34.17.24

7099
المكتبة
العلوم القانونية و الإدارية

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان-
كلية الحقوق .

إتفاقية التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الجزائري والقضاء التحكيمي

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص .

من إعداد الطالب:

صديق بغداد

تحت إشراف الأستاذ:

بن حمو عبدالله

لجنة المناقشة :

السيد : كحلولة محمد – أستاذ التعليم العالي (جامعة تلمسان)- رئيسا.
السيد : بن حمو عبد الله – أستاذ التعليم العالي (جامعة تلمسان)- مقررا.
السيدة: دنوني هجيرة – أستاذة التعليم العالي (جامعة تلمسان)- مناقشة .
السيد : بن مرزوق عبد القادر – أستاذ مكلف بالدروس (جامعة تلمسان)- مناقشا.

السنة الجامعية 2001/ 2002

مقدمـــــــــة

لعـــل مـــن أهم الظواهر القانونية المعاصرة ، ظاهرة الانفتاح على التحكيم التجاري الدولـــي، و اتســـاع آفاقه في عدة دول، حيث عم الاعتراف بشرعيته من قبل معظم أفراد الجماعـــة الدوليـــة عـــلى اختلاف نظمها القانونية، و اختلاف أوضاعها السياسية ، ومبلغ نموها الاقتصادي.

ولاشـــك أن فكـــرة التحكيم هي أسبق من فكرة القضاء ما لبث وأن وقع نزاعا إلا وحـــل بواســـطة التحكيم على أساس الأعراف والتقاليد السائدة في تلك الحقبة الزمنية، إلى حيـــن ظهـــور فكرة مفهوم الدولة الحديثة التي استحوذت على كافة السلطات ومنها السلطة القضائية .

وفـــي القرن العشرين ذاع التحكيم و انتشر نطاقه ليساير اتجاها معاكسا نحو انسلاله مـــن قبضـــة سلطان القضاء العادي ليصبح قضاء خاصا ينصبه أطراف النزاع بأنفسهم[1] ،وأصـــبح التحكيم في هذا العصر أهم طريقة يرغب المتعاملون في التجارة الدولية اللجوء إليهـــا لفـــض خلافاتهم التجارية، فلا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة الدولية إلا و أدرج فيـــه شـــرط تحكيمـــي غايته حل النزاع هذا العقد بمناسبة تفسيره أو تنفيذه في حال وقوع خصومة بشأنه [2].

و لقـــد شوهد في هذا العصر نمو للعلاقات الاقتصادية الدولية بين الأفراد والدول الذي رســـخ تقـــاليد تجارية في المجتمع العالمي ، وبني كيان خاص مستقل عن كيانات الدول، وهـــذا الكيان خالي من وجود سلطة عامة تسيطر عليه أو تقيم العدل بين أفراده ، مما أدى إلى انطلاق التحكيم التجاري الدولي.

---

[1] – مصطفى محمد جمال عكاشة ، محمد عبد العالي – التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية –الطبعة الأولى – منشورات الحلبي الحقوقية بيروت –لبنان – سنة 1998 ص 05.

[2] – فوزي محمد سامي . التحكيم التجاري الدولي : الجزء الخامس – مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع عمان – الأردن – الطبعة الأولى سنة 1997– ص 33

إضـــافة إلى ذلك فقد لوحظ التطور العلمي في مجال التكنولوجي بما أثر على نمط حيـــاة الإنســـان في العالم فاستوجب البحث عن قضاء خاص يفهم هذا التقدم العلمي الدقيق لحسم النزاعات المتعلقة بالعقود التكنولوجية الدولية بطرق فنية.

وقـــد انتهجت الجزائر بعد عداء طويل الاتجاه نفسه بإقرار شرعية التحكيم التجاري الدولـــي، وذلـــك بصدور المرسوم التشريعي رقم 93 – 09 المؤرخ في 25 أفريل 1993 المعـــدل والمـــتمم للأمر رقم 66 – 154 المؤرخ في 08 جوان 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري[1].

إن البحث عن الأسباب الحقيقية لرفض الجزائر فكرة التحكيم التجاري الدولي طيلة الفـــترة مـــا قـــبل 1993، فقـــد تـــرجع في البداية إلى اختيارها السياسي والاقتصادي بعد الاســـتقلال[2]، إذا أرادت التمســـك بحصـــانتها القانونيـــة والقضـــائية من جهة، واختيارها الاقتصـــاد الموجـــه كمحور سياستها الاقتصادية من جهة أخرى، مما جعلها لا ترغب في الاعـــتراف بوجـــود قضاء خاص مواز لقضائها الوطني، إلا أن هذه العوامل السابقة الذكر فـــي نظـــرنا ليست مقنعة بالرغم من أن لها جانب من الحقيقة، لأن فكرة التحكيم التجاري الدولي لم تعرفها بعض الدول الغربية المتطورة إلا حديثا أي بعد الحرب العالمية الثانية[3].

ويـــرى بعض المحللين أن أسباب الرفض في هذا الصدد ترجع إلى إجحاف بعض القـــرارات الـــتحكيمية الدولية التي صدرت ضد عدة دول عربية[4] جعلت الدولة الجزائرية

---

[1] – الجريدة الرسمية رقم 27 أفريل 1993، ص: 42 وما بعد.

[2] – Bedjaoui Mohamed, l'évolution des conceptions et la pratique algérienne en matière d'arbitrage international, In actes de séminaire sur l'arbitrage inter, Alger 1992 C.N.C 1993. P : 15.

[3] – صدر قانون التحكيم بفرنسا سنة 1981 فهو حديث بالنسبة لباقي قوانينها الوضعية القديمة مثلا.

[4] – مثل قضية أرمكوا ضد المملكة العربية السعودية سنة 1958، اعتبرت هيئة التحكيم أنه من الرغم تطبيق القانون السعودي حسب الاتفاق بينهما في شرط التحكيم، إلا أنه امتنعت عن تطبيقه بحجة أن نظام الامتيازات البترولية ظل مجرد (جنين) غير مكتمل في الشريعة الإسلامية حتى في المدارس الفقهية (ابن حنبل) مما أدى إلى استبعاد القانون السعودي لمصلحة الشركات البترولية الأجنبية والعمل بالمبادئ العامة في الأمم المتحضرة لفصل النزاع بينهما. – مثل قضية ... شيخ أبي ضبي، وشركة التنمية البترولية المحدودة سنة 1951 فبحجة عدم كفاية وفعالية قانون الدولة المتعاقدة استبعد قانون أبي ضبي على أساس أنه غير موجود بمفهوم النظام القانوني، باعتبار أن الشيخ يمارس القضاء بسلطة تقديرية مستعينا بذلك بالقرآن، ومن غير المعقول أن يفترض في مثل هذا المكان القبلي وجود مجموعة من المبادئ القانونية الواجبة التطبيق على بنيان وثائق تجارية حديثة. – مثل قضية تكساكوا ضد الجمهورية الليبية إذ بعد انقلاب سنة 1969 قررت السلطة الجديدة استرجاع ثرواتها الطبيعية بقانون 1973 – 1974 مقابل تعويض الشركات الأجنبية إلا أن عقود الامتياز الأجنبية كانت تحتوي على شرط التحكيم من قبل فقد

تـــنظر إليه أنه قضاء غير محايد، كونه يلبي رغبة مصالح الدول الغربية الصناعية على مصالح الدول النامية.

عـــلى الـــرغم من تعدد أسباب رفض الجزائر لفكرة التحكيم التجاري الدولي وعدم تشريعه فإن ممارسته وجدت مجالا واسعا في الواقع العملي، إذ أقدمت الجزائر على إبرام عـــدة عقـــود دولية تحتوي على الشرط التحكيمي[1]. ولتوضيح هذا التناقض بين ما يصرح فـــي الخطابـــات السياسية[2] وبين الواقع العملي يظهر في أن الشركاء الأجانب وخاصة من الـــدول الصناعية اعتادوا ممارسة الضغوطات على الدولة الجزائرية من أَجْلِ قبول اتفاقية الـــتحكيم فـــي العقـــود الأساسية الدولية، خاصة وأن الجزائر آنذاك كانت في حاجة ملحة لاســـتيراد الـــتجهيزات الصـــناعية المـــتوفرة لـــدى الـــدول المتطورة،ولاسيما في مجال المحـــروقات هذا المصدر الأساسي لاقتصاد الوطني بعد الاستقلال[3]، وهو ما عبر الأستاذ محـــند اسعاد عن هذه الضرورة من خلال مداخلته في المؤتمر التحكيمي الأوروبي العربي بـــتونس فـــي شـــهر ســـبتمبر 1985: "(... من هنا فإن الجزائر منذ الاستقلال كانت في الـــتجارة الدولية مرغمة على التحكيم الدولي تخضع له أكثر مما تقبل به وكانت تخضع له بانقـــباض وليس بانشراح؛ لأن هذا هو الطريق الوحيد لحل الخلافات التجارية الدولية ...)"[4].

جرى التحكيم بناءا على هذا الشرط بطلب الشركات الأجنبية، ولم تحضر السلطة الليبية في الخصومة بحجة أنه عملا منافيا لسياستها، فعليه قرر المحكم الوحيد غيابيا سنة 1977 عدم مشروعية أعمال التأميم اتجاه عقود الامتياز فعلى الدولة الليبية تنفيذها.

[1] – Mohamed Bedjaoui, Op. Cit P : 35.

[2] – A l'occasion de 2éme réunion de la conférence ministérielle des 77 de L'ONUDI, la discours prononcé par le chef d'état à Alger le 15.02.1975. (habitude prise de soumettre les différents entre nos opérateurs et aux des pays développés à des chambres d'arbitrage institués au sein du système des pays développés, ne présente pas les critères garantissant que l'arbitrage sera prononcé en toute équité).

[3] – Belkacem Bouzana, le contentieux des hydrocarbures entre Alger et les sociétés étrangères , O.P.U, Puplisud Paris 1985, 1ere édition ,P : 15.

[4] – مقتبس ومترجم عبد الحميد الأحدب، التحكيم في البلدان العربية، الجزء الثاني، ميلانو سطانبا – إيطاليا سنة 1990، ص: 44.

ولـــم يـــدم هـــذا الـــرفض طويلا إلى أن صادقت[1] الجزائر وانضمت[2] إلى اتفاقية نيويورك بتاريخ 10 جوان 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية، وكذلـــك تخـــلت الجزائـــر عـــن منهج الاقتصادي الاشتراكي ومحاولة منها اعتناق النظام الاقتصـــادي الحر أو الليبرالي[3] الأمر الذي جعلها تنفتح على فكرة التحكيم التجاري الدولي وتشـــرعه بالمرســـوم المذكور سلفا والذي يحتوي على القواعد دولية تتماشى مع التطور التي تعرفه العلاقات التجارية الدولية.

وبالـــنظر إلى القانون الجديد، فإن المشرع قد عدل المادة 442 من الباب الأول من المرســـوم الـــتي تسمح للأشخاص القانون العام باللجوء إلى التحكيم بعد أن كانت تمنعهم. وأضـــاف باب رابع خاص بالأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي ليصبح عددها تسعة وعشـــرين قاعدة مادية دولية تخص كل فروض التحكيم بدءا بفرضية إنشاء اتفاقية التحكيم إلى حين فرضية تنفيذ القرار التحكيمي.

إن خصوصـــيات الـــتحكيم باعتباره أداة العدالة تكمن في كونه أداة اتفاقية، فاللجوء إليـــه رهيـــن باتفاق الأطراف على طرح نزاعهم على من يرتضونه قاضيا بينهم[4]، لذا فقد نظـــم القـــانون الجزائـــري اتفاقية التحكيم التجاري الدولي في قواعد خاصة ليفصلها عن اتفاقيـــة الـــتحكيم الداخلي أو المدني نظرا لأن التحكيم في العلاقات الدولية يتطلب تحريره من عدة قيود التي تنظم التحكيم في العلاقات الداخلية أو الوطنية.

إن الاتفـــاق عـــلى التحكيم وإن كان في جوهره اتفاقا على حسم النزاع عن طريق محكـــم أو محكمين، إلا أنه يتم بمناسبة نشوء نزاع معين بين أطراف العلاقة الدولية بقصد الفصـــل الســـريع فيـــه، ممـــا اصطلح عليه بمشارطة التحكيم. وقد تكون مجرد شرط من شـــروط العقـــد المنشئ للعلاقة القانونية بين أطرافها، بمعنى أنه في هذه الحالة يعد شرطا

---

[1] – بمقتضى القانون رقم 88 بتاريخ 12 جويلية 1988.
[2] – بمقتضى القانون 1988/11/23، ج.ر. رقم: 42.
[3] – راجع المادة 37 من الدستور الجزائري 1996.
[4] – Mohammed Mentalechta. L'arbitrage commercial en droit algérien. 2 ed , O.P.U 1986 P: 07.

وقائيـــا أو مجرد احتياط لوقوع أي نزاع مستقبلي بشأن هذه العلاقة، وهو ما يعرف بشرط الـــتحكيم الـــذي يكـــون عـــلى نحو مغاير لمفهوم مشارطة التحكيم التي تكون شاملة لكافة العناصر الأساسية لممارسة آلية التحكيم.

ونخـــلص إلى القول إن اتفاقية التحكيم بشكليها تعد نقطة البداية في مسيرة التحكيم، بمعنى أنها تعد حجر الزاوية في النظام التحكيمي للعلاقات التجارية الدولية.

لقـــد نظم المشرع الجزائري هذه الاتفاقية في المواد 458 مكرر 1، و 458 مكرر 6، و 458 مكـــرر 18 مـــن المرسوم المذكور سلفا، حيث تناولتها في مصطلح عام يضم شـــرط التحكيم ومشارطته فسماها: " اتفاقية التحكيم"، إذ تعد من طبيعة تعاقدية بالرغم من أن موضـــوعها هو إجراءات التقاضي أمام هيئة تحكيمية في حال وقوع نزاع في العلاقات التجارية الدولية.

عـــلى أننا يجب أن نميز مبدئيا هذه الاتفاقية عن العقد الأساسي الدولي، على الرغم مـــن أنهـــا تتعلق بهذا الأخير، إلا أنها مستقلة عنه إذ قد تخضع لنظام قانوني مغاير لنظام القـــانوني لـــلعقد التجاري الدولي مع العلم أن هذه الاتفاقية هي عقد ملحق بالعقد المذكور ســـلفا وأن موضـــوعيهما مختلفان في عدة زوايا، لذا فإن دراستنا في هذه المذكرة ستناول اتفاقية التحكيم بالخصوص دون العقد الأساسي.

فالأصـــل أن العلاقـــات التجارية الدولية في معظم التشريعات الداخلية هي مصدر الاعـــتراف لمـــبدأ حـــرية الـــتعاقدية بـــنطاق أكثر اتساعا نتيجة لتقدير سليم لخصوصيات ومقتضـــيات الـــتجارة الدوليـــة. لذا للأطراف بأن تخضع تعاقداتهم من حيث صحة العقد وآثاره للنظام القانوني الذي يدركون بأنه أكثر مناسبة لهم[1].

---

[1] – أحمد عبد الحميد عشوش،، النظام القانوني لعقد القرض الدولي مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصدر سنة 1990 الطبعة الأولى، ص: 153.

وقد اعتمد المشرع الجزائري على هذا المبدأ في القواعد المادية الدولية، أولهما في المادة 18 من القانون المدني الجزائري[1]، وثانيهما المادة 458 مكرر 1 من المرسوم التشريعي رقم 93 - 09[2]. إذ عد المشرع أن مبدأ سلطان الإرادة للأطراف هو أساس العلاقات التعاقدية الدولية في قاعدة التنازع (المادة18 ق.م.ج)وأن المبدأ نفسه هو أساس اتفاقية التحكيم (المادة 458 مكرر 1 من م. التشريعي).

ويلاحظ مما سبق أن القانون هو الذي يقدم دعامة وسندا للعلاقات التعاقدية ذات البعد الدولي. وبعبارة أخرى فإن مبدأ سلطان الإرادة لا يكون معلقا في القضاء دون ركائز، بل إنه يرتكز في كل ممارسة على نظام قانوني أو قانون القاضي[3]، ويلاحظ كذلك أن قواعد التحكيم التجاري الدولي الجزائرية أصبحت تتعايش مع منهج تنازع القوانين، لأن هذا الأخير أصبح غير قادر على تلبية حاجات التجارة الدولية المعاصرة، مما جعلها تحدو حدو التشريعات الحديثة باعتمادها على بعض المبادئ الأساسية الدولية في التحكيم التي أثارت جدلا فقهيا وقضائيا دوليين من قبل.

وإذا نظرنا إلى المادة 458 مكرر 1 من المرسوم التشريعي الخاصة باتفاقية التحكيم نجدها تعتمد أساسا على القانون الإرادي من أجل تطبيقه عليها، ثم جاءت المادة نفسها بقواعد إسناد احتياطية كحلول مباشرة يعتمد عليها القضاء التحكيمي في حال خلوها من تحديد القانون المختار.

---

[1] - تنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري على: "يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون المكان الذي ينبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدين على تطبيق قانون آخر.غير أن العقود المتعلقة بالعقار يسري عليها قانون موقعه.

[2] - تنص المادة 458 مكرر 1 من المرسوم التشريعي رقم 93 - 09 على: "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات المستقبلية والقائمة، يجب من حيث الشكل، تحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم بموجب عقد كتابي.
تعتبر صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفقت الأطراف على اختياره وإما القانون المنظم لموضوع النزاع، لاسيما القانون المطبق على العقد الأساسي، وإما القانون الجزائري.
لا يمكن الاحتجاج بعد صحة اتفاقية التحكيم، بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح.

[3] - أحمد عبد الحميد عشوش المرجع السابق، ص: 153.

وتـــبرز الفائدة من قواعد الإسناد المدرجة في القانون التحكيم الجزائري في تسهيل مهمـــة القضـــاء الـــتحكيمي والقضـــاء العـــادي للفصل في صحة اتفاقية التحكيم بالقانون الخاضعة له في حالة وقوع نزاع بشأنها وتحدد ولايتهما بالاختصاص أو عدمه.

إن اعـــتماد المشرع الجزائري في المادة 458 مكرر 1 بصفة أساسية على الإسناد الإرادي بإخضـــاع اتفاقيـــة الـــتحكيم إليـــه قد تطرح إشكالية بالنسبة لمبدأ سلطان الإرادة المعـــتمد فـــي نص المادة المذكورة سلفا في مجال العلاقات الدولية الخاصة، فلابد أنه قد نتساءل عن مدى مبدأ سلطان الإرادة في إنشاء اتفاقية التحكيم كعقد دولي؟. وبعبارة أخرى هـــل أن هذا المبدأ المعترف به من قبل القانون الجزائري بإخضاع اتفاقية التحكيم له يكون حاجـــزا أمام مزاحمة القوانين الأمن أو القواعد التطبيق الضرورية أو القواعد النظام العام؟ وكيـــف تـــتمكن الهيـــئة التحكيمية أن توفق ما بين هذا الإسناد الإرادي وبين سلطاتها في الفصـــل فـــي موضـــوع الـــنزاع باعتبار القانون الجزائري منحها إياها؟، وهل أن اتفاقية التحكيم كعقد تستطيع أن تستبعد ولاية القضاء العادي في النظر في صحة وجودها؟.

إن إخضـــاع اتفاقيـــة التحكيم للحلول المباشرة المتمثلة في الشروط الموضوعة التي أحالـــتها إلى القانون المطبق عليها سواء كان القانون الإرادي أو القوانين الاحتياطية لتنظيم أحكامهـــا، قد يحول دون بلوغ هذه الغاية؛ لأن الأنظمة القانونية قد تكون غير ملائمة لمثل هـــذه العقـــود، خاصـــة أن موضوعها من طبيعة إجرائية، وكذلك هي جد مركبة من عدة أنظمـــة قانونيـــة تخـــص التحكيم بجميع فروضه، كما أن استقلالها عن العقد الأساسي، قد يـــؤدي إلى مصـــادفتها حواجـــز قد تؤثر على نجاح ممارسة التحكيم، والجدير بالذكر أن أســـاس مهـــام الهيئة التحكيمية إلى حين صدور القرار التحكيمي مرتبطة بهذه الاتفاقية. لذا يستوجب علينا جلاء بعض الغموض عنها منذ تكوينها إلى مرحلة انقضائها محاولة تجسيد مبدأ سلطان الإرادة من جهة، وتحديد نطاقه من جهة أخرى.

لا شـــك أن أحكـــام المـــادة 458 مكرر 1 من المرسوم التشريعي قد أخضعت هذه الاتفاقيـــة إلى القـــانون المطـــبق عليها، وعدته شرطا موضوعيا لتكوينها، بما قد يشكل لنا

صـــعوبة فـــي هذا البحث، فقد فضلنا الاعتماد على القانون الجزائري افترضا منا أنه هو القانون المطبق عليها.

لقد اعتمدنا في دراستنا لهذه المذكرة على المنهج التحليلي، وفقا لخطة ثنائية مقسمة إلى فصـــلين، أولهـــا يـــتطرق إلى مفهوم اتفاقية التحكيم التجاري الدولي بما فيها طبيعتها، وخصوصـــياتها وشروطها الموضوعية والشكلية لاكتمال صحتها، وثانيهما الفصل المتعلق بالآثار الناجمة عن اتفاقية التحكيم كعقد وممارسته.

وقـــد كان اعتمادنا على المراجع العامة وكذلك القواعد المادية منها الداخلية في عدة أنظمة قانونية جزائرية والأخرى القواعد المادية الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، وحاولنا إثراءه بتطبيقات وقرارات تحكيمية دولية لاكتمال الجانب الوظيفي له.

الفصل الأول : مفهوم اتفاقية التحكيم وشروط صحتها .

تعد اتفاقية التحكيم مصدرا للتحكيم التجاري الدولي لفض النزاعات المتعلقة بالعقود التجارية الدولية بين أطرافها شريطة أن يكون لأحدها على الأقل موطنا بالخارج. تخضع اتفاقية التحكيم للقانون الإرادي ، ولا يشترط في اختيار القانون أن يكون على صلة بها ، لأن القيد على الاختيار يجب إسقاطه في مجال التجارة الدولية[1].

و لا يوجد تباينا في القانون المقارن، ولا في القانون الدولي في المفاهيم الخاصة باتفاقية التحكيم، إلا من حيث المصطلحات المستعملة[2]. أما المرسوم التشريعي رقم 93 -09 جاء في مادته 458 مكرر1 بمصطلح عام يجمع بين شرط التحكيم و مشارطته التحكيم فعبر عنه باتفاقية التحكيم .

إن اتفاقية التحكيم لها خصائص كباقي العقود ، ومفاهيمها تكاد أن تكون موحدة بين عدة تشريعات ومعاهدات دولية (المبحث الأول)، و باعتبار أنها عقد فإنه يتطلب من وجودها وصحتها توافر بعض الشروط الموضوعية والشكلية ، وتمتاز اتفاقية التحكيم كونها تخضع لمبدأ هام وهو أنها مستقلة عن العقد التجاري الدولي أو العقد الأساسي (المبحث الثاني).

المبحث الأول : ماهية اتفاقية التحكيم و خصائصها.

إن اتفاقية التحكيم هي عقد له كل الخصائص العامة للعقود، إلا أنها تتميز عنها بهدفها وموضوعها في آن واحد، فهدفها ليس إقامة علاقة قانونية تبدأ بين الطرفين، مالية أو شخصية، كما هو الحال في غيرها من العقود، وإنما تسوية الآثار الناشئة عن علاقة

---

[1] منير عبد المجيد ، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي ، منشأة المعارف ألإسكندرية مصر الطبعة الأولى سنة 2000 ص 114 .

[2] مثل المملكة العربية السعودية ، جاءت المادة الأولى من قانونها بمصطلح عام (إتفاق التحكيم) ، في اليمن جاء في المادة 1 من قانونها سنة 1981 (التحكيم) دلالة على شرط التحكيم ، والمادة 5 منه (وثقية التحكيم) دلالة على مشارطة التحكيم .-أما في القانون الكويتي لسنة 1980 يتطرق في المادة 173 منه على(إتفاق الكيم)بمعنى مشارطة التحكيم - في العراق يعتد بلإتفاق على التحكيم أيي مشارطة التحكيم في قانون 1969 . أما القانون الفرنسي سنة 1981 نص على شرط التحكيم في مادته 1492 . CLAUSE COMPROMISSOIREونصت المادة 1447 منه على مشارطة التحكيم . LE COMPROMIS

أنظر أحمد أبو الوفا، التحكيم في القوانين العربية ، منشأة المعارف بالإسكندرية – ط1، بدون سنة.

سابقة قائمة بالفعل، وإما إقامة كيان عضوي[1] فردا أم هيئة ترفع إليه ادعاءات الطرفين ويتولى الفصل فيها استقلالا عنهما.

ويلاحظ مما سبق أن كل من اتفاقية التحكيم وقضاء التحكيم صاحبان لا يفترقان في كل مراحل التحكيم، إذ أنه بتعيين المحكم لفض النزاع تتحقق الوظيفة الأساسية لاتفاقية التحكيم ويمتثل المحكم إلى شروط هذه الأخيرة .

إن جل التشريعات الوطنية الداخلية التي انفتحت على هذا النوع الخاص من القضاء تشترك في مفهوم اتفاقية التحكيم مثلها مثل الجزائر من حيث الهدف ألا وهو فض النزاع عن طريق القضاء التحكيمي (المطلب الأول) و للتكلم عن خصوصياتها اشترط المشرع الجزائري معايير حتى تصلح للممارسة التحكيمية الدولية (المطلب الثاني).

المطلب الأول :المقصود باتفاقية التحكيم .

إذا كانت اتفاقية التحكيم هي حجر الزاوية للتحكيم التجاري الدولي، إذ تعرف بأنها اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون اللجوء إلى المحكمة المختصة[2]، و بعبارة أخرى هي نزول الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم محدد المتمثل في طرح النزاع على المحكم أو أكثر ليفصلوا فيه بقرار تحكيمي ملزم للخصوم .

إن مفهـــوم اتفاقية التحكيم لا يختلف من حيث الغاية في القانون الجزائري (الفرع الأول) عن مفهومها في القانون الدولي (الفرع الثاني) .

---

[1] مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال ، المرجع السابق ، ص 47 .

[2] عبد الحميد الشورابي – التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء – منشأة المعارف الإسكندرية مصر ، الطبعة الثانية سنة 2000ص 52.

الفرع الأول : تعريفها في القانون الجزائري.

لم يعرف المشرع الجزائري صراحة اتفاقية التحكيم، بل اكتفى بالتطرق إلى سريانها ، حيث نصت المادة 458 مكرر1 في فقرتها الأولى من المرسوم التشريعي رقم 93-09 على ما يلي: " تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات المستقبلية والقائمة ...". و باستقراء هذه الفقرة، يتضح أن المشرع الجزائري جاء بمصطلح عام لاتفاقية التحكيم التي يقصد بها شرط التحكيم و مشارطة التحكيم. ويظهر شرط التحكيم عندما تطرقت الفقرة إلى النزاعات المستقبلية أي قبل وقوعها، إذ يلتزم أطرافها إلى اللجوء إلى التحكيم في حالة وقوع نزاع فعلي بشأن تنفيذ أو تفسير العقد الأساسي أو الأصلي. أما تضمين الفقرة المذكورة آنفا لمشارطة التحكيم بعبارة "النزاعات القائمة"، فيقصد بها نشوء النزاع أو وقوعه بمناسبة العقد الأساسي.

وقد لوحظ عمليا أن شرط التحكيم هو أكثر اتفاقيات استعمالا في العقود التجارية الدولية أي يدرج عادة في صلب العقد الأساسي من أجل تفادي الصعوبات العملية. ولا سيما تنفيذ العقد، وهذا عكس مشارطة التحكيم التي تمثل صعوبة عملية في انعقادها، بمجرد أنها تبرم بعد نشوء النزاع بشأن العقد الأساسي ، حيث أن العلاقة المتوترة بين أطرافه يحول دون ذلك[1].لذا فإن اتفاقية التحكيم في شكل شرط التحكيم هو أكثر إقبالا في المعاملات التجارية الدولية، لأن التفاوض بشأن اللجوء إلى التحكيم يكون عادة موازيا مع التفاوض في العقد الأساسي.

إن اعتراف القانون الجزائري باتفاقية التحكيم بشكليهما هو ميزة للنظام القانوني الداخلي بعد فترة إنكار للتحكيم، إلا أنه يجب أن نرى مدى ملائمة القاعدة المادية المذكورة أعلاه مع المفاهيم في القانون الدولي.

---

[1] Noureddine Terki - L'arbitrage commercial international en Algérie ,O.P.U, 1ière Ed 1999 , p 26.

الفرع الثاني : مفهومها في القانون الدولي.

نظرا لما عرفه التحكيم من تطور في العالم، نتيجة تشعب التبادلات التجارية في كافة أرجاء المعمورة و رغبة في توحيد بعض القواعد الدولية، أبرمت اتفاقيات دولية وإقليمية في مجال التحكيم التجاري الدولي، من أجل تشجيع المتعاملين الاقتصاديين في عدة دول على اللجوء إلى هذا النظام القضائي الخاص في حالة وقوع نزاعات، ولا ننسى أن معظم الدول رأت أن قوانين التنازع أصبحت غير قادرة على مسايرة ركب التجارة الدولية وخاصة بعد الحرب العالمية الثانية.

أولا : <u>الاتفاقيات الدولية</u> .

عرف العالم عدة اتفاقيات دولية أهمها حسب التسلسل الزمني اتفاقية جنيف 1923 و1927 ثم أبرمت اتفاقية نيويورك 1958 وأخيرا اتفاقية واشنطن 1965.

1-<u>اتفاقية جنيف 1923 و1927 .</u>

أعدت عصبة الأمم بعد الحرب العالمية الأولى هاتين الاتفاقيتين، أولهما برتوكول جنيف بتاريخ 24 سبتمبر 1923 المتعلق بشرط التحكيم[1]، إذ تعرضت إلى شرط التحكيم و مشارطة التحكيم دون أن تعطي تعريفا لهما، وثانيهما اتفاقية جنيف 26 سبتمبر 1927 الخاصة بتنفيذ الأحكام التحكيم الأجنبية[2]، وجاءت هذه الاتفاقية لسد النقص بروتوكول جنيف 1923 وهي الأخرى لم تعرف اتفاقية التحكيم بل تطرقت إلى مراعاة صحة التحكيم وفقا للقانون الواجب التطبيق الذي تخضع له. تعد هاتين الاتفاقيتين الأوليتين اللتين تطرقتا إلى قواعد التحكيم التجاري الدولي[3] وخاصة في ما يتعلق بالاعتراف بشرط التحكيم الذي لم تعترف به معظم الدول كعقد من قبل .

---

[1] انضمت 33 دولة إلى بروتوكول جنيف 1923.

[2] انضمت 29 دولة إلى إتفاقية جنيف 1927.

[3] Jean Michel Jacquet et Philippe Delabecque, droit du commerce international, Ed Dalloz paris 2ème ed – 2000, p 321.

إلا أنه أخذ عليهما أنهما لم تتلاءما مع المفهوم الواقعي للتحكيم التجاري الدولي[1]، لذا أصبح من الضروري البحث عن اتفاقية دولية أخرى أكثر تلائما مع متطلبات التجارة الدولية.

2 – <u>اتفاقية نيويورك10 جوان سنة 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.</u>

لقد عرف العالم تبادلا تجاريا متميزا بعد الحرب العالمية الثانية ، مما جعل بعض الدول تفكر في وضع مشروع خاص بالتحكيم التجاري على غرار اتفاقيتي جنيف 1923 و1927. ونظرا لعدم انضمام الولايات المتحدة الأمريكية و الاتحاد السوفياتي (سابقا) إليهما، حرصتا على وضع مشروع آخر، فأعدت الغرفة التجارية الدولية مشروعا وعرض على هيئة الأمم المتحدة سنة 1953 . وفي سنة 1955 أثري هذا المشروع من طرف خبراء اللجنة الاقتصادية والاجتماعية للأمم المتحدة ، وتم المصادقة عليه في 10 جوان 1958 من قبل 25 دولة، إلى أن وصل عدد الدول المنضمة إلى مائة وواحد وعشرين دولة [2]، ومن بينهم الجزائر[3]. وبمقتضى هذه الاتفاقية يبطل مفعول اتفاقيتي جنيف بالنسبة للدول المرتبطة بها. و لم تعرف اتفاقية التحكيم بصريح العبارة، ولكنها استعملت قاعدة مادية تلزم الدول المتعاقدة على الاعتماد على الاتفاقية المكتوبة التي يلتزم فيها الأطراف بأن تعرض على التحكيم جميع الخلافات التي قامت أو يمكن أن تقوم بينها بخصوص علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أم غير تعاقدية تتضمن قضية من شأنها أن تسوي عن طريق التحكيم.

---

[1] لقد اشترطت المادة الأولى من اتفاقية جنيف 1927 قيد تنفيذ الحكم التحكيم الأجنبي المتمثل في كونه حكما نهائيا في البلد الذي صدر فيه وغير قابل للطعن ، بمعنى قد يتعرض لازدواجية التنفيذ وهذا هو العيب الذي وجه إلى هذه الاتفاقية.

[2] إحصائيات سنة 1999 .

[3] جريدة رسمية رقم 48 بتاريخ 23 /1988/11 .

لقد استعملت هذه الاتفاقية الدولية في هذا الشأن، مصطلح اتفاق التحكيم الذي يعني مشارطة التحكيم[1]. و لم يقف المجتمع الدولي عند حد هذه الاتفاقية، بل أصبح التحكيم يخص مجالات أخرى بصفة ملحقة كالاستثمار .

3 – **<u>اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى سنة 1965.</u>**

أعدت هذه الاتفاقية سنة 1965 من طرف البنك الدولي للإنشاء والتعمير، من أجل تشجيع الاستثمارات في الدول النامية. وتسعى هذه الاتفاقية إلى حماية رؤوس الأموال للدول الصناعية خشية أعمال التأميم التي تقرها الدول النامية عادة لعدم استقرارها السياسي. وقد أنشئ لهذا الغرض مركز دائم للتحكيم يدعى "المركز الدولي لحسم المنازعات المتعلقة بالاستثمارات"[2]، و عرفت هذه الاتفاقية إقبالا دوليا وخاصة من قبل الدول النامية لجلب رؤوس الأموال الأجنبية إليها[3]. و تمكن هذه الاتفاقية المستثمر الأجنبي ولو كان شخصا طبيعيا أو معنويا على سواء من الوقوف على قدم المساواة مع الدول المضيفة أمام مركز التحكيم المذكور أعلاه[4].

و قد انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية تحت ضغط تراجع مؤشر النمو الاقتصادي بها[5]، إلا أنها لم تعرف اتفاقية التحكيم بل تطرقت إلى شرط التحكيم الذي يكون في صلب عقد الاستثمار، و إلى مشارطة التحكيم بين المستثمر والدولة المضيفة في حالة وقوع نزاع فعلي، وعلى إثره يمكن الرجوع إلى المركز التحكيم كجهة تحكيمية بإرادة أطراف العقد.

---

[1] فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص 59 .

[2] Centre International de Règlement des différents d'Investissement (CIRDI).

[3] عدد الدول المنظمة إلى هذه الاتفاقية هي 134 دولة إلى غاية سنة2000

[4] فوزي محمد سامي نفس المرجع ص 61

[5] بمقتضى الأمررقم95-05 المؤرخ في 21 يناير 1995 المتضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية واشنطن سنة 1965 المتعلقة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى.

و تعد هذه الاتفاقية ضمانا للبنك الدولي لحماية عقود القرض الدولي الممنوحة للدول المقترضة من أجل استبعاد القضاء العادي بالنظر في هذه العقود في حالة وقوع نزاع بينهما .

ثانيا : <u>الاتفاقيات الإقليمية</u>.

إضافة إلى الاتفاقيات الدولية، أبرمت عدة اتفاقيات إقليمية[1] بشأن التحكيم التجاري إلا أنها لم تختلف قواعدها عن قواعد الاتفاقية الدولية من حيث تحديد اتفاقية التحكيم إذ تطرقت إلى شرط التحكيم ومشارطة التحكيم. وقد وقعت الجزائر على اتفاقية عمان بتاريخ 1987/04/14 المتعلقة بالتحكيم التجاري بين الدول العربية، وعرفت المادة الأولى – ط – بأن "اتفاق التحكيم، اتفاق الأطراف كتابة على اللجوء إلى التحكيم سواء قبل النزاع أو بعده ".

ثالثا: <u>اتفاقية التحكيم في الآليات القانونية الدولية الاختيارية.</u>

تنشأ الآليات[2] الدولية في إطار الاتفاقيات الدولية فيما بين الدول وهذا الوجه التقليدي للقانون الدولي، و قد تكمل بآليات اختيارية[3]. فقد اهتمت الأمم المتحدة بقانون التجارة الدولية، وحاولت توحيد قواعد التحكيم التجاري في عدة مناسبات في شكل قواعد مادية دولية ذات حلول مباشرة، أولهما قواعد للتحكيم للأمم المتحدة سنة 1976، وثانيهما القانون النموذجي للتحكيم سنة 1985.

1- قواعد التحكيم للأمم المتحدة : C.N.U.D.C.I

صدرت هذه القواعد عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بموجب قرار الجمعية العامة رقم 98/31 عام 1976. إن هذه القواعد لم تعرف اتفاقية التحكيم بل وضعت نموذج لصياغة شرط التحكيم في المادة الأولى من هذا النظام على النحو

---

[1] إتفاقية جنيف الأوربية 1961/04/21 إتفاقية موسكو بتاريخ 1972/05/29 - إتفاقيية مابين دول أمريكا بباناما بتاريخ 1975/01/30 - إتفاقية OHADA بتاريخ 1993/10/17 .

[2] الآلية هو المصطلح الشائع في الأمم المتحدة وبالمصطلح الفرنسي يدعى Instrument International

[3] Jean Michel Jacquet- et autre, Op Cit p 321

التالي: "كل نوع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو تتعلق به أو لمخالفة أحكامه أو فسخه أو بطلانه يسوى بطريق التحكيم وفق القواعد التحكيم الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي كما هي سارية المفعول حاليا ".

وتضيف هذه المادة أنه : " إذا أراد الطرفان إضافة البيانات التالية:

- تكون سلطة التعيين .....(منظمة أو شخص)؛
- يكون عدد المحكمين .....(محكم واحد أو ثلاثة)؛
- يكون مكان التحكيم .....(مدينة أو بلد)؛
- تكون اللغة (أو اللغات)التي تستخدم في إجراء التحكيم "[1].

2- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي

أُعِدّ هذا القانون النموذجي لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي و تمت المصادقة عليه من اللجنة نفسها يوم 21 جوان 1985 وطلبت الجمعية العامة من الدول العمل به في قوانينها الداخلية[2].

وعرف القانون النموذجي[3] اتفاقية التحكيم: "هي اتفاقية بمقتضاها يقرر الأطراف الخضوع إلى التحكيم كل النزاعات أو البعض منها التي نشأت بينهما في موضوع قانوني محدد تعاقدي قد تكون في شكل شرط التحكيم في العقد أو اتفاق منفصل عن العقد ...".

إن تحديد مفهوم اتفاقية في القانون الدولي لا يبدو واضحا من حيث طبيعته، إلا أنّه أجمعت كل القواعد المادية في هذه الاتفاقيات الدولية وكذلك القوانين الدولية للأمم المتحدة على أن اتفاقية التحكيم لها هدف واحد هو حل النزاع عن طريق التحكيم من جهة، و تبقى ميزة هذا القانون الدولي الأساسية في اعترافه بشرط التحكيم كعقد

---

[1] المادة الأولى مقتبسة من كتاب عبد الحميد الأحدب – التحكيم وثائق تحكيمية الجزء الرابع ميلانوا سطابنا إيطاليا ، 1990 ، ص .

[2] إتبعت هذا القانون إلى سنة 1995 19 دولة ومن بينها جمهورية مصر العربية سنة 1994.

[3] Commission des nations unies de droit de commerce international abrége (CNUDCI)

للجهالة. أما إذا استوفى شرط التحكيم كل البيانات الضرورية لعملية التحكيم، فيمكن الاستغناء عن مشارطة التحكيم لإتمامه وبالتالي أصبح عقدا محددا مما لا يتعارض مع المادة 94 من القانون المدني الجزائري.

إلا أن هذا الوضع يتفاداه أطراف العلاقة في الواقع العملي أو أثناء تحرير شرط التحكيم لتجنب النزاعات التي قد تطرأ بشأن هذه البيانات التي تؤدي في غالب الأحوال إلى طلب إبطال الاتفاقية من قبل أحد الأطراف عن طريق القضاء العادي، لذا يفضل أصحاب العلاقة إدراج شرط التحكيم بعبارة عامة أو شرط التحكيم على بياض[1] دون تحديد تفاصيله، مما يستلزم إتمامه أثناء وقوع فعلي لهذا النزاع بواسطة مشارطة التحكيم.

ب – مشارطة التحكيم.

تنص المادة 458 مكرر1 في فقرتها الأولى مشارطة التحكيم بقولها: " تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات .... والقائمة...".

و في الواقع تُعدّ مشارطة التحكيم اتفاقا كاملا لكل مستلزمات التحكيم، لأنها اتفاقية لاحقة عن نشوء النزاع الفعلي بمقتضاه يتفق أطرافه بمحض اختيارهم اللجوء إلى الهيئة التحكيمية[2]، و يفترض في مشارطة التحكيم أن الأطراف قد اتفقوا على شكل هيئة التحكيم ، ورسموا حدود ولايتها ، واختاروا القانون الإجرائي لسير الخصومة، وكذلك اختاروا القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ... ، وهي بذلك تتميز عن شرط التحكيم الذي يكون موضوعه مجرد تقرير مبدأ الالتجاء إلى التحكيم لحسم النزاعات التي قد تنشأ عن العقد الأساسي. لا يهم إن كانت مشارطة التحكيم مسبوقة بشرط تحكيم أو لم تكن كذلك ، فهدفها هو دائما تحريك إجراءات التحكيم، فهي تفترض قيام النزاع بين أطراف العلاقة الدولية بالفعل وهذا هو سببها. وقد تثور الصعوبة عندما لا تسبق مشارطة

---

[1] في الواقع العملي يلجأ الأطراف إلى هذا النوع من التحكيم دون تحديد تفاصيله حتى لايكون شرط التحكيم معرضا للبطلان .

[2] Mohamed Mentelechta , OP. CIT . P 33

التحكيم شرط التحكيم، ورفع النزاع أمام القضاء العادي بشأن العقد الأساسي، إذ يتفق الأطراف المتخاصمون على إبرام مشارطة التحكيم موازنة مع سير الدعوى القضائية و كيف يكون أثرها هذه الدعوى ؟

و بالنظر إلى الفقرة الثانية من المادة 458 مكرر8 من المرسوم التشريعي رقم 93-09 التي تنص: "...يكون القاضي غير مختص للفصل في الموضوع متى كانت دعوى التحكيم معلقة".

من ظاهر النص وبمفهوم المخالفة، تقبل الدعوى القضائية إلا إذا تخلفت اتفاقية التحكيم في شكل مشارطة، أما إذا أبرمت موازنة معها فعلى القاضي إحالة الأطراف إلى التحكيم إذ يحكم بعدم الاختصاص[1]، ما لم يحكم نهائيا بشأن النزاع وبالتالي يمتنع على الأطراف إبرام مشارطة التحكيم في النزاع نفسه الذي قضت به المحكمة العادية. ويرى البعض أن قدرة الأطراف على إبرام مشارطة التحكيم موازنة مع الدعوى القضائية تكون رهينة بالأشواط التي قطعتها هذه الأخيرة.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى بطلان مشارطة التحكيم[2] إذا لم تحدد المسائل التي يشملها التحكيم في المرسوم التشريعي بل اشترط الكتابة تحت طائلة البطلان؛ إلاّ أنه في الواقع العملي يجب أن تتوافر على الحد الأدنى من البيانات الأساسية لتسهيل عملية التحكيم. أما إذا تخلفت عن ذكر المسائل التفصيلية بالتحديد، فإنها قد تتعرض للبطلان، و لا تنسحب إلى شرط التحكيم، إذا كانت مسبوقة به.

أما إذا كانت مشارطة التحكيم غير صحيحة فلا يحول دون تعديلها لاحقا بمشارطة أخرى وتصحيح للأولى بإزالة ما لحق بما من سبب البطلان كأن الأولى لم تكون مكتوبة.

و خلاصة القول فإن اتفاقية التحكيم هي في الأصل اتفاق وجوهر العقد في القواعد العامة، سواء في شكل شرط التحكيم أو في شكل مشارطة التحكيم ، على أنه

---

[1] تنص المادة 469 من قالم ج "كل قضية ترفع لدى جهة قضائية يجب أن تقضي فيها بالحكم ولوإنتهت الدعوى بالشطب ".

[2] في التحكيم الداخلي تشترط المادة 444من قا ا م ج الفقرة الأولى: " بعين إتفاق التحكيم موضوعات : النزاع وأسماء المحكمين وإلا كان باطل...." ويقصد بإتفاق هو مشارطة التحكيم.

يجب علينا أن نميزها عن بعض الأنظمة القانونية لاتفاقات متعددة قد تتشابه معها، (الفرع الثالث).

<u>الفرع الثالث</u> : تمييز اتفاقية التحكيم عن بعض الأنظمة المشابهة لها .

إن اتفاقية التحكيم مبدئيا هي عقد من عقود القانون المدني بمقتضاه يتفق الأطراف على عرض النزاع الذي يثور بصدد علاقة قانونية فيما بينهم على جهة أخرى غير جهة القضاء العادي التابعة للدولة [1] وثانيا هي عقد من طبيعة خاصة باعتبار أن موضوعها هو إجراءات التقاضي أمام المحكم أو المحكمين ، و لا ننسى أيضا أن المشرع الجزائري تركهما لمبدأ هام هو مبدأ الملائمة للأطراف العلاقة عملا بمبدأ سلطان الإرادة

وحتى توصف باتفاقية التحكيم، وصفا دقيقا وتعطى وظيفتها الأساسية ودورها في التحكيم تستلزم علينا أن نفرقها عن بعض الأنظمة القانونية المشابهة و التي هي الأخرى تحيل خلافات إلى الغير.

أولا : اتفاقية التحكيم واتفاق الصلح .

تنص المادة 459 من القانون المدني الجزائري على أن " الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا ، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه " و يستفاد من نص المادة أن الصلح هو اتفاق بين طرفين بحيث يكون موضوعه إنهاء نزاع قائم أو تجنب نزاع مستقبلي محتمل ، وذلك يتنازل الطرفان عن بعض الحقوق بالتراضي .أما هدف التحكيم فهو حصول أحد الأطراف على حق متنازع عليه واستئثاره به دون الطرف الثاني ، وهذا بموجب قرار تحكيمي له قوة الحكم القضائي عكس الصلح الذي يحتفظ دائما بنظام تعاقدي .

يعد عقد الصلح من عقود التراضي لا يشترط في تكوينه شكل خاص بل يكفي تطابق

---

[1] عبد الحميد الشورابي ، المرجع السابق ص 52 .

الإراديتين من إيجاب وقبول لإتمام اتفاق الصلح[1] خلافا لاتفاقية التحكيم التي هي عقد شكلي في الجزائر[2].

وفي صدد التمييز بينهما، فإن اتفاق الصلح هو عقد كاشف للحقوق لها، و يستطيع المتصالحون التحلل من التزامهم من الصلح بإرادة منفردة ، عكس الحال بالنسبة للقرار التحكيمي الذي يحوزه قوة الشيء المقضي به و ينفذ جبرا من حاز على الصيغة التنفيذية من قضاء الدولة المراد تنفيذه بها .

ورغم وضوح الفارق بين اتفاقية التحكيم و اتفاق الصلح على النحو المتقدم، فإن التمييز بينهما ليس دائما بهذا القدر من السهولة في الممارسة التحكيمية[3] وهذا راجع إلى أطراف العلاقة المتمثل في قدرتهم على تضمين عقدهم بالشروط الملائمة لهم ، ومن ذلك ما إذا اتفق طرفي العقد على تفويض المحكم أو المحكمين لقيام بإجراءات الصلح بينهما كشرط في اتفاقية التحكيم ، وهذا ما أجازته المادة 458 مكرر 15 من المرسوم التشريعي رقم 93-09 بتاريخ 25 أبريل 1993[4] و بمقتضى هذا الشرط يتحرر فيه المحكم من القواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف .

وبهذا نستنتج أن التحكيم بالقانون هو الأصل، وإن التحكيم بالصلح هو استثناء على هذا الأصل الذي يتقرر إلا بإرادة الأطراف كشرط في العقد الخاص باتفاقية التحكيم.

ثانيا : اتفاقية التحكيم والخبرة .

تختلف اتفاقية التحكيم عن الخبرة ، باعتبار أن الخبير يقوم بإبداء رأي بخلاف المحكم الذي تنتهي مهمته بإصدار قرار تحكيمي ملزم للأطراف المتنازعة[5].

---

[1] عبد الحميد الشورابي المرجع السابق ص 467 .

[2] تشترط المادة 458 مكرر1 الفقرة 2 من المرسوم التشريعي لسنة 1993 من إتفاقية التحكيم الكتابة تحت طائلة البطلان .

[3] مصطفى .م . الجمال والآخر المرجع السابق ص 24 .

[4] تنص المادة 458 مكرر15 : " تفصل محكمة التحكيم كمفوض في الصلح إذا خولتها إتفاقية الأطراف هذه السلطة."
يسمى هذا التفويض بالمصطلح الفرنسي Amiable Compositeur .

[5] Rene David . L'arbitrage dans le commerce international . Economica . 1ère Ed ,1982 P 10 .

وتعد الخبرة غير إلزامية بالنسبة للأطراف المتفقين عليها ، ولا للقضاء التحكيمي، وحتى القضاء العادي[1] وليست في غالب الأحيان أكثر من دليل من أدلة الإثبات، التي تتوقف حجتها على قبولها من طرف من يتولى النظر في الدعوى سواء كان قاضيا أو محكما .

وتأتي الصعوبة عمليا من أن المحكمين غالبا ما يكونوا خبراء أيضا ، مما يؤدي بنا إلى تفسير محتوى اتفاقية التحكيم، فإذا كانت هذه الأخيرة تنص على الطابع الإلزامي لقرار فيعد تحكيما ، أما إذا كان قراره مجرد رأي استشاري غير ملزم، فيبقى محتفظا بطابعه الأصلي. فالعبرة بالمهمة المعهودة للمحكم وليس بالألفاظ التي يصف بها المتنازعون للقيام التحكيم أو تقديم الخبرة دون أن ننسى دورها في العلاقات التجارية الدولية إذ لها أهمية بالغة في مجال حساب الخسائر لصالح المؤمن وكذلك يظهر دور الخبير في تطويع العقود نتيجة الظروف المستجدة وخاصة في العقود الزمنية أو الممتدة .

ثالثا : اتفاقية التحكيم وعقد الوكالة .

تختلف اتفاقية التحكيم عن عقد الوكالة ، بحيث أن الوكيل يستمد سلطاته من الموكل ، ويملك حق التحلل من عمل الوكيل، إذا تجاوز حدود وكالته ما لم يقوم الموكل بإجازة هذا التجاوز[2] ، ولا يمكن للوكيل قيام بتصرفات لم يمليها له الموكل. أما المحكم فمستقل عن الخصوم فبمجرد الاتفاق على التحكيم ، وتعهد له المهمة تصبح له صفة القاضي ولا يستطيع الخصوم التدخل في أعمال الهيئة التحكيمية ، بل أن حكمها يفرض على أطراف النزاع[3].

---

[1] انظر المادة 54 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري .

[2] المادة 575 من القانون المدني الجزائري.

[3] عبد الحميد الشواربي . المرجع السابق ص 34

ويثار التساؤل في بعض الأحيان، وخاصة في الاتفاق على الهيئة الثلاثية للتحكيم: كيف ينظر إلى المحكم المختار من طرف أحد الخصوم ؟ بعبارة أخرى هل هذا المحكم هو بمثابة مكلف بالدفاع عنه ، أي وكيل بالخصومة ؟

إن الصفة الغالبة هي دفاع عن الخصم الذي اختار المحكم، ومع ذلك يظل له من الناحية القانونية صفة محكم وليس وكيل بالخصومة[1] . والحق أن صفة المحكم في الواقع مقصورة على رئيس الهيئة أو المحكم المرجح ، تبقى هذه المسألة موضوعية تختلف النظرة إليها بحسب كل حالة ووقائعها وظروفها ونية المتعاقدين[2]. وخلاصة القول إن الاعتبار العضوي لهيئة التحكيم ليس له أثر على عملية التحكيم على الرغم من أن الخصمين استقلا باختيار محكمين ، إلا أن المحكم الثالث هو المرجح في حالة اختلاف بينهما[3].

رابعا : اتفاقية التحكيم والوظيفة التعاقدية للغير.[4]

تثار بعض الصعوبات في الواقع العملي للتحكيم، إذ يحدث أن يبرم عقد تجاري دولي بين المتعاقدين دون وصولهم إلى اتفاق نهائي لكل شروطه ، مما يقضي أن تخول هذه الوظيفة إلى الغير لإتمام التصرف كتحديد الأسعار للخدمات ....

وتعدّ مهمة الغير من طابع تعاقدي؛ لأن هناك اتفاق أخر بين هذا الغير وأطراف العقد الأساسي من أجل تطويع العقد فلا يجوز أن يوصفون بالمحكمين[5].

---

[1] أحمد أبو الوفا ، التحكيم الإختياري والإجباري ، الصبعة الرابعة ، منشأة المعارف الإسكندرية مصر سنة 1983 ص 31 .

[2] أحمد أبو الوفا، المرجع السابق ، ص 161.

[3] Mohamed Mentatecheta, OP. Cit , p73.

[4] باللغة الفرنسية Fonction contractuelles dún tiers

[5] Philippe Fouchard et E. Gaillartd et B. Goldmane , Traité de lárbitrage commercial international, Litec Paris, 1ère Edition, 1996 , P. 26 .

و يفرق المختصون في هذا المجال بين حالتين ، أولهما أنه في غياب شرط التلاؤم فإن القوانين الداخلية تخول للقاضي الموضوع بصفة احتياطية حلول محل الأطراف لتحسم هذا الاختلاف عكس التحكيم التجاري الدولي حيث يمنع المحكم أو المحكمون بالفصل في هذه المسألة بالرغم من أن القانون خول لهم التفويض بالصلح، وثانيهما تتمثل في وجود شرط التطويع المدرج في العقد في حال تغيير الظروف والمستجدات التجارية ، فإن المحكم لا يستطيع قيام بأعمال تطويع العقد، على أساس أن القرار المحكم هو عمل قضائي ، و بالتالي لا يمكن له إجراء تصرف منشئ للحقوق والالتزامات [1] .

إذن فإن الوظيفة التعاقدية للغير لا تعد اتفاقية التحكيم كأصل عام، و لكن إذا أدرجت فيها وعهدت إلى المحكمين هذه المهمة، يجوز أن يفصلوا فيها دون المساس بحيدة الهيئة التحكيمية لأن مهمتهم الأساسية هي حسم النزاع عن طريق التحكيم[2].

خامسا : اتفاقية التحكيم وعقد التحكيم [3]:

عقد التحكيم هو اتفاق بين المحكم أو المحكمين مع أطراف النزاع لقبول مهمة التحكيم ، ويتحدد هذا القبول في شكل عقد كتابي ، أو بمجرد بدء في تشكيل الهيئة التحكيمية، أو يكون في شكل وثيقة التحكيم التي تأخذ بعض الحالات مشارطة التحكيم، هذا في مجال التحكيم التجاري الخاص .

أما في ميدان التحكيم المؤسساتي، يكون مركز التحكيم الدائم المختار من قبل الأطراف هو وكيل عن المحكمين، باعتبار أنه يفترض وجود عقد مع المحكمين مسبقا من أجل اعتمادهم في قوائمها .ويتحصل المحكمون على أتعاب مقابل مهامهم ، وتختلف حسب نوعية التحكيم .

---

[1] – نظرية فرنسية معتمدة على نص المادة 1592 من القانون المدني الفرنسي .

[2] Philippe Fouchard et autres, Op. Cit, P. 32

[3] يدعى بالفرنسية، Contrat d'arbitrage الذي يختلف عن اتفاقية التحكيم convention d'arbitrage. و لكن نجد في بعض الدول العربية يعبرون عن شرط التحكيم، بالعقد التحكيمي.

وتخضع عقود التحكيم في حال نزاع بين المحكم وأطراف الخصومة إلى قواعد تنازع القوانين يصبح المحكم في هذه الأحوال طرفا في الإتفاقية التحكيم ، كما يصبح مرتبطا تجاه الأطراف بروابط تعاقدية ، الأمر الذي يدفع إلى طرح مسألة مسؤولية المحكم التعاقدية الناتجة عن تنفيذه لالتزاماته التعاقدية المتمثلة في التزام واحد هو التزام بالنتيجة أي إلزامية فصل النزاع ، وليس فقط التزام ببذل الجهود للوصول إلى هذه الغاية[1] .

ينقضي عقد التحكيم بصدور القرار التحكيمي كقاعدة عامة ، ولكن يجوز إنهاء هذا العقد بإرادة منفردة مثل أعمال رد المحكم لسبب مشروع[2] ، وقد ينتهي بوفاة المحكم أ و لأسباب التي تحول دون قيام المحكم بمهامه كفقد الأهلية ....ولا يجوز إدراج اتفاقية التحكيم في عقد التحكيم بالنسبة للقانون الجزائري لتخلف شروط تجارية العمل. لأن أعمال المحكمين هي أعمال حرة تخضع للقواعد العامة .

المطلب الثاني : خصائص اتفاقية التحكيم التجاري الدولي:

في البداية عرف التحكيم التجاري تضاربا في الآراء من قبل الفقهاء حول الطبيعة القانونية إلى حين بروز نظريتين في أوائل القرن العشرين، برزت نظريتين ، أولهما نادت بأن التحكيم هو عمل قضائي على أساس أن القرار التحكيمي هو حكم قضائي ملزم لأطرافه وثانيهما قالت إنه عمل تعاقدي ، وحجتها في ذلك أن اتفاقية التحكيم تسمو على هيئة تحكيمية أو قرار تحكيمي بواسطتها تعطى القيمة الحقيقية للتحكيم في جميع فروضه[3] . ويرى البعض الآخر أن التحكيم من طبيعة مختلطة وهذه الازدواجية هي التي جعلت القضاء التحكيمي بمثابة القضاء العادي[4] .

---

[1] عبد الحميد الأحدب التحكيم أحكامه ومصادره الجزء الأول ميلانو سطانبا إيطاليا 1990 ص 130 .

[2] مصطفى .م . الجمال والأخر ، المرجع السابق ص 495 وما بعدها .

[3] In actes du séminaire sur arbt commec et inter, organisé à Alger en 1992, Op. Cit,p Razac Bara, étude annexé, 191

[4] Razac Bara Ideme, p. 197.

إلا أنه اختفت هذه الآراء تدريجيا منذ أن انفتح العالم على التحكيم التجاري الدولي، ولاعتراف بشرعيته في قواعد مادية دولية لكل دولة البعيدة عن قواعد التنازع، إذ جاءت بحلول مباشرة لفروض التحكيم مما سهلت على استنباط خصائص لهذه الاتفاقية و انتهج المشرع الجزائري الشيء نفسه حين اعتمد في المرسوم رقم 93-09 على بعض المعايير أعطت خصوصيات لاتفاقية التحكيم التجاري الدولي وهي أن تكون دولية (الفرع الأول) وإن تتعلق بالتجارة الدولية (الفرع الثاني) .

أما مكانة اتفاقية التحكيم من أقسام العقود، فلم يتناولها المرسوم المذكور سلفا؛ لأنه أخضعها للقانون المطبق عليها، فنحاول أن نحددها حسب النظرية العامة للعقود بالرغم من أنه ينطبق عليها تصرفات عقدية (الفرع الثالث).

<u>الفرع الأول</u> : دولية اتفاقية التحكيم .

وتنص المادة 458 مكرر من المرسوم التشريعي رقم 93 - 09 على أن: "يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل التحكيم الذي يخص النزاعات (...)، والذي يكون فيها مقر أو مواطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج".

وباستقراء نص المادة أعلاه، نجد أن المشرع اشترط من دولية اتفاقية التحكيم أن يكون مقر أحد الأطراف العقد التجاري الدولي على الأقل خارج الجزائر، بحيث لم يهتم بجنسية أطرافها، وهذا المعيار القانوني أو الجغرافي هو الذي أضفى عليها الطابع الدولي.

ولعل هذا المعيار هو الذي أصبح يتماشى مع التعامل التجاري الدولي حيث أخذ مكانا واسعا في عدة تشريعات وطنية والفقه المعاصر.

ويلاحظ في هذا الصدد أن عدم اعتماد القانون الجزائري على الإسناد الشخصي أو الجنسية، فمن الباب الأولى، إذا أبرم جزائريان اتفاقية التحكيم ويكون لأحدهما مقرا خارج الجزائر فتعد صحيحة من وجهة نظر المادة 458 مكرر؛ لأنها أصبحت دولية.

إضافة إلى ذلك، فإن اعتماد المشرع الجزائري على المعيار القانوني أو الجغرافي، عندما اشترط أن يكون مقر أحد الأطراف العلاقة على الأقل في الخارج فإنه من الباب الأولى إذا أبرمت اتفاقية التحكيم بين جزائرين يقيمان خارج الجزائر بشأن عقد تجاري دولي فتعد صحيحة ولها الطابع الدولي ، ولا مجال لوصف هذا التحكيم تحكيما داخليا حتى ولو كان القانون المطبق على هذه الاتفاقية هو القانون الجزائري،وتأسيسا على هذا المعيار، فإنه لا يجوز اعتبار اتفاقية التحكيم دولية إذا اتفق جزائريان مقرهما بالخارج ، أو أحدهما مقره بالخارج في تفسير عقد داخلي وحتى أمام محكم أجنبي بالجزائر، لأنه لا يعتد بالمنازعات التي تكون عناصر علاقتها مرتكزة وترتب آثارها في المحيط الداخلي لدولة معينة[1].

وترتيبا على ما ذكرناه فإنه إذا وقع نزاع بشأن اتفاقية التحكيم في الفرضيات السالفة وصدر قرارا تحكيميا عن هيئة تحكيمية المراد تنفيذه بالجزائر كبلد لمحل المال موضوع النزاع، فإن القاضي ملزم بإعطاء الصيغة التنفيذية لهذا القرار ولا يجوز الاعتراض بحجة أن جنسية الأطراف هي جزائرية، لأن المادة 458 مكرر لم تتصد إلى المعيار الشخصي أو معيار الجنسية للأطراف بل أخذت بالمعيار الجغرافي المتمثل في الموطن أو المقر على الأقل أن يكون خارج الجزائر، بشرط أن يكون العقد الأساسي يخص التجارة الدولية .

كذلك نجد أن القانون الدولي يتماشى مع هذا الوضع حيث المادة 1 (4-أ) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للأمم المتحدة سنة 1985 توسعت في مفهوم دولية التحكيم، إذ عدّت مقر عمل طرفي العقد اتفاق التحكيم وقت انعقاده واقعين في دولتين مختلفتين. ومن هنا أخذت قواعد هذا القانون من المقر معيار دولية التحكيم

---

[1] منير عبد المجيد المرجع السابق ص 26

إضافة إلى اشتراط من العلاقة محل النزاع أن تكون هي الأخرى دولية، بمعنى أن دولية العلاقة محل النزاع هي التي تضفي الطابع الدولي على اتفاقية التحكيم[1] .

وفي هذا الصدد ومن الناحية العلمية، فإننا لا ننكر جهود التي قدمها الفقه والقضاء في تطوير القانون التحكيم التجاري الدولي تحت ضغط حاجات التجارة الدولية مما نتج عن ربط العقد الدولي مباشرة للنظام القانون الدولي معترفان للمتعاقد الأجنبي للدولة صفة الشخصية الدولية[2].

لم يكتف المشرع الجزائري بالمعيار القانوني أو الجغرافي في المادة 458 مكرر من المرسوم التشريعي 93-09 بدولية التحكيم، بل اشترط معيار آخر المتمثل في المعيار الاقتصادي وهو أن تكون اتفاقية التحكيم خاصة بمسائل التجارة الدولية.

<u>الفرع الثاني</u> : اتفاقية التحكيم لها علاقة بالتجارة الدولية .

تنص المادة 458 مكرر من المرسوم التشريعي رقم 93-09 " يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل ، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية ..."

فمن ظاهر هذه المادة اشترط المشرع الجزائري من اتفاقية أن تنعقد بمناسبة إنشاء عقد أساسي متعلق بمصالح التجارة الدولية في موضوع العقد الأساسي ، مما يؤدي تعد إلى اتفاقية التحكيم عقدا ملحقا به في هذا المجال أيضا .وبهذا المعنى أيضا نفرق ما بين طبيعة موضوعها عن موضوع العقد الأساسي.

وتثار مسألة المعيار الاقتصادي صعوبة من الناحية القانونية التي تتمثل في كيفية تحديد مفهوم التجارة[3] ، بما أن القانون

---

[1] منير عبد المجيد المرجع السابق ص 26

[2] Mohamed Bedjaoui, Op. Cit , p 27

[3] Noureddine Terki, larbitrage commercial international en Algérie , O.P.U 1ère Ed, 1999, p. 21

الجزائري لم يحدد مجالاتها كما فعلت بعض التشريعات الأخرى[1].

انضمت الجزائر إلى اتفاقية نيويورك سنة 1958 المتعلقة باعتماد وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية، بتحفظ على تجارية العلاقات التعاقدية الدولية ، كما أجازته المادة الأولى الفقرة الثالثة من الاتفاقية المذكورة أعلاه،ومعنى ذلك أن القانون الجزائري في مجال التحكيم التجاري الدولي يقره بشرط إذا كانت العقود الأساسية أو الأصلية تتماشى مع تجارية الأعمال حسب القانون التجاري الجزائري الصادر بالأمر رقم 59 بتاريخ 26 سبتمبر 1975[2] والقوانين المعدلة والمتممة له .

ومن خلال هذا التحفظ وبمفهوم المخالفة لا يجوز التحكيم في العلاقات التعاقدية أو الغير تعاقدية في المعاملات المدنية، و كذلك يمنع إبرام اتفاقية التحكيم في القانون الإداري والقانون الاجتماعي، والقانون المالي والأعمال النيابة العامة ...

كما أجاز القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي إبرام اتفاقية التحكيم في كافة المجالات شريطة أن لا يمس هذا القانون أي قانون وطني الذي يحظر تسوية المنازعات أمام التحكيم ، بحيث يكون هذا الأخير هو واجب التطبيق ومانع من تسوية هذه النزاعات بطريقة التحكيم[3]، مما يستبعد القرار التحكيمي في هذه الدولة المعادية للتحكيم التجاري الدولي[4].

من خلال ما تقدم نجد أن المادة 458 مكرر من المرسوم التشريعي رقم 93-09 شأنها شأن القانون الدولي لم تحدد مفهوم التجارة الدولية و مجالاتها، وحسن ما فعل المشرع الجزائري لأن مجالها في تطور سريع لا يمكن تدقيقه ، مما يستدعينا إلى محاولة تعريف التجارة الدولية وتبيان نطاقها(أولا) مع ذكر الأشخاص المتعاملين بها(ثانيا).

---

[1] المادة الثانية من القانون المصري الخاص بالتحكيم الصادر سنة 1994 .

[2] أنظر المواد 2، 3، 4 من القانون التجاري الجزائري.

[3] منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 342.

[4]- أنظر المادة 36 من القانون النموذجي للأمم المتحدة 1985 المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي .

أولا : مفهوم التجارة الدولية .

عرف المجتمع الدولي مبادلات تجارية منذ القدم ، وعرفت التجارة الدولية منذ هذه الحقبة التاريخية استقرار عادات وأعراف خاصة بها، و بمرور الوقت أنشئت عقود تجارية نموذجية، وكذلك الشروط العامة للتعامل التجاري الدولي، و المبادئ العامة للقانون المشترك بين الأمم المتمدينة ...، و هذا كله أصبح قانونا يعرف بقانون التجارة الدولية أو القانون الماركاتوري[1] الذي هو ذو طبيعة مهنية أساسا لتنظيم العلاقات التجارية الدولية، إذ تكون هذا القانون خارج الدول، وأنشئ تلقائيا في الأوساط المهنية استجابة إلى حاجات التجارة الدولية وصورها المختلفة المتعلقة بالقانون الخاص[2]حيث يرغب في هذا القانون المتعاملون في التجارة الدولية لحل نزاعاتهم الدولية أكثر من رغبتهم في تطبيق القوانين الوطنية .

ويقصد بالتجارة الدولية حركة دخول وخروج الأموال والقيم عبر الحدود[3] أو هي موضوع العقود الدولية المتمثلة في حركة المد والجزر عبر الحدود بمعنى أن هذه العقود هي أداة الإنتاج و المبادلات التجارية .

لقد تطورت حركة المد والجزر للأموال كمفهوم للتجارة الدولية خروجا عن المفهوم التقليدي إذ توسع نطاقه وخاصة بعد الحرب العالمية الثانية إلى يومنا هذا، إذا ظهرت أنظمة قانونية للعقود الدولية كثيرة وخاصة تلك العقود غير المسماة في عدة تشريعات وطنية لأن التعامل بها كان أسرع من صياغتها في قوانين الداخلية الوطنية المختلفة.

وظهرت هذه العقود نتيجة التفاوض الدولي، وتطور البيئة التي تمنح الضمانات المالية أو الإقتصادية أو القانونية وخاصة التجارية .والجدير بالذكر أن

---

[1]- يدعى بالمصطلح الفرنسي lex mercatoria

[2]- لا ترغب الدول المتمسكة بسيادتها تطبيق هذا القانون في علاقتها الدولية

[3]- منير عبد المجيد، المرجع السابق ص 32

هذه الفئة من العقود تخضع لنفس الأنظمة العادية أو الداخلية إلا أنها تمتاز ببعض الخصوصيات[1].فبالإضافة إلى العقود الدولية التقليدية المتمثلة في عقود البيع الدولي[2] و البيوع البحرية[3] و عقود النقل الدولية[4]،ظهرت عقود نقل التكنولوجيا التي تعتمد على شروط الدارية الفنية[5]. وشاعت عقود التوزيع الدولية مثل عقود التوسط[6])وعقود الوكالة التجارية الدولية[7] وانتشرت عقود الامتياز الخاصة بتوزيع السلع في مناطق محددة بواسطة عقد القصر، سواء كان على براءة الاختراع أو العلامة التجارية أو إعارة العنوان التجاري....

تلعب العمليات المصرفية في مجال التجارة الدولية دورا هاما كعقود الصادرات وعقود تحويل الفاتورة الدولية[8] ولا ننسى عقود القرض المستندي[9].

نجد أيضا طائفة العقود لإيجارات الدولية[10] وهي عقود بين المؤجر والمستعمل في بلدين مختلفين يلزم المؤجر بتأجير أموالا إلى المستعمل مقابل أقساط إلى حين إتمام البيع الدولي.

---

[1] Jean Michael Jacquet et lautre , Op. Cit P.117

[2] إتفاقية لاهاي 15 جوان 1955 وإتفاقية فينا 11 أفريل 1980 CVIM الخاصة بالبيوع الدولية للسلع أما في الواقع يلتجأون المتعاملون إلى قواعد القانونالمركاتوري عددها 13إلى سنة 1999 .

[3] البيوع البحرية هي بيوع تجارية تخص النقل عبر البحر تحتوي على عقدين، اولهما عقد النقل و الآخر عقد البيع، و أنواعها هي بيوع FAS,FOB, CAF, C et F, DES, DEQحسب القانون الماركتوري .

[4] إتفاقية بارن 1890، لنقل السكك الحديدية ، إتفاقية فارسوفي 1929 ، إتفاقية جونيف 1956، المتعلقة بالنقل البري و اتفاقية بروكسيل 1924 المتعلقة بالنقل البحري.

[5] هو عقد يلتزم بمقتضاه أحد الأطراف بنقل التكنولوجيا إلى المستعمل مقابل أجرة و بالمصطلح الفرنسي Contrat de communication ou de savoir faire. و بالإنجليزية know how Act.

[6] إتفاقية لاهاي بتاريخ 14 مارس 1978،

[7] إتفاقية لاهاي بتاريخ 14 مارس 1978،

[8] هو عقد دولي لتحصيل الديون ما بين مؤسستين في بلدين مختلفين.

[9] هو تحويل صرفي يقوم به البنك في بلد ليضمن ديون عملية المستورد في الخارج فيطلب البنك من هذا العمل تقديم مستندات تتمثل في سند النقل –

[10] شهد هذا النوع من العقود تطورا في مجال الطيران ، حيث أن بعض الدول تستأجر طائرات في بداية الأمر ثم تقوم بشرائها بعد مدة معينة و يدعى بالفرنسية هذا العقد .Crédit bail inter

ثانيا : الأشخاص المتعاملون بالتجارة الدولية .

في البداية احتكرت الدول مجال التجارة الدولية[1] لفترة(أ) إلى أن تنازلت عن هذا الاحتكار ففتح هذا المجال إلى أشخاص آخرين لممارسة التجارة الدولية(ب).

أ- **الدولة** .

لعبت الدولة الجزائرية دورا هاما في مجال التجارة الدولية لفترة بعد الاستقلال نتيجة السياسة الاقتصادية المنتهجة آنذاك المتمثلة في الاقتصاد الموجه إلى أن حررت التجارة الدولية لكل من يريد التعامل فيها وفقا لنصوص قانونية، فأصبحت الدولة تخضع للتحكيم مما جعلها تتنازل تدريجيا عن مبادئ تمسكه بالحصانة القضائية والحصانة القانونية، إذ تحولت إلى موقع تاجر والدليل على ذلك نص المادة المعدلة442 من المرسوم التشريعي رقم 93-09 التي أصبحت تجيز أشخاص القانون العام اللجوء إلى اتفاقية التحكيم في علاقتهم التجارية الدولية ، بعدما كانت تمنعهم من قبل صدور المرسوم التشريعي. وترجع هذه الأسباب إلى التطور التجاري الدولي وتشجيع الدولة الجزائرية المتعاملين الأجانب للإقبال عليها من أجل الاستثمار والتعامل مع سياستها الاقتصادية الحالية.

ب- **المتعاملون الاقتصاديون آخرون من القانون الخاص** .

كما سبق وأن تكلمنا عن نزول الجزائر على احتكار مجالات التجارة الدولية فتح المجال إلى الأشخاص الطبيعيين،[2] وكذلك الأشخاص الاعتبارية الخاصة[3] المتمثلة في الشركات التجارية حسب القانون الجزائري الذين أصبحوا أهم المتعاملين

---

[1] أنظر قانون 1978 المتضمن إحتكار الدولة للتجارة الخارجية.

[2] أشخاص طبيعية تكتسب بصفة التاجر أو مقاولات تجارية فردية .

[3] في شكل شركة التضامن أو شركة ذات.م.المحدودة و شركة المساهمة و شركة المحاصة و شركة التوصية البسيطة أو توصية بالأسهم أو مؤسسة الشخص الواحد ذات المسؤلية المحدودة.

بالتجارة الدولية ،وباستطاعتهم اللجوء إلى إبرام اتفاقية التحكيم في علاقتهم التجارية الدولية .

الفرع الثالث : طبيعة اتفاقية التحكيم وأقسام العقود .

تعتبر اتفاقية التحكيم أساس التحكيم التجاري الدولي ، إذ تتحدد في تصرف قانوني غالبا ما يكون بسيطا و واضحا، ولكن ذو طبيعة قانونية جد مركبة[1].

وإذا كان التحكيم ينشأ نتيجة اتفاق الخضوع عملا بمبدأ سلطان الإرادة على عرض النزاع على الهيئة التحكيمية لفضه دون اللجوء إلى القضاء العادي، يؤدي بنا أن هذا المفهوم مفاده أن الرضا هو الركن الأساسي لإبرام اتفاقية التحكيم كسائر العقود في القواعد العامة، وان هذا الرضا لا يفترض كما أكده الفقه والقضاء، بل هو الأصل العام. إلا أنه قد تتحدد طبيعة اتفاقية التحكيم في عدة فئات من العقود على أساس الاعتبارين الرئيسين، أولهما النظام القانون للعقد ، وثانيهما موضوعه .

أولا : اتفاقية التحكيم وأقسام العقود من حيث نظامها القانوني .

في البداية إنَ اتفاقية التحكيم هي عقد مسمى ، باعتبار أن المشرع الجزائري وضع لها تنظيما خاصا بها في القواعد المادية الدولية بالمرسوم المذكور سلفا ،ومن هذا القبيل تطبق عليها القواعد المادية الموجودة في هذا القانون كمصدر أساسي ثم يليها المصدر الاحتياطي المتمثل في القواعد العامة للقانون المطبق عليها .

إن تسمية اتفاقية التحكيم التجاري لا تعني أنها عقد تجاري مهما تخص النزاعات التجارية الدولية وهذا لافتقادها عنصر المضاربة ، وإنما مخصصة لحل النزاع بمناسبة عقد تجاري دولي.و اتفاقية التحكيم لا تمتد إلى الصفة التجارية للعمل

---

[1] Jean M., Jacquet , et autre , Op. Cit, P 341.

الذي نشأ عنه النزاع [1] عملا بمبدأ استقلاليتها عن العقد الأساسي وفقا للمادة 458 مكرر1 الفقرة الثالثة من المرسوم التشريعي .

ومن جهة أخرى نجد أن المشرع الجزائري قد خرج في شأن اتفاقية التحكيم عن الأحكام الموضوعية للأعمال التجارية حيث اشترط أن تكون مكتوبة تحت طائلة البطلان(المادة 458 مكرر1 الفقرة الثانية) ، خلافا لما يفرضه مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية[2] .

دائما في مجال تكييف اتفاقية التحكيم مع أقسام العقود، لا يتصور إضفاء عليها صفة العقد الإداري لسببين رئيسين أولهما أنها مستقلة عن العقد الأساسي كما ذكرنا سلفا، وثانيهما أن الجزائر وضعت تحفظا [3]إثر انضمامها إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958بإعترافها بالقرارات التحكيمية الأجنبية أن تكون موضوعات النزاعات التحكيمية من طبيعة تجارية بالنسبة للقانون الوطني .

إلا أنه قد تصادف اتفاقية التحكيم تطبيقات في مجال القانون العام مثل التحكيم الخاص بالاستثمار[4]، وكذلك التحكيم المفروض من قبل البنك الدولي بشأن القرض الدولي[5] . ومع ذلك لا يمكن تصنيفها في فئة العقود الإدارية بسبب أنها مستقلة عن العقد الأساسي المعترف به في القانون الجزائري(458 مكرر 1 ف3).

ويلاحظ مما تقدم أنه من الصعب تكييف اتفاقية التحكيم وإضفاء عليها نظاما قانونيا محددا لأن موضوعها في الواقع هو عمل إجرائي محض أي ليس بحق موضوعي، كونه متمثلا في حق التقاضي أمام القضاء المحكمين و التزام أطرافه

---

[1] مصطفى كمال و عكاشة م عبد العالي المرجع السابق ص 322 .

[2] أنظر المادة 30 من القانون التجاري الجزائري الصادر 1975 .

[3] أنظر المادة الأولى من المرسوم رقم 88 – 233. المتضمن انظمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك.

[4] أنظر المادة 17 من الأمر رقم 01-03 بتاريخ 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار.

أنظر الأمر رقم 95-05بتاريخ 1995/01/21 المتعلق بالمصادقة على معاهدة المركز الدولي لتسوية النزاعات الخاصة بالإستثمار CIRDI

[5] القرض الدولي هو عادة من أعمال الدولة أي القانون العام .

بعدم اللجوء إلى القضاء العادي صاحب الولاية الأصلية في الفصل في المنازعات. ويمكن أن تدرج اتفاقية التحكيم في فصيلة العقود الأخرى وفي العقود الإجرائية كما يرى البعض[1].

ثانيا : اتفاقية التحكيم وأقسام العقود من حيث موضوعها .

تدخل اتفاقية التحكيم في طائفة العقود الملزمة للجانبين لأنها تنشئ التزامات متقابلة على عاتق الأطراف ، على الرغم من أن موضوع التزامها هو التزام واحد يقع على عاتق كامل طرفيها على سبيل التبادل المتمثل في اللجوء إلى الهيئة التحكيمية لفصل نزاعهما . وفي هذا الصدد أن الالتزام الواحد المتبادل قد يلغى الآثار المألوفة لتقابل الالتزامات المترتبة على العقود الملزمة للجانبين كالدفع بعدم التنفيذ أو طلب فسخ العقد لنكول خصم عند تنفيذ التزامه الناشئ عنها[2].

تخرج اتفاقية التحكيم من طائفة عقود المعاوضة أو عقود التبرع لأن موضوعها لا يرد على حق موضوعي يمكن التعاوض عليه أو التبرع به، وإنما يرد مضمونها على عمل إجرائي هو اللجوء وإجراء التقاضي، أمام قضاء تحكيمي خاص مؤيد قانونيا.

إلا أنه في التحكيم بالصلح قد يكون له علاقة بعقود المعاوضة لأن كل من أطراف الاتفاقية يتنازلون عن جزء من ادعاءاتها، وهذا يحمل مقصود المعاوضة إلى جانب ما ذكرناه.

تخرج اتفاقية التحكيم كقاعدة عامة من طائفة العقود المحددة أو الاحتمالية لنفس السبب المتمثل في عدم ورودها على حق موضوعي، بل تعنى حقا إجرائيا، فلا مكانة للقيمة المحددة ولا للاحتمال فيها.

---

[1] مصطفى م الجمال و عكاشة م عبد العالي المرجع السابق ص 324.

[2] مصطفى م الجمال وعكاشة م. عبد العالي نفس المرجع ، ص 365.

وأخيرا فإن اتفاقية التحكيم كقاعدة عامة تدخل في دائرة العقود الرضائية في جل التشريعات تصلح كوسيلة إثبات وليس شرط انعقاد .ومع ذلك خرج المشرع الجزائري عن هذه القاعدة العامة، إذ أدرج اتفاقية التحكيم في فئة العقود الشكلية حسب المادة 458 مكرر1 الفقرة الثانية من المرسوم 93-09 وجعلها تحت طائلة البطلان إذا تخلفت كتابتها، مما يحق القول أنها أصبحت تتعلق بالنظام العام الداخلي وتبطل كل القرارات التحكيمية المراد تنفيذها بالجزائر التي صدرت عن هيئة تحكيمية بموجب اتفاقية التحكيم غير مكتوبة، لأن القيد الشكلي المفروض من قبل القانون الجزائري هو أن الكتابة هي ركن لصحتها وليست مجرد وسيلة إثبات.

وخلاصة القول إن اتفاقية التحكيم هي عقد من طبيعة خاصة حيث يتمحور موضوعها في التزام إجرائي يكيف عادة بإلزام بعمل وهو تقاضي أطرافها أمام هيئة تحكيمية .

المبحث الثاني : شروط صحة اتفاقية التحكيم ومدى استقلاليتها عن العقد الأساسي:

إن الطبيعة المميزة لاتفاقية التحكيم التجاري الدولي، إذ أنها مركبة من أنظمة قانونية مختلفة مستوفية الصفة التعاقدية من جهة ، والصفة القضائية من جهة أخرى، وهي عقد ملحق بالعقد الأساسي أو الأصلي بمعنى أنها تساعد على تنفيذه[1]. فإن القانون يستلزم أن تكون لهذه الاتفاقية أركان موضوعية و شكلية حتى تكتمل صحتها ، وهذا بموجب المادة 458 مكرر1 من المرسوم التشريعي رقم 93-09 التي تنص في فقرتيها الثانية والثالثة " (...) يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم بموجب عقد كتابي.

---

[1] Noureddine Terki, Op Cit P 27.

تعتبر صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفقت الأطراف على اختياره، و إما القانون المنظم لموضوع النزاع، لاسيما القانون المطبق على العقد الأساسي، و إما القانون الجزائري (...)" .

نستخلص من ظاهر هاتين الفقرتين أن المشرع الجزائري تطرق للشروط الموضوعية الخاصة بالاتفاقية من حيث اختيار القانون الواجب التطبيق عليها ويفهم ضمنيا أنه تركها تخضع إلى القانون الواجب التطبيق عليها من حيث الشروط الموضوعية العامة .

إلا أنه ليس من السهل الوقوف عند هذه القاعدة دون النظر إلى القواعد العامة في القانون الجزائري، وما عرفه القضاء التحكيمي،ووجهة نظر الاتفاقيات الدولية في قواعدها المادية في هذا الشأن ، وكل هذا بما يلائم طبيعة اتفاقية التحكيم التجاري الدولي (المطلب الأول).

لم يكتف المشرع الجزائري بالشروط الموضوعية ، بل اشترط الكتابة حتى تكون اتفاقية التحكيم صحيحة حسب الفقرة القانونية المذكورة أعلاه (المطلب الثاني).

كما نصت الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة أعلاه على أنه : "(...) لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح."نستخلص من هذه الفقرة مبدءا هاما في التحكيم وهو مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأساسي (المطلب الثالث).

المطلب الأول : الشروط الموضوعية لصحة اتفاقية التحكيم .

لعل أن المشرع الجزائري أراد إخضاع الشروط الموضوعية لاتفاقية التحكيم إلى القانون الواجب التطبيق عليها من خلال الفقرة الثانية من المادة 458مكرر1 لأجل تشجيع التحكيم والتعامل به وذلك بعدم إدراج أحكام قد تعرقل التحكيم من جهة، وأن جل الأنظمة القانونية في عدة بلدان تشترك في نفس الأحكام من جهة أخرى .

إلاّ أن الطبيعة الخاصة للمعاملات التجارية الدولية، ومدى تطورها في المجتمع التجاري الدولي قد تصادف جمود عدة قواعد مادية في التشريعات الداخلية مما تثير صعوبات عملية أمام الهيئة التحكيمية .

و في هذا الصدد، نحاول أن نوفق ما بين الشروط التي جاءت بها المادة 458 مكرر1 الفقرة الثانية، وما بين الممارسة التحكيمية فيما اعتمدت عليه لصحة اتفاقية التحكيم.وترتيبا على ذلك نتطرق إلى الشروط الموضوعية وفقا للقانون الجزائري:من القانون الواجب التطبيق (الفرع الأول)،والأهلية وسلطة التعاقد (الفرع الثاني)، وحرية اللجوء إلى أنواع التحكيم (الفرع الثالث)،والتراضي (الفرع الرابع)،وأخيرا قابلية النزاع للتحكيم (الفرع الخامس)

<u>الفرع الأول</u> : القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم .

لقد جاءت المادة 458 مكرر1 الفقرة الثانية بحلول مباشرة بصفة أساسية وأخرى احتياطية لصحة اتفاقية التحكيم . وتتمثل هذه الحلول في القانون المطبق عليها من قانون إرادي (أولا) ، ثم أوردت احتياطيا القانون المنظم لموضوع النزاع لا سيما قانون العقد الأساسي (ثانيا) ، ثم أسندت الشروط إلى القانون الجزائري لتشجيع التحكيم بالجزائر (ثالثا).بالإضافة إلى ذلك يمكن إضافة قانون بلد مقر صدور القرار التحكيمي حسب المادة 5-1 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 [1] لأن الجزائر انضمت إليها وأصبحت قواعدها جزءا من القانون الداخلي بقوة القانون[2].

انتهج المشرع الجزائري مسلك ازدواجية الإرادة[3]، كما فعل القانون السويسري حيث ترك اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع اتفاقية التحكيم

---

[1] عليوش قربوع كمال – التحكيم التجاري الدولي في الجزائر ديوان م الجامعية ط.م 2000 ص 34.

[2] حسب المادة 21 من القانون المدني والمادة 132 من الدستور الجزائري سنة 1996.

[3] عليوش قربوع كمال نفس المرجع ونفس الصفحة.

إلى الأطراف[1] (أولا) في غياب ذلك فالمحكم هو الذي يحدد ولا سيما القانون المطبق على موضوع النزاع (ثانيا) و يحق لهم اختيار القانون الجزائري (ثالثا)، كما يمكن الرجوع إلى قانون مقر مكان التحكيم (رابعا).

أولا : القانون المختار من الأطراف .

لقد اعتنق المشرع الجزائري حسب الفقرة المذكورة سلفا مبدأ سلطان الإرادة في إنشاء اتفاقية التحكيم إذ ترك الحرية للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق عليها. وهذا لا يتعارض مع نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري كقاعدة قانون الدولي الخاص[2] .

الأصل أن دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق أمام القاضي عبارة عن وسيلة لتوطين العقد، بمعنى اختيار عناصر العقد التي تعتبر أساسية في تحديد النظام القانوني الذي يحكم العقد من بين الأنظمة القانونية التي تربط به مع مراعاة القاضي هذا التوطين بشرط أن تكون رابطة ما بين العقد وبين القانون المختار بإرادة الأطراف[3] . إلا أنه في مجال التحكيم التجاري الدولي فإن الأطراف الحرية الكاملة في اختيار القانون الذي يطبقه المحكمون على المنازعات التي تثور بشأن العقود التجارية الدولية بصرف النظر عن أي صلة بينه وبين العقد محل النزاع[4].

إن الأساس الذي تستند إليه هذه الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق أمام المحكم في المنازعات الدولية تخضع لإرادة الأطراف وحدها ويستمد المحكم ولايته منها، وليس مرجعها قاعدة إسناد دولية مستقلة ومتميزة عن قواعد الإسناد

---

[1] Loi de D.I.P Suisse du 18/12/1987 Article 178, Alenea 2:(Quant au fond elle est valable si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant lobjet de litige et notamment le droit appliqué au contrat principal, soit encore de droit suisse)

[2] تنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري " يسري على الإلتزامات التعاقدية ، قانون المكان الذي تبرم فيه العقد مالم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون أخر..." .

[3] سامي بديع منصور – الوسيط في القانون الدولي الخاص ، دار العلوم العربية لبنات ط1 1994 من 493 .

[4] مصطفى محمد الجمال . وعكاشة محمد عبد العال ، المرجع السابق ص 249 .

في القانون الوطني، حيث مهما يكن مصدرها تؤدي بالضرورة إلى اختلاف نطاق حرية الطرفين في الاختيار، و بالتالي فهي قاعدة مستقلة بالرغم من أن مصدر هذه الحرية هي قاعدة مادية دولية، فليس لها من حدود إلا ما تفرضه متطلبات التجارة الدولية .

أن اعتماد المادة 458 مكرر1 الفقرة الثالثة على القانون الإرادي كقاعدة إسناد قد تثير تساؤلات في عدة حالات أهمها :

الحالة الأولى : نتساءل:هل يلزم أطراف اتفاقية التحكيم اختيار نظام قانوني لتطبيقه عليها ؟

للإجابة على هذا السؤال فإن مصطلح قانون الذي جاءت به المادة المذكورة سالفا تفيد أنه قانون بوجه عام وبمختلف مصادره، مما يؤدي إلى استبعاد الأعراف وعادات التجارة الدولية أي القانون الماركتوري المعتمد عليه في العقود الدولية من جهة [1]،وأن شرط اختيار تشريع وطني ليس ضروريا لأن المادة 458مكرر14 من المرسوم التشريعي رقم 93-09 أجازت تطبيق هذه الأعراف على موضوع النزاع وهذا في غياب قانون إرادي مما يؤدي بنا إلى الاستنتاج أنّ القانون الجزائري اعترف بها كقواعد مادية ولم يصفها بوقائع من جهة أخرى،إلا أنه في الواقع العملي لم يصل القانون الماركتوري إلى درجة الاكتمال كالأنظمة القانونية، وكذلك هو قانون علاقات تجارية موضوعية لا تستفيد اتفاقية التحكيم من أحكامه لأن موضوعها حق إجرائي.

الحالة الثانية : قد يطرح سؤال أخر هو هل يجوز لأطراف العلاقة إبرام اتفاقية بدون قانون ؟.

---

[1] Noureddine Terki .Op .Cit P 29

في مجال التحكيم، لا تصادف الهيئة التحكيمية بعقود دون قانون في غالب الأحيان، إلاّ أن مبدأ سلطان الإرادة تجعل إرادة المتعاقدين هي التي تسمو على القواعد العامة ، حيث يجوز أن تكون إرادة الأطراف هي قانون العقد باعتبار هذا العقد هو ذاته مجموعة العناصر القانونية من جهة[1]،وأن إرادة المتعاقدين ترغم الهيئة التحكيمية، على احترام هذه الإرادة ، لأنها ليست ملزمة للبحث أو التعليل في نية المتعاقدين من جهة أخرى ، ولا ننسى أن القرار التحكيمي الذي لا يحترم اتفاقية التحكيم يكون قابل للطعن بالبطلان[2].

لا يتماشى هذا الاتجاه مع نص المادة 458 مكرر1 الفقرة الثانية لأنها نصت صراحة بالقانون الإرادي، مما نستخلص أنه نظام قانوني لتشريع وطني معين وبالتالي لابد من استبعاد فكرة عقد بدون قانون في القانون الجزائري.

<u>الحالة الثالثة</u> : تطرح إشكالية أخرى أيضا هل يجوز للأطراف اختيار عدة أنظمة قانونية وطنية مختلفة على اتفاقية التحكيم ؟

تدعى هذه الآلية بالنظام التجزئة[3] حيث عرفه القضاء التحكيمي[4]، وكذلك أقره المشرع الجزائري فيما القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في المادة 458 مكرر 14.إلا أنه بصدد اتفاقية التحكيم فلا يتصور مثل هذه الطريقة لأنها عقد من طبيعة خاصة، مع العلم أنه يتعلق بالأشخاص أكثر بالموضوع من جهة و كذلك القانون الجزائري لم يترك المجال لهذه الوسيلة حسب رأينا وإنما ترك للأطراف حرية الاختيار نظام قانوني ، وإلاّ فتح الباب أمام الغش نحو القانون.

---

[1] Philippe Fouchard et autres, Op .Cit P831.

[2] أنظر المادة 458 مكرر 23 من المرسوم التشريعي رقم 93-09 بتاريخ 1993/04/25 .

[3] تدعى هذه الطريقة في لغة المحكمين بالفرنسية le depécage .

[4] قرار أرامكو المذكور سالفا في الهامش في المقدمة.

وخلاصة القول نستنتج أن المشرع الجزائري يجعل المادة 458 مكرر 1 قاعدة أو ضابط إسناد لحرية الأطراف لاختيار قانون معين وطني أو حيادي، و لا يمكن فهم أن إرادة الأطراف هي مصدرا للقانون و إلا اعتبرت على قدم المساواة مع السلطة التشريعية في مرتبة السيادة. مهما هذا الحل المباشر الذي جاء به المشرع الجزائري، فإن الحاجة تظل قائمة لإيجاد نظام أخر للإسناد في الأحوال التي لا يكون الطرفان قد اختارا صراحة قانونا لمجرد سهو أو اختلاف مما يجعل من الهيئة التحكيمية تفصل فيه باللجوء إلى القانون المطبق على النزاع ولا سيما القانون المطبق على العقد الأساسي أو الأصلي.

ثانيا : القانون المنظم موضوع النزاع أو قانون العقد الأساسي .

إن خلو اتفاقية التحكيم من تبيان القانون الواجب التطبيق عليه لسبب غير محدد قد جعل المشرع الجزائري يستدرك هذا النقص بقانون احتياطي المتمثل في تطبيق القانون المنظم موضوع النزاع، ولا سيما القانون المطبق على العقد الأساسي حسب الفقرة الثانية من المادة 458 مكرر 1 من المرسوم التشريعي ، إلا أن هذا الضابط للإسناد الاحتياطي يفرق بين حالتين، إذا يتطرق إلى القانون المطبق على النزاع أو القانون المطبق على العقد الأساسي على الخصوص، بحيث لا يفترض أن يكون نفس القانون حتميا.

<u>الحالة الأولى</u> : قد يصادف العقد الأساسي القانون الواجب التطبيق عليه بإرادة الأطراف، وفي نفس الوقت يكون قانونا لموضوع النزاع ، وبالتالي يحال عقد اتفاقية التحكيم إليه في حالة غياب القانون الإرادي المطبق عليها من جهة،ولكن قد يكون القانون المطبق على النزاع لا علاقة له بالعقد الأساسي بمعنى هو قانون محايد من جهة أخرى.

إذن في هذه الحالة يطبق بدرجة الأولى القانون الواجب التطبيق على العقد الأساسي المدرج فيه شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم أو في العقود النموذجية[1] على اتفاقية التحكيم بمعنى أراد المشرع الجزائري تفسير إرادة المتعاقدين إنما كانت تتجه إلى إحالة اتفاقية التحكيم إلى القانون المطبق على العقد الأساسي .

---

[1] فوزي محمد سامي المرجع السابق ص 186 .

الحالة الثانية: نستشف من الفقرة الثالثة من المادة 458 مكرر 1 أنه في حالة خلو العقد الأساسي من تحديد القانون الواجب التطبيق عليه، يطبق على اتفاقية التحكيم قانون موضوع نزاع المختار من الطرف العلاقة الدولية، بشرط أن يكونوا قد أفصحوا صراحة على ذلك. أما فيما عدا ذلك فعلى المحكمة التحكيمية أن تبحث عن الإرادة الضمنية أو المفترضة للأطراف حتى تستطيع استخلاص ضابط الإسناد من أجل تطبيقه على موضوع النزاع.

إذا كان القانون الجزائري أسند حلولا في المادة 458 مكرر 14 لتطبيقها على موضوع النزاع من قانون إرادي أو الأعراف التجارية الدولية الملائمة، فإذا تخلفت هذه الحلول تجعل تستحوذ على سلطة إسناد العلاقة لقانون معين.

وهذا لا يعني أنها تختار ماديا للقواعد الموضوعية لبلد أحد الطرفين، بل تختار بما يلائم وقائع النزاع مع مراعاة بلد مراد تنفيذ القرار التحكيمي. وإذا حسمت هذه الهيئة مسألة إسناد موضوع النزاع إلى ضابط إسناد معين فتخضع اتفاقية إلى هذا الضابط.

نستنتج أيضا مما قلناه أن القانون الجزائري قد منح ضمنيا للهيئة التحكيمية نفس الحرية التي منحت للأطراف للبحث عن المصادر المختلفة لتحديد القانون الواجب التطبيق شريطة، أن تكون إرادة الأطراف غائبة أثناء إنشاء اتفاقية التحكيم لسبب محدد أو غير محدد على حد سواء.

ثالثا : القانون الجزائري.

لقد أجاز المشرع الجزائري للأطراف اللجوء إلى اختيار القانون الجزائري بصفة احتياطية لتطبيقه على صحة اتفاقية التحكيم ، ولقد انتهج المشرع هذا الحل المباشر في الفقرة الثالثة من نص المادة 458 مكرر تماشيا مع المادة 5-1 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 حيث أنها تجيز تطبيق قانون البلد الذي صدر فيه القرار التحكيمي في غياب القانون الإرادي والقانون المطبق على العقد الأساسي.

وحكمة المشرع الجزائري من وضع الضابط لإسناد الوطني هو تشجيع إجراء التحكيم التجاري الدولي بالجزائر أي اتخاذها كمقر للتحكيم .

ولو افترضنا أن القانون الجزائري هو المطبق ، فيؤدي بالضرورة إخضاع اتفاقية التحكيم إلى القواعد المادية بقانون التحكيم الجديد في قانون الإجراءات المدنية الجزائري كمصدر أولي وهذا في المواد 458 مكرر 1 و458 مكرر 6 و 458 مكرر 18 التي تنظم اتفاقية التحكيم ثم يليه المصدر الاحتياطي المتمثل في القواعد المادية في القانون المدني الجزائري باعتباره مصدر لنظرية العقد، ويليها الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي التي انضمت إليها الجزائر باعتبارها جزءا من القانون الداخلي الوطني لأن الدولة التي تعهدت بموجب هذه الاتفاقيات الدولية هي ملزمة بأن تحترم الالتزامات التي أخذتها على عاتقها في مادة التحكيم[1].

رابعا : قانون بلد مقر التحكيم .

لم يتطرق المشرع الجزائري في 458 مكرر 1 الفقرة الثالثة صراحة إلى إخضاع اتفاقية التحكيم إلى قانون بلد مقر التحكيم كضابط إسناد احتياطي إلا أن انضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك سنة 1958، يستدعي القول إن قواعدها المادية أصبحت جزءا من القانون الوطني الداخلي في مجال التحكيم التجاري الدولي، وتنص المادة 5-1 من هذه الاتفاقية " لا يرفض اعتماد القرار وتنفيذه بناء على طلب من طرف المستشهد به ضده إلا إذا قدم هذان الطرفان للسلطة المختصة في البلد المطلوب الاعتماد والتنفيذ فيه الدليل على ما يأتي :

أ – إن الأطراف في الاتفاقية المذكورة في المادة 2 كانت بموجب القانون المطبق عليها محكوما عليها بعدم الأهلية ، أو أن الاتفاقية غير صالحة بموجب القانون الذي أخضعها

---

[1]– عبد الحميد الأحدب ، التحكيم أحكامه ومصادره الجزء الأول المرجع السابق – ص61.

الأطراف إليه ، أو أن لم يوجد الإشارة إلى هذا الصدد بموجب قانون البلد الذي صدر فيه القرار ..."

نلاحظ من مفهوم الفقرة المذكورة أعلاه ، أنه في غياب الإسناد الإرادي في اختيار قانون اتفاقية التحكيم والقانون العقد الأساسي وقانون موضوع النزاع، فإنه يقبل قانون بلد مقر التحكيم لتطبيقه على اتفاقية التحكيم كضابط إسناد احتياطي بموجب اتفاقية نيويورك.

وخلاصة القول إن المادة 458 مكرر 1 الفقرة الثالثة من المرسوم التشريعي رقم 93-09 بتاريخ 1993/04/25 عالجت الشروط الموضوعية لصحة اتفاقية التحكيم بإخضاعها للقانون الواجب التطبيق عليها، وبالتالي فإنها تحال بشأن وجودها وصحتها إلى أحد ضوابط الإسناد التي جاءت بها المادة القانونية وهذا شيء إيجابي بالنسبة للقانون الجزائري لأنه أراد تشجع مهمة الهيئة التحكيمية وحتى القضاء العادي في حالة نزاع قائم بشأنها، لأن التطرق إلى الشروط الموضوعية بالتفاصيل حسب نظرية العقد في القواعد العامة قد يؤثر سلبيا على عملية التحكيم إذ تتكاثر النزاعات بشأن كل حكم، لهذا فضل المشرع الجزائري إخضاع الشروط الموضوعية إلى القانون الواجب التطبيق .

إلا أنه من الصعب قياس عقد داخلي على عقد دولي لتباعد الزوايا على الرغم من انهما يلتقيان في عدة أمور، ويختلفان في البعض الأخرى في الممارسة الفعلية للتحكيم التجاري الدولي كمسألتي الأهلية وسلطة التعاقد.

الفرع الثاني : الأهلية وسلطة التعاقد

قد يحدث في بعض الأحيان أن يختلط مفهوم السلطة بمفهوم الأهلية في المصطلحات القانونية[1] إلا أنه في مجال التحكيم التجاري يستلزم الأمر تحديد كل من المفهومين ووضع حدود بين المسألتين .

---

[1] Philippe Fouchard et autres Op.Cit, P262

الأهلية هي إبرام اتفاقية التحكيم من قبل شخص و باسمه الشخص ولحسابه الخاص أما السلطة فرضيا هي إبرام اتفاقية التحكيم لمصلحة الغير على الأقل تكون مغايرة عن مصلحة المتعاقد وسواء كانت لمصلحة شخص طبيعي أو شخص معنوي.

إن خضوع الأهلية والسلطة للقانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم حسب القانون الجزائري، قد تؤدي إلى ظهور منهج تنازع القوانين أمام الهيئة التحكيمية وحتى القضاء العادي للفصل في صحة اتفاقية التحكيم. وبالمقابل لم يتطرق المشرع الجزائري إلى هاتين المسألتين في القواعد المادية في المرسوم التشريعي رقم 93-09 إلا في حالة واحدة المتعلقة بأهلية أشخاص القانون العام للجوء إلى التحكيم .

أولا : <u>الأهلية</u>

يجب أن نميز ما بين أهلية الشخص الطبيعي (أ)، وأهلية الشخص المعنوي (ب) .

أ – أهلية الشخص الطبيعي

إن مناط الأهلية المشترطة في العاقدين لإبرام لاتفاقية التحكيم هي أهلية التصرف في الحقوق المتعلقة بالنزاع المراد حسمه بواسطة التحكيم، وتثبت إلا لمن بلغ سن الرشد[1] ولم يتعرض لحجر أثناء إبرامها.

وقد تثبت أيضا في القانون الجزائري للتاجر القاصر المرشد[2] عند بلوغه سن 18 سنة كاملة مع بتوافر الشروط المطلوبة قانونيا المتمثل في الإذن بالاتجار المصادق عليه من قبل المحكمة، ما لم يكن هذا الإذن مقيدا بعدم استطاعة القاصر للجوء إلى التحكيم في العلاقات التجارية الدولية

تسري على مسائل الأهلية القانون الشخصي لأطراف النزاع، المحدد بموجب الرابطة بين الشخص المتعاقد وبين الدولة التي يخضع لها [3] عن طريق الجنسية كما تأخذ الجزائر بهذا النظام .

---

[1] المادة 40 من القانون الدني الجزائري التي تشترط 19 سنة كاملة .
[2] أنظر المادة 05 من القانون التجاري الجزائري .
[3] محمد سامي فوزي ، المرجع السابق ص 117 .

أصبح قانون الأهلية في مجال التحكيم قانونا مزاحما للقانون الإرادي كقاعدة إسناد، بالرغم من أن القانون منح الحرية للأطراف لاختيار القانون المناسب لاتفاقية التحكيم، فإن مسألة الأهلية تخضع لقانون بلد كل متعاقد، وهذا يؤكد حدود مبدأ سلطان الإرادة في العقود الدولية.[1]

لقد تطرقت اتفاقية نيويورك سنة 1958 إلى الأهلية في مادتها 5-1 حيث تجيز لأحد الأطراف طلب إبطال القرار التحكيمي من قبل المستشهد ضده بتقديم دليل عدم تمتع الطرف الأخر بالأهلية وفقا للقانون المطبق عليها أثناء إبرامها إلا أنه في قواعد الإسناد الجزائرية تجيز التصرفات العلاقات المالية التي تبرم بالجزائر وتنتج آثارها من قبل متعاقد أجنبي الذي أخفى عن قصد أهليته حسب قانون بلده ولا يمكن التنبيه إلى هذا.

لعل اتفاقية التحكيم ليست بتصرف مالي ولكنها هي عقد ملحق بالعقد الأساسي الذي موضوعه ماليا فنقول أن هذا الاستثناء يطبق عليها، وخاصة أن القانون المطبق على اتفاقية التحكيم يخضع لقانون محايد، فإن الطرف المقيم بالجزائر لا يفترض معرفته القانون الشخصي للمتعاقد الأجنبي، وبعبارة أخرى لا يجوز في هذه الحالة للمتعاقد الأجنبي التمسك ببطلان كل من اتفاقية التحكيم والعقد الأساسي بسبب نقص الأهلية الذي أخفاها عن قصد .

ب- أهلية الشخص المعنوي أو الاعتباري.

ينقسم الشخص المعنوي إلى خاص و آخر عام، فالفئة الأولى يقصد بها الشركات التجارية الخاصة المنصوص عليها في القانون التجاري[2] والقانون المدني[3] وتخضع هذه الفئة إلى قانون الجزائري بقوة القانون، وينطبق هذا الحكم على الشركات الأجنبية

---

[1] تنص المادة 10ف1 من القانون المدني الجزائري :" تسري القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم على الجزائريين ولو كانوا مقيمين بالخارج ...." .

[2] ...." هي شركة التضامن شركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المساهمة ،وشركة المحاصة وشركة التوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسهم ، وشركات ذات المسؤوليات المحدودة ذات الشخص الواحد و شركات ذات موضوع مدني ولكن يطبق عليها القانون التجاري إذا إتخذت شكل من أشكال القانونالتجاري .

[3] المادة 10 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري .

الموجودة بالجزائر بمجرد قيدها بالمركز الوطني للسجل التجاري[1] ولا يتناقض هذا الوضع مع مفهوم التحكيم ، وفقا للمادة 458 مكرر كما يرى البعض إذ لا يشكل عائقا للمعيار القانوني الذي اشترطته المادة المذكورة سالفا، حيث أن دخول الشركات الأجنبية إلى الجزائر يستلزم تفاوض هذه الأخيرة مع شركة الأم للشركات الفرعية التي ستقيم في الجزائر، وبالتالي فيتحقق المقر الأجنبي لأن شركة الأم تتخذ مركزها الرئيسي في دولتها الأصلية وهذا ما يبرر صحة اتفاقية التحكيم[2].

أما فئة الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية عامة هي مجموعة الشركات التي تخضع للقانون التجاري[3] ولكن ذات رؤوس أموال عامة وبعبارة أخرى هي المؤسسات الاقتصادية التابعة للدولة. ولا شك أن تعديل المادة 442 بموجب المرسوم 93-09 التي تنص في الفقرة الأخيرة منها : " لا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ماعدا في علاقتهم بالتجارة الدولية".

من خلال هذه الفقرة نستخلص أن المشرع الجزائري قد أجاز لهذه الأشخاص إبرام اتفاقية التحكيم في العقود الدولية التجارية ، وهذا بعد حظر أكثر من ثلاث عقود، إلا أن المادة 442 لم تحدد أشخاص المعنوية العامة، مما يسوق بنا إلى اعتبار الدولة من الشخص المعنوي الأول التابع للقانون العام تستطيع إبرام اتفاقية التحكيم في مجال التجارة الدولية[4] .

نلتمس أيضا من هذا التحول بالجزائر نتيجة هامة هو نزول الدولة عن حصانتها القضائية والقانونية بمجرد قبولها فكرة التحكيم وترخيص لفروعها اللجوء إليه، على غرار ما عرف في السابق إذ أن الدولة هي الرقيب على محاكمها ، كذلك تغير هذا الوضع على

---

[1] أنظر المادة 20 من القانون التجاري الجزائري.

[2] Noureddine Terki, Op. Cit, p. 25

[3] بموجب القانون رقم 88 /14 بتاريخ 1988/01/12، المعدل للقانون التجاري المادة الثانية منه.

[4] Noureddine Terki, Op. Cit, p. 48

Trani Tani Mostefa, l'état et l'entreprise du maghreb face à l'ordre arbitrale international, these du doctorat d'état, dir. Th. P. Meliani Habib, Univ d'oran, 2002 p. 75 et suite.

الصعيد الدولي أين كان سائدا مبدأ المتمثل في أن الدولة تستطيع التمسك بالحصانة القضائية في حالة مثولها أمام المحاكم الأجنبية[1]، إلا أنه أصبح هذا المبدأ غير صالح بمجرد أن الدول أصبحت تتدخل في المجالات الاقتصادية الدولية. إذا رجعنا إلى القانون الدولي فإن المادة 5-1-أ من اتفاقية نيويورك قد تركت لكل دولة حرية في اختيار نظامها القانوني بمدى سماح أو عدمه لفروع الدولة باللجوء إلى التحكيم.

أما اتفاقية البنك العالمي للتعمير والإنشاء المعروفة باتفاقية واشنطن 1965 التي تشجع فض النزاعات بين الدولة وأحد رعايا دولة أخرى عن طريق التحكيم ، تشترط على الدولة التي تريد الانضمام إليها أن يكون قانونها الداخلي يؤهل الدولة أو إحدى فروعها اللجوء إلى التحكيم وإلا أصبح انضمام هذه الدولة إلى هذه الاتفاقية دون معنى [2].

ثانيا : سلطة التعاقد :

الأصل أن تبرم اتفاقية التحكيم من أصحاب المصلحة فيها إضافة إلى الأهلية وهم من يدعى حقا أو مركز قانونية معينا لنفسه.

وقد تختلف سلطة التعاقد من الشخص المعنوي (أ) إلى الشخص الطبيعي (ب) .

أ – سلطة الشخص المعنوي:

يدق الأمر في مجال التحكيم التجاري الدولي بالنسبة للشخص المعنوي العام عندما يبرم اتفاقية التحكيم ليس له إذن خاص يتطلبه القانون أو يتطلبه نظامه، فقد تتعدد العوامل التي تفرض نفسها على صياغة الحل الواجب إتباعه[3]

في الجزائر نجد أن المادة 442 الفقرة الأخيرة المعدلة التي يؤهل أشخاص القانون العام إلى إبرام اتفاقية التحكيم في مجال التجارة الدولية قد تثير بعض الصعوبات وخاصة أن المنهج المركزي مازال سائدا في التسيير والتوجيه بالرغم من أن القانون

---

[1] Rene David Op. Cit P 240

[2] Rene David Op. Cit P 252.

[3] مصطفى الجمال و عكاشة م. عبد العال ، المرجع السابق ص 443 .

منح المؤسسات الاقتصادية الاستقلالية[1]. فلو افترضنا أن شركة فرعية لجأت إلى اتفاقية التحكيم: هل سيوفر سندا لشركة الأم المركزية أو الوزارة في التمسك ببطلان اتفاقية التحكيم على أساس الرقابة المفروضة على فروعها من قبلها ؟

إذا كان نظامها يلزمها ترخيصا من شركة الأم فيجوز لها التمسك بالبطلان من جهة، وقد يكون هذا التمسك بالبطلان خطأ من جانبها وهذا ما يرتب مسؤولية عقدية قبل المتعاقد معها لحسن النية من جهة أخرى، و لا ننسى في هذا الافتراض أن تحمل التبعة و في آخر المطاف يكون على عاتق الدولة باعتبارها صاحبة القواعد التي وضعتها لهذه الأجهزة [2].

في هذا الصدد يرى الفقه عدة حلول أهمها هو حماية المتعاقد الأجنبي حسن النية وعدم إلزامه على التبصر على هذه القيود انطلاقا من حاجات التجارة الدولية وبالتالي تعد هذه القيود متعلقة بالنظام العام الداخلي وحده.

أما القضاء التحكيمي يرى أنه لا يوجد تعارض مع النظام العام الدولي ولا يعرض اتفاقية التحكيم إلى البطلان إذا لم يحيط المتعاقد علما بالقيود المفروضة من طرف الدولة بمعنى أن النظام العام الدولي يمنع الدولة كمشروع عام من التمسك بأحكام قانونها الوطني للتخلص من اتفاقية التحكيم التي تعقدها فروعها[3].

أما عن سلطة الشخص المعنوي للقانون الخاص، فوضعها لا يختلف عن فكرة النيابة القانونية عند الشخص الطبيعي ، من حيث أنها تفسر انصراف آثار التصرفات القانونية التي يجريها الممثل إلى الشخص المعنوي الخاص، وتختلف من حيث أنها مرتبطة بطبيعة الشخص المعنوي ذاته، عكس النيابة القانونية التي تتصل بنقص موقوت أو عارض لدى الشخص الطبيعي، ويشترط من الممثل الشخصي المعنوي الخاص أن يراعي حدود النشاط المسموح به له، و بما أن اتفاقية التحكيم تعدّ من أعمال التصرف فإن

---

[1] القانون رقم 88 02بتاريخ 11يناير 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية

[2] مصطفى الجمال وعكاشة م. عبد العال نفس الصفحة .

[3] أكدته محكمة الإستئناف بباريس فرنسا في حكم بتاريخ 1991/12/17 مجلة التحكيم 1993 ص281 وما بعدها .

إبرامها هو منتج لآثارها، ما لم يوجد مانع كارتباطها بترخيص من القانون الأساسي للشركة، أو صدور ترخيص من مجلس الإدارة، أو استشارة الشركة الأم إذا كانت لها فروع في عدة جهات.

ب – سلطة الشخص الطبيعي :

تبرز هذه السلطة عندما يكون صاحب المصلحة في عقد اتفاقية التحكيم غير مستعد للقيام بهذا التصرف، فيوكل غيره للقيام بهذا العمل ، فيكون أمام نيابة اتفاقية، أما إذا كان صاحب المصلحة غير قادر على رعاية مصالحة بنفسه ، فيعين القانون نائبا عنه وتكون بصدد النيابة القانونية؛ فإلى أي مدى تكون صلاحيته لإبرام اتفاقية التحكيم ؟

فبالنسبة للتمثيل الاختياري يكون مصدره هو تصرف قانوني، والتصرف المنشئ لهذه النيابة هو عقد الوكالة ، إما أن تكون وكالة عامة أو وكالة خاصة، إذ الأولى لا تخول الوكيل سوى القيام بأعمال الإدارة، أما الثانية تمنح له صلاحيات القيام بأعمال التصرف، ولما كانت اتفاقية التحكيم من أعمال التصرف فيستلزم من الوكيل الوكالة الخاصة لإجرائها .

والأصل في القانون الجزائري أن الشكل المطلوب في تصرف ما يكون مشروطا في عقد الوكالة، وبما أن القانون تستلزم الكتابة لصحة اتفاقية التحكيم فهذه الشكلية تتبع عقد الوكالة بصفة آلية تحت طائلة البطلان، لأن اشتراط الكتابة في القانون الجزائري متعلق بالنظام العام، لا يجوز استبعاده، وهذا لا يتعارض مع القواعد المادية في الاتفاقيات الدولية، وخاصة اتفاقية نيويورك سنة 1958، وبالتالي هو مبدأ من مبادئ النظام العام الدولي حيث مخالفته يبطل اتفاقية التحكيم سواء أمام الهيئة التحكيمية أو القضاء العادي .

أما عن حدود هذه النيابة فإن مرجع في بيانها يعود إلى عقد الوكالة ، فقد تخص العقد الأصلي واتفاقية التحكيم (شرط التحكيم) معا أو تتضمن مشارطة التحكيم إذا وقع النزاع . وقد يكون عقد الوكالة محددا بشأن التحكيم أي يخص شقا من العقد الأصلي ، وقد يكون توكيلا عاما على إجراء التحكيم بمعنى يشمل كل جوانب العقد الأصلي أو

الأساسي. و قد يكون نطاق التوكيل في اتفاقية التحكيم مجرد عبارات عامة أي يخص شرط التحكيم دون تحديد ، وقد يكون محددا بالبيانات التحكيمية اللازمة.

ولا يتصور أن يكون هذا التوكيل الخاص يخص حضور الخصومة لأن سير الدعوى أمام الهيئة التحكيمية بحضور الوكيل يحتاج وكالة أخرى تتعلق بحضور الجلسات التحكيمية [1] . أما عن تجاوز الوكيل حدود التفويض لا تكون اتفاقية التحكيم نافذة في حق الأصيل لوحده دون الوكيل ما لم يقرر الموكل هذا التجاوز .

أما بصدد التمثيل القانوني، فإنه من المعروف أنه متى تم اتفاق التحكيم صحيحا من ذي الصفة فلا يتأثر أو لا يبطل صفة المتعاقد ما لم ينص القانون خلاف ذلك . ومن هذا القبيل إذا اتفق الولي أو الوصي أو القيم على التحكيم في مسألة من شؤون القاصر بعد إذن المحكمة في الأحوال التي يتطلب فيها قانون الولاية على المال إذنا ، فلا تتأثر اتفاقية التحكيم بزوال صفة هؤلاء أيا كان سبب هذا الزوال[2] ، بمفهوم المخالفة لا يجوز الاتفاق على التحكيم بصفة عامة ما دام القانون يشترط إذن من المحكمة لهذا العمل على وجه التخصيص لأن اتفاقية التحكيم من أعمال التصرف أما سلطاتهم تنحصر أساسا في أعمال الإدارة .

إضافة إلى ذلك ، فإن فئة غير القادرين على مباشرة تصرفاتهم بسبب موانع مادية فإن القانون يستلزم بالنسبة الغائب وكيلا تسري عليه أحكام الوصي، أما بالنسبة للقيم يخضع لنفس الأحكام السالفة الذكر أعلاه، أما بخصوص الموانع الصحية فإن القانون يستلزم مساعدة قضائية لذي العاهتين المجتمعين إبرام لاتفاقية التحكيم .

كما أن المدين المفلس لا يستطيع بنص القانون إدارة أعماله، ومتى زالت صفته فلا تكون له أية صفة في اتفاقية التحكيم، ولا تنفذ في حق الدائنين ومع ذلك يكون نفاد اتفاقية التحكيم التي تعقد قبل إفلاسه بشرط أن يوالي الخصومة وكيل التفلسة نيابة على

---

[1] مصطفى م كمال وعكاشة م.عبد العالي المرجع السابق ص 432.
[2] أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ص 57و 58 .

المفلس [1] ، لأن التاجر المفلس كان وقت انعقاد اتفاقية التحكيم على كامل أهليته وصفته . أما إذا أبرمها التاجر المفلس أثناء فترة الريبة لا تنفذ في حق الدائنين بمعنى تكون باطلة بطلانا جوازيا، وفي أخير مطاف هي مسألة موضوعية.

ويمكن لوكيل التفلسة أن يبرم اتفاقية التحكيم عن التاجر المفلس خاصة إذا كان العقد التجاري الدولي مراد إبرامه موازيا لها تفيد جماعة الدائنين كأن يبيع هذا الوكيل بضائع موجودة في المخزن، ولكن يكون هذا بإذن من القاضي. وينطبق هذا الحكم على الحارس القضائي والمصفي وخاصة أن الأخير يظهر أمام الغير بمثابة مدير الشركة الموضوعة تحت التصفية [2] .

وأخيرا إن القانون المطبق على السلطة فتخضع كأصل عام إلى قانون مصدرها. في الجزائر تخضع إلى القانون الشخصي للمعني بالحماية القانونية حسب المادة 15 من القانون المدني الجزائري،أما المادة 458 مكرر1 الفقرة الثانية تركتها لسلطان القانون المطبق على اتفاقية التحكيم .

في مسألة السلطة لا يفضل القضاء التحكيمي الابتعاد عن قواعد التنازع لأنها مسائل لا تخضع لنظام قانوني معين نظرا لخصوصيتها المختلفة، و بالتالي من الصعب استخلاص منها قاعدة مادية دولية[3].

ونستخلص أن السلطة [illegible] في مجال التحكيم أن الهيئة التحكيمية قد تجيز نفسها استخلاص بعض القواعد المناسبة للنزاع المطروح حول سلطة التعاقد بشأن اتفاقية التحكيم، مراعية قوانين الأمن أو التطبيق الضروري بما فيها حماية ناقص الأهلية أكثر مما يدعو إلى الالتزامات التعاقدية في عقد التوسط لأن القانون الإرادي في هذه المسألة يحال إليه بصفة احتياطية .

---

[1] أحمد أبو الوفا نفس المرجع ص 64.

[2] أسوة بما ،نتهى إليه القضاء الفرنسي بالنسبة للمدير الشركة .

[3] ترى توصية المعهد القانون الدولي الخاص سنة 1959 تطبيق قانون القاضي الأجنبي في بلد مقر إنعقاد التحكيم .
Phillipe Fouchard et autresOp. Cit 272 .

الفرع الثالث : حرية اللجوء إلى أنواع التحكيم .

ينقسم التحكيم التجاري الدولي إلى قسمين: التحكيم الخاص و التحكيم النظامي أو المؤسساتي، وقد عالجت المادة 458 مكرر2 في الفقرة الأولى من المرسوم التشريعي 93-09 هذين النوعين بقولها ". يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي تعيين المحكم أو المحكمين ..." .

إلا أن نص الفقرة المذكور أعلاه لم ينص صراحة على التحكيم الخاص ، بل يستفاد ذلك من مصطلح " مباشرة " أنها تقصد أن الأطراف يباشرون في تشكيل هيئة تحكيمية مما نسمي هذه الإجراءات بالتحكيم الخاص (أولا) من جهة ، وكذلك يجوز للأطراف ترك هذه الإجراءات إلى نظام تحكيمي أو التحكيم المؤسساتي، بمعنى رجوعهم إلى إحدى المراكز التحكيم الموجودة عبر العالم لتكفل بآلية التحكيم (ثانيا) من جهة أخرى.

أولا : التحكيم الخاص.

في هذا النوع من التحكيم، فإن الأطراف هم الذين ينظمون بأنفسهم تشكيل وتسيير هذا القضاء الخاص. يستوجب من خلال هذا النوع من التحكيم لزوم قيام أطراف العلاقة بتعيين المحكمين مباشرة، أو الاتفاق على طريقة أخرى لتعيينهم مثل تفويض هيئة أخرى للقيام بهذا العمل ، كذلك يفترض من الأطراف أنهم قاموا بتوطين مقر التحكيم ، واختيار القانون المطبق على موضوع النزاع ، وكذلك اختيار القانون الإجرائي لسير الدعوى التحكيمية للفصل في هذه المسألة[1].

ويعد التحكيم الخاص أقل تكلفة من التحكيم المؤسساتي، حيث يلتزم أطراف النزاع بدفع الأتعاب مباشرة إلى المحكم أو المحكمين ، عكس التحكيم المؤسساتي فقد يلزم

---

[1] .Noureddine Terki ,Op.Cit,P 33

المتقاضين بدفع أتعاب إلى المحكمين ، وكذلك المصاريف الإدارية للمركز التحكيمي المختار.

في الواقع العملي يجب على كل طرف تعيين محكما ويترك تعيين المحكم المرجح أو الرئيسي من قبل المحكمين الأولين في حالة تشكيل هيئة تحكيمية ثلاثية، وبالمقابل يستطيع الأطراف الاتفاق على تعيين محكما واحدا في معياد محدد ومع ذلك تعد هيئة تحكيمية بالرغم من أحاديتها.

يؤخذ على هذا النوع من التحكيم أنه لا ينجح إذ تنقصه فعالية في حالة عدم اتفاق الأطراف على تعيين المحكم من جهة، وعدم قدرة أحد المحكمين القيام بعمله لأسباب مختلفة من جهة أخرى. إلا أن القانون الجزائري استدرك هذا العيب مستعملا المادة 458 مكرر 2 الفقرة الثانية التي تجيز للأطراف أو أحدهم بالتعجيل في الطلب من القاضي تعيين المحكمين أو المحكم المرجح شريطة أن يجري التحكيم بالجزائر أو كان خارجها خاضعا للقانون الجزائري تطبيقا. أما في غير هاتين الحالتين، يمكن لأحد الأطراف طلب القاضي الجزائري تعيين محكم مرجح شريطة أن يكون الاتفاق موجودا كبند في شروط التحكيم بمعنى كعنصر للعقد وإلا لا يستطيع القاضي الاستعجالي الجزائري الفصل في طلب التعيين .

إن مزايا هذا التحكيم تتمثل في أنه التماس لحرية الأطراف والهيئة التحكيمية بحيث يجدون سهولة في فهم النزاع القائم ، وكذلك تتسع مهمة المحكمين إذ أن الهيئة هي التي تسيطر على قواعد التحكيم عكس ما هو عليه في التحكيم المؤسساتي[1] . كما أن فعالية التحكيم الخاص تتجسد عندما يحتوى شرط التحكيم على تحديد الغير لتعيين أعضاء الهيئة

---

[1] Jean Michel Jacquet et autre, p321

التحكيمية وكذا استبدالهم، و يفضل أن لا يكون هذا الغير من الأشخاص الطبيعية المعينة بالذات[1] ، لاحتمال تعرضهم لعوارض طبيعية قد تحول دون القيام بمهمتهم .

ثانيا: التحكيم النظامي أو المؤسساتي.

يقصد به لجوء أطراف النزاع إلى منظمة أو مؤسسة تحكيمية لفض نزاعاتهم داخلها التي يعبر عنها بالمراكز الدائمة للتحكيم التجاري الدولي. و لا يمكن اعتبارها هيئة قضائية لأن دورها يكمن في التنظيم وتقديم القدر اللازم من الهياكل لسير التحكيم الذي يجري تحت إشرافها[2].

تنشأ الهيئة التحكيمية في حدود الأنظمة التي تقرها المراكز التحكيمية لفض النزاعات الناشئة بمناسبة العلاقات التجارية الدولية وغيرها من النزاعات[3].

إن هذه المراكز تتمتع بالشخصية المعنوية أصلا، وبالمقابل فأن التحكيم القانوني لا يجوز أن يكون صادرا من مؤسسة ذات شخصية معنوية، إلا أن هذا لا يتعارض مع هذه الفكرة على أساس أن هذه المراكز لا تقوم بفض النزاعات، بل تتحدد مهمتها بالإشراف على آلية التحكيم إداريا، وبالتالي تبقى أعمالها أعمالا إدارية وليست قضائية.

تعتمد مراكز التحكيم على إعداد القوائم الاسمية للمحكمين باختلاف جنسياتهم وتخصصهم، وبإمكان أطراف النزاع اختيار واحد منهم، ولكن هذا لا يمنع من لجوء الأطراف إلى اختيار محكمين خارج القوائم المعتمدة مسبقا .

تتشكل الهيئة التحكيمية غالبا بعدد وتر حيث أن أغلب القضايا التي تمت الفصل فيها الغرفة التجارية الدولية بباريس تشكلت هيئة التحكيم من ثلاث محكمين[4].

---

[1] كأن تؤخذ الصفات بعين الإعتبار مثل رئيس المحكمة ، او رئيس الفرقة التجارية لبلد ما ، أو رئيس منظمة دولية مهنية ، أو عميد كلية حقوق أو نقيب المحامين لبلد ما .

[2] Jean Michel Jacquet et autre, p318.

[3] يوجد مواكز متخصصة في التجارة الدولية وهناك مراكز عامة تفصل في مسائل غير تجارية .

[4] أكثر من 54% من قضايا التحكيمية حسب إحصائيات سنة 1994.

وأخيرا إن التحكيم المؤسساتي يتميز في أنه يوفر الأمن للأطراف باعتباره يعتمد على نظام محدد في مجال التحكيم، أي بمقدورة الأطراف أو مستشاريهم العلم به، و بالمقابل فإن هذا النوع من التحكيم يكلف الأطراف مصاريف باهضة[1].

الفرع الرابع : التراضي

لقد ذكرنا سالفا أن اتفاقية التحكيم هي عقد ذو طبيعة خاصة ، لأنه لا يخرج عن دائرة الالتزامات التعاقدية[2] ، وعلى هذا الأساس يجب الاعتداد بركن التراضي في تكوين هذه الاتفاقية ، وقد نتساءل: هل أن أحكام وجود التراضي وصحته قد تشترك في العقد حسب القواعد العامة مع اتفاقية التحكيم في مجال التحكيم التجاري الدولي ؟

إن القواعد المادية في المرسوم التشريعي رقم 93-09 لم تتطرق إلى التراضي، بل قد أخضعه المشرع إلى القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم حسب المادة 458 مكرر الفقرة الثالثة. ولما كان ركن التراضي هو أساس صحة العقد في كل التشريعات الوطنية الوضعية ، فإنه في مجال الممارسة للتحكيم التجاري الدولي قد يختلف في بعض الأحكام والحلول عن العقود الداخلية .

إن التراضي في اتفاقية التحكيم يكمن في الإرادة المشتركة للأطراف لإخضاع النزاعات الناشئة أو المحتملة الوقوع إلى محكم أو عدة محكمين خواص[3].

من أجل تسهيل مهمة الهيئة التحكيمية، و بلوغها النتيجة المرجوة والمتمثلة في القرار التحكيمي الذي يفترض أن يصدر مهيأ للتنفيذ في البلد المراد تنفيذه ، يستلزم أن تنظر في وجود التراضي(أولا)، ثم في صحته(ثانيا) .

---

[1] على سبيل المثال نزاع يخص عقد تجاري دولي قيمة موضوعية هي100000 دولار أمريكي يدفع الأطراف 1.50% إلى من هذه القيمة كمصاريف إدارية لغرفة تجارية الدولية بباريس إضافة لأتعاب المحكم ما بين 1.50% إلى 10% من قيمة العقد المذكور حسب نظام CCI.

[2] هشام على صادق وحفيظة السيد حداد ، القانون الدولي الخاص – الكتاب الثاني ، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر 1999 – ص 373.

[3] Philipe fouchard et autres , op ;cit , p274.

أولا : وجود التراضي .

إن التراضي هو ركن من أركان العقد وفقا للقواعد العامة[1] .وحسب المادة 458 مكرر 1 من المرسوم التشريعي يخضع للقانون الذي ينظم اتفاقية التحكيم ، وعلى ذلك فإن تحديد زمان ومكان العقد هي مسألة تكييف لاحقة على أعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالعلاقات التعاقدية الدولية[2]. ذات المسألة تتعلق بتفسير التراضي حسب القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم (أ)، ومن أجل فعالية التحكيم قد يتحدد التراضي لدى الهيئة التحكيمية ببعض الفروض عرفها القضاء التحكيمي(ب) .

(أ) – تفسير التراضي .

إن عملية تفسير التراضي حسب قواعد التنازع ، فإنها تخضع لقانون اتفاقية التحكيم هو نفسه الذي ينظم وجوده وصحته[3] ، على غرار القضاء التحكيمي الذي يعتمد غالبا لتقدير صحة الإتفاقية باللجوء إلى القواعد العابرة للدول[4]، أو إلى أعراف التجارة الدولية. وانطلاقا من هذه الممارسة يعتمد القضاء التحكيمي لتفسير اتفاقية التحكيم على مبادئ أساسية أهمها:

– **مبدأ حسن النية في التفسير المقبول:** وهذا لا يعني أن الدفع بعدم صحة اتفاقية التحكيم يؤدي حتما إلى افتراض سوء النية لدى أحد الأطراف ولكن تتحقق سوء نية إلا في حالة التأكد من عدم صحة اتفاقية التحكيم نتيجة ثبوت إرادة حقيقية على إرادة مقررة ، أما مبدأ حسن النية يعني تحديد الإرادة المشتركة للأطراف المتعاقدة التي نستنتج من ظروف التعاقد إلى حين وقوع النزاع .

---

[1] أنظر المادة 59 من القانون المدني الجزائري .

[2] هشام على صادق وحفيظة السيد حداد ، المرجع السابق ص 333.

[3] Philipe fouchard et autres , op ;cit ,276.

[4] هي قواعد تشترك فيها عدة تشريعات تصلح لتطبيق على النزاعات التجارية الدولية ويعبر عنها بالفرنسية les règles transnationales .

- **الآثار الضروري لاتفاقية التحكيم** : ويعني التفسير الفعلي لهذه الاتفاقية حيث يطبق هذا المبدأ عندما يحتوي شرط التحكيم على عدة معان، فلا بد من تقريب المعنى القريب للشرط التحكيمي ، وعرف هذا المبدأ تطبيقا واسعا في التحكيم التجاري الدولي[1].

إن هذين المبدأين لا ينطبقان إذا كان التعبير عن الإرادة للأطراف العلاقة لا تشكل صعوبة لدى هيئة التحكيم، بمعنى أنها تلتزم بالتفسير الضيق لاتفاقية التحكيم واضحة الدلالة، إلا إذا تبين لها من عدم اكتمالها، مما يفتح لها مجال التفسير.

إذا رجعنا إلى القواعد العامة نجدها تعتمد على أحكام في نظرية العقد من قبول و كتابة و إشارة وعرف، أو اتخاذ موقفا عمليا يدل على حقيقة المقصود والسكوت يكون دلالة على قبول صاحبه لما يعرض عليه ...، إلا أن المشرع الجزائري جعل من اتفاقية التحكيم عقدا شكليا لا يتم إلا بالكتابة، وهو بذلك يهدر كل قيمة قانونية للرضا الذي يتم التعبير عنه بوسيلة أخرى غير الكتابة[2]. وبالرغم من أن الكتابة المشروطة لصحتها في القانون لجزائري وحتى في القانون الدولي ، فقد تصادق اتفاقية التحكيم ببعض الفروض قد يثار التساؤل في مدى كيفية تحديد التراضي لدى القضاء التحكيمي الدولي .

تحديد التراضي .

يعدّ القضاء التحكيمي والقضاء العادي الرقيبين القانونيين على فعالية التحكيم التجاري الدولي، ومع ذلك يجدان أنفسهما أمام عدة حالات تشكل صعوبة عملية لهما ، وذلك نتيجة سوء صياغة اتفاقية التحكيم، وأهم هذه الحالات التي تشكل عائقا أمام آلية التحكيم التي عرفها القضاء التحكيمي وحتى القضاء العادي هي :

---

[1] Philipe fouchard et autres , op ;cit ,279،

[2] مصطفى م كمال وعكاشة م.عبد العالي،المرجع السابق،ص 390 .

أ – اتفاقية التحكيم المعتلة أو المعيبة:

قد يحدث أن تكون اتفاقيات التحكيم معيبة من حيث الشكل مثل الغلط في تسمية المراكز التحكيمية أو عدم تحديدها[1]، أو تعيين محكما متوفيا أثناء النزاع أو أنها تحتوي على شرط عدم نظر الهيئة التحكيمية في صحة العقد مع العلم أنّ لها صلة بموضوع النزاع...[2].

وسميت هذه العيوب أو الأخطاء في القضاء التحكيمي باتفاقية التحكيم المعتلة أو بالشرط المعتل[3].على الرغم من ذلك لا تكون سببا لإبطال اتفاقية التحكيم حسب وجهة نظر القضاء التحكيمي وحتى القضاء العادي[4]،اللذان ينظران إلى صحة هذه الاتفاقية المشوبة بخطأ قابل للتصحيح من أجل الاحتفاظ بها، محاولين تفسير نية الأطراف المعينة لكونهم يجهلون قواعد التحكيم مما يستدعي تصحيح الوضع ومنح الاختصاص للهيئة التحكيمية .

ب – اتفاقية التحكيم المركبة أو المزدوجة:

يقصد باتفاقية التحكيم المركبة أو المزدوجة أنها تتضمن في نفس الشرط التحكيمي بندا ينص على اللجوء إلى التحكيم واللجوء إلى القضاء العادي لفض النزاع، وبعبارة أخرى أن الشرط التحكيمي في العقد الأساسي يحيل النزاع المحتمل وقوعه إلى قضاءين، قضاء تحكيمي وقضاء عادي . هل هذا يعنى اختيار أحدهما ؟ .

في الأصل أن اللجوء إلى القضاء العادي هو حق لكل شخص حتى في العقود الدولية وذلك بتطبيق قواعد التنازع أمام القاضي الأجنبي ، فلا يحتاج هذا الوضع شرطا في العقد الأساسي، ومع ذلك فإن هذه الحالة تستدعي وقوفا عندما يجزأ النزاع كأن يكون شقا من العقد الأساسي يحسم بواسطة التحكيم والشق الأخر يفصل عن طريق القضاء

---

[1] هذا الخطأ شائع في تحديد البلد مثل الإشارة إلى غرفة التجارة الدولية بجنيف أوزوريخ في حين أن مقرها بباريس .

[2] Philipe Fouchard et autres, Op, Cit , P 284.

[3] إعتاد على هذه التسمية الفقه وخاصة Frédric Eisseman .

[4] حكمت محكمة الإستئناف بباريس في 1985/02/14 في خصوص إعتبار شرط التحكيم الذي يمنح القضاء التحكيم أطلق عليه محكمة غرفة التجارة بباريس يكون صحيحا ، ويجب حمله على أن يمنح الإختصاص بالضرورة لنظام غرفة التجارة الدولية بباريس سنة 1993 .

العادي بشرط أن يكون هذا الاختيار الوضع واضحا في العقد، أما فيما عدا هذه الحالة فإنه يرجع الفصل إلى قضاء التحكيمي و لو كانت اتفاقية التحكيم المزدوجة لأن الهيئة التحكيمية تسعى دائما للاحتفاظ بما تفاديا لجزاء البطلان.

عرف القضاء التحكيمي هذا النوع من اتفاقية التحكيم، حيث فصلت الغرفة التجارة الدولية بباريس في إحدى القضايا المطروحة أمامها، إذ أن أطراف العلاقة الدولية أدرجوا في صياغة شرط التحكيم بندين متتاليين حيث اتفقوا فيهما على اللجوء إلى غرفة التجارة المذكورة أعلاه وقضاء الدولة أحد الأطراف، فاعتمدت الهيئة التحكيمية في هذا النزاع على التفسير الفعلي و استنتجت أن نية الأطراف كانت تهدف إلى منح الهيئة التحكيمية اختصاصا عاما لفضّ النزاع بصفة أساسية من جهة، ومنح القضاء العادي بصفة استثنائية النظر في مسائل تنفيذ العقد من جهة أخرى.

أما القضاء العادي بفرنسا و إنجلترا[1] اعتمدا مبدأ حماية اتفاقية التحكيم المزدوجة بالرغم من أنها تأخذ بعض الأحيان زيادة عن اللزوم..

لم يتعرض قانون التحكيم الجزائري إلى هذا النوع من الاتفاقية، و بالمقابل لم يكن ليخرج عن هذا المبدأ، باعتبار أن قواعده المادية الدولية تدل على تشجيع آليات التحكيم، كتمكين هده القواعد القاضي الجزائري من مساعدته في عمليات التحكيم إذا طلب منه ذلك[1]، سواء من أطراف النزاع أو من الهيئة التحكيمية عن طريق أوامر قضائية من جهة، كما يستبعد القانون الجزائري القضاء الوطني من النظر في نزاع يشمل اتفاقية التحكيم في العلاقات الدولية من جهة أخرى[2].

ج- اتفاقية التحكيم المرجعية :

في هذه الفرضية نجد أن العقد الأساسي لا يعبر صراحة عن التزام بالتحكيم لكنه يخضع إلى بعض الشروط العامة للأعمال ، أو يخضع لنظام سوق عالمية. إن هذه

---

[1] أنظر المواد 458مكرر2 و 458مكرر4 و 458مكرر5 و 458مكرر9 و 458مكرر11 من المرسوم التشريعي .
[2] أنظر المادة 458 مكرر8 الفقرة الثانية من المرسوم التشريعي رقم 93-09 .

الأنظمة تنشأ التزام التحكيم الذي لا يفترض إعادة صياغته في العقود الموالية بل يفترض السير على نظامها[1] ما دام المتعاقد قبل الانخراط إليها.

إذا نظرنا إلى القانون المدني الجزائري نجده يتماشى مع الأحكام التي تجيز التعبير عن الإرادي حسب الأعراف أو في صورة تعامل سابق لا ننتظر قبول صريح[2]، بشرط أن يكون الإيجاب لمصلحة من وجه إليه. و لكن ما دام عقد اتفاقية التحكيم في القانون الجزائري هو عقد شكلي، فهذا القيد يمنع مثل هذا النوع من الاتفاقية. و الجدير بالذكر قواعد اتفاقية نيويورك سنة 1958 هي الأخرى ترفض اتفاقية التحكيم غير المكتوبة.

أما القضاء الفرنسي يرى في العقود النموذجية أن اتفاقية التحكيم صحيحة و ملائمة لمبدأ الرضائية على أساس حسن النية في التعاقد قبل كل النزاع، و يفترض أن شرط التحكيم المدرج في العقد النموذجي هو قرنية قانونية على قبول المتعاقد له، بالرغم من أنه لم يوقع على هذه الاتفاقية و هذا ما أكده حكم القضية المشهورة دالكو[3] لسنة 1993 بفرنسا.

ثانيا : صحة التراضي.

تخضع اتفاقية التحكيم فيما يخص عيوب الإرادة للقواعد العامة الموجودة في النظام القانوني المطبق عليها ، سواء بالنسبة لمقومات وجودها أو بالنسبة للآثار المترتبة عليها.

غير أنه في المجال العملي للتحكيم قد لا تشكل هذه العيوب عائقا كبيرا في الممارسة لتحكيم فيما عدا تمسك أحد المتعاقدين بالغلط في حيدة المحكم أو كفاءته في

---

[1] Réné david op cit p 278.

[2] أنظر المادة 68 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري .

[3] – قرار محكمة النقض بتاريخ 1993/12/20 في قضية تتمثل في عقد أشغال منعقد بين بلدية في ليبيا وشركة دانما ركية حيث أن العقد الأساسي يخضع إلى القانون الليبي . وينص العقد أن الشروط النموذجية المدرجة في العقد أو في بند ملحق بالعقد تعد شروطا منه إلا أن هذه الشروط المدرجة في العقد كانت تمنح الإختصاصي في حالة نزاع إلى القضاء الليبي ولكن ملحق العقد كان يحتوي على شرط التحكيم يمقتضاها الشركة الدانيماركية لجأتإلى الهيئة التحكيمية عندما نشأ النزاع أو قد صدر قرار تحكيمي ضد بلدية ليبيا .
طلبت البلدية بطلان القرار أمام المحكمة الإستئناف بباريس على أساس أن القانون الليبي يشترط الكتابة ، فقد قرار المحكمة بتاريخ 03/26/ 1991 رفضت فيه الدعوى البطلان على أساس إستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي وكذلك وجود الشرط في عقد الملحق بإرادة المتعاقدين ، وأكدت محكمة النقض بباريس هذا القرار بتاريخ 1993/12/20.

الحقيقة ينظر القضاء التحكيمي إلى عيوب الإرادة بنظرة مختلفة عن أحكامها في القواعد العامة، و يرجع سبب الاختلاف إلى طبيعة اتفاقية التحكيم عن باقي العقود التي تكون في معظمها من موضوع حق عيني .

في البداية إن الإكراه قد لا يشكل عيبا في نظر المحكمين باعتبار أن شرط التحكيم هو وثيقة موقعة ومكتوبة ذات قيمة تعاقدية، و الدليل على هذا هو عدم تصور ممارسة الإكراه على أحد الأطراف لإجراء اتفاقية التحكيم وبالمقابل أنه وقع عقدا أساسيا موضوعه حقا عينيا ، من يمارس هذا الإكراه على أحد أطراف العلاقة في العقد الأساسي الذي يؤدي حتما إلى إكراه في اتفاقية التحكيم وخاصة في شرط التحكيم منها وقد رفضت الهيئة التحكيمية للغرفة التجارية الدولية بباريس دفع إبطال اتفاقية التحكيم على أساس الإكراه [1].

من المعروف في القواعد العامة أن استعمال الحيل يكون سببا لإبطال العقد بمعنى تكون بصدد التدليس ، قد ينطق هذا العيب في مجال التحكيم على أساس أن العقود التجارية الدولية تعتمد على مبدأ حسن النية في التعاقد ، ومع ذلك فقد أقر القضاء التحكيمي أنه بمجرد التنفيذ الإرادي للعقد من قبل المدلس عليه يكون سببا لرفض فكرة التدليس كعيب للرضا [2].

أما بصدد الغلط، فهو عيب قد يشوب رضا أحد المتعاقدين في مجال التحكيم خاصة الغلط في شخص المحكم أو في المركز الدائم للتحكيم، إلا أنه لا يتصور وجود الغلط في الشخص المتعاقد لأنه هو نفسه طرفا في العقد الأساسي ، وبالتالي تخرج هذه الحالة من نطاق استغلال اتفاقية التحكيم[3] .

---

[1] قضية رقم 4381 للغرفة التجارية الدولية cci بباريس سنة 1986.
[2] قضية رقم 3327 نفس المؤسسة التحكيمية.
[3] مصطفى م كمال وعكاشة م.عبد العالي المرجع السابق ص 406.

أما عن عيب الاستغلال والغبن، فالاستغلال يشترط لقيامه شرطان أساسيان ، أولهما عدم تعادل بين التزامات أطراف العلاقة، و ثانيهما وهو أن يكون عدم هذا التعادل ناتجا عن استغلال أحد الأطراف لضعف معين في الطرف الأخر .

قد يبدو واضحا أن الشرط الأول لا يتصور تحققه في اتفاقية التحكيم لأن هذا يتعلق بالتزام واحد متعادل هو الالتجاء إلى التحكيم بدلا من القضاء العادي أما الشرط الثاني يجوز التمسك به ولكن دون فائدة كبرى أمام القضاء التحكيمي لأن طبيعة العقود الدولية تختلف عن العقود الداخلية من عدة زوايا.

لعل أن سلطات القضاء التحكيمي في النظر في صحة التراضي واسعة وخاصة أن القانون الجزائري يمنح لها سلطة الفصل في الاختصاص الخاص بها حسب المادة 458 مكرر7 من المرسوم التشريعي 93-09 إلا أنه مازال للقضاء العادي نصيبا في النظر الدفوع في حالة وجود عيبا ظاهرا في الرضا، بمعنى كل سلطتين لهما اختصاص في النظر في صحة التراضي إذ أن الهيئة التحكيمية تنظر إلى صحة التراضي حتى لا تؤثر على سير الدعوى التحكيمية، وبالمقابل إن القضاء العادي يفصل في الدفوع المطروحة أمامه بشأن صحة التراضي، على الأقل عند طلب الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي، ومع ذلك تظل سلطة المحكم أوسع من سلطة القاضي الوطني[1] بمقتضى مبدأ اختصاص خاص به.

<u>الفرع الخامس</u> : قابلية النزاع للتحكيم .

تتقيد حرية أطراف اتفاقية التحكيم في العقد الأساسي بفكرة النظام العام الدولي مع العلم أن هذه الفكرة لا يمكن تحديدها بسبب القانون المطبق عليها[2].

---

[1] Arrêt du 4/5/88 court d'appel de paris, a confirmé, « la mission (de jugement des arbitres) répondant au principe d'autonomie de convention d'arbitrage impose au juge arbitral sous réserve d'un recours éventuel contre sa sentence a venir (…) d'exercer sa pleine compétence sur tous les éléments de litige déduits devant lui ».

[2] Noureddine Terki, Op Cit , p 44.

لقد عالج المشرع الجزائري فكرة النظام العام الدولي في 458 مكرر17 الفقرة الأولى كشرط الاعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية بالجزائر، وقد يفهم بالنظام العام الداخلي.هو كذلك النظام العام الداخلي ، ويتماشى هذا الحل مع المادة الخامسة الفقرة الثانية ب- من اتفاقية نيويورك لسنة 1958.

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

إن هذه الحلول ترجع في الأصل إلى منهج التنازع [1] و بالمقابل فإن المشرع أراد من خلال القواعد المادية للتحكيم استبعاد صعوبة هذا المنهج.

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

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

لو افترضنا أنها تخضع للقانون الجزائري ، فإنه يشترط المعيار الاقتصادي المتمثل في قابلية النزاع للتحكيم في المسائل التجارية الدولية بحيث يفترض تطابقها مع الأعمال التجارية في القانون الوطني أي القانون التجاري الجزائري ، جاء هذا نتيجة للتحفظ الذي اعتمدت عليه الجزائر في اتفاقية نيويورك لسنة 1958.ولا ننسى أن التحكيم المدني الجزائري يشترك مع هذا الحكم حيث أن المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية الفقرة

---

[1] في منهج التنازع تؤخذ فكرة النظام العام على أساس القانون المطبق على إتفاقية التحكيم ، وقانون البلد المراد تنفيذ الحكم الأجنبي ، وكذا قانون البلد مقر التحكيم بمثابة قانون القاضي .

[2] منير عبد المجيدالمرجع السابق ص 329.

الثانية تمنع التحكيم في الالتزامات بالنفقة ومسائل الإرث، والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

إن المعيار الاقتصادي كشرط لإبرام اتفاقية التحكيم تحت طائلة البطلان يؤدي بنا حتما إلى استبعاد إبرامها في علاقات العمل الفردية أو الجماعية، وكذلك العلاقات الإدارية، أو الأعمال الجمركية و الجبائية والمالية العامة بصفة عامة وكذلك أعمال النيابة العامة ... .

إن فكرة النظام العام أثارت جدلا في الفقه والقضاء حيث يرى بعضهم أن هناك نوعين من النظام العام هما الدولي والداخلي، إلا أن هذا الرأي غير منطقي لأن النظام العام هو واحد ولا يوجد نظام عام ما بين الدول وأخر للعلاقات الداخلية لأنه مستمد من معايير وطنية واحدة تعكس الأسس والمبادئ العليا في كل المجتمع، و كذلك الاعتداد بالنظام الدولي يعني صدوره من سلطة عليا تعلو كل الدولة وهذا أصلا غير موجود[1].

إن النظام العام الوارد في المادتين 96و97 من القانون المدني يتدخل في العلاقات الداخلية التي بمقتضاهما تلغيان كل موضوع اتفاق متعارض مع النظام العام ولآداب، أما في القانون الدولي الخاص فإن دور النظام العام يختلف عن العلاقات الداخلية بحيث حسب المادة 24 من القانون المدني الجزائري التي تعد قاعدة تنازع التي تستبعد تطبيق القانون الأجنبي المعين إذ تعارض مع النظام العام أو الآداب في الجزائر[2].

نستنتج مما قلناه أن النظام العام الدولي الذي تطرق إليه المشرع الجزائري في المادة 458 مكرر 17 يخص القرار أكثر من اتفاقية التحكيم ، لذا فيرى بعضهم أن سلطة الهيئة التحكيمية تتجسد خاصة في تدويل مفهوم النظام العام في قراراتها المختلفة لعدة

---

[1] ممدوح عبدالكريم حافظ عمروش – القانون الدولي الخاص (الأردني والمقارن) الجزء الأول مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن الطبعة الأولى سنة 1998 ص 198 .

[2] محند إسعاد – القانون الدولي الخاص . الجزء الأول قواعد التنازع – ترجمة فائزأنجق ، ديوان المطبوعات الجامعية 1989 ص 113 .

تشريعات وطنية لاستخلاص مبادئ دولية[1]،وكذلك لجوء المحكمين إلى الأعراف الدولية المعتمدة إذ يستطيعون إبعاد بعض أحكام القانون المطبق على النزاع الذين يرونه مخالفا للنظام العام الدولي و هذا ما تقلق بعض الدول النامية[2].

وخلاصة القول أن النظام العام يؤدي دورا وظيفيا و ليس تصوريا لأنه يتعلق بعوامل خارجية تحول دون اكتسابه معالم واضحة ودلالة ثابتة بمعنى آخر يبقى رهين قابليته للتغيير في الزمان وقابلية التكييف مع الأوضاع القائمة، وخاصة أن التعاون بين الدول والعلاقات الدولية عموما يفرض نوعا من التسامح إزاء القوانين الأجنبية[3].

ولا ننسى كذلك التحول الاقتصادي التي تعرفه الجزائر من اقتصاد موجه إلى اقتصاد ليبرالي قد يجعلها تتقبل عدة أوضاع بمرونة إزاء التحكيم التجاري الدولي، إذ أنها ستؤمن بالمذهب الازدواجي الذي يرى مفهومين متميزين للنظام العام[4] عكس الأحادي الذي يرى مفهوما واحدا... .

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

المطلب الثاني : الشروط الشكلية لصحة اتفاقية التحكيم

تختلف اتفاقية التحكيم عن باقي العقود لأن أطرافها تخضع مسبقا لقرار الغير الذي يقرر طريقة فض النزاعات بينهم ، بالرغم من شرعية هذا الإتفاق وسمو إرادة الأطراف فيه فإنه يقابلها جزاء قانوني في حالة تخلف التعبير عن الإرادة الصريحة من جانبها[5]،وقد يختلف التعبير حسب كل نظام قانوني لكل دولة.

---

[1] Ali Mezghani : l'arbitrage comm. Inter. Et les impératifs du développement . In Coll. Sur l'arbitrage, Tunis, Novembre 1981, Op. Cit. p. 65

[2] Yves Derrains : Les arbitrages de la CCI et les impératifs de développement In colloque Tunis op cit p 15.

[3] محند إسعاد ترجمة فائز أنجق المرجع السابق ص 246.

[4] إعتبر القضاء الفرنسي ان النظام العام الدولي يختلف عن النظام العام الداخلي لإعتبارات دولية بمعنى يجوز مخالفة قواعد آمرة في القانون الداخلي.

[5] Réne david ; op cit p 270 .

في الجزائر أكدت المادة 458 مكرر1 الفقرة 2 من المرسوم التشريعي رقم 09/93 على أن يكون التعبير عن الإرادة بالكتابة تحت طائلة البطلان في حالة تخلف هذا الركن (الفرع الأول) ، وأما عن صياغتها وإظهار محتوياتها لم يتطرق القانون الجزائري إليهما سنحاول تحديد نطاقها في هذا البحث (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الكتابة

اشترطت المادة 458 مكرر1 الفقرة الثانية لصحة اتفاقية التحكيم أن تكون مكتوبة، وهذا الضمان جعلها تخرج من دائرة التصرفات الرضائية، وتصبح تصرفا شكليا تحت طائلة البطلان. ويهدف المشرع من وراء هذا الشرط توفير الضمانات على أن إرادة الأطراف قد اتجهت بالفعل إلى التحكيم خروجا عن الأصل من ولاية القضاء [1].

و على هذا النحو فتعد الكتابة شرطا لصحة اتفاقية وليست مجرد وسيلة الإثبات [2] إلاّ أن ّالمشرع الجزائري في المادة 458 مكرر التي تنص ": ...يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم بموجب عقد كتابي " .

يلاحظ أن المادة لم تتطرق إلى شكل الكتابة،وهذا ما يجعلنا ننساق إلى إخضاعها إلى القانون المطبق عليها.

لو افترضنا أن القانون الجزائري هو القانون المطبق عليها نجد أن الكتابة في التحكيم المدني أو الداخلي حسب المادة 443 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري حيث تستلزم أن يحصل إتفاق التحكيم (مشارطة التحكيم)، إما في محضر أو في عقد رسمي أو عرفي وهذا أمام المحكمين الذين يختارهم الأطراف أو الخصوم لأجل إثبات هذا الاتفاق ، فإن المادة 444 من القانون المدني الجزائري الفقرة الثالثة تشترط أن يكون شرط التحكيم مكتوبا تحت طائلة البطلان في الأعمال المتصلة

---

[1] مصطفى م وعكاشة م عبد العالي ، المرجع السابق ص 372.

[2] في النظم الأنجلوساكسونية تخضع إتفاقية التحكيم لمبدأ الرضائية أما الكتابة هي مجرد وسيلة إثبات .

بالتجارة . وبالتالي فإن الكتابة في التحكيم الداخلي تحلينا إلى القواعد العامة التي تشترط توقيع كل أطراف العلاقة إضافة إلى مصادقة المشرف على الكتابة سواء كان موثقا أو ضابطا عموميا في حدود سلطتها أو اختصاصها[1].

لعل أن مثل هذه الأحكام السالفة الذكر تعيق آلية التحكيم التجاري الدولي لأنها أحكام تخص علاقات داخلية حيث أن اتفاق التحكيم المدني هو طلب إحالة نزاع إلى التحكيم قد يقدم كتابة إلى المحكمة من الخصوم والنزاع يكون عالقا أمام هذه المحكمة فقد يكون اتفاق التحكيم هنا إجراءا من إجراءات التقاضي فإن الكتابة المشروطة قد تكون لصحة هذا الإجراء[2] وليس لإثباته، وخاصة أن حكم التحكيم المدني لا ينفذ بدون مراقبة القاضي[3] وإلا كان باطلا، عكس القرار التحكيمي التجاري الدولي الذي يجوز تنفيذه طوعا وليس جبرا قد يفلت من سلطات القضاء.

لا شك أن اشتراط القانون الجزائري للكتابة لصحة اتفاقية التحكيم وجعل هذه المسألة من النظام العام الداخلي الدولي ، قد أهدر هذا القيد مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية بمعنى أنه صار وجودها رهينة بإدراجها في العقد الأساسي الموقع عليه من قبل الأطراف إذ أصبحت جزءا منه ، أو على الأقل وثيقة أخرى مستقلة يشير إليها العقد الأساسي .

وجد القيد الشكلي قوامه في القانون الدولي قبل القواعد المادية في المرسوم التشريعي إذ أن اتفاقية نيويورك لسنة 1958 في المادة الثانية الفقرة الأولى منها تنص :" 1 – تعتمد كل دولة من الدول المتعاقدة الاتفاقية المكتوبة التي يلزم فها الأطراف (.....) .

---

[1] أنظر المادة 324و المادة 328في القانون المدني الجزائري.

[2] عبد الحميد الأحدب المرجع السابق الجزء الأول ص 44.

[3] أنظر المادة 453 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري .

2 – المراد بالاتفاقية هو الشرط التحكيمي المدرج في العقد أو في اتفاق التحكيم الموقع من أطراف أو المتضمن في رسائل أو برقيات متبادلة (....).

من إستقرار نص الفقرة أعلاه نستطيع أن نستخلص من أن اتفاقية التحكيم في شكل رسائل وبرقيات متبادلة تكون صحيحة حتى في الجزائر على أساس أن هذه الأخيرة إنضمت إليها وأصبحت قواعدها جزءا من القانون الداخلي .

لا ننسى أن قواعد التنازع اهتمت بشكل التصرفات في المادة 19 من القانون المدني الجزائري إذ أخضعتها إلى القانون الإداري لأطرافها باعتبار أن اتفاقية التحكيم من طبيعة تعاقدية تدخل في مفهوم المادة 18 من نفس القانون .

إن هذه القواعد تتفق مع الممارسة التحكيمية حيث أن القضاء التحكيمي الدولي ينظر إلى القواعد المادية التحكيمية للبلد الذي ينفذ فيه القرار التحكيمي بمعنى مدى تلائمه مع النظام القانوني الرقيب عل هذا القرار لأنه يلجأ إلى قواعده المادية في البداية لتقدير مدى صحة اتفاقية التحكيم من حيث الشكل العام كما هو الحال في القانون الجزائري.

وقد تثير الصعوبة العملية عندما يختار الأطراف القانون لتطبيقه على اتفاقية التحكيم لا يشترط الشكلية بل نظام قانوني يعتمد على النظام الرضائي في العقود وخاصة أنه يعتد بالتعبير عن الإرادة شفاهه .

لعل ممارسة التحكيم التجاري الدولي، لها نظام خاص بها، حيث أن الهيئة التحكيمية لا تشرع في إجراءات سير الدعوى التحكيمية، إلا بعد إنشاء وثيقة تدعى وثيقة التحكيم[1] توقع من قبل الأطراف والمحكم أو المحكمين ، التي تسند لهم مهمة التحكيم ، تشبه هذه الوثيقة سند مشارطة التحكيم مما قد تحل الصعوبات المذكورة أعلاه أمام القاضي البلد المراد تنفيذ القرار التحكيمي الملازم بالقاعدة الآمرة كما هو

---

[1] تدعى بالفرنسية Acte de mission.

الحال في الجزائر ومع ذلك يؤخذ على وثيقة التحكيم بأنها ليست عقدا بالمفهوم القانوني لاحتوائها على توقيعات الأطراف الملتزمة باتفاقية التحكيم وتوقيع المحكمين، وهذا ما يخالف القواعد العامة في العقود [1].

نتائج القيد الشكلي لاتفاقية التحكيم .

إن اعتماد المشرع الجزائري على نظام الشكلية في اتفاقية التحكيم ، قد ظهرت نتائج ليست لصالح التحكيم لأنها قيدت من فعالياته، مع العلم أن القضاء التحكيمي والقضاء العادي والفقه عملوا جاهدين على تطوير بعض المبادئ العامة في مجال التحكيم، إلا أن المادة 458مكرر1من القانون الجزائري يستبعدها حتما بسبب القيد الشكلي ، وأهمها :

- اتفاقية التحكيم بواسطة الشروط العامة للأعمال .

يقصد بالشروط العامة للأعمال هي تلك الأنظمة المعتمدة داخل جمعيات مهنية بحيث تنص في إحدى بنود العقد الأساسي المبرم مع المتعاملين، أنها تخضع إلى الشروط العامة للأعمال لهذه الهيئة المهنية أو الاقتصادية في حالة نزاع بشأن العقد الأساسي ومن بين هذه الشروط شرط التحكيم . وبالتالي إن صحة اتفاقية التحكيم في القانون الجزائري التي تشترط الكتابة تبطل مثل هذه الاتفاقية غير المكتوبة في العقد الأساسي بصريح العبارة التي تفيد اللجوء إلى التحكيم .

- اتفاقية التحكيم عن طريق الإحالة إلى العرف .

يقصد بالعرف تلك القواعد التي تسود في سوق عالمي معين أو عرف مهني لتجارة معينة ، فإذا أبرم عقد أساسي تجاري دولي يحتوي على شرط الإحالة إلى عرف في حالة وقوع نزاع وأن هذا العرف يفرض التحكيم ، فإنه حسب المادة 458

---

[1] راجع المواد 54و 55 من القانون المدني الجزائري .

مكرر1 ف 1 تبطل مثل هذه الاتفاقية الضمنية للتحكيم حتى ولو علم بها المتعاقد بوجودها .

- اتفاقية التحكيم الناتجة عن تعامل سابق .

قد يحدث أن تنشأ عادة بواسطة تعامل سابق المتمثل في أن التحكيم هو الوسيلة التي كان يلجأ إليها المتعاقدان وخاصة في عقود المدة أو الزمنية ، وإذا أبرم عقد أساسي جديد قد أبرم دون اتفاق كتابي يخص اللجوء إلى التحكيم فلا يعتد بهذا الاتفاق العرفي الغير المكتوب الذي مفاده اللجوء إلى التحكيم ضمنيا .

وأخيرا نستنتج أن اشتراط المشرع الجزائري الكتابة لصحة اتفاقية التحكيم قد عارض مبدأ رضائية العقود وخاصة أن في المجال التجاري الدولي يستلزم الحرية التعاقدية نظرا للمنافسة الشرسة في المجتمع الدولي التجاري ، مع العلم أن القواعد المادية الدولية الجزائرية تبدوا أنها تتماشى مع متطلبات التجارة الدولية وخاصة أنها جسدت مبدأ سلطان الإرادة لصالح أطراف العلاقة التجارية في عدة مسائل قانونية ألا يمكن أن نتساءل أن المشرع الجزائري أراد تشجيع التحكيم التجاري الدولي ولكنه قد يقلل من فعاليته بهذا القيد الشكلي الذي يحدد من مبدأ سلطان الإرادة.

ومن جهة أخرى قد نرى أن غياب الشكلية القانونية جميعها لا يعنى غياب كامل للشكل وذلك لتمكن من ممارسة وسائل المراجعة بصدد التحكيم لأن غياب الشكليات القانونية يعني انسلاخ الإجراءات التحكيمية الدولية عن مختلف الأنظمة القانونية التابعة للدول وبالتالي يجعل أحد الأطراف يستغل الوسائل التسويفية[1]،مما يخلق صعوبة للطرف حسن النية .

---

[1] عبد الحميد الأحدب المرجع السابق ص 143

ومع ذلك قد يبدو لنا أن هذا القيد الشكلي لا يؤثر على فعالية التحكيم لأن اتفاقية التحكيم في الواقع العملي هي جد مركبة من عدة محتويات قانونية فلا يتصور حسب رأينا أن تبرم شفاهة بين الأطراف وهذا ما سنراه في الفرع الثاني .

<u>الفرع الثاني</u> : مضمون اتفاقية التحكيم وتحديد محتوياتها .

لم ينص القانون الجزائري عن الكيفية أو النموذج الذي تصاغ اتفاقية التحكيم وكذلك لم يبين مضمونها . إلا أنه يمكن أن نستخلص بعض بيانات هذه الاتفاقية من خلال النظر إلى القواعد المادية في المرسوم التشريعي رقم 93-09 .

إن اتفاقية التحكيم تأخذ شكلين شرط التحكيم و مشارطة التحكيم ، أولهما يجوز أن يصاغ بواسطة عبارة عامة تفيد اللجوء إلى التحكيم[1] ، وما يسمى (بالشرط على بياض)، أما ثانيهما يجب تحديد بعض المسائل الضرورية على الأقل، ففي كلتا الحالتين بتكيف الاتفاقية التحكيم كعقد بالرغم من أن الأول عمليا يكون غير محدد .

لذا سنحاول أن نبين مضمون اتفاقية التحكيم في شكل عنصرين أولهما البيانات الأساسية ، وثانيهما البيانات الاختيارية .

أولا: البيانات الأساسية .

تتمثل البيانات الأساسية في عدة شروط تتطلبها صياغة اتفاقية التحكيم حتى تكون لها أثر قانوني ، وتسهل مهمة الهيئة التحكمية أهمها :

أ- **اللفظ أو التعبير** : يقصد باللفظ العبارة المدرجة في اتفاقية التحكيم الصريحة التي تفيد اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي دون سواه من الأنظمة

---

[1] المادة 6 : أ من المرسوم الرئاسي رقم 90 .319بتاريخ 1990/10/17 يتضمن المصادقة على الإتفاق الرامي إلى تشجيع الإستثمارات الموقع عليها في واشنطن يوم 22يونيو1990 بين الجزائر والولايات المتحدة الأمريكية (ج.ر.رقم 90/45) : تنص ": بحل أي خلاف بين الحكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية بصدد تفسير هذه الإتفاقية (....) وإذ لم تتوصل الحكومتان إلى حل إتفاقي للخلاف ثلاث أشهر (...) فإن الخلاف بما فيه (...) يرفع بمبادرة أي من الحكومتين إلى هيئة التحكيم .

المشابهة له و يشترط أن يكون ذا دلالة قاطعة لا يدع للجهالة في شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم على حد السواء و باللغة المتفق عليها من قبل المتعاقدين.

ب- **مجال التحكيم** : مفاده تلك المسائل التي تفضي أو تحسم عن طريق التحكيم[1]، فيجب تحديدها خاصة في مشارطة التحكيم، ويستحسن عدم تضييق هذه المسائل، و أفضل عبارة في هذا الصدد :"كل المنازعات الناشئة بمناسبة هذا العقد"، و مؤداها كل النزاعات القانونية و كل النزاعات الفنية.

ج- **طريقة تعيين المحكمين** : هي مسألة رئيسية حيث يفضل تحديد آلية التعيين وخاصة في شرط التحكيم[2] و قد تأخذ هذه الآلية عدة أشكال حسب ما يتفق عليه أطراف العقد الأساسي[3]، و على الأقل يجب تعيين النظام الذي تعتمد عليه لحسم النزاعات، سواء باختيار التحكيم الخاص أو التحكيم المؤسساتي أو النظامي، و تحديد عدد المحكمين سواء باختيار محكم واحد أو محكمين ـ ويستحسن أن يكون العدد وترا.لم ينص القانون على هذه القاعدة الأخيرة و لكن يستخلص من نص المادة 458 مكرر 4 الفقرة الثانية التي تطرقت إلى تعيين المحكم المرجح في حال خلاف بين أطراف النزاع. و في هذا الصدد يجوز للأطراف تحديد شروط التعيين و شروط العزل و الاستبدال (المادة 458 مكرر 2 ف 2)، و تطرق المشرع في بعض الحالات التي يمكن رد المحكم

---

[1] تنص المادة 01/8 من الفصل السادس من اتفاقية الجزائر و إيطاليا سنة 1991 حول ترقية و الحماية المتبادلة للإستثمارات : "كل خلاف يتعلق بالاستثمارات بين إحدى الدولتين المتعاقدتين و مستثمر من دولة أخرى (...)، فيمكن للمستثمر المعني رفع الخلاف لإحدى الهيئات المشار إليها دون سواها (...)."

[2] Philippe Fouchard, Rédaction des conventions d'arbitrage, In Coll. Tunis, Op. Cit, p. 107.

[3] تنص المادة 11 من الاتفاقية الخاصة بالاستثمار بين الجزائر و الاتحاد الإقتصادي البلجيكي الليكسمبورغي على أن (...) يعين كل طرف متعاقد حكما في مدة شهرين ابتداءا من تاريخ إعلام الطرف الآخر عن نية إحالة الخلاف على التحكيم(...) ".

(المادة 458 مكرر 5)،وعموما فإن القانون ترك القانون للأطراف حرية تحديد طرق تعيين المحكمين حسب ما يلائمهم .

د- **مقر التحكيم** : لم ينص القانون الجزائري على هذا البيان إلاّ أنه يلعب دورا هاما في مجال التحكيم، لذلك يجب على أطراف النزاع عدم توطين مقر التحكيم في البلد الذي يعتمد على نظام قانوني لا يتماشى مع مقتضيات التحكيم، و كذلك يجب أخذ بعين الاعتبار العوامل الأساسية لتوازن الشرط التحكيمي كالعامل القانوني و العامل الجغرافي أي قصر المسافة بين مواطن الأطراف و كذلك عامل البيئة القضائية و أفضل مقر تحكيم يكون في بلد محايد، لأن إذا كان في بلد أحد الأطراف يكون بمثابة امتياز له[1].

ه- **قانون الإجراءات الواجب التطبيق** : إن نص المادة 458 مكرر 6 أعطى الحرية للأطراف اختيار القانون الإجرائي المطبق على سير الدعوى التحكيمية، ففي حالة اختيار أطراف التحكيم المؤسساتي فإن نظام مركز التحكيم هو الذي يطبق كإجراء على النزاع[2].

و- **عدم قابلية القرار التحكيمي للطعن بالبطلان** : يجوز للأطراف إعطاء القرار التحكيمي قبل صدوره قوة الشيء المقضي به في اتفاقية التحكيم، بمعنى عند صدور القرار لا يجوز للمستشهد ضده طلب بطلانه أمام القاضي للبلد المراد تنفيذه، و هذا الاتفاق لا يتعارض مع المادة 458 مكرر 25 التي تجيز للطرف المستشهد ضده طلب الطعن بالبطلان في حالات معينة بمفهوم المخالفة فإن اتفاق الأطراف على عدم لجوء أحدهم إلى القضاء العادي لإهدار

---

[1] Philippe Fouchard, Rédaction des conventions d'arbitrage, In Coll, Op. Cit., p. 108.

[2] تنص المادة 11-3 من اتفاقية الجزائر مع الاتحاد البلجيكي الليكسمبورغي المذكورة سابقا :"تحدد المحكمة المشكلة كذلك قواعد الإجراءات الخاصة بها (...)".

القرار يكون جائزا، ما دام أن المادة المذكورة أعلاه لا تتعلق بالنظام العام الداخلي.

ثانيا : البيانات الاختيارية :

هي البيانات التي يجوز للأطراف إدراجها في اتفاقية التحكيم بإرادتهم المشتركة.

أ- القانون المطبق على موضوع النزاع.

هو اختيار النظام القانوني لبلد معين أو أعراف التجارية الدولية الملائمة للعقد التي يطبقان على موضوع النزاع، و يجب أن نميز بين هذا القانون والقواعد القانونية المطبقة على العقد الأساسي والقانون المطبق على اتفاقية التحكيم إذ يجوز لأطراف النزاع أن يخضعوا كل هذه التصرفات إلى قانون بلد معين واحد[1]، و بالمقابل يمكن أن يخضع كل تصرف لقانون مغاير أو متميز حسب ما اتجهت إرادة الأطراف» وبالنظر للقانون الجزائري يخضع موضوع النزاع حسب المادة 458 مكرر 14 سواء إلى القانون الإرادي أو أن تختار هيئة التحكيم قواعد قانون لبلد معين في غياب القانون الإرادي، أو الأعراف التجارية الدولية.

ب - **القانون المطبق على اتفاقية التحكيم** : يجوز للأطراف إدراج اتفاقية التحكيم للقانون المطبق عليها، و ترك المشرع الجزائري الحرية للأطراف لإخضاعها إمّا للقانون الإرادي أو القانون المطبق على النزاع و لاسيما العقد الأساسي أو القانون الجزائري (المادة 458 مكرر 1 الفقرة الثالثة).

ج- **تفويض الهيئة التحكيمية بالصلح** : تنص المادة 458 مكرر 15 "تفصل محكمة التحكيم كمفوض في الصلح إذا خولتها اتفاقية التحكيم هذه السلطة".

---

[1] Contrat de cession de licence entre Ericsson Télécom suède et Sitel Tlemcen le 30/08/1988 - Article XXI Lois applicable « les lois applicables en Algérie régissent le présent contrat selon l'interprétation ainsi que l'exécution des accords qui en sont la suite ou la conséquence »

يجوز إدراج هذا الشرط الذي مفاده منح السلطة المطلقة للمحكمة التحكيمية للفصل في النزاع بدون الالتزام بالقواعد القانونية باعتمادها على قواعد الإنصاف و العدالة بما يلائم العقد.

د- **تحديد المهل** : يجوز للمتعاقدين تحديد بعض المواعيد فيما يتعلق بميعاد صدور القرار التحكيم، أو ميعاد اختيار المحكم، و تحديد مهلة للمحكمين لاختيار محكم مرجح أو رئيسي إذا كانت الهيئة مكونة من ثلاثة أعضاء، لم ينص المشرع الجزائري على هذه الشروط الزمنية بل تركها لأطراف العلاقة .

و- **اللغة المستعملة** : لم يتطرق المشرع إلى هذه المسألة، إلاّ أنه يجوز لأطراف العلاقة اتفاق على اللغة المستعملة المشتركة في جميع مسائل التحكيم، و في حالة اختلاف اللغة بينها تستعين بالترجمة الرسمية و يقتسم أتعاب المترجم فيما بينها.

و خلاصة القول إنّ البيانات التي ذكرناها سابقا ليست على سبيل الحصر بل يمكن أن تظهر مستجدات أخرى قد تحتاجها اتفاقية التحكيم بشرط ألا تكون مخالفة للنظام العام الدولي، و لا ننسى أن التحكيم نظام جد مرن فيجب على اتفاقية التحكيم استغلال هذه المرونة لأنها في أول الأمر هي عقد تفاوضي قبل قيدها في شكل كتابة، و أفضلها هي التي تصاغ ببساطة قدر الإمكان و خاصة في شرط التحكيم لأن كثرة البيانات قد تؤدي بأحد أطراف سيئ النية إلى تفعيل نزاعات بشأن مضمون الاتفاقية المفصلة لأجل النكول عن هذا الالتزام، و عدم استغلال كذلك البيانات يؤدي إلى توسيع من سلطات الهيئة التحكيمية بحيث تحل إرادتها محل إرادة الأطراف.

المطلب الثالث : استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأساسي أو الأصلي.

من المبادئ التي أصبحت مستقرة في قضاء التحكيم التجاري الدولي استقلال اتفاقية التحكيم عن العقد الأساسي، ولقد أكّد المشرع الجزائري على هذا المبدأ في المادة 458 مكرر 1 الفقرة الأخيرة من المرسوم التشريعي رقم 93-03 حيث نصت

:"... لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح."

و بيان ذلك أن عدم مشروعية العقد الأساسي أو الأصلي، أو صحته، أو بطلانه أو فسخه، لا يؤثر على اتفاقية التحكيم، سواء كانت على شرط تحكيم أو مشارطة التحكيم، على أساس أنها تعالج موضوعا مغايرا تماما عن موضوع العقد الأساسي، إذ هي عقد قائم بذاته له كيانه مستقلا عن العقد الأساسي.

للحديث عن هذا المبدأ، لابدّ من تحديد مفهوم العقد الأساسي الدولي (الفرع الأول) ثم نتناول مفهوم المبدأ (الفرع الثاني)، ثم نتطرق إلى طبيعته (الفرع الثالث)، و أخيرا نتكلم عن نتائجه (الفرع الرابع).

<u>الفرع الأول</u> : مفهوم العقد الأساسي أو الأصلي.

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى مفهوم العقد الأساسي، بل اكتفى باشتراط معيارين لخضوعه للتحكيم التجاري و هما المعيار القانوني و الاقتصادي كما سبق أن تكلمنا عنهما. إن تكييف العلاقة بوصفها وطنية أو دولية ليس مناطه العناصر المادية أو القانونية كمحل إبرام أو الجنسية، إنما سبب العلاقة و ارتباطها مجردا بمعاملة دولية تدخل في إطار التبادل التجاري الدولي حتى و لو كان العقد الأساسي وطنيا من حيث أطراف و مكان انعقاده و سائر عناصره[1] ، فالمعيار لهذه الجهة هو معيار موضوعي يتناول مادة النزاع العملية دون عناصرها الشخصية كجنسية أطراف العلاقة أو جنسية المحكمين أو مكان إجراء التحكيم أو القانون الذي يحكمه بمعنى أن المبدأ القانوني هو تلازم المعيارين يعتبر ضروريا لإضفاء الصفة الدولية للعقد.

---

[1] سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية بيروت – لبنان، الطبعة الأولى 1994 – ص 539

انطلاقا من هذا المفهوم لدولية اتفاقية التحكيم نجد أن العقد الأساسي هو عقد دولي يتعلق بالتجارة الدولية أساسا و أن أحد أطرافه على الأقل له مقر بالخارج بالضرورة، لذا نستنتج أن موضوع العقد الأساسي يكون عبارة عن حركة مد وجزر عبر الحدود ما بين بلدين مختلفتين على الأقل و قد يكون العقد ذا أبعاد دولية متعددة و الذي يتوجه أكثر من عنصر أجنبي فإنه يعرف بالعقد الدولي الذي تمتد آثاره إلى أكثر من دولة واحدة هو ما يعرف بالعلاقات الدولية[1].

إن تكييف أي علاقة قانونية بأنها دولية بالنظر إلى قانون التحكيم هو أن يكون موضوعه انتقال الأموال من مكان إلى آخر كالعقود المصرفية المتمثلة في التحويل المصرفي نفترض وجود قيم مالية تجتاز حدود البلدين ذهابا و إيابا و أن تكون هذه الحركة المالية قد نصت علها العقود أو على الأقل نستنتج بوضوح من مضمونها، أو مثل عقد البيع الدولي الذي موضوعه هو تحويل ملكية شيء منقول من بلد إلى آخر، إلاّ أنه لا يكفي هذا الشرط لإضفاء الصفة الدولية على العقد.

قد تكون محددا إقامة الأطراف في بلدين مختلفين أو وجود المقر التجاري للأطراف المتعاقدة في دولة مختلفة و كذلك يعتبر عقدا دوليا عندما يصدر الإيجاب و القبول من دولة أخرى، و مع ذلك يكون عقدا أساسيا إذا كانت هناك حركة مد وجزر عبر الحدود للأموال و يجب اكتمال هذا العقد بعقود فرعية كعقد التأمين و عقد النقل من أجل تنفيذه....

من خلال ما قلناه سابقا نستبعد العقد الأساسي الذي موضوعه عقار لأنه يخضع بطبيعة الحال إلى الإسناد الموقع بقوة القانون، و كذلك تستبعد العلاقات التي لا يقبل فيها التحكيم، و نكتفي فقط بالتصرفات التجارية الدولية التي تتطابق مع أعمال التجارية في القانون الداخلي الجزائري، إمّا خارج هذه الأعمال فهي تخضع

---

[1] ممدوح عبد الكريم، حافظ عرموش – القانون الدولي الخاص – (الأردني و المقارن)، الجزء الأول ، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع، عمان – الأردن، ط1 1998 ص 169.

لقواعد القانون الشخصي أو قواعد التنازع حسب قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص الجزائري.

إن صياغة العقود الأساسية تختلف حسب الظروف القائمة، فقد لا يمتلك أحد الأطراف أي خيار تجاه اطرف الآخر، و قد يكون له خيارات عديدة فإنه سيحاول اختيار الأكثر فائدة له بحيث يكفلا تحقيق الأهداف[1].

و قد يخضع العقد الأساسي الدولي إلى قواعد التي لا يسري عليها العقد أو لا يستند إليها العقد صراحة و هي المبادئ التي لا يمكن استبعادها بالقانون الإرادي و خاصة تلك المتعلقة بالنظام العام الداخلي أو الدولي و كذلك الوضع القانوني للأموال.

يحتوي العقد الأساسي الدولي على عدة مسائل أهمها الديباجة التي مفادها ذكر الشروط العقدية و استذكار موجز للأطراف التي حملت الطرفين على التعاقد ، وكذلك يجب ضبط المصطلحات لصياغة الشروط العقدية وأيضا مسألة تحديد لعناصر البحث وذلك بإحصاء قدر الممكن من الالتزامات من أجل تنفيذها ، وفي هذا الصدد يستحسن الاتفاق على ثمن العقد سواء ثمن اتفاق ثابت أو ثمن متغير تبعا لمستجدات الظروف الاقتصادية ...ولا ننسى مسألة تحديد مدة العقد التي قد تثير صعوبات عملية وخاصة أنه في بعض الأحيان يكون تنفيذه بعد انتهاء مدته لذا يفضل تحديد شروط استلام من أجل تفادي كل التباس أو إبهام لتحديد مسؤوليات الطرفين عند نهاية العقد[2] ويجوز للأطراف الاتفاق على الصعوبات المحتملة التحول دون تنفيذ العقد مثل القوة القاهرة حيث يكون اتفاقها على قدرة فسخ العقد إذا تجاوزت لفترة طويلة[3]، و قد يتفق الأطراف على الشروط الجزائية الواجبة التطبيق

---

[1] محمد علي جواد، العقود الدولية، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع – عمان الأردن – ط 1997، ص 10 .

[2] محمد علي جواد المرجع السابق ص 39 .

[3] محمد علي جواد ، نفس المرجع ص 40.

في حالة عدم تنفيذ العقد الأساسي أو سوء التنفيذ للشروط العقدية من قبل أحدهم، و أخيرا يمكن اتفاق على اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد و كذلك بإدراج طريقة تسوية النزاعات الناشئة عن العقد الأساسي سواء كانت قانونية أو فنية، فإذا اتفقت الأطراف على شرط التحكيم لا تستطيع اللجوء إلى أي قضاء وطني و هذا الشرط يعد عقدا مستقلا عنه وأصبح مبدأ معترفا به في عدة تشريعات ولى القضاء التحكيمي الدولي .

الفرع الثاني : مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم .

من استقراء المادة 458 مكرر 1 الفقرة الأخيرة المذكورة سابقا، نجد أنها تميز ما بين الطعن في صحة العقد الأساسي أو الأصلي، و الطعن في صحة اتفاقية التحكيم، إذا كان العقد الأساسي موضوعا للطعن بعدم صحته فلا يؤثر على صحة اتفاقية التحكيم، و لا تملك الهيئة التحكيمية أي سلطة في النظر لهذا الطعن[1]. أما إذا كانت اتفاقية التحكيم موضوع طعن دون العقد الأساسي، ففي هذه الحالة تختص الهيئة التحكيمية في نظر هذا الدفع إذا كان قائما أمامها، و في حالة وجود هذا الطعن أمام القضاء العادي، فإنه ينظر بتحفظ هذا الطعن إلى حين الحكم باختصاصه أو عدم اختصاصه حسب مدى أساس هذا العقد.

لقد رسمت المادة 458 مكرر 1 الفقرة الأخيرة أمام التحكيم التجاري سبيلا لاستقلالية اتفاقية التحكيم بالنسبة لباقي عناصر العقد، عكس التحكيم الذي أبقى على ارتباطها بالعقد.ويرجع أصل مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأساسي إلى اجتهادات القضاء و خاصة الفرنسي[2]، إذا اعتبر أن العقود المرتبطة بالتجارة الدولية و المتضمنة شروط تحكيمية، فإنها لا تبطل بالرغم من أنها لا تتوفر على

---

[1] عبد الحميد الأحدب، قانون التحكيم اللبناني دراسة – دار المنشورات الحقوقية بيروت 1996– ص 32 .

[2] Arrêté Gosset 1963 cour de cassation , chambre civile.

Trani Tani Mostefa, l'état et l'entreprise du maghreb face à l'ordre arbitrale international, these du doctorat d'état, Op. Cit. p. 48 à 73.

الشروط المستلزمة من قبل المادة 1006 من القانون الإجراءات المدنية الفرنسية، و إن هذه القاعدة لا تعدّ من النظام العام في مجال التجارة الدولية.

لقد كرس المشرع الجزائري هذا المبدأ في قاعدة مادية دولية، و هذا شيء مميز لتسهيل فعالية التحكيم، حيث أنه ساير النتائج التي توصل إليه الفقه و القضاء المعاصرين[1]. و كذلك بعض التشريعات الحديثة في عدة دول[2].

<u>الفرع الثالث</u> : طبيعة مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم.

لم يعد مبدأ استقلالية العقد الأساسي عن العقد الأصلي قاعدة تنازع قوانين بل أصبحت قاعدة مادية دولية تخص التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، مما لا تدع مجالا لتطبيق أي قانون أجنبي قد تحدده قاعدة التنازع.

قد عرف هذا المبدأ شمولا في القانون الدولي حيث تطرق إليه نظام التحكيم للجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية سنة 1976 في مادته 21 الفقرة الثانية، و عرفه القانون النموذجي للتحكيم للأمم المتحدة سنة 1985 في المادة 16 الفقرة الأولى منه، أمّا اتفاقية نيويورك لم تتعرض لهذا المبدأ، كما عرفت الغرفة التجارية الدولية CCI أقرت هذا المبدأ في المادة 8 الفقرة 4 من نظامها.

لقد اعتمد القضاء التحكيمي الدولي على هذا المبدأ في عدة قرارات تحكيمية أهمها قضية تكساكو ضد ليبيا سنة 1975، و قضية شركة B.P ضد ليبيا 1977 إذ أصدرت قرارات تحكيمية تعترف ببقاء شرط التحكيم بالرغم من أن ليبيا قد فسخت عقود الامتياز لهاته الشركات بعد عملية التأميم بإرادة منفردة.

---

[1] عليوش قربوع كمال، المرجع السابق – ص 39.

[2] المادة 1697 من قانون القضاء البلجيكي 1972 – المادة 1053 من قانون الإجراءات الهولندي 1986 – المادة 178 من القانون الدولي الخاص السويدي 1987 – المادة 8 من قانون التحكيم الإسباني سنة 1988 – المادة 61 من قانون التحكيم التونسي سنة 1993 – المادة 27 من قانون التحكيم المصري 1994.

لم تقف خطورة هذا المبدأ عند هذا الحد، حيث أصبح يستعمل في بعض الأحيان بطريقة تعسفية لحصول على مصالح غير مشروعة مثل قضية أجنبية ضد شركة سوناطراك الجزائرية التي تتمثل وقائعها كما يلي :

– بتاريخ 12 أبريل 1974 أبرمت شركة سوناطراك الجزائرية مع شريكها الأجنبي عقدا موضوعه التنقيب و الحفر لمدة 4 سنوات، في المادة 24 من هذا الاتفاق تم إدراج شرط التحكيم و تم تحديد مدينة زريخ السويسرية كمقر للتحكيم وفقا لنظام الغرفة التجارية الدولية CCI و بتاريخ 25 جوان 1978 تم إنهاء هذا العقد بإرادة مشتركة بالرغم من أنه تم فعليا بطلب من الشركة الأجنبية، و قد اتفقتا على عدم اتخاذ أي إجراء ادعائي فيما بينهما و بتاريخ 02 جوان 1986 أي بعد مرور ثمانية سنوات من إنهاء العقد ، قدمت الشركة الأجنبية عريضة تحكيم ضد الشركة الجزائرية أمام الهيئة التحكيمية في مقر المذكور أعلاه و أسست طلبها على أن شرط التحكيم المدرج في العقد الأساسي مستقلا عنه فدفعت المدعى عليها أمام الهيئة التحكيمية بعدم قبول دعوى التحكيم على أساس بند المدرج في الاتفاق 1978 الذي يشترط عدم ادعاء كل من الشركتين في أية جهة كانت .

بتاريخ 1988 صدر قرار تحكيمي ابتدائي (رقم 5653) يقرر اختصاص الهيئة في هذا النزاع، و بما أن القانون المطبق على النزاع هو القانون الجزائري حسب الشرط التحكيمي في العقد الأساسي لسنة 1974، و بالنظر إلى المادة 111 من القانون المدني الجزائري الفقرة الأولى منه التي اعتمدت عليها الهيئة التحكيمية التي تمنع تفسير العقد إذا كانت عباراته واضحة و حيث أن إنهاء العقد كان بإرادة مشتركة، فإن الهيئة التحكيمية رفضت طلب المدعى على أساس المادة 111 ف1 من قانون المدني الجزائري إضافة إلى بعض القرائن اتخذتها الهيئة دعامة لقرارها مثل المدة الزمنية للإدعاء و كذلك إنهاء العقد كان تلبية رغبة الشركة الأجنبية من قبل

سوناطراك لأجل بيع معداتها لإخراجها من الجرد الأموال لأنه هذه الشركة كانت في وضعية إفلاس في مركزها الأصلي أو الرئيسي.

يلاحظ أن الهيئة التحكيمية لم تستبعد شرط التحكيم بل اعتبرته قائم إلاّ أن المادة 111 من القانون المدني الجزائري كانت السبيل الوحيد لإخراج سوناطراك من مركز مدعى عليها، و من خلال هذه الحالة نستنتج أن مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأساسي أصبح مبدأ من مبادئ قانون التجارة الدولية[1] الذي يمكن لأي هيئة تحكيمية الفصل في النزاع إذ أصبح العقد الأساسي عديم الأثر لسبب من أسباب الانقضاء المتعارف عليها في الأحكام العامة .

الفرع الرابع : نتائج المبدأ

إن تكريس مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأساسي له عدة أبعاد قانونية ترتبت عنه نتائج مباشرة (أولا) و الأخرى غير مباشرة(ثانيا).

أولا : النتائج المباشرة للمبدأ

- النتيجة الأولى المستخلصة من هذا المبدأ هو أن مصير العقد الأساسي ليس له أثر على اتفاقية التحكيم الخاصة به ، مما يؤدي إلى أن وجود العقد الأساسي أو صحته أو فسخه، أو انفساخه و حتى إجازته أو إنقاصه أو تحوله، فتبقى اتفاقية التحكيم قائمة و تمنح الهيئة التحكيمية سلطة الاختصاص، إضافة إلى ذلك فإن تجديد التزامات العقد لا يؤثر على قيام اتفاقية التحكيم، و إذا تم إجراء الصلح في العقد الأساسي لا ينهي فعالية اتفاقية التحكيم[2].

- أمّا النتيجة الثانية المباشرة تكمن أساسا في إمكانية تطبيق على اتفاقية التحكيم قانونا مختلفا عن القانون الواجب التطبيق على العقد الأساسي، و هذا ما أكدته المادة 458 مكرر 1 الفقرة الثانية من المرسوم التشريعي رقم 93-09.

---

[1] Philippe Fouchard et autres , Op. Cit , p 222

[2] Philippe Fouchard et autres , Op. Cit , p 226

ثانيا : النتائج غير المباشرة للمبدأ

نستطيع أن نستخلص نتيجتين في هذا الصدد :

- أولهما أن هذا المبدأ يبرز عنه منهج عام في مجال التحكيم هو منح الهيئة التحكيمية سلطة الاختصاص بها، حيث تنص المادة 458 مكرر 7 الفقرة الأولى على أن :"تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها و يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع يتعلق في الموضوع ...".

إن مبدأ الاستقلالية يتصل بمبدأ الاختصاص كونهما مرتبطين و لهما نفس الغاية، إذ متى أصبح العقد الأساسي معيبا، فإنه لا يؤثر مباشرة على اتفاقية التحكيم و بالتالي على اختصاص الهيئة التحكيمية[1].

- أما ثانيهما تتمثل في استبعاد منهج التنازع و هذا ما أقره القضاء الفرنسي[2] في هذا الصدد حيث أن اتفاقية التحكيم لا تشترط أن تخضع للقانون المطبق على العقد الأساسي، بل أقر صحتها إذا اتفق أطرافها على خضوعها إلى نظام تحكيمي دون اللجوء إلى نظام قانوني لبلد معين.

و خلاصة القول عن هذه النتائج المذكورة سلفا، أنه في أحوال بطلان العقد الأساسي لا يؤثر على اتفاقية التحكيم و لو كان شرطا للتحكيم مدرجا في صلب العقد الأساسي ما لم يكن هو أيضا باطلا لسبب خاص به كنقص الأهلية لأحد الأطراف أو تخلف سلطة التعاقد لأن مثل هذه الأسباب تلحق بالعقد الأساسي كما يلحق بشرط التحكيم[3].

و من الطبيعي أن زوال اتفاقية التحكيم ببطلان أو سقوط لا يؤثر على بقاء العقد الأساسي الذي يكون منتجا لآثره، و في حالة نزاع يكون من اختصاص القضاء

---

[1] Philippe Fouchard et autres, Op. Cit. , P229.

[2] قضية HECH محكمة استئناف باريس قرار بتاريخ 1972/01/25 .

[3] مصطفى م، الجمال و عكاشة م، عبد العال ، المرجع السابق،ص355 .

العادي، ما لم تجدد اتفاقية التحكيم في شكل مشارطة التحكيم، و لم ينص القانون الجزائري على هذه الحالات لأنها تطبق فيها قواعد التنازع بشأن العقد الأساسي .

المطلب الرابع : الفصل في وجود و صحة اتفاقية التحكيم.

قد يحدث أن يتأجل تطبيق اتفاقية التحكيم في الداخل أو في الخارج إذا اعترض تطبيقها مؤقتا عائق، و قد يتعذر تنفيذها على نحو مطلق مما يتطلب إصدارها، و عليه يجب عرض النزاع على الجهة المختصة[1].

تبرز هذه العوائق عندما تتكاثر الادعاءات بشأن صحة اتفاقية التحكيم سواء كانت مؤسسة قانونية أو كانت صادرة عن سوء نية من قبل أحد الأطراف لتجميد فعالية آلية التحكيم ويترتب على ذلك تأكد صحة وجودها من قبل سلطة القضاء التحكيمي (الفرع الأول) وسلطة القضاء العادي (الفرع الثاني).

الفرع الأول : سلطة القضاء التحكيمي .

في البداية تظهر أهمية التميز بين المحكم و القاضي العادي حيث أن الأول هو مجرد شخص طبيعي خاص يصدر قرارا تحكيميا على أساس وجود اتفاقية التحكيم بين أطراف النزاع، و ليس له سلطة الإجبار[2]، أما القاضي العادي يتميز بسلطات واسعة تخولها له الدولة للنطق بحكم ما و تنفيذه، و يستطيع أن يستعمل القوة عند الضرورة بقوة القانون لتنفيذ حكمه.

بالرغم من أن القانون يخول للمحكم سلطة الاختصاص الخاص به، و يستطيع إصدار قرار تمهيدي أو ابتدائي قبل الفصل في الموضوع المتمثل برفض الدفع بعدم الاختصاص المطلوب من قبل أحد الأطراف، فإن الهيئة التحكيمية لا تملك أي سلطة

---

[1] منير عبد المجيد، المرجع السابق – ص 131.

[2] René David, Op.Cit , p13 .

الفصل في صحة اتفاقية التحكيم، إذ تعتبر من بين المسائل الأولية التي تخرج عن اختصاصها مما يتعين اللجوء بشأنها إلى المحكمة المختصة[1].

وبالمقابل لا يعني أن الهيئة التحكيمية لا تتصدى إلى وجود و صحة اتفاقية التحكيم بصفة مطلقة، بل تفضل الرجوع إلى القانون المطبق على اتفاقية التحكيم لتتأكد من وجود و مدى صحتها بوصفها مسألة أولية يجب البث فيها قبل الفصل في الموضوع، و لها في هذا السبيل سلطة تفسيرها وفقا لما انصرفت إليه الإرادة المشتركة لأطراف الخصومة.

و الحكمة من هذه السلطة الاستثنائية، تكمن في أن المحكم بإجرائه هذا يتأكد من تمتعه بصلاحية الفصل في موضوع النزاع بموجب اتفاقية التحكيم حتى ينظر فيه، و يرجع السبب إلى الفائدة العملية المتمثلة في تفاديه إصدار القرار التحكيمي المراد تنفيذه في بلد ما بسبب عدم صحة اتفاقية التحكيم، و بعبارة أخرى إذا وجد المحكم هذه الاتفاقية معيبة لسبب ما، فإنه لا يتصور قبوله المهمة، لأن لو قبلها و صدر قرارا تحكيميا فإنه يتوقع مسبقا عدم حصوله على الصيغة التنفيذية باعتبار أن قاضي البلد مراد تنفيذه هو الرقيب عليه وعلى اتفاقية التحكيم، اللهم إذا كان تنفيذا طوعيا للقرار من قبل المستشهد ضده.

و قد أجازت المادة 458 مكرر 7 الفقرة الأولى لأحد الخصوم الدفع بعدم اختصاص الهيئة التحكيمية قبل الفصل في الموضوع، و ذلك بإثبات ذلك بواسطة كل الوسائل كأن سبق وصدر حكم قضائي الذي يبطل اتفاقية التحكيم ....

<u>الفرع الثاني</u> : سلطة القضاء العادي :

بمقتضى الاتفاقية الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، فإنها تؤكد على ضرورة الاعتراف بصحة وجود اتفاقية التحكيم إذا توفرت على شروط[2] منها

---

[1] منير عبد المجيد، المرجع السابق – ص 133.

[2] René David, Op.Cit , p237

شروط موضوعية والأخرى شكلية تركت للدول المتعاقدة الحرية إقرارها في أنظمتها القانونية الداخلية.

والأصل أن اللجوء إلى اتفاقية التحكيم يولد التزاما هاما على عاتق أطرافها وهو عدم التماس إلى القضاء الوطني لحسم النزاع، فقد نتساءل :هل لهذا المبدأ حدودا؟

إذا نظرنا إلى قانون التحكيم الجزائري، نستخلص من قواعده المادية أنه تشجع عمليات التحكيم التجاري الدولي، و الدليل على ذلك أن القاضي الجزائري مستعد لمساعدة الهيئة التحكيمية و كذلك أطراف النزاع في عدة مسائل إجرائية إذا طلب منه ذلك.

و مع ذلك قد يلجأ أحد الأطراف الذي لا يرغب في عملية التحكيم إلى القضاء العادي من أجل إقناعه على عدم صحة اتفاقية التحكيم، و يطلب منه إبطالها كونها عديمة الأثر. فماذا سيكون موقف القضاء في حالة وجود هذه الادعاءات؟

في حالة وجود اتفاقية التحكيم في صلب العقد الأساسي أو مستقلة عنه في شكل مشارطة التحكيم فإن القاضي لا ينظر إلى هذه الدعوى المطروحة أمامه والمتعلقة طلب بطلان اتفاقية التحكيم و طبقا للمادة 458 مكرر 8 الفقرة الثانية من القانون التي تنص :"يكون القاضي غير مختص للفصل في الموضوع متى كانت دعوى التحكيم معلقة".

إلاّ أن هذا القيد القانوني يخص الادعاء في مرحلة سير الدعوى التحكيمية كإجراء قانوني للتحكيم، و مع ذلك فإن سلطات القاضي لا تنفذ تماما لأن القول بعدم قبول الدعوى القضائية من قبله أو امتناعه في النظر فيها هو مخالف للنظام العام في قانون الإجراءات المدنية الجزائري، بل يجب على قاضي الموضوع أن يصدر حكما

دائما في هذا المجال أنظر ع. سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، دار النهضة العربية. القاهرة (مصر)، ط1 – 1997.

عن كل دعوى قضائية و لو كان يقيد عدم الاختصاص إذا وجدت اتفاقية التحكيم، لذا فيكون للقاضي إحدى الوسيلتين، أولهما أن يدرس الدعوى و يقرر اختصاصه أو إحالة الأطراف إلى التحكيم بواسطة حكم، و ثانيهما هو صدور قراره بوجود اتفاقية التحكيم و يرفض دعوى البطلان و يحيل الأطراف إلى الهيئة التحكيمية بتحفظ، بمعنى تحفظه على الرقابة اللاحقة للقرار التحكيمي خلال طلب الصيغة التنفيذية[1].

و الجدير بالذكر إذا قرر قاضي الموضوع اختصاصه فهذا يكون نتيجة أساس قانوني تخول له هذا الاختصاص مهما أن اتفاقية التحكيم تكون قائمة، كأن تكون معيبة كمخالفتها للنظام العام الداخلي أو الدولي، فيصدر القرار ببطلانها مما يساعد هذا الحكم المدعى بالدفع أمام الهيئة التحكيمية بعدم اختصاصها عن طريق هذه القرينة القانونية القاطعة في شكل حكم حائز حجية الشيء المقضي به.

و أخيرا إن للقاضي سلطة الفصل في صحة اتفاقية التحكيم في آخر مطاف لعملية التحكيم، فإن القانون يمنحه إياها في مرحلة تنفيذ القرار التحكيمي و هذا ما نصت عليه المادة 458 مكرر 18 بقولها :"يثبت وجود قرار تحكيمي بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو نسخ منم هذه الوثائق تتوفر فيها الشروط المطلوبة لإثباب صحتها."

ويلاحظ من نص المادة المذكورة سلفا أنه إذا تخلفت اتفاقية التحكيم أو كانت معيبة حسب القانون المطبق عليها فإن القرار التحكيمي لا ينفذ أصلا في بلد القاضي، و بعبارة أخرى أن رفض تنفيذه هو أن آلية التحكيم قد فشلت بأثر رجعي لذا فإن تقدير السلطة القضائية هو تقدير سيادي مطلقا عكس تقدير الهيئة التحكيمية[2].

---

[1] هشام علي صادق و حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابع ، ص 209 .

[2] هشام علي صادق و حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 209.

الفصل الثاني : آثار اتفاقية التحكيم و أسباب انقضائها

لقد عرفنا اتفاقية التحكيم التجاري الدولي بأنها عقد بمقتضاه يلتزم أطرافه بفض النزاع بشأن عقد الأساسي عن طريق المحكم أو المحكمين دون اللجوء إلى القضاء العادي. و عالج المشرع الجزائري هذا النوع من العقود أساسا في مادة واحدة كقاعدة مادية دولية في ظل المرسوم التشريعي رقم 93-09، مكتفيا بذلك بإخضاع اتفاقية التحكيم من حيث الأحكام إلى القانون الواجب التطبيق عليها بنص المادة 458 مكرر 1 من المرسوم المذكور أعلاه.

ومن هذا القبيل، فإن البحث عن آثار اتفاقية التحكيم، يحملنا إلى التطرق إليها من عدة زوايا قانونية أهمها القواعد المادية الدولية للتحكيم الجزائرية، ثم القواعد العامة باعتبار أنها مصدر لكل العقود و أخيرا من زاوية القضاء التحكيمي الدولي (المبحث الأول).

بالمقابل إن اتفاقية التحكيم في العقود قد تتعرض للانقضاء أو الانتهاء سواء بأسباب إرادية أو غير إرادية، مع العلم أن المرسوم التشريعي رقم 93-09 لم يتطرق إليها صراحة، لذا نحاول أن نستخلصها كذلك من أحكام القواعد العامة و القواعد المادية الدولية (المبحث الثاني).

المبحث الأول : آثار اتفاقية التحكيم.

تتمتع اتفاقية التحكيم كغيرها من العقود بقوة الإلزام[1]، و الأصل أن هذه القوة تقوم بمواجهة أطرافها أساسا، إذ يلتزمون بمضمونها و التي تتمثل التزاماتها في لجوء أطرافها إلى الهيئة التحكيمية للفصل في نزاعاتهم، و كذلك الامتناع عن اللجوء إلى القضاء العادي بشأن هذه النزاعات، و هذا ما يعرف بأثر العقد من حيث الموضوع (المطلب الأول).

---

[1] أنظر المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

و إذا ما تحققت القوة الملزمة لاتفاقية التحكيم التي تواجه أطرافها عموما فإنها لا تقوم في مواجهة الغير إلاّ في الحالات خاصة التي يقررها القانون خروجا عن الأصل و هذا ما يعرف بأثرها من حيث الأشخاص (المطلب الثاني).

المطلب الأول : آثار اتفاقية التحكيم من حيث الموضوع.

تعتبر اتفاقية التحكيم حجر الزاوية لآلية التحكيم في جميع فروضه، فقد يترتت على هذه الصفة أثران، أحدهما إيجابي و الآخر سلبي، أمّا الأثر الإيجابي يتمثل في التزام أطراف اتفاقية التحكيم باللجوء إلى الهيئة التحكيمية لفض نزاعهم، أمّا الأثر السلبي يبرز في امتناع أطرافها إلى اللجوء إلى القضاء العادي بشأن الموضوع محل التحكيم، و إذا كان هذان الأثران المترتبان على اتفاقية التحكيم، فإن قيامهما يكون رهينا بصحة هذه الاتفاقية، و بقاؤهما يكون رهينا ببقائها[1].

و على هذا النحو فإن دراسة أثر اتفاقية التحكيم من حيث الموضوع نتناول الآثار الإيجابية (الفرع الأول)، و الآثار السلبية (الفرع الثاني)، و لا ننسى الآثار العرضية التي تطرأ على اتفاقية التحكيم إضافة إلى الأثرين المذكورين أعلاه (الفرع الثالث).

الفرع الأول : الآثار الإيجابية لاتفاقية التحكيم.

تتمثل الآثار الإيجابية لاتفاقية التحكيم في أن هذه الأخيرة تلزم الأطراف إلى عرض النزاع موضوع التحكيم إلى الهيئة التحكيمية (أولا). و تمنح الإختصاص إليها (ثانيا).

أولا : التزام الأطراف بإحالة النزاع المحدد باتفاقية التحكيم إلى الهيئة التحكيمية.

تتحدد آثار العقد وفقا لما اتجهت إليه إرادة أحدهما دون أن تتلاقى فيه إرادة الآخر، و بعبارة أخرى إن مبدأ التزام الأطراف بإحالة النزاع إلى الهيئة التحكيمية

---

[1] مصطفى محمد الجمال و الآخر المرجع السابق ص 508.

يكون في ضوء اتفاقية التحكيم، مما نستخلص أنه التطبيق الفعلي لمبدأ القوة الإلزامية للعقود، و يعدّ هذا المبدأ أساس القانون الدولي للعقود[1].

و اتخذ المشرع الجزائري من هذا المبدأ قاعدة مادية دولية في المادة 458 مكرر 1 من قانون التحكيم الجزائري، و أكثر من ذلك أصبح هذا مبدأ عابرا للدول إذا لا ننتظر التأكد من القوة الملزمة للعقد في القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم، لعلّ أن هذا الالتزام قد يفقد فعاليته العملية إذا لم يكن مقترنا بجزاء عيني أو تنفيذ عيني.(أ)وكذلك يجب منح الأولوية للتحكيم على الإمتيازاتالقضائية(ب).

أ- التنفيذ العيني للالتزام بإحالة النزاع المتفق عليه إلى التحكيم :

تعد اتفاقية التحكيم عقدا من طبيعة خاصة من جهة، و الهيئة التحكيمية كقضاء خاص من جهة أخرى، قد تشكل هاتين الصفتين صعوبة عملية لمسألة التنفيذ العيني للالتزام بإحالة النزاع إلى المحكم أو المحكمين لأن موضوع النزاع يتعلق بالعقد الأساسي، و ما اتفاقية التحكيم إلاّ عقدا ملحقا به موضوعه إجرائي، إضافة إلى ذلك نجد أن الهيئة التحكيمية تفقد الصفة الأساسية المتمثلة في سلطة الإجبار التي يتميز بها القضاء العادي.لذا فهي لا تتوفر على أساس قانوني لتقدير التعويض في حال نكول أحد المتعاقدين عن التزامه بإجراء التحكيم ، وبعبارة أخرى لا تستطيع تقدير أي قيمة مالية بمجرد أنها لم تتمكن من فض النزاع، و بالمقابل لا يمكن وصف هذا الوضع بإنكار العدالة في مجال التحكيم.

لعلّ هذه الصعوبة يبقى للطرف المعجل بإحالة النزاع إلى التحكيم أن يطلب التعويض من القضاء العادي لحصول عليه نتيجة الضرر الناشئ عن الإخلال بالالتزام السابق، و لكن هذا سيؤدي إلى طريق مسدود لأن هناك التزام مقابل آخر في نفس اتفاقية التحكيم المتمثل عن الامتناع للجوء إلى القضاء العادي، بمعنى هذا

---

[1] Philippe Fouchard et autres Op cit p 396.

الأخير لا يستطيع الفصل في هذا النزاع بموجب القانون مما يتحتم عليه إحالة أطراف النزاع إلى التحكيم.لا شك أن مصدر هذه الصعوبة هو يرجع إلى آثار الإسناد الإداري أو سمو مبدأ سلطان الإدارة من خلال إبرام اتفاقية التحكيم.

إذا كانت القواعد العامة تجعل الدائن يجبر المدين على تنفيذ التزامه متى كان ذلك ممكنا[1]، فإنه التنفيذ العيني للالتزام الخاص باتفاقية التحكيم لا يكون ممكنا لأن هذه الأخيرة تحتوي على ازدواجية الالتزام أحدهما بالفعل و الآخر بالامتناع.و مع ذلك فإن القضاء التحكيمي استخلص مبدأ عاما، و أدرج في معظم التشريعات الوطنية الخاصة بالتحكيم و من بينها الجزائر، و يعرف هذا الحل بمبدأ الاختصاص الهيئة التحكيمية الخاص بها أو مبدأ (اختصاص باختصاص) المتمثل في قدرتها في النظر الدعوى التحكيمية أوليا أو ابتدائيا كما سنراه في الأثر الإيجابي الثاني الموالي.

ونتساءل ما مدى التزام الأطراف باتفاقية التحكيم بإحالة النزاع إلى المحكمين بالمقارنة مع نظام الامتيازات و الحصانة القضائية؟

ب- أولوية التزام لإحالة النزاع إلى هيئة التحكيم على الامتيازات القضائية :

قد يحدث أن تنعقد اتفاقية التحكيم بين الأطراف، بمجرد نشوء النزاع الفعلي وقد يدعي أحد الأطراف أنه يخضع إلى قانونه الوطني على أساس مبدأ الامتياز القانوني(*) والحصانة القضائية (*).

- **الامتياز القانوني :**

يقصد بالامتياز القانوني، تمتع الوطنيين ببلدهم بسلطات تخول لهم اللجوء إلى اختصاص قضائهم الوطني على الرغم أن العلاقة هي دولية.

---

[1] أنظر المادة 164 من القانون المدني الجزائري.

و نجد هذا النوع من الامتياز في القانون الجزائري في المواد 10 و 11 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري[1] و كذلك في المادة 325 من نفس القانون التي تستلزم لتنفيذ حكم أجنبي أن يكون مطابقا للقواعد التنفيذ في الجزائر.

أما في مجال التحكيم التجاري الدولي، و بمجرد قبول اتفاقية التحكيم، لا يجوز للطرف الجزائري التمسك بالمواد 10 و11 من قا. إ. م. ج. لأن موضوعها هو التزام بعدم اللجوء إلى القضاء العادي، و لا ننسى أن القانون الجزائري يمنع القضاء في النظر في نزاع سبقته اتفاقية التحكيم.

لو افترضنا أن طرف جزائريا أبرم اتفاقية التحكيم في شأن علاقة دولية فلا يمكن التمسك بالمادة 325 من ق. أ .م .ج التي تشترط من الحكم الأجنبي أن يخضع بإجراءات أمام القضاء الوطني وقفا لتنفيذ أحكام. إلاّ أن هذا الامتياز المتمثل في ازدواجية التنفيذ لا يتماشى مع أحكام التحكيم، على أساس أن القرار التحكيمي ينفذ بكل سهولة، لأن المادة 325 من قا. أ.م. ج[2] تستثني حالة وجود معاهدة تنص على خلاف ذلك، و بما أن الجزائر انضمت إلى اتفاقية نيويورك 1958 المتعلقة بالاعتراف و تنفيذ القرارات الأجنبية تحول دون تلك ازدواجية التنفيذ، و بعبارة أخرى إن القاضي الوطني لا يشكل صعوبة في إعطاء الصيغة التنفيذية لقرار تحكيمي ما دامت اتفاقية التحكيم موجودة و صحيحة و أن هذا القرار قد صدر وفقا لما أرادته أطرافه.

- **الحصانة القضائية :**

---

[1] – المادة 10 من قا.إ.م .ج تجيز تكليف بالحضور الأجنبي أمام المحاكم الجزائرية لتنفيذ الإلتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع الجزائري أو في بلد أجنبي

– المادة 11 من قا.إ.م .ج تجيز تقديم كل جزائري للقضاء الجزائري بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي حت و لو مع أجنبي.

[2] المادة 325 من قا.إ.م.ج التي تمنع تنفيذ الأحكام الأجنبية على الآراضي الجزائرية إلاّ وفقا لما تقضي به القضاء العادي دون الإخلال بما ينص عليه اتفاقيات السياسة من أحكام مخالفة.

في القانون الدولي الخاص نجد أن كل دولة ذات سيادة كاملة تتمتع بمبدأ الحصانة القضائية وبمعنى آخر فإنها لا تخضع إلى أي قضاء دولة أخرى ، و تتمثل هذه الحصانة في شكل امتياز يمنح من قبل القاضي الأجنبي سواء كان لزوما أو نتيجة مجاملة دولية بالرغم من أنّه مختص في الفصل في النزاع ومع ذلك يفقد سلطة الحكم على أساس عدم قبول النظر في موضوع النزاع و ليس على سند عدم الاختصاص [1].

وفي الوقت الحاضر أصبح مبدأ الحصانة يتراجع تدريجيا باعتبار أن الدولة أصبحت تتدخل في قطاعات اقتصادية متشعبة مما يمكن الحديث عن نزولها في مسائل التجارة الدولية إلى موقع خاص أو تاجر.وفي مجال التحكيم التجاري الدولي، نجد أن الدولة التي تبرم اتفاقية التحكيم في العقود الدولية لا يمكن لها التمسك بالحصانة القضائية لأنها عبرت عن إرادتها الصريحة باللجوء إلى التحكيم في أي نزاع قد ينشأ بمناسبة العقد المذكور سابقا.

وأمّا في القانون الجزائري نجد أن المشرع قد أكد عن تنازلها عن الحصانة القضائية بتعديله نص المادة 442 من القانون الإجراءات المدنية الجزائري بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-09، حيث أجازت لأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم في مسائل التجارة الدولية.

فكلما أبرمت الدولة أو إحدى فروعها اتفاقية التحكيم و نتج نزاع بمناسبة تفسير أو تنفيذ العقد التجاري الدولي ألزمها على إحالة هذا النزاع إلى التحكيم للفصل فيه و هذا دون أن ينتقص من سيادتها، و لا يمكن لها الاحتماء وراء قواعد حصانتها[2].

---

[1] Jean Delebeque et autre Op. Cit p294 et 295.

[2] Cassation 1 civil 11 juin 1991 SOABI contre Sénégal « l'état étranger qui s'est soumis à la juridiction arbitrale a, par la même accepté que la sentence être revêtes de l'exaquator le quel ne constitue pas en lui même, un acte d'exécution de nature à provoquer l'uminite d'exécution de l'état considéré ».

و أخيرا إنّ إحالة أطراف اتفاقية النزاع إلى اختصاص الهيئة التحكيمية يكون إلتزاما على عاتق الطرفين في غالب الأحوال، إلاّ أنه لا يكفي ذلك لتحريك آلية التحكيم بل يجب منح الهيئة التحكيمية الاختصاص لفض النزاع بمقتضى اتفاقية التحكيم كأثر إيجابي.

ثانيا : منح الهيئة التحكيمية اختصاص الفصل في النزاع:

يعتبر منح الهيئة التحكيمية اختصاص الفصل في النزاع المبين في اتفاقية التحكيم الأثر الإيجابي الثاني لها، و هذا لا يعني أن عقد التحكيم المتمثل في إسناد مهمة المحكم أو المحكمين الذي هو عقدا مميزا عن اتفاقية التحكيم الذي موضوعه حقوق و التزامات المتبادلة بين أطراف النزاع و المحكمين، بل يقصد بهذا الأثر منح الاختصاص وفقا لاتفاقية التحكيم بمعنى أن هذه الأخيرة هي مصدره .

يتطلب منا دراسة هذا الأثر الإيجابي الثاني في عنصرين، أولهما امتداد هذا الاختصاص للهيئة التحكيمية (أ)، و ثانيهما دراسة المبدأ المعروف بمبدأ اختصاص الخاص بالهيئة التحكيمية(ب).

أ- امتداد اختصاص الهيئة التحكيمية.

تتحدد آثار العقد وفقا لما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وليس وفقا لما اتجهت إرادة أحدهما دون أن تتلاقى فيه مع إرادة الآخر[1].

يشترط القانون الجزائري أن تكون اتفاقية التحكيم محررة في وثيقة يوقعها الطرفان تتضمن كل ما اتفقا عليه، فتكون شروط هذه الوثيقة محور تحديد معالم التحكيم المتفق عليه.

تختلف مهمة المحكم عن اختصاصه، حيث أن مهمته تتمثل في تصرف بمقتضاه أن الهيئة التحكيمية لها سلطة الحكم، أمّا اختصاصه يبرز امتداد هذه السلطة

---

[1] مصطفى م. الجمال الآخر المرجع السابق ، ص 537.

المخولة له، باتفاقية التحكيم تمنح له الهيئة التحكيمية سلطة الفصل في النزاع بقرار بموجبه يمتثل أطراف النزاع جبريا له لأنه حائز على حجية الشيء المقضي به، و ينفذ من قبل القاضي الوطني[1].

و الجدير بالذكر أن التفسير يخضع لمجموعة ضوابط منطقية بعضها يتعلق بتحديد معاني الألفاظ و مداها، و بعضها يخص حسم التعارض بين دلالة معينة و بين ما يعارضها من دلالات أخرى مستفادة من اتفاقية التحكيم، كما يخضع إلى مجموعة من المعايير القانونية[2] التي تتعلق بالبحث عن الإرادة المشتركة فيما وراء عبارات الاتفاقية.

إلاّ أن كون حرية الاتفاق على التحكيم قد جاءت على خلاف الأصل في ولاية القضاء في حسم في النزاعات، لذا يجب اعتماد أساسا على مبدأ التفسير الضيق لاتفاقية التحكيم، ففي كل حالة يثور فيها شك حقيقي حول اتجاه الإرادة المشتركة للمتعاقدين إلى شمول اتفاقية لنزاع من النزاعات، يتعين الأخذ بانتفاء هذه الإرادة و لا يدخل هذا النزاع في مجال التحكيم بحيث يظل الفصل فيه من سلطة القضاء وحده[3].

و يرى القضاء التحكيمي أن التفسير الضيق لاتفاقية التحكيم قد يتحدد و بعض الأحوال كأن تكون الاتفاقية معيبة بخطأ مادي يجوز تصحيحه عن طريق المحكم كشرط التحكيم المعتل كما رأينا سالفا، و نجد أيضا أن الشك قد يشمل آلية التحكيم ذاته و كيفية إتمامه و في هذا الحال لا يمكن الرجوع إلى الأصل و هو ولاية

---

[1] Philipe fouchard et autres. Op . cit , p 408

[2] [كقاعدة الأصل في الكلام الحقيقة فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلاّ إذا تعذر حمله على معناه الحقيقي] و القاعدة [لا عبرة بالدلالة في مقابل التصريح] و القاعدة [طبيعة التعامل و الثقة بين المتعاقدين و العرف التجاري] .

[3] أحمد أبو الوفا، المرجع السابق ، ص 145 .

المكتبة

القضاء العادي و إنما يكون الرجوع إلى القواعد المادية الخاصة بالتحكيم التي وضعها المشرع للتطبيق.

و أخيرا ما يلاحظ أن اتفاقية التحكيم تتضمن التزامين أولهما الامتناع عن اللجوء إلى القضاء و ثانيهما اللجوء إلى التحكيم، لهذا فالمدين الذي يجب أن تعبر لمصلحته لا يجوز أن يكون إلاّ الطرف الذي يتم التمسك في مواجهة الهيئة التحكيمية وعند الشك يتطابق مع مبدأ استحالة التفسير في القواعد العامة حيث تفسر لمصلحة المدين[1].

ب- مبدأ الاختصاص الخاص بالهيئة التحكيمية:

إذا كان المحكم لا تتوفر فيه السلطة النظامية و لا صفة القاضي الأجنبي مقارنة بالقاضي الوطني، و أن مصدر قضائه يكون رهين بعقد خاص المتمثل في اتفاقية التحكيم[2] ، فإن القانون يخول له سلطة جد هامة تبرز في مبدأ الاختصاص الخاص به.

كرّس المشرع الجزائري هذا المبدأ في المادة 458 مكرر 7 من المرسوم التشريعي رقم 93-09 بقولها: "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، و يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع يتعلق بالموضوع"

يفهم من نص المادة المذكور أعلاه أن هذا المبدأ تجيزه للمحكم أو المحكمين لتقدير مباشرة احتمال عدم اختصاص المحكمة التحكيمية الذي تمسك به فرضيا الطرف المدعي عليه، و أن هذه السلطة التقديرية لتحديد مدى اختصاصها يجب أن تنظر في مدى صحة اتفاقية التحكيم التي تمنح لها الاختصاص بإخضاعها إلى القانون الواجب التطبيق عليها، حسب ما اتجهت إرادة الأطراف إليه من قبل[3].

---

[1] المادة 112 قا.م.ج [يؤول الشك في مصلحة المدين..].

[2] Eric Loquin, les pouvoirs des arbitres internationaux,in acte de séminaires colloque Tunis , Op. Cit, p 315

[3] Noureddine Terki, Op. Cit, p58

يعني مبدأ اختصاص المحكمة التحكيمية الخاص بها أنها تنظر في موضوع النزاع ولو أن أحد الأطراف يتمسك ببطلان اتفاقية التحكيم أمامها سواء كان شرطا تحكيميا أو مشارطة التحكيم.

و يبدو أن مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأساسي يكفي للفصل في صحتها، إلاّ أن هذا الوضع يجول دون قيام المحكمة التحكيمية بمهامها إذا كانت الإتفاقية مشوبة بعيب[1]، و هذا يجعل آلية التحكيم تنحصر في حلقة مفرغة، بمعنى أن القضاء التحكيمي و القضاء العادي يمتنعان عن النظر في الدعوى بمجرد دفع أحد الأطراف بعد اختصاصهما.

غير أن اتفاقية التحكيم تتعلق بمبدأ اختصاص المحكمة التحكيمية أكثر من مبدأ استقلاليتها عن العقد الأساسي، حيث بموجب المبدأ الأول فإنه يصدر قرارا مستخلصا عدم اختصاصه، و عليه يحيل أطرافها إلى القضاء العادي.

أمّا عن أساس هذا المبدأ فنجده في القانون الذي يجيزه و لا يجد ضالته في اتفاقية التحكيم، بحيث المادة 458 مكرر7 من المرسوم التشريعي تقره و تتبناه في القانون الجزائري.

إنّ منح القانون هذه السلطة للهيئة التحكيمية لا يعني أنها تقرر لوحدها ولايتها في الفصل في النزاع، بل أن منطق المادة المذكورة أعلاه يحرص على المحكم التأكد أولا من اختصاصه و بالمقابل يبقى للقضاء العادي في آخر المطاف الرقيب على هذه الولاية و ذلك في مرحلة تنفيذ القرار التحكيمي[2].

يشكل هذا المبدأ فائدة عملية لأنه يتعلق بمسألة إجراءات التحكيم، و لا يخص المسألة الموضوعية، لأن هذا المبدأ لا يهتم بتفسير اتفاقية التحكيم و لا بتحديد

---

[1] Philippe Fouchard et autres, Op. Cit P 414

[2] Philippe Fouchard et autres, Op. Cit P 415

النزاع، و إنما يهدف تقرير سلطة الهيئة التحكيمية في الاختصاص في المسألة المتنازع عليها من طرف المدعي عليه بشأن صحة اتفاقية التحكيم[1].

وقد نستخلص من مبدأ اختصاص الهيئة التحكيمية الخاص بها والمذكور في المادة 458 مكرر 7 أثرين، أحدهما إيجابي المتمثل في منح للمحكم سلطة الاختصاص، و ثانيهما سلبي المتمثل في أن المبدأ يمنح للمحكم الاختصاص بصفة أولية بمعنى يمنع القضاء العادي للتصدي لموضوع النزاع الذي هو من اختصاص المحكمة التحكيمية.

في الواقع إنّ قاعدة الاختصاص حسب المبدأ هي مسألة أولوية بالمفهوم ظرف زمني و ليس بالمفهوم التدريجي، لأن القضاء العادي يتمتع بسلطة الرقابة اللاحقة لمدى صحة هذا الاختصاص أثناء تنفيذ القرار التحكيمي.

إضافة إلى ذلك، فإن المبدأ الاختصاص الخاص بالمحكمة التحكيمية حسب المادة 458 مكرر 7، هو حل قانوني لمعارضة الطرف المدعي عليه الذي يريد منازعة اتفاقية التحكيم لشل آلية التحكيم و تضييع الوقت بامتناعه عن تشكيل المحكمة التحكيمية بقصد الإضرار المدعي.

و أخيرا لا يجوز لنا أن نقول بأنّ مبدأ الاختصاص المحكمة التحكيمية الخاص بها هو انتقاص من سلطة القضاء الوطني، لأن هذا الأخير هو الرقيب على آلية التحكيم بكل فروضه، و إنما اعتنقه المشرع الجزائري لتشجيع التحكيم كما أكدته القواعد المادية في القانون الدولي[2].

---

[1] Réné David, Op Cit, P 396

[2] لم تتطرق إليه معاهدة نيويورك 1958 – نصت عليه المادة 41 من معاهدة واشنطن 1965 CIRDI – أكدته المادة 16 من القانون النموذجي CNUDCI 1985

الفرع الثاني : الآثار السلبية لاتفاقية التحكيم

تأمينا لشروط اتفاقية التحكيم، و جب على أطرافها الالتزام بإحالة النزاع أمام الهيئة التحكيمية كأثر إيجابي، فإنه يقابله من جهة أخرى أثر سلبي المتمثل في حرمان أطراف اتفاقية التحكيم من اللجوء إلى القضاء بخصوص الخصومة التي اتفقت فيها على التحكيم[1].

يعتبر هذا الأثر السلبي مبدأ ناتجا عن الالتزام التعاقدي في اتفاقية التحكيم (أولا)، وعلى الرغم أنّ إرادة الأطراف هي مصدر لمبدأ عدم اختصاص القضاء العادي إلاّ أنه يخضع لنظام قانوني (ثانيا)، و بالرجوع إلى القواعد المادية في قانون التحكيم الجزائري نجد أن هذا المبدأ ليس مطلقا بل يتحدد بنطاق قانوني معين (ثالثا).

أولا : مبدأ عدم اختصاص القضاء العادي أو الوطني.

إن معظم التشريعات الحديثة الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي تأخذ بمبدأ عدم اختصاص القضاء العادي الوطني للنظر في النزاعات المبينة في اتفاقية التحكيم سواء كانت على شكل شرط التحكيم أو مشارطته [2].

انتهج المشرع الجزائري نفس الطريق في المرسوم التشريعي رقم 93-09 حيث تنص المادة 458 مكرر 8 منه في فقرتها الثانية على ما يلي :" يكون القاضي غير مختص للفصل في الموضوع متى كانت دعوى التحكيم معلقة"

إذا عمدنا على التفسير الضيق للفقرة المذكورة أعلاه يؤدي بنا إلى الاعتقاد أن القضاء العادي يكون غير مختص فقط عندما تكون دعوى التحكيم معلقة[3]. أي

---

[1] أحمد أبو الوفا، المرجع السابق ص 116 .

[2] Philippe Fouchard et autres, Op. Cit P 417.

[3] يقصد بالدعوى المعلقة عندما يباشر أحد أطراف اتفاقية التحكيم في بدء في اجراءات التحكيم كبدء في تشكيل هيئة التحكيم ....

عندما يباشر أحد الأطراف إجراءات التحكيم، أما في غير هذه الحالة، فإنه يعود الاختصاص إلى القضاء العادي و هذا ما نستنتجه بمفهوم المخالفة من الفقرة أعلاه.

إلاّ أن هذا التفسير الحرفي للنص يستوجب إبعاده عن المعنى الحقيقي و نية المشرع و إلاّ اعتبرنا أن التحكيم لا فائدة منه و خدول الأطراف عن إبرام اتفاقية التحكيم، لأن سيئ النية يلجأ إلى القضاء العادي كلما كان مهددا بإجراءات التحكيم محتميا وراء القانون لحل إشكالية المادة 458 مكرر8، يجب أن نرجع إلى المادة 1458 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد (1981)، حيث جاءت بفرضيتين أولهما عندما تكون دعوى التحكيم معلقة و ثانيهما خارج أي إجراء تحكيمي متخذا، ففي كلتا الحالتين يكون القضاء الوطني غير مختص في النظر في النزاع المطروح أمامه[1].

نستنتج أن المشرع الجزائري قد أسقط الفرضية الثانية، و في انتظار الفقرة الثانية من المادة 458 مكرر8 لاكتمال المعنى اللفظي، فإنّ مبدأ عدم الاختصاص القضاء العادي في النظر في الدعوى سبقها التزام عقد متمثل في اتفاقية التحكيم ما لم تكن هذه الأخيرة باطلة أصلا، لأن هذا المبدأ أصبح معترف به دوليا[2].

ليس من السهل تطبيق هذا المبدأ عمليا و إن كان نظريا واضحا لأنه يجب وضع نظام محدد للاعتداد به، و هذا النظام يتمثل في القواعد الإجرائية أكثر منه في الالتزام العقدي أو الإرادي.

ثانيا: نظام عدم اختصاص القضاء العادي.

---

[1] Article 1458 du NCPCF dispose: «lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'état, celle ci doit se déclarer incompétente si le tribunal n'est pas encore saisie, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ».

[2] نصت عليه المادة 2 ف 3 من اتفاقية نيويورك ،بروتوكول جنيف 1923 مادة T.V الفقرة الأولى ، المادة 8 من القانون النموذجي CNUDCI 1985.

الاختصاص أو ولاية القضاء هي سلطة الحكم بمقتضى القانون في خصومة معينة و يقابلها عدم الاختصاص و هو فقدان هذه السلطة، يقوم مبدأ عدم الاختصاص أساسا على سند قانوني و تشترط الدفع بإثارته أمام القضاء العادي لأن الدفع بعدم الاختصاص شكلي يبدي قبل التكلم في الموضوع كقاعدة عامة. و أنه لا يحصل التمسك بعدم الاختصاص إلاّ إذا حصلت رفع دعوى مخالفة لقواعد الاختصاص المقررة في القانون.

إنّ الدفع بعدم الاختصاص يفيد لغة أن يوصف الدفع بحجية الشيء المقضي به بمعنى أن الدعوى قد سبق الفصل فيها، و يصح لغة رفع الدعوى بعد الميعاد المقرر قانونا، أمّا اصطلاحا فيعني مخالفة القواعد التي توزع الاختصاص على المحاكم[1].

في مجال التحكيم، الأصل إنّ القضاء يختص بنظر النزاع المتفق على التحكيم أصلا و لكن حقيقة الأمر إنّها تفقد سلطتها في الفصل فيه لقيام هذا الاتفاق[2]، سواء في شرط التحكيم أو مشارطته، و بعبارة أخرى أن اتفاقية التحكيم تنشئ التزاما سلبيا متبادلا على عاتق كل من طرفيها بالامتناع عن اللجوء إلى القضاء العادي للفصل في النزاع المحكم فيه، و هذا الالتزام هو التزام إرادي يقيمه الطرفان بإرادتهما المشتركة، فإذا ما أخل أحدهما بالتزامه و رفع دعواه إلى القضاء، كان الطرف الآخر أن دافعا هذا الإدعاء بسبق اتفاقية التحكيم[3].

أ- الدفع بسبق الاتفاق على التحكيم.

---

[1] نفس الفقرة الأولى من المادة 93 من قا.إ.م.ج :"عدم اختصاص المحكمة بسبب نوع الدعوى يعتبر من النظام العام و تقضي به المحكمة و لو من تلقاء نفسها و في أي حالة كانت عليها الدعوى ..." ،

Monique Bandrac et autres, Droit et pratique de la procédure civile, Coll Dalloz, Delta Paris– Ed 1998.

[2] أحمد أبو الوفا، المرجع السابق ص 120 .

[3] مصطفى م. الجمال و الآخر ، المرجع السابق،ص515 .

إنّ مبدأ عدم اختصاص القضاء العادي لفصل في النزاع المتفق عليه عن طريق التحكيم ليس من النظام العام، و بالتالي لا يستطيع القاضي الوطني أن يحكم به من تلقاء نفسه، بل يجب على الخصم الدفع به[1] أمام هذا القاضي بمعنى أن المدعي عليه يثبت وجود اتفاقية التحكيم و يطلب من القاضي عدم السماع إلى الدعوى المعروضة أمامه من قبل المدعي الذي أراد التحلل من اتفاقية التحكيم.

و الحكمة من عدم اعتبار مبدأ عدم الاختصاص من فروض النظام العام لأن التحكيم يستند على إرادة الأطراف لفض النزاع بهذا القضاء الخاص، و بالمقابل و بنفس مصدر السلطة الإرادية يستطيع أطراف نفس اتفاقية التحكيم التحلل منها[2]، و الاتفاق على فض النزاع بواسطة القضاء العادي بإرادة مشتركة و تتجسد هذه الإرادة في جواز نزول المدعي عليه عن التزام خصمه بعدم اللجوء إلى القضاء العادي.

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

إنّ الالتزام السلبي بعدم اللجوء إلى القضاء التزام لا يتعلق بالنظام العام، كون الحق المقابل له ناشئ عن إرادة الطرفين وحدها استثناء من الأصل العام في حرية اللجوء إلى القضاء، فيكون لكل منهما النزول عن حقه بإرادته وحدها، و هذا النزول قد يكون صريحا أو ضمنيا.

قد يتراخى المدعي عليه في تقديم الدفع بسبق اتفاقية التحكيم إلى حين صدور الحكم في النزاع، إذ يتطرق إلى موضوع الدعوى ونزوله هو الآخر عن التمسك بالتزام

---

[1] تنص المادة 93 الفقرة الثانية من قا إ م ج " (...) و في جميع الحالات الأخرى يجب أ، يبدي الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفع أو دفاع آخر"

[2] Phillipe Fouchard et autres, Op cit , p 419

المدعي نفسه بعدم اللجوء إلى القضاء الوطني[1]. و عليه فإن واجب المحكمة الفصل فيها عند تخلف الدفع بسبق الاتفاق على التحكيم.

غير أن اشتراط القانون الجزائري الكتابة لصحة اتفاقية التحكيم قد تتساءل: فهل أن النزول الضمني المتبادل عن الالتزام بعدم اللجوء إلى القضاء الوطني يستلزم أن يعبر عنه كتابة ؟

إذا سلمنا بأن عريضة افتتاح الدعوى القضائية هي وثيقة مكتوبة و التي تعبر عن إرادة المدعي من جهة، و تقديم المدعي عليه دفاعه الموضوعي هو قرينة على نزول عن الالتزام السلبي من جهة أخرى، نكون قد خرقنا المادة 458 مكرر 1 من المرسوم التشريعي رقم 93-09. لذا يستلزم بالنسبة لطرفي النزاع اللذين تنازلا عن الالتزام السلبي أن يعبرا عنه كتابة تحت طائلة البطلان، ممّا يستوحي أن القاضي ملزم باتباع هذه القاعدة التي هي من النظام العام الدولي و الداخلي.

لقد تطرقت المادة 458 مكرر 8 ف 2 من المرسوم التشريعي أن القاضي يكون غير مختص للفصل في الموضوع متى كانت دعوى التحكيم معلقة، من باب الأولى أنه يختص في شأن نزاع متعلق باتفاقية التحكيم، و يستلزم عليه تقدير صحة اتفاقية التحكيم كلما طلب منه ذلك من أحد الأطراف.

ج – تقدير القضاء العادي لصحة اتفاقية التحكيم

إن المشرع الجزائري أعطى الأولوية للفصل في الاختصاص للهيئة التحكيمية بالرغم من أن أحد الأطراف قد يلجأ إلى القضاء العادي للدفع بعدم صحة اتفاقية التحكيم، فقد يكون المدعي سيئ النية بلجوئه إلى هذا القضاء لعرقلة آلية التحكيم من جهة، و قد يكون حسن النية مراده معرفة مدى صحة اتفاقية التحكيم أمام القضاء العادي من جهة أخرى، فإذا رأى هذا القضاء أن اتفاقية التحكيم معيبة بعيب ظاهر

---

[1] مصطفى م. الجمال و الآخر، المرجع السابق ص 512.

فإن القاضي الوطني يتصدى إليه فقط بشأن صحة هذه الاتفاقية و هذا استثناء من الأصل و هو الالتزام السلبي .

ثالثا : نطاق عدم اختصاص القضاء العادي.

إنّ مبدأ عدم اختصاص القضاء العادي نتيجة وجود اتفاقية التحكيم لا يجرد إطلاقا القاضي العادي من أي اختصاص[1] عندما يتعلق الأمر بتشكيل المحكمة التحكيمية خاصة في التحكيم الخاص(أ)، و يبرز دوره في اتخاذ تدابير مؤقتة أو تدابير تحفظية(ب)، و لا ننسى أن للقاضي سلطة في الاعتراف و تنفيذ القرار التحكيمي(ج).

أ- تشكيل المحكمة التحكيمية .

إن أطرف اتفاقية التحكيم هم الذين يقومون بتشكيل المحكمة التحكيمية إلاّ أنه قد يحدث أن هذا الإجراء الأولي في التحكيم يصادف صعوبة عملية مثل عدم تعيين أحد الأطراف المحكم، أو عدم اتفاقهم على طريقة تعيين المحكم المرجح أو الرئيسي[2]، و قد يكون بتدخل القاضي بطلب أحد الأطراف المعنيين بالتعجيل بواسطة عريضة حيث يفصل القاضي فيه بإصدار أمر([3]) و تنطبق هذه الأحكام كذلك على إجراءات عزل أو استبدال المحكمين في حالة خلاف بين الأطراف في هذا الصدد.

ب- التدابير المؤقتة أو التدابير التحفظية :

القاعدة في الإجراءات أن الأوامر على العرائض لا تصدر إلاّ في الأحوال المقررة في التشريع، و من ثم لا يملك المحكم إصدار أوامر على العرائض تنفذ

---

[1] Jean Michel Jaquet et l'autre P 344.

[2] Noureddine Terki, op cit p64.

[3] أنظر المواد 458 مكرر2 و 458 مكرر 4 من المرسوم التشريعي رقم 93-03.

معجلا بقوة القانون لأن إصدار مثل هذه الأوامر يدخل في الوظيفة الولائية للمحاكم و لا يملك إصدارها إلاّ قضائها[1].

غير أن المادة 458 مكرر 9 من المرسوم التشريعي رقم 93-09 تخرج عن القاعدة المذكورة أعلاه و تمنح هذه الوظيفة للمحكمين أيضا حيث تنص :"يمكن محكمة التحكيم أن تأمر تدابير مؤقتة و تدابير تحفظية بطلب من أحد الأطراف إلاّ إذا كانت هناك اتفاقية مخالفة.

و إذا لم يخضع المعني بالأمر بمحض إرادته لهذه التدابير جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب مساعدة القاضي المختص و يطبق هذا الأخير قانونه الخاص.

يمكن محكمة التحكيم أو القاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التدابير التحفظية التي طلب منه إصدار الأمر بها لتقديم الطرف المدعي الضمانات المناسبة".

من استقراء هذه المادة نجد في البداية أن المشرع الجزائري قد منح المحكمة التحكيمية سلطة إصدار أوامر تتعلق بالتدابير المؤقتة و التدابير التحفظية ما لم يتفق الأطراف في اتفاقية التحكيم على استبعاد مثل هذه الإجراءات و هنا يتجسد مبدأ سلطان الإرادة مرة أخرى في مجال التحكيم.

في الواقع نجد أن مثل هذه الإجراءات التحفيظية تتعلق بالقاضي العادي لأن هذا الأخير يستطيع فرضها على أساس أنه يتمتع بسلطة الإجبار، و بالتالي إذا لم يخضع الطرف المتخذ ضده هذه الأوامر الوقتية من قبل المحكمة التحكيمية، تستطيع هذه الأخيرة طلب القضاء العادي مساعدته على ذلك لتنفيذ أوامره.

---

[1] أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ص 132.

و تتمثل التدابير المؤقتة في العقود الدولية في أمر إيداع البضائع المتنازع عليها لدى الغير للحفاظ عليها، أو أمر ببيع البضاعة سريعة التلف ... إلى حين الفصل في موضوع العقد الدولي الأساسي.

و الحكمة من اتخاذ هذه التدابير هو إثبات واقعة يخشى زوال معالمها عند النزاع فيها، و بالمقابل فإن المحكمة التحكيمية أو القضاء العادي يستطيعان أن يقدرا كفالة مؤقتة على عاتق المدعي ريثما يتم الفصل في التعويض الناشئ عن دعوى المسؤولية[1].

و للعلم إنّ الطلب الذي يقدمه أحد الأطراف إلى المحكمة التحكيمية أو السلطة القضائية باتخاذ هذه التدابير لا يعتبر مناقضا لاتفاقية التحكيم و لا نزولا عنه لأن هذا لا يمس أصل الحق الذي يظل دائما قائما للهيئة التحكيمية من جهة و لأن استبعاد قضاء الدولة في النزاع لوجود اتفاقية التحكيم ينص على القضاء الموضوعي دون القضاء الوقتي أو التحفظي[2] من جهة أخرى،و مع ذلك فإن الإرادة المشتركة لأطراف الإتفاقية تحول دون اللجوء إليها بمقتضى اتفاقهم و هذا ما أكدته الفقرة الأولى من المادة المذكورة سلفا.

و الجدير بالذكر أن تعاون القضاء العادي مع المحكمة التحكيمية لا ينتهي عند اتخاذ الإجراءات التحفيظية بل يتعدى ذلك بمساهمته أيضا في مساعدة المحكمة التحكيمية بطلب منها في مجال تقديم الأدلة إذا كان التحكيم يجري في الجزائر أو كان القانون الجزائري هو المطبق في نزاع تحكيمي خارج الجزائر[3]، و دائما في هذا الصدد يتدخل القضاء العادي إذا طلب منه من المحكمة التحكيمية أو أحد

---

[1] منير عبد المجيد – المرجع السابق ص 212.

[2] منير عبد المجيد – نفس المرجع و نفس الصفحة.

[3] راجع المادة 458 مكرر 11 من المرسوم رقم 93-09.

الأطراف المعنيين بالتعجيل في تمديد مهلة مهمة المحكمين إذا استنفذ الميعاد، و لتصحيح الإجراءات[1].

ج- الاعتراف و تنفيذ القرار التحكيمي.

يكون من الضروري أن يقوم القضاء العادي بمراقبة و لو بصفة سطحية للقرار التحكيمي حتى يصبح لهذا الأخير قوة التنفيذ الجبري مثل الحكم القضائي الصادر من القضاء العادي التابع للدولة[2]. إن رقابة القضاء العادي للقرار التحكيمي لا يتناقض مع اختصاصات المحكمة التحكيمية للنظر في موضوع النزاع المتفق عليه في اتفاقية التحكيم، إلاّ إذا قام هذا القضاء بالنظر فيه، و هذا غير مسلم به في القانون الجزائري. لأنّ موضوع رقابة القرار التحكيمي تمس فقط مدى احترام المحكمة التحكيمية لإجراءات التحكيم و كذلك مدى احترام اتفاقية التحكيم، و احترام مبدأ حقوق الدفاع، و مدى تطابق القرار مع النظام العام الدولي.

<u>الفرع الثالث</u> : الآثار العرضية لاتفاقية التحكيم •

تبرز الآثار العرضية لاتفاقية التحكيم في حالتين أولهما التقادم و ثانيهما استحقاق الفوائد.

---

[1] راجع المادة 458 مكرر 11 من المرسوم التشريعي رقم 93-09 •

[2] Phillipe Fouchard et autres, Op cit , p 428 •

أنظر مذكرة ماجستير تحت عنوان الاعتراف و تنفيذ القرار التحكيمي التجاري الدولي في ظل التشريع الجزائري للسيدة علال مولودة إين التركية ليندة تحت إشراف الأستاذ بن حمو عبد الله – كلية الحقوق جامعة تلمسان سنة 2000.

أوّلا : التقادم

ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية أو بأي إجراء قانوني يقوم به الدائن للتمسك بحقه أمام القضاء العادي[1] و يثير التساؤل عما إذا كانت اتفاقية التحكيم تؤدي إلى قطع التقادم؟

للإجابة على السؤال يجب أن نميز بين شرط التحكيم و مشارطة التحكيم، أمّا بالنسبة لاتفاقية التحكيم في شكل مشارطة التحكيم أي بعد وقوع النزاع الفعلي لا يمنع أن نقول بأنها تقطع التقادم بذاتها دون لزوم اتخاذ أي إجراء آخر، لأن مشارطة التحكيم هي أكثر تفصيلا لمسائل النزاع كما ذكرنا سالفا من جهة، و أن المحكمة التحكيمية تتشكل فعليا بموجبها فعليا لحسم النزاع المحدد من جهة أخرى.

و حجتنا في أن مشارطة التحكيم تقطع التقادم تبرز في أن اتفاقية التحكيم تعني استبدال طريق القضاء العادي بطريق التحكيم لفض النزاع و هذا بقوة القانون الجزائري، ممّا يسوقنا إلى القول أن كل آثار التي تترتب على المطالبة القضائية بالحق هي نفسها الآثار الناجمة من مطالبة بهذا الحق أمام القضاء التحكيمي.

أمّا فيما يخص اتفاقية التحكيم في شكل شرط التحكيم بمعنى السابق على قيام النزاع المحتمل المدرج عادة في العقد الدولي الأساسي، فلا يجوز لنا التحدث في الأصل عن التقادم قبل قيام النزاع بالفعل[2]، مما يؤدي بنا إلى القول أنّ مدة التقادم تبدأ في السريان إلاّ إذا وقع نزاع بشأن العقد الأساسي، و لا يتصور انقطاعها إلاّ إذا اتخذ الدائن المدعي الإجراء الأولي للمطالبة بحقه عن طريق التحكيم بمعنى الإجراء الذي يحرك التحكيم، و عادة ما يكون هذا الإجراء عبارة عن إخطار المدين من أجل تعيين محكم من طرفه و اختيار مقر التحكيم... .

---

[1] مصطفى م الجمال و عكاشة م عبد العال ، المرجع السابق ص 555 .

[2] مصطفى م الجمال و عكاشة م عبد العال ، المرجع السابق ص 556 .

ثانيا : الفوائد.

الفائدة في القانون الجزائري هي مخالفة للنظام العام الداخلي ما عدا في مجال الادخار أو الإقراض الاستثمار[1] ، و مع ذلك فالفوائد القانونية يقرها قانون المالية الوطني سنويا.غير أن هذه القاعدة أصبحت لا تتماشى مع العقود التجارية الدولية باعتبار أنها لا تخالف النظام العام الدولي لأنها تعتمد على الفوائد الاتفاقية.

القاعدة أن الفوائد قد تستحق بقوة القانون اعتبارا من تاريخ أو آخر باختلاف الأحوال دون حاجة إلى المطالبة بها، كفوائد سندات الدين تسري من تاريخ استحقاق، و الفوائد على الثمن تسري من تاريخ الإعذار بدفعها... .

نعرف أنه في العقود التجارية الدولية و خاصة المالية منها كالقروض الدولية التي تدرج فيها اتفاقية التحكيم، يجب التفرقة كذلك ما بين شرط التحكيم و مشارطة التحكيم. فبالنسبة لمشارطة التحكيم فإنها تحقق معنى الإعذار الذي تستحق به الفوائد على الثمن. أما فيما يخص شرط التحكيم فلا يحقق هذا المعنى بل يتجسد في حالة اتخاذ إجراء من طرف الدائن لتحريك التحكيم المتفق عليه في مواجهة المدين، و لذلك تسري فوائد اتفاقية على الثمن من هذا التاريخ.

أمّا عن سلطة المحكمة التحكيمية في الحكم بالفوائد فنميز بين حالتين أولهما إذا كانت فوائد قانونية لنظام قانوني معين لبلد معين فإنه لا نستطيع الحكم بها من تلقاء نفسها، و إنما يتعين طلبها من صاحب الحق فيها و ثانيهما أن الفوائد الاتفاقية يجوز للهيئة لمحكم الحكم فيها دون انتظار مطالبتها بشرط أن تكون محددة ضمن الشروط في اتفاقية التحكيم. و بما أن المحكم تستند له المهام بموجب هذه الاتفاقية فإن الفصل في مسألة الفوائد لها علاقة بسلطة الهيئة التحكيمية لأنها تتعلق بالعقد الأساسي.

---

[1] أنظر المواد 454، 455، و 456 من القانون المدني الجزائري

المطلب الثاني: آثار اتفاقية التحكيم من حيث الأشخاص.

إنّ العقد لا يلزم سوى أطرافه دون الغير الذي يظل أجنبيا عنه، و بالمقابل قد يكسبه حقوقا، إلاّ أن الواقع القانوني يكشف عن ضحالة هذه التفرقة البسيطة بين أطراف العقد و الغير، فقد نجد فئة تأخذ أحيانا مركز الطرف (الفرع الأول)، و تأخذ في بعض الأحوال مركز الغير و هي فئة الخلف (الفرع الثاني)، بل إن الغير قد يتأثر بوجود العقد في بعض الأحيان الأخرى (الفرع الثالث).

الفرع الأول : أطراف اتفاقية التحكيم.

إعمالا للقواعد العامة في القانون المدني لا تنصرف آثار اتفاقية التحكيم إلاّ على المتعاقدين فقط[1] . فقد نصت المادة 106 منه على أنّ :"العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلاّ باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون" و يقصد من النص القانوني أن المتعاقدين مرتبطان بالعقد كما يرتبطان بالقانون[2].

يراد بطرف العقد من يصدر عنه التعبير عن إرادة الالتزام به، فيساهم في تكوينه، فلا يكفي لذلك أن يرد ذكره فيه أو أن يوقع عليه بصفة أخرى غير هذه الصفة([3]) و من هذا القبيل فاتفاقية التحكيم تلزم الأطراف الذين نشأ بينهم سواء كانوا اثنين أو أكثر.

و إذا كانت القاعدة تنص على ألا يلزم ا لعقد سوى من يكون طرفا فيه بالمفهوم السابق، فإنه قد يحدث أن يتدخل الإنسان لإبرام اتفاق في أمر من أمور غيره أو يلمس في قليل أو كثير هذه الأمور، لذا يثار التساؤل: كيف يمكن تحديد صفة المتدخل في العقد؟

---

[1] أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ص 135.

[2] علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام ، ديوان م ج الجزائر 1990 ص 85 و 86 .

[3] م مصطفى م- الجمال و الآخر المرجع السابق ص 449.

تتوقف الإجابة كأصل عام على ما إذا كان الشخص الذي عقد اتفاقية التحكيم قد أبرمها بصفة شخصية بالرغم من أن الأمر يتعلق بغيره، أو أبرمها نائبا عن صاحب الأمر، و تطبيقا لهذا الأصل يجب التطرق إلى بعض الأحوال الخاصة أهمها، حالة الوكالة (أولا)، و حالة التعهد عن الغير (ثانيا)، و حالة تعدد أصحاب الحق المتنازع عليه أو تعدد المسؤولين مثل التضامن و الكفالة (ثالثا).

أولا : الوكالة.

قد تحول الظروف بين صاحب المصلحة و بين القيام بنفسه بإبرام ما يريد من تصرفات قانونية، فيقوم شخص بإبرام هذه العقود نيابة عنه، و في هذه الحالة يتم انعقاد العقد بإرادة الوكيل دون إرادة الأصيل صاحب الشأن، و لا توجد أي صعوبة بحيث أن اتفاقية التحكيم المنعقدة من قبل الوكيل تنشأ عنها حقوق و تتولد عنها التزامات في ذمة الأصيل أو الموكل، بمعنى أن التعاقد بواسطة الوكالة النيابية لا يتحقق إلاّ إذا أضافها الوكيل إلى الموكل لا إلى نفسه.وأمّا إذا استعمل الوكيل اسمه في اتفاقية التحكيم دون إظهار الوكالة فإن آثارها تنصرف إليه دون الأصيل[1].

و يلحق بحالة الوكالة النيابية حالة الفضالة، حيث إذا ما أجاز الأصل أعمال الفضولي، فهذه الإجازة تجعل من الفضولي نائبا عنه فيما إذا أبرم اتفاقية التحكيم لصالحه، خاصة إذا كان العقد الأصلي ملحقا به شرط التحكيم، لأن الإجازة تمتد إلى هذا الشرط بالتبعية[2].

بالإضافة إلى ذلك ، قد تبرم اتفاقية التحكيم لصالح الغير باسم مستعار أي في صورة وكيل غير نائب، إلاّ أن القاعدة تبين أن الشخص إذا ما أبرم تصرفا بصفته الشخصية، فإنه يكون طرفا فيه و تنصرف إليه آثاره حتى و لو كان يتعلق بشؤون

---

[1] مصطفى م الجمال و مكانة م عبد العال ، المرجع السابق ص 454 .

[2] Jean Robert, l'arbitrage de droit interne et de droit internationale, édition Dahoz 6ème éd 1993 p 99.

الغير، و الاسم المستعار هو وكيل قد عمد إليه موكله بإبرام اتفاقية التحكيم مشترطا عليه أن يبرمه باسمه الشخصي دون إظهار شخصية موكله، فالاسم المستعار هو وحده الطرف في العقد الذي يبرمه مع الغير، و بالتالي فإن الوكيل يكون ملتزما أمام الموكل المستتر، و ذلك بنقل آثار التصرف إلى هذا الموكل، أمّا الغير الذي أبرم العقد الأصلي و اتفاقية التحكيم مع الاسم المستعار فلا يرتبط إلاّ بهذا الأخير وحده[1].

و قد تنصرف آثار تصرفات الاسم المستعار إلى الأصيل إذا علم الغير بأنه يعمل لحساب شخص آخر أثناء التعاقد باعتبار الأصيل في الوكالة من أنها تكون نيابية كصفة الوكيل بالعمولة.

ثانيا : التعهد عن الغير.

لقد أقره المشرع الجزائري في مادة 114 من القانون المدني، و تتمثل صورة التعهد عن الغير أن يلتزم شخص بأن يحمل غيره على إبرام عقد و يوصف هذا الالتزام بالتزام بعمل فقط[2].

و تدعو الحاجة إلى مثل هذا التعهد في مجال التحكيم عندما يتعذر الحصول على موافقة صاحب المصلحة على اتفاقية التحكيم في شكل شرط التحكيم بسبب غيابه أثناء التعاقد، أو عدم وجود نيابة قانونية تسمح بإبرام شرط التحكيم نيابة عنه، كأن يقوم الوكيل بإبرام العقد الدولي الأساسي حسب ما أملته وكالته و لكن قد يضغط عليه المتعاقد الآخر على إبرام شرط التحكيم في العقد المذكور أعلاه فيأتي بالتصرف و يتعهد للطرف الآخر بالحصول على قبول الموكل شرط التحكيم.

و من المسلم به أن موضوع التصرف الذي يتعهد به شخص عن الغير يتجسد في جعل هذا الغير يلتزم بعقد من العقود، و يكون للغير مطلق الحرية في قبول هذا

---

[1] مصطفى م الجمال و مكانة م عبد العال ، المرجع السابق ص 555 .

[2] علي علي سليمان – المرجع السابق ص 90 .

الالتزام في العقد بإرادته الحرة ، أما إذا رفض فإن هذا الرفض لا يترتب عنه أية مسؤولية عليه فيظل الغير أجنبيا عن التصرف و يظل أثر هذا التصرف المتمثل في شرط التحكيم يقتصر عل المتعهد، إلاّ إذا وافق الغير بالفعل، فنقول إن هذه الموافقة هي بمثابة تنفيذ عيني لالتزام المتعهد.

وأما إذا رفض الغير قبول التزام المتعهد ، فإن هذا الأخير يكون ملزما بالتعويض للمتعاقد[1]، و بما أن اتفاقية التحكيم تظل عقدا من طبيعة خاصة، فلا يتصور أن المتعهد يستطيع تنفيذ هذا الالتزام تنفيذا عينيا ليتخلص من المسؤولية، على أساس أنها عقد ملحق بالعقد الأساسي موضوعها إجراءات.

في حالة وقوع نزاع بمناسبة العقد الأساسي فإنه سيفض عن طريق قواعد التنازع أما القضاء العادي، و كذلك تحسم هذه القواعد النزاع المتعلق بالإخلال المسؤولية العقدية بين المتعهد الذي لم يتحصل على قبول الغير و بين المتعهد له.

لو افترضنا أن الغير قبل التعهد المتمثل في قبول شرط التحكيم،فإنه يجب أن يعبر عن هذا القبول كتابة، و هذا حسب المادة 458 مكرر 1 من المرسوم التشريعي رقم 93-09 ، بمعنى آخر إذا كانت هناك وكالة خاصة بالعقد الأساسي، و أن الوكيل أدرج شرط التحكيم في العقد المذكور دون نيابة عنه في إبرامه لا يعتبر قبولا لهذا العقد بعد أن تم إبرامه بالفعل بواسطة المتعهد و إنما يمثل إجازة منه لهذا العقد، يقتصر أثرها على جعل هذا العقد نافذا في حقه بعد أن كان موقوفا.

ثالثا : التضامن و الكفالة.

أ- التضامن :

---

[1] تنص المادة 114 من قا م ج :"إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده، فإن رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد منه، و يجوز له مع ذلك أن يتخلص م التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما إلتزم به، أما إذا قبل الغير هذا التعهد فإن قبوله لا ينتج أثرا إلاّ من وقت صدوره ما لم يثبت بأنه قصد صراحة أو ضمنيا بأن ينسب أثر هذا القبول إلى الوقت ال1ي صدف فيه التعهد".

في القواعد العامة إن المتضامن يمثل زميله فيما ينفعه و لا يمثله فيما يضره[1] من جهة، و أن المتضامن يعتبر ممثلا لغيره من المتضامنين معه مدينا كان أم دائنا من جهة أخرى، فقد يبرم أحد المدينين المتضامنين اتفاقية التحكيم مع الدائن، أو يبرمها أحد الدائنين المتضامنين مع المدين، فإن المتضامن له الخيار في التمسك بها أو الاعتراض عنها، ولا تسري في مواجهته[2] ،لأن اتفاقية التحكيم تعد من التصرفات التي لا تبين بوضوح مدى نفعها أو ضررها، معنى ذلك أن اتفاقية التحكيم التي يبرمها المدين المتضامن لا تكون ملزمة للمدنين الآخرين المتضامنين، فيستطيعون الدفع بانتفاء صفتهم في التحكيم في حالة إجراء خصومة أمام المحكمة التحكيمية، و في نفس الوقت يستطيعون التمسك بها إذا ما قدروا أنها في صالحهم، و في هذه الحالة الأخيرة يصبحون أطرافا فيها بمقتضى مبدأ نيابة المدين المتضامن عن غيره من المدينين المتضامنين.

و بالمقابل ففي حالة إبرام أحد الدائنين المتضامنين اتفاقية التحكيم مع المدين فإنها لا تكون ملزمة لباقي الدائنين مما لا يحول التحاقهم إلى القضاء، و لا يستطيع المدين كطرف فيها الدفع بسبق اتفاقية التحكيم لمواجهتهم، و مع ذلك لهم الحق في التمسك بها إذا رأوا أنها في مصلحتهم نزولا عن مبدأ نيابة الدائن المتضامن عن غيره من زملائه فيها ينفعهم، و من هذا الاستثناء يجوز لهم طلب التحكيم أمام الهيئة التحكيمية على الرغم من عدم توقيعهم اتفاقية التحكيم و لا يمكن للمدين أن يدفع في مواجهتهم بانتفاء الصفة.

و أهم نتيجة يمكن استخلاصها مما ذكرناه، أنه إذا ما صدر قرار تحكيمي فإنه يكون مقتصرا بحسب الأصل على طرفي التحكيم، فلا يكون حجة على المدينين

---

[1] أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 137 .

[2] أحمد أبو الوفا، نفس المرجع، ص 137 .

المتضامنين و لا على الدائنين المتضامنين إلاّ إذا أرادوا التمسك به لصالحهم[1] شريطة خضوعهم إلى القرار كاملا دون تجزئته فيما إذا كان شق لصالحهم، و الشق الآخر ضدهم[2]. و في حالة التمسك به يصبحون أطرافا في اتفاقية التحكيم.

ب- الكفالة :

"الكفالة هي عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه"[3].

القاعدة أن التزام التحكيم يخرج من مفهوم المادة المذكورة أعلاه لأن اتفاقية التحكيم لا تكون موضوع الكفالة باعتبارها تخص موضوعا إجرائيا، و كذلك أن التزام الكفيل لا يختلط بالتزام المدين المكفول، فهو يتميز عنه في مصدره إذ ينشأ عن عقد بين الكفيل و بين الدائن خلافا لالتزام المدين المكفول الذي ينشأ عن علاقة أخرى بين المدين المكفول و بين الدائن، و هو يتميز عنه كذلك في محله، فمحله ليس هو محل التزام المدين المكفول و إنما هو ضمان قيمة هذا الالتزام للدائن[4].

ويترتب عن هذا أن الكفيل يظل أجنبيا بالنسبة لاتفاقية التحكيم الذي يبرمه الدائن و المدين و لا يمتد أثره إليه وفقا لمبدأ نسبية أثر العقود، و مما تقدم فإن الدائن لا يجوز له التمسك بشرط التحكيم ا لمتفق بينه و بين المدين في مواجهة الكفيل، و بالمقابل إن الكفيل لا يستطيع التمسك بهذا الشرط في مواجهة الدائن لأن اتفاقية التحكيم لا تنشئ له حقا بحسبانه أجنبيا عنها[5].

---

[1] تنص المادة 233 من قا م ج :" إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين فلا تكون لهذا الحكم سلطة على الآخرين.
أما إذا صدر حكم لصالح أحدهم يستفيد منه الآخرون، إلاّ إذا كان هذا الحكم مبنيا على فعل خاص بالمدين المعني" .

[2] أحمد أبو الوفا، المرجع السابق ص 138 .

[3] نص المادة 644 من القانون المدني الجزائري.

[4] Eric Loquin , l'arbitrage et le cautionnement, In Revue d'arbitrage 1994, p 240 et suite.

[5] Eric Loquin , Op Cit P 245.

غير أنه قد يصبح الكفيل طرفا في اتفاقية التحكيم في بعض الفرضيات، فقد ترد الكفالة في العقد الدولي الأساسي بين الدائن و المدين و المتضمن لشرط التحكيم في صلب العقد المذكور، ففي هذا الفرض يعد الكفيل طرفا في اتفاقية التحكيم بمجرد توقيعه عليه فتكون هذه الاتفاقية ملزمة له[1].

و قد تكون الكفالة لاحقة على انعقاد العقد الأساسي المتضمن لشرط التحكيم، و لكن يشار في الاتفاق عليها في بند من بنود العقد الأساسي الذي يحتوي على شرط التحكيم، فإنه يصبح الكفيل طرفا في اتفاقية التحكيم.

و بالإضافة إلى ذلك إن الوفاء الكفيل الدائن، يحل محله فيما أوفاه و من ثم يستطيع بواسطة هذا الحلول التمسك بشرط التحكيم في مواجهة المدين ليس كطرف أصلي في اتفاقية التحكيم و إنما استعمل حق الدائن وفقا لقواعد الحلول.

إذا كان الكفيل أجنبيا عن اتفاقية التحكيم، فإنه إذا حصل أن فصلت هيئة التحكيم في النزاع بين أطرافه أي الدائن و المدين و أصدرت حكما لصالح الدائن، فإن هذا الحكم لا ينتج أثره في مواجهة الكفيل إذ يتعذر الحصول على أمر بتنفيذه في مواجهة الكفيل، فيتعين على الدائن الالتجاء إلى القضاء للحصول على حكم منه في مواجهة الكفيل تأسيسا على أنه قد ضمن المدين في التزامه بمقتضى عقد الكفالة، و القرار التحكيمي يكون حجة لحق الدائن أمام القضاء العادي بحيث لا يمكن للكفيل أن يعارض ما قضى به القرار التحكيمي في مواجهة المدين[2]. و بالتالي نقول إن قرار التحكيم قد يسري باعتباره واقعة قانونية بمعنى أن هذه الحالة لا تتعلق بمجال الأثر الملزم لهذا القرار و إنما بمجال سريانه[3].

---

[1] مصطفى م ، الجمال و الآخر ، المرجع السابق ، ص 463.

[2] Eric Loquin , Op Cit P 247.

[3] مصطفى م ، الجمال و الآخر ، المرجع السابق ، ص 464.

الفرع الثاني :الخلف واتفاقية التحكيم .

تفترض الخلافة ثبوت حق من الحقوق في ذمة السلف ثم انتقال هذا الحق الثابت له إلى الخلف، و ينصرف أثر العقد إلى العاقد نفسه، كما ينصرف إلى خلفائه، باعتبار أن العاقد يمثلهم في العقد[1] و الخلف قد يكون خلفا عاما (أولا) و قد يكون خلفا خاصا(ثانيا)،و كيف يمكن انتقال اتفاقية التحكيم كعقد من طبيعة خاصة إلي موضوعها إجرائي إلى أصحاب الخلافة؟

أولا : الخلف العام و اتفاقية التحكيم.

يقصد بالخلف العام من يخلف سلفه في ذمته المالية كلها أو في جزء شائع منها و هذا يشمل الوارث و الموصى له بكل التركة أو بقسم منها، فالورثة و الموصى لهم من الخلف العام[2]. و القاعدة بالنسبة للخلف العام أن أثر العقد ينصرف إليه سواء من حيث ما يقرره من حقوق أو ما يوجبه من التزامات،و ذلك على أساس أن الوارث يعتبر امتدادا لشخصية مورثه[3].

إذا كان في الأصل أن العقد يلزم كلا من المتعاقدين و يلزم الخلف العام، و من ثم فإن هذا الأخير يأخذ حكم الطرف بالنسبة للتصرف الذي أبرمه سلفه، و بالمقابل فإن الالتزامات لا تنتقل إلى الخلف العام إلاّ في حدود ما آل إليه من التركة و مع ذلك فإن هذا القيد لا يؤثر في انتقال آثار اتفاقية التحكيم إليهم لأن موضوعها من طبيعة خاصة لا تتصل بالحقوق و الالتزامات المالية التي تدخل في مفهوم التركة، و إنما يظل موضوعها حقوقا و التزامات إجرائية، و بعبارة أخرى إن اتفاقية التحكيم تدخل في دائرة التعامل الذي لا ينصرف أثره إلى الخلف العام[4].

---

[1] توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام ، ج1 مصادر الالتزام – مطبعة ترخور، الإسكندرية 1978 – ص 274 .

[2] منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القوانين المدنية العربية ، الجزء الأول مصادر الالتزام- مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان الأردن 1996 – ص 250 .

[3] أنظر المادة 108 من القانون المدني الجزائري.

[4] علي علي سليمان، المرجع السابق ص 86 .

و على الرغم من هذه الإستثناءات الواردة على القاعدة العامة التي تجعل الخلف العام من الغير، فإنه في جميع الحالات التي ينقضي فيها العقد بوفاة أحد أطرافه و لا تنتقل الحقوق و الالتزامات الناشئة عنه،ٌقد تكون هناك اتفاقية التحكيم في شكل شرط التحكيم المدرج في العقد الأساسي المنقضي، لذا نتساءلٌما إذا كان هذا الشرط ينقضي بدوره بانقضاء العقد الأساسي؟

بالنظر إلى نص المادة 458 مكرر1، الفقرة الأخيرة من المرسوم التشريعي رقم 93-09 التي تقرر استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأساسي، بمعنى أنه لا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو انتهائه أي أثر على اتفاقية التحكيم الذي يتضمنها، إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته، ففي هذا المقام إن انتهاء العقد الأساسي بوفاة أحد طرفيه لا يؤثر على شرط التحكيم الملحق به، فيبقى شرطا قائما حسب المادة المذكورة أعلاه، فيصبح الخلف العام ملزما به في حدود النزاع المتفق على التحكيم في العقد المنقضي من جهة، أو اتفاق الخلف العام مع الطرف الباقي على قيد الحياة على إبقاء العقد الأساسي بما فيه شرط التحكيم من جهة أخرى، بشرط أن يصاغ تعبير عن إرادتهما كتابة حسب مقتضيات المادة 458 مكرر1 الفقرة الثانية من نفس المرسوم التشريعي المذكور أعلاه.

غير أنه لا يجوز لنا الاعتداد بالحالتين السالفتي الذكر، إذا أضفى طرفا اتفاقية التحكيم عليها ذاتها طابعا شخصيا بمعنى تحديد أثرها عليهما وحدهما دون الخلف العام لأي منهما، وفي هذه الحالة سوف تنقضي اتفاقية التحكيم ذاتها مع العقد الأساسي نتيجة وفاة أحدهما[1].

ثانيا : الخلف الخاص و اتفاقية التحكيم.

---

[1] مصطفى م ، الجمال و الآخر ، المرجع السابق، ص 470 .

يقصد بالخلف الخاص كل من يتلقى من سلفه مالا معينا أو حقا معينا قائما في ذمة السلف، و قد يكون الاستخلاف في الحقوق العينية أو في الحقوق الشخصية. و الأصل أن أثر العقد ينصرف إلى الخلف الخاص بشروط قانونية[1] و إلا اعتبر من الغير، فلا تنصرف إليه آثار العقود التي أبرمها سلفه و لكن استثناء من هذه القاعدة يعتبر بقوة القانون طرفا تنصرف إليه هذه الآثار إذا ما توافرت شروط معينة.

إن العقد الذي يبرمه السلف متعلقا بالحق أو الشيء المستخلف عليه قد يكون سابقا على تحقق الخلافة، أو يكون لاحقا لتحققها، ففي الصورة الأولى يثار التساؤل حول انتقال آثار العقد إلى الخلف، و انتقال آثار اتفاقية التحكيم المتعلق به إليه، و عليه يجب أن نميز بين انتقال العقد الأساسي إلى الخلف الخاص(أ) و بين انتقال اتفاقية التحكيم إليه(ب).

أ- انتقال آثار العقد الأساسي

إن القواعد العامة تبين أن انتقال آثار العقد بصفة عامة إلى الخلف الخاص فقد تكون هذه الآثار حقوق محضة و قد تكون التزامات محضة ،و قد تكون حقوقا و التزامات متقابلة، فانتقال الحقوق المحضة التي أنشأها العقد الأساسي إلى الخلف الخاص ا لذي انتقل إليه شيء تتعلق به هذه الحقوق، يتوقف على توافر أمرين هما: أن يكون على علم بها أثناء انتقال الحق أو الشيء إليه، و في هذه الحالة يفقد شرط العلم المذكور أهميته على أساس أن من تنتقل إليه الحقوق وحدها مستفيدا من انتقالها إليه، فلا يتصور احتجاجه بعدم علمه بالحق الذي استخلف عليه وقت نشوئه[2].

---

[1] تنص المادة 109 من قا م ج :"إذا أنشأ العقد التزامت و حقوقا شخصية تتصل بشئ انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ، فإن هذه الالتزامات و الحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذ ينتقل في الشيء إذا كانت من مستلزماته، و كان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه" .

[2] مصطفى م ، الجمال و الآخر ، المرجع السابق، ص 473 .

أما انتقال الالتزامات المحضة فيلزم له ما يلزم لانتقال الحقوق، من أن تكون من مستلزمات الشيء المستخلف فيه، و يشترط أن يكون الخلف الخاص على علم بها أثناء انتقال الشيء إليه، و يظهر في هذا المقام أن شرط العلم له أهمية كبيرة عكس الحال في صورة انتقال الحقوق، ففي هذه الحالة يجوز للخلف مواجهة الدائن بتمسكه بانتفاء مصلحته في امتداد أثر العقد إليه، و ترتيبا على ذلك فعبئ علم الخلف يقع على عاتق الدائن الذي تعاقد مع السلف حتى يطالب الخلف بتنفيذ التزام سلفه، و إلاّ قد يتحلل الخلف من هذه المسؤولية.

أمّا فيما يخص انتقال الحقوق و الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين التي أبرمها السلف قبل الخلافة، فكثيرا ما يكون الحق الناشئ عن هذه العقود من مستلزمات الشيء دون الحاجة إلى علم الخلف وقت إبرام التصرف، فهنا لا ينتقل إلى الخلف الخاص.

ب- انتقال آثار اتفاقية التحكيم.

إذا سلمنا بجواز انتقال اتفاقية التحكيم إلى الخلف الخاص، فإنه يفترض بالضرورة انتقال العقد الأساسي إليه سواء بمقتضى اتفاق أو بمقتضى أحكام القانون طبقا لقواعد الخلافة الخاصة، فإذا لم تنتقل آثار العقد الأساسي إلى الخلف الخاص لتخلف الشروط القانونية المذكورة سالفا، فلا مجال لأن يخلف سلف في اتفاقية التحكيم.

إذا كان العقد الأساسي يحتوي على اتفاقية التحكيم في شكل شرط التحكيم فإنها تنتقل بانتقال آثار العقد لتحقق الشروط، و خاصة العلم باتفاقية التحكيم المدرجة بالعقد الأساسي ذاته و ليس سواه، بمعنى أنها تخص مستلزماته المتمثلة في موضوع النزاعات الناشئة عن العقد الأساسي.

أمّا عن اتفاقية التحكيم في شكل مشارطة التحكيم التي تكون منفصلة عن العقد الأساسي، فإن علم الخلف الخاص بالعقد المذكور لا يترتب عنه بالضرورة علمه بمشارطة التحكيم، و بالتالي يمكن للخلف أن يتمسك بعدم انتقال اتفاقية التحكيم رغم انتقال العقد الأساسي إليه، و بعبارة أخرى إنّه يتعين تحقق شروط الخلافة بالنسبة لاتفاقية التحكيم استقلالا عن العقد الأساسي.

إضافة إلى انتقال آثار اتفاقية التحكيم القانونية، قد تصادف هذه الأخيرة انتقال آثارها بواسطة اتفاق أي الانتقال الاتفاقي و أبرز صوره: حوالة حق، وحوالة دين، و الحلول.

- فبالنسبة لصورة حوالة حق، فإن حوالة اتفاقية التحكيم في شكل شرط التحكيم الذي لا ينفك عن مضمون العقد الأساسي، و هي اتفاق بين الدائن المحيل و المحال له، و يترتب عن ذلك انتقال الحق الثابت المحال إلى المحيل إليه بكافة صفاته التي كانت له عندما كان في ذمة الدائن المحيل[1].

و بما أن اتفاقية التحكيم هي من توابع الحق الذي انتقل إلى المحال له من جهة، و أن مركز المدين يظل ثابتا لا يتغير بتغير صاحب الحق من جهة أخرى، فيستطيع المحال له مواجهة المدين كلما كان عالما به وقت إبرام الحوالة.

- أما عن حوالة الدين، فإن القاعدة تقول إن حوالة الدين تتم باتفاق بين المدين المحيل و الشخص المحال عليه، و مع ذلك قد تتم باتفاق بين الدائن و الشخص المحال عليه دون انتظار قبول المدين، استنادا إلى أن الوفاء يجوز من شخص غير المدين و لو كان دون علمه، و لا ننسى أن القاعدة لا تبرئ المدين الأصلي من التزامه إلاّ بعد إقرار الدائن لحوالة الدين تكون نافذة في حقه[2]، فيجعل انتقال الدين إلى المحال إليه فيصبح وحده الملزم بوفائه و ليس المدين الأصلي.

---

[1] أنظر المادة 238 من القانون المدني الجزائري.

[2] تنص المادة 252 الفقرة الأولى من قا م ج :"لا ت كون الحوالة نافذة في حق الدائن إلاّ إذا أقرها .." .

في هذا الصدد، إذا كانت اتفاقية التحكيم بين الدائن و المدين الأصلي سابقة على حوالة الدين، ولم يقر الدائن بالحوالة فسيكون له مدينان وبالتالي لا يستطيع مواجهة المدين الجديد باتفاقية التحكيم، أمّا إذا أقر الدائن هذه الحوالة فهو ليس ملزما بها إلاّ إذا تم قبول هذه الاتفاقية من قبله ومن المدين الجديد صراحة.

أما إذا تمت الحوالة باتفاق بين الدائن و المحال عليه فالتزام هذا الأخير باتفاقية التحكيم يتوقف على ما صار الاتفاق عليه في اتفاق الحوالة، أي إذا أدرجت في سند الدين كانت ملزمة للمحال عليه، باعتباره من توابع الدين الذي انتقل إليه[1].

- لو افترضنا أن الغير قد وفى الدين استنادا إلى القاعدة التي تقول أنّه ليس هناك ما يمنع أن يتم الوفاء بالدين من غير المدين به، ففي هذه الفرضية يجوز للموفي الرجوع على المدين ما دام لم يقصد التبرع بهذا التصرف، و رجوع الغير على المدين في هذه الحالة إنما يكون بدين جديد مغاير للدين الذي انقضى بالوفاء و يجد مصدره في عدة أنظمة قانونية، فإن كانت اتفاقية التحكيم في العقد بين الدائن و المدين فنكون أمام فرضين، أولهما إذا رجع الغير الموفي على المدين بدعوى شخصية كان غير ملزم باتفاقية التحكيم لأنه يرجع بحق شخصي له و ليس بحق الدائن الذي أوفاه، و ثانيهما إذا رجع الغير الموفي بدعوى الحلول فإنه يحل محل الدائن الذي أوفاه بما له من توابع من بينها اتفاقية التحكيم شرط أن يكون عالما به وقت قيامه بالوفاء إعمالا بالقواعد العامة في انتقال الالتزامات إلى الخلف الخاص.

نستنتج أنه من الصعب تحديد مسألة آثار اتفاقية التحكيم بالنسبة للخلف الخاص، في المجال الدولي بالرغم من أنها تخضع إلى أنظمة العقود في القواعد العامة، و يرجع سبب هذه الصعوبة إلى أن القانون الجزائري في مادته 458 مكرر 1 الفقرة الثانية تستلزم الكتابة لاتفاقية التحكيم تحت طائلة البطلان، ممّا يحول دون

---

[1] مصطفى م ، الجمال و الآخر ، المرجع السابق، ص 479 .

انتقالها إلى الخلف الخاص ما لم يعبر عنها صراحة في شكل مكتوب، بمعنى أنه من السهل لأصحاب الخلافة الخاصة مواجهة الدائن للتنصل من التزام اتفاقية التحكيم التابعة للعقد الأساسي.

و لا ننسى أن موضوع اتفاقية التحكيم هو موضوع إجرائي، فإذا رجعنا إلى أحكام القواعد العامة في مجال العقود و الالتزامات، فنجدها تتطرق إلى انتقال الحقوق و الالتزامات بعدة أنظمة قانونية، إلاّ أنها تشترط كأصل عام أن يكون موضوع الإنتقال من الحقوق القابلة للحجز[1] ،و هذا لا نجده في صلب اتفاقية التحكيم، و بالمقابل إن القاعدة العامة تشترط أن انتقال الحق أو الدين يكون بكامل ضماناته[2] فهل يجوز أن نسلم بأن اتفاقية التحكيم هي إحدى ضمانات الانتقال؟

إلاّ أن الضمانات التي تتطرق القواعد العامة إليها هي حقوق تتعلق بالامتيازات التابعة للحق موضوع النزاع.

و عليه يمكن أن نحيل خاصية اتفاقية التحكيم إلى نص المادة 107[3] من القانون المدني.

<u>الفرع الثالث</u> : الغير و اتفاقية التحكيم

القاعدة أن العقد لا ينصرف أثره إلاّ إلى العاقدين و خلفهما العام و الخاص في الحدود السابق بيانها، أمّا بالنسبة للغير أي الأجنبي الذي لم يكن طرفا في العقد و لم تربطه صلة بأي من طرفيه، فلا تنصرف إليه أثر العقد سواء كان حقا أم التزاما[4].

---

[1] مثلا المادة 240 من القانون المدني الجزائري:" لا تجوز حوالة الحق إلاّ إذا كان الحق قابلا للحجز" .

[2] مثلا المادة 254 من قا م ج تنص :" يحال الدين بكامل ضماناته" .

[3] تنص المادة 107 من قا م ج :"يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية(...)" .

[4] نبيل إبراهيم سعد – المرجع السابق، ص 310 .

و إذا كانت العقود لا تضر و لا تنفع الغير قديما، فنجد أن هذا الغير قد تربطه صلة ما بأحد أطراف العقد يظهر بسببها التعارض بين مصالحه و بين مصالح المتعاقدين، و تطبيقا لنظرية الأوضاع الظاهرة قد ينفذ العقد في حق الغير و خاصة في شقه الإيجابي المتمثل في إنشاء الحق دون شقه السلبي المتعلق بإنشاء الالتزام[1] ، و هذا بتدخل القانون لحماية الغير مخالفا في ذلك القواعد العامة التي يمثلها مبدأ نسبية آثار العقود و التي تقضي أن الغير يظل أجنبيا عن العقد.

وتأخذ هذه الحماية القانونية مظهرين أساسيين ، يبرز أحدهما في إفادة الغير حقا من الحقوق الناشئة عن العقد (أولا) ، ويتمثل ثانيهما في انتقال آثار العقد بكامله للغير بحيث يصبح في حكم طرف العقد (ثانيا).

أولا : إفادة الغير من حق موضوع اتفاقية التحكيم

قد يستفيد الأجنبي من العقد الناشئ عنه في شكل نظامين أولهما الاشتراط لمصلحة الغير (أ) وثانيهما في الدعوى المباشرة (ب).

أ- الاشتراط لمصلحة الغير

يقصد بالاشتراط لمصلحة الغير إبرام شخص (المشترط) عقدا مع أخر (المتعهد)لمصلحة أجنبي عن العقد (المنتفع)من غير وجود وكالة عن ذلك وليس بصفته فضوليا وإنما يتعاقد المشترط باسمه لمصلحة المنتفع[2]،و ينشأ حق المنتفع مباشرة قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوقائعها ، فالاشتراط لمصلحة الغير يعتبر استثناء من قاعدة أن العقد لا يلزم إلا المتعاقدين .

فلو افترضنا أن عقدا يتضمن اشتراطا لمصلحة الغير في مجال التجارة الدولية وفيه شرط التحكيم ، فينصرف هذا الشرط إلى الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد الأصلي بصرف النظر عن الدائن الذي يطالب بتنفيذ هذه الالتزامات سواء

---

[1] تنص المادة 113 من قا م ج:"لا يرتب العقد إلتزاما في ذمة الغير، و لكن يجوز أن يكسبه حقا" ،

[2] أنظر المادة 116 من قا. م. ج.

أكان الطرف الآخر في العقد المشترط أم كان هو المشترط لصالحه ، كما يستطيع [illegible] المتعهد التمسك بهذا الشرط قبله لأن حق المشترط ينشأ عن العقد الأساسي المتضمن الاشتراط لصالحه لأنه عندما يطالب بهذا الحق فهو يستند في المطالبة إلى العقد الذي أنشأه [1].

ب- الدعوى المباشرة والدعوى الغير مباشرة

يقصد بالدعوى المباشرة الدعوى التي يقيمها الدائن على المدين باسم الدائن لحسابه الخاص للحصول على حقه من ذمة مدين المدين ، ويصبح بمثابة دائن له امتياز على حق مدينه يتقدم قبل غيره من الدائنين لاستفادة حقه، و هي خروج عن القاعدة العامة التي تقضي بأن العقد لا يكون ساريا إلاّ في حق أطرافه فلا يتعدى أثره إلى الغير[2].

إنّ مصدر الدعوى المباشرة هو القانون و ليس العلاقة بين المدين و مدينه، و عليه فإن الدائن صاحب الدعوى المباشرة لا يكون ملزما باتفاقية التحكيم التي أبرمها مدينه في شأن ما ترد عليه هذه الدعوى بالرغم من أن موضوع الحق يكون هو الحق ذاته الذي يكون لمدينه قبل المدين لأن مصدر الحق الخاص المباشر هو النص التشريعي الذي يقرره.

أمّا الدعوى غير المباشرة فهي حق للدائن الذي ينوب عن المدين لاستيفاء حقه قبل الغير، و الفكرة الأساسية التي تقوم عليها هذه الدعوى هي وجود مصلحة مشروعة للدائن للمحافظة على حقوقه المالية من خلال المحافظة على الضمان العام الذي قد يتأثر بإهمال المدين في المطالبة بحقوقه، و تعد أداة لتحقيق هذا الهدف، و

---

[1] م.م الجمال ولأخر المرجع السابق ص 476و 478 - قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1987/10/20 أن شرط التحكيم لا ينشئ إلتزامات كل عاتق المشترط لصالحه ، وإنما يقتصر على ترتيب حقوق لصالحه . إستنتج الفقه من هذا الحكم بمفهوم المخالفة أن المنتفع يستطيع التمسك بشرط التحكيم إذا ما رغب في ذلك .

[2] منذر الفضل – النظرية العامة للالتزامات في القانون المدين، أحكام الإلتزام ، الجزء الثاني – مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع عمان الأردن 1995- ص 91، 92 .

لهذا فإن الدعوى غير المباشرة تستخدم من الدائن أو الدائنين للتغلب على موقف سلبي من المدين ضار بالضمان العام[1].

و تختلف هذه الدعوى عن الدعوى المباشرة في أنها تقام باسم المدين و لصالحه و كذلك فإذا ما أمكن الدائن بلوغ هدفه من استيفاء حق مدينه قبل الغير، فإن هذا لا يختص بهذا الحق وحده لاستيفاء حقه منه و إنما يعود إلى ذمة صاحبه و هو المدين و يدخل في الضمان العام للدائنين جميعا.

و لو افترضنا أن المدين قد أبرم اتفاقية التحكيم في علاقاته مع الغير في العقود المختلفة المتعلقة بالتجارة الدولية، فإن الدائن يلتزم بما يلتزم به هذا المدين ذاته مما يؤدي بالدائن إلى تحريك الدعوى أمام الهيئة التحكيمية على الوجه المتفق عليه و يمتنع على للجوء إلى القضاء العادي، ويبقى الدائن مع ذلك يحتفظ بصفة الغير و ليس بطرف باتفاقية الغير.

ثانيا : الغير كأطراف في العقد.

سبق و أن ذكرنا أن العقد لا ينصرف إلى الغير كأصل عام و لكن في التعامل التجاري الدولي قد تظهر بعض الحالات أن أشخاصا ممن هم خارج العقد الأساسي يلتزمون بموجبه، فقد يثار التساؤل في هذا المقام كالآتي إذا كان العقد المذكور سلفا يحتوي على اتفاقية التحكيم فهل يدخل هذا الغير طرفا فيها؟

للإجابة عن هذا السؤال لا بدّ من تطرق إلى صورتين من المبادئ القانونية الدولية التي عرفها القضاء التحكيمي أولهما: المجموع العقدي(أ)، و ثانيهما: مجموعات الشركات(ب) و كيف يمكن إخضاعهما إلى القواعد المادية الدولية في القانون الجزائري؟

أ- المجموع العقدي :

---

[1] منذر الفضل – المرجع السابق – الجزء الأول – ص489 إلى 490.

كثيرا ما تجتمع عدة عقود حول محل واحد، تتعاقب عليه و يكون محلا كل منهما بحيث تساهم هذه العقود المتعاقبة في تنفيذ هذه الالتزامات الناشئة عن العقد الأساسي[1]. لكن هل أن جميع الملتزمين بموجب العقود الثانوية للعقد الأساسي يمكن أن يكونوا أطرافا في اتفاقية التحكيم المدرجة في العقد الأساسي و خاصة أن الأمر يتعلق بمشروع اقتصادي واحد؟

في البداية يجب استبعاد فرضية المجموع العقدي التي تخص إنشاء عملية اقتصادية واحدة محددة في العقد الأساسي المدرج في اتفاقية التحكيم التي تلتها عقود متعاقبة و لكن بنفس الأطراف في العقد الأولي، فلا مجال لوجود الغير في هذه الفرضية.

يرى الفقه الفرنسي الحديث أن هناك نوعا من التبعية المتبادلة تارة و المنفردة تارة أخرى بين عقود في المجموع العقدي الواحد، يجعل منها كلا واحد يصعب الفصل بين وحداته من الناحية الاقتصادية و القانونية على حد سواء[2] و يرى أن أطراف كل عقد من العقود المكونة للمجموع أطراف في العقد الأساسي الذي تمثله المجموعة باعتبار أن المشروع الاقتصادي واحد، خلافا لما يفرضه منطق مبدأ نسبية أثر العقود بمفهومه التقليدي.

و قد ذهب قضاء التحكيم الدولي شوطا بعيدا في مدّ شرط التحكيم المدرج في العقد الدولي الأساسي إلى العقود الثانوية على أساس أن طرف العقد الثانوي تجمعه مع طرف العقد الأساسي رابطة واحدة و أن العقود التي أبرمها تتضافر جميعا على تحقيق هدف اقتصادي واحد يخصهما معا[3].

---

[1] فوزي محمد سامي، المرجع السابق – ص 226 و 227.

أنظر مصطفى م. – الجمال و عكاشة م. عبد العال ، المرجع السابق ص 494 .

[2] أنظر مصطفى م. و الآخر ، نفس المرجع ص 495.

[3] أحكام غرفة التجارة الدولية بباريس CCI رقم 2375 لسنة 1967، و رقم 1434 لسنة 1975ـ و رقم 4131 – لسنة 1982 – رقم 5177 لسنة 1986.

لم يتطرق المشرع الجزائري في القواعد المادية الدولية للتحكيم في المرسوم التشريعي رقم 93-09 لفكرة المجموع العقدي، إضافة إلى أن القواعد العامة لم تعرف مثل هذا المبدأ. إلاّ أنه نستخلص من خلال استقراء المادة 458 مكرر الفقرة الثانية من المرسوم المذكور أعلاه، أنها تشترط القيد الكتابي كشرط صحة اتفاقية التحكيم، فلو افترضنا أن طرفي العقد الأساسي أدرجا فيه شرط التحكيم، و أن طرف المدين قد أبرم عقودا ثانوية مع الغير، لإنشاء نفس الغرض الاقتصادي موضوع العقد الأساسي، لا يمتد شرط التحكيم إلى طرف العقد الثانوي، إذ يظلّ من الغير بحيث لا يستطيع هذا الأخير مواجهة الطرف الأصلي بشرط التحكيم في حالة وقوع نزاع بشأن العقد الثانوي، و بالمقابل لا يستطيع الدائن في العقد الأساسي مواجهة المتعاقد الثانوي بإجراء التحكيم و هذا الأصل العام حسب المادة 458 مكرر الفقرة الثانية، لتخلف التعبير عن الإرادة كتابيا.

أمّا الاستثناء فنجده فقط عندما يقبل المتعاقد الثانوي بشرط التحكيم بالإحالة إلى العقد الأساسي في حالة احتمال وقوع نزاع، و يشترط أن يكون التعبير عن الإرادة كتابيا في العقد الثانوي.

ب- اتفاقية التحكيم في مجموعة الشركات.

إذا كانت فكرة مجموعة الشركات لم تصل على وجه التحديد إلى حالة المجموعة القانونية بسب اختلاف الأشكال و تنوعها، فإنه بمقتضاها يتجه عدد معين من الشركات إلى رغبتها في تقريب أنشطتها، سواء في مجال الصناعي أو الميدان المالي أو المسائل التجارية عن طريق فروعها[1].

---

[1] منير عبد المجيد، المرجع السابق ص 157 .

لا تثار أية صعوبة إذا ما أبرمت شركة فرعية شرطا تحكيما فإنه يحال مباشرة إلى الشركة الأم، و لكن يصعب الأمر عندما تكون مجموعة شركات حقيقية تتمتع كل واحدة منها بشخصية قانونية متميزة عن الأخرى[1].

لقد اعتمد القضاء التحكيمي[2] على بعض المبادئ لجعل امتداد شرط التحكيم إلى جميع الشركات المكونة للمجموعة، و أهمها أنه إذا كانت الإرادة الحقيقية لموقعي شرط التحكيم ترمي إلى جلب منافع إلى المجموعة كلها، فهنا يمكن تجاوز مبدأ تجزئة المجموعة التي تتكون من شخصيات قانونية متميزة. لذا فإن هذه المجموعة تكون مرتبطة بشرط التحكيم الموقع من إحدى الشركات دون الأخرى[3]. إلاّ أن مسألة اشتراط الكتابة في ا لقانون الجزائري تشكل صعوبة في قبول فكرة امتداد اتفاقية التحكيم في مجموعة الشركات لأنه لا يتصور شركة غير موقعة على اتفاقية التحكيم تلتزم بها، بمجرد وقوع النزاع بين الشركة الموقعة و المتعاقد الآخر، لأجل هذه الأسباب تستطيع الشركة غير الموقعة على اتفاقية التحكيم و الموجودة في المجموعة الدفع بعدم إجراء التحكيم استنادا إلى نص المادة 458 مكرر 1 الفقرة الثانية التي تشترط أن يكون التعبير عن الإرادة كتابة.

و تكمن الصعوبة في مدى امتداد شرط التحكيم في مجموعة الشركات في حالة اندماج شركة في شركة جديدة أخرى و قد تكون اتفاقية التحكيم قد أبرمت من قبل الشركة المندمجة فهل تمتد هذه الاتفاقية إلى الشركة الدامجة؟

للإجابة عن هذا التساؤل نعرض وقائع نزاع تحكيمي بين شركة أجنبية و مجموعة شركات جزائرية على النحو التالي :

---

[1] Phillipe Fouchard et les autres, op Cit, p 300 et suite

[2] قرار تحكيمي صادر بجنيف سنة 1990 رقم القضية 5721 نظام CCI .

[3] Phillipe Fouchard et les autres, op Cit, p 301

بتاريخ 27 جانفي 1982 مؤسسة عمومية (س) أبرمت مع شركة فرنسية عقدا من أجل إنجاز وحدة صناعية و يحتوي هذا العقد الأساسي على شرط التحكيم.
في إطار سياسة إعادة الهيكلة الجزائرية آنذاك قد أدمجت هذه المؤسسة الجزائرية في شركتين جزائريتين (أ) و (ب) الجديدتين الناشئتين بمرسومي سنة 1982 و سنة 1983[1].

نظرا لصعوبة تنفيذ العقد الأساسي الدولي المذكور أعلاه أقامت الشركة الفرنسية دعوى تحكيمية بتاريخ 03 مارس 1987 لدى الغرفة التجارية الدولية بباريس CCI[2] ضد الشركة الأصلية الموقعة على شرط التحكيم و الشركتين الوطنيتين الجديدتين (أ) و (ب).

في قرار أولي للمحكمة التحكيمية سنة 1990 أقرت هذه الأخيرة اختصاصها. لقد استبعدت هذه المحكمة فكرة مجموعات الشركات كما عرفه القضاء التحكيمي الدولي، لأن هذه المؤسسات عامة تختلف تماما عن الشركات الخاصة.

في نهاية المطاف قررت المحكمة التحكيمية أن الشركة (أ) هي التي خلفت الشركة (س) لإنجاز المشروع الصناعي في كل حقوقها و كذا الالتزامات و اعتبرت الشركة الوطنية (ب) من الغير لأن هذه الأخيرة لم تخلف المؤسسة العامة في جميع ذمتها.

المبحث الثاني : أسباب انقضاء اتفاقية التحكيم و آثاره.

لم يتطرق المشرع الجزائري في قانون التحكيم التجاري الدولي إلى أسباب انقضاء اتفاقية التحكيم، بل أحالها إلى القانون الواجب ا لتطبيق عليها كقاعدة عامة.

---

[1] المرسوم رقم 82-418 بتاريخ 1982/12/07.
المرسوم رقم 83-359 بتاريخ 1983/06/07.
[2] رقم القضية CCI. 5884 .

لما كانت اتفاقية التحكيم عقدا ملحقا بالعقد الأساسي فإنه لا مانع من أن نميز بين أسباب انقضائها سواء منها تلك التي لها صلة بالعقد الأساسي، و الأخرى التي تتعلق خاصة باتفاقية التحكيم (المطلب الأول)، و لا ننسى أن نذكر بعض الآثار التي تظهر عن انقضاء اتفاقية التحكيم بالنسبة للهيئة التحكيمية و مصير الإجراءات التحكيمية التي استفدت مجراها قبل الانقضاء و بعده (المطلب الثاني).

المطلب الأول : أسباب انقضاء اتفاقية التحكيم.

بالرغم من أن طبيعة اتفاقية التحكيم تتميز بخصوصيات معينة كما ذكرنا سلفا إذ يشمل موضوعها إجراءات التقاضي أمام قضاء خاص مواز للقضاء العادي، ففي حالة وقوع نزاع بشأن عقد دولي أساسي، فهذا لا يمنع أن نخضعها إلى القواعد العامة في مجال زوالها أو انقضائها لأي سبب قانوني معين، فقط تظهر أسباب انقضائها نتيجة زوال العقد الأساسي (الفرع الأول)، و تتمثل بعض حالات الانقضاء الخاصة باتفاقية التحكيم (الفرع الثاني)، و أخيرا قد يصادف انقضاء شكل من اتفاقية دون الآخر أي هناك الأحوال التي تلغي مشارطة التحكيم دون شرط التحكيم (الفرع الثالث).

الفرع الأول : أوضاع انقضائها الناتجة عن العقد الأساسي.

إنّ العلاقة بين العقد الأساسي و اتفاقية التحكيم تبرز في أنّ هذه الأخيرة تنظم الفصل في النزاع المتعلق بالعقد المذكور، ممّا يجعلنا نفكر في البداية أن انقضاء هذا العقد لسبب ما يؤدي بصفة آلية إلى انقضاء اتفاقية التحكيم التي تكون عادة مدرجة في العقد الدولي في شكل شرط التحكيم.

والواقع أن الوضع مختلف تماما عن هذه الفكرة الأخيرة لأن اتفاقية التحكيم تظل محتفظة بوظيفتها بالرغم من احتمال انقضاء الالتزامات الناشئة عن العقد

الأساسي بسبب نزاعات بين أطرافه[1] و يرجع أساس بقاء اتفاقية التحكيم إلى مبدأ استقلاليتها عن العقد الأساسي بقوة القانون.

لهذه الأسباب لا يمكن أن نسلم بدعوى أحد الأطراف بانقضاء العقد الأساسي ليتنصل من آثار اتفاقية التحكيم، بل يجب أن نسلم بالفرضية السابقة أي الإدعاء بانقضائها إلاّ لأسباب إنتهاء خاصة بها و في الوقت نفسه تكون تابعة للعقد الأساسي و أهمها : التنفيذ (أولا)، التقادم(ثانيا)، تجديد الالتزام(ثالثا)، الصلح(رابعا) و الفسخ و الإنفساخ(خامسا) و البطلان (سادسا).

أولا : التنفيذ.

يعتبر التنفيذ الوسيلة الأكثر طبيعية لانقضاء العقود بصفة عامة، و في هذا الصدد فإن التنفيذ الذي يعد سببا في انقضاء اتفاقية التحكيم هو تنفيذ العقد الأساسي[2] بمعنى تنفيذ كل الالتزامات التي يتضمنها، و به تنقضي اتفاقية التحكيم إذ لم ينشأ أي نزاع بمناسبة العقد الأساسي و عليه تفقد وظيفتها.

و قد يحدث في بعض الأحيان أن يقوم المدعي بتشكيل هيئة التحكيم لحل نزاع مفترض منه إلاّ أنه يستحيل على الهيئة التحكيمية النظر في الإدعاء إذا رأت أن العقد الأساسي قد انقض بكامل التزاماته، إذ أن هذا العقد قد استنفذ موضوعه من قبل أطرافه، فلا يجوز التمسك بمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم من قبل المحكمين للفصل في النزاع المفترض.

ثانيا : التقادم

إن مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأساسي، قد يؤدي إلى قدرة الأطراف على تطبيق نظامين قانونيين أولهما على اتفاقية التحكيم و ثانيهما على

---

[1] Philippe Fouchard et les autres, op cit, p 452 et 453

[2] تجعل المادة 258 من قا م ج الوفاء بسبب انقضاء الالتزام بشكل عام.

– أما المادة 121 من قا م ج التنفيذ الالتزام في العقود الملزمة للجانبين بعد الالتزام منقضي.

العقد الأساسي، مما ينتج اختلاف مدة التقادم للالتزامين المختلفين، إذ يؤدي هذا الوضع إلى احتمال تقادم الالتزامات الناشئة عن العقد الأساسي الذي يحتوي على شرط التحكيم، فقد يحدث نزاع متعلق بالتقادم الذي يفصل فيه عن طريق الهيئة التحكيمية لأن التقادم يدخل ضمن تفسير العقد، وهذا يدخل ضمن مهام المحكمين[1].

ثالثا : تجديد الالتزام.

إن فرضية تجديد التزامات العقد الأساسي هي سبب انقضاء الالتزامات و تنشأ التزامات جديدة فلا يؤدي إلى تجديد اتفاقية التحكيم الملحقة بالعقد الأساسي موضوع التجديد لأنها مستقلة عن العقد الأصلي[2].

إضافة إلى ذلك إن نفس الأحكام تنطبق على تحديد اتفاقية التحكيم حيث إنها تنقضي لسبب خاص بها دون أن تغير من موضوع العقد الأساسي. و اعتمد القضاء التحكيمي على هذا الحكم بحيث قرر في إحدى القضايا أن اتفاقية التحكيم الجديدة التي استخلفت اتفاقية سابقة التي لم ينتج عنها إصدار قرار تحكيمي في المعياد المحدد المتفق عليه فيما تعتبر تجديدا للأولى دون أن تكون لهذه الأخيرة آثار قانونية بالرغم من أن اتفاقية التحكيم الجديدة تقرر إلغائها بواسطة المحكمة التحكيمية، فهذا لا يعني أن الاتفاقية الأولى تبقى صحيحة[3].

رابعا : الصلح.

الأصل أنه نجد في عدة عقود دولية أن نظام الصلح يتماشى بالتوازي مع اتفاقية التحكيم، بمعنى أن المتعاقدين يفضلون الصلح قبل اللجوء إلى التحكيم، إلاّ أن اتفاقية التحكيم لا تفقد وظيفتها بالرغم من محاولة فض النزاع عن طريق الصلح، إذ لو افترضنا أن نزاعا وقع بمناسبة الصلح سواء كان باطلا أو لم ينفذ فإن مثل هذا

---

[1] قضية رقم 4491 سنة 1984 ، غرفة التجارة الدولية CCI

[2] La cour appel de paris a jugé 1986 et confirmé par la cour de cassation 1ère liv la 1988 (la clause compromissoire possède une complète autonomie et que, dès lors, la transaction ou la novation intervenue sûr)

[3] قضية رقم 3383 – غرفة التجارة الدولية CCI سنة 1979.

الالتزام يجب إحالته إلى التحكيم بالرغم من أن اتفاق الصلح لا يحتوي على شرط التحكيم.

و في حالة ما إذا تم حسم النزاع التحكيمي بطريق الصلح و امتثل الأطراف له الصلح فإن اتفاقية التحكيم تنقضي إذا نفذت بكاملها.

خامسا : الفسخ و الإنفساخ.

سبق و تعرضنا لمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الدولي الأساسي الذي يتضمنها أو قد ينشأ عنه بعد قيام المنازعة الخاضعة للتحكيم، و هذا بمقتضى المادة 458 مكرر 1 الفقرة الأخيرة من المرسوم التشريعي رقم 93-09، إلاّ أن هذه المادة ربطت الدفع بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأساسي، إذا سلمنا بأن الإنفساخ يدخل في حكم البطلان على أساس مصدرهما القانوني فإن التساؤل الذي يطرح هو؛هل الفسخ يدخل في مفهوم الفقرة الأخيرة من نص المادة 458 مكرر1أو لا ؟

يلاحظ في هذا الصدد أن فسخ العقد الأساسي أو إنهائه قد يكون بإرادة منفردة من أحد أطراف العقد[1]، و قد يكون باتفاق الطرفين، و قد يكون مصدره القضاء[2] و قد يكون مصدره القانون[3].

فإذا ما تعلق الأمر بفسخ أو إنهاء بإرادة منفردة، فهذا التصرف لا يحتاج تقريره إلى اللجوء إلى القضاء كقاعدة عامة، فإن الفسخ يتم بعيدا عن هيئة التحكيم، و من ثم تبرز أهمية بقاء اتفاقية التحكيم قائمة بالرغم من فسخ العقد الأساسي، مما يجعل المحكمة التحكيمية تختص الفصل فيما ينشأ من منازعات حول الفسخ سواء

---

[1] أنظر المادة 123 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري.

[2] أنظر المادة 119 من القانون المدني الجزائري.

[3] أنظر المادة 120 من القانون المدني الجزائري.

كان موضوعها المسؤوليات الناشئة عنه، أو الالتزامات التي تولدت عن العقد الأساسي في الفترة السابقة على فسخه، كما لو كان عقدا من العقود الزمنية[1].

و قد يحدث أن يكون الفسخ بالقضاء، و بالمقابل يكون شرط التحكيم منصبا على منح هيئة التحكيم صلاحية للفصل في النزاعات المتعلقة بالفسخ بدلا من القضاء العادي، ففي هذه الحالة تختص المحكمة التحكيمية في المنازعات المتعلقة بأثره.

وبما أن المشرع الجزائري لم ينص على أحوال الفسخ و الإنفساخ صراحة، بل اكتفى بعدم صحة العقد الأساسي لربطه بمبدأ استقلالية التحكيم، فقد نستنتج أن نفس المبدأ ينطبق على الفسخ و الإنفساخ.

سادسا : البطلان

دائما بمقتضى مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم، إن بطلان العقد الأساسي لا يمنع المحكمة التحكيمية من الفصل في الآثار الناجمة عنه، و مع ذلك فإن كان سبب البطلان قد يؤثر مباشرة في اتفاقية التحكيم مثل نقص الأهلية اللازمة للتصرف لأحد الأطراف، فإن مبدأ اختصاص الخاص بهيئة التحكيم يمنحها سلطة النظر أو التأكد من وجود سبب البطلان ، و إذا أقرته فإنها تحكم بعدم اختصاصها، لأن العيب الذي شاب العقد الأساسي و ارتبطت به اتفاقية التحكيم كان عيبا ظاهرا[2].

و الجدير بالذكر أن إقرار البطلان ليس من سلطات المحكم سواء كان عقدا أساسيا أو اتفاقية تحكيم، لأن البطلان من مسائل النظام العام ويرجع الفصل فيه إلى القضاء العادي ، و يبقى للمحكم الإقرار في اختصاصه أو عدمه[3].

---

[1] مصطفى م. الجمال و الآخر – المرجع السابق – ص 560 .

[2] Philippe Fouchard et les autres, op . Cit. , p 455.

[3] أحمد أبو الوفا المرجع السابق – ص 144.

الفرع الثاني : حالات انقضاء اتفاقية التحكيم الخاصة.

قد يحد ث أن توجد الظروف التي تجعل اتفاقية التحكيم منقضية مستقلة عن تلك الأسباب التي تؤثر مباشرة في انقضاء العقد الأساسي، و يتمثل في سببين أولهما انتهاء اتفاقية التحكيم بإرادة مشتركة لأطرافها، و ثانيهما اتفاقية التحكيم المعيبة.

أولا : انتهاء اتفاقية التحكيم بإرادة الأطراف المشتركة.

قد يتفق أطراف العلاقة على انتهاء التحكيم صراحة أو ضمنيا، دون اللجوء إلى إنهاء العقد الأساسي، و قد يرد هذا الاتفاق الصريح في شكل سند كتابي موقع من الطرفين تحت طائلة البطلان باعتبار أن المشرع الجزائري قد أوجب هذا القيد الشكلي ، مما يستلزم إنهائها بنفس الوسيلة حتى تعد صحيحة.

أمّا الاتفاق الضمني لإنهاء اتفاقية التحكيم فيبرز عندما يلتجئ أحد الأطراف إلى القضاء العادي لمطالبته بحسم النزاع بشأن عقد أساسي يحتوي على شرط التحكيم، و بالمقابل فإن المدعى عليه أي الطرف الآخر يقدم الدفع في الموضوع دون تقديم الدفع بسبق اتفاقية التحكيم لمنع القضاء العادي من النظر في الدعوى المطروحة أمامه و توجد صورة أخرى لإنهاء اتفاقية التحكيم ضمنيا، إذا تقدم طرفاها إلى القضاء العادي بطلباتهما للحكم لهما في النزاع[1]، و هذا الوضع لا يتعارض مع القيد الشكلي الذي اشترطه المشرع الجزائري عموما، لأن إرادتهما قد تم التعبير عنها في شكل طلبات مكتوبة أمام سلطة لها صفة الإجبار.

و الجدير بالذكر أنه في حالة عدم قيام أحد الأطراف بتعيين محكم في الميعاد المتفق عليه في اتفاقية التحكيم لا يعني العدول عنها[2].وإضافة إلى ذلك أن صلاحية المحكم للفصل في المنازعات المستعجلة لا تمنع القضاء من النظر فيها بطلب منه أو من أحد الأطراف، فهذا لا يعني تنازلا منه عن التحكيم فيما يتعلق بموضوع الحق

---

[1] أحمد أبو الوفا المرجع السابق – ص 143.

[2] Philippe Fouchard et les autres, Op. Cit. p 458

ذاته[1].و إنما هي مسألة تعاون القضاء العادي مع الهيئة التحكيمية (المادة 458 مكرر9 من المرسوم التشريعي رقم 93-09)[2].

ثانيا : بطلان اتفاقية التحكيم.

قد تنقضي اتفاقية التحكيم بصرف النظر عن العقد الأصلي، و ذلك عندما يشوبها عيب خاص بها دون أن يؤثر هذا العيب في العقد الأصلي، و أبرز العيوب التي تبطلها يتمثل خاصة في عدم قابلية النزاع للتحكيم، بمعنى أن محل التحكيم يكون مخالفا للنظام العام حسب ما يقره القانون، فقد اشترط المشرع الجزائري في المادة 458 مكرر معيارين لمحل التحكيم أولهما المعيار القانوني الذي يلتزم القابلية للنزاع أي أن يكون لأحد أطراف العلاقة الدولية مقر أو موطن خارج الجزائر، و ثانيهما المعيار الاقتصادي أي القابلية الموضوعية للنزاع المتمثلة في كون محل النزاع التحكيمي يتعلق بمصالح التجارة الدولية.

وقد تبطل اتفاقية التحكيم أيضا، عندما لا تحترم الشروط الشكلية التي يستلزمها القانون، إذ أن المادة 458 مكرر1 الفقرة الثانية اشترطت الكتابة لصحتها تحت طائلة البطلان، كل هذه الأحوال السابقة تمثل أسباب لانقضاء اتفاقية التحكيم بقوة القانون.

و في حالة انقضاء اتفاقية التحكيم المدرجة في العقد الأساسي، يبقى هذا العقد صحيحا، وفي حالة وقوع نزاع يرجع الاختصاص فيه للقضاء العادي طبقا لقواعد التنازع القوانين.

---

[1] م. م. الجمال و الآخر ن المرجع السابق – ص 561 .

[2] تنص المادة 458 مكرر 9 الفقرة الثانية :"(...) و إذا لم يخضع المعني بالأمر بمحض إرادته لهذه التدابير جاز لمحكم التحكيم أ، طلب مساعدة القاضي المختص و يطبق هذا الأخير قانون خاص" .

<u>الفرع الثالث</u> : انقضاء مشارطة التحكيم دون شرط التحكيم.

على الرغم من أن شرط التحكيم و مشارطة التحكيم يشكلان الصورتين الأساسيتين لاتفاقية التحكيم في القانون الجزائري، و لهما نفس الآثار القانونية، إلاّ أنه نميز بينهما في بعض حالات الانقضاء إذ تنتهي مشارطة التحكيم الناشئة عن شرط التحكيم، و يبقى هذا الأخير قائما ، و تبرز هذه الأسباب في: إصدار القرار التحكيمي نهائيا(أولا)، و تخلف المحكم (ثانيا)، و انقضاء ميعاد إصدار القرار التحكيمي (ثالثا)، و أخيرا بطلان القرار التحكيمي(رابعا).

أولا : إصدار القرار النهائي.

إن صدور حكم من المحكمة التحكيمية في موضوع التحكيم، هو النتيجة الطبيعية لاتفاقية التحكيم[1]. و يقصد بموضوع التحكيم كل المسائل المتنازع عليها الخاضعة للتحكيم و التي فصل المحكم فيها، و لكن قد يدق الأمر عندما ينفذ العقد التجاري الدولي أو لا ينفذ أو يفسخ، إن شرط التحكيم المدرج فيها يظل قائما و له آثار قانونية في حالة نزاع جديد ينشأ بمناسبة هذه العلاقة التعاقدية بين أطرافها[2].

ويلاحظ أن مشارطة التحكيم تنقضي إذا كانت باطلة لأسباب معينة ، فإذا كانت مسبوقة بشرط التحكيم فهذا البطلان لا يؤثر في بقاء شرط التحكيم[3]

ثانيا : تخلف المحكم .

إذا رجعنا إلى أحكام التحكيم الداخلي في القانون الجزائري[4]، نجد أن مشارطة التحكيم تنقضي بوفاة أحد المحكمين أو برفضهالقيام بمهمته أو تنحيته أو حصول مانع له، ما لم يتفق أطرافها على استبداله، و نستنتج هنا أن مشارطة

---

[1] أحمد أبو الوفا، المرجع السابق – ص 142 .

[2] Philippe Fouchard et autres, Op . Cit, P 459.

[3] م.م الجمال والآخر المرجع السابق ص 567 .

[4] أنظر المادة 447 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية الجزائرية.

التحكيم تعد باطلة في هذه الأحوال لأن يجعل أشخاص المحكمين من أركان التحكيم في الواقع إن شرط التحكيم لا يحتوي أسماء المحكمين إلا نادرا وحتى إن إحتواها فإن الموانع التي تحول دون قيام المحكم بمهامه تؤثر في آلية التحكيم ، لأن لعموم صحتها في الأصل تقيد عبارته اللجوء للتحكيم. ففي حالة وقوع نزاع بشأن عقد تجاري دولي فإنها يبقى محتفظة بآثارها القانونية .

ولا ننسى في هذا المقام أن المشرع الجزائري قد تطرق لمختلف العوارض التي تواجه المحكم والعضو في هيئة التحكيم كالوفاة ، والعزل ، والرد أو النتيجة ، ففي كل هذه الحالات أعطى القانون حلولا لاستبدال المحكم الذي لحق به العارض[1]

نستنتج من هذه الأسباب أنه في حالة وجود صعوبة في تعيين الهيئة التحكيمية فإن هذا لا يؤثر في شرط التحكيم إذ تنقضي مشارطة التحكيم التي تحتوي على أسماء المحكمين .

ثالثا : انقضاء ميعاد إصدار القرار التحكيمي .

من صفات اتفاقية التحكيم أنها مرنة إذ يمكن للأطراف استغلال هذه المرونة بإدراج ما شاءوا فيها من الاتفاقيات ما لم تكن مخالفة للنظام العام الدولي. لهذه الأسباب لا يمنع الأطراف من إدراج ميعاد محدد لإصدار القرار التحكيمي من قبل الهيئة التحكيمية في شرط التحكيم أو في مشارطة التحكيم وهذا بمقتضى المادة 458 مكرر13 من المرسوم التشريعي رقم 93-09 مما يؤدي اعتبارها شرطا من شروط اتفاقية التحكيم الذي يلزم الهيئة التحكيمية وإلا كان القرار قابلا للإبطال. وهنا يبرز مبدأ سلطان الإرادة مرة أخرى في قدرة الأطراف على تحديد ميعاد لإصدار القرار حيث يبدأ من تاريخ قيام النزاع إذا كان محدد الميعاد في شرط التحكيم أو منذ بدء

---

[1] تنص المادة 458مكرر 13 في المرسوم التشريعي رقم 93-09 " يصدر القرار التحكيمي ضمن الإجراء ، وحسب الشكل الذي يتفق عليه الأطراف وفي غياب مثل هذه الإتفاقية (...)".

سير الدعوى التحكيمية أو وفقا لنظام تحكيمي لأحد المراكز الدائمة للتحكيم إذا اتفق الأطراف عل التحكيم المؤسساتي .

في جميع الأحوال إن عدم صدور القرار التحكيمي ضمن الميعاد المحدد ينهي مهمة الهيئة التحكيمية ما لم يرتض الخصوم امتداده ، ولا ينقضي التحكيم بقوة قاهرة وإنما يتوقف سريان الميعاد ، وكذلك ينتهي التحكيم بمجرد ظهور مسألة عرضية، لا تدخل ضمن مهمة المحكمين ، كأن يكون البث فيها يكون من اختصاص القضاء العادي[1].

أما انقضاء الميعاد المحدد لإصدار القرار التحكيمي، لا يؤثر في بقاء شرط التحكيم بحيث يظل أطرافه ملزمين به وعليه يجب إحالة نفس النزاع أو نزاع أخر لنفس العقد الأساسي للتحكيم[2]، ولا يهم إذا كان نفس الهيئة التحكيمية التي لم تبث في النزاع لانقضاء الميعاد المحدد من قبل الأطراف، أو هيئة تحكيمية أخرى مشكلة جديدا بمشارطة التحكيم جديدة .

رابعا : بطلان القرار التحكيمي

بعد صدور القرار التحكيمي من قبل الهيئة التحكيمية بشأن نزاع خاص بالعقد الأساسي، بحق لكل طرف الطعن فيه ، والمطالبة بطلانه.

قد يحكم القاضي ببطلان القرار التحكيمي لسبب قانوني معين[3] و هذا لا يعني أن اتفاقية التحكيم في شكل شرط التحكيم قد انقضت بهذا البطلان، لأنه قد يتضمن عدة مسائل قابلة للتحكيم، فإذا وقع أحد النزاعات بالفعل، فإنه يحسم عن طريق التحكيم، أمّا باقي النزاعات فتبقى قائمة مع بقاء شرط التحكيم، فالقرار الصادر عن النزاع الموصوف و المحكوم فيه، قد يتعرض للطعن بالبطلان، و إن

---

[1] أحمد أبو الوفا المرجع السابق ص 146 .

[2] أنظر المادة 458 مكرر من المرسوم التشريعي رقم 93-09 التي تحدد الأحوال التي يبطل فيها القرار التحكيمي .

[3] أحمد أبو الوفا المرجع السابق ص 146 .

حكم فيه بالبطلان فعلا من قبل القضاء العادي، فإنه لا يؤثر في شرط التحكيم ما دامت صحيحة قانونا. غير أنه نستثني حالة واحدة يكون فيها شرط التحكيم باطلا كأن يكون مخالف للنظام العام، فالقرار المطعون فيه بالبطلان هو الآخر يبطل من طرف القضاء العادي نتيجة بطلان شرط التحكيم.

المطلب الثاني : آثار انقضاء اتفاقية التحكيم.

إن زوال اتفاقية التحكيم يعود بالخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرامها و تترتب النتيجة المتقدمة أيّا كان سبب انقضائها[1] و من ثم ينبغي عليهم في أي نزاع نشأ بينهم اللجوء إلى القضاء العادي لفضه بواسطة قواعد التنازع حسب إسنادها في القوانين الوطنية لبلد معين أمام القاضي الأجنبي .

إلاّ أن سبب انقضاء اتفاقية التحكيم قد يظهر قبل بدء الهيئة التحكيمية في سير الدعوى (الفرع الأول)، و قد يحدث أنها تنقضي أثناء سير الدعوى التحكيمية (الفرع الثاني)، و أخيرا قد يصدر قرار تحكيمي بعد انقضاء اتفاقية التحكيم (الفرع الثالث).

الفرع الأول : أثر انقضاء اتفاقية التحكيم قبل سير الدعوى التحكيمية.

القاعدة العامة أن حكم هيئة التحكيم يكون منهيا للخصومة و يصدر الأمر بتنفيذه[2] كما تنص عليه المادة 458 مكرر 16 من المرسوم التشريعي رقم 93-09 [3].

غير أن هناك بعض الحالات من أسباب إنتهاء اتفاقية التحكيم، قد تظهر قبل الفصل في الدعوى من قبل الهيئة التحكيمية، فإن هذه الأخيرة قد تفصل فيه، بمعنى أنها تكون مختصة في حسم النزاع لوجود سبب ينهي اتفاقية التحكيم مما يترتب عنه مباشرة زوال صلاحية هيئة التحكيم في الفصل في هذا النزاع التحكيمي بمقتضى

---

[1] أحمد أبو الوفا المرجع السابق ص 146 .

[2] مصطفى م. الجمال و الآخر – المرجع السابق – ص 567 .

[3] تنص المادة 458 مكرر 16 على ما يلي :"القرار التحكيمي الذي يفصل في المنازعة ينهي مهمة محكمة التحكيم" .

اتفاقية التحكيم الباطلة، ويستوجب على هذه الهيئة إحالة هذا النزاع إلى القضاء العادي للنظر فيه.

و الجدير بالذكر أنه عندما يعرض النزاع على الهيئة التحكيمية فإن أول إجراء تقوم به هو التأكد من مدى وجود اتفاقية التحكيم وصحتها، فإذا كانت هذه الأخيرة غائبة أو غير صحيحة فإن الهيئة إما أن تستبعد صلاحياتها، و إمّا أن تقرر ولايتها في الفصل تجسدها في قرار أولي وفقا لمبدأ الاختصاص الخاص بها ، و ويترتب عن هذا المبدأ أن تواصل الهيئة صلاحيتها في النزاع التحكيمي.

<u>الفرع الثاني</u> : انقضاء اتفاقية التحكيم أثناء سير الدعوى التحكيمية.

قد لا يتحقق سبب انتهاء اتفاقية التحكيم إلاّ بعد البدء في إجراءات التحكيم، وممارسة الهيئة التحكيمية لمهمتها فعليا، و لكن قبل إصدارها لأي قرار تحكيمي ونهائي، و بالمقابل قد يصدر عن هذه الهيئة عدة أعمال تحكيمية سنحاول بيان مصيرها و آثرها القانونية.

بالنسبة للأحكام الأولية أو التمهيدية التي قد أصدرتها تبقى منتجة لآثارها بشرط أن لا يتصل انقضاء التحكيم ببطلانه[1]. و إذا أصدر المحكم في شق من موضوع النزاع حكما فإن هذا الحكم يظل قائما ما لم يكن موضوع النزاع غير قابل للتجزئة، على نحو يكون للقرار في شق منه أثر على الفصل في أجزائه الأخرى[2] بمعنى أنه في هذه الحالة لا يتقيد القضاء العادي الذي ينظر في بقية أجزاء النزاع بالقرار التحكيمي الأولي أو التمهيدي الذي يصبح عديم الأثر.

أمّا إذا اتخذت إجراءات إثبات أمام الهيئة التحكيمية قبل انتهاء اتفاقية التحكيم، فإن القضاء العادي لا يعتد بها بعد رفع دعوى أمامه، لأنها ليست إجراءات قضائية تعتمد على الشكليات، بل تخضع لمبدأ سلطان الإرادة بحسب ما اختاره الطرفان من

---

[1] أحمد أبو الوفا المرجع السابق ص 147.

[2] مصطفى م. الجمال و الآخر – المرجع السابق – ص 569.

القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التي أقرها المشرع للأطراف الاعتماد عليه حسب الحلول المباشرة في هذا الشأن[1] و مع ذلك لا يمنع القضاء العادي من الاستئناس بها إذا كانت مدونة في محاضر مكتوبة، لآن تصبح مسألة موضوعية ترجع إلى تقدير قاضي الموضوع.

<u>الفرع الثالث</u> : صدور قرار تحكيمي بعد انقضاء اتفاقية التحكيم.

وإذا انقضت اتفاقية التحكيم، و صدر عن الهيئة التحكيمية قرار نهائي في النزاع التحكيمي، يؤدي حتما بالطرف المستفيد منه أن يطلب الصيغة التنفيذية من قاضي محكمةالبلد موطن المستشهد ضده هذا القرار، على الرغم من انقضاء اتفاقية التحكيم، و ما بقي على الطرف المستشهد ضده هذا القرار أن يطلب الطعن ببطلانه من نفس القاضي، و قد أكّد المشرع الجزائري في المادة 458 مكرر 25[2] من المرسوم التشريعي رقم 93-09. بالإحالة إلى المادة 458 مكرر 23 التي تبين الحالات التي يتمسك بها المستشهد ضده القرار لطلب إبطاله و خاصة الفقرة (ب) التي تنص :"إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية التحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضت مدتها". فمن ظاهر هذه الفقرة نجد القانون الجزائري ذكر حالتين تخصان اتفاقية التحكيم من حيث وجودها و صحتها اللتين تسمحان للطرف المستشهد ضده طلب إبطال القرار الصادر عن الهيئة التحكيمية.

إلاّ أن المشرع الجزائري في نص المادة 458 مكرر 25 الفقرة الأولى قد جعلها قاعدة مكملة إذ صاغها في شكل غير آمر، و بالتالي يجوز للمستشهد ضده القرار أن يسلك مسلكا آخر يفيد رضاه بهذا القرار الناتج عن اتفاقية التحكيم

---

[1] أنظر المادة 458 مكرر 6 من المرسوم التشريعي رقم 93-09.

[2] تنص المادة 458 مكرر 25 الفقرة الأولى على :"يمكن أن تكون القرارات التحكيمية الصادرة بالجزائر في مجال التحكيم الدولي موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 458 مكرر 23 أعلاه (...)"

المشوبة بعيب أو المستنفذة المدة لأنها ليست من النظام العام بحيث يجوز للمستشهد ضده إجازة هذه الاتفاقية بتنفيذ القرار التحكيمي تنفيذا طوعيا.

من خلال ما سبق يظهر مرة أخرى مبدأ سلطان الإرادة لأطراف اتفاقية التحكيم، حيث يستطيعون تحديد مصير القرار التحكيمي فيما بينهم، و يلاحظ في هذا الصدد أن الأصل إذا كانت اتفاقية التحكيم باطلة تكون عديمة الأثر بأثر رجعي، أما انتهائها فتكون عديمة الأثر في المستقبل.

خاتمة :

بالنظر إلى ما سبق نجد أن الجزائر أصبحت منفتحة و متخذة موقعا إيجابيا إزاء التحكيم التجاري الدولي بعد رفض فكرته من قبل.

إن انضمام الجزائر إلى معاهدة نيويورك 1958 المتعلقة بالتنفيذ و الاعتراف بالقرارات الأجنبية في سنة 1988. قد مهد الطريق إلى صدور المرسوم رقم 93-09 المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي، و قد وصفت قواعده المادية بأنها قواعد تتماشى مع مقتضيات التجارة الدولية، لأنها احتوت على أحكام و حلول مباشرة كانت موضوع جد فقهيي و قضائيي دوليين.

إذا كانت اتفاقية التحكيم في شكليها هي أساس التحكيم بكل فروعه، قد اعتمد في صياغة القانون التحكيم الجديد على فكرة مبدأ سلطان الإرادة بكل نتائجه المنطقية، بحيث خول هذا القانون المتعاقدين في العلاقة الدولية اختيار الأنظمة القانونية المناسبة لهم بشأن حكم تصرفاتهم، و لو لم يكن القانون المختار هو قانون دولة إبرام العقد، أو دولة تنفيذه و على هذا النحو لم يعد مبدأ سلطان الإرادة مجرد تبرير لحل إلزامي مسبق لتنازع القوانين في مجال العقود الدولية. بل أصبح هذا المبدأ هو الحل ذاته. و ترتيبا عن ذلك استقر هذا المبدأ في الجزائر ليعبر عن تعاليم المذهب الفردي في ظل الاقتصاد الحر الذي تريد الجزائر اعتناقه في ظل العولمة بوجه عام، و أكد مبدأ حرية التعاقد بوصفه ترجمة لطموحات الجزائر في جلب المتعامل الأجنبي إليها، فما كان على المشرع إلاّ تجسيده في أحكام التحكيم الدولي و خاصة اتفاقية التحكيم كضمان قانوني لهم، واستبعاد القضاء العادي في كل من دولتي المتعاقدين من التصدي المنازعات التجارية ذات البعد الدولي.

غير أن إيمان المشرع الجزائري بقدرة الإرادة على تركيز العقد في مكان معين، فلا يعني أن الإسناد الإرادي يظل مصدر اختيار القانون المطبق، بل أن

تطبيقه يستند أساسا إلى سلطان المشرع بمقتضى قاعدة إسناد وطنية في المرسوم التشريعي رقم 93-09.

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

لقد تطرق المشرع الجزائري إلى فكرة احترام النظام العام الدولي لتنفيذ القرار التحكيمي إلاّ أنه لم يحدد مفهوم هذه الفكرة بالمقارنة بالنظام العام الداخلي، فأي معيار نعتد به؟

بمعنى أن اتفاقية التحكيم قد تكون مركبة من عدة أنظمة قانونية متباينة، فمبدأ احترام النظام العام يقصد عدم خرقه في القانون المطبق على الاتفاقية أو القانون المطبق على موضوع النزاع أو القانون الإجرائي أو قانون مقر إجراء التحكيم، أو قانون بلد مراد تنفيذ القرار إذ نتمنى من المشرع أن يحدد هذه الفكرة الغامضة الأمر الذي يمكن أن تكون سببا لمجابهة النظام القضائي أو القانوني مع القرارات التحكيمية المراد تنفيذها في الجزائر.

و لا ننسى أيضا أن المشرع قد كرس مبدأين هامين في قانون التحكيم، أولهما المتمثل في مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأساسي، مما اعتبرها عقدا معادلا للعقد الأساسي و مستقلة عن شروطه، بل هي أيضا مستقلة بالنسبة للقانون الجزائري بمجمله و بالنسبة لأي قانون عائد لأي بلد من البلدان،أما المبدأ الثاني يشمل منح الهيئة التحكيمية الاختصاص الخاص بها، يعني أنها تفصل بصفة أولوية عن القضاء العادي، و هذا لا يمثل انتقاصا من السلطة القضائية، التي تبقى لها

سلطة الرقابة على القرارات التحكيمية في آخر المطاف[1]، إذن فهي مسألة أولوية و ليست مسألة تدرج السلطة.

و أخيرا نستنتج أن المشرع الجزائري من خلال القواعد المادية الدولية للتحكيم، أراد توفير مناخ مناسب لإجراء التحكيم التجاري الدولي بشأن إبرام العقود التجارية الدولية تلبية للضغط الاقتصادي العالمي[2].

وما نرجوه هو أن يكون للجزائر مركز تحكيمي للفصل في النزاعات الداخلية و الخارجية كباقي الدول، لأن عالم الأعمال يفضل هذا النوع من القضاء الخاص على القضاء العادي بصفة عامة لسرية إجراءاته في الفصل في النزاعات بين المتعاملين في التجارة عموما و التجارة الخارجية خصوصا، أفلا تكون الغرفة التجارية الوطنية الجزائرية نموذجا لمؤسسة تحكيمية داخلية و خارجية في المستقبل في هذا الشأن[3] ؟

---

[1] أنظر مذكرة ماجستير السيدة علال المولودة بن تركية ليندة، المرجع السابق- ص .

[2] Amor Zahi, l'état et l'arbitrage, O.P.U, Publisud, 1979. Algérie .

[3] Ali Mabroukine, Quelques remarques à propos de l'institution d'une cour d'arbitrage au sein de la chambre nationale de commerce, In acte de séminaire organisé par la C.N.C Alger, Op. Cit., p.149 à p.167.

الملحق الأول :

📖 المرسوم التشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 03 ذي القعدة عام 1413 الموافق لـ 25 أبريل سنة 1993 معدل و متم للأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو و المتضمن قانون الإجراءات المدنية (ج. ر. رقم 1993/27).

المادة 1 : تلغي المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية و تستبدل بالأحكام الآتية : "يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها.

و لا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة و لا في حقوق الإرث و الحقوق المتعلقة بالمسكن و الملبس و لا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم.

و لا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أي يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية".

المادة 2 : يدرج ضمن الكتاب الثامن من الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 و المذكور أعلاه، فصل رابع، بعنوان "في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي" و يتضمن المواد الآتية :

القسم الأول : أحكام عامة.

المادة 458 مكرر : يعتبر دوليا، بمفهوم هذا الفصل، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارة الدولية و الذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج.

المادة 458 مكرر 1 : تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات المستقبلية و القائمة.

يجب من حيث الشكل، و تحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم بموجب عقد كتابي.

تعتبر صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها إمّا القانون الذي اتفقت الأطراف على اختيار.

و إمّا القانون المنظم لموضوع النزاع، لاسيما القانون المطبق على العقد الأساسي، و إمّا القانون الجزائري.

لا يمكن الإحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح.

القسم الثاني : تنظيم التحكيم الدولي.

المادة 458 مكرر 2 : يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم و شروط عزلهم أو استبدالهم.

و في غياب مثل هذا التعيين، و في حالة صعوبة تعيين المحكمين و عزلهم أو استبدالهم ، يجوز للطرف المعني بالتعجيل أن يقوم بما يأتي :

أ- رفع الأمر أمام رئيس المحكمة المختصة طبقا للمادة 458 مكرر 3 إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

ب- رفع الأمر أمام رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج، و قرر الأطراف بصدده تطبيق قانون الإجراءات الجزائري.

المادة 458 مكرر 3 : الجهة القضائية المختصة ا لمذكورة أعلاه في المادة 458 مكرر 2 الفقرة 2(أ) هي المحكمة المحددة في اتفاقية التحكيم، و في غياب ذلك، المحكمة التي حددت هذه الاتفاقية مقر محكمة التحكيم ضمن دائرة اختصاصها أو المحكمة مقر إقامة المدعي عليه أو المدعي عليهم في النزاع، أو محكمة مقر إقامة المدعي إذا كان المدعي عليه لا يقيم بالجزائر.

المادة 458 مكرر 4 : إذا دعي قاضي إلى تعيين محكم حسب الشروط المذكورة في المواد السابقة، فإنه يستجيب لطلب التعيين بموجب أمر يصدر بناءا على مجرد عريضة، إلاّ إذا بينت دراسة موجزة عدم وجود أية اتفاقية تحكيم بين الأطراف.

إذا دعي القاضي إلى تعيين محكم مرجح، وجب أن يكون هذا الأخير من جنسية مخالفة لجنسية الأطراف.

المادة 458 مكرر 5 : يمكن رد المحكم :

أ- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف،

ب- عندما يكون سبب الرد المنصوص عليه في نظام التحكيم الذي اعتمده الأطراف قائما.

ج- عندما تسمح الظروف بارتياب المشروع في استقلاليته، لاسيما بسبب وجود علاقات اقتصادية أو علاقات مصالح مباشرة أو بواسطة شخص آخر مع طرف من الأطراف.

لا يجوز للطرف الذي عين المحكم أو ساهم في تعيينه، أن يرده إلاّ بسبب يكون قد اطلع عليه بعد هذا التعيين، و يتعين إطلاع محكمة التحكيم و الطرف الآخر حلا بسبب الرد.

و في حالة النزاع و ما لم تقدم الأطراف بتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي المختص وفقا للمادة 458 مكرر 2 بأمر بناء على طلب من الطرف المعني بالتعجيل.

و لا يقبل هذا الأمر أي طريق من طرق الطعن.

المادة 458 مكرر 6 : يمكن اتفاقية التحكيم أن تضبط الإجراء اللازم اتباعه في الهيئة التحكيمية مباشرة أو بناء على نظام تحكيم.

كما يمكنها إخضاع هذا الإجراء إلى قانون الإجراءات الذي تحدده الأطراف فيها.

و إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، و لم يحصل اتفاق بين الطرفين، فتتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراء، مباشرة أو إستنادا إلى قانون أو نظام تحكيمي كلما تطلبت الحاجة إلى ذلك.

المادة 458 مكرر 7 : تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها و يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع يتعلق بالموضوع.

تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بقرار أولي إلاّ إذا كان الدفع بعد الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع.

المادة 458 مكرر 8 : تكون دعوى التحكيم معلقة عندما يرفع أحد الأطراف دعوى أمام المحكم أو المحكمين المعنيين في اتفاقية التحكيم، أو عندما يباشر أحد الأطراف إجراء في تأسيس محكمة التحكيم في حالة غياب مثل هذا التعيين.

يكون القاضي غير مختص للفصل في الموضوع متى كانت دعوى التحكيم معلقة.

المادة 458 مكرر 9 : يمكن محكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تدابير تحفيظية بطلب من أحد الأطراف إلاّ إذا كانت هناك اتفاقية مخالفة.

و إذا لم يخضع المعني بالأمر بمحض إرادته لهذه التدابير جاز للمحكمة التحكيم أن تطلب مساعدة القاضي المختص، و يطبق هذا الأخير قانونه الخاص.

يمكن محكمة التحكيم أو قاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التدابير التحفظية التي طلب منه إصدار الأمر بها لتقديم الطرف المدعى الضمانات المناسبة.

المادة 458 مكرر 10 : تباشر محكمة التحكيم بنفسها تقديم الأدلة :

المادة 458 مكرر 11 : إذا كانت مساعدة السلطة القضائية ضرورية لتقديم الأدلّة، أو لتمديد مهمة المحكمين أو لتصحيح الإجراءات أو في حالات أخرى، جاز لمحكمة التحكيم أو الأطراف المتفقة معها أو الخصم المعني بالتعجيل الذي تأذن له المحكمة أن تطلب بناء على عريضة، مساعدة القاضي المختص وفقا لأحكام المادة 458 مكرر 2، و يطبق هذا القاضي قانونه الخاص.

المادة 458 مكرر 12 : يجوز لمحكمة التحكيم إصدار قرارات تحكيمية جزئية أو بما اتفق عليه الطرفان، إلاّ إذا كانت هناك اتفاقية مخالفة.

المادة 458 مكرر 13 : يصدر قرار التحكيم ضمن الإجراء، و حسب الشكل الذي يتفق عليه الأطراف.

و في غياب مثل هذه الاتفاقية، يصدر القرار التحكيمي:

- المحكم الوحيد.
- بالأغلبية، عندما تشتمل محكمة التحكيم على عدة محكمين.

يكون القرار التحكيمي مكتوبا، مسببا، معين المكان، مؤرخا و موقعا.

يمكن المحكم الذي يحوز الأقلية أن يدرج رأيه في القرار التحكيمي.

و يوقع كل محكم القرار التحكيمي، و ينتج عن هذا القرار التحكيمي نفس الأثر، كأنه موقع من جميع المحكمين.

المادة 458 مكرر 14 : تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، و في غياب ذلك، تفصل محكمة التحكيم وفقا لقواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة.

المادة 458 مكرر 15 : تفصل محكمة التحكيم كمفوض للصلح إذا خولتها اتفاقية الأطراف هذه السلطة.

المادة 458 مكرر 16 : إن القرار التحكيمي الذي يفصل في المنازعة ينهي مهمة محكمة التحكيم.

و يكتسي القرار التحكيمي فور صدوره حجية الشيء المقضي فيه المتعلق بالنزاع الذي فصل فيه.

يؤمر بالتنفيذ الجبري حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 458 مكرر 17، (الفقرة 2) و ذلك في غياب التنفيذ الطوعي للقرار التحكيمي.

القسم الثالث :

في الاعتراف بالقرارات التحكيمية الصادرة في مادة التحكيم الدولي و تنفيذها الجبري و طرق الطعن فيها.

المادة 458 مكرر 17 : يتم الاعتراف في الجزائر بالقرارات التحكيمية الدولية إذا أثبت المتمسك بها وجودها، و كان هذا الإعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي.

و بنفس الشروط تعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر، من لدى رئيس محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج تراب الجمهورية.

المادة 458 مكرر 18 : يثبت وجود قرار تحكيمي بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ من هذه الوثائق، تتوفر فيها الشروط المطلوبة لإثبات صحتها.

المادة 458 مكرر 19 : يودع الوثائق المذكورة في المادة 458 مكرر 18 لدى الجهة القضائية المختصة أحد المحكمين أو الطرف المعني بالتعجيل.

يتحمل النفقات المتعلقة بإيداع العرائض أطراف النزاع.

المادة 458 مكرر 20 : تكون قرارات المحكمين قابلة للتنفيذ بموجب أمر صادر عن رئيس المحكم بذيل أصل القرار أو بهامشه و يتضمن الإذن لكتاب الضبط بتسليم نسخة رسمية منه ممهورة بالصيغة التنفيذية.

المادة 458 مكرر 21 : لا يحتج بالقرارات التحكيم على الغير.

المادة 458 مكرر 22 : يكور القرار الذي يرفض الاعتراف أو التنفيذ قابلا للإستئناف.

المادة 458 مكرر 23 : لا يجوز استئناف القرار الذي يسمح بالاعتراف أو التنفيذ إلاّ في الحالات التالية :

أ- إذا تمسكت محكمة التحكيم خطأ باختصاصها أو بعدم اختصاصها.

ب- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضت مدتها.

ج- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفين للقانون.

د- إذا فصلت محكمة التحكيم دون الامتثال للمهمة المسندة إليها.

ه- إذا فصلت محكمة التحكيم زيادة عن المطلوب أو لم تفصل في وجه من وجوه الطلب.

و- إذا لم يراع مبدأ حضور الأطراف.

ز- إذا لم تسبب محكمة التحكيم أو لم تسبب بما فيه الكفاية أو إذا وجد تضارب في الأسباب.

ح- إذا كان الاعتراف أو التنفيذ مخالفا للنظام العام الدولي.

المادة 458 مكرر 24 : يرفع الاستئناف المنصوص عليه في المادتين 458 مكرر 22 و 458 مكرر 23، أمام المجلس الذي يتبعه القاضي الذي فصل في النزاع، و يمكن تأسيسه خلال شهر إبتداءا من تبليغ قرار القاضي

المادة 458 مكرر 25 : يمكن أن تكون القرارات التحكيمية الصادرة بالجزائر في مجال التحكيم الدولي موضوع الطعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 458 مكرر 23 أعلاه.

لا يكون الأمر الذي يسمح بتنفيذ هذا القرار التحكيمي قابلا لأي طعن، غير أن الطعن بالبطلان يترتب عليه، بقوة القانون، و في حدود تسلم المجلس الدعوى الطعن في الأمر الصادر من قاضي التنفيذ، أو سحب الدعوى من هذا القاضي.

المادة 458 مكرر 26 : يرفع الطعن بالبطلان المنصوص عليه في المادة 458 مكرر 25، أمام المجلس القضائي الذي صدر القرار التحكيمي في دائرة اختصاصه، و يقبل هذا الطعن ابتداءا من النطق بالقرار التحكيمي و لا يجوز قبول الطعن إذا لم يرفع في الشره الذي تم فيه تبليغ القرار التحكيمي المصرح بقابليته للتنفيذ.

المادة 458 مكرر 27 : يوقف اجل تقديم الطعون، المنصوص عليها في المواد 458 مكرر 2، 458 مكرر 23، 458 مكرر 25 تنفيذ الأحكام التحكيمية، و الطعن المقدم في الأجل أثر موقف كذلك.

المادة 458 مكرر 28 : تكون أحكام الجهات القضائية، الصادرة بناءا على طعن بالبطلان لقرار تحكيمي أو بالاستئناف طبقا للمادتين 458 مكرر 22 و 458 مكرر 23 قابلة للطعن بالنفض.

الملحق الثاني :

غرفة التجارة الدولية بباريس CCI

القضية رقم 3460 : صحة شرط التحكيمي.

وقائع القضية :

إن شرط تحكيمي في عقد، كان يحيل إلى نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية التي مقرها جنيف، و إن المدعى عليها، وزارة في دولة عربية، لاحظت أنه لا توجد أية غرفة تجارة دولية في جنيف، و اعتبرت بالتالي، الشرط التحكيمي باطلا.

الحكم التحكيمي :

لاحظت المحكمة التحكيمية أن النص العربي للعقد، يشير إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية، (في مقرها) في جنيف، بينما يشير النص الفرنسي إلى تحكيم، وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية، يعقد في جنيف، و بما أن النصين يعتمدان و لا توجد أية أسبقية بينهما، اعتبرت المحكمة التحكيمية أنه يجب تفسير إرادة الفريقين المعبر عنها في الشرط التحكيمي.

اعتبرت المحكمة التحكيمية أن الطرفين كانت لديهما النية المشتركة لفض نزاعاتهم عن طريق التحكيم في مكان حيادي (لأن المدعية كانت شركة فرنسية).

و لاحظت المحكمة التحكيمية أنه لا يوجد أي غرفة تجارة دولية، مقرها جنيف، لكن و بناء على عدة منشورات في ميدان التحكيم، لاحظت المحكمة التحكيمية أنه لا يوجد إلاّ غرفة تجارة دولية واحدة، مقرها في باريس.

اعتبرت المحكمة التحكيمية، كما هو معترف به من قبل الأطراف، أن جنيف اختيرت، خلال المفاوضات، بدلا من باريس، و التي كانت قد اقترحت من قبل المدعية في عرضها.

و لاحظت المحكمة التحكيمية من جهة أخرى أن المدعى عليها لم تهتم لمعرفة ما إذا كان هناك غرفة تجارة دولية في جنيف قبل النزاع، في حين أن هذا الأمر كان متوفرا بطريقة سهلة، كما أدلت به المدعى عليها بعد بدء الإجراءات التحكيمية، و بالتالي، اعتبرت المحكمة أن الأطراف أرادوا تحكيما، وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية، كان يجب أن يعقد في جنيف و أن الشرط التحكيمي صحيح.

الملحق الثالث :

القضية رقم 4145 CCI : صحة شرط تحكيمي – القانون المطبّق

وقائع القضية :

نص الشرط التحكيمي في عقد، ما بين شركتين أوروبيتين و شركة عربية (المدعي) و شركة من الشرق الأقصى (المدعى عليها) على :

"أن صحة و تفسير العقد يرعاهما قانون كانتون جنيف، سويسرا، أو قانون الدولة العربية أو الإثنين معا، و كل نزاع أو مطالبة ما بين الأطراف تتعلق في هذا العقد، و التي يمكن إحالتها إلى التحكيم بموجب نظام التحكيم و التوفيق لغرفة التجارة الدولية، أن حكما صادرا بأغلبية المحكمين، بما فيها الحكم المتعلق بتقاسم مصاريف التحكيم، يكون نهائيا و ملزما للأطراف، و يمكن طلب صيغة التنفيذ للحكم التحكيمي، من أية محكمة مختصة".

ادعت المدعى عليها أن هذا الشرط ليس شرطا تحكيميا صحيحا و بالتالي لا يمكن اللجوء إلى التحكيم.

الحكم التحكيمي :

إعتبرت المحكمة التحكيمية أن هناك إخلالا في صياغة هذا الشرط التحكيمي، و لكن المحكمة التحكيمية لاحظت أن قانون كانتون جنيف، و كذلك قانون الدول العربية المعنية، و قانون مكان التحكيم، تفرض أن يؤخذ بعين الإعتبار إرادة الأطراف، و اعتبرت المحكمة التحكيمية أنه ينتج صراحة من هذا الشرط، أن الأطراف كانت لديهم النية في فض نزاعاتهم، عن طريق تحكيم خاضع لنظام غرفة التجارة الدولية، و إن نية الأطراف يجب أن تعطى أولوية على الصياغة غير الدقيقة للشرط، و بالتالي، اعتبرت المحكمة التحكيمية الشرط التحكيمي صحيحا.

و كان على المحكمة التحكيمية أن تحدد القانون المطبق على النزاع، لأن الأطراف لم يكونوا متفقين حول هذه النقطة ، و قد أكدت المحكمة التحكيمية أولا على حرية الأطراف في اختيار القانون المطبّق.

اعتبرت المحكمة التحكيمية أن الأطراف ذكروا أولا القانون السويسري، و لم يذكروا قانون الدولة العربية إلاّ فيما بعد (و قد استبعدت المحكمة فكرة تطبيق القانونين معا). و قد لاحظت المحكمة أن القانون السويسري هو نظام قانوني متكامل، يمكنه إعطاء أجوبة على كافة المسائل التي يثيرها النزاع و العقد، و قد لاحظت المحكمة التحكيمية من جهة أخرى، أنه وفقا لقانون الدولة العربية المعنية، فإن عدة شروط في العقد تكون باطلة، و لهذا اعتبرت أنه ما بين هاتين الإمكانيتين، فإن الأطراف قد اختاروا القانون الذي يحقق صحة العقد، و ذلك تطبيقا للمبدأ العام المتعارف عليه، الذي ينص على أن القاضي يختار القانون الذي يؤمن صحة العقد. و بالتالي اعتبر المحكمون أنه يجب تطبيق القانون السويسري.

الملحق الرابع :

القضية رقم CCI 4360: ضرورة وجود نزاع قبل التحكيم.

صلاحيات "محكم بالصلح"، في حال وجود أحكام تتعلق بالنظام العام

وقائع القضية : عينت شركة عربية كوكيل لشركة أوروبية (المدعى عليها)، و قد وضعت الشركة المدعى عليها حدا لعقد الوكالة، و باعت فيما بعد مرتين، مباشرة لزبائن في بلد الشركة المدعية. طالبت الشركة المدعية بعمولتها عن هذين العقدين و قد اعتبرت الشركة المدعى عليها أنه ليس هناك أي نزاع ما بين الفريقين، و أنها لم تعلم بوجود "النزاع" إلاّ بطلب التحكيم، لأن الشركة المدعى عليها لم تقم بالمطالبة مسبقا بذلك.

الحكم التحكيمي :

إن المحكمة التحكيمية التي نظرت بالنزاع كمحكم بالصلح، ذكرت أولا، بالمبدأ الذي يقول أن أي إجراءات تحكيمية تفترض وجود نزاع بين الفريقين و اعتبرت أن النزاع موجود فعلا لأن المدعية كانت قد وجهت عدة رسائل إلى المدعى عليها، مطالبة بعمولتها بالإضافة إلى ذلك، فإن الطرفين كانا قد بدأ بإجراءات توفيق، وفقا لنظام توفيق غرفة التجارة الدولية و اعتبرت المحكمة التحكيمية أن محاولة التوفيق هذه (التي فشلت في ما بعد)، لا يمكن أن تبدأ إلاّ إذا كان هناك نزاع مسبق ما بين الطرفين، و قد اعتبرت المحكمة التحكيمية أن هناك نزاعا ما بين الطرفين، فيما يتعلق بالعمولة.

و كان على المحكمة التحكيمية أن تقرر في ما إذا كان يستحق للمدعية عطل و ضرر، نتيجة لفسخ العقد، من قبل المدعى عليها، لاحظت المحكمة التحكيمية أن العقد صامت لهذه الناحية، لكن قانون العقد (الذي هو قانون دولة الشركة المدعى عليها) ينص على منح مثل هذا التعويض، و لكن هذا القانون ينص أيضا أن هذا التعويض لا يستحق إلاّ إذا قدم الطلب في مهلة سنة، إعتبارا من تاريخ الفسخ.

و قد اعتبرت المحكمة التحكيمية أنها ملزمة بتطبيق هذا القانون (حتى و لو كانت تحكم بالصلح)، لأن هذا القانون يتعلق بالنظام العام، و بالتالي، فقد ردت المحكمة التحكيمية طلب التعويض.

الملحق الخامس :

شرط التحكيم و فكرة النظام العام الدولي

الحصار الدولي : قضية رقم 6719 غرفة التجارة الدولية CCI مقرها جنيف 1994

و المدعى : وكيل سوري

المدعى عليهم : شريكتين إيطاليتين.

الوقائع : عقد تجاري دولي يتعهد بمقتضاه الوكيل السويسري بحصول على صفقات بيع المعدات العسكرية للعراق، مقابل عمولة، مع العلم أن العقد يحتوي على شرط التحكيم، رفضت الشركتين الإيطاليتين التعامل مع الوكيل على أساس أن الموضوع العقد غير قابل للتحكيم بسبب الحصار المقرر بتوصية الأمم المتحدة سنة 1990.

القرار التحكيمي :

لقد أسست محكمة التحكيم حكمها بربط قابلية للنزاع للتحكيم إلى القانون المطبق لاتفاقية التحكيم و خاصة مبدأ سلطان الإرادة، فالقرار قد اعتمد على قابلية النزاع حسب المادة 177 من قانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 و هو القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم فقد تقرر قابلية النزاع للتحكيم أمام الهيئة التحكيمية.

« Le Tribunal est convaincu que si elles doivent s'appliquer au litige, les dispositions internationales et législatives (organisant l'embargo de l'Irak) auraient un caractère d'ordre public international. Cependant, le tribunal est aussi convaincu, avec la doctrine et la jurisprudence récentes, qu'il faut se garder de confondre l'application par l'arbitre international des dispositions d'ordre public d'une part de l'inarbitrabilité du litige d'autre part , le seul fait que la nature du litige puisse amener l'arbitre à appliquer certaines règles juridiques d'ordre public ne signifie pas que le litige devient, par la même, inarbitrable, l'arbitre doit respecter les règles d'ordre public international, mais il n'a pas à se déclarer incompétent ».

مراجع البحث :

أولا : المراجع باللغة العربية

- أحمد أبو الوفا التحكيم الإختياري والإجباري ، الطبعة الرابعة منشأة المعارف – الأسكندرية مصر سنة 1983 .
- أحمد أبو الوفا، التحكيم في القوانين العربية، منشأة المعارف، الإسكندرية (مصر)، ط1– بدون سنة.
- أحمد عبد الحميد عشوش – النظام القانوني لعقد القرض الدولي – مؤسسة شباب الجامعة – إسكندرية مصر 1990 الطبعة الأولى.
- توفيق حسن فرج – النظرية العامة للإلتزام – ج1 مصادر الإلزام .ط مطبعة ترخوت الأسكندرية سنة 1978 .
- سامي بديع منصور – الوسيط في القانون الدولي الخاص – دار العلوم العربية لبنان – الطبعة الأولى سنة1994 .
- عبد الحميد الأحدب – التحكيم – وثائق تحكيمية – الجزء الرابع – ميلانو. سطانبا –إيطاليا سنة 1990.
- عبد الحميد الأحدب التحكيم وأحكامه ، ومصادره ، الجزء الأول –ميلانو سطانبا – إيطاليا سنة 1990 .
- عبد الحميد الأحدب – التحكيم في البلدان العربية – الجزء الثاني –ميلانو سطانبا إيطاليا سنة1990 .
- عبد الحميد الأحدب ، قانون التحكيم اللبناني دراية المنشورات الحقوقية الطبعة الأولى – سنة 1996 .

- عبد الحميد الشواربي – التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء – منشأة المعارف الأسكندرية مصر الطبعة الثانية سنة 2000.
- ع.سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، دار النهضة العربية – القاهرة (مصر)، ط 1 – 1997.
- عبد المنعم دسوقي، التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تشريعا و فقها و قضاءا، مكتبة مربولي، القاهرة (مصر)، ط1 – 1995.
- عليوش قربوع كمال ، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر – ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثانية سنة 2000 .
- علي علي سليمان – النظرية العامة للإلتزامات – ديوان م.ج الجزائر .الطبعة الأولى سنة 1990 .
- فوزي محمد سامي – التحكيم التجاري الدولي –الجزء الخامس – مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن الطبعة الأولى سنة 1997 .
- م . بودهان – الأسس والأطر الجديدة للإستثمار في الجزائر الملكية للطباعة والإعلام والنشر والتوزيع الجزائر الطبعة الأولى سنة 2000 .
- محمد علي جواد – العقود الدولية – مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن الطبعة الأولى سنة 1997 .
- منذر الفضل النظرية العامة للإلنزام – أحكام الإلتزام – الجزء الثاني مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن سنة1995.
- منذر الفضل، النظرية العامة للإلتزامات ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية – الجزء الأول مصادر الإلتزام ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن سنة 1996 .

- موحند إسعاد – القانون الدولي الخاص الجزء الأول ، قواعد التنازل ، ترجمة فائز أنجق ، ديوان المطبوعات الجامعية سنة 1989 .
- مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال –التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية – الطبعة الأولى – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت لبنان سنة 1998.
- منير عبد المجيد – الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي منشأة المعارف الأسكندرية مصر الطبعة الثانية سنة 2000.
- هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، القانون القضائي الخاص الدولي و التحكيم، ج3، ط1 – دار الفكر الجامعي – الإسكندرية (مصر) – 1999.
- هشام علي صادق و حفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الثاني، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي – الإسكندرية (مصر) – 1999.

ثانيا : المراجع باللغة الفرنسية :

- Amor Zahi, l'Etat et l'arbitrage, O.P.U 1979, Algérie.
- Belkacem Bouzana, les contentieux des hydrocarbures entre l'Algérie et les sociétés étrangères, O.P.U, PUBLISUD, Paris – 1ère Ed , 1985.
- Réné David, l'arbitrage dans le commerce international, Economica, 1ère Ed, 1982.
- Jean Michel Jacqueet et Philippe Delebecque, Droit du commerce international, Dalloz, 2ème Ed, 2000.
- Jean Robert, l'arbitrage de droit interne et droit international privé, 6ème Ed, Dalloz, Paris – France, 1993.
- Mohamed Mentalecheta – l'arbitrage commercial en droit Algérien , 2ème Ed, O.P.U , 1986.

- Monique bandrac et autres, Droit et pratique de la procédure civile, Collection, Dalloz, Delta, Ed 1998.
- Nourreddine Terki, l'arbitrage commercial international en Algérie, O.P.U, 1ère Ed, 1999.
- Philippe Fouchard et E. Gaillard, et B. Goldman – Traité de l'arbitrage commercial international, Litec Pais, France 1ère Ed., 1996.

ثالثا : الأطروحات و المذكرات.

- Trari Tani Mostefa, l'état et l'Entreprise du Maghreb face à l'ordre arbitrale international. Thèse de Doctorat d'Etat, université d'Oran sous la direction du professeur Meliani Habib. Année 2002.

- علال المولودة إبن تركية ليندة أديبة، الاعتراف و تنفيذ القرار التحكيمي التجاري الدولي في ظل التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، تحت إشراف الأستاذ بن حمو عبد الله، كلية الحقوق، جامعة تلمسان – سنة 2000.

رابعا : المقالات

- Ali Bencheneb, Droit conventionnel des investissements et arbitrage, In actes de séminaire sur l'arbitrage commercial, organisé à Alger par la C.N.C 1993 (de p.111 à p.121).
- Ali Mabroukine, Quelques remarques à propos de l'institution d'une cour d'arbitrage au sein de la chambre de

commerce national, In actes de séminaire sur l'arbitrage commercial, organisé à Alger par la C.N.C 1993 (de p.149 à p.167).

- Ali Mezghani, « l'arbitrage et les impératifs du développement », In actes de colloque sur les entreprises tunisiennes et l'arbitrage commercial international, année 1981, p.59 à p.81.
- Bedjaoui Mohamed, « l'évolution des conceptions et de pratique algérienne en matière d'arbitrage international », In actes de séminaire sur l'arbitrage commercial, organisé à Alger par la C.N.C 1993 (de p.15 à p.39).
- Bedjaoui Mohamed et Ali Mabroukine, le nouveau droit de l'arbitrage international en Algérie, In Journal du droit international, N° 4 – 1993, p.874 à p.912
- Charles Jarrosson, « le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001 », J.C.P la semaine juridique, Ed générale N° 27 du 04 juillet 2001, p.1317 à p.1324.
- Eric Loquin, « les pouvoirs des arbitres internationaux, In actes de colloque sur les entreprises tunisiennes et l'arbitrage commercial international, année 1981, p.311 à p.349.

- Eric Loquin, extrait « l'arbitrage et le cautionnement », In revue d'arbitrage 1994, p.224 à p.247.
- Mohand Issad, « le nouveau droit algérien de l'arbitrage international », In actes de séminaire sur l'arbitrage commercial, organisé à Alger par la C.N.C 1993 (de p.69 à p.84).
- Philippe Fouchard, « la rédaction des conventions d'arbitrage », In actes de colloque sur les entreprises tunisiennes et l'arbitrage commercial international, année 1981, p.97 à p.122.
- Rezag Bara, étude réalisé en 1991 annexée au recueil Op. Cit. (annexe 04) intitulé : « le cadre général de l'arbitrage en droit algérien », In actes de séminaire sur l'arbitrage commercial, organisé à Alger par la C.N.C 1993 (de p.187 à p.211).
- Yves Derains, « les arbitrages de la C.C.I et les pays en développement », In actes de colloque sur les entreprises tunisiennes et l'arbitrage commercial international, année 1981, p.15 à p.33.

خامسا : القوانين والمراسيم :

القوانين والمراسيم الجزائرية .

❖ الدستور الجزائري لسنة 1996 .

- ❖ القانون المدني الجزائري .
- ❖ القانون التجاري الجزائري .
- ❖ قانون الإجراءات المدنية الجزائري .
- ❖ قانون رقم 88-04 بتاريخ 1988/01/12 المعدل للقانون التجاري المحدد للقواعد الخاصة المطيقة على المؤسسات العمومية الإقتصادية(ج.ر رقم 02/ 88).
- ❖ القانون رقم 88-01 بتارخ 1988/01/12 والمتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية (ج.ر رقم 88/02).
- ❖ قانون رقم 88-18 بتاريخ 1988/07/12 المتضمن انضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك بتاريخ 1958/06/10 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها " ج. ر. عدد 48 / 88 ."
- ❖ المرسوم التشريعي رقم 93-09 بتاريخ 25 أفريل 1993 المتضمن تعديل وإتمام قانون الإجراءات المدني الجزائري سنة 1966 (ج.ر رقم 93/27).
- ❖ المرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 1988/11/05 يتضمن المصادقة بتحفظ على اتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها (ج.ر عدد48 /88 .) .
- ❖ الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، ج. ر. رقم 01/47.

القوانين الأجنبية :

- ❖ القانون الجديد للإجراءات المدنية الفرنسي لسنة 1981 .
- ❖ القانون الفيدرالي للقانون الدولي الخاص السويسري سنة 1987 .
- ❖ القانون المصري للتحكيم التجاري الدولي سنة 1994 .

سادسا : إتفاقيات والأنظمة الدوليتين .

- ❖ إتفاقية نيويورك بتاريخ 1958/06/10 الخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها .
- ❖ بروتوكول جنيف بتاريخ 1923/09/24 المتعلقة بالشروط التحكيمية .
- ❖ إتفاقية جنيف بتاريخ 1927/09/26 الخاصة بتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية .
- ❖ إتفاقية واشنطن بتاريخ 1965/03/18 الخاصة بتسوية النزاعات الناتجة عن الإستثمار بين الدولة وأحد الرعايا لدولة أخرى .
- ❖ إتفاقية عمان بتاريخ 1987/04/14 المتعلقة بالتحكيم التجاري بين الدول العربية
- ❖ إتفاقية ما بين الجزائر والإتحاد الإقتصادي البلجيكي الليكسومبرغي المتعلقة بتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات الموقعة بالجزائر بتاريخ 04/24/ 1991 (ج.ر رقم 46 /91) .
- ❖ إتفاقية الجزائر مع إيطاليا حول ترقية الإستثمار المزقعة بالجزائر بتاريخ 18/ 1991/05 (ج.ر عدد 91/46 .) .
- ❖ إتفاقية الجزائر مع الو.م. أ . حول تشجيع الإستثمارات الموقعة بواشنطن يوم 22/جوان 1990 (ج.ر عدد 90/45 .) .
- ❖ إتفاقية الجزائر مع فرنسا حول تشجيع الإستثمارات الموقعة في الجزائر في 1993/02/13 .
- ❖ إتافقية الجزائر مع المملكة الإسبانية المتعلقة بتشجيع الإستثمارات الموقعة بمادريد بتارخ 1994/12/23 (ج.ر رقم 23 /95 .) .

الأنظمة والقوانين الدولية للتحكيم .

الفهرس

مقدمـــة 1

الفصل الأول : مفهوم اتفاقية التحكيم وشروط صحتها 9

المبحث الأول : ماهية اتفاقية التحكيم و خصائصها. 9

المطلب الأول : المقصود باتفاقية التحكيم. 10

الفرع الأول : تعريفها في القانون الجزائري. 11

الفرع الثاني : مفهومها في القانون الدولي. 12

الفرع الثالث : تمييز اتفاقية التحكيم عن بعض الأنظمة المشابهة لها 21

المطلب الثاني : خصائص اتفاقية التحكيم التجاري الدولي: 26

الفرع الأول : دولية اتفاقية التحكيم 27

الفرع الثاني :اتفاقية التحكيم لها علاقة بالتجارة الدولية 29

الفرع الثالث : طبيعة اتفاقية التحكيم وأقسام العقود 34

المبحث الثاني :شروط صحة اتفاقية التحكيم ومدى استقلاليتها عن العقد الأساسي: 37

المطلب الأول : الشروط الموضوعية لصحة اتفاقية التحكيم 38

الفرع الأول : القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم 39

الفرع الثاني : الأهلية وسلطة التعاقد 46

الفرع الثالث : حرية اللجوء إلى أنواع التحكيم 55

الفرع الرابع : التراضي 58

الفرع الخامس : قابلية النزاع للتحكيم 65

المطلب الثاني : الشروط الشكلية لصحة اتفاقية التحكيم 68

الفرع الأول :الكتابة 68

الفرع الثاني : مضمون اتفاقية التحكيم وتحديد محتوياتها 74

المطلب الثالث : استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأساسي أو الأصلي. 79

الفرع الأول : مفهوم العقد الأساسي أو الأصلي. 79

الفرع الثاني : مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم 82

الفرع الثالث : طبيعة مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم. 83

الفرع الرابع : نتائج المبدأ 85

المطلب الرابع : الفصل في وجود و صحة اتفاقية التحكيم. 87

الفرع الأول : سلطة القضاء التحكيمي 87

الفرع الثاني : سلطة القضاء العادي : 88

الفصل الثاني : آثار اتفاقية التحكيم و أسباب انقضائها 91

المبحث الأول :آثار اتفاقية التحكيم. 91

المطلب الأول :آثار اتفاقية التحكيم من حيث الموضوع. 92
الفرع الأول : الآثار الإيجابية لاتفاقية التحكيم. 92
الفرع الثاني : الآثار السلبية لاتفاقية التحكيم 102
الفرع الثالث : الآثار العرضية لاتفاقية التحكيم 110
المطلب الثاني :آثار اتفاقية التحكيم من حيث الأشخاص. 113
الفرع الأول : أطراف اتفاقية التحكيم. 113
الفرع الثاني: الخلف واتفاقية التحكيم 120
الفرع الثالث : الغير و اتفاقية التحكيم 126
المبحث الثاني : أسباب انقضاء اتفاقية التحكيم و آثاره. 133
المطلب الأول :أسباب انقضاء اتفاقية التحكيم. 133
الفرع الأول : أوضاع انقضائها الناتجة عن العقد الأساسي. 134
الفرع الثاني : حالات انقضاء اتفاقية التحكيم الخاصة. 139
الفرع الثالث : انقضاء مشارطة التحكيم دون شرط التحكيم. 141
المطلب الثاني :آثار انقضاء اتفاقية التحكيم. 144
الفرع الأول : أثر انقضاء اتفاقية التحكيم قبل سير الدعوى التحكيمية. 144
الفرع الثاني : انقضاء اتفاقية التحكيم أثناء سير الدعوى التحكيمية. 145
الفرع الثالث : صدور قرار تحكيمي بعد انقضاء اتفاقية التحكيم. 146
خاتمة : 148
مراجع البحث : 159