

جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون العام



جامعة بجاية
Tasdawit n Bgayet
Université de Béjaïa

المحاضرة الثالثة

في

مقياس قانون التحكيم التجاري الدولي

المحور الثاني: اتفاقية التحكيم التجاري الدولي
المبحث الأول: صحة اتفاق التحكيم التجاري الدولي ودوليته

موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر
تخصص القانون العام الاقتصادي

من إعداد
الدكتور تعويلت كريم

السنة الجامعية 2024/2023

مقدمة

- تستلزم صحة اتفاقية التحكيم، باعتبارها اتفاق يتضمن التعبير عن إرادتين أو أكثر، توافر الشروط الموضوعية العامة اللازمة لصحة أيّ عقد أو اتفاق.
- كما تستلزم توافر الشروط الشكلية التي يشترطها القانون.
- إضافة إلى بعض الشروط الخاصة والتي تنبثق من طبيعته الخاصة كاتفاق قضائي (إجرائي).

بما أنّ أغلبية الدول تميّز بين النظام القانوني للتحكيم الداخلي وبين النظام القانوني للتحكيم الدولي، فإنّ الدراسة في هذا المقام تنصب على تحديد شروط صحة اتفاقية التحكيم التجاري الدولي مع مقارنتها بشروط اتفاقية التحكيم الداخلي كلما اقتضت الضرورة ذلك.

صحة اتفاقية التحكيم التجاري الدولي

إنّ جوهر التحكيم الاختياري بصفة عامة، والتحكيم التجاري الدولي بصفة خاصة، هو اتفاق الأطراف الراغبين في اللجوء إليه، فبالرغم من كونه نظامًا قانونيًا له هيكله وإجراءاته وقواعده التي رسمها القانون، إلا أنّه نظام اتفاقي أساسه إرادة أطرافه.

لقد خصّ المشرّع الجزائري التحكيم التجاري الدولي بتنظيم خاص أورده في الفصل السادس من الباب الثاني من الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لذلك فإنّ دراسة الشروط التي تستلزمها صحة اتفاق التحكيم في مجال التجارة الدولية يمر حتما عبر تحديد دولية التحكيم وموقف المشرّع الجزائري من المعايير المعتمد عليها في هذا المجال، ذلك لأنّ الشروط القانونية لصحة اتفاقية التحكيم الدولي تختلف عن تلك التي يشترطها بالنسبة لصحة اتفاقية التحكيم الداخلي، سواء فيما يتعلق بالشروط الموضوعية، أو فيما يتعلق بالشروط الشكلية.

شروط صحة اتفاقية التحكيم التجاري الدولي من حيث الموضوع

تشرط اتفاقية التحكيم التجاري الدولي توافر التراضي الصحيح الخالي من العيوب، وأن يرد هذا التراضي على محل ممكن ومشروع، وأن يستند إلى سبب مشروع.

- إنّ تقدير صحة اتفاقية التحكيم التجاري الدولي ومدى توافر هذه الشروط أخضعه نص الفقرة الثالثة من المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى ثلاثة قوانين محتملة التطبيق، لذلك فإنّ تقدير صحة اتفاقية التحكيم التجاري الدولي من حيث الموضوع يتطلب تحديد القانون الواجب التطبيق عليه، قبل تحديد الشروط التي يستلزمها هذا القانون.

تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع اتفاقية التحكيم التجاري الدولي

نجد من خلال نص المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أنّ المشرّع الجزائري قد أخذ بازدواجية الإرادة، حيث ترك للأطراف حرية اختيار القانون واجب التطبيق على اتفاقية التحكيم صراحة، أو ضمناً عن طريق اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وفي غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية تقدّر صحة وفعالية هذه الاتفاقية وفقاً لإرادة المحكم، وبذلك يكون قد جمع بين منهج تنازع القوانين ومنهج القواعد المادية، وكوّس ثلاثة حلول تطبّق بالتناوب وتهدف كلّها إلى توسيع مجال صحة اتفاقية التحكيم في مجال التجارة الدولية.

1-تقدير صحة اتفاق التحكيم وفقاً للقانون الذي اختاره الأطراف

يسمح تطبيق نص المادة 1040 في فقرتها الثالثة، بأن يقوم الأطراف باختيار أيّ قانون ليحكم اتفاقية التحكيم التي أبرموها، حيث كرسّ المشرّع الجزائري بموجب نص هذه المادة مبدأ الإرادة المستقلة المعترف به عالمياً.

أكثر من ذلك، فإنّ هذه المادة تسمح ليس فقط بإعطاء الحرية للأطراف في اختيار تطبيق أيّ قانون وطني، مثل ما هو معمول به في إطار قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص الجزائري، وإنما تمكّنهم من اللجوء إلى إخضاع اتفاقيتهم لأية قاعدة قانونية مهما كان مصدرها.

إنّ ما يؤسّس هذا التفسير هو نص المادة السالفة الذكر في صياغته باللغة الفرنسية، حيث أنّ المشرّع الجزائري استعمل مصطلح "Droit" بدلاً من مصطلح "Loi" الذي استعمله في إطار المادة 18 من القانون المدني الجزائري، فمصطلح "Droit" يعني القانون بمفهومه الموضوعي (المادي) وليس بمفهومه الشكلي، ولا يقصد به القاعدة القانونية ذات المصدر التشريعي فحسب، بل يشمل كل القواعد القانونية مهما كان مصدرها بما في ذلك أعراف التجارة الدولية.

وفقاً لما سبق، يمكن لأطراف اتفاقية التحكيم أن يتفقوا على إخضاع هذا الأخير لـ:

*- نظام تحكيمي معيّن، على غرار:

- نظام مركز تحكيم معيّن أو هيئة معيّنة، مثل ذلك المعمول به لدى مركز "CIRDI"، أو لدى غرفة التجارة الدولية "CCI".

- نظام التحكيم الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "Règlement CNUDCI".

- القانون النموذجي للتحكيم الذي أعدته نفس اللّجنة "Loi type CNUDCI".

- نظام التحكيم الخاص بالغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة "CACI".

*- كما يمكن إخضاعه لحكم المبادئ العامة للقانون، أو لقواعد يحددها مباشرة.

ملاحظة: فإذا كان هذا الحل يتماشى مع ما هو مقرر في المادة (1-5-أ) من اتفاقية نيويورك لعام 1958، المتعلقة باعتماد أحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، فإنّها تعتبر أكثر ليبرالية من مبدأ استقلالية الإرادة المكرّس في التعديل الأخير للمادة 18 من القانون المدني المحدّدة للقانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، ذلك أنّ المشرّع الجزائري قيّد الأطراف، في هذه الأخيرة، عند اختيار قانون دولة معينة، واشترط أن تكون هناك صلة حقيقية بين القانون المختار وبين المتعاقدين أو العقد.

Art 1040 CPCA:

“Quant au fond, elle [la convention] est valable si elle répond aux conditions que posent, soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l’objet du litige, soit le droit que l’arbitre estime approprié”.

Article 18 CCA:

“Les obligations contractuelles sont régies par la loi d’autonomie dès lors qu’elle a une relation avec les contractants ou le contrat.

A défaut, c’est la loi du domicile commun ou de la nationalité commune qui sera applicable.

A défaut, c’est la loi du lieu de conclusion du contrat qui sera applicable. Toutefois, les contrats relatifs aux immeubles sont soumis à la loi de la situation de l’immeuble.”.

- هناك من يرى بأنّ تكريس المشرّع الجزائري لشرط وجود علاقة موضوعية بين القانون المختار و العقد أو بالمتعاقدين في المادة 18 من القانون المدني، بعد التعديل الذي أدخل عليه في سنة 2005 بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، يمثل مفارقة على أساس أنّه لا يتماشى مع التوجه المعتمد في المادة 458 مكرر 14 من قانون الإجراءات المدنية (الملغى)، والتي تقابلها المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الساري المفعول، وأنّ هذا التقييد التشريعي يحمل في طياته تقييداً لسلطة المحكم في الفصل في النزاع وفقاً لقواعد القانون التي يراها ملائمة، وأنّ هذا الوضع ينطبق أيضاً على مسألة القانون واجب التطبيق.

من جهتنا، نستبعد تماماً تطبيق نص المادة 18 من القانون المدني في مجال التحكيم التجاري الدولي إلا إذا اتفق الأطراف على تطبيقه، ذلك أنّ المشرّع الجزائري وضع حلولاً خاصة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث حدّد القانون واجب التطبيق على اتفاقية التحكيم في نص المادة 1040 منه وحدّد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في المادة 1050 من نفس القانون.

- إذا كان القيد الذي وضعه المشرّع على إرادة الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق، يشكّل، دون أدنى شك، تراجعاً عن ليبرالية نص المادة 18 من القانون المدني قبل التعديل¹، فإنّه لا يمس بليبرالية الحلول

¹- لم تتضمن المادة 18 من القانون المدني قبل تعديل سنة 2005 مثل هذا التقييد، حيث جاءت بالصيغة التالية: "يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون المكان الذي يُبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر. غير أن العقود المتعلقة بالعقار يسري عليها قانون موقعه".

المكرّسة في مجال التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، حيث أراد المشرّع من خلالها استبعاد منهج النزاع التقليدي في مجال عقود التجارة الدولية.

2- إخضاع اتفاقية التحكيم التجاري الدولي للقانون المنظم لموضوع النزاع

الخيار الثاني المنصوص عليه في المادة 3/1040 المشار إليها أعلاه، هو تطبيق القانون المنظم لموضوع النزاع عند تقدير صحة اتفاق التحكيم التجاري الدولي.

هذا الخيار لا يجب أن يفهم كأنه نتيجة عن تبعية اتفاقية التحكيم التجاري الدولي للعقد الأصلي، على اعتبار أنّ الفقرة الأخيرة من نفس المادة تكرر بصفة ضمنية مبدأ الاستقلالية في هذا المجال، وإنّما نتيجة اختياره من قبل الأطراف، أو نتيجة لكون كل من اتفاقية التحكيم والعقد الأصلي لهما نفس التركيز القانوني، وهو الحل الذي يمكن اعتباره بمثابة اختيار ضمني للأطراف.

3- تقدير صحة اتفاقية التحكيم وفقا للقانون الذي يراه المحكم ملائما

كرّست المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية سلطة المحكم في اختيار القانون الذي يراه ملائما ليطبّق في مجال تقدير صحة اتفاقية التحكيم التجاري الدولي، وبهذا يكون المشرّع الجزائري قد كرّس حلاً ليبرالياً بامتياز في هذا المجال، حيث ذهب إلى أبعد مما ذهبت إليه اتفاقية نيويورك لعام 1958، بل وأبعد من القانون السويسري الذي استلمه في سنة 1993، لكنه لم يصل إلى حدّ تكريس الاستقلالية التامة لاتفاقية التحكيم عن القوانين الوطنية على الطريقة الفرنسية.

يبدو أنّ المشرّع الجزائري أخذ بالحل الذي اقترحه الفقه، والمتمثل في توحيد المعاملة التي يعامل بها كل من اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، وذلك بتعويض " القانون الجزائري " المنصوص عليه في المادة 458 مكرر 1 من قانون الإجراءات المدنية الملغى، وإعطاء المحكم سلطة تقديرية واسعة في سبيل تحديد القانون الذي يراه ملائما لتقدير صحة اتفاق التحكيم، بما فيها مبادئ القانون والأعراف التجارية الدولية.

- الحل الذي جسّده المشرّع الجزائري يوسع من احتمالات صحّة هذه الاتفاقية، من خلال تقرير ثلاثة حلول تطبّق بالتناوب وتهدف إلى تقرير فعالية اتفاق التحكيم في أكبر عدد ممكن من الحالات، دون فصله تماماً عن القانون الوطني واجب التطبيق عليه.

- هذا الحل يعتبر تجسيدا لتراجع الجزائر عن حرصها التقليدي على تطبيق القانون الوطني ضمناً لسيادتها السياسية والاقتصادية، ويسمح بتحقيق أهدافها ومصالحها، ويدخل ذلك في إطار تشجيع اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي.

الشروط الموضوعية لاتفاقية التحكيم التجاري الدولي في حالة تطبيق القانون الجزائي

تخضع اتفاقية التحكيم التجاري الدولي، كأى اتفاق آخر، لتوافر الأركان الموضوعية العامة التي تشترطها القواعد العامة لترتيب الآثار القانونية المنتظرة من هذه الاتفاقات، إذ تستلزم اتفاقية التحكيم التجاري توافر تراضٍ صحيح ومحل ممكن ومشروع وسبب مشروع.

1- ركن تراضي الأطراف

نقصد بالتراضي تطابق إرادتين أو أكثر واتجاهها إلى ترتيب آثار قانونية تبعا لمضمون ما اتفق عليه، وذلك بتلاقي إيجاب وقبول على اختيار التحكيم اختيارًا حرًا كوسيلة لحسم النزاعات التي ثارت أو قد تثور بشأن العلاقة الأصلية، ويشترط في التراضي أن يكون صادرا عن أطراف لهم أهلية التصرف، وذلك دون تمييز بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي.

2- ركن المحل

يميز عادة في مجال التحكيم، بين محل التراضي في اتفاقية التحكيم ومحل اتفاقية التحكيم:
- محل التراضي في اتفاقية التحكيم يتمثل في اتجاه إرادة أطراف الاتفاق إلى عرض النزاع على التحكيم.
- محل اتفاقية التحكيم يتمثل في عدة أمور يمكن أن يغيب بعضها ومنها: تعيين المحكمين؛ تحديد سلطاتهم؛ تحديد النزاع الذي يعرض عليهم... الخ، وهذه الأمور تتعلق أكثر بوضع اتفاقية التحكيم موضع التنفيذ وليس بصحته وفعالته.

وبالتالي فإننا نعني بالدراسة في هذا المقام محل التراضي في اتفاقية التحكيم، والذي يثير مسألتين:

أ- القابلية الشخصية للتحكيم "L'arbitrabilité subjective"

تثار مسألة القابلية الشخصية، عندما يكون أحد أطراف اتفاقية التحكيم دولة أو مؤسسة تابعة لها خصوصا، لأنها تثير مسألة القدرة أو الصلاحية على إبرام مثل هذه الاتفاقيات أو إبرام العقود التي تتضمن شروط التحكيم.

لم تتخذ القوانين الوطنية موقفا موحدا تجاه هذه المسألة، بل اختلفت فيما بينها، فمنها من اعترف للدول والأشخاص العامة بأهلية اللجوء إلى التحكيم، ومنها من يحظر عليها ذلك.

إن أكبر مثال على الحظر المفروض على الدولة والأشخاص المعنوية العامة من اللجوء إلى التحكيم هو القانون الفرنسي، ويجد أساسه في المادتين 83 و1004 من قانون الإجراءات المدنية القديم، إذ نصت المادة 1004 على عدم جواز الاتفاق على التحكيم في المنازعات التي يشترط فيها القانون تبليغها إلى النيابة

العامّة وحضورها في الدعوى، وقد عدّدت المادة 83 من نفس القانون هذه المنازعات وذكر من بينها: "المنازعات التي يكون أحد أطرافها الدولة أو الدومين أو البلديات أو المؤسسات العامّة...".

لكن بعد ذلك، وتحت ضغط المصلحة الاقتصادية، أدخلت تعديلات على هذه المواد وأجازت لهذه الأشخاص، بما فيها الدولة، باللجوء إلى التحكيم ولكن بشكل استثنائي، وبموجب قوانين خاصة، ثم جاء التعديل الصادر في 9 جويلية 1975 والذي ربط اللجوء إلى التحكيم بترخيص يصدر في شكل مرسوم، وبعد التعديل الذي جاء سنة 1981، الذي استبعد تطبيق المواد السابقة في مجال التحكيم التجاري الدولي، أصبح الحظر يقتصر فقط على المجال الداخلي، وبذلك تجسدت المبادئ التي وصلت إليها محكمة النقض الفرنسية، خاصة في حكم "Sancarlo" بتاريخ 14/04/1964، و أصبحت منذ ذلك الوقت قاعدة مادية في التحكيم التجاري الدولي الفرنسي.

في مصر، يعتبر قانونها من بين القوانين التي اعترفت بأهلية الدولة والأشخاص العامّة باللجوء إلى التحكيم، فنص المشرع المصري في المادة الأولى من قانون التحكيم لسنة 1994 على:

"مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية [...] تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة التي يدور حولها النزاع [...]"

وفي سنة 1997 تم إضافة فقرة إلى هذه المادة تقضي بأنّه: "في جميع الأحوال يجوز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية."

في الجزائر، كانت المادة 3/442 من قانون الإجراءات المدنية الملغى، قبل تعديلها في سنة 1993، تمنع على الأشخاص المعنوية العامّة من اللجوء إلى التحكيم، حيث تنص على أنّه "لا يجوز للدولة والأشخاص العامّة اللجوء إلى التحكيم".

وقد شمل هذا الحظر حتى المؤسسات العمومية الاقتصادية، رغم اختلاف الفقه في تفسير هذه المادة، وقد ازدادت حدة هذا الخلاف بعد صدور المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10 أبريل 1982، والمتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي.

لكن، وبالرغم من هذا الموقف التشريعي الواضح والرافض للتحكيم، إلا أنّ الجزائر أبرمت في تلك المرحلة عدة عقود في مجال البترول مع الشركات الأجنبية الخاصة والتي تضمنت شروطا للتحكيم، ونذكر على سبيل المثال:

-العقد الذي أبرمته في 19/10/1968 مع شركة "GETTY" الأمريكية والذي استمر حتى بعد تأميم المحروقات سنة 1971.

-نظام التحكيم الجزائري-الفرنسي، الموقع في 27/03/1983، الذي يعتبر تجسيداً للاتفاق الإطار المبرم بين الحكومتين في 21/06/1982 والمتعلق بالتعاون الاقتصادي بين البلدين.

وبغرض إزالة هذا التناقض بين النص والواقع، تدخل المشرع الجزائري وعدّل من صياغة المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية، وذلك بموجب المادة الأولى من المرسوم التشريعي رقم 93-09 وأصبحت تنص على ما يلي:

"...ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية".

لقد أبقى المشرع الجزائري على نفس الاتجاه في المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مع تسجيل اختلاف طفيف يتمثل فيما يلي:

-استبدال عبارة "علاقاتهم التجارية الدولية" بعبارة "علاقاتهم الاقتصادية الدولية".

-إضافة إمكانية لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في إطار الصفقات العمومية،

جاءت الفقرة الثالثة من المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كما يلي:

"ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

ب- القابلية الموضوعية للتحكيم

يشترط القانون لصحة اتفاقية التحكيم، أن يكون محلها مشروعاً، وأهم ما يلزم لتوافر مشروعيتها هو أن يكون النزاع مما يجوز تسويتها عن طريق التحكيم، وتنصب القابلية الموضوعية للتحكيم على تلك الحدود المتعلقة بالنظام العام التي رسمها المشرع للتحكيم كوسيلة لفض النزاعات، فكل دولة لها الحرية- وفقاً لسياستها الاقتصادية والاجتماعية- أن تحدّد المسائل التي يمكن حلّها عن طريق التحكيم.

هذه الحرية مكرّسة في أهم الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم، إذ تنص الفقرة الأولى من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك 1958 مثلاً على ما يلي:

"تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بشأن علاقة قانونية معينة، سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية، متى تعلقت بمسألة يجوز تسويتها بطريق التحكيم"

ولرسم هذه الحدود، ينبغي على كل من المشرّع والقضاء الوطنيين أن يوازنا بين المسائل ذات المصلحة العامة، مثل حقوق الإنسان، مسائل قانون العقوبات... من جهة، والمصلحة العامة التي يهدف إليها تشجيع التحكيم، خاصة في المسائل التجارية، والمتمثل في تخفيض الضغط على المحاكم الوطنية وتنمية وتوسيع مجال التجارة الدولية.

تجسيدا لهذه الحرية، أخرج المشرّع الجزائري بعض المسائل من مجال التحكيم بموجب الفقرة الثانية من المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويتعلق الأمر بالمسائل المتصلة بالنظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم، أخذًا في ذلك بالحل الكلاسيكي المعتمد في جلّ التشريعات الداخلية للدول، رغم اختلافها في بعض المسائل، خاصة تلك المتعلقة بتحديد النظام العام المقصود.

جاءت الفقرة الثانية من المادة 1006 المذكورة كما يلي:

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

ثالثًا: السبب

تتمثل النتيجة الهامة التي ينتظرها الأطراف عند إبرامهم اتفاقية التحكيم، في عرض نزاعهما على محكمة تحكيم، واستبعاد طرحه على القضاء الوطني المختص أصلاً بحل النزاع، وبالتالي فسبب اتفاق التحكيم يتمثل في إرادة أطرافه استبعاد ولاية القضاء الوطني وعقد اختصاص محكمة التحكيم، وهو بذلك سبب مشروع على اعتبار أن المشرع سمح لهم بذلك.

الشروط الشكلية لصحة اتفاقية التحكيم التجاري الدولي

لقد كان ولا يزال الشكل الذي تستلزمه اتفاقية التحكيم، بصفة عامة، وشكل اتفاقية التحكيم التجاري الدولي بصفة خاصة، محل اختلاف مواقف الأنظمة القانونية، حيث تبنت هذه الأخيرة حلولاً متباينة، وقد انعكس هذا التباين في المواقف حتى على الاتفاقيات الدولية التي لم تحسم هذه المسألة وتركت فراغاً نتجت عنه تأويلات متعددة في الفقه.

فإذا كانت بعض الأنظمة القانونية لا ترى سببا في إخضاع اتفاق التحكيم التجاري الدولي لأي شرط شكلي، على غرار القانون الفرنسي (م 1507 ق إ م) والقانون البلجيكي (م 1861 ق إ م)، حيث كرسا الخيار الثاني الذي أورده القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بالنسبة للمادة السابعة منه في صيغته المعدلة في سنة 2006 .

من جهتها، أخرجت الكثير من الأنظمة القانونية اتفاقية التحكيم من دائرة التصرفات الرضائية وجعلت منه اتفاقا شكليا، وذلك بهدف التحقق من اتجاه إرادة الأطراف فعلاً إلى التحكيم، وذلك يرجع إلى الآثار

الخطيرة و الهامة في نفس الوقت، التي تنتج عن هذا الاتفاق على قوانين الدول في حالة الاعتراف بصحته، خاصة منها سلب الاختصاص من المحاكم الوطنية المختصة أصلاً بفض النزاع، لذلك ربطت هذه الأنظمة القانونية وجود اتفاقية التحكيم- إضافةً إلى توافر إرادة الأطراف- بتوفر شرط الكتابة، و قرّرت بطلان الاتفاقية غير المكتوبة، فالكتابة وفقاً لهذا الاتجاه ليست مجرد وسيلة لإثبات وجود اتفاقية التحكيم، وإنما ركنا من أركانها.

في هذا الاتجاه، نجد مثلاً القانون المصري للتحكيم الذي ينص في المادة 12 منه على أنه "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً..."، والقانون المغربي (الفصل 313 من قانون المسطرة المدنية).

حاولت اتفاقية نيويورك التوفيق بين الاتجاهين، وذلك من خلال ما جاء به نص المادة الثانية التي صيغت كما يلي:

"1-تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يتعهد الأطراف بمقتضاه أن يخضعوا للتحكيم كافة أو أية خلافات نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم[...]"

2-وتعبير "اتفاق مكتوب" يشمل شرط التحكيم الوارد في عقد أو اتفاق التحكيم، موقع عليه من الأطراف أو متضمن في تبادل للخطابات أو البرقيات".

بالرغم من أنّ النص السابق يبدو واضحاً، إلا أنّ الفقه اختلف في تفسيره وفي مدى اعتبار الكتابة شرط وجود اتفاقية التحكيم أو مجرد وسيلة لإثباتها، حيث ذهب رأي أول إلى القول أنّ شرط الكتابة المنصوص عليه في المادة الثانية من هذه الاتفاقية، يعتبر شرطاً لصحة اتفاقية التحكيم ووجوده وليس مجرد وسيلة لإثباتها، وبالتالي فإنّ غيابه يرتّب البطلان. بينما يرى جانب آخر بأنّ غياب جزاء البطلان في نص المادة يجعل من الكتابة المقصودة مجرد وسيلة للإثبات.

مثل هذا الاختلاف لا نجده بخصوص مسألة كتابة اتفاقية التحكيم وفقاً لاتفاقية جنيف لعام 1961، الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، والمبرمة بين الدول الأوروبية، حيث تجيز الاعتراف باتفاق التحكيم غير المكتوب في شأن المعاملات التي تتم في إطار الدول التي لا تتطلب قوانينها كتابة اتفاقية التحكيم، كما أنّها تقر أيضاً الاتفاق الذي يرد في خطابات أو برقيات أو فاكسات متبادلة بين الأطراف، حيث جاء نص الفقرة (أ) من المادة الأولى من هذه الاتفاقية كما يلي:

« Aux fins de la présente convention, on entend par :

a) « convention d'arbitrage », soit une clause compromissoire insérée dans un contrat, soit un compromis, contrat ou compromis signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres, de télégrammes ou de communications par télécopieur, et, dans les rapports entre pays dont les lois n'imposent pas la forme écrite à la convention d'arbitrage, toute convention conclue dans les formes permises par ces lois (...). »

في القانون الجزائري، أوجب المشرع في الفقرة الثانية من المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، واشترط تقديمه مع أصل حكم التحكيم لإثبات وجود هذا الأخير قصد الاعتراف به أو تنفيذه وفقاً لما جاء في نص المادة 1052 من نفس القانون، فالكتابة وفقاً لهذه النصوص شرط لانعقاد اتفاق التحكيم وإثباته.

بالرغم من أن هذا النص الجديد أبقى على شرط الكتابة، ليس فقط لإثبات اتفاقية التحكيم، بل كركن من أركان وجودها من الأساس، إلا أنه وسّع من مفهوم الكتابة ليشمل كل الوسائل الحديثة للاتصال؛ كالرسائل الإلكترونية أو الفاكس أو التلكس أو أية وسيلة أخرى تجيز الإثبات بالكتابة.

ينبغي التأكيد هنا على أنه إذا كانت الاتفاقيات التحكيمية المكتوبة أثرت من ورائها عدة نزاعات تتعلق بتحديد نطاق تطبيقها ومجال اختصاص المحكمة التحكيمية، فإنّ الشروط التحكيمية الرضائية أو الشفوية سيكون لها أثر سلبي على فعالية التحكيم، لأنّها ستثير نزاعات أكثر، وذلك يؤدي إلى إطالة أمد المنازعات ويُصعّبها، لكونها وبدلاً من أن تكون وسيلة لحل النزاعات الموضوعية، فإذا بها تدخلنا في نزاعات إجرائية وشكلية تتعلق بالتحكيم بحدّ ذاته.