقية الكتابية هو الشرط التحكيمي المدرج في العقد أو في اتفاق التحكيم الموقع من الأطراف أو رسائل أو بريقيات متبادلة .

الملاحظ أن اتفاقية نيويورك اعتمدت فكرتي النزاع الواقع والنزاع المحتمل أي ما يطلق عليها "شرط التحكيم ومشاركة التحكيم" ، ولكنها لم تفصل بينهما إذ استعملت عبارة "الاتفاقية الكتابية" للتعبير عن المعنيين معا ، وهو نفس ما اخذ به المشرع الجزائري<sup>2</sup> ، كما رأينا سابقا لاشك أنه تأثر بنصوص هذه الاتفاقية التي انضمت إليها الجزائر سنة 1988 ، لم يحدد نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس<sup>3</sup> ، تعريفا دقيقا لاتفاق التحكيم ، ولكنه تطرق إلى إحدى صوره وهي "شرط التحكيم" .

تنص الفترة الثالثة من هذا النظام على : "يتضمن طلب التحكيم على الأخص الاتفاقيات القائمة ولا سيما اتفاق التحكيم ، و المعلومات التي توضح ظروف القضية" ، كما توصي باعتماد شرط التحكيم الأتي نصه : "جميع الخلافات التي تنشأ من هذا العقد يتم حلها نهائيا وفقا لنظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية ، بواسطة محكم أو عدة محكمين يتم تعيينهم طبقا لهذا النظام"

إلى أنه و بالرجوع إلى القوانين المقارنة الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، نجد أنها لم تعرف اتفاق التحكيم ، بل أكدت في مجملها أن اتفاق التحكيم قد يبرم حين نشوب النزاع أو قبله ، أي انه يكون اتفاقا قائما أو مستقبليا ، و هذا ما نستقرئه من القانون الفرنسي لسنة 1981 في المادتين 1493 و 1494<sup>4</sup> .

<sup>1</sup>-Terki Noureddine , L'arbitrage commercial international en Algérie , OPU-Alger -1999,p24.

<sup>2</sup>- المادة 1011 من القانون رقم 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مرجع سابق

<sup>3</sup>- تأسست غرفة التجارة الدولية في باريس سنة 1919 من طرف وزير التجارة الفرنسي ، و في سنة 1923 تم إنشاء محكمة التحكيم التابعة للغرفة ، أما قواعد التحكيم السارية المفعول بالغرفة فقد دخلت حيز التنفيذ سنة 1998 وتسمى قواعد غرفة التجارة الدولية ، ينظر في هذا الصدد إلى : فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، القاهرة مصر ، 2006، ص 141.

<sup>4</sup>- محمد كولا، مرجع سابق، ص 93.

Article 1493 : 'directement ou par référence à un règlement d' arbitrage , la convention d' arbitrage désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation si pour les arbitres se déroulant en France ou pour ceux à l'égard desquels les parties ont prévu l' application de la loi procédure française , la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté , la partie la plus diligente peut , sauf clause contraire , saisir le président du tribunal de grand instance de paris selon les modalités de l'article 1457"

Article 1494 : "la convention d'arbitrage peut directement ou par référence, à un règlement d'arbitrage, régler à suivre dans l'instance arbitrale ; elle peut aussi soumettre celle – ci à la loi de procédure qu'elle détermine,

أما بالنسبة إلى المشرع المصري فقد عرفته المادة 09فقرة 1 من القانون الجديد<sup>1</sup> رقم 27 لسنة 1994 المتضمن التحكيم التجاري الدولي حيث نصت على أنه " هو اتفاق على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو التي يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة سواء أكانت عقدية أو غير عقدية<sup>2</sup> .

هذا وقد وقع جدال فقهي بصدد التفرقة بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم الخاص ، في كون اللجوء إلى أيهما يقوم على إرادة الخصوم<sup>3</sup> ، ومن حيث الطبيعة القانونية ومدى القوة الإلزامية ، فالقضاء الفرنسي القديم كان يرفض الاعتراف بصحة شرط التحكيم ، إذ قررت محكمة النقض الفرنسية في حكم أصدرته في 1943/07/01 إجازة فقط ، الاتفاق الذي يبرم بعد نشوء الالتزام ، وإلى غاية فترة الحربين العالميتين ظل موقف القضاء السالف سائدا حيث اعتبر شرط التحكيم وعدا باللجوء إلى التحكيم يحتاج إلى إبرام اتفاق خاص بعد قيام النزاع .

وبالتالي كان يرتب على الرجوع عن شرط التحكيم مجرد تعويض لكن دون إرغامه على إبرام اتفاق خاص بالتحكيم «compromise» ، ومن هنا يكون الفقه و القضاء الفرنسيين قد وضعوا شرط التحكيم في مرتبة أدنى من اتفاق التحكيم.

وبعد هذه الفترة ظهرت جمود أخرى تدعو إلى إعطاء شرط التحكيم نفس المرتبة و القوة القانونية التي يتمتع بها اتفاق التحكيم ، وهذا من أجل إعطائهما مفهوم قانوني واحد ، حيث جاء بروتوكول جنيف خاص بشرط التحكيم لسنة 1961 بخطوة هامة من أجل تحقيق ذلك<sup>4</sup>

dans le silence de la convention, l'arbitre règle la procédure ou tant qu'il est besoin , soit directement , soit par référence à une règlement d'arbitrage "

<sup>1</sup> - [www.mts.gov.eg/legislation/](http://www.mts.gov.eg/legislation/) - قانون المرافعات و التحكيم المصري لسنة 1994 (معدل) ، منشور في موقع : <sup>1</sup>

<sup>2</sup> - Terki Noureddine , , L'arbitrage commercial international en Algérie , op-cit- p 27.

- الملاحظ هو أن المشرع المصري تأثر عند تعريفه لاتفاق التحكيم بالقانون الاتفاقي الدولي فانفاقيه نيويورك لسنة 1958 عرفته في المادة 1/2 بأنه : " تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي تلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم ، يقصد باتفاق مكتوب شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات "

- أحسان نوفل ، مرجع سابق ، ص 18. <sup>3</sup>

<sup>4</sup> - أم محمد كولا ، مرجع سابق ، ص 100.

وقد نصت المادة 1فقرة 1 من بروتوكول جنيف المؤرخ في 1961/09/24 الخاص بشرط التحكيم على أنه :

## ج/ في الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر :

من خلال تتبعنا لتعريف إتفاق التحكيم وصوره في مختلف التشريعات والاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف، التي تربط الجزائر مع الدول الأخرى ، خاصة ما تعلق منها بالاستثمار المتبادل ،لاحظنا الاتجاهات الحديثة في التحكيم التجاري الدولي.

وأهمها إزالة التردد الذي كان سائدا في بعض التشريعات فيما يخص اتفاق على التحكيم السابق،على نشوء النزاع LA ( clause compromissoire ) على أساس أنه عقد مؤسس على محل احتمالي (غير مؤكد التحقيق ) ، فقد اعتبر القضاء الفرنسي مثلا كل اتفاق سابق للنزاع باطلا مالم يرم اتفاق لاحق بشأنه ، وتمسك بهذا المبدأ إلى غاية صدور قانون 31 ديسمبر 1895 .

أصبحت جميع الاتفاقيات والقوانين تستعمل مصطلحات تدل على اختصاص التحكيم في المنازعات السابقة أو اللاحقة لإبرام العقد، ومعظمها تستمد روح نصوصها من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ،الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1985 وعدلته سنة 2006، حيث انتشرت هذه القواعد انتشارا واسعا على مستوى التحكيم الدولي وتبنتها بعض مؤسسات التحكيم<sup>1</sup>.

مهما كان التعريف المعتمد ، فان اتفاق التحكيم في نهاية المطاف هو عقد رضائي ، يجب أن لا يشوب إرادة أطرافه أي عيب من عيوب الرضا، ولا بد من تطابق إرادتي الطرفين، التي يعبر عنها بالإيجاب والقبول، حيث تنصب تلك الإرادة على اللجوء إلى التحكيم لحسم ما ينشأ من نزاع بين المتعاقدين ، بغض النظر عن شكل هذا العقد وعلاقة وقت إبرامه مع وقت نشوب النزاع<sup>2</sup>.

"chacun des Etats contractants reconnait la validité entre parties soumises respectivement à la juridiction d'Etats contractants différent , du compromis ,ainsi que de la clause compromissoire par laquelle les parties à un contrat s'obligent , en matière commerciale ou en toute autre matière susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage par compromis"

<sup>1</sup> - محمد بواط ، مرجع سابق ، ص 42.

<sup>2</sup> - د عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي ، النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، المكتب الجامعي الحديث ، الطبعة الأولى ،الإسكندرية 2005 ، ص 73 ،

- كما لا بد من التطرق إلى أحكام المادة 02 من القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة و التي تبين عناصر اتفاق التحكيم الخاص على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر ، حيث يحدد كحد أدنى من التعهد بالتحكيم الذي وفقا له سيعرض الخلاف على المحكمين وموضوع

كما عرفت المادة السابعة من القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي<sup>1</sup> اتفاق التحكيم بأنه "اتفاق بين الطرفين على أن يحيل إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات المحددة التي نشأت بينها بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية"<sup>2</sup>،

وترى الدكتورة سامية راشد أن تعبير اتفاق التحكيم الذي شاع استعماله مؤخراً تعبير واسع قصد به أن يشمل صورتين التقليديتين المعروفتين وهما : مشاركة التحكيم أي الاتفاق الذي تبرمه الأطراف، وذلك باللجوء إلى التحكيم في صدد نزاع قائم فعلاً بينهما و شرط التحكيم الذي يقرر اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل النزاعات التي قد تثور مستقبلاً بين الأطراف<sup>3</sup>

لا بد من الإشارة إلى أن هناك أيضاً اتفاق التحكيم بالإحالة، إذ اعتبر القضاء الفرنسي اتفاق التحكيم المبرم في إطار القانون الجديد صحيحاً، بالإحالة إلى عقد نموذجي أو إلى العادات و الشروط العامة للبيع<sup>4</sup>.

ثانياً: شروط صحة اتفاق التحكيم :

تحدد شروط صحة التحكيم بناء على القانون الذي اختاره الأطراف أو المحكم (في غياب اختيارهم)، ليطبق على اتفاق التحكيم، وقد وضعت التشريعات والاتفاقيات الدولية شروطاً شكلية (أ) وأخرى موضوعية (ب)، يترتب على تخلفها

---

الخلافاً وطريقة تشكيل المحكمة، وكذا كل النقاط التي يرى الأطراف ضرورة إبرازها في اتفاق التحكيم مثل القواعد و المبادئ الواجبة التطبيق.

<sup>1</sup> - القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1985 مع التعديلات التي اعتمدت سنة 2006، و المنشور في موقع :

WWW.Uncitral.org/pdf/arabic/textes/arbitration/ml-arb/07-86996-a.pdf., visite le 12/12/2015

<sup>2</sup> - د حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي - منشورات الحلبي الحقوقية - الطبعة الأولى، 2004، ص 119.

<sup>3</sup> - د اشرف العاصي، الشرط و المشاركة كصور لاتفاق التحكيم، مقال على الموقع: www.alassy.net

تم زيارة و الدخول إلى الموقع بتاريخ 2015/12/12

<sup>4</sup> - أ - محمد كولا، مرجع سابق، ص 101

نصت المادة 1493 فقرة 1 من ق.إ.م.ف على اتفاق التحكيم بالإحالة :

"directement ou par référence a un règlement d'arbitrage ,la convention d'arbitrage peut désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation."

بطلان الاتفاق غير أنها لم تتفق كلها على مدى وبعد هذه الشروط منها من وسع في مفهومها ومنها من ضيق هذا المفهوم إلى ادن حد .

1/ الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم :

تذهب معظم التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية في اتجاه اشتراط الكتابة في الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم<sup>1</sup>، ومنها مجموع الاتفاقيات التي انضمت إليها الجزائر على المستوى الدولي :

1/ شرط الكتابة لاتفاق التحكيم في التشريع الجزائري:

تتميز عقود الاستثمار و التي تكون الدولة طرفا فيها عن غيرها من العقود المبرمة في إطار العلاقات التجارية الدولية باحتوائها على العديد من الشروط و بالأخص<sup>2</sup>، بعد انضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية سنة 1988، والتي تجعل الكتابة وسيلة إثبات في حالة المطالبة بالاعتراف أو التنفيذ من له مصلحة ، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن قانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أدرج هذا الشرط<sup>3</sup>، باشتراط أن يكون اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان مكتوبا<sup>4</sup>، ومن هنا أخذ المشرع بشرط الكتابة في المادة 1008 ، وهي مستمدة جزئيا من نص المادة 178فقرة 1 من القانون الدولي الخاص السويسري الجديد التي تنص على أنه : " يجب من حيث الشكل ، وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم بموجب عقد كتابي"<sup>5</sup>

ومن هنا يكون قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري قد سائر اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، بصدد الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية ، ثم إن اتفاق التحكيم هو عبارة عن عقد رضائي، لكن تنفيذه يرتب أحكاما إجبارية لذلك يجب أن يكون التعبير عن إرادة الأطراف واضحا ، وقد اشترط المشرع الجزائري الكتابة كشرط لصحة العقد .

لكن مصطلح الكتابة الذي أشارا إليه المشرع في الفصل السادس من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي ، يختلف بعض الشيء عما أورده في الفصل الخاص بأحكام التحكيم بشكل عام : تنص المادة 1008: "

<sup>1</sup> - أ ل زهر بن سعيد ، مرجع سابق ، ص 65.

- أحسان نوفل ، مرجع سابق ، ص 51<sup>2</sup>

<sup>3</sup> - قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري ، مرجع سابق .

<sup>4</sup> - شوشو عاشور ، الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر ، مذكرة ماجستير ، فرع القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2008، ص 177.

<sup>5</sup> - ينظر إلى المادة 178فقرة 1 من القانون الفيدرالي السويسري المتعلق بالقانون الدولي الخاص ، المؤرخ في 28 ديسمبر سنة 1987 ، منشور بالموقع الإلكتروني : [www.f.law.net](http://www.f.law.net).

يثبت شرط التحكيم ، تحت طائلة البطلان ، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو وفي الوثيقة التي تستند إليها " ، كما اشترط المشرع الجزائري أن يتضمن شرط التحكيم تعيين المحكم أو تحديد كيفية تعيينهم وإلا كان باطلا<sup>1</sup> ، أما المادة 1012 من ق.إ.م.إ. الجزائري فتتص على : "يحصل اتفاق التحكيم كتابيا ، يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان ، موضوع النزاع و أسماء المحكمين ، أو كيفية تعيينهم " .

تبين هذه النصوص أن المشرع الجزائري اعتبر كل اتفاق غير مكتوب يترتب البطلان ، لكنه لم يحدد شكل الكتابة التي يجب أن يفرغ فيها الاتفاق على التحكيم ، ولم يتطرق إلى مسألة توقيع الطرفين على وثيقة الاتفاق إلا أنه أعطى مفهوما آخر للكتابة ، عندما تطرق إلى التحكيم التجاري الدولي ، فقد جاء في المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية : " يجب من حيث الشكل ، وتحت طائلة البطلان و أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة " ، كما نص المشرع المصري في المادة 12 من القانون الجديد لسنة 1994 على شرط الكتابة جاء فيها<sup>2</sup> : " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا " .

أما بالنسبة لمشاركة التحكيم فالكتابة شرط لوجودها وليس شرط لإثباتها<sup>3</sup> ، ويتبين أن المشرع الجزائري يعتبر الكتابة شرطا لوجود مشاركة التحكيم ، وليس شرطا لإثباتها ، حيث يمكن إثباتها بمحض وقوعه المحكم والأطراف ، كما استلزم أن تتضمن مشاركة التحكيم موضوع النزاع و أسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم ، هذا في التحكيم الداخلي ، أما بالنسبة إلى التحكيم التجاري الدولي فقد اشترط المشرع الجزائري أن يبرم اتفاق التحكيم كتابة ، و بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة وتتحقق الكتابة ، وفقا لنص القانون إذا ورد شرط التحكيم في رسائل أو برقيات متبادلة بين الطرفين ويمتد ذلك إلى كل من وسائل الاتصال المكتوبة و الالكترونية ولكن يجب و أن تتحقق تبادل الإيجاب و القبول بشأن التحكيم<sup>4</sup> .

<sup>1</sup> - الفقرة الثانية من المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري .

<sup>2</sup> - قانون المرافعات و التحكيم المصري لسنة 1994 (معدل) ، ملحق في المرجع : د جمال محمود الكردي ، مرجع سابق ، ص 132 .

<sup>3</sup> - أ محمد كولا ، مرجع سابق ، ص 118 .

لأن الكتابة الخاصة بالإثبات تضمنتها المادة 501 من قانون الإجراءات المدنية المصري التي تنص على أنه : " لا يثبت التحكيم إلا بالكتابة " فهذه مجرد وسيلة للإثبات وليس شرطا لانعقاده أو صحته .

<sup>4</sup> - شوشو عاشور ، مرجع سابق ، ص 179 .

ونلاحظ أن كل من المشرع المصري و الجزائري لم يستلزما بيانات معينة في شرط<sup>1</sup>، ومشاركة التحكيم، رغم أن هذه الأخيرة تبرم بين الأطراف بعد نشوب النزاع<sup>2</sup> فلا توجد نصوص تحدد البيانات الإلزامية إلا بالنسبة لمشاركة التحكيم لبيان تحديد موضوع النزاع.

وعليه لا يمكن إثبات وجود اتفاق التحكيم بالقرائن أو الإقرار أو الشهود، وإنما الكتابة هي الطريقة الوحيدة لتأكيد إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم واستبعاد القضاء الوطني، لكن أوردت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 استثناء عن وجود الكتابة وذلك في المادة 7فقرة 1 عندما نصت على أنه: "لا تطعن أحكام هذه الاتفاقية في صحة الاتفاقات المتعددة الأطراف أو الثنائية التي تبرمها الدولة المتعاقدة في مجال اعتماد القرارات التحكيمية، وتنفيذها ولا تحرم أي طرف معني من الحق الذي قد يستظهر به من قرار تحكيمي بالكيفية وبالقدر الذي يقبل لها تشريع البلد الذي يستشهد بالقرار فيه أو موثيقه".

يفهم من هذه الفقرة أن الحكم التحكيمي الذي يصدر استنادا إلى قانون طرف متعاقد لا يشترط الشكلية في الحكم التحكيمي، ويمكن أن تنتج آثاره في بلد متعاقد آخر يشترط الكتابة، وهذا استثناء من القاعدة الواردة في المادة 1008 من ق.إ.م.إ.ج، وكذلك المادة 2فقرة 1 من اتفاقية واشنطن، وقد ذهب الأستاذ نور الدين تركي ردا على بعض الفقهاء إلى القول بأنه<sup>3</sup>: "ينبغي تفسير هذا الاستثناء تفسيراً محدداً والقول بأن نص المادة 7 فقرة 1 من الاتفاقية تعني الأحكام التحكيمية وليس اتفاق التحكيم الذي بنيت على أساسه هذه الأحكام التحكيمية"

هذا وتظهر أهمية الكتابة بالإضافة إلى حالة الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي، في تأثيرها على اتفاق التحكيم بالإحالة، فقد لا يدرج شرط التحكيم بصراحة في العقد الأصلي لكن توجد في وثيقة منفصلة، ويمكن أن نستنتج اعتراف المشرع الجزائري بشرط التحكيم بالإحالة مادام أنه نص على شرط الكتابة، مما يجعلنا نقول بأن التحكيم التجاري الدولي مبني أساساً على مبدأ سلطان الإرادة<sup>4</sup> ومن ثمة فهو يجعل الرضائية هي الأصل، أما الشكلية فهي الاستثناء على حد تعبير

<sup>1</sup> - أ. زهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 68.

<sup>2</sup> - أ. زهر بن سعيد، مرجع نفسه، ص 55.

<sup>3</sup> - Akoune Yacout, AKOUNE Yacout, L'arbitrage interne en droit algérien, R.A.S.J.E.P, N°1, 1999, p 54

<sup>4</sup> - د محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، دار هدى عين مليلة، الطبعة الأولى، 1992، ص 45 (وبالهامش).

النتائج التي تترتب على نظرية سلطان الإرادة:

وتترتب على نظرية سلطان الإرادة عدة نتائج هي:

1- الالتزامات الإرادية هي الأصل

بعض الفقهاء الذين يعتبرون أن الشككية في التحكيم التجاري الدولي تعد في الحقيقة ، كدعامة أساسية لأجل إعطاء الجانب القانوني لاتفاق التحكيم مجموعة من الضمانات القانونية والتنظيمية والتي يمكن أن يستعين بها القاضي أو المحكم في حالة وجود خصومة ناجمة عن الاستثمار الأجنبي.

## 2 / شرط "الكتابة" لاتفاق التحكيم في الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم :

ومادام أن اتفاق التحكيم هو عبارة عن عقد بين الطرفين إذا كان مستقلا عن العقد الأصلي<sup>1</sup> ، أو تضمنه العقد الأصلي فإنه ينبغي أن يكون مكتوبا فقد نصت المادة 2فقرة 1 و المادة 2 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 على انه :

"تعترف كل من الدول الموقعة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بموجبه الطرفان ، و بعض منازعاتها الناشئة على علاقات حقوقية معينة ، و المقصود بتعبير " اتفاق مكتوب " شرط التحكيم الذي يتضمنه العقد أو عقد التحكيم ، إذا كانا موقعين من قبل الطرفين أو إذا تضمنهما تبادل مراسلات أو بريقات"<sup>2</sup> ، اختلفت الاتفاقيات الدولية حول شرط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم ، فمنها من رتب عن تخلفه البطلان المطلق ، ومنها من اعتبره شرطا لإثبات الاتفاق وليس لصحته"<sup>3</sup>.

نصت المادة الثانية ( فقرة 02) من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 : " المراد ( بالاتفاقية الكتابية ) وهو الشرط التحكيمي المدرج في العقد أو في اتفاق التحكيم الموقع بين الأطراف أو المتضمن في رسائل أو بريقات متبادلة

2-حرية التعاقد .

3-الحرية في تحديد آثار العقد.

4-العقد شريعة المتعاقدين

<sup>1</sup> - محمد كولا ، مرجع سابق ، ص 103.

- جاءت فكرة اقتراحها من طرف السيد " BROCHES" وهو المستشار العام للبنك الدولي للإنشاء و التعمير وذلك في 1961/08/28 ، حيث عين سكرتيرا عاما للمركز ، بمساهمة المديرين التنفيذيين للبنك ، حيث توصلوا إلى وضع مشروع الاتفاقية في 18 مارس 1965 ودخلت حيز التنفيذ ابتداء من تاريخ 1966/10/14 ، وقد كسبت الاتفاقية خاصة مركز CIRDت ثقة المستثمرين و الدول في أغلب بلدان العالم وحتى الهيئات الدولية الأخرى إذ و إلى غاية 1992/06/30 وصل عدد الدول المصادقة على الاتفاقية 117 دولة أما الجزائر فلم تنظم إليها إلا في سنة 1995 ، كما قامت جامعة الدول العربية بتعريبها سنة 1966 و أصبحت حاليا نموذجا يأخذ به من طرف كثير من الدول في عقودها الاستثمارية .

<sup>2</sup> - منير عبد المجيد ، قضاء التحكيم في المنازعات التجارية الدولية ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، 1995، ص 56.

<sup>3</sup> - شوشو عاشور ، مرجع سابق ، ص 120.

كما نصت المادة السابعة فقرة الثانية من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1958 على انه " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا و يعتبر الاتفاق مكتوبا إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل الرسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من الوسائل الاتصال السلكي و اللاسلكي ، و التي تكون بمثابة سجل للاتفاق ، وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق التحكيم ، شريطة أن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزء من العقد " .

اختلف فقهاء القانون في تفسير النص السابق ، فذهب الاتجاه الأول إلى اعتبار شرط الكتابة المذكورة في نص هو شرط لصحة الاتفاق وغيابه يرتب البطلان<sup>1</sup> .

أصدرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي توصية بشأن تفسيرها ، حيث أشارت هذه التوصية إلى أنه نظرا لتزايد استخدام التجارة الإلكترونية، ونظرا للسوابق القضائية التي ظهرت أكثر ملائمة من اتفاقية نيويورك فيما يتعلق بشرط الشكل الذي يحكم اتفاق التحكيم وإجراءاته وتنفيذ قرارات المحكمين ، توصي اللجنة بتطبيق المادة الثانية من اتفاقية نيويورك لكن مع عدم اعتبار الحالات المذكور فيها " رسائل أو برقيات متبادلة " حصرية وإنما تؤخذ على سبيل المثال ، كما توصي اللجنة باعتماد المادة السابعة المنقحة من القانون النموذجي<sup>2</sup> .

أما المشرع الجزائري فقد استلزم الكتابة لوجود شرط التحكيم ، وإلا كان باطلا ويستوي في ذلك أن ترد كتابة شرط التحكيم في العقد الأصلي أو في الوثيقة التي يستند إليها<sup>3</sup> ، أي الاتفاق اللاحق المبرم في وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي وذلك وفقا لنص المادة<sup>4</sup> 1008 من ق. ا. م. ج .

تشتراط اتفاقية واشنطن لسنة 1965 ، الكتابة في الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول المتعاقدة الأخرى، حيث جاء في المادة 36 من الاتفاقية<sup>1</sup> .

<sup>1</sup> - محمد كولا ، مرجع سابق ، ص 117 .

<sup>2</sup> - تبين المادة السابعة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي مختلف الصيغ للكتابة في اتفاق التحكيم مثل الخطاب الإلكتروني ، رسالة بيانات التي تعني المعلومات المنشأة أو المرسله أو المتلقاة أو المخزنة بوسائل إلكترونية أو مغناطيسية أو بصرية أو بوسائل مشابهة .

ينظر إلى المادة 07 من قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري سنة 1985 ، مرجع سابق .

<sup>3</sup> - لزهر بن سعيد ، مرجع سابق ، ص 67

<sup>4</sup> - تنص المادة 1008 من القانون رقم 08-09 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري : " يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو الوثيقة التي يستند إليها " .

1- الدولة المتعاقدة أو أحد رعايا دولة متعاقدة الذي يرغب في الالتجاء إلى طريق التحكيم ، يتعين عليه أن يقدم طلبا كتابيا لهذا الغرض إلى السكرتير العام ...

2- يجب أن يشمل الطلب على بيانات تتعلق بموضوع النزاع وهوية الأطراف وموافقتهم على تقديمه للتحكيم طبقا للائحة الإجراءات المتعلقة بطرح المنازعات على التوفيق والتحكيم .

تم معظم الاتفاقيات في الوقت الحاضر بالوسائل الحديثة والمتطورة<sup>2</sup> ، لذا يتعين على أطراف الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف ، أن يتوسعوا في تفسير مصطلح "الكتابة" ، بما يشمل مدلوله في المفهوم التقليدي ، بالإضافة إلى التعريف الحديث كما هو منصوص عليه في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ، لأن المهم في اللجوء إلى التحكيم هو نية الأطراف التي يعبر عليها بالكتابة .ويكفي لذلك أن يستعمل أي وسيلة تؤدي إلى غايتها ، ونتيجتها إلى تأكيد فكرة التراضي بين الأطراف ، و مازالت الحاجة قائمة لتطوير التحكيم الدولي في مجال منازعات الاستثمار وإيجاد صيغة دولية قادرة على تقنين كثير من القواعد المادية<sup>3</sup> .

وقد أخذت القوانين الوطنية لأغلب الدول بهذا الشرط ، فقد نص قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على شرط الكتابة حيث نصت المادة 1494 على أنه :

" L'existence d'une sentence arbitrale est établie par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage ou des copies de ces documents réunissant les conditions requises pour leur authenticité"

يفهم من هذه المادة اشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم ، أضف إلى ذلك أن المادة 1443 اشترطت أن يكون شرط التحكيم مكتوبا والتي نصت على أنه :

<sup>1</sup> - د جلال وفاء محمد ، التحكيم بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة للاستثمار ، أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار القواعد-الإجراءات- الاتجاهات الحديثة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية مصر ، 2001 ، ص 49.

<sup>2</sup> - زينب جابر سالم ، الاتفاقيات الدولية ، دار الوفاء لدنيا الطباعة و النشر ، 2008 ، ص 13.

<sup>3</sup> - عمر مشهور حديثة الجازي ، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار ، مجلة نقابة المحامين ، العدد 09 ، تشرين الثاني ، سنة 2002 ، ص 11.

" La clause compromissoire doit a peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention ou dans un document auquel celle –ci se réfère..."<sup>1</sup>

كما نص المشرع المصري في المادة 12 من القانون الجديد لسنة 1994 على شرط الكتابة و التي جاء فيها : "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا ، و إلا كان باطلا و يكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محررا وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة"<sup>2</sup>.

فهذه الشكلية تعتبر كشرط لوجود التحكيم وليس لإثباته<sup>3</sup>، وقد يشترط لإثبات اتفاق التحكيم الكتابة وهذا حتى يتم الاعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي<sup>4</sup>.

وعليه فإن الدولة المنضمة لاتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، أو التي اعتمدت القانون النموذجي لسنة 1985 ينبغي أن تلتزم بالكتابة ، إذا ما أبرمت عقدا مع طرف آخر لا توجب قوانينه الوطنية شرط الكتابة في اتفاق التحكيم ومن هنا لا يعتد باتفاق التحكيم الشفوي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>-Jean Robert : L'arbitrage , droit interne , droit international. édition paris ,1993 p- 225.

<sup>2</sup>- د صلاح الدين جمال الدين و محمود مصيلحي ، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، 2004، ص 38

<sup>3</sup>- منير عبد المجيد مرجع سابق ، ص 73.

<sup>4</sup>- مصلح أحمد الطراونة ، تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي الباطل وفقا لاتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية و تنفيذها لسنة 1958 ( دراسة تحليلية لنصوص الاتفاقية ذات الصلة في ضوء التطبيقات القضائية لكل من فرنسا و الولايات المتحدة الأمريكية ) مداخلة أقيمت في مؤتمر التحكيم التجاري الدولي في مؤتمر التحكيم التجاري الدولي بكلية الحقوق ، جامعة أبو ظبي من 28 إلى 30 أبريل 2008، و المنشور في الموقع :

[www.slconf.uaea.ac.ue/papers/n°03/altarwane.pdf](http://www.slconf.uaea.ac.ue/papers/n°03/altarwane.pdf).

فقد اشترطت المادة 04 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 هذه الكتابة لتنفيذ الحكم التحكيمي" على من يطلب الاعتراف و التنفيذ المنصوص عليه في المادة السابقة قصد الحصول عليهما أن يرفق طلبه بما يلي : النص الأصلي للاتفاقية المذكورة في المادة 02 أو نسخة منه تتوفر فيها الشروط المطلوبة لتصديقها..."

<sup>5</sup>- أ - محمد كولا ، مرجع سابق ، ص 117(و بالهامش )

هذا وتجدر الإشارة إلى أن هناك أنظمة قانونية لا تتطلب توافر الشكل المكتوب لصحة اتفاق التحكيم كما يستنتج مثلا عند إعمال نص المادة 1495 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي ، عندما سمحت للأطراف مخالفة مقتضيات الشكل الوارد في التحكيم الداخلي عندما سمحت بعدم تطبيق أحكام الباب الأول و الثاني و الثالث منه إلا باتفاق خاص وذلك عندما يكون التحكيم الدولي خاضعا للقانون الفرنسي مما يجعل الكتابة في هذه الحالة غير ضرورية لصحة اتفاق التحكيم .

ومادامت الكتابة تكون في شكل من الأشكال المذكورة ، فهذا يعني أنه ، لا يستلزم أن يتخذ شكل المحرر الرسمي ، بل تكون الكتابة العرفية ، لكن ينبغي أن يراعي العيوب التي تؤدي إلى بطلانه وإلا اعتبر كأن لم يكن ، كما توصي اللجنة باعتماد هذا ما أدى إلى إصدار توصية في الدورة التاسعة و الثلاثين للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المنعقدة في " فيينا" في جوان 2006 ، وتضيف بأن الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 33-61 المؤرخ في 04 ديسمبر 2006 لاحظت بأن " إن الوقت أصبح مناسباً تماماً ، في سياق تحديث مواد القانون النموذجي ، للترويج لتفسير وتطبيق موحدين لاتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية<sup>1</sup> وتنفيذها المبرمة في نيويورك في 10 جوان 1958".

#### ب/ الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم:

إن اتفاق التحكيم مهما كان شكله (شرط ، اتفاق ) يعتبر عقداً بين الأطراف، فينبغي أن يخضع للقواعد العامة للعقود ، غير أنه بتدقيق النظر وإمعان الفكر نجد أن هذه الشروط تتركز في الحقيقة<sup>2</sup> على مجموع الشروط الموضوعية العامة من رضى ، و سبب و محل ، وشروط موضوعية خاصة بالتحكيم ، و عليه سوف نتطرق إلى الشروط الموضوعية الخاصة لصحة اتفاق التحكيم التجاري الدولي حسب القانون الجزائري .

وحتى يكون اتفاق التحكيم صحيحاً ينبغي النظر إلى القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من ناحية الموضوع ، ثم نطاق اتفاق التحكيم أي الموضوعات التي يشملها اتفاق التحكيم<sup>3</sup> ، فبالنسبة للقانون المطبق على اتفاق التحكيم إذا رجعنا إلى القانون الإلزامي الدولي نجد أن بعض الاتفاقيات تصدت إلى موضوع القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم سواء كان شرطاً أم اتفاقاً<sup>4</sup> ، فمن خلال ذلك يتضح بأن اتفاق التحكيم الصحيح و الذي تتوفر فيه الشروط الموضوعية مثل حالة صحة الرضا ، وخلوه من أي عيب يخضع لقاعدة أصلية هي قانون الإرادة وهي القاعدة التي تجد مجالها في العقود الدولية وقاعدة احتياطية وهي قانون مكان صدور الحكم .

<sup>1</sup> - قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بالقرار رقم 98/31 ، الصادر بتاريخ 15 ديسمبر سنة 1976 ، المعدل سنة 2010 ، المنشور في موقع [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

<sup>2</sup> - د ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية و التحكيم ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، جمهورية مصر العربية ، 2004 ، ص 10.

<sup>3</sup> - أ محمد كولا ، مرجع سابق ، ص 121.

<sup>4</sup> - نور الدين بوسهوه ، دور الاتفاقيات الدولية في جذب الاستثمار الأجنبي ، مجلة كلية العلوم الإسلامية الجزائرية الصراط، السنة الخامسة ، عدد 10، 2004 ، ص 17.

- وهذا ما نصت عليه المادة 5 فقرة 1 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 على أنه : " لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة من البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ الدليل على أن أطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا طبقاً للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقاً للقانون الذي أخضعته له الأطراف ، أو عند عدم النص على ذلك طبقاً لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم "

فهذا القانون قد يكون وطنيا كاللجوء إلى قانون جنسية المتعاقد أو مكان التحكيم أو مكان إبرام العقد الأصلي، كما قد يكون قانونا دوليا مستمدا من معاهدة دولية مثل موقف اتفاقية نيويورك في المادة 5فقرة 1 .

أما القاعدة الثانية فتجد أساسها في أن مكان صدور الحكم التحكيمي هو القانون الذي يتحدد على أساسه ما إذا كان حكم التحكيم الصادر بناء على اتفاق التحكيم ، فقانون مكان صدور الحكم التحكيمي هو قانون الدولة التي يصدر منها حكم التحكيم وليس قانون الدولة التي صدر فيها الحكم .

كما قد يطبق المحكم في حالة غياب قانون الإرادة، قواعد تنازع القوانين في البلد الذي يجري فيه التحكيم ، وهنا يستبعد المحكم قانون مكان صدور حكم التحكيم<sup>1</sup> ، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لديه ثلاثة مصادر يستمد منها اتفاقية التحكيم هي:

1- القانون الذي يتفق عليه الأطراف.

2- القانون الذي ينظم موضوع النزاع .

3- إخضاع إجراءات التحكيم لقانون إرادة المحكم

ويكون بذلك قد عدل الشروط التي كانت سائدة في ظل المرسوم التشريعي رقم 93-09 ولاسيما المادة 148 مكرر 1، فاستبعد فرض تطبيق القانون الجزائري على اتفاق التحكيم وأعطى الحرية للمحكم لاختيار القانون الذي يراه مناسبا.

وإذا قدر أن القانون الجزائري هو المناسب لا مانع من تطبيقه ، يتماشى هذا الاستبعاد مع استقلالية شرط التحكيم في أي عقد دولي، من حيث صحته، عن أي قانون داخلي.

وعليه سوف نتطرق إلى الشروط الموضوعية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، و حتى يكون اتفاق التحكيم صحيحا ينبغي النظر إلى القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من ناحية الموضوع ثم نطاق اتفاق التحكيم أي الموضوعات التي يشملها اتفاق التحكيم<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - محمد كولا ، مرجع سابق ، ص 119.

بالرجوع إلى القانون الفرنسي الذي يأخذ بقانون الإرادة أصلا وهذا ما نجده في المادة 1469 من ق.إ.م.ف التي تنص على أنه

" L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies , à défaut d'un tel choix conformément à celles qu'il estime appropriées ,il tient compte dans tous les cas des usages du commerce"

## 1/ خضوع اتفاق التحكيم للقانون الذي يتفق عليه الأطراف:

اتفاق التحكيم ذو طابع عقدي يتمشى إخضاعه للقانون المتفق عليه مع القواعد العامة المنظمة للالتزامات ، حيث نجد مثلاً المادة 18 من التتقين المدني الجزائري " يسرى على التزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد"<sup>2</sup>

فالمحكم ملزم بتطبيق قانون إرادة الأطراف على اتفاق التحكيم ، إذا كانت هذه الإرادة تسعى نحو تطبيق قانون معين ، و بالرجوع إلى الواقع التطبيقي في الجزائر ، نجد أن العقود المبرمة في الجزائر تخضع للقانون الوطني ، لان المستثمر الأجنبي هو الذي ينتقل للاستثمار في الجزائر ، وإبرام العقود بها ،

مما يؤدي إلى تكريس تنازع القوانين لاختيار القانون الواجب التطبيق ، إذ يرى الفقهاء أنه : " من النادر تطبيقاً أن يلجأ الأطراف لإخضاع اتفاق التحكيم لقانون من اختيارهم صراحة "<sup>3</sup>

وبالرجوع إلى الاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار والتي أبرمتها الجزائر، نجد إلا حالة إلى تطبيق القانون الوطني للطرف المتعاقد الذي يكون طرفاً في النزاع ،والذي يوجد على إقليمه الاستثمار ، بما فيه تنازع القوانين<sup>4</sup>.

لكن يذهب الأستاذ نور الدين تركي إلى القول بأن :

<sup>1</sup> - احمد بوخلخال ، نظام تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي و تطبيقاته في الجزائر ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ،جامعة الجزائر ، سنة 2013، ص 73

<sup>2</sup> - تنص المادة 18 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني ، ج ر ، العدد 78 ، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر سنة 1975 ، معدل ومتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 : " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

-وفي حالة عدم إمكان ذلك ، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

-وفي حالة عدم إمكان ذلك ، يطبق قانون محل إبرام العقد.

- غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه.

<sup>3</sup> - آزاد شكور صالح ، الاستثمار الأجنبي سبل استقطابه و تسوية منازعاته ، منظمة نشر الثقافة القانونية مؤسسة O.P.L.C للطباعة و النشر ، العراق ، 2008، ص 215.

<sup>4</sup> - مثلاً المادة 7فقرة 4 من الاتفاقية الجزائرية مع الاتحاد البلجيكي للكسمبورغي و المادة 8فقرة 4 من الاتفاقية الجزائرية - الفرنسية و المادة 8فقرة 3 من الاتفاقية الجزائرية - الأردنية .

الحرية المعطاة للأطراف لتحديد القانون الذي يطبق على اتفاق التحكيم لا يناقض المادة 18 من القانون المدني الجزائري الذي يكرس مبدأ سلطان الإرادة ، بل أن هذه الحرية مأخوذة من المادة 18 نفسها<sup>1</sup>

" وتجدر الإشارة إلى أن الخضوع لمبدأ سلطان الإرادة ، لا يستلزم حتما اختيار الطرف الجزائري لقانونه الوطني، بل انه حسب الاتجاه الجديد و السياسة التحفيزية لقانون الاستثمار الجديد، قد تجعل في تقديرنا الطرف الجزائري يحيل إلى قانون أجنبي أو نظام تحكيمي أجنبي مثل النظام المتبع لدى المركز،

( CIRDI ) و الغرفة التجارية الدولية بباريس (CCI)<sup>2</sup> ، أو القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، وكذا المبادئ العامة للقانون التي كثيرا ما يفضلها الطرف الأجنبي على الأقل لتطبيق القانون الوطني ، لكان أكثر صراحة في ذلك بالنص على خضوع اتفاقية التحكيم " للتشريع الجزائري " بدل " القانون الجزائري " و هذا ما يكرس مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي للقانون الجزائري في حين يخضع اتفاق التحكيم لقانون آخر.

2/ خضوع اتفاق التحكيم للقانون الذي ينظم موضوع النزاع:

الاختيار الثاني الذي يمكن أن يخضع له اتفاق التحكيم، هو القانون الذي ينظم موضوع النزاع، فإذا لم يتفق الطرفان على قانون معين ، يمكن لمحكمة التحكيم أن تطبق القانون الذي ينظم موضوع النزاع على اتفاق التحكيم ولا سيما القانون المنظم للعقد الأصلي .

وهو ما نص عليه المشرع الجزائري<sup>3</sup> في المادة 1040 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية . حيث اعتبر المشروع اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها القانون المنظم لموضوع النزاع .

3/ إخضاع إجراءات التحكيم لقانون لإرادة المحكم :

<sup>1</sup>-Nouredine Terki, La protection conventionnelle de l'investissement étranger, R.A.S.J.P.E ,n°02,2001,p09.

<sup>2</sup>- قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس CCI، السائرة المفعول ابتداء من تاريخ أول جانفي سنة 1998 ، منشورة على الموقع الإلكتروني :

WWW.ICCWBO.org/court/English/arbitration/pdf-documents

<sup>3</sup>- تنص المادة 1040 فقرة 3 من قانون رقم 08-09 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على : " .. تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع ، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما "

يحدث كثيرا في العمل أن يخول الأطراف لهيئة التحكيم أو يتركوا لها ، سلطة تنظيم إجراءات التحكيم فقد تضمن اتفاق التحكيم المبرم بين حكومة المملكة و الشركة العربية الأمريكية للبترول (أرامكو) نصا يخول محكمة التحكيم سلطة تحديد القواعد الإجرائية الواجبة للإتباع لإدارة هذا التحكيم <sup>1</sup> .

ويساعد على الأخذ بهذا الأسلوب في الواقع ، كثرة المعوقات العملية و القانونية <sup>2</sup> ، التي تواجه الأطراف عند معالجة التفاصيل الخاصة بالمسائل الإجرائية في التحكيم .

ويدعم القانونين المصري و المقارن ، إمكانية تحويل هيئة التحكيم الحرية التامة على هذا النحو في اختيار الإجراءات و القانون الواجب التطبيق على خصومة التحكيم ، فقد تضمنت المادة 20 من قانون التحكيم المصري على سبيل المثال النص على أنه " إذا لم يوجد اتفاق ، كان لهيئة التحكيم أن تختار قانون و إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة " .

كما تؤيد القواعد الدولية ذات الاتجاه فقد ورد في المادة 10 فقرة 1 من قواعد التحكيم التي أعدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "unicitral" على سبيل المثال ، النص على حرية هيئة التحكيم في ممارسة التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة <sup>3</sup> .

الخاتمة :

ومن هذا التحديد لمعنى اتفاق التحكيم ، يبدو جليا أن جوهر التحكيم هو اتفاق الأطراف الراغبين في التحكيم ، فهو إن كان نظاما قانونيا له هيكله ، و إجراءاته ، و قواعده التي حددها القانون ، إلا أنه بالأساس نظام اتفاقي أساسه إرادة الأطراف على اتخاذه سبيلا لفض المنازعات التي تثور بينهم ، فهذا الاتفاق هو الذي يقرر مبدأ اللجوء إلى التحكيم ، و يحدد إجراءاته ، و موضوعه و كيفية تشكيل هيئة التحكيم و القانون المختص بفض النزاع .

واتفاق التحكيم هو عبارة عن تصرف قانوني بالمعنى الفني ، فلا وجود له إلا بتوافر الأركان الأساسية و اللازمة لأي تصرف قانوني ، و موضوعه الذي ينصب عليه و الآثار التي يترتبها ، و نظرا للأهمية و الدور الذي يلعبه اتفاق التحكيم فقد اشترط المشرع مجموعة من الشروط القانونية و التنظيمية التي تنظمه و في حالة مخالفتها و منها شرط الكتابة ، رتب المشرع عليها البطلان للحفاظ على النشاط الاقتصادي و التجاري الدولي .

<sup>1</sup> - د جمال محمود الكردي مرجع سابق ، ص 66

<sup>2</sup> - آزاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 183.

<sup>3</sup> - د جمال محمود الكردي ، مرجع نفسه ، ص 67.

المراجع:

- لزهري بن سعيد ، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية و القوانين المقارنة ، درا هومو للطباعة و النشر ، الجزائر ، 2012
- بشير سليم ، الحكم التحكيمي و الرقابة القضائية ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه العلوم في العلوم القانونية ، تخصص القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، 2011
- قانون رقم 09-08 مؤرخ في 25 فيفري سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ج ر عدد 21 صادرة بتاريخ 25 افريل سنة 2008.
- معتصم سويلم نصير ، مدى تحقق الشروط المطلوبة في التحكيم التقليدي في ظل التحكيم الإلكتروني ، بحث متوفر على الموقع [www.Arablawinfo.com](http://www.Arablawinfo.com)
- محمد كولا ، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري ، منشورات بغدادي ، 2008
- حسان نوفل ، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار ، دار هومو للطباعة و النشر ، 2010، ص 53
- -Terki Noureddine , L'arbitrage commercial international en Algérie , OPU-Alger -1999
- القانون رقم 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية
- بروتوكول جنيف المؤرخ في 1961/09/24 الخاص بشرط التحكيم على أنه :
- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي ، النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، المكتب الجامعي الحديث ، الطبعة الأولى ، الإسكندرية 2005
- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1985 مع التعديلات التي اعتمدت سنة 2006، و المنشور في موقع :
- [WWW.Unictral.org/pdf/arabic/textes/arbitration/ml-arb/07-86996-a.pdf](http://WWW.Unictral.org/pdf/arabic/textes/arbitration/ml-arb/07-86996-a.pdf).

visite le 12/12/2015

- حفيفة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي - منشورات الحلب الحقوقية - الطبعة الأولى ، 2004
- [www.alassy.net](http://www.alassy.net) - د اشرف العاصي ، الشرط و المشاركة كصور لاتفاق التحكيم ، مقال على الموقع :
- شوشو عاشور ، الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر ، مذكرة ماجستير ، فرع القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2008
- القانون الفيدرالي السويسري المتعلق بالقانون الدولي الخاص ، المؤرخ في 28 ديسمبر سنة 1987 ، منشور بالموقع الإلكتروني : [www.flow.net](http://www.flow.net)
- Akoune Yacout, AKOUNE Yacout, L'arbitrage interne en droit algérien ,R.A.S.J.E.P ,N°1,1999
- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام ، دار هدى عين مليلة ، الطبعة الأولى ، 1992
- منير عبد المجيد ، قضاء التحكيم في المنازعات التجارية الدولية ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، 1995
- جلال وفاء محدين ، التحكيم بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيضة للاستثمار ، أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار القواعد-الإجراءات-الإتجاهات الحديثة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية مصر ، 2001
- زينب جابر سالم ، الاتفاقيات الدولية ، دار الوفاء لدنيا الطباعة و النشر ، 2008
- عمر مشهور حديثة الجازي ، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار ، مجلة نقابة المحامين ، العدد 09 ، تشرين الثاني ، سنة 2002 1993 .

- صلاح الدين جمال الدين و محمود مصيلحي ، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، 2004
- مصلح أحمد الطراونة ، تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي الباطل وفقا لاتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية و تنفيذها لسنة 1958 ( دراسة تحليلية لنصوص الاتفاقية ذات الصلة في ضوء التطبيقات القضائية لكل من فرنسا و الولايات المتحدة الأمريكية ) مداخلة أقيمت في مؤتمر التحكيم التجاري الدولي في مؤتمر التحكيم التجاري الدولي بكلية الحقوق ، جامعة أبو ظبي من 28 إلى 30 أبريل 2008، و المنشور في الموقع :
- [www.slconf.uaea.ac.ue/papers/n°03/altarwane.pdf](http://www.slconf.uaea.ac.ue/papers/n°03/altarwane.pdf)
- قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بالقرار رقم 98/31 ، الصادر بتاريخ 15 ديسمبر سنة 1976 ، المعدل سنة 2010 ، المنشور في موقع [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org):
- ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية و التحكيم ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، جمهورية مصر العربية ، 2004
- نور الدين بوسهوة ، دور الاتفاقيات الدولية في جذب الإستثمار الأجنبي ، مجلة كلية العلوم الإسلامية الجزائرية الصراط، السنة الخامسة ، عدد 10، 2004
- أحمد بوخلخال ، نظام تسوية منازعات الإستثمارات الأجنبية في القانون الدولي و تطبيقاته في الجزائر ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، سنة 2013.
- الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني ، ج ر ، العدد 78 ، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر سنة 1975 ، معدل و متمم بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005
- أزاد شكور صالح ، الإستثمار الأجنبي سبل استقطابه و تسوية منازعاته ، منظمة نشر الثقافة القانونية مؤسسة O.P.L.C للطباعة و النشر ، العراق ، 2008

➤ الاتفاقية الجزائرية مع الإتحاد البلجيكي اللكسمبورغي و المادة 8فقرة 4 من الاتفاقية الجزائرية – الفرنسية و المادة 8فقرة 3 من الاتفاقية الجزائرية – الأردنية .

➤ Nouredine Terki, La protection conventionnelle de l'investissement - étranger, R.A.S.J.P.E ,n°02,2001

➤ قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس CCI، السائرة المفعول ابتداء من تاريخ أول جاني سنة 1998 ، منشورة على الموقع الإلكتروني :

➤ [WWW.ICCWBO.org/court/English/arbitration/pdf-documents](http://WWW.ICCWBO.org/court/English/arbitration/pdf-documents)