جامعة أكلي محند أولحاج – البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

مذكرة تخرج مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر في القانون

تخصص قانون أعمال

بعنوان:

فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي

إعداد الطالب:
سعودي سيدعلي

إشراف الأستاذ الدكتور:
عيساوي محمد

لجنة المناقشة

البروفيسور: سرور محمد.....رئيسا

الدكتور :عيساوي محمد.....مشرفا ومقررا

الدكتورة : بلحارث ليندة .....ممتحنة

السنة الجامعية 2018/2017

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

إلهي لا يطيب الليل إلا بشكرك و لا يطيب النهار إلا بطاعتك و لا تطيب اللحظات إلا بذكرك ، الحمد لله و الصلاة و السلام على رسول الله

إلى والديّ ، إلى من تسعد لسعادتي و تحزن لحزني إلى أولى الناس بالصحبة أمّي ، إلى من يليها في الصحبة ، إلى مرجعي في العلم ، إلى منير الدرب أبي .

إلى أول العنقود أختي سمية ، إلى آخر العنقود أخي وائل ، إلى أختي الصغرى سلسبيل

إلى أبناء عمومتي و أخص بهم من ساعدني في هذه المذكرة وليد

إلى أطيب القلوب أمين سعودي

إلى صديق الطفولة وليد بختاش

إلى زملاء العمل و أخص بهم من ساعدني في المذكرة مراد غربي

إلى كل زملاء الدراسة

إلى من تحييني بسمتها خطيبتي سهام

سعودي سيد علي

شكر و تقدير

أتقدم بالشكر الجزيل المليء بالإحترام و التقدير للأستاذ الدكتور المشرف : **عيساوي محمد** الذي منحني الثقة الكافية لإتمام هذا البحث و إخراجه في أحسن صورة ، و الذي لم يبخل علي بنصائحه القيمة و توجيهاته أحرجني بأخلاقه ، فكان نعم المشرف.

كما أتقدم بالشكر إلى جميع أساتذتي على مستوى جميع الأطوار

ولا أنسى بالشكر زميل الدراسة ورفيق الدرب و معيني على الكرب **أرزقي إيدير**

قائمة بأهم المختصرات

ج. ر: جريدة رسمية.

ص : صفحة .

ص ص : من الصفحة إلى الصفحة .

ق.إ.م.إ.ج : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري .

ق.إ.م.ف : قانون الإجراءات المدنية الفرنسي .

ف : فقرة .

د.س.ن : دون سنة نشر .

مـقدمـــة

يعد التحكيم أقدم وسيلة عرفها الإنسان في فض المنازعات بجانب القضاء و الصلح ، وقد تطور إلى أن أصبح ظاهرة للفصل في المنازعات، سواء كانت تجارية أو مدنية أو إدارية أو عمالية أو غير ذلك من أنواع المنازعات ، حيث صاحب الإنسان منذ عهود قديمة ، وتطور بتطور التجارة الدولية ، حتى أصبح عادة أصيلة مترسخة في نفوس الناس ، فقد اعتبروه وظيفة للقضاء والعدل ووسيلة لحسم الخلافات ، و ذلك لبساطة الإجراءات و السرعة في الفصل و سرية الجلسات ، بخلاف القضاء الذي يتسم بتعقيد إجراءاته ، و كذا بطء الفصل في النزاعات التي تأخذ طابع الدولية .

لقد كان التحكيم سائدا في المجتمعات القديمة القبلية ، حيث كان الأفراد يتوجهون إلى شيوخ القبائل لحل منازعاتهم ، كما كان سائدا في المجتمعات اليونانية و الرومانية و عند العرب في الجاهلية أيضا [(01)].

نظرا لأهمية التحكيم على المستوى الدولي تزايد الإهتمام بفكرة التحكيم من طرف العديد من الدول خاصة في العصر الحديث ، و يظهر ذلك جليا من خلال إنشاء عدة مراكز دولية متخصصة في حل المنازعات القائمة عن طريق التحكيم ، وكذلك تمت سن العديد من التشريعات الوطنية لتنظيم الفكرة .

إن هذا الإهتمام المتزايد أعطى للتحكيم مكانة في أغلب التعاملات التجارية الدولية ، لأنه يساهم في الحفاظ على المصالح ، كما يمنح الإطمئنان أكثر في نفوس المتعاملين الإقتصاديين، بالرغم من وجود سبل أخرى يمكن الإعتماد عليها كالقضاء الوطني ، إلا أنهم يفضلون سبيل التحكيم لإيجاد الحل عند قيام النزاع لمزاياه المتعددة التي يستفيدون منها .

فالتحكيم قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية فهو يعتمد أساسا على قيام أطراف النزاع بأنفسهم باختيار قضائهم بدلا من الإعتماد على التنظيم القضائي للبلد الذي يقيمون

---

(01)– بفي علي ، شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص قانون أعمال ، جامعة الشهيد حمه لخظر ، الوادي ، الجزائر 2015 ، ص 2 .

فيه ، ولا يعرض النزاع على المحكمين إلا باتفاق قوي واضح[01] .

اهتمت الدول الغربية و من بعدها العربية بالتحكيم ، وعنيت بوضع تنظيم قانوني للتحكيم ، يتناول الإتفاق عليه و يحدد المنازعات التي يجوز طرحها أمامه ، و يبسط كيفية اختيار القواعد الإجرائية التي يسير عليها .

و من الدول من خصص للتحكيم قوانين مستقلة مثل مصر التي أصدرت قانون التحكيم رقم 27 سنة 1994[02] ، ومنها من خصص له بابا من أبواب قانون الإجراءات المدنية مثل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لدولة الجزائر و فرنسا ولبنان .

إن الإتفاق على التحكيم هو المرحلة الأولى من المراحل التي تمر بها عملية التحكيم ، و أهمها حيث يعتبر إتفاق التحكيم بداية عملية التحكيم ، كما تثور مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم أول ما تثور أمام المحكم ، إذ عليه قبل أن يبدأ في عملية التحكيم أن يتأكد من صحة الإتفاق عليه و نفاذه ، على اعتبار أن و لايته منوطة بهذا الإتفاق.

حيث عرّف المشرع الجزائري اتفاق التحكيم في المادة 1011 من ق ، إ ، م ، إ ، ج التي نصت على :" اتفاق التحكيم هو الإتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم " [03].

كما تنص المادة المادة السابعة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أن اتفاق التحكيم " هو إتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة ، تعقدية كانت أو غير تعاقدية .

---

(01)– هاشمي فاطمة ، آثار اتفاق التحكيم ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص قانون إقتصادي ،جامعة مولاي الطاه سعيدة ، الجزائر ، 2018، ص1.

(02)– قانون رقم 27 لسنة 1944 ، متضمن قانون التحكيم في المواد المدنية و التجارية ، صدر برئاسة الجمهورية في 18 أفريل 1994 ، ج.ر عدد 16 الصادرة بتاريخ 21 أفريل 1994.

(03)– المادة 1011 ، من القانون رقم 08 – 09 ، المؤرخ في 25 فيفري سنة 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ، ج . ر عدد 21 صادرة بتاريخ 25 أفريل سنة 2008 .

و يجوز أن يكون إتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة إتفاق منفصل " [01].

فهذا الإتفاق لا يخرج عن إطار أي اتفاق فهو تعبير عن إرادتين تراضيا على أن تكون وسيلة تسوية المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما هي التحكيم [02].

و عليه يمكن أن يرد اتفاق التحكيم كشرط ضمن نصوص عقد الإستثمار أو في اتفاق مستقل عن عقد الإستثمار ، و يبدو لنا أن لاتفاق التحكيم شكلين هما شرط التحكيم و مشارطة التحكيم .

فبالنسبة لشرط التحكيم clause compromissoire فهو عبارة عن نص وارد ضمن نصوص عقد الإستثمار ، يقرر الإلتجاء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي تثور مستقبلا بين المتعاقدين حول العقد و تنفيذه .

أما بالنسبة لمشارطة التحكيم le compromis فهي أي اتفاق بين أطراف العلاقة الإستثمارية ، في عقد مستقل ، يتقرر بموجبه عرض المنازعات التي نشأت بينهم بالفعل على التحكيم لحلها[03] .

يعتبر الإتفاق صحيحا متى توافرت أركانه وشروطه فإنه يرتب آثار قانونية ، حيث يحجب قضاء الدولة عن الفصل في موضوع النزاع بين الطرفين ، و يخول سلطة الفصل إلى المحكمين ، ويرتب أثاره الموضوعية التي تتمثل في اكتساب اتفاق التحكيم للقوة الملزمة التي توجب عرض النزاع على التحكيم ، و لا يملك أحد أطراف الإتفاق التخلي عنه أو أن يعطله بإرادته المنفردة ، ولإجازة الطرف الآخر رفع دعوى ضده لتنفيذ اتفاق التحكيم ، ويرتب إتفاق التحكيم كذلك آثار إجرائية [04] ، تتمثل في الأثر المانع ومبدأ الإختصاص بالإختصاص ، كما

---

(01)– المادة السابعة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي و ضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1985 ، منشور في الموقع :http://uncitral.org/texts .

(02)– إلهام عزام وحيد الخراز ، التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين ، 2009، ص 11.

(03)– إبراهيم إسماعيل إبراهيم الربيعي – ماهر محسن عبود الخيكاني ، التحكيم ضمانة إجرائية لتسوية منازعات الإستثمار ، بحث قانوني بكلية الحقوق ، جامعة بابل ، العراق ، 2011 ،ص 6.

(04)– هاشمي فاطمة ، المرجع السابق ، ص 2 .

أن الأثر الأهم هو مدى استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي ، تؤكد هذه الآثار مدى فعالية اتفاق التحكيم ، إلا أنه هناك العديد من العوامل التي من شأنها قد تؤثر على هذه الفعالية سواء بالسلب أو بالإيجاب ، كتصادم هذه الإتفاقية مع القوانين الداخلية للدول وكذا النظام العام الخاص بها أو النظام العام الدولي .

و ما يهمنا في هذه الدراسة هو مدى فعالية اتفاقية التحكيم في حماية إرادة المتعاقدين ، حيث أنه يعد وجود اتفاقية التحكيم و كذا صحتها من كل العيوب و عدم فعاليتها ضد ما قد يعترض تحقيق الهدف منها يعد دون فائدة .

حاولت الإتفاقيات الدولية تأكيد و حماية هذه الفعالية عن طريق ترسانة من القواعد و الضغوطات لحمل الدول للإنضمام و الإعتراف بهذه الإتفاقيات و القواعد .

تتمثل أهمية البحث من الناحية العملية في حماية مبدأ الحرية الإقتصادية التي تسعى إليها العديد من الدول ، ومنهم الجزائر ، حيث أن عدم فعالية اتفاق التحكيم أو عدم إقرار الدولة لهذا النوع من الإتفاقات ، من شأنه أن يؤدي إلى تخوف المستثمرين من اتخاذ تلك الدولة مكان للإستثمار ، و هذا يحرم دولة كالجزائر من متنفس مالي جديد بعيدا عن المحروقات التي تشهد عدم استقرار كبير .

كما تتجلى أهمية هذه الدراسة في تكريس المبادئ الدستورية ، و القانونية ، (العقد شريعة المتعاقدين ، حرية التعاقد ،الحرية الإقتصادية ، المنافسة الحرة ...) ، و حماية الأفراد من دفع الدول بحصانتها ، ومحاولة تهرب المتعاقدين من التزاماتهم كأطراف في التحكيم .

كذلك في حالة العكس ، فالجهل بهذه الجزئية من التحكيم يؤثر على الدولة بشكل كبير ، وهو ما يظهر جليا في الدولة الجزائرية التي تستنزف منها أموال طائلة ، نتيجة خسارتها في قضايا التحكيم التجاري الدولي .

بالإضافة إلى التأكيد على حماية المستثمرين خاصة الأجانب منهم مما قد يتعرضون له من مضايقات من السلطات المحلية (التسخير، نزع الملكية ، التأميم ....)

ترجع أسباب اختيارنا لهذا الموضوع لعدة اعتبارات منها :

– على الرغم من عنونة الكثير من الرسائل و المذكرات موضوع التحكيم ، إلا أن جل هاته البحوث تناولت الموضوع بشكل عام دون تفصيل .

– التعمق في جزئيات عملية التحكيم خاصة اتفاق التحكيم الذي يعد الحجر الأساس لهذه العملية

– كون هذا الموضوع من المسائل المهمة والمهملة خاصة في الجزائر

– معرفة موقف المشرع الجزائري من الإتفاقيات المتضمنة لقواعد التحكيم

– معرفة مدى تنظيم المشرع الجزائري لهذه الجزئية من التحكيم

– كما آمل أن يسهم هذا المجهود في إثراء المكتبة الجامعية في هذه الجزئية

إن الغرض الرئيسي من هذه الدراسة هو معرفة مدى الفعالية الميدانية لاتفاق اللجوء إلى التحكيم ، ومدى إمكانية التملص من التزامات هذه الأخيرة ، خاصة إن كانت الدولة أو أحد هيئاتها طرفا في التحكيم ، بالإضافة إلى تحديد الفعالية الإجرائية للإتفاق ، قصد تحديد الهيئة المختصة للفصل فيه ، وكذا مدى ارتباط اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي .

قصد دراسة هذا الموضوع من الناحية القانونية و الميدانية ، قمنا بانتهاج المنهج المقارن الملائم لهذا الغرض ، من خلال التنويه و الإشارة إلى رأي و الأنظمة القانونية المقارنة كون

هذا الموضوع ذو طابع دولي .

بالإضافة إلى الإستعانة بالمنهج التحليلي و الإستدلالي ، قصد الإستدلال بآراء الفقهاء و كذا النصوص القانونية ، و تحليل نتائج القضايا و النزاعات الدولية والداخلية التي اشتملت موضوعنا هذا.

على ضوء ما سبق نقوم بطرح الإشكالية الآتية:

ما مدى فعالية اتفاقية التحكيم في حماية إرادة المتعاقدين ؟

للإجابة على هاته الإشكالية ارتأينا أن نقسم هذا البحث إلى فصلين ، سنتطرق إلى مدى حماية اتفاقية التحكيم من البطلان و لبس تحديد الإختصاص (الفصل الأول)، ثم إلى مدى حماية اتفاق التحكيم من القانون الداخلي للدول (الفصل الثاني) .

الفصل الأول:

حماية اتفاقية التحكيم من البطلان ولبس تحديد الإختصاص

ينعقد الإختصاص التحكيمي لهيئة المحكمين بمجرد وجود الإتفاق التحكيمي، على أن تكون أحد المسائل الأولية التي يجب الفصل فيها هي إختصاص المحكمين في مدى صحة وجدية الوثيقة التحكيمية أو الشرط التحكيمي، .فلا يسوغ نظرها من قبل القضاء كونها و على حد تعبير الاستاذ محند اسعاد ، قد إنسلخت من اختصاص الهيئات القضائية التابعة للدولة لتعهد بها لقضاء التحكيم ،فيعد هذا المبدأ من أهم المبادئ الأساسية التي تقوم عليها التحكيم التجاري الدولي، و إن كان هذا الإتفاق يقوم على مصدر إتفاقي، إلا أنه قد يحدث و أن يعترض أحد الأطراف على إختصاص المحكم في الحالات التي يكون فيها اتفاق التحكيم باطلا اوعدم قابلية النزاع للتحكيم بحسب ما أشير اليه في قانون إ.م.إ.ج في المادة 1006 منه [01].

يعني هذا المبدأ (استقلالية شرط التحكيم) : استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الموقع بين الأطراف المتعاقدة ، و بالتالي فإن بطلان العقد الأصلي لا يؤثر على صحة شرط التحكيم ، كما أن بطلان شرط التحكيم لا يؤثر على صحة العقد الأصلي ، وإذا حدث و أبطل العقد الأصلي فإنه يصح التمسك بصحة شرط التحكيم ، و الإستمرار في السير في إجراءات التحكيم ، وصولا إلى حسم النزاع عن طريق هيئة التحكيم المختصة [02] .

وقد أشار أيضا القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 إلى استقلال شرط التحكيم في نص المادة (16 فقرة 1) و التي نصت على ((...ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءا من العقد كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى و أي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم))[03].

هناك من يقول أن مبدأ الإختصاص يعتبر نتيجة غير مباشرة لاستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي ، كما في الفقرة الأولى من المادة 23 من نظام محكمة لندن للتحكيم الدولي[04].

من خلال هذا الفصل تثور تساؤلات حول مفهوم مبدأ استقلالية إتفاق التحكيم ونطاق تطبيقه وآثاره على اتفاق التحكيم ، بالإضافة إلى إشكال تحديد الهيئة المكلفة بتحديد الإختصاص

(01)- حجاج حنان ، الأثر المانع لاتفاق في عقود الإستثمارات الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص علاقات دولية خاصة ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، 2015 ،ص 08.

(02)- إيهاب عمرو، التحكيم التجاري الدولي المقارن، الوراق للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، عمّان ، 2014، ص 80.

(03)- المادة 16 ف 01 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي و ضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1985 ، المرجع السابق .

(04)- ناريمان عبد القادر ، اتفاق التحكيم ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1996 ص 333.

في الفصل في النزاع بين القضاء الوطني و قضاء الدولة المحدد في اتفاقية التحكيم.
و عليه قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين ، مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم (المبحث الأول) ، و مبدأ الإختصاص بالإختصاص (المبحث الثاني) .

المبحث الأول :

مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

لقد شغل هذا الموضوع الفكر القانوني في العالم لأنه إذا كان الطعن موجها ضد العقد الذي يتضمن شرطا تحكيميا بداخله فإن السؤال الذي شغل الفكر هو كيف تستطيع محكمة تحكيمية تستمد وجودها من شرط في عقد مطعون بصحته أن تنظر بصحة هذا العقد .
توصل الفكر القانوني إلى ابتكار نظرية استقلالية الشرط التحكيمي ، التي تعتبر هذا الشرط مستقلا عن العقد المطعون فيه ، و تجيز للمحكمة التحكيمية النظر بالنزاعات التي تدور حول صحة العقد الذي يتضمن الشرط التحكيمي [01] .

رغم الجدل الذي كان قائما بين مؤيدي و معارضي مبدأ الإستقلالية عن العقد الأصلي، إلا أنه عرفت معظم القوانين التشريعية سواء الداخلية أو الدولية أو لوائح التحكيم و قرارات التحكيم تكريس لهذا المبدأ سواء بطريقة مباشرة وصريحة أو بطريقة ضمنية ، وهذا يرجع إلى الرغبة في توحيد القواعد القانونية من أجل خدمة التحكيم التجاري و الذي بدوره يخدم مصالح التجارة الدولية و التي أصبحت لها دور كبير في إقتصاد معظم الدول .

وقد كانت الأحكام القضائية بمثابة الأساس الذي إعتمدت عليه أغلب هذه القوانين و الأحكام ، نظرا لما رأت فيه من خدمة لاتفاق التحكيم ذاته ، واختصاص المحكمين ، وبالتالي بلوغ الهدف المتوخى من نظام التحكيم ذاته و إختصاص المحكمين بصفة عامة ، وهذا بعد ما كان التطرق إلى هذه المسألة ضمنيا أو غير واضح ، و إنما استخلص البعض من النصوص كما هو الحال في اتفاقية نيويورك [02] .

و على هذا الأساس سنتطرق إلى تعريف هذا المبدأ ومدى تكريسه ،سواء على مستوى الأنظمة الداخلية أو على مستوى الإتفاقيات الدولية (المطلب الأول)، بالإضافة إلى مبررات

---

(01)– عبد الحميد الأحدب ،التحكيم في البلاد العربية ،الجزء الثاني، مؤسسة نوفل ش.م.م، بيروت، لبنان ، 1990، ص20.
(02)– عائشة مقراني ،مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص عقود ومسؤولية ،جامعة امحمد بوقرة بومرداس ، الجزائر، 2005 ، ص 47.

الأخذ بهذا المبدأ و الآثار المترتبة عن تبنيه ، (المطلب الثاني) .

المطلب الأول :

تكريس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

كما سبق الذكر فإن هذا المبدأ أول ماظهر كان في الإجتهاد القضائي الفرنسي ، حيث كرسته محكمة النقض الفرنسية في ماي 1963 ، في القضية المعروفة "غوسي" "GOSSET"[01] ورغم أن هذا المبدأ كرس في النصوص القانونية كما سنرى لاحقا ، إلا أننا لا نجد تعريفا له من خلالها وهي مسألة تركت للفقه .[02]

لقد أصبح مبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم مقبولا في معظم التشريعات الداخلية و منها التشريع الجزائري ، وتضمنته معظم النظم التحكيمية للمؤسسات الدولية و التي كثيرا ما تحيل إليها إتفاقيات الإستثمار الثنائية ، الجهوية و الدولية .[03]

انطلاقا مما سبق ،سنقوم بتحديد مضمون مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بتحديد ما تم الإستقرار عليه كتعريف لهذا المبدأ (الفرع الأول)، كما سنحدد إلى أي مدى تم تكريس هذا المبدأ سواء على المستوى القوانين الداخلية للدول أو على مستوى الإتفاقيات الدولية (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : تعريف مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي

على الرغم من أن مسألة تحديد تعريف لمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم تركت للفقه ، إلا أن هذا الأخير لم يتفق على تعريف موحد ، سواء على مستوى الفقهاء الأنجلوسكسونيين أو الفرانكوفونيين ، كما اختلف الفقهاء حول الأخذ بمفهوم الإستقلال المادي لشرط التحكيم أو مفهوم استقلال شرط التحكيم عن حكم القانون الذي يحكم القانون.

بناءا على ما سبق سنقوم بتحديد المقصود بهذا المبدأ (أولا) ، ثم سنقوم بالتطرق إلى الإختلاف بين الإستقلال المادي لشرط التحكيم واستقلال شرط التحكيم عن حكم القانون الذي

(01)- عائشة مقراني ، المرجع السابق ، ص 24

(02)- عيساوي محمد ، فعالية التحكيم في حماية الإستثمار الأجنبي في الجزائر ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، الجزائر ، 2012 ، ص33

(03)- تتلخص وقائع قضية GOSSET في نزاع حول تنفيذ حكم صدر في إيطاليا بناءا على شرط تحكيم ورد في عقد أبرم بين مستورد فرنسي و مصدّر إيطالي ، حيث قضى هذا الحكم بالتعويض لصالح المصدّر الإيطالي ، نضرا لخطأ المستورد الفرنسي في تنفيذ التزاماته التعاقدية ، وقد تمسك هذا الأخير بعدم جواز تنفيذ حكم التحكيم ، و ذلك على أساس أن العقد الذي يتضمن شرط التحكيم باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته النظام العام الفرنسي ، لعدم مراعاته للقواعد الآمرة الخاصة بالإستيراد وتأسيسا على بطلان هذا العقد الأصلي فإن الأمر يستتبع تقدير بطلان شرط التحكيموإهدار حكم التحكيم الذي صدر بناءا عليه.

يحكم العقد (ثانيا) ، وكذا الأساس القانوني لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم (ثالثا).

أولا : المقصود باستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

1- لغة :

استقل : تحرر من أي سلطة خارجية .

استقلالية : حق فرد أو جماعة في تنظيم شؤونها الداخلية بحرية مطلقة دون التأثر بعامل خارجي [(01)] .

2- فقهاً :

يستعمل أغلب الفقه الفرنسي مصطلح Autonomie de la convention d'arbitrage أي استقلالية اتفاق التحكيم للتعبير عن العلاقة الرابطة بين هذا الإتفاق و العقد الأصلي أو الأساسي الذي يتضمنه أو الذي يتعلق به ، وذلك منذ أن استعمله محكمة النقض الفرنسية في الحكم الذي أصدرته بمناسبة قضية (Gosset) الشهيرة بتاريخ 07 ماي 1963 [(02)].

كما عرفه الفقيه GOLDMAN :

((Il vise l'autonomie de la clause d'arbitrage par rapport au contrat principal qui fait l'objet du litige et dans lequel , elle peut etre insérée dans le sens ou elle fonde l'indépendance du sort de la convention d'arbitrage par rapport au contrat)) .[(03)]

أما الفقه الأنجلو-أمريكي فيفضل استعمال مصطلح "separability" أو "severability".

في الفقه العربي ، نجد مثلا الأستاذ "شادلي لطفي" من تونس يستعمل مصطلح "استقلالية اتفاق التحكيم" ، من جهته يستعمل الفقه الجزائري مصطلح استقلالية اتفاق التحكيم وذلك رغم أن المشرع الجزائري لم يستعمل هذا المصطلح لأنه لم ينص بصريح العبارة على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي [(04)] .

---

(01)- أحمد مختار عمر ، معجم اللغة العربية المعاصر ،عالم الكتب ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، مصر ، 2008.

(02)- تعويلت كريم ، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي ، رسالة دكتوراه في القانون تخصص قانون أعمال ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، الجزائر، 2017 ص 167 .

(03)- HOCINE Farida , L'influence de l'accueil de la sentence arbitrale , these du doctorat en droit ,universite mouloud mammeri de tizi-ouzou , 2012.

(04)- تعويلت كريم ، المرجع السابق ، ص 169.

يعني هذا المبدأ : استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الموقع بين الأطراف المتعاقدة و بالتالي فإن بطلان العقد الأصلي لا يؤثر على صحة شرط التحكيم ، كما أن بطلان شرط التحكيم لا يؤثر على صحة العقد الأصلي . وإذا حدث وأبطل العقد الأصلي فإنه يصح التمسك بصحة شرط التحكيم ، و الإستمرار في السير في إجراءات التحكيم ، وصولا إلى حسم النزاع عن طريق هيئة التحكيم المختصة [01] .

ثانيا : الإختلاف بين الإستقلال المادي والإستقلال القانوني لشرط التحكيم

1- الإستقلال المادي لاتفاق التحكيم :

عرف الدكتور منير عبد المجيد مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي كما يأتي : " إن عدم مشروعية العقد الأصلي ، أو صحته أو بطلانه ، أو فسخه ، لا يؤثر على شرط التحكيم ، سواء كان هذا الشرط مدرجا في العقد الأصلي ، أم كان مستقلا عنه في صورة اتفاق تحكيم ، و أساس هذا النظرية أن اتفاق التحكيم يعالج موضوعا مختلفا عن موضوع العقد الأصلي ، لأن اتفاق التحكيم تصرف قائم بذاته له كيانه المستقل عن العقد الأصلي [02].

إن الأساس الذي استند عليه مبدأ استقلال اتفاق التحكيم هو أن اتفاق التحكيم و العقد الأصلي يشكلان تصرفين متميزين و بالتالي فإن اتفاق التحكيم هو اتفاقية في اتفاقية أو عقد في عقد .

2- الإستقلال عن قانون العقد :

و يقصد به خضوع شرط التحكيم لقانون آخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي ، فاستقلالية شرط التحكيم تؤدي إلى قبول عدم خضوع شرط التحكيم بالضرورة إلى ذات القواعد التي تحكم العقد الأصلي .

فإذا كان قانون العقد يبطل شرط التحكيم لعيب في الرضا مثلا ، أو لاختلاف صفة الأطراف ، أو لطبيعة الإلتزامات التعاقدية الوارد بشأنها ، أو يمنعه في بعض العقود إلى غير ذلك ، فإن ذلك لا أثر له على صحة الشرط المذكور [03] .

---

(01)- إيهاب عمرو ، المرجع السابق ،ص62 .

(02)- زهيرة كيسي ، مبدأ استقلالية شرط التحكيم التجاري عن العقد ، مجلة الإجتهاد للدراسات القانونية و الإقتصادية ، العدد رقم 08، جامعة تامنراست ، الجزائر ، 2015 ص 51.

(03)- أحمد مخلوف ،مفهوم استقلال شرط التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية ،القاهرة، مصر ، 2002، ص231.

ثالثا : الأساس القانوني لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

هناك من يرى أن أساس استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي مبني على نظرية البطلان الجزئي للتصرفات القانونية المعروفة في فقه القانون المدني ، و مفاد هذه الأخيرة أن التصرف القانوني يمكن أن يكون صحيحا رغم بطلان أحد شروطه أو أجزائه ، فحسب أصحاب هذا الرأي ، فإن العقد الواحد يمكن أن يكون باطلا في جزء منه و صحيحا في جزء آخر [01] .

يمكن أن نجد أساسه في القواعد العامة في القانون المدني وبما يطلق عليها نظرية انقاص العقد ، إذ أخذ بها القانون المدني الجزائري في نص المادة 104 والتي جاء فيها : " إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله" ،

وقياسا على اتفاق التحكيم فإنه في حالة بطلان العقد الأصلي الذي يحوي شرط التحكيم ضمنه فإن العقد يبطل لوحده ويبقى شرط التحكيم صحيحا في حالة توفر شروطه كاتفاق مستقل والعكس صحيح في حين أنه لا يمكننا تطبيق نظرية تحول العقد لأن هذه النظرية تفترض أن يكون العقد باطلا برمته لكي يتحول إلى عقد آخر ، أما إذا كان في جزء منه باطلا وفي الجزء الآخر صحيح وكان هذا التصرف قابلا للإنقسام فإنه ينتقص العقد ولا يتحول . [02]

الفرع الثاني : مدى تكريس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

رغم الجدل الذي كان قائما بين مؤيدي ومعارضي مبدأ الإستقلالية عن العقد الأصلي ، إلا أنه عرفت معظم القوانين التشريعية سواء الداخلية أو الدولية أو لوائح التحكيم و قرارات التحكيم تكريس لهذا المبدأ سواء بطريقة مباشرة و صريحة أو بطريقة ضمنية .

سنتطرق أولا إلى مدى تكريس هذا المبدأ على مستوى القوانين الداخلية للدول (أولا) ثم على مستوى الإتفاقيات الدولية (ثانيا) و كذا على مستوى القضاء (ثالثا) .

أولا : مدى تكريس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم على مستوى القوانين الداخلية

(01)- تعويلت كريم ، محاضرة بعنوان " استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في المرسوم التشريعي 09/93" الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر ، سطيف ،الجزائر ، 15 جوان 2006.

(02)- زهيرة كيسي ، المرجع السابق ، ص 54 .

1- في القانون الجزائري:

أشار المشرع الجزائري صراحة إلى هذا المبدأ لأول مرة ضمن المرسوم التشريعي رقم 09/93 المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، الذي يعتبر أول قانون تحكيم جزائري ، حيث جاء في المادة458 مكرر 1 في فقرتها الأخيرة : "لا يمكن الإحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم ، بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح".

نفس التعبير تقريبا رسخه المشرع الجزائري في المادة 1040 من القانون رقم 08-09 ، يمكن اعتبار مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم مكرسا في قانون التحكيم الجزائري ، لكن قد يطرح التساؤل حول مدى أو بعد هذا التكريس ؟

نرى بأن المسألة غير مطروحة في هذه الحالة ، لأن اتفاق التحكيم جزء من العقد الأصلي (حالة شرط التحكيم) وزوال الجزء ، حسب القواعد العامة ، لا يؤدي بالضرورة إلى زوال الكل .

أما في مشارطة التحكيم ، هي حالة العقد المنفصل المتعلق بحل المنازعات بواسطة التحكيم ، فإن عدم تأثير العقد الأول على الثاني يؤدي حتما إلى عدم تأثير الثاني على الأول.

المسألة الثانية المطروحة في هذا النص هي مسألة الأسباب الأخرى (غير البطلان) التي تؤثر في صحة العقد الأصلي ، حيث ينتقد المشرع الجزائري على عدم تفصيل النص و إعطاء الحالات المختلفة مثلما ورد في بعض القوانين ، وهو نقد مؤسس في رأينا يؤدي إلى قصور في التشريع الجزائري المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي .

نشير هنا إلى أن إقرار مبدأ الإستقلالية جاء في الفصل الخاص بالتحكيم الدولي ولم يذكر في التحكيم الداخلي [01] .

2- في القانون الفرنسي :

أغلب الفقه يعترف بأن القضاء الفرنسي عام 1963 هو من وضع حد للجدل الذي كان قد ثار في الفقه حول إستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي و ذلك في قضية غوسي التي سبق ذكرها [02] .

---

(01)- عيساوي محمد ، المرجع السابق ، ص 34.

(02)- عائشة مقراني ، المرجع السابق ،ص 53 .

و بالتالي يمكن القول أن القضاء الفرنسي قد أخذ بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي بكل أبعاده ، بحيث فصل فصلا تاما بين مصير شرط التحكيم و مصير العقد الأصلي الذي ورد فيه ، وذلك بغض النظر عن أية طوارئ أو مستجدات يمكن أن تلحق بالعقد الأصلي و تؤثر على وجوده أو صحته [01] .

و أصبح المبدأ المذكور من الأمور المسلم بها في التحكيم الدولي فقد جاء في حكم آخر لمحكمة النقض الفرنسية : "أن اتفاق التحكيم في موضوع التحكيم الدولي يمثل استقلال تاما ". و تواترت القرارات في هذا الإتجاه [02] .

ويضيف أن المادة 1476 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد تنص على أنه : " إذا إدعى أحد الأطراف عدم اختصاص المحكم في الفصل في النزاع ، كان لهذا الأخير أن يفصل في صحة أو حدود إختصاصه ".

تبين هذه المادة بصراحة أن المشرع الفرنسي أقر مبدأ الإختصاص بالإختصاص ، وعليه فالمحكم غير ملزم بأن يعلق الفصل في موضوع النزاع ، حيث يمكن له أن يقرر بنفسه إذا كان اتفاق شرط التحكيم مستقل أم لا عن العقد الأصلي ، كذلك يذهب الفقيه DAVID .R إلى أن إستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ، و الذي يتضمنه من الناحية العملية ، إذ طالما أن لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق التحكيمي سلطة الفصل في بطلان أو صحة العقد الأصلي المبرم بين الطرفين ، غير أنه وحسب رأي الفقيه إن هذه المادة لا تبين صراحة قاعدة موضوعية و لا تكرس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم [03] .

3- في قوانين بعض الدول العربية :

بعد أن صدر قانون التحكيم المصري الحالي ، تضمن المادة 23 التي تنص على أن : " يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته ".

---

(01)- بخيت عيسى ، زروالي سهام ، مبدأ استقلالية شرط التحكيم البحري عن العقد الأصلي في القوانين الداخلية و الإتفاقيات الدولية ، مجلةالدراسات القانونية المقارنة ، العدد الثالث ، جامعة حسيبة بن بوعلي ، شلف ، الجزائر ، 2016 ص ص 203-204.

(02)- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمّان، الأردن، 2008، ص 202.

(03)- عائشة مقراني ، المرجع السابق ، ص 55.

وقد يثور التساؤل عن أثر بطلان شرط التحكيم على العقد الأصلي الذي أورده ، قد يفسر عدم تعرض التشريع لبيان هذه الحالة ، على خلاف تعرضه لحالة البطلان العقد وعدم تأثير ذلك على شرط التحكيم الذي أورده ، بما يعني إمكان تأثر العقد ببطلان شرط التحكيم الذي اشتمل عليه هذا العقد إلا أن ما ينفي هذا التفسير تعرض المشرع في صدر نص المادة 23 إلى التصريح باستقلال شرط التحكيم واعتباره اتفاقا مستقلا عن بقية شروط العقد[01] .

ساير المشرع التونسي تطور قوانين التحكيم التجاري الدولي وقد أخذ بمبدأ استقلالية شرط التحكيم في الفصل 61 من قانون التحكيم التونسي .

كما نصت المادة 11 من قانون التحكيم السوري على أنه : " ...لايترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان الشرط صحيحا في ذاته ".

وجاء أيضا في قانون التحكيم البحريني في المادة 16 منه : "ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءا من العقد كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى و أي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم "[02] .

و هناك نص لقانون حديث أيضا هو قانون جيبوتي الخاص بالتحكيم الدولي، حيث أخذ بشكل صريح وواضح بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في المادة الثالثة منه، حيث نص على أن :" اتفاق التحكيم يبقى ملزما للطرفين حتى وإن كان العقد الذي ورد فيه الإتفاق المذكور باطلا"[03].

ثانيا : مدى تكريس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم على مستوى الإتفاقيات الدولية

1- اتفاقية واشنطن (المتعلقة بتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات 1965) [04] :

اختلفت الآراء بشأن ما إذا نصت اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات

(01)- خيتوش حكيمة ، اتفاق التحكيم الإلكتروني ،مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون أعمال، جامعة آكلي محند أولحاج البويرة ، الجزائر ، 2016 ص 76.

(02)- زهيرة كيسي ، المرجع السابق ، ص 60.

(03)- فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص 204.

(04)- اتفاقية تسوية الخلافات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى ، (واشنطن 1965) الموافق عليها بمقتضى الأمر رقم 95-04 المؤرخ في 21 جانفي سنة 1995 ، ج.ر عدد 7 صادرة بتاريخ 15 فيفري سنة 1995 ، المصادق عليها بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995 ، ج.ر عدد 66 صادرة بتاريخ 05 نوفمبر سنة 1995 .

بين الدول ومواطني الدول الأخرى الموقعة بتاريخ 18 مارس 1965 ، على مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي أو لم تشر إليه أصلا ، فيذهب أصحاب الرأي الأول إلى أن اتفاقية واشنطن أكدت على مبدأ استقلالية شرط التحكيم و لكن بصورة ضمنية ، إذ اكتفت بالإشارة من خلال نص الفقرة الأولى من المادة 41 منها إلى أن هيئة التحكيم هي التي تحدد اختصاصها [01]و هو ما يمكن إلحاقه بما جاء في اتفاقية جنيف لسنة 1961 [02] .

إن هذا الإستنتاج مبالغ فيه لأن مبدأ "الإختصاص بالإختصاص " لا يلتقي مع مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي إلا بشكل جزئي ، لذا لا يمكن استنتاج تكريس الإتفاقية لهذا المبدأ رغم أنها لم تنص على ما يحول دون إعماله [03] .

في حين يذهب أصحاب الرأي الثاني إلى إنكار ما جاء على لسان أصحاب الرأي الأول .

نصت الفقرة الأولى من المادة (41) من اتفاقية واشنطن على أنه : " هيئة التحكيم هي التي تحدد اختصاصها " .

و استند بعض الفقهاء إلى نص هذه المادة لتبرير استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي ، فهيئة التحكيم هي من تقرر ما إذا كان هناك اتفاق تحكيم أم لا ، فهو لن يختص إلا بناءا على وجود اتفاق صحيح .

و يرى الباحث أنه لا يمكن الإستناد إلى نص المادة السابقة للوصول إلى مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي ، لأن النص المذكور لم يأت بما يفيد باستقلالية شرط التحكيم ، حيث أن النص تحدث فقط عن مبدأ اختصاص هيئة التحكيم، و هذا المبدأ الأخير يعتبر من المبادئ التي أصبحت مستقرة في التحكيم التجاري الدولي ، و أن الأساس القانوني لمبدأ اختصاص المحكم لا يقوم على مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي .

فالأساس القانوني لهذا المبدأ يقوم على أساس قانوني وهو اعتراف للمحكم بالنظر في اختصاصه

---

(01)– زهيرة كيسي ، المرجع السابق ، ص 57.

(02)– الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي (جنيف 1961) منشورة في الموقع :

http://treaties.un.org/pages , (visité le 21– 11– 2018)

(03)– تعويلت كريم ، المرجع السابق ، ص 183.

وسنتطرق إلى هذا الموضوع تفصيلا عند الحديث عن مبدأ الإختصاص بالإختصاص، باعتباره من ضمن النتائج التي رتبها الفقهاء على مبدأ استقلالية شرط التحكيم[01].

2- اتفاقية نيويورك (المتعلقة بالإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية 1958) [02] :

إن اتفاقية نيويورك لم تشر مباشرة لمبدأ استقلالية شرط التحكيم، واكتفت بالتأكيد على جواز رفض الإعتراف و تنفيذ الحكم بناءا على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الإعتراف و التنفيذ ، الدليل على أن الإتفاق غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضه له الأطراف ، أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم وفقا لما جاء في نص المادة الخامسة منها [03] .

وذهب رأي آخر ، بالقول بأن النص المذكور يستفاد منه إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر ، غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي ، و بالتالي فتكون اتفاقية نيويورك قبلت ضمنا أن يكون لاتفاق التحكيم نظام قانوني مستقل عن العقد الأصلي ، أي يمكن إدراجها في إطار الإتجاهات المؤيدة لفكرة استقلالية اتفاق التحكيم .

و أجيب على هذا الرأي بأن اتفاقية نيويورك تركت للقوانين الوطنية أمر معالجة هذا الأمر. ذلك أن اتفاقية نيويورك و غيرها من الإتفاقيات الخاصة بالتحكيم قللت اهتمامها باتفاق التحكيم كعقد يستلزم لانعقاده توافر شروط معينة ، والسبب في ذلك أن هذه الشروط تستند في كل تشريع وطني إلى النظرية العامة في الإلتزامات ، و إلى نصوص خاصة ترتبك بالإجراءات أحيانا و بالنظام العام أحيانا أخرى ، مما يتصور معه بلوغ التوحيد التشريعي في شأنها و لهذا تفضل الإتفاقيات ترك هذه المسائل للتشريعات الوطنية ، ولقواعد القانون الدولي الخاص عندما يقع التنازع بينهما [04] .

لكن هذا لم يمنع بعض الفقهاء من الذهاب إلى القول بأن المادة الثانية من الإتفاقية

---

(01)- أسامة أحمد حسين أبو القمصان ، مدى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي ، رسالة ماجستير في القانون الخاص ، جامعة الأزهر ، غزة ، فلسطين ، 2010 ص 66.

(02)- الإتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 جوان سنة 1958 و الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها ، الموافق عليها بتحفظ بمقتضى القانون رقم 88-18 المؤرخ في 12 جوان سنة 1988 ، ج.ر عدد 28 صادرة في 13 جويلية سنة 1988 ، المصادق عليها بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 88-233 المؤرخ في 05 نوفمبر سنة 1988 ، ج.ر عدد 48 صادرة بتاريخ 23 نوفمبر سنة 1988 .

(03)- زهيرة كيسي ، المرجع السابق ، 56.

(04)- أسامة أحمد حسين أبو القمصان ، نفس المرجع ، ص 64.

المذكورة ، و إن لم تكن صراحة قد تعرضت لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم و مختلف نتائجه القانونية ، إلا أنها قد أعطته قوة لم تكن له من قبل.

بمعنى أنها تعكس مبدأ مقبولا في الروابط بين مختلف الدول ،و ليس مجرد اجتهاد من قضاء وطني، و كذلك الحال بالنسبة للقواعد التي تؤكد مبدأ الإستقلالية و الواردة في نظم هيئات التحكيم الدولية ، إذ يمكن هذه أن تصير بدورها تطبيقات لقاعدة دولية توجب الإعتراف باتفاق التحكيم و ليست فقط تنظيمات صادرة عن مؤسسات مهنية لا تملك قوة الإلتزام تجاه غير المتعاملين معها الذين يرتضون طواعية الخضوع لقواعدها [01] .

3- اتفاقية جنيف (الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي 1961)

أما اتفاقية جنيف الأوربية الصادرة في 1961/04/21، فلم تتبنى المبدأ بصورة صريحة بل بصورة ضمنية حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة الخامسة منها أنه : " مع التحفظ لجهة المراقبة القضائية اللاحقة المحددة بموجب قانون القاضي ، فإنه على المحكم المطعون بصلاحيته ألا يتخلى عن القضية ، وله سلطة تقرير اختصاصه و تقرير صحة اتفاق التحكيم أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءا منه " [02] .

فاتفاقة جنيف وفقا للفقرة الثالثة من المادة الخامسة منها تعهد للمحكم بسلطة تحديد اختصاصه ، ووجود أو صحة اتفاق التحكيم ، أو العقد الذي يعتبر اتفاق التحكيم جزءا منه [03] . و يمكن الإستنتاج من هذا النص أنها إشارة إلى أن سلطة المحكم مستمدة من اتفاق التحكيم الذي يعتبر مستقلا عن العقد الأصلي [04] .

إضافة إلى أنه لو كان واضعوا النص يريدون الوصول إلى هذه النتيجة لكان عليهم أن يضيفوا إلى النص ما يفيد بأن المحكم إلى جانب أن له سلطة الفصل في مسألة وجود أو صحة العقد الأصلي ، يظل مختصا حتى إذا ثبت عدم صحته أو بطلانه ، على نحو ما فعلت قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، فهنا يمكن القول بأن النص يقرر إستقلال اتفاق التحكيم [05].

(01)- فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص ص 209-210.

(02)- الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي (جنيف 1961) ، المرجع السابق .

(03)- خيتوش حكيمة ، المرجع السابق ، ص78.

(04)- فوزي محمد سامي ، المرجع نفسه ، ص 208.

(05)- عائشة مقراني ، المرجع السابق ،ص 49.

ثالثا : مدى تكريس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم على مستوى القضاء

لعب القضاء دورا لا يستهان به من أجل تبني بعض الأنظمة القانونية لمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي ، و قد كان أول ظهور لمبدأ استقلالية شرط التحكيم في العقود التجارية الدولية من القضاء الهولندي ، في الحكم الصادر بتاريخ 27 ديسمبر 1935 ، حيث تقرر "أنه في حالة تنازع الأطراف حول صحة أو بطلان العقد ، فإن ذلك لا يمنع المحكم من الفصل في النزاع رغم احتمال عدم صحة العقد الوارد فيه شرط التحكيم ".[01]

كما أكدت محكمة النقض الفرنسية دعمها لاستقلال شرط التحكيم على صعيد التحكيم الدولي في حكم قضية HECHT [02] سنة 1972 مقررة أن " لاتفاق التحكيم استقلال قانوني كامل في مسائل التحكيم الدولي" ثم ردت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ لقانون التحكيم الدولي ، باعتباره من القواعد الموضوعية لهذا القانون ،و ذلك في الحكم الذي أصدرته عام 1993 في قضية Dalico [03].

و معنى هذا اتجاه القضاء الفرنسي إلى اعتبار مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي يطبق في مسائل التحكيم الدولي الخاص بغض النظر عن القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم ، باعتباره من المبادئ العامة للتحكيم الدولي الخاص في رأي المحكمة ، و قد أكدت محكمة النقض الفرنسية مبدأ استقلال شرط التحكيم في عدة أحكام تالية عام 2002 [04].

أما القضاء المصري فقد انقسم إلى اتجاه مانع وآخر مجيز ، فبالنسبة للإتجاه المانع فقد ، استجاب له قضاء استئناف القاهرة بتاريخ 1983/05/18 ، حيث قضى باختصاص القضاء المصري في دعوى الحكومة المصرية ضد شركة وستلاند و ضد غرفة التجارة الدولية في باريس على أساس انعدام شرط التحكيم .

أما الإتجاه المجيز فكانت العبرة بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق ، وهذا ما أرساه قضاء

---

(01)- أحمد مخلوف ، المرجع السابق، ص212.

(02)- صدر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 04 جويلية 1972 ، ومشار إليه في :

Jean ROBERT , L' arbitrage , droit international privé , 5éme édition, Dolloz , paris ,1983, p247.

(03)- صدر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1993/12/20 ، و المشار إليه في : ناصر محمد الشرمان ، المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الأولى ، مركز الدراسات العربية ، القاهرة ، مصر ، 2015، ص 54 .

(04)- خيتوش حكيمة ، المرجع السابق ، ص74.

النقض المصري في قضائه بتاريخ 1982/04/26 ، في قضية مبروك للتصدير و الإستيراد ضد شركة كونتيننتال العربية للملاحة ، وكان النزاع يتعلق بمشارطة إيجار لنقل حمولة ، مع شرط تحكيم في لندن ، رفضت محكمة الدرجة الأولى إعمال شرط التحكيم ، ونقضت المحكمة هذا الحكم على أساس صحة شرط التحكيم رغم عدم تسمية المحكمين ، وذلك على أساس أن الإتفاق يخضع للقانون الإنجليزي [01] .

المطلب الثاني :

مبررات و آثار الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

لقد حظي مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بمبررات فقهية [02] ، فكما سبق و ذكرنا فإن إستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يقصد بها الإستقلالية القانونية وليس المادية ، وعليه فلا يقصد من الإستقلالية أن اتفاق التحكيم يجب أن يكون موضوع رضى منفصل عن رضى العقد الأصلي ، ولا تعني أن مصير اتفاق التحكيم لا يمكن أن يكون مصيره غير مصير الإتفاق الأصلي في حالة حوالة هذا الأخير . ولكن لهذا المبدأ نتائج هامة [03] تتمثل في الآثار الناتجة عن تبنيه.

بناءاً على ما سبق سنقوم بتحديد مبررات و نطاق تطبيق هذا المبدأ (الفرع الأول) ، ثم سنتطرق إلى الآثار الناتجة عن تبنيه (الفرع الثاني).

الفرع الأول : مبررات و نطاق تطبيق مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

تتعدد مبررات الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ، و ذلك نظرا لأهمية هذا الأخير ، كما أن تطبيق هذا المبدأ له نطاق معين يتمثل في حالات محدودة ، وعليه سنتطرق إلى مبررات الأخذ بهذا المبدأ (أولا) ، ثم نطاق تطبيقه (ثانيا) .

أولا : مبررات الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

لقد وضع الفقه عدة مبررات للأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ، سنتناول أهم هذه المبررات:

---

(01)- أسامة أحمد حسين أبو القمصان ، المرجع السابق ، ص ص 57-58.

(02)- عائشة مقراني ، المرجع السابق ، ص 40.

(03)- المرجع نفسه ، ص69 .

1- احترام إرادة الأطراف

عندما يقوم الأطراف بإبرام عقد معين ، ويتم الإتفاق فيما بينهم على إحالة النزاعات المتعلقة حول تنفيذ أو تفسير هذا العقد إلى التحكيم ، و يأتي هذا الإتفاق في صورة شرط التحكيم الوارد ضمن بنود العقد الأصلي ، و الذي يتم الإتفاق بمقتضاه بإحالة المنازعات التي من الممكن أن تنشأ حول تنفيذ أو تفسير العقد المبرم بينهم بواسطة التحكيم ، معنى ذلك أن الأطراف قصدوا بذلك عرض كافة المنازعات التي من الممكن أن تنشأ حول هذا العقد بطريق واسع ليشمل أيضا النظر في صحة أو بطلان العقد الأصلي ، ولذلك فإن عدم إجازة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي ، معناه عدم احترام هذه الإرادة التي قصدت عرض كافة المنازعات التي من الممكن أن تثور حول العقد الأصلي ، ولو أراد الأفراد التضييق من نطاق هذه الإرادة لعبروا عن ذلك صراحة [01].

إن رأي الفقيه REBERT جدير بالإهتمام حول تبرير الأخذ بمبدأ الإستقلالية حيث يرى أنها مبنية على أساس أكثر عمق ، له طابع وظيفي و هو مستوحى من إرادة الأطراف ، فعندما أدرجوا اتفاق التحكيم ، ولما كان اتفاق التحكيم هدفه حل النزاعات الناجمة عن العقد الأصلي ، ففي حالة نشوب نزاع حول أحكام العقد الأصلي ، يجب إعتبار اتفاق التحكيم و كأنه شخص من الغير بالنسبة لبقية شروط العقد الأخرى ، وهذا ليتمكن التحكيم من أن يقوم بدوره على أكمل وجه [02].

2- عدم التمييز بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم

إذا لم يتم إجازة استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي ، فإنه سيتم التفريق بين صورتي اتفاق التحكيم (شرط التحكيم ومشارطة التحكيم) ، لأن المحكم في حالة إبرام مشارطة التحكيم سيتمكن من إصدار حكم نهائي حول بطلان أو صحة العقد الأصلي ، بعكس الحال في حالة شرط التحكيم حيث سيتعرض فصل المحكم إلى رقابة قضائية لاحقة قد تلغي حكمه و هذه تفرقة بين شرط التحكيم ، مشارطة غير مبررة [03].

(01)- عاطف محمد الفقي ، التحكيم في المنازعات البحرية ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1997 ، ص 125.

(02)- عائشة مقراني ، المرجع السابق ، ص 43.

(03)- عاطف محمد الفقي ، المرجع نفسه ، ص 125.

3- حماية اختصاص المحكم في الفصل في المنازعة

إن القول بعدم استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي سيؤدي حتما إلى عدم صلاحية المحكم للنظر في المنازعات المتعلقة بالعقد الأصلي ، إذا دفع أحد الأطراف ببطلان العقد لأن المحكم في هذه الحالة سينظر في آن واحد في صحة العقد الأصلي ، وفي صحة شرط التحكيم و من غير المستساغ أن ينظر المحكم في عقد هو مصدر سلطته [01] .

4- شرط الكتابة كحماية لإتفاق التحكيم

اشترط المشرع الجزائري الكتابة كشرط لصحة العقد ، لكن مصطلح الكتابة الذي أشار إليه المشرع في الفصل السادس من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي ، يختلف بعض الشيئ عمّا أورده في الفصل الخاص بأحكام التحكيم بشكل عام ، تنص المادة 1008 : " يثبت شرط التحكيم ، تحت طائلة البطلان ، بالكتابة في الإتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها " أما المادة 1011 فتنص على : " يحصل اتفاق التحكيم كتابيا".

تبين هذه النصوص أن المشرع الجزائري إعتبر كل اتفاق غير مكتوب يرتب البطلان [02] .

5- اختلاف موضوع شرط التحكيم عن موضوع العقد الأصلي

لعل أهم هذه المبررات هو اختلاف موضوع شرط التحكيم عن موضوع العقد الأصلي ، فالعقد الأصلي قد يتعلق بشراء أو بيع أو توريد [03] طالما أن هذا العقد لا يخالف النظام العام والآداب العامة ، أما شرط التحكيم فموضوعه حل المنازعات التي من الممكن أن تثور حول تنفيذ أو تفسير العقد الأصلي مستقبلا، و بذلك يكون موضوع العقد الأصلي مختلفا عن موضوع شرط التحكيم ، و إن كان هذا الأخير مدرجا ضمن بنود العقد الأصلي [04] .

و من هذه المبررات أيضا اختلاف سبب كل منهما ، السبب في شرط التحكيم هو التعهد بعدم اللجوء إلى القضاء ، أما السبب في العقد الأصلي فهو مختلف تماما [05] .

---

(01)- أسامة أحمد حسين أبو القمصان ، المرجع السابق ، ص 37.

(02)- عيساوي محمد ، المرجع السابق ، ص 25.

(03)- حيواني جمال ، النظام القانوني لاتفاق التحكيم في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، الجزائر ، 2016 ، ص 57.

(04)- أسامة أحمد حسين أبو القمصان ، المرجع نفسه ، ص 36.

(05)- حيواني جمال ، المرجع السابق، ص57.

ثانيا : نطاق تطبيق مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

رغم وجود اعتراف شبه كامل ، على الصعيدين الدولي و الداخلي ، بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي ، إلا أن ذلك لم يقضي على اختلاف كل من النظم القانونية الداخلية و الفقه في تحديد نطاق تطبيقه فهناك من يرى بأن هذا المبدأ مطلق ويطبق في كل الحالت دون استثناء ، وهناك من يرى بأنه و إن كان يطبق في الكثير من الحالات ، إلا ذلك لا يعني أنه لا يستبعد في حالات معينة [01] .

1- حالة بطلان العقد :

قد يختلف الحكم باختلاف نوع البطلان ، سواء كان بطلان نسبي أو بطلان مطلق.

أ- حالة البطلان المطلق :

إذا كان العقد الأصلي باطل لانعدام الرضا مثلا ، فكيف يمكن أن نتصور أن هذا الإنعدام لا يمس شرط التحكيم باعتباره وارد في نفس العقد ، أي وقت إبرام العقد الأصلي كان أحد الأطراف عديم الأهلية ، وإذا قلنا بصحة اتفاق التحكيم أي خضوع النزاع إلى التحكيم فهل هذا يعني أن انعدام الأهلية لا يمس اتفاق التحكيم .

إذا تبين أن عدم الأهلية يمس العقد الأصلي و اتفاق التحكيم على حد سواء فإنه من المفروض أن يلحق البطلان بالعقدين ، و لكن باعتبار أن العقدين دوليين ، فيجب أولا معرفة القانون الواجب التطبيق على أهلية الأطراف للحكم بانعدامها.

نعلم أنه في حالة البطلان المطلق فإن القضاء دوره ليس منشئ و إنما كاشف لحالة البطلان ،و بالتالي فعليه إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد ، فماذا يمنع أن يطبق هذا في التحكيم ،

أي إعتبار المحكم مختصا بالفصل في موضوع بطلان العقد الأصلي ، فلو تأكدت صحة الإدعاء ببطلان العقد الأصلي لإنعدام الأهلية ، فدور المحكم في هذه الحالة لن يختلف كثيرا عن دور القاضي الوطني.

أما محل اتفاق التحكيم فيجب أن ننظر إليه من جهتين ، الجهة الأولى هي محل العقد الأصلي إن كان مشروعا كما سبق ذكره ، لأنه مرتبط أساسا به ، و من جهة ثانية محل

---

(01)- تعويلت كريم ، المرجع السابق ، ص202.

اتفاق التحكيم في حد ذاته و هو موضوع النزاع ، أو بصيغة أخرى مدى قابلية النزاع للتحكيم[01] .

ب- حالة البطلان النسبي :

يتحقق البطلان النسبي إذا كان أحد طرفي العقد ناقص الأهلية أو كانت إرادته معيبة بأحد عيوب الإرادة ، وهي الغلط ، الإكراه ، التدليس ، الغبن و الإستغلال .

ففيما يتعلق بالغلط الواقع على صفة جوهرية للشيء أو الغلط في قيمة الشيء أو الغلط في الباعث، فإن هذا النوع من الغلط يتعلق بالعقد الأصلي و لا يمتد لشرط التحكيم ، لأن شرط التحكيم يختلف محله عن محل العقد الأصلي ، على نحو لا يتصور معه وقوع المتعاقد في مثل أنواع الغلط السابقة ، فمحل شرط التحكيم هو إخراج ولاية الفصل في النزاع من القاضي العادي إلى المحكم أو المحكمين ، و هذا المحل هو محل إجرائي لا يمتد إليه الغلط في القيمة أو الغلط في الشيء أو الباعث .

أما الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته ، بحيث أن المتعاقد الواقع في الغلط لم يكن ليقوم على التعاقد لو علم بحقيقة شخصية من تعاقد معه قبل العقد ، في هذه الحالة فإن إمكانية إبطال العقد الأصلي تمتد إلى شرط التحكيم ،على نحو ينفي مبدأ استقلالية بين اتفاق التحكيم و العقد الأصلي المدرج به .

أما فيما يتعلق بالإكراه كعيب من عيوب الرضى فهو يقع على شخص المتعاقد ، يهدف إلى بعث الرهبة في نفسه و التأثير عليه ، ومنه إذا وقع الإكراه على شخص المتعاقد من أجل إبرام عقد معين فإن إبطال هذا العقد للإكراه يؤدي إلى بطلان شرط التحكيم المدرج به على نحو ينفي في هذه الحالة أيضا مبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم ، إلا إذا كان الإتفاق على شرط التحكيم بعد إبرام العقد الأصلي وزوال حالة الإكراه .

أما فيما يتعلق بالتدليس المعيب للرضى ،فهو استعمال طرق احتيالية لخديعة أحد المتعاقدين خديعة تدفعه إلى التعاقد ، وعلى هذا النحو فإن بطلان العقد الأصلي للتدليس يؤدي إلى بطلان شرط اتفاق التحكيم المدرج به ، مالم يكن هذا الأخير قد أبرم بعد إكتشاف حالة التدليس.

---

(01)- عائشة مقراني ، المرجع السابق ، ص 35.

أما عيب الإستغلال و الغبن فلا يمكن تصورها في اتفاق التحكيم لأن هذا الأخير ينشأ إلتزامات متعادلة بين الطرفين ، فكل منهما يلتزم بعدم اللجوء إلى القضاء و اللجوء إلى المحكم أو المحكمين على نحو لا يتصور معه وجود إختلال في الأداءات بين إلتزامات الطرفين .

بينما يمكن تصور وجود هذه العيوب في العقد الأصلي ، ومنه فإن بطلان العقد الأصلي لا يؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم و عليه فمبدأ إستقلال اتفاق التحكيم يظل قائما و صحيحا رغم إبطال العقد الأصلي(01).

2- حالة انعدام العقد الأصلي :

لم تفرق الفقرة الأولى من المادة 05 من اتفاقية جنيف ، بين انعدام العقد الأصلي و إبطاله ، وكذلك الفقرة الثانية من المادة 21 من نظام التحكيم CNUDCI ، وكذلك الفقرة الرابعة من المادة 08 من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية ، وقد أقرت هذه النصوص أن اختصاص المحكم في أن يفصل في النزاع حتى في حالة انعدام العقد الأصلي .

وقد ذهب بعض الفقه في تبرير هذا الموقف بالقول أنه إذا أغلق الباب أمام الأطراف في التراجع عن اللجوء إلى التحكيم بشأن بطلان العقد الأصلي ، فإن عدم تطبيق مبدأ الإستقلالية عن العقد الأصلي في حالة إنعدام هذا الأخير يفتح المجال أمام الأطراف في التذرع بإنعدام العقد الأصلي بدلا من بطلانه ، وبالتالي يجب صد هذا الباب كما هو الحال بالنسبة لحالة البطلان (02) .

3- حالة اتفاق الأطراف على عدم إعمال المبدأ:

طرحت مثلا حالة الفسخ الإتفاقي للعقد الأساسي بما فيه شرط التحكيم الذي ورد فيه و هي حالة لا علاقة لها بصحة أو بطلان العقد ، و ذلك في القضية التي كان أحد أطرافها الشركة الوطنية " سوناطراك " ، وطرحت أمام هيئة تحكيم تحت مظلة غرفة التجارة الدولية بزيورخ و مسجلة تحت رقم 5651.

---

(01)- عائشة مقراني ، المرجع السابق ، ص 35.

(02)- عبد الحميد الأحدب ، موسوعة التحكيم الدولي، الجزء الثاني، دار المعارف ، مصر ، 1998 ، ص 38.

بعد تعديل العقد عدة مرات ، وبتاريخ 25 جوان 1978 ، وقّع الطرفان (سوناطراك و الشركة الأجنبية) اتفاقا وديا على إنهاء العقد المؤرخ في 74/04/12 ، وكذا الملاحق : رقم 1 المؤرخ في 74/07/16 . ورقم 2 المؤرخ في 75/01/06 . و رقم 3 المؤرخ في 75/09/30 و رقم 4 المؤرخ 76/10/13 .

بعد ثمان سنوات من التوقيع على الملحق رقم 05 ، ورغم البنود التي تضمنها حسب ما تمت الإشارة إليه أعلاه قامت الشركة الأجنبية بتاريخ 02 جوان 1986 ، بتحريك إجراءات التحكيم ضد شركة سوناطراك .

توصل المحكمون إلى القول بأن المادة الأولى من الملحق الخامس لم تكن واضحة ، لذا يجب تفسيرها بحثا عن إرادة الأطراف ، وتستنتج بعد ذلك أن أحكام هذا النص تقتصر فقط على الفسخ الإتفاقي لبنود العقد الموضوعية .

تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري نص في المادة 1045 من ق.إ.م.إ ، عن إمكانية تنازل الأطراف عن التمسك بعدم اختصاص القضاء العادي عند وجود اتفاق تحكيم متعلق بالمنازعة المثارة .[01]

الفرع الثاني : الآثار الناتجة عن تبني مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم.

إن التسليم بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يترتب عليه مجموعة من الآثار ، حيث أن أن هذه الآثار هي جوهر هذا المبدأ و تعتبر السبب الرئيسي لتبنيه ، منها عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي (الأثر المطهر لاتفاقية التحكيم) ، (أولا) ، وإمكانية خضوع اتفاق التحكيم و العقد الأصلي لقانونين مختلفين (ثانيا) ، و إعطاء المحكم سلطة النظر في اختصاصه (ثالثا).

أولا: عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي

إن بطلان كل من العقد الأصلي أو شرط التحكيم لا يؤثر على صحة أو بطلان الآخر ، فإذا أبطل العقد الأصلي فعندئذ يمكن التمسك بصحة شرط التحكيم ، وبالتالي السير في إجراءات التحكيم و حسم النزاع من قبل المحكم و ليس من قبل المحكمة .

(01)- تعويلت كريم ، المرجع السابق ، ص ص 217- 218 .

أما إذا كان العقد صحيحا و كان شرط التحكيم باطلا ففي هذه الحالة يمكن لكل من الطرفين اللجوء إلى القضاء الوطني للفصل في النزاع ، ولا يمكن اللجوء إلى التحكيم بسبب بطلان الشرط الخاص بذلك [01] .

فمصير العقد الأصلي ليس له أثر على شرط التحكيم المتعلق به ، فهذا الشرط يبقى صحيحا منتجا لآثاره القانونية ، بصرف النظر عن زوال العقد الأصلي ، أو فسخه ، أ, انتهائه، ولايمنع من إنتاج شرط التحكيم لآثاره [02] .

يمكن الوصول إلى هذه النتيجة الأخيرة حتى في ظل الأنظمة القانونية التي لم تنص عليها خاص في القوانين المنظمة للتحكيم ، كما هو الحال في القانون الجزائري ، فهي مكرسة في القوعد العامة بالنسبة لجميع الشروط العقدية ، بشرط أن تكون قليلة الأهمية بالمقارنة مع البنود العقدية التي تكون معها العقد ، و ذلك تطبيقا لنظرية انتقاص العقد أو البطلان الجزئي للتصرفات القانونية ، غير أن هذه النظرية تثير مسألة تحديد أهمية شرط التحكيم و دوره في إبرام العقد الذي يرد فيه ، لأن المعيار المحدد لمدى تأثير بطلان هذا الشرط على العقد ككل يتوقف على تحديد هذه الأهمية [03] .

ثانيا : إمكانية خضوع اتفاق التحكيم و العقد الأصلي لقانونين مختلفين

إن صحة شرط التحكيم لا تتوقف على حكم القانون واجب التطبيق على العقد الأصلي ، فإذا كان هذا القانون يبطل شرط التحكيم لعيب في الرضا مثلا أو اختلاف صفة الأطراف ، أو لطبيعة الإلتزامات التعاقدية الواردة بشأنها ، أو يمنعه في بعض العقود إلى غير ذلك فإنه لا أثر لهذا كله على شرط التحكيم .

و يترتب على ذلك نتيجة منطقية ، وهي عدم خضوع شرط التحكيم في تفسيره لحكم هذا القانون[04] .

و قد تأكد ذلك بشكل واضح في عدة قرارات أصدرتها الغرفة التجارية الدولية ، و أحدث قرار في هذا الصدد القرار الصادر عام 1986 و الذي جاء فيه : " للأطراف أن ينصوا في اتفاق

(01)- فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص200.

(02)- أسامة أحمد حسين أبو القمصان ، المرجع السابق، ص 81.

(03)- تعويلت كريم ، المرجع السابق ، 223.

(04)- أسامة أحمد حسين أبو القمصان ، المرجع نفسه ، ص 94.

التحكيم على رغبتهم في تطبيق القانون الذي يختارونه مرة واحدة على العقد الأصلي و على اتفاق التحكيم ، وقد يكون ذلك أيضا بالنسبة لإجراءات التحكيم " ، كما أكد القرار المذكور أيضا على ما استقر عليه الرأي في قرارات سابقة ، من أن تقرير صحة اتفاق التحكيم يجب أن يبحث طبقا لإرادة الأطراف و العادات التي تتفق مع ما تتطلبه التجارة الدولية .

فإذا لم يتضمن اتفاق التحكيم تطبيق قانون معين ،فللمحكم وفقا لقواعد الغرفة التجارية الدولية أن يقرر صحة الإتفاق المذكور بشكل مستقل عن القانون الواجب تطبيقه على العقد الأصلي[01].

ثالثا : إعطاء المحكم سلطة النظر في اختصاصه

إن المحكم هو الجهة المختصة بالفصل في مسألة اختصاصه [02] ، إلا أنه ثار جدل حول العلاقة الموجودة بين مبدأ استقلال اتفاق التحكيم ، ومبدأ الإختصاص بالإختصاص ، فهناك من يرى أن كلاهما مبدأ واحد و أن الإختلاف في التسمية فحسب ، وهناك جدل حول أوسع المبدأين و من منهما يشمل الآخر .

لقد أصبح الإتجاه السائد يعتبر أن مبدأ الإختصاص بالإختصاص نتيجة لمبدأ الإستقلالية ويرون أن الإرتباط بين المسألتين جد مهم ، فلو كان اتفاق التحكيم مرتبط بالعقد الأصلي ، نتج عن ذلك حرمان المحكم من النظر في الإدعاء ببطلان هذا العقد ، فمن غير المعقول أن يفصل في صحة عقد هو مصدر سلطته ، وبالعكس عند القول باستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد زال هذا المانع ، وجاز للمحكم الفصل في المنازعات المتعلقة ببطلان العقد الأصلي لأنه لا يستمد ولايته منه ، وإنما من اتفاق التحكيم المستقل .

كما نشير إلى أنه إذا أثبت المحكم أن اتفاق التحكيم كان باطلا ، فلا يجوز له بعد ذلك التصدي للنزاع ، ونشير إلى أن هناك من يرى أنه و إن كانت قاعدة الإستقلالية تشكل مظلة واقية للسير بالتحكيم فإن قاعدة الإختصاص يجب أن تفصل عنها بشكل قاطع .[03]

هذا المبدأ نجده في الفقرة الثالثة من المادة 08 من قواعد التحكيم للغرفة التجارية الدولية التي تعطي للمحكم سلطة اتخاذ القرار حول تقرير اختصاصه . [04]

---

(01)- فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص 201.

(02)- حيواني جمال ، المرجع السابق، ص 58.

(03)- عائشة مقراني ، المرجع السابق ، ص ص 81- 88 .

(04)- فوزي محمد سامي ، المرجع نفسه ، ص 200.

المبحث الثاني :

مبدأ الإختصاص بالإختصاص

سبق وذكرنا أن النتيجة غير المباشرة على مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي ، مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه (مبدأ الإختصاص بالإختصاص) ، ويعتبر موضوع نقل الولاية القضائية من المحاكم الرسمية إلى المحاكم الإتفاقية ، من أهم الآثار الإيجابية المترتبة على شرط التحكيم ، حيث تحل هيئة التحكيم محل القضاء في تسوية النزاع موضوع الإتفاق ، فلا يجوز أن يكون هناك فراغ قضائي نتيجة تخلي القضاء عن أداء دوره ، وإنما يحل مكانه القضاء الإتفاقي الذي اختاره الأطراف للفصل في نزاعهم .

كما ويعتبر هذا المبدأ من أهم المبادئ في إطار التحكيم الدولي ، وقد نصت على هذا المبدأ الغالبية العظمى من التشريعات الوطنية المنظمة للتحكيم ، وكذلك المعاهدات و الإتفاقيات الدولية ، ومراكز التحكيم الدائمة .

حيث ينعقد الإختصاص التحكيمي لهيئة المحكمين بمجرد وجود الإتفاق ، على أن تكون أحد المسائل الأولية التي يجب الفصل فيها هي إختصاص المحكمين في مدى صحة و جدية الشرط التحكيمي ، فلا يسوغ نظرها من قبل القضاء كونها وعلى حد تعبير الأستاذ محند اسعاد قد إنسلخت من اختصاص الهيئات القضائية التابعة للدولة لتعهد بها لقضاء التحكيم [01] .

المطلب الأول :

تكريس مبدأ الإختصاص بالإختصاص

يعتبر مبدأ اختصاص الهيئة التحكيمية بالفصل في صحة اختصاصها و المعروف بمبدأ الإختصاص بالإختصاص Compétence compétence من أهم المبادئ في إطار التحكيم الدولي و من أدقها، وقد أثار هذا المبدأ العديد من الجدل و ذلك على الرغم من الإعتراف شبه الكامل به في الأنظمة القانونية المعاصرة المتعلقة بالتحكيم .[02]

تبنت الإتجاهات الحديثة مبدأ اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها ، لا سيما القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ، وقواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة

(01)- حجاج حنان ، المرجع السابق ، ص 08.

(02)- عيساوي محمد ، المرجع السابق ، ص 177.

للقانون التجاري الدولي سنة 1976 ، التي نصت على إعطاء المحكمة التحكيمية صلاحية البت في اختصاصها لنظر الدعوى ، و يقتصر دور القضاء بعد ذلك على رقابتها فيما انتهت إليه [01] .

بناءا على ما سبق سنتطرق أولا إلى مفهوم مبدأ الإختصاص بالإختصاص (الفرع الأول) ثم سنتطرق إلى تبني المبدأ (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : مفهوم مبدأ الإختصاص بالإختصاص

من أجل تحديد مفهوم هذا المبدأ سنتناول تعريف المبدأ (أولا) ، و الأساس القانوني له (ثانيا)، بالإضافة إلى مصادر المبدأ(ثالثا) .

أولا : تعريف مبدأ الإختصاص بالإختصاص

1- أصل مصطلح الإختصاص بالإختصاص

يعتبر مصطلح " الإختصاص- بالإختصاص " ترجمة للمصطلح الفرنسي "Compétence-compétence" ، الذي يعتبر بدوره ترجمة للمصطلح الألماني " kompetenz - kompetenz" .

فإذا ما سلمنا بما وصلت إليه بعض البحوث ، فإن أصل مصطلح الإختصاص – بالإختصاص ظهر لأول مرة في القانون الدستوري و العلوم السياسية ، حيث استعمل من قبل بعض الفقهاء الألمان في تحديد المقصود من فكرة سيادة الدولة ، وذلك بصدد النقاش الذي دار حول الدولة الفدرالية الألمانية في القرن التاسع عشر ، قبل أن يعود للواجهة مؤخراً بمناسبة النقاش الذي صاحب بناء الإتحاد الأوروبي حول تحديد طبيعته القانونية [02] .

2- مضمون مبدأ الإختصاص بالإختصاص

يعني هذا المبدأ : قيام هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها بنظر المنازعة من عدمه ، و يرتبط مبدأ الإختصاص ضد الإختصاص بمبدأ الإستقلالية بشكل وثيق ، حيث إن الهدف

(01)- خيتوش حكيمة ، المرجع السابق ص 98.

(02)- تعويلت كريم ، المرجع السابق ، 17.

الرئيسي لمبدأ الإختصاص بالفصل في الإختصاص ، هو إعطاء هيئة التحكيم الأساس كي تقرر اختصاصها بنظر النزاع [01].

كما يقصد بمبدأ الإختصاص بالإختصاص هو أن يختص المحكم بتحديد اختصاصه بنظر المنازعات ، وتحديد سلطته و تقرير إذا كان النزاغ صحيحا أم لا ، و نتيجة لذلك فإنه في حالة اعتراض أحد طرفي عقد الإستثمار بأنه لا يوجد اتفاق تحكيم أو أن موضوع النزاع مما لا يختص به التحكيم ، فإن الذي يحدد ذلك و يقرر صحته من عدمه هي هيئة التحكيم وحدها دون قضاء الدولة [02].

ونتيجة لذلك لو اعترض أحد أطراف النزاع بعدم اختصاص محكمة التحكيم في الفصل في النزاع ، أو بعدم وجود اتفاق يشير إلى اللجوء إلى التحكيم ، فإن الذي يفصل في ذلك هم المحكمين أنفسهم، وليس للمحكمة القضائية أن تفصل في مسألة اختصاص المحكمين ، وهذا ما يؤدي إلى إبراز فعالية اتفاق التحكيم كوسيلة ضامنة لحسم منازعات الإستثمار ، من خلال السرعة في حسم المنازعات بعيدا عن طريق المماطلة و أضاعت الوقت [03] .

ثانيا: الأساس القانوني لمبدأ الإختصاص بالإختصاص

رغم الإنتشار الكبير لمبدأ " الإختصاص – بالإختصاص " على المستويين الداخلي و الدولي , يبقى الأساس الذي يقوم عليه محل خلاف كبير في الفقه و القضاء .
إذ أن هناك من يعتبره :

1-نتيجة لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم :

إن مبدأ الإختصاص يجد أساسه و مصدره في مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي ، و أنه من المبادئ المترتبة على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ، لأن شرط التحكيم منفصل عن العقد الأصلي باعتبار أن شرط التحكيم هو داخل العقد الأصلي ، ولو اعترى هذا الأخير شيء فإنه لا مانع من قيام المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه , بناءا على

---

(01)- إيهاب عمرو ، المرجع السابق ،ص 63 .

(02)- رفيقة بسكري ، التحكيم كضمانة إجرائية لتسوية منازعات الإستثمار الدولية ، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية ، العدد التاسع ، جامعة باتنة ،الجزائر، 2016، ص 12.

(03)- ابراهيم اسماعيل ابراهيم الربيعي . ماهر محسن عبود الخيكاني ، المرجع السابق ، ص 12.

مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي ، كما أن الأخذ بهذا الإتجاه يرتفع الحرج عن المحكم و يستطيع الفصل في النزاعات المتعلقة بالعقد الأصلي لأنه لا يستمد ولايته منه ، وبالتالي للمحكم سلطة الفصل في المنازعات المتعلقة بالعقد الأصلي [01] .

2- مبدأ الإختصاص بالإختصاص يستند على أساس تشريعي :

يرى جانب من الفقه أن أساس مبدأ الاختصاص لا يقوم على أساس استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الاصلي , لأنه ليس هناك ثمة علاقة بين مبدأ الإختصاص بالإختصاص و بين مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم , و لهذا يجب عدم الخلط بينهما و لهذا فَإن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يستمد أساسه من النص التشريعي في القانون التحكيمي المطبق , أو من القانون التحكيم في دولة المقر, و بصفة عامة من مجموع الدول المحتمل أن تمنح المحكم سلطة الفصل في مسألة اختصاصه [02] .

3- مبدأ الإختصاص بالإختصاص يستند على أساس قضائي :

يرى جانب آخر من الفقه المتأثر بنظرية الطبيعة القضائية للتحكيم ، أن وجود مبدأ " الإختصاص – بالإختصاص " مستقل عن إرادة الأطراف ، وأن هذه السلطة موجودة دون تدخلها ، لأن أطراف اتفاق التحكيم لا يمكن لهم استبعادها لكونها مرتبطة بأي قاض ، و أن سلطة المحكم في الفصل في اختصاصه تعتبر أثرا للطبيعة القضائية لمهمته.

فالمحكم الدولي هو القاضي العادي – حسب البعض – بل القاضي الوحيد – حسب البعض الآخر – في مجال التجارة الدولية ، فمبدأ الإختصاص بالإختصاص هو مبدأ عام في القانون الإجرائي يطبق على قضاء الدولة و على القضاء الخاص ، كما أنه قاعدة دولية تحكيمية أو إجرائية بصفة عامة [03] .

ثالثا : مصادر مبدأ الإختصاص بالإختصاص

يستمد مبدأ اختصاص هيئة التحكيم أساسه من العديد من المصادر، سواء كانت هذه المصادر هي المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم أو القوانين الوطنية المعاصرة للعديد من الدول ، و كذلك الغالبية العضمى من لوائح التحكيم ، إذ تنص العديد من القوانين الوطنية

---

(01)- ناريمان عبد القادر ، المرجع السابق ، ص 333.

(02)- أسامة أحمد حسين أبو القمصان ، المرجع السابق، ص 144.

(03)- تعويلت كريم ، المرجع السابق ، 50.

المنظمة للتحكيم على هذا المبدأ و من بينها :

قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 في مادته 22.

قانون التحكيم التونسي لعام 1993 في مادته 26.

قانون التحكيم الموريتاني لعام 2000.

كما تبنى هذا المبدأ المشرع المغربي في قانون 05-08 المنظم للتحكيم في الفصل 9-327 كما تم الإشارة إليه في السابق " على الهيئة التحكيمية ، قبل النظر في الموضوع .." [(01)].

- فبالإضافة إلى هذه القوانين الوطنية هناك مجموعة من الإتفاقيات الدولية هي كالتالي:

معاهدة جنيف الموقعة في 21 أبريل 1961 تعرضت بشكل واضح لمبدأ اختصاص الهيئة التحكيمية بالفصل في مسألة اختصاصها في الفقرة الثالثة من المادة الخامسة منها .

كما أن قواعد قانون اليونسترال النموذجي (المادة 1/16) تتجه هي الأخرى إلى منح الهيئة صلاحية الفصل في صحة اختصاصها ، ولقد تبنت معاهدة واشنطن لعام 1965 الخاصة بتسوية منازعات استثماريين و رعايا الدول الأخرى مبدأ الإختصاص بالإختصاص في المادة 41 منها.

- و لم تخل لوائح هيئات و مراكز التحكيم من تقرير هذا المبدأ ومن ذلك :

نظام التوفيق و التحكيم التجاري لغرفة تجارة و صناعة دبي لعام 1994 في مادته 5/ب .

لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1998 في مادته 2/6 .

لائحة جمعية التحكيم الأمريكية لعام 1992 في المادة 1/15 [(02)] .

الفرع الثاني : تبني مبدأ الإختصاص بالإختصاص

تبنت معظم التشريعات الوطنية و الإتفاقيات الدولية و مختلف الأنظمة القانونية والقضائية مبدأ الإختصاص بالإختصاص ، نظرا لحتمية هذا المبدأ في فعالية اتفاقية التحكيم .

لذلك سنستعرض موقف كل من موقف التشريعات الوطنية (أولا) ، موقف المعاهدات الدولية (ثانيا) ، موقف القضاء (ثالثا) ، وموقف أنظمة مراكز التحكيم الدائمة (رابعا).

(01)- حيواني جمال ، المرجع السابق، ص 52.

(02)- والي فتحي ، قانون التحكيم بين النظرية و التطبيق ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ،الإسكندرية ، مصر ،2007 ، ص 71.

أولا: موقف التشريعات الوطنية

تبنت معظم التشريعات الوطنية لمبدأ الإختصاص بالإختصاص إلا أن أنه اختلفت أساليب التعبير عن تبني المبدأ .

1- التشريع الجزائري :

نجد إقرارا صريحا من المشرع الجزائري في نص المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على مبدأ الإختصاص بالإختصاص حيث نص على : ((تفصل محكمة التحكيم في الإختصاص الخاص بها ، و يجب إثارة الدفع بعدم الإختصاص قبل أي دفاع في الموضوع . تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولى إلا إذا كان الدفع بعدم الإختصاص مرتبطا بموضوع النزاع .))

فمن الواضح أن المشرع قد تبنى المبدأ و لكن على غير إطلاقه ، بحيث أنه إشترط لكي تفصل هيئة التحكيم في اختصاصها بنظر النزاع ،عدم قيام أي طرف من أطراف التحكيم بإبداء أي وجه من أوجه الدفاع أمامها بشأن اختصاصها في نظر النزاع[01].

2- التشريع الفرنسي :

نص المشرع الفرنسي على مبدأ في المادة 1466 من قانون الإجراءات المدنية الجديد ، على أنه إذا نازع أحد الطرفين في إختصاص المحكم من حيث المبدأ أو المدى ، يتوجب على هذا الأخير أن يبت في المسألة [02] .

يتبين من خلال نص المادة السابقة أن المحكمين لهم فحص حدود و لايتهم ، و كذلك لهم فحص مشروعية ولايتهم ، بمعنى التحقق من اتفاق التحكيم من حيث صحته و بطلانه[03].

3- بعض التشريعات العربية :

نصت المادة الثانية والعشرين من قانون التحكيم المصري على مبدأ الإختصاص بالإختصاص، حيث جاء في المادة المذكورة سابقا " 1- تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع "

يتبين من خلال النص السابق أن المشرع المصري قد أعطى الحق لهيئة التحكيم أن

(01)- لزهر بن سعيد ، التحكيم التجاري الدولي ، دار هومة للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2012، ص 87.

(02)- عيساوي محمد ، المرجع السابق ، ص 178.

(03)- أسامة أحمد حسين أبو القمصان ، المرجع السابق، ص 115.

تقول كلمتها في شأن ما يبدي أمامها من دفوع تتعلق بعدم اختصاصها ، أو التي يكون مبناها انتقاء اللجوء إلى التحكيم ،أو سقوط التحكيم ،أو بطلانه ، أو عدم شموله لموضوع النزاع بأكمله [01] .

و تجاهلته بعض التشريعات مثل ما فعل المشرع الكويتي الذي لم يتطرق بتاتا لهذا المبدأ في قانون 1980[02].

ثانيا : موقف المعاهدات الدولية

تباينت مواقف الإتفاقيات الدولية في تبنيها لهذا المبدأ سواء بالتبني الصريح أو الضمني.

1- اتفاقية واشنطن 1965 :

أشارت اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار لسنة 1965 إلى مبدأ الإختصاص بالإختصاص ، وذلك بالنص عليه في المادة (41/ف1) من الإتفاقية [03] .حيث نصت المادة على أن : (المحكمة هي التي تفصل في اختصاصها ، و أي إعتراض أو دفع يبديه أحد الطرفين بأن النزاع لا يدخل في اختصاص المركز أو المحكمة تنظر فيه المحكمة التي تقرر ما إذا كانت تبت فيه باعتباره مسألة أولية أو تضمه إلى موضوع النزاع.) [04] .

2- اتفاقية جنيف 1961 :

لقد نصت الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي التي أبرمت في جنيف عام 1961 على مبدأ الإختصاص بالإختصاص في الفقرة الثالثة من المادة الخامسة منها بشكل واضح ، واعتبرت أنه " لا يلتزم المحكم الذي ينكر الأطراف عليه الإختصاص أن يتخلى عن نظر المنازعة و له أن يفصل في مسألة اختصاصه و في وجود و صحة اتفاق التحكيم أو في وجود وصحة العقد الذي يعد الإتفاق جزءا منه . وذلك دون الإخلال بالرقابة القضائية اللاحقة المنصوص عليها في قانون القاضي "

يؤكد هذا النص بوضوح ، رغبة واضعي هذه الإتفاقية في تذليل العقبات التي تحول دون تطور المبادلات التجارية بين الدول الأوروبية [05] .

---

(01)- أسامة أحمد حسين أبو القمصان ، نفس المرجع ، ص 118.

(02)- عيساوي محمد ، المرجع السابق، ص 178.

(03)- سراج حسين أبو زيد ، التحكيم في عقود البترول ، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر ، 2010 ، ص 36.

(04)- حجاج حنان ، المرجع السابق ، ص 15.

(05)- تعويلت كريم ، المرجع السابق ، 32.

3- اتفاقية نيويورك 1958 :

يرى بعض الفقهاء أن اتفاقية نيويورك لم تتعرض لمبدأ الإختصاص بالإختصاص ، ولعل هذا الإغفال من جانبها مبعثه الهدف المباشر من هذه الإتفاقية ، و هو الإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية .

يمكن الإستناد إلى نص المادة 2 فقرة 3 من الإتفاقية المذكورة للإستناد إلى مبدأ الإختصاص بالإختصاص ، حيث جاء في النص المذكور" على محكمة الدول المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناءاً على طلب أحدهم إلى التحكيم، وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الإتفاق باطل و لا أثر له أو غير قابل للتطبيق " [01] .

4- قواعد قانون اليونتسترال النموذجي :

بالنسبة للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 حيث أقر في المادة 16 منه على : " يجوز لمحكمة التحكيم أن تفصل في اختصاصها بما في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود أو صحة اتفاق التحكيم " [02] ، حيث تتجه هي الأخرى إلى منح الهيئة صلاحية الفصل في صحة اختصاصها [03] .

ثالثا : موقف القضاء

قضت المحكمة الفيدرالية في حكمها الصادر في تاريخ 29 أبريل 1996 ، أن الجهات القضائية التي يطلب إليها نظر موضوع النزاع لا تستطيع أن تحكم باختصاصها ، إلا إذا تبين من الفحص المبدئي عدم صلاحية اتفاق التحكيم لكونه باطلا أو غير نافذ أو غير صالح لإعماله .

و بذلك يكون القضاء أقر مبدأ الإختصاص بالإختصاص ، تاركاً لهيئة التحكيم النظر في بطلان شرط التحكيم ، مع خضوع القرار الصادر عن الهيئة لرقابة المحكمة إذا ما تم الطعن به من قبل أحد الأطراف .[04]

في قضية سد كدية أسردون بالبويرة (الجزائر) ، بين الشركة الإيطالية LESI-DIPENTA

---

(01)- عبد الحميد الأحدب ، المرجع السابق ، ص 379.

(02)- سراج حسين أبو زيد ، المرجع السابق ، ص ص 36-37 .

(03)- خيتوش حكيمة ، المرجع السابق ، ص 100.

(04)- أسامة أحمد حسين أبو القمصان ، المرجع السابق، ص 132.

والوكالة الوطنية للسدود (ANB)، أثار الطرف الجزائري دفعا بعدم إختصاص المركز على أساس أن النزاع لا يتعلق باستثمار بل صفقة عمومية ، ولا تشمله الإتفاقية الثنائية بين الجزائر و إيطاليا حول الحماية و التشجيع المتبادلتين للإستثمار المبرمة بتاريخ 18 ماي 1991 ، وبالتالي لا تتوفر شروط المادة 25 (1) من اتفاقية واشنطن ، لكن محكمة التحكيم أصدرت حكما أوليا يقضي باختصاصها مؤقتا وفقا للشروط الواردة في المادة 25 (1) .

في قضية Holidays inns ضد المغرب ، فصلت محكمة التحكيم في مسألة إختصاص المركز و مسألة اختصاصها بناء على المادة 41 من اتفاقية واشنطن ، حيث أثار المغرب دفعا بعدم الإختصاص

باعتبار الشركة المدعية ليست رعية لدولة متعاقدة وقت إبرام العقد (سويسرا) ، لكن المحكمة رفضت الدفع و قررت اختصاصها [01] .

رابعا : موقف أنظمة مراكز التحكيم الدائمة

1- لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس :

نصت لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1998 في المادة6 فقرة 3 [02] على أنه : " إذا لم يقدم أي طرف مقدم ضده طلب ردا عليه أو إذا أثار دفعا أو أكثر بشأن وجود أو صحة أو نطاق اتفاق التحكيم ، أو بخصوص مدى إمكانية الفصل في كل الطلبات المقامة في التحكيم في إطار ذات الدعوى التحكيمية ، يستمر التحكيم و تفصل هيئة التحكيم مباشرة في أي مسألة تتعلق بالإختصاص أو أي مسألة بخصوص مدى إمكانية الفصل في كل الطلبات المقامة في التحكيم في إطار ذات الدعوى التحكيمية ، وذلك ما لم يحل الأمين العام الأمر إلى المحكمة لاتخاذ قرار بشأنه وفقا للمادة 6 فقرة 4 [03] .

2- لائحة جمعية التحكيم الأمريكية:

نصت المادة (15) من نظام الجمعية الأمريكية للتحكيم بقولها :

" 1- يمكن للمحكمة التحكيمية أن تبت باختصاصها ، بما في ذلك البت في أي دفاع يتعلق بوجود التحكيمي أو صحته .

(01)- عيساوي محمد ، المرجع السابق، ص 181.

(02)- حيواني جمال ، المرجع السابق، ص 53.

(03)- تعويلت كريم ، المرجع السابق ، 44.

2- المحكمة التحكيمية صالحة للبت في مسألة وجود أو صحة العقد الذي يتضمن الشرط التحكيمي ، ويعتبر الشرط التحكيمي كشرط مستقل عن شروط العقد الأخرى .

3- يثار أي دفع بعدم الإختصاص في مهلة خمسة و أربعين يوما من تاريخ إيداع الطلب".

يتبين من نص المادة السابقة أن المحكمة التحكيمية لها أن تبت في اختصاصها من تلقاء نفسها ، ولو لم يتم الدفع بعدم الإختصاص من قبل أحد الأطراف [01] .

3- نظام محكمة تحكيم لندن للتحكيم الدولي :

كرست محكمة التحكيم بلندن ، التي تعتبر من أقدم مراكز التحكيم في العالم ، مبد الإختصاص بالإختصاص ، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 23 من نظامها الساري المفعول على أنه :

" يجوز للمحكمة التحكيمية البت في اختصاصها . بما في ذلك البت في أية اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم و صحته " [02] .

لم تعد مسألة اختصاص المحكم باختصاصه مثيرة للجدل سواء في التشريعات أو أنظمة التحكيم أو أحكام المحكمين أو اجتهادات القضاء ، مما يؤكد التوجه نحو إعطاء دفع قوي لفعالية التحكيم في حل نزاعات التجارة الدولية ، بعد أن يمارس المحكم هذه الصلاحية و يقر باختصاصه ، يبدأ في تسيير إجراءات الخصومة بكل حرية واستقلالية [03] .

المطلب الثاني :

مبررات و آثار تبني مبدأ الإختصاص بالإختصاص

مبدأ اختصاص الهيئة ، يفرض على الجهات القضائية في الدولة التي يعرض عليها الفصل في اتفاق التحكيم لأي سبب من الأسباب ، سواء أثناء المنازعة بشن تشكيل الهيئة أو بسبب التمسك بأن اتفاق التحكيم باطل ، أولا وجوب أن تمتنع عن الفصل في موضوع المنازعات التي يدخل في اختصاصها المحكم ، و من هنا فإن هذا المبدأ يتضمن فكرة أولية أي أنه تعطى للهيئة الفرصة في أن تفصل أولا في جميع المسائل المتصلة باختصاصها و ذلك مع الخضوع للرقابة اللاحقة للقضاء الوطني المختص و المعني بالقيام بهذه الرقابة [04] .

(01)- أسامة أحمد حسين أبو القمصان ، المرجع السابق، ص 139.

(02)- تعويلت كريم ، المرجع السابق ، 43.

(03)- عيساوي محمد ، المرجع السابق، ص 182.

(04)- خيتوش حكيمة ، المرجع السابق ، ص 102.

و هذا المبدأ لا يعني مطلقا أن يترك للمحكم موضوع الرقابة على اختصاصه ، بل على العكس فإن هذا الإختصاص تتم مراقبته بواسطة الجهات القضائية في الدولة ، بمناسبة الطعن و البطلان على حكم التحكيم أو إصدار الأمر بتنفيذه [01] .

بناءا على ما سبق سنبين أسباب و مبررات تبني هذا المبدأ (الفرع الأول) ، بالإضافة إلى الآثار الناتجة عنه (الفرع الثاني) و كيفية إعماله في الواقع (الفرع الثالث).

الفرع الأول : مبررات تبني مبدأ الإختصاص بالإختصاص

إن التأكيد على ضرورة تبني مبدأ الإختصاص بالإختصاص باعتباره من المبادئ التي يقوم عليها التحكيم الحديث ، يستند على مجموعة من المبررات ، تزيد من فعالية اتفاقية التحكيم(أولا) ، وتحمي الطرف الحسن النية من الغش و التحايل (ثانيا) .

أولا : المبررات المتعلقة بزيادة فعالية اتفاق التحكيم :

المؤكد أن مبدأ الإختصاص ينسجم و يؤكد فعالية التحكيم ، خاصة ، في منازعات الإستثمار و التي تتطلب السرعة في الإجراءات [02] ، كما يعمل على الإقتصاد في الوقت والإجراءات [03] التي تعتبر من أسباب اللجوء إلى التحكيم ، حيث أن إعطاء فرصة الطعن في اختصاص المحكمين أمام القضاء سوف يتعارض الميزة التي يتمتع بها [04] .

إن الأثر السالب لاتفاق التحكيم يدعم بدوره هذا المبدأ ، حيث أن هذا الأثر يحجب على القضاء النظر في المنازعة وبالتالي الإعتراف لهذه الهيئة بسلطة الحسم في مسألة اختصاصها [05]، حيث تساهم سلطة المحكم بالفصل في اختصاصه في تحقيق العدالة ، و تساعد على تجنب تعطيل إجراءات التحكيم حتى صدور قرار بشأن الإختصاص ، كما تخفف من حجم القضايا المعروضة على القضاء ، كل هذه المبررات جعلت من مبدأ الإختصاص مبدأا عالميا ، كرسته جل التشريعات الوطنية و الإتفاقيات الدولية و لوائح وأنظمة التحكيم [06] .

---

(01)- حيواني جمال ، المرجع السابق، ص 54.

(02)- رفيقة بسكري ، المرجع السابق، ص 182.

(03)- علي الطويل ، بحث قانوني ، مركز راشيل كوري لحقوق الإنسان، فلسطين ،2014 ، ص 17.

(04)- ابراهيم اسماعيل ابراهيم الربيعي . ماهر محسن عبود الخيكاني ، المرجع السابق ، ص 14.

(05)- حيواني جمال ، المرجع السابق، ص 56.

(06)- تعويلت كريم ، المرجع السابق ، 29.

إن ثقة الأطراف في قضاء التحكيم لا تقتصر على الحكم في موضوع النزاع فقط ، وإنما تشمل جميع القرارات الأولية والتمهيدية الصادرة عن محكمة التحكيم قبل الفصل في الدعوى ، و التي من أهمها قرارها بثبوت اختصاصها من عدمه ، ومما يزيد من ثقة الأطراف في هذه القرارات أيضا ، أنها ليست قاطعة و نهائية ، وإنما تخضع مع الحكم الرئيسي في نهاية الأمر لرقابة القضاء الرسمي من خلال دعوى البطلان ، أو عند التقدم بطلب تنفيذ الحكم[01].

ثانيا : المبررات المتعلقة بحماية الطرف الحسن النية من الغش و التحايل

يساعد مبدأ الإختصاص بالإختصاص على التقليل من محاولات بعض أطراف النزاع غير حسيني النية ، من المماطلة و التحايل على القانون التي يتذرعون بها للمنازعة بصحة اتفاق التحكيم ، لإعاقة اتفاق التحكيم ، من خلال رفع دعاوى أو تقديم طعون أمام محاكم قضائية ليس من اختصاصها ، و إنما هي من اختصاص محكمة التحكيم ، بموجب مبدأ الإختصاص بالإختصاص ، و لهذا يتوجب على تلك المحاكم الإمتناع عن النظر في هذه الدعاوى ، وإحالتها إلى محاكم التحكيم صاحبة السلطة و الإختصاص [02] .

و منه فإن تقرير هذا المبدأ يقطع الطريق أمام الطرف الذي يهدف بسوء نية إلى تعطيل إجراءات التحكيم ، و ذلك عن طريق عدم تمكنه من تقديم طعون أمام جهات القضاء العادي للدولة [03] .

كما يرى مؤيدوا هذا المبدأ أن إعمال هذا الأخير من شأنه أن يضمن إحداث اتفاق التحكيم لآثاره ، بغض النظر عن الإجراءات المعطلة و التسويفية التي يلجأ إليها أحد الأطراف ، خاصة و أن الطرف الذي يدفع بعدم الإختصاص محكمة التحكيم ، أو يرفع الدعوى أمام القاضي ، يتحرك غالبا بسوء النية و يحاول بكل الطرق كسب الوقت لا غير [04] .

الفرع الثاني : آثار تبني مبدأ الإختصاص بالإختصاص

يعتبر مبدأ الإختصاص بالإختصاص من القواعد القانونية التي رتبت آثارا انعكست

---

(01)- أحمد عبد الكريم سلامة ، التحكيم الدولي و الداخلي ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ،القاهرة ، مصر ، 2004، ص 517.

(02)- أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق، ص 517.

(03)- رفيقة بسكري ، المرجع السابق، ص 183.

(04)- تعويلت كريم ، المرجع السابق ، 28.

إيجابا على أنظمة التحكيم بشكل عام ، و على عملية التحكيم بشكل خاص ، ومن هذه الآثار ما تضمن منح المحكم حق تقرير اختصاصه ، و هذا ما يعرف بالأثر الإيجابي لمبدأ الإختصاص بالإختصاص ، وما تضمن سلب المحكمة المختصة سلطة النظر و الفصل في نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم ، و معروض على هيئة تحكيمية للفصل فيه و هو ما يعرف بالأثر السلبي لمبدأ الإختصاص بالإختصاص [01].

و منه فإن آثار تبني مبدأ الإختصاص بالإختصاص تتجلى في أثرين ، أولهما إيجابي (أولا) و الثاني سلبي (ثانيا) .

أولا : الأثر السلبي لتبني مبدأ الإخصاص بالإختصاص

يطبق الأثر السلبي لتبني مبدأ الإختصاص بالإختصاص أمام محاكم الدولة ، حيث يقتضي أن تمتنع هذه المحاكم عن النظر أو البت في أي دعوى تتعلق بوجود الشرط التحكيمي أو صحته ، أو في موضوع النزاع مباشرة بالرغم من صحة وجود هذا الشرط ظاهريا قبل أن يقول المحكمون كلمتهم فيها [02] .

كما أن هذا الأثر يسمح للمحكم ليس فقط بالبت في مسألة اختصاصه، و إنما الفصل فيها أو لا وقبل أي جهة أخرى ، بمعنى أنه يمتنع على قضاء الدولة الذي يعرض عليه الفصل في اتفاق التحكيم ، البت في مسألة تدخل في اختصاص المحكم قبل أن تتاح له فرصة البت فيها ، حيث أن أبرز ما يهدف إليه هذا المبدأ ، هو منع فشل التحكيم بوضع الإتفاق التحكيمي موضع طعن ، و من ثم قطع المناورات الهادفة إلى تعطيل التحكيم [03] .

أي أن الفائدة العملية الرئيسية لهذا المبدأ أنه يشكل عائقا جديا للطرف الذي يأمل أن يتنصل من اتفاقه التحكيمي ، وذلك بأن يفسد شرط التحكيم بواسطة التساؤل في المحكمة بشأن نشأة أو صلاحية حكم التحكيم ، أي بواسطة التساؤل بشأن صلاحية العقد الرئيسي [04] .

---

(01)- بلغانم سميحة ، مبدأ الإختصاص بالإختصاص ،مذكرة لنيل شهادة ماجستير ، جامعة آكلي محند أولحاج البويرة ، الجزائر ،2013 ، ص 21.

(02)- علي الطويل ، المرجع السابق ، ص 17.

(03)- عبد الحميد الأحدب ، المرجع السابق ، ص 250 .

(04)- إيهاب عمرو ، المرجع السابق ، ص 63 .

ثانيا : الأثر الإيجابي لتبني مبدأ الإخصاص بالإختصاص

إن اختصاص قضاء التحكيم بالبت في مسألة اختصاصه ، يعتبر قاعدة إجرائية أساسية أجمع عليها الفقه و القضاء و التشريعات الحديثة ، و عندما يدرس المحكم مسألة اختصاصه فهو له أحد الفرضين ، إما يعلن اختصاصه أ عدم اختصاصه ، و لا يتحقق ذلك إلا بدراسته لصحة اتفاق التحكيم ، من حيث وجوده أو سقوطه أو بطلانه ، أو إذا ما نظر المحكم لمسألة لا يشملها موضوع النزاع ولم يتم الإتفاق عليها ، وعليه فإن المحكم من خلال هذه الدراسة إذا رأى أن الدفع المقدم بشأن اختصاصه جدي ، فإنه يعلن عدم اختصاصه ، أما إذا رأى عدم جديته فإنه يمضي قدما لبحث النزاع الموضوعي [01] .

حيث أن صلاحية المحكمين في البت في النزاع بصورة مباشرة يفسخ أمامهم المجال لتجاوز الحجة القائلة بأنه لا يحق للمحكم النظر في أساس النزاع إلا إذا سبق و منحته سلطة أخرى هذا الإختصاص ، بمعنى أن هذا المبدأ يسمح للمحكم بالبت في مسألة اختصاصه بصفة تلقائية [02] .

إن قاعدة إقرار المحكم لاختصاصه من عدمه لا تعتبر قاعدة جديدة استحدثها نظام التحكيم، و إنما هي مستوحاة من المبادئ التي يقوم عليها النظام القضائي العادي ، التي تجعل كل محكمة مختصة مبدئيا بالنظر في أمر اختصاصها ، ولابد من الإشارة إلى أنه لتطبيق هذه القاعدة في نظام التحكيم التجاري الدولي أهمية بالغة ، لأنه لو منح الإختصاص للفصل في إختصاص المحكم للمحكمة المختصة لأدى ذلك إلى شل عملية التحكيم بمجرد دفع أحد الخصوم ببطلان اتفاق التحكيم [03] .

الفرع الثالث : إعمال مبدأ الإختصاص بالإختصاص

هناك رأي يقول بضرورة تقسيم حالات الدفع بعدم الإختصاص إلى قسمين ، بالنظر للأسباب التي تبرر عدم اختصاص محكمة التحكيم ، حيث يتعلق القسم الأول بحالات الدفع

(01)- بلغانم سميحة ، المرجع السابق ، ص 21 .

(02)- عبد الحميد الأحمد ، المرجع السابق ، ص 250 .

(03)- بلغانم سميحة ، نفس المرجع ، ص 21.

المتعلقة بالنظام العام ، و التي يجوز إثارتها في أي وقت ولو بعد الحديث في الموضوع ، بينما يتعلق القسم الثاني بحالات الدفع الأخرى التي لا تمس بالنظام العام ، وفي هذه الحالات ينبغي تقديم الدفع قبل الحديث في الموضوع تحت طائلة سقوطه [01] .

وعليه فإن إعمال مبدأ الإختصاص بالإختصاص يكون إما تلقائيا و في أي مرحلة من مراحل عملية التحكيم (أولا) ، وقد يكون الإعمال بناءا على دفع يقدمه أحد الأطراف (ثانيا) ، كما أن هناك إشكال قيام أحد الطرفين بتعيين المحكمين (ثالثا) .

أولا : إعمال مبدأ الإختصاص بالإختصاص تلقائيا

من واجبات المحكم أن يتأكد من سلامة الشروط التي يلزم قيام اختصاصه بها ، و هي الشروط الموضوعية و الشكلية التي يقوم عليها اتفاق التحكيم ، ليعلن عدم اختصاصه من تلقاء نفسه إذا لم تتحقق هذه الشروط ، ومن الصور و الحالات التي يكون فيها اتفاق التحكيم ليس صحيحا ، حالة ما إذا كان هذا الأخير مدرجا ضمن شروط عامة في وثيقة مكتوبة قام الأطراف بالتوقيع عليها ، أو كان مرتبطا بعقد آخر قائم أ سابق يشتمل على شرط التحكيم ، أو تم اتفاق التحكيم عن طريق توكيل الغير بذلك ، أو حالة ما إذا شاب الإرادة عيب من عيوب الإرادة ، أو في حالة انعدام الأهلية المقررة قانونا .

في كل الحالات السالفة الذكر يحق بل يلزم على المحكم أن يبادر من تلقاء نفسه بالبت في اختصاصه ، ليعلن عدم اختصاصه إذا ما تحققت حالة من الحالات السابقة ، أما إذا كانت الحالات السابقة من الممكن أن يتم تصحيحها من قبل الأطراف المتنازعة جاز له أن يعلن اختصاصه [02] .

أما في الحالة التي يكون فيها اتفاق التحكيم غير مشروع أو مخالف للنظام العام على سبيل المثال ، فإنه على المحكم أن يقضي تلقائيا بعدم اختصاصه بسبب بطلان اتفاق التحكيم مصدر ولايته بطلانا مطلقا ، لتعارضه مع النظام العام الذي يفرض عليه احترامه ،حيث تكون العقود المخالفة للأخلاق الفاضلة أو للنظام العام الدولي غير صحيحة أو على الأقل غير قابلة للتنفيذ ، ولا يمكن أن تقرها المحاكم أو المحكمين ، أو بعبارة أخرى لا يمكن لمحاكم الدول

(01)– تعويلت كريم ، المرجع السابق ، 57.

(02)– بلغانم سميحة ، المرجع السابق ، ص 16.

أو محاكم التحكيم اعتبار مثل هذه العقود صحيحة لمخالفتها للأخلاق الفاضلة و للنظام العام الدولي ، حتى و إن كانت فكرة النظام العام في مجال التحكيم التجاري الدولي أضيق من النظام العام في القانون الداخلي .[01]

ثانيا : إعمال مبدأ الإختصاص بالإختصاص بعد إثارة الدفع بعدم الإختصاص

إذا دفع أحد المحتكمين بعدم اختصاص هيئة التحكيم ، على أساس أن اتفاق التحكيم باطل أو غير موجود ، أو عدم شموله موضوع النزاع ، كان على الهيئة أن ترد على هذا الدفع طالما تم إبداء الدفع بعدم الإختصاص في الموعد المحدد ، وهو عادة ميعاد لا يتجاوز تقديم بيان الدفاع أو في ميعاد لا يتجاوز تقديم الرد على الطلبات العارضة في حالة وجود مثل هذه الطلبات .

فإن قدم الدفع بعدم الإختصاص في الموعد كان لهيئة التحكيم خيارين :

1- الخيار الأول : أن تفصل في ذلك الدفع بحكم تمهيدي أو أولي استقلالا عم حكمها الفاصل في موضوع النزاع ، و هذا يحدث عادة في الفرض الذي تنتهي فيه هيئة التحكيم إلى انتفاء اختصاصها ، إذ تسارع إلى إصدار الحكم بعدم اختصاصها ، حيث لن يكون هناك ثمة داع للإنتظار ، كما يحدث في الفرض الذي ترى فيه الهيئة أن هناك طلبات أو دفوع ، كطلبات التدخل ينبغي البت فيها مع الدفع بعدم الإختصاص ، حتى لا يؤدي تفرع جوانب الخصومة إلى إطالة أمد الفصل في النزاع و إثقال كاهل الهيئة ، بما قد يثور على تفرغها لحسن فحص و تدقيق الموضوع الأصلي للنزاع .

2- الخيار الثاني : ففيه ترجئ هيئة التحكيم البت في الدفع بعدم الإختصاص للفصل فيه وفي موضوع النزاع معا بحكم واحد ، وهذا يحدث عادة حينما تقدر هيئة التحكيم ثبوت الإختصاص لها ، حيث تقتضي دواعي الإقتصاد في الإجراءات سرعة البت في النزاع .[02]
و ما تجدر الإشارة إليه هو أنه حتى يكون الدفع بعدم الإختصاص مقبولا من الناحية القانونية لابد أن يكون مستوفيا لشرط مهم ، إذ لا بد أن يتم تقديم الدفع بعدم الإختصاص قبل تقديم أي دفع في الموضوع ، هذا ما نصت عليه المادة 1044 من ق ، إ ، م ، إ الجزائري .

(01)- تعويلت كريم ، المرجع السابق ، 61.

(02)- علي الطويل ، المرجع السابق ، ص ص 18- 19.

حيث أنه إذا ما تبين للمحكم من خلال الدفع المقدم في اختصاصه أنه يغلب فيه حسن نية الخصم على سوء نيته فإنه يأخذ هذا الدفع بجدية ويبحث في إختصاصه ، و بالتالي يبحث في صحة اتفاق التحكيم ، فإذا تأكد من ذلك أعلن عن عدم اختصاصه بنظر النزاع ، و يتم هذا الإعلان وفقا لنفس الإجراءات المتبعة لإعلانع لاختصاصه ، أي بموجب حكم مستقل قبل الفصل في الموضوع أو في حكم واحد مع الحكم الفاصل في النزاع إذا كان الدفع مرتبطا بموضوع النزاع [01] .

أصبح الإتجاه السائد يعتبر أن مبدأ الإختصاص بالإختصاص نتيجة لمبدأ الإستقلالية ، و يرون أن الإرتباط بين المسألتين جد مهم ، فلو كان اتفاق التحكيم مرتبط بالعقد الأصلي ، نتج عن ذلك حرمان المحكم بالنظر في الإدعاء ببطلان هذا العقد ، فمن غير المعقول أن يفصل في صحة عقد هو مصدر سلطته ، وبالعكس عند القول بإستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي زال هذا المانع ، و جاز للمحكم الفصل في المنازعات المتعلقة ببطلان العقد الأصلي لأنه لا يستمد و لايته منه ، و إنما من اتفاق التحكيم المستقل[02] .

(01)- بلغانم سميحة ، المرجع السابق ، ص 21.

(02)- عائشة مقراني ، المرجع السابق ، ص 80.

الفصل الثاني:

حماية اتفاقية التحكيم من القانون الداخلي للدول

تلجأ الدول الجاذبة للإستثمار إلى التحكيم كضمانة إجرائية لتشجيع الإستثمارات على أراضيها ، وهو الأمر الذي دفع كثيرا من الدول أن تدرج في صلب قوانينها المشجعة على الإستثمار نصوصا صريحة تفيد قبول التحكيم كوسيلة إجرائية لحسم منازعات الإستثمار .

إضافة إلى ذلك سعي المستثمرين أن يدرجوا في عقود الإستثمار المبرمة مع الدولة الجاذبة للإستثمار شرطا يفيد اللجوء إلى التحكيم لما يحققه من فعالية مهمة في حسم منازعات الإستثمار ، باعتباره وسيلة محايدة و مستقلة و مشجعة للمستثمرين [01] .

كما أن خضوع الدولة و الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم لم يكن بالأمر السهل ، إذ كان اتخاذ التحكيم كوسيلة لحل المنازعات بالنسبة لتلك الأجهزة أمرا محظورا باعتبارها هيئات ذات سيادة ، و لكن بمرور الوقت ، بدأت تتلاشى فكرة الحظر و تتحول من الحظر المطلق إلى الحظر النسبي في بعض التشريعات ، والإباحة في التشريعات الأخرى بعد جدل واختلاف كبير في أوساط الفقه الدولي و المقارن ، و بعد مصادقة معظم الدول على الإتفاقيات التحكيمية ، و من بينها الجزائر التي قامت بإصلاحات جذرية في تشريعها ، بداية بتعديل قانون الإجراءات المدنية 66-154 بالمرسوم التشريعي 93-09[02] و صولا إلى إصدار القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و أصبح بإمكان الدولة الجزائرية اللجوء إلى التحكيم الدولي و الداخلي [03] .

كما لم تتوقف بعض الأنظمة القانونية ، على رأسها النظام القانوني الفرنسي عند توسيع مجال حرية إرادة أطراف التحكيم التجاري الدولي في كل المراحل التي تمر عبرها عملية التحكيم ، سواء تعلق الأمر بحرية اللجوء إلى هذه الوسيلة أو تعيين المحكم أو تشكيل محكمة

(01)- حسام عبد الحليم عيسى ، التحكيم في العقود الإدارية ، مداخلة خلال المؤتمر العلمي الثاني بعنوان القانون والإستثمار ، جامعة طنطا ، مصر ، 2015، ص 07 .

(02)- مرسوم تشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 25 أفريل سنة 1993 ، يعدل يتمم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 جوان سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري ، ج.ر عدد 27 صادرة بتاريخ 27 أفريل سنة 1993 .

(02)- خلفاوي كريمة ، أهلية الأشخاص المعنوية العمة في الخضوع للتحكيم ، مذكرة ماستر في الحقوق ، تخصص قانون إداري ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، الجزائر ، 2017 ، ص 05.

التحكيم ، أو اختيار قواعد القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم أو ذلك الذي يحكم إجراءاته أو القانون المنظم لموضوع النزاع ، بل عملت و مازالت تعمل على تقرير استقلالية التحكيم عن القوانين الوطنية المحتملة التطبيق التي تحددها قواعد تنازع القوانين ، مما يحرره كلية من قبضة **القوانين الداخلية** و من ما يمكن أن تفرضه من قيود .

في سبيل الوصول إلى هذه النتيجة ، و من أجل وضع فلسفة تشجيع التحكيم خاصة في مجال التجارة الدولية ، عمل القضاء الفرنسي على استبعاد منهج تنازع القوانين و لجأ في كل مرة إلى تطبيق منهج القواعد المادية للتحكيم التجاري الدولي ، و بما أن اتفاق التحكيم هو نقطة بداية التحكيم و أساسه عملت هذه الأنظمة القانونية على تحصينه بشكل يضمن فعاليته [01].

تتمتع الدولة بامتيازات السلطة العامة ، ولا يمكن التنفيذ على أموالها كقاعدة عامة ، كما أنها تعتبر شخصا من أشخاص القانون الدولي و لها أهلية التقاضي أمام الهيئات الدولية كمحكمة العدل الدولية ، سواء للدفاع عن مصالحها أو عن مصالح رعاياها توفيرا للحماية الدبلوماسية التي يقتضيها إنتماء الأفراد إلى الدولة بواسطة علاقة الجنسية .

لكن قبول الدولة اللجوء إلى التحكيم لحل خلافاتها مع المستثمر الأجنبي ، قد يفقدها حق الدفع بحصانة التنفيذ على أموالها ، وتفقد دولة المستثمر حق التدخل لتوفير الحماية الدبلوماسية له ، إلا أن استبعاد الحماية الدبلوماسية يحتاج إلى توضيح من حيث المبدأ و من حيث المدى ، و حصانة التنفيذ على أموال الدولة لها حدود معينة يجب التدقيق فيها [02] .

كما أن استقلال اتفاق التحكيم الدولي يجب تقديره ليس فقط بالنسبة لإشتراطات العقد الأخرى ، و لكن أيضا بالنسبة لكل قانون وطني لدوله معينة [03] .

بناءا على ما سبق تثور عدة تساؤلات أهمها مدى فعالية اتفاقية التحكيم أمام محاولة تهرب الدولة و هيئاتها من كونها طرفا في اتفاقية التحكيم ؟ ، و تأثير القوانين الداخلية للدول و كذا

(01)- تعويلت كريم ، المرجع السابق ، ص 235.

(02)- عيساوي محمد ، المرجع السابق ، 98.

(03)- عائشة مقراني ، المرجع السابق ، ص 85 .

فكرة النظام العام الدولي على فعالية اتفاقية التحكيم .

و عليه ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين ، رفض الدولة وهيئاتها تنفيذ التزاماتهم في اتفاقية التحكيم (المبحث الأول)، و تأثير القوانين الداخلية للدول و النظام العام الدولي على فعالية اتفاقية التحكيم (المبحث الثاني) .

المبحث الأول :

رفض الدولة وهيئاتها تنفيذ التزاماتهم في اتفاقية التحكيم

إن اتفاق التحكيم يرتب في ذمة أطرافه التزامات متقابلة ، وينشئ حقوقا لكل منهما في الوقت نفسه ، و بعد إبرام اتفاق التحكيم ، يصبح بمثابة القانون بالنسبة لأطرافه ، فلا يمكن لأي من طرفيه نقض هذا الإتفاق و لا تعديله ، فالإتفاق وليد إرادتين لا تحله إرادة واحدة [01] حتى ولو كان أحد طرفي الإتفاقية دولة أو أحد هيئاتها .

كما يرى الأستاذ بيير ماير Pierr Mayer [02] أن الأستاذ مان Mann قد ذهب من أجل تأكيد وجهة نظره إلى استخدام حجتين تكمل كل منهما الأخرى ، الأولى تتعلق بالسلطة التي تتمتع بها الدولة على جميع الأنشطة الممارسة على إقليم الدولة أيا كانت طبيعة هذه الأنشطة ، فالمحكم شأنه في ذلك شأن كل شخص مخاطب بالقانون لا يمكنه أن يؤدي مهمته كمحكم، إلا إذا سمحت له الدولة بذلك، ووفقا للشروط التي تحددها،فإذا حظرت الدولة التحكيم ، فإن التحكيم لن يمكن ممارسته على إقليمها أو على الأقل لن يمكن أن يتم في إقليمها إلا بشكل غير علني [03].

(01)- محمد بواط ، التحكيم في حل النزاعات الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، جامعة حسيبة بن بوعلي شلف ، الجزائر , 2008 ، ص 61.

(02)- Pierre Mayer «L'autonomie de l'arbitrage international dans l'appréciation de sa propre compétance , article ,In REC cours La Haye V , 1989 , p 401.

(03)- بولحية سعاد ، استقلالية اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، تخصص قانون أعمال ، جامعة الجزائر يوسف بن خدة ، الجزائر، 2005 ، ص 36 .

إن المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها قد تتميز بالتعقيد وحلها يكون أكثر صعوبة ، نظرا لأن وجود الدولة كطرف في العلاقة يضفي عليها نوعا من الحساسية لما يثيره ذلك من اعتبارات متعلقة بالسيادة [01] .

بناءا على ما سبق يثور تساؤل هل بإمكان الدولة أو أحد هيئاتها أن تدفع بعدم أهليتها للتحكيم ؟ أو أن تتمسك بالحصانة في مواجهة الطرف الآخر ؟.

وعليه سنتناول مبدأ عدم قبول دفع الدولة وهيئاتها بعدم أهليتها للتحكيم (المطلب الأول) ، ثم سنتطرق إلى تأثير الحصانة بأنواعها على فعالية اتفاقية التحكيم (المطلب الثاني) .

المطلب الأول :

مبدأ عدم قبول دفع الدولة و هيئاتها بعدم أهليتها للتحكيم

لقد أصبح مبدأ عدم جواز تمسك الدولة بعدم جواز تمسك الدولة بعدم أهليتها لإبرام اتفاق التحكيم من المبادئ المستقرة في التحكيم التجاري الدولي ، بالرغم من اختلاف الأسس التي استند الفقهاء عليها من أجل تقرير ذلك [02] .

حيث أنه قد تلجأ الدولة إلى الدفع بعدم أهليتها للتحكيم أمام هيئة التحكيم مستندة في ذلك إلى عدة أسباب ، كالتمسك بأحكام القانون الوطني ، أو التمسك بأن موضوع النزاع غير قابل للتحكيم [03] .

---

(01) Ibrahim Ismail Al- rubaie – Ali Sabah Khudair Al-Janabi , the Legal system to implement the provision of international commercial arbitration , Journal of the investigator of legal sciences ,edition n 02 , university of babylon , iraq , 2015, p 187.

(02)- بن علي سليمة – بن كرو حسينة ، خصوصية التراضي على التحكيم التجاري الدولي في منازعات الإستثمار ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص القانون الخاص الشامل،جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية ،الجزائر،2013، ص23.

(03)- خلفاوي كريمة ، المرجع السابق ، ص 29 .

وعليه سنبين مفهوم مبدأ عدم قبول الدولة و هيئاتها بعدم أهليتها للتحكيم (الفرع الأول) ، ثم سنبين صور دفع الدولة و هيئاتها بعدم أهليتها للتحكيم (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : مفهوم مبدأ عدم قبول دفع الدولة وهيئاتها بعدم أهليتها للحكيم

سنتطرق إلى تعريف المبدأ و مدى أهميته (أولا) ، ثم إلى تكريس هذا المبدأ على مستوى القوانين الداخلية للدول و كذا الإتفاقيات الدولية (ثانيا) .

أولا : تعريف مبدأ عدم قبول دفع الدولة و هيئاتها بعدم أهليتها للتحكيم

1- تعريف المبدأ :

يقصد بذلك أن الدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها لا يمكن أن تدفع بعدم أهليتها لإبرام اتفاق التحكيم ، حتى تمانع أو تتخلص من اتفاق التحكيم مع المستثمر الذي سبقت و أن وافقت عليه بإرادتها .

و يذهب رأي في الفقه أن مبدأ قبول دفع الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة التابعة لها بعدم أهليتها للتحكيم بعد موافقتها على اللجوء إلى التحكيم يعتبر من المبادئ المستقرة في التحكيم الدولي [01] .

حيث أنه من الخصائص التي تميز التحكيم في منازعات الإستثمار هو أن الدول الجالبة للإستثمار و هيئاتها العامة لا يقبل منها الدفع بعدم أهليتها للتحكيم ، فلا يمكن للدولة أن تدفع أمام هيئة التحكيم بعدم قبول الدعوى التحكيمية تأسيسا على عدم أهليتها لإبرام اتفاق

(01)- حسام عبد الحليم عيسى ، المرجع السابق ، ص 12.

التحكيم أو التصرف القانوني الذي يرتبط به [01] .

2- أهمية المبدأ :

يمكن القول أن عدم قبول دفع الدولة و الأشخاص المعنوية العامة التابعة لها بعدم أهليتها للتحكيم ، سوف يجعل من التحكيم ذو فعالية كبيرة لحسم منازعات الإستثمار و الوقوف بوجه مماطلة الدولة و الأشخاص المعنوية التابعة لها من التمسك ببطلان اتفاق التحكيم للتهرب من اللجوء إليه بحجة أن قانونها الوطني لا يجيز لها التحكيم في عقود الإستثمار و هذا يعد ضمانة مهمة للمستثمرين الذين يتعاقدون مع الدولة الجاذبة للإستثمار أو الأشخاص المعنوية التابعة لها [02] .

حيث أنه لا يمكن التمسك بهذا الدفع سواء أمام القضاء الوطني ، أو أمام هيئات التحكيم ، إذ لا يجوز للدولة و لا للأشخاص التابعين لها الرجوع عن قبول التحكيم بعد الموافقة عليه بحجة أن قانونها الداخلي لا يسمح لها باللجوء إلى التحكيم ، أو أن موضوع النزاع غير قابل للتحكيم ، وذلك حماية للإستثمار و المستثمر على حد سواء ، [03] عن طريق تأكيد فعالية اتفاق التحكيم .

ثانيا : تكريس مبدأ عدم قبول دفع الدولة و هيئاتها بعدم أهليتها للتحكيم

1- تكريس المبدأ في القوانين الداخلية للدول :

صرحت المادة 17 من قانون الإستثمار الجزائري [04] على أهلية الدولة لعرض منازعاتها المتعلقة بالإستثمارات أمام التحكيم ، و يكون مصدر هذه الأهلية الإتفاقيات الدولية أو الثنائية التي صادقت عليها أو عقد الإستثمار الذي أبرمته ، في حين أن القانون الإجرائي 08-09 قد ضبط من خلال أحكام المادة 1006 منه أهلية أشخاص القانون العام من خلال و جوب

(01)- رفيقة بسكري ، المرجع السابق ، ص 183 .

(02)- إبراهم إسماعيل إبراهيم الربيعي – ماهر محسن عبود الخيكاني ، المرجع السابق ، ص 17 .

(03)- خلفاوي كريمة ، المرجع السابق ، ص 39 .

(04)- قانون رقم 16-09 ، مؤرخ في 03 أوت 2016 ، متعلق بترقية الإستثمار ، ج.ر عدد 46 ، الصادرة بتاريخ 03 أوت 2016 .

التكامل بين القابلية الشخصية للتحكيم و القابلية الموضوعية له ، غير أن نفس المادة قد وضعت قيودا على أهلية أشخاص القانون العام في حالة مخالفتها للنظام العام الداخلي و الدولي ، كما أن الحضر من خلال حصر مجالات منح هذه الأهلية يعد عيبا يجب تداركه خصوصا مع تطور النشاطات الإقتصادية للدولة الحديثة [01] .

وقد أجازت أغلب التشريعات للدولة و الأشخاص المعنوية التابعة لها بأن تكون طرفا في اتفاق التحكيم ، فبالنسبة للقانون المصري فنجد أن قانون التحكيم المصري النافذ قد أشار إلى أهلية الدولة و الأشخاص المعنوية العامة التابعة لها في إبرام اتفاقات التحكيم و ذلك في نص المادة الأولى من هذا القانون .

أما القانون القانون السعودي فإن نظام التحكيم السعودي النافذ قد أشار في نص المادة 3 منه على أنه " لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء و يجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم " .

يتبين لنا من النص أعلاه أن المشرع السعودي لم يجيز في الأصل للدولة أو هيئاتها الحكومية العامة اللجوء إلى التحكيم و لكنها استثنت من ذلك في حالة الموافقة من رئيس مجلس وزراء و أيضا في حالة تعديل الحكم المتقدم بقرار مجلس الوزراء [02] .

بالنسبة للقانون الفرنسي ، فلم يشر قانون المرافعات الفرنسي النافذ إلى نص بشأن أهلية الدولة و الأشخاص المعنوية التابعة لها في اللجوء إلى التحكيم ، و بالرغم من أن المادتين 1004 و 83 من قانون المرافعات الفرنسي القديم لم يجز للدولة و الأشخاص المعنوية التابعة لها في اللجوء إلى التحكيم .

إلا أننا نجد أن القضاء الفرنسي قد قرر من دون نص يستند إليه بحصر منع الدولة أو هيئاتها العامة في الإتفاقات التحكيمية الداخلية، بحيث لا يمتد المنع للدولة و الأشخاص

(01)- لعجال ياسمينة – دوفان ليدية ، أهلية أشخاص القانون العام في اللجوء للتحكيم ، مجلة دفاتر السياسة و القانون ، العدد 16 ، جمعة قاصدي مرباح ورقلة ،الجزائر ، 2017 ، ص 293.

(02)- حسام عبد الحليم عيسى ، المرجع السابق ، ص 12.

المعنوية التابعة لها إلى الإتفاقيات التحكيمية الدولية .

لذلك نجد أن محكمة استئناف باريس قد قررت في حكمها الصادر في 13 يونيو سنة 1996 في النزاع الذي نشأ بين الشركة الإيطالية (ICRIRETO) و الشركة الكويتية للتجارة و المعاملات الخارجية و الإستثمار (KFTCIC) حيث جاء في حيثيات الحكم : " إن الحظر الوارد على الدولة في قبول شرط التحكيم و أي ما كان السبب الذي يستند إليه يعمل به في إطار العقود الوطنية و لا يعد هذا الخطر من قبيل القواعد المتصلة بالنظام العام الدولي."[01].

2- تكريس المبدأ في الإتفاقيات الدولية :

أشارت الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي سنة 1961 على أهلية الأشخاص المعنوية العامة في اللجوء إلى التحكيم و هذا ما أشارت إليه نص المادة 2 ف 1 من الإتفاقية [02] ، وبهذا لا تملك الدول المنضمة لهذه الإتفاقية ، الدفع بانعدام أهليتها وفقا للقانون الداخلي ، بعد إبرامها لاتفاق التحكيم [03] .

نصت المادة 2 ف 1 من هذه الإتفاقية على :" في الحالات المحددة في المادة 1 الفقرة أ ، من هذه الإتفاقية ، فإن الأشخاص المعنويين الموصوفين في القانون المطبق بصددهم (بالأشخاص المعنويين في القانون العام) لهم الأهلية لعقد اتفاقات التحكيم بصورة أصولية " .

و أخذت نفس الإتجاه اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمار لسنة 1965 و ذلك في نص المادة 25 من الإتفاقية ، فقد أشارت إلى أهلية الدولة و الأشخاص المعنوية التابعة لها في اللجوء إلى التحكيم[04] ، حيث أتاحت اتفاقية واشنطن للأطراف حرية تقديم

(01)- إبراهم إسماعيل إبراهيم الربيعي – ماهر محسن عبود الخيكاني ، المرجع السابق ، ص 16 .

(02)- حسام عبد الحليم عيسى ، المرجع السابق ، ص 13.

(03)- بن علي سليمة – بن كرو حسينة ، المرجع السابق ، ص 23 .

(04)- إبراهم إسماعيل إبراهيم الربيعي – ماهر محسن عبود الخيكاني ، نفس المرجع ، ص 17 .

بعض منازعات الإستثمار طوائف أخرى ، وهو ما نصت عليه المادة 25 ف 4 من الإتفاقية : " تستطيع كل دولة متعاقدة عند تصديقها أو انضمامها أو في أي وقت لاحق أن تبلغ المركز بنوع أو أنواع المنازعات التي تقدر أنه يمكنها طرحها على المركز لتسويتها بالتوفيق أو التحكيم وعلى السكرتير العام أن ينقل فورا هذا التبليغ إلى جميع الدول المتعاقدة الأخرى ، ولا يشكل هذا التبليغ الموافقة المطلوبة طبقا للفقرة الأولى " [01] .

الفرع الثاني : صور دفع الدولة و هيئاتها بعدم أهليتها للتحكيم

إن الدولة في محاولتها للدفع بعدم أهليتها للتحكيم قد تلجأ إلى عدة أسباب ، كتمسكها بنصوص قانونها الداخلي (أولا) ، أو تمسكها بكون موضوع النزاع غير قابل للتحكيم(ثانيا).

أولا : تمسك الدولة بقانونها الداخلي

إن الدولة أو أحد هيئاتها في تمسكهم بالقانون الداخلي للدولة ، قد تدفع بأن هذا الأخير يمنعها من اللجوء إلى التحكيم ، أو أن القانون تم تغيره بعد إبرام اتفاق التحكيم .

1- منع القانون الوطني الشخص المعنوي العام من اللجوء إلى التحكيم

أثبت العمل الدولي في عدد غير قليل من الحالات، التجاء الدولة المعنية إلى إنكار شرط التحكيم بعد قبوله ، بدعوى عدم جواز اتفاقها على التحكيم وفقا لقوانينها الداخلية .

حيث أن القضاء الفرنسي عبر عن هذه الحالات في قضية مالك السفينة GALAKIS ووزارة النقل البحري الفرنسية ، حيث تضمن العقد نصا على أن يتم تسوية أي نزاع ينشأ عن هذا العقد في محكمة التحكيم بلندن ، وقد حدث خلاف بين الطرفين أثناء تنفيذ العقد ، مما

---

(01)- بن علي سليمة – بن كرو حسينة ، المرجع السابق ، ص ص 22- 23 .

جعل مالك السفينة يلجأ إلى محكمة التحكيم في لندن ، و التي أصدرت حكمها لصالح مالك السفينة ، و في محاولة مالك السفينة تنفيذ الحكم بالحصول على أمر التنفيذ من محكمة السين ، دفعت وزارة النقل البحري ببطلان شرط التحكيم ، وذلك لأن التحكيم غير جائز في العقود الإدارية وفقا للقانون الفرنسي وقد استجابة المحكمة لهذا الدفع ، مما جعل صاحب السفينة يطعن أمام محكمة النقض ، التي انتهت إلى جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية ، و أوضحت أن الحظر المنصوص عليه في العقود الداخلية لا ينطبق على العقود الإدارية الدولية .[01]

2- تعديل القانون الوطني بعد إبرام اتفاق التحكيم

نذكر في هذا الصدد واقعة عرضت على قضاء التحكيم يتعلق الأمر بقضية ELF Aquitaine ضد الشركة الإيرانية للبترول و تتلخص وقائع هذه القضية في أن المجلس الثوري للجمهورية الإسلامية الإيرانية أصدر قانون يتضمن مادة وحيدة في 08 يناير 1980 تم بمقتضاه إنشاء لجنة خاصة تملك سلطة إبطال كافة عقود البترول التي تعتبرها هذه اللجنة غير متماشية مع القانون الإيراني الصادر عام 1951 و الذي تم بمقتضاه تأميم صناعة البترول في إيران و إعمالا لهذا القانون قامت اللجنة المذكورة بإبطال العقد المبرم بين شركة ELF) (Aquitaine و الشركة الوطنية الإيرانية للبترول في عام 1966 و هو ما دفع بشركة ELF) (Aquitaine إلى التحكيم إعمالا لشرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بينها وبين الشركة الوطنية الإيرانية للبترول و الذي تم إبطاله ولقد تمسكت هذه الشركة الإيرانية بعدم اختصاص المحكم إعمالا للقانون الإيراني الذي صدر بعد توقيع العقد .

ولقد أثبت المحكم الوحيد أن الشركة الوطنية الإيرانية للبترول تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة ، إلا أنه توصل مع ذلك بالنظر إلى الصلات الوثيقة القائمة بين الشركة الإيرانية و

(01)- منير عباسي ، التحكيم في العقود الإدارية الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص إدارة أعمال ، جامعة خميس مليانة ، 2014 ، ص 48 .

الدولة الإيرانية ذاتها و ذلك فيما يخص الإلتزام الناجم عن القانون الدولي باحترام الإتفاقيات الناشئة عن التحكيم ، وترتيبا على ذلك فقد توصل المحكم إلى الإعتراف بالإختصار لنفسه إذ أنه من المبادئ المعترف بها في القانون الدولي العام أن الدولة المرتبطة بشرط تحكيم منصوص عليه في عقد مبرم بواسطة الدولة ذاتها أو من خلال جهاز خاضع لها لا يمكن بإرادة منفردة في تاريخ لاحق أن تمنع الطرف الآخر المتعاقد معها من الإلتجاء إلى الوسيلة المتفق عليها بين الأطراف لحل المنازعات الناشئة عن العقد المبرم بينهما [01] .

و هذا ما يفهم من المادة 22 من قانون الإستثمار الجزائري التي تنص على : " لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون التي قد تطرأ مستقبلا على الإستثمار في إطار هذا القانون إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة " [02] .

ثانيا : تمسك الدولة بكون موضوع النزاع غير قابل للتحكيم

من أجل دراسة هذه الجزئية بصورة أوضح ، سنتطرق إلى قضية (Fromatome) ضد دولة إيران ، ثم سنتطرق إلى موقف القوانين الداخلية و الإتفاقيات الدولية من تمسك الدولة بهذا الدفع.

1- قضية شركة Fromatome ضد شركة دولة إيران

إن قرار التحكيم في النزاع بين شركة Fromatome وشركة فرنسية أخرى ضد وكالة الطاقة الذرية الإيرانية في القضية رقم (3896)، والتي نظرها ثلاث محكمين هم , Rober Lalive , Gddman برعاية غرفة التجارة الدولية في 13 شباط 1982.

وقد أكد هؤلاء المحكمون أنه كان باستطاعتهم الاستناد ، ليس فقط إلى القانون الإيراني (القانون واجب التطبيق على النزاع)، وإنما أيضاً إلى المبدأ العام لحسن النية ومبدأ الزامية التعهدات

(01)- خلفاوي كريمة ، المرجع السابق ، ص ص 30- 31.

(02)- المادة 02 من القانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016 ، المتعلق بترقية الإستثمار ، الجريدة الرسمية عدد 46 ، الصادرة بتاريخ 03 أوت 2016 ، ص 22.

المبرمة ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين. فهي في نظرهم أهم المبادئ التي تشكل أساساً لكل العلاقات التعاقدية وبالذات الدولية منها. وقد تم تكريسها بعادات التجارية الدولية ، وهذه المبادئ العامة أصبحت مبادئ معترف به عالمياً ، سواء في العلاقات داخل الدول أو في العلاقات الدولية الخاصة ، وأن هذه المبادئ تعتبر كنظام عام دولي ينتمي إلى أعراف التجارة الدولية أو إلى المبادئ المعترف بها في القانون العام أو القانون الدولي للتحكيم أو القانون التجاري الدولي [01] .

حيث تمسك إيران بعدم اختصاص محكمة التحكيم بنظر النزاع المعروض عليها، نظرا لأن الفصل في ذلك النزاع سوف يؤدي بالمحكمة إلى المساس بالسيادة الوطنية لدولة إيران ، و هو الدفع الذي لم تلتفت إليه المحكمة ، لكن محكمة التحكيم تنص بأنه إذا كان قرار الحكومة الإيرانية بوقف سياستها النووية يعد قرار سياسي و لا يجوز خضوعه للتحكيم ، فإن الآثار المالية لهذا القرار تكون قابلة للبت فيها بواسطة التحكيم [02] .

2- موقف القانون الجزائري

تنص المادة 1006 من ق إ م إ الجزائري على : " لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم .

و لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ، ماعدا في علاقاتها الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية " [03] .

يفهم من هذه المادة أن المشرع الجزائري لم الدفع بعدم قابلية موضوع النزاع للتحكيم إلا في

---

(01)- صادق زغير محيسن ،الأسانيد القانونية لتطبيق القواعد الموضوعية في الحياة الخاصة الدولية ، مجلة جامعة ذي قار العلمية ، العدد 03 ، العراق ، 2015 ، ص 15 .

(02)- خلفاوي كريمة ، المرجع السابق ، ص ص 30- 31.

(03)- المادة 1006 من القانون رقم 08-09 ، المرجع السابق ، ص 113 .

المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم ، حيث أجاز الدفع في تلك المسائل و للقاضي الحرية في رفض الدفع من قبوله .

المطلب الثاني :

الحصانة و القوة الإلزامية لاتفاقية التحكيم

إن الدولة الطرف في عقود الإستثمار ، في سعيها للتخلص من قبولها عملية التحكيم مع المستثمر الأجنبي ، قد تدفع بما تتمتع به من حصانة كدولة ذات سيادة من الخضوع لقضاء دولة أجنبية للقول بعدم جواز خضوعها للتحكيم ، فمن المبادئ المستقرة في القانون الدولي العام، أنه تأسيسا على فكرة السيادة و المساوات بين الدول ، فإن كل دولة تتمتع بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء الدول الأجنبية .[01]

حيث أنه يترتب عن رضا الدولة بالتحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار ، عدم تمسكها بحصانتها القضائية و إلا اعتبر ذلك إخلالا بالتزاماتها بموجب الإتفاقية ، و هو نفس الحكم الساري في مواجهة الهيئات التابعة لها و التي نصت المادة 25 من اتفاقية واشنطن بخضوعها لاختصاص المركز إذا قامت الدولة بتحديدها للمركز .[02]

بناءا على ماسبق سنقسم هذا المطلب إلى فرعين ، تأثير الحصانة القضائية و التنفيذية على اتفاقية التحكيم (الفرع الأول) ، و مبدأ القوة الإلزامية لاتفاق التحكيم (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تأثير الحصانة القضائية و التنفيذية على فعالية اتفاقية التحكيم

سنبين تأثير الحصانة القضائية على فعالية اتفاقية التحكيم (أولا) ، ثم تأثير الحصانة

---

(01)– رشا موسى محمد ، دور اتفاق التحكيم في حل منازعات عقود الإستثمار الأجنبي ، مجلة أهل البيت ، العدد 11 ، جامعة أهل البيت ، العراق ، 2010 ، ص 191.

(02)– بن علي سليمة – بن كرو حسينة ، المرجع السابق ، ص 24 .

التنفيذية على فعالية اتفاقية التحكيم (ثانيا).

أولا : تأثير الحصانة القضائية على اتفاقية التحكيم

إن الذي يمكن التركيز عليه بهذا الخصوص هو محاولة إقامة التوازن بين أمرين هما :

1- أن الحصانة القضائية تقرر لمصلحة الدولة بناءاً على اعتبارات السيادة و في أغلب الحالات لا يمكن اتخاذ اجراء ضد الدولة كالذي يتخذ ضد الأفراد العاديين .

2- أن العدالة تقتضي حماية الأطراف الداخلين في علاقات مع الدول لأن هؤلاء الأطراف لهم الحق في الحماية كما لو كانوا يتعاملون مع أشخاص عاديين .

فمن الضروري إقامة التوازن بين هذين الإعتبارين و ذلك لأن التطبيق المطلق للحصانة قد يبتعد عن العدل في كثير من الحالات و في ذات الوقت لا يمكن القول بإهدار حصانة الدولة[01] .

لكن نظرا لأن التحكيم له طابع خاص يتمثل في أنه يجد أساسه في إرادة الأطراف ، حيث تلجأ الدولة إلى إدراج شرط التحكيم بالعقد بإرادتها الحرة ، فمن البداهة إذن التساؤل حول مدى جدوى التمسك من جانب الدولة بالحصانة القضائية أمام هيئات التحكيم ، على الرغم من أنها قد ارتضت في اتفاق التحكيم مبدأ فض المنازعات الناشئة أو التي يمكن أن تنشأ بينها و بين أحد أشخاص القانون الخاص بطريق التحكيم .

و عليه فلا يجوز للدولة المضيفة للإستثمار التي تتفق على اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن العقد المبرم بينها وبين المستثمر الأجنبي ، أن تتمسك بحصانتها القضائية أمام المحكم أو هيئة التحكيم .

وبعبارة موجزة فإن الدولة بقبولها التحكيم تكون قد قبلت بإرادتها المثول أمام هيئة التحكيم فليس لها أن تتمسك بحصانتها أمامها ،و لكنها لا تكون قد تنازلت عن هذه الحصانة أمام جهة

(01). Dr .Ibrahim Ismail al- rubaie – Ali Sabah Khudair Al-Janabi , the same reference , p 188.

أخرى غير جهة التهكيم و هي جهة القضاء [01] .

حيث نصت المادة 26 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 : " موافقة أطراف النزاع على طرحه على التحكيم في نطاق هذه الإتفاقية يعتبر موافقة ، ما لم ينص على غير ذلك ، تخليا عن مباشرة أي طريق آخر للتسوية " .

ومع ذلك يمكن للدولة أن تضمّن إتفاقية التحكيم شرطا واقفا يتمثل في استنفاذ طرق الطعن الداخلية سواء كانت إدارية أو قضائية قبل لجوئها إلى التحكيم [02] .

ثانيا : تأثير الحصانة التنفيذية على اتفاقية التحكيم

إن قبول اختصاص المركز من قبل الدولة يعتبر تنازلا منها عن حصانتها القضائية ، لكن لا يترتب عليه تنازلها عن حصانة التنفيذ ، بل لا بد من التنازل عن هذه الأخيرة على استقلال ، حيث قررت المادة 55 من الإتفاقية أن الأحكام الواردة في المادة 54 المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة عن المركز لا تعتبر استثناء على القانون الساري في أي دولة بشأن حصانة التنفيذ ، سواء المتعلقة بها أو التي تتمتع بها الدول الأجنبية و بالتالي لا يترتب على قبول اختصاص المركز تنازل الدولة عن حصانة التنفيذ الخاصة بها [03] .

وقد نصت معاهدة فيينا لعام (1961) [04]على انفصال الحصانة القضائية عن الحصانة ضد التنفيذ وأن التنازل عن إحداهما لا يعني التنازل عن الأخرى حيث نصت المادة (4/32) من تلك المعاهدة على أن التنازل عن الحصانة القضائية للدولة في دعوى مدنية أو إدارية لا يفيد ضمنا التنازل عن الحصانة ضد إجراءات التنفيذ .[05]

---

(01)- رشا موسى محمد ، المرجع السابق ، ص 192.

(02- عيساوي محمد ، المرجع السابق ، 101.

(03)- بن علي سليمة – بن كرو حسينة ، المرجع السابق ، ص 24 .

(04)- اتفاقية فيينا للعلاقات الدبولماسية 1961 منشورة في الموقع :

http://treaties.un.org/pages

(05)- Ibrahim Ismail al- rubaie – Ali Sabah Khudair Al-Janabi , the same reference , p 197.

كما يجيب البعض من الفقه بأن اتفاق التحكيم الذي قبلته الدولة يجب أن يمتد ليشمل تنفيذ حكم التحكيم ، و ذلك تحقيقا لاستقرار المعاملات و تحقيقا لفعالية اتفاق التحكيم ، إذ أن قبول الدولة اللجوء إلى التحكيم بالرغم من حصانتها سيكون فارغا من أي معنى إذا هي استطاعت أن تدفع بحصانتها لتعليق تنفيذ حكم التحكيم .

في حين يذهب البعض الآخر بأن اتفاق التحكيم بذاته لا يفيد في الدلالة التخلي عن حقها في التمسك بالحصانة في مواجهة إجراءات التنفيذ ، على اعتبار أن هذه الأخيرة تتمتع باستقلالية و ذاتية تحول دون اختلاطها و اندماجها في الحصانة القضائية .

و من جانبنا نؤيد الإتجاه الفقهي الأول، لكون اتفاق التحكيم الذي تورده الدولة في عقودها مع المستثمرين الأجانب يفيد تنازلها عن حصانتها ضد تنفيذ حكم التحكيم ، وإذا كانت تنوي غير ذلك فإنه يتعين عليها التأكد منذ البداية على تمسكها بهذه الحصانة ضد تنفيذ حكم التحكيم[01].

كما أكدت هذا الإتجاه محكمة إستئناف باريس في قضية : Beneventi et Bonfant ضد La République du Congo [02]حيث قضت أنه لا يجوز لأي محكمة وطنية في أي دولة من الدول المتعاقدة أن تناقش مسألة التنفيذ على أموال و أملاك الدولة الطرف في التحكيم ، إذ أن المسألة خارجة عن نطاق مرحلة الإعتراف بحكم التحكيم .

المسألة الأخرى التي تثار في قضية الحصانة التنفيذية ، هي طبيعة الأموال التي يمكن أن ترفع عنها الحصانة ، هل يقتصر الأمر على أموال الدولة العائدة لنشاطها التجاري أم على كل الأموال العامة ؟.

في الواقع هناك تذبذب كبير في مواقف الفقهاء من المسألة و في الإتجاهات القضائية ، حيث صدرت أحكام متعارضة من قضية إلى أخرى ، اعترفت بعضها بحصانة بعض أموال

---

(01)- رشا موسى محمد ، المرجع السابق ، ص 192.

(02)- تتلخص وقائع هذه القضية في وجود إتفاق بين الشركتين الإيطاليتين المذكورتين و جمهورية الكونغو لإنشاء شركة تصنيع الزجاجات البلاستيكية ، وقد طرح النزاع أمام هيئة تحكيمية في إطار إتفاقية واشنطن وجاء لصالح الشركتين ، ولما حاولتا التنفيذ على أموال الكونغو في فرنسا ، إشترطت المحكمة الإبتدائية الحصول على إذن خاصع ، و أيدت محكمة الإستئناف هذا الحكم.

الدولة بينما اعتبرت بعض الأحكام كل أموال الدولة قابلة للحجز عليها [01] .

الفرع الثاني : مبدأ القوة الإلزامية لاتفاق التحكيم

لتبيين أثر هذا المبدأ في فعالية اتفاق التحكيم ، سنتطرق إلى مفهوم هذا المبدأ (أولا) ، ثم سنوضح ما يترتب عن هذا المبدأ (ثانيا) .

أولا : مفهوم مبدأ القوة الإلزامية لاتفاق التحكيم

1- المقصود بالقوة الإلزامية لاتفاق التحكيم

إن أهم ما يميز اتفاق التحكيم أنه لا ينشأ أثر إلزامي في مواجهة الأطراف بل يكون له أثر إيجابي ، فإنه إعمالا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، فإنه ينبغي على الأطراف تنفيذ اتفاق التحكيم على النحو الذي تم الإتفاق عليه ، هنا ينبغي الإشارة أن اتفاق التحكيم لا ينشأ " علاقة إلزامية " obligationnel بين الأطراف ، حيث أنه لا يوجد مدين أو دائن لاتفاق التحكيم ، بل يكون للتحكيم أثر إجباري و إلزامي بين الأطراف باعتباره عقدا .

فالأصل أن اتفاق التحكيم ينشأ آثاره في مواجهة أطراف العقد ، إعمالا لمبدأ نسبية العقود ، إلا أنه استثناءا قد تنشأ بعض الآثار في مواجهة الغير [02] .

ويقصد بإلزامية اتفاق التحكيم أنه يصبح شريعة المتعاقدين ، ففور الإنتهاء من توقيع اتفاق التحكيم و دخوله حيز النفاذ يصبح قانون الأطراف و قانون المحكم .

هذا ويلاحظ أنه إذا ما تحدد مضمون اتفاق التحكيم ، فلا يمكن تعديله بالزيادة عليه أو بالإنقاص منه ، و مع ذلك فالقوة الملزمة له لا تتعارض مع تعديله باتفاق الطرفين ، إذ طالم أن الإتفاق نشأ عن إرادتين متطابقتين، ومنه إمكانية تعديله أيضا بواسطة هاتين الإرادتين [03].

2- القوة الإلزامية لكل من شرط التحكيم ومشارطة التحكيم

---

(01)- عيساوي محمد ، المرجع السابق ، 103.

(02)- منة الله محمد مصيلحي خصوصية شرط التحكيم في المجموعة العقدية ، بحث قانوني لكلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، مصر ، 2015 ، ص 05 .

(03)- محمد بواط ، التحكيم في حل النزاعات الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، تخصص قانون عام ، جامعة حسيبة بن بوعلي ، شلف ، الجزائر ، 2008، ص ص 61- 62 .

كان الفقه يفرق مشارطة التحكيم و شرط التحكيم من حيث الطبيعة القانونية و القوة الإلزامية ، ذلك أن تضمين اتفاقية شرط التحكيم كان من شأنه اعتبار أن هناك وعد باللجوء إلى التحكيم يحتاج إلى القيام بتوقيع مشارطة تحكيم بعد نشوء النزاع ، وكل إخلال من أحد الأطراف يستطيع الطرف الآخر إجباره على إبرام مشارطة تحكيم ، إلا أنه في أعقاب الحرب العالمية الأولى سعت عصبة الأمم إلى ضرورة التسوية بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم من حيث الإعتراف بهما على قدم المساواة، و إعطاء شرط التحكيم ذات القوة الإلزامية لمشارطة التحكيم ، على نحو يبرر إدماجه مع مشارطة التحكيم في مفهوم قانوني واحد .

حيث جاء في بروتوكول جنيف لعام 1923[01] و اتفاقية الأمم المتحدة لعام 1958 للتأكيد على هذا المعنى و تحقيق هذا الهدف و تفادت استعمال تعبير شرط التحكيم و مشارطة التحكيم و استخدام مفهوم واحد وهو (اتفاق التحكيم) .

كما أن هذه التفرقة لم يعد لها معنى في اتفاقية نيويرك لعام 1958الخاصة بالإعتراف و تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية ، و الإتفاقية الأوروبية المبرمة في جنيف عام 1961 ، حيث تحدثت كلاهما عن "اتفاق التحكيم"، إلا أن شرط التحكيم له فائدة وقائية إذ يستبعد الإختلاف أو التعطيل في مسار عرض النزاع على التحكيم ، والذي ينجم عن إبرام مشارطة التحكيم .[02]

ثانيا : النتائج المترتبة على مبدأ القوة الإلزامية لاتفاق التحكيم

يترتب على مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم عدة نتائج نذكر من بينها النتائج التالية :

1- عدم جواز التغيير في النزاع محل التحكيم

و مفاد ذلك أن يكون النزاع المعروض على التحكيم هو ذاته المتفق عليه في اتفاق التحكيم ، ومنه لا يجوز لأي طرف من أطراف هذا الإتفاق أن يعرض على المحكم أو المحكمين نزاعا يختلف عن ذلك النزاع المتفق عليه ، ولو كان متفرعا عن النزاع الأصلي

(01)- بروتوكول جنيف لعام 1923 المتعلق بشروط التحكيم المنشور في الموقع :

www.newyorkconvention.org/travaux+peparatoires

(02)- ناصر محمد الشرمان ، المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الأولى ، مركز الدراسات العربية، القاهرة ، مصر ، 2015 ، ص 56.

إعمالا لمبدأ القوة الإلزامية لاتفاق التحكيم و مبدأ التفسير الضيق للإتفاق .

وعليه لا يجوز لهيئة التحكيم مدّ و لايتها إلى المسائل المتفرعة عن النزاع الخاضع لولايتها ، إذ يتعين أن تقف على حدود اختصاصها فلا تقضي بما لم يطلبه الخصوم و إلا كان قرارها باطلا.

فهيئة التحكيم لا تملك سوى سلطة الفصل في النزاع المتفق عليه ، فلا تتعرض لنزاع آخر و لو كان مرتبطا بالنزاع المطروح إلا بموافقة الأطراف أنفسهم ، إذ لا يصدق على التحكيم أن " قاضي الأصل هو قاضي الفرع " [01] .

2- عدم جواز عزل المحكمين أو أحدهم إلا بتراضي الخصوم

أما مسألة عزل المحكم ، فإن الأطراف يمكنهم إقالته إذا اتفقوا على ذلك ، و إذا بدا لهم ما يبرر قرارهم من تقاعس المحكم عن واجباته أو امتناعه عن أداء مهامه .

يمكن أن يتم عزل المحكم في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ، لكن إذا وجد خلاف بين الأطراف في إقرار هذا العزل رغم وجود أسباب لذلك ، يرجع للمحكمة المختصة النظر في الموضوع [02] .

و منه فإن اتفاق الطرفين في عزل أو إبقاء المحكم محصّن ضد أي إلغاء ، إلا في حالة عدم اتفاقهم على العزل أو الإبقاء فيرجع النظر في ذلك إلى المحكمة المختصة .

3- عدم جواز رد المحكم إلا لأسباب لاحقة على تعيينه

تنص المادة 1016 من ق إ م إ الجزائري على : " يجوز رد المحكم في الحالات الآتية :

1- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف .

2- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف.

---

(01)- محمد بواط ، المرجع السابق ، ص 62 .

(02)- عيساوي محمد ، المرجع السابق ، 124.

3- عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته ، لا سيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط .

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

تبلغ محكمة التحكيم و الطرف الآخر دون تأخير بسبب الرد .

في حالة النزاع ، إذا لم يتضمن نظام التحكيم كيفيات تسويته أو لم يسمع الأطراف لتسوية إجراءات الرد ، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمه التعجيل .
هذا الأمر غير قابل للطعن [01] .

بناءا على المادة السابقة ، نجد أن المشرع الجزائري ذكر الحالات التي يجوز فيها رد المحكم على سبيل الحصر ، كما أنه نص في الفقرة الأخيرة من المادة على عدم القابلية للطعن في مضمون هذا لأمر .

فلا يجوز رد المحكم إلا لأسباب تحدث أو تظهر بعد إبرام اتفاق التحكيم ، فلا يجوز بأي حال من الأحوال لأي من طرفي التحكيم رد المحكم الذي عينه أو اشترك في تعيينه ، ما عدا للأسباب التي تتبين بعد التعيين ، وفي كل الأحوال يجب على الشخص حين يفاتح بقصد احتمال تعيينه محكما أن يصرح لمن ولاه الثقة بكل الظروف التي من شأنها أن تثير شكا حول حياده و استقلاله ، وذلك تجنبا لإمكانية رده في المستقبل .

و تجدر الإشارة أنه لا يجوز رد المحكم إلا لأسباب لاحقة على تعيينه ، ويشترط عدم علم الأطراف بها من قبل [02] .

---

(01)- المادة 1016 من القانون 08-09 ، المرجع السابق ، ص 114 .

(02)- محمد بواط ، المرجع السابق ، ص 63 .

المبحث الثاني :

تأثير القوانين الداخلية للدول و النظام العام الدولي على فعالية اتفاقية التحكيم

لم تتوقف بعض الأنظمة القانونية ، على رأسها النظام القانوني الفرنسي ، عند توسيع مجال حرية إرادة أطراف التحكيم التجاري الدولي في كل المراحل التي تمر عبرها عملية التحكيم ، سواء تعلق الأمر بحرية اللجوء إلى هذه الوسيلة أو تعيين المحكم أو تشكيل محكمة التحكيم ، أو اختيار قواعد القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم أو ذلك الذي يحكم إجراءاته أو القانون المنظم لموضوع النزاع ، بل عملت وما زالت تعمل على تقرير استقلالية التحكيم عن القوانين الوطنية المحتملة التطبيق التي تحددها قواعد تنازع القوانين ، مما يحرره من كلية من قبضة القوانين الداخلية و من ما يمكن أن تفرضه من قيود [01] .

نصت غالبية التشريعات الوطنية و غالبية الإتفاقيات الثنائية و الدولية على أنه من بين شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية عدم مخالفتها للنظام العام ، فقد اشترطت المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري ، لتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية في الإقليم الجزائري ، و لمنحها الصيغة التنفيذية ، استيفاء بعض الشروط من بينها : "ألا تتضمن ما يخالف النظام العام و الآداب العامة في الجزائر "

كما نصت المادة 1006 من نفس القانون على أنه : " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها ،لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام ..."

غير أن مبدأ النظام العام L'ordre Public مبدأ مرن و متطور لا يخضع لمعيار ثابت و بالتالي يصعب تحديد مفهومه ، و قد قسمه الفقه الحديث إلى نظام عام داخلي و نظام عام دولي [02] .

---

(01)- تعويلت كريم ، المرجع السابق ، ص 235 .

(02)- كسال سامية ، تأثير فكرة النظام العام على تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي ، بحث خاص بكلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، الجزائر ، 2013 ، ص 03 .

بناءا على ما سبق يثور تساؤل ما مدى استقلالية اتفاقية التحكيم عن القوانين الوطنية للدول؟ و ما مدى تأثرها بفكرة النظام العام ؟.

وعليه سنتناول مبدأ الصحة و الفعالية الذاتية لاتفاق التحكيم (المطلب الأول) ، ثم سنتطرق إلى تأثير فكرة النظام العام على فعالية اتفاق التحكيم(المطلب الثاني) .

المطلب الأول :

مبدأ الصحة و الفعالية الذاتية لاتفاق التحكيم

كرست الأحكام الصادرة من محكمة باريس أولا ثم بعد ذلك محكمة النقض الفرنسية ، منهجا يسمح بتقدير وجود و صحة اتفاق التحكيم ، من خلال إعمال القواعد المادية استقلالا عن البحث عن القانون الواجب التطبيق [01] .

من المتصور أن يقع شرط التحكيم باطلا فتكون العلة التي استبعدنا تطبيق القانون الذي يحكم العقد الأصلي قد توافرت ، لذلك ظهر هناك استقلال جديد و هو استقلال شرط التحكيم عن سائر القوانين الوطنية [02] .

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين ، سنحاول أن نبين مدى تكريس هذا المبدأ(الفرع الأول)، ثم سنتطرق إلى الآثار المترتبة عن المبدأ (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : تكريس مبدأ الصحة و الفعالية الذاتية لاتفاق التحكيم

سنحدد تعريف هذا المبدأ و أصل نشأته (أولا) ثم سنتطرق إلى مدى تكريسه على مستوى الأنظمة القانونية (ثانيا) .

أولا : نشأة و تعريف مبدأ الصحة و الفعالية الذاتية لاتفاقية التحكيم

1- تعريف المبدأ :

إن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن كل قانون وطني هو مفهوم ثان أو التصور الحديث

(01)- بولحية سعاد ، المرجع السابق ، ص 54 .

(02)- أسامة أحمد حسين أبو القمصان ، المرجع السابق، ص 102.

لإستقلالية اتفاق التحكيم ، فحسب FOUCHARD ، فالإستقلالية بهذا المعنى لم تعد تعني فقط الإستقلالية عن العقد الأصلي ، إنما الإستقلالية بالنسبة لمختلف القوانين الوطنية التي يخضع اتفاق التحكيم لها بتطبيق منهج التنازع المعروف في إطار علاقات القانون الدولي الخاص .

أما بالنسبة لبيار ماير فهو يرى أنه إذا كانت الإستقلالية الموضوعية تتعلق بعلاقة اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي الذي يتضمنه ، فإن الإستقلالية القانونية تتعلق بالنظام القانوني الذي يجب أن يخضع له اتفاق التحكيم ، و بإعتبار أن اتفاق التحكيم هو اتفاق دولي فمن المفروض أن يخضع لقواعد القانون الدولي الخاص المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق و إلى منهج التنازع ، إلا أن في الممارسات الحديثة لنظام التحكيم بدأت تبتعد شيئا فشيئا عن هذا المنهج لتحديد القانون الواجب التطبيق ، و عليه إقصاء منهج التنازع و طريقة الإسناد و محاولة إستغراق هذه الإستقلالية في مبدأ صحة اتفاق التحكيم [01] .

يبقى أن هذا الإتجاه لم يجد إلى حد الآن صدى كبير على مستوى الأنظمة القانونية المقارنة ، و يبقى خصوصية يتميز بها النظام القانوني الفرنسي ، رغم أن الكثير من الدول أعادت النظر في قوانينها المنظمة للتحكيم في السنوات الأخيرة ، على غرار القانون الجزائري ، نظرا لما ينطوي عليه التوجه الفرنسي من غموض و مفارقات تتعلق أساسا بصعوبة تحديد مضمون القواعد المادية المكونة لقانون التجارة الدولية "Lex Mercatoria " و عدم استطاعتها تنظيم كل المسائل التي يثيرها اتفاق التحكيم .

يضاف إلى ذلك ، أن منهج القواعد المادية الذي بواسطته تتقرر صحة و فعالية اتفاق التجاري الدولي ، يدخل هذا الإتفاق في فكرة العقد الطليق أو العقد بلا قانون و الذي يخضع إلا لإرادة أطرافه ، مما يجعله صحيحا دائما [02].

2- أصل نشأة المبدأ :

(01)- عائشة مقراني ، المرجع السابق ، ص 88 .

(02)- تعويلت كريم ، المرجع السابق ، ص 235 .

اتجه القضاء الفرنسي ، الذي استخلص في بداية الستينات مبدأ صحة اتفاق التحكيم من مبدأ استقلالية هذا الإتفاق ، إلى بلورة هذه النتيجة في نهاية الثمانينات و بداية التسعينات ، في العديد من الأحكام الصادرة عن محكمة استئناف باريس ، و التي أكدت بشكل حاسم على أنه في المسائل الدولية يتمتع شرط التحكيم بصحة وفعالية ذاتية ، و يؤكد الفقه الفرنسي في مجموعه على أن ذلك القضاء ليس إلا مجرد طريقة أخرى لفرض مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن كل نظام قانوني و ضعي يحكم هذا الإتفاق ، فاتفاق التحكيم يتضمن في ذاته صحته و فعاليته ، فبعد أن قررت أحكام القضاء الفرنسي مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي تتضمنه تلك الإستقلالية ، التي تستبعد إمكانية تعرض اتفاق التحكيم للمساس به بالنظر إلى عدم صحة العقد الأصلي ، ذهبت هذه الأحكام إلى تقرير استقلالية هذا الإتفاق عن كل قانون وضعي [01] .

إن التطورات اللاحقة قد جعلت من استقلال شرط التحكيم قاعدة مادية في القانون الدولي الخاص ، وقد جاء هذا التطور في أحكام صدرت عن محكمة النقض ، الصادر بتاريخ 1972/07/04 ، في النزاع المسمى بنزاع HECHT و يتعلق النزاع بعد أبرم في هولندا بين شركة BUISMAN الهولندية و السيد HECHT الفرنسي الجنسية و المتوطن في فرنسا ، و بموجب هذا القرار فقد منحت الشركة للسيد HECHT توكيلا حصريا لبيه منتجات الشركة في فرنسا وفق الشروط المقررة في المرسوم الفرنسي الصادر عام 1958 ، وبعد مدة نشأ نزاع بين المتعاقدين ، وقد كانت حجة السيد HECHT في بطلان شرط التحكيم على أساس أن العقد يخضع للقانون الفرنسي ، غير أن المحكمة قررت أنه رغم الإشارة الصريحة للقانون الفرنسي باعتباره قانون العقد ، فإن للأطراف أن يستبعدوا تطبيقه [02] .

جاء قرار محكمة النقض الفرنسية إذا لتحصين اتفاق التحكيم ، من خلال وضع قاعدة

(01)- بولحية سعاد ، المرجع السابق ، ص ص 53 – 54 .

(02)- بلاش ليندة ، إخضاع العقد الدولي للقواعد الموضوعية ، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه ، تخصص قانون ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ،الجزائر ، 2017 ، ص ص 299 – 300 .

موضوعية صريحة في مجال المعاملات الخاصة الدولية مفادها استقلالية اتفاق التحكيم ، و هي قاعدة واجبة التطبيق على عقود التجارة الدولية ، بغض النظر عما يقضي به القاون الداخلي واجب التطبيق ، الذي يحدد بمقتضى قواعد تنازع القوانين ، وبذلك يأخذ مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم مفهوما جديدا ، و يتحول جذريا ليصبح يعبر ليس فقط على استقلالية الإتفاق بالنسبة للعقد الأصلي ، بل أصبح تقدير و جود وصحة هذا الإتفاق يكون وفقا لقواعد مادية[01].

ثانيا : مدى تكريس مبدأ الصحة و الفعالية الذاتية لاتفاق التحكيم على مستوى الأنظمة القانونية

إذا كان تكريس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي كان إما بشكل صريح أو ضمني ، فبالنسبة للصورة الثانية للإستقلالية و رغم القول بأنها قاعدة اكتست طابع دولي ، إلا أن النصوص القانونية الوطنية و الدولية مازالت لم تكرس هذا المبدأ [02].

1- على مستوى الإتفاقيات الدولية

على مستوى الإتفاقيات الدولية و أنظمة التحكيم ، نذكر ما جاء في المادة 42 (3،2) من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المتعلقة بحل الخلافات المتعلقة بالإستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى ، حيث نصت على عدم جواز رفض المحكمة الحكم في النزاع بحجة عدم وجود نصوص قانونية ، و أكدت على سلطة المحكمة في الحكم بموجب مبادئ العدل و الإنصاف إذا اتفق الطرفان على ذلك .

و نصت الفقرة الثالثة من المادة 28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، على إمكانية الفصل في النزاع على أساس مبادئ العدل و الإنصاف بشرط أن يجيز الطرفان ذلك صراحة .

(01)- تعويلت كريم ، المرجع السابق ، ص 239 .

(02)- عائشة مقراني ، المرجع السابق ، ص 102 .

كذلك نصت المادة 17 (3) [01] من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية : " لا تقضي محكمة التحكيم بصفتها مفوضة الصلح ، أو وفقا لقواعد العدل والإنصاف إلا إذا اتفق الطرفان على منحها هذه السلطة " .

بالرغم من عدم نص إتفاقية عمان للتحكيم التجاري على طريقتي الوساطة والتوقيف ، اللتان يراهما الأستاذ DERAINS في صالح الدول العربية لكونها في معظم القضايا التحكيمية وجدت في وضعية مدعى عليه ، إلا أنها لم تستبعد طريق التفويض بالصلح و الفصل في النزاع وفق قواعد العدالة إذا اتفق الطرفان صراحة على ذلك [02].

2- على مستوى القوانين الوطنية

لا يجيز القانون الإنجليزي مثلا للخصوم الإتفاق على إعفاء المحكم من التقيد بقواعد القانون ، وهو ما يتيح للمحكم بتجاوز شكليات القوانين الوضعية فيقضي وفقا لمصلحة الأطراف دون النظر لمنطق القواعد القانونية العامة مبتعدا عن التجريد مرتبطا بالإعتبارات الأخلاقية و العاطفية و بما يمليه عليه ضميره [03].

و قد أخذ بهذا المبدأ القانون المصري للتحكيم في المادة (39-4) ، وقانون المرافعات العراقي بالمادة 258 ، وكذلك قانون المرافعات الفرنسي في المادة 1474 عندما يكون أمام تحكيم داخلي ، و في المادة 1497 عندما يكون أمام تحكيم دولي .[04]

و نص قانون التحكيم السويسري في المادة 7/182 : " يجوز للأطراف أن يفوضوا محكمة التحكيم بالبت في النزاع وفقا لقواعد الإنصاف " .

و جاء في الفصل 3/73 من قانون التحكيم التونسي : "يجوز لهيئة التحكيم البت في النزاع

---

(01)- نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية (CCI) النافذ ابتداءا من 01 جانفي سنة 1998 ، المنشور على الموقع : www.iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration

(02)- عيساوي محمد ، المرجع السابق ، ص 173.

(03)- بلاش ليندة ، المرجع السابق ، 182.

(04)- زياد السبعاوي ، التحكيم التجاري الدولي ما بين الشريعة و القانون ، الطبعة الأولى ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، مصر ، 2014 ، ص 126 .

طبق قواعد العدل والإنصاف إذا أباح لها الأطراف ذلك صراحة " .

نذكر أيضا ، ما جاء في المادة 176 من قانون التحكيم الكويتي[01] : " لا يجوز التفويض للمحكمين بالصلح و لا الحكم منهم بصفة محكمين ، إلا إذا كانوا مذكورين بأسمائهم في الإتفاق على التحكيم " .

أما في الفصل الخاص بالتحكيم التجاري الدولي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، فلم نجد ما ينص صراحة على التفويض بالصلح ، لكن المشرع حسب المادة 1050 ، ألزم محكمة التحكيم بالفصل في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف ، وفي غياب هذا الإختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة ، فهل يمكن إدخال مبادئ العدل و الإنصاف ضمن هذا النص ؟ . لا نرى ما يؤكد ذلك لأن إستبعاد القانون و تطبيق مبادئ العدل و الإنصاف ، يجب أن ينص عليه اتفاق الأطراف صراحة ، بينما المشرع في هذا النص يؤكد على تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف و ليس المبادئ ، أضف إلى ذلك أن تطبيق الأعراف يلجأ إليه المحكم ، حسب هذا النص في حالة عدم اتفاق الأطراف ، مما يدفع إلى استبعاد التحكيم بالصلح في هذه الحالة لغياب الإتفاق المذكور[02].

الفرع الثاني : تطبيق القواعد الموضوعية العبر دولية على اتفاقية التحكيم

هي من أكثر المواضيع إثارة للجدل في إطار التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية .

فيربط البعض ظاهرة القواعد عبر الدولية بظاهرة LEX MARCATORIA أي ظاهرة قانون التجار الذي يطبق على العلاقات التجارية الدولية ، حيث أصبح هذا التعبير المصطلح الأكثر شيوعا ودلالة على هذه القواعد، والفقه الحديث يفضل استخدام مصطلح القواعد العبر دولية وهذا لعدة أسباب منها قدرته على التميز عن الأنظمة القانونية الداخلية ، وهي قواعد معيارية من خلق الجماعات المستقلة على صعيد التجارة الدولية وليست من لدن جهاز تشريعي لدولة ما [03].

(01)- المادة 176 من قانون المرافعات المدنية والتجارية لدولة الكويت ، رقم 38 لسنة 1985 ، منشور في الموقع : www.gcc-legal.org/lawaspdf.

(02)- عيساوي محمد ، المرجع السابق ، ص 172.

(03)- عائشة مقراني ، المرجع السابق ، ص 134 .

تتمثل هذه القواعد في صورتين هما، الأعراف التجارية الدولية (أولا) و المبادئ العامة عبر دولية (ثانيا) .

أولا : الأعراف التجارية الدولية

تتميز العلاقات التجارية الدولية بالعديد من الخصوصيات التي فرضت تواجد حلول معينة ، بهدف فك مختلف المشاكل المترتبة على الممارسة عبر الوطنية للأعمال التجارية ، و في هذا الصدد برزت العادات و الأعراف التجارية الدولية كنظام قانوني دولي مستقل لا يتوانى المحكمون على تبنيه و إعماله بشأن المنازعات التي تعرض عليهم .

تعرف أعراف التجارة الدولية بكونها " القواعد السلوكية التي يتبعها المتعاملون في علاقاتهم الإقتصادية الدولية ، و التي اكتسبت تدريجيا صيغة الإلزام بحكم تعميمها في الزمان و المكان و تكريسها من قبل القضاء التحكيمي" [01] .

و قد أصبحت أهمية الأعراف التجارية الدولية أكبر من أهمية الأعراف الداخلية ، بحسبانها قانون إختصاص المحكم ، و يلاحظ هذا من خلال الأحكام الصادرة بصدد العلاقات الدولية التي ظهر مدى و حجم الأخذ بالأعراف و العادات الدولية ، و قد دفعت أهمية الأعراف الدولية إلى تقنينها في إطار معاهدات دولية ، أو إلى النص على إلزاميتها و ضرورة الأخذ بها، ففي إطار المعاهدات الدولية تبرز معاهدة الأمم المتحدة الخاصة بعقد البيع الدولي للبضائع لسنة 1985 [02] .

خلطت التشريعات و القضاء في بعض الدول كالتشريع و القضاء المصري الفرنسي بين العرف و العادة ، بالرغم من وضوح التفرقة بينهما ، وحتى في إطار قانون التجارة الدولي يبدو واضحا غموض التمييز بين العادات التجارية الدولية و الأعراف التجارية ، فالمصطلحين يستخدمان بمعنى واحد تقريبا ، فالعادات التجارية الدولية تتميز بذاتية خاصة من حيث أصل نشأتها عن العادات التجارية الداخلية ، هذه الذاتية الخاصة تكسبها قيمة القواعد العرفية

(01)- بلاش ليندة ، المرجع السابق ، ص 159.

(02)- عائشة مقراني ، المرجع السابق ، ص 137 .

بالمعنى المعروف في نطاق القوانين الداخلية .

نجد نتيجة لهذا التداخل بين العرف و العادة ، أن من الإتفاقيات الدولية التي رسمت نظاما للأعراف التجارية الدولية ، اتفاقية لاهاي لعام 1964 ، اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع لعام 1980 ، فباستقراء أحكام تلك الإتفاقية ، و بتتبع موقف التحكيم التجاري الدولي يظهر أنها تتعدى مجرد المعاهدات الدولية لتصل إلى درجة تجسيد مضمون بعض القواعد عبر الدولية ، حتى أن البعض اعتبرها مصدرا موحدا لهذه الأعراف [01] .

ثانيا : المبادئ العامة عبر دولية

يقصد بالمبادئ العامة للقانون ، المبادئ التي تشترك فيها كافة النظم القانونية ، أي هي قواعد تصادف قبولا في الكثير من النظم القانونية أيا كانت درجة تقدمها ، و تبرز أهمية هذه المبادئ في القانون الدولي الخاص من حيث أنها مثار اهتمام المحكمين في العقود التي تبرمها الدول مع أحد أشخاص القانون الخاص ، فبتطبيقها لم تعد هذه المبادئ الفكرة نظرية ولا مصدرا احتياطيا لقواعد القانون الدولي الخاص بل أصبحت مصدرا حقيقيا لحل منزعات عديدة [02] .

يشير الفقه إلى عدة نظريات في تحديد المبادئ العامة عبر الدولية ، فالبعض اعتبرها قواعد قانونية داخلية مشتركة ، و البعض الآخر اعتبرها تلك المبادئ المشار إليها في المادة 38 من نظام محكمة العدل الدولية[03] ، أما الفقه الحديث فينظر إليها وفق منظر خاص حيث يعتبرها قواعد نشأت بفعل السوابق التحكيمية في العلاقات القانونية الدولية ، حيث استطاع المحكمون أن يضفوا على هذه القواعد ذاتيتها المتفقة و طبيعة التجارة الدولية ، وهذا يظهر في قرارات التحكيم التي أشارت إلى المبادئ العامة عبر الدولية بوصفها مبادئ القانون التجاري الدولي Lex marcatoria .

(01)- بلاش ليندة ، المرجع السابق ، ص 161.

(02)- المرجع نفسه ، ص 171.

(03)- النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية المنشور على الموقع :

https://www.google.dz/amp/www.aljazeera.net/amp/news/humanrights/2016/10/20.

و قد أوّل بعض الفقه الجزائري أن عبارة قواعد القانون الواردة في المادة 458 مكرر 14 من قانون التحكيم الجزائري على أنه فتح المجال للأخذ بالمبادئ العامة للقانون .
و نشير إلى أن من الفقه من يرى أن هذه المبادئ ، لا ينظر إليها في الواقع إلا بمنظار يتأكد من خلاله إعمال قانون القوي على الضعيف ، الأمر الذي يصبح معه أمر تدويل هذه المبادئ التي تحكم المنازعات في العقود ، هو في الواقع تكريس لمفاهيم القوانين الدول المتقدمة[01] .

يستطيع المحكم أن يطبق قواعد قانون التجار تطبيقا ماديا (Application matérielle) على النزاع التحكيمي دون اللجوء إلى قواعد التنازع ، وهذا من خصوصيات التحكيم التجاري الدولي ، التي جسدتها معظم التشريعات و أنظمة التحكيم .

كما يمكن أن يطبقها تطبيقا تنازعيا (Application conflictuelle) ، عندما تتوافق إرادتا الطرفين صراحة أو ضمنا ، من خلال بعض المؤشرات ، كوجود بند في العقد يتضن منع عرض النزاع على أي نظام قانوني لأي دولة ، أو إغفال الإشارة إلى القانون واجب التطبيق على أصل النزاع ، و الذي أصبح يفسر على أنه إتجاه إلى إختيار " قانون التجار" أو ما يسمى La lex mercatoria [02] .

بغض النظر عن الإنتقادات التي وجهت لهذه الأحكام القضائية ، إلا أنها في نهاية المطاف كرست اعتراف القضاء بقواعد قانون التجار مثلما فعلت هيئات التحكيم في العديد من القضايا التي طبقت فيها هذه القواعد مستبعدة كل القوانين الداخلية للدول ، هذا يؤكد إمكانية التحرر الكلي من القانون الوطني للدولة المضيفة ، وتطبيق قانون آخر ، وقد يكون هذا التحرر متبوعا باستبعاد كل القوانين و تطبيق المبادئ العامة للقانون [03] .

---

(01)- عائشة مقراني ، المرجع السابق ، ص 138 .

(02)- عيساوي محمد ، المرجع السابق ، ص ص 164 - 165.

(03)- المرجع نفسه ، ص 169.

المطلب الثاني :

تأثير فكرة النظام العام الدولي على فعالية اتفاق التحكيم

نصت غالبية التشريعات الوطنية و غالبية الإتفاقيات الثنائية و الدولية على أنه من بين شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية عدم مخالفتها للنظام العام ، فقد اشترطت المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري ، لتنفيذ الأحكام و القرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية في الإقليم الجزائري ، و لمنحها الصيغة التنفيذية ، استيفاء بعض الشروط من بينها : " ألا تتضمن ما يخالف النظام العام و الآداب العامة في الجزائر " .

كما نصت المادة 1006 من نفس القانون على أنه : " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها،لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام..." غير أن مبدأ النظام العام L'ordre public مبدأ مرن ومتطور لا يخضع لمعيار ثابت و بالتالي يصعب تحديد مفهومه ، و قد قسمه الفقه الحديث إلى نظام عام داخلي و نظام عام دولي و نظام عام عبر دولي [01] .

و عليه سنقسم هذا المطلب إلى تعريف النظام العام و أنواعه (فرع الأول) ، و وظيفة النظام العام عبر دولي (فرع الثاني).

الفرع الأول : تعريف و أنواع النظام العام

سنحاول تحديد تعريف النظام بصفة عامة (أولا) ثم سنحدد نوع النظام الذي يهمنا في هذه الدراسة (ثانيا) .

أولا : تعريف النظام العام

عرفته محكمة النقض المصرية في قرار لها بتاريخ 23 أفريل 1980 : أن القواعد التي تعتبر من النظام العام هي تلك القواعد التي تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة سياسية أو

(01)- كسال سامية ، المرجع السابق ، ص 03.

اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام و تعلو على مصلحة الأفراد و عليهم مراعاة هذه المصلحة ، إذ لا يجوز لهم الإتفاق على مخالفتها لأن المصلحة العامة تسمو على المصلحة الفردية ، و لكن دون إغفال المصلحة الخاصة ، إذ تعتبر قواعد النظام العام مجموعة القواعد التي لا يجوز للأفراد مخالفتها بمناسبة تعاقداتهم حسب المادة 97 من القانون المدني الجزائري إذ نصت أنه " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا".

و قد حدد المشرع الجزائري بعض المسائل التي تعتبر من النظام العام ، كما هو الحال في المواد 722 ، 454 ، 110، 107 من القانون المدني[01] و يضاف إليها ما يتعلق بالقواعد الخاصة بالتحكيم [02].

لقد توصل الأستاذ الدكتور السنهوري إلى نتيجة هامة أن النظام العام فكرة نسبية طبقا للزمان و المكان ، و من هنا فرق الفكر القانوني في العالم بين النظام العام الدولي و النظام العام الداخلي ، فالمصلحة العليا لمجتمع ما تختلف عن المصلحة العليا للمجتمعات الدولية.

و يرى أن المصلحة الوطنية تستوجب حماية المراكز القانونية باعتبارها من أهم مهام المشرع ، و تميز مركز المواطن عن مركز الأجنبي الذي يستفيد من دولية التشريعات ، و يتحتم عدم التوسع في قبول أحكام التحكيم الأجنبية و تطبيقها على نحو يحقق التوازن في المراكز القانونية سواء كانت مراكز أجنبية أو مراكز وطنية[03].

و عليه فإنه لا زالت فكرة النظام العام فكرة تستعصي على الباحثين من حيث إمكانية وضع تعريف جامع مانع لها ، يغنينا عن السلطة التقديرية للمحكمة ، ذلك أن هذه الفكرة فكرة مطاطة مرنة ، تأبى التحديد و وضعها في قالب محدد أو وضعها في إطار واضح .

---

(01)- أمر رقم 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن التقنين المدني معدل ومتمم، ج.ر عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

(02)- أبي إسماعيل بكير ، التحكيم الداخلي وفق قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 ، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في الحقوق ، جامعة بن يوسف بن خدة ، الجزائر ، 2015 ، ص13 .

(03)- عيساوي محمد ، المرجع السابق ، ص 274 .

فمبدأ النظام العام مبدأ مرن يصعب ضبطه و تحديد نطاقه ، حيث يمكن تفسيره بطرق عديدة تشمل المسائل ذات الصلة بالإجراءات التي تم إتباعها أثناء نظر النزاع أمام هيئة التحكيم ، بالإضافة للمسائل التي تتعلق بموضوع النزاع ، مما يترك المجال واسعا أمام المحاكم الوطنية لأن تمارس صلاحيات واسعة قد تؤدي إلى تعريض حكم التحكيم الأجنبي إلى أسباب لرفض التنفيذ أوسع مجالا من تلك المفروضة و المحدودة حصراً في المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك ،إذ أن مدى حجية استخدام مبدأ النظام العام كسبب لرفض تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي يعتمد في النهاية على السلطات التقديرية الواسعة التي تتمتع بها المحاكم الوطنية عند تعريفها و تفسيرها لهذا المبدأ و تحديد نطاق تطبيقه و ذلك وفقا لظروف كل حالة [01] .

ثانيا : أنواع النظام العام

لا تميز أغلب الأنظمة القانونية بين فكرة النظام العام الداخلي و فكرة النظام العام الدولي في مجال التحكيم التجاري الدولي ، حيث اعتمدت في نصوصها مصطلح النظام العام كما فعلت اتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد قرارات التحكيم الأجنبية و تنفيذها ، حيث نصت على أنه يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الإعتراف و تنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الإعتراف و التنفيذ إذا تبين لها أن ذلك يخالف النظام العام في هذا البلد [02].

ينقسم النظام العام حسب ما اتفق عليه الفقهاء إلى :
نظام عام داخلي ، نظام عام دولي ، نظام عام عبر دولي .

1- النظام العام الداخلي : يقصد بالنظام العام في دولة ما ، مجموعة الأصول و القيم التي تشكل كيانها المعنوي وترسم صورة الحياة الإنسانية المثلى فيها و حركتها نحو تحقيق أهدافها،سياسية كانت أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية،وهي بمثابة مبادئ وقيم تفرض نفسها

(01)- كسال سامية ، المرجع السابق ، ص 04.

(02)- تعويلت كريم ، المرجع السابق ، ص 275.

على مختلف أنواع العلاقات القانونية في الدولة ، وجودا و أثرا عاليا في صورة قواعد قانونية آمرة تحكم هذه العلاقة ، والمظهر العملي لهذه القواعد و الوظيفة التي تؤديها هو بطلان كل عمل إرادي يأتيه المخاطب بها بالمخالفة لها ، عقدا كان هذا العمل أو عملا منفردا من ناحية، و عدم جواز النزول عن الحقوق و المراكز القانونية التي يقررها بعض منهم قبل البعض الآخر من ناحية أخرى [01] .

2- النظام العام الدولي : لم تعط اتفاقية نيويورك أي تعريف لمبدأ الملاءمة للنظام العام ، تاركا لكل دولة متعاقدة مهمة تحديد مضمون و شروط تطبيق هذا المبدأ ، وقد عرفه بعض الفقهاء بأنه " مجموعة القواعد و القيم التي يتضمنها النظام القانوني للدولة و لا يمكن تجاهلها حتى في الوضعيات ذات الطبيعة الدولية" ، و أضافت محكمة استئناف باريس في مقاربتها للنظام العام الدولي الفرنسي : " النظام العام الدولي وفق المادة 1502 (5) يمتد إلى التصور الفرنسي للنظام العام أي مجموعة القواعد التي لا يمكن للنظام القانوني الفرنسي أن لا يعترف بها حتى في العلاقات الدولية..." [02].

3- النظام العام عبر دولي : و هو ما يهمنا في هذه الدراسة كونه لا يخضع لأي قواعد داخلية لدولة ما.

النظام العام في إطار القانون الدولي الخاص هو آلية تتدخل بعد إعمال قاعدة التنازع ، من أجل السماح للقاضي باستبعاد القانون الأجنبي المختص ، لتصادمه مع المبادئ الإجتماعية و القانونية المعتبرة أساسية في نظامه القانوني ، دون إغفال ما يعرف بقواعد البوليس أو القواعد ذات التطبيق الضروري الموضوعة لضرورة الحفاظ على الكيان السياسي و الإجتماعي و الإقتصادي للدولة التي تطبق كما رأينا دون استشارة قواعد التنازع .

بمناسبة ازدهار التحكيم التجاري الدولي تحت تأثير العولمة الإقتصادية و القانونية ، ظهر مصطلح النظام العام عبر الدولي على المسرح القانوني ، بعدما قدم السيد Pierre Lalive

(01)- كسال سامية ، المرجع السابق ، ص 06.

(02)- عيساوي محمد ، المرجع السابق ، ص 276 .

مقاله إلى المؤتمر الدولي الثامن للتحكيم التجاري الدولي بنيويورك في ماي 1986 و انتشر انتشارا واسعا حتى أمام القضاء الوطني[01].

الفرع الثاني : مصادر و وظيفة النظام العام عبر دولي

سنحاول تحديد مصادر النظام العام عبر دولي (أولا) ، التي ستمكننا من تحديد وظيفة هذا الأخير (ثانيا) ، و مما سبق نحدد فعالية النظام العام عبر دولي (ثالثا) .

أولا : مصادر النظام العام عبر دولي

يمكن تقسيمها إلى ما يلي :

1- المصادر العامة: تتمثل في القواعد و المبادئ السائدة في القانون الدولي العام و تنقسم إلى ثلاثة :

أ- قواعد jus cogens

هي قواعد آمرة تطبق في نطاق القانون الدولي العام ، و يشير البعض و انطلاقا من عتبار هذه القواعد آمرة تطبق على كل الدول ، فإنها تعتبر قواعد نظام عام واجب التطبيق على العلاقات القانونية بين أشخاص القانون الدولي ، مستندا في ذلك إلى المادة 53 من اتفاقية فيينا ، لسنة 1969 التي أشارت إلى بطلان كل اتفاق يكون لحظة إبرامه في حالة تعارض مع قاعدة آمرة في القانون الدولي العام [02] .

ب- المبادئ العامة المذكورة في المادة 38 من نظام محكمة العدل الدولية

هذه المبادئ هي مكون آخر لمفهوم النظام العام عبر الدولي ، وتتعلق بالقانون الدولي العام بحيث تستخدم في نطاق القضاء الدولي ، وبملاحظة المادة 42 من معاهدة واشنطن 1965 نجدها قد أجازت للمحكم إمكانية تطبيق مبادئ القانون الدولي على العقود المبرمة بين الدولة

(01)- قريقر فتيحة ، النظام العام والتحكيم التجاري الدولي ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، تخصص قانون خاص ، جامعة بن يوسف بن خدة ، الجزائر ، 2017 ، ص 333 .

(02)- عائشة مقراني ، المرجع السابق ، ص 143 .

أو المؤسسات أو الأشخاص الخاصة ، ويعمل الفقه على التقريب بينها وبين المبادئ العامة المذكورة في المادة 38 حتى يمكن اعتبارها من مبادئ النظام العام عبر الدولي.

ج- المعاهدات الدولية

تتضمن المعاهدات الدولية قواعد ملزمة للدولة الموقعة عليها، ما يسمح بإمكانية اعتبار هذا القواعد كمصدر للنظام العام عبر الدولي، و الشرط أن تكون المعاهدة متعددة الأطراف كالمعاهدات المنظمة لآليات مكافحة التجارة غير المشروعة ، فهذه المعاهدات يمكن أن يستشف منها قواعد نظام عبر دولي ، تعبر عن وجود نظرة مشتركة لدى الدول لحماية قيمة معينة أو مصلحة تستدعي الأخذ في الإعتبار [01] .

2- المصادر الخاصة

يمكن لعادات و أعراف التجارة الدولية أن تلعب دورا في عملية إعداد وتكوين النظام العام عبر الدولي ، كذلك مدونات السلوك و الأنظمة المهنية الخاصة بأنواع معينة من التجارة ، يمكن أن تساهم بشكل غير مباشر في تكوين قواعد ذات طابع نظام عام عبر دولي ، و توافق العاملين في ميدان التجارة الدولية على الأخذ بهذه القواعد يساهم في بلورة قواعد النظام العام عبر الدولي[02] .

ثانيا : وظيفة النظام العام عبر الدولي

إن للنظام العام العبر الدولي و ظيفتان متناظرتان ، الأولى إيجابية و الثانية سلبية .

1- الوظيفة الإيجابية

تتلخص الوظيفة الإيجابية في التطبيق المباشر لمبادئ أساسية دولية ، حيث استندت الكثير من الأحكام في حل المنازعات ذات الطابق الدولي على مثل هذه المبادئ و كذلك أعراف التجارة الدولية كما حدث في قضية -NORSOLAR- حيث تم إقرار مبدأ حسن النية

(01)- قريقر فتيحة ، المرجع السابق ، ص ص 344- 345 .

(02)- عائشة مقراني ، المرجع السابق ، ص 144 .

دون المرور المسبق على القانون الوطني خاصة في ظل غياب اختيار صريح من الأطراف للقانون واجب التطبيق ، وليس عند هذا الإختيار ، لأن سمو أعراف التجارة الدولية في هذه الحالة الأخيرة عن طريق استخدام ميكانيزم النظام العام الحقيقي يمثل خرقا لمبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق .

نظرا لصعوبة تحديد المحتوى الدقيق لهذا النظام من قبل المحكم أو القاضي فسيكون من الصعب الإقتناع بسموه عن القانون الذي اختاره الأطراف ، وفي حالة التعارض بينهما ينبغي على المحكم أن يطبق النظام العام الدولي الحقيقي ، بحيث يساهم في توجيه جماعة الممارسين الدوليين للتجارة الدولية و يستجيب لضروراتهم ، فيتدخل بطريقة إيجابية دون أن يكون من الضروري استشارة القانون الأجنبي المختص طبيعيا و الذي عينته قاعدة الإسناد[01] .

2- الوظيفة السلبية

بمقتضى هذه الوظيفة يمكن للنظام العام عبر الدولي تمكين المحكم من استبعاد القانون الواجب التطبيق ، سواء كان نتاج اختيار الأطراف أو كان معينا استنادا للتركيز الموضوعي ، أو نتيجة لإعمال المحكم لقاعدة إسناد ، فالمحكم يستطيع الإعتماد على مفاهيم مشتركة لثقافات مختلفة لاستبعاد القانون الواجب التطبيق المخالف للمبادئ الأساسية للنظام العام عبر الدولي ، هذا الطرح يؤيده الفقه و الإجتهاد القضائي و التحكيمي ،حيث أشارت محكمة النقض الفرنسية لسنة 1948، بصدد نزاع حول المسؤولية المدنية عن الحوادث إلى مصطلح النظام العام عبر دولي، بنصها على أن النظام العام الفرنسي ليس له أن يدخل إلا لحماية مبادئ العدالة الشاملة المتعلقة بقيمة دولية مطلقة، والنظام العام عبر الدولي لا يختلف عن النظام الإستبعادي أي بالدفع بالنظام العام الوطني في إطار القانون الدولي الخاص أمام القاضي الوطني، وهذا الدور يجعله معبرا عن إرادة قانونية دولية لابد و أن تستكمل بوظيفة أخرى هي الوظيفة الإيجابية[02].

(01)- بلاش ليندة ، المرجع السابق ، ص 234.

(02)- قريقر فتيحة ، المرجع السابق ، ص ص 348- 349 .

ثالثا : فعالية النظام العام عبر دولي

يرى الفقه أنه حتى يتأتى للنظام العام عبر الدولي القيام بهذه الوظائف ، فإن ذلك يقتضي بالضرورة الإعتراف له بالسمو و الحلول في قمة الهرم القانوني لأنواع النظام القانوني العام الداخلية ، ثم الإقرار بسموه على إرادة الأطراف[01] .

يتسائل GOLDMAN كيف يمكن للقاضي الوطني من الناحية العملية أن يضع في الإعتبار النظام العام الدولي الحقيقي ؟

في رأيه أن مبدأ النظام العام الدولي يشكل أيضا النظام العام الدولي في دولة القاضي ، وفي هذه الحالة فإن اللجوء إلى النظام العام الدولي الحقيقي لا يحقق منفعة كبيرة ، و إما أن المبدأ يكون متناقضا مع التشريع في دولته ، وفي هذه الحالة فإن القاضي الذي يفصل في نزاع متعلق بالنظام العام الدولي ينبغي باعتباره مكلفا باستيعاب النظام العام الدولي و نتيجة لذلك يتحرر من الإلتزام بنظامه القانوني ، فإذا كان هناك نص آمر في قانون مشترك بين جماعة يفرض نفسه على القاضي يجعله يستبعد أي قاعدة داخلية تتعلق بنظام عام مخالف لهذه القاعدة الآمرة .

فلا تقتصر فكرة النظام العام بمجال العلاقات الخاصة الدولية على حماية المصالح العليا للمجتمع ، و إنما يدخل في الإعتبار كذلك ضرورة حماية التضامن الدولي ، و الذي يتطلب من كل دولة أن تسهم في تنشيط العلاقات الخاصة بين الشعوب و إزالة العقبات التي تعترض طريقها ، ولو اقتضى منها الأمر شيئا من التضحية[02] .

تجدر الإشارة في الأخير إلى الموقف المنعزل و غير المفهوم للمشرع المغربي ، والذي جمع بين قيد النظام العام الوطني و قيد النظام العام الدولي ، كسبب من أسباب عدم الإعتراف

---

(01)- قريقر فتيحة ، المرجع السابق ، ص 350 .

(02)- بلاش ليندة ، المرجع السابق ، ص 235.

بحكم التحكيم التجاري الدولي أو رفض تنفيذه ، وكسبب لبطلان حكم التحكيم التجاري الدولي[01] .

(01)- تعويلت كريم ، المرجع السابق ، ص 284 .

خـــــاتـمـة

على ضوء ما تقدم ، وبعد مقارنة موقف الأنظمة القانونية المختلفة تجاه اتفاقية التحكيم ، لاحظنا عدم تماثل تلك المواقف ، سواء على المستوى الدولي رغم محاولة الهيئات الدولية توحيد تلك المواقف ، أو على مستوى الأنظمة القانونية الداخلية .

حيث تكريس التحكيم التجاري الدولي و الإعتراف باتفاق التحكيم ، غير كافٍ لحماية إرادة الأطراف و لا يعد محاولة لدعم الإستثمار ، بل يجب بتوفير أكبر قدر من الضمانات لحماية من قد لجأ إلى هذا النمط من التقاضي ، و ضمان تحقيق الفعالية اللازمة له .

إن تغليب الإعتبارات الإقتصادية على حساب الإعتبارات القانونية ، قصد إيجاد حلول للمسائل الإقتصادية التي لا تستوعبها المبادئ القانونية ، يفرض تكريس جملة من المبادئ التي من شأنها زيادة فعالية اتفاقية التحكيم ، أو حمايتها من تهرب الأطراف خاصة الدولة أو أحد هيئاتها من التزاماتهم المذكورة في اتفاق التحكيم .
سواء تعلق الأمر بتأكيد استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ، أو مشكل تحديد الإختصاص بين القضاء العادي و القضاء التحكيمي .

إن أهم ما نتج عن التعامل التجارى الدولي من منظومات قانونية ، قصد استبعاد القوانين الداخلية ، ما يسمى قانون التجار ، أو مبادئ الأمم المتحضرة (la lex mercatoria) .

إن الفعالية المرجوة من اتفاق التحكيم ، ليست نقل النزاعات المطروحة من يد القضاء العادي و عرضها على التحكيم بصفة دائمة ، حتى و إن اتفق الأطراف على اللجوء إليه ، وإنما الغرض الأساسي هو تحقيق العدالة بصورة سريعة و بطريقة مواكبة لمقتضيات التجارة الدولية .

إن كون الدولة طرفا في تنظيم التجارة الدولية يعتبر من المسلمات ، كون قوانين تلك الدولة الداخلية و كذا هيئاتها التنفيذية هي التي تشرف على التنفيذ النهائي لعملية التحكيم ، إلا أن ذلك قد يفتح باب التعسف للدولة الطرف في النزاع ، التي قد تدفع بحصانتها أو بسيادتها ضد تنفيذ اتفاق التحكيم ، الأمر الذي يبقى مرهونا بمدى قدرة المنظمات التحكيمية على فرض تنفيذ اتفاق التحكيم عن طريق أساليب تختلف عن الأساليب القانونية المحدودة بإقليمية القوانين .

تبقى فرنسا من الدول الرائدة في ميدان التحكيم ، و التي سعت إلى الدفع فكرة التحكيم إلى أقصى الحدود ، عن طريق تفعيل جملة من المبادئ التي من شأنها تأكيد فعالية اتفاق التحكيم أهمها مبدأ الصحة و الفعالية الذاتية لاتفاق التحكيم ، الذي يعتبره البعض تطويرا لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم .

وعند دراستنا لهذا الموضوع توصلنا إلى النتائج التالية:

– إن أهم ما يؤكد على فعالية اتفاق التحكيم هو استقلالية هذا الأخير عن العقد الأصلي ، وعليه فإن عيب يمس العقد الأصلي لا يمس اتفاق التحكيم.

– حيث أنه من شأن تبني مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم نزع سلطة الفصل في النزاع من المحكم و إعادتها إلى القضاء العادي في حالة تأكيد بطلان اتفاق التحكيم.

– كما إعطاء صلاحية الفصل في مدى اختصاص المحكم في الفصل في النزاع ، يمنع تعسف القاضي الوطني في تطبيق مبدأ سيادة القانون الوطني ، ويكرس مبدأ العقد شريعة المتعاقدين .

– و على الرغم من إعطاء سلطة الفصل في النزاع للمحكم ، إلا أن هذا الأخير لا يمكنه الإستغناء عن القضاء الوطني في الأمور الإجرائية ، و من أجل زيادة فعالية نظام التحكيم ، فعلى الأقل تنفيذ اتفاق التحكيم يحتاج لموافقة القضاء الوطني .

– إن أقصى ما تم منحه من فعالية لاتفاق التحكيم كان من طرف القضاء الفرنسي ، وتمثل في مبدأ الصحة و الفعالية الذاتية لاتفاق التحكيم .

– و يترتب على تطبيق مبدأ الصحة و الفعالية الذاتية لاتفاق التحكيم حماية هذا الأخير من القوانين الداخلية للدول ، و التي تسعى دائما لحماية الطرف الحامل لجنسيتها ، خاصة إن كانت الدولة طرفا في النزاع .

– على الرغم من الإتفاقيات الدولية التي تحدد المواضيع المسموح فيها بدفع الدولة أو هيئاتها بالحصانة بمختلف أنواعها ، إلا أن هذا لا يكفي لردع الدولة التي تملك بيدها إمكانية تكييف تلك المواضيع حسب ما يتناسب مع مصالحها .

– إن المواضيع التي أجازت الإتفاقيات الدولية الدفع بالحصانة تجاهها هي أكبر فشل لنظام التحكيم ، حيث أن التحكيم يعتبر الملاذ للذين أرادو حماية أنفسهم من من أعطاهم القانون الوطني حصانة قد تستعمل بطريقة تعسفية .

– نصت أغلب الإتفاقيات الدولية و القوانين الداخلية للدول على مبدأ عدم قبول دفع الدولة و هيئاتها بعدم أهليتها للتحكيم ، و هذا من شأنه أن يغلق بابا كان مفتوحا على مصراعيه لتهرب الدولة أو هيئاتها من التزاماتهم في اتفاق التحكيم بحجة عدم أهلية الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم .

– على الرغم من تكريس مبدأ عدم قبول دفع الدولة و هيئاتها بعدم أهليتها للتحكيم ، إلا أن الدولة بحكم سيادتها الإقليمية و القانونية بإمكانها استحداث ثغرات قانونية ، أو استعمال البيروقراطية الإدارية من أجل عرقلة تنفيذ مضمون اتفاق التحكيم .

– على الرغم من كل الجهود الفقهية المبذولة لا تزال فكرة النظام العام بمختلف أنواعها مبهمة صعبة التكييف و التحليل ، و من شبه الإستحالة الإتفاق على مفهوم موحد لها على المستوى العالمي ، نظرا لاختلاف العادات والأديان و الثقافات من دولة لأخرى فما تراه دولة من النظام العام لا تراه كذالك دولة أخرى، حيث يبقى مفهوم فكرة النظام العام مشكلا ليس فقط على مستوى التحكيم و إنما على مستوى كل التعاملات القانونية .

– إن تطبيق مبادئ العدالة و الإنصاف من شأنه دفع مصطلح العدالة إلى أبعد الحدود .

– إن أهم جزء من مرحلة التحكيم هو مرحلة التنفيذ على أرض الواقع ، حيث يستوجب ذلك توفير أجهزة تنفيذية موازية لمحاكم التحكيم قصد تنفيذ كل الإجراءات اللازمة للمساعدة في الفصل في اتفاق التحكيم (التكليف بالحظور ، التفتيش ، ...إلخ).

– يجب على القاضي الوطني عدم التوسع في نطاق المبادئ المعتبرة من النظام العام ، حتى تشمل تنفيذ ما جاء في اتفاق التحكيم .

– يجب أن يقتصر الدفع بالنظام العام على الحالات الخطيرة و الواضحة التي تنتهك اتفاقية التحكيم القواعد الأساسية للأخلاق و العدالة .

– يجب أن يكون اختيار الأطراف و واضحا حتى لا يجد القاضي أو المحكم مجالا للأخذ باعتباراتهم الشخصية .

– إن عدم الإعتراف الصريح بمضمون قانون التجارة الدولية يضعف من فعاليتها ، وعليه من الضروري تقنين قواعد القانون التجاري الدولي على مستوى القوانين الوطنية و من بينهم المشرع الجزائري ، كما فعل المشرع الألماني .

– الإهتمام بحسن صياغة شرط التحكيم ، إذ يجب أن تكون صياغة شرط التحكيم واضحة فيما يتعلق بموضوع النزاع .

– إنشاء مراكز التحكيم في الجزائر لتسهيل اللجوء إليها ، و الإستناد إلى أحكامها لتعديل القوانين الوطنية .

– تقديم ندوات خاصة بالتحكيم و تنظيم ملتقيات وطنية ودولية قصد تبادل الخبرات .

و في الأخير ، إن أهم العراقيل التي تواجه التحكيم بصفة عامة ، واتفاق التحكيم بصفة خاصة ، هو عدم توفّر الحس بالعدالة في الدولة التي يتم تنفيذ اتفاق التحكيم على إقليمها ، فمن الصعب تغليب العدالة القضائية أو القانونية على حساب المصالح الإقتصادية للدولة أو على حساب سيادتها .

قائمة

المصادر و

المراجع

قائمة المصادر والمراجع

- المصادر و المراجع باللغة العربية

I. المصادر

المعاجم والقواميس

1- أحمد مختار عمر ، معجم اللغة العربية المعاصر ،عالم الكتب ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، مصر ، 2008.

2- أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المحقق عبد العظيم الشناوي ، الطبعة الثانية ، دار المعارف ، القاهرة ، د س ن.

II. المراجع

أولا: الكتب

1- أحمد مخلوف ، مفهوم استقلال شرط التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ،القاهرة ، مصر ، 2002.

2- أحمد عبد الكريم سلامة ، التحكيم الدولي و الداخلي ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2004 .

3- إيهاب عمرو، التحكيم التجاري الدولي المقارن، الوراق للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، عمان ، الأردن ، 2014.

4- والي فتحي ، قانون التحكيم بين النظرية و التطبيق ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ،الإسكندرية، مصر ،2007 .

5- زياد السبعاوي ، التحكيم التجاري الدولي ما بين الشريعة و القانون ، الطبعة الأولى ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، مصر ، 2014.

6- لزهر بن سعيد ، التحكيم التجاري الدولي ، دار هومة للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2012..

7- ناصر محمد الشرمان ، المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الأولى ، مركز الدراسات العربية ، القاهرة ، مصر ، 2015.

8- ناريمان عبد القادر ، اتفاق التحكيم ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1996 .

9- سراج حسين أبو زيد ، التحكيم في عقود البترول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2010 .

10- فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، دار الثقافة للنشر و التوزيع الطبعة الثانية ، عمان، الأردن ، 2008.

11- عاطف محمد الفقي ، التحكيم في المنازعات البحرية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1997.

12- عبد الحميد الأحدب ، التحكيم في البلاد العربية ، الجزء الثاني ، مؤسسة نوفل ش.م.م ، بيروت ، لبنان ، 1990.

13- عبد الحميد الأحدب ، موسوعة التحكيم الدولي، الجزء الثاني، دار المعارف ، القاهرة ، مصر ، 1998.

ثانيا: الرسائل و المذكرات الجامعية

أ- أطروحات الدكتوراه

1- بلاش ليندة ، إخضاع العقد الدولي للقواعد الموضوعية ، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه ، تخصص قانون ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، الجزائر، 2017.

2- عيساوي محمد ،فعالية التحكيم في حماية الإستثمار الأجنبي في الجزائر ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، الجزائر ، 2012.

3- قريقر فتيحة ، النظام العام والتحكيم التجاري الدولي ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، تخصص قانون خاص ، جامعة بن يوسف بن خدة ، الجزائر ، 2017.

4 - تعويلت كريم ، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي ، رسالة دكتوراه في القانون تخصص قانون أعمال ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، الجزائر، 2017.

ب- مذكرات الماجستير

1- أبي إسماعيل بكير ، التحكيم الداخلي وفق قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 ، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في الحقوق ، جامعة بن يوسف بن خدة ، الجزائر ، 2015 .

2- أسامة أحمد حسين أبو القمصان ، مدى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي ، رسالة ماجستير في القانون الخاص ، جامعة الأزهر ، غزة ، فلسطين ، 2010 .

3- بلغانم سميحة ، مبدأ الإختصاص بالإختصاص ،مذكرة ماجستير ، جامعة آكلي محند أولحاج البويرة ، الجزائر، 2013 .

4- بولحية سعاد ، استقلالية اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، تخصص قانون أعمال ، جامعة بن يوسف بن خدة ، الجزائر ، 2005 .

5- محمد بواط ، التحكيم في حل النزاعات الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، جامعة حسيبة بن بوعلي شلف ،الجزائر ، 2008.

6- عائشة مقراني ، مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص عقود ومسؤولية ،جامعة امحمد بوقرة بومرداس ، الجزائر، 2005 .

ج- مذكرات الماستر

1- بن علي سليمة – بن كرو حسينة ، خصوصية التراضي على التحكيم التجاري الدولي في منازعات الإستثمار ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص القانون الخاص الشامل ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ،الجزائر ، 2013 .

2- حيواني جمال ، النظام القانوني لاتفاق التحكيم في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، جامعة محمد خيضر بسكرة ،الجزائر ، 2016 .

3- حجاج حنان ،الأثر المانع لاتفاق في عقود الإستثمارات الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص لاقات دولية خاصة ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، الجزائر ، 2015.

4- منير عباسي ، التحكيم في العقود الإدارية الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص إدارة أعمال ، جامعة خميس مليانة شلف ، الجزائر، 2014 .

5- خيتوش حكيمة ، اتفاق التحكيم الإلكتروني ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون أعمال، جامعة آكلي محند أولحاج البويرة ، الجزائر، 2016.

6- خلفاوي كريمة ، أهلية الأشخاص المعنوية العمة في الخضوع للتحكيم ، مذكرة ماستر في الحقوق ، تخصص قانون إداري ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، الجزائر، 2017 .

ثالثا: المداخلات

1- حسام عبد الحليم عيسى ، التحكيم في العقود الإدارية ، مداخلة خلال المؤتمر العلمي الثاني بعنوان القانون والإستثمار ، جامعة طنطا ، مصر ، 2015.

2- تعويلت كريم ، محاضرة بعنوان " استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في المرسوم التشريعي 09/93" الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر ، سطيف ، الجزائر، 15 جوان 2006.

رابعا : المقالات

1- بخيت عيسى ، زروالي سهام ، مبدأ استقلالية شرط التحكيم البحري عن العقد الأصلي في القوانين الداخلية و الإتفاقيات الدولية ، مجلةالدراسات القانونية المقارنة ، العدد الثالث ، جامعة حسيبة بن بوعلي ، شلف ،الجزائر ، 2016 ، ص ص 202-213.

2- زهيرة كيسي ، مبدأ استقلالية شرط التحكيم التجاري عن العقد ، مجلة الإجتهاد للدراسات القانونية و الإقتصادية ،العدد رقم 08 ، جامعة تامنراست ، الجزائر ،2015 ، ص ص 49-68.

3- لعجال ياسمينة – دوفان ليدية ، أهلية أشخاص القانون العام في اللجوء للتحكيم ، مجلة دفاتر السياسة و القانون ، العدد 16 ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، الجزائر ، 2017 ، ص ص 293-305.

4- صادق زغير محيسن ،الأسانيد القانونية لتطبيق القواعد الموضوعية في الحياة الخاصة الدولية العدد ،03، مجلة جامعة ذي قار العلمية ، العراق ،2015 ، ص ص 11-22 .

5- رفيقة بسكري ، التحكيم كضمانة إجرائية لتسوية منازعات الإستثمار الدولية ، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية ، العدد التاسع ، جامعة باتنة ، 2016 ، ص ص 171-188.

6- رشا موسى محمد ، دور اتفاق التحكيم في حل منازعات عقود الإستثمار الأجنبي ، مجلة أهل البيت ، العدد 11 ، جامعة أهل البيت ، العراق ، 2010 ، ص ص 179-200.

سادسا: النصوص القانونية

أ- الإتفاقيات الدولية

1- الإتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 جوان سنة 1958 و الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها ، الموافق عليها بتحفظ بمقتضى القانون رقم 88-18 المؤرخ في 12 جوان سنة 1988 ، ج.ر عدد 28 صادرة في 13 جويلية سنة 1988 ، المصادق عليها بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 88-233 المؤرخ في 05 نوفمبر سنة 1988 ، ج.ر عدد 48 صادرة بتاريخ 23 نوفمبر سنة 1988 .

2- الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي (جنيف 1961) منشورة في الموقع :

http://treaties.un.org/pages

(visité le 21- 11- 2018)

3- اتفاقية فيينا للعلاقات الدبولماسية 1961 منشورة في الموقع :

http://treaties.un.org/pages

(visité le 23- 11- 2018)

4- اتفاقية تسوية الخلافات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى ، (واشنطن 1965) الموافق عليها بمقتضى الأمر رقم 95-04 المؤرخ في 21 جانفي سنة 1995 ، ج.ر عدد 7 صادرة بتاريخ 15 فيفري سنة 1995 ، المصادق عليها بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995 ، ج.ر عدد 66 صادرة بتاريخ 05 نوفمبر سنة 1995 .

5- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي و ضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1985 ، منشور في الموقع :

http://uncitral.org/texts

(visité le 21- 11- 2018)

ب- النصوص التشريعية

1- أمر رقم 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن التقنين المدني معدل ومتمم، ج.ر عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

2- قانون رقم 08-09 ، مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج.ر عدد 21 صادر في ربيع الثاني عام 1429 هـ الموافق 23 أبريل سنة 2008 م.

3- قانون رقم 16-09 ، مؤرخ في 03 أوت 2016 ، متعلق بترقية الإستثمار ، ج.ر عدد 46 ، صادر بتاريخ 03 أوت 2016 .

4- مرسوم تشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 25 أفريل سنة 1993 ، يعدل يتمم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 جوان سنة 1966 متضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري ، ج.ر عدد 27 صادر بتاريخ 27 أفريل سنة 1993 .

ج – النصوص القانونية لبعض البلدان العربية

1- قانون رقم 27 لسنة 1944 ، متضمن قانون التحكيم في المواد المدنية و التجارية المصري، صدر برئاسة الجمهورية في 18 أفريل 1994 ، ج.ر عدد 16 الصادرة بتاريخ 21 أفريل 1994.

2- قانون المرافعات المدنية والتجارية لدولة الكويت ، رقم 38 لسنة 1985 ، منشور في الموقع:

www.gcc-legal.org/lawaspdf.

(visité le 23- 11- 2018)

د – نصوص أخرى

1- بروتوكول جنيف لعام 1923 المتعلق بشروط التحكيم المنشور في الموقع :

www.newyorkconvention.org/travaux+peparatoires

(visité le 23- 11- 2018)

2- نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية (CCI) النافذ ابتداءا من 01 جانفي سنة 1998 ، المنشور على الموقع :

www.iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration

(visité le 23- 11- 2018)

3- النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية المنشور على الموقع :

https://www.google.dz/amp/www.aljazeera.net/amp/news/humanrights/2016/10/20.

(visité le 23- 11- 2018)

- المراجع باللغة الأجنبية

1- HOCINE Farida , L'influence de l'accueil de la sentence arbitrale , these du doctorat en droit ,universite mouloud mammeri de tizi-ouzou , 2012.

2- Ibrahim Ismail Al- rubaie – Ali Sabah Khudair Al-Janabi , the Legal system to implement the provision of international commercial

arbitration , Journal of the investigator of legal sciences ,edition n 02 , university of babylon , iraq , 2015.

3- Pierre Mayer «L'autonomie de l'arbitrage international dans l'appréciation de sa propre compétance , article ,In REC cours La Haye V , 1989.

الفـــهرس

فهرس المحتويات

مقدمة 1

الفصل الأول: حماية اتفاقية التحكيم من البطلان و لبس تحديد الإختصاص..... 8

المبحث الأول: مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم 10

المطلب الأول: تكريس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم.....11

الفرع الأول: تعريف مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي 11

أولا: المقصود باستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي 12

1- لغة 12

2- فقها.....12

ثانيا: الإختلاف بين الإستقلال المادي و الإستقلال القانوني لشرط التحكيم.....13

1- الإستقلال المادي لاتفاق التحكيم.....13

2- الإستقلال عن قانون العقد 13

ثالثا: الأساس القانوني لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم.....14

الفرع الثاني: مدى تكريس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم.....14

أولا: مدى تكريس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم على مستوى القوانين الداخلية.....14

1- في القانون الجزائري 15

2- في القانون الفرنسي 15

3- في قوانين بعض الدول العربية 16

ثانيا: مدى تكريس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم على مستوى الإتفاقيات الدولية 17

1- اتفاقية واشنطن (المتعلقة بتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات 1965).....17

2- اتفاقية نيويورك (المتعلقة بالإعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية 1958).....19

3- اتفاقية جنيف (الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي 1961).....20

ثالثا: مدى تكريس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم على مستوى القضاء.....21

المطلب الثاني: مبررات و آثار الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم.....22

الفرع الأول: مبررات و نطاق تطبيق مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم 22

أولا: مبررات الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم.....22

1- احترام إرادة الأطراف 23

2- عدم التمييز بين شرط التحكيم و مشارطة التحكيم 23

3- حماية اختصاص المحكم في الفصل في المنازعة 24

4- شرط الكتابة كحماية لاتفاق التحكيم 24

5- اختلاف موضوع شرط التحكيم عن موضوع العقد الأصلي 24

ثانيا: نطاق تطبيق مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم.....25

1- حالة بطلان العقد 25

2- حالة انعدام العقد الأصلي 27

3- حالة اتفاق الأطراف على عدم إعمال المبدأ 27

الفرع الثاني: الآثار الناتجة عن تبني مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم 28

أولا: عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي.....28
ثانيا: إمكانية خضوع اتفاق التحكيم و العقد الأصلي لقانونين مختلفين 29
ثالثا: إعطاء المحكم سلطة النظر في اختصاصه 30
المبحث الثاني: مبدأ الإختصاص بالإختصاص.....31
المطلب الأول: تكريس مبدأ الإختصاص بالإختصاص.....31
الفرع الأول: مفهوم مبدأ الإختصاص بالإختصاص 32
أولا: تعريف مبدأ الإختصاص بالإختصاص 32
1- أصل مصطلح الإختصاص بالإختصاص 32
2- مضمون مبدأ الإختصاص بالإختصاص 32
ثانيا: الأساس القانوني لمبدأ الإختصاص بالإختصاص 33
1- نتيجة لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم 33
2- مبدأ الإختصاص بالإختصاص يستند على أساس تشريعي 34
3- مبدأ الإختصاص بالإختصاص يستند على أساس قضائي 34
ثالثا: مصادر مبدأ الإختصاص بالإختصاص 34
الفرع الثاني: تبني مبدأ الإختصاص بالإختصاص 35
أولا: موقف التشريعات الوطنية.....36
1- التشريع الجزائري 36
2- التشريع الفرنسي 36
3- بعض التشريعات العربية 36

ثانيا: موقف المعاهدات الدولية.....37

1- اتفاقية واشنطن 1965 37

2- اتفاقية جنيف 1961 37

3- اتفاقية نيويورك 1958 38

4- قواعد قانون اليونتسترال النموذجي 38

ثالثا: موقف القضاء 38

رابعا: موقف أنظمة مراكز التحكيم الدائمة 39

المطلب الثاني: مبررات و آثار تبني مبدأ الإختصاص بالإختصاص 40

الفرع الأول: مبررات تبني مبدأ الإختصاص بالإختصاص.....41

أولا: المبررات المتعلقة بزيادة فعالية اتفاق التحكيم.....41

ثانيا: المبررات المتعلقة بحماية الطرف الحسن النية من الغش و التحايل 42

الفرع الثاني: آثار تبني مبدأ الإختصاص بالإختصاص 42

أولا: الأثر السلبي لتبني مبدأ الإختصاص بالإختصاص.....43

ثانيا: الأثر الإيجابي لتبني مبدأ الإختصاص بالإختصاص.....44

الفرع الثالث: إعمال مبدأ الإختصاص بالإختصاص 44

أولا: إعمال مبدأ الإختصاص بالإختصاص تلقائيا 45

ثانيا: إعمال مبدأ الإختصاص بالإختصاص بعد إثارة الدفع بعدم الإختصاص 46

الفصل الثاني: حماية اتفاق التحكيم من القانون الداخلي للدول 49

المبحث الأول: رفض الدولة و هيئاتها تنفيذ التزاماتهم في اتفاقية التحكيم 51

المطلب الأول: مبدأ عدم قبول دفع الدولة و هيئاتها بعدم أهليتها للتحكيم 52

الفرع الأول: مفهوم مبدأ عدم قبول دفع الدولة و هيئاتها بعدم أهليتها للتحكيم 53

أولا: تعريف و أهمية مبدأ عدم قبول دفع الدولة و هيئاتها بعدم أهليتها للتحكيم.....53

1- تعريف المبدأ 53

2- أهمية المبدأ 54

ثانيا: تكريس مبدأ عدم قبول دفع الدولة و هيئاتها بعدم أهليتها للتحكيم 54

1- تكريس المبدأ في القوانين الداخلية للدول 54

2- تكريس المبدأ في الإتفاقيات الدولية 56

الفرع الثاني: صور دفع الدولة و هيئاتها بعدم أهليتها للتحكيم 57

أولا: تمسك الدولة بقانونها الداخلي 57

1- منع القانون الوطني الشخص المعنوي العام من اللجوء إلى التحكيم 57

2- تعديل القانون الوطني بعد إبرام اتفاق التحكيم 58

ثانيا:تمسك الدولة بكون موضوع النزاع غير قابل للتحكيم 59

1- قضية شركة Fromatome ضد شركة دولة إيران 59

2- موقف القانون الجزائري 60

المطلب الثاني: الحصانة و القوة الإلزامية لاتفاقية التحكيم.....61

الفرع الأول: تأثير الحصانة القضائية و التنفيذية على فعالية اتفاقية التحكيم.....61

أولا: تأثير الحصانة القضائية على اتفاقية التحكيم 62

ثانيا: تأثير الحصانة التنفيذية على اتفاقية التحكيم 63

الفرع الثاني: مبدأ القوة الإلزامية لاتفاق التحكيم 65

أولا: مفهوم مبدأ القوة الإلزامية لاتفاق التحكيم.....65

1- المقصود بالقوة الإلزامية لاتفاق التحكيم 65

2- الفرق بين شرط التحكيم و مشارطة التحكيم من حيث القوة الإلزامية 65

ثانيا: النتائج المترتبة على مبدأ القوة الإلزامية لاتفاق التحكيم 66

1- عدم جواز التغيير في النزاع محل التحكيم 66

2- عدم جواز عزل المحكمين أو أحدهم إلا بتراضي الخصوم 67

3- عدم جواز رد المحكمين إلا لأسباب لاحقة على تعيينه 67

المبحث الثاني: تأثير القوانين الداخلية للدول والنظام العام الدولي على فعالية اتفاق التحكيم.69

المطلب الأول: مبدأ الصحة والفعالية الذاتية لاتفاق التحكيم 70

الفرع الأول: تكريس مبدأ الصحة و الفعالية الذاتية لاتفاق التحكيم 70

أولا: تعريف و أصل نشأة مبدأ الصحة والفعالية الذاتية لاتفاق التحكيم.....70

1- تعريف المبدأ 70

2- أصل نشأة المبدأ 71

ثانيا:مدى تكريس مبدأ الصحة والفعالية الذاتية لاتفاق التحكيم على مستوى الأنظمة القانونية73

1- على مستوى الإتفاقيات الدولية 73

2- على مستوى القوانين الوطنية 74

الفرع الثاني: تطبيق القواعد الموضوعية العبر دولية على اتفاقية التحكيم 75

أولا: الأعراف التجارية الدولية 76

ثانيا: المبادئ العامة عبر دولية 77

المطلب الثاني: تأثير فكرة النظام العام الدولي على فعالية اتفاق التحكيم 79

الفرع الأول: تعريف و أنواع النظام العام 79

أولا: تعريف النظام العام 79

ثانيا: أنواع النظام العام 81

الفرع الثاني: مصادر و وظيفة النظام العام عبر دولي 83

أولا: مصادر النظام العام عبر دولي 83

1- : المصادر العامة 83

2- : المصادر الخاصة 84

ثانيا: وظيفة النظام العام عبر الدولي 84

1- : الوظيفة الإيجابية 84

2- : الوظيفة السلبية 85

ثالثا: فعالية النظام العام عبر الدولي 86

خاتمة 89

قائمة المراجع 94