وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة عمار ثليجي الاغواط
كلية الحقوق

الموضوع

النظام القانوني لاتفاق التحكيم

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر حقوق
تخصص قانون اعمال

إعداد الطالبة :
- بن سليمان هدى

تحت اشراف الدكتورة:
* بوناصر ايمان

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	الصفة
		رئيسا
بوناصر ايمان	أستاذ محاضر أ	مشرفا ومقررا
		مناقشا

السنة الجامعية 2023-2024

مقدمة

يعتبر التحكيم من أبرز الآليات القانونية الحديثة، ومن الموضوعات الهامة التي تحتل مركزا مهما على مستوى الأنظمة القانونية المقارنة، حيث يحتل مكانة مرموقة في الأنظمة القانونية المقارنة. فهو الخيار الأمثل للمتعاملين في مجال التجارة الدولية لتسوية نزاعاتهم، متجاوزين بذلك القضاء التقليدي للدولة. يستند التحكيم على إرادة الأطراف في اختيار محكمين يتسمون بالحياد والاستقلالية.

ونظراً لأهمية التحكيم التجاري الدولي كبديل فعال لحل النزاعات الحاصلة، سعت العديد من الدول لتعزيز فعاليته عبر تخفيف القيود المفروضة عليه. وعلى غرار الدول نجد الجزائر مثال بارز على ذلك، حيث مر التحكيم فيها بمرحلتين: الأولى تميزت بالرفض في فترة ما بعد الاستعمار، والثانية شهدت انفتاحاً وتكريساً للتحكيم في النظام القانوني. تجلى هذا التحول بإصدار قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 لسنة 2008، المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والانضمام لاتفاقية نيويورك لتنفيذ الأحكام التحكيمية عام 1988.

يشكل اتفاق التحكيم حجر الأساس في العملية التحكيمية، فهو المرحلة الأولى التي يرسم معالمها ويحدد مسارها. وقد تعددت تسمياته بين "اتفاقية التحكيم" و"اتفاق التحكيم"، لكنه يبقى الركيزة الأساسية التي تنطلق منها إجراءات التحكيم وتستند إليها في جميع مراحلها.

يعتمد إتفاق التحكيم أساسا على قيام أطراف علاقة قانونية بأنفسهم بإختيار قضائهم بدلا من قضاء الدولة التي ينتمون إليها، ولا يقبل إتفاق التحكيم إلا إذا كان صحيحا مستوفيا لشروطه الموضوعية المتمثلة في التراضي بشرط أن يكون خال من أي عيب من عيوب الإرادة، وأن يصدر من ذو أهلية بالإضافة إلى المحل والسبب، وشروط شكلية تتمثل في الكتابة. فمتى توفرت هذه الشروط ينعقد إتفاق التحكيم صحيحا ومرتب لآثاره القانونية بسلب الإختصاص في النظر في النزاع من القضاء ومنحه للهيئة التحكيمية.

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية هذه الدراسة في إبراز الدور الحيوي لاتفاق التحكيم وآلياته وفقاً للتشريع الجزائري. كما تسلط الضوء على أهميته كركيزة أساسية في عملية الطعن في الأوامر القضائية والتحكيمية.

يكتسب هذا الموضوع أهمية خاصة في سياق عقود الاستثمار الأجنبي، حيث يمثل التحكيم بديلاً فعالاً للنظام القضائي التقليدي في فض النزاعات الاستثمارية. علاوة على ذلك، يحتل التحكيم مكانة بارزة في تسوية المنازعات الدولية، ويتميز بمزايا عدة أهمها السرعة في حسم النزاعات وبساطة الإجراءات و سرية الجلسات

هذه الخصائص تجعل من التحكيم خياراً مفضلاً في العديد من المجالات التجارية والاستثمارية الدولية.

أهداف الدراسة:

من الأهداف المرجوة لهذه الدراسة، تحليل واستقراء النصوص القانونية المتعلقة بإتفاق التحكيم، والمتمثلة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري من خلال القانون رقم 09/08 ، لتبيين إجراءات اللجوء إلى إتفاق التحكيم.

أيضا الإحاطة بكامل العناصر الجوهرية التي تخص إتفاق التحكيم، وكونـه من المواضيع البارزة في عصرنا وأسلوب معتمد من طرف معظم الدول من بينها الجزائر. دفعنا إلى دراسة هذه الدراسة بالرغم من أنه كان محل دراسة من قبل العديد من الباحثين.

أسباب إختيار الموضوع: الأسباب الدافعة لدراسة النظام القانوني لإتفاق التحكيم كثيرة ومتعددة، تقسم إلى أسباب علمية وأخرى عملية. تتمثل الأسباب العلمية في أن تكون الدراسة الحالية المقدمة إضافة متواضعة في صرح الأبحاث المتعلقة بالتحكيم بصفة عامة وبإتفاق التحكيم بصفة خاصة، ومحاولة لتشجيع الباحثين والمهتمين بمجال إتفاق التحكيم في مواصلة البحث فيه والتطرق لمختلف جوانبه وأبعاده القانونية.

ومن الأسباب العملية معرفة الأحكام المنظمة لإتفاق التحكيم التي نص عليها المشرع الجزائري في القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

كما يرجع سبب إختيارنا لهذا الموضوع الإهتمام الشخصي به ومحاولة إبراز أهميته وتنظيمه القانون ومحاولة الإحاطة بجميع عناصره الأساسية.

إشكالية البحث:

يعد اتفاق التحكيم الركيزة الأساسية في منظومة التحكيم. ونظراً لطبيعته التعاقدية، فإنه يخضع لمجموعتين من القواعد حيث القواعد العامة: وهي تلك المنصوص عليها في القانون المدني والتي تنطبق على العقود بشكل عام. كما هو الحال بالنسبة الى القواعد الخاصة: وهي قواعد تنبع من الطبيعة الفريدة لاتفاق التحكيم وخصوصيته.

هذا المزيج من القواعد العامة والخاصة يضمن أن يكون اتفاق التحكيم متوافقاً مع الأطر القانونية العامة، مع الحفاظ على مرونته وقدرته على تلبية الاحتياجات الخاصة لأطراف النزاع في سياق التحكيم. وبهذا، يجمع اتفاق التحكيم بين الأصالة القانونية والمرونة العملية، مما يجعله أداة فعالة في تسوية النزاعات خارج إطار القضاء التقليدي.

. وعلى هذا الأساس نطرح الإشكال الآتي :

ما هو النظام القانوني لإتفاق التحكيم؟

وفي سبيل تحقيق الغرض من هذا البحث العلمي وللإجابة على إشكالية هذه الدراسة تم الإعتماد على كل من المنهج الوصفي والتحليلي تماشيا مع مقتضيات البحث. اعتمدنا على المنهج الوصفي في وصف وتحديد مفهوم إتفاق التحكيم، من خلال عرض مختلف التعاريف المتعلقة به، منها القانونية وكذلك الفقهية. وكذلك تم استخدام المنهج التحليلي من خلال تحليل الأحكام والقواعد المتعلقة بإتفاق التحكيم، من خلال تحليل مواد القانون رقم 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

هيكل الدراسة:

تماشيا مع الإشكالية المقترحة تم معالجة الموضوع وفقا لخطة الدراسة، تم تقسيم الموضوع إلى فصلين:

الفصل الأول: ماهية إتفاق التحكيم يتشكل من مبحثين المبحث الأول: مفهوم اتفاق التحكيم سيتم تقديم فيه المطلب الأول: تعريف اتفاق التحكيم وخصائصه اما المطلب الثاني: اركان

اتفاق التحكيم وفي المبحث الثاني: صور وشروط اتفاق التحكيم جاء المطلب الأول: صور اتفاق التحكيم وفي المطلب الثاني: شروط اتفاق التحكيم

أما الفصل الثاني المعون بالإطار القانوني والتنظيمي لاتفاق التحكيم فتشكل هو الاخر من مبحثين المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم فيه المطلب الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم وفي المطلب الثاني: اثار اتفاق التحكيم

اما المبحث الثاني: استقلالية اتفاق التحكيم وطرق انقضائه فقط تطرقنا الى المطلب الأول استقلالية اتفاق التحكيم وفي المطلب الثاني: طرق انقضاء اتفاق التحكيم

الفصل الاول

الاطار المفاهيمي لاتفاق التحكيم

تمهيد:

في عصر يتسم بتسارع وتيرة التجارة الدولية وتعقد العلاقات الاقتصادية، برز التحكيم كآلية فعالة لفض النزاعات خارج إطار القضاء التقليدي. وفي قلب هذه الآلية، يقف اتفاق التحكيم كحجر الزاوية الذي يؤسس لعملية التحكيم برمتها.

حيث إن بداية نظام التحكيم تكمن في الاتفاق على مبدأ التحكيم، واختياره سبيلا لحل منازعات معينة أو المنازعات التي تثيرها معاملات معينة وبدون هذا الاتفاق لا يمكن أن يجرى التحكيم أو يتم، فنظرا للأهمية التي يكتسبها اتفاق التحكيم.

ففي هذا الفصل يسعى إلى تسليط الضوء على الإطار المفاهيمي لاتفاق التحكيم، مستكشفاً أبعاده القانونية والعملية. نتطرق الى :

المبحث الأول: مفهوم اتفاق التحكيم

المبحث الثاني: أركان وشروط اتفاق التحكيم

المبحث الأول: مفهوم اتفاق التحكيم

يعد اتفاق التحكيم حجر الأساس في عملية التحكيم، وهو المدخل الرئيسي لفهم آلية تسوية النزاعات خارج نطاق القضاء التقليدي.

حيث نتطرق في (المطلب الأول) الى تعريف اتفاق التحكيم وخصائصه وفي (المطلب الثاني) الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم التجاري الدولي

المطلب الأول: تعريف اتفاق التحكيم وخصائصه

بداية عملية التحكيم تكمن في الإتفاق على التحكيم وإختياره سبيلا لحل منازعات المتعلقة بمعاملات التجارة الدولية أو المنازعات التي تثيرها هذه المعاملات معينة وبدون هذا الإتفاق لا يمكن أن يجري التحكيم.

فهو إتفاق يعهد بمقتضاه الأطراف بتسوية منازعاتهم إلى شخص أو أشخاص لا ينتمون إلى القضاء العادي فمهمته الفصل في هذا النزاع، وهو من أهم العناصر التي تميزه عن غيره من أدوات تحديد الوظيفة القضائية، فهو حجر الزاوية في نظام التحكيم ، تتولد عنه عدة آثار منها ما يتصل بالإختصاص وبالتحديد سلب إختصاص المحاكم الوطنية وعقد إختصاص محكمة التحكيم للفصل في النزاعات التي يوجد بشأنها إتفاق التحكيم. ومنها ما ينصب على عاتق الأشخاص وما تثيره من مسائل حول تحديد الملتزمين بهذا الإتفاق[1].

إتفاق التحكيم هو نقطة البداية في عملية التحكيم إذ أنه نظام يقرره القانون ويعهد به إلى شخص أو عدة أشخاص يختارون الفصل بحكم ملزم يختار فيه الأطراف قضائهم ويحددون لهم في إتفاقهم نطاق ولايتهم بموجبه يلتزم الأطراف على إختيار التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية منازعات تثور بينهم.

المطلب الأول: تعريف إتفاق التحكيم وخصائصه

---

[1] عليوس تربوح كمال التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بن عكنون الجزائر، 2005، ص 27

بعد إتفاق التحكيم تعبيرا عن إرادتين الإختيار التحكيم، كوسيلة لتسوية المنازعات التي ثارت أو قد تثور بينهم مستقبلا، أو هو إتفاق الطرفين اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات الي نشأت أو تنشأ بشأن علاقة قانونية تعاقدية أو غير تعاقدية[2].

يمتاز إتفاق التحكيم بمجموعة من الخصائص والمميزات، تميزه عن غيره من العقود، إذ حظى هذا الأخير بإهتمام كبير من طرف التشريعات سواءا الداخلية أو الدولية..

الفرع الأول: تعريف إتفاق التحكيم.

تطرقت معظم التشريعات الداخلية والدولية للتعريف إتفاق التحكيم، بالإضافة إلى الفقه، سيتم تناول في هذا الفرع تعريف القانون لإتفاق التحكيم (أولا)، وتعريف الفقه الإتفاق التحكيم (ثانيا).

أولا: تعريف القانون لإتفاق التحكيم

نصت مختلف القوانين الوطنية والدولية في نصوصها وقواعدها القانونية على تعريف إتفاق التحكيم، سيتم تقديم تعريف القانون الجزائري لإتفاق التحكيم تعريف إتفاق التحكيم طبقا لإتفاقية نيويورك، تعريف إتفاق التحكيم وفقا لقانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

1- تعريف القانون الجزائري لإتفاق التحكيم

نص المشرع على إنفاق التحكيم في المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: «إتفاق التحكيم هو الإتفاق الذي يقبل الأطراف عرض نزاع سبق نشوءه علي التحكيم»». أي أن إتفاق التحكيم عقد يتفق فيه الطرفان المتعاقدان على مراجعة القضاء العادي والإحتكام إلى محكمة أو أكثر للفصل في نزاع محتمل أو قائم بينهما [3].

---

[2]أرزني رمضان، النظام القانوني الإنفاق التحكيم في ظل القانون الجزائري 08/09، مذكرة ماستر، تخصص كانون أعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018، ص 4

[3]المادة 1011 من القانون 2009 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، العدد 21، الصادر في2008104123

نص عليه في المادة 1007 على أنه شرط التحكيم هو الإتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد منفصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه. لعرض النزاعات التي تشار بشأن هذا العقد علي التحكيم المقصود من نص هذه المادة، أن شرط التحكيم يكون بإتفاق بين الطرفين على عرض النزاعات التي تثار بينهم على التحكيم، مع التزامهما في عقد منفصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 ، هنا أجاز المشرع لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطرق الحرية في التصرف فيها، بشرط أن يكون التحكيم لا يمس المسائل المتعلقة بالنظام العام وأهلية الأشخاص.

بالرجوع في الباب الخاص بالتحكيم التجاري الدولي وجمع بين المفهومين في تعريف واحد تحديدا في المادة 1040 على أنه : تسري إتفاقية التحكيم علي النزاعات القائمة والمستقبلية حسب هذه المادة فإن إتفاق التحكيم يسري علي النزاعات القائمة أو المحتمل وقوعها مستقبلا[4].

2- تعريف إتفاق التحكيم طبقا لإتفاقية نيويورك:

وفقا للمادة الثانية من هذه الاتفاقية على أنه تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي تنشأ بينهم بشأن موضوع من الروابط القانونية التعاقدية أو الغير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم >>. أي أن كل دولة صادقت على هذه الاتفاقية ملزمة بعرض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بين الأطراف بخصوص موضوع من الروابط القانونية التعاقدية والغير تعاقدية عن طريق التحكيم[5].

تعريف إتفاق التحكيم وفقا لقانون الأونيسترال النموذجي لإتفاق التحكيم التجاري الدولي حسب المادة 07الفقرة 1 منه : إتفاق التحكيم هو إتفاق بين الطرفين علي أن يحيلا النزاع إلي التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي تنشأ أو قد تنشأ بينهما، بشأن علاقة قانونية سواء

---

[4] المادة 1007-1040 من القانون 09-08، نفس المرجع

[5] لمادة 02 من اتفاقية نيويورك، المتعلقة بإعتماد وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية 1985/06/10.

كانت تعاقدية أو غير تعاقدية ويجوز أن يكون التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في شكل اتفاق منفصل[6].

نستنتج من هذه المادة أن إتفاق التحكيم يكون بإتفاق الأطراف بإحالة النزاع القائم بينهم أو المحتمل وقوعها بواسطة التحكيم، سواء جميع النزاعات أو بعضها بشأن علاقة قانونية، ويمكن أن يكون التحكيم في إتفاق منفصل أو يرد في عقد.

ثانيا: تعريف الفقه لإتفاق التحكيم

تتنوع التعاريف الفقهية لاتفاق التحكيم وتختلف في تفاصيلها، لكنها تتمحور حول مفهوم مشترك. في الفقه الفرنسي، نجد تعريف الفقيه فوشارد الذي يركز على التزام الأطراف بإخضاع نزاعاتهم المحتملة للتحكيم. أما الفقيه جولدمان فيشدد على تعهد الأطراف بإحالة النزاعات إلى محكمين. وتقدم الدكتورة حفيظة السيدة حداد تعريفًا أكثر شمولية، يتضمن النزاعات الناشئة والمحتملة في إطار العلاقات القانونية المختلفة. ويأتي تعريف الأستاذ روبيت جان ليؤكد على اختيار التحكيم كبديل للقضاء العادي.

يقدم بعض الفقهاء تعريفًا عامًا يجمع بين مختلف الجوانب السابقة، مؤكدين على مرونة اتفاق التحكيم في التعامل مع النزاعات القائمة والمستقبلية. هذه التعاريف، رغم اختلافها في الصياغة، تتفق جميعها على الجوهر الأساسي لاتفاق التحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاعات خارج إطار المحاكم التقليدية.

1- تعريف الفقه الفرنسي لإتفاق التحكيم:

عند إبرام اتفاق التحكيم، يتعهد الأطراف المتعاقدون بأن أي نزاع ينشأ عن العلاقة القانونية المتفق عليها سيُحل بشكل نهائي من خلال التحكيم .ويتضمن هذا الاتفاق عادة تحديدًا واضحًا لإجراءات التحكيم، وعدد المحكمين، والقواعد التي سيخضع لها الإجراء"[7].

---

[6] المادة 07، من قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985، مع التعديلات التي إعتمدت عليه في 2006.

[7] بوترط أحمد، النظام القانوني لإتفاق التحكيم، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد بن باديس، مستغانم المجلد 03 العدد 01، ص 155

2- عرفه الفقيه فوشارد.

بأنه: «اتفاق التحكيم يفضي في الحقيقة فكرتين مختلفتين، من جهة شرط التحكيم وهو الشرط المنصوص عليه في العقد، ومن جهة أخرى مشارطة التحكيم والتي هي إتفاق بين طرفين يقومون بموجبه بإخضاع النزاع إلي المحكم أو هيئة تحكيمية وتكون بعد إبرام العقد وبعد أن يثور النزاع بين الطرفين.

أي أن إتفاق التحكيم يحمل صورتين مختلفتين الأولى متمثلة في شرط التحكيم والذي يكون أساسا مدرج في العقد الأساسي، أما الصورة الثانية وتتمثل في المشارطة وهو الذي يأتي لاحقا بعد إتفاق الأطراف على تحويل النزاع إلى هيئة التحكيم.

3- عرفه الفقيه جولدمان:

يشرحه الفقيه جولدمان، يتمحور حول التزام متبادل بين طرفين. هذا الالتزام ينص على إحالة النزاعات إلى التحكيم للفصل فيها، ويشمل ذلك نوعين من النزاعات: الأول هو النزاعات القائمة أو المحتملة المتعلقة بالعقد المبرم بين الطرفين، والثاني هو النزاعات التي تخص الأشخاص المعنوية وترتبط بمجال التجارة الدولية، وبهذا، يصبح التحكيم الوسيلة المختارة لحل الخلافات في هذه السياقات، مما يوفر إطارًا قانونيًا واضحًا للتعامل مع المنازعات التجارية الدولية[8].

4- عرفته الدكتورة سيدة حداد:

حد ذالك الإتفاق الذي تتعهد الأطراف بأن تتم الفصل في النزاعات التي يمكن أن تنشأ بينهما والمتعلقة بالعقد أو النزاعات التي قد نشأت والمتعلقة في : كلتا الحالتين بالتجارة الدولية» يتضح من خلال هذا التعريف أن إتفاق التحكيم هو تعهد الأطراف بعرض النزاعات التي يمكن أن تنشأ بينهما والتي تتعلق بالعقد، والتي يمكن أن تنشأ وتكون متعلقة بالتجارة الدولية على التحكيم[9].

5- عرفه الأستاذ روبيت جان:

---

[8] السمحمد العيساوي، محاضرات في التحكيم التجاري الدولي، السنة الثانية ماستر، تخصص كانون الأعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية، أكلي محمد أولحاج، جامعة البويرة، السنة الجامعية 2019/2020، ص 41.

[9] الشعران فاطمة المرجع السابق، ص 12

هو: إتفاق يتعهد بمقتضاه الطرفان بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهما أو المحتمل نشوؤها من خلال التحكيم وذلك إذا كانت هذه المنازعات تتعلق بمصالح التجارة الخارجي.

فما يميز هذا الإتفاق عن الإتفاقات الأخرى[10]، كونه إتفاق إجرائي أي تو طابع منهجي، تابع دائما للإتفاق الموضوعي الأصلي الذي وجد من أجله.

6-عرفه بعض الفقهاء من بينهم عمر سعد الله:

"يُعرف اتفاق التحكيم بأنه عقد قانوني يلتزم فيه طرفان تجاريان أو أكثر بتسوية أي نزاع قائم أو مستقبلي بينهما، والذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية، عن طريق اللجوء إلى حكم محكم واحد أو أكثر .وبهذا الاتفاق، يتعهد الأطراف بالتخلي عن التقاضي التقليدي، ويفوضون طرفًا ثالثًا محايدًا لاتخاذ قرار نهائي وملزم بشأن النزاع.

الفرع الثاني: خصائص إتفاق التحكيم

إتفاق التحكيم هو المحور الذي يدور حوله التحكيم ويتمتع بأهمية بالغة جعل معظم التشريعات الحديثة تخصص له مجموعة من المواد. يتمتع بمجموعة من الخصائص والميزات تميزه عن غيره من الإتفاقيات والعقود، سيتم تقديم في هذا الفرع إستقلال إتفاق التحكيم (أولا)، عدم تعلق إتفاق التحكيم بالنظام العام (ثانيا)، وأخيرا عدم تجزئة إتفاق التحكيم (ثالثا).

أولا: إستقلال إتفاق التحكيم

"يتمتع اتفاق التحكيم بصفة الاستقلال عن العقد الأصلي الذي نشأ عنه، مما يعني أن وجوده وصفته القانونية لا يتأثران بوجود أو بطلان العقد الأصلي أو بأي إجراءات قانونية تتعلق به .وبهذا، فإن اتفاق التحكيم يشكل كيانًا قانونيًا قائمًا بذاته، يهدف إلى تحديد آلية مستقلة لحل النزاعات الناشئة عن العلاقة التعاقدية"[11].

في منازعة تتعلق بموضوع عام أو تنفيذه أو الآثار المترتبة عليه، أما سبب إتفاق التحكم

---

[10] محمد العيساوي، المرجع نفسه، ص 42.

[11] الأحمد عبد التواب إتفاق التحكيم (شروطه ،أصله نطاقه) دار النهضة العربية، القاهرة، ص 111.

هو رغبة الأطراف في إقصاء منازعتهم عن قضاء الدولة وطرحها علي التحكيم. لا يترتب على بطلان أو صحة العقد الأصلي بطلان أو صحة شرط التحكيم والعكس، إذ لا يترتب على بطلان أوصحة شرط التحكيم، بطلان أو صحة العقد الأصلي. إلا إذا كان البطلان لسبب يشمل شرط التحكيم كما لو أبرم العقد من شخص عديم الأهلية[12].

ثانيا: عدم تعلق إتفاق التحكيم

إن اتفاق التحكيم هو عقد يرتكز على إرادة حرة للأطراف، يتيح لهم اختيار التحكيم كوسيلة بديلة لحل المنازعات بدلاً من اللجوء إلى القضاء .يمنح المشرع للأفراد هذه الحرية في حدود ما لا يتعارض مع مبادئ النظام العام، فإن وجود اتفاق التحكيم وصحته مرتبطان بإرادة الأطراف، والتي يمكن أن تتجلى في التمسك به أو التنازل عنه صراحة أو ضمناً".

يقصد بعدم مخالفة إتفاق التحكيم للنظام العام أن هذا الإنفاق يتعلق من حيث مضمونه بمسائل يجوز فيها الصلح ولا تتعارض مع القيم والأسس التي يقوم عليها المجتمع، إذ أجاز المشرع للأطراف الإتفاق على الإلتجاء إلى التحكيم وعدم الإلتجاء إلى القضاء[13].

أ- التحكيم الداخلي: حددت المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفقرة الأولى موضوعات إتفاق التحكيم الداخلي، التي تتمثل في الحقوق التي للأشخاص مطلق الحرية في التصرف فيها، أما في الفقرة الثانية والثالثة من نفس المادة منعت الأشخاص المعنوية من اللجوء أو طلب التحكيم إلا فيما يخص علاقاتها الإقتصادية أو في مجال الصفقات العمومية، نستنتج أن الأشخاص المعنوية لا يمكن أن تلجأ إلى التحكيم الداخلي[14].

ب- التحكيم الدولي: تحدد التشريعات الجزائرية نطاق تطبيق التحكيم الدولي على الأشخاص المعنوية العامة، حيث تسمح لها باللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية التي تتضمن طرفاً أجنبياً [15].وتستند هذه الإمكانية إلى اعتبارات تتعلق بطبيعة هذه الصفقات

---

[12] أحمد إبراهيم عبد التواب المرجع نفسه، ص 113.

[13] جين المؤمن، الوجيز في التحكيم، شروطه، أقسامه إجرائه، أحكامه)، مطبعة الفجر، بيروت، ص 110-

[14] المادة 1006 من القانون رقم 08-09 المرجع السابق.

[15] لنص المادة 1039 من القانون رقم 08-09 على أنه يعتبر التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة لدولتين على الأكل.

وعلاقتها بالمصالح الاقتصادية الدولية، كما هو منصوص عليه في المادة 1006 فقرة 3 والمادة 1039 من القانون المدني الجزائري، وفي المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية"[16].

أن الأشخاص المعنوية لا يمكن لها أن تجري تحكيم، إلا في حالات مذكورة في الإتفاقيات التي صادقت عليها الجزائر أو في مجال الصفقات العمومية.

لا يبت المحكم إلا في المسائل التي عين من أجلها، ويقع باطلا الحكن الذي يصدره المحكمون دون إتفاق التحكيم.

2- تعيين الجهة التحكيمية:

"تتنوع الجهات التحكيمية باختلاف اختيار الأطراف، فإما أن يكون التحكيم حراً، حيث يتولى الأطراف أنفسهم تعيين المحكم أو المحكمين وتحديد شروط التحكيم، أو أن يكون التحكيم مؤسسياً، حيث تسند مهمة تنظيم إجراءات التحكيم إلى مؤسسة تحكيم متخصصة، والتي تتولى تحديد القواعد والإجراءات التي تسير عليها عملية التحكيم"[17].

أ- التحكيم الداخلي:

"في حالة وجود نقص أو عيب في شرط التحكيم المتعلق بتعيين المحكمين، فإن القاضي يلعب دوراً محورياً في حل هذا النزاع .فإذا تعذر على الأطراف الاتفاق على تعيين المحكم[18]، أو إذا كان شرط التحكيم غير كافٍ لتحديد هوية المحكمين، فإن القاضي يتولى مهمة تعيين المحكمين لضمان سير إجراءات التحكيم".

ثالثا: عدم تجزئة إتفاق التحكيم.

يتسم إتفاق التحكيم من حيث مضمونه أو محله بأنه إتفاق غير قابل للتجزئة، إذ لا يجوز تجزئته إذا كان موضوعه غير قابل للتجزئة أو الإنقسام بطبيعته. فإذا كان إتفاق التحكيم

---

[16] المادة 975 ، من القانون 08-09، نفس المرجع

[17] آسياي محمد، إتفاقية التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، تخصص ق.أ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2020، ص30

[18] المادة 1008 من القانون رقم 08-09 المرجع السابق، نص المادة 1012، نفس المرجع

يتضمن عدة موضوعات غير قابلة للتجزئة فلا يجوز أن يقتصر اللجوء إلى التحكيم على جانب دون الجانب الآخر .

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم التجاري الدولي

يحتل اتفاق التحكيم مكانة محورية في منظومة التحكيم، إذ يشكل الأساس الذي تتبني عليه العملية التحكيمية برمتها. ورغم الإجماع الفقهي على دور التحكيم كبديل فعال للقضاء التقليدي في فض المنازعات، إلا أن الجدل لا يزال قائماً حول الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم ذاته. هذا الخلاف الفقهي أفرز عدة نظريات، كل منها تقدم رؤية مختلفة لماهية اتفاق التحكيم وأبعاده القانونية. وتتجاوز أهمية هذا النقاش الجانب النظري، إذ تترتب عليه نتائج عملية بالغة الأهمية، خاصة فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وكذلك في مرحلة تنفيذ حكم التحكيم. فتكييف الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم يؤثر بشكل مباشر على القواعد التي تحكم صحته وتفسيره وآثاره، مما ينعكس على سير إجراءات التحكيم ومآل الحكم الصادر في نهاية المطاف. وعليه، فإن فهم هذه الطبيعة وما يترتب عليها من آثار يعد أمراً حيوياً لكل المعنيين بعملية التحكيم، سواء كانوا أطرافاً متنازعة أو محكمين أو قضاة ينظرون في تنفيذ أحكام التحكيم. ويمكن التمييز في هذا الصدد بين نظريتين أساسيتين وهما النظرية العقدية(الفرع الأول) ثم النظرية القضائية لاتفاق التحكيم التجاري الدولي (الفرع الثاني)

الفرع الأول : الطبيعة العقدية لاتفاقية التحكيم التجاري الدولي:

يضفي أنصار هذه النظرية على التحكيم طابع الاتفاق، فهم يرون بأن نظام التحكيم ذو طبيعة تعاقدية، فاتفاق التحكيم وحكم المحكمين عند أنصار هذه النظرية يمثلان جزءا واحدا لا يمكن فصلهما .فحكم المحكم وفقا لهذه النظرية، يستمد قوته من اتفاق التحكيم سواء كلّ بندا من بنود العقد أو مشارطة تحكيم مستقلة عنه[19]

---

[19] عبد الباسط محمد عبد الواسع الفراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005، ص56

يعتمد هذا الاتجاه على أسانيد تتجلى أساسا في الدور الجوهري الذي تلعبه إرادة الأطراف في التحكيم، ذلك أن عملية التحكيم تتمثل في شكل هرم قاعدته الاتفاق وقمته الحكم رغم أن حكم التحكيم هو الهدف من عملية التحكيم برمتها من حيث كونه يسوي النزاع إلاّ أنّه يبدو مجرد عنصر تبعي في هذه العملية لأنّه مجرّد تحديد لمحتوى العقد بمعرفة غير المتعاقدين)ويرى الفقيه" فوشارد "بأنّ التحكيم كعدالة خاصة مصدرها اتفاقي، بحيث أن سلطة القضاء المخولة للمحكم أساسها اتفاق إرادتين، هذه الفكرة أعدها الفقع في القانون الداخلي وكرسها الاجتهاد القضائي في المسائل الدولية[20]

وقد أكدت الطبيعة التعاقدية للتحكيم محكمة النقض الفرنسية بشكل صريح في أن مسألة تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم لها نتائج وآثار هامة لاسيما من حيث الاختصاص التشريعي الدولي أو تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وعند طلب تنفيذ القرار التحكيمي، فالذين يرون في التحكيم نظاما ذا طبيعة تعاقدية ينتمون لقانون الإرادة لتحكيم موضوع النزاع، ويعتبرون قرار التحكيم مجرّد" اتّفاق"، ومن ثمّة فهو لا يخضع للتدرج القضائي الذي يعرفه الحكم القضائي.

أما الذين يصبغون على التحكيم الصبغة القضائية فيفضلون قانون محل التحكيم لحكم النزاع .ويرون في قرار المحكمين حكما يقترب من الحكم القضائي [21]

ويرى أنصار النظرية العقدية أن تحديد نطاق التحكيم الشخصي أو الموضوعي وتعين المحكم أو المحكمين أو اختيار طريقة تعينهم، وكذلك القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وعلى موضوع النزاع تحدد جميعها في اتفاق التحكيم، وطالما أن اتفاق التحكيم عقدا فيكون بالتالي لحكم المحكم نفس خصائص الاتفاق.

---

[20] شعران فاطمة،" اتّفاق التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، .العدد الثاني، جامعة تسمسيلت، ديسمبر 2016 ، ص13

[21]نور الدين بكلي، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، . جامعة الجزائر، 1997 ، ص12

ينتهي أنصار هذه النظرية إلى اعتبار التحكيم مجرد نظام من أنظمة القانون يجد أساسه في اتفاق التحكيم، وحكم المحكم ما هو انعكاس لهذا الاتفاق ويستمد قوته وإلزامية من إرادة الأطراف الذين اتفقوا على إسناد حل النزاع إلى المحكمين والخضوع لأحكامهم[22]

انتقدت النظرية العقدية لأنّها بالغت في دور الإرادة في نظام التحكيم، فإذا سلمنا بما للإرادة من دور أساسي على اعتبار أن التحكيم يبدأ باتفاق ويقوم على إرادة الأطراف.

إلاّ أنّ حكم التحكيم والإجراءات التحكيمية لا يمكن اعتبارها عملا تعاقديا، فكيف تبرر هذه النظرية جواز الطعن بالاستئناف في عمل تعاقدي، كذلك فإن المحكم لا يرتكز إلى هذه الإرادة، إذ يعمل بأحكام القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض عليه في حكمها الشهير الصادر في 27 جويلية 1937 ، حيث نصّت على " **إنّ قرارات التحكيم الصادرة على أساس مشارطة التحكيم تكون وحدة واحد من هذه المشارطة وتشترك معها في صفتها التعاقدية"**

الفرع الثاني: الطبيعة القضائية لاتفاقية التحكيم التجاري الدولي:

أكّدراي فقهي آخر على أنّ التحكيم ذو طابع قضائي، ذلك أنّه قضاء إجباري ملزم للخصوم متى اتفقوا عليه، كما أن المحكم لا يتقيد بإرادة الخصوم وحدها لأن عمله عمل قضائي مثله مثل العمل القضائي الصادرة عن الجهات القضائية الرسمية)

يرى كذلك أنصار هذه النظرية بأن التحكيم يستجمع عناصر العمل القضائي، وهي الادعاء والمنازعة والأطراف، كما يعتبر المحكم قاضيا بحكم طبيعة وظيفته وهي الفصل في النزاعات التي تعرض عليه، ولا يستمد صلاحيته وسلطته من اتفاق التحكيم وحده إنما كذلك من التشريع الذي يعترف به، كما أنه لا تكتفي إرادة الأطراف لوضع نظام التحكيم إلا بقرار من المشرع وتخويله أطراف هذه السلطة.

حسب هذه النظرية يكون حكم التحكيم نوعا من أنواع القضاء إلى جانب قضاء الدولة وما يقوم به المحكم يعد من قبيل الأعمال القضائية، كما أن الأحكام التي يصدرها لها نفس القيمة القانونية الملزمة للحكم القضائي، إذ أن هذه الأحكام وإن كانت تستند في الأصل على

---

[22]عبد الباسط محمد عبد الواسع الفراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص22

اتفاق التحكيم، إلا أن الأنظمة القانونية هي التي تعترف بها محددة ما يجب على المحكم مراعاته، كما يرى أنصار هذه النظرية بأن اتفاق التحكيم لا يحد وأن يكون مجرد إجراء يتم به تحريك هذا النظام الذي تهيمن عليه طبيعته القضائية ويتميّز بذاتيته الخاصة.

تظهر الطبيعة القضائية للتحكيم في أن حكم التحكيم يجوز حجية الحكم المقضي به وينفذ جبريا ما قضى به المحكم إلا بالطرق التي تحددها الأنظمة القانونية، أي أنّ الحكم يفرض على أطراف النزاع، وبفضل طبيعته هذه يمكن تمييز التحكيم عن غيره من الإجراءات مثل المصالحة.

يستند أصحاب هذا الراي إلى حجج لدعم الطبيعة القضائية لاتفاق التحكيم أهمها:

-أن التحكيم قضاء استثنائي من الأصل العام في التقاضي أمام المحاكم التي نظمها القانون.

الفصل الأول إنشاء اتفاقية التحكيم التجاري الدولي

-إن حدث ورفعت الدعوى أمام المحكمة المختصة كان للطرف الآخر الحق في الدفع بعدم الاختصاص لأن المحكمة تنظر دعوى هي من اختصاص هيئة المحكمين.

-قياسا على الأثر الذي يترتب على رفع النزاع معين أمام محكمة معينة غير مختصة أصلا، ولكن يجوز ذلك استثناء كما هي في الاختصاص المحلي.

انتقد الفقه هذه النظرية على أساس أن هناك فرق بين القاضي المحكم سواء من حيث دوام وظيفته أو الحصانة التي يتمتع بها .فمهمة القاضي ليست الفصل في النزاع فقط بل له سلطة الإلزام، على خلاف المحكم الذي يقتصر دوره على الوصول إلى حل النزاع بين الطرفين بحكم، دون أن تكون له سلطة إلزام الأطراف بهذا الحكم ليفسح المجال أمام القضاء العادي ليصبح هذا الحكم صفة الإلزام ومن جهة أخرى فإن القواعد المنظمة للقضاء لا تسري على نظام التحكيم)

بهذا يمكن التأكيد على أن التحكيم قضاء استثنائي واتفاقي يتقيد بنصوص اتفاق التحكيم وبالأحكام القانونية التي يجب على المحكم الإلتزام بها.

هذا ونشير إلى أن هناك أصحاب النظرية المختلطة للتحكيم التجاري الدولي الذين أكدوا على الطبيعة التعاقدية لاتفاق التحكيم، إذ حسب هذه النظرية فإن التحكيم تتعقب عليه صفتان، الأولى هي صفة تعاقدية يجسدها اتفاق التحكيم، والثانية هي الصفة القضائية التي تجسدها وظيفة المحاكم متمثلة في حسم النزاع المطروح عليه[23]

عليه، فاتفاق التحكيم ذو طابع تعاقدي، عكس التحكيم الذي يعد أداة متميزة لحل المنازعات، له جانب اتفاقي يحرك عملية التحكيم وآخر قضائي، وفيه ما يميزه عنهما، ويجعل طبيعته مستقلة.

[23]عبد الباسط محمد عبد الواسع الفراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص24

المبحث الثاني: صور وأركان وشروط اتفاق التحكيم

إتفاق التحكيم عقد قائم بذاته، يتوفر على مجموعة من الصور عرفها المشرع الجزائري في صورتين، شرط التحكيم ومشارطة التحكيم، سيتم تقديمها (المطلب الأول). وبإعتبار هذا الإتفاق يرتب التزامات متبادلة بين طرفيه فإنه لإثبات صحته يجب أن تتوفر فيه شروط أو ضوابط يقوم عليها سندرسها (المطلب الثاني).

المطلب الأول : صور اتفاق التحكيم

"يتعدد شكل اتفاق التحكيم، فهو قد يكون شرطًا ضمن العقد الأصلي، أو اتفاقًا منفصلاً يبرم بعد نشوء النزاع، أو شرطًا يحيل إلى وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم، وتتيح هذه المرونة للأطراف اختيار الشكل الأنسب لاتفاقهم"[24].

الفرع الأول: شرط التحكيم.

يمكن تعريف شرط التحكيم على أنه: الشرط الذي يرد ضمن بنود علاقة قانونية معينة أو بنود عقد معين وبمقتضى هذا الشرط يتفق أطراف العلاقة الأصلية قبل نشوب أي نزاع على حسم ما قد يثور بينهم من منازعات بواسطة التحكيم.

يقصد من هذا التعريف أن شرط التحكيم هو شرط يرد في بند علاقة قانونية أو يكون بند في عقد ما، هذا الأخير يتفق عليه الأطراف قبل وقوع أي نزاع على الفصل في المنازعات التي قد تثور بينهم عن طريق التحكيم[25].

"بغض النظر عن شكل اتفاق التحكيم، فإن تحديد نطاق النزاعات التي تخضع للتحكيم يعد أمرًا بالغ الأهمية، ويمكن أن يكون هذا النطاق عامًا، يشمل جميع النزاعات المتعلقة بالعقد، أو خاصًا، يقتصر على نزاعات محددة.

---

[24] أعبد الباسط محمد عبد الواسع، شرط التحكيم في عقد البيع التجاري)، دار الجامعة الجديدة، جامعة عين الشمس، ص 222

[25] شاهر مجاهد الصالحي، إتفاق التحكيم في التشريع وفي التطبيقات القضائية العربية، ملتقي التحكيم في العالم الإسلامي، مكة المكرمة، ص 5.

الأمر الذي يميز شرط التحكيم عن مشارطة التحكيم ليس وروده في العقد الأصلي وإنما كون المنازعات الذي ينصب عليها التحكيم هي منازعات لم تنشأ بعد أي منازعة محتملة وغير محددة[26].

كما يرد في شكل عقد من العقود يقضي بأي نزاع حول إعمال أو تفسير أو تنفيذ العقد أو أحد شروطه يتم تسويته عن طريق التحكيم وهذا بالطبع يقتضي بأن تكون العلاقة عقدية وأن يكون الشرط سابقا عن قيام المتنازعة[27].

شرط التحكيم هو الأكثر شيوعا من الناحية العملية لأنه يبرم في وقت تسوده روح الود، فهو أهم مصادر التحكيم التجاري الداخلي أو الدولي حيث تبين أن ما يقارب 80% من عقود التجارة الدولية تتضمن شرطا تحكيميا . كما إعتبره الفقه الفرنسي عمل تمهيدي سابق علي إبرام الأطراف لإتفاق التحكيم كما أنه يعتبر نطاقه واسع في القانون المصري فيشمل ما ينتج من منازعات بين الأطراف في علاقاتهم العقدية والغير عقدية بخلاف نطاقها في الفقه الذي يقصره فقط علي العلاقات العقدية.

قد يشمل مضمون شرط التحكيم تنظيم جوانب التحكيم من حيث تشكيل المحكمة وإختيار هيئة التحكيم وتحديد مضمون النزاع وتحديد القانون الواجب التطبيق ومكان إنعقاد الجلسات والمواعيد وكيفية إصدار قرار التحكيم في النزاع[28].

الفرع الثاني : مشارطة التحكيم

---

[26]– أرزني رمضان، النظام القانوني الإلقائية التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو، ص 18

[27]برابية محمد الامين النظام القانوني للتحكيم مذكرة القبل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2021، ص 23.

[28]شعران فاطمة إتفاق التحكيم التجاري الدولي في التشريع المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد الثاني جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، ص 15.

تتمثّل مشارطة التّحكيم في ذلك الاتّفاق الذي يتم بين طرفين بعد قيام النّزاع بينهما لعرض هذا النزاع على التحكيم)

فالمميز لمشارطة التحكيم أنّها اتفاق يبرمه الأطراف للجوء إلى التحكيم بصدد نزاع قائم فعلا بينهم، ويتم بمقتضاه تحديد موضوع هذا النزاع وتعيين المحكمين أو المحكمة التحكيمية ومكان وإجراءات التحكيم والسلطات الممنوحة للمحكمين وحدودها وغيرها من المسائل الخاصة بمتطلبات التحكيم، وهو ما أكده للمشرع الجزائري في المادة12 1/2 2من إ.م.إ .

وعرف المشرع الجزائري مشارطة التحكيم في المادة 1011 من ق.إ.م.إ على أنه: اتّفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبله الأطراف لموجبه عرض نزاع سبق نشوئه على التحكيم

ما يميز مشارطة التحكيم أنها تحرر في مستند مستقل عن العقد الأصلي حيث أنها تبرم بين الأطراف بعد نشوب النزاع.

تختلف بهذا مشارطة التحكيم، فإذا كان هذا الأخير يتم الاتفاق عليه قبل نشوء النزاع وغالبا ما يرد ضمن بنود العقد الأصلي، فإن المشارطة تعقد بعد نشوء النزاع بخصوص العقد المبرم بين الطرفين، ويتمّ الاتّفاق عليها في إطار اتفاق لاحق ومستقل عن العقد الأصلي، وكذلك وخلافا لشرط التحكيم فإن دور المشارطة لا يقتصر على تقرير الأطراف مبدأ اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاع ولن تتضمن إضافة إلى ذلك تنظيما شاملا لجميع المسائل التفصيلية المرتبطة بالتحكيم بداية بتشكيل هيئته مرورا باختيار القواعد الإجرائية والموضوعية الواجبة التطبيق إلى غاية صدور الحكم التحكيمي)

تجدر الإشارة إلى أن مشارطة التحكيم قد تكون تنفيذا لشرط تحكيم سبق الاتفاق عليه في العقد الأصلي قبل أن ينشأ النزاع بشأنه، وفي هذه الحالة تؤدي مشارطة التحكيم وظيفة استكمال العناصر الضرورية لإعمال نظام التحكيم الذي سبق تقريره من قبل الأطراف، كما يمكن أن تعقد المشارطة لتقرير اللجوء إلى التحكيم دون أن يكون هناك شرط تحكيم متفق عليه سلفا في العقد الذي نشأ عنه) وعليه يتم تحديد كلّ عناصره ضمنه. [29].

---

[29]شعران فاطمة إتفاق التحكيم التجاري الدولي في التشريع المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد الثاني جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، ص 15.

يستنتج مما سبق أن شرط التحكيم يختلف عن المشارطة في أن الأول يتعلق بنزاع محتمل الوقوع مستقبلا في حين أن الثاني يتعلق بنزاع وقع فعلا .كذلك فإن شرط التحكيم يرد في العقد المبرم أو في عقد مستقل قبل وقوع النزاع بينما في المشارطة فالاتفاق لاحق مستقل بين المتنازعين يقع بعد حصول الخلاف ودون أن يكون منصوصا عليها في العقد الأصلي، كما أن هذه الأخيرة غالبا ما تتضمن تفصيلا عن العملية التحكيمية كبيان طبيعة النزاع وأسماء المحكمين وبيان اتفاق الأطراف بالإحالة للتحكيم)

وتجدر الإشارة بهذا الصدد، إلى أن فكرة التمييز بين المشارطة وشرط التحكيم في الحقيقة لا مبرر لها من حيث الاستقلالية لأن كلا منهما ليس في واقع الحال سوى اتفاق تحكيم أي اتفاق على اختيار التحكيم سبيلا لحل النزاع بدلا من القضاء وأن طبيعتها القانونية واحدة، كما أن علاقتهما بالعقد الرئيسي ودورها القانوني واحد أيضا، فاختلاف زمن وجود كل منهما أي قبل أو بعد قيام النزاع لا يشكل سبيلا لاختلاف نظامهما القانوني، بل يخضعان لنظام قانوني واحد في التحكيم التجاري الدولي.

يستفاد مما سبق أنّ اتّفاق التحكيم يمكن أن يأتي قبل نشوء النّزاع أو بعده، فإذا جاء قبل نشوء النزاع سمي بشرط التحكيم، أمّا إذا جاء بعده فيطلق عليه مشارطة التحكيم كذلك يمكن أن يأتي الاتّفاق حسب الاتّجاه الحديث من خلال الإحالة إلى عقد أو مستند يشتمل على شرط التحكيم وهو ما يعرف باسم شرط التحكيم بالإحالة.

يعتبر بهذا شرط التحكيم بالإحالة من الصور المعاصرة لاتّفاق التحكيم والغرض في هذه الصورة أن العقد الأصلي المبرم بين الأطراف لم يتضمن شرطا صريحا للتحكيم بل يكتفي الأطراف بالإشارة أو بالإحالة إلى عقد، سابق بينهم أو إلى عقد نموذجي وذلك لتكملة النقص وسدّ الثغرات التي تعتري عقدهم___.

المطلب الثاني: اركان اتفاق التحكيم وشروطه

الفرع الأول: اركان اتفاق التحكيم

"تنص المادة 1006 على حق الأفراد في اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي لهم حرية التصرف فيها، مما يؤكد أهمية ركن الرضا في اتفاق التحكيم .ولتحقق هذا الحق، يشترط أن يكون الطرفان أهلًا للتصرف، أي أن يكونا قد بلغا السن القانونية وتمتعا بالأهلية اللازمة لإبرام العقود"[30].

كما تنص المادة 60 من القانون المدني: إن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة أو بالإشارة»، أي وجوب الكتابة في إتفاق التحكيم وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية[31].

كما ينص التحكيم الداخلي في المادة 1008 فقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: «حيث بت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الإتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها>> معنى هذا أن شرط التحكيم يثبت بالكتابة في الإتفاق الأساسي أو في الوثيقة التي يستند إليها هذا الإتفاق[32]، كما تنص المادة 1012 أيضا بالتحديد في فقرتها الأولى أن إتفاق التحكيم يحصل بالكتابة، أي إلزامية كتابة إتفاق التحكيم أما في التحكيم تنص المادة 1040 الفقرة الثانية على أنه حيجب من حيث من الشكل

وتحت طائلة البطلان، أن تبرم إتفاقية التحكيم كتابة أو بأي وسيلة أخرى تجيز الإثبات بالكتابة >> يقصد هذا المشرع أن إتفاق التحكيم يكتب بصفة عامة مع إضافة الوسائل الأخرى التي تجيز الإثبات بالكتابة.

2- ركن المحل:

محل العقد يمثل ركن أساسي من أركانه والذي لا ينعقد من دونه ويشترط في محل العقد بصفة عامة فضلا أن يكون معينا أو قابل للتعيين وأن يكون مشروعا وسنبين هذه الشروط:

---

[30] المادة 1040، نفس الموجع .

[31]المادة 60، من الأمر رقم 58175 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتهم بالأمر تم 05107، الموافق لـ 13 ماي سنة 2007، الجريدة الرسمية رقم 31

[32] المادة 1008 من القانون 08-09، نفس المرجع

أ–شرط المشروعية: "تختلف معايير مشروعية محل النزاع بين التحكيم الداخلي والدولي . ففي التحكيم الداخلي، يشترط ألا يكون محل النزاع من الأمور التي يمنع القانون التحكيم فيها، مثل المسائل المتعلقة بالنظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم .أما في التحكيم الدولي، فيجب أن يكون محل النزاع مرتبطًا بمصالح اقتصادية لدولتين على الأقل، مع مراعاة الاستثناءات القانونية العامة"[33].

ب –شرط التعيين: "يشترط في صحة العقد أن يكون محل الإلتزام معينًا أو قابلاً للتعيين، كما تنص المادة 94 من القانون المدني، أما في اتفاق التحكيم، فيجب أن يكون موضوع النزاع محددًا بدقة في الاتفاق ذاته، وذلك وفقًا للمادة 1008 و 1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث يشكل تحديد موضوع النزاع عنصرًا أساسياً لبدء إجراءات التحكيم.[34]

"يشترط القانون الجزائري في اتفاق التحكيم تحديدًا دقيقًا لموضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم، وبالنسبة للتحكيم الدولي، تحدد المادة 1039 مجال تطبيقه بالنظر إلى النزاعات ذات الطابع الاقتصادي الدولي، مما يضفي على هذا النوع من التحكيم خصوصية معينة فيما يتعلق بموضوع النزاع".

ج– شرط الإمكان: أن يكون محل العقد ممكنا غير مستحيل والمعني المقصود من الوجود أن يكون الشيء موجود وقت نشوء الإلتزام، فالإلتزام بإخضاع المنازعات التي قد تثور أو قد ثارت فعلا للتحكيم أمر غير مستحيل وهذا ما يؤكد توفر الشرط في إتفاق التحكيم وهذا ما جاءت به المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: حسري إتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية ولو كان مستقبلا كما الحال يم حيث أن النزاع والإلتزام يكون ممكنا في المستقبل[35].

3 – ركن السبب:

---

[33] المادة 1006 من القانون رقم 08–09 المرجع السابق

[34] المادة 94 من الأمر 5875 المرجع السابق.

[35] ياي محمد، اتفاقية التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، تخصص كانون أعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، السنة الجماعية 2020/2019، ص 33

شرط السبب في إتفاق التحكيم هو اللجوء إلى قضاء خاص لما فيه من مميزات وتفادي قضاء الدولة لما فيه من تعقيدات إجرائية وقتية، ولما يحققه من سرية مطلوبة مع فرض حسن النية.

الفرع لثاني: شروط اتفاق التحكيم

تتحدد شروط صحة إتفاق التحكيم بناءا على القانون الذي إختاره الأطراف أو لمحكم في حالة غياب إختيارهم ليطبق على إتفاق التحكيم، وقد وضعت التشريعات والإتفاقيات الدولية شروط موضوعية وأخرى شكلية، يترتب على تخلفها بطلان إتفاق التحكيم[36].

تتمثل هذه الشروط في الشروط الموضوعية التي سيتم تقديمها في (أولا) وشروط شكلية سيتم دراستها في (ثانيا)

أولا: الشروط الموضوعية لصحة إتفاق التحكيم.

يستزم لصحة إتفاق التحكيم توافر رضا صحيح ومحل ممكن ومشروع وسبب مشروع لكي يرتب آثاره القانوني، وسيتم تقديم التراضي (أولا) المحل (ثانيا) السبب (ثالثا)، أخيرا الأهلية (رابعا).

1. التراضي

إتفاق التحكيم يتطلب توافر التراضي بين الأطراف المعنية. ويتحقق هذا التراضي عبر تلاقي إرادتين متجهتين لإحداث أثر قانوني معين. لذا، يجب أن تتوافق إرادة الطرفين على اللجوء للتحكيم لكي ينعقد الاتفاق بشكل صحيح .

ولصحة الإيجاب، يتعين أن يتضمن بوضوح نية استبعاد اختصاص القضاء العادي وتحديد النزاع بدقة. وفي حين أن الموجب له حرية العدول عن إيجابه قبل قبوله، إلا أنه قد يلتزم به إذا حدد مدة زمنية لانتظار رد الطرف الآخر.

---

[36] زيبارث الشاذلي، النظام القانوني لإتفاق التحكيم، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة تيارت، العدد السابع، ديسمبر 2016، ص 307.

أما القبول، فيجب أن يصدر ممن وُجّه إليه الإيجاب وأن يكون مطابقاً تماماً لما ورد فيه من شروط ومسائل جوهرية لكي ينعقد اتفاق التحكيم بشكل صحيح ونافذ[37].

هكذا يقصد بالتراضي تطابق إرادتين أو أكثر وإتجاهها إلى ترتيب آثار قانونية تبعا المضمون ما إتفق عليه وذالك بتلاقي إيجاب وقبول على اختيار التحكيم اختيارا حرا.

يشترط أن يكون التراضي صادر عن أطراف لهم حرية التصرف، هذا ولم يميز المشرع بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي التابع للقانون الخاص[38].

فالأشخاص الطبيعية تخضع في تحديد أهليتها إلى قاعدة التنازع المنصوص عليها المادة 1006 من القانون المدني، أما فيما يتعلق بالأشخاص المعنوية الخاصة فهي تخضع أيضا لنفس المبدأ، مثلا: الشركات التجارية تخضع للقانون الجزائري إذا كانت تمارس نشاطها في الجزائر حيث تكتسب الشخصية القانونية وبالتالي اللجوء الى التحكيم في بعد قيدها في السجل التجاري.

2. **المحل**

يعني اتفاق التحكيم أن الأطراف يتفقان مسبقًا على إحالة أي نزاع حالي أو مستقبلي ينشأ بينهما، سواء كان هذا النزاع مرتبطًا بعقد أو بغير عقد، إلى التحكيم لحله بدلاً من اللجوء إلى القضاء .ولتكون هذه الاتفاقية سارية المفعول، يجب أن يكون النزاع الذي قد يحال إلى التحكيم واضحًا ومعروفًا وقابلًا للتقدير، وأن يكون من النوع الذي يسمح بحله عن طريق التحكيم.

كما تنص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: «يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

منح المشرع للأفراد كافة الحق في اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات المتعلقة بحقوقهم التي يستطيعون التصرف فيها بحرية كاملة، شريطة أن يكون موضوع النزاع صالحًا للتسوية عبر

---

[37] طيب تباني، التحكيم التجاري وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بلقيس، بجاية، ص 43.

[38] طيب تبايلي، نفس المرجع، ص48

آليات التحكيم .ومع ذلك، استثنى القانون من ذلك المنازعات التي تمس النظام العام أو تتعلق بحالة الأفراد وأهليتهم القانونية، والتي تتطلب حسمها من قبل القضاء[39].

يثير محل التراضي في إتفاق التحكيم مسألتين هما:

1- القابلية الشخصية للتحكيم:

لم تتفق القوانين الوطنية على إمكانية لجوء الكيانات العامة إلى التحكيم، فبعضها سمح بذلك بينما منعته أخرى .وفي الجزائر، كان القانون القديم يمنع بشكل صريح اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للدولة والمؤسسات العامة، بما في ذلك المؤسسات الاقتصادية، ومع ذلك، على أرض الواقع، أبرمت الجزائر اتفاقات تحكيمية مع شركات أجنبية، لا سيما في قطاع الطاقة، وهو ما يمثل تناقضًا مع النص القانوني السابق[40].

في سنة 1983 عدل المشرع الجزائري صياغة المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية، وذالك بموجب المادة 01 من المرسوم التشريعي رقم 93/09 الذي جاء على النحو الآتي :... ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية <<، وأبقى على نفس الإتجاه في المادة 1006من القانون رقم 08/09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية مع تسجيل إختلاف بسيط في الصياغة، حيث إستبدل عبارة علاقاتهم التجارية الدولية"، بعبارة "علاقاتها الإقتصادية الدولية[41] .

نجد أيضا في مصر الذي يعتبر قانونها من بين القوانين التي إعترفت بأهلية الدولة والأشخاص العامة باللجوء إلى التحكيم يتجسد ذالك من خلال نص المشرع المصري في القانون الجديد على أنه جمع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية. ... تسري أحكام هذا

---

[39] المادة 1006 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، العدد 21، الصادر في 2008/04/23

[40] المادة 442، من المرسوم التشريعي رقم 93/09 بتاريخ 23/04/1993، المعمل والمتمم للأمر 66/154، المتضمن القانون الإجراءات المدنية الجريدة الرسمية 27

[41] ZALAANI(A.M). »l'intervention des personnes publiques et para-publiques dans l'arbitrage Internatonal commercial RASJEP n 3.1997.p901 ets

القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص، أيا كانت طبيعة العلاقات التي يدور حولها النزاع .....>>. وجاء التعديل ليضيف فقرة إلى المادة أعلاه التي تنص على يجوز الإتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

2- القابلية الموضوعية للتحكيم:

لتكون اتفاقية التحكيم صحيحة، يجب أن يكون محل النزاع محددًا بوضوح وأن يكون من نوعية النزاعات التي يسمح القانون بتسويتها عن طريق التحكيم .هذا يعني أن النزاع لا يجب أن يتعارض مع مبادئ النظام العام أو يمس حقوقًا أساسية لا يمكن التنازل عنها كل دولة تحدد، وفقًا لسياساتها، النزاعات التي يمكن حلها بالتحكيم، مع مراعاة التوازن بين المصلحة العامة وحق الأفراد في اختيار وسيلة لتسوية منازعاتهم[42].

3. السبب

الدافع الأساسي وراء اللجوء إلى التحكيم هو الرغبة في تسوية المنازعات بشكل أسرع وأكثر مرونة مقارنة بالإجراءات القضائية التقليدية، ومع ذلك، يجب أن يكون هذا الهدف مشروعاً ولا يستهدف التهرب من تطبيق القانون، فإذا ثبت أن الغرض من اتفاق التحكيم هو التملص من التزامات قانونية، فإن هذا الاتفاق يصبح باطلاً[43].

4. الأهلية

الأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم هي الأهلية الكاملة للتصرف في الحقوق والمصالح فالتحكيم يعتبر وسيلة بديلة لتسوية المنازعات، وبالتالي فإن اختيار هذه الوسيلة يتطلب من الأطراف أن يكونوا قادرين على فهم طبيعة هذا الاختيار وآثاره القانونية[44].

نظرا لأن أهلية الأداء تخضع للقانون الشخصي لأطراف التحكيم وليس قانون التحكيم، فإن التشريع الجزائري نص علي ذالك صراحة بالمادة 10فقرة 01 والتي تنص علي أنه: يسري علي الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم.

---

[42] أطيب تباييني، المرجع نفسه، ص 53.

[43] أرزتي رمضان النظام القانوني لإلقائية التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماستر، تخصص قانون أصال، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو، ص 8

[44] أرزقي رمضان، المرجع نفسه، ص 89.

يعني هذا أنه يطبق على الأشخاص فيما يخص الحالة المدنية قانون البلاد الذي يتمتعون أو يكتسبون جنسيتها.

ثانيا: الشروط الشكلية لصحة إتفاق التحكيم.

يشترط أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا وهذا ما أكدته أحكام القانون النموذجي الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 المعدل سنة 2006، الذي أدخل الحديث وهي الكتابة الإلكترونية. إذ يجوز الإثبات بأي وسيلة كانت. هذا المفهوم الحديث أخذت به العديد من التشريعات وأوصت به نجد من بينها المشرع الجزائري في المادة 1040 من قانون اجراءات المدنية و الادراية والذي جاء فيها. تسري إتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة و المستقبلية، يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم إتفاقية التحكيم كتابة أو بأي وسيلة آخري نجيو الإثبات بالكتابة. أي أن المشرع أوجب أن يكون إتفاق مكتوب لإثباته. أو بطرق أخرى[45].

نص أيضا في المادة 10لفقرة 01 من نفس القانون على: يحصل التحكيم علي التحكيم كتابيا، يعني هذا أن التحكيم يجب أن يكون مكتوبا[46] .

كما تجد أيضا القانون المصري إذ نصت المادة 12 منه على ما يلي: يجب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا ويكون إتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الأطراف من رسائل او برقيات أو غيرها من وسائل الإتصال المكتوبة».

أي أن القانون المصري يشترط أن يكون الإنفاق مكتوبا موقع عليه في محرر من طرف الأطراف، أو ما تبادل الأطراف من رسائل ومختلف وسائل الإتصال المكتوبة. إذن الكتابة شرط لازم بالنسبة لكل عنصر من العناصر المكونة لإتفاق التحكيم ذالك أن الهدف منها هو تفادي النزاع مستقبلا بين الأطراف حول محتويات إتفاق التحكيم[47].

---

[45] المادة 1040 من القانون رقم 09-08، المرجع السابق.

[46] المادة1012 من القانون رقم 09-08، نفس المرجع.

[47] محمد العيساوي محاضرات في التحكيم التجاري الدولي، تخصص كانون أعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آلي محمد اولحاج، البويرة، 202012029، ص 43.

خلاصة الفصل:

ومنه نستخلص أن " اتفاقية التحكيم صحيحة، يجب أن تتوافر فيها شروط معينة، منها الرضا والمحل والسبب، كما يجب أن تكون مكتوبة .وتنقسم هذه الشروط إلى شروط شكلية وشروط موضوعية .ويعتبر شرط التحكيم، الذي يدرج في العقد قبل نشوء النزاع، ومشارطة التحكيم، التي تبرم بعد نشوء النزاع، نوعين من اتفاقات التحكيم".

الفصل الثاني

الاطار القانوني والتنظيمي لاتفاق التحكيم

تمهيد:

تعتبر آلية التحكيم من أبرز وسائل تسوية النزاعات خارج إطار المحاكم القضائية التقليدية، حيث توفر بديلاً فعالاً وسريعاً لحل النزاعات التجارية والمدنية. يرتكز النظام التحكيمي على مجموعة من الأسس القانونية والتنظيمية التي تضمن استقلالية وفعالية هذا النظام.

يعد مبدأ الاستقلالية من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها اتفاق التحكيم، حيث يُفصل بين الاتفاق والعقد الأصلي، مما يمنح مرونة في تحديد القانون الواجب تطبيقه على التحكيم. يُعتبر تحديد هذا القانون من خلال إرادة الأطراف، قانون مقر التحكيم، وسلطة المحكم من القواعد الأساسية التي تنظم العملية.

تشمل التشريعات والتنظيمات القانونية الخاصة بالتحكيم مجموعة من القوانين الوطنية والدولية التي تدعم وتعزز من فعالية التحكيم، مثل القوانين المحلية المعدلة والاتفاقيات الدولية المعترف بها. إن فهم هذه الأسس القانونية والتنظيمية يعزز من فعالية نظام التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات بطرق مرنة وسريعة.

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم

إستقلالية إتفاق التحكيم لا يقتصر على العقد أو الإتفاق الأساسي فقط. بل يتعداه لإستقلاليته عن مختلف القوانين أو أستقلاليته عن أي قانون وطني يمكن أن ينظم إتفاق التحكيم وهو ما يميزه عن أي إتفاق ولأهمية هذا الموضوع سندرس تحديد القانون واجب التطبيق لإتفاق التحكيم في المطلب الأول من خلال تحديد القانون المنظم لإتفاق التحكيم، والقانون واجب التطبيق عليه وفقا للقانون الجزائري والآثار المترتبة عن إتفاق التحكيم [48].

المطلب الأول: تحديد القانون واجب التطبيق لإتفاق التحكيم.

يتميز إتفاق التحكيم عن غيره من الإتفاقات بالإستقلال وعدم الخضوع لأي قانون يمكن أن ينظمه. سواءا من حيث القانون الواجب التطبيق عليه أو من ناحية طرق تحديد القانون الواجب التطبيق عليه، لتحديد القانون واجب التطبيق لإتفاق التحكيم ينبغ أولا دراسة القانون المنظم لإتفاق التحكيم في الفرع الأول ثم تقديم تحديد القانون واجب التطبيق قبل وبعد التعديل بالنسبة للقانون الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القانون المنظم لإتفاق التحكيم

يعد اتفاق التحكيم جزءًا لا يتجزأ من المنظومة القانونية للعقود، حيث يخضع للمبادئ العامة المنصوص عليها في القانون المدني. ومع ذلك، فإن هذا الأخير لم يتناول بعد تنظيم اتفاق التحكيم بشكل مفصل، نظرًا لارتباطه الوثيق بقانون الإجراءات المدنية. وتبرز أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في مرحلتين أساسيتين:

– أمام المحكم الذي يتعين عليه التحقق من صحة الاتفاق وقابليته للتنفيذ قبل الشروع في إجراءات التحكيم.

– أمام القاضي عندما يدفع المدعى عليه بوجود اتفاق تحكيم، مما يستدعي النظر في مدى صحة هذا الاتفاق وآثاره القانونية[49].

سيتم دراسة في هذا الفرع إلى قانون الإرادة (أولا). قانون مقر التحكيم (ثانيا). وسلطة المحكم في تحديد القانون واحب التطبيق لإتفاق التحكيم (ثالثا).

---

[48] عيلوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر ، دايون المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2005، ص45

[49] العرباوي نبيل صالح، إنفاق التحكيم، دفاتر السياسة والقانون، العدد الخامس عشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بشار، 2016، ص362.

أولا: تطبيق قانون الإرادة يرى أصحاب هذا الإتجاه أن العقود تخضع لقانون الإرادة. إذ يحق للأطراف إختيار نظام قانوني متكامل لكي يطبق على التحكيم، أو أن يشترط تطبيق مجموعة من القواعد القانونية على سبيل المثال يمكن للأطراف إختيار نظام قانوني لأي من الطرفين أو كليهما أو حتى دولة ثالثة. بمعنى آخر على المحكم أن يلجأ إلى إعمال الضوابط القانونية التي تنص عليها قواعد الإسناد[50]. وقد تبنى المشرع الجزائري قاعدة إرادة الأطراف في تحديد القانون الذي ينظم إتفاق التحكيم من خلال المادة 18 من القانون المدني التي تنص على أنه: "يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه العقد مالم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر.

إذ نستنتج من هذه المادة أن القانون الأجدر بالتطبيق هو قانون الذي أبرم فيه العقد، هدا في حالة عدم إتفاق الأطراف المتعاقدة على تطبيق قانون آخر [51].

تضمن أيضا قانون الإجراءات المدنية والإدارية إخضاع إنفاق التحكيم لقانون إرادة الأطراف ذالك طبقا للمادة 1040 حيث تنص على أنه الكون إتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذا إستجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي إتفق الأطراف.

على إختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما يعني ذالك يمكن للأطراف أن يضعوا تنظيما خاصا يواجه ما قد ينشأ من منازعات هم الأجدر على تصورها وعلى وضع ما يلائمها من حلول لا تجد مصدرها في قانون معين وإنما إرادة الأطراف مباشرة[52].

ثانيا: تطبيق قانون مقر التحكيم

رغم أن قانون مقر التحكيم هو القاعدة العامة، إلا أن إرادة الأطراف تلعب دورًا حاسمًا في اختيار القانون الواجب التطبيق، فالأطراف قد تتفق صراحة أو ضمناً على تطبيق قانون آخر، كما يمكن أن تترك للأطراف أو للمحكم حرية اختيار القانون المناسب، فإن قانون مقر

---

[50] شعران فاطمة إتفاق التحكيم في التشريع الجزائري المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد الثاني، جامعة حسيبة بتبو علي الشلف، 2016، ص14

[51] المادة 18، من القانون 75/58، الموافق 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالأمر 07/05، المؤرخ في 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية رقم 31

[52] الماء 1040 من القانون رقم 08/09، المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الصادر بتاريخ 25/02/2008.

التحكيم يعتبر قاعدة احتياطية يتم اللجوء إليها في حالة عدم وجود اتفاق صريح من الأطراف.[53]

ثالثا: سلطة المحكم الدولي في تحديد القانون واجب التطبيق لإتفاق التحكيم

الأطراف قد لا يختارون قانون معين ليحكم إجراءات سير المنازعة، بل يتركوا الأمر إلى المحكمين أنفسهم ليحددوا تلك الإجراءات على ضوء برونه مناسبا لخضوع النزاع المطروح على التحكيم إذ يقع على عائق المحكم أن يتصدى لهذه المشكلة حيث يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في هذا الصدد، وهو يمارس هذه السلطة عليه إحترام التوقعات المشروعة للأطراف[54].

يختلف الأمر بالنسبة للمحكم الدولي على القاضي الوطني ذالك أن هذا الأخير مقيد بالنصوص القانونية لدولته التي يصدر بإسمها أحكامه، عكس المحكم الدولي ليس له قانون مختص ولا تصدر أحكامه بإسم هذه الدولة أو تلك وبالتالي لا يخضع لسيادة أي دولة حتى ولو كان أحد مواطينها أو رعاياها طرفا في المنازعة التي تطرح على التحكيم.

الفرع الثاني: القانون واجب التطبيق لإتفاق التحكيم قبل وبعد التعديل

المشرع الجزائري لم يخصص للتحكيم التجاري الدولي قوانين خاصة تنظمه في المرسوم التشريخي 93/09 ، لكنه تدارك هذا في التعديل الجديد من خلال الأمر 08/09المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. سيتم تناول في هذا الفرع القانون واجب التطبيق لإنفاق التحكيم قبل التعديل (أولا)، والقانون واجب التطبيق لإنفاق التحكيم بعد التعديل (ثانيا).

أولا: قبل التعديل

"قبل إدخال التعديلات على قانون الإجراءات المدنية الجزائري، لم يتضمن التشريع الجزائري أحكامًا صريحة تنظم اتفاقات التحكيم الدولي، وحتى إذا حاولنا تفسير النصوص القائمة لتشمل التحكيم الدولي، فإن ذلك يقتصر على قواعد عامة تتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الشكل والموضوع، دون أن تقدم إطارًا قانونيًا متكاملاً[55].

1- القانون واجب التطبيق على الشكل:

---

[53] العرباوي نبيل صالح، المرجع السابق، ص364.

[54] الشهران ناظمة المرجع السابق، ص 15.

[55] شهران فاطمة المرجع السابق، ص 16.

تنص المادة 433 من قانون الإجراءات المدنية على أن اتفاق التحكيم يتم أمام المحكمين الذين يختارهم الأطراف، ويجب أن يُثبت هذا الاتفاق إما في محضر أو في عقد رسمي أو عرفي. تُؤكد هذه المادة على ضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً[56]. كما توضح المادة 444 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن اتفاق التحكيم يحدد...

2-القانون واجب التطبيق على الموضوع:

تنص المادة 18 من القانون المدني على أن الالتزامات التعاقدية تخضع لقانون المكان الذي أُبرم فيه العقد[57]، ما لم يتفق الطرفان على تطبيق قانون آخر.

يستنتج من ذلك أن المشرع الجزائري قد أقرّ قاعدة إسناد أساسية تعتمد على مكان إبرام العقد، وقاعدة إضافية تعتمد على إرادة الأطراف في اختيار القانون، ولا يتم اللجوء إلى مكان إبرام العقد كقاعدة احتياطية إلا في حال غياب هذا الاتفاق بين الأطراف.

ثانيا: بعد التعديل

أخذ المشرع الجزائري بالإتجاه الحديث فيما يخص القانون واجب التطبيق لإنفاق التحكيم. وهذا فيما يخص الأحكام والقواعد التي تنظم التحكيم التجاري الدولي بصفة عامة والقواعد التي تنظم إتفاق التحكيم بصفة خاصة، حيث إقتبس المشرع النص من القانون السويسري، ويمكن تقسيم هذا النص إلى قاعدتين الأولى تخص القانون واجب التطبيق على شكل إتفاق التحكيم، أما الثانية فتتعلق بموضوع هذا الإنفاق[58].

1- القانون واجب التطبيق على شكل إتفاق التحكيم:

تنص المادة 458 مكرر 1 الفقرة الثانية على أنه يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم إتفاقية التحكيم بموجب عقد كتابي، نستنتج من أحكام هذه المادة أن القانون الجزائري وضع شرطا أكثر تقييدا من القانون السويسري في مادته 178 والتي تنص على أن إتفاق التحكيم يكون صحيحا إذا أبرم كتابيا أو بمختلف وسائل الإتصال.

---

[56] المادة 433، 444 من المرسوم التشريعي رقم 93/09 المؤرخ في 25/04/1993، يعدل ويتم الأمر 66/154، المتضمن قانون إما الجريدة الرسمية، العدد 27 الصادر في 27/04/1993، ملغي

[57] المادة 18 من القانون المدني

58 طيب قبايلي، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بلقيس للنشر والتوزيع، جامعة بجاية 2020، ص ص43- 44

"يشترط المشرع الجزائري الشكل المكتوب لإثبات اتفاق التحكيم، مما يحد من حرية المتعاقدين في اختيار الوسائل التي يعبرون بها عن إرادتهم هذا الشرط، الذي يتجاهل التطور التكنولوجي، يعتبر تقييدًا غير مبرر لحرية التعاقد، خاصة وأن الشكل المكتوب ليس هو الوسيلة الوحيدة لإثبات وجود اتفاق، هذا الموقف يتعارض مع الممارسات الدولية المتبعة في مجال التحكيم التجاري الدولي، والتي تعطي أهمية أكبر لإثبات الإرادة المشتركة بين الطرفين[59]".

تنص إتفاقية نيويورك ل 10 جوان 1958 الفقرة الثانية على أنه : المراد بالإتفاقية الكتابية هو الشرط التحكيمي المدرج في العقد الأساسي وفي إتفاق التحكيم.

الموقع من الأطراف والمتضمن رسائل وبرقيات متبادلة>> إذا إتفاقية نيويورك التي تعتبر جزءا من القانون الجزائري فتحت مجالا أوسع لشكل إتفاق التحكيم لتشمل الرسائل والبرقيات[60].

2- القانون واجب التطبيق على موضوع الإتفاق:

بالرجوع إلى نص المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. نجد أن المشرع الجزائري أخذ بإزدواجية الإرادة حيث ترك للأطراف حرية إختيار القانون واجب التطبيق لإتفاق التحكيم صراحة أو ضمنا عن طريق إختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، وفي غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية تقدر صحة وفعالية هذه الإرادة وفقا لإرادة المحكم. حيث كرس ثلاث حلول تطيق بالتناوب وتهدف كلها إلى توسيع مجال صحة إتفاق التحكيم في مجال التجارة الخارجية، وتتمثل هذه الحلول في:

أ- تقدير صحة إتفاق التحكيم وفقا للقانون الذي إختاره الأطراف:

استناداً إلى الفقرة الثالثة من المادة 1040، يتضح أن للأطراف حرية اختيار أي قانون لحكم اتفاق التحكيم الذي أبرموه. وقد أقرّ المشرع الجزائري في هذه المادة مبدأ الإرادة المستقلة المعترف به دولياً، حيث يمكن للأطراف أن يخضعوا اتفاقهم لنظام تحكيم معين، سواء كان

---

[59] نور الدين بكلي، إتفاق التحكيم التجاري الدولي، بحث لنيل شهادة الماجستير، معهد العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1996، ص 119

[60] الإتفاقية نيويورك ل 10 جوان 1958 المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

ذلك لدى مركز تحكيم محدد أو هيئة معينة ، يمكن اعتماد نظام التحكيم المعمول به لدى غرفة التجارة الدولية أو النظام الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي[61].

ب- إخضاع إتفاق التحكيم للقانون المنظم لموضوع النزاع:

نص المشرع الجزائري في المادة 1040 من ق.إ.م. على خيار تطبيق القانون الموضوع النزاع لتقدير صحة إتفاق التحكيم التجاري الدولي، غير أن هذا الخيار لا يجب أن يفهم كأنه نتيجة عن عدم إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.

إستنادا لصريح عبارة الفقرة الأخيرة من نفس المادة، وإنما نتيجة إختياره من قبل الأطراف وهو الحل الذي إعتبره بمثابة خيار ضمني للأطراف[62].

ج- تقدير صحة إتفاق التحكيم وفقا للقانون الذي يراه المحكم ملائما:

قام المشرع الجزائري بمراجعة مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، حيث استبدل الإحالة على القانون الجزائري التي كانت واردة في العبارة الأخيرة من الفقرة الثالثة من المادة 458 مكرر 1 في القانون الملغى.

أقرّ المشرع الجزائري مبدأ منح المحكم سلطة اختيار القانون الذي يراه مناسباً لتقدير صحة اتفاق التحكيم.

تبنى المشرع الحل الفقهي القائم على توحيد المعاملة بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، حيث تم استبدال القانون الجزائري بمبادئ القانون والأعراف التجارية الدولية. كما مُنح المحكم سلطة تقديرية واسعة لاختيار القانون الذي يراه الأنسب لتقييم صحة اتفاق التحكيم.

المطلب الثاني: اثار اتفاق التحكيم

عند توفر الشروط الموضوعية والشكلية لاتفاق التحكيم، يكتسب هذا الاتفاق قوة إلزامية تمنع الأطراف من اللجوء إلى القضاء الوطني، ويُمنح المحكم صلاحية الفصل في النزاعات التي

---

[61] المادة 1040، من القانون رقم 08/09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، العدد 21، الصادر في 2008/04/23

[62] الطيب قبايلي، المرجع السابق، ص 47، 46

نشأت أو قد تنشأ بينهم، ويترتب على اتفاق التحكيم آثاره القانونية، التي سيتم تناولها في هذا المطلب من خلال الأثر الإيجابي (الفرع الأول) والأثر السلبي (الفرع الثاني)[63].

الفرع الأول: الأثر الإيجابي.

ينجم عن إلتزام الأطراف بعرض المنازعة موضوع النزاع على المحكم، تطبيق مبدأ القوة الملزمة. وتطبيق العقد شريعة المتعاقدين الذي يعتبر من المبادئ المستقرة في القانون الدولي للعقود، سنقدم في هذا الفرع إلتزام الأطراف بإسناد المنازعات للمحكمين (أولا) ومبدأ الإختصاص بالإختصاص (ثانيا).

أولا: التزام الأطراف بإسناد المنازعات للمحكمين

يقصد بالأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم التزام الأطراف بإحالة النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهم إلى المحكمين للفصل فيها. ويترتب على هذا الالتزام عدة نتائج، تتمثل في:

1- مبدأ التزام الأطراف بإسناد المنازعات للمحكمين:

يتمثل الالتزام بإحالة النزاعات المحددة في اتفاق التحكيم إلى المحكمين في تطبيق مبدأ القوة الإلزامية للعقود، والذي يستند إلى قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين". وهذا ما أكدته المادة 106 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب يقررها القانون". بمعنى أن إرادة الأطراف هي التي تحكم العقد، ولا يمكن تعديله إلا وفقاً للقانون. وقد تم تأكيد هذا المبدأ أيضاً في المادة 02 من اتفاقية نيويورك لعام 1958، التي أصبحت جزءاً من القانون الجزائري بعد التصديق عليها، وتنص على أن "كل دولة من الدول المتعاقدة تلتزم بعرض جميع الخلافات أو بعضها التي نشأت أو قد تنشأ بشأن علاقة قانونية معينة على التحكيم[64]."

2- تنفيذ الإلتزام بإسناد النزاعات المحددة في إتفاق التحكيم للمحكمين:

يعد التنفيذ الجبري لاتفاق التحكيم جزءاً أساسياً من طبيعة التحكيم، حيث يؤدي عدم التزام أحد الأطراف بإسناد مهمة التحكيم للمحكم إلى تعطيل إجراءات التحكيم، وقد تناولت مختلف التشريعات، بما في ذلك القانون الجزائري، هذا الإشكال[65].

---

[63] المكنود مصطفى، آثار إتقائية التحكيم التجاري الدولي مذكرة لنيل شهادة الماستر، قانون خاص، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2019-2018، ص6

[64] أنور الدين بكلي، إنفاق التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، بحث لنيل شهادة الماجستر، معهد العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1996، ص ص 132- 133

[65] المادة 02، من إتفاقية نيويورك، المرجع السابق.

فوفقاً لقانون الإجراءات المدنية، في حال عدم تعيين المحكم من قبل الأطراف أو في حالة وجود صعوبة في تعيينه أو في استبدال المحكمين أو عزلهم، يجوز للطرف المتضرر، بل ويجب عليه، الإسراع برفع الأمر أمام رئيس المحكمة المختصة وفقاً لاتفاق التحكيم، لضمان استمرار إجراءات التحكيم.

– رفع الأمر أمام محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج ويصدر القاضي بناءا على عريضة.

3-أولوية الإلتزام بإسناد المنازعات المحددة في إتفاق التحكيم على إمتيازات الحصانة القضائية:

على الرغم من موافقة أحد الأطراف على اتفاق التحكيم، فقد يعارض لاحقاً تنفيذ إجراءات التحكيم بعد نشوب النزاع، وذلك من خلال التذرع بامتياز قضائي أو المطالبة بحصانة قضائية.

أ-الإمتياز القضائي: يمنح القانون الجزائري عدة إمتيازات قضائية، حيث تمنح المادة 10 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مقاضاة أجنبي تعاقد معه أمام المحاكم الجزائرية حتى ولم يكن مقيما في الجزائر.

ب-الحصانة القضائية:

إتفاق التحكيم الذي جاء مناقضا لهذه الحصانة، لا يمكن تفسيره إلا إذا تنازلت الدولة أو هيئاتها عن حصانتها القضائية[66].

ثانيا: مبدأ الإختصاص بالإختصاص.

يعد مبدأ اختصاص الهيئة التحكيمية في مسألة الفصل في اختصاصها من المبادئ الأساسية التي يرتكز عليها التحكيم التجاري الدولي. وقد كرس هذا المبدأ في العديد من التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية، حيث يمنح الهيئة التحكيمية سلطة تحديد اختصاصها ويستبعد القضاء العادي من النظر في النزاع، حتى وإن كان ذلك بشكل محدود. سيتم تناول تعريف مبدأ اختصاص الهيئة التحكيمية في اختصاصها (أولاً)، أساس هذا المبدأ (ثانياً)، وأخيراً إجراءات تفعيل هذا المبدأ (ثالثاً).

1- تعريف مبدأ الإختصاص بالإختصاص:

---

[66] المحسن جميل جريع، التحكيم التجاري الدولي والتحكيم الداخلي دراسة مقارنة طباعة ونشر وتوزيع، ص 75.

تتمتع الهيئة التحكيمية بالولاية الفصل في جميع المسائل المتعلقة باختصاصها، بما في ذلك النظر في وجود اتفاق التحكيم. وقد تطرق المشرع الجزائري إلى تعريف هذا المبدأ وتبنيه في المادة 1044، الفقرة الأولى من القانون 08/09 المتعلق بالإجراءات[67]، التي تنص على أن "تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها الخاص ويجب الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفع في الموضوع".

يستنتج من ذلك أن المشرع لم يتبنى المبدأ بشكل مطلق، بل وضع قيوداً على سلطة المحكم في الفصل في اختصاصه، حيث لا يمكن للمحكم النظر في اختصاصه إلا إذا تقدم أحد الأطراف بدفع بعدم الاختصاص، وهذا المبدأ يمنع القضاء من النظر في مدى وجود أو صحة اتفاق التحكيم قبل أن يبت فيها المحكمون.

2- أساس هذا المبدأ:

اختلف الفقهاء في تحديد أساس مبدأ اختصاص الهيئة التحكيمية في مسألة الفصل في اختصاصها، حيث يرى البعض أن مصدر هذا المبدأ ليس من اتفاقية التحكيم بحد ذاتها، بل من القانون الدولي الخاص، بينما يرى آخرون أن أساسه يكمن في نطاق التحكيم التجاري الدولي والأعراف الدولية المتعلقة بالتجارة الخارجية، وقد تم تكريس هذا المبدأ في العديد من الاتفاقيات الدولية ومحاكم التحكيم، حيث يعكس الاعتراف الواسع بأهمية هذا المبدأ في معالجة النزاعات التجارية الدولية.

3- مبررات المبدأ:

يعرف مبدأ الإختصاص بالإختصاص جدلا حول طبيعة تبنيه، ونظرا للإجتهاد القضائي فرض المبدأ نفسه وتبنته العديد من الأنظمة القانونية الدولية منها الداخلية، من خلاله توكل مهمة الفصل في النزاع إلى الهيئة التحكيمية وإقصاء القضاء الوطني ولو مؤقتا من ممارسة الرقابة على الصادرة عنها.

من بين مبررات تبني مبدأ اختصاص الهيئة التحكيمية في مسألة الفصل في اختصاصها، دوره في ردع المماطلة والتحايل والغش على القانون، والذي قد يعوق إجراءات التحكيم ويساهم في تجنب سوء نية الأطراف من خلال تقديم دفوع مثل رفع الدعاوى والطعون أمام القضاء الوطني، ما يتناقض مع اتفاقهم على التحكيم. بموجب هذا المبدأ، يمتنع القاضي

---

[67] المادة 1044 من القانون 08/09، المرجع السابق.

عن النظر في مثل هذه الدفوع لوجود الاتفاق على التحكيم، مما يحقق الهدف من تبني هذا المبدأ وهو منح الهيئة التحكيمية الحرية والسلطة في تحديد اختصاصها.

كما يساهم المبدأ في توفير الوقت وتخفيض المصروفات مقارنة بالقضاء الوطني، حيث يمتاز التحكيم بالسرعة في الإجراءات وفي الفصل في النزاع.

بالإضافة إلى ذلك، يعزز المبدأ من ثقة الأطراف في الأحكام الصادرة عن الهيئة التحكيمية، بما في ذلك الأحكام التمهيدية مثل الحكم الذي يصدره المحكم عند الفصل في اختصاصه[68].

يترتب على مبدأ الإختصاص بالإختصاص أثرين، الأول يتمثل في إعطاء الأولوية والصلاحية للمحكمين في الفصل في النزاع عند وجود إتفاق التحكيم، أما الأثر الثاني فهو إمتناع المحاكم الوطنية عن النظر في القضايا التدؤ تحل تحت إختصاص الهيئة التحكيمية.

4- إجراءات الإعمال بهذا المبدأ:

كرست العديد من القوانين مبدأ اختصاص الهيئة التحكيمية في مسألة الفصل في اختصاصها، وذلك بهدف ضمان سير عملية التحكيم بشكل سليم. ومن بين هذه الإجراءات المهمة: التزام المحكم بالفصل في اختصاصه، وكذلك تقديم الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم. سيتم تناول هذين الإجراءين بشكل مفصل في ما يلي[69]:

أ-إلتزام المحكم في الفصل في إختصاصه:

يتحمل المحكم مسؤوليات نص عليها القانون واتفاق الأطراف، ويجب عليه الالتزام بالمهمة الموكلة إليه ضمن حدود سلطته. أي قرار يتخذه المحكم بشكل تعسفي يكون باطلاً، وذلك بسبب الرقابة القضائية التي تمارس على قراراته.

ب- الدفع بعدم إختصاص هيئة التحكيم:

يمكن لكل من المدعي والمدعى عليه تقديم دفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم إذا كانت الطلبات المقدمة تتعارض مع اتفاقية التحكيم أو موضوع النزاع. فيما يتعلق بالموعد المحدد

---

[68] امكتود مصطفى، آثار إتفاقية التحكيم التجاري الدولي مذكرة لنيل شهادة الماستر، قانون خاص، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018/2019، ص 17

[69] مكدود مصطفى نفس المرجع، ص 18

لتقديم هذا الدفع، يرى بعض الفقهاء أنه دفع شكلي يجب إثارته قبل الفصل في موضوع النزاع. بينما يرى آخرون أنه دفع إجرائي يمكن تقديمه حتى بعد الفصل في موضوع النزاع[70].

الفرع الثاني: الأثر السلبي

الأثر السلبي لاتفاق التحكيم يتمثل في الأثر المانع، والذي يتضمن التزام أطراف النزاع بعدم اللجوء إلى القضاء الوطني.

كما يعني حرمان الأطراف من عرض نزاعهم أمام القضاء بشأن مسألة اتفقوا على تسويتها عن طريق التحكيم. في هذا الفرع، سنتناول أولاً استبعاد القضاء الوطني من النظر في النزاع الذي تم الاتفاق على تسويته عبر التحكيم، ثم نستعرض الاستثناءات الواردة على عدم اختصاص القضاء الوطني في النظر في النزاع.

أولا: إستبعاد القضاء الوطني من النظر في النزاع المتفق على تسويته عن طريق التحكيم

يعتبر اتفاق التحكيم عقداً يلتزم من خلاله الأطراف بتسوية نزاعاتهم عبر التحكيم بدلاً من اللجوء إلى القضاء الوطني، وهو ما سنقوم بدراسته، أما الأساس القانوني لسلب القضاء الوطني اختصاصه في النظر في النزاع فيرتكز على احترام إرادة الأطراف والتزامهم باتفاق التحكيم[71].

1. الأساس القانوني لسلب القضاء الوطني الإختصاص النظر في النزاع:

مع المكانة التي يحظى بها التحكيم على الصعيد الدولي، تخلت الدول عن ولاية النظر في النزاعات الناشئة عن ممارسة المتعاملين الاقتصاديين للتجارة الدولية. وقد تم ذلك من خلال إصدار قوانين تحكيم تكرس عدم تدخل القضاء في النزاعات المتفق على تسويتها أمام هيئة التحكيم، وقد استمدت معظم هذه القوانين من المعاهدات والاتفاقيات الدولية. من بين هذه الاتفاقيات، تُعد اتفاقية نيويورك مثالاً بارزاً حيث كرست عدم تدخل القضاء الوطني ومنع النظر في المنازعات المتفق على الفصل فيها عبر التحكيم، وذلك بموجب المادة 02، الفقرة الثالثة التي تنص على أنه: "على محكمة الدول المتعاقدة التي يُطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة، أن تحيل الخصوم بناءً على طلب أحدهم إلى التحكيم، ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو

---

[70] امكنود مصطفى المرجع نفسه، ص 20.

[71] امحسن جميل جريح، التحكيم التجاري الدولي والتحكيم الداخلي دراسة مقارنة، طباعة ونشر وتوزيع، ص 77

غير قابل للتطبيق." وقد تبنت مختلف التشريعات الوطنية نفس الفكرة وطبقت الأحكام الواردة في هذه الاتفاقية في قوانينها المنظمة للتحكيم[72].

ثانيا: الإستثناءات الواردة على عدم إختصاص القضاء الوطني في النظر في النزاع

ما أن الأثر السلبي لاتفاق التحكيم يتمثل في امتناع المحاكم الوطنية عن النظر في النزاعات التي تم الاتفاق على فضها عن طريق التحكيم، لأن هذه النزاعات تدخل ضمن اختصاص الهيئة التحكيمية بناءً على اتفاق الأطراف، فإن ذلك لا يمنع القاضي الوطني من التدخل في سير العملية التحكيمية. وسنتناول في العناصر التالية الاستثناءات المباشرة لإبعاد القاضي الوطني (1)، والاستثناءات غير المباشرة لإبعاد القاضي الوطني(2).

1. الاستثناءات المباشرة لإستبعاد القضاء الوطني:

تشير الاستثناءات المباشرة لإبعاد القضاء الوطني إلى الرقابة التي يمارسها القاضي على هيئة التحكيم، والتي تتمثل في التدخل قبل الفصل في موضوع النزاع أو عندما تكون الهيئة التحكيمية قد بدأت بالفعل في النظر في النزاع[73].

تتضمن هذه الرقابة التحقق من صحة اتفاقية التحكيم ومدى مشروعية عملية التحكيم، فضلاً عن مراجعة كافة الإجراءات التي تسبق البت في موضوع النزاع.

أ-عدم وجود إتفاقية التحكيم:

يعد عدم وجود اتفاقية التحكيم من الدفوع التي يمكن التمسك بها وإثارتها قبل الحكم في موضوع النزاع، ما لم يُعتبر الرضا ضمنياً بالتحكيم. في هذه الحالة، يملك القاضي سلطة التحقق من وجود اتفاق التحكيم إذا تمسك به أحد الأطراف أمامه[74].

ب- إتفاقية التحكيم باطلة:

لضمان صحة اتفاق التحكيم، يجب توافر الشروط الموضوعية بالإضافة إلى الشروط الشكلية التي تشمل شرط الكتابة، إذا تخلف أحد هذه الأركان، يؤدي ذلك إلى بطلان الاتفاقية، يكون البطلان مطلقاً إذا لم تتوفر الشروط الجوهرية، في حين يكون بطلاناً نسبياً إذا لم تتوفر الأهلية في أحد أطراف النزاع.

---

[72] المادة 02، من إتفاقية نيويورك، المرجع السابق

[73] امكنود مصطفى، المرجع السابق، ص 45.47

[74] المحسن جميل جريح، المرجع السابق، ص 79

ج- إنقضاء إتفاقية التحكيم:

تنقضي إتفاقية التحكيم مع صدور الحكم النهائي للنزاع، وإنتهاء الوقت المحدد في القانون المنظم لعملية التحكيم لكن توجد بعض الحالات التي تنقضي إتفاقية التحكيم

تعود مسألة عدم إمكانية تنفيذ حكم التحكيم إلى اختصاص القضاء، حيث يكون الحكم باطلاً إذا أصدره المحكمون بعد انتهاء الأجل المحدد.

وفقاً للمادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي تنص على أنه: "يكون اتفاق التحكيم صحيحاً إذا لم يُحدد أجل لإنهائه، وفي هذه الحالة يجب على المحكمين إتمام مهمتهم خلال أربعة أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم"[75].

2- الإستثناءات الغير مباشرة لإستبعاد القاضي الوطني:

يترتب على اتفاق التحكيم الأثر السلبي المتمثل في امتناع القضاء الوطني عن النظر في النزاعات التي يتم تسويتها عبر التحكيم. ومع ذلك، ترد استثناءات تمنح للقاضي الوطني، بشكل غير مباشر، الحق في التدخل في إجراءات التحكيم[76].

أ- إتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية:

نصت الفقرة الأولى من المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن "يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناءً على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك ، منح المشرع المحكمين صلاحية اتخاذ تدابير تحفظية أو مؤقتة، حتى في حال عدم وجود اتفاق صريح بين الأطراف بشأن ذلك.

ب- تحديد الآجال والمسائل الأولية:

الأطراف هي التي تحدده، فإن لم يحدث ذلك تكون هيئة التحكيم ملزمة بإتمام مهمتها في ظرف أربعة أشهر، حسب المادة 1017 التي تنص في فقرتها الثانية: "غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف وفي حال عدم الموافقة عليه، يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم، وفي غياب ذلك يتم من طرف رئيس الهيئة المختصة.

قد تواجه إجراءات التحكيم بعض المسائل التي تخرج عن نطاق الصلاحية المخولة لهيئة التحكيم، وذلك لعدم قابليتها للتحكيم، مما يستدعي تدخل القضاء الوطني للفصل في هذه المسائل الأولية. ووفقًا للمادتين 1056 و1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن

---

[75] المادة 1007 من القانون رقم 09/08 ، المرجع السابق

[76] مكدود مصطفى، المرجع السابق، ص50

الحكم الصادر عن هيئة التحكيم بشأن مسألة أولية يعد باطلاً إذا تجاوزت الهيئة صلاحياتها أو تناولت مسائل غير قابلة للتحكيم[77].

ج- توفير الأدلة والمساعدة عن البحث عنها:

منح القانون للقاضي سلطة البحث عن الحقيقة من خلال استكمال الأدلة، وذلك باستخدام أوامر الحضور والاستجواب. وتنص المادة 1047 على أنه إذا دعت الحاجة إلى مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة، أو تحديد مهمة المحكمين، أو تثبيت إجراءات معينة، أو في حالات أخرى، يمكن لمحكمة التحكيم أو الأطراف، بعد اتفاقهم، أو للطرف الذي يهمه التعجيل، وبعد الترخيص له من قبل محكمة التحكيم، أن يطلبوا تدخل القاضي المختص بموجب عريضة. وفي هذه الحالات، يطبق قانون الدولة التي ينتمي إليها القاضي المختص.

[77] المادة 1017 من القانون 08/09. المرجع السابق.

المبحث الثاني: استقلالية اتفاق التحكيم وطرق انقضائه

يعد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم من أهم المبادئ التي يرتكز عليها هذا النوع من الاتفاقات، حيث يتميز باستقلاله عن العقد الأصلي وعدم تأثره بمصير العقد الأساسي. سيتم دراسة هذا المبدأ في المطلب الأول من خلال استعراض أهم القوانين التي اعتمدته، والنتائج المترتبة عليه، بالإضافة إلى تحديد نطاقه. وكغيره من العقود، ينقضي اتفاق التحكيم بطرق متعددة حددها القانون، والتي سيتم تناولها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: استقلالية اتفاق التحكيم

توصل الفكر القانوني إلى ضرورة اعتماد نظرية استقلال الشرط التحكيمي، التي تعتبر أن الشرط التحكيمي مستقل عن العقد الأساسي. وتتمتع المحكمة التحكيمية بسلطة النظر في النزاعات المتعلقة بصحة العقد الذي يتضمن هذا الشرط. وعلى الرغم من الجدل الذي دار بين مؤيدي ومعارضي مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، إلا أن معظم التشريعات، سواء الداخلية أو الدولية، بالإضافة إلى لوائح وقرارات التحكيم، قد كرست هذا المبدأ، سواء بطريقة مباشرة وصريحة أو ضمنية.

في هذا المطلب، سيتم التطرق إلى طبيعة مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في (الفرع الأول)، ثم تناول الآثار المترتبة عليه في (الفرع الثاني)، وأخيرًا سيتم استعراض نطاق تطبيق هذا المبدأ في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: طبيعة مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

أولا: أصل مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم.

إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي هو مبدأ للقانون الموضوعي الفرنسي للتحكيم، وليس بقاعدة تنازع، وبعبارة أخرى وفقا للقانون الفرنسي بمجرد أن يوضع إنفاق لتنظيم التحكيم الدولي فسيكون مستقلا عن العقد الأصلي مهما كانت الحلول الموضوعة من قبل القانون الأجنبي المحتمل على العقد أو على إتفاق التحكيم ذاته[78].

ثانيا: المصادر الدولية لمبدأ الإستقلالية.

لا يمكن تناول تكريس مبدأ الاستقلالية في القانون الجزائري دون الإشارة إلى النظام الدولي لاتفاق التحكيم ومدى تطبيق هذا المبدأ في الاجتهاد التحكيمي الدولي والقوانين المقارنة، التي تعد مصدرًا تشريعيًا للقانون الجزائري. سيتم التطرق إلى ذلك من خلال العناصر

---

[78] الدين بكلي، المرجع السابق، ص 30.

التالية: تأكيد المبدأ في القانون الجزائري (1)، في الاتفاقيات الدولية (2)، في الأنظمة التحكيمية (3)، ومدى تطبيقه على مستوى القضاء (4)، وأخيرًا مصدره في القضاء الفرنسي (5).

1- تأكيد القانون الجزائري لهذا المبدأ:

لم ينص قانون الإجراءات المدنية لعام 1966 على مبدأ الاستقلالية، ويُعزى ذلك إلى أن أحكام التحكيم الواردة في هذا القانون كانت تقتصر على التحكيم الداخلي دون أن تشمل التحكيم الدولي. وقد أشار المشرع الجزائري لأول مرة إلى هذا المبدأ صراحة في المرسوم التشريعي رقم 93/09 الذي عدّل قانون الإجراءات المدنية، ويعد أول قانون ينظم التحكيم في الجزائر[79].

حيث نصت المادة 453 مكرر 1 في فقرتها الأخيرة على أنه "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بحجة أن العقد الأصلي قد يكون غير صحيح"، مما يؤكد اعتراف المشرع الجزائري بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وعدم ارتباط مصيره بمصير العقد.

العقد[80]. ونفس التعبير تقريبا كرمه المشرع في المادة 1040 من القانون رقم 08/09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2- في الإتفاقيات الدولية:

تباينت الآراء حول ما إذا كانت اتفاقية واشنطن لعام 1965 قد نصت على مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، يذهب أصحاب الرأي الأول إلى أن الاتفاقية أكدت هذا المبدأ بصورة ضمنية، حيث اكتفت بالإشارة إليه من خلال الفقرة الأولى من المادة 41، التي تنص على أن هيئة التحكيم هي التي تحدد اختصاصها. في المقابل، يرى أصحاب الرأي الثاني أن الاتفاقية لم تتطرق إلى هذا المبدأ، مستندين إلى الفقرة الرابعة من المادة 41، حيث يعتبر البعض أن هذه المادة تبرر استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، إذ تعطي هيئة التحكيم صلاحية تقرير ما إذا كان هناك اتفاق تحكيمي أم لا.

---

[79] الأمر رقم 66/154 المؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[80] من المرسوم التشريعي 93/09، المؤرخ في 25 أفريل 1993 المتضمن ق.إ.م. الجريدة الرسمية، العدد 16، الصادر في 27 أفريل 1993. المادة 453.

وهناك رأي آخر يفيد بأن النص المذكور يُفهم منه إمكانية خضوع شرط التحكيم لقانون آخر غير الذي يحكم العقد الأصلي.

3-تأكيد المبدأ في الأنظمة التحكيمية:

يعد نظام المصلحة والتحكيم التابع لغرفة التجارة الدولية من أبرز الأنظمة التحكيمية التي كرست مبدأ الاستقلالية، وهو من أكثر الأنظمة التحكيمية الدولية تطبيقًا في النزاعات المعروضة[81]. فقد نص في المادة 13 الفقرة الرابعة على أن الادعاء ببطلان العقد لا يؤدي إلى فقدان المحكم لولايته إذا تمسك بصحة اتفاق التحكيم، ويظل المحكم مختصًا حتى في حالة بطلان العقد أو صحته[82]. نستخلص من أحكام هذه المادة أن مبدأ الاستقلالية يتجلى بوضوح في نظام المصلحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية في تتضمن حالة الاحتجاج ليس فقط بالبطلان، بل أيضًا بعدم وجود العقد الأصلي.

كما أن نظام التحكيم الذي صادقت عليه لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بتاريخ 27 أبريل 1986 قد نص على أحكام خاصة لمبدأ الاستقلالية. حيث تشير المادة 21 الفقرة الثانية إلى أن الشرط التحكيمي الموجود في العقد والذي يحيل النزاع إلى التحكيم وفقًا لنظام لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، يعزز تطبيق مبدأ الاستقلالية.

كذلك، تنص نظام محكمة تحكيم لندن على أحكام مماثلة لتلك الواردة في نظام لجنة الأمم المتحدة، وذلك وفقًا للمادة 14 الفقرة 01. من خلال استعراض أهم الأنظمة التحكيمية، يتضح أن مبدأ الاستقلالية لم يعد مقتصرًا على كونه قاعدة موضوعية خاصة بالقانون الفرنسي فحسب، بل أصبح تكريسه معتمدًا في معظم الأنظمة التحكيمية الدولية[83].

4- مدى تكريس هذا المبدأ على مستوى القضاء:

لقد لعب القضاء دورًا كبيرًا في تبني الأنظمة التحكيمية لمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي. وكان أول ظهور لهذا المبدأ من قبل القضاء الهولندي، ثم أكدت محكمة النقض الفرنسية[84] هذا المبدأ في عام 1972، داعمةً استقلالية اتفاق التحكيم في سياق

---

[81] محمد العيساوي، المرجع السابق، ص52.

[82] النص المادة 1 من إتفاقية واشنطن: هيئة التحكيم هي التي تحدد إختصاصاها".

[83] الدين بكلي، المرجع السابق، ص 36

[84] محمد العيساوي، المرجع نفسه، ص 53.

التحكيم الدولي من خلال قضيةHECHT ، التي رأت أن اتفاق التحكيم يمتلك استقلالًا قانونيًا كاملاً في مسائل التحكيم الدولي.

أما في مصر، فقد انقسم القضاء إلى اتجاهين متباينين. الاتجاه الأول كان مانعًا لتطبيق المبدأ، حيث استجاب له قضاء استئناف القاهرة في 18 مايو 1983، عندما قضى بإبقاء اختصاص القضاء المصري في دعوى الحكومة المصرية ضد شركة وستلاند وضد غرفة التجارة الدولية في باريس، استنادًا إلى عدم وجود شرط تحكيم. بينما الاتجاه الآخر كان مؤيدًا أو مجيزًا، حيث اعتبر أن العبرة بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق، وهذا ما أرساه قضاء النقض المصري في 26 أبريل 1982 في قضية مبروك للتصدير والاستيراد ضد شركة كونتينتال العربية للملاحة، حيث كان موضوع النزاع مشارطة إيجاز نقل حمولة مع شرك التحكيم في لندن، رفضت محكمة الدرجة الأولى إعمال شرط التحكيم أساسا على أن هذا الإتفاق يخضع للقانون الإنجليزي[85].

5-مصدره القضاء الفرنسي:

تُعَدُّ قضية جوسي من القضايا البارزة في موضوع استقلالية شرط التحكيم. تلخصت وقائع القضية في أن قرارًا تحكيميًا صدر في إيطاليا بناءً على شرط تحكيم لصالح مصدر إيطالي يُدعى كاراييلي ضد مستورد فرنسي يُدعى جوسي، يتضمن إثبات مديونية الطرف الفرنسي بدفع تعويض عن عدم تنفيذ عقد بيع بذور بينهما. عندما طلب تنفيذ القرار في فرنسا، رفض الطرف الفرنسي طلب التنفيذ بحجة بطلان العقد الأصلي لمخالفته قواعد النظام العام المتعلقة بالاستيراد والتصدير في فرنسا، وبالتالي بطلان شرط التحكيم.

قررت محكمة النقض الفرنسية أن اتفاق التحكيم يتمتع باستقلالية تامة عن العقد الأصلي، وهو ما يعني أن شرط التحكيم يخضع لنظام قانوني مستقل. وقد حددت المحكمة هذا المفهوم باستخدام مصطلح "الاستقلالية[86]."

يعتبر قرار جوسي مرجعا أساسيا لمبدأ الإستقلالية، لأنه لأول مرة يستعمل صراحة مصطلح الإستقلالية القانونية.

---

[85] محمد العيساوي، المرجع نفسه، ص54.

[86] نور الدين بكلي، إتفاق التحكيم في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم الإدارية والسياسية، جامعة الجزائر، 1995/1996، ص 80.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن هذا المبدأ

يعتبر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم أساسًا وحجر الزاوية الذي يرتكز عليه نظام التحكيم. ينجم عن مبدأ الاستقلالية مجموعة من الآثار، تتضمن بعضها نتائج مباشرة وأخرى تتعلق بالمبدأ نفسه. سنقوم بدراسة (أولاً) النتائج المباشرة المرتبطة بمبدأ الاستقلالية، و(ثانيًا) الآثار الأخرى التي تنجم عن هذا المبدأ.

أولا: النتائج المباشرة لمبدأ الإستقلالية

إن استقلالية اتفاق التحكيم تؤدي إلى نتيجتين رئيسيتين: النتيجة الأولى تتعلق بعدم ارتباط الاتفاق بمصير العقد الأصلي، بينما النتيجة الثانية تتعلق بإمكانية تطبيق قانون مميز على هذا الاتفاق. سنقوم بالتطرق إلى هاتين النتيجتين في العناصر التالية: (1) آثار مبدأ الاستقلالية على مصير العقد، و(2) استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.

1- آثار مبدأ الإستقلالية بالنسبة لمصير العقد:

من بين أهم الآثار المباشرة لمبدأ الاستقلالية هو عدم ارتباط اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي، مما يعني أن بطلان العقد الأصلي لا يؤدي إلى بطلان شرط التحكيم. تعود استقلالية اتفاق التحكيم بشكل أساسي إلى التحكيم الدولي، ولا تنطبق بالضرورة على التحكيم المحلي، الذي يخضع لقاعدة قانونية داخلية تتعلق بالاقتصاد الوطني.

2- إستقلالية إتفاق التحكيم عن القانون المنظم للعقد الأصلي:

مبدأ الاستقلالية يقتضي أن يكون شرط التحكيم غير مرتبط بالضرورة بالطبيعة القانونية للعقد الأصلي الذي ينظمه. بعبارة أخرى، تمتد استقلالية اتفاق التحكيم لتشمل أيضًا إمكانية تحديد قانون مميز ينظمه[87]، يختلف عن القانون الذي ينظم موضوع العقد الأصلي وهذا ما أكدته المصطلحات الواردة في اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية. حيث يمثل الشرط التحكيمي جانبًا متميزًا، يمكن للمتعاقدين أو القضاة اختياره خضوعه لقانون آخر يختلف عن القانون الذي ينظم العقد الأصلي.

ثانيا : الآثار المتعلقة بمبدأ الإستقلالية

يتعلق بمبدأ الإستقلالية عدة آثار سيتم تقديمها، (1) مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم (2) مبدأ الإستقلالية ومبدأ الصحة.

---

[87] المرجع السابق، ص 94.

1- مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم الإختصاص للإختصاص):

يمثل مبدأ الاستقلالية القاعدة الحاسمة التي تمنح المحكم السلطة للفصل في اختصاصه، وهو ما يعرف بـ "الاختصاص للاختصاص"، هذا المبدأ يبرر سلطة المحكم في التصريح بعدم صحة العقد دون أن يمتد عدم الصحة إلى اتفاق التحكيم، بموجب هذا المبدأ، يقرر المحكم اختصاصه أو يفصل في مسألة الاختصاص للاختصاص بشكل مستقل عن صحة العقد الأصلي.

2- يمبدأ الإستقلالية ومبدأ الصحة:

مبدأ الاستقلالية جاء ليعزل اتفاق التحكيم عن أي تأثير قد يصيب العقد الأصلي. وقد ظهر اتجاه جديد في الاجتهاد القضائي الفرنسي سمح بتأكيد مبدأ صحة الاتفاق الدولي واستبعاد النزاعات عن الطرق التقليدية. هذا المبدأ تقرر لأول مرة في قضية إيتش، حيث فحصت المحكمة التحكيمية شرط التحكيم المنصوص عليه في عقد دولي. وقد احتج أحد الأطراف بأن العقد يخضع للقانون الفرنسي، وبالتالي فإن شرط التحكيم غير صحيح ولا يجب تطبيقه، لأن العقد بين تاجر وغير تاجر. ومع ذلك، رفض مجلس استئناف باريس هذا الاحتجاج، واستبعد تطبيق القانون الفرنسي، وأكد صحة الشرط التحكيمي[88].

تم تأكيد هذا المبدأ أيضًا في العديد من الاتفاقيات الدولية، بما في ذلك الاتفاقيات متعددة الأطراف مثل بروتوكول جنيف، الذي جعل شرط التحكيم ممكنًا، رغم تحفظ العديد من الدول عليه في السابق.

الفرع الثالث: نطاق تطبيق مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم

رغم الإعتراف الشبه كامل بمبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم، على الصيعدين الداخلي والدولي. إلا أن هذا أدى إلى إختلاف كل من النظم القانونية الداخلية والفقه، في تحديد نطاق تطبيقه[89].

أولا: حالات بطلان العقد.

يمكن أن يختلف الحكم بناءً على نوع البطلان، سواء كان بطلانًا مطلقًا أو نسبيًا.

---

[88] أنور الدين بكلي، المرجع السابق، ص96.97

[89] محمد العيساوي، محاضرات في التحكيم التجاري الدولي، سنة ثانية ماستر، تخصص قانون أصال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة ، 2019-2020، ص54

1.**البطلان المطلق:** عندما يكون العقد الأصلي باطلاً بسبب انعدام الرضا، قد يثار التساؤل حول تأثير هذا الانعدام على شرط التحكيم، الذي يعتبر جزءًا من نفس العقد، إذا كان أحد الأطراف عديم الأهلية وقت إبرام العقد الأصلي، فإن انعدام الأهلية يؤثر على كل من العقد الأصلي واتفاق التحكيم، نظرًا لأن العقدين دوليان، يجب أولاً تحديد القانون الواجب التطبيق على أهلية الأطراف للحكم في مسألة انعدامها، في حالة البطلان المطلق، يكون دور القضاء كاشفًا وليس منشئًا، مما يعني أنه يجب على القضاء إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد.

2-البطلان النسبي: يتحقق البطلان النسبي عندما يكون أحد أطراف العقد ناقص الأهلية، أو عندما تكون إرادته مشوبة بعيب من عيوب الرضا مثل الغلط، الإكراه، التدليس، أو الغبن. فيما يخص الغلط، فإنه يتعلق بالعقد الأصلي ولا يمتد عادةً إلى شرط التحكيم، لأن هذا الأخير يختلف في طبيعته عن عقد الرضا الأصلي، مما يجعل من غير المحتمل أن يتعرض المتعاقد لنفس نوع الغلط في شرط التحكيم. أما بالنسبة للإكراه، فهو يحدث عندما يتعرض شخص للضغط أو التهديد الذي يبعث الرهبة في نفسه ويؤثر على إرادته، مما قد يؤثر على العقد إذا وقع الإكراه.

إذا كان أحد الأطراف يتعرض للإكراه لإبرام عقد معين، فإن بطلان هذا العقد بسبب الإكراه يمتد إلى بطلان شرط التحكيم المدرج فيه.

أما التدليس، فهو يشير إلى استخدام طرق احتيالية لمخادعة المتعاقدين لدفعهم للتعاقد، وبالتالي فإن بطلان العقد الأصلي بسبب التدليس يؤدي أيضًا إلى بطلان شرط التحكيم المدرج فيه.

فيما يتعلق بعيب الاستغلال والغبن، فإن تطبيقهما على اتفاق التحكيم غير متصور، لأن هذا الاتفاق ينشئ التزامات متبادلة بين الأطراف، حيث يلتزم كل طرف بعدم اللجوء إلى القضاء وبدلاً من ذلك اللجوء إلى المحكم أو المحكمين. لا يتصور وجود اختلال في التزامات الأطراف ضمن هذا السياق[90].

ثانيا: حالات إنعدام العقد الأصلي.

---

[90] امحمد العيساوي، المرجع السابق، ص56

بالرجوع إلى النصوص القانونية مثل المادة الخاصة باتفاقية جنيف، والفقرة الثانية من المادة 21 من نظام التحكيم، بالإضافة إلى المادة 8 الفقرة الرابعة من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية، نجد أن هذه النصوص تقر بإمكانية المحكم الفصل في النزاع حتى في حالة انعدام العقد الأصلي.

بعض الفقهاء برروا هذا الموقف بالقول إن فتح الباب أمام الأطراف للجوء إلى التحكيم بشأن العقد الأصلي، حتى في حالة انعدام العقد، يعني أن مبدأ الاستقلالية لا يتأثر بانعدام العقد الأصلي، وفي هذه الحالة، قد يستخدم الأطراف انعدام العقد كذريعة بدلاً من بطلانه لتجنب اللجوء إلى التحكيم، مما يفتح المجال أمام تحجج الأطراف بانعدام العقد بدلاً من الطعن في بطلانه[91].

المطلب الثاني: طرق انقضاء اتفاق التحكيم

ينتهي اتفاق التحكيم في الحالات التالية:

1. بوفاة أحد المحكمين، أو رفضه القيام بمهمته دون مبرر، أو تنحيته، أو حصول مانع له، ما لم يكن هناك شرط مخالف أو اتفاق بين الأطراف على استبداله، أو استبداله من قبل المحكمين الباقين. في حالة عدم وجود اتفاق، تطبق أحكام المادة 1009.
2. بإنتهاء المدة المقررة للتحكيم؛ فإذا لم يتم تحديد مدة، فإن مدة التحكيم تنتهي بعد 4 أشهر.
3. بفقد الشيء موضوع النزاع، أو انقضاء الدين المتنازع فيه.
4. بوفاة أحد أطراف العقد[92].

كما ينتهي اتفاق التحكيم أيضًا بطرق طبيعية مثل صدور حكم التحكيم، أو باتفاق الأطراف، وأيضًا في حالة انتهاء الإجراءات وعدم الفصل في التحكيم خلال الموعد المحدد، بالإضافة إلى استحالة التنفيذ. سنقوم بالتطرق إلى هذه الحالات بالتفصيل.

أ-إنتهاء الإتفاق بالحكم في الموضوع:

ينتهي إتفاق التحكيم بطريقة طبيعية بصدور الحكم في الموضوع، أيا كان الحكم سواءا كان باطلا أو قابل للإبطال.

---

[91] محمد العيساوي، المرجع نفسه، ص 57.

[92] المادة 1024، من القانون رقم 08/09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن ق.إ.م.، الجريدة الرسمية، العدد 16، الصادر بتاريخ 23 أفريل 2008.

ب- إنتهاء إتفاق التحكيم بإرادة الأطراف:

ينتهي اتفاق التحكيم عندما يرتبط النزاع الذي يشمله بنزاع آخر لا يقبل التجزئة ويكون هذا النزاع الآخر خارج نطاق اتفاق التحكيم، ومعروضًا على القضاء. قد يظهر هذا في شكل آخر، مثل ارتباط النزاع بشخص آخر ليس طرفًا في اتفاق التحكيم، حيث لا يمكن فرض اتفاق التحكيم عليه. هذا يؤدي إلى نهاية اتفاق التحكيم بسبب صعوبة فصله عن النزاع الأوسع الذي يشمله.

خلاصة الفصل:

ومنه نستخلص أن تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم تحكمه مبادئ الاستقلالية، التي تمتد لتشمل استقلاليته عن العقد الأصلي وأي قانون وطني. القاعدة الأساسية في تحديد القانون الواجب التطبيق هي قانون الإرادة، حيث يحدد الأطراف القانون الذي يرونه مناسباً. القاعدة الثانية تتمثل في تطبيق قانون مقر التحكيم، أي القانون الساري في مكان إبرام التحكيم. أما القاعدة الثالثة، فهي سلطة المحكم في اختيار القانون الذي سيطبق على اتفاق التحكيم.

قبل التعديل، لم يكن المشرع الجزائري ينص صراحة على القانون الواجب تطبيقه على اتفاق التحكيم، لكن هذا الأمر تم تنظيمه ونص عليه بعد التعديل من خلال القانون رقم 08/09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية. يعد مبدأ الاستقلالية من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام التحكيم، وقد تم تكريسه في مجموعة من التشريعات، بدءاً بالقضاء الفرنسي، مروراً بعدد من الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية واشنطن، وبعض الأنظمة التحكيمية مثل نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية. كما أكد القضاء المصري هذا المبدأ، وأثبته القانون الجزائري من خلال القانون الملغي رقم 93/09 والقانون الجديد رقم 08/09.

الخاتمة

من خلال دراسة موضوع اتفاق التحكيم، يتضح أن التحكيم أصبح نظامًا معتمدًا على نطاق واسع على الصعيدين الدولي والداخلي، حيث لا يمكن الاستغناء عنه نظرًا لدوره البارز في تسوية المنازعات. وقد أولت العديد من الاتفاقيات الدولية والتشريعات الداخلية اهتمامًا خاصًا باتفاق التحكيم، ومن بينها المشرع الجزائري الذي يعتبر التحكيم امتدادًا للهيئات القضائية الرسمية. ويظهر ذلك في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي يحكمه.

حيث وضع المشرع مجموعة من النصوص القانونية التي تتسم بالتقييد والتعقيد. ويُعد اتفاق التحكيم حجر الزاوية في الخصومة التحكيمية لأنه يعكس إرادة الأطراف، حيث يتيح لهم اختيار المحكمين وتحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وموضوع النزاع.

النتائج:

1. يعد اتفاق التحكيم اتفاقًا يلتزم بموجبه الأطراف باللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات القائمة أو المحتملة بينهم.
2. يتميز اتفاق التحكيم بعدة خصائص تجعله مميزًا عن غيره من العقود، مثل استقلاله عن العقد الأصلي، عدم تعلقه بالنظام العام، وعدم قابليته للتجزئة.
3. يعترف المشرع الجزائري باتفاق التحكيم في صورتين: شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي، ومشارطة التحكيم التي تكون لاحقة للعقد، مع استحداث شرط التحكيم بالإحالة.
4. يترتب على اتفاق التحكيم التزامات متبادلة بين الأطراف، حيث يجب أن تتوفر فيه شروط موضوعية وشكلية لصحته، حتى يسحب الاختصاص من القضاء الوطني.
5. يخضع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة، بالإضافة إلى قانون مقر التحكيم، مع منح المحكمين سلطة اختيار القانون الواجب التطبيق.
6. يندرج اتفاق التحكيم تحت القواعد العامة للعقود المنصوص عليها في القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية.
7. المشرع الجزائري لم ينص صراحة على اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق في المرسوم التشريعي 93/09 الملغي، لكنه أقر بذلك في القانون 08/09 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية.

8. مبدأ استقلالية شرط التحكيم هو أحد المبادئ الأساسية التي يقوم عليها اتفاق التحكيم، حيث يعتبر مستقلًا عن العقد الأصلي، فلقد أقرت العديد من التشريعات مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، مثل القضاء الفرنسي والقانون الجزائري.

10. أقر المشرع الجزائري أحكامًا خاصة باتفاق التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، معتبرًا إياه بديلًا للقضاء التقليدي. حيث ينقضي اتفاق التحكيم بطرق متعددة كما هو الحال في العقود الأخرى، سواء بانتهاء الحكم في النزاع أو بوسائل أخرى نص عليها القانون.

الاقتراحات:

1. يفضل أن يوضح المشرع موقفه بشكل صريح من مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي لتجنب الالتباس بشأن الأسباب المحددة لانقضاء العقد.

2. يجب تنظيم نصوص أوضح تتعلق بتحديد الشخص الذي يتولى مهمة التحكيم.

3. من الضروري وضع تشريع خاص بالتحكيم التجاري الدولي والتمييز بين التحكيم الداخلي والخارجي.

4. ينبغي تعديل قانون التحكيم التجاري الدولي ليتماشى مع التطورات العالمية.

5. يتعين تعزيز العمل بنظام التحكيم نظرًا لسرعته وبساطته في الإجراءات مقارنة بالقضاء التقليدي.

قائمة المراجع

أولا: الكتب

1. احمد طالب الإبراهيمي، المعضلة الجزائرية الأزمة و الحل، ط4.الجزائر:دار الأمة الطباعة و النشر و التوزيع، 1999،
2. اسعيد تباني، مذكرة بعنوان آليات مكافحة الجرائم الاقتصادية في التشريع الجزائري، جامعة محمد بو يا المسيلة، 2016-2017
3. أنور محمد صدقي المساعدة، المسؤولية الجزائية عن الجرائم الاقتصادية، الطبعة الأولى، 2006،
4. أنور محمد صدقي المساعدة، المسؤولية الجزائية عن الجرائم الاقتصادية، الطبعة الأولى، 2006
5. بن طالب ليندا، غسل الأموال وعلاقته بمكافحة الإرهاب دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر 2011ص
6. جباري عبد المجيد، دراسات قانونية في المادة الجزائية على ضوء أهم التعديلات،ط3، دار هومة، الجزائر،2016
7. حسني عبد السميع إبراهيم، الجرائم الاقتصادية دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2015
8. زين الدين بلال أمين ، ظاهرة الفساد الإداري في الدول النامية و الشريع المقارن ، ط1 .الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2009
9. صبحي تادرس قريضة، مقدمة في الاقتصاد، دار الجامعات المصرية، 1997،
10. عبد الله سليمان ، "شرح قانون العقوبات الجزائري " القسم العام ، سلسة المعرفة ، الجزء الغول الجريمة " ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، الجزائر ، بدون سنة النشر ،
11. غسان رباح، قانون العقوبات الاقتصادي منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004
12. فضيلة ملها، وقاية النظام البنكي الجزائري من تبييض الأموال دراسة على ضوء التشريعات والأنظمة القانونية السارية المفعول، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر،
13. قسوري فهيمة، مداخلة بعنوان " دور خلية معالجة الاستعلام المالي في مكافحة جرائم تبييض الأموال، جامعة الحاج لخضر، باتنة،2011-2012
14. مبروك حسين، المدونة البنكية الجزائرية من النصوص التطبيقية والاجتهاد القضائي ووالنصوص،ط2، دار هومة، الجزائر، 2006
15. محفوظ لشعب، الوجيز في القانون المصرفي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004

16. محمد عبد الغريب، الحماية الجنائية للنظام العام في العقود المدنية، مكتبة غريب، القاهرة، 1987

17. محمد عوض، القانون الجنائي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998،

18. محمود محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، دار ومطابع الشعب، 1963

19. مقني بن عمار، مفهوم الجريمة الاقتصادية في القانون المقارن، مجلة دراسات قانونية، العدد 3، 2009

20. منصور رحماني، "الوجيز في القانون الجنائي العام "، دار العلوم للنشر والتوزيع، جامعة جيجل، الجزائر، 2006

21. نايل عبد الرحمن صالح، الجرائم الاقتصادية في القانون الأردني، ط1، دار الفكر، عمان، 1990،

22. نسرين عبد الحميد، الجرائم الاقتصادية (التقليدية المستحدثة)، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2009

23. نعيمة بن العامر، المخاطر والتنظيم الاحترازي، ملتقى المنظومة المصرفية الجزائرية والتحولات الاقتصادية، واقع وتحديات

ثانيا: المذكرات

1. خميخم محمد، الطبيعة الخاصة للجريمة الإقتصادية في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر ، 2010/2011

2. محمد خميكم ، الطبيعة الخاصة للجريمة الاقتصادية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، 2011/2010

3. قرموش ليندة، جريمة التهرب الضريبي في التشريع الجز، رسالة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون جنائي،
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ،2013-2014

4. قويدري يونس، الجريمة الالاقتصادية في التشريع الجزائري ، مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص الدولة و المؤسسات، جامعة زيان عاشور ، الجلفة ، 2020-2021 ،

5. زفوني سليمة، الرقابة المصرفية في إطار القانون الوضعي الجزائري، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير فرع الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة الجزائر، 2011-2012

6. شيخ عبد الحق، الرقابة على البنوك التجارية، مذكرة ماجستير في القانون فرع قانون الأعمال، جامعة أحد بوقرة بومرداس، 2009/2010

7. فتحي قسمية، الجهات القضائية الجهوية المتخصصة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر،2012 – 2013،

8. منصوري الهادي، مجلس المحاسبة في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، قانون إداري، جامعة محمد خيضر، بسكرة2014 – 2015

9. أمجوح نوار، مجلس المحاسبة نظامه و دوره في الرقابة على المؤسسات الإدارية أطروحة ماجستير، فرع المؤسسات السياسية والإدارية، جامعة منتوري ، قسنطينة، 2006–2007 ،

10. حمادي خضرة، المكانة القانونية لمجلس المحاسبة، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2014–2015

11. حاجة عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه ، قانون عام، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، 2012، 2013،

ثالثا: المجلات

إيهاب الرويسان، (خصائص الجريمة الاقتصادية)، مجلة دفاتر السياسة والقانون كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد ،7 ، جوان 2012

منصف شرفي، الياس بوضياف، الجريمة الاقتصادية :أسبابها وطرق مكافحتها في الجزائر"، مجلة المعارف للعلوم القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق والعلوم الاقتصادية المركز الجامعي بريكة، المجلد 02، العدد 03، 2021،

نبيل بن خدير.، الجريمة الاقتصادية وجهود مكافحتها،مجلة العالم للدراسات القانونية و الإنسانية ، المجلد 5، العدد 1، جامعة الحسن الثاني الدرا البيضاء ، المغرب، 2021،

حزاب نادية، خصوصية الركن المعنوي في الجرائم الاقتصادية، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الثالث، 2017،

محمد ياسين بوزوينة، خصوصية أركان الجريمة الاقتصادية " مجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة أبوبكر بلقايد ، تلمسان، المجلد 1، العدد 03،

رابعا : القوانين

القانون رقم14/04 :المؤرخ في :،2004/11/10المعدل والمتمم للأمر رقم ،–155 66المؤرخ في 8يونيو،1966المتضمن قانون الإجراءات الجزائية

لقانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم الجريدة الرسمية العدد 41 لسنة 2004.
القانون رقم 90-10 المؤرخ في04/14/ 1994 يتعلق بالنقد والقرض الجريدة الرسمية ، 16 الملغى بالأمر 03-11 المؤرخ في 2003/08/26 المتعلق بالنقد والقرض الجريدة الرسمية العدد 52.
القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته الجريدة الرسمية العدد 14 لسنة 2006 المتمم بالامر رقم 10-05 المؤرخ في 26 أوت 2010 الجريدة الرسمية 50 لسنة 2010 المعدل والمتمم بالقانون رقم 11-15 المؤرخ في 02 أوت 2011 الجريدة الرسمية العدد 44 لسنة 2011
لقانون رقم 06-01 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 هـ الموافق 20 فبراير 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج . ر ، ع ،14، الصادرة في مارس 2006،
الأمر رقم 96-22 المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من والى الخارج المعدل والمتمم الجريدة الرسمية العدد 45 لسنة 1996.
الأمر 66-180، المؤرخ في 21 يونيو 1966، يتضمن إحداث مجالس قضائية خاصة لقمع الجرائم الإقتصادية، ج.ر . ج. ج ، ع : 54 ، الصادرة في : 24/06/1966.
الأمر رقم :،11/21المؤرخ في2021/08/25 :المتمم للأمر رقم :،55/66المتضمن قانون الإجراءات الجزائية،)الجريدة الرسمية عدد ،65الصادرة في: .2/08/2021
المرسوم التنفيذي رقم 127/02 المؤرخ في 07 أفريل 2002 المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08/ 275المؤرخ في: 06 سبتمبر 2008 المرسوم التنفيذي رقم 13 /157 المؤرخ في15 /2013/04 المتضمن إنشاء خلية معالجة الاستعلام المالي وتنظيمها وعملها .
المرسوم التنفيذي رقم 127/02 المتضمن إنشاء خلية معالجة الاستعلام المالي وتنظيمها وعملها . المعدل والمتمم.
مرسوم تنفيذي رقم 06-05 المؤرخ في 2006/01/09 المتضمن شكل الإخطار بالشبهة الجريدة الرسمية عدد 02 ، 2006.
قرار رقم 177988، بتاريخ 22/07/1999، الصادر عن غرفة الجنح والمخالفات، المجلة القضائية، المحكمة العليا العدد الأول، 2000، الجزائر، ص: 16.

خامسا: موقع الأنترنت

خالد سعود البشر، مقال بعنوان الجرائم الاقتصادية وطرق مكافحتها، صحيفة الجزيرة عبر لموقع http://www.shuf.net.sa/2002jaz/may/3/ec25.htm