جامعة عمار ثليجي بالأغواط
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

عنوان المذكرة:

التحكيم التجاري الدولي في الجزائر

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في الحقوق
تخصص عقود و مسؤولية

من اعداد الطالبة:

- مخنث مريم
- صيلع فاطمة الزهراء

تحت إشراف :

– الدكتور ذيب مُحَّد

لجنـــة المناقشة:

د. دمـــــــانة مُحَّد	رئيـسا
د. ذيب مُحَّد	مشرفا
د.ديـــــدوني بلـــقاسم	مناقشا

السنة الجامعية: 2018/2017

كلمة شكر

الحمد و الشكر لله العلي القدير الذي بنعمته تتم الصالات و الذي أنار لي طريق العلم و الصلاة و السلام على أمير الأنبياء و المرسلين محمد عليه أفضل الصلوات و أزكى التسليم :

أتوجه بخالص الشكر و الإمتنان إلى من يتوج باسمه هذه الصفحة إلى الأستاذ المشرف الذيب محمد الذي أكن له أسمى معاني الإحترام و التقدير مع تحية إجلال و تقدير لكل أساتذة كلية الحقوق .

دون أن أنسى كل من ساعدني من بعيد أو قريب في إتمام بحثي هذا فأسأل الله أن يجازيهم ما يجزي عباده المخلصين.

فاطمة الزهراء - مريم

إهداء

بسم الله الرحمان الرحيم

والصلاة والسلام على أشرف المرسلين أما بعد:

أهدي ثمرة جهدي إلى من الجنة تحت أقدامها، وإلى من سقتني بدمها، وإلى من كانت الفخر الذي لا يفنى، والتي لا تنساني بدعواتها، أمي.

إلى من كان الموجه والمدبر وكان السبب في نجاحي بعد الله سبحانه وتعالى، ومن منحني الثقة في نفسي، أبي.

كما أهدي إلى رفيقة دربي إيناس .

وكل عائلتي الكريمة صغيرا و كبيرا .

وإلى كل من لم ينساه قلبي ونسيه قلمي.

فاطمة الزهراء

إهداء

إلى فاطر السموات والارض إله الكون فالق الحب والنوى خالقي الله جل جلاله ،إلى أعظم من بعث في هذه الارض قدوتي وقدوة كل البشر حبيبي الأمين عليه أزكى الصلاة والتسليم .

إلى التي لو قدمت روحي فداها ما وفيتها حقها ،إلى من غمرني حبها وحنانها فكانت أحق الناس بصحبتي أمي الغالية حفظها الله وأطال عمرها .

إلى كل من تجرع المر كي يضيقني العسل،إلى من كد كي أستريح ،إلى من وطئ الاشواك حافيا ،إلى من نطمح إليه أبي العزيز رحمه الله .

إلى سندي في هذا الحياة زوجي الغالبي.

إلى كل من قاسمني حنان أمي وأبي :إخوتي رضوان و فاطمة و هيبة حفظهم الله .

إلى من جمعني بهم ذكر الله فغرس حبهم في قلبي وقضيت معهم اروع ايام حياتي ،إلى صديقاتي جميعا وخاصة "خيرة ، صباح ، مريم .

وإلى كل من نسيهم قلمي ويتذكرهم قلبي .

تعتبر التجارة الدولية من الركائز الأساسية لتسير عجلة الاقتصاد الدولي في الوقت الحاضر، وقد إزدادت وتنوعت بإزدياد حركة التجارة بين الدول على إختلاف أنظمتها القانونية والسياسية، والناتج عن التحرر والإنفتاح الساسي، كما تعتبر إتفاقية (الجات) وما نتج عنها من قيام منظمة التجارة العالمية لدليل على تحرير التجارة من القيود والعوائق المصطنعة التي حدت من إتساعها.

كان عقد البيع الدولي أهم وسيلة تتم بها العمليات التجارية الدولية، لكن تطور الاقتصاد الدولي أدى إلى إستحداث موضوعات جديدة وخلق علاقات إقتصادية واجتماعية جديدة، لهذا كان لزاما على الدول، إيجاد صيغ قانونية جديدة لمواجهتها واحتواء هذه التغيرات والموضوعات، من هنا ظهرت أنواع جديدة من العقود يختلف موضوعها عن موضوع العقود التقليدية التي نظمها القانون المدني، وجرى العرف الدولي على إرساء قواعدها. فظهرت عقود الإمتياز التجاري، وعقود المشاركة المشتركة للقيام بأنواع من الأعمال، وعقود بيع الخدمات مثل عقود بيع الخدمات المالية والخدمات الإستشارية والإدارية، وعقود القروض الدولية، وعقود تأمين النقل وغيرها من الأشكال التعاقدية الأخرى، وكثيرا ما تنتج عن هذه التعاقدات الكثير من النزاعات أغلبها متعلق بتنفيذ العقد او تفسيره.

يعتبر القضاء الطريق الطبيعي لفض المنازعات التي تثور بين الأفراد، وإقرار العدالة في المجتمع، ولكن مع تطور الحياة الاقتصادية، والتغيير في أنماط العلاقات التجارية، ظهرت وسائل أخرى اختيارية يلجأ إليها الأطراف بمحض إرادتهم لفض المنازعات التي تنشأ بينهم بدلا من لجوئهم إلى نظام التقاضي أمام المحاكم التي تنظمها الدولة.

ومن أهم هذه الوسائل الاختيارية، نظام التحكيم، فقد ارتبط التحكيم في الفترة الأخيرة بفكرة التنمية الاقتصادية وجذب الاستثمارات الأجنبية باعتباره الوسيلة المثلى لحسم المنازعات على الصعيد الدولي، لما يحمله من مميزات لا تتوافر في قضاء الدولة، أهمها: بساطة وسرية الإجراءات وسرعتها، وإعطاء الحرية للأطراف في اختيار محكمين لهم خبرة في مجال النشاط الذي يتعلق به النزاع، وتوفير الثقة والطمأنينة للمستثمرين الأجانب.

وقد أبرم بشأن التحكيم العديد من الاتفاقيات الدولية، وأنشئت له الكثير من المراكز الدولية التقديم الخدمات التحكيمية، كما عنى المشرع في مختلف الدول على وضع تنظيما عامة له، ومن بينها المشرع الجزائري.

ويعرف التحكيم بأنه الطريقة التي يختارها الأطراف لفض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ عن العقد المبرم بينهما و ذلك بغرض النزاع على أشخاص يسمون محكمين و يتولى المحكم أو المحكمون البت في النزاع المعروض عليه من خلال إصدار حكم تحكيمي ملزم .

التحكيم قضاء مرن في إجراءاته يخول أطراف أمكانية الاتفاق على القانون الذي يحكم إجراءات و كذلك القانون الذي يحكم موضوع انزاع كما أنه يكفل لهم السرعة التي تقتضيها التجارة بكل عام و يضمن لهم السرية أيضا و امام هذه المزايا و غيرها اصبح التحكيم احد اهم ضمانات الاستثمار اذ لا تكاد عقدا من هذه العقود الدولية إلا و تضمن شرطا تحكيما .

لكن تمتع التحكيم بهذه المزايا لا يعني إستقلاله عن القضاء بشكل عام و ذلك بأن المحكم لا يتمتع بسلطة الإجبار محتكرة من طرف قضاء الدولة و عليه بإن التحكيم سيظل بحاجة إلى القضاء و ذلك بجميع مراحله.

الإشكالية :

مما سبق يمكننا طرح الاشكالية التالي :

في أي ظل قانون عالج المشرع الجزائري التحكيم التجاري الدولي ؟

و يقودنا هذا الأخير إلى طرح تساؤلات فرعية و التي تكون كالآتي:

- ما هو مفهوم هذا النظام البديل؟
- كيف أصبح الوسيلة الأولى دوليا لحل النزاعات خاصة التجارية منها؟
- ماهي إجراءات تحريك دعوى التحكيم التجاري الدولي إلى غاية تنفيذه؟

المنهج المتبع في الدراسة:

و لدراسة هذا الموضوع استخدمنا منهجين استعملنا المنهج الوصفي في تحديد مفهومه و ابراز مميزاته و المبادئ التي يقوم عليها و تحديد انواعه، و المنهج الثاني الذي استخدمناه من خلال تحليل مختلف احكام و قواعد التحكيم التجاري الدولي الذي نظمها المشرع الجزائري و مختلف القوانين الوضعية الاخرى كون هذه الدراسة لا يمكن ان تقتصر على نظام قانوني معين

أسباب اختيار الموضوع :

أسباب موضوعية :

ويعد السبب الأول لاختيار هذا الموضوع هو أنه في صلب التخصص، وكذا الرواج الكبير الذي يعرفه نظام التحكيم خاصة في هذه الفترة حيث برزت أحداث دولية كانت الجزائر في بعض الحالات طرفا فيها، وموضوع هذه الأحداث هو التحكيم التجاري الدولي، مما جعل هدفنا هو محاولة تحديد مفهوم التحكيم التجاري الدولي ونظامه القانوني.

أسباب ذاتية :

جاء إختيارنا لهذه الموضوع لاهتمامنا الشخص بموضوع التحكيم التجاري و التعمق أكثر فيه و محاولة الإلمام به قدر الإمكان.

الدراسات السابقة:

ان الدافع و المبرر الى دراسة موضوع التحكيم التجاري الدولي هو ان ما نلاحظه في الوقت الراهن لا يكاد يخلوا عقد من عقود التجارة الدولي من شرط التحكيم و بالتالي جاءت دراستنا لهذا الموضوع من اجل فهم اسباب و دوافع ذلك

ولتحقيق الهدف المبتغى لهذه الدراسة ارتئينا تقسيم خطة البحث إلى فصلين :

– **الفصل الأول:** الأحكام العامة للتحكيم التجاري الذي سنتناول فيه ثلاث مباحث حيث تناول المبحث الأول مفهوم التحكيم التجاري الدولي وطبيعته القانونية ومبادئه والمبحث

الثاني جاء بعنوان دولية التحكيم والاحكام الخاصة به والاتفاقيات الدولية، والمبحث الثالث فتطرقنا من خلاله إلى الاتفاقيات الدولية منصة للحكيم التجاري الدولي .

– **الفصل الثاني:** دور قضاء التحكيم في حل منازعات التجارة الدولية والذي قسمناه إلى ثلاث مباحث المبحث الأول: إجراءات وشروط رفع الدعوة أما قضاء التحكيم والمبحث الثاني : القانون الواجب التطبيق أمام قضاء التطبيق التحكيم ، وأخيرا المبحث الثالث طرق الطعن في حكم التحكيم .

تمهيد :

لتقديم شرح أكثر حول التحكيم التجاري الذي هو صلب الدراسة يتطلب في بداية الأمر التطرق على الأحكام الخاصة للتحكيم التجاري و عليه سنتناول إبراز تلك الأحكام من خلال تقسيم الفصل إلى مبحثين :

- المبحث الأول : الأحكام العامة للتحكيم التجاري الدولي.
- المبحث الثاني : دولية التحكيم و الأحكام الخاصة بها.

المبحث الأول: الأحكام العامة للتحكيم التجاري:

لابد قبل بدء أي بحث تحديد مفهوم الموضوع البحث، وبما أن بحثنا ينصب على التحكيم سوف نحاول تعريفه وبما أنه نظام بديل لتسوية المنازعات قد يختلط بغيره من الأنظمة المشابهة لذا سوف نميزه عنها (المطلب الأول)، وكذا الطبيعة القانونية له (المطلب الثاني) وأنواعه (المطلب الثالث) وماهي الأسباب التي جعلت منه الوسيلة الأولى في حل النزاعات التجارية الدولية (المطلب الرابع).

المطلب الأول: تعريف التحكيم، وتميزه عن غيره من الأنظمة المشابهة

سنتناول في هذا المطلب تعريف التحكيم التجاري الدولي في الجزائر وتعريفه من الناحية التشريعية و القضائية والفقهية و سنحاول تمييزه عن هذه الأنظمة القانونية المشابهة له

الفرع الأول: تعريف التحكيم التجاري الدولي في الجزائر

أولا: التحكيم في القانون الجزائري :

التحكيم في القانون التجاري هو اتفاق الاطراف على عرض نزاع ناشئ عند تنفيذ عقد سابق بينهما الى هيئة تحكيمية للفصل فيه بديلا عن القضاء العمومي و الدافع هو ممارسة حرية منحها المشرع للاشخاص في اختيار حكم يفترضون فيه الأمانة و الكفاءة القانونية للحكم بالعدل في النزاع و تفاديا من جهة اخرى للإجراءات الشكليات المتبعة امام القضاء العمومي

و يشمل التحكيم في القانون الجزائري جميع النزاعات ايا كان نوعها باستثناء القضايا التي تمس النظام العام كالقضايا التي تخص تطبيق قانون العقوبات.

ثانيا: التحكيم في التشريع :

نجد انه لم تنص التشريعات الحديثة للتحكيم لتحديد ما المقصود بالتحكيم بشكل مباشر و لعل ذلك راجع الى ان اغلبية هذه التشريعات استوحى من القانون النموذجي للتحكيم و الذي جعل عدم تعريف التحكيم احتراما منه للخلافات الوطنية بشان تحديد مفهوم التحكيم .

ثالثا: التعريف الفقهي :

اهتم الفقه المشتغل بالتحكيم فنجد عدة تعاريف مختلفة لكنها متشابهة في مضامينها وغاياتها فنجد الفقه عرفه :بانه نوع من العدالة الخاصة الذي يتم وفقا له اخراج بعض المنازعات من ولاية القضاء العادي ليعهد بها الى اشخاص يختارون للفصل فيها .

وبالرغم من هذه التعاريف الفقهية للتحكيم و تعددها فانها تصب في معين واحد و تدور حول جوهر أساسي يتبلور بأن التحكيم هو أسلوب خاص مبتكر للوقوف على نزاعات وتسويتها بعرضها على محكمين .

رابعا : التعريف القضائي :

عرف بأنه عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين بإختيارهما أو بتفويض أو على ضوء شروط يحددانها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نهائيا.

وهو إتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصل فيه دون المحكمة المختصة .

الفرع الثاني: تمييز التحكيم عن غيره من الأنظمة المشابهة

قد يختلط التحكيم كوسيلة من وسائل فض المنازعات في كونه إنابة فرد أو هيئة في فض المنازعات الفردية أو الدولية، بغيره من الوسائل ذات الصلة بفض المنازعات، ولهذا سنحاول تمييزه عن ما يختلط معه أو يشتبه به من الأنظمة الأخرى، وقد اخترنا من بين الأنظمة المشابهة التحكيم والصلح) أولا (التحكيم والخبرة) ثانيا، ثم التحكيم والوكالة) ثالثا، وفي الأخير التحكيم، والتوفيق).

أولا: التحكيم والصلح:

الصلح هو وسيلة لتسوية المنازعات بين الأفراد والجماعات، وبمقتضاه يحسمون خلاف عن طريق نزول كل منهم عن بعض أو كل ما يتمسك به قبل الآخر [1].

ومن خلال التعريف السابق للتحكيم، نلاحظ أن الصلح يلتبس بالتحكيم بأن كلا منهما يقصد به حسم الخصومة دون استصدار حكم قضائي، كما يتفق الصلح من حيث

[1] خالد عبد العظيم أبو غابة مرجع سابق ، ص 20

النطاق مع التحكيم، حيث أنهما يقتصران على المنازعات التي يكون موضوعها حقوق مالية لا تتعلق بالنظام العام، فالقاعدة أنه لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح.[1]

ويختلف التحكيم عن الصلح في كون أن الصلح يعد نظاما اتفاقيا بتا، أما التحكيم فهو رضائي فقط في أساسه، أي من حيث حرية اللجوء إليه، أو عدم اللجوء إليه، كما أن الذي يبت في النزاع التحكيمي هم المحكمون، أما في الصلح فهم أطراف الخصومة أنفسهم[2].

كما أن عقد الصلح غير قابل للتنفيذ في ذاته، ما لم يتم في صورة عقد رسمي، أو يتم أمام المحكمة، بينما في التحكيم يصدر المحكم حكما قابلا للتنفيذ باتباع القواعد العامة وبعد الحصول على الأمر بتنفيذه، ومن ناحية أخرى فإن حكم المحكم قد يقبل الطعن بطرق الطعن المختلفة، بينما عقد الصلح يلزم أطرفه، وغير قابل للطعن بالطرق المقررة بالنسبة للأحكام، وإن كان قابلا للبطلان والفسخ[3].

هذا ويلاحظ أن الصلح يتم بين أطراف الخصومة أنفسهم وكل طرف يقف عند حقه أو بالتنازل عن جزء منه، وبهذا يكون قرار الصلح معلوما قبل تمامه، بينما في التحكيم يقوم المحكم بدور القاضي، ولا يمكن للخصوم معرفة محتوى الحكم قبل أن ينطق به المحكم.

ثانيا: التحكيم والخبرة

الخبرة بمعناها القانوني تتمثل في مجرد إبداء الرأي والمشورة، من متخصص لمن يطلبها دون التزام هذا الأخير بإتباعها، وهي في جميع الأحوال ليست أكثر من دليل من أدلة الإثبات، التي تتوقف جميعها على تقدير من يتولى الفصل في القضية، قاضيا كان أو محكما[4] ، وتتميز هذه الوسيلة كغيرها من بقية الوسائل بأنها أقل تكلفة وأسرع من التحكيم وتقرير الخبير ينفذ من قبل المحاكم ولا يقبل الاستئناف، لأنه مبني على عناصر النزاع الواقعية دون النظر إلى عناصره القانونية، ولكن يمكن مداعاة الخبير بسبب الإهمال [5].

[1] - قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، بدون سنة النشر ص.26

[2] صديق بغداد، اتفاقية التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الجزائري والقضاء التحكيمي، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق 2002، ص21

[3] كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، مصر، الطبعة الأولى 1991، ص 72.

[4] قمر عبد الوهاب، مرجع سابق ، ص 31.

[5] سوالم سفيان، الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق 20142013 ، ص 30.

لكن يبقي رأي الخبير مجرد رأي استشاري للمحكم أو للقاضي الأخذ به أو تركه، أما حكم المحكم فإنه إذا ما صدر صحيحا كان ملزما للخصوم حتى وإن خالف رغباتهم وأهواءهم الشخصية [1].

ويختلف التحكيم عن الخبرة، في كون أن مهمة الخبير منحصرة في إبداء رأي فني في مسألة محددة، في حين أن مهمة المحكم تتمثل في حسم النزاع المطروح عليه، كما أن المحكم لا يؤدي اليمين القانونية، لأن ثقة الخصوم به هي التي أدت إلى اختياره، في حين أن الخبير يؤدي اليمين أمام القضاء بمقتضى النصوص القانونية [2].

كما أنه في بعض المسائل لا يجوز تعيين محكم، مثل المسائل الجنائية، بينما يجوز انتداب خبير في القضايا الجنائية، وتأتي الصعوبة عمليا من أن المحكمين غالبا ما يكونون خبراء أيضا، مما يؤدي بنا إلى تفسير اتفاقية التحكيم، فإذا كانت هذه الأخيرة تنص على الطابع الإلزامي بقرار فيعد تحكيما، أما إذا كان قراره مجرد رأي استشاري غير ملزم فيعد خبيرا [3].

ونستنتج أنه قد تختلط الخبرة بالتحكيم، ولكن العبرة ليست بالاسم الذي يطلق على الشخص الثالث (خبير أو محكم)، ولكن العبرة بنوع المهمة المسندة إليه، فإذا كانت مهمة الفصل في النزاع فهو محكم، أما إذا كان رأيه مجرد رأي استشاري فهو خبير.

ثالثا: التحكيم والوكالة:

عرف المشرع الجزائري الوكالة بأنها "الوكالة أو الإنابة، هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه" [4].

وعرفت كذلك النيابة من قبل الفقه على أنها "نظام قانوني يعبر عن وسيلة فنية، لإنشاء التصرف القانوني (عقدا كان أو تصرفا انفراديا) بالاستعانة بشخص وسيط وهو

[1] خالد عبد العظيم أبو غابة، مرجع سابق ، ص 19.
[2] بلقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، بحث مقدم لنيل شهادة الماجيستير في العلوم القانونية، تخصص قانون إداري وإدارة عامة، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق، 2011 /2010 ، ص 41. -
[3] صديق بغداد، مرجع سابق ، ص 23.
[4] الأمر 58 / 75 ، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ص 98

النائب على أساس التعاقد، قد لا يقوم به الشخص بالأصالة عن نفسه، ولكن قد يقوم به النائب نيابة عن صاحب الشأن "[1] .

ويتفق التحكيم والوكالة، من حيث أن كلا منهما يعد نوعا من الولاية، وأن الرضا هو المثبت لهذه الولاية، وعليه فإن الوكيل لا يستطيع أن يباشر العمل الموكل به إلا إذا أذن له الموكل وارتضاه، وأن المحكم لا يستطيع أيضا النظر في النزاع المعروض، إلا إذا ارتضاه المحتكمين وفي الحدود المرسومة له من حيث الموضوع والزمان والمكان [2] .

ومما سبق نجد أن التحكيم يختلف عن الوكالة في كون القاعدة أن الوكيل يستمد سلطانه من الموكل، ويملك التنصل من عمل الوكيل إذا خرج عن حدود وكالته، ولا يقوم الوكيل كقاعدة عامة إلا بما يمكن أن يقوم به الموكل، ولكن نرى أن التحكيم مستقل تمام الاستقلال عن الخصوم، فبمجرد الاتفاق على التحكيم تصبح له صفة القاضي، ولا يتمكن الخصوم من التدخل في عمله [3]، كما أن موضوع التحكيم هو تنصيب طرف أجنبي هو المحكم للفصل في النزاع، أما موضوع الوكالة فهو تخويل الوكيل ذاته سلطة النيابة عن الموكل في عمل من الأعمال القانونية [4]، ونستنتج مما سبق أن التحكيم هو تخويل شخص من الغير مهمة الفصل في المنازعة بين الأطراف بحكم ملزم، بينما الوكيل هو شخص ينوب عن موكله الأصيل في القيام بعمل لحسابه.

رابعا: التحكيم والتوفيق:

عرفت الفقرة الثالثة من المادة الأولى من دليل الأونسترال للتوفيق التجاري الدولي التوفيق بصها "لأغراض هذا القانون يقصد بمصطلح التوفيق، أي عملية سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة، أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل، يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر، أو أشخاص آخرين (الموفق) مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة ولا يكون للموفق الصلاحية لفرض حل النزاع على الطرفين "[5] .

[1] بلقواس سناء، مرجع سابق ، ص 16.
[2] خالد عبد العظيم أبو غابة، مرجع سابق ، ص 16
[3] كمال إبراهيم، مرجع سابق ، ص 72
[4] قمر عبد الوهاب، مرجع سابق ، ص 30.
[5] قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي، مع دليل اشتراعه واستعماله، الأمم المتحدة، نيويورك، 2004.

ويعرف التوفيق أيضا بأنه طريق ودي لتسوية المنازعات التي تنشأ بين الأطراف قوامه اختيار أحد الأغيار للقيام بالتوفيق (الموفق)، وصولا إلى حل للنزاع عن طريق التقريب بين وجهات النظر المختلفة، دون أن يمتد دوره إلى اقتراح حل يرتضيانه [1].

ويلاحظ أن الهدف من التوفيق والتحيكم هو حل المنازعات التجارية بين الأطراف على وجه السرعة، ولكن التوفيق خلاف التحكيم، فالتوفيق يهدف إلى مساعدة أطراف النزاع في أن يتوصلوا بأنفسهم إلى حل النزاع من خلال المساعي الحميدة، بعيدا عن شكليات الخصومة، ودون التقيد بالإجراءات والمواعيد المحددة والمنصوص عليها في قانون المرافعات، وذلك حال موافقة الأطراف على إجراء التوفيق[2].

وإجراءات التوفيق لا تعطل حق أطراف في أن يلجؤوا إلى القضاء، بشأن ما هو معروض على لجان التوفيق، ولا يمنع على لجان التوفيق أن تتخذ إجراءات التوفيق حال نظر النزاع أمام المحاكم، ذلك أن ما تنتهي إليه لجنة التوفيق من توصيات، ليست له حجية الأحكام، ولا قوة له في التنفيذ [3] .

وكذلك يختلف هذا النظام عن التحكيم فيما يتعلق بالقرار الصادر، فبينما يتميز قرار المحكم بطابعه القضائي وصفته الملزمة وعدم قابليته للطعن إلا لأسباب محددة على سبيل الحصر، فإن قرار الموفق غير ملزم للأطراف، فيحق لأيهما رفضه أو عدم التقيد به، فما يصدره الموفق هو مجرد توصية أو اقتراح يخضع لتقدير أخير من جانب الأطراف إذا شاءوا وضعوه موضع التنفيذ[4].

ولقد أدت هذه الفروق الظاهرة بين التحكيم والتوفيق إلى التفرقة الحاسمة بينهما، وجعلهما آليتين مستقلتين كل منهما عن الآخر.

وانطلاقا من هذه الحقيقة السابقة شرعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، بعد أن وضعت لائحة التحكيم عام 1972، في وضع لائحة خاصة بالتوفيق اتمتها في 1980[5].

[1] محمد إبراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2005، ص 22
[2] ممدوح طنطاوي، التوفيق والتحكيم ولجان فض المنازعات، نشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2003 ص 110
[3] مرجع نفسه ص 111.
[4] محمد إبراهيم موسى مرجع سابق ، ص 41.
[5] أنظر القرار 52 / 35 الذي اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 04 ديسمبر 1980 المتضمن قواعد الأونسترال للتوفيق، ص 6.

هذا وقد نظمت العديد من المراكز الدولية للتحكيم، آلية خاصة بالتوفيق منها المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار الذي أنشأته معاهدة واشنطن 1965، وكذلك غرفة التجارة الدولية بباريس، التي وضعت لائحة خاصة بالتوفيق وبدأت العمل عليها سنة 1988، ولقد نصت هذه اللائحة صراحة على أن آلية التوفيق، آلية مستقلة تماما عن التحكيم.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري

رغم اتفاق الفقه على اعتبار نظام التحكيم وسيلة لحل النزاعات يحل فيها قرار التحكيم محل الحكم القضائي في تحقيق الحماية للحق المتنازع عليه، إلا أنه قد ثار الخلاف حول الطبيعة القانونية للتحكيم، وذلك بسبب قيام التحكيم على عقد وانتهائه بحكم، فهناك من رأى بأنه ذو طبيعة تعاقدية (الفرع الأول) ومنهم من رأى أنه ذو طبيعة قضائية (الفرع الثاني) ومنهم من رأى أنه ذو طبيعة مختلطة (الفرع الثالث) وهناك أيضا من له رأي بأنه ذو طبيعة مستقلة الفرع الرابع).

الفرع الأول: الطبيعة التعاقدية و القضائية للتحكيم

يرى أنصار هذه النظرية أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية وليس قضاءا بمعنى الكلمة، لأنه عقد رضائي ملزم لجانبين، وأن اتفاق التحكيم من وجهة نظر هؤلاء الفقهاء يستغرق عملية التحكيم برمتها، وأن حكم التحكيم الذي يحتاج إلى القضاء للأمر بتنفيذه مجرد تحديد المحتوى عقد التحكيم بمعرفة غير المتعاقدين وهم هنا المحكمون[1]. وبذلك يكون القرار الذي يصل إليه المحكومون في موضوع النزاع ما هو إلا تطبيق لإرادة المختصين التي تم التعبير عنها باتفاق التحكيم، أي أن عمل المحكم هو تنفيذ شروط التحكيم التي اتفق عليها أطراف النزاع في عقد التحكيم المبرم بينهما.

ويستند أنصار هذه النظرية على أن جوهر عملية التحكيم هو الإرادة الحرة للأطراف في حل نزاعهم بطريق ودي بعيدا عن القضاء، وبهذا فإنهم يخولون المحكم صلاحية الحكم فيه بإرادتهم الحرة، والهدف من ذلك المراد تحقيقه هو مصالح خاصة لأطراف التحكيم[2].

[1] خالد عبد العظيم أبو غابة، مرجع سابق ، ص 29

[2] عباس ناصر مجيد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم التجاري الدولي، مكتبة السنهوري، منشورات زين الحقوقية، بغداد، الطبعة الأولى، 2011، ص 66.

1-نقد النظرية العقدية:

وجهت لهذه النظرية عدة انتقادات منها:

بالغ هذا الاتجاه في دور الخصوم وإرادة الأطراف، فمهمة التحكيم ليست الكشف عن إرادة الخصوم، وإنما هي حل النزاع.

وإذا كان التحكيم أساسه الإرادة، فإن الإرادة الخصوم دور أيضا في رفع الدعوى أمام القضاء، فأحد أطراف الخصوم هو الذي يقيمهما، ولا يحكم إلا بناء على طلب الخصوم وفي حدود طلباتهم، وقد يتفقان على إقامة النزاع أمام محكمة ما، دون المحكمة المختصة أصلا بالنظر في النزاع، أو يتفقان على النزول عن الخصومة أو إيقافها، وإذا كان التحكيم يقوم على إرادة الأطراف، فإنه يقوم أيضا على إقرار المشرع لها[1].

وهذه النظرية عاجزة عن تبرير جواز الطعن على أحكام التحكيم، في القوانين التي تجيز ذلك، فكيف يمكن تبرير جواز الطعن بالاستئناف في عمل عقدي بالرغم من أن الاستئناف لا يوجه إلا لعمل قضائي [2] كما أنه قد يتم تعيين المحكم بواسطة المحكمة أو بواسطة مراكز التحكيم الدائمة التي يلجأ إليها الأطراف، إذ لا يعين دائما بواسطة الأطراف.

أما القضائية اعتنق هذا الاتجاه الفقه الفرنسي، وأغلب الفقه العربي، ومعظم التشريعات الحديثة ويرى أنصار هذا الاتجاه أنه: [3] "إذا كان التحكيم يبدأ بعقد فهو ينتهي بحكم، وإذا كان يخضع لقواعد القانون المدني من حيث انعقاده، فإنه يخضع لقواعد قانون المرافعات من حيث اثاره ونفاذه وإجراءاته، وإذ كان يبطل بما تبطل به العقود فإن حكمه يطعن فيه، في كثير من التشريعات كما يطعن في الأحكام، وينفذ كما تنفذ الأحكام".

التعرف على طبيعة التحكيم يكون بتغلب المعايير الموضوعية أو المادية، أي بتغلب المهمة التي توكل إلى المحكم، والغرض من هذا النظام، ففكرة المنازعة وكيفية حلها هي التي تحدد طبيعة العمل الذي يقوم به المحكم باعتباره قاضيا يختاره الخصوم لإرساء العدل بينهم [4]، كما أنه بالنسبة للإجراءات التي يجب اتباعها من قبل المحكم المكلف بحسم النزاع

[1] محمد بواط، التحكيم في حل النزاعات الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون العام، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2008 / 2007 ، ص27.
[2] قمر عبد الوهاب، مرجع سابق ، ص 70
[3] أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون رقم الطبعة، وسنة النشر، ص18
[4] كمال إبراهيم، مرجع سابق ، ص 81

التي تتشابه إلى حد كبير مع الإجراءات المتخذة من قبل القاضي في إصدار الحكم التي يتم فيها مراعاة قانون المرافعات الا في الحالات التي لا يتم اخضاع التحكيم فيها إلى قواعد هذا القانون[1].

إضافة إلى ذلك فإن ما يصدره المحكم في المنازعة يعد حكما بمعناه الدقيق ويتمتع بكافة خصائص الأحكام الصادرة عن القضاء، فهو يجوز حجية الأمر المقضي به، ويستنفذ المحكم ولايته بشأن النزاع بمجرد صدوره، ولا يختلف الحكم الصادر عن المحكم، ومنه فإن التحكيم ذو طبيعة قضائية فالتحكيم من وجهة نظر هؤلاء قضاء إجباري يلزم الخصوم في حال اتفاقهم على اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل خلافاتهم يحل محل قضاء الدولة الإجباري[2].

ورغم سلامة ومنطق الطبيعة القضائية فإنها لم تسلم من النقد.

2-نقد النظرية القضائية:

يرى بعض الفقهاء أن التحكيم ليس ذو طبيعة قضائية ويستندون في ذلك على: أنه في بعض الحالات يباشر القاضي وظيفته ويصدر أحكامه، دون وجود نزاع بين الأطراف كما في حالة إقرار المدعى عليه بالدين، ولكن يكفي وجود مصلحة، بعكس التحكيم الذي يتطلب دائما وجود نزاع [3] كما أن هناك اختلافا بين المحكم والقاضي، فهذا الأخير يتمتع بوظيفة عامة ويتمتع بالدوام والاستقرار والحصانة، كما أن له سلطة الأمر والإجبار وهو ما لا يتمتع به المحكم، كما أن التشبيه بين نظامي التحكيم والقضاء رغم ما يبدوا عليه من تقوية لمركز التحكيم إلا أنه ليس في صالح التحكيم، لأن التحكيم أسبق وجودا من القضاء[4].

[1] عباس ناصر مجيد، مرجع سابق ، ص 71.
[2] أحمد أبو الوفا، مرجع نفسه، ص 19.
[3] قمر عبد الوهاب، مرجع سابق ، ص 74.
[4] أسعد عمر قاسم شجراوي، وسيلة التحكيم التجاري الدولي في الدول العربية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر 1، يوسف بن خدة، كلية الحقوق 20142013 .ص 103

الفرع الثاني: الطبيعة المختلطة و المستقلة للتحكيم

ظهرت النظرية المختلطة اثر محاولة شراح القانون التقريب بين الاتجاهين التعاقدي والقضائي، وذهبوا إلى أن التحكيم، ليس اتفاقا محضا ولا قضاءا محضا إنما ذو طبيعة مختلطة بين النظريتين العقدية والقضائية [1].

وتظهر الصفة التعاقدية في اختيار الخصوم لقضاء التحكيم كوسيلة لفض منازعاتهم واحجامهم عن التوجه نحو قضاء الدولة، كذلك اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات وعلى موضوع النزاع [2] غير أن التحكيم يتغير من طبيعة تعاقدية إلى طبيعة قضائية حال الحسم في الموضوع وتنفيذه لدى القضاء عند طلب أحد الخصوم ذلك، وينقسم فقهاء هذه النظرية على بعضهم حيث أنهم لم يحددوا فاصلا زمنيا يفصل بين كل من الطبيعة التعاقدية والطبيعة القضائية، فالبعض منهم يعتد ببداية ممارسة المحكم لمهمته، أو على الأكثر بصدور حكمه، والبعض الآخر لا يعتد إلا بالنقطة التي ينتهي عندها تمام التأثير العقدي، وهي شمول حكم المحكم بأمر التنفيذ[3].

1-نقد النظرية المختلطة للتحكيم

إن هذه النظرية لم تسلم من النقد باعتبار أنها تبنت موقفا وسطا بين النظريتين السابقتين ووجبت لها بعض الانتقادات منها:

أنه رغم قيام هذا الطبيعة المختلطة للتحكيم على أساس تحليل ووصف لما يؤثر في التحكيم وهو أمر مهم جدا، فإن التحليل القانوني يجب ألا يقف عن القول بأن التحكيم ذو طبيعة مختلطة أو خليط غير متجانس، فمثل هذا الوصف يعتبر بمثابة إعتراف بالعجز ومحاولة للهروب من مواجهة الحقيقة بأبعادها المتعددة، فالواجب في مواجهة مثل هذه الحقائق المركبة هو محاولة تحليلها لردها إلى عناصرها المميزة، ومحاولة تحديد دور كل عنصر ومظاهره في كل مرحلة من المراحل المختلفة [4]،

أما بالنسبة للطبيعة المستقلة للتحكيم فيرى أنصار هذا الاتجاه أن نظام التحكيم مستقل بنظامه وأصالته في حل النزاعات، فالتحكيم قد ظهر في المجتمعات البدائية قبل

[1] خالد عبد العظيم أبو غابة، مرجع سابق ، ص 30.
[2] كمال إبراهيم، مرجع سابق ، ص 82.
[3] عباس ناصر مجيد، مرجع سابق ، ص 72، 73.
[4] أسعد عمر قاسم شجراوي، مرجع سابق ، ص 37.

القضاء واستمر ولا زال قائما بعد ظهور القضاء، وهو نظام منتشر في كل دول العالم، وفضلا عن ذلك ظهرت هيئات وغرف ومراكز تحكيم، الأمر الذي جعله وسيلة مختلفة عن القضاء وموازية له.

والتحكيم وفقا لأنصار هذه النظرية هو أداة قانونية لحل النزاعات تختلف عن العقد والقضاء، وهو يرمي إلى تحقيق العدالة بطرق مختلفة عن القضاء، ويرفض هؤلاء النظرية العقدية للتحكيم مؤكدين أن العقد ليس جوهر التحكيم، بدليل أنه لا يوجد في التحكيم الإجباري ويرفضون كذلك النظرية القضائية للتحكيم مستندين بذلك بأن القضاء سلطة من سلطات الدولة يباشرها القاضي بهدف سيادة النظام والقانون، أما للتحكيم في نظرهم فيهدف إلى تحقيق وظيفة اجتماعية واقتصادية مميزة هي التعايش السلمي بين أطراف النزاع في المستقبل فضلا عن تحقيق العدالة [1] .

2-نقد النظرية المستقلة للتحكيم

يرى البعض أن نظرية استقلال التحكيم لا تختلف عن النظرية القضائية للتحكيم، وما يمكن أن يقال في انتقاد النظرية القضائية ينطبق على نظرية استقلال التحكيم.

ومن خلال بحثي في الطبيعة القانونية للتحكيم رأيت أن النظرية المستقلة للتحكيم هي أقرب للمنطق باعتبار أن التحكيم هو قضاء خاص، وأيضا في ظل اللبس والخلط الذي يسود النظريات الأخرى.

المطلب الثالث: المبادئ العامة للتحكيم :

الفرع الأول : أنواع التحكيم

لا يتخذ نظام التحكيم صورة واحدة في الممارسة العملية بل تتحدد أنواعه وأشكاله بحسب المعيار الذي يؤخذ كأس التقسيم أو وفقا للزاوية التي ينظر من خلالها إليه، فمن حيث الإرادة ينقسم إلى تحكيم اختياري وتحكيم إجباري (الفرع الأول)، وهناك من ناحية أخرى التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح (الفرع الثاني)، ومن حيث هيئة التحكيم فإنه ينقسم إلى تحكيم حر وتحكيم مؤسسي (الفرع الثالث)، أما من حيث النطاق فإنه ينقسم إلى تحكيم داخلي وتحكيم دولي (الفرع الرابع).

[1] محمد بواط، مرجع سابق ، ص 31.

وهذا ما سنعمل على تناوله باختصار إن شاء الله.

أولا: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري:

يكون التحكيم اختياريا إذا لم يكن الالتجاء إليه أمرا مفروضا على الخصوم، أي إذا كان الالتجاء إليه يتم بمحض إرادة الخصوم وهذا هو الأصل في التحكيم.

وهذا النوع من التحكيم يرتكز على دعامتين هما الإرادة الذاتية للخصوم وإقرار المشرع لهذه الإرادة [1].

وإذا كان التحكيم في الأصل اختياريا إلا أن المشرع قد يوجب في بعض الأحوال الالتجاء إليه، بحيث لا يجوز إطلاقا الالتجاء إلى القضاء العادي في هذه الأحوال أو لا يجوز الالتجاء إلى القضاء العادي إلا بعد مراعاة ما نص عليه المشرع من وجوب طرح النزاع على هيئة التحكيم التي أشار إليها، وفي هذه الحالة نكون أمام التحكيم الاجباري [2].

ويلاحظ في بعض الأحيان أنه يكون التحكيم على أساس اختياري لكن يضطر أحد الطرفين إلى قبوله بسبب القوة الاقتصادية للطرف الآخر، خاصة على صعيد التجارة الدولية.

ثانيا : التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح:

ينقسم التحكيم إلى تحكيم بالقانون وتحكيم بالصلح، وسند هذه الطريقة هو اتفاق الأطراف حيث أن الأصل أن يكون التحكيم هو بالقانون ما لم يتفق الأطراف على تفويض هيئة التحكيم بالتحكيم بالصلح، ويجب أن يكون هذا الاتفاق صريحا وواضحا ولا يجوز أن يكون ضمنيا.

والتحكيم بالقانون يعني بأن هيئة التحكيم ملزمة بالنظر في النزاع وإصدار الحكم حسب القواعد الموضوعية في القانون الواجبة التطبيق على النزاع وليس للهيئة الخروج على هذه القواعد والا كان حكمها عرضة الطعن أمام القضاء[3].

[1] أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق ، ص13
[2] كمال إبراهيم، مرجع سابق ص 96.
[3] أسعد عمر قاسم الشجراوي، مرجع سابق ، ص141

أما التحكيم بالصلح أو التحكيم المطلق فيقصد به ذلك التحكيم الذي لا يلتزم فيه المحكم بقواعد القانون الموضوعي إلا فيما يتعلق بالنظام العام، كما أن هيئة التحكيم بالصلح ملزمة باحترام المبادئ الأساسية الموجهة للخصومة المدنية.[1]

ويرى بعض الفقهاء بأن ما يسمى التحكيم بالصلح إنما هو التحكيم طبقا لقواعد العمل والإنصاف لأنهم يرون أن المحكم لا يجري صلحا بل يفصل في نزاع شأنه شأن المحكم المقيد بقواعد القانون ولكنها طبقا لقواعد العدل والإنصاف.

ثالثا: التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي

التحكيم الحر هو الصورة التقليدية لنظام التحكيم، وهو التحكيم الذي يجري وفق مشيئة الخصوم من حيث اختيارهم للمحكمين وكيفية مباشرتهم إجراءات التحكيم، ومكان انعقاد هيئة التحكيم والقانون الذي يحكم النزاع... إلخ[2].

ولا يقصد بالتحكيم الحر أنه غير خاضع لقواعد معينة بل يقصد به التحكيم الذي يستبعد تدخل مؤسسة تحكيمية لتنظيمه، أي التحكيم الذي تخضع فيه الإجراءات الواجب اتباعها إلى قواعد تحددها الأطراف المتنازعة أو هيئة التحكيم في صورة غياب إرادة الأطراف[3].

ويعتبر التحكيم تحكيما مؤسسيا متى جرى في ظل منظمة لم تكتف بوضع لائحتها أو قواعدها التنظيمية أو وضع دورها ومكاتبها وخدماتها الإدارية تحت تصرف أطراف النزاع، بل احتفظت لنفسها باختصاص معين في تطبيق لائحة التحكيم المذكورة، ولا يهم حينئذ كون المنظمة تتناول مهمة نظر النزاع والفصل فيه[4].

وعادة ما يكون لكل مؤسسة تحكيمية قواعد تحكيم خاصة بها، وهي عموما تنص على طلب التحكيم والرد عليه وتشكيل هيئة التحكيم ورد المحكم وبعض القواعد الخاصة بإجراءات التحكيم، وحكم التحكيم وشروطه ونفقاته، كما تتضمن هذه القواعد شرط تحكيم نموذجي ينصح الأطراف بإدراجه في اتفاق التحكيم، إذ رغبوا بتسوية نزاعهم عن طريق

[1] قمر عبد الوهاب، مرجع سابق ، ص59
[2] مرجع نفسه، ص 56.
[3] سمير العنابي، التحكيم الحر ومؤسسات التحكيم مداخلة في ملتقى حول مجلة التحكيم مركز الدراسات القانونية والقضائية، 1995، ص 46
[4] حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2007، ص 91

مؤسسة التحكيم ومن أهم المؤسسات التحكيمية في الوقت الراهن المحكمة الدولية للتحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس[1].

رابعا: التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي

التحكيم الداخلي هو التحكيم الذي تكون كل مكوناته أو عناصره (من موضوع النزاع إلى جنسية ومحل إقامة طرفي النزاع والمحكمين، والقانون الواجب التطبيق، ومكان جريان التحكيم) منحصرة في دولة معينة [2] لذلك فالتحكيم الداخلي هو التحكيم الذي يتم طبقا لأحكام القانون الوطني لأطراف النزاع وداخل دولتهم ، فالقانون الوطني هو الذي ينص على كافة الإجراءات والقواعد التي تطبق على عملية التحكيم[3].

يكون التحكيم أجنبيا مقارنة بالتحكيم الداخلي إذا كان مكان التحكيم في دولة أخرى غير الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها، [4] ولقد ثار جدل فقهي حول المعيار المستخدم في تحديد دولية التحكيم التجاري، فهناك المعيار القانوني، والمعيار الاقتصادي والمعيار المزدوج الذي يجمع بين المعيارين السابقين، وهو ما سنتناوله بإسهاب في المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الأول تحت عنوان دولية التحكيم.

الفرع الثاني : أسباب اللجوء إلى التحكيم

إن التحكيم بصفة عامة، والتحكيم التجاري الدولي بصفة خاصة يتميز بالعديد من المزايا التي تجعل منه مرجحا لدي أوساط التجارة الدولية كطريق بديل عن القضاء في حل المنازعات التي نشأ بينهم، وكذا النجاح الكبير الذي حققه هذا الطريق في حل المشاكل المتولدة عن عقود التجارة والعامل الاقتصادي الذي يتعلق بالجهد والوقت والتكلفة. ويمكن أن نوجز مزايا التحكيم عامة، ومزايا التحكيم التجاري الدولي خاصة فيما يلي:

1- السرية:

تعتبر العلانية في أداء القضاء من المبادئ الهامة التي تقوم عليها التنظيمات الحديثة وتعني أن يتم التحقيق في الدعوى والمرافعة فيها في جلسات علنية، يسمح فيها

[1] أسعد عمر قاسم الشجراوي، مرجع سابق ، ص 125.
[2] كمال إبراهيم، مرجع سابق ، ص 100
[3] أسعد عمر قاسم الشجراوي، مرجع نفسه، ص 139.
[4] قمر عبد الوهاب، مرجع سابق ، ص 60

بالحضور لكل شخص، ما لم تمس العلنية بالنظام العام والآداب العامة،[1] لكن التحكيم يحفظ أسرار الطرفين، فلا يطلع عليها سوى المحكمون المختارون لنظر القضية، والمحامون المدافعون عن أطراف النزاع، لأن إخفاء نوع المعاملة بين الطرفين وحجم النزاع، أو مقدار الأموال التي يتعلق بها، فيه مصلحة لأطراف النزاع وسمعتهم التجارية، وعند نشر المبادئ القانونية المطبقة على المشكلة في أحكام التحكيم يراعي الاقتصار على ذكرها، دون ذكر الأطراف أو قد تنشر أسمائهم بعد أخذ الإذن منهم [2] وهذا ما لا نجده في القضاء العادي.

2- الحفاظ على استمرار العلاقة بين الطرفين:

إن التحكيم يحفظ العلاقة بين الطرفين، فهو ليس طريقا هجوميا عنيفا، وإنما هو أقرب للتفاهم بين الطرفين، وذلك يعرض نقاط الخلاف على المحكم أو المحكمين المختارين بواسطتهم، وبعد الفصل في الموضوع تستمر غالبة العلاقة بين الطرفين[3].

أما القضاء العادي فإنه يؤجج الخصومة بين الطرفين خاصة إذا تم استعمال أساليب كيدية، كما أنه يغلب ادعاء طرف على الطرف الآخر فينصرفان غريمين، غالبا لا تعود لا تعود العلاقة بينهما .

3- سرعة الفصل في القضايا:

يلجأ المحتكمون إلى التحكيم هربا من بطء وتعقيد الإجراءات في القضاء العادي التي لا تتلاءم مع طبيعة التجارة الدولية، فالرسمية والشكل الذي يتميز به القضاء لا محل لها في التحكيم، حيث يكون التعامل مع أفراد وجهات خاصة غير حكومية أو رسمية، لهذا لا توجد رسميات محددة يتعين سلوكها في التحكيم، فهي في الغالب سهلة من اختيار الأطراف [4].

وسرعة الحسم في النزاعات التجارية الدولية تلقي لها صدى لدى التحكيم التجاري فقوانين التحكيم ولوائحه ومواثيقه عادة ما تحدد مدة يجب ألا يتجاوزها المحكم. لذا فإن سرعة الفصل تتلاءم وطبيعة التجارة التي هي أيضا تمتاز بالسرعة في التداول [5].

---

[1] المادة 07 من القانون رقم 09 / 08 ، مرجع سابق ، ص 4، والتي تنص "الجلسات علنية، ما لم تمس العلنية بالنظام العام والآداب العامة أو حرمة الأسرة ".

[2] محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، دار النشر الزلبي للطباعة، 1986، ص 8.

[3] قمر عبد الوهاب، مرجع سابق ، ص 42.

[4] عمرو عيسى الفقي، الجديد في التحكيم في الدول العربية، دار المكتب الجامعي الحديث، 2003، ص 19

[5] عباس، ناصر مجيد، مرجع سابق ، ص 47

4- حيادة وعدالة التحكيم:

يمتاز التحكيم التجاري الدولي بالاستقلال عن أي جهة رسمية كما أنه لا يخضع إلا للقانون الذي يختاره أطراف النزاع، والهدف من التحكيم هو ذاته الهدف من القضاء وهو تحقيق العدالة، إلا أن المحكم له ميزة تميزه عن القاضي في كونه يمتلك حرية أكبر من حيث تطبيق القانون على موضوع النزاع، أما القاضي فهو ملزم بتطبيق القانون الوطني دون سواه[1]

كما أن تطور التحكيم واتساع مجاله هو مثابة رد فعل مضاد لحرفية قانون القضاة، ويعبر عن رغبة أطراف المنازعة في التخلص منه، كي تحل منازعاتهم طبقا لمبادئ أكثر رحابة من تلك التي يتضمنها القانون الوضعي، وهو ما أنبئنا به أرسطو قديما حين قال إن أطراف النزاع يستطيعون تفضيل التحكيم عن القضاء ذلك لأن المحكم يرى العدالة بينما لا يعتد القاضي إلا بالتشريع" [2].

5- كفاءة المحكمين:

إن نزاعات التجارة الدولية ونظرا لأهميتها تحتم أن ينظر فيها أشخاص على درجة عالية من الكفاءة العلمية والعملية وهو ما يتوفر في المحكمين حتى أن القضاة غالبا ما يلجأون إلى هؤلاء الخبراء لتوضيح المسائل الفنية الغامضة [3] كما أنهم ينظرون في هذه النزاعات تحت مظلة هيئات تحكيم متخصصة كالمنازعات البحرية، وأخرى متخصصة في حل المنازعات المتصلة بالمواصفات المتصلة ببعض البضائع والسلع ووجود قضاء متخصص في المنازعات المتصلة بهذه المسائل من شأنه أن يحقق العدالة التي يرغب فيها الخصوم[4].

6- حرية اختيار القانون المطبق على النزاع:

إن المحكم يتمتع بحرية كبيرة في تحديد القانون الذي يطبق على موضوع النزاع بل وعلى الإجراءات فلا يتقيد إلا بالضمانات الأساسية للتقاضي، وبالقواعد الآمرة في الدولة التي يجري فيها التحكيم، وإذا لم يقيد الأطراف المحكم بقواعد قانون معين ليطبق على نزاعهم

[1] مرجع نفسه، ص 49، 50.
[2] أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق ، ص 2.
[3] عباس ناصر مجيد، مرجع سابق ، ص 48
[4] حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق ، ص 29

فإنه يستطيع أن يختار القانون الأنسب لحكم هذه القضية بل وصل الأمر حتى تطبيق اعراف التجارة الدولية التي لا تخص دولة معينة [1] وللطرفين في التحكيم أن يتفقا على تخويل هيئة التحكيم في الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدل والإنصاف وعندئذ لا تلتزم المحكمة التحكيمية بتطبيق القانون بل تفصل في النزاع وفقا لما تراه محققا للعدالة [2].

7- التحكيم يقوم على مبدأ سلطان الإدارة:

إن التحكيم يقوم أساسا على الإرادة الحرة للأطراف التي تحكم كافة جوانب اتفاق التحكيم، وبالتالي فهو وسيلة رضائية اختيارية لا ينعقد إلا برضا كافة الأطراف[3] وتتجلى إرادة الأطراف أيضا في حرية اختيار نوع التحكيم مؤسسيا كان أو حرا وكذا مكان انعقاد التحكيم وزمانه والقانون الذي يحكمه [4].

بالرغم من المزايا العديدة للتحكيم التجاري التي عددنا بعضها آنفا، إلا أن هناك بعض العيوب التي تقابله، ولكنها لا تطغى عليه ، حيث يرى البعض أن التحكيم يحرم الخصوم من الضمانات القضائية، وأنه تنازل عن سلطة الدولة القضائية، وذهب البعض إلى حد القول أن هذا النظام قد اقترن في أغلب حالاته بالرأسمالية الغربية وهو وسيلة مهم للضغط على غيرهم من البلدان للحصول على مزايا أكثر وردا عليهم فإن التحكيم موجودا أيضا في الدول الاشتراكية[5].

[1] محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق ، ص 10، 11.
[2] قمر عبد الوهاب، مرجع سابق ، ص 42.
[3] مرجع سابق ، ص 37
[4] حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق ، ص 28.
[5] محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق ، ص12

المبحث الثاني: دولية التحكيم والأحكام الخاصة به

المطلب الأول: دولية التحكيم

هناك العديد من المعايير التي تستخدم لتحديد دولية التحكيم ويمكن التفرقة في هذا الصدد بين المعيار القانوني (الفرع الأول)، والمعيار الاقتصادي (الفرع الثاني، والمعيار المزدوج الذي يجمع بينهما ثم بيان موقف المشرع الجزائري (الفرع الثالث).

الفرع الأول: المعيار القانوني كأساس لتدويل التحكيم

طبقا للمعيار القانوني الحديث، تعتبر العلاقة دولية متى كان من شأنها تحريك بعض القواعد القانونية التي اعدت خصيصا لحكم العلاقات الدولية، بحيث تتعدى نطاق القانون الداخلي وترتبط بأنظمة قانونية أخرى.

وتأسيسا على هذا المعيار لا يكون تحكيما دوليا احتكام سويسريين [1] في تفسير عقد داخلي لدى محكم فرنسي أو ألماني متوطن في سويسرا، إذ لا تندرج في منازعات التجارة الدولية العلاقات التي تتركز عناصرها وتترتب آثارها في المحيط الداخلي لدول معينة [2].

ويعتبر هذا المعيار فكرة العقد الدولي غير قابلة للتغيير لذلك تم تقييمه من طرف الفقه المختص حيث ذهب بعضهم إلى القول بأن "المعيار القانوني الجامد أفضل لا شك من المعيار الاقتصادي المتغير"[3].

والعقد الدولي الذي يكون موضوعه حركة دخول وخروج الأموال عبر الحدود، يؤدي لا محالة إلى وجود عنصر أجنبي في العلاقة التي يرتكز في سبب التعاقد أو الجهة التي تنقل إليها الأموال أو منها، ومن ثم لا مفر من وجود عنصر أجنبي وهذا ما يمثل معيار دولية العقد مما يمكن إسناده إلى قانون أجنبي [4].

[1] سويسرا من الدول التي أخذت بالمعيار القانوني ضمن القانون الفدرالي المؤرخ في 1978/12/18، المتضمن القانون الدولي الخاص، وذلك في المادة 176 منه..

[2] منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 1990، ص 15،

[3] محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادي، الجزائر، 2008، ص 03

[4] مرجع سابق ، ص 03.

ويعتبر القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بصيغته التي اعتمدتها اللجنة في 21 حزيران 1980 من القوانين التي تنبت المعيار القانوني كأساس لتدويل التحكيم.

فبعد أن حددت المادة الأولى في فقرتها الأولى نطاق تطبيق القانون النموذجي بأنه ينطبق على التحكيم التجاري الدولي، نصت ذات المادة في الفقرة الثالثة منها على أن يكون أي تحكيم دوليا".

أ. إذا كان مقر عمل طرفي اتفاق التحكيم، وقت عقد ذلك الاتفاق واقعين في دولتين مختلفتين.

ب. إذا كان أحد الأماكن التالية واقعا خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين :

- مكان التحكيم إن كان محدد في اتفاق التحكيم أو طبقا له.
- أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية أو المكان الذي يكون الموضوع النزاع أوثق الصلة به.

ج. أو إذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة[1]

ويمكن القول أن المعيار القانوني يرتكز على مدى اتصال التحكيم بأكثر من نظام قانوني واحدا، فإذا كانت كل هذه العناصر مكان إجراء التحكيم جنسية الأطراف أو أجنبية المحكمين، القانون واجب التطبيق على الإجراءات أو على الموضوع، تتصل بدولة معينة كان تحكيما وطنيا، أما إذا اتصلت هذه العناصر بأكثر من دولة كان تحكيما دوليا.

وقد قام التحكيم التجاري الدولي في البداية على أساس المعيار القانوني بهدف تدويل المعاملات التجارية التي ينظر فيها ثم تطور لاحقا ليدخل معيار حديث وهو المعيار الاقتصادي.

[1] حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق ، ص 97.

الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي كأساس لتدويل التحكيم

أمام تضارب آراء الفقهاء حول المعيار القانوني للتحكيم التجاري الدولي ومع تطوره في العلاقات التجارية الدولية، ظهر المعيار الاقتصادي حديثا، إلا أنه يختلف من دولة إلى أخرى نظر لاختلاف الأنظمة السياسية والاقتصادية وقد ظهر أساسا في فرنسا إذ يقوم على ثلاثة معايير وهي: معيار تحرك الأموال أي الدخول والخروج عبر الحدود، ومعيار تجاوز العقد للإطار الاقتصادي الداخلي، وأخيرا معيار اشتراك مصالح الاقتصاد الدولي[1].

وتطبيقا للمعيار الاقتصادي حكمت محكمة باريس في/ 1980/02/19 بأن "التحكيم الذي يتم بين شركة فرنسية وشركة تركية لتسوية نزاع حاصل بمناسبة تنفيذ عقد يتعلق بتسليم بضاعة التركيا يمثل طابعا دوليا متى كان يثير مصالح التجارة الدولية" [2] .

وذهبت عكس ذلك محكمة روان ROUEN في 1989/11/27إلى أنه "لا يمكن تكييف التحكيم بأنه دولي لمجرد اشتراط أن القانون المطبق هو قانون أجنبي في الوقت نفسه، فإن العقد المتنازع عليه متعلق بنقل ذرة من ميناء فرنسي إلى ميناء فرنسي فإن التحكيم المتفق عليه يكون داخليا ولو كان الناقل من جنسية سويسرية وكان المجهز من جنسية بنامية [3].

ومما سبق يمكن القول بأن المعيار الاقتصادي يرتكز على موضوع النزاع، بحيث إذا تعلق بالتجارة الدولية، أي بعملية انتقال الأموال والخدمات عبر الحدود فإن هذه العملية تكفي في حد ذاتها بوصم التحكيم بالطابع الدولي دون الحاجة إلى النظر بعد ذلك إلى جنسية الأطراف أو محل إقامتهم أو القانون واجب التطبيق أو مكان إجراء التحكيم.

وهذا المعيار قضائي النشأة فقد ابتدعه القضاء الفرنسي وكرسه مشرعه.

الفرع الثالث: المعيار المزدوج لتدويل التحكيم وموقف المشرع الجزائري

تعد صفة الدولية شرطا لإعمال مبادئ التحكيم التجاري الدولي، وقد رأينا أن القضاء الفرنسي تبني في أول قراراته المعيار الاقتصادي وذلك بإقراره أن النزاع يكون دوليا عندما يمس مصالح التجارة الدولية، وقد أصبح القضاء الفرنسي الحديث يقر بالتكامل بين

[1] محمد كولا، مرجع سابق ، ص 4.
[2] منير عبد المجيد، مرجع سابق ، ص 15.
[3] مرجع نفسه، ص 18.

المعياريين الاقتصادي والقانوني لإكساب النزاع الصفة الدولية وتبريرهم في ذلك أن النزاع يكون دوليا إذا اتصل بأكثر من نظام قانوني ومس مصالح التجارة الدولية.

وينتج عن ذلك أنه لا يؤدي مجرد تضمن النزاع عنصرا أجنبيا حتى ولو كان فعالا إلى اكتساب صفة الدولية، كذالك نفس النتيجة بالنسبة للنزاع الذي يمس مصالح التجارة الدولية دون أن يتوفر فيها العنصر الأجنبي الفعال، وبالتالي فعلى المحكم عندما يعرض عليه النزاع التأكد من دوليته، أما إذا ثبت له عدم توافر المعياريين القانوني والاقتصادي فيعتبر النزاع من ضمن النزاعات الداخلية [1].

موقف المشرع الجزائري

بالرجوع لأحكام المرسوم التشريعي (الملغى) 93/09 نجد في نص المادة 458 مكرر منه يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل، التحكيم الذي يخص المنازعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج "[2]

ونلاحظ أن المشرع الجزائري اعتمد على عدة معايير لتحديد دولية النزاع وهي:

1- لا يتم أعمال التحكيم التجاري الدولي، إلا في حالة وجود نزاع دولي.

2- الدولية عنصر مشترك فلا يمكن تصور دولية التحكيم دون دولية النزاع.

3- أن يكون موطن أحد طرفي النزاع على الأقل في الخارج.

ومن خلال نص المادة 458 مكرر من المرسوم التشريعي الملغى نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمعيار المزدوج لمزجه بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي.

لكن بالرجوع إلى نص المادة 1039 من القانون 09/08 المتضمن القانون الإجراءات المدنية والإدارية نجدها تنص "يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدوليتين على الأقل "[3].

ونلاحظ أن المشرع الجزائري قد حدد مفهوم التحكيم الدولي بارتباطه بالمصالح الاقتصادية الدوليتين على الأكثر وبهذا يكون المشرع الجزائري قد اخذ بالمعيار الاقتصادي

[1] هشام علي صادق، القانون الوجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية مقارنة منشأة المعارف، مصر 1995، ص 60
[2] أنظر المرسوم التشريعي رقم 09 / 93 المؤرخ في 25 أفريل سنة 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو والمتضمن قانون الإجراءات المدنية الجريدة الرسمية، العدد 27، ص 88 (ملغى).
[3] القانون09 / 08 مرجع سابق ، ص 227.

بديلا عن المعيار المزدوج لأن المعيار الاقتصادي الذي جاء به القانون الفرنسي وهو السائد حاليا، وهذا المعيار يتفق مع واقع التعامل الدولي وطبيعة النزاع الذي يجب أن تطبق عليه القواعد الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي.

المطلب الثاني: الاتفاقيات الدولية كمنصة للتحكيم التجاري الدولي

تلعب الاتفاقيات الدولية دورا كبيرا في خلق قواعد التحكيم التجاري الدولي عن طريق وضع القواعد العامة التي تحكمه والتي تتعلق بعملية التحكيم بدءا بتقرير اللجوء إلى التحكيم، وتحديد القانون الواجب التطبيق، وصولا إلى تنفيذ القرار التحكيمي.

وتتنوع هذه الاتفاقيات إلى اتفاقيات متعددة الأطراف (الفرع الأول)، واتفاقيات إقليمية الأطراف (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاتفاقيات متعددة الأطراف

سنحاول ذكر أهمها وهي: بروتكول جنيف لسنة 1923 (أولا)، اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958 (ثانيا)، واتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطن الدول الأخرى (ثالثا).

أولا: بروتكول جنيف لسنة 1923:

كان بروتكول جنيف أول اتفاقية متعددة الأطراف في العصر الحديث الذي، تم وضعه بمبادرة غرفة التجارة العالمية، تحت إشراف عصبة الأمم والذي يتضمن قواعد عن التحكيم التجاري الدولي.

وأهم ما ورد في البروتكول هو ما جاء في المادة الأولى منه حيث نصت على أن "كل من الدول المتعاقدة تعترف بصحة أي اتفاق سواء كان متعلقا بالخلافات الحاضرة أم بالخلافات

التي تحدث في المستقبل بين طرفين خاضع أحدهما لقضاء دولة متعاقدة أخرى، ذلك الاتفاق الذي بموجبه يوافق الطرفان المتعاقدان بالمشارطة، على أن يحال التحكيم أو بأمور

أخرى يمكن حسمها بالتحكيم سواء أجرى التحكيم في بلد غير خاضع لقضائه أحد الطرفين أم لم يجر..." [1]

كما تضمن البروتكول إشارات إلى إجراءات التحكيم والقانون الواجب التطبيق على النزاع سواء في حالة حدده الأطراف ولم يقوموا بتحديده، كما ألزم البروتكول الدول المنظمة إليه بأن تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة على أراضيها بواسطة سلطاتها وطبقا لقانونها الوطني، ويلزم البروتكول الدول المنظمة إليه أيضا أن تحيل الأطراف المتنازعة إلى التحكيم إذا رفعت دعوى الدي محاكم القضاء العادي لهذه الدول، وكان هناك اتفاق على حل النزاع بطريق التحكيم إذا طلب أحد الأطراف ذلك.[2]

ونلاحظ أن البروتكول كان يهدف إلى تحقيق هدفين أساسيين هما تحقيق شروط التحكيم وجعله ملزما دوليا، أما الثاني فيتمثل في العمل على تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة بموجب اتفاقيات التحكيم في أقاليم الدول التي صدرت فيها، وقد تم تدعيم هذه البروتكول من قبل عصبة الأمم المتحدة بقواعد مكملة في جنيف عام 1927 فيما يخص اتفاقية تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

ثانيا: اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958:

مع كثرة وازدياد التعامل التجاري الدولي بعد الحرب العالمية الثانية ظهرت الحاجة إلى إيجاد نظام التحكيم أكثر ملائمة للعصر، ولحل أهم مشاكل التحكيم والمتمثلة في كيفية تنفيذه ولتسهيل تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية أعدت الغرفة التجارية الدولية مشروعا أقرته في مؤتمرها الرابع عشر الذي عقد في فينا عام 1953[3]

وتبني المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة طرح هذا المشروع للمناقشة كما أعدت لجنة مكونة من ثماني دول مشروعا آخر مقابلا لمشروع الغرفة التجارية الدولية، وفي عام 1956 قرر المجلس المذكور عقد مؤتمر دولي للنظر في إقرار اتفاقية جديدة حول الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم، وانعقد المؤتمر في 20 مارس 1958 في مدينة نيويورك والتي سميت هذه الاتفاقية باسمها [4].

[1] بروتكول جنيف، المتعلق بشرط التحكيم 24 سبتمبر 1923 جنيف سويسرا
[2] أنظر المواد 2، 3، 4، من نفس البروتكول.
[3] فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث،2008 ص 34.
[4] مرجع سابق ، ص 34.

وتتألف هذه الاتفاقية من 16 مادة وهي لا تعالج جميع المسائل التي تتعلق بالتحكيم بل تقتصر على مسألة الاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في إقليم الدولة الطرف فيها.

وقد نظمت اتفاقية نيويورك العديد من القواعد التي يقوم عليها التحكيم منها أن الدول المنظمة للاتفاقية ملزمة بالاعتراف باتفاق التحكيم المكتوب سواء كان الاتفاق شرطا أو مشارطة، وسواء ورد في وثيقة وقعها الطرفان أو خطابا أو برقيات متبادلة وعلى أن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع قانوني تعاقدي كان أو غير تعاقدي ومتعلق بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم[1].

وفيما يخص تنفيذ اتفاقيات التحكيم نجد أن اتفاقية نيويورك تعتمد تقنيات بروتكول جنيف السنة ،1923 حيث أوجبت رفض محاكم الدول الأعضاء في الاتفاقية النظر في النزاع الذي يحكمه اتفاق التحكيم، كما ألزمت الاتفاقية الدول الأعضاء بالاعتراف بحجية حكم التحكيم وتنفيذه طبقا لقواعد المرافعات المطبقة في الأقاليم المطلوب إليها التنفيذ وفقا لشروط معينة تضمنتها المادتان الرابعة والخامسة من الاتفاقية كما ألزمت الاتفاقية الدول الأعضاء بمبدأ المعاملة الوطنية عند تنفيذ أحكام التحكيم دون تمييز[2].

وانضمت إلى هذه الاتفاقية 83 دولة وتعمل منظمة الأمم المتحدة على تشجيع الانضمام إليها، كما تركت الباب مفتوحا للانضمام من شاءت الدول ذلك وانظمت إليها جميع الدول ولم تبقى سوى ليبيا، الإمارات المتحدة، العراق، اليمن.

أما الجزائر فقد انضمت إلى اتفاقية نيويورك بتحفظ سنة 1988 [3]، والملفت للانتباه هوان الجزائر انظمت إلى اتفاقية نيويورك قبل تكريس التحكيم التجاري الدولي داخليا في قوانينها، لأن تعديل قانون الإجراءات المدنية الذي أضاف الباب الخاص بالتحكيم كان سنة 1993 وربما يعود السبب كون الجزائر كانت تقبل شرط التحكيم الدولي في كثير من العقود التي أبرمتها مؤسساتها العمومية مع أطراف أجنبية رغم أنها كانت رافضة له في تشريعاتها الداخلية، كما أنها بحاجة إلى إبرام هذه العقود لحاجاتها إلى رؤوس الأموال، إذ يعتبر

[1] مانع جمال عبد الناصر الاتفاقيات الدولية كمصدر لقواعد التحكيم التجاري الدولي، مجلة العلوم القانونية، جامعة باجي مختار، عنابة، كلية الحقوق، عدد 13 جوان 2009، ص 22.

[2] الاتفاقية بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية الموقعة في نيويورك بتاريخ: 1958/06/10 والتي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ: 1959/06/07 المواد 2،3،4،5 منها

[3] المرسوم 233 / 88 المؤرخ في 5 نوفمبر 1988 يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 جوان 1958 الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية ونفاذها ج. ر 48، المؤرخة في 23 نوفمبر 1988 ص 15

الانضمام إلى الاتفاقية بمثابة ضمانة للمستثمرين الأجانب كما أن سنة 1988 شهدت بداية الإصلاحات وتحول الجزائر من النهج الاشتراكي والاقتصادي الموجه إلى الاقتصاد الحر [1].

ثالثا: اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى لسنة 1965.

أبرمت هذه الاتفاقية تحت رعاية البنك الدولي للإنشاء والتعمير BIRD وتمثل هذه الاتفاقية الركيزة الأساسية لبحث قدرة الأشخاص المعنوية العامة على الدخول طرفا في اتفاقية تحكيمية التسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات وقد أنشأت الاتفاقية مركزا لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار CIRDI ووفقا لنص المادة 25 من الاتفاقية التي تحدد اختصاص المركز بتسوية المنازعات التي تثور بين الدول والمستثمرين الأجانب [2].

كما أوردت اتفاقية الأحكام الخاصة بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في الفصل الأول منها، ففي القسم الأول تناولت انشاء المركز وتشكيله، أما الثاني فتناول مجلس إدارة المركز، والثالث اختص بالسكرتارية، أما القسم الرابع فاختص بكيفية تعيين المحكمين والموفقين، والقسم الخامس يحدد كيفية تمويل المركز، أما القسم السادس فقد عالج الأمور الخاصة بالمركز وحصانة وامتيازاته، أما الفصل الثاني من الاتفاقية فيتضمن اختصاصات المركز.

وتكتسي هذه الاتفاقية أهمية كبيرة ودورا في حل النزاعات التجارية الدولية لذلك صادقت عليها العديد من الدول من أجل الإفادة من أحكامها وتطبيق مبادئها [3] والتي يمكن ايجازها فيما يلي:

- تطبق أحكام الاتفاقية على الدول المتعاقدة ومواطني الدول المتعاقدة الأخرى.
- عدم خضوع أطراف النزاع لأحكام الاتفاقية إلا إذا قبلوا ذلك بموجب تصريح كتابي.
- عدم إمكانية سحب الموافقة المكتوبة باللجوء إلى المركز بالإرادة المنفردة لأحد الأطراف

[1] بودودة سعاد، التحكيم التجاري الدولي كضمان من ضمانات الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، فرع قانون أعمال، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق، بدون تاريخ المناقشة ، ص 60.
[2] قمر عبد الوهاب، مرجع سابق ، ص 224.
[3] المواد 25، 42، 43، 45، 52، 64 من الاتفاقية الأحكام الخاصة بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

- المتنازعة.
- حرية الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على النزاع، وعلى الإجراءات وفي
- حالة عدم الاتفاق تحدد هيئة التحكيم ذلك القانون..
- حجية أحكام التحكيم الصادرة عن المركز وضرورة تنفيذه، فيما عدى الحالات المنصوص عليها في الاتفاقية.
- تعهد الدول المتعاقدة بالاعتراف بالأحكام الصادرة عن المركز والقيام بتنفيذ الالتزامات المالية على اقليمها.
- إمكانية ابطال الحكم التحكيمي من قبل الأطراف بناء على طلب كتابي موجه إلى
- اللجنة المختصة[1]، ويمكن إبطاله في الحالات التالية:

- عيب في تشكيل هيئة التحكيم.
- تجاوز هيئة التحكيم لسلطتها بشكل ملحوظ.
- ارتشاء أحد أعضاء الهيئة.
- عدم الالتزام الخطير بقاعدة من قواعد الإجراءات.
- عدم التسبيب.

جميع الخلافات التي قد تثور بين الدول المتعاقدة حول تفسير أو تطبيق هذه الاتفاقية والتي تحسم وديا يمكن عرضها على محكمة العدل الدولية. إنظمت الجزائر للاتفاقية في 30 أكتوبر 1995[2] ويرجع إقبال الجزائر على الانضمام إلى الاتفاقية إلى عدة أسباب منها الرغبة في جذب الاستثمارات الأجنبية من خلال الموازنة بين مصالح المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار.

[1] مانع جمال عبد الناصر، مرجع سابق ص 25.
[2] الأمر 04 / 95 المؤرخ في 21 جانفي 1995 المتضمن الموافقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى ج.ر عدد 07 المؤرخة في 15 فيفري 1995، ص 07

الفرع الثاني: الاتفاقيات الإقليمية

يقصد بالاتفاقيات الإقليمية جملة الاتفاقيات المبرمة بين دول معينة والتي تتضمن أحكاما خاصة بالتحكيم التجاري الدولي والتي تسري على أقاليم دون سواها، وقد ارتأينا خلال هذا الفرع أن نسلط الضوء على أهم الاتفاقيات العربية المنصبة على التحكيم فكان الاختيار قد وقع على أهم اتفاقيتين وهما: الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1987 (أولا)، والاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية لسنة 1981 (ثانيا).

أولا: الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1987:

كلف مجلس الوزراء العرب الأمانة العامة للمجلس بإعداد دراسة تخص انشاء هيئة عربية للتحكيم، وقد عرض المشروع على المجلس في جلسته الثالثة في الدورة التي عقدت في الرباط عام 1985، وهو مشروع اتفاقية عربية للتحكيم التجاري ولهذا الغرض شكلت لجنة تضم ممثلين عن الدول الأعضاء تقوم بدراسة هذا المشروع، وإدخال التعديلات عليه على ضوء المقترحات التي تبديها الحكومات العربية وقد أعد هذا المشروع من طرف هذه اللجنة وانتهت إلى وضع أحكام الاتفاقية في ستة فصول تتضمن 42 مادة، وفي الدورة الخامسة لمجلس وزراء العدل العرب الذي انعقد في عمان سنة 1987 عرض المشروع، وقد تم إقرار الاتفاقية والتوقيع عليها في هذه الدورة [1] ومن أهم ما جاء في هذه الاتفاقية ما يلي:

خصصت المادة 2 من الاتفاقية لتحديد نطاق تطبيق هذه الاتفاقية هذا نصها "تطبق هذه الاتفاقية على النزاعات التجارية الناشئة بين أشخاص طبيعيين أو معنويين أيا كانت جنسيتهم، ويربطهم تعامل تجاري مع إحدى الدول المتعاقدة، أو أحد أشخاصها أو تكون لهم مقرات رئيسية فيها".

إلا أنه ما يعاب على هذه المادة هو عدم الدقة وتحتمل تفسيرات عديدة، فمثلا هل تطبق أحكام الاتفاقية على نزاع نشأ بين مواطن إحدى الدول المتعاقدة مع إحدى المؤسسات لتلك الدولة المتعاقدة؟، وهل يخرج هذا النزاع عن الولاية القضائية للدولة على اقليمها ورعاياها؟ وهل أحكام الاتفاقية على تسري أشخاص لهم مقرات رئيسية إحدى الدول المتعاقدة؟ [2] .

[1] مانع جمال عبد الناصر، مرجع سابق ، ص 45.
[2] فوزي محمد سامي، مرجع سابق ، ص 86.

والإجابة على هذه التساؤلات تكمن في نص المادة في حد ذاته، بحيث أنه انطلاقا من أن هذه المادة لا تعتد بجنسية الأطراف، يمكن بالتالي أن تطبق أحكام هذه الاتفاقية على نزاع ناشئ بين مواطن ومؤسسة من نفس الجنسية شريطة أن يكون هذا النزاع ناتج عن علاقة تجارية [1].

كما تعترف الاتفاقية بالطرق المعمول بها في اللجوء إلى التحكيم أي عن طريق الشرط والمشارطة وتحدد الأطراف الذين يمكن اللجوء إلى التحكيم وفقا لأحكامها والآثار المترتبة عن اللجوء إلى التحكيم من عدم إمكانية لجوء الأطراف إلى طريق آخر غير التحكيم إذا تم الاتفاق على اللجوء إليه [2]

أما فيما يخص المحكمين نصت الاتفاقية في الفصل الثالث على أن مجلس إدارة المركز يعد سنويا قائمة بأسماء المحكمين من كبار رجال القانون والقضاء، وفي هذا الصدد أخذت الاتفاقية بمبدأ حرية الأطراف في اختيار المحكمين فهي لا تشترط أن يتم الاختيار من القائمة التي يتم اعدادها من طرف المركز.

كما قررت الاتفاقية إنشاء مركز تحكيمي يسمى بالمركز العربي للتحكيم، له شخصية معنوية مستقلة، ويرتبط إداريا وماليا بالأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب، ويكون مقر المركز بمقر الأمانة العامة للمجلس بالرباط عاصمة المملكة المغربية، وقد نصت المواد من 5

إلى 13 من الاتفاقية بنصوص تتعلق بمجلس إدارة المركز وكيفية تشكيله ومواعيد انعقاد دوراته وكيفية اتخاذ القرارات، واختصاصات مجلس الإدارة، ومكتب المركز واختصاصاته [3] .

أما بالنسبة للقانون الواجب التطبيق فتعتمد الاتفاقية على مبدأ سلطان الإرادة، كما قد تتم الإشارة إلى ذلك القانون المطبق صراحة وضمنا، إلا أنه يمكن للمحكمة البحث عن القانون الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع عند عدم تمكنها من التعرف على القانون الذي اختاره الطرفان ليطبق على حل نزاعها [4].

[1] أحمد بن حاجة، التحكيم وحل المنازعات في العقود الاقتصادية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2006/ 2005 ، ص 15.
[2] أنظر المادة 2 فقرة أو 2 من الاتفاقية.
[3] فوزي محمد سامي، مرجع سابق ، ص 87
[4] بودودة سعادة مرجع سابق ، ص 77.

ونصت المادة 22 من الاتفاقية على أن اللغة التي تتم بها إجراءات التحكيم والمرافعة وقرار الحكم هي اللغة العربية، وفي حالة سماع شهود أو خبراء يجهلون اللغة العربية يجوز لهيئة التحكيم الاستعانة بمترجم يحلف أمام الهيئة.

أما بالنسبة لقرارات التحكيم فقد أوجبت المادة 32 من الاتفاقية أن يكون قرار التحكيم مسببا وأن يتضمن أسماء المحكمين والطرفين وتاريخ القرار ومكان صدوره وعرضا مجملا لوقائع الدعوى وطلبات الخصوم وخلاصة موجزة لدفوعهم ودفاعهم والرد عليها، والطرف الذي يتحمل المصاريف والأتعاب كليا وجزئيا [1] كما أوجبت الاتفاقية في المادة 31 منها أنه يجب أن يصدر القرار التحكيمي في ظرف 6 أشهر من تاريخ إحالة الملف على هيئة التحكيم تماشيا مع مبدأ السرعة ولكن هذه المدة يجوز تمديدها حسب الفقرة 3 من نفس المادة، ولم تنص الاتفاقية على عدم نشر قرارات التحكيم تماشيا مع مبدأ السرية كغيرها من الاتفاقيات، وقد حددت المادة 34 أسباب طلب إبطال القرار، أما عن تنفيذ القرار التحكيمي فإن المادة 35 تنص على أن المحكمة العليا لكل دولة متعاقدة هي المسؤولة عن إضفاء الصيغة التنفيذية للقرار شرط أن لا يخالف النظام العام [2].

ومن عوائق تطبيق هذه الاتفاقية، النص في المادة 22 وجوبا على أن تتم إجراءات التحكيم في مقر المركز وإن أجاز على إجرائها في دولة أخرى بعد موافقة الهيئة والتشاور مع المكتب، وهذا ضرب السلطان الإرادة، غير أنها تبقى من أهم الاتفاقيات العربية الداعمة للتحكيم وإرساء مبادئ خاصة بالتحكيم التجاري الدولي في الوطن العربي.

ثانيا: الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة 1981.

لقد تم التوقيع على هذه الاتفاقية خلال القمة العربية المتحدة في عمان 24 سبتمبر 1980، والتي دخلت حيز التنفيذ لسنة 1981، وتؤدي هذه الاتفاقية دورا هاما في توفير المناخ الملائم للاستثمار العربي وفي تشجيعه على إرساء قواعد نظام قانوني واضح يمنح المزايا ويوفر الضمانات الكفيلة بتدفق رأس المال الخاص بين الدول العربية [3].

[1] فوزي محمد سامي، مرجع نفسه، ص 91
[2] بودودة سعادة مرجع نفسه، ص 77.
[3] مانع جمال عبد الناصر، مرجع سابق ، ص40

غير أن هذه الاتفاقية لم تنشأ مركز للتحكيم ولا هيئة لمراقبة تطبيق ما تضمنه من نظام للتوفيق والتحكيم بل أوكلت إلى الأمين العام للجامعة العربية صلاحية تعيين المحكمين وتقدير الأتعاب في حين أن هذه المهام عادة ما توكل إلى مراكز التحكيم الدائمة [1].

وتنص المادة 25 من الاتفاقية على أنه تتم تسوية المنازعات الناشئة عن تطبيق هذه الاتفاقية عن طريق التوفيق أو التحكيم أو اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية".

وهذا يعني أن الاتفاقية أقرت ثلاث طرق لحل النزاعات وهي:

أ- اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية: وهي هيئة قضائية أنشأت بموجب هذه الاتفاقية في انتظار إنشاء محكمة العدل العربية، تختص بالنظر فيما يعرضه عليها أحد طرفي الاستثمار من المنازعة المتعلقة بتطبيق أحكام هذه الاتفاقية أو الناتجة عنها وهذا يعني أن المحكمة لا تنظر في المنازعات المتعلقة بالاستثمارات غير أن الاتفاقية تسمح للمستثمر العربي باللجوءإلى قضاء الدولة [2].

ب- اللجوء إلى التوفيق والتحكيم: احالت المادة 26 من ملحق الاتفاقية الذي ورد فيه قواعد وإجراءات خاصة بالتوفيق والتحكيم، وما يلاحظ أن الاتفاقية لا تعالج جميع المسائل الخاصة بالتوفيق أما التحكيم فقد حددت إجراءاته المادة 2 من ملحق الاتفاقية [3]

وتركت الاتفاقية لأطراف النزاع حرية الاتفاق على اختيار عدة محكمين أو محكم واحد، وعالجت الفقرة 3 من المادة 2 كيفية تعيين المحكمين في حالة عدم اتفاق الأطراف حيث جاء فيها "إذا لم يعين الطرف الآخر محكما أو لم يتفق المحكمان على تعيين المحكم المرجع خلال الآجال المقررة لذلك، تتكون هيئة التحكيم من محكم واحد أو عدد فردي من المحكمين بينهم محكم مرجح ويكون لكل طرف أن يطلب تعيينهم من جانب الأمين العام لجامعة الدول العربية".

كما أسندت الاتفاقية سلطة تعيين مكان التحكيم إلى المحكم المرجح حسب نص الفقرة 5 من المادة 2 كما أسندت كذلك إلى هيئة التحكيم سلطة الفصل في كل المسائل المتعلقة باختصاصها وتحديد الإجراءات، وتجاهلت الاتفاقية حرية الأطراف في هذه المسائل [1].

[1] أحمد بن حاجة، مرجع سابق ، ص 10
[2] بودودة سعادة مرجع سابق ، ص 71.
[3] مرجع سابق ، ص 71، 72.

وبالنظر إلى نص المادة 2 فقرة 8، نلاحظ أنها أهملت الإشارة إلى الإجراءات الخاصة بطلب التنفيذ في الدول المراد تنفيذ الحكم فيها، وعليه تخضع الإجراءات لقواعد القانون الوطني لتلك الدولة وفي حالة عدم تنفيذ الحكم بعد مضي ثلاثة أشهر من تاريخ صدوره تنص المادة 11 من الاتفاقية برفع الأمر إلى محكمة الاستثمار العربي للحكم بما تراه مناسبا لتنفيذ الحكم، رغم عدم ورود ما يفيد مدى قدرة المحكمة على تنفيذ ما لم ينفذ من أحكام [2] .

ونطاق تطبيق هذه الاتفاقية من حيث الأطراف أوضحته المادة 29 منها، التي تتعلق باختصاصات محكمة الاستثمار وهو ينطبق أيضا على التحكيم حيث نصت الفقرة 2 من المادة المذكورة آنفا على أنه يشترط في النزاع ان يكون قائما ...

أ. بين أية دولة طرف ودولة طرف أخرى، أو بين دولة طرف وبين المؤسسات والهيئات العامة

التابعة للأطراف الأخرى أو بين المؤسسات والهيئات العامة التابعة لأكثر من دولة طرف.
ب. بين الأشخاص المذكورين في الفقرة 1 وبين المستثمرين العرب.

ج. بين الأشخاص المذكورين في الفقرة 1، 2 وبين الجهات التي توفر ضمانات للاستثمار طبقا لهذه الاتفاقية".

هذا معناه أنه لا يمكن للمحكمة أن تمارس اختصاصها إلا بالنسبة للمنازعات القائمة بين دولتين عربيتين، أو بين دولة عربية ومؤسسة عامة تابعة لدولة عربية أخرى، أو النزاعات القائمة بين مؤسسات عامة أو هيئات تابعة لأكثر من دولة عربية، أو النزاعات القائمة بين مستثمرين عرب ودولة أو هيئة عامة تابعة لدولة عربية.

وتصدر المحكمة قرارها في أجل 06 أشهر التي يمكن للأمين العام للجامعة العربية تمديدها بناءا على طلب مسبب من المحكمة إذا كان هناك ضرورة، ويتم التمديد مرة واحدة ولمدة لا تتجاوز ستة أشهر[3].

وتفصل محكمة التحكيم في كل القضايا المتعلقة باختصاصها وتحدد الإجراءات الخاصة بها ويصدر التحكيم بأغلبية الأصوات، والذي يجب أن يكون مسببا في كل المسائل التي

[1] فوزي محمد سامي، مرجع سابق ، ص 77.
[2] أحمد بن حاجة مرجع سابق ، ص 12.
[3] مانع جمال عبد الناصر، مرجع سابق ، ص 43.

تناولها، مع توقيعه من طرف أغلبية المحكمين، ثم تقدم نسخة منه لكل طرف، ويكون حكم التحكيم نهائيا وملزما للأطراف لا يقبل الطعن أو طلب إعادة النظر، يتعين تنفيذه بمجرد صدوره إلا إذا حددت المحكمة مهلة للتنفيذ أو لتنفيذ جزء منه [1].

والملاحظ أن الاتفاقية لم تنشر إلا الإجراءات الخاصة بطلب التنفيذ في الدول المراد تنفيذ الحكم فيها، وعليه فإن الإجراءات تخضع لقواعد القانون الوطني لتلك الدولة [2] وإذا لم ينفذ الحكم خلال مدة ثلاث أشهر من تاريخ صدوره يمكن عرض المسألة على محكمة الاستثمار العربي لكي تتخذ قرارها المتعلق بالتنفيذ [3].

إن هذه الاتفاقية رغم نصوصها الكثيرة وأهميتها بالنسبة للدول العربية ومنها الجزائر [4]، لا سيما في إنشاء هيئة تحكيمية إلا أنها لم تكن واضحة بالقدر الكافي بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على النزاعات المتعلقة بالاستثمار، لأن جهودها كانت ترمي إلى توفير ضمانات

تشريعية في الدول العربية قصد تسهيل حركة تنقل رؤوس الأموال للمستثمرين وميولها إلى تطبيق القانون الداخلي للدول العربية.

المطلب الثالث: مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي

يعد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم أو اتفاقية التحكيم [5] عن العقد الأصلي، من المبادئ التي أصبحت مستقرة في قضاء التحكيم التجاري الدولي، فما هو مضمون هذا المبدأ؟ (الفرع الأول) وكيف كرسه الاتفاقية الدولية (الفرع الثاني والأنظمة الوضعية (الفرع الثالث) ولوائح التحكيم (الفرع الرابع)؟

---

[1] المادة 1/ 04، 1 / 4/ه، 1 / 4/ز، من ملحق الاتفاقية

[2] فوزي محمد سامي، مرجع سابق ، ص 78

[3] المادة 2 فقرة 11 من الاتفاقية.

[4] مرسوم رئاسي 95-306 المؤرخ في 7 أكتوبر 1995 المتضمن المصادقة على الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، ج. ر 59 مؤرخة في 11 أكتوبر 1995.

[5] بن حليمة ليلى، محاضرات في التحكيم التجاري، ألقيت على طلبة الماستر، فرع قانون أعمال، جامعة المسيلة، كلية الحقوق 2016 / 2015
"اختلف الفقهاء في تسمية الطريقة التي يأتي بها الاتفاق على التحكيم بحسب نظرة كل منهم إلى مفهوم التحكيم وذلك كما يلي: اتفاق التحكيم: وينقسم إلى : شرط التحكيم، مشارطة التحكيم. فشرط التحكيم هو الشرط المنصوص عليه في العقد وينصب على أن أي نزاع يمكن أن يثور بسبب هذا العقد يتم الفصل فيه عن طريق التحكيم، ومن جهة أخرى فإن مشاطرة التحكيم هي اتفاق بين الطرفين يقوم بموجبه بإخضاع النزاع إلى محكم أو هيئة تحكيمية، وتكون مشاطرة التحكيم عادة في عقد منفصل. أما التقسيم الثاني فيعتبر التحكيم عقد وهو يتكون من اتفاقية التحكيم: وتنقسم إلى: شرط التحكيم، اتفاق التحكيم وعليه فإن عقد التحكيم قد ينعقد بإحدى الصورتين، أما أن يكون كشرط أو بند في عقد معين بذكر فيه من بين شروطه وفي هذه الحالة يسمى شرط التحكيم، وإما أن ينعقد عقد التحكيم عند قيام النزاع بالفعل بين الخصوم ويسمى في هذه الحالة باتفاق التحكيم وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية..."

| الفرع الأول: مضمون مبدأ استقلال اتفاق التحكيم

إن عدم مشروعية العقد الأصلي، أو صحته، أو بطلانه أو فسخه لا يؤثر على اتفاق التحكيم، سواء أكان هذا الشرط مدرجا في العقد الأصلي أم مستقلا عنه، وأساس هذا النظر أن اتفاق التحكيم يعالج موضوعا مختلفا تماما عن موضوع العقد الأصلي، إذ يعد اتفاق التحكيم تصرفا قائما بذاته، له كيانه المستقل عن كيان العقد الأصلي [1].

وظهر هذا المبدأ بظهور قاعدة موضوعية مقتضاها تقرير صحة اتفاق التحكيم دون التقيد بالقواعد الواردة في التشريعات الداخلية، ونقطة انطلاق هذه القواعد الموضوعية وضعتها

محكمة النقض الفرنسية التي قررت مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في مجال العلاقات الدولية الخاصة [2].

إذ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأساسي هو مبدأ للقانون الموضوعي الفرنسي للتحكيم UNPRINCIPE DE DROIT . MATERIEL , FRANCAIS وليس بقاعدة تنازع، بعبارة أخرى وفقا للقانون الفرنسي بمجرد أن يوضع اتفاق لتنظيم تحكيم دولي فسيكون مستقلا عن العقد الأصلي مهما تكن الحلول الموضوعة من قبل القانون الأجنبي المحتمل تطبيقه على العقد الأصلي أو على اتفاق التحكيم ذاته، فنخلص إلى أن هذا المبدأ قبل أن يكون قاعدة قانونية أو مبدأ قانوني داخلي، كان قاعدة من القواعد الموضوعية الدولية، إن النظام القانوني الاتفاق التحكيم يسيطر عليه مبدأ استقلالية هذا الاتفاق الذي كان نتيجة التطور الاجتهاد القضائي والذي يريد تحويله إلى مبدأ صحة اتفاق التحكيم.

ويعني مبدأ الاستقلالية إمكانية تلافي اللجوء إلى قواعد الاسناد كأسلوب في حل مسألة تنازع القوانين عن طريق إقرار قواعد موضوعية واجبة التطبيق تعطى حلولا مباشرة وتحسم المسألة المتنازع فيها[3].

وقد كرست فرنسا هذا المبدأ أول مرة عن طريق حكم قضائي حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 8 ماي 1963 في القضية المعروفة GOSST إلى أنه افي

[1] منير عبد المجيد، مرجع سابق ، ص 102.
[2] نور الدين بكلي، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجيستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون 1995/1996 ، ص 78.
[3] مرجع نفسه، ص 79.

اطار التحكيم التجاري الدولي، فإن اتفاق التحكيم سواء تم هذا الاتفاق على نحو منفصل ومستقل عن التصرف القانوني الأصلي أو تم ادراجه به فإنه يتمتع دائما، إلا إذا ظهرت ظروف استثنائية، باستقلال قانوني كامل، يبتعد معه أن يتأثر اتفاق التحكيم بأي بطلان محتمل يلحق فيه هذا التصرف " [1].

وهذا المبدأ الذي وضعته محكمة النقض الفرنسية سارت عليه أيضا محاكم الاستئناف الفرنسية في العديد من أحكامها كقضية IMPEX وقضية HECHT وقضية MEMICUCCI.

ويترتب على التسليم بمبدأ استقلال شرط التحكيم على العقد الأصلي النتائج التالية:

أن بطلان كل من العقد الأصلي أو شرط التحكيم لا يؤثر على صحة أو بطلان الأخر فإذا أبطل العقد الأصلي فعندئذ يمكن التمسك بصحة شرط التحكيم وبالتالي السير في إجراءات التحكيم وحسم النزاع من قبل المحكم) [2].

كما يترتب على هذا المبدأ نتيجة هامة في اطار تنازع القوانين هو أن اتفاق التحكيم قد يخضع لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي فيجوز تطبيق المبادئ العامة وعادات التجارة الدولية على اتفاق التحكيم بصرف النظر عن القانون المطبق على العقد الدولي[3].

مع ذلك يمكن القول بأن تطبيق قانون معين على العقد الأصلي قد يعتبر قرينة كاشفة عن انصراف نية الأطراف إلى تطبيق نفس القانون على اتفاق التحكيم طالما أنه لا يوجد اتفاق مخالف، وذلك تطبيقا للاتجاه الفقهي الغالب في تنازع القوانين والخاص بوحدة القانون الواجب التطبيق، إذ أن استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي لا يحول دون امتداد القانون الواجب التطبيق من هذا العقد الأصلي إلى اتفاق التحكيم[4].

مبدأ الاستقلالية يعطي للمحكم سلطة النظر في اختصاصه ومفاد ذلك أن المحكم يستمر في إجراءات التحكيم وهو الذي يقرر كونه مختصا بالنظر في الموضوع أم لا، وإن كان قد جرى الطعن بصحة العقد الأصلي في المحاكم أو الطعن بصحة شرط التحكيم وأن النظر من قبل

[1] حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق ، ص 122.
[2] - فوزي محمد سامي، مرجع سابق ، ص 200.
[3] منير عبد المجيد، مرجع سابق ، ص 105.
[4] مرجع نفسه، ص 105.

المحاكم في هذا الموضوع لا يوقف الإجراءات الخاصة بالتحكيم [1] كما أن فسخ العقد لا يعتبر تنفيذا له ومن ثم الاتفاق على التحكيم بصدد تنفيذ عقد لا يشمل المنازعات المتعلقة بفسخه إلا إذا كان الفسخ مشروطا صراحة في العقد كجزاء عن الإخلال بشروطه إما طلب البطلان فهو اهدار له وعدم تسليم به، ومن ثم لا يتصور أن تعد المنازعة ببطلان العقد تنفيذا له فيكون للمحكم سلطة للفصل فيها [2].

الفرع الثاني: موقف المعاهدات الدولية و القوانين الوضعية

إن العديد من الاتفاقيات التي تنظم التحكيم الدولي منها التي نصت على قاعدة الاستقلالية، ومنها التي لم تنص على هذا المبدأ ويمكن لأول وهلة الاستنتاج بأن الاعتراف بالمبدأ أظهرت به لتطور القضاء والفقه، ومن ثم ظهر تأكيد المبدأ في الاتفاقيات الدولية.

1- أن بروتكول جنيف لسنة 1923 واتفاقية جنيف لسنة 1927 رغم أن هذه الاتفاقيات لم تعد مطبقة على العلاقات بين الدول الأطراف في اتفاقية نيويورك لسنة 1958 فإن هاتين الاتفاقيتين لم تتناول أي حكم سواء كان صريحا أو ضمنا يتعلق باستقلال اتفاق التحكيم [3].

2- أما معاهدة نيويورك الموقعة سنة 1958 لا تشير إلى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بطريقة مباشرة، إذا اقتصرت هذه المعاهدة في المادة 5 الفقرة الأولى على الإشارة إلى إمكانية رفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه إذا أثبت الطرف المطلوب بالاعتراف وتنفيذ الحكم ضده أن اتفاق التحكيم غير صحيح وفقا للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم، وفي حالة عدم وجود إشارة صريحة لهذا القانون، يكون ذلك وفقا لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم [4].

ويبدو جليا أن المعاهدة تركت لكل من القوانين المحتملة التطبيق الحرية في الفصل في هذه المسألة، فبالنظر إلى نص المادة السابعة من الاتفاقيات المذكورة والتي تنص على أنه "لا تخل أحكام هذه الاتفاقية بصحة الاتفاقيات الجماعية أو الثنائية التي أبرمتها الدولة المتعاقدة بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها، ولا تحرم أي طرف من حقه من الاستفادة بحكم

[1] فوزي محمد سامي، مرجع سابق ، ص 200.
[2] أحمد أبو الوفا، مرجع سابق ، ص 35.
[3] نور الدين بكلي، مرجع سابق ، ص 91
[4] حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق ، ص 126.

من أحكام المحكمين بالقدر المقرر في تشريع أو معاهدات البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ" [1].

3- وبالنسبة لاتفاقية واشنطن في 1965/ 03 / 18 والتي أنشأت المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمارات فقد نصت في المادة 41 منها على أن هيئة التحكيم هي التي تحدد اختصاصها".

ويقصد بذلك أن المحكم يختص بتحديد اختصاصه، فهو الذي يقرر ما إذا كان هناك اتفاق تحكيم أم لا، فهو لن يختص إلا بناءا على وجود اتفاق تحكيم صحيح.

وإذا كان البعض يرى عدم ارتباط مبدأ الاختصاص بالاختصاص ومبدأ الاستقلالية إلا أن الواقع أن المحكم لن يقرر بحال من الأحوال عدم صحة شرط التحكيم كنتيجة لعيب لحق بالاتفاق الأصلي الذي أورد الشرط، فتقرير مبدأ الاختصاص بالاختصاص يعني ترك تقدير مدى الأخذ بمبدأ استقلال شرط التحكيم للمحكم ولا شك أنه سيكون أكثر ميلا للأخذ بمبدأ الاستقلال مما يستتبع اختصاصه بالفصل في النزاع،[2] وبهذا يكون قد تم استخلاص هذا المبدأ من قبل جانب من الفقه بالإشارة إلى فكرة التفسير الضمني.

4- اتفاقية جنيف لسنة 1961 تشير صراحة في أحكامها على اختصاص . الاختصاص، كما تكرس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم على العقد الأصلي، وهو ما أكدته المادة 5 فقرة 3 حيث أن أحكام هذه المادة لا تكرس مبدأ الاستقلالية بصفة ضمنية فحسب بتأكيدها على اختصاص الاختصاص صراحة حيث، أنها منحت للمحكم سلطة الفصل في وجود وصحة اتفاق التحكيم أو العقد الأصلي، مما يعني الفصل واستقلال وجود وصحة كل العقود [3] .

5- أما الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 لم تشر هذه الاتفاقية صراحة إلى الأخذ بهذا المبدأ، أما عن سلطة المحكمين للنظر في اختصاصهم فقد جاء ذكرها في المادة 24 منها حيث نصت "يجب إبداء الدفع بعدم الاختصاص والدفوع الشكلية الأخرى قبل

[1] بولحية سعاد، استقلالية اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، فرع قانون أعمال، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، كلية الحقوق، بدون تاريخ المناقشة، 27.

[2] عائشة مقراني، مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير فرع عقود ومسؤولية، جامعة محمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق والعلوم التجارية، 2005، ص 54.

[3] نور الدين بكلي، مرجع سابق ، ص 92.

الجلسة الأولى، وعلى هيئة التحكيم أن تفصل فيها قبل الدخول في الموضوع فيكون قرارها بهذا الشأن نهائيا".

وإذا علمنا أن المادة 27 من الاتفاقية المذكورة تنص على أن الاتفاق على التحكيم وفق أحكام هذه الاتفاقية يحول دون عرض النزاع أمام جهة قضائية أخرى أو الطعن لديها بقرار التحكيم، يمكن القول أن هذا النص يعطي مؤشرا آخر للأخذ بمبدأ الاستقلالية [1] .

ومن خلال ما سبق نستنتج أن المعاهدات الدولية لم تتبني مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي صراحة، ولكن تم استخلاص هذا المبدأ من قبل جانب من الفقه بالإشارة إلى فكرة التفسير الضمني، فإن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم كرسته صراحة العديد من القوانين الوضعية الداخلية.

موقف القوانين الوضعية

تنص الغالبية العظمى من التشريعات الحديثة المتعلقة بالتحكيم صراحة على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، وبهذا الاعتراف من قبل التشريعات الداخلية للدول اكتسب المبدأ شرعية أكبر سمحت له بأن يصبح قاعدة دولية في التحكيم التجاري الدولي.

أولا: القانون الجزائري:

لم يشر المشرع الجزائري، في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 بقاعدة تنص صراحة أو ضمنا على مبدأ الاستقلالية وهذ رجع إلى أن أحكام هذا القانون كانت تخص التحكيم الداخلي دون التحكيم الدولي، مع العلم أن هذا المبدأ ظهر ليواجه المعاملات الدولية المتعلقة بمصالح التجارة الدولية، كما أن الجزائر كانت تعرف خلال هذه المرحلة تحفظا اتجاه التحكيم الدولي نظرا للظروف التي كانت تمر لها لاسيما أن هذا المبدأ الذي يؤدي إلى انفصاله عن العقد الأصلي، وما يترتب عليه من نتائج خطيرة، وكذلك يرجع موقف المشرع الجزائري إلى أن هذا المبدأ لم يكن خلال هذه المرحلة قد خطى الخطوات الأولى التي هو عليها اليوم[2].

[1] عائشة مقراني، مرجع سابق ، ص 55.
[2] مرجع سابق ، ص 56.

إلى أن جاء قانون الإجراءات المدنية 93-09 المؤرخ في 25 أفريل 1993 يعدل ويتم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 جوان 1966 بتعديلات مهمة على أحكام القانون القديم الذي لم يعد يساير تطور الفكر القانوني والاقتصادي الجديد [1] ، واحدث المشرع قسما تحت

عنوان "تنظيم التحكيم الدولي: نصت المادة 458 مكرر فقرة 4 على ما يلي: "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح" وبهذا يكون المشرع الجزائري قد كرس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي صراحة من خلال نص هذه المادة[2] .

وقد أكد هذا المبدأ من خلال القانون رقم 09/ 08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد في نص المادة 1040 الفقرة 4 بقولها "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي".

ثانيا: القانون المصري:

يعتبر قانون التحكيم المصري الجديد رقم 27 لسنة 1994 من القوانين التي أكدت على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، إذ نصت المادة 22 منه "يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط الأخرى، ولا يرتب على بطلان العقد أو فسخه أو انهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته" [3].

وبهذا وضع المشرع حدا للانقسام الفقهي في مسألة الاستقلالية فهناك فريق يرفض الفكرة ويذهب إلى عدم إمكانية فصل للشرط التحكيم عن العقد الأصلي وليس للمحكم سلطة البت في صحة أو بطلان الاتفاق الخاص بالتحكيم، ومن بين مؤيدي هذا الرأي أبو الوفا، أما الفريق الآخر فيرى إمكانية الأخذ بمبدأ الاستقلالية [4].

[1] نور الدين بكلي، مرجع سابق ، ص 93
[2] عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص36.
[3] حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق ، ص 129
[4] فوزي محمد سامي، مرجع سابق ، ص 204

ثالثا: القانون الإنجليزي:

إن القانون الإنجليزي يمثل حالة خاصة، إذا أنه لا يقبل الاعتراف بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم إلا بصعوبة شديدة فمبدأ الانفصال بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي من المبادئ التي لم يتم تكريسها بشكل كامل في القانون الإنجليزي، إلا في وقت قريب جدا وفي مناسبتين، الأولى تتعلق بالحكم الصادر في قضية هاربر HARBOUR ضد كانساKANSA عام 1996، أما المناسبة الثانية فهي تتعلق بصدور قانون التحكيم الانجليزي سنة 1996واللذي كرس مبدأ الاستقلالية بموجب نص المادة السابعة من هذا القانون.

ولقد أثار الرفض السابق من قبل القانون الإنجليزي لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التساؤل حول مدى اعتبار مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بمثابة مبدأ عام من مبادئ التحكيم التجاري الدولي [1] .

رابعا: القانون الأمريكي:

عموما يعتبر القانون العام الإنجليزي هو الأصل القانوني للتشريع في الولايات المتحدة، باستثناء ولاية الويزيانا"، كما أن اقتباس قانون الولايات المتحدة للمبادئ الأساسية من القانون العام الإنجليزي يشمل مجال التحكيم بدرجة تامة، لا سيما مبدأ العدول والذي بمقتضاه يحق لأي طرف في اتفاقية التحكيم وفي أي لحظة قبل صدور قرار التحكيم أن يعلن عدوله أو رجوعه عن موافقته على التحكيم. ولا يملك الطرف الآخر وسيلة لحث الطرف الممتنع عن تنفيذ التزامه [2].

وقد خرج قانون الاتحاد الأمريكي عن هذا النهج عام 1967 عندما رأت المحكمة الاتحادية العليا ضرورة الأخذ بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم في قضية PRIMA PRINT ضد FLOAD AND CONKIN أنه تبعا للقانون الفيدرالي فإن مصير اتفاق التحكيم يعد مستقلا ومنفصلا عن مصير العقد المدرج في هذا الاتفاق[3].

[1] بولحية سعاد، مرجع سابق ، ص 29.
[2] عائشة مقراني، مرجع سابق ، ص 64.
[3] حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق ، ص

لقد رأينا من قبل كيف كرس القضاء الفرنسي مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وهو من إبتدعه، ورأينا مدى تكريس باقي الدول لهذا المبدأ منها المشرع الجزائري والدول الأنجلوسكسونية، وهناك دول أخرى كرست هذا المبدأ كالقانون الألماني والإيطالي والياباني، ومنه يمكن القول أن التشريعات الداخلية للدول هي التي جعلت من هذا المبدأ قاعدة عامة للتحكيم التجاري الدولي، وليس الاتفاقيات الدولية كما رأينا سابقا.

الفرع الثالث: موقف لوائح التحكيم التجاري الدولي

تستمد لوائح التحكيم قوتها من إرادة الأطراف التي تشير إليها، ويرى جانب من الفقه أن تأكيد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، الذي تشير إليه هذه اللوائح يتعين تفسيره على أنه يعبر عن إرادة الأطراف في أن يعامل اتفاق التحكيم على نحو مستقل عن المعاملة التي يلقاها العقد الأصلي [1]

وأول نظام تحكيمي هام كرس هذه القاعدة وربطها بسلطان الإرادة هو نظام التحكيم الغرفة التجارية بباريس، حيث نص في مادته الثامنة الفقرة 4 على ما يلي: "إذا لم يكن هناك اتفاق مخالف فإن الادعاء ببطلان العقد الأصلي أو انعدامه لا يترتب عليها عدم اختصاص المحكم،

إذا ارتأى صحة اتفاق التحكيم ويظل المحكم في هذه الحالات مختصا لتحديد حقوق الأطراف والفصل في ادعاءاتهم وطلباتهم، حيث أن بطلان العقد الأصلي أو انعدامه لا يؤدي إلى عدم اختصاص المحكم ولا إلى بطلان أو انعدام اتفاق العقد التحكيمي" [2].

ويتضح من هذا النص أنه يؤكد على استقلالية اتفاق التحكيم بوضوح كامل، ليس فقط في حالة الادعاء ببطلان العقد الأصلي ولكن أيضا في حالة الادعاء بعدم وجود هذا العقد أصلا.

وكذلك فإنه لا يوجد أدنى شك في أن المحكم إذا لاحظ انعدام العقد الأصلي أو بطلانه فإنه لا يجب أن يتوقف على مجرد هذه الملاحظة، بل لابد أن يستخلص منها الآثار المترتبة على هذا البطلان أو الانعدام فيما يتعلق بادعاءات الطرفين [3].

[1] بولحية سعاد مرجع سابق ، ص 30.
[2] عائشة مقراني، مرجع سابق ، ص 67.
[3] حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق ، ص 139

هذا ويرى جانب من الفقه أن موقف لائحة التحكيم أقل صراحة فيما يتعلق بمعرفة ما إذا كانت ذات القاعدة المتقدمة يتعين اتباعها من قبل المحكمة الدولية للتحكيم إذا شرعت في فحص مسألة وجود أو صحة اتفاق التحكيم لأول وهلة، وذلك بإجمال نص المادة 6 فقرة 2 من لائحة الغرفة [1].

وهناك أيضا نظام التحكيم الذي وضعته لجنة القانون التجاري الدولي في الأمم المتحدة وهو ثاني نظام يكرس المبدأ سنة 1976، والذي ينص في مادته 02/ 21 منه على "هيئة التحكيم هي صاحبة الاختصاص في الفصل في الدفوع الخاصة بعدم اختصاصها، وتدخل في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود شرط التحكيم أو الاتفاق المنفصل على التحكيم أو بصحة هذا الشرط أو هذا الاتفاق" [2].

وفيما يتعلق بأهداف المادة 21، فإن شرط التحكيم الذي يعد شرطا في العقد والذي ينص على التحكيم وفقا للائحة الحالية، يعد شرطا مستقلا عن الشروط الأخرى التي يتضمنها العقد، ولا يترتب على تقرير هيئة التحكيم بطلان العقد الأصلي بطلان شرط التحكيم، بقوة القانون [3].

ويكرس هذا المبدأ صراحة اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في مسألتي صحة ووجود كل من العقد الأصلي وشرط التحكيم.

ويكرس هذا النظام قاعدة، أن إثارة بطلان العقد الأصلي لا تفضي إلى بطلان الاتفاق التحكيمي، وإذا كان العيب المتصل بالعقد الأساسي له علاقة بالشرط التحكيمي (مثلا: عيب الرضا)، فإن المحكم يبقى مختصا للنظر بقابلية الابطال [4].

وبهذا تكون لوائح التحكيم قد كرست مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي تماشيا مع الأنظمة القانونية الداخلية للدول، كما أنه يعد ضمانة من ضمانات التعاقد التي تساهم في تنمية اقتصاد الدول الجالبة للاستثمار، وضمانة للمستثمر وهو ما عزز هذا المبدأ لكلا الجانبين، والذي قابلته لوائح التحكيم بالتأييد.

[1] بولحية سعادة مرجع سابق ، ص 34.
[2] عائشة مقراني، مرجع سابق ، ص 68.
[3] حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق ، ص 141.
[4] عائشة مقراني، مرجع نفسه، ص 69.

المطلب الرابع: مبدأ حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم

إن مبدأ حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم يعد عنصرا أساسيا وجوهريا في ميدان ممارسة التحكيم الدولي، إذا أن الإرادة المشتركة للأطراف تأهل المحكم وتمنحه سلطة قضائية للنظر في نزاعهما، فتحليل هذا المبدأ المعترف به في مجال التحكيم التجاري الدولي يكون من خلال التطرق إلى مضمونه (الفرع الأول) وحدوده (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مضمون مبدأ حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم

إننا نسجل في معظم الدول أن التحكيم بإعتباره قضاء خاص، وبإعتباره اتفاقي المصدر أصبح في الوقت الحاضر، وعلى المستوى العالمي تقريبا، مسلم به من طرف الفقه أجمع بعد تأكيده من طرف الاجتهاد القضائي وذلك منذ فترة طويلة وعليه يكون للأطراف الحرية في إعطاء الاختصاص لمحكمة تحكيمية للنظر في النزاعات القائمة أو تلك التي قد تنشأ بينهما بمناسبة تفسير العقد أو تنفيذه، وذلك بمقتضى اتفاقية التحكيم لكن السؤال الذي يطرح في هذا السياق كيف يكون تطبيق هذا المبدأ؟.

إن هذا المبدأ في مجال التحكيم الدولي ينطلق عند حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، فأغلب الاتفاقيات الدولية والقوانين الداخلية للدول تعطي كامل الحرية للأطراف لاختيار القانون الواجب التطبيق، أي أن هذه القوانين والاتفاقيات تعطي الأولوية في اختيار القانون لإرادة الأطراف، أي بمفهوم آخر أعمال سلطة الإرادة من الهيئة التحكيمية [1] ويتعدى هذا المبدأ حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق إلى حريتهم في تعيين نظام تحكيمي وكذا الإجراءات المتبعة في المحكمة التحكيمية، وهناك طريقتين لإعمال هذا المبدأ، يكون إما باللجوء إلى التحكيم الخاص أو كما يسمى التحكيم الحر وإما بالرجوع إلى التحكيم النظامي.

أولا: التحكيم الخاص

في هذا النوع من التحكيم فإن الأطراف هم الذين ينظمون بأنفسهم تشكيل وتسيير هذا القضاء الخاص، ويستوجب من خلال هذا النوع من التحكيم لزوم قيام أطراف العلاقة بتعيين

[1] بن مدخن إبراهيم، قانون الإدارة والتحكيم التجاري الدولي، مجلة العلوم القانونية جامعة باجي مختار، عنابة، كلية الحقوق، العدد 13 جوان 2009، ص 102.

المحكمين مباشرة أو بالاتفاق على طريقة أخرى لتعيينهم مثل تفويض هيئة التحكيم للقيام بذلك [1] .

كذلك يفترض من الأطراف أنهم قاموا بتوطين مقر التحكيم واختيار القانون المطبق على موضوع النزاع وكذلك اختيار القانون الإجرائي ليس الدعوى التحكيمية للفصل في هذه المسألة.

ثانيا: التحكيم النظامي

إن لجوء الأطراف إلى التحكيم الخاص الذي يستوجب التعيين المباشر للمحكمين وإجراءات سير التحكيم أمسى قليل الاستعمال في الوقت الحاضر، إذ في ميدان ممارسة التجارة الدولية، نجد شيوع شروط التحكيم المدرجة في العقود الدولية والتي تنص على التحكيم النظامي [2]، وهو مجموعة من الهيئات أو المؤسسات الموجودة فيها المسائل الإجرائية موضحة مثل قوائم المحكمين المعتمدين، لديها كيفية تشكيل المحكمة، مقر المحكمة والقانون الواجب التطبيق، وهذه المراكز متعددة ونخص أهمها مثل "مركز حل المنازعات البنك الإنشاء والتعمير "[3]

الفرع الثاني: حدود مبدا حرية الاطراف في اللجوء الى التحكيم

أصبح مبدأ حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم عاما لكن، هناك حدود لهذا المبدأ وهي:

أولا: قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم:

إذا كان الأصل أن أي نزاع يمكن أن يعرض على القضاء الداخلي، فإن النزاع الذي يكون محلا للتسوية في إطار التحكيم التجاري الدولي يجب أن يكون من النزاعات القابلة للتسوية بطريق التحكيم، وما يؤكد أهمية وضرورة مسالة القابلية هو ما ذهبت إليه الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، فقد نصت المادة الأولى من بروتكول جنيف لعام 1923 بشروط صحة اتفاق التحكيم على أن "تعترف من بروتكول الدول المتعاقدة بصحة

[1] صديق بغداد، مرجع سابق ، ص 55.

[2] كمال معروف، التحكيم التجاري الدولي مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، فرع قانون أعمال، جامعة الجزائر، كلية الحقوق2000 / 1999 ، ص 25 .

[3] بن مدخن إبراهيم: مرجع سابق ، ص 120.

اتفاق التحكيم وكذلك شرط التحكيم.... في المسائل التجارية والمسائل الأخرى التي تقبل التسوية عن طريق التحكيم" [1].

وهناك العديد من الاتفاقيات الدولية التي تصب في نفس السياق كما نصت عليه اتفاقية نيويورك في نص المادة الثانية منها. وما يلاحظ أن اشتراط الاتفاقيات الدولية لضرورة قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم لم تتبعه تحديد لهذه المسائل القابلة للتسوية، وإنما تركت هذه المسالة لظروف كل دولة فلكل دولة الحرية في تحديد المسائل التي يجوز تسويتها بطريق التحكيم.

ثانيا: أهلية الأطراف في إبرام اتفاق التحكيم

تعتبر مسألة الأهلية المطلوبة للجوء إلى التحكيم هي نفسها المطلوبة إلى التقاضي علما أن هذه القاعدة تنطبق على الأشخاص الطبيعية كما تنطبق على الأشخاص المعنوية، لكن الموضوع الذي يهمنا أكثر وبشكل رئيسي نظرا لفائدة العملية، هو موضوع الأهلية المطلوب للأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام.

وبالنسبة للجزائر فمنذ سنة 1988 غيرت وجهتها نحو بناء اقتصاد السوق، يقوم على الانخراط الواضح في النظام التجاري العالمي الجديد فتوالت المساعي الإيجابية من قبل الدولة الجزائرية لصالح التحكيم التجاري الدولي، بداء بالمصادقة على اتفاقية نيويورك لسنة 1958 والتي انتهت بإقرار حق أشخاص القانون العام في اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي [2] واستقر المشرع على هذا الوضع وأكده في مختلف تعديلاته القانونية وعلى مختلف مراحلها إلى غاية اليوم حيث تنص المادة 1006 أن القانون 09 / 08 "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها ولا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص أو أهليتهم ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

ثالثا: شرط توافر الطابع التجاري في النزاع

إن النزاعات التي تكون موضوع التحكيم التجاري الدولي يجب أن تكون بالضرورة من مصالح التجارة الدولية، بغض النظر عن المفهوم القانوني أو الاقتصادي في تعريف كل من

[1] تياب نادية، التحكيم كآلية لتسوية نزاعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، فرع قانون أعمال مولود معمري تيزي وزو، 2006، ص 11

[2] مرجع نفسه، ص 47.

التاجر التجارة والعمل التجاري، لمواكبة تعريف التجارة الدولية "إن التجارة الدولية هي تلك العمليات المتعلقة بالتبادل الاقتصادي وحركة رؤوس الأموال والخدمات عبر الحدود " [1].

رابعا: قانونية النزاع

إن النزاعات التي تكون محل تسوية في إطار التحكيم التجاري الدولي هي النزاعات القانونية دون السياسية، لأن كلا من القانون الدولي والقوانين الوطنية المقارنة تتحدث عن العلاقة القانونية في مجال التجارة الدولية عقدية أو غير عقدية ، وهو ما نصت عليه المادة الثانية من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 والمادة 7 من القانون النموذجي التحكيم التجاري الدولي، والمادة 2 من القانون المصري[2] .

وقد حاول الفقه تحديد المقصود بالنزاعات القانونية لتميزها عن النزاعات السياسية التي لا يمكن اخضاعها للتحكيم التجاري الدولي، التي لم يتمكن الاتفاق على معيار موحد لتحديد مفهوم النزاع القانوني، لذا قامت محكمة العدل الدولية بتعداد هذا النزاع من خلال المادة 2/ 36 من نظامها الأساسي إلا أن هذا العمل لم يسلم كثيرا من النقد لذا كثير ما تتهرب الدول من الوفاء بالتزاماتها، كما أن الفصل بين المنازعة السياسية والقانونية أمر صعب جدا نظرا للتداخل الحاصل بينهما.

[1] كمال معروف، مرجع سابق ، ص 36.
[2] تياب نادية، مرجع سابق ، ص 13.

خلاصة الفصل:

يعد التحكيم نظام بديل لتسوية المنازعات، و قد يختلط بغيره من الأنظمة مشابهة له وهو عقد يتم بين طرفين تتوافر فيها شروط صحة هذا العقد من أهلية أطرافه و توافر شروط الرضا بالإضافة إلى وجود سبب و محل مشروعين كما يترتب شرط التحكيم أثارا إذ ما تم سليما وفقا لشروط صحته .

و له أهمية كبيرة في الحياة الإقتصادية بين الشركات الاستثمارية و الأفراد يمكن اللجوء إلى التحكيم قبل اللجوء إل التقاضي في أي عقد تجاري أو صناعي أو عقد من العقود العقارية و يساعد بشكل أساسي في إنتعاش الحياة التجارية .

تمهيد :

بعد دراسة أهم الأحكام العامة للتحكيم التجاري جاء دور معرفة دور القضاء التحكيم في حل منازعات التجارة الدولية لذلك تم تقسيم الفصل الثاني على ثلاث مباحث :

المبحث الأول : إجراءات و شروط رقع الدعوى أمام قضاء التحكيم

المبحث الثاني : القانون الواجب تطبيق أمام قضاء التحكيم

المبحث الثالث : طرق الطعن في الحكم التحكيمي

المبحث الأول: إجراءات وشروط رفع الدعوى أمام قضاء التحكيم

يجب أن يتوفر في اتفاق التحيكم جميع الشروط الموضوعية والشكلية التي أوجب المشرع مراعاتها عند ابرام أي تصرف قانوني ، وعليه فسوف نتناول الشروط الموضوعية والشكلية التي يجب توفرها في اتفاق التحكيم حتى يكون صحيحا وينتج آثاره في هذا المبحث

المطلب الأول : الشروط الموضوعية

تتمثل هذه الشروط في ضرورة توافر التراضي الصحيح، وأن يرد هذا التراضي على محل ممكن ومشروع، وأن يستند إلى سبب مشروع، شأنه فيذلك شأن أي تصرف قانوني وسوف نفصل ذلك فيمايلي:

الفرع الأول : التراضي:

يعتبر الإتفاق على التحكيم عقدا من عقود القانون الخاص، يسوده مبدأ سلطان الإرادة، وتسري عليه القواعد العامة في العقود.

وبناءا على ذلك فلابد لقيام اتفاق التحكيم من وجود الرضا وإلا كان الإتفاق غير قائما، فيجب أن تتطابق إرادتي الطرفين وتتجه إلى ترتيب آثار قانونية تبعا لمضمون ماتفقا عليه ، فلابد من إيجاب و قبول يتطابقان على اختيار التحكيم اختيارا حرا كوسيلة الحسم المنازعات التي تثور بشأن العلاقة الأصلية [1] كبديل عن قضاء الدولة.

ويلزم أن تتوافر الأهلية لدى الأطراف، وهي اهلية التصرف ولذلك نصت المادة 11 من قانون التحكيم المصري على أنه " لايجوز الإتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الإعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه....".

فالمشرع المصري أعطى كل شخص طبيعي يتمتع بأهلية التصرف وفقا الأحكام القانون المدني حرية الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم، أما فيما يخص الأشخاص الإعتبارية بجميع انواعها حقا اللجوء إلى التحكيم متى تم التحقق من اكتساب واستيفاء الشروط التي يستلزمها القانون للاقرار بالشخصية المعنوية.

[1] د. مختار محمود بريري ، التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 45

أما المشرع الجزائري فقد استلزم أن يكون التراضي في اتفاق التحكيم صادرا عن اطراف أهل للتصرف حيث تنص المادة (1006) على أنه "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها".

فهذه المادة تقتصر حق اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للأشخاص الطبيعيين في من تتوفر لهم الأهلية القانونية لمباشرة التصرفات القانونية وفقا لنصوص القانون المدني الجزائري [1].

حيث يتضح أن إتفاق التحكيم يقع باطلا إذا قام به شخص لايملك حق التصرف في حقوقه ، فمن لم يبلغ سن الرشد الذي حدده المشرع الجزائري ب 19 سنة الايجوز له ابرام اتفاق التحكيم، وكذلك المحجور عليه والمعتوه والسفيه، لايمكنه الإتفاق على اللجوء للتحكيم وكذلك المحروم من حقوقه المدنية ومن أشهر إفلاسه لايمكنه كذلك الإتفاق على اللجوء للتحكيم كوسيلة لفض ماقد يثور من نزاع بينه وبين خصمه.

وبالنسبة للأشخاص المعنوية فقد نص المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة (1006) على مايلي " ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ماعدا في علاقاتها الإقتصادية الدولية أوفي إطار الصفقات العمومية"

فيظهر من النص السابق أن الأشخاص المعنوية الخاصة كالشركات التجارية التي تخضع للقانون الجزائري إذا كانت تمارس نشاطها في الجزائر، فهي تكتسب الشخصية القانونية ، وبالتالي لها حق اللجوء إلى التحكيم بعد قيدها في السجل التجاري.

أما بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة، فقد وضع المشرع الجزائري شرطين حتى يمكن لها الإتفاق على التحكيم وهي كالآتي:

1- العلاقات الدولية الإقتصادية

أعطى المشرع الجزائري الأشخاص المعنوية العامة والمتمثلة في مؤسسات الدولة والشركات العمومية والمؤسسات الإقتصادية العامة الحق في اللجوء إلى التحكيم فيما يتعلق بعلاقاتها

[1] راجع المواد 40 ، 41 من الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 الذي يتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم .

الاقتصادية الدولية لتسوية المنازعات التي قد تنشأ عن هذه العلاقات، خصوصا مع تزايد هذه المعاملات.

2- الصفقات العمومية

فقد اجاز كذلك المشرع الجزائري للأشخاص المعنوية العامة إمكانية اللجوء إلى التحكيم فيما يتعلق بابرام الصفقات العمومية وما ينشأ عنها من منازعات.[1]

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري كان يحظر على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم وذلك وفقا لنص المادة (442/3) من الأمر 154/66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والتي تنص على أنه "لا يجوز للدولة والأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم".

ولكن على الرغم من هذا الموقف التشريعي الواضح، والرافض للتحكيم، إلا أنه من الناحية العملية كان الوضع مختلفا، فقد أبرمت الجزائر عدة عقود في مجال البترول مع الشركات الأجنبية الخاصة تضمنت شرط التحكيم، نذكر منها العقد الذي أبرم في 1968/10/19 مع شركة (GETTY) الأمريكية والذي استمر حتى بعد تأميم المحروقات سنة 1971 [2].

والمثال الثاني هو نظام التحكيم الجزائري الفرنسي الموقع في 1983 / 03 / 27 والذي يعتبر تجسيدا للاتفاق الإطار المبرم بين الحكومتين في 21 / 06 / 1982والمتعلق بالتعاون الاقتصادي بين البلدين.

وقد تدخل المشرع الجزائري من أجل إزالة هذا التناقض وعد لصياغة المادة 442 سالفة الذكر بالمادة الأولى من المرسوم التشريعي 09/93 التي نصت على مايلي :"... ولا يجوز للأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ماعدا في علاقاتهم التجارية الدولية".

[1] فقد نظم المشرع الجزائري الصفقات العمومية بالمرسوم الرئاسي رقم 52/ 02 المؤرخ في 2002/ 07 /27 . والذي خضع لعدة تعديلات آخرها سنة 2011

[2] لقد تم تعديل أحكام بروتوكول 1968 في 1972/ 05 / 27 بهدف مطابقته مع الإطار القانوني الجديد خاصة بعد التأميم ، غير أن الأحكام الخاصة بحل المنازعات - خاصة بند التحكيم لم يعدل وبقى ساري المفعول وفقا للمادة 02 من نص التعديل.

الملاحظ على هذا النص أنه لم يبين من هم الأشخاص التابعين للقانون العام . وبعبارة أخرى هل يجوز للدولة اللجوء إلى التحكيم في منازعات التجارة الدولية؟

ولكن يبدو أن القانون الجزائري جسد المبدأ حسب ما قضت إليه محكمة النقض الفرنسية، بحيث ربط لجوء هذه الأشخاص إلى التحكيم بشرط تعلق المنازعة بمسائل التجارة الدولية في القانون الجديد أما فيما يخص الأشخاص المعنوية العامة التي يمكن لها اللجوء إلى التحكيم فقد حددها في المادة (975) من قانون المرافعات الجديد التي نصت على أنه : لايجوز للأشخاص المذكور في المادة (800) أعلاه أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية " وبالرجوع إلى نص المادة (800) يتضح لنا أن هذه الأشخاص المعنوية هي : الدولة أو الولاية، أو البلدية أو احدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية .

فعند تعلق التحكيم بالدولة فيتم اللجوء إليه بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين [1].

وإذا تعلق التحكيم بالولاية أوالبلدية فيتم اللجوء إليه بمبادرة من الوالي أورئيس المجلس الشعبي البلدي.[2]

وعندما يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة ادارية ،يتم اللجوء إلى التحكيم بمبادرة من ممثلها القانوني، أومن ممثل السلطة الوصية التي تتبعها [3]

أ-عيوب الرضا:

يجدر التنبيه إلى أن اتفاق التحكيم – شرطا أو مشارطة – قد يخضع لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم الاتفاق الأصلي، ولذا يكون المرجع في توفر التراضي وصحته وخلوه من العيوب كالغلط والتدليس والإكراه للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم، وهو إما قانون الإرادة أو الموطن المشترك أو قانون بلد محل ابرام الإتفاق وفقا لقاعدة الإسناد التي تضمنتها المادة (1/19) مدني وإذا كان الإتفاق بشأن تحكيم يدخل في نطاق نصوص اتفاقية نيويورك ، فالتراضي يخضع أيضا لقانون الإرادة وإلا خضع لقانون البلد الذي يصدر

[1] المادة 2/976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية
[2] المادة 3/976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية
[3] المادة 4/976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

فيه حكم التحكيم والأولوية في حالة التعارض لأحكام الاتفاقية بحكم نص المادة الأولى [1] ، وهو ماذهب إليه المشرع الجزائري كذلك في المادة 10 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني: قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم "محل التحكيم"

نصت المادة 11 من قانون التحكيم المصري على أنه : لايجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح "وقد نصت المادة 551 من القانون المدني المصري على أنه " لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب احدى الجرائم".

وترتيبا على ذلك يمتنع الإتفاق على التحكيم في مسائل الأهلية أو صحة أو بطلان الزواج أو إثبات النسب... إلخ.

كما لا يجوز التحكيم في جريمة القتل أو السرقة أواختلاس الأموال العامة أو جريمة إصدار شيك بدون رصيد، ويمتد الحظر بكل مايتعلق بالنظام العام كالتحكيم بشأن علاقة غير مشروعة ،أو قرض بفوائد ربوية أو تحديد أسعار تخضع للتسعير الجبري، أو عقد مقامرة ، أو التحكيم بشأن منازعات العمل التي تخضع لقواعد آمره.

وهو نفس ما ذهب إليه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 1006 التي نصت على أنه "لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم"، وانطلاقا من هذا النص نجد أن المشرع الجزائري قد أخرج بعض المسائل من مجال التحكيم الداخلي، وهي المتعلقة بالنفقة والإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن وكذلك المسائل المتعلقة بالنظام العام، وحالة الأشخاص وأهليتهم وجسد بذلك، الحل الكلاسيكي المعتمد في جل التشريعات الداخلية للدول رغم اختلافها في بعض المسائل.

ففكره النظام العام فكره مرنه 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 الإقتصادية والإجتماعية أن تحدد المسائل التي يمكن حلها عن طريق التحكيم، وما

[1] محمود مختار البريري ، مرجع سابق ، ص 46

يؤكد هذه الحرية هو ما ذهبت إليه الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم والتي ربطت التزام الدول بالاعتراف باتفاقات التحكيم بكون النزاع – محل هذه الاتفاقات – متعلقا بمسألة تقبل التسوية عن طريق التحكيم ودون أن تحاول وضع قواعد مادية (موضوعية) تلتزم بها كل الدول الأعضاء [1]فقد نصت المادة الثانية من اتفاقية نيويورك 1958 على مايلي "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".

ومن هنا نؤكد على ضرورة إعطاء مفهوم و مضمون ضيقين لفكرة النظام العام يشكل يسمح لنظام التحكيم بتحقيق فاعليته وهدفه، خاصة بعد دخول الجزائر اقتصاد السوق وفتح باب الاستثمار أمام الشركات الأجنبية .

أما بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي فقد نصت المادة (1040 من ق. إم.إ الجزائري) على أنه "تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت الشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف الموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما"

الفرع الثالث: السبب:

إن اتفاق الأطراف على التحكيم يجد سببه في اتفاق الأطراف لاستبعاد طرح النزاع على القضاء وتفويض الأمر للمحكمين، وهذا السبب مشروع دائما ولا نتصور عدم مشروعيته إلا إذا ثبت أن الهدف من اتفاق التحكيم هو التهرب من أحكام القانون الذي كان يتعين تطبيقه لو طرح النزاع على القضاء، نظرا لما يتضمنه هذا القانون من قيود والتزامات يراد التحلل منها، وهو ما يمثل حالة من حالات الغش نحو القانون ، فيكون التحكيم وسيلة غير مشروعة يراد بها الاستفادة من حرية الأطراف أو حرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق، ولا يختلط السبب غير المشروع بالمحل غير الممكن أو غير المشروع ، فالأول يقتضي البحث عن اجابة السؤال ، لماذا لجا الأطراف للتحكيم ؟ أم الثاني فيتعلق بتحديد المراد تسويته بطريق التحكيم ، وهل هو مشروع أولا؟

[1] وتنص المادة 04 / 25 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 على أنه يجوز لكل دولة متعاقدة عند التوقيع أو الموافقة أو التصديق على الإتفاقية أو في تاريخ لاحق أن تخطر المركز بالنزاع أو النزاعات التي ترى بإمكانية خضوعها أو عدم خضوعها لاختصاص المركز .

المطلب الثاني : الشروط الشكلية

أجمعت مختلف التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم على أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا ، حيث نصت المادة 12 من قانون التحكيم المصري على وجوب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، وإلا كان باطلا ، وورود الاتفاق كشرط في العقد الأصلي أو الاتفاق عليه بوثيقة مستقلة ، فإذا كانت هذه الوثيقة تنص على التحكيم فيما قد يثور من منازعات بمناسبة العقد الأصلي، لزم أن يتضمن هذا العقد الإشارة إلى الوثيقة ويكون الأمر متعلقا بشرط تحكيم.

أما المشارطة ، فهي محرر يتم الاتفاق عليه بعد قيام النزاع ويجب في جميع الأحوال التوقيع على اتفاق التحكيم شرطا كان أو مشارطة ولايلزم أن يوقع الأطراف توقيعا خاصا بجوار شرط التحكيم ، إذا ورد بند من بنود العقد الأصلي ويكفي التوقيع على العقد إذ ينصرف هذا التوقيع إلى كافة بنود العقد[1] .

وتتحقق الكتابة وفقا لنص القانون إذا ورد شرط التحكيم في رسائل أو برقيات متبادلة بين الطرفين ،ويمتد ذلك إلى كل وسائل الإتصال المكتوبة ، ولكن يجب تحقق تبادل الإيجاب والقبول بشأن التحكيم.

وإذا كان الإتفاق على التحكيم يتم بواسطة وكيل فيلزم أن تكون الوكالة مكتوبة إعمالا لنص المادة (700) من القانون المدني المصري، والتي تستلزم أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ، ولابد من وكالة خاصة بالنسبة للتحكيم وفقا لنص المادة (1/702) من القانون المدني المصري، حيث لاتخول الوكالة العامة الوكيل سلطة إبرام اتفاق تحكيم أو وضع شرط تحكيم في العقد التي تمت الوكالة لابرامه.

ويعتبر شرط الكتابة متحققا إذا تم النص في العقد الأصلي على الإحالة إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم كالإحالة على عقد نموذجي في مجال النقل البحري أو بيع البضائع، ولكن يلزم أن تتضمن الإحالة مايفيد اعتبار شرط التحكيم الذي تتضمنه هذه الوثيقة جزءا من العقد

[1] سامية راشد، التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية ، مرجع سابق ، ص 236

الأصلي . فالحالة العامة التي قد يتضح منها عدم دراية او علم أحد الأطراف بوجود شرط التحكيم يكتفي فيها امكانية القول بوجود اتفاق وتراضي على شرط التحكيم، وذلك إعمالا لنص الفقرة الثالثة من المادة (10) من قانون التحكيم المصري والتي نصت على أنه "ويعتبر اتفاقا على التحكيم كل احالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة باعتبار هذا الشرط جزء من العقد.

وجدير بالملاحظة أن قانون التحكيم وعلى خلاف نصوص المرافعات الملغاة قد جعل الكتابة شرطا لوجود اتفاق التحكيم ورتب البطلان على عدم الكتابة ، فهي لم تعد كما كانت مجرد شرطا لاثبات اتفاق التحكيم.

أما المشرع الجزائري فقد استلزم الكتابة لوجود شرط التحكيم وإلا كان باطلا ويستوي في ذلك أن ترد كتابة شرط التحكيم في العقد الأصلي أو في الوثيقة التي يستند إليها، أي الاتفاق اللاحق المبرم في وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي وذلك وفقا النص المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ، والتي تنص على انه "يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقي الأصلية أو الوثيقة التي يستند إليها ". كما اشترط المشرع الجزائري أن يتضمن شرط التحكيم تعيين المحكم او المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم وإلا كان باطلا [1].

أما بالنسبة لمشارطة التحكيم فالكتابة شرط لوجودها وليس شرط لاثباتها حيث نصت المادة 1012 من ق.إ.م. الجزائري على انه " يحصل الاتفاق على التحكيم كتابة، ويجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان وموضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم.

ويتبين من هذا النص أن المشرع الجزائري يعتبر الكتابة شرط الوجود مشارطة التحكيم ، وليس شرطا لاثباتها ، حيث يمكن اثباتها بمحضر يوقعه المحكم والأطراف، كما استلزم أن تتضمن مشارطة التحكيم موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعينهم ، هذا في التحكيم الداخلي، أما بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي فقد اشترط المشرع الجزائري أن يبرم اتفاق التحكيم كتابة أو بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة ، وتتحقق الكتابة وفقا لنص

[1] الفقرة الثانية من المادة 1008 ، قانون الإجراءات المدنية والجزائرية

القانون إذا ورد شرط التحكيم في رسائل أو برقيات متبادلة بين الطرفين، ويمتد ذلك إلى كل وسائل الإتصال المكتوبة والإلكترونية ولكن يجب أن تحقق تبادل الإيجاب والقبول بشأن التحكيم.

ونلاحظ أن كل من المشرع المصري والجزائري لم يستلزما بيانات معينة في شرط ومشارطة التحكيم ، فلا يوجد نصوص تحدد بيانات إلزامية إلا بالنسبة المشارطة التحكيم بالنسبة لبيان وتحديد موضوع النزاع ، إذ الفرض أن مشارطة التحكيم هي اتفاق لاحق على قيام النزاع مما يتحتم معه تحديد دقيق للمسائل محل النزاع والمراد طرحها على التحكيم ، ويترتب البطلان على عدم تحديد موضوع النزاع ، وقد زاد المشرع الجزائري على ذلك وجوب ذكر أسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم.

المطلب الثالث: حكم التحكيم

لاشك أن صدور حكم التحكيم هو الغاية من اللجوء لنظام التحكيم، وهو النهاية الطبيعية للعملية التحكيمية برمتها، حيث يباشر المحكم العملية التحكيمية من بدايتها بمجرد قبوله القيام بها بإرادته لينتهي بحكم تحكيمي ينهي النزاع المعروض على التحكيم، فيملك المحكم إصدار مختلف أنواع الحكام، سواء كانت أحكام جزئية أو وقتية يصدرها قبل إصدار الحكم الفاصل في الموضوع، غير المحكم ملزم بإصدار حكمه في الميعاد المحدد قانونا أو اتفاقا، وبإتباع الإجراءات اللازمة، كما يجب أن تتوفر في حكم التحكيم بعض الشروط التي تنأى به على ان يكون محلا للطعن فيه. وسف نعرض فيما يلي لأهم هذه الجوانب.

الفرع الأول : سلطة هيئة التحكيم في إصدار الأحكام الجزئية

الأصل أن تصدر هيئة التحكيم حكما في موضوع الدعوى منهيا للخصومة كلها، غير أنه في بعض الحالات قد تصدر هيئة التحكيم أحكاما لا تفصل في النزاع، فقد تصدر أحكاما جزائية، كما قد تصدر أحكاما وقتية، وذلك إدارتها للعملية التحكيمية، أو إصدار حكم تمهيدي قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة والنزاع المعروض عليها.

قد تكون الأحكام غير منتهية للخصومة فاضلة في الموضوع بالنيبة لبعض طلبات الموضوعية، وتسمى هذه الأحكام بالحكام الجزئية، فقد نصت المادة (1049) من قانون

ا.م.ا الجزائري في شأن التحكيم التجاري الدولي، على انه "يجوز لمحكمة التحكيم إصدار أحكام اتفاق الأطراف، أو أحكام جزئية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، وهذا أيضا ما ذهب إليه المشرع المصري كذلك في المادة (42) من قانون التحكيم التي نصت على أنه "يجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاما.. في جزء من الطلبات، وذلك قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها."

وتقوم الحاجة إلى اصدار حكم جزئي في بعض المنازعات خاصة في منازعات المقولات التي تجري فيها التحكيم مع استمرار المقاول في القيام بعمله، ويتصور أن يصدر حكم جزئي في تحكيم بشأن عقد المقاولة يتعلق فقد بطلبات المتعلقة بالتأخير، أو بأوامر التغيير الصادرة من رب العمل أو يتعلق فقط بنسبة ما تم تنفيذه ويجب أن يتضمن الحكم الجزئي على وجه التحدي الطلب أو الجزء من الطلب الذي فصل فيه، إلى أن الهيئة مستمرة في نظر باقي السائل. ويلاحظ أن الحكم الجزئي هو حكم موضوعي وليس حكما وقتيا ويتميز بأنه يفصل فقط في جزء من المسائل محل النزاع التحكيم في نظر باقي هذه المسائل، ولهذا فان الحكم الجزئي الذي تصدره هيئة التحكيم لا ينهي ولايتها في نظر النزاع في باقي المسائل التي لم يشملها الحكم الجزئي [1].

ولا يشترط ممارسة هيئة التحكيم لسلطتها في إصدار أحكام جزئية أن يتفق الأطراف على تخويلها هذه السلطة، إلا أنه يجوز لأطراف الاتفاق على حرمان هيئة التحكيم من إصدار أحكام جزئية وفي هذه الحالة يمتنع عليها إصدار أي حكم جزئي.

الفرع الثاني: سلطة هيئة التحكيم في إصدار الأحكام الوقتية

منح المشرع المصري هيئة التحكيم سلطة إصدار الأحكام الوقتية حيث نصت المادة (42) من قانون التحكيم الذي أورد نصا يقضي بأنه " يجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاما وقتية...وذلك قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها" وبهذا النص خول المشرع المصري هيئة التحكيم سلطة إصدار أحكاما وقتية (مستعجلة) كالحكم بالحراسة القضائية، أو الحكم بالنفقة الوقتية وذلك قبل أن تصدر حكمها في الموضوع.

[1] فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993، ص398.

فإذا كان النزاع متعلقا تعويض عن أضرار لحقت البضاعة أثناء نقلها، ولم يكن مثار نزاع أو جدل إلا تحديد مقدار التعويض، فللمحكمة أن تحكم بناء على طلب المضرور بدفع مبلغ مؤقت لحين الفصل النهائي المتوقف على تقدير الخبراء المنتدبين، كما للهيئة أن تحكم بوقف استمرار العمل في الموقع، أو باستمرار لحين الفصل في موضوع النزاع وذلك حسبما تقدره الهيئة من ظروف وملابسات محيطة بموضوع الخلاف [1].

ويكون لهيئة التحكيم هذه السلطة سواء اتفق الأطراف على تخويلها هذه السلطة أو لم يتفقو، فاتفاقهم على التحكيم في نزاع معين، بعني تخويل المحكمين سلطة الفصل في موضوع النزاع، وفي إصدار أحكام وقتية ومستعجلة تبعا لاختصاصهم الموضوعي به.

على أنه إذا اتفق الأطراف على عدم تحويل هيئة التحكيم سلطة إصدار أحكام وقتية فلا يجوز للهيئة إصدار أي حكم منها. ويشترط لكي يصدر المحكمون حكما وقتيا متعلقا بالنزاع عدة شروط:[2]

1- أن يقدم احد الأطراف طلبا إلى الهيئة للحكم بالإجراء الوقتي المطلوب، فليس به من تلقاء نفسها.

2- ان تتوفر شروط الدعوى المستعجلة، فيجب أن يكون هناك احتمال لوجود الحق أو المركز القانوني الموضوعي، أو احتمال أن يلحق به ضرر.

3- أن تكون إجراءات التحكيم قد بدأت ، فلا يمكن لهيئة التحكيم أن تصدر أحكاما وقتية إلا إذا تم فعلا بدء إجراءات التحكيم أمامها.

الفرع الثالث: سلطة هيئة التحكيم في إصدار الأحكام التمهيدية

لم يشر القانون المصري إلى إمكانية إصدار هيئة التحكيم لأحكام تمهيدية، على خلاف ما تنص عليه المادة (1035) من قانون المرافعات الجزائري[3] التي يستخلص منها إمكانية إصدار محكمة التحكيم لأحكام تحضيرية أو تمهيدية "... يجوز لهيئة التحكيم ان تصدر ... أحكام تحكيم....تمهيدية"...

[1] د.محمود مختار بريري، مرجع سابق ص 156.
[2] د. فتحي والي، مرجع سابق ص 400.
[3] حيث نصت على انه "يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من رئيس المحكمة..."

ويتميز الحكم التمهيدي بأنه حكما ليس فاصلا في موضوع النزاع كليا أو جزئيا وليس منهيا للخصومة، كما أنه لا يصدر في طلب وقتي، ولم ينص القانون على شكل خاص للحكم التمهيدي أو التحضيري، ولهذا فانه يمكن أن يصدر في شكل قرار من الهيئة، يثبت في محضر الجلسة، كما يمكن أن يصدر في شكل ورقة حكم مستقلة عليها الهيئة أو أغلبيتهم.

المبحث الثاني: القانون الواجب تطبيقه أمام قضاء التحكيم

رأينا أن المحكم في النظامين الوطني والدولي، أما أن يحكم على مقتضى قواعد العدالة متي خوله الطرفان هذه المهمة باتفاق صريح ويعرف بالمحكم الطليق أو المصالح.

وتبين القوانين الوطنية الفروض المختلفة لاتفاق التحكيم من جهة معالجته أو عدم معالجته لموقف الطرفين من تقييد المحكم بالقانون أو عدم تقيده به، ومن جهة الحلول الواجب الإتباع لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. كذلك تعني اتفاقيات وأنظمة التحكيم التجاري الدولي لهذه المعالجة مراعية الحلول الدارجة في القوانين الوطنية اهتمامها بتطبيق قواعد قانونية يمكن التغلب بها مشكلة تنازع القوانين التي تثور غالبا في علاقات التجارة الدولية من جهة فضلا على التغلب على شكليات وصرامة القوانين الوطنية التي تحول عادة دون الوصول إلى حلول عادلة للمنازعات الناشئة عن هذه التجارة من جهة أخرى.

وعلى ما تقدم نتكلم عن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المعروض على التحكيم في النظامين الوطني والدولي.

المطلب الأول: القانون الوطني

تتيح معظم القوانين الوطنية لطرفي التحكيم حرية الاختيار بين التحكيم بالقضاء الذي يتقيد فيه المحكم بالقانون والتحكيم الطليق الذي لا يتقيد فيه المحكم بأي قانون وطني معين وتترك للمحكم اختيار أي قواعد يراها عادلة، وفي هذا الصدد نصت المادة 1474 مرافعات فرنسي على أن "يفصل المحكم في النزاع على مقتضى قواعد القانون مالم يخوله الطرفان، في اتفاق التحكيم، مهمة الحكم كمحكم مصالح"[1]. كذلك نصت المادة 2/182 مرافعات كويتي على أن "يكون حكم المحكم على مقتضى قواعد القانون إلا إذا كان مفوضا بالصلح فلا يتقيد بهذه القواعد عدا ما تعلق منها بالنظام العام". ويجري الرأي في فرنسا والكويت، على أن النصين المذكورين يفيدان بان الأصل، في التحكيم، أن يكون المحكم مقيدا بالقانون الموضوعي الذي

[1] L'arbitre trancha le litige conforment aux règles de deroit, à moins que dans la convention d'arbitrage les parties ne lui aient conféré mission de stature comme amiable compositeur ».

يحكم النزاع وأنه يجوز للطرفين الخروج على هذا الأصل بالاتفاق على تخويل المحكم سلطة الفصل في النزاع لمحكم مصالح أو طليق[1]، وهو نفس الوضع المقرر أيضا بنص المادة 39 من قانون التحكيم المصري كما سنرى.

ويرجع تقرير هذا الأصل بنصوص قانونية إلى تأثر المشرع بالمفهوم القضائي conception juridictionnelle التقليدي لوظيفة "المحكم" وقياسها على وظيفة "القاضي" وهو أن المحكم يباشر وظائف القاضي ويقوم بواجباته التي يفرضها عليه القانون، ليس هذا بل يستند هذا الأصل أيضا إلى رادة طرفي التحكيمparties volonté ، حيث لا تتجه إلى التخلي عن الضمانات المستمدة من تطبيق القانون.

و لكن أي قانون ذلك الذي يجب على المحكم النقيد تطبيقه على موضوع النزاع؟ إن النص المادة 1474 مرافعات فرنسي و نص المادة 172

2 /مرافعات كويتي و لئن أوجبا تقيد المحكم المقيد بقواعد القواعد regles de droit إلا إنهما لم يبينا ماهية هذا القانون ولا شك أن هذا القانون الموضوعي، كالقانون المدني أو القانون العمل أو القانون التجاري، و لكن هل يقصد القانون الموضوعي القانون الوطني أو أي قانون أخر أجنبي أو دولي؟، وهل يتحدد هذا القانون بإرادة الطرفين أو بإرادة المحكم أو بإرادة المشرع؟.

بالنظر إلى ما قد تثير هذه الأسئلة من اختلاف في الرأي أحيانا و من اضطراب في الحلول القانونية أحيانا أخرى فإن المشرع المصري قد حرص على إعطاء إجابة واضحة و محددة لتلك الأسئلة فقد نصت المادة 29 من قانون التحكيم المصري رقم 26 لسنة 1994 على مايلي:

1- تطبيق هيئة محكمة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، و إذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك.

[1] عزمي عبد الفتاح ، قانون التحكيم الكويتي ، مطبوعات جامعية ، الكويت .

2- و إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع.

3-ويجب أن تراعي هيئة التحكم، عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع و الاعتراف الجارية في نوع المعاملة.

4-و يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة و الإنصاف دون التقيد بأحكام القانون، وهذا يتطابق مع نص المادة 1497[1]

و يبين من نص المادة 39 المذكورة أنه يستوي في القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المطروح على محكم أن يكون قانونا و وطنيا أو أجنبيا أو دوليا تتضمنه اتفاقية دولية مثلا، و أن هذا القانون في التحكيم بالقضاء قد يكون قانون الإرادة أو القانون الذي يريد المحكم المقيد أنه الأكثر اتصالا بالنزاع أو القانون الواجب التطبيق وفقا لقواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص ، و هي قواعد تتحدد بإرادة المشرع و أيا كان القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يجب على المحكم المقيد مراعاة شروط العقد مثار النزاع و الأعراف الجارية في نوع المعاملة.

ولقد كان للمشرع الفرنسي فضل السبق في تقييد المحكم بالقانون الذي أختاره الطرفان و تخويله حرية اختيار القانون الواجب التطبيق هذه عدم وجود هذه الاختيار كما كان له فضل السبق أيضا في إلزام المحكم بمراعاة العادات التجارية وبالأولي الأعراف التجارية الجارية، فقد نصت المادة 1/1496[2] من قانون المرافعات الجديد المضافة بالمرسوم الفرنسي الصادر في 12 مايو 1971م بشأن التحكيم التجاري الدولي على أن يفصل المحكم في النزاع على مقتضى قواعد القانون الذي اختاره الطرفان فإذا لم يختار الطرفان قانون معينا فصل المحكم في النزاع على مقتضى قواعد القانون الذي يراه مناسبا، كما يراعي المحكم في جميع الأحوال العادات التجارية الجارية، وواقع الأمر أن النصوص المتقدمة، سواء في

[1] تطابق الفقرة الأخيرة نص المادة 1496 مرافعات فرنسي المضافة بمرسوم 12 مايو 1961 بشان التحكيم التجاري الدولي، حيث تنص على أنه:

« l'arbitre statue comme amiable compositeur si a convention des parties lui a conféré cette mission

[2] نصت المادة 3 / 39 من قانون التحكيم المصري على ضرورة مراعاة المحكم للأعراف الجارية في نوع المعاملة فإن المشرع الفرنسي قد تجاوز ذلك إلى ضرورة مراعاة المحكم للعادات التجارية ليحسم بذلك خلافا حول مدى حرية المحكم في تطبيق هذه العادات .

القانون الفرنسي أو القانون المصري، لا تعدوا أن تكون انعكاسا لتطور التجاري الدولي على نحو ما جسدته أنظمة و اتفاقية الدولية، و هو ما سنراه حالا.

المطلب الثاني: قانون التجارة الدولية

الأصل، في هذا النظام المحكم الدولي يمون مقيدا بالقانون الذي اختاره الطرفان، مع تخويله حرية إختيار القانون الأنسب إذا لم يوجد بينهما اتفاق بشأن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع و لو كان المحكم مقيدا أما الاستثناء فهو أنه يجوز للطرفين الاتفاق على عدم تقييد المحكم بقانون معين سوى يسرى على موضوع النزاع بحيث يمكل المحكم استبعاد هذا القانون، و ذلك كله مع ضرورة مراعاة المحكم الدولي للأعراف و العادات التجارية الجارية فضلا على شروط العقد و هو ما يظهر من جماع نصوص اتفاقيات و أنظمة التحكيم التجاري الدولي.

فلقد نصت المادة 7 من الاتفاقية الأوربية للتحكم الدولي لعام 1961، المطابقة النص المادة 1 / 33 و 2 من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة، على أن يكون للطرفين حرية تحديد القانون الذي يجب على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع، فإذا لم يحدد هذا القانون عن طريق الطرفين طبق المحكومين قاعدة تنازع القوانين التي يرونها مناسبة لموضوع النزاع و في الحالتين يراعي المحكومون شروط العقد و العادات التجارية الجارية، [1] كذالك يتطابق مع هذين النصين نص المادة27 / 1و2و3 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي مع عناية هذه المادة ببيان المقصود بقواعد القانون الذي قد يحددها الطرفان لحكم موضوع النزاع فقد نصت هذه المادة بفقرتها المذكورة على أن تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا القواعد القانون التي يختار الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع، و أي اختيار القانون دولة ما أو نظامها القانوني يجب أن يؤخذ على أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة و ليس إلى قواعدها الخاصة يتنازع القوانين ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك و إذا لم يعين الطرفان أي قواعد وجب على محكمة التحكيم أن تطبيق القانون الذي تقرره القواعد.

[1] نص المادة 7 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي، لعام 1961

تنازع القوانين التي ترى هذه المحكمة أنها واجبة التطبيق و في جميع الأحوال تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا لشروط العقد و تأخذ في اعتبار العادات المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري المنطبقة على المعاملة .

ولا يؤدي لجوء الطرفين إلى تحكيم إحدى مؤسسات التحكيم الدولية الدائمة إلى حرمانهما من حرية تقييد المحكم بقواعد القانون الذي يختارانه و دليل دلك ما نصت عليه المادة 3 / 13و5 من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية من أن للطرفين ملء الحرية في تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع، فإا لم يحدداه طبق المحكم قاعدة تنازع القوانين التي يراها ملائمة في هذا النصوص..، و يراعي المحكم في كل الأحوال أحكام العقد و العادات التجارية و على ذلك فالأصل في ظل نظام الغرفة تقييد المحكم بالقانون الذي يرغبه الطرفان[1].

و إذا كانت النصوص المتقدمة توجب على المحكم في مجموعتها تقيد المحكم بالقانون الموضوعي الذي اختاره الطرفان و مراعاته العقد و العادات و الأعتراف التجارية الجارية فإن ثمة نصوص واردة في اتفاقية و أنظمة دولية أخرى تضيف إلى ذلك ضرورة مراعاة المحكم لمصادر أخرى من مصادر القواعد الموضوعية التي يمكن تطبيقها على موضوع النزاع من هذه المصادر ما أسمته اتفاقية لعام 1966 بشأن تسوية منازعات الاستثمار "بمبادئ القانون الدولي"، حيث نصت المادة 1 / 43 من هذه الاتفاقية على أن تفصل محكمة التحكيم في النزاع على مقتضى قواعد القانون الذي أتفق عليه الطرفان، فإذا لم يوجد اتفاق بيناهما في هذا الشأن طبقت محكمة التحكيم قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما فيه من قواعد الخاصة بتنازع القوانين، " و ذلك فضلا عل مباد القانون الدولي المتصلة بالنزاع."

و من هذه المصادر أيضا ما أشار إليه أحد قرارات معهد القانون الدولي، بشأن قانون العقود بين الدول و الأشخاص الخاصة الأجنبية، من أنه "يجوز للطرفين أن يختار القانون للعقد أما القانون أو عدة قوانين أو عدة قوانين داخلية أو مبادئ المشتركة في هذه القوانين و مبادئ العامة للقانون أو المبادئ المنطبقة في العلاقات الاقتصادية الدولية أو القانون الدولي

[1] أنظر : دليل تحكيم غرفة التجارة الدولية ص43.

أو مزيج من هذه المصادر [1] ،لكن مما يجدر ملاحظته في هذا النص أن يخول المحكم حرية الرجوع إلى المصادر المذكورة حيث يجعل اختيارها وقفا على إرادة التحكيم با قضاء و أن يتقيد المحكم الدولي بالتالي بالقانون و بقواعد الإسناد التي تتضمنها هذه الاتفاقية و الأنظمة إلا أن نصوص بعضها قد أجازت التحكيم بالصلح و إطلاق يد المحكم في اختيار القانون الذي يطبق على موضوع النزاع شريحة اتفاق الطرفين على ذلك.

من ذلك ما نصت عليه المادة 2 / 33 من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة من أن "تفصل محكمة التحكيم في النزاع كمحكم مصالح متى أجاز لها الطرفان ذلك صراحة و بشرط أن يكون ذلك جائز وفقا للقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم و يلاحظ على الشرط الأخير أنه لما كان يجوز للطرفين اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات فإنه ليس ما يمنعها من اختيار قانون للإجراءات يسمح بالتحكيم بالصلح و بالتالي يكون هذا الشرط المقرر في النص المذكور تحصيل حاصل من أجل ذلك لم يرد هذا الشرط في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي[2]، حيث اقتصرت المادة 9 /27 منه على قول بأنه "لا يجوز المحكمة التحكيم الفصل في النزاع على أساس ودي (التحكيم بالصلح) إلا أذا أجاز لها الطرفان ذلك صراحة و يتفق النص الأخير مع نص المادة 4/13 من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية و إن لم تشترط أن يكون اتفاق الطرفين على التحكيم بالصلح صريحا إذ نصت على أن يكون للمحكم سلطة المفوض بالصلح إذا اتفق الطرفان على تخويله هذه السلطة" وهو نص مطابق تماما لنص المادة 3 /42 من نظام تحكيم مركز تسوية منازعات الاستثمار المقرر بالاتفاقية نيويورك لعام 1988 و تفيد هذه النصوص في أن الأصل في التحكيم التجاري الدولي هو أن يكون المحكم الدولي مقيدا بالقانون الموضوعي في أن الأصل في التحكيم التجاري الدولي هو أن يكون المحكم الدولي مقيدا بالقانون الموضوعي و أنها لا تحرره من هذا القيد إلا بالاتفاق الطرفين على ذلك.

[1] د. أحمد شريف الدين ، مضمون بنود التحكيم وصياغتها في العقود الدولية
[2] القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ، المادة 3/ 28

المبحث الثالث : طرق الطعن في الحكم (القرار) التحكيمي:

أدى تأثير الطبيعة التعاقدية لاتفاق التحكيم على الصفة القضائية أحكام التحكيم إلى فتح سبيل دعوى البطلان ضد حكم التحكيم، ولهذا الاعتبار تجيز التشريعات المختلفة الدعوى ببطلان أحكام التحكيم .فقد يصدر القرار من المحكمين وهو يحمل معه سببا من الأسباب التي تجعله باطلا، وبالتالي يصبح كأن لم يكن، وهي أسباب قد تتعلق بعقد التحكيم أو بأشخاصه، أو قد تتعلق بإجراءات 2التحكيم أو لمخالفته النظام العام أو لأسباب تتعلق بحكم التحكيم ذاته[1].

وبناءا على ذلك قسمت المبحث إلى مطلبين الأول يتحدث عن الطعن ضد الأحكام التحكيمية الأجنبية، أما الثاني فيتناول الطعن ضد الأحكام التحكيمية الصادرة بالجزائر

المطلب الأول: الطعن ضد الأحكام التحكيمية الأجنبية

إن نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية تسمح باستئناف الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ وهذا ما أكدته المادة 1055 كما لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ أولا في بعض الحالات المذكورة على سبيل الحصر وهو ما وارد في المادة 1056 من نفس القانون، على أن القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055 و1056 تكون قابلة للطعن بالنقض وهذا عملا بنص المادة 1061 من نفس القانون.

لهذا قسمت هذه الدراسة إلى فرعين، الفرع الأول يتحدث عن الاستئناف، أما الفرع الثاني الطعن بالنقض

[1] لزهر بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص 321.

الفرع الأول: الاستئناف :

تطبيقا لنص المادة 1055 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على ما يلي" :يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلا للاستئناف"

.وبمفهوم المخالفة فإن الأمر القاضي بالاعتراف والتنفيذ لا يكون قابلا للاستئناف، فالمشرع الجزائري بنص المادة 1056 قيد الاستئناف ضد الأمر القاضي بالاعتراف والتنفيذ وحدد شروط حادث على سبيل الحصر

.فعندما يعرض طلب الاعتراف وتنفيذ حكم تحكيمي أجنبي على رئيس المحكمة، فإننا نكون أمام فرضيتين، فقد يستجيب رئيس المحكمة للطلب فيقوم صاحبه بتبليغه رسميا إلى المعني بالتنفيذ، ويحق لهذا الأخير استئناف هذا الأمر، وقد يرفض رئيس المحكمة الاستجابة للطلب فيحق لمقدم الطلب أيضا استئناف الأمر[1] .

أ- استئناف الأمر الذي يرفض الاعتراف أو التنفيذ للحكم التحكيمي الأجنبي وإجراءاته :

عند التقدم أمام المحكمة المختصة من أجل الحصول على أمر يقضي بالتنفيذ والذي تسبقه مرحلة الاعتراف بحكم التحكيم .

فرفض تنفيذ حكم التحكيم الدولي يمكن استئنافه وإن كان المشرع أورد امكانية استئناف هذا الأمر برفض تنفيذ حكم التحكيم في المادة 1054 من هذا القانون والتي تحيلنا على المادة 1035 من نفس القانون.

فنص المادة 1055 المشار إليها سابقا غير متعلق باستئناف حكم التحكيم الدولي وإنما متعلق باستئناف أمر صادر عن رئيس المحكمة المختصة والتي قدم الطلب من أجل امهار حكم التحكيم بالصيغة التنفيذية فكان الرفض مآل هذا الطلب. وبالتالي فإن الاستئناف لم يكن منصبا على حكم التحكيم وإنما على أمر رفض التنفيذ، فقد أجاب العديد من الفقهاء

[1] حدادن طاهر، المرجع السابق، ص 129

عن ذلك بأن أمر التنفيذ يعتبر من عملية التحكيم واستمرارها وبالتالي فإن الطعن فيه يعتبر طعنا في مسار عملية التنفيذ، لذلك فإن المشرع 2أورد الطعن في أمر رفض تنفيذ حكم التحكيم في طرف الطعن في أحكام التحكيم الدولي.[1].

ومن المؤكد أن الأوامر الصادرة عن الجهة القضائية المختصة برفض الاعتراف أو التنفيذ تكون محل استئناف أمام الجهة القضائية التي تعلو المحكمة التي صدر عنها الأمر برفض الاعتراف أو التنفيذ، بحيث تنص المادة 3/1035 من نفس القانون السابق ذكره على أنه "....يمكن للخصوم استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في أجل خمسة عشرة (15 يوما) من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي"

هذه المادة لم تحدد الجهة المختصة للنظر في الاستئناف، لكن باعتبار أن الأمر المستأنف هو أمر على ذيل عريضة وبالتالي فالاختصاص في نظر الاستئناف يكون لرئيس المجلس القضائي طبقا لنص المادة 312 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويسجل الاستئناف بموجب عريضة مكتوبة ومعللة يبرز فيها أسباب الاستئناف، وتحمل العريضة كل البيانات القانونية وتكون مرفقة بالأمر محل الاستئناف وكذا القرار التحكيمي واتفاقية التحكيم، على أن جهة الاستئناف تحترم مبدأ الوجاهية وأنها لا تنظر إلا في الأمر القضائي إما بالتأييد 1وإما بالإلغاء، وفي هذه الحالة يمنح الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي[2].

ب- استئناف الأمر القاضي بالاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي الأجنبي وإجراءاته:

لما حول المشرع الجزائري للشخص المتضرر استئناف الأمر القاضي برفض الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الدولي، نفس الشيء أعطاه للشخص المتضرر في حالة

[1] بوضياف عادل، المرجع السابق، ص 437
[2] حدادن طاهر، المرجع السابق، ص 131 .

الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الدولي، وهذا ما تجلى في نص المادة 1056 حيث ذكر ستة حالات مذكورة على سبيل الحصر والتي تنص على ما يلي :

لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات التالية3 :

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

2-إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا 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 مخالفا للنظام العام الدولي .

ويفهم من نص المادة أنه لا يقبل الطعن بالاستئناف ضد الأمر الذي يقبل الاعتراف أو التنفيذ إلا إذا توافرت تلك الحالات المذكورة في نص المادة 1056 قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي ترتبط أساس إما باتفاقية التحكيم، أو بهيئة التحكيم والإجراءات المتبعة وإما أن 1ترتبط تلك الحالات بمحتوى حكم التحكيم في حد ذاته[1] .

1- الحالات المرتبطة باتفاق التحكيم :

يعد اتفاق التحكيم الأساس الذي يستمد منه المحكم سلطته في الفصل في التراع المعروض عليه، ومتى لم تتوافر هذه الأخيرة فإن اتفاق التحكيم يكون باطلا، والمقصود بانقضاء مدة الاتفاقية هو انتهاء الأجل المحدد لإصدار حكم التحكيم والتي تنتهي بانتهاء خصومة التحكيم، فعندما يصدر الحكم خرج الأجل وكان للطرف المتضرر الطعن فيه بالبطلان.

[1] بن صغير مراد، المرجع السابق، ص 09

وتكون اتفاقية التحكيم باطلة متى تعلقت بأحد المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها مثل المسائل المتعلقة كالنظام العام، أو حالة الأشخاص وأهليتهم كما نص على عدم جواز لجوء الأشخاص العامة للتحكيم إلا في حالتي وهما بصدد علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية .

كما تكون اتفاقية التحكيم باطلة في حال عدم وجود رضا، فصحة التحكيم مرتبطة بإرادة الأطراف التي يتعين أن تكون سليمة من كل أنواع عيوب الرضا، ودون المساس بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يستطيع المحكم إخضاع مسألة الرضا وجود أو عدما للقواعد التي اختارها الأطراف لتحكم العقد الأصلي، إلا إذا كانت الإرادة قد اختارت قانونا آخرا يسرى 2على اتفاق التحكيم .[1]

2- الحالات المرتبطة بهيئة التحكيم والإجراءات المتبعة :

تلعب إرادة الفرقاء دورا كبيرا في مجال التحكيم، ومن بين الأمور التي لهذه إرادة أن تتحكم فيها ويتوجب احترامها هي تشكيلة هيئة التحكيم حيث يجب أن تكون هذه الأخيرة مطابقة لما قرره الأطراف سواء كان ذلك صراحة أو الإحالة إلى قانون معين وسواء كان هذا القانون لائحة تحكيمية أو قانون وطني، ومن أجل هذا جاءت عبارات المادة 2/1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على إمكانية استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بتنفيذ حكم تحكيمي صدر عن محكمة تحكيم مشكلة بشكل يخالف القانون أو تم تعيين محكم وحيد بشكل مخالف للقانون.

فإذا كانت الفقرة الثانية تتعلق بتشكيلة هيئة التحكيم، فإن الفقرتين المواليتين تربط مسألة الاستئناف بالإجراءات التي قد تتبعها محكمة التحكيم، وهي حسب الفقرة الثالثة فصل محكمة

[1] بولقواس سناء، المرجع السابق، ص 142

التحكيم بما يخالف المهمة المسننة إليها، وكذلك عدم مراعاة مبدأ الوجاهية طبقا للفقرة الرابعة[1].

أولا: فصل محكمة التحكيم لما يخالف المهمة المسندة إليها:

يستمد المحكم سلطته في الفصل في المنازعة من إرادة الأطراف فمن المنطقي أن يكون المحكم مقيد عند فصله في المنازعة بحدود المهمة المخولة له من قبل أطراف اتفاق التحكيم، ومن تم فإن تجاوزه لهذه الحدود يكون الحكم محل للطعن بالبطلان، كأن يفصل المحكم في التراع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف على أساس التسوية الودية غير ملتزم بتطبيق القانون في حين أن الأطراف اتفقوا على تطبيق قواعد قانون معين، أو أن المحكم قام بالفصل في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم [2]

ثانيا: عدم مراعاة مبدأ الوجاهية:

إن الوجاهية المطلوبة والمقصودة من هذه الحالة هي بمناسبة إجراءات التحكيم أي أثناء الخصومة التحكيمية لكون إصدار الأمر بالاعتراف والتنفيذ يكون يشكل أمر على ذيل عريضة، ولا يخضع لمبدأ الوجاهية، فإذا كان الخصم المطلوب تنفيذ القرار عليه لم يعلن إعلانا صحيحا خلال جميع إجراءات التحكيم أو تعذر عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه، جاز له أن يطلب رفض الاعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي.

فعدم مراعاة مبدأ الوجاهية يعد خرقا لقاعدة إجرامية جوهرية ذلك أن حق الدفاع من الحقوق الأساسية وهي من النظام العام، وحتى يسمح بتنفيذ حكم تحكيمي يتعين في جميع الدول احترام بعض القواعد المعتبرة في القانون الداخلي من النظام العام، يتعين بالخصوص في جميع الدول أن يسمح للطرف المحكوم عليه أن يكون قد تم تمكينه من تقديم دفوعه [3].

[1] بن صغير مراد، المرجع السابق، ص 09-10
[2] بولقواس سناء، المرجع السابق، ص 143
[3] حدادن طاهر، المرجع السابق، ص 134

3-الحالات المرتبطة بحكم التحكيم.

قد تتعلق الحالات التي يمكن أن تكون سببا لاستئناف أمر قضى بتنفيذ حكم تحكيمي هذا الحكم في حد ذاته، وذلك إما من جانبه الشكلي أو من حيث مضمونه

الحالة الأولى: حيث ورد ذكرها في الفقرة الخامسة من المادة 1056 قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي المتعلقة بعدم تسبيب محكمة التحكيم لحكمها أو أن الحكم كان مسببا غير أنه احتوى على تناقض في الأسباب، كما يمكن أن يكون في حالة القصور في الأسباب[1]. وعبارة قصور التسبيب المستعملة من طرفنا نشير فيها إلى كل العيوب التي يمكن أن تلحق التسبيب من نقص في التسبيب أو انعدام التسبيب أو تناقض التسبيب ويجري على التسبيب في أحكام التحكيم ما يجري على التسبيب في الأحكام القضائية لأن الهدف واحد في الحكمين وأهميته نفسها بالنسبة لحكم التحكيم أو لأطراف التحكيم وأطراف الخصومة القضائية .

الحالة الثانية: وتتعلق بالنظام العام، حيث يمكن استئناف الأمر الذي قضى بالاعتراف أو التنفيذ متى ثبت أن حكم التحكيم هو مخالف للنظام العام الدولي، فقد تم ذكرها في المادة 1056/6من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

فلا يمكن حصر النظام العام في تعريف معين ولا يمكن وضع قاعدة ثابتة تحدد الغرض المقصود من النظام العام بصفة مطلقة يمكن أن تتفق مع كل زمان وفي بلد، فالمصلحة العامة هي أساس فكرة النظام العام، إذ هناك تقارب بين النظام العام الداخلي والدولي ويعتبر حكم التحكيم المخالف للنظام العام الدولي من أسباب رفض تنفيذه أو أسباب الطعن في أمر تنفيذه أمام الجهة 3القضائية المختصة وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها[2].

[1] بن صغير مراد، المرجع السابق، ص 11
[2] بوضياف عادل، المرجع السابق، ص 440

ج: إجراءات الاستئناف وآثاره:

طبقا لنص المادة 1051 من نفس القانون المذكور سابقا فالاستئناف يكون أمام المجلس القضائي أي المجلس الذي تقع في دائرة اختصاصه المحكمة التي أصدر رئيسها الحكم فمهلة الاستئناف هناك التباس وغموض، فلقد نصت المادة 1057 من نفس القانون على ما يلي: "يرفع الاستئناف أمام المجلس القضائي خلال أجل شهر واحد (1) ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة".

.كما هناك المادة 1054 من نفس القانون تنص على: "تطبق أحكام المواد من 1035 إلى 1038أعلاه فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي ."

حيث تقضي المادة 3/1035 من نفس القانون على ما يلي: يمكن للخصوم استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في أجل خمسة عشر (15 يوما) من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي.

أما فيما يخص آثار الاستئناف، فطبقا لنص المادة 1060 من نفس القانون المذكور سابقا كل طعن مقدم من شأنه أن يوقف التنفيذ، بل أنه طبقا لذات المادة الأثر الموقف يستمر طوال المهلة المقررة للاستئناف حتى ولو يتقدم أحد بطعن، ويتماشى هذا ما تقرره القواعد العامة في مجال طرق الطعن العادية أين يوقف تنفيذ الحكم في حالة الطعن أو خلال ممارسته[1].

الفرع الثاني: الطعن بالنقض:

الطعن بالنقض هو طريق غير عادي للطعن، فالمشرع الجزائري قد نص على ذلك في مادته 1061من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: "تكون القرارات الصادرة

[1] بن صغير مراد، المرجع السابق، ص 14

تطبيقا للمواد 1055 و1056 و1058 أعلاه قابلة للطعن بالنقض "فالقرارات الصادرة عن المجلس القضائية في الاستئناف المرفوع ضد أمر رئيس المحكمة القاضي برفض الاعتراف أو التنفيذ أو القاضي بالاعتراف أو التنفيذ قابلة للطعن بالنقض.

أ- حالات الطعن بالنقض:

لقد سكت المشرع الجزائري عن الحالات التي يجوز فيها رفع الطعن بالنقض، وبما أن المشرع لم يحدد الحالات، وفي غياب نص خاص، يتعين علينا الرجوع إلى الأحكام العامة المنصوص عليها في 2قانون الإجراءات المدنية والإدارية [1].

وهي القواعد الواردة في المواد من 349 إلى 379 من نفس القانون، حيث يظهر من خلالها أن هذا النوع من الطعن لا يبنى إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه التي حددها المادة 358 والتي 1صارت ثمانية عشر (18) بعد أن كان عددها في القانون القديم ستة أوجه[2].

.فقد نصت المادة 358 المشار إليها سابقا في نفس القانون على ما يلي: لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية1 :

1-مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات

2-.إغفال الأشكال الجوهرية للإجراءات

3-.عدم الاختصاص

4-. تجاوز السلطة

5-. مخالفة القانون الداخلي

6-. مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة

[1] حدادن طاهر، المرجع السابق، ص 141
[2] بن صغير مراد، المرجع السابق، ص 15

7- .مخالفة الاتفاقيات الدولية

8- .انعدام الأساس القانوني

9-انعدام التسبيب

10- قصور التسبيب

11- . تناقض التسبيب مع المنطوق

12- تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار

13- تناقض أحكام أو قرارات صادرة في آخر درجة عندما تكون حجية الشيء المقضي فيد قد أثيرت بدون جدوى، وفي هذه الحالة يوجه الطعن بالنقض ضد آخر حكم أو قرار من حيث التاريخ، وإذا تأكد هذا التناقض يفصل بتأكيد الحكم أو القرار الأول

14- . تناقض أحكام غير قابلة للطعن العادي، في هذه الحالة يكون الطعن بالنقض مقبولا ولو كان أحد الأحكام موضوع طعن بالنقض سابق انتهى بالرفض، وفي هذه الحالة يرفع الطعن بالنقض حتى بعد فوات الأجل المنصوص عليه في المادة 354 أعلاه، ويجب توجيهه ضد الحكمين، وإذا تأكد التناقض، تقضي المحكمة العليا بإلغاء أحد الحكمين أو الحكمين معا.

15- وجود مقتضيات متناقضة ضمن منطوق الحكم أو القرار .

16- الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب

17- . السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية .

18- . إذا لم يدافع عن ناقصي الأهلية.

ب- إجراءات الطعن بالنقض:

يرفع الطعن أمام المحكمة العليا ضد القرارات النهائية الصادرة عن المجالس القضائية أي ضد القرارات الصادرة إثر الاستئناف المسجل ضد أوامر رئيس المحكمة التي ترفض

الاعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي الأجنبي، وذلك بعريضة موقعة من محام مقبول لدى المحكمة العليا[1].

فطبقا لنص المادة 354 من نفس القانون المشار إليه، فيرفع الطعن بالنقض في أجل شهرين (02) يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تم شخصيا ويمدد أجل الطعن بالنقض إلى ثلاثة (03) أشهر إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار .وطبقا لنص المادتين 356 و357 من نفس القانون السالف الذكر مهلة الطعن بالنقض قد يتوقف احتسابها وهو الأمر الذي يحدث في حالة إيداع طلب المساعدة القضائية، ولا يتم استئناف سريان أجل الطعن إلا ابتداء من تاريخ تبليغ المعني بقرار مكتب المساعدة القضائية برسالة مضمنة مع إشعار بالاستلام[2].

وطبقا لنص المادة 361 من نفس القانون، فإنه لا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم أو القرار، ما عدا في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص أو أهليتهم وفي دعوى التزوير.

المطلب الثاني :الطعن ضد الأحكام التحكيمية الصادرة بالجزائر في مجال التحكيم الدولي:

تطبيقا لنص المادتين 1058 و 1061 من القانون المشار إليه سابقا، فإنه يمكن لحكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر أن يكون محل طعن بالبطلان، كما أنه يمكن للقرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055و 1056 و 1058 قابلة للطعن بالنقض.
وعليه قسمت هذه الدراسة إلى فرعين، الفرع الأول يتحدث عن الطعن بالبطلان وإجراءاته والفرع الثاني الطعن بالنقض.

[1] حدادن طاهر، المرجع السابق، ص 142
[2] بن صغير مراد، المرجع السابق، ص 15

الفرع الأول :الطعن بالبطلان وإجراءاته

تنص المادة 1058 من القانون المشار إليه سابقا على ما يلي" :يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة1056 أعلاه .لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أي طعن، غير أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ إذا لم يتم الفصل فيه."

أ-حالات الطعن بالبطلان

انطلاقا من نص المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تحيلنا إلى المادة 1056من نفس القانون فقد أقر بجواز الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 المتمثل فيما يلي:

"لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية:

1. إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.
2. إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا 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 مخالفا للنظام العام الدولي.

ب- إجراءات الطعن بالإبطال

تنص المادة 1059 من نفس القانون المشار إليه سابقا على ما يلي" :يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 1058 أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه، ويقبل الطعن ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم .لا يقبل هذا الطعن بع أجل شهر واحد (01) من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ."

فيرفع الطعن ببطلان حكم التحكيم على أسباب المادة 1056 أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه، وحدد المشرع آجال الطعن ببطلان حكم التحكيم بحد أدنى وحد أقصى، فجعل الحد الأدنى لأجل قبول الطعن ببطلان حكم التحكيم يبدأ من

تاريخ النطق بحكم التحكيم وإلى انقضاء أجل شهر واحد (01) بعد التبليغ الرسمي للأمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم الصادر من رئيس المحكمة المختصة والطعن خارج هذا الأجل سواء قبل صدور حكم التحكيم أو بعد انقضاء أجل الشهر بعد التبليغ الرسمي لأمر التنفيذ يجعل هذا الطعن غير مقبول.

وهذا الأجل يقدم لنا فكرة عن تاريخ أعمال دعوى الطعن ببطلان حكم التحكيم التي قد ترد قبل اللجوء إلى القضاء من الطرف الذي يهمه تنفيذ حكم التحكيم للحصول على الاعتراف وللصيغة التنفيذية لامهار حكم التحكيم، كما قد يرد بعد اللجوء للقضاء والحصول على الصيغة التنفيذية بموجب أمر التنفيذ وبتبليغه رسميا للمنفذ ضده وهو يعتبر تاريخ كاف لإعمال دعوى بطلان حكم التحكيم[1].

حالة قبول الطعن بالبطلان:

في حالة قبول الطعن، فإنه يؤدي إلى إلغاء القرار التحكيمي المطعون فيه دون النظر في صلب الموضوع أو الفصل في القضية من جديد، بل تقتصر جهة الرقابة على إلغاء القرار، حيث يترتب على ذلك إبطال القرار التحكيمي وإعادة الحالة على ما كانت عليه قبل إجراءات التحكيم، وفي ذلك احترم المشرع الجزائري إرادة الأطراف، فيحق لهم من جديد تشكيل محكمة تحكيم جديدة للفصل في المنازعة أو صرف النظر عن التحكيم واللجوء إلى القضاء الوطني.

حالة رفض الطعن بالبطلان :

يترتب على رفض الطعن بالبطلان آثار معاكسة لقبول الطعن بالبطلان بحيث في حالة كون المحكمة قد تخلت عن طلب التنفيذ بعد الطعن بالبطلان فإن قرار المجلس برفض الطعن بالبطلان يؤدي إلى إضفاء الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي.

أما إذا كان أمر التنفيذ قد صدر قبل الطعن بالبطلان فإن رفض الطعن بالبطلان يؤدي إلى رفع حالة وقف التنفيذ، وبالتالي مباشرة التنفيذ وخاصة وأن الطعن بالنقض في قرار المجلس الذي رفض الطعن بالبطلان لا يوقف تنفيذ القرار التحكيمي.

ويفهم من الفقرة الثانية من المادة 1058 والمشار إليه سابقا، وهو أن الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر لا يقبل أي طعن مباشر ضده، ولا يطعن

[1] بوضياف عادل، المرجع السابق، ص 443

ضده إلا عن طريق غير مباشر باعتبار أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة قانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ إذا لم يتم الفصل فيه، غير أن ما لم تعبر عنه صراحة هذه المادة، والذي يفهم بمفهوم المخالفة هو أن الأمر الصادر عن رئيس المحكمة والقاضي برفض تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر يكون قابلا للاستئناف وهذه الفرضية تكون نادرة الحدوث، وهنا تكون أمام حالتين:

-إذا ما صدر أمر من رئيس المحكمة في هذا الشأن فإن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ فبمجرد تسجيل الطعن بالبطلان يرتب أثرا موقفا لتنفيذ القرار التحكيمي، وعلى القاضي المعروض عليه طلب الصيغة التنفيذية إرجاء البث في ذلك لحين الفصل في دعوى البطلان المعروضة على الجهة المختصة، ما لم يكن القرار مشمولا بالنفاذ المعجل.

-أما إذا لم يتم الفصل في الأمر بعد من رئيس المحكمة فإنه يتعين تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ إلى حين الفصل في دعوى البطلان.

الفرع الثاني :الطعن بالنقض

يعتبر طريق غير عادي للطعن، فقد نص المشرع الجزائري عليه في المادة 1061 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي" :تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055و 1056 و 1058 أعلاه، قابلة للطعن بالنقض."

ومنه فالقرارات الصادرة عن المجالس القضائية بمناسبة فصلها في الطعن بالبطلان تكون قابلة للطعن بالنقض ويؤسس الطعن على أحد الأوجه الواردة في المادة 358 والتي تم التطرق عليها سابقا .

فيرفع الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا في أجل شهرين (02) ويبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للقرار المطعون فيه إذا تم شخصيا، ويمتد أجل الطعن بالنقض إلى ثلاثة (03)أشهر إذا تم التبليغ الرسمي موطنه الحقيقي أو المختار، كما أن الطعن بالنقض لا يترتب عنه وقف تنفيذ القرار.

خلاصة الفصل :

ان للقضاء دورا هاما في التحكيم المتمثل بحل المنازعات التجارية الدولية و يتم ذلك عن طريق رفع الدعوى امام قضاء التحكيم وفق جملة من الاجراءات و شروط معينة.

وهذه النزاعات تثير جدلا حول القانون الواجب التطبيق امام قضاء التحكيم في النظامين الوطني و الدولي. وفي بعض الاحيان يصدر القرار من المحكمين وهو يحمل معه سببا من الاسباب التي تجعله باطلا مما يؤدي الى الطعن فيه ويكون في الاحكام التحكيمية الأجنبية عن طريق الاستئناف والطعن بالنقض، اما في الاحكام التحكيمية الصادره في الجزائر تتم عبر الطعن بالبطلان والطعن بالنقض

بالرغم من الانتقادات الموجهة للتحكيم باعتباره وسيلة لفض او تسوية المنازعات التجارية الدولية الا ان الواقع العملي يؤكد على تنامي ظاهرة اللجوء لهذه الوسيلة في العقود الدولية . وعليه فلا خيار امام الدول الا تنظيم هذه الوسيلة بما يتماشى و مقتضيات التجارة الدولية اذا ارادت هده الدول نمو اقتصادياتها من خلال استجلاب الاستثمارات الاجنبية ، ذلك ان التحكيم هو في حقيقته الرفيق الدائم و الملازم للاقتصاد الحر في هذا العصر .

و نحاول من خلال هذه الدراسة و المتعلقة اساسا بطبيعة علاقة القضاء بالتحكيم ، او بعبارة اخرى دور القضاء الجزائري في التحكيم التجاري الدولي ، ان نبين مواطن المحاسن التي اشتمل عليها القانون الجزائري فثمنها ، و كذلك الوقوف على مواطن النقائص التي تعتريه فننصح بتلافيها او تجاوزها.

و في هذا المقام نذكر اهم النتائج و الايجابيات التي امكن تسجيلها من خلال هذا البحث و هي كما يلي :

- ان القانون الجزائري سايرالى حد كبير الانظمة القانونية الحديثة المتعلقة بالتحكيم التي تتماشى مع مقتضيات التجارة العالمية ، و ذلك من خلال منحه لارادة الاطراف المكانة اللا ئقة بها .
- ان المشرع الجزائري ميز بين التحكيم و التحكيم الدولي و هذا امر محمود ، ذلك ان لكل نوع من التحكيم احكاما خاصة به .
- ان المعيار الذي تبناه المشرع الجزائري للتمييز بين التحكيم الداخلي و التحكيم الدولي هو معيار مادي يسهل على القضاء الجزائري العمل به .
- ان القضاء دور مساعد لا غنى عنه ، و ذلك في مرحلة ما قبل صدور الحكم التحكيمي الدولي. و تتعدد مظاهر هذه المساعدة القضائية : فقد تكون في صورة امتناع عن نظر موضوع النزاع المتفق بشانه على التحكيم اتفاقا صحيحا ، او تكون مساعدة في صورة تجنيب لعملية التحكيم من الوقوع في مازق عند صعوبة تشكيل

هيئة التحكيم ، او مد هيئة التحكيم بالدعم اللازم عند امتناع احد الاطراف من تقديم مستند بحوزته او تنفيذ تدبير مثلا . و لا يمكن في الحقيقة حصر صور المساعدة في هذا الشان .

- ان للقضاء دورا رقابيا لابد منه ، و ذلك في مرحلة ما بعد صدور الحكم التحكيمي الدولي . و تتعدد مظاهر هذه الرقابة و الاشراف، و ان كانت في الحقيقة تعد رقابة شكلية لا ترقى الا درجة النظر و البت في النزاع المفصول فيه بطريق التحكيم . فقد تكون الرقابة من خلال اصدار الامر بالتنفيذ و ذلك عند طلب التنفيذ ، او رقابة على دعوى الطعن ببطلان حكم التحكيم الدولي للتحقق من وجود احد الاسباب الموجبة لبطلانه .

و لكن رغم هذه المزايا و الايجابيات التي اختص بها القانون الاجراءات المدنية و الادارية الا انه بالنهاية سيظل عملا بشريا قد تعتريه الاخطاء حتى من لحظة صدوره ، او قد تتغير الظروف بعد صدوره مما يستوجب تعديله لمواكبة التطورات الدولية اللاحقة وعيه سنحاول تسجيل بعض الملاحظات او التوصيات بهذا الشان و نجملها في ما يلي :

- التفكير بهيئة تحكيمية قائمة بمؤسساتها في الجزائر .
- وضع قوانين صارمة و واضحة في هذا المجال .
- اعداد دراسات و بحوث مع المتخصصين في هذا المجال لتدارك النقص و الذي ربما قد ياتي .

قائمة المراجع والمصادر

المصادر :

المعاجم

1. المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية. طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم المصرية) 1990.

القوانين و الدساتير :

1. الاتفاقية الأحكام الخاصة بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.
2. الأمر 04 / 95 المؤرخ في 21 جانفي 1995 المتضمن الموافقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى ج.ر عدد 07 المؤرخة في 15 فيفري 1995.
3. بروتكول جنيف، المتعلق بشرط التحكيم 24 سبتمبر 1923 جنيف سويسرا
4. قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي، مع دليل اشتراعه واستعماله، الأمم المتحدة، نيويورك، 2004.
5. قانون رقم 09/08 المؤرخ في فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، عدد 21، المؤرخة في 23:/ 2008 / 04
6. قانون رقم 27 لسنة 1994، المتضمن التحكيم في المواد المدنية والتجارية (مصر)، الجريدة الرسمية (ب، ط) الصادرة بتاريخ 18 أفريل سنة 1994
7. المرسوم 233 / 88 المؤرخ في 5 نوفمبر 1988 يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 جوان 1958 الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية ونفاذها ج. ر 48، المؤرخة في 23 نوفمبر 1988 .
8. المرسوم التشريعي رقم 09 / 93 المؤرخ في 25 أفريل سنة 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو والمتضمن قانون الإجراءات المدنية الجريدة الرسمية، العدد 27
9. مرسوم رئاسي 95-306 المؤرخ في 7 أكتوبر 1995 المتضمن المصادقة على الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، ج. ر 59 مؤرخة في 11 أكتوبر 1995.

المراجع :

الكتب بالعربية

1. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون رقم الطبعة، وسنة النشر.
2. أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العلمية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، مصر 2006.
3. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2007.
4. خالد عبد العظيم أبو غابة، التحكيم وأثره في فض المنازعات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011.
5. سمير العنابي، التحكيم الحر ومؤسسات التحكيم مداخلة في ملتقى حول مجلة التحكيم مركز الدراسات القانونية والقضائية، 1995.
6. الصحاح في اللغة العربية والعلوم، دار الحضانة العربية، بيروت، دون ذكر تاريخ النشر.
7. عباس ناصر مجيد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم التجاري الدولي، مكتبة السنهوري، منشورات زين الحقوقية، بغداد، الطبعة الأولى، 2011
8. عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
9. عمرو عيسى الفقي، الجديد في التحكيم في الدول العربية، دار المكتب الجامعي الحديث، 2003.
10. فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993.
11. فقد نظم المشرع الجزائري الصفقات العمومية بالمرسوم الرئاسي رقم 52/ 02 المؤرخ في 2002/ 07 /27 . والذي خضع لعدة تعديلات آخرها سنة 2011
12. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث،2008 .
13. قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، بدون سنة النشر .
14. كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، مصر، الطبعة الأولى 1991.

15. مانع جمال عبد الناصر الاتفاقيات الدولية كمصدر لقواعد التحكيم التجاري الدولي، مجلة العلوم القانونية، جامعة باجي مختار، عنابة، كلية الحقوق، عدد 13 جوان 2009.
16. محمد إبراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2005.
17. محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادي، الجزائر، 2008.
18. محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، دار النشر الزلبي للطباعة، 1986.
19. المعجم الوسيط، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دون ذكر الناشر وتاريخ النشر.
20. ممدوح طنطاوي، التوفيق والتحكيم ولجان فض المنازعات، نشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2003
21. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 1990.
22. هشام علي صادق، القانون الوجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية مقارنة منشأة المعارف، مصر 1995.

الرسائل و الأطروحات :

23. عزمي عبد الفتاح ، قانون التحكيم الكويتي ، مطبوعات جامعية ، الكويت .
24. محمد بواط، التحكيم في حل النزاعات الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون العام، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2008 / 2007 قمر عبد الوهاب.
25. بلقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، بحث مقدم لنيل شهادة الماجيستير في العلوم القانونية، تخصص قانون إداري وإدارة عامة، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق، 2011 /2010 .
26. صديق بغداد، اتفاقية التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الجزائري والقضاء التحكيمي، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق 2002.
27. سوالم سفيان، الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق 2013/2014.
28. بودودة سعاد، التحكيم التجاري الدولي كضمان من ضمانات الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، فرع قانون أعمال، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق، بدون تاريخ المناقشة.

29. أحمد بن حاجة، التحكيم وحل المنازعات في العقود الاقتصادية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2006/ 2005 .
30. نور الدين بكلي، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجيستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون 1995/1996 .
31. بولحية سعاد، استقلالية اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، فرع قانون أعمال، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، كلية الحقوق، بدون تاريخ المناقشة.
32. عائشة مقراني، مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير فرع عقود ومسؤولية، جامعة محمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق والعلوم التجارية، 2005.
33. تياب نادية، التحكيم كآلية لتسوية نزاعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، فرع قانون أعمال مولود معمري تيزي وزو، 2006.
34. بن مدخن إبراهيم، قانون الإدارة والتحكيم التجاري الدولي، مجلة العلوم القانونية جامعة باجي مختار، عنابة، كلية الحقوق، العدد 13 جوان 2009.
35. كمال معروف، التحكيم التجاري الدولي مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، فرع قانون أعمال، جامعة الجزائر، كلية الحقوق2000 / 1999 .
36. أسعد عمر قاسم شجراوي، وسيلة التحكيم التجاري الدولي في الدول العربية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر 1، يوسف بن خدة، كلية الحقوق 20142013 .

المراجع الأجنبية

37. JEAN. ROBERT, Larbitrage, Droit Interne, Droit international privé DALLOZ. Paris 1993. P3.
38. L'arbitre trancha le litige conforment aux règles de deroit, à moins que dans la convention d'arbitrage les parties ne lui aient conféré mission de stature comme amiable compositeur ».
39. »l'arbitre statue comme amiable compositeur si a convention des parties lui a conféré cette mission

الفهـــــــــــــــــــــــــرس

المحتويات	الرقم
مقدمة	01
الفصل الأول: الأحكام العامة للتحكيم التجاري الدولي	
تمهيد:.....	06
المبحث الأول: الأحكام العامة للتحكيم التجاري	07
المطلب الأول: تعريف التحكيم، وتميزه عن غيره من الأنظمة المشابهة.....	07
الفرع الأول: تعريف التحكيم.....	07
الفرع الثاني: تمييز التحكيم عن غيره من الأنظمة المشابهة	09
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري	14
الفرع الأول: الطبيعة التعاقدية و القضائية للتحكيم	14
الفرع الثاني: الطبيعة المختلطة و المستقلة للتحكيم	16
المطلب الثالث: المبادئ العامة للتحكيم.....	18
الفرع الأول : أنواع التحكيم	18
الفرع الثاني : أسباب اللجوء إلى التحكيم	21
المبحث الثاني: دولية التحكيم والأحكام الخاصة به	25
المطلب الأول: دولية التحكيم.....	25
الفرع الأول: المعيار القانوني كأساس لتدويل التحكيم.....	25
الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي كأساس لتدويل التحكيم	27
الفرع الثالث: المعيار المزدوج لتدويل التحكيم وموقف المشرع الجزائري	27
المطلب الثاني: الاتفاقيات الدولية كمنصة للتحكيم التجاري الدولي	29
الفرع الأول: الاتفاقيات متعددة الأطراف	29
الفرع الثاني: الاتفاقيات الإقليمية	34

المطلب الثالث: مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي..... 39
الفرع الأول: مضمون مبدأ استقلال اتفاق التحكيم 40
الفرع الثاني: موقف المعاهدات الدولية و القوانين الوضعية 42
الفرع الثالث : موفق لوائح التحكيم التجاري الدولي 47
المطلب الرابع: مبدأ حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم 49
الفرع الأول: مضمون مبدأ حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم 49
الفرع الثاني: حدود مبدا حرية الاطراف في اللجوء الى التحكيم 50
الفصل الثاني : دور قضاء التحكيم في حل منازعات التجارة الدولية
تمهيد :..... 55
المبحث الأول: إجراءات وشروط رفع الدعوى أمام قضاء التحكيم..... 56
المطلب الأول : الشروط الموضوعية..... 56
الفرع الأول : التراضي:..... 56
الفرع الثاني: قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم "محل التحكيم"..... 60
الفرع الثالث: السبب: 61
المطلب الثاني : الشروط الشكلية..... 62
المطلب الثالث: حكم التحكيم..... 64
الفرع الأول : سلطة هيئة التحكيم في إصدار الأحكام الجزئية..... 64
الفرع الثاني: سلطة هيئة التحكيم في إصدار الأحكام الوقتية..... 65
الفرع الثالث: سلطة هيئة التحكيم في إصدار الأحكام التمهيدية..... 66
المبحث الثاني: القانون الواجب تطبيقه أمام قضاء التحكيم..... 68
المطلب الأول: القانون الوطني..... 68
المطلب الثاني: قانون التجارة الدولية..... 71
المبحث الثالث : طرق الطعن في الحكم (القرار) التحكيمي..... 74
المطلب الأول: الطعن ضد الأحكام التحكيمية الأجنبية..... 74
الفرع الأول: الاستئناف..... 75
الفرع الثاني: الطعن بالنقض..... 81

المطلب الثاني :الطعن ضد الأحكام التحكيمية الصادرة بالجزائر في مجال التحكيم الدولي:..... 84
الفرع الأول :الطعن بالبطلان وإجراءاته..... 85
الفرع الثاني :الطعن بالنقض..... 87
الخاتمة:..... 90
قائمة المراجع : ..... /
الفهرس :..... /