

جامعة مولود معمري-تيزي وزو

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون - نظام ل.م.د-

**اتفاقية التحكيم التجاري الدولي ومدى استقلاليتها  
عن العقد الأصلي في التشريع الجزائري**

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: قانون الأعمال

إشراف الأستاذة

د/ حسين فريدة

إعداد الطالبتين

نيري سيهام

قاصدي سوهيلة

**لجنة المناقشة:**

د/ إرزيل الكاهنة، أستاذة محاضرة (أ)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....رئيسا

د/ حسين فريدة، أستاذة محاضرة (ب)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....مشرفا ومقررا

د/ آيت وازو زينة، أستاذة محاضرة (ب)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو..... ممتحنا

**تاريخ المناقشة: 2014/06/29**

# شكر وتقدير

- نبدأ شكرنا لله تعالى العلي القدير الذي لا يتحرك ساكن إلا بأمره في توفيقه لنا في إنهاء هذه المذكرة ونسأله عز وجل التوفيق والأجر من عنده.

- كما نتقدم بأسمى آيات الشكر والتقدير إلى أستاذتنا الفاضلة " حسين فريدة" التي تكرمت علينا بقبولها الإشراف على مذكرتنا، كما أنها لم تبخل علينا بنصائحها وتوجيهاتها طيلة إعدادنا للمذكرة فجازاها الله خيرا.

- كما نتوجه بجزيل الشكر والعرفان إلى الأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة قبولهم مناقشة هذه المذكرة المتواضعة.

# إهداء

- إلى ميناء العشق الأزلي التي يمتد حبها وحنانها وعطاؤها من قبل وجودي وإلى ما بعد مماتي .....أمي الحبيبة.

- إلى بهاء الفجر الأبدي والقلب العظيم..... أبي الحبيب.

- إلى سندي في الحياة.....أخي الحبيب.

- إلى جدتي الغالية رحمها الله رحمة واسعة، واسكنها فسيحة جنانه.

- إلى أحب الناس إلى قلبي..... خالتي نادية.

- إلى شريكتي الغالية التي قاسمتني البحث "سوهيلة" التي أتمنى لها النجاح المزدهر.

- إلى عائلتي وأصدقائي وكل من قدم لي يد العون من قريب أو بعيد ولو بالكلمة الطيبة.

أهدي لهم جميعاً هذا العمل المتواضع.

كهرسيهام

# إهداء

- إلى أحلى كلمة لفضتها لأول مرة أمي الغالية التي بعثت لي من روحها الطيبة حياة هنيئة.
- إلى الذي رحل وترك الحياة دون أن يراني أدخل المدرسة.....أبي الغالي.
- إلى خالتي العزيزة " ذهبية" وعائلتها وخالتي " ويزة" التي أتمنى لهما كل السعادة الدائمة والوصول إلى كل ما ترغبان فيه، وأتقدم لهما بجزيل الشكر على المساندة التي قدمتها لي.
- إلى جدتي الغالية رحمها الله رحمة واسعة، واسكنها فسيحة جنانه التي بفضلها وصلت إلى ما أنا عليه الآن.
- إلى من شاركني فرحي وحزني وحيرتي إلى زوجي رفيق عمري ..... "عراي مولود".
- إلى شريكتي الحنونة التي شاركتني في البحث " سيهام" التي أتمنى لها نجاح وحياة هنيئة.
- إلى عائلتي وعائلة عراي وإلى أصدقائي وكل من قدم لي يد العون من قريب أو بعيد ولو بالكلمة الطيبة.

أهدي لهم جميعاً هذا العمل المتواضع.

كهرسوهيلة

## قائمة أهم المختصرات

### أولاً - باللغة العربية

ج ر	:	الجريدة الرسمية.
ج	:	الجزء.
ص	:	الصفحة.
ط	:	الطبعة.
ق إ م إ	:	قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
ق	:	القانون.
ق.إ.م.ف:	:	القانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

### ثانياً - باللغة الفرنسية

A.A.P.L	:	Asian Agricultural Products Limited
C.	:	Contre
C.C.I	:	Chambre de Commerce International
Cass.	:	Cassation.
C.I.R.D.I	:	Centre International pour le Règlement des Différents relatifs aux Investissements.
C.I.V	:	
Ch.	:	Chambre.
Ed	:	Éditions.
J.D.I	:	Journal de Droit International.
L.G.D.J	:	Librairie Générale de droit et de Jurisprudence
LITEC	:	Librairie de la cour de cassation.
N.	:	Numéro
N.I.O.C	:	National Iranian Oil Company.
OBS	:	Observation.
Op.cit	:	Référence précitée.
OPU	:	Office des Publications Universitaires.
P	:	page.
PP.	:	de page à la page
Rev.arb	:	Revue de l'arbitrage.
S	:	Suite.

إثر توجه الأنظمة الرأسمالية نحو اقتصاد السوق وتزايد المبادلات الاقتصادية وعمليات التجارة عبر الحدود ونمو العلاقات التجارية الدولية، أدى إلى عجز القوانين الداخلية لتسوية ومواجهة عقود التجارة الدولية والتصدي للنزاعات التي تنشأ عنها، هذا ما أدى إلى ظهور التحكيم التجاري الدولي الذي يعتبر سمة هذا العصر واهم وسائل تسوية المنازعات التي تحصل في نطاق التجارة الدولية، نظرا لأهميته الكبيرة وتزايد اللجوء إليه كأسلوب لفض المنازعات التجارية والاستثمارية بشكل خاص وذلك رغبة من الأطراف في المعاملات التجارية في التحرر من القيود التي تتضمنها القوانين الوطنية وتقادي البطء الذي تعرفه عادة المحاكم العادية وتعدد إجراءات التقاضي فيها، كمقولة: «أنه يتوقف نجاح أي نشاط إنساني وخاصة في مجال التجارة على ثلاثة عناصر أساسية وهي حسن النية والفعالية والسرعة»، حيث نجد أن التحكيم التجاري الدولي تتوفر فيه كل هذه العناصر<sup>(1)</sup>، فهو يضمن للأطراف سرية ما تتضمنه العقود من شروط وسرية الأحكام بالإضافة إلى سرعة اتخاذها.

نظرا للخصوصيات التي تتميز بها التجارة الدولية، فالإجراءات التي تعتمد أمام القضاء العادي للجوء إليه تعتبر معقدة مقارنة مع الإجراءات المعتمدة للجوء للتحكيم التي تعتبر مرنة وسهلة، وهذا ما أدى بالتشريعات الوطنية لتنظيم قواعد التحكيم التجاري الدولي والاعتراف به كوسيلة فعالة لتسوية المنازعات التي تحصل في التجارة الدولية.

تشكل التنمية الاقتصادية هاجسا كبيرا لدى غالبية الدول النامية التي تحتاج إلى مساهمة رأس المال الأجنبي وانتقاله من الدولة المصدرة إلى الدولة المضيفة له لمحدودية وسائل هذه الأخيرة في تحقيق الأهداف التنموية المرجوة ومواكبة التحولات الاقتصادية العالمية، فكان اللجوء إلى الاهتمام وتشجيع الاستثمارات الأجنبية الحل الأنسب لتجسيد

<sup>1</sup> - أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية تأصيلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 1 بإقتباس القول من شارل كاريبي.

أهدافها التنموية، فيما أن الوسائل الوطنية ليست كافية لتوفير الحماية التي يطمح لها المستثمر الأجنبي، لجأت الدول خاصة النامية إلى البحث عن وسائل بديلة يطمئن إليها المستثمر، مما أدى بها إلى إبرام اتفاقيات ثنائية.

تعتبر الحماية عاملا أساسيا لجذب الاستثمار الأجنبي لأنها ضمان للمستثمر الأجنبي عن طريق اتخاذ التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لحل النزاعات، يوفر للمستثمر حماية ضد الإجراءات التي يمكن أن تتخذها الدولة المضيفة والتي عادة ما تكون تعسفية.

إنّ اختيار التحكيم كأسلوب لحل النزاعات التجارية الدولية، يبعد مخاوف المستثمرين الأجانب ويضفي الحماية على مشاريعهم مما يشجعهم على نقل أموالهم من أجل الاستثمار في الدولة المضيفة وتحقيق ازدهار التنمية الاقتصادية لهذه الأخيرة.

بالنسبة للجزائر بعد رفضها الخضوع وتبني التحكيم التجاري الدولي طيلة 30 سنة، وذلك في المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية الصادر عام 1966، إلا أنه بمناسبة قيامها بإصلاحات اقتصادية وسياسية عميقة، تفتنت بضرورة وضع تشريع وطني عصري في مجال التحكيم التجاري الدولي، عن طريق سنها للمرسوم التشريعي 93-09 المؤرخ في 23 أبريل 1993 الذي اعترفت فيه باللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي وكذا تبنيها له.

وبعد صدور قانون الإجراءات المدنية في 25 فبراير 2008 الذي دخل حيز التنفيذ في 25 أبريل 2009، خصص المشرع الجزائري الفصل السادس منه للأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي من المواد 1039 إلى 1061.

فالمشرع الجزائري لتحقيق تدفق الأموال الأجنبية لتدعيم التنمية الاقتصادية وتطوير التجارة الخارجية، قام بتشجيع الاستثمارات الأجنبية والتي تعتبر في الوقت الحالي وسيلة فعالة لتحقيق النمو الاقتصادي والمحرك الأساسي لتحقيق الرغبات، وذلك عن طريق إبرامها

لعدة اتفاقيات ثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار بنصها على اللجوء للتحكيم لحل المنازعات<sup>(1)</sup>.

إنّ التحكيم كقضاء خاص ينشأ عن مصدر اتفاقي، ويتمثل هذا الأخير في اتفاقية التحكيم التجاري الدولي التي تعتبر أساس وجوهر عملية التحكيم فهي نقطة بداية مسيرة هذا الأخير.

فيجب توفير حصانة لاتفاقية التحكيم لمواجهة العراقيل والمماطلات التي يحدثها أحد الأطراف المتنازعة الذي رضي عند إبرامه للعقد باللجوء للتحكيم وذلك بحجة بطلان العقد الأصلي كوسيلة للتهرب من التحكيم، وكل هذا يتوقف على مدى تجسيد المبادئ الجديدة المتمثلة في كل من مبدأ الاختصاص بالاختصاص ومبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي وهذا ما يؤدي بنا إلى طرح الإشكالية التالية:

– ما المقصود باتفاقية التحكيم وهل تتبع العقد الأصلي في صحته أو بطلانه، أم أنها اتفاقية مستقلة بذاتها عن العقد الأصلي؟

<sup>1</sup> – من بين الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر لتشجيع وحماية الاستثمار، نجد:

– مرسوم رئاسي رقم 90-319 المؤرخ في 17 أكتوبر 1990، ج ر رقم 45-1990 يتضمن الاتفاق الرامي إلى تشجيع الاستثمارات الموقع في واشنطن بتاريخ 22 جوان 1990 بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية، المصادق عليه.

– مرسوم رئاسي رقم 91-345 المؤرخ في 5 أكتوبر 1991، ج ر رقم 46-91 يتضمن الاتفاق الموقع عليه في الجزائر بتاريخ 24 أبريل 1991 بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والإتحاد الاقتصادي البلجيكي للكسمبورغي، المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات المصادق عليه.

– مرسوم رئاسي رقم 91-346 المؤرخ في 5 أكتوبر 1991، ج ر رقم 46-91 يتضمن الاتفاق الموقع عليه في الجزائر بتاريخ 18 ماي 1991 المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية وحكومة الجمهورية الإيطالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، المصادق عليه.

## مقدّمة

---

وهذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال التطرق إلى ماهية اتفاقية التحكيم التجاري الدولي في (الفصل الأول)، ومدى استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي في (الفصل الثاني).

# الفصل الأول:

ماهية اتفاقية التحكيم التجاري الدولي

أدى التطور الذي عرفته التجارة الدولية وعرفه الاستثمار إلى انتشار التحكيم التجاري الدولي على الصعيدين الدولي والوطني، وأصبح من أهم الوسائل البديلة لحل النزاعات، حيث في الوقت الذي ظهرت فيه النظم القضائية الوطنية عاجزة عن بلوغ حد الكفاية لمواجهة عقود التجارة الدولية والتصدي للمنازعات التي تنشأ عنها، أدى إلى انتشار مؤسسات التحكيم الدولية وازداد الإقبال على التحكيم لما يتمتع به من خصائص معينة تميزه عن القضاء العادي.

فنظرا للمزايا والسمات التي يتمتع بها، جعلت المتنازعين يلجؤون إليه بعيدا عن ساحات القضاء لفض أي نزاع قد يثور بينهم وذلك عن طريق اتفاقية التحكيم التي تنقسم إلى صورتين سواء وردت في صورة شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم، فمن خلالها يتم الاتفاق على أسلوب التحكيم لحل أي نزاع بين الطرفين.

يجب لصحة اتفاقية التحكيم توفر شروط موضوعية عامة وخاصة بها، بالإضافة إلى شروط شكلية أقرها القانون.

كما تعتبر اتفاقية التحكيم نقطة البداية في نظام التحكيم ولب وجوهر عملية التحكيم حيث يترتب عن اتفاقية التحكيم آثار قانونية وذلك نظرا للقوة الإلزامية التي تتمتع بها. وعليه، ارتأينا تقسيم الفصل إلى مبحثين بالتطرق في الأول لمفهوم اتفاقية التحكيم التجاري الدولي، وفي الثاني نحدد الآثار المترتبة عن اتفاقية التحكيم وانقضائها.

## المبحث الأول

### مفهوم اتفاقية التحكيم

تعتبر اتفاقية التحكيم عقد كباقي العقود الأخرى، إلا أنها تتميز عنها بهدفها وموضوعها في أن واحد، كما تعتبر اتفاقية التحكيم عقدا تلتقي فيه إرادة المتعاقدين على إحالة نزاعهم الناشئ عن علاقة قانونية تدخل ضمن مسائل يجوز في شأنها التحكيم، على محكم أو أكثر يتم اختيارهم ليفصلوا فيه، دون اللجوء إلى المحكمة صاحبة الولاية والاختصاص أصلا بالفصل فيه، ويستمد الاتفاق على التحكيم سنده من النظام القانوني الذي يعترف به كأسلوب مشروع لفض المنازعات القائمة أو المحتملة، التي تثور بين الأطراف، بحيث يعد متوفر في سببه، وجائز في جميع الأحوال وذلك من خلال تحقق الرضا الخالي من العيوب، فسوف نتطرق في هذا المبحث بالتفصيل إلى هذه النقاط. لذا قسمنا المبحث إلى ثلاثة أقسام، حيث نتطرق في البداية إلى تعريف اتفاقية التحكيم (المطلب الأول)، ثم إلى صورها (المطلب الثاني) وفي الأخير إلى شروط صحتها (المطلب الثالث).

## المطلب الأول

### تعريف اتفاقية التحكيم

نظرا للأهمية البالغة التي تحضي بها اتفاقية التحكيم فقد قدمت لها عدة تعاريف فهناك من عرفها بأنها: «الاتفاق الذي بموجبه يتفق طرفين أو أكثر على عرض المنازعات القائمة بينهم أو المحتمل قيامها والتي تمس بمصالح التجارة الدولية، للفصل فيها من طرف محكم أو أكثر»<sup>(1)</sup>.

كما عرفها آخرون من المؤلفين بأنها: «الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف على أن يخضعوا للتحكيم، سواء النزاعات التي يمكن أن تنشأ بينهما، والتي تتعلق بالعقد أو النزاعات التي نشأت، والمتعلقة في كلتا الحالتين بالتجارة الدولية»<sup>(2)</sup>.

كما تعرفها الأستاذة مناني فراح بأنها: «الاتفاق الذي يتفق بمقتضاه الفرقاء على حل النزاع الناشئ أو المحتمل نشوئه بواسطة التحكيم، وبمنح المحكم سلطة الفصل فيه بقرار ملزم، ويجعل محاكم الدولة غير مختصة للنظر فيه»<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup>- «*La convention d'arbitrage international est la convention par laquelle deux parties, ou plus, s'engagent à faire trancher par un ou plusieurs arbitres, les litiges susceptibles de s'élever entre elle ou ceux qui les opposent déjà/ et qui mettent en cause les intérêts du commerce international*»  
Voir : FOUCHARD (PH), GAILLARD (E), GOLDMAN (B) : *Traité de l'arbitrage commercial international*, Éd. DELTA, Paris, 1996, p209.

في المعنى نفسه، أنظر: حفيظة السيد الحداد، *الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم*، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001، ص13.

<sup>2</sup>- طيار محمد سعيد، *اتفاق التحكيم في تسوية منازعات التجارة الدولية*، مذكرة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2006/2007، ص26 (الذي بدوره اقتبس التعريف من الفقيه جولدمان).

<sup>3</sup>- مناني فراح، *التحكيم طريق بديل لحل النزاعات حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري*، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص92، نفس التعريف أخذ به كل من: كولا محمد، *التحكيم في إطار قانون الاستثمار الجزائري*، مذكرة الماجستير، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2002، ص108، وانظر كذلك: مصطفى ناطق صالح مطلوب، *مبدأ استقلال اتفاق التحكيم التجاري*، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 43، السنة 2010، ص115، كذلك: عبد الباسط محمد عبد الواسع، *النظام القانوني لاتفاق التحكيم (دراسة تحليلية مقارنة)*، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2013، ص53.

كما تطرق القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي<sup>(1)</sup> لتعريف اتفاقية التحكيم في المادة 1/7 التي تنص على ما يلي: «اتفاق التحكيم» هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، سواء أكانت تعاقدية أم غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في شكل اتفاق منفصل».

أما المشرع الجزائري فلم يعرف اتفاقية التحكيم، بل تطرق إلى سريانها، حيث نصت المادة 1/1040<sup>(2)</sup> من ق.إ.م.إ: «تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية».

فوفقا لهذه المادة، نجد أنّ المشرع الجزائري قد أدمج شرط التحكيم واتفاق التحكيم<sup>(3)</sup> في مصطلح موحد وهو "اتفاقية التحكيم"، حيث استعمل عبارة "النزاعات القائمة" للتعبير عن اتفاق التحكيم، أما عبارة "المستقبلية" للتعبير عن شرط التحكيم.

وأخيرا، نشير إلى أن النص الفرنسي المشكل للتحكيم الدولي لا يحتوي على أي قاعدة تتعلق باتفاقية التحكيم، في هذا المحتوى فالنصوص المنظمة للتحكيم الدولي الجزائري ليس إلا عبارة عن تدوين للفقهاء القانونيين الفرنسيين في عدة نقاط<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup>- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، على الموقع:

[www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/arb-rules](http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/arb-rules) << >> 2014/03/08.

المعني نفسه، أنظر أيضا: محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم، وتمييزه عن الصلح والوكالة، والخبرة، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2009، ص75. وأنظر كذلك: زهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومه، الجزائر، 2012، ص50.

<sup>2</sup>- قانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فيفري سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 صادرة في 25 أفريل 2008.

<sup>3</sup>- اعتمد المشرع الجزائري على عبارة "اتفاق التحكيم" للدلالة على مشاركة التحكيم عكس ما هو معتمد في التشريعات الأخرى.

<sup>4</sup>- ALLIOUCH Kerboua, MEZIANI Naima, L'arbitrage commercial international en Algérie, Office des publications universitaires, Annaba, 2010, p 23.

كما يتم تكييف اتفاقية التحكيم على أنها عقد وينجم عن هذا الأخير التزامات كبقية العقود الأخرى، فهي عقد تسبق الإجراءات ولا تشكل مرحلة من مراحلها<sup>(1)</sup>.

كما تستمد اتفاقية التحكيم بعض القواعد من القانون المدني، وأساس طبيعتها الخاصة أنها اتفاق ملزم للجانبين، يترتب أثره بمجرد إبرامه وذلك بنزع اختصاص القضاء بعدم عرض النزاع عليه، بل عرضه على التحكيم<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني

### صور اتفاقية التحكيم

نجد أن الاعتبارات العملية تدعو دائماً إلى الاتفاق على التحكيم من أجل طرح المنازعات على أشخاص محل ثقة الخصوم عوض عرضها على المحاكم العادية، وهذا الاتفاق يكون على شكل اتفاقية التحكيم وهذه الأخيرة قد ترد في صورة بند في أحد العقود يتفق بمقتضاه الطرفان على اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات التي قد تنشأ عن هذا العقد فيسمى "شرط التحكيم" (Clause compromissoire) (الفرع الأول)، وقد يتفق أطراف نزاع قد نشأ بالفعل على اللجوء إلى التحكيم لحل هذا النزاع وهو ما يطلق عليه "اتفاق التحكيم" (compromis) (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> - حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 63.

<sup>2</sup> - أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم، مفهومه، أركانه وشروطه، نطاقه، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2013، ص 46.

الفرع الأول

شرط التحكيم (*La clause compromissoire*)

سننتقل إلى بيان تعريف شرط التحكيم (أولاً)، وصوره (ثانياً).

أولاً-تعريف شرط التحكيم

يعرف شرط التحكيم عادة بأنه: «اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في العقد المبرم بينهم على أن يتم الفصل في المنازعات المحتملة النشوء بينهم بسبب هذا العقد من خلال التحكيم»<sup>(1)</sup>.

كما عرف هذا الشرط بأنه اتفاق التحكيم الذي يواجه نزاعات احتمالية غير قائمة بالفعل وإنما يمكن أن تنشأ في المستقبل. وقد استمد هذا الاتفاق تسميته من أنه يأخذ في الواقع العملي صورة شرط من شروط العقد الأصلي توقعاً لاحتمال قيام نزاع بشأن تنفيذه أو تفسيره<sup>(2)</sup>.

بالنسبة للمشرع الفرنسي، فإنه لم يعرف شرط التحكيم في التحكيم الدولي وإنما عرفه في التحكيم الداخلي في المادة 2/1442 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وذلك بنصها على أنه: «اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد من العقود بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل للتحكيم»<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup>- عزاز ساعد، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر ومختلف تطبيقاته، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السابعة عشر، الجزائر 2008/2009، ص20.

<sup>2</sup>-REDFERN (A) ; HUNTER (M) ; Droit et pratique de l'arbitrage commercial international, 2<sup>ème</sup> éd., LDGD, Paris, 1996, P131,et s.

<sup>3</sup>- محمود السيد عمر التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص41.

- جاء نص المادة 1442 من ق.إ.م.ف بالصيغة الآتية:

« *La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats* ». Nouveau code de procédure civile français, disponible sur le site internet « [www.journal-officiel.gouv.fr](http://www.journal-officiel.gouv.fr) », dernière modification du texte : le 01/01/2014, document généré le 08 avril 2014, copyright©-2007-2008 légifrance, consulté le 12/03/214

منذ ظهور شرط التحكيم، اعتبر مجرد وعد باللجوء إلى التحكيم بخلاف اتفاق التحكيم، وفي مرحلة تطور التحكيم التجاري الدولي جاء بروتوكول جنيف في 24/09/1923 لينص في مادته الأولى<sup>(1)</sup>: «على اعتراف كل دولة متعاقدة بشروط ومشارطات التحكيم دون أدنى تفرقة»، وكما جاءت المادة الثانية من اتفاقية نيويورك<sup>(2)</sup> بقولها: «يقصد باتفاق التحكيم المكتوب شرط التحكيم في العقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف، أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات».

وعليه، تمكنت الاتفاقيات الدولية من تحقيق التوازن بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم والارتقاء بشرط التحكيم، حيث أصبح هذا الأخير الأكثر انتشارا في العلاقات الخاصة الدولية<sup>(3)</sup>، والأكثر استعمالا لكونه يبرم قبل وقوع أي خلاف بين الطرفين أي في فترة الانسجام والتفاهم عكس اتفاق التحكيم الذي يبرم بعد قيام النزاع<sup>(4)</sup>. ولقد أثبتت التجربة الجزائرية في مجال التحكيم التجاري الدولي أن اللجوء إلى هذه الصورة يكاد يكون مطلق<sup>(5)</sup>.

لقد أشارت الفقرة 2 من المادة 7<sup>(6)</sup> من القانون النموذجي بشأن التحكيم على أنه: «ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في شكل اتفاق منفصل»، فيفهم من ذلك، أن شرط التحكيم يرد بطريقتين إما في شكل بند ضمن بنود العقد الأصلي أو في شكل اتفاق مستقل عن العقد الأصلي.

<sup>1</sup> - بروتوكول جنيف الصادر في 24/09/1923.

<sup>2</sup> - مرسوم رئاسي رقم 88-233، المؤرخ في 05/11/1988 يتضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية نيويورك التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10/06/1958 الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، ج.ر. عدد 48 لسنة 1988.

<sup>3</sup> - طيار محمد سعيد، مرجع سابق، ص 74 وما بعدها.

<sup>4</sup> - عبد الباسط محمد عبد الواسع، مرجع سابق، ص 68.

<sup>5</sup> - TERKI (N.E), L'arbitrage commercial international en Algérie, O.P.U, Alger 1999, p 26

<sup>6</sup> - القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985، مرجع سابق.

أما المشرع الجزائري فقد عرف شرط التحكيم في المادة 1007<sup>(1)</sup> من ق.إ.م.إ التي تنص أنه: «الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم».

بوجه عام، شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي قصير نسبيا، حيث أن المفاوضين لا يدخلون في التفاصيل لأنهم يجهلون طبيعة النزاع الذي يمكن أن ينشأ، أو تعتبر أحسن طريقة لمواجهته، فالأطراف يأملون بأن لا يكون خلاف حيث أدخلوا شرط التحكيم كإجراء شكلي فقط<sup>(2)</sup>.

### ثانيا - صور شرط التحكيم

يتميز شرط التحكيم بعدة صور فقد يرد كبند من بنود العقد الأصلي، وقد يكون في صورة شرط التحكيم بالإحالة، وهاتين الصورتين تعتبران تقليدية، فنظرا للتطور الذي عرفه التحكيم التجاري الدولي ظهرت صورة جديدة تتمثل في التحكيم دون رابطة عقدية في مجال الاستثمار أمام المركز الدولي (CIRDI).

#### أ- شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي

يتم إدراج شرط التحكيم غالبا ضمن العقد الأصلي كبند من بنوده، عن طريق اتفاق طرفي النزاع بإحالة النزاع الذي قد ينشأ بينهما مستقبلا بمناسبة تفسير العقد أو تنفيذه إلى التحكيم الذي تفصل فيه الهيئة التحكيمية.

وقد يرد شرط التحكيم إما في بداية العقد أو في نهايته، إلا إذا تبين من الشرط أنه قصد به عرض منازعات معينة ناشئة عن العقد وليس جميعها<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - قانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - HOCINE Farida, *L'influence de l'accueil de la sentence arbitrale par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Mouloud Mammeri de Tizi-Ouzou, Faculté de Droit et Sciences Politiques, 2012, p78.

<sup>3</sup> - ناصر ناجي محمد جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2008، ص 69 وما بعدها.

وتعتبر هذه الصورة الأكثر شيوعاً في ميدان التجارة الدولية، حيث نجد معظم قضايا التحكيم وخاصة في المجال الدولي تستند في إنشائها إلى شرط التحكيم الذي يتم إدراجه في العقد قبل نشوء النزاع<sup>(1)</sup>.

### ب- شرط التحكيم بالإحالة

قد لا يتضمن العقد الأصلي شرطاً للتحكيم الذي يتم عن طريقه عرض النزاع على التحكيم، فيكتفي أطراف النزاع بالإحالة إلى عقد سابق بينهم أو إلى عقد نموذجي، وبذلك ينصرف أثر هذا الشرط على العقد الأصلي، ويتم عرض النزاعات الناشئة عن هذا الأخير على التحكيم<sup>(2)</sup>.

يفترض في التحكيم بالإحالة إسناد العقد الأصلي إلى وثيقة أخرى أو نموذج معد سلفاً يتضمن شرط التحكيم، كأن يحال العقد إلى عقد نموذجي للبيع أو لتشييد البنايات أو غيرهما، بشرط أن تتضمن الإحالة ما يبين اعتبار الشرط الذي تحويه تلك الوثيقة أو النموذج جزءاً من العقد الأصلي<sup>(3)</sup>.

ويرد هذا الشرط غالباً في عقود النقل البحري، فقد يوجد اتفاق إيجار يتضمن شروط التحكيم وموقع من الأطراف، وبالمقابل يوجد سند شحن لا يحتوي على شرط التحكيم فيتم النص في هذا الأخير على الإحالة لاتفاق الإيجار الذي يحتوي على شرط التحكيم ويشترط في الإحالة أن تتضمن ما يبين أن شرط التحكيم جزء في العقد الأصلي<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - أسامة أحمد حسين أبو القمصان، مدى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي "دراسة مقارنة"، مذكرة ماجستير، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2010، ص22.

<sup>2</sup> - زهر بن سعيد، مرجع سابق، ص55 وما بعدها.

<sup>3</sup> - OPPETIT Bruno : La clause compromissoire par référence, Revue de l'arbitrage, N° 1, 1990, p565.

<sup>4</sup> - ناصر ناجي محمد جمعان، مرجع سابق، ص71.

كما يعتبر شرط التحكيم بالإحالة ذات أهمية بالغة بالنسبة للمتعاقدين إذ يختصر عليهم الوقت ومن جهة أخرى الجهد الذي يمكن أن يبذل في سبيل تنظيم الأحكام التي يمكن أن تطبق على التحكيم المتعلقة بمنازعاتهم<sup>(1)</sup>.

إنّ التطور الذي عرفه التحكيم التجاري الدولي، ظهرت على إثره صورة جديدة للجوء إلى التحكيم من طرف المستثمر الأجنبي في حالة وجود نزاع بينه وبين الدولة المضيفة وذلك في حالة غياب شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم بواسطة ما يسمى بـ "التحكيم الانفرادي" أو "التحكيم دون رابطة عقدية"، وذلك عن طريق الاتفاقيات الثنائية المبرمة بين المستثمر والدولة المضيفة حيث تتمثل هذه الصورة في التحكيم دون رابطة عقدية في مجال الاستثمار أمام المركز الدولي (CIRDI)<sup>(2)</sup>.

### ج- التحكيم دون رابطة عقدية في مجال الاستثمار أمام المركز الدولي (CIRDI)

إن واقع التحكيم أمام المركز الدولي قد نجم عنه تراضي جديد يختلف عن التراضي في إطار إبرام اتفاقية تحكيم تقليدية وذلك نظرا للعدد الهائل للاتفاقيات الثنائية التي أبرمت عبر العالم ومن بينها تلك التي أبرمتها الجزائر والتي تسمح باللجوء إلى المركز الدولي لتسوية النزاع، حيث يمكن للمستثمر الأجنبي مباشرة إجراءات التحكيم ضد الدولة المضيفة في حالة وجود نزاع دون الحاجة لوجود اتفاقية التحكيم بالمفهوم التقليدي<sup>(3)</sup>.

ويشترط التراضي الموجود بين الأطراف مثلما نصت عليه المادة 25 من اتفاقية

<sup>1</sup> - أسامة أحمد حسين أبو القمصان، مرجع سابق، ص 24.

<sup>2</sup> - حرزي لونا، دور الاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار، مذكرة الماجستير في القانون، تخصص: القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 144.

<sup>3</sup> - بن زكري راضية، التحكيم التجاري الدولي بين متطلبات التجارة الدولية ومقتضيات النظام العام، الملتقى الوطني حول التحكيم التجاري الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، يومي 08 و 09 ماي 2013، ص 4.

واشنطن<sup>(1)</sup>، ولكن لهذا التراضي ميزة خاصة به فهو يشترط الإيجاب الذي يقابله القبول ولكن لا يشترط الارتباط بينهما. فالإيجاب يستخلص من المادة التي يتضمنها الاتفاق المبرم بين الدولة المضيفة ودولة المستثمر في الاتفاقية الثنائية حيث يعتبر بمثابة تعبير عن رضا الدولة باللجوء إلى التحكيم<sup>(2)</sup>.

أما بالنسبة للقبول فيتم عن طريق تقديم المستثمر طلب للمحكمة التحكيمية للمركز الدولي ضد الدولة المضيفة حيث هذا القبول لا يتم نشوئه إلا بعد نشوء النزاع وهذا ما يبين استقلالية القبول عن الإيجاب أي لا يتم إصدار القبول والإيجاب في نفس الوقت ولقد اشترطت اتفاقية واشنطن في مادتها 25 وكذا اتفاق التبادل الحر لدول أمريكا الشمالية أن يكون الإيجاب والقبول مكتوبا، حيث يعتبر شرطا ليكون المركز الدولي مختصا في النظر في النزاع المعروض عليه<sup>(3)</sup>.

وأول قضية تمّ فيها الفصل أمام المركز الدولي (CIRDI) دون وجود رابطة عقدية بين الدولة المضيفة والمستثمر، واعتبار المادة المنصوص عليها في الاتفاقية الثنائية بمثابة إيجاب مسبق لرضا الدولة المضيفة باللجوء إلى التحكيم هي قضية شركة (AAPL) ضد دولة سريلنكا<sup>(4)</sup>.

تمّ اعتبار المادة الخاصة بالتحكيم التي تضمنتها الاتفاقية الثنائية المبرمة بين إنجلترا وسريلنكا بمثابة إيجاب من طرف الدولة المضيفة باللجوء إلى التحكيم المحتمل بينها وبين المستثمر الأجنبي إلى تحكيم المركز الدولي<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - راجع المادة 25 من المرسوم الرئاسي رقم 95-346، مؤرخ في 30 أكتوبر 1995، يتضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج.ر عدد 66 صادرة بتاريخ 15 نوفمبر 1995.

<sup>2</sup> - حرزي لونس، مرجع سابق، ص 145.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 145 وما بعدها.

<sup>4</sup> - لمعرفة تفاصيل قضية شركة AAPL ضد دولة سريلنكا، أنظر:

-Affaire Asian Agricultural Product LTDC/La république du SRILANKA, CIRDI, affaire ARB 87/03/décision du 27 juin 1990, site internet : « [www.worldbank.org/icsid/cases.com](http://www.worldbank.org/icsid/cases.com) » consulté, le 10 Mars 2014.

<sup>5</sup> - حرزي لونس، مرجع سابق، ص 145 .

في الجزائر، أول قضية عرضت على المركز ضد الحكومة الجزائرية من طرف الكونسورسيوم الإيطالي (Consortium Groupement LESI-Dipenta) أين أعلن اختصاص المركز الدولي استنادا على الاتفاقية الثنائية الجزائرية الإيطالية حول ترقية وحماية الاستثمار.

وعليه، فالهدف من وضع هذه الإمكانية للجوء إلى تحكيم المركز الدولي هو التوسيع من نطاق اختصاصه في النظر والفصل في القضايا المعروضة عليه من طرف المستثمرين والتي تكون بطريقة انفرادية<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني

#### اتفاق التحكيم (Le Compromis)

يعرف اتفاق التحكيم بأنه: «اتفاق يبرمه الأطراف منفصلا عن العقد الأصلي، وذلك للجوء إلى التحكيم في صدد نزاع قائم فعلا بينهم»<sup>(2)</sup>.

في المعنى نفسه يمكن تعريف اتفاق التحكيم بأنه: «اتفاق يتم بين الأطراف المتنازعة بعد قيام النزاع لعرض هذا الأخير على التحكيم»<sup>(3)</sup>.

---

<sup>1</sup>- قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 181 وما بعدها.

<sup>2</sup>- تعويلت كريم، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي (دراسة على ضوء المرسوم التشريعي رقم 09/93 والقانون المقارن)، مذكرة الماجستير في القانون، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004، ص 20.

<sup>3</sup>-- أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم ... مرجع سابق، ص 90.

فيتضح مما سبق أن اتفاق التحكيم يمثل عقد مستقل يضعه الأطراف لحسم نزاع قائم بالفعل عن طريق التحكيم<sup>(1)</sup>، فأبرامه بين الأطراف المتنازعة يعتبر ضروريا لأنها تتضمن مختلف الإجراءات اللازمة وجميع العناصر التفصيلية للتحكيم الدولي<sup>(2)</sup>.

تعتبر هذه الصورة الأسبق ظهورا واعترافا<sup>(3)</sup>، وقد عرفها المشرع الجزائري من خلال المادة 1011<sup>(4)</sup> من ق.إ.م.إ التي تنص على: «**اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي تقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوءه على التحكيم**»، فاتفاق التحكيم يتم بعد نشوء النزاع بين الأطراف، فيتم الاتفاق بينهما بعرض النزاع على التحكيم.

كما نجد أن المشرع الجزائري اشترط عند إبرام اتفاق التحكيم أن يتضمن موضوع النزاع وكذا أسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم وإلا اعتبر باطلا وذلك وفقا للمادة 2/1012<sup>(5)</sup> من ق.إ.م.إ التي تنص على أنه: «**يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم**»، وهذا ما يميزها عن شرط التحكيم في كونها تتضمن الكثير من التفاصيل التي لا يمكن أن يتضمنها شرط التحكيم<sup>(6)</sup>.

وأخيرا نستخلص أن شرط التحكيم هو الاتفاق اللاحق على إبرام العقد وذلك بإحالة النزاعات التي ستجتم عن ذلك العقد إلى التحكيم ولكن قبل وقوع تلك النزاعات.

<sup>1</sup> - مصطفى ناطق صالح مطلوب، مرجع سابق، ص 119.

<sup>2</sup> - أحمد بلقاسم، التحكيم الدولي، دار هوم، الجزائر، 2005، ص 131.

<sup>3</sup> - تياب نادية، التحكيم كآلية لتسوية نزاعات عقود التجارة الدولية، مذكرة الماجستير في القانون، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص 66.

<sup>4</sup> - قانون رقم 09-08 المتضمن ق.إ.م.إ، مرجع سابق.

<sup>5</sup> - قانون رقم 09-08 المتضمن ق.إ.م، مرجع سابق.

<sup>6</sup> - السائح عمران علي، التحكيم والقانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005-2006، ص 66.

أما بالنسبة لاتفاق التحكيم فيفترض مبدئياً عدم وجود شرط التحكيم في العقد، ويقع النزاع بين طرفي العقد فبدلاً من اللجوء إلى القضاء يتفقان على إحالته للتحكيم.

وعليه، فالفرق بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم هو أن الأول يتعلق بنزاع مستقبلي محتمل ولا يتم فيه ذكر تفاصيل النزاع ويأتي بطريقتين، إما كبند في بنود العقد الأصلي أو كاتفاق مستقل عن العقد الأصلي، بالإضافة إلى الطريقة الجديدة التي ظهرت مع التطور والتي تتمثل التحكيم دون رابطة عقدية في مجال الاستثمار أمام المركز الدولي (CIRDI) الذي يتم اللجوء فيه للتحكيم بدون وجود رابطة عقدية بين طرفي النزاع. في حين يتعلق الثاني (اتفاق التحكيم) بنزاع أكيد وقع فعلاً، ويشترط في الحالة الأخيرة أن يحدد في الاتفاق ماهية النزاع الذي سيعرض على هيئة التحكيم، بتحديد موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم وإلا اعتبرت باطلة.

### المطلب الثالث

#### شروط صحة اتفاقية التحكيم

تعتبر اتفاقية التحكيم تعبير عن إرادة الأطراف من أجل إنشاء التزام على عاتق الطرفين وذلك بتوجيه النزاع الذي قد يثار بينهما إلى التحكيم. فإن اتفاقية التحكيم يشترط لصحتها توفر الشروط التي تم وضعها من قبل التشريعات والاتفاقيات الدولية، وهي الشروط الشكلية (الفرع الأول) والشروط الموضوعية (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول

##### شروط الشكلية

إن اتفاقية التحكيم التجاري الدولي تنصب في قالب شكلي وهو شرط إلزامي لصحة انعقاد اتفاقية التحكيم، لذا اختلفت الأنظمة القانونية في تحديد ووضع شكل اتفاقية التحكيم

مما دفع هذه الأنظمة لوضع أو فرض بعض الشروط الصارمة على شكل إثبات اتفاقية التحكيم، ومن بين هذه الأنظمة القانونية نذكر:

### أولاً-موقف المشرع الفرنسي

كان المشرع الفرنسي في السابق يميز بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم، حيث كان يعتبر كتابة شرط التحكيم كشرط لصحته، أما بالنسبة لاتفاق التحكيم كان يعتبر كتابته كشرط لإثباته، ولكن سرعان ما تراجع المشرع الفرنسي عن هذا التمييز بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم من ناحية شرط الكتابة حيث أصبحت الكتابة شرطا لصحة شرط التحكيم واتفاق التحكيم معا، وذلك وفقا للمادة 1443<sup>(1)</sup> من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي مع آخر التعديلات التي اعتمدت في 1 جانفي 2014، الذي يعتبر الكتابة شرط لصحة اتفاقية التحكيم، ويرجع سبب ذلك للأهمية التي تتميز بها اتفاقية التحكيم بإعطاء المشرع هذه الأخيرة أولوية خاصة على قواعد الاختصاص الولائي والنوعي المقررة لمحاكم الدولة وكذا التأكيد على إرادة الأطراف أي إظهار مبدأ سلطان الإرادة عن طريق الكتابة وبالتالي تعتبر الكتابة شرط لصحة شرط واتفاق التحكيم<sup>(2)</sup>.

### ثانياً- موقف المشرع المصري

يجب أن تكون اتفاقية التحكيم مكتوبة، حيث نصت المادة 12 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أنه: «يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا، ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة».

<sup>1</sup> - جاء نص المادة 1443 من ق.إ.م.ف بالصيغة الآتية:

« A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale ».

<sup>2</sup> - أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم ...، مرجع سابق، ص 228، 234.

نستنتج من خلال هذه المادة بأنه يشترط في اتفاقية التحكيم الكتابة وإلا اعتبرت باطلة، سواء وردت كشرط في العقد الأصلي أو في وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي<sup>(1)</sup>.

ونستنتج أيضا أنّ الكتابة ليست مجرد وسيلة لإثباتها وإنما تعتبر شرطا لصحة اتفاقية التحكيم<sup>(2)</sup>، وبالتالي فبطلان اتفاقية التحكيم لتخلف شرط الكتابة يعتبر بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام، حيث يعتبر قانون التحكيم المصري عدم وجود اتفاقية التحكيم من أسباب بطلان الحكم الصادر في خصومة التحكيم<sup>(3)</sup>.

### ثالثا - موقف المشرع الجزائري

اشترط المشرع الجزائري أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة<sup>(4)</sup>، وذلك وفق المادة 2/1040<sup>(5)</sup> من ق.إ.م.إ. التي تنص على: «يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة».

ووفقا للمادة السالفة الذكر لم يتم وضع شكل محدد للكتابة بحيث تمتد هذه الأخيرة إلى كل وسائل الاتصال المكتوبة والإلكترونية ولكن بالمقابل يجب أن يتحقق تبادل الإيجاب والقبول بشأن التحكيم<sup>(6)</sup>. فبذلك تعتبر الكتابة شرطا لإثبات اتفاقية التحكيم.

وقد استلهم المشرع الجزائري شرط الكتابة من المادة 1/178 من القانون السويسري<sup>(7)</sup> التي نصت على أنه: «يكون اتفاق التحكيم صحيحا إذا كان مكتوبا في شكل برقيات، تلكس،... أو أية وسيلة اتصال أخرى تثبت عن طريق نص»، بالإضافة إلى المادة 2 من اتفاقية نيويورك لسنة

<sup>1</sup> - لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص 67.

<sup>2</sup> - تعويلت كريم، مرجع سابق، ص 26.

<sup>3</sup> - قبايلي طيب، مرجع سابق، ص 120.

<sup>4</sup> - لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص 68.

<sup>5</sup> - قانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ.، مرجع سابق.

<sup>6</sup> - لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص 68.

<sup>7</sup> - كمال معروف، التحكيم التجاري الدولي، مذكرة الماجستير في القانون، تخصص قانون الأعمال، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1999-2000، ص 39.

1958<sup>(1)</sup> التي نصت على أنه: «المراد بالاتفاقية الكتابية هو الشرط التحكيمي المدرج في العقد أو في اتفاق التحكيم الموقع من الأطراف أو المتضمن في رسائل أو بريدات متبادلة».

وعليه، يشترط لصحة اتفاقية التحكيم أن ترد في شكل مكتوب أوفي أشكال أخرى كالبرقيات والخطابات المتبادلة والرسائل الإلكترونية وغيرها<sup>(2)</sup>، فبذلك لم يتم تقييد كيفية إبرام اتفاقية التحكيم وترك الاختيار لإرادة الأطراف.

فالمشرع الجزائري لم يستوجب في الكتابة أن تكون رسمية بل يكفي أن تكون عرفية موقعة من الطرفين<sup>(3)</sup>.

وفي الأخير نشير أيضا أن المشرع الجزائري اشترط الكتابة بالنسبة لشرط التحكيم وفقا للمادة 1008<sup>(4)</sup> من ق.إ.م.إ. التي تنص أنه: «يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها»، فالمشرع في هذه المادة لم يحدد شكل الكتابة بل اشترط فقط أن يرد شرط التحكيم مكتوبا لوجوده سواء ورد كبنود في العقد الأصلي أو في وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي.

أما بالنسبة لاتفاق التحكيم، فتعتبر الكتابة شرط لوجوده وليس كشرط لإثباته وذلك وفقا للمادة 1012<sup>(5)</sup> من ق.إ.م.إ. التي تنص أنه: «يحصل الاتفاق على التحكيم كتابة ويجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم».

<sup>1</sup> - اتفاقية نيويورك، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر (على ضوء الاتفاقيات الدولية للجزائر)، رسالة دكتوراه في القانون، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 26

<sup>3</sup> - فريدة حسين، التنفيذ الجبري لأحكام التحكيم الدولي الصادرة في المجال الاستثماري بالجزائر، مذكرة الماجستير في القانون، تخصص: قانون التنمية الوطنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 1999-2000، ص 78.

<sup>4</sup> - قانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ.، مرجع سابق.

<sup>5</sup> - القانون نفسه.

الفرع الثاني

الشروط الموضوعية

تخضع اتفاقية التحكيم التجاري الدولي لشروط موضوعية لصحة إبرامها كباقي العقود الأخرى، فتنقسم إلى شروط موضوعية عامة التي تتمثل في الرضا، المحل والسبب، ولشروط موضوعية خاصة، وهذا ما سنتطرق إليه بالتفصيل فيما يلي:

أولاً- الشروط الموضوعية العامة

بما أنّ اتفاقية التحكيم عقد، فيتطلب لصحتها توفر الشروط الموضوعية العامة المتمثلة في كل من الرضا، المحل، السبب.

أ-الرضا

معزى الرضا في اتفاقية التحكيم هو تطابق إرادتي الأطراف واتجاهها إلى اختيار التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات التي ثارت أو قد تنثور بشأن العلاقة التعاقدية، سواء في إطار التحكيم الحر أو التحكيم المؤسسي، أو كان على شكل شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم<sup>(1)</sup>.

فنستنتج أن الرضا هو تطابق إرادتي الأطراف وذلك من أجل إحداث أثر قانوني، إذ هناك تقابل إيجاب وقبول وذلك عندما يبدي الإيجاب رأيه في تحية ولاية القضاء والاتجاه إلى التحكيم لتكون الجهة المختصة لحل النزاع الذي يقع بين الأطراف سواء كان النزاع محتمل أو مستقبلي، وذلك ما أكدته المادة 58<sup>(2)</sup> من ق.م.ج التي تنص على ما يلي: «يتم العقد بمجرد تبادل الطرفين إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية».

<sup>1</sup>- بوديسة كريم، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة الماجستير في القانون، تخصص: قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 44.

<sup>2</sup>- أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني معدل ومتمم بموجب قانون رقم 05/07، مؤرخ في 13 مايو 2007، ج.ر. عدد 31 صادرة في 13 مايو 2007.

يشترط لإبرام اتفاقية التحكيم أن يكون الرضا صادرا من أطراف مؤهلين للتصرف بمعنى أن تتوفر أهلية التصرف لأنّ الأشخاص الذين يظهر عليهم إحدى عوارض أو موانع الأهلية يمنع عليهم الاتفاق على التحكيم وذلك ما أكدته المادة 2/1/1006<sup>(1)</sup> من ق.إ.م.إ. التي تنص أنّه: «يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم».

فحسب المادة يحق للأشخاص الطبيعية اللجوء إلى التحكيم لفض النزاع. كما يمكن أيضا بالمقابل للأشخاص المعنوية عاما كان أو خاصا حق اللجوء للتحكيم وهذا ما أكدته المادة 3/1006<sup>(2)</sup> من ق.إ.م.إ. التي تنص أنّه: «ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية».

وأخيرا يجب أن يكون الرضا الذي يمثل شرطا من الشروط التي تقوم عليها اتفاقية التحكيم خاليا من جميع العيوب كالغلط، التدليس والإكراه... إلخ كي تنتج هذه الاتفاقية جميع آثارها القانونية<sup>(3)</sup>.

### ب- المحل

محل اتفاقية التحكيم هو موضوع النزاع، ووفقا للقواعد العامة يشترط ألا يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة وإلا كانت الاتفاقية باطلة<sup>(4)</sup>، وذلك طبقا للمادة 96<sup>(5)</sup> من القانون المدني الجزائري فلا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنفقة والإرث والحقوق

<sup>1</sup> - قانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ.، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - القانون نفسه.

<sup>3</sup> - خواثرة سامية، تنفيذ القرارات التحكيمية المترتبة عن منازعات التجارة الدولية، مذكرة الماجستير، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2003، ص 57.

<sup>4</sup> - محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 1997، ص 181.

<sup>5</sup> - راجع المادة 96 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

المتعلقة بالمسكن وكذا المسائل المتعلقة بالنظام العام، وحالة الأشخاص وأهليتهم<sup>(1)</sup>. وذلك طبقا للمادة 2/1006<sup>(2)</sup> من ق.إ.م.إ التي تنص أنه: «لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم».

فيقصد بالمحل موضوع المنازعات التي تمثلها اتفاقية التحكيم والتي يتم حلها عن طريق التحكيم<sup>(3)</sup>، ويشترط أن يكون موجود أو ممكن الوجود ومعينا أو قابل للتعين ومشروعا<sup>(4)</sup>، وهذا ما تنص عليه المواد 92، 93، 94، 98 من القانون المدني الجزائري<sup>(5)</sup>، بعبارة أخرى بما أنّ اتفاقية التحكيم كسائر العقود الأخرى يتعين أن تنصب على محل معين وإلا كان غير موجود، وبالتالي ينتفي ركن من أركان اتفاقية التحكيم مما يجعلها باطلة، وإذا لم يكن محلها معينا بذاته، وجب تعيينه بنوعه ومقداره وإلا كانت باطلة، ويكفي أن يكون معينا بنوعه فقط إذا تضمن ما يستطاع به تعيين مقداره<sup>(6)</sup>.

مجمل القول، أنّ محل اتفاقية التحكيم يتعين أن يكون موجودا أو ممكنا وألا يكون مستحيلا من الناحية العملية، وفقا لما نصت عليه المواد من 92 إلى 98 من القانون المدني الجزائري<sup>(7)</sup> وقد نصت المادة 1/8 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن عام 1985<sup>(8)</sup> على أنه: «على المحكمة التي يرفع أياها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم، أن تحيل الطرفين إلى التحكيم، إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول في موضوع النزاع، ما لم يتضح لها أن الاتفاق باطل ولاغ أو عديم الأثر لا يمكن تنفيذه».

<sup>1</sup> - لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص 63.

<sup>2</sup> - قانون رقم 08-09، المتضمن ق.إ.م.إ. مرجع سابق.

<sup>3</sup> - فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2008، ص 125.

<sup>4</sup> - مصطفى صالح مطلوب، مرجع سابق، ص 11.

<sup>5</sup> - راجع المواد 92، 93، 94، 98 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

<sup>6</sup> - أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم...، مرجع سابق، ص 216 وما بعدها.

<sup>7</sup> - راجع المواد من 92 إلى 98 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

<sup>8</sup> - القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985، مرجع سابق.

الواقع أنّ موضوع اتفاقية التحكيم هو التزام الأطراف بالالتجاء للتحكيم أو الاستمرار فيه دون قضاء الدولة، والمنازعة هي موضوع اتفاقية التحكيم والمحل التي تنصب عليه اتفاقية التحكيم، وهذا المحل يتميز عن موضوع التزام الأطراف في اتفاقية التحكيم<sup>(1)</sup>. بالنسبة لاتفاقية التحكيم بما أنها توافق إرادتين على إسناد المنازعة التي قد ثارت أو قد تنور في المستقبل للتحكيم، وبما أن محل الالتزام في العقد قد يكون أداء عمل أو الامتناع عن عمل فإن محل الالتزام في اتفاقية التحكيم هو التزام الأطراف بعرض المنازعة على التحكيم. ولكن في الحقيقة يولد التزامين وهما التزام سلبي والتزام إيجابي:

1. الالتزام السلبي: وهو عدم اللجوء إلى القضاء العادي لعدم اختصاصه.

2. الالتزام الإيجابي: إخضاع المنازعة للتحكيم<sup>(2)</sup>.

### ج-السبب

نقصد بسبب اتفاقية التحكيم أنّه: «محاولة إيجاد الحل لكل نزاع يثور بين طرفي العقد والاتفاق على عرضه أمام الهيئة التحكيمية وتفويض الأمر للمحكّمين، واستبعاد طرحه على القضاء العادي»<sup>(3)</sup>، وبعبارة أخرى يعتبر الغاية التي يسعى إلى تحقيقها الملتزم نتيجة التزامه أي الهدف الذي يسعى لتحقيقه.

فهناك من يعتبر السبب ركنا في العقد وهناك من يعتبره ركنا في الالتزام، إلا أنّ المشرع الجزائري يعتبره كشرط في إرادة الالتزام<sup>(4)</sup>، وذلك وفقا للمادة 97<sup>(5)</sup> من القانون المدني الجزائري التي تنص أنّه: «إنّ التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام

<sup>1</sup> - أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم...، مرجع سابق، ص 215.

<sup>2</sup> - نور الدين بكلي، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، مذكرة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1995-1996، ص 20.

<sup>3</sup> - خواثة سامية، مرجع سابق، ص 59.

<sup>4</sup> - نور الدين بكلي، مرجع سابق، ص 21 وما بعدها.

<sup>5</sup> - القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

العام والآداب كان العقد باطلا»، فنستنتج من خلال هذه المادة أنه إذا كان السبب غير مشروع أو مخالف للنظام العام والآداب العامة يعد العقد باطلا ولا ينتج عنه آثاره.

كما أنه يجب أن يتوفر في ركن السبب ثلاثة شروط وهي:

1. أن يكون موجودا: بحيث أن كل التزام لا يكون له سبب يعتبر التزاما غير قائم.
2. أن يكون صحيحا: فيكون السبب غير صحيح إذا كان موهوما أو صوريا.
3. مشروعية السبب: أي أن يكون السبب غير محرم من طرف القانون وأن لا يكون مخالفا للنظام العام<sup>(1)</sup>.

### ثانيا- الشروط الموضوعية الخاصة

وضع المشرع الجزائري إلى جانب الشروط الموضوعية العامة، ثلاثة شروط موضوعية خاصة لصحة اتفاقية التحكيم وذلك حسب المادة 3/1040<sup>(2)</sup> التي تنص أنه: «تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما»، ووفقا لهذه المادة، تتمثل الشروط فيما يلي:

1. القانون الذي اتفق عليه الأطراف.
2. القانون الذي ينظم موضوع النزاع.
3. القانون الذي يراه المحكم ملائما.

### أ- خضوع اتفاقية التحكيم للقانون الذي اتفق عليه الأطراف

لقد اعتنق المشرع الجزائري في إنشاء اتفاقية التحكيم سلطة الإرادة، إذ ترك الحرية للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق عليها، وهذا لا يتعارض مع نص المادة 18 من

<sup>1</sup>- نور الدين بكلي، مرجع سابق، ص22.

<sup>2</sup>- قانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ، مرجع سابق.

القانون المدني الجزائري<sup>(1)</sup>، فالمحكم ملزم بتطبيق قانون إرادة الأطراف على اتفاقية التحكيم إذا كانت هذه الإرادة صريحة<sup>(2)</sup>.

كما تجدر الإشارة إلى أن الخضوع لمبدأ سلطان الإرادة لا يستلزم حتما اختيار الطرف الجزائري لقانونه الوطني، بل حسب الاتجاه الجديد والسياسة التحفيزية لقانون الاستثمار الجديد، فقد يختار الطرف الجزائري تطبيق قانون أجنبي أو نظام تحكيمي أجنبي كالنظام المتبع لدى مركز (CIRDI) أو القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي أو نظام الغرفة التجارية الدولية (CCI)<sup>(3)</sup>.

### ب- القانون الذي ينظم موضوع النزاع:

اعتبر المشرع الجزائري وفقا للمادة 3/1040 من ق.إ.م.إ اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها القانون المنظم لموضوع النزاع بحيث إذا لم يتفق الطرفان على قانون معين، يمكن لمحكمة التحكيم أن تطبق القانون الذي ينظم موضوع النزاع على اتفاقية التحكيم، لاسيما القانون المنظم للعقد الأصلي<sup>(4)</sup>. لكن بالمقابل قد تلجأ الهيئة التحكيمية إلى تطبيق مصادر أخرى دون القانون المطبق على العقد الأصلي كاللجوء إلى المبادئ العامة للقانون والعادات التجارية الدولية<sup>(5)</sup>.

وعليه، فالقانون الجزائري منح للهيئة التحكيمية ضمنا حرية مثلها مثل الحرية التي منحت للأطراف بالبحث عن المصادر المختلفة ليتم عن طريقها تحديد القانون الواجب

<sup>1</sup>- صديق بغداد، اتفاقية التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الجزائري والقضاء التحكيمي، مذكرة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2001-2002، ص 40.

<sup>2</sup>- عيساوي محمد، مرجع سابق، ص 28.

<sup>3</sup>- كولا محمد، مرجع سابق، ص 138.

<sup>4</sup>- عيساوي محمد، مرجع سابق، ص 29.

<sup>5</sup>- كولا محمد، مرجع سابق، ص 139.

التطبيق بشرط أن تكون إرادة الأطراف غائبة أي غير موجودة أثناء إنشاء اتفاقية التحكيم لسبب محدد أو غير محدد<sup>(1)</sup>.

### ج- القانون الذي يراه المحكم ملائماً

أعطيت للمحكم سلطة اختيار القانون الذي سوف يتم تطبيقه على اتفاقية التحكيم وذلك باعتماده على بعض المصادر كالمبادئ العامة للقانون والعادات التجارية الدولية... وغيرها، وذلك وفق ظروف كل قضية، كما يمكنه أن يختار قانون وطني لأية دولة معينة يراه ملائماً لتطبيقه على النزاع، وقد اعتبر هذا الاتجاه سبباً لاستبعاد قوانين الدول النامية بحجة تخلفها وبذلك تطبيق قوانين الدول المتقدمة<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - صديق بغداد، مرجع سابق، ص 44.

<sup>2</sup> - عيساوي محمد، مرجع سابق، ص 29.

## المبحث الثاني

### الآثار المترتبة عن اتفاقية التحكيم وانقضائها

إن اتفاقية التحكيم ترتب آثار قانونية كما يترتبها أي تصرف قانوني بالنسبة للأطراف (المطلب الأول)، كما أنّ اتفاقية التحكيم في العقود قد تتعرض للانقضاء أو الانتهاء سواء بأسباب إرادية أو غير إرادية، حيث نستخلصها من القواعد العامة ومن قانون الإجراءات المدنية في (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول

#### الآثار المترتبة عن اتفاقية التحكيم

تدخل اتفاقية التحكيم في خانة التصرفات القانونية والرضائية إذا توافقت الإرادتين وبما أنّ قانون العقد هو القوة الإلزامية للرابطة التعاقدية التي تحدد حقوق والتزامات الأطراف وترد على اتفاقية التحكيم آثار قانونية، نتناول الآثار المترتبة على الأطراف في (الفرع الأول)، والآثار المترتبة على القاضي الوطني في (الفرع الثاني)، وأخيراً الآثار المترتبة على الغير في (الفرع الثالث).

#### الفرع الأول

#### الآثار المترتبة على الأطراف

سنتطرق في هذا الفرع إلى أثرين:

#### أولاً- الأثر المباشر

إن طرف العقد هو من يصدر عنه التعبير عن إرادة الالتزام به، فيساهم في تكوينه فلا يكفي لذلك أن يرد ذكره فيه أو أن يوقع عليه بصفة أخرى غير هذه الصفة<sup>(1)</sup> وانطلاقاً من

<sup>1</sup> - مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، قانون التحكيم التجاري المصري رقم 27 لسنة 1994 في ضوء القانون المقارن وقانون التجارة الدولية مع الإشارة إلى القوانين التحكيم العربية، ج1، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص449.

هذا التعريف العام، يمكن تعريف الطرف في اتفاقية التحكيم بأنه: «الشخص الذي يصدر عنه التعبير عن إرادة الالتزام باتفاق التحكيم، سواء جاء على شكل شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم»، وبما أنّ مجال تطبيق اتفاقية التحكيم سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الموضوع يخضع للقانون الذي يحكم هذه الاتفاقية<sup>(1)</sup>، وطبقا للقواعد العامة في القانون المدني فإنّ آثار اتفاقية التحكيم تتصرف فقط على المتعاقدين فقد نص القانون الجزائري وفقا للمادة 106<sup>(2)</sup> من القانون المدني الجزائري على: «العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون»، ويقصد من هذا النص أنّ المتعاقدين مرتبطان بالعقد كما يرتبطان بالقانون، فاتفاقية التحكيم تلزم الأطراف الذين نشأ بينهم سواء كانوا اثنين أو أكثر<sup>(3)</sup>.

كما أنّ هذا الأثر يلزم كل من يكتسب صفة الطرف عن طريق التمثيل والنيابة حيث نجد في المعاملات التجارية الدولية في غالب الشركات أو المؤسسات ممثلة في أشخاص طبيعية إذ يتصرفون باسم ولحساب المؤسسة<sup>(4)</sup>.

إذا كان هذا هو المعنى الضيق للأطراف، فإنّ هناك أشخاص أو أطراف آخرين يأخذون صفة المتعاقدين بالمعنى الواسع.

### ثانيا- الأثر الغير مباشر

إن انتشار التحكيم، أدى إلى اعتباره الوسيلة المعتمدة لحل المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية لذا يمكن توسيع مجال تطبيق اتفاقية التحكيم من حيث الأشخاص بالخصوص التوسيع في مفهوم الطرف في اتفاقية التحكيم، لذا هناك عدة حالات نذكر منها:

<sup>1</sup> -TERKI (N.E.), Op.cit, p65.

<sup>2</sup> - القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - صديق بغداد، مرجع سابق، ص 113.

<sup>4</sup> - كولا محمد، مرجع سابق، ص 159.

1- حالة انتماء الشركة التي أبرمت اتفاقية التحكيم إلى مجموعة من الشركات: الأصل أنه عند إبرام شركة عقد يتضمن الاتفاق على التحكيم لا تلتزم به الشركات الأخرى التي تنتمي إلى نفس المجموعة وهذا راجع إلى آثار اتفاقية التحكيم الناتجة عن العقد، وتمتع الشركة بالشخصية القانونية المستقلة.

فالشركة عند إبرامها للعقد عن طريق التوقيع عليه تكون الوحيدة الملتزمة باتفاقية التحكيم، حيث يعتبر التوقيع معيار مادي يفصل بين شركة الطرف وشركات الغير.

ولكن قد نجد مثلا تدخل شركة الأم أو أي شركة أخرى لم توقع على العقد في المساهمة في المفاوضات التي تتم بشأن العقد محل النزاع أو تساهم بشكل أساسي من حيث تنفيذه أو في عدم تنفيذه، وبالتالي فالعقد يتم توقيعه من الطرف الآخر أي شركة الأم أو الشركات الأخرى الغير موقعة على العقد وليس من الشركة التي وقعت على العقد فالمعيار المادي لا يكفي فيجب إدخال معيار آخر والذي يتمثل في المعيار الاقتصادي وهو ما اتجه إليه جانب من الأحكام القضائية وأحكام التحكيم.

فالفقه استقر إلى التحرر من هذه المعايير ولو جزئيا بالسماح للآثار التي تتجم عن اتفاقية التحكيم بأن ترتب أثارها أيضا على الغير الذي لم يكن موقعا على الاتفاقية بالإسناد للظروف والروابط الاقتصادية المتصلة بالغير والدور الذي لعبه في العقد<sup>(1)</sup>.

2- حالة العقود التي تبرمها الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها: إن توسيع نطاق

اتفاقية التحكيم من حيث الأشخاص، لا يقتصر فقط على حالة مجموعة الشركات، بل هناك أيضا العقود التي تبرمها الدولة وتقبل فيها التحكيم، حيث نجد أن القضاء الوطني لم يأخذ بما وصلت إليه المحاكم التحكيمية من آثار اتفاقية التحكيم التي تبرمها الهيئات والأجهزة التابعة للدولة، وهذا نظرا للشخصية القانونية المستقلة لهذه الهيئات.

<sup>1</sup> - حفيفة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 138 وما بعدها.

ونجد المحاكم القضائية، ذهبت إلى القول أنّ الصلة الوثيقة التي توجد بين هذه الهيئات من جهة والدولة من جهة أخرى هي الرقابة التي تمارسها المحاكم القضائية عليها لا تعد عاملاً كافياً في عدم توقيع الدولة على شرط التحكيم. فنستخلص أنّه لا يتم توسيع نطاق التحكيم من حيث الأشخاص سواء كان ذلك في مجموعة شركات أو في الاتفاقات التي تبرمها الدولة والهيئات التابعة لها إلا من خلال البحث عن اتجاه إرادة الأطراف التي هي المعيار الوحيد لتحديد نطاق اتفاقية التحكيم<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني

#### الآثار المترتبة على القاضي الوطني

يترتب على اختصاص القاضي الوطني أثاراً يتمثلان في: انعقاد الاختصاص للمحكمة التحكيمية (أولاً) فيستبعد القضاء الوطني بامتناع الطرفين من اللجوء إلى القضاء للفصل في موضوع النزاع محل التحكيم أي عدم اختصاص القضاء الوطني بالنظر في النزاع (ثانياً).

#### أولاً- انعقاد الاختصاص للمحكمة التحكيمية

يتفق الأطراف بموجب اتفاقية التحكيم لحل النزاع عن طريق التحكيم فيترتب عنها سلب الاختصاص من القضاء الوطني وتخويل الفصل في النزاع للمحكمة التحكيمية، حيث يعتبر أثر إيجابي.

ولكن هذا لا يمنع من أن يحاول أحد الخصوم عرقلة إجراءات التحكيم بالدفع بعدم الاختصاص، إلا أنه بوجود مبدأ "الاختصاص بالاختصاص" منح للمحكمة التحكيمية الفصل في اختصاصها لتقادي عرقلة وإطالة إجراءات التحكيم.

<sup>1</sup>- تعويلت كريم، مرجع سابق، ص 64.

أ- المقصود من انعقاد الاختصاص للمحكمة التحكيمية:

الأصل أن القضاء الوطني هو المختص في حل النزاعات، إلا أنه باتفاق الأطراف على إحالة النزاع للتحكيم الذي يعتبر قضاء خاص بموجب اتفاقية التحكيم يمنحون للمحكمة التحكيمية ولاية الاختصاص للنظر في النزاع، وبالتالي يصبح القضاء العادي غير مختص في الفصل في النزاع، ولا يمكن لأحد الأطراف اللجوء إليه<sup>(1)</sup>.

ب- مبدأ الاختصاص بالاختصاص:

ظهر مبدأ "الاختصاص بالاختصاص" لأول مرة في ألمانيا بمصطلح (Kompetenz-Kompetenz) إثر حكم محكمة النقض الألمانية عام 1955 بجواز قيام الأطراف بالاتفاق على اختصاص الهيئة بالفصل في المنازعات المتعلقة باختصاصها<sup>(2)</sup> ولكنه تعرض لانتقادات حول عدم دقة مضمونه<sup>(3)</sup>.

يعتبر مبدأ "الاختصاص بالاختصاص" أو ما يعرف بالفرنسية (compétence-competence) من أهم المبادئ التي يقوم عليها التحكيم التجاري الدولي<sup>(4)</sup>، حيث يقصد منه تقرير حق هيئة التحكيم في الاختصاص بالفصل في اختصاصها عند نظر النزاع أمامها، إذ هي الأحق من غيرها في تقرير اختصاصها أو عدمه<sup>(5)</sup>، بمعنى إذا حاول احد الخصوم أن يعرقل الإجراءات التحكيمية بالطعن عن طريق الدفع بعدم الاختصاص استنادا بالدفع بعدم صحة اتفاقية التحكيم أو عدمها أو لسقوطها أو بطلانها أو عدم شمولها

<sup>1</sup>- بودودة سعاد، التحكيم التجاري الدولي كضمان من ضمانات الاستثمار، مذكرة الماجستير في الحقوق، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2013، ص102.

<sup>2</sup>- أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الايجابي والسلبى لاتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2013، ص71.

<sup>3</sup>- تعويلت كريم، مرجع سابق، ص41.

<sup>4</sup>- قبائلي طيب، مرجع سابق، ص310.

<sup>5</sup>- أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الايجابي ...، مرجع سابق، ص77.

لموضوع النزاع يكون الاختصاص في النظر في الدفع بعدم الاختصاص للهيئة التحكيمية<sup>(1)</sup>.

وقد كرس المشرع الجزائري هذا المبدأ من خلال المادة 1/1044<sup>(2)</sup> من ق.إ.م.إ التي تنص أنه: «**فصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع**»، فالمشرع يشترط أن يثار الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع.

فيعد هذا المبدأ ضمانا لعدم عرقلة إجراءات التحكيم وعدم إطالته من طرف أحد الخصوم بدفعه بعدم الاختصاص وبالتالي يمنح لهيئة التحكيم صلاحية البث في اختصاصها<sup>(3)</sup>.

### ثانيا- عدم اختصاص القضاء الوطني بالنظر في النزاع

يقابل الأثر الايجابي المتمثل في اختصاص المحكمة التحكيمية أثر سلبي بعدم اختصاص القضاء الوطني بالنظر في النزاع الذي اتفق بشأنه بتسويته عن طريق التحكيم ولكن قد ترد استثناءات يتم فيها تدخل القاضي الوطني في النزاع المطروح على التحكيم فهو ليس مطلق.

### أ- تأكيد المبدأ

يلتزم الأطراف بموجب اتفاقية التحكيم بالامتناع عن الالتجاء للقضاء وبالتالي إقصاء النزاع عن القضاء وجعله من اختصاص الهيئة التحكيمية وبالتالي امتناع القضاء بالنظر في النزاع<sup>(4)</sup>، فقد نصت المادة 1045<sup>(5)</sup> من ق.إ.م.إ أنه: «**يكون القاضي غير مختص بالفصل في**

<sup>1</sup>- بودودة سعاد، مرجع سابق، ص 103.

<sup>2</sup>- قانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ، مرجع سابق.

<sup>3</sup>- قبائلي طيب، مرجع سابق، ص 313.

<sup>4</sup>- أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم ...، مرجع سابق، ص 207 وما بعدها.

<sup>5</sup>- قانون 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ، مرجع سابق.

موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم، على أن تثار من أحد الأطراف»، فيتم بذلك استبعاد القاضي في حالة كون الخصومة التحكيمية قائمة أو في حالة تمسك احد الأطراف باتفاقية التحكيم أين اتفق فيه الأطراف بإحالة النزاع للتحكيم.

وعليه، فالمادة 1045 من القانون 08-09 جاءت منسجمة مع المادة 3/2 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958، التي تعتبر أول اتفاقية أكدت على مبدأ استبعاد القاضي الوطني بالفصل في النزاع الذي يكون متفق عليه من طرف الأطراف بعرضه للتحكيم<sup>(1)</sup>، حيث تنص المادة 3/2 من الاتفاقية نيويورك على ما يلي: «تقوم أي دولة متعاقدة، برفع إليها نزاع بشأن قضية أبرم الأطراف بخصوصها اتفاقية حسب مفهوم هذه المادة بإحالة الأطراف على التحكيم، بناء على طلب أحد الأطراف، إلا إذا لاحظ أن الاتفاقية المذكورة باطلة، أو عديمة التأثير، أو لا يمكن تطبيقها»<sup>(2)</sup>.

فالمادة تلزم الدول المتعاقدة إذا ما طرح أمامها نزاع يتعلق موضوعه باتفاق الأطراف باللجوء إلى التحكيم بموجب إبرام اتفاقية التحكيم أن يحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم، ما لم يلاحظ القاضي أنّ الاتفاقية باطلة أو لا أثر لها أو لا يمكن تطبيقها فيؤول الاختصاص إليه.

فنلاحظ أن المشرع الجزائري قام في المادة 1045 من ق.إ.م بتصحيح الانتقادات التي وجهت للمادة 458 المكرر 2/8 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري (الملغاة) التي كانت تنص: «يكون القاضي غير مختص للفصل في الموضوع متى كانت دعوى التحكيم معلقة» حيث في السابق كانت اتفاقية التحكيم لا تكفي لانعقاد الاختصاص للمحكمة التحكيمية بل كان يشترط أن تكون الدعوى معلقة وفقا لنص المادة 458 مكرر 1/8 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري (الملغاة) التي تنص: «تكون دعوى التحكيم معلقة عندما يرفع أحد الأطراف دعوى أمام المحكم أو المحكمين المغنيين في اتفاقية التحكيم، أو عندما يباشر أحد الأطراف إجراء في تأسيس

<sup>1</sup> - عيساوي محمد، مرجع سابق، ص 65.

<sup>2</sup> - اتفاقية نيويورك، مرجع سابق.

محكمة التحكيم في حالة غياب مثل هذا التعيين»، فهذه المادة تتعارض مع مبدأ حرية الأطراف في إبرام اتفاقية التحكيم، فالمشرع الجزائري، وفقا للمادة 1045 من ق.إ.م.إ، فإن اتفاقية التحكيم تكفي لوحدها لاستبعاد القاضي الوطني للنظر في النزاع متى تمسك بها أحد الأطراف<sup>(1)</sup>.

### ب- الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ

وفقا للمادة 1045 ق.إ.م.إ يمنع على القاضي الفصل في النزاع المتفق عليه بإحالاته للتحكيم متى وجدت اتفاقية التحكيم أو كانت الخصومة التحكيمية قائمة، ولكن طبقا لمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" يمكن أن يتفق الأطراف على التنازل عن اللجوء للتحكيم إما صراحة أو ضمنا وبالتالي يؤول الاختصاص للقضاء الوطني.

منح المشرع للقاضي سلطات يتدخل بموجبها في النزاع المطروح على التحكيم في عدة مراحل من الخصومة التحكيمية لتقديم المساعدة للمحكمة التحكيمية وذلك في حالات استثنائية تتلخص فيما يلي:

**1- المساعدة في تعيين المحكم أو المحكمين:** الأصل أن تعيين المحكم أو استبداله أوردته يكون باتفاق الأطراف ولكن في حالة عدم الاتفاق على التعيين أو غياب اتفاق الأطراف أو طلب أحد الطرفين المساعدة لعزل أو استبدال المحكم، يقوم الطرف المستعجل برفع الأمر إلى القاضي المختص وذلك وفقا لما جاء في المادة 1041<sup>(2)</sup> من ق.إ.م.إ التي تنص أنه: «في حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم يجري في الجزائر، أو إلى رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر، وإذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم، يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ».

<sup>1</sup> - بودودة سعاد، مرجع سابق، ص 102 وما بعدها.

<sup>2</sup> - قانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ، مرجع سابق.

2- تدخل القاضي في مسألة رد المحكمين: إذا لم يتضمن نظام التحكيم كليات تسوية النزاعات حول إجراءات رد المحكمين أو عجز الأطراف على الاتفاق على عدة إجراءات، يقوم القاضي بالفصل بأمر وذلك بناء على طلب لمن يهمله التعجيل ويكون هذا الأمر غير قابل لأي طعن وذلك وفقا للمادة 7/6/1016<sup>(1)</sup> من ق.إ.م.إ التي تنص أنه: «في حالة النزاع، إذا لم يتضمن نظام التحكيم كليات تسوية أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمله التعجيل، هذا الأمر غير قابل لأي طعن».

3- تقديم المساعدة في تشكيل محكمة التحكيم: في حالة عدم اتفاق أطراف النزاع حول تشكيل محكمة التحكيم لأي سبب كان أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، أجاز المشرع الجزائري لرئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه بتعيين المحكم أو المحكمون وذلك وفقا للمادة 1/1009<sup>(2)</sup> من ق.إ.م التي تنص أنه: «إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه».

4- تدخل القاضي في المسائل التي تخرج عن ولاية محكمة التحكيم: يتدخل المشرع الجزائري بتحديد مهمة المحكمين وذلك في ظرف 4 أشهر في حالة عدم اتفاق الأطراف حول تحديدها ولكن يمكن تمديدها إما باتفاق الأطراف وإذا لم يتم ذلك يتم وفقا لنظام التحكيم، وفي حالة غياب كل هذه الحالات يتدخل رئيس المحكمة المختصة ليقوم بتمديد مهمة المحكمين وذلك وفقا للمادة 2/1/1018<sup>(3)</sup> من ق.إ.م التي تنص أنه: «يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجلا لإنهائه، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف (4) أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم. غير أنه يمكن تمديد هذا

1- قانون 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ، مرجع سابق.

2- القانون نفسه.

3- القانون نفسه.

الأجل بموافقة الأطراف، وفي حالة عدم الموافقة عليه، يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم، وفي غياب ذلك، يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة».

كما يتدخل القاضي في المسائل المتعلقة بالطعن بالتزوير مدنيا في ورقة قدمت للمحكمة التحكيمية، أو في حالة حصول عارض جنائي وجب على المحكمة التحكيمية بإحالة الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة، وإيقاف إجراءات التحكيم حتى يتم صدور حكم نهائي من طرف الجهة القضائية في شأن المسألة، ويستأنف سريان الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة وذلك وفقا للمادة 1021/2<sup>(1)</sup> من ق.إ.م.إ التي تنص أنه: «إذا طعن بالتزوير مدنيا في ورقة، أو إذا حصل عارض جنائي يحيل المحكمون الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة، ويستأنف سريان أجل التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة».

**5- تدخل القاضي في الطعون المتعلقة ببطلان الأحكام التحكيمية:** يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه، حيث يتم قبول الطعن ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم من المحكمة التحكيمية، كما أنه لا يتم قبول الطعن بعد تجاوز أجل شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ وهذا وفقا للمادة 1059<sup>(2)</sup> من ق.إ.م.إ التي تنص أنه: «يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 1058 أعلاه، أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه. ويقبل الطعن ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم. لا يقبل هذا الطعن بعد أجل شهر واحد (1) من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ».

**6- تدخل القاضي لإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين:** يتم الاعتراف بالحكم التحكيمي في الجزائر إذا لم يكن مخالفا للنظام العام الدولي، ويتم إصباغه بالصيغة التنفيذية

<sup>1</sup> - قانون 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ، مرجع سابق

<sup>2</sup> - القانون نفسه.

بإصدار أمر بتنفيذ الحكم الذي يصدره رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ، إذا كان مقر التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني وذلك وفقا للمادة 1051<sup>(1)</sup> من ق.إ.م.إ التي تنص أنه: « يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا اثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي. وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني».

#### 7- تدخل القاضي للمساعدة في التدابير المتخذة من طرف محكمة التحكيم: إن

محكمة التحكيم وهي بصدد الفصل في النزاع المطروح عليها أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف ما لم تنص اتفاقية التحكيم على خلاف ذلك طبقا لأحكام نص المادة 1046 من ق.إ.م.إ وطبقا لذات النص دائما، فإن امتناع أحد الأطراف عن تنفيذ التدابير المأمور بها طوعا أو إراديا فإنه يجوز عندئذ لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص والذي يطبق قانون بلده، أما في الجزائر فإن الأمر يتعلق برئيس المحكمة سواء ضمن اختصاصه الاستعجالي أو ضمن اختصاصاته الولائية التي يتدخل بموجبها عن طريق الأوامر على عرائض والتي تنفذ جبرا لاسيما وأن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد اعتبرها صراحة سندات تنفيذية طبقا لأحكام المادة 600 ق.إ.م.إ كما أن طلب محكمة التحكيم تدخل القاضي يفسر عدم تمتعها بامتيازات السلطة العامة باعتبارها تؤدي مهمة عدالة خاصة ومن أمثلة هذه التدابير الحراسة القضائية والحجوز التحفظية التي يمكن الأمر بها وتكون مؤقتة إلى غاية الفصل النهائي في موضوع النزاع.

وفي نفس السياق، بإمكان القاضي فرض ضمانات ملائمة على الطرف الذي طلب التدابير المؤقتة أو التحفظية ولمحكمة التحكيم القيام بالبحث عن الأدلة التي تفيد الوقوف على حقيقة النزاع ومن ثمة الوصول إلى حله، وعندما تستدعي الضرورة تدخل السلطة

<sup>1</sup> - قانون 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ، مرجع سابق.

القضائية لتقديم المساعدة لتوفير الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو غيرها من الحالات، فإنه يجوز لمحكمة التحكيم أو الأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة أو الطرف الذي يهمة التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم المطالبة بموجب عريضة تدخل القاضي المختص ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي وذلك طبقاً لأحكام نص المادة 1048 من ق.إ.م.إ.<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث

#### الآثار المترتبة على الغير

إن اتفاقية التحكيم تنتج آثارها بعد وقوع النزاع، حيث يقوم المحكمين المعنيين بالفصل في النزاع الذي يقوم بين الأطراف، فيمكن في العقد الأصلي الذي يتضمن اتفاقية التحكيم أن تنتقل إلى الغير غير الأطراف الذين أبرموا هذا العقد.

حسب المادة 113<sup>(2)</sup> من قانون المدني الجزائري فإنّ اتفاقية التحكيم لا ترتب آثارها على الغير بل تلزم أطرافه، لكن في هذه القاعدة ترد عليها استثناءات والدليل على ذلك حالة انتقال التحكيم إلى الخلف الخاص أو الخلف العام<sup>(3)</sup>، والمقصود بالغير هم الأشخاص الذين لا تتوافر فيهم صفة المتعاقد أو صفة الخلف الذي تتصرف إليه آثار العقد، والخلف قد يكون عاماً كما قد يكون خاصاً، فالخلف العام هو الخلف الذي يخلف سلفه في ذمته المالية كلها أو في حصة منها، كالوارث والشخص المعنوي الذي يندمج فيه شخص آخر<sup>(4)</sup>، أما الخلف الخاص فهو من يخلف الشخص في ذمته المالية كلها أو في جزء شائع منها كالمشتري

<sup>1</sup> - راجع كل من المواد: 1046، 600، 1048 من القانون 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ.، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - راجع المادة 113 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - تعويلت كريم، مرجع سابق، ص 65.

<sup>4</sup> - مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 468.

والموهوب له والموصى له بعين معينة<sup>(1)</sup>، حيث يختلف إلزام العقد للخلف بحسب ما إذا كان الخلف عاما (أولا) أو خاصا (ثانيا).

### أولا-الخلف العام

الأصل يمكن اعتبار الخلف العام طرفا، لأنه يأخذ حكم الطرف بالنسبة للتصرف الذي أبرمه سلفه، و كمثل على ذلك إذا توفي احد الطرفين انتقلت الحقوق الناشئة له عن العقود التي يكون قد تم إبرامها قبل وفاته، وتنتقل كذلك الالتزامات التي تكون قد نشأت على عاتقه.

ونلاحظ أنّ الالتزامات لا تنتقل إلى الخلف العام إلا في حدود ما آل إليها من التركة، ولكن قد يرد استثناء عن الأصل للخلف العام من الغير حيث أنّ العقد نشأت عنه التزامات وحقوق وانتقالها إلى الخلف العام ليس إلا أصلا عاما يقبل الاستثناء، وهذا الاستثناء قد يكون مصدره اتفاق طرفي العقد وقد يكون مصدره القانون، كما قد يرجع إلى طبيعة التعامل، فإذا تحقق الاستثناء كان الخلف العام في حكم الغير بالنسبة للعقد الذي أبرمه، وفي الحالات التي ينقضي فيها العقد وذلك بوفاة طرفيه ولا تنتقل الحقوق والالتزامات الناشئة عنه، قد يرد شرط التحكيم في العقد الأصلي أي يكون مدرجا في العقد المنقضي. فانقضاء العقد الأصلي ونهايته قد يكون بموت أحد طرفيه بحيث لا يؤثر في شرط التحكيم الملحق به فيبقى الشرط قائما، ويصبح الخلف العام ملزما به<sup>(2)</sup>، مع العلم أنّ اتفاقية التحكيم هي اتفاق قضائي وإجرائي مضمونها يحتوي على حقوق والتزامات إجرائية وليست حقوق والتزامات مالية تدخل في حدود التركة<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> طيار محمد سعيد، مرجع سابق، ص 68.

<sup>2</sup> مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 468-470.

<sup>3</sup> تعويلت كريم، مرجع سابق، ص 68.

ثانيا- الخلف الخاص

تقتصر خلافة الخلف الخاص لسلفه على حق معين من الحقوق أو على التزام معين من الالتزامات، ومن هذا المنطلق فنطاق البحث في امتداد أثر العقود التي ينشئها السلف ومن بينها اتفاقية التحكيم إليه يقتصر على ما يتعلق منها بالحق أو الالتزام الذي انتقل إليه أو بالشيء الذي يرد عليه هذا الحق<sup>(1)</sup>. فانتقال أثر اتفاقية التحكيم إلى الخلف الخاص يجب بالضرورة انتقال أثر العقد الأصلي إليه، سواء ذلك بنص قانوني أو اتفاقي ويجب أن تتوفر شروط معينة بحيث لا بد أن تكون الحقوق والالتزامات موضوع هذا الانتقال من مستلزمات العقد الأصلي هذا من جهة<sup>(2)</sup>، ولكن من جهة أخرى يجب توفر شرط العلم لأن الأمر يختلف إذا كانت اتفاقية التحكيم موجودة في العقد الأصلي الذي ينتقل إلى الخلف الخاص، حيث يفترض في الحالة الأولى أن يكون العلم بشرط التحكيم متحققا بالضرورة تبعا لتحقيق العلم بالعقد الأصلي، أما الحالة الثانية وهي الحالة التي تكون فيها اتفاقية التحكيم منفصلة عن العقد الأصلي وفي هذه الصورة يكون بمقدور الخلف أن يتمسك بعدم انتقال اتفاقية التحكيم إليه رغم انتقال العقد الأصلي إليه<sup>(3)</sup>.

نجد في مجال التحكيم التجاري الدولي الخلافة عن طريق الحلول وهو يعد المثال الشائع بحيث يتحقق ذلك في عقود ضمان الاستثمارات ضد الأخطار السياسية، كما نصت عليه معظم الاتفاقيات الثنائية في مجال ترقية وحماية الاستثمارات التي أبرمتها الجزائر. وقد تمّ تكريس الحلول في القانون المدني الجزائري بما أنه يتم بحوالة العقد، لأنه ينظم حوالة الدين، فيتم انتقال اتفاقية التحكيم إلى الخلف الخاص بالتوقف على حوالة العقد الأصلي وإقرارها<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 481.

<sup>2</sup> - تعويلت كريم، مرجع سابق، ص 66.

<sup>3</sup> - مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 486.

<sup>4</sup> - تعويلت كريم، مرجع سابق، ص 67.

## المطلب الثاني

### انقضاء اتفاقية التحكيم

تعتبر اتفاقية التحكيم المصدر الذي يأتي منه التحكيم، وعلى أساسها يتم فصل النزاع، حيث أنها تتميز بخصوصيات معينة إذ يشمل موضوعها إجراءات التقاضي أمام قضاء خاص مواز للقضاء العادي. وباعتبارها عقدا كغيرها من العقود فهي عرضة لبعض العوارض تنقضي بها إذ أنها تنقضي بالأسباب المقررة لانقضاء العقد وفقا للقواعد العامة، بالرغم من استقلالها عن العقد الأصلي<sup>(1)</sup>، بحيث لا تتأثر اتفاقية التحكيم بما يتعرض له العقد الأصلي من فسخ أو بطلان أو إنهاء فهي بذلك مستقلة عن العوارض التي قد تلحق بالعقد الأصلي، ونظرا لما لاتفاقية التحكيم من ذاتية خاصة فإنها تنقضي أيضا لأسباب أخرى ترتبط بطبيعتها الخاصة.

وعليه، فاتفاقية التحكيم تنقضي بأسباب عامة وخاصة وهو الأمر الذي سوف نتصدى إليه في (الفرع الأول) ثم بعدها نتطرق إلى الآثار التي تترتب على هذا الانقضاء في (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### أسباب انقضاء اتفاقية التحكيم

تنتهي اتفاقية التحكيم لأسباب مختلفة إما لأسباب عامة (أولا) وإما لأسباب أخرى ترتبط بطبيعتها الخاصة (ثانيا).

#### أولا- انقضاء اتفاقية التحكيم بأسباب عامة:

تنقضي اتفاقية التحكيم وفقا للأسباب التالية:

<sup>1</sup> - سنتطرق بالتفصيل لاستقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي في الفصل الثاني.

أ- صدور الحكم النهائي من المحكم في النزاع موضوع التحكيم

تتقضي اتفاقية التحكيم إذا صدر حكم نهائي من المحكم في النزاع موضوع التحكيم، ومهما كان الحكم التحكيمي الذي تم إصداره في الموضوع سواء كان صحيحاً أو غير صحيح أي باطلاً، فلا يمكن عرضه مرة أخرى على التحكيم وذلك بسبب استنفاد الهيئة في الفصل في النزاع موضوع الاتفاق التحكيمي<sup>(1)</sup>، ويقصد بموضوع التحكيم كل المسائل المتنازع عليها الخاضعة للتحكيم والتي فصل المحكم فيها، ولكن قد يختلف الأمر عندما يتم تنفيذ العقد التجاري الدولي أولاً ينفذ أو يتم فسخه، فإن شرط التحكيم المدرج فيها يظل قائماً وله آثار قانونية في حالة نزاع جديد ينشأ بمناسبة هذه العلاقة التعاقدية بين أطرافها<sup>(2)</sup>.

وعليه، فصدور الحكم المنهي للنزاع، لا يؤدي إلى المنع من استمرار وجود العقد الأصلي بعرض نزاع جديد نشأ بين الطرفين، بشرط أن لا يكون قد تم الفصل فيه في دعوى تحكيمية سابقة، فاتفاقية التحكيم لا تنقضي بصفة مطلقة بل تنقضي نسبياً<sup>(3)</sup>، بمعنى أن هذه الأخيرة تنقضي فيما تم الحكم فيه من المنازعات، وتظل سارية ومنتجة لآثارها على باقي المنازعات الأخرى، فعلى هيئة التحكيم أن تقوم بالفصل في جميع المسائل المتعلقة بالنزاع المعروف عليها، فإن نسيت أو أغفلت بعض منها بعد النطق بالحكم فتفقد بذلك سلطة الفصل فيها، فتقوم المحكمة القضائية المختصة أصلاً بالفصل في النزاع ولكن لا يحصل ذلك ما لم يتفق الأطراف بعرض النزاع على التحكيم من جديد، وذلك إما بالاتفاق على عرضه على هيئة جديدة أو عرضه على الهيئة السابقة التي قامت بالفصل في موضوع النزاع<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الحميد علي الزيايدي، اتفاق التحكيم التجاري (دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية والقانونين المصري والليبي)، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2014، ص 415.

<sup>2</sup> - FOUCHARD (PH.), GAILLARD (E.), GOLDMAN (B.), Op-cit, p459.

<sup>3</sup> - محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 2011، ص 163.

<sup>4</sup> - عبد الحميد علي الزيايدي، مرجع سابق، ص 415.

ب-انقضاء المدة المقررة للتحكيم

من صفات اتفاقية التحكيم أنها تتميز بالمرونة، حيث يستطيع الأطراف أن يدرجوا فيها ما شاءوا من الاتفاقيات بشرط أن لا تكون مخالفة للنظام العام الدولي<sup>(1)</sup>.

وتنص المادة 1/1018<sup>(2)</sup> من ق.إ.م.إ على أنه: «يكون اتفاق التحكيم صحيحاً ولو لم يحدد أجلاً لإنهائه، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة (4) أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم»، وعليه فإن المشرع الجزائري اعتبر اتفاق التحكيم صحيحاً حتى وإن لم يتم تحديد أجل لإنهائه من طرف الأطراف، أي هنا يظهر مبدأ سلطان الإرادة في حرية الأطراف في تحديد أجل إنهاء التحكيم، فإن لم يتفقوا على تحديد الأجل فلا يؤدي ذلك لإبطال اتفاقية التحكيم بل تكون صحيحة، وفي هذه الحالة يتم إصدار الحكم في الموعد المحدد بنص القانون وهي في ظرف (4) أشهر للفصل في النزاع ويبدأ حساب هذه المدة إما من تاريخ تعيين المحكمين أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم.

ثانياً-انقضاء اتفاقية التحكيم لأسباب خاصة

إن الطبيعة المتميزة لموضوع اتفاقية التحكيم منحت لها خصوصية يظهر أثرها في الأسباب الخاصة لانقضائها وفقاً لما يلي:

أ-انقضاء التحكيم بوفاة أحد المحكمين

يختلف انقضاء اتفاقية التحكيم بوفاة أحد المحكمين بحسب اتجاه إرادة الأطراف في اتفاقية التحكيم حيث:

- في حالة اتفاق الأطراف على تعيين المحكم بعينه أي تم تحديده من طرفهم وبارادتهم، فإن وفاته أو حالة رفضه القيام بالمهمة التي وكلت له بشرط أن يقوم بتبرير رفضه، أو في حالة تنحيته أي رده لأسباب معينة جاءت على سبيل الحصر في المادة

<sup>1</sup>- صديق بغداد، مرجع سابق، ص 142.

<sup>2</sup>- قانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ، مرجع سابق.

1016<sup>(1)</sup> من ق.إ.م.إ، وكذلك في حالة حصول مانع له يمنع من مزولة مهمته على أكمل وجه، فوفقاً لهذه الحالات تنقضي اتفاقية التحكيم لأنّ الأطراف انصرفت إرادتهم إلى تعيين المحكم بشخصه فلا يمكن استبداله بشخص آخر، لكن ما لم يوجد شرط مخالف أي ما لم يتفق الأطراف على وضع شرط بعدم انقضاء اتفاقية التحكيم في حالة وفاة المحكم أو رفضه القيام بمهمته بمبرر أو حصول مانع له.

– أما في حالة اتفاق الأطراف على استبدال احد المحكمين ففي هذه الحالة فإن الأطراف لم يتفقوا على تعيين محكم بعينه، فوفاة أحد المحكمين أو تعرضه للحالات السالفة الذكر لا يؤدي إلى انقضاء اتفاقية التحكيم لان الأطراف يمكنهم استبدال المحكم بمحكم آخر.

كما أنه يمكن أن يتم استبدال المحكم من احد المحكمين أو المحكمين الباقيين وذلك بوفاة احد المحكمين أو تنحيته أو رفضه القيام بالمهمة بمبرر، فيتم تعيين محكم جديد بنفس الإجراءات التي تم بها تعيين المحكم السابق الذي تم استبداله.

– أما في حالة عدم اتفاق الأطراف على كيفية تعيين المحكم أو المحكمون أي إذا وجدت صعوبة في عملية تشكيل محكمة التحكيم بسبب أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، فيتم بذلك تعيينهم بتدخل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه، وأما إذا ورد شرط التحكيم باطلاً أو غير كاف ليتم به تشكيل محكمة التحكيم، فيقوم رئيس المحكمة بمعاینته ويقوم بالتصريح بالأوجه للتعيين، وهذا وفقاً لما جاء في المادة 1/1024<sup>(2)</sup> من ق.إ.م.إ التي تنص أنه: «ينتهي التحكيم بوفاة المحكمين أو رفضه القيام بمهمته بمبرر أو تنحية أو حصول مانع له، ما لم يوجد شرط مخالف،

<sup>1</sup> - قانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - تشير إلى أن المادة 1009 من ق.إ.م.إ تنص أنه: «إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم، بفعل احد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه.

إذا كان شرط التحكيم باطلاً أو غير كاف لتشكيل محكمة التحكيم، يعين رئيس المحكمة ذلك ويصرح بالأوجه للتعيين.»

أو إذا اتفق الأطراف على استبداله من قبل المحكم أو المحكمين الباقين، وفي حالة غياب الاتفاق تطبيق أحكام المادة 1009 أعلاه».

### ب- انقضاء اتفاقية التحكيم بإرادة الأطراف

تعتبر الإرادة هي جوهر نظام التحكيم ويتم سريانها من انعقاد اتفاقية التحكيم إلى غاية انقضائها، فاتفاقية التحكيم تنشأ باتفاق إرادة الأطراف وبالتالي فالاتفاق على إنهائها قد يرد إما صراحة أو ضمناً، فقد يتم الإنهاء صراحة سواء بموجب وثيقة مكتوبة من طرفهم أو عن طريق إعلانات متبادلة على يد محضر أو عن طريق مراسلات أو برقيات متبادلة يتم فيها توضيح رغبتهم في إنهاء اتفاقية التحكيم<sup>(1)</sup>، أما إذا تمّ الإنهاء ضمناً وذلك عن طريق لجوء أحد الأطراف إلى المحكمة المختصة أصلاً أي اللجوء للقضاء العادي لتقوم بالفصل في النزاع القائم بينهما، وبالتالي يقوم الطرف الآخر بالحضور ومتابعته للمحاكمة وتقديم دفعه الموضوعية دون الاحتجاج بوجود اتفاقية التحكيم<sup>(2)</sup>، لكن لا يعتبر دائماً لجوء احد طرفي النزاع إلى القضاء العادي أنه تنازل عن اللجوء إلى التحكيم، فلا يعتبر تنازلاً عن اتفاقية التحكيم في حالة لجوء احد طرفي النزاع إلى القضاء المستعجل ليطالب من القاضي اتخاذ بعض الإجراءات الوقتية أو التحفظية بشأن موضوع النزاع إلى غاية الفصل النهائي في الموضوع وقيام الطرف الثاني بالحضور وتقديم طلباته دون الاحتجاج بوجود اتفاقية التحكيم، فعدم الدفع بالاتفاقية لا يعتبر تنازلاً حتى وإن كان الفصل في المنازعات المستعجلة من اختصاص المحكمة التحكيمية إلاّ أنّه لا يمنع القضاء من النظر فيها، كما يعتبر بمثابة تعاون بين القضاء والمحكمة التحكيمية<sup>(3)</sup>.

كذلك قد تنور عدّة منازعات بين الطرفين حيث أنّ اللجوء للقضاء في إحدى هذه المنازعات كالمنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد أو المنازعات المتعلقة بتفسيره، مثلما هو الحال

<sup>1</sup> - محمود سمير الشراوي، مرجع سابق، ص 160.

<sup>2</sup> - عبد الحميد علي الزيايدي، مرجع سابق، ص 416.

<sup>3</sup> - صديق بغداد، مرجع سابق، ص 140.

عادة في شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي، فإن رفع الدعوى أمام القضاء من احد الطرفين وقيام الآخر بالحضور وتقديم طلباته دون الاحتجاج باتفاقية التحكيم لا يعتبر تنازلاً عن اتفاقية التحكيم فلا تؤثر هذه المنازعة التي تم فيها الفصل أمام القضاء بالنسبة للمنازعات المستقبلية التي قد تثور مستقبلاً من أن يتم الفصل فيها عن طريق التحكيم<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني

#### آثار انقضاء اتفاقية التحكيم

بعد انقضاء اتفاقية التحكيم يعود الأطراف من جديد إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرامهم للاتفاقية أي قبل الاتفاق على إحالة النزاع الناشئ بينهما للتحكيم، وبذلك من الطبيعي أن تترتب آثار قانونية عن انقضاء اتفاقية التحكيم سواء بالنسبة لانقضاء صلاحية محكمة التحكيم (أولاً) أو بالنسبة للأحكام التمهيدية أو الجزئية الصادرة قبل الانقضاء (ثانياً) أو بالنسبة للإجراءات المتخذة قبل الانقضاء (ثالثاً).

#### أولاً-انقضاء صلاحية محكمة التحكيم

قد تظهر أسباب تؤدي لانقضاء اتفاقية التحكيم وذلك قبل الفصل في الدعوى من قبل محكمة التحكيم، وقد يكون بسبب الفصل فيه من قبل هذه المحكمة<sup>(2)</sup>، فيجب أن نفرق بين هاتين الحالتين حيث:

- في الحالة الأولى: والمتمثلة في انقضاء اتفاقية التحكيم قبل الفصل في الدعوى

من قبل محكمة التحكيم يترتب عنه زوال صلاحية محكمة التحكيم في الفصل في النزاع ويتم إحالة النزاع إلى القضاء لأنه صاحب الاختصاص الأصلي للفصل بين أفراد المجتمع<sup>(3)</sup>، وإذا قامت المحكمة التحكيمية بالمواصلة بالفصل في النزاع رغم انقضاء اتفاقية

<sup>1</sup> - مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص561 وما بعدها.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص567.

<sup>3</sup> - محمود سمير الشرفاوي، مرجع سابق، ص164 وما بعدها.

التحكيم فيعد حكمها الصادر باطلا ولا حجية له، فإذا طلب أحد الأطراف تنفيذه رغم بطلانه، فيكون للطرف الآخر أن يدفع بالبطلان<sup>(1)</sup>، ولكن استثناء يمكن أن يقبل الطرف الآخر تنفيذ الحكم رغم علمه ببطلانه للحكم وعدم التمسك به إذ أنّ هذا البطلان لا يتعلق بالنظام العام، فقد يتفق الأطراف صراحة أو ضمنيا على قبول حكم التحكيم رغم صدوره بعد انقضاء اتفاقية التحكيم.

وعليه، يذهب الفقه إلى اعتبار بطلان حكم المحكم الصادر بعد انقضاء اتفاقية التحكيم أنّه لا يتعلق بالنظام العام، وأنّ إرادة الأطراف بتراضيتهم على حكم التحكيم الصادر بعد انقضاء اتفاقية التحكيم يكسب ذلك الحكم حجية الأمر المقضي فيه ويتم الأخذ به وقد يكون صريحا أو ضمنيا، كما يعتبر تنازلا عن التمسك بالبطلان ولكن بشرط أن يتم إثبات تنازل الخصم عن التمسك بالبطلان ورضاه بهذا الحكم.

فيعتبر بذلك اتفاق الأطراف على تنفيذ الحكم رغم بطلانه بمثابة صلح بينهما، ويكون له قوة الإلزام التي للصلح لا للتحكيم<sup>(2)</sup>.

- أما في الحالة الثانية: المتمثلة في انقضاء اتفاقية التحكيم بعد الفصل في الدعوى التحكيمية، فإنّ الحكم الصادر من المحكمة التحكيمية يعد منهيًا للخصومة، ويتم اتخاذ إجراءات تنفيذه، ويكون حكم التحكيم الحجية القانونية بين الأطراف حتى وإن لم يتخذ بعد الصيغة التنفيذية وفقا للمادة 1031<sup>(3)</sup> من ق.إ.م.إ. وبذلك لا يجوز لهيئة التحكيم التي أصدرت الحكم أن تقوم بالنظر فيه من جديد، كما لا يجوز للأطراف عرض النزاع من جديد على محكمة تحكيمية أخرى أو على القضاء الوطني لأنّه تم الفصل في النزاع ولكن استثناء يمكن للأطراف العودة للمحكمة التحكيمية التي فصلت في النزاع بعرض النزاع ولكن من

<sup>1</sup> - عبد الحميد علي الزيايدي، مرجع سابق، ص 435.

<sup>2</sup> - مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 567 وما بعدها.

<sup>3</sup> - قانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ.، مرجع سابق.

أجل تفسير الحكم أو تصحيح الأخطاء المادية والإغفالات التي تشوبه وفقا للمادة 2/1030<sup>(1)</sup>.

### ثانيا- الأحكام التمهيدية أو الجزئية الصادرة قبل الانقضاء

قد يتحقق سبب انقضاء اتفاقية التحكيم بعد بدء إجراءات التحكيم، ومباشرة محكمة التحكيم مهامها، وقبل صدور حكم المحكمة المنهي للخصومة<sup>(2)</sup>، حيث نجد أنّ المقرر في الفقه والقضاء أنّه بالنسبة للأحكام الأولية أو التمهيدية التي أصدرتها المحكمة التحكيمية منتجة لأثارها ونفس الشيء بالنسبة للأحكام التي أصدرتها في شق من موضوع النزاع وذلك قبل انقضاء اتفاقية التحكيم التي تبقى منتجة لأثارها في حالة كون موضوع النزاع قابل للتجزئة بحيث إذا تم الفصل في شق منه لا يؤثر على السير في موضوع النزاع فإنّ لم يكن موضوع النزاع قابلا للتجزئة فلا تنتج أثارها ولا يعتد بذلك الحكم<sup>(3)</sup>.

كما نجد أيضا، أنّه في حالة تفويض محكمة التحكيم بالصلح وإصدارها حكم في شق من الموضوع وذلك قبل انقضاء اتفاقية التحكيم، فيترتب عن الانقضاء زوال اثر هذا الحكم في جميع الأحوال<sup>(4)</sup>، وعليه، يجب التفريق بين أثر بطلان اتفاقية التحكيم وانقضائها بحيث أنّه في الحالة الأولى يترتب زوال الأحكام التي أصدرتها المحكمة التحكيمية قبل الفصل في الموضوع، وإعمالا للأثر الرجعي للبطلان، أما بالنسبة للحالة الثانية فالانقضاء لا يحدث أثره إلا في المستقبل دون الماضي<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup>- قانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ، مرجع سابق.

وكذلك أنظر: عبد الحميد علي الزيايدي، مرجع سابق، ص424 وما بعدها.

<sup>2</sup>- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص568.

<sup>3</sup>- عبد الحميد علي الزيايدي، مرجع سابق، ص438.

<sup>4</sup>- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص569.

<sup>5</sup>- محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص166.

ثالثاً- الإجراءات المتخذة قبل الانقضاء

إذا تم اتخاذ إجراءات الإثبات أمام المحكمة التحكيمية قبل انقضاء اتفاقية التحكيم فإنّ الفقه والقضاء الفرنسي لا يعتبرها إجراءات قضائية فالقضاء الوطني لا يعتد بها بعد رفع الدعوى أمامه للفصل في النزاع<sup>(1)</sup> كإجراءات الخبرة أو سماع الشهود وغير ذلك من الإجراءات التي تتخذها المحكمة التحكيمية<sup>(2)</sup>، إلاّ أنّ هذا لا يمنع من إمكانية الأخذ بها على سبيل الاستئناس إذا تم تدوينها في محاضر جلسات التحكيم أو مدونة في تقارير مكتوبة. وعليه، فعلى المحكمة أن تقوم باتخاذ إجراءات جديدة عوض الإجراءات التي اتخذت من طرف المحكمة التحكيمية<sup>(3)</sup>، أما إذا كانت إجراءات الإثبات المتخذة من طرف المحكمة التحكيمية متمثلة في إقرار حق أو التنازل عن حق في محاضر جلسات التحكيم من طرف أحد الخصوم، حيث يقر هذا الأخير بتنازله عن طريق كتابة هذا الإقرار أو التنازل فيمكن لصاحب المصلحة أن يستفيد منه كحجة أمام القضاء الوطني<sup>(4)</sup>، بشرط ثبوته في محضر الجلسة والتوقيع عليه من طرف المعني ومن المحكم<sup>(5)</sup>، إلاّ أنّه انتقد من البعض لعدم اعتباره إقراراً قضائياً لعدم صدوره من طرف القضاء الوطني، ولكن البعض الآخر يعتبره إقراراً قضائياً بحجة أن المحكم يحل محل القاضي في التحكيم<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup>- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 569.

<sup>2</sup>- محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 166.

<sup>3</sup>- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 569 وما بعدها.

<sup>4</sup>- عبد الحميد علي الزيايدي، مرجع سابق، ص 437.

<sup>5</sup>- محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 166.

<sup>6</sup>- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 570.

### خلاصة الفصل الأول

بما أن اتفاقية التحكيم التجاري الدولي هي علاقة تعاقدية وهي نقطة البداية للتحكيم التجاري الدولي التي بواسطتها يمكن فصل النزاع الذي قد يثور بين الأطراف المتنازعة وذلك بالإرادة المشتركة، من أجل استبعاد القضاء العادي والاتجاه إلى القضاء الخاص ألا وهو التحكيم. فإنه يجب أن تتوفر فيها شروط كباقي العقود الأخرى وذلك لصحة انعقادها، وهذه الشروط يمكن استخلاصها من القواعد العامة فيما يتعلق بالشروط الموضوعية العامة، لكن فيما يخص الشروط الموضوعية الخاصة والشكلية يتم استخلاصها من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

تدخل اتفاقية التحكيم في خانة التصرفات القانونية والرضائية، حيث تترتب عنها آثار قانونية، بحيث أن تأثيرها عليها يؤدي إلى انقضاء اتفاقية التحكيم.

وعليه، فاتفاقية التحكيم تلعب دور فعال ومهم في التحكيم التجاري الدولي، كما تسهل عملية الفصل في النزاع بدون صعوبات حيث من خلالها يتم إثبات اتفاق الأطراف باتجاه إرادتهم إلى فصل النزاع عن طريق التحكيم.

يعود وجود اتفاقية التحكيم لوجود العقد الأصلي، فعن طريق هذا الأخير يتم الاتفاق على وضع اتفاقية التحكيم التي تندرج ضمنه، لذا نتساءل: هل هذه الاتفاقية مستقلة عن العقد؟ أم أنها تتأثر بالعوارض أو الأسباب التي تؤدي بالعقد الأصلي لانقضائه؟

# الفصل الثاني:

مدى استقلالية اتفاقية التحكيم  
عن العقد الأصلي

أدى تطور التحكيم التجاري الدولي كقضاء خاص لحل المنازعات التي تترتب عن إبرام العقود التجارية، إلى تأكيد مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي الذي يعتبر من المبادئ المستقرة حالياً بعدما أصبح مقبولاً في معظم التشريعات الوطنية ومنها التشريع الجزائري، وتكريسه من طرف الاتفاقيات الدولية ولوائح التحكيم الدولية وكذا الاجتهاد التحكيمي الدولي، وذلك سعياً لتحقيق الهدف الذي يسعى المبدأ في تحقيقه لحماية اتفاقية التحكيم من أي تحايل من الأطراف السيئة النية بقيام أحد الأطراف المتنازعة بالامتناع عن الاشتراك في التحكيم الذي قبله سابقاً عن إبرام العقد، وذلك بحجة بطلان العقد الأصلي الذي يستتبعه بطلان اتفاقية التحكيم كوسيلة للتهرب من التحكيم وكذا تقادي عرقلة وتماطل إجراءات التحكيم، فالمبدأ يسعى دائماً لبعث الطمأنينة الكاملة في استقرار أداء اتفاقية التحكيم للهدف المنوط بها في تسوية النزاع حتى ولو كان العقد الذي وردت فيه أو تضمنها باطلاً، وهذا ما دعم فكرة فعالية التحكيم التجاري الدولي وزاد من مصداقيته لدى الأطراف الفاعلة في حقل التجارة الدولية.

ونظراً لأهمية المبدأ انبثقت منه آثار منها المباشرة والمتعلقة بالعقد مباشرة أو تلك الآثار الغير مباشرة والمتعلقة بمبدأ الاستقلالية، كما أن تطبيقه ترد عليه بعض الاستثناءات، وعليه قسمنا الفصل إلى مبحثين، نتطرق إلى مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي في (المبحث الأول) ، ونحدد آثار وحدود المبدأ في (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي

وفقاً للمبادئ العامة في القانون المدني من تبعية الجزء للكل، ولقاعدة ما بني على باطل فهو باطل، فبطان العقد الأصلي يستتبعه بطان اتفاقية التحكيم طبقاً للمنطق، ولكن تطور فقه وقضاء التحكيم انتهى إلى نتيجة مفادها استقلال اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي<sup>(1)</sup>، حيث تم وضع عدة تعاريف لهذا المبدأ وتم تحديد أساسه القانوني (المطلب الأول)، كما تم الإقرار بالمبدأ وتكريسه من طرف الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية إضافة للوائح التحكيم الدولية والاجتهاد التحكيمي الدولي (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول

##### مفهوم مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي

يعتبر مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي من المبادئ المستقرة حالياً وليتم الوصول إلى مفهوم محدد وواضح لهذا المبدأ، تتطلب دراسة هذه الاستقلالية بيان تعريف مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي وأهميته في (الفرع الأول)، ومن ثم التطرق لتحديد أساسه القانوني (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول

##### تعريف مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي وأهميته

لم يتم وضع تعريف موحد لمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي، حيث وضعت له عدة تعاريف وبالتالي سيتم التطرق لبعض منها (أولاً)، ثم تبيان الأهمية التي يكتسبها المبدأ (ثانياً).

<sup>1</sup> - عبد الباسط محمد عبد الواسع، مرجع سابق، ص 74.

### أولاً- تعريف مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي

نظرا للأهمية البالغة التي يحضى بها مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي، فقد قُدِّمت له عدة تعاريف منها:

هناك من عرّفه بأنّه: «يقصد بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي المعنى القانوني وليس المادي، فهو لا يعني مطلقاً أنّ اتفاق التحكيم يجب أن يكون محلاً لرضاء وقبول مستقل عن الرضاء والقبول بشأن العقد الأصلي. كما أنّ هذا المبدأ لا يعني أن شرط التحكيم لا يمكنه أن يلقى ذات المصير الذي يلقاه العقد الأصلي في حالة انتقال الحقوق الناجمة عن هذا العقد»<sup>(1)</sup>.

كما يقرّ أحد المؤلفين: «أنّ استقلالية التحكيم تؤدي إلى عدم التضامن بين ذلك الاتفاق والعقد الذي يتضمنه مادياً»<sup>(2)</sup>.

يقصد بهذا المبدأ: «أن ننظر إلى شرط التحكيم الوارد في عقد على أنّه يعد عقدا قائماً بذاته ومستقلاً عنه وعن المؤثرات التي تؤثر في صحته، وأنّه إذا بطل العقد الأصلي الذي تضمنه الشرط فإنّ الشرط أي بند التحكيم يظل قائماً صحيحاً منتجا آثاره بشرط أن يكون صحيحاً بذاته»<sup>(3)</sup>.

وتمّ تعريفه أيضاً بأنّه: «هو عدم تأثر هذا الاتفاق بأي عيب يشوب العقد الأصلي فبطلان هذا الأخير مثلاً، يبقى اتفاق التحكيم الوارد فيه صحيحاً، كما أنّ القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع قد يختلف عن القانون المطبق على اتفاقية التحكيم»<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 43.

- في نفس المعنى، أنظر: عاطف شهاب، اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي طبيعته، نشأته، انعقاده، صحته، 2002، ص 304.

<sup>2</sup> - قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمار، دار هوم، الجزائر، 2004، ص 226.

<sup>3</sup> - عبد الباسط محمد عبد الواسع، مرجع سابق، ص 74 وما بعدها.

<sup>4</sup> - عيساوي محمد، مرجع سابق، ص 33.

أما المشرع الجزائري لم يقدم تعريفاً لمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي إلا أنه قام بتكريسه وذلك وفقاً للمادة 3/1040<sup>(1)</sup> من ق.إ.م.إ.

### ثانياً - أهمية مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي

إنّ عدم الاعتراف باستقلالية اتفاقية التحكيم يؤدي إلى ربط بين شرط التحكيم بالعقد الأصلي الذي يتضمنه، فينتج عنه عدم السير في إجراءات التحكيم إلى حين قيام الجهة القضائية بالفصل في المنازعات التي تتعلق باختصاص الهيئة التحكيمية أو بعدم اختصاصها، أي بمجرد أن يقوم أي طرف في النزاع بالدفع بعدم صحة العقد الأصلي يؤدي إلى عدم اختصاص هيئة التحكيم في الفصل في النزاع.

كما يؤدي الربط بين اتفاقية التحكيم والعقد الأصلي عندما يقوم أحد الأطراف بالطعن في هذا العقد بأحد أسباب البطلان إلى عدم إمكان المحكم في الفصل في المنازعات التي تتعلق بالعقد الأصلي، إذ لا يمكن أن نتصور أن يفصل المحكم في صحة عقد هو مصدر سلطته وبالتالي يؤول الاختصاص في الفصل في المنازعات للقضاء العادي في الفصل في صحة العقد الأصلي<sup>(2)</sup>.

أما إذا تم الاعتراف بمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي، وكان هذا الأخير يشوبه البطلان، فبطلان العقد الأصلي لا يستتبعه بطلان اتفاقية التحكيم، وبالتالي يؤول الاختصاص للهيئة التحكيمية في الفصل في اختصاصها أو عدمه وكذا في صحة العقد الأصلي والنزاعات التي تنشأ عنه، وفي صحة إجراءات التحكيم حتى إصدار حكم التحكيم<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - راجع المادة 3/1040 من قانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - أسامة أحمد حسين أبو القمصان، مرجع سابق، ص 33.

<sup>3</sup> - رضوان عبيدات، الآثار الإيجابية لاتفاق التحكيم التجاري وفق أحكام القانون الأردني والمقارن، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 38، العدد 2، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 2011، ص 653.

وعليه، فالعوارض التي تلحق بالعقد الأصلي من بطلان أو فسخ لا تؤدي إلى بطلان اتفاقية التحكيم، وهذا ما يعبر عنه باستقلالية اتفاقية التحكيم، فبالرغم من أن هذه الأخيرة تدرج ضمن العقد الأصلي في صورة شرط التحكيم، إلا أنها لها ذاتية وخصوصية متميزة ومستقلة عن العقد الأصلي<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني

#### الأساس القانوني لمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي

يعتبر مبدأ الاستقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي من المبادئ المستقرة في نظام التحكيم التجاري الدولي، حيث أن هذا المبدأ يخص شرط التحكيم فقط دون اتفاق التحكيم لأن شرط التحكيم يتم الاتفاق عليه وإدراجه في العقد الأصلي، أما اتفاق التحكيم فيتفق عليه بعد نشوء النزاع ويرد منفصلا عن العقد الأصلي فلا يتم الأخذ به، فمنطقيا بما أن شرط التحكيم يرد ضمن العقد الأصلي فحتما يتأثر بالعوارض التي تلحق بالعقد، إلا أنه تم الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم وبتكريسه والاعتراف به من طرف الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية وكذا تطبيقه في لوائح التحكيم الدولية والاجتهاد التحكيمي الدولي، وعليه سيتم التطرق لدراسة الأساس القانوني لمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي، حيث حاول جانب من الفقه في تفسير الأساس القانوني للمادة، ولكنهم اختلفوا في الحلول المقدمة، فيستند البعض على نظرية البطلان الجزئي للتصرفات القانونية (أولا) أما البعض الآخر استندوا على نظرية ازدواجية العقد (ثانيا).

#### أولا- نظرية البطلان الجزئي للتصرفات القانونية

إن أصحاب هذه النظرية يستندون لإقرار استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي للقواعد العامة في القانون المدني طبقا لنظرية البطلان الجزئي للتصرفات القانونية، حيث

<sup>1</sup> - عاطف شهاب، مرجع سابق، ص 305.

يعتبرون أنه يمكن أن يكون التصرف القانوني صحيحا، رغم ورود احد بنوده أو أجزاءه باطلة، فالعقد قد يكون باطلا في جزء أو في بند وصحيحا في جزء أو بند آخر إلا أنه يبقى صحيحا ومنتجا لآثاره، وهذا ما ينطبق على العقد الدولي الخاص<sup>(1)</sup>.

مفاد هذه النظرية أنها تفترض بطلان العقد الأصلي في جزء منه دون الآخر أي عدم بطلانه بالكامل، إذ يمكن أن يتم إزالة الجزء الباطل وإبقاء الجزء الآخر الذي يعتبر صحيحا، وعليه، إذا تعرض العقد الأصلي للبطلان، تتأثر اتفاقية التحكيم ببطلانه رغم ورودها ضمن العقد في صورة شرط التحكيم وبالتالي تبقى اتفاقية التحكيم صحيحة إذا توفرت شروطها والعكس صحيح<sup>(2)</sup>.

وبالعودة إلى القواعد العامة في القانون المدني، نجد أنه يقتضي لتطبيق هذه النظرية أن تتوفر شروط معينة من أهمها أن تكون الشروط التي ترد في العقد والتي تعتبر صحيحة ذات أهمية بالغة بمقارنتها مع الجزء الباطل الذي يعد ذات أهمية قليلة، بمعنى لبقاء العقد صحيحا رغم بطلان شرط من شروطه لابد أن لا يكون هذا الشرط السبب في إبرام العقد فلولاها لما أبرم العقد، فإن كان ذات أهمية بالغة فيبطل العقد بكامله.

أما إذا كان الشرط ليس له أهمية بالغة بمقارنته بالشروط الأخرى المدرجة في العقد، وبعدم اعتباره السبب الرئيسي لإبرام العقد، فيبطل الشرط ويبقى العقد صحيحا وهذا طبقا للمادة 104<sup>(3)</sup> من ق.م.ج التي تنص على أنه: «إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله».

<sup>1</sup> - تعويلت كريم، مرجع سابق، ص 94.

<sup>2</sup> - مصطفى ناطق صالح مطلوب، مرجع سابق، ص 132.

<sup>3</sup> - القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

وعليه، لاعتبار العقد صحيحاً أو باطلاً تعتمد النظرية على معيار أهمية الجزء سواء كان باطلاً أو قابلاً للإبطال بالنسبة للعقد.

إلا أن الأستاذ "تعويلت" يرى أن النظرية لا تصلح كأساس لمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي وفقاً للأسباب التالية:

- عدم إمكانية النظرية من تفسير بقاء اتفاقية التحكيم وإنتاج آثارها عند تعرض العقد الأصلي للعوارض التي تؤدي لإبطاله أو فسخه أو انقضائه، رغم أنها المسألة التي تطرح في مجال التحكيم التجاري الدولي، ومن أجلها تم الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم لتفادي عرقلة وتعطيل إجراءات التحكيم.

- حتى في الحالة الأولى، وإن كانت نظرية البطلان الجزئي للتصرفات القانونية يمكن أن تفسر عدم تأثر العقد الأصلي بالعوارض التي تؤدي لإبطال أو فسخ أو انقضاء اتفاقية التحكيم، إلا أنه عملياً لا يمكن تطبيقها لأن المعيار الذي تم الأخذ به من طرف أصحاب النظرية المتمثل في معيار أهمية الجزء يعتبر معيار غير دقيق ويصعب تجسيده.

- تعتبر اتفاقية التحكيم ذات أهمية بالغة حيث يمكن أن يؤدي عدم وجودها أو بطلانها لعدم إبرام العقد وهذا راجع لكون اللجوء إلى التحكيم بواسطة اتفاقية التحكيم في العقود الدولية بمثابة ضمان ليتم إبرام العقد، كما أن عملية إثبات أهمية الجزء أو الشرط لها صعوبة بالغة، بسبب اختلاف موضوع الشرط المتعلق بتحديد إجراءات تسوية المنازعات عن موضوع العقد الأصلي المتعلق بالالتزامات الموضوعية التي يتم تحديدها بين الأطراف<sup>(1)</sup>.

في اعتقادنا، وبالأخذ بالأسباب السالفة الذكر، فإن هذه النظرية لا تصلح كأساس لمبدأ الاستقلالية.

<sup>1</sup>- تعويلت كريم، مرجع سابق، ص 95 وما بعدها.

وعليه، ذهب الفقهاء المعارضين لنظرية البطلان الجزئي للتصرفات القانونية بوضع نظرية أخرى تفسر الأساس القانوني لمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي<sup>(1)</sup>.

### ثانياً- نظرية ازدواجية العقد

يرى أصحاب هذه النظرية، أن اتفاقية التحكيم عبارة عن عقد آخر لها طبيعة مختلفة فهي ليست مجرد شرط وارد ضمن العقد الأصلي، فهي عقد ثاني رغم اندماجها من الناحية المادية في العقد الأصلي<sup>(2)</sup>، فالعقد الذي يتضمن شرط التحكيم يتكون من عقدين مختلفين، إذ نجد العقد الأصلي والذي يتعلق بموضوعه بالالتزامات التعاقدية التجارية بين الأطراف، أما العقد الثانوي فموضوعه يتعلق بالتزام الأطراف بحل النزاع أو النزاعات عن طريق التحكيم، المتولدة عن الالتزامات التعاقدية التجارية، فاتفاقية التحكيم تعتبر تصرف قانوني قائمة بذاتها، لها كيانها الخاص والمستقل عن كيان العقد الأصلي<sup>(3)</sup>.

استند أصحاب النظرية على حجج لتبرير موقفهم، حيث يرون أن اتفاقية التحكيم تعتبر الأساس لتعيين محكمة التحكيم، إذا تم تنفيذها والتي تحدد الحقوق والواجبات التي يتمتع بها الأطراف على ضوء العقد الأصلي، فاتفاقية التحكيم (شرط التحكيم) يمكن أن تتحقق إن حدث نزاع وإن لم ينشأ هذا الأخير لا يتحقق التحكيم وبالتالي لا ينفذ<sup>(4)</sup>.

كما أنّ الالتزام الوارد ضمن شرط التحكيم قد يتحقق إن وقع النزاع، فإن لم يتحقق هذا الأخير فلا ينفذ الالتزام، كما قد لا يتحقق لأسباب أخرى كحل النزاع عن طريق الصلح بدل التحكيم، وهو ما يجعله مستقلاً عن الالتزامات الأخرى الواردة في العقد الأصلي.

كما نجد في الواقع العملي، أنّ أغلب التحكيميات في مجال التجارة الدولية تلجأ للتحكيم بإدراج شروط التحكيم، فإذا لم يتم الأخذ بمبدأ الاستقلالية فسيتم إغدار محل هذه الشروط إما

1-1- تعويلت كريم، مرجع سابق، ص 96.

2- حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 20.

3- تعويلت كريم، مرجع سابق، ص 97.

4- المرجع نفسه، ص 97.

بسبب الدفع بانعدامها من طرف أحد الأطراف، أو بسبب العوارض التي تلتحق بالعقد الأصلي التي تؤدي لانقضائه إلا أنّ هذه النظرية تعرضت لانتقادات خاصة من أصحاب معارضي مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي<sup>(1)</sup>.

يرى أصحاب معارضي الاستقلالية بأن يتم استبدال مصطلح "الاستقلالية" بمصطلح "الفصل" فهذا الشرط بجمعه مع الشروط الأخرى يكونون ما يسمى "بالعقد" والذي يمكن اعتباره العقد الوحيد.

كما يرون أنّه إذا تم الأخذ بازدواجية العقد يؤدي إلى الاعتراف بالقيام الذاتي لشرط التحكيم، وهذا غير ممكن على الأقل من الناحية المنطقية والعملية، لأن غياب العقد الأصلي والذي يحتوي على الالتزامات الموضوعية، يفقد اتفاقية التحكيم معناها لغياب أحد أركانها والمتمثل في ركن السبب (الالتزامات التعاقدية).

وعليه، فأصحاب هذا الرأي، يستندون على فكرة الفصل بين شروط التحكيم والعقود الأصلية في كون أن الالتزامات التي ترد في العقد الأصلي لها طبيعة موضوعية في حين أن شرط التحكيم له التزامات ذات طبيعة إجرائية<sup>(2)</sup>.

وأخيراً، نجد أنّ هناك عدة مبررات تقر بمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي منها:

**1- احترام إرادة الأطراف وذلك حينما يدرجون شرط التحكيم في العقد الأصلي فينتفون فيه بإحالة النزاعات التي قد تنشأ من جراء تنفيذ أو تفسير العقد إلى التحكيم وكذا النزاعات المتعلقة بصحة وبطلان العقد الأصلي، فإنّ عدم وجود استقلالية بين اتفاقية التحكيم والعقد الأصلي يؤدي إلى عدم احترام إرادة الأطراف في عرض كافة المنازعات التي قد تثور حول العقد إلى التحكيم<sup>(3)</sup>.**

<sup>1</sup>- تعويلت كريم، مرجع سابق، ص 98.

<sup>2</sup>- المرجع نفسه، ص 98 وما بعدها.

<sup>3</sup>- ناصر ناجي محمد جمعان، مرجع سابق، ص 101.

- 2- اختلاف موضوع العقد الأصلي عن شرط التحكيم المدرج فيه، حيث يتعلق موضوع الأول إما ببيع أو شراء...الخ، بشرط أن لا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة، أما الثاني (شرط التحكيم) فيتعلق موضوعه بالفصل في منازعة تتعلق بموضوع العقد أو تنفيذه أو الآثار المترتبة عليه، رغم أنه يأتي ضمن العقد الأصلي، كما أنهما يختلفان من حيث السبب حيث أن شرط التحكيم يتعلق بسببه بتعهد طرفي النزاع بعدم اللجوء للقضاء بالنسبة للنزعات التي قد تثور بينهما من جراء العقد، أما سبب العقد الأصلي فهو أمر مختلف<sup>(1)</sup>.
- 3- إمكانية خضوع اتفاقية التحكيم (شرط التحكيم) لقانون غير الذي يطبق على العقد الأصلي وفق ما اتفق عليه الأطراف حول القانون الواجب التطبيق<sup>(2)</sup>.
- 4- تعتبر الكتابة شرط من شروط صحة شرط التحكيم، أما العقد الأصلي فقد تشترط فيه الكتابة من عدمها، كما أن شرط التحكيم يثبت عن طريق الكتابة فقط، أما العقد الأصلي فيتم إثباته بالكتابة أو بأية وسيلة أخرى<sup>(3)</sup>.
- 5- ينجم عن عدم إخضاع اتفاقية التحكيم (شرط التحكيم) للاستقلالية عن العقد الأصلي برفع يد المحكم عن الفصل في النزاع بمجرد أن يدفع أي طرف من النزاع بعدم صحة العقد الأصلي، وبالتالي إعلان المحكم بعدم صلاحيته في الفصل في النزاع<sup>(4)</sup>.
- 6- إذا لم يتم الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي فسيؤدي إلى التفريق بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم اللذان يعتبران صورتين اتفاقية التحكيم، حيث أن اتفاق التحكيم يمكن للمحكم إصدار حكم نهائي حول بطلان أو صحة العقد الأصلي لأنه تم إبرامه بعد نشوء النزاع، أما شرط التحكيم فالحكم الذي يفصل به المحكم سيتم خضوعه لرقابة قضائية لاحقة والتي قد تلغى حكمه، فهذه التفرقة بين الصورتين غير مبررة<sup>(5)</sup>.

1- أسامة أحمد حسين أبو القمصان، مرجع سابق، ص36.

2- عبد الباسط محمد عبد الواسع، مرجع سابق، ص78.

3- ناصر ناجي محمد جمعان، مرجع سابق، ص102.

4- أسامة أحمد حسين أبو القمصان، مرجع سابق، ص37.

5- ناصر ناجي محمد جمعان، مرجع سابق، ص102.

## المطلب الثاني

### إقرار مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي.

لقد كان مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم محل جدل فقهي، إلا أن محكمة النقض الفرنسية عام 1963 وضعت حدا لهذا الجدل بموجب إصدارها لقرار غوسي (GOSSET)<sup>(1)</sup> التي تقر بموجبه هذا المبدأ، ومن ثم أصبح هذا المبدأ مكرسا من قبل الاتفاقيات الدولية حيث نجد أن هناك اتفاقيات جاء فيها صراحة وأخرى ضمنا، وكذلك تم تكريسه من قبل معظم الأنظمة القانونية الوطنية لمختلف الدول (الفرع الأول)، وتم تكريسه أيضا من قبل لوائح التحكيم الدولية والاجتهاد التحكيمي الدولي التي أظهرت تبنيها صراحة وبشكل كامل لمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### إقرار المبدأ في الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية.

رغم تكريس مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي من قبل الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم إلا أنها تنص عليه في بعض الاتفاقيات بنص صريح، وضمنا في اتفاقيات أخرى بطريقة غير مباشرة (أولا)، أما بالنسبة للأنظمة القانونية الوطنية فغالبيتها تنص عليه صراحة بعد اعترافها به وتبنيها له (ثانيا).

### أولا- إقرار المبدأ في الاتفاقيات الدولية

من أهم الاتفاقيات الدولية التي أقرت بمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي

ما يلي:

<sup>1</sup>-Cass, Civ., mai 1963, affaire GOSSET, Rev.crit. D.I.P., 1963, p615.

أ- اتفاقية نيويورك 1965:

لم تنص صراحة اتفاقية نيويورك لسنة 1965<sup>(1)</sup> عبر نصوصها صراحة على مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم، باعتبارها اتفاقية للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها<sup>(2)</sup> لكن إذا ما حللنا مضمون بعض المواد من اتفاقية نيويورك نستنتج ضمناً الاعتراف بهذا المبدأ، فالمادة 3/2 منها تنص على: «تقوم أية دولة متعاقدة، يرفع إليها نزاع بشأن قضية أبرم الأطراف بخصوصها اتفاقية حسب مفهوم هذه المادة بإحالة الأطراف على التحكيم، بناء على طلب أحد الأطراف، إلا إذا لاحظ أنّ الاتفاقية المذكورة باطلة، أو عديمة الأثر، أو لا يمكن تطبيقها»<sup>(3)</sup>.

فنستنتج من خلال هذا النص أنّه على القاضي رفض الدعوى التي ترفع إليه إذا كانت تحتوي على اتفاقية التحكيم بإحالة الأطراف للتحكيم ليقوم هذا الأخير بالفصل في النزاع إذا طلب أحد الأطراف ذلك، وهذا ما لم تكن اتفاقية التحكيم باطلة<sup>(4)</sup>، فإن تحققت هذه الأخيرة فيكون الاختصاص في الفصل في النزاع من نصيب القضاء العادي وبالتالي فبطلان اتفاقية التحكيم لا يؤدي حتماً لبطلان العقد الأصلي<sup>(5)</sup>.

ذهب جانب من الفقهاء إلى الإقرار بأنّ اتفاقية نيويورك لم تشر بطريقة مباشرة لمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم، إلا أنّها قامت بإعطائه قوة لم تكن له من قبل<sup>(6)</sup>.

وهذا أيضاً ما أدى بجانب من الفقه، إلى اعتبار اتفاقية نيويورك أنّ مجالها أوسع من موضوع الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية، كما يعتبرون أنّها قننت مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم، وذلك بالاستناد على المادة 2 السالفة الذكر لاتفاقية نيويورك التي تمنع على القاضي الفصل في نزاع تمّ فيه الأطراف بالاتفاق على عرضه على التحكيم بموجب اتفاقية التحكيم، وذلك بإحالتهم للتحكيم للفصل في النزاع.

<sup>1</sup> - اتفاقية نيويورك، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - عاطف شهاب، مرجع سابق، ص 288.

<sup>3</sup> - عيساوي محمد، مرجع سابق، ص 35.

<sup>4</sup> - السائح عمران علي، مرجع سابق، ص 79.

<sup>5</sup> - عيساوي محمد، مرجع سابق، ص 35.

<sup>6</sup> - عاطف شهاب، مرجع سابق، ص 288.

إلا أنّ هذا العرض يعرف انتقادات، حيث اعتبر أنّه تهادى في تفسيره للمادة، لأنّ هذه الأخيرة لم تتعرض لمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم، رغم منعها للمحاكم العادية بالنظر في النزاع المتفق عليه من طرف الأطراف بعرضه للتحكيم، حيث نجد أنّ المادة لم تتعرض لإمكانية فصل المحاكم في النزاع في حالة بطلان العقد الأصلي أو تعرضه للفسخ والانقضاء، فلم تتعرض لاستقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي ولعدم تأثرها بالعوارض التي تلحق به<sup>(1)</sup>.

كما نجد أنّ الاتفاقية أشارت في المادة 1/5- أ إلى: «إمكانية رفض الاعتراف بحكم المحكم وتنفيذه إذا أثبت الطرف المطلوب الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم ضده أن اتفاق التحكيم غير صحيح وفقا للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم، وفي حالة عدم وجود إشارة صريحة لهذا القانون وفقا لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم»<sup>(2)</sup>.

وعليه، فالطرف الذي يطلب منه تنفيذ حكم التحكيم الذي صدر ضده يمكنه أن يدفع بعدم صحة اتفاقية التحكيم وفقا للقانون الواجب التطبيق عليها<sup>(3)</sup>، وبالتالي فالقانون المطبق على اتفاقية التحكيم يختلف عن القانون الذي يطبق على العقد الأصلي.

فنستخلص أنّ المادة 2 والمادة 5 من اتفاقية نيويورك لا يمكن التأكيد بتبنيهما لمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي، وحتى إن افترضنا تبنيهما ضمنا للمبدأ فهذا التبني يشوبه الكثير من القصور بحيث أنّه لا يتطرق لجميع جوانب الاستقلالية.

### ب- اتفاقية واشنطن 1965

لقد اقتضت اتفاقية واشنطن<sup>(4)</sup> المنشئة للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات والموقع عليها في واشنطن بتاريخ 18 مارس 1965 على التأكيد على أنّ محكمة التحكيم هي القاضي بالنسبة لمسألة اختصاصها أي "مبدأ الاختصاص

<sup>1</sup> - تعويلت كريم، مرجع سابق، ص 73.

<sup>2</sup> - حفيفة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 27.

<sup>3</sup> - أحمد بن حاجة، التحكيم وحلّ المنازعات في العقود الاقتصادية، مذكرة الماجستير، تخصص: قانون المؤسسات، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2005-2006، ص 61.

<sup>4</sup> - اتفاقية واشنطن، مرجع سابق.

بالاختصاص" وذلك وفقا للمادة 1/41 التي تنص على أن: «محكمة التحكيم هي القاضي بالنسبة لمسألة اختصاصها»<sup>(1)</sup>، وبالتالي فالاتفاقية قد أقرت باستقلالية اتفاقية التحكيم ولكن بطريقة غير مباشرة أي ضمنيا<sup>(2)</sup>.

### ج- اتفاقية جنيف 1961

إنّ اتفاقية جنيف الموقعة في 21 أبريل 1961<sup>(3)</sup> لم تنص صراحة على مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي، إنّما نصت بشكل صريح على مسألة اختصاص المحكمين بالفصل في اختصاصهم<sup>(4)</sup> وفقا لما جاء في المادة 3/5 التي تنص على أن: «المحكم له سلطة تقرير اختصاصه وتقرير صحة اتفاق التحكيم أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءا منه»<sup>(5)</sup>.

وعلى هذا الأساس، فإنّ اتفاقية جنيف منحت المحكم سلطة الفصل في الدفع بعدم اختصاصه، كما منحت لهيئة التحكيم أو المحكم سلطة الفصل في مدى وجود وصحة اتفاقية التحكيم أو العقد الأصلي المتضمن اتفاق أو شرط التحكيم، فيمكن القول أنّ الاتفاقية قد أقرت ضمنيا وليس صراحة مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي<sup>(6)</sup>.

كما يرى البعض أنّه: «من غير الممكن أن نستخلص من النص (المادة 3/5) على اختصاص المحكم بالفصل في مسألة وجود أو صحة العقد أنه يقرر في نفس الوقت مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، فلو أنّ واضعي النص يريدون الوصول إلى هذه النتيجة لكان عليهم أن يضيفوا إلى نص المادة ما يفيد بأنّ المحكم، إلى جانب أنّ له سلطة الفصل في مسألة وجود أو صحة العقد الأصلي، يظل مختصا حتى إذا ثبت لديه عدم صحة العقد الأصلي أو

<sup>1</sup> - تعويلت كريم، مرجع سابق، ص 76.

<sup>2</sup> - عاطف شهاب، مرجع سابق، ص 290.

<sup>3</sup> - Convention Européenne sur l'Arbitrage Commercial International (Genève) du 21 avril 1961 disponible sur le site internet : « [www.arbitrage.org/fr/presentation/texte-convention-euro.pdf](http://www.arbitrage.org/fr/presentation/texte-convention-euro.pdf) », consulté le 10 Mars 2014.

<sup>4</sup> - حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 29.

<sup>5</sup> - السائح عمران علي، مرجع سابق، ص 79.

<sup>6</sup> - عاطف شهاب، مرجع سابق، ص 288.

بطلانه على نحو ما فعلت قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية. ففي هذا الفرض فقط كان من الممكن القول بأن النص يقرر استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي»<sup>(1)</sup>.

### ثانيا- تقرير المبدأ في القوانين الوطنية

أصبح مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم مقبولا في أغلب التشريعات الحديثة، المتعلقة بالتحكيم، والتي تنص عليه صراحة ومن بينها ما يلي:

#### أ- القانون الفرنسي

لم يتناول قانون الإجراءات المدنية الفرنسي السابق مسألة استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي تاركا إيّاها لقضاء محكمة النقض الفرنسية<sup>(2)</sup>.

إلاّ أنّه بموجب التعديلات التي اعتمدت على قانون الإجراءات المدنية الفرنسي السابق أصبح ينص صراحة على المبدأ، فنجد في آخر التعديل لقانون الإجراءات المدنية الفرنسي

<sup>1</sup> - تعويلت كريم، مرجع سابق، ص 76.

<sup>2</sup> - من بين القرارات الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية نجد:

- أول قضية أكدت على مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي قضية GOSSET، نقلا عن: حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 22 وما بعدها، حيث تتلخص وقائع القضية فيما يلي:

ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 7 ماي 1963 وذلك عندما أصدرت قرار غوسي (GOSSET)، حيث اعتبرت محكمة النقض الفرنسية اتفاقية التحكيم سواء كانت مدرجة في العقد الأصلي أو في عقد آخر منفصلة عنه باستثناء ظروف جد خاصة، باستقلال قانوني كامل، تستبعد معه أن تتأثر اتفاقية التحكيم بأي بطلان محتمل بهذا التصرف، وتتخلص وقائع هذه القضية في صدور حكم تحكيم في إيطاليا يقضي بالزام المستورد الفرنسي بدفع تعويض لصالح المصدر الإيطالي لعدم تنفيذ المستورد الفرنسي لالتزاماته التعاقدية، فدفع الطرف الفرنسي برفض طلب الأمر بالتنفيذ تأسيسا على بطلان شرط التحكيم الوارد في العقد لكون هذا الأخير قد وقع باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته للنظام العام الفرنسي لعدم احترامه للقواعد الأمرة المتعلقة بالاستيراد، وبالتالي فبطلان العقد الأصلي يستتبعه بطلان شرط التحكيم، فيعد حكم التحكيم الصادر بناء على هذا الشرط الباطل باطلا، غير أنّ محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الدفع، وقضت باستقلال اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي.

-Voir : Cass, civ, mai 1963, affaire Gosset, op.cit, p615.

كما نجد أيضا القرار الصادر من محكمة النقض الفرنسية في قضية HECHT ملخصها: أنّه مواطن فرنسي اسمه « HECHT »، أبرم عقدا مع شركة هولندية يبيع بموجبه منتوجات الشركة بفرنسا باسمه خاص، بتاريخ 06 فيفري 1969 رفع دعوى قضائية في فرنسا ضد الشركة مطالبا بفسخ العقد وتعويض الأضرار التي لحقت له جراء عدم وفاء الشركة بالتزاماتها.

استأنفت الشركة أمام محكمة الاستئناف على أساس ان العقد يشمل اتفاقا على حل المنازعات المحتملة أمام هيئة التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس، فدفع « HECHT » ببطلان لاتفاق لتعارضه مع القانون الفرنسي الذي يمنع التحكيم بين التجار وغير التجار.

رفضت محكمة الاستئناف هذا الدفع، وأكدت هذا الرفض في حكمها بتاريخ 04 جويلية 1972، ومما جاء فيه:

« *qu'ayant rappelé le caractère international du contrat liant les parties et rappelé qu'en matière d'arbitrage international l'accord compromissoire présente une complète autonomie...* ».

-Cass.civ., 1<sup>ère</sup> ch.civ., 4 juillet 1972, affaire « HECHT », rev.arb., 1974, pp89 et s.

المعتمدة عليها في 2014 ينص صراحة على المبدأ وفقا لما جاء في المادة 1447<sup>(1)</sup> التي تنص أنه: «إنّ اتفاقية التحكيم مستقلة عن العقد الأصلي الذي تتعلق به حيث أنّها لا تتأثر بعدم فعاليته عندما تكون بدون قيمة. عندما تكون باطلة، شرط التحكيم يعتبر غير مكتوب».

### ب- القانون المصري

أكد المشرع المصري تأييده لمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي في المادة 23 من قانون التحكيم المصري الجديد رقم 27 لسنة 1994 التي تنص على أنه: «يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أثر على شرط التحكيم الذي تتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته»<sup>(2)</sup>، فالمشرع المصري اعترف بشكل صريح على مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم وعدم تأثرها بالبطلان الذي يلحق بالعقد الأصلي التي ترد في شكل شرط التحكيم كبند من بنوده، كما نلاحظ أنّ المشرع المصري لم يقتصر على عدم تأثير بطلان العقد الأصلي على اتفاقية التحكيم مثلما أخذت به التشريعات الأخرى ومحكمة النقض الفرنسية، بل أضاف على ذلك عدم تأثر اتفاقية التحكيم بفسخ العقد الأصلي أو إنهائه وهذا ما يؤكد اعتراف المشرع المصري بهذا المبدأ بكل نتائجه<sup>(3)</sup>.

### ج- القانون الجزائري.

لم يتطرق قانون الإجراءات المدنية الجزائرية السابق لمسألة استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي إلا بعد صدور المرسوم التشريعي 93-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى، حيث نص المشرع الجزائري بصفة صريحة ولأول مرة على المبدأ وفقا لنص

<sup>1</sup> جاء نص المادة 1447 من ق.إ.م.ف بالصيغة التالية:

« La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci.

Lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite».

<sup>2</sup> عبد الحميد على الزيايدي، مرجع سابق، ص 244.

<sup>3</sup> - تعويلت كريم، مرجع سابق، ص 81.

المادة 458 مكرر 1 في فقرتها الأخيرة من ق.إ.م.ج (الملغاة): «لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح».

وبعد صدور القانون 09-08 المتضمن ق.إ.م.ج المعمول به حالياً، نص على المبدأ في المادة 4/1040<sup>(1)</sup> من قانون 09-08 المتضمن ق.إ.م.ج التي تنص أنه: «لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي».

فمن خلال نص المادة نلاحظ أن عدم صحة العقد الأصلي لا يستتبعه ولا يؤدي لعدم صحة اتفاقية التحكيم، وبالتالي فالبطالان الذي يلحق بالعقد الأصلي لا يؤدي إلى بطلان اتفاقية التحكيم بحيث لا تتأثر به، ورغم أن المشرع الجزائري لم يتطرق لمسألة بطلان اتفاقية التحكيم ومدى تأثيرها على العقد الأصلي، إلا أنه يفهم بأن اتفاقية التحكيم تعتبر جزء من العقد (في حالة شرط التحكيم)، حيث أن زوالها وفقاً للقواعد العامة لا يؤدي بالضرورة إلى زوال الكل<sup>(2)</sup>، وذلك بالاستناد للمادة 104<sup>(3)</sup> من ق.م.ج التي تنص: «إذا كان العقد شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً، أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله»، وبالتالي فيعتمد هنا على أهمية شرط التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي<sup>(4)</sup>.

أما بالنسبة لاتفاق التحكيم، والذي يعد عقداً منفصلاً عن العقد الأصلي لا يؤثر على العقد لانفصاله عنه، وبالتالي، فالعقد الأصلي لا يؤثر حتماً على اتفاق التحكيم<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup>- قانون 08-09 المتضمن ق.إ.م.ج، مرجع سابق.

<sup>2</sup>- عيساوي محمد، مرجع سابق، ص 33 وما بعدها.

<sup>3</sup>- المادة 104 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

<sup>4</sup>- تعويلت كريم، مرجع سابق، ص 81.

<sup>5</sup>- عيساوي محمد، مرجع سابق، ص 34.

فلاحظ أنّ المشرع اقتصر على تجسيد هذا المبدأ في حالة بطلان العقد الأصلي فقط دون التطرق إلى حالات الانقضاء الأخرى كالفسخ أو الانتهاء...<sup>(1)</sup>، كما أنّه كرس مبدأ الاستقلالية في الفصل الخاص بالتحكيم الدولي دون التطرق إليه في التحكيم الداخلي<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني

#### إقرار المبدأ في لوائح التحكيم الدولية والاجتهاد التحكيمي الدولي.

كرست لوائح التحكيم الدولية مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم ونصت عليه صراحة للتأكيد على الأساس القانوني الذي بواسطته تتمكن بمقتضاه المحكمة التحكيمية الفصل في مسألة اختصاصها والفصل في النزاع المعروض عليها، وتأكيداً لمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي (أولاً)، كما تمّ تكريسه أيضاً من طرف الاجتهاد التحكيمي الدولي، سواء كانت الأحكام التحكيمية صادرة عن محاكم التحكيم الحر أو من مراكز التحكيم ذات الطابع الدولي (ثانياً)<sup>(3)</sup>.

#### أولاً- إقرار المبدأ في لوائح التحكيم الدولية

أكدت لوائح التحكيم الدولية على مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي مؤكدة ذلك عن طريق النص عليه صراحة، بحيث أنّها تستمد قوتها وإلزاميتها من إرادة الأطراف، حيث يرى البعض أنّ تكريس لوائح التحكيم الدولية لمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم، يجب تفسيره على أنّه تعبير عن إرادة الأطراف وذلك بأن تختلف المعاملة التي تعامل بها اتفاقية التحكيم على نحو مستقل عن المعاملة التي يتلقاها العقد الأصلي<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup>- عيساوي محمد، مرجع سابق، ص 34.

<sup>2</sup>- لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص 79.

<sup>3</sup>- عبد الحميد علي الزيايدي، مرجع سابق، ص 255.

<sup>4</sup>- حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 38.

من بين أبرز وأهم لوائح التحكيم الدولية نجد النظام الذي أعدته غرفة التجارة الدولية بباريس، التي نصت في مادتها 4/8<sup>(1)</sup> على أنه: «ما لم يوجد اتفاق مخالف فإنّ الإيداع ببطان العقد أو عدم وجوده لا يترتب عليه عدم اختصاص المحكم إذا ما تمسك بصحة اتفاق التحكيم، فالمحكم يظل مختصاً في حالة عدم وجود أو بطلان العقد، وذلك بغرض تحديد الحقوق المتبادلة للأطراف والفصل في طلباتهم وادعاءاتهم»، فيتضح من النص أنه في حالة صحة اتفاقية التحكيم فإنّ الإيداع ببطان العقد أو انعدامه لا يؤدي إلى نزع الاختصاص من المحكم بالنظر في النزاع، بل يظل المحكم مختصاً في الفصل في النزاع، ليقوم بتحديد الحقوق المتبادلة للأطراف والفصل في طلباتهم وادعاءاتهم<sup>(2)</sup>، فالنص يؤكد على مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم بصراحة تامة<sup>(3)</sup>.

فعلى المحكم أن لا يتوقف ويقضي بعدم اختصاصه في الفصل في النزاع المعروف عليه، إلا في حالة انعدام اتفاقية التحكيم أو بطلانها<sup>(4)</sup>، وذلك عند قيامه بالفحص الأولي لها بالاستناد لنص المادة 7 والمادة 3/8 من النظام الذي أعدته غرفة التجارة الدولية بباريس اللتان تمنحان له سلطة فحص اتفاقية التحكيم فحصاً أولياً (Prima Facie)، وهذا وفقاً للقانون الذي يحكم هذا الأخير وذلك بصفة منفصلة عن العقد الأصلي، وبالتالي فالنص كرّس مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي بصفة ضمنية<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - جاء نص المادة 4/8 من نظام الذي أعدته غرفة التجارة الدولية بباريس بصيغة الآتية:

« *Sauf stipulation contraire, la prétendue nullité ou inexistance alléguée du contrat n'entraîne pas l'incompétence de l'arbitre s'il retient la validité de la convention d'arbitrage, il reste compétent, même en cas d'inexistence ou de nullité du contrat, pour déterminer les droits respectifs des parties et statuer sur leurs demandes et conclusion* ».

نصوص لائحة التحكيم سارية المفعول لدى غرفة التجارة الدولية بباريس منذ 1 جانفي 1988 منشورة في: Juris-class.drt.Inter. fascicule 588, 1989, p40 et ss.

<sup>2</sup> - تعويلت كريم، مرجع سابق، ص 85.

<sup>3</sup> - حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 39.

<sup>4</sup> - بولحية سعاد، استقلالية اتفاقية التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية الدولية، مذكرة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، 2008، ص 22.

<sup>5</sup> - تعويلت كريم، مرجع سابق، ص 85.

كما نجد لهذا المبدأ إقراراً من طرف لائحة التحكيم التي أعدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري سنة 1976<sup>(1)</sup>، التي تنص في المادة 21 على أنه: «...يعامل شرط التحكيم الذي يكون جزءاً من العقد وينص على إجراء التحكيم وفقاً لهذه اللائحة بوصفه اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، كما أن تقرير بطلان العقد من قبل محكمة التحكيم لا يترتب عليه بقوة القانون بطلان شرط التحكيم»، فيتضح من خلال هذا النص أنه يكرس بصفة صريحة اختصاص محكمة التحكيم بالفصل في صحة ووجود العقد الأصلي وكذا شرط التحكيم الوارد ضمن بنوده<sup>(2)</sup>.

وأقرت صراحة بأنّ البطلان الذي يلحق بالعقد الأصلي لا يستتبع بالضرورة اعتبار اتفاقية التحكيم باطلة<sup>(3)</sup>.

نلاحظ أيضاً من خلال نص المادة أنّ عند بطلان العقد الأصلي يمكن أن يستتبعه بطلان اتفاقية التحكيم وذلك من خلال العبارة: «...أنّ تقرير بطلان العقد من قبل محكمة التحكيم لا يترتب عليه بقوة القانون بطلان شرط التحكيم»، فقد ذهب الفقه إلى القول بأنّه يفهم من هذه العبارة أنّ واضعي النص ربما قصدوا إلى أنّه من الممكن أن يترتب على بطلان العقد الأصلي بطلان اتفاقية التحكيم أيضاً بمعنى أنّ سبب البطلان الذي لحق بالعقد الأصلي يمكن أن يلحق في نفس الوقت باتفاقية التحكيم، كأن يتعلق سبب البطلان بعيب من عيوب الرضا<sup>(4)</sup>، فبطلان اتفاقية التحكيم لا يكون بسبب بطلان العقد الأصلي، بل لأنّها تمّ إصابتها بأحد أسباب البطلان<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - جاء نص المادة 21 من لائحة التحكيم التي أعدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري سنة 1976 بالصيغة الآتية: «...une clause compromissoire qui fait partie d'un contrat et qui prévoit l'arbitrage en vertu du présent règlement sera considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de nullité du contrat par le tribunal n'entraîne pas de pleine droit la nullité de la clause compromissoire ».

Voir : Juris-class.drt.inter. Fascicule 588. 1989.

<sup>2</sup> - عبد الحميد علي الزيايدي، مرجع سابق، ص 256.

<sup>3</sup> - تعويلت كريم مرجع سابق، ص 86.

<sup>4</sup> - عبد الحميد علي الزيايدي، مرجع سابق، ص 257.

<sup>5</sup> - تعويلت كريم، مرجع سابق، ص 86.

وهذا ما أكده أيضا القانون النموذجي للتحكيم التجاري الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بتاريخ 21 جوان 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، حيث تنص المادة 1/16<sup>(1)</sup> أنه: «يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته. ولهذا الغرض، ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءا من عقد كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى. وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بقوة القانون بطلان شرط التحكيم».

والواضح أنّ هذا النص يشير صراحة إلى استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي<sup>(2)</sup>، من خلال تبنيه لمبدأ "الاختصاص بالاختصاص" بحيث يمكن لهيئة التحكيم أن تفصل بكلّ استقلالية في اختصاصها بما في ذلك الفصل في الدفوع المتعلقة بوجود وصحة اتفاقية التحكيم، إضافة لمبدأ "استقلالية اتفاقية التحكيم" (شرط التحكيم)، بحيث على هيئة التحكيم عند الفصل أن تعتبر شرط التحكيم بمثابة اتفاق مستقل عن شروط العقود الأخرى وإن أصدرت قرار ببطلان العقد الأصلي لا يستتبع بطلان شرط التحكيم بحيث لا يتأثر هذا الأخير ببطلان العقد وبالتالي تمّ الإقرار باستقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي<sup>(3)</sup>.

### ثانياً- إقرار المبدأ في الاجتهاد التحكيمي الدولي

اعتمد القضاء التحكيمي الدولي على مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي، من خلال أحكام التحكيم التي تصدر عن محاكم التحكيم الحر، أو من محاكم التحكيم المشكلة لدى مراكز التحكيم ذات الطابع الدولي ومن بين هذه الأحكام ما يلي:

<sup>1</sup> القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985، مرجع سابق.

<sup>2</sup> تعويلت كريم، مرجع سابق، ص 87.

<sup>3</sup> عيساوي محمد، مرجع سابق، ص 36.

في حكم تحكيمي صادر في إطار غرفة التجارة الدولية بباريس، في القضية رقم 1526 لسنة 1968<sup>(1)</sup>، حيث حكم المحكم أنه: «هناك قاعدة مسلما بها الآن في مجال التحكيم الدولي مفادها أنّ شرط التحكيم سواء كان قد أبرم على نحو منفصل عن التصرف القانوني المتعلق به، أو كان وارداً فيه، يتمتع باستقلال قانوني كامل، بحيث لا يتأثر بما قد يلحق هذا التصرف من بطلان»<sup>(2)</sup>.

كما نجد في حكم تحكيمي صدر أيضاً من نفس المركز في القضية رقم 1507 لسنة 1970<sup>(3)</sup>، حيث تمّ إصداره بسبب نزاع شاب وذلك بمناسبة عقد مبرم بين شركة ألمانية وإحدى دول شرق آسيا، إذ قامت الدولة المتعاقدة برفض اختصاص المحكم بالاستناد على حجة أنّ شرط التحكيم يعتبر باطلاً وذلك وفقاً للقانون الألماني الذي اتفق عليه الأطراف على تطبيقه على العقد أثناء سير الإجراءات، إلا أنّ المحكم رفض وقام بالتأكيد على استقلالية شرط التحكيم وعدم اعتباره باطلاً بقوله: «بالنظر إلى الوظيفة التي يؤديها شرط التحكيم في مجال التجارة الدولية، فإنّه يجب التمسك باستقلالية هذا الشرط وإخضاعه لنظام مستقل عن ذلك المتفق عليه بالنسبة للعقد»<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup>- تعويلت كريم، مرجع سابق، ص 88.

- القضية رقم 1526 لسنة 1968: «تتلخص وقائع هذه القضية في أنّ إحدى الدول الإفريقية قد منحت أحد الرعايا البلجيكيين المقيمين على إقليمها، باعتباره صاحب امتياز، الحق في شراء المنتجات المعدنية على إقليمها، وعلى إثر قيام الدولة المتعاقدة بإلغاء العقد بإرادتها المنفردة قبل حلول الأجل المتفق عليه، تقدّم ورثة صاحب الامتياز إلى محكمة التحكيم الدائمة لدى غرفة التجارة الدولية مطالبين بالتعويض وفقاً لشرط التحكيم الوارد في العقد، إلا أنّ الدولة المتعاقدة قد رفضت المشاركة في إجراءات التحكيم بدعوى أنّ المحكمة غير مختصة بنظر النزاع لكون شرط التحكيم قد ألغي بما أنّ العقد الأصلي الذي ورد فيه قد ألغي».

- أقتبس من الأستاذ تعويلت كريم، مرجع سابق، ص 88، الذي أشار إلى وقائع القضية باختصار في الهامش.

<sup>2</sup>- المرجع نفسه، ص 88.

<sup>3</sup>- القضية 1507 لسنة 1970:

« *En raison de la fonction qu'elle remplit dans le commerce International, la clause compromissoire est autonome et soumise à un régime distinct de celui réservé au contrat* ».

- Sentence rendue dans l'affaire N°1507 en 1970, JDI 1974, OBS : DERAIS (Y).

<sup>4</sup>- تعويلت كريم، مرجع سابق، ص 88.

وفي حكم صدر عن غرفة التجارة الدولية بزورخ في القضية رقم 5651 سنة 1988<sup>(1)</sup>، تتمثل وقائعها في إبرام عقد بين شركة "سوناطراك الجزائرية" مع شركة أجنبية حول التنقيب والحفر بتاريخ 12 أبريل 1974، مدته 4 سنوات، وقد اتفق الطرفان باللجوء للتحكيم عن طريق إدراج شرط التحكيم والاتفاق على مدينة زورخ السويسرية كمقر للتحكيم وذلك بعرض النزاع لتحكيم غرفة التجارة الدولية وفقا للمادة 24.

في تاريخ 25 جوان 1978 تمّ الاتفاق بين شركة سوناطراك وشركة أجنبية على فسخ العقد أي إنهائه بإرادة الأطراف المشتركة أي بتراضيها رغم أنّه فعليا تمّ بطلب الشركة الأجنبية، واتفق المتعاقدان بأن لا يدعي أيّ أحد منهما على الطرف الآخر، ولكن بعد مرور 8 سنوات من إنهاء العقد بتاريخ 2 جوان 1986، قامت الشركة الأجنبية بتحريك إجراءات التحكيم ضد شركة "سوناطراك" أمام غرفة التجارة الدولية (CCI) بزورخ المتفق عليها مستندة طلبها على أنّ شرط التحكيم مستقل عن العقد الأصلي، أمّا سوناطراك فرفضت اختصاص المحكمة التحكيمية وذلك بالاستناد على أنّه تمّ الاتفاق بإرادة الطرفين بعدم إدعاء أيّ من الشركتين على الأخرى<sup>(2)</sup>.

فتم إصدار حكم تحكيمي يقرر اختصاص المحكمة التحكيمية في الفصل في النزاع وبتطبيق القانون الجزائري الذي تمّ تحديده واختياره من قبل الأطراف وذلك وفقا للشرط التحكيمي المدرج في العقد الأساسي لسنة 1974، فبالرجوع للمادة 1/111<sup>(3)</sup> من ق.م.ج التي تمنع تفسير العقد إذا كانت عباراته واضحة لا يكتسبها أيّ غموض، وبما أنّ العقد تمّ إنهائه بإرادة الأطراف، توصلت المحكمة إلى رفض طلب المدعي بالاستناد على المادة 1/111 من ق.م.ج بالإضافة للمدة الزمنية، وخاصة أنّه تمّ الإنهاء بالإرادة المشتركة للشركتين وكان

<sup>1</sup> - Sentence préliminaire inédite citée par : TERKI(N.E), op.cit., pp.40-44.

<sup>2</sup> - صديق بغداد، مرجع سابق، ص 84.

<sup>3</sup> - راجع المادة 1/111 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

أصلاً بطلب من الشركة الأجنبية بسبب إفلاسها، وبالتالي فالمحكمة التحكيمية أكدت بحكمها على مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي<sup>(1)</sup>.

كما نجد إقرار مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي في الأحكام التحكيمية الصادرة بشأن المنازعات الناشئة بين ليبيا والشركات الأجنبية حيث أكدت على بقاء عقد الامتياز رغم إنهائه من طرف الحكومة الليبية بالاستناد على مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم<sup>(2)</sup>.

ففي قضية (B.P) ضد ليبيا، بتاريخ 10 أكتوبر 1973<sup>(3)</sup>، أصدر المحكم الوحيد (M.LAGERGREN) حكمه إذ أنه لم يقر صراحة بمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي، حيث رداً على إدعاء شركة (B.P) بأن قانون التأميم لا أثر له في إنهاء عقد الامتياز الذي يظل صحيحاً وواجب التطبيق، فحكم المحكم بأن القانون الصادر بالتأميم قد أنهى عقد الامتياز الذي منح للشركة (B.P)، باستثناء أثر هذا العقد الذي يعتبر أساساً لاختصاص المحكمة التحكيمية، وبحق الشركة المدعية في مطالبة المدعى عليه (الدولة الليبية) بالتعويض أمام هذه المحكمة<sup>(4)</sup>.

كذلك فإنّ المحكم المنفرد "صبحي الحمصاني" في قضية ليانكو (LIAMCO) ضد الحكومة الليبية<sup>(5)</sup> الذي قضى باختصاصه بالنظر في النزاع، وبأنّ التأميم حق للدولة لاتصاله بسيادتها على ثرواتها الطبيعية، إلا أنّها ملزمة بدورها بالتعويض لصاحب الامتياز

<sup>1</sup> - صديق بغداد، مرجع سابق، ص 84-85.

<sup>2</sup> - بولحية سعاد، مرجع سابق، ص 27.

<sup>3</sup> - B.P exploration compagny C/Libye, Rev.1980. 117 s. spec. P117.

« La loi de nationalisation B.P a mis fin à la concession B.P, excepté en ce que la concession B.P constitue le fondement de la compétence de ce tribunal et du droit du requérant de réclamer des dommages-intérêts au défendeur devant ce tribunal ».

<sup>4</sup> - حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 35.

<sup>5</sup> - Sentence LIAMCO, revue de l'arbitrage 1980, N°01, pp134-191.

في حالة فسخها لعقود الامتياز قبل الميعاد<sup>(1)</sup>، فقد ذهب في الحكم الذي قام بإصداره في 12 جوان 1977 إلى أنه: «من المتفق عليه عموماً سواء في الممارسات العملية أو في القانون الدولي بقاء شرط التحكيم، بعد الإنهاء بالإرادة المنفردة من قبل الدولة للعقد الذي يوجد فيه هذا الشرط، والذي يظل ساري المفعول حتى بعد هذا الإنهاء»<sup>(2)</sup>.

وأيضاً في قضية (TEXACO)، عند إصدار المحكم الوحيد الأستاذ "RENE JEAN (DUPUY) ضد ليبيا بتاريخ 27 نوفمبر 1975<sup>(3)</sup> حكماً تمهيدياً يقضي باختصاصه في النزاع حيث رفض ما تمسكت به الدولة الليبية، فرغم حق الدولة بممارسة سيادتها بحقها في تأمين الأموال الأجنبية إلا أنها ملزمة بمنح التعويض للشركة صاحبة الامتياز بسبب إنهاء الدولة الليبية لعقد الامتياز، وذلك وفقاً للشرط التحكيمي المتفق عليه والذي يظل سارياً رغم إنهاء عقد الامتياز من طرف الدولة الليبية وذلك بالاستناد إلى مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي<sup>(4)</sup>.

كما ذهب المحكم المنفرد الأستاذ "GOMARD" في قضية "ELF" ضد "NIOC"<sup>(5)</sup> في حكم التحكيم الذي أصدره في كوتنهاجن في 14 جانفي 1982 بإقراره لمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي.

وعليه، فبعد استعراضنا للأحكام التحكيمية السابقة، يتضح أنها أخذت وكرست مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي، والتأكيد على أن الاتفاقية تظل سارية ومنتجة لآثارها رغم إنهاء العقد الأصلي أو بطلانه.

<sup>1</sup> - عبد الحميد علي الزيايدي، مرجع سابق، ص 161 وما بعدها.

<sup>2</sup> - Sentence LIAMCO, Op.cit, pp134-191.

<sup>3</sup> - TEXACO/CALASIATAC C/Gouvernement Libyen. J.D.I, 1977. Com, P.LALIVE ; pour plus de détails : Voir : F.HOCINE, op.cit., p70 et s.

<sup>4</sup> - عبد الحميد علي الزيايدي، مرجع سابق، ص 262 وما بعدها.

<sup>5</sup> - Rev. Arb, 1984, p401. Spécialement p413 et s., commentaire FOUCHARD (PH.), rev.arb.1984, p33 et s.

## المبحث الثاني

### آثار وحدود مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي

من المبادئ المهمة التي أصبحت مستقرة في قضاء التحكيم التجاري الدولي استقلال اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي، حيث أن تكريسه له عدة أبعاد قانونية تترتب عنه آثار تلعب دوراً في زيادة فعالية التحكيم (المطلب الأول)، كما يترتب على تطبيق المبدأ مجموعة من الاستثناءات التي لا يمكن الوصول إليها لو كان هناك ارتباط بين العقدين (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول

#### الآثار المترتبة عن مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم

يتضمن مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي آثار تتمثل في عدم ارتباط مصير اتفاقية التحكيم بمصير العقد الأصلي (الفرع الأول)، كما أنّ اتفاقية التحكيم تخضع لقانون آخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي في (الفرع الثاني) وأخيراً مبدأ الاختصاص بالاختصاص (الفرع الثالث).

#### الفرع الأول

#### عدم ارتباط مصير اتفاقية التحكيم بمصير العقد الأصلي

يعتبر عدم ارتباط مصير اتفاقية التحكيم بمصير العقد الأصلي أول وأهم الآثار المترتبة على مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم<sup>(1)</sup> بمعنى أن وجود اتفاقية التحكيم أو صحتها أو نفاذها لا يتوقف على مصير العقد الأصلي حتى ولو كان هذا الأخير غير نافذ أو باطل ولا

<sup>1</sup> - حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص44.

أثر له، وهو ما جاء في المادة 1/16<sup>(1)</sup> من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، حيث نصت على أنه: «وأي قرار من هيئة التحكيم ببطان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شروط التحكيم»، بمعنى أنه تظل محكمة التحكيم مختصة للفصل في حقوق والتزامات أطراف النزاع والحكم في الطلبات والدفع حتى إذا كان العقد الأصلي باطلا<sup>(2)</sup>.

وقد يحدث أن تقضي بطلان اتفاقية التحكيم شرط كانت أو اتفاق، في حين تبقى شروط العقد الأصلي قائمة، وأساس ذلك أنّ سبب شرط التحكيم وهدفه في آن واحد هو تسوية النزاع عن طريق التحكيم بدلا من اللجوء إلى القضاء<sup>(3)</sup>.

هناك بعض الحالات يبطل فيها العقدان معا (اتفاقية التحكيم والعقد الأصلي)، كأن يكون أحد الطرفين ناقص الأهلية وفقا للقانون المطبق على العقد الأصلي وطبقا للقانون المطبق على اتفاقية التحكيم، في هذه الحالة يكون كل منهما قد اختل بذاته دون أن يؤثر أحدهما على الآخر<sup>(4)</sup>.

تعتبر مسألة عدم ارتباط مصير اتفاقية التحكيم بمصير العقد الأصلي كنتيجة وأثر من آثار مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم، وتعد من النتائج الحتمية التي تترتب على المبدأ بمعنى أنه أيما كان ما أصاب العقد الأصلي من بطلان فلا ينسحب هذا إلى اتفاقية التحكيم لأنّ استقلالية هذه الاتفاقية عن العقد الأصلي تجعله بمنأى عن أي من آثار البطلان الذي تعرض له العقد الأصلي، وذلك حيث أن مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي يسمح بالإبقاء على اتفاقية التحكيم، طالما أنّ هذه الأخيرة لم يلحقها أي عيب من عيوب الإرادة التي لحقت العقد الأصلي، وطالما لم يكن محله أو سببه مخالفا للنظام العام الدولي وذلك لأنّ انعدام التعبير عن رضاء الأطراف بالعقد الأصلي يترتب انعدام العقد ذاته.

<sup>1</sup> - القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - بودودة سعاد، مرجع سابق، ص 101.

<sup>3</sup> - عيساوي محمد، مرجع سابق، ص 38.

<sup>4</sup> - Fouchard (PH), Gaillard (E), Goldman (B), Op.cit, p225.

## الفرع الثاني

## خضوع اتفاقية التحكيم لقانون آخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي

إن استقلالية اتفاقية التحكيم تؤدي إلى قبول عدم خضوعها بالضرورة إلى نفس القواعد التي يخضع لها العقد الأصلي، وهو يتمثل في استبعاد منهج التنازع وهذا ما أقره القضاء الفرنسي في هذا الصدد، حيث أن اتفاقية التحكيم لا تشترط أن تخضع للقانون المطبق على العقد الأصلي، بل أقر صحتها إذا اتفق أطرافها على خضوعها إلى نظام قانوني لبلد معين<sup>(1)</sup>.

إلا أنّ استقلالية اتفاقية التحكيم تحتم قبول أنّ هذا القانون الذي يطبق للفصل في وجود وصحة اتفاقية التحكيم لا يشترط بالضرورة أن يكون هو الذي يخضع له العقد الأصلي، فاتفاقية التحكيم تعد جزءاً مستقلاً عن العقد الأصلي، وللاطراف وأيضاً للقضاء الذي قد يعرض عليه الأمر للفصل في مسألة وجوده وصحته، إخضاعه لقانون يختلف عن القانون الذي يخضع له باقي العقد<sup>(2)</sup>.

قدم القضاء الفرنسي العديد من الأمثلة على استقلالية اتفاقية التحكيم والخاصة بعدم خضوع اتفاقية التحكيم لذات القانون الذي يخضع له العقد الأصلي.

وجد أنّ محكمة استئناف باريس قضت في حكمها الصادر في تاريخ 21 أكتوبر 1983 بأنّ اتفاقية التحكيم لا تخضع بالضرورة إلى القانون الذي يخضع له العقد الأصلي في حكمها الذي ينص: «القانون الواجب التطبيق لتحديد نطاق وآثار اتفاق التحكيم المؤسس لتحكيم دولي لا يكون بالضرورة ذلك القانون الواجب التطبيق على العقد موضوع النزاع»<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - صديق بغداد، مرجع سابق، ص 85.

<sup>2</sup> - حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 48-49.

<sup>3</sup> - جاء الحكم باللّغة الفرنسية بالصيغة التالية:

« *La loi applicable pour la détermination de la portée et des effets de la clause compromissoire instituant un arbitrage international ne se confondait pas nécessairement avec le droit applicable au fond de litige* ».

Décision de la cour d'appel de Paris du 21 octobre 1983, publiée in revue de l'arbitrage 1984, p98 et s.

وللمزيد من الفعالية، يتجه الفقه والقضاء إلى اعتبار القانون المطبق على العقد الأصلي منفصلا عن القانون المطبق على اتفاقية التحكيم، بالرغم من التقائها في العديد من الحالات تطبيقا لإرادة الأطراف المتنازعة<sup>(1)</sup>.

وقد أخذ المشرع الجزائري نفس الاتجاه حيث تنص المادة 1040<sup>(2)</sup> ق.إ.م.إ في فقرتها الثانية: «تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يصفها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما».

إذ يكون اتفاق الأطراف على إخضاع اتفاقية التحكيم لقانون يختلف عن القانون المنظم لموضوع النزاع أو تقدير المحكم (أو المحكمين) على أساس اقتناعهم بأن القانون الملائم لاتفاقية التحكيم ليس القانون المطبق على موضوع النزاع، دافعا للفصل بين العقد الأصلي واتفاقية التحكيم فيما يخص القانون المطبق على كل منهما<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثالث

#### مبدأ الاختصاص بالاختصاص

إنّ مبدأ الاختصاص بالاختصاص هو الذي ينقل الاختصاص من قضاء الدولة إلى قضاء أنشأه أطراف اتفاقية التحكيم، وهو من أهم المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التحكيم التجاري الدولي، ووفقا لهذا المبدأ فإنّ قضاء التحكيم يتقرر له الاختصاص بصرف النظر عن حكم اتفاقية التحكيم، ومتى تحقق له هذا الاختصاص، فإنّ المحكم يستطيع أن يبحث بعد ذلك بحرية كاملة في حقيقة اختصاصه، فإذا تبين له صحة اتفاقية التحكيم، فإنّه يعلن اختصاصه بالنظر في النزاع، وإن تبين له عكس ذلك، فإنّه يقضي عدم الاختصاص،

<sup>1</sup> – Fouchard (PH), Gaillard (E), Goldman (B), Op.cit, p227.

<sup>2</sup> – قانون 08-09، المتضمن ق.إ.م.إ، مرجع سابق.

<sup>3</sup> – عيساوي محمد، مرجع سابق، ص39.

وللتعمق في الفكرة نتناول أساس مبدأ الاختصاص أولاً ثم آثاره ثانياً.

### أولاً-أساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص

يرى بعض الفقه أن أساس اختصاص المحكم بتقرير اختصاصه، هو مبدأ استقلال اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي، الذي يعد مبدأ الاختصاص نتيجة مباشر له أو أثراً من آثاره، فمبدأ الاختصاص بالاختصاص هو مبدأ مستقل في ذاته، ففي حين نجد مبدأ الاستقلالية عن العقد الأصلي مجاله عند تقدير صحة اتفاقية التحكيم، فإنّ مبدأ الاختصاص بالاختصاص يجد مجاله عند البدء في إجراءات التحكيم وقبل تقدير صحة هذه الاتفاقية<sup>(1)</sup> وبمعنى فإنّ مبدأ الاستقلالية يأتي في مرحلة لاحقة يكون فيها مبدأ الاختصاص بالاختصاص قد تقرر، الأمر الذي ينتقي معه أن يكون هذا المبدأ هو أثر من آثار مبدأ الاستقلالية، حيث نجد في مبدأ الاختصاص بالاختصاص حرية كبيرة للمحكم لتقدير صحة اتفاقية التحكيم، وله في سبيل ذلك أن يستند إلى أعمال مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي إذا تبين له أن اتفاقية سوف تتأثر ببطان هذا العقد، أو بحكم القانون الواجب التطبيق عليه، أو بأي قانون وطني آخر، وقد لا يحتاج المحكم إلى أعمال هذا المبدأ إذا تبين له أنّ صحة اتفاقية التحكيم لن تتأثر بحكم العقد أو بالقانون الواجب التطبيق عليه، وفي الحالتين فإنّ المحكم لا يستطيع ذلك إلاّ بعد تقدير مبدأ الاختصاص بالاختصاص، فإنّ مؤدي ذلك ألا يتقرر مبدأ الاختصاص بالاختصاص، ولكن الواقع يؤكد على أنّ المحكم يفصل في مسألة اختصاصه عند الادعاء بانعدام العقد أو حتى اتفاقية التحكيم نفسها، وذلك لتقدير صحة هذا الادعاء الذي كان بعض الفقهاء ينفون مبدأ الاستقلالية في حالة انعدام العقد الأصلي<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup>- بولحية سعاد، مرجع سابق، ص93.

<sup>2</sup>- أحمد مخلوف، مرجع سابق، ص147.

وإنّ مبدأ الاستقلالية يتعلق بمسألة موضوعية تهدف إلى تمييز اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي، أما مبدأ الاختصاص بالاختصاص فيتعلق بمسألة إجرائية تهدف إلى منح المحكم سلطة تقرير اختصاصه، خاصة في الحالة التي يثور فيها الشك حول صحة اتفاقية التحكيم، ويبدو فيها أنّ بطلانها نابع من ذاتها لا من العقد الواردة فيه<sup>(1)</sup>.

وهكذا يتقرر مبدأ الاختصاص بالاختصاص، بصرف النظر عن استقلالية الاتفاقية من عدمها، الأمر الذي يؤكد على أنّه مبدأ مستقل في ذاته ينظمه قانون التحكيم التجاري كقاعدة أساسية من قواعد إجراءات التحكيم<sup>(2)</sup>.

يستمد مبدأ الاختصاص بالاختصاص أساسه من التشريعات الوطنية المعنية بالتحكيم، وكذلك الاتفاقيات وقرارات الهيئات الدولية ذات الصلة، وأيضاً لوائح هيئات التحكيم، والتي حرصت على النص على مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه.

### ثانياً- آثار مبدأ الاختصاص بالاختصاص

يترتب عن المبدأ أثرين هامين أحدهما ايجابي والآخر سلبي، فبالنسبة للأثر الايجابي فهو يدرجه في مرحلة أولى للمحكّمين فاسحاً المجال أمامهم لتجاوز الحجة القائلة أنّه لا يحق للمحكم النظر في أساس النزاع إلّا سبق ومنحته لسلطة أخرى الاختصاص<sup>(3)</sup>، بمعنى أنّ هذا المبدأ يسمح للمحكم بالبتّ في مسألة اختصاصه بصفة تلقائية دون أن ينظر أن يمنحه قضاء الدولة هذا الاختصاص.

أما الأثر السلبي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص فهو السماح للمحكم ليس فقط بالبتّ في مسألة اختصاصه وإنّما بالفصل فيها أولاً وقبل أية جهة أخرى<sup>(4)</sup>، بمعنى أنّه يتمتع على

<sup>1</sup> - بولحية سعاد، مرجع سابق، ص 94.

<sup>2</sup> - أحمد مخلوف، مرجع سابق، ص 148.

<sup>3</sup> - بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2009، ص 86 وما بعدها.

<sup>4</sup> - حفيفة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 133.

قضاء الدولة التي يعرض عليها الفصل في اتفاقية التحكيم البث في مسألة تدخل في اختصاص المحكم قبل أن تتاح له الفرصة للبث<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني

### حدود مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي

رغم الاعتراف الذي تم إقراره لمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي سواء على الصعيد الداخلي أو الدولي خاصة، إلا أنه أثير جدول حول نطاق تطبيقه، فهناك من يرى أنّ له نطاق مطلق، أما البعض الآخر يرون أن مبدأ الاستقلالية له نطاق نسبي إلا أنه ترد عليه استثناءات تتمثل في إرادة الأطراف (الفرع الأول) وانعدام العقد الأصلي (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### إرادة الأطراف

يتم اللجوء للتحكيم بإرادة الأطراف المشتركة التي يستند عليها لوجوده، وعن طريق هذه الإرادة يتم وضع اتفاقية التحكيم التي بموجبها يعدّ الاختصاص في الفصل في النزاع المعروض في التحكيم للمحكمة التحكيمية<sup>(2)</sup>، وتخضع اتفاقية التحكيم لمبدأ «العقد شريعة المتعاقدين» باعتبارها عقد كباقي العقود الأخرى وذلك وفقاً للمادة 106<sup>(3)</sup> من ق.م.ج التي تنص أنه: «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون»، فالعقد الذي يبرم بين الأطراف لا يمكن نقضه أو تعديله إلا بإرادة الأطراف عن طرق اتفاقهم أو لأسباب يقرها القانون.

<sup>1</sup> - بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 86.

<sup>2</sup> - أحمد السمدان، "القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي"، مجلة الحقوق، العددان الأول والثاني، مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، الكويت، 1993، ص 174.

<sup>3</sup> - القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

إنّ إرادة الأطراف في التحكيم التجاري الدولي لا يقيدّها إلاّ النظام العام الدولي<sup>(1)</sup> فالأطراف لهم حرية تامة في إبرام اتفاقية التحكيم بشكل يجعله مستقلا عن العقد الأصلي<sup>(2)</sup>، فمثلا إذا اتفقت الأطراف في اتفاقية التحكيم بتطبيق مبدأ الاستقلالية على المنازعات التي تتعلق ببطلان أو فسخ العقد الأصلي، أو في حالة اتفاهم على إحالة تنظيمه إلى نظام يعترف بمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي، إلاّ أنّه يمكن للأطراف أن يتفقوا على إبرام اتفاقية التحكيم بربط مصيرها بمصير العقد الأصلي بمعنى يتفق الأطراف بأنه إذا تعرض العقد الأصلي لأي عارض من عوارض انقضائه كبطلانه أو فسخه يؤدي بدوره لبطلان وفسخ اتفاقية التحكيم، فاتفق الأطراف على فسخ العقد وكذا اتفاقية التحكيم، يعتبر بمثابة تنازل عن حقهم في التمسك وتطبيق مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي<sup>(3)</sup>.

رغم اتفاق الأطراف على الفسخ إلاّ أنّ الأحكام التحكيمية تبين عكس ذلك<sup>(4)</sup> من أهمها قضية تكساكو ضد ليبيا سنة 1975<sup>(5)</sup>، وكذا قضية شركة (BP) ضد ليبيا سنة 1977<sup>(6)</sup>، حيث قامت بإصدار أحكام تحكيمية تعترف بموجبها ببقاء شرط التحكيم ساري المفعول رغم قيام ليبيا بفسخ عقود الامتياز للشركات التي تعاقدت معها بعد عملية التأميم بإرادة منفردة. إضافة إلى الاعتراف ببقاء شرط التحكيم رغم فسخه بإرادة الأطراف يضاف إليه حيث أصبح يستعمل مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي، في البعض الأحيان بطريقة تعسفية للحصول على مصالح غير مشروعة<sup>(7)</sup>، ففي الحكم التمهيدي الصادر في القضية رقم 5651 بين الشركة الوطنية "سوناطراك" والشركة الأجنبية، تمّ إصدار حكم باختصاص

<sup>1</sup> -TERKI (N.E), op.cit, p44.

<sup>2</sup> - DAVID (R.), *L'arbitrage dans le commerce international*, 2<sup>ème</sup> éd, L.G.D.J, Paris, 1982, p266.

<sup>3</sup> - تعويلت كريم، مرجع سابق، ص100.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص100.

<sup>5</sup> -Texaco/CALASIATAC C/Gouvernement Libyen, op.cit, p70 et s.

<sup>6</sup> -BP Exploration company C/Libye, op.cit, p117.

<sup>7</sup> - صديق بغداد، مرجع سابق، ص83 وما بعدها.

المحکم بالفصل في النزاع بالاستناد على مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي، رغم أنه تم الاتفاق بين الطرفين بإرادتهما المشتركة على فسخ العقد بما فيه شرط التحكيم، إلا أن المحكمة قضت ببقاء شرط التحكيم ساري المفعول، فهذا يعتبر تعسفا لعدم احترام إرادة الأطراف<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني

#### انعدام العقد الأصلي

أثار نطاق تطبيق مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي الكثير من الجدل بين الفقهاء في مسألة انعدام العقد الأصلي بحيث انقسم الفقهاء بينهم إلى قسمين: القسم الأول يرى أنه يجب التفريق بين بطلان العقد الأصلي وانعدامه، أما القسم الثاني فيرفض التفريق بين بطلان العقد الأصلي وانعدامه.

#### أولا- التفريق بين بطلان العقد الأصلي وانعدامه

إنّ الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي يسمح بالإبقاء على اتفاقية التحكيم إذا لم تكن هذه الاتفاقية في حد ذاتها قد لحق بها عيب من عيوب الإرادة التي لحقت بالعقد الأصلي، وإذا لم يكن محلها أو سببها مخالفا للنظام العام الدولي<sup>(2)</sup>، وبالتحديد يمتد البطلان إلى شرط التحكيم بذاته وذلك في الحالات التالية:

- حالة وجود عيب الغلط في الشخص المتعاقد في العقد الأصلي أو في صفة من صفاته، فيمتد بالضرورة لشرط التحكيم بسبب أن المتعاقد الأصلي هو نفسه المتعاقد في شرط التحكيم.

<sup>1</sup>- تعويلت كريم، مرجع سابق، ص100.

<sup>2</sup>- حفيفة السيد الحداد، مرجع سابق، ص47.

- حالة وجود عيب الإكراه في الشخص المتعاقد في العقد الأصلي يمتد بالضرورة لشرط التحكيم لأنّ الشخص المتعاقد هو نفسه المتعاقد في شرط التحكيم والذي يؤدي بدوره باستتباع بطلان العقد الأصلي بطلان شرط التحكيم<sup>(1)</sup>.

أما بالنسبة لانعدام العقد الأصلي أي عدم وجود تعبير رضا الأطراف فيؤدي إلى عدم وجود اتفاقية مستقلة في علاقتها باتفاقية أخرى إذ لا يوجد اتفاق أصلاً<sup>(2)</sup>.

اتجه جانب من الفقهاء إلى التفريق بين بطلان العقد الأصلي وانعدامه، بحيث يرى أن وجود اتفاقية التحكيم يتعلق بوجود العقد الأصلي الذي يتضمنها<sup>(3)</sup>، حيث أنّ اتفاقية التحكيم لا تتأثر ببطلان العقد الأصلي وإنّما تتأثر بمصير العقد في حالة انعدامه<sup>(4)</sup> فاستقلالية اتفاقية التحكيم (شرط التحكيم) لا يمكن أن يتم التمسك بها وتطبيقها إلا في حالة بطلان العقد الأصلي، أما في حالة انعدامه فلا يمكن التمسك بها.

كما يرى بعض من الفقهاء أنّه إذا تمّ إدراج اتفاقية التحكيم (شرط التحكيم) في مسألة إبرام العقد الأصلي التي يتم إثارة هذه الأخيرة من طرف الأطراف، يؤدي بالضرورة إلى إثارة مسألة اختصاص المحكمة التحكيمية، فأساس هذه الأخيرة الفصل في النزاع يستمد من اتفاقية التحكيم المدرجة في العقد الأصلي والتي تنعدم مع هذا الأخير في حالة عدم وجوده أي انعدامه، فمن غير الممكن أن نتصور اتفاق الأطراف باللجوء إلى التحكيم بشأن حل النزاعات الناتجة أو المحتمل نشوئها عن عقد لم يتوفر فيه التراضي ولا وجود له لا فعليا ولا

<sup>1</sup>- حسيني يمينة، تراضي الأطراف على التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مذكرة ماجستير في القانون، فرع: قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص36.

<sup>2</sup>- حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص47.

<sup>3</sup>- المرجع نفسه، ص46 وما بعدها.

<sup>4</sup>- بولحية سعاد، مرجع سابق، ص77.

قانونياً، فانعدام التراضي يؤدي بالضرورة لانعدام العقد الذي يستتبعه انعدام اتفاقية التحكيم المدرجة فيه<sup>(1)</sup>.

أما بالنسبة للبعض الآخر من الفقهاء يرون أنّ انعدام الاتفاق الأصلي يرجع بالضرورة لغياب التراضي بين الأطراف، حيث أن انعدام الرضا يعود على كل من اتفاقية التحكيم والعقد الأصلي، فمنطقياً لا يمكن التصور أن يتم اتفاق الأطراف على إحالة النزاعات التي نشأت أو المحتمل نشوئها على التحكيم ليتم الفصل فيها بموجب عقد لم يتم التراضي عليه أصلاً.

فانعدام الإرادة يؤدي إلى عدم وجود العقد الأصلي وكذا اتفاقية التحكيم، أما إذا كان العقد الأصلي تعرض للبطلان بسبب احد العيوب التي تؤدي لبطلانه، فلا يمتد بطلان هذا الأخير ولا يؤثر على بطلان اتفاقية التحكيم.

#### ثانياً - عدم التفريق بين بطلان العقد الأصلي وانعدامه

اتجه جانب من الفقهاء إلى عدم التفريق بين بطلان العقد الأصلي وانعدامه والتي وضعها القضاء الانجليزي الرافض لمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي، في حالة ما إذا كان العقد قد لحق به عيب منذ انعقاده بالمقابلة بالعيب الذي يؤدي إلى بطلانه تفرقة لا داعي لها<sup>(2)</sup>، إذ تعتبر حجة ليتم بواسطتها فتح الباب للطرف السيئ النية على الوسائل الاحتمالية التي يحاربها المبدأ ويعمل على تفاديها.

كما يرى جانب من الفقهاء أنّ بطلان العقد الأصلي أو انعدامه لا يؤثر على صحة اتفاقية التحكيم، إذ يجب النظر في هذه الأخيرة بصفة مستقلة تماماً عن العقد الأصلي وفي حالة التأكد من بطلانها أو انعدامها يكون نتيجة بذاتها وليس نتيجة لما لحق العقد الأصلي

<sup>1</sup> - تعويلت كريم، مرجع سابق، ص 102.

<sup>2</sup> - بولحية سعاد، مرجع سابق، ص 78.

من بطلان أو انعدامه<sup>(1)</sup>، كما لا يؤدي إلى استبعاد اختصاص المحكم لعدم كفايته، فالمحكم هو الذي يقوم بفحص وتقدير صحة الادعاء من عدمه، وإذا تأكد وأثبت له بعد توصله إلى أنّ العقد الأصلي لا وجود له بسبب عدم توافر الرضا المتبادل بين أطراف العقد، فعليه، أن يقضي بعدم اختصاصه إذا اتضح له أنّ الانعدام لحق باتفاقية التحكيم، ليس كنتيجة لانعدام العقد الأصلي، بل لانعدام اتفاقية التحكيم بحد ذاتها بسبب الانعدام الذي لحق بها<sup>(2)</sup>.

ففي اعتقادنا أن الرأي الراجح هو حالة التفريق بين انعدام العقد وبطلانه، فليس من المنطق أن نتصور اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم في الفصل في المنازعات الناتجة عن عقد لم يتم إبرامه أصلاً أو لم يتم التراضي عليه.

وأخيراً، بعدما تطرقنا إلى آراء الفقهاء حول انعدام العقد الأصلي، نجد أنه تم تكريس القضاء للرأي الذي أخذ بالتفريق بين بطلان وانعدام العقد الأصلي، فنجد أن قضاء محكمة النقض الفرنسي قد أخذت وطبقت التفرقة بين انعدام وبطلان العقد الأصلي وذلك في حكمها الصادر في 10 جويلية 1990 في قضية شركة كاسيا (CASSIA) ضد شركة بيا (PIA)<sup>(3)</sup> التي تقضي بربط مصير اتفاقية التحكيم بمصير العقد الذي يتضمن هذا الشرط إذ قضت أنه: «في إطار التحكيم الدولي فإنّ مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يتقيد بوجود الاتفاق الأصلي الذي يتضمن شرط التحكيم المتمسك به من حيث الشكل، ويتم تقدير هذا الوجود بالضرورة وفقاً للقانون الذي تحدده قواعد القانون الدولي الخاص، التي تطبق على شكل العقد الأصلي»<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - تعويلت كريم، مرجع سابق، ص 103.

<sup>2</sup> - بولحية سعاد، مرجع سابق، ص 79.

<sup>3</sup> - Cass-civ, 10 juillet 1990, rev-arab, 1990, p85. Note : MOITRY (J.H) et VERNE (C.), JDI 1992, p168. Note : LOQUIN (E).

<sup>4</sup> - حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 46.

كما نجد الأخذ بالاتجاه المؤيد لعدم التفرقة بين بطلان وانعدام العقد الأصلي من طرف بعض الاتفاقيات الدولية وكذا لوائح التحكيم فنجد مثلا رفض اتفاقية جنيف الموقعة عام 1961 لمسألة التفريق بين بطلان وانعدام العقد الأصلي بنصها أنه: «لمحكمة التحكيم أن تفصل في مسألة وجود وصحة العقد الذي يشكل اتفاق التحكيم جزءا منه»<sup>(1)</sup>، كما أقر القانون النموذجي في التحكيم الصادر عن نفس اللجنة وفقا للمادة 1/16 عن رفضهما الصريح في مسألة التفرقة بين بطلان وانعدام العقد الأصلي<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - بولحية سعاد، مرجع سابق، ص79.

<sup>2</sup> - القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985، مرجع سابق.

## خلاصة الفصل الثاني

إنّ استقلالية اتفاقية التحكيم يكرس إرادة الأطراف في عرض النزاع على التحكيم وليس على قضاء الدولة وقوانينها، ولكي تصبح اتفاقية التحكيم مستقلة استقلالاً كاملاً عليها أن تراعي بعض القواعد العامة عند إبرامه ومنها: احترام النظام العام الدولي، فمثلاً إذا وقعت اتفاقية التحكيم في حالة التدليس والغش في توقيع أطراف الاتفاقية أو عدم قابلية النزاع للتحكيم، فهذا سيؤدي إلى بطلان اتفاقية التحكيم لمخالفة النظام العام الدولي، فإن اتفاقية التحكيم في حالة الطعن فيها أمام القضاء سيؤدي إلى بطلانها، ومبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي مكرس في الاتفاقيات الدولية والوطنية ولوائح التحكيم الدولية والاجتهاد التحكيمي الدولي والقوانين الوطنية ومن بينها الجزائر التي اعترفت به وقامت بتبنيه في قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

## خاتمة

لقد عرف التحكيم تطورا كبيرا في مفهومه وفي نظامه القانوني وأصبح مجتمع التجارة الدولية يتجه إلى وضع نظام حقيقي لحل المنازعات الخاصة بهم، وعرفت اتفاقية التحكيم نفس المصير باعتبارها الحجر الأساسي للجوء لهذا النظام. لذا نجد الجزائر منفتحة ومتخذة موقفا إيجابيا إزاء التحكيم التجاري الدولي بعد رفض فكرته من قبل.

إذا كانت اتفاقية التحكيم إذا أساس التحكيم بكامل فروعه، قد اعتمد في صياغة القانون التحكيم الجديد على فكرة مبدأ سلطان الإرادة بكل نتائجه المنطقية، بحيث خول هذا القانون المتعاقدين في العلاقة الدولية اختيار الأنظمة القانونية المناسبة لهم بشأن حكم تصرفاتهم، ولو لم يكن القانون المختار هو قانون دولة إبرام العقد، أو دولة تنفيذه لذلك لم يعد مبدأ سلطان الإرادة مجرد تبرير لحل إلزامي مسبق لتنازع القوانين في مجال العقود الدولية. بل أصبح هذا المبدأ هو الحل ذاته.

إن القيد الشكلي الذي اشترطه القانون لصحة اتفاقية التحكيم قد أثار جدلا، بحيث ترك المشرع الحرية للمتعاقدین لتحريك آلية التحكيم محاولا تشجيع هذا النوع من القضاء الخاص، كما جعل من اتفاقية التحكيم عقدا شكليا أصبح عائقا لعدة معاملات تجارية دولية يفترض تطلبها مبدأ الرضائية بين الأطراف، والمؤهل من المشرع أن يجعل من الكتابة شرطا للإثبات وشرطا لصحة اتفاقية التحكيم.

نستخلص من خلال الدراسة التي قمنا بها لاتفاقية التحكيم الدولي ومدى استقلاليتها عن العقد الأصلي، تبين لنا بوضوح عن أهمية دوره في كافة مراحل التحكيم التجاري الدولي ومن نتائجه ما يلي:

- إن اتفاقية التحكيم الدولي تمنح المحكم سلطة تقرير مسألة البت في اختصاصه، فهو وحده الذي يقدر إذا كان هذا الاتفاق صحيحا، ومن ثم يتصدى للفصل في موضوع النزاع أم باطلا فيعلق عدم اختصاصه، وهو يتمتع في هذا الخصوص بحرية واسعة في تفسير الاتفاق ترتيب الأثر الإيجابي له كلما كان ذلك ممكنا.

- كما تؤدي اتفاقية التحكيم الدولي عند الفصل في موضوع النزاع إلى التطبيق المباشر للقانون التجاري الدولي، سواء كان تطبيق القانون بصفة أساسية أو لتكملة النقص المحتمل في القانون الوطني، وبذلك تحقق اتفاقية التحكيم الدولي جانبا جوهري في تسوية النزاع، وهو مراعاة طبيعة المعاملات التجارية الدولية، التي تقضي تطبيق هذا القانون، وهو الأمر الذي نادرا ما يحدث إذا طرح نفس النزاع أمام قضاء الدولة.

- تعمل اتفاقية التحكيم الدولي على تبسيط الصعوبات التي تعترض إجراءات التحكيم خاصة عندما تكون الدولة أو احد أشخاصها المعنوية العامة طرفا في هذه الاتفاقية، فهو يفرض على الدولة أن تتعامل كفرد عادي بعيدا عن مظاهر الحصانة القضائية التي تتمتع بها لتخضع مثل الأفراد العاديين لهذه الإجراءات، كما يعتبر السند القانوني في تنازلها عن الحصانة التي تتمتع بها ضد إجراءات التنفيذ حال صدور حكم التحكيم ضدها.

تتمتع اتفاقية التحكيم التجاري الدولي في وجودها القانوني استقلالية كاملة عن العقد الأصلي التي وردت أو ارتبطت به، فلا تتأثر بحكم هذا العقد بما يلحقه من بطلان، كما لا يتأثر بحكم القانون الواجب التطبيق على هذا العقد، أو بحكم أي قانون آخر قد يكون سببا في بطلانه، وكاستثناء يؤدي انعدام الإرادة إلى عدم وجود العقد الأصلي وكذا اتفاقية التحكيم.

في ضوء النتائج السابقة، نقدم بعض الاقتراحات والآراء فيما يلي:

- نقترح على المشرع أن يقوم بتعديل المادة 1040 من قانون 08-09 بالتفصيل في الأسباب التي تؤدي لانقضاء العقد الأصلي (غير البطلان).

- كما نقترح أيضا أن يقر بمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم في التحكيم الداخلي مثلما أقره في التحكيم التجاري الدولي.

# قائمة المراجع

أولاً- المراجع باللغة العربية

1-الكتب

1. أحمد إبراهيم عبد التواب:  
أ- اتفاق التحكيم، مفهومه، أركانه وشروطه، نطاقه، دار  
النهضة العربية، القاهرة مصر، 2013.  
ب-الأثر الايجابي والسلبي لاتفاق التحكيم، دار النهضة  
العربية، القاهرة، مصر، 2013.
2. أحمد بلقاسم، التحكيم الدولي، دار هومه، الجزائر، 2005 .
3. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب تسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دراسة  
تحليلية تأصيلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
4. بشار محمد سعيد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية،  
منشورات الحلبي الحقوقية، مصر، 2009.
5. حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي،  
الإسكندرية، مصر، 2001.
6. عاطف شهاب، اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي طبيعته،  
نشأته، انعقاده، صحته، القاهرة، 2002.
7. عبد الباسط محمد عبد الواسع، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، دار الجامعة  
الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2013.
8. عبد الحميد علي الزيايدي، اتفاق التحكيم التجاري (دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية  
والقانونين المصري والليبي)، دار المطبوعات الجامعية،  
مصر، 2014.
9. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2008.

10. قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمار، دار هومه، الجزائر، 2004.
11. لزهري بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومه، الجزائر، 2012.
12. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 1997.
13. محمود السيد عمر التحيوي:
- أ- أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.
- ب- أنواع التحكيم، وتمييزه عن الصلح والوكالة، والخبرة، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2009.
14. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 2011.
15. مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية قانون التحكيم التجاري المصري رقم 27 لسنة 1994 في ضوء القانون المقارن وقانون التجارة الدولية مع الإشارة إلى قوانين التحكيم العربية، ج1، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.
16. مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
17. ناصر ناجي محمد جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2008.

## 2- الرسائل والمذكرات

### أ- الرسائل

1. السائح عمران علي، التحكيم والقانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006/2005.
2. عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر (على ضوء الاتفاقيات الدولية للجزائر)، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
3. قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

### ب- المذكرات

1. أحمد بن حاجة، التحكيم وحل المنازعات في العقود الاقتصادية، مذكرة الماجستير في الحقوق، فرع قانون المؤسسات، كلية الحقوق-بن عكنون، جامعة الجزائر، 2006-2005.
2. أسامة أحمد حسين أبو القمصان، مدى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي "دراسة مقارنة"، مذكرة ماجستير، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2010.
3. بودودة سعاد، التحكيم التجاري الدولي كضمان من ضمانات الاستثمار، مذكرة الماجستير في الحقوق، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2013.

4. بوديسة كريم، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة الماجستير في القانون، تخصص: قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
5. بولحية سعاد، استقلالية اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية الدولية، مذكرة الماجستير في القانون الخاص، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، 2008.
6. تعويلت كريم، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي (دراسة على ضوء المرسوم التشريعي رقم 09/93 والقانون المقارن)، مذكرة الماجستير في القانون، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004.
7. تياب نادية، التحكيم كآلية لتسوية نزاعات عقود التجارة الدولية، مذكرة الماجستير في القانون، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006.
8. حرزي لونس، دور الاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار، مذكرة الماجستير في القانون، تخصص: القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.
9. حسيني يمينة، تراضي الأطراف على التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص: قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
10. خواثره سامية، تنفيذ القرارات التحكيمية المترتبة عن منازعات التجارة الدولية، مذكرة الماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2003.

11. صديق بغداد، اتفاقية التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الجزائري والقضاء التحكيمي، مذكرة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2001-2002.
12. طيار محمد سعيد، اتفاق التحكيم في تسوية منازعات التجارة الدولية، مذكرة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2006/2007.
13. عزاز ساعد، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر ومختلف تطبيقاته، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السابعة عشر، الجزائر 2008/2009.
14. فريدة حسين، التنفيذ الجبري لأحكام التحكيم الدولي الصادرة في المجال الاستثماري بالجزائر، مذكرة الماجستير في القانون، تخصص: قانون التنمية الوطنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 1999-2000.
15. كمال معروف، التحكيم التجاري الدولي، مذكرة الماجستير في القانون، تخصص قانون الأعمال، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1999/2000.
16. كولا محمد، التحكيم في إطار قانون الاستثمار الجزائري، مذكرة الماجستير، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2002.
17. نور الدين بكلي، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، مذكرة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1995-1996.

### 3-المقالات

1. أحمد السمدان، "القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي"، مجلة الحقوق، العدد الأول والثاني، مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، الكويت، 1993، ص 173-212.
2. بن زكري راضية، التحكيم التجاري الدولي بين متطلبات التجارة الدولية ومقتضيات النظام العام، الملتقى الوطني حول التحكيم التجاري الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، يومي 08 و09 ماي 2013، ص 01-24.
3. رضوان عبيدات، الآثار الايجابية لاتفاق التحكيم التجاري وفق أحكام القانون الأردني والمقارن، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 38، العدد 2، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 2011، ص 646-671.
4. مصطفى ناطق صالح مطلوب، مبدأ استقلال اتفاق التحكيم التجاري، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 43، السنة 2010، ص 113-141.

### 4- النصوص القانونية

#### أ-الاتفاقيات الدولية

- مرسوم رئاسي رقم 88-233، المؤرخ في 05/11/1988 يتضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية نيويورك التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10/06/1958 الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، ج.ر عدد 48 لسنة 1988.
- مرسوم رئاسي رقم 95-346، مؤرخ في 30 أكتوبر 1995، يتضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج.ر عدد 66 صادرة بتاريخ 15 نوفمبر 1995.

## قائمة المراجع

– مرسوم رئاسي رقم 90-319 المؤرخ في 17 أكتوبر 1990، ج ر رقم 45-1990 يتضمن الاتفاق الرامي إلى تشجيع الاستثمارات الموقع في واشنطن بتاريخ 22 جوان 1990 بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية، المصادق عليه.

– مرسوم رئاسي رقم 91-345 المؤرخ في 5 أكتوبر 1991، ج ر رقم 46-91 يتضمن الاتفاق الموقع عليه في الجزائر بتاريخ 24 أبريل 1991 بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والإتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي، المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات المصادق عليه.

– مرسوم رئاسي رقم 91-346 المؤرخ في 5 أكتوبر 1991، ج ر رقم 46-91 يتضمن الاتفاق الموقع عليه في الجزائر بتاريخ 18 ماي 1991 المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية وحكومة الجمهورية الإيطالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، المصادق عليه.

### ب-النصوص التشريعية

– أمر رقم 58/75 يتضمن القانون المدني معدل ومتم بموجب قانون رقم 05/07، المؤرخ في 13 مايو 2007، ج.ر عدد 31 الصادرة في 13 مايو 2007.

– القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21 صادرة في 25 أبريل 2008.

### ثانيا- المراجع باللغة الفرنسية

## Ouvrages

1. ALLIOUCH Kerboua, MEZIANI Naima, **L'arbitrage commercial international en Algérie**, office des publications universitaires, Annaba, 2010.
2. DAVID René, **L'arbitrage dans le commerce international**, 2<sup>ème</sup> éd., LGDI, Paris, 1982.
3. FOUCHARD Phillipe, GAILLARD Emmanuel, GOLDMAN Bartold : **Traité de l'arbitrage commercial international**, Éd.Delta, Paris, 1996.

4. REDFERN Alain, HUNTER Martin : **Droit et pratique de l'arbitrage commercial international**, 2<sup>ème</sup> éd., LDGD, Paris, 1996.
5. TERKI Nour-Eddine, **L'arbitrage commercial international en Algérie**, O.P.U, Alger 1999.

### Articles

- FOUCHARD PHillipe, rev.arb, 1984.
- OPPETIT Bruno : **La clause compromissoire par référence**, Revue de l'arbitrage, N° 1, 1990.

### Thèse

- HOCINE Farida, **L'influence de l'accueil de la sentence arbitrale par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international**, Thèse pour le doctorat en droit, Université Mouloud Mammeri de Tizi-Ouzou, Faculté de Droit et Sciences Politiques, 2012.

### Texte législatif

- Nouveau code de procédure civile français, disponible sur le site internet « [www.journal-officiel.gouv.fr](http://www.journal-officiel.gouv.fr) », dernière modification du texte : le 01/01/2014, document généré le 08 avril 2014, copyright©-2007-2008 légifrance, consulté le 12/03/214.

### Jurisprudence

- Sentence rendue dans l'affaire N°1507 en 1970, JDI 1974, OBS.
- Sentence Liamco, revue de l'arbitrage 1980, N°1.
- Cass.civ (1<sup>er</sup> ch.civ), 4 juillet 1972, affaire « Hecht », rev.arb, 1974.
- Cass.civ, 10 juillet 1990, rev.arb, 1990, note Moitry (J.H) et Verne (C), JDI, 1992, note LOQUIN (E).
- Cass.civ, mais 1963, affaire Gosset, Rev.Crit, DIP, 1963.
- Décision de la cour d'appel de Paris du 21 octobre 1983 publiée in revue de l'arbitrage 1984.
- Texaco / CALASIATAC C/Gouvernement Libyen J.D.I 1977.com.P.LALIVE.

- بروتوكول جنيف الصادر في 24/09/1923.
- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، على الموقع: [www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/arb-rules](http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/arb-rules) >> بتاريخ 2014/03/08.
- Affaire Asian Agricultural Product LTDC/La république du SRI LANKA, CIRDI, affaire ARB 87/03/décision du 27 juin 1990, site internet : « [www.worldbank.org/icsid/cases.com](http://www.worldbank.org/icsid/cases.com) » consulté, le 10 Mars 2014.
- Convention Européenne sur l'Arbitrage Commercial International (Genève) du 21 avril 1961 disponible sur le site internet : « [www.arbitrage.org/fr/presentation/texte-convention-euro.pdf](http://www.arbitrage.org/fr/presentation/texte-convention-euro.pdf) », consulté le 10 Mars 2014.

## فهرس الموضوعات

قائمة أهم المختصرات

1.....مقدمة

### الفصل الأول:

#### ماهية اتفاقية التحكيم التجاري الدولي

7.....المبحث الأول: مفهوم اتفاقية التحكيم

8.....المطلب الأول: تعريف اتفاقية التحكيم

10.....المطلب الثاني: صور اتفاقية التحكيم

11.....الفرع الأول: شرط التحكيم

11.....أولا-تعريف شرط التحكيم

13.....ثانيا- صور شرط التحكيم

13.....أ- شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي

14.....ب- شرط التحكيم بالإحالة

15.....ج- التحكيم دون رابطة عقدية في مجال الاستثمار أمام المركز الدولي

17.....الفرع الثاني: اتفاق التحكيم

19.....المطلب الثالث: شروط صحة اتفاقية التحكيم

19.....الفرع الأول: شرط الشكلية

20.....أولا-موقف المشرع الفرنسي

20.....ثانيا- موقف المشرع المصري

21.....ثالثا- موقف المشرع الجزائري

23	الفرع الثاني: الشروط الموضوعية.....
23	أولاً- الشروط الموضوعية العامة.....
23	أ-الرضا.....
24	ب-المحل.....
26	ج-السبب.....
27	ثانياً- الشروط الموضوعية الخاصة.....
27	أ- خضوع اتفاقية التحكيم للقانون الذي اتفق عليه الأطراف.....
28	ب- القانون الذي ينظم موضوع النزاع.....
29	ج- القانون الذي يراه المحكم ملائماً.....
30	<b>المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن اتفاقية التحكيم وانقضائها</b> .....
30	المطلب الأول: الآثار المترتبة عن اتفاقية التحكيم.....
30	الفرع الأول: الآثار المترتبة على الأطراف.....
30	أولاً-الأثر المباشر.....
31	ثانياً-الأثر الغير مباشر.....
33	الفرع الثاني: الآثار المترتبة على القاضي الوطني.....
33	أولاً-انعقاد الاختصاص للمحكمة التحكيمية.....
34	أ-المقصود من انعقاد الاختصاص للمحكمة التحكيمية:.....
34	ب-مبدأ الاختصاص بالاختصاص:.....
35	ثانياً- عدم اختصاص القضاء الوطني بالنظر في النزاع.....
35	أ- تأكيد المبدأ.....

37	ب- الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ
41	الفرع الثالث: الآثار المترتبة على الغير
42	أولاً-الخلف العام
43	ثانياً- الخلف الخاص
44	المطلب الثاني: انقضاء اتفاقية التحكيم
44	الفرع الأول: أسباب انقضاء اتفاقية التحكيم
44	أولاً- انقضاء اتفاقية التحكيم بأسباب عامة:
45	أ- صدور الحكم النهائي من المحكم في النزاع موضوع التحكيم
46	ب-انقضاء المدة المقررة للتحكيم
46	ثانياً-انقضاء اتفاقية التحكيم لأسباب خاصة
46	أ-انقضاء التحكيم بوفاة أحد المحكمين
48	ب-انقضاء اتفاقية التحكيم بإرادة الأطراف
49	الفرع الثاني: آثار انقضاء اتفاقية التحكيم
49	أولاً-انقضاء صلاحية محكمة التحكيم
51	ثانياً-الأحكام التمهيديّة أو الجزئية الصادرة قبل الانقضاء
52	ثالثاً-الإجراءات المتخذة قبل الانقضاء
53	خلاصة الفصل الأول

## الفصل الثاني:

### مدى استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي

- المبحث الأول: مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي.....56
- المطلب الأول: مفهوم مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي.....56
- الفرع الأول: تعريف مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي وأهميته.....56
- أولاً- تعريف مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي.....57
- ثانياً- أهمية مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي.....58
- الفرع الثاني: الأساس القانوني لمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي.....59
- أولاً- نظرية البطلان الجزئي للتصرفات القانونية.....59
- ثانياً- نظرية ازدواجية العقد.....62
- المطلب الثاني: إقرار مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي.....65
- الفرع الأول: إقرار المبدأ في الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية.....65
- أولاً- إقرار المبدأ في الاتفاقيات الدولية.....65
- أ- اتفاقية نيويورك 1965:.....66
- ب- اتفاقية واشنطن 1965.....67
- ج- اتفاقية جنيف 1961.....68
- ثانياً- تقرير المبدأ في القوانين الوطنية.....69
- أ- القانون الفرنسي.....69
- ب- القانون المصري.....70
- ج- القانون الجزائري.....70

72.....	الفرع الثاني: إقرار المبدأ في لوائح التحكيم الدولية والاجتهاد التحكيمي الدولي.
72.....	أولاً- إقرار المبدأ في لوائح التحكيم الدولية.....
75.....	ثانياً- إقرار المبدأ في الاجتهاد التحكيمي الدولي.....
80.....	المبحث الثاني: آثار وحدود مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي.....
80.....	المطلب الأول: الآثار المترتبة عن مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم.....
80.....	الفرع الأول: عدم ارتباط مصير اتفاقية التحكيم بمصير العقد الأصلي.....
82.....	الفرع الثاني: خضوع اتفاقية التحكيم لقانون آخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي.....
83.....	الفرع الثالث: مبدأ الاختصاص بالاختصاص.....
84.....	أولاً-أساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص.....
85.....	ثانياً-آثار مبدأ الاختصاص بالاختصاص.....
86.....	المطلب الثاني: حدود مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي.....
86.....	الفرع الأول: إرادة الأطراف.....
88.....	الفرع الثاني: انعدام العقد الأصلي.....
88.....	أولاً-التفريق بين بطلان العقد الأصلي وانعدامه.....
90.....	ثانياً- عدم التفريق بين بطلان العقد الأصلي وانعدامه.....
93.....	خلاصة الفصل الثاني.....
94.....	خاتمة.....
96.....	قائمة المراجع.....
106.....	فهرس الموضوعات.....