الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة بلحاج بوشعيب – عين تموشنت –

معهد العلوم الاقتصادية و التجارية و علوم التسيير

قسم العلوم الاقتصادية

تخصص :

تحت عنوان :

التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر في الحقوق –تخصص قانون خاص–

من إعداد الطالبين:

بن ساحة محمد أمين

أرماس محمد سعيد.

تحت إشراف الأستاذ :

د. عبد اللاوي خديجة

أعضاء لجنة المناقشة

د.غربي صورية	أستاذة مساعدة ب مركز جامعي بلحاج بوشعيب–عين تموشنت	رئيسا
د. عبداللاوي خديجة	أستاذة محاضرة أ مركز جامعي بلحاج بوشعيب–عين تموشنت	مشرفا و مقررا
د. بوجاني عبد الحكيم	أستاذ محاضر ب مركز جامعي بلحاج بوشعيب–عين تموشنت	عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2019–2020

بسم الله الرحمن الرحيم

الشكر و التقدير

بداية نحمد الله عزوجل الذي منحنا القوة و الصبر ووفقنا لإتمام هذا العمل المتواضع

نتقدم بالجزيل و الشكر إلى الأستاذة المشرف "**عبد اللاوي خديجة** "

الذي نكن له إحتراما خاصا ، اعترافا منا بفضله الكبير ، من خلال إشرافه على مذكرتنا و الإرشادات و النصائح القيّمة التي قدمها لنا و التي أفادتنا كثيرا في هذا العمل .

كما نتقدم بالشكر الجزيل إلى كل أساتذة المركز الجامعي بلحاج بوشعيب خاصة الذين تتلمذنا على أيديهم من السنة الأولى حتى السنة الثانية ماستر ، و إلى جميع الإطارات .

إلى كل من ساعدنا من قريب أو بعيد و لو بالكلمة الطيبة في إنجاز هذا العمل طلبين من المولى عزوجل أن ينفع به غيرنا

فالحمد لله حتى الرضى

و الحمد لله إذا رضى

و الحمد لله بعد الرضى

إهداء
إهداء

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على خاتم الأنبياء و المرسلين

أهدي ثمرة جهدي إلى من قال فيهما عزوجلّ "..... و اخفض لهما جناح الذل من الرحمة و قل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا "

إلى من تاهت الكلمات و الأحرف في وصفها ، و يعجز القلم عن كتابة أي شيء عنها و في صلاتها كم أكثرت من دعواتها ، و التي كانت سندا في حياتي و غمرتني بعطفها و حنانها ، إلى أمي الغالية أدام الله على صحتها و رعاها .

إلى أعظم رجل في الكون إلى من تواضع في الأرض ، حمد لله بكرة و أصيلا

إلى الذي رباني فأحسن تربيتي و علمني و هو بمثابة مثلي الأعلى " أبي العزيز"

حفظهما الله و أطال عمرهما و أدخلهما رياض الجنة ،

إلى كل اخوتي الذين وقفوا معي في كل الظروف و كانوا كالظل لا يفارقوني حفظهم الله

و إلى زملائي في الجامعة ، إلى الذين ساعدوني في مشواري الدراسي إلى كل من وسعهم قلبي و لم تسعهم هذه الورقة .

أمين

أهدي ثمرة عملي المتواضع هذا : لكل من ساهم في إنجازه:

إلى الذي سهر على راحتي و علمني كيف أتعلم ورافقني طوال مشوار دراستي ماديا و معنويا

،إلى الذي علمني معنى التفاني و الصبر على الشدائد

"أبي الغالي " أطال الله في عمره.

إلى روحي وأعلى ما عندي ساكنه قلبي ...نبع الحب و العطاء الدائم إلى التي سهرت على تربيتي وراحتي إلى من أرحت كلما تذكرت ابتسامتها في وجهي

" أمي الغالية"

أطال الله في عمرك يا أعز ملاك على القلب و العين وجزاها الله كل خير في الدارين

إلى إخوتي و اخواتي

إلى كل أقاربي و إلى أصديقائي

سعيد

قائمة أهم المختصرات:

أ- باللغة العربية:

ق.إ.م.إ: قانون الاجراءات المدنية والادارية.

ق.م: القانون المدني.

ق.ت: القانون التجاري.

ص: صفحة.

م: المادة.

ب-باللغة الفرنسية.

P : page.

مقدمة

مقدمة عامة :

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

غير أن العمليات التجارية الدولية قد لا تخلو من بعض النزاعات، الذي أصبح من أهم النظم القانونية المعاصرة، ومن الموضوعات الهامة التي تشغل مكانا بارزا في الفكر القانوني والاقتصادي على المستوى الدولي، وعلى مستوى معظم الأنظمة القانونية المقارنة، على اختلاف نظمها وأوضاعها الاقتصادية والسياسية.

ومن هنا، ظهر التحكيم كضرورة ثابتة من الضرورات ومستلزمات التجارة الدولية، فهو على حد تعبير بعض الفقه "توأمان لا يمكن فصلهما، وبمثابة الروح من الجسد، فإذا كان قانون التجارة الدولية إنسانا، فالتحكيم عقله المفكر "، وفي هذا السياق يرى الأستاذ أبو زيد رضوان أن "التحكيم التجاري الدولي قد ارتبط بالتجارة الدولية والتبادل التجاري بين الشعوب، وازدهر بازدهار هذه التجارة، حيث كانت التجارة الدولية هي المرتع الخصب الإنماء وتطوير قواعد التحكيم التجاري الدولي " [1] .

وعليه، أصبح التحكيم التجاري الدولي في الوقت الحاضر أهم وسيلة يرغب المتعاملون في التجارة الدولية اللجوء إليها لحسم خلافاتهم الناتجة عن تعاملاتهم، فلا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة الدولية من شرط يصار بموجبه إلى إتباع التحكيم عند حدوث نزاع بالعقد، ليتمكن بذلك هذا الأخير من الإفلات من سلطة قضاء الدولة، ويخضع إلى قضاء خاص من صنع أطراف النزاع أنفسهم. كما أن شيوع التحكيم واتساع مجاله في حقل التجارة الدولية يرجع إلى عدة اعتبارات أهمها، رغبة المتعاملين في الأسواق الدولية في التحرر بقدر الإمكان من القيود التي توجد في النظم القانونية الدولية، ورغبتهم ايضا الهروب من مشكلة تنازع القوانين.

وعليه، نظرا لميل القاضي لتطبيق قانونه الوطني حتى في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية، وذلك إلى عدم ثقة المتعاملين الاقتصاديين في توافر ضمانات التقاضي الحقيقية أمام هذا القضاء في مختلف الدول، بالاضافة إلى ما يعاب على قضاة المحاكم بسبب قلة الخبرة بتلك المنازعات المعقدة، إلى

[1] كمال ابراهيم، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي، مصر ، 1991، م 30.

جانب تقيد هؤلاء القضاة بإجراءات وقيود لا تتناسب مع طبيعة التجارة الدولية، وما تحتاجه من سرعة في حسم هذه المنازعات.

ومن هنا، تم اللجوء إلى التحكيم حيث يستند في الأساس إلى إرادة الأطراف، فهم الذين يختارون الأشخاص الذين يتولون مهمة التحكيم إذ يتصفون بالحياد والاستقلالية، و يتصفون بمعرفة نوعية التعامل التجاري الذي حدث النزاع بسببه، كما أن لأطراف العقد حرية اختيار مكان التحكيم، والقواعد الواجب التطبيق لتسوية نزاعهم، فكل هذه الأمور تجعلهم على ثقة من أن نزاعهم سوف تتم تسويته بشكل عادل وقانوني.

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

وعليه، نظرا للأهمية البالغة والمكانة الخاصة التي أصبح التحكيم التجاري الدولي يحتلها خاصة من بين الطرق البديلة الأخرى لحل النزاع التجاري الدولي سارعت الدول إلى مسايرة التطورات التي شهدتها المعاملات في حقل التجارة الدولية، وإعطاء التحكيم أكثر قدر من الفعالية وذلك عن طريق التخفيف من القيود التي أوردتها على التحكيم التجاري الدولي، والذي قد يرجع السبب في ذلك إلى التخوف المستمر لهذه الدول التي غالبا ما تكون دولا نامية نظرا لكون نظام التحكيم التجاري الدولي كان غريبا عن المتعاملين الاقتصاديين في هذه الدول، بسبب الانغلاق الاقتصادي الذي عاشت فيه. [2]

ولعل أبرز نموذج عن هذه الدول الجزائر، باعتبارها دولة نامية، فقد مر فيها التحكيم الدولي بمرحلتين هامتين، مرحلة المعارضة في الفترة التي تلت الاستعمار والتي أطلق عليها "أزمة التحكيم الدولي"، حيث

[2] فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة في أحكام التحكيم التجاري الدولي. دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان 2008، ص 65

اعتبرته الجزائر مخالفا للسيادة، مما جعلها تتخذ موقفا معاديا وذلك بعدم إعطائه مكانة في النظام القانوني. ثم تأتي بعد ذلك مرحلة الانفراج والانفتاح على التحكيم الدولي، ثم تكريسه في النظام القانوني الجزائري.

وبالتالي، أصبحت الدولة الجزائرية تفكر في ضرورة البحث عن آليات تتلاءم مع السياسة الاقتصادية الجديدة، ومسايرة متطلبات التجارة الدولية [3]، وبذلك فتحت المجال للاستثمار الأجنبي كضرورة ملحة لتحريك عجلة الاقتصاد الوطني، وأدركت أن ذلك لا يتحقق إلا بالاعتراف بالتحكيم الدولي كطريق لحل هذه النزاعات، باعتباره من الأنظمة المحفزة للاستثمار و الذي يعطي الطمأنينة والثقة للمستثمر الأجنبي[4].

وتجسيدا لذلك أكدت الجزائر استعدادها لتبني نظام التحكيم الدولي فقامت بإصدار المرسوم التشريعي رقم 93-09 [5] ، وكذلك القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري [6]، وأبرمت العديد من الاتفاقيات، كما صادقت على عدة اتفاقيات و من بين الاتفاقيات، الانضمام إلى اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية سنة 1988[7]، اتفاقية واشنطن المتعلقة بإنشاء مركز دولي لتسوية منازعات الاستثمار سنة 1965، الاتفاقية الدولية لإنشاء الوكالة الوطنية لضمان الاستثمار سنة 1995، إلى جانب انضمامها إلى هيئات دولية ومراكز مختلفة نذكر منها التحكيم في إطار الغرفة التجارية الدولية بباريس.

أهمية البحث : تكمن أهمية البحث الذي نحن بصدد دراسته فيما يلي:

- توضيح مدى الحاجة لنظام التحكيم التجاري الدولي.

---

[3] لقد شرعت الجزائر في سلسلة من الإصلاحات الاتصالية، لأسباب و عوامل خارجية، التي انتجت مفهوما جديدا ظهر على الساحة الدولية و هو ما يسمى العولمة، و لأسباب داخلية تمثلت في ازمة البترول ابتداء من 1986 و انخفاض السلة الوطنية بسبب الديون وانخفاض عائدات البترول

[4] بكلي نور الدين، اتفاق التحكيم الدولي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر،1995-1996 ، ص 43

[5] المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 1993 / 4 / 25 ، المعدل للأمر 154 / 66 المؤرخ في 1966 / 06 / 08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، جاء. رقم 27، سنة 1993.

[6] القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، ج ر عدد 21 سنة 2008.

[7] مرسوم رقم 88-233 الموافق له 5 نوفمبر 1988 يتضمن انضمام الجزائر بتحفظ الى اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف و تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية لسنة 1958 الصادرة عن مؤتمر الأمم المتحدة نيويورك في 10 جوان 1958: جار عدد 48، 23 نوفمبر 1988.

- توضيح موقف الجزائر من التحكيم التجاري الدولي خاصة بعد صدور قانون 08-09 إبراز كيفية اللجوء الى التحكيم و كيفية سير الخصومة التحكيمية وفقا للقانون الجزائري و الاتفاقيات التي انضمت و صادقت عليها الجزائر و التي تصبح جزء من القانون الداخلي حسب ما نص عليه الدستور الجزائري.

أهداف البحث :

- إن الهدف الأساسي التي نسعى لبلوغها من خلال هذا الموضوع هو إظهار أهمية نظام التحكيم التجاري الدولي خاصة في الجزائر، و كيفية تكريس المشرع الجزائري التحكيم التجاري الدولي قانونيا عن طريق التشريع الداخلي والاتفاقيات الدولية لتشجيع و تحفيز المستثمر خاصة الأجنبي، و ابراز أن التحكيم لم يسحب الاختصاص من القضاء العادي بل ترك مساحة للقضاء نظرا لحاجة التجارة الدولية لذلك، ومدى مساعدة و رقابة القضاء و التدخل عند الضرورة

أسباب اختيار البحث :

من بين الأسباب التي دفعتنا لدراسة هذا الموضوع تحديد حدود تدخل القضاء لكي لا يلغي الهدف الذي أنشأ من أجله التحكيم، بالاضافة إلى محاولة إبراز موقف المشرع الجزائري من التحكيم التجاري الدولي، وكيفية تنظيمه الإجراءات التحكيم من انعقاد الخصومة التحكيمية الى حين انتهائها.

اشكالية البحث :

نظرا لتشعب و شساعة نظام التحكيم التجاري الدولي حاولنا الالمام بكل جزئياته و لكن بإيجاز و اختصار، حيث أن موضوع التحكيم التجاري الدولي في الجزائر يطرح العديد من الاشكاليات، حيث نجد أنفسنا أمام الاشكالية التالية: كيف نظم المشرع الجزائري التحكيم التجاري الدولي؟. و تتفرع عن هذه الإشكالية العامة عدة أسئلة فرعية تتمثل فيما يلي: ماذا المقصود بالتحكيم التجاري الدولي؟ و ماهي طبيعته القانونية و ماهي انواعه؟، و كيف نظم المشرع اتفاق التحكيم كأساس للتحكيم التجاري الدولي في الجزائر؟ .

المنهج المتبع :

إن المنهج المتبع لإنجاز هذا البحث يتمثل في:

المنهج الوصفي التحليلي من خلال تحليل مختلف النصوص القانونية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي في الجزائر. ومدى نجاعتها لحل النزاعات المثارة أمام التحكيم التجاري الدولي، بالإضافة الى المنهج المقارن من خلال الاشارة الى بعض القوانين الداخلية للدول و الاتفاقيات الدولية والهيئات التحكيمية التجارية الدولية المتعلقة بالتحكيم.

أضف إلى ذلك تطرقنا للتطور التاريخي وذلك من خلال تناول بعض القضايا، وذلك من خلال الاشارة موقف المشرع الجزائري في الاعتراف بالتحكيم التجاري الدولي المعارض والمتذبذب إلى تكريس التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري.

وفي الأخير، من اجل تناول هذا الموضوع قسمناه إلى فصلين، الفصل الأول يتناول ماهية التحكيم التجاري الدولي، أما الفصل الثاني فتطرقنا إلى :

الفصل الأول : ماهية التحكيم التجاري الدولي

الفصل الثاني : إجراءات التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري

الفصل الأول
ماهية التحكيم
التجاري الدولي

تمهيد :

ظهر مفهوم التحكيم التجاري الدولي في المؤسسات القانونية البدائية، ثم استمر بعد إنشاء القضاء من طرف الدولة بسبب إرادة أطراف النزاعات، تفاديا للشكليات و الإجراءات التي يتسم بها القضاء، حيث تم تكريس حق اللجوء إلى التحكيم. ومما يستحق الذكر أن اللجوء إلى التحكيم بأي حال من الأحوال لا ينقص من الدور الفعال للمؤسسة القضائية و تجاهل دورها في تكريس العدالة ، و إنما يندرج في سياق البحث عن طريقة لفض النزاعات بشكل أفضل.

المبحث الأول

ماهية التحكيم

لقد ظهر مصطلح التحكيم الدولي في سماء القانون الدولي العام ليؤكد ويجسد الطبيعة الرضائية، إذ أصبح التحكيم الدولي نظاما قضائيا عالميا من بين الوسائل القضائية لتسوية المنازعات الدولية بالطرق السلمية. وعليه، كان من الطبيعي أن يواكب التحكيم التطورات المتلاحقة للقانون الدولي العام ويستجيب لانساق القواعد القانونية والتي تتولد عنه لقواعد القانون الدولي الاقتصادي وقانون التجارة الدولي والقانون التجاري الدولي.

وعليه، أصبحت القواعد الجديدة تلعب دورا مهما وفعالا في النظام العالمي الاقتصادي الجديد، حيث أصبح التحكيم التجاري الدولي أحسن وسيلة يمكن اللجوء إليها باعتباره نظاما قضائيا يعلو فوق النظم القانونية الوطنية وضرورة يفرضها واقع التجارة الدولية.

المطلب الأول

تعريف التحكيم الدولي

لا خلاف على تعريف التحكيم بأنه طريق خاص لفض المنازعات بعيداً عن أروقة المحاكم يختاره طرفي النزاع باتفاقهم، إنما الخلاف ينصب على متى يعد التحكيم دولياً.

وعليه، يجب التفرقة بين التحكيم الأجنبي والتحكيم الدولي، حيث يوجد خلط لدى بعض الفقهاء بين التحكيم الأجنبي والدولي بمعنى واحد[8]، و هذا ما جاء في اتفاقية نيويورك عام 1958 والخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية حيث نصت المادة الأولى على أن: " الاتفاقية تطبق على الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في إقليم دولة غير تلك التي يطلب فيها الاعتراف وتنفيذ الأحكام الناتجة عن الخلافات بين الأشخاص الطبيعية أو المعنوية وتطبق كذلك على أحكام التحكيم التي لا تعتبر من الأحكام الوطنية في الدولة المطلوب فيه الاعتراف وتنفيذ الأحكام ".

وإذا كان التحكيم الدولي يختلف عن التحكيم الأجنبي كما سبق، فما هو المقصود بالتحكيم الدولي؟.

[8] أبوزيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981، ص37.

للتحكيم الدولي عدة تعاريف فمنهم من يرى جريان التحكيم في دولة غير دولة المحكمة المختصة بنظر الموضوع في حالة اللجوء للقضاء وهو رأي يأخذ بمعيار مكان التحكيم[9]، وهناك من يرى معايير أخرى مثل اختلاف جنسية أطراف النزاع أو اختلاف جنسية المحكم عن جنسية طرفي النزاع[10]، أو ارتباط النزاع بالعلاقات الاقتصادية الدولية[11].

وقد حدد القانون النموذجي بشأن التحكيم التجاري الدولي معيار دولية التحكيم في المادة 3/1 في الحالات التالية[12]:

1- إذا كان مقر عمل طرفي اتفاق التحكيم وقت الاتفاق يقع في دولتين مختلفين.

2- إذا كان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين:

- مكان التحكيم إذا كان محدداً في الاتفاق أو طبقاً له.

- أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق صلة به.

الفرع الأول

مفهوم التحكيم لغة و إصطلاحا و تشريعيا

للتحكيم عدة تعاريف سواء من الناحية اللغوية أو الاصطلاحية.

أ- التعريف اللغوي

يعد التحكيم مصدر حكّم، بتشديد الكاف مع الفتح، يقال حكمت فلانا في مالي تحكيما إذا فوضت إليه الحكم فيه فاحتكم علي في ذلك.

---

[9] محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، كلية حقوق القاهرة 1973 ، ص14.

[10] -عماد الدين المحمد: مرجع سابق، ص1033 & د. فوزي سامي: مرجع سابق، ص99.

[11] Marie – Claude Bouchard, l' arbitrage des questions environnementales sous le chapitre 11 de l' ALENA: de la confidentialité a la transparence, université du Québec à Montréal, Mai 2007, sur le site, www.archipel.uqam.ca/5028/1/m9843.pdf, P. 38.

[12] - خالد ممدوح، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، سنة 2008، ص35، فوزي سامي، مرجع سابق، ص102.

– فالتحكيم معناه لغة: التفويض في الحكم، ويقال حكموه بينهم أي أمروه أن يحكم بينهم.

– والمحكم: هو الشيخ المجرب المنسوب إلى المحكمة، والحكمة هي العدول، ورجل حكيم عدل حكيم وأحكم الأمر أتقنه.

– وكلمة تحكيم Arbitrageفي اللغة الفرنسية هي من فعل حكم Arbitrerوهي من الأصل اللاتيني من كلمة Arbitrareوتعني التدخل والحكم بصفته حكم والتحكيم في خلاف أو نزاعه والفصل فيه.

– والتحكيم في اللغة الفرنسية يعني تسوية خلاف أو حكم تحكيمي صادر من شخص أو أكثر الذي أو الذين قرر الأطراف – باتفاق مشترك بينهم – أن يخضعوا أو ينصاعوا أو يتقبلوه.[13]

ب– التعريف الاصطلاحي.

يقوم التحكيم على أساس تعيين الخصمين حكما يحكم بينهم، أي اختيار ذوي الشأن للحكم فيما تنازعوا فيه دون أن يكون للمحكمة ولاية لذلك، ومنه فالتحكيم شرعا يعني تولية وتقليد من طرفي الخصومة لثالث يفصل فيما تنازعوا فيه وفي المغني لابن قدامة "إذا تحاكم رجلان إلى رجل حكماه بينهما ورضياه وكان مما يصلح للقضاء فحكم بينهما" [14].

والجدير بالذكر، أن التحكيم يمر بثلاث مراحل:

– المرحلة الأولى: هي الاتفاق على التحكيم طريقا لحل النزاع أو بدلا من اللجوء إلى القضاء العام سواء وقع هذا قبل وقوع النزاع أو بعد وقوعه.

– المرحلة الثانية: الاتفاق بين الخصوم والشخص الذي ستولى الفصل في النزاع وهذه المرحلة هي مرحلة تولية وتقليد الحكم أي منحه سلطة الفصل في النزاع.

– ثم تبدأ المرحلة الثالثة: وهي مرحلة تلي التولية والتفويض وهذه المرحلة تبدأ بإجراء وتنتهي

---

[13] –خالد محمد القاضي ، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الأولى،.2002 ،مصر، ص88

[14] – علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2008، ص 22

بحكم.

وفي ذلك يقول الدكتور محسن شفيق "إن التحكيم هو في الحقيقة نظام مختلط يبدأ باتفاق ثم يصير إجراء ثم ينتهي بقضاء".[15]

ويذهب الأستاذ Robertفي تعريف التحكيم: "بأنه منظمة العدالة الخاصة بفضلها تسلب المنازعات من سلطان القانون العام لتحسم بواسطة أفراد ممنوحين مهمة قضائية."، وهو ما يؤكده المستشار الدكتور أبو العينين من أن التحكيم هو: "اتفاق بين طرفين أوأكثر على إخراج نزاع أو عدد من التراعات من اختصاص القضاء العادي وأن يعهد به إلى هيئة تتكون من محكم أو أكثر للفصل فيه بقضاء ملزم".

كما عر فه الدكتور علي صادق أبو هيف بأنه: "النظر في نزاع بمعرفة شخص أو هيئة يلجأ إليه أو إليها المتنازعون مع التزامهم بتنفيذ القرار الذي يصدر في التراع"، وقد عرفه الدكتور وجدي راغب: "التحكيم هو الطريق الإجرائي الخصوصي للفصل في نزاع معين بواسطة الغير بدلا عن الطريق القضائي."[16]

كما عرف الفقيه Charles Jarson التحكيم على أنه النظام الذي بموجبه يسوي طرف من الغير خلافا قائما بين طرفين أو عدة أطراف ممارسا لمهنة قضائية عهدت إليه من قبل هؤلاء الأطراف بينما الأستاذ Aubyإلى أن التحكيم عبارة عن إجراء يتفق بمقتضاه الأطراف على عرض نزاع معين أمام محكم يختارونه ويحددون سلطاته للفصل بينهم مع تعهدهم بقبول التحكيم الذي يصدره المحكم ويعتبرونه ملزما أو هو نظام للقضاء الخاص يسمح بإخراج بعض المنازعات عن ولاية القضاء العادي لكي تحل بواسطة فرد أو أفراد يختارهم الخصوم ويسندون إليهم مهمة القضاء بالنسبة لهذه المنازعات[17]

ج –تعريف التشريع والقضاء للتحكيم

---

[15] – خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص " 82، أشار إليه الدكتور محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 1997 ص 20.

[16] منافي فراح، لتحكيم طريق بديل لحل التراعات، حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، طبعة .2010.

[17] حمدوني عبد القادر ، التحكيم التجاري الدولي و تطبيقاته على ضوء القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، جامعة أبة بكر بلقايد –تلمسان ، 2015 ، ص 19.

هناك عدة تعاريف للتحكيم من الناحية التشريعية(أ) والقضائية (ب).

أ- التشريع.

طبقا لنص المادة الأولى من قانون التحكيم الفرنسي رقم 42لسنة 1993 يعرف التحكيم هو إجراء خاص لتسوية بعض أنواع الخلافات بواسطة محكمة تحكيم، يعهد إليها الأطراف بمهمة القضاء فيها بمقتضى اتفاق تحكيم.

بينما تعرض قانون التحكيم المصري الجديد في مادته العاشرة إلى تعريف اتفاق التحكيم ، فذهب إلى أن: "اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية عقدية كانت أو غير عقدية."[18]

ب. القضـاء:

لقد عرفت المحكمة الدستورية العليا بمصر التحكيم بأنه:

"عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأخيار يعين باختيارهما المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائيا عن شبهة الممالأة، مجردا من التحامل وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية."

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن "التحكيم يتمثل في سلطة القرار التي يعترف أنها لطرف ثالث والتسليم بصفة قضائية لقرار المحكم."

كذلك عرفته المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه "اتفاق على طرح النزاع على شخص معين، أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة".

ج- تعريف التحكيم بالنسبة للقانون الجزائري

---

[18] – علاء محي الدين ، صطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة،2008 ، ص 23

[18] ب. باقي ، مدونة التحكيم الدولي التجاري ، www.startimes .com/hh9n9n9n6n2nn5n6n5 تم الإطلاع عليه يوم 2020/08/04 18:00 pm

بعد صدور القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، يظهر أن المشرع الجزائري قد ميز بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم، لكن في إطار التحكيم الداخلي فقط. فقد نص على شرط التحكيم في المادة (1007) من القانون المذكور، أما مشارطة التحكيم فقد نص عليها في المادة (1011) من نفس القانون تحت إسم اتفاق التحكيم، بينما لم يفرق بينهما فيما يتعلق بالتحكيم الدولي طبقاً لنص المادة 1040 تحت مسمى اتفاقية التحكيم.

ما يمكن ملاحظته على هذه النصوص، أن المشرع الجزائري لم يضبط من خلالها معياراً دقيقا يمكن على أساسه التمييز بين صورتي اتفاق التحكيم (الشرط والمشارطة) من جهة، ومن جهة ثانية ميز بين أحكام هذه الصورتين في كل من التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، فنجده تارة يجمع بين الصورتين كما في مجال التحكيم الدولي تحت مسمى اتفاقية التحكيم (المادة 1040)، وتارة يعبر عن شرط التحكيم بأنه اتفاق (المادة 1007)، وتارة أخرى يعبر عن اتفاق التحكيم ذاته بمشارطة التحكيم، على عكس التحكيم الدولي الذي ضمنه الصورتين معاً، وكل ذلك لا شك أنه يثير التباسات عديدة من حيث ضبط معيار على أساسه يمكن التفرقة بين هذه المفاهيم، كما يثير إشكالاً من حيث الفائدة المرجوة من التمييز بينها على المستويين الداخلي والدولي؟.

لذلك يكون من الجدير إعادة النظر في صياغة أحكام المادتين 1007 و1011، وذلك بوضع تعريف موحد يضم الصورتين معاً (الشرط والمشارطة) تحت عنوان (اتفاق التحكيم)، دون تمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، لعدم وجود فائدة ترجى من هذه التفرقة، ولرفع الالتباسات المترتبة عن الخلط بين هذه التعريفات.

وللتوضيح أكثر يمكن استغلال المادة 1044من نفس القانون والتي تكلمت عن الحكم التحكيمي الفاصل في الإختصاص، حيث نصت على ما يلي :

" تفصل محكمة التحكيم في الإختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدفع بعد الإختصاص قبل أي دفع في الموضوع ، تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الإختصاص مرتبطا بموضوع النزاع ".

إنطلاقا من المادة السالفة الذكر فالحكم التحكيمي الصادر بشأن الإختصاص هو حكم أولي من اختصاص محكمة التحكيم، وهذا شريطة ألا يكون مرتبطا بموضوع النزاع، ويبقى السؤال مطروح : هل أن الحكم الأولي المتعلق بالإختصاص هو حكم قطعي جزئي، قابل للطعن أم لا ؟

إذا أخذ بمفهوم التعريف الموسع للحكم التحكيمي فالحكم الأولي المتعلق بالإختصاص، يعد من الأحكام التحكيمية الجزئية الفاصلة في نقطة محددة "ألا وهي الإختصاص(وانتهى النزاع بشأنها ، ومن ثم يمكن للمحكوم عليه الطعن فيه .

أما إذا أخذ بمفهوم التعريف الضيق فإن الحكم الأولي لا يعد سوى إجراء عارض يدخل ضمن الإجراءات الأخرى،اللازمة لسير عملية التحكيم ولا يقبل الطعن فيه مستقلا، إلا مع الحكم التحكيمي الفاصل نهائيا وكليا لموضوع النزاع .[19]

لكن حسب المادة 1044المذكورة أعلاه، قسمت موضوع الإختصاص إلى حالتين:

الأولى حالة إنعدام علاقة الإختصاص بموضوع النزاع، والثانية حالة وجود ارتباط بموضوع النزاع .

من خلال ذلك يمكن القول أن المشرع الجزائري بالنسبة للحالة الأولى اعتبره حكم تحكيمي ، قطعي،جزئي يمكن الطعن فيه بالبطلان، بينما في الحالة الثانية اعتبر الحكم غير مستقل بل لابد وأن ينطق به أثناء النطق في الحكم النهائي الفاصل كل لموضوع النزاع ويضم إلى الموضوع والإجابة عليه في نهاية الخصومة.

الفرع الثاني

نبذة تاريخية عن التحكيم الدولي في العصور القديمة

كان التحكيم معروفا لدى المجتمعات القديمة وكان عرفا وشريعة لدى العرب قبل الإسلام، كما كان اللجوء إليه اختياريا وحكم المحكم كان ينفذ طواعية واختيارا الأمر الذى كان يؤذي في اغلب الأحوال الي تناحر الأفراد ونشوب القتال بين القبائل بعضها البعض .

[19] سليم بشير ، الحكم و الرقابة القضائية ، الحكم التحكيمي و الرقابة القضائية ، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، 2011 ، ص 83.

أما التحكيم في العصر الحديث ليس بظاهرة جديدة مستقلة بجذورها عن الماضي السحيق وإنما هو تطبيقاً لفكرة التحكيم في المجتمعات القديمة، وهذا ما سنحاول التطرق إليه في هذا المطلب.

أ- التحكيم في العصور القديمة

إن كانت القوة هي وسيلة لصيانة الحقوق والمراكز القانونية عنها قديماً، فإن التطورات التي شهدتها المجتمعات الإنسانية قد فرضت أساليب أكثر تحضراً تمثلت في البداية في التحكيم الاختياري ثم في مرحلة لاحقة في التحكيم الإجباري ، كما تدل الأبحاث العلمية التاريخية أن الحضارة البابلية عرفت التحكيم، حيث يظهر ذلك من خلال المعاهدة المبرمة بين مدينة " أوما"UMMA ومدينة "لاجاش " LAGASH العراقيتين حوالي 3100، م. ق ومن بين ما تضمنته هذه المعاهدة اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل النزاعات التي قد تثور فيما بينها[20].

كما عرفته المدن اليونانية Grecques Cité في نطاق ما كان يطلق عليه بالاتحادات الأنفكتيونية Amphictionies القائمة على أساس ديني بهدف حماية المعبد، وفي ظلها تعقد دورات استشارية بين حكام هذه المدن واعتماد التحكيم كوسيلة لحل نزاعاتها ، ولعل أشهرها هي منتديات "دالف" Delphes[21] كما عرفها المجتمع القبلي العربي أيضاً ، حيث كانت القبائل تختار رئيس القبيلة أو شيخاً من المشهود لهم بالحيدة والأمانة لكي يقوم بالتحكيم فيما قد يثور بين تلك القبائل من خلافات بسبب التجارة أو الثأر بين الأفراد[22].

أما عهد الإغريق فقد عرف التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية وكان علي كل مواطن من مواطني أثينا ان يسجل اسمه في قوائم المحكمين للقيام بدوره في فض المنازعات لكثرة القضايا، وإذا أخفق المحكم في فض المنازعة اصدر قرارا مشفوعا بقسم مما يكون معه قابلا للاستئناف أمام المحاكم الشعبية والتى بدورها تحيله الي هيئة المحكمين .

---

[20]- محمود السيد التحيوي، تنفيذ حكم المحكمين، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006، ص2- 3.

[21]- شارل روسو، القانون الدولي العام، ترجمة شكر الله خليفة وعبد المنعم سعد، دار الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت 302. ، ص1982

[22] - صالح محمد محمود بدر الدين، التحكيم في نزاعات الحدود الدولية، دار الفكر العربي، مصر ،1991، ص188

وفي مجال العلاقات الخارجية عرف الإغريق ايضا نظام التحكيم وتم انشأ مجلس دائما للتحكيم تكون مهمته الفصل بين المدن اليونانية في المنازعات المدنية والتجارية او المنازعات المتعلقة بالحدود[23].

أما بالنسبة للرومان كان الأمر متروكا للتحكيم الخاص حيث انشأت وظيفة خاصة يتولاها حاكم يسمى البريتور والذي يقتصر دوره علي سماع ادعاءات الخصوم وتسجيلها ثم رفع النزاع الي المحكم الذى يختاره الخصوم ليفصل في نزاعهم وكانت قرارات تفتقر الي السلطة والقوة التنفيذية وفي حالة امتناع احد الخصوم عن تنفيذ قرار التحكيم توقع عليه غرامة او عقوبة مالية بموجب شرط في اتفاق التحكيم ، وقد عرف العرب قبل الإسلام التحكيم فيما يثور بين الأفراد والقبائل من منازعات وكان يتولي مهمة التحكيم عادة شيخ القبيلة وكان يتولي التحكيم أفراد آخرين غير شيخ القبيلة ممن يتصفون بأصالة الرأي وسعة المدارك ورجاحة العقل ويقظة الضمير .

وقد ظهرت صور غير مألوفة للتحكيم عند العرب قبل الإسلام فقد احتكموا الي الكهنة اعتقادا منهم بان الكائن يعلم الغيب ومن ثم يعلم الظالم والمظلوم وصاحب الحق وغيره كما احتكم العرب ايضا الي النار اعتقادا ان النار تأكل الظالم وان البرئ لا تمسه النار بسؤ فضلا عن احتكامهم الي الأزلام كوسيلة لفض المنازعات وقد حرم الله تعالي هذه الوسيلة . [24]

ب- ملامح التحكيم في الإسلام

عرفت الشريعة الإسلامية نظام التحكيم كبديل عن القتال والقوة الغاشمة لتسوية المنازعات بخلاف طريق القضاء، وقد تعددت تعاريفات المذاهب الفقهية لمعنى التحكيم وكلها كانت تدور حول ان التحكيم هو عرض النزاع الذى قد ينشب بين طرفين او أكثر على طرف محايد .

ويطلق على الطرف الذى يحال اليه النزاع اصطلاحا الحكم او المحكم وهو شخص عادل يتمتع بمواصفات ومؤهلات القاضي ويكون مشهودا له بالتقوى والورع والعلم بأحكام الشريعة ويحظى بثقة أطراف النزاع .

---

[23] قدري محمد محمود ،التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية ،دار الصميعي، الرياض 2009، 101

[24] نجيب أحمد عبدالله ثابت الجبلي،التحكيم في القوانين العربية – دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية المكتب الجامعي الحديث للنشر، الإسكندرية 2006، ص 63

والجدير بالذكر، أن المذاهب الفقهية أجمعت في صفات المحكم الذى يتولي منازعات الأفراد على ما يلي:

1- أن يكون رجلا قد بلغ سن الرشد.
2- أن يكون مسلما ويتمتع بالقدرة علي حل المشاكل والخلافات.
3- أن يكون حرا ويتصف بالعدالة ويجب ألا يكون اعمى أو اخرس أو أصم .

ويشترط المذهب المالكي ان تتوافر صفة الحياد .

ويقر فقها المذهب الحنبلي ضرورة ان تحوز أحكام التحكيم الحجية التى تتمتع بها أحكام القضاء وان تنفذ تنفيذ جبري .

ويذهب فقها المذهب الشافعي ان اللجوء الي التحكيم في حالة عدم وجود محاكم لنظر النزاع والا يتم ذلك الا في المنازعات لمالية فقط .

ويجب في جميع المذاهب موافقة المحكم لممارسة مهمة التحكيم .

ومن هنا، تنتهي مهمة المحكم بانتهاء المدة المحددة للتحكيم او فقده احد الشروط الواجب توافرها في المحكم او بإصدار حكم التحكيم او بتراجع الأطراف عن موافقتهم علي تعيين المحكم أو بموته أو مرضه مرضا شديداً يعوقه عن اداء مهمته في الفصل في النزاع .

ومع مطلع القرن السادس عشر وظهور الدولة الحديثة المستقلة ذات السلطة المطلقة بدأ التحكيم يتراجع قليلاً بين الدول الأوروبية نتيجة تمسكها المفرط بسيادتها، فقد كانت هذه الدول.

تعتبر التحكيم بمثابة إجراء يمس بسيادتها، هذه السيادة التي ظلت لفترة طويلة الهاجس الأكبر[25] لها، وفي منتصف القرن الثامن عشر انتعش التحكيم ولقي رعاية معتبرة من جانب الدول، إذ [26] تعتبر"معاهدة جاي " GaY أولى المعاهدات في العصر الحديث التي نصت على التحكيم عام1794 [27]، حيث نصت على إحالة الإدعاءات الحدودية بين بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية إلى لجان تحكيمية مشتركة لها

[25] اسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي. البداية والنهاية ، دار عالم الكتاب ، دمشق 2003، ص 30

[26] محمد بواط ، التحكيم في حل النزاعات الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، جامعة حسيبة بن بوعلي –الشلف ، 2008 ، ص 08

[27] محمد بواط ، مرجع سبق ذكره ، ص 09

سلطة اتخاذ القرارات الملزمة بهذا الشأن وظهر التحكيم الدولي بشكله الحديث بعد حرب الانفصال في الولايات المتحدة (1861-1865)بمناسبة قضية السفينة "آلاباما" ALABAMA التي صدر قرار تحكيمي بشأنها في العام 1872 والذي ألزم بريطانيا بدفع التعويض (مبلغ 14 مليون جنيه إسترليني)، عن الأضرار التي لحقت السلطة الفي درالية الأمريكية، بسبب انتهاك بريطانيا لقواعد الحياد رغم احتجاج هذه الأخيرة بأن قوانينها الداخلية لم تكن تأمرها الالتزام بهذا السلوك، هذا وقد شهد القرن التاسع عشر نشاط فقهياً مكثفاً بهدف تكريس نظام التحكيم في التعامل الدولي ومحاولة تقريبه من النمط القضا ئي، ومن أبرزها الدراسات العلمية التي قام بها مجمع ومع مطلع القرن السادس عشر وظهور الدولة الحديثة المستقلة ذات السلطة المطلقة بدأ التحكيم يتراجع قليلاً بين الدول الأوروبية نتيجة تمسكها المفرط بسيادتها، فقد كانت هذه الدول تعتبر التحكيم بمثابة إجراء يمس بسيادتها، هذه السيادة التي ظلت لفترة طويلة الهاجس الأكبر لها وفي منتصف القرن الثامن عشر انتعش التحكيم ولقي رعاية معتبرة من جانب الدول، إذ تعتبر"معاهدة جاي " GaY. أولى المعاهدات في العصر الحديث التي نصت على التحكيم عام1794 ، حيث نصت على إحالة الإدعاءات الحدودية بين بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية.

إلى لجان تحكيمية مشتركة لها سلطة اتخاذ القرارات الملزمة بهذا الشأن وظهر التحكيم الدولي بشكله الحديث بعد حرب الانفصال في الولايات المتحدة (1861-1865 (بمناسبة قضية السفينة "آلاباما" ALABAMA التي صدر قرار تحكيمي بشأنها في عام 1872 والذي ألزم بريطانيا بدفع التعويض (مبلغ 14 مليون جنيه إسترليني)، عن الأضرار التي لحقت السلطة الفي درالية الأمريكية، بسبب انتهاك بريطانيا لقواعد الحياد رغم احتجاج هذه الأخيرة بأن قوانينها الداخلية لم تكن تأمرها الالتزام بهذا السلوك هذا وقد شهد القرن التاسع عشر نشاط فقهياً مكثفاً، بهدف تكريس نظام التحكيم في التعامل الدولي ومحاولة تقريبه من النمط القضا ئي، ومن أبرزها الدراسات العلمية التي قام بها مجمع القانون الدولي، الذي أنشئ عام 1873 وانته ى بوضع مشروع لائحة إجراءات التحكيم الدولي لعام1875 .

المطلب الثاني

الأساس القانوني للتحكيم التجاري الدولي

سنفصل من خلال هذا المطلب الأساس القانوني للتحكيم التجاري الدولي و الذي نراه يتجسد في مختلف الاتفاقيات الدولية قواعد التحكيم الدولية وكذاالاتفاقيات الاقليمية ومختلف التشريعات الوطنية التي كرست التحكيم كوسيلة لحل نزاعات عقود التجارة الدولية القائمة بين اطراف النزاع وفي الاخير نتطرق الى اساسه في اتفاق التحكيم كما سنوضحه من خلال الفرعين الثالين:

الفرع الأول:

أساسه في الاتفاقيات الدولية و قواعد التحكيم الخاص بلجنة الامم المتحدة

للقانون التجاري الدولي UNCITRAL

سنورد من خلال هذا الفرع الى أهم الاتفاقيات الدولية التي اسست قواعد التحكيم التجاري الدولي ونظمت مختلف احكامه ،حيث سنتطرق إلى الاتفاقيات الدولية و قواعد الاونسيترال على النحو التالي:

أولا: اتفاقية نيويورك عام 1958 .هي اتفاقية خاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية والتي أقرها مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بالتحكيم الدولي المنعقد في نيويورك في الفترة 19ماي – 29جوان عام **1958** تنص على تطبيق الاتفاقية للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين والأحكام الصادرة من هيئات تحكيم دائمة يحتكم إليها الأفراد والمؤسسات، حيث تطبق على أحكام محكمين والتي لا تعتبر وطنية في الدولة المطلوبة إليها الاعتراف أو تنفيذ هذه الأحكام.

ثانيا: اتفاقية واشنطن عام 1973 : وهي اتفاقية دولية خاصة بتسوية النزاعات الناشئة من الاستثمار بين الدول الأخرى والموقعة في واشنطن في 1973/01/22 والتي أقرت فيها التحكيم التجاري الدولي حيث تنص المادة الأولى منها بالباب الأول:

1–يتم إنشاء المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار.

2–الغرض من المركز هو توفير الوسائل اللازمة للتوفيق والتحكيم لفض المنازعات الخاصة

بالاستثمار بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول المتعاقدة و رعايا الدول المتعاقدة الأخرى طبقا لأحكام هذه الاتفاقية، غير أن الاتفاقية لم تنتقص من حق الدول المتعاقدة في الدفع بعدم التنفيذ على أساس اعتبارات السيادة.[28]

ثالثا: قواعد التحكيم الخاص بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسيترال) لسنة UNCITRAL 1976وكذا قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، والذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1976/02/15، حيث هو معمول به في مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم الدولي وهو أيضا مقر مؤقت للمركز العرب للتحكيم التجاري وقد نصت المادة الأولى من اليونسيترال على:

عندما يتفق طرفا عقد ما كتابة على أن تحال المنازعات التي تتعلق بذلك العقد إلى التحكيم وفقا لقواعد (اليونسترال) للتحكيم، فان تلك المنازعات ستسوى وفقا لهذه القواعد مع مراعاة التعديلات التي قد يتفق الطرفان عليها كتابة.

تحكم هذه القواعد التحكيم، إلا إذا كان أي منها يتعارض مع نص في القانون الواجب التطبيق على التحكيم و الذي لا يمكن للطرفين مخالفته، فعندئذ يغلب النص[29].

1-التعريف بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الاونسيترال): هي هيئة قانونية ذات عضوية عالمية متخصصة في إصلاح القانون التجاري على النطاق العالمي منذ ما يزيد عن 50سنة، وهي الهيئة القانونية الرئيسية التابعة لمنظومة الأمم المتحدة في مجال القانون التجاري الدولي، ومهمتها عصرنة و مواءمة القواعد المتعلقة بالأعمال التجارية الدولية، و بغية زيادة الفرص لتحقيق النمو للتبادل التجاري على نطاق عالمي عملت الاونسيترال على صياغة قواعد عصرية وعادلة ومتوائمة وهي تشمل ما يلي:

[28] محمد شهاب،أساسيات التحكيم التجاري الدولي"و القوانين و الاتفاقيات المنظمة للتحكيم عربيا و عالميا"،الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية،1998، ص .39-40

[29] محمد شهاب، مرجع سبق ذكره ، ص 41

اتفاقيات و قوانين نموذجية و قواعد مقبولة عالمي، أدلة قانونية و تشريعية و توصيلت ذات قيمة عملية كبيرة،معلومات محكمة عن السوابق القضائية و سن قوانين تجارية موحدة،مساعدة تقنية في مشاريع إصلاح القوانين،حلقات دراسية إقليمية ووطنية في مجال القوانين التجارية الموحدة، بيع البضائع، التحكيم، التجارة الالكترونية....الخ، حيث أنشأت الجمعية العامة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الاونسترال في عام 1966القرار (2205د-21)12المؤرخ 17ديسمبر1966، إذ سلمت الجمعية العامة بان التفاوتات في القوانين الوطنية التي تنظم التجارة الدولية تضع عوائق أمام تدفق التجارة واعتبرت أن اللجنة هي الوسيلة التي تستطيع بها الأمم المتحدة القيام في تقليل هذه العوائق.

ومن هنا، تتكون اللجنة من 80 دولة عضوا تنتخبها الجمعية العامة والتي من بينها الجزائر وينتخب أعضاء اللجنة لفترة ولاية مدتها ست (03)سنوات وتنتهي فترة ولاية نصف الأعضاء الثلاث سنوات. حيث يقع مقر أمانة الأونسيترال في فيينا.

2- الأعمال التي تضطلع بها الاونسيترال.

من بين المجالات التي عملت فيها اللجنة والنتائج الرئيسية ما يلي:

البيع الدولي للبضائع والمعاملات المتصلة به والتي تندرج ضمنها اتفاقية الأمم المتحدة بشان فترة التقادم واتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع وكما نجد من بين الأعمال اتفاقية الأمم المتحدة لنقل البحري للبضائع، المدفوعات الدولية واتفاقية الأمم المتحدة بشأن إحالة المستحقات في التجارة الدولية (1992) وكذا قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية، وما يهمنا من بين هذه الأعمال التي تضطلع بها هي قواعد التحكيم و الذي نجد في هذا الخصوص:

أ- **قواعد الاونسيترال للتحكيم لسنة 1976** : والتي تتضمن مجموعة شاملة من القواعد الإجرائية التي يجوز للأطراف أن تتفق عليها لتنفيذ إجراءات التحكيم، وتستخدم القواعد على نطاق واسع في عمليات التحكيم الفردي و ذلك في عمليات التحكيم المنظم.

ب- قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 : وهو مصمم لمساعدة الدول في إصلاح وتحديث قوانينها المتعلقة بإجراءات التحكيم، وقد اعتمدت الاونسيترال القانون النموذجي في 1985 وشرعه في القانون عدد كبير من النظم القانونية في البلدان المتقدمة والنامية، حيث ترجع نشأة القانون النموذجي إلى طلب اللجنة الاستشارية القانونية الإفريقية الآسيوية من لجنة الأمم المتحدة

لقانون التجارة الدولي (اليونسيترال) إلى إعادة النظر في قواعد اتفاقية نيويورك و اقترحت اللجنة المذكورة تعديل اتفاقية نيويورك، بحيث تتناول مسائل إضافية مثل الرقابة القضائية على سير العدالة والمحاكمة العادلة وحصانات الدولة.

وبعد أن بدأت سكريتارية لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي (اليونسيترال) دراسة الموضوع وجدت أن الأمر يحتاج إلى وضع قانون نموذجي شامل للتحكيم التجاري الدولي، ومن بين الأهداف التي تبناها هذا القانون تتلخص في:

1-قيام التحكيم التجاري على مبدأ سلطان الإرادة والحد من دور المحاكم.

2-وضع قواعد إلزامية تكفل العدالة و ضمانات الدفاع.

3-وضع إطار لإدارة التحكيم التجاري بحيث يكون من الممكن استكمال التحكيم حتى إذا لم تستطيع الأطراف الاتفاق على المسائل الإجرائية حتى لا يستطيع أي طرف عرقلة الإجراءات.

4-وضع بعض القواعد الإضافية التي تساعد على تنفيذ أحكام التحكيم.[30]

كما جاء قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي مع التعديلات الي اعتمدت في عام 1985، حيث يهدف هذا القانون النموذجي لمساعدة الدول على اصلاح وتحديث قوانينها المتعلقة باجراءات التحكيم الخاصة للتحكيم للتحكيم التجاري الدولي، حيث اعتمدت الاونسيترال في 7تموز/يوليه 2006 ، تعديلات على كل من المواد 1و 7 و35 كما اعتمدت الفصل الرابع على صيغة المنقحة للمادة7 أن تحدث الشرط المتعلق بشكل اتفاق التحكيم لكي يوافق ممارسات العقود الدولية على نحو أفضل، ويرسي الفصل الرابع المستحدث نظاما قانونيا اشمل للتعامل مع التدابير المؤقتة التي تتخذ دعما للتحكيم.

ومن هنا، اعتبارا من عام 2006 أصبحت الصيغة المعيارية للقانون النموذجي هي صيغته المعدلة، ويستنسخ أيضا النص الأصلي لعام 1985 نظرا إلى وجود العديد من التشريعات الوطنية التي سنت استنادا إلى هذه الصيغة الأصلية.[31]

[30] محمد شهاب، مرجع سبق ذكره ، ص 41

رابعا: جولة أورجواي الوثيقة الختامية في1986 بالمغرب المنظمة من طرف منظمة التجارة العالمية.

لقد أصبحت جولات أورجواي والتي نظمتها منظمة الجات (الاتفاقية العامة للتجارة والتعريفات) بعد جولتها الختامية و التي هي منظمة التجارة العالمية WTO ، وفيها نصت على إنشاء جهاز تسوية المنازعات المنشأ حسب الاتفاقية.

كما أن لمنظمة التجارة العالمية WTO وساطة إنشاء فرق التحكيم وتسمى DSB و كان مضمون النصوص الهامة في جولة أورجواي الأخيرة في مراكش النص التالي: "يجب أن تتوافق جميع حلول المسائل التي تطرح رسميا، استنادا إلى الأحكام المتعلقة بالتشاور وتسوية المنازعات في الاتفاقية المشمولة بما فيها قرارات التحكيم مع تلك الاتفاقيات".

كما أن صلاح عبد البديع شلبي ذكر في كتابه "العضوية في منظمة التجارة العالمية وتنفيذ الاتفاقيات التجارية الدولية" أن أحد النصوص التي لا يجب إغفالها نص: "يعمل كل عضو على مطابقة قوانينه ولوائحه واجراءاته الإدارية مع التزاماته المنصوص عليها في الاتفاقيات الملحقة، غير أنه يجب ملاحظة نص آخر لإتفاقية من اتفاقات التجارة المتعددة الأطراف، التي تضمنها الملاحق الأولى لاتفاقية WTO في الوثيقة الختامية لنتائج جولة أورجواي ملحق 1لم يذكر غير كلمة مذكرة تفاهم وهي وثيقة تفاهم بشأن القواعد والإجراءات التي تحكم تسوية المنازعات لتكون آلية متكاملة لفض المنازعات.[32]

الفرع الثاني

أساس التحكيم في الاتفاقيات الإقليمية والتشريعات الوطنية

نجد أساس التحكيم في الاتفاقيات الاقليمية التي أقرت التحكيم والتي تبعتها التشريعات الوطنية لمختلف الدول كما سنرى في هذا الفرع، والتي سنتطرق أولا الى الاتفاقيات الاقليمية ثم التشريعات الوطنية.

---

[31] الأمم المتحدة A/RES/61 /الجمعية العامة Genral 18 December 2006 : .Distrالدورة الحادية والستون من جدول الأعمال 33البند89183-91WWW.uncitral.org

[32] – محمد شهاب، المرجع السابق، ص32-31.

أولا: الاتفاقيات الإقليمية.

نجد أن هناك اتفاقيات عديدة عقدت على المستوى الإقليمي، منها ما تم بين الدول الأوروبية والخاصة بالقانون الموحد للتحكيم والتي أعدها المجلس الأوروبي عام 1815 ، كذا ما تم بين دول أمريكا اللاتينية، كذلك هناك اتفاقية موسكو لعام 1898 الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن علاقة التعاون الاقتصادي والعلمي والفني، بين الدول الأعضاء في مجلس التعاون الاقتصادي المتبادل (الكوميكون).

وفي نطاق الوطن العربي هناك اتفاقيات عديدة نصت على اتخاذ التحكيم وسيلة لحل الخلافات الناشئة بين الدول المتعاقدة أو مواطني تلك الدول، ومنه سوف نتطرق إلى أهم الاتفاقيات التي عقدت على مستوى الوطن العربي[33].

1- **اتفاقية تنفيذ الأحكام لجامعة الدول العربية لعام 1952:** وافق مجلس الجامعة العربية على هذه الاتفاقية في دورته السادسة عشر بتاريخ 14أيلول1952 ، وأصبحت نافذة المفعول منذ 19حزيران 1954، حيث تتسم بطابعها الإقليمي لا مجال لدولة غير عربية، وأهم أحكامها تعالج مسالة ، تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في إحدى الدول العربية وكذا أحكام التحكيم الصادرة عن إحدى الدول العربية ويراد تنفيذها في دولة عربية أخرى من الدول المنظمة كما شملت أيضا الأحكام التي تصدر بشان المنازعات المدنية أو المتعلقة بالأحوال الشخصية.[34]

2- **الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية لعام 1980 :** أصبحت هذه الاتفاقية نافذة المفعول منذ السابع من ايلول 1981 والتي صادقت عليها خمسة عشرة دولة عربية،[35]في الدول العربية المنظمة إلى جامعة الدول العربية، وموضوعها ينصب على استثمار المال العربي في الدول العربية، حيث انضمت إليها جميع الدول ما عدا مصر، عمان و الجزائر.

---

[33] – فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لاحكام التحكيم التجاري الدولي،الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، .2008، ص18.

[34] الدول العربية التي صادقت على هذه الاتفاقية هي: العراق، الأردن، لبنان، سوريا، مصر، اليمن، ليبيا، المملكة العربية السعودية والإمارات العربية المتحدة، ونص الاتفاقية منشور في الوقائع العراقية عدد 02836/6/1956 نقلا عن محمد شهاب، المرجع السابق، ص 70

[35]–. فوزي محمد سامي، المرجع السابق،ص399.

3- **اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام 1982:** عالجت هذه الاتفاقية بشكل رئيسي الأمور المتعلقة بالأحكام والإنابة القضائية، كما أنها أفردت المادة 93 منها الأمور التي تتعلق بأحكام التحكيم وأطلقت على ذلك مصطلح أحكام المحكمين.[36]

ثانيا: التشريعات الوطنية .

صدرت العديد من التشريعات الحديثة بشأن التحكيم من اهمها القانون الفرنسي للتحكيم الدولي الصادر في 12مايو سنة 1981[37]، والقانون الايرلندي للتحكيم الصادر سنة 1986[38] ، والقانون الاسباني لسنة 1988[39]و القانون المصري رقم 27لسنة 1994 ، وكذا القانون الجزائري الذي سنوجزه كالاتي:

التحكيم التجاري الدولي المؤسس من خلال المرسوم التشريعي 98-89 حيث رفضت الجزائر طيلة 99 سنة مضت الخضوع للتحكيم التجاري الدولي وذلك لأسباب عدة، حيث تم تقنين التحكيم التجاري الدولي في قانون الإجراءات المدنية الجزائري لأول مرة في تاريخ الجزائر يكرس التحكيم التجاري الدولي صراحة وبوضوح، من خلال المرسوم التشريعي 98-89[40] الذي أدخل الجزائر ميدان التحكيم التجاري الدولي من بابه الواسع، حيث أن الحلول التي تبناها تتجاوز الحلول المعمول بها في الدول الغربية كفرنسا وسويسرا، لقد أخذ من القانونين الفرنسي والسويسري.

إن المرسوم التشريعي 93-09[41] هو قانون عام يسمح للأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام أن تطلب التحكيم في علاقاتها التجارية الدولية.

---

[36] محمد شهاب، المرجع السابق، ص99.

[37] د. سراج حسين محمد أبوزيد،المرجع السابق، ص. 92

[38] المرسوم الترشريعي رقم ، 93-09 المؤرخ في 45افريل ، 1991المعدل والمتمم

[39] المرسوم الترشريعي رقم ، 93-09 المؤرخ في 45افريل ، 1991المعدل والمتمم

[40] المرسوم الترشريعي رقم ، 93-09 المؤرخ في 45افريل ، 1991المعدل والمتمم

[41] مرسوم تشريعي رقم 93-08 مؤرخ في 25 ابريل سنة 1993 يعدل و يتمم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري. (ج ر رقم 27 المؤرخة في 27 أفريل 1993)

المبحث الثاني

موقف المشرع الجزائري من التحكيم التجاري الدولي

إن القاعدة العامة هي تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي اختياريا طوعيا، حيث تعمل المؤسسات التحكيمية و بالأخص المنظمات المهنية التي تشرف على إجراء التحكيم بين الأعضاء المنتمين إليها، أو بين الأطراف التي تطلب منها تنظيم عملية التحكيم على دفع الطرفين أو تشجيعهما على الاسراع بتنفيذ القرار طوعا من قبل الطرف الذي صدر الحكم ضده، و تتبع في ذلك عدة أساليب. وعليه، فقد نص نظام التحكيم لاتحاد الغرف التجارية العربية الأوروبية على " ان تنفذ الأحكام الصادرة من قبل الاطراف بحسن النية و يقدم المجلس مساعيه الحميدة لتسهيل عملية تنفيذ الأحكام الصادرة وفقا لهذا النظام".[42]

و من هنا، هذا التنفيذ الودي نتيجة للطابع الاختياري الذي يقوم عليه نظام التحكيم و ارتباط الخصوم باتفاق التحكيم بالتطبيق الفوري و الاختياري لمضمون الحكم التحكيمي من قبل من صدر الحكم لغير صالحه دون الحاجة للقيام بإجراء معين أو اللجوء لجهة معينة، بمعنى أن هذا التنفيذ يتم بمحض إرادة المحكوم عليه الذي لا ينازع حول ما حكم به عليه.

و تجدر الاشارة، انه في حالة التنفيذ الطوعي (الاختياري) فان مجال اللجوء إلى القضاء العادي للحصول على أمر بالتنفيذ أو الاعتراف بالقرار التحكيمي محل التنفيذ، أما في الواقع العملي فالطرف الذي صدر الحكم ضده يتماطل في تنفيذه كما حدث في القضايا الدولية مثل لونا جولد فيلد، و كذلك بالنسبة لقضية قناة بيغل التي تعتبر أشهر قضية عرفت رفض تنفيذ الحكم التحكيمي، بمقابل ذلك يجد الطرف الآخر أي رابح الدعوى مشكل يتنافى مع إرادته في اللجوء للتحكيم لتمكينه من حقوقه و تحقيق مبتغاه الذي امتنع الطرف الذي خسر دعواه في التحكيم التجاري الدولي عن التنفيذ، فان للطرف الذي حكم لصالحه اللجوء إلى التنفيذ الجبري و ذلك أن المحكم ليست له سلطة الإلزام على خلاف القاضي عند إصداره لأحكام قضائية يلتزم الأطراف بتنفيذها[43]

---

[42] احمد أبو الوفا، عقد التحكيم، واجراءاته، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2007 ، ص 201.

[43] منير عبد المجيد، ألسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي في القانون الخاص، منشاة المعارف بالإسكندرية،2002 ، ص 320.

لذا تخول الإتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم و التشريعات الوطنية للدول، الحق لمن يهمه تنفيذ الحكم التحكيمي أو الاعتراف بطلب ذلك من قضاء الدولة الذي يراد تنفيذ الحكم فيها.

المطلب الأ ول:

الاعتراف و تنفيذ حكم التحكيم الدولي في التشريع الجزائري

إن أحكام التحكيم معترف بها و بشرعيتها و تعد واجبة التنفيذ متى صارت نهائية، و متى تم تذييل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية يصبح الحكم واجب التنفيذ، يشرع في تنفيذه بكافة الطرق القانونية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية سواء كان التنفيذ اختياريا أو كان جبريا[44].

أما بالنسبة لقانون التحكيم الجزائري فقد نص المشرع على التنفيذ الاختياري كطريق أول للتنفيذ قبل اللجوء إلى التنفيذ الجبري.

حيث يكون بمحض إرادة المحكوم عليه في الحكم التحكيمي، حيث أكد على أن التنفيذ الطوعي هو الأصل بتعريف الإعتراف بأحكام التحكيم الدولية.

و لكنه قام فقط بتبيان أهم الشروط الواجب توافرها حتى يسري الحكم داخل النظام القانوني الجزائري و لابد ان يتم الإعتراف به أولا ، حتى يصبح قابلا للتنفيذ في الوطن لكي تضفى عليه الصبغة التنفيذية من الجهة القضائية المختصة[45].

ومن ثم، حسب الاتفاقيات الدولية فان الدولة تتكفل بتنظيم هذه المسالة في تشريعاتها الوطنية، الأمر الذي أدى إلى قيام اختلاف في الاتجاهات المتبعة في التنفيذ و التي يمكن إجمالها في ثالث اتجاهات:

بالنسبة للاتجاه الأول فانه ينكر كل قيمة لحكم التحكيم التجاري الدولي الصادر في الخارج و هو النظام السائد في الدول الاسكندينافية، أما االتجاه الثاني فمؤداه أنه لا بد من رفع دعوى جديدة من أجل

---

[44] عجة الجيلالي، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2006 ، ص 376.

[45] عبد العزيز خنفوسي، القواعد الإجرائية التي تحكم مسالة الاعتراف و تنفيذ الأحكام التحكيمية، مجلة الفقه و القانون، العدد الثالث،2013 ، ص 70

تنفيذ الحكم التحكيمي، فحسب هذا الاتجاه فان القرار لا ينتج أثره بذاته و إنما لابد من رفع دعوى جديدة للحصول على الحق، أما الاتجاه الثالث فهو الاتجاه الغالب و يأخذ بفكرة الأمر بالتنفيذ.[46]

والجدير بالذكر، أن الإتجاهين الأخيرين هما الأكثر شيوعا، مع الإشارة أن الجزائر اعتمدت الاتجاه الأخير و عليه سنتعرض لهذين الاتجاهين دون الاتجاه الأول.

-نظام الأمر بالتنفيذ:

مؤدى هذا النظام أن الحكم التحكيمي يفحص من قبل القاضي الذي تخول له سلطة إصدار أمر تنفيذه إذا توافرت الشروط اللازمة لذلك بقبول طلب التنفيذ و حينئذ يتسنى التنفيذ الجبري للحكم التحكيمي.

ففي هذا النظام لا يتمتع الحكم التحكيمي بالقوة التنفيذية إلا بعد شموله بالأمر بالتنفيذ من المحكمة المختصة[47]، و لقد تولد عن هذا النظام المعمول به في الدول اللاتينية منها فرنسا، مصر، الجزائر نظامان فرعيان هما:

أ- نظام المراجعة:

يقوم القاضي الوطني بمراجعة الحكم التحكيمي قبل الأمر بتنفيذه للتأكد من سلامة الفصل في النزاع، وكانت تأخذ به فرنسا ثم تراجعت عنه و يرى بعض الفقهاء انه نظام لمراقبة غير محدودة.[48]

ب-نظام المراقبة:

يصدر القاضي الوطني فيه الأمر بالتنفيذ بعد التأكد من توافر الشروط الشكلية اللازمة في الحكم التحكيمي المراد تنفيذه دون المساس بموضوعه و هذا ما هو معمول به في الجزائر.

---

[46] فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، دار الوفاء ،الجزائر ،2004 ص55.

[47] فوزي محمد سامي، المرجع السابق.

[48] بختي قدور ، التحكيم التجاري الدولي قانون واجب التطبيق ، أطروحة لنيل شهادة الماستر ، المؤطر مجبر فتيحة، قسم القانون العام ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم ، 2016-2017، ص53.

و تجدر الإشارة إلى أنه بالرغم من كون الأمر بالتنفيذ عنصرا أوليا و ضروريا للاعتراف بقابلية قرار التحكيم ، للتنفيذ الجبري إلا أن ذلك لا يكفي لثبوت القوة التنفيذية له لان هذا القرار لا يعد سندا تنفيذيا إلا بعد تطبيقه بالصيغة التنفيذية[49].

و يلاحظ أن الاعتراف و تنفيذ الاحكام التحكيمية الدولية تخضع للقوانين الاجرائية في دولة التنفيذ، و ذلك نظرا لأن وضع الاجراءات التنفيذ مختصرة و موحدة لتنفيذ تلك الاحكام، من شأنه إثارة مشاكل عديدة الا أن مفهومها لن يكون واحدا في كل الدول ، فقد يحتمل تفسيرات متعددة بتعدد الدول المنظمة إلى نفس االتفاقية الدولية نتيجة اختالف الانظمة القانونية[50].

و عليه فقد نظم قانون التحكيم الدولي الجزائري الاعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي و كيفية طلب ذلك حتى يسري الحكم التحكيمي داخل النظام القانوني الجز ائري. ومن هنا، نكون أمام الاشكالية التالية ما هي الشروط الواجب توافرها في طلب الاعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي؟

الفرع الأول:

شروط الاعتراف و تنفيذ القرارات التحكيمية الدولية في التشريع الجزائري

تجب الملاحظة بداية أن المشرع الجزائري سواء في القانون القديم أم الجديد لم يفرق من حيث الشروط و الاجراءات بين الاعتراف و التنفيذ، حيث تظل هذه الشروط واحدة في كلتا الحالتين فالغالب أن يكون الطلب المقدم هو تنفيذ الحكم، غير أن ذلك لا يمنع من أن يكون الطلب هو مجرد الاعتراف فالمستفيد من الحكم أن يطلب تنفيذه فقط بل الإقرار من قبل القضاء بوجود الحكم و يدخل الحكم المعترف به ضمن النظام القانوني[51].

أولا: الشروط الشكلية لطلب االاعتراف بالقرار التحكيمي الدولي و تنفيذه في الجزائر

يتمثل الاختصاص القضائي في النظر في طلب الاعتراف و تنفيذ القرار التحكيمي الدولي و كذا الإجراءات المتبعة لطلب ذلك والتي تتمثل فيمايلي:

---

[49] يساد خالد، المرجع السابق، ص 362.

[50] احمد هندي، المرجع السابق ،ص 79.

[51] بن عصمان جمال، الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية و تنفيذها في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإجرائية الجديد، مجلة دراسات قانونية، العدد الثامن، الجزائر ، 2010 ، ص 62.

أ-الاختصاص:

يتمثل في تحديد الجهة القضائية التي تنظر في مسألة التنفيذ الجبري للحكم التحكيمي الدولي، إذ يظهر من خلال المادة 1051[52] إن هناك اختصاص نوعي و آخر مكاني[53] فالاختصاص النوعي في طلبات الاعتراف و التنفيذ لألحكام الدولية هي من اختصاص رئيس المحكمة المختصة.

أما في الاختصاص المكاني فنجد بأن المشرع الجزائري ميز بين حالتين على عكس المشرع الفرنسي و المصري، حيث أنه لا يفرق بين الجهة القضائية المختصة بإصدار و إنما لإخضاع إجراءات التنفيذ لنفس الشروط و الشكليات[54]، فتختلف حسب ما إذا كان الحكم التحكيمي قد صدر في الجزائر أم في خارج الجزائر و هي كالآتي:

- حالة وجود مقر محكمة التحكيم بالجزائر:

يؤول الاختصاص للنظر في طلب الأمر بالتنفيذ إلى رئيس المحكمة التي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصها أي انه يتم تحديد القاضي المختص بالنظر لمقر التحكيم[55]، و الذي اختاره الطرفان و ذلك دون الأخذ بعين الاعتبار محل إقامة الطرف الذي يطلب التنفيذ أو محل إقامة المنفذ ضده. و هو نفس موقف المشرع الفرنسي في المادة 6/6055 من ق.ا.م.ف أما المشرع المصري فقد عهد هذا الإختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر و هذا سواء جرى التحكيم في مصر أو في خارجها[56]

---

[52] نصت المادة 1051 قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه : " يتم الإعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا اثبث من تمسك بها وجوده، و كان هذا الإعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي و تعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر بنفس الشروط و بأمر من رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني".

[53] جمال بن عصمان، المرجع السابق، ص 65.

[54] عبد العزيز خنفوسي، القواعد الإجرائية التي تحكم مسالة الإعتراف بأحكام التحكيم و انفاذها و توجب الطعن فيها طبقا للتشريعات المقارنة، مجلة الفقه و القانون، العدد الثالث، يناير ، 2013 ، ص 21.

[55] كمال عليوش قربوع، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر 2001.

[56] TERKI Noureddine : a) La loi Algérienne de 1986 et l'encouragement des investissements étrangers dans le domaine des hydrocarbures. RASJEP, n°04, décembre 1987. PP801P 818.

- في حالة وجود مقر محكمة التحكيم خارج الجزائر:

إذا صدر الحكم التحكيمي خارج الاقليم الجزائري فان الجهة القضائية المختصة هي المحكمة محل التنفيذ[57] . أي المحكمة التي يراد في دائرة اختصاصها تنفيذ الحكم التحكيمي. هذا بالنسبة لتنفيذ الحكم التحكيمي.

أماإذا كان طلب الإعتراف أصلي فيتم الاعتراف من طرف المحكمة التي سينفذ الحكم في دائرة اختصاصها و على هذا الأساس فتحديد المحكمة المختصة مرتبط بمقر التحكيم[58].

ب -إجراءات طلب الاعتراف، و تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي في الجزائر:

بالنسبة للتشريع الجزائري فقد بينت المادتان 1051 و 1052 ق.ا.م.ا كيفية القيام بذلك فعلى طالب التنفيذ أن:

أ- يودع لدى أمانة ضبط الجهة القضائية المختصة الوثائق التالية:

أصل الحكم أو نسخا منه مستوجبة شروط صحتها مع أصل اتفاقية التحكيم أو نسخا عنها، حيث نصت المادة 11 من اتفاقية واشنطن على : "....ب- إن الحكم يصبح نافذا عن طريق تقديم نسخة عنه إلى المحكمة المختصة أو إلى أي سلطة تكون الدولة المتعاقدة قد عينتها لذلك الغرض"[59] و يباشر ذلك من له صفة و المصلحة بالنسبة لقانون الاجراءات المدنية القديم في المادة 458مكرر 2/17، والتي نصت على أن للمحكم الحق في طلب الاعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي و حسب رأي الدكتور شريف الطباخ لا يجوز لهيئة التحكيم أن تتقدم هي بطلب التنفيذ حتى و لو لتفق ألأطراف على ذلك الن هذا يتعارض مع فكرة الحياد[60]، فاستدرك المشرع

---

[57] عبد العزيز خنفوسي، المرجع السابق، ص 26.

[58] هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2005 ، ص 23/24

[59] قادري عبد العزيز، استثمارات دولية، دار هومة الجزائر، الطبعة الثانية،2006 ، ص 356

[60] شريف الطباخ، التحكيم إجباري و الإختياري في ضوء الفقه و القضاء، دار الفكر و القانون، منصورة- مصر 2008 ، ص 264.

الجز ائري في المادة1053 ق.ا.م.ا من قانون الإجراءا ت المدنية و الادارية الجديد[61]، فلا يحتاج هذا الأخير بأحكام التحكيم بإتجاه الغير، أي لا يكون حجة إلا من أطراف الخصومة التحكيمية، و تمكينهم، بناء على ذلك من إبداء أوجه دفاعهم وحدهم الذين يحتاج عليهم بالحكم[62] .

ب- تحرير محضر إيداع عن الوثائق المشار إليها، حيث تسلم نسخة منه لطالب أمر التنفيذ وهذا ما نصت عليه المادة 1035 ق.ا.م.ا و يتحمل الأطراف نفقات إيداع العرائض و الوثائق و أصل حكم التحكيم.

ثانيا: الشروط الموضوعية للإعتراف و تنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية في الجزائر

تكلم القانون الجزائري عن الاعتر اف و التنفيذ كمصطلحين بانفرادية لأن في الواقع فان الاعتراف و التنفيذ يخضعان إلى نفس الاجراءات، و في نفس الوقت بموجب المادة 1051 من ق.ا.م.ا تنص على وجوب توافر شرطان رئيسيان شرطا ماديا و الآخر قانوني، و هما كالآتي:

-ضرورة قيام المتمسك بأحكام التحكيم الدولية بإثبات صحة وجودها، حسب الكيفية التي حددتها المادة 1052 من قانون 09/08 .التي تنص" يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما، تستوفي شروط صحتها"[63].

كما يجب على المعني أو المتمسك بالحكم التحكيمي حسب المادة 1051 من ق.ا.م.ا أن يقدم طلب التنفيذ نسخة من العقد ألأصلي مرفقا به ما يلي[64]:

ا- تقديم الأصل الرسمي لحكم التحكيم أو صورته الرسمية مستوفية الشروط المطلوبة للتصديق، وهذا ما أشارت إلى تلك المادة الرابعة من اتفاقية نيويورك[65].

---

[61] قد أشارت إلى هذه المسألة بقولها "يكون الحكم التحكيمي النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابال للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها و يودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمه التعجيل."

[62] زهر بن سعيد، كرم زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي -دراسة مقارنة-، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية- مصر ،ص309

[63] عبد العزيز الخنفوسي، المرجع السابق، ص 54

[64] شريف الطباخ، المرجع السابق، ص359

ب- أصل الإتفاق التحكيمي الذي يحتوي على شرط التحكيم[66] أو مشارطه التحكيم أو صورة منه مصادق عليه بلغة الدولة المراد إجراء التنفيذ فيها، أو صورة تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند[67] ، و بخالف المشرع الفرنسي لم يتعرض المشرع الجزائري سواء في القانون الجديد أو القديم إلى الحالة التي يكون فيها كل من الحكم و اتفاقية التحكيم محررين في لغة غير اللغة الرسمية، بل قررتها الفقرة الثانية من المادة الرابعة من معاهدة نيويورك على انه في حالة اختلاف اللغة بين الدولة التي أصدرت الحكم و الدولة المراد تنفيذ هذا الحكم في إقليمها، عليه ان يقدم ترجمة لهذه اللغة معتمدة من موظف رسمي أو مترجم محلف أو ممثل دبلوماسي أو قنصلي[68] ، و هذا ما ذهبت إليه المادة21 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

و لم تحدد المعاهدة مدة يتقدم فيها طلب تنفيذ حكم التحكيم الاجنبي و لكن بعض الدول حددت المدة بثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم للولايات المتحدة، أو من التاريخ الذي يحوز فيه الحكم حجيته الاتحاد السوفييتي[69].

2 -عدم مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي:

ورد هذا الشرط في اتفاقية نيويورك لعام 1958 و تضمنها قانون التحكيم الدولي الجزائري[70]، فالمقصود بالنظام العام في نظر اتفاقية نيويورك هو النظام العام في الدولة التي ينفذ فيها حكم التحكيم، و وفقا للقانون الدولي الخاص الذي يختلف مفهومه للنظام العام عن القانون الوطني[71]، فلفظ النظام العام يقيده ما جرى عليه العمل في اطار القانون الدولي الخاص من صرف هذا المصطلح إلى مفهوم النظام

---

[65] منير عبد المجيد، الاسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي في القانون الخاص، منشأة المعارف بالاسكندرية، 2002 ،ص 359

[66] عجة الجيلالي، مرجع سابق،ص 123

[67] قادري عبد العزيز، المرجع السابق،ص 309

[68] منير محمد الجنبيهي، ممدوح الجنبيهي، الاعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية و انفاذها، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،2005 ، ص 49

[69] منير عبد المجيد، المرجع السابق ص342

[70] المادة 1051 قانون 09/08 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية.

[71] قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص316

العام الدولي باعتباره مجموعة من المبادئ ،و المصالح الأساسية السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية و الأخلاقية التي يتعين حمايتها و عدم المساس بها[72] عن النظام العام الداخلي.

ومن هنا، فإن غالبية التشريعات لا تفرق بين النظام العام الدولي و النظام العام الداخلي كما ورد في اتفاقية نيويورك، لذا يتعين على القاضي الوطني في بلد التنفيذ أن يستند في رفضه للتنفيذ إلا إذا تعلق الأمر بمصالح جوهرية جديرة بالحماية و معرضة للخطر و لقد أكد الحكم الصادر من محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية في الدعوى رقم 1397 لسنة 1929 أن النظام العام في الإطار الضيق للعقد المبرم من الدولة، لا يعني إلا المسائل التي تخص السلطة العامة أي عندما يمس حكم التحكيم المصلحة الوطنية في الدولة التي يراد التنفيذ فيها بأضرار جسيمة.

وبالتالي، فمهمة التحكيم الدولي هي ضمان احترام النظام العام الدولي، لذا يجب أن يفسر النظام العام في مجال التحكيم الدولي تفسيرا ضيقا و بشيء من المرونة التي تتماشى مع حاجيات التجارة، بحيث لا يقف عقبة في سبيلها كما ورد في القانون النموذجي للأمم المتحدة أن يكون للدولة [73] الحكم المراد تنفيذه مخالفا للسياسة العامة في دولة التنفيذ[74].

فمثال عن خطأ التطبيق من جانب المحكم سواء أكان ظاهرا آم مؤديا إلى محو أساس الحكم ذاته لا يعتبر من النظام العام الدولي فيجب الأخذ بمنظار لين و مرن وصولا إلى النظام العام في مفهومه الدولي ، و يشمل النظام العام الدولي القواعد الإجرائية مثال عقود الشراكة التي يجوز فيها التحكيم طبقا للنظام العام الداخلي الجزائري و لكن يجوز فيها التحكيم إذا كانت دولية، و كذا عقود العمل التي يجوز التحكيم فيها حتى و إن كان العقد دولي و أخرى قواعد موضوعية مثال النظام العام الجزائري يستوجب التعامل بالدينار في المعاملات التجارية .

هذا يعني أن التعارض مع قواعد أمر في الجزائر تطبيقا لفكرة النظام العام الوطني لا يعتبر في مجال التحكيم الدولي مبررا كافيا لاعتراف التنفيذ و إنما القاضي الجزائري ملزم بمراقبة ما إذا كان الحكم لا يتعارض مع المفهوم المقرر و السائد في الجزائر حول النظام العام الدولي، و لعل أحسن مثال على ذلك هو وجود الدولة و إحدى هيئاتها طرفا في التحكيم الدولي، فالحضر الذي فرضه على هذه الأخيرة في

[72] قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص342.

[73] بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص66.

[74] منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص340.

التحكيم الداخلي لعدم تعارض مع النظام العام و الداخلي بدأ يتراجع نتيجة تطورات اقتصادية فقد لاحظ الفقه و الاجتهاد أن ذلك لا يتعارض مع النظام العام الدولي، فللدولة القدرة على إبرام عقود التحكيم التي تضع في ميزان المصالح التجارية الدولية، بالإضافة إلى أن اغلب قوانين الدول نصت على شرط النظام العام الدولي كسبب لرفض تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي[75].

الفرع الثاني:

استصدار الأمر بتنفيذ القرار التحكيمي الدولي

كما رأينا أن لتنفيذ القرار التحكيمي في الجزائر أو الاعتراف به وجب توافر شروط شكلية و موضوعية و تعداد هذه الشروط واردة على سبيل الحصر لا على سبيل المثال كما جاء في اتفاقية نيويورك و هذا يعني ليس أية دولة طرف التذرع بأسباب أخرى تحتوي عليها قوانينها[76] الداخلية تطبق على أحكام التحكيم الداخلي لكي لا تعترف أو لا تنفذ أحكام التحكيم الأجنبية.

فالقاضي عند فحصه القرار التحكيمي وجب الاستناد إلى قانونين أساسين هما:

1 القانون رقم 18-18 المؤرخ في 7 فبراير 1989 المتعلق بانضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958 و المتعلقة بالاعتراف و تنفيذ القرارات التحكيمية.

ب-المرسوم التشريعي رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية والذي نص على التحكيم التجاري الدوليو يمكن تطبيق القواعد المتعلقة بالنفاذ المعجل المنصوص عليها في قانون الإجر اءات المدنية والادارية الجزائري، إذا كان حكم التحكيم مشمول بالنفاذ المعجل. [77]

[75] Constantes et changement dans la conception algérienne de la décentralisation, revalg , n3.2010, p30

[76] قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص309.

[77] عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 122.

و تجدر الإشارة أن طلب التنفيذ غير مقبول طالما أن ميعاد رفع دعوى البطلان ضد الحكم التحكيمي الدولي مازال قائما، و لكن إذا تم رفع الدعوى فالمحكوم لصالحه طلب تنفيذ الحكم التحكيمي و يقبل طلبه إذا لم تصدر المحكمة التي تنظر دعوى البطلان أمر بوقف التنفيذ بناء على طلب رفع دعوى البطلان[78].

إضافة إلى أن طلب التنفيذ لا يتيح المجال لنقاش حضوري بين الأطراف في النزاع، فالطرف الذي تم الحكم لصالحه يتوجه للقاضي دون إخطار الطرف الخاسر، فهنا إجراءات غير وجاهية مع السماح للخصم بإبداء ملاحظته كما هو الحال بالنسبة للقانون الفرنسي.

فالقاضي المختص ينظر و يتحقق من أن الحكم قد صدر بالفعل تنفيذا لاتفاق التحكيم و راعي الشكل[79] ، من خلال توفر القرار التحكيمي للبيانات الإلزامية المتمثلة في تعيين محكمة التحكيم و أطراف النزاع و تحديد المهمة التحكيمية، ملخص عن الوقائع، تسبيب القرار التحكيمي و الفصل في الطلبات و تحديد منطوق القر ار التحكيمي، و تعيين تاريخ التحكيمي و توقيعات المحكمين[80].

و كذا التأكد من شروط متصلة بالأطراف من شرط الصفة و المصلحة و شرط أهلية التحكيم، حيث يتأكد رئيس المحكمة المختصة من توافر الوثائق اللازمة و المذكورة أعلاه، و بعد تأكده من عدم مخالفة الحكم التحكيمي المراد تنفيذه للنظام العام الدولي، يأمر في ذيل أصل القرار التحكيمي أو بهامشه يتضمن الإذن لرئيس أمناء الضبط بتسليم نسخة رسمية بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لمن يطلبها من الأطراف[81]

. في المادة 1039 من ق.ا.م.أو لكن يبدو أن الإجراء الذي كان مقرر ا في القانون القديم يظل نفسه في القانون الجديد كونه يتماشى و القواعد العامة في مجال الإجراءات المدنية. و هكذا متى توفرت هذه الشروط الشكلية أو الخارجية يكون الحكم صحيحا و ملزما. بالنسبة للمشرع المصري فال يمنع إصدار

---

[78] محمود مختار أحمد بربري، المرجع السابق، ص277

[79] شريف الطباخ، المرجع السابق، ص261.

[80] عجة الجيالي، المرجع السابق، ص124.

[81] قرار المحكمة العليا، الجزائرية بتاريخ 12 ديسمبر 1112 قضية رقم 312212 ،مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني ، 2006.

أمر التنفيذ إلا لأسباب ثالثة تتمثل في تعارض الحكم مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية أو مخالفة النظام العام المصري أو عدم إعالن الحكم للمحكوم ضده[82].

الفرع الثالث:

طبيعة الأمر بالتنفيذ

يعد الأمر بالتنفيذ إجراء يصدر من السلطة القضائية في الدولة بما لها من ولاية عامة على التنفيذ الجبري للأحكام الصادرة من المحاكم القضائية و المحكمين، و نرى مع بعض الفقه أن حكم المحكم الأجنبي ليست له حجية الأمر المقضي فيه إلا بعد صدور الامر بالتنفيذ في دولة التنفيذ بما أن الشرو ط المنصوص عليها في المواد 1052،1051 و 1053 من القانون09/08 و كذلك ما جاءت به اتفاقية نيويورك[83] إن الامر بتنفيذ الحكم التحكيمي الأجنبي يترتب عليه رفع الحكم ألجنبي إلى مصاف الاحكام الوطنية و الأثر المترتب على الأمر بالتنفيذ هو الاعتراف به من جهة و منحه الصفة الإلزامية من جهة أخرى.

و هذا ما أخذت به القوانين الالتينية و قوانين الدول العربية[84] فالسند التنفيذي هو سند مركب يتكون من عنصرين هما حكم المحكم و أمر بالتنفيذ.[85]

و هذه الرقابة لا نجدها في الأحكام القضائية فالحكم القضائي يصدر مزودا بالقوة التنفيذية منذ لحظة صدوره و يمكن تنفيذه إذا توافرت شروط هذا التنفيذ دون الحاجة لأمر التنفيذ و لكن هناك مجموعة من القوانين التي تعطي للقر ار التحكيمي الصفة التنفيذية كالقانون النرويجي و النمساو ي مثلها مثل القرار القضائي[86] و دور القضاء قاصر على إصدار ألمر بالتنفيذ و منح القرار أو الحكم القوة التنفيذية لتنفيذه جبرا إذا طلب فمن المسكر عليه أن رئيس المحكمة و هو ينظر في إصدار أمر التنفيذ يمارس سلطة

[82] لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، ص44

[83] المواد 1052،1051 و 1053 المصادق عليها في الجزائر بالمرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 1988/11/05

[84] فوزي محمد سامي، مرجع سبق ذكره، ص 356

[85] شريف الطباخ، مرجع سابق، ص263

[86] فوزي محمد سامي، مرجع نفسه، ص375

واليته[87] و لا يقصد بإجراء الأمر بالتنفيذ منحه صفة الورقة الرسمية هذه الصفة يتميز بها حال صدوره إنما الحقيقة المقصود من الإجراء هو االطالع على الحكم و مشارطة التحكيم و التثبيت من عدم وجود ما يمنع من تنفيذه.

إصدار أمر التنفيذ لا يفيد معنى تحقق القاضي من عدالة المحكم أو التحقق من صحة قضائه أنه لا يعد هيئة استئنافية أي أن القاضي الأمر بالتنفيذ ينحصر دوره على منح القوة التنفيذية لحكم التحكيم و لا يشكل ذلك دليلا على صالحية هذا الحكم للتنفيذ الفوري بل متطلب سابق لوضع الصيغة التنفيذية، و أمر التنفيذ لا يخضع للتسبيب باعتباره من الأوامر الولائية و لكن يحق للقاضي أن يبين الأسباب ذلك غير محضور و إن كان النص يلزم بذلك أي أن القاضي الأمر بالتنفيذ ينحصر دوره على منح القوة التنفيذية للحكم التحكيمي من الناحية الشكلية فقط و ليس من الناحية الموضوعية.

و يتضمن أمر التنفيذ لحجز أصول الطرف الممتنع عن التنفيذ و ذلك بموجب إجراء قضائي الذي يمكن للطرف الذي حكم لصالحه تقديم طلب للسلطة القضائية للأمر بالحجز على الحساب البنكي للخصم أو أصول أخرى.

فالتنفيذ جبري و هو مجموعة إجراءات تكون بحجز الأموال أو بالحبس بالنسبة للأشخاص الطبيعية أما إذا كان المحكوم عليه شخص معنويا فإجراءات التنفيذ تشمل أموال الشخص المذكور أو مسالة ممثل الشخص المعنوي التي بموجبها يجبر الطرف المحكوم ضده بالحكم التحكيمي على الالتزام بما ورد في هذا القرار ، و من اجل ذلك يصدر القاضي المختص قانونا و المرفوع أمامه طلب تنفيذ أمرا بالتنفيذ يضفي على الحكم التحكيمي القوة التنفيذية و هي نقطة التحاق بين القضاء الخاص (التحكيم) و القضاء العام علما ان الاختلاف الجوهري بينهما هو الأحكام التي تصدر باسم الدولة، و هو ما يرمز لسيادتها في حين الأحكام التحكيمية فلا تصدر باسم دولة معينة.

[87] قرار المحكمة العليا رقم 326706 /الصادر في 29 ديسمبر 2004..." ان ألمر الصادر باعتباره من ألوامر الوالئية، اذا صدر و لم يكن مستوفيا لتلك الشروط فيترتب عليه البطالن" n9.arb,re2009 ,

المطلب الثاني

التحكيم فى اطار اختيار الخصوم و مبدأ تنازع القوانين

ان اصل ايجاد التحكيم التجاري الدولي هو محاولة اخراج التجارة الدولية من دائرة الخضوع للقوانين الوطنية و من أجل ايجاد قواعد موضوعية أكثر ملائمة لطبيعة المنازعة و أطرافها .

ومن هنا، على ضوء ما تقدم فان مسالة تحديد القانون او القواعد التي تحكم موضوع النزاع يعتبر من المسائل الحيوية التي تواجه المحكم عند سعيه لايجاد حكم قانوني بين طرفي الخصومة موضوع المنازعة.[88]

وعليه، تعتبر هذه المسألة من أهم المسائل التي تستحوذ على فكرة المحكمين و الواقع ما يواجهه الحكم، و هو إضطلاع بهذا الدول يتلخص أساسا على تقنية البحث عن القانون او القواعد التي تحكم موضوع النزاع.

الفرع الأول

التحكيم فى اطار اختيار الخصوم

إن العمل الذي يواجه المحكم من منازعات التجارة الدولية بشان اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع يتلخص في البحث عن هذا القانون من خلال إرادة الخصوم الصريحة او عن طريق الإرادة الضمنية و في حالة غياب هذا الاختيار يكون الحكم في النزاع وفق قواعد تنازع القوانين و اخيرا البحث عن حل للنزاع وفقا لما تقتضيه قواعد عادات و اعتراف التجارة الدولية في اطار قانون التجارة الدولية .

أولا: تحكيم وفق قانون من اختيار الخصوم .

إن خضوع التحكيم لمبدأ قانون الإرادة يعتبر قاعدة فقها و قضاءا في القانون المقارن لدى مختلف الدول و تتمثل في حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب تطبيقه على الموضوع أي أن أطراف العقود في التجارة الدولية الحق في تعيين أو تحديد القانون الذي يحكم العقد مثار المنازعة شرط ان لا يصطدم بالقواعد الامرة في النظم القانونية، اي انه بنفس الحرية التي يملكها الاطراف في اختيار القانون الاجرئي

[88] بو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 128

لسير المرافعات التحكيم لهم الحرية ذاتها في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع و يكون اختير هذا القانون خالصا من اي اذعان يتم عن طريق احد بنود العقد المثار المنازعة او بمقتضى الحسم بإختيار الخصوم للقانون الوطني لحكم منازعتهم هو تطبيق للمبادئ التي تقرها الغالبية الكبرى من التشريعات المقارنة عند معرض تنفيذها لقواعد تنازع القوانين في العلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي اد تقر هذه التشريعات الاولوية لارادة المتعاقدين الصريحة او الضمنية لاختيار القانون الذي يحكم موضوع منازعاتهم طالما ان ذلك لا يتضمن تعديا على القواعد الامرة او المتعلقة بالنضام العام في الدولة ذات الشأن ان يكون هذا القانون منشوبا بالغش نحو القانون الذي كان من المفروظ ان يحكم النزاع .[89]

ثانيا: التحكيم وفقا لقانون مبدأ سلطان الإرادة.

لقد اتجهت كل القوانين الي تكريس مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع، فكل الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي تقر بها المبدأ بما فيها اتفاقية جنيف 1961 بشأن التحكيم التجاري الدولي التي تنص الفقرة الأولى من المادة السابعة منها على : الاطراف هم احرار في تحديد القانون الذي يجب أن يطبقه لمحكمون علي موضوع المنازعة، كما ورد هذا المبدأ باتفاقية نيويورك 1957بشأن الاعتراف و تنفيذ قرارات التحكيم الاجنبية و ان يكن ذلك بطريقة غير مباشرة .

كذلك تقر هذه الطريقة من التحكيم اتفاقية وشنطن الموقعة في 13مارس 1965الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثما ا رت بين الدول المتعاقدة و رعايا الدول الاخري المعروفة بإسم اتفاقية BIRD.

اذا تقضي المادة 42الفقرة (أ) منها علي ان محكمة التحكيم تتصدى للفصل في المنازعات وفقا للقواعد القانونية التي يحددها الاطراف .

كما تقر حرية اختيار الخصوم وفقا لمبدأ سلطان إرادتهم لقانون يحكم موضوع النزاع جميع اللوائح الدولية بما فيها لائحة محكمة التحكيم لدي غرفة التجارة الدولية بباريس اذ تنص المادة 13فقرة 3منها علي ان للطرفين كامل الحرية في تحديد قانون الذي يتعين علي المحكم تطبيقه علي موضوع النزاع.

[89] منير عبد المجيد ، لأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي – منشأة المعارف الاسكندرية، 2010، ص 240.

كذلك الامر بالنسبة للائحة التحكيم الخاصة باللجنة الاقتصادية الاوروبية التابعة للامم المتحدة يناير 1966اذ تنص المادة 38منها علي انه مع عدم الاخلال بحكم المادة 39و هي الخاصة بالتحكيم الودي اذا كان ذلك هو رغبة الاط ا رف انه يجب علي المحكمين تطبيق القانون الذي يحدده الاطراف بحكم موضوع النزاع .

ومما يستحق الذكر،أن القانون الجزائري بدوره يقر بهذا المبدأ أي حرية الأطراف في ماذا القانون الواجب تطبيق وفقا لمبدأ سلطان الارادة و هذا ما نصت عليه المادة 458مكرر 14 من أي قانون مايلي :

تفصل محكمة التحكيم في النز ا ع وفقا لقواعد القانون و الاعراف و التي تراها ملائمة فمن خلال استقراء هذه المادة 2 نجد ان المشرع الجزائري لأطراف حرية قانون الواجب تطبيقة علي موضوع المنازعة المطروحة علي ساحة التحكيم التجاري وفق مبدأ سلطان ارادتهم .

إذا كان الاتجاه الغالب في احكام القضاء و قرا رات التحكيم التجاري الدولي و معه الفقه يقرون بحق أطراف التجارة الدولية اعمالا لمبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الذي يطبقه المحكمون على موضوع منازعاتهم بغض النظر عن أية صلة بينه و بين لعقد مثار المنازعة مدام ان ذلك الاختيار كان يحذوه حسن النية ، بل يستطيع أطراف التجارة الدولية وفق هذا الاتجاه الغالب استبعاد بعض النصوص قانون الذي يخترونه حكم النزاع.[90]

بمفهوم أخر يستطيع أطراف المنازعة المعروضة على ساحة التحكيم التجاري الدولي اختيار بعض نصوص القانون و استبعاد البعض الاخر ذلك لأن النصوص مثل هذا القوانين القانون المختار لا تعدو كونها في وصفها حسب ما ذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية علي انها مجرد اتفاقية او تعاقدية اكثر منها نصوص قانونية او ملزمة .

هناك راي يخالف هذا الراي يتبناه بعض فقهاء القانون الدولي الخاص مثل الفقيه.. ARMINJONو الفقيه هنري بيتغور 1و يري هذا الاخير أن جوهرة إرادة المتعاقدين هي اختيار القانون الذي يحكم العقد و ما يثار من منازعات التي هي في حقيقتها عبارة عن توطين العقد تبعا لارادتهم .

[90] ابو زيد رضوان، المرجع السابق، ص . 13

من تم يجيب الفقيه انيكون على أن هذا الاختيار هو اشارة الي رابطة التوطين هذا مثل اختيار الاطراف لقانون الدولة المنشأة التي تصنع السلع محل التعاقد او قانون دولة تنفيذ العقد بحيث اذا انعدمت هذه الرابطة اعتبر ذلك من قبيل الغش نحو القانون الاجنبي .

مع هذا كله فان الاختيار الصريح للقانون الواجب تطبيق الذي يحكم موضوع المنازعة من طرف الاطراف لا يثير اشكالا بقدر ما يثار عندما لا يكون هناك اختيار صريح لذلك القانون .

ثالثا : قانون الارادة المفترضة او الضمنية .

يطرح قانون الإرادة المفترضة او الضمنية اشكالا جديا بالاهتمام في حالة غياب اختيار الخصوم صراحة لقانون وطني معين لحكم موضوع المنازعة التي تطرح على التحكيم ، حيث يثور امام المحكم الدولي مشكلة التصدي لمعرفة ما اذا كان الاطراف الخصومة قد أظهروا نيتهم في اخضاع موضوع المنازعة لقانون معين .

ففي حالة انتقاء الارادة الصريحة يتجه هيئات التحكيم الي فكرة الارادة الضمنية التي تستخلصها من ظروف النز ا ع و واقع الحق بصورة مؤكدة القاطعة ، مثل قانون مكان الابرام او قانون مكان التنفيذ الذي يتحدد عادة بإمكان التسليم للبضاعة و انتقال ملكيتها الي المشتري.[91]

فما استقر عليه في قضاء التحكيم التجاري الدولي ان المحكم يتمتع في هذا الصدد بالسلطة التقديرية تقف عند حدود ضرورة استظهار المحكم لمؤشرات موضوعية و معقولة لهذه الارادة المفترضة و الضمنية جوهر عمل المحكم الدولي في حالة غياب الارادة الصريحة هو تبني المحكم الدولي لأي من المؤشرات الار ا دة الضمنية سيكون بمثابة اشتهاد من المحكم ذاته من دون تجاهله لواقع المنازعة المطروحة على التحكيم .

وعليه، من اجل تفادي ذلك التجاهل على المحكم الدولي البحث عن رابطة موضوعية يمكن الاطمئنان معها على ان إرادة الاطراف قد اتجهت حقا في هذا القانون او ذلك بحيث تستشف إرادة الاطراف من واقع ظروف الحال.

[91] ابو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 134

وبالتالي، فقد استخلصت هيئة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية في حكمها الصادر في القضية رقم 17/7لسنة 1972 ان القانون الايراني هو واجب تطبيق على عقد البيع المبرم بين ايراني و يوغسلافي . استنادا الى ان الاي ا رن هي مكان تسليم البضاعة و من ثم فان قانون هذا المكان هو قانون الارادة الضمنية.

فما يلاحظ على هذه القضية ان المحكم الدولي اعتبر مكان تسليم البضاعة كقانون الارادة المفترضة هو مؤشر عن ارادة الاطراف باعتبار قانون المكان هو قانون الا ا ردة الضمنية .

كما أنه من القرائن التي قد تكشف عن الارادة الضمنية لاطراف لغة المستعملة في العقد او في التحكيم او المكان الذي اتفق على اجراء التحكيم فيه ، فبخصوص هذا المؤشر الاخير بالمكان الذي اتفق على اجراء التحكيم فيه قد لا يتشكل اهمية عندما تكون مراكز او هيئات التحكيم الدائمة هي المختصة اما في حالة التحكيم الحر ، فقد يكون اختيار الاطراف لمكان تحكيم الواقعة يستخلص منها اتجاه ارادة الاطراف الضمنية الى تطبيق قانون هذا المكان.

يمكن ان تستخلص الارادة الضمنية من اتجاه الأطراف إلى مراكز التحكيم يعتنق لائحة معينة

مؤشر ا ت الا ا ردة الضمنية أو المفترضة التي يتصدي المحكم للبحث من خلالها علي القانون الذي يحكم موضوع المنازعة التي تطرح علي التحكيم و هي نوعان :

مؤشرات عامة مثل مؤشر قانون محل ابرام العقد و قانون محل التنفيذ، ومؤشرات يطلق عليها بمؤشرات خاصة مثل محل اقامة المتعاقدين و موضوع العقد مكان التحكيم.

فمؤدي هذه المؤشرات على اختلاف درجتها في قوة الاستدلال اقامة قرينة قاطعة على اتجاه ارادة الخصوم علي اختيار القانون الانسب على حكم الموضوع منازعاتهم مع ان القضاء الدولي يأخذ بالمؤشرات العامة للاستدلال علي ارادة الضمنية او المفترضة لاطراف المنازعة، مع ذلك بعض الفقه يشك في تغليب بعض المؤشرا ت مثل قانون محل الابر ا م او قانون محل التنفيذ.[92]

[92] الرفاعي، أشرف عبد العليم: النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي. دراسة فقهية قضائية، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2003 ، ص 53

كما تتضارب الاراء في اي مؤشرا ت أقوى دلالة من الاخري ، و هناك راي يرفض الارا دة المفترضة لانه يري فيها انها كشف عن الا ا ردة الخاصة للمحكم الدولي في سبيل تحديده القانون الواجب تطبيقه ليقوم بعد ذلك بنسبتها الى الاطراف بهدف حل النزاع مستندا في ذلك الى مجرد قرائن لا تعكس في حقيقة القصد المشترك للاطراف و من ثم فهي ارادة وهمية او غير موجودة اصلا .

كما سبق الاشارة اليه ان هناك مؤشرات خاصة يمكن للمحكم الدولي المطروح عليه المنازعة ان يستشف منها الارادة الضمنية للاطراف كاللغة المستعملة او المكان الذي اختاره الاطراف لاجراء التحكيم

مع ان هذا الاخير يعتبر قرينة نسبية باعتبار مكان التحكيم هل هو مكان الذي تنعقد فيه هيئة التحكيم لاول مرة او المكان الذي يصدر فيه القرار .

فاختيار مكان الذي يجري فيه التحكيم يفترض في حالة عدم اختيار الخصوم الصراحة لقانون معين لحكم النزاع اتجاه نية الاطرا ف المنازعة الى تطبيق قانون دولة مكان التحكيم .

اذا كان صحيحا ان تحديد القانون الذي يحكم قانون المنازعة في حالة عدم اختيار الصريح لقانون معين يثير الكثير من الجدل و الصعوبات بتعلقه بامر هام و هو الحضانة القضائية للدولة و كذا بضرورة احترام مبدأ سيادة الدولة مع هذا كله يبقي قانون الارادة المفترضة او الضمنية هو قانون احتياطي الى جانب قانون الارا دة الصريحة.

رابعا: التحكيم في إيطار تنازع القوانين.

كما سبق و وضحنا في مقدمة الفصل بأنه في حالة ما اذا لم يعين اطراف الخصومة المطروحة على ساحة التحكيم التجاري الدولي للقانون الذي يحكم موضوع خصوماتهم ، و هذا التعين اما يكون بإ را دة صريحة معلنة او بارادة مفترضة أو ضمنية عن طريق المؤشرات العامة او الخاصة

ففي حالة انتقاء هذا التعين فانه يقع على عاتق المحكم الدولي التصدي لهذا الامر بتبيان القانون الذي يحكم قانون النز ا ع .

يجدر القول ابتداء ان الامر يختلف في هذا الصدد بالنسبة للمحكم الدولي عنه بالنسبة للقاضي الوطني ، فليس له قانون اختصاص مقيد به و لا يصدر قراره باسم هذه الدولة او تلك و من تم لا يخضع بالتالي لسيادة اي دولة و لو كانت هي او احد رعياها طرفا في المنازعة التي تطرح علي التحكيم.

هذا الامر اكدته قرارات التحكيم التجاري الدولي فهناك قرار يقول بأن المحكم الدولي لا يملك تحت تصرفه قانون اختصاص يستطيع على مداه تطبيق قواعد تنازع القوانين .

يقول قرار اخر في نفس الصدد بأنه اذا كان من المعروف ان القضاة سلطة التحكيم قانون واجب التطبيق من خلال اتباعهم لقواعد تنازع القوانين الخاصة بالدولة التي يقومون العدل بإسمها ، بحسبان أنهم لا يستمدون سلطتهم في المنازعة من اية دولة .[93]

لذا علي المحكم الاهتداء الي القانون الاكثر ملائمة لأط ا رف الخصومة مع التقيد بالحرية الممنوحة لهم في إطار قواعد قانون الدول و هذا ما سنديره من خلال مايلي :

أولا حرية المحكم في اختيار قانون يحكم موضوع النزاع :

ما ان تغيب إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع فأنه علي المحكم الدولي إيجاد القانون الذي يحكم المنازعة دون التقيد بأي قانون وطني معين .

إذا المحكم هو الذي يقوم باختيار القانون وفقا لقواعد تنازع القوانين التي يراها ملائمة و نحن نعلم ان المحكم ليس كالقاضي في تقيده بقواعد إسناد وطنية، أو قواعد اختصاص معينة مثل ما هو الحال عند القاضي .

علي ذلك يتمتع المحكم علي خلاف القاضي الداخلي بقدر من الحرية السلطة التقديرية عند معرض بحثه عن القانون الذي يمكن ان يحكم موضوع النزاع من خلال أعماله من قواعد تنازع القوانين .

يدعم هذا الكلام القرار التحكيمي سابق الذكر رقم 1763لسنة 1970الصادرة عن محكمة التحكيم لدي غرفة التجارة الدولية .

كما تقر هذه الحرية للمحكم الدولي بعض اتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي ، مثل المادة السابعة الفقرة الاولي من الاتفاقية الاوروبية بشان التحكيم التجاري الدولي بجونيف 1961و التي تقضي بانه يجب علي المحكم تطبيق القانون الذي تحدده قاعدة التنازل التي يرونها ملائمة في الحالة المعروفة.

[93] الرفاعي، أشرف عبد العليم: مرجع سبق ذكره ، ص 54

كذلك الأمر بالنسبة للمادة الثالثة من إتفاقية انتر امريكان الموقع في بانما و المعروفة باسمو نفس الامر بالنسبة للوائح الدولية التي تقوم معضمها علي حرية المحكم الدولي مثل لائحة قواعد التحكيم الخاصة الصادرة عن الامم المتحدة 15ديسمبر 1967اذ تقضي المادة 33فقرة الاولي منها بانه في حالة غياب الاختيار الصريح او الضمني لاطرا ف المنازعة للقانون الذي يحكم الموضوع فان محكمة التجكيم تطبق القانون الذي يحدد قواعد تنازع القوانين التي تراها ملائمة في هذا الخصوص كذلك فعلت المادة 38من لائحة التحكيم الخاصة بالجنة الاقتصادية الاوروبية التابعة للامم المتحدة جانفي 1966[94]

كذا المادة السابعة الفقرة الرابعة من لائحة التحكيم التجاري الدولي الخاص بلجنة الاقتصادية للأمم المتحدة لدول: أسيا و الشرق الأقصي و المعروفة بأسم CEAEO، و مما لا شك فيه أن هذه الحرية أو بمعني أدق هذه السلطة التقديرية المخولة للمحكم الدولي تضعه أمام العديد من الاختبارات النضرية بين النضم القانونية المختلفة و التي توجب عليه الاختيار من بينها قواعد التنازع الاكثر ملائمة لطبيعة المنازعة المطروحة علي التحكيم و لكن الاشكال الذي يطرح .

هل حرية الاختيار هي الاختيار للطريق السهل أو هذا بقصذ بحرية الاختيار ؟

الإجابة علي هذا الطرح أن حرية الاختيار لا تعني بذاتها الطريق السهل بقدر ما تعني سعي المحكم الدولي المطروح عليه المنازعة للبث فيها من اجل إيجاد قانون الأكثر ملائمة لحكم موضوع النزاع و لو كان عدم وجود أمام المحكم الدولي قانون اختصاص أو ما يعرف باسم قانون دولة القاضي .

لأنه كذلك لا يستطيع المحكم الدولي أن يحل اختياره مع إختيار الاطراف في إختيار هذا القانون مما سمح له بأستعاد كافة النظريات الفقهية التي تجيز للقاضي هذه السلطة لان البحث عن القانون المختص بالنسبة للمحكم الدولي لا يأخذ نفس المفهوم بالنسبة للقاضي الوطني علي بعض الأخر.

لهذا الامر و بتحديد فان سلطة المحكم الدولي لا تعد و كونها سلطة ترجيح لأحد القوانين الوطنية علي بعض الأخر و لهذا فقد ضهرت أ ا رء بشأن التطبيق المحكم الدولي لقواعد تنازع القوانين ف أ ري يري أنه في حالة تخالف الاختيار الصريح و تعذر كشف الا ا ردة الضمنية فان القانون النموذجي

[94] صادق، هشام، تنازع الإختصاص القضائي الدولي، دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية. .دون سنة نشر. ، ص 114 .

التحكيم التجاري الدولي و كذلك نظام غرفة التجارة الدولية و كذا اتفاقية جونيف لسنة 1960يرون بضرورة أعمال المحكم الدولي لقواعد التنازع القوانين

بينما يري ال أ ري الاخار من الفقه بأن المحكم الدولي لا يمكنه اعمال قواعد تنازع القوانين ذلك ان المحكم الدولي ليس كالقاضي الوطني صاحب الاختصاص في شأن قواعد تنازع القوانين و قانونه الوطني هو الذي يجيز له قواعد الاسناد للقانون الاكثر ملائمة .[95]

خامسا: القانون الأنسب و الأكثر ملائمة لموضوع النزاع :

إن الاقرار الصريح للمحكم الدولي بالحرية الكاملة في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النز ا ع في حالة غياب الاختيار الصريح أو ضمني لذلك و هو أمر معترف به و لا يمكن التشكيك فبه بحيث نصت عليه جميع الاتفاقيات الدولية و كذا اللوائح الخاصة و حتي القوانين الوطنية .

لكن هذه الحرية بالرغم من توسع نطاقها الا انها تقف عند حدود الاختيار الموضعي أو ما تسمى بالقانون الاكثر ملائة لحكم موضوع النز ا ع، فحرية المحكم هي حرية وضيفيةتضهر في البحث عن القانون الانسب و الاكثر ارتباطا بموضوع النزاع .

و أن لا يكون هذا الاختيار عشوائي أو إنحيازي و لهذا الامر بالذات ظهرت هذه الاتجاهات بخصوص الرجوع الى القواعد تنازع القوانين عند تخلف الاختيار الصريح و تعذر الكشف عن الارادة الضمنية ، فهنا كما رأ ي يري بضرورة اسناد حكم العلاقة الي قانون الذي يشير اليه قاعدة الاسناد التي تراها ، ملائمة و ذلك لم يتفق الاطراف علي قاعدة اسناد معينة عندئذ يلتزم المحكم بها و كذلك الحال إذا ارتبط الاطراف بقانون يطبق علي الموضوع .

فإنهم يفكرون اولا في قانون المادي و عندما لا تتضمن هذا القانون المختار حلا يواجه كل ما يتعلق بشأن النزاع كالاهلية و النظام العام للدولة ذلك القانون فعلي المحكمين إستنادا الي تمتعهم بالحرية التامة في اختيار قاعدة التنازع ، و لتحميلهم عبء الفصل في النزاع أعمال قواعد التنازع القوانين. اعادة الصياغة واستعمال علامات الوقف.

[95] صادق هشام ، مرجع سبق ذكره ، ص 115

ما يفترض في هذا أن المحكم يختار قاعدة الاسناد الملائمة من واقع الانظمة القانونية الوطنية التي يستحسن أن ترتبط عناصرها الموضوعية بالنزاع أو تكون لها صلة به .

واتجه را ي اخر الي تطبيق قواعد تنازع القوانين في الدولة التي يجري عليٌ ليمها التحكيم . أي قواعد التنازع التي يتضمنها قانون مقر التحكيم و هذا الرأ ي إعتنقته ..... و أشار اليه في تقريره المقدم الي المعهد القانون الدولي أساسه في ذلك أن القانون مقر التحكيم يمثل أساس قانون متين أبوة بأي نظام قانون داخلي و ان كل التحكيم يجب ان يخضع بضرورة لقانون دولة معينة و هذا ما ذهب اليه كل الفقهاء مع ان هذا الاتجاه يعاب اليه لان مقر التحكيم يعتذر تحديده في الكثير من الحالات لانه من المتصور أن يعقد المحكم الدولي جلساته في في عدة دول . كما قد يجري التحكيم بالمر ا سلة .

هناك رأي أخر اتجهت اليه غالبية هيئات التحكيم و هو اعمال قواعد تنازع القوانين في دولة التي يتم فيها تنفيذ القرار التحكيمي الصادر عنها بشأن المنازعة المطروحة من طرف الخصوم على ساحة التحكيم التجاري الدولي، هذا وفقا لنص المادة 5الفقرة ب من اتفاقية نيويورك التي لا تجيز الاعتراف بحكم التحكيم و لا تنفيذه اذا ثبت ان ذلك القرار التحكيمي يخالف النظام العام في الدولة المطالبة بتنفيذ علي ارضها.[96]

فحتي لو يبدو هذا الاتجاه صحيحا لو كان التنفيذ يقع على اقليم الدولة واحدة و لكنه يثير اشكالا في ماهيته الحل الواجب الاتباع عندما يتم التنفيذ في اكثر من دولة، إضافة الي ذلك يوجد ا را ء فقهية عديدة أخري منها ما تري بضرورة اللجوء الي قواعد تنازع القوانين في الدولة التي يحمل جنسيتها أو الدولة التي يقي فيها اقامة دائمة و الذي انتقد علي انه يمكن ان يكون قانون الدولة المحكم لا يمتد بأي صفة للموضوع النزاع و أ ري المخالف لهذا يري بالبحث عن القانون الانسب من خلال اعمال القواعد التنازع القوانين الخاصة بدولة جنسية المشتركة او الموطن المشترك أطراف النزاع و لا ننسي ذكر الرأي الذي يعين علي المحكم اعمال قواعد تنازع القوانين في القانون الذي اختير لحكم اجراءات سير المنازعة ليحدد علي ضوءها القانون الذي يحكم موضوع النزاع و ما يمكن ان يقال عن هذا ال أ ري انه لا يصلح في الحالات التحكيم لعدم وجود أصلا قانون اجر اءات معتمد عليه .

[96] الرفاعي، أشرف عبد العليم: النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي. دراسة فقهية قضائية،. دون طبعة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2003، ص 53

اذن فالقانون الذي يجب أن يجده المحكم الدولي هو القانون الذي يكون اكثر ارتباطا و بصفة جوهرية عقد المثار المنازعة أو القانون الذي يمثل المركز الثقل بالنسبة للقوانين المحتمل تطبيقها .

ما يمكن ان يخرج بها كقاعدة ان المحكم الدولي لا يتقيد سلفا في حالة غياب الاختيار الصريح أو ضوئها الضمني لقانون وطني لحكم موضوع المنازعة باتباع تنازع قوانينها في قانون معين لتحدد علي القانون الذي يحكم موضوع النزاع .[97]

الفرع الثاني

التحكيم وفق الأعراف التجارة الدولية

ان التحكيم التجاري الدولي يمكن ان يفسر علي انه هروب من أط ا رف الخصومة من هيمنة القوانين الوطنية و ما تتميز به مفاهيمها من الانطواء و التي لا تتناسب في الكثير من الحالات ما تتميز به التجارة الدولية و عقودها من تفتح و عدم الانطواء و ما يسمي بلا حدود في إطار التجارة الدولية .

فالتجارة الدولية هي بمثابة كسر للحدود الوطنية و قوانينها و كسر القيود و عتق و التجارة من الوطنية المقيدة الي الدولية اللا محددة بالأقاليم .

وعليه، تنشأ تعاملات دولية بين تجار العالم مما ينهي بينهم عادات و اعراف مثلها مثل التي تنشأ بين الافراد التجارة الوطنية بحيث لا يمكن الخروج عن اطارها و لا تجاوزها .

لما كان المحكم الدولي هو قاضي المنازعات التجارة الدولية فهو مطالب بالخروج عن هيمنة القوانين الوطنية التي تعي تصويرا كاملا أو حلا مقبولا دائما لمعطيات التجارة الدولية

لهذا يجد المحكم الدولي نفسه في كثير من الأحيان عندما تغلق الاختيار الصريح أو الضمني للقانون

الواجب التطبيق علي موضوع النزاع .

[97] حسن، علي عوض: التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية التجارية. دون طبعة، دار الفكر الجامعي الاسكندرية،2001، ص 110 .

وكذلك عند تعذر إيجاد القانون من خلال أعمال قواعد تنازع القوانين لهذا كله و لأسباب موضوعية اخري فهو مظطر إلى حل النزاع علي ضوء قواعد من إنشاء عادات وأعراف التجارة الدولية قواعد تستقل بكلها عن القوانين الوطنية و هيمنتها و سيطرتها علي التجارة الدولية.

أما اللجوء الي الاعراف و عادات التجارة الدولية يأتي في مقام الثالث بعد غياب الارادة الصريحة او

الضمنية لقانون الار ا دة كذلك عند عدم التواصل الي قانون ملائم من خلال قواعد تنازع القوانين و سنعالج مدى اعتبار عادات و اعراف التجارة الدولية قانونا في الفرع الاول أما الفرع الثاني سنتطرق الي قانون التجارة الدولية و مصادره[98]

مدى اعتبار عادات و اعراف التجارة الدولية قانونا .

من الملاحظ و منذ وقت غير قريب ان علاقات التجارة الدولية تبتعد رويدا و باستمرار عن سيطرة و هيمنة القوانين و الانظمة الداخلية لتنظيم عن طريق قواعد الذاتية طابع مهني أو قواعد عرفية لا تنتمي بأسسها الي قواعد مستمدة من قانون الدولة ما بقدر ما يستمد من واقع مما يمكن ان يطلق عليه المجتمع دولي للتجارة .

إن كانت هذه القواعد هي قواعد عرفية و نوعية تختلف بحسب نوع السلعة المتعامل فيها الا انها قواعد معيارية كما قال بحق الفقيه هانس كلسن باعتبارها من من خلق الجماعات المستقلة علي الصعيد التجارة الدولية و ليس من لدي الجهاز التشريعي لدولة ما .

الفقه يرى في عادات و اعراف التجارة الدولية باعتبارها اعر ا ف المهنة لا تطبق الا باوصفها شروط تعاقدية تتجرد من الطابع القانوني و هي لا تستعمل قوتها الملزمة الا من موافقة "اتفاق" الاطراف عليها.

بالرغم من انها مجرد عادات اتفاقية تفتقر الي عنصر الجزء و لا ترقي الي مرتبة العرف الملزم . و كذا فقدها لصفة العموم و التجريد لأختلافها من عقد الي اخر و من حرفة الي اخري .

[98] احمد، عشوش: القانون الذي يحكم الاتفاقيات الدولية. محاضرات لطلبة دبلوم القانون الخاص بكلية الحقوق. جامعة الزقازيق ، 2008 ، ص 12

مع هذا كله يصل الرأي الراجع الي انه بالرغم من هذا النظام مازال في دور التكوين . و يشوبة كثير من النقص و الخصوص و عدم التحديد . مثل أهلية أطراف و فوائد التأخير و عيوب الارادة و لم يصل بعد الي حد الشمول فإنه يشكل نظاما قانونيا له صفة الالزام .

ذلك ان استقرار العمل بهذه العادات و الاعراف و تكرار تطبيقها علي نحو مضطرد و تغليفها في ايطار مجتمع معين لحكم مصالحه المشتركة ثم ادراجه في العقود النموذجية . أضفي عليها طابع القانون الملزم تحولت هذه الاعراف من السوابق قضائية الي قواعد مجردة و هدا ما يغني عن الخضوع عقود التجارة الدولية لدولة ما و يفرض علي المحكم الدولي هنا تطبيق النضام من تلقاء نفسه تطبيقا مباشرا و يسري عليه مبدأ عدم جواز الاعذار بجعل القانون و لقد أطلق عليه الفقيه ..... بالقانون الحقيقي للمجتمع الدولي للبائعين و المشترين.

ما تجدى إليه الإشارة أنه ينبغي فهم صفة العموم للقاعدة علي أنه يجب الاعتياد جميع الناس علي

اتباعها بقدر ما يكفي ان تكون القاعدة متخصصة في مهنة أو حرفة معينة أو في نوع من المعاملات استنادا علي ذلك طبقت محكمة التحكيم لجمعية المصدرين الهولندية للجيوب و التقاوي و البذور و عادات هذا الفرع من التجارة في خصوص تاريخ المطالبة ، و التزام بضمان البائع .

كما ان قواعد اللازمة للتحكيم التي تنصب علي نوع معين من البضاعة تكون بضرورة مختلفة عن تلك التي يجب اتباعها عندما ينصب النزاع علي التوريد مهمات . و يجب أيضا ان يراعي المحكم الدولي عند تطبيقه لعادات و أعراف التجارة الدولية تلائم الاجراءات و القانون الواجب تطبيق إذا تعلق الامر بأنهاء مشروع دولي مشترك .[99]

مما لا شك فيه ان العرف التجاري يعتبر في كل التشريعات مصدر للقاعدة القانونية، فهو و القانون سواء و هذا يرافق رأي الدكتور محسن شفيق ، و مع ان القواعد الاعراف التجارية لا تنتمي إلي جهاز تشريعي معين فقد أضفت محكمة النقص الفرنسية عليها طابع القانون.

نفس الشيء رددته محكمة باريس في أحكامها المتتالية ، موضعةففي أحد هذه الاحكام بأن عادات و اعراف التجارة الدولية في شأن تجارة بيع و شراء البصل تعد أحكاما قانونية يجب تطبيقها علي النزاع

[99] احمد، عشوش ، مرجع سبق ذكره ، ص 13

دون الحاجة الي اتفاق الاطراف علي ذلك و ان هذه القواعد يفترض العلم بها من الجانب المهنيين و تمنع عليهم الاعتذار بجهلها .

مع ذلك يكفي ان تعتبر عادات و أعراف التجارة الدولية نظام قانوني يحكم موضوع التحكيم الشعور

النفسي الكامن ، و الوعي السائد لدي المهنيين و مجتمع التجار بالتباع تلك القواعد المحاطين بأحكامها و استقرار الايمان في أنفسهم ان هذه القواعد صارت ملزمة و يخضعون تلقائيا و ا ا رديا لها و يعملون علي احترامها بما يضفي عليها طابع القانون الملزم .

علي اساس ما تقدم يمكن رد هذه القواعد نظام القانوني القائم بذاته ينضم مصالح مشتركة مترابطة رغمظ انه نظام قانوني مستقل عن النضم القانونية الاخري تقوم هيئات التحكيم و كذا المحكمين الدوليين علي كفالة احترامه و تطبيقه و لا يمكن في هذا المقام اغفال الدور الذي تؤديه عادات و اعراف التجارة الدولية في إيطار التحكيم الدولي في عدة مراحل سواء في مرحلة ابرام العقود في التجارة الدولية او التفاوض انها أو فيما يتعلق بشأنها و كذلك بتنفيذها و ما تقدمه هذه الاعراف من حلول في مجال تسوية ما ينشأ عن العقود المشار اليها من المنازعات. [100]

فا قواعد اعراف التجارة الدولية تقوم بحسم منازعات التجارة الدولية بعيدا عن منهج تنازع القوانين مما

أضفي عليها الطابع العالمي القانوني و أوجب علي أفراد التجارة العالمية احترامها و اللجوء اليها في

التحكيم التجاري الدولي و هذا ما أشارت اليه المادة 7من اتفاقية جنيف لسنة ، 1961كما اشار اليها المشرع الجز ا ئري في المادة 458مكرر 14و التي تقضي بضرورة احترامم الاعراف الدولية.

[100] احمد، عشوش ، مرجع سبق ذكره ، ص 13

خلاصة :

في ظل الانفتاح الاقتصادي التي تشهده الجزائر فلقد أصبح التحكيم الدولي له ضرورة في التنظيم و ضمان للمستثمرين الاجانب من خلال تحديد ضوابط و معايير المطلوبة لضمان تحكيم عادل و سريع في الفصل في النزاع و التنفيذ، إضافة إلى تحديد كيفية إصدار الاحكام التحكيمية و توضيح طرق الطعن فيها.

فبالرغم من أن الحكم التحكيمي الدولي مستقل عن القضاء الوطني إلا أن المشرع الجزائري أخضعه لرقابة القضاء الوطني و هذه الرقابة لا تهدف إلى تقييد إرادة أطراف التحكيم بل ترمي أساسا إلى حماية هذه الارادة و هكذا تصبح الرقابة القضائية على الحكم التحكيمي الدولي ضمانة لسلطان إ رادة الاطر اف أكثر من أن تكون قيدا عليها بل تستهدف إقر ار التكامل بين عمل القاضي و المحكم و ليس العمل على إخلال عمل إحداهما محل الآخر بحيث يكون الدور المتمم للقاضي في عملية التحكيم.

الفصل الثاني :
إجراءات التحكيم
التجاري الدولي
في القانون
الجزائري

تمهيد :

إن الهدف الرئيسي للتحكيم هو الفصل في النزاع، حيث قرر المشرع الجزائري عدم الطعن في حكم التحكيم بأي طريق من طرق الطعن المعروفة، ولكن أجاز في الوقت نفسه رفع دعوى البطلان لأسباب حصرية، كما أجاز كذلك استئناف الأمر القاضي بالاعتراف والتنفيذ، واقر الطعن بالنقض في القرار الصادر عن المحكمة الناظرة في دعوى البطلان، وتعتبر طرق الطعن في أحكام المحكمين من الضمانات التي وضعها المشرع الجزائري، والتشريعات المقارنة الوطنية، وكذا التشريع الدولي للمحكوم ضده، للتصدي للقرار التحكيمي الدولي بقصد إبطاله ، وهذا ما سوف نتطرق إليه من خلال المباحث التالية :

المبحث الأول:تطور التحكيم التجاري الدولي في الجزائر و طرق الطعن.

المبحث الثاني : الأساس القانوني للتحكيم التجاري الدولي في الجزائر.

المبحث الأول

تطور التحكيم التجاري الدولي في الجزائر و طرق الطعن.

يمكن ان نتناول تنفيذ حكم التحكيم وفقا للقانون الجزائري من خلال ايداع حكم التحكيم،وكذا تقديم طلب التنفيذ وحدود سلطات القاضي المختص في اصدار الامر بالتنفيذ و طبيعته، وطرق الطعن فيه والاثار.

المطلب الأول

التحكيم الدولي في الجزائر.

أصبح التحكيم في الجزائر كغيره من الدول العربية في الوقت الحاضر، إذ يعد أهم وسيلة يرغب المتعاملون في التجارة الدولية اللجوء إليها لحسم خلافاتهم الناتجة عن تعاملاتهم، حيث صادقت الجزائر كغيرها من الدول العربية على العديد من الاتفاقيات المتعلقة بالتحكيم الدولي[1].

الفرع الأول

الإطار التشريعي للتحكيم الدولي في الجزائر.

بدأت الجزائر منذ الثمانينيات في تغيير موقفها اتجاه التحكيم مما أدى إلى تغييرها لنظامها القانوني لأن استقبال الاستثمارات الأجنبية يستدعي وضع ميكانيزمات تهدف إلى ضمانها، بعد أن صادقت على اتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، أعادت تنظيم مؤسساتها التحكيمية واستدعت الأجانب إليها، وكذلك بعض الدول الآسيوية الأخرى مثل ماليزيا وكوريا الجنوبية التي قامت بتطوير تطبيقاتها في مجال التحكيم.

ومن هنا، يتجلى انفتاح الجزائر على التحكيم الدولي في النصوص القانونية التقليدية منها ما نص عليه المشرع الجزائري في قانون إجراءات مدنية[2] ، كما تم الغاء وتعديل العديد من القوانين التي لم

1 نور الدين الكلي، اتفاق التحكيم الدولي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ،كسال العربي ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر،1996، ص .43.

[2] نور الدين الكلي ، المرجع السابق ، ص 51.

لم تشر إلى حق اللجوء إلى التحكيم، كما تم لجوء المتعاملين الاقتصاديين إلى التحكيم من خلال القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية وقانون النقد والقرض وغيرها من القوانين الصادرة التي أقرت مبدأ اللجوء إلى التحكيم أو على الأقل لم تمانع في ذلك.

كما تم الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية، وذلك من خلال انضمام الجزائر إلى العديد من الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف أهمها نظام التحكيم الجزائري الفرنسي 1983.

كما وقعت الجزائر اتفاقية مع ايطاليا في 8مايو 1991وتتعلق بالترقية المتبادلة للاستثمارات، واتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد وتنفيذ القرارات التحكيمية التي انضمت إليها الجزائر سنة 1988.

ومن هنا فإن مجال هذه الاتفاقية يشمل جميع القرارات الصادرة سواء من محكمين معينين لحالات خاصة أو التي تصدرها هيئات التحكيم الدائمة، كما تطبق على القرارات التحكيمية غير الوطنية في الدولة التي يطلب فيها اعتمادها وتنفيذها، واتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي المسماة بإتفاقية رأس الأنوف بليبيا المتعلقة بقانون التعاون القانوني والقضائي بين دول هذا الاتحاد، واتفاقيات الرياض وعمان المتعلقة بالتعاون القضائي أدخلتا حيز التنفيذ في 30أكتوبر1983 ، واتفاقية إنشاء الوكالة الوطنية الجزائرية لضمان الاستثمار لفتح أبوابها أمام الاستثمارات الأجنبية، واتفاقية تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ومنح ضمانات للمستثمرين الأجانب لإقامة وسائل للمصالحة والتحكيم من أجل تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات.

والجدير بالذكر أن الجزائر كرست دخول فكرة اقتصاد السوق وتشجيع الاستثمارات الأجنبية ،وذلك بتعديل قانون الإجراءات المدينة الجزائري في المرسوم التشريعي93-09 [1]، وقد جاء هذا تأكيدا لأهمية التحكيم ضمن الباب الرابع من الكتاب الثامن من الأمر رقم154- 66 بعنوان الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي.

وهنا نعتبر أن احكام الباب الرابع تقاربت مع القانون الفديرالي السويسري سنة 1978 ،والتشريع الفرنسي سنة 1981،فقد تطور موقف المشرع الجزائري مسايرة للسوق الدولية لتخلق روحا من الطمأنينة وعدم التردد لدى المتعامل الأجنبي.

[1] المرسوم التنفيذي رقم 09-93 المؤرخ في 26 صفر 1423 الموافق ل 2 فيفري 2009 المتضمن القانون الأساسي الخاص للموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالتكوين و التعليم المهنيين .

وإذا أخذنا بعين الاعتبار الاتفاقيات الدولية التي تفضل اللجوء إلى التحكيم الدولي بالنظر إلى العقود المبرمة على اتفاق التحكيم، مثلا انضمام الجزائر إلى إتفاقيات كثيرة منها الإتفاقيات الدولية والعربية،هذا ما يؤكد الانفتاح على التحكيم الدولي في التشريع الجزائري، وهذا ما كرسه قانون الإجراءات المدنيةوالإدارية من الأمر 08-09[1] .

الفرع الثاني:

مضمون اتفاق التحكيم الدولي في الجزائر.

يضم اتفاق التحكيم الدولي في الجزائر الشروط الموضوعية والشكلية وهي موضوع التحكيم وتعيينه، حيث نص المشرع الجزائري أنه لصحة اتفاقية التحكيم من حيث الموضوع لابد من توفر الشروط المتفق عليها من أطراف العقد بصفة قانونية[2] واللذين لهما حرية اختيار القانون الواجب التطبيق هذا من جهة، أو بالاتفاق على القانون المنظم لموضوع النزاع، و من جهة أخرى القانون الذي يراه المحكم دائما.

والجدير بالذكر، أنه يجب توفر الأهلية الضرورية للتصرف المطلق في الحق موضوع التحكيم لخطورة التحكيم فلا تكفي أهلية التقاضي أو أهلية الالتزام بل لابد من أهلية الأداء، فالوكيل لا يطلب التحكيم بناء على وكالة خاصة [3].

وعليه، فان اتفاق التحكيم عقد رضائي لذا يجب أن يقوم على إيجاب وقبول تتطابق بموجبهما الإرادتان على حل النزاع الناشئ، أو الذي سينشأ بالتحكيم، والتعبير عن الإرادة صريح كاملة من كلا الطرفين ، حيث لابد من توفر الشروط الشكلية حيث نصت اتفاقية نيويورك 1958على شرط الكتابة في المادة[4].

---

[1] قانون رقم 08-09 مؤرّخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

[2] قانون رقم 08-09 مؤرّخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

[3] عمارة بلغيث، الوجيز في الإجراءات المدنية، دار العلوم،الجزائر، ،2002ص153.

[4] عمارة بلغيث، مرجع سابق، ص54.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري يرى أن " تخلف الكتابة يؤدي إلى البطلان "، ويشترط في التحكيم تعيين أسماء المحكمين، ففي غياب التعيين يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل، رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم يجرى في الجزائر، أو رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجرى في الخارج وأختار الأطراف تطبيق الإجراءات المعمول بها في الجزائر[1] .

وعليه، يختلف تعيين الجهة التحكيمية حسب اختيار الأطراف فإذا كان اختيار المحكم خارجا عن أي نظام مؤسسات نقول بأننا بصدد تحكيم تأسيسي، وإذا توفر اتفاق التحكيم على الشروط الموضوعية والشكلية فإنه يرتب آثارا قانونية كالأثر الموضوعي لاتفاق التحكيم، وهو القوة الملزمة لاتفاق التحكيم. وبالتالي، يلزم الطرفان بطرح النزاع على التحكيم والامتناع عن اللجوء إلى قضاء الدولة، كما أن التزام طرفي التحكيم يعتبر من الالتزامات بتحقيق نتيجة ولا تنتهي إجراءات التحكيم إلا بأمرين:

الأول : صدور حكم حاسم للنزاع بينهما، أو اتفاق طرفي الاتفاق على الانسحاب وإنهاء الإجراءات قبل الحكم، أما الأثر السلبي فهو امتناع المحكمة عن النظر إلى النزاع الموجود بشأن اتفاق التحكيم تفعيلا للاتفاق .

الثاني: وهو أن اتفاق التحكيم يحيل النزاع إلى قضاء التحكيم، بحيث يصبح صاحب الولاية في النزاع، فإذا واجهت إجراءات التحكيم أي عرقلة في أي مرحلة من المراحل فيتم اللجوء لقضاء الدولة، لإزالة هذه العراقيل وتذليلها سواء عند بدأ إجراءات التحكيم أو أثناء سير الخصومة، أو في مرحلة صدور الحكم وتنفيذه [2].

[1] المادة 1041 من قانون رقم 08-09 مؤرّخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

[2] المادة 1051 من قانون رقم 08-09 مؤرّخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

المطلب الثاني

طرق الطعن في الحكم التحكيمي التجاري الدولي

تنتهي خصومة التحكيم بصدور الحكم التحكيمي، وتبدأ بعد ذلك مرحلة ما بعد الحكم، وفيها يبرز موضوعان الأول يتعلق بالاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي، والثاني يخص طرق الطعن فيه إما بالبطلان أو الاستئناف أو الطعن بالنقض وتختلف هذه الطرق من التشريع الوطني الجزائري .

الفرع الأول:

طرق الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري

ميز المشرع الجزائري من حيث طرق الطعن بين أحكام التحكيم الدولي الصادرة في الجزائر، وأحكام التحكيم الدولي الصادرة خارج الإقليم الوطني.

أ- حكم التحكيم الدولي الصادر خارجا الجزائر:

لم يسمح المشرع بإقامة دعوى البطلان في حكم التحكيم التجاري الدولي الصادر خارج الجزائر، فلا يجوز الطعن فيه بأي طريقة من طرق الطعن، وجعله قابلا للطعن غير المباشر عند التنفيذ عن طريق الاستئناف في الأوامر المتعلقة بالاعتراف أو التنفيذ ، وعليه فالأمر القاضي برفض إعطاء صيغة التنفيذ أو رفض الاعتراف بحكم تحكيمي دولي صادر خارج الجزائر يقبل الاستئناف،مثل الأمر القضائي الذي يعطي صيغة التنفيذ أو الاعتراف بحكم تحكيمي دولي خارج الجزائر، والذي هو قابلا للاستئناف ضمن الحالات المحددة على سبيل الحصر في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري والتي ذكرها المادة 1056[1].

ب. حكم التحكيم الدولي الصادر داخل الجزائر :

بالرجوع إلى نص المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن الحكم التحكيمي التجاري الدولي الصادر في الجزائر يقبل الطعن بالبطلان بعكس الحكم التحكيم التجاري الدولي الصادر خارج

[1] بوكريطة موسى، القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي وفق القانون الجزائري، رسالة ماجستير ،تأطير زرقات عيسى ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2012 ،ص، ص126 – 127

الجزائر الذي لا يقبل الطعن بالبطلان، ويقتضي طعن غير مباشر بالاستئناف فيما يخص رفض أو إعطاء التنفيذ أو الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي .

أولا: الطعن بالاستئناف.

أخضع المشرع الجزائري الطعن بالاستئناف والطعن بالبطلان لنفس الأسباب والحالات التي يبنى عليها الطعن، وهنا لابد أن نميز بين مسألتين : الأولى هي الاعتراف والتنفيذ للحكم التحكيمي التجاري الدولي، والثانية تتمثل في الحكم التحكيمي التجاري الدولي في حد ذاته كقرار تحكيمي دولي، لاختلاف أحكام الاستئناف والبطلان في كليهما.

ويكون الطعن بالاستئناف ضد الأمر الصادر من الجهة القضائية سواء تضمن الأمر بالاعتراف والتنفيذ للحكم التحكيمي التجاري الدولي الصادر خارج الجزائر أو رفضهما، وهذا ما نصت عليه المادة 1055 من قانون 09/ 08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث جاءت على النحو الآتي: "يكون الأمر القاضي بالاعتراف أو رفض التنفيذ قابلا للاستئناف"، وعددت المادة 1056 من نفس القانون الحالات التي يجب أن يبنى عليها الاستئناف، حيث نصت على أنه: "لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ إلا في الحالات الآتية:

1- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية التحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.

2- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفة للقانون .

3- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.

4- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية. 5- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب.

6- إذا كان حكم التحكيم مخالفة للنظام العام الدولي.

وتجدر الإشارة أن هذه الحالات الستة المذكورة أعلاه، جاءت على سبيل الحصر، ونصت المادة:1058، الفقرة الثانية من نفس القانون على أنه: "لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم

الدولي المشار إليه أعلاه أي طعن، غير أن الطعن ببطلان التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ وتخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ، إذا لم يتم الفصل فيه".

وبالرجوع إلى نص المادتان 1056 و1058 الفقرة الثانية من القانون سالف الذكر نستنتج أن الأمر الذي يقضي بتنفيذ الحكم التحكيمي التجاري الدولي الصادر بالجزائر، لا يقبل أي طعن ما عدا الطعن بالبطلان، فالمشرع الجزائري لم يذكر مصطلح الاعتراف في المادة 1058. وبالتالي، يفهم بأن أمر التنفيذ للحكم التحكيمي التجاري الدولي هو الذي لا يقبل الاستئناف ويقبل الطعن بالبطلان، في حين أن الأمر بالاعتراف بالحكم التحكيمي سواء الصادر في الجزائر أو خارجها، هو الذي يمكن أن يخضع للاستئناف، أو ربما أن المشرع الجزائري يكون قد أدمج المصطلحين في نفس المعنى لكل من التنفيذ أو الاعتراف، كما أغفل إدراج مصطلح الاعتراف سهوا في الفقرة الثانية من نص المادة 1058، ويرفع الطعن بالاستئناف ضد الأمر الرافض أو المؤيد للاعتراف أو التنفيذ للحكم التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه خلال شهر ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ الحكم التجاري الدولي[1]

ثانيا: الطعن بالبطلان.

أجاز المشرع الجزائري طلب بطلان أحكام التحكيم التجاري الدولي الصادرة في الجزائر، بعكس الأحكام التحكيمية الصادرة خارج الوطن، وهذا وفق ما نصت عليه المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والادارية السالف الذكر، والذي يرفع أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه، حيث يقبل الطعن خلال شهر من خلال تاريخ النطق بحكم التحكيم، أو خلال شهر من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي، كما للطعن ببطلان حكم التحكيم التجاري الدولي أثر موقف لتنفيذه، ويلاحظ أن المشرع الجزائري وحد حالات الطعن بالاستئناف [2]، وحالات الطعن بالبطلان، وكذلك الإجراءات المتبعة لرفع الطعن وحتى المحكمة المختصة والمواعيد[3].

[1] المادة 1057 من قانون 09/08 المؤرخ في 25 أبريل 2008 ،المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

[2] المادتان 1056 و1058 الفقرة 1 من قانون 09/08 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، المرجع السابق.

[3] المادتان 1057 و1059 الفقرة 1 من قانون 09/08 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، المرجع السابق.

ثالثا- الطعن بالنقض:

أعطى المشرع الجزائري أطراف الخصومة التحكيمية الدولية إمكانية الطعن بالنقض في الحكم التحكيمي في الحكم الصادر بطلب بطلان حكم التحكيم، أو في القرار الصادر في استئناف حكم الاعتراف أو التنفيذ للحكم التحكيم التجاري الدولي الصادر خارج الجزائر، وتكون المحكمة العليا هي صاحبة الاختصاص، وفقا للأحكام المنظمة للطعن بالنقض وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مع العلم أن المشرع الجزائري لم يشر إلى الأوجه التي يمكن أن يؤسس عليها الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا في المادة 1061، التي ستأخذ بها، ما دام الطعن بالنقض موجه لقرارات قضائية صادرة من مجالس مختصة داخل الجزائر[1].

الفرع الثاني :

الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر

أغلب الاتفاقيات الدولية الثنائية أو المتعددة الأطراف التي عالجت أمور التحكيم، قد أخذت بالمبدأ الذي يعطي للقضاء حق الرقابة على القرارات التحكيمية وتنفيذها، وهذا الموقف يجد أساسا له في احترام النصوص التشريعية الوطنية التي تذهب غالبيتها إلى إمكانية الطعن بالقرار التحكيمي.

أولا: اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

تعتبر هذه الاتفاقية بمثابة الميثاق العالمي للتحكيم التجاري الدولي، وتم الإعلان عنها في 20 مايو 1958 في مدينة نيويورك، حيث ألغت برتوكول جنيف لعام 1923 واتفاقية جنيف لعام 1927، بعدما كان يمثلان أول نظام قانوني عالمي للتحكيم التجاري الدولي[2] ، كما انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية

[1] مجلة التحكيم العربية، بريوت سنة 2010 ،العدد7 ،ص 745 ،والمرسوم رقم: 48/2011 المؤرخ في 2011/01/13 ،الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية الصادرة بتاريخ 2011/01/14 منشور على الموقع الرسمي لوزارة العدل الفرنسية www.justice .gouvfr 11/07/2020 -18h18 pm

[2] طه أمحد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2008 ، ص ص 458 – 459.

بموجب قانون 18/ 88 المؤرخ في 10 يوليو عام 1988)[1]، ولم تتعرض اتفاقية نيويورك لعام 1985 بشكل مباشر لطرق الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي.

إذ أشارت هذه الاتفاقية بشكل غير مباشر للطعن بالبطلان على حكم التحكيم من حيث الآثار المترتبة على بطلان الحكم التحكيمي أو وقفه الصادر في دولة مقر التحكيم في النظام القانوني للدولة الأخرى المطلوب منها الاعتراف به وتنفيذه[2]، كسبب من أسباب رفض الاعتراف والتنفيذ وبالرجوع إلى نص المادة الخامسة من اتفاقية نيويوركلسالفة الذكر فنجدها تنص على أنه:

"لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم، إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليه الاعتراف والتنفيذ الدليل على: الفقرة (هـ) الحكم لم يصبح ملزمة للخصوم أو ألغته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد التي فيها أو بموجب قانونا صدر الحكم ".

ويفهم من الفقرة (هـ)، أن هناك إمكانية إبطال القرار التحكيمي الدولي من قبل محاكم الدولة التي صدر فيها القرار أو الحكم، أو من الدولة التي صدر القرار بموجبها قانونا، بحيث هذه الفقرة أعطت السلطة المختصة في الدولة التي صدر القرار بموجب قانونها حق إبطال القرار التحكيمي، بالإضافة إلى إمكانية ذلك من قبل السلطة المختصة في الدولة التي صدر قرار التحكيم فيها.

ثانيا: الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي.

انعقدت هذه الاتفاقية في 21 أبريل 1961، ودخلت حيز التنفيذ في 07 يناير 1961 طبقا لأحكام الفقرة الثامنة (8) وباستثناء الفقرات الثالثة حتى السابعة من المادة الرابعة التي أصبحت سارية المفعول في 18 أكتوبر 1965 بموجب الفقرة الرابعة من ملحق الاتفاقية.

ويلاحظ أن النص الذي جاءت به اتفاقية نيويورك في مجال طرق الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي في المادة الخامسة، تضمنته المادة التاسعة من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي، بحيث كلاهما عدد أسباب إبطال القرار التحكيمي، غير أن هناك فرق بين الاتفاقيتين، وهو أن الاتفاقية

[1] قانون 18/88 المؤرخ في 10 يوليو عام 1988 المتعلق بالمصادقة على اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 28 الصادرة بتاريخ 13 يوليو 1988 ص 1028

[2] فضيلة السيد الحداد، مرجع سبق ذكره، ص 248.

الأوروبية قد اشترطت أن يكون الإبطال قد صدر في دولة متعاقدة، أي أن الدولة التي صدر القرار التحكيمي فيها يجب أن تكون دولة منظمة إلى الاتفاقية الأوروبية، لكي يكون قرار الإبطال الذي صدر من محاكمها أثر بالنسبة للدولة المتعاقدة الأخرى التي يراد تنفيذ القرار على إقليمها، وهذا ينطبق أيضا على حالة الدولة التي تبطل محاكمها القرار التحكيمي عندما يكون القرار التحكيمي قد صدر بموجب قانوها، كما تعرضت الاتفاقية الأوربية القدرة الدولة، والأشخاص المعنوية العامة للجوء إلى التحكيم بطريقة مباشرة، وهي بذلك عالجت النقص الذي اعترى اتفاقية نيويورك لعام 1958 [1]

ثالثا: اتفاقية واشنطن لسنة 1965 لتسوية منازعات الاستثمار المنشئة للمركز الدولي.

صادقت الجزائر على الاتفاقية الدولية لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى المبرمة في 18 مارس 1965، والمنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بموجب المرسوم الرئاسي رقم 346 / 95 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995[2]، وينقسم التحكيم من حيث تنظيمه إلى حر ومؤسسي، ويأخذ بنظر إلى معيار دولبته تحكيم دولي وتحكيم داخلي، وقد يأخذ التحكيم التجاري الدولي إحدى الصورتين، الأولى ما يطلق عليه بالتحكيم الخاص الذي يتولاه الأطراف ويكون لهم مطلق الحرية في اختيار المحكمين والإجراءات التي تطبق بشأن موضوع النزاع، والثانية التحكيم المؤسسي الذي أصبح متسقة مع ظروف التجارة الدولية[3] ، مثل التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، والذي يعد من قبيل التحكيم التجاري الدولي الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية، والتي تتضمن مجالاتها تداول الأموال والخدمات بين الحدود [4].

بيد أن الاتفاقية الدولية المنشئة للمركز، لم تحدد عمليات الاستثمار التي تختص بالمنازعة الناشئة عنها، حيث يذهب جانب من الفقه إلى التوسع في تفسير تلك العمليات، وتوسيع اختصاص المركز

---

[1] فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 392 ، 393.

[2] فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 393. المرسوم الرئاسي 346-95المؤرخ في 30أكتوبر ،1995المتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الاخرى، الموقعة في18مارس 1965بواشنطن ، ج ر ، العدد 196.

[3] مراد حمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دراسة مقارنة، الأردن،سنة 2010، ص158.

[4] المرسوم الرئاسي رقم: 95 -346 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، المتضمن المصادقة على اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الصادرة بتاريخ 05 نوفمبر 1995، العدد 66، ص 24.

ليشمل المنازعات التي تدخل في عقود الاستثمار وما به من عقود الاستيراد والتصدير، وعقود المقاولات وغيرها من العقود التجارية الدولية، ولا ينعقد الاختصاص للمركز بعد المنازعة، بل ينبغي أن يوافق على ذلك صراحة طرفي المنازعة، فمصادقة الدولة على الاتفاقية المنشئة للمركز، لا يعد قبولا منها لاختصاصه ، ولقد عالجت المادتان 51 و52 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المنشئة للمركز طرق الطعن في أحكام التحكيم الصادرة عن محاكمه والمتمثلة في:

أ- الطعن بطلب إعادة النظر:

تجيز الاتفاقية اللجوء إلى هذا الطريق إذا ما توفرت الشروط المتطلبة أو الأسباب التي يجب أن يستند إليها طلب إعادة النظر، والمتمثلة في ظهور وقائع جديدة لم تكن معلومة عند صدور الحكم، ويشترط في هذه الوقائع ما يلي:

- أن يكون من شأنها التأثير بشكل جوهري على الحكم، أي أنها ستتأثر لو كانت معلومة للمحكمة بقرارها التحكيمي .

- أن تكون هذه الوقائع مجهولة من قبل المحكمة أثناء سير الإجراءات وقبل إصدار الحكم، وكذلك مجهولة من الطرف الذي يتقدم بإعادة النظر.

- ألا يكون عدم العلم بهذه الوقائع مرده خطأ أو إهمال الطرف طالب إعادة النظر .

أما بالنسبة للمدة التي يقدم بما طلب إعادة النظر فهي تسعون (90) يوما من اكتشاف الواقعة، وفي جميع الأحوال يجب تقديم هذا الطلب خلال ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم، فإذا توافرت هذه الشروط يعرض الطلب على محكمة التحكيم المصدرة للحكم إذا أمكن ذلك، أما إذا تعذر ذلك فتؤلف محكمة جديدة وفق اللوائح المنصوص عليها للنظر في الطلب.

وبخصوص أثار الطعن بطلب إعادة النظر، فنجد أنه يترتب على تقديم هذا الطعن وقف تنفيذ الحكم إذا قررت المحكمة ذلك نظرا لظروف النزاع، أو إذا طلب ذلك من تقدم بطلب إعادة النظر، شرط أن يتم تقديم طلب وقف التنفيذ خلال طلب إعادة النظر، وبالتالي ليس هناك أثر موقف بقوة القانون، بل الأمر متروك للسلطة التقديرية لمحكمة التحكيم، أو بناء على طلب صاحب الطعن متزامنا مع طلب إعادة النظر.

ب- الطعن بالبطلان:

على عكس التشريعات الوطنية سالفة الذكر فيما يخص دعوى البطلان ضد أحكام التحكيم التجاري الدولي في إطار الرقابة القضائية على أحكام التحكيم، والتي أغلبها ترفع أمام القضاء، فإن هذا الطعن لا يتم أمام قضاء وطني، وإنما أمام لجنة مشكلة من الرئيس الإداري للمركز الدولي يضم ثلاثة محكمين ليس من بينهم أحد يتمتع بجنسية أحد الأطراف المتنازعة، إذ تتمتع أحكام التحكيم الصادرة تحت مظلة المركز بنظام قانوني خاص بما يضمن فعاليتها [1]، وتلتزم الدول الأطراف في المعاهدة بالاعتراف بأحكام التحكيم على اعتبار أنها أحكام ملزمة وتلتزم بتنفيذ الآثار المالية المترتبة على إقليمها كما ولو كانت أحكام وطنية صادرة عنها، مع إعمال القواعد الخاصة بحصانة الدولة ضد إجراءات التنفيذ، كما أن الأحكام الجزئية الصادرة بشأن الفصل في مسألة اختصاصها فإنها لا تقبل الطعن فيها بالبطلان على نحو مستقل [2].

وقد حصرت معاهدة واشنطن في المادة 52 الحالات التي يجوز فيها البطلان وهي:

1- **خطأ في تشكيل المحكمة:** ومثاله أن يتم تشكيل المحكمة من عدد زوجي بدلا من فردي، أو أن يكون أحد المحكمين من جنسية مماثلة لأحد أطراف النزاع المحتكمين لدى المركز.

2- **استعمال المحكمة سلطة زائدة عن اختصاصها:** ويشمل هذا السبب صورة متعددة: كأن تقوم هيئة التحكيم بالفصل في مسائل لم يتفق على العهدة بالفصل فيها إليها سوءا في شرط التحكيم أو مشارطه التحكيم، أو أن تغفل الفصل في بعض المسائل التي عهدت إليها كي تفصل فيها، أو لا تحترم محكمة التحكيم المادة 42 من المعاهدة وعدم تطبيقها للقانون الواجب التطبيق على المنازعة المعروضة عليها.

3- **عدم صلاحية عضو من أعضاء المحكمة:** مثل رشوة أحد أعضاء المحكمة.

4- **البطلان بسبب إهمال خطير لإجراء أساسي من المحاكمة:** هذا السبب يعني أن يكون هناك انتهاك صارخ لإجراء لا يستغني عنه من إجراءات المحاكمة، كالمساس بحقوق الدفاع أو الانتقاص منها، مما يمثل سببية لبطلان حكم التحكيم بسبب هذا الإهمال، وأيضا من الأمثلة على ذلك: انتهاك مبدأ الوجاهية.

---

[1] حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار الحومة للطباعة والنشر، الجزائر ط1 ، 2010، ص 18.

[2] طه علي أحمد قاسم، المرجع السابق، ص ص 457 - 485

5- فشل المحكمة في بيان الأسباب التي بني عليها الحكم: ويعني ذلك عدم التسبيب أو القصور، بحيث أكدت الاتفاقية على أنه عند إغفال الحكم بيان الأسباب التي بني عليها فيمكن لأي من أطراف النزاع التقدم بطلب للإبطال الحكم على هذا الأساس، وتجدر الإشارة أن هناك عدة تطبيقات الطرق الطعن أمام المركز في عدة قضايا[1]

المبحث الثاني

الأساس القانوني للتحكيم التجاري الدولي في الجزائر

[1] درياد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، لبنان ، ط1، 2006، ص 329.

لم يكن أمر تبني الجزائر لنظام التحكيم التجاري الدولي ممكنا منذ السنوات الأولى للاستقلال لأسباب مختلفة، لذلك فإن إمكانية اللجوء الى التحكيم كان من الناحية العملية والقانونية في إطار الانفتاح الاقتصادي، حيث تبنت الجزائر اقتصاد السوق [1].

ومن هنا، نكون أمام عدة اشكاليات تتمثل في : كيف تطور التحكيم التجاري الدولي في الجزائر؟ وما هو موقف المشرع الجزائري منه؟ و ماذا يقصد باتفاق التحكيم كأساس للتحكيم التجاري الدولي في الجزائر؟ سيتم التطرق الى موقف المشرع الجزائري من التحكيم التجاري الدولي (المطلب الأول)، مفهوم اتفاق التحكيم (المطلب الثاني) و الى آثار اتفاق التحكيم التجاري الدولي (المطلب الثالث).

المطلب الأول

موقف المشرع الجزائري من التحكيم التجاري الدولي

يتضمن هذا المطلب تذبذب موقف المشرع الجزائري من التحكيم التجاري الدولي (الفرع الأول) و تكريس التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تذبذب موقف المشرع الجزائري من التحكيم التجاري الدولي

لقد كانت الجزائر منذ الاستقلال متحفظة وحذرة لا ترتاح إلى التحكيم الدولي [2] ويرجع الفقه ظاهرة الحذر هذه كون الجزائر كانت آنذاك دولة حديثة الاستقلال، غيورة على سيادتها الوطنية فكانت تنظر إلى التحكيم الدولي على أنه طريقة للإفلات من قبضة القضاء الوطني، لأنه إذا كانت الدولة طرفا في اتفاق التحكيم فذلك سيجعلها كما يرى الفقه " تسقط في شباك التحكيم التجاري الدولي"[3]

---

[1] جارد محمد، دور الادارة في التحكيم التجاري الدولي ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، تأطير حمودي ناصر ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، 2010، ص18.

[2] جارد محمد، ، مرجع نفسه ، ص 19.

[3] Mohamed Bedjaoui, l'évolution des conceptions et de la pratique algérienne en matière d'arbitrage international, séminaire sur l'arbitrage commercial international, Alger le 14-15

وتتجلى ظاهرة المعارضة في عدم وجود نصوص خاصة بالتحكيم الدولي بل ذهب المشرع إلى أبعد من ذلك حين نص في المادة 2/ 442 من قانون [1] الاجراءات المدنية السنة 1966 على أنه: "لا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم".

ومن ثم، بالرغم من موقف الجزائر الرافض للتحكيم على مستوى النصوص التشريعية، فإنه لم يكن لها نفس الموقف على مستوى علاقاتها الدولية، حيث تراوح موقفها بين القبول والرفض والتقبل، وهو ما عبر عنه الأستاذ الطيب زيروني "يصعب التكهن بموقف الجزائر الحقيقي من التحكيم الدولي على الصعيد الرسمي"[2]. حيث أشارت إحصائيات الدراسة التي قام بها الاستاذ محند إسعاد حول العقود التي أبرمتها الجزائر مع المتعاملين الأجانب أنه من أصل 17 عقدا فإن 10 عقود منها تضمنت شرطا تحكيمي[3] ومثل ذلك الاتفاق المبرم بين شركة "جيتي بتروليوم" وشركة "سونطراك" سنة 1968 حيث نصت المادة 58 من الاتفاق "وفي حالة فشل المصالحة يمكن لكل واحد من الطرفية أن يلتجا إلى التحكم".

أولا : الفترة ما قبل صدور قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966

نجد أنه في إطار اتفاقية إفيان لسنة 1962 بين الجزائر وفرنسا، جاء في الفصل الخامس منها على أن النظر في المنازعات البترولية يكون من اختصاص محكمة تحكيمية دولية[4]. كما أنه بتاريخ 31 ديسمبر 1962 أصدرت الجزائر قانون يتضمن استمرار العمل بالقوانين الفرنسية ماعدا ما تعارض مع القوانين الوطنية.

ومن هنا، نصت اتفاقية إيفان في شقها الاقتصادي على الضمانات القضائية المتمثلة في التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات بين الجزائر و فرنسا. ويضاف إلى ذلك المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقود الخاصة بالثروات البترولية في مجال البحث واستغلال البترول التي كانت خاضعة لاختصاص مجلس الدولة الفرنسي فيما يتعلق بالتحكيم.

---

[1] الأمر رقم 154 / 66 ق . إ . م المؤرخ في 8 يونيو 1966 .

[2] الطيب زيروئي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، ج2، جامعة الجزائر، 1991، ص 421

[3] " Arbitrage International et le nouveau droit Algérienne Edictée par la chambre nationale de Mutation , revue trimestrielle « commerce et d'industrie, n°05. Octobre 1993page 08.,

[4] محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، منشورات بغدادي، الجزائر ، 2008، ص15 .

وعليه، فان هذا الاختصاص الذي كان من المفروض أن يرجع إلى المحكمة العليا بعد الاستقلال، إلا أن الوضع بقي على حاله تطبيقا للاتفاقيتين المبرمتين بين الجزائر وفرنسا، الأول متمثل في الاتفاق[1] الجزائري الفرنسي سنة 1963 حيث نص في المادة الثالثة منه على جعل النظر في النزاعات الناشئة بين الدولتين من اختصاص المحكمة التحكيمية الدولية، كما جعلت قرارات التحكيم قابلة للتنفيذ دون الحاجة إلى استيفاء طلب بتنفيذ أحكام المحكمين، أما الثاني متمثل في الاتفاق الجزائري الفرنسي لسنة 1965 فقد جاء مراجعة للاتفاق الأول الذي كان شديد الثقل على السيادة الوطنية حيث تم إدراج التوفيق إلى جانب التحكيم واعتبر الاتفاق إلى اللجوء إليه يعد إلزاميا بين الدولتين[2]

و الملاحظ هنا أن التحكيم فرض على الجزائر في هذه الاتفاقية، وذلك بالرجوع إلى قانون الاستثمار رقم 277 / 63 الصادر بتاريخ 26 جويلية 1963 .

ثانيا : فترة صدور قانون الاجراءات المدنية لسنة 1966 وما بعدها في هذه الفترة ،حيث شرعت الجزائر بإصدار قوانين مترجمة لتوجهاتها الأيديولوجية بدءا بإصدار قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 إلى غاية تأميم قانون المحروقات لسنة 1971 حيث وضعت الجزائر يدها على ثرواتها. [3].

أ)- إصدار قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966: تبنى المشرع الجزائري قاعدة أساسية أخذها عن نظام التحكيم الداخلي الفرنسي، حيث أن المصالح الحكومية أي أشخاص القانون العام ليست مؤهلة للاحتكام، والدليل على ذلك ما نصت عليه المادة 442 فقرة 3. ق.ا.م.ج : "لا يجوز للدولة ولا الأشخاص الاعتباريين العموميين ان يطلبوا التحكيم"، نص هذه المادة جاء صريحا وعاكسا لموقف

[1] المرسوم 384 / 63 المؤرخ في 1963/ 09 / 14 المتضمن الاتفاق الجزائري الفرنسي حول التحكيم او ملحق خاص بنظام التحكيم المدرج في باريس بتاري/ 06 /196326 الجريدة الرسمية الجزائرية العدد 67 مكرر بتاريخ 1963 / 09 / 17 ، السنة الثانية، ص 966 وما بعدها

[2] امر رقم 65-287 الموفق ل 18 نوفمبر 1965 يصادق و ينشر الاتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية والجمهورية الفرنسية يتعلق بالفصل في المسائل الخاصة بالمحروقات والتنمية الصناعية في الجزائر، الجريدة الرسمية 19 نوفمبر 1965 ، ص 980 .

[3] نادية والي، الأليات القانونية المكرسة لنظام التحكيم التجاري الجزائري، العدد التاسع ديسمبر 2010مجلة المعارف السنة الخامسة ،الجزائر ، ص114 .

الجزائر الرافض لأسلوب التحكيم، ولكن المتصفح الاتفاقيات التعاون التي أبرمتها الجزائر في هذه المرحلة لم تكن تتماشى وروح المادة و هذا ما يثير فكرة التناقض في موقف الجزائر الرافض لأسلوب التحكيم. [1]

ب) – تأميم المحروقات في 24 فيفري 1971 : أصدرت الجزائر الأمر 71 –24 الصادر في 24 فيفري سنة 1971 المتضمن تأميم المحروقات، حيث أكدت الجزائر على مبدأ سيادتها على الثروات الوطنية الطبيعية، مما أثر على نظام التحكيم بتضييق نطاق استعماله لصالح الهيئات القضائية الوطنية، وتعززت هذه المادة بالمذكرة المقدمة من طرف الجزائر إلى مؤتمر رؤساء الدول الأعضاء في منظمة الدول المصدرة للبترول في الأوبك (OPEC) الذي عقد في مارس 1978 وفيه بينت الجزائر شكواها من عدم ملاءمة التحكيم لمتطلبات العالم الثالث، وأشارت المذكرة أنه في حالة عدم تكيف التحكيم مع خصائص أوضاعها الاقتصادية والسياسية، فإنها ستجد نفسها مضطرة للعودة إلى القضاء الداخلي الوطني. [2]

لكن بعد بداية الثمانينيات باءت تلوح بوادر انفتاح الجزائر على نظام التحكيم ،وقد ترجمه ذلك بموجب إبرام الاتفاقية الجزائرية الفرنسية سنة 1983، والتي جاءت لتشجيع المؤسسات الفرنسية للعمل في الجزائر حيث نصت المادة 46 منها على أن النزاعات التي تنشأ عن العقود المبرمة بين المتعاملين الفرنسيين و الجزائريين تسوى وديا، وفي حالة فشل التسوية الودية تسوي النزاعات حسب الاجراءات المنصوص عليها في العقود المتمثلة في اللجوء الى التحكيم لحل النزاعات.

و ما يمكن الاشارة اليه ان هذه الاتفاقية لم تنشر في الجريدة الرسمية، على اعتبار ان الخطاب الرسمي آنذاك رافضا للتحكيم. [3]لم ينص المشرع الجزائري بعد تأميم المحروقات في سنة 1971 بالقانون 22- 71 [4] والأمر رقم 24-71[1]المتضمن تعديل الأمر رقم 58-1111 المتعلق بقانون البترول الصحراوي[2] .

[1] نادية والي، نفس المرجع السابق، ص 114.

[2] نادية والي، نفس المرجع السابق، ص 114.

[3] نادية والي، المرجع السابق، ص 116.

[4] الأمر 22-71 مؤرخ في 12 أفريل 1971 يتضمن تحيد الإطار الذي تمارس فيه الشركات الأجنبية نشاطها في ميدان البحث عن الوقود السائل، واستغلاله، الجريدة الرسمية عند 30، الموافق 13 افريل 1971، ص 425.

أما فيما يخص مسألة الاختصاص القضائي و الاستثناء الوارد في المنازعات المتعلقة بالجباية التي تخضع لإجراء المصالحة ، حيث يرى الأستاذ بن شنب بأن القانون البترولي الساري المفعول لا يقضي على مبدأ اللجوء إلى التحكيم إلا فيما يتعلق بالجباية[3].

والقانون 22-71 الذي دفع الأستاذ اسعاد محند إلى التساؤل فقال "هل المشرع ترك الباب مفتوحا للتحكيم الداخلي أو الدولي فيما يتعلق بالجباية" [4].

أما الأستاذ تركي نور الدين فقد ذهب إلى رأي مخالف فقال: "بغض النظر عن الطبيعة القانونية لاتفاقية الاقامة، وجبت الملاحظة إلى أنها لا تخضع لاختصاص المحكمة العليا إلا في النزاعات الخاصة بالضريبة، كما أنه لا يمكننا أن نستنتج من أحكام المادة 7 المذكورة إمكانية ضمنية تسمح للأطراف باللجوء إلى محكمة تحكيم في الحالات الأخرى"[5].

وقد وضح الرؤيا السيد بوزان في الأمر 71-24 الصادر في 12 أفريل 1971، والمتضمن القانون الأساسي للمحروقات الجزائرية الذي يعد مصدر عملية مزدوجة، تمكن من إعادة توطين العلاقات التعاقدية البترولية وإخضاع نزاعات القانون الداخلي[6].

وقد تم تأكيد اختصاص المحاكم الجزائرية بمقتضى قانون 86-14 الصادر في 19 أوت 1986 في مادته 63.[7]

ج)- التحكيم الخاص بالاستثمارات : لعل البادرة الأولى للجزائر في تبنيها لقانون الاستثمار كان بمناسبة صدور أول قانون بعد الاستقلال هو القانون رقم 63-277 لسنة 1963 [1] .

---

[1] – الأمر 24-71 مؤرخ في 12 افريل 1971 يتضمن تعديل الأمر رقم 58-11 المؤرخ في 22 نوفمبر 1958 والمتعلق بمبحث عن الوقود واستغلاله ونقله بواسطة القوات وبالنظام الجنائي الخاص بهذه النشاطات الجريدة الرسمية العدد 30، الموافق 13 افريل 1971، ص 429.

[2] القانون رقم 11 / 58 المؤرخ في 1958/ 11 / 22 المتضمن القانون البترولية

[3] – عليوش قربوع، المرجع السابق، ص4،

[4] عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، المرجع السابق، ص 4

[5] علوش قربوع كمال، المرجع نفسه، ص 5

[6] عليوش قربوع ، المرجع السابق، ص5

[7] راجع المادة 63 من القانون رقم 14-86 المؤرخ في 19 أوت 1986 المتعلق بأنشطة التنقيب والبحث عن المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنابيب، جريدة رسمية عدد 35، 27 اوت 1986

اذ جاء في المادة 22 منه التي تنص على حل النزاعات الناجمة عن تطبيق أو تفسير الاتفاقيات الملحقة بقرار الاعتماد والذي يتضمن شرط التحكيم، يعني هذا أن هناك إمكانية اللجوء إلى التحكيم[2]. أما قانون الاستثمارات لسنة 1966 الأمر رقم 66-284 المؤرخ في 10 سبتمبر 1966 [3] ينص على أن الاختصاص يرجع للمحاكم الجزائرية.

أما قانون الاستثمار [4] 93-12 الصادر المرسوم التشريعي رقم 93-12 مؤرخ في 5 أكتوبر 1993 فإنه يتعلق بترقية الاستثمار إذ نص صراحة على اللجوء للتحكيم في مادته 41 [5].

اما الاستثمار غير المباشر و المتمثل في الشركات المختلطة الاقتصادية في القانون 88-13 والقانون 86-13 المعدل والمتمم له نصت المادة 53 منه على اختصاص المحاكم الجزائرية و منه قد أغلق هذا القانون الباب أمام التحكيم الدولي بطريقة صريحة.

كما يرى بعض الفقه الجزائري خضوع المؤسسات العمومية الجزائرية الاقتصادية إلى التحكيم وذلك استناد إلى القانون 88-01 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية [6]، وذلك بقراءة نص المادة 20 فقرة 3 منه. حيث يقول الأستاذ أحمد محيو "القانون سمع صراحة للمؤسسات العمومية الاقتصادية اللجوء إلى التحكيم في المادة 20 فقرة 4، ويرفع كل

---

[1] قانون رقم 63-277 الموافق ل 26 جويلية 1963 يتضمن قانون الاستثمار، ج ر عدد 53 المؤرخة في 02 أوت 1963.

[2] راجع المادة 22 من القانون 63-277 الموافق ل 26 جويلية 1963 يتضمن قانون الاستثمارات، ج.ر عدد 53 المؤرخة المؤرخة في 22 أوت 1963

[3] – الأمر رقم 66-284 مؤرخ في 10 سبتمبر 1966 يتضمن قانون الاستثمارات، ج ر الصادرة في 15 سبتمبر 1966، ص 1202 نقلا عن : عليوش قربوع، المرجع السابق، ص 8.

[4] المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05 اكتوبر 1993، المتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 64 سنة 1993، ص 3-10

[5] – المادة 41 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 مؤرخ في 5 اكتوبر 1993 يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 64 الموافق ل 10 اكتوبر 1993 ص 3-10

[6] قانون رقم 88-01 مؤرخ في 12 جانفي 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصاية، ج ر العدد الأول، الصادرة 13 جانفي 1988

غموض حول هذه المسألة» كما أن هناك أراء قائلة بعدم خضوع المؤسسات العمومية للتحكيم ومنهم الأستاذ تركي نور الدين. [1]

الفرع الثاني :

تكريس نظام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر

سارعت الجزائر إلى ادخال اصلاحات اقتصادية في مختلف المجالات تبعتها ادخال تعديلات على منظومتها القانونية حتى تكيفها مع توجهها الجديد نحو الاقتصاد الليبرالي، و كذلك الانضمام و المصادقة على الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم. و في هذا المجال سنقوم بدراسة تكريس التحكيم التجاري الدولي على مستوى التشريع الوطني و ثانيا الاتفاقيات التي انضمت و صادقت عليها الجزائر و المتعلقة بالتحكيم.

أولا : على مستوى القانون الداخلي.

ادخلت الجزائر تعديلات على قانون الإجراءات المدنية بإصدار المرسوم التشريعي[2] 09 – 93 المؤرخ في 25 أفريل 1993 والمتعلق بتعديل قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 ،وقد تم ادراج باب خاص بالتحكيم التجاري الدولي ليساند التحولات الاقتصادية وتم تكريسه في ثلاث مبادئ هي :

1- مبدأ حرية الأطراف.

2- مبدا دولية التحكيم حيث يشترط المشرع الجزائري لكي يكون التحكيم دوليا معيارين هما : معيار اقتصادي والأخر قانوني.

3- مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم.

كما تم تنظيم التحكيم التجاري الدولي باشتراط الكتابة كشرط شكلي لاتفاق التحكيم[3]،وقد بقي الحال على هذا المنوال إلى غاية صدور القانون[4] 08/09 المؤرخ في 2008 / 02 / 25 متضمنا فصلا خاصا عن

---

[1] عليوش قربوع كمال، نفس المرجع، ص 17

[2] مرسوم تشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 25 أفريل 1993 يتعلق بتعديل قانون الإجراءات المدنية، ج.ر عدد 27 سنة 1993.

[3] – نادية والي، نفس المرجع السابق، ص 118.

[4] القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

التحكيم التجاري الدولي، وذلك كنتيجة حتمية لسلسلة التطورات التي عرفها التحكيم الدولي في الجزائر، وليعبر عن ثقة الجزائر في هذا النظام في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية .

و الجدير بالذكر أن من أبرز المبادرات التي قامت بها الجزائر في مجال التحكيم الدولي في القرن الواحد والعشرين (21) هو انضمامها إلى غرفة التجارة الدولية C.I .C ، حيث أنشأت لجنة وطنية على مستوى غرفة التجارة الدولية سنة 2000[1].

ثانيا : تكريس التحكيم عن طريق الاتفاقيات الدولية.

لقد صادقت الجزائر على عدة اتفاقيات سواء ثنائية أو متعددة الأطراف التي تشير فيها صراحة على العمل بنظام التحكيم، من بين هذه الاتفاقيات ما يلي:

أ) الاتفاقيات الثنائية

1. اتفاقية التحكيم الجزائرية الفرنسية الموقعة في 1983 / 03 / 27 .

2. مجموعة المراسيم الرئاسية الصادرة تتويجا لجملة من الاتفاقيات الخاصة لحماية وتطوير الاستثمارات الأجنبية الموقعة من طرف الجزائر.

3. المرسوم الرئاسي 90 /319 الصادر في 1996/ 10 / 17 المتضمن المصادقة على الاتفاقية بين الجزائر والولايات المتحدة الأمريكية جريدة رسمية 1990 / 10 / 24

4. المرسوم الرئاسي رقم 91 / 345 الصادر في 1991/ 10 /05 جريدة رسمية صادرة في 1991/ 10 / 06 المتضمنة المصادقة على الاتفاقية بين الجزائر واتحاد بلجيكا واللكسومبورغ

5. المرسوم الرئاسي رقم 91 / 346 الصادر في 1991/ 10 /05 المتضمن المصادقة على الاتفاقية بين الجزائر وإيطاليا. [2].

[1] جارد محمد، دور الادارة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص6.

[2] جارد محمد، دور الادارة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص18.

ب- الاتفاقيات المتعددة الأطراف:

يلاحظ ذلك أساسا من خلال مصادقة و انضمام الجزائرإلى إتفاقيات ولو بتحفظ في بعضن الأحيان منها:

1. اتفاقية نيويورك [1] الخاصة بالاعتراف وتنفيذ القرارات التحكمية سنة 1988 عن طريق المرسوم رئاسي رقم 233 / 88 مؤرخ في 1988.

2. اتفاقية واشنطن [2] 1965/ 03 / 18 التي أسست المركز الدولي لتسوية النزاعات في مجال الاستثمارات بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم346 / 95 المؤرخ في 1995/ 10 / 30 ، الجريدة الرسمية عدد 48 لسنة 1988.

واخيرا تجلى بوضوح جنوح المشرع الجزائري لنظام التحكيم التجاري الدولي بشكل نهاني بصدور المرسوم التشريعي رقم 93/ 09 المعدل و المتمم بالقانون 09/08 الصادر في 25 فيفري 2008.

المطلب الثاني :

اتفاق التحكيم كأساس للتحكيم التجاري الدولي

ما لم يكن التحكيم اجباريا فإن اتفاق التحكيم يقوم بدور اساسي في عملية التحكيم، إذ لا يجوز بدونه اخراج النزاع التجاري الدولي من ولاية القضاء العام و اخضاعه للتحكيم. حيث يعتبر اتفاق التحكيم أساس وجوهر التحكيم، هذا الاتفاق يلزم أن تتوفر فيه الأركان الموضوعية و الشروط الشكلية التي يتطلبها القانون[3].

الفرع الأول :

تعريف اتفاق التحكيم و صور اتفاق التحكيم

في هذا الفرع سنتطرق إلى معرفة التحكيم وصوره وذلك من خلال توضيح شرط التحكيم ومشارطته.

---

[1] المرسوم الرئاسي رقم\ 233 / 88 مؤرخ في/ 11 / 05 1988 الذي يتضمن المصادقة و بتحفظ على اتفاقية نيويورك 1958 بشان الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية جريدة رسمية عدد 48 سنة 1988

[2] اتفاقية واشنطن 1965/ 03 / 18 التي أسست المركز الدولي لتسوية النزاعات في مجل الاستثمارات، صادقت عليها الجزائر بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم / 95 المؤرخ في 1995/ 10 / 30 ، الجريدة الرسمية عدد 66 لسنة.1995

[3] لزهر بن سعيد، التحكيم الدولي، المرجع السابق، ص 49

أ- تعريف اتفاق التحكيم:

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

كما يعرف بأنه عقد بمقتضاه يتفق طرفان على عرض المنازعات التي نشأت بينهما، سواء على شخص أو شخصين معينين ليتولوا الفصل فيها بدلا من المحكمة المختصة بالنظر في المنازعات.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يضع تعريفا محددا لاتفاق التحكيم التجاري الدولي،بل ميز بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم، كوسيلة للاتفاق على سلوك طريق التحكيم لتسوية ما قد يثور بينهم من نزاع بشأن تنفيذ عقد أو اتفاق ما [2] .

حيث نص المشرع الجزائري في المادة 1007 ق.ا.م.ا.ج على أنه : "الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه بعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم" . [3] كما جاء في نص المادة 1011 ق.ا.م.ا. ج على أن : "اتفاق التحكيم هو الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم". [4]

كما يمتاز اتفاق التحكيم بجملة من الخصائص تميزه عن غيره من العقود والتي يمكن إجمالها في اعتبار اتفاق التحكيم من العقود المسماة، ذلك لأن المشرع الجزائري قد سمى هذا العقد ووضع له الأحكام القانونية الخاصة به دون غيره و يعد من العقود الرضائية، عقد ملزم للجانبين، عقد معاوضة، ويعتبر من العقود المستمرة وبالتالي فهو ذو طبيعة خاصة[5].

---

[1] حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 50

[2] لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ص 49-50

[3] – المادة 1007 من القانون 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية ، المرجع السابق

[4] المادة 1011 من القانون 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية، المرجع السابق.

[5] – اسد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم وإجراءاته (دراسة مقارنة)، طبعة الأولى ،منشورات زين الحقوقية ، 2011، الجزائر ص ص 25-27 .

ب- صور اتفاق التحكيم

لاتفاق التحكيم صورتان هما مشارطة التحكيم (أولا)، شرط التحكيم (ثانيا)، بالإضافة إلى شرط التحكيم بالإحالة (ثالثا) والذي يعتبر من الصور المعاصرة لاتفاق التحكيم.

أولا : شرط التحكيم

إن شرط التحكيم يرد في عقد من العقود يقضي بأن أي نزاع حول اعمال أو تغيير أو تنفيذ العقد أو إحدى شروطه يتم تسويته عن طريق التحكيم وهذا يقتضي أن تكون العلاقة عقدية وأن يكون الشرط سابقا على قيام المنازعة وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 1007 ق.ا.م.اج على أنه :

" الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه بعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم"[1]. بحيث يتضح أنه متى نكون بصدد شرط تحكيمي يجب أن يكون اتفاق الأطراف سابقا على نشوء النزاع ،وهو شرط أساسي للتفرقة بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم.

و الغالب هنا ورود شرط التحكيم في شكل بند من بنود العقد الأصلي، إذ انه ليس هناك ما يمنع وروده في ورقة مستقلة عن أوراق العقد الأصلي،وبالتالي يمكن القول في هذه الحالة أنها ورقة شرط بمثابة ملحق مكمل للعقد الأصلي.

ثانيا : مشارطة التحكيم.

هي اتفاق بين الأطراف بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بينهم يلتزمون بمقتضاه بعرض هذا النزاع على المحكم أو المختارين من قبلهم بدلا من عرض تلك المنازعة على المحكمة المختصة أصلا بنظره.

حيث نصت المادة 1011 ق.إ.م.! خ على أن : " اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض النزاع سبق نشوؤه على التحكيم". ولا يتم الاتفاق على مشارطة التحكيم إلا بعد نشوء النزاع، ووقوع الخلاف بين أطراف العلاقة القانونية، ولا يتم اللجوء إلى مشارطة التحكيم إلا إذا خلا العقد من شرط التحكيم.

[1] المادة 1006 من القانون 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية ، المرجع السابق.

كما أن المشرع الجزائري يوجب ضرورة تحديد موضوع النزاع وأسماء المحكمين وكيفية تعيينهم في مشارطة التحكيم وإلا كانت باطلة[1]. وقد نص على ذلك صراحة في المادة 1012 فقرة 02 ق.ا.م.ج :"يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم". وبهذا قد استجاب المشرع الجزائري لمتطلبات التجارة الدولية بالأخص بعد انضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية [2]، حيث أن هذه الاتفاقية لم تفرق بين شرط التحكيم و مشارطة التحكيم وذلك من خلال نص الفقرة الثانية من المادة الثانية سالفة الذكر [3]. و هذا ما قام به المشرع الجزائري حيث لم يفرق بين اتفاق التحكيم و مشارطة التحكيم حيث عرف مشارطة التحكيم من خلال تعريف اتفاق التحكيم. [4]ومنه مشارطة التحكيم تكون باتفاق بين أطراف الاتفاق على التحكم والذي نشأ بالفعل نزاعا بينهم، لحظة إبرام الاتفاق على التحكيم، بالفصل فيه بواسطة هيئة تحكيمة[5]، و شرط التحكيم يكون الاتفاق عليه كبند من بنود عقد معين، يكون مبرما بين أطراف الاتفاق على التحكيم بشأن الفصل في نزاع محتمل وغير محدد، يمكن أن ينشأ في المستقبل [6].

ثالثا : شرط التحكيم بالإحالة

يقصد بهذا الشرط إشارة متعاقدين في عقد من عقود التجارة الدولية على وثيقة تتضمن شرط التحكيم واعتبارها جزء لا يتجزأ من العقد. ويعتبر شرط التحكيم بالإحالة من الصور المعاصرة لاتفاق التحكيم، والغرض منها أن العقد الأصلي المبرم بين الأطراف لم يتضمن شرطا صريحا للتحكيم، بل اكتفى الأطراف بالإشارة أو الإحالة إلى عقد سابق بينهم أو إلى عقد نموذجي، وذلك لتكملة النقص أوسد

[1] بركاني عمر، شروط صحة اتفاق التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، مداخلة بالملتقى الوطني للتحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، مارس 2011، ص7

[2] – بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية قانون رقم 09/08 المؤرخ في 23 فيفري 2008، الطبعة الثالثة، منشورات البغدادي، الجزائر، 2011، ص547

[3] اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشان الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية، نصت الفقرة الثانية من المادةالثانية على أن: "المراد بالاتفاقية الكتابية هو شرط التحكيمي المدرج في العقد أو في اتفاق التحكيم الموقع من الأطراف أو المتضمن في وسائل أو برقيات متبادلة".

[4] المدة 1011 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية ، المرجع السابق

[5] – محمود السيد عمر التحوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار الفكر الجامعي، مصر، 2014 ، ص65

[6] احمد ابو الوفاء التحكيم الاختياري والإجباري. المرجع السابق، ص23

الثغرات التي تعتري عقدهم، وكان ذلك العقد الأصلي من بين بنوده بندا يقضي تسوية المنازعات التي تنشأ عنه بواسطة التحكيم، وفي هذه الحالة ينسحب أثر هذا البند إلى العقد الأصلي ويلتزم الأطرافبه[1]

الفرع الثاني :

الشروط والأركان الواجب توافرها في اتفاق التحكيم

يبنى اتفاق التحكيم على مجموعة من الشروط الشكلية (أولا) بالإضافة إلى توافر الاركان الموضوعية (ثانيا) التي أوجب المشرع مراعاتها عند إبرام أي تصرف قانوني حتى يكون صحيحا ومنتج لآثاره.

أولا : الشروط الشكلية.

لقد أجمعت مختلف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم ،على أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا ،وهذا ما نصت عليه المادة 12 من قانون التحكيم المصري،وأيضا في القانون النموذجي للتحكيم التجاري لليونسترال 1985.

أما المشارطة فهي محرر يتم الاتفاق عليه بعد قيام النزاع ويجب في جميع الأحوال التوقيع على اتفاق التحكيم شرطا كان أو مشارطة[2] .

ولذلك استلزم المشرع الجزائري [3] الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم، كالكتابة لوجود شرط التحكيم وإلا كان باطلا، ويستوي في ذلك أن ترد كتابة شرط التحكيم في العقد الأصلي أو في الاتفاق اللاحق المبرم في وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي.

وهذا ماأشارت إليه المادة 1008 ق.ا.م.ج التي تنص: "يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو الوثيقة التي تستند إليها".

[1] لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص.56

[2] المادة 12 من قانون التجاري المصري : " يجب ان يكون مكتوبا، و وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات او غيرها من رسائل الاتصال المكتوبة"

[3] سامية راشد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، منشأة المعارف، الجزائر ، دون سنة نشر ، ص236.

أما بالنسبة لمشارطة التحكيم فالكتابة شرط لوجودها و ليس شرط لإثباتها حيث نصت المادة 1012 ق.إ.م... ج أنه: " يحصل الاتفاق على التحكيم كتابة، ويجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم" .

كما بينت المادة 1040 ق.ا.م.ج ذلك أكثر حيث نصت على أنه: "يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم، كتابة بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة"

كما نستخلص من خلال المادة 1012 ق.ا.م.ا.ج أن المشرع الجزائري اشترط أن يتضمن اتفاق التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم وإلا كان باطلا ، ووفقا لهذه النصوص فالكتابة شرط لإثبات شرط التحكيم وشرطا لوجود مشارطة التحكيم، وليس شرطا لإثباتها حيث يمكن إثباتها بمحضر يوقعه المحكم والأطراف.

إن كل من المشرع الجزائري والمصري لم يستلزما بيانات معينة في شرط ومشارطة التحكيم، لبيان وتحديد موضوع النزاع إلا ان الغرض من مشارطة التحكيم هي اتفاق لاحق على قيام النزاع مما يتحتم معه تحديد دقيق للمسائل محل النزاع ،والمراد طرحها على التحكيم.[1]

كما يترتب البطلان على عدم تحديد موضوع النزاع، وقد أضاف المشرع الجزائري وجوب ذكر أسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم.

ثانيا : الأركان الموضوعية

تتمثل هذه الأركان في ضرورة توافر التراضي الصحيح (أ) وأن يرد التراضي على محل ممكن ومشروع (ب). وأن يستند إلى سبب مشروع (ج).)

– **التراضي في التحكيم التجاري الدولي:** يقصد تطابق ارادتين واتجاههما إلى ترتيب آثار قانونية تبعا لمضمون ما اتفقا عليه، فلا بد من ايجاب و قبول يتلاقيان على اختيار التحكيم اختيارا حرا كوسيلة لحسم المنازعات التي تثور بشأن العلاقة الأصلية[2].

والجدير بالذكر، إلى أن اتفاق التحكيم شرطا أو مشارطة، قد يخضع لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي، لذا يكون المرجع في توفر التراضي وصحته وخلوه من العيوب كالغلط والتدليس أو

[1] لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 68

[2] عليوش قربوع، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 23

الإكراه للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم[1]. أما اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم لسنة 1958 فالتراضي يخضع لقانون الإرادة، وإلا خضع لقانون البلد الذي يصدر فيه حكم التحكيم والأولوية في حالة التعارض لأحكام الاتفاقية بحكم نص المادة الأولى من الاتفاقية. [2]

كما يلزم توافر الأهلية لدى الأطراف وهي أهلية التصرف في الحق حيث كما يصح الأشخاص الطبيعيين الاتفاق على التحكيم كذلك يصح للأشخاص الاعتبارية كالشركات[3] ، و هذا ما نصت عليه المادة 11 من قانون التحكيم المصري[4]. أما فيما يخص اهلية الأشخاص الاعتبارية يجب توفر ما يستلزمها القانون للإقرار بالشخصية المعنوية [5]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فبالرجوع إلى المادتين 1006 و975 ق.إ.م.! خ التي تحيلنا إلى المادة 800 ق... م... ج[6]، حيث تنص المادة 1006 فقرة 1 ق.إ.م... ج على أنه : " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها". فهذه الفقرة الأولى من المادة 1006 تقتصر حق اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للأشخاص الطبيعيين التي تتوفر لهم الأهلية القانونية لمباشرة التصرفات القانونية وفقا لنصوص القانون المدني الجزائري في المادة 40 و41[7].

حيث يقع اتفاق التحكيم باطلا إذا قام به شخص لا يملك حق التصرف في حقوقه ومن لم يبلغ سن الرشد الذي حدده المشرع الجزائري ب 19 سنة كاملة، بحيث لا يجوز إبرام اتفاق التحكيم من شخص محجور عليه أو المعتوه والسفيه وكذلك المحروم من حقوقه المدنية ومن أشهر افلاسه.

أما فيما يخص الأشخاص المعنوية العامة فقد وضع المشرع الجزائري لها شرطين حتى يمكن لها الاتفاق على التحكيم وهذا حسب نص المادة 1006 فقرة 3 من قانون الاجراءات المدنية والادارية سالف الذكر وهي العلاقات الدولية الاقتصادية والصفقات العمومية. حيث نص المشرع الجزائري في المادة 975

---

[1] محمود مختار احمد بربري، المرجع السابق، ص52

[2] محمود مختار احمد بربري، المرجع نفسه، ص46

[3] سامية راشد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص 61

[4] المادة 11 من القانون التجاري المصري المؤرخ سنة 1994، نصت على انه: " لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي او الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه"

[5] لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص.58

[6] القانون 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، مرجع سابق.

[7] القانون 05 /10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 44 سنة 2005 التعديل الأخير 2007.

ق.إ.م.ج على أنه : " لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة (800) أعلاه [1] أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية".

فبالرجوع إلى المادة 800 من القانون سالف الذكر التي تبين لنا من هم الأشخاص المعنوية العامة وهي : الدولة، الولاية، البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية حسب ما نصت عليه المادة 976 ق.ا.م.ا. ج. [2]ومنه شرط إجازة التحكيم الأشخاص القانون العام منصوص عليه في المادة 800 ق.ا.م.ا.ج. إذا كان موضوع العقد صفقة عمومية، أما خارج هذه الصفقات فهو أن تكون في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر. [3]

ب) محل التحكيم التجاري الدولي (قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم).

يعد اتفاق التحكيم عقدا من العقود، فلابد أن يكون له محلا ويعد ركنا أساسيا من أركان اتفاق التحكيم التجاري الدولي[4]. ويقصد بالمحل في عقد التحكيم التجاري الدولي هو ما ينعقد رضا الطرفين عليه وهو عبارة عن نزاع قائم بالفعل أو محتمل القيام وهو حق متنازع فيه أو مشكوك في مصيره[5]. بالرجوع إلى المادة 1006/فقرة 02 ق.إ.م.ا. ج التي نصت على أنه: " لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم". وانطلاقا من المادة 1006 افقرة 01 ق.إ.م.ج فإنه يجوز لكل شخص التحكيم في كل حق له كامل التصرف فيه، ما عدا ما استثنته المادة 1006 فقرة 2 بعض المسائل من مجال التحكيم وهي المتعلقة بالنفقة والإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن وكذلك المتعلقة بالنظام العام، وحالة الأشخاص وأهليتهم.

---

[1] المادة 800 من قانون 09/08 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، مرجع سابق

[2] المادة 976 فقرة 2 في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائرية تنص على أنه :" إذا تعلق التحكيم الدولة فيتم اللجوء إليه بمبادرة من الوزير المعنى او الوزراء المعنيين.. وإذا تعلق التحكيم بالولاية او البلدية فيتم اللجوء إليه بمبادرة من الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المادة 03 / 976 ق.م. ج. . وإذا تعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية يتم اللجوء إلى التحكيم بمبادرة من ممثلها القانوني أو من ممثل السلطة الوصية التي تتبعها المادة 976/ 04 ق.ا.م.ج.

[3] بركاني عمر، مرجع سابق، ص09

[4] لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص62

[5] اسعد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم واجراءاته (دراسة مقارنة)، طبعة أولى، منشورات زين الحقوقية، سنة2011، ص90 .

وفكرة النظام العام هي فكرة مرنة ليس لها ضابط محدد، فهي فكرة معيارية نسبية تختلف من دولة إلى دولة، بل من زمن إلى زمن داخل تلك الدولة، فكل دولة لها الحرية وفقا لسياستها الاقتصادية والاجتماعية التي تحدد المسائل التي يمكن حلها عن طريق التحكيم، وما يؤكد هذه الحرية هو ما ذهبت إليه الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم و هو ما نصت عليه المادة الثانية من اتفاقية نيويورك 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 عن طريق التحكيم."

أما بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي في الجزائر فقد نصت المادة 1040 فقرة 3 من ق.إ.م... ج على أن: " 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". ومنه للمحل في العقود سواء كانت عقود محلية أو عقود تخص التجارة الدولية شروطا وهي أن يكون المحل موجودا أو ممكن الوجود، أن يكون معينا أو قابل للتعيين وأن يكون مما يجوز التعامل فيه

ج)السبب في التحكيم التجاري الدولي: إن اتفاق أطراف على التحكيم يجد سببه في إرادة الأطراف في استبعاد طرح النزاع على القضاء وتفويض الأمر للمحكمين، وهذا سبب مشروعا دائما، ولا نتصور عدم مشروعيته إلا إذا ثبت أن المقصود بالتحكيم التهرب من أحكام القانون الذي يتعين تطبيقه لو طرح النزاع على القضاء، نظرا لما يتضمنه هذا القانون من قيود أو التزامات يراد التحلل منها[1]، وبالتالي نكون أمام حالة الغش نحو القانون فيكون التحكيم وسيلة غير مشروعة، يراد بها الاستفادة من حرية الأطراف. [2]

الفرع الثالث :

آثار اتفاق التحكيم

يترتب على اتفاق التحكيم أثران، الأثر الأول موضوعي يتم التطرق اليه(أولا) والأثر الثاني اجرائي (ثانيا).

[1] هاني سري الدين، التحكيم التجاري الدولي – دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر ،2005 ، ص 78 .

[2] لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 65

أولا: الأثار الموضوعية لاتفاق التحكيم.

و تتضمن القوة الملزمة لاتفاق التحكيم و استقلالية اتفاق التحكيم .

أ- القوة الملزمة لاتفاق التحكيم:

وتتمثل في اكتساب اتفاق التحكيم لقوة ملزمة توجب عرض النزاع على التحكيم،ولا يمتلك أحد أطراف الاتفاق التخلي عنه، أو أن يعطله بإرادته المنفردة والاجاز للطرف الأخر رفع دعوى ضده بتنفيذ اتفاق التحكيم.

كما أن مقتضى القوة الملزمة لاتفاق التحكيم أن هناك التزام بنتيجة، يقع على عاتق طرفي الاتفاق هو ضرورة قيام كل منهما بالمساهمة في اتخاذ اجراءات التحكيم، والامتناع عن عرض النزاع على قضاء الدولة، فإذا خالف أحد الأطراف ذلك فإنه يكون قد أخل بمبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

ب-استقلالية اتفاق التحكيم:

إن اتفاق التحكيم قد يكون بموجب عقد يتم بعد نشوب النزاع وقد يتم بموجب شرط يوضع في العقد الأصلي يصار بمقتضاه إلى حسم النزاع الذي قد ينشأ فيما بعد بطريق التحكيم[1]، وتجدر الإشارة إلى مبدأ هام أصبح من المبادئ المستقرة في التحكيم التجاري الدولي وهو " مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي"، فقد يتعرض العقد الأصلي الذي يتضمن اتفاق التحكيم للبطلان والفسخ [2]، فهل يؤثر ذلك على صحة اتفاق التحكيم؟ وبمفهوم المخالفة إذا كان اتفاق التحكيم باطلا فهل يؤثر ذلك على بطلان العقد الأصلي؟ أم اتفاق التحكيم مستقل عن العقد الأصلي؟.

إن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم قد تم تكريسه من قبل القضاء الفرنسي لأول مرة في قضية Gosset سنة1963 [3] ، والتي تعتبر الخطوة الأولى في تكريس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي[1]،

---

[1] فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 199

[2] جارد محمد، دور الادارة في التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 22

[3] حكم قضية GOSSET ينص على: في مجال التحكيم الدولي، فإن اتفاق التحكيم الذي يبرم إما مستقلا أوضمن شروط تصرف قانوني، يعد فيما عدا في بعض الظروف الاستثنائية والتي لم تكن محل ادعاء في هذه القضية متمتعا باستقلال قانونى كامل عن تلك التصرف، بحيث لا يتأثر بما قد يعتري هذا التصرف مستقبلا من علم صحة". نقلا عن عبد الوهاب عجيري، شرط التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير،تأطير عمر بلمامي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف ، 2013-2014، ص 113

وهذا المبدأ محل إجماع من قبل القوانين الوطنية الأكثر تأثيرا على التجارة الدولية والتحكيم الدولي، فقد قرر المشرع الفرنسي أن بطلان شرط التحكيم لا يكون له أثر على بقاء العقد الأصلي وتم تكريس هذا المبدأ في المرسوم 2011-48 الفرنسي الجديد [2]في نص المادة 1447، كما أن عدم مشروعية العقد الأصلي أو بطلانه لا يؤثر على اتفاق التحكيم، إذ يعد اتفاق التحكيم تصرفا قائما بذاته، له كيان مستقل عن كيان العقد الأصلي [3] وهذا ما حكمت [4] به محكمة باريس في 21 فيفري 1964[5]. و تنص معظم الدول في قوانينها على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ومن ذلك قانون التحكيم المصري [6] رقم 27 لسنة 1994 في المادة 23

ونجد أن المشرع الجزائري قد كرس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في المادة 1040 فقرة 4 ق.ا.م.ا. ج على أنه : " لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي". و تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد تطرق لمسألة استقلالية اتفاق التحكيم في مجال التحكيم التجاري الدولي، لكنه أغفل هذه المسألة في مجال التحكيم الداخلي حيث أنه لم يورد نص صريح ولا حتى إشارة لاعتناق هذا المبدأ في مجال التحكيم الداخلي ومنه يترتب عن قاعدة استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون مستقل عن القانون المطبق على العقد الأصلي .[7]

---

[1] زيروئي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتوراه دولة الجزء الثاني ،تأطير قادة شهيدة ، كلية الحقوق جامعة الجزائر السنة الجامعية 1990-1991 ، ص 360

[2] قانون الإجراءات العلنية الفرنسي 2011، الموقع الالكترونيwww . legi france . gov، نص المادة 1447 جاءت ضمن نصوص المواد المتعلقة بالتحكيم الداخلي، إلا أنها يمكن أن تسري على التحكيم الدولي وذلك بالرجوع إلى نص المادة 1506 من المرسوم 2011-48 نقلا عن عجيري عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 113

[3] حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة) : المرجع السابق، ص 126

[4] منير عبد المجيد، مرجع سابق ص 124-125

[5] حكمت محكمة باريس في 21 فيفري 1964 على انه " إذا كان رفض تسليم شهادات تصدير الشعير، أدى إلى منع التصدير وعدم إمكان المصدر شحن البضاعة، مما يترتب عليه فسخ عقد البيع إعمالا للشرط القاسخ الصريح في العقد، ومن ثم فإن شرط التحكيم يبقى صحيحا وتكون هيئة التحكيم في الجهة المختصة بالفصل في النزاع"

[6] المادة 23 من قانون التحكيم المصري تنص : " يعتبر شرط التحكيم اتفاق مستقلا عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه او انهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا في حد ذاته

[7] جارد محمد، دور الادارة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 23

وقد وضحت هذه الاستقلالية في القرار الصادر عن الدورة التي عقدها مجمع القانون الدولي سنة 1957، وحتى قضاء التحكيم يذهب إلى نفس الفكرة[1]

وقد أكد على ذلك المشرع الجزائري في المادة 1040 ق.ا.م.ا.ج حيث نصت على أن: " 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 مناسبا"

ثانيا: الآثار الإجرائية:

يترتب على اتفاق التحكيم أثار إجرائية على ابرامها صحيحة و مستوفية لجميع الأركان الموضوعية و الشروط الشكلية، حيث نتطرق إلى الأثر المانع لإتفاق التحكيم (أولا)،ومبدأ الاختصاص بالاختصاص (ثانيا)، كما نجد غالبية التشريعات الوطنية، و لوائح مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة قد تبنت هذه الأثار وجسدتها تشريعيا[2].

أ- الأثر المانع لاتفاق التحكيم:

يترتب على اتفاق التحكيم بجميع صوره آثار إجرائية إحداهما إيجابي والأخر سلبي.

- **الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم** : يتمثل في التزام أطراف الاتفاق بعرض المنازعة على التحكيم وهو حق كل من طرفي العقد في الالتجاء إلى التحكيم، ومنه اذا سلك الخصوم طريق التحكيم وجب عليهم تسوية النزاع بهذه الطريقة والاعتداد بالحكم الصادر من المحكمين طالما استوفي الشروط القانونية. وهذا الأثر لا يجد أي صعوبات في التطبيق عندما يمتثل الأطراف بإخضاع النزاع للمحكمين طبقا لاتفاقهم التحكيمي، ولا يجوز الأحدهما أن يلجأ إلى قضاء الدولة دون موافقة الطرف الآخر.

- **الأثر السلبي لاتفاق التحكيم** : تلتزم محاكم الدولة بالامتناع عن نظر النزاع المتفق بشأنه التحكيم ، ومنه لا يجوز لأحد الأطراف اللجوء إلى القضاء إلا بتراضي الخصوم وقد سلك المشرع الجزائري مسلك غالبية التشريعات التي تبنت مبدأ الأثر المانع، و ذلك على غرار المشرع المصري الذي نص عليه في المادة 13 [3]من قانون التحكيم المصري، فقد نص المشرع الجزائري على هذا المبدأ في المادة 1045

---

[1] عبد الوهاب عجيري، مرجع سبق ذكره ، ص 115

[2] لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 80-

[3] – تنص المادة 1 / 13 من قانون التحكيم المصري : " يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشانه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبذانه اي طلب أو دفاع في الدعوى

ق.ا.م.ا.ج على أنه : " يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم، على أن تثار من أحد الأطراف".

وعليه يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد أقر بقاعدة الأثر المانع،وذلك بنصه على عدم اختصاص القاضي الوطني بالفصل في النزاع المعروض عليه ،و المتفق بشأنه على التحكيم متى كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو تبين له وجود اتفاقية تحكيم، ولا يجوز القاضي الوطني أن يقضي بعدم اختصاصه من تلقاء نفسه، بل يجب اثارة الدفع بوجود اتفاق التحكيم من قبل أحد الأطراف [1].

و الجدير بالذكر أن الرأي السائد في الفقه و القضاء الفرنسي، ذهب إلى أن قاعدة الأثر المانع تعد من قبيل الدفع بعدم الاختصاص، و حجة أنصار هذا الرأي أنه اذا وجد اتفاق التحكيم و كان صحيحا فعندئذ لا يوجد سوى قضاء واحد ،و هو قضاء التحكيم كما أخذت بهذه القاعدة اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشان الاعتراف و تنفيذ الأحكام التحكيمية ،و التي صادقت عليها الجزائر و بتحفظ، حيث جاء في المادة الثالثة فقرة 02 ما يلي:" تقوم أية دولة متعاقدة يرفع اليها نزاع بشأن قضية أبرم الأطراف بخصوصها اتفاقية حسب مفهوم هذه المادة بإحالة الأطراف على التحكيم، بناء على طلب أحد الأطراف، الا اذا لاحظ أن الاتفاقية المذكورة باطلة أو عديمة الأثر أو لا يمكن تطبيقها"[2].

– **الاستثناء على قاعدة الأثر المانع** : يمكن عدم اعمال قاعدة الأثر المانع حيث يصبح القاضي الوطني مختص بالنظر في النزاع رغم وجود اتفاق التحكيم وذلك في حالتين:

الحالة الأولى : وهي التنازل الضمني أو التنازل الصريح على التحكيم كأن يبرم الطرفان اتفاقية جديدة يؤول فيها الاختصاص القضاء الوطني.

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية – دراسة مقارنة. الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص ص 494-495

[2] الوارد في المادة 3 / 2 من اتفاقية نيويورك 1958 – "أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق. ويجب على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح امامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك مالم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق.

الحالة الثانية : وهي حالة بطلان اتفاقية التحكيم، لما يتبين للقاضي الوطني أن اتفاق التحكيم باطل أو غير قابل للتطبيق [1]، مما ينبغي تفسيره حصريا كأن يبين القاضي أن النزاع غير قابل للتحكيم [2] مثل حالة الأهلية أو أن الاتفاقية مخالفة للنظام العام. و الإعمال قاعدة الأثر المانع يمكننا إثارة عدة تساؤلات:

التساؤل الأول: هل يجوز إعمال قاعدة الأثر المانع حتى ولو لم يتم البدء في إجراءات التحكيم؟

أجاب المشرع الجزائري على هذا التساؤل في نص المادة 1045 ق.ا.م.ا.ج و كذلك الاتفاقيات الدولية أكدت على هذه القاعدة حيث أنها لم تلزم لأعمالها أن تكون اجراءات التحكيم قد بدأت فعلا كما أنها جاءت مطلقة، مما يتعين على القاضي الوطني أن يحكم بعدم اختصاصه بغض النظر عما اذا كان النزاع عرض عليه قبل البدء في اجراءات التحكيم أو بعد البدء فيها. و منه يجوز للطرف صاحب المصلحة التمسك بوقف الدعوى أمام المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع حتى ولو لم تكن اجراءات التحكيم قد انطلقت فعلا.

و يرى البعض بضرورة تقرير المحكمة الوطنية لعدم اختصاصها سواء كانت الاجراءات التحكيمية قد بدأت بالفعل أم لم تبدأ. و إذا ثار نزاع بشأن اختصاص المحكم اذا كانت اجراءات التحكيم قد بدأت بالفعل، و إذا طعن في صحة اتفاق التحكيم بعد ذلك، فإن الأمر في هذه الحالة يعود الى المحكم للفصل في اختصاصه، فإذا حكم بعدم اختصاصه يرجع الاختصاص عندها للمحكمة التحكيمية.

كما نجد أنفسنا أمام اشكالية أخرى وهي هل يشترط لإعمال هذه القاعدة أن يتمسك الطرف الآخر بسبق الاتفاق على التحكيم أم أنه يجوز للقاضي الوطني أن يحكم بعدم اختصاصه من تلقاء نفسه؟

بالرجوع إلى مختلف التشريعات الوطنية المتعلقة بالتحكيم نلاحظ أنها اشترطت لإعمال هذه القاعدة أن يدفع المدعي عليه بوجود اتفاقية تحكيم تنزع الاختصاص من القاضي الوطني قبل أي كلام في موضوع النزاع، و أي حضور للمدعي عليه أمام المحكمة القضائية و مباشرته في الموضوع دون الاشارة الى

---

[1] انعدام الأثر وعدم القابلية للتطبيق صورتان تختلفان عن البطلان من حيث أنهما لا يتعلقان بصحة اتفاقية التحكيم ووجودها القانوني وإنما تتعلقان بنفاذ اتفاقية التحكيم وإنتاجها تارها، وهو ما يفترض قيامها صحيحة لكن عرض عليها عارض حال دون نفادها أو دون تنفيذها. كما أن عدم القابلية للتطبيق لا تعني مجرد صعوبات في تنفيذ اتفاق التحكيم، وإنما صعوبات لا يمكن التغلب عليها ولو رغب أطراف النزاع في ذلك و تبقى الصورة المثلى في مثل هذه الاستثناءات هو البطلان.

[2] عبد الوهاب عجيري، المرجع السابق، ص 116.

اتفاقية التحكيم المبرمة يعتبر ذلك بمثابة تنازل ضمني منه على اللجوء الى التحكيم، و بالتالي يحق للمحكمة القضائية الاستمرار في نظر النزاع و البت فيه.[1] .

أضف إلى ذلك، هل يشترط لإعمال قاعدة الأثر المانع أن تكون اتفاقية التحكيم صحيحة وقابلة للتطبيق؟

للإجابة على هذا التساؤل انقسمت التشريعات الى اتجاهين:

الاتجاه الأول : يمنح القاضي سلطة فحص مدى صحة أو بطلان اتفاقية التحكيم مع امكانية تطبيقها وعليه فالقاضي غير مطالب بالالتزام بتقرير عدم اختصاصه بنظر النزاع الا إذا ثبت لديه أن اتفاقية التحكيم صحيحة وقابلة للتطبيق، وذلك دون اعتبار لما اذا كان النزاع قد رفع إليه قبل بدء اجراءات التحكيم أم بعد ذلك. وقد أخذت اتفاقية نيويورك بهذا الإتجاه في نص المادة الثانية الفقرة الثالثة كما يلي : " تقوم أية دولة متعاقدة بإحالة الأطراف على التحكيم، بناء على طلب أحد الأطراف، الا اذا لاحظ ان الاتفاقية المذكورة باطلة، أو عديمة التأثير أو لا يمكن تطبيقها"[2]. و الجدير بالذكر ان المشرع الجزائري قد صادقت على هذه الاتفاقية و بالرجوع الى المادة 132 من الدستور 1996 و التي اصبحت المادة 150 من التعديل الجديد لسنة 2016 أن الاتفاقية تسمو على القانون..

الاتجاه الثاني : يلزم القاضي الوطني بإعلان عدم اختصاصه لوجود اتفاقية التحكيم سواء لم يتم البدء في اجراءات التحكيم أم تم البدء فيها، إلا أنه يجوز للقاضي أن يعلن اختصاصه في الحالة التي تكون فيها اجراءات التحكيم لم تبدأ بعد، اذا ثبت له البطلان الظاهر [3] لاتفاقية التحكيم وغير قابل للمنازعة أما المشرع الجزائري فلم يتطرق الى امكانية إعلان القاضي اختصاصه عند البطلان الظاهر لاتفاقية التحكيم، و هذا ما يجعلنا نتساءل حول ما إذا كان يحضر على القاضي الجزائري فحص مدى صحة اتفاقية التحكيم أو بطلانها. و عليه يلتزم بالتخلي عن نظر النزاع لمجرد تمسك أحد الأطراف بوجود اتفاقية تحكيم حتى ولو كانت تلك الاتفاقية غير صحيحة.

---

[1] حفيظ قطاف، المرجع السابق، ص 26

[2] المدة 03 / 2 من اتفاقية نيويورك 1958 ، مرجع سابق

[3] كتب ليب فوشار أن المقصود بالبطلان الظاهر هو" البطلان الجلي البديهي والذي لا تمكن المنازعة فيه بصفة جدية ولا يمكن التشكيك فيه بتقديم حجج جديرة بالصراعاة ". كما عرفه فاسور Vasseur بأنه " البطلان الذي تلمحه من أول نظرة دون مزيد البحث" نقلا عن : حفيظ قطاف، المرجع السابق، ص.26

ومن هنا، ماهي طبيعة الدفع بالتحكيم في القانون الجزائري؟ و كيف تتم الاحالة الى التحكيم؟

لقد أشار التشريع الجزائري في المادة 1045 ق.ا.م.ا.ج إلى أن القاضي يكون غير مختص متى تحققت شروط الدفع بالتحكيم، وهذا من دون أن يبين منطوق الحكم صراحة[1]

ولكن تطبيقا لقواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية واسقاطا على القواعد التي تحكم الدفوع بأنواعها يثبت لنا انها تنطبق فقط على الدفوع الشكلية، إذ أنه طبقا للمادة 50 من نفس القانون وجب إبداء الدفوع الشكلية قبل أي دفع في الموضوع أو دفع بعدم القبول، ولا يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه.

و منه الدفع بعدم الاختصاص هو دفع شكلي لا يتعلق بالنظام العام. أما فيما يخص الدفع بالتحكيم فقد اتجهت الاتفاقيات الدولية الى اجبار المحكمة التي يثار أمامها الى احالة الاطراف الى التحكيم تنفيذا لاتفاقية التحكيم المبرمة بينهم، دون أن تنص بشكل صريح عن عدم الاختصاص[2]. وقد أخذت اتفاقية نيويورك بفكرة الاحالة و هذا ما جاء في نص المادة الثانية الفقرة الثالثة. ولا يقتصر دور القضاء في الامتناع عن نظر موضوع النزاع فقط، بل قد يمتد عن الامتناع عن النظر في اختصاص المحكم قبل فصل هذا الأخير في اختصاصه أولا.

ت-**مبدأ الاختصاص بالاختصاص:** اذا اختار الأطراف عرض منازعتهم على التحكيم، فهيئة التحكيم وجب عليها أن تفصل في الدفوع المقدمة أمامها، وفقا للاختصاصات الممنوحة لها، وقد يكون علم اختصاص الهيئة التحكيمية هي أحد الدفوع المقدمة أمامها فعليها أن تفصل فيه، و هذه من خصوصيات طريق التحكيم [3]، فما هو موقف المشرع الجزائري والاتفاقيات الدولية من مبدأ الاختصاص بالاختصاص؟

ث- تتعرض فيه للتعريف بالمبدأ و التطرق لمصادره و آثاره.

- مبدأ الإختصاص:

---

[1] حفيظ قطاف، مرجع سابق، ص27

[2] Philipe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, traité de l'arbitrage commercial international, édition litec, Delta paris, 1996, pl17.

[3] أحمد بوخلخال، نظام تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي و تطبيقاته في الجزائر، مذكرة ماجستير، تأطير محمد ناصر بوغزالة ، كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر، 2012-2013، ص 116 .

ويقصد بمبدأ الاختصاص هو أن يختص المحكم بتحديد اختصاصه، ونظر المنازعات المتعلقة باختصاصه وتحديد نطاق سلطته وتقرير فيما إذا كان النزاع صحيحاً أم لا،ونتيجة لذلك لو أعترض أحد أطراف النزاع بعدم اختصاص محكمة التحكيم في الفصل في النزاع أو بعدم وجود أتفاق يشير اللجوء إلى التحكيم، فإن الذي يفصل في ذلك هم المحكمين أنفسهم ،وليس للمحكمة القضائية أن تفصل في مسألة أختصاص المحكمين، وهذا ما يؤدي إلى أبراز فعالية التحكيم كوسيلة ضامنة لحسم منازعات الأستثمار من خلال السرعة في حسم المنازعات بعيداً عن طريق المماطلة وأضاعت الوقت ، و قبل البت في موضوع النزاع المبرم بشأنه اتفاق التحكيم على هيئة التحكيم أولا أن تفصل في مسألة اختصاصها، و من ثم هيئة التحكيم عليها فحص مشروعية سلطاتها بالنسبة لاتفاق التحكيم بمعنى التحقق من صحه اتفاق التحكيم أو بطلانه [1] فهيئة التحكيم عندما تبحث عن الدفع بعدم الاختصاص لبطلان الاتفاق لا تقضي بصحة الاتفاق أو بطلانه، وإنما هي تبحث في الصحة أو البطلان للفصل في اختصاصها أو عدم اختصاصها بما قدم لها من طلبات. فإن قدرت هذه الهيئة أنها مختصة باشرت النظر في الموضوع، و إن كان خلاف ذلك امتنعت عن النظر في النزاع.

- مصادر المبدأ:

لقد تم الاعتراف بالمبدأ من طرف أغلب [2] المعاهدات والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم وكذا أنظمة مراكز التحكيم الدولي والقوانين الوطنية. فقد تعرضت اتفاقية جنيف للتحكيم الدولي لهذا المبدأ في المادة 05 الفقرة 03، وكما نصت اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار المادة 41، و نصت عليه غرفة التجارة الدولية لباريس في المادة 06 الفقرة 02. أما على مستوى القوانين الوطنية ففي قانون التحكيم المصري جاء النص عليه في المادة 22 أما في القانون الجزائري جاء النص على هذا المبدأ في المادة 1044 ق.ا.م.ا.ج حيث جاء فيها ما يلي : " تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع. تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع لعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع." |

- آثار المبدأ :

[1] عبد الوهاب عجيري، المرجع السابق، ص 117

[2] لم تتعرض معاهدة نيويورك 1958 لمسألة اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه لكونها متعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية

للمبدأ أثران هما أثر إيجابي و آخر سلبي.

1- **الأثر الإيجابي** : يقصد به السماح لهيئة التحكيم بالفصل في مسألة اختصاصها دون أن يمنحها قضاء الدولة هذا الاختصاص [1] متى كانت إرادة المحتكمين موجودة وغير معيبة، وهذا الأثر محل إجماع من قبل الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية المنظمة للتحكيم. [2]

2- **الأثر السلبي** : يفرض على الجهات القضائية في الدولة الامتناع عن الفصل في موضوع المنازعات التي تدخل في اختصاص المحكم قبل أن تتاح له الفرصة في أن يفصل فيها، وعلى قضاء الدولة الالتزام بهذا الامتناع حتى قبل تشكيل هيئة التحكيم[3]

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فقد أشار صراحة إلى مبدأ الاختصاص بالاختصاص، و يظهر جليا في نص المادة 1044 ق.ا.م.ا. ج التي تنص على أن: " تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفع في الموضوع. تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع". كما منح المشرع الجزائري للمحكم هذه السلطة كما منحتها العديد من النظم القانونية واشترط أن يكون الدفع بعدم الاختصاص هو الدفع الأول الذي يجب مناقشته ثم ينتقل إلى الدفوع الموضوعية الأخرى[4].

بعد ما تعرضنا بالدراسة لاتفاق التحكيم من حيث مفهومه و صوره و أركانه و الشروط الواجب توفرها فيه، و المبادئ التي تحكمه، نثير السؤال التالي : ما هو القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في القانون الجزائري؟.

كرس القانون 09 / 08 المتضمن القانون الإجراءات المدنية والإدارية قانون الإرادة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، فالمادة 3/ 1040 منه جاءت منسجمة مع اتفاقية نيويورك بصدد تأصيل قانون الإرادة و ذلك من خلال المادة 5/ 01 من الاتفاقية[5]. إذ نصت المادة 3 / 1040 ق.ا.م.ج على: " تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها

[1] لم تتعرض معاهدة نيويورك 1958 لمسألة اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه لكونها متعلقة بالاعترافوتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية

[2] أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 149

[3] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 237

[4] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. ص 237-238

[5] المادة 5 / 01 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958، مرجع سابق

إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره، أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما". ومهما كان الشكل الذي تتخذه إرادة الاطراف سواء كانت صريحة أو ضمنية فإن الأولوية للقانون الذي اختاره الاطراف[1].

يخضع إتفاق التحكيم لثلاثة مصادر تطبق كالتالي :

أولا : خضوع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة أي يكون اتفاق التحكيم صحيحا إذا استجاب للشروط التي وضعها القانون المختار من طرف أطراف النزاع، وبهذا يكون المشرع قد كرس مبدأ سلطان الإرادة المنصوص عليه في المادة 18 ق.م.ج المعدلة والمتممة بموجب القانون 10/ 05 المؤرخ في 20 جوان 2005 المتضمن القانون المدني، والذي يخضع للالتزامات التعاقدية للقانون المختار من المتعاقدين شريطة أن تكون له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد. [2]

والجدير بالذكر أنه يمكن أن يخضع اتفاق التحكيم للقانون الذي ينظم موضوع النزاع، أي العقد الأصلي، حيث أنه في غياب الاختيار الصريح، يمكن اعتبار الاختيار الثاني بمثابة اختيار ضمني لإرادة الأطراف وهو القانون الذي يخضع له العقد الأصلي[3].

كما يمكن أن يخضع اتفاق التحكيم للقانون الذي يراه المحكم ملائما،وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري قد أخذ بالإرادة الصريحة في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، ولم يعتد بالإرادة الضمنية، حيث اعتبر سكوت الأطراف عن تعيين القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم تنازلا منهم عن اختيار هذا القانون، وبالتالي اللجوء إلى المصادر الاحتياطية التي حددها المشرع الجزائري في المادة 03/ 1040[4] سالفة الذكر.

---

[1] هذا المبدأ تم تكريسه في القضاء الفرنسي في قرار شهير سنة 1910 الذي اعتبره الفقه كقرار أساسي Arret de Base حيث جعل مبدأ سلطان الارادة قاعدة قضائية قررت من خلالها محكمة النقض الفرنسية ان القانون الواجب المطبق على العقود الدولية سواء من حيث ابرامها أو شروطها أو آثارها هو القانون الذي اختاره الأطراف

[2] الجارد محمد، دور الادارة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص27

[3] محمد كولا، مرجع سابق، ص 126.

[4] يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة. 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 ملائم،. لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي

.

وفي الأخير نستخلص مما سبق أن القانون الواجب التطبيق بشأن اتفاق التحكيم هو القانون الذي اختاره المتعاقدين، إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة الذي يعتبر إحدى الركائز الأساسية في التحكيم التجاري الدولي، لأن قضاء التحكيم أساسه الاتفاق على التحكيم،والذي يعتبر مصدر اختصاص المحكم.

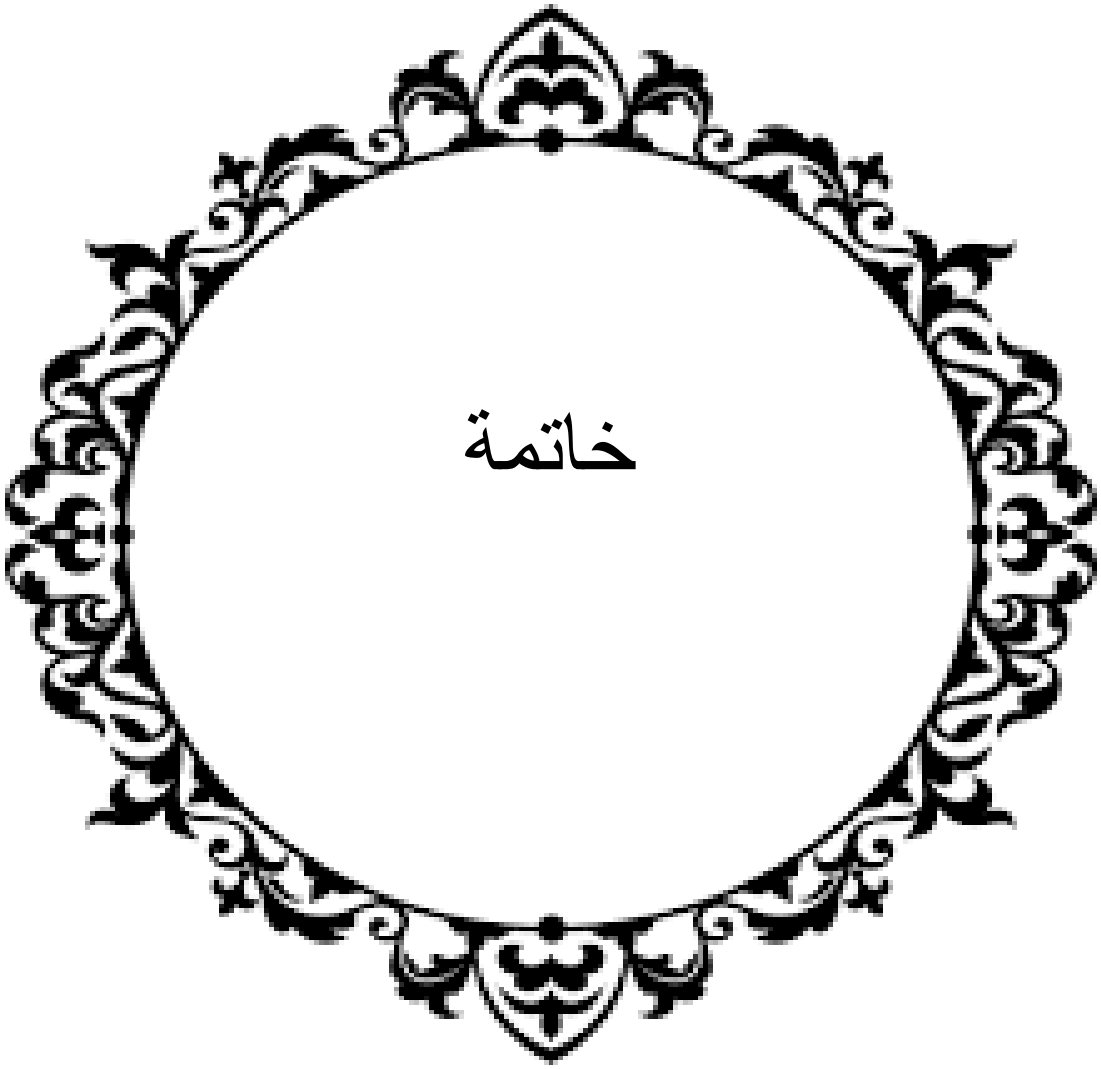
خلاصة

ان التطور الهائل في العلاقات الاقتصادية المبنية أساسا على العقود التجارية العابرة للحدود خلق مايسمى بتنازع القوانين نظرا لاختلاف التشريعات الوطنية و الأحكام والمبادىء السائدة في مختلف الدول، ومختلف النزاعات التي تنشأ عن هذه العقود وكذا انعدام وجود قضاء دولي مختص بنظر المنازعات التي تنشب بين العاملين في التجارة الدولية.

أدى الى ظهور التحكيم التجاري الدولي كوسيلة ناجعة وطريق بديل عن القضاء لحل النزاعات التي قد تنشأعن هذه العلاقات التجارية هذا نتيجة لما يحمل من مزايا وامتيازات يحققها من تبسيط في اجراءات الفصل في النزاع والتحرر من الشكليات بغية الفصل في النزاع بأقصى سرعة ممكنة وفي سرية تامة فهذه المزايا تدعم التجارة على نطاق واسع وتستجيب لرغبة الاطراف المتعاقدة على مثل هذا الأسلوب لحل نزاعتهم.

فلقد أثبت التحكيم التجاري الدولي وجوده وقدرته لحل النزاعات الدولية الناشئة عن علاقة تجارية وتبنيه على المستوى الدولي وحتى الداخلي كنظام مستقل عن قضاء الدولة ومنافس له ذلك أن أطراف العقود الدولية التجارية لها سلطة الخيار في اتباع نظام التحكيم أو الخضوع لنظام قضاء الدولة، فنجد الاقبال عليه كنظام منفصل عن القضاء العادي.

كما نجد أن أحكام التحكيم بنوعيها الصادرة في الجزائر أو في خارج الجزائر فانها تخضع لرقابة القاضي من خلال فحص القاضي لهذه الأحكام قبل اصداره لأمر التنفيذ وكذا فيما يخص تاكده من خلو الحكم التحكيمي من اسباب البطلان الواردة و المحددة في القانون ومن عدم مخالفتها للنظام العام الداخلي والدولي كما اوضحنا سابقا من خلال دراستنا لهذا العنصر.


خاتمة

الخاتمة

نستخلص من هذا البحث أن الجزائر حاولت جلب المتعامل الاقتصادي الأجنبي ودعوته إلى الاستثمار وذلك لتشريعها لحزمة من القوانين، من بينها قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الجزئية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي. وقد تم اعتماد الطابع الاقتصادي للمنازعة المثارة بين دولتين لإضفاء صفة الدولية التجارية على التحكيم، و هذا المعيار يشمل رعايا كل دولة وليس فقط الأشخاص المعنوية العامة، كما أنه ليس قاصرا فقط على الأمور التجارية بل كل ما له علاقة بالاقتصاد. وفي هذا تحول استراتيجي للدولة الجزائرية في تعاملاتها الدولية على اعتبار أن التحكيم أصبح من بين أهم البنود التي يراعى لها المستثمر الأجنبي اهتمامه لما تحققه له من أمن قانونى وقضائى زيادة على المعيار الاقتصادي في تكريس ليبرالية قواعد التحكيم التجاري الدولي على شكل موسع، تعكس أيضا هذه القواعد نظرة المشرع في تكريس حرية الأطراف في اختيار القانون والإجراءات الأنسب لسير الخصومة التحكيمية الدولية.

كما جعل تدخل القاضي الجزائري فيها هو استثناء استلزمه تنشيط وتفعيل إجراءات هذه الخصومة كلما وجد مقتضى لذلك، وهذا من دون أن يكون هناك بالمقابل إخلال بضمانات التقاضي الواجب احترامها والتي تفرض بالضرورة رقابة يغلب عليها الطابع الشكلي أكثر. ومنه نظرا لما يتمتع به التحكيم على مستوى التعاملات التجارية الدولية من أهمية بالغة، دفعت بالكثير من المتعاملين التجاريين والاقتصاديين إلى إدراجه ضمن تعاملاتهم التي يبرمونها مع أي شخص كان ومهما كانت المنطقة الجغرافية التي يبرمون فيها العقد، مادام أن مبدأ سلطان الإرادة هو الفاصل فيه، من أجل ضمان حقوقهم من الضياع خاصة المالية منها لأن أي منازعة يمكن أن تثور يكون التحكيم هو الطريق الذي يتولى حلها. كما أن إدراج مثل هذا الشرط التحكيمي في العقود التجارية الدولية، جاء نتيجة لنظامه المتميز، وهذا ما أوصلنا إلى النتائج الآتية :

إن الشروط الموضوعية العامة والخاصة يجب أن تتوفر في الاتفاق على شرط التحكيم، ويوجد بعض الاختلافات فقط في مسألة أهلية الأشخاص المعنوية العامة للسماح لهم بإبرام الشرط التحكيمي، والذي اختلفت فيه التشريعات الوطنية حيث كان هناك منع على إبرامه بالنسبة للشخص المعنوي العام، نظرا لما يعتبرونه بعض التشريعات أنه مساس بالسيادة الوطنية وهذا كان موقف المشرع الجزائري الرافض للتحكيم لكنه تراجع عن المنع المفروض جراء الظروف الاقتصادية التي أثرت بشكل كبير على هذا الحظر، إلا

أنه تم تعديل ذلك بمقتضى قانون الاجراءات المدنية و الادارية بإدراج الفصل السادس حول التحكيم التجاري الدولي في الباب الثاني منه.

أما في مسألة موضوع المنازعة، طبق فيه القواعد العامة لكن هناك من المسائل ما لا يجوز فيها التحكيم، كالمسائل الجنائية و مواد الجنسية غيرها...، و لكن الأمور المالية المتصلة بها يجوز التحكيم فيها و هي المسائل التجارية و الاقتصادية

أما فيما يخص تشكيل الهيئة التحكيمية المخولة بالفصل في النزاعات التي تعرض عليها تمنح لها صلاحيات للقيام بمهامها على أكمل وجه، والأصل في تشكيل هيئة التحكيم حسب ما نص عليه المشرع الجزائري تقوم على مبدأ إرادة الأطراف، وعند غياب هذه الإرادة يتدخل القضاء أو أي جهة أخرى للقيام بتعيين الهيئة. كما أنه لهذه الهيئة التحكيمية صلاحيات واسعة تشبه كثيرا السلطات الممنوحة للقاضي عند الفصل في النزاع.

وفيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق، سواء على موضوع النزاع أو على اجراءات الخصومة التحكيمية قوامه مبدأ إرادة الأطراف في حرية الاختيار للقانون الذي تراه مناسبا لها. بينما في حالة غياب هذا الاتفاق أي الإرادة يرجع الاختيار إلى المحكم الذي منح السلطة لذلك حيث أقر المشرع الجزائري ذلك صراحة.

بينما فيما يخص النتائج المترتبة عن اتفاق التحكيم، فإن مبدا استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي من بين أهم النتائج، وهو ما أقره المشرع الجزائري لكن ليس بالشكل الصريح بل ضمنيا فقط، أما مبدأ الاختصاص بالاختصاص قد أكد على ذلك المشرعالجزائري في القانون 08-09 إذ أصبح يقر بها صراحة.

وبناء على كل ما تقدم يتضح أن نظام التحكيم هو نظام قائم بذاته، وله إجراءات دقيقة تشبه كثيرا الإجراءات المفروضة في القضاء، وبالتالي له فعالية من حيث اللجوء إلى إدراجه في عقودهم، لأنه أصلا يقوم على مبدأ الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق، وكذا أنه مستقل عن العقد الأصلي هذا هو الأمر الذي يدفع المتعاملين التجاريين لاختياره كطريق بديل لحل نزاعاتهم.

وعليه يجب على الجزائر أن تجدد تشريعاتها الداخلية المنظمة التحكيم، لأنه أصبح من الناحية الواقعية هو النظام الأكثر فعالية على العقود الدولية، لذا وجب علينا تقديم بعض الاقتراحات :

1- الملاحظ أن صياغة المادة 1039 ق.ا.م.ا.ج باستعمالها عبارة "المصالح الاقتصادية" جاء في محلها كونها عبارة أوسع وأشمل من عبارة "مصالح التجارة الدولية"، لأن الاقتصاد يشمل التجارة والصناعة والخدمات. غير أن عبارة لدولتين على الأقل تثير

غموض إذ يفهم منها أن التحكيم الدولي ينحصر في الدولة كشخص عام ولا ينصرف إلى الأشخاص الخاصة، رغم أن الواقع يثبت أن الأشخاص المعنوية الخاصة أي الشركات هي الأكثر لجوء للتحكيم لتسوية نزاعاتها خاصة في مجال الاستثمار و منه على المشرع الجزائري تفسير هذه العبارة

2- كان بإمكان المشرع أن يوضح موقفه صراحة تجاه مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، حتى لا يحتج أي أحد عن عدم وجود إحدى أسباب الانقضاء المعروفة في القانون المدني لأن المشرع حدد البطلان فقط.

3- كان من الأفضل أن يوضح الشخص الذي سيتولى مهمة التحكيم، بحيث ينظم له نصوص خاص به أكثر مما هو موضح، فيبين من خلالهم شروط محددة يجب إتباعها كما نظم مهام قانونية أخرى.

4- لم يحدد ميعاد معين تحت طائلة الرفض وجب احترامه عند تقديم طلب المساعدة من القضاء التعيين المحكمين، حيث ترك المشرع الحرية للأطراف في تحديد الميعاد و ذلك بقراءة المادة 1041 ق.ا.م.ا.ج من الأحسن تحديد مدة معينة يتم خلالها اللجوء إلى طلب المساعدة القضائية في تعيين المحكمين.

5- لم ينص المشرع الجزائري على الإجراءات التي يتم بها تعيين المحكمين.

6- ذكر المشرع الجزائري مصطلح القواعد القانونية وكذلك الأعراف، فنرى أنه لا جدوى من ذكر المشرع هذين المصطلحين معا، لأن الأعراف ويقصد بها الأعراف التجارية الدولية تدخل في زمرة القواعد القانونية

7- فيما يخص تسبيب الحكم التحكيمي لم يلق هذا الشرط الإجماع لدى الفقه الجزائري، بحيث أن البعض انتقد إدراجه ضمن الطعن ضد الحكم التحكيمي و يدعو إلى إلغائه.

8- و نرى ضرورة مراقبة حسن اختيار الهيئة التحكيمية للقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، خاصة فيما يتعلق بالمؤسسات الاقتصادية الوطنية عند تعاقدها مع الشركات الأجنبية، لأن إعطاء السلطة والحرية للمحكم في اختيار القانون المناسب عند غياب دور الإرادة لا يخلو من خطورة الانحياز لقانون معين قد لا يخدم مصلحة هذه المؤسسات الاقتصادية الوطنية.

9- وضع تقنين خاص للتحكيم التجاري الدولي الجزائري و التميز بين التحكيم الداخلي و الدولي على غرار المشرع المصري.

10- إنشاء هيئة دولية لمراقبة صحة الأحكام التحكيمية و الاعتراف بها و تنفيذها، على غرار وجود اتفاقية دولية بشأن الاعتراف و تنفيذ الأحكام التحكيمية الاجنبية.

و أخيرا نستخلص مما سبق دراسته أن التحكيم التجاري الدولي هو بلا شك قضاء أصيل، ذلك أنه الحل الأمثل للخصومات بين اقتصاديات الدول إلا عن طريق اللجوء إلى النظام التحكيمي، ولا يستقيم هذا الأخير إلا بضمان استقلاليته التامة عن تشريعات الدول المتخاصمة، وذلك باختيار المحكم الكفء والنزيه والبعيد عن التأثيرات الخارجية والمشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 كرس استقلالية المحكمة التحكيمية تماشيا مع المعمول به دوليا على مستوى التنظيمات التجارية أو التشريعات المقارنة، وترك الأطراف الخصومة الحرية الكاملة في وضع القانون الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة وعلى موضوعها، بل كان أكثر تماشيا مع مبدأ سلطان الإرادة. وان كان يعيب على المشرع أنه لم يبين لنا بالتفصيل إجراءات الخصومة، حيث أن أغلب النصوص جاءت بشكل عام، لأنه رغم وجوب الركون إلى إرادة الأطراف، كان عليه وضع إجراءات التحكيم، حتى إذا اختار الأطراف نصوص التحكيم التجاري الدولي الواردة في التشريع الجزائري أمكن إيجاد ما يمكن تطبيقه، أو على الأقل إمكانية المفاضلة مع إجراءات التحكيم المختلفة من طرف محكمة التحكيم في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق.

قائمة المصادر و
المراجع

قائمة المصادر و المراجع :

المصادر :

أولا : المراسيم و القوانين

أ-المراسيم الرئاسية :

- مرسوم رقم 88-233 الموافق له 5 نوفمبر 1988 يتضمن انضمام الجزائر بتحفظ الى اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف و تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية لسنة 1958 الصادرة عن مؤتمر الأمم المتحدة نيويورك في 10 جوان 1958: چار عدد 48، 23 نوفمبر 1988
- المرسوم 384 / 63 المؤرخ في 1963/ 09 / 14 المتضمن الاتفاق الجزائري الفرنسي حول التحكيم او ملحق خاص بنظام التحكيم المدرج في باريس بتاري/ 06 /196326 الجريدة الرسمية الجزائرية العدد 67 مكرر بتاريخ 1963 / 09 / 17 ، السنة الثانية
- المرسوم الرئاسي رقم 233 / 88 مؤرخ في/ 11 / 05 1988 الذي يتضمن المصادقة و بتحفظ على اتفاقية نيويورك 1958 بشان الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية جريدة رسمية عدد 48 سنة 1988
- قانون 18/88 المؤرخ في 10 يوليو عام 1988 المتعلق بالمصادقة على اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 28 الصادرة بتاريخ 13 يوليو 1988 ص 1028
- المرسوم الرئاسي رقم: 34695 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، المتضمن المصادقة على اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الصادرة بتاريخ 05 نوفمبر 1995، العدد 66
- والمرسوم رقم: 48/2011 المؤرخ في 2011/01/13 ،الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية الصادرة بتاريخ 2011/01/14 منشور على الموقع الرسمي لوزارة العدل الفرنسية

ب-المراسيم التنفيذية:

- المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 1993 / 4 / 25 ، المعدل للأمر 154 / 66 المؤرخ في 1966 / 06 / 08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، جاء. رقم 27، سنة 1993.

- المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05 اكتوبر 1993، المتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 64 سنة 1993، ص 3-10
- مرسوم تشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 25 أفريل 1993 يتعلق بتعديل قانون الإجراءات المدنية، جير عدد 27 سنة 1993.
- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، ج ر عهد 21 سنة 2008.

ج- القرارات :

- قرار المحكمة العليا ،الجزائرية بتاريخ 12 ديسمبر2002 قضية رقم 31212 مجلة المحكمة العليا،العدد الثاني،2006.

المراجع :

أولا : الكتب

1. أبوزيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981
2. احمد أبو الوفا، عقد التحكيم، واجراءاته، دار المطبوعات الجامعية، االسكندرية، 2007
3. أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية – دراسة مقارنة. الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006
4. اسد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم وإجراءاته (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، طبعة الأولى، 2011
5. اسعد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم واجراءاته (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، طبعة أولى، سنة2011، ص90
6. اسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي. البداية والنهاية ، دار عالم الكتاب ، دمشق 2003.
7. حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار الحومة للطباعة والنشر، الجزائر ط1 ، 2010

8. حسن، علي عوض: التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية التجارية. دون طبعة . الاسكندرية. دار الفكر الجامعي. 2001
9. خالد محمد القاضي ، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الأولى،.2002 ،مصر.
10. خالد ممدوح، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، سنة 2008،
11. درياد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، لبنان ، ط1، 2006
12. الرفاعي، أشرف عبد العليم: النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي. دراسة فقهية قضائية. دون طبعة. الاسكندرية. دار الفكر الجامعي. 2003
13. زهر بن سعيد، كرم زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي –دراسة مقارنة–، دار الفكر الجامعي، 2010
14. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، منشأة المعارف، ب س ن
15. شارل روسو، القانون الدولي العام، ترجمة شكر االله خليفة وعبد المنعم سعد، دار الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت .302 .
16. شريف الطباخ، التحكيم إجباري و الإختياري في ضوء الفقه و القضاء، دار الفكر و القانون،2008
17. صادق، هشام: تنازع الإختصاص القضائي الدولي. دون طبعة. الإسكندرية. منشأة المعارف .دون سنة نشر
18. صالح محمد محمود بدر الدين، التحكيم في نزاعات الحدود الدولية، دار الفكر العربي، مصر ،1991.
19. طه أمحد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ط 2008 ،ص ص 458 – 459
20. عبد الحميد الاحدب، موسوعة التحكيم (وثائق تحكيمية) ، منشورات الجلبي الحقوقية، بيروت، ط1 ،2008.

21. علاء محي الدين ، صطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة،2008.

22. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، ،2008

23. عمارة بلغيث، الوجيز في الإجراءات المدنية، دار العلوم،الجزائر، ،2002

24. فوزي محمد سامي – التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة في أحكام التحكيم التجاري الدولي. دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان 2008

25. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، االصدار الثالث، دار الثقافة للنشر و التوزيع

26. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لاحكام التحكيم التجاري الدولي،الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، .2008.

27. قادري عبد العزيز، استثمارات دولية، دار هومة الجزائر، الطبعة الثانية،2006

28. قدري محمد محمود ،التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية ،دار الصميعي، الرياض ،2009

29. كمال عليوش قربوع، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر 2001.

30. محمد شهاب،أساسيات التحكيم التجاري الدولي"و القوانين و الاتفاقيات المنظمة للتحكيم عربيا و عالميا"،الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، ، .1998ص

31. محمود السيد التحيوي، تنفيذ حكم المحكمين، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006

32. محمود السيد عمر التحوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار الفكر الجامعي، مصر، 2014

33. مراد حمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دراسة مقارنة، عمان، الأردن، ط 2010

34. منافي فراح، لتحكيم طريق بديل لحل التراعات، حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، طبعة .2010
35. منير عبد المجيد ، لأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي – منشأة المعارف الاسكندرية
36. منير عبد المجيد، ألسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي في القانون الخاص، منشاة المعارف بالإسكندرية،2002
37. منير عبد المجيد، الاسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي في القانون الخاص، منشأة المعارف بالاسكندرية، 2002
38. منير محمد الجنبيهي، ممدوح الجنبيهي، الاعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية و انفاذها، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،2005
39. نجيب أحمد عبدالله ثابت الجبلي،التحكيم في القوانين العربية – دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية المكتب الجامعي الحديث للنشر، الإسكندرية 2006.
40. هاني سري الدين، التحكيم التجاري الدولي – دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2005
41. هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2005

ثانيا : المذكرات

أ. أطروحات الدكتوراه

1. زيروئي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتوراه دولة الجزء الثاني كلية الحقوق جامعة الجزائر السنة الجامعية 1990/ 1991
2. سليم بشير ، الحكم و الرقابة القضائية ، الحكم التحكيمي و الرقابة القضائية ، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، 2011
3. الطيب زيروئي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، ج2، جامعة الجزائر، 1991

ب. رسائل الماجستير

1. أحمد بوخلخال، نظام تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي و تطبيقاته في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر، 2012-2013.
2. بكلي نور الدين، اتفاق التحكيم الدولي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر،1995-1996 .
3. بوكريطة موسى، القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي وفق القانون الجزائري، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2012 ،ص، ص126 – 127
4. جارد محمد، دور الادارة في التحكيم التجاري الدولي ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، 2010
5. عبد الوهاب عجيري، شرط التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سطيف2، 2014-2015
6. محمد بواط ، التحكيم في حل النزاعات الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، جامعة حسيبة بن بوعلي –الشلف ، 2008
7. نور الدين الكلي، اتفاق التحكيم الدولي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، 1996
8. يساد خالد، فض المنازعات الاستثمارية و حتمية اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، جامعة مستغانم، 2011

ج – رسائل أخرى :

1. حمدوني عبد القادر ، التحكيم التجاري الدولي و تطبيقاته على ضوء القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، جامعة أبة بكر بلقايد –تلمسان ، 2015

ثالثا : المقالات و المجلات :

1. بركاني عمر، شروط صحة اتفاق التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، مداخلة بالملتقى الوطني للتحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، مارس 2011.

2. بن عصمان جمال، الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية و تنفيذها في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإجرائية الجديد، مجلة دراسات قانونية، العدد الثامن، 2010
3. عبد العزيز خنفوسي، القواعد الإجرائية التي تحكم مسألة االعتراف بالأحكام التحكيمية و انفاذها و الطعن فيها طبقا للتشريعات المقارنة، مجلة الفقه و القانون، العدد الثالث، 2013
4. عبد العزيز خنفوسي، القواعد الإجرائية التي تحكم مسالة الإعتراف بأحكام التحكيم و انفاذها و توجب الطعن فيها طبقا للتشريعات المقارنة، مجلة الفقه و القانون، العدد الثالث، يناير ، 2013
5. عبد العزيز خنفوسي، القواعد الإجرائية التي تحكم مسالة الاعتراف و تنفيذ الأحكام التحكيمية، مجلة الفقه و القانون، العدد الثالث،2013
6. عجة الجيلالي، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2006
7. مجلة التحكيم العربية، بريوت سنة 2010 ،العدد7 ،ص 745 ،
8. نادية والي، الأليات القانونية المكرسة لنظام التحكيم التجاري الجزائري، مجلة المعارف السنة الخامسة العدد التاسع، ديسمبر 2010

المراجع باللغة الأجنبية

1. article 1458/2 du code procédure civile français : "Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle."
2. Philipe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, traité de l'arbitrage commercial international, édition litec, Delta paris, 1996, pl17.
3. Mohamed Bedjaoui, l'évolution des conceptions et de la pratique algérienne en matière d'arbitrage international, séminaire sur l'arbitrage commercial international, Alger le 14-15
4. Constantes et changement dans la conception algérienne de la décentralisation, revalg , n3.2010, p30

5. Arbitrage International et le nouveau droit Algérienne Edictée par la chambre nationale de commerce et d'industrie Octobre 1993, n°05.page 08., « Mutation , revue trimestrielle

الفهرس

الفهرس :

العنوان	الصفحة
بسملة	
شكر و تقدير	
اهداء	
مقدمة عامة	07
الفصل الأول : ماهية التحكيم التجاري الدولي	
تمهيد	14
المبحث الأول : ماهية التحكيم	15
المطلب الأول : تعريف التحكيم الدولي	15
الفرع الأول : مفهوم التحكيم لغة و إصطلاحا و تشريعيا	16
الفرع الثاني : نبذة تاريخية عن التحكيم الدولي في العصور القديمة	21
المطلب الثاني : الأساس القانوني للتحكيم التجاري الدولي	26
الفرع الأول: أساسه في الاتفاقيات الدولية و قواعد التحكيم الخاص بلجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي UNCITRAL	26
الفرع الثاني : أساس التحكيم في الاتفاقيات الإقليمية والتشريعات الوطنية	31
المبحث الثاني : موقف المشرع الجزائري من التحكيم التجاري الدولي	33
المطلب الأ ول: الاعتراف و تنفيذ حكم التحكيم الدولي في التشريع الجزائري	34
الفرع الأ ول: شروط الاعتراف و تنفيذ القرارات التحكيمية الدولية في التشريع الجزائري	36
الفرع الثاني: استصدار الأمر بتنفيذ القرار التحكيمي الدولي	42
الفرع الثالث: طبيعة الأمر بالتنفيذ	44
المطلب الثاني: التحكيم فى اطار اختيار الخصوم و مبدأ تنازع القوانين	46
الفرع الأول: التحكيم فى اطار اختيار الخصوم	46
الفرع الثاني : التحكيم وفق الأعراف التجارة الدولية	56
خلاصة	60
الفصل الثاني : إجراءات التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري	
تمهيد	63

الفهرس :

المبحث الأول : التحكيم التجاري الدولي في الجزائري (أحكام التحكيم و طرق الطعن	64
المطلب الأول : التحكيم الدولي في الجزائر	64
الفرع الأول : الإطار التشريعي للتحكيم الدولي في الجزائر	64
الفرع الثاني: مضمون اتفاق التحكيم الدولي في الجزائر.	66
المطلب الثاني : طرق الطعن في الحكم التحكيمي التجاري الدولي	68
الفرع الأول :طرق الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري	68
الفرع الثاني : الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر	71
المبحث الثاني :الأساس القانوني للتحكيم التجاري الدولي في الجزائر	77
المطلب الأول : موقف المشرع الجزائري من التحكيم التجاري الدولي	77
الفرع الأول : تذبذب موقف المشرع الجزائري من التحكيم التجاري الدولي	77
الفرع الثاني : تكريس نظام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر	83
المطلب الثاني : اتفاق التحكيم كأساس للتحكيم التجاري الدولي	85
الفرع الأول : ت\اعريف اتفاق التحكيم و صور اتفاق التحكيم	85
الفرع الثاني : الشروط والأركان الواجب توافرها في اتفاق التحكيم	89
الفرع الثالث : آثار اتفاق التحكيم	93
خلاصة	105
خاتمة عامة	107
قائمة المصادر و المراجع	112
الفهرس	

ملخــص:

يعتبر التحكيم عدالة خاصة وبمقابل، تهدف إلى حل النزاعات التجارية على المستوى الدولي والتي تم تقديمها من الأطراف المتنازعة، وكل هذا في إطار احترام مبادئ القانون،إذ أنه يتميز بآليات لحل المنازعات منها: – التحكيم رضائي (يتم تعيين وقبول المحكم من الأطراف المتنازعة) – التحكيم إجراء خاص – ينتهي التحكيم بقرار نهائي وتنفيذي يحدد حقوق والتزامات الأطراف وفي حالة امتناع احد الأطراف عن الالتزام بحكم التحكيم فيمكن للطرف الثاني اللجوء إلى السلطة العامة. يعبر التحكيم عن الرضا الصريح لأطراف النزاع، ويعود نجاحه على المستوى الدولي إلى سرعة الإجراءات التي يتميز بها مقارنة مع القضاء العادي، إضافة إلى انه تعبير عن التوازن بين القطاع الخاص والقطاع العام الذي يضمن فعاليته. يجب تمييز التحكيم التجاري الدولي عن التحكيم الوطني وذلك لكون التحكيم الوطني يخضع لقواعد التشريع الوطني دون غيرها.

الكلمات المفتاحية :التحكيم ،النزاعات التجارية ،الإتفاقيات الدولية ، المعاهدات

Résumé :

L'arbitrage est considéré comme une justice privée et rémunératrice, visant à résoudre les litiges commerciaux au niveau international qui ont été soumis par les parties en conflit, et tout cela dans le cadre du respect des principes du droit, car il est caractérisé par des mécanismes de résolution des litiges, notamment: – L'arbitrage consensuel (l'arbitre est désigné et accepté par les parties au litige) – L'arbitrage est une procédure privée – l'arbitrage se termine par une décision finale et exécutive qui définit les droits et obligations des parties, et dans le cas où l'une des parties refuse de se conformer à la sentence arbitrale, la seconde partie peut recourir à l'autorité publique. L'arbitrage exprime la satisfaction explicite des parties au litige, et son succès au niveau international est dû à la rapidité des procédures qu'il distingue par rapport à la justice ordinaire, en plus qu'il est l'expression de l'équilibre entre le

secteur privé et le secteur public qui garantit son efficacité. L'arbitrage commercial international doit être distingué de l'arbitrage national, car l'arbitrage national est soumis exclusivement aux règles de la législation .nationale

les mots clés :

Arbitrage, litiges commerciaux, accords internationaux, traités