

التحكيم و حصانة الدولة

بقلم: العيساوي حسين

أستاذ مساعد مكلف بالدروس قسم أ

جامعة المسيلة

تمهيد :

لقد عرفت البشرية التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي تنشأ داخل المجتمع منذ عهود بعيدة و لم يقتصر على حضارة معينة فكان التمييز واضحا بين القاضي و الحكم ؛ بل لقد كان الوسيلة المفضلة عوضا عن القضاء ، فقدما قال أرسطو - فيلسوف اليونان - أن أطراف النزاع يستطيعون تفضيل التحكيم عن القضاء ، لأن المحكم يرى العدالة بينما لا يعتد القاضي إلا بالتشريع¹ . و بالفعل لقد أدركت الدولة الحديثة و لا سيما المجتمع التجاري بأن السبيل الأمثل و الأنجع لفض منازعاتهم هو التحكيم² ، و هاهي الدول تتنازل عن سلطاتها و تقبل بإجراءات التحكيم و قراراته ، بعد أن كانت تناصبه العداء و ترفضه رفضا قاطعا ، وبسبب ضغط حاجات التجارة الدولية و جدت الدول نفسها مضطرة

1 . أبو زيد رضوان ، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، 1981 ، ص 3 ؛ أنظر كذلك : طالب حسين موسى ، الموجز في قانون التجارة الدولية ، الدار العلمية الدولية و مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع (عمان) ، الطبعة الأولى 2001 ص 156 و ما بعدها .

2-L'arbitrage joue un role de premier plan dans le règlement des litiges nés du commerce international . aux avantages qu'on lui prête en droit interne (célérité ,souplesse, discretion, possibilité de soumettre le litige à des personnes plus spécialement qualifiées).Bernard Audit, droit international privé,5 éd, economica 2008, p.338 n°399.

إلى القبول به ، لأن التعامل الأجنبي و لاسيما الشركات الكبرى مثل شركات التنقيب عن المعادن كالبتروول و الذهب ، أو شركات بيع و نقل التكنولوجيا و بحكم هيمنتها على الأسواق العالمية و احتكارها للتكنولوجيا تقوم بفرض شرط التحكيم لفض أي نزاع محتمل مع أي متعامل آخر و لو كان الدولة . و قد كانت دول العالم الثالث تنفر من التحكيم اعتقادا منها بأنه يكرس هيمنة عليها و ويمس بسيادتها التي قدمت التضحيات الكبرى للحصول عليها ، فليس من السهل التنازل عنها ؛علما و أن هيئات التحكيم كثيرا ما تطبق قواعد قانونية و أعراف تجارية لم تساهم هذه الدول في صنعها .و كمثال على ذلك قضية شيخ أبو ضبي ضد الشركة البريطانية Petroleum development Ltd بتاريخ 1951/08/28 استبعد المحكم اللورد Esqith القانون الواجب التطبيق لهذه الإمارة لحساب القانون البريطاني ، لأن الأول قانون يستند إلى الشريعة الإسلامية وهو قانون متخلف حسب رأيه ولا يوجد به عقد الامتياز محل ذلك التراجع³.

و مع مرور الزمن ساهمت عصبة الأمم و من بعدها منظمة الأمم المتحدة في وضع الاتفاقيات الدولية التي تطبق على التحكيم التجاري الدولي⁴.

كما كرسست الاتفاقية الأوروبية الموقعة بجنيف في 21-04-1961 عبارة التحكيم التجاري الدولي⁵.و قد صار التحكيم التجاري الدولي ضرورة يفرضها واقع التجارة

3-Philippe Fouchard , Berthold Goldman , Emmanuel Gaillard , traité de l'arbitrage commercial international , Delta , 1996. n° 1512.p.855

4- اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها المصادق عليها من طرف مؤتمر الأمم المتحدة في 20-06-1958 ، و كذلك القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المصادق عليه من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 12-06-1985 .

5-L'expression d'arbitrage commercial international est consacrée par la convention Européenne signée à Genève le 21/04/1961 et par la loi type adoptée par la commission des nations Unies pour le droit commercial international(CNUDCI)le 21juin 1985.Voir Ph.Fouchard et Autres , op.cit., p.11

الدولية لذلك أصبحت التشريعات العالمية و منها التشريعات العربية تبيح هذه الوسيلة وتعترف بها بل و تشجعها كحل بديل لمنازعاتها التجارية أو الاقتصادية ومنها الجزائر⁶.
و مع هذا فإن الدولة الطرف في الخصومة التحكيمية كثيرا ما تثير سيادتها و تمسك بمصانئها القضائية لعرقلة إجراءات التحكيم .منع إصدار القرار التحكيمي أو من خلال منع تنفيذه.فما مدى جواز التمسك بهذه الحصانة عند إثارتها أمام المحكم أو أمام القاضي الأجنبي.مناسبة نظر الخصومة التحكيمية أو دعوى التنفيذ ؟ تلكم هي الإشكالية التي يعالجها موضوع هذا البحث ؛ وللإجابة على هذا التساؤل المحوري ارتأيت تقسيم هذا الموضوع إلى المباحث و المطالب التالية :

المبحث الأول

تعريف التحكيم التجاري الدولي و المعايير المعمول بها

قبل التعرف على التحكيم التجاري الدولي و المعايير التي ساقها الفقه و القضاء و بعض التشريعات الداخلية و الاتفاقيات الدولية ذات الصلة يجدر بنا أولا أن نعرف التحكيم و طبيعته القانونية .

المطلب الأول

تعريف التحكيم

التحكيم هو نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عادين يختارهم الخصوم إما مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها⁷.

6- أنظر الكتاب الخامس من القانون 08/09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ، الباب الثاني ، التحكيم

7 - أبو زيد رضوان ، مرجع سابق ، ص 18 .

كما عرفه الأستاذ Motulsky بأنه « الحكم في منازعة بواسطة أشخاص يتم اختيارهم كأصل عام بواسطة أشخاص آخرين و ذلك بموجب اتفاق».

« ...Le jugement d'une contestation par des particuliers choisis , en principe par d'autres particuliers que les parties prennent comme juge.»⁸

كما عرفه الأستاذ Jean Robert بأنه : «يقصد بالتحكيم تحقيق العدالة الخاصة وفقا لها يتم سلب المنازعات من الخصوم لولاية القضاء العام ، لكي يتم الفصل فيها بواسطة أفراد عهد إليهم بهذه المهمة في واقعة الحال .

« L'arbitrage est un jugement d'une contestation par de simple particuliers que les parties prennent comme juge⁹ »

أما الأستاذ René David فقد عرفه بأنه : « آلية تهدف إلى الفصل في مسألة تتعلق بالعلاقات القائمة بين طرفين أو عدة أطراف بواسطة شخص أو عدة أشخاص - المحكمين - و الذين يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص و يفصلون في المنازعة بناء على هذا الاتفاق دون أن يكونوا مخولين بهذه المهمة من قبل الدولة¹⁰ .

كما عرف الأستاذ Charles Jarrosson التحكيم بقوله : « هو النظام الذي بموجبه يسوي طرف من الغير خلافا قائما بين طرفين أو عدة أطراف ممارسا لمهمة قضائية عهدت إليه عن طريق هؤلاء الأطراف¹¹ .

8- حفيظة السيد حداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى، 2004 ، ص42.

9- نفس المرجع، ص43.

10- ورد هذا التعريف باللغة الفرنسية كما يلي :

« l'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une question , intéressant les rapports entre deux ou plusieurs autres personnes - l'arbitre ou les arbitres -lesquelles tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention , sans être investies de cette mission par l'Etat» .voir Fouchard et autres , op . cit., p. 12.

11« L'arbitrage est l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties , en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celle-ci .» ibidem.

كما عرف القضاء المصري التحكيم بأنه : « عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأعيان يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها ، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار نائيا عن شبهة الممالة ، مجردا من التحامل ، و قاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه ، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسي »¹².

أما المشرع المصري فقد عرفه في المادة 1/4 من قانون التحكيم المصري : « ينصرف نط التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك . »

أخيرا فقد عرف القانون النموذجي للتحكيم الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي [CNUDCI] في صيغته المعتمدة في 21 جوان 1985 ضمن المادة الثانية فقرة أ بقولها : « أن لفظ التحكيم يقصد به كل تحكيم سواء تم تنظيمه من خلال مؤسسة تحكيمية دائمة أم لا. »¹³

وقد عرفه الأستاذ أبو الوفاء : « هو الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به » فبمقتضى التحكيم ينزل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم للخصوم. وقد يكون هذا الاتفاق تبعا لعقد معين يذكر في صلبه ويسمى شرط التحكيم

12- هذا التعريف صادر بموجب حكم المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر بتاريخ 17-12-1994 في القضية المتعلقة بعدم دستورية نص المادة 18 من القانون 48 لسنة 1977 المنشئ لبنك فيصل الإسلامي و التي كانت تجعل التحكيم الطريق الوحيد لحل نزاع بين البنك و من يتعاملون معه . أنظر حفيظة الحداد ، مرجع سابق ، ص 41.

13 « Aux fin de la présente loi :

a) le terme -arbitrage- désigne tout arbitrage que l'organisation en soit ou non confiée à une institution permanente d'arbitrage.

وقد يكون بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم ويسمى في هذه الحالة مشاركة التحكيم أو اتفاق التحكيم.¹⁴

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يعرف التحكيم سواء في الأمر 66-155 المتضمن قانون الإجراءات المدنية القديم (المادة 442) أو من خلال نص المادة 1006 من القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية تاركا ذلك للفقهاء والقضاء.

المطلب الثاني: خصائص التحكيم

يعد التحكيم نظاما خاصا للتقاضي يستمد شرعيته من إرادة الخصوم من خلال النص عليه في شرط يدعى شرط التحكيم أو من خلال اتفاق التحكيم أو مشاركة التحكيم.¹⁵ ومن مهامه حسم النزاع الناشئ بين الأطراف على شرط أن يكون موضوعه مما يبيح القانون الالتجاء فيه إلى التحكيم ضمن دائرة ما يعرف بالحقوق التي للشخص مطلق التصرف فيها باستثناء مسائل الحالة والأهلية وكل ما له علاقة بالنظام العام (المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

ومتى استوفى التحكيم الأوضاع القانونية صار حكما ملزما للخصوم بل وقابلا للتنفيذ الجري بعد إمهاره بأمر التنفيذ من طرف المحكمة المختصة بذلك وفقا لقانون الدولة مانحة الأمر . وتجدر الإشارة إلى أن التحكيم المراد هنا هو ذلك الذي يقوم به أشخاص من الغير طبيعيين كانوا أو معنويين - بخلاف القضاة التابعين للنظام القضائي للدولة - عندما يتولون مهمة الفصل في المنازعة كمحكمين مصالحين مباشرة بعد نشوء النزاع و بناء على طلب الخصوم ، عملا بالمادة 12 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد.

14- أحمد أبو الوفاء ، التحكيم الاختياري والإجباري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، الطبعة الخامسة ، بدون سنة نشر، ص15.

15- Le compromis et la clause compromissoire .

انظر المادتين 1007، 1011 من القانون 09/08.

و الأصل في نظام التحكيم هو الإرادة التي تتجه إليه بكل حرية فلها أن تقبل به أو ترفضه. وبعبارة أخرى مصدره العقد فيكون تحكيما اختياريا. واستثناء يمكن أن يكون إلزاميا فلا يجوز اللجوء إلى القضاء العادي إلا بعد مراعاة ما نص عليه المشرع من وجوب طرح التراجع على هيئة التحكيم التي أشار إليها؛¹⁶ كما هو الشأن في التحكيم الإجباري الذي كان معمولا به في الجزائر في سنوات السبعينات لحل الخلافات القائمة بين المؤسسات الاشتراكية ، وأصله البلدان الاشتراكية.

المطلب الثالث: في التحكيم التجاري الدولي

يتميز التحكيم الداخلي عن التحكيم الدولي بعدة خصائص أهمها أن التحكيم الدولي يستفيد من أحكام المعاهدات الدولية المنظمة لمسألة الاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية، كما أن بعض الأنظمة القانونية تفرد رقابة خاصة لأحكام التحكيم الوطني بينما لا تهتم بالرقابة على قرارات التحكيم الأجنبية. وعلى الرغم من أهمية التفرقة بين النوعين، إلا أن معيار التفرقة لا يزال شائكا .

وعلى الصعيد العملي فقد كان للقضاء الفرنسي الفضل في استنباط المعيار الاقتصادي لإضفاء الصبغة الدولية على العقد ومن ثم إخضاعه إلى مناخ دولي، وهو ما يعرف بقضاء النائب العام ماطر¹⁷. وقد اعتنق المشرع

16- أبو الوفاء ، نفس المرجع ، ص 39.

17- La jurisprudence *Matter*, affaire Pellissier du Besset , 17/05/1927. Voir Bertrand Ancel et Yves Lequette, les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé , Dalloz 5 édition , p.203 N°12.; Ph. Fouchard et Autres , op. cit., p.59 N° 108. «..le contrat doit produire comme un mouvement du flux et de reflux au dessus des frontières des conséquences réciproques dans un pays et dans un autre.» ; c.a Paris 1^{re} ch. supplémentaire, 26 avril 1985 . « Est international l'arbitrage qui met en cause les intérêts du commerce international et il suffit que l'opération économique à l'occasion de laquelle l'arbitrage est intervenu implique un mouvement de biens, de services, ou un paiement à travers les frontières, les circonstances telles que le lieu de l'arbitrage, la procédure suivie et la nationalité des parties en revanche inopérantes. » in le clunet 1986, p.175.note B.Oppetit.

أنظر أيضا: سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى 1999، ص 28 وما بعدها؛ حفيظة الحداد، مرجع سابق، ص 103 وما بعدها.

الفرنسي واللبناني هذا المعيار في المادتين 1492 بالنسبة للأول و 809 بالنسبة للثاني.¹⁸

أما المشرع الجزائري فقد كان يزاوج بين المعيارين القانوني والاقتصادي من خلال نص المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية ، لكنه عدل عن ذلك وأخذ بالمعيار الاقتصادي في المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقوله « يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل». يوحى هذا النص صراحة إلى الأخذ بالمعيار الاقتصادي لاتصال العقد بمصالح اقتصادية لدولتين بما يفيد حركة مد وجزر للأموال والخدمات عبر الحدود.

ويوجد معيار ثان هو المعيار القانوني الذي أخذ به القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 1985/06/21.¹⁹

ولا يفوتنا في هذا المقام أن نشير إلى معيار تجارية العقد ومنه تجارية التحكيم، ذلك أن التجارة الدولية قوامها جميع المبادلات الاقتصادية عبر الحدود بصرف النظر عن المفهوم الضيق للعمل التجاري أو التاجر والمعايير المتخذة لتعريفها في القانون التجاري²⁰ . وينصرف ذلك إلى كل علاقة ذات صبغة تجارية تعاقدية أو غير تعاقدية ومنها جميع العمليات المتعلقة بالمبادلات والتمويل بالبضائع أو الخدمات وعقود التوزيع والتمثيل التجاري، عقد تحويل الفاتورة، القرض التجاري، بناء المصانع، الخدمات الاستشارية، أعمال البنوك والهندسة والتأمينات والتعاون الصناعي، والنقل بأنواعه الأربعة...

18-Art 1462 NCPC « Est international , l'arbitrage qui met en cause les intérêts du commerce international.»

-المادة 809 من القانون اللبناني : «يعتبر دوليا التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية»
19- يكون التحكيم دوليا في الحالات الآتية: أ- إذا كان مقرا عمل طرفي اتفاق التحكيم، وقت عقد ذلك الاتفاق واقعين في دولتين مختلفتين .

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

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

20- أنظر المادة 1 من القانون التجاري الجزائري في تعريفها للتاجر والمواد من 2 إلى 4 في تعريفها للعمل التجاري.

وخلاصة القول فإنه متى توفر المعيار الاقتصادي في العلاقة القانونية تعاقدية أو غير تعاقدية وكانت حركة للأموال عبر الحدود ، كنا بصدد عقد دولي ومتى خضع هذا العقد للتحكيم ، كنا بصدد تحكيم تجاري دولي، سواء كان أطرافه دولة أو إحدى الهيئات التابعة لها والخاضعة للقانون العام كالجماعات الإقليمية²¹، بل أن الفقه وسع المجال حتى بالنسبة للمنظمات الدولية كأشخاص للقانون الدولي العام²² عندما تتعاقد مع أشخاص خواص (personnes privées) ويطلق على النوع الأول عقود الدولة (State contracts) التي تقوم عادة على اتفاقية تحكيمية ترم مباشرة بين الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها والمؤسسة الخاصة الأجنبية في إطار العلاقات الاقتصادية الدولية.

و يجدر بنا أن نشير إلى أن التحكيم المستمد من القانون الدولي العام لا يدخل ضمن هذا الموضوع لكونه يتعلق بأشخاص القانون الدولي فيما بينها كالدول ذات السيادة والمنظمات الدولية، حتى وإن كان يحمل نفس الاصطلاح « تحكيم دولي arbitrage international ». إن مصدر التحكيم دائما هو إرادة الخصوم التي تصب في شكل اتفاق سابق على ميلاد المنازعة أو بعد ميلادها وهو ما يعرف بالاتفاقية التحكيمية .

21- أنظر المادة 1006/ق 1 م إ الجزائري « ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية. »

22- Ph.Fouchard et autres , op. cit., p. 43 n° 69 et s.; G. Lafferranderie , l'immunité de juridiction des organisations internationales de l'agence spatiale européenne in la RFDA 1983, p.13

انظر كذلك : أحمد أبو الوفا ، قانون العلاقات الدبلوماسية والقنصلية ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1995-1996 ، هامش الصفحة 365 رقم 374 حيث جاء فيه : « ...حينما أرادت الأمم المتحدة عرض نزاعها مع إحدى الشركات الخاصة على التحكيم المتفق عليه في العقد المبرم بينهما ، أرادت هذه الأخيرة وقف إجراءات التحكيم باستصدار أمر من محكمة داحنية استنادا إلى أن حصانة المنظمة ضد التقاضي والتنفيذ يجعل عقودها غير قابلة للتنفيذ . وقد أنكر رأي قانوني للمنظمة ذلك استنادا إلى السوابق الخاصة بحصانة الدولة وقبولها التحكيم لتسوية منازعاتها.

المبحث الثاني: الاتفاقية التحكيمية

الاتفاقية التحكيمية الدولية هي ذلك العقد الذي بمقتضاه يتعهد طرفان أو أكثر بإسناد حل منازعتهم لمحكم أو أكثر ، والتي يمكن أن تتولد مستقبلا أو نشأت بالفعل ، والتي لها علاقة بمصالح التجارة الدولية²³.

وقد عرفت الأستاذة حفيظة الحداد اتفاق التحكيم بأنه « يعرف اتفاق التحكيم الدولي بأنه ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه يتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهما أو المحتمل نشوؤها بينهما من خلال التحكيم ، وذلك إذا كانت هذه المنازعات تتعلق بمصالح التجارة الدولية²⁴ ».

ما يلاحظ على التعريف أنه يجمع بين نوعي اتفاقيات التحكيم كما هو الشأن بالنسبة للتحكيم الداخلي الذي لا يزال يميز بينهما على الأقل من ناحية الشكل « شرط التحكيم²⁵ » و « مشاركة التحكيم²⁶ » علما وأن هذا التمييز لا معنى له عندما يتعلق الأمر بالتحكيم الدولي. وقد كان القضاء الفرنسي يأخذ باصطلاح عام في قراره الشهير (arrêt Gosset) الصادر في 7 ماي 1963 ، هذا الاصطلاح هو اتفاق التصالح (accord compromissoire) والذي أخذ به القضاء لاحقا في قرار Impex الصادر في 18/05/1971 ومن بعده قرار Hecht إلى غاية قرار محكمة النقض الفرنسية في 06 جوان 1978²⁷ أين أصبحت تسمى اتفاقية التحكيم .

23 - «La convention d'arbitrage international est la convention par laquelle deux parties , ou plus, s'engagent à faire trancher par un ou plusieurs arbitres les litiges susceptibles de s'élever entre elles ou ceux qui les opposent déjà et qui mettent en cause les intérêts du commerce international.» V Ph .Fouchard et autres, op. cit.,p.208n°385.

24- حفيظة السيد الحداد ، نفس المرجع ، ص117.

25-La clause compromissoire.

26-Le compromis.

أنظر ، أحمد أبو الوفاء ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، العدد 5 ، 1994 ، ص37-38؛ قارن في التشريع الجزائري المادتين 1007 و 1011 و 1040 ق إ م و إ.

27- Ph. Fouchard et autres , op.cit.,p.211 ; B. Audit, op.cit., p.338 n°400.

وإذا كان اتفاق التحكيم الدولي يشمل بمفهومه الواسع وفقاً لما هو مشاهد في الأنظمة القانونية الوضعية الحديثة، شرط التحكيم ومشارطة التحكيم، فمن الملاحظ أيضاً وفقاً لما هو مستقر عليه في العديد من الأنظمة القانونية الوضعية المعاصرة أن اتفاق التحكيم يتمتع بنوع من الاستقلالية، وهي ترتب أثرين هامين، الأول استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه، وأما الثاني فهو عدم خضوع اتفاق التحكيم لذات القانون الذي يحكم العقد الأصلي²⁸ وهو ما نراه في المطلبين المواليين.

المطلب الأول: استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي

يعد هذا المبدأ مستقراً سواء في إطار القوانين الوضعية أو المعاهدات الدولية ولوائح التحكيم²⁹ وتستمد هذه الاستقلالية من الموضوع المختلف لكل من العقدين، العقد الأصلي والاتفاق على التحكيم، فالاتفاق على التحكيم هو مجرد عقد يرد على الإجراءات ولا يهدف إلى تحديد حقوق والتزامات الأطراف الموضوعية، ولكنه ينصب على الفصل في المنازعات الناشئة عن الشروط الموضوعية التي يتضمنها العقد الأصلي ويترتب على ذلك أن الاتفاق على التحكيم ليس مجرد شرط وارد في العقد الأصلي بل هو عبارة عن عقد آخر من طبيعة مختلفة فهو عقد ثان وإن كان مندمجاً من الناحية المادية في العقد الأصلي.³⁰

28- حفيظة الحداد، مرجع سابق، ص 118 وكذلك:

Ph. Fouchard et autres , op.cit.,p.212 n°388 « ...Cependant il y a lieu de souligner aussitôt l'ambiguïté de ce terme que les tribunaux utilisent tantôt, de manière classique , pour désigner l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat qui fait au fond l'objet du litige et tantôt de manière plus audacieuse pour désigner l'autonomie de la convention d'arbitrage » par rapport à toute loi étatique ce qui est très différent

29- أنظر المادة 3 - أ من لائحة معهد القانون الدولي في دورته المتعددة بـ Saint- Jacques de- Compostelle سنة 1989.

30- B. Ancel et Y. Lequette , les Grands arrêts... op.cit., p.393 n°3; Ph. Fouchard et Autres , op. cit., p. 215.

ومما لاشك فيه أن مبدأ الاستقلالية هذا ، هو مبدأ مكرس في القانون الفرنسي للتحكيم الدولي ، وبعبارة ثانية فإن القاضي الفرنسي وبمجرد تأسيس تحكيم دولي تعد الاتفاقية مستقلة عن العقد الأساسي بصرف النظر عن الحل الذي يراه القانون الأجنبي الواجب التطبيق على ذلك العقد وبغض النظر أيضا عن القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم نفسها.³¹ والجدير بالإشارة أن هذا المبدأ الذي كرسه القضاء الفرنسي بدءا من سنة 1963 فصار مبدأ معروفا بل من المبادئ القانونية العامة للتحكيم يطبقه المحكمون في مادة التحكيم التجاري الدولي بصورة طوعية في الوقت الذي لم يعرفه القانون البريطاني إلا في سنة 1993 في قضية Harbour c/ Kansa ثلاثين سنة بعد قرار Gosset.³²

ويؤدي إعمال هذا المبدأ إلى نتيجتين، الأولى وهي أنه حتى على فرض بطلان العقد الأساسي لسبب من الأسباب المعروفة في بطلان العقود³³، فإن ذلك لا يمتد بالضرورة إلى بطلان عقد التحكيم ومن ثم وجوب عرض النزاع على القضاء. والحالة الثانية أنه حتى على فرض بطلان عقد التحكيم فإن ذلك لا يمتد إلى بطلان العقد الأساسي الذي يبقى صحيحا وقابلا للتنفيذ الجبري ما دام لم يشبه البطلان وهذه نتائج حتمية لتطبيق مبدأ الاستقلالية سالف البيان .

31- Le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal auquel elle réfère est incontestablement une règle matérielle du droit Français de l'arbitrage international. En d'autres termes , pour un juge Français , dès lors quelle tend a instituer un arbitrage international , la convention sera considérée comme indépendante du contrat principal , quelque soit la solution adoptée à cet égard par la loi étrangère éventuellement applicable à ce contrat et quelque soit la nature que l'on reconnaît aux règles applicables à la convention d'arbitrage elle-même. *Ibidem*.

32 Rev. arb. 2007, n, 4°p 708. note E. Gaillard.

33- في سنة 2006 صدر قرار عن القضاء العالي (High Court) في بريطانيا في قضية Fiona trust رفض الاعتراف بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأساسي بدافع إبرام هذا الأخير عن طريق الرشوة . ولحسن الحظ فإن محكمة الاستئناف (Court of appeal) بقرارها الصادر في 2007/01/24 تراجعت عن هذه الخطوة مستندة إلى مبدأ الفصل بين العقد وشرط التحكيم ، الأمر الذي أيده غرفة اللوردات في 2007/10/17. أنظر مجلة التحكيم ، العدد 4 ، سنة 2007 ، ص 708 بقلم الأستاذ E. Gaillard

وقد كرس المشرع الجزائري هذا المبدأ في المادة 4/1040 ق ا م إ بقوله « ولا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي. »
وللتذكير كذلك فإن معظم تشريعات التحكيم في العالم تأخذ بهذا المبدأ،³⁴ كما أخذ به نظام التحكيم الدولي لغرفة التجارة الدولية في المادة 208 وكذلك نظام التحكيم الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في المادة 2/21، والمادة 2/15 من لائحة الجمعية الأمريكية للتحكيم (AAA) كما أقرت من جهتها قرارات التحكيم هذا المبدأ على اعتباره مبدأ من المبادئ العامة للتحكيم التجاري الدولي.³⁵

المطلب الثاني: استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للقانون الذي يطبق على العقد الأصلي
رغم أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأساسي الذي يتضمن هذا الاتفاق أو الذي يشير إليه، وجد من أجل عزل اتفاق التحكيم عن التخطيط في متاهات العقد الأصلي ومشاكله، فإن هذا المبدأ بدأ يأخذ شيئا فشيئا مفهوما جديدا آخر أضيف إلى المفهوم الأول ووفقا له فقد سمح القضاء الفرنسي لنفسه بأن يخلق مبدأ يقرر صحة اتفاق التحكيم الدولي، وعدم خضوع هذا الاتفاق لمنهج التنازع التقليدي بل يتقرر ذلك من خلال القواعد المادية (Les règles matérielles)، مع العلم أن هناك طريقا ثالثا يجمعهما معا (قواعد التنازع والقواعد المادية)³⁶.

34- المادة 1697 من القانون القضائي البلجيكي الصادر في 1972/07/04 والمادة 1053 من قانون الإجراءات المدنية الهولندي لسنة 1986. والمادة 178 من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 والمادة 8 من القانون الاسباني الصادر في 1988/12/5 المتعلق بالتحكيم وكذلك فعلت قوانين كل من إيطاليا، اليابان، تونس، مصر، ألمانيا كما أن قضاء الولايات المتحدة الأمريكية كرس ذات المبدأ. انظر كلا من: حفيظة الحداد، مرجع سابق، ص 192 وما بعدها.
وكذلك: Ph.Fouchard et autres , op. cit., p.219 n°401 et s.

35- شركة ليامكو ضد الجماهيرية الليبية ، وقضية بريتيش بتروليوم (BP) ضد ليبيا ، قضية ELF c / NIOC .
36- Ph. Fouchard et autres , op. cit., p. 234 n° 412 ; Emmanuel Gaillard , la jurisprudence de la cour de cassation en matière d'arbitrage commercial international , in la Rev. Arb, 2007 N°4 p.697 et s.

ففي حكم لمحكمة استئناف باريس صدر في 1991/12/17 في قضية Gatoil اعتبرت المحكمة الاستئنافية أن صحة اتفاق التحكيم لا يخضع إلا لمقتضيات النظام العام الدولي، كما أكدت نفس المبدأ في حكمها الصادر في 1991/03/08 في القضية المعروفة بـ Ducler قائلة بأنه « في التحكيم التجاري الدولي، يتمتع شرط التحكيم باستقلالية قانونية كاملة في علاقته بالعقد الأصلي والذي لا اثر لوجوده أو لبطلانه على الشرط المذكور، وأيضا في علاقته بالقانون الداخلي الواجب التطبيق على العقد الأصلي، إلا نزولا على مقتضيات النظام العام الدولي» وهو المبدأ الذي كرسته محكمة النقض الفرنسية. بموجب قرارها الصادر في 1993/12/20 في قضية Dalico³⁷. أما المشرع الجزائري فقد أخذ بمنهج تنازع القوانين من خلال مفهوم المادة 3/1040 ق ا م إ.

المبحث الثالث: أثر اتفاق التحكيم على حصانة الدولة القضائية والتنفيذية

يرتب اتفاق التحكيم أثرين رئيسيين: أثر إيجابي يتمثل في منح المحكمين الاختصاص بالفصل في النزاع موضوع اتفاق التحكيم، وأثر سلبي هو سلب الاختصاص من المحاكم القضائية التابعة للدولة باعتبارها الهيئة المخولة أصلا بالفصل فيها كونها صاحبة الولاية العامة، وإسناد الاختصاص إلى هيئة محكمين. ومع هذا يمكن لقضاء الدولة التدخل لتقديم العون إلى الهيئة التحكيمية في حالات كثيرة مثل تشكيل محكمة التحكيم، تقديم الأدلة واتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، النظر في صحة اتفاق التحكيم أو تفسيره أو تطبيقه، كما

37- حفيظة الحداد، مرجع سابق، ص 186 وما بعدها وكذلك :

حيث أورد الجملة التالية :... Ph. Fouchard et autres , op. cit., p.247 n°437

« En vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire et indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit Français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique. »

لها أن تتدخل لاحقاً على صدور قرار التحكيم كما في حالة الطعن فيه بالإلغاء أو بالبطلان أو التثبيت.³⁸

إلا أن السؤال الذي طرح ويطرح باستمرار هو مدى الأثر الذي تتركه اتفاقية التحكيم على حصانة الدولة أو إحدى هيئاتها العمومية، سواء كانت حصانة قضائية أو تنفيذية. وبعبارة ثانية عندما تبرم الدولة اتفاقاً تحكيمياً هل يمكنها بعد ذلك أن تتمسك بحصانتها القضائية أمام الهيئة التحكيمية وحدها أو يجوز لها كذلك التمسك بها أمام قضاء الدولة؟ أم أن مجرد توقيع الدولة على اتفاق التحكيم يفيد ضمناً تنازلها عن حصانتها القضائية؟ ذلك ما أحاول الإجابة عنه من خلال المطالب الموالية.

المطلب الأول: أثر الاتفاقية التحكيمية على الحصانة القضائية للدولة

قبل مناقشة هذا الأثر، يتعين أن نعرف الحصانة القضائية والتي يراد بها امتناع قضاء الدولة عن قبول أية دعوى قضائية ضد دولة أخرى أو إحدى الهيئات التابعة لها، أو ضد رئيسها أو مبعوثيها الدبلوماسيين والقنصلين أو إحدى المنظمات أو الهيئات الدولية في الحدود التي يقررها القانون الدولي. وبعبارة ثانية رفض قضاء الدولة الوطنية النظر في دعوى مرفوعة من شخص من الخواص على دولة أجنبية أو إحدى هيئاتها مثل السفارات والقنصليات³⁹. وقد أورد الأستاذان P. Bourel – Y. Loussouarn تعريفاً

38- أنظر المادة 17 من اتفاقية الأمم المتحدة حول حصانات الدولة وأملأها .

39 -يرتكز الأساس القانوني لهذا المبدأ على المساواة بين الدول فلا يجوز لدولة أن تراقب نشاط دولة أخرى، ولا يمكنها أن تصدر أوامر أثناء ممارسة نشاطها. ومن هنا كان من غير المتصور السماح للهيكل الوطنية ولا سيما الهيكل القضائية أن تأمر أو أن تمنع الدول الأجنبية من ممارسة نشاطاتها. وكان الحذر الدبلوماسي يفرض عدم اختصاص كلي للمحاكم الوطنية تجاه الدولة الأجنبية. غير أن دخول الدولة بقوة في الأعمال الاقتصادية ومساهمتها في إبرام عقود تخضع أكثر فأكثر للقواعد العامة ولدت رفضاً متزايداً لمنح الحصانة القضائية للدولة الأجنبية.

للحصانة بقولهما:» تهدف الحصانة القضائية إلى إخراج المنتفعين منها من اختصاص المحاكم الوطنية»⁴⁰ وبعبارة ثالثة فإن الحصانة القضائية تعفي من تقرر لمصلحته من ولاية القضاء الوطني ضمن ما يعرف بالاختصاص القضائي الدولي احتراماً لسيادة الدول والهيئات التابعة لها وتمتد هذه الحصانة كذلك إلى المنظمات الدولية.

ولما كانت الحصانة القضائية للدول من المبادئ المستقرة في القانون الدولي،⁴¹ ومبدأ مسلم به في مختلف دول العالم ، فلا توجد دولة لا تعترف بهذا المبدأ الذي يحفظ للدول سيادتها وكرامتها أمام نظيراتها . ومع هذا فإن الدولة الحديثة وهي تقترح عالم الاقتصاد والتجارة ، كثيراً ما تلجأ إلى توقيع اتفاقية تحكيمية مع الشركات الأجنبية ، ولحظة نشوء المنازعة تجد نفسها على قدم المساواة مع خصمها أمام محكمة التحكيم فهل تتمسك بحصانتها القضائية ؟ وهل يحق لها أن تتمسك بما أمام قضاء الدولة الأجنبية . بمناسبة نزاع معروض على التحكيم عندما يكون تدخل السلطة القضائية للدولة لمساعدة المحكمة التحكيمية في أداء مهمتها أمراً واجباً لا مناص منه ؟ ذلك ما نحبب عليه في الفرعين المواليين .

40-«...Plus précisément , les immunités de juridiction et d'exécution visent la protection qui est accordée sur le terrain de la compétence judiciaire et de la procédure dans l'ordre juridictionnel . la première a pour effet de soustraire ceux qui en bénéficient à la compétence des tribunaux nationaux . la deuxième fait échec à la réalisation du droit reconnu par une juridiction. Voir Y.Loussouarn et P. Bourel , droit international privé , Dalloz1978, p591 n°461.; « En matière de compétence internationale , le principe de l'immunité souveraine s'oppose à ce qu'un Etat laisse se dérouler une procédure contre un Etat étranger , un souverain étranger ou un agent diplomatique qui les représente» B. Audit , op. cit. , p.339 n°401.

41-Ibid,p.340 n° 402

الفرع الأول : التمسك بالحصانة أمام محكمة التحكيم

لا يجوز للدولة أو إحدى الكيانات التابعة لها أن تتمسك بحصانتها القضائية أمام المحكمة التحكيمية والسند في ذلك أن كلا من القوانين الاتفاقية⁴² (المعاهدات الدولية ذات الصلة) تضمنت نصوصاً صريحة تسقط عن الدولة والكيانات التابعة لها حقها في التمسك بحصانتها القضائية، كما تضمنت التشريعات الوطنية نصوصاً مماثلة، وكذلك ذهب القضاء⁴³ والفقهاء في نفس الاتجاه⁴⁴.

42- المادة 17 من اتفاقية الأمم المتحدة حول حصانة الدول وأملاكها، والمادة 9 من قرارات معهد القانون الدولي في دوراته المنعقدة في Saint-Jacques-de-Compostelle في 1989.

- أنظر المادتين 54 و 55 من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى الموقعة في 1965/11/18 بواشنطن واللتين اعتبرتا قبول الدولة تحكيم المركز بمثابة نزول عن الحصانة القضائية لهذه الدولة.

« il est tout d'abord admis par la jurisprudence que l'existence dans un contrat d'une clause compromissoire prive l'Etat du droit d'invoquer l'immunité de juridiction, en cas de demande par la partie privée d'exequatur de la sentence arbitrale. » Isabelle Pingel-Lenuzza, in les immunités des Etats en droit international, édition Bruxelles 1998, p.308 n°274.

44- برر فريق من الفقهاء عدم جواز تمسك الدولة بحصانتها القضائية أمام المحكمين معترين بقبول الدولة اللجوء إلى التحكيم بإرادتها بمثابة تنازل منها عن حصانتها القضائية، وأن فكرة الحصانة القضائية ذاتها لا محل للتمسك بها لانعدام التوافق بين فكرة التحكيم وفكرة الحصانة بالنظر إلى الأساس الذي تستند إليه الحصانة القضائية وإلى طبيعة التحكيم ذاته في آن واحد، فالحصانة تقوم على مبادئ الاستقلال الاحترام المتبادل للسيادة بين الدول وهذه المبادئ التي تعد أساس الدفع بالحصانة القضائية لا محل لإعمالها أمام المحكمين حتى وإن كانوا يمارسون وظيفة قضائية حقيقية لأن قضاء التحكيم يعد قضاء خاصاً والمحكم لا يعد ممثلاً لدولة بعينها ولا يعتبر من موظفيها. ولذلك فالمحكم لا يستمد سلطة القضاء من الدولة بل يستمدّها من اتفاق الأطراف وبالتالي فالدولة عند مثولها أمام محكمة التحكيم لا تخشى من أي مساس بسيادتها واستقلالها ولذلك فإن الفكرتين تستبعد كل منهما الأخرى.

وفي قضاء التحكيم يرفض المحكمون الدفع بالحصانة القضائية الذي تثيره الدول أمامهم (قضية رقم 2391 سنة 1974، قضية رقم 3879 في 1984/03/25 قضية الهيئة العربية للتصنيع ضد Westland Helicopters، قضية ليامكو ضد الجماهيرية) أنظر : سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق، ص 427 وما بعدها؛ « يستمد شرط التحكيم قوته من تراضي أطرافه. ولما كان هذا الشرط يعتبر استثناءً بموجبه يتم استبعاد النزاع كله أو بعضه من ولاية القضاء العادي، فإن إدراج شرط التحكيم في العقد المبرم بين الدولة وأي طرف آخر يعتبر بمثابة نزول ضمني مقدماً عن تمسك الدولة بسيادتها أو حصانتها أمام هيئة التحكيم. والدولة إذ تفعل ذلك فإنها تضع نفسها على قدم المساواة مع الطرف الآخر ولا يجوز لها من بعد الدفع بالحصانة أو السيادة أمام هيئة التحكيم. » أنظر : منير عبد المجيد الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف (الإسكندرية) 2000، ص وما بعدها.

لقد كانت الحصانة مطلقة ، فلم يكن من الجائز أبدا مقاضاة الدولة الأجنبية أمام محكمة دولة أخرى في كافة المنازعات التي تكون طرفا فيها. ثم ما لبث أن تقلص هذا المبدأ بداية من الحرب العالمية الأولى نظرا لتوسع تدخل الدولة⁴⁵ وقيامها بأنشطة تخرج عن نطاق اختصاصها الكلاسيكي من دولة حارسة إلى دولة متدخلة في الميدان التجاري. وبدا من الضروري أن تقف هذه الدولة- التي تنازلت عن سلطاتها واقتضت نشاطات الخواص - على قدم المساواة معهم أمام القضاء لتمكينهم من اقتضاء حقوقهم ومن ثم بدأ ذلك المبدأ في التلاشي فبقيت الأعمال السيادية مشمولة بالحصانة القضائية، في حين فقدت الأعمال المدنية غطاء الحصانة. ومن أجل تعويض « عدم المساواة بين المتعاقدين » قدمت عدة اقتراحات قصد الحد من صرامة مبدأ الحصانة فوجب إذا التمييز بين فئتين من التصرفات ، التصرفات المتعلقة بالسيادة من جهة (*actes jure imperii*) أين تتصرف الدولة بكل سيادة وتحتل مرتبة أعلى من مرتبة الفرد، وأعمال أو تصرفات التسيير (*actes jure Gestionis*) من جهة ثانية أين تتصرف بمجردة من كل سيادة وتحتل مرتبة متساوية مع مرتبة المتعاقد الآخر⁴⁶؛ وهو معيار وظيفي أخذت به محكمة النقض الفرنسية⁴⁷.

45- «Les interventions des Etats dans les relations de droit privé s'étant multipliées , il a été jugé nécessaire de réserver le domaine de l'immunité aux actes de puissance publique. » Pierre Mayer, droit international privé, Delta , Séditions 1996, p.213 n°323.

46- قضية حكومة فيتنام الشمالية ضد السيد Clerget في 1971/11/2

47-Affaire 19déc 1961 ; « dans le contexte de l'immunité, on oppose ainsi les actes d'autorité (*jure imperii*) et les actes de gestion (*jure gestionis*). Selon la formule de la cour de cassation , les Etats étrangers et les organismes agissant pour leur compte ne bénéficient de l'immunité de juridiction qu'autant que l'acte qui donne lieu au litige constitue un acte de puissance publique ou a été accompli dans l'intérêt d'un service public.» B. Audit , op . cit., p.346 n° 411 ; Civ.1, 25 fev.1969 , *Sté Levant expresse*.

أما في الجزائر ورغم عدم النص على الحصانة القضائية في تشريعها ومع هذا يرى الأستاذ علي بن شنب بأن لا مجال لتطبيق الحصانة القضائية لاسيما بالنسبة للوظائف الاقتصادية التي تتكفل بها الدولة والتي تبعد كل معنى للحصانة القضائية. Ali Bencheneb, les mécanismes juridiques des relations économiques internationales de l'Algérie, OPUA Alger 1984, p.48.

يبدو في رأي أن المشرع الجزائري كرس هذا المفهوم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (1006م) بإجازته التحكيم للهيئات المعنية العامة في علاقاتها الاقتصادية أو في مادة الصفقات العامة وهو ما يسمح لنا بإسقاط الحصانة القضائية عن هذه المؤسسات الإدارية حينما تلجأ إلى التحكيم الدولي لفض منازعاتها ، فيكون المشرع قد تنازل ضمنا عن حصانة هذه الهيئات.

كما أخذت به كل من محكمة النقض البلجيكية والايطالية⁴⁸. وانطلاقاً من هذا المعيار فإنه لا يحق للدولة أو إحدى الكيانات التابعة لها أن تتمسك بحصانتها القضائية مع وجود شرط التحكيم. كما أن القول بخلاف هذا الاتجاه معناه السماح للدولة المتعاقدة بالتراجع عن التزاماتها التعاقدية ومن بينها احترام عقد التحكيم و هو ما يتنافى مع مبدأ حسن النية.⁴⁹

الفرع الثاني: التمسك بالحصانة أمام القضاء بمناسبة نظر نزاع معروض أمام التحكيم

عند توقيع الدولة أو إحدى الهيئات المنتفعة من الحصانة على اتفاق التحكيم فهل يعني ذلك أنها تنازلت عن حصانتها القضائية أمام الهيئة التحكيمية و كذلك أمام قضاء الدولة الأجنبية؟ أم يقتصر القبول بالتحكيم على التنازل عن الحصانة أمام هيئة التحكيم وحدها.

يذهب بعض من الفقه⁵⁰ إلى القول بامتداد تنازل الدولة عن حصانتها القضائية في كل حالة يستلزم فيها قانون التحكيم تدخل قضاء الدولة الأجنبية نظراً لأن اختصاص القضاء الأجنبي هو اختصاص تابع لوظيفة التحكيم ، فالدولة حينما وافقت على التحكيم تعلم أو من المفروض حتماً أن تعلم باحتمال عرض النزاع أمام هذا القضاء عند الطعن على حكم التحكيم أو رفع دعوى ببطالانه⁵¹ و لا يقتصر دور القضاء على هذه المسائل التالية لصدور الحكم التحكيمي ، بل يمتد إلى ما يسبقه مثل تدخل المحكمة في تشكيل محكمة

48- سراج حسين أبو زيد ، مرجع سابق ، ص 422.

49- عاطف فهد المغاوير ، الحصانة الدبلوماسية بين النظرية والتطبيق، رسالة ماجستير في القانون العام ، دار الثقافة (الأردن) الطبعة الأولى ، الإصدار الأول ، 2009 ص 64 وما بعدها.

50- أحمد مخلوف ، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية - دراسة تحليلية تأصيلية- ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 ، ص 312.

51- المغاوير ، نفس المرجع ، ص 66.

التحكيم أثناء إجراءاته أو من أجل إقامة الأدلة أو اتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفزية⁵².

وعندما تلجأ الدولة الموقعة على اتفاق التحكيم إلى القضاء مدعية ، فإن ذلك يعني تنازلها الضمني عن حصانتها القضائية والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى تجريد ذلك التوقيع من أي معنى .

غير أن المشكلة تظهر حينما تكون الدولة الأجنبية مدعى عليها أمام القضاء الأجنبي في قضية متفق بشأنها على التحكيم فهل تعد كذلك متنازلة عن حصانتها طالما وقعت على اتفاق التحكيم ؟

لقد أحابت الاتفاقية الأوروبية الخاصة بخصانات الدول على هذه المسألة في المادة 1/12 بالإيجاب، وهو الحل ذاته في القانون الإنجليزي (م 9) ؛ بينما لم يتعرض القانون الأمريكي لهذه النقطة ، بخلاف القضاء الأمريكي الحديث الذي أكد أن الاتفاق على إجراء التحكيم في أي بلد كان يفيد التنازل عن الحصانة القضائية أمام القضاء الوطني لتلك الدولة .⁵³

أما الفقه الفرنسي فهو منقسم بين مؤيد لفكرة امتداد التنازل عن الحصانة إلى القضاء الأجنبي بوصفه تحصيل حاصل ، فلا يمكن التمسك بالحصانة أثناء الشروع في الخصومة التحكيمية أو بعد صدور القرار التحكيمي ويتعين على الدولة الخضوع لكل الإجراءات القضائية المرتبطة بالتحكيم وإلا فلا معنى لهذا الاتفاق التحكيمي وعلى رأس هذا الاتجاه

52- أنظر المواد 1041، 1042 ، 2/1046 ، 1048 ، 1055 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

«...La solution doit s'étendre aux procédures judiciaires en relation avec l'arbitrage, qu'il s'agisse de l'assistance à la mise en place du tribunal arbitral ou du contentieux de l'annulation de la sentence. La jurisprudence Française a eu l'occasion de l'affirmer à propos du contentieux de l'exequatur. L'acceptation par l'Etat du recours à l'arbitrage en dépit de son immunité serait vidée de tout sens si l'Etat pouvait , par la seule invocation de cette immunité faire obstacle à l'exequatur de la sentence .Ph Fouchard et autres , op.cit.,p.405n°643-644.

53- سراج حسين أبو زيد ، المرجع السابق ، ص 433؛ منير عبد المجيد ، نفس المرجع ، هامش الصفحة 104.

الأستاذ Goldman⁵⁴. بينما يرى جانب آخر من الفقه الفرنسي بأن اتفاق الدولة على اللجوء إلى التحكيم لا يفيد بأن هذه الدولة قد تنازلت ضمناً عن التمسك بحصانتها أمام القضاء الوطني وذلك على أساس أن تمتع الدولة بالحصانة هو المبدأ وأن التنازل هو الاستثناء، ولذلك يجب أن يكون التنازل مؤكداً وواضحاً بدون لبس أو غموض ولا يمكن القول بأن الاتفاق على التحكيم يكشف عن إرادة الدولة الضمنية في التنازل عن حصانتها القضائية⁵⁵.

وأما القضاء الفرنسي فقد أخذ بالرأي الأول الذي مفاده امتداد التنازل عن الحصانة بمناسبة نزاع تحكيمي إلى القضاء وذلك من خلال منح القوة التنفيذية لحكم التحكيم باعتبارها إجراءً ضرورياً ولازماً لكي يحصل القرار التحكيمي على كامل قوته⁵⁶.

54« Nous pensons que la solution extensive est préférable, car en acceptant de se soumettre à l'arbitrage. L'Etat doit avoir en bonne foi accepte de se soumettre aussi à toutes les procédures étatiques qui lui sont liées...on admettre, par exemple qu>après avoir obtenu une sentence arbitrale lui donnant satisfaction, l>Etat tente de paralyser les voies de recours formées contre cette sentence devant les juridictions étatiques compétentes, en opposant son immunité de juridiction. », Clunet 1985,p.142

55- نفس المرجع ، ص 434.

56-Affaire SEEE c/ Yougoslavie ; SOABI c / Sénégal « l'Etat étranger qui s'est soumis à la juridiction arbitrale a, par là- même , accepté que la sentence puisse être revêtue de l'exécution , lequel ne constitue pas, en lui-même , un acte d>exécution de nature à provoquer l'immunité d'exécution de l'Etat considéré.». Rev.arb., 2003. n°3 p.1029.

انظر كذلك : منير عبد المجيد ، مرجع سابق ، ص 104.

إن ما ذهب إليه القضاء الفرنسي يعد منطقياً ، ذلك أنه من غير المتصور انعقاد محكمة تحكيمية للنظر في نزاع ينتهي بحكم لا يجد محلاً لإكسابه بأمر التنفيذ بحجة الحصانة القضائية للدولة المحكوم ضدها . فما الجدوى من هذا الهدر المالي وتضييع الوقت لاستصدار حكم في شكل حبر على ورق ما دام تنفيذه سيقى لمزاج الدولة المحكوم عليها علماً وأن هذا القضاء الخاص والمتخصص كذلك جاء نتيجة نظالات كبيرة لمجتمع التجار الذي يسعى للتخلص من أفضية الدولة لصالح قضاء التحكيم لما يوفره من ميزات مفقودة في كثير من الحالات لدى القضاء الوطني . وإذا سمح للدولة أن تتمسك بحصانتها في مثل هذا المقام فإنها تقف حائلاً أمام خصمها من الخواص الذي لا يستطيع الطعن في القرار التحكيمي بالبطلان أو الإلغاء عند منح الدولة المحكوم لها أمر التنفيذ فتصبح خصماً ممتازاً بدون وجه حق.

المطلب الثاني

أثر اتفاق التحكيم على الحصانة التنفيذية

تتمتع الدولة بحصانة ضد التنفيذ على أملاكها الموجودة في الخارج على إقليم دولة أخرى. وتحول هذه الحصانة دون تمكن المحكوم له من اتخاذ إجراءات إكراهية أو حجز على ممتلكات الدولة أو إحدى الكيانات التابعة لها أو على سفاراتها وقنصلياتها

وتوجد هذه الحصانة التي يعترف بها القانون الدولي للدول إلى جانب الحصانة القضائية مع العلم أنها ليست أثرا ولا نتيجة لها رغم الصلة الوثيقة بينهما، إلى درجة ذكرهما تحت عنوان واحد في الاتفاقيات ذات الصلة دون تفصيل كما الحال بالنسبة لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن حصانة الدول وأملاكها. والسؤال المطروح هل أن للاتفاق التحكيمي أثر على حصانة الدولة التنفيذية فبمجرد موافقتها على التحكيم يعتبر تنازلا ضمينا منها عن هذه الحصانة، ويتعين عليها تنفيذ القرار التحكيمي عند اضطراب الطرف الآخر إلى اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري دون أن يكون لها التمسك بحصانتها؟ وهنا يجب توضيح بأن هذه الحصانة ستطرح أمام قضاء دولة أجنبية بمناسبة شروع المحكوم له في مباشرة إجراءات التنفيذ بواسطة سلطات تلك الدولة ولا سيما إجراءات الحجز على ممتلكاتها التي عادة ما تكون في البنوك الموجودة على إقليم تلك الدولة، وهنا تطرح الإشكالية بالحاح فهل يقبل القضاء بالدفع بتلك الحصانة ضد التنفيذ أم في الأمر شيء آخر؟

انقسم الفقه بشأن هذه المسألة إلى قائل بامتداد أثر اتفاق التحكيم ليشمل تنفيذ حكم التحكيم. وبعبارة ثانية أن اتفاق التحكيم الذي تبرمه الدولة أو إحدى كياناتها المنتفعة بامتياز الحصانة يشكل تنازلا من هذه الهيئات عن تلك الحصانة التنفيذية المعترف بها لها من طرف القانون الدولي تأكيدا لاستقرار المعاملات وتحقيقا لفاعلية التحكيم، إذ أن قبول الدولة

للجوء إلى التحكيم سيكون فارغا من أي معنى إذا هي استطاعت أن تدفع بحصانتها لتعيق تنفيذ القرار التحكيمي.⁵⁷

مثلها مثل الحصانة القضائية كانت حصانة التنفيذ مطلقة ، لكنها انقلبت إلى حصانة نسبية أو مقيدة نتيجة الانتقادات التي وجهت لها في مختلف الدول، لأنه من غير المقبول أن تبقى الأحكام الأجنبية عديمة القيمة لمجرد أنها صادرة ضد الدولة ، كما أنه يتعارض مع حسن النية أن يواجه المتعامل مع الدولة العقبة تلو العقبة، فبعد تخطيه الحصانة القضائية يواجه الحصانة التنفيذية.⁵⁸ بينما يذهب البعض الآخر من الفقه بأن اتفاق التحكيم بذاته لا يفيد في الدلالة على تنازل الدولة عن حقها في التمسك بالحصانة في مواجهة إجراءات التنفيذ ، على اعتبار أن هذه الأخيرة تتمتع باستقلالية وذاتية تحول دون اختلاطها واندماجها في الحصانة القضائية ، فتنازل الدولة عن حصانتها ضد إجراءات التنفيذ لا يفترض ولا يمكن استخلاصه من قبولها التحكيم ، وإنما يلزم أن يكون تنازلها واضحا ومؤكدا.⁵⁹

أما القضاء الفرنسي فقد أخذ بالرأي الأول ؛ ففي قرار لمحكمة النقض الفرنسية في 1986/11/18 اعتبرت اتفاق التحكيم الذي تبرمه الدولة الأجنبية لتخضع بموجبه لقضاء

57- فهد المغاوير ، مرجع سابق ، ص 68 وما بعدها. وقد ذهبت الاتفاقية الأوروبية لسنة 1972 إلى تبني هذا الاتجاه بالنص في المادة 23 على هذا الحكم بقولها « لا يمكن إجراء على إقليم دولة متعاقدة ، تنفيذا جبريا أو أي تدبير تحفظي آخر على ممتلكات دولة أخرى متعاقدة إلا في الحالات التي تتنازل هذه الأخيرة عن ذلك صراحة » كما نصت مادتها الثانية على ضرورة النص على ذلك كتابة وبصراحة وهو ما يظهر جيدا الصبغة الضيقة المعطاة لهذه الإمكانية. «أنظر : François Knoepfler مقال منشور بمجلة التحكيم تحت عنوان الحصانة التنفيذية ضد الدول ، العدد 3 السنة 2003 الصفحة 1029.

58- حسين سراج أبو زيد ، المرجع السابق ، ص 444.

59- فهد المغاوير ، نفس المرجع ، ص 69.

التحكيم تكون قد قبلت بمقتضاه كذلك أن يمهر ذلك القرار التحكيمي بأمر التنفيذ.⁶⁰ وفي ذات السياق أصدرت محكمة استئناف باريس قرارا⁶¹ مخالفا لما توصلت إليه محكمة النقض الفرنسية اعتبرت بموجبه أنه ورغم وجود اتفاق التحكيم الذي يتخذ من إحدى لوائح التحكيم مصدرا له وأن أطرافه ملتزمين بتنفيذه لا يستلزم بالضرورة تنازلا عن الحصانة التنفيذية، هذه الأخيرة لا يمكن استخلاصها إلا من خلال تصرف ظاهر و بشكل غير مبهم يعبر عن إرادة في التنازل.⁶²

60- « Par la clause compromissoire d'un contrat, un Etat étranger, qui s'est soumis à la juridiction des arbitres a, par là-même, accepté que leur sentence puisse être revêtue de l'exequatur.»

On notera tout de même que , quoique adhérent à cette conception des relations de l'arbitrage et de l'immunité de juridiction , la cour de cassation n'est tout de même , en fait , pas très loin de consacrer le principe de l'effet automatique de renonciation à l'immunité de l'accord compromissoire même devant les juridictions étatiques ; en effet , elle a, en l'espèce , caractérisé l'intention de l'Etat de renoncer à son privilège par la seule considération qu'il avait implicitement accepté , en se soumettant à la juridiction arbitrale , l'éventualité du recours à la justice étatique aux fins d'obtention de l'exequatur de la sentence : or cette circonstance n'a rien de spécifique à la présente affaire et, sur cette base , il n'est pas d'accord compromissoire auquel on ne puisse accoler une telle volonté implicite , si l'on veut bien considérer que les tribunaux étatiques constituent aujourd'hui le point d'aboutissement habituel de la plupart des procédures arbitrales...voir J.D.I, 114^e année 1987, p.124 , note B. Oppetit.; Affaire Bec frères c/ Office des céréales de Tunisie, «qu'en souscrivant à des clauses compromissoires sans lesquelles à l'évidence les marchés n'auraient pas été conclus, l'Etat tunisien a ainsi accepté les règles du droit commun du commerce international ; qu'il a, par là-même , renoncé à son immunité de juridiction et, les conventions devant s'exécuter de bonne foi , à son immunité d'exécution. Voir Sandine Chaillé de Néré, les difficultés d'exécution du contrats en droit international privé, PU d'Aix Marseille , 2003 .p.443

61-Arrêt Eurodif Sofidif c/Iran , 21/04/1982.

62-« La stipulation d'une clause d'arbitrage ainsi que la référence à un règlement d'arbitrage prévoyant que les parties s'engagent à exécuter la sentence à intervenir n'impliquaient pas renonciation à l'immunité d'exécution , laquelle ne peut résulter que d'actes manifestant de façon non équivoque la volonté de renoncer.» F. Knoepfler , Rev. arb, op.cit ., p.1032 ; « la seule mention dans les contrats litigieux que l'emprunteur (l'Etat) renonce à tout droit son encontre en relation avec le présent contrat ne manifeste pas la volonté non équivoque de cet Etat de renoncer à se prévaloir de l'immunité diplomatique d'exécution et d'accepter qu'une société commerciale puisse le cas échéant , entraver le fonctionnement et l'action de ses ambassades et représentations à l'étranger.» Sandine Chaillé de Néré, ibid ,p .443.

وعادت محكمة النقض في قرار لها صدر في 6 جويلية 2000⁶³ إلى تأكيد التنازل الضمني حيث اعتبره البعض توجها نحو تحديد مجال حصانة التنفيذ ومنح بالتالي للطرف الخاص أمانا أكبر في مواجهة الدولة . وتتلخص وقائع هذا القرار في أن حكومة قطر عهدت إلى الشركة الأمريكية بناء مستشفى بالدوحة ، ونظرا للمشاكل بين الطرفين اعترضت انجاز المشروع ، قامت الحكومة القطرية بفسخ العقد علما وأنه تضمن بندا تحكيميا يسند النزاع لغرفة التجارة الدولية في باريس. وقد صدر قراران تحكيميان في 1993 يمنحان الحق لهذه الشركة في التعويض فطعننت حكومة قطر بالبطلان أمام محكمة استئناف باريس التي رفضتهما في 15 جانفي 1996 وتمت المصادقة عليه من طرف محكمة النقض الفرنسية في 16/03/1999. وعلى إثر ذلك قامت الشركة الأمريكية Creighton بالحجز على مبالغ نقدية باسم دولة قطر لدى بنك قطر الوطني والبنك الفرنسي بفرنسا كما حجزت سندات ؛ وهو ما دفع بوزير المالية و وزير الشؤون البلدية والفلاحة بوصفهما أصحاب هذه الأرصدة المالية إلى الطعن بإبطال قرار الحجز أمام محكمة باريس التي أمرت فعلا برفع الحجز وتم تأييد هذا الحكم من طرف محكمة استئناف باريس معللة قرارها بقولها «إن مجرد قبول الشرط التحكيمي لا يفترض معه التنازل عن الحصانة التنفيذية التي تتميز عن الحصانة القضائية ، ومنه يجب أن يكون التنازل كذلك مختلفا». غير أن محكمة النقض الفرنسية ذهبت إلى اتجاه عكسي قائلة بأن التزام الدولة بتوقيعها على شرط التحكيم بتنفيذ القرار وفقا لنص المادة 24 من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية يستلزم تنازلا من هذه الدولة عن حصانتها التنفيذية.» وقد عد الفقه الفرنسي (Ph.Leboulanger) هذا القرار بأنه يمثل

63- Affaire Creighton limited c/ Ministère des Finances de l'Etat de Qatar, Ibid, p.1033 ; L'arrêt Creighton s'est efforcé de faire reculer le principe d'immunité d'exécution au bénéfice de l'efficacité des sentences arbitrales mais on a pu constater que cette tentative n'avait pas eu, en pratique , les effets escomptés. Voir E. Gaillard , la jurisprudence de la cour de cassation en matière d'arbitrage international in la Rev. arb, 2007 n°4.p.719.

تطورا معتبرا في القضاء الفرنسي.⁶⁴ غير أن السؤال يطرح في حالة ما إذا كان التحكيم يستند إلى مرجعية أخرى غير نظام غرفة التجارة الدولية التي تحتوي نصوصا مماثلة مثل نظام الجمعية الأمريكية للتحكيم (AAA) ونظام تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (CNUDCI)؟ أو في الحالة التي يكون فيها التحكيم حرا Arbitrage ad hoc. وبعبارة أخرى عندما يكون شرط التحكيم الذي بمقتضاه يسند الخصوم نزاعهم حصريا إلى محكمين، فهل يمكن تفسير إرادتهم في التنازل عن الحصانة التنفيذية بمفهوم قضاء Creighton؟ والجواب على ذلك يكون بالنفي، لأنه لا يكفي مجرد وجود شرط تحكيمي للقول بتنازل الدولة ضمنا عن حصانتها التنفيذية بل لا بد من تنازلها الصريح بإضافة تعهد بتنفيذ القرار التحكيمي بما لا يترك مجالا للتأويل حول التنازل عن الحصانة التنفيذية رغم منطقية القول بأن مجرد إسناد التراجع إلى التحكيم يفيد ضمنا - وتطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين وتنفيذ العقد بحسن نية - بأن القرار سينفذ و إلا ما الجدوى من اللجوء إلى التحكيم؟

أخيرا ولتفادي أي إشكال من هذا القبيل يتعين النص صراحة في الاتفاقية التحكيمية على تنازل الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها عن هذا الامتياز القضائي لبعث الأمان القانوني وحماية الطرف الخاص من تعسف الدولة الأجنبية في استعمال هذا الامتياز، فيصبح القرار التحكيمي قابلا للتنفيذ مهما تكن الدولة التي سينفذ على إقليمها وبصرف النظر عن كونها وقعت على اتفاقية نيويورك لسنة 1958 أم لا.

64« La cour d'appel de Paris a déclaré que le fait d'avoir accepté une clause d'arbitrage ne pouvait faire présumer la renonciation à l'immunité d'exécution, qui est distincte de l'immunité de juridiction et pour laquelle la renonciation doit être aussi distincte....la cour de cassation a estimé au contraire que l'engagement pris par l'Etat signataire de la clause d'arbitrage d'exécuter la sentence dans les termes de l'article 24 du règlement d'arbitrage de la chambre du commerce internationale impliquait renonciation de cet Etat à l'immunité d'exécution...» Ainsi que le relève Ph. Leboulanger dans sa note, l'arrêt de la cour de cassation marque une évolution considérable de la jurisprudence Française dans le domaine complexe et particulièrement délicat des rapports entre l'arbitrage commercial international et l'immunité d'exécution des Etats étrangers. Voir F. Knoepfler, in la rev. arb., op.cit., p.1034

عندما تتجاوز عقبة الحصانة التنفيذية نصطدم بمشكلة أخرى محتواها ما معيار قابلية المال للحجز في ظل نسبية الحصانة ؟ ذلك ما نتعرف عليه في المطلب الموالي .

المبحث الرابع: في الأموال القابلة للحجز

سبق أن بينا بأن مبدأ الحصانة التنفيذية لم يعد مطلقا بسبب تدخل الدولة في أنشطة تجارية لا علاقة لها بالسيادة ، ويقتضي مبدأ المساواة أن تعامل الدولة أو إحدى كياناتها معاملة الخواص في هذا المقام ويستتبع ذلك أن تزول عن الدولة حصانتها القضائية ثم التنفيذية لتمكين المحكوم له من اقتضاء حقه بيسر. غير أن المشكلة ليست بهذه السهولة، فهناك من الأموال ما يحافظ على حصانته ضد التنفيذ في حين تقبل الأموال الموجهة لأغراض تجارية الحجز والتنفيذ، فما المعايير القضائية والقانونية في دول القانون العام الإنجليزي⁶⁵ ودول القانون المدني⁶⁶ ذلك ما نتعرف عليه في المطلبين المواليين.

المطلب الأول: الحلول في دول القانون العام الإنجليزي

نعرف مسبقا أن هذه الدول قننت مادة الحصانة، وفي هذا المقام فإنها ميزت بوضوح بين الأموال المخصصة لأغراض تجارية وغيرها من الأموال؛ فالنوع الأول قابل للحجز والتنفيذ. بشروط بينما يحافظ النوع الثاني على حصانته ضد التنفيذ. ففي بريطانيا نص قانون الحصانات على مبدأ قوامه عدم قابلية أموال الدولة الأجنبية للحجز الناتج عن حكم قضائي أو قرار تحكيمي ، ما لم تنازل هذه الأخيرة عن ذلك كتابة (م2/13). ثم يضع استثناء مفاده أن المال المخصص لغرض تجاري أو المزمع كذلك⁶⁷ دون أن يربط بين سبب القرار محل التنفيذ والمال المنفذ عليه. كما يحمي النص البنوك المركزية وكل سلطة نقدية

65Les Etats de la Common law.

66-Les Etats de droit civil.

67- ...The issue of any process in respect of property which is for the time being in use or intended for use for commercial purposes.

(monetary authority) حتى وإن كانت أملاكها من الناحية النظرية تستخدم لأغراض تجارية أو يراد بها كذلك (م4/14) وهو الأمر نفسه في القانون الكندي للحصانات الصادر في 1982 (م1/12 - b).

أما القانون الأمريكي (FSIA) فقد كان أكثر جرأة عندما قرر صراحة رفع الحصانة القضائية عن الدولة عندما يكون نشاطها تجاريا، وكذلك ترفع الحصانة عن الأموال ذات العلاقة بالأنشطة التجارية.

المطلب الثاني: الحلول في دول القانون المدني

كما هو معلوم أن حل هذه الدول لم تقن مادة الحصانات تاركة أمرها إلى القضاء. والمعلوم كذلك أن الحصانة في هذه البلدان لم تعد مطلقة، فبقى المشكلة إذا في التمييز بين الأموال المراد حجزها والتنفيذ عليها والمملوكة للدولة الأجنبية على إقليم دولة القاضي؛ فبعضها لا يمكن الحجز عليه نهائيا والبعض الآخر يجوز حجزه بشروط.

لقد قيد القضاء الفرنسي حصانة التنفيذ وحصرها فقط في الأملاك المخصصة لنشاط سيادي (activité de souveraineté) أو المخصصة لمرفق عام (service public) مع الصعوبة عندما يتعلق الأمر بمبالغ نقدية لا يظهر بوضوح تخصيصها على الأقل في فترة معينة. تجدر الإشارة كذلك إلى الاختلاف الحاصل بين مختلف الأنظمة القانونية فيما إذا كان المال مملوكا مباشرة للدولة الأجنبية نفسها أو لإحدى الهيئات العمومية أو الكيانات التابعة لها ففي الحالة الأولى يتمتع المال بمبدأ بحصانة ضد التنفيذ، ما لم يكن مخصصا لنشاط تجاري أو اقتصادي.⁶⁸ أما الحالة الثانية أي عندما يكون المال مملوكا لهيئة تتبع الدولة الأجنبية فيجب

68Cass.civ.1^{re}, 14 mars 1984, Eurodif c/ Iran « Lorsque le bien saisi a été affecté à l'activité économique ou commerciale relevant du droit privé qui donne lieu à la demande en justice ». In la Rev. arb, op.cit., p. 1046 ; « leur seule qualité ne suffisant plus à abriter les Etats étrangers des voies d'exécution pratiquées contre leur biens situées en France, il devient nécessaire de définir les critères permettant de tracer les contours de l'immunité d'exécution. Celle-ci ayant, on l'a vu, pour objet de protéger les biens de l'Etat étranger dont la saisie par ses créanciers pourrait porter atteinte à son indépendance et entraver l'exercice de sa

على الساعي في التنفيذ أن يثبت بأن المال المحجوز مخصص لنشاط خاص ، أي نشاط غير سيادي. وهو ما فعله القضاء الفرنسي مع شركة سوناطراك الجزائرية عندما حجز على أملاكها لفائدة شخص من الخواص ورغم تمسك الدولة الجزائرية بحصانة التنفيذ إلا أن القضاء الفرنسي رفض هذا الدفع.⁶⁹

ولا يفوتني في هذا المقام أن أشير إلى أن القضاء الفرنسي يشترط ضرورة توفر العلاقة بين المال محل الحجز و القضية التي صدر الحكم فيها ويراد تنفيذه بالحجز على ذلك المال ومن هذا القضاء قضية سوناطراك⁷⁰ ، وقضية الجمهورية الإيرانية ضد شركة Eurodif اللتين سبقت الإشارة لهما.

رغم أن الجزائر لم تقنن الحصانة بنوعيتها ومع هذا فقد منعت الحجز على أموال السفارات الأجنبية، وهو ما يطرح أكثر من سؤال بخصوص أموال المنظمات الدولية والبعثات الخاصة وأموال القنصليات الأجنبية؟⁷¹

souveraineté, il est généralement suggéré de faire référence à la seule nature de ceux-ci : les biens affectés à l'exécution d'une mission de puissance publique ou de service public seront couverts par l'immunité ; les biens affectés à une activité purement commerciale ou privée ne le seront pas. » in les grands arrêts , op. cit.,p.601 n°7.

وقد أخذ المشرع التونسي بنفس الاتجاه الذي أخذ به القضاء الفرنسي في المادة 23 من القانون 98/97 المؤرخ في 1998/11/27 المتضمن القانون الدولي الخاص التونسي.

69 Cass. Civ.1^{ère}, 1^{er} octobre 1985 , Sonatrach c/ Megeon ibid.p.596 et s; JDI clunet 1986,p 174 note B. Oppetit.

70«... En l'espèce, la cour de cassation qualifie ce lien par l'origine du bien , en rapport direct avec l'activité de l'organisme en cause. » Bruno Oppetit , le clunet 1986 ,p.174

71- فضلا عن الأموال التي تنص القوانين الخاصة على عدم جواز الحجز عليها ، لا يجوز الحجز على الأموال الآتية : أموال السفارات الأجنبية.

المطلب الثالث: موقف الاتفاقيات الدولية

تناولت اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 2005 فئة من الأموال لا يجوز الحجز عليها في المادتين 19 و 21 منها. فقد منعت المادة 19 أي تدبير إكراهي لاحق على حكم مثل الحجز والحجز التحفظي والحجز التنفيذي كأصل عام ووضعت بعض الاستثناءات على المبدأ ومنها وجود اتفاق تحكيم أو عندما تستخدم الدولة ممتلكاتها أو تعتزم استخدامها لأغراض أخرى غير حكومية (غير سيادية) شريطة اتصالها بالكيان الموجهة ضده الدعوى. وجاءت المادة 21 بشيء من التفصيل معتبرة أصنافا من الممتلكات لا تدخل ضمن الأملاك القابلة للحجز بوصفها دائما تخدم المرافق العامة غير التجارية ومن أمثلتها الأملاك وأرصدة البنوك المخصصة أو المراد تخصيصها لعمل بعثة دبلوماسية أو قنصلية أو بعثة خاصة أو بعثة لدى منظمة دولية أو لدى مؤتمر دولي والممتلكات العسكرية وأملاك البنوك المركزية أو أية سلطة نقدية للدولة وأملاك التراث الثقافي غير المعروضة للبيع...

كما نصت اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية على أحكام مماثلة في المادة 31 البنود - أ. ب. ج - من الفقرة الأولى مع مراعاة عدم المساس بشخص المبعوث الدبلوماسي أو بحجرة مسكنه⁷².

72- المادة 1/31 « يتمتع المبعوث الدبلوماسي بالحصانة القضائية فيما يتعلق بالقضاء الجنائي للدولة المعتمد لديها، وكذلك فيما يتعلق بقضائها المدني والإداري إلا في الحالات الآتية :

أ. الدعاوى العينية المتعلقة بالأموال العقارية الخاصة الكائنة في إقليم الدولة المعتمد لديها، ما لم تكن حيازته لها لصالح الدولة المعتمدة لاستخدامها في أغراض البعثة.

ب. الدعاوى المتعلقة بشؤون الإرث والتركات والتي يدخل فيها بوصفه منفذا أو مديرا أو وريثا أو موصى له، وذلك بالأصالة عن نفسه لا باسم الدولة المعتمدة.

ج. الدعاوى المتعلقة بأي نشاط مهني أو تجاري يمارسه في الدول المعتمد لديها خارج وظائفه الرسمية.

2.....

3. لا يجوز اتخاذ أية إجراءات تنفيذية إزاء المبعوث الدبلوماسي إلا في الحالات المنصوص عليها في البنود أ، ب، ج من الفقرة 1 من هذه المادة، ويشترط إمكان اتخاذ تلك الإجراءات دون المساس بحجرة شخصه أو منزله.

خاتمة

رغم أن هذا البحث اقتصر على دراسة بعض الأنظمة القانونية ، إلا أن الملاحظ أن المبادئ التي تحكم الحصانة ليست موحدة وأن الحلول القضائية والتشريعية لهذه المادة تظهر نوعا من التشتت وعدم الوحدة وهو ما يبعث على الحذر بالنسبة للتعامل مع الدولة الأجنبية أو إحدى الكيانات المنتفعة بالحصانة في نطاق التجارة الدولية . ومع هذا فإن المؤكد أن نطاق الحصانة بنوعيتها يعرف تضييقا ملحوظا لا سيما عندما يتعلق الأمر بوجود الاتفاقية التحكيمية ؛ لكن الحذر يبقى قائما في ظل وجود الدفع بالحصانة الدبلوماسية التي ترهن ذلك المكسب الذي يبعث على نوع من الأمن القانوني لدى الطرف الخاص في مواجهة الدولة الأجنبية التي تختفي وراء هذا الامتياز القضائي ، دون أن ننسى أن هذا الامتياز يمس بحقوق الإنسان لأنه يحرم طرفا ضعيفا هو المتعاقد الخاص من اقتضاء حقه . وللقضاء على مشكلة الحصانة وتوحيد الرؤية والعمل القضائي الدولي بخصوصها وجب على الدول ومنها الجزائر التصديق على اتفاقية الأمم المتحدة لحصانة الدول وأملاكها (2005/01/17).

قائمة مراجع البحث:

أولا : باللغة العربية :

أ- الكتب

1. أحمد أبو الوفاء ، التحكيم الاختياري والإجباري ، منشأة المعارف (الإسكندرية)
الطبعة الخامسة ، بدون سنة نشر .
2. أحمد أبو الوفاء ، قانون العلاقات الدبلوماسية والقنصلية، دار النهضة العربية ، القاهرة
1996-1995
3. أبو زيد رضوان ، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي ، 1981 .
4. أحمد مخلوف ، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية ،
دراسة تحليلية تأصيلية ، دار النهضة العربية (القاهرة) 2001 .
5. حفيظة السيد الحداد ، القانون القضائي الخاص الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية
الطبعة الأولى 2005
6. حفيظة السيد الحداد ، الموجز في التحكيم التجاري الدولي ، منشورات الحلبي
الحقوقية ، بيروت 2004
7. طالب حسن موسى ، الموجز في قانون التجارة الدولية ، الدار العلمية الدولية ومكتبة
دار الثقافة للنشر والتوزيع (عمان) الطبعة الأولى 2001 .
8. سلامة فارس عرب ، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة
الدولية ، بدون دار نشر ، الطبعة الأولى 1999 .
9. سراج حسين أبو زيد ، التحكيم في عقود البترول ، بدون دار نشر ، 2004 .
10. منير عبد المجيد ، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في
ضوء الفقه وقضاء التحكيم ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 2000 .

ب- الرسائل الجامعية:

1. عاطف فهد المغاوير ، الحصانة بين النظرية والتطبيق ، رسالة ماجستير في القانون العام ، دار الثقافة (الأردن) ، الطبعة الأولى ، الإصدار الأول 2009.

ج- الدوريات :

1. المجلة المصرية للقانون الدولي ، العدد 5 ، 1994 بقلم الدكتور أحمد أبو الوفاء.

ثانيا : باللغة الفرنسية .

أ. الكتب

1. Bernard Audit, droit international privé , economica , 5ème édition, 2008.
2. Philippe Fouchard , Berthold Goldman , Emmanuel Gaillard, traité de l'arbitrage commercial international, Delta 1996.
3. Yvon Loussouarn et Pierre Bourel , droit international privé, Dalloz 1978
4. Bertrand Ancel et Yves Lequette , les grands arrêts de la jurisprudence Française de droit international privé , Dalloz, 5ème édition , 2005.

ب. الدوريات

1. la revue d'arbitrage , 2003 , n°3 note François Knoepfler.
2. la revue d'arbitrage, 2007, n°4 note Emmanuel Gaillard.
3. Le journal de droit international (clunet), 1986 note . Bernard Oppetit.

4.les difficultés d'exécution du contrats en droit international
privé, PUF d'

Aix Marseille, 2003 par Sandine Chaillé de Néré.