المركز الجامعي صالحي أحمد بالنعامة
Centre Universitaire - Salhi Ahmed – Naama
معهد الحقوق _ قسم القانون الخاص _
Institut de Droit _ Département de Droit Spécial -

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر _ ل. م. د _ في الحقوق
تخصص : قانون أعمال
بعنـــــــوان

التحكيم في الجزائر بين وجود النص وغياب الممارسة

إعداد الطالبة :
كـــدو فتيحـــة

إشراف :
أ . د. مفتـاح العيـد

لجنـــــة المناقشـــــة

الاسم واللقـب	الصفـــــــة	الرتبـــــــة
د. عقـون مصطـفى	رئيســـــــا	أستاذ محاضر - أ -
أ. د. مفتاح العيد	مشرفـا ومقـررا	أستاذ التعليم العالي
د. بن خدة خليدة	مناقشـــــا	أستاذة محاضرة -ب -

السنـــــة الجامعيـــة : 2023 / 2024

بسم الله الرحمن الرحيم

يقول الله تعالى في كتابه الكريم:

{وإذا حكمتم بين الناس فاحكموا بالعدل}

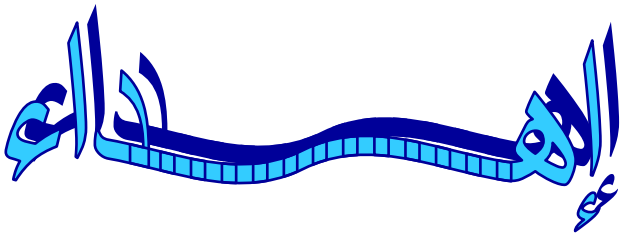
"الآية 58 من سورة النساء"

.....

{ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينه ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما }

- صدق الله العظيم -

"الآية 65 من سورة النساء"



أهدي هذا العمل المتواضع

- إلى روح والديا عليهما رحمة الله تعالى ورضوانه

-إلى إبنتي العزيزة وأحفادي أيمن وآدم وإلياس

- إلى كل أفراد عائلتي في الداخل و الخارج

- إلى زملائي بالمركز الثقافي الإسلامي بالنعامة

- إلى كل من كان عونا لي في بحثي هذا.

فتيحة كدو

شكر و عرفان

الشكر والحمد والثناء لله تعالى على ما وهبنا من نعم وهدانا من ضلالة وعلمنا من جهالة، فلله تعالى الحمد الذي بحمده تتم النعم والشكر في منزل كتابه " لإن شكرتم لأزيدنكم " والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

و نخص بجزيل الشكر والعرفان كل من أشعل شمعة في دروب علمنا وإلى من وقف على المنبر وأعطى من حصيلة فكره لينير دربنا بالعلوم القانونية، إلى الأساتذة الكرام في معهد الحقوق للمركز الجامعي بالنعامة.
وبشعور غامر بالتقدير والوفاء بالشكر الخالص والعميق مقرونا بجزيل العرفان إلى أستاذنا الفاضل الدكتور مفتاح العيد الذي تفضل بالإشراف على مذكراتي العلمية وعلى توجيهاته ونصائحه القيمة.

وأرجو أن أكون قد وفقت في تقديم ما يرضيه وما يليق باسمه.
فجزاه الله عنا كل خير فله منا كل التقدير والاحترام.
وأتقدم بالشكر الجزيل لأعضاء لجنة المناقشة على توجيهاتهم وملاحظاتهم التي يقدمونها إثرا لهذا البحث.

فتيحة كدو

مقدمة

Tableau des Abréviations		جدول المختصرات	
Art	Article	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية	**ج . ر**
C.I.R.D.I	Centre International pour le Reglement des Différents relatives aux Investissements.	قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري	**ق.إ.م.إ.ج**
C.N.U.C.E.D	*Conférence des Nations Unis sur le Commerce et le Développement*	الصفحة	**ص**
C.N.U.D.C.I	Commission des Nations-Unis pour le droit Commercial International.		
J.C.P	Juris –Classeur Périodique		
J.C.L .Dr.I	Juris –Classeur de Droit International		
Rev	Revue Algérienne des sciences Juridiques et Politiques		
A. D. R	Dispute Alternative Résolution		

التحكيم ليس وليد الساعة ، بل كان شائعا في المجتمعات البدائية لحل نزاعاتهم وترك آثار كقضاء خاص ومنه شهدت المجتمعات الحديثة تطورا ملحوظا في مجال العدالة. فالإنسان لا يعيش في عزلة عن غيره من البشر ومن الطبيعي قد يحدث منازعات بين أفراد هذه المجتمعات البشرية وكانت القوة هي الأساس في حسم هذه المنازعات فالقوي يكون دائما هو المنتصر وصاحب الحق إلا أن هذه المجتمعات تطورت في شكلها القبلي الذي أصبح يترأسها شيخها أو رئيسها ذات صاحب حكمة أو رجل دين أسندت إليه هذا الأخير كطرف ثالث بالاحتكام الأفراد المتنازعة، ومن تم زال معه عهد الاحتكام بالقوة واستقرت المجتمعات البشرية في نظام سياسي وأصبح التحكيم في هذه المرحلة اجباريا وفق قواعد قانونية ثابتة، وفي مدن الرومان كنموذج لهذا النوع من التحكيم , تشكلت محاكم شعبية الهيئة ألاف من المحلفين يختارون بالقرعة من سجل أسماء المواطنين لتجنب الفساد والرشوة تنظر في الفصل في المنازعات الداخلية ، أما في مجال العلاقات الخارجية فقد كان عند اليونان مجلس دائم للتحكيم مهمته الفصل في المنازعات التي تقوم بين المدن اليونانية سواء متعلقة في المسائل المدنية أو التجارية أو متعلقة بالحدود بين المدن اليونانية.[1]

وعلى الرغم من أن التحكيم كان سابقا عن ظهور القضاء ، وبسبب ظهور الدولة بمختلف سلطاتها ، إلا انه لم يلق الصدى الواسع بسبب الحروب التي انتشرت خلال القرنيين السادس عشر والسابع عشر الميلادي ، ثم عاد ليستردها بالتدريج حيث عنيت به الاتفاقيات الدولية مع بداية القرن الماضي ، بحيث شهد التحكيم عدة تطورات نتيجة زيادة الاهتمام به كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات وصار حاليا الوساطة المناسبة بل الضرورية في ظل الانفتاح الاقتصادي والمبادلات التجارية ضمن العلاقات الدولية ,إذ لعبت المنظمات الدولية دورا كبيرا في تنظيم التحكيم حيث سارعت الى تنظيمه من خلال أبرام المعاهدات والاتفاقيات الدولية واهتمت بمختلف جوانب التحكيم ، كما تم إنشاء عدة مراكز للتحكيم ولم تكتف بهذا الحد فقد وضعت قانون نموذجي لإجراءات التحكيم بحيث انتشر التحكيم في مجال التجارة الدولية بموجب عدة اتفاقات دولية ، منها على وجه الخصوص اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

للتحكيم أهمية بصفة عامة إلا أن الدول العربية ولما لها من قوة اقتصادية بعد نيلها الاستقلال ومع سيطرتها على ثروتها الطبيعية و قيامها بتنفيذ خططها التنموية ، حيث حاولت في بادئ الأمر تجنبها في علاقاتها التجارية مع الدول الأجنبية وذلك لأسباب تاريخية أولا وبالاقتصاد ثانيا وبالقانون ثالثا .[2]

1

1 -الإتحاد الدولي العربي للتحكيم الدولي ,التطور التاريخي للتحكيم , ص 1
-voir . https //www. aifa-eg.com arbitration

2 - التحكيم التجاري الدوليى في الجزائر , لوتس بومدين و نويوة زهرة , شهادة الماستر ,جامعة محمد بوضياف ,المسيلة , 2019-2020 ,ص 24.

لقد شيدت الدول العربية و خاصة الجزائر اقتصادها على تدخل الدولة ,فأصبحت الدولة تاجرا مستثمرا ,مقاولا ,ناقلا مؤمنا و رغم ذلك فالضرورة الاقتصادية ألزمت الجزائر على اللجوء إلى التحكيم في التجاري الدولي وذلك بانضمامها للعديد من الاتفاقيات الدولية منها اتفاقية نيويورك واتفاقية الرياض وغيرها.

و يمكن القول بعد ما عرف النظام القانوني الجزائري مرحلتين متباينتين من التحكيم التجاري الدولي ففي المرحلة الأولى التي تميزت بالعداء والإنكار لهذا النظام تبريرا بأولوية السيادة، لم يتخذ المشرع الجزائري موقفا واضحا ولا محددا في شأن أولوية القانون والقضاء الوطنيين على حساب التحكيم، نظريا وتشريعيا، خاصة من خلال المادة (**3/442**) من قانون الإجراءات المدنية -الملغى- يظهر رفض التحكيم التجاري الدولي، لكن تطبيقيا وواقعيا أظهرت الجزائر موقفا آخر إذ يظهر لجوء الجزائر إلى التحكيم التجاري الدولي خاصة لاتفاقي مع العديد وفي العديد من المناسبات، بدليل احتلالها المرتبة الثالثة بين الدول العربية في رجوعها إلى هذه الوسيلة بعد كل من مصر والعربية السعودية، وهذا تناقض واضح بين النصوص القانونية من جهة والواقع التطبيقي (اتفاق التعاون بين الجزائر وفرنسا في **1963/06/26** والتي نصت مادتها الثالثة على جعل النظر في النزاعات الناشئة بين الدولتين من اختصاص محكمة التحكيم الدولية، وأن الحكم التحكيمي نافذ دون حاجة للإجراءات التنفيذية وهذا على مستوى الإقليمين الجزائري والفرنسي) إلا أن النظام الذي أتى به اتفاق 1983 الفرنسي والجزائري الخاص بالتحكيم والذي جاء مزيجا بين قواعد الغرفة التجارية الدولية وقواعد نظام التحكيم للجنة الأمم المتحدة (**CNUDCI**)، شكل منعرجا حاسما لمواقف الجزائر السابقة له التي تأكد على تذبذب النظام القانوني في تلك المرحلة في موقفه التحكيم التجاري الدولي.[1]

أما المرحلة الجديدة التي تميزت بالإصلاحات الاقتصادية العميقة فيمكن القول بأن المشرع الجزائري تخلص من العقدة التي كانت تضايقه تجاه التحكيم التجاري الدولي وذلك بالانضمام إلى اتفاقية نيويورك المتضمنة الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الصادرة بتاريخ **10 جوان 1958 وذلك سنة 1988** وإصداره المرسوم التشريعي رقم **93-09 المؤرخ في 1993/04/25 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154**[2] **المؤرخ في 1966/06/08** المتضمن قانون الإجراءات المدنية الذي تنص على بعض القواعد والمبادئ المطلوبة في هذا الشأن.

إلا أن هذا التحول لم يخل من النقائص والسلبيات ، نتيجة عدم دقة الصياغة ووجود فراغات قانونية أدت إلى القول بقصور هذا القانون عن استجابته لكل الإشكاليات التي يمكن أن تطرح أمام المحكم.

1 - دريس كمال فتحي ، التحكيم التجاري الدولي ، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الثانية، تخصص قانون الأعمال، جامعة الشهيد حمة لخضر ، الوادي ، كلية الحقوق ، السنة الجامعية 2022- 2023، ص 01 .

[2]المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 /1993/04 المعدل والمتمم للأمر رقم 66 /154 المؤرخ في 08 /1966/06 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغاة، جريدة رسمية العدد 27 بتاريخ 1993/04/27

و النقائص السالفة الذكر تعكس لا محالة الظروف التي تم فيها إصدار هذا المرسوم لكونه صدر في مرحلة انتقالية تميزت بالسرعة وعدم الاستقرار.[1]

وبالنظر أيضا إلى التحولات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي طرأت على المجتمع مما أدى إلى تنوع المنازعات وتعقيدها ، عمل المشرع الجزائري في إطار التوصيات اللجنة الوطنية لإصلاح العدالة ، إلزامية إلى التفكير في إعداد نظام جديد يساير التطور في المجالات المختلفة ويكون الهدف منه بالدرجة الأولى تكريس مبادئ الاجتهاد القضائي الوطني وتوفير شروط ضمان المحاكمة العادلة وذلك باعتماد جملة من المبادئ والمعايير المعمول بها دوليا فأصدر المشرع الجزائري القانون رقم **(08-09)** [2] المؤرخ في **2008/02/25** المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ودخل حيز التنفيذ في **2009/04/25** والذي خصص الجزء الأخير منه للوسائل البديلة لفض المنازعات ومن بينها التحكيم تضمنه الكتاب الخامس في الباب الثاني ويحتوي على ستون مادة.

لقد حظي باهتمام كبير من جانب الفقه ، وتربع على قيمة الموضوعات ذات القيمة القضائية التي شغلت أذهان الباحثين وجذبت الأنظار وكذا الاعتناء من طرف المعاهد العلمية إذ نسعى من خلال هذه الدراسة التمعن أكثر في ضرورة تفعيلته لما له من مزايا , كالسرعة والسرية وقلة التكاليف ليكون لكل مهتم بموضوع التحكيم ولكي تتوحد الرؤى وتبرز قيمة ممارسة وسيلة التحكيم في حل وفض النزاعات المعروضة على المحكمين.

و من تم أصبح التحكيم ذو أهمية بعد تداخل وتشعب العلاقات بين الدول أو بين الدول الأجنبية ورعاية الدول الأخرى حيث أصبح من الملائم اللجوء إلى القضاء في مثل هذه النزاعات الضخمة الاستثمارية وذلك لطول مدة التقاضي أمام المحاكم وتأخر الفصل فيها إجراءات التقاضي وتعقيدها مما أدى بالأطراف باللجوء إلى التحكيم لبساطة إجراءاته مع توفيره لضمانات التقاضي العادية كما تمتاز كذلك بقلة مصاريفه ونفقاته مقارنة مع المحاكم والنظام القضائي رسومات اتعاب المحامين وغيرها.

كذلك طابعه الفني والدقيق للمنازعات الناتجة عن كثرة العقود الدولية عبر الحدود الدول مما يصعب على القضاء الفصل فيها دون اللجوء إلى خبير مختص ومع نمو العلاقات الاقتصادية الدولية وبين الدول النامية والشركة الأجنبية العملاقة وهذا ما يمهد قيام المجتمع عالمي جديد له كيانه المستقل عن كيانات الدول الأخرى خاصة في ظل الانفتاح الاقتصادي انتشر نظام التحكيم واعترفت به الدولة أو أحذ أشخاصها طرفا فيها وهو ما يسمى بالتحكيم الدولي .

واتسع وأخذ ينمي العلاقات بين الأفراد خاصة الاقتصادية منها بدأت تنموا مما وجب على المشرع بذلك أن يساير ضمن مسايرة الدول في طريق مواكبة العولمة والتكنولوجيا

[1] دريس كمال فتحي، المرجع نفسه، ص02.

[2] القانون رقم (09/08) المؤرخ في 2008/02/25 ,المتعلق بقانون الاجراءات المدنية والإدارية الجريدة الرسمية رقم 21 مؤرخة في 23-04-2008

الحديثة والحيوية بذلك إصدار قوانين تجيز اللجوء إليه بإضافة إلى شرط الإرادة وذلك يكون التحكيم أما شرطا في عقد يتم بمقتضاه الاتفاق ويستمد المحكم سلطته من الأطراف.

إلا أننا نتساءل حول واقع نظام التحكيم في الجزائر ، فالمشرع قد أقر بنصوص التحكيم وتاركا ممارسته وتفعيله والإشكالية المطروحة :

- **ما هي أسباب غياب ممارسة التحكيم في الجزائر رغم وجود نصوص في التشريع الجزائري ؟**

وللإجابة على هذه الإشكالية تقودنا إلى طرح أسئلة فرعية :

- **ما مدى نجاعة التشريع الجزائري للتحكيم في تطبيقه وتفعيله ؟**

وفي ظل غياب تنظيم قانوني مستقل ومشجع من طرف المشرع ينظم عملية التحكيم بشأن منازعات العقود الإدارية والتجارية للأشخاص القانون العام والخاص.

- **ما مدى ضرورة فاعلية تلك السبل الازمة لتحقيق تطبيق التحكيم يسمح لممارسته من قبل الأفراد والمؤسسات في الجزائر؟**

- **ما هو دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم الداخلي ؟**

حاولنا الإجابة عن ذلك من خلال فصلين و تطرقنا فيهما كالآتي :

الفصل الأول : الإطار المفاهيمي للتحكيم

الفصل الثاني : سبل تعزيز و تفعيل التحكيم في الجزائر

الأهمية من الدراسة هو البحث في الحلول والقائمة المبتكرة للقواعد التطبيقية في التحكيم الداخلي عند عجز الأفراد والمؤسسات على ممارسة التحكيم كآلية بديلة للقضاء توفر السرعة والسرية في فض المنازعات الناجمة عن العلاقات العقدية أو غير العقدية في مجال الصفقات العمومية ونزاعات العمل الجماعي ونزاعات الاستثمار وبيان مدى قدرة قواعد قانون اتفاقية التحكيم في تطبيق قانون الإرادة الواجب التطبيق ومدى قدرة الهيئة التحكيمية المؤسسي ، كهيئة منظمة وهيكل مجهز ودائم تضفي صبغة الديمومة في اللجوء إلي هذا النوع ، دون عناء تغني الأطراف المتنازعة في البحث عن محكمين ومضيعة للوقت.

- **كما تهدف هذه الدراسة** إلى تسليط الضوء على النقائص الموجودة في القواعد المنظمة للتحكيم الداخلي واقتراح الحلول المناسبة لمعالجتها قصد الأخذ به في التشريعات المقارنة ولعلى السبب الرئيسي الذي دفعني لاختيار هذا الموضوع يعود لانعدام تفعيل التحكيم في الجزائر واقعيا.

عدم أخد المشرع الجزائري بالحلول المعمول بها في القانون المقارن والتي من شأنها أن تشجع على اعتماد هده الوسيلة وممارستها لحل النزاعات الخاصة ذات الطابع الداخلي وتكريس تلك المبادئ المعمول بها في مجال التحكيم التجاري الدولي على التحكيم الداخلي وبالتالي تعميم المزايا التي تحققها خاصة منها فعالية التحكيم المؤسسي.

- **هناك أسباب دفعتني لاختيار هذا الموضوع :**

رغبتي لما تحققه وسيلة التحكيم من فوائد في ظل التطور السريع للمجتمعات اقتصاديا وسياسيا واجتماعيا وثقافيا لكونه طريق بديل يتميز بالعملية السريعة في حل النزاعات التي تنشأ بين الأطراف إثرا علاقاتهم التعاقدية ,و كذلك كونه يمارس من قبل الدول العظمى في العالم و ذلك من خلال مراكز دائمة .

إن طبيعة الموضوع تتطلب لمعالجته استخدام **المنهج الوصفي والمنهج التحليلي** ، باعتبارهما من المناهج البحثية والتي لا تقتصر على الوصف فحسب بل تتعداه إلى تحليل النصوص القانونية لاستيعاب الجوانب المختلفة للموضوع ، كما استعملنا المنهج المقارن في بعض الأجزاء من البحث وذلك للمقارنة وتدارك أوجه الإخلاف بين تشريعات الوطنية الأخرى.

خلال هذا البحث واجهتني **بعض الصعوبات** أذكر منها حداثة التجربة الجزائرية في مجال التحكيم وعند غياب الممارسة لهذه الوسيلة البديلة التي تنعكس حتميا على انعدام التطلع بالمستجدات في الحقل العلمي وقلة الدراسات القانونية والفقهية في هذا الموضوع بمعنى آخر قلة المراجع.

مصطلحات الدراسة

1 _ التحكيم :L'arbitrage نظام قانوني يتم بواسطة الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص مع الغير يستمدون مهمتهم من اتفاق الاطراف النزاع .

2 _ اتفاق التحكيم : هو الاتفاق بين طرفين على أن يحيلوا النزاع الذي سوف ينشأ بينهم في علاقات معينة إلى هيئة التحكيم لحسم النزاع بينهم. [1]

3 _ هيئة التحكيم : هي الهيئة المشكلة من محكم واحد أو أكثر للفصل في نزاع المحال إليها من طرفي النزاع.[2]

4 _ المحكم: هو الشخص الذي يتولى التحكيم في النزاع المعروض عليه ويجب أن تتوفر فيه شروط معينة وأن يكون شخصا محايدا ويتمتع بثقة الخصوم.

- حكم مفوض: Arbitre absolu - حكم مفرد Arbitre unique - حكم اختيار: Libre[3]

5 _ حكم التحكيم: هو القرار النهائي الصادر عن هيئة التحكيم في نزاع معين محال من أطراف النزاع.

6 _ القانون الواجب التطبيق: هو القانون المتفق عليه أطراف النزاع وهذا القانون هو عادة نفس القانون المطبق على العقد الأصلي يتضمن شرط التحكيم.[4]

7 _ النزاع الدولي: يمكن تعريف النزاع بصفة عامة بأنه عبارة عن تصادم بين أفكار أو اتجاهات متناقضة ويحدث في حالة عدم توافق في المصالح مما جعل الأطراف التي يتعلق بها الموضوع الخلاف تحاول تغيير الوضع القائم لعدم قبوله من طرفها .

والنزاع نقيض لفكرة التعاون، التجانس والاتفاق.

8 _التعريف الفقهي للنزاع: يمكن تعريف النزاع الدولي على أنه:

خلاف بين دولتين على مسائل قانونية أو حادث معين أو بسبب تعارض وجهات نظرهما القانونية أو مصالحها.

---

[1] والي فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف للنشر، الاسكندرية، 2007، ص 13.
[2] يونس محمود، المرجع في الأصول التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 252
[3] تأليف ممدوح حقي، دكتور في الحقوق، قاموس المصطلحات الحقوقية والتجارية فرنسي – عربي. مكتبة لبنان، ص 14
[4] أبو الوفاء أحمد، عقد التحكيم وإجراءاته، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2007، ص 161.

ذلك النزاع الذي ينشأ بين دولتين بخصوص مسألة أو موضوع محدد وأن تتقابل هذه المطالب أو تلك الادعاءات بالرفض أو بادعاءات من جانب الطرف الآخر.

9- _خصائص النزاع: اتفقت العديد من الاتجاهات الفقهية بأن النزاع الدولي يتسم بخصائص وهي: أن النزاع تتسبب فيه طبيعة المجتمعات وهو يؤدي وظيفة سلبية في هذه النظم الاجتماعية - أن النزاع نتيجة لسوء الادراك ولسوء التقدير وفقر الاتصال.[1]

[1]د. محمودي و د. بودالي، مدخل إلى المجتمع المعاصر ووسائل حل المنازعات الناشئة بين أشخاصه، ص 65.

نموذج لعقد التحكيــم

نموذج لعقد التحكيم يراعي في شأن هذا التحكيم القواعد والإجراءات التالية:

أنه في يوم الإثنين 28 مارس 1983 وبمكتب المحامي الأستاذ تم الاتفاق والتراضي بين

(1) الأستاذ ..... المقيم بشارع ..... رقم ... بمنطقة ..... بصفته (طرف أول)
(2) الأستاذ ..... المقيم بشارع ..... رقم ... بمنطقة ..... بصفته (طرف ثاني)

مقدمـــة أو تمهيد لا يتجزأ عن العقد

يذكر التعاقد ومراحله مراحل الخلاف باختصار وموضوع النزاع

البند الأول: لما كان كل من طرفي هذا العقد يرغب في حسم النزاع القائم بينهم بطريق التحكيم، مع تفويض المحكم بالصلح (أو عدم تفويضه به) فقد اتفقا على اختيار الأستاذ المحامي بشارع رقم ...محكما مصالحا. وتكون أتعابه مبلغ تدفع مناصفة على هذا العقد بمثابة قبول ورضا بالقيام بهذه المهمة وفق الشروط والاجراءات المقررة في هذا العقد.

البند الثاني: تكون جلسات التحكيم بمكتب المحكم الموضح أعلاه وتنعقد الجلسة في تمام الساعة العاشرة (10) من صباح يوم الخميس 07 أبريل 1983، ويعتبر كل من طرفي العقد عالما بهذه الجلسة بغير حاجة إلى إبلاغ أو إعلان، وتتولى جلسات التحكيم بعدئذ _ دون إعلان الخصوم _ كل يوم الخميس في الساعة العاشرة صباحا حتى يصدر الحكم في النزاع. ويتولى كتابة محاضر الجلسات الأستاذ، ولا تنعقد الجلسة إلا بحضوره، وعليه إثبات الطلبات والدفاع والدفوع وما يقدم في الجلسة من أوراق ومستندات .

وإذا تخلف أحد طرفي العقد عن الحضور في أي جلسة من الجلسات المتقدمة، جاز للمحكم نظر النزاع، مع تبليغ الغائب بما خص لما دار في الجلسة، بكتاب موصي عليه (مضمون) بعلم الوصول (بسند إبطال). ولا يجوز بأي حال من الأحوال أن ينفرد أحد المحكمين باتخاذ إجراءات التحقيق والأتعاب (عند تعدد المحكمين) ولا يعقد بإجماعهم على ندب أحدهم لهذا العمل.[1]

1د. أحمد أبو الوفاء، عميد كلية الحقوق سابقا، أ قانون المرافعات بجامعة الاسكندرية، المحامي بالنقض والادارية العليا، التحكيم في القوانين العربية، خاصة بالقانون الكويتي، الناشر مكتبة الوفاء القانونية طبعة 2015 ,اسكندرية، ص18

الفصل الأول :
الإطار المفاهيمي للتحكيم

تمهيـــــــد

التحكيم كغيره من الوسائل السلمية يقوم على أساس رغبة الأطراف الصادقة في التوصل إلى تسوية سلمية للمنازعات القائمة بينهم، لا سيما وأنه لا يجوز للشخص من حيث المبدأ أن يقتضي حقه بنفسه، بل يتوجب عليه التوجه إلى القضاء، واستثناء على هذا المبدأ يعترف المشرع بالتحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاعات، أي أنه يمكن القول بأنه إلى جانب العدالة العامة يوجد عدالة خاصة، وبفضله يأخذ اختصاص حل النزاعات من قضاء الدولة ويوكل إلى أشخاص معروفين بحيادهم واستقلالهم ونزاهتهم.

وللإحاطة الشاملة والدقيقة لمفهوم التحكيم بصفة عامة يتم تقسيمه إلى مبحثين:

(**المبحث الأول**) ماهية التحكيم: تبيان طبيعته وأنواعه وكذا تمييزه عن الأنظمة المشابهة له ومزايا التحكيم وفي (**المبحث الثاني**) نتطرق إلى نطاق تطبيق التحكيم واجراءاته في التشريع الجزائري.

المبحث الأول: ماهية التحكيم

إن انتشار نظام التحكيم كوسيلة لحل النزاعات يعتبر ظاهرة قانونية تستحق الدراسة وبالتدقيق نجد أن التحكيم في نشأنه ووجوده نظام قديم وليس بالحديث واستخدمته المجتمعات القديمة كوسيلة لحل مشاكلها المختلفة.

وبالرغم من وجود قضاء الدولة إلا أن نظام التحكيم احتفظ بأهميته ودوره البارز على المستوى الدولي خاصة. وأمام تلك الأهمية نظمت وأقرت الدولة القوانين الازمة لتوضيح ضوابط اللجوء إلى التحكيم وكذا كيفية تنفيذ الأحكام الصادرة عنه وطرق الطعن فيها.

وعليه ومن أجل بيان ذلك نعرض عدد الآراء الفقهية والتشريعات في تحديد مفهوم التحكيم وكذا اختلافاتهم عن تحديد طبيعته القانونية.

ولدراسة ذلك يكون تفصيله في ثلاثة مطالب (**المطلب الأول**) مفهوم التحكيم،

(**المطلب الثاني**) الطبيعة القانونية للتحكيم وفي (**المطلب الثالث**) أنواع التحكيم وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له ومزايا التحكيم.

المطلب الأول: مفهوم التحكيم

نتطرق لتعريف التحكيم من الناحية اللغوية والاصطلاحية ثم التعريف الفقهي والتشريعي وأخيرا التعريف القضائي (**الفرع الأول**) تعريف التحكيم التجاري الدولي (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: تعريف التحكيم

أولا: التعريف اللغوي للتحكيم

التحكيم في لغة العربية ترد إلى أصل الكلمة من مصدر الفعل حكم من باب التفعيل بتشديد الكاف مع الفتح، وحكمه في الأمر أي فوض إليه الحكم فيه، وحكموه بينهم أي أمروه أن يحكم ويقال حكمنا فلانا فيما بيننا أي أجرنا حكمه بيننا، وحكمته في الأمر فاحتكم أي جاز فيه حكمه، وهو أيضا إطلاق اليد في الشيء محل التحكيم للغير وتفويضه ينظر النزاع، ويسمى حكما أو محكما بمعنى الحاكم وهو الذي تنسب إليه الحكمة والحكمة هي العدل بمعنى منع الظلم ويسمى الخصوم محتكمين ومفرده محتكم بكسر الكاف كما يسمى المفوضون محكمون ومفرده محكما. [1]

[1] جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المؤسسة المصرفي ة للنشر القاهرة، الجزء الخامس، ص30.

وحكام العرب في الجاهلية كثيرين منهم أكثر صبغي وحاجب بن زراه وعبد المطلب والعرب تقول: حكمت وأحكمت بمعنى منعت ومن هذا قيل للحاسم بين الناس حاكم، لأنه يمنع الظلم.

ثانيا: تعريف المصطلح القانوني للتحكيم

هو إتفاق يعقد بين الأطراف لتسوية النزاع القائم بينهم من خلال أشخاص يختارونهم يطلق عليهم محكمون دون طرح النزاع على المحكمة .و سواء أن كان التحكيم داخليا أو دوليا يقوم على حرية الأطراف في المقام الأول ,فإن التحكيم الداخلي يطبق عليه قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم ,في حين التحكيم الدولي قد يتعرض إلى ثلاثة أنظمة قانونية مختلفة يطبق الأول منها على شرط التحكيم ,و الثاني على إجراءات التحكيم و الثالث على موضوع العقد , الذي يتضمن المبادئ العامة و أعراف التجارة الدولية أو ما يسمى بقانون التجارة .[1]

ثالثا: التعريف الفقهي للتحكيم

فقد عرف بعض الفقهاء التحكيم اتفاق على طرح النزاع على شخص أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحاكم المختصة.

كما عرفه البعض الآخر بأنه عقد يتفق الأطراف بمقتضاه على طرح النزاع على محكم شخص، أو أشخاص يختارونهم للفصل في النزاع دون المحاكم المختصة.

ويأخذ على هذين التعريفين الخلط بين التحكيم كنظام وبين اتفاقية كآلية لتفعيله، وذهب البعض الآخر إلى أنه قضاء خاص يتولاه أفراد مزودين بولاية الفصل في المنازعات، وذلك خروجا على الأصل العام، وهو أن أداء العدالة وظيفة من وظائف الدولة تقوم بها سلطتها القضائية. ومفهوم العدالة لا يتغير بين التحكيم والقضاء، فليس هناك مفهوم تقليدي وآخر مستحدث للعدالة.

واتجاه فقهي آخر يرى بأن التحكيم هو تسوية شخص أو أكثر نزاعا عهد به إليه للفصل فيه وفي ذات السياق يقول البعض أن التحكيم هو نظام بمقتضاه، يتولى شخص من الغير تسوية نزاع يقوم بين طرفين أو أكثر ممارسا المهمة القضائية التي عهد بها هؤلاء إليهم.

ومما سبق **يمكن تعريف التحكيم بأنه :** نظام قضائي خاص، يختار فيه الأطراف وبإرادتهم قضائهم ويخولونهم بمقتضى اتفاق مكتوب مهمة الفصل في المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهم بخصوص علاقتهم العقدية أو غير العقدية وفقا لمبادئ القانون والعدالة، بإصدار حكم ملزم يفصل في النزاع.[1]

[1]- طلال طالب فنيجر الشرفات , القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فيالتحكيم التجاري الدولي ,الأطروحة مقدمة لإستكمال المتطلبات منح درجة دكتوراه فلسفة لإي القانون الخاص ,تموز 2011 وجامعة عمان العربية , ص 17 .[2]- كرم محمد زيدان النجار، لزهر بن سعيد، المرجع السابق التحكيم التجاري الدولي – دراسة مقارنة – بين القانون المصري وقانون إ. م. إ. الجزائري، دار الفكر الجامعي، 2010. ص15 - 16

لقد أعطيت عدة تعاريف، وهي لا تخرج عن فحواها عن التعريف اللغوي، أعطى الفقه المهتم والمنشغل بالتحكيم تعاريف عدة، لكنها متشابهة في مضامينها وغايتها. كما عرفه الأستاذ **نور الدين تركي بأنه:** إجراء خاص لحل النزاعات، فهو نظام لعدالة خاصة تسمح

بسحب الاختصاص في حل نزاع معين من محاكم الدولة لإعطائه لأشخاص خواص، يختاروهم من حيث المبدأ الأطراف. [1]

كما اختلف الفقهاء حول تعريف التحكيم، فمن الفقهاء الغربيين نجد **شارل جارسون** عرف بأنه النظام الذي بموجبه يسوي طرف من الغير خلافا قائما بين طرفين أو عدة أطراف ممارسا لمهنة قضائية عهدت إليه من قبل هؤلاء الأطراف. [2]

كما عرفه أنه تقنية تهدف إعطاء حل لمسائل تتعلق بالعلاقات بين شخصين أو عدة أشخاص، من طرف شخص أو عدة أشخاص يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص ويحكمون بناء على ذلك الاتفاق دون أن يكون مكلفين بتلك المهمة من طرف الدولة. [3]

التحكيم في الشريعة الاسلامية جائز في الكتاب والسنة، فقد ورد في القرآن الكريم شرف التحكيم في العديد من الآيات منها قوله تعالى **{ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما } من سورة النساء الآية {65}، وقوله تعالى { فإن جاءوك فاحكم بينهم بالقسط إن الله يحب المقسطين }** الأمر الذي يؤكد أن ديننا الحنيف قد أسهم بشكل واضح في مختلف جوانب التطور الانساني وما التحكيم إلا جانب منه، وأن تراثنا اللغوي الذي تضرب جذوره في أعماق التاريخ قد عرف التحكيم كنظام لفض النزاعات، وإن كان بطريقة لم تكون منظمة.

وقد أجاز جمهور الفقهاء اتفاق المتخاصمين على تعيين محكمين في نزاعهم ومنهم **القاضيان شريح بن الحارث ومحمد بن أبي ليلى،** فقد قضى الأول تحكيما في فرس وقضى الأخر بأن حكم المحكم ملزم لا يبطله القاضي.

ويرى **الإمام السرخسي** جواز التحكيم استنادا إلى القرآن والسنة النبوية ورأي الصحابة، حيث احتكم **عمر بن الخطاب** رضي الله عليه وأبي كعب إلى زيد بن ثابت، ويرى بن قدامة أيضا جواز التحكيم مستندا إلى **قول الرسول صلى الله عليه وسلم " من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل بينهما فهو ملعون "** وفي رأيه لا يجوز التحكيم في النكاح واللعان والقذف والقصاص.

---

[1] Terki Noureddine, l'arbitrage Commercial, Int en Algérie, O. P. U. ALG, 1999. P. 01

[2] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الادارية الدولية في ضو ء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم) دراسة مقارنة (، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2012، ص2

[3] تكتوك شريفة ,المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد الونشريسي تيسمسيلت والمجلد الثالث، العدد السادس، ديسمبر 2018، ص133.

- سورة النساء , الآية 65 .

أما **الشافعية** فقد أجازوا الاحتكام إلى التحكيم استدلالا لسلوك الصحابة، وإن كان بعضهم يرى ضرورة التراضي بين المتخاصمان، ومنهم من يرى جوازه في الأموال فقط أما النكاح واللعان والقذف والقصاص فلا يجوز بها لأنها بنيت على الاحتياط. [1]

رابعا: التعريف التشريعي للتحكيم

ميز **المشرع الجزائري** من خلال قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم، **"فشرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف على عقد متصل بحقوق متاحة "**بمفهوم المادة **1006**[2] من نفس القانون لعرض النزاعات التي تثار بشأن هذا العقد على التحكيم، فمن خلال هذا التعريف نستنتج أن شرط التحكيم يكون سابق عن النزاع ويحدد أطرافه كتابة المحكم، أو المحكمين أو كيفية تعيينهم.

أما اتفاق نصت عليه المادة **1011** أنه **" الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم "** وعليه فاتفاق التحكيم يتعلق بنزاع قائم وليس محتمل الوقوع، كما يمكن للخصوم أن اللجوء إلى اتفاق التحكيم أثناء وجود خصومة أمام الجهات القضائية ولا بد أن يكون مكتوب ويحدد فيه موضوع النزاع وأسماء المحكمين وكيفية تعيينهم. [3]

الفرع الثاني: تعريف التحكيم التجاري الدولي:

قد حضي موضوع التحكيم باهتمام بالغ وتجلى ذلك من خلال إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية بخصوصه وإنشاء عدة مراكز وهيئات للتحكيم، وبادرت الدول إلى تضمين نظام التحكيم في قوانينها الداخلية.

إن التحكيم التجاري الدولي يشكل نوعا خاص من العدالة، تخضع في تشكيلها واجراءاتها لإرادة أطراف النزاع التجاري الدولي، حتى وإن كانت قوانين الاجراءات المدنية الوطنية لا تزال تنظم جوانب هامة من اجراءات التحكيم التجاري الدولي، إلا أن الهدف البعيد لهذا الفرع من القانون هو سحب موضوعات منازعات التجارة الدولية من اختصاص القضاء الوطني وهذا ما صرح به فليب فوشار[4]:

« Dans sa forme la plus achevée eu effet l'arbitrage international est celui qui s'est détaché de tout cadre étatique… »

[1] طلال طلب فنجر الشرفات، المرجع السابق ، ص12

[2] المادة 1006 و 1011 من القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، ج 1 ر 21، مؤرخة في 23 – 04-20080

[3] تكتوك شريفة ,المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المرجع السابق، ص134

[4] رزق الله محمد، دور التحكيم التجاري الدولي في حل المنازعات التجارة الدولية، شهادة ماستر تخصص قانون أعمال، جامعة جيلالي بونعامة، خميس مليانة ،2021/2020، ص 8.

أنظر، Philip Fauchar, l'arbitrage international, volume II librairie dalloz, Paris 1965. P 01

أولا: تعريف التحكيم التجاري الدولي في ظل الاتفاقيات الدولية:

إن التعريف السائد للتحكيم هو ذلك الذي تضمنته المادة **37** من اتفاقية لاهاي للتسوية السلمية للمنازعات الدولية لسنة **1907**، حيث برز هذا المسعى بشكل ملفت خلال انعقاد مؤتمر لاهاي **1907** ولم تتمكن بعض الدول المتحمسة لمبدأ إلزامية اللجوء إلى التحكيم أن تجسده بسبب رفض غالبية الدول لهذا الاتجاه. ولا بد أن نذكر بأن الإلزامية المقصودة في هذا المضمار هي إلزامية اللجوء إلى التحكيم وليس إلزامية قرار التحكيم الذي كان ولا يزال ملزما للأطراف المعنية.

لا بأس أن نعرج على أول انطلاقة للتحكيم الدولي ألا وهي قضية **الأباما** التي شكلت اللبنة الأوللتحكيم الدولي سواء من حيث التنظيم أو أداء الوظيفة التي عرفت بتحسينات تدريجية ذات طابع تقني كتأليف هيئة التحكيم أو الاجراءات المتبعة أمامها أو تحديد موضوعات التحكيم أو التمسك بقرار التحكيم أو وسائل مراجعة هذا القرار أو من حيث عنصر الإلزام الذي ينطوي عليه .

والأباما ALABAMA إحدى هذه السفن التي مونت من مدينة **ليفربول** بطاقمها من المسلحين واستطعت من خلال معاركها البحرية أن تغرق العديد من سفن ولايات الشمال.

عند انتهاء الحرب الأهلية الأمريكية **1860 -1865** بين ولايات الشمال وولايات الجنوب قامت بريطانيا بتقديم المساعدة لولايات الجنوب عن طريق تجهيز وتموين سفنها بالعتاد والمؤن في حربها ضد مدن الشمال، طلبت الولايات المتحدة الأمريكية من بريطانيا التعويض عن الأضرار التي تسببت فيها سفينة الأباما مما أسفر في إطالة الحرب جراء المساندة وتدعيم ولايات الجنوب التي ألحقت بأضرار فادحة وخسائر بولاية الشمال. وبالتالي شكل موقف بريطانيا هذا تصرفا عدائيا وخرقا لقواعد الحياد التي كان يتعين على بريطانيا مراعاتها أثناء هذه الحرب الأهلية.

وبمقتضى معاهدة واشنطن لسنة **1871** اتفقت الدولتان عرض النزاع على لجنة تحكيم مشكلة من خمسة أعضاء، حيث عينت كل من الحكومتين واحد منهم، بينما اختيرا الثلاثة الأخريين من طرف مالك إيطاليا ورئيس الاتحاد السويسري، وامبراطور **البرازيل**. [1]

ثانيا: تعريف التشريعات الوطنية للتحكيم الدولي:

باستعراض التشريعات الوطنية الحديثة للتحكيم المقصود بالتحكيم التجاري الدولي نجد أن الدول لم تنص بشكل مباشر ولعلى ذلك راجع إلى ذلك أن أغلبية هذه التشريعات استوحت من القانون النموذجي - اليونسترال **1985** وكذلك الذي جعل الدول عدم تعريف. [2]

[1] أحمد بلقاسم، التحكيم الدولي، دار هومه للطباع ة والنشر والتوزيع، بوزريعة، الجزائر، طبع في 2005 ص42 و53

[2] قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، عام 1985 من التعديلات التي اعتمدت في 2006 www.Unictral.org

التحكيم التجاري الدولي نظرا لاختلافات الوطنية للفقه والقضاء في تحديد مفهوم التحكيم التجاري الدولي تاركتا أمر تعريف التحكيم.

إلا أن بعض التشريعات – على قلتها – قد أشارت إلى تعريف التحكيم في نصوصها التشريعية، ومنها القانون المصري وكذا التشريع الفرنسي على سبيل المثال لا الحصر.

أ - تعريف القانون المصري: نجد أن القانون رقم **27 لسنة 1994** المستوحي من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي **1985 نص المادة 4 فقرة 1** غلى أنه : ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة، سواء كانت الجهة التي تتولى اجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك. [1]

ب - تعريف المشرع الفرنسي: عرف التحكيم التجاري الدولي بأنه إجراء خاص لتسوية بعض أنواع الخلافات بواسطة محكمة التحكيم يعهد إليها الأطراف بمهمة القضاء فيه بمقتضى اتفاق التحكيم.

ثالثا: تعريف القضاء للتحكيم التجاري الدولي

إن الاختصاص الأصيل للقضاء ووظيفته الأساسية تتمثل في تحقيق العدالة والحكم القضائي حجيته مطلقة اتجاه الكافة ومنه أن تصدي القضاء لتعريف التحكيم يعزز من قوة التحكيم باعتباره وسيلة أقرها القضاء دون اللجوء إليه، حيث عرف مجلس الدولة الفرنسي التحكيم بأنه: التحكيم يتمثل في سلطة القرار التي يعترف بها لطرف ثالث والتسليم بصفة قضائية بقرار المحكم. [2]

ـ تعريف مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم الدولي :

بأن التحكيم هو " الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا في النزاع دون المحكمة المختصة به فبمقتضى التحكيم ينزل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم للخصوم (حكم تحكيم رقم **2000/173** بتاريخ 2000/12/14).

ومنه أصبح التحكيم احدى أبرز الوسائل التي يتم اللجوء إليها لحسم النزاعات الناشئة عن التجارة الغير الدولية وأصبح يلقى قبولا واسعا نتيجة لتطور المعاملات والمبادلات

[1] حفيظة السيد حداد. الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2007 ص40 (منقول عن طلال طلب فنجر الشرفات، المرجع السابق، ص23)

[2] عمر سعد الله، معجم في القانون الدولي المعاصر، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص113.

التجارية والخدمات في ظل العولمة والتي ما تزال تحولاتها بطيئة في العالم الثالث ولا تتناسب مع المعطيات الجديدة.

وعليه برزت مجموعة من المراكز والهيئات المتخصصة في مجال التحكيم التجاري الدولي أهمها: **محكمة التحكيم للغرفة التجارية الدولية بباريس، معهد التحكيم الدولي بإنجلترا –لندن – جمعية التحكيم الأمريكية –نيويورك – المركز الاسلامي للتحكيم التجاري – القاهرة – المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثماراتC I R D I.** [1]

والملاحظ من خلال استعراض تعريف التحكيم في القانون المصري أنه لم يقم بتعريف التحكيم وإنما أشار بطريقة أو بأخرى إلى أنواع التحكيم، وأن القانون النموذجي للتحكيم المستوحى منه قانون التحكيم المصري قصد به كل تحكيم سواء تم تنظيمه من خلال مؤسسة تحكمية دائمة أم لا.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له

من خلال تعريف التحكيم المقدمة، يتضح أن التحكيم هو اتفاق طرفي النزاع على إحالة نزاعهم إلى هيئة معينة من قبلهم لحسم النزاع، حيث يعد التحكيم اتفاق له صفة خاصة، وذلك لأن القاضي لا يحسم النزاع، وإنما توكل هذه المهمة إلى جهة مستقلة ويكون قرارها ملزم لأطراف النزاع وله قوة تنفيذية.

والتحكيم كنظام خاص يثير جدلا حول طبيعته القانونية فاعتبر بعض الفقهاء أنه ذو طبيعة عقدية على أساس اتفاق الأطراف، ومنهم من رجح الصبغة القضائية على أساس المهمة المتمثلة في الفصل في النزاع القائم بين أطراف العلاقة القانونية، في حين يرى البعض الآخر أن التحكيم ذو طبيعة مختلطة وحاولوا التوفيق بين النظريتين السابقتين الذكر، وهناك اتجاه آخر أنهى باستقلالية التحكيم.

وأمام هذا الخلاف الفقهي حول الطبيعة القانونية للتحكيم وأمام ظهور عدة آراء ونظريات نحاول التطرف لكل نظرية كما يلي:

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للتحكيم

أولا: الطبيعة العقدية

اعتبار أصحاب هذه النظرية أن أعضاء هيئة التحكيم ليسوا قضاة، وإنما أفراد عاديين، فاتفاق التحكيم يؤدي إلى إخراج النزاع من سلطان القضاء واسناده إلى محكم خاص، ويتعين في ذات الوقت القواعد الاجرائية والقانون الواجب التطبيق، ولذلك فإن القرار الذي يصل

[1] أبو زين رضوان ، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي. 1981، ص15.
-2

إليه المحكم في النهاية هو محصلة لتطبيق الشروط التي اتفق عليها الطرفان، ولذلك يكتسب التحكيم الصفة التعاقدية.

كما أن التحكيم يهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة لأطراف عقد التحكيم، فالمحكم قد يكون وطنيا أو أجنبا ويستمد السلطة في حل النزاع من اتفاق التحكيم ورضا الخصوم، وإذا أخطأ فلا يخضع لقواعد المخاصمة كما أنه إذا لم يقوم بواجبه، لا تطبق عليه قواعد إنكار العدالة عكس القاضي. ولا يعتبر عمل المحكم عملا قضائيا فمن الناحية الشكلية لا يلزم بإتباع إجراءات التي يتطلبها القانون الوضعي إذا ما أعفاهم الخصوم من الناحية المادية ليس للمحكم سلطة الأمر التي بتمتع بها القاضي.

ثانيا: الطبيعة القضائية

إن التحكيم وفق هذه النظرية يجمع عناصر عمل القضائي الثلاثة وهي الادعاء والمنازعة والعضو وأن المحكم يعتبر قاضيا يحكم وظيفته ولا يستمد سلطته من عقد التحكيم وحده، وإنما من إرادة المشرع التي تعترف به، فهو نوعا من أنواع القضاء إلى جانب القضاء، كما أن طبيعة الاجراءات المتبعة أمام هيئة التحكيم فهي تعتبر إجراءات قضائية، فضلا[1] أن حكم التحكيم يحوز حجية قضائية مانعة من مناقشة ما قضي به المحكم إلا بالطرق التي تحددها الأنظمة بهذا الشأن، وهكذا تنظم الدولة قضاء التحكيم بجانب قضاء المحاكم، وما التحكيم إلا نوع من القضاء شأنه شأن القضاء الأجنبي الذي تعترف القوانين الوطنية بأحكامه.

ثالثا: الطبيعة المختلطة

نظرا لانتقادات الي وجهت للنظريتين السابقتين، حاول أنصار النظرية المختلطة إلى إضفاء الصفة التعاقدية التي يجسدها اتفاق التحكيم والثانية الصفة القضائية التي يجسدها وظيفة المحكم متمثلة في حسم النزاع المطروح عليه.

فحسب رأي هذه النظرية أن التحكيم بدأ باتفاق ثم ينتهي بقضاء، كما اعتبروه في جوهره تصرفا إراديا على أنه وفي انطلاقه نحو تحقيق هدفه يؤدي إلى تحريك نظام تفاعل يحتوي على عناصر ذات طبيعة مغايرة تدخل في تعداد عمل قضائي. [1]

وكذلك يمكن القول أن بالنظر إلى الطبيعة المختلطة للتحكيم، نجد أن تلك النظرية قد أخدت بأيسر الحلول، في محاولة للتوفيق بين النظرتين العقدية والقضائية، وكأنه إجبارا ألا تخرج

طبيعة التحكيم عن هاتين النظريتين، وأن التسليم بالطبيعة العقدية في نشأة التحكيم وبدايته ثم ينتقل فيحمل النزعة القضائية في نهايته أمر محل النظر، إذ أنه من المسلم به أن

[1] - تكتوك شريف , المرجع السابق. ص134

طبيعة الشيء جزء لا يتجزأ من كل الشيء، لذلك ممكن القول أن التحكيم هو قضاء خاص بكل ما تحمله هذه الكلمة من معاني وذلك للأسباب الآتية:

أولا: من المعلوم أن الحياة قديما كانت ترتكز على مبدأ سلطان القوة كأساس لحماية حقوق الأفراد، وكان العامل الأساسي في ذلك العادات والتقاليد القبلية، ولكن بالرغم من عدم وجود سلطة قضائية، إلا أن السلطة كانت تتجمع في يد شيخ القبيلة، وكان من المعتاد أن يلجأ الأفراد في نزاعاتهم غلى التحكيم بينهم، ومن هنا يتضح ان فكرة التحكيم نشأت اساسا لكي تقضي بين الأطراف في نزاعاتهم، فهو قضاء قديم يختلف في أسانيده القانونية، ونظام تعيين المحكمين فيه، عن فكرة القضاء الحالي بمنظومته المعروفة، وهذا الاختلاف سواء كان في أسلوب تطبيق القاضي للقانون أو طريقة تعيين القضاء، ولذلك فإنه من الخطأ أن نضفي على التحكيم ثوب القضاء الحالي.

ثانيا: بالنظر إلى التحكيم ككل نجد أن العنصر الإرادي هو العنصر الغالب في المرحلة الأولى للتحكيم، وهو ما يؤكد الطبيعة الخاصة لهذا القضاء.

ثالثا: إن الطبيعة القانونية للتحكيم ظاهرة بجلاء في أحكام المحاكم، إذ قررت تلك الحكام في أكثر من موضع لها أن التحكيم هو طريق استثنائي سنه المشرع لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية. [1]

والقضاء في وصفه لأسلوب المحكم وطريقة معالجته لعملية التحكيم صفة القضاء، حيث قرر القضاء في حكم له وهو بصدد تصديه لمخالفة المحكم للقانون واجب التطبيق على النزاع وفق اتفاق الأطراف وكان من الثابت منى حكم التحكيم أنه لم يطبق في قضائه في النزاع قواعد العدالة والانصاف، وبهذا أعطيت أحكام القضاء للتحكيم صفة القاضي التي يتمتع بها عند مباشرته للعملية التحكيمية هذا فضلا عن وصفها لحكم التحكيم بأن شأنه شان أحكام القضاء.

رابعا: الطبيعة المستقلة

يرى أصحاب هذه النظرية أن التحكيم وظيفة اجتماعية اقتصادية متميزة عن غيره من وسائل حل النزاع كالصلح والقضاء، فيرون ن فكرة العقدية لا تنطبق عليها لأنها لا تمثل جوهره، بدليل وجود التحكيم الاجباري وأنه قد يتم تعيين المحكمين بواسطة مراكز التحكيم أو المحكمة المختصة بدل الأطراف. إضافة إلى اختلاف دور القاضي عن وظيفة المحكم، فالقاضي يتولى سلطة عامة لتحقيق سيادة القانون أما المحكم فيهدف إلى تحقيق التعايش السلمي ومستقلا عن القضاء ولا يستمد سلطته من القضاء لأنه الأسبق منه في الظهور. [2]

[1] نادية خراز، مبدأ حرية التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، المجلة الدولية للبحوث القانونية السياسية جزء 1 رقم 2 ص78-95 بتاريخ 01-07-2017، جامعة الشهيد حمى لخضر بالوادي، ص80.

[2] جبايلي صبرينة، ومزيان فريدة، إجراءات التحكيم في منازعات العقود الادارية، كلية الحقوق، تخصص قانو الادارة العامة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، السنة الجامعية 2012-2013 ص22.

إن حرية التحكيم بمعنى استقلالية التحكيم في القوانين التحررية تجاوز المفاضلة بينه وبين القضاء والارتقاء به إلى مصاف حق من الحقوق العامة للفرد، فالحق في التحكيم مدرج ضمن حرية اللجوء إلى القضاء، ومتمثل في الحق في التقاضي ومحاكمة عادلة. [1]

إن القانون الفرنسي جعل من اتفاقية التحكيم أساسا لولاية المحكم القضائية، لا ينتهي أثرها الملزم حتى إلى ما بعد صدور الحكم التحكيمي من خلال صلاحية المحكم لتفسير أو اتمام أو تصحيح حكمه باعتبار اتفاقية التحكيم منشئة لقضاء مواز لقضاء الدولة وقد عرفت هذه القاعدة القانونية قبل صدور مرسوم **1980** المتعلق بالتحكيم الدولي، وهو نفس الاتجاه الذي سلكه المشرع الجزائري في المادة **1030** من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

فالقانون الفرنسي مثالا لنظام التحكيم التحرري خاصة في مجال التحكيم التجاري الدولي الذي عرف بانفتاح واسع عليه، إذ أنه أقر استقلالية اتفاقية التحكيم كقاعدة عامة مباشرة ثم طليقة وجعل تلك الاستقلالية شبه مطلقة.

أما على مستوى حدود حرية التحكيم، فإن القانون الفرنسي وتبعه في ذلك أغلب القوانين التحررية الأخرى، بحصرها في خصوص العلاقات القانونية، في معيار قابلية الحقوق للتصرف. وتكمن الحدود كذلك في ضمانات تحكيم عادل، وكذلك في مبادئ استقلالية وحياد المحكم والمواجهة والمساواة أمام التحكيم.

كما نجد قانون التحكيم الدولي الجزائري تجاوز بعض القوانين الحديثة على ما ناول القانون الفرنسي.

موقف المشرع الجزائري

أخذ نفس رأي المشرع الفرنسي والمصري والذي يقول بأنه عمل قضائي حسب ما ورد في المادتين **1019** والمادة **1023** من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري.

كما أن **المشرع الجزائري** في حقيقة الأمر لم يتطرق لفكرة الطبيعة التي تبناها من خلال فحوى نصوص قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري، حيث أن المشرع استعمل عبارة حكم ومحكمة وذلك من خلال المادة **1050**[2]، فاعتبر هيئة التحكيم محكمة بنصه، طريقا استثنائيا لفض النزاعات وخروجا على الأصل في عرض النزاع على القضاء، فمركز الثقل فيه هو اتفاق الأطراف، ومن هذا الأخير يستمد للحكم التحكيم قوته التنفيذية.

[1] المادة 1030 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري.

[2] المواد رقم، 1019 و1023 و1050 من قانون، رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية (ج ر 21 مؤرخة في 23-04-2008)

3 – لزهر بن سعيد , المرجع السابق ,ص21 .

يؤخذ على هذه النظرية أنها أبرزت دور مبدأ سلطان الارادة في اتفاق على التحكيم وفي نفس الوقت أهملت حقيقة وظيفة مهمة المحكم القضائية. [3]

الفرع الثاني: التمييز بين التحكيم والأنظمة المشابهة له.

إن التحكيم نظام قانوني يهدف إلى حسم النزاع عن طريف هيئة مستقلة معينة من قبل أطراف النزاع حيث يمكن أن يختلط مفهومه مع المفاهيم القانونية الأخرى، فالتمييز يستند إلى تكييف الاتفاق وحسب طبيعة الاتفاق، ومن هنا سوف نقوم بتمييز التحكيم والمفاهيم الأخرى وذلك كما يلي:

أولا: التحكيم والقضاء

في الحقيقة الفقه السائد لم يعالج هذا النوع من أنواع التمييز بصفة خاصة، ويرجع ذلك إلى وضوحه واستخلاصه من موضوعات الدراسة في مسائل التحكيم، فقضاء الدولة هو سلطة من السلطات العامة، يقوم عليها مرفق عام، والقاضي موظف عام له وولاية قضائية مستمرة، ويصدر أحكام قضائية ويتقاضى أجرة من ميزانية الدولة.

أما التحكيم فهو نظام خاص ينشأ بموجب اتفاق الأطراف، ويعد نظام اجرائي مؤقت قاصر على نزاع معين، ويقوم به شخص عادي له ولاية الفصل فيا النزاع بموجب اتفاق الأطراف، وتنتهي مهمته بصدور الحكم المنهي للخصومة، ونلقى بالمقابل أتعابه من الخصوم.[1]

بينما القاضي يستمد سلطاته في الفصل في النزاع المطروح عليه من قانون دولته، فهو يمثل سلطة الدولة أثناء ممارسة مهمته لأنه موظف عام، اما المحكم فهو قاضي خاص ثم سند قيام المحكم بوظيفة القاضي هو قانون الدولة التي سمحت بالتحكيم كوسيلة لفض المنازعات واتفاق الأطراف على اختياره للفصل في النزاع وكذا اختيار الهيئة التحكيمية أو تعيين محكم أو أكثر.

ثانيا: التحكيم والخبرة

01 _ الخبرةExpertise : مصطلح عام يختزل ضمن مفهوم المعرفة فطري وعفوي وعميق ويطلق هذا المصطلح على الاجراء الذي بعهد بمقتضاه القاضي أو المحكم أو الخصوم إلى شخص ما مهمة إبداء رأيه في بعض المسائل ذات الطابع الفني الني يكون على دراية بها، وذلك دون إلزام القاضي أو المحاكم بهذا الرأي.

ويقدم الخبير تقريره حول ما هو مطلوب منه، وقد يأخذ القاضي بهذا التقرير أو يطرحه جانبا، كما وقد يأخذه بصورة كلية أو جزئية، وعلى ذلك فإن رأي الخبير لا يلزم

[1] لزهر بن سعيد والتحكيم التجاري، وفقا لقواعد إ. ج. م. و.إ، والقوانين المقارنة، دار هومة، الجزائر، 2012، ص21

المحكمة، ولا الأطراف الذين لهم الاتفاق على رفضه، فمهمة الخبير تقتصر على إعطاء الرأي في مسألة معينة وليس إصدار قرار في تلك المسألة.

ويقوم الخبير المتخصص بإبداء رأيه الفني وذلك باستعانة القاضي أو المحكم به في الأمور التي تحتاج إلى رأي متخصص، ولكن قد تستدعي الأمور، وتتشابك فيكون في ذلك الوقت للمحكم دور الخبير لذا فهناك تشابك واختلاف بين الوظيفتين على النحو التالي :

يقوم المحكم بوظيفة القضاء، وذلك بأنه يحسم النزاع بين الخصوم بحكم ملزم لهما. أما الخبير فهو يقدم مساعدة للمحكم أو القاضي، فهو ليس هدفه حسم النزاع، وإنما يعطي رأيا فنيا استشاريا لبس له قوة ملزمة.

وعلى ذلك فإذا اتفق الأطراف على الاستعانة بخبير أو أكثر للإبداء الرأي الفني، سواء شفاهة أو بتقديم تقرير مكتوب، سواء كان خبيرا (ماليا، محاسبا، هندسيا، زراعيا...)، يظل للأطراف في حق رفضه ويكون للمحكم طرح تقريره كله أو جزء منه بحسب عقيدته، لأن الرأي النهائي يكون للمحكم. [1]

ويمكن استخلاص في ضوء ما سبق عرضه اختلاف نظام التحكيم عن نظام الخبرة في عدة نقاط وهي :

1- 1- من حيث من يقع عليه عبء الاختيار:

في التحكيم يعد المحكم قاضي خاص يختاروه الأطراف وعليه إصدار قرار في النزاع يفرض على الأطراف، وذلك بخلاف الخبير الذي تختاروه المحكمة وذلك ليبدي رأيا فنيا استشاريا لها، إذ أن رأيه استشاري وليس ملوم لهيئة المحكمة الموقرة.

2- 1- من حيث إطار عمل كلا من المحكم والخبير:

في التحكيم تنظم إرادة الأطراف كيفية عمل المحكم واجراءات التحكيم أما في عمال الخبرة يكون عمل الخبير في حدود المأمورية المكلف بها من قبل المحكمة دون أدنى تجاوز لما هو محدد له.

3- 1- من حيث اسناد قرار كلا من المحكم والخبير:

في التحكيم يصدر المحكم قرار في ضوء ما قدمه الأطراف من مستندات ومن مرافعات، أما الخبير يعتمد في المقام الأول على خبراته عند أبدأ رأيه.

4- 1-من حيث حلف اليمن:

في التحكيم لا يحلف المحكم يمين يلتزم به قبل أداء عمله، بخلاف نظام الخبرة.

[1] لزهر بن سعيد والتحكيم التجاري، وفقا لقواعد إ. ج. م. و.إ، والقوانين المقارنة، دار هومة، الجزائر، 2012، ص21

02 ـ الفرق بين التحكيم والخبرة:

الخبير هو الذي يملك خبرة معينة حول موضوع معين ويكلف بإبداء رأيه فيما يعرض عليه من مسائل معينة قد تكون هندسية، طبية، تجارية، أو حسابية ... إلخ) والخبرة بهذا المعنى لا تعتبر طريقة للفصل في النزاع تحكيما، فهي تختلف اختلافا كثيرا عن التحكيم. [1]

فالرأي الصائب أن الخبير شخص يلجأ إليه لتقديم تقريره حول ما هو مطلوب منه في مسألة فنية متخصصة، وبعد تقديم هذا التقرير قد يأخذ القاضي به وقد يطرحه جانبا، وقد يأخذه جزءا منه أو يأخذه كليا، كما أن رأي الخبير لا يلزم المحكمة.

أما المحكم هو مكلف بإنهاء النزاع بحكم ملزم للأطراف ويكون حكمه في كامل النزاع وليس استشاري في جزئية محددة مثل الخبير.

ثالثا: التحكيم والصلح Résolution

الصلح عقد يحسم بمقتضاه الأطراف نزاعا ثار بينهما، أو يتوقيان به نزاعا محتملا، ويأتي ذلك بتنازل إرادي من كل طرف عن بعض مطالبه، مفوضا بالصلح. [2]

ولا بأس ان نعرض أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بين الصلح والتحكيم وهو ما يلي:

01 - أوجه التشابه :

- كل منهما ينشأ بعقد
- يتم حسم النزاع القائم بين الأطراف

02 - أوجه الاختلاف :

-02 -1 : محل العقد

- **في التحكيم:** لا يعرض على قضاء الدولة مع اختيار محكمين للفصل في النزاع.

- **في الصلح:** التزام الأطراف بتسوية النزاع بينهم بأنفسهم.

2-02 / انتهاء النزاع

- **في التحكيم:** - بصدور حكم يفصل في النزاع

[1] أنظر: عطية عزمي، قانون التحكيم الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الكويت 2012، ص23.
ـ إ يلاف خليل ابراهيم الصالح، القانون الواجب التطبيق على التحكيم، دراسة مقارنة، رسالة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، 2014، ص21

[2] جمال أبو الفتوح محمد أبو الخير، وكيل كلية الحقوق، جامعة دمباط للدراسة العليا والبحوث، ماهية اتفاق التحكيم ودوره في منازعات العمل الجماعي، الناشر، المكتبة للمعارف، دار البحوث القانونية والطبعة الأولى، 2020 ص30.

- يكون ملزم للأطراف

- قابل للتنفيذ الجبري.

- **في الصلح:** - ينتهي بمجرد التنازل المتبادل بين الأطراف

- ويكون الاتفاق قابلا للتنفيذ بذاته بعد تصديق القضاء عليه.

02 -3/ التنازل عن جزء من المطالب

- **في التحكيم:** لا يوجد تنازل بل يوجد تفويض للمحكم لفض النزاع بما يراه عدلا.

- يمكن أن يستجيب لطلبات أحد الخصوم ويرفض طلبات الآخر ولو كان مفوضا بالصلح.

- **في الصلح:** يتنازل كل خصم عن جزء من مطالبه مقابل تنازل الطرف الآخر.

*** ملاحظات**

يتميز التحكيم عن الصلح إذ يصدر حكم تحكيم ملزم حائز لحجية حجية الأمر المقضي، ولا يبرم صلحا بين الطرفين. ولو كان مفوضا بالصلح.[1]

[1] لزهر بن سعيد التحكيم التجاري الدولي، وكرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص39.

و الصلح لا يخول كل ما يحققه التحكيم، إذ حكم التحكيم _ على خلاف الصلح _ يحوز حجية الأمر المقضي. ولهذا فإن الصلح يمكن مهاجمته كأي عقد بدعوى بطلان أصلية لعيب من العيوب التي تلحق العقد. أما حكم التحكيم فلا يجوز المساس بحجيته إلا بالطرق الطعن التي يقررها القانون بالنسبة له، ومن ناحية أخرى، فإن صاحب الحق المثبت إلى عقد الصلح لا يستطيع أن يقتضي بموجب هذا العقد حقه جبرا عن المدين. [1]

فهو في حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء للحصول على حكم يكون سندا تنفيذيا بحقه، اللهم إلا إذا كان الصلح قد ثبت في محرر موثق أو في محضر الجلسة، في حين أن المحكوم له بحكم تحكيم يمكنه لحصول على أمر بتنفيذ حكم التحكيم ولا يكون للقاضي الأمر بالتنفيذ سلطة التحقق مبن عدالة حكم التحكيم أو صحته.

وأخيرا فإن حكم التحكيم قد يحوز حجية الأمر المقضي يمنع من رفع الدعوى التي فصل فيها الحكم مرة أخرى، في حين أن الصلح لا بمنع الالتجاء من قضاء الدولة أو التحكيم للمطالبة بما قرره عقد الصلح من حقوق. [2]

رابعا: التحكيم والتوفيق أو الوساطة Médiation

يجب التمييز بين التحكيم والتوفيق وتعرف المادة **3/1** من القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي التوفيق بأنه " عملية. . . يطلب فيها الطرفان إلى شخص ثالث أو أشخاص آخرين (الموفق) مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئة عن علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية أو لنزاع متصل بهذه العلاقة. [3]

فنظام التوفيق يرمي إلى تدخل شخص من الغير للتقريب بين الطرفين للتوصل إلى صلح أو تسوية ودية بينهما، وهذا الشخص ليس محكما إذ ليس له سلطة الفصل في النزاع بحكم ملزم، إنما هو يعرض اقتراحات على الطرفين للتوفيق بين وجهة نظر كل منهما، دون أن تكون له سلطة فرض أية تسوية عليهما. فهو يعد موفقا وليس محكما. وتنتهي مهمة الموفق – إذا نجح فيها _ بإبرام الطرفين تسوية أي صلحا. [4]

ولهذا فإن ما تصدره أية هيئة يقتصر دورها على مجرد إصدار توصية للتوفيق بين وجهتي نظر طرفي الخلاف دون ان تكون توصيتها ملزمة لهما لا تعد هيئة تحكمية ولا

[1] ينظر في شرح عقد الصلح، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، جزء خامس، الباب الرابع

[2] لزهر بن سعيد التحكيم التجاري الدولي، وكرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي – دراسة مقارنة –بين القانون المصري وقانون إ. م. إ. الجزائري، دار الفكر الجامعي، 2010، ص39 استئناف القاهرة، 91 تجاري، 30/3 /2005، في الدعوى رقم 64 لسنة 161 قضية، تحكيم.

[3] القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة، وقد صدر بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة في 2002/11/19، رقم 35. 52 أعدته للقانون التجاري الدولي اليونيسترال، ينظر: أحمد حداد، في دعوة لتفصيل مؤسسة المصالحة، مجلة التحكيم العربي، العدد الرابع، ص112 وما بعدها، وهو يعتبر الموفق محكما، ويسميه المحكم الموفق، ص118

[4] ينظر فوشار، بند 16 ص16 وما بعدها. د / محسن شفيق وبند 10 ص15. د/ مختار بريري وبند 10 ص15.

يعتبر ما تصدره حكما تحكيمي. ولا يمنع الطرفين من الالتجاء بشأن خلافهما إلى القضاء أو التحكيم حسب الأحوال. [1]

وقد يتفق الطرفين لحل ما بينهما من نزع على للجوء أو لا إلى التوفيق بواسطة شخص معين، ثم اللجوء إلى التحكيم إلى لم يرتضى أحد الطرفين ما ينتهي إليه الموفق، ومثل هذا الاتفاق يلزم لطرفين، كما يلزم هيئة التحكيم بحيث أنه لا يجوز لأي طرف للجوء مباشرة إلى لتحكيم قبل استنفد وثيقة الوفيق. فإن لجأ مباشرة إلى التحكيم فإن هيئة التحكيم _ إذا تمسك المحتكم ضده بذلك _ أن تقضي بعدم اختصاصها بالدعوى التحكيمية، لعدم سلوك الطريق الذي أوجب التوفيق سلوكه قبل الالتجاء إلى لتحكيم. [2]

وقد ظهرت حديثا بعض النظم التي ترمي إلى حل النزاع بعيدا عن القضاء سواء كان قضاء دولة أم **قضاءMini Trial كما يطلق عليها A. D. R باختصار Dispute Alternative Résolution تحكيم**، ويطلق عليها وأبا كان شكل هذه الوسيلة فهي ليست تحكيما، إذ هي لا تنهي النزاع إلا بإبرام الصلح بين الطرفين. [3]

خامسا: التحكيم والوكالة Procuration

يختلف التحكيم عن الوكالة، ففي الوكالة يقوم الوكيل بعمله باسم موكله، ويلتزم بتعليماته، وعلى الوكيل يقوم بالعمل لصالح موكله و لحسابه ، ولهذا فإنه لا يمكنه أن يكون وكيلا عن طرفين لهما مصالح متعارضة، وليس للوكيل اي سلطة تختلف عن سلطة موكله.

وذلك كله على خلاف ما هو مقرر بالنسبة للتحكيم، فالمحكم لا يصدر حكمه باسم من اختاروه، وهو لا يلتزم بالاستجابة إلى طلبات طرفي التحكيم الذين اختاروه، ولا ينظر إلى مصلحة أي طرف ولو كان الطرف الذي عينه، بل هو يصدر حكمه مطبقا للقانون. وسلطة المحكم تختلف عن سلطة الطرف إذ هو يتمتع في عمله بولاية قضائية وهي ولاية لا تتوفر لدى الطرف الذي اختاروه.

المطلب الثالث: أنواع التحكيم ومزاياه

نخصص هذا المطلب للحديث عن أنواع التحكيم ومزايا وعيوب التحكيم بالرغم من تعدد أنواع التحكيم التي نحن بصدد التعرض لها، فإن هذا التعدد لا ينفي أن أساس التحكيم هو واحد، ولكن جارت العادة على تحديد المفاهيم والمصطلحات، نعرض لأنواع التحكيم تبعا للزاوية التي ينظر إليه منها، فيمكن تقسيمه من حيث إرادة المحتكمين إلى تحكيم اختياري وتحكيم إجباري، ومن حيث الطبيعة العقد ونطاقه إلى تحكيم دولي وتحكيم وطني ومن حيث الإجراءات القضائية إلى تحكيم بالصلح وتحكم بالقانون، وكذا التحكيم من حيث

[1]– نقض تجاري 2003/06/10، في الطعنين رقمي 7435 لسنة 13 ق، و9678 لستة 65 قضية.
[2]ينظر استئناف القاهرة، دائرة تجاري 91، 2007/7/27، في الدعوى رقم 103 لسنة121 قضية، تحكيم.
[3]فتحي والي، أستاذ قانون المرافعات عميد كلية الحقوق، جامعة القاهرة (سابقا)، محامي ومحكم، الطبعة الأولى، 2007، منشأة الناشر المعارف بالإسكندرية، ص30.

مدى حرية المحكم وسلطاته التحكيم حر وتحكيم المؤسسي ونتناول هذه الأنواع على النحو التالي:

الفرع الأول: أنواع التحكيم

أولا: التحكيم من حيث دور الإرادة:

تحكيم اختياري وتحكيم إجباري

أ ـ التحكيم الاختياري:

فالتحكيم الاختياري تحكمه إرادة أطراف النزاع وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، فلهم إحالة ما ينشأ بينهم من خلاف على التحكيم دون أن يكون ملزمين بالتحكيم كوسيلة لفض الخلافات التي تنشأ بينهم، فللخصم الخيار بين الالتجاء إلى القضاء أو طرح النزاع على هيئة التحكيم، ويكون مجرد الالتجاء إلى أحد الطريقتين مسقطا للأخر. [1]

ب ـ التحكيم الإجباري :

إذا لم يكون للأطراف حرية في اللجوء إليه بمعنى أنهم ملزمون باللجوء إليه في حال نشوء نزاع بينهم بناء على نص يفرض عليهم اتباع الطريق، ففي هذه الحالة يكون التحكيم إجباريا، ويتعين على الأطراف اتباعه، ولا يكون لإرادتهم دخل في ذلك إطلاقا. [2]

ثانيا: التحكيم من حيث مدى حرية المحكم وسلطاته: تحكيم حر وتحكيم مؤسسي

أ - التحكيم الحر AD -HOC: هو الأصل بحيث يكون للأطراف النزاع الحرية في اختيار الاجراءات التي يتم الاعتماد عليها في الاحتكام وكيفية تعيين المحكم أو المحكمين الذي يحظى بقبول تحكيمه بموجب شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم أو بالرجوع إلى تنظيمات نصوص أخرى[3]، وفي أغلب الأحيان يتولى كل طرف في النزاع اختيار محكم واحد ومن تم يتولى المحكمين محكم ثالث ثم تحديد مهمتهم والقانون الواجب التطبيق ومكان التحكيم. [3]

يتميز بأنه أسلوب مثالي إذا تصدى محكم كفئ لحسم المنازعات، وهو قليل التكاليف ويحقق سرية والسرعة أكثر، كما يتبع التحكيم الحر القواعد الاجرائية بأكثر مرونة.

[1] أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري، منشأة المعارف، مصر، طبعة 5، 1988، ص39

[2] مهدي ديانة، مظاهر تقييد إرادة الأطراف في التحكيم في التشريع الجزائري، جامعة الجزائر، مجلة دفاتر السياسة والقانون والعدد 17 جوان 2017 وص69.

[3] والي فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، 2007، ص15

3- منسول عبد السلام , قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري , رسالة لنيل شهادة الماجستير , خصص قانون أعمال ,السنة الجامعية ,2000-2001 . ص 06

ب - التحكيم المؤسسي Arbitrage Institutionnel

أو ما يسمى بالنظامي فهنا يكون للأطراف إرادة في عرض النزاع على مراكز أو مؤسسة مختصة في التحكيم، والاحالة إليه تعني في الأصل الأخذ بقواعد موحدة، إلا إذا أجاز النظام مخالفتها، ومثل هذه الحالة تعفى الأطراف المحتكمين من التصدي لكل تفصيلات الاتفاق على التحكيم اكتفاء بما ورد في شأنها في نظام التحكيم النظامي المسمى بالمقيد الذي اختاروه الأطراف، ويترتب عليه الأخذ بما ورد في نظامه القانوني فقد أصبح التحكيم المؤسسي هو القاعدة في مجال التجارة الدولية، حيث يفضل الأطراف اللجوء إلى هذه المراكز لأنها توفر لهم الأجهزة الإدارية المتخصصة والمدربة تيسيرا لعملية التحكيم وحسن سير الاجراءات.

ثالثا: التحكيم بالنظر للمعيار الاقتصادي: تحكيم وطني وتحكيم دولي

اعتماد بعض الفقهاء على معيار القانون الواجب التطبيق والبعض الآخر على المعيار الجغرافي خلق جدلا بينهم، وما يهمنا بالأخير المعيار الذي تبناه المشرع الجزائري وهو المعيار الاقتصادي، وعليه فالتحكيم الوطني هو الذي يتعلق بنزاع وطني في جميع عناصره، بتعيين لهم محكمين وطنيين يصدرون حكمهم داخل الدولة وفق لإجراءات وطنية مع تطبيق القانون الوطني، وبالتالي لا يوجد أي عنصر أجنبي في هذا التحكيم. [1]

أما التحكيم الدولي فقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة **1039**[2] من قانون الاجراءات المدنية والادارية **" يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، فالتحكيم الذي يتعلق بالنزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل "**، ومن خلال هذا التعريف يتبين لنا أن اعتماد المشرع على هذا المعيار الاقتصادي لاعتبار التحكيم دوليا، كونه يتم عن طريق اتفاقية التحكيم تبرم بين دولتين، فهي الأرضية التي تعتمد عليها هيئة التحكيم سواء من حيث القانون الواجب التطبيق أو من حيث تعيين هيئة التحكيم.

Dans ce cas, la désignation des arbitres est organisée par la clause compromissoire, ou le1 - compromis qui peuvent soit régler totalement le mécanisme de désignation soit renvoyer a des dispositions édictées par d'autres textes. [3]

رابعا: التحكيم عقد مسمى

واتفاق التحكيم بهذا المفهوم، هو عقد وليد الإرادة الخصوم وهو من العقود المسماة ويخضع بالتالي للقواعد العامة في العقد، من حيث شروط انعقاده وآثاره وتفسيره وغير ذلك،

[1] محمد فتح الله حسين، شرح قانون التحكيم والقانون الاداري، دار الكتب القانونية، مصر و، و2005، ص50

[2] المادة 1039 وما يليها من القانون رقم 09/08، قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري

[3] - منسول عبد السلام ,المرجع السابق ,ص 06

مع مراعاة القواعد الخاصة به، ومنها اشترط المشرع أهلية التصرف في إبرامه وكتابة الاتفاق وعدم جواز الاتفاق على التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها.[1]

الفرع الثاني: مزايا التحكيم

للتحكيم مزايا عديدة، وهذا ما يفسر حاجة المعاملات الاقتصادية ذات الطابع الدولي على اللجوء إليه كونه نظام أكثر مرونة من القضاء من حيث تيسير إجراءات فض المنازعات التي تنشأ حولها، ويمنكن إجمال مزايا التحكيم في الآتي:

أولا: سرعة الفصل في النزاع:

سرعة حسم النزاعات عن طريق التحكيم يعتبر الطريق الأمثل والوسيلة المناسبة في فض المنازعات بين الأطراف خاصة في مجال المعاملات التجارية التي تقوم على السرعة، فبإمكان طرفي النزاع الاتفاق على عدم قابلية أحكام التحكيم للطعن فيها وكل هذا يصب في تفعيل دور التحكيم والتعجيل في انهاء النزاع بأقصى سرعة ممكنة، خلاف اللجوء إلى للقاضي الذي يتميز بالبطء بحكم طبيعة عملهم التي تفرض عليهم الفصل في النزاع بشكل يومي.

لذلك فإن تسوية المنازعات بواسطة التحكيم تحقق السرعة والبساطة في الإجراءات، وقد اشترطت معظم أنظمة ومؤسسات التحكيم التجاري الدولي وضع مدة معينة يتوجب صدور حكم التحكيم فيها لتفادي التأخير، إذا لم يحدد الأطراف في اتفاقية التحكيم، فالتحكيم وسيلة سيغني فيها الأطراف عن قضاء الدولة، فكما الأفراد لا يستطيعون حل منازعتهم بالصلح فيما بينهم، فكذلك يستطيعون كذلك بالتحكيم.

ثانيا: تشجيع الاستثمارات الأجنبية ودعم التنمية الاقتصادية الشاملة:

أضحى قضاء الدولة غير مناسب بنظمه وقواعد عمله لتسوية منازعات التجارة الحديثة والبديل الملائم الذي أثبته الواقع الذي عمل على ترسيخ مجموعة من الحلول التي تتجاوب وخصوصية مشكلات التجارة الدولية وعقودها ألا وهو التحكيم.

والتحكيم وسيلة في منازعات عقود التنمية الدولية والاقتصادية، فيصعب خضوع دول لقضاء دول أجنبية، خاصة مع زيادة الاستثمارات الأجنبية في الدول النامية، وذلك تحقيقا لأكثر وأسرع معدل التنمية الاقتصادية والاجتماعية لشعوبها، ولقد قابل ذلك اشتراط المستثمرين الأجانب لشروطهم على تلك الدول ومن بينها إخضاع كافة المنازعات الناشئة عن الاستثمارات لقضاء التحكيم بدلا من القضاء الوطني الذي يكون مختصا عادة بنظر هذه المنازعات إعمالا لقواعد العامة في الاختصاص القضائي الدولي[2]

[1] حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، ج 1، دار للنشر والتوزيع، 2010، ص148.
2- لزهر بن سعيد،المرجع السابق ,ص 33 .

ثالثا: مرونة وبساطة الاجراءات:

يتم اتفاق التحكيم بإجراءات بسيطة، حيث نجد أن هيئة التحكيم تتمتع بحرية أوسع وأكثر من القضاء في كل ما يتعلق بإجراءات التقاضي مثل التبليغات وإدارة الجلسات وتنظيمها والاتصال بأطراف النزاع، وغير ذلك، فهي في كل الأمور تبتعد عما أمكن عن الاجراءات الشكلية التي تكون في الكثير من الأحيان أمام القضاء طويلة ومملة.

بالنسبة للمرونة في الموضوع فالقضاء في المحاكم العادية مكلفون بالقانون يلتزمون بمراعاة نصوصه وبإجراءاته، بحيث لو جاءت أحكامهم خلاف النص أو منافية لروحه، فهي أحكام معيبة واجبة النقض، ولو كانت تناسب الظروف الدعوى وتجامل مصلحة الخصوم وهذه العدالة الصماء وإن كان لها إيجابيات كونها تحول دون الميل والهوى، إلا أنه في مجال المنازعات التجارية حيث يرغب الأطراف في عدالة مرنة تتفهم متطلباتهم، فتراعي تعاملاتهم سواء السابقة منهم على النزاع أو اللاحقة وطبيعة خصوصيتها، فهم يفضلون اللجوء إلى التحكيم الذي يجدون فيه ما يشيدونه من مزايا. [1]

رابعا: الرضائية:

لجوء أطراف النزاع على اتفاق التحكيم قائم على الرضائية، وهو الأمر الذي لا تجده في معظم الأوقات عند اللجوء إلى القضاء أين يكون أحد الأطراف مضطرا للجوء إليه بوصفه مدعيا.

خامسا: حرية اخيار هيئة التحكيم

إن اختيار هيئة التحكيم يتم عادة ممن لهم خبرة في مجال النزاع واتفاق التحكيم يوفر لأطراف النزاع حرية الاختيار المحكمين سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق الجهة التي يعهد إليها اختيارهم فالمحكم على خلاف القاضي لا يلزم أن يكون ملما بالقانون،

فالأطراف يختارون من لهم خبرة في مجال النشاط الدي يتعلق به موضوع النزاع أما القاضي وإن كان متمكنا في الأمور القانونية إلا أنه قد يكون قليل الخبرة بموضوع النزاع.

سادسا: الحفاظ على اسرار الخصوم:

إن معظم العقود التجارة الدولية تنص على اختيار التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات لتجنب مبدأ العلانية الذي يعتبر من أسس النظام القضائي، فالتحكيم سكون سريا، حيث يحق للأطراف كذلك اشتراط عدم نشر الأحكام، وإن كان نشره فذلك لا يتم إلا بإرادة الأطراف وهو الأمر غير موجود في القضاء، حيث يعد من أسس التقاضي وضمانة لتحقيق العدالة. [2]

[1] لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، وكرم محمد زيدان النجار، المرجع نفسه ، ص33

[2] - تكتوك شريفة، دكتوراه حقوق، تخصص قانون إجرائي، شروط صحة التحكيم في التشريع الجزائري، كلية الأدب العربي والفنون، جامعة عبد بن باديس، مستغانم، ، الجزائر – المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، معهد العلوم القانونية

الفرع الثالث: عيوب اتفاق التحكيم

رغم المزايا التي يتوفر عليها إجراء التحكيم في فض النزاعات إلا أنه لا يخلو من العيوب والتي يمكن اجمالها في الآتي:

أولا: التحكيم آلية الدول المتقدمة اقتصاديا:

إن الدول المتقدمة اقتصاديا تعتمد على التحكيم وتعده آلية من آلياتها لضمان ريادتها، فالتحكيم المقصود به منع القضاء في الدول النامية من نظر منازعات عقود التنمية الاقتصادية وحتى لا يتعرض المستثمر الأجنبي والشركات العملاقة التي تمثل طرفا هاما في هذه العقود لتطبيق القوانين الوطنية، كذا وضع شروط مجحفة بحقوق الأطراف الضعيفة، حيث يتولى الطرف القوي إملاء شروطه على الطرف

الضعيف الذي لا يملك عادة سواء الإذعان وكذا فرض تطبيق القواعد القانونية التي يراها هو والتي تساهم الدول المتقدمة اقتصاديا غي صياغتها. [1]

ثانيا: عدم الرقابة

عدم وجود رقابة كافية على أحكام المحكمين، وهذا يؤدي إلى احتمال حددت بعض الانحرافات التي يصعب اكتشافها وترتيب الجزاء عليها. هذا العيب متواجد في كل السلطات القضائية، وفي كل آليات بأنواعها المختلفة، وما يحكمه هو فض المنازعات هو تواجد ضمير داخلي حي للمحكم والقاضي وللموفق كل في عمله وقد احتوت كل قوانين التحكيم حق رد المحكمين بشروط معينة حددتها المادة **1016** من قانون الاجراءات المدنية والاداري بنصها " يجوز رد المحكمين في الحالات الآتية:

ـ عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف

ـ عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في النظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف

ـ عندما يتبن من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته. لا سيما بسبب بوجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط ... "

والادارية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي، تيسمسيلت، الجزائر المجلد الثالث، العدد السادس، ديسمبر 2018، الرقم الموحد للدورية " ردمد " 7635 – 2507، تاريخ الارسال 2018/08/09، تاريخ المرتجعة، 2018/21811. ص137

[1] لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، وكرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص34

ثالثا: عدم تنفيذ حكم التحكيم

لا يثير صدور حكم التحكيم وتنفيذه من قبل الأطراف المتنازعة أي اشكال، ولكن الاشكال يظهر عندما يتقاعس أحد الأطراف تنفيذ حكم التحكيم، فالطرف الذي كسب الدعوى لا يعنيه كسبها لمجرد الكسب بقدر ما يعنيه الحصول على حقه، أي بما حكمت به هيئة التحكيم لصالحه، وهذا يعني بالمقابل عودة أطراف النزاع إلى القضاء لوضع الصيغة التنفيذية، والتي تتطلب شروطا لتنفيذه. [1]

رابعا: مسألة الخبرة

قد يصطدم أطراف النزاع بعقبة عدم خبرة المحكم، وهذا ما قد يؤدي إلى عدم تحقيق العدالة، فالمحكم قد يصدر حكم عادل بحكم خبرته الفنية بموضوع النزاع، كما قد يصدر حكم في محكم لا تتوفر فيه حنكة ولا يملك القدرة

المتوفرة في القاضي بحكم الممارسة، مع أن هذا العيب يضمحل حيث تشهد الدول تنظيم تدريبات على التحطيم خاصة التحكيم الدولي.

[1] أنظر، محمود السيد عمر النحيوي، التحكيم في المواد المدنية والادارية، ص72
– صديق سهام، الطرق البديلة لحل النزاعات الادارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012، ص83

المبحث الثاني: نطاق تطبيق التحكيم واجراءاته في التشريع الجزائري

تتطرق في هذا المبحث الحالات الاستثنائية الواردة على التحكيم والتي قد تشكل القليل منها حالة تعتبر بمثابة القيد الوارد على التحكيم وهذا من خلال استحضار نص المادة **1006** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي كالآتي:

" يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها ولا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الاشخاص وأهليتهم. ولا يجوز الاشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية "

زيادة على ذلك النصوص الخاصة التي تلزم الأطراف في اللجوء إلى التحكيم وبذلك تكون أمام تطبيق التحكيم الاجباري.

المطلب الأول: نطاق تطبيق التحكيم

كمبدأ أساسي للتحكيم هو حرية الأطراف المتنازعة في اللجوء إلى التحكيم وهل هناك ضوابط تحول دون تطبيقه.

الفرع الأول: القيود الواردة على التحكيم المادة 1006 من قانون الاجراءات المدنية والادارية

أولا: حالة الأشخاص وأهليتهم

الأهلية لغة: هي الصلاحية والجدارة والكفاية لأمر من الأمور، فالأهلية للأمر هي الصلاحية له.

الأهلية اصطلاحا: هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل لالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تكسبه حقا، أو تحمله التزاما على وجه يعتد به قانونا، وهو تعريف مركب يدل على أن الأهلية نوعان:

أهلية الوجوب وينطبق عليها الشق الأول من التعريف وأهلية أنا، ويقصد بها ما جاء في الشق الثاني

أهلية الوجوب: و هي صلاحية الشخص من الوجهة القانونية، لتلقي الحقوق وتحمل الالتزامات أي صلاحيته لوجوب الحقوق له والالتزامات عليه، وهي تمثل الأهلية القانونية[1]

1-مهدي ديانة، مظاهر تقييد إرادة الأطراف في التحكيم في التشريع الجزائري، دفاتر السياسة والقانون، العدد 17، جوان 2017 ص66 -68

1

في وجهها السلبي الذي يقتصر على تلقي الحقوق وتحمل الالتزامات دون تدخل إرادة الشخص، ولكنها تشمل وجهها الايجابي المتمثل في المساهمة إيجابيا في إنشاء هذه الحقوق والالتزامات وأهلية الوجوب ترتبط بمجرد ولادة الإنسان حيا فلا تتطلب شروطاً أخرى،

وبصفة خاصة لا تتطلب في الإنسان بلوغ سنا معينا، ولا تتطلب العقل أو الإدراك والتمييز، وتنتهي تزول بوفاة الشخص.

أهلية الأداء: هي صلاحية الشخص لأن يباشر التصرفات القانونية التي تكسبه حقا أو تحمله التزامات، فأهلية الأداء هي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام قانون، ومناط أهلية الأداء هو السن والتمييز " العقل"، فأهلية الأداء تكون كاملة باكتمال العقل والبدن وقاصرة بقصورهما، حيث يكون مناطها التمييز وسائر القوى الإنسانية الأخرى كالإدراك والاختيار مثلا. ومن هذا المنطلق يمكننا القول: أن الإنسان يكتسب الشخصية القانونية بمجرد ميلاده وتظل لصيقة به حتى مماته، والمقصود بالشخصية القانونية هي تلك التي تعطيه الصلاحية لأن يكتسب الحقوق وأن يتحمل التزامات، هذا ما يعرف بأهلية الوجوب.

وأخيرا ما يسع لنا القول هو أن استثنى المشرع الجزائري الأهلية من نطاق التحكيم وإرادة الأطراف كما ورد الحال عليه في نص المادة **1006** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قرار صائب ومنطقي، وخصوصا أن الأهلية تشكل جزء كبير من الإرادة ولعل هذا القرار جاء حماية لإرادة الأطراف ومحافظا على مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم.

ـ 1 ـ فيما يتعلق بحالة الأشخاص:

هي أمور لصيقة بطبيعة الإنسان لكونه كائنا بشريا وأن هذه الأمور لا يمكن تصور التحكيم فيها كالإرث والزواج والنسب... إلخ إلا أن ذلك لم يكن منظم من قبل وهذا عند الغرب، لكن الشريعة الإسلامية تكفلت بها وبكل تفاصيلها فهي بتالي في غنى عن التحكيم كما هو الحال عندنا نحن المسلمون.

- 2 - الأشخاص المعنوية العامة:

لقد وجدة اعتبارات عديدة دعت إلى الاعتراف بالشخصية القانونية لغير الأشخاص الطبيعيين، إما لمجموعة من الأفراد وإما لمجموعة من المصالح، ومن هنا جات فكرة الشخصية الاعتبارية أو المعنوية، وبالتالي فالشخص المعنوي هو مجموعة أشخاصا ومجموعة أموال تتكاتف وتتعاونا وترصد لتحقيق غرض وهدف مشروع بموجب اكتساب الشخصية القانونية.[1]

إذا الشخصية المعنوية لها عنصران أحدهما مادي وموضوعي، ويقصد به مجموعة من الأفراد أو الأموال التي تهدف إلى تحقيق غرض مشروع على سبيل الاستمرار، وثانيهما

[1] - مهدي ديانة، المرجع السابق، ص 67.

شكلي وهو اعتراف المشرع أو الدولة بالشخصية المعنوية، وقد يتم هذا الاعتراف صراحة وقد يتم ضمنا.

وينقسم الشخص المعنوي إلى شخص معنوي عام وآخر خاص وذلك تأسيسا على عدة معايير، لكن حسم القانون الجزائري في ذلك بتحديد الأشخاص المعنوية العامة حيث تنص المادة **15** من الدستور الجزائري على الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية والولاية، وتنص المادة **49** من القانون المدني على أنه الأشخاص الاعتبارية هي: الدولة، الولاية والبلدية، المؤسسات والدواوين العامة ضمن الشروط التي يقررها القانون. ونفس المضمون الذي جاء به نص المادة **800** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. الآثار المترتبة على الاعتراف بالشخصية المعنوية تنص المادة **50** [1]من القانون المدني الجزائري على انه يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازم الصفة الإنسان وذلك في الحدود التي يقررها القانون وبالتالي فالشخصية المعنوية يكون لها خصوصا:

- ذمة مالية

- أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي قررها القانون موطن وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها

- الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها في نظر القانون الداخلي في الجزائر

- نائب يعبر عن إرادتها

- حق التقاضي.

وبالتالي فيتوفر هذه الشروط يصبح للشخص المعنوي القدرة على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات. وعلى ذلك يمكن تعريف الشخص المعنوي العام بأنه مجموعة من الأموال العامة والأشخاص تهدف إلى تحقيق هدف معين لصالح المجتمع، ولهذا السبب اعترف له القانون بالشخصية القانونية وإدراجها في قائمة الاستثناءات للمادة **1006** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بحيث منع عليها التحكيم إلا ما تعلق منها بالتجارة الدولية أو الصفقة العمومية بموجب النص صرحتا على ذلك بموجب نص خاص، ولعل ما دفع بالمشرع إلى هذا القرار هي فكرة الحفاظ على المال العام وخصوصا في ظل ما يحدث من انتهاكات الواقعة على المال العام، وبالمقابل ومن الناحية العملية التحكيم ليس ممنوعا أو منعدم الوجود داخليا على الأشخاص المعنوية العامة بل يتخذ إطار وشكل معين ينفرد به ويتخذ محله في الصفقة العمومية فهي عبارة عن منظومة قانونية تؤطر وتسير وتسهر على

1 - المادة **49 و 50** من القانون المدني الجزائري رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007 ,الكتاب الأول ,أحكام عامة الباب الثاني, الأشخاص الطبيعية و افعتبارية , الفصل الثاني , الأشخاص الاعتبارية .

المال العام، وهذا القرار منطقي وصائب نظرا لغرض هذا المال وأهميته الاستمرارية الدولة. [2]

الفرع الثاني: النظام العام

يعرف النظام العام بأنه عبارة عن القواعد الأساسية والمبادئ العامة لقانون الشعوب ولمبادئ قانون التجارة، وإذا كان المشرع الوطني قد سمح بتطبيق أحكام القوانين الأجنبية على إقليمه في لعض الفروض فإن ذلك لا يعني:

أنه قد أعطى لمشرعي دول العالم مجالا لتطبيق أحكام قوانينهم على إقليمه، فالنظام العام يعد من أهم الدفوع التي قد يستخدمها القاضي الوطني من تلقائي نفسه أو بطلب من أحد الخصوم لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المعني إذا ما كان تطبيقه يتعارض مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع في دولة القاضي، سوء أكانت هذه المبادئ اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية.

حيث يأخذ عدم احترام قواعد النظام العام ذات الأثر المترتب على عدم احترام كفالة حقوق الدفاع، فالأنظمة القانونية للدول تشتمل على قواعد خاصة تسمى قواعد النظام العام التي يراد منها تحقيق المصلحة العامة، وبالتالي فإن قواعد النظام العام تشكل حاجزا وعائقا في تنفيذ أي قرار قضائي أو تحكيمي مخالف لهذه القواعد فيجب بصفة أساسية أن يكون القرار التحكيمي غير متعارض مع النظام العام في البلد المراد تنفيذ حكم التحكيم فيه، وهذا يدعو المحكم إلى أن يأخذ بعين الاعتبار عند إصداره قراره بمبدأ احترام النظام العام الداخلي مع قواعد النظام العام السائد في التعامل التجاري الدولي، ذلك لأن القواعد الأولى تجد لها أساسا في النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة وقد لا تتفق مع طيات التبادل التجاري على الصعيد الدولي أو الداخلي للدولة، بالإضافة إلى أنه يجب على المحكم أن يأخذ بعين الاعتبار عند إصدار حكم التحكيم قواعد النظام العام للدولة التي سينفذ فيها هذا الحكم، حيث أن مخالفة هذه القواعد ستؤدي بالضرورة إلى عدم الاعتراف بالحكم وبالتالي عدم تنفيذه.[3]

و قد نصت اتفاقية جنيف لعام **1927** [4] على أنه إذا أريد الحصول على الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي، وفقا للمادة الأولى من الاتفاقية المذكورة فمن الضروري أن لا يكون حكم التحكيم مخالفا للنظام العام أو المبادئ القانون العام للبلد المراد تنفيذ الحكم فيه وقد أعطت اتفاقية نيويورك لعام **1958** الحق للدول المتعاقدة لأن ترفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم إذا كان في الحكم ما يخالف النظام العام، أما على الصعيد العربي فإن اتفاقية تنفيذ

[1] -سامية كمال، إعمال النظام العام في الرقابة القضائية على أحكام التحكيم التجاري الدولي، جامعة، تيزي وزو، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 02، سبتمبر 2019، ص1140.

[2] – مهدي ديانة، المرجع السابق، ص 67

[3] - مهدي ديانة، المرجع نفسه , ص 68

[4] اتفاقية جنيف 1927، المادة الأولى تنص على ' ألا يكون حكم التحكيم مخالفا للنظام العام أو المبادئ القانون العام'

الأحكام التحكمية لعام **1952** نصت على الحالات التي يمكن فيها للدول أن ترفض تنفيذ حكم التحكيم بقولها " إذا كان في حكم المحكمين ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الدولة.

وجاء في الفقرة الثانية من المادة الخامسة والثلاثين (**35**) من الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري على أنه لا يجوز رفض الأمر بالتنفيذ إلا إذ اكان القرار مخالفا للنظام العام. فللقاضي السلطة التقديرية في التحقق من ذلك ولكن ليس للقاضي الوطني مناقشة موضوع النزاع إلا أن بعض القرارات القضائية لدول أخرى فرقت بين قواعد النظام العام الدولي وقواعد النظام العام الداخلي، واعترفت تلك القرارات بأحكام المحكمين إذا كانت لا تتعارض مع النظام العام الدولي وإن كانت تلك الأحكام لا تتفق مع قواعد النظام العام الداخلي، وعليه وبنا على هذا المنطق هل يمكن تطبيق مثل هذه الحالة في الجزائر وهل يشكل النظام العام الجزائري عائقا يؤول دون تطبيق الحكم التحكيمي حتى وإن كان لا يختلف مع النظام العام الدولي؟.

فبالرجوع الى نص المادة **1006** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن المشرع الجزائري أتي بمصطلح النظام العام، مع النص صراحة على عدم جواز التحكيم فيما يخالفه، فمن ذلك نستنتج أن المشرع الجزائري وضع قيد على إرادة الأطراف بأن لا يجوز لهم الاتفاق على إجراء التحكيم فيما يخالف النظام العام وذلك حماية للمجتمع والحفاظ عليه، ونلاحظ أيضا أن المشرع الجزائري أتى بمصطلح النظام العام دون تحديد ما إذا يجب احترام النظام العام الدولي أو الداخلي حسب وجهة النظر في ذلك يجب هنا احترام النظام العام الداخلي كونه هو والأساس ويجب احترام النظام العام الدولي كون أن الجزائر دولة من الدول التي تبرم العديد من الاتفاقية الدولية وبذلك تسعى على فرض احترام هذه الاتفاقيات وإلا تفرع من محتوها، وبذلك ما تكون الفائدة من إبرام هذه الاتفاقيات.

زيادة على ذلك ونظرا لأهمية النظام العام فجعله المشرع الجزائري دفعا ذو طابع خاص، حيث يجوز للقاضي إثارته من تلقائي نفسه أو بناء على طلب أحد الأطراف في أي مرحلة كانت عليها الدعوى التي يكون الحكم التحكيمي محل طعن أو محل طلب الحصول على صيغة تنفيذية. [1]

الفرع الثالث: التحكيم الاجباري:

تنعدم إرادة الأطراف سويا فيما يتعلق باللجوء إليه أو فيما يتعلق باختيار الجهة التي تباشره، وذلك يصبح التحكيم نظاما مفروضا على أطراف النزاع، وفي معظم الأحيان يطبق التحكيم الإجباري بنا على قاعدة أمرة تتعلق بالنظام العام، والتي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها. والتحكيم الإجباري قد يأخذ صورتين، فهو إما أن يكتفي المشرع بفرض التحكيم

[1] مهدي ديانة، المرجع نفسه، 69 .

- أنظر المادة 1006 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري. " نص صراحة على عدم جواز التحكيم فيما يخالف النظام العام ."،

ويترك للخصوم حرية اختيار المحكم وتعيين إجراءات التحكيم، وإما أن يتدخل المشرع فيضع تنظيما إلزاميا لإجراءات التحكيم ككل، فلا يكون لإرادة الخصوم أي دور في التحكيم، وبذلك تكون تقريبا منعدمة .

وبالتالي يصبح التحكيم الإجباري مفروضا على الأطراف ففي بعض المنازعات التي ينص القانون على خضوعها للتحكيم ولا يجوز للأطراف اللجوء فيها للقضاء العادي ابتداء بل التحكيم في هذه الحالة يصبح قيدا لقبول دعواهم أمام القضاء، وهو إجراء لا يمكن الاتفاق على مخالفته لتجنبه فهو عبارة عن مسلك إجباري وبتالي يتم فرضه على الأطراف وليس له معرض النزاع عن طريق آخر. فبالرغم من الطابع الرضائي والاتفاقي لنظام التحكيم، إلا أن هناك بعض النصوص قد تضمنت في متنها ما يعرف بالتحكيم الإجباري غير أن تسمية التحكيم الإجباري غير منطقي والسبب في ذلك أن نأتي بتسمية ونقيضها في نفس العبارة لتفسير نوع وجنس معين من الإجراءات غير ممكن وعليه فالسؤال الذي يدق على باب. كل باحث في مادة التحكيم آلي وهو كيف يمكن أن يكون التحكيم النظام القائم أساسا على مبدأ. الإرادة إجباري أو مفروض بقوة القانون على أطراف التحكيم في نفس الوقت ؟

- **التحكيم الاجباري في القانون الجزائري**

مما سبق يمكننا القول بأن التحكيم الإجباري هو ذلك التحكيم الذي ينظمه المشرع بمقتضي نص قانوني خاص، ويفرض على الخصوم اللجوء إليه في حالة نشو خلاف بينهم مهما كان نوعه وفي قطاع معين، ومن ثمة لا تكون لإرادة الأطراف أي وجود في ظل نظام يقوم أساسا على حرية الأطراف للجوء أو القانون الواجب التطبيق أو إجراءاته إذ ما كان ذلك محدد إليه وليس لإرادتهم حتى الحق في اختيار المحكمين مسبقا في القانون من طرف المشرع، فكل شي تم ضبطه مسبقا من طرف السلطة التشريعية على أدق تفاصيله.

وبالإضافة إلى ما قد أشرنا إليه أنفا، فقد تدخل **المشرع الجزائري** بقوانين خاصة وفرض التحكيم الاجباري في بعض المنازعات مثل مجال الرياضة بموجب القانون **04/10**. بل وأبعد من ذلك أنشئ ما يعرف بمحكمة التحكيم الرياضية، والتي تتكفل بالفصل في هذا النوع من الخلافات وبتالي فما يمكن ملاحظته من دون أي شك فيه أن هذا النص يخالف الطابع الاتفاقي أو الإرضائي للتحكيم .

وما يمكن إن يستشهد به لإيضاح وجهة نظرنا هو **القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي** الذي اعتمدته لجنه الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي **(الأونسيترال)** في **21 يونيو 1985، واتفاقية نيويورك في 10 يونيو 1958 التي أقرها مؤتمر الأمم المتحدة لقانون** [1]

1

علي عوض حسن، التحكيم الاختياري والاجباري في المنازعات المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، سنة 2001 ص291

1

التجارة الدولي، على أن اللجوء للتحكيم يكون اختياريا وليس إجباريا، وهذا يدل على الطابع الاتفاقي له ولم يشير على الإطلاق لوجود ما يعرف بالتحكيم الإجباري.

ومن ثمة فقد قضت هذه النصوص بأن التحكيم وفقا لأحكامه لا يكون إلا عملا إراديا وأن الطرفين المتنازعين إذ يبرمان بينهما اتفاق تحكيم، ويلجأن برضائهما إليه لحل خلافاتهما، ما كان منها قائما عند إبرام هذا الاتفاق أو ما لم يتولد منها بعد، وعليه فما يمكن استخلاصه هو أن هذه المواد تأكد على الطابع الاتفاقي والرضائي للتحكيم، وبتالي فما هو محل التحكيم الإجباري من كل هذا هل يتعلق بالنظام العام أم أنه هناك دوافع وبواعث اخرى نجهلها إلى حد الآن. [1]

المطلب الثاني: اجراءات وشروط التحكيم في التشريع الجزائري

بعد ما عرضنا القيود الواردة على التحكيم في التشريع الجزائري حسب نص المادة **1006** من قانون الاجراءات المدنية والادارية، نحاول بيان القواعد المتعلقة باتفاق التحكيم وشروطه.

الفرع الأول: القواعد المتعلقة باتفاق التحكيم

أولا: تعريف اتفاق التحكيم

عرف قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في الفقرة الأولى من المادة السابعة " اتفاق التحكيم بأنه: " اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات الي نشأت أو قد تنشأ بينهما علاقة محددة، سواء أن كانت تعاقدية أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في شكل منفصل، وبالتالي فاتفاق التحكيم قد يدرج كبند في العقد الأصلي ويسمى شرط التحكيم، وقد يكون منفصلا على العقد الأصلي ويبرم بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم ويسمى في هذه الحالة مشارطة التحكيم أو اتفاق التحكيم[2].

وتجدر الاشارة هنا إلى أن الاتفاق على التحكيم إذا كان تبعا لعقد معين فتنفيذ شرط التحكيم آمرا احتماليا لاحتمال نشوء نزاع بين الخصوم عند تنفيذ العقد، أما مشارطة التحكيم فهي لا تتم إلى بمناسبة نزاع بالفعل بين الخصوم.

وحسب هذا التعريف اتفاق التحكيم له صورتين وهما شرط التحكيم كبند في العقد الأصلي ومشارطة التحكيم يبرم بمناسبة نزاع قائم بالفعل.

[1] علي عوض حسن، المرجع نفسه ,ص 291

[2] الأستاذ محمد بشير، محاضرات في القانون الاجراءات المدنية والادارية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، دروس في التحكيم، منتدى الجلفة

وعرفه المشرع الجزائري بنص المادة **1007** من قانون الاجراءات المدنية والادارية **شرط التحكيم:** أنه **" الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم ".** يدخل ضمن هذه الصورة كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الاحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد، وهذا ما أشار إليه المشرع ضمنيا بنص المادة **1008** من نفس القانون بنصها: **" يثبت شرط التحكيم ... أو الوثيقة التي تسند إليها ".** [1]

ثانيا: صور اتفاق التحكيم

لقد ورد من التعريفين السابقين لاتفاق التحكيم نوعين وهو كالتالي:

01 ـ شرط التحكيم

يعرف شرط التحكيم بأنه: " توافق إرادتي أطراف العقد الدولي، على إخضاع المنازعات التي قد تثور في المستقبل أو نشأت بسبب العقد للتحكيم [2]معنى هذا أن الاتفاق الذي بموجبه يلجأ إلى التحكيم يكون قبل وقوع النزاع المحتمل، والمقصود عليه في العقد، الذي يتضمن تعهد الأطراف بعرض تلك النزاعات على التحكيم.

هذا وإن كان شرط التحكيم يتصل بالعقد الأصلي وغالبا مكتوبا، فهو يخضع من حيث شروطه وآثاره لقواعد مختلفة عن تلك المتعلقة بالعقد الأصلي الوارد فيه وبمعنى آخر أن شرط التحكيم لا يتأثر بالعقد الأصلي لا من ناحية صحته أو التمسك ببطلانه ولا من حيث القانون الواجب التطبيق عليه. [3]

لوجود شرط التحكيم ولتأكيدا على دور وأهمية شرط التحكيم في اتفاقية التحكيم، نبينه حين قضت محكمة النقض الفرنسي بتنقيض حكم محكمة الموضوع لعدم اختصاص قضاء الدولة نتيجة لوجود شرط التحكيم، وهذا جاء عند طلب تطبيق الحل القانوني بقوة القانون (في مسألة إلزام الخصم بالأداء المحكوم عليه ...) [4]

02 ـ مشارطة التحكيم

[1]المادة 1007 من قانون الاجراءات المدنية والادارية المتضمنة تعريف شرط التحكيم

[2]قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في الفقرة الأولى من المادة السابعة، تعريف اتفاق التحكيم.

[3]أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية لسنة 1989 ص215.

[4]د / الأنصاري حسن النيداني أ قانون المرافعات كلية الحقوق، النظام القانوني للخصومة، دار الجامعة الجديدة للنشر – الإسكندرية – 2009، ص 18

وهي أيضا اتفاق مكتوب بين الطرفين بعد نشوب النزاع، يخضعون به هذا الأخير لقضاء التحكيم. [1]

وهذا النوع من التحكيم يكون بعد نشوب النزاع وبموجب مشارطة التحكيم يخرج النزاع من دائرة اختصاص المحاكم العادية إلى اختصاص الهيئة التحكيمية، غير \انه لا بد أن، يكون النزاع المعروض مما يجوز التحكيم فيه ووفقا لنص المادة من **المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أبريل لسنة 1993، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الاجراءات المدنية. نص المادة (1) السالفة الذكر منها على ما يلي:" لا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الارث والحقوق المتعلقة بالسكن والملبس في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم...)"**

والسائد في مجال التحكيم التجاري الدولي، هو عدم التفرقة بين نوعي لاتفاق التحكيم، كما نص على ذلك **المشرع الجزائري**، حيث تقضي المادة **458 مكرر 1** معدلة بالمرسوم التشريعي رقم **93-09**: **" أن اتفاق التحكيم يفصل في النزاع الذي يثور في المستقبل، أو تكون قائمة فعلا،** وكذلك أخذت بنفس الحكم اتفاقية نيويورك لسنة **1958** 1(لقد صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية بموجب **المرسوم رقم 88- 211 المؤرخ في 5 نوفمبر 1988)** الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، حيث نصت **المادة الثانية** الفقرة الأولى منها على أنه: **" كل دولة من الدول المتعاقدة للاتفاقية المكتوبة التي يلتزم فيها الأطراف، بان تعرض على التحكيم جميع الخدمات أو بعض الخلافات التي قامت أو يمكن أن تقوم بينهما بخصوص علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أم غير تعاقدية تتضمن قضية من شأنها أن تسوى عن طريق التحكيم"** [2]

03 ـ القانون الواجب التطبيق

إن العقد بصفة عامة يستند إلى قانون معين يحكم شروط انعقاده، وتعيين القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم يقوم إما على أساس قانون الارادة وإما على أساس قانون محل التحكيم يرى أغلب الفقه أن مسائل صحة اتفاق التحكيم يجب أن تخضع لقانون إرادة الأطراف

[1] نور الدين بكلي " اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر لسنة 1994 ص15

[2] - اتفاقية نيويورك لسنة **1958** 1(لقد صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية بموجب **المرسوم رقم 88- 211 المؤرخ في 5 نوفمبر 1988)** الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها

[2] A D M \ Le décret législatif Algérienne OP. CIT. P 386-387. -1-

وفي حالة عدم وجود اتفاق، فعلى المحكم أن يلجأ إلى إعمال القواعد والضوابط الاحتياطية التي تنص عليها قواعد الإسناد الوطنية، مثل قانون الوطن المشترك للمتعاقدين أو قانون الدولة التي تم فيها عقد اتفاق التحكيم أو قانون مكان التحكيم.

أ ـ قانون إرادة الأطراف Loi de la volonté [1]

لقد نقل المشرع الجزائري الحلول الواردة في المادة **178 فقرة 2** من قانون السويسري على هذا الأساس تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذا ابرمت وفق القواعد الواردة كما يلي.

- القانون الذي اختاره الأطراف
- القانون المنظم لموضوع النزاع ولا سيما المطبق على العقد الأساسي
- القانون الجزائري

إضافة المادة **1** و**5**، الاتفاقية نيويورك لسنة **1958** التي تنص على قانون البلد وفي غياب ذلك فالمحكم هو الذي يحدد، ولا سيما القانون المطبق على موضوع النزاع

يمكن للأطراف أن تختار أي قانون، ويمكنها أن تلجأ إلى اختيار المبادئ العامة. [2]

للقانون والأمر الذي يؤدي إلى كل حلول غير منتظرة بسبب الغموض هذه المبادئ تبرر الأولوية الأطراف بسبب تدويلا العقود واتفاق التحكيم من ضغوط قانون الوطني الذي بإمكانه أن يتطور ويجعل اتفاق التحكيم باطلا.

ب ـ بواسطة / مكان الأطراف

إن الاتجاه الليبرالي حيث يبتعد عن المادة **18** من القانون المدني الجزائري التي تخضع الالتزامات التعاقدية غلى القانون وطني ومكرسة ذلك المنهج الكلاسيكي لتنازع القوانين

- إذا تم اختيار القانون من قبل الأطراف، فلا يمكن المحكمون والقضاة التهرب منه

- في غياب اختيار الأطراف، فالمحكمون هم الذين سيبحثون على القانون الذي يحكم العقد وموضوع النزاع يصبح تضييق القانون الجزائر ممكنا إذا جرى التحكيم بالجزائر وأي قانون المقر. [1]

ج ـ بواسطة / المحكمون

[1] عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، وهران ص35

-لا يمكن أن يرفض قراره إلا إذا أخل بالنظام العام (في مراعاة المبادئ لأساسية)

عن حرية اختيار المحكم تعرف تقييدا نسبيا، يتمثل في القانون المطبق على العقد الأساسي أو القانون المتعلق باتفاق التحكيم.

التحكيم باطلا وبين صحة الرضا بالتحكيم حيث أن فساده يؤدي إلى القابلية 1للإبطال يعتبر هذا القيد نسبي لإن المادة **458 مكرر فقرة 3** وتقول **"لا سيما وهذا ما يؤكد أن حلول أخرى تكون ممكنة. "**

ويعني ذلك أن القانون الواجب التطبيق اتفاق التحكيم، يختلف عن القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد، وذلك بمقتضى استقلالية اتفاق التحكيم. [1]

الفرع الثاني: شروط التحكيم في التشريع الجزائري

اتفاق التحكيم كما سبق وتطرقنا اليه يعتبر عقدا وبالتالي لا بد من توفر شروط لصحته، وتتنوع هذه الشروط بين العامة والخاصة.

أولا / الشروط الموضوعية:

- 01 / التراضي

يعتبر التراضي ركنا أساسيا لقيام أي عقد ويتكون من ارادتين على الأقل، ويكون ذلك بتبادل الايجاب والقبول وهو ما نصت عليه المادة **59** من القانون المدني الجزائري " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية"، وبالتالي لا بد في الرضا أن يتوفر على وجود إرادة وتطابق الارادتين، ويجب عدم الخلط بين وجود الرضا بالتحكيم، حيث أن تخلفه يؤدي وقوع اتفاق.

وعليه واختيارا حرا لوسيلة التحكيم لحسم النزاعات التي تثور بشأن العلاقات كبديل عن قضاء الدولة، يجب أن تنصرف هذه الارادة إلى كل طرف العقد غلى إحداث أثر قانوني، لذلك يجب أن يتم تحديد نظام التحكيم بالذكر عند الاتفاق عليه بين الأطراف المحتكمة، ولا يكفي توفر الارادة في اتفاق التحكيم بل يجب أن تقترن بتطابق الايجاب والقبول دون زيادة أو نقصان وذلك بان يصل إلى علم الموجب، ولا تثير مسألة تلاقي الارادتين أو اقترانهما أي صعوبة في حال التعاقد بين الحاضرين سواء حضر أصالة أو وكالة، كون تلاقي الارادتين تنتهي بتحرير اتفاق التحكيم في زمان ومكان معيين، وإنما

[1] عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، دراسة تحليلية ومقارنة، المكتب الجامعي الحديث، 2008، ص206

تطرح مسألة الصعوبة لما يتم ذلك بين غائبين بالمراسلة أو بإحدى وسائل الايصال الحديثة التي تقرها التشريعات الوطنية .[1]

والأصل أن يكون صاحب الايجاب غير ملزم بالبقاء على ايجابه، فله أن يرجع فيه ما دام لم يقبله الموجب غليه، لكنه إذا حدد مدة معينة للقبول فلا يمكن له الرجوع طول هذه المدة.[2]

وقد استلزم المشرع الجزائري أن يكون التراضي في اتفاق التحكيم صادرا عن أطراف أهل للتصرف حيث تنص المادة (**1006**) من قانون الاجراءات المدنية والادارية على أنه: **"يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها" .**

تتعلق المادة بأهلية الأشخاص الطبيعيين، وقد حددها المشرع بتسعة عشرة سنة(**19**) ، ولا يكون محجورا عليه أو معتوها أو سفيها، أو المحروم من الحقوق المدنية ومن أشهر بالإفلاس.

بالنسبة للأشخاص المعنوية فنص المادة (**1006**) **الفقرة الثالثة** على أنه " **لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عاد في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية" .**

يتضح من هذا النص أن المشرع فرق بين الأشخاص المعنوية الخاصة كالشركات التجارية التي لها حق اللجوء للتحكيم بعد قيدها في السجل التجاري، لأنه يعد شرط لاكتساب الشخصية المعنوية.

أما بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة، فقد وضح المشرع الجزائري شرطين حتى يمكن لها الاتفاق على التحكيم وهي:

-1-1– العلاقات الدولية الاقتصادية:

أعطى المشرع الجزائري الأشخاص المعنوية العامة والمتمثلة في مؤسسات الدولة والشركات العمومية والمؤسسات الاقتصادية العامة الحق في اللجوء إلى التحكيم فيما يتعلق بعلاقاتها الاقتصادي الدولية لتسوية المنازعات التي قد تنشأ عن هذه العلاقات، خصوصا مع تزايد هذه المعاملات.

-1-2– الصفقات العمومية:

[1] عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، نفس السابق، ص206

[2] المادة 59 من القانون المدني الجزائري " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية"

أجاز المشرع الجزائري للأشخاص المعنوية العامة إمكانية في اللجوء إلى التحكيم فيما يتعلق بإبرام الصفقات العمومية وما ينشأ عنها من منازعات.

ملاحظة:

كان **المشرع الجزائري** يحظر على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم وذلك طبقا **للفقرة الثالثة من نص المادة (442) من الأمر (154/66)** المتضمن قانون الاجراءات المدنية الملغى، ثم سرعان ما تدخل وعد لها بموجب المرسوم التشريعي رقم (**93 / 09**)[1].

أما فيما يخص الأشخاص المعنوية العامة التي يمكن لها اللجوء إلى التحكيم فقد حددها في المادة **975** من ق. إ. م. و إ. والتي نصت على أنه**:" لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة (800) أعلاه أن تجري تحكيما إلا في مادة الصفقات العمومية**" .

وبالرجوع إلى نص المادة (**800**) من نفس القانون فيقصد بالأشخاص المعنوية العامة الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، ويتم اللجوء إليه من الوزير المعني إذا تعلق التحكيم بالدولة أو بمبادرة من الوالي أو رئيس مجلس الشعبي البلدي إذا كان التحكيم يتعلق بالولاية أو البلدية، أو من الممثل القانوني أو من ممثل السلطة الوطنية التي تتبعها إذا كان التحكيم يتعلق بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية.

-3-1عيوب الرضا:

قد يخضع اتفاق التحكيم لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم الاتفاق الأصلي، ولذا يكون المرجع فيتوفر التراضي وصحته وخلوه من العيوب كالغلط والتدليس أو الاكراه للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم، وهو إما قانون الإرادة أو الموطن المشترك أو قانون بلد محل إبرام الاتفاق وفقا لقاعدة الإسناد التي تضمنتها المادة (**18**) من القانون المدني.

إذا كان اتفاق التحكيم يدخل في نطاق نصوص اتفاقية نيويورك، فالتراضي يخضع أيضا لقانون الإرادة وإلا خضع لقانون البلد الذي يصدر فيه حكم التحكيم والأولوية في حالة التعارض لأحكام الاتفاقية. [2]

[1] الأمر (154/66) المتضمن قانون الاجراءات المدنية الملغى المؤرخ في 15 صفر 1386 ه الموافق ل 08 يونيو 1966 المتضمن ق. إ. م. إ ج. المعدل والمتمم بالمرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 ابريل 1997 ج ر 21 عدد 37

[2] بوزيان بوشنتوف، محاضرة في مقياس التحكيم الاقتصادي الدولي، السداسي الأول، السنة أولى ماستر، ص18

02 - محل التحكيم

كقابلية النزاع للتسوية وكما نصت المادة **1006** من القانون السالف الذكر على أنه" **إذ لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم**[1] **."**

وانطلاقا من هذا النص نجد أن المشرع الجزائري قد أخرج بعض المسائل من مجال التحكيم الداخلي وهي المتعلقة بالنفقة والإرث والحقوق المتعلقة بالسكن وكذلك المسائل المتعلقة بالنظام العام، وحالة الأشخاص وأهليتهم.

*** ملاحظة**:

فكرة النظام العام هي أكثر المسائل المقيدة لنطاق التحكيم، خاصة أنها فكرة مرنة ليس لها ضابط محدد، وتختلف معاييرها من دولة إلى أخرى، وفي هذا السياق نص المشرع الجزائري في التحكيم التجاري الدولي بالمادة (**1040**) **الفقرة الثالثة** من قانون الاجراءات المدنية والادارية على أنه:

"تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق عليه الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما".

03 - السبب

اتفاق الأطراف على التحكيم يجد سببه في اتفاق الأطراف لاستبعاد طرح النزاع على القضاء وتفويض الأمر للمحكمين، وهذا السبب مشروع دائما ولا نتصور عدم مشروعيته إلا إذا ثبت أن الهدف من اتفاق التحكيم هو التهرب من أحكام القانون الذي كان يتعين تطبيقه لو طرح النزاع على القضاء، نظرا لما يتضمنه هذا القانون من قيود والالتزامات يراد التحلل منها وهو ما يمثل حالة من حالات الغش نحو القانون. [2]

04 – الأهلية

كان المشرع واضحا من خلال نص المادة **1006** من ق. إ. ج. م. و إ. على أنه يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، ومصطلح الشخص ينطبق على الشخص الطبيعي والشخص المعنوي، والأهلية الازمة هي أهلية التصرف في الحقوق محل التحكيم، ذلك ان الاتفاق على التحكيم يعني التنازل عن رفع النزاع إلى قضاء الدولة، وهو ما قد يعرض الحق المتنازع عليه للخطر.

[1] المادة 1006 و 1040 /3 من القانون رقم 08/09 السالف الذكر09 المؤرخ في 25 أفريل لسنة 1993، المتضمن قانون الاجراءات المدنية

[2] – تكتوك شريفة، شروط صحة اتفاق التحكيم في التشريع الجزائري، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، لجامعي، أحمد بن يحيى الونشريسي، تسمسيلت، المجلد الثالث، 2018، ص137.

وأهلية التصرف في الحق المتنازع عليه لا يجوز لعديم الأهلية او القاصر ما لم يكون مأذونا له بالإدارة، ولا يجوز للوصي على القاصر أن يتفق على التحكيم فان فعل فإن الاتفاق لا ينفذ في مواجهة جماعة الدائنين، وعلى العكس يجوز للولي الطبيعي أن يبرم اتفاق التحكيم بشأن أموال القاصر، مع مراعاة القيود التي أوردها قانون الولاية على المال على سلطة الولي في التصرف في لأموال القاصر.

ثانيا: الشروط الشكلية

01 - الكتابة

أجمعت مختلف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم على أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا. وقد نص المشرع الجزائري على الكتابة لوجود شرط التحكيم وإلا كان باطلا ويستوي في ذلك أن ترد الكتابة في العقد الأصلي أو في وثيقة مستقلة عنه، وذلك طبقا لنص المادة **1008** من قانون الاجراءات المدنية والادارية والتي تنص على أنه: **" يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو الوثيقة التي يستند إليها".**

لكن تختلف الأنظمة حول مسألة الكتابة التي يتطلبها اتفاق التحكيم هل هي وسيلة إثبات أم شرط لصحة اتفاق التحكيم فكان المشرع الجزائري واضحا حول هذه المسألة في نص المادة **1012** [1] **" يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا. . . "**، وبالتالي فهو شرط لصحة اتفاق التحكيم وليس مجرد وسيلة لإثباته، غير أن المشرع لم يبين لنا شكل الكتابة التي أن يفرغ فيها التحكيم إذا كانت كتابة رسمية أو عرفية، مكتوبة باليد أو بالآلة الكاتبة أو كتابة رقمية الكترونية وو اقتضاء الكتابة لا يعتبر لازم فقط لصحة اتفاق التحكيم فقط و وإنما أيضا لصحة أي تعديل لاحق لأي بند في الاتفاق ويترتب على عدم توفر الكتابة في العقد الأصلي أو في وثيقة مرفقة أو ملحقة يشير إليها العقد الأصلي البطلان، وهذا البطلان يخص اتفاق التحكيم ولا ينصرف إلى العقد أو العلاقة القانونية القائمة بين الخصوم أو الأطراف (المادة **1017** من القانون رقم **09/08** السالف الذكر).

وفيما يتعلق بالتحكيم التجاري الدولي فقد نصت **الفقرة الثانية من المادة 1040)** على أنه: **" يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة "**. (أنظر المادة **1018**).

02 - تعيين المحكمين

1

1-أنظر المادة 1008 و 1012 من ق.إ.م.إ.ج , من الزجع السابق , تكتوك شريفة , ص 142 . -

-

2 -والي فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، أستاذ قانون المرافعات، عميد كلية الحقوق سابقا، محام ومحكم، جامعة القاهرة الطبعة الأولى 2007 ، ص 10[1]

من المعروف أن أول ما يميز التحكيم هو المرونة وتعني السماح للأطراف باختيار المحكمين الذين يتولوا عملية التحكيم بأنفسهم كما أن لهم ـ في حدود ـ اختيار النظام القانوني الذي يحتكون إليه. [1]

إن العرف المتأصل في هذا المجال قد أملى على النصوص الأساسية المتعلقة الأطراف المتنازعة في إنشاء المحكمة التحكيمية التي تتولى الفصل في منازعتها.

وتبنى المشرع الجزائري ذلك في نص المادة " **1017** من قانون الاجراءات المدنية والادارية والتي تنص على أنه: **" تشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي"** لم يضع المشرع حد أقصى للمحكمين فقط اشترط أن يكون بعدد فردي هو عندما تكون أمام تشكيلة جماعية لأن الهدف من ذلك هو صدور أحكام التحكيم بالأغلبية وبالتالي لابد أن يكون العدد فردي ولا بد من ذكر أسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم.

03 ـ تحديد موضوع النزاع

إضافة إلى وجود المنازعة وتحديدها ومشروعيتها يشترط المشرع أيضا تحديد موضوع النزاع المراد عرضه على التحكيم في اتفاق التحكيم وهذا ما نصت الفقرة الثانية من المادة **1012** ويقصد بتحديد موضوع النزاع مجموع الادعاءات المتبادلة التي يدعيها الخصوم والادعاء هو محل طلب الخصوم ويجب أن يكون واضح وقد رتب المشرع على عدم تحديد موضوع النزاع بطلان اتفاق التحكيم.

ترجع الحكمة تحديد موضوع النزاع في اتفاق التحكيم إلى ما يلي:

ـ الرغبة في ألا يتنازل الأطراف عن ولاية القضاء العام في الدولة واللجوء إلى التحكيم.

ـ عدم إثارة منازعة أو منازعات بين الخصوم حول ما عهد به إلى التحكيم، لأنه لا بد أن يكون في الحدود التي رسمت له بدقة من الأطراف وإلا يتعداها بالدخول في نزاعات فرعية، تكون بعيدة أو قريبة من موضوع النزاع وإلا وجد الأطراف أنفسهم أمام القضاء لحل منازعاتهم المتعلقة بموضوع التحكيم.

ـ يؤدي تحديد المسائل محل النزاع إلى امكانية تحديد ولاية المحكمين وسلطاتهم بدقة، فتكون لهم ولاية التحكيم في مسائل محددة بالاتفاق دون غيرها، فإذا خرجوا عنها كان حكمهم[2] باطلا.

---

[1]- المادة 1018 "يكون اتفاق التحكيم صحيحا و لو لم يحدد أجلا لإنهائه,و في هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة (4) أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم.

2- تكتوك شريفة , المرجع السابق , ص 143 .

الفرع الثالث: الخصومة التحكيمية

يعد تعيين هيئة التحكيم للفصل في الخصومة، تجلس الهيئة في تاريخ معلوم للأطراف حيث يتولى رئيس هيئة التحكيم مهمة رئاسة الجلسات والمحافظة على النظام فيها وإدارتها بما يكفل سير حسنا، حيث تعطى للخصوم فرصة إبداء طلباتهم ودفوعهم وفرصة الرد على طلبات ودفوع الخصم ولا يتأتى ذلك إلا بتبادل العرائض سواء بأنفسهم أو عن طريق محامين، وأثناء سير الخصومة يتوجب على هيئة التحكيم احترام ضمانات التقاضي من احترام مبدأ المساواة بين الخصوم وحقوق الدفاع لكل الخصوم واحترام مبدأ المواجهة،

[1]بحيث حق من كل طرف مواجهة الآخر ومواجهة الهيئة بدفاعه وسماع المحكم لدفوع الخصم ومناقشاتهما. [2]

أولا: اجراءات المحاكمة التحكيمية

01- الاتفاقية الإجرائية للتحكيم

وهو ما يعبر عنه بمبدأ سمو سلطان الإرادة في إجراءات التحكيم، فالقاعدة الأساسية التي يقوم عليها نظام التحكيم مفادها منح الأطراف حرية الاتفاق على تنظيم إجراءات معينة أو على الأقل جانب منها، وقد يتفقون على اتباع القواعد المعمول بها أمام المحاكم لتسري على خصومة التحكيم، وقد يختارون قواعد أكثر مرونة من تلك المحاكم كالاتفاق على تطبيق لائحة أحد مراكز التحكيم على الإجراءات.

وفي هذا الصدد فإن المشرع الجزائري في المادة **1043** من قانون **09/08** نص صراحة على تحديد القانون الواجب التطبيق إجرائيا من طرف المحكم يخضع لإرادة الأطراف في اتفاق التحكيم إما مباشرة وإما بناء على نظام تحكيمي، كما يمكن إخضاع هذا الإجراء إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف. [3]

وذات المسلك اتبعه المشرع الفرنسي إذ نص في المادة **1494** من قانون اجراءات مدنية على أنه:

"

[1] " -المادة 1017 من ق.إ.م.إ.ج " تشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي"

[2]التحكيم والمحكم، محمد سلامة، محامي وهشام زوين , المرجع السابق ص 11 .

[3]بوزيان بوشنتوف، المرجع السابق بينت المادة 1043 من ق. إ. م. إ. كيفية تحديد القواعد المنظمة للإجراءات في الخصومة التحكيمية حيث تنص على أنه "يمكن أن تضبط في إتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الاجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم. وإذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الاجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام التحكيم. "ص26.

يجوز أن يحدد مباشرة في اتفاق التحكيم أو بالإحالة إلى لائحة التحكيم القواعد الإجرائية التي يتعين اتباعها في دعوى التحكيم، ويجوز أيضا أن تخضع هذه الدعوى إلى قانون إجراءات معين يحدده اتفاق التحكيم... ".

يظهر من النصين أنهما كرسا مبدأ سلطان الإرادة في تحديد إجراءات التحكيم التي تتبعها الهيئة، وهذا هو الأصل الذي تسير عليه أغلب قوانيين الدول (**المادة 25 من قانون التحكيم المصري.**)

هذا ومن حق الأطراف الاتفاق على الإجراءات بعد تعيين المحكمين ولهم تغيير أو تعديل هذه الإجراءات بما يجعلها أكثر مرونة وذلك يرون في هذه الإجراءات مخاطر نظام غير معروف أو معقد، وذلك أن الأطراف في هذه الحالة يعتبرون بمثابة المشرعين لأنفسهم.

وفي غياب النص في الاتفاقية أو لم يحصل اتفاق بين الطرفين على القانون الإجرائي فإن الأمر يعود إلى محكمة التحكيم وتكون لها سلطة واسعة.

02 -- القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع:

أ – تطبيق قانون إرادة الأطراف

من خلال نص المادة **1050** قانونا الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:**" تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائم.**

وهو ما ذهب إليه المشرع المصري في نص المادة **1/39** من قانون التحكيم، وقد أضاف المشرع بقوله إنه إذا اتفق الطرفان على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك.

وفي ذات السياق القانون الفرنسي الخاص بالتحكيم إذ نصت المادة **1496** منه على أنه: **" يفصل المحكم في النزاع وفقا للقواعد التي اختراها الأطراف... ".**

ومن تم يجد مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع صدى له في معظم التشريعات المقارنة وكذلك في الاتفاقيات الدولية ومنها الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المنعقدة **بجنيف** بتاريخ **1961** والتي أقرت بمبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق بنصها: **" إن الفرقاء أحرار في تحديد القانون الذي يقتضي على الحكام تطبيقه بصدد أساس النزاع... ".** [1]

[1]-المادة 1050 من ق.إ.م.إ تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائم.
-أسرة التحرير، نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا واقليميا ودوليا، مجلة معهد القضاء. معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، الكويت، العدد 16، ديسمبر 2008، ص 178

ب – الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف

لم يعطي المشرع الجزائري صراحة لهيئة التحكيم الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف، لكن بالمقابل نجد أنه استعمل عبارة **" بحسب قواعد والأعراف الي تجدها مناسبة وملائمة " وهذه العبارة غير دقيقة وتحتمل أكثر من وجه، أي حل النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف أم قيدها بنماذج قانونية محددة وبهذا تبين أن المشرع أعطى لهيئة التحكيم سلطة واسعة في اختيار القانون أو القواعد التي تحكم النزاع أكثر من أي قانون وطني وحتى من القانون النموذجي نفسه " اليونيستلرال"**

فإذا أردنا المقارنة باستقراء نصوص القانون الفرنسي ميز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي حيث تنص المادة **1474** من نصوص المرافعات الفرنسي بخصوص التحكيم الداخلي على أن: **"تحسم محكمة التحكيم النزاع وفقا لقواعد القانون طالما أن الأطراف لم يخولاها وفقا لاتفاق التحكيم إجراء تسوية بصفتها منشئة لموائمة ودية. "**وتنص المادة **1497** في النصوص المنظمة للتحكيم الدولي على أن: **"المحكم يجري تسوية كمنشئة لموائمة ودية يخوله اتفاق الأطراف هذه المهمة ". [1]**

المطلب الثالث: صدور حكم التحكيم والطعن فيه

إن لجوء الأطراف للتحكيم يأتي كنتيجة للمزايا التي يتمتع بها التحكيم، وخاصة السرعة في الفصل في النزاع الناشئ بين أطراف العلاقة القانونية العقدية أو غير العقدية، ويعتبر حكم التحكيم بمثابة النتيجة التي تتوصل إليها هيئة التحكيم بعد النظر في دفوع، وطلبات الخصوم، وعقد جلسات استماع ومرافعة وسماع الشهود والخبراء ويأتي الحكم كنتيجة لاقتناع الهيئة بالأدلة المقدمة من الخصوم.

الفرع الأول: صدور حكم التحكيم

أولا: شروط صدور حكم التحكيم

بالرجوع إلى ما اشترطه المشرع لإصدار حكم التحكيم كان قد عددها ضمن شروط التي تصح في اتفاقية التحكيم منها شروط شكلية وأخرى موضوعية في المادة **1040** في

---

[1]مهدي ديانة، مظاهر تقييد إرادة الأطراف في التحكيم في التشريع الجزائري، جامعة الجزائر 1 ,ص 7
2-- سوالم سفيان، الطرق البديلة لحل النزاعات المدنية في القانون الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراة، تخصص [1]قانون خاص، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013_2014، ص 160
1

فقرتها الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: **"تكون اتفاقية التحكيم صحيحة إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق عليه الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما.** وبالتالي المحكم لا يتجاوز ما حدد له، فيفصل [2]في المواضيع الأطراف موضوع الخلاف ولا يتعدى إلى خلافات أخرى لم تأتي في الاتفاق إذن فيجب أن يصدر المحكمون حكمهم وفقا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، سواء بالنسبة للإجراءات أو الموضوع ويعد ذلك سببا لبطلان الحكم، بتجاهل المحكمين لإرادة الأطراف والحكم وفقا لقانون آخر. كما استلزم بعض الشروط الشكلية وبيانات نصت عليها المواد من **1025** إلى **1031** من ق. إ. م. و. إ مشابهة لحد بعيد لما هو متطلب في الأحكام القضائية المنصوص عليها في المادة **270** وما يليها من ق. إ. م. إ.

ـ يصدر حكم التحكيم بعد المداولة السرية للمحكمين.

ـ يصدر حكم التحكيم بالأغلبية الأصوات ويكون هذا القرار مكتوبا يتضمن عرضا موجزا لادعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم

–أن يكون مسببا مع تعيين المكان والتاريخ ثم التوقيع من كافة المحكمين سواء الموافقين منهم أو المعترضين وإذا رفض أحد المحكين توقيع الحكم، يجب الإشارة إليه في حكم التحكيم.

رغم هذا الرفض فإن قرار التحكيم ينتج أثره كاملا وكأنه موقع من جميع المحكمين المادة **1029**. وفضلا عن البيانات السابقة يجب ذكر:

اسم ولقب المحكم أو المحكمين

أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي

– أسماء وألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف عند الاقتضاء.

ثانيا: آثار حكم التحكيم

تنتج على قرار صدور حكم التحكيم آثار قانونية معينة.

النتيجة الأولى: يترتب صدور حكم التحكيم تخلي محكمة التحكيم بشكل نهائي عن النزاع الذي فصلت فيه وفقا لأحكام المادة **1030** القاضية بأن**: "يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه "**، غير أنه يجوز في حال وقوع أخطأ مادية في حكم المحكمين، أن تقوم هيئه التحكيم بتصحيح ما وقع في حكمها من أخطاء مادية – حسابية أو كتابية – وذلك بقرار

1

[1]-- سوالم سفيان،المرجع نفسه ص 160

تصديره من تلقاء نفسها، أو بناء على أحد طرفي التحكيم شريطة إخطار الطرف الآخر هذا إذا قامت بالتصحيح - إيداع طلب التصحيح أو التفسير_ إذا تم التصحيح بناء على طلب أحد الطرفين – بحسب الحال.[1]

1

النتيجة الثانية: بمجرد صدور حكم التحكيم يكتسي قوة الشيء المقضي فيه وهوما يستنتج من أحكام المادة **1031 " تحوز أحكام التحكيم صدوره حجية الشيء المقضي فيما يخص النزاع المفصول فيه.** [1]

الفرع الثاني: ـ تنفيذ حكم التحكيم

قد يقوم من صدر ضده حكم التحكيم بتنفيذه اختيارا وقد يمتنع عن ذلك، مما يضطر معه الطرف الذي صدر لصالحه الحكم أن ينفذه جبرا، وإذا قام المحكوم ضده بتنفيذ الحكم اختيارا أو أعلن إرادته الواضحة في تنفيذ الحكم طوعا، فإنه يعتبر قابلا لحكم التحكيم، غير أنه يلاحظ أن تنفيذ جزء فقط من الحكم اختيارا لا يعتبر قبولا للحكم برمته، وإذا كان من المقرر أنه لا يجري تنفيذ جبري بغير سند تنفيذي فإن حكم التحكيم وحده لا يصلح سندا لإجراء التنفيذ الجبري، فهو ليس من الأعمال القانونية التي اعطاها القانون القوة التنفيذية. [2]

أولا: تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية.

أ ـ الجهة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ:

يختص بإصدار الأمر بالتنفيذ حكم التحكيم رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها الحكم والعبرة بالمكان الموضح في حكم التحكيم، حيث يستلزم المشرع الجزائري أن يتضمن الحكم تحديد مكان التحكيم، والمقصود بالمحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها الحكم هي المحكمة الابتدائية، ويصدر الأمر بالتنفيذ دون مواجهة بين الخصوم، ولكن يجب على طالب التنفيذ أن يودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة مرفقا بنسخة من اتفاق التحكيم.

وهكذا جاء في نص المادة **1035** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمه التعجيل.

ب: إصدار الأمر بالتنفيذ:

[1] 1-- سوالم سفيان ,المرجع نفسه ص 164.[1]

[2] ,أنظر المواد 1026 , 1027 , 1029 من ق.إ./.إ.ج.

عمل القاضي يبدأ بعد التحقق من وجود حكم التحكيم واتفاق التحكيم حين يصدر أمر بالتنفيذ أو رفض التنفيذ مع مراقبة مدى توفر الشروط الشكلية الي أوجب المشرع توافرها في الحكم والتي نص عليها في المواد (**1026 – 1027 – 1029**) غير أن القاضي ملزم بتسبيب الأمر الصادر برفض طلب التنفيذ، بحيث المشرع الجزائري أجاز استئناف هذا الأمر، وفي حالة إصدار الأمر بالتنفيذ يمكن لأي طرف طلب نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم من رئيس أمانة ضبط.[1]

ج: التظلم من الأمر بالتنفيذ

تدخل القاضي الجزائري في التظلم من الأمر في طلب تنفيذ الحكم التحكيمي الوطني والغاية من التحكيم هو الحصول على حكم تحكيمي عادل وبأسرع وقت وينفذ تلقائيا من قبل الأطراف لكن في حالة عدم التوصل إلى التقيد الطوعي فإن حكم التحكيم سيرفع أمام القاضي المختص طلب في التنفيذ جبرا إما بالاستجابة أو بالرفض. [2]

أجاز المشرع الجزائري للطرف الذي طلب الأمر بالتنفيذ في حالة صدور الأمر من القاضي برفض التنفيذ استئناف هذا الأمر أمام المجلس القضائي في أجل 15 يوما من تاريخ صدور الأمر بالتنفيذ المتضمن الرفض من رئيس المحكمة، ومن هنا يظهر جليا أن المشرع قد أعطى للطرف الذي صدر لصالحه حكم التحكيم، في حالة رفض رئيس المحكمة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ، ان يستأنف هذا الأمر بالرفض خلال 15 يوما أمام الجهة القضائية من الدرجة الثانية باعتبارها جهة الاستئناف.

ثانيا: الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي وتنفيذها

أ – الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية

تعترف الجزائر بأحكام التحكيم الدولي إذا أثبت من تمسك بها، وكان هذا الاعتراف غير مخالفا للنظام العام الدولي المادة **1051** من ق. إ. م. إ. ج1، وهذا تجسيدا لانضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية. حيث يمكن تنفيذ أحكام التحكيم الدولية إذا توفرت الشروط السابقة إذا صدر أمر من رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها الحكم، أو محكمة محل التنفيذ، إذا كان مقر التحكيم موجود خارج الجزائر مقدما الأمر مرفقا بأصل حكم التحكيم، واتفاق التحكيم، أو نسخ منها تستوفي صحتها، وان يتم وضعها لدى أمانة الضبط الجهة القضائية المختصة من طرف المعني بالتعجيل.[3]

---

[1] سوالم سفيان، المرجع السابق ,ص161.

[2] قبايلي محمد، تدخلات القاضي الجزائري في الخصومة التحكيمية التجارية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، دكتوراه في تخصص قانون أعمال، 2016-2017، ص305

[3] جبايلي صبرينة ومزياني فريدة، إجراءات التحكيم في المنازعات العقود الادارية، شهادة ماجستير، قانون إدارة العامة، جامعة العربي بن مهدي، أم البواقي, 2012-2013.ص 119.

ب ـ تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي

المشرع الجزائري طبق نفس أحكام النصوص الخاصة بأحكام التحكيم الداخلي، مع وضع بعض القواعد التي تستلزمها طبيعة أحكام التحكيم الدولي.

ج ـ الجهة القضائية المختصة:

يكون حكم التحكيم الصادر في الجزائر من اختصاص المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها هذا الحكم، ويكون حكم التحكيم الصادر في الخارج من اختصاص رئيس المحكمة التي يقع في دائرة مكان التنفيذ. مع استيفاء طلب استصدار الأمر بالتنفيذ بنفس الشروط المنصوص عليها بشأن التحكيم الداخلي.

1 ـ استئناف الأمر بالتنفيذ:

تنص المادة **1058** الفقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه " يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة **1056** والتي تنص على أنه: " لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ إلا في الحالات الآتية:

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

* إذا كان تشكيلة تحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون

* إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها

* إذا لم تراعي مبدأ الوجاهية

* إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الاسباب

* إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي،

وقد حدد المشرع الجزائري ميعاد الاستئناف الأمر القاضي بالتنفيذ بشهر واحد من تاريخ التبليغ الرسم لأمر رئيس المحكمة. المادة **1057**.

1

[1] - العرباوي نبيل صالح , الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم في القانون الجزائري , مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية , جامعة طاهري محمد ,بشار ,تاريخ قبول المقال للنشر ,21-02-2018 , ص 266

وتجدر الإشارة إلى أن أحكام التحكيم الدولي الصادرة في الجزائر يمكن الطعن فيها بالبطلان استنادا إلى الأسباب التي تبرر استئناف الأمر الصادر بالتنفيذ.

الفرع الثالث: الطعن في أحكام التحكيم في القانون الجزائري

يفرق المشرع الجزائري بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، والأصل أن أحكام [1]

التحكيم الداخلي تقبل الطعن فيها بالاستئناف أمام المجلس القضائي إلا إذا تضمن اتفاق التحكيم ما يفيد نزول الأطراف عن هذا الحق المادة **1033** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، أو الطعن بالنقض طبقا للأحكام النصوص عليها في المادة **1034**:" تكون القرارات وحدها الفاصلة في الاستئناف قابلة للطعن بالنقض "، على عكس دعوى البطلان التي يسمح بها المشرع الجزائري لأسباب محددة.

لما كان المشرع الجزائري يفرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي فسوف نتطرق للطعن في أحكام التحكيم في كل منهما على حدا.

أولا: الطعن في أحكام التحكيم الداخلي

لقد نص المشرع الجزائري في المادة **1033**، على أن أحكام التحكيم غير قابلة للمعارضة. كما يمكن طلب بطلان حكم التحكيم في الحالات التالية :

- عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو انقضائه

- وجود مخالفة للقواعد الخاصة بتعين المحكم أو تشكيل محكمة التحكيم، حيث أنه يشترط الكتابة في اتفاق التحكيم وإلا كان باطلا، وتضمين الاتفاق بشرط التحكيم أو بمشارطة التحكيم وضرورة تحديد موضوع النزاع.

- إصدار المحكم لحكمه دون التزامه حدود مهمته.

- عدم احترام المبادئ الأساسية للتقاضي

- عدم تسبيب الحكم

- عدم تضمين الحكم بيانا بأسماء المحكمين وتاريخ ومكان الحكم.

[1] - العرباوي نبيل صالح ,نفس المرجع ص 266.

أنظر المواد 1026، 1029، 1030 ,1033, 1034، من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري

- عدم توقيع جميع المحكمين أو عدم ذكر رفض توقيع الأقلية حسب المادة **1029**، وفي حالة خلاف المحكمين، يجب أن يصدر بالأغلبية حسب نص المادة **1026** وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يجب أن يشار في واقعة الرفض، حسب المادة **1029**. [1]

- عدم تضمين الحكم عرضا موجزا لادعاءات الأطراف، وأوجه دفاعهم.

- ألا يتضمن حكم التحكيم بما يخل بالنظام العام.

ثانيا: الطعن في أحكام التحكيم الدولي

سبق وأن تطرقنا للحالات المنصوص عليها في المادة **1056** في تنفيذ حكم التحكيم الصادر بالخارج والتي أجاز المشرع الجزائري كذلك في طلب بطلان أحكام التحكيم الدولي الصادرة في الجزائر، حيث يقبل الطعن خلال شهر من تاريخ النطق بحكم التحكيم، أو خلال شهر واحد من التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ، ويوقف الطعن ببطلان حكم التحكيم تنفيذ أحكام التحكيم، وقد أعطى المشرع الجزائري أطراف خصومة التحكيم مكنة الطعن بالنفض في الحكم الصادر بطلب بطلان حكم التحكيم وفقا للأحكام المنظمة للطعن بالنقض في القانون الجزائري.

ثالثا: موقف المشرع الفرنسي:

تنص المادة **1504** من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في الفقرة الأولى على أنه " يمكن الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في فرنسا بشأن، التحكيم الدولي غي الأحوال المنصوص عليها في المادة **1502**. "

والاتجاه الذي تبناه المشرع الفرنسي اتبعه المشرع الجزائري، كما سبق وأن ذكرنا في المادة **1058** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فالنهج الذي أخد به المشرع الفرنسي يقضي بتوزيع من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فالنهج الذي أخد به المشرع الفرنسي يقضي بتوزيع الاختصاص بين الدول المختلفة المعنية بالحكم التحكيمي. وهو مبدأ متبع في الأنظمة القانونية للعديد من الدول والمعاهدات الدولية المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم. [1]

وعليه تختص دولة مقر التحكيم بالنظر في دعاوى البطلان ضد حكم التحكيم، ولا يمكن للدول الأخرى المطلوب تنفيذ الحكم التحكيمي فيها أو الاعتراف به إلا قبول أو رفض تنفيذه.

1 –إجراءات رفع دعوى بطلان حكم التحكيم:

لم يحدد **المشرع الجزائري** طريقة رفع دعوى بطلان حكم المحكم في المواد المنظمة للتحكيم، وبالتالي يجب الرجوع إلى أحكام رفع الدعوى في الكتاب الأول المتعلق بالدعوى.

2 –العرباوي نبيل صالح المرجع السابق , ص 267 .

وعلى هذا الأساس ترفع دعوى بطلان حكم المحكم بعريضة مشتملة على البيانات التي تضمنتها المادة **15** من قانون الاجراءات المدنية والادارية وبالطرقة التي ترفع بها الدعوى أمام المحاكم. [1]

كما يجب إرفاق العرضية مع الحكم المطعون فيه مع بيان أوجه وأسباب الطعن المنصوص عليها ة في المادة **1056** من ق. إ. م. إ. ويتم الحضور وفقا لإجراءات المعتادة في الدعوى.

تسري على سير الخصومة وعوارضها والبطلان وإصدار الحكم في دعوى البطلان كل القواعد المعمول بما فيمن قانون الاجراءات المدنية والادارية.

ويلاحظ أن رفع دعوى بطلان حكم المحكم لأول مرة أمام المجلس القضائي هو خروجه عن القاعدة العامة والتي تقضي بأن التقاضي يتم على مستوى درجتين، إلا أن منح المجلس القضائي في النظر في دعوى البطلان يعتبر طعن غير عادي في حكم المحكم على اعتبار أن هذا الحكم هو حكم نهائي حائز لقوة القضاء المقضي به طبقا لنص المادة **1031** من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

إضافة إلى أن الطعن بالبطلان كما سبق التعرض له حدد له المشرع أسبابا على سبيل الحصر بناء للمادة **1056** من ق. إ. م. إ.

نستنتج أن دعوى البطلان تعتبر الطريقة الوحيدة لإبطال حكم التحكيم وترفع أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه ويقبل الطعن ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم ولا يقبل هذا الطعن بعد أجل شهر واحد وتاريخ التبليغ الرسمي لأمر القاضي بالتنفيذ.

ترفع دعوى البطلان بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى ويجب أن تقدم إلى الجهة المختصة لهذه الدعوى بنسخة رسمية من حكم التحكيم ويجب أن تتوفر في خصوم هذه الدعوى أي شرط الصفة والمصلحة. [2]

[1]- العرباوي نبيل صالح المرجع السابق ص 273 .

-المادة 1056 منق.إ.م.إ.ج"لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالإعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات التالية: -إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أوانقضاء مدة الإتفاقية.-إذا كانتشكسل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخافا للقانون.- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف لاالمهمة المسندة إليها – إذا لمتلراع مبدأ الوجاهية.-إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها ,أو إذا وجد تناقض في الأسباب .- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام.الدولي.

الفرع الرابع: انتهاء التحكيم في الحالات العامة

نميز في هذه الحالة بين انتهاء التحكيم كطريق بديل عن التقاضي وإنهاء وجود محكمة التحكيم ففي الحالة الثانية وبما أن جهة التحكيم ليست بجهة ولاية دائمة كالقضاء، بحيث تختص آليا كلما شب نزاع يدخل ضمن اختصاصها النوعي أو الإقليمي، إنما تجتمع جهة التحكيم للفصل في نزاع معين إذا تعلق الأمر باتفاق التحكيم

وكل النزاعات التي تثور بشأن العقد، وينتهي وجودها قانونا بانتهاء المهمة المسندة إليها بناء على رغبة الأطراف سواء تحققت الغاية أو لم تتحققبينما انتهاء التحكيم كطريق بديل عن التقاضي بمناسبة نزاع معين فقد حددت المادة **1024** من ق. إ. م. إ الحالات الأربعة المنهية للتحكيم بمجرد توفر أحادها. [1]

حيث نصت على ما يلي: **" ينتهي التحكيم"**

1 - بوفاة أحد المحكمين أو رفضه بالقيام بمهمته بمبرر أو تنحيته أو حصول مانع له ما لم يوجد شرط مخالف أو إذا اتفق الأطراف على استبداله من قبل المحكم أو المحكمين الباقين، وفي حالة غياب الاتفاق تطبق أحكام المادة **1009** منه

- بانتهاء المدة المقررة فإذا لم تشترط للتحكيم، فإذا لم تشترط المدة، فانتهاء مدة 4 أشهر.

3 - بفقد الشيء موضوع النزاع أو انقضاء الدين المتنازع فيه.

4 - بوفاة أحد أطراف العقد.

ونسجل على هذا النص النتائج التالية:

1– نصت المادة المذكورة أعلاه على أن حالة وفاة أحد المحكمين تكون سببا لانتهاء التحكيم، لكن في حالة عدم وجود شرط مخالف، فلو تصورنا محكمة تحكيمية مشكلة من ثلاثة أعضاء وتوفي أحدهم ووجد ضمن اتفاقات التحكيم أن وفاة أحد المحكمين لا ينهي التحكيم، فكيف تتحقق الغاية من التحكيم وهي الفصل، فما هو الهدف من اشتراط العدد الوتر؟! في النزاع خصوصا وأن أحكام التحكيم تصدر بالأغلبية.

2- في حالة رفض المحكم القيام بمهمته قد وضحنا سابق أن قبول المحكم للمهمة شرط لازم لا يصح دونه تشكيل المحكمة التحكيمية، وإن رفضه القيام بالمهمة المسندة إليه يخضع لإجراءات خاصة، فكيف ينتهي التحكيم قبل أن تتشكل المحكمة التحكيمية؟ [2]

[1] المادة 1024 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري رقم 08/09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، ج ر 21 المؤرخة في 23 -04-2009 تنص على " ينتهي التحكيم..."

2 - سوالم سفيان، الطرق البديلة لحل النزاعات المدنية في القانون الجزائري،ص 158

- حصول مانع للمحكم كالمرض مثلا ينتهي معه التحكيم وهنا نتساءل: لماذا لا يستبدل بغيره كما هو متبع في حالة رفض المحكم بالمهمة المسندة إليه؟

وتضيف المادة (أو **إذا اتفق الأطراف على استبداله من قبل المحكم أو المحكمين الباقين. وفي حالة غياب الاتفاق تطبق أحكام المادة 1009 منه).**

والسؤال الذي يطرح هنا لماذا ينتهي التحكيم إذا اتفق الأطراف على استبدال المحكم؟

وهل الاستبدال يكون من ضمن المحكمين الباقين ؟ أم المقصود موافقة باقي المحكمين على الاستبدال ؟

ثم لماذا الإحالة على المادة **1009** التي تتعلق بتعيين هيئة التحكيم من طرف القضاء في حالة إن واجه تشكيلها صعوبات بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيينهم فلماذا ينتهي التحكيم إذا كان القضاء قد حل المشكلة.[1]

[1]سوالم سفيان، المرجع نفسه ، ص 158.

2 – المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري : إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكمة الواقع في دائرة إختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه.

الفصل الثانـــي:
سبل تعزيز وتفعيل التحكيم في الجزائر

تمهيـــــد:

أصبح التحكيم من أهم الوسائل البديلة لحل النزاعات في مختلف الأنظمة القانونية نظرا للسرعة في الوصول لحكم تحكيمي نهائي، يقضي على الخصومات ويرد الحقوق لأهلها بعيدا عن الإجراءات القضائية التي تتصف في العموم بطول مدتها الزمنية. ونظرا لأن الجزائر تبنت التحكيم كآلية لفض النزاعات بعد طول تردد في إطار إستراتيجية تشجيع الاستثمار الأجنبي ذلك لأن المشرع الجزائري لم يتبنى الحل المطبق في القانون المقارن الذي يشجع على اعتماد هذه الوسيلة لفض المنازعات الخاصة ذات الطابع المحلي. وقد آن الأوان لتعميم المزايا التي يحققها التحكيم الدولي ولاسيما فعالية هذا النظام في حل ألمنازعات وذلك بتطبيق مبادئه على المنازعات المحلية مع مراعاة خصوصية المنازعات المحلية من حيث أنها لا تؤدي إلى تنازع القوانين أو المنازعات القضائية الدولية.

ولأن الهدف من هذه الدراسة هو تحديد أو جه القصور في القواعد التي تحكم التحكيم المحلي واقتراح الحلول المناسبة لمعالجتها من أجل تشجيع اللجوء إلى هذا الطريق البديل وتكوين الرغبة الذي الأفراد والمؤسسات في ممارسة هده الوسيلة البديلة لفض منازعاتهم في ضوء تحكيم مؤسسي في مختلف العقود الادارية، ذلك بتناول الموضوع في هذا الفصل عن سبل تعزيز وتفعيل التحكيم في التشريع الجزائري، بحيث يكون:

المبحث الأول: تحت عنوان تفعيل مختلف التطبيقات في ضوء تحكيم داخلي مؤسسي.

المبحث الثاني: النقائص المترتبة عن المعالجة التشريعية للنظام التحكيم في الجزائر مقارنة مع بعض الأنظمة الأخرى.

المبحث الأول: تفعيل مختلف التطبيقات في ضوء تحكيم داخلي مؤسسي:

تضطر الدولة وأشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص إلى ابرام عقود إدارية مما يجعل التحكيم هو الوسيلة الأمثل لتسوية المنازعات التي تطرأ بمناسبة تنفيذ هذه العقود، بحيث تحتل إجراءات التحكيم الحيز الأهم في العملية التحكيمية، فهي تبدأ بطلب التحكيم الذي تفتح به الخصومة وتنتهي بصدور حطم تحكيمي المنهي لها ولكي تكتمل فاعليته لابد من تدخل القضاء المختص لإضفاء الصيغة التنفيذية عليه وفرض رقابته متى كان هذا الحكم عرضة لطعن وسنتطرق إلى تفعيل التحكيم في منازعات العقود الإدارية والتجارية (**المطلب الأول**) و إنشاء تحكيم مؤسسي (**المطلب الثاني**) ثم تدخل القاضي الإداري في إجراءات التحكيم (**المطلب الثالث**).

المطلب الأول: ضرورة تفعيل التحكيم في منازعات العقود الإدارية والتجارية:

إن غياب الأفراد والمؤسسات عن ممارسة التحكيم كآلية بديلة للقضاء الدولة لحل المنازعات عند تنفيذ العقود الإدارية والتجارية لما كانت تظهر فيه ذاتيته وخصوصيته واختلافه عن العقود المدنية وذلك يرجع إلى ما كانت تتمتع به الإدارة من امتيازات وسلطات في مواجهة المتعاقد معها حيث لا مجال لإعمال مبدأ المساواة بين طرفي العقد الإداري بالعقد المعروف في العقود المدنية، وهذا الوضع المتميز على محتواه بشروط غير مألوفة في العقود المدنية التي تعكس مظاهر السلطة العامة المتمثلة لإحدى العقبات الرئيسية لفكرة التحكيم في المراكز القانونية بين الطرفي المتنازعة لذا وجب البحث عن كيفية التوفيق بين الخصائص الذاتية للعقود الإدارية وضرورة تفعيل التحكيم وإمكانية تكييفها مع هذا النظام الخاص عند محاولة التطبيقات في مختلف المجالات.

الفرع الأول: في منازعات الصفقات العمومية:

تقوم الإدارة نوعين من العقود الأولى تخضع للقانون الخاص والثانية تخضع للقانون العام، وهي العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة العامة بهدف تنظيم مرفق أو تشغيله، وتعتبر الصفقات العمومية أحد أنواع هذه العقود الإدارية، وهي من أهم وسائل نشاط الإدارة العامة لضبط مشاريع التنمية، لذلك خصها المشرع الجزائري بتنظيم قانوني خاص هو المرسوم الرئاسي رقم **247/15** والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

أولا: التحكيم كآلية لحل منازعات الصفقات العمومية:

إن من أهم الإصلاحات التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم **08-09** المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية هي إجازة لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية أو في مجال الصفقات العمومية، لأن هذه الأخيرة لا تخلو من النزاعات التي تعرقل إبرامها وتنفيذها وهوما ينعكس سلبا على نجاح المشاريع العمومية وكذا تعطيل برامج التحكيم في مجال الصفقات العمومية في ظل القانون الجزائري للاستثمار يكون المشرع الجزائري قد واكب الحياة الاقتصادية الحديثة، ذلك أن مطالب الاستثمارات والدفع بعجلة التنمية تقتضي عدم الوقوف أمام اعتبارات السيادة الوطنية طالما لا يوجد ما تمس بهذه السيادة، وكطريق بديل لفض النزاعات أدرج المشرع الجزائري طريقة التحكيم للفصل في النزاعات الناشئة في مجال الصفقات العمومية لما تتميز به من سرعة في الإنجاز وسرية وكفاءة وسرعة التنفيذ بشكل لا يؤثر على انتظام سير المرفق العام.

أ – شرط التحكيم في الصفقات العمومية:

شرط التحكيم في الصفقات العمومية هو الإنفاق الذي تلتزم بموجبه المصلحة المتعاقدة المحددة بموجب نص المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم **15-247** [1]

[1]1

[2] والمتعامل الاقتصادي معها في صفقة عمومية متصلة بحقوق متاحة بمفهوم المادة **1006** [3] من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم **08-09**، بأن يعرضوا النزاعات التي قد تثار بشأن هذه الصفقة على التحكيم. [4]

1

[2]المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15 -247، مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الباب الأول، أحكام تطبق على الصفقات العمومية، الفصل الأول، احكام تمهيدية، القسم الأول تعاريف ومجال التطبيق، ج. ر العدد 50 بتاريخ 20 سبتمبر 2015. ص5

[3]المادة 1006، قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، الجريدة الرسمية 21 مؤرخة في 23-04-2008، الكتاب الخامس، الباب الثاني، في التحكيم، الفصل الأول، في اتفاقيات التحكيم ص349

[4]نادية ضريفي، التحكيم في مجال الصفقات العمومية في ظل القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 57، العدد 05، السنة 2020، الصفحة 483، 485

ب – اتفاق التحكيم في الصفقة العمومية:

اتفاق التحكيم في الصفقة العمومية هو الإنفاق الذي بموجبه يقبل لأطراف الصفقة العمومية (المصلحة المتعاقدة كما أشرنا سابقا والمتعامل الاقتصادي) بموجبه هو عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم. [1]

ثانيا: مدى جواز التحكيم في المنازعات الإدارية:

01 – قبل صور قانون 88-01 المتعلق باستقلالية المؤسسات العمومية:

تعتبر هذه المؤسسات من المؤسسات العامة ويؤول الاختصاص للقضاء الإداري للفصل في منازعاتها حيث وطبقا لأحكام المادة **442**[2] من قانون الإجراءات المدنية إلى وقت قريب يرفض نظام التحكيم، ويمكن ملاحظته من خلال المادة التي تحرم على الأشخاص العمومية اللجوء إلى هذا الاجراء: " يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس، ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم، ولا يجوز للدولة ولا الشخاص الاعتبارية العموميين أن يطلبوا التحكيم ". وبالتالي يشملها الحظر المطبق على الأشخاص العامة.

02 – بعد صور قانون 88-01 المتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات الاقتصادية العمومية:

غير أنه وبعد صدور قانون **88-01** المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات الاقتصادية العمومية، وقبل تعديل قانون الصفقات العمومية وإخضاع المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري، وكذا المؤسسات الاقتصادية العمومية لأحكام قانون الصفقات العمومية وقبل تعديل قانون الإجراءات المدنية، فإن هذا النوع من المؤسسات يسمح لها باللجوء إلى التحكيم باعتبارها تخضع للقانون التجاري ولها الحرية الكاملة للتصرف في أموالها، وخاصة بعد تعديل أحكام قانون **88 –01** بالمرسوم التشريعي **94-08**[3]، ومن خلال المواد **20** و**25** منه أن رأسمال المؤسسة العمومية الاقتصادية لا يكون فقط من الأموال العامة، وأن المشرع الجزائري لا يفرق بين ممتلكاتها ولقد أصبحت بهذا كليا قابلة للتصرف وعلى هذا الأساس يمكن للمؤسسات العمومية الاقتصادية اللجوء إلى التحكيم من دون أن تطرح مسألة طبيعة ممتلكاتها. [4]

---

[1] تاقة حسين، ألتحكيم في منازعات الصفقات العمومية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2015-2016، ص53

[2] المادة 442 من الأمر 66-154 المؤرخ في 18 صفر 1386 ه الموافق 08 يونيوسنة 1966 المتضمن قانون الاجراءات المدنية، المعدل والمتمم بالمرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أبريل 1997، ج، ر، عدد 27

[3] مرسوم تشريعي رقم 94-08 مؤرخ في 26 ماي 1994، متضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1994، ج. ر ج، عدد 33 صادر في 23 ماي 1994

[4] عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 3، الجزائر، 2005، ص2

تتم كيفيات الزيادة في رأسمال المؤسسة العمومية الاقتصادية والتخفيض منه وكيفيات تعويضا لأملاك طبقا للأحكام المنصوص عليها في القانون التجاري.

أما بالنسبة المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، نجد أن مجلس الدولة الجزائري قد حسم مسألة خضوع هذه المؤسسات من عدمه لقانون الصفقات العمومية، وبالتبعية أقر أيضا عدم اختصاص القضاء الإداري للفصل في النزاع القائم بخصوص إبرام مؤسسة عمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لصفقة عمومية.

03 – صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09:

أما حاليا وبعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية وإخضاع المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري لأحكام قانون الصفقات العمومية. [2] فإن إشكالية إمكانية اللجوء هذا النوع من الأشخاص إلى التحكيم لا تطرح، لكون أحكام المادة **1006** من ق. إ. م. إ تسمح للأشخاص العمومية اللجوء إلى التحكيم في مجال الصفقة العمومية وهذا دون قيد أو شرط قانون **88 -01**

ثالثا: تعريف التحكيم الدولي في مجال الصفقات العمومية:

بالرجوع إلى القواعد المحددة بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم **08-09** نجده نص على التحكيم الدولي بموجب المادة **1039**، هي قاعدة خاصة بالتحكيم التجاري الدولي، إلا أنها يمكن أن تطبق على الصفقات العمومية بموجب المادة **1006** الفقرة الثانية من القانون السالف الذكر رقم - **09** بأنه: "يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل.

من الضروري القول أن دولية التحكيم التجاري الدولي يحدد عن طريق موضوع النزاع وبعد ذلك يجب معرفة ما هو النزاع الذي يهم التجارة الدولية، فهذا النص لا يحدد بدقة نوعية النزاع الذي يخص التحكيم الدولي.

لكن تتضح الأمور لأكثر بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي، خاصة الفرنسي، الذي تطرق عدة مرات لموضوع التحكيم التجاري الدولي، فحسب محكمة استئناف باريس، فإن الطابع الداخلي أو الدولي للتحكيم لا يحدد بالقانون الواجب التطبيق في الموضوع أو

-تنص المادة 20: " تعدل أحكام المادة 20 من القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 يناير 1988 والمتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات الاقتصادية العمومية وتحرر كما لي :

-المادة 20 " تعد الأملاك التابعة للممتلكات الخاصة بالمؤسسات الاقتصادية العمومية الاقتصادية قابلة للبيع والتحويل والحجز حسب القواعد المعمول بها في الميدان التجاري، باستثناء أملاك التخصيص وأجواء من الأملاك العمومية التي تستغل عن طريق الانتفاع.

تحدد كيفيات تطبيق أحكام هذه المادة هند الاقتضاء عن طريق التنظيم

تنص المادة 25: " المؤسسات العمومية الاقتصادية هي شركات ذات رؤوس أموال، تملك الدولة أو أشخاص معنوية تابعة للقانون العام الأغلبية المطلقة من الأسهم أو حصص الشركاء.

الإجراءات ولا يحدد بإرادة أطراف النزاع ولكن عن طريق طبيعة العملية الاقتصادية التي ينتج عنها النزاع.

ويكفي للتحكيم أن يكون دوليا إذا كانت العملية الاقتصادية هي محل حركة الأموال أو الخدمات خارج عن الحدود الوطنية. [1]

" Le caractère interne ou international de l'arbitrage ne répond pas du droit applicable، au fond et quant à la procédure، ni de la volonté des parties، mais de la nature de l'opération économique qui est à l'origine du litige…، il suffit، pour que l'arbitrage soit international، que l'opération économique considérée implique un mouvement de biens de sévices ou un paiement à travers les frontières. "[2]

تجدر الإشارة في الأخير إلا أنه من الضروري معرفة أن التحكيم التجاري الدولي تحكمه قواعد مختلفة عن تلك المعتمدة في التحكيم الداخلي، بالطبع، تكون اتفاقية التحكيم مهما كان شكلها دائما مستقلة. وتحدد هذه الاستقلالية[3] بالنظر إلى تنظيم قانوني معين أكثر منه بالنظر إلى التصرف المرتبط بها.

ويمكن القول أنه تعتبر الطرق الودية أو البديلة لحل النزاعات منها العادية أو الإدارية من أهم الطرق لفض المنازعات لما لها من خاصية البساطة والسرعة والتخصص، لهذا نجد جل القوانين أقرتها رغم اختلاف هذه الوسائل الودية وتفاوتها من مجال لأخر، ففي موضوع الصفقات العمومية وبسبب أهميتها وملاحقتها بالمنازعات الكثيرة قد يصعب تنفيذها، وبعد ما كان حظر على الأشخاص المعنوية العامة من اللجوء للتحكيم في ظل الأمر رقم **66-154** والمتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى، استدرك المشرع الأمر بصدور القانون رقم **08-09** المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على جواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في مجال الصفقات العمومية.

ولعلها من أشهر العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد وجدنا الصفقات العمومية التي تخضع لنظام قانوني متميز عن العقود الأخرى سواء في القانون الخاص أو تلك المسماة بالعقود الإدارية، وهذا بالنظر إلى الخصائص التي تتميز بها في جميع المراحل التي تمر بها وتداولها في المشاريع الداخلية.

---

[1] تاقة حسين، ألتحكيم في منازعات الصفقات العمومية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2015-2016، ص 54

[2] – أنظر قرار محكمة استئناف باريس

- Cour d'appel de Paris 1ere Ch. C24 ، février 1994 Ministère tunisien de l'équipement c/ société Bec Freres، Revue d'arbitrage،1994 ، p،275 ، Note GAUDEMENT YVES

- قضية (ز. ش) ضد المدير العام لمؤسسة التسيير السياحي للشرق قسنطينة، منشور بمجلة مجلس الدولة، عدد 03 سنة 2003، ص109

[3] في الموضوع أنظر، تعويلت كريم، استقلالية اتفاقية التحكيم التجاري الدولي، دراسة على ضوء المرسوم التشريعي رقم 93-09 والقانون المقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004. ص177

تبنها المشرع بمجموعة من القواعد والأسس ذات الصبغة الليبرالية في النظام القانوني للصفقات العمومية، ولنتيجة ذلك تم إدخال مجموعة من الضمانات التي تهدف إلى حسن تنفيذ

- الأطراف المتعاقدة لالتزاماتها التعاقدية وعدم المساس بحقوقها الناتجة عنها[1]. ومن هذه الضمانات الموضوعة التي نص عليها المشرع في حالة ما إذا طرأت نزاعات أثناء
- تنفيذ الصفقة العمومية وبموجب المرسوم التشريعي رقم **236/10** من القسم الفرعي الثالث، تسوية النزاعات، المادة **115** " **تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.**
- وفي الفقرة الثانية من نفس المادة تنص: **" غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق هذه الأحكام، تبحث عن حل ودي النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي":**
  - ايجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين،
  - التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة،
  - الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة،

وفي حالة اتفاق الطرفين يكون هذا الاتفاق موضوع مقرر يصدره مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، حسب طبيعة النفقات المطلوب الالتزام بها في الصفقة، ويصبح هذا المقرر نافذا، بغض النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية. [2]

ما يمكن قوله أن في تكريس المشرع الجزائري لإمكانية اللجوء إلى التحكيم في مجال الصفقات العمومية بصفة صريحة دون أخذ بعين الاعتبار التطور القانوني والقضائي خاصة، قد يؤدي إلى إفشال التحكيم في مجال القانون العام، ليبقى فقط واجهة قانونية موجهة أساسا لأهداف اقتصادية لا غير، وخاصة بالنسبة للتحكيم في الصفقات العمومية الداخلية أين تنعدم فيها أي محاولة أو تجربة. والسؤال الذي يطرح نفسه إن كانت الصفقة العمومية تهدف إلى حسن صرف وإنفاق المال، فهل بإمكان للمحكم في الجزائر التصرف وفقا لمقتضيات القانون العام، وذلك مع أخذ بعين لاعتبار لما للإرادة والمصلحة المتعاقدة من امتيازات السلطة العامة، وبالتالي المحافظة على المال العام، نضن أنه ليس بالأمر الأكيد إذ لم يأخذ المشرع الجزائري الصفة ووظيفة وتكوين المحكم، لأن تشكي المحكمة التحكيمية في مجال الصفقات العمومية، بتشكيلها تشكل محكمة إدارية يجب أن تحتكم إلى القانون العام.

إذا على المشرع التدخل في بخصوص تشكيل المحكمة التحكيمية بأخذ بعين الاعتبار طبيعة نزاعات الصفقات العمومية.

[1] تاقة حسين، المرجع السابق، ص55

[2] المرسوم التشريعي رقم 236/10، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية القسم الفرعي الثالث، المادة 115، الجريدة الرسمية، العدد 58، المؤرخة في 07 أكتوبر 2010، الصفحة 25

رابعا: موقف المشرع الفرنسي من التحكيم في منازعات العقود الادارية

1 _ كمبدأ عام يحظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في العقود الادارية:

أقام المشرع الفرنسي قاعدة حظر التحكيم في العقود الادارية بواسطة المادتين **1004**، و**2060** من القانون المدني الفرنسي القديم

• حيث نصت المادة **1004** على عدم جواز إبرام اتفاقيات التحكيم في المنازعات التي يشترط القانون تبليغها إلى النيابة العامة.

• المادة **83** من نفس القانون قد حددت المنازعات التي يجب إبلاغ النيابة العامة بشأنها، وهي التي تكون أحد أطرافها الدولة أو الدوائر أو البلديات أو المؤسسات العامة.

• المادة **2060** من القانون المدني الفرنسي والتي حلت محل المادتين السابقتين فقد نصت على عدم جواز في مسائل الحالة المدنية وأهلية الأشخاص وما يتعلق بالطلاق والانفصال الجسدي وكذا منازعات الأشخاص المعنوية العامة و، المؤسسات العامة بوجه عام في كل المنازعات المتعلقة بالنظام العام.

الفرع الثاني: التحكيم لتسوية النزاعات العمل الجماعي:

غالبا ما يلجأ الأطراف في النزاع إلى الطرق السلمية لتسوية النزاعات بمختلف أنواعها و يظهر التحكيم كطريقة تكتسي مكانة و طابعا خاصا بوصفه طريق بديل لحل المنازعات.

أولا : تعريف المنازعة الجماعية

و يقصد بالمنازعة الجماعية كل خلاف يثور بمناسبة أو بسبب تنفيذ علاقة العمل بين العامل أو العمال أو ممثلهم و الهيئة المستخدمةأو ممثليها لاخلال أو خرق التزامات تعاقدية أو قانونية أو تنظيمية أو اتفاقية.

فالنزاع الجماعي هو ذلك الخلاف الواقع بين المستخدم و عماله و المتعلق بالعلاقات الاجتماعية و المهنية في العمل و شروطه العامة عندما لا تتم تسويته اثناء الاجتماعات الدورية التي يعقدخا المستخدمون و الممثلون النقابيون للعمال أو باجراءات المصالحة المنصوص عليها في العقود و الاتفاقات المبرمة بينهما.

إذا منازعة العمل الجماعية تتمتع بنظام قانوني خاص يفرقها و يميزها عن باقي المنازعات العمالية ليس فقط من حيث المفهوم بل كذلك من حيث طرق التسوية ,و بذلك فتعريف المنازعة العمالية تقتضي تحديد مفهومها من خلال تعريفها و محلها.[1]

[1] - بافضل محمد بلخير,تسوية منازعات العمل ,مذكرة ماجستير في القانون الاجتماعي ,جامعة عبد الحميد بنل باديس ,مستغانم , كلية الحقوق و العلوم السياسية ,2010-2011, ص 13

أما المشرع الجزائري فقد عرف منازعة العمل الجماعية في المادة الثانية من قانون 02/90 المعدل والمتمم بالقانون رقم **27/91** المؤرخ في 21 ديسمبر بنصها على **" أن النزاع الجماعي هو كل خلاف يتعلق بالعلاقات الاجتماعية و المهنية في علاقة العمل و الشروط العامة للعمل ,و لم يجد تسوية بين العمال و المستخدم باعتبارهما طرفين هذه العلاقة**[1] [2]

و نظرا لما تمثله هذه النزاعات من أهمية في سير العلاقات المهنية و ما ينجم عنها من أخطار و أضرار اقتصادية و اجتماعية في مصالح الطرفين ,فقد أحيطت بعناية كبيرة من قبل التشريعات العمالية ,و الاتفاقيات الجماعية على السواء حيث خصصت لها عدة أحكام و قواعد قصد الوقاية منها تارة و قص علاجها تارة أخرى,و ذلك بهدف تفادي بلوغها درجة التعقيد التي تتسبب في اللجوء إلى الطرق العنيفة لفرض تسويتها ,أي اللجوء ألى الاضراب. [2]

ثانيا: مدى جواز التحكيم في منازعات العمل:

1 - النظام القانوني لاتفاق التحكيم في منازعات العمل لبعض الأنظمة:

-1 - التشريع الفرنسي:

يقتضي التمييز بين نزاعات العمل الفردية العائد أمر البت بها إلى مجلس العمل التحكيمي ونزاعات العمل الجماعية.

أ _ نزاعات العمل الفردية:

كان الفقه الفرنسي يعتبر، في البدء، أن التحكيم جائز في نزاع العمل الفردي، بعد نشوء النزاع بين رب العمل والأجير، لا قبل ذلك، وتبنى بعض الاجتهاد اللبناني هذه الوجهة، إذ جاء في القرار الصادر عن الغرفة الابتدائية في بيروت (الغرفة الأولى).

" وبما أنه لا يوجد نص في قانون العمل يستثنى صراحة مواضيعه من التحكيم وقاعدة الاختصاص الملحوظة في المادة **79** عمل تتعلق فقط بصلاحية المحاكم بالنسبة لبعضها البعض ". " وبما أنه من المسلم به في الفقه والاجتهاد أنه إذا كان لا يجوز التنازل مسبقا عن الحقوق الناشئة عن قوانين العمل وإخضاعها للتحكيم قبل نشوؤها، غير أنه يمكن التصرف بها بعد نشوء النزاع والمصالحة والتحكيم حول نتائجها القانونية والمالية وذلك عندما لا

[1] الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، القانون رقم 02/90 المتضمن الوقاية من نزاعات العمل الجماعي وتسويتها. العدد06، المؤرخ في 1990/02/07، ص231

2 - بافضل محمد بلخير,المرجع نفسه ص 13 .

يفرض حل النزاع التطرق إلى مسألة تمس بالانتظام العام وتخرقه أو عندما لا يستوجب النزاع الاحالة إلى النيابة العامة لإبداء مطالعتها". [1]

وفي وقت لاحق، وبعد تعديل نص المادة **511-1** فقرة 6 من قانون العمل الفرنسي، التي كانت تنص عند وضعها بتاريخ **1979/1/18** على أنه "أن مجالس العمل التحكيمية هي الوحيدة الصالحة للبت بالنزاعات المذكورة في هذه المادة وكل اتفاق مخالف يعتبر غير موجود لكنه يجوز الاتفاق على حل النزاع بواسطة التحكيم بعد انتهاء عقد العمل "، وبعد حذف هذه الجملة الأخيرة بموجب القانون الصادر **بتاريخ 6/أيار/1982**، اضطر وزير العمل الفرنسي إلى توضيح أن هذا التعديل لا يمنع الفريقين من اللجوء إلى التحكيم بعد نشوء النزاع وأن ما هو ممنوع هو البند التحكيمي الموضوع في عقد العمل وليبس اتفاق التحكيم[2] **"le Compromis** فاعتبر عقد التحكيم صحيحا في نزاعات العمل إذا أجري بعد انتهاء عقد العمل، حيث تكون للأجير حرية تامة في التصرف بحقوقه، إذ أنه لا يمس النظام العام عندئذ، وهذا على عكس عقد التحكيم الذي يبرم أثناء وجود الأجير في خدمة رب العمل إذ يكون عندئذ في مركز ضعيف يبرر الحماية الصارمة له، بحيث يكون عقد التحكيم باطلا في هذه الحالة لتعارضه مع قواعد النظام العام الرامية إلى هذه الحماية.

القانون الصادر في عام 1892 والقوانين التي أعقبته الصادرة عام 1936 وعام 1938 وقانون 11 نوفمبر 1950 قانون 13 نوفمبر 1982 تعتبر من التشريعات الأولى التي أخذت بأسلوب الهيئات الرسمية لحل منازعات العمل الجماعية.

1– 2 - التشريع المصري:

في ذات الاتجاه في قانون العمل الملغى رقم **137 لسنة 1981** المعدل بمقتضى القانون **رقم 33 لسنة 1982**. وقانون العمل المصري الحالي **رقم 12 لسنة 2003** والذي أحال بدوره لقانون التحكيم **رقم 27 لسنة 1994** لفض المنازعات العمالية الجماعية بطريق التحكيم الخاص بعيدا عن القضاء العادي. [3]

فقد أعطى كذلك لكل طرف من أطراف النزاع في حال عدم قبول توصيات الوسيط الطلب من الجهة الادارية المختصة إحالة النزاع إلى التحكيم.

وتتولى عندئذ الجهة الادارية المختصة إحالة ملف النزاع إلى هيئة التحكيم خلال أسبوع على الأكثر من تاريخ تقديم الطلب، إلا أن المشرع المصري أو رد استثناء على الأحكام السابقة عندما أجاز لطرفي منازعة العمل الجماعية – ما عدا المنشآت الاستراتيجية

[1] راجع: القرار رقم 150، تاريخ 1988/7/7، ن. ق. 1988، ج 2، ص 971

[2] Jurisclasseur. Procédure civile. Fascicule 432<6، 1994 Conseil Des P hommes. Arbitrage. N01، Arbitrage EN GENERAL N0103. Clause compromissoire. - Procédure civile -A Arbitrage Compromis / C

[3] جمال أبو الفتوح محمد أبوالخير، النظام القانوني لاتفاق التحكيم في منازعات العمل، دار البحوث القانونية، طبعة 2020. مصر الجديدة القاهرة، ص7

راجع المادة 194 من قانون العمل المصري رقم 12 لسنة 2003

والحيوية المنصوص عليها في المادة **194** من قانون العمل – الاتفاق على إحالة النزاع على التحكيم الخاص بدلا من هيئة التحكيم المنصوص عليها في قانون العمل الحالي.

1- 3- التشريع السعودي:

نص صراحة على اللجوء التحكيم الخاص سواء لفض المنازعات العمالية الجماعية أو الفردية دون تمييز.

يعد التحكيم في منازعات العمل الجماعية في القانون السعودي من طبيعة اتفاقية، اي اختيارية، لأن البند " أ " من الفقرة الثالثة من المادة **41** من نظام المرافعات الشرعية نص على أن تسري على المنازعات العمالية الجماعية القواعد والاجراءات المقررة في المنازعات الفردية، ومن القواعد المقررة لتسوية المنازعات الفردية التحكيم، حيث كانت المادة **225**[1] من قانون العمل السعودي الملغاة تنص على أنه: " يجوز لطرفي عقد العمل تضمينه نصا يقضي بتسوية الخلافات بطريقة التحكيم، كما يمكن لها الاتفاق على ذلك عند نشوء النزاع، وفي جميع أحوال تطبق أحكام نظام التحكيم النافذة في المملكة ولائحته التنفيذية ونعتقد أن جواز الاتفاق على التحكيم أثناء سريان العقد يجب أن يعتبر باطلا، لأن هذا الشرط لا يحقق مصلحة العامل.

كذلك أخد قانون العمل الفرنسي بالتحكيم الاختياري بموجب المادة **2524-2**، بحيث إن إحالة النزاع إلى التحكيم إما بموجب اتفاق عمل جماعي أو بموجب اتفاق لاحق بين أطراف المنازعة الجماعية، وذلك بعد استنفاد إجراءات التوفيق أو الوساطة. أما بالنسبة للمنازعات الفردية فأجاز فيها التحكيم إذا كان الاتفاق عليه قد تم بعد انتهاء عقد العمل، ومنع التحكيم إذا كان الاتفاق عليه قد تم أثناء سريان عقد العمل. [2]

ثالثا: جواز التحكيم في منازعات العمل الجماعي:

إذا توصل أطراف المنازعة إلى إيجاد حل لمشاكلهم، بالطرق السالفة الذكر، فإن النزاع ينتهي وتنتهي آثره، لكن في حالة عدم فاعلية الإجراءات السابقة فإن آلية التحكيم تبقى متنفسا، ومخرجا وحلا للمنازعة الجماعية. [3]

01- نطاق تطبيق التحكيم في منازعات العمل الجماعي:

وقد وسع المشرع من نطاق هاته الآلية حيث أجاز لأطراف المنازعة، عرض النزاع على التحكيم وترك إجراءات ذلك القانون لقانون الإجراءات المدنية لا سيما المواد **1006**

[1] المادة 225 الملغاة بموجب المرسوم الملكي م، لسنة 1435 المتضمن إصدار نظام المرافعات الشرعية، البند أولا الفقرة 3

[2] راجع: نظام العمل السعودي الصادر بالمرسوم الملكي م، 51 لسنة 1426 وتعديلاته. مأخوذ من موقع الأنترنت بتاريخ 22 -05-2024، الساعة 10. 48 د، 3- 21 .http.//www.asjp.cerist.dz

[3] شواخ محمد الأحمد، التحكيم في المنازعات ذات الطابع الجماعي، دراسة مقارنة، جامعة دار العلوم، الرياض، السعودية، ص177

إلى **1037**[1]، وهي نفس المواد التي تنظم التحكيم اختياريا من حيث اللجوء إليه، فهو إجباري من حيث ماله ويجري التحكيم من قبل حكم أو حكام متفق عليهم، من قبل الطرفين ويصدرون أمر تحكيميا يحرره رئيس المحكمة المختصة بالصيغة التنفيذية، ومن الآثار التي تترتب عن اللجوء للتحكيم منع استعمال الاضراب أو توقيفه بمجرد اللجوء لهاته الوسيلة.

والملاحظ في القانون **02/90** أن المشرع تعرض لألية التحكيم كوسيلة علاجية للمنازعة الجماعية في العمل، كما تعرض له كإجراء تسوية بإجراءات مختلفة تخص عمل واختصاص اللجنة الوطنية للتحكيم.

إن التشريع العمالي الجزائري بالرغم من تأكيده على ضرورة استعمال التحكيم كآلية لفك المنازعات الجماعية، إلا أنه لم يفرد إجراءات تخص طبيعة المنازعات العملية، بل أحاله على قانون الإجراءات المدنية.

وبناء على ذلك فالتحكيم في نزاعات العمل الجماعية، يخضع مبدئيا للقواعد العامة المذكورة في قانون الاجراءات المدنية.

ومن جهة أخرى فهو اختياري يخضع لإرادة واتفاق الأطراف، وذلك بعد فشل مساعي لإجراءات المصالحة ,يمكن عرض النزاع الجماعي على الوساطة أو على هيئة التحكيم.

"Apres une tentative infructueuse de concialiation un conflit povait etre sou;is soit a une procedure de mediation soit a l arbitrage d un tiers …"

02- إجراءات التحكيم في منازعات العمل الجماعي:

تجرى إجراءات التحكيم بقيام الطرفين المتنازعين تعيين حكم عن كل منهما على أن يقوم الحكمان المعينان بتعيين أو اختيار حكم مرجح من بينهما، وإلا يرفع أمر تعيينه إلى الرئيس الأول للمحكمة العليا في ظرف شهر واحد، يتبع خلالها المحكمين وأطراف النزاع الأوضاع والمواعيد المقررة أمام المحاكم.

03- اللجنة الوطنية لتسوية منازعات العمل الخاصة:

إن قانون **02/90** وضع عدة آليات للتسوية سواء بواسطة الوسائل الداخلية أو الادارية أو اللجوء إلى الوساطة ,أو باللجوء إلى جهاز يعمل داخل الجهاز القضائي و وفق إجراءاته المتمثل صلاحياتها و مهامها في تسوية نزاعات العمل الجماعية الخاصة بالفئات و قطاعات النشاط التي يمنع عليها اللجوء إلى الاضرابو النزاعات الجماعية التي يستمر فيها الخلاف بممارسة حق الاضراب رغم مساعي المصالحة و الوساطة.[2]

[1] المواد من 1006 إلى 1037 من قانون الاجراءات المدنية والادارية

2 –بافضل محمد بلخير,المرجع السابق , ص 96

فقد نصت المادة 49 من قانون 02/90 على أنواع الخلافات الجماعية في العمل و التي تكون من اختصاص اللجنة الوطنية للتحكيم و التي تتشكل من عدد متساوي من ممثلي العمال وممثلي الدولة، برئاسة من قاضي المحكمة العليا تتمثل صلاحيتها ومهامها في تسوية منازعات العمل الخاصة بالفئات العمالية وقطاعات النشاط التي يمنع عليها اللجوء إلى الإضراب[1]. يكون استبعاد التحكيم حاصلا بالنسبة إلى طائفتين من المنازعات:

1 – المنازعات المتعلقة بمسائل هي من النظام العام المطلق:

أي الذي تهدف قواعده إلى ضمان احترام المصالح العليا للمجتمع كما هو الوضع بالنسبة للمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية.

2– المنازعات المتعلقة بمسائل هي من النظام العام النسبي:

أي الذي تهدف قواعده إلى حماية مصالح خاصة أو حقوق ذاتية ارتأى المشرع رعايتها بأحكام إلزامية خشية ألا يكون أصحابها بوضع يسمح لهم الدفاع عنها.

فهل بطلان البند التحكيمي في قضايا العمل، هو بطلان مطلق أم بطلان نسبي؟ يعتبر الفقه والاجتهاد في فرنسا أن هذا البطلان هو بطلان نسبي لأنه موضوع لحماية الفرقاء فيعود لهم وحدهم الإدلاء به أو العدول عن ذلك بالاشتراك في التحكيم دون تحفظ أو تأييد البند التحكيمي الباطل بتوقيع اتفاق تحكيمي.

إذا يتبين أن النظام المعمول به حاليا في الجزائر نظام مزدوج ,غهو اختياري إذا كان اللجوء إليه في المؤسسات الخاضعة لتطبيق أحكام قانون العمل , في غير الهيئات والادارات العمومية , وبالتالي يخضع فيها للأحكامالواردة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في المواد من 1006 إلى 1038 التي أحالت عليها المادة13 من قانون تسوية منازعات العمل الجماعية ,ما لم يتفق الأطراف على اللجوء إلى الوساطة ,و يكون هذا التحكيم إجباري إذا ثار الخلاف في مؤسسات و إدارات عمومية خاضعة لتطبيق أحكام قانون الوظيفة العمومية و بالتالي تخضع لنظام التحكيم الوارد في المواد من 49 إلى 52 من قانون رقم 02/90 ,و إلى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 418/90 المتضمن تشكيل اللجنة الوطنية للتحكيم.- Commission Nationale d Arbitrage -[2]

الفرع الثالث: التحكيم لتسوية النزاعات الاستثمار:

إن من أهم الضمانات القانونية لحماية الاستثمار الأجنبي هو ضرورة وجود وسائل تتوفر على مجموعة من الامتيازات تدخل في إطار حل المنازعات بين المستثمرين

[1] N° 138. S'agissant d'une Nullité relative، la Nullité de la clause compromissoire peut être confirmée. Une fois le litige né à la clause compromissoire nulle. - Cass. 3 -ème Civ 10 oct. 1978. Rev. arb. 1979. p. 352، note B. M.

2 بافضل محمد بلخير,المرجع السابق , ص 157 .

كالمرونة والسرعة في البث وحفاظا على سرية المعاملات بين الأطراف وإيجاد الحلول لمنازعاتهم، وهذا فضلا عن قلة التكلفة، اهتمت الأنظمة القانونية والقضائية بخلق وسائل كفيلة لحماية المستثمر أهمها التحكيم الذي يعتبر أحسن الوسائل ملاءمة للفصل في المنازعات.

أولا: علاقة التحكيم المؤسسي بالاستثمار:

إن تحسين الإطار التشريعي المتعلق بقانون التحكيم يستلزم الأخذ بعين الاعتبار خصوصيات كل من التحكيم الداخلي والدولي، حيث يرى بعض الفقهاء أن معيار التمييز بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي يقوم على طبيعة النزاع، فإذا كان النزاع يمس مصالح التجارة الدولية فإن التحكيم يكتسي طابعا دوليا، وإذا كان النزاع مقتصرا على نزاع ذي صبغة وطنية فإن التحكيم يكتسي طابعا داخليا وطنيا ولا محل إجراء التحكيم، ولا جنسية المحكمين تؤثر على طبيعة التحكيم.

01 - التحكيم أمام المركز الدولي:

إذا كانت إجراءات التحكيم أمام المركز تحظى بأهمية كبيره فما ذلك إلا أن الوسيلة الأساسية للوصول إلى تسوية النزاع عن طريق حكم تحكيمي صادر من هيئة التحكيم نظامية والقواعد المنظمة لسير المركز الدولي تتضمن اتفاقية واشنطن مجموعة من القواعد الإجرائية الواجب احترامها قبل الفصل في النزاع، مما يقتضي تبيان قواعد إجراءات التحكيم أمام المركز الدولي ثم قرار التحكيم الصادر عن هيئة تحكيم المركز.

ثانيا: القواعد الإجرائية للتحكيم أمام المركز الدولي:

لم تحدد اتفاقية واشنطن الوقت الذي تبدأ فيه إجراءات التحكيم، وانما نصت فقط على كيفية بدئها حيث لأطراف النزاع الحرية الكاملة للتعبير عن موافقتهم حول بعض المسائل الأولية المرتبطة بسير الإجراءات والقواعد الإجرائية الواجب احترامها قبل السير فيها

01 - تقديم الطلب:

تبدأ إجراءات إقامة الدعوى، بطلب كتابي يتضمن معلومات كافية عن موضوع النزاع وهوية الأطراف وموافقتهم على اللجوء إلى التحكيم، يوجهه المدعي سواء كان دولة متعاقدة أو فردا أو شركة تنتمي بجنسيتها إلى دولة متعاقدة إلى السكرتير العام للمركز. [1]

1

[1] أحمد داود رقية، محاضرات في التحكيم التجاري الدولي المؤسسي، جامعة أبوبكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان السنة الجامعية، 2020-2021، ص 02 .

ولقد خولت اتفاقية واشنطن بموجب م **36/3** منها، الأمين العام مهمة الفحص المسبق لطلب التحكيم قبل تسجيله وتبليغه، حيث يتولى هذا الأخير مهمة فحص مدى قبول طلب التحكيم وصحته بالنظر إلى قواعد اختصاص المركز.

كما يمكنه رفض تسجيل طلب التحكيم إذ ما تبين له أن النزاع لا يدخل بصورة واضحة ضمن اختصاص المركز لفقدانه إحدى شروط الاختصاص، أما إذا وجد أن الطلب قد توافر على تلك الشروط قام بتسجيله مع منح وصل استلام للطرف الذي تقدم بالطلب، وبالمقابل إرسال نسخة من العريضة إلى الطرف الأخر

02 - اختيار هيئة التحكيم:

تتشكل المحكمة التحكيمية مباشرة عقب تسجيل طلب التحكيم، حيث تتألف من عدد فردي من المحكمين يتم تعينهم بناء على اتفاق الأطراف م **37** من الاتفاقية.

أما في حالة غياب اتفاق الأطراف تضم المحكمة ثلاثة محكمين، كل طرف يعين محكم واحد ويعين المحكم الثالث بصفته رئيس المحكمة باتفاق الطرفين وإذا كانت الاتفاقية تمنح حرية واسعة للأطراف في اختيار هيئة التحكيم، فإن م **39** منها تلزم بأن يكون أغلبية المحكمين من مواطني دولة أخرى غير تلك الطرف في النزاع، أو تلك الدولة التي يكون المستثمر الطرف في النزاع حاملا جنسيتها.

بشأن حالات استبدال المحكمين، فإنه يتم استبدالهم بمحكم آخر باتفاق الأطراف أو بتدخل رئيس المجلس الإداري في حالة عدم استبدال المحكم خلال **90** يوم المقررة. أما بشأن حالات رد المحكمين، قد فصلت اتفاقية واشنطن في هذه المسألة، حيث سمحت لأطراف النزاع رد أحد المحكمين بشرط أن يكون مسببا حيث يمكن أن يكون مبنيا على فقدان المحكم للصفات المشترطة، أو بسبب عدم احترام كيفيات التعيين عند تشكيل محكمة التحكيم التي وضعتها المادة **39** و يلاحظ أن النصوص الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، عي تلك المتعلقة بعدد المحكمين الفردي، أو كفاءة المحكمين وقدرتهم وأخلاقهم العالية، والأغلبية المشترطة في هيئة التحكيم من مواطني دولة غير الدولة المتعاقدة والطرف في النزاع أو الدولة التي يكون أحد رعاياها طرفا في النزاع.

03 - تكاليف الدعوى:

لا يعتبر التحكيم أمام المركز الدولي مكلفا حيث يتحمل أطراف النزاع تكاليف مقابل استفادتهم من كل خدمة يؤديها لهم المركز، ولقد نص الفصل السادس من اتفاقية واشنطن،

1

[1]- أحمد داود رقية، المرجع نفسه ص 3.

على الأحكام الخاصة بتحديد هذه المصاريف وكيفية توزيعها، كما بين سلم المصاريف الصادر عن المركز طبيعة ومقدار المصاريف الواجب دفعها.

04 - قرار التحكيم:

يعتبر قرار التحكيم ذلك الحكم الذي يفصل في النزاع أو في جزء من ألنزاع فصلا نهائيا ملزما لجميع أطرافه:

ولقد اهتمت الاتفاقية بالقانون الواجب التطبيق على النزاع باعتباره من المسائل الهامة في مجال التحكيم الدولي وذلك بموجب المادة **42** منها، فإما أن يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق أو تترك المهمة لهيئة التحكيم.

05 - التعريف بالمنازعة الاستثمارية:

المنازعة وتعني المعارضة أو ابداء الرأي المناقض لوجهة نظر الطرف الأخر في المسألة محل النزاع أو انكارها أصلا أو تفسيرا يعاكس أو يغاير أو يناقض أو يزيد على تفسير الطرف الأول، أو استعمال الوسائل المادية، أو القانونية، أو كلاهما لإثبات ذلك. [1]

هل للقضاء دور في النظر في الدعوى الاستثمارية الأجنبية ؟ إن أغلب القوانين الاستثمار واتفاقيات حماية وتشجيع الاستثمار استوعبت جيدا نفور المستثمر من اللجوء إلى القضاء الوطني.

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من مبدأ اللجوء إلى القضاء الوطني:

فاتجهت نصوصها إلى المساواة بين إمكانية اللجوء إلى القضاء الوطني أو إلى قضاء التحكيم أو أي وسيلة أخرى لحسم النزاع، ومع ذلك لم تتضمن إقصاء صريح للقضاء الوطني، بل أعطته الأولوية في الاختصاص، مع الأحقية في تسوية المنازعات للطريقة التي يتفق عليها الأطراف في هذا السياق نبين موقف المشرع الجزائري[2]. منحت المادة **24** من الأمر **09/16** حقا مطلقا للجهات القضائية المختصة في النظر في النزاعات الاستثمارية الأجنبية **"يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده، للجهات القضائية المختصة إقليميا إلا في حالة وجود اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية، تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص"** [3]

[1] أحمد داود رقية، محاضرات في التحكيم التجاري الدولي المؤسسي، جامعة أبوبكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان السنة الجامعية، 2020-2021، ص02-03

[2] رضوان ربعية، فض منازعات عقود الاستثمار الدولية بين القضاء والتحكيم، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية، 2019-2020. ص13

[3] المادة 24 من قانون 09/16، المتعلق بقانون ترقية الاستثمار، المؤرخ في 03 أوت 2016، ج. ر. ج عدد 46

المؤكد في نص المادة أن الأصل واساس الأول في تسوية نزاعات الاستثمار يعود إلى القضاء الوطني ما لم توجد اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الجزائر أو اتفاق خاص مع المستثمر يقضي بوسيلة أخرى، فضلا على شرط إثبات استيفاء إجراءات التسوية الودية إذا اتفق عليها كذلك.

وسبق الاشارة أن المشرع قد رفع اللبس الذي كانت تعتريه هذه المادة قبل تعديل في نص المادة **41** من المرسوم التشريعي **12/93** وكذا نص المادة من الأمر **03/01** [1]المتعلق بالاستثمار (القديمين الملغيين) بموجب قانون **09/16** الحالي، وبين بشكل واضح أن المقصود بمصطلح الجهات القضائية هي " الجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا "، وهوما أصبح يتماشى مع القاعدة العامة في الاختصاص القضائي المنصوص عليها في نص المادة **41** من قانون الاجراءات المدنية والادارية أنه: **" يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر أمام الجهات القضائية لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري. كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية بشأن الالتزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين. "**

كما أكدت الجزائر تكريسا لترقية وحماية الاستثمار إلى إمكانية خضوع نزاعات الاستثمارات للمحاكم الوطنية في الاتفاقيات الدولية الثنائية أو المتعددة الأطراف[2]. إن حماية المستثمر وضمان حصوله على تسوية نزاعه في أقرب أجال وبأقل تكاليف، فرض المرسوم التنفيذي رقم **19-166** المتعلق بتشكيلية لجنة الطعون المختصة في مجال ترقية الاستثمار وتنظيمها وسيرها على اللجنة وعلى الطاعن التقيد بمجموعة من القاعد الاجرائية حيث أن هذه الأخيرة تتمثل في الاجراءات المتعلقة بالمستثمر. [3]

[1]المادة 17 من الأمر 03/01، الباب الثالث، الضمانات الممنوحة للمستثمرين، المتعلق بتطوير الاستثمار المؤرخ في 20 غشت 2001 (معدل ومتمم)، الجريدة الرسمية رقم، 47 -2001

[2]رضوان ربعية، نفس المرجع، ص14

[3]موقع الأنترنت، دور القضاء في حماية الاستثمار ص14، transféré par Elalia le 15 Déc. 2022

المطلب الثاني: ضرورة إنشاء تحكيم مؤسسي:

يعد التحكيم المؤسسي بفعل مميزاته الوسيلة المثلى والمفضلة في حل المنازعات مختلف المجالات لما يوفره للأطراف المتخصصة من الثقة والطمأنينة والخبرة والتخصص في النزاع من طرف مراكز دائمة تتوفر على طاقم كفء ييسر العملية التحكيمية من بدايتها إلى نهايتها، مما يجنب أطراف الخصومة عناء الاتفاق على مختلف تفاصيل هذه العملية تمكنهم من كسب الوقت الذي يعد عنصرا أساسيا في عالم الأعمال التجارية الذي يقوم على دعامتين مهمتين هما السرعة والائتمان.

ولأهمية التحكيم المؤسسي وما له من مزايا كالضمانات التي يوفرها للمنازعات منها تجارية أو منازعات الصفقات العمومية الأكثر عملا ونشاطا بين الأفراد وبين الأشخاص المعنوية العامة تلك الضمانات التي من شأنها تشجع الاقبال عليه دون الآخر. ولما كانت المنازعات أي كانت مجالاتها معروضة في أروقة العدالة معطلة لأسباب أو للأخرى كالكم الهائل منها، يكون التحكيم المؤسسي هو الحل للتخفيف الاكتظاظ المثقل الذي يسبب تعطيل أصحابها خاصة لما يكون موضوعه أموالا كبيرة تعول عليها الدولة في دفع عجلة التنمية الاقتصادية كون المال هو العنصر الأساسي لها والتي تسعى من أجله للتطوير اقتصادها وكونها ترغب في دفع وتيرتها والتحكيم المؤسسي كجهة دائمة وكإحدى نوع من أنواع التحكيم والأقرب عملا وحلا يعزز من تفعيل عملية التحكيم ويعود الأفراد على ممارستها بطريقة آلية دون خوف أو تردد.

ولدراسة هذا الجزء المهم والهدف المرجو من موضوع البحث سنتطرق إلى أهم مكونته.

الفرع الأول: التحكيم المؤسسي على المستوى المحلي

أولا: أهمية التحكيم المؤسسي على المستوى المحلي

يعرف التحكيم المؤسسي أو المنظم بأنه ذلك التحكيم الذي يجري بحسب إرادة الأطراف بمعرفة هيئة دائمة للتحكيم. وتتولى هذه المراكز تهيئة التحكيم لأطراف النزاع وتيسيره، وطلك بإدارة العملية التحكيمية من بدايتها حتى نهايتها بمساعدة الخصوم على اختيار محكميهم بفضل القوائم التي تعدها تلك المراكز، وإعداد المكان الذي تجتمع فيه هيئة التحكيم.[1]

[1] - رقية عواشرية، التحكيم المؤسسي ودوره في تحقيق الذاتية الخاصة للمنازعات البحرية، أساتذة محاضرة بكلية الحقوق [1]جامعة باتنة، الجزائر، ص93

ويعرفه البعض بأنه : **ذلك التحكيم الذي يتفق الأطراف على إحالة المنازعات التي ستنشأ أو التي نشأت بالفعل إلى التحكيم أمام إحدى مؤسسات التحكيم الدائمة، حيث تتولى العملية التحكيمية من بدايتها، أي منذ تلقي الطلب وحتى إصدار حكم التحكيم عن طريق أجهزتها الإدارية ولوائحها التي وضعت سلفا**. ويطلق على هذا النوع من التحكيم عدة مسميات، مثل تحكيم المنظمات الدائمة، أو تحكيم الهيئات الدائمة، أو التحكيم النظامي، أو التحكيم التنظيمي أو التحكيم المنظم وسوف نعتمد مصطلح التحكيم المؤسسي، وذلك أيا كانت تسمية الهيئة التي تتولاه سواء كانت مؤسسة تحكيم ، أو غرفة تحكيم ، أو جمعية تحكيم ، أو لجنة تحكيم ، أو محكمة تحكيم في هذه الجزئية وإن كانت هي الأهم من الدراسة.

وعليه فإن التحكيم المؤسسي يقوم على عنصرين أساسيين هما:

1 _ مركز تحكيم دائم بهيكل العضوي والتنظيمي من مقر تحكيم ومجلس الادارة، وقائمة المحكمين ولائحة التحكيم.

2 _ قيام المركز التحكيمي بنفسه من خلال السكرتارية والأجهزة الادارية بتنظيم العملية التحكيمية وإدارتها والاشراف عليه ابتداء من تلقي طلبات الخصوم وإلى نهاية إصدار قرار المحكمين، ونتيجة لهذه السلطات المخولة لهذه المراكز يرى البعض من القصة بأن العلاقة تربط الأطراف بهيئات التحكيم هي من صنف العلاقات الدعائية، إذ أنه بمجرد اختيار المركز تكون الأطراف قد اختارت أيضا لوائحه التنظيمية، وقوانينه الداخلية.

لا شك في صحة هذا التكييف، غير أنه لا ينبغي أن يأخذ على لإطلاقه ، ذلك وإن كان صحيحا بأن اللجوء إلى التحكيم المؤسسي ، واتجاه إرادة الأطراف إلى إيجاد حل للنزاع وفقا لقواعد التحكيم لإحدى المؤسسات أو لمركز من مراكز التحكيم يترتب عليه تطبيق هذه القواعد على العملية التحكيمية ، ويلتزم بها الطرفين حتى ولو لم يطلعوا عليها مسبقا ، كما تلتزم بها هيئة التحكيم بعد تشكيلها ، غير أنه يتعين ألا نغفل بأن اللجوء إلى التحكيم المؤسسي لا يمنع الأطراف من اختيار قواعد قانونية أو قانون معين لينطبق على الإجراءات عند بدء العملية في التحكيم ، أما في حالة السكوت فإن قواعد الاجراءات الخاصة بقواعد التحكيم لتلك المؤسسة هي التي تطبق. [1]

ثانيا: آثار اللجوء للتحكيم المؤسسي:

01 – سلطة الأطراف في التحكيم المؤسسي:

التحكيم النظامي أو التحكيم المؤسسي فهو الذي تتولاه هيئات أو مؤسسات أو مراكز معينة وطنية أو دولية دائمة مختصة بالتحكيم استنادا إلى قواعد واجراءات معينة طبقا للقرارات المنشئة لهذه الهيئات، وهذا النوع من التحكيم هو الأكثر شيوعا في التحكيم في منازعات العقود الدولية وسائر عمليات التجارة وعند عدم اتفاق الأطراف عن مقر التحكيم

[1] - رقية عواشرية , المرجع السابق ,ص 93 .

و موضوع النزاع ، فإن لوائح المركز تتضمن قواعد تساعد على تخطي هذه العقبات، وقد يكون التحكيم المؤسسي هو المخرج الوحيد عندما يتعلق الأمر بتحكيم متعدد الأطراف حيث تثار مشكلة اختيار المحكمين ويتم حل هذا الأمر عن طريق قيام المؤسسة التي يجري فيها التحكيم بما فيها اختيار المحكمين وتشكيل الهيئة ، يعود للسلطة المختصة بتعيينهم[1].

02 _ ضرورة تدعيم سلطات محكمة التحكيم الداخلي:

02-01 - ضرورة تمتع المحكم بالأهلية المدنية: يشترط في المحكم أن كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية كالقاضي الذي مهمه التحكيم لا تعهد إلا لشخص طبيعي يتمتع بالأهلية المدنية الكاملة التي تتيح له مباشرة كافة حقوقه المدنية، لأنه يفصل في النزاع بحكم ملزم غير قابل للطعن فيه بأي طريق استنادا لقاعدة الورقة الرسمية التي لا يمكن الطعن فيها إلا بالطعن بالتزوير. [2]

فهذا ما نص عليه المشرع المصري بالتفصيل في المادة 16 من قانون التحكيم المصر بحيث أو جب ألا يكون المحكم قاصرا أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه اعتبار.

على عكس المشرع الجزائري الذي نص باختصار على تمتع المحكم بالحقوق المدنية مما يجعل الأمر مفتوح وواسعا فكل ما يدخل تحت مظلة الحقوق المدنية يعتبر قيدا ومانعا لتقلد مهمة المحكم فيقصد بالأهلية صلاحية المحكم لمباشرة حقوقه المدنية باكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، ويكون كامل أهلية الأداء لا يعتريه أحد عوارض الأهلية ولا يكون محجورا عليه لأي سبب كان كالسفه أو العته أو الجنون.

وألا يكون قد حكم عليه بحكم نهائي، ولو لم ينفذ العقوبة بسبب جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة ما لم يرد إليه اعتباره أو يحكم له بالبراءة، ولا يصح أن يكون المحكم قاصرا سواء كان

مأذونا له بالإدارة أو غير مأذون له بها، ولا يجوز للمحروم من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية في جريمة مخلة بالشرف أو لم يرد له اعتباره أن يكون محكما، فالمحظور يعني المحروم من حقوقه المدنية وليس المحروم من مباشرة حقوقه السياسية لأن الحرمان هنا تعود لدوافع سياسية لا ينفي من إرادة الشخص.

يرى الفقه الفرنسي بأنه ليس هناك ما يمنع أن يكون المحكم قاصرا في بعض الحالات التي فيها القاصر أفضل من غيره، كأن يكون تاجرا أو له خبرة في بعض المعاملات

[1] لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي –دراسة مقارنة –بين قانون التحكيم المصري، رقم 27 لسنة 1994، وقانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري رقم 09 لسنة 2008، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، 2010، ص28

[2] خيري عبد الفتاح السيد البتانوني مفهوم المحكم في التحكيم التجاري الدولي، الناشر دار النهضة العربية، 1013، ص103

التجارية ومع ذلك فإن النقد لا يمكن التسليم به لأن هذه الحالات التي يكون فيها القاصر أفضل من غيره إذ وجدت فهي استثنائية ومحدودة وإن صح التعبير فلا يجوز اعتبارها واعطاء هذه الحالات نفس الحكم القانوني للحالات العامة والشائعة ، وعليه فإن هذا النقد لم يكن سليما من الناحية القانونية ، ولم يؤثر على مبدأ العام وهو أهلية المحكم.

02 – 02 ألا يكون المحكم ممنوعا من التحكيم:

يحظر القانون أحيانا بنص خاص على بعض الأشخاص من تولي مهمة التحكيم فمثلا نص قانون السلطة القضائية المصري رقم **46** لسنة 1972 في المادة **63** منه على أنه:

" لا يجوز للقاضي بغير موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية أن يكون محكما ولو بغير أجر، ولوكان النزاع غير مطروح على القضاء، إلا إذا كان أحد أطراف من أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة، كما لا يجوز بغير موافقة المجلس الأعلى انتداب القاضي ليكون محكما عن الحكومة أو الهيئات العامة إن كان طرفا في النزاع يراد فضه بطريقة التحكيم، وفي هذه الحالة يتولى هذا المجلس تحديد المكافأة التي يستحقها القاضي. "

فالأصل هو الحظر وعدم جواز اختيار القاضي محكما، أيا كانت درجته، ولو بغير أجر ولوكان النزاع معروض على القضاء، ولو بموافقة مجلس القضاء الأعلى، وذلك لتفرغهم للعمل القضائي، وعدم تأخير الفصل في الدعاوى المطروحة على الجهات القضائية، ولعدم المساس بهيبة القضاء، ومنع القاضي من الوقوع في مواطن الشبهات، كما أنه يعرض استقلال وكرامة القضاء للخطر، ولعدم تسبب الحرج للقاضي إذا عرض عليه نزاع آخر طرفاء كان قد اختاراه محكما في نزاع سابق وفي حالة الحصول القاضي على موافقة المجلس العلى للقضاء، يجوز له القيام بالتحكيم وهذا لا ينقص من صلاحيته لتولي مهمته. [1]

الفرع الثاني: مزايا التحكيم المؤسسي:

يتميز التحكيم المؤسسي بخصائص التحكيم بصفة عامة، كم يختص ببعض المميزات نتولى على النحو الآتي: تتمثل مميزات التحكيم بصفة عامة في: يتميز التحكيم بالسرعة في حسم النزاع وذلك لعدة أسباب منها تفرغ المحكمين من ناحية، وعدم تقيدهم بالإجراءات الشكلية المعتمدة عادة من قبل القضاء.

كما أن استبعاد طرق الطعن المعهودة في القضاء من شأنه أن يشكل عنصرا إضافيا في السرعة.

1 _ يقوم نظام التحكيم على تبسيط إجراءات الفصل في النزاع مما يمكن من سرعة الفصل فيه ووهوما لا يتحقق في الاجراءات المعتادة امام المحاكم، والعقود التجارية تحتاج إلى السرعة.

[1] خيري عبد الفتاح السيد البتانوني نفس المرجع، ص105-106

2 _ توفر السرية في جلسات التحكيم، ولهذا المبدأ أهمية في كون التجار لا يفضلون كشف أسرارهم التجارية في ساحة المحاكم.

3 _ تفادي مشكلة تنازع الاختصاص القضائي الدولي أمام المحاكم عند تحديد الدولة التي تختص محاكمها بنظر المنازعة وهي إشكالية ليست هينة.

4 _ وجود محكمين ضالعين في مجال النزاع المعروض عليهم، إذ لا يقع اللجوء إلى الخبراء إلا نادرا.

وذلك على خلاف القضاء فمهما كانت براعة القاضي في مجال اختصاصه لكنه في أغلب الحالات يكون قليل الخبرة بشؤون التجارة الدولية، والأمر الذي قد يتعذر عليه الفصل إلا بالاستعانة بخبير، كما لا يمكن أن يقضي بعلمه الشخصي، فإذا تطلب الأمر تعيين خبير رغم على ذلك من إضاعة للوقت في انتظار تقريره، بالإضافة إلى النفقات الاضافية التي قد تترتب على اللجوء إلى الخبرة.

5 _ مع انتشار حركة التجارة الدولية واتساعها فيظل عولمة الاقتصاد، أضحى التحكيم في مختلف دول العالم باختلاف نظمها القانونية والسياسية الشيء الذي يشكل طمأنة للمتعاملين في هذا المجال.

أما بالنسبة التحكيم المؤسسي فإنه يوفر للخصوم العديد من الضمانات، وذلك لما لهذه المراكز من خبرة وتجربة طويلة في هذا المجال، وطاقات بشرية على درجة من الكفاءة قادرة على متابعة التحكيم في جميع أطواره. ويمكن أن نجمل هذه الضمانات كالآتي:

1 _ يضمن التحكيم المؤسسي حفظ الملفات التي تم على أساس فض النزاع بأرشيف المركز لعدة سنوات، مما يمكن أن تشكل هذه الأحكام سوابق وتصبح بمثابة مبادئ عامة معروفة من قبل الأطراف مما يمكنهم الحصول على نسخ من تقارير الخبراء وهذه الضمانات لا يوفرها التحكيم الحر.

2 _ يوفر التحكيم المؤسسي إمكانية اختيار المحكمين تبعا لكفاءاتهم ونوعية النزاع المعروض وطبيعتها، خاصة إذا تعلق الأمر بمسائل فنية يحتاج فهمها إلى خبرة خاصة لا تتوفر على نطاق واسع.

3 _ يعد التحكيم المؤسسي الوسيلة الأكفأ في إدارة التحكيم وخاصة عندما يكون التحكيم يتعلق بمنازعات ذات قيمة كبيرة، وبموضوعات معقدة. [1]

[1] - رقية عواشرية، التحكيم المؤسسي ودوره في تحقيق الذاتية الخاصة للمنازعات البحرية، أستاذة محاضرة بكلية الحقوق [1]جامعة باتنة، الجزائر ص96

4 _ يمكن التحكيم المؤسسي أطراف الخصومة من اختيار المحكمين من بين القوائم المعتمدة لدى المركز، ذلك لأن التجار لا يعرفون بعضهم البعض إلا نادرا، مما يصعب الاتفاق على أشخاص معينين يقومون بمهمة التحكيم إلا من خلال هذه القوائم مما يجنبهم مشقة البحث.

5 _ إن التحكيم المؤسسي يتم وفقا لما ورد في لائحة للمركز مما يجنب المحتكم عناء الاتفاق على الاجراءات الواجبة الإتباع أمام المحكم.

6 _ يوفر التحكيم المؤسسي الخدمات الادارية التي تقدمها المراكز والمؤسسات القائمة به من سكرتارية وترجمة، وتأمين الوثائق، وهوما لا يتحقق في حالة اختيار التحكيم الحر.

7 _ توفر مؤسسات التحكيم طاقم إداري مدرب بشكل جيد على كيفية تنظيم التحكيم وحسن سيره ومتابعة من بدايته حتى نهايته.

8 _ تحرص مؤسسات التحكيم على ضمان سلامة حكم التحكيم ما أمكن ولومن الشكل، ومن ذلك ما تنص عليه قواعد غرفة التجارة الدولية من وجوب مراجعة الغرفة لحكم التحكيم كمسودة قبل توقيع المحكمين عليه بصيغته النهائية، وعلى هيئة التحكيم التقييد بالملاحظات الشكلية التي تبنيها الغرفة.

أما بالنسبة لجوانب الحكم الموضوعية فللغرفة صلاحية لفت انتباه هيئة التحكيم لأي ملاحظات حول ذلك، ولكن يبقى القرار النهائي للهيئة في الأخذ بها من عدمه لها علاقة بموضوع الدراسة – مع إبراز الضامنات التي توفرها هذه الصورة من صور التحكيم. [1]

* وما يمكن استخلاصه:

_ مدى ملائمة التحكيم المؤسسي لفض المنازعات التجارية وما سمح بها المشرع الجزائري نظرا لجملة من الأسباب التي ذكرنها سابقا، الأمر الذي يقتضي منا تفعيل هذه الآلية في دولنا العربية بوصفها تتوفر على إمكانات جغرافية ملائمة للتجارة الدولية وبالتالي من شأنها استقطاب الكثير من الاستثمارات ثم نجد الخدمات التي يقدمها المركز الذي يدير التحكيم، يجعل الخلافات بين المتعاملين عابرة إذ يتم استئناف العمل بشكل طبيعي بعد صدور الحكم. وذلك بعيدا عن تشهير وسائل الإعلام، كما يكفل غلق ملف النزاع بصفة نهائية.

_ يتعين على الدول العربية، خاصة الدولة الجزائرية لما تتوفر من الطاقم البشري وشباب المتوجه إلى عالم الشغل في مختلف المجالات وكذا دخول الجزائر في إبرام اتفاقيات مع جرانها الأفارقة مؤخرا وذلك بإنشاء مراكز متخصصة في التحكيم تضمن الممارسة من عدمها.

[1] رقية عواشرية، نفس المرجع , ص 97

_ كما يتعين على الجامعات إقامة ندوات للطلبة حول التحكيم عموما والمؤسسي خصوصا للتعرف عليه أكثر ويصبح كتخصص يدرس في الدراسات العليا.

وللاستفادة من خبرات المراكز التحكيمية الدائمة يكون ذلك عن طريق البعثات العلمية والمؤتمرات.

المطلب الثالث: تدخل القاضي الإداري في إجراءات التحكيم

قد يتعرض تشكيل هيئة التحكيم عقبات يستحيل معها اتمام عملية التحكيم ومن الضروري البحث عن جهة توكل لها مهمة مساعدة الأطراف التغلب في إزالة هذه العقبات حتى يحقق التحكيم فاعليته ويؤدي دوره المنشود كطريق أكثر سرعة من القضاء لفض النزاعات كأصل عام وبتفويض الدولة جانب من اختصاصات السيادية المتمثلة في الفصل في المنازعات التي تنشب بين الأفراد، كما أعطت من خلال نصوص القانون الاجراءات المدنية والادارية دور المساعد للقضاء ليس فقط من أجل تحقيق الفاعلية المطلوبة لنظام التحكيم، ولكن من أجل أن يستكمل نظام التحكيم أركانه الأساسية.

ومثل هذا التشكيل لا يأتي إلا في إطار التحكيم الداخلي وبعدة شروط:

الفرع الأول: الدور المساعد للقضاء

01 – وجود نزاع:

تنص المادة 1/1444 من القانون الاجراءات المدنية الفرنسي على أنه " إذا حصلت بعد نشوب النزاع صعوبة في تشكيل محكمة التحكيم بفعل أحد الأطراف أو في تنفيذ طرق تعيينهم، عين رئيس المحكمة الكلية المحكم أو المحكمين.

"وذات الاتجاه سار عليه المشرع الجزائري حيث نص في المادة **1009**[1] من القانون الاجراءات المدنية والادارية على أنه " إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تعيين المحكم المحكمين، من قبل رئيس المحكمة.

"يفهم من النصان أمه يشترط لتدخل القضاء بالمساعدة في اختيار المحكمين لأن يكون هناك نزاع قائم بالفعل بين طرفي التحكيم، بحيث يعد هذا الشرط كقاعدة عامة التي تقتضي أنه لا يوجد مصلحة فلا يوجد دعوى، وبالتالي فإنه إذا لجأ أحد الأطراف إلى القضاء من أجل تعيين المحكمين قبل نشوب النزاع فإن الأثر المترتب عن ذلك هو عدم قبول دعوى تعيين المحكم لانتقاء شرط المصلحة فيها. [2]

02 - وجود عقبات في تشكيل هيئة التحكيم:

يشترط لإجازة تدخل القضاء بالمساعدة في اختيار المحكمين أن يتعرض تشكيل هيئة التحكيم عقبات يستحيل معها القيام بالمهام المحددة لها في اتفاق التحكيم.

---

[1] المادة 1009 من القانون الاجراءات المدنية والادارية السالفة الذكر. قد أخذ بهذا الاتجاه المشرع الفرنسي بنص المادة 1444 القانون الاجراءات المدنية الفرنسي". . . غير أن هذا التعيين يمكن أن يحصل بواسطة رئيس المحكمة التجارية. .

[2] جبايلي صبرينة، المرجع نفسه، ص51

يجوز للقضاء بالتدخل في حالة تعرض عملية التشكيل لرقابة مدى صحة تشكيل هيئة التحكيم واحتراما لإرادة الأطراف وحسن نواياهم. [1]

ويثير هذا الموضوع التساؤل عن جهة القضاء المختصة التي أو كلها المشرع بمهمة إزالة العقبات التي قد تعترض تشكيل هيئة التحكيم المنوط بها حسم منازعة ناشئة عن عقد إداري.

فقد ذهب جانب من الفقه إلى أن تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم يعتبر من قبيل الدور المساعد والتعاون في تحريك عملية التحكيم ونجاحها دون أن يتعرض القاضي لموضوع النزاع وبالتالي استبعاد القضاء الاداري وعقد الاختصاص في هذا الشأن للقضاء العادي لأن طبيعة نشاط التحكيم خارج كل مرجعية على مفهوم مرفق العام وفكرة السلطة العامة وهما أساس اختصاص القضاء الاداري بالإضافة إلى أن اجراءات التحكيم ترتبط بصفة أساسية بقواعد القانون الخاص.

بينما ذهب جانب آخر إلى عقد اختصاص القضاء الاداري بصفة مطلقة بالنظر للمسائل المتعلقة تشكيل هيئة التحكيم باعتبارها الجهة المختصة أصلا بنظر النزاع.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من تشكيل هيئة التحكيم:

أما عن موقف المشرع الجزائري فلم تكن بنية واضحة، فقد أقر للتحكيم الداخلي حسب نص المادة **1009** من القانون الاجراءات المدنية والادارية على أن يتم التعيين من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل ابرام العقد أو محل تنفيذه، وبالتالي فالمشرع قد اهتم بالاختصاص الاقليمي دون الاختصاص النوعي، فلو أن المشرع قصد جهة القضاء الاداري لجاء في المادة أن الاختصاص ينعقد للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع أو يذكر المحكمة الادارية المختصة،، وهوما يوحي بأن نيته اتجهت إلى عقد الاختصاص في هذا الشأن لجهة لقضاء العادي بصفة مطلقة. [2]

تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم محكوم بعدة ضوابط منها:

أ _ احترام الشروط التي حددها القانون وذلك التي اتفق عليها الأطراف في المحكم.

ب _ عدم قابلية الطعن في القرار الصادر بتعيين المحكم بأي طريق كان، هذه القاعدة متعلقة بحالات رد المحكم من نص المادة **1016** قانون **09/08** [3] المتعلقة بحالات رد المحكم حيث جاء فيها **". . . هذا الأمر غير قابل لأي طعن "**ومنه نقول أن قرار التعيين أيضا غير قابل لأي طعن.

[1] جبايلي صبرينة، المرجع نفسه، ص 53
[3] - أنظر المادة 1016و 1009 من ق.إ.م.إ.ج.رقم 09/08

الفرع الثالث: شروط رد المحكم:

نظرا لأهمية العقود الإدارية فإن المصالح التي يمكن أن تكون محل نزاع وتسوية عن طريق التحكيم قد تتعرض إلى الضياع وعدم الانضباط في الحقوق عندما يتعلق الأمر بمحكمين وقع شك في استقلاليتهم أو نزاهتهم أو حيادهم ويقصد بالاستقلالية والحيدة في هذا المقام ألا توجد للمحكم أي صلة أو ارتباط أو تبعية بأحد الطرفين بل يكون مستقلا عنهما استقلالا ماليا واجتماعيا ومهنيا، وألا ينحاز لأحدهما أو ضده لأسباب خاصة أو شخصية.

لذلك فقد اعطى القانون الحق للأطراف في رد المحكين المشكوك فيهم اي رفض المحكم النظر في نزاع معين لكن قد يكون الهدف من الرد هو التماطل وتعطيل الإجراءات، لذلك فالقانون لم يطلق العنان الأطراف لرد المحكمين في كل الظروف بل يجب ان تتوفر أسباب معينة وشروط حتى يتم الرد وهي:

1 _ لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه أو شارك في تعيينه إلا لسبب علم به بعد التعيين.

ومعنى ذلك أنه لا مجال لرد المحكم لأسباب كان يعلمها طالب الرد وقت تعيين المحكم إذ يعد بمثابة موافقة الضمنية على هذا الوضع، وانه قد تنازل عن حقه في طلب الرد، وإذا كألا يعلم بأسباب الرد فعليه أن يثبت توافرها، ويعني ذلك علمه بوجودها بجميع طرق الإثبات باعتبارها واقعة مادية.

2 _ هذا الشرط لم ينص عليه القانون الجزائري إلا أنه تحقيقا لفعالية التحكيم من خلال أنه طريق سريع لحل المنازعات في إطار الصفقات العمومية فإنه لا يقبل طلب الرد ممن سبق له تقديم الطلب برد المحكم ذاته في عملية التحكيم، أي أنه لا يجوز لأحد طرفي التحكيم أن يطلب رد المحكم بذاته أكثر من مرة خلال عملية التحكيم نفسها.

وقد أكدت جل القوانين الخاصة بالتحكيم على ضرورة توفر سبب لرد المحكم وإن لم تحدد بعض القوانين كل أسباب الرد فإنها اشارت إلى ما يوحي بوجود شك في استقلاليته أو نزاهته أو حياده.

أولا: حالات رد المحكم:

وعليه وقد نصت المادة **1016 /3** من قانون الاجراءات المدنية والادارية على حالة رد المحكم وهي: [1]

[1] - جبايلي صبرينة، المرجع نفسه، ص 57

_ عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط. . . "فالمحكم الذي يلي مهمة نظر منازعة تتعلق بعقد، داري قد يكون متأثر بعدة عوامل قد تؤثر في حيادته واستقلاله، وترجع هذه العوامل إما للبنية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي ينتهي إليها المحكم، وإما إلى هوية الخصوم وموضوع النزاع.

_ عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف

_ عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف

وما يلفت النظر في القانون الجزائري أن أسباب الرد ليست من النظام العام، وبالتالي يمكن تسويتها، فإذا ظهر سبب للرد فيمكن للطرفين أن يتفاوضا عليه وأن يتوافقا على القبول به.

الفرع الرابع: السلطة المختصة بالفصل في طلبات رد المحكم:

بالنسبة للسلطة المختصة بالفصل فيه فإن المشرع الجزائري يعترف لقضاء الدولة بسلطة الفصل في طلبات رد المحكمين حسب نص المادة **3/1016** من القانون **09/08**.[1]

ويمر طلب رد المحكمين بمرحلتين:

1 _ تبليغ محكمة التحكيم والطرف الآخر دون تأخير بسبب الرد.

2 _ في حالة النزاع إذا لم يتضمن نظام التحكيم كيفيات تسوية أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمه التعجيل.

أما فيما يخص ميعاد طلب الرد فلم ينص عليه المشرع الجزائري ولكنه أكد على طابعه الاستعجالي.

[1] جبايلي صبرينة، المرجع نفسه، ص57
أنظر المادة 1016 /3 من القانون 09/08

المبحث الثاني: النقائص الواردة عن المعالجة التشريعية للنظام:

التحكيم في الجزائر بالمقارنة بالأنظمة القانونية العربية (على سبيل المثال: مصر وتونس) إن الغاية المرجوة من المعالجة التشريعية للنظام التحكيم في الجزائر ذلك في النظر في إرساء الضوابط والقواعد التي تضمن حسن سير التحكيم وتحقيق أهدافه، وذلك يكون بتوضيح علاقة القضاء بالتحكيم من جهة أو جه التعاون بينهما ومن جهة أخرى نطاق الرقابة والاشراف على التحكيم.

ويعد هذا الأسلوب دليلا علة أهمية الدور الذي يمكن أن يؤديه القضاء تجاه التحكيم، فالقضاء له دور مهم لصالح إنجاز التحكيم، وأقرت التشريعات التي تنظم التحكيم مبادئ معينة تعطي القضاء دورا مهما في نطاق نظام التحكيم، ولم يعد دوره يقتصر على الرقابة في هذا الشأن، ولكنه أصبح دورا متداخلا مع وظيفة التحكيم، حيث امتد ليشمل الدعم والمؤازرة من أجل ملئ الفراغ الناتج عن كون المحكم شخصا عاديا لا يملك السلطات التي يمتلكها القضاء.

وإذا كان التحكيم يسعى في جانب من أهدافه إلى التخفيف عن كاهل القضاء، فإن هذا نجده يمد للتحكيم يد العون، بالإضافة إلى الرقابة والاشراف، والمسلم به أن التحكيم نظام قضائي خاص وهو مواز لقضاء الدولة ومتميز عنه، وأن أحكام المحكمين ذات طابعة قضائية ترتب العديد من الآثار المشابهة لأثار الحكم القضائي الصادر من محاكم الدولة، ولذلك فإن التحكيم يلتقي مع قضاء الدولة من حيث منحه سلطة مساعدة المحكمين أصلا ينظر النزاع كالمحكمة المختصة بنظر منازعات العقد الاداري سواء كانت إدارية أو عادية، أو وفقا لما هو منصوص عليه بالقوانين المختلفة التي تنظم التحكيم سواء كانت داخلية أو دولية.

والهدف من منح القضاء سلطة مساعدة التحكيم والرقابة على اعماله هو تدعيم فاعلية التحكيم لكي يتمكن من اداء دوره بالشكل المطلوب.

هذا وقد حرصت قوانين التحكيم الدولية والمحلية على تنظيم ما يلي:

أ _ رقابة القضاء على التحكيم من خلال مراجعة لأحكام المحكمين قبل صدور الأمر بتنفيذها، فضلا عن قيامه بالفصل في الطعن في الحكم الصادر من المحكمين وفقا لما يسمح به القانون.

ب _ مساعدة القضاء التحكيم في الحالات المعرقلة لعملية التحكيم، مع عدم اتفاق الخصوم على كيفية مواجهتها، كما في حالة امتناع أحد الخصوم عن تعيين محكمه، أو اعتزال المحكمين، أو عزلهم أو ردهم.

هذا وأن الغرض الأساسي من بناء هذه العلاقة وبنا على العلاقة بين التحكيم والقضاء هو تحقيق القضاء هو تحقيق درجة من التكامل بين النظامين بهدف تحقيق الغاية الأساسية منهما ألا وهي فض المنازعات، ولكن بشرط ألا يؤدي هذا الالتقاء بينهما إلى المساس بداية نظام التحكيم، وهو تدعيم فاعلية التحكيم، وإلا فإن المبالغة بشأن دور القضاء في نظام التحكيم يقود إلى نتيجة عكسية وآثارا سلبية قد تؤدي إلى فشل التحكيم، ولذلك حرصت قوانين التحكيم على تحديد تلك الضوابط التي ترسم حدود التقاء التحكيم بالقضاء.

ومن خلال ما تقدم نتناول التنظيم المذكور بين النظامين كما ورد في التشريعات التحكيم المقارنة وعلى النحو التالي:

معالجة التشريعات المنظمة للتحكيم في القانون المصري والتونسي (**المطلب الأول**) أسباب عدم اللجوء الى التحكيم في الجزائر (**المطلب الثاني**) ثم دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم المؤسسي (**المطلب الثالث**).

المطلب الأول: معالجة التشريعات المنظمة للتحكيم في القانون المصري والتونسي

الفرع الأول: القانون المنظم لدعوى التحكيم في منازعات العقود الادارية والتجارية في التشريع المصري:

في حالة ما إذا أدرجت الإدارة عقودا ذات طابع دولي خاصة ألا يكون الافراط في اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية لما له من أثر سلبي على الطبيعة الادارية للعقد، ومن تم على مركز الادارة تجاه المتعاقد معها.

وفي حالة ما أدرجت الادارة شرط التحكيم في عقد من العقود الإدارية، أو في حالة لجوئها إلى التحكيم بصدد نزاع نشأ عن عقد إداري، دون أن تراعي الموافقة الأولية.

ويعني ذلك ضرورة حصول الادارة مسبقا على إذن باللجوء إلى التحكيم يصدر من جهة إدارية أخرى أعلى منها.

فإذا نظرنا في قانون التحكيم المصري رقم **27** لسنة 1994 نجد أن المشرع المصري قد اشترط موافقة الوزير المختص أو يتولى اختصاصاته بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة على اللجوء لتحكيم في منازعات العقود الادارية، وهوما أكده القانون رقم **182** لسنة 2018. [1]

أولا: نص المادة 9 من القانون المصري:

1 _ " يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع.

أما إذا كان التحكيم تجاريا دوليا، سواء جرى في مصر أو في الخارج، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة، ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر.

2 _ وتظل المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص وفقا للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم.

وعلى ذلك فإن القضاء الاداري في مصر هو المختص بنظر مسائل التحكيم في منازعات العقد الاداري، كونه صاحب الاختصاص في النظر المنازعات الادارية.

وقد حددت نصوص قانون التحكيم المصري حالات تدخل القضاء في عملية التحكيم وذلك على النحو الآتي:

[1] عمر طارق عبد العزيز، دور التحكيم في منازعات العقد الاداري، كلية العلوم السياسية، جامعة النهرين، ص152 المجلد 14، العدد 2، الصفحات 133-

1

_ دور القضاء في اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها، علما أن منح القضاء في سلطة الأمر باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية وفقا لما هو منصوص عليه بالمادة **14** لا يعني عدم قابلية الأمور المستعجلة للتحكيم.

2 _ دور القضاء بصدد اختيار هيئة التحكيم أو استكمالها (المادة **17**).

3_ التدخل بصدد موضوع رد المحكمين (المادة **19**)

4_ المساعدة بشأن انهاء مهمة المحكم (المادة **20**).

5 _ مساعدة المحكم عن طريق فرض جزاءات على من يتخلف من الشهود عن الحضور أمام هيئة التحكيم أو يمتنع عن الاجابة، والأمر بالإنابة القضائية (المادة **37**).

6 _ دور القضاء في انهاء الاجراءات وقبول الطلب برفع دعوى أمام المحكمة المختصة وذلك بعد انتهاء المدد المقررة للمحكمين لإنهاء الخصومة وفشلهم في اصدار قرار نهائي رغم مرور المدد المذكورة (المادة **45**).

7 _ المساعدة بصدد المسائل العارضة التي تخرج عن ولاية هيئة التحكيم كإثبات التزوير واتخاذ الاجراءات الجنائية بحق المزور وما شابه ذلك (المادة **46**).

8 _ النظر في دعوى بطلان قرار التحكيم، إذ قرر المشرع المصري عدم جواز الطعن في قرار التحكيم بصفة مطلقة (المادة **1/52**)، بيد أن الفقرة الثانية من نفس المادة أجازت رفع دعوى بطلان قرار التحكيم في الأحوال المنصوص عليها بالمادة (**53**) بقولها:

ثانيا: " قبول دعوى بطلان لقرار التحكيم في الأحوال الآتية:

(أ) إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلا أو قابلا للإبطال أو سقط بانتهاء مدته.

(ب) إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقا للقانون الذي يحكم أهليته. [1]

1 - عمر طارق عبد العزيز, المرجع السابق ص 134 .
أنظر المادة 9 من القانون المصري ,

(ج) إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلانا صحيحا بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته.

(د) إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف تطبيقه على موضوع النزاع.

(ه) إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين.

(و) إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها.

(ز) إذا وقع بطلان في حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلانا أثر في الحكم.

_ (وتقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية).

9 _ دور القضاء بإصدار الأمر بتنفيذ قرار التحكيم (المادة **56**). [1]

الفرع الثاني: القانون المنظم لدعوى التحكيم في منازعات العقود الادارية والتجارية في التشريع التونسي:

على نقيض الاتجاه السابق للفقه والقضاء الفرنسيان في حظر لجوء الأشخاص العامة للتحكيم ذهب اتجاه آخر إلى القول بإمكان لجوء الأشخاص القانون العام إلى الاتفاق على التحكيم لحل المنازعات التي تنشأ عن العقود الادارية التي تبرمها.

ففي نطاق القضاء الفرنسي نجد تأييد لفكرة اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الادارية سواء في أحكام القضاء العادي أو بعض قرارات مجلس الدولة.

فإذا كان القضاء العادي في فرنسا على وفاق مع مجلس الدولة في تطبيق المبدأ التقليدي القائم على عدم جواز لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم إلا بناء على نص [2]

1

-1 - عمر طارق عبد العزيز ,المرجع نفسه ,ص 134 .

2 - القانون عدد 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26 أبريل 1993 يتعلق بإصدار مجلة التحكيم (الرائد الرسمي عدد 33 بتاريخ 4 مايو1993 صفحة 580) القانون عدد 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26 أبريل 1993 يتعلق بإصدار مجلة التحكيم (الرائد الرسمي عدد 33 بتاريخ 4 مايو1993 صفحة 580)

يسمح بذلك، فإن القضاء العادي يختلف مع قضاء مجلس الدولة فيما يتعلق بالعقود ذات الصفة الدولية والتي تكون أشخاص القانون العام طرفا فيها.

ومثال ذلك حكم محكمة استئناف باريس الصادر في 24 فبراير 1994 في القضية التي كانت بين وزارة المرافق التونسية وشركة إخوان بيك، حيث تعود تفاصلها إلى عقد أشغال عامة كان قد أبرم عام 1981 بين الحكومة التونسية ومجموعة مشروعات كانت تديرها الشركة الفرنسية " إخوان بيك "ويتمثل في نقل بعض المواد عبر الحدود.

أولا: بمقتضى القانون عدد 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26 أبريل 1993:

يتعلق بإصدار مجلة التحكيم (الرائد الرسمي عدد 33 بتاريخ 4 مايو1993 صفحة 580) وبعد موافقة مجلس النواب صدر رئيس الجمهورية القانون الآتي نصه في الباب الثالث القسم السابع في الفصل 78 فيما يتعلق بالطعن في حكم التحكيم كالآتي:

1 – لا يجوز الطعن في حكم التحكيم إلا بطريق الإبطال ويتم ذلك وفقا للفقرتين الثانية والثالثة في هذا الفصل.

2 – لا يجوز لمحكمة الاستئناف بتونس أن تبطل حكم التحكيم إلا في الصورتين الآتيتين:

ثانيا: تقديم طالب الإبطال دليلا للإثبات:

أ _ إن أحط أطراف اتفاقية التحكيم المشار إليها في الفصل 52 من هذه المجلة لا يتوفر فيه شرط من شروط الأهلية أو إن هذه الاتفاقية غير صحيحة في نظر القانون الذي أخضعها له الأطراف أو في نظر قواعد القانون الدولي الخاص إن لم يعينوا القانون المنطبق.

ب _ أن طالب الإبطال لم يقع إعلامه على وجه صحيح بتعيين أحد المحكمين أو بإجراءات التحكيم أو أنه تعذر عليه لسبب آخر الدفاع عن حقوقه.

ج _ إن حكم التحكيم يتناول نزاعا لا يقصده الاتفاق على التحكيم أو لا يشمله الشرط التحكيمي أو إنه يشتمل على الحكم في مسائل خارجة عن نطاق الاتفاق على التحكيم هو وحده الذي يجوز إبطاله. [1]

1 - القانون عدد 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26 أبريل 1993 يتعلق بإصدار مجلة التحكيم) المرجع السابق

د _ إن تشكيل هيئة التحكيم أو ما وقع اتباعه في لإجراءات التحكيم كان مجالها لمقتضيات اتفاقية تحكيم بصفة عامة أو لنظام تحكيم مختار أو لقانون دولة وقع اعتماده أو لقواعد أحكام هذا الباب المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم.

ثالثا: إذا رأت المحكمة أن حكم التحكيم يخالف النظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص.

_ لا يجوز تقديم طلب الإبطال بعد ثلاثة أشهر من يوم تسلم الطالب لحكم التحكيم أو من يوم البث في المطلب من قبل هيئة التحكيم أن قدم لها هذا الطلب وفقا للفصل 77 من هذه المجلة. " خلال ثلاثين يوما من صدور حكم التحكيم يجوز لهيئة التحكيم من تلقاء نفسها إصلاح الغلط في الرسم أو في الحساب أو اي غلط مادي تسرب إلى التحكيم. "

_ يجوز للمحكمة المتعهدة بطلب الإبطال ان توقف إجراءات الإبطال لمدة تحددها الهيئة التحكيمية تمكنها من استئناف إجراءات التحكيم أو اتخاذ ما تراه من شأنه إزالة أسباب الإبطال.

رابعا: _ إذا قضت المحكمة المتعهدة بطلب الإبطال كلا أو جزء فإنه يجوز لها عند الاقتضاء وبطلب من جميع الأطراف إن تحكم في موضوع النزاع ويكون لها صفة المحكم المصالح المنصوص عليها بالفصل 14 إن توفرت هذه الصفة في التحكيم.

وإذا قررت رفض الطعن فإن حكم الرفض يقوم مقام الأمر بتنفيذ حكم التحكيم المطعون فيه.

خامسا: _ يجوز للأطراف الذين ليس لهم بتونس مقر أو محل إقامة أصلي أو محل عمل أن يتفقوا صراحة على استبعاد الطعن كليا أو جزئيا فيما تصدره هيئة التحكيم.

وإذا طلبوا الاعتراف بالحكم التحكيمي الصادر وتنفيذه داخل التراب التونسي وجب تطبيق أحكام الفصول 80 و81 و82 من هذه المجلة. [1]

[1]القانون عدد 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26 أبريل 1993 يتعلق بإصدار مجلة التحكيم (الرائد الرسمي عدد 33 بتاريخ 4 مايو1993 صفحة 580) القانون عدد 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26 أبريل 1993 يتعلق بإصدار مجلة التحكيم (الرائد الرسمي عدد 33 بتاريخ 4 مايو1993 صفحة 580)

المطلب الثاني: أسباب عدم اللجوء الى التحكيم في الجزائر:

إذا أرضنا نتمعن في مضمون الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، يسمح بالقول أن القانون الجزائري للتحكيم يدخل ضمن القوانين التي اختارت أن تميز بين القواعد المنظمة للتحكيم الداخلي والقواعد المنظمة للتحكيم الدولي، ويظهر ذلك جليا في التباعد الكبير بين النوعين من حيث التشجيع واللبرالية وفي تنظيم هذه القواعد الخاصة المطبقة على التحكيم التجاري الدولي مسائل تتخطى تلك التي تنبثق من دولية التحكيم، حيث نجد مثلا أن حرية الأطراف أخذت حيزا كبيرا في التحكيم ولا نجد لها إلا حيزا صغيرا بالنسبة للتحكيم الداخلي.

إن فعالية اللجوء إلى التحكيم، التي تقتضي تحقيق النتيجة المنتظرة من ولوجه، غير مضمونة وغير مشجعة في إطار التحكيم الداخلي، فعلى عكس القواعد الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، لم تكرس القواعد المنظمة للتحكيم الداخلي المبادئ التي تضمن هذه الفعالية وخصوصا عندما يتعلق الأمر بتلك المبادئ التي تصد الاجراءات التسويفية ووسائل المماطلة، والتي من الممكن أن تلجأ إليها الأطراف سيئة النية لإهدار جدوى ممارسة التحكيم.

يضاف إلى ذلك الاختلاف الكبير للتنظيم القانوني لنوعي التحكيم من حيث طرق الطعن ضد احكام التحكيم الصادرة في ظلها.

فإذا ما سلمنا بأن تشجيع التحكيم الداخلي من شأنه أن يجعل منه طريقا بديلا يساعد في معالجة أزمة العدالة، ويساهم في تخفيف العبء المفروض على الدولة لمواجهة الكم المتزايد القضايا المطروحة أمام القضاء، فإن ذلك يمر حتما عبر إعادة النظر في القواعد المنظمة له في اتجاه تحرير إرادة أطرافه ومواجهة ما يعرقل فعاليته، لذلك سنحاول من خلال هذه الجزئية التي تعتبر إجابة على موضوع الدراسة وذلك بالبحث عن القواعد المنظمة للتحكيم الداخلي في القانون الجزائري التي تقتضي إعادة النظر فيها، وعن المبادئ التي يجب تكريسها من أجل تحقيق الهدف من جعل هذا النظام طرقا بديلا لحل النزاعات والتشجيع على ممارسته من قبل الأفراد والمؤسسات.

الفرع الأول: ضرورة تخفيف القيود الشكلية لاتفاق التحكيم:

إذا كان تحرير اتفاق التحكيم من القيود الشكلية يهدف إلى ضمان فعالية هذا الاتفاق ومسايرته لما يتطلبه نظام التحكيم من فعالية، خاصة مع التطور الكبير الذي عرفته وسائل الاتصال الحديثة، فإن التحرير الكامل والليبرالية المطلقة يمكن أن يهددان الأمن القانوني [1]

[1] تعويلت كريم التحكيم الداخلي في القانون الجزائري، مقتضيات تشجيعه وتفعيله، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص 2017، قسم قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، ص167

من خلال توسيع آثار اتفاق التحكيم إلى أطراف لم تلتزم به، لأن التعبير عن إرادة الالتزام به غير مقيدة بشكل معين، كما يمكن أن يجسد اللجوء الانفرادي للتحكيم، مما يفقده طبيعته الاتفاقية وما ينتج عن ذلك من اعتداء على أرادة الأطراف، وهي نتيجة عكسية للفعالية المرجوة التي تهدف إلى حماية إرادة الأطراف.

إذا كانت كتابة اتفاق التحكيم ضرورية، ذلك أن الهدف منها هو تفادي النزاع مستقبلا بين الأطراف حول محتويات اتفاق التحكيم، فإن الكتابة المقصودة ليست تلك الكتابة الكلاسيكية التي تسجل على ورقة ممهورة بتوقيع الأطراف مثل ما كان الوضع عليه من قبل، وإنما الكتابة بالمفهوم الحديث الذي يستوعب كل أشكال الكتابة، بما فيها تلك الناتجة عن التطورات الراهنة في وسائل الاتصال الحديثة، كالفاكس والتلكس والبريد الالكتروني. . . إلخ[1]، لأن هذه الوسائل تجيز الاثبات بالكتابة.

من هذا المنطلق يبدو من الضروري أن يقوم المشرع الجزائري بتوسيع مفهوم الكتابة كشرط لصحة اتفاق التحكيم الداخلي.

وذلك على غرار ما فعل في مجال اتفاق التحكيم التجاري الدولي، لأن الصياغة الحالية لنصي المادتين **1008** و**1012** من قانون الاجراءات المدنية والادارية توحي بتقييد اتفاق التحكيم بالكتابة التقليدية.

عندما أشترط المشرع الكتابة كركن من أركان وجود هذا الاتفاق من الأساس وليس مجرد شرط لإثبات عند إبرام اتفاقية التحكيم التجاري الدولي كتابة، إلا أن المشرع، وبغرض التخفيف من حدة هذا الشرط، وسع من مفهوم الكتابة ليشمل الوسائل الحديثة للاتصال كالرسائل الإلكترونية والفاكس والتلكس أو أي وسيلة أخرى تجيز الإثبات بالكتابة. ويكون المشرع الجزائري بذلك قد تبنى التوصية التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في سنة 2006 بخصوص تفسير نص المادة الثانية من اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها.

الفرع الثاني: ضرورة التخفيف من الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي:

في القانون الجزائري حكم يحتاج التنظيم الذي حظيت به طرق الطعن ضد حكم التحكيم في النزاعات الداخلية إلى إعادة النظر ليتمشى مع هو معمول به في القانون المقارن في العصر الحالي، وذلك في اتجاه تبسيط نظام التحكيم وتفعيله.

أولا: واقع طرق الطعن ضد حكم التحكيم الداخلي في القانون الجزائري:

حاول المشرع أن يوفق بين الفعالية الضرورية التي يبنى عليها نظام التحكيم الحديث وضرورة الرقابة القضائية التي تضمن التأكد من احترام المحكم لإرادة الأطراف والمهمة المسندة إليه، من أجل ذلك ذهب المشرع الجزائري إلى إجازة الطعن في حكم التحكيم أمام

[1] تعويلت كريم ،المرجع نفسه ص167

القضاء، غير أنه حصر طرق الطعن في الاستئناف واعتراض الغير الخارج عن الخصومة، بينما نص صراحة استبعاد المعارضة والطعن بالنقض.

المادة **1033** من ق. إ. م. إ. ج قد نصت على أن حكم التحكيم يقبل الاستئناف مبدئيا في أجل شهر واحد من تاريخ النطق به، وذلك أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه هذا الحكم، غير أن هذه المادة سمحت بتنازل الأطراف عن حق الاستئناف صراحة في اتفاق التحكيم. [1]

إلى جانب الطعن بالاستئناف سمح المشرع الجزائري بالطعن في حكم التحكيم الداخلي باعتراض الغير الخارج عن الخصومة، الذي يعتبر من طرق الطعن غير العادية ويهدف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم الذي فصل في أصل النزاع، ويؤدي إلى الفصل من جديد في النزاع من حيث الوقائع والقانون، فقد نص المشرع الجزائري على هذا الطعن في الفقرة الثانية من المادة **1032** من قانون الإجراءات المدنية والادارية، وجعلت الاختصاص بالنظر فيه للمحكمة المختصة أصلا بالنظر في موضوع النزاع لولا الاتفاق على التحكيم. [2]

وللإشارة لم يتضمن الاجراءات المدنية والادارية أجالا خاصة لرفع اعتراض الغير الخارج عن الخصومة على حكم التحكيم، وهوما يؤدي بالقول إلى العودة إلى الآجال المنصوص عليها في المادة **384**[3] من نفس القانون والخاصة بالاعتراض على الحكم القضائي والمقدرة ل 15 سنة تسري من تاريخ صدوره غير أن هذا الأجل يحدد بشهرين عندما يتم التبليغ الرسمي للحكم أو القرار أو الأمر إلى الغير.

ثانيا: ضرورة تفضيل الطعن بالبطلان:

على طرق الطعن التقليدية المعروف أن حكم التحكيم تقتضي أن أحكام المحكمين نهائية لا تقبل الطعن فيها حتى تتحقق الحكمة من نظام التحكيم وهي سرعة الفصل في المنازعات بين أطراف العلاقة القانونية، حتى لا تظل المشاكل معلقة بينهم لإمكانهم من تحقيق استمرار علاقاتهم.

من هذا المنطلق، يتجلى لنا أن اعتماد المشرع الجزائري على رقابة الاستئناف غلى حكم التحكيم لا يشجع على اختياره لحل النزاعات بدلا من الأطراف وكان من الأفضل تكريس رقابة البطلان فقط نظرا لاعتمادها في القانون المقارن، ونظرا كذلك لانسجامها مع طبيعة التحكيم والغرض من اختياره. [1]

---

[1] تعويلت كريم، المرجع السابق، ص173.

[2] عرباوي نبيل صالح، الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم في القانون الجزائري ص271

[2] عرباوي نبيل صالح، الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم في القانون الجزائري، Contester la nullité des clauses D'arbitragent droit Algérien. تاريخ قبول المقال للنشر، 21-02-2018، جامعة طاهري محمد، بشار، ص265 2 المادة 1033 و1056 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري

[3] المواد 384 و1032 و1033 من قانون الإجراءات المدنية والادارية الجزائري

الطعن بالاستئناف ضد أحكام التحكيم لا تشجع على ولوج طريق التحكيم للفصل في النزاعات، وذلك لأنه يؤدي إلى إعادة النظر فيها توصل إليه المحكم من حل للنزاع المطروح بين الأطراف كون قاضي الدرجة الثانية سيفصل من جديد من حيث القانون والوقائع، وإعادة النظر في حكم التحكيم بهذه الكيفية لا تتوافق مع طبيعة نظام التحكيم والغرض منه، لأن الخصوم قصدوا باتفاقهم على التحكيم استبعاد القضاء، بما يتضمنه من إجراءات معقدة وعلانية وأحكام تصدر طبقا للقانون، واللجوء إلى عدالة أخرى أكثر سرعة وتجري في كنف السرية.

لا شك أن استبعاد هذا الطريق من طرق الطعن ضد حكم التحكيم التجاري الدولي وهي نفس الاعتبارات السابقة التي دفعت المشرع بذلك، وقصده بذلك تشجيع نظام التحكيم في هذا المجال وتخفيف رقابة القضاء التي من الممكن أن تكون عائقا أمام فعالية هذا النظام في حل النزاعات، لذلك لا نرى ما يمنع من استبعاد الطعن بالاستئناف ضد الأحكام الصادرة في مجال التحكيم الداخلي أيضا حتى تعززه وتضمن فعاليته.

للإشارة، فإن السماح للأطراف بالاتفاق على استبعاد طريق الطعن بالاستئناف في نص المادة **1033** [2]من ق. إ. م. إ. ج، لا يمكن لتفعيل هذا النظام لكون الأطراف عادة ما لا ينظمون هذه المسائل في اتفاقاتهم، وكان من الأجدر على الأقل أن يكون المبدأ عدم قابلية الحكم الاستئناف والاستثناء إمكانية اتفاق الأطراف على قابليته للاستئناف.

إن تشجيع التحكيم الداخلي وضمان فعاليته واختياره كطرق بديل يقتضيان حصر الطعن ضد الحكام الصادرة في ظله في منازعة البطلان واستبعاد طرق الطعن الأخرى التي تهدف إلى إعادة النظر في مضمون هذه الأحكام، فطريق البطلان يتماشى وطبيعة نظام التحكيم، لأن دعوى البطلان ليست طريقا للطعن في حكم التحكيم، كما أنها ليست درجة ثانية من درجات التقاضي ضد هذا الحكم، وإنما هي طريق خاص لمراجعة أحكام التحكيم قصد مواجهة ما يمكن أن يعتري الحكم من عيوب من شأنها أن تمس صحته بوصفه عملا قانونيا بصرف النظر عما قضى به في موضوع النزاع.

يهدف الطعن بالبطلان إذن إلى التحقق من تطابق إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم ومدى احترام للمبادئ الأساسية للمحاكمة العادية أثناء سير خصومة التحكيم وأثناء صدور الحكم، بالإضافة إلى مراقبة مراعاة هذا الحكم للنظام العام، لذلك فعادة ما يتم تحديد الحالات التي تقبل فيها دعوى البطلان تحديدا حصريا كما هو الشأن في القانون المصري وفي المادة **1056** من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري والخاصة بحالات الطعن بالبطلان ضد حكم التحكيم التجاري الدولي. [1]

[1]لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2010، ص322

2-أنظر المواد ,1033 و1056 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري

الفرع الثالث: مدى ضرورة تطبيق قانون مكان التحكيم على الاجراءات التحكيمية:

لما كان عند ممارسة المحكم لمهمته التحكيمية تقتضي وجود قانون ينظم إجراءات التحكيم المتبعة، ويتم تطبيق أحكامه على المسائل الاجرائية المثارة، بحيث يخضع هذا القانون لسيادة السلطة القضائية لدولة معينة، وهذا القانون هو قانون مكان التحكيم، أو ما يطلق عليه قانون مقر التحكيم، أي قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم، وعليه فإن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم حسب هذا الاتجاه

_ هو قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم على إقليمها مبررين ذلك بقولهم أن المحكم إنما يقيم العدالة في الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم وإقامة العدالة تنبثق دائما عن سيادة الدولة.

فكل دولة لها سلطة تبيان الحالات والشروط التي يجوز فيها للمحكمين أن يقيموا العدالة على إقليمها، وينتزعون الاختصاص من محاكمها الوطنية. [1]

أولا: الاتجاه المؤيد لتطبيق قانون مقر التحكيم: [2]

تبنى هذا الاتجاه الفقيه سوسر هو ل **Sausser Hall** في تقريره المقدم إلى المعهد القانون الدولي في دورة انعقاده بأثينا سنة **1952** [3] فقد ذهب هذا الفقيه إلى أنه عند تحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم في مجالات العلاقات الدولية الخاصة، يجب الخد بعين الاعتبار الطبيعة المختلطة لنظام التحكيم، كونه من طبيعة اتفاقية وقضائية في آن واحد، وبناء على الطبيعة التعاقدية، وطبقا لنظرية المؤشرات، يجب إسناد التحكيم إلى قانون الدولة ذات الصلة الاقليمية الأكثر وثاقة به، وهذه الدولة هي بكل وضوح تلك التي يجري التحكيم على إقليمها.

ويضيف الفقيه أنه وفقا للطبعة التعاقدية للتحكيم فإن للأطراف الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم، ولكن مع الخد بعين الاعتبار الطبيعة القضائية للتحكيم، فاتفاق التحكيم مثله في ذلك مثل اختيار الاختصاص القضائي لقضاء أجنبي، فكما يجوز للأطراف في ممارستهم لإرادتهم اختيار قضاء أجنبي، وأن هذا الاختيار يكون من شأنه تطبيق القواعد الاجرائية والنصوص الأمرة في قانون دولة القاضي المختار، فإن الأمر كذلك بالنسبة للتحكيم في مجالات العلاقات الدولية الخاصة، حيث يجوز للأطراف تحديد الإجراءات واجبة الإتباع أمام هيئة التحكيم أو يتركوا لها أمر تحديد هذه الاجراءات، ولكن مع مراعاة القواعد الآمرة في الدولة مقر التحكيم، والتي لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها، ذلك أن سلطان إرادة الأطراف لا يمكن أن تمارس إلا في الحدود التي تسمح بها

---

[1] جارد محمد، الدعوى التحكيمية في إطار العلاقات الدولية الخاصة –دراسة مقارنة- أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية، 2017-2018، ص96

[2] من أهم الفقهاء الذين نادوا بفكرة إخضاع إجراءات التحكيم لقانون مقر التحكيم: Sausser Hall. Francis Man. Ph. Fouchard. E. Bartin. et Niboyet

- راجع في ذلك: سراج أبوزيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، 2010، ص457 -458

قانون مقر التحكيم، فهذه القواعد هي التي تحدد نطاق الذاتية التي يتوجب الاعتراف بها للأطراف بها في هذا المجال. [1]

01: تطبيق قانون مكان التحكيم:

يذهب هذا الاتجاه إلى القول أن القانون الأنسب لتطبيق على إجراءات التحكيم في حالة تخاف

إرادة الأطراف أو قصور القواعد المتفق عليها هو قانون مكان التحكيم، على أساس أنه تشريع قائم يتضمن جميع المسائل المتعلقة بتنظيم إجراءات التحكيم، كما أنه سيكون _لا محالة_ متماشيا مع قواعد النظام العام، وتطبيقه سيتم تفادي احتمال الطعن في حكم التحكيم بالبطلان.

فقانون مكان التحكيم _ حسب هذا الاتجاه_ يعد القانون الاحتياطي الذي يتم تطبيقه في حالة تخلف إرادة الأطراف عن تحديد، كونه يتجسد الإرادة الضمنية للأطراف.

وعليه يتعين الرجوع إلى النظام القانوني السائد في دولة مكان التحكيم عند سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم، أو عند عدم كفاية القواعد الاجرائية المطبقة، أو ليد ما قد يشوبها من قصور.

والرجوع إلى قانون دولة مكان التحكيم إنما يأتي بصورة احتياطية أو تكميلية.

وقد استند هذا الاتجاه لتبرير رأيه على جملة من الأسانيد، أهمها:

1 – أنه ليس باتفاق التحكيم وحده يؤتى التحكيم ثماره، بل لابد من ميلاد حقيقي لعملية التحكيم، وهوما لا يتحقق إلا في الدولة التي يجري في لإقليمها التحكيم، وفقا للإجراءات التي تقررها قوانينها.

2 - إن تطبيق قانون دولة مكان إجراء التحكيم على إجراءات التحكيم، ليس فيه أية مفاجأة لأطراف التحكيم، فهو حسب الصل الذين يحددون مكان التحكيم وفلا غرابة في ذلك من تطبيق قانون ذلك المكان

- لا يمكن إنكار الروابط العضوية بين دولة مكان التحكيم وعملية التحكيم ذاتها، فقد تتدخل محاكم دولة مكان التحكيم في المساعدة على تشكيل المحكمة التحكيمية، في بداية العملية التحكيمية، عند إخفاق الأطراف في اختيار المحكمين، أو تتدخل للفصل في طلب رد المحكمين.

[1] جارد محمد، المرجع نفسه، ص 96

– إن إخضاع إجراءات التحكيم لقانون مكان التحكيم، يتماشى مع قاعدة النازع المعروفة في غالبية النظم القانونية بشأن مسائل الاجراءات، وهي القاعدة التي تنص على أنه: " يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات

ثانيا: الاتجاه المؤيد لتطبيق قانون موضوع النزاع:

يذهب جانب من الفقه إلى ان اجراءات التحكيم في حالة اتفاق الأطراف على القانون الموضوع الواجب التطبيق دون تحديد القانون الواجب التطبيق عليها في هذا الفرض تخضع للقانون الذي اختاره الأطراف ليطبق على موضوع النزاع.

يحقق هذا الاختيار ميزة مؤكدة تتمثل في وحدة النظام القانوني المطبق على الدعوى التحكيمية ككل والمطبق على العلاقة بين أطراف النزاع، وبالتالي الحد من حدوث مشكلة تنازع القوانين.

من أهم الانتقادات التي وجهت لهذا الرأي: أن الحل الذي مفاده لإخضاع إجراءات التحكيم للقانون الذي يحكم موضوع النزاع يعاب عليه أنه يقتضي وجود معرفة مسبقة للقانون الذي يحكم موضوع النزاع، وذلك حتى يمكن تطبيقه على إجراءات التحكيم، بحيث أنه لا يوجد اي التزام يفرض على الأطراف أن يحددوا مسبقا _ في اتفاق التحكيم _ القانون الذي يحكم موضوع النزاع، بل يجوز لهم الاتفاق على هذا القانون في وقت لاحق أثناء سير إجراءات التحكيم، ففي مثل هذا الفرض لا يمكن القول بإخضاع لإجراءات التحكيم للقانون الذي يحكم موضوع النزاع، كون هذا الأخير لم يتحدد بعد.

الفرع الرابع: موقف التشريعات الوطنية من القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم:

اعترفت غالبية التشريعات الوطنية بمبدأ حرية الأطراف في تحديد كيفية سير إجراءات التحكيم أو في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وهوما أطلق عليه **"قانون الارادة "**

الفقرة الأولى: موقف المشرع الفرنسي.

للأطراف المتنازعة مجال واسع في تحديد أو اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، سواء في الحالة التي يحصل فيها التوفيق لاحقا بموجب مشارطة تحكيم،

1

-[1] La convention d’arbitrage peut، directement ou référence a un règlement d’arbitrage ou a des règles de procédure، régler la procédure a suivre dans l’instance arbitrage. Dans: - Art 1509 DP. CPLe silence de la

فضلا عن سلطان الارادة للأطراف وتمتعهم بحرية في رسم القواعد الاجرائية التي تسير عليها الخصومة التحكيمية دون الرجوع إلى قانون وطني معين.

وفي حالة عدم وجود هذا الاتفاق تتولى هيئة التحكيم تنظيم هذه القواعد وهذا ما يظهر جليا من نص المادة **1509** من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي الجديد بنصها: " يجوز أن يحدد اتفاق التحكيم الاجراءات التي يتعين إتباعها أثناء الدعوى التحكيمية، إما بطرقة مباشرة أو بالإحالة إلى لائحة أحد مراكز التحكيم أو إلى قواعد إجرائية تنظم ذلك فإن سكت اتفاق التحكيم عن ذلك، حددتها المحكمة التحكيمية إما بطريقة مباشرة أو بالإحالة إلى لائحة أحد مراكز التحكيم قواعد إجرائية تنظم ذلك. "[1]

المشرع الفرنسي اعتمد مبدأ سلطان الارادة في المقام الأول بمراعاة المبادئ الأساسية للتقاضي وثم في المقام الثاني أخذ بمبدأ حرية المحكمين في تنظيم هذه الاجراءات وذلك في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف في هذا الخصوص.

ويكون بذلك أن المشرع الفرنسي في قانون التحكيم الجديد قد تجاوز المفهوم المقرر لمبدأ سلطان القانون في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود في مجال القانون الدولي الخاص، والذي يتخلص في حرية الأطراف في اختيار قانون وطني من بين القوانين التي تتنازع غيما بينها لحكم العلاقة القانونية.

الفقرة الثانية: موقف المشرع المصري:

تنص المادة **25** من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 لمسالة تحديد القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الاجراءات للقواعد النافدة في أي منظمة أو مركز في جمهورية مصر العربية أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة. "[2]

الفقرة الثالثة: موقف المشرع الجزائري:

اتبع المشرع الجزائري نفس الاتجاه الذي سارت عليه غالبية التشريعات الوطنية المقارنة بخصوص القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم، متأثرا في ذلك تأثيرا

---

convention d'arbitrage، le tribunal arbitral réglé la procédure autant qu' il est besoin، soit directement، soit par d'arbitrage ou a des règles de procédure. Gaillard. Op –cit. p 183. [1]

[1] La convention d'arbitrage peut، directement ou référence a un règlement d'arbitrage ou a des règles de procédure، régler la procédure a suivre dans l'instance arbitrage. Dans: - Art 1509 DP. CPLe silence de la convention d'arbitrage، le tribunal arbitral réglé la procédure autant qu' il est besoin، soit directement، soit par référence a un règlement d'arbitrage ou a des règles de procédure. Gaillard. Op –cit. p 183.

[2] تجدر الإشارة إلى ان قانون التحكيم المصري لا يميز التحكيم الداخلي وبين التحكيم الدولي، فقي كلتا الحالتين يمكن للأطراف اختيار القانون الذي ينظم إجراءات التحكيم

كبيرا بالحلول التي قدمها المشرع الفرنسي في هذا الشأن، حيث نصت المادة **1043** من القانون **09/08** المتضمن لقانون الاجراءات المدنية والادارية على أنه: " يمكن أن تضبط اتفاقية التحكيم، الاجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الاجراءات إلى قانون الاجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم.

إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الاجراءات، عند الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم".

فالملاحظ أن المادة **1043** من ق. إ. م. إ. ج قد وضعت قواعد مادية يحدد بموجبها القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم مباشرة دون اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين، حيث أن المشرع الجزائري قد أعطى الأولوية لإرادة الأطراف في تحديد هذه القواعد، مع الاعتراف لهم بالحرية الكاملة في تحديدها، إما أن يصيغوا بأنفسهم، في اتفاق التحكيم، القواعد الاجرائية واجبة الاتباع أمام هيئة التحكيم، أو ان يتفقوا على أن تسري الاجراءات وفقا لإحدى لوائح مراكز التحكيم.[1]

[1] جارد محمد، المرجع السابق، ص127

المطلب الثالث: دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم:

على إثر الوسائل التي تمكن الطرف الذي يرغب في عرقلة إجراءات التحكيم وتعطيله، لجوئه إلى إثارة الدفع بعدم اختصاص محكمة التحكيم، بما يعيد الأطراف من جديد إلى رحاب القضاء للفصل في هذه الدفوع، فسد الباب أمام هذه الوسائل في مجال التحكيم الداخلي بمقتضى تكريس مبدأ " الاختصاص بالاختصاص " الذي يسمح بتفعيل هذا النظام كدور القاضي تدعيم سلطات محكمة التحكيم الداخلي (**الفرع الأول**).

إلى جانب ذلك، قد يكون اتفاق الأطراف على التحكيم يهدف إلى الفصل في النزاع بالشكل الذي سيسمح باستمرار العلاقات بينهم، بغض النظر عما يقرره القانون من حل، ويعتبر ذلك من المميزات الأساسية لهذه الوسيلة مقارنة بالقضاء، لذلك نرى أن منح محكمة التحكيم سلطة الفصل كمفوض بالصلح من شأنه التشجيع على اختيار والإقبال عليه كوسيلة بديلة تمارس لحل المنازعات الداخلية بين الأفراد والمؤسسات (**الفرع الثاني**) صلاحية القضاء في اتخاد التدابير المؤقتة أو التحفظية (**الفرع الثالث**)

الفرع الأول: دور القاضي في تدعيم سلطات محكمة التحكيم الداخلي

أولا: تخويل محكمة التحكيم الداخلي سلطة الفصل في اختصاصها:

بينت الممارسة أن أغلب هذه الدفوع المتعلقة بعدم اختصاص محكمة التحكيم تثار من باب سوء النية لهذا وضعت القوانين الحديثة مبدأ تمنح بموجبه محكمة التحكيم سلطة الفصل في هذه الدفوع، وهذا المبدأ لا نجد له أثرا في القواعد المنظمة للتحكيم الداخلي في القانون الجزائري. [1]

يعتبر مبدأ اختصاص المحكم بالنظر في اختصاصه، أو ما يعبر عنه بمبدأ " الاختصاص بالاختصاص " من المبادئ الأساسية والحيوية لنظام التحكيم، فإعمال هذا المبدأ يسمح باستمرار المحكم أو محكمة التحكيم في أداء مهمتها رغم إثارة الدفع بعدم اختصاصها أو الدفع بعدم وجود اتفاق التحكيم أو إثارة الشك حول صحته.

عند دفع أحد الأطراف أمام محكمة التحكيم بعدم اختصاصها، فإنه يمكن لهذه المحكمة أن تنظر الدفع وتبحث سببه فإن كان مبنيا على بطلان الاتفاق على التحكيم فيدخل في سلطتها البحث في صحة الاتفاق أو بطلانه.

وإذا كان البطلان متعلقا بالنظام العام، كان لمحكمة التحكيم أن تبحث مدى تعلق المخالفة بالنظام العام وأثر ذلك على صحة الاتفاق، وبتالي تحديد ما يعد متعلقا بالنظام العام وما لا يعد كذلك، وهذا دون حاجة إلى وقف إجراءات التحكيم وعرض ذلك الدفع على قضاء الدولة للفصل فيه.

[1] تعويلت كريم، التحكيم الداخلي في القانون الجزائري، مقتضيات تشجيعه وتفعيله، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص 2017، قسم قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، ص170

إن عدم تكريس مبدأ " الاختصاص بالاختصاص " في مجال التحكيم الداخلي يجعل من القاضي الجهة الوحيدة المختصة بالفصل في كل منازعة تتعلق بصحة اتفاق التحكيم أو وجوده أو شموله على النزاع المطروح، وهذا يفقد اتفاق التحكيم فعاليته بالنظر إلى أن الأطراف يضطرون للرجوع أمام القاضي الذي أرادوا تجنب اللجوء إليه باتفاقهم على التحكيم، والعودة إلى معناه العودة إلى الإجراءات الطويلة والمعقدة لحل النزاع.

لم يكرس المشرع الجزائري هذا المبدأ في القواعد المنظمة للتحكيم الداخلي، بل اقتصر على تكريس أثره الإيجابي في إطار القواعد الخاصة للتحكيم التجاري الدولي، وبالتحديد في المادة **1044** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهذا لا يخدم تطور التحكيم الداخلي في الجزائر.

للإشارة ينطوي مبدأ " الاختصاص بالاختصاص " على جانبين جانب إيجابي يهدف إلى الاعتراف لمحكمة التحكيم بسلطة الفصل في مسألة اختصاصها ;وجانب سلبي يمنع القضاء الوطني من النظر في مسألة اختصاص محكمة التحكيم حتى تفصل فيها هذه الأخيرة بالأولوية.

غير أن الجانب السلبي يشكل إلى حد الساعة خصوصية فرنسية كرسته محكمة النقض قبل أن تنص عليه المادة **1465** من قانون الإجراءات المدنية بصيغته المعدلة في 2011 ويطبق على التحكيم سواء كان داخليا أو دوليا.

الفرع الثاني: منح محكمة التحكيم سلطة الفصل في النزاع كمفوض بالصلح:

تمنح أغلبية الأنظمة القانونية الحديثة للأطراف حرية الاتفاق على إعطاء محكمة التحكيم سلطة الفصل في النزاع كمفوض بالصلح، وفي هذا النوع من التحكيم تطلق سلطة الفصل في النزاع وفقا لما تراه محققا للعدالة والانصاف وبالتالي التحرر من أحكام القانون. استبعد المشرع الجزائري التحكيم بالصلح في التحكيم الداخلي صراحة عكس التوجه العام في القانون المقارن قانون الإجراءات المدنية والادارية على أن محكمة التحكيم تفصل في النزاع وفقا لقواعد القانون فقط.

وللإشارة، يعتبر موقف المشرع الجزائري من التحكيم بالصلح تراجعا غير مبررا عما نص عليه قانون الاجراءات المدنية (الملغى)، حيث كانت المادة **451** منه في فقرتها الأخيرة تنص على " ويفصل المحكمون والمحكم المرجح في التحكيم وفقا للقواعد القانونية إلا إذا كان اتفاق التحكيم قد خول لهم سلطة الفصل في النزاع كمحكمين مفوضين بالصلح "، كما أقر المشرع الجزائري هو كذلك بهذا النوع من التحكيم في نص المادة **458** مكرر **15** من هذا القانون أعلاه كما وأدخلت ذلك إلى قانون الاجراءات المدنية بموجب المرسوم التشريعي رقم **93-08** المؤرخ في 25 أبريل 1993[1]، مع الإشارة أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى

[1]ينظر إلى المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أبريل 1993 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيوسنة 1966، المتضمن قانون الاجراءات المدنية

هذا النوع في القانون الحالي **08-09** المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية وإن كان يعترف بالصلح كوسيلة سلمية لحل النزاعات. [1]

كما أخذت كذلك الاتفاقيات الدولية به إذ نجد المادة **2/7** من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات عقود الاستثمار في نص المادة **42** فقرة 3 وغيرها.

والأمر الذي يدفعنا من خلال هذه النصوص التي تعترف بهذا النوع من التحكيم إلى معرفة مضمون هذا النوع من التحكيم وكذا شرطه.

أولا: مضمون التحكيم مع التفويض بالصلح:

يقصد بالتحكيم مع التفويض بالصلح إعطاء سلطات واسعة للشخص المفوض – الهيئة التحكمية – حتى تفصل في الموضوع وفقا أحكام موضوعية عادلة تجعله قادرا على تجاوز حتى القواعد القانونية التي تقف أمامه في سبيل ذلك.

أو هو سلطة ممنوحة للمحكم من طرف المتعاقدين لحل النزاع وفق ما يراه مناسبا وعادلا.

ويعرفه الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة أنه "نظام قضائي خاص ونوع من التحكيم يختار فيه الأطراف قضائهم ويعهدون إليهم، بمقتضى اتفاق أو شرط صريح بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم في خصوص علاقتهم التي يجوز تسويتها بطريق التحكيم وفقا لمبادئ العدالة دون التقيد بالقوانين وإصدار قرار قضائي ملزم"[2] وهو نفس التعريف الذي أطلقته الأستاذة حفيظة السيد الحداد " أنه ذلك التحكيم الذي يخول فيه الأطراف لهيئة التحكيم صلاحية الفصل في المنازعة وفقا لمبادئ العدالة والانصاف دون التقيد بالقواعد القانونية "[3].

إذا التحكيم بالصلح هو تخويل المحكم صلاحية الفصل في النزاع وفق فكرة الصلح التي لا تعتمد في تحديد من المخطئ ومن المحق، ولكن محاولة فض النزاع بشكل ودي

[1] نظم المشرع الجزائري الصلح كوسيلة بديلة لفض النزاعات في الكتاب الخامس، الفصل الأول من قانون الاجراءات المدنية والادارية من نص المادة 990 إلى 993، وقد يخلط البعض بين الصلح كوسيلة بديلة غير قضائية وبين التحكيم مع التفويض بالصلح هذا الأخير يعد نوع من التحكيم الذي يعد كذلك هو وسيلة بديلة لحل النزاعات لكن هذا الأخير يعد وسيلة قضائية. كما أن العلاقة العقدية لكل من – الصلح والتحكيم بالصلح – هي التي تفرق بينهما، كما أن قرار المحكم ملزم الأطراف ويكتسب حجية الشيء المقضي فيه، بينما الصلح قراره ليس ملزم إلا أبعد التوافق عليه، والتحكيم بالصلح الحاجة منه هو استكمال النقص الذي يتخلله نظام التدويل أين يستطيع المحكم بهذه الرخصة الممنوحة من طرف الأطراف أن يستلهم الحلول للمسائل التي لا يتناولها القانون أو التي يجد صهوبة في تجاوز القواعد القانونية التي لا تخلق حل عادل.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص236

[3] حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، طبعة سنة 2004، ص92

حسب تقدير المحكم الشخصي لما هو عادل وهو يخرج بذلك عن الأصل المتمثل في الفصل في النزاع على أساس أحكام القانون أو القواعد القانونية التي تحكم موضوعه. [1]

وقد اختلف الفقه حول مضمون شرط التحكيم بالصلح، على أنه تنازل يرد على الحقوق الشخصية كما أنه تنازل اتفاقي ولا يشمل الحق الموضوعي وهو تنازل عن الاستئناف:

1 _ التحكيم بالصلح تنازل عن الحقوق الشخصية:

ويقصد بذلك أنه بموجب هذا الشرط يتنازل الأطراف من التمسك بالتطبيق الصارم لتلك القواعد ويترتب على هذا التنازل أن المحكم يمتلك سلطة تعديل أو تخفيف الشروط التعاقدية وذلك ما دام أن العدالة أو المصلحة المشتركة للأطراف تقضي ذلك.

2 _ التحكيم بالصلح تنازل اتفاقي:

رغبة في تشديد النظرية المتسقة لفكرة التنازل عن الحق الشخصي قدم الفقه أن هذا التصرف انفرادي من جانب واحد لا يمكن الرجوع عنه، وأن التحكيم بالصلح لا ينطبق عليه وصف التنازل عن الحق بل هو نتيجة اتفاق قانوني مشترك ولهذا السبب يمكن للأطراف العدول عنه وإلغائه.

لكن الفقه يميز هذا التنازل على أنه تخلي عن الحق الشخصي أو عن ميزة مقررة بموجب القانون الموضوعي ومن تم يدخل شرط التحكيم بالصلح ضمن فكرة التنازل عن الحق.

3 _ التحكيم بالصلح تنازل ينطوي عن الحق الشخصي وليس عن القانون الموضوعي:

بمعنى أن العقد الذي يحال النزاع بصدده إلى هيئة التحكيم بالصلح، هو عقد لا تسري عليه قواعد القانون الموضوعي وأحكامه وإنما تسري عليه فقط بعض القواعد الذاتية التي تلاؤمه وهي قواعد خارج قانون الدولة.

4_ التحكيم بالصلح يمكن أن يكون تنازل عن الاستئناف:

بمعنى أنه لا يجوز الطعن بالاستئناف عندما يكون المحكم مفوضا بالصلح، والبرير أن الطعن بالاستئناف يجعله غير ذي جدوى لاسيما أن محكمة الاستئناف لا تحكم إلا وفقا لقواعد القانون، لكن يبقى حق الأطراف بالاحتفاظ صراحة بإمكانية الاستئناف قرار التحكيم بالصلح في اتفاق التحكيم.

[1] رضوان ربعية، فض منازعات عقود الاستثمار الدولية بين القضاء والتحكيم، أطروحة شهادة الدكتوراه، الطور الثالث ل. م. د، شعبة الحقوق، تخصص قانون الاستثمار، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية، 2019-2020، ص285

ثانيا: شروط صحة التحكيم مع التفويض بالصلح:

لم تنص التشريعات ولا الاتفاقيات الدولية على نصوص تبين شروط لصحة التحكيم بالصلح، إلا الإشارة فقط على ضرورة وجود موافقة بين أطراف النزاع سواء في التحكيم الحر أو في التحكيم المؤسسي، الأمر الذي خول معالجتها ضمن القواعد العامة المطبقة في التحكيم بصفة عامة مع بيان بعض الخصوصية:

_ **شكل شرط التحكيم:** يستفاد من نص المادة **1008** من ق. إ. م. إ. ج، وكذا المادة **1443** من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي والمادة 12 من قانون التحكيم المصري وغيرها من المواد المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية أن التحكيم بالتفويض بالصلح مكتوبا تحت طائلة البطلان.

وعليه بالضرورة أن يكون شرط التحكيم بالتفويض بالصلح مكتوبا الوارد في شرط أو مشارطه.

لكن الكتابة ليست شرط لصحة شرط التفويض بالصلح، فالكتابة في الواقع مطلوبة فقط للبيانات التي تستبعد اختصاص قضاء الدولة لصالح هيئة التحكيم، ومؤدي ذلك أن اتفاق التحكيم هو الذي يجب أن يكون مكتوبا، وهذا ما أخذته به مختلف التشريعات أنها اشترطت الكتابة وتعيين المحكمين دون أن توجب التعرض لسلطاتهم.

_ **شرط فكرة النظام العام:** نصت المادة **1006** من ق. إ. م. إ. ج، على الحالات التي لا يجوز التحكيم فيها وهذه الحالات لا يجوز فيها الاتفاق على التحكيم سواء أن كان التحكيم بالقانون أو التحطيم بالتفويض بالصلح.

يرى جانب من الفقه أن فصل محكمة التحكيم كمفوض بالصلح يلجأ إليه أكثر في التحكيم الداخلي منه في التحكيم الدولي، وأن في هذا النوع من التحكيم تبقى محكمة التحكيم ملزمة باحترام قواعد النظام العام. [1]

الفرع الثالث: صلاحية القضاء في اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية:

لقد اختلف موقف التشريعات المقارنة، من مسألة منح هيئة التحكيم صلاحية اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية ;غير أنه مما لا شك فيه أن وجود نص صريح في القانون يحدد الجهة المختصة باتخاذ التدابير في القضايا التي تخضع للتحكيم، على غرار النصوص التي تحكم تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، يعد مسالة مهمة في رفع الالتباس أو التردد في الرجوع إلى القضاء أو لهيئة التحكيم لاتخاذ تلك التدابير.

1

[1]- رضوان ربعية، المرجع السابق، ص286

وان ذلك النص سيكون أمرا بطبيعة الحال، كونه يتعلق بالاختصاص، إلا إذا قضى بغير ذلك وبمعنى آخر أنه إذا ورد نص يعطي لهيئة التحكيم صلاحية اتخاذ هذه التدابير أو يحرمها من ذلك، أو يعلق ذلك على وجود بند في اتفاقية التحكيم بشأن التدابير امتنع على هيئة التحكيم مباشرة ذلك، إلا إذا أجاز القانون للأطراف الاتفاق على خلاف ذلك، ولكن حتى عند وجود نص قانوني يخول هيئة التحكيم اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية، فإن كثير من التساؤلات تبقى قائمة وأهمها:

أ – هل أن الاختصاص سيكون منحصرا بهيئة التحكيم منعا من ازدواجية الاختصاص أم سيبقى للقضاء الوطني اختصاص موازي ومشترك أو مكمل في اتخاذ هذه الاجراءات ولذلك يحسن أن تكون المعالجة التشريعية لهذه المسالة متكاملة، بالنص صراحة على بقاء أو عدم بقاء الاختصاص منعقدا للقضاء في اتخاذ التدابير ز ذلك أن سكوت النص يورث اجتهادات مختلفة وتبانا في الآراء. [1]

أولا: اختصاص القضاء الوطني في المرحلة السابقة على التحكيم:

إذا كان من المتفق عليه بأن الاختصاص ينعقد لهيئة التحكيم من الناحية الموضوعية، إذا وجدت اتفاقية تحكيم صحيحة بين الأطراف، فإن الأمر لا يكون بالضرورة كذلك بالنسبة للتدابير المؤقتة أو التحفظية، حتى لو تضمنت اتفاقية التحكيم بندا صريحا بشأنها، بل على العكس يمكن أن ينعقد الاختصاص في اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية للقضاء حصرا في المرحلة السابقة على تشكيل هيئة التحكيم، على الرغم من وجود ذلك البند، استنادا للاختصاص العام للقضاء باتخاذ هذه التدابير، ولضرورة اتخاذ هذه التدابير على وجه الاستعجال، حتى لا تفوت الفائدة أو تفادي تهريب المدين لأمواله، كما أنه ليس من شان اللجوء إلى القضاء الوطني لاتخاذ التدبير المؤقت أو التحفظي أن يمثل تنازلا عن اللجوء على التحكيم فقد نصت المادة 9 من قواعد الأونسترال للتحكيم بصيغتها المنقحة في عام 2010 على أنه "لا يعتبر طلب أي طرف من السلطة القضائية اتخاذ تدابير مؤقتة عملا مناقضا لاتفاق التحكيم أو تنازلا عن ذلك الاتفاق، كما أكدت **الفقرة 3** من المادة **18** من قانون الاتحادي للإمارات العربية المتحدة رقم **6 لسنة 2018** بشأن التحكيم على أنه لا يعد اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية من المحكمة المختصة تنازلا عن اتفاق التحكيم. [2]

لذلك يبدو أنه لا مناص ولا مفر من الرجوع إلى القضاء الوطني، الذي ينعقد له الاختصاص على سبيل الحصر، في المرحلة السابقة لتشكيل هيئة التحكيم لعدة أسباب: [3]

---

1 -رضوان ربعية، المرجع السابق، ص286

[2]نجلاء توفيق فليح، تنازع الاختصاص بين القضاء وهيئة التحكيم في اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية، جامعة عجمان، الإمارات العربية المتحدة، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، ، المجلد 13، العدد 04 لسنة 2020. ص104

[3]لعجال يسمينة وربعية رضوان، حتمية تدخل القاضي الوطني في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد التاسع، الجزائر، 2018، ص136، سيد أحمد محمود أحمد، سلطة المحكم

_ إن الإجراءات المؤقتة أو التحفظية ذات طابع مستعجل، وأن التردد في اتخاذها لحين تشكيل هيئة التحكيم قد يلحق الضرر، دون مسوغ، بإحدى الأطراف، لذلك فإن حالة الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق موضوع النزاع، توجب ترك أمر اتخاذ التدابير للقضاء، حتى ولو وجد في اتفاقية التحكيم بند يعقد الاختصاص في اتخاذها لهيئة التحكيم.

2 _ إن القضاء الوطني هو صاحب الاختصاص الأصيل والولاية العامة في اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية، ولذلك يبقى الاختصاص منعقدا له في جميع الأحوال، حتى ولو وجد بند في اتفاقية التحكيم يعطي الصلاحية لهيئة التحكيم باتخاذ الإجراءات المؤقتة أو التحفظية، ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك. يرى أصحاب هذا الاتجاه أن القضاء هو الجهة الوحيدة المخولة بإصدار أو امر وقتية وتحفظية، وبذلك يمنع المحكم من صلاحية إصدار هذه التدابير، واعتمد هذا الرأي على عدد من الأدلة نذكر منها:

_ لا يملك المحكم سلطة الإجبار لا في مواجهة الأطراف، ولا في مواجهة الغير.

_ إن هيئة التحكيم لا تعقد جلساتها بصورة دائمة، وإنما قد تجتمع على فترات متقاربة أو متباعدة ومن ثم فقد يوجد من الأحداث ما يبرر اتخاذ إجراء تحفظي أو وقتي في غير أو قات انعقادها، ويصعب اجتماع أعضائها بالسرعة الكافية لاتخاذ الإجراء المطلوب.

_ إن المحكم لا يملك سلطة التنفيذ الحكام الصادرة منه، سواء أكانت موضوعية أو وقتية، مما سيدفع بالخصوم إلى اللجوء إلى القضاء للحصول على أمر تنفيذ هذه الأحكام، فيكون من الأفضل اللجوء إلى قضاء منذ البداية.

_ لا مفر من اللجوء إلى قضاء الدولة لطلب القرار المستعجل أو الوقتي في المرحلة السابقة لتعيين المحكمين، أو بسبب تعذر عقدها ووجدت ظروف استعجال لا تحتمل التأخير حيث لا توجد جهة تختص بتوفير الحماية الوقتية سوى قضاء الدولة. [1]

01: قانون التحكيم المصري:

خاض الفقه كثيرا في الحديث _بشكل عام _ عن الإجراءات التحفظية والوقتية في مجال التحكيم دون الاهتمام بتحديد ماهية الإجراءات الجائز اتخاذها مع ان دراسة هذه المسألة تشكل حجر الزاوية في نظام الإجراءات التحفظية والوقتية.

القانون رقم **27** لسنة 1994 لم يمنح لهيئة التحكيم هذه الصلاحية ابتداء، لكنه أجاز تخويلها بذلك إذا اتفق الأطراف على أن ينعقد الاختصاص للهيئة، فقد نصت المادة **1/24** من القانون المذكور على الاتي: **" يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم بناءعلى طلب أحدهما أن تأمر أيا منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدابير الذي تأمر به. "** [2]

---

[1] بشرى عمور، تنفيذ التدابير الوقتية والتحفظية الصادرة عن هيئة التحكيم، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر وهارون أوران، جامعة يحيى فارس، الجزائر، مجلة القانون والمجتمع، العدد 01، السنة 2022، ص307

[2] زمزم عبد المنعم، الإجراءات التحفظية والوقتية، قبل وأثناء. وبعد انتهاء خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007,ص 136

في حين أن هناك قوانين أخرى قد حرمت بنصوص صريحة هيئة التحكيم من اتخاذ هذه التدابير، إذ نجد أن المشرع الايطالي في المادة **818** من قانون الإجراءات المدنية رقم **5** لسنة 2002 قد حظر على هيئة التحكيم اتخاذ هذه التدابير، وبالتالي فإن التدابير المؤقتة والتحفظية وفقا للقانون الإيطالي لا يمكن منحها إلا من قبل المحاكم الوطنية.

وهذا الاتجاه، بالحرمان المطلق لهيئة التحكيم من صلاحيات اتخاذ التدابير مؤقتة أو تحفظيه يعد غريبا وعن الاتجاه العام للتشريعات المقارنة في هذا المجال.

– كما يثور التساؤل عند منح المشرع الصلاحية لهيئة التحكيم في اتخاذ التدابير مؤقتة أو التحفظية، عن كيفية معالجة الصعوبات فيما إذا كانت هيئة التحكيم تتألف من محكمين من جنسيات مختلفة وكانت هناك صعوبات واقعية لجمعهم لاتخاذ تدبير عاجل، والقول نفسه يثور حول مدى قدرة هيئة التحكيم اتخاذ ذات طابع قسري والزامي؟ وكيف يجري ذلك ؟ وما هي الجهات المخولة بالتنفيذ ؟

02: قانون المشرع الفرنسي:

ويبدوان المشرع الفرنسي على سبيل المثال، قد تنبه إلى وجود هذه الثغرات، فنجد أن المشرع الفرنسي أضاف إلى المعيار الزمني الذي يقضي بمنح الاختصاص للقضاء في مرحلة ما قبل تشكيل هيئة التحكيم معيارا آخر هو المعيار التكاملي، بموجبه جعل المشرع الفرنسي الأصل في الاختصاص في اتخاذ التدابير مؤقتة أو التحفظية لهيئة التحكيم، لكنه منح للقضاء دورا تكميلا في صلاحية اتخاذ هذه التدابر متى ما وجدت ظروف أو معوقات يتعذر فيها على الهيئة اتخاذ التدابير أو يتعذر عليها إنفاذ هذه التدابير، لاسيما عندما تكون التدابير ذات طابع قسري، أو كان يراد منها انفاذها تجاه الغير، ممن لم يكون طرفا في اتفاقية التحكيم. [1]

لم يعد الحديث يدور حول مدى قبول التحكيم كوسيلة لفض المنازعات فحسب، بل أصبح من الضروري أن ينصب النقاش على مدى تشجيع الدول لاستعماله ومدى إحاطته بالضمانات الكافية التي تكفل فعاليته. فقد انتقل من نظام استثنائي منتقد لمناقشته للعدالة التي تقدمها المحاكم الوطنية في الدولة، إلى نظام مكمل لهذه العدالة في الحالات التي تعجز فيها هذه الأخيرة عن تقديم العدالة السريعة إلا أنه قد يعذر على هيئة التحكيم في مواجهة لاتحاد بعض التدابير من شأنها تأخذ في أمور مستعجلة لم تمنح لها الصلاحية القانونية في اتفاق التحكيم. [2]

فهنا ينكشف التنازع حول الاختصاص، بحيث يصح التساؤل عما إذا كان ينعقد الاختصاص للقضاء ؟

[1] See: Mohamed El Mehdi Nagib، OP. Cit، P. 174. موقع الأنترنت،

[2] نجلاء توفيق فليح، المرجع نفسه، ص105

يمكن القول بأن الاختصاص ينعقد لهيئة التحكيم استنادا إلى مبدا أن من يملك الكل يملك الجزء، وإلى أن من له سلطة الحكم على الأصل، تكون بالتبعية السلطة على الفرع الأطراف لحسم النزاع.

ثانيا: قانون المشرع الجزائري في اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية:

لقد عالج المشرع الجزائري موضوع اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية في المادة **1046** من قانون الاجراءات المدنية والادارية التي تنص على أنه: " يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك. " إذا لم يقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي.

يمكن لمحكمة التحكيم أو القاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير. 1ما يمكن قوله أن القضاء لم يقتصر دوره في تقديم المساعدة في تشكيل هيئة التحكيم خاصة في مجال التحكيم الخاص بل لا مفر من اللجوء إلى قضاء الدولة لطلب القرار المستعجل أو الوقتي في المرحلة السابقة لتعيين المحكمين، أو بسبب تعذر عقدها ووجدت ظروف استعجال لا تحتمل التأخير حيث لا توجد جهة تختص بتوفير الحماية الوقتية سوى قضاء الدولة.

ودور القضاء في غاية الأهمية كسبل من أساليب التفعيل ومكمل لوسيلة التحكيم يجعل الأطراف أن تطمئن عند طلب الحفاظ على مصالحها خاصة في ظروف استعجاليه ولأن القضاء هو الأصل في هذا التدبير. [1]

الفرع الرابع: دور القضاء في المسائل الأولية وتقديم الأدلة

أن الإثبات ليس ركنا من أركان الحق، فالحق موجود بقوة القانون متى توافرت الشروط الازمة لنشوئه، غير أن من الناحية القانونية لا مبالغة في أن الحق مجردا من دليله، يصبح عند المنازعة فيه هو والعدم سواء، لذلك يعتبر الإثبات أداة ضرورية ووسيلة عملية، دفعت التشريعات وأنظمة التحكيم إلى تنظيم قواعده وإن تباينت فيما بينها في أسس هذا التنظيم.

والإثبات كأداة ضرورية تعول عليها هيئة التحكيم في التحقيق من الوقائع القانونية ووسيلة عملية يعتمد عليها الأطراف لافي صيانة حقوقهم المترتبة على تلك الوقائع، حتى أنه ليصح القول بأن كل نظام قانوني وكل تنظيم قضائي أم تحكيمي يقضي حتما وجود نظام للإثبات.

[1] نادي قضاة التحكيم الدولي، قانون التحكيم الجزائري، من القانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 ه، الموافق 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفصل الثاني، القسم الأول، أحكام عامة، الفرع الثاني في الخصومة التحكيمية

والوقائع أن جميع التشريعات المنظمة للتحكيم وأنظمة التحكيم المعاصرة نزلت على حكم هذه الضرورة وتلك الوسيلة وعنت بالإثبات. [1]

من الأمور التي تجعل القاضي كمساعد للمحكم أن يتدخل القاضي الوطني في مساعدة هيئة التحكيم في المسائل الأولية وتتدخل في مجال على الحصول على أدلة إثبات.

أولا: تدخل القاضي في المسائل الأولية

قد يعترض اجراءات التحكيم مسائل تخرج عن ولاية هيئة التحكيم فيتعين الالتجاء إلى محكمة مختصة، وعندئذ وقف اجراءات التحكيم، حتى يفصل ويطلق على هذه الأمور بالمسائل الأولية فما هي المسائل الولية ومتى يختص القاضي بالفصل فيها.

أولا: التعريف بالمسائل الأولية

يقصد بها المسائل التي يتوقف الحكم على الفصل فيها لأنه يجب أن تصفى المسألة أولا حتى يتسنى الحكم في الدعوى بعد ذلك لأن الحكم معلق عليه، وهي مسألة تخرج عن ولاية المحكم إما لأنها غير قابلة التحكيم أصلا بطبيعتها، كمسائل الأحوال الشخصية والأهلية، والمسائل المتعلقة بالنظام العام.

لم يتطرق المشرع الجزائري لموضوع المسائل العارضة التحكيم الدولي، لكنه تطرق إليها في باب التحكيم الداخلي من خلال المادة 1021 من قانون الاجراءات المدنية والادارية التي تنص على أنه:

" لا يجوز للمحكمين التخلي عن المهمة إذا شرعوا فيها ولا يجوز ردهم إلا إذا طرأ سبب من أسباب الرد بعد تعيينهم.

إذا طعن بالتزوير مدنيا في ورقة، أو حصل عارضا جنائي، يحيل المحكمين الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة، ويستأنف سريان أجل التحكيم من تاريخ في المسائل العارضة.

[1] لزهر بن سعيد ومحمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، ص5.

ثانيا: شروط اختصاص القاضي بالفصل في المسائل الأولية:

وهي ثلاثة شروط فيما يلي:

02_01 – أن تثار مسألة أولية في الدعوى:

أول شرط لاختصاص القاضي بالفصل المسائل الأولية هو أن تثار مسألة من هذا النوع على المحكم فعندما تثار مسالة أولية على هيئة التحكيم، يتعين أن يكون الفصل في هذه المسائل ضروريا للفصل في القضية.

02 _02 - ألا تكون هذه المسألة أولية من اختصاص هيئة التحكيم:

بمعنى إذا كانت المسألة أولية داخلة في اختصاص هيئة التحكيم التي تنظر الدعوى، فإنه لا يجوز وقف الدعوى، وإنما يجب علة محكمة أن تفصل في تلك المسألة لاختصاصها، بها ولا تلتزم في تلك الحالة بإحالة طلب الوقف.

02_03 – أن تقرر هيئة التحكيم أن فصل في هذه المسألة لازم الفصل في النزاع:

إن تحديد ما يعد المسألة أولية وتقرير مدى ارتباطها بموضوع النزاع، أمر موضوعي تستقل بتقديره هيئة التحكيم وفقا لظروف وملابسات كل نزاع على حدى.

ثالثا: مساعدة هيئة التحكيم في مجال تقديم الأدلة الإثبات:

تناول المشرع الجزائري مسالة الحصول على الأدلة في التحكيم الدولي من خلال المادتين 1047 و1048 من قانون الاجراءات المدنية والادارية والأصل هو أن تولي هيئة التحكيم البحث عن الأدلة واستثناء أن يتدخل القاضي في البحث عن الأدلة.

من اختصاص هيئه التحكيم التي أعطاها المشرع لها وذلك من خلال المادة 1047 من ق. إ. م. إ. في جمع الأدلة الإثبات ومن القواعد المستقرة ذلك أن المحكمين لهم[1] وأن يطلبوا من أطراف تقديم مستندات في حوزة أحدهم بتقديم مستند له قيمة في الإثبات أو سماع الشهود أن يقول ما يعرفه حول وقائع تصلح محلا الإثبات وكذلك الاستعانة بالخبراء التي ليعد تقريرا بشأن مسائل معينة تحددها والتي تتعلق بسلطة المحكم ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

غير أنه في حالة ما لا يستطيع المحكمون تنفيذ مهامهم وكاستثناء تدخل القضاء في الحصول على الأدلة للإثبات.

01 _ التدخل الاستثنائي للقاضي في الحصول على الأدلة للإثبات:

[1]أولاد مختار مروة وبوخطة أمال، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون أعمال، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2020-2021 ص49.

من أوجه التعاون المهمة بين القضاء والتحكيم الحصول على الأدلة للإثبات، حيث تتدخل المحكمة عند ما لا يستطيع المحكمون تنفيذ مهامهم وحيث تستطيع المحكمة الحصول على إفادات الشهود والاحتفاظ بالأدلة وتعيين شخص للدخول إلى أي موقع يخص المتنازعين للحصول منه على أدلة.

01_01 - الإثبات الكتابي:

الإثبات الكتابي يعتبر في مجال التحكيم الدولي من أهم وسائل الإثبات بالنظر إلى صعوبة الاجتماع بالأطراف والشهود ببعدهم الجغرافي لكن بإمكان هيئة التحكيم أمر تقديم في حوزة أحدهم وثيقة، فإنها لا تتمتع بسلطة القهر الإلزام المعني بتنفيذ الأمر.

01_02 - سماع الشهود:

قد تحتاج هيئة التحكيم إلى سماع شهود أخرين لأهمية الوقائع التي قد يدلون بأقوالهم بشأنها لكن لا سلطة في معاونة هيئة التحكيم على ذلك بحيث يمكن أن تلجأ صاحب المصلحة إلى قضاء بطلب إصدار أمر الشاهد بالحضور.

01_03 – الإنابة القضائية:

الإنابة القضائية عمل بموجب تفويض محكمة أخرى للقيام مكانها وفي دائرة اختصاصها بأحد أو بعض إجراءات التحقيق أو الإجراءات قضائية الأخرى التي يقتضيها الفصل في الدعوى المرفوعة أمامها والتي تعذر عليها مباشرتها بنفسها بسبب بعد المسافة أو أي مانع آخر كأن يكون المال المراد معاينته في مكان بعيد عن مقر المحكمة المنيبة.

ويمكن القول أن تدخل القضاء في عملية التحكيم له عدة أوجه وذلك بداية من المساعدة التي يقدمها لهيئة التحكيم عبر تدخلاته المتعددة والتي لا تقتصر على مسائل أخرى، وإنما تأتي مساعدة القضاء مثل اتخاذ تدابير مؤقتة او تحفظية وفي الحصول على الأدلة والمسائل الأولية وكذا مسائل أخرى، وإنما تأتي مساعدة القضاء لتخفيف العبء عن هيئة التحكيم والعلاقة في هذا الشأن لا تكون إلا علاقة تكامل وتجانس لا تعارض وتنافس فهما ويسعان كلاهما لتحقيق العدالة.[1]

[1]أولاد مختار مروة وبوخطة أمال، المرجع نفسه ص50

خاتمـــــة

بعد دراسة موضوع التحكيم في الجزائر بين وجود نص وغياب الممارسة من كل جوانبه حول خصائص هذه الوسيلة والتي جاءت بها الآراء المختلفة للفقهاء حول طبيعته القانونية وتبيان تمييزه عن الأنظمة المشابهة له ولما له من مزايا لا نجدها في القضاء العادي ولأهمية الموضوع وحادثته ساير المشرع الجزائري كغيره من التشريعات الوطنية العربية والأجنبية في نفس المنهج من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقواعد قانونية المنظمة للتحكيم ونجد أن المشرع الجزائري ميز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي من حيث الطعون على حكم التحكيم ومع ذلك لن يخرج عن معياره الاقتصادي وعند الوقوف عند النقائص التي من شأنها لا تشجع على ممارسة هذا الطريق البديل وبالمقارنة مع بعض الأنظمة العربية التي تطبيقه في مختلف العقود ومختلف المجالات منها إدارية وتجارية ومنازعات العمل الفردي والجماعي وعقود الاستثمارات الأجنبية لأنها ترى في ذلك أن التحكيم الحل الأنسب لتسوية المنازعات المتعلقة بالتجارة الخارجية والمنازعات الصفقات العمومية بين الأشخاص العامة والأشخاص التابعة للقانون الخاص.

وللسد الثغرات في قواعد القانون، كان لابد من إيجاد الحلول المناسبة للطبيعة الموضوع حيث أدمجنا بعض التطبيقات المعروفة بكثرة العقود وما ينجم عنها من نزاعات بين الأطراف المتعاقدة أو غير المتعاقدة تستحق النظر في تنظيمها بقواعد خاصة وفي ظل مركز داخلي ودائم يسهل العملية التحكيمية.

النتائج المتوصل إليها من خلال دراسة الموضوع أن للتحكيم مزايا كثيرة لكن غير مستغلة في النظام الفكري القانوني الداخلي، بقي بعيدا كل البعد عن ممارسته ولعلى أن الجزائر وهي مقبلة على شراكات حديثة مع الدول الإفريقية أن تساير ما سايرته الدول المتقدمة اقتصاديا وسياسيا واجتماعيا لتفعيل تلك الوسيلة وتصبح متداولة. التقطنا بعض الشهادات تجيب عن تساؤل حول خسارة الجزائر قضاياها في التحكيم الدولي:

"يقول محمد لهواري صحافي جزائري " الأمر يرجع إلى غياب الوعي لدى الشركات الاقتصادية الجزائرية بأهمية التحكيم الدولي، مما تسبب في ضياع حقوق هذه الشركات وخسارتها أموالا كبيرة كان بمقدورها توفيرها لو اولت الموضوع العناية الازمة .و كشف في تقرير نشر عام 2016 عن خسارة 28 شركة جزائرية قضية من مجموع 32 قضية امام التحكيم الدولي معيبا عليها عدم وضع الثقة في المحكمين الجزائريين واللجوء غلى مكاتب اجنبية لدى نشوب لنزاعات قضائية، وضرورة الرجوع للعقد عند اتخاذ المسير لأي قرار مصيري، لتجنب المصاريف الكبيرة للتحكيم الدولي بسبب القرارات الارتجالية[1].

وفي غياب الوعي من جهته يقول فاتح جابي أن السبب الأول وراء خسارة الجزائر لقضايا التحكيم الدولي يرجع لعدم اشتراك رجال القانون والمحامين المتخصصين في العقود والصفقات المبرمة بين الدولة الجزائرية والمستثمرين الأجانب.

[1]أنظر الموقع: أندبندت عربية، محمد لهواري، صحافي جزائري، تصريح يوم الثلاثاء (10 أكتوبر 2023 على الساعة 10.43) Independentarabia.com

ويوضح جابر في تصريح "لأندبدنت عربية"، أن الشركات الأجنبية تشترط اللجوء إلى التحكيم لأنها لا تثق في القوانين المحلية وبعضها تشترط كتابة بنود التحكيم في أول العقد في حالة وقوع نزاع، بينما تطلب أخرى وضع البند بعد وقوع النزاعات القضائية.

الاقتراحات :

ولتفعيل وسيلة التحكيم في الجزائر بإمكان اقتراح بعض من الأمور لتعزيز نجاعة التحكيم على الخصوص للحفاظ على الاستقرار وضمان حقوق الأفراد تعزيزا للأمن القانوني والقضائي.

_تفعيل مراكز التحكيم والوساطة بغرف التجارة والصناعة والخدمات بالجزائر

_التسريع من إقرار مدونة خاصة بالتحكيم التجاري الداخلي والدولي تنظم ما يتعلق بالعملية التحكيمية إلى حين تنفيذ الحكم التحكيمي.

_العمل على نشر ثقافة التحكيم عبر وسائل الاتصال الالكترونية

التماس مع سياسة الانفتاح السوق الاقتصادي العالمي وخاصة الانفتاح السوق الإفريقي فيضل إدراك محاسن التحكيم كقضاء خاص يعطي ضمانة قوية للمستثمرين المحليين والأجانب.

_ وضع برامج لتكوين محكمين لهم مستوى عالي وبعد النظر في مقاربة الأحداث _ تأطير مهنة المحكمين وتحديد أتعابهم وتحديد الجزاءات المترتبة عن الاخلال بمهامهم.

_ فتح تخصص في التحكيم في الدراسات العليا لدى الجامعات الجزائرية.

_ فتح فروع لمركز دائم لدى غرف التجارة والصناعة محليا عبر الوطن.

قائمة المصادر والمراجع

I

- المصادر باللغة العربية

_القرآن الكريم:

1- سورة النساء ,الاية 58 و 65 .

_الاتفاقيات:

1 .اتفاقية نيويورك للاعتراف باتفاقية التحكيم واعتراف بقرارات المحاكم الأجنبية وتنفيذها، المؤرخة في 20 ماي 1958.

2. القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة، وقد صدر بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة في 2002/11/19، برقم 35.52 أعدته للقانون التجاري الدولي اليونيسترال، ينظر: أحمد حداد، في دعوة لتفصيل مؤسسة المصالحة، مجلة التحكيم العربي، العدد الرابع، ص112 وما بعدها، وهو يعتبر الموفق محكما، ويسميه المحكم الموف

3. قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، عام 1985 من التعديلات التي اعتمدت في 2006، منشور على www.Unictral.org

_القوانين والتنظيمات:

أولا / القوانين

1 . القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25، المتعلق بقانون الاجراءات المدنية والإدارية (الجريدة الرسمية رقم 21 مؤرخة في 23-04-2008، الكتاب الخامس، الباب الثاني، في التحكيم، الفصل الأول، في اتفاقيات التحكيم.)

2 . القانون رقم 02/90 المتضمن الوقاية من نزاعات العمل الجماعي وتسويتها. العدد 06، المؤرخ في 02/07/ 1990

3 .قانون 09/16، المتعلق بقانون ترقية الاستثمار، المؤرخ في 03 أوت 2016، ج.ر.ج عدد 46.

4. المادة 17 من الأمر 03/01، الباب الثالث، الضمانات الممنوحة للمستثمرين، المتعلق بتطوير الاستثمار المؤرخ في 20 غشت 2001 (معدل ومتمم)، الجريدة الرسمية رقم، 47 -2001.

5. القانون عدد 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26 أبريل 1993 يتعلق بإصدار مجلة التحكيم التونسي (الرائد الرسمي عدد 33 بتاريخ 4 مايو 1993 صفحة 580)

6 – قانون رقم 27 لسنة 1994 المستوحي من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985 نص المادة 4 فقرة 1

ثانيا / التنظيمات

1. المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 /1993/04 المعدل والمتمم للأمر رقم 66 /154 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغاة، جريدة رسمية العدد 27 بتاريخ 1993/04/27.

2 .المرسوم الرئاسي رقم 233/88 المؤرخ في 13 /1988/11 المتضمن انضمام الجزائر بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادقت عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 1958/06، الجريدة الرسمية، العدد 48، بتاريخ 1988/11/23

3 .المرسوم الرئاسي رقم 15 -247، مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الباب الأول، أحكام تطبق على الصفقات العمومية، الفصل الأول، احكام تمهيدية، القسم الأول تعار يف ومجال التطبيق، ج. ر العدد 50 بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

4.الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني جريدة رسمية عدد 78 لسنة 1975 المعدل والمتمم.

5. الأمر 03/01، الباب الثالث، الضمانات الممنوحة للمستثمرين، المتعلق بتطوير الاستثمار المؤرخ في 20 غشت 2001 (معدل ومتمم)، الجريدة الرسمية رقم، 47 -2001

_أحكام قضائية:

1 .حكم المحكمة الدستورية العليا 17 ديسمبر 1994 القضية رقم 13، منشور في الجريدة الرسمية ديسمبر 1994، وهو الحكم الذي صدر بعدم دستورية نص المادة 18 من الفانون رقم 48 لسنة 1977 المنشئ لبنك فيصل الإسلامي والتي كانت تجعل التحكيم الطريق الوحيد لحل أي نزاع بين البنك ومن يتعاملون معه

2 .استئناف القاهرة، 91 تجاري، 2004/02/28، في القضية رقم 89 لسنة 120 قضية، تحكيم .و انظر ما سيئتي بشأن التحكيم مع التفويض بالصلح.

3 .نقض تجاري 2003/06/10، في الطعنين رقمي 7435 لسنة 13 ق، و9678 لستة 65 قضية.

4 .قضية (ز.ش) ضد المدير العام لمؤسسة التسيير السياحي للشرق قسنطينة، منشور بمجلة مجلس الدولة، عدد 03 سنة 2003.

Cour d’appel de Paris ،1ere Ch.C ،24 février 1994 Ministère tunisien de l5. Équipement c/ société Bec Frères ،Revue d’arbitrage ،1994 ،p275 ، Note GAUDEMENT YVES

-القرار رقم 150، تاريخ 1988/7/7، ن.ق. 1988، ج 2، ص 971

Jurisclasseur. Procédure civile. Fascicule 432<6 ،1994 6. Conseil Des P hommes. Arbitrage.n01 ،Arbitrage EN GENERAL N0103. Clause compromissoire.- Procédure civile -A Arbitrage Compromis /

_الكتـــــب:

1. أبو زين رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي.1981

2 .أحمد بلقاسم، التحكيم الدولي، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة، الجزائر، طبع في 2005

3 .أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، الأمر بالتنفيذ أحكام الوطنية والأجنبية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية والكويت، 2001، دار الجامعة للنشر، الاسكندرية.

4– . أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري، منشأة المعارف، مصر، طبعة 5، 1988،

5 .أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، القاهرة،

6 .بودالي خديجة ومحمودي فاطيمة الزهراء، مدخل إلى المجتمع الدولي المعاصر ووسائل حل النزاعات الناشئة بين أشخاصه، النشر الجامعي الجديد، 2020.

7 .جمال أبو الفتوح محمد أبو الخير، النظام القانوني لاتفاق التحكيم في منازعات العمل، دار البحوث القانونية، طبعة 2020. مصر الجديدة القاهرة

8 .جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المؤسسة المصرفية للنشر، القاهرة، الجزء الخامس

9 .حفيظة السيد حداد. الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2007

10 .حسن النيداني، قانون المرافعات كلية الحقوق -، النظام القانوني للخصومة، دار الجامعة الجديدة للنشر –الإسكندرية – 2009

11

.حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع 2010، مكتبة جامعة وهران.

12.خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، اسكندرية، 2008.

13 .خيري عبد الفتاح السيد البتانوني مفهوم المحكم في التحكيم التجاري الدولي، الناشر دار النهضة العربية، 1013 .

14. عطية عزمي، قانون التحكيم الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الكويت، 2012

15 .كرم محمد زيدان النجار، محكم دولي، لزهر بن سعيد، محكم دولي وعضو الاتحاد العربي لحقوق الملكية الفكرية، التحكيم التجاري الدولي – دراسة مقارنة –بين القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 وقانون إ.م.إ. الجزائري، رقم 09 لسنة 2008، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2010.

16 .علي أبو عطية هيكل، القواعد الاجرائية للإثبات أمام المحكين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2011.

17 .علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الادارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2012

18 .عمر سعد الله، معجم في القانون الدولي المعاصر، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007

19 .عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، المجلد الثاني، عقود الغرر وعقد التأمين، الباب الرابع. جزء خامس دار العلوم القانونية والعلوم السياسية والاقتصادية، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي ألحقوقية، الصلح والتحكيم . لبنان 1998

20 .عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، وهران، 2005

21 .علي عوض حسن-التحكيم الاختياري و الاجباري في المنازعات المدنية و التجارية-دار الفكر الجامعي لاسكندرية، سنة 2001

22 .محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف الاسكندرية .مصر، 2003

- 23 -محمد فتح الله حسين، شرح قانون التحكيم والقانون الاداري، دار الكتب القانونية، مصر ،2005

24 .عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، دراسة تحليلية ومقارنة المكتب الجامعي الحديث، 2008

25 .محمد سلامة، محامي وهشام زوين، محامي، التحكيم والمحكم، الطبعة الأولى، 2007، المجلد الأول، دار مصر للموسوعات القانونية، عابدين، القاهرة.

26 .محمد المختار اسكندر، القضاء عبر العصور، طبعة 1، 2015.مكتبة المرجعية الدينية الوطنية مديرية الثقافة الاسلامية، تلمسان عاصمة الثقافة الاسلامية، 2011.

27. شواخ محمد الأحمد، التحكيم في المنازعات ذات الطابع الجماعي، دراسة مقارنة، جامعة دار العلوم، الرياض، السعودية

28. فتحي والي، أستاذ قانون المرافعات عميد كلية الحقوق، جامعة القاهرة (سابقا)، محامي ومحكم، الطبعة الأولى، ، منشأة الناشر المعارف بالإسكندرية، 2007.

29. محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة دار النهضة العربية القاهرة، 2004، ينظر، فوشار، بند 16 ص 16 وما بعدها. د / محسن شفيق وبند 10.

30. والي فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، 2007،

31. نبيل اسماعيل عمر، دعوى بطلان حكم المحكم، أسباب البطلان وإجراءات الدعوى مع الإشارة إلى قرار وزير العدل رقم 8310 لسنة 2008، وقانون المحاكم الاسكندرية رقم 120 لسنة 2008، دار الجامعة الجديدة 2011، الاسكندرية

32. زمزم عبد المنعم، الاجراءات التحفظية والوقتية، قبل وأثناء وبعد إنهاء خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة 2007 .

_المقالات:

1. العرباوي نبيل صالح، الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم في القانون الجزائري، جامعة طاهري محمد، بشار، تاريخ نشر المقال 2018/02/21

2. بشرى عمور، تنفيذ التدابير الوقتية والتحفظية الصادرة عن هيئة التحكيم، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، وهارون أوران، جامعة يحيى فارس، الجزائر، مجلة القانون والمجتمع، العدد 01، السنة 2022

. تكتوك شريفة، دكتوراه حقوق، تخصص قانون إجرائي -شروط صحة التحكيم في التشريع الجزائري -كلية الأدب العربي والفنون، جامعة عبد بن باديس، مستغانم، ، الجزائر

– 3 المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، معهد العلوم القانونية والادارية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي، تيسمسيلت، الجزائر المجلد الثالث، العدد السادس، ديسمبر 2018، الرقم الموحد للدورية " ردمد " 7635 – 2507، تاريخ الارسال 2018/08/09، تاريخ المرتجعة، 2018/21811.

4. قبايلي محمد، تدخل القاضي الجزائري في الخصومة التحكيمية التجارية، دكتوراه تخصص قانون أعمال، 2016-2017.

5. لعجال يسمينة وربعية رضوان، حتمية تدخل القاضي الوطني في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد التاسع، الجزائر، 2018، ص 136، سيد أحمد محمود أحمد، سلطة المحكم

6. نادية محمد مصطفى قزمار، سلطة المحكم بإصدار أحكام مستعجلة (دراسة مقارنة)، مجلة بحوث الشرق الأوسط العدد 49، جامعة عمان العربية، عمان، الأردن

7- .القاضي جريحاتي، التحكيم وقضايا العمل، مجلة المحامون، لسنة الرابعة /2011، العدد الخامس.

_الرسائل والمذكرات العلمية:

أ – الرسائل الجامعية:

1 .طلال طلب فنجر الشرفات، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، تموز 2011، جامعة عمان العربية

2 .جارد محمد، الدعوى التحكيمية في إطار العلاقات الدولية الخاصة –دراسة مقارنة- أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية، 2017-2018

3. سوالم سفيان، الطرق البديلة لحل النزاعات المدنية في القانون الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراة، تخصص قانون خاص، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013_2014

ب_ المذكرات الجامعية:

أ_ الماجستير:

1 .إيلاف خليل ابراهيم الصالح، القانون الواجب التطبيق على التحكيم، دراسة مقارنة، رسالة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، 2014

2. منير عبد الحميد " التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي " منشاة المعارف سنة 1997، ص 118، وأيضا نور الدين بن الشيخ، شرط التحكيم في العقود الدولية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر سنة 1986.

3- منسول عبد السلام , قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري , رسالة لنيل شهادة الماجستير , تخصص قانون أعمال ,السنة الجامعية ,2000-2001

4. صديق سهام، الطرق البديلة لحل النزاعات الادارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012

5. تاقة حسين، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2015.

6 .تعويلت كريم، استقلالية اتفاقية التحكيم التجاري الدولي، دراسة على ضوء المرسوم التشريعي رقم 93-09 والقانون المقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004

ب - ماستر

1. أولاد مختار مروة وبوخطة أمال، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون أعمال، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2020-2021

2. رزق الله محمد، دور التحكيم التجاري الدولي في حل المنازعات التجارة الدولية، شهادة ماستر تخصص قانون أعمال، جامعة جيلالي بونعامة، خميس مليانة ،2021/2020.

المحاضرات

1 .أحمد داود رقية، محاضرات في التحكيم التجاري الدولي المؤسسي، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان السنة الجامعية، 2020-2021.

2 - دريس كمال فتحي، التحكيم التجاري الدولي، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الثانية، تخصص قانون الأعمال، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2022-2023.

3 .محمد بشير-محاضرات في قانون الاجراءات المدنية و الادارية-كلية الحقوق بن عكنون-جامعة الجزائر - دروس في التحكيم في الجزائر-منتدى الجلفة.

4 .رقية عواشرية، التحكيم المؤسسي ودوره في تحقيق الذاتية الخاصة للمنازعات البحرية، أستذة محاضرة بكلية الحقوق جامعة باتنة، الجزائر.

5. رضوان ربعية، فض منازعات عقود الاستثمار الدولية بين القضاء والتحكيم، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية، 2019-2020

_مواقع الأنترنت:

1- الإتحاد الدولي العربي للتحكيم الدولي ,التطور التاريخي للتحكيم , ص 1 **1**
-voir . https //www. aifa-eg.com arbitration

2 - راجع المادة 194 من قانون العمل المصري رقم 12 لسنة 2003

3.- المادة 225 الملغاة بموجب المرسوم الملكي م، لسنة 1435 المتضمن إصدار نظام المرافعات الشرعية، البند أولا الفقرة3

راجع: نظام العمل السعودي الصادر بالمرسوم الملكي م، 51 لسنة 1426 وتعديلاته.

مأخود من موقع الأنترنت بتاريخ 22 -05-2024، الساعة 10 .48 د، http.//www.asjp.cerist.dz

4 - موقع الأنترنت، دور القضاء في حماية الاستثمار .
Transfere par Elalia le Dec 15 -2022

5- . راجع في ذلك: سراج أبو زيد، التحكيم في عقود البيترول، دار النهضة العربية، 2010..

6- . نادي قضاة التحكيم الدولي Jcia.ucoz.com

-نادي قضاة التحكيم الدولي، قانون التحكيم الجزائري، من القانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 ه، الموافق 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفصل الثاني القسم الأول، أحكام عامة، الفرع الثاني في الخصومة التحكيمية.

- المراجع باللغة الفرنسية :

Articles :

1. Jurisclasseur.Arbitage.Fasc.1020 p .33

N° 135 Nullité de la clause compromissoire est relative lorsque la clause compromissoire est nulle ….il s'agit d'une Nullité de protection .La cour d'appel de Paris a jugé que la Nullité de la clause compromissoire، qui، n entre pas dans les cas où elle est autorisée par la loi، est édictée dans le but de la

protection des parties .Il est donc loisible à celles –ci d'y renoncer une fois le litige né .

-CA Paris .12 Nov .1998 .Rev .arb. 1999 .p .374 ،note Ch.J.

N° 138. S'agissant d'une Nullité relative، la Nullité de la clause compromissoire peut être confirmée. Une fois le litige né à la clause compromissoire nulle.

-Cass.3 -ème Civ 10 oct .1978 .Rev .arb. 1979 .p .352 ،note B.M.

2. 1 – A D M \ Le décret l législatif Algérienne OP .CIT .p 386-387

3 .Art 1504 du code de procédure civile France» la sentence arbitrale rendue en France en matière d'arbitrage international peut faire l'objet d'un recours en annulation dans les cas prévus à l'article 1502.

«L'ordonnance qui accorde l'exécution de cette sentence n'est susceptible d'aucun recours. Toutefois le recoures en annulation emporte de plein droit dans les limites de la saisine de la cour recours contre l'ordonnance du juge de l'exécution ou dessaisissement de ce juge.»

LIVRES :

1.Terki Noureddine ،l'arbitrage Commercial ،Int en Algérie ، O.P.U.ALG،1 1999 .P. 01

2.Philip Fauchard ،l'arbitrage international ،volume II librairie dalloz ، Paris 1965.P 01

3.Yves Gugou ،l'arbitrage ،Edition Economica ،1995. P 40 .

الفهرس

إهداء

شكر وعرفان

مقدمة

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتحكيم

تمهيـــــد *10*
المبحث الأول: ماهية التحكيم *11*
المطلب الأول: مفهوم التحكيم 11
الفرع الأول: تعريف التحكيم 11
الفرع الثاني: تعريف التحكيم التجاري الدولي: 14
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له 17
الفرع الأول: الطبيعة القانونية للتحكيم 17
الفرع الثاني: التمييز بين التحكيم والأنظمة المشابهة له: 21
المطلب الثالث: أنواع التحكيم ومزاياه 26
الفرع الأول: أنواع التحكيم 27
الفرع الثاني: مزايا التحكيم 29
الفرع الثالث: عيوب اتفاق التحكيم 31
المبحث الثاني: نطاق تطبيق التحكيم واجراءاته في التشريع الجزائري *33*
المطلب الأول: نطاق تطبيق التحكيم 33
الفرع الأول: القيود الواردة على التحكيم المادة 1006 من قانون الاجراءات المدنية والادارية 33
الفرع الثاني: النظام العام 36
الفرع الثالث: التحكيم الاجباري: 37
المطلب الثاني: اجراءات وشروط التحكيم في التشريع الجزائري 39
الفرع الأول: القواعد المتعلقة باتفاق التحكيم 39
الفرع الثاني: شروط التحكيم في التشريع الجزائري 43
الفرع الثالث: الخصومة التحكيمية 49
المطلب الثالث: صدور حكم التحكيم والطعن فيه 51
الفرع الأول: صدور حكم التحكيم 51
الفرع الثاني: ـ تنفيذ حكم التحكيم 53
الفرع الثالث: الطعن في أحكام التحكيم في القانون الجزائري 56
الفرع الرابع: انتهاء التحكيم في الحالات العامة 59

الفصل الثانـــي: سبل تعزيز وتفعيل التحكيم في الجزائر

تمهيـــد: *62*
المبحث الأول: تفعيل مختلف التطبيقات في ضوء تحكيم داخلي مؤسسي: *63*
المطلب الأول: ضرورة تفعيل التحكيم في منازعات العقود الإدارية والتجارية: 63
الفرع الأول: في منازعات الصفقات العمومية: 64
الفرع الثاني: التحكيم لتسوية النزاعات العمل الجماعي: 69

الفرع الثالث: التحكيم لتسوية النزاعات الاستثمار:..... 74
المطلب الثاني: ضرورة إنشاء تحكيم مؤسسي: 79
الفرع الأول: التحكيم المؤسسي على المستوى المحلي..... 79
الفرع الثاني: مزايا التحكيم المؤسسي: 82
المطلب الثالث: تدخل القاضي الإداري في إجراءات التحكيم..... 86
الفرع الأول: الدور المساعد للقضاء..... 86
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من تشكيل هيئة التحكيم: 87
الفرع الثالث: شروط رد المحكم:..... 88
الفرع الرابع: السلطة المختصة بالفصل في طلبات رد المحكم: 89
المبحث الثاني: النقائص الواردة عن المعالجة التشريعية للنظام:.....90
المطلب الأول: معالجة التشريعات المنظمة للتحكيم في القانون المصري والتونسي .. 92
الفرع الأول: القانون المنظم لدعوى التحكيم في منازعات العقود الادارية والتجارية في التشريع المصري:..... 92
الفرع الثاني: القانون المنظم لدعوى التحكيم في منازعات العقود الادارية والتجارية في التشريع التونسي: 94
المطلب الثاني: أسباب عدم اللجوء الى التحكيم في الجزائر:..... 97
الفرع الأول: ضرورة تخفيف القيود الشكلية لاتفاق التحكيم:..... 97
الفرع الثاني: ضرورة التخفيف من الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي:..... 98
الفرع الثالث: مدى ضرورة تطبيق قانون مكان التحكيم على الاجراءات التحكيمية: 101
الفرع الرابع: موقف التشريعات الوطنية من القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم: 103
المطلب الثالث: دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم: 106
الفرع الأول: دور القاضي في تدعيم سلطات محكمة التحكيم الداخلي..... 106
الفرع الثاني: منح محكمة التحكيم سلطة الفصل في النزاع كمفوض بالصلح: 107
الفرع الثالث: صلاحية القضاء في اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية:..... 110
الفرع الرابع: دور القضاء في المسائل الأولية وتقديم الأدلة..... 114
خاتمـــــة 118
قائمة المصادر والمراجع..... 121
الفهرس 131
الملخـــــص..... 134

الملخـــــص

وخلافا للقواعد المنظمة للتحكيم التجاري الدولي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث تبنى المشرع الجزائري أحدث مبادئ القانون المقارن لتشجيع التحكيم التجاري الدولي وتحرير إرادة الأطراف، فإن القواعد المنظمة للتحكيم المحلي لم تتطور بشكل كبير في اتجاه تشجيع هذه الوسيلة.

وذلك لأن المشرع الجزائري لم يتبن الحل المطبق في القانون المقارن الذي يشجع على اعتماد هذه الوسيلة لفض المنازعات الخاصة ذات الطابع المحلي. وقد آن الأوان لتعميم المزايا التي يحققها التحكيم التجاري الدولي، ولاسيما فعالية هذا النظام في حل المنازعات، وذلك بتطبيق المبادئ المطبقة في مجال التحكيم التجاري الدولي على المنازعات المحلية، مع مراعاة خصوصية المنازعات المحلية من حيث أنها لا تؤدي إلى تنازع القوانين أو المنازعات القضائية الدولية.

والهدف من هذه الدراسة هو تحديد أو جه القصور في القواعد التي تحكم التحكيم المحلي واقتراح الحلول المناسبة لمعالجتها من أجل تشجيع ممارسة التحكيم من جهة المشرع بتنظيم وتوسيع مجال التطبيق التحكيم ومن جهة أخرى لجوء الأفراد والمؤسسات إلى اختيار هذه الوسيلة فرضتها التغيرات الحالية.

Sommaire

Contrairement aux règles organisant l'arbitrage commercial international dans le Code de procédure civile et administrative, où le législateur algérien a adopté les principes les plus récents du droit comparé pour encourager l'arbitrage commercial international et libérer la volonté des parties, les règles organisant l'arbitrage national n'ont pas évolué de manière significative vers la promotion de ce moyen.

En effet, le législateur algérien n'a pas adopté la solution appliquée en droit comparé qui encourage le recours à ce moyen pour le règlement des différends privés de nature locale. Il est temps de généraliser les avantages de l'arbitrage commercial international, notamment l'efficacité de ce système de règlement des différends, en appliquant les principes appliqués en matière d'arbitrage commercial international aux différends locaux, tout en tenant compte de la spécificité des différends locaux en ce sens qu'ils n'entraînent pas de conflits de lois ou de différends juridictionnels internationaux.

L'objectif de cette étude est d'identifier les lacunes des règles régissant l'arbitrage national et de proposer des solutions appropriées pour les combler afin d'encourager la pratique de l'arbitrage, d'une part en organisant et en élargissant le champ d'application de l'arbitrage par le législateur, et d'autre part en encourageant les individus et les institutions à choisir ce moyen que les changements actuels imposent.