وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف – المسيلة –

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم:العلوم القانونية ولإدارية

عنوان المذكرة

التحكيم كوسيلة بديلة لفض المنازعات في مجال التجارة الدولية

مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر تخصص قانون أعمال

من إعدادالطالب:

-لمين وهيب

وإشراف الأستاذ:

– فراحتية كمال

السنة الجامعية 2016/2015

شكر وعرفان

قـــال الله تعـــالى:(لـــَـــئِنْ شَـكَـــرْتُـــمْ لأَزِيـــــدَنَّـــكُـمْ) ســورة إبـراهـيـم الآيـــــة "07"

نحمد الله حمدا كثيرا ونشكره شكرا جزيلا الذي كان له الفضل وعطاءه كريما بحمده لأنه سهل لنا المبتغى وأعاننا على إتمام هذا العمل الذي نسأله

أن يكون خالصا لوجهه الكريم

كماأتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذنا الفاضل

كمالفراحتية الذي كان لي مشرفا وموجها وموقوما

مقدمة:

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

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

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

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

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

لذا يطرح التساؤل حول مفهوم هذا النظام البديل؟ وكيف أصبح الوسيلة الأولى دوليا لحل النزاعات خاصة التجارية منها وماهي إجراءات تحريك دعوى التحكيم التجاري الدولي إلى غاية تنفيذه؟

وهذه التساؤلات هي الإشكالية المطروحة لبحثنا هذا، وسنحاول في إطار الإجابة على هذه تساؤلات أن نبين إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في مسايرة النظام الحديث للتحكيم التجاري الدولي.

إن طبيعة الموضوع فرضت علينا المنهج التحليلي، لكونه يساعدنا على ضبط المفاهيم وتحديدها، وكذلك فإن المنهج المقارن كان له دوره في بحثنا وذلك للوصول إلى ما توصلت إليه التشريعات المقارنة والدولية من أحكام وقواعد خاصة بالتحكيم التجاري الدولي، وكذا مقارنة التطور التشريعي للمشرع الجزائري مع مختلف التشريعات.

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

وقد تعددت الدراسات في مجال التحكيم، كل يحاول دراسته من جانب محدد وأهم دراسة لفتت انتباهي لتناولها جانبا كبيرا من الموضوع، معنونة " إستقلالية إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية الدولية "، حيث أن هذه الدراسة هي مذكرة لنيل شهادة الماجيستر تخصص القانون الخاص للطالبة بولحية سعاد، وقد تم مناقشتها على مستوى كلية الحقوق بجامعة بن عكنون، ويتمز بحثنا عن هذه الدراسة بحيث أنها إرتكزت في أساسها على مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم بينما بحثنا تناول الموضوع بشكل أوسع، كما أن هذه الدراسة السابقة تناولت أهم إجراءات حل النزاع في إطار التحكيم التجاري الدولي، غير أن بحثنا تناولها بطريقة تراتبية من أول إجراء

إلى أخر إجراء، كما أن هناك دراسة أخرى تصب في نفس الموضوع تحت عنوان " التحكيم وحل المنازعات في العقود الاقتصادية " وهي عبار عن مذكرو لنيل شهادة الماجيستر في قانون المؤسسات، للطاب أحمد بن حاجة، تمت مناقشتها أيضا على مستوى جامعة الجزائر، غير أن سياق هذه الدراسة السابقة تناول أهم الأحكام الخاصة بالتحكيم وبعض الإجراءات العامة المتعلقة بحل النزاع، فكان موضوع بحثنا أوسع من ذلك أو أشمل.

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

– الفصل الأول: الخصائص العامة للتحكيم التجاري، تناولنا فيه مفهوم التحكيم في المبحث الأول ودولية التحكيم والأحكام الخاصة به في المبحث الثاني.

– الفصل الثاني: إجراءات حل النزاع في إطار التحكيم التجاري الدولي، فكان المبحث الأول مخصصا لتشكيل هيئة التحكيم وذلك لأنه أهم إجراء بتحققه تتوالى الإجراءات، أما المبحث الثاني فخصص للقرار التحكيمي وأهم الأثار المترتبة عليه.

الفصل الأول: الخصائص العامة للتحكيم التجاري الدولي

إن التحكيم بصفة عامة له مفاهيم وخصائص كباقي العقود، وتكاد تكون هذه المفاهيم موحدة بين عدة تشريعات وطنية ومعاهدات دولية، لذا ارتأينا أنه يجب إعطاء مفهوم للتحكيم التجاري (المبحث الأول)، وبما أن موضوع البحث يتعلق بمجال التجارة الدولية فإننا سوف نبين دولية التحكيم، وكيف تناولتها مختلف التشريعات وأهم الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم التحكيم التجاري

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

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

نتعرض في هذا المطلب لتعريف التحكيم من الناحية اللغوية والفقهية (الفرع الاول)، وكيف تناولته بعض التشريعات، كما أن التحكيم كوسيلة لفض المنازعات قد يختلط بغيره من الأنظمة المشابهة له (الصلح، الوكالة الخبرة، التوفيق) ولهذا سنحاول تمييزه عن هذه الأنظمة القانونية المشابهة(الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف التحكيم

نبين فيه البعد اللغوي للتحكيم ومعناه من خلال تعريفه لغة (أولا). وأهم التعريفات التي حاولت أن تضبطه وتحدده من خلال تعريفه اصطلاحا (ثانيا).

أولا: التحكيم لغة:

إن أصل كلمة تحكيم في اللغة العربية من مصدر الفعل "حكم" بتشديد الكاف مع الفتح، يقال (حكم) بالأمر حكما: قضى حكم له وحكم عليه وحكم بينهم.

(حكم) فلانا في الشيء والأمر جعله حكما (احتكم) الخصمان إلى الحاكم: رفع خصوماتهما إليه. واحتكم في الشيء والأمر: تصرف فيه كما يشاء، يقال: احتكم في مال فلان واحتكم في أمره [1].

ففي الصحاح يقال حكم الحكم: مصدر قولك حكم بينهم، يحكم أي قضى، وحكم له وحكم عليه [2].

وفي المعجم الوسيط: (حكم) بالأمر حكما: قضى، يقال: حكم له، وحكم عليه وحكم بينهم، وحكم فلانا في الشيء والأمر جعله حكما وحكم الخصمان إلى الحاكم، رفعا خصوماتهما إليه، وحكمه في الشيء والأمر تصرف فيه كما يشاء، والحكم بالضم القضاء في الشيء بأنه كذا أو ليس بكذا سواء لزم ذلك غيره أولا، وحاكمه إلى الحاكم دعاه وخاصمه في طلب الحكم، ورافعه وحكمه في الأمر تحكيما أمره أن يحكم بينهم أو أجاز حكمه فيما بينهم[3].

ثانيا: التحكيم اصطلاحا

يعرف التحكيم فقهاء بأنه (عقد يتم بين طرفين تتوافر فيها شروط صحة هذا العقد من أهلية أطرافه. وتوافر شروط الرضا بالإضافة إلى وجود بسبب ومحل مشروعين، كما يرتب شرط التحكيم أثارا إذا ما تم سليما وفقا لشروط صحته[4].

كما يعرف بأنه هو الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين، أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به، وقد يكون هذا الاتفاق تبعا لعقد معين يذكر في صلبه، وقد يكون بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم[5].

---

[1]– المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية. طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم (المصرية) 1990، ص 165.

[2]– الصحاح في اللغة العربية والعلوم، دار الحضانة العربية، بيروت، دون ذكر تاريخ النشر، ص 285.

[3]– المعجم الوسيط، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دون ذكر الناشر وتاريخ النشر، ص 190.

[4]– خالد عبد العظيم أبو غابة، التحكيم وأثره في فض المنازعات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 8.

[5]– أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العلمية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ،مصر 2006، ص 223.

وذهب بعض الفقه إلى تعريف التحكيم بالقول بأنه: " مؤسسة خاصة للقضاء يتم بمقتضاها استبعاد المنازعات من اختصاص محاكم قانون الشريعة العامة للفصل فيها بمعرفة أفراد يتقلدون مهمة الفصل فيها"[1].

وعرف قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 اتفاق التحكيم في المادة العاشرة منه، في الفقرة الأولى بأنه (اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لحل كل أو بعض المنازعات التي نشأ، أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة، عقدية كانت أو غير عقدية)[2].

أما المشرع الجزائري فلم يعرف التحكيم، ولكن يستشف من خلال المادتين 1007 1011 من الكتاب الخامس في الطرق البديلة لحل النزاعات، اللتين عرفتا كل من شرط التحكيم واتفاق التحكيم، أنه لا يخرج في مفهومه عن التعاريف السابقة فقد نص على أنها اتفاق، وأنه يكون بعرض نزاعات قد تثار أو ثارت على التحكيم[3].

ومن خلال التعريفات السابقة، تبين أن التحكيم هو اتفاق بين أطراف علاقة قانونية معينة مفاده عرض النزاعات التي ثارت بينهم، أو من المحتمل أن تثور على شخص أو أشخاص، يتم اختيارهم كمحكمين دون اللجوء إلى القضاء.

الفرع الثاني: تمييز التحكيم عن غيره من الأنظمة المشابهة

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

---

[1] –JEAN. ROBERT, Larbitrage. Droit Interne. Droit international privé DALLOZ. Paris 1993. P3.

[2] – قانون رقم 27 لسنة 1994، المتضمن التحكيم في المواد المدنية والتجارية (مصر)، الجريدة الرسمية (ب، ط) الصادرة بتاريخ 18 أفريل سنة 1994.

[3] – قانون رقم 09/08 المؤرخ في فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، عدد 21، المؤرخة في 2008/04/:23، ص 222.

أولا: التحكيم والصلح:

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

ومن خلال التعريف السابق للتحكيم، نلاحظ أن الصلح يلتبس بالتحكيم بأن كلا منهما يقصد به حسم الخصومة دون استصدار حكم قضائي، كما يتفق الصلح من حيث النطاق مع التحكيم، حيث أنهما يقتصران على المنازعات التي يكون موضوعها حقوق مالية لا تتعلق بالنظام العام، فالقاعدة أنه لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح[2].

ويختلف التحكيم عن الصلح في كون أن الصلح يعد نظاما اتفاقيا بتا، أما التحكيم فهو رضائي فقط في أساسه، أي من حيث حرية اللجوء إليه، أو عدم اللجوء إليه، كما أن الذي يبت في النزاع التحكيمي هم المحكمون، أما في الصلح فهم أطراف الخصومة أنفسهم[3].

كما أن عقد الصلح غير قابل للتنفيذ في ذاته، ما لم يتم في صورة عقد رسمي، أو يتم أمام المحكمة، بينما في التحكيم يصدر المحكم حكما قابلا للتنفيذ باتباع القواعد العامة وبعد الحصول على الأمر بتنفيذه، ومن ناحية أخرى فإن حكم المحكم قد يقبل الطعن بطرق الطعن المختلفة، بينما عقد الصلح يلزم أطرفه، وغير قابل للطعن بالطرق المقررة بالنسبة للأحكام، وإن كان قابلا للبطلان والفسخ[4].

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

---

[1]– خالد عبد العظيم أبو غابة المرجع السابق، ص 20.

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

[3]– صديق بغداد، اتفاقية التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الجزائري والقضاء التحكيمي، (رسالة ماجستير) في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق 2002، ص 21

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

ثانيا: التحكيم والخبرة.

الخبرة بمعناها القانوني تتمثل في مجرد إبداء الرأي والمشورة، من متخصص لمن يطلبها دون التزام هذا الأخير بإتباعها، وهي في جميع الأحوال ليست أكثر من دليل من أدلة الإثبات، التي تتوقف جميعها على تقدير من يتولى الفصل في القضية، قاضيا كان أو محكما[1]، وتتميز هذه الوسيلة كغيرها من بقية الوسائل بأنها أقل تكلفة وأسرع من التحكيم وتقرير الخبير ينفذ من قبل المحاكم ولا يقبل الاستئناف، لأنه مبني على عناصر النزاع الواقعية دون النظر إلى عناصره القانونية، ولكن يمكن مداعاة الخبير بسبب الإهمال[2].

لكن يبقى رأي الخبير مجرد رأي استشاري للمحكم أو للقاضي الأخذ به أو تركه، أما حكم المحكم فإنه إذا ما صدر صحيحا كان ملزما للخصوم حتى وإن خالف رغباتهم وأهواءهم الشخصية[3].

ويختلف التحكيم عن الخبرة، في كون أن مهمة الخبير منحصرة غي إبداء رأي فني في مسألة محددة، في حين أن مهمة المحكم تتمثل في حسم النزاع المطروح عليه، كما أن المحكم لا يؤدي اليمين القانونية، لأن ثقة الخصوم به هي التي أدت إلى اختياره، في حين أن الخبير يؤدي اليمين أمام القضاء بمقتضى النصوص القانونية[4].

كما أنه في بعض المسائل لا يجوز تعيين محكم، مثل المسائل الجنائية، بينما يجوز انتداب خبير في القضايا الجنائية، وتأتي الصعوبة عمليا من أن المحكمين غالبا ما يكونون خبراء أيضا، مما يؤدي بنا إلى تفسير اتفاقية التحكيم، فإذا كانت هذه الأخيرة تنص على الطابع الإلزامي بقرار فيعد تحكيما، أما إذا كان قراره مجرد رأي استشاري غير ملزم فيعد خبيرا[5].

---

[1]– قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 31.

[2]– سوالم سفيان، الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق 2014/2013، ص 30.

[3]– خالد عبد العظيم أبو غابة، المرجع السابق، ص 19.

[4]– بلقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، بحث مقدم لنيل شهادة الماجيستير في العلوم القانونية، تخصص قانون إداري وإدارة عامة، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق، 2011/2010، ص 41.

[5]– صديق بغداد، المرجع السابق، ص 23.

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

ثالثا: التحكيم والوكالة:

عرف المشرع الجزائري الوكالة بأنها "الوكالة أو الإنابة، هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه"[1].

وعرفت كذلك النيابة من قبل الفقه على أنها "نظام قانوني يعبر عن وسيلة فنية، لإنشاء التصرف القانوني (عقدا كان أو تصرفا انفراديا) بالاستعانة بشخص وسيط وهو النائب على أساس التعاقد، قد لا يقوم به الشخص بالأصالة عن نفسه، ولكن قد يقوم به النائب نيابة عن صاحب الشأن"[2] .

ويتفق التحكيم والوكالة، من حيث أن كلا منهما يعد نوعا من الولاية، وأن الرضا هو المثبت لهذه الولاية، وعليه فإن الوكيل لا يستطيع أن يباشر العمل الموكل به إلا إذا أذن له الموكل وارتضاه، وأن المحكم لا يستطيع أيضا النظر في النزاع المعروض، إلا إذا ارتضاه المحتكمين وفي الحدود المرسومة له من حيث الموضوع والزمان والمكان[3] .

ومما سبق نجد أن التحكيم يختلف عن الوكالة في كون القاعدة أن الوكيل يستمد سلطانه من الموكل، ويملك التنصل من عمل الوكيل إذا خرج عن حدود وكالته، ولا يقوم الوكيل كقاعدة عامة إلا بما يمكن أن يقوم به الموكل، ولكن نرى أن التحكيم مستقل تمام الاستقلال عن الخصوم، فبمجرد الاتفاق على التحكيم تصبح له صفة القاضي، ولا يتمكن الخصوم من التدخل في عمله[4]، كما أن موضوع التحكيم هو تنصيب طرف أجنبي هو المحكم للفصل في النزاع، أما موضوع الوكالة فهو تخويل الوكيل ذاته سلطة النيابة عن الموكل في عمل من الأعمال القانونية[5]،ونستنتج مما سبق أن التحكيم هو تخويل شخص من الغير مهمة الفصل في

1- الأمر 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ص 98.

2- بلقواس سناء، المرجع السابق، ص 16.

3- خالد عبد العظيم أبو غابة، المرجع السابق، ص 16.

4- كمال إبراهيم، المرجع السابق، ص 72.

5- قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 30.

المنازعة بين الأطراف بحكم ملزم، بينما الوكيل هو شخص ينوب عن موكله الأصيل في القيام بعمل لحسابه.

رابعا: التحكيم والتوفيق:

عرفت الفقرة الثالثة من المادة الأولى من دليل الأونسترال للتوفيق التجاري الدولي التوفيق بصها "لأغراض هذا القانون يقصد بمصطلح التوفيق، أي عملية سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة، أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل، يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر، أو أشخاص آخرين (الموفق) مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة ولا يكون للموفق الصلاحية لفرض حل النزاع على الطرفين"[1].

ويعرف التوفيق أيضا بأنه طريق ودي لتسوية المنازعات التي تنشأ بين الأطراف قوامه اختيار أحد الأغيار للقيام بالتوفيق (الموفق)، وصولا إلى حل للنزاع عن طريق التقريب بين وجهات النظر المختلفة، دون أن يمتد دوره إلى اقتراح حل يرتضيانه[2].

ويلاحظ أن الهدف من التوفيق والتحيكم هو حل المنازعات التجارية بين الأطراف على وجه السرعة، ولكن التوفيق خلاف التحكيم، فالتوفيق يهدف إلى مساعدة أطراف النزاع في أن يتوصلوا بأنفسهم إلى حل النزاع من خلال المساعي الحميدة، بعيدا عن شكليات الخصومة، ودون التقيد بالإجراءات والمواعيد المحددة والمنصوص عليها في قانون المرافعات، وذلك حال موافقة الأطراف على إجراء التوفيق[3].

وإجراءات التوفيق لا تعطل حق أطراف في أن يلجؤوا إلى القضاء، بشأن ما هو معروض على لجان التوفيق، ولا يمنع على لجان التوفيق أن تتخذ إجراءات التوفيق حال نظر النزاع أمام المحاكم، ذلك أن ما تنتهي إليه لجنة التوفيق من توصيات، ليست له حجية الأحكام، ولا قوة له في التنفيذ[4].

---

[1]– قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي، مع دليل اشتراعه واستعماله، الأمم المتحدة، نيويورك، 2004.

[2]– محمد إبراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2005، ص 22.

[3]– ممدوح طنطاوي، التوفيق والتحكيم ولجان فض المنازعات، نشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2003 ص 110.

[4]– المرجع نفسه ص 111.

وكذلك يختلف هذا النظام عن التحكيم فيما يتعلق بالقرار الصادر، فبينما يتميز قرار المحكم بطابعه القضائي وصفته الملزمة وعدم قابليته للطعن إلا لأسباب محددة على سبيل الحصر، فإن قرار الموفق غير ملزم للأطراف، فيحق لأيهما رفضه أو عدم التقيد به، فما يصدره الموفق هو مجرد توصية أو اقتراح يخضع لتقدير أخير من جانب الأطراف إذا شاءوا وضعوه موضع التنفيذ[1].

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

وانطلاقا من هذه الحقيقة السابقة شرعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، بعد أن وضعت لائحة التحكيم عام 1972، في وضع لائحة خاصة بالتوفيق اتمتها في 1980[2].

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

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري

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

---

[1]– محمد إبراهيم موسى المرجع السابق، ص 41.

[2]– أنظر القرار 52/35 الذي اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 04 ديسمبر 1980 المتضمن قواعد الأونسترال للتوفيق، ص 6.

الفرع الأول: الطبيعة التعاقدية للتحكيم

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

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

نقد النظرية العقدية:

وجهت لهذه النظرية عدة انتقادات منها:

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

وإذا كان التحكيم أساسه الإرادة، فإن لإرادة الخصوم دور أيضا في رفع الدعوى أمام القضاء، فأحد أطراف الخصوم هو الذي يقيمهما، ولا يحكم إلا بناء على طلب الخصوم وفي حدود طلباتهم، وقد يتفقان على إقامة النزاع أمام محكمة ما، دون المحكمة المختصة أصلا بالنظر في النزاع، أو يتفقان على النزول عن الخصومة أو إيقافها، وإذا كان التحكيم يقوم على إرادة الأطراف، فإنه يقوم أيضا على إقرار المشرع لها[3].

---

[1]– خالد عبد العظيم أبو غابة، المرجع السابق، ص 29.

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

[3]– محمد بواط، التحكيم في حل النزاعات الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون العام، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2008/2007، ص27.

وهذه النظرية عاجزة عن تبرير جواز الطعن على أحكام التحكيم، في القوانين التي تجيز ذلك، فكيف يمكن تبرير جواز الطعن بالاستئناف في عمل عقدي بالرغم من أن الاستئناف لا يوجه إلا لعمل قضائي[1] كما أنه قد يتم تعيين المحكم بواسطة المحكمة أو بواسطة مراكز التحكيم الدائمة التي يلجأ إليها الأطراف، إذ لا يعين دائما بواسطة الأطراف.

الفرع الثاني: الطبيعة القضائية للتحكيم

اعتنق هذا الاتجاه الفقه الفرنسي، وأغلب الفقه العربي، ومعظم التشريعات الحديثة ويرى أنصار هذا الاتجاه أنه:[2] "إذا كان التحكيم يبدأ بعقد فهو ينتهي بحكم، وإذا كان يخضع لقواعد القانون المدني من حيث انعقاده، فإنه يخضع لقواعد قانون المرافعات من حيث اثاره ونفاذه وإجراءاته، وإذ كان يبطل بما تبطل به العقود فإن حكمه يطعن فيه، في كثير من التشريعات كما يطعن في الأحكام، وينفذ كما تنفذ الأحكام".

التعرف على طبيعة التحكيم يكون بتغلب المعايير الموضوعية أو المادية، أي بتغلب المهمة التي توكل إلى المحكم، والغرض من هذا النظام، ففكرة المنازعة وكيفية حلها هي التي تحدد طبيعة العمل الذي يقوم به المحكم باعتباره قاضيا يختاره الخصوم لإرساء العدل بينهم[3]، كما أنه بالنسبة للإجراءات التي يجب اتباعها من قبل المحكم المكلف بحسم النزاع التي تتشابه إلى حد كبير مع الإجراءات المتخذة من قبل القاضي في إصدار الحكم التي يتم فيها مراعاة قانون المرافعات الا في الحالات التي لا يتم اخضاع التحكيم فيها إلى قواعد هذا القانون[4].

إضافة إلى ذلك فإن ما يصدره المحكم في المنازعة يعد حكما بمعناه الدقيق ويتمتع بكافة خصائص الأحكام الصادرة عن القضاء، فهو يجوز حجية الأمر المقضي به، ويستنفذ المحكم ولايته بشأن النزاع بمجرد صدوره، ولا يختلف الحكم الصادر عن المحكم، ومنه فإن التحكيم ذو طبيعة قضائية فالتحكيم من وجهة نظر هؤلاء قضاء إجباري يلزم الخصوم في حال اتفاقهم على اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل خلافاتهم يحل محل قضاء الدولة الإجباري[5].

1- قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 70.

2- أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون رقم الطبعة، وسنة النشر، ص 18.

3- كمال إبراهيم، المرجع السابق، ص 81.

4- عباس ناصر مجيد، المرجع السابق، ص 71.

5- أحمد أبو الوفا، المرجع نفسه، ص 19.

ورغم سلامة ومنطق الطبيعة القضائية فإنها لم تسلم من النقد.

نقد النظرية القضائية:

يرى بعض الفقهاء أن التحكيم ليس ذو طبيعة قضائية ويستندون في ذلك على: أنه في بعض الحالات يباشر القاضي وظيفته ويصدر أحكامه، دون وجود نزاع بين الأطراف كما في حالة إقرار المدعى عليه بالدين، ولكن يكفي وجود مصلحة، بعكس التحكيم الذي يتطلب دائما وجود نزاع[1] كما أن هناك اختلافا بين المحكم والقاضي، فهذا الأخير يتمتع بوظيفة عامة ويتمتع بالدوام والاستقرار والحصانة، كما أن له سلطة الأمر والإجبار وهو ما لا يتمتع به المحكم، كما أن التشبيه بين نظامي التحكيم والقضاء رغم ما يبدوا عليه من تقوية لمركز التحكيم إلا أنه ليس في صالح التحكيم، لأن التحكيم أسبق وجودا من القضاء[2].

الفرع الثالث: الطبيعة المختلطة للتحكيم

ظهرت النظرية المختلطة اثر محاولة شراح القانون التقريب بين الاتجاهين التعاقدي والقضائي، وذهبوا إلى أن التحكيم، ليس اتفاقا محضا ولا قضاءا محضا إنما ذو طبيعة مختلطة بين النظريتين العقدية والقضائية[3].

وتظهر الصفة التعاقدية في اختيار الخصوم لقضاء التحكيم كوسيلة لفض منازعاتهم واحجامهم عن التوجه نحو قضاء الدولة، كذلك اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات وعلى موضوع النزاع[4] غير أن التحكيم يتغير من طبيعة تعاقدية إلى طبيعة قضائية حال الحسم في الموضوع وتنفيذه لدى القضاء عند طلب أحد الخصوم ذلك، وينقسم فقهاء هذه النظرية على بعضهم حيث أنهم لم يحددوا فاصلا زمنيا يفصل بين كل من الطبيعة التعاقدية والطبيعة القضائية، فالبعض منهم يعتد ببداية ممارسة المحكم لمهمته، أو على الأكثر

---

[1]– قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 74.

[2]– أسعد عمر قاسم شجراوي، وسيلة التحكيم التجاري الدولي في الدول العربية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر 1، يوسف بن خدة، كلية الحقوق 2014/2013.ص103.

[3]– خالد عبد العظيم أبو غابة، المرجع السابق، ص 30.

[4]– كمال إبراهيم، المرجع السابق، ص 82.

بصدور حكمه، والبعض الآخر لا يعتد إلا بالنقطة التي ينتهي عندها تمام التأثير العقدي، وهي شمول حكم المحكم بأمر التنفيذ[1].

نقد النظرية المختلطة للتحكيم

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

أنه رغم قيام هذا الطبيعة المختلطة للتحكيم على أساس تحليل ووصف لما يؤثر في التحكيم وهو أمر مهم جدا، فإن التحليل القانوني يجب ألا يقف عن القول بأن التحكيم ذو طبيعة مختلطة أو خليط غير متجانس، فمثل هذا الوصف يعتبر بمثابة إعتراف بالعجز ومحاولة للهروب من مواجهة الحقيقة بأبعادها المتعددة، فالواجب في مواجهة مثل هذه الحقائق المركبة هو محاولة تحليلها لردها إلى عناصرها المميزة، ومحاولة تحديد دور كل عنصر ومظاهره في كل مرحلة من المراحل المختلفة[2]،

الفرع الرابع: الطبيعة المستقلة للتحكيم

يرى أنصار هذا الاتجاه أن نظام التحكيم مستقل بنظامه وأصالته في حل النزاعات، فالتحكيم قد ظهر في المجتمعات البدائية قبل القضاء واستمر ولا زال قائما بعد ظهور القضاء، وهو نظام منتشر في كل دول العالم، وفضلا عن ذلك ظهرت هيئات وغرف ومراكز تحكيم، الأمر الذي جعله وسيلة مختلفة عن القضاء وموازية له.

والتحكيم وفقا لأنصار هذه النظرية هو أداة قانونية لحل النزاعات تختلف عن العقد والقضاء، وهو يرمي إلى تحقيق العدالة بطرق مختلفة عن القضاء، ويرفض هؤلاء النظرية العقدية للتحكيم مؤكدين أن العقد ليس جوهر التحكيم، بدليل أنه لا يوجد في التحكيم الإجباري ويرفضون كذلك النظرية القضائية للتحكيم مستندين بذلك بأن القضاء سلطة من سلطات الدولة يباشرها القاضي بهدف سيادة النظام والقانون، أما للتحكيم في نظرهم فيهدف إلى تحقيق وظيفة اجتماعية واقتصادية مميزة هي التعايش السلمي بين أطراف النزاع في المستقبل فضلا عن تحقيق العدالة[3] .

---

[1]– عباس ناصر مجيد، المرجع السابق، ص 72، 73.

[2]– أسعد عمر قاسم شجراوي، المرجع السابق، ص 37.

[3]– محمد بواط، المرجع السابق، ص 31.

نقد النظرية المستقلة للتحكيم

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

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

المطلب الثالث: أنواع التحكيم

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

وهذا ما سنعمل على تناوله باختصار إن شاء الله.

الفرع الأول: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري:

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

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

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

---

[1]– أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 13.

[2]– كمال إبراهيم، المرجع السابق ص 96.

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

الفرع الثاني: التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح:

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

والتحكيم بالقانون يعني بأن هيئة التحكيم ملزمة بالنظر في النزاع وإصدار الحكم حسب القواعد الموضوعية في القانون الواجبة التطبيق على النزاع وليس للهيئة الخروج على هذه القواعد وإلا كان حكمها عرضة الطعن أمام القضاء[1].

أما التحكيم بالصلح أو التحكيم المطلق فيقصد به ذلك التحكيم الذي لا يلتزم فيه المحكم بقواعد القانون الموضوعي إلا فيما يتعلق بالنظام العام، كما أن هيئة التحكيم بالصلح ملزمة باحترام المبادئ الأساسية الموجهة للخصومة المدنية[2].

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

الفرع الثالث: التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي

التحكيم الحر هو الصورة التقليدية لنظام التحكيم، وهو التحكيم الذي يجري وفق مشيئة الخصوم من حيث اختيارهم للمحكمين وكيفية مباشرتهم إجراءات التحكيم، ومكان انعقاد هيئة التحكيم والقانون الذي يحكم النزاع...إلخ[3].

---

[1]– أسعد عمر قاسم الشجراوي، المرجع السابق، ص 141

[2]– قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 59.

[3]– المرجع نفسه، ص 56.

ولا يقصد بالتحكيم الحر أنه غير خاضع لقواعد معينة بل يقصد به التحكيم الذي يستبعد تدخل مؤسسة تحكيمية لتنظيمه، أي التحكيم الذي تخضع فيه الإجراءات الواجب اتباعها إلى قواعد تحددها الأطراف المتنازعة أو هيئة التحكيم في صورة غياب إرادة الأطراف[1].

ويعتبر التحكيم تحكيما مؤسسيا متى جرى في ظل منظمة لم تكتف بوضع لائحتها أو قواعدها التنظيمية أو وضع دورها ومكاتبها وخدماتها الإدارية تحت تصرف أطراف النزاع، بل احتفظت لنفسها باختصاص معين في تطبيق لائحة التحكيم المذكورة، ولا يهم حينئذ كون المنظمة تتناول مهمة نظر النزاع والفصل فيه[2].

وعادة ما يكون لكل مؤسسة تحكيمية قواعد تحكيم خاصة بها، وهي عموما تنص على طلب التحكيم والرد عليه وتشكيل هيئة التحكيم ورد المحكم وبعض القواعد الخاصة بإجراءات التحكيم، وحكم التحكيم وشروطه ونفقاته، كما تتضمن هذه القواعد شرط تحكيم نموذجي ينصح الأطراف بإدراجه في اتفاق التحكيم، إذ رغبوا بتسوية نزاعهم عن طريق مؤسسة التحكيم ومن أهم المؤسسات التحكيمية في الوقت الراهن المحكمة الدولية للتحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس[3] .

الفرع الرابع: التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي

التحكيم الداخلي هو التحكيم الذي تكون كل مكوناته أو عناصره (من موضوع النزاع إلى جنسية ومحل إقامة طرفي النزاع والمحكمين، والقانون الواجب التطبيق، ومكان جريان التحكيم) منحصرة في دولة معينة[4] لذلك فالتحكيم الداخلي هو التحكيم الذي يتم طبقا لأحكام القانون الوطني لأطراف النزاع وداخل دولتهم ،فالقانون الوطني هو الذي ينص على كافة الإجراءات والقواعد التي تطبق على عملية التحكيم[5].

---

[1]– سمير العنابي، التحكيم الحر ومؤسسات التحكيم مداخلة في ملتقى حول مجلة التحكيم مركز الدراسات القانونية والقضائية، 1995، ص 46.

[2]– حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2007، ص 91.

[3]– أسعد عمر قاسم الشجراوي، المرجع السابق، ص 125.

[4]– كمال إبراهيم، المرجع السابق، ص 100.

[5]– أسعد عمر قاسم الشجراوي، المرجع نفسه، ص 139.

يكون التحكيم أجنبيا مقارنة بالتحكيم الداخلي إذا كان مكان التحكيم في دولة أخرى غير الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها،[1] ولقد ثار جدل فقهي حول المعيار المستخدم في تحديد دولية التحكيم التجاري، فهناك المعيار القانوني، والمعيار الاقتصادي والمعيار المزدوج الذي يجمع بين المعيارين السابقين، وهو ما سنتناوله بإسهاب في المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الأول تحت عنوان دولية التحكيم.

المطلب الرابع: أسباب اللجوء إلى التحكيم

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

ويمكن أن نوجز مزايا التحكيم عامة، ومزايا التحكيم التجاري الدولي خاصة فيما يلي:

1- السرية:

تعتبر العلانية في أداء القضاء من المبادئ الهامة التي تقوم عليها التنظيمات الحديثة وتعني أن يتم التحقيق في الدعوى والمرافعة فيها في جلسات علنية، يسمح فيها بالحضور لكل شخص، ما لم تمس العلنية بالنظام العام والآداب العامة،[2] لكن التحكيم يحفظ أسرار الطرفين، فلا يطلع عليها سوى المحكمون المختارون لنظر القضية، والمحامون المدافعون عن أطراف النزاع، لأن إخفاء نوع المعاملة بين الطرفين وحجم النزاع، أو مقدار الأموال التي يتعلق بها، فيه مصلحة لأطراف النزاع وسمعتهم التجارية، وعند نشر المبادئ القانونية المطبقة على المشكلة في أحكام التحكيم يراعي الاقتصار على ذكرها، دون ذكر الأطراف أو قد تنشر أسمائهم بعد أخذ الإذن منهم [3] وهذا ما لا نجده في القضاء العادي.

---

[1]- قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 60.

[2]- أنظر المادة 07 من القانون رقم 09/08، المرجع السابق، ص 4، والتي تنص "الجلسات علنية، ما لم تمس العلنية بالنظام العام والآداب العامة أو حرمة الأسرة ".

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

2- الحفاظ على استمرار العلاقة بين الطرفين:

إن التحكيم يحفظ العلاقة بين الطرفين، فهو ليس طريقا هجوميا عنيفا، وإنما هو أقرب للتفاهم بين الطرفين، وذلك يعرض نقاط الخلاف على المحكم أو المحكمين المختارين بواسطتهم، وبعد الفصل في الموضوع تستمر غالبة العلاقة بين الطرفين[1].

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

3- سرعة الفصل في القضايا:

يلجأ المحتكمون إلى التحكيم هربا من بطء وتعقيد الإجراءات في القضاء العادي التي لا تتلاءم مع طبيعة التجارة الدولية، فالرسمية والشكل الذي يتميز به القضاء لا محل لها في التحكيم، حيث يكون التعامل مع أفراد وجهات خاصة غير حكومية أو رسمية، لهذا لا توجد رسميات محددة يتعين سلوكها في التحكيم، فهي في الغالب سهلة من اختيار الأطراف[2].

وسرعة الحسم في النزاعات التجارية الدولية تلقي لها صدى لدى التحكيم التجاري فقوانين التحكيم ولوائحه ومواثيقه عادة ما تحدد مدة يجب ألا يتجاوزها المحكم. لذا فإن سرعة الفصل تتلاءم وطبيعة التجارة التي هي أيضا تمتاز بالسرعة في التداول[3].

4- حيادة وعدالة التحكيم:

يمتاز التحكيم التجاري الدولي بالاستقلال عن أي جهة رسمية كما أنه لا يخضع إلا للقانون الذي يختاره أطراف النزاع، والهدف من التحكيم هو ذاته الهدف من القضاء وهو تحقيق العدالة، إلا أن المحكم له ميزة تميزه عن القاضي في كونه يمتلك حرية أكبر من حيث تطبيق القانون على موضوع النزاع، أما القاضي فهو ملزم بتطبيق القانون الوطني دون سواه[4] .

كما أن تطور التحكيم واتساع مجاله هو مثابة رد فعل مضاد لحرفية قانون القضاة، ويعبر عن رغبة أطراف المنازعة في التخلص منه، كي تحل منازعاتهم طبقا لمبادئ أكثر رحابة من

---

[1]- قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 42.

[2]- عمرو عيسى الفقى، الجديد في التحكيم في الدول العربية، دار المكتب الجامعي الحديث، 2003، ص19.

[3]- عباس، ناصر مجيد، المرجع السابق، ص 47.

[4]- المرجع نفسه، ص 49، 50.

تلك التي يتضمنها القانون الوضعي، وهو ما انبئنا به أرسطو قديما حين قال "إن أطراف النزاع يستطيعون تفضيل التحكيم عن القضاء ذلك لأن المحكم يرى العدالة بينما لا يعتد القاضي إلا بالتشريع"[1].

5- كفاءة المحكمين:

إن نزاعات التجارة الدولية ونظرا لأهميتها تحتم أن ينظر فيها أشخاص على درجة عالية من الكفاءة العلمية والعملية وهو ما يتوفر في المحكمين حتى أن القضاة غالبا ما يلجأون إلى هؤلاء الخبراء لتوضيح المسائل الفنية الغامضة[2] كما أنهم ينظرون في هذه النزاعات تحت مظلة هيئات تحكيم متخصصة كالمنازعات البحرية، وأخرى متخصصة في حل المنازعات المتصلة بالمواصفات المتصلة ببعض البضائع والسلع ووجود قضاء متخصص في المنازعات المتصلة بهذه المسائل من شأنه أن يحقق العدالة التي يرغب فيها الخصوم[3].

6- حرية اختيار القانون المطبق على النزاع:

إن المحكم يتمتع بحرية كبيرة في تحديد القانون الذي يطبق على موضوع النزاع بل وعلى الإجراءات فلا يتقيد إلا بالضمانات الأساسية للتقاضي، وبالقواعد الآمرة في الدولة التي يجري فيها التحكيم، وإذا لم يقيد الأطراف المحكم بقواعد قانون معين ليطبق على نزاعهم فإنه يستطيع أن يختار القانون الأنسب لحكم هذه القضية بل وصل الأمر حتى تطبيق اعراف التجارة الدولية التي لا تخص دولة معينة[4] وللطرفين في التحكيم أن يتفقا على تخويل هيئة التحكيم في الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدل والإنصاف وعندئذ لا تلتزم المحكمة التحكيمية بتطبيق القانون بل تفصل في النزاع وفقا لما تراه محققا للعدالة[5].

---

[1]- أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 2.

[2]- عباس ناصر مجيد، المرجع السابق، ص 48

[3]- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 29.

[4]- محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 10، 11.

[5]- قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 42.

7- التحكيم يقوم على مبدأ سلطان الإدارة:

إن التحكيم يقوم أساسا على الإرادة الحرة للأطراف التي تحكم كافة جوانب اتفاق التحكيم، وبالتالي فهو وسيلة رضائية اختيارية لا ينعقد إلا برضا كافة الأطراف[1] وتتجلى إرادة الأطراف أيضا في حرية اختيار نوع التحكيم مؤسسيا كان أو حرا وكذا مكان انعقاد التحكيم وزمانه والقانون الذي يحكمه[2].

بالرغم من المزايا العديدة للتحكيم التجاري التي عددنا بعضها آنفا، إلا أن هناك بعض العيوب التي تقابله، ولكنها لا تطغى عليه ،حيث يرى البعض أن التحكيم يحرم الخصوم من الضمانات القضائية، وأنه تنازل عن سلطة الدولة القضائية، وذهب البعض إلى حد القول أن هذا النظام قد اقترن في أغلب حالاته بالرأسمالية الغربية وهو وسيلة مهم للضغط على غيرهم من البلدان للحصول على مزايا أكثر وردا عليهم فإن التحكيم موجودا أيضا في الدول الاشتراكية[3].

---

[1]- المرجع السابق، ص 37.

[2]- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 28.

[3]- محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 12.

المبحث الثاني: دولية التحكيم والأحكام الخاصة به

سوف نقوم في هذا المبحث بالتطرق إلى التحكيم التجاري الدولي لأنه مجال دراستنا في هذا المبحث لأن التحكيم التجاري الدولي هو المختص في النظر في منازعات التجارة الدولية، وقد اكتسب هذه الصفة منها، وتحديد دولية التحكيم وتميزه عن التحكيم الوطني أثار جدلا فقهيا (المطلب الأول) ،وهناك الاتفاقيات الدولية التي بموجبها حاولت أن تعطي صبغة للتحكيم التجاري الدولي (المطلب الثاني)، كما أننا سنتناول الأحكام الخاصة به والتي ساعدت على انتشاره وهي استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي (مطلب ثالث)، وكذا حرية الأطراف في اللجوء إليه (مطلب رابع) .

المطلب الأول: دولية التحكيم

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

الفرع الأول: المعيار القانوني كأساس لتدويل التحكيم

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

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

---

[1]– سويسرا من الدول التي أخذت بالمعيار القانوني ضمن القانون الفدرالي المؤرخ في 1987/12/18 المتضمن القانون الدولي الخاص، وذلك في المادة 176 منه.

[2]– منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 1990، ص 15، 16.

ويعتبر هذا المعيار فكرة العقد الدولي غير قابلة للتغيير لذلك تم تقييمه من طرف الفقه المختص حيث ذهب بعضهم إلى القول بأن "المعيار القانوني الجامد أفضل لا شك من المعيار الاقتصادي المتغير"[1].

والعقد الدولي الذي يكون موضوعه حركة دخول وخروج الأموال عبر الحدود، يؤدي لا محالة إلى وجود عنصر أجنبي في العلاقة التي يرتكز في سبب التعاقد أو الجهة التي تنقل إليها الأموال أو منها، ومن ثم لا مفر من وجود عنصر أجنبي وهذا ما يمثل معيار دولية العقد مما يمكن إسناده إلى قانون أجنبي[2].

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

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

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

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

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

ج. أو إذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة[3].

ويمكن القول أن المعيار القانوني يرتكز على مدى اتصال التحكيم بأكثر من نظام قانوني واحدا، فإذا كانت كل هذه العناصر مكان إجراء التحكيم جنسية الأطراف أو أجنبية المحكمين،

---

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

[2]– المرجع السابق، ص 03.

[3]– حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 97.

القانون واجب التطبيق على الإجراءات أو على الموضوع، تتصل بدولة معينة كان تحكيما وطنيا، أما إذا اتصلت هذه العناصر بأكثر من دولة كان تحكيما دوليا.

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

الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي كأساس لتدويل التحكيم

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

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

وذهبت عكس ذلك محكمة روان ROUEN في 1986/11/27 إلى أنه "لا يمكن تكييف التحكيم بأنه دولي لمجرد اشتراط أن القانون المطبق هو قانون أجنبي في الوقت نفسه، فإن العقد المتنازع عليه متعلق بنقل ذرة من ميناء فرنسي إلى ميناء فرنسي فإن التحكيم المتفق عليه يكون داخليا ولو كان الناقل من جنسية سويسرية وكان المجهز من جنسية بنامية[3].

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

وهذا المعيار قضائي النشأة فقد ابتدعه القضاء الفرنسي وكرسه مشرعه.

---

[1]– محمد كولا، المرجع السابق، ص 4.

[2]– منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 15.

[3]– المرجع نفسه، ص 18.

الفرع الثالث: المعيار المزدوج لتدويل التحكيم وموقف المشرع الجزائري

تعد صفة الدولية شرطا لإعمال مبادئ التحكيم التجاري الدولي، وقد رأينا أن القضاء الفرنسي تبنى في أول قراراته المعيار الاقتصادي وذلك بإقراره أن النزاع يكون دوليا عندما يمس مصالح التجارة الدولية، وقد أصبح القضاء الفرنسي الحديث يقر بالتكامل بين المعياريين الاقتصادي والقانوني لإكساب النزاع الصفة الدولية وتبريرهم في ذلك أن النزاع يكون دوليا إذا اتصل بأكثر من نظام قانوني ومس مصالح التجارة الدولية.

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

موقف المشرع الجزائري

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

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

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

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

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

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

---

[1]- هشام علي صادق، القانون الوجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية مقارنة منشأة المعارف، مصر 1995، ص 60.

[2]- أنظر المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 25 أفريل سنة 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو والمتضمن قانون الإجراءات المدنية الجريدة الرسمية، العدد 27، ص 88 (ملغى).

لكن بالرجوع إلى نص المادة 1039 من القانون 09/08 المتضمن القانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد نجدها تنص "يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدوليتين على الأقل"[1].

ونلاحظ أن المشرع الجزائري قد حدد مفهوم التحكيم الدولي بارتباطه بالمصالح الاقتصادية لدوليتين على الأكثر وبهذا يكون المشرع الجزائري قد اخذ بالمعيار الاقتصادي بديلا عن المعيار المزدوج لأن المعيار الاقتصادي الذي جاء به القانون الفرنسي وهو السائد حاليا، وهذا المعيار يتفق مع واقع التعامل الدولي وطبيعة النزاع الذي يجب أن تطبق عليه القواعد الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي.

المطلب الثاني: الاتفاقيات الدولية كمنصة للتحكيم التجاري الدولي

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

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

الفرع الأول: الاتفاقيات متعددة الأطراف

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

أولا: بروتكول جنيف لسنة 1923:

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

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

[1]– القانون 09/08 المرجع السابق، ص 227.

التي تحدث في المستقبل بين طرفين خاضع أحدهما لقضاء دولة متعاقدة أخرى، ذلك الاتفاق الذي بموجبه يوافق الطرفان المتعاقدان بالمشارطة، على أن يحال التحكيم أو بأمور أخرى يمكن حسمها بالتحكيم سواء أجرى التحكيم في بلد غير خاضع لقضائه أحد الطرفين أم لم يجر..." [1].

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

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

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

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

وتبنى المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة طرح هذا المشروع للمناقشة، كما أعدت لجنة مكونة من ثماني دول مشروعا آخر مقابلا لمشروع الغرفة التجارية الدولية، وفي عام 1956 قرر المجلس المذكور عقد مؤتمر دولي للنظر في إقرار اتفاقية جديدة حول

---

[1]– بروتكول جنيف، المتعلق بشرط التحكيم 24 سبتمبر 1923 جنيف سويسرا.

[2]– أنظر المواد 2، 3، 4، من نفس البروتكول.

[3]– فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع،الطبعة الأولى،الإصدار الثالث،2008 ص 34.

الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم، وانعقد المؤتمر في 20 مارس 1958 في مدينة نيويورك والتي سميت هذه الاتفاقية باسمها[1].

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

وقد نظمت اتفاقية نيويورك العديد من القواعد التي يقوم عليها التحكيم منها أن الدول المنظمة للاتفاقية ملزمة بالاعتراف باتفاق التحكيم المكتوب سواء كان الاتفاق شرطا أو مشارطة، وسواء ورد في وثيقة وقعها الطرفان أو خطابا أو برقيات متبادلة وعلى أن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع قانوني تعاقدي كان أو غير تعاقدي ومتعلق بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم[2].

وفيما يخص تنفيذ اتفاقيات التحكيم نجد أن اتفاقية نيويورك تعتمد تقنيات بروتكول جنيف لسنة 1923، حيث أوجبت رفض محاكم الدول الأعضاء في الاتفاقية النظر في النزاع الذي يحكمه اتفاق التحكيم، كما ألزمت الاتفاقية الدول الأعضاء بالاعتراف بحجية حكم التحكيم وتنفيذه طبقا لقواعد المرافعات المطبقة في الأقاليم المطلوب إليها التنفيذ وفقا لشروط معينة تضمنتها المادتان الرابعة والخامسة من الاتفاقية كما ألزمت الاتفاقية الدول الأعضاء بمبدأ المعاملة الوطنية عند تنفيذ أحكام التحكيم دون تمييز[3].

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

---

[1]– المرجع السابق، ص 34.

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

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

أما الجزائر فقد انضمت إلى اتفاقية نيويورك بتحفظ سنة 1988[1]، والملفت للانتباه هوان الجزائر انظمت إلى اتفاقية نيويورك قبل تكريس التحكيم التجاري الدولي داخليا في قوانينها، لأن تعديل قانون الإجراءات المدنية الذي أضاف الباب الخاص بالتحكيم كان سنة 1993 وربما يعود السبب كون الجزائر كانت تقبل شرط التحكيم الدولي في كثير من العقود التي أبرمتها مؤسساتها العمومية مع أطراف أجنبية رغم أنها كانت رافضة له في تشريعاتها الداخلية، كما أنها بحاجة إلى إبرام هذه العقود لحاجاتها إلى رؤوس الأموال، إذ يعتبر الانضمام إلى الاتفاقية بمثابة ضمانة للمستثمرين الأجانب كما أن سنة 1988 شهدت بداية الإصلاحات وتحول الجزائر من النهج الاشتراكي والاقتصادي الموجه إلى الاقتصاد الحر[2].

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

أبرمت هذه الاتفاقية تحت رعاية البنك الدولي للإنشاء والتعمير BIRD وتمثل هذه الاتفاقية الركيزة الأساسية لبحث قدرة الأشخاص المعنوية العامة على الدخول طرفا في اتفاقية تحكيمية لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات وقد أنشأت الاتفاقية مركزا لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار CIRDI ووفقا لنص المادة 25 من الاتفاقية التي تحدد اختصاص المركز بتسوية المنازعات التي تثور بين الدول والمستثمرين الأجانب[3].

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

---

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

[2]– بودودة سعاد، التحكيم التجاري الدولي كضمان من ضمانات الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، فرع قانون أعمال، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق، بدون تاريخ المناقشة ، ص 60.

[3]– قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 224.

الخاصة بالمركز وحصانة وامتيازاته، أما الفصل الثاني من الاتفاقية فيتضمن اختصاصات المركز.

وتكتسي هذه الاتفاقية أهمية كبيرة ودورا في حل النزاعات التجارية الدولية لذلك صادقت عليها العديد من الدول من أجل الإفادة من أحكامها وتطبيق مبادئها[1] والتي يمكن ايجازها فيما يلي:

- تطبق أحكام الاتفاقية على الدول المتعاقدة ومواطني الدول المتعاقدة الأخرى.
- عدم خضوع أطراف النزاع لأحكام الاتفاقية إلا إذا قبلوا ذلك بموجب تصريح كتابي.
- عدم إمكانية سحب الموافقة المكتوبة باللجوء إلى المركز بالإرادة المنفردة لأحد الأطراف المتنازعة.
- حرية الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على النزاع، وعلى الإجراءات وفي حالة عدم الاتفاق تحدد هيئة التحكيم ذلك القانون.
- حجية أحكام التحكيم الصادرة عن المركز وضرورة تنفيذه، فيما عدى الحالات المنصوص عليها في الاتفاقية.
- تعهد الدول المتعاقدة بالاعتراف بالأحكام الصادرة عن المركز والقيام بتنفيذ الالتزامات المالية على اقليمها.
- إمكانية ابطال الحكم التحكيمي من قبل الأطراف بناء على طلب كتابي موجه إلى اللجنة المختصة[2]، ويمكن إبطاله في الحالات التالية:
  - عيب في تشكيل هيئة التحكيم.
  - تجاوز هيئة التحكيم لسلطتها بشكل ملحوظ.
  - ارتشاء أحد أعضاء الهيئة.
  - عدم الالتزام الخطير بقاعدة من قواعد الإجراءات.
  - عدم التسبيب.

[1]– أنظر المواد 25، 42، 43، 45، 52، 64 من الاتفاقية.

[2]– مانع جمال عبد الناصر، المرجع السابق ص 25.

- جميع الخلافات التي قد تثور بين الدول المتعاقدة حول تفسير أو تطبيق هذه الاتفاقية والتي تحسم وديا يمكن عرضها على محكمة العدل الدولية.

إنظمت الجزائر للاتفاقية في 30 أكتوبر 1995[1] ويرجع إقبال الجزائر على الانضمام إلى الاتفاقية إلى عدة أسباب منها الرغبة في جذب الاستثمارات الأجنبية من خلال الموازنة بين مصالح المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار.

الفرع الثاني: الاتفاقيات الإقليمية

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

أولا: الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1987:

كلف مجلس الوزراء العرب الأمانة العامة للمجلس بإعداد دراسة تخص انشاء هيئة عربية للتحكيم، وقد عرض المشروع على المجلس في جلسته الثالثة في الدورة التي عقدت في الرباط عام 1985، وهو مشروع اتفاقية عربية للتحكيم التجاري ولهذا الغرض شكلت لجنة تضم ممثلين عن الدول الأعضاء تقوم بدراسة هذا المشروع، وإدخال التعديلات عليه على ضوء المقترحات التي تبديها الحكومات العربية وقد أعد هذا المشروع من طرف هذه اللجنة وانتهت إلى وضع أحكام الاتفاقية في ستة فصول تتضمن 42 مادة، وفي الدورة الخامسة لمجلس وزراء العدل العرب الذي انعقد في عمان سنة 1987 عرض المشروع، وقد تم إقرار الاتفاقية والتوقيع عليها في هذه الدورة[2] ومن أهم ما جاء في هذه الاتفاقية ما يلي:

خصصت المادة 2 من الاتفاقية لتحديد نطاق تطبيق هذه الاتفاقية هذا نصها "تطبق هذه الاتفاقية على النزاعات التجارية الناشئة بين أشخاص طبيعيين أو معنويين أيا كانت جنسيتهم،

---

[1]– الأمر 04/95 المؤرخ في 21 جانفي 1995 المتضمن الموافقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى ج. ر عدد 07 المؤرخة في 15 فيفري 1995، ص 07.

[2]– مانع جمال عبد الناصر، المرجع السابق، ص 45.

ويربطهم تعامل تجاري مع إحدى الدول المتعاقدة، أو أحد أشخاصها أو تكون لهم مقرات رئيسية فيها".

إلا أنه ما يعاب على هذه المادة هو عدم الدقة وتحتمل تفسيرات عديدة، فمثلا هل تطبق أحكام الاتفاقية على نزاع نشأ بين مواطن إحدى الدول المتعاقدة مع إحدى المؤسسات لتلك الدولة المتعاقدة؟، وهل يخرج هذا النزاع عن الولاية القضائية للدولة على اقليمها ورعاياها؟ وهل أحكام الاتفاقية على تسري أشخاص لهم مقرات رئيسية إحدى الدول المتعاقدة؟[1] .

والإجابة على هذه التساؤلات تكمن في نص المادة في حد ذاته، بحيث أنه انطلاقا من أن هذه المادة لا تعتد بجنسية الأطراف، يمكن بالتالي أن تطبق أحكام هذه الاتفاقية على نزاع ناشئ بين مواطن ومؤسسة من نفس الجنسية شريطة أن يكون هذا النزاع ناتج عن علاقة تجارية[2].

كما تعترف الاتفاقية بالطرق المعمول بها في اللجوء إلى التحكيم أي عن طريق الشرط والمشارطة وتحدد الأطراف الذين يمكن اللجوء إلى التحكيم وفقا لأحكامها والآثار المترتبة عن اللجوء إلى التحكيم من عدم إمكانية لجوء الأطراف إلى طريق آخر غير التحكيم إذا تم الاتفاق على اللجوء إليه[3].

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

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

---

[1]– فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 86.

[2]– أحمد بن حاجة، التحكيم وحل المنازعات في العقود الاقتصادية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2006/2005، ص 15.

[3]– أنظر المادة 2 فقرة 1و 2 من الاتفاقية.

إلى 13 من الاتفاقية بنصوص تتعلق بمجلس إدارة المركز وكيفية تشكيله ومواعيد انعقاد دوراته وكيفية اتخاذ القرارات، واختصاصات مجلس الإدارة، ومكتب المركز واختصاصاته[1] .

أما بالنسبة للقانون الواجب التطبيق فتعتمد الاتفاقية على مبدأ سلطان الإرادة، كما قد تتم الإشارة إلى ذلك القانون المطبق صراحة وضمنا، إلا أنه يمكن للمحكمة البحث عن القانون الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع عند عدم تمكنها من التعرف على القانون الذي اختاره الطرفان ليطبق على حل نزاعها[2].

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

أما بالنسبة لقرارات التحكيم فقد أوجبت المادة 32 من الاتفاقية أن يكون قرار التحكيم مسببا وأن يتضمن أسماء المحكمين والطرفين وتاريخ القرار ومكان صدوره وعرضا مجملا لوقائع الدعوى وطلبات الخصوم وخلاصة موجزة لدفوعهم ودفاعهم والرد عليها، والطرف الذي يتحمل المصاريف والأتعاب كليا وجزئيا[3] كما أوجبت الاتفاقية في المادة 31 منها أنه يجب أن يصدر القرار التحكيمي في ظرف 6 أشهر من تاريخ إحالة الملف على هيئة التحكيم تماشيا مع مبدأ السرعة ولكن هذه المدة يجوز تمديدها حسب الفقرة 3 من نفس المادة، ولم تنص الاتفاقية على عدم نشر قرارات التحكيم تماشيا مع مبدأ السرية كغيرها من الاتفاقيات، وقد حددت المادة 34 أسباب طلب إبطال القرار، أما عن تنفيذ القرار التحكيمي فإن المادة 35 تنص على أن المحكمة العليا لكل دولة متعاقدة هي المسؤولة عن إضفاء الصيغة التنفيذية للقرار شرط أن لا يخالف النظام العام[4].

ومن عوائق تطبيق هذه الاتفاقية، النص في المادة 22 وجوبا على أن تتم إجراءات التحكيم في مقر المركز وإن أجاز على إجرائها في دولة أخرى بعد موافقة الهيئة والتشاور مع المكتب،

---

[1]– فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 87.

[2]– بودودة سعاد، المرجع السابق، ص 77.

[3]– فوزي محمد سامي، المرجع نفسه، ص 91.

[4]– بودودة سعاد، المرجع نفسه، ص 77.

وهذا ضرب لسلطان الإرادة، غير أنها تبقى من أهم الاتفاقيات العربية الداعمة للتحكيم وإرساء مبادئ خاصة بالتحكيم التجاري الدولي في الوطن العربي.

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

لقد تم التوقيع على هذه الاتفاقية خلال القمة العربية المتحدة في عمان 24 سبتمبر 1980، والتي دخلت حيز التنفيذ لسنة 1981، وتؤدي هذه الاتفاقية دورا هاما في توفير المناخ الملائم للاستثمار العربي وفي تشجيعه على إرساء قواعد نظام قانوني واضح يمنح المزايا ويوفر الضمانات الكفيلة بتدفق رأس المال الخاص بين الدول العربية[1].

غير أن هذه الاتفاقية لم تنشأ مركز للتحكيم ولا هيئة لمراقبة تطبيق ما تضمنه من نظام للتوفيق والتحكيم بل أوكلت إلى الأمين العام للجامعة العربية صلاحية تعيين المحكمين وتقدير الأتعاب في حين أن هذه المهام عادة ما توكل إلى مراكز التحكيم الدائمة[2].

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

وهذا يعني أن الاتفاقية أقرت ثلاث طرق لحل النزاعات وهي:

أ- اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية: وهي هيئة قضائية أنشأت بموجب هذه الاتفاقية في انتظار إنشاء محكمة العدل العربية، تختص بالنظر فيما يعرضه عليها أحد طرفي الاستثمار من المنازعة المتعلقة بتطبيق أحكام هذه الاتفاقية أو الناتجة عنها وهذا يعني أن المحكمة لا تنظر في المنازعات المتعلقة بالاستثمارات غير أن الاتفاقية تسمح للمستثمر العربي باللجوء إلى قضاء الدولة[3].

ب- اللجوء إلى التوفيق والتحكيم: احالت المادة 26 من ملحق الاتفاقية الذي ورد فيه قواعد وإجراءات خاصة بالتوفيق والتحكيم، وما يلاحظ أن الاتفاقية لا تعالج جميع المسائل الخاصة بالتوفيق أما التحكيم فقد حددت إجراءاته المادة 2 من ملحق الاتفاقية[4].

---

[1]- مانع جمال عبد الناصر، المرجع السابق، ص 40

[2]- أحمد بن حاجة، المرجع السابق، ص 10

[3]- بودودة سعاد، المرجع السابق، ص 71.

[4]- المرجع السابق، ص 71، 72.

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

كما أسندت الاتفاقية سلطة تعيين مكان التحكيم إلى المحكم المرجح حسب نص الفقرة 5 من المادة 2 كما أسندت

كذلك إلى هيئة التحكيم سلطة الفصل في كل المسائل المتعلقة باختصاصها وتحديد الإجراءات، وتجاهلت الاتفاقية حرية الأطراف في هذه المسائل[1].

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

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

أ. بين أية دولة طرف ودولة طرف أخرى، أو بين دولة طرف وبين المؤسسات والهيئات العامة التابعة للأطراف الأخرى أو بين المؤسسات والهيئات العامة التابعة لأكثر من دولة طرف.

ب. بين الأشخاص المذكورين في الفقرة 1 وبين المستثمرين العرب.

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

---

[1]– فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 77.

[2]– أحمد بن حاجة المرجع، السابق، ص 12.

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

وتصدر المحكمة قرارها في أجل 06 أشهر التي يمكن للأمين العام للجامعة العربية تمديدها بناءا على طلب مسبب من المحكمة إذا كان هناك ضرورة، ويتم التمديد مرة واحدة ولمدة لا تتجاوز ستة أشهر[1].

وتفصل محكمة التحكيم في كل القضايا المتعلقة باختصاصها وتحدد الإجراءات الخاصة بها ويصدر التحكيم بأغلبية الأصوات، والذي يجب أن يكون مسببا في كل المسائل التي تناولها، مع توقيعه من طرف أغلبية المحكمين، ثم تقدم نسخة منه لكل طرف، ويكون حكم التحكيم نهائيا وملزما للأطراف لا يقبل الطعن أو طلب إعادة النظر، يتعين تنفيذه بمجرد صدوره إلا إذا حددت المحكمة مهلة للتنفيذ أو لتنفيذ جزء منه[2].

والملاحظ أن الاتفاقية لم تنشر إلا الإجراءات الخاصة بطلب التنفيذ في الدول المراد تنفيذ الحكم فيها، وعليه فإن الإجراءات تخضع لقواعد القانون الوطني لتلك الدولة[3] وإذا لم ينفذ الحكم خلال مدة ثلاث أشهر من تاريخ صدوره يمكن عرض المسألة على محكمة الاستثمار العربي لكي تتخذ قرارها المتعلق بالتنفيذ[4].

إن هذه الاتفاقية رغم نصوصها الكثيرة وأهميتها بالنسبة للدول العربية ومنها الجزائر[5]، لا سيما في إنشاء هيئة تحكيمية إلا أنها لم تكن واضحة بالقدر الكافي بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على النزاعات المتعلقة بالاستثمار، لأن جهودها كانت ترمي إلى توفير ضمانات

---

[1]– مانع جمال عبد الناصر، المرجع السابق، ص 43.

[2]– أنظر المادة 1/04، 1/4/هـ، 1/4/ز، من ملحق الاتفاقية.

[3]– فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 78.

[4]– المادة 2 فقرة 11 من الاتفاقية.

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

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

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

يعد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم أو اتفاقية التحكيم[1] عن العقد الأصلي، من المبادئ التي أصبحت مستقرة في قضاء التحكيم التجاري الدولي، فما هو مضمون هذا المبدأ؟ (الفرع الأول) وكيف كرسه الاتفاقية الدولية (الفرع الثاني) والأنظمة الوضعية (الفرع الثالث) ولوائح التحكيم (الفرع الرابع)؟

الفرع الأول: مضمون مبدأ استقلال اتفاق التحكيم

إن عدم مشروعية العقد الأصلي، أو صحته، أو بطلانه أو فسخه لا يؤثر على اتفاق التحكيم، سواءا أكان هذا الشرط مدرجا في العقد الأصلي أم مستقلا عنه، وأساس هذا النظر أن اتفاق التحكيم يعالج موضوعا مختلفا تماما عن موضوع العقد الأصلي، إذ يعد اتفاق التحكيم تصرفا قائما بذاته، له كيانه المستقل عن كيان العقد الأصلي[2].

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

---

[1]– بن حليمة ليلى، محاضرات في التحكيم التجاري، ألقيت على طلبة الماستر، فرع قانون أعمال، جامعة المسيلة، كلية الحقوق 2016/2015 "اختلف الفقهاء في تسمية الطريقة التي يأتي بها الاتفاق على التحكيم بحسب نظرة كل منهم إلى مفهوم التحكيم وذلك كما يلي:

اتفاق التحكيم: وينقسم إلى : شرط التحكيم، مشارطة التحكيم.

فشرط التحكيم هو الشرط المنصوص عليه في العقد وينصب على أن أي نزاع يمكن أن يثور بسبب هذا العقد يتم الفصل فيه عن طريق التحكيم، ومن جهة أخرى فإن مشاطرة التحكيم هي اتفاق بين الطرفين يقوم بموجبه بإخضاع النزاع إلى محكم أو هيئة تحكيمية، وتكون مشاطرة التحكيم عادة في عقد منفصل.

أما التقسيم الثاني فيعتبر التحكيم عقد وهو يتكون من اتفاقية التحكيم: وتنقسم إلى: شرط التحكيم، اتفاق التحكيم

وعليه فإن عقد التحكيم قد ينعقد بإحدى الصورتين، أما أن يكون كشرط أو بند في عقد معين بذكر فيه من بين شروطه وفي هذه الحالة يسمى شرط التحكيم، وإما أن ينعقد عقد التحكيم عند قيام النزاع بالفعل بين الخصوم ويسمى في هذه الحالة باتفاق التحكيم وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية..."

[2]– منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 102.

محكمة النقض الفرنسية التي قررت مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في مجال العلاقات الدولية الخاصة[1].

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

ويعني مبدأ الاستقلالية إمكانية تلافي اللجوء إلى قواعد الاسناد كأسلوب في حل مسألة تنازع القوانين عن طريق إقرار قواعد موضوعية واجبة التطبيق تعطى حلولا مباشرة وتحسم المسألة المتنازع فيها[2].

وقد كرست فرنسا هذا المبدأ أول مرة عن طريق حكم قضائي حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 8 ماي 1963 في القضية المعروفة GOSST إلى أنه "في اطار التحكيم التجاري الدولي، فإن اتفاق التحكيم سواء تم هذا الاتفاق على نحو منفصل ومستقل عن التصرف القانوني الأصلي أو تم ادراجه به فإنه يتمتع دائما، إلا إذا ظهرت ظروف استثنائية، باستقلال قانوني كامل، يبتعد معه أن يتأثر اتفاق التحكيم بأي بطلان محتمل يلحق فيه هذا التصرف"[3].

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

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

---

[1]– نور الدين بكلي، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجيستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون 1996/1995، ص 78.

[2]– المرجع نفسه، ص 79.

[3]–حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 122.

أن بطلان كل من العقد الأصلي أو شرط التحكيم لا يؤثر على صحة أو بطلان الآخر فإذا أبطل العقد الأصلي فعندئذ يمكن التمسك بصحة شرط التحكيم وبالتالي السير في إجراءات التحكيم وحسم النزاع من قبل المحكم[1].

كما يترتب على هذا المبدأ نتيجة هامة في اطار تنازع القوانين هو أن اتفاق التحكيم قد يخضع لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي فيجوز تطبيق المبادئ العامة وعادات التجارة الدولية على اتفاق التحكيم بصرف النظر عن القانون المطبق على العقد الدولي[2].

مع ذلك يمكن القول بأن تطبيق قانون معين على العقد الأصلي قد يعتبر قرينة كاشفة عن انصراف نية الأطراف إلى تطبيق نفس القانون على اتفاق التحكيم طالما أنه لا يوجد اتفاق مخالف، وذلك تطبيقا للاتجاه الفقهي الغالب في تنازع القوانين والخاص بوحدة القانون الواجب التطبيق، إذ أن استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي لا يحول دون امتداد القانون الواجب التطبيق من هذا العقد الأصلي إلى اتفاق التحكيم[3].

مبدأ الاستقلالية يعطي للمحكم سلطة النظر في اختصاصه ومفاد ذلك أن المحكم يستمر في إجراءات التحكيم وهو الذي يقرر كونه مختصا بالنظر في الموضوع أم لا، وإن كان قد جرى الطعن بصحة العقد الأصلي في المحاكم أو الطعن بصحة شرط التحكيم وأن النظر من قبل المحاكم في هذا الموضوع لا يوقف الإجراءات الخاصة بالتحكيم[4] كما أن فسخ العقد لا يعتبر تنفيذا له ومن ثم الاتفاق على التحكيم بصدد تنفيذ عقد لا يشمل المنازعات المتعلقة بفسخه إلا إذا كان الفسخ مشروطا صراحة في العقد كجزاء عن الإخلال بشروطه إما طلب البطلان فهو اهدار له وعدم تسليم به، ومن ثم لا يتصور أن تعد المنازعة ببطلان العقد تنفيذا له فيكون للمحكم سلطة للفصل فيها[5].

---

[1]– فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 200.

[2]– منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 105.

[3]– المرجع نفسه، ص 105.

[4]– فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 200.

[5]– أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 35.

الفرع الثاني: موقف المعاهدات الدولية

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

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

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

ويبدو جليا أن المعاهدة تركت لكل من القوانين المحتملة التطبيق الحرية في الفصل في هذه المسألة، فبالنظر إلى نص المادة السابعة من الاتفاقيات المذكورة والتي تنص على أنه "لا تخل أحكام هذه الاتفاقية بصحة الاتفاقيات الجماعية أو الثنائية التي أبرمتها الدولة المتعاقدة بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها، ولا تحرم أي طرف من حقه من الاستفادة بحكم من أحكام المحكمين بالقدر المقرر في تشريع أو معاهدات البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ"[3].

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

---

[1]- نور الدين بكلي، المرجع السابق، ص 91.

[2]- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 126.

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

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

وإذا كان البعض يرى عدم ارتباط مبدأ الاختصاص بالاختصاص ومبدأ الاستقلالية إلا أن الواقع أن المحكم لن يقرر بحال من الأحوال عدم صحة شرط التحكيم كنتيجة لعيب لحق بالاتفاق الأصلي الذي أورد الشرط، فتقرير مبدأ الاختصاص بالاختصاص يعني ترك تقدير مدى الأخذ بمبدأ استقلال شرط التحكيم للمحكم ولا شك أنه سيكون أكثر ميلا للأخذ بمبدأ الاستقلال مما يستتبع اختصاصه بالفصل في النزاع،[1] وبهذا يكون قد تم استخلاص هذا المبدأ من قبل جانب من الفقه بالإشارة إلى فكرة التفسير الضمني.

4- اتفاقية جنيف لسنة 1961 تشير صراحة في أحكامها على اختصاص . الاختصاص، كما تكرس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم على العقد الأصلي، وهو ما أكدته المادة 5 فقرة 3 حيث أن أحكام هذه المادة لا تكرس مبدأ الاستقلالية بصفة ضمنية فحسب بتأكيدها على اختصاص الاختصاص صراحة حيث، أنها منحت للمحكم سلطة الفصل في وجود وصحة اتفاق التحكيم أو العقد الأصلي، مما يعني الفصل واستقلال وجود وصحة كل العقود[2].

5- أما الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 لم تشر هذه الاتفاقية صراحة إلى الأخذ بهذا المبدأ، أما عن سلطة المحكمين للنظر في اختصاصهم فقد جاء ذكرها في المادة 24 منها حيث نصت "يجب إبداء الدفع بعدم الاختصاص والدفوع الشكلية الأخرى قبل الجلسة الأولى، وعلى هيئة التحكيم أن تفصل فيها قبل الدخول في الموضوع فيكون قرارها بهذا الشأن نهائيا".

وإذا علمنا أن المادة 27 من الاتفاقية المذكورة تنص على أن الاتفاق على التحكيم وفق أحكام هذه الاتفاقية يحول دون عرض النزاع أمام جهة قضائية أخرى أو الطعن لديها بقرار التحكيم، يمكن القول أن هذا النص يعطي مؤشرا آخر للأخذ بمبدأ الاستقلالية[3] .

---

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

[2]- نور الدين بكلي، المرجع السابق، ص 92.

[3]- عائشة مقراني، المرجع السابق، ص 55.

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

الفرع الثالث: موقف القوانين الوضعية

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

أولا: القانون الجزائري:

لم يشر المشرع الجزائري، في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 بقاعدة تنص صراحة أو ضمنا على مبدأ الاستقلالية وهذ رجع إلى أن أحكام هذا القانون كانت تخص التحكيم الداخلي دون التحكيم الدولي، مع العلم أن هذا المبدأ ظهر ليواجه المعاملات الدولية المتعلقة بمصالح التجارة الدولية، كما أن الجزائر كانت تعرف خلال هذه المرحلة تحفظا اتجاه التحكيم الدولي نظرا للظروف التي كانت تمر لها لاسيما أن هذا المبدأ الذي يؤدي إلى انفصاله عن العقد الأصلي، وما يترتب عليه من نتائج خطيرة، وكذلك يرجع موقف المشرع الجزائري إلى أن هذا المبدأ لم يكن خلال هذه المرحلة قد خطى الخطوات الأولى التي هو عليها اليوم[1].

إلى أن جاء قانون الإجراءات المدنية 93-09 المؤرخ في 25 أفريل 1993 يعدل ويتم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 جوان 1966 بتعديلات مهمة على أحكام القانون القديم الذي لم يعد يساير تطور الفكر القانوني والاقتصادي الجديد[2] ،واحدث المشرع قسما تحت عنوان "تنظيم التحكيم الدولي: نصت المادة 458 مكرر فقرة 4 على ما يلي: "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح" وبهذا يكون المشرع الجزائري قد كرس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي صراحة من خلال نص هذه المادة[3] .

---

[1]- المرجع السابق، ص 56.

[2]- نور الدين بكلي، المرجع السابق، ص 93.

[3]- عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 36.

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

ثانيا: القانون المصري:

يعتبر قانون التحكيم المصري الجديد رقم 27 لسنة 1994 من القوانين التي اكدت على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، إذ نصت المادة 22 منه "يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط الأخرى، ولا يرتب على بطلان العقد أو فسخه أو انهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته"[1].

وبهذا وضع المشرع حدا للانقسام الفقهي في مسألة الاستقلالية فهناك فريق يرفض الفكرة ويذهب إلى عدم إمكانية فصل للشرط التحكيم عن العقد الأصلي وليس للمحكم سلطة البت في صحة أو بطلان الاتفاق الخاص بالتحكيم، ومن بين مؤيدي هذا الرأي أبو الوفا، أما الفريق الآخر فيرى إمكانية الأخذ بمبدأ الاستقلالية[2].

ثانيا: القانون الإنجليزي:

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

ولقد أثار الرفض السابق من قبل القانون الإنجليزي لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التساؤل حول مدى اعتبار مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بمثابة مبدأ عام من مبادئ التحكيم التجاري الدولي؟[3] .

رابعا: القانون الأمريكي:

---

[1]– حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 129.

[2]– فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 204.

[3]– بولحية سعاد، المرجع السابق، ص 29.

عموما يعتبر القانون العام الإنجليزي هو الأصل القانوني للتشريع في الولايات المتحدة، باستثناء ولاية "لويزيانا"، كما أن اقتباس قانون الولايات المتحدة للمبادئ الأساسية من القانون العام الإنجليزي يشمل مجال التحكيم بدرجة تامة، لا سيما مبدأ العدول والذي بمقتضاه يحق لأي طرف في اتفاقية التحكيم وفي أي لحظة قبل صدور قرار التحكيم أن يعلن عدوله أو رجوعه عن موافقته على التحكيم. ولا يملك الطرف الآخر وسيلة لحث الطرف الممتنع عن تنفيذ التزامه[1].

وقد خرج قانون الاتحاد الأمريكي عن هذا النهج عام 1967 عندما رأت المحكمة الاتحادية العليا ضرورة الأخذ بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم في قضية PRIMA PRINT ضد FLOAD AND CONKIN أنه تبعا للقانون الفيدرالي فإن مصير اتفاق التحكيم يعد مستقلا ومنفصلا عن مصير العقد المدرج في هذا الاتفاق[2].

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

الفرع الرابع: موقف لوائح التحكيم

تستمد لوائح التحكيم قوتها من إرادة الأطراف التي تشير إليها، ويرى جانب من الفقه أن تأكيد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، الذي تشير إليه هذه اللوائح يتعين تفسيره على أنه يعبر عن إرادة الأطراف في أن يعامل اتفاق التحكيم على نحو مستقل عن المعاملة التي يلقاها العقد الأصلي[3].

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

---

[1]– عائشة مقراني، المرجع السابق، ص 64.

[2]– حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 30.

[3]– بولحية سعاد المرجع السابق، ص 30.

إذا ارتأى صحة اتفاق التحكيم ويظل المحكم في هذه الحالات مختصا لتحديد حقوق الأطراف والفصل في ادعاءاتهم وطلباتهم، حيث أن بطلان العقد الأصلي أو انعدامه لا يؤدي إلى عدم اختصاص المحكم ولا إلى بطلان أو انعدام اتفاق العقد التحكيمي"[1].

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

وكذلك فإنه لا يوجد أدنى شك في أن المحكم إذا لاحظ انعدام العقد الأصلي أو بطلانه فإنه لا يجب أن يتوقف على مجرد هذه الملاحظة، بل لابد أن يستخلص منها الآثار المترتبة على هذا البطلان أو الانعدام فيما يتعلق بادعاءات الطرفين[2].

هذا ويرى جانب من الفقه أن موقف لائحة التحكيم أقل صراحة فيما يتعلق بمعرفة ما أذا كانت ذات القاعدة المتقدمة يتعين اتباعها من قبل المحكمة الدولية للتحكيم إذا شرعت في فحص مسألة وجود أو صحة اتفاق التحكيم لأول وهلة، وذلك بإجمال نص المادة 6 فقرة 2 من لائحة الغرفة[3].

وهناك أيضا نظام التحكيم الذي وضعته لجنة القانون التجاري الدولي في الأمم المتحدة وهو ثاني نظام يكرس المبدأ سنة1976، والذي ينص في مادته 02/21 منه على "هيئة التحكيم هي صاحبة الاختصاص في الفصل في الدفوع الخاصة بعدم اختصاصها، وتدخل في ذالك ذلك الدفوع المتعلقة بوجود شرط التحكيم أو الاتفاق المنفصل على التحكيم أو بصحة هذا الشرط أو هذا الاتفاق"[4].

وفيما يتعلق بأهداف المادة 21، فإن شرط التحكيم الذي يعد شرطا في العقد والذي ينص على التحكيم وفقا للائحة الحالية، يعد شرطا مستقلا عن الشروط الأخرى التي يتضمنها العقد، ولا يترتب على تقرير هيئة التحكيم بطلان العقد الأصلي بطلان شرط التحكيم، بقوة القانون[5]

---

[1]– عائشة مقراني، المرجع السابق، ص 67.

[2]– حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 139.

[3]– بولحية سعاد، المرجع السابق، ص 34.

[4]– عائشة مقراني، المرجع السابق، ص 68.

[5]– حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 141.

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

ويكرس هذا النظام قاعدة، أن إثارة بطلان العقد الأصلي لا تفضي إلى بطلان الاتفاق التحكيمي، وإذا كان العيب المتصل بالعقد الأساسي له علاقة بالشرط التحكيمي (مثلا: عيب الرضا)، فإن المحكم يبقى مختصا للنظر بقابلية الابطال[1].

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

المطلب الرابع: مبدأ حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم

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

الفرع الأول: مضمون المبدأ

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

إن هذا المبدأ في مجال التحكيم الدولي ينطلق عند حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، فأغلب الاتفاقيات الدولية والقوانين الداخلية للدول تعطى كامل الحرية للأطراف لاختيار القانون الواجب التطبيق، أي أن هذه القوانين والاتفاقيات تعطي الأولوية في

[1]– عائشة مقراني، المرجع نفسه، ص 69.

اختيار القانون لإرادة الأطراف، أي بمفهوم آخر أعمال سلطة الإرادة من الهيئة التحكيمية[1] ويتعدى هذا المبدأ حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق إلى حريتهم في تعيين نظام تحكيمي وكذا الإجراءات المتبعة في المحكمة التحكيمية، وهناك طريقتين لإعمال هذا المبدأ، يكون إما باللجوء إلى التحكيم الخاص أو كما يسمى التحكيم الحر وإما بالرجوع إلى التحكيم النظامي.

أولا: التحكيم الخاص

في هذا النوع من التحكيم فإن الأطراف هم الذين ينظمون بأنفسهم تشكيل وتسيير هذا القضاء الخاص، ويستوجب من خلال هذا النوع من التحكيم لزوم قيام أطراف العلاقة بتعيين المحكمين مباشرة أو بالاتفاق على طريقة أخرى لتعيينهم مثل تفويض هيئة التحكيم للقيام بذلك[2] .

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

ثانيا: التحكيم النظامي

إن لجوء الأطراف إلى التحكيم الخاص الذي يستوجب التعيين المباشر للمحكمين وإجراءات سير التحكيم أمسى قليل الاستعمال في الوقت الحاضر، إذ في ميدان ممارسة التجارة الدولية، نجد شيوع شروط التحكيم المدرجة في العقود الدولية والتي تنص على التحكيم النظامي[3]، وهو مجموعة من الهيئات أو المؤسسات الموجودة فيها المسائل الإجرائية موضحة مثل قوائم المحكمين المعتمدين، لديها كيفية تشكيل المحكمة، مقر المحكمة والقانون الواجب التطبيق، وهذه المراكز متعددة ونخص أهمها مثل "مركز حل المنازعات لبنك الإنشاء والتعمير"[4].

الفرع الثاني: حدود المبدأ

---

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

[2]– صديق بغداد، المرجع السابق، ص 55.

[3]– كمال معروف، التحكيم التجاري الدولي مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، فرع قانون أعمال، جامعة الجزائر، كلية الحقوق 2000/1999، ص 25

[4]– بن مدخن إبراهيم: المرجع السابق، ص 120.

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

أولا: قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم:

إذا كان الأصل أن أي نزاع يمكن أن يعرض على القضاء الداخلي، فإن النزاع الذي يكون محلا للتسوية في إطار التحكيم التجاري الدولي يجب أن يكون من النزاعات القابلة للتسوية بطريق التحكيم، وما يؤكد أهمية وضرورة مسالة القابلية هو ما ذهبت إليه الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، فقد نصت المادة الاولى من بروتكول جنيف لعام 1923بشروط صحة اتفاق التحكيم على أن "تعترف من بروتكول الدول المتعاقدة بصحة اتفاق التحكيم وكذلك شرط التحكيم....في المسائل التجارية والمسائل الأخرى التي تقبل التسوية عن طريق التحكيم"[1].

وهناك العديد من الاتفاقيات الدولية التي تصب في نفس السياق كما نصت عليه اتفاقية نيويورك في نص المادة الثانية منها.

وما يلاحظ أن اشتراط الاتفاقيات الدولية لضرورة قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم لم تتبعه تحديد لهذه المسائل القابلة للتسوية، وإنما تركت هذه المسالة لظروف كل دولة فلكل دولة الحرية في تحديد المسائل التي يجوز تسويتها بطريق التحكيم.

ثانيا: أهلية الأطراف في إبرام اتفاق التحكيم

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

وبالنسبة للجزائر فمنذ سنة 1988 غيرت وجهتها نحو بناء اقتصاد السوق، يقوم على الانخراط الواضح في النظام التجاري العالمي الجديد فتوالت المساعي الإيجابية من قبل الدولة الجزائرية لصالح التحكيم التجاري الدولي، بداء بالمصادقة على اتفاقية نيويورك لسنة 1958 والتي انتهت بإقرار حق أشخاص القانون العام في اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي[2] واستقر

---

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

[2]– المرجع نفسه، ص 47.

المشرع على هذا الوضع وأكده في مختلف تعديلاته القانونية وعلى مختلف مراحلها إلى غاية اليوم حيث تنص المادة 1006 أن القانون 09/08 "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها ولا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص أو أهليتهم ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

ثالثا: شرط توافر الطابع التجاري في النزاع

إن النزاعات التي تكون موضوع التحكيم التجاري الدولي يجب أن تكون بالضرورة من مصالح التجارة الدولية، بغض النظر عن المفهوم القانوني أو الاقتصادي في تعريف كل من التاجر التجارة والعمل التجاري، لمواكبة تعريف التجارة الدولية "إن التجارة الدولية هي تلك العمليات المتعلقة بالتبادل الاقتصادي وحركة رؤوس الأموال والخدمات عبر الحدود"[1].

رابعا: قانونية النزاع

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

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

---

[1]– كمال معروف، المرجع السابق، ص 36.

[2]– تياب نادية، المرجع السابق، ص 13.

الفصل الثاني : إجراءات حل النزاع في إطار التحكيم التجاري الدولي

يقصد بالإجراءات في هذا المقام مجموعة الأعمال الإجرائية المتتابعة التي تستهدف الصول إلى قرار يفصل في النزاع القائم بين طرفي النزاع، ولبدء إجراءات التحكيم التجاري يفترض نشوء نزاع تجاري دولي بين أطراف يربطها اتفاق أو شرط التحكيم، اتفقت عليها مسبقا أو بعد ظهور النزاع ،وبعد إخطار احد الطرفين للآخر عن نيته في إقامة هذا القضاء الخاص، وبتعبير أخر تحريك مراحل التحكيم التجاري الدولي[1] لتتوالى بعدها إجراءات التحكيم لغاية صدور القرار التحكيمي، فأول إجراء يتم اتخاذه هو تشكيل المحكمة التحكيمية (المبحث الأول) لتتولى هذه الأخيرة المهمة التحكيمية إلى أن يتم صدور القرار التحكيمي الفاصل في النزاع التجاري الدولي (المبحث الثاني).

[1]– تيات نادية ، المرجع السابق ، ص 88

المبحث الأول : تشكيل المحكمة التحكيمية

إن التنوع في الأنظمة التحكيمية تترك للأطراف الحرية في الاتفاق على الهيئة التحكيمية التي يوكل لها حق الإختصاص للفصل في نزاعاتهم، فإذا كان اختيار المحكم بعيد عن أي تنظيم مؤسساتي فنكون أمام تحكيم حر (المطلب الأول)، أما إذا تم اختيار الهيئة التحكيمية التنظيمية فنكون بصدد تحكيم مؤسساتي (المطلب الثاني)، ولتعين المحكمين يجب أن تتوفر فيهم مجموعة من الصفقات (المطلب الثالث)، وإذا اختلت إحدى الصفات يمكن عزل أو رد المحكم (المطلب الرابع) .

المطلب الأول : تعين المحكمين في التحكيم الحر

في هذه الحالة يكون تعين المحكم أو الهيئة التحكيمية منظما بموجب شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم الذي يمكن بموجبه تحديد طريقة تعين المحكمين، أو بالرجوع إلى تنظيمات منظمة بنصوص أخرى، وعليه فإن اختيار محكم أو عدة محكمين يستمد أساسه من إرادة الأطراف في الإتفاق على المحكم الذي يحظى بقبول تحكيمه، إلا أنه في أغلب الأحيان يتولى كل طرف في النزاع اختيار أو تعين محكم واحد، ومن ثم يتولى المحكمين تعيين محكم ثالث يسمى بالمحكم المرجح أو الرئيس[1].

وعند إتباع التحكيم الخاص كقاعدة عامة لا يلزم المحكم بإتباع إجراءات معينة إلا إذا اتفق الطرفان على إتباع قواعد إجرائية أو قانون إجراءات معين، وتنص بعض القوانين على وجوب إتباع المحكمين لقواعد الإجراءات الموجودة في قانون المرافعات ما لم ينص الأطراف صراحة على غير ذلك، ويكون المحكم المفوض بالصلح غير مقيد بقواعد إجرائية في المرافعات إلا بالقدر الذي يتعلق بقواعد النظام العام [2].

---

[1]– منسول عبد السلام ، قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير ، فرع قانون المال ، جماعة الجزائر ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، 2001/2000 ، ص 6.

[2]– فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص 250.

ومما سبق يتبين أن تعيين المحكمين يكون طبقا لإرادة الأطراف (الفرع الأول) على أن يكون عددهم وترا ، ولما كانت أمكانية حصول التخاذل والإختلاف في تعين المحكمين جاءت الضرورة لتدخل جهة أخرى في تعيين المحكمين (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : تعيين المحكمين طبقا لإرادة الأطراف كأصل

يخضع تعيين المحكمين في إطار التحكيم الحر لمبدأ سلطان الإدارة وقد ينصب الإختيار على تعيين محكم وحيد أو ثلاثة محكمين، ويحكم تشكيل هيئة التحكيم مبدآن أساسيان.

أولهما أن تكون إرادة الخصوم هي المرجع الأول في اختيار الهيئة، فإذا إتفق الطرفان على طريقة اختيار المحكمين فإنه يجب الإلتزام بما تم الاتفاق عليه، وغالبا يختار الخصم محكما يكون هنا تقارب بينهما في الآراء ويكون هذا المحكم دارية بموقفه أكثر من القاضي [1].

وثانيهما مراعاة المساواة بين طرفين النزاع من حيث اختيار المحكمين، فلا يكون لأحدهما أفضلية على الآخر، بمعنى انه لا يجوز أن يسند إلى احدهما اختيار جميع المحكمين دون الآخر.

حيث أن ترك الأمر لإرادة خصم دون الآخر، فإن المحكم المختار بمعرفة الخصم يشعر بتبعيته له وإنتمائه اليه، ويعتبر نفسه بمثابة محامي يدافع عن وجهة نظره وعن مصالحه في النزاع وهو ما يؤدي إلى اهتزاز الحياد والاستقلال الواجب توافرهما فيه[2].

فإذا اتفق الأطراف على محكم واحد فلهما مطلق الحرية في كيفية تعيينه، فبإمكانهما الرجوع إلى القواعد التي يحددها مركز تحكيمي معين، أو وضع طريقة مناسبة لهم كما يمكن الإستناد إلى القواعد وضعتها اليونسترال، ذلك لأن هذه القواعد قد وضعت أصلا لمعالجة الأمور المتعلقة بالتحكيم الخاص، وقد نصت المادة السادسة من القواعد المذكورة على كيفية تعين المحكم الوحيد، إذ الخطوات الواجب اتباعها للقيام بتعين المحكم الوحيد هي[3]:

1- عندما يتعلق الأمر بتعين محكم واحد يجوز لكل من الطرفين أن يقترح على الآخر ما يلي:

---

[1]- منير عبد المجيد ،المرجع السابق ، ص 115

[2]- المرجع نفسه، ص 115

[3]- تياب نادية ، المرجع السابق ، ص 99

أ- إسم شخص واحد ليكون الحكم الوحيد، أو أسماء جملة أشخاص يمكن اختيار المحكم الوحيد من بينهم

ب- إسم مؤسسة واحدة أو عدة أسماء مؤسسات، وإسم شخص واحد أو أسماء جملة أشخاص ويمكن اختيار سلطة التعيين من بينهما أو من بينهم، وذلك إذ لم يكن الطرفان قد اتفقا على سلطة التعين.

2- وإذا انقضى ثلاثون يوما من تاريخ تسلم أحد الطرفين الإقتراح المقدم وفقا للفقرة الأولى دون أن يتفق الطرفان على تعيين المحكم الوحيد، تولت تعيينه سلطة التعيين التي اتفق الطرفان على تسميتها، فإذا لم يكن الطرفان قد إتفقا على تسمية سلطة التعيين أو إذا امتنعت السلطة التي اتفقا على تسميتها على تعيين المحكم، أو لم تتمكن من تعيينه خلال ستين يوما من تاريخ تسلم الطلب الذي قدمه إليها أحد الطرفين في هذا الشأن، جاز لكل من الطرفين أن يطلب من الأمين العام لمحكمة التحكيم الدائمة بلاهاي تسمية سلطة التعيين[1].

3- وتقوم سلطة التعيين بناءا على طلب أحد الطرفين بتعيين محكم واحد في أقرب وقت ممكن وتتبع هذا التعيين طريقة القوائم وفقا للإجراءات التالية، إلا إذا اتفق الطرفان على استبعاد هذه الطريقة أو رأت سلطة التعيين بما لها من سلطة تقديرية أن استعمالها لا يناسب ظروف الحال، وتتمثل الإجراءات في:

- ترسل سلطة التعيين إلى الطرفين بناء على طلب أحدهما نسخة متطابقة من قائمة تتضمن ثلاثة أسماء على الأقل.
- لكل طرف من الطرفين خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسلم هذه القائمة أن يعيدها إلى سلطة التعيين بعد شطب الاسم أو الأسماء التي يعترض عليها وترقيم الأسماء المتبقية في القائمة حسب الترتيب الذي يفضله.
- بعد إنقضاء المدة المذكورة في الفقرة السابقة تعيين سلطة التعيين المحكم الواحد من بين الأسماء التي إعتمدها الطرفان في القائمتين اللتين أعيدتا إليها بمراعاة ترتيب الأفضلية الذي أوضحه الطرفان.

[1]- فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ص 137.

إذا تعذر لسبب ما، تعيين المحكم الواحد باتباع هذه الإجراءات كان لسلطة التعيين أن تمارس سلطتها التقديرية في تعيينه.

4- تراعي سلطة التعيين وهي بصدد اختيار المحكم، الإعتبارات التي من شأنها ضمان اختيار محكم محايد ومستقل ، وأن تأخذ بعين الاعتبار أنه من المستحسن أن لا يكون المحكم من جنسية أحد أطراف النزاع[1].

وتعد هيئة التحكيم المشكلة من فرد واحد، من بين التشكيلات الهامة في القانون المقارن، إذ يمكن لأطراف النزاع الاكتفاء بمحكم لتسويته وقد عرف عدة تطبيقات خاصة في التحكيم الاتفاقي، وسوف يبين كيف تناولته بعض التشريعات.

- اعتمد المشرع الفرنسي هذا الشكل في قانون الإجراءات المدنية وفي نص المادة 1453 منه، ويشترط في الأخذ بهذا الشكل عادة قبول الطرفين لهذا المحكم وهذا وفقا لشرط التحكيم أو اتفاق التحكيم، حيث يتم اشتراط كذلك بعض الشروط مثل شرط التخصص في القانون أو القضاء أو التجارة[2].

كما أخذ القانون المصري الجديد لسنة 1994 بشكل المحكم الفردي حيث تنص المادة 15 منه " تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر ... " ويظهر بأن المشرع المصري قد اقتدى بالتشريعات الأخرى في الأخذ بالمحكم الفرد، وهذا إما بالاتفاق على تشكيل محكمة تحكيمية خاصة مكونة من محكم وحيد ، أو بالإحالة على نظام تحكيمي يأخذ بهذا الشكل[3].

أما المشرع الجزائري فقد أخذ بهذا الطرح ، ونص على امكانية تشكيل المحكمة التحكيمية من محكم فرد حيث نص في المادة 1017 على أنه " تتشكل هيئة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي".

---

[1]- المرجع السابق ، ص 138.

[2]- محمد كولا ، المرجع السابق ، ص 150.

[3]- تياب نادية ، المرجع السابق ، ص 101،102.

إذا فلفظ محكمة أو هيئة التحكيم قد يتضمن تشكيلة فردية أو جماعية للمحكمين فقد تتفق أطراف الإتفاقية على تعيين محكم فرد لحل النزاع ، وقد تتفق على العكس من ذلك على تعيين تشكيلة جماعية لمحكمة التحكيم وهذا ويتمتع نظام التحكيم الفردي بعدة مزايا منها :

- الحد من تكاليف التحكيم رغم أن هذه الخاصية تبقى ذات أهمية نسبية مقارنة بأهمية المصالح التي أدت إلى اللجوء إلى التحكيم .
- سرعة حل النزاع طالما أنه يوفر كثيرا من الجهد الذي تتطلبه تشكيلة محكمين .
- الإتفاق على تعيين محكم واحد يكون أسرع وأسهل من التشكيل العددي[1] ورغم هذه المزايا الخاصة بنظام التحكيم الفرد فإنه لا يخلوا من بعض العيوب والتي أهمها :
- إن هذا النظام كثيرا ما يؤدي إلى إحتكار مهمة التحكيم من طرف محكمين تابعين للدول الصناعية التي تتوفر أكثر من الدول النامية على الأشخاص الذين تتوفر فيهم المؤهلات التي تشترطها التجارة الدولية ، وهو ما يطرح مسألة حياد هؤلاء المحكمين دائما وبشكل متجدد على منازعات التجارة الدولية ، وعدم التناسب هذا بين الشمال والجنوب يجعل هذه الدول الأخيرة تقف عادة عدم الواثق من هذا النظام[2].
- إن تعقيدات النزاعات في مجال التجارة الدولية يؤدي إلى صعوبة حسم النزاع من طرف المحكم الفرد ، كما أن اختيار المحكم الفرد لنظر النزاع قد يشكل خطورة على مصالح المؤسسات الوطنية بسبب انحياز المحكم الى الطرف الأجنبي[3] .
- عدم الإلمام بموضوع النزاع كما ينبغي ، إذ بسب النسيان أو عدم الإحاطة بجزئيات النزاع يؤدي إلى عدم الإنصاف في الحكم لأن المحكم الفرد لا يجد من يساعده[4].

وكل ما طرحناه سابقا متعلق بالتشكيل الفردي لمحكمة التحكيم، غير أنه يمكن أن يكون التشكيل يحتوي على أكثر من محكم . وتشترط أغلب التشريعات أن يكون العدد وتريا، والتشكيل الثلاثي هو الأكثر انتشارا سواء في القوانين المقارنة أو في الإتفاقيات الدولية، اذ

---

[1]– محمد زغداوي، دروس في التحكيم التجاري الدولي، فرع قانون أعمال، جامعة التكوين المتواصل، نيابة مديرية التعليم عن بعد، الإرسال الأول، بدون تاريخ الطبع والارسال، ص 36.

[2]– المرجع نفسه، ص 37.

[3]– تياب نادية ، المرجع نفسه ، ص 102.

[4]– محمد كولا ، المرجع السابق ، ص 154.

بمقتضاه يقوم كل طرف بتعيين محكما يرضاه، على أن يقوم المحكمان بتعيين محكم ثالث رئيسي، يشترط فيه أن يكون من جنسية مخالفة لجنسية الأطراف .

الفرع الثاني : إمكانية تدخل جهة خارجية في تعيين المحكمين

الأصل في تعيين المحكمين يخضع لمبدأ سلطان الإرادة ، لكن قد يتم تعطيله إما بتقاعس أو سوء نية أحد الأطراف ، أو قد يقع الإختلاف في تعيين المحكم المرجح، فهل يوجد حل في هذه الحالات؟

قد أجمع الفقه على أن الحل الأنسب لهذه الحالات هو تدخل جهة خارجية لحماية الطرف الحسن النية ، وحفاظا على مصداقية إجراء التحكيم غير أن هذا التدخل يقترن بعدة شروط وهي :

- يجب أن يتم هذا التدخل في أضيق الحدود. وذلك لأن الأصل هو تعيين أطراف النزاع لمحكميهم.
- الإتفاق المسبق على إمكانية تدخل جهة خارجية .
- كما أن تدخل جهة خارجية لا يجوز أن يتم تلقائيا. بل لا بد من أن يقوم أحد الطرفين بطلبها علما بأن المدعي وهو الطرف المعني بالتعجيل هو الذي يقوم عادة بهذا الدور[1].

ويمكن تحديد السلطات التي لها حق التدخل والتي تتمثل في :

1- تدخل سلطة نقابية :

فكثيرا ما تتشكل في حقل التجارة الدولية تجمعات نقابية هامة دون أن يكون لها مركز تحكيمي دائم.

ونجد هذا على صعيد التعامل التجاري الدولي كثيرا من العقود التي تتضمن اللجوء إلى التحكيم إما هيئة تحكيمية خاصة تنص عادة على أن تتدخل السلطة النقابية في تشكيل

[1]- تياب نادية ، المرجع السابق ، ص 105.

المحكمة التحكيمية إذا لزم الأمر، وبالطبع يختلف الوضع هنا عن اللجوء إلى مؤسسة تحكيمية دائمة، ذلك لأن السلطات النقابية تتدخل لحل الإشكالات الخاصة بتعيين المحكمين فقط[1].

2- تدخل سلطات القضاء في تعيين المحكمين :

نصت مختلف التشريعات على أنه يمكن إخطار الجهات القضائية خاصة عند سكوت الأطراف، للقيام بتعيين المحكمين خصوصا عندما تستنفذ المدة المحددة في إتفاق التحكيم أو في العقد الأصلي للقيام بذلك.

والمشرع الجزائري من بين التشريعات التي نصت على هذا الحل، حيث نجد ذلك في المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص " يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين. أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو إستبدالهم".

في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو إستبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي:

- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرتها إختصاص التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.
- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.

وتنص المادة 1042 " إذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في إتفاقية التحكيم، يؤول الإختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه ".

لأول وهلة يبدوا نص المادة 1041 صريحا، وميسرا لكن بالرجوع إلى أرض الواقع نجد أنه في حالة التحكيم الذي يجري في الخارج، توجب المادة رفع الطلب إلى رئيس محكمة الجزائر، لكن هذه المحكمة ليست محددة تحديدا كافيا.

[1]- المرجع السابق، ص 105.

3- اللجوء إلى نظام تحكيمي لتعيين المحكمين الدوليين

يشكل هذا النمط الإختيار الثالث لتعيين المحكمين الدوليين، وهذا النمط يعني من الناحية العملية اتفاق الأطراف المتعاقدة في الإتفاقية التجارية الأصلية على تحديد اللجوء إلى نظام تحكيمي موضوع من قبل مؤسسة دائمة للتحكيم على المستوى الدولي، أي أن هذا النظام المحدد في الإتفاقية الأصلية هو الذي يجب الإستناد إليه عند تعيين وعزل واستبدال أعضاء هيئة التحكيم[1].

المطلب الثاني : تعيين المحكمين في ظل التحكيم المؤسساتي

في هذا النظام ينحصر دور الأطراف في اختيار الجهة التحكيمية ، ومقر إجراء التحكيم، لتتولى تلك المؤسسة التحكيمية الاشراف على التحكيم من حيث مراقبة إجراءاته، فتقوم بتعيين المحكمين طبقا للوائحها المعتمدة للتحكيم، وقد جاء هذا النوع من التحكيم بجانب التحكيم الحر للتسهيل على الأطراف امكانية اللجوء إلى التحكيم، وغالبا ما تعد تلك المؤسسة قائمة تشتمل على أسماء أشخاص مختصين لهم خبرة ومعرفة بالمعاملات والقوانين التجارية، وللأطراف المتنازعة أن تختار من تشاء من بين تلك الأسماء أو تترك للمؤسسة حرية إختيار المحكمين طبقا لقوانينها الداخلية .

وتجدر الإشارة إلى أنه من الناحية العملية هناك انتشار واسع للعديد من الهيئات والمؤسسات التحكيمية المهتمة بمجال التحكيم في المسائل التجارية الدولية منها الوطنية والإقليمية والدولية وحتى المهنية.

وللتعرف على الإجراءات الخاصة بكيفية تعيين المحكمين في التحكيم المؤسساتي، سنقوم ببحث ذلك على مستوى ثلاث مؤسسات وهي: محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية (الفرع الأول)، المركز العربي للتحكيم التجاري، (الفرع الثاني)، وفي إطار اتفاقيات الجات (الفرع الثالث).

[1]- محمد زغداوي ، المرجع السابق . ص 38

الفرع الأول : اختيار المحكمين وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس

مؤسس غرفة التجارة الدولية (CCI) هو وزير التجارة الفرنسي ETINNE CLEMENTEL الذي أسسها عام 1919 في باريس وفي عام 1923 أنشأ محكمة التحكيم التابعة للغرفة، وقواعد التحكيم للغرفة المذكورة النافذة حاليا هي القواعد التي أصبحت كذلك منذ عام 1975 إلا أنه قد تم تعديلها مؤخرا وأصبحت نافذة بشكلها المعدل منذ 1988/01/01، كما تسمى الآن بقواعد الغرفة التجارية الدولية، وتعتبر الغرفة الآن أشهر مؤسسة من مؤسسات التحكيم الدولية، حيث يقدر عدد القضايا التي تعرض عليها للتحكيم بـ 300 قضية سنويا[1].

ومحكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية لا تفصل في النزاع بنفسها، وهذا ما جاءت به المادة الثانية من قواعد محكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية، " لا تفصل هيئة التحكيم في المنازعات بنفسها ".

وأنها تشرف على التحكيم وتراقب إجراءاته وتقوم بتعيين المحكمين بعد تقديم طلب التحكيم إليها، ولكي يقبل طلب التحكيم يجب أن تكون محكمة التحكيم مختصة بالفصل في النزاع باتفاق أطراف النزاع بمقتضى شرط أو مشارطة التحكيم[2].

وعند قيام محكمة التحكيم بتعيين المحكمين، عليها أن تراعي في ذلك جنسية المحكمين أو تبعيتهم أو محل إقامتهم بالنسبة للبلدان التي ينتمي إليها الطرفان أو المحكمون، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة الثانية على أنه " يمكن حسم الخلافات من قبل محكم وحيد أو من ثلاثة محكمين ... " وتعالج الفقرات اللاحقة من المادة المذكورة كيفية تعيين المحكم الواحد أو المحكمين الثلاثة[3].

- ففي حالة الاتفاق على محكم وحيد فاللطرفان أن يعيناه، ويكون هذا التعيين ملزم لمحكمة التحكيم، وإذا لم يتفق الطرفان على التعيين في مدة30 يوما من تاريخ إبلاغ الطرف بطلب التحكيم قامت المحكمة بتعيين المحكم.

---

[1]– فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 141.

[2]– تياب نادية، المرجع السابق ص 91 .

[3]– المرجع نفسه، ص 142.

- أما في حالة الاتفاق على ثلاثة محكمين للفصل في النزاع، يقوم كل من الطرفين بتعيين محكمه لإقراره وتثبيته من محكمة التحكيم، فإذا امتنع أحد الطرفين يتم التعيين من محكمة التحكيم، كما تتولى المحكمة تعيين المحكم الثالث الذي تعهد إليه مهمة رئاسة هيئة التحكيم، مالم يكن الطرفين قد خولا المحكمين المعينين من قبلهما إختيار المحكم الثالث خلال مدة محددة.
- وفي حالة عدم ذكر الطرفين في اتفاقهما عدد المحكمين، ففي هذه الحالة تعين المحكمة محكما واحدا، إلا إذا تبين لها أن النزاع يستدعي تعيين ثلاث محكمين وفي هذه الحالة تطلب من الطرفين تعيين المحكمين في 30 يوما طبقا لنص المادة 2 فقرة 5[1].

الفرع الثاني: تعيين المحكمين وفقا للإتفاقية العربية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1987

حيث أن الاتفاقية والتي تناولناها سابقا، قد عالجت ولأول مرة التحكيم التجاري الدولي في إطار مؤسسي وأنشأت مركز عربيا للتحكيم التجاري يتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة، وإن كان ماليا وإداريا ملحقا بالأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب.

بحيث تعترف الاتفاقية بالطرق المعمول بها في اللجوء الى التحكيم، أي عن طريق الشرط أو المشارطة، وتحدد الأطراف الذين يمكن لهم اللجوء الى التحكيم وفقا لأحكامها، والآثار المترتبة عن اللجوء إلى التحكيم، من عدم إمكانية لجوء الأطراف إلى طريق آخر غير التحكيم إذا تم الإتفاق على اللجوء إليه.

أما في ما يخص المحكمين نصت الاتفاقية في الفصل الثالث على أن مجلس ادارة المركز يعد سنويا قائمة بأسماء محكمين من كبار رجال القانون والقضاء، وفي هذا الصدد أخذت الاتفاقية بمبدأ حرية الأطراف في اختيار المحكمين، فهي لا تشترط أن يتم الإختيار من القائمة التي يتم اعدادها من طرف إدارة المركز[2].

غير أن أطراف النزاع ملزمين بتلك القائمة في ثلاث حالات وهي:

---

[1]– تياب نادية ، المرجع السابق ، ص 142.

[2]– مانع جمال عبد الناصر، المرجع السابق، ص 46.

1- اذا تخلف طالب التحكيم عن تسمية محكمة خلال مدة أسبوع من تقديم الطلب، يتولى المركز تعيين المحكم من بين المحكمين المسجلين في القائمة.
2- إذا تخلف المطلوب التحكيم ضده عن تسمية المحكم خلال 30 يوما من تبليغه بطلب التحكيم، ولم يمدد له المركز التحكيمي المهلة، ففي هذه الحالة يعين المركز محكما من قائمة المحكمين.
3- في كل الحالات السابقة يسمى المحكم الذي يرأس الهيئة التحكيمية من القائمة[1]، ويتفق عليه الطرفان معا.
4- لا يجوز أن يكون المحكمون الذين يعينهم المكتب من مواطني أحد الطرفين[2].

ويلاحظ أن الاتفاقية نصت على إمكانية التحكيم بمحكم واحد غير أنه لم تنص على كيفيات تعيينه، وهذا يعتبر نقصا في أحكام الاتفاقية.

الفرع الثالث: تعيين المحكمين في إطار اتفاقيات الجات

تعتبر آلية تسوية المنازعات من أهم وأبرز الإنجازات التي أسفرت عنها جولة أورجواي عام 1994، صحيح أن هذه الآلية قد أنشأت على غرار نظام تسوية المنازعات في ظل اتفاقيات الجات لعام 1947 ، إلا أن بناء الآلية الجديدة قد تلافي الكثير من العيوب التي كانت تعتري النظام السابق لتسوية منازعات التجارة الدولية، وذلك بما أدخله المؤتمرون في الاجتماع الوزاري الذي انعقد في مونتريال عام 1988 من إصلاحات على ذلك النظام، ولعل من أهم الانجازات التي تحققت في جولة اورجواي امكانية اللجوء إلى آلية لتسوية المنازعات التي نشأت في رحاب منظمة التجارة العالمية [3].

ونصت المادة الثامنة من مذكرة التفاهم على القواعد والإجراءات التي تحكم تكوين فريق التحكيم، فيجب أن يتكون فريق التحكيم من أفراد حكوميين أو غير حكوميين مؤهلين. وتحتفظ الأمانة بقائمة إرشادية للأشخاص الحكوميين وغير الحكوميين الذين تتوفر لديهم مؤهلات

---

[1]- تياب نادية، المرجع السابق ص 95.

[2]- فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 149.

[3]- جلال وفاء محمدين، تسوية منازعات التجارة الدولية في إطار اتفاقيات الجات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002 ص 5.

أعضاء الفريق، ويتم انتقاء أعضاء فريق التحكيم من هذه القائمة عند الحاجة، ويكون للدول الأعضاء أن تقترح بصفة دورية أسماء أفراد حكوميين لتدرج في هذه القائمة.

وتعرض الأمانة على طرفي النزاع أسماء الأشخاص المرشحين لعضوية الفريق، ولا يجوز لطرفي النزاع الاعتراض على هذا الترشيح إلا لأسباب ملحة.

أما إذا لم يمكن التوصل إلى اتفاق لأسماء أعضاء نسبة التحكيم خلال 20 يوما، كان على المدير العام بناء على طلب من أي من الطرفين، وبعد التشاور مع رئيس الجهاز ورئيس المجلس أن يقوم بتشكيل فريق التحكيم وذلك بعد التشاور مع طرفي النزاع. كما منحت الاتفاقية الدول النامية معاملة خاصة ففي حال كانت طرف في النزاع يكون بين المحكمين عضو من البلدان النامية. ويكون فريق التحكيم من ثلاثة أشخاص ما لم يتفق طرفا النزاع خلال عشرة أيام من إنشاء الفريق على أن يتكون من خمسة أشخاص[1].

المطلب الثالث: صفات المحكمين المعنيين

مما تقدم يتبين لنا أن المبدأ هو حرية أطراف النزاع في اختيار المحكمين وفي حالة عدم التوصل الى اتفاق على التعين من قبل الطرفين، ليمكن لجهة أو شخص ما القيام بهذه المهمة، لكن ماهي الشروط الواجب توفرها في المحكم لتعيينه ؟

مهما كانت حرية الأطراف في اختيار المحكمين، إلا أن هناك شروط ذهب الفقه الى تأكيدها لأجل نجاعة نظام التحكيم لتسوية المنازعات، وقد تم تقسيم تلك الصفات إلى قسمين: صفات إلزامية (الفرع الأول)، يحرص الفقه على توافرها، وإذا لم تتوفر أعطت الحق لطرف ذي المصلحة في طلب الرد. أما الصفات الأخرى فهي متروكة لتقدير الطرفين (الفرع الثاني)، والتي تختلف حسب طبيعة النزاع وأطرافه.

[1]– المرجع السابق، ص 55،56،57.

الفرع الأول : الصفات الإلزامية

الصفات الإلزامية والتي يحرص الفقه على توافرها والتي تمثل ضرورة ملحة هي أن يكون المحكم متمتعا بالأهلية (أولا)، وأن يكون شخصا طبيعيا (ثانيا) وأن يكون محايدا ونزيها (ثالثا)، وليس له أي مصلحة في النزاع (رابعا).

أولا- أن يكون المحكم متمتعا بالأهلية

لم تنص أغلب التشريعات والقواعد المتعلقة بالتحكيم على أهلية المحكمين، وحتى المشرع الجزائري لم ينص على ذلك وعليه يمكن الاستدلال بنص المادة 40 من القانون المدني، والمتعلقة بالأهلية والتي تنص " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة ".

وبالتالي فأهلية المحكم تخضع لأحكام المادة 40 من القانون المدني الجزائري في غياب نص تشريعي في القانون 09/08، غير الفقرة 1 من المادة 1014 " لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية " في حين نجد أن المشرع المصري نص على هذا الشرط في المادة 1/16 التي جاء فيها أنه " لا يجوز أن يكون المحكم قاصرا أو محجوزا عليه أو محروما من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه مالم يرد اعتباره ". وبالقياس فإن المحكم الذي لا يستطيع تولي أموره الشخصية، فإنه لا يستطيع مراعاة مصالح الآخرين[1].

فلا يكفي توافر الأهلية المدنية التي تخضع للقانون الشخصي عند الفرد ليكون محكما، إنما لزم توافر شروط أخرى، وهي شروط صلاحيته لممارسته العمل القضائي، مثل شرط الجنسية، أو شرط مزاولة مهنة معينة، أو مراعاة القيود الواردة في القوانين الوطنية المختلفة، مثل ألا يكون المحكم قاصرا أو محجورا عليه، أو محروما من حقوقه المدنية أو مفلسا فهذه الشروط تتعلق بالاختصاص بالتحكيم، ولها أثرها في صحة الحكم أو بطلانه، وهي بهذه المثالية تخضع للقانون الذي يحكم الإجراءات[2] .

---

[1]- تياب نادية، المرجع السابق، ص 111.

[2]- منير عبدالمجيد، المرجع السابق، ص 117.

ثانيا : أن يكون المحكم شخصا طبيعيا

يجب أن يكون المحكم من بين الاشخاص الطبيعين ولا يجوز ان يكون شخصا معنويا وهذا امر يمكن استنتاجه من مختلف التشريعات، حيث تنص المادة768 من قانو اصول المرافعات اللبناني "لا تولى مهمة المحكم لغير الشخص الطبيعي، وإذا كان عين عقد التحكيم شخصا معنويا فتقتصر مهمته على تنظيم التحكيم".

وهذا النص جاء مشابها للمادة 1451 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفرنسي، حيث تنص" لا تعهد مهمة التحكيم إلا لشخص طبيعي له الأهلية الكاملة لممارسة حقوقه المدنية"[1].

إن الشخص المعنوي لا يمكن أن توكل له مهمة التحكيم بل يمكن أن ينظم ويوجه عملية التحكيم، وما يؤكد ذلك أن الأطراف عند اختيارهم للتحكيم المؤسسي فالأصل وكما لاحظنا، إن تلك الهيئات تتولى تنظيم التحكيم فقط، فتتولى تعيين المحكمين الذين يتولون بدورهم عملية التحكيم، فاختيار التحكيم في إطار المحكمة التابعة لغرفة التجارة الدولية، يعني أن محكمة التحكيم تقوم بتنظيم عملية التحكيم ولا تتولى عملية التحكيم بذاتها ، بل تقوم باختيار المحكمين وفقا لقواعد المحكمة في حالة عدم اتفاق الطرفين على الكيفية التي يتم بها الاختيار ليتولى هؤلاء مهمة الفصل في النزاع[2].

أما عند اختيار التحكيم الحر فالمسألة محسوم أمرها مادامت الأطراف هي التي تتولى عملية تعيين المحكمين من أشخاص طبيعيين.

وقد حذى المشرع الجزائري حذو باقي التشريعات في هذا الشأن حيث تنص المادة 1014 " لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي، إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المنية، إذا عينت اتفاقية التحكيم شخصا معنويا، تولى هذا الأخير تعيين عضوا أو أكثر من أعضائه بصفة محكم "، وبهذا يكون شبه إجماع من مختلف التشريعات على أن الشخص المعنوي لا يتولى مهمة الفصل في النزاعات، وذلك لتوفير عنصر الثقة بين المحكم والمحتكمين الذين يعينون الأول في غالب الحالات تحديدا بذاته، فتحديد المحكم بشخصه أو بصفته أو تحديد طريقة تعيينه هو

[1]– فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 151.

[2]– تياب نادية، المرجع السابق، ص 109.

عنصر جوهري في عقد التحكيم، وانتفاءه يرتب بطلانه بطلانا مطلقا، لانتفاء محل العقد، والإدلاء بالطلبات أمام المحكم يعتبر رضاءا بتحكيمه[1] وهذا هو الأصل .

ثالثا : أن يكون المحكم محايدا أو مستقلا

الحياد هو موقف ذهني شخصي بحت يقتضي عدم ميل عاطفة المحكم اتجاه أحد الخصوم ويؤدي إلى عدم استطاعته الحكم على الخصوم بالعدل والإنصاف، والاستقلالية هي نظرة موضوعية للمحكم تقاس بمدى وجود أو عدم وجود علاقة بينه وبين أحد أطراف النزاع، وتثار بالنسبة للمحكم أو المحكمين المعينين من طرفي النزاع إذ يصعب القول باستقلاليتهم، عكس المحكم أو المحكمين المعينين من الغير الذين يفترض استقلاليتهم.

وبالنسبة للمحكمين المعينين بصفة دائمة لدى هيئات تحكيمية متخصصة يجب أن يتمتع محكموها بالاستقلالية، وهذا هو سر نجاحها[2].

وقد نص المشرع الجزائري على الاستقلالية والنزاهة والحياد الواجب توفرهما في المحكم والا كان قابلا للرد حيث نص في المادة 1016 من القانون 09/08 " يجوز رد المحكم في الحالات الآتية : .....3- عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لا سيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط ... ".

رابعا : أن لا يكون للمحكم أي مصلحة في النزاع

من المقررات حياد المحكم ضرورة لنجاح التحكيم الداخلي والدولي، فلا يصح للمحكم اتخاذ صورة المحكم المحامي، ولا يجوز له اتخاذ صورة المحكم الخصم، وهذان المظهران شائعان في دول العالم الثالث التي تأخذ بالتحكيم.

والمحكم مثل القاضي فلا يجوز له أن يحكم متأثرا بمصالحه الشخصية، ويجب أن يفصل في النزاع من واقع الأوراق، ولا يقضي بمعلوماته الشخصية مع ذلك فإن هذه القاعدة الأخيرة

---

[1]- أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 41.

[2]- تياب نادية، المرجع السابق، ص 111-112.

يجب التخفيف منها في مجال التحكيم، ذلك ان المحكم قد يكون من رجال الأعمال الملمين بالظروف والملابسات في أوساط التجارة، والتي يستطيع من خلالها أن يعرف ما يجري عادة بين التجار مما قد يكون له أثره الفعال عند الفصل في النزاع، إذ إن أطراف النزاع والمحكمين يجمعهم نفس الوسط الفني والإقتصادي، وفي الغالب يتم اختيار المحكم بسبب معرفته الفنية في التحكيم المهني، وعلى الأخص معرفته الشخصية بالسوق وخبرته بشؤون التجارة الدولية[1].

ومدلول المصلحة أو المصالح التي قد تربط المحكم بأحد أطراف النزاع ينبغي أن يفسر تفسيرا واسعا فالمصلحة قد تكون اقتصادية لها علاقة مباشرة بالنزاع، وقد تكون سياسية وقد تكون حالة أو مستقبلة[2].

وشرط أن لا يكون للمحكم أي مصلحة في النزاع هو شرط بديهي تقتضيه القواعد العامة الواجب توفرها في أي شخص له صفة الفصل في النزاعات وقد نص المشرع الجزائري على هذه الحالة فمن حالات الرد المنصوص عليها في المادة 1016 فقرة 3 " عندما يتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لا سيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط ".

الفرع الثاني : الصفات المتروكة لتقدير الطرفين

إذا كانت الصفقات الأولى السابق ذكرها إلزامية فهناك صفات تم تركها لتقدير الطرفين وتتمثل في الجنس (أولا)، الجنسية (ثانيا)، الخبرة (ثالثا).

أولا : الجنس :

فجنس المحكم يخضع لتقدير طرفي النزاع ولم تتعرض الأنظمة الغربية والعربية لهذه المسألة بالجواز أو المنع مما ادى بالفقه إلى القول بجواز تحيكم المرأة انطلاقا من أن المرأة قد أصبحت تتمتع بالحقوق السياسية العامة التي كانت مقررة فقط للرجل، ومنها تقلد الوظائف

[1]– منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 123.

[2]– محمد كولا، المرجع السابق، ص 177.

العامة، فضلا عن أن فلسفة التحكيم ذاتها تقوم على ثقة الخصوم في شخص المحكم، وليس هناك ما يمنع أن تحوز المرأة ثقتهم [1].

وقد تعرض من المشرع المصري لهذه المسألة عرضيا عندما نص في المادة 2/16 من قانون المرافعات لسنة 1994 على أنه : " لا يشترط أن يكون المحكم من جنس أو جنسية معينة إلا إذا اتفق طرفا التحكيم أو نص القانون على غير ذلك ". وهو نفس ما نص عليه المشرع الأردني في المادة 15 فقرة من قانون التحكيم الأردني.

ثانيا :الجنسية :

لا يشترط القانون أن يكون المحكم من جنسية معينة إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على ذلك، إما إذا تعلق الأمر بالمحكم الفرد أو المحكم رئيس الهيئة فإن الجنسية تكون محل اعتبار مالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، ولكن عدم وجود المحكم الفرد من جنسية أحد طرفي النزاع أو المحكم المرجح يعطي لنظام التحكيم مصداقية أكثر ويضمن عدم الحياد[2].

وتذهب بعض التشريعات إلى عدم مراعاة شروط الجنسية حتى بالنسبة للمحكم الفرد أو الرئيس المرجح، فقد ذهب القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 إلى عدم الأخذ بشرط الجنسية إذ تنص المادة 1/11 منه على أنه " لا يمنع أي شخص بسبب جنسيته من العمل كمحكم، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك"[3].

لكن تذهب اتفاقيات دولية أخرى إلى الأخذ بشرط الجنسية لضمان فعالية التحكيم وحياد المحكم، فمؤتمر الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي يضع بعض الشروط، من بينها تفصيل تعيين المحكم من جنسية مختلفة عن جنسية أطراف النزاع، كما يذهب نظام التحكيم للغرفة التجاري الدولية، إلى إشتراط تعيين المحكم الفرد أو رئيس الهيئة التحكيمية من بلد غير ذلك الذي ينتمي إليه أطراف النزاع [4].

---

[1]– تياب نادية، المرجع السابق، ص 115.

[2]– ممدوح طنطاوي، المرجع السابق، ص57.

[3]– محمد كولا، المرجع السابق، ص .174

[4]– المرجع نفسه، ص 174.

ويستنتج مما سبق أن شرط الجنسية ليس مشروط في التحكيم العادي وهو الأصل ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، أما التحكيم الفردي أو المحكم المرجح فهو مشروط في الأصل ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك .

ثالثا :الخبرة :

قد يتفق طرفا النزاع على أن يكون المحكمان من ذوي الخبرة في مجال المنازعة المعروضة على التحكيم، أو ذوي الخبرة القانونية على نحو يغني عن الاستعانة بالخبراء مما يؤدي إلى سرعة الفصل في النزاع، وإذا لم يكنوا ذوي خبرة، فيجب أن يكونوا على الأقل ملمين بالقراء والكتابة، لأن وظيفة المحكم تلزم القائم بها أن يكون قادرا على الإطلاع على مستندات الخصوم وكتابة الحكم، وتوقيعه وذكر أسبابه، والإطلاع على القوانين والأنظمة وغير ذلك من الأمور التي تستدعي إلمام المحكمين بالقراءة والكتابة، وإذا لم تكن الأنظمة قد نص على هذا الشرط فذلك لأنه شرط بديهي واجب التحقيق دون حاجة إلى نص إليه[1].

وتعيين المحكمين لا يعني شروع هؤلاء مباشرة في مهمة التحكيم، وإنما يتعين قبول المهمة الموكلة إليهم، إنطلاقا من أن وظيفة المحكم هي وظيفة إختيارية عكس القضاء، وقد نص المشرع الجزائري على هذا الأمر في نص المادة 1015 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها " لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا، إلا إذ قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسند إليهم ".

وبقبول المحكمين للمهمة يتم تثبيت المحكمة التحكيمية والشروع في إجراءات التحكيم لكن في حالة عدم قبول المحكمين بالمهمة، أو عدم توفر الصفقات المذكورة أنفا، فإنه فهذه الحالة تستوجب استبدال المحكمين أو عزلهم.

المطلب الرابع : عزل أو رد المحكمين

في الحقيقة أن طلب الرد يعتبر دفعا ببطلان تشكيل هيئة التحكيم حينما تثار حولها شكوك موضوعية حول حياد وإستقلالية المحكمين.

[1]– تياب نادية، المرجع السابق، ص 176.

ولقد اوجبت المادة 12 فقرة 1 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، على المحكم حين تعرض عليه مهمة التحكيم أن يفصح بكل ما من شأنه أن يثير شكوكا حول حياده واستقلاليته، وعليه أن يلتزم ذلك منذ تعينه، وطول مدة إجراءات التحكيم أن يطلع طرفي النزاع بوجوده أية ظروف من هذا القبيل.

كما نصت المادة 13 فقرة 2 من هذا القانون على جوزا رد المحكم إذ تبين أنه لا يملك المؤهلات المتفق عليها من قبل الأطراف أو ليس لديه من الخبرة ما يؤهله للفصل في النزاع المطروح على التحكيم[1].

وقد تبنى المشروع الجزائري الطرح الأول من خلال نص المادة 1015 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها " إذ علم المحكم أنه قابل للدر يخبر الأطرف بذلك ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم".

وبالمقابل فإنه طبقا للقانون المصري رقم 27 لسنة 1994 لا سيما المادتين 18 و 221 منه فإنه لا يجوز رد المحكم، إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكا حول حياده واستقلاليته، ولا يجوز لأي من طرفي النزاع رد المحكم الذي عينه أو شارك في تعينه إلا بسبب موضوعي تبين له بعد أن تم هذا التعين، ولم يكن لأي من الطرفين علم به، أما اذا كان سبب الرد قائما قبل الإتفاق على تعين المحكم وكان الخصم على علم بذلك السبب، فإنه باختياره لذلك الشخص لأن يكون محكما قد تنازل ضمنيا عن طلب الرد [2].

ونجد المشرع الجزائري قد نص طرحة على هذه الفكرة في نص المادة 1016 بقولها "يجوز رد المحكم في الحالات التالية :

- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف.
- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف.
- عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في إستقلاليته، لا سيما سبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية او عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق سيط.

---

[1]– احمد بن حاجة ، المرجع السابق ، ص 81.

[2]– المرجع نفسه ، ص 82.

- لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه أو شارك في تعينه إلا لسبب علم به بعد التعين....."

ويظهر الإختلاف بين المشرع الجزائري وبعض المشرعين في أن المشرع الجزائري قد عدد ثلاث حالات لرد المحكم وهي تحوي في داخلها عدة أسباب للرد، في حين أن المشرع المصري قد أورد فكرة عامة عن الشكوك التي يمكن أن يثيرها أحد الأطراف عن حياد واستقلالية المحكم، وحتى المشرع الفرنسي إكتفى بإشتراط وجود سبب لرد المحكم ولم يحدده[1]، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد وقف في نص هذه المادة .

وينص المشرع الجزائري صراحة أنه لا يجوز للطرف الذي عين المحكم او ساهم في تعينه ان يرده بسبب يكون قد إطلع عليه بعد التعين، على أنه يتعين إطلاع محكمة التحكيم والطرف الآخر حالا بسبب الرد.

وفي حالة النزاع ما لم تقم الأطراف بتسوية اجراءات الرد يفصل القاضي المختص وفقا للمادة 1016 الفقرة الأخيرة منها بناءا على طلب من الطرف المعني بالتعجيل على أن لا يقبل هذا الأمر أي طريق من طرق الطعن.

وتنص المادة 13 الفقرة 3 من القانون النموذجي على أنه في حالة رفض طلب الرد يكون للطرف الذي تقدم به أن يطعن في قرار الرفض خلال مدة 30 يوما من تاريخ إعلامه بقرار رفض طلبه، ويكون ذلك أمام المحكمة أو السلطة التي تحددها الدولة ويكون قراراها الصادر ردا على الطعن نهائي وغير قابل للطعن، وهو ما يوافق نصوص المشرع الجزائري في هذا الشأن.

والملاحظ أن القانون النموذجي لسنة 1985 معمول به ومعتمد في القوانين الوطنية المقارنة بشكل كبير مما يجعلنا نقول بأن التحكيم في مجال الإستثمار والتجارة الدوليين، هو نظام موحد معمول به في أغلب الدول.

وفي حالة عدم اتفاق أطراف النزاع على رد المحكم، فقد حرصت قواعد القانون النموذجي في المادة 2/13 منها على تحديد فترة زمنية يجب أن يتم خلالها طلب الرد وهي 15 يوما من

[1]– محمد كولا ، المرجع السابق ، ص 182.

تاريخ علمه بتعيين المحكم أو هيئة التحكيم أو 15 يوما من تاريخ العلم بالشكوك المثارة حول حيدة المحكم أو استقلاله، وقصد بهذا الميعاد قطع دابر مسألة الرد في أسرع وقت .

ولا يطبل حكم التحكيم برد المحكم أثناء إجراء التحكيم وقبل إتمام مهمته وعلى أية حال، لا يجوز تقديم طلب الرد بعد صدور حكم التحكيم، لأنه إذا صدر حكم التحكيم، لا يكون الأمر حينئذ متعلقا بالمحكم أو برده، وإنما ينصرف إلى حكم التحكيم يحد ذاته فيمكن للخصم الذي يحتج عليه بالحكم التمسك برفض طلب التنفيذ[1] .

وهناك فرق بين رد المحكم ورفض تعينه، فالرد يتعلق بشخص تم تعينه محكما وقبله الأطراف، ولكن تبين بعد التعين أحد الأسباب الموجبة للرد فيطلب أحد الخصوم رده عن نظر القضية وتعين بديل له، أما إذا لم يكن قد عين محكما وانما كان مرشحا فقط يرفض تعينه إبتداءا ولا تثور بالنسبة إليه مسألة الرد [2].

إن اعطاء أطراف النزاع حق طلب رد المحكم في حالة فقدان الثقة فيه أو قيام سبب من الأسباب التي توجب ذلك، يشكل ضمانة لأطراف النزاع ويعطي للتحكيم مصداقية أكبر وهي الطريقة عينها الموجودة في القضاء العادي حيث يمكن للخصم رد جهة قضائية بأكملها إذا قامت الأسباب، ولكن يجب وجود الدليل الكافي.

المبحث الثاني : سير إجراءات التحكيم وصدور القرار التحكيمي

السير في إجراءات التحكيم يعني بدء الإجراءات الخاصة بعملية التحكيم منذ طلب التحكيم إلى غاية صدور القرار التحكيمي، لذلك فأول عمل يقوم به المحكمين هو تحضير المحكمة التحكيمية لعملية التحكيم (المطلب الأول)، ليشرعوا بعدها في الإجراءات الخاصة بعملية التحكيم (المطلب الثاني)، لتنتهي العملية بصدور القرار التحكيمي (المطلب الثالث)، الذي يرتب آثار بصدوره (المطلب الرابع).

---

[1]– منير عبد المجيد ، المرجع السابق ، ص121.

[2]– مجي الدين اسماعيل علم الدين ، المرجع السابق ، ص 55.

المطلب الأول : تحضير المحكمة التحكيمية لعملية التحكيم

بعد تعيين المحكمين قد يثور أشكال من قبل أحد الاطراف النزاع وهو مسألة الإختصاص لذا يجب على المحكمة التحكيمية الفصل في اختصاصها (الفرع الأول)، ونظر لأهمية القانون الواجب التطبيق كان لا بد على الهيئة التحكيمية في إطار التحضير لعملية التحكيم البحث عن القانون الواجب التطبيق على النزاع (الفرع الثاني).

الفرع الأول : إختصاص المحكمة التحكيمية

يعتبر مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه من أهم المبادئ في إطار التحكيم التجاري الدولي ومن ادقها في ذات الوقت، ويعني هذا المبدأ سلطة المحكم في أن يفصل في نحو نهائي في مسألة اختصاصه دون الخضوع إلى أي رقابة قضائية .

وتنص العديد من القوانين الوطنية المعاصرة المنظمة للتحكيم في اختصاص مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه، ومن بينها قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 تنص المادة 22 منه على أن " تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه او بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع ".

وكذلك فإن القانون الفرنسي كرس مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه بالنسبة للتحكيم الداخلي في المادة 1466 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي والتى تنص "إذا أنكر أحد الأطراف على المحكم سلطته، في الفصل في المنازعة أو نازع في نطاق هذه السلطة فإن المحكم يختص بالفصل في صحة وحدود ولا يته"[1].

وتؤكد لوائح التحكيم الأساسية على مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه، فلائحة التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي تنص في المادة 21

[1]– حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص230.

منها عل هذا المبدأ، وكذلك لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس في المادة 2[1].

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على هذا المبدأ المتعلق بالاختصاص حيث تنص " تفصل محكمة التحكيم في الإختصاص الخاص بها، ويجب إثارة هذا الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع، تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الإختصاص مرتبطا بموضوع النزاع."

ويتبين من هذه المادة أن المحكم:

1- يفصل اختصاصه
2- يجب أن يثار الدفع بعدم الإختصاص قبل أي دفاع في الموضوع
3- يمكن للمحكم أن بفصل في اختصاصه بحكم أولي، أي قبل أن يفصل في الموضوع.
4- إذا كان الدفع بعدم الإختصاص مرتبطا بموضوع النزاع فانه يفصل في المسألتين معا، أي بقرار تحكيم نهائي.

إن قاعدة الإختاص بالنظر في الإختصاص هي قاعدة من القواعد التقليدية في ميدان الإجراءات القضائية عموما، وهي تبنى على إعتبارات منطقية مقتضاها أن حسن سير القضاء يقتضي أن لا يقع تفكيك عناصر النزاع وأن لا يقع إسناد كل فرد من نفس القضية إلى جهة قضائية مختصة، فالقواعد المتعلقة بالإختصاص عموما تدور حول فكرة تركيز النزاعات وتجميعها، وعلى ذلك تم تكريس هذه القاعدة من قبل المشرع الجزائري من اجل السير الحسن للتحكيم وترمي هذه القاعدة إلى منح أقصى فعالية إلى هذا النوع من فص النزاعات بل إعطائها حرية كاملة للمحكم من أجل النظر في صلاحية محتوى ومضمون اتفاقية التحكيم التي على أساسها سيفصل في النزاع[2].

[1]- كمال معروف، المرجع السابق، ص 48.

[2]- عليوش قربوع كمال، اجراءات الخصومة التحكيمية في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية، جامعة باجي مختار عنابة، كلية الحقوق، العدد 13، جوان 2009، ص 76.

الفرع الثاني : تحديد القانون الواجب التطبيق

بعد تشكيل المحكمة التحكيمية، وقبولها النظر في النزاع وفصلها في الاختصاص إن أثير من احد الخصوم، يقع بعدها على المحكمة التحكيمية واجب تحديد القانون الواجب التطبيق سواء ذلك المتعلق بالإجراءات (أولا) أو المتعلق بموضوع النزاع (ثانيا)، وتعتبر مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق من أعقد المسائل التي تواجه التحكيم التجاري الدولي لأنها تمس الكثير من بالإعتبارات، التي تتعارض أحيانا مع بعضها البعض كما تعتبر من المسائل الحيوية التي تواجه المحكم[1].

أولا : القانون الواجب التطبيق على الإجراءات

هناك أراء فقهية متعددة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على اجراءات النزاع، فمن هذه الآراء ما تذهب إلى إعتماد قانون الإرادة كقانون واجب التطبيق، ومنها ما ذهب إلى اعتماد قانون مقر التحكيم وفيما يلي نتعرض لهذين الرأيين بالتفصيل، ثم إلى القانون الواجب التطبيق أمام الهيئات الدائمة للتحكيم.

1- قانون الإرادة

يعتبر خضوع القانون الإجرائي لاختيار الأطراف هو الأصل المعتمد لدى القوانين الوطنية للدول، إذ يستوي أن يكون ذلك في التحكيم الإتفاقي أو في التحكيم لدى الهيئات المتخصصة، ومقتضى هذا الأصل أن تخضع إجراءات التحكيم للقانون الذي يختار الأطراف في اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم كأن تحال على قانون معين بصريح النص[2].

ولقد اعتق هذا القانون كل من المركز الدولي للتحكيم بالقاهرة، ومحكمة التحكيم الدولية بلندن، وتستمد قواعد هذا القانون قوتها من مبدأ سلطان الإرادة، أو بعبارة أخرى الخضوع الإختياري لها من جانب الأطراف ويعتبر اللجوء إلى مركز مراكز التحكيم التي تطبق قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري بمثابة قبول ضمني من الأطراف لهذه القواعد[3].

---

[1]- تياب نادية، المرجع السابق، ص 122.

[2]- محمد كولا، المرجع السابق، ص 187.

[3]- منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 126.

كما أن معاهدة نيويورك لسنة 1958 قد كرست مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الإجرائي الذي يحكم محكمتهم التحكيمية وذلك طبقا للنص المادة 5 منها [1].

كما اخذ المشروع المصري بقانون الإرادة كأصل عام لتحديد اجراءات التحكيم فتنص المادة 25 من القانون رقم 27 لسنة 1994 الخاصة بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية على هذا المبدأ بقولها:

" لطرفي التحكيم الإتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها، فإذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة "[2].

ويظهر جليا أن هذه المادة كرست مبدأ سلطان إرادة الأطراف في تحديد اجراءات التحكيم التي تتبعها الهيئة وهذا هو الأصل الذي تسير عليه أغلب قوانين الدول.

أما المشرع الجزائري فقد كرس أيضا مبدأ حرية الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات التحكيمية ويظهر هذا في نص المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها " يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم ...".

وفي هذه الحالة إن الأطراف هي التي تحدد الإجراءات التي يتبعها المحكم، إذ أن الأطراف تحدد بالتفصيل مراحل الإجراءات التي تمر بها الخصومة، لكن قد يؤدي هذا الحل إلى صعوبات، وعلى ذلك ولاجتناب تلك الصعوبات سمح المشرع باللجوء إلى نظام التحكيم [3].

---

[1]– كمال معروف ، المرجع السابق ، ص 68.

[2]– محمد كولا، المرجع السابق ، ص 189.

[3]– عيلوش قربوع كمال ، إجراءات الخصومة ... المرجع السابق، ص 80.

2- تدخل المحكمة التحكيمية في اختيار القانون المطبق على الإجراءات

قد لا يتفق الخصوم في المنازعة على قواعد التفصيلية لإجراءات سيرها، وقد لا يختارون، قانونا معينا ليحكم إجراءات سيرها، وإنما يتركون هذا الأمر للمحكمين على ضوء ما يرونه مناسبا بخصوص النزاع المطروح في التحكيم.

وقد جاء هذا الحل كاستثناء في حالة غياب دور الأطراف حتى لا يفقد التحكيم فعاليته وجديته، وتفاديا لأي فراغ قانوني نصت أغلب القوانين الوطنية المقارنة وكذا الإتفاقيات الدولية على دور الهيئة التحكيمية في وضع القواعد الإجرائية التي تراها مناسبة[1] .

وتنص المادة 1494 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد على انه يتم تنظيم الإجراءات من قبل اتفاق التحكيم، ويتولى المحكم تلك المهمة في حالة سكوت الإتفاق، إنما تكون الأولوية لإتفاق الأطراف، ويأتي دور المحكم في تحديد القواعد الإجرائية في المرتبة الثانية وبصفة تكميلية[2].

كذلك بالنسبة للمشرع المصري في المادة 25 من القانون الجديد لسنة 1994 والتي تنص على أنه " ... فإذا لم يوجد هذا الإتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تحدد الإجراءات التي تراها مناسبة".

كما تنص المادة 11 من نظام غرفة التجارة الدولية على أن : " القواعد الوجبة التطبيق على الإجراءات أمام المحكم هي تلك المستمدة من هذا النظام ، وعند سكوتها عن معالجة أمر معين فيجب تطبيق القواعد التي يحددها الأطراف، وعند انتقاء تحديد الأطراف يتولى المحكم تحديدها، سواء أحال في شأنها إلى قانون إجرائي وطني أو لم يحل إليه".

ويستحسن هنا أن تكون الدولة المختارة مكانا للتحكيم مرتبطة بمعاهدة دولية مع الدولة التي يطلب تنفيذ حكم التحكيم فيها، وهو ما ذهبت إليه أيضا معاهدة نيويورك في شأن الإجراءات عند تخلف الإرادة الصريحة يتم تركيز الإجراءات في دولة المقر، ويحكمها قانون هذه الدولة،

---

[1]- تياب نادية ، المرجع السابق ، ص 125.

[2]- احمد بن حاجة ، المرجع السابق ، ص 92.

والإعتداد بقانون مقر التحكيم يفيد أن معاهدة نيويورك قد أكدت في إسنادها الاحتياطي الطابع القضائي للتحكيم[1]

أما المشرع الجزائري فقد تبنى نفس المنهاج الذي تبناه المشرع المصري حيث تنص المادة 1043 في فقرتها الأخيرة على " ... إن لم تنص الإتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم"، حيث أن المشرع نص على أنه في حالة غياب فانون إرادة الأطراف فهناك طريقة أخرى هي بالرجوع إلى نظام تحكيمي وبالتالي فإن قواعد تلك المؤسسة التحكيمية هي التي تطبق على إجراءات التحكيم، كما يمكن للأطراف كحل ثالث الرجوع إلى قانون الإجراءات لدولة معينة، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على الإجراءات التحكيمية فإن المحكم هو الذي يحددها مباشرة أو بالرجوع إلى قانون وطني أو نظام تحكيمي[2].

وبإستقراء قضاء التحكيم التجاري الدولي، يتبين أن المحكمين يعملون في هذا الشأن سلطتهم التقديرية في اختيار القواعد الأنسب موضوعا لحكم اجراءات سير المنازعة وذلك، إما بالالتجاء إلى قانون محل التحكيم، أو بإختيار قواعد إجرائية أخرى.

ثانيا : القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

من أهم القضايا التحكيم هي معرفة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وذلك لأن القانون المذكور هو الأساس في إصدار حكم التحكيم وبالتالي حسم النزاع وإنهائه، وليس واجبا على الأطراف تحديد قانون موحد يحكم الإجراءات والموضوع في آن واحد، بل قد يختلف القانون الذي يحكم موضوع النزاع عن ذلك الذي يحكم مسائل الإجراءات.

فكيف عالجت القوانين الوضعية المقارنة مسألة القانون المطبق على موضوع النزاع، وما هو موقف المشرع الجزائري؟

---

[1]– منير عبد المجيد، مرجع السابق، ص 130.

[2]– بودودة سعاد، المرجع السابق، ص 106.

1- خضوع موضوع النزاع لقانون الإرادة

قد يتفق الأطراف صراحة في اتفاق التحكيم أو في شرط التحكيم على إخضاع موضوع النزاع إلى قانون موضوعي معين، مع مراعاة القواعد الآمرة، قد أقرت غالبية التشريعات المقارنة إرادة المتعاقد بين الصريحة أو الضمنية لإختيار هذا القانون[1].

وقلنا أن ذلك يتم بمقتضى بند في هذا العقد أو بمقتضى اتفاق او مشارطة مستقلة للتحكيم، وتقر غالبية التشريعات المقارنة لإرادة المتعاقدين، الصريحة أو الضمنية لإختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع ما لم يتضمن هذا الإختيار مخالفة للقواعد الآمرة والمتعلقة بالنظام العام في الدولة المختصة، أو أن اختيار القانون الأجنبي مشوب بالغش نحو القانون الذي كان من المفروض أن يحكم هذا النزاع .

وقد أقرت هذا المبدأ العديد من الإتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم الدولي، ومثال ذلك إتفاقية نيويورك لنسة 1958، وكذلك اتفاقية واشنطن لسنة 1965، وغيرها من الإتفاقيات [2]

وهذا ما ذهب أليه مشروع الجزائري في نص المادة 1050 بقولها " تفصل المحكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الاطراف ..."

وتكرس هذه المادة مبدأ حرية الأطراف في إختيار القانون المطبق على النزاع أعمالا لمبدأ سلطان الإرادة .

2- اختيار المحكمة التحكيمية للقانون المطبق على موضوع النزاع

في حال غياب دور الأطراف وعدم إختيارهم للقانون المطبق على موضوع النزاع، في هذه الحالة ترى غالبية الفقة أن المحكمة التحكيمية تلعب دورا مهما في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

وهناك منهجان يعتمد عليها المحكمون للبحث عن القانون الواجب التطبيق وهما إما الإعتماد على منهج تنازع القوانين (أ)، أما التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق دون

---

[1]- محمد كولا ، المرجع السابق ، ص 200.

[2]- كمال إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 142.

الإستعانة بالقواعد الأخيرة (ب)، وهذان هما أهم التطبيقات العملية التي يقوم بها المحكمون أثناء بحثهم عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

أ-الإحالة إلى قواعد تنازع القوانين

قد تحيل العقود المبرمة في مجال التجارة الدولية سواء في شرط التحكيم أو في اتفاق التحكيم الى تطبيق قواعد التنازع على النزاع، حيث قد تكون قواعد التنازع لاحد الأطراف أو لقانون مكان التحكيم، وهنا ينبغي أن يكون الشرط صريحا في العقد وفي هذه الإطار نص المادة 1/18 من القانون المدني الجزائري بصدد القانون المطبق على العقود الدولية بأنه:

" يسري على الإلتزامات التعاقدية، قانون المكان الذي يبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر" [1].

حيث تحيلنا هذه المادة إلى قانون الذي أبرم فيه العقد، ولهيئة التحكيم عدة أنظمة من أنظمة تنازع القوانين التي عليها أن تبع واحد منها وهي تطبيق نظام التنازع الموجود في الدولة التي تحمل جنسيتها، أو تلك التي تتوطن فيها، أو الدولة التي ينتمي إليها طرفا النزاع بجنسيتهم أو نظام التنازع المعمول به في دولة مقر التحكيم، أو في الدولة التي من المحتمل أن ينفذ فيها الحكم[2] وما على هيئة التحكيم سوى الإختيار من بين هذه الأنظمة التي تراه مناسبا .

ب-التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق

تتفق غالبية الأنظمة الوطنية في مجال التحكيم على منح سلطة التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع للمحكمين، وذلك دون إلزامهم بالمرور بنظام تنازع معين وقد تضمنت العديد من التشريعات الأوروبية الخاصة بالتحكيم كالتشريع السويسري والفرنسي ما للحكم من سلطة عند تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع دون الإلتزام باللجوء إلى قواعد تنازع قوانين بلد معين، كما أخذت العديد من التشريعات العربية في مجال التحكيم بذات المبدأ ، إذا قضت بإعطاء المحكمين سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع حال عدم اتفاق الأطراف على ذلك دون إلزامهم باللجوء إلى قاعدة التنازع ،ولم تفرض

[1]- محمد كولا، المرجع السابق ، ص 202.

[2]- تياب نادية، المرجع السابق ، ص 127.

هذه التشريعات على اختلافها أية قيود على المحكم أو المحكمين سوى أن يكون هذا القانون أكثر اتصلا بالنزاع[1]

وتنص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه في غياب عدم إختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف، فإن المحكم هو الذي يقوم بذلك، وعليه فالمحكم يفصل في النزاع حسب قواعد القانون أو الأعراف التي يراها ملائمة.

وبهذا يكون القانون الجزائري قد تحرر من أي إسناد إلى أي قانون وطني، وبذلك يكون قد حرر المحكم من الخضوع إلى أي منهج تنازع للقوانين، وعليه يكون قد اندمج في التوجه الحالي للتحكيم الدولي بكونه أعطى الدور الأول لإرادة الأطراف والمحكم ورفع كل لبس فيما يتعلق بتطبيق أعراف التجارة.

وعليه يطبق المحكم مباشرة قواعد القانون والأعراف المناسبة من ذوي أن يمر بأي نظام تنازعي وطني[2].

ومن هنا يكن المشرع الجزائري قد وفق في هذا الطرح، وإنظم إلى القضاء التحكيمي المكرس، لأن هذا هو المعمول به في قواعد التحكيم التجاري الدولي الحديث.

المطلب الثاني : السير في إجراءات التحكيم

السير في إجراءات التحكيم يعني بدء الإجراءات الخاصة بعملية التحكيم لحين إصدار القرار التحكيمي، فهو قيام المحكمين بالممارسة الفعلية للمهمة إذا تم إختيارهم لإنجازها، وهذا يقتضي دعوة الخصوم لإبداء دفعوهم وتقديم مستنداتهم وأدلتهم الثبوتية (الفرع الأول) غير وأنه أثناء سير النزاع قد تحدث عوارض تؤدي الى وقف إجراءات التحكيم (الفرع الثاني).

الفرع الأول: دعوة الخصوم لإبداء طلباتهم ودفوعهم

إن خصوصية التحكيم التجاري الدولي أدت إلى خصوصية الكيفية التي يعرض فيها النزاع على المحكمين فإذا كان عرض النزاع على القضاء بتحرير صحيفة الدعوى وإيداعها لدى كتابة

[1]– المرجع السابق، ص129.

[2]– عيلوش قربوع كمال، إجراءات الخصومة ... المرجع السابق، ص80.

ضبط المحكمة، فإن عرض النزاع على المحكمين يكون بموجب الدعوة التحكيمية فهي الوسيلة القانونية التي يعرض بها النزاع على المحكمين وهي عبارة عن محرر مكتوب يتقدم به طالب التحكيم الى المحكمين[1]. فسوف نحدد هذه اللغة ونبين كيفية سير هذه المرحلة واهم الطلبات والدفوع التي يمكن لاحد الاطراف ان يتمسك بها.

1- اللغة:

وضعت قواعد القانون النموذجي قاعدة مرنة في شأن اللغة التي تستخدم في الإجراءات، فأجاز للأطراف حرية اختيار اللغة التي تستخدم في الإجراءات والجلسات والمرافعة وكل بيان مكتوب.

فإذا لم يتفق الأطراف على اللغة المستخدمة في سير النزاع، وفي المرافعة الشفوية وفي مذكرة الخصوم لا تشكل في حد ذاتها إخلال بالنظام العام لمفهومة الدولي طالما أن استخدام اللغة لم يترتب عليه إخلال بحق الدفاع[2].

2- تبادل المذكرات واللوائح :

جميع المذكرات واللوائح المكتوبة والمقدمة من أحد أطراف النزاع وجميع الوثائق المرفقة معها يجب أن تقدم بعدد الأطراف بالإضافة إلى نسخة منها تعطى إلى المحكم ونسخة أخرى تبقى لدى سكرتارية محكمة التحكيم [3]

وتعتبر جميع التبليغات المرسلة من السكرتارية أو من المحكم قدم تمت بصورة صحيحة إذا كانت قد سلمت مقبل وصل وأرسلت بالبريد المسجل بعنوان الطرف المرسل إليه ويعتبر الإستلام قد تم إذا تسلمها الطرف المراد إبلاغه أو إذا تسلمها من يمثله[4].

---

[1]- تياب نادية ، المرجع السابق ، ص135.

[2]- منير عبد المجيد ،المرجع السابق ، ص138.

[3]- فوزري محمد سامي ، المرجع السابق ، ص261.

[4]- المرجع نفسه، ص261.

3- تعديل الطلبات أو الطلبات العارضة :

لكل من الخصوم الحق في تعديل طلباته بشرط أن لا يكون من شأن هذا التعديل إخراج الطلب عن نطاق التحكيم .

وتنص المادة (12) من لائحة غرفة التجارة الدولية " للأطراف أن يبدوا أمام المحكمة طلبات جديدة أو طلبات مقابلة، على أن تكون في حدود وثيقة مهمة المحكم، أو أن تكون موضوع ملحق لتلك الوثيقة يوقعه الأطراف وتعلم به الهيئة ."

وتعديل الطلبات على النحو المتقدم يدخل في مضمون فكرة الطلبات العارضة وهي التي تتناول بالتغيير أو الزيادة أو النقص في ذات النزاع أو موضوعه أو سببه وعلى الأخص طلبات المقاضاة القضائية إذ تمتد ولاية الهيئة التحكيم إليه[1].

4- تقديم الأدلة :

تخضع عملية تقديم الأدلة وقبولها إلى القانون الموضوعي المحدد لتطبيقه على النزاع بحيث قد يقدم الدليل كتابة أو باللجوء إلى الخبرة حسب نوع النزاع أو حتى سماع الشهود، كما يمكن البحث عن الأدلة من خلال الحوار أو سماع الأطراف، حيث يطلب منهم تقديم الأدلة لكل الإدعاءات التي يقدومنها ويمكن للأطراف طلب الهيئة التحكيمية لسماع الشهود وكدليل على إدعاءاتهم [2].

مع العلم أن أغلب التشريعات وضعت عبء تقديم الأدلة على هيئة التحكيم وهذا المبدأ إستمدته من القانون السويسري، حيث تنص المادة 1047 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه "تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة" وذهب المشرع الجزائري ابعد من ذلك حيث نص على أنه إذا كانت مساعدة القاضي للمحكمة التحكيمية يمكن لهذه الأخيرة طلبها، وذلك طبقا لنص المادة 1048، ويمكن أن يخضع تقديم الأدلة، إما إلى قواعد ملائمة لا علاقة لها بأي قانون وطني، وإما أن تخضع لقانون وطني أو إلى نظام تحكيمي[3].

---

[1]- منير عبد المجيد ،المرجع السابق ، ص41.

[2]- محمد كولا، المرجع السابق ، ص 230.

[3]- عيلوش قربوع كمال ، إجراءات الخصومة ... المرجع السابق ، ص88.

مع العلم أن بعض التشريعات جعلت تقديم الأدلة يقع على عاتق الأطراف إذ تنص المادة 33 من القانون المصري الجديد على أنه : " تعقد هيئة التحكيم جلسات المرافعة لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوة وحجته وأدلته، ولها الاكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك ... ويكون سماع الشهود والخبراء بدون أداء اليمين".

كما تأخذ طرق تقديم الأدلة عدة أشكال حسب إرادة الأطراف وحسب إقتناع المحكمين بها والتي يمكن أن تشمل ما يلي :

- تقديم أوراق تحتوي على كل معلومات النزاع.
- إيداع شهادات كتابية أو تقديم شهود.
- إيداع تقارير الخبرة على النزاع .
- كذلك فحص موضوع النزاع وغيرها من الطرف التي تؤدي إلى اقناع الهيئة التحكيمية، هذا ويتم تبادل الأوراق والمذكرات طيلة فترة النزاع حيث تشمل المذكرات تلك التي يقدمها كل طرف والمذكرات الجوابية التي يرد عليها الطرف الآخر[1].

ومن هنا نلاحظ الصلاحيات الواسعة التي حظي بها المحكمون في إجراءات النظر في النزاع سواء من خلال الإتفاقيات الدولية أو القوانين الوطنية للدول .

5- طلب أطراف النزاع من المحكمة اتخاذ إجراءات تحفظية :

يجوز لهيئة التحكيم أن تتخذ بناءا على طلب احد الطرفين ما تراه من تدابير مؤقتة وتحفظية مثل الأمر بإيداع البضائع المتنازع عليها لدى الغير للمحافظة عليها ، أو الأمر ببيع البضاعة سريعة التلف، ويجور أن تتخذ هذه التدابير أثناء سير التحكيم في صورة قرار مؤقت عند إصدار الحكم النهائي[2].

كما انه يجوز أيضا للهيئة التحكيمية أن تطلب مساعدة قضائية لإتخاذ مثل هذه التدابير في حالة رفض أحد الأطراف هذه الأوامر على أن يطبق القاضي المختص بطلب المساعدة

---

[1]- محمد كولا ، المرجع السابق ، ص 231

[2]- منير عبد المجيد ، المرجع السابق ، ص .148

القضائية قانون الخاص، ويمكن أيضا تقديم الضمانات المناسبة من الطرف الذي يرفض هذه التدابير المؤقتة أو التحفظية إذ تضمنت هذه الأخيرة إمكانية ذلك [1].

وكل هذا عبر عنه المشرع الجزائري بنص المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على ما يلي " يمكن المحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص إتفاق التحكيم على خلاف ذلك إذا لم يقم الطرف المعني بتنفيذ هذه التدابير إراديا، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي. ويمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أ، يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي يطلب هذه التدابير".

نلاحظ أنه في حالة تعنت المعني بالتنفيذ فيمكن لمحكمة التحكيم أن تطلب مساعدة القاضي المختص من أجل ذلك، ويرجع هذا إلى أن التدابير المؤقتة أو التحفظية المتخذة من طرف المحكم لا تشمل في حد ذاتها على طابع تنفيذي كما هو بالنسبة للتنفيذ الجبري[2].

ونص المشرع على أنه إذا كانت هناك إتفاقية على عدم إمكانية إتخاذ مثل هذه التدابير فلا يمكنه إتخاذها أما إذا لم تنص الإتفاقية على ذلك فيمكن للمحكم بطلب من أحد الأطراف أن يأخذ مثل هذه التدابير، ويمكن أيضا اللجوء إلى القاضي المختص أيضا من أجل إتخاذ هذه التدابير فلطالب هذه التدابير طريقين إما المحكم أو القاضي[3].

وبهذا يكون التعاون بين القضاء الوطني والتحكيم قائما وبتأكيد القوانين الوطنية المقارنة والإتفاقيات الدولية، لأن هيئة التحكيم لا تتمتع بسلطة الجبر التي يتمتع بها جهاز القضاء في الدولة.

الفرع الثاني : إيقاف إجراءات التحكيم وانقطاعها

أثناء سير إجراءات التحكيم قد تطرأ مسائل عارضة تؤدي إلى انقطاع الخصومة أو قفها فما هي هذه المشاكل وكيف تعامل معها المشرع الجزائري؟

---

[1]– منسول عبد السلام ، المرجع السابق، ص 29.

[2]– عيلوش قربوع كمال ، إجراءات الخصومة ... المرجع السابق ، ص 86.

[3]– المرجع نفسه، ص 87.

أولا : وقف الخصومة

تنص القوانين الإجرائية أو قوانين المرافعات على الحالات التي تتوقف فيها الخصومة، وبالتالي يتوقف السير في الدعوى بناءا على اتفاق الخصوم أو بحكم القانون وهذا ينطق على حالات التحكيم حيث نص المشرع الجزائري في المادة 1019 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك".

1-إتفاق الأطراف على وقف السير الخصومة

تنص المادة 214 من القانون 09/08 " يؤمر بإرجاء الفصل في الخصومة بناءا على طلب الخصوم ما عدا الحالات المنصوص عليها في القانون"، وهذا الأمر يمكن تطبيقه على التحكيم أيضا فعندما يتفق الأطراف على إيقاف إجراءات التحكيم فليس للمحكم إلا الإستجابة لطلبهم، غير أنه لا يمكن أن تتجاوز مدة إيقاف الخصومة 4 أشهر قياسا على المادة 1024[1] من القانون 9/08 وفي القانون المصري هذه المدة هي ستة أشهر لأنه في الغالب تحدد قوانين المرافعات مدة معينة لإصدار حكم التحكيم فلو جاوز وقف الإجراءات المدة المذكورة، فمعنى ذلك أن المحكم لن يتمكن من إعادة السير في التحكيم وإنما ينتهي التحكيم دون حسمه من قبل المحكم بإنقضاء المدة [2].

2- وقف الخصومة بناء على قرار من المحكم

تنص المادة 1021 من القانون 09/08 الجزائري في فقرتها الثانية " إذا طعن بالتزوير مدنيا في ورقة أو إذا حصل عارض جنائي ، يحيل الأطراف إلى جهة القضائية المختصة، ويستأنف سريان التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة " ويستنتج من نص المادة أنه إذا صادف أثناء إجراء التحكيم أن ادعي أحد أطراف النزاع أمور تستدعي النظر فيها من قبل المحكمة المختصة، ففي هذه الحالة على المحكم إيقاف الإجراءات لحين إصدار المحكمة حكمها في

[1]- تنص المادة رقم 1024 من القانون 9/08 في فقرتها الثانية " ينتهي التحكيم ... بانتهاء المدة المقررة للتحكيم فإذا لم تشترط المدة فبانتهاء مدة 4 أشهر."

[2]- فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص293.

المسألة المطروحة، يجوز لهيئة التحكيم الاستمرار في النزاع إذا إرتأت ان الفصل في المسألة أو في التزوير أو في إدعاء الزور ليس لازما للفصل في موضوع النزاع، وإلا أوقفت الإجراءات حتى يصدر حكم نهائي في الموضوع، ويترتب عن ذلك وقف سريان الموعد المحدد لإنهاء حكم التحكيم[1]، وهذا قياسا على نص المادة 181 من القانون 09/08 حيث تنص " إذا أثار أحد الخصوم الإدعاء الفرعي بالتزوير ضد عقد رسمي جاز للقاضي أن يصرف النظر عن ذلك إذا رأى أن الفصل في الدعوى لا يتوقف على العقد المطعون فيه ...".

وبهذا نكون قد أوردنا أهم مسألتين عارضتين يمكن أن تثار أحداها أثناء النظر في النزاع، والتي توجب على المحكم إيقاف البث في النزاع إلى غابة الفصل فيها، غير أن هناك حالا ت يطلق عليها مصطلح انقطاع الخصومة فما هي هذه الحالات ؟

ثانيا : إنقطاع الخصومة

هناك حالات تنقطع فيها الخصومة أمام المحكم وهي نفس الحالات تقريبا التي تنقطع فيها الخصومة أمام القاضي حيث تنص المادة 210 من القانون 09/08 " تنقطع الخصومة في القضايا التي تكون غير مهيأ' للفصل للأسباب الآتية :

1- تغيير في أهلية التقاضي لأحد الخصوم.
2- وفاة أحد الخصوم، إذا كانت الخصومة قابلة للإنتقال.
3- وفاة وإستقالة أو توقيف أو شطب أو تنحي المحامي، إلا إذا كان التمثيل جوازيا."

ويتبين من المادة أن الدعوى تنقطع بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم أو بفقده أهلية الخصومة أو زوال صفة من كان يباشر الخصومة بناية عنه، إلا إذا كانت الدعوى قد تهيأت للفصل في موضوعها فإذا توفي الخصم فإن الخصومة تنقطع حتى إصدار فريضة شرعية، فإذا حضر من يمثل الورثة تستأنف الخصومة من النقطة التي توقفت فيها.

وعند إستئناف المرافعة على المحكم أن يبلغ من يقوم مقام الخصم الذي إنقطعت الخصومة بسببه، ليستأنف إجراءات التحكيم نيابة عنه طبقا لنص المادة 211 من القانون 09/08 " يدعوا

[1]- عبد الإله برجاني، قانون التحكيم المغربي في محيطه المغاربي، مجلة العلوم القانونية جامعة باجي مختار، عنابة ، كلية الحقوق ، العدد 13 ، جوان 2009 ، ص 128.

القاضي شفاهة، فور علمه بسبب إنقطاع الخصومة، كل من له صفة ليقوم بإستئناف السير فيها أو يختار محام جديد، كما يمكن للقاضي دعوة الخصم الذي يعينه لإستئناف سير الخصومة عن طريق التكليف بالحضور".

أما إذا استمر الإنقطاع أربعة أشهر دون عذر مقبول ولم تستأنف إجراءات التحكيم قبل انتهاء المدة المذكورة يعتبر التحكيم منتهيا (المادة 1024) ولا تنقطع الخصومة بسبب وفاة وكيل أحد الأطراف أو انقضاء وكالته وعلى المحكم غي هذه الحالة أن يمنح الطرف الذي إنقطعت وكالته مهلة لكي يسمي عنه وكيلا آخر أو يباشر الخصومة بنفسه.

أما موت المحكم أو فقد أهليته أو عزله أو تنزله، تنقطع الخصومة إلى غاية تعين محكم بديل عنه بنفس الطريقة التي عين بها المحكم الأول[1].

هذه هي مجموعة العوارض التي قد تعترض إجراءات العملية التحكيمية وبمجرد زوالها تستأنف إجراءات التحكيم حتى صدور القرار التحكيمي.

المطلب الثالث : صدور القرار التحكيمي

تعرضنا فيما سبق للمراحل المختلفة التي يمر بها نظام التحكيم منذ الإتفاق على التحكيم إلى تشكيل المحكمة التحكيمية، إلى الإجراءات التي تتبع أمامها وكل هذا المراحل تهدف إلى إصدار قرار تحكيمي.

ففعالية التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات الناتجة عن عقود التجارة الدولية والتعامل التجاري عموما تكمن في إمكانية الصول إلى إصدار قرار ملزم في موضوع النزاع الذي اتفق بشأنه على اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي.

وعملية صدور القرار التحكيمي هي عملية حاسمة لذا سنتناولها بكل جوانبها بدءا بقواعد صدور القرار عن طريق المداولة (الفرع الأول) وهذا الأخير الذي يجب أن يفرع في شكلية معينة (الفرع الثاني).

[1]– أنظر فوزي محمد سامي، المرجع السابق ، ص294.

الفرع الأول : المداولة

بعد إقفال باب المرافعة بانتهاء طرفي النزاع من تقديم المذكرات والوثائق الأدلة الثبوتية، وإستنفاذ كافة الفرص من قبلهما لإبداء طلباتهما ودفوعهما ففي هذه الحالة نميز بين حالتين :

- فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم وحيد يرجع هذا الآخير لتلك الوثائق وأقول الطرفين وبعد دراسة وتأمل للموضوع من كافة جوانبه وإستنادا للقانون الواجب التطبيق على النزاع يصدر المحكم قرار التحكيم[1].

وهناك إشكال مطروح في كيفية المداولة بما أن المحكم فرد ؟ مما جعل البعض يقول بأن مرحلة المداولة لا ترقى لدرجة اعتبارها من النظام العام مثل ما ذهبت إليه بعض القوانين الدولية[2].

كما نلاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص بصفة صريحة لمسألة المداولة لكن اعتبر التحكيم في هذه المرحلة عملا قضائيا، فيمكن القول بأنه يخضع لعملية التداول شأنه شأن أي حكم قضائي، وشأن المشرع الجزائري هو شأن المشرع الفرنسي إذ لم ينص بصفة صريحة على المداولة أكد بأنها سرية فقط[3].

- أما الحالة الثانية فإذا جرى التحكيم من قبل عدة محكمين، فيمكن القول في هذه الحالة قد تحقق مفهوم المتداولة التي تعني مشاركة المحكمين في عملية تحريره والنطق به والتشاور في مضمونه فيما بينهم.

حيث نص المشرع المصري في نص المادة 40 من القانون المتعلق بالتحكيم " يصدر حكم هيئة التحكيم المشكلة من أكثر محكم واحد بأغلبية الآراء بعد المداولة تتم على الوجه الذي تحدده هيئة التحكيم ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك ".

وبهذا قد حسم المشرع المصري مسألة المداولة فإذا كانت المحكمة التحكيمية مشكلة من أكثر من محكم فيجب المتداولة في الحكم التحكيمي، لكن قد لا تتحقق المداولة بين جميع

---

[1]– تياب نادية ، المرجع السابق ، ص150.

[2]– محمد كولا ، المرجع السابق ، ص88.

[3]–المرجع نفسه، ص 150.

المحكمين مجتمعين لصعوبة ذلك في مجال التحكيم التجاري الدولي، لذلك يعد رئيس الهيئة التحكيمية مشروعا لقرار التحكيم، ترسل نسخة منه إلى كل محكم في البلد الذي يوجد فيه، ويقوم كل منهم بإبداء رأيه بالمراسلة وكما تنص بعض القواعد التحكيمية الدولية على قيام المحكمين في التحكيم المؤسساتي بإعداد مسودة أو مشروع قرار يعرض على جبهة معينة في المؤسسة التحكيمية وبعد موافقتها عليه يصدر القرار من قبل المحكمين وهذا ما نص عليه المادة 21 من قواعد التحكيم التابعة للغرفة التجارية الدولية التي تنص " على المحكم قبل توقيع حكم جزئي أو نهائي أن يعرض المشروع على محكمة التحكيم وللمحكمة أن تقضي بإدخال التعديلات على الشكل ولا يصدر القرار إلا بعد المصادقة على شكل من قبل المحكمة"[1]

وتكون المداولة سرية ولا يجوز إشراك شخص آخر مع المحكمين كالخبراء والمستشارين وإلا أصبح ذلك سببا للطعن في قرار التحكيم[2]

وذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 1025 من القانون 09/08 بقولها "تكون متداولات المحكمين سرية".

إذا فلابد من إجراء المداولة قبل إصدار القرار التحكيمي وبأي صيغة حتى ولو عن طريق المراسلة وذلك لتحقيق الغاية من وجود التشكيلة .

الفرع الثاني : إفراغ القرار التحكيمي في شكلية معينة

بعد تداول الهيئة التحكيمية تتكون لديها قناعة بالإتجاه الذي تسلكه، ويتم تجسيده في شكل قرار تحكيمي يفرغ في شكلية معينة تجعله يتميز كقرار تحكيمي عن غيره من الأوراق والوثائق الرسمية لهذا سنتناول شكل القرار التحكيمي (أولا) ثم البيانات التي يتضمنها (ثانيا).

أولا : شكل القرار التحكيمي وشكل صدوره

هناك شروط شكلية تخص القرار التحكيمي تتمثل في كونه وثيقة مكتوبة (1) محرر بلغة معينة (2)، ويصدر في المدة المتفق عليها (3).

---

[1]– المرجع السابق، ص151.

[2]– فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص302.

1- القرار التحكيمي وثيقة مكتوبة

يجب أن يصدر الحكم التحكيمي مكتوبا وهو شرط بديهي لتنفيذ الحكم ما دام التنفيذ يحتاج إلى عدة اجراءات، فلا يتصور إتخاذ هذه الإجراءات في حكم غير مكتوب، وبالتالي غير موجود[1].

قد جاء ذلك في القواعد التحيكيمة الدولية فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 34 من قواعد الأونسترال على أنه " يصدر قرار التحكيم كتابة ...".

كما تضمن القانون النموذجي للتحكيم الذي أعدته اللجنة المذكورة نصا مماثلا في المادة 31 منها " يصدر قرار التحكيم كتابة يوقعه المحكم أو المحكمون ...".

والكتابة لا بد منها بالنسبة لجميع القواعد التحكيمية، وإن لم تنص صراحة على ذلك لأن تلك القواعد التحكيمية وكذلك القوانين تنص على ما يجب أن يتضمنه القرار وهذا يعني أن القرار يحب أن يصدر كتابة [2].

2- اللغة التي يحرر بها القرار

سبق وان ذكرنا أن للطرفين حرية الإتفاق على إستعمال لغة أو لغات معينة في إجراءات التحكيم، فإذا لم يتفقا على ذلك فعند ذلك يرجع إلى نصوص القواعد الإجرائية للتحكيم المتعلقة بمعرفة اللغة التي تستخدم في التحكيم[3].

وإذا كانت مسألة اللغة في الأحكام القضائية من النظام العام فإن القانون 09/08 لم يتطرق إلى هذه المسألة بصدد الأحكام التحكيمية مع العلم أن بعض القوانين المقارنة والإتفاقيات تطرقت إلى مسألة اللغة ، حيث من الإتفاقيات من أعطت الحرية للأطراف لتحديد اللغة المستعملة في التحكيم مثل المادة 22 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة 17 من نظام التحكيم (cnudci) ، أما المادة 15 من نظام التحكيم التجاري الدولي فتحيل

[1]- محمد كولا، المرجع السابق، ص240.

[2]- فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص304.

[3]- المرجع نفسه، ص 304.

المهمة إلى الهيئة التحكيمية لتحديد اللغة أو اللغات المستعملة في التحكيم مع الآخذ بعين الإعتبار ظروف ولغة العقد المبرم بين الأطراف[1].

وعلى كل حال فإن اللغة التي تستعمل في الإجراءات هي اللغة التي تستعمل في كتابة القرار التحكيمي مع العلم أن هناك بعض القوانين الداخلية والإتفاقيات الدولية تنص على تطبيق لغة معينة مثلما نص عليه الإتفاقية العربية للتحكيم التجاري الدولي في الفقرة الأولى من المادة 23 منها على أن " اللغة العربية هي لغة الإجراءات والمرافعة والحكم "[2].

3- صدوره في المدة المتفق عليها

من خصوصية القرار التحكيمي وجوب صدوره خلال مدة معينة إذ تتفق أغلب القواعد التحكيمية على ضرورة إصدار القرار التحكيمي في مدة معينة، والقاعدة في هذا المجال هي إعطاء الأولوية لإتفاق الطرفين في تحديد المدة التي تنتهي بانتهائها مهمة المحكم.

إلا أنه في حالة عدم تحديدها من قبل تلك الأطراف يتم الآخذ بنصوص القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق فمثلا ينص القانون الفرنسي في المادة 1456 " واذا لم يحدد اتفاق التحكيم مدة فلا تستمر مهمة المحكمين إلا لستة أشهر".

كما حدد القانون العراقي مدة ستة أشهر لمهمة المحكمين وحددها القانون المصري بشهرين[3]، أما المشرع الجزائري فقد حددها بأربعة أشهر إذ تتفق المادة 1024 في فقرتها الثانية "ينتهي التحكيم ... بانتهاء المدة المقررة للتحكيم فإذا لم تشترط المدة فبنتهاء مدة أربعة (04) أشهر" .

كما حددت قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية مدة صدور القرار التحكيمي فقد كانت المادة 18 منها قبل التعديل تنص في فقرتها الأولى " على المحكم إصدار حكمه خلال ستة أشهر من يوم توقيعه على المحضر المشار إليه في المادة 13 ".

---

[1]- محمد كولا، المرجع السابق ، ص 241.

[2]- فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص 305.

[3]- تياب نادية ، المرجع السابق ، ص 153.

أما الفقرة الثانية فقد جاء فيها " للمحكمة وبشكل استثنائي بطلب من المحكم أو من تلقاء نفسها إذا اقتضت الحاجة أن تمدد هذه المدة، إذ رأت ذلك ضروريا "[1].

ثانيا : البيانات التي يتضمنها القرار التحكيمي

يتشابه القرار التحكيمي مع الحكم القضائي من حيث الأمور التي يتضمنها القرار وتنص بعض القوانين الإجراءات المدنية على أن قرار التحكيم يصدر طبقا لأحكامها ويكتب بنفس الطريقة التي يكتب بها الحكم الذي تصدره المحكمة وعليه تكون البيانات التي يتضمنها الحكم التحكيمي كالتالي :

1- **البيانات الشكلية :**

تتعلق البينات الشكلية بأسماء أطراف النزاع وعناوينهم وأسماء المحكمين وصفاتهم وتوقيعهم، والإشارة إلى إتفاق التحكيم، وكذا ذكر تاريخ ومكان إصدار القرار.

حيث تنص المادة 1028 من القانون 09/08 "يتضمن حكم التحكيم البيانات الآتية:

- إسم ولقب المحكم أو المحكمين.
- تاريخ صدور الحكم.
- مكان إصداره.
- أسماء وألقاب الأطراف وموظف كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الإجتماعي.
- أسماء وألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف عند الإقتضاء."

وهي نفس البيانات التي تنص عليها التشريعات المقارنة، فنجدها في قانون أصول المحاكمات السوري (المادة 526) وفي قانون المرافعات الفرنسي (المادة 1472) وفي القانون البلجيكي (المادة 1071) [2].

---

[1]- المرجع السابق، ص 154.

[2]- أنظر فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص315-316.

أما القواعد التحكيمية الدولية فقد جاء في الفقرة الرابعة من المادة (22) من قواعد الاونسترال ما يأتي " يوقع المحكمون القرار يجب أ، يشمل على تاريخ صدوره والمكان الذي صدر فيه ".

كذلك جاء في القانون النموذجي للتحكيم في المادة 31 منه تحت عنوان شكل قرار التحكيم ومحتوياته والنص التالي:

1- يصدر قرار التحكيم كتابة يوقعه المحكم أو المحكمون، وفي إجراءات التحكيم التي يشترك فيها أكثر من محكم واحد، يكفي أن توقعه الأغلبية أو جميع أعضاء هيئة التحكيم شريطة بيان سبب غيبة أي توقيع.
2- يبين قرار التحكيم الأسباب التي بني عليها القرار، ما لم يكن الطرفان قد إتفقا على عدم بيان الأسباب أو ما لم يكن القرار قد صدر بشروط متفق عليها بمقتضى المادة (30).
3- يجب أن يبين القرار تاريخ صدوره ومكان التحكيم والمدة المحددة وفقا للفقرة ()1 من المادة (20) ويعتبر قرار التحكيم صادرا من ذلك المكان [1].

بعد الإطلاع على البيانات الشكلية المنصوص عليها من القوانين المقارنة والتشريعات الدولية ولوائح للتحكيم يمكن القول بأنها تكاد تكون متطابقة.

2- البيانات الموضوعية

تتمثل البيانات الموضوعية في ضرورة ذكر موضوع النزاع (أ)، ذكر الإجراءات التي يتم إتخاذها من قبل المحكمين (ب) تسبب القرار (ج) ذكر منطوق القرار (د).

أ. ذكر موضوع النزاع

إذ يجب تحديد النزاع الذي أدى إلى طلب أحد الأطراف البث بالإجراءات الخاصة بالتحكيم، وغالبا ما نجد ملخصا عن سبب النزاع وملخصا كطلبات المدعي ودفوع المدعي عليه قد ذكرنا

[1]- المرجع السابق ، ص319.

من قبل في المحبث الثاني من الفصل الاول أن موضوع النزاع يجب أن يكون من المواضيع التي يمكن حسمها بالتحكيم[1].

ب. ذكر الإجراءات التي تم إتخاذها من قبل المحكمين

حيث يتم ذكر خلاصة للإجراءات التي تمت أثناء سير التحكيم فمثلا تذكر القرار التي إتخذت بشأن العجز الإحتياطي، وتواريخ إجراء المرافعة، وأقوال الشهود والخبراء إن وجدوا، والمشاكل التي واجهت المحكمين وكيفية معالجتها، وتاريخ اقفال المرافعة [2].

ج. التسبيب

هو بيان الحجج والبراهين التي اقنعت هيئة التحكيم حتى توصلوا إلى هذا الحكم سواء كانت هذه الحجج قانونية أو أدلة واقعية.

حيث نص المشرع الجزائري في نص المادة 1027 في فقرتها الأخيرة من القانون 09/08 "يحب أن تكون أحكام التحكيم مسببة ".

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن التسبيب هو بيان جوهري، غيابه قد يؤدي إلى بطلان الحكم التحكيمي .

لكن المشرع المصري قد نص على أن الأصل هو تسبيب الأحكام إلا إذا اتفق الأطراف على غير ذلك (المادة 43 فقرة 2)، وكذلك نظام التحكيم لدى لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي فنجدها تنص على نفس الطرح وهو أن الأصل هو تسبيب الأحكام ما لم يتفق الطرفان عير غير ذلك أما القانون النموذجي للتحكيم فقد نص في المادة 2/31 على وجوب تسبيب هيئة التحكيم لقراراتها ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك .

أما إتفاقية واشنطن لسنة 1965 فقد جعلت من عدم التسبيب سببا لبطلان الحكم التحكيمي[3].

---

[1]– تياب نادية ، المرجع السابق ، ص157.

[2]– فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص320.

[3]– محمد كولا، المرجع السابق ، ص244.

د- **ذكر منطوق القرار**

وهو الفقرة الخاصة بالحكم على أحد أطراف النزاع، وما يجب أن ينفذ لمصلحة الطرف المحكوم له أواما يجب أن يقوم به كل واحد من الطرفين لكي ينهي النزاع ، أي هو الكيفية التي قرر المحكمون فيها تسوية النزاع وعليه يتضمن منطوق القرار الفصل في جميع المسائل المعروضة على التحكيم[1].

المطلب الرابع:آثار صدور القرار التحكيمي

إذا كان التحكيم التجاري الدولي هو الأسلوب او الطريقة التي يلجا إليها الأطراف لحسم المنازعات الناتجة عن العلاقات التجارية الدولية خارج حدود القضاء العادي، فإنه وبعد إصدار القرار التحكيمي يرتب جملة من الآثار تعمل على ضمان فعالية التحكيم والقرار التحكيمي، بتجسيد ما يرتبه ويتضمنه لاسيما في حالة عدم تنفيذه من الطرف المحكوم عليه طوعية لذلك القرار التحكيمي.

وآثار القرار التحكيمي منها ما تكون في مواجهة الهيئة المصدرة (الفرع الأول) ومنها ما تكون في مواجهة طرفي النزاع (الفرع الثاني) وهو ما سنتطرق إليه .

الفرع الأول : أثار القرار التحكيمي بالنسبة للهيئة المصدرة له

نصت الفقرة الأولى من المادة 1475 من قانون المرافعات الفرنسي على أن " القرار ينهي ولاية المحكم على النزاع الذي تم حسمه" وهذا يعني إنتهاء مهمة المحكم التي كانت قد أوكلت إليه بموجب اتفاق التحكيم الذي تم بينه وبين الأطراف المتنازعة .

وإنتهاء الولاية تعني عدم إمكانية الرجوع مرة ثانية للطرفي النزاع أو إعادة النظر في القرار الذي إتخذه المحكم أو الهيئة التحكيمية، إلا أن النصوص القانونية التي أشارت إلى إنتهاء ولاية المحكم بإصدار الحكم التحكيمي بالنسبة للموضوع الذي تم حسمه، تنص على إمكانية تصحيح الأخطاء المادية، أو إكمال النقص الذي قد يعتري القرار أو أن يقوم المحكم بتفسير القرار الذي إتخذه[2].

---

[1]- تياب نادية، المرجع السابق، ص158.

[2]- فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص348.

وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 1030 من القانون 09/08 " يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه غير أنه يمكن للمحكم تفسير الحكم، أو تصحيح الأخطاء المادية والإغفالات التي تشوبه، طبقا للأحكام الواردة في هذا القانون ".

وإنهاء الولاية يعني عدم إمكانية الرجوع مرة ثانية للنظر في النزاع أو إعادة النظر في القرار الذي إتخذه المحكم أو المحكمون، وهذا المنع ممتد أيضا إلى القضاء، من إعادة النظر في النزاع من جديد الذي صدر بشأنه حكم التحكيم ، وذلك لإكتسابه حجية الشيئ المقضي فيه، ولو أنه قابل للطعن بإحدى طرق الطعن المقرر، لأن الحجية هي نوع من الحرمة التي يتمتع بها الحكم حتى وإن كان مؤقتا[1].

وعن حجية الحكم التحكيمي تنص المادة 55 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 "تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقا لهذا القانون حجية الآمر المقضي فيه وتكون واجبة التنفيذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون "، وعن موقف الإتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم من هذه القاعدة نجد المادة 01/03 من إتفاقية نيويورك تنص " تقر كل من الدول المتعاقدة سلطة أي قرار تحكيمي وتوافق على تنفيذ هذا القرار طبقا للقواعد الإجرائية المتبعة في التراب الذي يستهدف فيه القرار ووفقا للشروط المقررة في المواد الآتية ..."، كما نص المشرع الجزائري على حجية الحكم التحكيمي في نص المادة 1031 "" تحوز أحكما التحكيم حجية الشيئ المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه".

مما سبق يتبين أنه بصدور القرار التحكيمي فإنه يرتب أثرين على الهيئة المصدرة له وهذين الأثرين هما إستفاذ ولاية المحكمين على النزاع واكتساب الحكم الحجية اتجاه هيئة التحكيم والقضاء العادي.

الفرع الثاني: أثار القرار التحكيمي على طرفي النزاع

إن أثار القرار التحكيمي لا تتوقف عند الهيئة المصدرة له فقط، بل تتعداه لطرفي النزاع وهذا هو الأصل، لان إرادة الطرفين هي أساس التحكيم ورغبتهما في إيجاد حل لنزاعهما خارج القضاء هي التي جعلتهما يتفقان على حسم النزاع بالتحكيم، وأثر القرار التحكيمي بين الخصوم هو كأثر الحكم القضائي، وعليه فأول أثر لصدور القرار التحكيمي بين طرفي النزاع هو فتح المجال أمامهم لإمكانية الطعن فيه (أولا). وثاني أثر هو تنفيذ القرار التحكيمي (ثانيا).

[1]– تياب نادية ، المرجع السابق ، ص158.

أولا: إمكانية الطعن في القرار التحكيمي

تمارس معظم النظم القانونية رقابة قضائية على أحكام التحكيم التي تصدر خارج إقليمها والتي يمكن أن تكون محلا للتنفيذ فوق أراضيها، إذ يمكن للقاضي إذا تحقق من توفر سبب من أسباب الطعن أن يأمر بعدم الاعتراف بالقرار التحكيمي وبالتالي عدم تنفيذه، فما هي هذه الأسباب التي تجعل حكم التحكيم عرضة للطعن بالبطلان؟

1- **إنعدام أهلية الأطراف :**

يجب رفض الاعتراف بحكم التحكيم الأجنبي وتنفيذه إذا قدم الخصم الذي يحتج عليه بالحكم ما يثبت إن إرادة أطراف التحكيم كانوا طبقا للقانون الذي يطبق عليهم – وهو عادة القانون الشخصي – عديمي الأهلية.

وقد تضمن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة 32 منه أن رفض التنفيذ مؤسس على أن طرفا اتفاق التحكيم مصاب بأحد عوارض الأهلية، وهو تعبير أفضل لأنه يتسع ليشمل نقص الأهلية[1].

وقد نص المشرع المصري على هذه المسألة في المادة 53 من قانون التحكيم المصري بقولها " لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الاحوال الآتية: إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصا وفقا للقانون الذي يحكم أهليته "[2].

لكن بتفحص مواد القانون 08-09 الجزائري خاصة المادة 1056 منه نجد ان المشرع الجزائري لا ينص على مسألة الأهلية مطلقا.

أما بالنسبة لأهلية الشخص الاعتباري فإنها تخضع لقانون الدولة التي يوجد فيها المركز الفعلي لممارسة نشاطه.

---

[1]- منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 278.

[2]- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 427.

2- عدم صحة اتفاق التحكيم:

التحكيم هو اتفاق الأطراف على تفويض المحكم سلطة الفصل في النزاع بحكم ملزم وقابل للتنفيذ، والاتفاق على التحكيم يأخذ إما صورة شرط تقوم الأطراف بإدراجه في العقد المبرم بينهم في هذه الحالة يطلق عليه شرط التحكيم، وقد يأخذ صورة أخرى وهي صورة مشارطة التحكيم وذلك في حالة الإتفاق على التحكيم بعد نشأة المنازعة بين الأطراف.

والتحكيم شأنه في ذلك شأن أي عقد يشترط أن يكون صحيحا من اجل ان يرتب أثاره من سلب الاختصاص من القضاء الوطني وانعقاد الاختصاص لهيئة التحكيم بالفصل في المنازعات المتفق على حلها بواسطة التحكيم[1].

لهذا يجب ربط الاعتراف بحكم التحكيم الأجنبي وتنفيذه إذا قدم الخصم الذي يحتج عليه بالحكم ما يثبت أن اتفاق التحكيم قد شابه عيب يمس بصحته وفقا لقانون الإرادة، أو قانون البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم عند تخلف قانون الإرادة[2].

وقد جعل المشرع الجزائري عدم صحة اتفاقية التحكيم سببا من أسباب الاستئناف في الأمر القاضي بالاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم وذلك بنص المادة 1056 الفقرة الأولى منها.

3- الأسباب المتعلقة بإجراءات التحكيم:

يمكن الاستناد إلى بعض العيوب الإجرائية لطلب الطعن، وحسب اتفاقية نيويورك لسنة 1958 يمكن إرجاعها إلى سببين هما:

- وجود عيب في تشكيل المحكمة التحكيمية: فإذا اثبت الخصم أن تشكيل الهيئة التحكيمية كان غير صحيح، اي مخالفا لقانون الإرادة أو للقواعد التحكيمية التي اختارها الطرفان لسير عملية التحكيم، كان القرار قابلا للطعن فيه[3].

---

[1]- المرجع السابق، ص 510.

[2]- منير عبد المجيد. المرجع السابق. ص 278.

[3] تياب نادية، المرجع السابق، ص 266.

وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 1056 في الفقرة الثانية منها والمتضمنة أسباب الطعن في الحكم التحكيمي، وذلك بقولها " إذا كان تشكيل محكمة التحكيم او تعيين محكم مخالفا للقانون."

– مخالفة الإجراءات: ومن الأمور الإجرائية التي يمكن الاستناد إليها للطعن في القرار التحكيمي، عدم إجراء التبليغات الأصولية للأطراف أو عدم معاملة الطرفين على قدم المساواة في المرافعة، او عدم ضمان حق الدفاع لاحد الطرفين[1].

4– مخالفة النظام العام:

هناك نوعان من قواعد النظام العام، فهناك قواعد النظام العام الدولي وقواعد النظام العام الداخلي، ونصت اغلب القوانين الى عدم الاعتراف بالاحكام التي تخالف النظام العام الدولي.

لكن هناك بعض الدول لا تفرق في قوانينها بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي، ولهذا ترفض تنفيذ الأحكام التي تخالف النظام العام بصفة عامة[2].

وقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 1050 في فقرتها الأخيرة التي تحدد الحالات التي يطعن فيها في الحكم التحكيمي، بقولها " 6– إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي ." وبهذا يكون المشرع الجزائري قد اخذ فكرة النظام العام الدولي كقاعدة للطعن في احكام التحكيم على حساب النظام العام الداخلي.

5– اذا تجاوزت هيئة التحكيم المهام المسندة إليها وفقا لاتفاقية التحكيم:

وهذا ما نصت عليه الفقرة ج من المادة 5 /1 من اتفاقية نيويورك التي جاء فيها " ...إن القرار يشمل خلافا غير مذكور في اتفاق التحكيم، أو انه لا يدخل في إعداد توقعات البند التحكيمي أو ينطوي على قرارات تتجاوز حدود اتفاقية التحكيم أو البند التحكيمي " إذ يجب

[1] فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 416.

[2] المرجع نفسه. ص 416.

على المحكم أن يلتزم بنطاق الخصومة المعروضة عليه، وإذا تجاوز ذلك جاز الطعن في القرار التحكيمي[1].

وهو ما عبر عنه المشرع الجزائري في المادة 1056 في الفقرة الثالثة منها " 3- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها ".

وبهذا نكون قد عددنا مجموعة من الحالات التي تستوجب الطعن في الحكم التحكيمي، وحاولنا التوفيق بين الحالات المنصوص عليها في التشريعات المقارنة والدولية والحالات المنصوص عليها في المادة 1056.

أ- الطعن في الحكم التحكيمي وفق التشريع الجزائري:

ألغى المشرع الجزائري طريق المعارضة، كطريقة للطعن في الحكم التحكيمي حيث تنص المادة 1032 " أحكام التحكيم غير قابلة للمعارضة "، وأبقى على طريقين هما الطعن بالاستئناف بما فيها الطعن بالنقض (أ-1) والطعن بالبطلان (أ-2).

أ-1- الاستئناف :

يوجه الاستئناف ضد قرار القاضي الرافض للاعتراف أو تنفيذ القرار التحكيمي مهما كان سببه وهو الذي نصت عليه المادة 1055 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما يوجه الاستئناف أيضا ضد حكم القاضي الذي يعترف ويأمر بتنفيذ القرار التحكيمي، وذلك في الحالات المحددة في المادة 1056.

وتكون الجهة القضائية المختصة بالنظر في الاستئناف في كلتا الحالتين حسب المادة 1057، هي المجلس القضائي الذي يوجد في دائرة اختصاصه المحكمة التي رفضت أو قبلت الاعتراف بالتنفيذ، ويرفع الاستئناف في غضون الشهر الموالي للتبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة[2]، وما يمكن قوله أخيرا إن الاستئناف قد يؤدي إلى شل القرار ألتحكيمي في الجزائر

[1]- تياب نادية، المرجع السابق، ص 167.

[2]- بودودة سعاد، المرجع السابق، ص 109.

ولكن لا يؤدي إلى بطلانه، كما اقر المشرع الجزائري إمكانية الطعن بالنقض في القرار الفاصل في الاستئناف طبقا للمادة 1034.

أ-2- الطعن بالبطلان:

يوجه هذا الطعن مباشرة ضد الحكم التحكيمي ونجد أساسه في المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جعلت أسباب الطعن هي المنصوص عليها في المادة 1056.

والطعن بالبطلان يهدف إلى إبطال الحكم التحكيمي، وهو ما يؤدي بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ، وإذا تم الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي فان التنفيذ يتوقف أو تتخلى عنه المحكمة إذا لم يتم الفصل فيه.

وقد أضافت الفقرة 2 من المادة 1058 أن الأمر الذي يسمح بتنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر بالجزائر غير قابل لأي طعن، وذلك لان شروط الطعن بالبطلان والاستئناف هي واحدة، والطعن بالبطلان يوقف كل طرق الطعن[1].

ثانيا: تنفيذ القرار التحكيمي

بعد صدور الحكم التحكيمي مرتبا أثاره ولم يطعن فيه، أو استنفذ جميع طرق الطعن المتاحة فإنهم يجب تنفيذه، والأصل انه ينفذ إراديا طبقا لاتفاق التحكيم، لكن قد تعترض عملية التحكيم صعوبات تجعل لكل ذي مصلحة يستنجد بالقضاء الوطني المطلوب تنفيذ الحكم في إقليمه، وبهذا نكون أمام حالتين من حالات التنفيذ، إما التنفيذ الإرادي أو التنفيذ الجبري.

ويكون التنفيذ إراديا غالبا في حالة قبول المحتكمين لقرار التحكيم، لأنهم خضعوا بإرادتهم إليه، ورغبة منهم أيضا في استمرار العلاقات التجارية الدولية بينهم.

لكن قد يتعنت المحكوم عليه ويرفض تنفيذ قرار التحكيم اختياريا، وهنا لابد من اللجوء إلى التنفيذ الجبري، وبعد انضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958، تكون قد قبلت الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، حيث تنفذها الدولة الجزائرية جبرا في غياب التنفيذ

[1]- المرجع السابق. ص 110.

الإرادي، وبما أن اتفاقية نيويورك أعطت لكل دولة الحرية في كيفية تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية[1]، فان تنفيذها في الجزائر يخضع للقانون 08-09، وبعد اعتراف الدولة الجزائرية بحكم التحكيم بعد إيداعه من طالب التنفيذ تبدأ إجراءات التنفيذ، حيث نصت المادة 1054 على انه فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التنفيذ الدولي فانه تطبق المواد من 1035 إلى 1038 وبالرجوع إليها نجد أن حكم التحكيم ينفذ بأمر من رئيس المحكمة طبقا للمادة 1035 والذي صدر في دائرة اختصاصها، وهنا المشرع يتكلم عن الأحكام الوطنية أو الداخلية، وذلك بعد إيداع طالب التنفيذ أصل الحكم لدى أمانة المحكمة، ليسلمه بعدها رئيس أمناء الضبط نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم، لتطبق بعدها قواعد النفاذ المعجل لمن يهمه التعجيل.

والملاحظ خلال دراستنا لأثار الحكم التحكيمي لم نجد الفقه أو التشريعات تنص على أثار الحكم التحكيمي بالنسبة للغير، وهو ما يفهم منه انه لا تمتد حجية أحكام التحكيم إلى الغير، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1038 من القانون 08-09.

[1]- تياب نادية، المرجع السابق، ص 74.

خاتمة:

يظهر مما سبق أن التحكيم التجاري الدولي أصبح نظاما قائما بحد ذاته، يتميز به عن غيره من الأنظمة، وتلعب الإرادة بدورها مصدرا من مصادر القانون بوجه عام، وقانون التحكيم التجاري الدولي بصفة خاصة، دورا كبيرا في وضع قواعد التحكيم التجاري الدولي إلى جانب المصادر الخاصة.

وتعتبر الإتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية التي نصت بمختلفها على التحكيم التجاري وهذا تأكيدا لأهميته، وهي من أفضى على التحكيم صفة الدولية.

ويكون نشوب النزاع التجاري الدولي سببا في تحريك إجراءات التحكيم، لتبدأ بتشكيل المحكمة التحكيمية وتنتهي بتنفيذ القرار التحكيمي.

أما المشرع الجزائري فقد منح في مجال التحكيم التجاري الدولي حرية تكاد أن تكون مطلقة في مواطن عديدة، وهو كذلك عندما يتعلق الأمر بالمسائل الأتية: تحديد إختصاص المحكم، القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وعلى موضوع النزاع.

إذا إلتزم الأطراف بهذه الأحكام فإن ذلك يؤدي إلى النجاح الكامل للتحكيم، أما إذا تخاذل الأطراف فإن التشريعات منحت للمحكم تقريبا نفس السلطات التي منحتها للأطراف، ويرجع ذلك إلى محاولة إغلاق الباب في وجه كل من لا يفي بوعوده، وعلى ذلك نس السلطات يتمتع بها المحكم فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وعلى موضوع النزاع وهي من المسائل الجوهرية لنجاح التحكيم، زيادة وعلى هذا ولدعم السير الحسن يتدخل القاضي كلما دعت الحاجة لذلك عندما يتعلق الأمر بالأدلة مثلا.

وهكذا إنتقل التحكيم التجاري إلى نظام منافس للعدالة التي تقدمها المحاكم الوطنية في الدولة ومكمل لها في الحالات التي تعجز هذه الأخيرة عن تقديم العدالة السريعة المتخصصة للمتعاملين في مجال التجارة الدولية، إذ أصبح المتعاملون يفضلونه عن القضاء الوطني بدرجة يبدوا معها القضاء الطبيعي في مجال التجارة الدولية.

قائمة المراجع:

➢ الكتب:

1. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون رقم الطبعة، وسنة النشر.
2. أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العلمية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2006.
3. جلال وفاء محمدين، تسوية منازعات التجارة الدولية في إطار اتفاقيات الجات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.
4. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2007.
5. خالد عبد العظيم أبو غابة، التحكيم وأثره في فض المنازعات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011.
6. كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، مصر، الطبعة الأولى 1991.
7. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 1990.
8. محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادي، الجزائر، 2008.
9. محمد إبراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2005.
10. ممدوح طنطاوي، التوفيق والتحكيم ولجان فض المنازعات، نشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2003.
11. محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، دار النشر الزلبى للطباعة، 1986.
12. قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، بدون سنة النشر.

13. عباس ناصر مجيد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم التجاري الدولي، مكتبة السنهوري، منشورات زين الحقوقية، بغداد، الطبعة الأولى، 2011.
14. عمرو عيسى الفقى، الجديد في التحكيم في الدول العربية، دار المكتب الجامعي الحديث، 2003.
15. عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
16. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث،2008.
17. هشام علي صادق، القانون الوجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية مقارنة منشأة المعارف، مصر 1995.

- **مراجع أجنبية:**

1. Nathalie najjor, larbitrage dans les pays arabs face aux exigences du commerce internationnel, DELTA, 2006.
2. JEAN. ROBERT, Larbitrage. Droit Interne. Droit international privé DALLOZ. Paris 1993.

- **التشريعات:**

1.قانون رقم 09/08 المؤرخ في فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، عدد 21، المؤرخة في 23:/04/2008.
2.الأمر 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.
3.أنظر المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 25 أفريل سنة 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو والمتضمن قانون الإجراءات المدنية الجريدة الرسمية، العدد 27 (ملغى).

4.المرسوم 233/88 المؤرخ في 5 نوفمبر 1988 يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 جوان 1958 الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية ونفاذها ج. ر 48، المؤرخة في 23 نوفمبر 1988.
5.الأمر 04/95 المؤرخ في 21 جانفي 1995 المتضمن الموافقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى ج. ر عدد 07 المؤرخة في 15 فيفري 1995.
6.مرسوم رئاسي 95-306 المؤرخ في 7 أكتوبر 1995 المتضمن المصادقة على الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، ج. ر 59 مؤرخة في 11 أكتوبر 1995.
7.القرار 52/35 الذي اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 04 ديسمبر 1980 المتضمن قواعد الأونسترال للتوفيق.
8.الاتفاقية بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية الموقعة في نيويورك بتاريخ: 1958/06/10 والتي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ: 1959/06/07.
9.قانون رقم 27 لسنة 1994، المتضمن التحكيم في المواد المدنية والتجارية (مصر)، الجريدة الرسمية (ب، ط) الصادرة بتاريخ 18 أفريل سنة 1994.
10. قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي، مع دليل اشتراعه واستعماله، الأمم المتحدة، نيويورك، 2004.
11. بروتكول جنيف، المتعلق بشرط التحكيم 24 سبتمبر 1923 جنيف سويسرا.

- **الرسائل الجامعية والمقالات:**

1.أحمد بن حاجة، التحكيم وحل المنازعات في العقود الاقتصادية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2006/2005.
2.أسعد عمر قاسم شجراوي، وسيلة التحكيم التجاري الدولي في الدول العربية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر1، يوسف بن خدة، كلية الحقوق 2014/2013.

3.بن مدخن إبراهيم، قانون الإدارة والتحكيم التجاري الدولي، مجلة العلوم القانونية جامعة باجي مختار، عنابة، كلية الحقوق، العدد 13 جوان 2009.

4.بلقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، بحث مقدم لنيل شهادة الماجيستير في العلوم القانونية، تخصص قانون إداري وإدارة عامة، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق، 2011/2010.

5.بودودة سعاد، التحكيم التجاري الدولي كضمان من ضمانات الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، فرع قانون أعمال، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بدون تاريخ المناقشة.

6.بن حليمة ليلى، محاضرات في التحكيم التجاري، ألقيت على طلبة الماستر، فرع قانون أعمال، جامعة المسيلة، كلية الحقوق 2016/2015.

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

8.تياب نادية، التحكيم كآلية لتسوية نزاعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، فرع قانون أعمال جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2006.

9.كمال معروف، التحكيم التجاري الدولي مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، فرع قانون أعمال، جامعة الجزائر، كلية الحقوق 2000/1999.

10. محمد بواط، التحكيم في حل النزاعات الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون العام، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2008/2007.

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

12. منسول عبد السلام، قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، جماعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 2001/2000.

13. محمد زغداوي، دروس في التحكيم التجاري الدولي، فرع قانون أعمال، جامعة التكوين المتواصل، نيابة مديرية التعليم عن بعد، الإرسال الأول، بدون تاريخ الطبع والارسال.

14. نور الدين بكلي، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجيستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون 1996/1995.
15. صديق بغداد، اتفاقية التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الجزائري والقضاء التحكيمي، (رسالة ماجستير) في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق 2002.
16. عائشة مقراني، مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير فرع عقود ومسؤولية، جامعة محمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق والعلوم التجارية، 2005.
17. عبد الإله برجاني، قانون التحكيم المغربي في محيطه المغاربي، مجلة العلوم القانونية جامعة باجي مختار، عنابة، كلية الحقوق، العدد 13، جوان 2009.
18. عليوش قربوع كمال، اجراءات الخصومة التحكيمية في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية، جامعة باجي مختار عنابة، كلية الحقوق، العدد 13، جوان 2009.
19. سوالم سفيان، الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق 2014/2013.
20. سمير العنابي، التحكيم الحر ومؤسسات التحكيم مداخلة في ملتقى حول مجلة التحكيم مركز الدراسات القانونية والقضائية، 1995.

- **المعاجم:**

1. المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية. طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم (المصرية) 1990.
2. المعجم الوسيط، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دون ذكر الناشر وتاريخ النشر.
3. الصحاح في اللغة العربية والعلوم، دار الحضانة العربية، بيروت، دون ذكر تاريخ النشر.

فهرس المحتويات:

الرقم	العنوان	الصفحة
1	شكر وتقدير	
2	مقدمة	أ
	الفصل الأول: الخصائص العامة للتحكيم التجاري الدولي	
3	**المبحث الأول: مفهوم التحكيم التجاري**	1
4	المطلب الأول: تعريف التحكيم، وتميزه عن غيره من الأنظمة المشابهة	1
5	الفرع الأول: تعريف التحكيم	1
6	أولا: التحكيم لغة	1
7	ثانيا: التحكيم اصطلاحا	2
8	الفرع الثاني: تمييز التحكيم عن غيره من الأنظمة المشابهة	3
9	أولا: التحكيم والصلح	4
10	ثانيا: التحكيم والخبرة	5
11	ثالثا: التحكيم والوكالة	6
12	رابعا: التحكيم والتوفيق	7
13	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري	8
14	الفرع الأول: الطبيعة التعاقدية للتحكيم	9
15	الفرع الثاني: الطبيعة القضائية للتحكيم	10
16	الفرع الثالث: الطبيعة المختلطة للتحكيم	11
17	الفرع الرابع: الطبيعة المستقلة للتحكيم	12
18	المطلب الثالث: أنواع التحكيم	13
19	الفرع الأول: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري	14
20	الفرع الثاني: التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح	15
21	الفرع الثالث: التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي	15
22	الفرع الرابع: التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي	16

23	المطلب الرابع: أسباب اللجوء إلى التحكيم	17
24	**1** -السرية	17
25	**2** -الحفاظ على استمرار العلاقة بين الطرفين	18
26	**3** -سرعة الفصل في القضايا	18
27	**4** -حيادة وعدالة التحكيم	18
28	**5** -كفاءة المحكمين	19
29	**6** -حرية اختيار القانون المطبق على النزاع	19
30	**7** -التحكيم يقوم على مبدأ سلطان الإدارة	21
31	**المبحث الثاني: دولية التحكيم والأحكام الخاصة به**	22
32	المطلب الأول: دولية التحكيم	22
33	الفرع الأول: المعيار القانوني كأساس لتدويل التحكيم	22
34	الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي كأساس لتدويل التحكيم	24
35	الفرع الثالث: المعيار المزدوج لتدويل التحكيم وموقف المشرع الجزائري	25
36	المطلب الثاني: الاتفاقيات الدولية كمنصة للتحكيم التجاري الدولي	26
37	الفرع الأول: الاتفاقيات متعددة الأطراف	26
38	أولا: بروتكول جنيف لسنة 1923	26
39	ثانيا: اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف باحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958	27
40	ثالثا: اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى لسنة 1965	29
41	الفرع الثاني: الاتفاقيات الإقليمية	31
42	أولا: الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1987	31
43	ثانيا: الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة 1981	34
44	المطلب الثالث: مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي	37
45	الفرع الأول: مضمون مبدأ استقلال اتفاق التحكيم	37
46	الفرع الثاني: موقف المعاهدات الدولية	40

47	الفرع الثالث: موقف القوانين الوضعية	42
48	أولا: القانون الجزائري	42
49	ثانيا: القانون المصري	43
50	ثانيا: القانون الإنجليزي	43
51	رابعا: القانون الأمريكي	43
52	الفرع الرابع: موقف لوائح التحكيم	44
53	المطلب الرابع: مبدأ حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم	46
54	الفرع الأول: مضمون المبدأ	46
55	أولا: التحكيم الخاص	47
56	ثانيا: التحكيم النظامي	47
57	الفرع الثاني: حدود المبدأ	47
58	أولا: قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم:	49
59	ثانيا: أهلية الأطراف في إبرام اتفاق التحكيم	49
60	ثالثا: شرط توافر الطابع التجاري في النزاع	50
61	رابعا: قانونية النزاع	50
	الفصل الثاني: إجراءات حل النزاع في إطار التحكيم التجاري الدولي	
62	**المبحث الأول: تشكيل المحكمة التحكيمية**	54
63	المطلب الأول: تعين المحكمين في التحكيم الحر	54
64	الفرع الأول: تعيين المحكمين طبقا لإرادة الأطراف كأصل	55
65	الفرع الثاني: إمكانية تدخل جهة خارجية في تعيين المحكمين	59
66	1 –تدخل سلطة نقابية	60
67	2 –تدخل سلطات القضاء في تعيين المحكمين	60
68	3 –اللجوء إلى نظام تحكيمي لتعيين المحكمين الدوليين	61
69	المطلب الثاني: تعيين المحكمين في ظل التحكيم المؤسساتي	61

70	الفرع الأول: اختيار المحكمين وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس	62
71	الفرع الثاني: تعيين المحكمين وفقا للإتفاقية العربية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1987	63
72	الفرع الثالث: تعيين المحكمين في إطار اتفاقيات الجات	64
73	المطلب الثالث: صفات المحكمين المعنيين	65
74	الفرع الأول: الصفات الإلزامية	66
75	أولا–أن يكون المحكم متمتعا بالأهلية	66
76	ثانيا: أن يكون المحكم شخصا طبيعيا	67
77	ثالثا: أن يكون المحكم محايدا أو مستقلا	68
78	رابعا: أن لا يكون للمحكم أي مصلحة في النزاع	68
79	الفرع الثاني: الصفات المتروكة لتقدير الطرفين	69
80	أولا: الجنس	69
81	ثانيا: الجنسية	70
82	ثالثا: الخبرة	71
83	المطلب الرابع: عزل أو رد المحكمين	71
84	**المبحث الثاني: سير إجراءات التحكيم وصدور القرار التحكيمي**	74
85	المطلب الأول: تحضير المحكمة التحكيمية لعملية التحكيم	75
86	الفرع الأول:إختصاص المحكمة التحكيمية	75
87	الفرع الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق	77
88	أولا: القانون الواجب التطبيق على الإجراءات	77
89	1 –قانون الإرادة	77
90	2 –تدخل المحكمة التحكيمية في اختيار القانون المطبق على الإجراءات	79
91	ثانيا: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع	80
92	1 –خضوع موضوع النزاع لقانون الإرادة	81
93	2 –اختيار المحكمة التحكيمية للقانون المطبق على موضوع النزاع	81

94	أ +الإحالة إلى قواعد تنازع القوانين	82
95	ب–التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق	82
96	المطلب الثاني : السير في إجراءات التحكيم	83
97	الفرع الأول: دعوة الخصوم لإبداء طلباتهم ودفوعهم	83
98	الفرع الأول: دعوة الخصوم لإبداء طلباتهم ودفوعهم	84
99	1 –اللغة	84
100	2 –تبادل المذكرات واللوائح	85
101	3 –تعديل الطلبات أو الطلبات العارضة	85
102	4 –تقديم الأدلة	86
103	5 –طلب أطراف النزاع من المحكمة اتخاذ إجراءات تحفظية	87
104	الفرع الثاني : إيقاف إجراءات التحكيم وانقطاعها	88
105	أولا : وقف الخصومة	88
106	1 –إتفاق الأطراف على وقف السير الخصومة	88
107	2– وقف الخصومة بناء على قرار من المحكم	89
108	ثانيا : إنقطاع الخصومة	90
109	المطلب الثالث : صدور القرار التحكيمي	91
110	الفرع الأول : المداولة	92
111	الفرع الثاني : إفراغ القرار التحكيمي في شكلية معينة	92
112	أولا : شكل القرار التحكيمي وشكل صدوره	93
113	1 –القرار التحكيمي وثيقة مكتوبة	93
114	2 –اللغة التي يحرر بها القرار	94
115	3 –صدوره في المدة المتفق عليها	95
116	ثانيا : البيانات التي يتضمنها القرار التحكيمي	95

117	1 –البيانات الشكلية	96
118	2 –البيانات الموضوعية	96
119	أ. ذكر موضوع النزاع	97
120	ب. ذكر الإجراءات التي تم إتخاذها من قبل المحكمين	97
121	ج.التسبيب	98
122	د– ذكر منطوق القرار	98
123	المطلب الرابع:آثار صدور القرار التحكيمي	98
124	الفرع الأول : أثار القرار التحكيمي بالنسبة للهيئة المصدرة له	99
125	الفرع الثاني: أثار القرار التحكيمي على طرفي النزاع	100
126	أولا: إمكانية الطعن في القرار التحكيمي	100
127	1– إنعدام أهلية الأطراف	101
128	2– عدم صحة اتفاق التحكيم	101
129	3– الأسباب المتعلقة بإجراءات التحكيم	102
130	4– مخالفة النظام العام	102
131	5– اذا تجاوزت هيئة التحكيم المهام المسندة إليها وفقا لاتفاقية التحكيم	103
132	أ –الطعن في الحكم التحكيمي وفق التشريع الجزائري	103
133	أ–1– الاستئناف	104
134	أ–2– الطعن بالبطلان	104
135	ثانيا: تنفيذ القرار التحكيمي	107
	خاتمة	
	قائمة المراجع	