

جامعة الجبالي بونعامة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

محاضرات في التحكيم التجاري الدولي
لطلبة الماستر 2 تخصص قانون الاعمال

الدكتور : نوي عبد النور

الفصل الأول : التحكيم التجاري الدولي و تطوره التاريخي :

المبحث الأول : ماهية التحكيم التجاري الدولي :

إن تحديد مفهوم التحكيم التجاري الدولي يتطلب منا التطرق أولاً إلى مفهوم التحكيم عموماً ثم المقصود بالطبيعة التجارية و بعدها التطرق إلى معيار دولية التحكيم التجاري

المطلب الأول : مفهوم التحكيم عموماً :

لتحديد مفهوم التحكيم عموماً لا بد لنا من التطرق إلى عدة مسائل أولها تعريف التحكيم(فرع أول) ثم تمييزه عن الأنظمة المشابهة له(فرع ثاني) و بعدها التطرق إلى أنواعه ثم طبيعته القانونية(فرع ثالث) .

الفرع الأول : تعريف التحكيم :

لقد اختلفت آراء الفقهاء بشأن تعريف التحكيم باختلاف الزاوية التي ينظر منها كل فقيه ، و هذا ناتج عن الاختلاف بين الفقهاء بشأن الطبيعة القانونية للتحكيم كما سوف يأتي بيانه و الذي ألقى بظلاله على التعريفات التي تناولت التحكيم بين من يركز على الطبيعة العقدية له، وبين من يركز على الطبيعة القضائية له وعليه فقد عرف البعض التحكيم بأنه : " إتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلو فيه دون المحكمة المختصة به "

و هناك من عرفه بأنه " إقامة أو تكوين قضاء خاص أو حالة خاصة تخرج أو تنزع بناء عليه المنازعات من الجهات القضائية المعتادة ليثبت فيها بواسطة أفراد يتقلدون - في هذه الحالة - مهمة القضاء و الفصل فيها "

وعرفه اخرون بأنه : " إتفاق على إحالة النزاع المتصل بمسألة من مسائل التجارة الدولية والناشئة بين الخصوم إلى جهة غيرالمحاكم للفصل فيه و يكون القرارالتحكيمي الصادر ملزماً لهم ، و يسمى الإتفاق على التحكيم في نزاع معين " مشاركة التحكيم " أو " إتفاق التحكيم " أو " العقد التحكيمي " أو " وثيقة التحكيم "

و هناك من عرفه بأنه: " نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضاتهم و يتعهدون إليهم بمقتضى إتفاق مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية و التي يجوز حسمها عن طريق التحكيم وفقاً لمقتضيات القانون و العدالة و إصدار قرار قضائي ملزم لهم " .

و عرفه آخرون بأنه: " تقنية تهدف إلى إعطاء الحل لمسألة تهم علاقات تربط بين شخصين أو أكثر من طرف شخص أو أكثر - محكم أو أكثر - و الذين يستمدون سلطتهم من إتفاقية خاصة و التي على أساسها يصدرين حكمهم دون أن توكل لهم هذه المهمة من طرف الدولة "

الفرع الثاني : تمييز التحكيم عن الأنظمة المشابهة له :

بما أن المشرع تناول تنظيم التحكيم في الباب الثاني من الكتاب الخامس الموسوم: " في الطرق البديلة لحل النزاعات " من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية . و ذلك إلى جانب الصلح و الوساطة فسنقسم دراسة هذا الفرع إلى ثلاثة نقاط تتناول في الأولى منها تمييز التحكيم باعتباره طريقة من الطرق البديلة عن النظام الأصلي المخول بفض المنازعات و هو القضاء(أولاً) و بعدها نتناول تمييز التحكيم عن الطرق البديلة الأخرى المنصوص عليها في قانون الإجراءات(ثانياً) ثم تمييزه عن بعض الطرق البديلة التي لم يذكرها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (ثالثاً) .

أولاً : تمييز التحكيم عن القضاء:

يعتبر القضاء السلطة المخولة قانوناً التي تتولى مهمة الفصل في الخصومات و حماية الحقوق و هو يشترك مع التحكيم في كونه من الطرق التي تهدف إلى فض المنازعات بين الأشخاص عن طريق إصدار حكم ملزم تطبيقاً للقانون ، إلا أنهما يتميزان عن بعضهما في النقاط التالية :

1- القضاء هو سلطة تستمد شرعية مهامها المتمثلة في الفصل في المنازعات بين الأشخاص من القانون ، بدءاً من الدستور الذي يمنحها هذه الصلاحية و لهذا فالأحكام القضائية تصدر دائماً باسم الشعب و باسم الجمهورية

أما التحكيم فيستمد مشروعيته من اتفاقية التحكيم أي فيستمد مشروعيته من اتفاقية التحكيم أي من الإرادة المشتركة للمتخاصمين ، فلا يمكن إلزام المدعي عليه

للتقاضي أمام المحكم و تنفيذ حكمه ما لم يكن قابلاً بذلك في اتفاقية التحكيم عكس القضاء أين يمكن إلزام المدعي الحضور و التقاضي أمام المحاكم القضائية و تنفيذ أحكامها دون الإعتبار لإرادته في ذلك .

- كما أن التحكيم يلتقي مع القضاء في الطابع العدائي و هو ما يميزه عن الوسائل البديلة الأخرى ذلك أن كلا من التحكيم و القضاء لا يهدفان إلى المحافظة على العلاقات بين الخصوم مستقبلاً

2- القاضي ملزم بالفصل في النزاع المطروح أمامه على ضوء قانون الدولة التي ينتمي إليها بينما المحكم ملزم بالفصل في موضوع النزاع إما على ضوء القانون الذي اختاره الأطراف أو بما يراه ملائماً، وبالتالي يتمتع المحكم بحرية كبيرة وهو غير مقيد بقانون معين في فصله للنزاع المطروح أمامه .

3- في النظام القضائي يتم تعيين القضاة من طرف الدولة أما المحكم فيتم إختياره من قبل الأطراف .

4- الأحكام القضائية تحرر باسم الشعب وباسم الجمهورية ، و بالتالي فهي قابلة للتنفيذ بعد إكتسابها لقوة الشيء المقضي فيه ، بخلاف الأحكام التحكيمية التي لا تصدر باسم الجمهورية ، و بالتالي فلا تكون قابلة للتنفيذ إلا بعد الإعتراف بها و الأمر بتنفيذها من قبل السلطات القضائية ، و هذا حسب رأينا من المظاهر التي تبرز الطبيعة العقدية للتحكيم على حساب الطبيعة القضائية ، ذلك أنه بالرغم من أن القانون اعترف بالتحكيم و أقر له إجراءاته المشابهة لإجراءات التقاضي، إلا أن الحكم التحكيمي يبقى مجرداً من أي قوة تنفيذية إلا بعد افرأغه ضمن حكم قضائي يعترف به و يأمر بتنفيذه .

ثانيا : تمييز التحكيم عن الطرق البديلة الأخرى :

هناك عدة طرق بديلة يتم إنتهاجها بغية حل المنازعات التي قد تثور بين الأطراف ، ، باعتبارها تشكل أنظمة عدلية موازية للأنظمة القضائية التي يمكن عن طريقها حل مختلف النزاعات بطريقة مرنة و أكثر سرعة و بأقل التكاليف ناهيك عن السرية التي تضمنها هذه الطرق التي يبتغيها أطراف النزاعات خاصة في مجال التجارة الدولية ، للمحافظة على سمعتهم في السوق ، و هذا ما دفع الكثير من التشريعات الوطنية بالإعتراف بالوسائل البديلة .

و بالعودة إلى المشرع الجزائري نجده في الكتاب الخامس نص على طريقتين، و هما الصلح و الوساطة إلى جانب التحكيم ، إلا أن هناك طرق بديلة أخرى لم ينص عليها، المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و لهذا سوف نتناول تمييز التحكيم عن الطرق البديلة المعترف بها من قبل المشرع الجزائري و التي نظمها في القسم الأول من الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ثم تمييز التحكيم عن بعض الطرق البديلة الأخرى المعتمدة من قبل مختلف الانظمة الخاصة بالهيئات المتخصصة بحل النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية، و التي لم ينص عليها المشرع الجزائري في قانون الاجراءات المدنية و الادارية .

أ- تمييز التحكيم عن الصلح و الوساطة :

1- تمييز التحكيم عن الصلح :

تناول المشرع الجزائري النص على الصلح باعتباره واحد من الطرق البديلة لحل النزاعات في المواد من 990 إلى 993 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

وقد عرف المشرع الجزائري الصلح في نص المادة 459 من القانون المدني بأنه :

" عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه "

و بالرغم من أن التحكيم و الصلح يعتبران من الطرق البديلة لحل النزاعات إذ يهدفان إلى فض الخلافات و المنازعات التي تثور بين الأشخاص إنطلاقا من الإرادة المشتركة للطرفين إلا أنهما يتميزان عن بعضهما في المسائل التالية :

1. الصلح يرتكز إلى تنازل الأطراف المتبادل عن حقوقهم أو جزء منها بينما لا يرتكز التحكيم على ذلك إذ أنه يقوم على مبدأ رد الحقوق لأصحابها فيصدر المحكم حكمه بالتالي لمصلحة أحد الطرفين .

2. أن الصلح حسب نص المادة 990 يكون أثناء قيام الخصومة القضائية و بالتالي فالصلح كوسيلة بديلة يتم في كنف القضاء ويشترط توقيع القاضي و أمين الضبط على محضر الصلح إلى جانب توقيع الأطراف على خلاف التحكيم الذي تتم مجرباته بعيدا عن القضاء ، كما أن محضر الصلح يعد سندا تنفيذيا بمجرد ايداعه بأمانة الضبط عكس الحكم التحكيمي الذي يستلزم الاعتراف به و الأمر بتنفيذه من طرف القضاء .

اما بخصوص اوجه التشابه بين التحكيم و الصلح فيمكن اجمالها في المسائل التالية:

* من حيث القيود الواردة عليهما ، أن كلا من التحكيم و الصلح لا يجوز إعتادهما بخصوص النزاعات المتعلقة بحالة الأشخاص أو مخالفة للنظام العام

* يتحد التحكيم مع الصلح و الساطة عموما باعتبارهم من الطرق البديلة في ان اللجوء إليها يتوقف من حيث المبدأ على الإرادة المشتركة لأطراف النزاع إلا أن دور هذه الإرادة يبدأ بالإضمحلال فيما بعد حل النزاع و صدور الحكم بالنسبة للتحكيم مقارنة بالطرق البديلة ناهيك عن جوانب أخرى يتميز فيها التحكيم عن الطرق البديلة نتناولها فيما يلي :

2- تمييز التحكيم عن الوساطة :

بالرغم من اتحاد التحكيم و الوساطة في الأساس المعتمد في اللجوء إليهما و هو الإرادة المشتركة للطرفين من حيث المبدأ كما سبق الإشارة إليه إلا أنهما يتميزان عن بعضهما في النقاط الآتية :

نظم المشرع الجزائري الوساطة باعتبارها أحد الطرق البديلة لحل المنازعات في المواد من 994 إلى 1005 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية إلا أنه لم يعرف المقصود بالوساطة و بالرجوع إلى الفقه نجده قد عرفها بأنها "وسيلة اختيارية لتسوية النزاعات بحل ودي بمساعدة شخص ثالث - وسيط ، وهما يعتمدا على الحوا و المشاورة المتبادل لإقناع طرفي النزاع بالحلول المقترحة و التوصل إلى حل نابع منهم بعد فحص طلباتهم و إدعاءاتهم"

و هناك من عرفها بأنهما : "عملية غير رسمية يقوم بها طرف ثالث يساعد أية سلطة لغرض الحل و دورها يساعد الطرفين المتنازعين للوصول إلى تسوية يقبلها الطرفان "

كما عرفها البعض بأنها " إحدى الطرق الفعالة لفض النزاعات بين الأشخاص بعيدا عن عملية التقاضي و ذلك من خلال إجراءات سرية و سريعة تقوم على تقريب وجهات النظر بين أطراف النزاع "

بخصوص الوساطة باعتبارها أحد الطرق البديلة نستبعد التعريفين التاليين ذلك أن الوساطة وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري هي طريق رسمي تتم مجرياته بين أحضان القضاء، و ليس بعيدا عنه كما ورد في التعريفين السابقين و عموما فإن الوساطة تركز إلى المبادئ التالية :

- الطوعية " الإختيارية" : وهو مكرس في نص المادة 994/ ف 2 ق إ م إ حيث نصت على ما يلي: "...إذا قبل الخصوم هذا الاجراء -اي الوساطة -يعين القاضي وسيطا لتلقي وجهة نظر كل واحد ومحاولة التوفيق بينهم لتمكينهم من ايجاد حل للنزاع . " اذ لايفرض على الخصوم قبول اللجوء الى الوساطة ولكن يتوجب على القاضي ان يقترح عليهم ذالكوهو ماتؤكدده الفقرة الاولى من نفس المادة حيث جاء فيها مايلي: "يجب على القاضي عرض اجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد باستثناء قضايا الاسرة والقضايا العمالية وكل ما من شأنه ان يمس بالنظام العام..."

- الحيادية و عدم التحيز : و هو مكرس في نص المادة 998 ق إ م إ حيث نصت على مايلي " يجب ان يعين الشخص الطبيعي المكلف بالوساطة من بين الاشخاص المشهود لهم بحسن السلوك والاستقامة وان تتوفر فيه الشروط الاتية :... (3) ان يكون محايد و مستقلا في ممارسة الوساطة ..."

- الموافقة المسبقة: و هو مكرس في نص المادة 999 الفقرة 2 ق إ م إ حيث نصت على مايلي : "يجب ان ينضمن الامر بتعيين الوسيط ما يأتي : (1) - موافقة الخصوم ..."

- السرية: و هو مكرس في نص المادة 1005 ق إ م إ حيث نصت على ما يلي : " يلتزم الوسيط بحفظ السر ازاء الغير .

و بعد تسليط الضوء على مفهوم الوساطة من خلال عرض المبادئ التي تحكمها يمكن إجمال الفروق بينها وبين التحكيم في النقاط الآتية :

* مهمة الوسيط تقتضي تقريب وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة لمساعدتهم وتمكينهم من التوصل إلى الحلول التي تنهي النزاع القائم بينهم دون حتى أن يقترح هو الحل من عنده ، بينما المحكم يقوم بالفصل في النزاع إعتقادا على قواعد قانونية معينة .

* أن التحكيم منفصل تماما عن القضاء و تتم مجرياته بعيدا عن اشراف الهيئات القضائية على خلاف الوساطة التي تتم بإشراف الهيئات القضائية من بدايتها إلى نهايتها و هذا ما نجده مكرس في الأحكام الخاصة بالوساطة باعتبارها طريق بديل المكرسة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

* من حيث القيود التي تحد من مجالاتها من الوساطة و التحكيم نجد أن مجال الوساطة أضيق ذلك أن المشرع إستثنى منها إلى جانب المسائل التي تتعلق بالنظام العام و التي لا يجوز حلها عن طريق الوساطة للقضايا المتعلقة بشؤون الأسرة ، والقضايا العمالية¹، في حين لا نجد مثل هذا الإستثناء بالنسبة للتحكيم .

ب- تميز التحكيم عن الطرق البديلة الأخرى :

1- تمييز التحكيم عن الخبرة :

لم ينص الشرع الجزائري على الخبرة باعتبارها احد الطرق البديلة وإنما نص عليه الخبرة القضائية في نص المادة 125 حيث عرفها انطلاقا من الغاية منها حيث نصت على ما يلي : " تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية أو تقنية أو علمية, محضة للقاضي"

¹ نلاحظ أن المشرع أورد الاستثناء بصفة عامة فممنع الوساطة بالنسبة للقضايا المتعلقة بشؤون الأسرة و لم يقتصر فقط على الطلاق الذي ألزم بشأنه بإجراء الصلح باعتباره إجراء وجوبي قبل الفصل فيه وهذا استثناء لنص المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حيث نصت على مايلي : " محاولات الصلح وجوبية و تتم في جلسة سرية"، أما بالنسبة للقضايا الأخرى المتعلقة بشؤون الأسرة فلا نرى حاجة إلى منع الوساطة بشأنها خاصة و أن الصلح غير وجوبي بالنسبة لمثل هذا النوع من القضايا ، وبالتالي فإن استثناء القضايا العمالية والقضايا الخاصة بالطلاق من مجال الوساطة له ما يبرره حسب رأينا كون ان المشرع الجزائري ألزم إجراء الصلح قبل اللجوء الى القضاء بالنسبة للقضايا العمالية عموما اي بالنسبة لمختلف انواع المنازعات العمالية من طرف مفتشية العمل ، كما ألزم قاضي شؤون الاسرة كذلك إجراء الصلح ولكن بالنسبة لقضايا الطلاق فقط أما استثناء باقي انواع المنازعات الخاصة بشؤون الاسرة من غير الطلاق من مجال الوساطة فليس له ما يبرره .

و بالرجوع إلى الفقه نجده يعرف الخبرة عموماً بأنها: " المهمة التي يعهد بمقتضاها الخصوم إلى شخص في مهنة أو مجال معين بمهمة لإعداد رأيه في مسألة فنية تدخل في مجال اختصاصه، دون إلزام الخصوم بهذا الرأي"

كما عرفها البعض بأنها: " عبارة عن قواعد قانونية تشير إلى كيفية اختيار الخبير و هو الذي يدلي برأيه الفني في القضية موضوع النزاع ."

وتشترك بالتالي الخبرة مع التحكيم في إن كلاهما يعتبران وسيلة يعتمد عليها للوصول إلى حل النزاع بعيداً عن القضاء بناء على الإرادة المشتركة لأطراف، إلا لهما يختلفان عن بعضهما البعض في النقاط التالية:

* المحكم يحسم في النزاع المطروح امامه بإسقاط حكم القانون على وقائع النزاع و هو بالتالي يحسمه من الناحية القانونية أما الخبير فيحسم النزاع من الناحية المادية والفنية فقط بإعطاء رأيه الفني و التقني بخصوص النزاع القائم بين الأطراف.

* المحكم ينهي مهمته بإصدار حكم فاصل في النزاع ملزم للأطراف وهو قابل للاعتراف به و الأمر بتنفيذه من طرف الهيئات القضائية متى طلب منها ذلك، بينما ينهي الخبير مهمته بتحرير تقرير خبرة لا يلزم الأطراف بالاعتماد النتائج المتوصل إليها كما أن هذا التقرير غير قابل للاعتراف به و الأمر بتنفيذه من طرف الهيئات القضائية إذا ما طلب منها ذلك.

2- تمييز التحكيم عن التوفيق :

لم يتناول المشرع الجزائري النص على التوفيق باعتباره من الوسائل البديلة لحل النزاعات في قانون الاجراءات المدنية والادارية ، و بالرجوع إلى الفقه نجد أن هناك من يستعمل عبارتي التوفيق و المصالحة بدون تمييز بينهما و هناك من يفرق بينهما على اعتبار ان الشخص الذي يتولى مهمة التوفيق بين الأطراف المتنازعة لا يقدم أي اقتراح من عنده عكس الوسيط المصلح الذي يقدم اقتراحاً كاملاً لتسوية النزاع بناء على ما يكونه من قناعة خاصة..

و على العكس من ذلك نرى انه لا مجال لاستعمال التوفيق و المصالحة في معنى واحد ذلك ان الصلح كما سبق الاشارة اليه ينطوي على تنازل اطراف النزاع عن جزء من حقوقهم بغية التوصل الى حل يرضي الطرفين بينما التوفيق لا ينتهي فيه النزاع يتنازل الاطراف عن جزء من حقوقهم.

و هناك من عرف التوفيق بأنه الطريق الودي لفض النزاعات بين طرفي النزاع بمساعدة شخص من الغير للاجتماع و التشاور و الوصول الى حل منهي للنزاع 2 فاذا نجح طرفي النزاع في الوصول الى تسوية النزاع بينهما, حرر به اتفاق تسوية يتم توقيعه من طرفهما ومن الموفق

و نلاحظ بالتالي أن هنالك تشابه كبير بين الوساطة و التوفيق ،الا انهما يختلفان من حيث ان الوساطة تعتبر من الوسائل البديلة الرسمية و هي تتم تحت اشراف القضاء عكس التوفيق الذي لا يعتبر من الوسائل البديلة الرسمية لحل النزاعات و الذي يتم بعيدا عن اشراف الهيئات القضائية.

و بعد ان حددنا مفهوم التوفيق يمكننا بالتالي الرجوع الى تميزه عن التحكيم , ذلك انه بالرغم انهما وسيلتان تهدفان الى حل النزاع بعيدا عن القضاء بناء على ارادة الطرفين الا انهما يختلفان في النقاط التالية :

* دور الموفق يتوقف عند تقريب وجهات النظر بين الاطراف المتنازعة، بينما دور المحكم هو الفصل في النزاع استنادا لقواعد قانونية معينة. *اراء الوسيط في التوفيق غير ملزمة للطرفين فلا يمكن حملهما على قبول الحلول المقترحة من طرفه عكس الحكم الصادر من المحكم فهو ملزم للطرفين ويتوجب عليهما تنفيذه ولو جبرا .

* تقارير الوسيط الموفق و الحلول المتوصل اليها لا يمكن الاعتراف بها او الامر بتنفيذها من قبل الهيئات القضائية عكس الاحكام الصادرة من طرف المحكم.

الفرع الثالث انواع التحكيم

تختلف تقسيمات انواع التحكيم باختلاف الزاوية التي ينظر منها له، فاذا نظرنا له من زاوية الهيئة التحكيمية فهناك التحكيم الحر والتحكيم المؤسستي ، اما اذا نظرنا اليه من زاوية دور ارادة الاطراف في اللجوء اليه فهناك التحكيم الاختياري و التحكيم الاجباري واذا نظرنا اليه من منظور الدولة فهناك التحكيم الوطني والتحكيم الاجنبي، وكذا التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، أما إذا نظرنا اليه من زاوية كيفية حل النزاع فهناك التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح و انطلاقا من مختلف هذه الزوايا سنتعرض الى مختلف انواع التحكيم

أولا :التحكيم الحر و التحكيم المؤسستي :

يعتمد هذا التقسيم على الجهة التي تتولى ادارة العملية التحكيمية انطلاقا من اختيار و تعيين المحكمين الى الاجراءات التي تحكم الخصومة التحكيمية ثم صدور الحكم التحكيمي

أ- التحكيم الحر:

و هو التحكيم الذي يتولى فيه اطراف اتفاقية التحكيم وضع البنود الخاصة بتنظيم التحكيم انطلاقا من تعيين المحكمين وكذا تحديد القانون الاجرائي الذي يحكم الخصومة التحكيمية ثم صدور الحكم , و الاصل في التحكيم هو انه حر أي انه تترك الحرية للاطراف في وضع القواعد و البنود الخاصة بالتحكيم وهذا ما هو مكرس في مختلف النصوص القانونية المنظمة للتحكيم التجاري الجزائي و نذكر على سبيل المثال ما جاء في نص المادة 1041 بشأن تعيين المحكمين حيث نصت على ما يلي : " يمكن للاطراف مباشرة تعيين المحكمين او تحديد شروط تعيينهم و عزلهم و استبدالهم....", و عبارة " مباشرة " يقصد بها اعتماد طريق التحكيم الحر, و نجد نفس العبارة مكرسة كذلك في نص المادة 1043 بشأن القانون الواجب التطبيق على الخصومة التحكيمية حيث سمحت المادة للاطراف بوضع هذه القواعد بصفة مباشرة , و يقصد بها التحكيم الحر حيث نصت على ما يلي : "يمكن ان تضبط اتفاقية التحكيم, الاجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة.....".

و نشير في الاخير الى ان هذا النوع من التحكيم قد تم هجره في مجال المعاملات التجارية الدولية لان عملية وضع القانون المنظم للتحكيم من طرف الخصوم هي عملية مجهددة كثيرا و نحتاج الى وقت و لهذا نجد ان معظم العقود الدولية تضمن ملاحق اتفاقية تحكيم تحيل مباشرة الى الاخذ بالنوع الثاني و هو التحكيم بالمؤسسات.

ب- التحكيم المؤسساتي :

بغية تسهيل عملية التحكيم على الاطراف و تقادي السلبيات التي تميز التحكيم الحر خاصة، و توفيراً للجهد و ربحاً للوقت فقد تم انشاء العديد من الهيئات و المراكز المتخصصة في التحكيم يمكن للاطراف الاتفاق على اللجوء الى احدها للفصل في المنازعات الناشئة او التي يمكن ان تنشأ بينهم , و في هذه الحالة يتم اختيار المحكمين من ضمن القائمة الاسمية المعتمدة من طرف هذه الهيئات و المراكز كما ان النظام الداخلي لها يحدد الاجراءات التحكيمية المتبعة امامها و التي يتوجب على الاطراف اتباعها, وقد اصبحت جل العقود التجارية الدولية تتبنى هذا النوع من التحكيم لانه يسهل الامور على الاطراف.

وقد ظهرت العديد من الهيئات و المراكز المتخصصة في التحكيم سواء ذات الاختصاص العالمي كما هو الشأن بالنسبة لمحكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية I, و المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الاخرى الذي انشأته اتفاقية واشنطن او ذات الاختصاص الاقليمي مثل محكمة التحكيم المقررة بمقتضى نص المادة 10 من اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات في الدول العربي

ثانيا :التحكيم الاختياري و التحكيم الاجباري :

يرتكز هذا التقسيم على مدى اعطاء الحرية للاطراف في اللجوء الى التحكيم، ما ان كانوا مخيرين في ذلك ام مجبرين

أ- التحكيم الاختياري :

هذا النوع من التحكيم يترك الحرية للأطراف المتنازعة في عرض نزاعهم على التحكيم او اللجوء الى القضاء كما هو الشأن بالنسبة للتحكيم ولكنه لم يجعله اجراء وجوبي قبل اللجوء الى القضاء.

ب- التحكيم الاجباري / هذا النوع من التحكيم يلزم فيه الاطراف المتنازعة بعض نزاعهم اولا على التحكيم قبل اللجوء الى القضاء و ذلك تحت طائلة رفض دعواهم القضائية.

ثالثا التحكيم الوطني و التحكيم الأجنبي

و يعتمد هذا التقسيم على معيار إقليمي بحت و يصنف التحكيم على أساس ما ان كان قد صدر ضمن إقليم الدولة او خارجها.

أ- التحكيم الوطني :

يعد التحكيم وطنيا استنادا لهذا المعيار اذا كان قد صدر الحكم التحكيمي على اقليم تابع للدولة.

ب- التحكيم الاجنبي :

يعد التحكيم اجنبيا استنادا لهذا المعيار اذا صدر خارج اقليم الدولة.

و نشير بهذا الخصوص الى ضرورة التفرقة بين التحكيم الاجنبي و التحكيم الدولي الذي نتناوله لاحقا ذلك ان هذا الاخير لا يرتكز الى المعيار الاقليمي و عليه فيمكن ان يعتبر التحكيم دوليا حتى و ان كان صادرا داخل اقليم دولة معينة، فبالرغم من اعتباره تحكيم وطني استنادا لمعيار الاقليم الا ان هذا لا يمنع من اعتباره دوليا و العكس صحيح فقد يكون التحكيم اجنبيا اذا كان صادرا فوق اقليم ليس تابع لاقليم الدولة المراد تنفيذه على اقليمها و مع ذلك فلا يعتبر تحكيما دوليا، لان دولية التحكيم كما سنرى تعتمد على معايير اخرى.

رابعا :التحكيم الداخلي و التحكيم الدولي

يعتمد التمييز بين هاذين النوعين من التحكيم على طبيعة العلاقة محل النزاع ما ان كانت دولية ، و هناك معايير عديدة تعتمدها الدول في تشريعاتها الوطنية لتحديد طبيعة العلاقات التجارية ما ان كانت دولية ام لا و تبعا لذلك يتحدد نوع الحكيم.

أ-التحكيم الداخلي :

و هو التحكيم الذي تنتمي مكوناته او عناصره الى دولة ما، انطلاقا من موضوع النزاع ، جنسية و محل اقامة طرفي النزاع، و كذا جنسية المحكمين ، القانون الواجب التطبيق و مكان جريان التحكيم، تنتمي جميعا الى دولة واحدة ففي هذه الحالة يصنف التحكيم بأنه داخلي

ب-التحكيم الدولي :

بمفهوم المخالفة لما سبق ذكره يمكننا ان نقول بان التحكيم الدولي هو الذي يكون احد عناصره المكونة له على الاقل ينتمي الى دولة اجنبية انطلاقا من موضوع النزاع ثم جنسية و محل اطرافه او جنسية المحكمين او القانون الواجب التطبيق او مكان اجراء التحكيم.

ويرى البعض ان العناصر المشار اليها غير كافية لتحديد الطبيعة الدولية للتحكيم ،وبالتالي يتم الاعتماد اما على المعيار الاجرائي او المعيار الموضوعي، فيعد التحكيم دوليا عندما يتم وفقا لاجراءات خاضعة لقانون اجنبي اووفقا لاجراءات حددتها اتفاقية دولية او مركز دولي متخصص في حل النزاعات التجارية عن طريق التحكيم ، كما يرون ان المعيار الاجدر على تحديد الطبيعة الدولية للتحكيم هو الذي ياخذ بعين الاعتبار مادة النزاع و جوهره أي النظر الى موضوع النزاع ما ان كان يتعلق بالتجارة الدولية ام لا² وفي هذا الاطار اكد القضاء الفرنسي على المعيار الموضوعي بقضائه بان مكان التحكيم و جنسية المحكمين لا علاقة لها بدولية التحكيم، و يكون التحكيم دوليا عندما يتناول مسائل تتعلق بالتجارة الدولية وهو الموقف نفسه الذي تبناه المشرع الفرنسي فيما بعد في نص المدة 1504من قانون لاجراءات المدنية الفرنسية في صيغته المعدلة لسنة 2011 .

و عموما هناك معيارين يؤخذ بهما لتحديد الطبيعة الدولية للتحكيم و هما:

المعيار القانوني: و الذي يعتمد على اختلاف جنسية الاطراف او موطن ومحل اقامتهم او مكان التحكيم.

المعيار الاقتصادي: العبرة في تحديد الطبيعة الدولية للتحكيم وفقا لهذا المعيار هي مدى ارتباط النزاع محل التحكيم بمصالح التجارة الدولية.

خامسا: التحكيم بالقانون و التحكيم بالصلح

يعتمد هذا التحكيم على مدى حرية المحكمين اثناء نظرهم في النزاع بتطبيق القواعد التي يرونها ملائمة دون التقيد بقانون معين.

أ- التحكيم بالقانون :

و هو الاصل ، ذلك ان المحكمين يكونون في العادة مقيدين بالفصل في النزاع المطروح امامهم، اما بالقانون الذي يضعه لاطراف مباشرة ،او الذي يختاره الاطراف، و قد يكون قانون دولة معينة، او تضمنته اتفاقية معينة ،كما هو الشأن بالنسبة لاتفاقية فيينا بشأن البيوع الدولية للبضائع مثلا، او اعتماد الاجراءات المنتهجة امام هيئة أو مركز مخصص في التحكيم.

ب- التحكيم بالصلح :

هذا النوع من التحكيم يترك للمحكمين الحرية الكاملة، فهم غير ملزمين بقانون معين، بل يمكن لهم الفصل في النزاع وفقا لاي قانون وقد يلجؤون حتى الى الاستنادا لمبادئ العدالة و الانصاف، و المشرع الجزائري اعطى الحرية للمحكمين باختيار الفصل في النزاع وفق للقانون الذي يرونه مناسبا في حالة غياب اتفاق الاطراف بشأن تعيين القانون الواجب التطبيق سواء تعلق الامر بالجانب الاجرائي او الموضوعي.

الفرع الرابع: الطبيعة القانونية للتحكيم

لقد اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم بين من يركز على الطبيعة العقدية في تكييفه و من يركز على الطبيعة القضائية له، و قد حاول فريق اخر من الفقهاء الجمع بين الرأيين في حين ذهب فريق اخر الى القول بالطبيعة الخاصة للتحكيم التي تجعله نطاقا خاصا مستقلا بذاته و فيما يلي نتناول عرض هذه الاراء .

اولا: الطبيعة العقدية للتحكيم :

يرى انصار هذا الراي ان التحكيم هو عمل ارادي مشترك بين الاطراف انطلاقا من الاتفاق على عرض نزاعاتهم على التحكيم بدلا من القضاء، ثم اختيار الاشخاص الذين يوكل اليهم مهمة الفصل في النزاع و اختيار القانون الاجرائي الذي يحدد القواعد المتبعة اثناء الخصومة التحكيمية ،و اختيار القانون المطبق

للفصل في موضوع النزاع، كما ان تنفيذ الحكم الصادر من المحكم يعد بمثابة التزام عقدي ناتج عن اتفاقية التحكيم التي وقعها الاطراف تعبيراً عن ارادتهم الحرة بذلك، وقد ايدت محكمة النقض الفرنسية هذا الراي بانسحاب الطبيعة العقدية على كل من اتفاقية التحكيم و حكم

التحكيم، كما نجد ميل الاجتهاد القضائي المصري الى تأكيد هذا الاتجاه وذلك بنفيه الصفة القضائية عن التحكيم

هذا و قد استند انصار النظرية العقدية الى عدة حجج يمكن ان نجملها فيما يلي:

1/ ان اساس اللجوء الى التحكيم بوصفه وسيلة لحل النزاع بين الاطراف هو اتفاقهم على ذلك سواء أخذ صورة شرط التحكيم او مشاركة التحكيم أي سواء كان اتفاقهم سابق لوقوع النزاع او لاحقاً له

2/ أن رغبة الاطراف في اللجوء الى وسيلة ودية لحل النزاع الناتج بينهم ينتهي بقبولهم هذا الحل، المحكمون يقومون بمهمتهم بصفتهم وكلاء عن الاطراف في حل النزاع على خلاف دور القاضي

3/ إن أطراف النزاع هم من يختار المحكمين ، و كذا القانون الإجرائي الذي ينظم الخصومة التحكيمية بناء على قواعد يحددها الأطراف ، و هذا يتطلب الأخذ بعين الاعتبار لمن منح المحكمين هذه المهمة و ليس للمهمة التي يقوم بها المحكمون في حد ذاتها و بذلك يكون التحكيم مشابها لعقد الصلح الذي يخضع لتصديق القضاء ، ولم يحدث نزاع حول الطبيعة القانونية لهذه العقود

4/ اختلاف التحكيم عن القضاء من حيث الهدف، فالقضاء سلطة عامة من سلطات الدولة يمارسها القاضي بحكم وظيفته القضائية بهدف حماية سيادة القانون، دون النظر الى العلاقات المستقبلية بين أطراف النزاع، أما المحكم فمهمته اجتماعية تتمثل في حل النزاع على نحو يضمن استقرار العلاقات السلمية بما يضمن مصلحة الاشخاص لذلك سمي التحكيم قضاء العلاقات المتصلة بينما سمي القضاء قضاء العلاقات المحطمة ، والاشطاء التي يرتكبها المحكمون لا تخضع لقواعد المخاصمة مثل القضاة بل تخضع لدعوى التعويض، والشروط الواجب توافرها في القضاة ليست نفسها المطبقة على المحكمين

5/ أساس تمتع حكم التحكيم بحجية الشيء المقضي فيه يرجع الى وجود اتفاق ضمني بين الاطراف على الالتزام بالحكم الصادر عن المحكم و، بعدم طرح النزاع على القضاء

هذا وقد انتقد هذا الراي على اساس مبالغته في اعطاء الدور الاساسي لارادة الاطراف في تكييف الطبيعة القانونية للتحكيم، ذلك ان المحكم يفصل في النزاع تطبيقاً للقانون دون الاهتمام بما توجهت اليه ارادة الخصوم، كما يجب التمييز بين مصدر التحكيم و وظيفته، فبالرغم على ان مصدره ارادة الاطراف الا ان

وظيفته قضائية كما ان ارادة الاطراف غير كافية للجوء الى التحكيم ما لم يكن القانون قد سمح به، كما ان المحكم ليس وكيلًا عن الاطراف ، ذلك ان الوكالة تقتض ان الاعمال التي يتم تكليف الوكيل بها يمكن ان يقوم بها الموكل نفسه ، وهذا لا ينطبق على الاطراف النزاع الذين لا يستطيعون القيام بوظيفة المحكم بانفسهم، كما يختلف حكم التحكيم على الوكالة في ان الحكم يفرض على اطراف النزاع بينما في الوكالة نفرض ارادة الموكل على الوكيل كما ان القول بالطبيعة العقدية للتحكيم لا ينصرف هذا على التحكيم الاجباري الذي لا يستند الى ارادة الاطراف و يتعارض بالتالي على اعتبار الطبيعة القانونية لحكم التحكيم واحدة لا تختلف باختلاف نوع التحكيم.

ثانيا: الطبيعة القضائية للتحكيم:

على خلاف الرأي الاول يرى انصار هذا الراي ان التحكيم في جوهره ذو طبيعة قضائية مستندين في ذلك الى عدة حجج نوجزها فيما يلي

1- ان التحكيم هو نوع من انواع القضاء ذلك ان الدولة لم تحتكم وحدها سلطة الفصل في المنازعات التي تنشأ بين الاشخاص و ان القانون المنظم لاجراءات التقاضي هو نفسه الذي سمح للجوء الى التحكيم معترفه كطريق بديل يمكن للاشخاص اللجوء اليه

2- ان الحكم التحكيمي له نفس مقومات الحكم القضائي من البيانات الواجب ذكرها فيه و من حيث المبادئ التي يجب احترامها مثل احترام الوجاهية, و التسببالخ

3 - يرى انصار هذا الراي ان المهام التي يباشرها المحكم تستمد شرعيتها من تفويض الدولة لهذا الاخير بالفصل في المنازعات و اقامة العدل بين الخصوم استنادا للنظام القانوني للدولة الذي اعترف بالتحكيم كوسيلة بديلة الى جانب القضاء .

4 - ان الحكم التحكيمي يتمتع بحجية الشيء المقضي به شأنه في ذلك شان الاحكام القضائية و هو ما يؤدي الى منع اعادة طرح النزاع القائم بين الطرفين على هيئة تحكيمية او قضائية اخرى للنظر فيه من جديد باستثناء الطرق المقرر للطعن.

ثالثا : الطبيعة المختلطة للتحكيم :

حاول جانب من الفقه توسط الرأيين السابقين من خلال رصدتهم للتأشيرات المزدوجة لكل من الطبيعة العقدية و القضائية لنظام التحكيم, و يرى ان التحكيم يبدأ بالطبيعة العقدية حيث تبرز هذه الطبيعة من خلال جعل الامر يقتصر على ارادة الطرفين في اختيار اللجوء اليه لفض منازعاتهم، و احتجاجهم عن

اللجوء الى القضاء , كذلك تبرز الطبيعة العقدية في اختيار الاطراف للقانون الواجب التطبيق على اجراءات و موضوع النزاع, بينما تبرز الطبيعة القضائية بفضل تدخل قضا الدولة عندما يلجا اليهم الاطراف لاعطاء الحكم التحكيمي القوة التنفيذية و هنا يتحول التحكيم الى عمل قضائي.

ويهدف هذا الرأي الى تفادي الإنتقادات الموجهة لكل من الرأيين السابقين باعتبار التحكيم ذو طبيعة مركبة بين الصفة العقدية التي تظهر جلية في اتفاق التحكيم ، و الصفة القضائية التي تتجلى بوضوح من خلال القواعد المنظمة لسير اجراءات التحكيم واصدار الحكم الذي يتمتع بالحجية، بالرغم من انه يحتاج الى الصيغة التنفيذية من القضاء

وقد انتقد هذا الرأي على اساس أن اقرار القانون و اعترافه بالتحكيم لا يجعل منه مصدرا له فتبقى ارادة الاطراف هي المصدر المباشر للتحكيم، لانه هي التي تحدد معالمه و القانون يبقى مصدر غير مباشر له، فالمحكم يفصل في النزاع بناء على تفويض من اطرافه دون التقيد بالقواعد القانونية بينما القاضي يفصل في النزاع على ضوء القانون الدولي احتراما لسيدة الدولة التي يتبعها.

كما ان الحكم التحكيمي يحتاج الى الأمر بتنفيذه، بخلاف الحكم القضائي الذي لا يحتاج الى ذلك فلو كان الحكم التحكيمي عمل قضائي لما كان بحاجة الى الامر بتنفيذه حتى ينفذ مثله مثل الحكم القضائي³ كما انتقد هذا الراي على اساس انها اخذت الحل السهل و لم تواجه مشكلة التكييف القانوني لطبيعة التحكيم و حاولت الجمع بين الراين القئمين بالطبيعة العقدية و القضائية وهذا يعد هروبا من مواجهة المشكلة، ذلك ان القول بالطبيعة المختلطة لا يحل مسالة تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم

رابعا: الطبيعة الخاصة للتحكيم :

يرى انصار هذا الراي انه لا يمكن ادماج التحكيم ضمن انظمة قانونية مشابهة له في بعض النواحي و مختلفة عنه في نواحي اخرى، فلا يمكن تكييف التحكيم على اساس انه عقد، لان اتفاق التحكيم له خصوصية و ذاتية تجعله يتميز عن العقود الأخرى بصفة عامة خاصة من حيث الهدف منه و الذي هو حل النزاع بين الاطراف و ليس اقامة علاقة قانونية بينها، هذا من جهة ،و من جهة اخرى لا يمكن تكييف التحكيم على اساس انه عمل قضائي، ذلك انه و ان كانا يتشابهان في بعض النقاط كالحسم في النزاع القائم و وجوب احترام بعض القواعد و الضمنات الاساسية للتقاضي فهذا لا يجعلهما نظاما واحدا ذلك ان القاضي يمثل سلطة من سلطات الدولة وهي السلطة القضائية وهو بذلك ملزم بحل النزاع المطروح امامه على ضوء قانون دولته ، في حين ان المحكم ليس له هذه الصفة.

و لهذا نجد ان الفقه الحديث حاول ايجاد تكييف خاص للتحكيم انطلاقا من الطبيعة المستقلة له, استنادا للوظيفة الاجتماعية و الاقتصادية التي يؤديها و التي تميزه عن القضاء, الى جانب ان تطور هذا النظام ادى الى ظهور التحكيم الاجباري و مراكز دائمة متخصصة في التحكيم و هو ما ادى الى اضعاف الطبيعة العقدية فيه , و بهذا المفهوم الجديد يعد التحكيم ذو طبيعة خاصة له ذاتيته المستقلة تجعله مستقلا في تكييفه عن العقد و القضاء.

و تظهر تطبيقات هذا الرأي من خلال الحلول التي توضع لمواجهة المشاكل التي يواجهها نظام التحكيم من اجل تحقيق فعاليتها, منها مسالة استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي و مسالة الاختصاص بالاختصاص

حتى هذا الرأي لم يسلم من هذا النقد ذلك ان التحكيم لا يؤدي في كل الحالات وظيفة اجتماعية و الاقتصادية سلمية - أو ودية - خاصة في الحالات التي يكون التحكيم فيها بالقانون و ليس بالصلح ففي هذه الحالة يشابه تماما القضاء في انه يقطع حبال التواصل و الود بين الاطراف المتخاصمة, وهذا ما جعل الاتجاه الحديث يطلب حل النزاعات باللجوء الى الطرق البديلة الاخرى على غرار الصلح و التوفيق و الوساطة⁴. كما ان تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم يتم من خلال تحديد الأصل الذي ينتمي اليه و ليس من خلال الاثار المترتبة عليه, فان كان الاصل في التحكيم انه يقوم على سلطان الارادة كان التحكيم ذو طبيعة عقدية, و اذا كان الاصل الذي ينتمس اليه نظاما قضائيا, عد ذو طبيعة قضائية.

كما يرى البعض ان انصار هذا الرأي ربطوا خطأ بين القضاء و تطبيق القانون من جهة, و التحكم و تطبيق قواعد الاعراف و العدالة من جهة اخرى, ذلك انه حتى القاضي يفصل في النزاع المطروح امامه استنادا الى القواعد القانونية او الاعراف السائدة او قواعد العدالة و الإنصاف في حالة غياب القاعدة القانونية التي تحكم النزاع , و هو الدور نفسه الذي يؤديه المحكم الذي قد يفصل استنادا لقواعد العدالة دون التقيد بقواعد القانون .

المطلب الثاني: الطبيعة التجارية للتحكيم:

تتحدد الطبيعة التجارية للتحكيم بنوع النزاع موضوع التحكيم, اذ يجب ان يتعلق الامر بنزاع خاص بمعاملات تجارية و بالتالي تخرج النزاعات الناشئة من معاملات غير تجارية من مجال التحكيم التجاري على غرار التحكيم الخاص بمسائل الاحول الشخصية, منازعات العمل و التحكيم الاداري...الخ.

و لمعرفة ما اذا كان النزاع ذو طبيعة تجارية، يتوجب علينا الوقوف على طبيعة العلاقة التي بمناسبةها نشب النزاع ما ان كانت علاقة خاصة باعمال تجارية ام لا، و تحديد الطبيعة التجارية للتحكيم من شأنه ان يحدد مجال التحكيم التجاري الدولي، وعليه سوف نتناول التفسير الضيق للتحكيم التجاري (فرع اول) ثم التفسير الموسع له (فرع ثاني) بعد ذلك نبرز موقف المشرع الجزائري (فرع ثالث)

الفرع الاول: التفسير الضيق لتجارية التحكيم :

يرتكز المفهوم الضيق لتفسير مصطلح "التجاري" المرفق بالتحكيم على ما تضمنه القانون التجاري الجزائري الذي حدد المقصود بالاعمال التجارية في المواد 2, 3, و 04 و هي الاعمال التجارية بحسب الموضوع و الاعمال التجارية بحسب الشكل و كذلك الاعمال التجارية بالتبعية، وإذا ما اعتمدنا على هذا المفهوم فإن مجال التحكيم الدولي يضيق لينحصر في حل المنازعات الناشئة والمرتبطة فقط بهذا النوع من الاعمال، وهي الاعمال التجارية بحسب الموضوع وتشمل الاعمال التجارية المنفردة التي جاء ذكرها في نص المادة الثانية والاعمال التجارية بحسب المقابلة، وهي الاعمال التي تمارس بصفة دائمة وممتكرة وفق تنظيم مادي وبشري وقانوني مسبق وتشمل بالتالي جميع المؤسسات التي تمارس نشاطها في هذا الاطار ،وكذا الاعمال التجارية بحسب الشكل وهي التعامل بالسفاتيح ،الشركات التجارية التي تأخذواحد من الاشكال الواردة في نص المادة 544 من نفس القانون وهي شركة المساهمة،شركة التضامن ،شركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة التوصية،كما يضم مجال التحكيم استنادا لهذا التفسير كذلك المنازعات الناشئة عن الاعمال التي يأتيها التجار بمناسبة انشطتهم التجارية وهو ما يعرف بالاعمال التجارية بالتبعية.

وإذا اعتمدنا على هذا المفهوم الضيق سيخرج من مجال التحكيم، المنازعات الناشئة عن مختلف عقود الاعمال الي تبرمها الدولة مع مختلف الاعوان الاقتصاديين الدوليين، بما فيها دفاتر الشروط وتراخيص الاستثمار التي تعدها وتصدرها الدولة

و بالرجوع الى اتفاقية نيويورك نجدها تنص في الماد 1 الفقرة 3 على ما يلي : " و يجوز للدولة ايضا ان تعلن انها لن تطبق الاتفاقية الا بالنسبة للخلافات او النزاعات الناشئة عن علاقات قانونية , تعاقدية او غير تعاقدية ،و تعتبر علاقات تجارية بموجب القانون الوطني للدولة التي تصدر هذا الاعلان"فلاحظ بالتالي ان اتفاقية نيويورك قد تركت للمحاكم الوطنية الناظرة بطلب الاعتراف والتنفيذ السلطة الكاملة لتقدير مدى اعتبار النزاع ناتج عن علاقة تجارية ام لا، وفي هذا الاطار اعتمدت بعض المحاكم على التفسير الضيق لتجارية التحكيم إنطلاقا من تشريعاتها الوطنية لتخرج من مجال التحكيم بعض المنازعات، فقد اعتبرت المحكمة العليا في الهند أن عقد الخبرة الفنية لايعتبر عقدا تجاريا،ونفس الاتجاه تبنته محكمة

التعقيب بتونس حيث قضت بأن عقد التصميم المعماري لأحد المنتجعات السياحية لا يعتبر عقدا تجاريا وفقا للقانون التونسي

الفرع الثاني: التفسير الموسع لتجارية التحكيم :

يرتكز هذا التفسير على اعطاء تقييس موسع لمفهوم تجارية التحكيم، وتبعاً له يتسع نطاق ومجال تطبيق التحكيم التجاري ليشمل جميع المنازعات الناشئة عن أي عمل عقدي أو غير عقدي وان كان صادر من شخص معنوي عام كما جاء في تفسير نص المادة الأولى للقانون النموذجي الخاص بالتحكيم التجاري الدولي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري اليونسترال حيث جاء فيه: "ينبغي تفسير مصطلح التجاري تفسيراً واسعاً بحيث يشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطبيعة التجارية تشمل دون حصر المعاملات التالية/ أي معاملة تجارية لتوريد السلع أو الخدمات أو تبادلها، اتفاقات التوزيع، التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية، إدارة الحقوق لدى الغير، التاجير الشرائي، تشييد المصانع، الخدمات الاستشارية، الأعمال الهندسية، اصدار تراخيص الاستثمار، التمويل، العمال المصرفية، التأمين، اتفاق أو امتياز الاستغلال، المشاريع المشتركة و غيرها من اشكال التعاون الصناعي أو التجاري، نقل البضائع أو الركاب جواً أو بحراً، أو بالسكك الحديدية أو الطرق البرية"⁵، ونلاحظ ان الامثلة الواردة انما هي على سبيل المثال فقط لا الحصر وبالتالي يبقى الباب مفتوح لاضافة اعمال اخرى وادراجها ضمن المفهوم الموسع لمصطلح التجارية ليشمل أي علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي بصرف النظر عما اذا كانت تجارية بالمعنى التقليدي، وقد أضفت المادة السلفة الذكر الصفة التجارية حتى على بعض الأنشطة المهنية والفنية على غرار الخدمات الاستشارية والأعمال الهندسية وبالتالي اخضاع المنازعات المتعلقة بها للتحكيم التجاري.

الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري:

بالرجوع الى الاحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي نجد ان المشرع الجزائري في نص المادة 1039 من ق إ م إ استعمل مصطلح المصالح الاقتصادية، و هو المصطلح نفسه استعمله في نص المادة 1006 من نفس القانون، فوسع مجال تجارية التحكيم ليشمل كذلك الاشخاص المعنوية العامة الذي اجاز لها الجوء الى التحكيم اذا تعلق الامر بعلاقتها الاقتصادية الدولية

و هكذا نلاحظ ان المشرع الجزائري من خلال الاحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي سواء المكرسة في نص المادة 1006، او المادة 1039 لم يعتمد على المفهوم الضيق لتفسير مصطلح "التجاري" المرفق

بالتحكيم و الذي يرتكز على ما تضمنه القانون التجاري على ما سبق بيانه ، وانما تبني المفهوم الموسع لمصطلح التجاري حيث فسره بالمصالح الاقتصادية ،و بهذا يكون المشرع قد وسع من مجال التحكيم التجاري ليشمل جميع المنازعات التي ترتبط بالعلاقات ذات الطبيعة الاقتصادية و هي تشمل بذلك حتى بعض الانشطة و المهن الحرة و الحرفية، كما تشمل الى جانب ذلك مختلف العلاقات الاقتصادية التي تكون الدولة طرفا فيها بما في ذلك الصفقات العمومية، و نلاحظ ان هذا التفسير الموسع قد تبناه المشرع كذلك في نصوص اخرى، منها مثلا تغير تسمية قانون السجل التجاري سنة 2004... و اعادة تسميته بقانون المتعلق بشروط ممارسة الانشطة الاقتصادية، حيث اطلق على مدونة الانشطة الخاضعة للقيود في السجل التجاري اسم مدونة الانشطة الاقتصادية الخاضعة للقيود في السجل التجاري، و بهذا نلاحظ ان موقف المشرع الجزائري في تبني المفهوم الموسع لمصطلح التجارة جاء متناسقا كذلك ومنسجما مع مقتضيات التفسير المعتمد في القانون النموذجي لليونسترال الخاص بالتحكيم التجاري الدولي.

هذا ويلعب تحديد المفهوم الموسع للتحكيم التجاري الذي يرتكز الى النظرة الاقتصادية دور كبير كذلك في تحديد دولية التحكيم اذا ما كان النزاع مرتبط بمصالح اقتصادية لاكثر من دولة باعتباره في الوقت نفسه معيار يرتكز عليه لتحديد الطبيعة الدولية للتحكيم وهو ماسوف يكون موضوع المطالب التالي.

المطلب الرابع: الطبيعة الدولية للتحكم التجاري :

لتحديد الطبيعة الدولية للتحكيم التجاري وتمييزه عن التحكيم الوطني ميزت مختلف الانظمة القانونية بينهما بالاعتماد على واحد او اكثر من المعايير التي وضعها الفقه القانوني بهذا الشأن، وهي المعيار الجغرافي الذي يستند الى المكان الفعلي الذي صدر فيه الحكم التحكيمي ، والمعيار القانوني الذي يعتمد على القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم أو اختلاف جنسية الاطراف المتنازعة، والمعيار الاقتصادي الذي يعتمد على مدى ارتباط العقد موضوع النزاع بمعاملات تجارية عابرة للحدود وعليه سنتناول ولو بصفة موجزة شرح المعايير المعتمدة في تحديد دولية التحكيم التجاري (فرع اول) ثم ننقل الى عرض موقف المشرع الجزائري منها (فرع ثاني) .

الفرع الاول :المعايير المعتمدة في تحديد دولية التحكيم التجاري:

سبق الاشارة الى ان هناك ثلاثة معايير تأخذ بها مختلف الانظمة القانونية ، منها من تقتصر على الاخذ بمعيار واحد ومنها من تأخذ بأكثر من معيار

أولا: المعيار الجغرافي :

يرتكز هذا المعيار على المكان الذي تم فيه اجراء التحكيم فإن كان هذا الاخير قد تم فوق اقليم دولة معينة فهو تحكيم داخلي أما إذا كانت مجريات التحكيم قد تمت خارج اقليم الدولة فهو تحكيم تجاري دولي ويرى البعض ان هذا المعيار هو الأوضح والاسهل تفسيراً وتطبيقاً.

،وقد اخذت المادة الاولى(1) من قواعد الاونسترال بهذا المعيار في تحديد الطبيعة الدولية للتحكيم التجاري حيث نصت على مايلي "3....- يكون أي تحكيم دولياً :

أ/ اذا كان مقر عمل طرفي اتفاق التحكيم ،وقت عقد ذلك الاتفاق ، واقعين في دولتين مختلفتين أو ب/اذا كان احد الاماكن التالية واقعا خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين:

- مكان التحكيم اذا كان محدد في اتفاق التحكيم أو طبقاً له

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

وقد اعتمدت اتفاقية نيويورك كذلك على المعيار الجغرافي حيث نصت في مادتها الاولى على مايلي: "تنطبق هذه الاتفاقية على الاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها متى صدرت هذه القرارات في اراضي دولة خلاف الدولة التي يطلب الاعتراف بهذه القرارات وتنفيذها فيها..."

فاستناداً لاتفاقية نيويورك فان تحديد الصفة الدولية للتحكيم يتم بغض النظر عن جنسية الاطراف او المكان الذي تمت فيه اجراءات التحكيم وجلساته ،فحتى لو كان أحد اطراف التحكيم يحمل جنسية ذات البلد المطلوب التنفيذ فيه فإن الحكم التحكيمي لايفقد الصفة الاجنبية

ونشير بهذا الخصوص انه وبمفهوم المخالفة لما سبق عرضه بشأن المعيار الجغرافي قد تتم مجريات التحكيم و يصدر حكم تحكيمي في بلد ما ، ومع ذلك يبقى محافظاً على طابعه الدولي ،كون أن التحكيم لاينتمي بجميع عناصره لهذه الدولة فلا يضافى عليه طابع التحكيم الوطني او الداخلي، فيبقى محافظاً على طابعه الدولي حتى وان انفرد بأحكام خاصة فيما يتعلق بالمحكمة المختصة بالنظر في طلب الاعتراف به وتنفيذه ، أو طرق الطعن فيه مقارنة بحكم التحكيم التجاري الدولي الذي يصدر خارج نطاق الدولة لانه يبقى مرتبطاً في جزء من عناصره بعوامل خارجية وأجنبية، وهو ما اخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 1054،1058 من قانون الاجراءات المدنية والادارية

ثانياً: المعيار القانوني :

يرتكز هذا المعيار في اضعاء الطابع الدولي للتحكيم إلى القانون الواجب التطبيق على الجانب الاجرائي المتبع في التحكيم، و يرى بعض الفقهاء أن مجرد اتفاق الاطراف على إخضاع عملية التحكيم لقانون اجراءات اجنبي، يضيف عليه الصفة الدولية، ذلك ان تحديد القانون الذس يحكم الاجراءات التحكيمية و يصبغ عليها طابعه القانوني المميزيعتبر العنصر الاصدق في التعبير عن ارادة أطراف التحكيم و رغبتهم في ربط عملية التحكيم بدولة ما ،وإن لم يتفق الاطراف على تعيين القانون الواجب التطبيق على الاجراءات فإن قيام المحكمين باختيار قانون معين سيعكس الرغبة الضمنية للاطراف في حين يرى البعض الاخر ان مجرد اختيار الاطراف او المحكمين تطبيق قانون اجراءات بلد اخر ليس مؤشرا كافيا على اضعاء الطابع الدولي للتحكيم التجاري ولا بد من ان يتعزز بمؤشرات اخرى حتى تضيف عليه الصفة الدولية⁶، وتجدر الاشارة بهذا الخصوص أن هناك عدة مؤشرات أوجدها الفقه باعتمادها كمعايير واضحة ودقيقة تعمل على تحديد الطبيعة الدولية للتحكيم التجاري، وهناك من يدرج هذه المؤشرات ضمن المعيار القانوني في حين يدرجها البعض ضمن المعيار الجغرافي او حتى المعيار المجرد وهذه المؤشرات هي :

- جنسية ومحل اقامة الاطراف

- جنسية المحكمين

- القانون المطبق على موضوع النزاع

- اللغة

- العملة

بهذا يعتبر دوليا كل عقد اشتمل على عنصر اجنبي سواء اتصل هذا العنصر بالاعمال المتعلقة بابرامه أو تنفيذه، أو بموطن المتعاقدين وجنسياتهم

ثالثا: المعيار الاقتصادي:

ظهر هذا المعيار في فرنسافي اواخر العشرينات من القرن الماضي ومصدره الاجتهاد القضائي ، ووفقا لهذا المعيار تتحدد الطبيعة الدولية للتحكيم التجاري بالاعتماد على موضوع النزاع، فإن كان مرتبطا بمعاملات تجارية دولية اضفى على التحكيم الطبيعة الدولية بغض النظر عن جنسية الاطراف والمحكمين اوالقانون الواجب التطبيق سواء في جانبه الاجرائي او الموضوعي، وقد مر هذا المعيار بثلاثة مراحل ، حيث اعتبر دوليا في المرحلة الاولى كل عقد ينتج حركة تمس البضائع ورؤوس الاموال عبر حدود

دولتين او اكثر (نصدير واستراد) ، ثم تم التخفيف منه بالاكتفاء بأن تكون الحركة ، ولو في اتجاه واحد وفي مرحلة ثانية اتسع اكثر ليعتبر دولي كل عقد يتصل بمصالح وحاجات التجارة الدولية، ثم اتسع اكثر في مرحلة ثالثة ليشمل كل عقداً أو عمل تتعدى تبعاته واثاره الاقتصاد الداخلي لدولة ما ، ولايزال القضاء الفرنسي يجسد هذا المعيار حيث جاء في حكم صادر عن محكمة استئناف باريس سنة 1990 مايلى: "ان الطابع الدولي للتحكيم يجب ان يتحدد وفقا للحقيقة الاقتصادية التي بمناسبةها تم اعماله ، وفي هذا الخصوص يكفي ان تتحقق العملية الاقتصادية نقلا للاموال او الخدمات او رؤوس الاموال عبر الحدود، اما جنسية الشركاء (الاطراف) في النزاع والقانون الواجب التطبيق على العقد أو على التحكيم وكذا مكان التحكيم فهي امور غير فعالة اوغير مجدية " كما اكدت نفس المحكمة موقفها بشأن هذا المعيار في الحكم الذي اصدرته سنة 1992 حيث جاء فيه " ان الطابع الداخلي او الدولي للتحكيم لايعتمد على القانون الواجب التطبيق او على الاجراءات او على ارادة الاطراف،ولكن على طبيعة العملية الاقتصادية

7

الفرع الثاني : المعيار المعتمد من طرف المشرع الجزائري:

لقد اعتمد المشرع الجزائري في نص المادة /1039 ق إ م إ على المعيار الاقتصادي في تحديده للطبيعة الدولية للتحكيم التجاري حيث نصت على مايلى "يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الاقل" وقد جاء في هذا الشأن متأثرا بالمشرع الفرنسي بل ان المشرع الجزائري قد وسع من مجال تطبيق هذا المعيار عندما استعمل عبارة المصالح الاقتصادية خلافا للنص الفرنسي الذي استوحى منه حكمه حيث استعمل هذا الاخير عبارة المصالح التجارية " des interets du commerc international " في نص المادة 1504 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي⁸ أوحى بما كان ينص عليه قانون الاجراءات المدنية الجزائري القديم حيث كانت تنص المادة 458 مكرر على مايلى : "يعتبر دوليا بمفهوم هذا الباب التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية، والذي يكون فيه مقر او موطن احد الطرفين على الاقل في الخارج "

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد خطى خطوة كبيرة نحو توسيع مجال التحكيم التجاري بعد التحفظ الذي كان يطبعه في ظل القانون القديم ، حيث كان يضيق من مجال اللجوء الى التحكيم التجاري بالجمع بين المعيارين الاقتصادي المتمثل في اشتراط ان يكون النزاع مرتبطا بالمصالح التجارية لدولتين على الاقل و المعيار القانوني الذي يشترط كذلك ان يكون مقر او موطن احد الطرفين على الاقل في الخارج ، حيث

وسع من مجال اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي بتخليه عن الاخذ بالمعيار القانوني واكتفائه فقط بالمعيار الاقتصادي.

الفصل الثاني: اتفاقية التحكيم

تعتبر اتفاقية التحكيم المصدر الذي يستمد منه التحكيم مشروعيته وقوة إلزام الأطراف على تنفيذ أحكامه، فهي تعتبر عن الارادة المشتركة لأطراف النزاع اللجوء إلى التحكيم بدلا من القضاء لحل نزاعاتهم وقبولهم

الأحكام الصادرة عنه والتزامهم بتنفيذها، وبدونها لا يمكن الحديث عن اللجوء إلى التحكيم، وإذا ما تم فيكون خاليا من أي أساس يرتكز عليه.

والمشرع عندما اعترف بالتحكيم بإعتباره وسيلة بديلة يمكن اللجوء إليها بدلا من القضاء، جعل الأمر موقوفا على الارادة المشتركة لأطراف النزاع في قبولهم اللجوء إلى التحكيم، إلا أن هذه الحرية التي منحها المشرع ليست مطلقة بل قيدها بما تقيد به العقود عموما، وأخضعها بالتالي إلى تنظيم قانوني تناوله المشرع الجزائري في الفصل الأول من المعنون " في اتفاقيات التحكيم" من الباب الثاني المتعلق " بالتحكيم" المواد من 1006 إلى 1013 من قانون الاجراءات المدنية والادارية والتي تناول فيها المشرع إلى جانب نص المادة 1040 التي النص على الأحكام الخاصة باتفاقية التحكيم التجاري الدولي، وعلي ضوء هذه المواد سنتناول دراسة اتفاقية التحكيم بالتطرق إلى، أنواع اتفاقية التحكيم في المبحث الأول ثم نتناول شروط صحتها في المبحث الثاني اما المبحث الثالث فخصصناه لدراسة مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم والآثار المترتبة عنها .

المبحث الأول : أنواع اتفاقية التحكيم:

نص المشروع في المادة 1040 ق إ م إ على ما يلي: " تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية".

واستنادا لهذا النص يمكن للأطراف أن يتفقوا على عرض نزاعاتهم على التحكيم بدلا من القضاء في اتفاق سابق لقيام النزاع وهو ما عبرت عنه المادة 1040 بالنزاعات المستقبلية، كما اتاح القانون للخصوم إمكانية الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم حتى بعد قيام النزاع بينهم وهو ما عبرت عنه المادة السالفة الذكر بالنزاعات القائمة، وبالعودة إلى نص المادتين 1007 و 1011 ق إ م إ نجد المشروع يتناول كل صور من هذه الصور على حدا، وبناءا عليه نتناول فيما يلي الصورتان التي يأخذها اتفاق التحكيم.

المطلب الأول: شرط التحكيم: « la clause compromissoire » « النزاعات المستقبلية»

نصت المادة 1007 ق إ م إ الواقعة بالقسم الأول المعنون بشرط التحكيم على ما يلي: " شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة ق إ م إ 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم"

وعليه نستنتج أن المشروع في نص الفقرة الأولى من المادة 1039 ق إ م إ قصد شرط التحكيم بمفهوم نص المادة 1007 ق إ م إ بعبارة "النزاعات المستقبلية" حيث يجوز لأطراف النزاع الاتفاق مسبقا على عرض النزاعات التي قد تثار مستقبلا بشأن العقد التجاري الدولي المبرم بينهما والتي قد تكون بسبب

التخلف عن تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه أو بمناسبة الاختلاف حول تفسير المقصود ببعض البنود الواردة فيه.

المطلب الثاني: الصورة الثانية: اتفاق التحكيم: « le compromis » « النزاعات القائمة»

نصت المادة 1011 ق إ م إ الواقعة بالقسم الثاني المعنون: باتفاق التحكيم على ما يلي: " اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم"

وعليه نستنتج كذلك أن المشرع الجزائري قصد بعبارة **النزاعات القائمة** الواردة في نص المادة 1039 ق إ م إ بخصوص اتفاقية التحكيم الدولي، اتفاقية التحكيم بالمعنى الوارد في نص المادة ق إ م إ 1011 حيث أجاز لأطراف النزاع بالتالي أن يتفقوا على عرض النزاعات القائمة بينهم على التحكيم، فيكون بالتالي في هذه الصورة الاتفاق بعد نشوء النزاع.

الآن أنه من الناحية العملية نجد أن جل اتفاقيات التحكيم تتم في صورتها الأولى أين تكون في شكل ملحق بالعقد الأصلي تتضمن اتفاق على حل النزاعات التي يمكن أن تثور مستقبلا بشأن تقييم بنود العقد أو تنفيذ الالتزامات المترتبة عنه على التحكيم بدلا من القضاء، ذلك أن الأطراف يصعب اتفاقهم بعد نشوء النزاع على عرضه اللجوء إلى التحكيم بدلا من القضاء ولهذا نجد أن الصورة الثانية قد تم تقريبا هجرها في مجال العقود التجارية الدولية.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري ترك الحرية لأطراف وأبقى الباب مفتوحا أمامهم للاتفاق على اللجوء إلى التحكيم ليس فقط بعد نشوء النزاع بينهما، بل حتى أثناء سير الخصومة القضائية بينهما وهذا استنادا لنص المادة 1013 ق إ م إ حيث نصت على ما يلي: " يجوز لأطراف الاتفاق على التحكيم، حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية، فيجوز بالتالي للأطراف حتى بعد عرض نزاعاتهم على القضاء الاتفاق على نقله إلى التحكيم شريطة أن لا يكون قد صدر حكم قضائي يفصل في موضوع النزاع.

المبحث الثاني: شروط صحة اتفاقية التحكيم:

تناول المشرع الجزائري في نص المادة 1040 ق إ م إ النص على الشروط الشكلية لاتفاقية التحكيم الدولي، كما حدد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية، وتناول المشرع الجزائري في الفصل الأول المتعلق باتفاقيات التحكيم النص على بعض الشروط الشكلية والموضوعية التي قد يجتمع فيها اتفاقية التحكيم الخاصة بالتحكيم الدولي بذلك الخاصة بالتحكيم الداخلي ضمن القواعد المشتركة وذلك في المواد من 1006 إلى 1018 ق إ م إ.

وعليه سوف نتناول على ضوء الأحكام التي تضمنتها المواد السالفة الذكر دراسة شروط صحة اتفاقية التحكيم وذلك في مطلبين نتناول في الأول منهما الشروط الموضوعية ثم الشروط الشكلية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الشروط الموضوعية لصحة اتفاقية التحكيم:

قبل أن نتناول دراسة الأحكام الخاصة بالشروط الموضوعية الخاصة باتفاق التحكيم يتوجب علينا في هذا المقام أولا التذكير بأن بآن اتفاقية التحكيم هي عبارة عن عقد بمفهوم القانون المدني ، حيث يقصد بها الشروط الموضوعية التي يقوم عليها أي اتفاق أو عقد بصفة عامة وهي أركان العقد الموضوعية من تراضي ومحل وسبب.

الفرع الأول :التراضي:

ليكون ركن التراضي صحيحا يتوجب أن يكون الطرفان يتمتعون بالأهلية اللازمة لابرار مثل هذا التصرف وأن لا يشوب إرادتهم عيب من عيوب الإدارة المقررة في القانون المدني ، وبالنسبة للأهلية ليس هنالك أحكاما خاصة في هذا المجال وبالتالي تطبق القواعد العامة ،فبالنسبة للشخص الطبيعي واستنادا للأحكام الواردة في لنص المادة 40،41،42،43،44 من القانون المدني يجب أن يكون الشخص متمتعا بالأهلية الازمة وهي بلوغ 19 عشر سنة كاملة، متمتعا بقواه العقلية دون أن يكون محجورا عليه، بسبب موانع وعوارض الأهلية، مثل الجنون والسفه والغفلة...الخ، كما يجب أن لا يشوب التعبير عن إرادته عيب من عيوب الإرادة كالغلط والتدليس والإكراه .. ، وبالنسبة لأهلية الشخص المعنوي فقد نصت عليهما المادة 50 من القانون المدني الجزائريحيث يتمتع بنفس الحقوق التي يتمتع بها الشخص الطبيعي باستثناء ما كان ملازما لصفة الإنسان، ومن آثار اكتساب الشخصية المعنوية أن يكون للشخص نائب قانوني يعبر عن إرادته، وبالتالي يجب التأكد ما إذا كان الشخص الذي يبرم اتفاقية التحكيم يتمتع بأهلية تمثيل الشركة أو الشخص المعنوي الذي يمثله في التوقيع على الاتفاقية.

ونشير بهذا الصدد أنه وخلافا للتحكيم الداخلي فان المشرع الجزائري سمح للأشخاص المعنوية العامة في علاقاتها الاقتصادية الدولية وكذا في مجال الصفقات العمومية التي تبرمها، أن تلجأ لى التحكيم التجاري الدولي وهذا التطور الذي عرفه المشرع الجزائري يعتبر خطوة كبيرة نحو توسيع مجال اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي بعدما كان في الماضي يمنع مثل هذه الهيئات من اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، وهذا يعكس تغير نظرة المشرع الجزائري لمفهوم السيادة الوطنية التقليدي، الذي كان له مدلول واسع يشمل سواء الأشخاص المعنوية العامة الخاضعة للقانون العام أو الخاص إلا أن هذه الفكرة بدأ المشرع يتخلى عنها تدريجيا إلى أن وصل إلى حد السماح للأشخاص المعنوية العامة باللجوء إلى التحكيم التجاري

الدولي إذا تعلق الأمر بعلاقاتها الاقتصادية الدولية أو الصفقات العمومية التي تبرمها مع مستثمرين ومتعاملين أجنب.

الفرع الثاني: المحل:

محل العقد عموما هو ما يتم التعاقد عليه، ومحل اتفاقية التحكم هو اتفاق الأطراف على عرض نزاعهم على التحكيم بدلا من القضاء وقبول القرار الصادر من المحكم وتنفيذه وبالتالي سيتضح لنا جليا أن محل اتفاقية التحكيم يختلف تماما عن محل العقد الأصلي الذي يتضمن الصفقة المبرمة بين الطرفين في عقد تجاري دولي والذي قد يكون بضاعة أو خدمة..الخ.

واتفاقية التحكيم القاضية باللجوء إلى التحكيم قد تقتصر على نوع معين من النزاعات كما قد تشمل جميع أنواع النزاعات التي يمكن أن تثور بمناسبة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد الأصلي أو بمناسبة تفسير بنوده ، يمكن توسيع نطاق اتفاقية التحكيم لتشمل جميع المنازعات التي يمكن أن تثور بين الأطراف بخصوص جميع العقود والصفقات المبرمة بينهم.

والمشرع الجزائري استنادا لنص المادة 1006 ترك الحرية كاملة للأطراف في اختيار عرض نزاعاتهم على التحكيم باستثناء المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو تلك المخالفة للنظام العام.

ويمكن في هذا الصدد الإشارة إلى أن فكرة مخالفة النظام العام تختلف في اتفاقية التحكيم الداخلي منها عن اتفاقية التحكيم الدولي، ذلك أنه في مجال التحكيم الدولي العبرة

بمدى احترام الأطراف لقواعد النظام العام الدولي وليس الداخلي وهذا ما يستشف من نص المادة 1051 التي اشترطت أن لا يكون الحكم التحكيمي مخالفا للنظام العام الدولي وليس الداخلي عند الاعتراف به تنفيذه من قبل السلطات القضائية الوطنية، وبالتالي نلاحظ أن المشرع الجزائري اعتمد المفهوم الضيق لفكر النظام العام وهي المعتمدة في مجال النظام العام الدولي ليترك المجال واسعا أمام الأطراف في اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي

مدى اشتراط تعيين المحكم لصحة اتفاقية التحكيم :

نصت المادة 1008 ف/2 ق إ م إ على ما يلي "يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المهكم أو المحكمين أو تحديد كفاءات تعيينهم" يتضح لنا من خلال نص هذه المادة أن إغفال الأطراف الإشارة الى ذكر أسماء المحكمين أو تحديد شروط ومعايير تعيينهم في اتفاقية التحكيم ضمن صورتها الأولى (شرط التحكيم) أين يكون الاتفاق في غالب الاحيان ملحق بالعقد الاصلي قبل نشوب

أي نزاع بين الاطراف ،يرتب بطلان اتفاقية التحكيم في صورتها هذه ، ولكن بالرجوع الى الحكم الوارد في نص المادة 1041 من نفس القانون و الواقعة في الفصل الثاني الخاص بتنظيم للتحكيم التجاري الدولي نجدها تنص في فقرتها الثانية على مايلي : "...في غياب التعيين ، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو إستبدالهم ، يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يأتي :1- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها التحكيم ، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر 2- - رفع الأمر إلى رئيس المحكمة الجزائر ، إذا كان التحكيم يجري في الخارج وإختار الأطراف تطبيق قواعدالإجراءات المعمول بها في الجزائر." فنلاحظ أنه فيما يتعلق باتفاقية التحكيم التجاري الدولي إذا أغفل الأطراف فيها تعيين المحكم فلا يترتب عن ذلك إعتبار إتفاقية التحكيم باطلة بل يتم في مثل هذه الحالة الإستعانة بمساعدة القضاء الوطني في تعيين المحكم،فنستنتج بالتالي أن الحكم الوارد في نص المادة 1008 الواقعة ضمن الفصل الأول(في إتفاقيات التحكيم) من الباب الثاني (في التحكيم) خاص بالتحكيم التجاري الداخلي أو الوطني لا بالتحكيم التجاري الدولي.

الفرع الثالث : السبب:

إن السبب الرئيسي من وراء اختيار الأطراف عرض نزاعاتهم على التحكيم بدلا من القضاء أكيد هو الاستفادة من مزايا هذا النظام لما يوفره من سرعة وسرية في الفصل في النزاع، من طرف أشخاص متخصصين...الخ وهو سبب مشروع طالما أن المشرع سمح به واعترف به.

المطلب الثاني : الشروط الشكلية لصحة اتفاقية التحكيم:

تنص المادة 2/1040 في فقرتها الثاني على ما يلي " يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الاثبات بالكتابة"

يتضح لنا من خلال نص هذه الفقرة أن المشرع الجزائري اشترط أن تكون اتفاقية التحكيم مكتوبة، وجعل الكتابة ركن انعقادلا مجرد وسيلة اثبات، وهذا ما يستنتج من عبارة " يجب" وعبارة "تحت طائلة البطلان" الواردة في المادة وبهذا نجد أن النص جاء متوافقا مع ما إعتدته اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، حيث نصت في مادتها الثانية على ما يلي " تعترف كل دولة متعاقدة بأي اتفاق مكتوب يتعهد فيه الطرفان بأن يحيلوا إلى التحكيم جميع الخلافات أو أية خلافات نشأت أو قد تنشأ بينهما بالنسبة لعلاقة قانونية محددة تعاقدية أو غير تعاقدية تتصل بموضوع يمكن تسويته عن طريق

التحكيم، يشمل مصطلح " اتفاق مكتوب" أي شرط تحكيم يرد في عقد أو أي اتفاق تحكيم وقع عليه من الطرفين أو وارد في رسائل أو برقيات متبادلة"

كما أن النص جاء متوافقا كذلك مع ما تضمنته اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار والتي انضمت إليها الجزائر سنة 1995 حيث نصت المادة 25 ف 1 على ما يلي " يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة متعاقدة أخرى والتي تتصل اتصالا مباشرا بأحد الاستثمارات بشرط أن يوافق عليها أطراف النزاع كتابة على طرحها على المركز..."

وهكذا يتضح لنا أن المشرع الجزائري يتبنى حكما موافقا لإتفاقيات الدولية المصادق عليها في هذا الشأن مستوحيا إياه من القانون السويسري⁹.

كما أنه وسع من مفهوم الكتابة لتشمل كل الوسائل الحديثة للإتصال مثل الرسائل الإلكترونية والفاكس والتلكس، بل وترك المجال مفتوحا لأي وسيلة أخرى تجيز الإثبات بالكتابة، وفي هذا يرى البعض أن المشرع الجزائري كان أكثر ليبرالية بتبنيه التوصية التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 2006 بخصوص تفسير نص المادة الثانية من اتفاقية نيويورك السالفة الذكر، كما أنه بهذه الصياغة الجديدة لنص المادة 1040 يكون المشرع الجزائري قد استجاب إلى بعض الانتقادات الخاصة بالنص القديم الملغى حيث نادى البعض إلى ضرورة التوسع في مفهوم الكتابة الذي كان واردا في نص المادة 458 مكرر 1 من قانون الاجراءات المدنية الملغاة، وحسن فعلا المشرع الجزائري حيث أنه استطاع التوفيق بين الليبرالية التي يحتاجها التحكيم التجاري الدولي من جهة والشكلية التي تعد ضرورية لتحقيق الأمن القانوني من جهة أخرى¹⁰.

وتجدر الإشارة كذلك إلى اتفاقية التحكيم المبرمة عن طريق الاحالة والخاصة بالصورة الأولى التي تأخذها الاتفاقية وهي "شرط التحكيم" *la clause compromissoire* فقد لا يرد شرط التحكيم في العقد الأصلي و إنما قد يكفي العقد بالإحالة إلى وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم، ومثال ذلك احالة سند الشحن إلى وثيقة إيجار السفينة المتضمنة شرط التحكيم وهي ما قصدتها المشرع الجزائري في نص المادة 1006 التي نصت على ما يلي: " يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها".

⁹ -NOUR- EddINE TERKI: L'Arbitrage commercial international en Algerier, O .P.U Alger1999 p52.

¹⁰ - NOUR Eddine TERKI OP CIT p56

فستنتج بالتالي أن المشرع قصد من وراء عبارة " أو الوثيقة التي تستند عليها" الواردة في نص المادة شرط التحكيم بالاحالة.

المبحث الثالث: القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم:

نصت المادة 1040 في فقرتها الثانية على ما يلي " تكون اتفاقية التحكم 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"

نلاحظ أن المشرع ترك الحرية الكاملة للمحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكم وتقدير مدى صحتها سواء على ضوء القانون المعين قبل الأطراف (مطلب أول)، أو القانون المطبق على الشروط الموضوعية للعقد الأصلي (مطلب ثاني)، كما ترك الباب مفتوحاً للمحكم في اختيار القانون الذي يراه ملائماً، (مطلب ثالث)

المطلب الأول: خضوع اتفاقية التحكيم للقانون الذي اختاره الأطراف:

لدراسة هذه المسألة يستلزم منا الأمر تحديد المقصود بالقانون المختار من قبل الأطراف (فرع أول) ثم حدود حرية الأطراف في إختيار القانون الذي تخضع له إتفاقية التحكيم (فرع ثاني)

الفرع الأول :تحديد المقصود بالقانون المختار من قبل الأطراف:

لقد ترك المشرع الجزائري الحرية الكاملة في اختيار القانون الذي على ضوءه يتم تقدير مدى صحة اتفاقية التحكم من حيث شروطها الموضوعية، ولم يلزم الأطراف باختيار نص تشريعي وطني لدولة معينة على غرار ما قرره بالنسبة للقانون الواجب التطبيق بالنسبة للالتزامات التعاقدية استناداً لنص المادة 18 من القانون المدني بل ترك الباب مفتوحاً أمام الأطراف لاختيار أي قانون بمفهومه الواسع وهذا ما يستفاد من نص المادة 1040 ق إ م إ حيث استعمل المشرع مصطلح "Droit" بدلاً من مصطلح "Loi" الذي استعمله في نص المادة 18 من قانون المدني بصياغتها باللغة الفرنسية فقصد المشرع من وراء ذلك القانون بمفهومه الموضوعي وليس بمفهومه الشكلي، وهو بالتالي لا يقصد به القاعدة القانونية ذات المصدر التشريعي الوطني فحسب، بل يشمل كل القواعد القانونية مهما كان مصدرها، بما في ذلك قانون التجار الدولي "LEX MERCATORIA".

الفرع الثاني: إطلاق حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق:

تبرز لنا مظاهر حرية الأطراف الواسعة في اختيار القانون الذي تخضع له اتفاقية التحكم فيما يتعلق بمدى صحة شروطها الموضوعية في عدم تقييدها بمعيار معين كاشتراط أن يكون القانون المختار على صلة بالأطراف أو بالعقد محل النزاع (أولا) ، كما تبرز مظاهر هذه الحرية كذلك في عدم اشتراط إحترام الترتيب الوارد في نص المادة السالفة الذكر (ثانيا)

أولا : عدم اشتراط أن يكون القانون الواجب التطبيق على صلة بالأطراف أو بالعقد الأصلي

خلافًا لما هو مقرر بالنسبة لنص المادة 18 من القانون المدني أين قيد المشرع الجزائري الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على التزاماتهم التعاقدية، إما بالقانون الذي له صلة بهم مثل قانون الجنسية المشتركة للطرفين أو قانون محل الإقامة المشتركة لهما... الخ .

أو القانون الذي له صلة بالعقد مثل القانون محل إبرام العقد كما كان منصوص عليه قبل التعديل أو قانون مكان تنفيذ العقد أو قانون الدولة التي حرر العقد بلغتها... الخ

بالنسبة لاتفاقية التحكيم فان المشرع الجزائري استنادا لنص المادة ق إ م 1040 لم يفيد الأطراف بأي معيار في اختيارهم للقانون الواجب التطبيق بشأن الشروط الموضوعية لها وبالتالي ترك الباب مفتوحا للأطراف في اختيار أي قانون.

ثانيا : عدم اشتراط احترام الترتيب بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم:

خلافًا لما هو مقرر بالنسبة للقانون الواجب التطبيق بالنسبة للإلتزامات التعاقدية استنادا لنص المادة 18 ق م ، والتي تلزم القاضي مراعاة مدى احترام الأطراف في اختيارهم للقانون الواجب التطبيق للترتيب الوارد في نص المادة بالتناوب وبالتالي فالقاضي ملزم بالبحث، أولا في مدى صحة العقد على ضوء قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة وفي حالة عدم إمكان ذلك فقط يستطيع أن يلجأ إلى قانون محل إبرام العقد، أما المحكم واستنادا لنص المادة 1040 ق إ م فإنه غير ملزم باحترام الترتيب الوارد في نص المادة 1040 ق إ م ، فله بذلك الاختيار في تقدير مدى صحة اتفاقية التحكيم بشأن الشروط الموضوعية متى استجابت سواء للقانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما¹¹ فقد يرى المحكم أن اتفاقية التحكيم باطلة استنادا للقانون الذي اختاره الأطراف الذي يشترط الكتابة مثلا وصحيحة بالنسبة للقانون المنظم لموضوع النزاع الذي لا يشترط الكتابة، فله أن يقرر صحة الإتفاقية بناء على القانون المنظم لموضوع النزاع، وقد تكون الاتفاقية باطلة

¹¹ - MOSTAFA TRARITANI OP CIT p44

بانظر الى القانون الذي اختاره الاطراف و القانون المنظم لموضوع النزاع ومع ذلك يتقرر صحتها بالنظر للقانون الذي يراه المحكم ملائما.

ونفس الملاحظة يمكن إبدائها كذلك بالمقارنة بين صياغة نص المادة 1040 ق إ م إ بشأن عدم اشتراط احترام الترتيب بالتناوب في المصدر التي يلجأ إليه المحكم بشأن تقدير صحة إتفاقية التحكيم و نص المادة 1050 ق إ م إ أين يكون المحكم ملزما باحترام الترتيب بالتناوب فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، لأن نص المادة 1050 ق إ م إ قيدت المحكم بالانتقال إلى قواعد القانون والاعراف التي يراها مناسبة بغياب قانون اختاره الأطراف لتطبيقه على موضوع النزاع القائم بينهم، وهذا معناه أنه لايمكن للمحكم استبعاد القانون الذي اختاره الأطراف لصالح قواعد القانون والاعراف التي يراها مناسبة، خلافا لما هو عليه الأمر بالنسبة لإتفاقية التحكم اعتمادا على صياغة نص المادة 1040 وفقا لما سبق بيانه.

ونرى أن هذا التفسير من شأنه تضيق مجال ابطار اتفاقية التحكيم لحساب التوسع في مجال صحتها والتخفيف من شروطها في مجال التجارة الدولية وذلك من خلال الأخذ بعين الاعتبار الإرادة المبدئية للأطراف في عرض نزاعاتهم على التحكيم باعتماد القانون الأخف من حيث الشروط الموضوعية التي يستلزمها لصحة الاتفاقية وذلك باعطاء المحكم سلطة تقدير مدى صحتها باستبعاد القانون الذي اختاره الأطراف إذا كان ينطوي على شروط أكثر تشددا وتطبيق قانون آخر يحتوي على قواعد وشروط أقل شدة تؤدي إلى تقرير صحة اتفاقية التحكيم.

المطلب الثاني: خضوع اتفاقية التحكيم للقانون المنظم لموضوع النزاع

لقد ترك المشرع الجزائري استناد لنص المادة 1040 الخيار في تطبيق القانون المنظم لموضوع النزاع لتقدير مدى صحة اتفاقية التحكيم، و يطرح التساؤل هنا ماذا قصد المشرع بالقانون المنظم لموضوع النزاع؟ ذلك أنه في ظل الصياغة التي كانت عليها المادة 458 مكرر 1 حدد المشرع المقصود بموضوع النزاع بقوله " لا سيما القانون المطبق على العقد الأساسي..".

كما أن التجربة العملية اثبتت أنه وفي غالب الأحيان يتم تفسير غياب تعين القانون الواجب التطبيق بالنسبة للشروط الموضوعية على اتفاقية التحكم بأن إرادة الأطراف اتجهت إلى إخضاع اتفاقية التحكم لنفس القانون الذي يخضع له العقد الأصلي خاصة إذا كان القانون المطبق على العقد الأساسي يقضي بصحة اتفاقية التحكيم ، فقد قرر الحكم التحكيمي الصادر عن غرفة التجارة الدولية رقم 5884 في 1990/02/8 بين شركة جزائرية وأخرى فرنسية صحة اتفاقية التحكيم أين ارتكز الحكم على التشريع

الجزائري المنظم لأحكام العقد المادة 444 CPCA ق.إ.م.ج على أساس أنها لا تبطل اتفاقية التحكيم موضوع النزاع¹².

و هذا الخيار لا يتناقض مع مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم المنصوص عليه في الفقرة الثالثة من نص المادة 1040 على ماسياتي بيانه لأن مبدأ الاستقلالية لا يمنع من أن يخضع كلا من العقد الأصلي واتفاقية التحكيم لنفس القانون

إلا أن الصياغة التي تضمنتها المادة 1040 بحذف عبارة " لا سيما القانون المطبق على العقد الأساسي" التي كانت موجودة في نص المادة 458 مكرر 1 من القانون القديم الملغى تجعلنا نعتقد أن المشرع الجزائري تراجع عن موقفه في حصر المقصود بالقانون المنظم لموضوع النزاع في القانون المطبق على العقد الأصلي ليبقى المجال مفتوحا لاعتماد قوانين أخرى مثل قانون مكان اجراء التحكيم أو مبادئ العامة للقانون أو لأعراف التجارة الدولية وهو التفسير الذي اعتمدته بعض الأحكام التحكيمية كذلك.

المطلب الثالث: خضوع اتفاقية التحكيم للقانون الذي يراه المحكم ملائما:

خلافًا لما كان مقررا في قانون الاجراءات المدنية القديم وبالتحديد نص المادة 458 مكرر 1 التي كانت تنص على تطبيق القانون الجزائري كخيار إلى جانب القانون الذي اختاره الأطراف والقانون المنظم لموضوع النزاع فإن المشرع استبدل خيار تطبيق القانون الجزائري بالقانون الذي يراه المحكم مناسبا في نص المادة 1040 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجديد.

كما نلاحظ أن المشرع الجزائري قد ترك الباب مفتوحا أمام المحكم في اعتماد ما يراه مناسبا بشأن القانون الذي على ضوءه يقرر مدى صحة اتفاقية التحكيم من حيث الشروط الموضوعية ولم يجعل له أي قيود ، ويراعي المحكم في ذلك أن يكون للقانون المطبق على اتفاقية التحكيم ذو صلة بالنزاع ويمكن أن يكون هذا القانون هو قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم أو قانون الدولة التي جرت فيها وقائع النزاع مثل مكان تنفيذ العقد أو أية قواعد قانونية نافذة في دولة أخرى أو مبادئ القانون وأعراف التجارة الدولية.

وقد تغادى المشرع الجزائري الانتقادات التي كانت موجه إليه في ظل القانون القديم أين كان يحيل إلى القانون الجزائري بشأن مدى صحة اتفاقية التحكيم استنادا لنص المادة 1/458 من قانون الاجراءات المدنية القديم التي تقابلها م 1040 من ق إ م إ الجديد بينما كان يحيل إلى قواعد القانون والأعراف التي تراها محكمة التحكيم ملائمة في نص المادة 14/458 من القانون القديم والتي تقابلها المادة 1050 في القانون الجديد".

¹² - MOSTAFA TRARITANI OP CIT p45.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد وحد رؤيته في القانون الجديد فيما يتعلق بالمنهج المتبع بالنسبة للقانون الواجب التطبيق بشأن اتفاقية التحكيم، و موضوع النزاع، إستنادا لنص المادتين 1040 و 1050 خلافا لما كان عليه الأمر بالنسبة للقانون القديم، باستبدال خيار القانون الجزائري بخيار السلطة التقديرية للمحكم في تحديد القانون الذي يراه ملائما لتقدير مدى صحة اتفاقية التحكيم.

المبحث الرابع: مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم:

لقد نص المشرع الجزائري على مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم في نص المادة 3/1040 حيث نصت على ما يلي " لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي"، وهذا المبدأ معناه أن اتفاقية التحكيم تبقى منتجة لأثارها حتى في حالة تعرض العقد الأصلي الذي ألحقت به اتفاقية التحكيم إلى البطلان بسبب تخلف أحد الأركان الموضوعية أو الشكلية فيه¹³ ويتضح لنا بالتالي أن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم ينصرف مدلوله إلى الصورة الأولى لاتفاقيات التحكم وهي اتفاق التحكيم الذي يخص منازعات مستقبلية "clouse compromissoire"، فهذه الصور من اتفاقية التحكم هي التي تكون لصيقة وملحقة بالعقد الأصلي وبالتالي يطرح الاشكال بخصوص مدى استقلاليتها عنه.وعليه سنتطرق الى شرح المقصود بالمبدأ وموقف المشرع الجزائري من ذلك (مطلب أول) ثم مبررات الأخذ بهذا المبدأ (مطلب الثاني).

المطلب الأول : مفهوم مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم :

نتناول ضمن هذا المطلب التطرق إلى المدلول الواسع لهذا المبدأ (فرع أول) ثم المدلول ضيق له (فرع ثاني) بعد ذلك نسلط الضوء على موقف المشرع الجزائري (فرع ثالث)

الفرع الأول :التفسير الضيق لمبدأ إستقلالية التحكيم:

هذا المبدأ كان مصدره الاجتهاد القضائي الفرنسي والذي اعلنته محكمة النقض الفرنسية في قضية كوسي Gosset سنة 1963، و تتلخص وقائع هذه القضية في أنه أثير نزاع بين مستورد فرنسي ومصدر ايطالي حيث ابرمت شركة كوسيت الفرنسية عقد يتضمن استيراد بضاعة من الشركة الايطالية، وبسبب عدم قدرة الشركة الفرنسية الحصول على الترخيص المناسب لادخال البضاعة عبر الجمارك الفرنسية خلال الوقت المناسب،لم يستطع تنفيذ التزاماتها العقدية اتجاه المصدر الايطالي، مما تسبب لهذه الأخيرة بالضرر وهو ما دفعه إلى اللجوء للتحكيم التجاري للمطالبة بالتعويض بناء على اتفاق التحكيم الملحق بالعقد المتضمن الصفقة بين الطرفين، فصدر الحكم لصالح الشركة الايطالية والقاضي يدفع تعويض لها،

¹³ -NOUR- Eddine TERKI: L'Arbitrage commercial international en Algerier OP CIT p39.

ولدى طلب تنفيذ القرار التحكيمي في فرنسا، دفعت الشركة الفرنسية ببطلان عقد البيع وبالتالي بطلان شرط التحكيم الملحق به بالتبعية، غير أن محكمة التمييز الفرنسية قضت ببقاء شرط التحكيم نافذا وصحيا ولو بطل العقد الأصلي موضوع النزاع سواء أورد شرط التحكيم في ذات العقد أو في اتفاق مستقل وهذا ما عبر عنه البعض بانعدام التضامن بين العقدين فوفق لهذا القرار يتوقف مفهوم مبدأ إستقلالية اتفاقية التحكيم عند استقلاليته عن العقد الأصلي فقط

الفرع الثاني: التفسير الموسع لمبدأ الاستقلالية:

لقد تأكد موقف الاجتهاد القضائي الفرنسي في حكمين آخرين أصدرتهما محكمة النقض الفرنسية أحدهما في 18/05/1971 فيها عرف بنزاع steimpex والآخر في 04/07/1972 في قضية " Hehet"¹⁴ وفي هاذين الحكمين تطور اجتهاد محكمة النقض فيما يتعلق با استقلالية اتفاقية التحكيم على العقد الأصلي بمعناه الضيق إلى معنى أكثر توسعا ليشمل كذلك استقلالية اتفاقية التحكم عن كل قانون وطني حيث أنه وبموجب الحكم الصادر في 04/07/1972 فقد اعتمد الاجتهاد القضائي الفرنسي قاعدة موضوعية مفادها صحة اتفاقية التحكيم في المعاملات الدولية الخاصة مهما كان القانون الداخلي واجب التطبيق سواء كان هذا القانون هو القانون الفرنسي أم قانون أجنبي وبصرف النظر عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي وذلك الذي يحكم شرط التحكيم، وقد تأكد هذا الاتجاه كذلك في قرار دالليكر Arrêt Dalico الصادر في 20/12/1993 حيث جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية بأن " اتفاق التحكيم ليس مستقلا عن عقد الأساس فحسب وإنما كل القوانين الوطنية ، مما يعني بالنسبة لقضية الحال أنه لا مجال لتطبيق القانون الليبي الذي يبقى قاصرا دوره على موضوع النزاع ولا يطال اتفاق التحكيم. الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري:

بالعودة إلى الفقرة الثالثة من نص المادة 1040 الذي أقرت مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم على العقد الأصلي، هل نعتمد التفسير الضيق الذي يتوقف عند اعتبار اتفاقية التحكيم مستقلة عن العقد الأصلي، أم التفسير الموسع والذي يوسع من نطلق استقلالية اتفاقية التحكيم حتى عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي أو القانون الداخلي لأي دولة أي الوصول في التوسع في التفسير إلى حد اعتبار اتفاقية التحكيم مستقلة عن أي قانون تطبيقا لنظرية العقد بدون قانون.

بالنظر إلى صياغة نص المادة 1040 بشأن الشروط الموضوعية لصحة اتفاقية التحكيم والتي خيرت المحكم في تقرير مدى صحة اتفاقية التحكيم بشأن الشروط الموضوعية بين القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما، فإننا نرى اعتماد

¹⁴ - مرجع سابق ص 38.

التفسير الموسع لاتفاقية التحكيم بما يجعلها مستقلة عن التبعية لإتفاق الأصلي، وكذا أي قانون وطني إذا كان من شأن تطبيق القانون الوطني لبلد ما تقرير بطلانها وفي هذه الحالة يتم تقرير مدى صحة اتفاقية التحكيم على ضوء ما يراه المحكم ملائماً أي بتطبيق قواعد وأعراف التجارة الدولية، إلا أن هذا ليس معناه أن نجعل اتفاقية التحكيم مستقلة عن أي قانون يحكمها والوقوع في نظرية العقد بدون قانون ذلك أن اعتماد التفسير الموسع لمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم إنما الهدف منه هو احترام الإرادة المبدئية للأطراف في اللجوء إلى التحكيم وتحسين اتفاقهم من أي قواعد قد تؤدي إلى بطلانه وبالتالي إنقاذ الاتفاق المبدئي باللجوء إلى التحكيم من أي مناورات كيدية قد يعمد إليها أحد الأطراف المتنازعة للتهرب من التحكيم وهو ما يحول دون انتاج اتفاق التحكيم لآثاره.

وحتى نحافظ على الأهداف التي من أجلها كرسنا الحرية في نظام التحكيم لا بد من إحاطتها بسياج من الضوابط، وبالنسبة لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم لا بد من وضع حدود له فاستقلالية اتفاق التحكيم عن القوانين الوطنية لا ينفي بقاء خضوعه للنظام العام الدولي في صورته المخففة التي تتماشى مع مقتضيات المرونة التي تتسم بها التجارة الدولية سواء تعلق الأمر بالقواعد الموضوعية أو الإجرائية حيث أنه لم يعد يعتبر من النظام العام الدولي مثلاً عدم أهلية الدولة والهيئات العامة للجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، وبالنسبة للقواعد الإجرائية فيستوي في هذه الأخيرة ما يحكم منها أصول المحاكمات عموماً مثلاً مبدأ الوجاهية وضمنان حقوق الدفاع، أو تلك التي تقتصر على التحكيم مثل ضرورة أن يكون النزاع مما يجوز التحكيم بشأنه، وأن يكون القرار التحكيمي مسبباً من جهة أخرى لا يجب أن يؤدي التفسير الموسع لمبدأ استقلالية التحكيم إلى الإخلال بمبدأ حسن النية والتعسف في استعماله للحصول على حقوق غير مشروعة وهو ما وقع حسب بعض الفقهاء في القضية التي كانت شركة سوناطراك طرفاً في النزاع فيها مع شركة أجنبية لحفر آبار البترول حيث أنه وبموجب عقد تم إبرامه سنة 1974 تم إخضاعه للقانون الجزائري والذي كانت مدته 04 أربعة سنوات حيث نص في مادته 24 على أن تخضع النزاعات المتعلقة بتطبيق هذا العقد ما لم يؤدي الصلح إلى نتيجة إلى التحكيم التجاري لدى غرفة التجارة الدولية بزيورخ السويسرية، ثم عدل العقد الأصلي عدة مرات إلى أن تم امضاء ملحق سنة 1978 قرر الأطراف بموجبه إنهاء العقد بطريقة ودية وكذلك بالنسبة للعلاقات التي تضمنتها ملحق العقد الأصلي وهي أربعة ملاحق آخر واحد تم توقيعه سنة 1974 واثنان تم توقيعهما سنة 1975 والرابع سنة 1986 أي بعد مرور 08 ثماني سنوات قامت الشركة الأجنبية برفع دعوى ضد شركة سوناطراك أمام الغرفة التجارية بزيورخ مستندة في ذلك على شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي الموقع سنة 1974 وقد ردت شركة سوناطراك أن الغرفة غير مختصة بالفصل في النزاع على أساس أن العقد قد تم إنجازه بالتراضي بين الطرفين بناء على الملحق الخامس الموقع بينهما سنة 1978 وأن هذا الإنهاء يستغرق كذلك نص المادة 24 منه التي نصت على اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، كما أنه وبناء على نص المادة 02 من الملحق رقم 05

الذي انهى العمل بالعقد الأصلي فقد اتفق الأطراف على عدم امكانية أي طرف مقاضاة الطرف الآخر بمناسبة العقد الأصلي، إلا أن الهيئة التحكيمية قررت أنها مختصة بالفصل في النزاع تطبيق لمبدأ الاختصاص بالاختصاص المنبثق من مبدأ الاستقلالية، ثم قررت أن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق على النزاع لأنه القانون الذي حدده الأطراف ليطبق على العقد، وطبقا لنص المادة 111 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه " إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين" وبعد أن تساءلت الهيئة التحكيمية عن مدى كون نص المادة 01 عن الملحق رقم 05 كان واضحا في أن إرادة الطرفين المشتركة اتجهت كذلك إلى إنهاء العمل باتفاق التحكيم المدرج في نص المادة 24 تبعا لإنهاء العمل بالعقد الأصلي أجابت بالنفي، بطريقة أعطت الهيئة التحكيمية لنفسها حق التفسير، واستخلصت أنه إذا كان من الواضح أنها أشارت إلى الفسخ الرضائي للأطراف بخصوص العقد الأصلي، إلا أنه لا يوجد ما يشير إلى سريان هذا الفسخ الرضائي كذلك على اتفاق التحكيم المدرج في نص المادة 24 منه وبالتالي واستنادا لمبدأ الاستقلالية فإنه يبقى ساري المفعول بين الطرفين منتجا لآثاره وحسب رأي البعض أنه بالنسبة إلى نص المادة 01 من الملحق رقم 05 الذي ينص على اتفاق الأطراف فسخ عقد التتقيب المبرم سنة 1974 وعلى عدم إمكانية أي طرف مقاضاة الطرف الآخر بمناسبة العقد الأصلي، كان من المفروض على هيئة التحكيم التوسع في تفسير ليشمل الاتفاق كذلك اتفاق التحكيم الذي كان مدرجا في العقد الأصلي الذي تم فصله وهو ما يظهر جليا من خلال اتفاق الأطراف على عدم مقاضاة بعضهم بمناسبة مسائل تتعلق بالعقد محل الفسخ، ليس التطبيق الجامد لمبدأ الاستقلالية بشكل تعسفي يتنافى حتى ومبدأ الرضائية الذي يعد الركيزة التي تقوم عليها اتفاقية التحكيم ولهذا يرى الأستاذ تركي نور الدين أنه كان على الهيئة التحكيمية تطبيق الفقرة الثانية من نص المادة 111 التي تنص على أنه " إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ مع الإستهزاء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات".

وفي الأخير يمكن القول أن مبدأ الاستقلالية إنما تقرر لتفادي مناورات الأطراف في التحلل من التزاماتهم باللجوء إلى التحكيم، ولهذا فقد جرى العمل على تطبيقه في حالات إدعاء بطلان العقد الأصلي، وبالتالي الطعن بعدم اختصاص الهيئة التحكيمية بالفصل في النزاع، فإن هذه الاستقلالية من جهة أخرى قد يدعي بها من قبل أحد الأطراف المتعاقدة إذا كان ذلك يتناسب مع مصالحه، ولهذا نرى أنه يجب مراعاة مبدأ حين النية الذي تقوم عليه مختلف عقود التجارة الدولية لدى التوسع في تطبيق مبدأ الاستقلالية حتى نبتعد عن تطبيقه بشكل تعسفي في حق أحد أطراف اتفاق التحكيم.

المطلب الثاني: مبررات الأخذ بمبدأ الاستقلالية:

إن الهدف الرئيسي الذي على أساسه تم اعتماد مبدأ الاستقلالية في الاجتهاد القضائي إنما كان موضع حد لسوء نية أحد الأطراف الذي يريد الاعتماد على بطلان العقد الرئيسي للتحلل من التزامه باللجوء إلى التحكيم وتنفيذ قراراته، وفي هذا الإطار حاول الفقه إيجاد بعض المبررات والأسس التي يمكن الاستناد إليها في اعتماد مبدأ الاستقلالية نذكر منها المبررات التالية:

- احترام إرادة الأطراف:

يرى الفقيه ROBERT أن الأخذ بمبدأ الاستقلالية له طابع وظيفي وهو مستوحى من إرادة الأطراف ذلك أنهم عندما أدرجوا اتفاق التحكيم في عقدهم، ففي حالة نشوب نزاع حول صحة العقد الأصلي فيجب اعتبار اتفاق التحكيم وكأنه شخص من الغير لبقية شروط العقد الآخر وهذا حتى يتمكن التحكيم من أن يقوم بدوره على أكمل وجه.

- اختلاف موضوع العقد الأصلي عن موضوع اتفاق التحكيم:

البعض استند إلى اختلاف موضوع العقدين أي العقد الأصلي واتفاقية التحكيم فموضوع اتفاق التحكيم هو اللجوء إلى التحكيم للفصل في المنازعات التي يمكن أن تثور بين الأطراف بشأن تنفيذ بنود العقد الأصلي فهو بالتالي يختلف عن موضوع العقد الأصلي، وعقد ثاني وإن كان متصلا بالعقد الأصلي.

- عدم التمييز بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم:

إن عدم اعتماد مبدأ الاستقلالية، يؤدي إلى التفرقة بين الصورة الأولى لاتفاقية التحكيم وهي شرط التحكيم بشأن النزاعات المستقبلية والصورة الثانية منه وهي مشاركة التحكيم التي تخص النزاعات القائمة، حيث يستطيع المحكم في الصورة الثانية من أن يصدر حكما يقضي ببطلان العقد الأصلي، أما في الصورة الأولى أين يكون اتفاق التحكيم متصلا بالعقد الأصلي فإن المحكم بإقراره ببطلان العقد الأصلي إنما يقرر ضمنا عدم اختصاصه بالفصل في النزاع على أساس بطلان شرط التحكيم تبعا لبطلان العقد الأصلي وعليه فالمحكم لا يستطيع تقري بطلان العقد الأصلي إلا إذا اعتبر أن اتفاق التحكيم المدرج فيه مستقلا عنه حتى يحافظ على صحة اتفاق التحكم وعدم إستغراق البطلان المقرر للقعد الأصلي لاتفاق التحكيم وبالتالي عدم التمييز بين صورتتي اتفاقية التحكيم وهذا يؤدي بنا كذلك للحديث عن اختصاص المحكم كمبرر آخر للأخذ بمبدأ الاستقلالية.

- المحافظة على اختصاص المحكم:

تبعاً لما سبق ذكره فيما يتعلق بالمبرر السابق فإن اقرار المحكم لبطلان العقد الأصلي أكيد أنه سيمتد إلى اتفاق التحكيم المدرج في العقد الأصلي مالم يتم إعمال مبدأ الاستقلالية لأن فصل المحكم في مدى بطلان العقد الأصلي سيلقي بظلاله على اختصاصه بالفصل في النزاع مالم نعتبر اتفاق التحكيم مستقلاً على العقد الأصلي.

- نظرية انتقاص العقد كمبرر لمبدأ الاستقلالية:

حاول بعض الفقهاء أن يؤسس مبدأ الاستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي على نظرية انتقاص العقد المعروفة في القواعد العامة التي تحكم العقود عموماً والتي تقضي بإمكانية تجزئة أثر البطلان ليشمل فقط الجزء الباطل أو القابل للإبطال، إلا إذا كانت الأجزاء الأخرى من العقد ما كانت لتتم دون الجزء الباطل وقد أخذ المشرع الجزائري بهذه النظرية في نص المادة 104 من القانون المدنيالجزائري حيث نصت على ما يلي " إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابل للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله" إلا أن النقد الذي وجه إلى هذه النظرية يكمن في أن اتفاق التحكيم ليس مجرد شرط أو بند في العقد الأصلي بل هو عقد له ذاتية ومستقل عن العقد الأصلي وإن كان متصلاً به مادياً.

إلا أن الاستاذ سامي فوزي يرد على هذا الانتقاد الذي يفترضه " بأنه لو نظرنا من زاوية أخرى نجد أن وثيقة واحدة قد تبدو من النظرة الأولى عقد واحداً ينظم في جزء منه العلاقة القانونية بين الطرفين وفي جزء آخر يمثل الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم، فلو اطلقنا من هذه الزاوية فنستطيع بسهولة تطبيق نظرية انتقاص العقد وبالتالي نجد أنفسنا أمام مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي"

المبحث الخامس: لأثار المترتبة عن صحة اتفاقية التحكيم

تمتد آثار اتفاقية التحكيم لتشمل عدة مسائل منها مسألة الاختصاص في جانبه الإيجابي الذي يمنح اختصاص الفصل في النزاع للهيئة التحكيمية وجانبه السلبي الذي يسلب بموجبه اختصاص الفصل في النزاع من الهيئات القضائية، كما تمتد كذلك آثاره بالنسبة للأطراف الموقعين عليه وقد تمتد كذلك هذه الآثار لتشمل الغير في بعض الحالات، وعلى ضوء هذه النقاط سوف نتناول دراسة آثار اتفاق التحكيم.

المطلب الأول: آثار اتفاق التحكيم على الاختصاص:

إن أهم أثر ينجم عن صحة إبرام اتفاق التحكيم يتمثل في الهدف الذي من أجله تقرر اللجوء إلى التحكيم وهو منح اختصاص الفصل في المنازعات الناشئة أو التي يمكن أن تنشأ بين الأطراف إلى محكم أو

هيئة تحكيمية يتم تعيينها من قبل الأطراف، والابتعاد عن حل هذه المنازعات لدى الهيئات القضائية وعليه سنتناول كل مسألة على حدى:

الفرع الأول منح صلاحية الفصل في الاختصاص للهيئة التحكيمية:

قلنا أن اتفاق التحكيم كان بهدف منح الاختصاص للمحكم للفصل في المنازعات الناتجة عن تفسير أو تنفيذ بنود العقد الأصلي، إلا أنه من الناحية العملية تثار صعوبات كثيرة تتعلق بالاختصاص، فقد يحدث أن يثور النزاع بشأن الاختصاص بين أطراف النزاع فيتمسك أحدهما بعدم اختصاص المحكم أو الهيئة التحكيمية بالفصل في النزاع متحججا في ذلك إما ببطان اتفاق التحكيم أو كون موضوع النزاع خارج نطاق النزاعات المتفق بشأنها على عرضها للتحكيم... الخ.

ولهذا فقد طرح إشكال ما هي الهيئة التي يتم اللجوء إليها للفصل في مسألة الاختصاص هل يتم اللجوء إلى القضاء أم أن الأمر يعود لإختصاص الهيئة التحكيمية فيؤول إليها اختصاص الفصل في اختصاصها.

إن المشرع الجزائري وعلى غرار معظم التشريعات الوطنية قد جعل مسألة الفصل في مسألة اختصاص الهيئة التحكيمية بالفصل في النزاع المطروح أمامها من إختصاص هذه الأخيرة وهو ما يعرف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص¹⁵ حيث تبنى هذا المبدأ في نص المادة 1044 من قانون الاجراءات المدنية والادارية والتي نص على ما يلي " تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب اثاره الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع" وانطلاقا من نص هذه المادة يتضح لنا جليا أن المشرع الجزائري منح للهيئة التحكيمية صلاحية الفصل في اختصاصها ولكن شرط اثاره الدفع من قبل الأطراف (أولا) وأن يتم التمسك بالدفع قبل الخوض في الموضوع (ثانيا) كما أن المشرع الجزائري قد ضيق من رقابة القضاء الوطني على قرارات الهيئة التحكيمية الصادرة بهذا الشأن (ثالثا) .

أولا: أن يتم إثارة الدفع بعدم الاختصاص من قبل أحد الأطراف:

اشترط المشرع الجزائري أن يتم اثاره الدفع بعدم إختصاص المحكم من قبل أحد الأطراف المتنازعة وهو ما يستنتج من عبارة " ويجب اثاره الدفع بعدم الاختصاص" الواردة في نص المادة وهذا معناه أنه يتمتع على المحكم أن يثير هذه المسألة من تلقاء نفسه وهو ما يدل على أن المشرع جعل مسألة الاختصاص هنا لا تتعلق بالنظام العام ذلك أنه لم يخول ولم ينص على جواز إثارته من طرف المحكم من تلقاء نفسه في حالة عدم إثارته من قبل الأطراف.

ثانيا: أن يتم إثارة الدفع بعدم الإختصاص قبل أي دفع في الموضوع:

اشترط المشرع الجزائري أن يتم التمسك بعدم الاختصاص في بداية الأمر ،فيجب إبداء الدفع قبل الخوض في موضوع النزاع، وهذا يؤكد كما سبق ذكره أن هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام ذلك أن الدفع المتعلقة بالنظام العام يجوز إثارتها في جميع مراحل سير الخصومة، وعليه فإن عدم اثاره الدفع المتعلق بالاختصاص قبل الخوض في موضوع النزاع يفسر بأنه تنازل ضمني من قبل الطرف المخول له ذلك عنه، وهو ما يتماشى والمنطق العام الذي اعتمده المشرع الجزائري حيث جعل الدفع المتعلقة بالاختصاص من الدفع الشكلية التي يسقط حق التمسك بها بالخوض في موضوع المنازعة، وهذا تجنبا لاستعمال مثل هذه الدفع بسوء نية، وبصورة تعسفية تهدف إلى عرقلة عملية التحكيم وافتقاده لفعاليتها.

وإذا تم اثاره الدفع بعدم الاختصاص قبل الخوض في الموضوع فعلى المحكم أو الهيئة القضائية أن يصدر في هذه الحالة حكم أولي، إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع فيعتبر نفسه مختص بالفصل في النزاع أم يصدر حكما بعد الاختصاص إذا تبين له بطلان أو عدم وجود اتفاقية التحكيم، أو أن موضوع النزاع المطروح أمامه خارج نطاق اتفاقية التحكيم.

ثالثا: تضيق مجال الرقابة القضائية على القرار التحكيمي الصادر بشأن الفصل في الإختصاص .

خلافا لما كان مقررا في القانون القديم الذي كان يخضع الحكم التحكيمي الفاصل في الاختصاص إلى الرقابة القضائية مطلقا ، وذلك إما عن طريق دعوى استئناف القرار القضائي الذي يسمح بالاعتراف به وتنفيذه حيث أن نص المادة 458/مكرر 23 سمحت في فقرتها الأولى للقاضي الوطني بممارسة رقابته على الحكم التحكيمي متى فصلت محكمة التحكيم خطأ باختصاصها أو بعدم اختصاصها.

كما كان يمكن للقاضي الوطني في ظل القانون القديم ممارسة الرقابة كذلك بمناسبة دعوى بطلان الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر استنادا لنص المادة 458 مكرر 25 فإن القانون الجديد قد استبعد الحكم التحكيمي الصادر بخصوص الاختصاص عن رقابة القاضي الوطني سواء بالنسبة لاستئناف حكم القاضي بالاعتراف أو تنفيذ الحكم التحكيمي، أو بمناسبة دعوى البطلان التي ترفع ضد الحكم التحكيمي حيث أن المادة 1056 لم تنص على حالة تمسك محكمة التحكيم باختصاصها خطأ، أو بعدم إختصاصها ،من ضمن الحالات التي يجوز بناء عليها استئناف الحكم القضائي القاضي بالاعتراف أو تنفيذ الحكم التحكيمي وكذا المادة 1058 بالنسبة لدعوى البطلان التي يمكن أن ترفع ضد أحكام التحكيم الدولي الصادرة في الجزائر، وربما أراد المشرع من وراء ذلك تقادي تكرار الحالات التي يجوز بمناسبةها إستئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو تنفيذ الحكم التحكيمي أو دعوى بطلان الحكم التحكيمي، ذلك أن القانون القديم في إستحائه للأحكام المتعلقة بالتحكم من القانون الفرنسي والسويسري يكون قد جمع بين

الحالات الواردة في كلا القانونين، وهو ما أدى حسب رأي البعض إلى وقوعه في التكرار وهو ما حاول المشرع الجزائري تفاديه في القانون لجديد ، فيمكن للقاضي الوطني ممارسة رقابته على الحكم التحكيمي القاضي بالاختصاص إذا فصل المحكم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضت مدتها، أو إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون أو أن محكمة التحكيم فصلت في النزاع بما يخالف المهمة المسندة إليها، وهي الحالات التي تجعل المحكم غير مختص بالفصل في النزاع بالنتيجة.

وبهذا نلاحظ كذلك أن المشرع الجزائري عند ما جعل المسائل المتعلقة بالفصل في الاختصاص أو عدم الاختصاص من طرف المحكم خارج نطاق رقابة القاضي إلا في الحالات المشار إليها سابقا والواردة في نص المادة 1058، يكون قد ضيق من مجال هذه الرقابة حيث أنه في ظل القانون القديم كان الباب مفتوح للطعن في الحكم التحكيمي الفاصل في الاختصاص دون أي قيد، فكان يحق للأطراف النزاع الإستناد إلى أي حجة للإدعاء بأن المحكم قد فصل خطأ في اختصاصه أو عدم اختصاصه، أما في ظل القانون الجديد فلا يمكن اثاره مسألة اختصاص المحكم أمام القضاء الوطني إلا إذا تعلق الأمر بالحالات الثلاثة الواردة في نص المادة 1058 المشار إليها، وهذا ينعكس ايجابا على إعطاء الحكم التحكيمي الحصانة اللازمة محافظة على فعاليته من المناورات التي قد يلجأ إليها أحد الأطراف لتعطيل العملية التحكيمية.

الفرع الثاني : سلب الاختصاص من القضاء الوطني:

سبق لنا الإشارة إلى أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص ينطوي على جانبين، الجانب الايجابي السالف الذكر والجانب السلبي الذي يمنع القضاء الوطني من النظر في النزاع محل اتفاقية التحكيم بما فيه مسألة الاختصاص، والمشرع الجزائري على غرار بعض التشريعات والاتفاقيات الدولية قد نص على سلب الاختصاص من القضاء الوطني بالنظر في المنازعات محل اتفاقية التحكيم في نص المادة 1045 من قانون الاجراءات المدنية والادارية حيث تنص على ما يلي " يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف" .

إلا أن هذا لا يمنع من طلب تدخل القضاء الوطني في بعض الحالات لمد يد العون من أجل إنجاح عملية التحكيم، حيث أجاز المشرع للأطراف والمحكم طلب تدخل القضاء الوطني للمساعدة في تعيين المحكم استنادا لنص المادة 1041 وأثناء سير الخصومة التحكيمية استنادا لنص المادة 1046،

1048... وعليه وعلى ضوء هذه المواد سنتناول أولاً شروط اعمال قاعدة سلب الاختصاص من القضاء الوطني وبعدها نتناول الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ

أولاً: شروط اعمال قاعدة سلب الاختصاص من القضاء الوطني:

سلب المشرع الجزائري إختصاص النظر والفصل في المنازعات التي إتفق الأطراف بشأنها على عرضها للتحكيم وذلك في الحالات التالية :

1- وجود خصومة تحكيمية قائمة:

إذا تمسك أحد أطراف الخصومة أمام القضاء بوجود نفس الخصومة أمام الهيئة التحكيمية أو المحكم للنظر فيها وقدم الدليل على ذلك فإن القاضي الوطني يتوجب عليه الامتناع عن النظر في المنازعة ويصدر حكمه بعدم الاختصاص استنادا للنص المادة 1045، والمشرع وسع من مجال سلب الاختصاص من القضاء بأن منع القاضي من الفصل في النزاع ليس فقط إذا كان الخصومة قائمة أمام المحكم بل بمجرد ثبوت وجود اتفاقية تحكيم حتى وإن لم تكن هناك خصومة تحكيمية قائمة.

2- وجود اتفاقية تحكيم:

وسع المشرع الجزائري من مجال سلب الاختصاص من القضاء حتى وإذا لم تكن هناك خصومه تحكيمية قائمة إذا تبين للقاضي الوطني وجود اتفاقية تحكيم، ونلاحظ هنا أن المشرع الجزائري خلافا للقانون الفرنسي واتفاقية نيويورك إشتراط فقط وجود اتفاقية تحكيم دون أن يبين طبيعة هذا الوجود وهل يتعلق الأمر بالوجود الشكلي أو الوجود القانوني، حيث يرى البعض أنه في انتظار صدور اجتهاد من القضاء يفسر ذلك إعتماذ الأخذ بالوجود الشكلي فقط تماشياً مع نص المادة 1040 التي تشترط الكتابة لصحة اتفاق التحكم ودون البحث عن توافر الأركان المادية لهذا الاتفاق لأن ذلك سيتعارض مع مبدأ الاختصاص بالاختصاص المكرس في نص المادة 1044 فالمشرع اعتمد على فكرة الوجود الشكلي لاتفاق التحكيم لسلب الاختصاص من القضاء الوطني.

كما نلاحظ كذلك أن المشرع الجزائري قد ذهب بعيداً في توسيع مجال سلب الإختصاص من القضاء الوطني ، ليشمل حتى النزاعات والخصومات القائمة أمام القضاء الوطني، حيث أنه واستناداً لنص المادة 1013 فإنه يجوز لكل للأطراف الاتفاق على وقف الخصومة أمام القضاء وإحالتها على التحكيم حيث نصت على مايلي " يجوز للأطراف الاتفاق على التحكيم، حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة

القضائية" وهذا خاص بالصورة الثانية لاتفاقية التحكيم أي مشاركة التحكيم ،-أين يتفق الأطراف على اللجوء الى التحكيم بعد قيام النزاع بينهما - ، فأجاز بالتالي المشرع للأطراف الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم وسلب الاختصاص من القضاء الوطني حتى في ظل قيام الخصومة أمام الهيئات القضائية شريطة أن يتم هذا قبل صدور الحكم، ذلك أنه بعد صدوره يتمتع عليهما الاتفاق على إعادة طرح النزاع على التحكيم لأن ذلك يتعارض مع مقتضيات النظام العام ، نتيجة تمتع الأحكام القضائية بحجية الشيء المقضي فيه وهو ما يمنع إعادة طرح النزاع نفسه أمام جهات قضائية أو حتى تحكيمية أخرى استنادا لنص المادة 1006 فلا يجوز الاتفاق على التحكيم بشأن المسائل المتعلقة بالنظام العام.

3- اثاره الدفع من قبل أحد الأطراف:

اشترط المشرع الجزائري في نص المادة 1045 أن يتم اثاره الدفع بعدم الاختصاص بوجود اتفاق تحكيم من قبل الأطراف، وهذا معناه أنه لا يجوز للقاضي اثاره الدفع من تلقاء نفسه، ومن الناحية العملية فإنه لا يمكن للقاضي أن يعلم بوجود اتفاق تحكيم بين الأطراف إلا إذا تمسك به أحدهم، وبهذا يتضح لنا أن المشرع الجزائري لم يعتبر هذا الدفع من النظام العام الذي يتوجب على القاضي اثارته من تلقاء نفسه، وهذا احتراما لإرادة الأطراف في اتفاق التحكيم التي تسمح لهم بالتنازل عنه سواء بصفة صريحة أو ضمنية.

إلا أن المشرع الجزائري بالنسبة لسلب الاختصاص من القضاء الوطني بمناسبة وجود اتفاق التحكيم، ولم يتطرق في نص المادة 1045 إلى وجوب اثاره الدفع قبل أي دفاع في الموضوع امام الهيئة التحكيمية بخصوص النزاع في اختصاصها حيث اشترط اثارته قبل أي دفاع في الموضوع استنادا لنص المادة 1044، ويرى البعض أن اثاره الدفع من الطرف الذي يهمله الأمر وفقا للمادة 1045 ينبغي أن يكون قبل اثاره أي دفع بعدم القبول او في الموضوع على أساس أن المشرع الجزائري كيف الدفع بوجود اتفاق تحكيم السالب لاختصاص القضاء على أنه دفع بعدم الاختصاص الذي يعتبره من الدفوع الشكلية التي تسقط بالخوض في الموضوع استنادا لنص الماد 50 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، تماشيا وطبيعة التحكيم الاتفاقية من جهة، وتجنبنا لاستعماله كوسيلة مماثلة من الطرف السيئ النية من جهة أخرى¹⁶.

ثانيا : الاستثناءات الواردة على سلب الاختصاص من القضاء الوطني:

إن سلب اختصاص الفصل في المنازعات المتفق بشأن حالتها على التحكيم من القضاء الوطني لا يعني عدم وجود جسور للتعاون والمساعدة بين النظامين القضائي والتحكيمي، ولهذا ترك المشرع استنادا الباب مفتوح ... إلى القضاء بهدف مساعدة العملية التحكيمية لتحقيق الأهداف المرجوة منها ولهذا أجاز المشرع

في بعض الحالات الانسانية الاستتجاد بالقضاء سواء من قبل الأطراف أو المحكم لمساعدة التحكيم حيث يظهر ذلك من خلال النقاط التالية:

1 السماح باللجوء إلى القضاء الوطني للمساعدة في تعيين المحكمين:

نص المشرع الجزائري في نص المادة 1041 على ما يلي " ...في غياب التعيين وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يأتي:

1-رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

2-رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يرى في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الاجراءات المعمول بها في الجزائر".

ف نجد أن المشرع الجزائري سمح باللجوء إلى القضاء من أجل مساعدة التحكيم في تعيين المحكمين متى تعرضت العملية التحكيمية للعرقلة بسبب صعوبة التعيين خاصة بالنسبة للتحكيم الحر، وهذا الموقف يتماشى مع ماتضمنه قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في مادته الحادية عشر

2- إختصاص القضاء الوطني للمساعدة أثناء سير الخصومة التحكيمية.

إضافة إلى اختصاص القضاء الوطني في المساعدة على تشكيل الهيئة التحكيمية على ما سبق بيانه، يمنح له كذلك استثناء الإختصاص للتدخل في المساعدة أثناء سير الخصومة التحكيمية في مجال الأمور الاستعجالية والتحفظية، حيث أجاز المشرع الجزائري للمحكم أو الهيئة التحكيمية في حالة امتناع أحد الأطراف بتنفيذ التدابير التحفظية أو المؤقتة المتخذة من طرف المحكم إراديا، أن يطلب تدخل القاضي الوطني لحمل هذا الأخير على تنفيذ هذه التدابير جبرا عن طريق أمر يصدره.

المطلب الثاني : أثار اتفاق التحكم بالنسبة للأشخاص:

كغيرها من العقود اتفاقية التحكيم تنتج حقوق والتزامات بالنسبة للأطراف الموقعين عليها، كما يمكن أن تمتد هذه الآثار في بعض الحالات الاستثنائية إلى الغير، وعليه سنتناول وعلى ضوء الفكرتين دراسة أثار اتفاقية التحكيم بالنسبة للأشخاص.

الفرع الأول: أثار اتفاقية التحكيم بالنسبة للأطراف الموقعين عليها:

هناك تفسيرين يحددان المقصود بالأطراف أحدهما ضيق (أولا) والآخر موسع (ثانيا)

أولا: المفهوم الضيق للأطراف

باعتبار أن اتفاق التحكيم عبارة عن عقد، فإنه يخضع للأحكام العامة التي تحكم العقود بصفة عامة، وبالنسبة لآثار اتفاقية التحكيم على أطرافها باعتبارها عقد فإنه واستنادا لنص المادة 106 " فإن العقد شريعة المتعاقدين، ولا يجوز نقطة ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون" وينصرف مفهوم الطرف هنا إلى الأشخاص الذين يصدر عنه التعبير عن الإرادة للالتزام باتفاق التحكيم سواء جاء في صورة شرط تحكيم أو مشاركة تحكيم فكل شخص وقع على اتفاق التحكيم بالمعنى السابق يعتبر طرفا في العقد وتتصرف بالتالي إليه آثار العقد من حقوق والتزامات سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة كما هو الشأن بالنسبة لمن تكون له صلاحية التوقيع نيابة عن الشخص الأصلي عن طريق تمثيله في المعاملات التي يجريها مع الغير على غرار الشركة التجارية التي يوقع باسمها ممثلها القانوني وهو المدير أو رئيس مجلس الإدارة أو شخص مؤهل لذلك وهو الشخص الذي تحصل على تفويض بالتوقيع من طرف الممثل القانوني للشركة.

كما تجدر الإشارة إلى أن هناك خصوصية يتميز بها اتفاق التحكيم تتمثل في تنفيذ ما يكون دائما عينيا أي ضرورة قيام كل طرف بالمساهمة في اتخاذ اجراءات التحكيم والامتناع عن عرض النزاع على القضاء، فإذا خالف أحد الأطراف ذلك فإنه يكون قد أخل بالتزاماته الناتجة عن اتفاقية التحكيم، فلا يستطيع أحد الأطراف أن يتصل من الالتزامات الملقاة عليه بإرادته المنفردة بحيث ينقصها أو يعد لها، وإذا سعى إلى ذلك كان للطرف الآخر إجباره على تنفيذ التزاماته وهو ما يفسر تدخل القاضي الوطني أو رئيس مركز التحكيم متى تم الاحالة إلى تطبيق النظام الخاص به في تعيين المحكم عند تعذر ذلك وهو ما نصت عليه كذلك المادة 1041 في فقرتها الثانية على ما سبق بيانه بالنسبة للقاضي الوطني وكذلك المادة 11 فقرة 3 بند (ب) من القانون اليونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والمادة 08 فقرة 4 من قواعد غرفة التجارة الدولية بالنسبة للتحكيم المؤسساتي.

ثانيا: المفهوم الموسع للأطراف:

إن المفهوم الموسع للطرف في اتفاقية التحكيم هو الذي يرتكز على الاعتبارات الاقتصادية التي تربط بين مختلف الهياكل بالكيان الذي قام بإبرام العقد خاصة إذا تم استشارتها وأخذ رأيها قبل إبرام العقد أو أنها شاركت في المفاوضات إلى جانب الكيان الذي ابرم العقد ويهدف اعتماد المفهوم الموسع للطرف في اتفاق التحكيم والذي يستغرق إلى جانب من وضع العقد الشركات الأخرى المرتبطة به اقتصاديا إلى ضمان ملائمة المنفذ عليه فقيام المسؤولية التضامنية فيما بين أعضاء المجمعات مثل ما هو الأمر مثلا

بالنسبة لمختلف الفروع التابعة لشركة ما تكون أقدر مائة على تسديد القيمة النقدية الناتجة عن تعويض الضرر حيث ذهب اتجاه من الفقه إلى توسيع نطاق مفهوم الطرف ليشمل هذه الهياكل المرتبطة فيما بينها ارتباطا اقتصاديا وإن كانت من الناحية القانونية مستقلة عن بعضها البعض، كما هو الشأن بالنسبة لمجمعات الشركات "GROUPE DE SOCIÉTÉS" فإذا قامت أحد الشركات المنتمية إلى هذا المجمع بإبرام عقد يتضمن اتفاقية تحكيم فيسري اتفاق التحكيم في هذه الحالة على الشركات الأخرى المنتمية إلى نفس المجمع، كما هو الشأن مثلا بالنسبة لمجمع سونطراك الجزائرية، ويعتمد على هذا التفسير كذلك عندما تبرم الشركة الأم اتفاقية تحكيم بشأن مدى سريان هذا الاتفاق على باقي فروع الشركة الآخرين أو العكس.

إن اعتماد المفهوم الموسع للطرف في اتفاقية التحكيم أمر في غاية الصعوبة لأنه يقع بين متناقضين إذا نظرنا للأمر نظرة قانونية بحتة، فإنه يفترض تمتع كل شركة بشخصية قانونية مستقلة عن الشخصية القانونية لباقي الشركات المنتمية إلى نفس المجموعة، وهو ما ينطبق بالنسبة لعلاقة الشركات الفرعية مع الشركة الأم أو فيما بينها وعلى هذا فكل شركة تلتزم فقط بما أبرمته من اتفاقيات تحكيم عملا بمبدأ تلبية آثار العقد

وإذا نظرنا للعلاقة الاقتصادية التي تربط بين الشركة الأم بفروعها مثلا نجد أن هنال تبعية اقتصادية تامة لها، لأنها مجرد وسيلة لتحقيق إستراتيجية المجموعة أو الشركة الأم، وفي بعض الأحيان الشركات الفرعية تمضي العقود بما فيها اتفاقية التحكيم بناء على تعليمات وتوجيهات الشركة الأم أو المجموعة ككل، فنجد أن الشركة الأم أو المجموعة في حقيقة الأمر هي من يتفاوض ويمضي العقد وينفذه وإذا كان ذلك بصفة مستترة

بناء على ما سبق حاول المحكمون في مجال التجارة الدولية التوفيق بين الأمرين المتناقضين، حيث اعتبروا أن الأصل هو اعتماد النظرة أو التفسير القانوني الذي يقوم على تكريس مبدأ تلبية العقد وبالتالي اعتماد المفهوم الضيق فلا تلتزم شركة باتفاق التحكيم الذي أبرمته شركة أخرى تنتمي معها إلى نفس المجموعة غير أنه يمكن تبني المفهوم الموسع بحيث تمتد آثار العقد لتستغرق الشركات الأخرى إذا ثبت من الظروف المحيطة بهذا العقد وبالنظر إلى الروابط الاقتصادية التي تربطها بها وهو ما ذهب إليه البعض حيث يرى بتغليب فكرة الوحدة الاقتصادية الموجودة وراء فكرة التعدد القانوني للوحدات المكونة لهذه المجموعة وهو نفس الاتجاه الذي تبنته بعض الأحكام التحكيمية الدولية، مثلا الحكم الصادر من غرفة التجارة الدولية بباريس سنة 1991 في القضية رقم 6519¹⁷ وهو الحكم الذي يعتبر امتداد للحكم التحكيمي الصادر سنة 1982 في القضية رقم 4131 في القضية المعروفة بقضية DOWCHE

¹⁷- للإطلاع على الحكم أنظر: 1069 p. J D I 1991 n 6519 dqns l affaires sous sentence rendu en 1991 OBS-yev derain

MICAL وعليه فيمكن توسيع مفهوم الطرف بالنسبة لاتفاق التحكيم استنادا للحكمين السابقين ليشمل الشركات التي لم توقع عليه وفقا للشروط التالية:

-التمييز الفعلي أو الضمني للشركات الأعضاء في المجموعة

-المساهمة الفعالة في المفاوضات السابقة لإبرام العقد المتضمن اتفاق التحكيم.

-أن تكون هذه الشركات معنية بهذا العقد وبالمنازعات التي يمكن أن تتمخض عنه.

الفرع الثاني: آثار اتفاقية التحكيم بالنسبة للغير:

تقضي قاعدة الأثر النسبي للعقد أن لا تتصرف آثاره إلا للأطراف الذين وقعوه سواء بالمعنى الضيق أو الموسع الذي سبق بيانه إلا أنه إستثناء يمكن أن تمتد آثار اتفاقية التحكيم باعتبارها عقداً، خارج نطاق الأطراف الموقعين عليها، وهذا ما نجده كذلك ضمن القواعد العامة، حيث يمكن أن تتصرف آثار العقد إلى الموقعين وبإلخالف العام، و الخلف الخاص حيث يثور التساؤل بخصوص اتفاقية التحكيم ومدى امتداد آثارها للمدينين المتضامنين مع المدين الذي وقع الاتفاقية أو كفيل هذا الأخير، وهل تنتقل آثار الاتفاقية في حالة حوالة الحق أو حوالة الدين للشخص المحال إليه كما يطرح التساؤل كذلك في مدى انتقال آثار الاتفاقية في حالة إدماج شركة مع أخرى، هل الشركة الجديدة تنتقل إليها آثار اتفاقية التحكيم التي أبرمتها إحدى الشركات المدمجة؟.

بالنسبة للقانون الوطني يمكن الرجوع بهذا الصدد إلى المواد 110-111 - 113 من القانون المدني وكذلك الأحكام الخاصة بحوالة الحق وحوالة الدين ، المواد 239، 240،....الخ، والمواد 252، 254....الخ، وعلى صعيد التجارة الدولية فنجد امتداد آثار العقد عن طريق الحلول بالنسبة لما نصت عليه الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بضمان الإستثمار ضد المخاطر السياسية على غرار ما*

أما بالنسبة لقرارات التحكيم في هذه المسائل ففي بداية الأمر التزمت بتطبيق الأثر النسبي لاتفاقية التحكيم بحيث لا يتعدى اتفاق التحكيم إلا لمن وقع عليه وخلفهم العام والخاص إلا أن ظهر اتجاه آخر في التحكيم¹⁸ للقضاء الفرنسي بالنسبة لشرط التحكيم حيث جاء في حكم حديث لمحكمة النقض ما معناه أن شرط التحكيم لا ينشئ التزامات على عاتق المنتفع سواء الحقوق دون أن يترتب عليه التزامات وقد استنتج الفقه من ذلك إمكانية اشتراط شرط التحكيم لمصلحة الغير المنتفع به وعلى هذا الأساس يمكن للغير المنتفع بشرط التحكيم أن يتمسك بالشرط دون الالتزام به وهو ما يوافق الحكم الوارد في نص المادة 113 من القانون المدني حسب رأينا حيث أجازت أن يمتد أثر العقد عموماً إلى الغير إذا تعلق الأمر باكتسابه

¹⁸ - NOUR Eddine TERKI OP CITE p71 .

حقوق ومنعت أن تمتد إليه الالتزامات الموجودة في العقد الذي يوقعه، وعليه نرى أنه إذا تعلق الأمر بأن كان الغير هو من يتمسك باتفاق التحكيم الذي آل إليه عن طريق الحلول بأي شكل من الأشكال فلا يمكن للطرف الثاني أن يدفع في مواجهته بأنه يعتبر من الغير ولا يحق له التمسك باتفاق التحكيم لأن الأمر هنا يتعلق بانتقال الحق إليه بموجب اتفاقية التحكيم، أما في الحالة العكسية والتي يتمسك فيها الخصم بالتزام خصمه الذي لم يوقع اتفاقية التحكيم والتي آلت إليه عن طريق الحلول فيشترط في ذلك سواء موافقته الصريحة أو الضمنية حسب الأحوال ووفقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية في المعاملات فإذا كان يفترض علمه بآثار انتقال اتفاق التحكيم إليه مثلا كما هو الشأن بالنسبة لحالة دمج الشركات وغيرها فلا يستطيع أن يحتج في مواجهة الطرف الآخر بأنه ليس هو من وقع معه اتفاقية التحكيم على أساس أنه يفترض علمه بذلك قبلا عند إعداد الدراسة القانونية لعملية الدمج وما يترتب عنها من آثار.

الفصل الثالث: تنظيم التحكيم التجاري الدولي:

تناول المشرع الجزائري تنظيم التحكيم التجاري الدولي في القسم الثاني من الفصل السادس الخاص بالاحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي حيث تطرق في هذا القسم الى مختلف المسائل المتعلقة بتنظيم التحكيم التجاري الدولي انطلاقا من تشكيل محكمة التحكيم، ثم تحديد القواعد الخاصة بسير الخصومة التحكيمية ثم تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، و عليه و على ضوء هذه المسائل سنتناول فيما يلي دراسة الاحكام الخاصة بتنظيم التحكيم التجاري الدولي وفقا لما هو مقرر في القانون الجزائري.

المبحث الاول: تشكيل محكمة التحكيم:

تطرق المشرع الجزائري للمسائل المتعلقة بتشكيل محكمة التحكيم في نص المادتين 1041 و 1042 حيث جعل الامر في يد الاطراف،الذين ترك لهم حرية الاختيار الكاملة في اعتماد القواعد الخاصة بتعيين المحكم و المحكمين و استثناءا سمح باللجوء الى القضاء لطلب المساعدة في تعيين المحكم او المحكمين و عليه سوف تتناول هذا المبحث في مطلبين تخصص الاول منهما الى تشكيل محكمة التحكيم من قبل الاطراف اما المطلب الثاني فسوف تتناول فيه التشكيل الذي يكون بمساعدة القضاء الوطني.

المطلب الاول: تشكيل محكمة التحكيم من قبل الاطراف :

نصت الفقرة الاولى من نص المادة 1041 على ما يلي " يمكن للاطراف مباشرة او بالرجوع الى نظام تحكيم, تعيين المحكم او المحكمين او تحديد شروط تعيينهم و شروط عزلهم او استبدالهم".

على ضوء نص هذه الفقرة نتناول المسائل المتعلقة بتشكيل محكمة التحكيم من قبل الاطراف, و قبل ذلك نشير الى ان تشكيل محكمة التحكيم حسب ما جاء في نص الفقرة لا يتعلق فقط بتعيين المحكمين بل يستغرق كذلك المسائل المتعلقة بعزلهم او استبدالهم, و عليه سوف نجمل دراسة جميع المسائل المتعلقة بتعيين المحكمين و عزلهم و استبدالهم من قبل الاطراف سواء في اطار التعيين الحر(فرع اول) او التعيين المؤسساتي(فرع ثاني).

الفرع الاول : التعيين الحر (التعيين المباشر)

يمكن للاطراف تعيين المحكم او المحكمين مباشرة في اتفاقية التحكيم و التعيين المباشر يتخذ صورتين:

أولاً : التعيين بالاسماء و الالقاب :

في هذه الصورة يتولى الاطراف تعيين المحكم او المحكمين بالاسم و اللقب أي يكون التعيين دقيقا في هذه الحالة ، و اذا نشب نزاع بين الطرفين لا يمكن اللجوء الى محكم اخر من غير الذي تم تعيينه، الا اذا كان هناك سبب وجيه كما لو انه اصبح قابلا للرد او الاستبدال على ما سيأتي بيانه لاحقا.

و اذا كانت التشكيلة احادية فيتم اختيار المحكم من قبل الاطراف، اما اذا كانت التشكيلة جماعية فيمكن تحديد اسماء المحكمين الثلاثة في اتفاقية التحكيم كما يمكن الاكتفاء بذكر المحكم المعين من قبل كل طرف و يترك امر تعيين المحكم المرجح للمحكمين, و في حالة اعتماد التشكيلة الجماعية من قبل الاطراف فانه يتوجب عليهم اعتماد عددا وترا للتشكيلة ،و ذلك من اجل تفادي الوقوع في فخ تساوي اصوات المحكمين عند فصلهم في المنازعة المطروحة امامهم, و لهذا اوجب المشرع الجزائري في نص المادة 1017 اعتماد عدد فردي اذا اختار الاطراف التشكيلة الجماعية لمحكمة التحكيم, هذا وقد اوجب المشرع الجزائري مراعاة بعض الشروط عند تعيين المحكم نتناولها فيما يلي/ الصفحة 3

أ) ان يكون المحكم من الاشخاص الطبيعيين المتمتعين بحقوقهم المدنية:

اشترط المشرع الجزائري ان يتم تعيين المحكم من بين الاشخاص الطبيعيين المتمتعين بحقوقهم المدنية فلا يكون به عارض من عوارض الاهلية و لا يكون محروما من ممارسة حقوقه المدنية بسبب تعرضه الى عقوبة ما, و هذا استنادا لنص الفقرة الاولى من المادة 1014 ق.ا.م، حيث نصت على مايلي "لاتسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي الا اذا كان متمتعا بحقوقه المدنية"

اما اذا اتفق الاطراف على تعيين شخص معنوي ليتولى مهمة التحكيم فيتولى هذا الاخير تعيين عضو او اكثر حسب الحالة من اعضائه، - الاشخاص الطبيعيين - بصفة محكم .

ونشير بهذا الصدد الى ان اسناد الاطراف مهمة التحكيم الى شخص معنوي لا يقصد به حالة اللجوء الى التحكيم المؤسساتي، لان هذا الاخير له نظامه القانوني الخاص به على ما سيأتي بيانه، و انما يقصد به حالة اختيار شخص معنوي معين ليتولى الفصل في النزاع القائم او الذي يمكن ان يقوم بين الأطراف و في هذه الحالة يتولى الشخص المعنوي تعيين واحد او اكثر من اعضائه - الاشخاص الطبيعيين - بصفة محكم حسب مقتضيات النظام الداخلي لهذا الشخص المعنوي فقد يكون ذلك من صلاحيات المدير او المسير او رئيس الجمعية...الخ، و قد يكون من صلاحيات مجلس الادارة او مكتب الجمعية...الخ، و هذا خلاف التحكيم المؤسسات الذي نجد ان النظام الداخلي لهيئات التحكيم تخول الاطراف اختيار المحكم أو المحكمين من ضمن القائمة الاسمية سواء المعتمدة من قبل هذه الهيئات او خارج القائمة حسب الحالة و في غياب ذلك يتولى رئيس هذه الهيئة تعيين محكم او محكمين من بين الاسماء الموجودين في القائمة المعتمدة من طرف الهيئة I

و هناك بعض المراكز المتخصصة في التحكيم من لا تجيز لاعضاء مجلسها و لجانها او المدير المركزي يكون محكما لنظر أي نزاع معروض على المركز

ب (الاستقلالية والحياد:

عرف البعض الاستقلالية بأنها: "حالة واقعية قوامها مجموعة نت العوتمل والظروف التي يجب توافرها حتى ينأى القاضي ال المحكم بنفسه في اداء مهمته عن تبعيته للمحتكم الذي اختاره" و قد عرفته محكمة استئناف القاهرة بأنه: "عدم ارتباط المحكم بأي رابطة تبعية خصوصا بأطراف النزاع او الدولة وعدم وجود روابط مادية أو ذهنية تتنافى مع استقلاله بحيث تشكل خطرا يؤكد الميل الى جانب أحد اطراف التحكيم ، ومن هنا فإنه يتنافى مع استقلال المحكم ان يكون لديه مصالح مادية مشتركة او ارتباطات مالية مع من طرفي الخصومة المعروضة عليه أو اذا كان المحكم ينتظر من أحد الاطراف ترفيحا أو ترقية أو يكون خاضعا لتأثيره أو توجيهه أو يكون خاضعا لتأثير وعد أو وعيد منه كأن يباشر تقديم استشارات أو مساعدة فنية لاحد أطراف النزاع مقلبل أجر أثناء سير اجراءات التحكيم أو يعمل مستشارا بمقابل لشركة تابعة للشركة الفابضة التي يتبعها أحد أطراف التحكيم، أو إذا تم تعيينه كمستخدم لدى أحد اطراف التحكيم في اليوم التالي لاصدار الحكم التحكيم"

أما الحياد فهو " خلو الذهن من جانب المحكم من أي ميل أو تعاطف مسبق مع وجهة نظر احد أطراف الخصوم في النزاع الذي سيفصل فيه ، بحيث يجلس المحكم على مائدة التشاور خال الذهن الا من حسن اداء وظيفته القضائية بصرف النظر عن الطريقة التي تم بها تعيينه "

يشترط في الشخص الذي يتم تعيينه ان يكون حياديا ومستقلا عن اطراف النزاع ، حتى اذا كانت التشكيلة جماعية اين يقوم كل طرف بتعيين محكم من قبله فإن هذا الاخير يجب ان يباشر الجلسات التحكيمية بصفته محكما مستقلا يدرس النزاع انطلاقا مما يحدده القانون الواجب التطبيق مراعيًا في ذلك تحقيق العدالة ولو كان الامر في غير صالح الطرف الذي عينه ، وقد اشترط المشرع الجزائري في المحكم ان يكون مستقلا وهذا ما يفهم من نص المادة 1016 ق إ م إ عندما جعلت عدم الاستقلالية سببا يجيز للأطراف طلب رد المحكم وتتحقق عدم الاستقلالية خاصة اذا كانت للمحكم مصلحة تربطه مع احد اطراف النزاع مهما كانت طبيعة هذه المصلحة او وجود علاقة اقتصادية بينهما كأن يكون شريكا او يملك اسهم لدى شركة طرف في النزاع ، أو توجد علاقة قرابة بين المحكم وواحد من اطراف النزاع سواء مباشرة أو عن طريق وسيط ، اما المادة 11 من قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية فقد نصت صراحة على هذا الشرطين .

ج) قبول المحكم او المحكمون بالمهمة المسندة اليهم :

و هذا ما نصت عليه المادة 1015 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية حيث نصت على مايلي : "لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا الا اذا قبل المحكم او المحكمون بالمهمة المسندة اليهم "، فان لم يقبل هذا الاخير القيام بمهمة التحكيم وجب على الاطراف استبداله بمحكم اخر يقبل بهذه المهمة، ولكن قد يستنتج القبول بصفة ضمنية من قبل المحكم اذا باشر اجراءات التحكيم و فصل في النزاع المطروح امامه ، ونجد الشرط نفسه منصوص عليه في المادة الحادية عشر 11 من القواعد الخاصة بغرفة التجارة الدولية (icc) في فقرتها الثانية حيث نصت على ما يلي : "يوقع المحكم المحتمل قبل تعيينه أو تأكيده ، اقرارا يبين قبوله...."

فبالاضافة الى الشروط القانونية الالزامية المشار اليها سابقا بخصوص ان يكون المحكمون من الاشخاص الطبيعيين المتمتعين بحقوق المدنية، والاستقلالية ، و قبولهم المهمة المسندة اليهم، يجب كذلك ان تتوفر فيهم الصفات والشروط المتفق عليها بخصوص المؤهلات التي يجب ان يتمتع بها المحكم كالاتفاق مثلا على اشتراط ان يكون متمتعا بخبرة معينة في مجال معين، أو اشتراط ان يكون من رجال القانون، أو من جنسية محايدة أو اتقان اللغة التي حرر بها العقد... الخ

ثانيا: التعيين بالشروط و الصفات :

يمكن للأطراف تعيين المحكم أو المحكمين المشكلين لمحكمة التحكيم بالشروط و الصفات لا بذكر أسماءهم و القابهم و في هذه الحالة يضع الاطراف الشروط و الصفات التي يتوجب توفرها في المحكم الذي يتم اللجوء اليه للفصل في النزاع الذي يمكن ان يثور بين الاطراف او النزاع القائم بينها و في هذه الحالة يجب ان يحترم كل طرف عند تعيينه للمحكم الشروط و الصفات المتفق عليها, و الا كان ذلك سببا لطلب استبداله من قبل الطرف .

الفرع الثاني: التعيين النظامي.

يمكن الأطراف اختيار النظام الخاص بهيئة أو مركز دائم متخصص في التحكم فيما يتعلق بتشكيل محكمة التحكيم، وبهذه الطريقة تسهل الأمر على الأطراف، ذلك أن هذه الهيئات المتخصصة تعد مسبقا تظم أسماء المحكمين المعتمدين لديها، بعد انتقائهم وفقا لمعايير خاصة كالاختصاص والكفاءة والنزاهة... الخ.

و نشير بهذا الخصوص إلى أن دور مراكز التحكيم يبقى تكميلي فيما يتعلق بتشكيل هيئة التحكيم، ذلك أن الأمر يبقى دائما حاضعا لإرادة أطراف اختيار المحكمين المدرجين في القوائم الخاصة والمعتمدة من طرف هذه المراكز، واستثناءا تتدخل هذه المراكز في المساعدة على تعيين المحكم أو المحكمين إذا اقتضت الحاجة ذلك، وهذا ما هو منصوص عليه في الأنظمة الداخلية المسيرة لهذه الهيئات والمراكز الدائمة، نذكر على سبيل المثال: النظام الخاص بالمركز الدولي لفض منازعات الاستثمار ICSID الذي أنشأ بموجب اتفاقية واشنطن حيث تتألف المحكمة من محكم واحد أو من عدد من المحكمين يعينون طبقا لإتفاق الأطراف ، وفي حالة عدم الاتفاق بين الأطراف بشأن عدد المحكمين و طريقة تعيينهم تضم المحكمة ثلاثة محكمين، يعين كل طرف محكم واحد، أما المحكم الثالث والذي هو رئيس المحكمة فإنه يعين بالاتفاق بين الأطراف ، ولا يجوز للأطراف اختيار محكمين من خارج قائمة المحكمين المعتمدين من قبل المركز. ، وإذا لم تتشكل المحكمة خلال التسعين 90 يوما التالية للاخطار بتسجيل الطالب، يقوم الرئيس بناء على طلب الخصم صاحب المحكمة في التسجيل وبقدر الإمكان بعد التشاور مع الأطراف بتعيين المحكم أو المحكمين، وفي هذه الحالة يجب أن لا يكون المحكم من رعايا دولة طرف في النزاع، أو الدولة التي يكون أحد رعاياها طرف في النزاع.

أما القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي -الاونسترال- فقد أقر أحكاما مشابهة حيث أنه منح للطرفين الحرية الكاملة في تعيين المحكمين باتفاقهما، وفي غياب الاتفاق، فإذا كانت التشكيلة جماعية يعين كل واحد من الطرفين محكما ، ويقوم الأخيران بتعيين المحكم الثالث سواء تعلق الأمر بتعيين المحكمين أو عزلهم واستبدالهم وحتى ردهم.

و إذا لم يتم أحد الأطراف بتعيين المحكم الخاص به خلال الثلاثين 30 يوما الموالية لتسلمه الطلب أو إذا لم يتم المحكمان بتعيين المحكم الثالث خلال نفس المدة وجب اللجوء إلى الاستعانة بالقضاء الوطني لتعيين المحكم.

أما إذا كانت التشكيلة تتكون من محكم فرد ولم يستطيع الطرفان الوصول إلى إتفاق بشأنه وجب على من يهيمه الأمر طلب مساعدة القضاء الوطني.

كما أنه وبناء على النظام الداخلي لغرفة التجارة الدولية، فيجب أن تشكل هيئة التحكيم من محكم واحد أو ثلاثة محكمين حسب الحالة وبتعيين على الأطراف في حالة عدم اتفاقهم على عدد المحكمين تعيين محكما خلال خمسة عشر 15 يوما عن تسلمهم الاخطار وفي حالة عدم تعيينهم للمحكم تتولى محكمة غرفة التجارة الدولية التعيين، فإذا تعلق الأمر بتشكيلة أحادية فيجوز للأطراف الاتفاق على تسمية محكم قصد تثبيته من قبل محكمة الغرفة خلال ثلاثين 30 يوما من تسلمهم الطلب الذي تقدم به المدعي أو خلال المهلة الإضافية التي قد تمنحها الأمانة العامة للغرفة، و إذا اتفق الأطراف على تشكيلة ثلاثية يعين لكل طرف محكم خاص به في الطلب وفي الرد على التوالي بهدف تثبيته وإذا لم يعين أحد الأطراف محكما تقوم المحكمة التابعة للغرفة بالتعيين كما تقوم هذه الأخيرة بتعيين المحكم الثالث والذي سوف يتولى رئاسة هيئة التحكيم ما لم يكن الأطراف قد اتفقوا على إجراء آخر لتعيينه ففي هذه الحالة إذا لم يؤدي الإجراء المتفق عليه بين الأطراف إلى تسمية المحكم الثالث الذي يرأس الهيئة التحكيمية خلال 30 ثلاين يوما من تاريخ تعيين أو تثبيت المحكمين الآخرين أو خلال أي مدة متفق عليها بين الأطراف أو محددة من محكمة الغرفة تعين هذه الأخيرة المحكم الثالث.

وفي حالة عدم قدرة الأطراف على الاتفاق على طريقة تشكيل هيئة التحكيم على ما سبق بيانه ، تتولى محكمة الغرفة تعيين جميع أعضاء هيئة التحكيم مع مراعاة إستقلاليتهم و حيادهم.

الفرع الثالث: عزل المحكمين و ردهم و استبدالهم

نشير أولا الى ان استبدال المحكم يخضع لنفس الشروط المتعلقة بالتعيين السابق ذكرها، وقد يكون ذلك بسبب وفاة المحكم او فقدان اهليته او رفضه اداء هذه المهمة، وقد يكون ذلك بسبب عزل المحكم او رده.

أولا: عزل المحكم:

يمكن للطرفين عزل المحكم بناء على سبب جدي و مشروع و المتمثلة عادة في عدم قيامه بالالتزامات الملقاة على عاتقه بمناسبة قبوله القيام بمهمة التحكيم مثل عدم القيام أو التأخر دون مبرر مقبول في

مباشرة الاجراءات الخاصة بالتحكيم ، أو اخلاله بالالتزام بواجب السرية...الخ فهذه الاسباب وغيرها تكون موجبة لطلب عزل المحكم، واذا تم عزل المحكم دون سبب جدي ومشروع فيمكنه مطالبتهم بالتعويض عن الاضرار التي لحقت به نتيجة العزل التعسفي.

ولا يمكن لاحد الاطراف ان يقرر عزل المحكم من تلقاء نفسه، بل يشترط ان يكون ذلك اما باتفاق الاطراف او بناء على حكم قضائي في حالة عدم التوصل الى اتفاق على ذلك من قبل الاطراف حتى و ان كان الطرف هو من قام بتعيين المحكم بارادته المنفردة في حالة التشكيلة الجماعية ،ذلك ان المحكم بعد تعيينه و قبوله المهمة المسندة اليه يصبح مستقلا تماما عن الطرف الذي عينه و لهذا نجد ان المشروع الجزائري اشترط موافقة جميع الاطراف لعزل المحكمين في حالة تقرر تمديد اجال التحكيم في نص المادة 1018 ق إ م إ حيث نصت في فقرتها الاخيرة على ما يلي : "لا يجوز عزل المحكمين خلال هذا الاجل الا باتفاق جميع الاطراف".

ثانيا : رد المحكمين:

تناول المشرع الجزائري المسائل المتعلقة برد المحكم في نص المادة 1016 ق.ا.م.ا حيث نصت على ما يلي : " يجوز رد المحكم في الحالات الاتية:

- 1-عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الاطراف.
 - 2-عندما سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الاطراف
 - 3-عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع احد الاطراف مباشرة او عن طريق وسيط.
- لايجوز رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه أو شارك في تعيينه إلا لسبب علم به بعد التعيين.
- تبلغ محكمة التحكيم و الطرف الاخر دون تأخير بسبب الرد.
- في حالة النزاع اذا لم يتضمن نظام التحكيم كليات تسويته او لم يسع الاطراف لتسوية اجراءات الرد يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمله التعجيل. هذا الامر غير قابل لاي طعن "
- باستقراء نص هذه المادة يتضح لنا ان رد المحكم يستلزم توفر شرطين:

أ) ان يتعلق الامر بالحالات الواردة في نص المادة 1016

حيث اجاز المشرع طلب رد المحكم بناء على الحالات التالية:

1- عندما لا تتوافر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الاطراف:

و تثار هذه المسائل عندما يتم تعيين المحكمين من قبل الاطراف بالمؤهلات و الصفات على ما سبق بيانه ففي هذه الحالة يجوز لاحد الاطراف طلب رد المحكم اذا لم تكن تتوافر فيه المؤهلات المتفق عليها في اتفاق التحكيم أو اذا طرأ سبب الرد بعد التعيين.

ونشير بهذا الخصوص الى انه يجوز للأطراف طلب رد المحكم اذا لم تحترم الشروط القانونية السالف ذكرها عند تعيينه متى تم ابرام اتفاق التحكيم طبقا للقانون الجزائري كأن لم يكن متمتعا بحقوقه المدنية نتيجة ادانته في جرم معين.

2- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الاطراف :

عندما يتفق الاطراف على اللجوء الى التحكيم المؤسسي فيما يتعلق بتعيين المحكم او اجراءات التحكيم ففي هذه الحالة يطبق النظام الخاص بمركز التحكيم المشار اليه فيما يتعلق بحالات الرد المعتمدة في هذا النظام.

3- عندما يتبين بشبهة مشروعة في استقلالية المحكم و حياده:

يمكن طلب رد المحكم متى تبين لاحد الاطراف وجود شبهة مشروعة تحول دون ضمان استقلاليته و حياده و نزاهته , كما لو كان يحمل جنسية احد اطراف الخصومة او له مصلحة معه او وجود علاقة تنتج عنها تبعية قانونية او اقتصادية له وقد وافق اخذ المشرع الجزائري بهذا السبب ما هو معتمد ضمن قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية.

(ب) ان لا يكون المحكم قد اخطر الاطراف بسبب الرد :

بناء على الحكم الوارد في الفقرة الثانية من المادة 1015 ق.ا.م.إ و التي نصت على مايلي : " ...اذا علم المحكم أنه قابل للرد، يخبر الاطراف بذلك ولايجوز له القيام بذلك الا بعد موافقتهم ."

فالمحكم اذا علم بسبب من اسباب الرد على ما سبق بيانه فانه يتوجب عليه اخطار الاطراف, و لا يباشر عملية التحكيم الا اذا وافق الاطراف على ذلك, سواء بصفة صريحة, او ضمنية كما لو قبلو مباشرة اجراءات التحكيم دون اثاره المسالة, رغم اخطارهم بذلك , وعليه ففي هذه الحالة لا يجوز

للأطراف التمسك بحقهم بطلب رد المحكم، ذلك ان اخطارهم بسبب الرد من قبل المحكم و موافقتهم و عدم اعتراضهم يسقط حقهم بطلب الرد فيما بعد والا اعتبر ذلك قرينة على سوء نيتهم ،كما أن علم المحكم بسبب الرد وعدم اخطاره للأطراف بذلك يكون موجبا لقيام مسؤوليته المدنية استنادا لنص المادة السالفة الذكر وبناءا على القواعد العامة بهذا الشأن متى احدث ذلك ضررا لاحد الطرف .

(ج) ان يكون سبب الرد قد ظهر او تم العلم به بعد التعيين :

هذا الشرط يتعلق بالحالة التي يشارك فيها الاطراف في تعيين المحكم سواء يتعلق الامر بالتحكيم الحر او التحكيم المؤسساتي الذي يخول الاطراف تعيين المحكم من ضمن القائمة المعتمدة، فلا يجوز بالتالي للطرفين التمسك برد المحكم الذي عينه كل واحد منهم او شارك في تعيينه الا اذا ظهر سبب الردو استجد بعد التعيين او ان الطرفين لم يكونا على علم بسبب الرد عند تعيينهم اياه، و بمفهوم المخالفة فاذا تم رفع دعوى ترمي الى رد المحكم بناءا على سبب كان يعلمه الطرف رافع الدعوى و استطاع خصمه ان يثبت ذلك، فانه يكون موجبا لرفض دعواه بناءا على الفقرة 4 من نص المادة 1016 ق.ق.ا.م.إ.

(د) وجوب اثاره الرد قبل أي دفاع في الموضوع :

يدخل طلب رد المحكم او المحكمين في المسائل المتعلقة بالاختصاص الخاص بمحكمة التحكيم و عليه و استنادا لنص المادة 1044 ق.ا.م.إ فانه يجب اثاره الدفوع المتعلقة بالاختصاص قبل أي دفع في الموضوع و بمفهوم المخالفة فان عدم اشارة ممثل هذا الدفع قبل الخوض في موضوع النزاع، يعد تنازلا من الطرف الذي تقرر له حق التمسك به و موافقة ضمنية منه على استمرار في عملية التحكيم بالرغم من وجود سبب الرد.

و اذا تمسك احد الاطراف بعدم اختصاص محكمة التحكيم بناءا على وجود حالة من حالات الرد سواء الاتفاقية او النظامية، او القانونية على ما سبق بيانه فان محكمة التحكيم تصدر بذلك حكما أوليا تفصل به في الدفع المشار امامها.

مما تقدم يتضح لنا أن الرد يكون بناءا على اسباب محددة وفقا لما سبق ذكره خلافا للعزل الذي يكون نتيجة اخلال المحكم بالالتزامات الملقاة على عاتقه بمناسبة قبوله القيام بهذه المهمة ،كما أن الرد في أغلب الاحيان يتم اثارته في بداية الامر باعتباره يندرج ضمن المسائل المتعلقة بالاختصاص والتي يجب اثارته قبل اي دفاع في الموضوع خلافا للعزل، الا اذا ظهر سبب الرد بعد مباشرة اجراءات التحكيم ففي هذه الحالة يتداخل فيها الرد والعزل و حتى التنحي ، فقد يعلم المحكم بسبب الرد ويباشر هو بطلب تنحيته ، وقد لايعلم المحكم بذلك أو يسبق علم الاطراف فيطلبوا رده في مثل هذه الحالة ، وقد يتأخر علم

الاطراف باستجداد سبب الرد مع علم المحكم بذلك و مرور وقت كاف لم يخطرهم بالامر، ففي هذه الحالة يكون ذلك موجبا لعزله على ما سبق بيانه.

ثالثا: استبدال المحكمين:

يتم استبدال المحكم بمحكم آخر في حالة وفاة المحكم الأول أو تحييه أو عزله أو رده ، وفي هذه الحالة يجب ان تتوفر في المحكم الذي يخلفه الشروط والمؤهلات القانونية والنظامية والاتفاقية السابق الاشارة اليها.

المطلب الثاني: تشكيل محكمة التحكيم عن طريق اللجوء إلى القضاء الوطني :

يحدث أن يتماطل أحد الأطراف في تعيين المحكم بهدف عرقلة عملية التحكيم، خاصة بعد نشوب النزاع سواء بالامتناع عن المشاركة في تعيين محكم إذا تعلق الأمر بمحكم فرد أو عدم تعيين محكم من قبله في حالة التشكييلة الثلاثية وهو ما يحول بالضرورة دون الوصول إلى تشكيل محكمة التحكيم، ويعيق بالتالي عملية التحكيم.

و قد رأينا أنه فيما يتعلق بالتحكيم المؤسستي لا يطرح إشكال، ذلك أن النظام الخاص بالهيئات والمراكز الدائمة والمتخصصة في التحكيم، قد تصدت لمثل هذه الحالة وسمحت للطرف الذي يهمله الأمر بأن يطلب من هذه المراكز والهيئات التدخل بتعيين و تشكيل محكمة التحكيم وفق الإجراءات السالف ذكرها إلا أن المشكل يبقى مطروحا بالنسبة للتحكيم الحر، ومن أجل ذلك تدخلت التشريعات الوطنية لحل مثل هذا المشكل والسماح للطرف الذي يهمله الأمر اللجوء إلى القضاء الوطني من أجل المساعدة في تشكيل محكمة التحكيم ،وبالتالي تفعيل عملية التحكيم وهو الحل الذي نصت عليه المادة 11 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والمشرع الجزائري لم يشذ عن هذه القاعدة، ذلك أنه سمح في نص المادتين 1041 و1042 اللجوء إلى القضاء الوطني من أجل المساعدة في تعيين المحكمين وعليه معتمدا في ذلك على ضابطين يتحدد من خلالهما تحديد المحكمة المختصة التي يقدم امامها طلب تعيين المحكم وهما مكان اجراء التحكيم (فرع أول) و مكان ابرم أو تنفيذ العقد (فرع ثاني)

الفرع الأول: مكان اجراء التحكيم كضابط لتحديد المحكمة المختصة إقليميا:

اعتمد المشرع الجزائري في نص المادة 1041 ق.ا.م.إ على مكان اجراء التحكيم كضابط لتحديد المحكمة المختصة إقليميا للنظر في الدعوى الرامية إلى تعيين المحكم حيث حيث نصت على مايلي : " ... في غياب التعيين وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين او عزلهم أو استبدالهم ، يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يأتي :

1-رفع الأمر الى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم ،إذا كان التحكيم يجري في الجزائر،

2-رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج ، واختار الاطراف تطبيق قواعد الاجراءات المعمول بها في الجزائر."

فلاحظ بالتالي أن نص المادة ميز بين حالتين، نتناولهما فيما يلي:

أولاً: إختصاص رئيس المحكمة الذي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم:

إذا كان الأطراف اتفقوا على إجراء التحكيم فوق إقليم الدولة الجزائرية ففي هذه الحالة و استنادا لنص المادة 1041 ق.ا.م.إ فإنه المحكمة المختصة إقليميا بتعيين المحكم هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها الإقليمي مكان إجراء التحكيم، حيث يتم رفع الدعوى المتضمنة طلب تعيين المحكم أعزله أو استبداله، أمام رئيس المحكمة.

ثانياً: إختصاص رئيس محكمة الجزائر "العاصمة"(محكمة مقر المجلس):

يتم رفع الدعوى الرامية إلى تعيين المحكم إلى رئيس محكمة الجزائر، ولكن ذلك مرهون بتوفر شرطين هما:

- أن يكون الطرفان قد إتفقوا على إجراء التحكيم في مكان خارج نطاق إقليم الدولة الجزائرية.
- أن يكون الطرفان قد اختاروا تطبيق قانون الإجراءات المدنية والإدارية كقانون منظم للخصومة التحكيمية في إتفاقية التحكيم.

فإذا توفر هذان الشرطان جاز للطرف الذي يهمة التعجيل رفع دعوى إلى رئيس محكمة الجزائر العاصمة- محكمة سيدي أمجد باعتبارها محكمة مقر المجلس- تهدف إلى تعيين المحكم.

ولكن قد يحدث أن لا يشير الأطراف في إتفاقية التحكيم إلى مكان إجراء التحكيم ففي هذه الحالة لا يمكن تطبيق الحلول الواردة في نص المادة 1041 ق.ا.م.إ بشأن تحديد المحكمة المختصة بتعيين المحكم و لهذا حاول المشرع النص على الحل في مثل هذه الحالة في نص المادة 1042 ق.ا.م.إ و تتناول فيما يلي:

الفرع الثاني: مكان إبرام أو تنفيذ العقد كضابط لتحديد المحكمة المختصة بتعيين المحكم.

عالج المشرع الجزائري الحالة التي يغفل فيها الأطراف تحديد مكان إجراء التحكيم وهو- ما يؤدي بالضرورة إلى عدم القدرة على معرفة المحكمة المختصة لتعيين المحكم استنادا لنص المادة 1041 ق.ا.م.إ.، في نص المادة 1042 ق.ا.م.إ. باعتماد ضابط آخر وهو مكان إبرام أو تنفيذ العقد حيث نصت على ما يلي: "إذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في إتفاقية التحكيم يؤول الإختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ " ويقصد بالعقد هنا العقد التجاري الدولي موضوع النزاع بين الطرفين، ويجب أن نشير بهذا الخصوص إلى أن هناك من اعتبر أن نص المادة 1042 ق.ا.م.إ. مبهم وهذا راجع حسب حسبهم الى كون صياغة نص المادة غير سليمة، ذلك أن المشرع قصد من خلال هذه المادة سد الفراغ الذي من الممكن أن يتركه عدم تحديد الأطراف لمكان إجراء التحكيم، أو أن يترك أمر تحديده لمحكمة التحكيم، وبحكم أن تشكيل محكمة التحكيم مسألة سابقة على تحديد هذه المحكمة لمقرها فإنه من غير الممكن في هذه الحالة تحديد الاختصاص في تعيين المحكمين وتشكيل محكمة التحكيم وفقا لنص المادة 1041 ق.ا.م.إ. التي تطبق فقط على الحالة التي يكون فيها مكان التحكيم محدد مسبقا وبالتالي كان على المشرع إيجاد ضابط آخر لمواجهة الحالة التي لا يكون فيها مكان التحكيم معلوما قبل تشكيل محكمة التحكيم، وهو الغرض الذي تصدى له بالضابطين الواردين في نص المادة 1042 ق.ا.م.إ. ولكن الصياغة التي اعتمدها المشرع شوهت الحل الذي وضعته، فبدلا من النص على الحالة التي لا يتفق فيها الأطراف على مكان إجراء التحكيم استعملت عبارة " إذا لم تحدد الجهة القضائية لمختصة في إتفاقية التحكيم" فكان على المشرع بالتالي صياغة النص حسب رأي البعض على الشكل التالي " إذا لم يحدد مكان إجراء التحكيم في إتفاقية التحكيم يؤول الإختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ".

ونحن بدورنا نؤيد هذا الطرح لأنه يزيل اللبس والإعتقاد بأن هناك تناقض بين البضوابط المعتمدة في نص المادتين 1041 و1042 ونتمنى أن يتم تدارك الأمر بمناسبة أي تعديل مستقبلي يمس قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أما بخصوص إنتقاد البعض لنص المادة 1042 ق.ا.م.إ. بشأن الضابطين المعتمدين في حالة عدم إتفاق الأطراف على اختيار مكان إجراء التحكيم وهما ضابط مكان إبرام العقد او مكان تنفيذه بالتسائل ما إن كان الإختيار بين الضابطين يدخل في نطاق إدارة الأطراف فإننا لا نرى في ذلك أي مشكل طالما أن الضابطين يتعلقان بتحديد الإختصاص الإقليمي للمحكمة المختصة بتعيين المحكم، وفي الكثير من الحالات نجد أن القانون يعتمد أكثر من ضابط لتحديد المحكمة المختصة إقليميا¹⁹ ويمنح بالتالي لرافع الدعوة الخيار بين أكثر من محكمة مختصة إقليميا بالنظر في الدعوى.

¹⁹ انظر مثلا المادة 40 ف 8 و المادة 39 ف 3 ف 4 ف 5

ويمكن أن نخلص من خلال ما سبق إلى أن المحاكم الجزائرية قد يؤول لها إختصاص تعيين المحكم

- إذا حدد الأطراف مكان إجراء التحكيم في الجزائر حيث يؤول اختصاص تعيين المحكم في هذه الحالة للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إجراء التحكيم.

- إذا حدد الأطراف مكان إجراء التحكيم خارج إقليم الدولة الجزائرية و اختاروا تطبيق قانون الإجراءات المدنية الجزائرية ليحكم خصومهم التحكيمية، ففي هذه الحالة يؤول الاختصاص لمحكمة الجزائر.

-إذا لم يحدد الأطراف مكان إجراء التحكيم وكان كلا من مكان إبرام العقد ومكان تنفيذه على إقليم الدولة الجزائرية ففي هذه الحالة يمكن لمن يهمله التعجيل رفع دعواه إما أمام المحكمة التي يتبع دائرة اختصاصها الإقليمي مكان إبرام العقد أو المحكمة التي يتبع دائرة اختصاصها الإقليمي مكان تنفيذ العقد.

-إذا لم يحدد الأطراف مكان إجراء التحكيم وكان مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه فوق إقليم الدولة الجزائرية ، ففي هذه الحالة واستنادا لنص المادة 1042 ينعقد الإختصاص للجهة القضائية جزائرية التي يتبع دائرة اختصاصها الإقليمي اما مكان ابرام العقد او مكان تنفيذه.

وخارج هذه الحالات لاتكون الجهات القضائية الجزائرية مختصة بالنظر في الطلبات الرامية الى تعيين المحكمين أو ردهم أو استبدالهم.

ونشير بهذا الخصوص الى أن القاضي الوطني يؤول له الاختصاص بتعيين المحكم استثناء وبصفة احتياطية ذلك أن الأصل العام هو أن تعيين المحكم يعود لاختصاص و صلاحيات أطراف إتفاقية التحكيم لأن تعيين هذا الأخير يرتكز بالأساس على الإرادة المشتركة للأطراف وبالتالي فلا ينتقل الإختصاص إلى القضاء الوطني إلا إذا تحقق القاضي من أمرين هامين وهما: غياب التعيين، وتحقق حالة صعوبة التعيين، وعليه نرى أن القاضي الوطني لا ينعقد له الإختصاص بمجرد غياب التعيين بل لابد له أثناء نظر الدعوى أن يتأكد من تحقق حالة الصعوبة ، ويكون ذلك بالتأكد من مراسلة الطرف الآخر من قبل خصمه يطالب بتعيين المحكم أو إستدعاه للاجتماع حول التفاوض و التشاور في مسألة تعيين المحكم، وانتظار الأجل القانونية المعمول بها في مثل هذه الحالات ...إلخ فعند إستفاد هذه المحاولات ولم تكلل بالنجاح بتعيين محكم من قبل الأطراف فقط تتحقق حالة الصعوبة وينتقل الاختصاص إلى القاضي الوطني، ويتصدي لدعوى التدخل بتعيين المحكم ،فلا يؤول الاختصاص للقضاء الوطني لمجرد غياب تعيين المحكم فلا بد من اسنفاذ كل الفرص الممنوحة لإرادة الأطراف في تعيين المحكم، ويقابله بالتالي تضييق مجال إختصاص القضاء الوطني بتعيين المحكم والذي يبقى طريق

استثنائي و احتياطي لا يتدخل إلا إذا تحققت حالة صعوبة التعيين الإرادي للأطراف لتقادي وقف عملية التحكيم خاصة من قبل الطرف الذي يريد إفشال عملية التحكيم عبر إمتاعه أو تأخره في تعيين المحكم.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على الجانب الإجرائي والموضوعي للخصومة التحكيمية.

ترتكز الخصومة عادة على قانونين أحدهما يتناول الجوانب الإجرائية، والآخر يطبق على موضوع النزاع ولهذا سوف نتناول في المطلب الأول تحديد القانون الواجب التطبيق على الجوانب الإجرائية للخصومة التحكيمية أما المطلب الثاني فنخصصه لدراسة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم:

يقصد بإجراءات التحكيم، مجموع القواعد التي تتم منذ بداية عملية التحكيم إلى غاية صدور الحكم النهائي فيها وبذلك فهي لا تشمل القانون المطبق على موضوع النزاع، وهي تقع ضمن نطاق الرقابة القضائية التي يمارسها القاضي الوطني بمناسبة الاعتراف بالحكم التحكيمي تطبيقه في دولته وبالتالي فإن الرقابة القضائية عند الاعتراف وتطبيق المحكم التحكيمي تنصب على مدى احترام الحكم للإجراءات المعتمدة فلا بد من وجود قانون إجرائي معين يركز عليه كلا من المحكم اسناد نظره للخصومة والقاضي الوطني بمناسبة الاعتراف به و تنفيذه في بلاده، والمشرع الجزائري تناول موضوع القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في نص المادة 1043 حيث نص على أنه "يمكن أن تضبط اتفاقية التحكم، الاجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم.

إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة، مباشرة أو إستنادا إلى قانون أو نظام التحكيم.

على ضوء هذه المادة يتضح لنا أن هناك طريق أصلي يحدد به القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وهو الذي يركز على إرادة الأطراف و طريق الثنائي احتياطي ينقل الإختصاص للمحكمن في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم عند غياب التحديد الإرادي له ولهذا سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الأول منهما تحديد القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف وفي الثاني نتناول فيه تحيد القانون الواجب التطبيق من طرف هيئة التحكيم.

الفرع الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف:

سمح المشرع الجزائري للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة التحكيمية ولهم في ذلك الحرية التامة في تحديد القانون الإجرائي مباشرة أو بالإستناد إلى قانون دولة معينة أو هيئة دائمة متخصصة في التحكيم.

أولاً: ضبط إجراءات التحكيم مباشرة من قبل الأطراف:

سمح القانون للأطراف أن يضعوا بأنفسهم في إتفاقية التحكيم مجموعة من المواد والبنود التي تتضمن القواعد المادية لإجراءات الخصومة التحكيمية، إلا أنه من الناحية العملية لا نكاد نجد إعتقاد هذه الصورة في تحديد القانون الإجرائي من قبل الأطراف، لأنها تحتاج إلى جهد و وقت، إضافة لاحتوائها على مخاطر قد تؤدي إلى عرقلة عملية التحكيم بسبب عدم دقة هذه القواعد أو عدم كفايتها

ثانياً: ضبط الإجراءات من قبل الأطراف بالإستناد إلى نظام تحكيم:

تقدياً للمخاطر والسلبيات التي توجد في الطريقة الأولى في ضبط القواعد الإجرائية فإن الأطراف في الكثير من الأحيان يعتمدون على تبني الإجراءات المعمول بها في الهيئة الدائمة المتخصصة في التحكيم و يكثر الأخذ بهذه الصورة خاصة عند إتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم المؤسسي حيث يتم الإتفاق على اتباع الإجراءات المنصوص عليها لدى الأنظمة الخاصة بهذه الهيئات و المؤسسات.

ثالثاً: ضبط الإجراءات من قبل الأطراف بالإستناد إلى قانون إجراءات معينة:

يمكن للأطراف كذلك خاصة في التحكيم الحر و بغية تقادي السلبيات التي تتميز بها الطريقة الأولى وهي التحديد المباشر، النص في إتفاقية التحكيم على إختيار قانون الإجراءات المدنية الخاص بدولة معينة ليحكم الخصومة التحكيمية، القائمة أو التي ستقوم مستقبلاً

و نشير في الأخير إلى أن الأطراف يتمتعون بكامل الحرية في تحديد القانون الإجرائي الذي يحكم الخصومة التحكيمية حيث أنه بإستطاعتهم تقرير فصل التحكيم الخاص بهم عن كل نظام قانوني داخلي لدولة معينة وحتى مؤسسة أو هيئة تحكيمية دائمة، ولكن هذه الحرية ليست مطلقة ذلك أن الأطراف يتوجب عليهم مراعاة عدم تعارض الإجراءات المحددة في إتفاقية التحكيم مع مبادئ النظام العام الدولي مثل حقوق الدفاع والوجاهية... إلخ لأن من شأن ذلك تعريض كلا من إتفاقية التحكيم والحكم التحكيمي للإبطال.

الفرع الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق من قبل محكمة التحكم:

ينتقل اختصاص تحديد القانون الواجب التطبيق إلى محكمة التحكيم النص على ضبط الإجراءات الواجب اتباعها وفق الصور المشار إليها آنفاً، و تشير بهذا الخصوص إلى أن الأصل يبقى أن تحديد الإجراءات من اختصاص الأطراف وبالتالي فلا ينتقل هذا الإختصاص لمحكمة التحكيم لمجرد عدم النص عليه في اتفاقية التحكيم بل لابد أن يتأكد المحكمون من قيام أحد أطراف النزاع بالمساعي اللازمة للوصول إلى ضبط الإجراءات التي تم إغفالها في إتفاقية التحكيم، ومع ذلك لم تكلل هذه المساعي بالنجاح، ففي هذه الحالة فقط تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات، و هذا ما قصده المشرع بعبارة "عند الحاجة" حسب رأينا أي عند التأكد من إستحالة إتفاق الأطراف على التوصل إلى إتفاق بشأن ضبط الإجراءات.

و قد ترك المشرع الحرية الكاملة لمحكمة التحكيم إختيارالقواعد أو القانون الواجب التطبيق على الإجراءات المتبعة في التحكيم على غرار ما قرره بالنسبة للأطراف، فلهم في ذلك ضبط الإجراءات إما بطريقة مباشرة أو بالاعتماد على نظام تحكيمي معين أو قانون إجراءات خاص بدولة معينة، خلافا لما قررته إتفاقية نيويورك التي نصت في مادتها الخامسة على أنه في حالة عدم النص على القانون الواجب التطبيق بشأن إجراءات التحكيم في إتفاقية التحكيم تتولى محكمة التحكيم ضبط هذه الإجراءات على ضوء قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم، حيث أجازت إتفاقية نيويورك للطرف المراد التطبيق ضده أن يتمسك أمام المحكمة الوطنية المعنية بنظر دعوى الاعتراف والتنفيذ بأن الحكم الصادر ضده لم يحترم الإجراءات المعمول بها وفقاً للمادة 05/1 (د) من الإتفاقية إذا كانت محكمة التحكيم قد حددت قانون آخر غير قانون الدولة التي جرى فيها التحكيم، وعليه يطرح التساؤل هنا هل يرفض القاضي الوطني الجزائري الاعتراف والتنفيذ بالحكم في هذه الحالة إستناداً لنص المادة 05/1 (د) من إتفاقية نيويورك التي تعد جزءاً من القانون الجزائري، أم أنه يقضي بالاعتراف والتنفيذ ذلك أن نص المادة 1043 ف 2 أعطت الحرية للمحكمن أكثر مما منحتة إتفاقية نيويورك؟

ان مبدأ سمو الأحكام الواردة في الإتفاقية الدولية على تلك التي تتضمنها التشريعات الوطنية يقضي بجعل القاضي الوطني يستبعد الحكم الوارد في نص المادة 1043 لصالح الحكم الوارد في نص المادة 5 من اتفاقية نيويورك وبالرجوع الى التطبيقات العملية نجد أن الأحكام التحكيمية الصادرة بهذا الخصوص لم تتبنى موقفاً موحداً إذ نجد أن بعضها يأخذ بما أخذت به إتفاقية نيويورك بالإعتماد على قانون الإجراءي لبلد مكان إجراء التحكيم والبعض الآخر يعتمد الحرية في تحديد القانون الإجراءي الواجب التطبيق دون التقيد بقانون البلد الذي جرى فيه التحكيم ونحن نميل الى الاخذ بالرأي الثاني ولكن يجب مراعات متطلبات النظام العام الدولي لدولة التنفيذ فيما يتعلق بضبط الإجراءات الواجب اتباعها بالنسبة للتحكيم من قبل محكمة التحكيم ولهم بالتالي الحرية الكاملة في اعتماد القانون الإجراءي الذي يرونه مناسباً، كما نص على ذلك المشرع الجزائري في المادة 1043 وعدم الوقوف عند التطبيق الحرفي لنص

المادة الخامسة د ف 1 من الاتفاقية لأن ذلك سيؤدي إلى عرقلة الاعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي وهو ما يحول دون الأهداف التي تصبوا إليها الإتفاقيات في حد ذاتها فالمشرع في نص المادة 1043، اعتمد شروطا أيسر يمكنها تحقيق الأهداف التي تصبو إتفاقية التحكم إلى تحقيقها وهي رفع مختلف الحواجز التي يمكن أن تقف دون الاعتراف و تنفيذ أحكام التحكم التجاري الدولي لدى الدول المنظمة.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع:

سبق أن رأينا في المطلب السابق الإجراءات الواجبة التطبيق على إجراءات التحكيم نتناول في هذا المطلب القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع حيث أن المشرع الجزائري أشار إلى هذه المسألة في نص المادة 1050 التي نصت على ما يلي: " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف و في غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة " .

إنطلاقا من نص هذه المادة يتضح لنا أن الأصل هو ترك مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لإرادة الأطراف اللذين يتمتعون حسب النص بالحرية المطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع و استثناءا ، في حالة غياب هذا الاختيار ينتقل اختصاص تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع إلى المحكمين، وعلى هذا نتناول تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من قبل الأطراف(فرع أول) ثم إختصاص المحكمين بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع (فرع ثاني).

الفرع الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من قبل الأطراف.

سبق الإشارة أن المشرع الجزائري منح الحرية المطلقة للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع و هذا ما يستنتج من صياغة نص المادة السالفة الذكر حيث أن النص جاء مطلقا دون أي قيد أو ضابط يتحتم على الأطراف احترامه أثناء تحديد القانون الواجب التطبيق، و هذا على خلاف ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 18 من القانون المدني بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي حيث نصت على ما يلي " يسري على الإلزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد" وعليه نجد أن حرية الأطراف استنادا لنص هذه المادة مقيدة بضابطين هما : أن يكون للقانون المختار صلة حقيقية بالمتعاقدين، أو بالعقد، كما أن الحرية المكرسة في نص المادة 1050 وسعت من مجال إختيار القانون الواجب التطبيق ليشمل إلى جانب القواعد القانونية التشريعية، القواعد القانونية الوطنية الأخرى مثل الأعراف... إلخ بل امتد نطاق الحرية ليشمل حتى القواعد القانونية غير الوطنية على غرار قواعد التجارة الدولية بينما نجد أن نص المادة 18 ق م تقوم على القواعد الوطنية ذات المصدر التشريعي فقط و هذا ما يفهم من نص

المادة في صياغتها باللغة الفرنسية التي استعملت عبارة (loi) بدلا من (droit) و نشير بهذا الخصوص إلى أن المراد بإختيار الأطراف للنصوص التشريعية الوطنية إنما يراد به القواعد الموضوعية و ليس قواعد التنازع المنصوص عليها في التشريع الوطني.

الفرع الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من قبل هيئة التحكيم.

إذا أغفل الأطراف الإشارة في إتفاقية التحكيم الإشارة إلى القانون المطبق على موضوع النزاع ولم يحصل إتفاق بشأن هذا الموضوع بعد قيام النزاع ، ينتقل إختصاص تحديده إلى الهيئة التحكيمية حيث نصت المادة 1050 على ما يلي : "... وفي غياب هذا الإختيار تفصل - محكمة التحكيم- حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة".

و نلاحظ أن صياغة نص المادة تفيد أن المشرع أطلق الحرية للمحكمن كذلك في تحديد القواعد القانونية التي على ضوءها يتم الفصل في النزاع المطروح أمامهم و ذلك بما يرونه ملائما، و قد يتعلق الأمر بقانون وطني لدولة معينة سواء تمثل في نصوص تشريعية أو عرفية... إلخ و قد يتعلق الأمر بقانون و أعراف التجارة الدولية و قد يطبق المحكمون في حلهم للنزاع عدة قواعد قانونية مستمدة من مصادر مختلفة في فصلهم للنزاع المطروح أمامهم.

ومهما كانت القواعد القانونية الموضوعية المطبقة على النزاع من قبل المحكمين فيجب مراعاة بالدرجة الأولى بنود العقد التجاري الدولي المبرم بين الطرفين، ذلك أن العقد دائما هو شريعة المتعاقدين و هو المصدر الأول الذي يبحث فيه المحكم عن الحل للفصل في النزاع المطروح أمامه - في ظل مراعاة أركانه و شروطه وفقا للقانون الذي أبرم في ظلله- لأنه هو من يحدد إلتزامات و حقوق الأطراف و يمكن للمحكمن كذلك الاعتماد على الأعراف الجارية في مجال المعاملة محل التحكيم للإستناد إليها في حل النزاع المطروح أمامهم، و عموما تتمتع هيئة التحكيم وفقا للقانون الجزائري بحرية مطلقة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع و لا يحدها في ذلك أي قيد أو ضابط سوى احترام القواعد التي تندرج ضمن النظام العام الدولي لأن ذلك سيكون موجبا لإبطال الحكم التحكيمي إذا كان صادرا في الجزائر أو يعرضه إلى رفض الاعتراف به و تنفيذه إذا طلب ذلك في الجزائر.

الفصل الرابع : الحكم التحكيمي وطرق الطعن فيه.

تتتمي سير الخصومة التحكيمية بعد اتباع جميع الغجراءات المقررة من قبل المحكمين و المحولة لهم بموجب القانون و دراسة الملف من كل جوانبه على ضوء القانون الموضوعي المطبق على موضوع النزاع الإهتمام إلى الحلول التي يتم بها الفصل فيه بإصدار حكم تحكيمي كما أن الأصل أن يقوم الأطراف بتنفيذه طواعية إلا أنه قد يعترض من صدر الحكم في غير صالحه على التنفيذ الطواعي له و بدلا من ذلك يلجأ إلى الطعن فيه عن طريق دعوى البطلان أو طلب رفض الاعتراف به و تنفيذه الجبري و لهذا سوف نخصص هذا الفصل لدراسة كل ما يتعلق بالحكم التحكيمي بداية من القواعد المتعلقة بصدور الحكم التحكيمي و أنواعه ثم إجراءات التنفيذ الجبري له و بعد ذلك نتناول طرق الطعن فيه.

المبحث الأول: ماهية الحكم التحكيمي.

سنحاول من خلال هذا المبحث التطرق إلى تحديد المقصود بالحكم التحكيمي ثم التطرق إلى القواعد المتبعة في صياغته ثم أنواعه .

المطلب الأول: تعريف الحكم التحكيمي:

في غياب تعريف تشريعي للحكم التحكيمي فإننا نتوجه إلى الفقه الذي اختلفت فيه الآراء بشأن تعريفه بين من يعتمد تعريفا يضيق من خلاله دائرة الحكم التحكيمي (فرع أول) ومن يعتمد تعريفا موسعا(فرع ثاني)

الفرع الأول : التعريف الموسع للحكم التحكيمي :

يعرف الأستاذ E.Gaillard الحكم التحكيمي بأنه "القرار الصادر من المحكم والذي يفصل فيه بشكل قطعي على نحو كلي أو جزئي في المنازعة المعروضة عليه ، سواء تعلق هذا القرار بموضوع المنازعة ذاتها أو بالإختصاص أو بمسألة تتصل بالإجراءات أدت بالمحكم الى انهاء الخصومة فهذا التعريف يوسع من نطاق الحكم التحكيمي على نحو يجعله يشمل الى جانب الأحكام الفاصلة في النزاع بصفة كلية ،كذلك الأحكام الفاصلة في المنازعة بشكل جزئي و الأحكام الفاصلة في موضوع الإختصاص او بمسألة تتعلق بالاجراءات أدت بالمحكم لانهاء الخصومة، أما الاحكام الصادرة بخصوص إجراء تحقيقي الدعوى أو المتعلقة بمكان وزمان انعقاد الهيئة التحكيمية او تأجيل النظر في الدعوى أو الاحكام الصادرة بشأن نذب خبير أوسماع الشهود فتخرجمن مفهوم الحكم التحكيمي لأنها لا تستنفذ ولاية الهيئة التحكيمية على النزاع، ولا تنهي الخصومة، ، وفي هذا الاتجاه فسرت العديد من المحتاكم ما جاء في اتفاقية نيويورك بشأن تحديد المقصود بالحكم التحكيمي حيث جاء في أحد الأحكام الصادرة من المحكمة العليا في أستراليا أن: "عبارة قرارات التحكيم الواردة في الإتفاقية لا تتضمن الأوامر العارضة الصادرة عن المحكم بل

تشمل فقط الأحكام النهائية التي تحدد حقوق الأطراف كما جاء في أحد الأحكام الصادرة في ألمانيا ضمن نفس السياق " القرارات العارضة تكون قابلة للإعتراف بها وتنفيذها عندما تتضمن أوامر ملزمة متعلقة بجوهر النزاع وليس القرارات المتعلقة بالمسائل الإجرائية التي لا يمكن الإعتراف بها وتنفيذها.

انطلاقا مما سبق فإن القرارات الصادر من هيئة التحكيم قبل الفصل في موضوع النزاع لا تدخل ضمن مفهوم الحكم التحكيمي لاتفاقية نيويورك إلا إذا كانت تفصل في حق من الحقوق يمكن الإعتراف به بشكل مستقل عن الحكم النهائي أو من الضروري الإعتراف به من أجل تثبيت المركز القانوني الذي أحدثه الحكم لأحد أطراف الخصومة، ولكن في أغلب الأحيان يتم الاعتراف بمثل هذه الأحكام الجزئية أو المؤقتة وتنفيذها في إطار الاعتراف بالحكم النهائي وتنفيذه

الفرع الثاني: التعريف الضيق للحكم التحكيمي:

يذهب جانب من الفقه السويسري إلى إعطاء مفهوم ضيق للحكم التحكيمي معتمدين في ذلك على معيار الفصل في الطلب حيث يرون أن الحكم التحكيمي هو ذلك الحكم الذي يفصل بشكل كلي أو جزئي في منازعة التحكم، و أن القرارات الصادرة عن محكمة التحكيم و التي لا تفصل في طلبات محددة أحكاما تحكيمية إلا إذا أنهت بشكل كلي أو جزئي منازعة التحكيم وبالنتيجة فهي لا تعدو إلا أن تكون أحكاما تحضيرية أو أولية مما يجعلها غير قابلة للطعن فيها بالبطلان إلا مرفقة بالحكم النهائي الفاصل في الطلبات المقدمة من قبل الأطراف.

حيث يرى الأستاذ E.Gaillaral أن مثل هذا التحليل يستند الى مفهوم ضيق لفكرة الطلب والتي تهدف على سبيل المثال الى الحصول على التعويض والفوائد وليس على التقرير المبدئي لانتهاك بنود العقد كسبب لقيام المسؤولية، كما يرى أن هذه النظرة الضيقة للحكم التحكيمي والتي يخرج من نطاقها الأحكام الصادرة بشأن الاختصاص، أو بتقرير أو عدم تقرير مبدأ المسؤولية بالرغم أنها تفصل بشكل قاطع في جزء من النزاع، و عليه من الضروري الأخذ بالمفهوم الموسع و بهذه المثابة يتعين اعتبارها حكما تحكيميا حقيقيا يجوز الطعن فيه بالبطلان مباشرة فلا يعقل حرمان الأطراف من الطعن بالبطلان في حكم يبدو قطعيا يفرض عليهم.

الفرع الثالث: موقف الشرع الجزائري :

نرى إلى جانب الأستاذ تعوليت عبد الكريم استخلاصا من النصوص القانونية المتعلقة بالتحكيم التجاري الواردة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أن المشرع الجزائري يميل إلى الأخذ بالمفهوم الموسع

للحكم التحكيمي و الذي يشمل إلى جانب الأحكام النهائية الفاصلة في موضوع النزاع الأحكام الجزئية التي تفصل في بعض المسائل المتعلقة بالنزاع و كذا الأحكام الصادرة بخصوص الفصل في مسألة الاختصاص و غيرها من الأحكام التي تصدرها هيئة التحكيم خلال مرحلة سير الخصومة التحكيمية، حيث يتدعم هذا الاستنتاج بالحجج الآتية:

1- أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح الحكم للدلالة على هذه الطبيعة الممنوحة له سواء تعلق الأمر بالتحكيم التجاري الداخلي أو التحكيم التجاري الدولي.

2- أن المشرع الجزائري استعمل كذلك مصطلح الحكم للدلالة على القرار الذي تتخذه محكمة التحكيم بمناسبة الفصل في مسألة إختصاصها في نص المادة 1044.

3- أن المشرع الجزائري كذلك استعمل مصطلح الحكم في نص المادة 1049.

لما يتعلق الأمر بإصدار قرارات تحكيمية بإتفاق الأطراف أو أحكاما جزئية تفصل في بعض المسائل المطروحة دون غيرها .

و تعزيزا لهذا الاستخلاص نضيف مايلي :

- أن المشرع الجزائري قد توسع في مفهوم الحكم التحكيمي إلى أبعد الحدود حيث استعمل كذلك مصطلح الحكم في نص المادة 1035 و التي أحالت إليها المادة 1054 بشأن تنفيذ احكام التحكيم الدولي على القرارات المؤقتة و التحفظية التي يتخذها المحكمون أثناء سير الخصومة و ذلك بعبارة "الأحكام التحضيرية" و حسنا فعلى المشرع الجزائري بتبنيه فكرة التعريف الموسع للحكم التحكيمي لأن ذلك يتماشى مع ما يؤيده أغلب الفقه تأسيسا على أنه يحقق الغاية من التحكيم و الهدف الذي يسعى إلى تحقيقه إذ أنه يهدف إلى سرعة الفصل في المنازعات و تحقيق هذا الهدف يؤدي إلى إعتتماد التعريف أو المفهوم الموسع للحكم التحكيمي إاعتبارات الملائمة و احترام نظام التحكيم تقتضي عدم حيولة بين الأطراف و حقهم في الطعن بالبطلان في حكم التحكيم طالما كان هناك سببا لذلك سواء تعلق الأمر بالفصل في الإختصاص أو الأحكام التحفظية و المؤقتة إذا لم تكن من الصلاحيات الممنوحة لمحكم أو تعلق الأمر بمسائل أخرى.

المطلب الثاني: إجراءات صدور الحكم التحكيمي:

بعد قفل باب المرافعات من قبل هيئة التحكيم وفقا للقانون الإجرائي المتبع يتم إحالة الملف للمداومة بشأنه، و في هذا الشأن يجب احترام الآجال المقررة لإصدار الحكم (فرع أول)، كما يجب احترام القواعد المقررة لسير المداومات (فرع ثاني).

الفرع الأول: الآجال المقررة لإصدار الحكم:

من ضمن الأسباب التي تجعل الأطراف يحبذون اللجوء إلى التحكيم بدل التنازع إلى القضاء هو ربح الوقت و إختصار الإجراءات، و لهذا يراعى دائما أن يجري التحكيم و يتم صدور الحكم في وقت قصير و وفقا لمواعيد و آجال محددة مسبقا لا يجوز خرقها إلا إستثناء و بالإجراءات خاصة و قد نص المشرع الجزائري في المادة 1024 على ما يلي "ينتهي التحكيم...2- بإنهاء المدة المقررة للتحكيم، فإذا لم تشترط المدة فيإنتهاء مدة أربعة أشهر(4)".

كما نصت المادة 1022 على ما يلي "يجب على كل طرف تقديم دفاعه و مستنداته قبل إنقضاء آجل التحكيم بخمسة عشر يوما (15) على الأقل و إلا فصل المحكم بناء على ما تقدم إليه خلال هذا الأجل" انطلاقا من نص المادة 1024 يتضح لنا أن هناك آجال إتفاقية و هي الأصل و آجال قانونية تطبق في حالة غياب الإتفاق و هذا بالنسبة لآجال صدور الحكم كما أن هناك آجال أخرى خاصة بغلق باب المرافعة نصت عليها المادة 1022 و لهذا سنتناول أولا الآجال المقررة لغلق باب المرافعات (أولا) بعدها الآجال المقررة لصدور الحكم(ثانيا).

أولا: الآجال المقررة لغلق باب المرافعات:

حدد المشرع في نص المادة 1022 السالفة الذكر أجل خمسة عشر (15) يوما قبل الأجل المحدد لإنهاء عملية التحكيم و إصدار الحكم كآخر أجل لإستلام دفوع الأطراف و مستنداته بعدها يتم فتح باب المداومات و خلال هذه الفترة لا يستلم المحكمون أي وثيقة أو مستند من عند الأطراف و يدخلون في المداومات بناء على ما قد تم تقديمه من خلال الآجال أي قبل قفل باب المرافعة و فتح باب المداومات الذي يكون حسب نص المادة 15 يوما قبل الأجل المحدد لإنهاء التحكيم و صدور الحكم التحكيمي فالخمسعة عشر يوما 15 التي تسبق صدور الحكم تعتبر فترة مداومات.

ثانيا: الآجال المقررة لصدور الحكم:

انطلاقا من نص المادة 1024 السالفة الذكر يتضح لنا جليا أن هناك المبدأ العام و الذي يقضي بتحديد الآجال من قبل الأطراف و الإستثناء و هو التحديد القانوني للآجال في غياب التحديد الإتفاقي لها، لهذا سنستعرض فيما يلي لكل منهما:

1 التحديد الإتفاقي لآجال التحكيم - صدور الحكم - :

مبدئياً جعلت المادة 1024 أمر تحديد آجال التحكيم في يد إرادة الأطراف الذين يتفقون عليها و اتفاقهم يشترط كذلك عند إلتماس تمديدها إذا اقتضت الضرورة ذلك بناء على طلب من المحكمين، وعادة ما يحدد الأطراف آجال قصيرة بغية الإسراع في الفصل في المنازعة القائمة بينهم و هو ما يتلائم خاصة و طبيعة المنازعات التجارية التي تحتاج إلى السرعة و عدم التماطل في الفصل فيها، و إذا اختار الأطراف إحالة نزاعهم على أحد المراكز و الهيئات المتخصصة ففي هذه الحالة تطبق الآجال المنصوص عليها، ضمن القواعد التي تسير إجراءات التحكيم الخاصة بهذه الهيئات و المراكز.

2 التحديد القانوني للآجال بصدور الحكم التحكيمي:

جاء المشرع الجزائري في نص المادة 1024 بقاعدة احتياطية يتم اللجوء إليها و تطبيقها في حالة أغفل الأطراف الإشارة في اتفاقهم إلى مسألة الآجال، حيث نصت المادة على أنه في هذه الحالة تكون الآجال هي أربعة (4) أشهر تبدأ اعتباراً من تاريخ تعيين المحكمين أو من تاريخ إخطار هيئة التحكيم، إلا أنه و استناداً لنص المادة 1015 و 1018 فإن بداية إحتساب الآجال واقعياً تبدأ من تاريخ قبول المحكم للمهمة المسندة اليه و ليس اعتباراً من تاريخ التعيين أو إخطار هيئة التحكيم لأنه قد يقع أن يرفض المحكم المهمة المسندة له أو يتعذر عليه ذلك لأي سبب من الأسباب.

الفرع الثاني: القواعد المقررة لسير المداولات:

تتاول المشرع الجزائري في نص المادتين 1025-1026 القواعد التي يجب احترامها أثناء سير المداولات الخاصة بإصدار أحكام التحكيم و يتعلق الأمر بالسرية و صدور الأحكام بأغلبية الأصوات.

أولاً سرية المداولات:

من بين أهم مميزات التحكيم مقارنة بالقضاء هو ضمان سرية المنازعة القائمة بين الأطراف، فعادة ما يلجأ المتخاصمون في مجال التجارة الدولية خصوصاً إلى التحكيم و يفضلونه لما يوفره لهم من سرية تحافظ على سمعتهم في السوق، إذ ليس من مصلحة الشركات في عقد التجارة العالمية أن تعرف بأن لها نزاعات مع من تتعامل معهم لأنه يؤدي إلى الإساءة إلى سمعتها و بالتالي أحجام الشركات و الدول... إلخ جميع المتدخلين في السوق التجارية العالمية مع التعامل معها، و لهذا يتوجب على المحكمين المحافظة على سرية المداولات و كل ما يتعلق بالنزاع المطروح أمامهم و قد أصبح الإلتزام بسرية المداولات من قواعد أخلاقيات التحكيم فقد تضمنت قواعد أدبيات التحكيم لدى إتحاد المحامين الدوليين على أن تكون مداولات المحكمين و المعلومات الواردة في حكم التحكيم سرية باستمرار ما لم يسمح

الأطراف بغير ذلك كما أن المشرع الجزائري نص على ذلك صراحة كذلك في نص المادة 1025 حيث نصت على ما يلي "تكون مداوات المحكمين سرية".

ثانيا: صدور الحكم التحكيمي بأغلبية الأصوات.

إذا كانت تشكيلة محكمة التحكيم تضم أكثر من محكم واحد ففي هذه الحالة يتم صدور الحكم بالأغلبية، حيث نصت المادة 1026 على ما يلي: "تصدر أحكام التحكيم لأغلبية الأصوات" و قد أثبتت التجربة العملية أنه عادة ما يبذل رئيس هيئة التحكيم قصارى جهده للتوصل إلى إصدار حكم تحكيمي عن طريق الإجماع لأن ذلك يجعله أكثر قبولا من قبل الطرف الذي صدرضده هذا الحكم، و هو ما ينعكس إيجابا على تنفيذه وديا و تقادي اللجوء بالتالي إلى التنفيذ الجبري له، و نشير بهذا الخصوص إلى أن الأحكام التحكيمية الصادرة بالأغلبية لها نفس الأثر مثلها مثل الأحكام التحكيمية الصادرة بالإجماع، و هذا ما تؤكدته المادة 1029/2ف بنصها على ما يلي "في حالة إمتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك، و يرتب الحكم أثره باعتباره موقعاً من جميع المحكمين

المطلب الثالث: أنواع الحكم التحكيمي:

يختلف تصنيف أحكام التحكيم التجاري الدولي باختلاف المعيار المعتمد في التصنيف ، ومن جهتنا سنتناول التطرق الى أنواع الحكم التحكيمي بالنظر الى مدى الفصل في موضوع النزاع ،وعليه سنتطرق أولا الى الاحكام الصادرة قبل الفصل في موضوع النزاع (فرع أول) ثمنتناول الاحكام الفاصلة في موضوع النزاع (فرع ثاني) بعدها نتناول انواع الحكام التي تصدربعد الفصل في موضوع النزاع (فرع ثالث)

الفرع الأول : الأحكام الصادرة قبل الفصل في موضوع النزاع:

انطلاقا من الاحكام الواردة في قانون الاجراءات المدنية و الادارية فإن الحكام الصادرة قبل الفصل في موضوع النزاع هي صنفين

أولا: الاحكام الاولية :

حيث جاء ذكرها في نص المادة 1044ف2 والتي نصت على مايلي : " تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي، إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبط بالموضوع " أجاز المشرع الجزائري للأطراف اثاره مسألة عدم الاختصاص المحكم او الهيئة التحكيمية ،واشترط ان يتم اثاره هذا الدفع قبل الخوض في موضوع النزاع وعلى المحكم او الهيئة التحكيمية الفصل في الدفع بحكم اولي الا اذا رأى

المحكومون أن الدفع مرتبط بموضوع النزاع ففي هذه الحالة تصدر الهيئة التحكيمية حكمها النهائي والذي تفصل فيه جملة قواعد في مسألة الاختصاص الى جانب موضوع النزاع

ونشير بهذا الخصوص الى ان الاحكام الاولية هذه لا يمكن الطعن فيها امام القضاء ذلك أن الطعون المقدمة امام القضاء تكون بمناسبة طلب الاعتراف بها وتنفيذها وهذا لانتصوره بالنسبة للحكم الفاصل في مسألة الاختصاص ، يبقى لنا أن نتساءل بخصوص الطعن عن طريق دعوى البطلان التي ترفع ضد الحكم الأولي الفاصل في الاختصاص استناد لنص المادة 1058 و1056 الفقرة ؟

نرى أنه من الناحية القانونية النظرية البحتة لا يوجد ما يمنع من الطعن بالبطلان ضد هذا الحكم ، إلا أنه من الناحية العملية عادة ما يتم انتظار صدور الحكم النهائي بعدها يتم رفع دعوى البطلان فقد تظهر هناك اوجه اخرى مع صدور الحكم النهائي.

ثانيا الاحكام التحضيرية :

تناول المشرع الجزائري النص على الاحكام التحضيرية في نص المادة 1035 حيث يكون الحكم التحضيري قابلا للاعتراف به وتنفيذه في الجزائر ، وما يجب الاشارة اليه بهذا الخصوص ان المشرع الجزائري استعمل مصطلح الحكم التحضيري في نص المادة السالفة الذكر بالغم من انه تخلى عن هذا الوصف- في قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد الصادر سنة 2008 الساري المفعول- بالنسبة للأحكام القضائية خلافا لما كان عليه الامر بالنسبة للقانون القديم، حيث كان يميز بين الحكم التمهيدي الذي يجوز استئنافه دون انتظار صدور الحكم القطعي ، وبين الحكم التحضيري الذي لا يجوز استئنافه الا مع الحكم القطعي ذلك لان الاحكام التحضيرية لاتمس بأصل الحق ولا يظهر فيها ميل قناعة القاضي لاحد اطراف الخصومة عكس الحكم التمهيدي.)

ويمكننا في هذا المقام أن نفسر المقصود بالحكم التحضيري الوارد في نص المادة 1035 ق إ م إ بما جاء في نص المادة 1046 من نفس القانون و التي اجازت لمحكمة التحكيم اصدار أوامر بتدابير مؤقتة أو تحفظية مالم يعارض الأطراف ذلك في اتفاق التحكيم ، وبالتالي يستغرق وصف الحكم التحضيري المنصوص عليه في المادة 1035 السالفة الذكر جميع الأوامر التي تصدرها الهيئة التحكيمية أثناء سير الخصومة، مثل الأمر بتعيين خبير أو سماع الشهود أو الامر ببيع بضائع خشية تلفها مع حجز التحفظي على ثمنها وغيرها من الاجراءات الوقتية والتحفظية.

كما نشير بهذا الخصوص الى ان هذا النوع من الأحكام التحضيرية حسب التعبير الوارد في نص المادة 1035 ق إ م إ والتي تصدر قبل الفصل في الموضوع لا ينهي ولاية المحكمة التحكيمية على

النزاع المطروح امامها استنادا لنص المادة 1030 لأنها لم تفصل في موضوعه، وتجدر الاشارة في هذا المقام أن كلا من الفقه والقضاء اتفق على اخراج مثل هذا النوع من الاحكام من دائرة الحكم التحكيمي سواء بمدلوله الضيق أو الواسع)أنظر تعريف الحكم التحكيمي..... بمناسبة تفسيرهم للمقصود بالحكم التحكيمي في اتفاقية نيويورك

الفرع الثاني :الأحكام الفاصلة في موضوع النزاع :

يصدر المحكم أحكاما فاصلة في موضوع النزاع اما انطلاقا من تطبيق الاحكام التي تضمنها القانون الوجوب التطبيق على موضوع النزاعفتكون بالتالي أحكاما منشئة أو أحكاما تتضمن الحلول المتوصل اليها من قبل الأطراف سواء بسعي من المحكم اولا وفي هذه الحالة يكون الحكم كاشفالماتفق عليه الاطراف المتنازعة

أولا :الأحكام الفاصلة في موضوع النزاع تطبيقا للقانون:

يفصل المحكم في النزاع المطروح امامه على ضوء احكام القانون الواجب التطبيق ،وقد يصدر حكما جزئيا يفصل به غقط في بعض المسائل لحين اصدار حكم نهائي يفصل فيه في جميع الطلبات والدفع

أ-الحكم الجزئي:

أجاز المشرع الجزائري في نص المادة 1049 لمحكمين اصدار أحكام جزئية حيث نصت على مايلي : " يجوز لمحكمة التحكيم إصدار أحكام جزئية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك " وصياغة نص المادة تفيد بأن الأصل هو منح الصلاحية للهيئة التحكيمية في إصدار أحكاما جزئية، وإستثناء يجوز للأطراف سحب هذه الصلاحية من الهيئة التحكيمية، ولكن ذلك يستلزم النص عليه في اتفاق التحكيم.

ونشير بهذا الخصوص الى أن هذا النوع نت الاحكام لا يوضع حدا لولاية الهيئة التحكيمية عاى النزاع المطروح امامها،فذلك لا يكون الا بصدر حكم نهائي يفصل في جميع الطلبات و الدفع.

ب-حكم التحكيم النهائي:

يكون الحكم نهائيا اذا فصلت الهيئة التحكيميةفي جميع الطلبات المقدمةوشمل الحكم جميع المسائل المطروحة بخصوص النزاع ،وقد أشار المشرع الجزائري الى هذا النوع من الحكام في نص المادة 1035حيث نصت على ما يلي : " يكون حكم التحكيم النهائي... قابل للتنفيذ...".

وما يميز الحكم النهائي هو انه يستنفذ ولاية الهيئة التحكيمية على موضوع النزاع فهو يتمتع بحجية كاملة يمنع بعدها اعادة طرح النزاع على هيئة أخرى سواء تحكيمية كانت أم قضائية وذلك استنادا لنص المادة 1030 ق إ م إ حيث نصت على مايلي : "يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه"ويقصد هنا الفصل بحكم نهائي لابلحكم جزئي.

ثانيا : الأحكام الفاصلة في موضوع النزاع بناء على اتفاق الأطراف:

يمكن للأطراف المتنازعة أثناء سير الخصومة التحكيمية سواء بمساهمة من المحكمين او لا التوصل إلى حلول تنهي النزاع القائم بينهما بطريقة ودية وفي هذه الحالة يقوم المحكمون بإفراغ ماتم التوصل اليه من حلولضمن الحكم التحكيمي وقد سمح المشرع الجزائري بذلك في نص المادة 1049 ق إ م إ حيث نصت على مايلي : يجوز لمحكمة التحكيم اصدار احكام اتفاق الأطرافمالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك" وعليه فقد أجازت المادة للمحكمين افراغ اتغاقهم ضمن حكم تحكيمي وذلك من أجل الاستفادة من مقومات الحكم التحكيمي خاصة ما تعلق منها بالزاميته وحجبيته، وقد وافق موقف المشرع الجزائري في هذا ما اعتمده قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية الاونسترال حيث نصت المادة 33 منها على ما يلي : "اذا توصل الاطراف الى تسوية بعد ارسال الملف الى هيئة التحكيم وفقا للمادة 16 يتم اثبات التسوية في شكل حكم تحكيم صادر باتفاق الاطراف نإذا طلب الاطراف ذلك ووافقت هيئة التحكيم "ونفس الحكم نصت عليهاالمادة 34 من قواعد CNUDCI حيث جاء فيها " إذا وافق الاطراف قبل اصدار حكم التحكيم على تسوية النزاع ،يجب على محكمة التحكيم ،إما أن تصدر أمرا بانهاء اجراءات التحكيم أو تسجيل التسوية في شكل حكم تحكيمي بناء على الشروط المتفق عليها اذا طلب الاطراف ذلك ووافقت محكمة التحكيم ،ولاتكون ملزمة باصدار اسبابمئل هذا الحكم " والحكم نفسه نصت عليه كذلك المادة 30 من القانون النموذجي الاونسترالعلى مايلي : "اذا اتفق الطرفان في خلال اجراء التحكيم على تسوية النزاع بينهما ،كان على هيئة التحكيم أن نهي الإجراءات وأن تثبت التسوية بناء على طلب الطرفين وعدم اعراضهما في صورة قرار تحكيم بشروط متفق عليها "

من خلال ماسبق يتضح لنا أن افراغ اتفاق الاطراف المنهي للخصومة التحكيمية في شكل حكم تحكيمي يستلزم طلب الأطراف ذلك وموافقة هيئة التحكيم فالأمر جوازي لها اذيمكنها ان ترفض افراغ التفاق ضمن حكم تحكيمي ،وإن كان جانب من الفقه الفرنسي يميل الى ضرورة قبول الهيئة التحكيمية ذلك

ويرى البعض أن موقف المشرع الجزائري غير منطقي ولايتماشى وأهداف التحكيم ،ويقترح اعادة صياغة نص المادة 1049 ق إ م إ بشكل يجعل محكمة التحكيم ملزمة على قبول افراغ اتفاق الاطراف المنهي

للنزاع في شكل حكم تحكيمي، ودون أن يكون لهم الحق في رفض ذلك عاى غرار ما أخذت بهالمادة 30من القانون النموذجي للتحكيم والمادة 34 ف(1) من قواعد CNUDCI السالف ذكرهما.

ونحن بدورنا نخالف تماما هذا الرأي، وذلك للأسباب التالية:

* أن الحكم الوارد نص المادة 1049 ق إ م إ يتوافق تماما مع الحكم الوارد في نص المادة 30 من القانون النموذجي للتحكيم ، والمادة 34 ف (1) من قواعد التحكيم الخاصة ب CNUDCI فكلاهما تعطي للهيئة التحكيمية صلاحية قبول أو رفض افرغ اتفاق الاطراف المنهي للنزاع في شكل حكم تحكيمي، وهذا ما يتجلى بوضوح في عبارة " ..بناء على طلب الطرفين وعدم اعتراضها.. " أي عدم اعتراض الهيئة التحكيمية على افرغ اتفاق الطرفين في شكل حكم تحكيمي اما عبارة " ..كان على هيئة التحكيم .. " فتنصرف الى وجوب وقف اجراءات التحكيم وعدم الاستمرارفيها بالفصل في النزاع وفقا لمقتضيات القانون الوجوب التطبيق و لاينصرف الإلزام الى وجوب افرغ اتفاق الطرفين على حل النزاع في شكل حكم تحكيمي، هذا بالنسبة للحكم الوارد في نص المادة 30 من القانون النموذجي للتحكيم ونفس الشئ يقال بالنسبة للحكم الوارد في نص المادة 34 ف (1) من قواعد التحكيم الخاصة CNUDCI فعبارة " ..إذا طلب الأطراف ذلك ووافقت محكمة التحكيم.. " واضحة في اشتراط موافقة هيئة التحكيم لإفرغ اتفاق الاطراف في شكل حكم تحكيمي ، أما عبارة " يجب على هيئة التحكيم " الواردة في نص المادة فتنصرف الى وجوب وقف اجراءات السير في الخصومة والفصل في النزاع على ضوء القانون الواجب التطبيق، لا الى وجوب افرغ الاتفاق المنهي للنزاع في شكل حكم تحكيمي.

* أن اشتراط موافقة الهيئة التحكيمية من أجل إفراغ اتفاق الأطراف المنهي للنزاع في حكم تحكيمي هو أمر منطقي جدا بالنظر لإمكانية أن تكون الحلول المتوصل اليها باتفاق الأطراف غير مشروعة ومخالفة للنظام العام الدولي أو لدى الدولة المطلوب التنفيذ لديها، ففي هذه الحالة يعتبر الحكم التحكيمي باطلا وهو ما سيحول دون الاعتراف به وتنفيذه .

ونشير بهذا الخصوص الى أن صياغة نص المادة 1049 ق إ م إ السالفة الذكر تحتوي على غموض ولبس قد يوحي من خلال القراءة السطحية لها بوجود تناقض فيها، وذلك من خلال عبارة "يجوز لمحكمة التحكيم إصدار أحكام اتفاق " وعبارة " مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك " ذلك أن المقصود هنا هو التحكيم بالصلح أين يكون للمحكم دورا ومساهمة في حل النزاع عن طريق الصلح ، فمبدئيا اجازت نص المادة للمحكم حل النزاع عن طريق الصلح ومتى وافق عليه الطرفان تم افرغ ذلك في شكل حكم تحكيمي، ولكن قد يتفق الاطراف على منع المحكم من التحكيم بالصلح في اتفاق التحكيم

ففي هذه الحالة يمنع عليه القيام بالصلح و إصدار أحكام تحكيم بذلك، وهذا هو المقصود من نص المادة

الفرع الثالث :الأحكام التحكيمية الصادرة بعد الفصل في النزاع:

تقضي القاعدة العامة باستنفاد هيئة التحكيم ولايتها على النزاع المطروح أمامها بمجرد اصدارها لحكمها النهائي الفاصل في موضوع النزاع ، وهذا من مقتضيات الحجية التي تتمتع بها الاحكام التحكيمية النهائية وهذا المبدأ نجده مكرس في نص المادة 1030 ف 1 ق إ م إ حيث نصت على مايلي : " يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه..."، غير أن المادة نفسها أوردت استثناءا على هذا المبدأ وأجازت للهيئة التحكيمية التصدي من جديد للنزاع المفصول فيه ولكن في حالات محددة على سبيل الحصر أوردتها الفقرة الثانية من ذات المادة حيث نصت على مايلي "...غير أنه يمكن للمحكم تفسير الحكم أو تصحيح الأخطاء المادية و الإغفالات التي تشوبه طبقا للأحكام الواردة في هذا القانون".

على ضوء هذه الفقرة سنتناول أنواع الأحكام التي تصدرها الهيئة التحكيمية بمناسبة طلب مراجعتها للحكم التحكيمي الصادر من طرفها .

أولا : الحكم التفسيري :

قد يتضمن الحكم التحكيمي بعض العبارات المبهمة و الغامضة تؤثر سلبا على عملية التنفيذ فيما بعد، ولهذا أجاز القانون لمن له مصلحة في ذلك الرجوع الى الهيئة التحكيمية طالب منها تفسير الغامض منه وبيان حقيقة المبهم ،حتى يتسنى له فيما بعد تنفيذ الحكم دون أي اشكالات أو عراقيل، ولكن هذا ليس معناه تعديل الحكم أو المساس بحجيته ،وقد اعتمدت جل القواعد والانظمة الخاصة بالتحكيم النص على امكانية مراجعة الحكم التحكيمي فقد سمحت المادة 36 ف 2 من قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بذلك حيث نصت على مايلي : "...يجب أن قدم طلب لغرضأو لتفسير حكم تحكيم خلال ثلاثين يوما من تسلم هذا الطرف حكم التحكيم .." والحكم نفسه اعتمدته المادة 33 ف 1 من القانون النموذجي للتحكيم حيث نصت على مايلي : "يجوز لأحد الطرفين بشرط اخطار الطرف الآخر أن يطلب من هيئة التحكيم تفسير نقطة معينة في قرار التحكيم أو جزء معين منه ان كان الطرفان قد اتفقا على ذلك وإذا رأت هيئة التحكيم ان الطلب له ما يبرره ...فإنها تصدر التفسير خلال ثلاثين يوما من تاريخ تسلم الطلب ويكون التفسير جزءا من قرار التحكيم "، ونلاحظ أن المشرع الجزائري لم يبين الآجال الخاصة بالدعوى التفسيرية للحكم التحكيمي خلافا لما تم ذكره بالنسبة لبعض القواعد والانظمة الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي وحتى ماتضمنته بعض التشريعات الوطنية²⁰، واكتفى بالإحالة إلى الأحكام

²⁰المادة 49 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994

الخاصة بهذا الشأن الى القواعد الموجودة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبالرجوع الى هذه الأحكام لا نجد لها تنص على مواعيد محددة

ثانيا الحكم التصحيحي للأخطاء المادية:

عرفت المادة 287 ق إ م إ المقصود بالخطأ المادي بنصها على مايلي: " يقصد بالخطأ المادي عرض غير صحيح لواقعة مادية أو تجاهل وجودها " فقد يشوب الحكم التحكيمي بعض الأخطاء المادية كالأخطاء المطبعية أو الحسابية، ويكون الخطأ واضحا في الحكم عن طريق مقارنة البيانات الأخرى فيه ، ونفس الملاحظة السابقة نبديها كذلك بخصوص طلب تصحيح الحكم فالمشروع الجزائري اكتفى بالأحكام التي تضمنها القانون بهذا الشأنفي نص المادة 1030 ق إ م إ ، وبالرجوع الى نص المادة 286 ق إ م إ نجدها تنص على مايلي يقدم " يقدم طلب التصحيح إلى الجهة القضائية بعريضة الى أحد الخصوم وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى ... " وتضيف الفقرة الثالثة من نفس المادة " .سفصل في طلب التصحيح بعد سماع الخصوم أو بعد صحة تكليفهم بالحضور .

ونستنتج بالتالي ان المشروع الجزائري يشترط انعقاد الخصومة في الدعوى الرامية الى تصحيح الخطأ المادي، ويشترط تبليغ الطرف الاخر بهدف الاخطار لتقديم ملاحظات لا ترتقي لمستوى الدفع في مثل هذه الدعاوى ، ذلك ان الحكم التصحيحي لا يؤدي الى تعديل ما قضى به الحكم الاول من حقوق والتزامات ، حيث تنص المادة 287/ف2 على ما يلي: "...غير ان تصحيح الخطأ المادي او الاغفال لا يؤدي الى تعديل ما قضى به الحكم من حقوق والتزامات للأطراف" .

وهذا ما يجعل النص ينسجم مع ما هو معتمد في المادة 33 ف 1 من قانون اليونسترال النموذجي التي نصت على ما يلي: " يجوز لكل من الطرفين بشرط اخطار الطرف الاخر ان يطلب من هيئة التحكيم تصحيح ما يكون قد وقع في القرار من اخطاء حسابية او كتابية او اية اخطاء اخرى مماثلة " كما اجازت نفس المادة في فقرتها (ب) البند 2 لهيئة التحكيم ان تصحح من تلقاء نفسها أي خطأ مادي مما سبق ذكره وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدور الحكم .

والحكم نفسه تبنته المادة 36 من قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية ، التي اجازت لهيئة التحكيم تصحيح الحكم التحكيمي ولو من تلقاء نفسها ، كما اشترطت في حالة ايداع طلب التصحيح ان يتم ابلاغ الطرف الاخر لتقديم ملاحظاته . وكذا المادة 49 من اتفاقية واشنطن التي اجازت مبدئيا طلب تصحيح الاخطاء المادية الواردة في الحكم التحكيمي خلال الخمسة والاربعين 45 يوما التالية لتاريخ صدور الحكم من طرف الهيئة التحكيمية.

ثالثا: الحكم الاضافي (الاستدراكي)

اجاز المشرع الجزائري للهيئة التحكيمية ،النظر من جديد في النزاع المفصول فيه ، اذا تعلق الامر با اغفال الرد على احد الطلبات المقدمة خلال سير الخصومة التحكيمية وذلك في نص المادة 1036 ق إ م إ حيث نصت على ما يلي : " يمكن للمحكم تصحيح الاخطاء المادية و الاغفالات التي تشوبه ..."

ويشترط في الطلبات المغفلة لتكون محلا لنظر الدعوى الرامية الى استصدار حكم اضافي ، طلبات تتعلق بموضوع النزاع الذي سبق طرحه امام الهيئة التحكيمية، وان لا تكون قد تطرقت لهذه الطلبات سواء بالقبول او الرفض، وان يشمل الاغفال الطلب كله وليس جزء منه او عنصر من عناصره ، وبشأن اجراءات استصدار الحكم الاضافي فهي نفسها المتبعة بشأن طلب التفسير والتصحيح.

المبحث الثاني : الاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه الجبري في الجزائر:

الاصل هو ان يقوم الاطراف بتنفيذ ما جاء في منطوق الحكم وديا،الا انه في بعض الاحيان قد يرفض من صدر الحكم في غير صالحه التنفيذ الطوعي للحكم اما عن حسن نية اذا رأى ان هناك اجحاف في حقوقه وان الحكم لم يكن صائبا لسبب من الاسباب ،وقد يكون ذلك عن سوء نية فيلجأ الى المماطلة والتهرب من تنفيذ التزاماته بشأن تنفيذ الحكم،وفي هذه الحالة لابد من اللجوء الى اجبار هذا الاخير على التنفيذ الجبري وتمكين صاحب الحق من استيفاء حقه وهذا لا يكون الا بمساعدة الهيئات القضائية لدى الدول المطلوب التنفيذ لديها،وتشجيعا للاستثمارات الخارجية،وتحسينا لمناخ الاعمال وضمانا لفعالية التحكيم المحبذ لدى مجتمع التجار الدولي فقد بذلت مختلف الدول جهودا من اجل تبسيط اجراءات الاعتراف والتنفيذ الخاصة بأحكام التحكيم التجاري الدولي،عبر انضمامها الى اتفاقيات دولية وكذا اعادة تكييف منظومتها التشريعية الوطنية ضمن هذا الاطار

وقد نظم المشرع الجزائري الاحكام المتعلقة بالاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه الجبري في القسم الثالث من الفصل السادس الخاص بالتحكيم التجاري الدولي في المواد من 1051 الى 1054 ق إ م إ

وعليه فعلى ضوء هذه المواد وأحكام اتفاقية نيويورك الخاصة بأحكام التحكيم الاجنبية و إنفاذها المصادق عليها من قبل الجزائر سنتناول دراسة الاحكام الخاصة بالاعتراف والتنفيذ الجبري لأحكام التحكيم التجاري الدولي

المطلب الاول : شروط الاعتراف بالحكم التحكيمي التجاري الدولي وتنفيذه في الجزائر:

تنص المادة 1051 ف1 على ما يلي : "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم في الجزائر اذا اثبت من تمسك بها وجودها وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام " .

انطلاقا من نص هذه المادة يتضح لنا ان المشرع الجزائري وضع شرطين اساسيين للاعتراف بحكم التحكيم التجاري الدولي وتنفيذه في الجزائر مسائرا في ذلك اتفاقية نيويورك حيث نصت المادة الرابعة منها على ما يلي: "للحصول على الاعتراف والتنفيذ المذكور في نص المادة السابقة ، يقوم الطرف الذي يطلب الاعتراف والتنفيذ وقت تقديم الطلب بما يلي :

أ - القرار الاصلي مصادقا عليه حسب الاصول المتبعة او نسخة منه معتمدة حسب الاصول

ب - الاتفاق الاصلي المشار اليه في المادة الثانية او او نسخة منه معتمدة حسب الاصول .

كما نصت اتفاقية واشنطن المصادق عليها من قبل الجزائر في مادتها 54 على مايلي : "تعترف كل دولة متعاقدة بالحكم الذي صدر بناء على أحكام هذه الاتفاقية وتضمن تنفيذ الالتزامات المالية التي يفرضها الحكم كما لو كان حكما نهائيا صادرا من محكمة محلية , وعلى الدولة المتعاقدة التي تتبع النظام الفيدرالي ضمان تنفيذ الحكم عن طريق محاكمها الفيدرالية وأن تلزم هذه المحاكم بمعاملة هذا الحكم كحكم نهائي صادر من محاكم أحد الدول الفيدرالية.

2- على الطرف الذي يرغب في الحصول على الاعتراف بالحكم وتنفيذه على أرض الدولة المتعاقدة أن يقدم صورة طبق الأصل معتمدة من السكرتير العام إلى المحكمة الوطنية المختصة أو إلى سلطة أخرى تحددتها الدولة المذكورة لهذا الغرض وعلى كل دولة متعاقدة أن تخطر السكرتير العام بالمحكمة المختصة أو الجهات التي تحددتها لهذا الغرض وبكل التغييرات التي تطرأ في هذا الشأن.

3-ويحكم تنفيذ الحكم القوانين السائدة الخاصة بتنفيذ الأحكام القضائية في الدولة التي ينفذ فيها الحكم " .

وقبل ان نتطرق الى دراسة هذه الشروط يتوجب علينا ان نسلط الضوء على المقصود بكل من الاعتراف والتنفيذ (فرع اول) ثم نتناول شرط اثبات الحكم (فرع ثاني) وبعدها شرط عدم مخالفة الحكم للنظام العام الدولي (فرع ثالث) .

الفرع الاول: المقصود بالاعتراف والتنفيذ:

عادة ما تكون عملية الاعتراف ملازمة لعملية التنفيذ فهي عملية متداخلة اذ لا يمكن تنفيذ حكم تحكيمي دون الاعتراف به .

ويقصد بالاعتراف، ادماج حكم التحكيم الدولي في النظام القانوني الجزائري، بما يسمح له بترتيب كل اثاره فوق اقليم الجزائر، كاستعماله مثلا للدفع بسبق الفصل في النزاع المعروض امام القاضي الجزائري، فقد يكون الحكم التحكيمي الدولي سلبى ويصدر برفض دعوى المدعي، فلا يتضمن الحكم في منطوقه بهذه الصورة أي الزام قابلا للتنفيذ، وكل ما في الامر هو غلق الباب امام المدعي في رفع دعوى جديدة من اجل نفس الموضوع، وهناك من عرفه بأنه : "اجراء دفاعي يلجأ اليه حين تتم مراجعة المحكمة، بطلب يتعلق بنزاع سبق طرحه على التحكيم، فيشير الطرف الذي صدر الحكم لصالحه لقوة القضية المقضية ولاثبات ذلك فانه يبلغ الحكم للمحكمة التي يطرح النزاع امامها من جديد، ويطلب منها الاعتراف بصحته وبطابعه الالزامي في النقاط التي حسمها

ويرى الفقيه فيليب فوشار ان الاعتراف هو "اجراء دفاعي، يلجأ اليه صاحب المصلحة عند مطالبته امام قضاء الدولة لاجل نفس النزاع الذي سبق طرحه امام التحكيم، فيدفع صاحب الحكم التحكيمي بحجية الشيء المقضي فيه، ولاثبات ذلك يتقدم صاحب الحكم التحكيمي بطلب الاعتراف بحكمه هذا وصحته ثم يقدمه للعدالة للحكم بسبق الفصل "

اما التنفيذ فيقصد به اجبار الطرف الذي خسر دعواه في الخصومة التحكيمية ، وحمله على تنفيذ التزاماته اتجاه الطرف الاخر قهرا، وذلك بمساعدة السلطات الوطنية المختصة لدى البلد المطلوب التنفيذ لديه.

وهناك من يرى بأن التنفيذ ليس اجراء دفاعي كما هو الشأن بالنسبة للاعتراف، بل انه اجراء هجومي فلا يطلب من القاضي الاعتراف بوجود الحكم التحكيمي، بل يطلب منه اعطاء الحكم التحكيمي نفس القوة المعطاة للحكم القضائي في تنفيذ الأحكام وبالتالي فالتنفيذ يذهب ابعد من الاعتراف

كما يشكل الاعتراف و التنفيذ مظهر من مظاهر بسط سيادة الدولة على مختلف الاحكام والقرارات الصادرة خارج نطاق الهيئات والسلطات الوطنية التي يضي عليها القانون الصبغة التنفيذية القهرية دون سواها

وبالعودة الى المشرع الجزائري نجده قد ميز بين الاعتراف والتنفيذ رغم التلازم الموجود بينهما كما سبق ذكره، حيث عنون القسم الثالث - من الفصل السادس المتعلق بالأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي الواقع ضمن الباب الثاني الخاص بالتحكيم من الكتاب الخامس المتعلق بالطرق البديلة من قانون الاجراءات المدنية والإدارية -، بالاعتراف بالحكام التحكيم الدولي وتنفيذها الجبري وطرق الطعن فيها ، ثم خص الفرع الاول وعنوانه ب: الاعتراف با احكام التحكيم الدولي وضمنه المواد 5051، 5052، و5053، في حين عنون الفرع الثاني ب: تنفيذ احكام التحكيم الدولي وضمنه المادة 1054

الفرع الثاني : شرط اثبات الحكم التحكيمي:

لقد شرحت المادة 1052 ق إ م إ المقصود بإثبات الحكم التحكيمي الوارد في نص المادة 1051 من نفس القانون حيث نصت على ما يلي: "يثبت حكم التحكيم بتقديم الاصل مرفقا باتفاقية التحكيم او بنسخ عنها تستوفي شروط صحتها"

يتضح لنا من خلال نص هذه المادة انه يتوجب على صاحب طلب الاعتراف والتنفيذ ان يرفقه بالأصل او نسخة من الحكم التحكيم أو اتفاقية التحكيم مستوفية للشروط الشكلية لصحتها ، وهذا ما اكدته المحكمة العليا في احد قراراتها حيث جاء فيه ما يلي: ".... حيث ان الطاعنة تنعي على القرار المطعون فيه بخرقه القواعد الجوهرية الاجرائية وفي بيان ذلك القضائية تقول انه صرح بتنفيذ القرار التحكيمي دون التقيد بالشروط القانونية التي تجيز للجهة -اذا ماتوفرت- ان تأمر بالتنفيذ خاصة تلك الشروط المنصوص عليها في المادة 458 مكرر 18 من قانون الاجراءات المدنية .

حيث ما تعيبه الطاعنة على القرار المطعون فيه في محله ، فلا يجوز للجهة القضائية المختصة ان تأمر بتنفيذ القرارات التحكيمية الدولية الا اذا توافرت فيها الشروط المنصوص عليها في المادة 458/ مكرر 18 من نفس القانون " .

و دور رئيس المحكمة عند نظره في طلب الاعتراف و التنفيذ يتوقف عند التأكد من الوجود الفعلي والمادي للحكم واتفاقية التحكيم من اجل اصدار الامر بالاعتراف والتنفيذ دون الخوض في مدى توافر الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم لان ذلك من صلاحيات القاضي الذي ينظر دعوى الاستئناف او البطلان على ما سيأتي بيانه .

والملاحظ ان المشرع الجزائري لم يتطرق في نص المادة السالفة الذكر الى وجوب تقديم نسخة مترجمة الى اللغة الرسمية الوطنية خلافا للمشرع الفرنسي الذي استوحى منه احكامه، ولقد نصت عليه المادة الرابعة ف 2 من اتفاقية نيويورك حيث نصت على ما يلي: " متى كان الحكم المذكور او الاتفاق المذكور بلغة خلاف اللغة الرسمية للبلد الذي يحتج فيه بالقرار، يجب على الطرف الذي يطلب الاعتراف بالقرار وتنفيذه ان يقدم ترجمة لهاتين الوثيقتين بهذه اللغة ويجب ان تكون الترجمة معتمدة من موظف رسمي، او مترجم محلف أو ممثل دبلوماسي او فنصلي ، ويرى البعض ، انه من المحتمل ان يكون المشرع قد فعل ذلك تجنباً للتكرار وترك الامر بيد القاضي الذي باستطاعته الزام الاطراف تقديم نسخة بالغة الرسمية الوطنية، اما استنادا على نص المادة الرابعة من اتفاقية نيويورك المصادق عليها من قبل الجزائر مما يجعلها جزء من المنظومة القانونية الوطنية وهي بالتالي تسمو حتى على النصوص التشريعية، وهو ما

اعتمده المحكمة العليا في قرارها الصادر سنة 2004 حيث جاء فيه : "...ويجب ان تكون الوثيقتين مصحوبتين بالترجمة الى اللغة العربية طبقا لما تنص عليه المادة 2/4"

من الاتفاقية المذكوة اعلاه -أي اتفاقية نيويورك- " ، او بناء على نص المادة الثامنة 8 ق إ م إ والتي نصت على مايلي : "...يجب ان تقدم العقود والمستندات بالغة العربية او مصحوبة بترجمة رسمية الى هذه اللغة تحت طائلة عدم القبول ...".

الفرع الثالث: شرط عدم مخالفة الاعتراف والتنفيذ للنظام العام الدولي:

اشترط المشرع الجزائري في نص المادة 1052ق إ م إ ان لا يكون من شأن الاعتراف والتنفيذ مخالفة النظام العام الدولي و بالرجوع الى اتفاقية نيويورك نجدها تنص في المادة الخامسة 5 منها على مايلي : "لا يجوز رفض الاعتراف بالقرار وتنفيذه بناء على طلب الطرف المحتج ضده بهذا القرار الا اذا قدم ذلك الطرف الى السلطة المختصة التي يطلب لديها الاعتراف والتنفيذ ما يثبت ...ب) - ان الاعتراف بالقرار او تنفيذه يتعارض مع السياسة العامة لذلك البلد"، والحكم نفسه تبنته المادة 36 من قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي حيث نصت على ما يلي : "لا يجوز رفض الاعتراف بأي قرار تحكيمي او رفض تنفيذه بصرف النظر عن البلد الذي صدر فيه القرار فيه الا...ب) اذا قررت المحكمة ...2) ان الاعتراف بقرار التحكيم او تنفيذه يتعارض مع السياسة العامة لهذه الدولة..."

فلاحظ بالتالي ان المشرع الجزائري وعلى غرار المشرع الفرنسي اعتمد فكرة عدم مخالفة النظام العام الدولي خلافا لما اعتمده اتفاقية نيويورك وما تضمنته قواعد اليونسترال اللتان اعتمدتا فكرة عدم مخالفة النظام العام الداخلي، ولا يمكننا استشفاف السبب من وراء ذلك الا بعد معرفة المقصود بالنظام العام عموما ثم التمييز بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي

ان فكرة النظام العام نسبية تتفاوت من مجتمع لأخر ومن زمن لآخر فما يعتبر من النظام العام في دولة معينة لا يعتبر من النظام العام في دولة اخرى ،فكرة النظام العام تستهدف صيانة المجتمع ورعاية الاسس القانونية والمصالح الجوهرية ، ومن هذا المنطلق تعددت الاراء بشأن تحديد المقصود بالنظام العام باختلاف الزاوية التي ينظر اليه منها ، فهناك من عرفه بأنه "مجموعة الاصول والقيم التي تشكل كيان الدولة المعنوي وترسم حياة الانسانية المثلى فيها وحركتها نحو تحقيق اهداف سياسية كانت او اجتماعية او اقتصادية او خلقية "وهي بهذه المثابة مبادئ وقيم تفرض نفسها على مختلف العلاقات القانونية في الدولة وجودا واثرا ،غالبا في صورة قواعد امرة تحكم هذه العلاقة ، والمظهر العملي لهذه الوظيفة التي تؤديها هو بطلان اي عمل ارادي يأتيه المخاطب بهذه المخالفة عقدا كان هذا العمل او عملا منفردا من

ناحية، وعدم جواز التنازل عن الحقوق والمراكز القانونية التي تقررها للبعض منهم قبل البعض الاخر من ناحية اخرى

فهناك اذن علاقة تبادلية بين مفهوم النظام العام وبين القواعد الامرة ، فالنظام العام هو السبب في اكتساب بعض القواعد صفتها الامرة ، وهو ما يبرر من ناحية وجود قواعد امرة ضمن قانون التحكيم ، تبرر البطلان كأثر وجزاء على مخالفتها، كما يرتب رفض الاعتراف بالحكم وتنفيذه داخل دولة معينة.

وفي هذا الاطار يتساءل الفقيه السنهوري عما اذا كانت قاعدة قانونية معينة تتعلق بنظام المجتمع الاعلى حتى يخضع لها الجميع، ولا يجوز لاحد ان يخالفه، ام هي قاعدة اختيارية لايهم المجتمع ان ياخذ بها كل الناس ، وكل شخص حر في اتباعها او تعديلها كما يشاء ، وما هو النظام الاعلى للمجتمع الذي يتحتم على كل شخص عدم الخروج عنه؟ .

ويوجد من القواعد القانونية ما يحقق مصلحة عامة تمس النظام العام للمجتمع وهذه المصلحة اما ان تكون سياسية او اجتماعية او اقتصادية او خلقية والمصلحة الخلقية هي التي تقوم عليها الاداب العامة ، ومن ذلك فان دائرة النظام العام تتسع لتشمل الاداب العامة ، فالمصلحة السياسية ما تقوم عليه روابط القانون العام من دستورية وإدارية ومالية ، فان اكثر روابط هذا القانون يعتبر من النظام العام ، اما المصلحة الاجتماعية فمثل مل تقوم عليه قواعد القانون الجنائي وقانون العمل و الاسرة... الخ او مصلحة اقتصادية مثل القواعد الامرة الخاصة بحماية المنافسة وتنظيم حركة رؤوس الاموات وتنظيم الصرف وغيرها

ويرى الفقيه السنهوري ان النظام العام والاداب هما الباب الذي تدخل منه العوامل الاجتماعية والخلقية والاقتصادية فتؤثر في القانون وروابطه وتجعله يتماشى والتطورات التي تعرفه هذه العوامل ، وتتسع دائرتيها او تضيق تبعا لهذه التطورات وطريقة فهم الناس لنظم عصرهم وما توافقوا عليه ، وكل هذا متروك للقاضي يفسره التفسير الملائم لروح عصره ، فيكاد القاضي بالتالي يكون مشرعا ضمن هذه الدائرة المرنة ، بل هو مشرع يتقيد باداب عصره ونظم امته الاساسية ومصالحها العامة .

واذا نظرنا للنظام العام من زاوية القانون الدولي الخاص ، الذي يتناول العلاقات الدولية الخاصة فنجد من يعرفه بانه "صمام امان يحمي المجتمع الوطني من القواعد الاجنبية التي تقضي قاعدة الابططبيقها اذا تبين ان تطبيق هذه القوانين يتعارض مع المبادئ الاساسية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي

نستنتج من خلال ماسبق ان فكرة النظام العام في مجال القانون الداخلي وجدت من اجل ضمان عدم الخروج الاختياري عن الاحكام التي تضمنتها القواعد الامرة في القانون والتي وجدت من اجل الحد من

مبدأ سلطان الارادة ، و دائرته بالتالي تتسع لدى الدول التي تتبنى الانظمة الاشتراكية ، وتضيق لدى الدول التي تتبنى النظام الرأسمالي الذي يقدر الحرية الفردية ويترك المجال واسعا لإعمال مبدأ سلطان الارادة، في حين يتم اعمال فكرة النظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص بهدف استبعاد تطبيق احكام القانون الاجنبي الذي اشارت قاعدة الاسناد باختصاصه

ولهذا نجد ان التشريعات الوطنية تكفي بتقرير النص على النظام العام دون ان تحدد المقصود به، وكأنها تتعمد ان تحظى فكرة النظام العام بالغموض الذي يكتنفها فهو مصدر المرونة التي تميزه، وهو الذي يشكل سبب حيويتها واستمرارها، والغموض هذا والمرونة التي تكتنف مفهوم النظام العام ، هو ما يمنح القاضي سلطة تقديرية واسعة فس تقدير ما يدخل في اطاره وما يخرج عن نطاقه ، ولهذا يتوجب على القاضي التحلي بالموضوعية لدى تقديره للنظام العام

وقد اشترطت الكثير من التشريعات العربية عدم مخالفة القرار التحكيمي لمقتضيات النظام العام الداخلي لديها، فقد نصت المادة 58 من قانون التحكيم المصري علي ان لا يجوز الامر بتنفيذ حكم التحكيم الا بعد التحقق من انه لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم فيما يتعلق بموضوع النزاع ، و انه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية. كما نصت المادة 235 من قانون الاجراءات المدنية الاماراتي في فقرتها الثانية على ان يطلب الامر بالاعتراف والتنفيذ امام المحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها المعتادة لرفع الدعوى ، ولا يجوز الامر بالتنفيذ الا بعد التحقق من انه لا يتعارض مع حكم او امر سبق صدوره من محكمة بالدولة ، ولا يخالف الاداب او النظام العام فيها،²¹ وينتقد البعض هذا الاتجاه التشريعي بدعوى ان ممارسة الرقابة القضائية بهذا الشكل انما تهدف الى مراعاة قواعد النظام العام الداخلي ، وهو ما من شأنه تعطيل الاعتراف وتنفيذ القرارات الصادرة بخصوص التحكيم التجاري الدولي فيحين ينبغي ان يكون فقط من اجل مراعات النظام العام الدولي، وهو ما اقرته جمعية القانون الدولي في احد قراراتها بخصوص اعتبار النظام العام عائق امام تنفيذ احكام التحكيم التجاري الدولي حيث جاء فيه "لا يجب ان تحول مجرد مخالفة حكم تضمنته قاعدة امرة- لامتثل جزء من النظام العام الدولي للدولة- دون الاعتراف وتنفيذ هذا الحكم التحكيمي ، حتى وان مثلت هذه القاعدة الامرة جزء من فنون الدولة التي يطلب التنفيذ لديها ، او القانون المنظم للعقد، او قانون مكان تنفيذ العقد ، او قانون مكان التحكيم ."

هذا عن مفهوم النظام العام عموما والنظام العام الداخلي الذي اشارت اليه اتفاقية نيويورك ، اما بخصوص مفهوم النظام العام الدولي فهو يختلف عن الاول في مصدره لانه آت مما توافقت عليه المجتمعات لدى مختلف الدول وبالأخص مجتمع التجار الدولي والمكرسة مبادئه في مختلف المواثيق

²¹المادة 235 من قانون الاجراءات المدنية الاماراتي الصادر بالقانون الاتحادي رقم 11 لسنة 1992

والمعاهدات وحتى العقود والأعراف والممارسات التجارية والدولية وهناك من يفضل تعريف النظام العام الدولي بأنه "مجموعة القواعد الشاملة في مختلف حقول القانون الدولي والعلاقات الدولية بهدف خدمة المصالح العليا للمجتمع الدولي والمصالح العليا للإنسانية ويكون موافقا بل احيانا مخالفا لمصالح امم اذا اخذت على حده" .

وعليه فالنظام العام الدولي نابع من مجموعة القيم تكاد تتحد فيها الانسانية جمعاء، خاصة وان العولمة بمختلف اشكالها الاجتماعية والاقتصادية والإعلامية ...الخ اخذت تسقط مختلف الفوارق بين الامم والمجتمعات وذلك بالعمل على بلورة وتنميط اسلوب موحد لحياة الشعوب ، وهو ما انعكس جليا على ظاهرة التقارب بين مختلف الانظمة القانونية الوطنية بما فيها تلك التي تنظم العلاقات التجارية والاقتصادية

وانطلاقا مما سبق يبدو لنا جليا أن دائرة النظام العام الداخلي هي اكثر اتساعا من النظام العام الدولي بل تستغرقها في الكثير من الاحيان، ذلك انه يحتوي على قيم تشترك فيها الانسانية مثل محاربة الفساد والرشوة، الاحتيال، غسيل الموال، المتاجرة بالمخدرات، الاتجار غير المشروع بالأسلحة...الخ فكل هذه القيم نجدها مستغرقة ضمن مفهوم النظام العام الداخلي، والذي يحتوي الى جانب القيم السالفة الذكر على قيم اخرى تنفرد بها المجتمعات وهي تختلف من دولة لأخرى.

والإشكال الذي يعترض الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها هو مخالفتها لهذا النوع من القيم الذي يصنع خصوصية النظام العام الداخلي لدى كل دولة والذي حاولت اتفاقية نيويورك مراعاته، الا ان بعض الفقه فسر عبارة النظام العام الداخلي الوارد في نص المادة الخامسة بالهدف الذي تصبو اليه الاتفاقية وهو تسهيل الاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم التجاري الدولي ويرى، ان المقصود بها هو النظام العام الدولي للدولة وليس النظام العام الداخلي فيها وهو الاتجاه الذي سارت فيه كذلك بعض التطبيقات القضائية لدى الدول الصديقة للتحكيم، حيث جاء في حكم صادر من محكمة المانية: "...في حالة قرارات تحكيم اجنبية، لايشكل الخروج عن القواعد الالزامية للاجراءات الداخلية انتهاكا للسياسة العامة، بل يجب ان يكون هناك انتهاك للسياسة العامة الدولية، ومن ثم فإن الاعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية يخضع كقاعدة عامة لنظام اقل صرامة من الاعتراف بقرارات التحكيم المحلية" .

وهكذا يتضح لنا جليا ان موقف المشرع الجزائري جاء موافقا لأهداف اتفاقية نيويورك باعتماده فكرة اشتراط عدم مخالفة الحكم التحكيمي عند الاعتراف به وتنفيذه في الجزائر لمقتضيات النظام العام الدولي بدلا من الداخلي تسهيلا لتنفيذ مثل هذه الأحكام وهو ما يعتبر احد الضمانات المشجعة على جلب الاستثمارات الخارجية، وإرساء بيئة أعمال ملائمة،

المطلب الثاني: الاجراءات الخاصة بالاعتراف و التنفيذ:

التطرق الى اجراءات المتبعة لاستصدار الامر با لاعتراف والتنفيذ يستلزم منا تحديد المحكمة المختصة (فرع اول) ثم ايدع الطلب و صدور الامر (فرع ثاني).

الفرع الاول: المحكمة المختصة بالاعتراف والتنفيذ:

تنص المادة 1051 / ف2 على ما يلي : "وتعتبر قابلة للتنفيذ وبنفس الشروط بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت احكام التحكيم في دائرة اختصاصها، أو محكمة محل التنفيذ اذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الاقليم الوطني"

انطلاقا من نص هذه الفقرة يتوجب علينا التمييز بين حالتين لتحديد المحكمة المختصة اقليميا باصدار امر الاعتراف و التنفيذ.

أولاً: اذا كان حكم التحكيم صادر في الجزائر:

في هذه الحالة يؤول الاختصاص لرئيس المحكمة التي يتبع مكان اختصاصها الاقليمي مكان صدور الحكم التحكيمي وهو عادة مكان مقر اجتماع هيئة التحكيم، وحسنا فعل المشرع الجزائري، ذلك ان رئيس محكمة مكان صدور الحكم التحكيمي قد يكون على اطلاع بملف النزاع خاصة اذا تم اللجوء اليه اثناء سير الخصومة لطلب مساعدته وتدخله، طبقا لنص المادة 1041 أو المادة 1048 ق إ م إ وبالتالي يكون على اطلاع ودراية بملف النزاع

ثانياً: اذا كان حكم التحكيم صادر خارج الجزائر:

اذا كان الحكم التحكيمي صادر خارج اقليم الدولة الجزائرية فان اختصاص الاعتراف به وتنفيذه يؤول للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها الاقليمي اقامة او مقر المنفذ عليه او الاموال المراد التنفيذ عليها

الفرع الثاني: ايدع طلب التنفيذ، فحصه و صدور الامر :

يقصد بإيداع الطلب، تحرير العريضة المتضمنة طلب الاعتراف والتنفيذ من قبل من يهمله التعجيل لدى مرفقة بأصل الحكم التحكيمي واتفاقية التحكيم او نسخ عنهما وإدخالها في النظام الاداري للمحكمة بغية تسجيله لدى كتابة الضبط وقيده في السجلات الخاصة وإعطائه رقما خاصا بعد دفع المصاريف الازمة، وننوه بهذا الخصوص الى ماكدت عليه اتفاقية نيويورك من وجوب معاملة احكام التحكيم الدولية على نفس قدم المساواة مع احكام التحكيم الداخلية حيث نصت في مادتها الثالثة على مايلي: "..... ولا

تقرض على الاعتراف بقرارات التحكيم التي تطبق عليها هذه الاتفاقية او على تنفيذها شروطا اكثر تشدد او رسوم او اعباء اعلى بكثير مما يفرض على الاعتراف بقرارات التحكيم المحلية او على تنفيذها.

ويتم دراسة الطلب من قبل رئيس المحكمة الذي يتأكد من الوجود المادي للحكم التحكيمي واتفاقية التحكيم دون الخوض في دراسة موضوع النزاع ولا التأكد من مدى توافر الشروط الموضوعية لصحة اتفاقية التحكيم ، كما يتأكد من ان الاعتراف بهذا الحكم وتنفيذه لا يتعارض ومقتضيات النظام العام الدولي في الجزائر

ويتم الامر بالاعتراف والتنفيذ او رفضه اما في ذيل الحكم التحكيمي او يعاد صياغته على شكل حكم قضائي ، ويتسلم المعني نسخة من الامر من رئيس امانة ضبط المحكمة وهذا استنادا لنص المادة 1036 ق إ م إ التي احالت اليها المادة 1054 من نفس القانون بشأن تنفيذ احكام التحكيم التجاري الدولي.

كما نشير بهذا الخصوص الى امكانية ان يصدر الحكم مشمولاً بالنفذ المعجل حيث نصت المادة 1037 من ق إ م إ على ما يلي : "تطبق القواعد المتعلقة بالنفذ المعجل للأحكام على احكام التحكيم المشمولة بالنفذ المعجل"

اذا اصدرت الهيئة التحكيمية حكمها مشمولاً بالنفذ المعجل ففي هذه الحالة واستنادا لنص المادة السالفة الذكر فان تنفيذ مثل هذا الحكم المشمول بالنفذ المعجل يخضع لنفس القواعد الخاصة بتنفيذ الاحكام القضائية الوطنية المشمولة بالنفذ المعجل.

ويقصد بكون الحكم مشمول بالنفذ المعجل هو تمتعه بالقوة التنفيذية رغم امكانية الطعن فيه بالطرق العادية ، المعارضة والاستئناف، ذلك ان الاصل في الاحكام هو انها لا تنفذ الا بعد ان تصبح نهائية، قد استنفذت الطرق العادية للطعن والمشرع الجزائري تناول الاحكام والقواعد المتعلقة بالنفذ المعجل المعجل للاحكام القضائية في المواد 325، 324، 323، و326 منقانون الاجراءات المدنية و الادارية

ونحن بصدد الحديث عن الحكم التحكيمي المشمول بالنفذ المعجل نشير الى ان الامر يقتصر فقط على تطبيق الاحكام الاجرائية الخاصة بتنفيذ الاحكام القضائية دون القواعد الموضوعية فلا رقابة للقضاء على تقرير الهيئة التحكيمية لإصدار حكمها مشمولاً بالنفذ المعجل،

وتطبيقا للمادة 323 ق إ م إ يستطيع رئيس المحكمة الناظر في طلب الاعتراف والتنفيذ ان يصدر امره بتنفيذ الحكم المعجل بكفالة أو بدون كفالة، ويمكن للطرف المطلوب التنفيذ ضده الاعتراض على التنفيذ المعجل امام الجهة القضائية المعروض امامها الاستئناف شريطة ان يكون المعني بالامو قد استأنف الامر القاضي بالاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي المشمول بالنفذ المعجل

المبحث الثالث الطعن في احكام التحكيم التجاري الدولي:

هناك طريقتين يتم من خلالها الطعن في احكام التحكيم التجاري الدولي، احدهما يستهدف الامر الصادر من قبل رئيس المحكمة بشأن طلب الاعتراف والتنفيذ والذي يكون عن طريق دعوى الاستئناف (المطلب الاول) ،والآخر يستهدف الحكم التحكيمي في حد ذاته وذلك عن طريق دعوى البطلان (المطلب الثاني)

المطلب الاول: استئناف الامر القاضي بالاعتراف و التنفيذ أو رفضه:

مبدئيا اجاز المشرع الجزائري استئناف الامر الراض لطلب الاعتراف والتنفيذ(الفرع الاول) أما الامر الذي يقبل طلب الاعتراف و التنفيذ فمبدئيا لا يجوز استئنافه إلا في حالات استثنائية سمح بها المشرع (الفرع الثاني).

الفرع الاول:استئناف الامر القاضي برفض الاعتراف والتنفيذ:

تنص المادة 1055 ق إ م إ على ما يلي : " يكون الامر القاضي برفض الاعتراف او برفض التنفيذ قابلا للاستئناف "

نلاحظ ان المشرع الجزائري اجاز مبدئيا استئناف الامر القاضي برفض طلب الاعتراف و التنفيذ ،لان الاصل ان يتم قبول الطلب تسهيلا و تفعيللا للحكم التحكيمي الدولي ،والاستثناء هو رفض الطلب متى توافرت اسبابه ،اذا لم يتم ايداع ولو نسخة من الحكم التحكيمي او اتفاقية التحكيم مترجمة للغة الوطنية،او ان القاضي رأى ان الاعتراف بهذا الحكم وتنفيذه يخالف مقتضيات النظام العام الدولي في الجزائر ففي هذه الحالة يصدر القاضي امره برفض الطلب،ويمكن لصاحب الطلب استئناف الامر .

وبخصوص الجهة القضائية التي يرفع الاستئناف لديها ،فلم يخرج المشرع الجزائري عن القاعدة العامة حيث يعود الاختصاص للمجلس القضائي الذي تتبع المحكمة دائرة اختصاصه الاقليمي ،وهو ما اكدت عليه المادة 1057 ق إ م إ حيث نصت على ما يلي:"يرفع الاستئناف امام المجلس القضائي خلال اجل شهر واحدا ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة " .

ورفعا للبس نشير في هذا المقام الى ان استئناف الامر الراض لطلب الاعتراف والتنفيذ الوارد في نص المادة 1035 من نفس القانون والتي احالت اليها المادة 1054 بشأن تنفيذ احكام التحكيم التجاري الدولي يبقى خاصا بأحكام التحكيم الداخلي حيث نصت الفقرة الاخيرة من المادة على ما يلي : "يمكن للخصوم استئناف الامر القاضي برفض التنفيذ في اجل خمسة عشرة (15) يوما من تاريخ الرفض امام المجلس القضائي فهذا الاستئناف يبقى خاصا بالأمر الصادر بشأن رفض الاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم التجاري

الداخلي لا الدولي وعليه نستنتج أن احالة نص المادة 1054 لا تشمل هذه الفقرة كون ان هناك حكم خاص باستئناف الامر القاضي برفض الاعتراف وتنفيذ الحكم التجاري الدولي ورد في نص المادة 1057 وعليه فان اجل الاستئناف هي شهر وليس خمسة (15) يوما كما هو الشأن بالنسبة للتحكيم الداخلي، ويبدأ سريانها اعتبارا من تاريخ التبليغ الرسمي وليس من تاريخ النطق بالحكم كما هو الحال بالنسبة للتحكيم الداخلي ورفعا لهذا اللبس نقترح تعديل نص المادة 1054 بحصر الاحالة على الفقرة الاولى والثانية فقط حتى يتحقق الانسجام بين المادتين 1054 و1035 من جهة والمادة 1057 من جهة اخرى .

وقضاة الاستئناف تنصب رقابتهم على مدى توافر اسباب الرفض المشار اليها سابقا، فهي رقابة ولائية لا تتعداها الى موضوع الحكم التحكيمي او اتفاقية التحكيم، فيتأكدون من عدم ايداع الوثائق المطلوبة لقبول الطلب اذ كان ذلك هو سبب الرفض ، او لصحة تقدير رئيس المحكمة لمدى مخالفة الاستجابة للطلب لمقتضيات النظام العام الدولي في الجزائر ، وهذا ما يميز حسب رأينا دور القضاة هنا عن دورهم في الاستئناف الخاص بالأمر القاضي بقبول طلب الاعتراف والتنفيذ وكذا دورهم في دعوى البطلان اين تتسع رقابتهم وتتعمق لتشمل تقدير مدى صحة الحكم التحكيمي و اتفاقية التحكيم ولكن دون ان يصل الامر الى التعدي على اختصاص الهيئة التحكيمية و اعادة النظر في موضوع النزاع اذ تهدف رقابة القاضي الجزائري في هذه الحالة الى التحقق من مدي احترام الهيئة التحكيمية من القواعد الاجرائية الخاصة باختصاصها وإصدار الحكم التحكيمي مثل التحقق من صحة اتفاق التحكيم ومن مدي التزام المحكمين بنطاق المهمة المسندة لهم وعدم تجاوزهم للسلطات والصلاحيات الممنوحة لهم بموجب اتفاق التحكيم والقانون الاجرائي الواجب التطبيق، وكذلك صحة اجراءات تعيينهم وتوافر الشروط القانونية فيهم ، وان تبليغ الحكم للأطراف قد تم بالشكل الصحيح ، وكذا عدم تعارض الحكم الصادر مع مقتضيات النظام العام الدولي .

الفرع الثاني :استئناف الامر القاضي بقبول الاعتراف والتنفيذ :

مبدئيا منع المشرع الجزائري استئناف الامر القاضي بقبول طلب الاعتراف و التنفيذ وأجازة استثناء متى تعلق الامر بحكم تحكيم تجاري دولي صادر في الجزائر ضمن حدود ضيقة لا تخرج عن الاوجه المنصوص عليها في نص المادة 1056 ق إ م إ حيث نصت على ما يلي :حيث نصت على ما يلي :
"لا يقبل الامر الذي يقضي بتنفيذ حكم التكميم المشار اليه اعلاه -اي في الفقرة الاولى ويقصد به حكم التحكيم التجاري الدولي الصادر في الجزائر- أي طعن"

1- اذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم او بناء على اتفاقية باطلة ، او انقضاء مدة الاتفاقية

2- اذا كان تشكيل محكمة التحكيم او تعيين المحكم الواحد مخالفا للقانون

3- اذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة اليها

4- اذا لم يراعى مبدأ الوجاهية

5- اذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها او اذا وجد تناقض في الاسباب

6- اذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي

كما نصت المادة الخامسة(5) من اتفاقية نيويورك المصادق عليه من قبل الجزائر على مايلي : "لايجوز رفض بالقرار وتنفيذه بناء على طلب الطرف المحتج ضده بهذا القرار، الا اذا قدم ذلك الطرف الى السلطة المختصة التي يطلب لديها الاعتراف ما يثبت:

1 - ان طرفي الاتفاق المشار اليه في المادة الثانية كانا بمقتضى القانون المنطبق عليهما في حالة من حالات انعدام الاهلية او كان الاتفاق المذكور غير صحيح بمقتضى القانون الذي اخضع له الطرفان الاتفاق، واذا لم يكن هناك ما يشير الى ذلك بمقتضى قانون البلد الذي صدر فيه القرار أو

ب) ان الطرف الذي يحتج ضده بالقرار لم يخطر على الوجه الصحيح بتعيين المحكم أو او باجراء التحكيم او كان لاي سبب اخر غير قادر على عرض قضيته أو

ج) أن القرار يتناول خلافا لما توقعه أو لم يتضمن شروط الاحالة الى التحكيم او يتضمن قرارات تتجاوز نطاق الاحالة الى التحكيم على ان يراعى فيها الحالات التي يمكن فيها فصل القرارات المتعلقة بالمسائل التي تخضع للتحكيم عن المسائل التي لاتخضع له، انه يجوز الاعتراف بجزء القرار الذي يتضمن قرارات تتعلق بمسائل تخضع للتحكيم وتنفيذ هذا الجزء أو

د) تشكيل هيئة التحكيم أو اجراءات التحكيم لم تكن وفقا لاتفاق الطرفين أو لم تكن في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق، وفقا لقانون البلد جرى فيه التحكيم أو

هـ) ان القرار لم يصبح بعد ملزما للطرفين أو انه نقض أو أوقف تنفيذه بموجب قانون هذا البلد

- يجوز كذلك رفض الاعتراف بقرار التحكيم ورفض تنفيذه من قبل السلطة المختصة في البلد الذي يطلب فيه الاعتراف بالقرار وتنفيذه

أ) انه لا يمكن تسوية موضوع النزاع بالتحكيم طبقا لقانون ذلك البلد أو

ب) ان الاعتراف بالقرار او تنفيذه يتعارض مع السياسة العامة لذلك البلد "

وهذه الالوجه اخذ بها كذلك قانون اليونسترال النموذجي نص المادة 34 منه

وباعتبار ان نص المادتان السالف ذكرهما يصنعان النظام القانوني الجزائري في هذه المسألة فسنتناول على ضوءهما شرح مختلف الأوجه التي يبنى عليها الطعن بالاستئناف ضد الامر الذي يقبل الاعتراف والتنفيذ ، والتي جاء ذكرها على سبيل الحصر فلا يجوز التوسع في تفسيرها حتى لا يتم توسيع دائرة الاستئناف و البطلان على اساس انها اوجه مشتركة بينهما، كما يتم رفض الطعون التي لا تتركز الى واحد من هذه الالوجه ، و ما يمكن ملاحظته هو أن نص المادة 1056 ذكرت خمسة (5) أوجه منها وجه لم تتناوله المادة الخامسة (5) من اتفاقية نيويورك التي ذكرت سبعة أوجه،ولهذا سوف نتناول الالوجه المشتركة فينص المادتين (أولاً) ثم نتناول الالوجه الغير مشتركة (ثانياً)

أولاً: أوجه الاستئناف المشتركة بين نص المادة 1056 ق إ م إ والمادة (5) من اتفاقية نيويورك:

يمكن تصنيف هذه الالوجه الى اوجه تتعلق بمدى اختصاص الهيئة التحكيمية (أ) وأوجه تتعلق بالحكم التحكيمي (ب) ووجه يتعلق بمخلفة النظام العام الدولي(ج)

أ - أوجه الاستئناف المتعلقة باختصاص الهيئة التحكيمية:

أجاز المشرع الجزائري استثناء استئناف الامر الذي يقبل الاعتراف بحكم التحكيم الدولي الصادر

في الجزائر متى تعلق الامر بعيب يمس اختصاص الهيئة التحكيمية التي اصدرت القرار التحكيمي سواء تعلق الامر بالأساس الذي يمنحها الاختصاص أو بمضمونه الذي يستغرق مدى صحة تشكيلتها وولايتها للفصل في النزاع المطروح امامها

1- اذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة او انقضاء مدتها:

هذا الوجه تناولته الفقرة الاولى (1) من نص المادة 1056 ق إ م إ والفقرة الاولى (1) بند (أ) و(ج) من اتفاقية نيويورك ، ويتعلق الامر هنا بالأساس الذي يجعل الهيئة التحكيمية مختصة بالنظر في النزاع القائم بين الاطراف ،وهو اتفاق التحكيم ،ويأخذ هذا الوجه ثلاثة حالات نتناولهم فيما يلي:

- حالة انعدام اتفاقية التحكيم:

متى رأى القضاة ان الهيئة التحكيمية قد فصلت في النزاع بدون اتفاقية تحكيم جاز لهم عند نظرهم في دعوى الاستئناف ،الغاء الامر القاضي بالاعتراف و التنفيذ، ونرى أن هذه الحالة مستبعدة من الناحية العملية ذلك انه يندر ان تقبل هيئة تحكيمية معينة النظر في نزاع معين وتفصل فيه دون التأكد من وجود اتفاق تحكيم يمنحها الاختصاص بذلك لان غياب اتفاق التحكيم يفقد التحكيم شرعيته،كما أنه يندر كذلك

ان يقوم رئيس المحكمة بالاعتراف بالقرار التحكيمي دون التأكد من وجود نسخة من اتفاق التحكيم، وبالتالي فلا نتصور ان كلا من الهيئة التحكيمية ورئيس المحكمة يغفلان هذا الامر

-حالة بطلان اتفاقية التحكيم:

في هذه الحالة اتفاقية التحكيم موجودة الا انها مشوبة بعيب يتعلق بالشروط الموضوعية لصحتها يترتب بطلانها، ونذكر في هذا المقام بمبدأ ويتم تقدير ذلك على ضوء احكام القانون الذي تم ابرامها في إطاره حيث انه عادة ما يكون نفس القانون الذي يحكم العقد التجاري الاصلي الذي بمناسبة تم ابرام اتفاق التحكيم، وعلى الطرف الذي يدعي وجود العيب ان يثبت ذلك ، فيقدم الدليل الذي يثبت للقاضي الناظر في الدعوى ان اتفاق التحكيم قد شابه عيب يتعلق بالشروط الموضوعية لصحته مثل الاكراه او التدليس... الخ وتستغرق هذه الحالة كون النزاع مما لا يجوز حله عن طريق التحكيم وفق القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم فيكون محل اتفاق التحكيم غير مشروع في هذه الحالة وهو يترتب الحكم ببطلان هذا الاتفاق وتبعاً له بطلان الحكم التحكيمي ، فإذا كان اتفاق التحكيم قد تم ابرامه على ضوء احكام القانون الجزائي فإنه واستناداً لنص المادة 1006 ق إ م إ لا يجوز حل النزاعات المتعلقة بالنظام العام او حالة الاشخاص وأهليتهم ، كما يمنع على الاشخاص المعنوية العامة اللجوء الى التحكيم إلا فيما يخص علاقاتها الاقتصادية الدولية او في اطار الصفقات العمومية ففي هذه الحالة يعتبر محل اتفاق التحكيم غير مشروع مما يترتب بطلانه

كما تستغرق هذه الحالة كذلك الدفع المتعلق بعدم اهلية احد الاطراف ، الا انه فيما يتعلق بالأهلية فإنه غالباً ما يتم تقدير ذلك بالرجوع الى قانون جنسية الأطراف ولكون الامر يتعلق بالعقود التجارية الدولية الني عادة ما تكون بين الشركات التجارية، فإنه عادة ما ينصرف عيب انعدام الاهلية الى فقدان صلاحية تمثيل الشخص المعنوي وسلطة توقيع اتفاق التحكيم باسمه، كأن يكون الشخص او الوفد المفاوض لا يملك التفويض اللازم لإبرام مثل هذا الاتفاق كما هو الشأن بالنسبة للشركات الفرعية التي توقع احداها على اتفاقية تحكيم ومدى امتداد اثر هذا الاتفاق على الشركة الام

وعلى خلاف الحالة الاولى هذه الحالة يمكن حدوثها كثير ذلك ان رئيس محكمة اول درجة يتحقق فقط من الوجود المادي لمدى توافر الشروط الشكلية لاتفاقية التحكيم عند نظره في طلب الاعتراف و التنفيذ وفق قرينة قانونية تقتض صحة هذا الاتفاق تطبيقاً لنص المادة 1051 ق إ م إ، وليس من وظيفته وصلاحيته التحقق من مدى توافر الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم وفقاً للقانون الذي ابرم في ظله ، حيث يعود ذلك لاختصاص قضاة المجلس عند نظرهم في دعوى الاستئناف استناداً لنص المادة 1056 ق إ م إ ، فيتحققون من مدى صحة اتفاق التحكيم ، ويقع على الطرف المعارض اثبات عدم صحته وفقاً

لقانون الذي ابرم في ظلّه ، ذلك ان القاضي الوطني يتعذر عليه، كما يفترض عدم علمه وإحاطته بمختلف الانظمة القانونية التي تبرم في اطارها اتفاق التحكيم.

ونشير بهذا الخصوص الى أن هناك جانب من الفقه وبعض الممارسات القضائية يميلان الى رفض النظر وعدم قبول الاعتراضات المقدمة بشأن عدم صحة اتفاق التحكيم عندما يتبين ان الطرف المعارض-المستأنف لأمر الاعتراف والتنفيذ -قد فوت على نفسه فرصة الاعتراض امام الهيئة التحكيمية تطبيقاً لمبدأ الاغلاق الحكمي ،حيث جاء في حكم صادر عن محكمة استئناف فرنسية مايلى : "ان الطرف الذي لايدلي بمخالفة تعترضه اذا كانت الفرصة متاحة له، لا يستطيع الادلاء بهذه المخالفة امام القضاء" ذلك انه واستناداً لأحكام قانون الاجراءات المدنية الفرنسي فان عدم الاعتراض

راض على المسائل المتعلقة بعدم صحة اتفاق التحكيم يعد تنازلاً عن تلك المسألة امام المحكمة الناظرة بطلب انفاذ الحكم التحكيمي

كما يرى جانب من الفقه ان منح الجهات القضائية صلاحية تقدير مدى صحة اتفاق التحكيم يتعارض مع مبدأ الاختصاص بالاختصاص والذي يمنح للهيئة التحكيمية دون سواها صلاحية تقرير اختصاصها للنظر في النزاع المطروح عليها²² والمشرع الجزائري نص على هذا المبدأ في نص المادة 1044 ق ا م احيث نصت على ما يلي : " تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب اثاره الدفع بعدم الاختصاص قبل اي دفع في الموضوع"

وعليه نلاحظ ان المشرع الجزائري وخلافا لبض الانظمة القضائية التي ترى انه لا يحق للهيئات القضائية في معرض نظرها لطلب الاعتراف و التنفيذ ان تبسط رقابتها وتراجع قرار هيئة التحكيم الفاصل في مسألة اختصاصها بما في ذلك تقيمها لصحة اتفاق التحكيم، قد اقر صراحة لقضاة الاستئناف امكانية النظر في مدى صحة اتفاق التحكيم استناداً لنص المادة 1056 ق ا م ا

وبهذا يكون المشرع الجزائري متأثر بالاتجاه الذي يرى ان الهيئات التحكيمية لا تملك الحق الحصري لإقرار صحة اتفاق التحكيم

وقد ايدت بعض الاحكام القضائية هذا الاتجاه معتبرة ان متطلبات الاعتراف بحكم التحكيم الاجنبي وفقاً لاتفاقية نيويورك وجود ادلة لا لبس فيها على رغبة الاطراف اللجوء الى التحكيم وان الجهات القضائية غير ملزمة بالنتائج التي تم التوصل اليها من قبل هيئات التحكيم فيما يتعلق بصحة الاختصاص بما في ذلك المسائل المتعلقة بالأهلية وصحة اتفاق التحكيم ، وبالتالي اذا وجدت المحكمة ان اتفاق التحكيم غير

²² سامي محمد خالد الشمة، المرجع السابق ص 144

صحيح فإن قرار التحكيم بالاختصاص يكون أيضا غير صحيح لأنه بني على اتفاق باطل لا ينتج أي أثر.

-حالة انقضاء مدة الاتفاقية :

علينا ان نميز هنا بين انقضاء مدة اتفاق التحكيم وبين انقضاء المدة المقررة لانتهاء اجراءات التحكيم فالاول يتعلق بالحدود الزمنية لسريان مفعول اتفاق التحكيم الذي قد يتفق الاطراف على تحديد سريان مفعوله بمدة معينة، كأن يتم الاتفاق على انتهاء العمل به بعد مدة من انتهاء العقد التجاري الاصيليين الطرفين ،اما بخصوص المدة المقررة لانتهاء عملية التحكيم والمنصوص عليها في نص المادة..... والمحددة باربعة (4) اشهر فان ذلك حسب رأينا يتعلق باجراءات التحكيم لا باتفاق التحكيم،وعليه فقبول الهيئة التحكيمية الفصل في النزاع المطروح امامها رغم انقضاء مدة سريان الاتفاق هو الذي من شأنه التأثير سلب على اختصاصها

(2) اذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو المحكم الوحيد مخالف للقانون:

ان الطابع التفاوضي للتحكيم هو الذي يحتم اخضاع تشكيل هيئة التحكيم للقانون المتفق عليه من قبل الاطراف،وعلى الطرف الذي يدعي ذلك ان يثبته، وهذا ما نستنتجه من نص المادة (5)الفقرة (1 بند د) من اتفاقية نيويوركحيث نصت على ما يلي : " يكون على الطرف المعارض للانفاذ أن يثبت للمحكمة الناضرة بطلب الاعتراف والتنفيذ أن:-تشكيل هيئة التحكيم/لم تكن وفقا لاتفاق الطرفين اولم تكن في حال عدم وجود مثل هذا الاتفاق وفقا لقانون البلد الذي جرى فيه التحكيم"

وحيث أن رئيس محكمة اول درجة الذي فصل في طلب الاعتراف و التنفيذ بالقبول ليس مطلوب منه البحث في مدى صحة تشكيل هيئة التحكيم على ما سبق بيانه،فيتوجب على الطرف المعارض على امر الاعتراف والتنفيذ اثارة المسالة على مستوى الاستئناف او بمناسبة الطعن بالبطلان على ما سيأتي بيانه

ويقع على الطاعن عبئ اثبات ذلك عملا بنص المادة الخامسة (5) السالفة الذكر من اتفاقية نيويورك

ونشير بهذا الخصوص الى ان المسائل المتعلقة بصحة تشكيل المحكمة التحكيم يعد من المسائل المتعلقة بالاختصاص ،والتي يجب اثارها قبل اي دفوع في الموضوع ،امام الهيئة التحكيمية ، ولهذا فقد استقر العمل القضائي في كثير من الدول على رفض الدفوع المتعلقة بعدم صحة تشكيلة هيئة التحكيم حتى وان ثبت ذلك فعليا على اساس استنباط وجود الموافقة الضمنية للاطراف من خلال السير في اجراءات الخصومة حيث قضت احد المحاكم الالمانية : "أن قيام الاطراف باختيار محكم خارج جدول المحكمين المتفق عليه بينهم يعتبر تعديلا ضمنيا لاتفاق التحكيم ، وبالتالي لايمكن لاحد التذرع باحكام الفقرة (د 1)

من المادة الخامسة (5) من اتفاقية نيويورك وهو ما ستقر عليه العمل القضائي في ألمانيا ، إيطاليا والصين تطبيقا لمبدأ حسن النية ، والإغلاق الحكمي ، ومقتضيات العدالة والنصاف .

3) فصل محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة اليها:

عيب الاختصاص يبرز في هذه الحالة في مدى ولاية هيئة التحكيم للفصل في موضوع النزاع ، ويتخذ هذا الوجه صور متعددة فقد يكون في صورة ان هيئة التحكيم تفصل في مسألة لم يشملها اتفاق التحكيم ، او ان المحكمين ضمنو الحكم مسألة لم يتم اثارته من قبل الخصوم في طلباتهم، او يتولى المحكم مهمة الصلح دون ان يكون مخولا بذلك في اتفاق التحكيمالخ

ب) مخالفة القواعد الاجرائية (انتهاك حقوق الدفاع)

في هذا الاطار نص المشرع الجزائري على مخالفة مبدأ اجرائي جوهري وهو مبدأ الوجاهية وذلك في الفقرة (3) من المادة 1056 ق إ م إ م 1 والفقرة (1) م (5) من اتفاقية نيويورك ، وهذا المبدأ يضمن للخصوم محاكمة عادلة من خلال تمكينهم تقديم مختلف دفوعهم وحججهم .

وقد يحدث الاخلال بمبدأ الوجاهية اثناء سير الخصومة التحكيمية عند تبادل العرائض ومختلف الوثائق فيتم حرمان احد الخصوم من تقديم حججه أو الاطلاع على دفوع الخصم وغيرها ، كما قد يكون ذلك نتيجة عدم تبليغ الخصوم بتاريخ الجلسات او القيام باتخاذ اجراء معين كالمعاينة والخبرة... الخ او عدم منحهم الوقت الكافي لذلك ، مما يحرم احد اطراف الخصومة من ابداء دفوعه وملاحظاته .

ويعتبر العتراض المنصب على مخالفة الاجراءات أكثر الدفوع شيوعا أمام المحاكم النازرة في دعاوى الاعتراف والتنفيذ .

ج) مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي :

سبق لنا التطرق الى شرح المقصود بالنظام العام الدولي عند معرض الحديث عن شروط الاعتراف والتنفيذ ، وعليه يتضح لنا جليا ان المشرع الجزائري منح للمعترض على امر الاعتراف والتنفيذ امكانية الاستئناف من اجل مراجعة مدى صحة تقدير رئيس المحكمة الذي اصدر الامر لمقتضيات النظام العام الدولي خاصة وان فكرة النظام العام الدولي هي نسبية ويشوبها الغموض كما سبق الاشارة اليه، ولهذا فقد يكون تقدير قضاة الاستئناف مخالفا ومغايرا لتقدير رئيس محكمة اول درجة وهو ما ينتج عنه الغاء الامر القاضي بالاعتراف والتنفيذ .

ثانيا : الواجه الغير مشتركة بين نص المادة 1056 ق إ م إ والمادة 5) من اتفاقية نيويورك :

هناك وجه جاء ذكره في نص المادة 1056 لم تتناوله المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك، وعلى العكس من ذلك هناك وجهين جاء ذكرهما في نص هذه الاخيرة لم تشر اليهما المادة 1056،نتناولهما تباعا:

1 عدم تسببب الحكم التحكيمي او وجود تعارض في الاسباب:

لقد انفرد المشرع الجزائري بالأخذ بهذا الوجه في الفقرة الخامسة(5) من نص المادة 1056 ق إ م إ مقارنة بما جاء في نص المادة الخامسة(5) من اتفاقية نيويورك او حتى مقارنة بما جاء في نص المادة 1520 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي المعدل الذي استوحى منه احكامه حيث لم تنص مثل هذاالوجه

وانطلاقا من المادة السالفة الذكر يستطيع الطرف الذي يستأنف امر الاعتراف والتنفيذ الارتكاز الى عدم تسببب الهيئة التحكيمية للحكم او اثبات أنه يوجد تناقض في الاسباب للمطالبة بإلغاء الامر القاضي بالاعتراف و التنفيذ،ويثبت التناقض في الاسباب اذا تم الاستناد الى افكار قانونية متناقضة أو اذا تم الاستناد الى تفسير واستخلاص معين للوقائع والمستندات يختلف ويتناقض مع التفسير والاستخلاص الذي انتهى اليه منطوق الحكم منطوق الحكم ووجود التناقض من شأنه ان يؤدي الى محو الاسباب بعضها البعض والنتيجة كأن شيئا لم يكن

وفتح الباب امام رقابة قضاة المجلس لتسببب الحكم - سواء في دعوى الاستئناف هذه، أو في دعوى البطلان كما سيأتي بيانه - من شأنه فتح الباب امامهم لمراجعة الحكم من حيث موضوع النزاع وما توصل اليه المحكمون من حلول ، وهذا يعتبر من قبيل تدخل القضاء في عملية التحكيم خاصة لما يتعلق الامر بمراقبة مدى تعارض الاسباب.

وهناك من يرى ان اشتراط المشرع الجزائري تسببب الحكم التحكيمي ، وعدم وجود تعارض في الاسباب ينسجم مع النظام القانوني الجزائري،وانه امر منطقي لانه يلزم المحكمين البحث عن حل عقلائي،واجتتاب التسرع لدى الفصل في النزاع او الارتكاز على تعليقات متناقضة .

ونحن بدورنا نرى انه مادام ان رقابة القضاة في هذا الشأن تتوقف فقط عند الوقوف على مدى تسببب الحكم أو وجود تناقض في الاسباب ،لا يعد تعديا على اختصاص المحكمين لأنهم لا يعيدون النظر في النزاع والفصل فيه مرة اخرى.

ونشير بهذا الخصوص الى الحكم التحكيمي الصادر باتفاق الأطراف حيث سمح المشرع في نص المادة 1049 ق إ م إ للمحكمن اصدار احكام تتناول ما توصل اليه الاطراف من حلول للنزاع المطروح امامهم وإفراغه في شكل حكم تحكيمي حيث نصت على ما يلي: "يجوز لمحكمة التحكيم اصدار احكام اتفاق اطراف او احكام جزئية ما لم يتفق الاطراف على خلاف ذلك" وفي مثل هذه الحالة تعفي بعض التشريعات و الانظمة التحكيمية المحكمن من ضرورة تسبب الحكم اذ بإمكانهم أن لا يسببوا حكمهم وعليه فعلى المحكمن اخذ موقف المشرع الجزائري اذا تم اصدار حكمهم في الجزائر لتقادي ابطاله لعدم التسبب او القصور فيه، بل حتى احكام التحكيم الصادرة خرج نطاق الاقليم الجزائري يتوجب على المحكمن تسبب حكمهم اذا كان هناك احتمال طلب تنفيذه في الجزائر لتقاي ان يتم استئناف الامر القاضي بالاعتراف به وتنفيذه بناء على نص المادة 1056 السالفة الذكر وبالتالي المحافظة على ضمان فعالية الحكم التحكيمي .

2 - ان يكون موضوع النزاع غير قابل للتحكيم في الدولة التي يراد الاعتراف والتنفيذ بها:

هذا الوجه لم يرد النص عليه في المادة 1056 ق إ م إ ، بل ورد ذكره في الفقرة 2 بند (أ) من نص المادة الخامسة (5) من اتفاقية نيويورك وبالرغم من ذلك يتوجب على القاضي الجزائري مراعاته باعتبار ان الاتفاقية جزء من القانون الجزائري كما سبق بيانه.

ونشير بهذا الخصوص الى انه لا يوجد ما يمنع من تأييد قضاة الاستئناف للأمر القاضي بالاعتراف و التنفيذ واستبعاد تطبيق الفقرة 2 بند (أ) من المادة الخامسة (5) من اتفاقية نيويورك على اساس ان نية المشرع ذهبت الى التيسير من امر الاعتراف بالأحكام التحكيمية وتنفيذها في الجزائر وهو ما يتماشى والأهداف التي من اجلها وضعت الاتفاقية ،حيث يكفي ان يكون النزاع مما يجوز حله استنادا لقانون البلد الذي ابرم اتفاق التحكيم في ظله لان ذلك يكون سببا في إبطاله وتبعاً له ابطال الحكم التحكيمي على ما سبق بيانه،فلا يهم ما اذا كان موضوع النزاع مما لا يجوز حله عن طريق التحكيم في الجزائر طالما ان الامر لا يتعارض ومقتضيات النظام العام الدولي وحتى الداخلي ،و إلا لجأ القاضي الوطني الى الغاء الامر القاضي بالاعتراف والتنفيذ استنادا للفقرة 2 بند (أ) من المادة الخامسة (5) من اتفاقية نيويورك .

ويرى البعض أن القاضي بإمكانه ادخال هذا الدفع ضمن حالات بطلان اتفاق التحكيم المنصوص عليها في الفقرة الاولى من نص المادة 1056 ق إ م إ وبالتالي اعتبارها سببا لاستئناف الامر القاضي بالاعتراف و التنفيذ²³ ومن ثم الغاء الامر .

²³ انظر :سليم بشير : المرجع السابق ص 367

ونحن بدورنا نعارض هذا الرأي على أساس ان الفقرة الاولى من نص المادة 1056 ق إ م إ تتحدث عن كون موضوع النزاع غير قابل للحل عن طريق التحكيم التجاري بالنسبة للقانون الذي تم في اطاره ابرام الاتفاق ، وهو القانون الذي على ضوءه يتم تقدير مدى صحة هذا الاخير من حيث الشروط الموضوعية وهو ما تؤكدته نص المادة 1040 /ف 3 حيث نصت على ما يلي : "...تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع ،اذا استجابت للشروط التي يضعها اما القانون الذي اتفق الاطراف على اختياره،او القانون المنظم لموضوع النزاع ،او القانون الذي يراه المحكم ملائماً " ، في حين تتحدث الفقرة 2 بند (أ) المادة الخامسة (5) من اتفاقية نيويورك عن كون موضوع النزاع غير قابل للحل عن طريق التحكيم بالنسبة للبلد الذي يطلب فيه الاعتراف والتنفيذ ،فالأمر يختلف تماماً، ذلك انه في الحالة الثانية لا مجال للحديث عن بطلان اتفاق التحكيم طالما يعد صحيح بالنسبة للقانون الذي ابرم في ظله.

3-الوجه المتعلق بالزامية الحكم التحكيمي:

هذا الوجه تناولته المادة الخامسة (5) الفقرة 1 بند (هـ) من اتفاقية نيويورك ،ووفقا لهذه الفقرة يكون على الطرف المستأنف لأمر الاعتراف والتنفيذ اثبات ان القرار التحكيمي لم يصبح بعد ملزما للطرفين ،وهذا خلافا لما كانت تنص عليه اتفاقية جنيف لسنة 1927 التي حلت محلها اتفاقية نيويورك لسنة 1958 حيث كانت الاولى تشترط الحصول المسبق على امر الاعتراف والتنفيذ من السلطات المختصة بذلك لدى البلد الذي صدر فيه الحكم التحكيمي قبل طلب الاعتراف والتنفيذ لدى بلد اخر ، وهذا ما كان يعرف ويسمى بالتنفيذ المزدوج لأحكام التحكيم ، ثم جاءت اتفاقية نيويورك وألغت هذا الحكم بغية تسهيل عملية الاعتراف بالأحكام التحكيمية الدولية وتنفيذها ، حيث اصبح من الممكن الاعتراف بالأحكام التحكيمية وتنفيذها في البلدان التي لا تتطلب شروطا معقدة ودون الحاجة لانتهاة كافة المواعيد والإجراءات الخاصة بالطعن لدى البلد الذي صدر فيه الحكم التحكيمي ، وهذا ما اكدته عدة محاكم في احكامها عند معرض تفسيره لهذا البند من اتفاقية نيويورك ،حيث جاء في احدي الاحكام الصادرة في هولندا مايلي : "ان واضعي الاتفاقية اختاروا كلمة - ملزما - بهدف الغاء متطلبات التنفيذ المزدوج الذي كان ناجما عن كلمة -نهائي -الواردة في اتفاقية جنيف لسنة 1927" .

هذا وقد وجدت احدي المحاكم الفيدرالية السويسرية ان طالب الاعتراف بحكم التحكيم ليس عليها الحصول على الصيغة التنفيذية من سلطات الدولة التي صدر فيها وجاء في احد احكامها:"ان الحكم التحكيمي لا يحتاج الى ان يكون قابلا للتنفيذ في البلد الذي صدر فيه،اذ ان اتفاقية نيويورك تجنبت التنفيذ المزدوج لأحكام أي اشتراط الحصول على الصيغة التنفيذية في بلد المنشأ وبلد التنفيذ"

كما اتخذت احدى المحاكم الاسبانية نفس المنحى عندما قضت : "ان تفسير اتفاقية نيويورك بشكل يحقق الغاية التي وجدت من اجلها الاتفاقية سوف يسمح باستبعاد اعتبار القرار الالزامي موازيا لقرار التنفيذ ، او القبل للتنفيذ ، فإذا كان مصطلح إلزامي مرادفا لمصطلح - لتنفيذي - عندها سيكون طالب التنفيذ ملزما بالحصول على تصريح يعلن نفاذ القرار داخل الدولة التي صدر فيها قبل محاولة التصديق عليه في اسبانيا ، مما من شأنه أن يعيدنا الى نظام الصيغة التنفيذية المزدوجة التي كانت تنص عليه اتفاقية جنيف والذي ارادت اتفاقية نيويورك الغائه .

ونرى ان على قضاة المجلس عند نظرهم في دعوى الاستئناف الرامية الى الغاء الامر القاضي بالاعتراف والتنفيذ مراعاة ان يكون الحكم قد استنفذ طرق الطعن المقررة لدى الدولة التي صدر فيها، ودون الحاجة للحصول على الصيغة التنفيذية من سلطات هذا البلد ، وبهذ يتم التوفيق حسب رأينا بين اهداف اتفاقية نيويورك الرامية الى الغاء التنفيذ المزدوج ، ومقتضيات الحيطة التي يجب مراعاتها من قبل قضاة المجلس لتقادي تأييد الاعتراف وتنفيذ حكم تحكيمي لا يزال احتمال الغاءه قائما من طرف السلطات المختصة لدى البلد الذي صدر فيه .

ويرى الفقه ان المراد بالحكم التحكيمي الملزم في مفهوم اتفاقية نيويورك، انه ذلك الحكم الذي يعالج النزاع المعروف على المحكم بجميع عناصره، ويجد له حلا نهائيا ويكون ذلك الحل ملزما للأطراف المتنازعة.

ونرى ان موقف المشرع الجزائري يصب في هذا المعنى ، وذلك ما نستخلصه من نص المادة 1035ق 1م إ المحال اليها من قبل المادة 1054 من نفس القانون بشأن تنفيذ احكام التحكيم التجاري الدولي، حيث نصت على ان الحكم النهائي هو الذي يكون قابلا للتنفيذ ، ويقصد به الحكم الذي تناول الفصل في جميع المسائل المطروحة في النزاع على ما سبق بيانه(1)(انظر الصفحة.....من هذه المطبوعة أو الفرع..)

المطلب الثاني : دعوى بطلان الحكم التحكيمي:

تجيز التشريعات المختلفة رفع دعوى تهدف الى ابطال الحكم التحكيمي متى شابته عيوب معينة ، ومن المسلم به ان دعوى البطلان لا تعتبر طريقا من طرق الطعن²⁴ ، وبما ان دعوى البطلان تمس حجية الشيء المقضي فيه التي يتمتع بها الحكم التحكيمي فإنها لا تقبل إلا في حالات استثنائية حددها القانون على سبيل الحصر.

²⁴ذلك ان طرق الطعن معروفة تتناولها قوانين الاجراءات والمشرع الجزائري تناول طرق الطعن ولم يذكر منها البطلان بل هناك طرق طعن عادية وهي المعارضة والاستئناف واخرى غير عادية كالطعن بالنقض والتماس اعادة النظر

نص المشرع الجزائري على هذه الدعوى في نص المادة 1058 ق إ م إ حيث نصت على ما يلي: " يمكن أن يكون حكم التحكيم الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه

لا يقبل حكم التحكيم المشار اليه اعلاه أي طعن، غير أن الطعن ببطلان حكم التحكيم، يرتب بقوة القانون في أمر التنفيذ، أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ

لا يقبل هذا الطعن بعد أجل شهر واحد (1) من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ"

من خلال نص هذه المادة يتضح لنا أن دعوى البطلان لها شروط، اجراءات واثار وهو ما سنتناوله تباعا

الفرع الاول شروط دعوى البطلان:

أجاز المشرع الجزائري الطعن في الحكم التحكيمي عن طريق دعوى البطلان شرط أن يكون الحكم صادر في الجزائر (أولا) وأن يتعلق الأمر بواحد من الأوجه المنصوص عليها قانونا (ثانيا)

أولا: أن يكون الحكم صادر في الجزائر:

على خلاف دعوى الاستئناف الخاصة بأمر الاعتراف والتنفيذ فان دعوى البطلان تقتصر فقط على احكام التحكيم الدولي الصادرة في الجزائر، وذلك وفقا للمعيار الجغرافي، وبغض النظر عن ارادة الاطراف وعن القانون الذي يحكم الإجراءات ، والعبرة في تبني هذا المعيار هو خصوصية دعوى البطلان التي يجب أن تكون متاحة امام محاكم دولة واحدة فقط وهو ما يبرر الاخذ بالمعيار الجغرافي الذي يتحدد بمكان صدور الحكم التحكيمي في حين أن دعوى الاعتراف والتنفيذ متاحة امام محاكم أي دولة يراد التنفيذ على اقليمها

واستنادا لنص المادة السالفة الذكر فإنه يجوز رفع دعوى مستقلة تهدف الى ابطال الحكم التحكيمي ولا يشترط ان تكون في صورة دفع يقدم بمناسبة طلب الاعتراف والتنفيذ كما تأخذ به بعض التشريعات وإنما يجوز للطاعن ان يرفع دعواه الرامية الى ابطال الحكم التحكيمي حتى وان لم يباشر خصمه اجراءات طلب الاعتراف والتنفيذ استنادا للقانون الجزائري.

ثانيا : أن يتعلق الامر بالأوجه الواردة في نص المادة 1056 ق إ م إ والمادة 05 من اتفاقية نيويورك:

وهي الاوجه نفسها التي سبق التطرق لها سابقا عند حديثنا عن استئناف الامر القاضي بالاعتراف والتنفيذ حيث يجوز طلب ابطال الحكم التحكيمي اذا تعلق الامر بعيب يمس اتفاقية التحكيم على ما سبق بيانه أو يتعلق بتشكيل الهيئة التحكيمية وطريقة فصلها في النزاع أو اذا لم تراعي القواعد المتعلقة باحترام مبدأ الواجهية أو لم تسبب حكما، أو كان هذا الاخير مخالفا للنظام العام الدولي وقد سبق لنا تفصيل وشرح هذه الواجه (انظر.....)

الفرع الثاني: اجراءات دعوى بطلان الحكم التحكيمي:

نصت المادة 1059 على ما يلي : " يرفع البطلان في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 1058 أعلاه ، أمام المجلس الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه ويقبل الطعن ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم.

لا يقبل الطعن بعد أجل شهر واحد (1) من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ "

من خلال نص هذه المادة يتضح لنا أن الاجراءات الخاصة بدعوى البطلان تستلزم تحديد الجهة القضائية المختصة (أولا) وطبيعة نظرها للدعوى (ثانيا) وكذا ميعاد رفع هذه الدعوى (ثالثا)

أولا : الجهة القضائية المختصة بدعوى بطلان الحكم التحكيمي :

ترفع دعوى بطلان الحكم التحكيمي امام الجهة القضائية التي صدر في دائرة اختصاصها الاقليمي، وهو عادة مكان اجتماع الهيئة التحكيمية أي مقر محكمة التحكيم وعليه نلاحظ أن المشرع الجزائري اعتبر حكم التحكيم في نفس مرتبة الحكم القضائي الصادر من محكمة أول درجة، إلا ان قضاة المجلس بالنسبة لهذه الدعوى لا ينظرونها كقضاة استئناف حيث يعيدون دراسة ملف النزاع وتقدير الوقائع ثم بعد ذلك يتوصلون اما الى تأيد الحكم أو إلغائه والحكم من جديد بما يروونه صائب، وإنما يعالجون الملف كقضاة بطلان حيث يتوقف حكمهم عند الحكم بالبطلان أو تأييد الحكم التحكيمي ، ا حفاظا على استقلالية التحكيم وهذا ما نستشفه من خل

وبشأن اجراءات رفع دعوى البطلان ونظرا لعدم وجود نص خاص فهي تخضع بالتالي للقواعد العامة فيتوجب على رافع الدعوى تبليغ الطرف الاخر لتمكينه من تقديم دفوعه.... الخ

ثانيا: ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم التحكيمي:

بالنسبة لبدء ميعاد رفع الدعوى فإنها تقبل ابتداء من تاريخ النطق بالحكم، إذ يمكن للطاعن أن يطلب تسليمه نسخة من الحكم لممارسة حقه في الطعن دون انتظار تبليغه الرسمي بذلك سواء من قبل المحكمة

التحكيمية أو من قبل خصمه -الذي يلجأ الى ذلك من أجل و وضع حد للميعاد المفتوح وبدأ احتساب مدة سقوط الدعوى المقدرة بشهر واحد اعتباراً من تاريخ التبليغ الرسمي-إلا أنه من الناحية العملية عادة ماينتظر الطرف الراغب في الطعن تبليغه الرسمي بالحكم بعد ذلك يرفع دعواه، إلا إن كان في عجلة من أمره فإنه يسعى للحصول على نسخة من الحكم لرفع دعواه، وهكذا يتضح لنا الفرق بين نشوء الحق في رفع دعوى البطلان والذي يبدأ من تاريخ النطق بالحكم ، ومباشرة هذا الحق الذي يقتضي تبليغ الحكم التحكيمي للمحكوم ضده لمباشرة هذه الدعوى

وفي حالة التبليغ الرسمي للحكم التحكيمي يتم وضع حد للميعاد المفتوح ففي هذه الحالة يتوجب على الشخص ممارسة حقه في الطعن خلال أجل شهر واحد والا فقد حقه في رفع هذه الدعوى بما يجعل الحكم التحكيمي محصناً وبالتالي قابلاً للتنفيذ، فالمدة المقررة بشهر واحد من تاريخ التبليغ هي مدة سقوط وليست مدة تقادم للدعوى وبالتالي فهي لا تخضع للوقف أو الانقطاع كما انه لا يجوز للأطراف الاتفاق على تحديد مدة اخرى سواء بالتمديد أو التقصير، كما يمنع على القضاة كذلك تعديلها

الفرع الثالث: اثار رفع دعوى بطلان الحكم التحكيمي :

يترتب على رفع دعوى بطلان الحكم التحكيمي آثار تتصرف الى الدعوى الرامية الى الاعتراف به وتنفيذه حسب الحال

أولاً: الطعن في أمر التنفيذ:

قد يكون الحكم التحكيمي محل دعوى البطلان قد صدر بشأنه أمر بالتنفيذ من رئيس المحكمة المختصة، ففي هذه الحالة فإن دعوى البطلان ينتج عنها بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ استناداً لنص المادة 1058/2 ق إ م إ، وهذا شئ منطقي لتقادي صدور أحكام متناقضة أو مباشرة تنفيذ حكم تحكيمي لم يعد بعد متمتعاً بقوة الشئ المقضي فيه، إذ يمكن إبطاله من قبل قضاة المجلس

كما نرى أن هذه الحالة تستغرق كذلك الدعوى الرامية الى استئناف الامر القاضي با لاعتراف و التنفيذ فإذا ما استأنف من صدر حكم التحكيم ضده الأمر القاضي بالاعتراف والتنفيذ ورفع في نفس الوقت دعوى ترمي الى ابطال الحكم التحكيمي، فإن قضاة المجلس يقومون بضم دعوى الاستئناف الى دعوى البطلان استناداً لنص المادة 1058 /2 ق إ م إ.

هذا بالنسبة للحالة التي يكون قد سبق فيها رفع دعوى البطلان صدور أمر بالاعتراف و التنفيذ، ولكن هناك احتمال أن تكون الدعوى الرامية للاعتراف والتنفيذ مرفوعة والأمر لم يصدر بعد؟

ثانيا: تخلي المحكمة عن الفصل في طلب الاعتراف والتنفيذ :

لقد تصدى المشرع الجزائري الى احتمال تم رفع دعوى بطلان حكم تحكيمي لدى المجلس ، وكان طلب الاعتراف به وتنفيذه لدى رئيس المحكمة لم يفصل فيه بعد، ففي هذه الحالة يتوجب على رئيس المحكمة الناظر في طلب الاعتراف والتنفيذ التخلي عن الفصل في الطلب استنادا لنص المادة 1058/ف2 ق إ م إ.

ونرى أن الحكم الوارد في نص هذه المادة والقاضي بتخلي رئيس الحكمة عن الفصل في الطلب بدلا من ارجاء الفصل فيه لحين فصل قضاة المجلس في دعوى البطلان يرمي الى نزع الاختصاص من رئيس المحكمة وإسناده لقضاة المجلس في مثل هذه الحالة تسهيلا للإجراءات فيما بعد حتى لا يكون صاحب طلب الاعتراف و التنفيذ مضطر الى تقديم طلب جديد في حالة رفض دعوى البطلان ، ذلك انه حسب رأينا الاشكال لا يطرح عندما يكون رئيس المحكمة قد اصدر امره القاضي بالاعتراف والتنفيذ قبل رفع دعوى البطلان اذ انه في هذه الحالة يقوم قاضي المجلس الناظر في دعوى البطلان تضمين حكمه القاضي برفض دعوى البطلان تأييده في الوقت نفسه للأمر الصادر بخصوص الاعتراف والتنفيذ على اعتبار ان الطعن بالبطلان يستغرق في نفس الوقت وبقوة القانون الطعن في الامر القاضي بالاعتراف والتنفيذ استنادا لنص الفقرة 2 من المادة 1058 السالفة الذكر.

وعليه فإن اختصاص الفصل يعود لقضاة المجلس القضائي للنظر في البطلان والأمر بالتنفيذ، وفي هذه الحالة يبقى رئيس المحكمة مختص بمتابعة اجراءات التنفيذ، اما اذا اصدر قضاة المجلس حكمهم بإبطال الحكم التحكيمي ففي هذه الحالة يتم الاشارة الى الغاء الامر الصادر من رئيس المحكمة القاضي بقبول الاعتراف والتنفيذ ، وبالتالي الاشكال يطرح عندما يتم رفع دعوى بطلان حكم قبل ان يفصل رئيس المحكمة في طلب الاعتراف والتنفيذ وهو ما يوحي لنا ان اختصاص الفصل في الطلب في مثل هذه الحالة ينتقل كذلك الى قضاة المجلس الناظرين في دعوى البطلان استنتاجا من الحكم الوارد في نص المادة 1058 ف 2/ والقاضي بوجود تخلي رئيس المحكمة عن الفصل في طلب الاعتراف و التنفيذ .

ونعتقد انه من الاحسن لو تضمنت المادة السالفة الذكر حكما يقضي بإرجاء الفصل في الطلب من قبل رئيس المحكمة بدلا من التخلي عن الفصل في القضية ونزع الاختصاص منه لأنه هو الاقرب والأقدر على متابعة تنفيذ الامر والتصدي لحل مختلف الاشكالات التي يمكن ان تعترضه مقارنة بقضاة المجلس.

ونشير بهذا الخصوص الى أن عبارة "بقوة القانون الواردة في نص المادة السالفة الذكر تفيد أنه يتوجب سواء على رئيس المحكمة أو قضاة المجلس البحث عن هذه المسائل و اثارها من تلقاء انفسهم ، دون انتظار اثارها من قبل أطراف النزاع.

كما نشير الى أنه واستنادا لنص المادة 1060 ق إ م إ فإن الطعن بالاستئناف والطعن بالبطلان السالف ذكرهما، والأجال المقررة لهما توقفان التنفيذ

قائمة