الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف – المسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: الحقوق **تخصص: قانون أعمال**

رقم:.....

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي قانون أعمال

تحت عنوان

إتفاقية التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري

إعداد الطالبين:

- **بـــــــاي محمد**
- **لكحل محمد الأمين**

لجنة المناقشة:

- ✓ (ة) جامعة المسيلة رئيسا
- ✓ **د.ليلى بن حليمة** (ة) جامعة المسيلة مشرفا ومقررا
- ✓ (ة) جامعة المسيلة مناقشا

السنة الجامعية: 2020/2019

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم : الحقوق

المرجع: القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لانجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة) لكحل محمد الأمين

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم طالب

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 203715669

الصادرة بتاريخ 2018/11/14 عن دائرة/ بلدية المسيلة

المسجل(ة) بكلية الحقوق والعلوم السياسية قسم : الحقوق

والمكلف بانجاز أعمال بحث (مذكرة ماستر، مذكرة ماجيستير، أطروحة دكتوراه) الموسومة بـ :

اتفاقية التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ 2020/08/30

إمضاء المعني

استمارة معلومات

الصورة

المعلومات الشخصية:

الاسم: محمد الأمين اللقب: بكحل

اسم الأب: عيسى اسم ولقب الأم: عائشة رقية

تاريخ الازدياد: 1985/03/03 مكان الازدياد: المسيلة

رقم الهاتف: 0781.87.14.24 / 0671.32.34.96

البريد الالكتروني: oussamamsila@hotmail.fr

العنوان الشخصي: ص ب 1359 ق.ر 28000 المسيلة

الباكالوريا:

المعدل: 11,32 الشعبة/التخصص: آداب وعلوم إسلامية سنة الحصول على شهادة الباكالوريا: 2008

الليسانس:

تخصص الليسانس: قانون جنائي الدفعة/ سنة التخرج: 2012

الماستر:

تخصص الماستر: الدفعة/ سنة التخرج:

المعدل التراكمي للماستر: (المعدل العام)

الوضعية المهنية:

موظف: ✓ عاطل عن العمل: ☐

في حالة موظف:

وظيف عمومي: ✓ قطاع/خاص:

المصلحة المستخدمة: اسم المؤسسة / الشركة: مديرية الخدمات الجامعية القطب المسيلة

الرتبة في السلم: محاسب إداري رئيسي (10)

الصيغة:

موظف - ة: ✓ موظف في إطار عقود: نوع العقد:

امضاء الطالب

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم : العلوم القانونية والإدارية .

المرجع: القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لانجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة) باي محمد .

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم طالب .

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 10090815 .

الصادرة بتاريخ 2016/09/24 عن دائرة/ بلدية سيدي عامر المسيلة .

المسجل(ة) بكلية الحقوق - مسيلة - قسم : العلوم القانونية والإدارية .

والمكلف بانجاز أعمال بحث (مذكرة ماستر، مذكرة ماجيستير، أطروحة دكتوراه) الموسومة بـ :

مذكرة ماستر : إتفاقية التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري .

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ 2020/08/30 .

إمضاء المعني

استمارة معلومات

الصورة

المعلومات الشخصية:

الاسم: محمد . اللقب: باي .

اسم الأب: معشري . اسم ولقب الأم: فاطمة عامر .

تاريخ الازدياد: 1981/10/14 مكان الازدياد: سيدي عامر .

رقم الهاتف: 06.99.02.29.81 / 07.73.43.66.01 .

البريد الالكتروني: Beymoh@yahoo.fr .

العنوان الشخصي: حي كوجو ولاية المسيلة .

الباكالوريا:

المعدل: 10.24 الشعبة/التخصص: علوم طبيعة و حياة سنة الحصول على شهادة الباكالوريا: 2000 جوان .

الليسانس: ليسانس علوم قانونية و ادارية .

تخصص الليسانس: علوم قانونية وإدارية الدفعة/ سنة التخرج: جويلية 2004 .

الماستر: ✓

تخصص الماستر ✓ الدفعة/ سنة التخرج: ✓

معدل ترتيبي الماستر (المعدل العام) ✓

الوضعية المهنية:

موظف: ✓ عاطل عن العمل:

في حالة موظف:

وظيف عمومي ✓ قطاع خاص:

المصلحة المستخدمة ✓ اسم المؤسسة / الشركة: مديرية الخدمات الجامعية مسيلة .

الرتبة في المعلم: متصرف .

الصيغة:

موظف دائم ✓ موظف في إطار عقود: نوع العقد:

امضاء الطالب

شكر وعرفان

الحمد والشكر للمولى عز وجل حمداً كثيراً يليق بجلال شأنه وعظيم

سلطانه، ويرقي إلى كمال صفاته، على توفيقه في انجاز هذا

البحث، والصلاة والسلام على خير الأنام الحبيب المصطفى محمد

ﷺ.

نتقدم بجزيل الشكر للأستاذة الدكتورة المشرفة **"بن حليمة ليلى"** على

تكرمها بالإشراف على هذه المذكرة، وعلى نصائحها القيمة.

دمتي في خدمة العلم وطلبة العلم إن شاء الله.

أصبحت التجارة الدولية تحتل مركز الصدارة في العلاقات الدولية الحديثة، والمحور الرئيسي الذي تدور حوله هذه العلاقات، مما جعل التعامل التجاري على الصعيد الدولي يترتب عليه نشوء علاقات تعاقدية تقوم على أساس إرادة الأطراف، استنادا لمبدأ سلطان الإرادة وحرية المتعاقدين في تحديد الشروط اللازمة لإبرام هذا التعاقد.

غير أن العمليات التجارية الدولية قد لا تخلو من بعض النزاعات، مما استدعى لحلها ابتداع نظام التحكيم، الذي أصبح من أهم النظم القانونية المعاصرة، ومن الموضوعات الهامة التي تشغل مكانا بارزا في الفكر القانوني والإقتصادي على المستوى الدولي، وعلى مستوى معظم الأنظمة القانونية المقارنة، على إختلاف نظمها وأوضاعها الإقتصادية والسياسية، فلهذا ظهر التحكيم كضرورة ثابتة من الضرورات ومستلزمات التجارة الدولية، فهو على حد تعبير بعض الفقه "توأمان لا يمكن فصلهما، وبمثابة الروح من الجسد، فإذا كان قانون التجارة الدولية إنسانا، فالتحكيم عقله المفكر"، وفي هذا السياق يرى الأستاذ أبو زيد رضوان أن "التحكيم التجاري الدولي قد ارتبط بالتجارة الدولية والتبادل التجاري بين الشعوب، وازدهر بازدهار هذه التجارة، حيث كانت التجارة الدولية هي المرتع الخصب لإنماء وتطوير قواعد التحكيم التجاري الدولي.

وعليه أصبح التحكيم التجاري الدولي في الوقت الحاضر أهم وسيلة يرغب المتعاملون في التجارة الدولية اللجوء إليها لحسم خلافاتهم الناتجة عن تعاملاتهم، فلا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة الدولية من شرط يصار بموجبه إلى إتباع التحكيم عند حدوث نزاع بالعقد، ليتمكن بذلك هذا الأخير من الإفلات من سلطة قضاء الدولة، ويخضع إلى قضاء خاص من صنع أطراف النزاع أنفسهم.

كما أن ذيوع التحكيم واتساع مجاله في حقل التجارة الدولية يرجع إلى عدة اعتبارات أهمها: رغبة المتعاملين في الأسواق الدولية في التحرر بقدر الإمكان من القيود التي توجد في النظم القانونية الدولية، ورغبتهم أيضا الهروب من مشكلة تنازع القوانين، نظرا لميل القاضي لتطبيق قانونه الوطني حتى في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية، وكذلك لم يعد مناسبا إخضاع المنازعات الناشئة عن هذه العلاقات للقضاء الوطني، نظرا لعدم ثقة المتعاملين الإقتصاديين في توافر ضمانات التقاضي الحقيقية أمام هذا القضاء في مختلف الدول، ضف إلى ذلك ما يعاب على قضاة المحاكم من قلة الخبرة بتلك المنازعات المعقدة، إلى جانب تقيد هؤلاء القضاة بإجراءات وقيود لا تتناسب مع طبيعة التجارة الدولية، وما تحتاجه من سرعة في حسم هذه المنازعات.

بالإضافة إلى أن التحكيم يستند في الأساس إلى إرادة الأطراف، فهم الذين يختارون الأشخاص الذين يتولون مهمة التحكيم الذين يتصفون بالحياد والاستقلالية، ويتصفون بمعرفة نوعية التعامل التجاري الذي حدث النزاع بسببه، ولأطراف العقد حرية اختيار مكان التحكيم، والقواعد الواجبة التطبيق لتسوية نزاعهم، فكل هذه الأمور تجعلهم على ثقة من أن نزاعهم سوف تتم تسويته بشكل عادل وقانوني.

بالإضافة إلى ان التحكيم يستند في الأساس إلى إرادة الأطراف، فهم الذين يختارون الأشخاص الذين يتولون مهمة التحكيم الذين يتصفون بالحياد والإستقلالية، ويتصفون بمعرفة نوعية التعامل التجاري الذي حدث النزاع بسببه، ولأطراف العقد حرية إختيار مكان التحكيم، والقواعد الواجبة التطبيق لتسوية نزاعهم، فكل هذه الأمور تجعلهم على ثقة من أن نزاعهم سوف تتم تسويته بشكل عادل وقانوني.

كما أن التحكيم يتمتع بمزايا جعلته محط أنظار أطراف العلاقات التجارية الدولية، ولعل من بين المزايا التي يتمتع بها هي خبرته في معالجة منازعات التجارة الدولية والتخصص الفني بالإضافة إلى السرعة في الفصل فيها، كما أنه يجري في سرية تتفق وحاجة المعاملات التجارية، فهو أداة لا تقوم على حل النزاع بقوة السلطة العامة، وإنما على إمتثال الأفراد لرأي من يختارونهم لحل نزاعهم الذي يحوز ثقتهم لتوافر الشروط الفنية والتقنية لديهم، لأن المتعاملين في الأسواق الدولية يسعون دائما للتخلص والتحرر بقدر الإمكان من القيود المعروفة في المحاكم الداخلية، والحرص على أن يتم حل المنازعات القائمة بينهم بأقل قدر ممكن من العلانية والنشر.

وعليه فنظرا للأهمية البالغة والمكانة الخاصة التي أصبح التحكيم التجاري الدولي يحتلها خاصة من بين الطرق البديلة الأخرى لحل النزاع التجاري الدولي سارعت الدول إلى مسايرة التطورات التي شهدتها المعاملات في حقل التجارة الدولية، وإعطاء التحكيم أكثر قدر من الفعالية وذلك عن طريق

التخفيف من القيود التي أوردتها على التحكيم التجاري الدولي، والذي قد يرجع السبب في ذلك إلى التخوف المستمر لهذه الدول التي غالبا ما تكون دولا نامية نظرا لكون نظام التحكيم التجاري الدولي كان غريبا عن المتعاملين الإقتصاديين في هذه الدول، بسبب الانغلاق الإقتصادي الذي عاشت فيه.

ولعل أبرز نموذج عن هذه الدول الجزائر، باعتبارها دولة نامية، فقد مر فيها التحكيم الدولي بمرحلتين هامتين، مرحلة المعارضة في الفترة التي تلت الاستعمار والتي أطلق عليها "أزمة التحكيم الدولي"، حيث اعتبرته الجزائر مخالفا للسيادة، مما جعلها تتخذ موقفا معاديا وذلك بعدم إعطائه مكانة في النظام القانوني. ثم تأتي بعد ذلك مرحلة الانفراج والانفتاح على التحكيم الدولي، ثم تكريسه في النظام القانوني الجزائري.

وتجسيدا لذلك أكدت الجزائر استعدادها لتبني نظام التحكيم الدولي فقامت بإصدار القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، ج ر عدد 21 المؤرخة في 2008/04/23، وأبرمت العديد من الاتفاقيات، كما صادقت على عدة اتفاقيات ومن بين الاتفاقيات:

- إنضمت إلى اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ الاحكام التحكيمية سنة 1988.
- اتفاقية واشنطن المتعلقة بإنشاء مركز دولي لتسوية منازعات الاستثمار 1965.
- الإتفاقية الدولية لإنشاء الوكالة الوطنية لضمان الاستثمار سنة 1995.

إلى جانب انضمامها إلى هيئات دولية ومراكز مختلفة نذكر منها التحكيم في إطار الغرفة التجارية الدولية بباريس.

وتكمن أهمية البحث الذي نحن بصدد دراسته فيما يلي:

- توضيح مدى الحاجة لاتفاقية التحكيم التجاري الدولي.

- توضيح موقف المشرع الجزائري من اتفاقية التحكيم التجاري الدولي، وإبراز كيفية اللجوء إلى إتفاقية التحكيم وشروطها وفقا للقانون الجزائري والاتفاقيات التي انضمت وصادقت عليها الجزائر والتي تصبح جزء من القانون الداخلي حسب ما نص عليه الدستور الجزائري.

ومن بين الأهداف التي نسعى لبلوغها من خلال هذا الموضوع نذكر منها إظهار أهمية إتفاقية التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري وكيفية تكريسها قانونيا من طرف المشرع الجزائري عن طريق التشريع الداخلي والاتفاقيات الدولية لتشجيع وتحفيز المستثمرين وخاصة الأجانب،

وعن الأسباب التي قادتنا لدراسة هذا الموضوع، هناك أسباب ذاتية وأخرى موضوعية:

أسباب ذاتية: منها الإهتمام الشخصي بموضوع التحكيم التجاري وكل ما يتعلق به والاهتمام الدولي البالغ بالتحكيم، ومحاولة إثراء بسيط للمكتبة القانونية لقلة الدراسة العلمية في هذا الصدد.

أسباب موضوعية: محاولة إبراز موقف المشرع الجزائري من اتفاقية التحكيم التجاري الدولي، وكيفية تنظيمه لإجراءات التحكيم من اتفاقية التحكيم.

نظرا لتشعب وشساعة موضوع التحكيم التجاري الدولي حولنا الإلمام بكل جزئياته ولكن بإيجاز واختصار، حيث أن موضوع إتفاقية التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري يطرح الإشكالية التالية:

إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في تنظيم إتفاقية التحكيم التجاري الدولي؟

وتندرج تحت هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات الفرعية التالية:

- ماذا يقصد بإتفاقية التحكيم التجاري الدولي؟ وما هي طبيعتها القانونية؟
- ما هو الطابع التجاري الدولي لإتفاقية التحكيم في الجزائر؟
- ما هو الأساس القانوني لإتفاقية التحكيم التجاري الدولي في الجزائر؟

- كيف نظم المشرع إتفاقية التحكيم كأساس للتحكيم التجاري الدولي في الجزائر؟

يتمثل المنهج المتبع في إنجاز هذا البحث: في المنهج التحليلي من خلال تحليل مختلف النصوص القانونية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ومدى نجاعتها لحل النزاعات المثارة أمام التحكيم التجاري الدولي.

وبخصوص الصعوبات التي واجهتنا في موضوعنا هذا قلة المراجع المتخصصة في التحكيم التجاري الدولي خاصة المتعلقة بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

ولمعالجة إشكالية هذا البحث تم تقسيمه إلى فصلين: حيث تناولنا في الفصل الأول: مفهوم اتفاقية التحكيم الذي بدوره ينقسم إلى مبحثين: المبحث الأول تناولنا فيه تعريف اتفاقية التحكيم وفي المبحث الثاني: مضمون اتفاقية التحكيم وطبيعتها القانونية.

وتناولنا في الفصل الثاني: الأحكام المشتركة في إتفاقية التحكيم، والذي بدوره ينقسم إلى مبحثين: حيث تناولنا في الأول مجال إعمال إتفاقية التحكيم، وفي المبحث الثاني تشكيل محكمة التحكيم

لنصل في الأخير إلى خاتمة بعد دراسة موضوع اتفاقية التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري بينا من خلالها جملة من النتائج والإقتراحات التي توصلنا إليها.

الفصل الأول

مفهوم اتفاقية التحكيم

المبحث الأول: تعريف إتفاقية التحكيم

المطلب الأول: تعريف إتفاقية التحكيم وشروط صحتها

الفرع الأول: تعريف إتفاقية التحكيم

تعد إتفاقية التحكيم تعبيرا عن إرادتين تراضيا على إختيار التحكيم كوسيلة لتسوية نزاعات ثارت أو من شأنها أن تثور في المستقبل.

وقد نصت قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والصادر في 06 ديسمبر 2010 في المادة الأولى من الباب الأول في نطاق الإنطباق على أنه: **"إذا إتفق الأطراف على إحالة ما ينشأ بينهم من منازعات بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية أم غير تعاقدية إلى التحكيم، بمقتضى قواعد الأونسترال للتحكيم، سويت تلك المنازعات عندئذ وفقا لهذه القواعد. رهنا بما قد يتفق عليه الأطراف من تعديلات".**

كما عرفت إتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي لعام 1987 في المادة 1/ط إتفاقية التحكيم بأنها: **"إتفاق التحكيم: إتفاق الأطراف كتابة على اللجوء إلى التحكيم سواء قبل نشوء النزاع أو بعده"**[1].

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد تعرض لإتفاقية التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دون أن يضع تعريفا لها، حيث نصت المادة 1040 من هذا القانون على أنه: **"تسري إتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية"**[2].

ويتضح لنا من هذا النص أن المشرع الجزائري جاء بمصطلح عام لإتفاقية التحكيم التي يقصد بها شرط التحكيم وإتفاق التحكيم. ويظهر شرط التحكيم عندما تطرقت المادة إلى النزاعات المستقبلية أي قبل وقوعها، إذ يلتزم أطرافها باللجوء إلى التحكيم في حالة وقوع فعلي بشأن تنفيذ أو تفسير العقد الأساسي أو

1- اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي لعام 1987، حررت بمدينة عمان، المملكة الأردنية الهاشمية، بتاريخ 1987/04/14.
2- المادة 1040 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، عدد 21 المؤرخة في 2008/04/23.

الأصلي، كما يقصد بإتفاقية التحكيم في نفس المادة، إتفاق التحكيم في عبارة النزعات القائمة، أي يقصد بها نشوء النزاع أو وقوعه بمناسبة العقد الأساسي[1].

ولذلك فقد اختلف الفقهاء في تسمية الطريقة التي يأتي بها الإتفاق على التحكيم بحسب نظرة كل منهم إلى مفهوم التحكيم وذلك كما يلي:

التقسيم الأول: يسمى التحكيم "نظام التحكيم" ويتكون من: اتفاق التحكيم وينقسم الى: شرط التحكيم ومشارطة التحكيم.

وهو ما يظهر جليا من خلال التعريف الذي أورده الأستاذ فوشارد: "إتفاق التحكيم يعطي في الحقيقة فكرتين مختلفتين من جهة شرط التحكيم وهو الشرط المنصوص عليه في العقد وينصب على أن أي نزاع يمكن أن يثور بسبب هذا العقد يتم الفصل فيه عن طريق التحكيم، ومن جهة أخرى مشارطة التحكيم والتي هي إتفاق بين الطرفين يقوم بموجبه بإخضاع النزاع إلى محكم أو هيئة التحكيم".

التقسيم الثاني: يعتبر التحكيم عقد وهو يتكون من: إتفاقية التحكيم وتنقسم إلى: شرط التحكيم وإتفاق التحكيم.

وعليه فإن عقد التحكيم قد ينعقد بإحدى الصورتين، فإما أن يكون كشرط أو بند في عقد معين يذكر فيه من بين شروطه وفي هذه الحالة يسمى بشرط التحكيم. وإما أن ينعقد عقد التحكيم عند قيام النزاع بالفعل بين الخصوم ويسمى في هذه الحالة بإتفاق التحكيم. وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الباب الثاني "في التحكيم" وفي الفصل الأول "في إتفاقيات التحكيم" والتي قسمها إلى قسمين أساسيين، القسم الأول سماه "شرط التحكيم" والقسم الثاني سمّاه "إتفاق التحكيم".

بالإضافة إلى ما يفهم من نص المادة 1/1040 السالفة الذكر، حيث يبرم بشأن النزاعات القائمة إتفاق التحكيم أما في حالة النزاعات المستقبلية فيبرم بشأنها شرط التحكيم.

1- صديق بغداد، **إتفاقية التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الجزائري والقضاء التحكيمي**، رسالة ماجستير، (غير منشورة)، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2001-2002، ص 11.

الفرع الثاني: شروط صحة اتفاقية التحكيم

تتمثل فيما يلي:

أولا- الشروط الشكلية لصحة اتفاقية التحكيم:

نصت المادة 1040 فقرة 2 من ق.إ.م.إ.ج على انه: "**يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة**"[1].

وقد استلهم المشرع الجزائري شرط الكتابة هذا من أحكام اتفاقية نيويورك الصادرة في 1958/06/10 التي انضمت إليه الجزائر حيث نصت المادة 2/فقرة1 من هذه الاتفاقية على **"تعترف كل دولة من الدول المتعاقدة بالاتفاقية المكتوبة الموقعة بينها والتي تلتزم بمقتضاها بإخضاع كل النزاعات أو بعضها التي تحدث بينها بخصوص علاقة قانونية محددة، تعاقدية أم لا، تمس مسالة يمكن حلها عن طريق التحكيم"**[2].

إن اختيار الكتابة كشكل وحيد لصحة اتفاقية التحكيم تحكم فيه رغبة المشرع في تبني شكلا أكيدا و لا يترك أي مجال للشك في اختيار المتعاقدين لنظام التحكيم التجاري الدولي هذه الرغبة التي تهدف في النهاية إلى استقرار المعاملات القانونية، إذ انه و في المجال التجاري، فان الأشغال بخصوص العلاقات التعاقدية يسبق مسالة حماية حرية التراضي أو التعاقد بين المتعاقدين.

ثانيا : الشروط الموضوعية لصحة اتفاقية التحكيم

يثير موضوع التحكيم الدولي موضوعا حساسا يتعلق بتنازع القوانين فطالما إن العلاقة التجارية الدولية تتم بين أطراف تخضع لقوانين وطنية متعددة فان مسالة تحديد القانون الواجب التطبيق في هذا الحالة على موضوع لإثباته يصبح أمرا بالغ الأهمية و في هذا الإطار نصت المادة 1040 فقرة 3 من ق.إ.م.إ.ج أنه: **"تكون اتفاقية صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما"**[3].

1- المادة: 2/1040 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.
2- المادة 1/02 من اتفاقية نيويورك الصادرة في 1985/06/10.
3- المادة: 3/1040 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

ومن خلال هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري وضع ثلاثة اختيارات أمام المتعاقدين لتحديد القانون الواجب تطبيقه على النزاعات التي قد تحصل من جراء إبرام و تنفيذ العقد التجاري الدولي.

1- القانون المختار من طرف المتعاقدين

إن مثل هذه الحرية في الاختيار المعترف بها للمتعاقدين تمثل في نظر البعض "عنصرا أو اتجاها ليبراليا يبعده عن حرفية و مضمون المادة 18 من القانون المدني الجزائري التي تخضع الالتزامات التعاقدية إلى " la à loi d'autonomie" أي إلى قانون وطني و هو ما يجسد المنهج الكلاسيكي لتنازع القوانين[1]

2- القانون المسير لموضوع النزاع

تكون اتفاقية التحكيم صحيحة أيضا في نظر المشرع الجزائري إذا استجابت إلى الأحكام القانونية التي تحكم النزاع و لاسيما منها القانون المطبق على العقد الأساسي ، إن مثل هذا الاختيار للقانون الواجب التطبيق على نزاع تجاري دولي نابع من إن التجربة بينت انه في اغلب الحالات ينسى المتعاقدين تضمين الاتفاقية للقانون الذي يختارونه لحل النزاعات المحتملة و هو ما أدى إلى تبني هذا الحل الاحتياطي الذي يهدف إلى إخضاع الاتفاقية في حالة غياب اختيار صريح من طرف المتعاقدين إلى الأحكام القانونية المنظمة للنزاع و لاسيما منها تلك المطبقة على الأساسي.

3- القانون الجزائري:

تطبيقا لأحكام المادة 01/05 من اتفاقية نيويورك القاضية بأنه في حالة عدم اتفاق الأطراف المتعاقدة صراحة على القانون الذي يحكم اتفاقية التحكيم و لا على القانون المطبق على العقد الأساسي فانه في مثل هذه الحالة.

1- نور الدين بكلي، **فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي الأنظمة القانونية العربية**، أطروحة دكتوراه، غير منشورة، جامعة الجزائر، 2008/200، ص 55-56.

المطلب الثاني: صور إتفاقية التحكيم

عرف المشرع الجزائري اتفاقيات التحكيم في صورتين متباينتين هم شرط التحكيم واتفاق التحكيم.

الفرع الأول: شرط التحكيم

أولا- تعريفه وشروط صحته

1- تعريفه: يعرف 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"[1].

أو هو : "الإتفاق الذي يكون مبرما ما بين أطراف الإتفاق على التحكيم بشأن الفصل في نزاع محتمل وغير محدد، يمكن أن ينشأ في المستقبل عن تفسير العقد أو تنفيذه عن هيئة التحكيم"[2].

ويعرف شرط التحكيم كذلك بأنه: "إتفاق مكتوب بين طرفين في عقد دولي يتعهدان بمقتضاه أن يخضعوا للتحكيم المنازعات التي يحتمل أن تنشأ عن ذلك العقد"[3].

وقد عرف المشرع الجزائري شرط التحكيم في المادة 1007 من ق.إ.م.إ.ج بأنه: "**شرط التحكيم هو الإتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم**"[4].

وعليه يرد شرط التحكيم عادة في نفس العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية فيكون في هذه الحالة سابق على قيام النزاع، فأطراف النزاع لا تنتظر نشوب النزاع لتحديد وسيلة حلّه. لذلك فإن شرط التحكيم يتم الإتفاق عليه كبند ضمن بنود العقد الأصلي، إلا أنه لا يوجد مانع من ورود الشرط في إتفاق لاحق عن العقد، لكن قبل نشوب النزاع.

1- بوقراط أحمد، "النظام القانوني لإتفاق التحكيم"، **مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية**، المجلد 03، العدد 01، (2019)، ص 156.
2- مصطفى ناطق صالح مطلوب، "مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم التجاري"، **مجلة الرافدين للحقوق**، المجلد 12، العدد 43، (2010)، ص 118.
3- بكلي نور الدين، **المرجع السابق**، ص 49.
4- المادة: 1007 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

إذن إن العبرة بلحظة الإتفاق على التحكيم، فإذا جاءت هذه اللحظة قبل ظهور بوادر النزاع فإننا نكون بصدد شرط التحكيم، لأن هذا الأخير هو نوع من الإلتزام المعلق على شرط واقف وهو وقوع النزاع، وهذا النزاع إما أن يحدث أو لا يحدث، ولا يجوز لأحد طرفي هذا الإتفاق أن ينفرد بنقطة.

2- شروط صحة شرط التحكيم:

بما أن شرط التحكيم عبارة عن عقد يتم بين الأطراف فإن صحة هذا العقد ونفاذه لا يكون صحيحا إلا إذا توفرت الشروط الشكلية والموضوعية اللازمة لإنعقاده. وعلى ذلك سيتم توضيح الشروط الشكلية أولا ثم الشروط الموضوعية ثانيا.

أ- الشروط الشكلية لصحة شرط التحكيم:

تشترط القوانين المنظمة للتحكيم عادة أن يكون شرط التحكيم مكتوبا، حيث أنه قد يفرض المشرع على المتعاقدين عند مباشرتهم لبعض العقود شكلية معينة من الواجب إتباعها، لأن مخالفتها ستؤدي بالتصرف القانوني للبطلان رغم توفر مبدأ الرضائية فيه لأنه غير كاف لإتمام صحة التعاقد[1].

وهو ما يؤكده المشرع الجزائري في المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]، حيث إشترط أن يكون شرط التحكيم في شكل مكتوب، أي أن يتم إثباته عن طريق الكتابة سواء في الإتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها، وإلا كان شرط التحكيم باطلا لتخلف الشكلية المطلوبة قانونا وذلك كما يلي: "يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان بالكتابة في الإتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها"[3].

ولعل الحكمة من وراء هذه الإلزامية تكمن في المحافظة والحرص على ما تم الإتفاق عليه من طرف المتعاقدين عند إبرامهم لشرط التحكيم، وعدم إنكارهم له، وكذا العمل على إكتساب الشرط نوعا من المصداقية تجاه المتعاقدين.

إذن: فالكتابة بالنسبة لشرط التحكيم ركن يجب توفره، وإلا كان البطلان جزاءًا يتعقب شرط التحكيم غير المكتوب. وهذا يعني أن الكتابة لازمة ليس فقط لإثبات شرط التحكيم وإنما لصحته كذلك،

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد "نظرية الإلتزام"**، مجلد 1، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلب الحقوقية، لبنان، 2000، ص 163.
2- أنظر: المادة 1008 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.
3- قريقر فتيحة، **القابلية للتحكيم**، رسالة ماجستير، (غير منشورة)، جامعة الجزائر، 2008/2007، ص 60، 61.

فالكتابة بالنسبة لشرط التحكيم تعد شرطا شكليا لازما لوجوده في ذاته، حيث يدور شرط التحكيم وجودا وعدما مع توافر عنصر الكتابة.

وتجدر الملاحظة أن المشرع الجزائري لم يوضح نوع الكتابة إن كانت رسمية أم عرفية، بخلاف المشرع الفرنسي الذي لم يتطلب في الكتابة اللازمة لشرط التحكيم أن تكون رسمية، فيكفي أن تكون عرفية موقعة من الأطراف المحتكمين.

وما نستخلصه في الأخير هو أن الكتابة المتطلبة لإنعقاد شرط التحكيم تستهدف التحقق من توفر إرادة الأطراف وحقيقة إتجاهها وإلتجائها إلى نظام التحكيم وتخليها عن قضاء الدولة.

ب- الشروط الموضوعية لصحة شرط التحكيم:

لصحة شرط التحكيم من الناحية الموضوعية لا بد من توفر الأهلية والتراضي وكذا تحديد هيئة التحكيم.

ب-1- الأهلية:

لا يجوز الإتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الإعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه[1]، وعليه فالأهلية اللازمة فيمن يبرم شرط التحكيم هي أهلية الشخص للتصرف في الحقوق محل التحكيم، ذلك أن إبرام شرط التحكيم يعني التنازل عن رفع النزاع أمام قضاء الدولة. وهو ما قد يعرض الحق المتنازع عليه للخطر[2].

ولقد أبقى المشرع الجزائري على شرط أهلية التصرف في الحقوق عند إبرام عقد التحكيم وليس مجرد أهلية التقاضي وإدارة الحقوق، وذلك من خلال نص المادة 1006 من ق إ م إ ج.[3]

1- المادة 11 من قانون التحكيم المصري، رقم 27، 1994.
2- فتحي والي، **قانون التحكيم في النظرية والتطبيق**، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص 109.
3- أنظر: المادة 1006 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

ويكون الشخص الطبيعي مؤهلا للإتفاق على شرط التحكيم من توافرت فيه الشروط المنصوص عليها في المادة 40 من القانون المدني الجزائري.[1]

كما يمكن للشخص أن يوكل شخصا ينوبه في إبرام شرط التحكيم، بشرط أن تكون الإنابة في شكل وكالة خاصة تجيز للموكل أن يقوم بعقد شرط التحكيم بدلا منه[2].

وأجاز المشرع الجزائري في المادة 3/1006 من ق إ م إ ج للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم لكنه قيّد هذا الأمر بربطه بوجوب أن يكون طلب هذا التحكيم في العلاقات الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية.

ب-2- الرضا:

إن الإتفاق على إنشاء أي تصرف قانوني منتج لأثره يتطلب تحقق تطابق الإرادتين المفصح عنهما، بحيث تكون الإرادة التي يعبر عنها الطرف الثاني "القبول" تطابق أو توافق الإرادة التي أفصح عنها الطرف الأول "الإيجاب" وهذا ما يثبت وجود التراضي المطلوب توافره عندما يكون طريق التحكيم هو السبيل الذي تحذوه إرادة الأطراف المتعاقدة لحل المنازعات التي يمكن أن تثور فيما بينهما[3].

إن شرط التحكيم المدون ضمن بنود العقد يعتبر التراضي فيه محققا بمجرد التوصل إلى إتفاق نهائي حول كافة بنود هذا العقد التي ناقشها الأطراف أثناء مرحلة المفاوضات التي مرّ بها العقد[4].

ب-3- محل شرط التحكيم:

الإتفاق على التحكيم يتضمن بالنسبة لمحله معنى مزدوجا وموضوعيا، وهو المنازعات المراد عرضها على التحكيم وشخصيا وهو المحكم الذي سيعرض عليه النزاع، وذلك لأن مسألة تعيين المحكمين هي ركن أساسي من أركان وشروط صحة الإتفاق على التحكيم. وبالنسبة لموضوع التحكيم فإنه بالنسبة لشرط التحكيم يصعب من الناحية العملية تحديد موضوع النزاع بدقة لأن الشرط يبرم أساسا قبل نشوب النزاع

1- أنظر: المادة 40 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي سنة 2007، الجريدة الرسمية رقم 31.
2- المادة 574 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق
3- عبد الوهاب عجيري، **شرط التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري**، رسالة ماجستير، (غير منشورة)، جامعة سطيف 2، 2014/2013، ص 10-11.
4- المرجع نفسه، ص 18.

وعليه فإن تحديد موضوع النزاع في هذه الحالة يكون بشكل عام مثلا "المنازعات المتعلقة بتفسير العقد أو تنفيذه، أو كل المنازعات الناشئة عن هذا العقد".

لذلك لم يشترط المشرع الجزائري وجوب تحديد موضوع النزاع في حالة إبرام شرط التحكيم، أما بالنسبة لتحديد موضوع النزاع من الناحية الشخصية فقد نصت المادة 2/1008 من ق إ م إ ج على أنه: **"يجب أن يتضمن شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفيات تعيينهم"**[1]. وهذا هو الأصل.

إلا أن المشرع الجزائري أورد إستثناءا على هذا الوصل في المادة 1/1009 من ق إ م إ ج يتمثل في: **"إذا إعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم، بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الو اقع في دائرة إختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه"**[2].

ونصت المادة 2/1009 من ق إ م إ ج أنه: **"إذا كان شرط التحكيم باطلا أو غير كاف لتشكيل محكمة التحكيم يعاين رئيس المحكمة ذلك ويصرح بألا وجه للتعيين"**[3].

ثانيا- مبدأ إستقلالية شرط التحكيم:

إن البحث في مدى القول بإستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه، يؤدي إلى دراسة وجهتي نظر بهذا الخصوص، أولاهما تذهب إلى القول بعدم إستقلالية شرط التحكيم، وهو ما جاء به أصحاب النظرية التقليدية، في حين ذهبت الثانية إلى الأخذ بهذه الإستقلالية وهو ما نادى به أصحاب النظرية الحديثة.

1- المادة 2/1008 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.
2- المادة 1/1009 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.
3- المادة 2/1009 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

1- رأي أصحاب النظرية التقليدية:

يرى أصحاب هذه النظرية أن شرط التحكيم جزء لا يتجزأ عن العقد الذي يتضمنه، فهو يشكل شكلا من بنوده يتأثر به وجودا وعدما، صحة وبطلانا، فإذا بطل العقد أدى ذلك إلى بطلان كل بنوده وشروطه بالتبعية بما في ذلك شرط التحكيم. الأمر الذي يترتب عليه عدم إلتزام أطراف العقد بتنفيذ الإتفاق الذي كان بينهما والذي مفاده عدم اللجوء إلى القضاء كل النزاعات التي قد تثور بينهما والإحتكام إلى حكم المحكمين. ذلك أن المحكم لا يملك سلطة النظر في الدفوع التي يقدمها أحد الطرفين ببطلان العقد وبالتالي بطلان شرط التحكيم كي ينكر عليه إختصاصه، الأمر الذي يدفعه إلى إحالة الطرفين إلى المحكمة المختصة للنظر في تلك الدفوع، فإذا حكمت المحكمة ببطلان العقد ترتب على ذلك انتهاء عملية التحكيم.

2- رأي أصحاب النظرية الحديثة:

لقد عمد أصحاب النظرية الحديثة إلى القول بمبدأ إستقلالية شرط التحكيم لحماية الإنجازات التي وصلت إليها أنظمة التحكيم التجاري الدولي واعتبروا شرط التحكيم عقدا قائما بذاته مستقلا عن

العقد الذي تضمنه، وقد أكد قضاء التحكيم التجاري الدولي على إستقلالية شرط التحكيم[1].

ثالثا- إمتداد شرط التحكيم

مبدئيا وعملا بنسبية الأحكام، فإن الغير الذي لم يدع للمشاركة في النزاع ولم يقع تمثيله فيه بشكل من الأشكال لا يشمله ولا يلزمه الحكم الصادر في غيابه، كما أن مبدأ الأثر النسبي للإلتزامات يفرض أن الغير في العقد لا يلحقه منه ضرر ولا نفع. إلا أن الواقع يفرض أن تطرأ بعض الإستثناءات على كلا المبدئين، (مبدأ النسبية العقدية، ومبدأ نسبية الأحكام القضائية).

1- زهيرة كيسي، "مبدأ إستقلالية شرط التحكيم التجاري عن العقد"، **مجلة الإجتهاد للدراسات القانونية والإقتصادية**، المركز الجامعي بتمنراست، العدد 08، (جوان 2015)، ص 51.

1- الإشتراط لمصلحة الغير[1]:

من المسلم به أن الإشتراط لمصلحة الغير يرتب حقوقا مباشرة للغير في مواجهة المتعهد. وبهذا فإنه يمكن للغير (المشترط لصالحه) في إتفاق يتضمن إشتراطا لمصلحة الغير أن يطلب إعماله، فيطالب المتعهد بحقه بواسطة التحكيم.

ويمكن أن يكون الغير المشترط لصالحه طرفا في خصومة التحكيم سواء، **مثال:** "أ" دائن مشترط لمصلحة الغير ⟵ "ب" مدين متعهد ⟵ "ج" يمثل الغير بأن يطلب بدءها أو بأن يتدخل في خصومة التحكيم التي بدأت من أحد طرفي الإتفاق.

ويلتزم الغير باللجوء إلى التحكيم وفقا لشرط التحكيم الوارد في العقد، فإذا لجأ الغير إلى محكمة الدولة، فإن للمتعهد أن يتمسك في مواجهة بشرط التحكيم.

مثال: عقد بين (أ ، ب) يتضمن الإتفاق على التحكيم + عقد بين (أ ، ج) يتضمن الإشتراط لمصلحة الغير بحق ناتج عن هذا العقد.

* يستطيع (ج) أن يتمسك بشرط التحكيم.

* يستطيع (ب) أن يتمسك في مواجهة (ج) بشرط التحكيم.

* يستطيع (أ) أن يتمسك بشرط التحكيم للمطالبة بحقوق (ج).

2- الكفالة:

لا يسري شرط التحكيم في الإتفاق بين الدائن والمدين في مواجهة الكفيل لأنه ليس طرفا فيه (الإتفاق بين الدائن والمدين)، لأن إلتزام الكفيل ينشأ عن عقد بينه وبين المدين، وهو غير العقد الذي يربط المدين بالدائن والذي يتضمن شرط التحكيم وليس للدائن التمسك بشرط التحكيم في مواجهة الكفيل على أساس أنه يتمسك بالدفوع التي لمدينه في مواجهة الكفيل التي تؤدي إلى إنقضاء الدين أو تخفيض مقداره. لأن شرط التحكيم مستقل عن عقد المديونية بين المدين والكفيل.

1- عبد الحميد عيسى الساعدي، "النطاق الشخصي لإتفاق التحكيم"، **مجلة البحوث القانونية**، جامعة مصراتة، مجلد 5، عدد1، ص 145.

استثناء: ذلك ما لم تكن الكفالة واردة في نفس عقد المديونية بين الدائن والمدين والمتضمن شرط التحكيم، فهنا يمتد شرط التحكيم على أنه إذا صدر حكم في التحكيم بين الدائن والمدين، فإن للدائن يحتج بهذا الحكم في مواجهة الكفيل.

ولكن ليس للدائن أن ينفذ جبرا بموجب هذا الحكم ضد الكفيل وإنما عليه أن يرفع الدعوى ضد الكفيل، ويكون رفعها أمام محاكم الدولة إذا لم يكن في عقد الكفالة شرط التحكيم.

وإذا قام الكفيل بوفاء الدين للدائن، فإنه يحل محله (محل الدائن) حقه وفي شرط التحكيم في مواجهة المدين، ويكون له حسب ما سبق بيانه، أن يرجع على المدين بطريق التحكيم وهنا يكون الإمتداد[1].

3- الإتحاد أو الإشتراك في نشاط اقتصادي واحد:

إذا إشتركت عدة شركات في نشاط اقتصادي واحد أو كونت بينها اتحادا لمباشرة هذا النشاط (كونسرسيوم)[2]، فهل يسري الاتفاق على التحكيم الذي تبرمه احدى هذه الشركات مع الغير في مواجهة باقي الشركات؟

المسألة محل الخلاف:

ذهب القضاء الفرنسي إلى القول بسريان شرط التحكيم في مواجهة باقي الشركات واستندت محكمة استئناف بباريس في ذلك إلى الإرادة المشتركة لهذه الشركات في الاشتراك في جميع الاتفاقيات التي توقعها إحداها، ولو لم يقم بعضها بالتوقيع.

وأضافت أن شرط التحكيم يمتد إلى باقي الشركات التي انغمست في تنفيذ العقد المحتوي على الشرط (شرط التحكيم) وفي المنازعات المتعلقة بهذا العقد على نحو يفرض معية قبولها لشرط التحكيم الذي كانت تعلم بوجوده، ومحتواه ولو لم توقع على العقد الذي يتضمنه.

كما يرى الفقه الفرنسي أن إمتداد شرط التحكيم إلى باقي الشركات المشتركة في نشاط إقتصادي واحد يقضي بوجود وقائع تتعلق بمركزهم ونشاطهم المشترك مما يفرض معها حتما علمهم بوجود الشرط وبنطاقه، وهذه الوقائع تخضع لتقدير القاضي.

1- فتحي والي، المرجع السابق، ص 172.
2- هو مصطلح مالي ومعناه اتحاد شركات أو مصارف لتنفيذ عملية معينة، إئتلاف شركات، تجمع شركات.

وعلى العكس ذهبت هيئة التحكيم بمركز القاهرة الإقليمي إلى أن ذلك الإتجاه لم يظهر إلا في التحكيمات الدولية الخاصة بالشركات متعددة الجنسيات والتي تكوّن مجموعة إقتصادية واحدة. وتنفذ عملياتها التجارية والإستثمارية في البلاد المختلفة تحت ستار الشركات الفرعية التي تكتسب جنسيات الدول التي يجري النشاط فيها، بحيث ينظر إلى إكتسابها لجنسية الدولة على أساس أنه عامل يساعدها في مباشرة نشاطها وتسييره لها ولا يكون كيانها القانوني المستقل إلا ستارا يمكنها من أدائها النشاط المذكور في سهولة ويسر في البلد الذي اكتسب جنسيته.

وهو ما انتهت به محكمة استئناف القاهرة، إذ حكمت ببطلان حكم التحكيم الذي قضى بإدخال شركة لم توقع على اتفاق التحكيم في خصومة التحكيم، وبالزامها بالتضامن مع الشركة الموقعة عليه، وذلك على أساس أنه تجمعهما وحدة إقتصادية واحدة.

واستند الحكم بالبطلان إلى أن الشركة الأولى ليست طرفا في النزاع، ولم تتفق على إختيار التحكيم كطريق للتقاضي مما يبطل الحكم ضدها بطلانا متعلقا بالنظام العام، تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها.

4- الشركة وفروعها أو الشركة الأم والشركة التابعة لها

إذا أبرمت الشركة اتفاقا على التحكيم عن عمل يتعلق بالفرع فإنه يعتبر ملزما لها وللفرع، لأن الفروع لا تتمتع بشخصية معنوية مستقلة.

أما إذا أبرم الفرع اتفاق على التحكيم، وكان نظام الشركة يجيز له هذا، فإنه في الواقع يبرمه نيابة عن الشركة وتسري آثار هذا الإتفاق على الشركة وليس للفرع التمسك بالتحكيم إلا نيابة عن الشركة.

أما بالنسبة للشركة القابضة (الأم) والشركة التابعة لها، فإن لكل من الشركتين شخصيتها المعنوية المستقلة، ولهذا فإن الإتفاق على التحكيم الذي تبرمه أي من الشركتين لا يسري إلا في مواجهة الطرف فيه دون الشركة الأخرى. هذا ولو كان العقد المتضمن شرط التحكيم والذي أبرمته الشركة التابعة يؤثر في نشاط الشركة الأم[1].

* إذا أبرم عقدان متتابعان على محل واحد وكان أحد العقدين يضمن شرط التحكيم، فهل يمتد هذا الشرط إلى العقد الآخر؟

1- فتحي والي، المرجع السابق، ص 175.

مثال: إبرام عقد بين طرفين ثم قيام المشتري في هذا العقد ببيع نفس المال إلى مشتري ثان.

- إبرام عقد مقاولة بين رب العمل والمقاول، ثم قيام المقاول بإبرام عقد مقاولة على نفس المحل أو جزء منه مع مقاول آخر (مقاول من الباطن).

* لا مشكلة إذا كان رجوع أحد طرفي العقدين على الطرف في العقد الآخر بالدعوى غير المباشرة وكان العقد الآخر يتضمن شرط التحكيم، فعندئذ يكون الدائن مستكمل حق مدينه الناشئ عن عقد يتضمن شرط التحكيم، ويلتزم الدائن بهذا الشرط الذي يقيد حق مدينه.

* المشكلة تثور إذا كان للدائن أن يرجع على مدين مدينه بدعوى مباشرة في الحالات التي يخولها له القانون مثل: رجوع رب العمل على المقاول من الباطن، أو رجوع المؤجر على المستأجر من الباطن.

إذ لا يكون الدائن عندئذ مستعملا حق مدينه المقيد بشرط التحكيم، بل مستعملا حقا خالصا له في الدعوى مصدره نص القانون، ولهذا فإن شرط التحكيم الوارد في العقد الآخر لا يمتد إلى الدعوى المباشرة التي يرفعها الدائن ضد مدين مدينه.

وكل هذا فإنه لا يجوز لرب العمل أن يرجع على المقاول من الباطن بالدعوى المباشرة بطريق التحكيم استنادا إلى شرط التحكيم الوارد في عقد المقاولة الأصلي إلا إذا كان وجوده على المقاول من الباطن بطريق الدعوى غير المباشرة.

ويؤيد ما تقدم مبدأ إستقلال شرط التحكيم الذي يؤكد ليس فقط إستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وإنما أيضا استقلاله عن أي عقد آخر مرتبط بهذا العقد الأصلي، وهو ما يؤدي إلى عدم نفاذ شرط التحكيم إلا بالنسبة لأطرافه دون أن يمتد لأطراف أخرى في عقد أو عقود أخرى.

وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية، مقررة أن شرط التحكيم لا ينتقل من عقد لآخر من العقدين المتتابعين فهو لا ينفذ إلا في مواجهة طرفي العقد الذي يتضمن شرط التحكيم.

الفرع الثاني: إتفاق التحكيم

يعتبر إتفاق التحكيم حجر الزاوية في عملية التحكيم ككل، فهو الذي يحدد كلّ المسائل التي تتعلق بسيرورة العملية التحكيمية، بداية من اختيار المحكمين وإلى غاية تحديد ميعاد صدور الحكم التحكيمي.

أولا- تعريفه وشروط صحته

1- تعريفه: يعرف اتفاق التحكم التجاري الدولي، بأنه ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه تتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو المحتمل نشوئها من خلال التحكيم وذلك إذا كانت هذه المنازعات تتعلق بمصالح التجارة الدولية[1].

تجب الاشارة ان المشرع الجزائري: لم يضع تعريفا محددا لاتفاق التحكيم التجاري الدولي بل ميز بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم، كوسيلة للإتفاق على سلوك طريق التحكيم لتسوية ما ثار أو قد يثور بينهم من نزاع بشأن تنفيذ عقد أو إتفاق ما[2].

عرّف اتفاق التحكيم بأنّه: "عقد تلتقي فيه إرادة المتعاقدين على إحالة النزاع الذي نشأ على العقد المبرم بينهما، أو أي نزاع قد ينشأ بخصوص هذا العقد، على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون اللجوء إلى القضاء المختص أصلا بالفصل في هذا النزاع"[3].

ويعرّف إتفاق التحكيم أيضا: "إتفاق بين الأطراف بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بينهم يلتزمون بمقتضاه بعرض هذا النزاع على المحكم أو المحكمين المختارين من قبلهم، بدلا من عرض تلك المنازعة على المحكمة المختصة أصلا بنظره"[4].

كما عرّف القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي **"الأونسيترال"** إتفاق التحكيم بأنه: **"هو إتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما علاقة قانونية محددة، سواء أكانت تعاقدية أم غير تعاقدية. ويجوز أن يكون إتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في شكل إتفاق منفصل"**[5].

1- حفيظة السيد حداد، **الموجز في النظرية العاملة في التحكيم التجاري الدولي**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2007، ص 50.
2- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة، الجزائر، 2001، ص 49-50.
3- محمد إبراهيم خيري الوكيل، علاء محي الدين مصطفى، **إتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية في النظام السعودي والأنظمة القانونية المقارنة**، مكتبة القانون والإقتصاد، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2014، ص 16.
4- بكلي نور الدين، المرجع السابق، ص 55-56.
5- أنظر: المادة 01/07 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي "الأونسيترال"، 1985.

وقد عرّف المشرع الجزائري في المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه: **"إتفاق التحكيم هو الإتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم"**[1].

كما أجاز المشرع الجزائري في المادة 1013 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، للأطراف أن يبرموا إتفاق التحكيم حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية.

كما يمتاز اتفاق التحكيم بجملة من الخصائص تميزه عن غيره من العقود والتي يمكن إجمالها في اعتبار اتفاق التحكيم من العقود المسماة، ذلك لأن المشرع الجزائري قد سمى هذا العقد ووضع له الأحكام القانونية الخاصة به دون غيره ويعد من العقود الرضائية، عقد ملزم للجانبين، عقد معاوضة، ويعتبر من العقود المستمرة وبالتالي فهو ذو طبيعة خاصة[2].

2- شروط صحة إتفاق التحكيم:

أ- الشروط الموضوعية لصحة إتفاق التحكيم

إنعقاد العقد يكون إلا باتفاق الطرفين ولذا يجب أن يتوافر في إتفاق التحكيم الشروط الموضوعية اللازمة لإنعقاده وهي الأهلية والرضا والمحل والسبب.

أ-1- الرضا: يتوافر الرضا إذا تلاقت إرادتين على اللجوء إلى التحكيم خاليتين من عيوب الإرادة والغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، ولا يعتد بالتراضي إلا إذا كان إذا كان عن إرادة صحيحة بمعني أنه لا يعتد بالاتفاق الصادر عن شخص معدوم الأهلية كالصبي غير المميز والمجنون أو من انعدمت إراداته ويجب أن يتم التعبير عن الإرادة وقد يكون التعبير صريح وقد يكون ضمنيا وإذا كان التعبير صريح فلا توجد ثمة مشكله لأنه لا يشوبه أي لبض أو غموض وإنما تظهر المشكلة حين يتم التعبير عن الإرادة ضمنيا.

ويعتد بالإرادة الضمنية كما لو درج الأطراف في سياق معاملاتهم على التحكيم كوسيلة لفض منازعاتهم فيما يبرمانه من عقود ثم اغفلوا ذلك في عقد من نفض النوع أو أغفلوا ذلك عند تجديد نفض العقد ما لم يتبين أنهما تعمدا إسقاط مثل هذا الشرط لعدم رغبتهم في اللجوء إلى التحكيم.

1- القانون رقم **08-09** من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،المرجع السابق.

2- اسعد فاضل منديل، **أحكام عقد التحكيم وإجراءاته (دراسة مقارنة)**، منشورات زين الحقوقية، ط1، 2011، ص 25-27.

فالمشرع الجزائري فقد استلزم أن يكون التراضي في إتفاق التحكيم صادرا عن أطراف أهل للتصرف حيث تنص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "**يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها**"[1].

أ-2- محل اتفاق التحكيم:

محل إتفاق التحكيم هو موضوع المنازعات التي تضمنها إتفاق التحكيم حيث قد يكون غير محدد تحديدا دقيقا في حالة شرط التحكيم، في حين يكون محددا بدقة في مشارطة التحكيم لأن النزاع يكون قائما في الوقت الذي تم الإتفاق فيه على التحكيم[2].

قيد محل التحكيم بعدم جواز التحكيم في بعض المواضيع منها ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 02/1006 من ق. إ. م. إ. ج والتي تنص: "**...لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم**"[3]، وهو الأمر عينه بالنسبة للمشرع المصري من خلال المادة 11 من قانون التحكيم حيث لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح[4]، وكذلك المسائل المتعلقة بالنظام العام، ولا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم.

كما نجد أن المادة 1040 من ق. إ. م. إ. ج قد نصت على إحالة اتفاق التحكيم وصحة محله إلى القانون الذي يخضع له[5].

أ-3- سبب إتفاق التحكيم

يكمن السبب الرئيسي لاتفاق التحكيم، في إخراج النزاع من اختصاص القضاء إلى اختصاص التحكيم للاستفادة من مزايا التحكيم، من سرعة الفصل في النزاع عكس القضاء، وكذلك إخراج العقد من التعرض لتنازع القوانين المختلفة[6].

1- لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 58.
2- دحماني فريدة، **القوة الإلزامية للحكم التحكيمي**، رسالة ماجستير، (غير منشورة)، جامعة البويرة، الجزائر، 2018/2017، ص 24.
3- المادة 1006 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.
4- لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 62.
5- أنظر: المادة 1040 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.
6- دحماني فريدة، المرجع السابق، ص 24.

وهذا السبب مشروع دائما ولا نتصور عدم مشروعيته إلا إذا ثبت أن الهدف من إتفاق التحكيم هو التهرب من أحكام القانون الذي كان يتعين تطبيقه لو طرح النزاع على القضاء، نظرا لما يتضمنه هذا القانون من قيود وإلتزامات يراد التحلل منها، وهو ما يمثل حالة من حالات الغش نحو القانون، فيكون التحكيم وسيلة غير مشروعة يراد بها الاستفادة من حرية الاطراف أو حرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق[1].

ب- الشروط الشكلية لصحة إتفاق التحكيم

اتجهت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 في المادة 02 بند 01 إلى ترسيخ شكلية اتفاق التحكيم، حيث جاء في مضمونها: "أنه على أطراف الإتفاق الذين أرادوا إخضاع نزاعاتهم المختلفة في عقدهم للتحكيم[2]، أن يضمنوا عقدهم بندا يوضح هذه الإرادة، فيجب إصباغ صفة الرسمية لهذا الإتفاق بكتابته، الأمر الذي اتفقت عليه مختلف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، ومن بينها القانون الجزائري في المادة 1008 من ق. إ. م. إ. ج التي تنص: **"يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الإتفاقية الأصلية أو الوثيقة التي تستند إليها..."**، إذ اشترط المشرع الجزائري أن يكون شرط التحكيم مكتوبا في العقد الأصلي الذي يجمع الطرفين أو في الاتفاق اللاحق المبرم في وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي، وذلك تحت طائلة بطلان الشرط، حيث يصبح الشرط كأن لم يكن في حالة عدم كتابته[3].

كما اشترط المشرع الجزائري أن يتضمن شرط التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم وإلا كان باطلا.[4]

أما بالنسبة لاتفاق التحكيم فالكتابة شرط لوجودها وليس شرط لإثباتها حيث نصت المادة 1012 من ق.إ.م.إ.ج على أنه: "**يحصل الإتفاق على التحكيم كتابة، ويجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين أوكيفية تعيينهم**".[5]

1- لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 64.
2- المادة 1/02 من اتفاقية نيويورك 1958.
3- لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 67.
4- انظر: المادة 2/1008 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.
5- المادة 1012 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

ثانيا- آثار إتفاق التحكيم:

يترتب على التحكيم أثران هامان، أحدهما سلبي والآخر إيجابي. أما عن الأثر السلبي فهو حرمان أطراف العقد من الالتجاء إلى القضاء بصدد النزاع الذي اتفقوا على إخضاعه لنظام التحكيم. أما عن الأثر الإيجابي فهو فض المنازعة بطريق التحكيم والاعتداد بالحكم الصادر فيه. وسوف ندرس في هذا المبحث أثر اتفاق التحكيم على المحكم وأثره في مواجهة أطرافه.

1- أثر اتفاق التحكيم على المحكم:

ينشئ اتفاق التحكيم التزما سلبيا متبادلا على عاتق كل من طرفيه بالامتناع عن الالتجاء إلى القضاء للفصل في النزاع المحكم فيه. وهذا الالتزام هو التزام إرادي، فإذا ما أخل أحد الطرفين به ورفع دعواه إلى القضاء كان الطرف الأخر أن يدفع هذه الدعوى بسبق الاتفاق على التحكيم[1].

غير أن دور القضاء لا يستبعد بصفة نهائية في الخصومة التحكيمية، حيث تظل المحكمة مختصة لتقديم للخصوم المحتكمين أحكاما يتطلبها الفصل في النزاع لسير الإجراءات القانونية، من ذلك إيداع حكم التحكيم قلم كتاب المحكمة من أجل تنفيذه و إمهاره بالصيغة التنفيذية[2].

فاتفاق التحكيم يترتب عليه عدم جواز رفع الدعوى أمام المحكمة، كما يتعين على المحكمة المختصة بنظر النزاع أن تحكم بعدم قبول الدعوى.

-جواز نزول المدعي عليه عن التزام خصمه بعدم الالتجاء إلى القضاء.

إن الفقه والقضاء متفق على أن المحكمة المختصة لا تملك الحكم بعدم القبول من تلقاء نفسها، بل يجب أن يثار هذا الدفع من أحد الخصوم بوجود اتفاق التحكيم، ذلك أن سكوت المدعي عليه عن الدفع بالاتفاق عن التحكيم، واستمر في الدعوى وقدم طلبات ودفوع في الموضوع فإنه يعد تنازلا عن اتفاق

1- أنظر المادة 1044 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

2- د. أحمد هندي، **تنفيذ أحكام المحكمين، الأمر بتنفيذ أحكام المحكمين الوطنية والأجنبية**، دار الجامعية الجديدة، 2001، ص 20. أنظر المواد 1053، 1035 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

التحكيم. ويكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تتار من أحد الأطراف[1].

ويلاحظ في هذا الشأن أنه يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك. غير أنه في حالة عدم تنفيذ هدا التدبير يجوز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ومن ثم فالالتجاء إلى القضاء المستعجل طلبا لإجراء عاجل لا يعتبر نزولا ضمنيا عن التحكيم.

2- أثر اتفاق التحكيم على الأطراف

يلزم العقد طرفيه، ومن تم فاتفاق التحكيم يلزم الأطراف الذين تنشأ بينهم، سواء كانوا اثنين أو أكثر. وإذا كان الأصل ألا يلزم العقد سوى من يكون طرفا فيه وذلك تطبيقا لقاعدة نسبية أتار العقد، إلا أنه يسري في مواجهة أشخاص لم يكن أطراف في اتفاقية التحكيم، وذلك في الحالات الآتية:

أ- الأصل هو أن يلزم العقد الخلف العام لكل من المتعاقدين، فالخلف العام يأخذ أحكام الطرف بالنسبة للتصرف الذي أبرمه سلفه. فإذا توفى أحد المتعاقدين انتقلت الحقوق الناشئة له عن العقود التي يكون قد أبرمها قبل وفاته إلى ورثته وإلى من يكون قد أوصى له بحصته في تركته.

وانصراف أثر اتفاق التحكيم إلى الخلف العام لا يتعلق بالنظام العام، وبالتالي يجوز لطرفي اتفاق التحكيم أن يضفيا عليه طابعا شخصيا، فينصان في الاتفاقية على اقتصار أثره عليهما وحدهما دون الخلف العام لأي منهما، وفي هذه الحالة ينقضي اتفاق التحكيم مع العقد الأصلي نتيجة الوفاة[2].

ب- أما عن انتقال أثار اتفاق التحكيم إلى الخلف الخاص، فانتقالها إليه يفترض انتقال أثار العقد الأصلي إليه سواء بمقتضى الاتفاق أو القانون. ويشترط لسريان هذا الاتفاق أن تكون الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص على علم بها وقت الاستخلاف[3].

1- أنظر المادة 1045 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.
2- مصطفى محمد الجمال. عكاشة محمد عبد العال، **التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية**، ط1، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 1989، ص 470.
3- مصطفى محمد الجمال. عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 472.

ج- الأصل أن الغير لا يمكن أن ينصرف إليه أثر العقد حقا كان أو التزاما، غير أن الغير قد تربطه صلة ما بأحد أطراف اتفاق التحكيم. ويعتبر طرفا في التحكيم في حالات أربعة رئيسية هي حالة العقد الجماعي وحالة المجموع العقدي، وحالة العقود التي يبرمها من يظهر بمظهر صاحب الحق، وحالة المرسل إليه في عقد النقل، وسوف نتعرض إلى هاته الحالات باختصار:

العقد الجماعي هو عقد يربط مجموعة من الأفراد بصفتهم الجماعية بفرد أو مجموعة أخرى من الأفراد. وهذا العقد ينصرف أثره إلى من اشترك في إبرامه من أفراد المجموعة، وإلى سائر أفرادها حتى من لم يشترك منهم في إبرامه، ومثال ذلك عقد الصلح الواقي من الإفلاس الذي ينعقد بين المدين التاجر وبين جماعة الدائنين.

المجموع العقدي هو اجتماع عدة عقود حول محل واحد تتعاقب عليه ويكون محلا لكل منها، أو حول غرض واحد يصوغ أحدهما الالتزامات المحققة له، وتساهم الأخرى في تنفيذ هذه الالتزامات أو تساعد عليه أو تقدم الضمان اللازم لتمام تنفيذه.

ونفترض استنادا إلى فكرة المجموع العقدي عملا في إطار الشركات التي تنظمها مجموعة واحدة، عندما تبرم هذه الشركات عقودا مع الغير تتعلق كلها بعملية اقتصادية واحدة، فهنا يتضمن العقد الأساسي وجود اتفاق التحكيم وتبقى المشكلة بين الغير وأفراد المجموعة حول امتداد اتفاق التحكيم إلى العقود التي تربط الغير ببقية أفراد المجموعة، على الرغم من عدم وجود نص يشير إلى وجود اتفاق[1].

وقد ذهب قضاء التحكيم الدولي في امتداد اتفاق التحكيم الوارد في العقد المبرم مع أفراد المجموعة إلى العقود المبرمة مع باقي أفراد المجموعة، والسبب في ذلك هو إرادة الأفراد الذين تجمعهم رابطة واحدة وهدف اقتصادي واحد يخصهم جميعا[2].

قد يدعي شخص مركزا قانونيا معينا يوحي الظاهر بوجوده لكنه في الواقع غير موجود، فإذا تعاقد شخص حسن النية بناء على الوضع الظاهر فإنه يأخذ بالوضع الظاهر وكأنه الحقيقة، وذلك حماية الثقة المشروعة للغير الذي كان يجهل الواقع. وإذا أبرم من يظهر بمظهر صاحب حق معين اتفاق تحكيم مع آخر، ينصرف الاتفاق إلى الأصيل الذي هو من الغير.

1- المرجع نفسه، ص 497.
2- مصطفى محمد الجمال. عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 497.

المرسل إليه في عقد النقل قد يكون هو المرسل وهنا لا تثار أي مشكل، وإنما الإشكالية تكون في حالة أن المرسل إليه ليس هو المرسل، وتضمن سند الشحن اتفاق التحكيم، فالمتفق عليه فقها وقضاء أن سند الشحن ينتج أثره قي حق المرسل إليه، فهو يرتبط به كما يرتبط المرسل (الشاحن) به.

المبحث الثاني: مضمون إتفاقية التحكيم وطبيعتها القانونية

المطلب الأول: مضمون إتفاقية التحكيم

حددت المادتان 1008 و 1012 مضمون اتفاقية التحكيم، و من ثمة ينبغي الوقوف عند تعيين موضوعات النزاعات (أولا) و تعيين الجهة التحكيمية (ثانيا)

الفرع الأول: تعيين موضوعات النزاع

إن تعيين محل المنازعة يسمح بمعرفة طبيعة المسائل المتنازع فيها، والتي استبعدت عن اختصاص المحاكم العادية، وتختلف موضوعات النزاع باختلاف نوع التحكيم، غير أن المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاءت مشتركة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي من حيث موضوعات النزاع.

أولا- في التحكيم الداخلي:

حددت المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الأولى موضوعات اتفاقية التحكيم الداخلي والمتمثلة في الحقوق التي للأشخاص مطلق التصرف فيها. أما الفقرة 2 و3 من نفس المادة تمنع الإتفاق على التحكيم الداخلي في المسائل المتعمقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص والأهلية، ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ماعدا في علاقتها الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية. وهذا يعني أن الأشخاص المعنوية العامة لا يجوز لها اللجوء إلى التحكيم الداخلي.

ثانيا- في التحكيم الدولي:

تعرض عمى التحكيم الدولي موضوعات النزاع المتعلقة بالمصالح الإقتصادية بين دولتين. وتلجأ الأشخاص المعنوية العامة الجزائرية إلى التحكيم الدولي إذا تعلق الأمر بالصفقات العمومية التي يكون طرفها شخص أجنبي، هذا ما ورد في الفقرة 3 من المادة 1006. كما تنص المادة 1039 من نفس القانون على ما يلي:

"يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الإقتصادية لدولتين على الأقل"[1].

ضف إلى ذلك أن المادة 975 من نفس القانون قد أكدت على أن الأشخاص المعنوية العامة التي لا تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية .

قد أصبح اللجوء إلى التحكيم أمرا عاديا، وقد أصبحت القاعدة في التجارة الدولية، التي تشارك فيها الأشخاص المعنوية أن تتضمن العقود شرطا تحكميا.

لا يبث المحكم إلا في المسائل التي عين من أجلها، ولذلك يقع باطلا الحكم الذي يصدره المحكمون دون اتفاقية التحكيم.

الفرع الثاني: تعيين الجهة التحكيمية

تختلف الجهة التحكيمية تماما على حسب اختيار الأطراف إذا كان المحكم خارج عن أي نظام مؤسساتي فنقول أننا بصدد تحكيم حر ، وتعيين المحكم أو المحكمين وفق النظام يقوم أساسا على إرادة الأطراف المتنازعة التي تتمتع بحرية مطلقة في تحديد عدد المحكمين والشروط الواجب توافرها وطرق تعيينهم.

أما النوع الثاني من التحكيم وهو التحكيم المؤسساتي الذي تتولى مؤسسة التحكيم تنظيمه طبقا لنظامها. إن هذا النوع من التحكيم كرسته اتفاقيات دولية ومن أهمها اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المتعلقة بفض النزاعات الناتجة عن الإستثمارات بين دول ورعايا دول أخرى .

أولا- في التحكيم الداخلي:

تنص المادة 1008 فقرة 2: **"يجب أن يتضمن شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين، أو تحديد كيفيات تعيينهم "[2]**. إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم، بفعل أحد الأطراف

1- المادة 1039 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.
2- المادة 1008 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، في هذه الحالة قد يعينهم رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه وإذا كان شرط التحكيم باطلا أو غير كاف لتشكيل محكمة التحكيم يتحقق رئيس المحكمة من ذلك ويصرح بعدم التعيين.

نفس المسألة واردة بالنسبة لاتفاق التحكيم حيث تنص المادة 1012 فقرة 2 **"يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم"**[1].

ثانيا- في التحكيم الدولي:

تنص المادة 1041: **"يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم و شروط عزلهم أو استبدالهم"**[2].

في حالة وجود صعوبة في تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم فإن للطرف الذي يهمه التعجيل أن يرفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر. أما إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قانون الإجراءات الجزائري فان الأمر يرفع إلى رئيس محكمة الجزائر

يستنتج من المادة الخاصة بالتحكيم الدولي إنه يجوز الأخذ بأحد النظامين للتحكيم، التحكيم الحر أو التحكيم المؤسساتي. ويبقى للأطراف الحق في الإلتجاء إلى رئيس المحكمة المختصة لتعيين أعضاء التحكيم المكلف بالفصل في النزاع. أما في اتفاقية التحكيم الداخلي فإن حق التعيين إذا تبين أن هناك صعوبة، يعود لرئيس المحكمة وليس بطلب من أطراف الاتفاقية، لكن كيف تفصل المحكمة في موضوع التعين دون أن يطلب منها ذلك.

1- المادة 1012 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.
2- المادة 1041 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لإتفاقية التحكيم

إذا كانت اتفاقية التحكيم هي الأساس الذي يقوم عليه التحكيم فإن القرار الصادر عن المحكم بحل المنازعة ليس إلا إنعكاس لهذه الإتفاقية ومن ثمة لابد أن تتخذ الصفة التعاقدية. ولقد أيدت محكمة النقض الفرنسية.

وأكدت الطبيعة التعاقدية للتحكيم بشكل صريح في حكمها الشهير الصادر في 1937/07/27 حيث نصت على ما يلي: **"إن قرارات التحكيم الصادرة على أساس مشارطة التحكيم تكون وحدة واحدة مع هذه المشاركة وتشترك معها في صفتها التعاقدية"**[1].

إن اتفاقية التحكيم عقد يتم باتفاق الأفراد و يعتبر مظهر لسلطان إرادتهم. واستعمالا منهم لحقهم في اللجوء إلى نظام التحكيم. وللتأكد من تلك الصفة التعاقدية لابد أن نوضح أحكام العقد ونسقطها على اتفاقية التحكيم وفقا التشريع الجزائري.

تنص المادة 54 من القانون المدني الجزائري على أن: **"العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص او عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"**[2]، كما تنص المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: **"شرط التحكيم هو الإتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثاربشأن هذا العقد على التحكيم"**[3].

كذلك المادة 1011 نصت على أن: **"اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم"**[4].

وتعتبر اتفاقية التحكيم عقد من عقود القانون الخاص شأنها في ذلك أي عقد آخر وتظل اتفاقية التحكيم من طبيعة إرادية خالصة.

1- نوردين بن شيخ، **شرط التحكيم في العقود الاقتصادية الدولية**، رسالة ماجستير، (غير منشورة)، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 1986، ص 29.
2- المادة 54 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.
3- المادة 1007 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.
4- المادة 1011 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

ومن خلال هذه الأحكام الواردة في القانون الجزائري، يمكننا دراسة أركان العقد ومدى توافرها في اتفاقية التحكيم أن للعقد ثلاثة أركان أو شروط انعقاد وهي: الرضا ، المحل والسبب كما يلتزم فوق ذلك حتى يكون العقد صحيحا، أن يكون كل من طرفيه يتمتعان بالأهلية اللازمة لعقده، وأن تكون إرادة كل منهما سليمة أي خالية من العيوب التي تفسدها وهذا شرط للصحة[1].

الفرع الأول: أركان عقد إتفاقية التحكيم

أولا- ركن الرضا: يقصد به توافق الإرادتين أو التراضي، ولهذا المعنى، يقال أن العقد يتم بمجرد رضا العاقدين أو أن رضا العاقدين هو أهم ركن من أركان العقد[2]. إن عنصر الإرادة في العقد من أهم عناصره التي يقوم عليها، والتعبير عن الإرادة الذي يفيد قبول التحكيم كوسيلة لحل النزاع بين الأطراف، يصدر بالضرورة عن أشخاص معينين، وهنا تثور مسألة التأكد من أهليتهم لإبرام هذا النوع من التصرفات.

وبالرجوع إلى المادة 1006 يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها. يتضح من هذا النص أن الأهلية المطلوبة لصحة اتفاقية التحكيم هي أهلية التصرف. هذا إذا كان أطراف النزاع أشخاص طبيعيين3.

أما إذا كان طرفي النزاع شخص اعتباري أي شخص معنوي كالشركات مثلا، لها الشخصية القانونية فلها أهلية الوجوب ولها حق التقاضي ومن ثمة فإن الممثل القانوني لهذه الأشخاص الاعتبارية هو الذي يعبر عن إرادتها في كافة التصرفات ومنها اتفاقية التحكيم[4].

كما تنص المادة 60 من القانون المدني **"إن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة..."**[5]. وجوب الكتابة في اتفاقية التحكيم وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

1- سليمان مرقس، **الوافي في شرح القانون المدني**، شبرا، مصر، 1988/1987، ص 130.
2- سليمان مرقس، المرجع نفسه، ص.ص 132-133.
3- عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، دار النشر للجامعات، القاهرة، 1952، ص 322.
4- أشرف عبد العليم الرفاعي، **اتفاق التحكيم**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 224.
5- المادة 60 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

* في التحكيم الداخلي تنص المادة 1008 فقرة 1: **"يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها"**[1]، كما تنص المادة 1012 فقرة 1 على ما يلي: **"يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا".**[2]

* في التحكيم الدولي تنص المادة 1040 فقرة 2 على أن: **"يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأية وسيلة أخرى تجيز الإثبات بالكتابة**[3]**"**. لم يحدد المشرع الجزائري شكلا كتابيا معينا ولم يستوجب في الكتابة أن تكون رسمية، إذ يكفي أن تكون عرفية موقعة من الطرفين.

ما يلاحظ أن المشرع الجزائري في ما يخص التحكيم الداخلي نص في مادتين متفرقتين في الأولى على إلزامية كتابة شرط التحكيم وفي المادة الثانية على إلزامية كتابة اتفاق التحكيم. أما في التحكيم الدولي فذكر المشرع في مادة واحدة على كتابة اتفاقية التحكيم بصورة عامة مع إضافة الوسائل الأخرى التي تجيز الإثبات بالكتابة. وما نستنتجه من ذلك، أنه في التحكيم الداخلي لا يسمح باستعمال الوسائل الأخرى التي تجيز الكتابة رغم أن كل وسائل الاتصال الحديثة أصبحت مستعملة للإثبات[4].

ثانيا- ركن المحل: إن محل العقد يمثل ركنا أساسيا من أركانه والذي لا ينعقد بدونه، فالغاية المنشودة من أي عقد هي إنشاء الإلتزام، ويشترط في محل العقد بصفة عامة فضلا عن وجوده أن يكون معينا أو قابل للتعيين وأن يكون مشروعا (18) ونبين هذه الشروط على النحو التالي:

أ- شرط المشروعية: يشترط في محل الإلتزام أن يكون مشروعا ومعنى ذلك أن يكون الأمر المتعهد فيه اتفاقية التحكيم جائزا قانونا[5].

وفي التحكيم الداخلي مشروعية المحل أن لا يكون محل النزاع من الموضوعات التي استبعدتها المادة 1006 السابقة الذكر.

1- المادة 1/1008 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.
2- المادة 1/1012 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.
3- المادة 2/1040 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.
4- نبيهة بومعزة، "الطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيم في القانون الجزائري"، **مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون**، عنابة، عدد 35، (2013)، ص 225.
5- نبيهة بومعزة، المرجع السابق، ص 225.

أما في التحكيم الدولي فإن مشروعية المحل أن يتعلق موضوع النزاع بمصالح اقتصادية بين دولتين على الأقل وكذلك المواد التي استبعدتها المادة 1006 من ق.إ.م.إ.ج.

ب- **شرط التعيين:** يشترط في محل الالتزام أن يكون معينا أو على الأقل قابلا للتعيين وهذا ما نصت عليه المادة 94 من القانون المدني الجزائري: **"إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب إن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا"**[1].

وبالنسبة لاتفاقية التحكيم فإن محل الإلتزام هو موضوع النزاع الذي تم تحديده في الاتفاقية، حيث أن طبيعة الإلتزام لا تستوجب التعيين إلا في موضوعاته وعليه فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أوجب تعيين موضوعات النزاع في المواد 1008 فقرة 2 والمادة 1012 فقرة 2 هذا بالنسبة للتحكيم الداخلي. أما بالنسبة للتحكيم الدولي فإن الموضوعات معينة وهي متعلقة بمصالح اقتصادية دولية طبقا للمادة 1039.

ج- **شرط الإمكان:** أن يكون محل العقد ممكنا غير مستحيل فإذا كان محل الإلتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا وفي ذلك ما نصت عليه المادة 93 من القانون المدني الجزائري: **"إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا"**[2].

إن المعنى المقصود من الوجود هو أن يكون الشيء موجودا وقت نشوء الالتزام أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك[3] فالالتزام بإخضاع المنازعات التي قد تثور أو التي قد ثارت فعلا للتحكيم أمر غير مستحيل وهو ما يؤكد توفر الشرط في اتفاقية التحكيم وهذا ما جاءت به المادة 1040: **"تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية"**[4].

ولو كان مستقبلا كما الحال في شرط التحكيم حيث أن النزاع والإلتزام في المستقبل يكون ممكنا. وبما أن محل الالتزام في العقد قد يكون أداء عمل أو الإمتناع عن عمل فإن محل الإلتزام في اتفاقية التحكيم هو التزام الأطراف بعرض المنازعة للتحكيم، ويولد في الحقيقة التزامين:

1- المادة 94 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.
2- المادة 93 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.
3- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 276.
4- المادة 1040 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

- التزام سلبي هو عدم اللجوء إلى القضاء العادي لعدم إختصاصه.

- التزام إيجابي هو إخضاع المنازعة لقضاء التحكيم.

ثالثا- ركن السبب: يقصد بالسبب الغرض الذي من أجله التزم العاقد، و السبب في اتفاقية التحكيم هو اللجوء إلى قضاء خاص لما فيه من مميزات وتفادي قضاء الدولة لما فيها من تعقيدات إجرائية و وقتية، ولما يحققه من سرية مطلوبة مع فرض حسن النية.

نتيجة لما سبق فإن اتفاقية التحكيم عقد لابد من توافر فيه أركان العقود بصفة عامة، ولكن العقود تصنف من عدة نواحي.[1]

الفرع الثاني: تصنيف اتفاقية التحكيم:

يتم التصنيف من ناحية تكوين العقد (أولا) من ناحية موضوعه (ثانيا)، من ناحية طبيعته (ثالثا)، ومن ناحية تنفيذه (رابعا).

أولا- من ناحية تكوين عقد اتفاقية التحكيم:

1- في التحكيم الداخلي: إن إتفاقية التحكيم عقد شكلي بحيث لا يكفي لانعقادها اقتران الإيجاب والقبول لكن يجب إفراغها في شكل خاص حدده القانون بحيث يعتبر هذا الشكل ركنا في انعقاده وهذا ما أكدته المادة 1012 فقرة 1 : **"يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا"**[2].

كذلك المادة 1008 من نفس القانون تنص على ما يلي: **"يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أوفي الوثيقة التي تستند إليها"**[3].

2- في التحكيم الدولي: فيما يتعلق بالأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي فإن نص المادة 1040 فقرة 2 تؤكد أيضا شكلية عقد اتفاق التحكيم بالعبارات التالية: **"يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان،**

1- نبيهة بومعزة، المرجع السابق، ص 226.
2- المادة 1/1012 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.
3- المادة 1008 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى"[1]. يفهم من ذلك أن المشرع الجزائري استبعد الشفوية في اتفاق التحكيم وأكد على كتابة العقد[2].

اتجهت إرادة المشرع الجزائري صراحة إلى اعتبار الكتابة ركنا لقيام اتفاقية التحكيم وليست مجرد وسيمة لإثباته، ولما كانت الكتابة تعد ركنا شكليا في اتفاقية التحكيم فإن البطلان الناشئ عن تخلفها يعتبر بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام.

وتجدر التفرقة هنا بين اتفاقية التحكيم التي تستند على شرط تحكيم مدرج في العقد الأصلي، وبين اتفاقية التحكيم التي تتم بناء على اتفاق مستقل عن ذلك العقد.

في الحالة الأولى يفترض بداهة أن العقد الأصلي ورد كتابة، وبالتالي فإن شرط التحكيم الوارد فيه هو أيضا كتابي. وهذا بخلاف ما إذا كانت اتفاقية التحكيم مستقلة عن العقد الأصلي. وفي هذه الحالة، شرط الكتابة خاص باتفاقية التحكيم، وليس بالعقد الأصلي. لكن يبقى هذا العقد من حيث صحته وإثباته خاضعا للقواعد العامة . وبمعنى آخر يجوز إبرامه شفويا، بل وإثباته بالشهادة، في حين أن اتفاقية التحكيم يجب أن تكون مكتوبة. ومثال ذلك أن يكون العقد عقد بيع تجاري، فإنه يجوز إبرام مثل هذا العقد شفويا، تطبيقا لمبدأ الرضائية في العقود، دون حاجة لكتابته أو لأي شكل آخر فيه كما يجوز إثباته بشهادة الشهود وذلك حسب القواعد العامة في المعاملات المدنية.

ولكن لو افترضنا أن أحد طرفي العقد ادعى بوجود اتفاقية التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن هذا العقد، فإن هذا الإدعاء لا يكون مقبولا ما لم تكن الاتفاقية مكتوبة[3].

إن التوجه الحديث في مفهوم الكتابة يشمل وسائل الاتصال الحديثة مثل الفاكس، التلكس والبريد الإلكتروني خاصة مع انتشار التجارة الإلكترونية الدولية والداخلية على حد سواء، والتي أصبحت تعتمد أساسا على وسائل الاتصال الحديثة. يبدو أن المشرع الجزائري قد ساير هذا التوجه، هذا ما يفهم من خلال نص المادة 1040 فقرة 2 التي جاء فيها **"....أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة"**.

1- المادة 2/1040 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.
2- المادة 2/2 من اتفاقية نيويورك الصادرة في 1958/06/10 المتعلقة باعتماد وتنفيذ القرارات التحكيمية.
3- حمزة أحمد حداد، **"كتابة اتفاق التحكيم في القوانين العربية (مصر والأردن والإمارات)"**، ورقة عمل مقدمة لمركز دبي للتحكيم التجاري، 2003/12/31، ص 1-2.

ثانيا- من ناحية موضوع عقد اتفاقية التحكيم

إن اتفاقية التحكيم عقد مسمى لأن العقد المسمى هو الذي خصه القانون باسم معين وبنصوص تنظم أحكامه بالذات. فالمشرع الجزائري نص على أحكام اتفاقية التحكيم وخصص لها قسمين من الفصل الأول من الباب الثاني من الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. أما إذا أخذنا في الاعتبار التصنيفات المعتمدة في القانون المدني الجزائري للعقود على سبيل الحصر فيمكن اعتبار عقد اتفاقية التحكيم عقد غير مسمى.

ثالثا- من ناحية تنفيذ عقد اتفاقية التحكيم:

إن اتفاقية التحكيم عقد فوري بحيث لا دخل للزمن في تعيينها، في حالة ما إذا ثار نزاع يخص تنفيذ العقد الأصلي يلتزم الطرفان بإخضاع النزاع إلى التحكيم سواء كانت اتفاقية التحكيم على شكل شرط تحكيمي يتوقى النزاع الذي يمكن أن يثور في المستقبل، أو اتفاق التحكيم يكون النزاع قد ثار، المهم أن العقد يبدأ تنفيذه بعد حصول النزاع ولا دخل لعنصر الزمن فيه.

رابعا- من ناحية طبيعة اتفاقية التحكيم:

إن اتفاقية التحكيم عقد ملزم للطرفين وهو العقد الذي يكفي لانعقاده تراضي المتعاقدين، واتفاقية التحكيم تنشئ التزاما لكلا الطرفين بإخضاع المنازعات التي قد تثور أو قد ثارت للتحكيم إذا هذا الالتزام يقع على عاتق كلا الطرفين[1].

أ- عقد اتفاقية التحكيم عقد تبعي

إن العقد التبعي هو الذي لا يقوم إلا استنادا إلى عقد آخر. اتفاقية التحكيم كعقد لا يكون إلا بوجود عقد أصلي أو التزام أصلي. ولكن هناك سؤال يطرح نفسه هل اتفاقية التحكيم في صورتها تعتبر عقد تبعي؟

بالنسبة لاتفاق التحكيم لا نعتبره عقدا تبعيا لأنه يأتي كعقد منفصل. أما بالنسبة لشرط التحكيم نعتبره عقدا تبعيا للعقد الأصلي حيث أن بطلان العقد الأصلي لا يؤدي إلي بطلان عقد اتفاقية التحكيم وهذا ما جاءت به المادة 1040 الفقرة الأخيرة **"لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم**

1- المادة 57 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

صحة العقد الأصلي"[1] مثال عن ذلك عقد صلح بشأن عقد بيع، فإذا فسخ أو بطل العقد التبعي (عقد الصلح) فإن ذلك لا يزيل العقد الأصلي (عقد البيع). هذا إعمالا لمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم والمقصود به عدم ارتباط شرط التحكيم بمصير العقد الأصلي، وكذا إمكانية تطبيق قانون مستقل ومختلف عن القانون الذي ينظم العقد الأصلي (المادة 1040 فقرة 3).

وقد تم الاعتراف بمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم أو سلطان اتفاقية التحكيم في مجال العلاقات الدولية الخاصة بمناسبة عدة قضايا معروفة ومن بينها قضية Gosset في 1963/05/07 قضية Hecht في 1972/7/14حيث وردت عبارات واضحة لتكريس مبدأ الاستقلالية والذي يعد من أهم مبادئ اتفاقية التحكيم الدولي. "en matière d'arbitrage l'accord compromissoire présente une complète autonomie"

يكون بهذا المشرع الجزائري قد أخذ بالقانون السويسري في المادة 78 فقرة 3 وبالقضاء الفرنسي في مسألة استقلالية اتفاقية التحكيم بالنسبة للعقد الأساسي أو الأصلي[2].

وما نلاحظه أن المشرع الجزائري لم يفرق بين شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم في ما يخص مبدأ الاستقلالية، لكن عموما لا يقصد باستقلالية اتفاقية التحكيم إلا إذا كان الأمر يتعلق بشرط التحكيم.

ويتبين من ذلك أن استقلالية شرط التحكيم، واختيار القانون الواجب التطبيق عمى اتفاقية التحكيم، تبرز من الحرية التي يمنحها المشرع لأطراف النزاع في ما يخص التحكيم الدولي).

ب- عقد اتفاقية التحكيم عقد مدني: تبرم العقود المدنية بين أشخاص القانون الخاص بعضهم ببعض أو بينهم و بين شخص من القانون العام ليس باعتباره صاحب سيادة[3]. ويعتبر عقد اتفاقية التحكيم عقد مدني لأنه يبرم بين أشخاص القانون الخاص كما سبق القول فيما بينهم أو مع شخص من أشخاص القانون العام (الدولة، الولاية، البلدية) ويطبق عليه أحكام القانون الخاص.

ج- عقد اتفاقية التحكيم عقد ابتدائي: تقضي المادة 71من القانون المدني الجزائري بأن الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل

1- المادة 1040 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

2- عليوش قربوع كمال، **التحكيم التجاري الدولي في الجزائر**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2001، ص 36.

3- أشرف عبد العليم الرفاعي، **اتفاق التحكيم**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 224.

الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها. إذا العقد الابتدائي اتفاق ابتدائي يعد كل من الطرفين فيه الأخر بأن يبرم عقدا في المستقبل وهو وعد بالتعاقد لكنه ملزم للجانبين، يثور طابع العقد التمهيدي لشرط التحكيم إذا أخذنا بالتفرقة بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم بحيث أن الطرفين اللذان أبرما شرط التحكيم لا يستطيعان المرور مباشرة إلى التحكيم وعند ميلاد المنازعة يجدد الطرفان محل المنازعة باتفاق وفي عقد جديد[1].

1- نور الدين بن شيخ، المرجع السابق، ص 29.

الفصل الثاني

الأحكام المشتركة في اتفاقية التحكيم

المبحث الأول: مجال إعمال اتفاقية التحكيم

المطلب الأول: الأشخاص والنزاعات التي يقبل اللجوء فيها للتحكيم

لقد نصت المادة 975 من ق.إ.م.إ.ج على أنه: **"لا يجوز للأشخاص المذكورين في المادة 800 من نفس القانون أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية"**[1].

فالأشخاص المشار إليهم في المادة[2] 800 من ق.إ.م.إ.ج المشار إليها سابقا هم: الدولة، الولاية، البلدية، أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية.

هذا وقد نصت المادة 1006 من نفس القانون على ما يلي: **"يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها"**[3].

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

ويجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية[4]**.**

وعليه يصلح الحق المتنازع عليه محلا للتحكيم سواء كان هذا الحق له طابع مدني أو تجاري أو إداري، فالمهم أن يكون النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي.

كما يستوي أن يكون النزاع متعلق بحق شخصي أو بحق عيني، وأيا كان محل الحق العيني، عقارا أو منقولا، ولا يهم مصدر الحق سواء كان عقدا أو عملا من مشروع أو غير ذلك من مصادر الإلتزام، ولذلك فإن اتفاقية التحكيم .....الطرفين تتعلق بمنازعات نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية.

1- المادة: 975 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.
2- أنظر: المادة 800 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.
3- المادة: 1006 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.
4- المادة: 1006 فقرة 3 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

ويجب أن تكون العلاقة القانونية التي يتعلق بها النزاع علاقة قانونية قائمة فلا يصبح الإتفاق على التحكيم بشأن علاقة قانونية لم تنشأ بعد.

ويجب لصلاحية المحل للتحكيم أن يكون الاتفاق على التحكيم بشأنه صاحبه لأن يولد دعوى تحكيمية تؤدي إلى إمكانية صدور حكم تحكيمي نافذ، ولهذا فإن اتفاقية التحكيم لا تصلح إلا إذا انعقد بين أطراف يمكن أن تتوافر فيهم الأحكام الإيجابية والسلبية اللازمة للدعوى التحكيمية.

وإذا كان النزاع محل الحكم متعدد الأطراف فإنه يجب تمثيلهم جميعا في الخصومة المتعلقة به، لأن اتفاقية التحكيم لا تكون صحيحة إلا إذا اشتركوا فيها جميعا. ذلك أن هذه الإتفاقية إن بدأت استنادا إلى خصومة تحكيم دون تمثيل جميع أطراف النزاع، وصدر فيها حكم فإن هذا الحكم لن يكون له أثر قانوني.

وتطبيقا لهذا لا يصلح حق قسمة المال الشائع محلا للتحكيم، إذا كانت اتفاقية التحكيم قد أبرمت من طرف بعض ملاك عقار على الشيوع دون البعض الآخر للتحكيم بشأن قسمة العقار الشائع، ولو توفر فيمن أبرم اتفاقية التحكيم الغالبية التي لها التصرف في المال الشائع.[1]

المطلب الثاني: قابلية النزاع للتحكيم

تتقيد حرية أطراف اتفاقية التحكيم في العقد الأساسي بفكرة النظام العام الدولي مع العلم أن هذه الفكرة لا يمكن تحديدها بسبب القانون المطبق عليها.

لقد عالج المشرع الجزائري فكرة النظام العام الدولي كشرط الاعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية بالجزائر، وقد يفهم بالنظام العام الداخلي. هو كذلك النظام العام الداخلي، ويتماشى هذا الحل مع المادة الخامسة الفقرة الثانية "ب" من اتفاقية نيويورك لسنة 1985.

ولم يوضح المشرع الجزائري مبدئيا هذه الفكرة، بمعنى آخر لم يبين إلى أي قانون يجب إسنادها، هل إلى القانون الجزائري أم إلى القانون المطبق لاتفاقية التحكيم أم إلى قانون مكان تنفيذ القرار التحكيمي أم إلى قانون مقر التحكيم.

1- فتحي والي، المرجع السابق، ص 121-122.

في البداية نفهم أن القانون الجزائري أراد التطرق إلى هذه الفكرة من خلال تنفيذ القرار في الجزائر ويجب أن يكون النزاع تحكيميا وفقا للقانون الجزائري، ويجوز لنا أن نفهم من ذلك عدم مخالفة قرار القواعد الآمرة أو قواعد الأمن بالجزائر.[1]

يمكن أن نفهم كأصل عام أن المشرع الجزائري أخضع مبدئيا هذه الفكرة إلى القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم، بمعنى أن على الهيئة التحكيمية أن تتحقق من صحتها. إنها التي يستمدون منها سلطاتهم على ضوء القانون الذي يحكمها[2].

أما قابلية النزاع للتحكيم في القانون الدولي فإن جل الاتفاقيات الدولية لم تحدد أي معيار، بل تركت الحرية لكل دولة متعاقدة وضع أحكامها في قواعدها المادية الدولية بما يلائمها.

المبحث الثاني: تشكيل محكمة التحكيم ومدته

يبدأ تشكيل هيئة التحكيم في إطار قواعد القانون الدولي العام بإرادة الدول المتنازعة فالدول مطلق الحرية في اختيار هيئة التحكيم، ويتوقف تشكيل هاته الأخيرة على اتفاق الأطراف المعنية، فقد تتكون من محكم واحد يتم تعيينه باتفاق الطرفين أو بواسطة أي جهة أخرى يتم الاتفاق عليها، أو من ثلاثة محكمين يتم تعيين اثنين منهم بواسطة الطرفين المعنيين (كل طرف يعين محكما) ويسمى الطرف المعين (بالمحكم المرجح).

وحسب نص المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائرية التي تنص على مايلي: **"تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي"**[3]، فقد اشترط المشرع الجزائري على أن يكون عدد المحكمين فرديا.

حيث يتوقف اختيار التشكيل أو ذاك أو تشكيل آخر مخالف على ’دارة أطراف النزاع فالملاحظ أن الاتفاقية حاليا تنص على إمكانية اللجوء إلى الغير لتعيين محكم أو أكثر عند عدم إمكانية اتفاق الأطراف على ذلك أو نتيجة لتقاعس إحداهما عن تعيين محكم أو أكثر غالبا ما تنص الاتفاقات المبرمة في هذا

1- صديق بغداد، المرجع السابق، ص 66.
2- المرجع نفسه، ص 66.
3- المادة: 1017 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

الخصوص على إعطاء هذه السلطة لرئيس محكمة العدل الدولية أو للسكرتير العام للأمم المتحدة أو لأية منظمة دولية أخرى.[1]

كما تنص المادة 1015 من ق.إ.م.إ.ج المشار إليه سابقا كما يلي: **"لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا إلا إذا قبل المحكم أو المحكوم بالمهمة المسندة إليهم"**[2].

المطلب الأول: إسناد مهمة التحكيم إلى محكم أو محكمين

وهذا ما ذهبت إليه المادة 1014 من ق.إ.م.إ.ج والتي تنص: **"لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية..."**.[3]

- "إذا عينت اتفاقية التحكيم شخصا معنويا تولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم".[4]

وعليه يمكن إسناد مهمة التحكيم إلى شخص طبيعي أو معنوي حيث يتوجب على هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم والشروط التي يجب أن تتوفر في المحكم وهي: الثقة، الخبرة والحياد، حيث أن المحكم يستمد سلطته من إرادة الخصوم وإرضائهم بالتحكيم.

ومن الشروط أيضا التي يجب توافرها في المحكم يجب أن يكون يمتع بالأهلية الكاملة وأن لا يكون قاصرا أو يمسه عارض من عوارض الأهلية يؤدي إلى الحجر عليه، وأن لا يكون محروما من حقوقه المدنية بالحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة للشرع، أو شهر إفلاسه طالما لم يسترد إعتباره.

المطلب الثاني: مهام المحكم وشروط قبوله لمهمة التحكيم

- المحكم هو شخص يتمتع بثقة الخصوم أولوه عناية الفصل في خصومة قائمة بينهم وقد يتم تعيينه من جانب المحكمة إذا كان التشريع يجيز ذلك للقيام بمهام، ولما كان حكم المحكم بمثابة قضاء على الخصوم فلم يترك المشرع لهم حرية كاملة في اختياره، وإنما قيدها ببعض القيود رعاية لهم.

1- خالد محمد القاضي، **موسوعة التحكيم التجاري الدولي في الأنظمة القانونية العربية**، ط1، دار الشروق ، القاهرة، 2002، ص201-203.
2- المادة: 1015 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.
3- المادة 1014 فقرة 1 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.
4- المادة 1014 فقرة 2 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

- وقد يكون التحكيم بالقضاء، وقد يكون بالصلح، حيث في الخالة الأخيرة يعفي المحكم المفوض بالصلح من التقييد بقواعد القانون ولا تثبت الصفة الأخيرة لمحكم إلا إذا كان اتفاق الخصوم قاطعا في دلالته على تقريرها[1].
- فقد نص المشرع الجزائري في المادة 1008 فقرة 2 من ق.إ.م.إ.ج[2] على ما يلي: **"...يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفيات تعيينهم"**. كذلك المادة 1009[3] من نفس القانون تنص على ما يلي: **"إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، يعين المحكم أو المحكومون من قبل رئيس المحكمة الو اقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه"**.
- إذا كان شرط التحكيم باطلا أو غير كاف لتشكيل محكمة التحكيم يعاين رئيس المحكمة ذلك ويصرح بالأوجه للتعين .

كما تنص المادة 1041 من نفس القانون على ما يلي: **"يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إل نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم أو تحديد شروط عزلهم أو استبدالهم.**

في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي[4]:

1- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

2- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر إذ كان التحكيم يجري في الخارج و اختيار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.

و الملاحظ أن تغييرا أساسيا طرأ على قانون التحكيم الجزائر ي الدولي الجديد بالمقارنة مع القانون السابق الذي كان يلزم القاضي عند مراجعته بتعيين المحكم في التحكيم الدولي أن يعينه من غير جنسية الطرفين، ويبدو أن هذا القيد لم يعد واردا أو أصبح بإمكان القاضي في الجزائر عند مراجعته لتعيين المحكم الثالث الذي لم يتفق الطرفان عليه أن يسمى محكما من جنسية أحد الطرفين.

1- جعفر مشيمش، **التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية**، ط 1، بيروت، منشورات زين الحقوقية، 2009، ص 100.
2- المادة: 1008 فقرة 2 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.
3- المادة: 1009 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.
4- المادة: 1041 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

- أما فيما يخص عدد المحكمين، فقد أشارت إليه المادة 1017 والتي سبق وأن ذكرناها والتي تقضي بأن تشكيل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي.

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 1014 من ق.إ.م.إ.ج على ما يلي: **"لا تستند مهمة التحكيم لشخص طبيعي إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية إذا عينت اتفاقية التحكيم شخصا معنويا، تولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم"**[1].

حيث يفهم من أن القانون الجزائري يقضي بأن الشخص المعنوي ينحصر دوره بتسمية محكم او محكمين من أعضائه.

أما فيما يخص قبول المحكمة لمهمته، فقد تطرق القانون الجديد في نص المادة 1015 السابقة الذكر إلى قبول المحكم فنص على انه: **"لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم"**[2]، وبالتالي فإن قبول المحكم أصبح من القواعد الآمرة التي ترتبط بها صحة تشكيل المحكم التحكيمية، كما تطرق القانون الداخلي إلى الموضوع أيضا من زاوية رفض المحكم إذا قضى بنص المادة 1012 من نفس القانون أنه: **"إذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه يستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة"**[3].

فيكون موضوع قبول المحكم من أهم القواعد الآمرة التي نص عليها القانون الجديد، ويترتب عن ذلك أنه يجب أن تفرض المهمة على المحكم المعين سواء أكان محكما معينا من طرف أو محكما ثالثا معينا من طرفين أو من القضاء أو من مركز تحكيمي أو سلطة تسمية إما أن يقبلها أو يرفضها فإذا قبلها صح تشكيل محكمة التحكيم والتزم المحكم تعاقديا بمهمة إصدار حكم تحكيمي ضمن شروط ونظام التحكيم التابع من الشرط التحكيمي الذي حدد كيفية تعيين المحكمين وأجاز للأطراف تسمية محكميهم.

إذا رفض فليس الذي عينه هو الذي يعين البديل عنه إلا إذا كان القضاء هو الذي عينه بل الذي يعين البديل هو القضاء.

أما في التحكيم الدولي فإن القانون يتطرق للموضوع وتركه برمته لسلطان الإرادة.

1- المادة: 1014 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.
2- المادة: 1015 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.
3- المادة: 1012 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

وقد نص المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 975 انه: **"لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 من نفس القانون أن تجري تحكيما وهم المحاكم الإدارية التي لها جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية إلا باستثناء يمكن لها إجراء تحكيم في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت الجزائر عليها وفي مادة الصفقات العمومية"**[1].

ومع ذلك قبل بعكس هذا الرأي على تقدير أن المحروم من مباشرة حقوقه المدنية والسياسية يمتنع عليه أن يكون خبيرا، فيمتنع عليه بالتالي أن يكون محكما ولو كان القانون لم ينص على ذلك صراحة.

الفرع الأول: تعيين المحكمين وردهم وعزلهم

يمكن للأطراف وبصورة مباشرة أو غير مباشرة تعيين المحكم أو المحكمين، وبالرجوع إلى نظام التحكيم يمكن للأطراف تحديد شروط تعيين المحكمين وشروط عزلهم أو ردهم وهذا ما نصت عليه المادة 1041 من ق.إ.م.إ.ج: **"يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشرط عزلهم أو استبدالهم"**[2].

ومن خلال نص المادة 1041 نخلص إلى:

✓ تعيين الأطراف أنفسهم مباشرة أو تعيين المحكمين سوى ضمن اتفاقهم وقبل نشوء النزاع أو بعد نشوءه وهذه الحالة التي تسمى بالتحكيم الحر الذي يختار فيه الأطراف المحكم ويحددون الإجراءات والقواعد المطبقة على النزاع.

✓ تعيين المحكم أو المحكمين بالرجوع إلى نظام تحكيمي بمعنى أن يتم التعيين من قبل هيئة دائمة بالتحكيم عن طريق نظامها التحكيمي كأن تكون الغرفة التجارية بباريس أو أية هيئة أخرى يقتصر دورها على تنظيم وإدارة عملية التحكيم وتعيين المحكمين ليمثلونها بالقيام بعملية التحكيم.

✓ تعيين المحكم أو المحكمين عن طريق القضاء وذلك في حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يل:

أ- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة الذي يقع في دائرة إختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

1- المادة: 975 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

2- المادة: 1041 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

ب-رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري بالخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر ونص المادة 1042 من ق.إ.م.إ.ج: **"إذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم، يؤول الإختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ"**[1].

الفرع الثاني: رد وعزل واستبدال المحكمين[2]

أما بالنسبة لعزل وإستبدال المحكمين فإنه يخضع لنفس شروط التعيين السابق ذكرها، وهذا ما نصت عليه المادة 1041 من ق.إ.م.إ.ج، كما يمكن للأطراف رد المحكمين وفقا للشروط التي نصت عليها المادة 1016 من ق.إ.م.إ.ج وهي:

- ✓ عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف.
- ✓ عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف.
- ✓ عندما تتبين من الظروف شبهة غير مشروعة في استقلاليته، لا سيما وجود مصلحة أو علاقة إقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط. وأضافت المادة أنه لا يسوغ لطرف أن يرّد محكما إلاّ لأسباب علم بها بعد التعيين، ويجب إخطار محكمة التحكيم والطرف الأخر بسبب الرد.

ومما سبق فإن المشرع الجزائري أخذ بمبدأ سلطان الإرادة في تشكيل هيئة التحكيم والذي أصبح من المسلمات اليوم في قانون التجارة الدولية، وهذا على غرار ما جاء في الإتفاقيات الدولية والأنظمة التحكيمية.

1- المادة: 1042 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

2- بودودة سعاد، **التحكيم التجاري الدولي كضمان من ضمانات الإستثمار**، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، دون سنة نشر، ص 105.

المطلب الثالث: مدة إتفاقية التحكيم

نصت المادة 1018 من ق.إ.م.إ.ج على أن: **"يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يجدد أجلا لإنهائه، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف (4) أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم"**[1].

غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف، وفي حالة عدم الموافقة عليه، يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم، وفي غياب ذلك يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة.

لا يجوز عزل المحكمين خلال هذا الأجل إلا باتفاق جميع الأطراف".

1- المادة: 1018 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

خاتمة

نظرا لما تتمتع به إتفاقية التحكيم على مستوى التعاملات التجارية الدولية من أهمية بالغة، دفعت بالكثير من المتعاملين التجاريين والاقتصاديين إلى إدراجها ضمن تعاملاتهم التي يبرمونها مع أي شخص كان سواء شخص معنوي عام أو شخص معنوي خاص أو شخص طبيعي، ومهما كانت المنطقة الجغرافية التي يبرمون فيها العقد، مادام أن مبدأ سلطان الإرادة هو الفاصل فيها، من أجل ضمان حقوقهم من الضياع خاصة المالية منها، كونها الغرض الأول الذي من أجله يتم إبرام مثل هذه التعاملات، لأن أي منازعة يمكن أن تثور يكون التحكيم هو الطريق الذي يتولى حلها حتى لا يعرض على طريق أخر يمكن من خلاله أن لا يضمنوا استرجاع حقوقهم.

وإدراج مثل هذه الإتفاقية في العقود التجارية الدولية، جاءت لنظام التحكيم المتميز، وهذا أوصلنا إلى **جملة من النتائج الآتية:**

- ✓ أن نظام التحكيم هو نظام قائم بذاته، وله إجراءات دقيقة تشبه كثيرا الإجراءات المفروضة في القضاء. مما استدعى لحل العمليات التجارية ابتداع هذا النظام الذي أصبح من أهم النظم القانونية المعاصرة.
- ✓ أن ذيوع التحكيم التجاري الدولي واتساع مجاله في حقل التجارة الدولية يرجع إلى عدة اعتبارات أهمها: رغبة المتعاملين في الأسواق الدولية في التحرر بقدر الإمكان من القيود التي توجد في النظم القانونية، ورغبتهم أيضا من مشكلة تنازع القوانين.
- ✓ يظل التحكيم التجاري الدولي القضاء الأمثل لهذه المنازعات وهي حقيقة لا يمكن إنكارها وهذا ما أدى بالدول التي كانت رافضة له وهي في مجملها دول نامية منها الجزائر إلى تغيير سياستها إتجاهه مدفوعة بحاجتها إلى الإستثمارات الأجنبية وما يمكن أن تجلبه من رؤوس أموال وتكنولوجيا حديثة هي بأمس الحاجة إليها.
- ✓ وأخيرا نستنتج أن المشرع الجزائري من خلال القواعد المادية الدولية للتحكيم، أراد توفير مناخ مناسب لإجراء التحكيم التجاري الدولي بشأن إبرام العقود التجارية الدولية تلبية للضغط الاقتصادي العالمي.

وعليه لذا وجب علينا تقديم بعض الإقتراحات:

- ✓ كان بإمكان المشرع الجزائري أن يوضح موقفه صراحة تجاه مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، حتى لا يحتج أي أحد عن عدم وجود أسباب الإنقضاء المعروفة القانون المدني لأن المشرع حدد البطلان فقط.
- ✓ كان من الأفضل أن يوضح الشخص الذي سيتولى مهمة التحكيم، بحيث ينظم له نصوص خاصة به أكثر مما هو موضح، فيبين من خلالهم شروط محددة يجب إتباعها كما نظم مهام قانونية أخرى.

- ✓ لم يحدد ميعاد معين تحت طائلة الرفض وجب احترامه عند تقديم طلب المساعدة من القضاء لتعيين المحكمين، حيث ترك المشرع الحرية للأطراف في تحديد الميعاد وذلك بقراءة المادة 1841 ق.إ.م.إ.ج من الأحسن تحديد مدة معينة يتم خلالها اللجوء إلى طلب المساعدة القضائية في تعيين المحكمين.
- ✓ على المشرع الجزائري أن ينص على الإجراءات التي يتم بها تعيين المحكمين.
- ✓ وضع تقنين خاص للتحكيم التجاري الدولي الجزائري والتمييز بين التحكيم الداخلي والدولي على غرار المشرع الجزائري.

وأخيرا نخلص مما سبق أن التحكيم التجاري الدولي هو بلا شك قضاء أصيل، ذلك أنه الحل الأمثل للخصومات بين اقتصاديات الدول إلا عن طريق اللجوء إلى النظام التحكيمي، ولا يستقيم هذا الأخير إلا بضمان استقلاليته التامة عن تشريعات الدول المتخاصمة.

قائمة المصادروالمراجع

I- قائمة المصادر:

أولا- القرآن الكريم

ثانيا- الاتفاقيات والمعاهدات الدولية

- اتفاقية نيويورك لعام 1958 المتعلقة باعتماد وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

- اتفاقية واشنطن المتعلقة بالاتفاقيات الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول منشورة في الموقع الالكتروني: www.egyiac.org

-اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1987 بتاريخ 1987/04/14 منشور على الموقع الإلكتروني: www.egyiac.org

- قانون الأونسترال النموذجي في التحكيم التجاري الدولي لعام 1985من التعديلات التي اعتمد اعتمدت في عام 2006 منشور على الموقع الإلكتروني www.Uncitral.org

ثالثا- النصوص التشريعية الجزائرية

- القانون رقم 08-09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الصادر بتاريخ 2008/02/25.

- القانون المدني الجزائري.

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي سنة 2007، الجريدة الرسمية رقم 31.

II- قائمة المراجع

أولا- الكتب

- اسعد فاضل منديل، **أحكام عقد التحكيم وإجراءاته (دراسة مقارنة)**، منشورات زين الحقوقية، ط1، 2011.

- أشرف عبد العليم الرفاعي، **اتفاق التحكيم**، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008.

- جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية ط 1، بيروت: منشورات زين الحقوقية، 2009.

- حفيظة السيد حداد، **الموجزفي النظرية العاملة في التحكيم التجاري الدولي**، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2007.

- أحمد هندي، **تنفيذ أحكام المحكمين، الأمر بتنفيذ أحكام المحكمين الوطنية والأجنبية**، دار الجامعية الجديدة، 2001.

- مصطفى محمد الجمال. عكاشة محمد عبد العال، **التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية**، ط1، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 1989.

- سليمان مرقس، **الوافي في شرح القانون المدني**، شبرا، مصر، 1987.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد "نظرية الإلتزام"**، مجلد 1، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلب الحقوقية، لبنان، 2000.

- عليوش قربوع كمال، **التحكيم التجاري الدولي في الجزائر**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2001.

- فتحي والي، **قانون التحكيم في النظرية والتطبيق**، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009.

- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة، الجزائر، 2001.

- محمد إبراهيم خيري الوكيل، علاء محي الدين مصطفى، **إتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية في النظام السعودي والأنظمة القانونية المقارنة**، مكتبة القانون والإقتصاد، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2014.

- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في الأنظمة القانونية العربية، ط1، دار الشروق، القاهرة، 2002.

ثانيا- المجلات والملتقيات

- بوقراط أحمد، "**النظام القانوني لإتفاق التحكيم**"، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 01، (2019).

- مصطفى ناطق صالح مطلوب، "**مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم التجاري**"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 43، (2010).

- زهيرة كيسي، "**مبدأ إستقلالية شرط التحكيم التجاري عن العقد**"، مجلة الإجتهاد للدراسات القانونية والإقتصادية، المركز الجامعي بتمنراست، العدد 08، (جوان 2015).

- عبد الحميد عيسى الساعدي، "**النطاق الشخصي لإتفاق التحكيم**"، مجلة البحوث القانونية، جامعة مصراتة، مجلد 5، عدد1.

- نبيهة بومعزة، "**الطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيم في القانون الجزائري**"، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، عنابة، عدد 35، (2013).

- حمزة أحمد حداد، "**كتابة اتفاق التحكيم في القوانين العربية (مصر والأردن والإمارات)**"، ورقة عمل مقدمة لمركز دبي للتحكيم التجاري،2003/12/31.

ثالثا- الأطروحات والرسائل الجامعية

- بكلي نور الدين، "**فعالية إتفاق التحكيم التجاري الدولي في الأنظمة القانونية العربية**"، أطروحة دكتوراه، (غير منشورة)، جامعة الجزائر، 2008/2007.

- بودودة سعاد، **التحكيم التجاري الدولي كضمان من ضمانات الإستثمار**، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، دون سنة نشر.

- دحماني فريدة، **القوة الإلزامية للحكم التحكيمي**، رسالة ماجستير، (غير منشورة)، جامعة البويرة، الجزائر، 2018/2017.

- صديق بغداد، **إتفاقية التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الجزائري والقضاء التحكيمي**، رسالة ماجستير، (غير منشورة)، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2001-2002.

- عبد الوهاب عجيري، **شرط التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري**، رسالة ماجستير، (غير منشورة)، جامعة سطيف 2، 2014/2013.

- قريقر فتيحة، **القابلية للتحكيم**، رسالة ماجستير، (غير منشورة)، جامعة الجزائر، 2008.61/2007.

- نوردين بن شيخ، **شرط التحكيم في العقود الاقتصادية الدولية**، رسالة ماجستير، (غير منشورة)، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 1986.

فهرس المحتويات

فهـرس المحتويات

العنـــــــــوان	الصفحة
شكروعرفان	
مقدمة	**5-1**
الفصل الأول: مفهوم إتفاقية التحكيم	
المبحث الأول: تعريف اتفاقية التحكيم	**7**
المطلب الأول: تعريف اتفاقية التحكيم وشروط صحتها	**7**
الفرع الأول: تعريف إتفاقية التحكيم	**7**
الفرع الثاني: شروط صحة اتفاقية التحكيم	**9**
أولا- الشروط الشكلية لصحة اتفاقية التحكيم	**9**
ثانيا- الشروط الموضوعية لصحة اتفاقية التحكيم	**9**
المطلب الثاني: صورإتفاقية التحكيم	**11**
الفرع الأول: شرط التحكيم	**11**
أولا- تعريفه وشروط صحته	**11**
ثانيا- مبدأ إستقلال شرط التحكيم	**15**
ثالثا- إمتداد شرط التحكيم	**16**
الفرع الثاني: إتفاق التحكيم	**21**
أولا- تعريفه وشروط صحته	**21**
ثانيا- آثار إتفاق التحكيم	**25**
المبحث الثاني: مضمون إتفاقية التحكيم وطبيعتها القانونية	**28**
المطلب الأول: مضمون اتفاقية التحكيم	**28**
الفرع الأول: تعيين موضوعات النزاع	**28**
أولا- في التحكيم الداخلي	**29**
ثانيا- في التحكيم الدولي	**29**
الفرع الثاني: تعيين الجهة التحكيمية	**30**
أولا- في التحكيم الداخلي	**30**
ثانيا: في التحكيم الدولي	**30**
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيم	**31**
الفرع الأول: أركان عقد إتفاقية التحكيم	**32**
أولا- ركن الرضا	**32**
ثانيا: ركن المحل	**34**

ثالثا- ركن السبب 35
الفرع الثاني: تصنيف اتفاقية التحكيم 35
أولا- من ناحية تكوين عقد اتفاقية التحكيم 36
ثانيا- من ناحية موضوع عقد اتفاقية التحكيم 37
ثالثا- من ناحية تنفيذ عقد اتفاقية التحكيم 37
رابعا- من ناحية طبيعة اتفاقية التحكيم 38

الفصل الثاني: الأحكام المشتركة في اتفاقية التحكيم

المبحث الأول: مجال إعمال إتفاقية التحكيم 41
المطلب الأول: الأشخاص والنزاعات التي يقبل اللجوء فيها للتحكيم 41
المطلب الثاني: قابلية النزاع للتحكيم 42
المبحث الثاني: تشكيل محكمة التحكيم ومدته 43
المطلب الأول: إسناد مهمة التحكيم إلى محكم أو محكمين 44
المطلب الثاني: مهام المحكم وشروط قبوله لمهمة التحكيم 44
الفرع الأول: تعيين المحكمين وردهم وعزلهم 47
الفرع الثاني: رد وعزل واستبدال المحكمين 48
المطلب الثالث: مدة إتفاقية التحكيم 49
خاتمة 51
قائمة المصادروالمراجع

ملخص البحث

سمحت العديد من التشريعات الداخلية والدولية بحرية اختيار الطريق القانوني الأنسب لحل المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين المتعاملين الاقتصاديين جراء تنفيذ للعقود المبرمة فيما بينهم، وذلك من أجل كسب ثقة المتعاملين، وكذا تقديم دعم لتوسيع تعاملاتهم التجارية سواء كانت على المستوى الداخلي أو الدولي دون خوف أو تردد، بحيث يجوز لهم الاتفاق للجوء إلى القضاء كطريق لحل المنازعة أو استخدام طريق آخر كالتحكيم أو التوفيق أو الوساطة.

لكن عند الرجوع إلى العقود التجارية خاصة الدولية منها نجد أن الطريق القانوني الأكثر اتفاقا عليه مسبقا من طرف المتعاقدين هو التحكيم نظرا لفعاليته ونجاعته في حل المنازعات، في حين تظهر هذه المساهمة قي أن التحكيم يقوم على مبدأ هام و أساسي يتمثل في مبدأ سلطان الإرادة، أي يمكن للأطراف الاتفاق على اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات وموضوع النزاع، وكذا اختيار الجهة التي تفصل في النزاع الذي لا نجد مثل هذا الاختيار عندما يلجأ إلى القضاء الوطني.

مما دفع الكثير من الدول كالجزائر مثلا أن تسن قوانين تسمح من خلالهم إمكانية الاتفاق على التحكيم كطريق قانوني لحل المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين المتعاملين الاقتصاديين اتفاقية التحكيم بما فيها (شرط التحكيم واتفاق التحكيم) لأن مثل هذه القوانين تساهم في جلب المستثمرين الأجانب.

Résumé

Beaucoup des législations nationales et internationales permet la liberté de choisir la voie juridique optimale pour résoudre les conflits qui peuvent surgir entre les opérateurs économiques, par la mise œuvre des contrats visant a gagner leurs confiance, et leurs procurant le soutient pour le développement de leurs transactions commerciaux, soit au niveau interne ou externe; de telle sorte qu'ils peuvent recourir a la justice comme une voie juridique de résoudre leur conflit ou bien l'arbitrage, la médiation ou la conciliation.

Notant, qu'ont revenons aux contrats commerciaux (internationales), nous constatons que la plupart des accords précédents par les contractants choisissent la voie d'arbitrage pour résoudre leurs conflits, de par son efficacité et son efficience , qui justifié un principe fondamental qu'est dans la voie d'arbitrage, c'est la «Volonté» ce qui permet aux contractants de choisir la loi appliquer sur le fond et sur les procédures du conflit ,et aussi la partie compétente pour résoudre le conflit, et cette caractéristique quand la trouve pas dans la voie du justice nationale.

Autant que beaucoup des pays au monde tels que l'Algérie adopter les lois qui permet aux opérateurs de choisir la voie d'arbitrage, ces lois contribuent à attirés les investisseurs étrangères.