الفصل الثاني

الفصل الثاني: اتفاق التحكيم

إن اتفاق التحكيم هو قلب وقالب عملية التحكيم فهو منشؤها، راسم خطاها ومحدد منتهاها.واتفاق التحكيم هو تصرف قانوني بالمعنى الفني، فلا وجود له إلا بتوافر أركانه الأساسية واللازمة لأي تصرف قانوني، كما له آثار قانونية يرتبها، وان كانت متمايزة عن الآثار المعتادة للتصرفات القانونية في نظم القانون الخاص. ومن المألوف أن يبرم اتفاق التحكيم بشأن منازعات العقود والتجارة الدولية وتثور معظم مشكلاته بصدد هذا النوع من المنازعات بالمقارنة بمنازعات العقود والتجارة الداخلية.

المبحث الأول: مفهوم اتفاق التحكيم

يعتبر اتفاق التحكيم الأساس الذي يرتكز عليها قضاء التحكيم ، فالقاعدة لا تحكيم بدون اتفاق ،فمن غير المتصور أن يجري التحكيم أو أن يتم دون وجود هذا الاتفاق، اذ انه الأساس الذي يمنح المحكم سلطة في النزاع بل هو الذي يعين على مسيرة التحكيم ابتداء من اختيار هيئة التحكيم الى غاية صدور القرار التحكيمي وتنفيذه،فالتحكيم هو من صنع الاتفاق.

استنادا لذلك لعرض أي نزاع على التحكيم بدلا من القضاء الوطني يجب أن يكون هناك اتفاق بين الطرفين للالتجاء الى التحكيم كوسيلة لحل هذا النزاع سواء وقع هذا الاتفاق على كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو التي يمكن أن تنشأ بين الأطراف بمناسبة علاقة تعاقدية أو غير تعاقدية ، لذلك أول ما ينبغي على المحكم أو القاضي القيام به هو أن يراقب أو يتأكد من وجود اتفاق تحكيمي ثم مدى صحته ، فاتفاق التحكيم الباطل أو غير موجود لايسمح للمحكم ممارسة اختصاصه وان حدث ذلك يعتبر تجاوز لحدود سلطاته وهذا التجاوز يمكن ان يؤدي بشكل أو بأخر الى البطلان[1].

المطلب الاول: تعريف اتفاق التحكيم

لقد حضي اتفاق التحكيم باهتمام كبير لدى الفقه والقضاء وكذا القوانين الوطنية والمقارنة والقانون الدولي، حيث وضعت العديد من التعاريف لاتفاق التحكيم والتي تصب في مفهوم واحد على أنه " اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا الى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو ستنشأ بينهما بشأن

[1] -sadie Blanchard, state consent , temporal jurisdiction, and the importation of continuing circumstances analysis into international investment arbitration ,Washington university global studies law review ;volume 10 number 3,in 2011,p424.

علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت او غير تعاقدية"[1]، كما عرفها جانب أخر انه الاتفاق الذي بموجبه يعرض النزاع على هيئة التحكيم للفصل فيه بحكم ملزم لأطراف النزاع[2].

ويرجع ظهور هذا المصطلح لأول مرة في اتفاقية نيويورك 1985 المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في المادة 2 / فقرة2 اذ جاء فيها " ..على أن تلتزم كل دولة متعاقدة بالاعتراف باتفاقية التحكيم اي عالجت شرط التحكيم واتفاق التحكيم دون تمييز بينهما.

ولقد تبنى المشرع الجزائري مصطلح اتفاقية التحكيم في قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجديد09/08 المؤرخ في 25/فبراير/2008 في الباب الثاني الفصل الأول وذلك للدلالة على كل من شرط التحكيم واتفاق التحكيم(مشارطة) وتأكيدا لذلك نصت المادة 1040"تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلة " [3]ويقصد بعبارة النزاعات القائمة مشارطة التحكيم لأنها تكون مستقلة عن العقد الاساسي ويتفق الطرفان على اللجوء الى التحكيم بعد وقوع النزاع، بينما يقصد بعبارة المستقبلية شرط التحكيم كون الطرفان نص على التحكيم في حالة نشوء نزاع بينهما في المستقبل عند توقيع العقد.

كما نجد ان المشرع الجزائري عرف اتفاق التحكيم في المادة1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأن:" اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوءه على التحكيم".

ويتضح لنا من نص المادة السابقة أن المشرع الجزائري قد وضع تعريف لمشارطة التحكيم، وليس تعريفا لاتفاق التحكيم، ومن هنا نرى ضرورة تدخل المشرع الجزائري لتصحيح الخطأ الذي وقع فيه، وذلك باستبدال لفظ اتفاق التحكيم بلفظ مشارطة التحكيم.

إذن فالمشرع الجزائري لم يضع تعريفا محددا لاتفاق التحكيم بل ميز بين شرط التحكيم ومشارطته كوسيلة لاتفاق الأطراف على سلوك طريق التحكيم لتسوية ما ثار أو ما قد يثور بينهم من نزاع بشأن تنفيذ عقد أواتفاق ما.

وباستقراء كذلك نص المادة 1045من قانون 09/08المؤرخ في 25/فبراير/2008المتضمن ق.إ.م.إ "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع،اذا كانت الخصومة التحكيمة قائمة،او اذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف".معنى ذلك ان اتفاق التحكيم ليس من النظام العام

---

[1]–منير عبد المجيد،الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي،منشأة المعارف،الاسكندرية، دون طبعة، سنة 2000،ص 101.

[2]– خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 164.

[3]–أنظر المادة 1040 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 التضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية.

،وبالتالي لا يقتضي اثارته من القاضي من تلقاء نفسه ولكن وجب ان يثيره احد الفرقاء،وان يدفع به صراحة والا اعتبر اتفاق ضمني على حل النزاع عن طريق القضاء.

وهذا مااخد به كذلك التشريع الفرنسي في نص المادتين 1493-1994من قانون 1981 المتعلق بالتحكيم، وكذا نص المادة 09 من قانون المصري رقم 27 لسنة 1994.

وكذا مابينه نص المادة 02/7 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي اعدته لجنة قانون التجارة الدولية التابعة لامم المتحدة 21/يونيو/1985 نجده حدد اتفاق التحكيم بانه" اتفاق بين طرفين على أن يحيلا الى التحكيم جميع او بعض المنازعات المحددة التي تنشأ أو التي قد تنشأ بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت او غير تعاقدية ويجوز ان تكون اتفاقية التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد اصلي او في صورة اتفاق منفصل".

يتضح لنا جليا من خلال التعاريف السابقة أن اتفاق التحكيم يرتكز على ثلاثة أمور تبرز جوهره:

أولا: إنه تراضي 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.

ثانيا: تخويل المحكمين أو هيئة التحكيم سلطة الفصل في كل أو بعض المنازعات الناشئة عن هذه العلاقة، والغالب عملا أن تتحدد المسألة محل التحكيم في الاتفاق.

ثالثا: إن 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.

المطلب الثاني: صور اتفاق التحكيم

اتفاقية التحكيم قد تكون عبارة عن شرط في العقد الأساسي يذكر في صلبه، وهو ما يعرف بالشرط التحكيمي، وقد تكون بمناسبة نزاع قائم بالفعل، فيتفق على اللجوء إلى التحكيم في عقده مستقل عن العقد الأصلي هو ما يعرف ويسمى بمشارطة التحكيم.

الفرع الأول :شرط التحكيم: (clousecomprimisaire)

أولا:تعريف شرط التحكيم

ان شرط التحكيم بالمعنى الذي سادا قديما هو اللجوء الى التحكيم فيما قد يثور من منازعات في المستقبل بين الأطراف وكان يطلق عليه الفقه "**التحكيم الإجباري** لكن تطورت هذه الفكرة ،وكانت جدورها الأولى معاهدة مبرمة بين فرنسا وبريطانيا عام 1903 فقد اقرت هذه المعاهدة على مبدأ التحكيم الاجباري فيما قد يثور من خلافات ونزاعات بشأن تفسير المعاهدة ثم سادت فكرة الجوء التحكيم الاجباري وأصبحت شرطا واردا في الكثير من المعهادات والاتفاقيات بعد الحرب العالمية الثانية الى يومنا هذا، ولقد ساد قديما عدم قابلية

الاعتراف بشرط التحكيم ، لما كان يثيره من مشاكل وعقبات وغموض، في كونه لا يتضمن التفاصيل اللازمة والواضحة التي تمكن من وضع التحكيم موضع التنفيذ مما قد ينتج معه استحالة حل النزاع ما لم يسع الأطراف ابرام اتفاق مستقل (مشارطة تحكيم) تتضمن كل التفاصيل الواجبة لحل النزاع عن طريق التحكيم [1].

خاصة اذا ورد هذا الشرط في عقد باطل وغير صحيح ، لكن أمام ماتقتضيه الحياة التعاقدية التجارية من سرعة، وكدا تشجيع التحكيم كبديل للقضاء كون هذا الطريق(القضاء العادي) يشوبه عيب البطء وطول الاجراءات وعدم الالمام بالمسائل التقنية التي تكون ضرورية لحل هذه المنازعات هذا من جهة، ومن جهة أخرى لما قد يثار بشأنه الشك وعدم الطمأنينة والخوف في نفس المستثمر او المتعامل الأجنبي من التحيز وانحياز القاضي لاملاءات السلطة العامة (لمصلحة الدولة) وكونهم كذلك يخشون الصعوبات من نظم قضائية لا يعرفونها ويجهلون اجراءات التقاضي أمامها ، ادى بمختلف الدول وخاصة بعد ابرام برتكول جنيف 1923، نحو قبول شرط التحكيم والاعتراف به في نفس القوة والمرتبة القانونية للاتفاق التحكيم (مشارطة تحكيم).ومن ذلك اليوم أصبح شرط التحكيم اكثر ذيوعا وانتشارا لأنه يبرم في وقت تسوده روح الود بعكس المشارطة التي تبرم بعد وقوع النزاع مما يصعب معه ابرام اتفاق تحكيم اذ أصبح غالبية أطراف العلاقات التجارية الدولية بنسبة 80%يدرجون بند التحيكم في عقد قبل تنفيد العقد [2]كأول خطوة.وما ينتج عنه من أحداث اثر قانوني في استبعاد وتبادل المراكز بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم من الاختصاص بنظر في المنازعات التي تنشأ أو يمكن ان تنشأ[3].

يقصد بشرط التحكيم هو ذلك الشرط الذي يرد ضمن عقد الاصلي المبرم بين الطرفين أو الأطراف قبل نشوء النزاع باللجوء الى التحكيم لتسوية ماقد يثور بينهم من منازعات مستقبلا بشان هذا العقد[4]، ولقد عرفه المشرع الجزائري في نص المادة1007من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 التضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية :" شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق

---

[1]–خالد محمد القاضي،مرجع سابق،ص166.

[2]–أيسر عصام داؤد سليمان، اثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، طبعة الاولى، سنة2014ص69.

[3]–خالد كمال عكاشة،مرجع سابق،ص213.

[4]–المرجع نفسه،ص 212–213.

متاحة بمفهوم المادة 1006اعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم" [1]ويفهم انه عادة ما تثور في ذهن المتعاقدان امكانية ما قد يثور من خلافات بينهم في المستقبل، فمن الصحي أن يضمّنوا عقدهم بندا يلخصون فيه اتجاه إرادتهم لتسوية منازعاتهم بشان العقد المزمع تنفيده عن طريق التحكيم .كما يجب ان تكون هده الارادة مترجمة بشكل واضح الدلالة والألفاظ على نيتهم الى الوعد بالتحكيم .وهذا مايميز شرط التحكيم وهو تعلقه بنزاع محتمل الوقوع في المستقبل وليس تعلقه بزاع قائم[2].

اما المشرع المصري فلم يضع تعريف محدد لشرط تحكيم واكتفى الى الاشارة له في نص المادة 10/ فقرة الثانية من قانون رقم 27 لسنة 1994" يجوز ان يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواءا قام مستقلا بذاته أو ورد في قد معين بشان كل أو بعض المنازات الي تنشأ بين الطرفين"[3].

ثانيا: مجال شرط التحكيم

قد يرد شرط التحكيم عاما وذلك عند النص على إحالة كافة المنازعات التي تثور على العقد ،كما قد يرد الشرط خاصا حين النص باللجوء الى التحكيم في نزاعات محددة، أما اذا ورد شرط التحكيم في العقد الاصلي دون أي تفصيل،أي على وجه الاطلاق فيفهم بأن نية الأطراف تتجه الى تسوية كل النزاعات الناشة على العلاقة التعاقدية [4].وبالتالي يتنوع شرط التحكيم حسب مجاله وكذا ترتيبه إلى مايلي:

1- **حسب المجال:**

أ- **شرط التحكيم العام** : هو الاتفاق صراحة على أن كل الخلافات القائمة في العقد والتي قد تثور في مستقبلا،يكون التحكيم هو المختص بنظرها والفصل فيها، وبموجبه تلتزم الأطراف المتعاقدة بإحالة النزاع الذي ينشأ ويتعلق بأي نقطة في العقد الأصلي للتحكيم[5].ومثال ذلك شرط التحكيم لدى غرفة التجارة الجزائرية التي تدرج بند **صريح** "جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد أو التي لها علاقة به يتم حسمها نهائيا وفقًا لنظام مركز المصالحة والوساطة والتحكيم التابع للغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة بواسطة محكّم واحد أو ثلاثة محكّمين معيّنين طبقًا لنظام هذا المركز"[6].

---

[1]-انظر المادة 1007من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 التضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية

[2]-أيسر عصام داود سليمان،مرجع سابق،ص69.

[3]-لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص52.

[4]-محمد كولا، المرجع السابق، ص96.

[5]-خالد محمد القاضي،مرجع سابق ،ص171.

[6]-نقلا عن موقع غرفة التجارة والصناعة يوم 2021/03/26 الاطلاع على ساعة 21:58www.caci.dz

ب- **شرط التحكيم الخاص:**وهو بند مدرج في العقد الاصلي، تلتزم الأطراف المتعاقدة بإحالة اية خلافات قد تثور مستقبلا، الى التحكيم حول مسالة معينة بالذات، او مسائل على سبيل الحصر ، وشرط التحكيم الخاص غالبا ما يكون مسبوق بوسائل أخرى لتسوية السلمية كالمفاوضات[1].

2- من حيث الترتيب:

أ- **التعهد التحضيري:** ويقصد به ان ينص شرط التحكيم بإحالة ماقد يثور من نازعات مستقبلا بين الاطراف الى التحكيم دون ترتيب او تنظيم وهذا يعني أنه بمجرد وقوع نزاع لا بد ان يسع الاطراف من انشاء اتفاق ثاني بينهما لوضع اتفاق تحكيم خاص[2]،باختصار اي انه بمجرد وجود نزاع لابد من تنظيم التحكيم المتفق عليه عرضيا فقط في العقد الأصلي لتحديدة وضبط حدوده من هيئة التحكيم الى جهة الحكم والقانون الواجب التطبيق ...الخ.

ب- **التعهد المنظم** :وهو ان لا ينص شرط التحكيم فقط ;على الاشارة الى اللجوء الى التحكيم عندما يثور نزاع مستقبلا بين الطرفان ، وإنما يتضمن شرط التحكيم نصوصا منظمة لعملية التحكيم[3]، بشان تشكيل المحكمة وعدد المحكمين واللغة والقانون الواجب التطبيق وكافة الاجراءات تسير عملية التحكيم .

ثالثا:الطبيعة القانونية لشرط التحكيم

لقد أثير اشكال في طبيعة القانونية لشرط التحكيم في كونه شرط شبيه بالشروط المدرجة في العقودالتي يجد تنظيمها في القانون المدني ، ام انها تتميز عنه ؟ ، وعليه كون الشرط في القانون المدني حسب الدكتور السنهوري أمر عارض يلحق عنصرا جوهريا ، اما شرط التحكيم وان كان تربطبه بالشرط امنظم في القانون المدني في نقاط كثيرة ألا ان شرط التحكيم يتطلب اهلية خاصة لابرامه هذا اولا وتعد الكتابة فيه ركنامن اركان وكذا في اختيار الهيئة التي اتجهت ارادة الطرفين لاختيارها، وكذا استقلاليته عن العقد الأصلي فهو عقد داخل عقد او اتفاق ذاخل اتفاق[4].

كما ذهب رأي أخر لاعتبار شرط التحكيم وعدا بالتحكيم ،وكون ان شرط التحكيم يكون في العقد الأصلي فهو احتمالي فقد يتم العمل به وقد لا يتم العمل به حسب الظروف ،وبالتالي يغلب صفة عقد الوعد

---

[1]- خالد محمد القاضي، المرجع السابق ، ص172

[2]-نفس المرجع،ص173

[3]- نفس المرجع،ص174-175.

[4]- أيسر عصام داؤد سليمان، مرجع سابق، ص71.

باللجوء الى التحكيم ،اي أنه موقوف على قيام النزاع [1]،او انه معلق على شرط وواقف يتمثل في وقوع النزاع، الا ان هناك فارقا جوهريا يبعد الوعد بالتعاقد،عن الوعد بشرط التحكيم يتمثل في أثارالوعد بالتعاقد في كون الوعد بالتعاقد يكون ملزم لجانب واحد فقط وهو الواعد دون الزام من الموعود له ،اما شرط التحكيم فهو ملزم لجانبين واساس التزامهم هو الخضوع الى التحكيم كبديل عن القضاء المختص في حالة نشوء نزاع[2].

ويرى جانب أخر ان شرط التحكيم عقد ابتدائي، لكن يمكن القول ان العقد الابتدائي يحتاج دائما الى عقد أخر مكمل له،وفي اعتقادنا ان شرط التحكيم عقد كامل لا يحتاج الى تكملة هذا من جهة، ومن جهة اخرى ان من خصائص العقد الابتدائي انه يرد على كافة العناصر الجوهرية في العقد،وان شرط التحكيم يمكن ان يرد على بعض العناصر فقط في نزاعات أو مسائل محددة[3].كما ان شرط التحكيم يطلق عليه انه عقد تبعي للعقد الأصلي، بمعنى أن العقد الأصلي لا يؤدي الى بطلان شرط التحكيم وفق لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم[4] في حين ان عقد التحكيم (مشارطة) لا يعتبر تبعي لانه يصدر خارج عقد الاصلي.

وتجدر الاشارة ان النظم القانونية اللاتينية وعلى رأسها القانون الفرنسي كانت تأخذ بالتفرقة بين الشرط التحكيم ومشارطة التحكيم من حيث الطبيعة القانونية ومدى قوته الملزمة اذ ظل القضاء يرفض الاعتراف بها لفترة طويلة تماشيا مع المبدأ الذي أقرته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير الذي أصدرته في 01 جويلة 1843 الذي أجاز سوى للاتفاق الذي يبرمه الأطراف بعد نشوء النزاع اللجوء الى التحكيم[5].

اذا شرط التحكيم هو الحجر الأساسي الذي تقوم عليه هيئة التحكيم بعملها ،وشرط اساسي لتبادل الوظيفي من القضاء الى التحكيم ،كونه هو الذي يضفي عليها شرعية الاستبدال الذي يعبر عن ارادة الاطراف فهو عقد تبعي اتفاقي نهائي وملزم لكلا الطرفين .

الفرع الثاني:مشارطة التحكيم le compromis

أولا:تعريف مشارطة التحكيم

---

[1]– محمد كولا، مرجع سابق،ص98.

[2]–ايسر عصام داؤد سليمان، مرجع سابق،ص72.

[3]– نفس المرجع،ص 73.

[4]–نبيهة بومعزة، الطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيم في القانون الجزائري، مجلة التواصل، عدد 35، سنة 2013، ص227.
،ص227.

[5]–c.cass ;1juillet 1843,d.1843,p343.

تختلف المشارطة عن الشرط بأنها تتضمن الكثير من التفصيلات التي لا يمكن ان يشتمل عليها شرط التحكيم [1]،فلقد أقر المشرع الجزائري مشارطة التحكيم في نص المادة 1011 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية :"اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض النزاع سبق نشوءه على التحكيم الداخلي" كما تنص المادة 1040من نفس القانون "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة لتحكيم الدولي"[2]، معنى ذلك ان اتفاق التحكيم (المشارطة) يتم ابرامها بين الفرقاء في نزاع معين قائم يلتزم بمقتضاه على عرض النزاع على محكم او محكمين يختارونه للفصل فيه سواء كان تحكيم داخلي او دولي ،معنى ذلك ان اتفاق التحكيم (المشارطة) يأتي بعد ابرام العقد الاصلي .

كما عرفها المشرع الفرنسي في نص المادة 1447 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي باعتباره ذلك الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه أطراف نزاع معين قائم بالفعل بينهم، بعرضه على التحكيم، للفصل فيه بواسطة شخص أو أكثر من اختيارهم.

اما المشرع المصري فتطرق لها في نص المادة 10 من قانون 27 لسنة 1994"... كما يجوز ان يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد اقيمت في شأنه دعوى قضائية".

اذا المشارطة هي اتفاق خاص تبرمه الاطراف بعد قيام النزاع وبمقتضاه يتم تحديد موضوع النزاع وأسماء المحكمين ومكان اجراء التحكيم وقد يحددون كذلك القانون الذي يطبقه المحكمون[3]،فمشارطةالتحكيم تتعلق بنزاع قائم فعلا ويتطرق أطرافه الى كافة جوانبه كما يكون منفصل عن العقد الأصلي ،وعليه فهو ذلك الاتفاق الملحق بالعقد او المنفصل عنه زمنيا ، اما اذا وقع قبل وقوع النزاع فلا يعتبر مشارطة .

كمايشترط ان يكون موضوع النزاع قائما بالفصل بين الأطراف مدرجا في نطاق المسائل التي يجوز فضها بطريق التحكيم[4].

فمشارطة التحكيم هي وثيقة أساسية للتحكيم الدولي والتي تضع قاعدة سلوك الزامي بالنسبة للاطراف الموقعين عليها من حيث تنفيذها او الالتزام بحكمها ،كما يمكن ان نعتبر مشارطة التحكيم تنفيذا لشرط

---

[1]–ايسرداؤد سليمان،مرجع سابق ص 75.

[2]– أنظر المادة 1011وكذا المادة1040، من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 التضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية.

[3]–خالد كمال عكاشة،مرجع سابق،ص213.

[4]– ايسر داؤد سليمان،مرجع سابق ،ص74.

التحكيم الذي سبق الاتفاق عليه من قبل الفرقاء قبل قيام النزاع ، وبالتالي تعتبر مشارطة التحكيم كوسيلة للاستكمال العناصر الضرورية وإلا كان التحكيم باطلا ولذا يتعين تحديد العديد من المسائل الخاصة التي تتضمن تعيين النزاع على وجه الدقة ، وكذا تعيين المحكمين واللغة، والقانون الواجب التطبيق وكل هذا تحت مبدأ العقد شريعة المتعاقدين[1].

كما عبر بعضهم ان مشارطة التحكيم تعتبر معاهدة دولية يخضع ابرامها للقواعد العامة في ابرام المعاهدات الدوليةوفق للأحكام ومبادئ القانون الدولي العام [2].

وان كان يلاحظ ان المشرع الجزائري اسوة بالمشرع الفرنسي ،و السويسري والمصري تجازو التفرقة بين شرط التحكيم والمشارطة (التمييز الكلاسيكي) بل نص عليها بعبارة اتفاق تحكيم ، كان من المستحسن والاولى بالمشرع الجزائري المرور بهده المرحلة كون الدول التي عرفت هذا التمييز كان نتيجة لتجدر التحكيم في أنظمتها القانونية عكس الجزائر التي تعتبر حديثة العهد بالتحكيم التجاري الدولي وكونها اقل تنظيما لها، كان من الافضل والمرور اولا بهذه المرحلة للتفريق والتوضيح بين المصطلحين في المرسوم التشريعي او في قانونها الجديد حتى لا نقر بان المشرع اخد الانظمة القانونية على علتها مسلما بملائتها على الواقع الجزائري [3]، وفي هذا الصدد يكن ان نخلص الى تبين بعض نقاط التفرقة بين كل من شرط التحكيم ومشارطة التحكيم:

ثانيا:التفرقة بين مشارطة التحكيم وشرط التحكيم

- تختلف المشارطة عن الشرط بأنها تتضمن الكثير التفصيلات والتوضيحات التي لا يمكن ان يشتملها شرط التحكيم.

- المعيار المميز للمشارطة هو ان ابرامها يتم بعد قيام النزاع سواء بعد او قبل رفع الدعوى امام القضاء اي انه يمكن ابرامشارطة التحكيم في اي حالة او مرحلة يكون عليها اجراءات الدعوى، يكفي اتفاق الطرفين(تراضي) اذا رأوا ان مصالحهم تتفق مع ترك النزاع القضائي، عكس شرط التحكيم الذي يجب ادراجه في العقد الاصلي حتى نكون امام شرط تحكيم.

- مشارطة التحكيم هي اتفاقات لاحقة على قيام النزاع اما شرط تحكيم فانه يتعلق بنزاع محتمل لم تتحدد ملامحه، وقد يتم العمل به وقد لا يتم العمل به حسب الظروف.

---

[1]-خالد كمال عكاشة،مرجع سابق ،ص214.

[2]- مناني فراح،المرجع السابق، ص100

[3]-محمد كولا، مرجع سابق، ص98.

- مشارطة التحكيم تعد اتفاقا قائما بذاته ومستقلا عن العقد الاصلي،بينما شرط تحكيم يكون بندامن بنود العقد الاصلي.

- غالبا مايكون شرط التحكيم مختصرا ،يحيل فقط اجراء التحكيم لتسوية النزاع،اما مشارطة التحكيم فهو نظام كامل يحتوي على كل الاجراءات فهو يحدد موضوع النزاع، هيئة التحكيم، والإجراءات، والقانون الواجب التطبيق، واللغة ، والمكان ....الخ.

صحيح اليوم شرط التحكيم له نفس المرتبة والقوة القانونية مع مشارطة التحكيم ، لكن قبل ذلك فان المشرع الفرنسي كان لا يعترف به واعتبره مجردمرحلة تمهيدية سابقة على ابرام مشارطةالتحكيم.

الفرع الثالث: شرط التحكيم الاحالة

الثابت كما بينا سابقا،أن اتفاق التحكيم بصورتيه التقليديتين شرطا او مشارطة ،يعد من الأسس الجوهرية لعملية تبادل الأدوار الوظيفية من القضاء الى التحكيم ،فلا تبدأ هذه العملية إلا بعد التأكد من وجود اتفاق تحكيم صراحة، ويبقى لنا الان ان نتناول الصورة الثالثة والأخيرة من صور اتفاق التحكيم،ونعني بها شرط التحكيم بالاحالة،وهي الصورة المعاصرة بعد الصورتين التقليديتين السابقتين، وسنبين هذه الصورة من خلال تقسيمها الى قسمين تعريفها(اولا)وكذا شروط اعمالها(ثانيا)

أولا: تعريف شرط التحكيم بالإحالة

قبل التطرق لشرط التحكيم بالاحالة،نوضح المقصود بمصطلح الاحالة:وهو"مصطلح قانوني موجود في كثير من فروع القانون خاصة في مرافعات القضائية،ويعتبر احدى الوسائل الفنية التي يستخدمها المشرع ويسعى بمقتضاها على اعادة تنظيم سير الدعوى المطروحة أمام القاضي بنقلها تلقائيا ،الى محكمة أخرى لاختصاصها بها او المحكمة المطروح امامها ذات الدعوى او المرتبطة بها ، وبالتالي فهي وسيلة فنية تعتمدها النظم القانونية اما لتخفيف من جزاء مخالفة قواعد الاختصاص،واما لتلافي مضار الحالات التي يثبت فيها الاختصاص [1]،و اما اشارة من طرف متعاقدين لبند تم العمل به من قبل تفاديا لتكرار ،فكثير مانسمع الاحالة لمسالة قانونية، واحالة دعوى، والاحالة للتحقيق وشرط التحكيم بالاحالة...الخ ومايهنا في هذا المجال" **شرط التحكيم بالاحالة** " .

[1]–هشام خالد، الدفع بالاحالة، لقيام ذات النزاع أمام قضاء الدولة وقضاء التحكيم في نطاق المنازعات التجارية الدولية،منشأة المعارف ،الإسكندرية– مصر، طبعة الأولى سنة 2008،ص7.

يعتبر شرط التحكيم بالاحالة من الصور الحديثة لاتفاق التحكيم، ونعني بها إشارة المتعاقدين في عقد من العقود أو العقد الأصلي الى وثيقة تتضمن شرط التحكيم واعتبارها جزءا لايتجزأ من العقد[1]،والفرض في هذه الصورة أن العقد الأصلي المبرم بين الأطراف لم يتضمن شرطا صريحا للتحكيم، بل اكتفى الأطراف بالإشارة الى عقد سابق بينهم ،او الى عقد نمطي او شروط معروفة التعامل بينهم، وذلك لتكملة النقص أو سد الثغرات التي تعتري عقدهم او تفادي لتكرارها، وكان ذلك العقد النموذجي او تلك الشروط العامة تتضمن بين بنودها شرطا او بندا يقضي بتسوية النزاعات التي تنشأ بينهم عن طريق التحكيم،دون أن يستطيع اولئك الأطراف التنصل بدعوى استقلال العقد الأصلي عن العقد المحال اليه أو الشروط العامة المحال اليها والمتضمنة شرط تحكيم [2].

وبالإطلاع على مجمل مواد قانون 09/08المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري، نلاحظ أن المشرع لم يشر الى شرط التحكيم بالحالة بتاتا،وانما اكتفى بالنص على الصورتين التقليديتين فقط من الباب الثاني الفصل الأول في القسم الأول من (المادة1007 الى1010)وكذا القسم الثاني(من المادة1011الى1013)، على نقيض ماجاء به المشرع الفرنسي الذي اشار الى شرط التحكيم بالاحالة في نص المادة 1493قانون الاجراءات المدنية الفرنسي بقولها:

« directement ou par référence a un règlement d'arbitrage peut designer le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation ».

كما نصت المادة 10الفقرة الثالثة من القانون المصري الجديد على شرط التحكيم بالاحالة اذ جاء فيها:"يعتبر اتفاقا على التحكيم كل احالة ترد في العقد الى وثيقة تتضمن شرط التحكيم اذا كانت الاحالةواضحة في اعتبار هذا الشرط جزء من العقد"[3].

والملاحظ أن شرط التحكيم قد لا يرد في العقد الأصلي ، ولكن قد يكتفى بالإحالة الى وثيقة تتضمن شرط التحكيم، ولو كانت هذه الوثيقة صادرة من شخص من الغير، على أن تكون الإحالة الى شرط التحكيم في هذه الوثيقة احالة واضحة ومثالها إحالة سند الشحن الى وثيقة ايجار السفينة المتضمنة شرط التحكيم[4].

---

[1]–خالد كمال عكاشة ، مرجع سابق،ص216.

[2]–أيسرداؤد سليمان،مرجع سابق،ص80.

[3]– راجع قانون التحكيم في المواد التجارية والمدنية المصري رقم 27 لسنة 1994 وفقا لأخر تعديل سنة 2009

[4]–مناني فراح ،مرجع سابق،ص97.

وهذا ما أخذت به كذلك المادة 06/07من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985"تعتبر الاشارة في عقد ما الى مستند يشتمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم،شريطة أن يكون العقد مكتوبا وأن تكون الاشارة قد وردت فيه بحيث تجعل ذلك الشرط جزءا من العقد"[1].

وعليه نستنتج انه اذا قام اطراف التجارة الدولية عند انشاء العقد الأصلي بندا يحيل لعقد تم التعامل به من قبل أو الى وثيقة صدرت من شخص معين تنص على شرط التحكيم، فانه يعتد بها كدليل اتجاه ارادتهما الى حل النزاعات التي تنشا بينهم وفقا للتحكيم والإعمال بها،وهذا تماشيا مع مبدأ اعمال سلطان الارادة،حتى وان لم تنص عليه التشريعات الوطنية في موادها كون العقد شريعة المتعاقدين.

ويتضح من النصوص التي سبق الاشارة اليها بخصوص شرط التحكيم بالإحالة ،أنه مظهر من مظاهر تشجيع المشرع للتحكيم، وشرعية للتبادل الوظيفي بينه وبين القضاء الوطني ،في تسوية النزاعات والفصل فيها، انطلاقا من وجود اتفاق تحكيم صحيح ، و تسليما بأن الاطراف قد حرروا هذا الاتفاق في عقدهم الأصلي،او اكتفوا بالإشارة اليه عن طريق الاحالة الى وثيقةاو عقد أخر تضمن شرط التحكيم.

ثانيا: شروط اعمال شرط التحكيم بالإحالة

لا يجب الاعتراف بصحة شرط التحكيم بالإحالة بصورة مطلقة ، بل يقتضي التحقق أولا من بعض الشروط الواجب التأكد منها بقيام شرط التحكيم في شأن العقد الذي تتضمنه الاحالة نبينها في النقاط التالية:

1) ان تكون الوثيقة المحال اليها سابقة في وجودهاعلى العقدالمحيل،فلا تكتفي الاحالة الى اتفاق لا حق أو عمل قانوني لاحق يصدر بعد ابرام العقد المحيل،او غير موجود في حيز الوجود بعد.

2) أن تكون الاحالةواضحة وصريحة دالة الألفاظ في اعتبارشرط التحكيم المحال اليه جزء من العقدالمحيل،أي ان الشرط جزء لايتجزأ من العقد المبرم ،حيث يمكن عندئذ فقط التأكد من أن نية الأطراف اتجهت بالفعل الى مد نطاقه ليشمل تسوية النزاعات التي تنشا في ظل عقد جديد[2].

3) يجب أن يكون العقد الوارد به الاحالةأي العقد الاصلي القائم بين الأطراف مكتوبا والكتابة يفرضها اعتباران الأول تيسير عملية اثبات شرط التحكيم بالإحالة عند انكاره من احد الأطراف، والثاني ان اتفاق التحكيم ذاته يجب ان يكون مكتوب فالكتابة شرط شكلي تفرضه القوانين ومنها الجزائر ،وسيأتي شرحه بالتفصيل في شروط الشكلية ادناه.

---

[1]–قانون اليونسترال النموذجي لتحكيم التجاري الدولي عام 1985مع التعديلات التي اعتمدت في 2006،مادة رقم7فقرة 6.

[2]–خالد كمال عكاشة،مرجع سابق،ص218.

4) يجب ان تكون الوثيقة المحال اليها تتضمن هي كذلك شرط التحكيم ، ويفترض علم الأطراف على ذالك صراحة او ضمن اذا كانت تعاملاتهم متكررة وعلم بها مسبقا[1]

المبحث الثاني: شروط صحة اتفاق التحكيم

سبق الاشارة أن تفضيل واختيار التحكيم كوسيلة لفض منازعات التجارة الدولية ، يستلزم توفر اتفاق تحكيمي باعتباره مصدر هذا التبادل والاختيار وأساس وجوده، لكن هذا لا يكفي وحده اذ حتى يرتب اتفاق التحكيم أثاره القانونية باعتباره عقدا في الأساس لابد أن يبقى مرهونا بفاعلية وفعّالية مصدر اللجوء اليه _ اتفاق التحكيم– في فض المنازعات واختياره بديلا عن القضاء الوطني ، اذ يتطلب توافر متطلبات موضوعية لصحة الالتزام الملقى على عاتق أطراف العلاقة التجارية كتوفر الرضا والأهلية والمحل والسبب، فضلا عن متطلبات شكلية .

المطلب الأول: الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم ينشأ بتطابق إرادتين لإحداث أثر قانوني معين تنشأ فيه التزامات متبادلة بين الطرفين لذا يجب ان تتوفر في هذا العقد الشروط العامة اللازمة لصحة العقود والواردة في القانون المدني بصفة عامة وهي ان يكون هناك تراضي صحيح خالي من عيوب الإرادة، فظلا عن صدور التصرف من ذي أهلية، وأن يكون هذا التراضي نابع على محل ممكن ومعين وقابل للتعيين وقابل للتعامل فيه وان يستند إلى سبب موجود ومشروع .

الفرع الاول: التراضي

اتفاق التحكيم ينشأ بتطابق إرادتين لإحداث أثر قانوني معين تنشأ فيه التزامات متبادلة بين الطرفين لذا يجب ان تتوفر في هذا العقد الشروط العامة اللازمة لصحة العقود والواردة في القانون المدني بصفة عامة وهي ان يكون هناك تراضي صحيح خالي من عيوب الارادة، فظلا عن صدور التصرف من ذي أهلية، وأن يكون هذا التراضي نابع على محل ممكن ومعين وقابل للتعيين وقابل للتعامل فيه وان يستند الى سبب موجود ومشروع .

نقصد بالتراضي تطابق ارادتين واتجاههما الى ترتيب أثار قانونية تبعا لمضمون ماتفق عليه[2].باعتبار أن التحكيم يقوم على رضا الأطراف وقبولهم به كوسيلة لحسم كل او بعض المنازعات التي تنشا بينهم بمناسبة علاقة قانونية عقدية او غير عقدية، معنى انه اذا تعلق الامر بشرط تحكيم يكون تطابق الارادتين بشأن شرط

---

[1]– ايسر داؤد سليمان،مرجع سابق،ص83.

[2]– نفس المرجع ،ص93.

التحكيم باعتباره ضمن شروط العقد الأصلي أما اذا تعلق الأمر بمشارطة تحكيم فيكون التحكيم هو محل هذا الاتفاق وليس مجرد شرط وارد في العقد أو العلاقة الأصلية[1].

فإرادة المتعاقدين هي التي توجد التحكيم وتحدد نطاقه من حيث المسائل التي يشملها والقانون الواجب التطبيق وتشكيل هيئة التحكيم وسلطاتها وإجراءات التحكيم ككل وعلى ذلك متى تخلف الرضا امتنع القول بوجود اتفاقية التحكيم وبالضرورة امتنع القول بقيام التحكيم[2]، اي لابد أن تتجه ارادة الاطراف المتطابقة للجوء الى التحكيم كبديل لقضاء الدولة، وحدوث الاثر القانوني المرغوب فيه وهو تفضيل التحكيم على القضاء من أجل حسم النزاع القائم الآني اوالمستقبلي.

وبالتالي يكون التراضي متحققا بقبول "مبدأ التحكيم" ذاته كموضوع للعقد، او بند من بنود العقد الاصلي ، ويتم الاتفاق عليه من خلال المفاوضات التي تدور حول كل بند من البنود العقداو العقد ككل، ومنه نستنتج أن اتفاق التحكيم كأي عقد أساسه الارادة.لذلك يلزم لوجود التراضي بالتحكيم وصحته توافر أمرين أساسين لا يجب الخلط بينهما:

- **وجود** الرضابالتحكيم،حيث أن تخلفه يؤدي الى وقوع اتفاق التحكيم **باطلا**.
- **صحة** الرضا بالتحكيم ،حيث أن تخلفه او اختلاله يؤدي الى وقوع اتفاق تحكيم **قابلا للأبطال**[3].

بمعنى أن اتفاق التحكيم يعد تصرف قانوني ينشأ يتبادل ارادتين،وتطابق الايجاب مع القبول، ويفترض أن يكون سليما قائم عن ارادة حرة خالية من عيوب (الغلط ،والاكراه،التدليس،الاستغلال).

لكن تجد الاشارة ان عيوب الرضا التي يمكن ان تصيب العقد الأصلي (عقد المشروع التجاري) لاينتقل أثر بطلانها الى شرط التحكيم لتمييزه بخاصية الاستقلال[4]، هذا مابينته التشريعات الوطنية والدوليةعلى غرار المشرع الجزائري في نص المادة 1040 الفقرة الاخيرة من ق إ م إ وكذا المادة 23 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة1994.

---

[1]- محمود مختار البربري، التحكيم التجاري الدولي،دار النهضة العربية،الاسكندرية، الطبعة الرابعة، سنة 2012،ص 45-46

[2]-حسين مصطفى فتحي،مجلة التحكيم العربي،العدد08 اغسطس 2005ص165.

[3]-ايسرداؤد سليمان، المرجع السابق، ص95.

[4]- وفقا للمبادئ العامة في القانون المدني هو تبعية الجزء للكل، وان مابني على باطل فهو باطل ومنطقي ان أثرالعقد في هذه الحالة يزول بكل ما يتضمنه اذا اعتراه عيب من عيوب ، لكن خصوصية التحكيم انتهت الى نتيجة مغايرة تماما مفادها استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي ورد فيه،فلا يؤدي بطلا أو انهاء أو فسخ العقد الأصلي الى التأثير على شرط التحكيم اذ يضل الشرط صحيح طالما له وجود قانوني مستكملا لاركان صحته

غير ان الفقه المدني أعطى تفسيرا مبسطا على الفكرة، أن شرط التحكيم قد ينتقل اليه البطلان من العقد الأصلي اذا كان في هذا الأخير صفةأحد المتعاقدين هي التي أصيبت بإحدى العيوب(غلط والاكراه) ، بينما لا ينتقل البطلان الى شرط التحكيم اذا كانت قيمة المعقود عليه أو المحل هما اللذان وقع عليهما العيب في العقد الأصلي[1].

كما يجب الاشارة أن التعبير عن الارادة ليس بصورة سهلة في الغالب،وإنما تنشأ عنها إشكالات عديدة عند البحث عن هذه الارادة وتفسيرها،فمن المسلم به ان اللجوء الى التحكيم اختياري ليس ملزم بل هو متوقف على ارادة الطرفين كسبيل لحل منازعاتهم، لذا يجب على الأطراف ان يبنوا هذه الارادة بشكل صريح وواضح ،اذيتضح شرط الرضاء بالتحكيم من خلال ما أورده المشرع المصري في نص المادة04من قانون التحكيم المصري لعام 1994"ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون الى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة.."ومناط هذه الارادة الحرة هو توافر شرط التراضي صحيح[2]، وهذا في غياب نص صريح على ذلك في التشريع الجزائري.

لما كان رضا الأطراف ركنا أساسيا في الاتفاق على التحكيم، لذلك فان هذا الرضا لا يفترض،وإنما لابد ون مجود الدليل عليه والتعبير عنه صراحة باعتباره نظاما استثنائيا يعهد اليه الأطراف لحل خلافاتهم وفيه خروج عن الأصل الذي يعود للقضاء العام في الدولة في جميعا النزاعات التي تقع بين الافراد ايا كان موضوعها،وعليه لابد التأكد من وجود الرضا لدى الأطراف على اختيار التحكيم كوسيلة لحل منازعاتهم، لان تخلف عنصر الرضا ايا كانت صورته أو صحته يؤدي الى انعدام الاتفاق وبالتالي يكون الاتفاق على التحكيم باطلا[3].

الا أن الملاحظ ان التحكيم في منازعات في بعض منازعات التنمية الاقتصادية والتجارية مثلا : عقود الاستثمار له خصوصية عن التحكيم في بقية العقود، اذ أنه هناك نوع من التحكيم يسمى التحكيم الأحادي الجانب ،الرضا في هذا النوع من التحكيم له منظور مختلف اذ انه لا يتطلب التعبير عن تطابق ارادتين وتلاقي الايجاب مع القبول وانما يكون الرضاء مستمد من مجرد التوقيع الدولة على اتفاقية استثمار تنص

---

[1]– نبيل اسماعيل عمر،التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، دون طبعة، سنة 2004،ص 46.

[2]–ايسرداؤد سليمان،مرجع سابق،ص94.

[3]– محمود السيد عمر التحيوي، الرضاء لا يفترض وانما لابد من وجود الدليل عليه، دار المطبوعات الجامعية،مصر، دون طبعة، سنة 2002،ص 128.

على اللجوء الى التحكيم كألية لفض منازعات عقود الاستثمار او قد تعهد بالتحكيم الى مركز تحكيم بعينه كمركز الأكسيد ،او قد يكون الرضا بالتحكيم مصدره نص تشريعي في قانون الاستثمار الوطني على امكانية اختيار التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات عقود الاستثمار بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي [1].

الفرع الثاني: الأهلية

لما كان اتفاق التحكيم تصرفا قانونيا تتجه ارادة الاطراف فيه الى إحداث أثر قانوني معين يتمثل في تبادل المراكز القانونية بين القضاء والتحكيم أين يسلب التحكيم الاختصاص بتسوية موضوع النزاع بعيدا عن قضاء الدولة، فانه يتعين بالضرورة أن يصدر من أشخاص تتوافر فيهم الأهلية اللازمة والكافية لإبرام اتفاق التحكيم ، اذا انعدمت هذه الأهلية أو كانت ناقصة كان اتفاق التحكيم باطلا او قابلا للابطال ولا يرتب أثره القانوني .

وهنا يثور اشكال أخر لإبرام اتفاق التحكيم يتمثل في التأكد من صحة اهلية الأطراف التي تبرم مثل هذه العقود(اتفاق التحكيم).

والأهلية المتطلبة في هذا الشأن هي أهلية التصرف المتمثل في صلاحية الشخص لإعمال إرادته إعمالا من شأنه ترتيب الأثر القانوني الذي ينشده، لذلك يجب ان كون لدى طرفي اتفاق التحكيم أهلية التصرف في الحق المتنازع عليه وهذا ماجاء النص عليه في المادة /1006/فقرة 1(ق إ م إ) الجزائري أنه " يمكن لكل شخص اللجوء الى التحكيمفي الحقوق التي له مطلق التصرف فيها".

هذا ما طلبه المشرع المصري في قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 في المادة 11 والتي نصت على انه"لايجوز الاتفاق على التحكيم إلا لشخص طبيعي أو اعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه"[2]

وهو ما أخذبه المشرع الفرنسي في نص المادة 2059 في القانون المدني "على عدم جواز اتفاق التحكيم الا لمن كانت له سلطة التصرف في الحق موضوع النزاع ".

وترتيبا لذلك يتضح من هذه النصوص أن الأهلية اللازمة لصدور إرادة صحيحة لإبرام اتفاق التحكيم هي اهلية التصرف،فقد سمح المشرع الجزائري كل من توافرت لديه أهلية التصرف في ابرام اتفاق التحكيم دون غيره،هذا اذا كان الأشخاص طبيعيين ،أما اذا كان طرفي النزاع شخص اعتباري اي شخص معنوي له

---

[1]– هند محمد مصطفى مصطفى،وسائل تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي،رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق قسم القانون التجاري ،جامعة القاهرة،سنة 2015، ص 205–206.

[2]– ممدوح عبد العزيز العنزي، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي الأسباب والنتائج دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، طبعة الأولى،سنة 2006،ص 96.

شخصية قانونية وأهلية الوجوب ولها حق التقاضي من ثمة فان الممثل القانوني لهذه الاشخاص الاعتبارية هو الذي يعبر عن إرادتها في كافة التصرفات ومنها اتفاقية التحكيم[1]، لذا يجب ان يكون ممن يملك التصرف في الحقوق.وعليه بمفهوم المخالفة فان كل من لم تتوافر أهلية التصرف،فانه يحظر عليهم ابرام اتفاق التحكيم، ويقصد بذلك القصر وناقصي الأهليه، الا اذا أذن لهم بذلك،أو جرى ترشيدهم ،أو أوكلوا الأمر لوكيل او نائب ينوب عنهم.

أولا: أهلية الشخص الطبيعي:طبقا للقواعد العامة في القانون المدني تنقسم الاهلية الى نوعين اهلية وجوب:ويقصد بها صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق وتحمل الواجبات وهي تثبت للإنسان منذ ولادته حيا وأهلية أداء وهي صلاحية الشخص لإعمال ارادته اعمالا من شأنه ترتيب أثر قانوني في حقه [2]وهذه الأخيرة هي المتطلبة لإبرام اتفاق تحكيمي صحيح.

ويكون الشخص الطبيعي مؤهلا للاتفاق على شرط التحكيم متى توافرت فيه شروط المنصوص عليها في نص المادة 40 من قانون المدني الجزائري وهو بلوغه سن الرشد أي 19 سنة كاملة او يكون متمتع بقواه العقلية ولم يحجر عليه[3].

بالتالي القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد أو مصاب بعارض من عوارض الأهلية،أو الشخص الراشد الذ يصدر حكم قضائي بالحجر عليه بسبب اصابته بعارض من عوارض الاهلية(الجنون،العته،السفه،الغفلة) أو الجاني الذي يقضي عقوبة جنائية لايجوز لهم القيام بأي تصرف قانوني لأن اهليته منعدمة، وبهذا لا يجوز الاتفاق على شرط التحكيم لانه سيقع عليه حكم البطلان ان باشر التصرف الخاص بالتحكيم الا في نطاق الاذن المسموح له من قبل المحكمة المختصة الأشخاص المصرح لهم القيام بذلك نيابة عنهم كالولي والوصي والمقدم.

وتجدر الاشارة انه يمكن للقاصر البالغ ثمانية عشر سنة مزاولة التجارة وذلك بعد أن يحصل على اذن من والده أو أمه أو وليه، او قرار من مجلس العائلة مصادق عليه من طرف المحكمة، ليصبح أهلا للقيام بجميع الأعمال التجارية التي اذن بمباشرتها والاتفاق التحكيم بشأنها ، غير أن المشرع استثنى التصرف في أموال

---

[1]–نبيهة بومعزة،مرجع سابق،ص224.

[2]– عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني،نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام) ،مجلد الأول العقد ،الطبعة الثانية،القاهرة، دار النهضة العربية،1981،ص 442.

[3]– المادة 40 من القانون المدني"كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة.

القاصر العقارية في مجال الترشيد لانه ينظر اليه انه غير مكتمل الأهليه وانه يحتاج الى حماية وعليه وجب اتباع الاجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر أو عديمي الأهليه[1].

تثير أهلية التصرف أن العاهة التي تفشت وأبانت قبل صدور الحكم وبعد مباشرة التصرفات فانه يمتد الحكم البطلان اليها[2]، اما بالنسبة للشخص الذي صدر حكم بفقدانه نتيجة لغيابة فعلى المحكمة المختصة ان تعين من يتولى ادارة أموره وتسيير أمواله وبالتالي يرجع هذا الحق للولي او الوصي او المقدم كما نصت المادة 84 من قانون الاسرة الجزائري بعد الحصول على اذن من القاضي المختص والسماح له كذلك بإذن للاتفاق على التحكيم وتمتد مهمته الى غاية ظهور الغائب او المفقود أو الحكم بوفاته.

كما يمكن للقاضي تعيين مساعد قضائي يتولى مباشرة التصرفات عن الشخص المصاب بإحدى العاهتين (عمي بكم،عمي صم، صم بكم) فاذا قام الشخص المصاب بتصرفات دون ان يحضر الاتفاق دخلت هذه التصرفات في دائرة قابلية البطلان ، فاذا كان شرط التحكيم من ضمن هذه التصرفات التي قاب بها المصاب وكانت في نطاق عمل المساعد القضائي فانه جاز الاتفاق عليها، اما ذا كانت خارجة عن مهمة المساعد فلايجوز له الاتفاق على شرط التحكيم[3].

وفي هذا السياق سنبين الحالات قانونية التي يكون فيها شخص طبيعي اهلا لصدور اتفاق تحكيمي:

أ- **أهلية المفلس في اللجوء الى التحكيم:**المفلس هو الشخص الذي صدر بحقه حكم قضى بإعلان افلاسه ويترتب عليه رفع يد المفلس عن ادارة امواله والتصرف بها [4]، وتبعا لذلك يحظر على المفلس الاتفاق على التحكيم ابتداء من تاريخ الحكم بإفلاسه ، الأمر الذي يعني بأن اتفاق التحكيم المبرم قبل اعلان افلاسه يكون صحيحا وملزما لوكيل التفلسة(المتصرف القضائي)الذي يتولى تنفيذه ومتابعة اجراءاته في حال بدئها قبل اعلان افلاسه بعد حصوله على اذن من القاضي المنتدب وبعد سماع اقوال المدين أو استدعائه برسالة مستعجلة حسب ما نصت عليه المادة 270 من قانون التجاري، اما في حالة التسوية القضائية فيجوز للمدين

---

[1]- بوالصلصال نورالدين، الاختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم،رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، سنة 2011،ص62.

[2]- انظر نص المادة 107 من قانون الاسرة الجزائري.

[3]- عبد الوهاب عجيري،شرط التحكيم التجاري الدولي حسب التشريع الجزائري، مذكر لنيل شهادة الماجستيرفي القانون الخاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة سطيف 02، سنة 2014،ص 28.

[4]- ممدوح عبد العزيز العنزي، مرجع سابق،ص107.

بمساعدة الوكيل المتصرف واذن من القاضي المنتدب القيام بإجراء التحكيم وهذا طبقا لما نصت عليه المادة 275 من القانون التجاري.

زد على ذلك ان يمنع للشخص المفلس من اللجوء الى التحكيم في الأموال والحقوق و المرفوعة يده عنها، معنى ذلك انه بإمكانه اللجوء الى التحكيم بشأن بعض الحقوق المتعلقة بآثاره الفنية أو الأدبية أي الاموال التي لا تدخل في التفلسة او التي لا يجوز الحجز عليها ووضع اليد عليها .

كما يمكن ان يقع الصلح بين المدين التاجر ودائنيه في اطار عقد صلح الذي نشأ بينهما على مسألة الديون وطلك لتحديد مواعيد استحقاقها أو تحديد طرق تسديدها في حين لا ينتج عقد الصلح أثاره إلا بعد صدور الحكم القضائي بالتصديق عليه ويكون هذا الحكم مستوفي جميع طرق الطعن فيه اي حكم ينهي مهام وكيل التفلسة وبالتالي استرجاع أهلية التاجر (المستثمر) في التصرف، وبالتالي امكانية القيام بابرام اتفاق تحكيم وتبقى صحيحة حتى وان تم ابطال الصلح او إلغاءه إلا اذا تعرضت حقوق دائنين الى طرق احتيالية او تدليسية صادرة من مدين[1].

ب- أهلية الوكيل والممثل القانوني في اللجوء الى التحكيم:الأصل قانونا انه يعمد الى ابرام اتفاق تحكيم من طرف الأشخاص المعنيين بالنزاع وأصحاب المصلحة المباشرة فيه ، الا أن ذلك لا يمنع لهذا الطرف ان يوكل شخص أخر سلطة ابرام اتفاق التحكيم باسمه ولحسابه بموجب عقد وكالة يسمح له بذلك [2]،وهذا الاتفاق قد يكون اتفاقيكما قد يكون قانوني أو قضائي .

وتمثل الوكالة اهم الصور الجاري العمل بها في الانابة الاتفاقية ، ويشترط القانون ان تكون الوكالة بالتحكيم وكالة خاصة وهذا الاشتراط ورد في نص المادة 574 من قانون المدني الجزائري كما نصت عليه المادة 1989 من قانون المدني الفرنسي وكذا في المادة 701 من قانون المدني المصري .

الا أنه في مجال العلاقات الدولية استقر العمل التجاري الدولي على ان الوكالة العامة تكفي لصحة اتفاقية التحكيم الذي يبرمها الوكيل عندما تمنح له هذه الوكالة وفقا للعادات السائدة في مكان معين أو تجارة معينة متى كانت العادات تلزم المتعاقدين باتفاقية التحكيم لذلك يرى اتجاه من الفقه أنه مدام أن اللجوء الى التحكيم أصبح هو الغالب في عقود الاستثمار فان تضمينها اتفاق التحكيم أصبح من الأمور المعتادة على نحو يمكن

---

[1]- أنظر: المادة 345،334،317 من قانون التجاري الجزائري.

[2]- ممدوح عبد العزيز العنزي،مرجع سابق ص110.

القول بوجود قرينة مفادها ان تفويض الوكيل سلطة تضمين العقد اتفاقية التحكيم يعد حاليا من التعهدات المقبولة ضمنا والتي أسسها العرف التجاري[1].

كما قد يكون التمثيل بحكم قانوني رغبة في حماية القاصر اما بالنيابة المقيدة بالرقابة القضائية او التي اشترط فيها على الوصي ان يكون حريصا حرص الرجل العادي، كما قد يكون التمثيل بحكم قضائي اذا وجدت حالات المبررة لذلك للفاقد الأهلية او ممن له المصلحة في ذلك أو في اطار المساعدة لعدم القدرة الجسمانية للمصاب بعاهتين من صم او بكم او عمى[2].

أ- أهلية الحارس القضائي والأشخاص المتضامنين في اللجوء الى التحكيم:يعين الحارس القضائي من طرف المحكمة المختصة من أجل عدم ضياع الأموال المتنازع عنها فيقوم بحراستها في حدود السلطات المخولة له بها ،لكن قد يخول له اثناء ممارسة مهامه أن يلجأ الى التحكيم في نطاق الاعمال التي يقوم بهاقياسا على سلطة الوصي أو القيم[3] .

وقد اختلف الفقه بشان المصفي بين مؤيد ومعارض للقيام بالاتفاق على التحكيم ، فالبعض يرى انه لا يمكنه القيام بذلك مالم يوجد نص خاص يقضي بذلك، كذلك فان المصفي لايمكن ان يباشر أعمالا جديدة للشركة الا اذا كانت لازمة، في حين البعض الأخر ركز على تماثل المراكز القانونية بين المصفي وبين المدير، فإعطاء هذا الخير سلطة الاتفاق على التحكيم يسمح كذلك للمصفي للقيام بذلك[4].

كما يحق للدائنين المتضامنين او المدنين المتضامنين كامل الحرية في رفض او قبول اتفاق خاص بالتحكيم الذي يبرمهم احد متضامنيهم ، فاذا قبلوا انصرفت إليه أثاره واذا لم يتفقوا أو رفضوا فانه لا تنصرف اليهم اثاره إلا لمن باشره فقط[5].

ثانيا: أهلية الشخص المعنوي (الاعتباري) للجوء الى التحكيم:

---

[1]- سامية راشد، التحكيم ف العلاقات الدولية الخاصة،الكتاب الأول (اتفاق التحكيم)،دار النهضة العربية، القاهرة، دون طبعة، سنة 1984، ص 290.

[2]- بوالصلصال نور الدين، مرجع سابق، ص 64.

[3]- الجمال مصطفى وعبد العال عكاشة ،التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،الطبعةالأولى،سنة 1998 ،ص 440.

[4]- نفس المرجع،ص 440.

[5]- نفس المرجع،ص 460.

اضافة الى الشخص الطبيعي كطرف في اتفاق التحكيم ، أجازت التشريعات للأشخاص الاعتبارية أن تكون طرفا هي كذلك في اجراءات التحكيم ، ولكن بشرط أن تتوف على الأهلية اللازمة لذلك سواء بالنسبة لشخص المعنوي الخاص او عام ولا بأس هنا من عرض موجز لأهلية الاشخاص المعنوية الخاصة ثم اهلية الاشخاص العامة التي اورد فيها المشرع استثناءات .

1-أهلية الاشخاص المعنوية الخاصة في اللجوء الى التحكيم: :يمكن للأشخاص المعنوية الخاصة متى توفرت لها كافة مقومات الشخصية المعنوية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات مادام انها تدخل في نطاق الغرض الذي أنشأت من أجله، وبالتالي يمكن أن تتمتع الأشخاص المعنوية الخاصة بأهلية ابرام اتفاق التحكيم متى تمتعت بالشخصية القانونية .

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يضع أي قيد حول أهلية الأشخاص المعنوية الخاصة وأجاز لها لإبرام اتفاقية التحكيم طبقا لنص المادة 1006/فقرة 1 "يجوز لكل شخص(طبيعي او معنوي) اللجوء الى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها " عكس الفقرة الثالثة التي رجع و وضع فيها ضوابط بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة دون اشارة الى الاشخاص المعنوية الخاصة [1].

وهو ما اعترف بها كذلك المشرع المصري في المادة الأولى من قانون رقم 27 لسنة 1994" ..تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام او الخاص ايا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع ، اذا كان هذا التحكيم يجري في مصر او كان تحكيما تجاريا دوليا يجري في الخارج او اتفق اطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون.."[2].

كذلك بالنسبة للمشرع الفرنسي الذي اعترف هو كذلك للشخص الاعتباري الخاص بهذه الأهلية، بحيث لم يحظر اللجوء الى تحكيم عكس الشخص الاعتباري العام الذي سمح له ضمن ضوابط سنأتي على ذكرها لاحقا.

وتجد الاشارة أن الشركات التجارية هي الوحيدة من بين الأشخاص الاعتبارية الخاصة التي تقوم بممارسة المعاملات التجارية دون المؤسسات والشركات المدنية التي تحمل نفس صفة الاشخاص الاعتبارية الخاصة، وعليه فهي أكثر الأصناف لجوء الى التحكيم ،لكن بشرط تمتعها بالأهلية الكاملة لابرام اتفاق التحكيم وهي القيد بالسجل التجاري طبقا لنص المادة 546 من قانون التجاري" لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية الى من تاريخ قيدها في سجل التجاري" كما نصت المادة 50 من قانون المدني على انه تكتسب الشركة الاهلية

---

[1]- أنظر المادة 1006 من قانون رقم 09/08

[2]- ممدوح عبد العزيز العنزي، مرجع سابق، ص 117-118

في الحدود التي يعنيها عقد انشائها أو التي يقررها القانون. وفي هذا اشارة واضحة الى ضرورة التزام الشركة بالغرض الذي انشات من اجله وهو الذي يمثل أهليتها، كما نصت المادة 417من قانون المدني انه تعتبر الشركة شخص معنوي بمجرد تكوينها غير انها لا تكون حجة للغير الا بعد استيفاء اجراءات الشهر التي نص عليها القانون[1].

كما جاء في نص المادة 10 من قانون المدني ان التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج أثارها اذاكان احد الأطراف اجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع لسبب فيه خفاء لا يسهل تنبيهه على الطرف الأخر فان هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة " معنى ذلك ان الأصل في العلاقات الدولية ان يكون المتعاقدين مكتملين الأهلية وعليه فان اتفاقية التحكيم التي يبرمها طرف أجنبي (اعتباري خاص) ولم تكتمل شخصيتها المعنوية تعتبر اتفاقية صحيحة متى كان دلك مخفي يصبح تبيينه وهذا ماأكده المشرع الفرنسي في محكمة النقض في قضية اهلية الشركة الايرلندية وايتون الفرنسية،حيث جاء الحكم أن أهلية رفع الدعوى لاتستند الى النظام العام الدولي كما هو معروف في فرنسا فان محكمة الاستئناف بتاريخ 1997/09/06 يكون باستطاعتها أن ترفض الدفع بالالغاء على حكم التحكيم المؤسس على الخطأ في أهلية الشركة الايرلندية أورال هدسون وشطبها المؤقت من السجل التجاري دون الالتفاف الى صدوره بوسيلة غير فعالة وأن الحكم المطعون فيه يقوم على أساس قانوني سليم ولهذه الاسباب المحكمة ترفض الدفع وتحكم على شركة أيتون بالمصاريف"

وكانت شركة اورال هدسون قد شطبت من السجل التجاري بدبلن لأنها لم تراعي بعض اجراءات الرسمية ولم يتم قيدها الا بعد النطق بحكم التحكيم الذي صدر لصالحها، واستندت الشركة ايتون لطعن أن غياب أهلية الشركة المنافسة لها أورال ايدسون ومن جهة أخرى الى الاخلال بالنظام العام الدولي مستندة الى على واقعة ان حكم صدر لصالح شركة فاقدة للأهلية ولم تستعد اهليتها الا بعد صدور الحكم فرفضت محكمة الاستئناف هذا الطعن وقررت عدم قبوله[2].

وتجدر التفرقة بين الشركات التجارية والشركات المدنية في اللجوء الى التحكيم فالنسبة للشركات المدنية فإن مدير الشركة لايملك سلطة ابرام اتفاق التحكيم إلا بوكالة خاصة.

---

[1]- بوالصلصال نور الدين، مرجع سابق،ص 66.

[2]- أنظر بخصوص هذا الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 1999/12/01 في مجلة التحكيم العربية ، العدد الرابع أوت 2001،ص194-195.

اما بالنسبة للشركات التجارية فنفرق بين شركات الأموال وشركة الأشخاص ففي شركات الأشخاص يحدد غرض الشركة مديرها فلا يستطيع ابرام اتفاق التحكيم الا بصدد نزاع متعلق بغرض الشركة،أما بالنسبة لشركة الأموال لايحدد غرض الشركة من حيث المبدأ سلطات المديرين فيستطيع مدير الشركة ابرام اتفاق التحكيم حتى لو تجاوز غرض الشركة باستثناء حالة ثبوت سوء نية الغير الذي يعلم بتجاوز المدير لغرض الشركة.

فقد ذهب المشرع الفرنسي الى أن رئيس مدير العام لشركة المساهمة الذي منحه مجلس الادارة بعبارة عامة سلطة ادارة الشركة يجوز له ابرام اتفاق التحكيم نيابة عن الشركة على الرغم من أنه لم يوكل على وجه التحديد بذلك باستثناء اذا وجد في عقد التأسيس نص يستوجب الحصول على اذن من مجلس الادارة قبل ابرام اتفاق التحكيم .

2-أهلية الأشخاص المعنوية العامة في اللجوء الى التحكيم: لقد أثارت مسألة أهلية الأشخاص المعنوية العامة جدلا فقيا واسعا بين مؤيد ومعارض لمنح الأشخاص المعنوية العامة اللجوء الى التحكيم فانقسمت التشريعات الوطنية بين من يمنع على الاشخاص المعنوية العامة اللجوء الى التحكيم الا ضمن ضوابط وشروط، ومنها من لايقيم هذا المنع ويجيز ذلك ومنهم من يفرق بين منع اللجوء الاشخاص المعنوية العامة للتحكيم الداخلي ويجيز لها في التحكيم الدولي .

فقد أقر المشرع الفرنسي حظر لجوء الاشخاص المعنوية العامة الى ابرام أي اتفاق تحكيم انطلاقا من المادة 83و 1004 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية والمادة 2060 من القانون المدني الفرنسي بيد أن المشرع الفرنسي أجاز فيما بعد للأشخاص الاعتبارية العامة الصناعية والتجارية اللجوء الى التحكيم ولكن بشرط الحصول على ترخيص أو اذن لإبرام مثل هذه الاتفاقيات بموجب مرسوم يصدر في هذا الخصوص ومنحت هذه الاجازة موجب تعديل اللاحق للمادة 2060 بالقانون الصادر في 9 يوليو 1975 اذ نصت على فقرة مضافة "... ومع ذلك يجوز الترخيص لبعض انواع المؤسسات العامة ذات الطابع التجاري والصناعي اللجوء الى التحكيم وذلك بموجب مرسوم..."[1]

فقد حاول القضاء العادي التخفيف من حدة هذا الحظر والذي انتهى دون نص على قصر الحضر المفروض على الدولة والاشخاص المعنوية العامة على التحكيم في العلاقات الداخلية دون الدولية ، اما مجلس الدولة الفرنسي فقد كان متشددا في حرصه على تطبيق مبدأ حظر الاشخاص العامة من اللجوء الى التحكيم .

[1]- بوالصلصال نور الدين، مرجع سابق، ص 69.

اذ كان لموقفها المتشدد في قضية شركة والت ديزني ومدينة مارن لافاليه لبناء مدينة ملاهي في فرنسا على مثال والت ديزني الامريكية والتي اصرت فيها الشركة الامريكية على ادراج شرط التحكيم كوسيلة لفض النزاعات التي يمكن أن تثور بشأن العقد موقف واضح التشبث بمبدئها في عدم السماح للأشخاص المعنوية اللجوء الى التحكيم، باعتبارها متعلقة بالنظام العام الفرنسي الداخلي و طبيعة العقد الادارية ، كما رأى مجلس الدولة أن انضمام فرنسا لاتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار ، لايفرض على الدولة اللجوء الى التحكيم ولا يؤثر على الحظر الوارد على في القانون الداخلي[1].

وأمام هذا التعارض في المواقف القضائية فقد اصدر المشرع الفرنسي قانون رقم 279 المؤرخ في 19/ اوت/ 1986 الذي نص في المادة 9 منه على جواز ادراج شرط التحكيم من طرف الاشخاص المعنوية العامة في عقودها التي تبرمها مع شركات الاجنبية لإقامة مشاريع ذات نفع وطني، حيث نصت " انه بالمخالفة لنص المادة 2060 من القانون المدني يجوز للدولة والمؤسسات العامة ادراج شرط تحكيم في العقود التي يبرمونها مع الشركات الأجنبية لانجاز مشاريع ذات مصلحة وطنية وذلك لتسوية النزاعات الناشئة عن تطبيق وتفسير هذه العقود[2].

ومن هنا يتبن موقف المشرع الفرنسي أنه أجاز ا للدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العامة اللجوء الى التحكيم في العقود الادارية الدولية دون معاملاتها الداخلية لإنجاز مشاريع ذات النفع الوطني بالأساس .

أما موقف المشرع المصري فقد نصت المادة الأولى من قانون التحكيم الجديد الصادر في 1994 على مبدأ الجواز للأشخاص المعنوية العامة صراحة الى التحكيم وسواء في اطار العلاقات الداخلية أم الدولية بالنص على انه "... تسري احكام هذا القانون على كل تحكيم بين اطراف من اشخاص القانون العام او الخاص ايا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع ، اذا كان هذا التحكيم يجري في مصر او كان تحكيما تجاريا دوليا يجري في الخارج او اتفق اطرافه على اخضاعه لأحكام هذا القانون. وكذا يعني امكانية اتفاق الاشخاص المعنوية العامة على التحكيم مع اشخاص معنوية عامة أو خاصة ومهما كانت طبيعة علاقة موضوع النزاع وان كانت متعلقة بعقود ادارية وغير ادارية وسواء تعلق الأمر بعلاقة قانونية داخلية أو دولية[3].

---

[1]– قبايلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة معمري مولود بتزيوزو، سنة 2012،ص 112.

[2]-g- boisséson (Matthieu de) , interrogation et doutes sur une évolution législative, article 09 loi du 19 out a 1986, rev. Arb. 1987 ;p03.

[3]– الجمال مصطفى وعبد العال عكاشة، مرجع سابق،ص 146.

الا انه تعرض المشرع المصري الى نقد حول فتح الباب لجميع العلاقات في اللجوء الى التحكيم، وتغليب المصلحة الخاصة على المصلحة العامة فتراجع عن موقفه وحسم هذا الخلاف بصدور قانون رقم 09 لسنة 1997 والذي عدل المادة الاولى من قانون رقم 27 لسنة 1994 المذكورة أعلاه بإدراج فقرة جديدة لنص المادة يحدد فيها استثناء لإبرام اتفاقية التحكيم بالنسبة لأشخاص العامة بعد موافقة مسبقة من الوزير المعني ومجابهتها للمصلحة العامة اذ جاء في نص هذه الفقرة"... وبالنسبة الى لمنازعات العقود الادارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك[1].

بالنسبة للموقف المشرع الجزائري فكما كما قلنا سابقا انه الدولة أخذت موقفا عدائيا من التحكيم منذ الاستقلال وهذا حرصا على ممارسة سيادتها على جميع الأصعدة خاصة تلك المتعلقة بالقضاء زد على ذلك شعور بالخوف من كل ماهو أجنبي على أنه استعمار في ثوب جديد.

فعرفت الجزائر غداة الاستقلال فراغا تشريعيا كبيرا فاستمر العمل بالقوانين الفرنسية لسد هذا الفراغ[2]وان كان القانون الفرنسي يعترف بالتحكيم وينكر على ممارسة التحكيم من قبل الاشخاص المعنوية العامة،فان الجزائر اعتبرته مخالفا للسيادة مما جعلها تتخذ موقف عدائي وذلك بعدم اعطائه مكانة في النظام القانوني بل انكاره وإعطاء الاولية للقانون والقضاء على حساب قضاء التحكيم.

لقد وضع المشرع الأساس القانوني لاستبعاد التحكيم بموجب المادة 442من الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الاجراءات المدنية اذ نصت انه يمنع على الدولة والمؤسسات العامة من اللجوء الى التحكيم وهوا ماجسده كذلك في قوانين الستينات المتعلق بالاستثمار رقم 284/66،او قانون الصفقات العمومية.

غير ان الواقع جاء مخالف تمام لروح المادة 442 ق إ م اذ نجد الدولة ابرمت العديد من اتفاقيات التعاون والتي حملت بنودها شرط التحكيم التي كان لها التأثير السلبي على السيادة الوطنية فكان على الجزائر استدراك الوضع عن طريق عملية التأميم أين اتخذت موقف رافض للتحكيم في النزاعات الناجمة عن

---

[1]– عبد الباسط محمد عبد الواسع، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية، دون طبعة، سنة 2013،ص 108.

[2]– وهو ما انتهجته الجزائر بموجب قانون 31 ديسمبر 1962 الذي تضمن الاستمرار بالعمل بالقوانين الفرنسية الا ما تعارض مع السيادة الوطنية .

الضريبة البترولية وابقائه في مجالات أخرى حيث عبر الدكتور الطيب زروتي عن هذا الموقف انه يصعب التكهن بموقف الجزائر الحقيقي من التحكيم الدولي على الصعيد الرسمي[1]، نتيجة لتدبدبه بين الرفض والقبول.

واستمرت مرحلة التحفظ من التحكيم الدولي حتى بداية الثمانيات اين عرفت الجزائر مرحلة التفتح على التحكيم خاصة بعد صدور التعليمة الوزارية لسنة 1982 التي تجيز للمؤسسات العامة التواجه للخارج لابرام عقود بنفس النظام الذي يحكم الشركات الخاصة ، بالاضافة الى تكريسه اتفاقيا بموجب اتفاق الاطار بين الجزائر وفرنسا في سنة 1982 والذي أدى الى ابرام نظام تحكيمي[2]لاول مرة سنة 1983.

ثم دخلت الجزائر مرحلة تقبل التحكيم وكان لصدور قانون 01/88 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية أين سمح للمؤسسات العمومية الاقتصادية بحرية التصرف وهذا طبقا لنص المادة 442ق إ م" يجوز لكل شخص ان يطلب االتحكيم في حقوق التي له مطلق التصرف فيها، كما تدعم ذلك بانضمام المشرع الجزائري لاتفاقية نيويرك وبعض الاتفاقيات استثمارية مع دول أجانب[3].

حسم المشرع موقفه اتجاه التحكيم في عقود الاشخاص العامة بموجب تعديل قانون الاجراءات المدنية والإدارية بقانون رقم 09/93المؤرخ في 1993/04/25حيث اصبحت المادة 442/فقرة 3تنص على انه " لايجوز للأشخاص المعنوية التابعين للقانون العام أن يطلبو التحكيم ماعدا في علاقتهم التجارية الدولية". كما تم الاعتراف بالتحكيم بموجب مرسوم التشريعي 12/93 المتعلق بالاستثمار ، ثم الامر 01/03 ومألحقه من تعديلات لقانون 09/16 الحالي.

ولقد مد المشرع الجزائري المجال الذي تكتسب فيه الأشخاص المعنوية ليشمل نوع من عقود الادارية وهي الصفقات العمومية التي تنفرد بخصائصها المميزة نظرا لتعلقها بالمرفق العام واحتوائها على شروط استثنائية تمنح للأدارة سلطات وامتيازات غير معروفة في عقود القانون الخاص، وذلك بموجب نص المادة 1006/ف3 من قانون 09/08 المتعلق بقانون الاجراءات المدنية والإدارية الجديد الذي تضمن امكانية لجوء الاشخاص العامة الى التحكيم في علاقتها الاقتصادية او في اطار الصفقات العمومية الدولية " ولا يجوز

---

[1]– الطيب زروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن ،رسالة لنيل درجة شهادة الدكتوراه في القانون الخاص،الجزء الثاني، معهد القانون والعلوم الادارية، جامعة الجزائر ،سنة 421،1991.

[2]– معاشو عمار ، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية(في عقود المفتاح والانتاج في اليد)، رسالة دكتوراه معهد الحقوق والعلوم الادارية،جامعةالجزائر ،سنة 1998،ص 327.

[3] -zaalani Abdelmadjid, l'intervention des personnes publiques et parapubliques dans larbitrage international commercial, RASJIP n°3,1997 p894.

للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

ويعتبر إجازة طلب التحكيم من قبل الأشخاص المعنوية العامة عند إبرامها للصفقات العمومية أكثر وضوحا في نص المادة المذكورة اعلاه.

وبالتالي على الرغم من أن مشرع الجزائري وسع المجال المسموح فيه للأشخاص المعنوية العامة للجوء للتحكيم الا أنه مزال محتفظا بالقاعدة التقليدية التي كان ينص عليها في نصوص الخاصة القديمة والمتمثلة في جعل الأصل هو حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة في حين تجعل من أجازة طلب التحكيم استثناءا وذلك بحصر إمكانية اللجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في اطار الصفقات العمومية.

الفرع الثالث: محل النزاع القابل للتحكيم

لا يمكن قابلية اللجوء الى التحكيم من أجل تسوية النزاعات التي تنشأ بين الأطراف العلاقات التجارية الدولية بدون أن يكون محل العقد او اتفاق التحكيم مشروعا وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، والا وقع اتفاق التحكيم باطلا، وبالتالي زالت مشروعية التبادل من القضاء الى التحكيم.

ومحل اتفاق التحكيم هو موضوع النزاع ، والحكمة من عدم جواز الاتفاق على التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة كون هذه المسائل تخضع لرقابة الدولة–السلطة العامة– واشرافها والتي يعنى تسييرها بقواعد محددة الأمر الذي لا يتوافق في حالة اللجوء لتحكيم بصدد هذه المسائل[1]، ولا تلتزم الدولة المتعاقدة باعتراف باتفاق التحكيم اذا كان النزاع يتعلق بمسالة استبعدتها المادة 1006 من قانون الاجراءات المدنية الادراية الجزائري سواء كان التحكيم داخليا او دولي.

ويشترط في المحل توافر ثلاثة شروط يمكن استخلاصها من نصوص القانون المدني وقانون الاجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08كالأتي:

أولا: شرط الامكان: أن يكون المحل موجودا أو ممكن غير مستحيل ،اما اذا كان المحل الذي يرد عليه اتفاق التحكيم مستحيلا بذاته فان اتفاق التحكيم يكون باطلا بطلانا مطلق وهذا ماأكده المشرع في نص المادة93 من قانون المدني الجزائري "اذاكان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا"[2] وقدترجع

---

[1]–بلقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الادارية،بحث مقدم لنيل شهادة الماجيستير ،في العلوم القانونية تخصص قانون اداري ادارة عامة،جامعة حاج الاخضر ،باتنة،ص111.

[2]–انظر المادة 93من قانون رقم10/05 مؤرخ في 20يونيو 2005المتضمن القانون المدني .

الاستحالةالى طبيعة المحل أو الى حكم القانون وهذا مايسمى استحالة قانونية، ولا يشترط أن يكون الشيء موجودا وقت التعاقد بل يكفي أن يكون موجودا بعد ذلك في المستقبل، وهذاماجاءت به المادة 1040" تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية" وهذا مايقودنا الى صحة اتفاق التحكيم الوارد كشرط في العقد، فهو شرط صحيح ملزم،فالنزاع غير موجود حالا ولكنه يمكن ان يكون في المستقبل فينشأ الالتزام [1]، والمحل الذي سيوجد في المستقبل هو محل موجود بالمعنى الذي تقصدة المادتان المذكورتان اعلاه.

كما أعتمد المشرع في هذا السياق معيار قابلة التصرف في الحقوق من خلال نص المادة 1006، كشرط للإمكان وجوازية المحل النزاع على التحكيم بقوله" يمكن لكل شخص اللجوء الى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها " وهو ماعتمده كذلك المشرع الفرنسي في نص المادة 2059 من القانون المدني الفرنسي[2].

ثانيا: شرط المشروعية:أن يكون المحل الوارد عليه اتفاق التحكيم قابلا للتعامل فيه، اي يجب ان يكون مشروعا ومناط المشروعية محل الالتزام[3]، أي أن يكون الأمر المتعهد فيه اتفاقية التحكيم جائز قانونا فلايجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام.

تعتبر فكرة النظام العام فكرة هلامية لم يتم تحديد طبيعتها ونطاقها، نظرا لمرونتها وتغيرها بتغير الزمان و المكان، فما يعتبر من النظام العام في دولة ما في وقت ما قد لا يعتبر كذلك في وقت لاحق[4]، لهذا فان الفقه اكتفى بوضع مفهوم مقرب لها على انها مجموع المصالح الأساسية التي يقوم عليها المجتمع سواء كانت سياسية او اجتماعية أو اقتصادية، أو أنها الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها ،بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليما دون استقراره عليها [5].

وتبرز فكرة النظام العام في نظام التحكيم، عندما يصطدم حكم التحكيم بالأسس والمصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع وهنا تكون المشكلة سواء كان التحكيم وطنيا أو أجنبيا، حيث يؤدي ذلك الى منع

---

[1]– نبيهة بومعزة، مرجع سابق،ص225.

[2] – Hanotiau (Bernard), l’arbitrabilité et la favorarbitrandum, J.D.I ,n° 04,1994,p933.

[3]–ايسر داؤد سليمان، مرجع سابق، ص102.

[4]– البطانية عامر فتحي، دو القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان،الطبعة الأولى سنة 2009،ص 189.

[5]– حدادن الطاهر،دو القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون التنمية الوطنية،جامعة مولود معمري ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،تيزي وزو،سنة 2012،ص 114.

تنفيذ حكم التحكيم كليا أو جزئيا أو يؤدي الى عرقلته للوصول الى الغاية التي يبتغيها الأطراف من اللجوء الى التحكيم كطريق أسرع لحل المنازعات[1].

ولقد بينت نص المادة 1006 من ق إ م إ سياسة الدولة في الأخذ بنظام التحكيم حيث أقرت أنه " لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم، ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية"

وبالتالي لا يجوز الإعتراف بتنفيذ الأحكام التحكيمية المتعلقة بالمسائل الأحوال الشخصية كأن تتصل الخصومة التحكيمة بما إذا كان الولد شرعيا أو متبنى أو اذا كان عقد الزواج باطل أو صحيح أو قضايا المتعلقة بالميراث والحضانة ... الخ ،أو تلك المتعلقة بالمسائل الجنائية كجرائم القتل أو توقيع جزاءات المخدرات ..،أو مسائل المتعلقة بالمنفعة العامة كدعاوي نزع الملكية للمنفعة العامة ، لأن النظام العام يرمي إلى حماية المصلحة العامة، وكونها من المنازعات التي تدخل في الإختصاص المنفرد للقضاء الوطني المتعلقة بسلطاته الثلاثة التنفيذية والتشريعية والقضائية، كما لا يجوز التحكيم في دستورية القوانين أو تزوير في الانتخاب ...الخ فهي من اختصاص المنفرد للدولة[2].

وعليه فان اللجوء الى التحكيم في المسائل التي تم ذكرها اعلاه يكون باطلا بطلانا مطلقا من النظام العام ويجوز ان يتمسك به اي خصم في الدعوى وفي أي حال تكون عليه الاجراءات ، وعلى المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها دون الاعتداد بما اتفق عليه الأطراف[3].

وتجدر الإشارة كذلك أن المشرع وسع في مفهومه للنظام العام وميز بين نوعين نظام عام وطني طبقا لنص المادة 605 من ق أ م إ والنظام العام الدولي بموجب نص المادة 1056/ف 6.

لكن يجب ان نحترز الخلط بين النظام العام الوطني ،ومالا يعد كذلك في مجال التجارة الدولية والعكس صحيح[4]، على اعتبار أن فكرة النظام العام تختلف من دولة الى اخرى،فقد رفض مؤتمر الامم المتحدة الذي

---

[1]– عبد المطلب ممدوح عبد الحميد، تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم وتنفيذه،مجلة الأمن والقانون أكاديمية الشرطة ،مجلد رقم11 عدد 01،دبي الامارات،سنة 2003،ص 462

[2]–أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية»، دا الفكر الجامعي، الاسكندرية، دون طبعة، سنة 2003 ، ص 333 وما بعدها.

[3]– أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري، منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة الخامسة، سنة 1987، ص110.

[4]– ايسر داؤد سليمان، المرجع السابق، ص101

وضع اتفاقية نيويورك 1958 بشان الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجانب تحديد المسائل التي يجوز التحكيم فيها، ولهذا يأخذ قضاء التحكيم بفكرة النظام العام الدولي،فالمحكمون مكلفون بحمية المصالح العليا للمجتع الدولي،ومتى مكان الاتفاق التحكيم[1]مخالفا لنظام العام الدولي فقد رأت بعض الأحكام بطلانه ،وعلى هذا قضت محكمة استئناف باريس علم 1991 بأنه" في مجال التحكيم التجاري الدولي فان صلاحية الاتفاق على التحكيم يجب ان يتم تقديرها بالنظر الى مقتضيات النظام العام الدولي فقط".

ثالثا: شرط التعين:أن يكون المحل معينا او قابلا للتعين فقد نصت المادة 94 من القانون المدني الجزائري"اذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره، وإلا كان العقد باطلا"وهذا ما أخذ به كذلك المشرع المصري في نص المادة 133من القانون المدني المصري، ويستفاد من النص المذكور انه لا يكفي ان يكون محل الالتزام موجودا او ممكنا بل أكثر من ذلك لا بد ان يكون المحل معينا أو قابلا للتعين، ويقصد بالتعيين محل الالتزام تحديده على نحو يمكنه معه التنفيذ[2]،وعليه فان محل الالتزام بالنسبة لاتفاقية التحكيم هو موضوع النزاع الذي تم تحديده في الاتفاقية، في استقراء نصوص فانون الاجراءات المدنية والإدارية نجد أن المشرع أوجب تعين موضوعات النزاع في نص المادة 1008 /2،وكذا نص نص المادة 3/1012 و1039.

كما انا القاضي الوطني لايلتزم وفقا لاحكام الاتفاقية باحالة النزاع للتحكيم من تلقاء نفسه وانما يتعين ان يتمسك الطرف المقامةعليه الدعوى باتفاق التحكيم، للنظر القضاء الوطني في تلك القضية.

كما انه اذا اشتمل الاتفاق على التحكيم في شق منه على مسالة لايجوز التحكيم بشانها فان هذا الاتفاق لا يكون باطلا الا بالنسبة لهذا الشق وحده دون غيره ، مالم يثبت مدعي البطلان انه لا يتحصل عنه وانه وحدة واحدة[3].

الفرع الرابع: مشروعية السبب

لقد نظم المشرع الجزائري نظرية السبب في المواد 97و98 من القانون المدني الجزائري اذ اشترط لصحة العقود بصفة عامة ضرورة وجود سبب و أن يكون هذا السبب مشروعا وغير مخالفا للنظام العام والاداب العامة بقوله في مادةق م ج97"اذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف لنظام العام والآداب العامة كان العقد باطلا ".

---

[1]– بلقواس سناء ،مرجع سابق،ص94.

[2]– ايسر داؤد سليمان، المرجع السابق،ص102

[3]– نفس المرجع ، ص105.

وكون ان اتفاق التحكيم يعتبر عقدا فانه ينشأ عنه التزامات كما تتوفر فيه الشروط العامة التي سبق ذكرها الرضا والاهليه والمحل والسبب، هذا الاخير لا يثير مشكلا أو صعوبة في مجال التحكيم ككل[1]، ذلك أن عقد التحكيم يجد سببه في اتجاه ارادة الأطراف الى استبعاد طرح النزاع على القضاء الوطني والعهد به الى قضاء التحكيم وهو سبب مشروع دائما.

ويقصد بالسبب هو الغرض الذي من أجله التزم المتعاقد ،وفي حالة عدم ذكر السبب ، فقد افترض المشرع ان لكل اتفاق سببا حقيقي ومشروع طبقا لنص المادة 98ق م ج على ذلك"كل التزام مفترض ان له سببا مشروعا مالم يقم الدليل على غير ذلك واعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك فاذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي ان للالتزام سببا اخرا غير مشروع ان يثبت مايدعيه"، أي أن الأصل في العقود مشروعيتها، فالعقد الذي لم يذكر له سبب يفترض أن له سببا مشروعا مالم يقم الدليل على خلاف ذلك والسبب الحقيقي هو المذكور بالعقد مالم يثبت عكس ذلك[2]،ومفاد السبب في اتفاقية التحكيم هو اللجوء الى القضاء الخاص (التحكيم) لما فيه من مميزات[3].

المطلب الثاني: الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم

لابد أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، فالاتفاق الشفوي لا يعتد به وهذا ما استقرت عليه جل التشريعات الوطنية والمقارنة ، فالواجب هو توفر اتفاق صريح على التحكيم في شكل كتابي وان يحمل هذه الكتابة توقيع الطرفين،وعلى هذا الأساس فالارادة الضمنية لا يعول عليها في هذا الشأن، وشرط الكتابة يعتبر من الشروط الحرجة في نطاق التجارة الدولية ،حيث يحتاج هذا الأخير الى السرعة ، والكتابة تجافي هذه السرعة لكن من ناحية أخرى فان شرط الكتابة يحمي الطرف الضعيف في العلاقة[4].

ومع ذلك فقد تباينت مواقف التشريعات المقارنة بشأن الكتابة فتوجد العديد من الدول التي تذهب تشريعاتها اعتبار الكتابة وسيلة اثبات ليس غير ،أي الهدف منها تسهيل عملية اثبات الاتفاق التحكيم المعني،في حين تذهب تشريعات أخرى الى اعتباره ركن لازم لانعقاد العقد يتعين صب الاتفاق التحكيمي فيه.

و في هذا السياق سوف نتناول في هذا المطلب موقف التشريعات الوطنية والمعاهدات والاتفاقيات الدولية من شرط الكتابة (الفرع الأول) ثم نبين مفهوم الكتابة (الفرع الثاني)

---

[1]– ايسر داؤد سليمان المرجع،ص105

[2]–نفس المرجع،ص106.

[3]–نبيهة بومعزة،مرجع سابق،ص226.

[4]–خالد هشام،مرجع سابق،ص 24.

الفرع الأول: موقف التشريعات الوطنية والمعاهدات الدولية من إلزام الكتابة كمتطلب لصحة اتفاقية التحكيم

اشترطت غالبية الأنظمة القانونية والمعاهدات الدولية ضرورة ان تنصب اتفاقية التحكيم في شكل كتابي وسنبين ذلك وفق لمايلي بداية بموقف التشريعات الوطنية(أولا) ثم المعاهدات الدولية(تانيا)

أولا: موقف التشريعات الوطنية من شرط الكتابة في اتفاقية التحكيم:

1- موقف المشرع الجزائري:لقد استلزم المشرع في العقد الوارد به اتفاق التحكيم، او للوثيقة التي استند اليها، ان يكون مكتوبا، والا كانت هذه الاتفاقية باطلة، وهذا راجع للتعقيدات التي تتضمنها اتفاقية التحكيم وأهميتها لسير اجراءات التحكيمية وصعوبة اثباتها بغير الكتابة ، لذلك نجد ان المشرع أصاب في هذه النقطة عندما اشترط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم كسبيل لصحة العملية التحكيمية وترك لهم الحرية في اختيار نوع الكتابة رسمية او عرفية كما لم يحدد لهم انتهاج وسيلة اتصال محددة بعينها فبالرجوع لاحكام القانون رقم 09/08 المتضمن ق ا م ا نجد ان المشرع نص صاحة في نص المادة 1040"تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبيلة .يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان ان تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الاثبات بالكتابة"[1]، كما يفهم من ذلك ان المشرع استبعد الشفوية في اتفاق التحكيم وأكد على وجوبية الكتابة.وتجدر الاشارة للتفرقة بين اتفاق التحكيم التي الذي يستند على شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي والتي يفترض بداهة او العقد الأصلي مكتوب، وبالتالي فشرط التحكيم يورد مكتوب ايضا، وبين اتفاقية التحكيم (المشارطة) فهي مستقلة عن العقد الأصلي فيثب هذا العقد من حيث صحته وإثباته خاضعا للقواعد العامة، بمعنى يجوز إبرامه شفهيا بل واثباثة بالشهادة وهذا ما يؤكد على مبدأ استقلالية العقد الأصلي على اتفاق التحكيم، في حين ان اتفاق التحكيم يجب ان يكون مكتوب[2]، هذا عن التحكيم الدولي كما نص على مستوى التحكيم الداخلي في نص المادة 1/1008قبلها من ق إ م إ " يثبت شرط التحكيم،تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أوفي وثيقة التي تستند اليها"،كما نصت كذلك المادة 1012من نفس القانون"يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا".

2-موقف التشريعات المقارنة:

نص المشرع الفرنسي في المادة1443 من المرسوم التشريعي للتحكيم الداخلي لعام 1980على انه "يجب ان يكون شرط التحكيم مكتوبا في العقد أوفي أي مستند يحيل عليه هذا العقد و الا كان التحكيم

---

[1]-أنظر للمادة 1040من قانون 09/08المؤرخ في 20/فبراير/2008المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

[2]-نبيهة بومعزة، مرجع سابق،ص226.

باطل" وأضافت المادة1449 "يجب ان تكون مشارطة التحكيم ثابتة بالكتابة" وهذا ما أكدته كذلك نص المادة 1494من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد.

والجدير بالملاحظة أن المشرع الفرنسي ميز بهذا الخصوص بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم بحيث اشترط الكتابة كشرط للانعقاد التحكيم وصحته اذ رتب البطلان على مخالفتها، في حين اعتبره مجرد وسيلة للاثبات بالنسبة للمشارطة اذ لم يرتب ذات الأثر أي البطلان في حالة تخلف الكتابة وفقا لما نصت عليه المادة 1449. والملاحظ من نص المادة 1443 المتعلقة بصحة شرط التحكيم في مجال التحكيم الداخلي تعتبر اختيارية عند اتفاق أطراف التحكيم الدولي على تطبيق القانون الفرنسي فيما عدا المادتين 1493 و1494 وبالتالي فاقتضاء الكتابة لوجود اتفاقية التحكيم لا تسري على المستوى الدولي الا اذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك، لكن اذا كانت كتابة اتفاقية التحكيم ليست شرطا لصحتها على مستوى الدولي حسب القانون الفرنسي بيد أنها لازمة لإثباتها اذ أن المادة 1499 من ق إ م الفرنسي تتطلب لتنفيذ حكم التحكيم والاعتراف به تقديم نسخة الأصلية من حكم التحكيم مصحوبة باتفاقية التحكيم[1].

أما المشرع المصري فقد نص في المادة 12من القانون الجديد1994على شرط الكتابة جاء فيها "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا..." وعلى ذلك يكون المشرع قد أخرج اتفاق التحكيم كذلك من دائرة التصرفات الرضائية واعتبره تصرفا شكليا فالكتابة مطلوبة لوجود اتفاق التحكيم وليس لاثباته فقط وبذلك يكون قد وخالف قانون المرافعات القديم الذي ينص على ان الكتابة شرط لاثبات الاتفاق وليس شرطا لصحته، ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا وفقا للنص المادة 12 "...اذا تضمنه محررا وقعه الطرفان او اذا تضمنه ماتبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة"،وبهذا نجد المشرع اضفى مرونة كبيرة على الكتابة المطلوبة فلم يشترط صيغة معينة أو شكلا معينا لكتابة وانما شمل كل مايعبر كتابة عن توافق ارادتين في اللجوء الى قضاء التحكيم.

وتجدر الاشارة ان اذا كان العقد محدد المدة وتضمن شرط التحكيم كبند من بنوده فقد ذهبت بعض أحكام القضاء الى أن هذا الشرط لا يتجدد في كل حالة يتجدد فيها العقد وهذا يتفق مع المادة 13 من القانون المصري التي تشترط ان يكون اتفاق التحكيم موقع عليه من الطرفين اي في ذات العقد الذي ثار بصدده أو أحال الى عقد أخر صراحة ذلك لأنه يجب أن يفسر اتفاق التحكيم تفسير ضيقا باعتباره خروجا عن الأصل العام في التقاضي[2].

---

[1]- نورالدين بوالصلصال، مرجع سابق، ص 109.

[2]- هند محمد مصطفى، المرجع السابق،ص 202-203

كذلك في الولايات المتحدة يمكن الاتفاق الشفهي على اتفاق التحكيم ولكن في نهاية الأمر يجب ان يصدر الحكم التحكيمي كتابة اي ان المرحلة الشفاهية هي مرحلة بذاية فقط ، واي شكل من اشكال الكتابة يعتبر مقبولا،كما ذهب ايضا المشرع الامريكي و استبعدالحاجة الى التوقيع على المكاتبات المعينة، كما ان القانون الدنمركي لا يتطلب شكل معين لاتفاق التحكيم لكن يرى انه من الأفضل ان الاتفاق التحكيمي يكون في شكل مكتوب ، اذ تشدد المحاكم الدنماركية في تحديد الشروط اللازمة لصحة اتفاق التحكيم ، اما في انجلترا فالشيء مختلف الاتفاق الشفهي يكون صحيحا ولكن مثل هذا الاتفاق يخضع لقانون التحكيم الانجليزي اي الداخلي فقط [1]، اما التحكيم الدولي فيشترط الكتابة كشرط للاثبات الاتفاق التحكيمي وكذلك المشرع الاردني نص في مادته العاشرة الفقرة الثانية "يعد في حكم الاتفاق المكتوب كل احالة في العقد الى أحكام عقد نموذجي او اتفاقية دولية أو وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم اذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد" [2]،فالثابت مما تقدم ان جل التشريعات أخذت بالاتجاه الذي يستلزم الكتابة في الاتفاق التحكيمي.

ثانيا :موقف المعاهدات والاتفاقيات الدولية من شرط الكتابة في اتفاق التحكيم

1- **موقف اتفاقية نيويورك 1958:** ورد في نص المادة 02 من اتفاقية نيويورك على أنه "تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بموجبه الطرفان بعرض منازعاتهما أو بعض منازعاتهما الناشئة عن علاقات حقوقية معينة ..." كما بينت الفقرة الثانية المقصود باتفاق التحكيم بعبارة: المراد "باتفاقيةالمكتوبة"هو شرط التحكيم الذي يتضمنه العقد أو عقد التحكيم اذا كانا موقعين من قبل الطرفين اذا تضمنهما تبادل مراسلات أو برقيات متبادلة".والواضح من خلال هذه المادة ان الدول غير ملزمة باعتراف بالتحكيم الا إذا كان مفرغا في محرر ولو كان القانون الواجب التطبيق على الاتفاق لا يشترط الكتابة لصحته أو لاثباته،واشترطت الاتفاقية هذا الشرط تأكيد على مادل عليه العمل في التحكيم التجاري الدولي، وقد تكون عقود مبرمة لهذا الغرض عن طريق مراسلات او برقيات يتبادلها الخصوم وتحتوي على الاتفاق على التحكيم[3]اي ان الاتفاقية لم تلتزم شكل معين.وهذامايبن على اعتبار الشكل في اتفاقية نيويورك شرطا للوجود والاثبات.

---

[1]-هشام خالد، مرجع سابق، ص164.

[2]-خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص218.

[3]-عامر فتحي البطانية ، المرجع سابق، ص72.

2- **اتفاقية القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي:**نصت المادة 2/7 من القانون النموذجي على انه "يجب ان يكون اتفاق التحكيم مكتوبا،ويعتبر الاتفاق مكتوبا اذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين او في تبادل رسائل او تلكسات او برقيات او غيرها من وسائل الاتصال السلكي واللا سلكي، تكون بمثابة سجل للاتفاق او في تبادل المطالبة والدفاع التي يدعي فيهاأحد الطرفين وجوداتفاق التحكيم وتعتبر الإشارة في عقد ما الى مستند شمل على التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم شريطة ان يكون العقد مكتوبا وان يشمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم،شريطة ان يكون العقد مكتوبا وان تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزء من العقد" اي ان الكتابةشرط لانعقاد الاتفاق ونتيجة لما تتطلبه الحياة التجارية من سرعة وتطور فإنها لم تتطلب شكلية معينة اذ يمكن ان تكون الكتابة في شكل مراسلات او برقيات او عبر وسائل الاتصال الحديثة[1] .

3- **اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية النزاعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول:** نصت المادة 25 الفقرة الأولى من اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار عام 1965 والتي أنشأت محكمة التحكيم ICSID المختصة بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضرورة أن تكون اتفاقية الأطراف للخضوع الى التحكيم لدى المركز مكتوبة دون أن يتضمن هذه الاتفاقية أي حكم خاص بشكل الكتابة المشروطة في اتفاق التحكيم .

الفرع الثاني: مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم

تعد الكتابة من أهم الشكليات المتطلبة لانعقاد اتفاقية التحكيم ، والتي لا يكفي انعقادها وترتيب الآثار المتوخاة منها مجرد التراضي عليها وإنما يجب فظلا على هذا التراضي إفراغه في شكل يحدده القانون وذلك تحت طائلة البطلان [2]،

وتجدر الاشارة ان أساس فرض الكثير من التشريعات الشكلية في اتفاق التحكيم كمتطلب لصحة الاتفاق التحكيمي قائم على وضع ضمان حمائي لطرف الضعيف في التعاقد فظلا على تمكين القضاء في حالة حدوث النزاع الى مراقبة هذا الاتفاق واتجاه ارادة الأطراف فيه واعطاء أولوية خاصة لقواعد الاختصاص الولائي والنوعي لمحاكم الدولة.

و الملاحظ أن المحرر المكتوب فيه اتفاق التحكيم قد يكون مكتوب كتابة رسمية أين يكون من موظف عام مختص بالعمل وقد تكون الكتابة عرفية فلا يشترط صدوره من طرف مختص انما يتصور صدوره من

---

[1]-محمد كولا، مرجع سابق،ص117.

[2]-أنظر للمادة 1040من قانون 09/08المؤرخ في 20/فبراير/2008المتضمن قانون الاجراءات المدنية.

أي شخص حتى من الأطراف ذاتها ، كما لا يشترط في كتابته بطريقة او شكل معين فقد تكون الكتابة يدوية او بالطباعة أو حتى في صورة رسائل أو برقيات أو فاكسات متبادلة طالما كانت منسوبة للأطراف[1].

الملاحظ كذلك أن بعض التشريعات المؤيدة من بعض الفقه قد أخلطت بين اشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم للاثبات في المقابل ذهبت بعض التشريعات الاخرى يناصرها بعض الفقه الى اعتبار اشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم للانعقاد ، لدا سنبين(أولا) صور الكتابة في اتفاق التحكيم و(ثانيا) الطبيعة القانونية لكتابة الاتفاق التحكيمي.

أولا: صور الكتابة في اتفاق التحكيم تنوعت صور الكتابة في اتفاق التحكيم أمام التوجه الحديث في القوانين حيث لم تعد يقتصر على الكتابة في مفهومها القديم المتمثل في توقيع على محرر وإنما اصبح يشمل مفهوم واسع للكتابة خاصة مع ظهور وسائل اتصال الحديثة التي كانت بداية لميلاد التجارة الكترونية والقيام بالمعاملات عن طريق شبة الانترنت اين تمخض عن وجود التوقيع الالكتروني ، الرسائل الالكترونية والفاكسات التلكس ..الخ والتي سنبينها وفق مايلي:

1- التوقيع: لم تعرف معظم التشريعات مفهوم التوقيع بصفة عامة واكتفت بالاشارة الى المصطلح فقط وتبيان وظائفه وانواعه ومن بين هذه التشريعات المشرع الجزائري الذي اشار اليه في كل من نص المادة 327 من القانون المدني وكذا نص المادة 165 من قا اجراءات المدنية والادارية. والتوقيع نوعان توقيع تقليدي خطي وتوقيع الكتروني حديث[2].

أ- التوقيع التقليدي(الخطي): هو كل علامة يعتبر بمقتضاها شخص ما على أنه ارتضى مضمون الورقة والتزم به[3]، وعرفه الاستاذ Christophe devys بأنه كل علامة توضع على سند تميز هويته وشخصية الموقع وتكتشف عن ارادته بقبوله التزامه بمضمون هذا السند وإقراره له، فهو فعل أو عملية وضع التوقيع على مستند يحتوي على معلومات معينة ... بالنسبة للتحكيم " محرر يبين ان النزاع بينهما يشأن علاقة

---

[1]- أحمد ابراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، دار الجامعة الجديدة، جامعة القاهرة دون طبعة،سنة 2009،ص400.

[2]- يختلف التوقيع التقليدي على التوقيع الالكتروني أن التوقيع التقليدي يوضع على وسيط مادي وهو الورق ويتم في الغالب عن طريق الامضاء أو بصمة الختم أو بصمة الاصبع في حين التوقيع الاكتروني يوضع على وسيط غير ملموس ويتم من خلال تقنية تضمن التعرف على شخصية الموقع وضمان سلامة المحرر من العبث به. بمعنى ان له وضيفة اجرائية .

[3]-أحمد صدقي محمود، اتفاق التحكيم دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 2004،ص 39.

تجارية معينة يحال الى التحكيم " ومانقصد به بالتوقيع في مجال الاثبات[1]، والتوقيع قد يكون بالختم او الامضاء او بصمة ويشترط ان من صاحب الشأن وان يكون عادة في نهاية العقد او المحرر حتى يكون محسوب على جميع البيانات المكتوبة فيه.ونميز ثلاث حالات بهذا الشأن:

- ان يدرج اتفاق التحكيم كتابة في العقد الأصلي للمشروع التجاري ويوقع عليه أسفله الطرفان
- أن يدرج اتفاق التحكيم في عقد مستقل عن العقد الأصلي (مشارطة) او في عقد نموذجي ويتم التأشير عليه وتوقيعه..
- الاحالة الى وثيقة تتضمن شرط التحكيم او عقود السابقة التي تم العمل بها من قبل بين الاطراف.

ب- التوقيع الالكتروني: لقد غيّرت شبكة الانترنيت التعاقد في المعاملات المحلية والدولية ولم يعد الاعتماد على دعامة ورقية من محررات ومستندات بل ظهرت محررات الكترونية أدت معها الى تطوير التوقيع الذي أصبح يأخذ اسم التوقيع الالكتروني .

ويقصد بالتوقيع الالكتروني مجموعة من الإجراءات أو الوسائل التقنية التي يتيح استخدامها عن طريق الرموز أو الأرقام أو الشفرات لإخراج علامة مميزة لصاحب الرسالة المنقولة الكترونيا[2]، كما عرفه البعض الأخر انه إجراء معين يقوم به الشخص المراد توقيعه على المحرر سواءا كان هذا الإجراء على شكل رقم أو إشارة الكترونية معينة أو شفرة خاصة والمهم في الأمر هو احتفاظ الموقع بالرقم والشفرة بشكل أمن وسري يمنع استعماله من قبل الغير ويدل على بالفعل على صاحبه.

ولقد بين المشرع الجزائري المقصود بالتوقيع الالكتروني في المادة 02/فقرة 1 من القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونين بأنه بيانات في شكل الكتروني مرفقة او مرتبطة منطقيا ببيانات أخرى تستعمل كوسيلة توثيق، كما عرفته لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية بأنه " عبارة عن مجموعة أرقام تمثل توقيعا على رسالة معينة يحقق تعيين الشخص الموقع الذي يلتزم بما ورد بمحتوى المحرر".

ويتضح من خلال هذه التعريفات على ان توقيع الالكتروني يحتوي على العديد من الوسائل التقنية الدالة عليه ، كما انه لم يعد هناك خشية من المحررات الالكترونية في ظل الانتشار الواسع للتجارة الالكترونية سواء من حجية المحرر أو من حيث حجية التوقيع عليه وقد نصت عليه مختلف التشريعات على اعتماد التوقيع

---

[1]- عجابي الياس، الطبيعة القانونية للتوقيع الألكتروني»، مجلة الدراسات القانونية، الجلفة عدد الأول سنة 2009ص 256. ، ص 256.

[2]- أحمد المصطفى محمد صالح، مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، مقال منشور على الموقع الاكتروني التالي: http://flaw.ush.sd/ جامعة شندي ، مصر،ص 11.

الالكتروني اذ نجد ان المشرع الفرنسي سوى بين الكتابة التقليدية والكتابة الالكترونية بنصف في المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي " تكون الكتابة الالكترونية كالكتابة المكتوبة على دعامة ورقية بشرط تحديد الشخص الذي أصدرها أو ان يكون تدوين الكتابة وحفظها قد تم في ظروف ذات طبيعة تضمن تكاملها[1]، وهو ماسار عليه المشرع الجزائري في نص المادة 323 مكرر 1 من قانون مدني الجزائري.

2- تبادل الرسائل والبرقيات أو الخطابات أو المستندات كتابة :استقر العرف التجاري الدولي على امكان ابرام العقود دون أن يلتقي الطرفان بمجرد وجود تبادل مستندات مكتوبة أيا كانت وسيلة هذا التبادل في صورة رسائل أو برقيات أو تلتكس أو فاكس او عبر الانترنت[2]، أين يرد في مراسلة الطرفين عرض احد الأطراف احالة النزاع الى التحكيم وقبول الطرف الأخر على ذلك ، مع الاشارة انه لايشترط ان يكون القبول بنفس الوسيلة التي استعملها الطرف الأول في عرضه او ايجابه ، فلقد نص المشرع الجزائري في المادة 1040 من ق إ م إ عل انه "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبيلة .يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان ان تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الاثبات بالكتابة" والملاحظ أن هذه العبارة الأخيرة تعتبر بمثابة قاعدة شاملة للاتفاق على التحكيم، ليشمل كل وسائل الاتصال الحديثة من فاكس او تلتكس او البريد الكتروني او رسائل الهاتف الجوال او اي وسيلة اخرى كالبرقيات والمحررات والمستندات تثبت كتابة الاتفاق على التحكيم .وهو ما نصت عليه كذلك المادة 12 من قانون التحكيم المصري .

ثانيا: الطبيعة القانونية لشرط الكتابة في اتفاق التحكيم من خلال ما أسلفنا ذكره في مختلف التشريعات الوطنية والمعاهدات الدولية لاحظنا اختلاف الأنظمة القانونية فيما بينها بخصوص شرط الكتابة في اتفاق التحكيم. فهناك من الأنظمة القانونية، من اعتبر الكتابة المتطلبة في اتفاق التحكيم مجرد وسيلة للإثبات، والبعض الاخر اعتبرها شرط من شروط انعقاده اوصحته، لذا فالتمييز بين بين هذين المعنيين مهم .

1- الكتابة وسيلة للاثبات اتفاق التحكيم: نجد الكثير من التشريعات العربية وغيرها نصت على اعتبار الكتابة وسيلة للإثبات اتفاق التحكم وليس كشرط من شروط صحته مثال ذلك نص المادة 190 من قانون المرافعات القطري على أنه لايثبت اتفاق التحكيم إلا كتابة" وهو نفس مانصت عليه المادة 203 من

---

[1]- أحمد ابراهيم عبد التواب، مرجع سابق،ص 402.

[2]- أحمد المصطفى محمد الصالح، مرجع سابق،ص 11

قانون الإجراءات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة،والمادة و 742 من قانون المرافعات الليبي، والمادة 06 من القانون التحكيم التونسي لسنة 1994، والمادة 766 من قانون أصول المحاكمات اللبناني، في اعتبرت كذلك جميع الدول الانجلوسكسونية اشتراط الكتابة كشرط للاثبات[1].

واعتبار الكتابة وسيلة للإثبات معنى ذلك أنه لا يترتب على تخلفها بطلان اتفاق التحكيم حيث يجوز اثباته بأية وسيلة أخرى تقوم مقام الكتابة كالرسائل المتبادلة بين الأطراف والفاكس وتلكس او بأي وسيلة حديثة أخرى وبالتالي فهي شرط لاثبات العقد لا وجوده.، والملاحظ أن ذلك أن التشريعات التي تبنت هذا الأتجاه لم تبين الجزاء الذي يترتب على تخلف الكتابة في الاتفاق التحكيم وإزاء هذا الصمت يمكن القول أن الكتابة مع استلزامها في كل حال هي مجرد وسيلة اثبات التحكيم وانعدام الكتابة لا يستتبع بطبيعة الحالة انعدام اتفاق التحكيم بل يجعل انكاره غير فعال ومن ثم يتعين البحث عن وسيلة لإثباته [2].

2- **الكتابة ركن لازم لانعقاد العقد:**يقصد بذلك ان الكتابة تعد ركن من أركان اتفاق التحكيم و يترتب على تخلفه بطلان الاتفاق التحكيمي وهذا ما ذهب اليه المشرع السوداني في نص المادة 07، وكذا والمادة 15 من القانون التحكيم اليمني والمادة 307 من المسطرة المدنية بالمغرب والمادة 707 و708من قانون المرافعات الايطالي[3] .

وهو نفس السياق الذي يعمل به القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في مادة07 والغني على البيان ان العلة من اشتراط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم هو الحرص على عدم فتح الباب لمنازعات فردية حول وجود أو مضمون هذا الاتفاق ، وبذا يتضح أن الكتابة أصبحت شرطا للانعقاد العقد فاذا لم توجد كتابة فلايجوز اثبات انعقاده ولو بالاقرار واليمين خاصة ان المشرع لم يتطلب الرسمية في الكتابة نظر ا لما تقتضيه الحياة التجارية من سرعة فيكفي أن يكون الاتفاق في ورقة او محرر مادي او الكتروني موقع عليه من طرف الطرفين.

والجدير بالذكر أن الجزاء المتعلق بتخلف الكتابة كشرط للانعقاد هو البطلان لكن اختلف الفقه حول ماهية هذا البطلان الى رأين[4]:

---

[1]-أحمد ابراهيم عبد التواب، مرجع سابق،ص 397.

[2]- علي صادق القناص، عبد الرحيم أبو القاسم الحريزي، اتفاق التحكيم بين الرضائية والشكلية ،مجلة العلوم القانونية والشرعية، عدد الثامن،ليبيا،ص 164.

[3]- أحمد ابراهيم عبد التواب، مرجع سابق،ص 397-398

[4]- علي صادق القناص، عبد الرحيم أبو القاسم الحريزي، مرجع سابق،ص 166-167.

الراي الأول: اعتبر اتفاق التحكيم هو شرط للصحة وبالتالي عدم كتابة الاتفاق التحكيمي هو من قبيل البطلان المطلق ومن الأسباب التي يمكن للقاضي رفض الاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه كما نص على ذلك المشرع الجزائري في نص المادة 1056 .

– الرأي الثاني اعتبر عدم كتابة اتفاق التحكيم هو بطلان يتعلق بالصالح الخاص للإفراد لأن الاتفاق في ذاته لا يتعلق بالنظام العام وما لا يثبت للأصل لا يثبت للفرع وأن الكتابة في اتفاق التحكيم شرط لحماية الأطراف ولا يتعلق بالصالح العام .

وفي اعتقادنا هو بطلان مطلق تماشيا مع ما اقرته العديد من التشريعات والاتفاقيات الدولية.

–بالنسبة للمشرع الجزائري من خلال نصوص المذكورة أعلاه اعتبر الكتابة ليست وسيلة للإثبات التحكيم فقط ،كما يرى البعض ولكن كذلك وسيلة لانعقاد التحكيم ابتداءا،وهذا الاتجاه الصحيح في اعتقادنا،كما أوضح وجوب الكتابة في التحكيم الداخلي في مادتين المادة 1/1008والمادة 1012 في حين ذكر مادة واحدة للتحكيم الدولي هي مادة 1040مع إضافة وسائل أخرى التي تجيز الإثبات بالكتابة، رغم أن كل وسائل الاتصال الحديثة أصبحت مستعملة للاثبات[1].

وبالتالي فالكتابة تؤدي وظيفيتين في نطاق التحكيم أولها أنها مطلوبة لوجوده،وثانية انها مطلوبة لاثباته، وفي الحقيقة اثبات او شرط فهما يشتركان في نقطة واحدة وهي ضرورة الكتابة.

من الأفضل دائما التأكيد على حسن صياغة وكتابة شرط التحكيم، لأنه كلما زادت المهارة والكفاءة والوضوح والسهولة في الكتابة، كلما كان ذلك ضمانة لحسن سير إجراءات التحكيم،وكلما كان العكس كلما ارتفع حد المخاطرة في تنفيذ شرط التحكيم،وكان سببا في اثارة العديد من المشاكل الإجرائية مند بدء التحكيم الى غاية الحكم النهائي[2].

[1]–نبهية بومعزة، مرجع سابق، ص225.

[2]–هبة أحمد سالم، الشروط التحكيمية وعيوب صياغتها من واقع قضايا مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي»، مجلة التحكيم العربي، مصر، العدد24، يونيوسنة2015، ص182.