

جامعة سعد دحلب بالبليدة

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

مذكرة ماجستير

التخصص: قانون الأعمال

القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي

وفق القانون الجزائري

من طرف

بوكريطة موسى

أمام اللجنة المشكلة من:

رئيسا	جامعة البليدة	أستاذ محاضر أ	بوسهوه نور الدين
مشرفا ومقررا	جامعة البليدة	أستاذ محاضر أ	بوشمة خالد
عضوا مناقشا	جامعة البليدة	أستاذ محاضر أ	عمرو خليل
عضوا مناقشا	جامعة البليدة	أستاذ مساعد أ	بن سالم رضا

البليدة 28 نوفمبر 2012

الملخص

إن المشرع الجزائري بتعديله لقانون الإجراءات المدنية قد أخذ بأخر التطورات التي وصلت إليها تشريعات دول أخرى متقدمة في مسألة التحكيم التجاري الدولي كالقانون الفرنسي والقانون السويسري، فكان للمرسوم التشريعي طابعا ليبراليا قائما على مبدأ سلطان الإرادة علما أن هذه الإرادة والحرية قد وضعت على قدم المساواة بين الأطراف والمحكم.

والجزائر اتخذت هذا الموقف إعلانا منها بمسايرة الآليات القانونية الدولية حتى تدخل السوق الدولية وإيماننا منها أن هذا النظام الخاص هو الطريق الأنجع والسريع والأدق لفحص المنازعات التي قد تنشأ بصدد المعاملات التجارية الدولية.

ولكن علينا أن نتساءل حاليا عن القواعد المطبقة من قبل المحكم على النزاعات المعروضة عليه في جانبها الموضوعي، هذا ما سوف نتطرق إليه تفصيلا في الفصل الثاني، بحيث نتطرق في الفصل الثاني إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وإجراءاته ومن خلاله نتساءل عما إذا كان يجوز للمحكم أن يدول المنازعة التجارية الدولية و بالتالي يعمد إلى تطبيق قواعد وأحكام خارج ما هو مقرر في النظم القانونية.

إن الأخذ بقانون الإرادة في العقود الدولية ليس منشأة القاعدة العامة في سلطان الإرادة أي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين طبقا للمادة 106 قانون مدني جزائري، هذا النص موضوعي خاص بالعقود الداخلية، أما قانون الإرادة في العقود الدولية فمرجعه قاعدة الإسناد التي تسمح للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي.

وقد تغال الفقه من شأن حرية المتعاقدين في الاختيار مما أدى إلى نشوء النزعة الذاتية التي مفادها أن حرية المتعاقدين أو الأطراف في الاختيار مطلقة وأن القانون المختار يفقد صفته كقانون أمر ويتحول إلى تنظيم اتفاقي وبهذه المثابة يندمج القانون المختار في العقد لتصبح أحكامه مجرد شروط تعاقدية، يملك الأطراف الاتفاق على ما يخالفها ولو اتسمت بالطابع الأمر وإذا كانت لإرادة الأطراف الصريحة هذه القدرة على التنظيم الذاتي للعقد الدولي فإن على المحكم أن يكشف عن إرادتهم الضمنية في اختيار قانون العقد عند

سكوتهم عن الاختيار صراحة وهذا ما أكدته النظرية الشخصية التي تعدد بمطلق سلطان الإرادة وتنزل القانون المختار منزلة الشروط التعاقدية.

ومع ذلك اتجه جانب من الفقه إلى أن اختيار القانون يجب أن يكون على صلة بالعقد أو بموضوع النزاع سواء كانت الصلة قائمة على جنسية الأطراف أو مكان الإبرام أو مكان التنفيذ أو على مقتضيات التجارة الدولية، وأن دور الإرادة ينحصر في تركيز العقد وبيان مركز النقل في العلاقة وبهذه الطريقة تظهر إرادة المتعاقدين مجرد ضابط للإسناد يشير إلى القانون الواجب التطبيق، ويترتب على هذا النظر خضوع العقد الدولي لسلطان القانون المختار الذي لا يملك المتعاقدان الإفلات من أحكامه الأمر، وعند عدم اختيار القانون الواجب التطبيق صراحة وفقا لهذه النظرية فإنه يقع على عاتق المحكم أن يستخلص القانون الواجب التطبيق من خلال التركيز الموضوعي للرابطة العقدية وإسنادها إلى القانون السائد في مركز النقل في هذه الرابطة وهذا ما أكدته النظرية الموضوعية.

وقد اعتبر مبدأ قانون الإرادة مبدأ مسلما به فقها وقضاء ولدى مختلف الدول في التحكيم التجاري الدولي.

حيث ذهب المشرع الجزائري الى نفس الاتجاه وهذا ما نصت عليه المادة 1050 من قانون 08-

09 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة"

فالقانون الجزائري أعطى للأطراف الحرية التامة في اختيار القانون واجب التطبيق وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، كما أخذت به أيضا القوانين المقارنة، وخضوع موضوع النزاع للقانون المحدد من الأطراف - أي لقانون الإرادة - يقتضي الاتفاق صراحة في اتفاق أو شرط التحكيم على إخضاع النزاع إلى قانون موضوعي معين، سواء كان قانون أحد الأطراف أو قانون أجنبي عنه.

وفي حالة ما إذا لم يختار الأطراف أي قانون فإن المادة 1050 من ق إ م إ تمنح صلاحيات واسعة

للهيئة التحكيمية في اختيارها بين عدة نظم قانونية مع الأخذ بعين الاعتبار ظروف القضية وطبيعة العقد وموضوعه، وفقا لما تمليه عليه العادات التجارية والأعراف التي تتلاءم وتسوية هذا النزاع، على أن يكون القانون المأخوذ به الملائم للدعوى من بين هذه القوانين: القانون الوطني لأحد الأطراف ، قانون محل إبرام العقد أو قانون تنفيذ العقد، قواعد تنازع القوانين ، الأخذ بأي قانون لدولة أجنبية يراه ملائم للنزاع ، الأخذ بالمبادئ العامة للقانون وقواعد التجارة الدولية ، الأخذ بالعادات والأعراف التجارية.

كما أنه نص في المادة 1043 من ق إ م إ على عدة حالات لاختيار قانون الإجراءات الواجب

التطبيق على النزاع في التحكيم التجاري الدولي، بحيث كرس مبدأ سلطان الإرادة لِمَا منح الأطراف حرية تحديد قواعد الإجراءات في اتفاق التحكيم بصفة مباشرة أو بناء على نظام تحكيمي، وأخذ في الحسبان حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد قانون الإجراءات الواجب التطبيق على النزاع فهنا تتولى محكمة التحكيم تحديده مباشرة أو بالاستناد إلى قانون معين أو بالاستناد إلى نظام تحكيمي

والمشرع الجزائري بأخذه لقانون الإرادة كمبدأ أساسي لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وإجراءاته، يكون قد حدا حدو تشريعات دول متعددة من بينها القانون الفرنسي والسويسري اللذان يعترفان بحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق.

إلا أن إسناد العقد لقانون الإرادة يستوجب استبعاد فكرة الإحالة احتراماً لتوقعات الأطراف في اختيار معين يعلمون مضمونه سلفاً، بهدف تحقيق مصالحهم ومصالح التجارة الدولية، فقد تم استبعاد نظرية الإحالة في مجال التحكيم التجاري الدولي وعلى سبيل المثال ما جاء في المادة 28 الفقرة الأولى من نظام لجنة هيئة الأمم للقانون التجاري الدولي (CNUDCI): "كل تعيين للقانون أو نظام قانوني لدولة ما يعتبر إلا في حالة نص صراحة، هو تحديد للقواعد القانونية لهذا الوطن وليس لقواعد التنازع".

ذلك أن الأخذ بالإحالة يعد إجحافاً بحقوق الأطراف إذ قد تطبق عليهم نظم قانونية ليسوا خاضعين لها في بلادهم.

كما أن مبدأ قانون الإرادة قد يرد عليه قيود من النظام العام في دولة التنفيذ يجب أن نأخذه بعين الاعتبار ويجب في الوقت ذاته مراعاة قوانين البوليس والأمن التي تفرض في مجال التحكيم التجاري الدولي حتى لا يتعرض قراره لرفض الاعتراف والتنفيذ.

علماً أن المحكم ليس له قانون اختصاص ولا يستمد سلطاته في الفصل في النزاع من أية دولة وإنما سلطاته يستمدّها من الطبيعة الخاصة للوظيفة التي يمارسها ومن المصدر الوحيد المتمثل في إرادة الأطراف الذين اختاروه للقيام بالفصل في النزاع وعليه فهو لا يملك كمبدأ عام الخروج عن هذه الإرادة أو الإخلال بتوقعات الأطراف المشروعة.

كلمة شكر

الحمد لله لا شريك له، سبحانه من إله لا مثيل له ولا مرد لحسابه، خضعت الأكوان لعظمته، ذلت الصعاب لسطوته وذابت الجمادات من هيبتة، الشمس والبرد من أنوار حكمته والبر والبحر فيض من عطاياه، الطير سبّحه والموج كَبّره والوحش مَجّده والحوت ناجاه، والنمل تحت الصخور الصمّ قدسه والنحل يهتف حمدا في خلاياه والناس يعصونه جهرا والله يستترهم والعبد ينسى وربّي ليس ينساه، والصلاة والسلام على حبيبنا وقائدنا وأسوتنا محمد المصطفى رسول الله بلغ العلا بكماله، كشف الدجى بجما له، عَظمت جميع خصاله، فصلوا عليه وآله وصحبه، ولقوله تعالى: "ولئن شكرتم لأزيدنكم"، فالحمد والشكر لله الذي بفضل رعايته وتوفيقه أنعم علينا بإكمال هذه المذكرة، وإخراجها على صورتها الحالية، وعملا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "من لم يشكر الناس لم يشكر الله"

فلا يسعني إلا أن أتقدم بجزيل الشكر والامتنان إلى الدكتور: بوشمة خالد الذي تفضل بقبول الإشراف على هذا العمل والذي حفه بال العناية والرعاية، حيث أنه لم يدخر أي مجهود في مساعدتي بالنصح والإرشادات، فلکم جزيل الشكر ووافر الاحترام.

كما أتقدم بفائق الشكر إلى لجنة المناقشة وبالأخص الدكتور بوسهوة نور الدين الذي تفضل بقبول رئاسة لجنة المناقشة لهذه المذكرة، كما أتقدم بالشكر الجزيل للأستاذين: الدكتور عمرو خليل والأستاذ بن سالم رضا الذين قبلا أن يكونا عضوين في لجنة مناقشة هذا العمل المتواضع.

كما أقدم خالص شكري إلى كلية الحقوق بجامعة سعد دحلب بالبليدة التي تشرفت لأتعلم على يد أساتذتها الكرام.

كما لا أنسى كل من ساعدني على هذا العمل وأخص بالذكر أخي العزيز عبد القادر وكل من كان عوني وسندي في إنجاز هذا العمل المتواضع.

الإهداء

إلى روح جدي شهيد الوطن

إلى جدي والوالدين الكريمين وكل العائلة أسمى معاني الحب والتقدير والاحترام

إلى أساتذتي الأجلاء وإلى جميع من علمني في الأطوار الابتدائية والأساسية والثانوية وأسهم في بنائي
المعرفي وتكويني الشخصي

إلى كل زملائي في مشواري الدراسي

إلى كل من في الله أحبنا وفي الله أحببناه

إلى كل من يشق طريقا للعلم...أهدي هذه العمل المتواضع آملا أن يكون مفيدا لكم في حياتكم العلمية
والعملية.

الفهرس

المخلص.	
الشكر.	
الإهداء.	
الفهرس.	
مقدمة	9
الفصل 1: معايير دولية التحكيم التجاري وتطوره التاريخي في القانون الجزائري	14
1.1: مفهوم التحكيم التجاري الدولي	15
1.1.1: تعريف التحكيم التجاري الدولي وتمييزه عن المفاهيم المشابهة له	15
1.1.1.1: تعريف التحكيم التجاري الدولي	15
2.1.1.1: تمييز التحكيم التجاري الدولي عن المفاهيم المشابهة له	17
2.1.1: معايير دولية التحكيم التجاري الدولي	20
1.2.1.1: المعيار القانوني كأساس لدولية التحكيم	20
2.2.1.1: المعيار الاقتصادي لدولية التحكيم	23
3.2.1.1: موقف القضاء والمشرع الجزائري من دولية التحكيم التجاري	25
2.1: تطور موقف المشرع الجزائري اتجاه التحكيم التجاري الدولي	35
1.2.1: مرحلة ما قبل تعديل قانون الإجراءات المدنية	36
1.1.2.1: مظاهر وأسباب التحفظ والمعارضة	36

38.....	2.1.2.1: سوابق تحكيمية والنصوص القانونية المحدودة
43.....	2.2.1: مرحلة الإنفتاح على التحكيم التجاري الدولي
43.....	1.2.2.1: مؤشرات انفراج أزمة التحكيم التجاري الدولي في الجزائر
46.....	2.2.2.1: اعتماد الجزائر نظام التحكيم التجاري الدولي حاليا
52.....	3.2.1: مرحلة تبني نظام التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري
52.....	1.3.2.1: تحليل أحكام المرسوم التشريعي 93-09
57.....	2.3.2.1: تحليل أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية
63.....	الفصل 2: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وإجراءاته
63.....	1.2: القانون المختص بحكم اتفاق التحكيم التجاري الدولي وموضوعه
64.....	1.1.2: اتفاق التحكيم
65.....	1.1.1.2: المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم والقانون الذي حكمها
69.....	2.1.1.2: تشكيل هيئة التحكيم والقانون الذي تخضع له
79.....	2.1.2: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع
80.....	1.2.1.2: السلطة التقديرية للمحكم الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع
90.....	2.2.1.2: قانون الإرادة
100.....	2.2: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم والحكم التحكيمي
101.....	1.2.2: القانون الواجب التطبيق على مسائل الإجراءات
101.....	1.1.2.2: السلطة التقديرية للمحكم في اختيار القواعد الإجرائية لسير المنازعة
111.....	2.1.2.2: النظام العام واختصاص المحكم
115.....	2.2.2: الحكم التحكيمي
116.....	1.2.2.2: الشكليات المطلوب توافرها في الأحكام التحكيمية وأنواعها

2.2.2.2: تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.....121

الخاتمة.....133

قائمة المراجع.....137

مقدمة

من المواضيع التي تشغل مكانا بارزا في الفكر القانوني والاقتصادي على المستوى العالمي في الوقت الحالي موضوع التحكيم التجاري الدولي، الذي ظهر جليا إثر توجه المجتمع الدولي نحو اقتصاد السوق، وزيادة المبادلات الاقتصادية وعمليات التجارة عبر الحدود، وعدم ملاءمة التطبيقات القانونية والقوانين الداخلية لتسوية ما ينشأ عنها من منازعات.

فقد شهد هذا القرن نموا في العلاقات التجارية الدولية، نتجت عنه رغبة ملحة في إيجاد نظام تحكيمي للفصل في النزاعات التعاقدية والمادية التي تنشأ بين الخصوم بطريق التحكيم وفقا للقوانين التي يختارونها للتطبيق على موضوع النزاع وإجراءاته.

ففي الوقت الذي ظهرت فيه النظم القضائية الوطنية عاجزة وقاصرة عن بلوغ حد الكفاية لمواجهة عقود التجارة الدولية والتصدي لما ينشأ عنها من منازعات، انتشرت وكثرت مؤسسات التحكيم الدولية، وازداد الإقبال على التحكيم لما يتمتع به من خصائص معينة تميزه عن القضاء العادي.

فالتحكيم يعطي للأطراف فرصة اختيار محكميهم والاتفاق على الإجراءات المتبعة من قبل محكمين، وكذا القانون الواجب التطبيق واللغة المستعملة ومكان التحكيم، بينما يكون كل ذلك مفروضا أمام القضاء العادي.

كما يضمن التحكيم أيضا للأطراف سرية ما تتضمنه العقود من شروط وسرية الأحكام، بالإضافة إلى سرعة اتخاذها وهو ما لا يتحقق أمام القضاء العادي الذي يعتمد على العلانية كضمان للعدالة والتماثل والبطء في إصدار الأحكام.

نتيجة لكل هذا ازدادت أهمية التحكيم وازداد اهتمام المؤسسات الدولية به، وأولته الدول والمنظمات المهمة بشؤون التجارة الدولية أهمية خاصة، وأعطته اهتماما لم يسبق له مثيل على كل المستويات.

فعلى المستوى الدولي تم إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم من أهمها: بروتوكول جنيف الذي أبرم في 24 سبتمبر 1923 بشأن الاعتراف بصفة شروط التحكيم، واتفاقية جنيف في 26

ديسمبر 1927 بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، واتفاقية نيويورك في 10 جويلية 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية.

كما تم إبرام الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي في جنيف بتاريخ 21 أبريل 1961 إلى جانب اتفاقية البنك الدولي للتعمير والتنمية الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى الموقعة في واشنطن بتاريخ 18 مارس 1965.

كما وضعت لجنة الأمم المتحدة قانونا نموذجيا للتحكيم التجاري الدولي في 21 جوان 1985 لكي تسترشد به الدول عند إصدارها لتشريعات جديدة وقد اعتنقت كثيرا من هيئات التحكيم كونه التطبيق الموحد للتحكيم التجاري الدولي من حيث الإجراءات.

ولجوء الأطراف إلى مثل هذه المراكز يعد اعتناقا منهم لهذا القانون النموذجي بوصفه قانون الإرادة.

ومن جهة أخرى نشأت عدة مراكز تحكيمية دائمة ذات طابع دولي من أهمها محكمة التحكيم الدائمة لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، والجمعية الأمريكية للتحكيم، ومحكمة لندن للتحكيم.

أما على المستوى الداخلي فقد تصدت تشريعات مختلف الدول لتنظيم التحكيم وأصدرت تعديلات على قوانينها بما يتوافق ودور هذا القضاء الخاص ومن بينها الجزائر التي تبنت أحكام جديدة تخص هذا النظام في حل المنازعات الناجمة عن العلاقات التجارية الدولية وتجسدت في تعديل قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 وإصدار المرسوم التشريعي رقم 93-09 المتعلق به وهذا نظرا للتحويلات الاقتصادية والتجارية وتوجّه الجزائر نحو اقتصاد السوق الأمر الذي جعلها تغير الكثير من مواقفها الرسمية.

فبعدما كانت تعارض فكرة التحكيم التجاري الدولي وإعطاء الاختصاص للمحاكم الوطنية والقانون الجزائري، في حل المنازعات التي يكون أحد أطرافها جزائريا، أصبحت تسمح اليوم باللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي بنصوص صريحة منصوص عليها في القانون.

كما أن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الصادر في 23-04-2008 خص التحكيم التجاري

الدولي بأحكام هامة كما سنراه لاحقا.

وبذلك تغير موقف الجزائر من التحكيم، وهذا نظرا للضغوط والحمية التجارية الدولية التي فرضت على الجزائر اختصاص التحكيم وإبرام عقود تجارية متوقف على شرط التحكيم الذي تمليه المؤسسات الأجنبية، فإذا قبل هذا الشرط أبرم العقد وإذا رفض لا يبرم العقد أصلا.

ولا يخفى أن المستثمر الأجنبي يتردد كثيرا في المجازفة باستثماراته إذا لم يكن مسموحا له بوضع شرط التحكيم، أو إبرام اتفاقية التحكيم لمواجهة ما قد يثور من خلافات مع الدولة المضيفة، ولذا نجد معظم قوانين الاستثمار خاصة في الدول النامية، تنص صراحة على تبني التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات مع المستثمرين لغرس الطمأنينة وتشجيعهم على استثمار أموالهم وتقديم خدماتهم الأمر الذي لا يتحقق إذا أحس المستثمر إمكان مواجهة القضاء والقوانين الوطنية مع تحيز وميل هؤلاء لحماية مصالحهم الوطنية.

وما تجدر الإشارة إليه والتوقف عنده هو أن الشركات المتعددة الجنسيات تحرص دائما على تجنب حسم النزاعات الناتجة على المعاملات التجارية عن طريق تطبيق القوانين الداخلية وفقا لمنهج قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص، وحتى تتمكن من الإفلات من القواعد الداخلية الأمرة تلجأ إلى الاتفاق المسبق على عرض النزاع على المحكمين، لعلها بأن هؤلاء يميلون عادة إلى تدويل عقود التجارة الدولية، وإخضاعها للأعراف والعادات التجارية الدولية السائدة في الأسواق العابرة للحدود، ومع ذلك فإن حرص المحكمين على فاعلية أحكامهم، وقابليتها للتنفيذ يدفعهم إلى احترام وأعمال القواعد الأمرة في القوانين الداخلية التي تتصل بالعقد محل النزاع وتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وإجراءاته.

ورغم صعوبة موضوع تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وعلى إجراءاته في القانون الجزائري، وكل باحث متخصص في القانون الدولي الخاص يعرف جيدا مدى الصعوبات العديدة التي يواجهها الباحث في هذا المجال التي من بينها التخصص في حد ذاته، فتنازع القوانين يُعد موضوعا يرتبط بكل فرع من فروع القوانين الوطنية والدولية، إلا أن أهمية الموضوع وحدثته في الجزائر جعلتني أختاره لارتباطه بعدة اعتبارات أهمها:

- أنه على الرغم من أن موضوع التحكيم قد حظي باهتمام كبير من قبل الفقه الغربي إلا أنه لم يحظ بنفس القدر من الاهتمام في الفقه العربي وخاصة الفقه الجزائري.

- وإذا كانت الدراسات العامة بخصوص موضوع التحكيم متوفرة، إلا أن الدراسات المتخصصة كتلك المتعلقة بالموضوع محل الدراسة فهي دراسات نادرة.

- كذلك أن معظم الدراسات في القانون الجزائري جاءت في شكل مقالات وانعدمت الدراسات المعمقة والموسعة الخاصة، وأن موضوع التحكيم التجاري الدولي موضوعا جديدا وحديثا في الجزائر.

- كما أن غموض موضوع التحكيم للكثير من جهة، والتسليم بفعالياته من جهة أخرى، في وقت بلغ التحكيم مداه في المعاملات التجارية الدولية تحت سيطرة الدول القوية اقتصاديا وتحت رحمة المحكم الذي يعمل في ظل تنظيم قضاء خاص يضمن له الاستقلالية والحرية الكفيلة بتدويل القانون الواجب التطبيق، كل هذه الأسباب تجعل معظم الباحثين وخاصة في الدول السائرة في طريق النمو من واجبهم دراسة هذه الآليات الجديدة حتى يمكن من سد الفراغات الموجودة في القوانين.

لذلك تعتبر مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، و موضوع النزاع وإجراءاته وكذا الحكم التحكيمي من أهم المسائل التي تسيطر على فكر المحكم، باعتبار أن مصير حكمه يرتبط إلى حد بعيد بصحة ما وقع عليه اختياره وتحديد من قوانين في حل النزاع، علما أن المحكم ليس له نظام إسناد معين وليس تحت تصرفه ما يسمّى بقانون القاضي يستمد منه قواعد تنازع القوانين.

وإذا كانت المادة 18 من القانون المدني الجزائري المعدلة بموجب قانون رقم 05-10 المؤرخ في 2005/06/20 قد قيدت صلاحيات القاضي الوطني في تعيينه للقانون الواجب التطبيق، وإن كان الاعتداد بإرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد هو مبدأ مستقر ومسلم به في النظم الوطنية، فإن صلاحيات المحكم وهيئة التحكيم ودور إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع وكيفية معالجتها من طرف المشرع الجزائري في إطار قانون الإجراءات المدنية والإدارية في نصوصه القانونية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي تدفعنا إلى طرح الإشكالية التالية:

إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في مسيرته لقواعد التحكيم التجاري الدولي فيما يخص تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وإجراءاته في إطار قانون الإجراءات المدنية والإدارية ؟

إن دراسة موضوع تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع في التحكيم التجاري الدولي وفق القانون الجزائري، تقتضي إتياع أكثر من منهج، ومنها التاريخي لما له من مزايا الكشف والتحري عن الأصل التاريخي للقاعدة القانونية في مجال التحكيم، وكذا تطور فلسفة القانون الجزائري في هذا المجال.

ونظرا لكون هذه الدراسة لا يمكن أن تقتصر على القانون الجزائري فقط أو نظام قانوني معين وجب تناول الموضوع بالاستعانة بخبرة القانون المقارن والاسترشاد بأهم الأنظمة القانونية الأجنبية التي اهتمت بهذا الموضوع حتى يتسنى الوصول إلى المعيار الحقيقي لتحديد هذا القانون.

كما يجب عدم التسليم مسبقا بالحلول المعتمدة في النظم القانونية المختلفة بل يجب الوقوف عند مزاياها ومساوئها سواء فيما يخص مستوى تطور الفكر القانوني وفعاليتها في تنظيم وحل النزاعات الناشئة عن العلاقات التجارية الدولية ومدى مسيرته لمصالح الدول النامية.

على أن تكون حتمية تبعية الدول النامية للدول المتقدمة اقتصاديا لا تستوجب ولا تؤدي إلى تبعية قانونية وهو ما يستدعي اعتماد المنهج التحليلي، ومن خلاله ركزت على القانون الجزائري أصلا بتحليل النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع.

وعليه تناولت الموضوع في فصلين هما كالتالي:

خصصت الفصل الأول لمعايير دولية التحكيم التجاري وتطوره التاريخي في القانون الجزائري

تناولت في المبحث الأول: مفهوم التحكيم التجاري الدولي ثم تطور موقف المشرع الجزائري اتجاه التحكيم التجاري الدولي في المبحث الثاني.

أما الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وإجراءاته.

تناولت في المبحث الأول: القانون المختص بحكم اتفاق التحكيم التجاري الدولي وموضوعه.

أما المبحث الثاني فتناولت فيه القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم والحكم التحكيمي ثم الخاتمة التي تضمنت مجموعة من النتائج والتوصيات.

الفصل 1

معايير دولية التحكيم التجاري وتطوره التاريخي في القانون الجزائري

إن اقتناع الدول والمنظمات والشركات الدولية بجدوى التحكيم، وتشابك المصالح التجارية الدولية ألهمت حماسة الدول في ترسيخ التحكيم التجاري الدولي الذي يعتبر التطور الحقيقي للعلاقات التجارية الدولية ومحورها الأساسي غير أن الواقع يبين أن الدول العربية شأنها شأن الدول النامية حفاظاً على استقلالها وسيادتها فإنها لا تحاول أن تعرض منازعاتها التي تنشأ من جراء معاملاتها التجارية مع الأشخاص المعنوية الخاصة التابعة للدول الأخرى على محاكم أجنبية أو هيئات تحكيم دولية، حيث تعتبر أن عرض نزاعاتها عليها يشكل مساساً بسيادتها وتجاوزاً على قضائها الوطني، إلا أن ضرورات التعامل التجاري لهذه الدول جعلها تلجأ للتحكيم كوسيلة ناجعة لحل النزاع.

ومع ذلك لا يزال هناك بعض التحفظ والتردد من جانب الدول العربية في اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل النزاع، ومن بين هذه الدول الجزائر التي كان لها موقف سياسي اتجاه هذا الجهاز، حيث عرف النظام القانوني الجزائري اتجاه التحكيم التجاري الدولي مرحلتين متميزتين سأتناول شرحها في المبحث الثاني.

ولكن قبل التطرق لهاتين المرحلتين جدير بي أن أتطرق إلى المقصود بالتحكيم التجاري الدولي هذا الذي كان للجزائر موقف إزاءه، وتميزه عن المفاهيم المشابهة له والتي ظهرت في هذا الصدد وكذا معرفة متى يكون التحكيم التجاري دولياً؟ حتى يتسنى لنا تناول المبحث الثاني بكل وضوح.

1.1.1. مفهوم التحكيم التجاري الدولي

إن اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي كوسيلة سهلة ميسرة لأطراف النزاع اختاروها بمحض إرادتهم لحل ما ينشأ من نزاع بينهم اقتضته ضرورة التجارة الدولية، وقانون التجار يستوجب ضرورة التعريف بالتحكيم التجاري الدولي وكذا تمييزه عن المفاهيم المشابهة له والتي ظهرت في هذا الشأن كالتحكيم الوطني والتحكيم الأجنبي والتحكيم المدني والتحكيم التجاري وغيرها وتحديد دوليته.

لذلك سأتناول هذا المبحث في مطلبين الأول يتضمن تعريف التحكيم التجاري الدولي وتمييزه عن المفاهيم المشابهة له والثاني سأتناول فيه معايير دولية التحكيم التجاري الدولي.

1.1.1.1. تعريف التحكيم التجاري الدولي وتمييزه عن المفاهيم المشابهة له

إن مسألة تعريف التحكيم التجاري الدولي في هذا الإطار لا يقصد بها التعريف الدقيق لفكرة التحكيم، وإنما هي تعريف لدولية التحكيم التجاري، وعليه سأتناول هذا المطلب من خلال تعريف التحكيم التجاري الدولي وكذا تمييزه عن المفاهيم المشابهة له وذلك في الفرعين التاليين.

1.1.1.1.1. تعريف التحكيم التجاري الدولي

قبل التطرق إلى التعريف الاصطلاحي للتحكيم التجاري الدولي لا بأس أن نعرف معنى التحكيم لغة أولاً: التحكيم لغة: التحكيم مصدر حكم، يقال حكمت فلانا في مالي تحكيماً، إذا فوضت إليه الحكم فيه فاحتكم في ذلك، فالتحكيم لغة التفويض في الحكم، ويقال حكموه بينهم أي أمره أن يحكم بينهم، والمحكم هو الشيخ المجرب المنسوب إلى المحكمة، والحكمة هي العدل، ورجل حكيم، وأحكم الأمر أي أتقنه[1](81). وقد عرف العرب التحكيم قبل مجيء الإسلام داخل القبيلة الواحدة حيث يحتكم أفرادها لشيخ القبيلة، وكذا بين القبائل المتعددة حينما تثور النزاعات بينها [2](37).

ثانياً: التحكيم اصطلاحاً: عرف بعض الفقهاء العرب التحكيم على أن "التحكيم هو نظام قضائي خاص يختار فيه الأفراد قضاءهم ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق أو شرط خاص مكتوب، مهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت فعلاً بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية ذات الطابع

الدولي والتي يجوز تسويتها بطرق التحكيم بإنزال حكم القانون عليها، وإصدار قرار قضائي ملزم لها فهو ذلك النظام الذي يفصل في المنازعات المتعلقة بالتجارة والمبادلات الاقتصادية الدولية[3](211).

كما عرفته المادة 1492 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد لسنة 1981 "هو التحكيم الذي يتصل بمصالح التجارة الدولية"[4].

وعرفه آخرون على أنه "ذلك القضاء العام لمجتمع التجار ورجال الأعمال العابر للحدود"[5](187)، حيث جاءت عبارة العابر للحدود إثر انتقادات البعض لمصطلح التحكيم الدولي في هذا الموضوع على أساس أن هذا الأخير هو التحكيم الذي يتعلق بنزاع بين أشخاص القانون الدولي العام، مما تستلزم تطبيق أحكام هذا القانون، أما التحكيم الذي يهدف إلى فض المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية من أشخاص القانون الخاص أو بين شخص من أشخاص القانون الخاص والدولة (عقود الدولة)، فيحكمهم التحكيم العابر للحدود ولذلك فضل هذا الفقه هذه التسمية.

هذا وقد استعمل مصطلح "التحكيم التجاري الدولي" رسمياً عند انعقاد مؤتمر الأمم المتحدة حول التحكيم التجاري الدولي بتاريخ 20 ماي إلى 10 جوان 1958 والذي خص الإمضاء على اتفاقية دولية مهمة وهي اتفاقية "نيويورك" الخاصة باعتماد وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية.

كما استند البعض الآخر في تعريفه للتحكيم التجاري الدولي إلى تعريف العقد الدولي على أساس ارتباط التحكيم بالعقد الأصلي، فقد عرفه بعض الفقهاء: "بأنه اتفاق يتم بين طرفين أو أكثر من أشخاص القانون الخاص ويتجاوز بطبيعته القانونية والاقتصادية حدود نظام قانون داخلي، أو يقع في ذات الظروف مع شخص من أشخاص القانون الداخلي أو من أشخاص القانون الدولي لا يظهران في الرابطة العقدية بوصفهما سلطة عامة داخلية، وهذه الطائفة من العقود تمثل عقود القانون الدولي الخاص أو العقود الدولية"[6](10).

2.1.1.1. تميز التحكيم التجاري الدولي عن المفاهيم المشابهة له

كانت الفكرة القديمة في الفقه تذهب إلى عدم التفرقة بين التحكيم يصدر من أشخاص يعينون بموجب اتفاق في الاستناد إلى إرادة الأطراف، وبما أن التحكيم لا يعتبر عملاً من أعمال السلطة فهو غير مرتبط بدولة معينة، بالتالي فلا يمكن إصباح جنسية معينة عليه وإنما كون محايداً ولا يوصف بصفة الوطنية أو الأجنبية .

ولكن على الرغم من أن التحكيم يجد سنده من إرادة الأشخاص وبسماح من القانون إلا أن الرأي الراجح في الوقت الحاضر يذهب إلى اعتبار التحكيم عملاً قضائياً أساسه إرادة الأطراف مستقلاً عن القضاء الذي تمارسه الدولة وهناك رأي آخر يعتبر أن التحكيم ذو طبيعة مختلطة فيه سمات العقد وفيه سمات العمل القضائي[7](72).

أولاً: التحكيم الداخلي والتحكيم الأجنبي

إلا أن الفقه والقضاء يذهب في الوقت الحاضر إلى استعمال مصطلح التحكيم الداخلي والتحكيم الوطني والتحكيم الأجنبي والتحكيم شبه الدولي وكذلك التحكيم الدولي، والوقوف على دولية التحكيم التجاري أو أجنبيته هو من المسائل الصعبة والمعقدة وتتأتى هذه الصعوبة من تداخل المصطلحات السالف ذكرها.

حيث بدت "وطنية" أو أجنبية التحكيم في نظر البعض وكأنها نوع من الأشجار الكلمات وهي نوع الإساءة والإفراط في التعبير لأن وصف التحكيم "وطني" أو "أجنبي" يعني بالضرورة إضفاء جنسيته على هذا النظام، والحقيقة أن "وطنية" التحكيم التجاري أو أجنبيته يقصد بها الارتباط القائم بين التحكيم وبين النظام القائم لدولة معينة أي يوجد بين هذا التحكيم وبين النظام القانوني للدولة نقاط التقاء [8](60).

ثانياً: معايير التفرقة بين التحكيم الوطني والتحكيم الأجنبي

يُعد التحكيم الوطني ذلك التحكيم الذي تكون كل عناصره من حيث المنازعة أو الإجراءات أو محل إقامة طرفي النزاع، والمحكمين أو مكان إجراء التحكيم والقانون الواجب التطبيق منتمية ومنحصرة في دولة معينة وعلى العكس لو ارتبط هذا التحكيم في أحد عناصر بعوامل خارجية أو أجنبية سمي حينئذٍ بالتحكيم الأجنبي، أما دولية التحكيم فيعني العديد من نقاط الالتقاء التي لا صلة لها بأي من النظم القانونية الوطنية.

وهناك معيار آخر للفرقة يتمثل في المعيار الإجرائي حيث يرى البعض أنه للتمييز بين التحكيم الوطني والتحكيم الأجنبي والدولي يجب الاستناد إلى القانون الواجب التطبيق بالنسبة للإجراءات التي يخضع لها التحكيم، ومن خلال هذا يمكن التوصل إلى التمييز بين المفاهيم الثلاث حيث أنه إذا كان ذلك قانونا داخليا فإن التحكيم يعتبر تحكيما وطنيا، أما إذا كانت قواعد الإجراءات مأخوذة من القانون الأجنبي فإن التحكيم في هذه الحالة يكون تحكيما أجنبيا وإذا كانت قواعد الإجراءات مستمدة من نصوص اتفاقيات دولية فإن التحكيم يكون دوليا.

ويلاحظ أن التفرقة بين وطنية وأجنبية التحكيم تبدو ضعيفة لأن التحكيم الذي يعد وطنيا بالنسبة لدولة معينة هو أجنبي بالضرورة بالنسبة للدول الأخرى.

لذلك تعرض هذا المعيار للانتقادات ومن بينها احتمال سير إجراءات التحكيم في عدة دول بموجب قوانين متعددة.

من ناحية أخرى فإنه كثيرا ما يتطابق تعبير التحكيم الأجنبي مع تعبير التحكيم التجاري الدولي، فقد وجد الكتاب صعوبة كبيرة في التفرقة بينهما، حيث ذهب هؤلاء إلى القول إن الأجنبية هي في الواقع مرادفة للدولية[9](56).

وعليه فإن كل تحكيم أجنبي قد يكون مرادفا للتحكيم التجاري الدولي لأن التحكيم المذكور يتعدى في إجراءاته وأثره والقانون الواجب التطبيق، حدود دولة واحدة ولكن على العكس ليس كل تحكيم دولي مرادف للتحكيم الأجنبي ذلك لأنه قد تكون طبيعة النزاع دولية ويجري التحكيم في دولة واحدة ينتمي إليها أطراف النزاع ويطبق قانون تلك الدولة بالنسبة للإجراءات والموضوع مع ذلك فهو تحكيم دولي وهذا ما انتهى إليه القضاء الفرنسي وأخذ به التشريع الفرنسي في تعديله الجديد بتاريخ 12 ماي 1981 متعلق بشؤون التجارة الدولية .

وبالمثل قد تظهر التفرقة بين التحكيم التجاري الدولي والتحكيم التجاري الأجنبي في التمييز بين قرار التحكيم الأجنبي وقرار التحكيم الدولي، وأول جدل ثار حول هذه التفرقة كان عند وضع مشروع اتفاقية نيويورك سنة 1958 بشأن الاعتراف، وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية حيث اقترحت غرفة التجارة الدولية "باريس" استخدام مصطلح "قرار التحكيم الدولي"، أي ذلك القرار الذي ليست له أية صلة بنظام قانوني وطني مما يستجيب بالتالي لضرورات التجارة الدولية.

غير أن اتفاقية نيويورك استخدمت تعبير قرارات التحكيم الأجنبية وقد تصور البعض من الفقه أن الاتفاقية بهذا الحل تكون قد رفضت فكرة دولية قرارات التحكيم التجاري[9](56) ومن جهة أخرى فإن دولية التحكيم التجاري أخذت مدلولاً واسعاً لتشمل فضلاً عن التحكيم التجاري الدولي بمعنى الكلمة، التحكيم الذاتي الذي لا يمت بصلته لأي قانون وطني وأيضاً التحكيم[8](71) التجاري الذي يرتبط في عناصره المختلفة بالنظم القانونية لعدد من الدول.

من خلال كل ما ذكرناه نخلص إلى أن التحكيم الوطني هو الذي ينتمي بكل عناصره إلى دول معينة والذي يعني تحكيمياً أجنبياً في حالة طلب تنفيذ القرار الصادر في إقليم دولة أخرى وأن التحكيم التجاري الدولي هو ذلك التحكيم الذي قد تكون عناصره مزيجاً من تشريعات وطنية مختلفة.

وأخيراً يمكن رصد حقيقة العلاقة بين المفاهيم التي تطلق على التحكيم التجاري من خلال المعادلة التي أتى بها الدكتور أبو زيد رضوان وهي كالتالي:

تحكيم وطني / أجنبي: وطني بالنسبة لدولة ما وأجنبي بالنسبة لباقي الدول.

تحكيم أجنبي / دولي: أجنبي بحكم انتماء بعض عناصره لقوانين أجنبية ودولي سواء كان بالمعنى الجغرافي أو بحكم طبيعة المنازعة فيه.

وأخيراً تحكيم دولي / طليق: وهو تحكيم لا يمت بصلته بالقوانين الوطنية ويكون حسم النزاع فيه وفقاً لقواعد معيارية لا تستمد من تشريعات وطنية بذاتها بقدر ما تستمد من عادات وأعراف التجارة الدولية أو الاتفاقيات الدولية الموضوعية.

2.1.1.2. معايير دولية التحكيم التجاري الدولي

لم يستقر فقه قانون التحكيم على تحديد معيار لدولية التحكيم، وقد ظهر في هذا الصدد اتجاهان تبنى كل اتجاه معياراً، حيث أخذ الاتجاه الأول بالمعيار القانوني وأخذ الآخر بالمعيار الاقتصادي ثم نتطرق إلى موقف القضاء والمشرع الجزائري.

1.2.1.1. المعيار القانوني كأساس لدولية التحكيم

لقد تبنى هذا المعيار الكثير من فقهاء النظرية الشخصية ومن بينهم الأستاذ "باتيفول" الذي عرف العقد الدولي بأنه "ذلك العقد الذي يرتبط بأكثر من نظام قانوني من حيث العناصر الضرورية لانعقاده أو تنفيذه أو مركز طرفيه من ناحية جنسيتهم أو موطنهم أو مكان وجود الشيء محل العقد"[6](10).

كما تبنى القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بصيغته التي اعتمدها اللجنة في 21 جوان 1985 المعيار القانوني كأساس لدولية التحكيم، فقد حددت المادة الأولى في فقرتها الثالثة من هذا القانون متى يكون التحكيم دولياً.

مضمون المادة:

إذا كان مقر عمل طرفي اتفاق التحكيم وقت عقد ذلك الاتفاق واقعين في دولتين مختلفتين:

ومفاد ذلك أنه إذا كان مقر عمل طرفي التحكيم واقعا في دولة واحدة فإن هذا التحكيم يعد وطنياً لا يخضع للقانون النموذجي.

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

مكان التحكيم إذا كان محددًا في اتفاق التحكيم أو طبقاً له.

أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية أو المكان الذي يكون موضوع النزاع أو وثق الصلة به.

ج- إذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة

[10](1).

ومفاده أن دولية التحكيم مستندة إلى إرادة الأطراف، إذا أعلنت هذه الإرادة صراحة أن موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة فإن التحكيم يعد دولياً [11](96).

إذا يعتبر التحكيم التجاري دولياً وفقاً للمادة الأولى الفقرة الثالثة من القانون النموذجي:

إذا كان مقرّ عمل طرفي التحكيم واقعين في دولتين مختلفتين.

ومفاد ذلك أنه إذا كان مقر عمل طرفي التحكيم واقعاً في دولة واحدة فإن هذا التحكيم يعد وطنياً ولا يخضع للقانون النموذجي، والعبرة في تحديد ما إذا كان مقر عمل طرفي التحكيم واقعاً في دولتين مختلفتين أو دولة واحدة بوقت الاتفاق على التحكيم، ويترتب على ذلك أنه إذا اتخذ مقر عمل طرفي التحكيم وقت إبرام الاتفاق فإن هذا التحكيم لا يعد دولياً.

والسؤال الذي يطرح نفسه هو ما الحكم إذا كان لطرفي التحكيم أكثر من مقر عمل؟ أو إذا لم يكن لأحد الطرفين مقر عمل على الإطلاق؟

وهنا نجد المادة الأولى من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي قد تصدت لهذا السؤال في فقرتها الرابعة على أنه:

إذا كان لأحد الطرفين أكثر من مقر عمل فتكون العبرة بمكان العمل الأوثق صلة باتفاق التحكيم، وإذا لم يكن لأحد الطرفين مقر عمل فتكون العبرة بمحل إقامته [10](1).

والحالة الثانية التي يعتبر فيها التحكيم التجاري دولياً وفقاً للقانون النموذجي فهي حالة:

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

أولاً: مكان التحكيم إذا كان محددًا في اتفاق التحكيم أو طبقاً له.

واستند هذا القانون النموذجي في تحديده لدولية التحكيم على المعيار المكاني بحيث رغم أن كل من طرفيه له مقر عمل يقع في دولة واحدة، فإذا اتفق الأطراف على إجراء التحكيم في مكان خارج هذه الدولة التي يوجد بها مقر عملهم اعتبر التحكيم دولياً.

ويتحدد هذا المكان بطريقتين:

أ- أن يتفق الأطراف صراحة في اتفاق التحكيم على إجراء التحكيم في مكان ما يقع خارج الدولة التي يوجد بها مقر عمل الطرفين.

ب- أن يشير اتفاق التحكيم نفسه إلى طريقة تعيين هذا المكان دون أن يحدده صراحة.

ثانياً: أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية أو المكان الذي يكون موضوع النزاع أو وثق صلة به.

والحالة التي تعالجها هذه الفقرة تتعلق بالفرض الذي يكون فيه مقر عمل الطرفين موجودا في ذات الدولة، إلا أن مكان تنفيذ جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية أو المكان الذي يكون موضوع النزاع أو وثق صلة يكون موجودا خارج هذه الدولة.

وقد تم إعمال معيار القانون النموذجي لدولية التحكيم وعلى وجه التحديد الحالة المنصوص عليها في المادة الأولى فقرة 03 ب-2 أمام القضاء في هونغ كونج وذلك في قضية: "تتعلق هذه القضية بمنازعة حول عقد بيع فول الصويا بنظام التسليم بين شركتين من هونغ كونج حيث اتفق الأطراف على ان تكون هونغ كونج مكان الوفاء بالثمن، ومكان التحكيم عند النزاع، حيث أخضع العقد أيضا لقانون هونغ كونج، ونظرا لادعاء الشركة البائعة بأن الشركة المشتريّة قد أخلت بالتزامها بتسلم البضاعة لعدم تعيينها السفينة وعدم وفائها بخطاب فتح الاعتماد المتفق عليه، بدأت الشركة البائعة إجراءات التحكيم بتعيين محكمها إعمالا للقانون النموذجي للتحكيم، ولجأت إلى القضاء لتعيين محكم عن الشركة المشتريّة التي فوتت ميعاد تعيين محكمها دون أن تقوم بالتعيين" [11](101).

على أن الشركة المشتريّة دفعت أمام القضاء بعدم صحة تشكيل هيئة التحكيم حيث أن الأطراف لم يتفقوا على عدد المحكمين وحيث أن قانون التحكيم الداخلي في هونغ كونج ينص على أن هيئة التحكيم تشكل من محكم واحد عند عدم الاتفاق.

وعلى الرغم من أن محل إقامة الأطراف ومكان الوفاء بالثمن ومكان التحكيم ومكان الإخلال بالالتزام كان في هونغ كونج، وعلى الرغم من أن القانون الواجب التطبيق على النزاع هو قانون هونغ كونج، إلا أن القضاء انتهى إلى تطبيق القانون النموذجي استنادا إلى المادة الأولى فقرة 3 ب [10](3) من حيث أن تنفيذ جزء هام من الالتزام الناشئ عن العلاقة التجارية قد جرى خارج هونغ كونج وأن الأطراف لم يتفقوا على استبعاد تطبيق القانون النموذجي.

إلى جانب الحالتين الوارديتين في الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون النموذجي للتحكيم أضافت حالة ثالثة في الفقرة ج منها وهي: "إذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم يتعلق بأكثر من دولة واحدة فنكون بصدد تحكيم دولي".

ونجد هنا القانون النموذجي قد جعل من إرادة الأطراف العنصر الفعال في دولية التحكيم بحيث إذا اتفقت إرادة الأطراف على التحكيم يتعلق بأكثر من دولة، نكون بصدد تحكيم دولي.

ونحن نعتقد أنه وإن كان صحيحا أن المعيار القانوني هو الذي يجب الاعتراف به كما أقره القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي إلا أننا لا نرى أن مجرد توافر أي عنصر أجنبي يكفي في ذاته لإضفاء الصفة الدولية للعلاقة.

إذ يشترط في هذا العنصر أن يكون التحكيم مؤثرا بحيث تتحقق له فعالية في العلاقة وعليه فإن المعيار القانوني لا يكفي وحده كأساس لدولية التحكيم.

2.2.1.1. المعيار الاقتصادي لدولية التحكيم

تبنى هذا المعيار مؤيدو النظرية الموضوعية وهم ينظرون إلى العقد ليس باعتباره تصرفا مجردا من كل آثاره القانونية وإنما يعطون للعقد محتوى اقتصاديا واقعي، لأن العقد الدولي تصرف قانوني إرادي تترتب عليه آثار اقتصادية في المجال الدولي.

وعليه يعتبر العقد دوليا إعمالا للمعيار الاقتصادي إذا كان هذا العقد يتصل بمصالح التجارة الدولية[12](31).

ولما كان مصطلح التجارة الدولية هو في ذاته يحتاج إلى تعريف فإن محكمة النقض الفرنسية التي يرجع إليها الفضل في تدشين المعيار الاقتصادي، حرصت في العديد من أحكامها على إبراز ما هو المقصود بمصالح التجارة الدولية، وذلك من خلال الإشارة إلى ضرورة أن يكون العقد منطويا على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة، بأن تتضمن مثلا استيراد بضائع من الخارج أو تصدير منتجات وطنية إلى دولة أجنبية، أو بصفة عامة يترتب عليه حركة الذهاب والإياب للبضائع والأموال عبر الحدود[11](102).

إذن يعد تحكيميا تجاريا دوليا التحكيم الذي ينصب على نزاع ناتج بمناسبة عملية اقتصادية دولية، وخاصة إذا تعلق الأمر بالنزاعات الناتجة عن العمليات الاقتصادية التي تربط دولة أو أحد مؤسساتها بمؤسسة خاصة أجنبية، وقد ساير المشرع الفرنسي هذا الرأي وأخذ بالمعيار الاقتصادي في تعديله للمادة 1492 من قانون الإجراءات المدنية بتاريخ 12 ماي 1981 بالنص في هذه المادة على أن: "التحكيم يكون

دوليا، إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى تحريك مصالح التجارة الدولية"[03](230).

نستخلص مما تقدم أن التحكيم التجاري الدولي وهو ذلك النظام الذي يفصل في المنازعات المتعلقة بالتجارة أو المبادلات الاقتصادية الدولية.

وقد تعرض هذا المعيار للنقد من قبل بعض الفقهاء الذين يرون أنه لا يبدو دقيقا أن نطلق على المفهوم الاقتصادي للتحكيم الدولي اصطلاح "معيار" الدولية بل الأمر يتعلق بمجرد "شرط" لتطبيق حلول موضوعية معينة يعرفها القانون الفرنسي، كصلاحية شرط الدفع بالذهب أو بعملة أجنبية أو على أساس قيمتها، أو صلاحية اتفاق التحكيم واستقلاله عن العقد المتصل به[13](184).

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فالمفهوم الاقتصادي للتحكيم التجاري الدولي يبدو قاصرا لأن هناك من العقود والاتفاقات الدولية ما لا تستتبع الانتقال للقيم الاقتصادية ورؤوس الأموال عبر الحدود، كهبة العقار بين الأجانب على الإقليم الوطني، واتفاقات المقاصة بين البنوك وغيرها ومن ناحية أخرى فإنه ليس من اليسير في غالب الأحيان تحديد المقصود بحركة "المد والجزر" لقيام الاقتصادية عبر الحدود أي "المساس بمصالح التجارة الدولية".

ويرى هؤلاء الفقهاء أن المعيار القانوني هو المعيار الأصيل والقادر على تأكيد عالمية حلول القانون الدولي الخاص إذ يكفي أن يتصل العقد بأكثر من نظام قانوني حتى يكون دوليا.

ويرى البعض الآخر أن المعيار الاقتصادي وفقا لما سلف لا يتعارض مع المعيار القانوني والذي يعتبر العقد دوليا إذا اتصل بأكثر من نظام قانوني واحد، ذلك أن الآثار المترتبة على العقد والتي تنتج عنها انتقال الأموال من دولة إلى دولة أخرى والتي تتعلق بمصالح التجارة الدولية، والذي يتحقق معه المعيار الاقتصادي تعتبر في نفس الوقت متصلة بأكثر من نظام قانوني واحد، مما يجعلنا نقول بتوافر المعيار القانوني في نفس الوقت[13](185).

بحيث إذا كان البائع في عقد البيع الدولي جزائريا مقيما في الجزائر والمشتري أجنبيا يقيم في دولة تختلف عن دولة البائع بحيث يتم تسليم الشيء المباع ودفع الثمن في دولة ثالثة، فهنا يمكن القول بتوافر المعيار القانوني باعتبار أن عناصر الرابطة التعاقدية قد اتصلت بأكثر من نظام قانوني وأن انتقال البضائع والأموال عبر الحدود يؤدي إلى توافر المعيار الاقتصادي وبالتالي نجد الأول يؤدي إلى وجود الثاني.

نلاحظ من خلال كل هذه الآراء وهذه التعاريف أن رأي الفقه في تحديد مفهوم التحكيم التجاري الدولي متباين وغير مستقل فهل هو كذلك بالنسبة لموقف القضاء؟

3.2.1.1. موقف القضاء والمشرع الجزائري من دولية التحكيم التجاري

وأتناول فيه قضاء التحكيم وموقف المشرع الجزائري على التوالي:

أولاً: موقف القضاء

يعرف قضاء التحكيم، التحكيم التجاري الدولي على أنه ذلك التحكيم الذي يتعلق بالمنازعات التجارية ذات الطبيعة الدولية[14](1).

وقد ساير القضاء الفرنسي قضاء التحكيم، حيث قالت محكمة النقض الفرنسية أن التحكيم يكون تجارياً دولياً إذا تعلق النزاع بشؤون التجارة الدولية[15](41).

وقالت أيضاً أن التحكيم يأخذ صفة الدولية بالنظر إلى الطبيعة الجوهرية الدولية للنزاع المطروح[16](124).

وقد جاء في حكم لمحكمة استئناف باريس أن الطبيعة الدولية للتحكيم لا تستند إلى مكان إجرائه ولا إلى جنسية المحكمين، لكن تستند إلى كون المسألة المعروضة مسألة دولية، أي أن موضوع النزاع يدخل ضمن شؤون التجارة الدولية[17](95) كما قالت في حكم لها في 09 ديسمبر 1980 أن التحكيم متوفر فيه صفة الدولية إذا تعلق بتحريك مصالح التجارة الدولية[18](52).

إن تحليل هذه الأحكام، يدفعنا إلى القول أن هيئات التحكيم تميل إلى تبني المعيار الاقتصادي بصفة عامة، إذ نرى أن الصفة ذات علاقة بشؤون التجارة الدولية ومن شأنها أن تحرك قواعد قانون التجارة الدولية.

ومع ذلك فهي لم تتجاهل المعيار القانوني سواء كان ذلك بالنسبة للمنازعات التي يكون أطرافها أشخاصاً خاصة أو المنازعات التي تتعلق بعقود التنمية الاقتصادية وتكون الدولة طرفاً فيها.

ومن أمثلة منازعات الطائفة الأولى القرار التحكيمي الصادر سنة 1980 بين شركتين خاصيتين تابعيتين للقانون السويسري والذي أشار إلى الطبيعة الدولية للعقد، فجاء في حيثياته أنه يتعين بداية التذكير بأن البيع المبرم يعتبر دولياً على الرغم من أن كلا من البائع والمشتري يحمل نفس الجنسية وأن هناك عناصر خارجية لحقت هذا العقد مثل مكان الإبرام ومكاني تسليم البضاعة وشحنها[19](922).

وقالت في هذا الصدد أن هذه العناصر تضي على التحكيم المطلوب إجراؤه طابعا دوليا، حيث أن النزاع القائم بين الطرفين يتضمن مساسا بشؤون التجارة الدولية، وإن هذا العامل يعتبر مهما لإضفاء الطابع الدولي على التحكيم المطلوب إجراؤه على الرغم من أن طرفيه ينتميان إلى نفس الدولة[6](22-23).

ومن أمثلة الطائفة الثانية التي جمعت فيها هيئة التحكيم الدولية بين المعيارين ما قضت به هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بتاريخ 19 جانفي 1977 في قضية Texacoet Galasiatic ضد الحكومة الليبية، إذ رأى المحكم الوحيد في القضية أن العقد المتنازع عليه هو عقد دولي سواء بالمعنى الاقتصادي لأنه يثير مصالح التجارة الدولية، أو بالمعنى القانوني لأنه يتضمن عناصر إسناد لدول مختلفة[20](350).

وأخيرا نتوصل إلى القول أن قضاء التحكيم يميل إلى تبني النظرية الموضوعية أي الأخذ بالمعيار الاقتصادي بصفة أساسية وهذا الموقف له مبرراته.

فقد تأثر قضاء التحكيم باجتهاد القضاء الفرنسي الذي تبنى المعيار الاقتصادي في المرحلة الأولى أي في أعقاب الأزمة الاقتصادية العالمية لسنة 1931، حيث صدر حكم عن محكمة النقض الفرنسية سنة 1927، انتهت المحكمة فيه إلى أن العقد التجاري الدولي هو العقد الذي يثير مصالح التجارة الدولية[21].

وقد تأيد هذا الاجتهاد القضائي بحكمين آخرين صادرين عن محكمة النقض أيضا بعد فترة وجيزة، موضوعها يخص مدى صحة شرط التحكيم الوارد في عقد تجاري.

أ- الحكم الأول يعرف بقضية مار دولي MARDOLIE :

تتلخص وقائع هذه القضية في حدوث عقد أبرم بفرنسا بين فرنسيين وكان موضوع العقد هو نقل بضائع من الولايات المتحدة الأمريكية إلى ميناء فرنسا مع اشتراط المتعاقدين الخضوع للقانون الإنجليزي وعرض النزاع على التحكيم[22](514).

ب- الحكم الثاني يعرف بقضية دامبريكورت DUMBRICOURT

تتلخص وقائع هذه القضية في وجود عقد بيع قمح مستورد من أمريكا من وكيل فرنسي لصالح شركة فرنسية وأقرت محكمة النقض: "حيث أن الصفقة موضوع النزاع تتعلق بقمح مستورد من الخارج يتم

إبرامها بواسطة وكلاء و أن القمح تم شحنه بالولايات المتحدة وحصل تسليمه بسان لازير (ميناء فرنسي)، وأن العقد المبرم يعتبر لهذا السبب متعلق بمصالح التجارة الدولية وأنه طالما أن بطلان شرط التحكيم المنصوص عليه في المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي ليس من النظام العام بفرنسا والعدول عن أحكام هذه المادة واختيار قانون أجنبي لتنظيم اتفقاتهم كالقانون الإنجليزي الذي يجيز شرط التحكيم"[23].

وقد تبين من الحكمين أن محكمة النقض الفرنسية لم تعط أي اهتمام لعناصر المعيار القانوني

(كموطن الطرفين أو جنسيتهما أو مكان إبرام العقد أو تنفيذه وإنما ركزت على أن العقد يثير مصالح التجارة الدولية وعليه تأكدت فكرة تبنيها للمعيار الاقتصادي) [6](28).

وقد استقر القضاء الفرنسي فترة طويلة على هذا النحو إلى أن تبنى المعيار القانوني في مرحلة ثانية برزت من خلال الحكم الصادر بتاريخ 4 جويلية 1972 عن محكمة النقض الفرنسية.

ووقائع هذه القضية هي إبرام شركة بوسمان (Bouismans) عقد توكيل تجاري مع مواطن فرنسي "هيشت" في هولندا بموجبه يتولى "هيشت" تسويق منتجات الشركات بفرنسا ولحسابها وتقرر في هذا الحكم: "حيث أن العقد المتنازع عليه والذي أبرم بهولندا بين شركة تجارية خاضعة للقانون الهولندي ومواطن فرنسي يعتبر عقدا دوليا، أي العقد يرتبط بأنظمة قانونية صادرة عن عدة دول وأنه يكتسي هذه الصفة استنادا إلى مكان إبرامه بهولندا وجنسية الطرفين المختلفة وموضوعه الذي كان يتمثل في إعطاء "هيشت" المواطن الفرنسي صلاحية القيام بتصرفات قانونية باسم الشركة الهولندية بغية رفع حجم صادرات هذه الشركة من البضائع بفرنسا"[24](82).

وقد وصف الفقه هذا الحكم بأنه يشكل بداية تحول القضاء الفرنسي من المعيار الاقتصادي إلى المعيار القانوني بحجة أن المعيار الأول ضيق ولا يفي بالحاجة.

وقد أعقب حكم "هيشت" حكم آخر لا يقل أهمية يعرف بقضية "تاردييه" وشركة بورودون [25](315-198) tardir bourdon ومن خلاله سلم كثير من فقهاء القانون الدولي الخاص في فرنسا بأن القضاء الفرنسي قد تخلص عن تبني المعيار الاقتصادي إلى تبني المعيار القانوني وحده، إلا أن رأي آخر

[6](32-37) توصل إلى أن القضاء الفرنسي قد جمع بين المعيارين في حكمها الصادر [26](502) بتاريخ 1976-06-30.

وإذا كان هذا هو موقف كل من قضاء التحكيم والقضاء الفرنسي فما هو موقف المشرع الجزائري من معايير دولية التحكيم التجاري؟

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

نحلل موقف المشرع الجزائري من خلال التطرق للنصوص القانونية وفي هذا الصدد نميز بين حكم المادة 458 مكرر المستحدثة بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-09 والمادة 1039 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/04/23 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أ- تحليل المادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية

إن موقف المشرع الجزائري ظهر جليا من خلال نص المادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية التي تقضي بما يلي: "يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية، والتي يكون مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج" [27].

ويستشف من هذا التعريف أن المشرع الجزائري اعتمد المعيار المزدوج لتحديد دولية التحكيم، المعيار الأول اقتصادي لأخذه بمصالح التجارة الدولية، والمعيار الثاني قانوني لأخذه باختلاف مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج علما أن المادة 458 مكرر قد مزجت بين المادة 1492 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي التي تنص: "يعتبر دوليا التحكيم المتعلق بمصالح التجارة الدولية".

والمادة 176 من القانون السويسري المتعلق بالقانون الدولي الخاص والتي تنص: "يطبق القانون

الجديد:

إذا وجد مقر محكمة التحكيم في سويسرا.

أن يكون مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج وقت إبرام مشاركة التحكيم"

وعلى هذا الأساس يكون المشرع الجزائري قد تبنى معيارين لتحديد دولية التحكيم، المعيار الاقتصادي والمعيار القانوني.

1- المعيار الاقتصادي: ويظهر جليا من خلال الفقرة الأولى من نص المادة 458 مكرر قانون الإجراءات المدنية والتي تنص على ما يلي: "يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية..."

ويؤخذ من العملية الاقتصادية موضوع النزاع فكلما كان موضوع النزاع يتعلق بالتجارة الخارجية اعتبر التحكيم دوليا بغض النظر عن أطرافه أو القانون الواجب التطبيق، أو مكان أو لغة التحكيم وهذه الخاصة فرنسية محضة أخذت من المادة 1492 قانون الإجراءات المدنية الفرنسية التي تنص: "يعتبر دوليا التحكيم المتعلق بمصالح التجارة الدولية"[28] فحسب هذا المعيار لا يؤخذ بعين الاعتبار إلا العوامل الأكثر موضوعية للطابع الدولي.

وعليه نستنتج أن المشرع الجزائري قد تبنى معيار ارتباط النزاع بالتجارة الدولية حيث اشترط لوجود الصفة الدولية في حكم هذا القانون أن يكون النزاع متعلقا بمصالح التجارة الدولية وبذلك يؤكد ارتباط المفهومين "التجاري والدولي" فلا نقول أننا بصدد تحكيم دولي إلا إذا كانت العلاقة ذات طابع تجاري محض[29](379).

وإن المشرع الجزائري لم يكتف بالنص عن المصالح التجارية فقط وإنما استوجب وجود طرف يكون مقره أو موطنه في الخارج وهذا هو المعيار القانوني.

2- المعيار القانوني: وقد نصت عليه المادة 458 مكرر في فقرتها الثانية "...والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج" وهذه الخاصة مأخوذة من المادة 176 من القانون السويسري التي تنص على: "يطبق القانون الجديد:

إذا وجد مقر محكمة التحكيم في سويسرا.

أن يكون مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج وقت إبرام مشاركة التحكيم".

إن الملاحظة الأولى التي تبرز من خلال المادتين أن طرق الإسناد المأخوذ بها هي الموطن بالدرجة الأولى نظرا لما للموطن من أهمية قانونية في علاقات التجار الدولية كذلك إن النص على تمييز

التحكيم التجاري الدولي بالرجوع إلى موطن أو مقر أعمال أحد الطرفين، الغرض منه توسيع نطاق التحكيم ولو كان أطراف العقد من جنسية واحدة، ولكن مادام العقد الأصلي بينهما يخص مصالح التجارة الدولية ومقر أحدهما أو موطنه موجود بالخارج، فهناك قرينة على دولية العقد ودولية التحكيم.

يلاحظ أن المشرع الجزائري بتبنيه المعيار القانوني لم يحدد الوقت الذي يتم فيه تحديد العنصر الأجنبي بالنسبة للنظام القانوني الجزائري عكس ما قام به القانون السويسري الذي حدد العنصر الأجنبي "بوقت إبرام مشاركة التحكيم" وعلى هذا الأساس يكون القانون الجزائري أكثر ليبرالية من القانون السويسري.

وعليه وطبقا للقانون الجزائري لكي يكون التحكيم دوليا، يجب أن يختص بمصالح التجارة الدولية، وأن لا يكون مقر كل الأطراف في الجزائر [30] (32-33) فالمشرع يرى في مقر أو موطن أحد الأطراف في الخارج عنصرا فعالا لاكتساب صفة الدولية، لأنه يتصل بأكثر من نظام قانوني، فالمشرع الجزائري قد فرق بين الشخص الاعتباري والشخص الطبيعي فإذا كان أحد الطرفين شخصا اعتباريا تم تركيزه خارج الحدود عن طريق المقر الاجتماعي.

أما إذا كان أحد الطرفين شخصا طبيعيا فيتم تركيزه في الموطن.

والسؤال المطروح في هذا الإطار لماذا اعتمد المشرع الجزائري المعيار المزدوج رغم أن التشريعين اللذان استمد منهما قد أخذ كل واحد منهما بمعيار واحد فقط؟

لم يعط أي تفسير من قبل واضعي النص، لكن الأستاذ أسعد يرى في هذا المجال أن وضع معيار منعزل عن المعيار الآخر يبدو غير كافٍ، لأن الضمان البنكي الذي يمنح لحساب مؤسسة جزائرية يكون طبعا لتحقيق مصالح تجارية دولية [29] (282-283) وعليه فالمشرع الجزائري في المادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية لم يكتف لإسباغ صفة الدولية على التحكيم التجاري بتحقق عنصر أجنبي في العلاقة ولكن أكثر من ذلك يجب أن يتعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية.

ب- تحليل المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

إن تحليلنا للمادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية المستحدثة بالمرسوم التشريعي 93-09 أوصلنا إلى أن المشرع الجزائري قد اعتمد المعيار المزدوج في تحديده لدولية التحكيم، فما هو الحال بالنسبة للمادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية؟ والتي تنص على ما يلي: "يعد التحكيم دوليا،

بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل"، إذا حاولنا مقارنة المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالمادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية نجد أن هناك اختلافاً كبيراً يتمثل فيما يلي: لقد نصت الفقرة الأولى من المادة 458 مكرر والتي أخذ فيها المشرع الجزائري بالمعيار الاقتصادي لدولية التحكيم بنصها "...التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية"، بينما الفقرة الأولى من المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتحدث عن: "...التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية".

إن المشرع الجزائري قد أخذ هنا أيضاً بالمعيار الاقتصادي في تحديده لدولية التحكيم مستعملاً مصطلحاً مخالفاً هو "المصالح الاقتصادية" بدلاً من مصطلح "مصالح التجارة الدولية" المستعمل في المادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية.

وقد أوجد بعض الفقهاء تفسيراً لهذا التعبير وهو أن هناك بعض الأنظمة القانونية تعطي التحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية أضييق نطاق ممكن وذلك هو المفهوم المستعمل لمصطلح "المصالح التجارية الدولية" أو "التحكيم التجاري الدولي" [31](20)، ومنها ما تبنى اتجاهاً متحرراً في التحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية، فتأخذ بأوسع نطاق ممكن، وتلك هي الأنظمة المتبينة "المصالح الاقتصادية الدولية" أو "التحكيم الاقتصادي الدولي" ومصطلح الاقتصادية قد انتصر في وصف التحكيم بكونه تحكيمياً اقتصادياً بدلاً من تحكيمياً تجارياً، لكونه أشمل وأعم بحيث يشمل المعاملات التجارية والمدنية.

كما أن المفهوم التقليدي لتجارية التحكيم قد اعتمده وتبنته معظم الأنظمة القانونية اتفاقاً مع السياسة التشريعية المتحفظة اتجاه التحكيم وهذا ما لاحظناه في المادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية المستحدثة بالمرسوم التشريعي 93-09 الذي أخذت فيه الجزائر بالتحكيم التجاري الدولي لأول مرة بعد تحفظ كبير وهذا ما يفسر استعمالها لمصطلح "المصالح التجارية الدولية" بدلاً من "المصالح الاقتصادية الدولية".

ويقصد بالمعيار التقليدي لتجارية التحكيم قصر مصطلح التحكيم التجاري على المنازعات التي تتصف بالطبيعة التجارية، وفقاً لمعيار تقسيم المنازعات إلى تجارية ومدنية ويرتبط اعتناق المفهوم التقليدي لتجارية التحكيم بالأنظمة التي لا تناصر التحكيم أو على الأقل تلك التي تنظر إليه بنظرة الريبة، فهي أنظمة

تحاول أن تعترف للتحكيم بمشروعيته ولكن في نطاق ضيق، معياره أن يتعلق التحكيم بالمنازعات التجارية بمفهومها في التقنيات التجارية.

إذا المشرع الجزائري باعتماده مصطلح "المصالح الاقتصادية الدولية" المنصوص عليه في المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يكون قد تبني سياسة تشريعية متحررة اتجاه التحكيم ومواكبا لما هو مستقر عليه في واقع التحكيم التجاري الدولي.

وقد تبنت معظم القوانين المتطورة المفهوم الحديث لاقتصادية التحكيم وهو المفهوم الذي يكفي بكون المنازعة محل التحكيم تتعلق بتبادل قيم اقتصادية في مقابل [31](73) ومن بين هذه القوانين التي أخذت بهذا القانون، القانون المصري الجديد رقم 27 من سنة 1994 والذي نص في مادته الثالثة على ما يلي: "يكون التحكيم تجاريا في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي، عقدية كانت أو غير عقدية ويشمل ذلك على سبيل المثال: توريد السلع أو الخدمات والوكالات التجارية، عقود التسديد والخبرة الهندسية أو الفنية ومنح التراخيص الصناعية والسياحية وغيرها، ونقل التكنولوجيا والاستثمار وعقود التنمية وعمليات البنوك والتأمين والنقل وعمليات التنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط وشق الطرق أو الأنفاق واستصلاح الأراضي الزراعية وحماية البيئة وإقامة المفاعلات النووية"[32](46).

والمشرع المصري رغم عدم تبنيه صراحة لمفهوم اقتصادية التحكيم لكن استعماله لمصطلح "ذات طابع اقتصادي" تؤكد تصميمه على تبني مفهوم اقتصادية التحكيم فقد ذكر أمثلة يعتبر التحكيم في شأنها تجاريا على الرغم من عدم ورودها في أمثلة القانون النموذجي وكونها أيضا لا تتمتع بالطبيعة التجارية وفقا للتقنين التجاري المصري كما هو الحال في شأن "استصلاح الأراضي" و أعمال التنقيب واستخراج الثروات الطبيعية"[32](50).

كما أن محكمة استئناف باريس قد انتهت في حكمها الصادر في 13-06-1996 إلى أنه: "في مجال التحكيم الدولي فإن مفهوم التجارية لا يختلط بذلك المتعلق بالعمل التجاري بالمعنى الضيق والفني في القوانين الداخلية، حيث يعد تجاريا كل تحكيم دولي يتعلق بمنازعة تولدت بمناسبة عملية اقتصادية دولية ومتصلة، بهذا الشكل بمصالح التجارة الدولية، فهذه التجارية لا تعتمد على صفة الأطراف أو على موضوع العقد أو على القانون الواجب التطبيق".

وعليه فإن هذا الحكم قد أفصح عن تبني المفهوم الواسع لتجارية التحكيم الدولي وهو المفهوم الاقتصادي[31](77).

إن الفقه الحديث يفضل تسمية التحكيم الاقتصادي الدولي لتمييزه بالطبيعة الحيادية بعكس مصطلح التحكيم التجاري الذي قد يفهم بمعناه الضيق فيقتصر على المعاملات التجارية فقط، بينما مصطلح "التحكيم الاقتصادي" يشمل التحكيم في المنازعات البحرية وإن كانت مدنية، كما أنه يشمل التحكيم في منازعات العقود الإدارية على الرغم من أنها ليس من قبيل المنازعات التجارية.

فالمعيار الحديث لاقتصادية التحكيم يرتبط بالسياسات التشريعية المتحررة وهو يهدف إلى التوسيع من نقاط المنازعات القابلة للتحكيم، وعليه يمكن القول أن المشرع الجزائري باعتماده هذا المصطلح يكون قد انتهج سياسة تشريعية متحررة موسعا بذلك دائرة النزاعات التي تقبل حلها عن طريق التحكيم، مسايرا لذلك ضرورات التجارة الدولية وما استحدثته من أنظمة حديثة تقتضي تبني مثل هذا المعيار الواسع.

والسؤال المطروح في هذا الإطار هو هل المشرع الجزائري بتعديله لقانون الإجراءات المدنية قد أخذ أيضا بالمعيار المزدوج لإضفاء صفة الدولية للتحكيم أم الأمر غير ذلك؟

بعدما رأينا أن المشرع قد اعتمد المعيار الاقتصادي في المادة 1039 فقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فما هو الحال بالنسبة للمعيار القانوني الذي اعتمده في المادة 458 مكرر الإجراءات المدنية بقوله: "...والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج"[27] ؟

تنص المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "...التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

إن العلاقات محل البحث والتي سبق وأن رأيناها في تحليلنا للمادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية هي العلاقات التجارية على الصعيد الدولي التي تخضع للقانون الدولي الخاص والتي تكون الدولة أو إحدى هيئاتها العامة أو مؤسساتها العامة طرفا في التعاقد مع شخص آخر طبيعي أو اعتباري.

لكن المشرع الجزائري في المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجده غير مسار المادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية بحيث اعتمد المعيار العضوي أي اعتبارا لصفة الأطراف بقوله "الدولتين على الأقل".

واعتماد المشرع لهذا المعيار يجعلنا نطرح عدة تساؤلات منها ما هو المصدر الذي استمد منه المشرع هذا الحكم؟ ولماذا تخطى عن المعيار القانوني الوارد في المادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية السالفة الذكر مع أنه يتفق مع الحكم المقرر في معظم الأنظمة القانونية وموقف القضاء الفقه في هذا الصدد؟

وإذا سايرنا موقف المشرع وأخذنا بنصه "الدولتين على الأقل" فهل هذا يعني أن المشرع قد استبعد العقود المبرمة بين الخواص؟ كذلك ما هو الحكم في الحالة التي يكون فيها العقد مبرمًا بين دولة وشخص خاص طبيعي بحيث تكون هنا الدولة باعتبارها شخصا من أشخاص القانون الخاص؟ إن هذه العقود تعد ضمن عقود التجارة الدولية وتخضع لقانون الإرادة لسببين: أولهما المعيار الاقتصادي والمعيار القانوني في العقد الذي تبرمه الدولة و ثانيهما أن الدولة المبرمة للعقد لا تتعامل كصاحبة سلطة وسيادة بل تتعامل باعتبارها شخصا عاديا ولا تفرض بذلك قانونها.

إن المتمعن في نص المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد المشرع يخلط بين نطاق القانون الدولي العام والقانون الذي يحكم المعاملات التجارية الدولية، فقانون التجارة الدولية لا يخص إلا علاقات القانون الخاص دون النظر إلى صفة أطرافها فالعبرة بطبيعة العملية وكونها من روابط القانون الخاص ومنه يتعين في هذا الصدد استبعاد المنازعات التي تكون الدولة فيها سلطة ذات سيادة، أي تتسم بطابع سياسي في مجال المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية مثل القروض بين الدول، بمعنى أنه يتعين استبعاد منازعات التحكيم التجاري التي تجري بين الدول أو بين دولة أو أحد أجهزتها العامة من ناحية وبين هيئة دولية من ناحية أخرى لأنها ترتبط بأحكام القانون الدولي العام[33](27).

والمشرع الجزائري بعد اعتماده للمعيار المزدوج في تحديده لصفة دولية التحكيم في المادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية والذي اعتبر في هذه المادة أن مقر أو موطن أحد الطرفين في الخارج عنصرٌ فعالٌ لاكتساب صفة الدولية على اعتبار أن العقد يتصل بأكثر من نظام قانوني، علما أنه قد أخذ هذا المعيار من القانون السويسري في مادته 176 بينما نجده في المادة 1039 يتبنى المعيار الاقتصادي موسعا

نطاق النزاعات القابلة للتحكيم رابطا صفة الدولية بالتحكيم متى كان موضوعه نزاعا يتعلق بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل، وعليه نفهم من المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن المشرع قد طلب لدولية التحكيم شرطا واحدا وهو أن يكون موضوعه نزاعا يتعلق بالمصالح الاقتصادية على أن تكون هذه المصالح خاصة بدولتين على الأقل، أي موضوع النزاع يرتبط بأكثر من دولة واحدة، وارتباط النزاع بأكثر من دولة يعني ضرورة أن يكون واردا على عملية من العمليات التي يترتب عليها حركة خروج ودخول للقيم المالية عبر الحدود وهذا ما يجعلنا نصل إلى نتيجة أن المشرع الجزائري في المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد اعتمد المعيار الاقتصادي فقط لتحديد دولية التحكيم متبنيا المعيار الحديث ومتبعا بذلك منطق السياسات التشريعية المتحررة هادفا من وراء ذلك جذب الاستثمار وبث روح الطمأنينة لدى رجال الأعمال والمستثمرين.

بعد تطرقنا لتعريف التحكيم التجاري الدولي وتمييزه عن المفاهيم المشابهة له، وكذا معايير دولية التحكيم الدولي هناك مسألة مهمة سنتناولها في المبحث الثاني وهي تطور موقف المشرع الجزائري اتجاه التحكيم التجاري الدولي.

2.1. تطور موقف المشرع الجزائري اتجاه التحكيم التجاري الدولي

مما لا شك فيه أن التحكيم في الجزائر كنظام قانوني لحل النزاعات ليس وليد التعديلات الجديدة لقانون الإجراءات المدنية، بل وجد في القانون القديم ولكن تحت عنوان التحكيم وليس التحكيم التجاري الدولي، كما أنه لم يصل إلى ما هو عليه اليوم من تعديل قانوني جديد إلا بعد مروره بتطورات إيديولوجية اقتصادية واجتماعية حيث مر بمرحلتين هامتين اتسمت الأولى بالتحفظ والتردد وتميزت الثانية بالانفتاح على التحكيم التجاري الدولي وهذا ما سوف نتطرق إليه في ثلاث مطالب: الأول يتعلق بمرحلة ما قبل تعديل قانون الإجراءات المدنية والثانية مرحلة الانفتاح على التحكيم والثالثة مرحلة تعديل قانون الإجراءات المدنية المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 23 أبريل 1993 والأحكام الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بالقانون 08-09 الصادر في 25 فيفري 2008.

1.2.1.1. مرحلة ما قبل تعديل قانون الإجراءات المدنية

إن الجزائر بعد استعادتها لاستقلالها وسيادتها وبسط الشرعية لسلطاتها الثلاث، ومن بينها السلطة القضائية مانعت طويلا ظهور أي نظام غريب من شأنه اقتسام السلطة والمتمثل في التحكيم التجاري الدولي.

1.1.2.1. مظاهر وأسباب التحفظ والمعارضة

المحاكم الوطنية والقانون الجزائري هما المختصان في حل المنازعات التي يكون أحد الأطراف فيها جزائريا، وانطلاقا من هذه الفكرة برزت معارضتها وتحفظها اتجاه التحكيم التجاري الدولي وتجلت في مظاهر عدة هي كالتالي:

أولا: مظاهر التحفظ والمعارضة: الجزائر كانت منذ الاستقلال حذرة لا تترتاح إلى التحكيم التجاري الدولي ويفسر الفقه سبب ظاهرة الحذر والمعارضة من التحكيم التجاري الدولي بقوله " قبل الاستقلال كانت النزاعات النفطية (علما أن المحروقات تعتبر الميدان الحساس في العلاقات الجزائرية الفرنسية بعد الاستقلال) تؤول إلى مجلس الدولة الفرنسي ثم أصبحت تخضع إلى التحكيم الدولي فانقل الاختصاص القضائي من مجلس الدولة الفرنسي إلى التحكيم التجاري الدولي عوض أن ينتقل إلى المحكمة العليا الجزائرية، وذلك من أجل أن تكون المحاكم الجزائرية مختصة [34](78).

كما أن الجزائر منذ الاستقلال كانت في التجارة الدولية مرغمة على التحكيم الدولي تخضع له أكثر مما تقبل به، لأنه الطريق الوحيد لحل خلافات التجارة الدولية [29](853).

وأزمة التحكيم الدولي في الجزائر جاءت تعبر عنها مواقف شددت الأنظار أهمها:

أ- المذكرة المقدمة من الدولة الجزائرية إلى مؤتمر رؤساء الدول الأعضاء في "الأوبيك" وفيه تستعيد الجزائر شكواها ليس من مبدأ التحكيم وإنما من سوء تكييفه مع متطلبات وأوضاع العالم الثالث.

وتشير المذكرة إلى أنه في حال عدم التكييف مع خصائص أوضاع دول العالم الثالث فإنها ستجد نفسها مضطرة لإنشاء نظام تحكيمي خاص بها لا تلتزم بسواه أو أنها ستعود للقضاء الداخلي الوطني لكل بلد من هذه البلدان النامية [35](132).

ب- كذلك غياب النصوص القانونية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي في قانون الإجراءات المدنية الجزائري الصادر في 1966 حيث نظم هذا الأخير التحكيم في العلاقات الداخلية فقط وخص له الكتاب الثامن ولم يأت بأي باب خاص بالتحكيم التجاري الدولي.

ج- إلى جانب هذا ذهب المشرع في نص المادة 2/442 الأمر رقم 154-66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية إلى منع وعدم السماح للدولة ولا للأشخاص الاعتبارية العمومية اللجوء إلى التحكيم.

د- عدم مصادقة الجزائر على الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي ومن بينها:

1- برتوكول جنيف لسنة 1923 المؤرخ في 24 سبتمبر والمتعلق بشرط التحكيم، ثم اتفاقية جنيف

لـ 26 ديسمبر 1927 والخاصة بتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية .

2- واتفاقية نيويورك لسنة 1958 والمتعلقة بالاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية واتفاقية الرياض

لسنة 1983 الخاصة بالتعاون القضائي.

3- وكذا اتفاقية عمان لسنة 1983 (الاتفاقية العربية) حول التحكيم التجاري الدولي.

4- كذلك التحفظ البارز الذي وضعته الجزائر عند مصادقتها مؤخرا في سنة 1988 على اتفاقية

نيويورك لسنة 1958 والمتمثل في مبدأين هما: مبدأ التجارة ومبدأ المعاملة بالمثل.

ثانيا: أسباب التحفظ والمعارضة: إن المشكل الذي يطرح أمامنا اليوم الخاص بمعرفة لماذا الجزائر المستقلة قد عبرت دائما عن عدائها للتحكيم التجاري الدولي، ثم بدأت تدريجيا تعترف بضرورته، فهل هذا العداء كان نتيجة طبيعة اختيارات الجزائر السياسية والاقتصادية أو على العكس يرجع لطبيعة التحكيم التجاري الدولي نفسه.

ومسألة النظام السياسي أو الاقتصادي لا يمكن أن يكون السبب مهما كان الاختيار الإيديولوجي سواء الاشتراكية أو الليبرالية أي اقتصاد السوق، فإن موقف الجزائر يكون نفسه اتجاه التحكيم الدولي أي موسوم بالتحفظ والتردد إذن فهو ليس فقط مسألة توجه سياسي أو اقتصادي ولكن قبل كل شيء مسألة سيادة الدولة سيما أنها تتمثل في سلطة إنشاء وتطبيق القانون وسلطة توقيع الجزاء، وسلب الدولة اختصاص

المحاكم العادية هو انتصار أول للتحكيم و سلب الدولة لاختصاص قضائي على الأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام أو فروع الدولة تعتبر انتصاراً أكبراً للتحكيم، زيادة على الأسباب الخاصة بكل دولة ومنها الجزائر فإن التخوف والتردد لم يخصها هي فقط بل تقاسمها عدة دول عربية و افريقية وشمل حتى بعض الدول الغربية[36](23).

والأمر الذي أثار تخوف هذه البلدان وعلى رأسها الجزائر هي التجارب القاسية التي مرت بها الدول العربية في قضايا تحكيم معروفة وأساسية التي كان من نتائجها شعور هذه الدول بتحيز المحكمين وعدم موضوعيتهم من خلال القرارات التحكيمية الشهيرة التي فصلوا فيها واتخذوا فيها موقفا غير حيادي، معتبرين القوانين الداخلية للعالم الثالث متخلفة ولا يمكن تطبيقها.

2.1.2.1. سوابق تحكيمية والنصوص القانونية المحدودة

سنتناول في هذا الفرع هذا كل من السوابق التحكيمية والنصوص القانونية المحدودة:

أولاً: السوابق التحكيمية: وفيما يلي نشير لهذه السوابق التحكيمية باختصار شديد:

أ- القرار التحكيمي في نزاع بين حاكم إمارة أبو ظبي وشركة التنمية البترولية المحدودة الذي صدر في 28 /08 /1951، حيث استبعد المحكم الانجليزي Asquith Bishop Ston تطبيق قانون أبو ظبي المختص أصلاً، رغم نصوص العقد الواضحة (حيث تم التعاقد في أبو ظبي والمفروض أن يتم تنفيذ العقد كله هناك) بما أنه القانون الواجب التطبيق ولكن المحكم الانجليزي أراد أن يقول: لا يمكن أن نقول باطمئنان بوجود قانون، فالشيخ يطبق عدالة تقديرية عن طريق القراءان ومن الخيالي أن ندعي أنه في هذا الإقليم البدائي توجد مجموعة مستقرة من المبادئ القانونية يمكن تطبيقها على تفسير الوثائق التجارية الحديثة كما أنني لا أجد أسباباً لتطبيق القانون الانجليزي لأن المادة 17 من العقد تنفي ذلك، ولكن يجوز تطبيقه باعتباره جزء من القانون الطبيعي المستقر في الدول المتمدينة[06](395).

وقام بتطبيق القانون الانجليزي باعتباره يمثل المبادئ المطبقة في الدول المتحضرة تاركاً جانباً مبادئ الشريعة الإسلامية.

ب- قرار أرامكو: وقد صدر في 1958 /08/23 في نزاع بين شركة أرامكو ضد الحكومة السعودية والذي رفض فيه المحكم السويسري suser hall تطبيق القانون السعودي المستمد من الشريعة الإسلامية بحجة أن القانون المذكور لا يتضمن ما يسمى بالمبادئ العامة للقانون.

ج- قرار ساثير: سنة 1963 بين شركة saphir petroleum ضد شركة البترولية الإيرانية حيث قرر المحكم cavin تطبيق المبادئ العامة للقانون المطبق من طرف الدولة المتمدينة عوض تطبيق القانون الإيراني.

د- قرار Texaco et glasiatic: ويتعلق بالنزاع بين الحكومة الليبية بتأميمها لشركتي Texaco et Californie glasiatic و صدر في 19 فيفري 1977 حيث استبعد المحكم الفرنسي Dupuy القانون الليبي بحجة أنه لا ينسجم ويتناقض مع المبادئ العامة للقانون الدولي.

في كل هذه القرارات تعثت المحكمون في إبعاد القانون العربي الداخلي وتطبيق المبادئ العامة للقانون، فقد نجحت محاولات المحكمين وتوصلت الى تدويل العقود وإخراجها من محلها المنطلق من مبدأ سلطان الإرادة، وهذا ما جعل الدول العربية تعتبر التحكيم الدولي وسيلة لهيمنة بلدان الشمال على الجنوب.

ثانيا: النصوص القانونية المحدودة: فترة التردد والتحفظ كانت واضحة بحيث كانت معظم القوانين الجزائرية فارغة من نصوص التحكيم، فقد كان القانون الدولي البترولي الفرنسي لعام 1958 المتضمن استغلال الثروات الجزائرية في مجال المحروقات قد أسند كل النزاعات المتعلقة بهذه المسألة إلى مجلس الدولة الفرنسي، ولكن بمجرد الاستقلال رأت الجزائر أنه من غير المعقول إسناد مثل هذا الاختصاص إلى هذا المجلس بل يجب إسناده إلى محاكم وطنية جزائرية وليس إلى محكمة تحكيمية دولية، فرفضت الحكومة الفرنسية وعارضت الفكرة فدخل البلدان في مفاوضات انتهت إلى اتفاق 26 جوان 1963 الذي أنشأ ما يسمى بمحكمة تحكيمية عادية ولكن فيها أمانة دائمة مرتبطة ومتصلة بالأمانة للحكومة بالجزائر العاصمة [37] (16)، هذه الطريقة خلقت نوعا من التوازن والتوفيق وسمحت بتطبيق طريقة تحكيمية مراقبة من طرف السلطة الجزائرية.

وقد تم تأكيد اختصاص المحاكم الجزائرية بمقتضى قانون 86-14 حيث جاء في المادة 63 منه على ما يلي: "تخضع جميع الخلافات والمنازعات الناتجة عن تطبيق هذا القانون النصوص المتخذة من أجل تطبيقه إلى المحاكم الجزائرية المختصة وفقا للتشريع المعمول به"[38].

غير أنه يمكن للخلافات والمنازعات المتعلقة بالشركة في ميدان المحروقات أن تخضع مسبقا للجنة مصالحة وفقا للتشريع الساري المفعول: ليس هناك تلميح إلى التحكيم، بل استقرت المعاملات في ميدان المحروقات منذ 1971 ولم يكن هناك لجوء إلى التحكيم، وانتظر المشرع الجزائري سنة 1991 ليلجأ مرة أخرى إلى التحكيم في مجال المحروقات.

زيادة على أن الخطاب السياسي الذي كان سائدا في السبعينات كان معارضا لفكرة لجوء الدولة والمتعاملين الاقتصاديين الجزائريين للتحكيم التجاري الدولي علما أن الشركات الجزائرية العامة في تلك الفترة كانت تحتكر التجارة الخارجية، طبقا لأحكام قانون 11/ 02/ 1978 ومن ثم منع المتعامل العمومي الجزائري اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي.

كما أن الجزائر في مواقفها الرسمية كانت تندد بفكرة التحكيم الدولي، فيما يتعلق بحل جميع الخلافات بين المؤسسات الجزائرية والمؤسسات الأجنبية ونقصد بالتحكيم التجاري الدولي، التحكيم التأسيسي أو النظامي، لا التحكيم الخاص، وذلك لكون التحكيم التأسيسي ينظم من قبل المؤسسات الدولية وتحت السيطرة الغربية وهيمنتها مثل الغرفة التجارية الدولية.

حيث انتقد الرئيس هواري بومدين نظام سير التحكيم الدولي النظامي وبين موقف الجزائر الرسمي منه بمناسبة اللقاء الوزاري المنعقد بالجزائر لمجموعة 77 التابعة لمنظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية في 15 فيفري 1975 الذي أوضح فيه الطابع غير العادل لإجراءات التحكيم وتأثره بعادات وتقاليد الدول الصناعية مما يؤدي إلى انحيازه وعدم نزاهته وقلة الضمانات التي يقدمها للدول النامية[6](423).

كما دافعت الجزائر عن فكرة اختصاص المحاكم الوطنية في النزاعات القائمة بين الشركات الوطنية والأجنبية في إطار الحوار حول النظام الاقتصادي الدولي الجديد لسنة 1974 بقولها: "حل النزاعات القائمة بين مؤسسات دول العالم الثالث والمستثمرين الأجانب يكون الاختصاص فيها للمحاكم الوطنية".

زيادة على ذلك أن وجود النص الرئيسي في قانون الإجراءات المدنية والممثل في المادة 442 الفقرة الثالثة 03 منها تمنع الدولة والأشخاص المعنوية العامة من اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي[27](442).

وما يلاحظ في هذا النص نوع من الإبهام واللبس بحيث عندما قال المشرع أنه لا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم، فهل قصد بذلك التحكيم في إطار القانون الداخلي أم ذهب إلى أبعد من ذلك وقصد التحكيم التجاري الدولي؟

ولكن حسب رأي الأستاذ بجاوي فإن عمومية المصطلحات المستعملة في نص المادة 422 فقرة 03 قانون الإجراءات المدنية لا تسمح بقصر المنع على التحكيم الداخلي فقط، إلى جانب أن نية المشرع آنذاك كانت لا تسمح بتاتا اللجوء إلى التحكيم وخاصة التحكيم التجاري الدولي.

هذا ما يؤكد أن الجزائر التي كانت في طريق تنمية اقتصادها وخاصة صناعاتها كانت تعبر عن تخوفها ليس إزاء مبدأ التحكيم في حد ذاته ولكن طريقة تطبيقه وقلة الضمانات التي تقدمها الدول النامية[37](15-16) وهذه بعض القوانين التي عبرت على فكرة التخوف:

أ- قانون الاستثمارات في 27 جويلية 1963 لم ينص على فكرة التحكيم التجاري الدولي وقد سايره القانون الذي تلاه والصادر في 15 سبتمبر 1966.

ب- التأميمات البترولية لسنة 1971 وقانون 1978 المتعلق باحتكار الدولة للتجارة الخارجية تؤكد أن فكرة ملكية الدولة لرأس المال واحتكارها للتجارة الخارجية والثروات الباطنية والحقوق المشروعة على ذلك غير قابلة للتصرف[35](124-125).

ج- المرسوم رقم 82- 145 المؤرخ في 10 أبريل 1972 المنظم لصفقات المتعامل العمومي، حيث تنص المادة 05 منه على ما يلي "نقصد بالمتعامل العمومي بمفهوم هذا المرسوم:

1- جميع الإدارات العمومية.

2- جميع المؤسسات والهيئات العمومية.

3- جميع المؤسسات الاشتراكية.

إن شبه المشرع الجزائري في هذه المادة المؤسسات الاشتراكية بالإدارات العمومية وعليه تسري عليها المادة 03/442 قانون الإجراءات المدنية التي تمنع اللجوء إلى التحكيم.

د- القانون المؤرخ في 23 أوت 1982 المتعلق بالشركات المختلطة في المادة 2/53 نص على أن المنازعات الناجمة بين الشركات الاقتصادية المختلطة هي من اختصاص المحاكم الجزائرية. من خلال ما تقدم يتبين لنا أن الجزائر قد تمسكت في مواقفها الرسمية بالتحفظ اتجاه التحكيم التجاري الدولي ويبرز هذا التحفظ خاصة في عدم النص عليه في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966، حيث خصص هذا القانون الكتاب الثامن منه للتحكيم وقصد بذلك التحكيم الداخلي وحده.

وقد ذهب إلى أبعد من ذلك حيث جاء في نص المادة 3/422 من قانون الإجراءات المدنية على أنه لا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العمومي أن يطلبوا التحكيم، دون أن تحدد هذه المادة المقصود بالتحكيم الداخلي، أو التجاري الدولي.

لكن ما يلاحظ من خلال الدراسة أنه رغم وجود هذه المادة والتي تمنع اللجوء إلى التحكيم إلا أن الواقع يشهد عكس ذلك، حيث أن الأشخاص الاعتباريين كانوا عند إبرامهم لعقود مع الشركات الأجنبية يقبلون اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي المؤسسي، ولكن في المقابل كان القضاء الجزائري يقف دائما بالمرصاد، حيث كان يرفض الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية التي يكون أحد الأطراف في النزاع من أشخاص القانون العام الجزائري.

والمسألة التي تثير الانتباه هي أنه إذا تمعنا النظر في محتوى الخطاب السياسي والقانون نجد تناقضا صارخا بينهما، وبين التطبيق الفعلي لهذا المبدأ من قبل الشركات الوطنية.

فقد لوحظ أن أكثر من 80 بالمائة من العقود الدولية التي أبرمتها الشركات الوطنية الجزائرية مع الشركات الأجنبية كانت تتضمن شرط التحكيم الدولي، بل أكثر من ذلك كان هذا الشرط يعترف باختصاص نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية باريس[39](54)، إلى جانب العقود المبرمة من قبل الشركات، هناك الاتفاقيات المتعددة الأطراف التي صادقت عليها الجزائر دون أي تحفظ رغم وجود إجراءات التحكيم المؤسسي في بنودها من بينها اتفاقية بارن في 06 جانفي 1970 المتعلقة بالنقل عن طريق السكك الحديدية، كذلك وجود الاتفاقيات الثنائية التي صادقت عليها الجزائر دون أي تحفظ ومنها على سبيل المثال:

-الاتفاق الجزائري المغربي في 30 أبريل 1963 المتعلق بالنقل الجوي.

-الاتفاق الجزائري المغربي في 15 جوان 1972 المتعلق باستغلال الحديد لغار

جبيلات[37](16-17).

2.2.1.1 مرحلة الانفتاح على التحكيم التجاري الدولي

إن أهم سبب قد يكون عاملا من عوامل إنفتاح الجزائر على التحكيم التجاري الدولي هو طبيعة التحكيم في حد ذاته كعدالة خاصة تختلف عن القضاء العادي، انتزعت الاختصاص في فض النزاعات للمحاكم العادية للدولة، ومنحته لأشخاص خاصين ومختصين في ميدان التجارة الدولية مختارين من قبل الأطراف، تتصف بالسرعة والدقة والسرية وهذا ما تتطلبه وتحتاجه المعاملات التجارية الدولية حتى تصل إلى مبتغاها ألا وهو عدالة دولية تجارية.

1.2.2.1 مؤشرات انفراج أزمة التحكيم التجاري الدولي في الجزائر

إذا كان سبب لجوء الجزائر في الستينات إلى التحكيم يعود إلى وجودها في موقف ضعف بسبب حداثة استقلالها فإن سبب اللجوء إلى التحكيم بعد ذلك يعود إلى عاملين هما الأول متمثل في الضغوط الأجنبية التي بدأت تظهر منذ سنة 1983، والثاني خاص بالأزمة الاقتصادية الداخلية منذ 1986.

أولاً: المذكرة الوزارية لسنة 1982: والتي تأذن بالتحكيم للمصالح الحكومية ذات الاستقلالية الإدارية والمالية في عقود التجارة الدولية، وهذا موضوع حسمه المشرع في التحكيم الداخلي إذ جعل التحكيم إلزاماً بين الشركات الوطنية والمؤسسات التي تملكها الدول أو تملك رأسمالها.

وهذه المذكرة تأذن بالتحكيم للمؤسسات العامة الوطنية والمحلية التي ليست جزءاً من شخص معنوي من أشخاص القانون العام وتتمتع بالاستقلال الذاتي المالي والإداري [35](134-135).

ثانياً: النظام التحكيمي الجزائري الفرنسي لسنة 1983: والمؤرخ في 27 مارس لسنة 1983 هذه الاتفاقية تدرج في سياق تنظيم فرنسا والجزائر لعلاقتها الاقتصادية وقد جعلت هذه الاتفاقية من التحكيم مرجعاً لحل النزاعات الناشئة عن تنفيذ عقود تجارية بين البلدين وحددت نظاماً تحكيمياً متكاملًا من أجل ذلك [40](193).

فقد نص في مادته الأولى على أن "جميع النزاعات المتعلقة بالعقود الدولية بين المتعاملين الجزائريين والفرنسيين تكون من اختصاص التحكيم الذي ينظمه هذا القانون".

والتمعن في قراءة نص هذه المادة يجعلنا نقول أنها تتناقض مع نص المادة 3/442 قانون الإجراءات المدنية التي تعتبر قاعدة أمر من النظام العام الجزائري.

فهل يمكن القول أن هذا الاتفاق سيلغي بصفة غير مباشرة المادة 3/442 قانون الإجراءات المدنية؟ علماً أن هذا الاتفاق لم يكن محل مصادقة ولا نشر في الجريدة الرسمية الجزائرية، كذلك الشأن بالنسبة لفرنسا [40](194).

هنا نجد تفسرين:

1- التفسير الأول: يرى أن هذه المادة تلغي المادة 3/442 قانون الإجراءات المدنية ضمناً وبالتالي يجوز لأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم التجاري في علاقاتهم الدولية وبالتالي فإن عدم قبول اللجوء إلى التحكيم لا يطبق إلا في علاقات أشخاص القانون العام مع الشركات الوطنية.

2- التفسير الثاني: يرى أن هذه المادة تخص كل العقود التجارية ولكنها لا تلغي المادة 3/442 قانون الإجراءات المدنية، وبالتالي عندما تتعاقد الولاية مع شركة أجنبية في إطار هذا الاتفاق، فإن الاختصاص في التحكيم يكون للغرفة الإدارية للمجلس القضائي الوطني، وهذا لأن الاتفاق لم ينشر في الجريدة الرسمية لكلا البلدين.

والسؤال المطروح هو هل نشر الاتفاقية الدولية ضروري في الجريدة الرسمية؟

إذا رجعنا إلى دستور تلك الفترة لسنة 1976 نجد أن نص المادة 158 ينص على أن "المعاهدات الدولية والقوانين الداخلية لها نفس قوة القانون" ولم تنص على إلزامية نشرها في الجريدة الرسمية. بينما الدستور الفرنسي لسنة 1958 في مادته 55 التي تنص على أن المعاهدات تسمو على القوانين الداخلية بشرط أن تكون منشورة في الجريدة الرسمية.

والحل المعتمد هو نص المادة 123 من دستور الجزائر لسنة 1989 التي تنص على أن: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون" [41].

هناك رأي يتزعمه الأستاذان بن شنب واسعد اللذان يريان أن النشر ضروري وعدم النشر يعني عدم إلزامية هذا الاتفاق، وهذا ما أكدته المادة 21 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص، أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر" [42].

هناك مشكل قد يُثار في هذا الإطار وهو عندما يطرح قرار يخص نزاع في إطار هذا الاتفاق أمام القاضي، فإن القاضي الجزائري سوف يرفض الاعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي لعدم نشر الاتفاق في الجريدة الرسمية ولكون أيضا الاتفاق غير مؤسس على نص قانوني في الجريدة الرسمية.

2.2.2.1. اعتماد الجزائر نظام التحكيم التجاري الدولي حاليا

يتضمن هذا الفرع أهم الاتفاقيات المتعددة الأطراف والثنائية التي انضمت إليها الجزائر وكذلك مختلف القوانين المتعلقة بالتحكيم التجاري في التشريعات الجزائرية.

أولاً: الاتفاقيات المتعددة الأطراف: من أهم الاتفاقيات التي انضمت إليها الجزائر نجد:

أ - اتفاقية عمان للتحكيم التجاري: وهي الاتفاقية العربية التي صادقت عليها الجزائر في 14 أبريل 1987 والتي أبرمت من قبل 14 دولة عربية وانشأت مركزاً تحكيميا عربياً تجارياً مقره في الرباط وهي تهتم بالفصل في النزاعات التجارية الناشئة بين الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين أيا كانت جنسيتهم على أن يربطهم عمل تجاري مع إحدى الدول المتعاقدة أو أشخاص ينتمون إليها ويكون لهم مقر رئيسي على إقليمهم.

ب - اتفاقية الرياض: وهي اتفاقية التعاون القضائي التي دخلت حيز التطبيق في 30 أكتوبر 1983 وصادقت عليها الجزائر 06 أبريل 1983 وتنص في مادتها الخامسة على الاعتراف وتنفيذ الأحكام القضائية التحكيمية.

ج - اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي: وقعت هذه الاتفاقية في ليبيا بتاريخ 10 مارس 1991 ولم تصادق عليها الجزائر إلا سنة 1994 [43] وهي تتعلق بالتعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي.

د - الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية: وصادقت الجزائر على هذه الاتفاقية في 07/10/1995 [44] و تعد انطلاقة كبيرة في مجال تشجيع الاستثمارات في داخل الدول العربية عن طريق توفير مناخ ملائم للاستثمارات يستند إلى نظام قانوني واضح يعطي المزايا والضمانات التي تشجع انتقال رأس المال الخاص من دولة المستثمر إلى الدول العربية.

ه - اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى: وصادقت عليها الجزائر في 30/10/1995 [45] وتنص هذه الاتفاقية التي تهتم بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطنيها في الدول الأخرى على إنشاء مركز دولي لتسوية المنازعات المتعلقة

بالاستثمار، ويتضمن الفصل الرابع منها على أن التحكيم وسيلة يمكن أن تلجأ إليه الدول المتعاقدة أو رعايا الدول الأخرى وبموجب المادة 42 منها: "تفصل المحكمة (المركز) في النزاعات المطروحة أمامها طبقاً للقواعد القانونية التي يتفق عليها الأطراف، وفي حالة غياب هذا الاتفاق يطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين ومبادئ القانون الدولي".

و- اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية لسنة 1958: والملاحظ في هذه الاتفاقية أنها لم تعالج قضية اللجوء إلى التحكيم بل تركت هذا الأمر إلى القانون الوطني أو القانون الذي يطبق على اتفاق التحكيم[46].

والجديد الذي جاءت به هذه الاتفاقية هو أنها قلصت من سلطات القاضي ووسعت من سلطات المحكم، حيث أنه قبل المصادقة على هذه الاتفاقية يجوز للقاضي الوطني إعادة النظر في موضوع القرار التحكيمي ويتصرف كمحكمة استئناف، ولكن بعد المصادقة عليها نزعته منه هذه الصلاحية، وأصبحت له مهمة واحدة فقط متمثلة في المراقبة والحرص على ألا يخالف القرار التحكيمي النظام العام الجزائري، فقد نصت المادة 325 من قانون الإجراءات المدنية على أن الأحكام الصادرة من جهات قضائية أجنبية والعقود الرسمية المحررة بمعرفة موظفين عموميين أو موظفين قضائيين أجانب ولكن لا تكون قابلة للتنفيذ في جميع الأراضي الجزائرية إلا وفقاً لما يقضي بتنفيذه من إحدى جهات القضاء دون إخلال بما قد تنص عليه الاتفاقيات السياسية من أحكام مخالفة، وقد أكدت هذه الفكرة أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية من مادته 605 إلى 608[47].

فقد اشترط المشرع الجزائري في المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية توافر شروط في الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية حتى يمكن منحها الصيغة التنفيذية ومن بين هذه الشروط:

- ألا تتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص.

- ألا تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر.

كما نصت المادة 606 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه لا يجوز تنفيذ العقود والسندات الرسمية المحررة في بلد أجنبي في إقليم الجزائر إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات

القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية: "3 ... خلوه مما يخالف القوانين الجزائرية والنظام العام والآداب العامة في الجزائر"، وقد أكد المشرع الجزائري في المادة 608 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن العمل بالقواعد المنصوص عليها في المادتين 605 و606 من نفس القانون يجب أن لا تخل بأحكام المعاهدات الدولية والاتفاقية القضائية التي تبرم بين الجزائر وغيرها من الدول.

إذن من خلال هذه المواد القانونية نجد أن المشرع الجزائري قد جسد فكرة النظام العام والآداب العامة مؤكداً أنه لا يمكن منح الصيغة التنفيذية إلا للقرارات والأحكام الأجنبية غير المخالفة للنظام العام والآداب العامة في الجزائر.

كما أقر المشرع الجزائري فكرة الاعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية بأن لا تخالف النظام العام الجزائري في المادة 458 مكرر 17 من قانون الإجراءات المدنية والتي تنص على أن يتم الاعتراف في الجزائر بالقرارات التحكيمية الدولية إذا أثبت المتمسك بها وجودها وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي".

كذلك المادة 458 مكرر 23 فقرة ج من قانون الإجراءات المدنية نصت على أنه: "لا يجوز استئناف القرار الذي يسمح بالاعتراف أو التنفيذ إلا في الحالات التالية: ...أ...ب..ج- إذا كان الاعتراف أو التنفيذ مخالفاً للنظام العام الدولي".

وتقابلها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية المادتان 1051 فقرة 01 التي تنص على أنه: "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي".

وكذا المادة 1056 فقرة 06 التي تنص على أنه: "لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية: ... 6- إذا كان حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام".

ثانياً: الاتفاقيات الثنائية: لقد حصل تغيير مهم بدء من عام 1991 لقانوني سنة 1984 و1986 [48]

، والذي يحدد في مادته 12 [49] أن النزاعات التي تنجم بين أطراف عقد الشركة في مواد المحروقات

أو النشاطات المنجمية تخضع للتحكيم، وقد أبرمت الجزائر وصادقت على ثلاث اتفاقيات لحماية الاستثمارات وهي:

أ- مع الولايات المتحدة الأمريكية 17/10/1990: هذه الاتفاقية جاءت في إطار تشجيع الاستثمارات وقعت في واشنطن في 22 جوان 1990 وتنص المادة 6 منها على أن: "أي نزاع يثور بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الولايات المتحدة يخص تفسير هذه الاتفاقية أو يتناول رأي إحدى الحكومات بمسألة تتعلق بالقانون الدولي يثيرها أي مشروع أو نشاط يحل بقدر الإمكان عن طريق المفاوضات دون حل النزاع عن طريق المصالحة، ويحال النزاع إلى محكمة تحكيمية"[50].

ب- مع الاتحاد الاقتصادي البلجيكي للكسمبورغي في 24/04/1991: والمتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات[51] ، والتي تنص على ما يلي:

1- فيما يخص النزاعات المتعلقة بالاستثمار: وتناولته المادة 09 على أنه: "كل خلاف يتعلق بالاستثمار بين طرف متعاقد ومستثمر تابع للطرف المتعاقد الآخر يكون موضوع إشعار كتابي من طرف الجهة التي تقوم بالمبادرة الأولى".

يسوى هذا الخلاف في حدود الإمكان بالتراضي بين الأطراف المتنازعة وفي حالة عدم التوصل إلى تسوية بالتراضي مباشرة بين الأطراف المتنازعة أو بالتفاهم بالطرق الدبلوماسية خلال ستة أشهر من تاريخ الإشعار بعرض هذا الخلاف بناء على طلب من أحد الطرفين المعنيين بذلك الخلاف لتحكيم المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار، المنشأ بمقتضى الاتفاقية الخاصة بتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى المعروضة للتوقيع بواشنطن بتاريخ 08 مارس 1965 عندما تصبح كل دولة تنتمي لهذا الاتفاق عضو في هذه الاتفاقية وإذا ما لم يتوفر هذا الشرط الأخير فإنه يحق لكل طرف من الأطراف المتعاقدة رفع النزاع طبقا لنظام الميكانيزم الإضافي للمركز الدولي، ولهذا الغرض يعطي كل طرف متعاقد الموافقة المسبقة على أن يحل كل خلاف عن طريق التحكيم وتتضمن هذه الموافقة التخلي عن شرط استنفاد اللجوء إلى الطعن الإداري والقضائي الداخليين".

2- فيما يخص النزاعات المتعلقة بتفسير الاتفاقية وتطبيقها: تناولت المادة 11 من هذه الاتفاقية والتي تنص: "على أن النزاع يجب أن يسوى بقدر الإمكان عن الطريق الدبلوماسي وهو الأمر الذي يؤكد

ميثاق الأمم المتحدة في المادة 33، وفي غياب الحل الودي في مدة 6 أشهر من يوم إثارة النزاع يحال هذا النزاع بطلب أحد الأطراف إلى إجراء التحكيم الحر".

ج- مع إيطاليا في 08 ماي 1991: والمتعلقة بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، هذه الاتفاقيات الثلاث وافقت على التحكيم الدولي وهي تحيل الاختصاص إلى المركز الدولي لفض النزاعات الناجمة عن الاستثمارات المنشأ بموجب اتفاقية واشنطن المؤرخة في 18 مارس 1965 [52].

إن توقيع الجزائر على هذه الاتفاقيات وانضمامها إليها يعتبر نقطة انطلاق حقيقية للتطبيق الجزائري لاقتصاد السوق وتغيرا بارزا لموقفها المتحفظ اتجاه التحكيم التجاري الدولي وانفتاحها على مبادئ وأعراف التجارة الدولية.

إلى جانب هذه الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر على الصعيد الدولي ثنائية كانت أو متعددة الأطراف، نجد أيضا الجزائر قد أعلنت عن مواقفها اتجاه التحكيم التجاري الدولي في قوانينها الداخلية.

ثالثا: التحكيم التجاري في التشريعات التحكيمية للجزائر:

وفي هذا الصدد أشير إلى:

أ- قانون المؤسسات العمومية: إن أول مبادرة كانت بصدر قانون 01/88 الذي برز على إثر التغييرات التي حدثت في النظام الاقتصادي الجزائري، بمنح الاستقلالية للمؤسسات العمومية التي أصبحت شركات تجارية، فقد نصت المادة 20 منه الفقرة الأخيرة على أن: "الممتلكات التابعة لذمة المؤسسة العمومية الاقتصادية يمكن أن تكون موضوع مصالح حسب مفهوم الفقرة الأولى من المادة 442..."، وهذا اعتراف أكيد بجواز لجوء هذه المؤسسات إلى التحكيم التجاري الدولي [53].

ب- قانون الصفقات العمومية: إن المادة 51 من المرسوم رقم 91 - 434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 تعدد البيانات الإلزامية التي يجب أن تحتويها كل صفقة فنجد "القانون الواجب التطبيق وشرط التسوية للنزاعات" وهذا أيضا مبادرة للإنتفاع على التحكيم التجاري الدولي.

ثالثاً: قانون المحروقات: في مجال المحروقات نجد المادة 12 من القانون رقم 91 - 21 المؤرخ في 04 ديسمبر 1991 المعدل والمتمم للقانون 86- 14 المؤرخ في 03 أوت 1986 والمتعلق بالمحروقات تسمح باللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض النزاعات الناجمة عن عقود الشراكة بين المؤسسة الجزائرية وشريكها الأجنبي.

وما تجدر الإشارة إليه أن معظم المؤسسات الجزائرية أصبحت تبادر في عقودها مع الأجانب بوضع شرط تحكيمي، كما أن المؤسسات العمومية الجزائرية كما يقول الأستاذ بجاوي قد أخذت عبرة من التجربة الطويلة التي استغرقت عقدين وتوصلت إلى أن إبرام عقد مع الأجانب لا يمكن فيه إجبار الطرف الأجنبي على إسناد النزاعات التي يمكن أن تنشأ إلى اختصاص محاكم جزائرية، ولكن توصلوا إلى فرض تطبيق القانون الجزائري باعتباره القانون الواجب التطبيق على النزاع [37](18-19).

مع كل هذا فإن الجزائر كانت يوماً بعد يوم تتيقن من ضرورة مراجعة قوانينها ومسايرة التطورات الاقتصادية الدولية، هذه الضرورة أصبحت حتمية في الوقت الذي كانت فيه الاشتراكية الجزائرية تتراجع إلى الوراء واقتصاد السوق يتقدم إلى الأمام، خاصة مع بداية الثمانينات من القرن الماضي، فجاءت المرحلة الحاسمة التي فرضتها الحياة الاقتصادية والتجارية والتي أدت إلى وجود نظام تجاري دولي، ومن ثم قانون تحكيمي تجاري دولي، الأمر الذي أدى بالجزائر بعد 30 سنة من التحفظ إلى إعلانها عن تعديلها للقانون التجاري بصدور المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 أبريل 1993 الذي نص في المادة 217 منه على وضع المؤسسات العمومية في نفس المرتبة مع المؤسسات الاشتراكية أي تخضع للإفلاس والتسوية القضائية.

كما أن هذا المرسوم التشريعي تضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية، حيث أضاف باباً جديداً تحت عنوان: "التحكيم التجاري الدولي" متضمناً 26 مادة جديدة، تمس المجالات الأربع لنطاق تطبيق قانون التحكيم التجاري الدولي وتنظيمه والاعتراف بالقرارات الأجنبية وتنفيذها وأخيراً طرق الطعن فيها، ثم تلاه قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 الصادر في 25/02/2008 والذي خص التحكيم التجاري الدولي بأحكام جد هامة.

3.2.1.1. مرحلة تبني نظام التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري

عرفت المنظومة القانونية المرتبطة بالتحكيم التجاري الدولي في الجزائر تطورات مستمرة نتيجة الظروف السياسية والاقتصادية التي مرت بها البلاد ، إذ لم تعترف به بموجب الأمر 154/66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية[54] ، ثم اعتمده مرحليا بوجود بعض النصوص ، إلى القبول التام به وتكريسه رسميا بصدور المرسوم التشريعي 09/93 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية وبصدور القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، الذي يسري ابتداء من تاريخ 2009/04/23 ألغيت أحكام الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم، لذلك فإنه من الضروري أن نتعرض لكيفية معالجة القانون رقم 09/08 للتحكيم التجاري الدولي ، مع التركيز على مقارنة أحكامه بما جاء في المرسوم التشريعي 09/93 ، من أجل إبراز الأحكام الجديدة التي جاء بها و في هذا الصدد سأطرق في هذا المطلب إلى تحليل أحكام المرسوم التشريعي 93-09 وذلك في الفرع الأول وتحليل أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 في الفرع الثاني.

1.3.2.1. تحليل أحكام المرسوم التشريعي 93-09

إن الضرورة الاقتصادية والتجارية الدولية من الأسباب الأساسية التي جعلت من الدولة الجزائرية تراجع قانونها للإجراءات المدنية، بحيث لأول مرة في تاريخها تكرر التحكيم التجاري الدولي صراحة وبوضوح. فأظهرت الجزائر في نهاية الثمانينات انفتاحها على التحكيم التجاري الدولي بالتخلي عن الموقف العدواني السلبي الذي تبنته أكثر من ثلاثين سنة باعتباره وسيلة فعالة لفض النزاعات القائمة في مجال الاستثمارات الأجنبية[55] (4)، كان هذا الإنفتاح على التحكيم الدولي نتيجة الضغوطات الخارجية التي تمارسها الدول المتقدمة صاحبة رؤوس الأموال التي تبحث عن أسواق خارجية لاستثمارها، أضف إلى ذلك، حاجة الجزائر الماسة إلى رؤوس الأموال الأجنبية والبحث عن مجالات أخرى للاستثمار غير المحروقات للنهوض بالاقتصاد الوطني والسير نحو النمو، من أجل ذلك كرس المشرع الجزائري عملية التحكيم التجاري الدولي بصدور المرسوم التشريعي رقم 09/93 الذي تمّ قانون الإجراءات المدنية بالمواد

458 مكرر وما بعده والذي أدخل الجزائر في ميدان التحكيم التجاري الدولي من بابه الواسع، حيث أن الحلول التي تبناها تجاوزت الحلول المعمول بها في الدول الغربية كفرنسا وسويسرا ومن أهم التعديلات المستحدثة في هذا القانون ما يلي:

أولاً: إلغاء المادة 442-3 من قانون الإجراءات المدنية: فقد سمح هذا القانون للبلدية والهيئات العمومية ذات الطابع الإداري اللجوء إلى التحكيم في العلاقات التجارية الدولية.

حيث نصت المادة 442 فقرة 03: "... ولا يجوز للأشخاص المعنوية والتابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية".

ويشكل رفع الحضر على أشخاص القانون العام من اللجوء إلى التحكيم أهم تعديل، حيث أن المشرع قد أدخل استثناء على مبدأ المنع المفروض على هؤلاء الأشخاص وانحصر هذا الاستثناء في مجال "العلاقات التجارية الدولية وتبقى النزاعات التي تنشأ عن علاقاتهم الداخلية من اختصاص القضاء الوطني".

ثانياً: تكريس مبدأ استقلالية التحكيم: وهذا ما نصت عليه المادة 458 مكرر 01 من المرسوم التشريعي والتي ترى في فقرتها الأولى: "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات المستقبلية والقائمة"، وفي فقرتها 04: "... لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح" [27].

ثالثاً: التعيين المباشر للمحكّمين .

كما نجد أن المادة 458 مكرر 2 فقرة 1 نصت من قانون الإجراءات المدنية على التعيين المباشر للمحكّمين "يمكن للأطراف مباشرة...تعيين المحكم أو المحكمين"، و بذلك فإنه يمكن للأطراف أن يتفقوا مسبقاً في اتفاقية التحكيم على تعيين المحكم أو المحكمين أو أن ينتظروا حتى ينشأ النزاع لتعيينه أو تعيينهم كما أنه في حالة التحكيم الذي يشتمل على ثلاثة محكمين فللأطراف تعيين المحكم الثالث أو ترك ذلك للمحكّمين المعيّنين .

نشير إلى أن بعض الفقه يستعمل عبارة "هيئة التحكيم" فهذا لا يعني بالضرورة تعدد المحكمين، فيمكن أن تتشكل هيئة التحكيم من محكم واحد (التحكيم الفردي)، بسبب قلة التكاليف، السرعة في البت في النزاع [2] (95).

من خلال هذه النصوص يتبين لنا أن اتفاق التحكيم الذي يتضمنه العقد التجاري هو مستقل استقلالاً تاماً عن العقد الأصلي، أي الاعتراف بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد التجاري وأنه يمكن تعيين المباشر للمحكمن.

وإذا كان شرط التحكيم قد أصبح مستقلاً فهذا يعني أنه:

1 - إذا كان العقد الأصلي باطلاً فهذا البطلان لا يؤثر في صحة اتفاق التحكيم، لكن لماذا أخذ المشرع الجزائري بهذه القاعدة ؟

فالهدف من ذلك أن يبقى المحكم حراً في اتخاذ جميع التدابير الناتجة عن بطلان العقد التجاري أي أن المحكم يستطيع أن يفصل في جميع النتائج المترتبة عن العقد التجاري فيما يخص الأطراف، وهذا حفاظاً على صلاحيات المحكم واختصاصاته.

2 - ومن نتائج هذه الاستقلالية وانطلاقاً من مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق فهذا يعني أن القانون المطبق على العقد التجاري قد يكون مختلفاً عن القانون المطبق على اتفاق التحكيم.

3- وهناك تفسير آخر يرى أن مبدأ الاستقلالية قد يعطي حرية للأفراد لاختيار قانون يطبق على العقد الأصلي وآخر يطبق على اتفاق التحكيم، كأن تتفق شركة جزائرية مع شركة إيطالية على تطبيق القانون الجزائري على العقد الأصلي وتطبيق القانون الإيطالي على اتفاق التحكيم.

والمقصود باتفاق التحكيم: "الاتفاق الذي يلزم بموجبه الأطراف على أن يخضعوا للتحكيم سواء النزاعات التي يمكن أن تنشأ بينهما والتي تتعلق بالعقد أو النزاعات التي نشأت والمتعلقة في كلتي الحاليتين بالتجارة الدولية"[55](5).

كما عرفت المادة الأولى الفقرة الثانية من الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي جنيف 1961 أن اتفاق التحكيم ينصرف إما إلى شرط التحكيم السابق على قيام النزاع الذي يندرج ضمن العقد الأصلي وإما في مشاركة التحكيم اللاحق لوقوع النزاع".

وعليه فاتفاق التحكيم يمكن أن يأتي قبل نشوب النزاع أو بعده، فإذا جاء قبل نشوب النزاع سمي شرط التحكيم أما إذا جاء بعده فيطلق عليه اسم مشاركة التحكيم.

من خلال هذا التعريف تبين لنا أن هناك صورتان لاتفاق التحكيم وهما مختلفتان تماما تتمثلان في:

أ- شرط التحكيم *La clause compromissoire*: وهو اتفاق مكتوب بين طرفين في عقد دولي أي شرط منصوص عليه في العقد ذاته، وهو يرد عند إبرام العقد وقبل حدوث النزاع، وينص على أن أي نزاع يمكن أن يثور في المستقبل بسبب هذا العقد يتم الفصل فيه عن طريق التحكيم، وهذا الاتفاق يدرج إما في العقد كبنود أو في اتفاق مستقل لاحق على العقد وسابق على حدوث النزاع. كما يعرف شرط التحكيم بأنه " اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في العقد المبرم بينهم على أن يتم الفصل في المنازعات المحتملة النشوء بينهم بسبب هذا العقد من خلال التحكيم " [56](14).

فشرط التحكيم هو الاتفاق الذي يرد - عادة - كبنود من بنود عقد ما، يلتزم بمقتضاه أطراف هذا العقد بعرض ما قد ينشأ بينهم من منازعات بخصوص هذا العقد، تنفيذا أو تفسيرا على محكم أو محكمين اختارهم الخصوم للحكم فيها بدلا من المحكمة المختصة بذلك .

فشرط التحكيم هي الصورة الأحدث ظهورا واعترافا بها، وفي نفس الوقت الأكثر انتشارا في مجال العلاقات الخاصة الدولية، لأنها تسمح بتجنب مساوئ ونقائص مشاركة التحكيم وصعوبة إبرامها .

وفي تقديرنا أن اختيار شرط التحكيم يعود دائما إلى الطرف الأجنبي الذي يفضل التحكيم لأنه يعتبر كضمان لإخراج النزاع من البلد الذي ينفذ فيه العقد

ب- مشاركة التحكيم *le compromis*: تعرف مشاركة التحكيم بأنها " اتفاق يبرمه الأطراف منفصلا عن العقد الأصلي، وذلك للجوء إلى التحكيم في صدد نزاع قائم فعلا بينهم" [57](75) وهي اتفاق مكتوب بين الطرفين يكون بعد نشوب النزاع، يخضعان بمقتضاه إلى قضاء التحكيم ويكون في اتفاق لاحق ومنفصل عن العقد الأصلي، تعتبر هذه الصورة الأسبق ظهورا واعترافا، وقد أشار إليها المشرع الجزائري في المادة 458 مكرر 1 بنصه على أنه " تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات المستقبلية والقائمة "، فعبارة تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة يقصد بها مشاركة التحكيم ، أي إبرام الاتفاق بعد قيام النزاع

ومشاركة التحكيم تكون عادة اتفاق شامل لكل متطلبات التحكيم ، فلا يقتصر فقط على تقرير اللجوء إلى التحكيم لحل نزاع معين، وإنما تنظيم كل ما يتعلق بهذا التحكيم مما يكون لطرفي النزاع الاتفاق عليه،

كتشكيل هيئة التحكيم ورسم حدود ولايتها، واختيار الإجراءات التي تتبعها، إضافة إلى تحديد القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على النزاع .

والملاحظ أن المشرع الجزائري ذكر اتفاق التحكيم ولم يحدد ما هي الصورة المقصودة بالاستقلالية، وكان عليه أن يقول مشاركة التحكيم وليس اتفاق التحكيم حتى يكون الأمر أكثر وضوحاً، وبذلك تكون مشاركة التحكيم هي الاتفاق الذي يبرم لاحقاً أي بعد إبرام العقد الأصلي وعليه تطبق الخصائص والنتائج السابقة الذكر.

3 – يؤكد هذا التشريع على استقلالية المحكم بالنسبة للطرف الذي يعنيه وهذا ما أقرته المادة 458

مكرر 5 من نفس القانون وهذا يعني أنه يجوز مثلا لمؤسسة جزائرية أن تعين محكما جزائريا لكن بشرط أن يكون هذا المحكم مستقلا بالنسبة لهذه المؤسسة، فلا يجوز لها أن تعين محامي المؤسسة مثلا، كذلك إذا كانت هذه المؤسسة ذات طابع عمومي فلا يجوز لها أن تعين محكما له علاقة بالهيئة الوصية لهذه المؤسسة (البنك الوطني الجزائري لا يمكن تعيين كمحكم مستشار البنك المركزي).

4 – تدويل القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، ومبدأ الاستقلالية يُمكن الأطراف من

اختيار قانون معين يحكم العقد الأصلي وتدويل القانون المطبق على اتفاق التحكيم (العادات التجارية الدولية المبادئ العامة للقانون) ويمكن أن يختار الأطراف التدويل مباشرة للقواعد المطبقة على اتفاق التحكيم.

5 – لأول مرة سمح المشرع الجزائري للمحكم تحديد القانون الواجب التطبيق دون أن يستند إلى

قاعدة تنازع وطنية، أي التدويل المطلق للقواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع وهذه المسألة تعد خطيرة بحيث يمكن له أن يستبعد القانون الوطني وخاصة القواعد الأمرة الجزائرية، كما يمكن له أن يطبق العادات التجارية الدولية وهذه نقطة هامة سأعود لشرحها لاحقا.

6 – التقليل من صلاحيات القاضي وتوسيع صلاحيات المحكم، والاعتراف أن كل النزاعات قابلة

لفضها عن طريق التحكيم.

7 – بالنسبة للاعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي بعد المرسوم التشريعي رقم 93 – 09 لا يجوز

للقاضي الجزائري إعادة النظر في القرار التحكيمي ولكن تنحصر سلطته في التأكد من أن القرار غير مخالف للنظام العام بمفهوم القانون الدولي.

8- إن الإجراءات التحفظية والاحتياطية والتدابير الاستعجالية لا تكون فقط من اختصاص القاضي بل من الجائز أن تكون من اختصاص المحكمة التحكيمية، فيجوز للمحكم اتخاذ إجراءات تحفظية واستعجالية.

2.3.2.1. تحليل أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية

يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد 1065 مادة ، موزعة بين فصل تمهيدي وخمسة كتب .

ونظم المشرع الجزائري التحكيم بنوعيه الداخلي والدولي في الباب الثاني بعنوان " في التحكيم " من الكتاب الخامس المعنون بـ " الطرق البديلة لحل النزاع " ، في المواد من 1006 إلى 1061 ، أي في 55 مادة ، حيث تناول التحكيم الداخلي في خمس فصول في المواد من 1006 إلى 1038 ، كما تناول في الفصل السادس التحكيم التجاري الدولي الذي هو موضوع دراستنا تحت عنوان " في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي " ، فقسمه إلى ثلاثة أقسام، الأحكام العامة في القسم الأول من المادة 1039 إلى المادة 1040 ، وتنظيم التحكيم الدولي في القسم الثاني من المادة 1041 إلى 1050، والاعتراف بأحكام التحكيم الدولي وتنفيذها الجبري وطرق الطعن فيها في القسم الثالث من المادة 1051 إلى المادة 1061، وعليه فإن المحلل للنصوص القانونية الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بتاريخ 25-02-2008 فيما يخص التحكيم التجاري الدولي والواردة ضمن المواد 1039 حتى 1061 يتأكد من الموقف النهائي للمشرع الجزائري هو اعتماد نظام التحكيم التجاري الدولي المقرر والمعتمد لدى أغلب الدول الأخرى، ولكن المشرع وقع أيضا في بعض التناقضات أحدها فيما يلي:

أولا: تحليل المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: والتي تنص على أنه: "يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

تعد هذه المادة أول نقطة انطلاق لانتهاج المشرع الجزائري المنهج التحرري في التحكيم التجاري الدولي، فقد أضفى المشرع صفة الدولية على كل تحكيم يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية، فقد

استعمل في هذه المادة مصطلح "المصالح الاقتصادية" بدلا من مصطلح "المصالح التجارية" المستعمل في المادة 458 مكرر وبالتالي يكون قد وسّع بذلك نطاق النزاعات القابلة للتحكيم ومواكبا ما هو معمول به في النظم القانونية للدول التي تبنت الاتجاه التحرري، كما نجد المشرع قد وضع شرطا لإضفاء صفة الدولية على التحكيم وهو أن يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل، وهنا نجد المشرع يعتمد المعيار العضوي [47]، أخذا بعين الاعتبار صفة الأطراف موسعا نطاق النزاعات القابلة للتحكيم ومضيقا من نطاق العقود التي تخضع للتحكيم التجاري الدولي ومن بينها العقود المبرمة بين الخواص، كما نجده في هذه المادة يكتفي بالمعيار الاقتصادي لدولية التحكيم على خلاف المادة 458 مكرر التي اعتمد فيها المشرع المعيار المزدوج لدولية التحكيم.

ثانيا: تحليل المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: حيث تنص المادة 1040 فقرة

02 على ما يلي: "يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة".

نجد المشرع في هذه المادة قد أضاف عبارة "أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة" بينما نجده في المادة 458 فقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية يشترط وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم بموجب عقد كتابي فقط".

فالمشرع الجزائري في المادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية اشترط صراحة ووجوبا من حيث الشكل أن تبرم اتفاقية التحكيم في عقد كتابي وتحت طائلة البطلان، مما يجعل الكتابة إذا تعد ركنا للانعقاد وليست مجرد وسيلة للإثبات، كذلك المشرع في هذه المادة جعل من الكتابة الوسيلة الوحيدة التي تحقق الشكل المطلوب في اتفاقية التحكيم مسقطا وسائل الاتصال الأخرى التي تطرقت إليها القوانين الأخرى والتي تعود المشرع الجزائري على الأخذ بها، ومن بينها القانون الفرنسي والسويسري، وربما هذا النقص هو الذي جعل المشرع يتداركه في قانون للإجراءات المدنية والإدارية وعلى وجه الخصوص المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي لم تجعل الكتابة الوسيلة الوحيدة لتحقيق الشكل المطلوب وإنما أي وسيلة أخرى للاتصال تجيز الإثبات بالكتابة.

وقد تأكدت هذه الفكرة في المادة الثانية فقرة 02 من معاهدة نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، حيث نصت المادة على ما يلي: "يقصد بالاتفاق المكتوب شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات" [58](473).

كما نصت المادة 178 فقرة 01 من القانون الفيدرالي حول القانون الدولي الخاص السويسري المؤرخ في 18-12-1987 على ما يلي: "يكون اتفاق التحكيم صحيحا إذا كان مكتوب في شكل برقيات، تليكس، تليفاكس، أو أي وسيلة اتصال أخرى يمكن أن تكون وسيلة إثبات كتابية" [30](60)، إذن المشرع الجزائري في المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجده متأثر بالقانون السويسري وأعرب عن اهتمامه بالتعرض السريع للوسائل التقنية وكذا التكنولوجيا الحديثة كوسائل للإثبات مسايرا بذلك متطلبات التحكيم التجاري الدولي، كما أن المشرع الجزائري بهذا التعديل يكون قد جسد ما هو منصوص عليه في اتفاقية نيويورك التي تعتبر جزءا من التشريع الوطني بعد مصادقة الدولة الجزائرية عليها سنة 1988.

كما تنص المادة 1040 فقرة 03 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما"، وتقابلها المادة 458 مكرر 01 فقرة 03 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على أنه: "...تعتبر صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره وإما القانون المنظم لموضوع النزاع، لا سيما القانون المطبق على العقد الأساسي وإما القانون الأساسي".

فالمشرع الجزائري قد كرس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في الفقرة الرابعة من المادة 458 من قانون الإجراءات المدنية وأكده في المادة 1040 فقرة 04 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على أنه: "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي".

وقد أكد المشرع مبدأ الاستقلالية من خلال تقريره لحرية الأطراف في تطبيق قانون مخالف للقانون المطبق على العقد الأصلي، بمعنى أنه يمكن إخضاع اتفاقية التحكيم إلى قانون غير القانون المطبق على العقد الأصلي.

وقد كرس هذا المبدأ في المادة 458 مكرر فقرة 03 من قانون الإجراءات المدنية والمادة 1040 فقرة 03 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وعليه لكي تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع يجب أن تخضع للقانون الواجب التطبيق والتمثل في قانون الإرادة أي القانون المختار من قبل الأطراف أو القانون المنظم لموضوع النزاع، سيما القانون المطبق على العقد الأساسي والقانون الجزائري.

والمشرع بتعداده لطرق اختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم في المادة 458 مكرر الفقرة 03 من قانون الإجراءات المدنية يعطي الأولوية لإرادة الأطراف الحرة في اختيار القانون الواجب التطبيق والذي يمكن أن يكون القانون الوطني لأحد الأطراف، قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة أو محل إبرام العقد أو أي قانون آخر يراه الأطراف ملائما لاتفاقهما، وقد نقل المشرع الحلول الواردة في المادة 458 فقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية من المادة 178 فقرة 02 من القانون السويسري، علما أنه في غياب الاختيار من قبل الأطراف فإن المحكم هو الذي يحدد القانون الواجب التطبيق سيما القانون الذي يطبق على النزاع.

كما أن تطبيق القانون الجزائري يصبح ممكنا إذا جرى التحكيم في الجزائر اعتدادا بقانون المقر، إلا أننا نجد أن حرية المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق مقيد نسبيا بالقانون المطبق على العقد الأساسي.

ونجده في المادة 1040 فقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد اعتمد على ثلاث فرضيات وهي أن اتفاقية التحكيم تخضع إما للقانون المختار من قبل الأطراف أو القانون الذي يحكم موضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما.

والملاحظ في هذه المادة أن المشرع قد وسع من صلاحيات المحكمة باستعماله عبارة القانون الذي يراه المحكم ملائما لاغيا العبارة المستعملة في المادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية المتمثلة في " لاسيما القانون المطبق على العقد الأساسي وإما القانون الجزائري" والتي كانت تعتبر قيداً ولو نسبياً على حرية المحكم، حيث اعتنق المشرع الجزائري القانون الجديد أفكار ليبرالية تفتح المجال أكثر أمام

المحكم موسعا سلطاته لتدويل القانون الواجب التطبيق واستبعاد القوانين الوطنية واللجوء إلى اختيار العادات التجارية الدولية.

وعليه، يمكن القول أن المشرع الجزائري بتعديله لقانون الإجراءات المدنية قد أخذ بأخر التطورات التي وصلت إليها تشريعات دول أخرى متقدمة في مسألة التحكيم التجاري الدولي كالقانون الفرنسي والقانون السويسري، فكان للمرسوم التشريعي طابعا ليبراليا قائما على مبدأ سلطان الإرادة علما أن هذه الإرادة والحرية قد وضعت على قدم المساواة بين الأطراف والمحكم.

والجزائر اتخذت هذا الموقف إعلانا منها بمسايرة الآليات القانونية الدولية حتى تدخل السوق الدولية، وإيماننا منها أن هذا النظام الخاص هو الطريق الأنجع والسريع والأدق لفحص المنازعات التي قد تنشأ بصدد المعاملات التجارية الدولية.

من خلال دراستنا للقانون 09/08 بصفة عامة، ودراسة الأحكام المرتبطة بالتحكيم التجاري الدولي بصفة خاصة سجلنا بعض الملاحظات الأولية نحصرها فيما يلي:

أولاً: أن مواد القانون 09/08 جاءت بصفة عامة ميوّبة بمنهج متناسق، حيث اعتمد المشرع في صياغتها على الأسلوب المباشر، مستعملا المصطلحات البسيطة والجميل القصيرة، بحيث يسهل للقارئ الرجوع إلى أي موضوع.

أما فيما يخص المواد التي عالجت التحكيم التجاري الدولي، فإنه اتضح لنا أن المشرع اكتفى بإعادة ترتيب المواد التي جاء بها المرسوم التشريعي 09/93، وأبقى على الكثير من أحكامه مع تغيير بعضها، إضافة إلى أنه نقل بعض الأحكام إذ أصبحت تشترك مع التحكيم الداخلي كأثار حكم التحكيم مثلا .

ثانياً: أن القانون 09/08 غير تسمية " قرارات التحكيم " واستبدالها بتسمية " أحكام التحكيم " ولعل المشرع أراد بذلك دعم حجية أحكام التحكيم ورفعها إلى درجة الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الوطنية وإضافتها صفة الإلزام بالنسبة لأطرافها حتى من خلال التسمية.

ثالثاً: فيما يتعلق بالتحكيم الإداري كانت المادة 422 فقرة 3 تمنع الأشخاص المعنوية العامة التابعة للقانون العام اللجوء إلى التحكيم ماعدا في علاقاتها التجارية الدولية، فجاءت المادة 975 من القانون 09/08 ووسعت التحكيم الإداري بنصها على "...إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي

صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية " بمعنى أنه يجوز للأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم في مجال الصفقات العمومية وفي حالة وجود اتفاقية دولية مصادقة عليها الجزائر.

غير أن المادة 1006 فقرة 3 [47] جاءت مناقضة للمادة 975 عندما وسعت أكثر التحكيم

الإداري، بحيث أصبح يشمل مسائل العلاقات الاقتصادية الدولية، بمعنى أنه يمكن للأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم في علاقاتها الاقتصادية الدولية حتى في حالة عدم وجود اتفاقية دولية، وهذا ما يناقض المادة 975، هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن مفهوم العلاقات الاقتصادية مفهوم واسع يشمل التجارة والصناعة والخدمات مما يعني أن مجال التحكيم أصبح واسع .

ولكن علينا أن نتساءل حالياً عن القواعد المطبقة من قبل المحكم على النزاعات المعروضة عليه في جانبها الموضوعي والإجرائي، وهذا ما سوف أتطرق إليه تفصيلاً في الفصل الثاني، بحيث أتطرق فيه إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وإجراءاته.

الفصل 2

القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وإجراءاته

الأصل في أي عقد من العقود أن يكون خاضعا لقانون معين ينظمه، من شروط انعقاده ابتداء وحتى تنفيذ ما يترتب عليه من التزامات يحترمها كلا الطرفين بموجب هذا القانون، ولا يشذ اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن هذا الأصل، وإن كان هناك من ينادي بوجود عزله عن كل قانون وإسناده بكليته إلى إرادة المتعاقدين لتكون هي المصدر الوحيد للالتزام الذي يتضمنه [59] (210) فلا مفر تبعا لذلك من أن يرتبط اتفاق التحكيم بتشريع معين، قد يكون قانونا وطنيا أو اتفاقية دولية، إلا أن الاتفاقيات الدولية قلما تعنى بالمسائل المتعلقة باتفاق التحكيم لصعوبة بلوغ التوحيد التشريعي في شأنها، فإذا وجدت القاعدة المادية الموحدة فلا محل لتنازع القوانين في نطاقها وإذا اشتملت الاتفاقية على قاعدة إسناد موحدة وجب إعمالها، أما في غير هذا الفرض فإن التنازع بين القوانين يكون أمرا لا بديل عنه ويتعين تبعا لذلك تعيين القانون الواجب التطبيق، أما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فالقاضي لا يجد صعوبة في معرفته، لأنه يقوم بتطبيق النصوص القانونية للدولة التي يستمد منها سلطته، ويترتب على ذلك تطبيق القانون أو قواعد القانون الدولي الخاصة بتنازع القوانين لتلك الدولة.

وعليه سأتناول هذا الفصل في مبحثين الأول يتضمن القانون المختص بحكم اتفاق التحكيم التجاري الدولي وموضوعه أما المبحث الثاني فيتضمن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم والحكم التحكيمي.

1.2. القانون المختص بحكم اتفاق التحكيم التجاري الدولي وموضوعه

يتخصص القانون الدولي الخاص بتنظيم العلاقات بين الأفراد ذات الصبغة الدولية، تلك الصبغة التي تلحق العلاقة القانونية إذا كان أحد عناصرها، سواء أحد أطرافها أم موضوعها (محلها) سببها أجنبيا، ولعل أهم موضوعات هذا القانون ما اصطلح على تسميته بتنازع القوانين، والذي تتركز وظيفته الأساسية

في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي ويتم ذلك عادة من خلال ما يسمى بقواعد الإسناد أو قواعد تنازع القوانين [60](21).

أما المحكم فإنه يستمد سلطته من اتفاق التحكيم، أي إرادة الطرفين التي تحدد ما يتعلق بالتحكيم وما هو القانون الواجب التطبيق على النزاع، وعليه سأتناول هذا المبحث في مطلبين الأول يتضمن اتفاق التحكيم والثاني يتناول القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

1.1.2. اتفاق التحكيم

تنص المادة السابعة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أن اتفاق التحكيم: "هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل".

فهذا الاتفاق لا يخرج عن إطار أي اتفاق، فهو تعبير عن إرادة طرفين تراضيا على أن تكون وسيلة تسوية المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما هي التحكيم، حيث نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 1011 على أن: "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم" [47].

كما تنص المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا، يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم، إذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه، يستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة" [47].

وجاء تعريف اتفاق التحكيم في اتفاقية عمان العربية للتحكيم منسجما مع ما سبق، حيث نصت المادة الأولى من الاتفاقية المذكورة على أن: "اتفاق التحكيم هو اتفاق الأطراف كتابة على اللجوء إلى التحكيم سواء قبل نشوء النزاع أو بعده" [61].

ويأخذ اتفاق التحكيم التجاري شكلين، فهو إما اتفاق لاحق لقيام النزاع، والشكل الآخر لا ينتظر فيه الأطراف نشوب النزاع وإنما يتم النص في العقد أو في اتفاق لاحق للعقد على أن يكون التحكيم هو وسيلة تسوية المنازعات بينهم، فمعظم التشريعات الوطنية تجيز الاتفاق للصورتين أنفتي الذكر [57](75).

وسيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الأول يتناول: المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم والقانون الذي يحكمها.

والثاني يتناول: تشكيل هيئة التحكيم والقانون الذي تخضع له.

1.1.1.2 . المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم والقانون الذي يحكمها

يُثار التساؤل حول ما هو القانون الواجب التطبيق على مسائل التحكيم المتعلقة باتفاق التحكيم، فهو يخضع لقانون الإرادة، وهو القانون الذي يختاره المتعاقدون حيث أنه مبدأ سائد في التحكيم التجاري الدولي، كما أكدته أيضا كل الاتفاقيات الدولية التي تنظم التحكيم مثل اتفاقية جنيف سنة 1961 [62] ، واتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي، ولا تخضع إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق لأية قيود إلا ما يتعلق منها بالنظام العام الدولي [60](213).

سيتم تقسيم هذا الفرع إلى:

الشروط الموضوعية في اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليها.

الشروط الشكلية في اتفاق التحكيم.

أولا: الشروط الموضوعية في اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليها

لا بد لصحة اتفاق التحكيم أن تكون الشروط الموضوعية متوفرة وهذه الشروط تتمثل في ثلاثة عناصر، أولها توفر التراضي الصحيح، وثانيها أن يرد هذا التراضي على محل ممكن، وثالثها أن يكون السبب مشروعا [63](45).

أ- التراضي: حيث يعد التراضي أول شرط موضوعي لصحة اتفاق التحكيم ويعني تطابق إرادتين في ترتيب آثار قانونية تبعا لمضمون الاتفاق، فلا بد أن يطابق الإيجاب قبولاً لاختيار التحكيم وسيلة لحسم المنازعات التي تثور بين طرفي العلاقة، فيجب أن تتقابل إرادة طرفي الاتفاق على اتخاذ التحكيم وسيلة لفض النزاع الناشئ أو الذي سينشأ بينهما[60](174).

بالإضافة إلى أن اتفاق التحكيم سواء كان شرطاً أو مشاركة، فإنه قد يخضع لقانون غير القانون الذي يخضع له الاتفاق الأصلي، بالتالي يكون المرجع في كافة ما يتعلق بهذا الاتفاق للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم، وهو إما قانون الإرادة أو الموطن المشترك أو قانون بلد محل إبرام الاتفاق، والتراضي أيضاً يخضع لقانون الإرادة، وإلا خضع لقانون البلد الذي يصدر فيه حكم التحكيم [64] وبما أن الرضا من قبل طرفي الاتفاق يعتبر شرطاً موضوعياً لصحته وينطبق عليه القانون المطبق على اتفاق التحكيم، بالتالي فإن عيوب التراضي في هذا الاتفاق ونطاقه وتفسيره تكون محكمة بالقانون الذي يحكم اتفاق التحكيم كما يخضع لنفس القانون السبب غير المشروع وجزاء عدم المشروعية.

والملاحظ أن الأحكام الفرنسية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي والتي صدرت بشأن عيوب الإرادة "الغش والخطأ" لا تستند إلى قانون معين أو حتى إلى القانون الفرنسي ولكنها تستند إلى عادات وأعراف التجارة الدولية[65](82).

ب- أن يرد هذا التراضي على محل ممكن: أما فيما يتعلق بالشرط الموضوعي الثاني وهو محل التحكيم، فهو يعني أن يكون النزاع قابلاً للتسوية بطريق التحكيم، حيث نصت المادة (11) من قانون التحكيم المصري على أنه "لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح"[66].

حيث يقصد بمحل اتفاق التحكيم، موضوع المنازعات التي يشملها اتفاق التحكيم والتي ينص على حلها بطريق التحكيم، وفي بعض الأحيان لا يتضمن الاتفاق الإشارة فقط إلى النزاع في موضوع معين، كأن يقال إن الخلافات التي ستنشأ بين الطرفين بالنسبة لنوعية البضاعة يصار إلى حلها بالتحكيم أو يقال إن جميع المنازعات التي ستنشأ عن تنفيذ العقد يصار إلى حلها بالتحكيم، هذا في حالة وضع شرط التحكيم في العقد، أما في حالة عدم وجود مثل هذا الشرط في اتفاق التحكيم "مشاركة التحكيم" يتم بعد نشوء الخلاف أو النزاع، وفي هذه الحالة يكون موضوع النزاع معروفاً، ويمكن تحديده بدقة [67](126) أو بشكل عام دون تفصيل أوجه النزاع فموضوع الاتفاق أو محله يثير مسألتين أساسيتين:

أولهما: القابلية الشخصية للتحكيم التي تتعلق بأهلية الدول والأشخاص المعنوية في الالتجاء إلى التحكيم، وهذه يحكمها سواء القانون الشخصي للدولة الطرف في الاتفاق أو الشخص المعنوي في القانون العام، وسواء لقانون العقد الأصلي الممتد لاتفاق التحكيم مع مراعاة أن أهلية الدولة والأشخاص المعنوية في القانون العام تعتبر قاعدة قانون دولي مادي.

ثانيهما: القابلية الموضوعية التي تتعلق بموضوع النزاع فإنها تتحدد طبقاً للقانون المطبق على اتفاق التحكيم للمسألة المتنازع عليها إذا كانت تخرج عن نطاق العقد[65](85).

ج- السبب: أما بالنسبة للشرط الثالث من الشروط الموضوعية في اتفاق التحكيم فهو السبب المشروع، حيث أنه ضروري ولازم لتكوين اتفاق التحكيم أسوة بأي عقد آخر، فاتفاق الأطراف يجد سببه في إرادتهم في استبعاد طرح النزاع على القضاء وتفويض الأمر للمحكمن، ويعد هذا السبب سبباً مشروعاً إلا إذا ثبت أن المقصود منه التهرب من أحكام القانون الذي كان سيطبق، في حال طرح النزاع على القضاء نظراً لوجود قيود معينة يرغب الأطراف في التخلص منها[68](58) وهو ما يمثل حالة من حالات الغش نحو القانون فيكون التحكيم وسيلة غير مشروعة يراد بها الاستفادة من حرية الأطراف أو حرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق[68](13).

ولا يختلط السبب غير المشروع بالمحل غير الممكن أو غير المشروع، فالأول يقتضي البحث عن إجابة السؤال لماذا لجأ الأطراف للتحكيم، أما الثاني فيتعلق بتحديد الموضوع المراد تسويته بطريق التحكيم وهل هو مشروع أم لا [63](58)؟

فنظراً لكون التحكيم هو طريق استثنائي لحل المنازعات بين الأطراف فلا بد أن يكون السبب مشروعاً، حتى يحقق التحكيم الهدف المرجو منه، وأن لا يكون وسيلة لدى الأطراف للتهرب من الخضوع لأحكام القضاء.

وطبقاً للمادة 1040 فقرة 3 يعتبر شرط التحكيم صحيحاً من حيث الموضوع إذا أبرم وفق: القواعد الواردة في القانون الذي اختاره الأطراف (تكريس مبدأ سلطان الإرادة)، أو القانون المنظم لموضوع النزاع، أو القانون الذي يراه المحكم ملائماً.

والملاحظ في هذا الصدد أن المشرع استبعد إبرام الاتفاق وفقا للقانون الجزائري واستبدله بالقانون الذي يراه المحكم ملائما ، والسبب -في رأينا- الذي دفع بالمشرع إلى الأخذ بالقانون الذي يراه المحكم ملائما هو إعطاء مرونة أكبر للتحكيم وتدعيما لفعاليتها وتحقيقا لغاياته باعتباره وسيلة لفض النزاعات .

ثانيا: الشروط الشكلية في اتفاق التحكيم

تتمثل الشروط الشكلية في اتفاق التحكيم بضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، حيث يعد اتفاق التحكيم صحيحا في إطار المبادئ العامة إذا أبرم حسب ما يتطلبه القانون المحلي، وهو في الغالب مكان الإبرام، أو القانون الذي يحكم الموضوع، أو قانون الموطن المشترك، أو قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين [65](85).

حيث نصت المادة 1040 من قانون الاجراءات المدنية والادارية: "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية، يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة، تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما، لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي" [47].

وتتحقق الكتابة وفقا لنص القانون إذا ورد شرط التحكيم في رسائل أو برقيات متبادلة بين الطرفين ويمتد ذلك إلى كل وسائل الاتصال المكتوبة ولكن يجب تحقق تبادل الإيجاب والقبول بشأن التحكيم، فإذا أرسل طرف رسالة أو تلكس يتضمن عرض اللجوء إلى التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بمناسبة العقد الذي يجري التفاوض لإبرامه، فيلزم صدور قبول الطرف الآخر، واتصال هذا القبول بعلم الطرف الأول، أما السكوت فقد يعد قبولا إذا كانت هناك معاملات جارية بين الأطراف وكان التحكيم شرطا فيها، أو إذا تعلق الأمر بتحديد عقد يتضمن شرط التحكيم، أو إبرام عقد جديد يحيل إلى العقد السابق المتضمن لشرط التحكيم [63](59) وفي حال كان اتفاق التحكيم يتم بوساطة وكيل فيجب أن تكون الوكالة مكتوبة ، ولا بد أن تكون الوكالة خاصة فلا تخول الوكالة العامة الوكيل سلطة إبرام اتفاق تحكيم أو وضع شرط تحكيم في العقد الذي تمت الوكالة لإبرامه [66](76).

ولم تكتف المادة 1040 فقرة 3 بشرط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم من الناحية الشكلية مثلما كان منصوص عليه في المادة 458 مكرر 8 فقرة 2 من القانون السابق ، بل أعطت إمكانية إبرام اتفاق التحكيم بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة، ومن وسائل الاتصال التي تجيز الإثبات بالكتابة المحررات الالكترونية التي تبرم بالإنترنت ، والتوقيع الالكتروني، الفاكس ... الخ.

2.1.1.2. تشكيل هيئة التحكيم والقانون الذي تخضع له

هيئة التحكيم قد تكون مكونة من محكمين يختارون لنظر النزاع، أو منظمة دائمة تتولى إدارة التحكيم وفقا للوائحها، وفي كلتي الحالتين قد تشكل هيئة التحكيم من محكم واحد أو عدة محكمين تبعا لاتفاق الأطراف.

ففي حالة المحكم الفرد يفصل النزاع بشكل أسرع بالإضافة إلى أن النفقات تكون أقل، في حين أن تعدد المحكمين يشكل ضمانا أكبر للعدالة والحيادة للفصل في النزاع المثار، ومن الملاحظ أن لوائح المنظمات الإنجليزية والأمريكية تميل إلى نظام المحكم الفرد إلا إذا كان النزاع ضخما يبرر التعدد.

والأسلوب الغالب في التحكيم التجاري الدولي أن تشكل الهيئة من ثلاثة محكمين، يعين كل خصم واحدا منهم، وأما الثالث فيختار بطريقة مختلفة، فقد يترك اختياره لاتفاق الخصمين، وقد يعهد بالاختيار إلى المحكمين الآخرين وقد تتولاه هيئة مستقلة كالمحكمة أو الغرفة التجارية أو المنظمة الدائمة التي تتولى التحكيم[66](222)، وقد يتولى المحكم الثالث رئاسة هيئة التحكيم، فالأصل أن يتم الاتفاق على تشكيل هيئة التحكيم ضمن ما ينص عليه القانون، وفي بعض الأحيان يكون هناك محكم احتياطي يحل محل الحكم الأصلي عند حدوث مانع لحضوره، وقد يتم تعيين مساعدين قانونيين بجانب هيئة التحكيم لمساعدتها في إتباع الإجراءات القانونية الصحيحة.

يخضع تشكيل هيئة التحكيم في الأصل إلى إرادة الأطراف واتفاقهم، وقد حاول المشرع الجزائري تنظيم هذا الأمر من خلال النص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ومن الأمثلة على ذلك ما نص عليه المادة 1015 منه: لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا، إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم، إذا علم المحكم أنه قابل للرد، يخبر الأطراف بذلك، ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم"[47].

تنص المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي" [47].

وبموجب نص المادتين 1041 و 1042 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يكون تشكيل محكمة التحكيم إما مباشرة من طرف الأطراف وإما أن تشكل وفق نظام تحكيمي وإما عن طريق القضاء وهو الطريق الثالث ، غير أن قانون 09/08 غير القاضي المختص بالنظر في طلب التعيين أو العزل أو الاستبدال ، وذلك كما يلي :

أ/- إذا كان التحكيم يجري في الجزائر : يرفع الأمر أما رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم فإذا كان التحكيم مثلا يجري في دائرة اختصاص محكمة البلدية فيرفع الأمر إلى رئيس محكمة البلدية، وهذا بعدما كان الاختصاص في إطار المرسوم 09/93 موزع بين رئيس المحكمة التي يكون ضمن اختصاصها الإقليمي مقر محكمة التحكيم طبقا للاتفاقية أو محكمة مقر إقامة المدعى عليه أو المدعى عليهم في النزاع أو محكمة مقر إقامة المدعي إن كان المدعى عليه لا يقيم في الجزائر.

ب/- إذا كان التحكيم يجري في الخارج: فإن رئيس محكمة الجزائر هو المختص بنظر طلب تعيين أو عزل أو استبدال المحكمين.

وفي حالة عدم تحديد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم، يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ وهو الحكم الذي جاءت به المادة 1042 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ونشير إلى أن حالات وأسباب عزل واستبدال المحكمين، أصبح منصوص عليها في الأحكام المشتركة بين التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي وذلك في المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

وقد عالج قانون اليونسترال النموذجي بشأن التحكيم التجاري الدولي القواعد الخاصة حيث أرست هذه المواد مبدأ سلطان الإرادة بتشكيل محكمة التحكيم في المواد من (10-15) بترك الحرية للأطراف في تحديد عدد المحكمين وإلا كان العدد ثلاثة [63](80).

كما ينص القانون النموذجي على " أنه في حال عدم وجود اتفاق على تشكيل هيئة التحكيم تتولى الأمر الجهة التي يحددها القانون الوطني لكل دولة وتكون قراراتها في هذا الخصوص غير قابلة للطعن فيها" [10].

أما اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي فقد نظمت موضوع تشكيل هيئة التحكيم في المادة 15 من الاتفاقية المذكورة حيث نصت على أن: "تتألف هيئة التحكيم من ثلاثة أعضاء ويجوز للطرفين الاتفاق على محكم واحد".

فالأصل ترك تشكيل محكمة التحكيم لحرية الأطراف سواء تولوا ذلك بأنفسهم أو فوضوا جهة معينة لتتولى هذه المهمة، أما إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق أو تعذر التشكيل، فيتولى الأمر الجهة التي يحددها القانون الوطني لكل دولة.

يتبين من خلال ما سبق أن القاعدة العامة في تشكيل هيئة التحكيم منوطة بإرادة الأطراف، ولكن في حال عدم الاتفاق بين الأطراف على أية جزئية متعلقة بتشكيل هيئة التحكيم يتم إحالة الأمر إلى الجهة المعنية وفق ما ينظمه القانون الوطني لكل دولة.

وعليه سنتناول هذا الفرع الشروط الواجب توافرها في المحكم وكذا اختيار المحكمين.

أولاً: الشروط الواجب توافرها في المحكم: يجب ابتداءً أن يتوفر في المحكم عدة شروط حتى يستطيع القيام بالمهمة الموكلة إليه، حيث لا يكفي توفر الأهلية المدنية التي تخضع للقانون الشخصي عند الفرد ليكون محكماً، وإنما يلزم توفر شروط أخرى هي في الغالب شروط صلاحيته لممارسة العمل القضائي، مثل شرط الجنسية، أو شرط مزاوله مهنة معينة، أو مراعاة القيود الواردة في القوانين الوطنية المختلفة، مثل أن لا يكون المحكم قاصراً، أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية أو مفلساً، فهذه الشروط تتعلق بالاختصاص بالتحكيم، ولها أثرها في صحة الحكم أو بطلانه وهي بهذه المثابة تخضع للقانون الذي يحكم الإجراءات [69] (54).

فالشروط المطلوب توافرها في المحكم هي لغرض ضمان الحياد والاستقلال حتى يطمئن الطرفان للقرار الذي سيصدره هذا المحكم، فالمحكم لا يعتبر وكيلاً عن أحد الأطراف أو مدافعاً عنه، وإنما اختيار

هذا المحكم هو تفويض من الشخص أحد الأطراف لشخص آخر بأن يقوم بحل النزاع، مع قبول الشخص المفوض بما يحرره المحكم[67](153).

وبالنظر إلى النصوص القانونية التي جاء بها المشرع الجزائري فإنها تضع وتحدد وتنظم شروط معينة للشخص الذي يمكن أن تعهد إليه مهمة التحكيم وهي بالغالب نفس الشروط التي يجب أن تتوفر في القاضي.

حيث نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية في مادته 1041 بأن يترك لسultan الإرادة تعيين محكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم واستبدالهم.

فإذا لم يعين شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم المحكمين وكان التحكيم في الجزائر يراجع الطرف الذي يهمله التعجيل:

1- رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم.

2- وأيضا إذا كان التحكيم جاريا خارج الجزائر واختار القانون الجزائري فيراجع المحكمة القضائية التي تقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه إلا إذا اتفق الأطراف على جهة قضائية أخرى[47].

والملاحظ أن تغييرا أساسيا طرأ على القانون السابق الذي كان يلزم القاضي عند مراجعته بتعيين محكم في التحكيم الدولي أن يعينه من غير جنسية الطرفين، ويبدو أن هذا القيد لم يعد واردا وأصبح بإمكان القاضي الجزائري عند مراجعته لتعيين المحكم الثالث الذي لم يتفق الطرفان عليه أن يسمي محكما من جنسية أحد الطرفين ويمكن حصر الشروط الواجب توفرها في المحكم بشكل عام حسب ما ورد في عدد من القوانين بما يلي:

1- يجب أن يكون المحكم شخصا طبيعيا ولا يجوز أن يكون شخصا معنويا، وهذا الشرط يمكن

استنتاجه من النصوص القانونية دون أن يرد ذلك صراحة وإذا عين اتفاق التحكيم شخصا معنويا - فإن

مهمته تقتصر على تنظيم التحكيم - وعليه فإن المحكم لا يكون إلا شخصا طبيعيا[70](471) أما إذا عين

اتفاق التحكيم شخصا معنويا، كأن ينص فيه أنه إذا ثار خلاف بسبب العقد فيصار إلى تسويته بالتحكيم عن

طريق مركز التحكيم مثل غرفة التجارة الدولية، فهذا يعني أن مركز التحكيم يقوم بتنظيم عملية التحكيم فقط.

2- أن يكون المحكم متمتعاً بالأهلية الكاملة وفقاً لقانونه الشخصي، ولا فرق في كونه ذكراً أو

أنثى، وتنص بعض الدول في تشريعاتها على وجوب أن يتم اختيار المحكمين من مواطني هذه الدولة كما هو الحال في قوانين كولومبيا والإكوادور إلا أنه في تشريعات أخرى يجوز أن يكون المحكم أجنبياً، أيضاً لا يشترط أن يكون للمحكم مهنة معينة، إلا أن بعض القوانين تشترط أن يكون للمحكم مهنة معينة كأن يكون محامياً مثلاً [67](155-156).

يلاحظ أن أغلب التشريعات لم تتطلب الخبرة أو المؤهل العلمي في المحكم، الأمر الذي يجوز معه أن يكون المحكم خبيراً أو غير ذي خبرة، وكلمة محكم تنصرف إلى الرجل والمرأة إذ ليس هناك ما يمنع من أن يكون المحكم امرأة.

وقد حددت غالبية الأنظمة القانونية شروطاً يجب توافرها في المحكم وهي ذات الشروط التي يجب توافرها في القاضي: كالأهلية، وأن لا يكون محكوماً عليه بعقوبة جنائية أو جنحة أو مخلة بالشرف أو مفلساً، ويتوجب أن يكون المحكم حيادياً ومستقلاً عن المحكّمين.

ولقد نص المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 1014: "لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي، إلا إذا كان متمتعاً بحقوقه المدنية، إذا عينت اتفاقية التحكيم شخصاً معنوياً، تولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم".

وتنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري بقولها: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، و سن الرشد تسعة عشر سنة كاملة"، وهذا المشرع قصد الحقوق المدنية وليس المحروم من مباشرة حقوقه السياسية.

و بهذا يمكن أن نوجز هذه الشروط في المحكم الشخص الطبيعي [71](70):

*- ألا يكون قاصراً.

*- ألا يكون محجوراً عليه، لجنون، أو سفه، أو عته، أو ذو غفلة.

*- ألا يكون محكوماً عليه بعقوبة جنائية أو جنحة مخلة بالشرف.

* - عدم شهر إفلاسه.

يتضح من خلال ما سبق أن أهلية المحكم منوطة بقانونه الشخصي الذي يحدد أهليته والشروط الواجب توفرها فيه.

ثانياً: اختيار المحكمين: إن القواعد الدولية المعمول بها في حقل التحكيم الدولي - بصورة عامة- لا تضع شروطاً خاصة لمن يمكن اختياره محكماً، ذلك لأن القاعدة في هذه الحالة ترك الحرية للطرفين في اختيار الشخص أو الأشخاص الذين يثقون بهم وبنزاهتهم والاطمئنان إلى عدالتهم في اتخاذ القرار الخاص بحسم النزاع، في حين نصت بعض الاتفاقيات الدولية صراحة على إمكانية قيام الأجنبي بمهمة المحكم، فقد ورد في الاتفاقية الأوروبية لعام 1961 [62] في المادة 03 منها على أنه في التحكيم الخاضع لهذه الاتفاقية يمكن للأجانب أن يعينوا المحكمين، كما نصت بعض الاتفاقيات والقواعد الدولية على عدم تعيين محكم ممن يحملون جنسية أحد أطراف النزاع، وذلك في حال تعيينه من قبل سلطة التعيين.

حسب الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري سنة 1987 فإنه لا يجوز أن يكون المحكمون الذين يتم تعيينهم من مواطني أحد الطرفين، كما نصت هذه الاتفاقية في المادة 14 منها على أنه: "يعد مجلس الإدارة سنوياً قائمة بأسماء المحكمين من كبار رجال القانون والقضاء أو من ذوي الخبرة العالية والاطلاع الواسع في التجارة أو الصناعة أو المال وتمتعين بالأخلاق العالية والسمعة الحسنة" [61] ، وقد ورد نص مشابه في اتفاقية واشنطن لعام 1965 الخاصة بحل المنازعات المتعلقة بالاستثمارات، حيث جاء في المادة 38 من الاتفاقية أنه "عندما يقوم رئيس مجلس إدارة تسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات بتعيين المحكم أو المحكمين يجب أن لا يكونوا من مواطني دولة أحد الأطراف" [72] .

مثل هذا النص جاء في القواعد الدولية الخاصة بالتحكيم من الأمثلة على ذلك ما جاء في الفقرة

06 من المادة 02 من قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية.

ومما يتعلق بهذا الخصوص أيضا ما جاء في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة، حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة 11 "لا يمنع أي شخص بسبب جنسيته من العمل كمحكم ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك".

أ- قبول المحكم مهمته: وبالنظر إلى القانون الجزائري يتبين أنه تم النص على كيفية تشكيل هيئة تحكيم في المادة 1015 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه: "لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا، إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم، إذا علم المحكم أنه قابل للرد، يخبر الأطراف بذلك، ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم" [47] ، ونصت المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي" [47].

ويقول الأستاذ Domke باختصار محكم إذا لم يعارض الأطراف ذلك أو قد تعمل المحكمة على اختيار محكم ثالث تكون له رئاسة هيئة التحكيم فبعد أن يتم اختيار هيئة التحكيم وتحديد لها لنظر النزاع، تبقى الأمور الأخرى مقرونة بالقانون الذي سيحكم العلاقة لا داعي لإيرادها لأن الأمر المهم هو المكان الذي سيجرى فيه التحكيم والقانون الواجب التطبيق على النزاع حيث أن لاختيار مكان التحكيم في مجال التجارة الدولية أهمية قصوى، إذ كثيرا ما يتوقف عليه تعيين القانون الواجب التطبيق على بعض مسائل التحكيم، كما يتوقف عليه أحيانا تعيين جنسية القرار، أي الفصل فيما إذا كان قرارا وطنيا أو أجنبيا، وهي مسألة تبدو أهميتها على وجه الخصوص عند طلب تنفيذ القرار، يضاف إلى ذلك أن التحكيم لا يكون مفيدا حقا إلا إذا جرى في ظروف ملائمة للخصوم، وفي مقدمتها إجراؤه في مكان مناسب [60](240).

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 [67](141-142).

ولقد نصت المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم و شروط عزلهم أو استبدالهم، وفي غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يأتي:

*- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها 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 "[47].

وما يلاحظ أن الجزائر لجأت في أغلب الأحيان إلى نظام تحكيم الغرفة التجارية الدولية، وفي غياب ذلك يلجأ الأطراف إلى القاضي.

وفي حالة غياب أو صعوبة التعيين وكان التحكيم يجري في الجزائر فالمحكمة المختصة والتي يرفع إليها أمر التعيين هي المحكمة المنصوص عليها في المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية وهي إما المحكمة المحددة في اتفاقية التحكيم، أو المحكمة التي حددت الاتفاقية مقر محكمة التحكيم ضمن دائرة اختصاصها، أو محكمة مقر إقامة المدعى عليه في النزاع، أو محكمة إقامة المدعي إذا كان المدعى عليه لا يقيم بالجزائر.

وقد يؤدي تحديد مقر المدعي أو المدعى عليه إلى صعوبات على اعتبار أن دولية التحكيم تتطلب أن يكون مقر أو موطن أحد الأطراف على الأقل في الخارج (معيار إقليمي)، ويعني هذا أنه يمكن أن يكون مقرهما أو موطنهما بالخارج، و هذا يؤدي إلى اختصاص محكمة أجنبية، لذلك يعيب جانب من الفقه، تعداد المحاكم المختصة و يقترح مقر التحكيم .

وقد جعل المشرع الجزائري رفع أمر تعيين المحكمين إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم يجري في الجزائر، ورفع الأمر إلى محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.

وإذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ، وهذا طبقا للمادة 1042 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

على أن العزل والاستبدال للمحكمين يخضع لنفس شروط التعيين.

فالأصل أن المحتكمين هم الذين يختارون محكميهم بعيدا عن القضاء إلا أنه قد يتعذر عليهم ذلك، و قد لا تتاح الفرصة لمراكز التحكيم في المساعدة على تخطي هذه العقبة بسبب عدم اللجوء إليها في هذا الشأن وهنا تكون الحاجة ملحة إلى تدخل القاضي لتعيين محكمين .

وتجدر الإشارة إلى أن بعض القوانين قد اشترطت أن يكون عدد المحكمين وترا كالقانون المصري، والليبي، والعراقي، أما القانون المغربي والفرنسي، فلم تنص على أن يكون عدد المحكمين وترا تاركين الأمر لإرادة المحكمين، الأمر الذي يفهم منه أنه يجوز أن يكون عدد المحكمين شفعا.

أما المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نص في المادة 1017 بقوله :

" تشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي "[47] ، وبالتالي يصبح العدد وترا في تشكيل المحكمة التحكيمية.

وتنصح بعض مراكز التحكيم الدولية مراعاة جملة اعتبارات عند اختيار هذا المكان، منها أن يكون قريبا من الخصوم لكي لا يكلفهم الانتقال إليه نفقات عالية، وقريبا من الشهود إذا اقتضى الأمر سماعهم لكي لا يثنيهم بعد المكان عن أداء الشهادة، وأن يجري في مكان وجود البضاعة إذا تعلق النزاع ببيع دولي ليسهل معاينة البضاعة وفحصها، واختيار المكان الذي يكون قرار التحكيم واجب التنفيذ فيه تيسيرا للإجراءات، الأمر الثاني وهو المحكم، حيث تشترك جميع التشريعات في حظر اختيار القاصر أو المحجور عليه أو المفلس ليكون محكما.

ب- رد المحكم أو عزله: فالمحكم في منزلة القاضي يجب أن تتوفر فيه الحيطة والنزاهة والاستقلال فإذا كان هناك حرج لدى المحكم في نظر النزاع يجوز له التنحي عن نظره، و المشرع الجزائري في المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نص على أنه: يجوز رد المحكم في الحالات الآتية:

- 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 استقلاليتها، لا سيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.

لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه أو شارك في تعيينه إلا لسبب علم به بعد التعيين، تبلغ محكمة التحكيم والطرف الآخر دون تأخير بسبب من الرد في حالة النزاع إذا لم يتضمن نظام

التحكيم كليات تسويته أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمله التعجيل هذا الأمر غير قابل لأي طعن" [47].

ورد المحكمين ليس من الأمور النادرة في العمل، ومن مبررات الرد الشائعة في المجال التجاري وجود علاقات عمل سابقة بين المحكم وأحد الخصوم أو اتجاه النية إلى إنشاء مثل هذه العلاقات في المستقبل القريب، يتضح من تحليل القضاء العالمي في هذا الصدد أنه لا يكفي تبرير الرد مجرد وجود هذه العلاقات بين المحكم والخصم لأن وجودها لا غرابة فيه نظراً لأن المحكمين يكونون في الغالب من التجار ورجال الأعمال الذين تربطهم بمختلف المنشآت التجارية صلات أعمال عديدة، إنما الذي يبرر الرد هي العلاقة المؤكدة التي توحى في ضمير المحكمة بالشك في حيده المحكم، وعلى هذا الأساس حكم قبول طلب رد محكم سبق أن أعطي أحد الخصوم فتوى في موضوع النزاع ويتم في غالبية التشريعات إسناد الاختصاص للقضاء للنظر في طلب الرد، حيث يترتب على هذا الأمر توقف هيئة التحكيم عن نظر النزاع لحين البت في طلب الرد، وهذا الأمر قد يسبب عرقلة إجراءات التحكيم من قبل الطرف سبب النية والذي قد يسعى إلى المماطلة، أيضاً فيما لو تم النظر في الطلب من قبل هيئة التحكيم فإن هذا الأمر يصعب اقتناع الخصم الذي فقد الثقة في هيئة التحكيم أو أحد أعضائها بالسير في الإجراءات حتى يصدر القرار.

ويكون النظر في طلب الرد من قبل المحكمة المختصة بنظر الدعوى كما نص على ذلك التشريع المصري [73] (36)، وهناك وقائع أخرى تعد حلولها مثار جدل بين التشريعات حيث قد يتفق الأطراف على عزل المحكم أو قد يتوفى أو قد ينسحب أو يمرض، وهذا يترتب عليه إنهاء اتفاق التحكيم وما تم من إجراءات لأن اختيار المحكم يكون قائماً على الاعتبار الشخصي.

ولكن هذا الأمر لا يتناسب مع المعاملات التجارية الدولية لأن اختيار المحكمين يكون في الغالب من قوائم تضعها مؤسسات تحكيمية ولا يعرفها الأطراف المحكمين، بالإضافة إلى أن مصالح التجارة الدولية لا يجب أن تترك لظروف يحكمها القدر، وعليه عالجت بعض لوائح المنظمات الدائمة هذا الأمر من خلال عدة حلول كالاكتفاء بالمحكمين الباقين ولكن تنور الصعوبة إذا كان العدد المتبقي زوجياً وكان القانون الواجب التطبيق يشترط أن يكون العدد وتراً.

وقد يتم اللجوء إلى المحكمة لتعيين محكم، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 1021 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "لا يجوز للمحكمين التخلي عن المهمة إذا شرعوا فيها، ولا يجوز ردهم إلا

إذا طرأ سبب من أسباب الرد بعد تعيينهم، إذا طعن بالتزوير مدنيا في ورقة، أو إذا حصل عارض جنائي، يحيل المحكمون الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة، ويستأنف سريان أجل التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة في حين نص قانون التحكيم المصري على أنه "إذا انتهت مهمة المحكم بالحكم برده أو عزله أو تنحيه أو بأي سبب آخر، وجب تعيين بديل له طبقا للإجراءات التي تتبع في اختيار المحكم الذي انتهت مهمته"[74](545)

2.1.2. القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

سوف أتناول في هذا المطلب القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، والنظريات التي تعالج هذا الموضوع بكافة جوانبه، حيث أن من أهم الأسس التي يقوم عليها التحكيم، تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وذلك لأنه يعد الركيزة الأساسية التي يقوم عليها إصدار حكم التحكيم الذي يترتب عليه حسم النزاع وإنهاؤه.

فالقاضي لا يجد صعوبة في معرفة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لأنه يقوم بتطبيق النصوص القانونية للدولة التي يستمد منها سلطته، ويترتب على ذلك تطبيق القانون أو قواعد القانون الدولي الخاصة بتنازع القوانين لتلك الدولة، والتي تتركز مهمتها في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، ويتم ذلك عادة من خلال ما يسمى بقواعد الإسناد، أو قواعد تنازع القوانين[60](21) أما المحكم فإنه يستمد سلطته من اتفاق التحكيم، أي إرادة الطرفين التي تحدد ما يتعلق بالتحكيم وما هو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

حيث يظهر في النزاع المطروح على التحكيم مسألة تنازع القوانين في مرحلتين:

أولهما: أمام هيئة التحكيم أو المحكم عندما يراد تحديد القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع.

ثانيهما: أمام القاضي عندما يتدخل ليس فقط من أجل تنفيذ حكم التحكيم بل كذلك أثناء إجراءات التحكيم أو قبل البدء فيها، مثال ذلك عندما يعترض أحد الأطراف على صحة اتفاق التحكيم ويطلب إبطاله أو عندما يطلب الطرف المذكور من القاضي التدخل للنظر في النزاع [67](185).

وسيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين يعالج الفرع الأول موضوع السلطة التقديرية للمحكم الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ويتناول الفرع الثاني قانون الإرادة.

1.2.1.2. السلطة التقديرية للمحكم الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع

النزاع

من الآراء التي طرحت ولاقت قبولا بصدد معرفة القانون الواجب التطبيق في مجال حل المنازعات في المعاملات التجارية الدولية، الرأي القائل بأن على المحكم تطبيق أحكام القانون الذي اختاره أطراف النزاع، تطبيقاً لمبدأ احترام إرادة الأطراف في اختيار القانون أو القواعد القانونية التي يجب على المحكم اتباعها لحسم النزاع، وقد يكون القانون الذي اختاره الأطراف لا علاقة له بالعقد، فلا هو مكان الانعقاد ولا هو قانون مكان التنفيذ وذلك لأن الأطراف عندما يختارون قانوناً لبلد ما لا علاقة له بالعقد الذي نشأ عنه النزاع، فهم في الغالب يهدفون إلى اختيار قانون محايد أو قانون متطور في أحكامه ليطبق على النزاع [67](185).

ويجب على المحكم تطبيق أحكام القانون الذي اختاره أطراف النزاع وذلك لأن اللجوء للتحكيم التجاري الدولي قد يكون الهدف الرئيسي منه هو تطبيق قانون غير القانون الوطني، بسبب تماشي هذا القانون مع متطلبات التجارة الدولية والعقود التي تبرم بصددتها، وفي العقود الدولية قد يتفق الأطراف على عدم اختيار أي قانون ليطبق على النزاع، فهم يرمون إلى إخضاع النزاع إلى قواعد العرف والعادات السائدة في التعامل التجاري الدولي.

وحسب نص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتوافق معه حيث ينص " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة " ومن هذا المنطلق سيتم تقسيم هذا الفرع إلى ثلاثة عناصر:

أولاً: موقف المعاهدات الدولية والأنظمة القانونية من السلطة التقديرية للمحكم.

ثانياً: النظريات المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

ثالثاً: موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

أولاً: موقف المعاهدات الدولية والأنظمة القانونية من السلطة التقديرية للمحكم

إن تعيين القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف قد يكون صريحاً، وذلك بذكره في اتفاق التحكيم، سواء أكان ذلك في بنود شرط التحكيم أو في مشاركة التحكيم، أو يوجد في الغالب مدونا في العقود النموذجية الدولية، حيث تبين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع[67](186).

إلا أن هؤلاء الأطراف قد لا يفصحون صراحة عن إرادتهم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وفي هذه الحالة فإن المحكم يترتب عليه الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف حتى يستطيع تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، أما الإرادة المفترضة فتظهر وتتحقق عند عدم معرفة الإرادة الضمنية للأطراف وغالبا ما يصار إلى معرفة الإرادة المفترضة للأطراف، وفي أكثر الأحوال يظهر أن الأطراف قد قصدوا تطبيق قانون مكان التحكيم.

كما قد يقوم المحكم بتطبيق قواعد عرفية متبعة في التعامل التجاري الدولي عند عدم التعرف على الإرادة الضمنية للأطراف، ولكن المشكلة لا تقف عند معرفة القانون الواجب التطبيق فقط على موضوع النزاع، وإنما من الضروري معرفة قواعد القانون الدولي الخاص التي ستطبق، أي قواعد الإسناد التي يستهدي بها المحكم لمعرفة القواعد القانونية التي سيطبقها لحسم النزاع، إذ أن اختيار الأطراف لقانون معين أو معرفة ذلك القانون لا يغني عن البحث في قواعد القانون الدولي الخاص بتنازع القوانين، وسبب البحث عن هذه القواعد هو أن المنازعات الدولية غالبا ما تتعلق بالمسائل العقدية ولكنها قد تشمل على مسائل تتعلق بالأهلية، أو بالمسؤولية غير العقدية أو بالمنافسات غير المشروعة[67](188).

ونادرا ما يتفق الأطراف على تعيين قواعد القانون الدولي الخاص الواجبة التطبيق عند نظر المحكم للنزاع، وعليه يجب البحث عن كيفية تحديد القواعد الخاصة بتنازع القوانين لكي تطبق على المسائل التي تخرج عن نطاق القانون الذي تم اختياره من قبل أطراف النزاع، فالأصل في النظام الدولي أن المحكم الدولي يكون مقيدا بالقانون الذي اختاره الطرفان مع تخويله حرية اختيار القانون الأنسب إذا لم يوجد بينهما اتفاق بشأن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بحيث يملك المحكم استبعاد هذا القانون، وذلك كله مع ضرورة مراعاة المحكم الدولي للأعراف والعادات التجارية الجارية فضلا عن شروط العقد، وهو ما يظهر من جماع نصوص اتفاقيات وأنظمة التحكيم التجاري الدولي[75](338).

فقد نصت المادة 7 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 المطابقة 1 و 2

من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة، على أن يكون للطرفين حرية تحديد القانون الذي يجب على

المحكمن تطبيقه على موضوع النزاع، فإذا لم يحدد هذا القانون عن طريق الطرفين طبق المحكمون قاعدة تنازع القوانين التي يرونها مناسبة لموضوع النزاع، وفي الحالتين يراعي المحكمون شروط العقد والعادات التجارية الجارية [65](157).

كما نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة (32) منه على أن "تطبق هيئة التحكيم قانون الإرادة الذي اختاره الأطراف، بالتالي فإن اختيار الأطراف لقانون دولة ما أو لنظامها القانوني يعد إشارة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعدها المتعلقة بتنازع القوانين ما لم يتفق على خلاف ذلك.

إذ يجب على المحكم عند تطبيق القانون المختص مراعاة أحكام العقد وعادات وأعراف التجارة الدولية، فقد نصت الاتفاقية الأوروبية (جنيف) لسنة 1961 على حرية الطرفين في تحديد القانون الذي يلتزم المحكم بتطبيقه، وفي حال عدم وجود بيان من الطرفين يجب على المحكم تطبيق قواعد الإسناد الملائمة، وفي كلتا الحالتين ينبغي على المحكم مراعاة اشتراطات العقد وعادات من نظام غرفة التجارة الدولية [62] ، وحسب نص المادة 13 من الاتفاقية الأوروبية فإن قواعد الإسناد غالباً ما يتكفل المشرع الوطني بتنظيمها بتشريع، وقد يتم تنظيمها عن طريق اتفاقيات دولية، ويمكن في حالة عدم وجود تشريع أو اتفاق دولي استكمالها بالرجوع إلى المصادر الأخرى وهي العرف والقضاء والفقهاء [76](49).

بالإضافة إلى أن المحكم وهو بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من الممكن أن يتعارض محتوى هذا القانون مع النظام العام في الدولة المنوط بها تنفيذ الحكم التحكيمي وأن هذا التعارض يكون سبباً لرفض التنفيذ، ولكن ليس اختيار القانون هو الذي يثير مشكلة، بل الحلول الموضوعية لهذا القانون، فعلى سبيل المثال فإن في حكم التحكيم يطالب أحد الأطراف بدفع فوائد، لا يمكن تنفيذه في المملكة العربية السعودية بصرف النظر عن كون الحكم يستند على القانون الألماني، أو الانجليزي أو الفرنسي أو أي قانون آخر بسبب أنه يقرر حلاً يتعارض مع مفهوم النظام العام كما حددته الشريعة الإسلامية والسبب في رفض التنفيذ ليس هو اختيار قانون بدلاً من قانون آخر بل تعارض الحكم مع النظام العام في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها [77](6).

يتضح من خلال هذه النصوص أنه يؤخذ بعادات التجارة الدولية بوصفها عنصراً من عناصر القانون الذي يتم الفصل في النزاع على أساسه، وذلك لأهميتها وملاءمتها لظروف التجارة الدولية، لكن

تطبيق هذه العادات إنما يأتي بصورة تبعية أو تكميلية أو احتياطية لأن الأولوية - كما سبق توضيحه - هي للقانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه ولمنهج النزاع، ولا خلاف في أن عادات وأعراف التجارة الدولية لا تطبق إلا بما لا يتعارض مع القانون الواجب التطبيق، إذا لم يكن هناك نص يتضمن الإحالة إليها.

ويتبين من خلال ما سبق مدى التعايش بين منهج قواعد النزاع وعادات وأعراف التجارة الدولية، والموضوع هنا لا يتعلق بالنزاع بين المنهجين وإنما يتعلق بمقدار التكامل بينهما، وعليه الأصل أنه في جميع الأحوال يجب عند تطبيق القانون المختص مراعاة أحكام العقد، وعادات التجارة الدولية وعدم مخالفة النظام العام.

ثانياً: النظريات المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

ظهر عدد من النظريات التي تعنى بتحديد القانون المختص، حيث تبنت كل نظرية وجهة نظر مختلفة يمكن الاعتماد عليها لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع وهذه النظريات هي: النظرية الشخصية البحتة أو فكرة الإدماج، ونظرية التركيز الموضوعية، ونظرية ازدواج نظام العقد، وأخيراً نظرية الأداء المميز، حيث سأقوم بعرض موجز لهذه النظريات والأساس الذي حددت بموجبه ما هو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

أ- النظرية الشخصية البحتة أو فكرة الإدماج

وتجد أساسها في مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون، وليس مبدأ قانون الإرادة، ويتم إدماج القانون إما عن طريق ترديد نصوصه في صلب العقد، أو عن طريق الإحالة إلى ذلك القانون، ولهذا ذهب جانب من الفقه المصري إلى التفرقة بين مبدأ سلطان الإرادة مباشرة في اختيار القانون، وما يترتب على ذلك من اعتبار القانون في حكم الشروط التعاقدية، وبين مبدأ قانون الإرادة الذي يستند إلى قاعدة إسناد وضعية [78](653) - وطبقاً لهذه النظرية- فإن أطراف النزاع بإمكانهم استبعاد بعض النصوص من القانون المختار ولهم تجزئة العقد، واختيار أكثر من قانون لحكم عناصره المختلفة وفي هذه الحالة يعتبر العقد رابطة متعددة الجوانب.

وهذه النظرية ترى أن القانون ينزل منزلة الشروط التعاقدية في عقود التجارة الدولية ويأخذ حكمها، بحيث يفقد طابعه القانوني بمعناه الدقيق، أي باعتباره قراراً صادراً من المشرع، عندئذ لا يتأثر القانون المدمج بما يطرأ عليه من تعديل أو إلغاء، بمعنى أنه لا يسري إلا القانون المدمج فيه استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة بحالته التي كان عليها وقت إبرامه، مع استبعاد جميع ما يطرأ عليه من تعديلات تشريعية حتى ولو كانت هذه التعديلات تمثل قوانين أمرة وهو ما يطلق عليه شرط الثبات التشريعي وهذا القانون المختار يمكن أن يتم تعديله من جانب الأطراف في أية مرحلة يكون عليها التحكيم كغيره من بنود العقد.

إلا أنه في بعض الأحيان يكون التعاون المتطلب في إطار التجارة الدولية يتنافى مع شرط الثبات التشريعي، وهو ما كان دافعا إلى نشوء نماذج جديدة من العقود متحركة المضمون استناداً إلى شرط "إعادة النظر" أو شرط الملاءمة مع الظروف الاقتصادية بهدف بعث الثقة والاستقرار في المعاملات الدولية، على أساس أن هناك متغيرات لا يمكن التكهّن بها مقدماً إلا أن عدداً من الفقهاء اتجه إلى أن اختيار القانون يجب أن يكون على صلة بالعقد، سواء أكانت الصلة قائمة على جنسية الأطراف، أو مكان الإبرام، أو مكان التنفيذ، أو على مقتضيات التجارة الدولية.

ب- نظرية التركيز الموضوعية

تقوم هذه النظرية على انتفاء إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، ذلك أن دور الإرادة هنا هو تركيز العقد في مكان معين، أي تحديد مقره وفقاً للعناصر الواقعية المرتبطة به ارتباطاً وثيقاً والمحيطه بظروف التعاقد وموضوعه، وذلك حماية للمصالح الاقتصادية والاجتماعية في هذا المكان، ولا شك أن إنكار دور الإرادة طبقاً لهذه النظرية في اختيار القانون يؤدي بالتالي إلى استبعاد فكرة الإدماج المؤسسة على سلطان الإرادة وفكرة التركيز تحتفظ للقانون المحدد بطابع القانون، وهي الطريقة المثالية لوحدة القانون المطبق على العلاقة، وبهذا تتفادى تجزئة العلاقة الواحدة بين عدة قوانين، وهي التجزئة التي يمكن أن تؤدي إلى نتائج غير مترابطة، هذا الشرط له أهميته في عقود الامتياز طويلة المدى وأنه إذا لم يكن هذا الشرط صحيحاً، فإنه قد يمكن الدولة من التنصل من التزاماتها بإصدار تشريع معين، ومثل هذا التشريع لا يمكن تبريره إلا بهدف المصلحة العامة في حالة التأميم الذي يؤدي إلى التعويض الملائم.

ومتى تم تركيز العقد في مكان معين، فإن الأطراف يكونون قد ارتضوا سلفاً الخضوع لنظام تشريعي بكل ما يصيبه من تعديلات تشريعية [79] (42) والتركيز يحمل طابعاً إقليمياً في الغالب عن

طريق توافر عناصر مادية تسمح بإسناد العلاقة في مكان معين، وفي حالة تعدد أماكن التنفيذ، يجب البحث عن مكان التنفيذ الرئيسي والاعتداد بقانون هذا المكان دون أماكن التنفيذ الثانوية ويعتبر هذا المكان الرئيسي مركز الثقل في العلاقة [65](166) أيضا قد تكون اللغة أو المحكم رابطا وتركيزا للعلاقة القانونية ومركز ثقل لها، ففيما يتعلق بهذه النظرية فإنه يجب على القاضي أن يراقب اختيار الخصم وأن يصحح هذا الاختيار في حال كان لا يعبر عن مركز الثقل في العلاقة وأن يرد العلاقة إلى مكانها الصحيح.

ويتم التركيز عادة في الحالات التي لا يتوقع فيها الأطراف حدوث مشكلة، أو في الحالات التي يكون فيها الأطراف على دراية بالمسألة ولكنهم لم يتوصلوا إلى اتفاق بشأنها وبهذا حكمت المحكمة الفدرالية السويسرية بما يلي: حيث أن المحكمة ليست ملزمة باتفاق الخصوم، وخلصت إلى بحث الأداء المميز في العقد لاستخلاص القانون الواجب التطبيق [65](170).

يتضح من خلال هذه النظرية أنه في حال انعدام الرابطة بين القانون الواجب التطبيق والعلاقة فإن ذلك يعتبر أحيانا من قبيل الغش نحو القانون، وقد يؤخذ على نظرية التركيز أنها تمنح القاضي سلطة تصحيح التحديد الصريح للقانون الواجب التطبيق، على أساس أن الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق قد ينتفي معه قيام رابطة بينه وبين العقد ومن ثم فإنها تؤدي إلى الإخلال بتوقعات الأطراف [65](171).

ج- نظرية ازدواج نظام العقد

إن مجرد الاختيار الإرادي والصريح للقانون الواجب التطبيق على العقود لا يعتبر عملية تركيز، وأن التركيز لا يكون إلا في حالة انتفاء الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق، فيتم استبعاد فكرة الاختيار الضمني أو المفترض، على أساس أن مثل هذا الاختيار يتسم بالطابع الوهمي أو الخيالي، لأن الإرادة إما أن توجد أو لا توجد [65](171).

واختيار القانون يعد طبقا لهذه النظرية قاعدة قانون دولي خاص مادي خاص بالعلاقات الدولية، وليس هناك ثمة قيد على هذا الاختيار، بمعنى أنه لا يلزم وجود صلة أو رابطة بين القانون المختار والعلاقة التعاقدية حتى يتمشى مع علاقات التجارة الدولية، حيث قضت هيئة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بأن "الخصوم باتفاقهم المشترك لهم سلطة تحديد القانون المادي الذي يطبقه المحكم، فإذا لم يكن

هناك اتفاق من هذا القبيل، يطبق المحكم القانون المحدد بمقتضى قاعدة التنازع" [80].

وقد نصت اتفاقية جنيف في 21 أبريل 1961 الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي على أنه: "على الأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وفي حالة عدم إشارة الخصوم إلى القانون المشار إليه يطبق المحكمون القانون الذي تحدده قاعدة التنازع الملانمة"[62](6).

ويرى أنصار ازدواج العقد أنه إذا كان الاعتراف بالحرية المطلقة يسمح للخصوم باستبعاد النصوص الأمرة للقانون الذي يطبق على العقد في حالة الاختيار الصريح، فإنهم يرون استبعاد نظرية الغش نحو القانون التي تفترض وجود قانون ينطبق بصفة موضوعية، وأنه يجب البحث عن هذا العلاج في إطار النظام العام.

د- نظرية الأداء المميز

تجد هذه النظرية أساسها في القضاء السويسري الذي أضاف على فكرة الرابطة الوثيقة نوعاً من المرونة عن طريق البحث عن المضمون المميز في العلاقة القانونية أي في الأداء المميز، وهذا الأداء المميز يعتبر ركيزة للإسناد، بالتالي يجعل العقد خاضعاً إلى قانون المكان الذي يكون الأداء المميز متحققاً فيه، وهذا يتحقق دون الحاجة إلى بحث إرادة الخصوم أو البحث عن أي عنصر خارج العلاقة، تبعاً لذلك فإن توقعات الخصوم تبقى مضمونة بالإضافة إلى أنها تؤدي إلى وحدة القانون الواجب التطبيق وتفاذي تشتيت العلاقة بين عدة قوانين مختلفة، ومن تطبيقات هذه النظرية ما يتعلق بالحساب الجاري، حيث يطبق قانون البنك الذي تم فيه فتح الحساب الجاري باعتبار أن أداء البنك في عملية الحساب الجاري يعد بمثابة الأداء المميز، وأن المصارف ترتبط بالوسط الاقتصادي الذي تمارس فيه أنشطتها، والذي يسود فيه قوانين بوليس وأمن ذات تطبيق فوري بحيث يحكم العديد من جوانب الحساب الجاري دون ثمة اعتبار لموطن العميل أو جنسيته[81](279).

وتخضع عمليات البنوك وعلى الأخص الاعتماد المستندي لقانون المكان الكائن فيه البنك أو الفرع الذي يقوم بتنفيذ العملية حيث تنص المادة 10 من القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية بالنسبة للضمانات التعاقدية على أنه: "إذا كان الضمان لا يشير إلى القانون الذي يحكمه، فإن القانون الواجب التطبيق يكون هو قانون مكان المؤسسة الضامنة فإذا كان الضامن له أكثر من مؤسسة، فإن القانون المطبق هو قانون الفرع الذي التزم بالضمان"، وهو في الوقت نفسه يعتبر العنصر الجوهري والمميز لها في

العملية[82](37)، فيحكم العقد برمته[65](176).

ثالثا: موقف المشرع الجزائري حول القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

وتتمة لما سبق لابد من استعراض ما نص عليه كل من المشرع الجزائري فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وفي هذا الصدد نصت المادة 1050 " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة"[47].

فالقانون الجزائري بهذا النص المذكور أعطى للأطراف الحرية التامة في اختيار القانون واجب التطبيق وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، كما أخذت به أيضا القوانين المقارنة، وخضوع موضوع النزاع للقانون المحدد من الأطراف - أي لقانون الإرادة - يقتضي الاتفاق صراحة في اتفاق أو شرط التحكيم على إخضاع النزاع إلى قانون موضوعي معين ، سواء كان قانون أحد الأطراف أو قانون أجنبي عنه ، وهو ما يستفاد من العبارة المطلقة التي استعملها المشرع الجزائري في المادة 1050 " أن محكمة التحكيم تفصل... عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف... "، ويدخل في هذا المفهوم تنازع القوانين في تحديد القانون الموضوعي واجب التطبيق، ومثال الأحكام الصادرة في هذا الشأن الحكم الصادر سنة 1993 لصالح طرف جزائري، مجهز سفينة، وشركة الملاحة الفرنسية بحيث قضت محكمة التحكيم بتطبيق القانون الموضوعي الجزائري، إذ كان الطرف الجزائري قد دفع بالمادة 25 من العقد الذي يربطه بالجانب الفرنسي والتي مفادها أن يخضع النزاع للقانون المختار من طرف المحكمين.

وهذا المبدأ كان قد وجد له مجالا للتطبيق في كثير من العقود التي أبرمتها الجزائر في السبعينيات، والتي كانت تركز في تطبيق القانون الجزائري كقانون الإرادة.

وفي حالة ما إذا لم يختار الأطراف أي قانون فإن هذه المادة 1050 تمنح صلاحيات واسعة للهيئة التحكيمية في اختيارها بين عدة نظم قانونية مع الأخذ بعين الاعتبار ظروف القضية وطبيعة العقد وموضوعه، وفقا لما تمليه عليه العادات التجارية والأعراف التي تتلاءم وتسوية هذا النزاع، على أن يكون القانون المأخوذ به الملائم للدعوى من بين هذه القوانين: القانون الوطني لأحد الأطراف، قانون محل إبرام العقد أو قانون تنفيذ العقد، قواعد تنازع القوانين، الأخذ بأي قانون لدولة أجنبية يراه ملائم للنزاع، الأخذ بالمبادئ العامة للقانون وقواعد التجارة الدولية، الأخذ بالعادات والأعراف التجارية.

كما نص المشرع الجزائري في المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية، يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة، تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائماً، لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي"[47].

وعلى هذا الأساس نجد أن المشرع الجزائري اعتمد مبدأ سلطان الإرادة في تحديد الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة أو يحيل إلى نظام تحكيمي أو قانون إجراءات بلد ما فإذا لم يعبر سلطان الإرادة عن خيار فلا تطبق إجراءات المحاكمة القضائية بل يعود ذلك لمحكمة التحكيم التي يمكن أن تضع الإجراءات هي بنفسها أو تحيل إلى نظام تحكيم كنظام غرفة التجارة الدولية أو إلى قانون تحكيم[47] ، من خلال هذا النص فإن إرادة الأطراف هي التي يعول عليها لتحديد القانون الواجب التطبيق وفي حال عدم اتفاقهم فالأمر يترك هنا لهيئة التحكيم.

ولهذا فإن الأخذ بقانون الإرادة في العقود الدولية ليس منشأة القاعدة العامة في سلطان الإرادة أي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين طبقاً للمادة 106 قانون مدني جزائري، هذا النص موضوعي خاص بالعقود الداخلية، أما قانون الإرادة في العقود الدولية فمرجعه قاعدة الإسناد التي تسمح للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي.

وقد تغال الفقه من شأن حرية المتعاقدين في الاختيار مما أدى إلى نشوء النزعة الذاتية التي مفادها أن حرية المتعاقدين أو الأطراف في الاختيار مطلقة وأن القانون المختار يفقد صفته كقانون أمر ويتحول إلى تنظيم اتفاقي وبهذه المثابة يندمج القانون المختار في العقد لتصبح أحكامه مجرد شروط تعاقدية، يملك الأطراف الاتفاق على ما يخالفها ولو اتسمت بالطابع الأمر وإذا كانت إرادة الأطراف الصريحة هذه القدرة على التنظيم الذاتي للعقد الدولي فإن على المحكم أن يكشف عن إرادتهم الضمنية في اختيار قانون العقد عند سكوتهم عن الاختيار صراحة وهذا ما أكدته النظرية الشخصية التي تعتد بمطلق سلطان الإرادة وتنزل القانون المختار منزلة الشروط التعاقدية.

ومع ذلك اتجه جانب من الفقه إلى أن اختيار القانون يجب أن يكون على صلة بالعقد أو بموضوع النزاع سواء كانت الصلة قائمة على جنسية الأطراف أو مكان الإبرام أو مكان التنفيذ أو على مقتضيات التجارة الدولية، وأن دور الإرادة ينحصر في تركيز العقد وبيان مركز النقل في العلاقة وبهذه الطريقة

تظهر إرادة المتعاقدين مجرد ضابط للإسناد يشير إلى القانون الواجب التطبيق، ويترتب على هذا النظر خضوع العقد الدولي لسلطان القانون المختار الذي لا يملك المتعاقدان الإفلات من أحكامه الأمرة، وعند عدم اختيار القانون الواجب التطبيق صراحة وفقا لهذه النظرية فإنه يقع على عاتق المحكم أن يستخلص القانون الواجب التطبيق من خلال التركيز الموضوعي للرابطة العقدية وإسنادها إلى القانون السائد في مركز الثقل في هذه الرابطة وهذا ما أكدته النظرية الموضوعية.

وقد اعتبر مبدأ قانون الإرادة مبدأ مسلما به فقها وقضاء ولدى مختلف الدول في التحكيم التجاري الدولي.

حيث نجد أن المشرع الجزائري نص في المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وأخذ بمبدأ قانون الإرادة كمبدأ أساسي لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وبهذا يكون المشرع قد حذو تشريعات دول متعددة من بينها القانون الفرنسي والسويسري اللذان يعترفان بحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق.

إلا أن إسناد العقد لقانون الإرادة يستوجب استبعاد فكرة الإحالة احتراماً لتوقعات الأطراف في اختيار معين يعلمون مضمونه سلفاً، بهدف تحقيق مصالحهم ومصالح التجارة الدولية، فقد تم استبعاد نظرية الإحالة في مجال التحكيم التجاري الدولي وعلى سبيل المثال ما جاء في المادة 28 الفقرة الأولى من نظام لجنة هيئة الأمم للقانون التجاري الدولي (CNUDCI): "كل تعيين للقانون أو نظام قانوني لدولة ما يعتبر إلا في حالة نص صراحة، هو تحديد للقواعد القانونية لهذا الوطن وليس لقواعد التنازع".

ذلك أن الأخذ بالإحالة يعد إجحافاً بحقوق الأطراف إذ قد تطبق عليهم نظم قانونية ليسوا خاضعين لها في بلادهم.

كما أن مبدأ قانون الإرادة قد يرد عليه قيود من النظام العام في دولة التنفيذ يجب أن نأخذ به عين الاعتبار ويجب في الوقت ذاته مراعاة قوانين البوليس والأمن التي تفرض في مجال التحكيم التجاري الدولي حتى لا يتعرض قراره لرفض الاعتراف والتنفيذ.

علماً أن المحكم ليس له قانون اختصاص ولا يستمد سلطاته في الفصل في النزاع من أية دولة وإنما سلطاته يستمدّها من الطبيعة الخاصة للوظيفة التي يمارسها ومن المصدر الوحيد المتمثل في إرادة الأطراف الذين اختاروه للقيام بالفصل في النزاع وعليه فهو لا يملك كمبدأ عام الخروج عن هذه الإرادة أو الإخلال بتوقعات الأطراف المشروعة.

2.2.1.2. قانون الإرادة

أهم المسائل المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو قانون الإرادة وهو القانون الذي يختاره الطرفان ليحكم علاقتهما العقدية ويكون مصدرا للقواعد التي تحكمها، ولو كان قانون آخر هو القانون الواجب التطبيق عند عدم اختيار الطرفين لذلك القانون، وبناء على ذلك يجوز للطرفين الاتفاق على إخضاع علاقتهما العقدية لقانون آخر غير قانون بلد إبرام العقد أو قانون بلد تنفيذه أو قانون موطنهما المشترك أو لأي قانون آخر واجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد في القانون الدولي الخاص [83] (21) فمن أهم القواعد المسلم بها فقها وقضاء هي خضوع التحكيم لقانون الإرادة المتمثل في حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وقد تضمنت الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم هذا المبدأ مثل اتفاقية نيويورك لسنة 1958، واتفاقية جنيف لسنة 1961.

وقد وردت الإشارة في المادة (21) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم إلى قانون الإرادة صراحة فقد نصت الفقرة الأولى من المادة المذكورة على أن " تفصل الهيئة في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين، وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنا إن وجد " ففي هذا النص منحت الاتفاقية أطراف العقد الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، ولم تدع مجالاً للشك في طبيعة الإرادة في اختيار القانون فقد أشارت بأن إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية، وحرية الأطراف وفقا للاتفاقية تمتد لاختيار أي قانون ولو لم يكن ذا صلة بالعقد أو قانونا وطنيا معيناً [84] (185).

ومما تجدر الإشارة إليه أن اتفاقية عمان صرحت في الفقرة الثانية من المادة 21 بتحرير العقد من الارتباط بأي قانون حيث انفردت هذه الاتفاقية بهذا التصريح دون غيرها من الاتفاقيات آخذة بما سار عليه الاتجاه الحديث في التحكيم الدولي [85] (124) إلا أن مبدأ قانون الإرادة مقيد بالنظام العام في الدولة التي سينفذ القرار التحكيمي على إقليمها وقوانين البوليس التي تفرض في مجال العقد التزامات قانونية تنأى عن مبدأ قانون الإرادة.

حيث يمثل هذا المبدأ قاعدة تنازع وليس قاعدة قانون دولي مادي، كما ذهب أنصار ازدواج العقد، فيتم اختيار القانون استنادا إلى قاعدة الإسناد المذكورة بوصفه قانونا بالمعنى الدقيق، أيضا ذهب أنصار المذهب الشخصي المؤسس على مبدأ سلطان الإرادة أو فكرة الإدماج، لأن قاعدة الإسناد المشار إليها،

أساسها إخضاع العقد للقانون وليس إدماج القانون بالعقد [65](180) ولهذا كانت القاعدة أنه لا يمكن تعديل الاختيار أو استبعاده الذي تم عند إبرام العقد ومع ذلك فإن الفقه الحديث لم ير مانعا من اتفاق المتعاقدين على اختيار القانون، ولو كان هذا الاتفاق يتضمن تعديلا لاتفاق سابق بشرط رعاية حقوق الغير التي تظل خاضعة للقانون الذي يحكم العقد منذ البداية [78](306-307).

وسيتيم تقسيم هذا الفرع إلى ما يلي:

أولاً: المسائل المتعلقة بقانون الإرادة.

ثانياً: اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين عند تخلف الاختيار الصريح و فكرة تطبيق القانون المختص.

ثالثاً: موقف المشرع الجزائري من قانون الإرادة.

أولاً: المسائل المتعلقة بقانون الإرادة

غالبا ما يعتد المشرع في إطار قانون الإرادة في الاتجاه الذي يتطلب الصلة أو الرابطة بين القانون المختار والعقد آخذاً بالنظرية الموضوعية، وذلك لأن حق الأطراف في اختيار القانون "يجوز أن يجاوز أهداف المشرع بمقتضى قاعدة تنازع القوانين الوطنية التي حولت الأطراف الحق في تعيين القانون الواجب التطبيق من بين القوانين التي تتزاحم لحكم الرابطة العقدية، أي القوانين التي تتصل بهذه الرابطة على نحو أو آخر" [78](306).

والمحکم يمكن أن يستخلص أيضا إرادة الأطراف في اختيار قانون معين من قبلهم عن طريق تفسير عبارات العقد والقرائن الأخرى الدالة على هذا الاختيار وقد حسمت اتفاقية نيويورك في مادتها الخامسة فقرة 1 واتفاقية عمان في مادتها الحادية والعشرين الخلاف الذي ساد قبلهما في الفقه حول هذه المسألة، فقد كان هناك اتجاه يمثل رأيه الأقلية في الفقه يرى إعطاء الأفضلية لتطبيق قانون محل التحكيم دون إرادة الأفراد، وذلك استنادا على الطبيعة المختلطة للتحكيم أي الطبيعة الاتفاقية القضائية، فإعمال هذا الاعتبار المزدوج يقتضي القول بأن مكان التحكيم وليس قانون الإرادة هو الذي يتعين أن يسري على جميع مراحل التحكيم.

ولكن بصدور اتفاقية نيويورك واتفاقية عمان، فقد أصبحت القاعدة المرجحة لقانون الإرادة وإطلاق حرية الأطراف في عقد التحكيم في اختيار القانون الذي يحكم العقد، قاعدة مستقرة ومن ثم يتعين الرجوع بصفة أصلية إلى القانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمنا وذلك في شأن جميع المسائل المتعلقة بالتراضي وصحته[84](188).

ومن الأمثلة على ذلك أن يكون القانون المختار، هو قانون الدولة التي سوف يتم تنفيذ حكم التحكيم على إقليمها، ويكفي هنا توفر صلة فنية بين العقد والقانون الذي يحكمه، حيث تتحقق هذه الصلة في مجال التجارة الدولية.

وفي حالة انتفاء الإرادة الصريحة، تتجه هيئات التحكيم إلى فكرة الإرادة الضمنية التي تستخلصها من ظروف النزاع وواقع الحال بصورة مؤكدة أو قاطعة، مثل قانون مكان الإبرام أو قانون مكان التنفيذ الذي يتحدد عادة بمكان تسليم البضاعة وانتقال ملكيتها إلى المشتري، ومن القرائن التي قد تكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف اللغة المستعملة في العقد أو في التحكيم، أو المكان الذي اتفق على إجراء التحكيم فيه، كما أن استخدام اصطلاحات مقررة في قانون معين يدل على اتجاه إرادة المتعاقدين الضمنية نحو تطبيق هذا القانون على العقد في مجموعه [65](182) .

أما فيما يتعلق بمدى التزام المحكم بتطبيق القانون الذي يحكم النزاع تلقائيا فإن بعض أحكام التحكيم تعمل غالبا على إلقاء عبء الإثبات على القانون الوطني الذي ينطبق على النزاع أي على الخصم الذي يتمسك به، في حين يذهب اتجاه آخر إلى التطبيق التلقائي لهذا القانون على اعتبار أن علم المحكم بالقانون يملي عليه تطبيقه من تلقاء نفسه.

ولعل الاتجاه الأول من هذه الأحكام يجد ما يبرره، حيث أن هذه الأحكام اعتنقت نظرية الإدماج التي تعتبر القانون في حكم الشروط التعاقدية، ومن ثم فمن الطبيعي أن تكون معاملتها للقانون معاملة الوقائع من حيث الإثبات بحيث يجب إقامة الدليل عليها[65](189) أما فيما يتعلق بالغش نحو القانون فلا يعمل إلا في حالة لجوء الأطراف إلى اصطناع عنصر أجنبي بقصد التهرب من الأحكام الأمرة في قانون مقر التحكيم متى كان هذا القانون يتطلب وجوب مراعاة القوانين الأمرة في الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم.

على أن هذه القواعد التي قصد الأطراف التهرب منها، غالبا ما تتعلق بالنظام العام، فلا محل لأعمال الدفع بالغش نحو القانون، لأن هذا الدفع احتياطي، لا يجوز اللجوء إليه إلا إذا انعدمت وسائل

العلاج الأخرى[86](589) وفيما يخص قانون الإرادة وعقود الدولة فقد قضت محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر بتاريخ 12 يوليو 1929 بأنه لا يمكن أن نفترض أن الدولة بما لها من سيادة ترتضي أن تسند التزاماتها إلى قانون مخالف لقانونها الخاص، وأضاف الحكم أن الدولة تستطيع اختيار قانون آخر غير قانونها بشرط أن يثبت هذا الاختيار، ومؤدى هذا أنه إذا لم يكن هناك اختيار لقانون معين في عقود الدولة كان قانون الدولة المتعاقدة هو القانون الواجب التطبيق ومع ذلك يجب أن لا يغيب عن البال، إن قضاء التحكيم لا يعتبر جزء من قضاء الدولة المتعاقدة، لأن المحكم لا يصدر قضاءه باسم هذه الدولة، أو باسم أية دولة أخرى[65](190) إلا أن عقود الدولة حتى تخضع لقوانين الدولة الطرف في النزاع يجب أن يكون العقد قد أبرم بقصد تحقيق وظيفة من وظائف الدولة، إذ لا يستساغ أن تخضع الدولة وهي بصدد القيام بوظيفة من وظائفها لقانون دولة أخرى، ما لم تكن قد ارتضت ذلك صراحة[57](30) فليس هناك ما يحول دون تمتع الدولة في هذه الحالة بحصانة تشريعية تضعها في مرتبة أسمى من أطراف العقد الآخرين[87](185) حيث تطبق هيئة التحكيم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة، ومواطني الدول المتعاقدة الأخرى، قانون الدولة الطرف في النزاع شاملة أي المتعاقدة قواعد تنازع القوانين وقواعد القانون الدولي ما لم يتم الاتفاق صراحة على القانون الواجب التطبيق[88] ، بالإضافة إلى ذلك تقوم قرينة لصالح تطبيق قانون الدول النامية المتنافية للتكنولوجيا عند غياب الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق، وذلك حماية لمصلحة هذه الدولة.

وقد اتجه رأي إلى إسناد هذه العقود إلى قانون دولة ثالثة بوصفه قانونا محايدا بقصد تفادي التعديلات التشريعية التي تجريها الدولة المتعاقدة في قانونها[89](79-80).

ثانيا: اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين عند تخلف الاختيار الصريح وفكرة تطبيق القانون المختص.

أ- اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين عند تخلف الاختيار الصريح:

في حال عدم وجود اتفاق صريح بشأن القانون الواجب التطبيق وتعذر الكشف عن الإرادة الضمنية، فإن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي وكذلك غرفة التجارة الدولية واتفاقية جنيف لسنة 1960، والتي تعدت بالاختيار الصريح وتستبعد الاختيار الضمني "تسند حكم العلاقة إلى القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد التي تراها ملائمة".

أيضا إذا تم الاتفاق على القانون الذي سيطبق على الموضوع فعادة يحدد قانون مادي، وفي حال كان القانون المختار لا يحتوي على حل للمسائل المتعلقة بالنزاع مثل الأهلية، النظام العام، فإن المحكم يكون له الحرية في اختيار قاعدة التنزع، وهنا يترتب على المحكم اختيار قاعدة تنزع ملائمة من واقع الأنظمة القانونية الوطنية التي يحسن أن ترتبط عناصرها الموضوعية بالنزاع أو أن يكون لها صلة فيه، حيث يتم تطبيق قواعد تنازع القوانين في الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم، أي قواعد التنازع التي يتضمنها قانون مقر التحكيم[65](197)، ويعيب هذا الاتجاه أن مقر التحكيم قد يتعذر تحديده، حيث يتصور أن يعقد المحكمون جلسات الاستماع في أكثر من دولة كما قد يجري التحكيم بالمراسلة[69](30).

وإذا كان هذا الاتجاه يمكن الأخذ به في حالات التحكيم الخاصة إلا أنه من الصعب الأخذ به في حالات التحكيم التجاري الدولي لدى مراكز التحكيم، حيث أن اختيار هذا المكان يتم لاعتبارات الملاءمة الشخصية البحتة، وأنه لا يشكل بالنسبة للدولة التي يتم التحكيم على إقليمها أية أهمية، فلا تصدر حكم التحكيم باسم هذه الدولة، لأن المحكم لا يخضع لسيادتها[66](189) حيث لا يمكن تشبيه أحكام التحكيم بالأحكام القضائية، فالمحكم لا يساهم على أي نحو في الوظيفة القضائية للدولة التي يتم على إقليمها التحكيم، فهو لا يكلف بخدمة عامة ولا يباشر مهمته إلا استنادا إلى عقد خاص [65](199).

ولهذا فإن توطين التحكيم إجرائيا لا يعني توطينه من الناحية القانونية[68](162) وفي الغالب تتجه هيئات التحكيم إلى إعمال تنازع القوانين في قانون الدولة التي يتم فيها التنفيذ، لأنه وفقا لاتفاقية نيويورك[64](5) لا يجوز الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه، إذا ثبت أنه يخالف القانون والنظام العام في دولة التنفيذ.

ويعد هذا الحل عمليا فيما لو كان تنفيذ حكم التحكيم يتم في إقليم دولة واحدة ولكنه يثير مشكلة، ما هو الحل الواجب الإتياع عندما يتم التنفيذ في أكثر من دولة، وكانت أماكن التنفيذ تقف على قدم المساواة، بحيث لا يمكن ترجيح مكان على آخر، أيضا هذا الاتجاه يسبق عمل المحكم في تعيين القانون الذي يحكم النزاع وقد لا يتم العلم سلفا بمكان تنفيذ الحكم وقد يتعذر في غالب الأحيان.

وذهب رأي إلى تطبيق قانون دولة جنسية المحكم التي يقيم فيها باعتباره أكثر إماما بقواعدها، وهذا الاتجاه قد يؤدي إلى تطبيق قانون ليس له أدنى صلة بالنزاع، ويرى البعض إعمال قواعد الإسناد في قانون الجنسية أو الموطن المشترك لأطراف العلاقة، ويرى بعض الفقه أنه من المشاهد من الناحية العملية

أنه إذا كان التحكيم موكولا إلى منظمة دائمة، فإن المحكم يختار الاتجاه أنه يفترض وحدة جنسية الخصوم أو مواطنهم المشترك وهو يخالف ما يجري عليه العمل في المنازعات الخاصة الدولية[64](5).

ب-فكرة تطبيق القانون المختص:

من الأفضل كما ذهب قضاء التحكيم الرجوع إلى فكرة التطبيق الجامع للمبادئ المشتركة لقواعد النزاع التي تهم النزاع أو تكون على صلة به، أو ينتمي إليها طرف أو آخر من الأطراف، وعن طريقها يتم استخلاص القانون الأكثر ملاءمة لحل النزاع مع استبعاد أية قاعدة تنازع لنظام قانون وطني آخر، ومن باب أولى لأي نظام قانوني غير وطني، والقضاء والفقهاء قد راعى المصلحة المتوخاة من هذا التحكيم وهو تطبيق القانون الأكثر ملاءمة لحل النزاع بما يحقق رغبة الأطراف ويتلاءم مع توقعاتهم.

أما فيما يتعلق بالعلاقات التعاقدية التي تيرمها الدولة مع الأفراد فيمكن أن يتم وضعها في إطار القانون الدولي العام، فاختيار الأطراف الدولة والفرد للقانون الدولي يجعل العقد تصرفا قانونيا في القانون الدولي[89](85)، فالقانون الدولي العام يتوجه بالخطاب إلى الدول وينصرف إلى حكم التصرفات الصادرة منها بوصفها سلطة ذات سيادة وهو لا يحكم إلا علاقات متساوية بين الدول ولا ينطوي في الوقت ذاته على نظام خاص بحكم عقود التجارة الدولية سواء في شأن إبرامها أو تنفيذها، ومن ثم تقتضي ولايته بحكم العقود الدولية محل البحث، هذا فضلا عن أن قاعدة التنازع الخاصة بالالتزامات التعاقدية لا تقوى على أن تؤدي دورها بخصوص القانون الدولي[65](203-204).

ومن ناحية أخرى، فإن القانون الدولي العام لا يتلاءم مع معطيات التجارة الدولية، ويتعين اللجوء إلى تشريعات القوانين الوطنية المختلفة في بعض المسائل المتعلقة بالعقود مثل التشريعات الاقتصادية التي ترمي إلى تفادي اللامساواة أو اختلال التوازن في مجال العقود، وكذلك الحكم بفوائد التأخير أو تحديد مسؤولية المنتج، وهي مسائل تجد مصدرها في القوانين الداخلية وحدها، كما أن الأشخاص في عقود تحكيم الدولة لا تعتبر الدولة من أشخاص القانون الدولي بل وتنزل الدولة منزلة الأفراد حتى لو تمثلت في شكل مشروعات عامة، هذا بالإضافة إلى أن مجرد إسناد العقد إلى المبادئ العامة للقانون لا يمكن أن يستخلص منه إطلاقا إسناده إلى القانون الدولي العام حيث أن فكرة التطبيق الإجمالي للقانون المختص توجب الاعتداد بجميع القوانين القابلة للتطبيق في ذات النظام القانوني، سواء أكانت متعلقة بالقانون العام أم قوانين البوليس، أو قواعد القانون الخاص، ذلك أن قواعد الإسناد التقليدية لم توضع لتحديد قواعد القانون الخاص فحسب بل تنصرف إلى القانون الأجنبي في جميع قواعده أيا كانت طبيعتها دون تخصيص، وبعبارة أخرى فهي تحدد النظام القانوني برمته على نحو لا يقبل تجزئة أو انقسامًا، وذلك

استنادا إلى ما تتمتع به قاعدة الإسناد من خاصية التجريد فعندما تستند العلاقة إلى قانون معين، هي لا تعدد سلفا بتطبيق القانون الذي يحكمها.

حيث أن استبعاد القوانين فورية التطبيق وقواعد القانون العام الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة التنازع يؤدي إلى تشويه التشريع الأجنبي عند تطبيقه، والقول باستبعاد القانون العام الأجنبي من نطاق تطبيق القانون الدولي الخاص يعيق حركة كثير من أجهزة الدولة ومؤسساتها التي تمارس نشاطا هاما في إطار التجارة الدولية[89](26).

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من قانون الإرادة.

أن لقاعدة قانون الإرادة أهمية بالغة في مجال المبادلات المالية الدولية ولها تطبيقات واسعة في مجال التجارة الدولية مما جعل معظم التشريعات تأخذ بهذا المبدأ من بينها القانون المدني الجزائري وإن تحليل موقف المشرع الجزائري من قانون الإرادة يستوجب تحليل أحكام المادة 18 من القانون المدني ثم أحكام المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

حيث نصت المادة 18 فقرة 1 القانون المدني الجزائري على ما يلي "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين، إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حال عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد.

غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه "

ف نجد أن المشرع الجزائري قد منح الصدارة لقانون الإرادة، وجعل منها ضابط إسناد أساسي لاختيار القانون الواجب التطبيق وفي نفس الوقت اشترط في هذا الإختيار وجود صلة حقيقية بين القانون المختار والمتعاقدين أو العقد، واستبعد المشرع فكرة العقد بدون قانون وفكرة القانون المختار المنقطع الصلة بالعقد أو المتعاقدين، وبهذا الشرط أو القيد يكون المشرع قد غلق الباب أمام فكرة الغش نحو القانون[90](217).

وعليه، يمكن القول أن الأخذ بقانون الإرادة في العقود الدولية ليس منشأ القاعدة العامة في سلطان الإرادة أي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين طبقاً للمادة 106 قانون مدني جزائري، هذا النص موضوعي خاص بالعقود الداخلية، أما قانون الإرادة في العقود الدولية فمرجعه قاعدة الإسناد التي تسمح للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي.

وقد تغال الفقه من شأن حرية المتعاقدين في الاختيار مما أدى إلى نشوء النزعة الذاتية التي مفادها أن حرية المتعاقدين أو الأطراف في الاختيار مطلقة وأن القانون المختار يفقد صفته كقانون أمر ويتحول إلى تنظيم اتفاقي وبهذه المثابة يندمج القانون المختار في العقد لتصبح أحكامه مجرد شروط تعاقدية، يملك الأطراف الاتفاق على ما يخالفها ولو اتسمت بالطابع الأمر وإذا كانت إرادة الأطراف الصريحة هذه القدرة على التنظيم الذاتي للعقد الدولي فإن على المحكم أن يكشف عن إرادتهم الضمنية في اختيار قانون العقد عند سكوتهم عن الاختيار صراحة وهذا ما أكدته النظرية الشخصية التي تعتد بمطلق سلطان الإرادة وتنزل القانون المختار منزلة الشروط التعاقدية.

ومع ذلك اتجه جانب من الفقه إلى أن اختيار القانون يجب أن يكون على صلة بالعقد أو بموضوع النزاع سواء كانت الصلة قائمة على جنسية الأطراف أو مكان الإبرام أو مكان التنفيذ أو على مقتضيات التجارة الدولية، وأن دور الإرادة ينحصر في تركيز العقد وبيان مركز الثقل في العلاقة وبهذه الطريقة تظهر إرادة المتعاقدين مجرد ضابط للإسناد يشير إلى القانون الواجب التطبيق، ويترتب على هذا النظر خضوع العقد الدولي لسلطان القانون المختار الذي لا يملك المتعاقدان الإفلات من أحكامه الأمرة، وعند عدم اختيار القانون الواجب التطبيق صراحة وفقاً لهذه النظرية فإنه يقع على عاتق المحكم أن يستخلص القانون الواجب التطبيق من خلال التركيز الموضوعي للرابطة العقدية وإسنادها إلى القانون السائد في مركز الثقل في هذه الرابطة وهذا ما أكدته النظرية الموضوعية.

وعليه نستطيع القول أن المشرع الجزائري قد اعتمد أحكام النظرية الموضوعية فبعدما كان يفضل ضابط محل إبرام العقد اقتنع أن هذا الأخير ما هو إلا قرينة لتركيز العقد ويوجد ما هو أكثر منه أهمية وهو ضابط قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة متأثراً بما جاء في نص المادة 19 من القانون المدني المصري، وجعل المشرع من ضابط محل إبرام العقد آخر ضابط يلجأ إليه القاضي لاستنباط القانون الواجب التطبيق وهو ما تعمل به أغلب النظم القانونية المختلفة.

وقد اعتبر مبدأ قانون الإرادة مبدأ مسلماً به فقها وقضاء ولدى مختلف الدول في التحكيم التجاري الدولي، حيث ذهب المشرع الجزائري إلى نفس الاتجاه وهذا ما نصت عليه المادة 1050 من قانون

الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقاً لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف...".

والمشرع الجزائري بأخذه بقانون الإرادة كمبدأ أساسي لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، يكون قد حداً حذو تشريعات دول متعددة من بينها القانون الفرنسي والسويسري اللذان يعترفان بحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق.

إلا أن إسناد العقد لقانون الإرادة يستوجب استبعاد فكرة الإحالة احتراماً لتوقعات الأطراف في اختيار معين يعلمون مضمونه سلفاً، بهدف تحقيق مصالحهم ومصالح التجارة الدولية، فقد تم استبعاد نظرية الإحالة في مجال التحكيم التجاري الدولي وعلى سبيل المثال ما جاء في المادة 28 الفقرة الأولى من نظام لجنة هيئة الأمم للقانون التجاري الدولي (CNUDCI): "كل تعيين للقانون أو نظام قانوني لدولة ما يعتبر إلا في حالة نص صراحة، هو تحديد للقواعد القانونية لهذا الوطن وليس لقواعد التنازع".

ذلك أن الأخذ بالإحالة يعد إجحافاً بحقوق الأطراف إذ قد تطبق عليهم نظم قانونية ليسوا خاضعين لها في بلادهم.

كما أن مبدأ قانون الإرادة قد يرد عليه قيود من النظام العام في دولة التنفيذ يجب أن نأخذ به عين الاعتبار ويجب في الوقت ذاته مراعاة قوانين البوليس والأمن التي تفرض في مجال التحكيم التجاري الدولي حتى لا يتعرض قراره لرفض الاعتراف والتنفيذ.

علماً أن المحكم ليس له قانون اختصاص ولا يستمد سلطاته في الفصل في النزاع من أية دولة وإنما سلطاته يستمدّها من الطبيعة الخاصة للوظيفة التي يمارسها ومن المصدر الوحيد المتمثل في إرادة الأطراف الذين اختاروه للقيام بالفصل في النزاع وعليه فهو لا يملك كمبدأ عام الخروج عن هذه الإرادة أو الإخلال بتوقعات الأطراف المشروعة.

إن موقف المشرع الجزائري كما سبق وأن أشرت إليه، لم يستقر على التعديل القانوني الجديد بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي إلا بعد تطور إيديولوجي اقتصادي واجتماعي، وابتعاد تام على التوجه التحفظي الذي كان سائداً من خوف وتردد إزاء التحكيم التجاري الدولي إلى انفتاح مطلق حيث سمح ولأول مرة للمحكم تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع دون أن يستند إلى قاعدة تنازع معنية، إذ كرس المشرع الجزائري حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة.

وقد أخذ المشرع الجزائري بالمادة 187 فقرة 01 من القانون السويسري التي جسدت مبدأ قانون الإرادة وكذا المادة 1496 من قانون الإجراءات المدنية الجديد الفرنسي لسنة 1981 التي تنص على أنه " يفصل المحكم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي اختارتها الأطراف ...".

وكذا المادة 13 فقرة 03 لنظام التحكيم الغرفة التجارية الدولية المعدلة بالمادة 17 فقرة 01 والتي تنص على: " للأطراف حرية القانون الواجب على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع فإذا لم يحدده الأطراف طبق المحكم القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يراها المحكم ملائمة في هذا الخصوص ". وقد ظهر أيضا تكريس المشرع الجزائري لحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق وفقا لمبدأ سلطان الإرادة من خلال قانونه الجديد للإجراءات المدنية في المادة 1050 التي تنص على : " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف...".

ويتضح من خلال هذه النصوص أن المشرع الجزائري قد ذهب إلى أبعد ما ذهب إليه نصوص المصدر أي القانون السويسري والقانون الفرنسي حيث أخذ بالإرادة المطلقة للأطراف في اختيار القانون أو القواعد التي تطبق على موضوع النزاع.

حيث أن المشرع الجزائري لم ينقل القيد الموجود في القانون السويسري والمتمثل في: " أنه عند عدم اختيار القانون من قبل الأطراف، فالمحكم يفصل في النزاع وفق قواعد القانون التي تكون لها علاقة وثيقة بموضوع النزاع".

ولم يأخذ أيضا بالنص الفرنسي الذي يطلب من المحكم أن يأخذ بعين الاعتبار أعراف التجارة.

ولم يأخذ أيضا بالمادة 13 فقرة 05 المعدلة بالمادة 17 فقرة 03 والتي تنص على: " أن يراعي المحكم في كل الأحوال أحكام العقد والعادات التجارية ".

واستعمال المشرع عبارة " قواعد القانون" يكون قد تحرر من الإسناد لأي قانون وطني ، وبالتالي يحرر المحكم من الخضوع لأي منهج تنازع القوانين، ويكون بذلك قد أنظم إلى التوجه الحالي للتحكيم التجاري الدولي ، بإعطائه الدور الأول لإرادة الأطراف والمحكم على حد سواء .

حيث لم يقيد إرادة الأطراف بأي قيد في هذا الخصوص وبالتالي يجوز لهم اختيار أي قانون وطني ولو لم يكن له أية صلة بالعقد موضوع النزاع، وفي حالة اختيار الأطراف لقانون وطني، معين تطبيق القواعد الموضوعية فيه دون قواعد الإسناد ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

وعليه فإن التشريع الجزائري الجديد للتحكيم يعد مثالا لتحرر المحكم في تحديده للقواعد الواجبة التطبيق ومثالا أيضا للتطبيق المطلق لمبدأ قانون الإرادة[91](893).

2.2. القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم والحكم التحكيمي

عند اتباع التحكيم الخاص كقاعدة عامة لا يلزم المحكم اتباع إجراءات معينة إلا إذا اتفق الأطراف على اتباع قواعد إجرائية أو قانون إجراءات معين، حيث تنص 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 الإجراءات في المرافعات إلا بالقدر الذي يتعلق بقواعد النظام العام[67](26)، كما تنتهي إجراءات التحكيم بإصدار الحكم للأطراف وعندئذ تتخذ الإجراءات الخاصة بتنفيذه، حيث ذهب البعض إلى تسمية الحكم بالقرار، إلا أن هذه التسمية لم يقل بها الفقه، وإنما هناك بعض التشريعات العربية التي تبنت هذه التسمية بدلا من حكم التحكيم[92](29).

وتبعاً لذلك سيتم تقسيم هذا المبحث تبعاً لذلك إلى مطلبين:

يتناول المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على مسائل الإجراءات

في حين يتناول المطلب الثاني: الحكم التحكيمي وذلك على النحو التالي

1.2.2. القانون الواجب التطبيق على مسائل الإجراءات

يجب أن يتم التفريق في هذا المجال بين أمرين انقسمت حولهما آراء الفقهاء بمناسبة البحث عن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، فهذه الإجراءات تبدأ منذ إبداء أحد أطراف النزاع رغبته في تسوية النزاع بالتحكيم أي منذ طلب التحكيم لحين إصدار قرار التحكيم بصيغته النهائية.

حيث يذهب الرأي الأول إلى ربط التحكيم وإجراءاته بمكان التحكيم، أي قانون الإجراءات لذلك المكان، بمعنى آخر للدولة التي يوجد على إقليمها مكان التحكيم هو الذي يطبق بالنسبة لسير الإجراءات [67] (166).

أما الرأي الثاني فيذهب إلى ربط التحكيم وإجراءاته بإرادة الطرفين.

وبالنسبة لقواعد تنازع القوانين على صعيد التعامل الدولي، فيجب الرجوع إلى التكييف القانوني للتحكيم، فإذا اعتبر تصرفاً اتفاقياً، فالقانون الواجب التطبيق يكون القانون الذي اختاره الطرفان المتنازعان، أما إذا اعتبر التحكيم تصرفاً قضائياً أو إجرائياً ففي هذه الحالة من الضروري خضوع التحكيم إلى قانون المكان الذي يجري فيه التحكيم.

وسيتيم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

نتناول الفرع الأول: السلطة التقديرية للمحكم في اختيار القواعد الإجرائية لسير المنازعة.

في حين نتناول في الفرع الثاني: النظام العام واختصاص المحكم.

1.1.2.2. السلطة التقديرية للمحكم في اختيار القواعد الإجرائية لسير المنازعة

في حالة التحكيم الخاص يكون اختيار القواعد القانونية أو القواعد التي تخضع لها إجراءات التحكيم نابعا من إرادة الأطراف بشكل خاص.

أما في التحكيم المنظم فإن إرادة الأطراف في إيجاد حل للنزاع تكون وفق قواعد التحكيم المطبقة في المؤسسة أو مركز التحكيم الذي سيحسم النزاع المعروض عليها، بالتالي في التحكيم الخاص يختار أطراف النزاع عند اتفاقهم على التحكيم قانونا معيناً للإجراءات، بموجبه يتم النظر في النزاع والسير في إجراءات المرافعة والإجراءات الأخرى الخاصة بالتحكيم، وقد يختار أطراف النزاع قواعد متفرقة مأخوذة

من بعض القواعد الدولية المعروفة في مجال التحكيم التجاري الدولي، كأن يكون قسم منها من قواعد التحكيم التي أصدرتها لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة وقسم آخر من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية وآخر من قواعد أحد مراكز التحكيم[93](37)، وهذا الأمر يعطي الحرية لأطراف النزاع باختيار قواعد الإجراءات التي يصار إلى اتباعها في عملية التحكيم، كما أن القانون الواجب التطبيق يمكن تعيينه بشكل غير مباشر وذلك عندما يختار أطراف النزاع قانون بلد ما، ففي هذه الحالة يفترض أن تلك الأطراف قد قبلت ضمناً بالقواعد الخاصة بتنازع القوانين لذلك البلد، وبالتالي يصار إلى معرفة القانون الواجب التطبيق طبقاً لقواعد الإحالة أو الإسناد لقانون ذلك البلد[67](167)، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف أو المحكمين بشكل صريح أو ضمني باختيار قواعد الإجراءات، ففي هذه الحالة يتم تفويض المحكم أو المحكمين صراحة أو ضمناً اختيار قواعد الإجراءات.

أما في حال اللجوء إلى التحكيم المنظم فإن التحكيم يجري وفقاً لما تقرره القواعد المتبعة من المؤسسة التحكيمية، وبعض هذه القواعد تعطي للمحكمين الحق في تقرير قواعد الإجراءات التي يرونها مناسبة لسير التحكيم، والملاحظ أن مثل هذه السلطة لا يمكن أن توجد لدى القاضي في المحاكم العادية حيث أنه ملزم بتطبيق قانون الإجراءات في البلد الذي يمارس فيه سلطته.

نتناول في هذا الفرع إجراءات سير المنازعة أمام الهيئات الدائمة للتحكيم التجاري الدولي وموقف المشرع الجزائري من ذلك.

أولاً: إجراءات سير المنازعة أمام الهيئات الدائمة للتحكيم التجاري الدولي

إن التحكيم وإن كان أساسه إرادة الطرفين إلا أن طبيعته عمل قضائي وبالتالي فإن القرارات التي تصدر نتيجة للتحكيم هي قرارات قضائية هدفها تطبيق العدالة بين أطراف النزاع، ونظراً لأن التحكيم أو هيئة التحكيم هي جهة قضائية ومكان القاضي هو إقليم الدولة التي يمارس فيها سلطته، فالمحكم طبقاً لذلك يجب أن يطبق قانون المكان الذي يجري فيه التحكيم.

وتبعاً لذلك فإنه في حال اتفاق أطراف النزاع على القانون أو القواعد القانونية الواجبة التطبيق على الإجراءات فهي التي سيتم تطبيقها، وفي حال عدم اتفاق الأطراف على القواعد القانونية ولكنهم كانوا متفقين على المكان -مكان التحكيم- فإن قانون إجراءات ذلك المكان هو الذي سيطبق على إجراءات

التحكيم، وفي حال عدم اتفاق الأطراف على مكان التحكيم فإنه يعين من قبل هيئة التحكيم، وبالتالي يطبق قانون الإجراءات لهذا المكان وبحدود ما تسمح به قواعد الإسناد لهذا البلد[10](19).

أما بالنسبة لإجراءات سير المنازعة أمام الهيئات الدائمة للتحكيم التجاري الدولي، فإن التحكيم التجاري الدولي لدى هيئات ومراكز التحكيم الدائمة يتسم بأنه تحكيم منظم تسري فيه أحكامه اللائحية على إجراءات التقاضي أمام هيئة أو مركز التحكيم، وقد اتسع مجال التحكيم التجاري الدولي لدى هيئات ومراكز التحكيم الدائمة حيث أصبح إجباريا في الكثير من العقود الدولية ذات الشكل النموذجي والتي تعتبر إلى حد ما محورا في التجارة الدولية مثل عقود المنشآت الصناعية والتوريدات الدولية وعقود التجميع والتي تتضمن نصوصها ضرورة اللجوء لغرفة التجارة الدولية والخضوع لإجراءاتها، كذلك فإن التحكيم أمام هيئات ومراكز التحكيم الدائمة ووفقا للوائحها يصبح إجباريا، تطبيقا لنصوص الاتفاقيات والمعاهدات الدولية متعددة الأطراف، مثل التحكيم في المنازعات المتعلقة بالاتفاقيات الدولية الخاصة بنقل البضائع بالسكك الحديدية والموقعة في برن (سويسرا) في 25 فبراير 1961 والسارية اعتبارا من أول يناير 1965، فضلا عما سبق فقد انتشرت مراكز أو محاكم تحكيم دائمة في معظم أرجاء العالم ولها لوائحها الخاصة التي يتم التحكيم على ضوءها متى لجأ إليها الخصوم في المنازعة، ويتميز اللجوء إلى هذا النوع من التحكيم بأن تتم إجراءات سير المنازعة على ضوء لائحة أو مركز التحكيم ووفقا للمواعيد التي تحددها هذه اللوائح، وتشير غالبية لوائح هيئات التحكيم الدائمة إلى قاعدة أساسية وهي تطبيق القواعد المستمدة من نصوصها على إجراءات سير المنازعة وفي حالات سكوت أو قصور هذه اللائحة عن بعض هذه الإجراءات يكون بمقدور المحكمين تكملة هذا النقص أو أن يكون ذلك على ضوء قانون المرافعات في دولة هيئة أو محكمة التحكيم[94](16-17-18).

ثانيا: إجراءات سير المنازعة وفقا للقانون الجزائري: لقد نص المشرع الجزائري في المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "إن سلطان الإرادة هو الذي يحدد الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة أو يحيل إلى نظام تحكيمي أو قانون إجراءات بلد ما فإذا لم يعبر سلطان الإرادة عن خيار فلا تطبق إجراءات المحاكمة القضائية بل يعود ذلك لمحكمة التحكيم التي يمكن أن تضع الإجراءات هي بنفسها أو تحيل إلى نظام تحكيم كنظام غرفة التجارة الدولية أو إلى قانون تحكيم" [47].

ويقصد بذلك البدء في الإجراءات الخاصة بعملية التحكيم منذ تقديم طلب التحكيم لحين إصدار الحكم، وهذا يعني أيضا دعوة الخصوم لإبداء ادعاءاتهم ودفعهم وتقديم مستنداتهم وأدلتهم الثبوتية، وهذا

يقتضي التأكد من أن المحكمين مختصون للنظر في النزاع وأن موضوع النزاع يجب أن يكون من المواضيع التي يمكن حسمها بالتحكيم، وهي الأمور التي سوف أتطرق إليها انطلاقاً من بيان كيفية انطلاق الخصومة، ثم أدلة الإثبات، ثم الإجراءات التحفظية والمؤقتة، ونهاية خصومة التحكيم.

أ- انطلاق الخصومة التحكيمية

كما أشرنا سابقاً تخضع قواعد الإجراءات التحكيمية لإرادة الأطراف، والأصل أن إجراءات التحكيم تبدأ من اليوم الذي يستلم فيه المدعى عليه طلب التحكيم من المدعي، وهو الأمر الذي تسيّر عليه معظم التشريعات على عكس نظام عرفة التجارة الدولية التي يجعل تاريخ تسليم الطلب إلى الأمانة العامة بالغرفة هو التاريخ المعتمد لانطلاق الخصومة التحكيمية، ولو رجعنا إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية في القضايا العادية أمام محاكم الموضوع فإنه يعتبر تاريخ تبليغ الخصم هو تاريخ انعقاد الخصومة.

ولذلك سأنتقل إلى تقديم الأطراف لمذكراتهم، ثم مسألة إعلام الخصم، واللغة المستعملة ومكان إجراء التحكيم.

1- تقديم أطراف الخصومة لمذكراتهم.

أي لا بد من الإشارة إلى الطلب الذي يتقدم به المدعي ويسمى طلب التحكيم والمذكرة الجوابية للمدعى عليه.

- تقديم المدعي لطلب التحكيم: بحيث يتضمن طلب التحكيم الذي يعتبر بمثابة دعوى تحكيمية مقدمة ضد الطرف الآخر والمذكرة الجوابية للمدعى عليه وذلك من خلال تقديم المدعى عليه لجوابه يمكن أن يتقدم بدعوى مقابلة، وليس بالضرورة وجود ارتباط بين الدعوى الأصلية والدعوى المقابلة، بل يمكن أن لا تكون للدعوى المقابلة علاقة بالعقد موضوع النزاع الذي تقوم عليه الدعوى الأصلية، المهم أن يكون الارتباط بين الطرفين ناشئاً عن نفس العقد التحكيمي.

فالمشرع الجزائري سواء في مسألة تقديم الطلب الافتتاحي للخصومة التحكيمية وكيفية تقديم المدعى عليه لمذكرته الجوابية تركها لإرادة الأطراف بحيث يبقى اتفاق الأطراف هو المسيطر على مسألة تحديد انطلاق خصومة التحكيم، فيمكن أن يتفقا على أن يبدأ الموعد من تاريخ تقديم الطلب إلى الجهة المختصة بالتحكيم، أو من تاريخ تسمية المدعى عليه لمحكمة أو من تاريخ الانتهاء من تشكيل هيئة التحكيم، و في حالة عدم الاتفاق يترك الأمر للسلطة التقديرية لمحكمة التحكيم [95](123).

2- كيفية إعلام الخصم التحكيمي والمواعيد المقررة لذلك

باعتبار أن الخصومة التحكيمية خصومة حقيقية، فإنه يتعين على الخصوم إقامة دعواهم، وتقديم دفعوهم ومذكراتهم وطلباتهم، كما يتعين إعلان كل خصم بالإجراء الذي تخذه ضد الخصم الآخر، ولكن احترام هذه الإجراءات بالشكل الموجود في الخصومة العادية من شأنه أن يؤخر أو يعطل خصومة التحكيم، في الوقت الذي يسعى فيه الخصوم إلى الوصول إلى حل عادل وسريع للنزاع، مما يتعين معه توفير المرونة لإجراءات التحكيم، من أجل ذلك تحرص الكثير من القوانين على الموازنة بين ضرورة احترام مبدأ المواجهة وبين مرونة التحكيم.

لذا تحرص التشريعات المقارنة ومن بينها المشرع الجزائري إلى عدم التدخل في وضع شكل معين أو طريقة خاصة لتقديم الطلب الافتتاحي لخصومة التحكيم هذا من جهة.

ومن جهة أخرى يجوز أن يتم إعلان المدعي أو محكمة التحكيم للمدعى عليه للحضور بالبريد العادي أو عن طريق محضر قضائي أو عن طريق الفاكس.

فالمشرع الجزائري ترك للخصوم حرية الاتفاق على طريقة وشكل الإعلان باعتباره قد جعل مسألة تطبيق القواعد الإجرائية مسألة اختيارية، وهذا ما يتوافق مع الطابع الرضائي للتحكيم، فإذا لم يوجد اتفاق أصبح المحكم غير مقيد بالقواعد المقررة لصحة التبليغ في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بشرط احترامه لمبدأ المواجهة ولحقوق الدفاع.

كما يجوز للخصوم الاتفاق على مواعيد اتخاذ أي إجراء من الإجراءات مثل تقديم أوجه الدفاع أو الدفوع أو الطلبات أو تعديلها وتدعيم ذلك بالمستندات المؤيدة والشهود ورأي المستشارين والخبراء، فإذا لم يتفقا على ذلك أوكل هذا الأمر إلى المحكم [96](299-300).

3- لغة التحكيم

تطبيقا لحرية الأطراف في التحكيم فإن الطرفين إذا اتفقا على لغة معينة في التحكيم ففي هذه الحالة على المحكم اتباع ما جاء في الاتفاق، والمشرع الجزائري سار على هذا النحو، بخلاف بعض التشريعات ومنها التشريع المصري الذي جعل لغة التحكيم هي اللغة العربية إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك.

وكان على المشرع الجزائري أن يكون له نفس الموقف بحيث يجعل لغة التحكيم هي اللغة العربية كأصل، إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك.

واللغة المستعملة كلغة للتحكيم تبقى هي المستخدمة على لغة البيانات والمذكرات المكتوبة وعلى المرفقات الشفهية وكذلك على كل قرار تتخذه هيئة التحكيم أو رسالة توجهها، إلا إذا نص اتفاق الطرفين على غير ذلك [95](128).

4- مكان التحكيم

يتحرر التحكيم من تلك القيود المحددة للاختصاص المحلي الواردة في القوانين الداخلية، فالاختصاص الإقليمي يتحدد وفقا لإرادة الأطراف، وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الخصوم يرجع الاختصاص إلى مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ، وهذا ما صرحت به المادة 1042 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية [47].

على خلاف بعض التشريعات المقارنة منها المشرع المصري الذي جعل هيئة التحكيم هي المكلفة بتعيين مكان التحكيم بعد إرادة الأطراف، مع مراعاة ظروف الدعوى وملائمة المكان لأطرافها.

والموقف الأخير هو الأقرب إلى الصواب، باعتبار أنه كان على المشرع الجزائري أن يدعم استقلال الهيئة التحكيمية بعدم تدخله في تحديد مكان الانعقاد بعد إرادة الأطراف.

ومن ثمة يجوز التحكيم في أي مكان يحدده الطرفان أو الخصوم في الداخل أو في الخارج، فإذا اتفقا على تحديد مكان التحكيم وجب على المحكمين احترام هذا الاتفاق، ومع ذلك يجيز الفقه للمحكمين اختيار مكان آخر غير الذي اتفق عليه الخصوم إذا استحدثت ظروف تبرر هذه المخالفة بشرط احترام حقوق الدفاع [96](289).

5- نظام الجلسات

يجوز في خصومة التحكيم عقد الجلسات في أي مكان يتفق عليه الخصوم سواء داخل الدولة أو خارجها، ويجوز عقد بعض الجلسات في مكان التحكيم والبعض الآخر في مكان آخر.

ويجوز لمحكمة التحكيم الاستعانة بكاتب الجلسة أو الاستغناء عنه، ويجوز لها أن تقرر عقد الجلسات بصفة علنية أو بصفة سرية، سواء في أوقات العمل الرسمية أو في غير هذه الأوقات، بل يجوز لها أن تقرر عدم عقد أي جلسة للمرافعة الشفهية اكتفاء بمذكرات الخصوم ومستنداتهم، كل ذلك ما لم يتفق الطرفان على قواعد إجرائية أخرى ملزمة لمحكمة التحكيم.

ب- سلطات محكمة التحكيم في تسيير الدعوى

ويكون ذلك من خلال الفصل في اختصاصها بنظر الخصومة التحكيمية، ثم دورها في إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية، وأخيرا البحث عن الأدلة.

1- الفصل في اختصاص الهيئة التحكيمية:

يملك المحكم ومن تلقاء نفسه الفصل في مسألة اختصاصه في النزاع المطروح عليه من عدمه، فالمحكم كالقاضي يملك سلطة المبادرة في التحقق من اختصاصه بموضوع النزاع، وذلك قبل الخوض في إجراءات التحكيم حتى لا تنتهي هذه الإجراءات بصدور حكم فيما بعد يقضي ببطلانه لعدم اختصاص المحكم بموضوع النزاع، بل ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن المحكم ليس من سلطته فقط التحقق من تلقاء نفسه من مسألة اختصاصه قبل التعرض لطلبات الخصوم بل أن ذلك واجب عليه [96](232).

كما يمكن لأطراف الخصومة التحكيمية الدفع بعدم اختصاص المحكم بالفصل في المنازعة، ولكن يجب إثارة هذا الدفع قبل أي دفاع في الموضوع، فإذا لم يثر أولا سقط الحق بإثارته، وهذا ما أشارت إليه المادة 1044 قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع".

والملاحظ أن هذه القاعدة لا تختلف على ما هو متعامل به في النزاعات المعروضة على القضاء، فالدفع بعدم الاختصاص، أو أي دفع شكلي آخر يجب تقديمه قبل أي دفاع في الموضوع، فإن تم تقديمه بعد ذلك يتم رفضه من طرف القاضي أو من طرف الهيئة التحكيمية.

ويتم الفصل في الاختصاص بقرار أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع، فإذا كان الحال كذلك يفصل المحكم في الدفع وفي الموضوع بحكم تحكيمي واحد.

والحال إذا قضت محكمة التحكيم بعدم اختصاصها فإن حكمها يقتصر على ذلك وينتهي التحكيم، وإذا قضت برفض الدفع فلا يجوز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها، أي أنها تستمر في نظر النزاع وعلى الخصم الانتظار حتى تفرغ محكمة التحكيم من النزاع بحكم منهي له [95](158).

2- اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية:

إلى جانب اختصاص هيئة التحكيم بتسيير الدعوى وفقا لإرادة الأطراف، يمكن لجهة التحكيم وبعد بدء سريان دعوى التحكيم أن تتخذ بعض التدابير الوقائية أو التحفظية، وذلك بناء على طلب من أحد أطراف الخصومة، ذلك أنه قد تقتضي طبيعة موضوع النزاع أو ظروف وملابسات الدعوى المعروضة على هيئة التحكيم سرعة اتخاذ بعض التدابير تجنباً لأضرار بالغة قد تلحق بأحد الخصوم نتيجة الانتظار حتى صدور حكم التحكيم المنهي للخصومة، أو التي تجعل الحكم بعد صدوره عديم الجدوى، لذا حرص المشرع الجزائري على تمكين هيئة التحكيم من اتخاذ هذا النوع من التدابير إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك، وهو ما نصت عليه المادة 1046 قانون الإجراءات المدنية والإدارية" يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد أطراف إذا لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك".

وباعتبار أن المحكم لا يتمتع بسلطة القمع المخصصة للمحاكم فقط، فإن فعالية الإجراءات التي تتخذ تخضع لإرادة الأطراف، وإذا رفض أحدهما الامتثال لها جاز للمحكم أن يطلب مساعدة القاضي المختص، وعندئذ يطبق القاضي المختص قانونه الخاص به، ذلك أن التدابير المؤقتة أو التحفظية المتخذة من طرف المحكم لا تحوز في حد ذاتها على القوة التنفيذية كما هو الحال بالنسبة للتدابير المتخذة من عند القضاء العادي.

وفي المقابل يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير.

ويقصد بالتدابير المؤقتة تلك الإجراءات التي تنظم وقتيا حالة مستعجلة إلى أن يصدر فيها قرار نهائي مثل الحراسة القضائية على الأموال.

أما الإجراءات التحفظية فهي تلك الإجراءات التي تتخذ لحماية أموال أو لصون حقوق مثل الحجز التحفظي أو التأمين البحري وحبس المنقول وغير المنقول[30](50-51).

وبالرجوع إلى تعدد أشكال الحماية التي توفرها الإجراءات الوقائية والتحفظية للخصوم في الواقع العملي، صار من الصعوبة بمكان وضع تعريف جامع مانع لهذه الإجراءات، إلا أنه يمكن القول بأنها تهدف في مجملها و بصفة عامة إلى حفظ الأدلة اللازمة للفصل في النزاع، أو تحقيق توازن في المعاملات القانونية بين الخصوم أثناء نظر الخصومة، كما يكون الهدف منها أحيانا خلق حالة واقعية أو قانونية لازمة لضمان تنفيذ الحكم الذي سيصدر[97](102).

ولكن هذه السلطة التي يقررها الأطراف لهيئة التحكيم في اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفيزية لا تمنع أحد الطرفين من اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة لاتخاذ أي إجراء من هذه الإجراءات، إذا لا يجوز أن يسلبه هذا الاتفاق سلطة الأمر باتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفيزية، لأن القول بغير ذلك يحرم ذلك الطرف من الحماية القضائية الواسعة التي يقررها له القانون في حالات الاستعجال [96](240).

3- البحث عن الأدلة:

يتفق أطراف الخصومة التحكيمية على طرق الإثبات وأدلتها، ولهم أن يختاروا القانون الذي يحكم الإثبات، فإن لم يتفقوا على ذلك اختارت هيئة التحكيم القانون الذي تراه مناسباً، أو تتفق مع طرفي النزاع عليه [96](137)، والأصل كذلك أن تتولى هيئة التحكيم مهمة البحث عن الأدلة، وإعطاء الأطراف الحق في تقديم الأدلة التي يرونها مناسبة لإثبات ادعاءاتهم، غير أن هذه الهيئة ونظراً لمصدرها الاتفاقي تفتقر إلى سلطة الأمر، وهو ما يعني أنها تحتاج إلى مساعدة القاضي لها [98](148).

وهذا ما تضمنته المادة 1047 قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالنص على أنه: " تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة " وكذلك المادة 1048 قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه: " إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تحديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات، أو في حالات أخرى جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي".

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يشر إلى مسألة الاستعانة بالخبراء، وإن كان ذلك يخضع لإرادة الأطراف بحسب الأصل أو لقرار من هيئة التحكيم، وبالتبعية لذلك بإمكان هذه الأخيرة تعيين خبير أو أكثر لتقديم تقرير مكتوب أو شفهي يقوم بفحص الدفاتر أو الكشوف الحسابية أو معاينة المنشآت المتنازع على عدم مطابقتها للمواصفات.

ج- وقف وإنهاء إجراءات التحكيم

يتم وقف وإنهاء إجراءات التحكيم التجاري الدولي وفقاً لإجراءات تختلف عن التحكيم الداخلي يمكن توضيح ذلك على النحو التالي:

1- وقف إجراءات التحكيم:

بالرجوع إلى القانون الجزائري فيما يخص التحكيم الداخلي نجد أنه إذا تم الطعن بالتزوير مدنيا في ورقة تم إيداعها بمناسبة الخصومة، أو إذا حصل أي عارض جزائي، فإنه يتم توقيف الخصومة التحكيمية، ويحال الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة، وحال انتهاء النزاع الفرعي يعاد السير في إجراءات الخصومة من جديد.

لكن في التحكيم التجاري الدولي في الجزائر فلا توجد إشارة إلى ذلك، والقاعدة المستقر عليها في الاجتهاد القضائي التحكيمي أن التحكيم الدولي لا تؤثر فيه العوارض الجنائية والطعن بالتزوير، بمعنى آخر لا يمكن تطبيق قاعدة الجزائي يوقف المدني في مجال التحكيم الدولي إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك[99](96).

2- انتهاء إجراءات التحكيم:

تنتهي إجراءات التحكيم بصورتها الطبيعية بصدور حكم التحكيم، وتكون بذلك هذه الإجراءات قد بلغت نهايتها، لكن أحيانا تنتهي هذه الإجراءات قبل صدور التحكيم، أي ترفع يد المحكمة وتنتهي ولايتها رغم عدم صدور الحكم المذكور.

ففي قانون المرافعات الفرنسي يجب على محكمة التحكيم إنهاء إجراءات التحكيم إذا انتهت مهلة التحكيم دون صدور حكم منهي للخصومة، ومن ثمة يمتنع عليها بعد ذلك الاستمرار في تلك الإجراءات، أو إصدار حكم التحكيم، وإلا لحق البطلان للإجراءات أو للحكم على السواء.

ولا يختلف المشرع المصري على موقف المشرع الفرنسي إلا أنه يضيف إليها أن انتهاء الخصومة قد تكون باتفاق الأطراف على إنهاء التحكيم، أو إذا ترك المدعى خصومة التحكيم، أو إذا رأت هيئة التحكيم لأي سبب آخر عدم جدوى استمرار إجراءات التحكيم أو استحالتة[96](228-229).

أما المشرع الجزائري فلم يحدد كيفية انتهاء التحكيم قبل وصوله لنهايته الطبيعية، وترك هذا الأمر لإرادة الأطراف، ولعل اختيار أطراف النزاع لتطبيق القانون الجزائري يمكن أن يجعل المحكم يطبق أحكام القانون الداخلي في ذلك، والتي تحدد حالات إنهاء الخصومة التحكيمية طبقا لنص المادة 1024 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي يحصرها في وفاة أحد المحكمين، أو رفضه القيام بمهمته، أو تنحيته، أو

حصول مانع له، أو بانتهاء المدة للتحكيم، أو بفقدان الشيء موضوع النزاع، أو انقضاء الدين المتنازع فيه، أو بوفاة أحد أطراف العقد.

2.1.2.2. النظام العام واختصاص المحكم

يعرف النظام العام بأنه عبارة عن القواعد الأساسية والمبادئ العامة لقانون الشعوب ولمبادئ قانون التجارة، وإذا كان المشرع الوطني قد سمح بتطبيق أحكام القوانين الأجنبية على إقليمه في بعض الفروض، فإن ذلك لا يعني أنه قد أعطى مشرعي دول العالم مجالا لتطبيق أحكام قوانينهم على إقليمه[66](241)، فالنظام العام يعد من أهم الدفوع التي قد يستخدمها القاضي الوطني لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المعين إذا ما كان تطبيقه يتعارض مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع في دولة القاضي، سواء أكانت هذه المبادئ اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية[100](25).

حيث يأخذ عدم احترام قواعد النظام العام ذات الأثر المترتب على عدم احترام كفالة حقوق الدفاع، فالأنظمة القانونية للدول تشتمل على قواعد خاصة تسمى قواعد النظام العام التي يراد منها تحقيق المصلحة العامة، بالتالي فإن قواعد النظام العام تشكل حاجزا وعانقا في تنفيذ أي قرار قضائي أو تحكيمي مخالف لهذه القواعد، فيجب ابتداء أن يكون الحكم التحكيمي غير متعارض مع النظام العام في البلد المراد تنفيذ حكم التحكيم فيه، وهذا يدعو المحكم إلى أن يأخذ بعين الاعتبار عند إصداره قراره بمبدأ احترام النظام العام الداخلي مع قواعد النظام العام السائد في التعامل التجاري الدولي، ذلك لأن القواعد الأولى، تجد لها أساسا في النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة وقد لا تتفق مع معطيات التبادل التجاري على الصعيد الدولي[60](229).

من خلال ما سبق فإن هناك قواعد للنظام العام الداخلي لكل دولة وهناك قواعد للنظام العام الدولي، وعليه يمكن القول أن أيا من هذين النوعين من قواعد النظام العام يجب على المحكم احترامها عند النظر في النزاع وإصدار الحكم.

أولا: كفالة حقوق الدفاع: إن احترام وضمأن حق الدفاع لكل من طرفي النزاع يعد من أهم الأسس التي تقوم عليها إجراءات التحكيم، حيث أن حق الدفاع يقصد به إعطاء الفرصة والحرية الكاملة لكلا الطرفين حتى يتمكنوا من تقديم ما تحت أيديهم من أدلة وأقوال وشهود وبيانات، بالإضافة إلى إعطائهم الفرصة الكافية والوقت اللازم لجلب الشهود وتبادل اللوائح واستدعاء الخبراء وغيرها من الأمور التي تستلزم لبناء الأدلة في القضية على أسس واضحة، كما لو كان النزاع معروضا على القضاء، خاصة فيما

يتعلق بأمور التبليغ بحيث يمكن لكل طرف في النزاع أن يعرف ويطلع على ما لدى الطرف الآخر من أدلة وبيانات، حتى يتمكن من الرد عليها في الوقت المناسب [67](177).

وبالتالي فإن إخلال المحكمين بهذا المبدأ يعرض الحكم التحكيمي للبطلان في حال ثبوت ذلك حيث أشارت الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم إلى هذا المبدأ [67](178)، كما تمت الإشارة إلى المبدأ المذكور في بعض النصوص الدولية الخاصة بالتحكيم فقد جاء في القواعد التي وضعتها لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة في مادتها الخامسة عشرة، مع مراعاة أحكام هذه القواعد لهيئة التحكيم ممارسة التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة شريطة أن تعامل الطرفين على قدم المساواة وأن تهيئ لكل منهما في جميع مراحل الإجراءات فرصة كاملة لعرض قضيته.

كذلك نصت المادة (18) من القانون النموذجي للتحكيم الذي أعدته اللجنة المذكورة، على وجوب معاملة الطرفين على قدم المساواة وأن تهيئ لكل منهما الفرصة كاملة لعرض قضيته.

إلا أن الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 لم تشر إلى هذا المبدأ بشكل صريح أو ضمني وإنما سكتت عن الإشارة إليه، وعند الاطلاع على الأسباب التي يتم بموجبها إبطال قرار التحكيم المنظمة في المادة (24) من الاتفاقية المذكورة، فلا يوجد مكان لمبدأ احترام حق الدفاع والمساواة بين الأطراف في إجراءات التحكيم، حيث أن هذا المبدأ معترف به ومستقر في مجال التحكيم الدولي وعدم النص عليه لا يعني نكرانه.

في حين نص قانون التحكيم المصري على أن يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيئاً لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه [66]، وهنا النص واضح بشكل لا لبس فيه على إقرار احترام حقوق الدفاع لكلا الطرفين.

ونجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بمبدأ احترام حق الدفاع لكلا الطرفين في النزاع ومعاملتها على قدم المساواة وهو مبدأ مستقر على الصعيد الدولي، ويترتب على عدم الأخذ به إمكان إبطال حكم التحكيم وبالتالي يجب على المحكمين مراعاة هذا المبدأ عند السير في إجراءات التحكيم، كونه يكفل لكلا الطرفين تقديم الأدلة والمستندات وشرح وجهات النظر في الادعاءات المتقابلة، بالإضافة إلى تأكيد قيام المحكم بعمله بشكل نزيه وحيادي وعادل، وهذا المبدأ احترامه غير مقصور على المحكمين فقط

وإنما يجب أن يحترم من قبل أطراف التحكيم أيضا، فلا يجوز لأي طرف أن يعمل ما من شأنه المساس بمبدأ المساواة بين الطرفين وبالتالي يكون له تأثير على نتيجة التحكيم.

ثانيا: التزام المحكم باحترام النظام العام:

بالإضافة إلى أنه يجب على المحكم أن يأخذ بالاعتبار عند إصدار حكم التحكيم قواعد النظام العام للدولة التي سينفذ فيها هذا الحكم، حيث أن مخالفة هذه القواعد ستؤدي بالضرورة إلى عدم الاعتراف بالحكم وبالتالي عدم تنفيذه فقد نصت اتفاقية جنيف لعام 1927 على أنه إذا أريد الحصول على الاعتراف وتنفيذ الحكم، وفقا للمادة الأولى من الاتفاقية المذكورة فمن الضروري أن لا يكون حكم التحكيم مخالفا للنظام العام أو لمبادئ القانون العام، للبلد المراد تنفيذ الحكم فيها، وقد أعطت اتفاقية نيويورك لعام 1958 الحق للدول المتعاقدة، أن ترفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم إذا كان في الحكم ما يخالف النظام العام[64](2).

وقد تأثر المشرع الجزائري بهذا المبدأ الأمر الذي جعله يتبنى في قانون الإجراءات المدنية والإدارية نفس القواعد فيما يخص التحكيم التجاري الدولي[47](1051).

ثالثا: التعاون بين التحكيم والسلطة القضائية في مسائل الإجراءات:

عالجت القوانين الحديثة الصادرة في العديد من الدول والمنظمة للتحكيم سواء أكان تحكما داخليا أو دوليا مسألة مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية بشأن المنازعات المنفق على حسم موضوعها بوساطة التحكيم، وكيفية توزيع الاختصاص باتخاذ هذه الإجراءات بين كل من القضاء الوطني وقضاء التحكيم[101](48).

حيث يعتبر التعاون بين التحكيم والسلطة القضائية في مسائل الإجراءات ضرورة لا بد من توافرها، ويتجلى ذلك من خلال طلب المحكم المساعدة في الحصول على الأدلة، بالإضافة إلى المسائل الأولية والإجراءات التحفظية والوقتية التي تخرج عن نطاق اختصاص هيئات التحكيم[102](115).

ففي نطاق الإجراءات فإنه يجوز لهيئة التحكيم أو لأي من الطرفين بموافقتهما طلب المساعدة من محكمة مختصة في هذه الدولة، للحصول على أدلة وذلك بهدف الوصول إلى الحقيقة، ويجوز للمحكمة أن تستجيب للطلب في حدود سلطتها المخولة لها وطبقا للقواعد القانونية التي تطبقها والخاصة بالحصول

على الأدلة، وعليه فإن شكل الإجراء المراد تنفيذه بمقتضى المساعدة القضائية يخضع لقانون القاضي المراد منه تنفيذها، وذلك تطبيقاً لقاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي، ويجب أن يكون موضوع المساعدة مسألة مدنية، أو تجارية، أو مسألة مقررة، بموجب معاهدة دولية.

ولأن الهيئة هي التي تقرر الحاجة إلى المساعدة القضائية سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الأطراف، فإن لها في نفس الوقت أن تعدل عن طلبها متى وجدت من الأدلة ما يغني عن تنفيذ المسألة موضوع الطلب أو تبين لها أن هذا الإجراء أصبح غير منتج في الخصومة لتوفر أدلة أخرى مكانه.

وبغض النظر عن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم سواء أكان القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي - قواعد الأمم المتحدة - أو كان هذا القانون قد تم اختياره بمعرفة الأطراف أو حدد عن طريق التركيز الموضوعي للإجراءات، فإن هذا القانون هو الذي يحدد سائر المواضيع المتعلقة بالإجراءات من حيث شروط المحكم والجلسات والدفع والطلبات وعوارض الخصومة وغيرها من الجزئيات المتعلقة بهذا الموضوع، في حين أن "محل الإثبات، يخضع للقانون الذي يحكم الموضوع باعتبار أن تحديد محل الإثبات يعتبر أمراً فاصلاً في موضوع خصومة التحكيم، وكذلك فإن هذا القانون الأخير هو الذي يحدد الخصم الذي يقع على عاتقه عبء إثبات الحق المدعى به، ومدى مشروعية الاتفاقات بين الأفراد المعدلة لنقل الإثبات، وكذلك فإن عبء الإثبات يخضع للقانون الذي يحكم الموضوع باعتبار أن تنظيم الأدلة يعود إلى ترتيب القانون ذاته، سواء تعلق الأمر بإثبات واقعة ايجابية مثل الفعل الضار، أم واقعة سلبية مثل انتفاء الإهمال في تنفيذ الالتزام[65](152-153).

أما فيما يتعلق بالتقادم فإنه يتم الرجوع فيه إلى القانون الذي يحكم الموضوع، أيضاً تحديد صفة الخصوم وأهليتهم في التقاضي والنيابة في التقاضي تعد من المسائل الموضوعية، من خلال ما تقدم فإن القانون الذي يتم تحديده هو الذي يحكم جميع الجزئيات الإجرائية المتعلقة بالموضوع بكافة جوانبه.

2.2.2. الحكم التحكيمي

يتقرر الاختصاص بعد أن تتشكل محكمة التحكيم ويتحدد أعضاؤها المكونون لها، وبعد أن تثبت في مسألة اختصاصها بصفة إيجابية - مع ما يتبع ذلك من تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع وعلى الإجراءات- تبدأ المحكمة في فحص نقاط النزاع الموضوعية، وتنتهي عملها الموكول لها بإصدار حكم قطعي في المنازعة المعروضة عليها، يضع حدا نهائيا لها، وهذا هو الهدف الأول المسطر من طرف الأطراف والمحكمة ذاتها.

فحكم التحكيم المنهي للخصومة هو النتيجة التي يرغب أطراف الخصومة في التوصل إليها عن النحو الذي يرتضيانه، ولكن الأمر ليس بهذه السهولة، لأنه خلال فترة الخصومة تكون أمام محكمة التحكيم مجموعة من المنازعات التي تتكون منها هذه الأخيرة، يثيرها الطرفان فيما بيديه كلاهما من طلبات سواء كانت أصلية أو عارضة أو إضافية، وكذلك ما بيديه كلاهما من دفعات تثار أثناء الخصومة، ومن هذه الطلبات ما هو وقتي يتوافر فيه عنصر الاستعجال يقتضي إجراء حكما وقتيا أو تحفظيا أو دفعا يتعلق بعدم الاختصاص.

وقبل أن تصل المحكمة إلى حكم ينهي للخصومة يجب أن تتصدى لكل هذه الطلبات والدفعات بأحكام تصدرها أثناء سير التحكيم، كما قد تتخذ قرار بضم بعض الدفعات مثل الدفع بعدم الاختصاص إلى الموضوع لتفصل فيه مع الحكم النهائي بحكم واحد.

كما يتضمن الحكم التحكيمي مجموعة من البيانات الواجب توافرها حتى يكون صحيحا وقابلا للتنفيذ في أي دولة حتى ولو لم تكن الدولة التي احتضنت المحكمة التحكيمية، كما أن الأصل الواجب الاتباع من قبل الأطراف هو احترام الحكم التحكيمي، وبالتالي تنفيذه اختياريًا من قبل الطرف المحكوم عليه، أما الاستثناء فهو إما رفض التنفيذ من قبل هذا الطرف أو محاولته المماثلة في التنفيذ من أجل الإضرار بالطرف الآخر، والرفض قد يكون بالامتناع عن التنفيذ دون الطعن بالحكم وفي هذه الحالة فإن الطرف المحكوم له أن يلجأ إلى طلب التنفيذ الجبري من قبل الجهات المختصة، والعمل على إضفاء الصفة التنفيذية على الحكم التحكيمي.

وعليه قسمنا هذا المطلب إلى فرعين تناولنا في الفرع الأول الشكليات المطلوب توافرها في الأحكام التحكيمية وأنواعها في حين تناولنا في الفرع الثاني تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

1.2.2.2. الشكليات المطلوب توافرها في الأحكام التحكيمية وأنواعها

يتضمن هذا الفرع الشكليات المطلوب توافرها في الأحكام التحكيمية وكذا أنواع الأحكام التحكيمية وأثار الحكم التحكيمي.

أولاً: الشكليات المطلوب توافرها في الأحكام التحكيمية

تقتضي دراسة هذا العنصر تناول المداولة ومقتضياتها وبعض المتطلبات فيه الحكم التحكيمي مثل التسبيب والمحتويات ومسألة تفسير هذه الأخيرة.

أ- المداولة: في الحقيقة لا توجد شكليات خاصة بمداولة المحكمين، فهي مستمدة كلية من اتفاق الأطراف ومن قواعد التحكيم، ومن أحكام قوانين الإجراءات التي اختارها الأطراف، و يفترض أن تجري المداولة بين مجموعة من المحكمين الذين نظروا النزاع.

ولا يشترط اجتماع المحكمين في بلد واحد نظراً لخصوصية التحكيم التجاري الدولي، لذا فلا مانع من إعداد مشروع الحكم التحكيمي من طرف الرئيس وإرسال نسخة منه إلى كل محكم في البلد الذي يوجد فيه، ويقوم كل منهم بإبداء رأيه بالمراسلة، أو الفاكس، أو عن طريق الإنترنت، ولكن هناك من التشريعات مثل التشريع الإيطالي يشترط حضور جميع المحكمين واشتراكهم شخصياً في المداولة، وكذلك صرح المشرع البلجيكي والسعودي، ولكن هذا الشرط يطرح صعوبات عندما نكون أمام رفض أحد الأطراف الحضور شخصياً إلى اجتماع المداولة، أما المشرع الفرنسي فلا يستلزم اجتماع جميع المحكمين، بل يترك للأقلية فرصة إبداء رأيهم ولو على مسودة أو مشروع حكم يرسل عن طريق البريد [103] (301).

ومن باب منطقي أن نقول بوجود إجراءات المداولات في سرية، وأن يكون عدد المحكمين وتراً، حتى ولو سكتت النصوص عن توضيح ذلك كما فعل المشرع الجزائري بالنسبة لهذا الإجراء وكل إجراءات المداولة التي سكت عنها كلية، وكذلك لا يجوز إشراك أي شخص في المداولة مثل الخبراء أو المستشارين أو المحكمين أو الأطراف وإلا كان الحكم التحكيمي معيباً، ويصدر الحكم التحكيمي بالأغلبية أو بالإجماع بحسب اتفاق الأطراف.

وتتم المداولة في الحكم التحكيمي باجتماع كل المحكمين، فإذا كان المحكم فرداً فلا يمكن الحديث عن مداولة، أما إذا كانوا عدداً معيناً فيصدر الحكم بعد المداولة قانوناً، وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يأتي على تنظيم هذه المسألة [55] (116) بل تركها لإرادة الأطراف عملاً بنص المادة 1050 من قانون

الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه: " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف ...".

ولكن تبقى المداولة لازمة في الحكم التحكيمي، لأنه لا يتصور صدور حكم معين إلا بعد التشاور فيه، فالمداولة تسمح للمحكّمين بفحص القضية ومناقشة مختلف جوانبها وتبادل الرأي حولها حتى يستطيع كل محكم تكوين رأي معين بشأنها والوصول إلى الإجماع أو الأغلبية اللازمة لصدور الحكم بحسب القانون الواجب التطبيق[103](343).

ب: تسبب الحكم التحكيمي: تلتزم المحكمة التحكيمية ببيان الأسباب التي جعلتها تأخذ اتجاهها معيناً في حكمها، والمشرع الجزائري يعتبر عدم التسبب سبباً لإبطال الحكم طبقاً لنص المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على خلاف المشرع الفرنسي الذي لم يفرض هذا الشرط حتى لا يصطدم بالنظام التحكيمي الإنجليزي الذي يجيز الأحكام دون ذكر الأسباب المؤدية إليه [104](148)، بل المعمول به في التشريعات المقارنة هو عدم تسبب الأحكام إلا إذا الأطراف تمسكوا بذلك [30](60).

ج: محتويات الحكم التحكيمي: ترك المشرع الجزائري فيما يخص التحكيم التجاري الدولي حرية الأطراف في تحديد محتويات الحكم التحكيمي وشكله وشروط إصداره، ولكن لا يمكن تصور صدور هذا الحكم إلا كتابة حتى يتسنى الاحتجاج به، كما يجب أن يكون الحكم التحكيمي موقعا ومؤرخا ومدونا بلغة معينة اتفق عليها الأطراف، إذن يجب أن يتضمن الحكم التحكيمي ما يلي:

- اسم الحكم أو المحكمين.
- أسماء أطراف النزاع وعناوينهم.
- أسماء المحامين.
- تاريخ صدور الحكم التحكيمي.
- مكان التحكيم ومكان إصدار الحكم التحكيمي.
- عرض لموضوع النزاع.
- الإشارة إلى اتفاق التحكيم.

- أسباب إصدار الحكم التحكيمي.

فهذه البيانات لازمة لعدة أمور أهمها لمراقبة استقلالية المحكمين وحيادهم، ومراقبة مهلة التحكيم المحددة باتفاق الأطراف، وكذلك لحساب آجال الطعن.

د- تفسير الحكم وتصحيحه والإضافة إليه: بحسب الأصل تنتهي مهمة التحكيم بصدور الحكم المنهي للخصومة في كامل النزاع المعروض عليها، كما تنتهي به ولايتها، فلا تملك بعد ذلك إصدار أي حكم أو الاستجابة لأي طلب، غير أنه يمكن للمحكم تفسير الحكم أو تصحيح الأخطاء المادية الواردة فيه، أو الإغفالات التي تشوبه.

ذلك أنه قد يحدث وأن المحكم وهو يكتب في حكم التحكيم أن يسهو أو يرتكب خطأ ماديا، ويصدر الحكم بعدها متضمنا هذا السهو أو الخطأ، وحينئذ تثار مسألة تصحيح الحكم ليعبر عن دلالاته الحقيقية.

كما يحدث أن يغفل المحكم في بعض الطلبات الموضوعية عن سهو، وفي هذه الحالة يثور التساؤل أيضا عما إذا كان يجوز لأحد الطرفين أو لكليهما اللجوء إلى المحكم لطلب الفصل فيما أغفل الفصل فيه من هذه الطلبات[96](469-470).

ففي التشريع الجزائري مثلا نجد أن الحكم التحكيمي الذي يحتاج إلى تفسير أو تصحيح أو إضافة، وإذا كان صادرا في الجزائر يتبع الطريق الذي يتبعه الحكم التحكيمي الداخلي، وهو وجوب تقديم الطلب من الطرف الذي يهمله التعجيل إلى هيئة التحكيم إذا كانت مهلة التحكيم لم تنقضي، أما إذا كانت مهلة التحكيم قد انقضت فيتوجه إلى القضاء لطلب تمديد المهلة بغرض الفصل في التصحيح أو السهو أو الإضافة، فإذا تم رفض التمديد، ينتقل الاختصاص إلى القضاء الوطني في أمر التفسير أو التصحيح أو الإضافة.

أما إذا صدر الحكم التحكيمي في الخارج وكان استنادا إلى نظام أو قانون غير القانون الجزائري، فإن هذا النظام أو هذا القانون هو الذي يحدد طريقة التصحيح أو التفسير أو الإضافة التحكيمية[112](113).

ثانيا: أنواع الأحكام التحكيمية وآثارها: سأتناول أنواع الأحكام التحكيمية والآثار المترتبة عليها.

أ- أنواع الأحكام التحكيمية: كما أشرنا آنفا وأنه إلى غاية صدور الحكم التحكيمي قد تعرض أثناء الخصومة ادعاءات متبادلة بين الخصوم تستدعي قيام المحكم بإصدار بعد الأحكام الجزئية غير الفاصلة نهائيا في الموضوع.

فالمشرع الجزائري أجاز للمحكمة التحكيمية أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية إلا إذا اختار الأطراف غير ذلك، كما اعترف بالحكم الأولي مثل الحكم الذي يصدر فاصلا في اختصاص المحكمة التحكيمية.

فالحكم الجزئي مثل الحكم الأولي والحكم التحضيري هي أحكام مقبولة في التحكيم التجاري الدولي، وذلك إذا طبق المحكم القانون الجزائري، أما إذا اختار أطراف الخصومة غير ذلك، وحصرنا الفصل في النزاع بالحكم النهائي وحده تعين على المحكم التقيد بذلك.

مع الإشارة إلى أن قانون 09/08 ألقى اختصاص المحكم في القيام بالصلح بعدما كانت المادة 458 مكرر 15 من قانون الإجراءات المدنية تسمح للمحكم القيام بالصلح إذا ما خوله الأطراف نهائيا، وبالتالي هذا الحكم لا يجد له مقابل في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08، ولهذا فالمشرع الجزائري قد تجاهل التحكيم بالصلح، وترك المسألة بيد أطراف الخصومة، فإن اتفقا على ذلك فلا مانع من تطبيقه، بمعنى آخر أن المشرع الجزائري وإن كان قد تجاهله إلا أنه لم يمنعه، فإن اختار أطراف الخصومة التحكيم بالصلح فيجب أن يراعى في الحكم كل قواعد التحكيم بالصلح مع وجوب التقيد بالمبادئ المقررة في ذلك، وهي الوجاهية والمساواة بين الأطراف واحترام حقوق الدفاع[104](109-110).

ب- أثار الحكم التحكيمي: قبل الحديث عن أثار الحكم التحكيمي فلا بد من الإشارة إلى الخلاف الذي ثار في التشريعات المقارنة حول تحديد الوقت الذي ينتج فيه الحكم التحكيمي لأثاره، فمنها من يعتبر أن أثار الحكم تبدأ بعد صدوره أي من تاريخ إصداره المذكور في الحكم التحكيمي، ومنها ما ينص على أن أثار الحكم تبدأ منذ اكتساب الحكم الدرجة القطعية، ومنها من يجعل تاريخ إيداع الحكم لدى المحكمة المختصة هو التاريخ الذي ينتج فيه أثاره القانونية [104](119)، والرأي الراجح أن الحكم التحكيمي ينتج أثاره منذ صدوره أي من التاريخ المذكور في الحكم التحكيمي.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد أن قانون الإجراءات المدنية نص على أن الحكم التحكيمي وفور صدوره يكتسب حجية الشيء المقضي فيه فيما يتعلق بالنزاع الذي فصل فيه، أما قانون الإجراءات المدنية والإدارية فلم يؤكد هذه الحجية وترك الأمر لإرادة الأطراف فإن تم اختيار القانون الجزائري فإن هذه الأحكام تحوز الحجية بمجرد صدورها وفقا لرأي بعض الفقه، أما إذا اختار قانون آخر أو نظام تحكيمي معين فإنه يتم تطبيق أحكام هذا القانون أو التنظيم.

وتقتضي حيازة الحكم التحكيمي لحجية الشيء المقضي فيه عدم جواز طرح النزاع من جديد أمام القاضي أو أمام المحكم سواء في الجزائر أو في الخارج.

أما من حيث الآثار فنقول أن الحكم التحكيمي له آثار على أطراف الخصومة كما له آثار على محكمة التحكيم نوردها على النحو التالي:

1- آثار الحكم التحكيمي بالنسبة لطرفي النزاع:

إن رغبة طرفي الخصومة في إيجاد حل لنزاعهما خارج القضاء، هو الذي جعلهما يتفقان على حسم النزاع بالتحكيم، وبعد صدور هذا الحكم يكون النزاع قد وجد حلا له، وعلى هذا الأساس فإن أول أثر للحكم التحكيمي هو التزام الطرفين بتنفيذه.

ويقوم أحيانا أطراف الخصومة بذكر وبشكل صريح وجوب اعتبارهما حكم التحكيم نهائيا وملزما، ذلك أن عدم تنفيذ هذه الأحكام سوف لن يشجع إلى اللجوء إلى التحكيم ويضعف الثقة في جدوى هذه الوسيلة، وتدل الإحصائيات أن الطرف الخاسر في الخصومة التحكيمية يقوم في الغالب بتنفيذ حكم التحكيم بإرادته وأن 90 % من الأحكام التحكيمية الصادرة طبقا لقواعد الغرفة التجارية تنفذ بشكل إرادي من قبل الشخص الذي صدر حكم التحكيم ضده.

ويصرح البعض أن هناك بعض الإجراءات تتبعها بعض المنظمات المهنية ضد الذين لا ينفذون الأحكام التحكيمية التي صدرت ضدهم من تلك المنظمات، وأول إجراء هو نشر خبر عدم تنفيذ الشخص الذي صدر الحكم ضده، وأن مثل هذا الإجراء سوف يؤدي إلى تردد باقي الأشخاص بالتعامل معه.

وثاني إجراء هو عدم السماح للطرف الذي يمتنع عن تنفيذ هذا الحكم التحكيمي من الاستفادة من التسهيلات التي تمنحها المنظمة المهنية التي تنتمي إليها في إجراء التحكيم مستقبلا.

وثالث إجراء وهو الأكثر خطورة يتمثل في فصل الطرف الممتنع عن التنفيذ من المنظمة المهنية التي ينتمي إليها والتي قامت بتنظيم عملية التحكيم[104](346).

واكتساب الحكم لحجية الأمر المقضي به بين الخصوم لا يعني اكتسابه القوة التنفيذية، وذلك لأن الصيغة التنفيذية لأحكام التحكيم تكون بموجب أمر صادر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها طبقا لنص المادة 1035 و1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2- آثار الحكم التحكيمي بالنسبة للمحكم:

تنتهي ولاية المحكم عن النزاع بمجرد صدور الحكم التحكيمي، وانتهاء الولاية تعني عدم إمكانية الرجوع مرة ثانية للنظر في النزاع، أو إعادة النظر في الحكم الذي اتخذته المحكم أو هيئة التحكيم، إلا أن هذا الأمر لا يعني عدم إمكانية المحكمة تصحيح الأخطاء المادية أو إكمال النقص الذي قد يتعدى المحكم أو أن يقوم بتفسيره.

والمشرع الجزائري لم يأتي على الإشارة على كل هذه الأمور بل ترك الأمر لإرادة الأطراف يختارون أي الإجراءات يتبعونها، أو أي قانون يصلح للتطبيق على النزاع، فإن اختاروا القانون الجزائري فيمكن القول أنه بإمكان محكمة التحكيم تصحيح الأخطاء المادية أو إكمال النقص أو القيام بتفسير الحكم التحكيمي، مادام أن المدة القانونية للتحكيم لم تنته، أما إن انتهت يتم الرجوع إلى القاضي المختص.

2.2.2.2. تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية

تنص القواعد العامة على أنه يشترط لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي أن لا تكون المسألة التي صدر فيها حكم التحكيم تدخل في الاختصاص الوجوبي لقضاء الدولة المراد التنفيذ على أراضيها، على سبيل المثال أن تكون المسألة متعلقة باتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي داخل أراضي الدولة، ويخرج عن ولاية هيئة التحكيم، حيث ينفرد القضاء وحده بالتصدي لهذه المسألة التي تعتبر من قوانين البوليس [65](290).

أما في حال كانت هذه المسألة التي تم حسمها من خلال حكم التحكيم تدخل في الاختصاص المشترك بين القضاء والتحكيم، فالأصل أنه يجوز تنفيذ حكم التحكيم الصادر في شأنها متى توافرت سائر الشروط الأخرى.

تبعاً لذلك سنقسم هذا الفرع إلى ما يلي:

أولاً: تنفيذ الحكم التحكيمي.

ثانياً: الطعن في الحكم التحكيمي.

أولاً: تنفيذ الحكم التحكيمي:

فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الوطنية فإنها تختلف عن تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية، فالحكم التحكيمي يعتبر وطنيا إذا صدر في البلد المراد تنفيذ الحكم فيه وهذا المعيار هو المعيار الأكثر شيوعا واتباعا في أغلب التشريعات، حيث أن الصفة التنفيذية لأحكام التحكيم الوطنية تنظم بموجب القوانين الوطنية الخاصة بالتحكيم أو ضمن نصوص قوانين المرافعات المدنية.

أما الأسلوب الشائع الذي أخذت به القوانين اللاتينية وقوانين الدول العربية منها الجزائر يتلخص في أن تقوم جهة قضائية بإضفاء الصفة التنفيذية على حكم التحكيم لكي يمكن تنفيذه على المحكوم ضده جبرا [47](1035).

أما تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية فإن صدوره في دولة وتنفيذه في دولة أخرى يثير صعوبة كبيرة في التنفيذ، نظرا لاختلاف الأنظمة القانونية والإجراءات الواجب اتباعها للاعتراف وتنفيذ تلك القرارات، فعندما يتعلق الأمر بحكم أجنبي نجد أن الحديث يتطرق إلى الاعتراف والتنفيذ، وهذا ما نجده في نصوص الاتفاقيات الدولية التي تعالج هذا الموضوع كاتفاقية نيويورك لعام 1958 واتفاقيات جنيف لعام 1927، فالفرق بين الاعتراف بالحكم التحكيمي وبين تنفيذ الحكم التحكيمي متمثل في أن الحكم قد يعترف به ولكن لا ينفذ، وفي حال نفذ فمن الضروري أن يكون قد تم الاعتراف به من الجهة التي أعطته القوة التنفيذية، والاعتراف يعني أن الحكم قد صدر بشكل صحيح وملزم للأطراف والتنفيذ يعني الطلب إلى الخصم الذي صدر الحكم ضده أن ينفذ ما جاء في الحكم التحكيمي، وفي حال امتناعه عن التنفيذ يتم إجباره على ذلك بموجب الإجراءات التنفيذية لقانون البلد المراد تنفيذ الحكم فيه، وهذه الإجراءات قد تكون بحجز الأموال أو الحبس بالنسبة للأشخاص الطبيعية أما إذا كان المحكوم عليه شخصا معنويا فإجراءات التنفيذ تشمل أموال الشخص المذكور وفي بعض الأحيان يصار إلى مسألة ممثل الشخص المعنوي كمدير الشركة التي صدر القرار ضدها إذا ثبتت مسؤوليته.

أما فيما يتعلق بالقواعد التي تحدد الإجراءات بالنسبة للأحكام التحكيمية فسيتم علاجها على النحو

التالي:

تقسم القواعد التي تحدد الإجراءات بالنسبة للأحكام التحكيمية إلى:

أ- الاتفاقيات الدولية الجماعية.

ب- الاتفاقيات الثنائية.

ج- القوانين الوطنية.

أ- تنفيذ الأحكام التحكيمية بموجب الاتفاقيات الدولية الجماعية:

جرت محاولات عديدة وحثيثة بهدف توحيد القواعد الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية حيث تم عقد العديد من الاتفاقيات الدولية أهمها اتفاقية نيويورك لسنة 1958، واتفاقية جنيف لسنة 1927 واتفاقية واشنطن لسنة 1965 فجميع هذه الاتفاقيات تركت إجراء تنفيذ الحكم التحكيمي إلى القواعد القانونية للبلد المراد تنفيذ الحكم فيه، بالإضافة إلى حصر رقابة المحكمة أو الجهة المختصة بإضفاء الصفة التنفيذية للحكم على مراجعة القرارات لمعرفة استيفائها للشروط الشكلية واتباع القواعد الإجرائية بشكل صحيح.

ب- تنفيذ الأحكام التحكيمية بموجب الاتفاقيات الثنائية

فمن أجل تسهيل عملية تنفيذ الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم وإعمالاً لمبدأ التعاون بين الدول تعمل الدولة على إبرام اتفاقية مع دولة أخرى بهدف تنفيذ الأحكام التحكيمية وغالبا ما تكون هذه الأحكام الخاصة ضمن اتفاقيات التعاون القضائي.

كما تركت الاتفاقيات الدولية المسائل الإجرائية لتنفيذ الحكم التحكيمي إلى قانون الدولة المراد تنفيذ القرار فيها، وقد عينت بعض الاتفاقيات المحكمة المختصة التي يتطلب إليها الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، بالإضافة إلى أن بعض الاتفاقيات ذكرت الوثائق والمستندات التي يجب أن ترفق مع الطلب المقدم من الطرف الذي يطلب تنفيذ الحكم من الجهة المختصة في الدولة المراد التنفيذ فيها [64](4).

ج- تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية وفقا للقانون الجزائري

يمكن تناول تنفيذ حكم التحكيم وفقا للقانون الجزائري من خلال ايداع حكم التحكيم وكذا تقديم طلب التنفيذ وحدود سلطات القاضي المختص في إصدار الأمر بالتنفيذ وطبيعة الأمر بالتنفيذ وطرق الطعن فيه والآثار المترتبة عليه على النحو التالي:

أ- ايداع حكم التحكيم: إن حكم التحكيم الدولي قد يصدر في الجزائر أو خارجها وبعد صدوره والتوقيع عليه من قبل المحكمين وجب إيداعه لدى السلطة المختصة وذلك ما تقضي به المادة 1053 من

قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذ جاء فيها ما يلي: " تودع الوثائق المذكورة في المادة 1052 أعلاه بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من طرف المعني بالتعجيل"، وبغير إيداع حكم التحكيم أمانة ضبط المحكمة المختصة لا يمكن إصدار الأمر بالتنفيذ، ومؤدى ذلك أن القاضي لا يستطيع أن يراقب حكم التحكيم والتحقق من توافر الشروط اللازمة لإصدار الأمر بالتنفيذ إلا إذا تم إيداعه، ويعود ذلك إلى خضوع حكم التحكيم إلى رقابة الدولة ولا يمكن لها أن تقوم بتلك الرقابة إلا إذا تم إيداعه لدى الجهة القضائية المختصة[105](220-221)، ويقوم بالإيداع الطرف المعني بالتعجيل ولن يكون هذا الطرف سوى من صدر الحكم لمصلحته، ولكنه لا يوجد ما يمنع أن يتم هذا الإيداع من طرف المحكوم عليه، ويتم إيداع أصل حكم التحكيم أو نسخة منه باللغة التي صدر بها مرفقا باتفاقية التحكيم أو نسخة منها[105](201).

وإذا صدر حكم التحكيم أو اتفاقية التحكيم بغير اللغة العربية فيجب أن تكون الوثيقتين مصحوبتين بالترجمة إلى اللغة العربية وذلك ما تقضي به المادة 08 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وأن تتم المصادقة على الترجمة من الجهة المعتمدة، وقد ساوى القانون بين الأصل والنسخة فيمكن لصاحب المصلحة أن يقوم بإيداع أصل حكم التحكيم واتفاقية التحكيم أو الاكتفاء بإيداع نسخة منهما تستوفيان شروط صحتها، ويجب على أمين الضبط أن يقوم بتحرير محضر عن هذا الإيداع وهي المسألة التي أشارت إليها المادة 1035 من نفس القانون على أن يتحمل الأطراف نفقات إيداع العرائض والوثائق وأصل حكم التحكيم.

ب- تقديم طلب التنفيذ: لا يكفي أن يكون حكم التحكيم قابلا للتنفيذ الجبري بمجرد إيداع أصل حكم التحكيم مصحوبا باتفاقية التحكيم بأمانة ضبط المحكمة المختصة بل يجب إلى جانب ذلك أن يتبع إجراء آخر وهو تقديم طلب التنفيذ على اعتبار أن الإيداع ليس إلا عملا ماديا يتمثل في تسليم أصل حكم التحكيم مصحوبا باتفاقية التحكيم إلى أمانة المحكمة المختصة.

في حين طلب تنفيذ حكم التحكيم المقدم إلى المحكمة فهو عبارة عن عمل قانوني يتم بواسطته تحريك نشاط القاضي يلزمه أن يقوم بإصدار الأمر بالتنفيذ، ويجب على المحكوم له أن يرفق بطلب التنفيذ الوثائق التالية:

- أصل حكم التحكيم أو نسخة منه.

- أصل اتفاقية التحكيم أو نسخة منها.

- يجب أن تكون الوثيقتان المذكورتان مصحوبتين بالترجمة إلى اللغة العربية.

- نسخة من محضر إيداع الوثائق المذكورة سابقا.

يجب التمييز بين الوثائق التي يتم إيداعها لدى أمانة المحكمة المختصة وبين المستندات التي يجب أن تكون مرفقة بطلب التنفيذ، كما يتعين على القاضي عندما يقدم إليه الطلب المرفق بتلك المستندات أن يبت فيه إما بإصدار الأمر بالتنفيذ وإما بإصدار الأمر بالرفض، ويقوم القاضي قبل إصدار الأمر بفحص الطلب فما هي حدود وسلطات القاضي وهو يفحص طلب التنفيذ وهو ما سأتناوله فيما يلي:

ج- حدود سلطات القاضي المختص في إصدار الأمر بالتنفيذ: يختص رئيس المحكمة التي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه أو رئيس محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر التحكيم وقع خارج الإقليم الوطني بإصدار الأمر بالتنفيذ، ويجب على القاضي الأمر أن يتأكد من المسائل التالية:

- أن طالب التنفيذ قام بإيداع أصل أو نسخة من حكم التحكيم واتفاقية التحكيم.

- أن يقدم طلبا مرفقا بالمستندات المشار إليها سابقا.

- يجب أن يتحقق من توافر الشروط الأساسية لمنح الأمر بالتنفيذ: وتقتضي تلك الشروط ألا يتضمن

حكم التحكيم ما يخالف النظام العام في الجزائر[105](224).

والجدير بالملاحظة أن سلطات القاضي الأمر تنحصر في التأكد من أن حكم التحكيم خال من العيوب الإجرائية في حين أنه ليس من حقه أن يبحث في موضوع النزاع، من حيث مدى صحة قضاء التحكيم فهو مختص فقط في مراقبة الشكل الذي يوجبه القانون لإصدار حكم التحكيم وأنه في حالة ملاحظته أية مخالفة والتي تؤدي إلى البطلان وجب عليه أن يمتنع عن إصدار الأمر بالتنفيذ، وتبعاً لذلك فإن دور القاضي عند إصدار الأمر بالتنفيذ يقتصر على الرقابة استناداً إلى الأسلوب الذي تبناه المشرع الجزائري وهو أسلوب الرقابة ولم يأخذ بأسلوب المراجعة أو الدعوى الجديدة عند إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي.

وبذلك تنحصر سلطات القاضي بإصدار الأمر بالتنفيذ أو الرفض دون أن يتجاوز ذلك المساس بحكم التحكيم أو أن يقوم بتعديله، غير أنه يجوز له أن يصدر الأمر بتنفيذ شق من حكم التحكيم دون الشق الآخر، وترتيباً على ذلك فإنه لا يجوز تنفيذ حكم التحكيم إلا بموجب الأمر بالتنفيذ، ومن ثمة يثور التساؤل حول طبيعة الأمر بالتنفيذ.

د- طبيعة الأمر بالتنفيذ: لا يجوز تنفيذ حكم التحكيم بدون أمر بالتنفيذ وهو الذي يرفع من مقامه إلى مرتبة الأحكام القضائية، وحكم التحكيم لا يعد سندا تنفيذيا في ذاته، بل هو جزء من السند التنفيذي وهذا الأخير يتكون من جزئين الأول يتمثل حكم التحكيم والثاني يتمثل في أمر التنفيذ، وبناء على الطلب الذي يقدمه المحكوم له إلى رئيس المحكمة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ وهو يصدره وفق أحكام القواعد العامة في إصدار الأوامر الولائية فيقوم طالب التنفيذ بتقديم الطلب بالتنفيذ في شكل عريضة طبقا لأحكام المادة 311 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[47] مستندة على وقائع وأسناد الطلب، مع تحديد مواطن مختارة للطالب في دائرة اختصاص المحكمة المقدم إليها الطلب، ويفصل رئيس المحكمة في الطلب المقدم إليه وفقا لاختصاصه الولائي، وما يؤكد طابع العمل الولائي لاختصاص رئيس المحكمة أن دوره ينحصر في إزالة العقبة القانونية التي وضعها المشرع أمام المحكوم له، فهذا الأخير لا يدعي أي اعتداء يكون قد وقع في حقه أو مركزه القانوني وإنما يواجهه عدم فعالية إرادته، فقد حصل على حكم التحكيم ولكن لا يمكنه الاعتراف له بمركز الدائن في دولة التنفيذ إلا بعد حصوله على تأشيرة من طرف السلطة المختصة، وتبعاً لذلك يعد الأمر بالتنفيذ عملاً ولائياً وليس قضائياً وهو الأمر الذي يتماشى مع دور القاضي الذي ينحصر في رقابة هذا الحكم فإذا كان مطابقاً مع أحكام القانون منح له التأشيرة[105](226).

أما إن وجده غير متطابق مع أحكام القانون امتنع عن إعطاء له تلك التأشيرة دون إعادة الفصل في موضوع النزاع، ولما كان عمل القاضي الأمر ولائياً فهو في الأصل يصدر أمره على ذيل العريضة غير أن قانون الإجراءات المدنية السابق نص على أن يوضع الأمر بالتنفيذ على أصل الحكم أو على هامشه وذلك طبقاً لما تنص عليه المادة 458 مكرر 20 من قانون الإجراءات المدنية وهو نفس الحكم الذي تقضي به المادة 1478 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

في حين نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن يصدر الأمر عن رئيس المحكمة المختصة دون تبيان شكل هذا الأمر ما إذا كان يصدر في ذيل العريضة أو يوضع على ورقة التحكيم أو على هامشه كما ينص القانون الفرنسي، وما دام أن المشرع الجزائري قد سكت خلاف المشرع الفرنسي عن الشكل الذي يصدر فيه الأمر بالتنفيذ مما يعني ذلك أنه يصدر وفق أحكام القواعد العامة في الأوامر الولائية وبالتالي يصدر بذيل العريضة، وتبعاً لذلك يقدم طلب التنفيذ إلى القاضي المختص في شكل عريضة ويقوم بإصداره من دون إعلان الأطراف بالحضور، وتخضع الأوامر الولائية إلى نظام قانوني يختلف عن النظام القانوني الذي تخضع له الأحكام القضائية ومن ذلك فالأوامر الولائية تحوز كأصل عام على الحجية ويتظلم فيها بواسطة دعوى البطلان المبتدئة أمام نفس القاضي الذي أصدر الأمر.

لذلك يجب التمييز بين أحكام التحكيم فهي أحكام قضائية تحوز على حجية الشيء المقضي به ويستنفذ القاضي سلطته بصورها وبين الأمر بالتنفيذ فهو يعد من قبيل الأوامر الولائية فلا يحوز حجية الشيء المقضي به ويجوز للقاضي العدول عنه، وإصدار أمر مخالف للأول وذلك ما تقضي به المادة 312 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويجب أن ينفذ أمر التنفيذ في خلال أجل ثلاثة أشهر وإذا لم ينفذ خلال هذا الأجل يبدأ من تاريخ صدوره تعرض للسقوط وذلك ما تقضي به المادة 311 من نفس القانون[47](311)، ويقوم القاضي بعد فحص الطلب والتحقيق ما إذا كانت الورقة المعروضة عليه تستحق أن تمنح لها جنسية الأحكام القضائية، فإذا توافرت فيها تلك الشروط ينتهي إلى الاعتراف بحكم التحكيم ويصدر أمره بالتنفيذ.

ثانيا- طرق الطعن في الأمر بالتنفيذ

فالمشروع الجزائري انتهج نهج المشرع الفرنسي فهو يفرق من حيث طرق الطعن بين أحكام التحكيم الأجنبية الصادرة في الجزائر وأحكام التحكيم الأجنبية الصادرة خارج الإقليم الوطني فيخضع كل نوع إلى أحكام خاصة به[105](229).

فالحكم التحكيمي يكون عادة محلا للطعن مباشرة أمام الهيئة التي أصدرته أو أمام هيئة أخرى، وعلى الأغلب يكون الطعن أمام القاضي، وفي حال كان هذا القاضي هو قاض في الدولة التي صدر فيها الحكم التحكيمي، فهنا إن تحقق سبب من أسباب البطلان يحكم بإبطال حكم التحكيم أو إلغائه وأحيانا تعديله، أما الطعن بالحكم التحكيمي أمام قاضي دولة أخرى ففي هذه الحالة إذا تأكد القاضي من توافر بعض الأسباب فهنا يأمر بعدم الاعتراف ورفض التنفيذ للحكم التحكيمي.

أما تقديم طلب فسخ حكم التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية فالحكم التحكيمي الدولي الصادر بالخارج في القانون الجزائري غير قابل لمرحلة ثانية أمام القضاء والقانون يسميها استئناف الحكم التحكيمي الدولي الصادر خارج الجزائر نهائي ولكن صيغته التنفيذية قابلة للفسخ، وهكذا فرق المشرع الجزائري بين: الحكم التحكيمي الدولي الصادر خارج الجزائر، الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر.

1- الحكم التحكيمي الدولي الصادر خارج الجزائر

الحكم التحكيمي الدولي الصادر خارج الجزائر لا يقبل الإبطال ولكن القرار القضائي الذي يرفض إعطاء هذا الحكم التحكيمي الصيغة التنفيذية أو يرفض الاعتراف به أو يعطي صيغة التنفيذ لقرار دولي صدر خارج الجزائر هذا القرار القضائي يقبل الاستئناف.

وهذا الأمر القضائي يرفض إعطاء صيغة التنفيذ أو رفض الاعتراف بحكم تحكيمي دولي صادر خارج الجزائر يقبل الاستئناف ولكن هذا الاستئناف ليست محددة أسبابه حصراً، أما الأمر القضائي بإعطاء صيغة التنفيذ لحكم تحكيمي دولي صادر خارج الجزائر أو الاعتراف به فهو يقبل الاستئناف ضمن أسباب الاستئناف الستة المحددة حصراً [47](1056)، والملاحظ أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية حدد أحكاماً لمراجعة الحكم التحكيمي الصادر خارج الجزائر وصيغته التنفيذية في الجزائر مختلفة تماماً عن أحكام مراجعة الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر.

2- الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر

الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر قابل للإبطال ضمن شروط الإبطال الستة ويؤدي الطعن ببطلان الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر إلى طعن بقوة القانون في أمر التنفيذ ويحول دون إعطائه صيغة التنفيذ لحين البت بطلب الإبطال [47](1058)، وأسباب الإبطال هي ستة [47](1056) وهي لإبطال الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر أو لاستئناف الأمر القضائي بإعطاء صيغة التنفيذ أو بالاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي الصادر خارج الجزائر وهي محددة على سبيل الحصر: السبب الأول: إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.

السبب الثاني: إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفاً للقانون.

السبب الثالث: إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.

السبب الرابع: إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.

السبب الخامس: إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب.

السبب السادس: إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي[47](1058).

- والملاحظ أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية اعتمد فكرة النظام العام الدولي وليس النظام العام الداخلي بالنسبة للحكم التحكيمي الدولي والأمر القضائي بإعطائه صيغة التنفيذ سواء الحكم التحكيمي الدولي الصادر خارج الجزائر أو الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر.

- الملاحظ أن أسباب الإبطال الستة لاستئناف الأمر القضائي بإعطاء صيغة التنفيذ أو الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي الصادر خارج الجزائر هي على سبيل الحصر بالنسبة للأمر القضائي بإعطاء صيغة التنفيذ والاعتراف، بينما ليست محصورة بالأسباب الستة بالنسبة لإبطال الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر، إذ بينما نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية"[47](1056)، أي المحددة حصرا، إلا أنه حين جاء

لإبطال الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر[47](1058) نص على انه "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 حيث نصت "لا يجوز استئناف.....". بينما نصت المادة 1058 "يمكن...". فلا يجوز بالنسبة للحكم الدولي الصادر في الخارج إلا للأسباب الستة المحددة على سبيل الحصر ويمكن بالنسبة للحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر أي أنه يمكن الاستناد إلى الأسباب الستة للإبطال كما يمكن الاستناد إلى غيرها.

- كما يمكن أن نلاحظ أن المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت على أنه "لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية: (الحالات الست الواردة أعلاه)" بينما نصت المادة 1058 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:" لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه (أي الصادر في الجزائر) أي طعن، غير أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ...وبالتالي فإن إعطاء صيغة التنفيذ أو الاعتراف بالحكم التحكيمي الصادر في الجزائر يعتبر محصنا من أي مراجعة قضائية إلا مراجعة إبطال الحكم التحكيمي الدولي ذاته التي تؤدي إلى شل أثر الصيغة التنفيذية لحين بت القضاء بطلب إبطال الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر.

- في كل الأحوال يوقف تقديم الطعون وأجل ممارستها تنفيذ أحكام التحكيم [47](1060).

- تكون القرارات القضائية الأمرة برفض إعطاء صيغة التنفيذ أو رفض الاعتراف بالحكم التحكيمي قابلة للاستئناف وللنقض [47](1061).

- القرار القضائي الأمر بإعطاء صيغة التنفيذ أو الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر قابل للاستئناف وللنقض.

- الأمر القضائي الذي يبت بطلب إبطال الحكم التحكيمي الصادر في الجزائر قابلاً للإبطال وللنقض.

فالأصل في التحكيم أن للطرفين المتنازعين الحرية التامة في الاتفاق على الجهة التي يصار إليها تقديم طلب الطعن في الحكم التحكيمي وبالتالي يعني هذا أنهما يستطيعان الاتفاق على إمكانية الطعن في قرار التحكيم أمام هيئة أخرى تعين من قبلهما غير تلك التي أصدرت الحكم، وفي حال عدم اتفاقهما فالأمر في هذه الحالة يترك إلى أحكام القواعد التحكيمية التي اختارها لسير عملية التحكيم بموجبها على الرغم من أن بعض القواعد التحكيمية الدولية المعروفة لا تنص على تعيين جهة معينة يصار أمامها إلى الطعن بالحكم التحكيمي.

ثالثاً: الآثار المترتبة على الطعن في الأمر بالتنفيذ طبقاً للقانون الجزائري:

يترتب على الطعن في البطلان في حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر أو الطعن بالاستئناف في الأمر الصادر بالتنفيذ وفقاً لما تقضي به المادة 1060 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهو نفس الحكم الذي تقضي به المادة 1506 من قانون الإجراءات المدنيية الفرنسي [105](234)، ومن ثمة لا يبدأ في التنفيذ الجبري إلا ابتداء من انقضاء مواعيد الطعن بالبطلان أو الاستئناف، وما دام مواعيد الطعن ما تزال جارية ولم تنقض بعد فيترتب عليها وقف التنفيذ.

ولذلك لا يستطيع المحضر القضائي أن يشرع في التنفيذ الجبري إلا بعد انقضاء مواعيد الطعن فيجب على المحكوم له أن يقوم بتبليغ الأمر بالتنفيذ، وبانقضاء مواعيد الطعن بالبطلان أو بالاستئناف التي يبدأ سيريانها من تاريخ تبليغ الأمر بالتنفيذ وبذلك يصبح بين أيدي المحكوم له السند التنفيذي الذي يمكنه من الشروع في التنفيذ الجبري.

وقد تصدر أحكام التحكيم بدرجة نهائية غير قابلة للطعن فيها بالاستئناف طبقا لاتفاق الأطراف وذلك ما تنص عليه المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من أن حكم التحكيم قابل للطعن فيه بالاستئناف ما لم يتنازل الأطراف على حق الاستئناف، كذلك قد يصبح حكم التحكيم بالرغم من قابليته للطعن فيه بالبطلان أو الاستئناف قابلا للتنفيذ الجبري إذا كان مشمولا بالنفاذ المعجل وذلك طبقا لما تقضي به المادة 1037 ومن نفس القانون [47](1037)، وبذلك لا يستطيع المحضر القضائي أن يشرع في إجراءات التنفيذ الجبري إذا لم يكن حكم التحكيم مشمولا بالنفاذ المعجل أو لم يتنازل الأطراف على حق الاستئناف إذا لم يتوافر بين يديه الوثائق التالية:

أولا: حكم التحكيم ممهور بالصيغة التنفيذية.

ثانيا: الأمر بالتنفيذ.

ثالثا: محضر تبليغ الأمر بالتنفيذ.

رابعا: شهادة عدم الطعن بالاستئناف.

وإذا كان هدف الطرفين – عندما يلجأ إلى التحكيم – وهو الوصول إلى حل النزاع بأقل التكاليف في المال والوقت وبذلك يتم سد الطرق المفتوحة في التقاضي العادي.

غير أن القانون الجزائري جاء متطابقا مع القانون الفرنسي وفتح باب الطعن في أحكام التحكيم سواء بواسطة دعوى البطلان أو عن طريق الاستئناف ورتب على هذا الطعن أثرا موقفا، وأخذ ما يفتح الباب على مصراعيه أمام تحايل الخصوم مما يؤدي إلى عدم فعالية قضاء التحكيم ويعيده مرة أخرى إلى دروب الطعون التي يعرفها القضاء العادي.

وكان من الأجدر أن تأتي القاعدة معكوسة والنص على ألا يكون للطعن أثر موقوف ويسمح فقط للمحكوم عليه أن يطعن بالبطلان أو الاستئناف طلبا بوقف التنفيذ، ويترك تقدير مدى جدية هذا الطلب وكفاية مبررات وقف التنفيذ لتلك الجهة بما لها من سلطة تقديرية [105](236).

وهذا هو الاتجاه الذي يتماشى مع طبيعة حكم التحكيم الذي يجد أساسه في اتفاق الطرفين، وبما أن العقد إذا حرر شكل في رسمي فهو ملزم لهما ولا يترتب على الطعن فيه وقف تنفيذه إلا عن طريق القضاء.

وبذلك يكتسي حكم التحكيم الفعالية اللازمة التي تتماشى مع طبيعته، كما يؤدي ذلك إلى المحافظة على مصلحة الطرفين فيتمكن المحكوم له من اقتضاء حقه بأقصى الطرق، كما يمكن المحكوم عليه في حالة طعنه في الحكم بالبطلان أو الطعن بالاستئناف في أمر التنفيذ أن يقدم طلب وقف التنفيذ إلى نفس الجهة التي تنظر في دعوى البطلان أو الاستئناف، وإذا كان هذا الطلب يستند إلى أسباب معقولة وجدية أمرت بوقف التنفيذ أما إذا وجدت أن الطلب لا يستند إلى أسباب جدية صرحت برفض طلب وقف التنفيذ.

إن للتحكيم دور كبير في خلق القواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي واستقرار أحكامه وهو الأداة الفاعلة التي أسهمت في تكريس العادات التجارية الدولية وتطبيقاتها و محترفي التجارة الدولية قد اعتادوا على إدراج شرط التحكيم في عقودهم لأسباب متعددة من بينها بصفة خاصة رغبتهم في تدويل هذه العقود وتحريرها من سلطان القوانين الداخلية وصولاً إلى إخضاعها لقانون التجارة الدولية بما يتضمنه من أعراف وعادات مهنية استقر عليها العمل في الأسواق الدولية.

ولا شك أن إخضاع العقود التجارية الدولية لمثل هذه الأحكام الموضوعية التي درج التجار ورجال الأعمال على اتباعها يشعرهم بالأمان القانوني ويصون توقعاتهم المشروعة، وهو ما لا يتحقق لو عرضت منازعاتهم على القضاء الوطني.

والمحكم عند توليه تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وذلك عند عدم اختيار الأطراف صراحة أو ضمناً لهذا القانون، له أن يحدد هذا القانون بانتهاجه أحد الطرق الثلاث وهي إما أن يلجأ إلى قواعد تنازع القوانين ويطبق القانون تعينه قواعد التنازع في الأنظمة المرتبطة بموضوع النزاع، وإما أن يسلك طريقة اللجوء إلى المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص، وإما أن يلجأ إلى طريقة التحديد المباشر فيطبق القانون الذي يرتبط به العقد برابطة وثيقة، وهذا هو المنهج الذي اتبعه المشرع الجزائري ونص عليه في المادة 1050 من قانون 09-08، كما انتهجته معظم التشريعات والاتفاقيات الدولية وكذا منظمات التحكيم الدائمة.

الخاتمة

إن زيادة معدل المعاملات التجارية الدولية والتحويلات الاقتصادية الكبرى وتجاوز العلاقات التجارية الحدود الدولية، وفي وقت كشفت فيه النظم الوطنية والقضائية عن قصورها في بلوغ حد الكفاية لمواجهة عقود التجارة الدولية، ظهر التحكيم التجاري الدولي كوسيلة ناجعة لحل النزاعات التي قد تنشأ عن العلاقات التجارية الدولية.

ومن الأسباب التي تدفع إلى اللجوء إلى التحكيم هي الامتيازات التي يحققها من تبسيط في إجراءات الفصل في النزاع والتحرر من الشكليات بغية الفصل في النزاع بأقصى سرعة ممكنة وفي سرية تامة.

كما أن عدم وجود قضاء دولي مختص ينظر المنازعات التي تنشأ بين العاملين في التجارة الدولية يشكل السبب الرئيسي في اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، إذ أن منح الاختصاص للقضاء التابع للدولة أمرا غير مرغوب فيه وغير ملائم، كونه في الغالب يعتمد إلى تطبيق المبادئ القانونية السائدة في دولته على العلاقات الدولية والتي قد لا تتلاءم في عديد من الحالات مع طبيعة العلاقات التجارية الدولية.

والجزائر من الدول التي أبدت طويلا تحفظا وترددا إزاء التحكيم التجاري الدولي، وقد ظهرت هذه المعارضة في عدة مجالات من بينها خلو قوانينها من النصوص المتعلقة بهذا النوع الخاص من القضاء.

ولكن ونظرا للتحويلات الاقتصادية الكبرى التي شهدتها القانون الاقتصادي الجزائري، ظهرت حاجة ملحة لاعتماد الدولة الجزائرية هذا النوع الخاص من القضاء مغيرة موقفها اتجاهه لما له من مزايا.

لقد مر القانون الجزائري بمرحلتين مهمتين، تميزت الأولى بالتحفظ وفي نفس الوقت اللجوء إلى التحكيم رغم الإعلانات الرسمية لرفض التحكيم، وتميزت الثانية بنوع من الوضوح حول هذا الموضوع فبعد استقلالية المؤسسات و إقرار الدولة الجزائرية دخول اقتصاد السوق، أقرت الجزائر إخضاع نشاطاتها الاقتصادية والتجارية بمجملها للتحكيم.

فقد تجاوز المشرع الجزائري العقبة التي كانت موجودة والمتمثلة في السيادة وكان لا بد عليه من تعديل القوانين ومسايرة الوضع الدولي العام بإصداره للمرسوم التشريعي 09-93، ثم القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، وهذا التغيير كان نتيجة أهمية التحكيم وزيادة اهتمام المؤسسات الدولية به وضرورة مسايرة النظم الاقتصادية الدولية، كذلك الحتمية التجارية الدولية فرضت على الجزائر قبول اختصاص هذا النوع من العدالة.

لقد جاءت المادة 1050 من قانون 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي أعطت الأولوية لمبدأ قانون الإرادة أي إرادة الأطراف تؤخذ بعين الاعتبار بالدرجة الأولى عند تطبيق المحكم للقانون المختار على موضوع النزاع إذ أن الأطراف أحرار في اختيار القانون الواجب التطبيق وقد سلمت بهذا المبدأ معظم التشريعات وهو مبدأ مسلم به أيضا في مجال التحكيم التجاري الدولي.

فالقانون الجزائري بهذا النص المذكور أعطى للأطراف الحرية التامة في اختيار القانون واجب التطبيق وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، كما أخذت به أيضا القوانين المقارنة، وخضوع موضوع النزاع للقانون المحدد من الأطراف - أي لقانون الإرادة - يقتضي الاتفاق صراحة في اتفاق أو شرط التحكيم على إخضاع النزاع إلى قانون موضوعي معين، سواء كان قانون أحد الأطراف أو قانون أجنبي عنه، وهو ما يستفاد من العبارة المطلقة التي استعملها المشرع الجزائري في المادة 1050 " أن محكمة التحكيم تفصل... عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف... "، ويدخل في هذا المفهوم القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وفي حالة ما إذا لم يختار الأطراف أي قانون فإن هذه المادة 1050 تمنح صلاحيات واسعة للهيئة التحكيمية في اختيارها بين عدة نظم قانونية مع الأخذ بعين الاعتبار ظروف القضية وطبيعة العقد وموضوعه، وفقا لما تمليه عليه العادات التجارية والأعراف التي تتلاءم وتسوية هذا النزاع، على أن يكون القانون المأخوذ به الملائم للدعوى من بين هذه القوانين: القانون الوطني لأحد الأطراف، قانون محل إبرام العقد أو قانون تنفيذ العقد، قواعد تنازع القوانين، الأخذ بأي قانون لدولة أجنبية يراه ملائم للنزاع، الأخذ بالمبادئ العامة للقانون وقواعد التجارة الدولية، الأخذ بالعادات والأعراف التجارية.

كما نجد ان المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت على عدة حالات لاختيار قانون الإجراءات الواجب التطبيق على النزاع في التحكيم التجاري الدولي، بحيث كرست مبدأ سلطان الإرادة لما منحت الأطراف حرية تحديد قواعد الإجراءات في اتفاق التحكيم بصفة مباشرة أو بناء على نظام تحكيمي وأخذت المادة نفسها في الحسبان حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد قانون الإجراءات

الوجب التطبيق على النزاع فهنا تتولى محكمة التحكيم تحديده مباشرة أو بالاستناد إلى قانون معين أو بالاستناد إلى نظام تحكيمي، يتبين من المادة السابقة أنها تعطي للأطراف ثلاث خيارات لاختيار القانون الإجرائي وهي :

أ- الخيار الأول : أن يضبط الأطراف الإجراءات اللازمة للإتباع بصفة مباشرة في اتفاق التحكيم، وهذا ما هو مأخوذ به في أغلب القوانين المقارنة ومنها القانون الفرنسي في المادة 1494.

ب- الخيار الثاني: مفاده أن يحدد للأطراف في اتفاق التحكيم قواعد الإجراءات المعمول بها في نظام تحكيمي معين، بمعنى أن للأطراف حرية الأخذ بنظام مركز معين أو هيئة تحكيمية في اتفاق التحكيم، وإن كان هذا يؤدي إلى توسيع مجال حرية الإرادة في قانون التحكيم وما ينجر عنه من آثار إيجابية تجعل التحكيم أكثر مرونة، إلا أن هذا الخيار قد ينجر عنه مساوئ وعراقيل كما هو الحال في إغفال إجراء جوهري أو إدراج إجراء مخالف للنظام العام ولحقوق الدفاع في نظام معين.

ج- الخيار الثالث : يمكن الأطراف من تحديد قانون الإجراءات وفقا لقانون وطني معين قد يكون قانون الطرف الجزائري أو الأجنبي ونلاحظ بوضوح استبعاد تنازع القوانين في تحديد القانون واجب التطبيق، كما استبعد الإحالة المباشرة إلى قواعد إجرائية لقانون مكان التحكيم، فقد أعطى المشرع للأطراف الحرية الكاملة في تحديد القواعد القانونية التي يرغبون تطبيقها على موضوع النزاع.

وقد استخدم المشرع لفظ القواعد القانونية ولم يستخدم مصطلح "التشريع" ويقصد بالقواعد القانونية أية قاعدة قانونية تحكم موضوع النزاع وإجراءاته في القانون الوطني المعين أو في لائحة التحكيم أو في قانون نموذجي أو في اتفاقية دولية أو في أعراف التجارة الدولية أو المبادئ العامة للقانون.

وقد لا يتفق الأطراف على القواعد التي تحكم النزاع أو لم يكن هناك اختيار صريح أو ضمني للقانون الواجب التطبيق ففي هذه الحالة يعني أنهم فوضوا المحكمين السلطة في تحديدها، علما أن أساس التزام المحكم بتطبيق قانون المختار يختلف عن أساس التزام القاضي، ذلك أن هذا الأخير يلتزم إعمالا لطبيعته وظيفته القضائية في فض المنازعات، أما التزام المحكم بتطبيق القانون فلا ينبع من طبيعته وظيفته أو مهمته وإنما ينبع من إرادة الخصوم.

واختيار القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على النزاع المطروح على هيئة التحكيم يحكمه اتجاهين:

يرمي الأول إلى إخضاع العلاقة المتنازع عليها لأحد القوانين الوطنية المتنازعة.

ويرمي الثاني إلى الاعتراف بوجود قواعد موضوعية مباشرة تحكم المعاملات التجارية الدولية أي قواعد خاصة بهذه المعاملات ومستقلة عن القانون الوطني الداخلي، وهي قواعد التجارة الدولية.

نخلص إلى أن التشريع الجزائري يقر مشروعية تطبيق القواعد عبر الدولية أو ما يسمى بتبنيه صياغة متحررة مساويا بين سلطة الأطراف وسلطة المحكم في تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع وإجراءاته، هذا ما أكدته المشرع في نص المادة 1050 و المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تتصف كما أجمع أغلبية الفقه بالابتكار.

وإن وفق المشرع الجزائري في اعتماده نصوصا قانونية تتماشى مع واقع المعاملات التجارية، لكنه حبذا لو أخذ هذا التعديل بأكثر حذر خاصة وأن القانونين اللذان اعتمد عليهما في صياغة المادة 1050 و المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يكونا بهذا الإطلاق فقد وضعا قيودا في نصوصهما تحسبا لما قد يواجه عقدهما من مشاكل.

فالجزائر كانت حقيقة مثلا للتححرر الفعلي عند تحديدها للقواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع وإجراءاته بعدما تحفظت وترددت وقتا طويلا فتحت المجال على مصراعيه أمام المحكم الدولي، وبالتالي ينبغي التأكيد على ضرورة عمل أبحاث ودراسات مقارنة بين النصوص التشريعية والمعاهدات والاتفاقيات الدولية، ومعرفة ايجابيات وسلبيات كل منهما ومدى ملاءمة كل منهما لحل المنازعات التجارية عن طريق التحكيم لمواكبة مرحلة الانفتاح التي دخلتها الجزائر.

بالإضافة إلى ضرورة خلق قنوات اتصال مع مراكز التحكيم في الدول المجاورة للاستفادة من تجاربها والمشاركة في المؤتمرات التي تتناول موضوعات التحكيم و محاولة ايجاد الية مشتركة من قبل الهيئات الدولية التي تعنى بالتحكيم التجاري الدولي حتى تستطيع ان تكون مرجعية يلجأ اليها لحل المنازعات التجارية الدولية من خلال معرفة القانون الواجب التطبيق على النزاع التجاري الدولي الذي يسهل من مهمة المحكم ويتوافق مع توقعات الأطراف، واحترام ارادتهم باللجوء الى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التجارية الدولية.

كما أتمنى أن تكون هناك دراسات مستقبلية تنطلق من هذه الدراسة بهدف التوصل إلى كل ما لم أستطع التوصل إليه، أو إبداء وجهة نظر مغايرة أو تناول مسائل أخرى، وذلك مواكبة للمستجدات في مجال التحكيم التجاري الدولي.

قائمة المراجع

- 1- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 2002.
- 2- أحمد بلقاسم، التحكيم الدولي، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2006.
- 3- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.
- 4- المرسوم رقم 81-500 الموافق 12 ماي 1981 الجريدة الرسمية الفرنسية 14 ماي 1981.
- 5- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.
- 6- الطيب زروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والقانون المقارن، الجزء الأول، جامعة الجزائر، 1991.
- 7- محمد فوزي سامي، مجلة المحامي، مجلة مفصلة تصدر عن المؤتمر المهني العام للمحامين بالجمهورية الليبية التحكيم التجاري الدولي وموقف التشريعات العربية العدان 31، 32 السنة الثامنة ديسمبر 1990.
- 8- فليب فوشار "متي يكون التحكيم دوليا" مجلة التحكيم العدد الثاني أبريل - جوان سنة 1970.
- 9- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.
- 10- القانون النموذجي للتحكيم التجاري اليونسترال في 21 جوان 1985.
- 11- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات حلبي الحقوقية، 2007.
- 12- هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993.
- 13- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- 14- الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرم بتاريخ 21-04-1961.
- 15- المجلة الانتقادية 1931، نقض مدني فرنسي في 19-02-1930 تعليق نبوييه 193.
- 16- المجلة الانتقادية 1972، نقض مدني فرنسي في 07-05-1963 دالوز 1963.
- 17- مجلة التحكيم 1969، محكمة استئناف باريس في 20-06-1969.

- 18- مجلة التحكيم 1981، محكمة استئناف باريس في 09-12-1980 .
- 19- مجلة Clunet 1981 .
- 20- مجلة Clunet 1977 .
- 21- نقض مدني فرنسي في 17-05-1927 دالوز الدوري 25-01-1928 تعليق كابيتان.
- 22- المجلة الانتقادية 1931، نقض مدني فرنسي في 19-02-1930.
- 23- المجلة الانتقادية 1931، نقض مدني فرنسي 27-01-1931.
- 24- المجلة الانتقادية 1974 .
- 25- المجلة الانتقادية، نقض مدني فرنسي (الغرفة الأولى) في 07-10-1980 .
- 26- المجلة الانتقادية 1986، نقض اجتماعي فرنسي في 06-11-1985.
- 27-المرسوم التشريعي 09-93 المؤرخ في 3 ذي القعدة لعام 1413 الموافق ل 25 أبريل 1993 بعدل ويتم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو والمتضمن قانون الإجراءات المدنية الجديدة الرسمية العدد 27 الموافق ل 27 أبريل 1993
- 28 -المرسوم رقم 81-500 الموافق 12 ماي 1981 الجريدة الرسمية الفرنسية 14 ماي 1981 .
- 29- Mohand Issad, Le décret législatif algérien du 23 avril 1993 relatif à l'arbitrage commercial international. Revue d'arbitrage année 1993 N°03.
- 30-عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
- 31- نادر محمد محمد ابراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، منشأة المعارف، 2000.
- 32- عبد المنعم دسوقي، التحكيم التجاري الدولي والداخلي في القانون الجديد رقم 27 لسنة 1994 تشريعا وفقها وقضاء مكتبة مدبولي، القاهرة، 1995.
- 33- عبد المجيد منير، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، 1997.
- 34-Bouzana Belgacem, "le contentieux des hydrocarbures entre l'Algérie et et les sociétés étrangères O.P.U public 1985.
- 35-عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم الدولي، الجزء الثاني، دار النشر نوفل، 1993 .
- 36-Mohamed bedjaoui, l'évolution des conceptions et de la pratique algérienne en matière d'arbitrage international, séminaire sur l'arbitrage commercial international Alger 1992.

- 37- محمد بجاوي، العالم العربي في تحكيم المحكمة الدولية للتحكيم في التحكيم التجاري الدولي في الدول العربية، نشرة المحكمة الدولية للتحكيم، الجزء الثالث، رقم 01، مايو 1992 .
- 38- القانون رقم 86-14 المؤرخ في 19 أوت 1986 المتعلق بأنشطة التنقيب والبحث عن المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنابيب الجريدة الرسمية ، عدد 35 1986/08/27 .
- 39- علي مبروكين، القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية للمؤسسات العمومية الاقتصادية الجزائرية، اتجاهات حديثة.
- 40- Ali mabroukine, le règlement d'arbitrage algéro-français du 27 mars 1983 revue d'arbitrage, 1986.
- 41- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1989 .
- 42- Mohand issad, le nouveau droit algérien de l'arbitrage international séminaire de la chambre national du commerce Alger 14-16 décembre 1992.
- 43- المرسوم رقم 94 /06، المؤرخ في 13/04/1994 المتضمن اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي.
- 44- المرسوم التشريعي رقم 306/94، المؤرخ في 07/10/1994 المتضمن الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية .
- 45- المرسوم رقم 346/95، المؤرخ في 30/10/1995، المتضمن اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى.
- 46- المرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988 المتضمن انضمام الجزائر بتحفظ للاتفاقية الخاصة بالاعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها المتخذة في مؤتمر الأمم المتحدة بنيويورك بتاريخ 10/06/1958.
- 47- قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بتاريخ 18 صفر عام 1429 هـ الموافق لـ 25 فيفري سنة 2008 .
- 48- القانون رقم 86 - 14 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1406 الموافق لـ 19 أوت سنة 1986 المتعلق بأنشطة التنقيب و البحث عن المحروقات واستغلالها ونقلها بالأساس الجريدة الرسمية عدد 35 - 27 أوت 1986 .
- 49- القانون رقم 91 - 21 المؤرخ في 04 ديسمبر 1991 يعدل ويتم القانون 86-14 والمتعلق بأنشطة التنقيب والبحث عن المحروقات واستغلالها الجريدة الرسمية عدد 63 - 7، 1991 .

50-المرسوم رقم 90-319 المؤرخ في 17/10/1990 المتضمن المصادقة على الاتفاق الرامي إلى تشجيع الاستثمارات.

51- المرسوم الرئاسي رقم 91-345 المؤرخ في 05 أكتوبر 1991 المتضمن المصادقة على الاتفاق المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات.

52-المرسوم الرئاسي رقم 91-346 المؤرخ في 15 أكتوبر 1981، المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجزائر و إيطاليا حول ترقية وحماية الاستثمارات.

53- القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية الجريدة الرسمية عدد 01 – 13 يناير 1988 .

54-قانون رقم 66/154 مؤرخ 08/06/1966، متضمن قانون الإجراءات المدنية معدل ومتمم بالمرسوم التشريعي رقم 09/93.

55– Terki Noureddine, l'arbitrage commercial international en Algérie, office des publications universitaires, Alger, 1999.

56- حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، مصر، 2001.

57- سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.

58- عبد الحميد الأحذب، التحكيم وثائق تحكيمية، الجزء الرابع، نوفل، دون بلد نشر، دون سنة نشر.

59- شفيق محسن، التحكيم التجاري الدولي، دون طبعة، دون مكان نشر، دار النهضة العربية، دون سنة النشر.

60- أمين دواس، تنازع القوانين في فلسطين دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان، 2001.

61- اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري التي حررت في مدينة عمان سنة 1987.

62- اتفاقية جنيف للتحكيم في 26 ديسمبر 1927 بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

63- محمود مختار احمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007 .

64- اتفاقية نيويورك للتحكيم في 10 جويلية 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية.

65- عبد المجيد منير، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1995.

66- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 المنشور في الجريدة الرسمية. 1994/4/30.

- 67- سامي فوزي محمد، التحكيم التجاري الدولي الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر. والتوزيع، عمان، 1997.
- 68- رضوان أبو زيد، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، بدون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.
- 69- عبد الله عز الدين، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، مجلة مصر المعاصرة، القاهرة، العدد 371، 1978.
- 70- شمس مرعي، التحكيم في منازعات مشروع العام، بدون طبعة، دار النهضة العربية القاهرة، 1974.
- 71- مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي في غالبية التشريعات العربية و الأجنبية و الاتفاقيات و المراكز الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن.
- 72- اتفاقية البنك الدولي للتعمير والتنمية الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى الموقعة في واشنطن بتاريخ 18 مارس 1965.
- 73- مجلة التحكيم 1969، استئناف باريس 30 أبريل.
- 74- بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، منشورات بغدادية، الجزائر، 2009.
- 75- المصري حسني، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة، بدون طبعة، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2006.
- 76- الهداوي حسن، تنازع القوانين، بدون طبعة، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1995.
- 77- الرفاعي أشرف عبد العليم، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2003.
- 78- صادق علي هاشم، تنازع القوانين، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف الاسكندرية، 1974.
- 79- عبد المجيد منير، مفهوم القانون المحدد بمعرفة الأطراف في العقود الخاصة الدولية، 1991.
- 80- القضية رقم 3472 لسنة 1982.
- 81- عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 1993.
- 82- عوض علي جمال الدين، الاعتمادات المستندية، دون دار نشر، القاهرة، 1981.
- 83- منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص الكويتي، بدون طبعة، جامعة الكويت كلية الحقوق، 1986.
- 84- السمدان أحمد، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق، جامعة الكويت.

- 85-رضوان أبو زيد، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981، ص124 .
- 86- كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، القاهرة، دون سنة نشر.
- 87-فؤاد رياض، مركز المشروعات العامة في القانون الدولي الخاص، مجلة مصر المعاصرة، السنة 57 يناير، العدد323.
- 88-اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار المبرمة في 18 مارس 1956 .
- 89-مصطفى عبد الرحمن عبد الحكيم، الوسيط في قانون المعاملات الدولية الخاصة، بدون طبعة، القاهرة، 1991.
- 90- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، الجزء الأول تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، 2000 .
- 91- Mohamed bedjaoui, le nouveau droit de l'arbitrage international en Algérie .
- 92- يوسف صرخوة يعقوب، أحكام المحكمين وتنفيذها، الطبعة الأولى، دراسة مقارنة، الكويت، 1986 .
- 93-رضوان أبو زيد، الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الثالثة العدد 38، الكويت، 1979 .
- 94- الرفاعي أشرف عبد العليم، النظام العام و القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2003.
- 95-أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 و أنظمة التحكيم الدولية، الطبعة الثانية، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، مصر، 2004 .
- 96-حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والقانون المقارن، مطبعة عبد الرحمان، مصر، 1996 .
- 97-جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، طبعة ثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003 .
- 98-تعويبل كريم، دور القاضي في تحقيق فعالة التحكيم التجاري الدولي، مقال منشور بالمجلة الأكاديمية للبحث القانوني الصادر عن كلية الحقوق بجامعة عبد الرحمان ميرة ببجاية، العدد 2010/1 .
- 99- عبد الحميد الأحذب، مجلة التحكيم، العدد الثاني، نيسان/ أبريل 2009 .
- 100-الفضيلي أحمد، التحايل على القانون في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار المناهج، عمان، 1999 .

- 101- الحداد حفيظة، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفيزية، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، دون سنة النشر.
- 102- عبد التواب معوض، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 1997.
- 103- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.
- 104- عبد الحميد الأحمد، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص باليومين الدراسيين عن الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم، 15، 16 جوان 2008، الجزء الأول.
- 105- أنظر عمر زودة، إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص باليومين الدراسيين عن الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم، 15، 16 جوان 2008، الجزء الأول.