

النظام القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر

في ضوء القانون رقم 22 18 المؤرخ في 24 يوليو 2022 المتعلق بالاستثمار

(بحث موسع، مع التركيز على التحكيم التجاري الدولي، كبديل لحل المنازعات التجارية من منظور التشريع الجزائري الساري المفعول من الناحية التطبيقية)

من اعداد بلمامي عمر أستاذ التعليم العالي (متقاعد)
ومحامي معتمد لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة.

(المحور الاول و الثاني منشورين في العديدين السابقين)

المحور الثالث: القانون الواجب التطبيق على موضوع نزاع التحكيم.
يعد تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من الإشكاليات القانونية المعقدة، والتي كثيرا ما يقع الجدل بشأنها بين طرفي النزاع، وقد تحول هذه المسألة دون الإسراع في إنهاء الخصومة التحكيمية، مما يجعل هيئة التحكيم تواجه صعوبة في الوصول إلى القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين.
ومن الصعوبات التي تواجهها هيئة التحكيم في الفصل في النزاع إقدام أطراف النزاع على اختيار قانون لا تربطه أية صلة بالنزاع، بمعنى أن هذا القانون المختار لا صلة له بجنسية أحد المتعاقدين، أو مكان إبرام العقد، أو مكان التنفيذ، مما يؤدي إلى رفض القانون المختار بسبب انعدام أية صلة بالنزاع، لأنه في هذه الحالة قد يفسر هذا الاختيار بالتحايل على القانون الواجب التطبيق.
وقد اعتاد أطراف العقد الدولي الحل الذي نصت عليه المادة السابعة من الاتفاقية الأوروبية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي والتي أجازت لأطراف العلاقة حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، والتي نصت على أن القانون المطبق:

1- أن الفرقاء أحرار في تحديد القانون الذي يقتضي على الحكام تطبيقه بصدد أساس النزاع، وفي حال إغفال الإشارة من قبل الفرقاء إلى القانون الذي يقتضي تطبيقه، يعتمد المحكمون إلى تطبيق القانون المحدد بموجب قاعدة تنازع القوانين التي يرون أنها مناسبة بهذا الصدد، وفي الحالتين فإن المحكمين يأخذون بعين الاعتبار أحكام العقد والأعراف التجارية.

2- يصدر الحكام قراراتهم بالصلح إذا كانت تلك هي إرادة الفرقاء، وإذا كان القانون الذي يرفع التحكيم يجيزها.*

كما أن اختيار أطراف النزاع لقانون معين قد لا يكون صريحا، مما يتعين على محكمة التحكيم في هذه الحالة البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف.

ولا شك أن عدم تحديد القانون الواجب التطبيق من طرف المتعاقدين يعطي الحرية للمحكم الدولي في البحث عن القانون الواجب التطبيق. إلا أن هذا الأمر يخلق صعوبة للدولة التي يتم فيها التحكيم في بسط رقابتها على القانون الذي يقوم المحكم الدولي بتطبيقه على موضوع النزاع، لكون الأطراف لم يقوموا بهذه المهمة، وهي اختيار القانون الواجب التطبيق وغالبا ما يكون هذا الاختيار ضمنيا. وفي هذا المعنى يقول الفقيه YVES DERAANS معلقا على عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق بشكل صريح، أن حرية المحكم فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، هي الغالبة.

«La liberté de l'arbitre en matière de détermination du droit applicable au fond du litige est le plus souvent implicite. ELLE résulte de ce que, lorsqu' une procédure d'exécution forcée est nécessaire à l'efficacité d'une sentence arbitrale ; le contrôle du juge ne porte généralement pas sur l'application au fond du litige d'une règle de droit plutôt que d'une autre .» (35)

ويتساءل الأستاذ Antoine KASSIS في الأخير، لماذا تكون حرية المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق ضمنية وليست صريحة؟ ويجب عن ذلك بقوله، ربما

l'arbitre n'a pas de " قانون القاضي " ب " يعرف ما يملك لا يحكم إلى أن المحكم لا يملك ما يعرف ب " lexfori

ويضيف قائلا:

»Lorsque dans un arbitrage international, les parties n'ont pas choisi le droit applicable au contrat international, l'arbitre international choisit le droit qu'il veut, applique au contrat international le droit qu'il veut, applique au contrat international le droit qu'il veut, ne doit pas obéissance à des règles de droit. IL ne doit obéissance qu'au contrat et qu'à la mission que les parties lui ont conférée. Autant dire qu'il est autonome à l'égard des règles de droit et que sa justice est une justice sans règles de droit « .

وينتهي cassis الى القول " أن الخلاصة الوحيدة المنطقية التي يجب الوصول إليها، هي أن المؤلفين الذين عاينوا بان المحكم الدولي ليس له ما يعرف ب " قانون القاضي " لا يخضع في تعيينه للقانون الواجب التطبيق، سوى للقانون الذي يراه ملائما للقضية محل النزاع.

... »Lorsque les parties ne lui ont pas donné des directives sur le droit à appliquer, doit trancher le litige selon sa propre conception de l'arbitre ...ce qui revient à dire que l'arbitre international ne doit obéissance à une règle de droit, qu'il ne doit respecter que la seule volonté des parties .» 36

وفي هذا المعنى نصت المادة 13 من لائحة تنظيم الغرفة التجارية الدولية للتحكيم التجاري الدولي الكائن مقرها ب باريس أنه " في حالة عدم الإشارة للقانون الواجب التطبيق من طرف المتعاقدين، فإن المحكم في هذه الحالة يلجأ إلى تطبيق القانون المعين بواسطة قاعدة التنازع التي لها صلة بالنزاع". 37

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كانت لوائح الغرفة التجارية الدولية تلزم المحكم في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الذي يحكم النزاع، إلا أن هذا لا يعني أن المحكم يبقى مقيدا، بل أن المحكم حر في أن يستعين بأي نظام لتنازع القوانين. وهو ما قضت به الغرفة التجارية الدولية، إذ صرحت هذه الغرفة بشكل صريح في القضية

التي أصدرتها في سنة 1988 تحت رقم 5717 بأن المادة 13 من تنظيم الغرفة التجارية الدولية يخول للمحكم الدولي السلطة التقديرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد في غياب اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق... وأضافت الغرفة في قرارها المنوه عنه أعلاه، فالمحكم غير مجبر على تبني نظام معين من الأنظمة المتنازعة، وغير مقيد في تبرير اختياره لهذا القانون أو ذاك.

وهذا ما كرسه الاجتهاد القضائي اللبناني في إحدى قراراته التي تصب في تمتع المحكم في البحث عن القانون الذي يراه مناسبا وملائما لتحقيق قواعد العدالة والإنصاف بين الطرفين المتنازعين.

" يكون البند التحكيمي متمتعا بكيان قانوني مستقلا عن العقد ولو حاواهما صك واحد.

المحكم، له ان يختار بين اثنين: إما أن يطبق قواعد القانون أو العقد على أن يبين في تعليقه مدى توافق هذه القواعد مع مبادئ الإنصاف، إما أن يعتمد مبادئ الإنصاف متجاوزا ما ورد في العقد من بنود لا تبدو له منصفة طالما لا تتعلق بالنظام العام أن المحكمين فيما ذهبوا إليه انه لا يجوز لهم تطبيق قواعد الإنصاف في أمور مصيرية لمدة الشركة والحلول محل إرادة الفرقاء قد عرضوا قرارهم للإبطال لخروجهم عن المهمة المحددة لهم وفق البند 3 من المادة 800 أ.م.م" 38 (اصول محاكمات مدنية) اللبناني.

وهذا ما يبين الفرق بين اللجوء إلى التحكيم والقضاء الرسمي. فالمحكم له السلطة التقديرية في البحث عن القانون الملائم لحكم النزاع، في حين أن القاضي الرسمي يتقيد بقانون دولته مما يجعل التحكيم يمتاز عن القضاء الرسمي في هذا المجال. والسبب في ذلك أن المحكم الدولي ليس له ما يطلق عليه ب " قانون القاضي"

»L'arbitre international n'a pas de lex fori a laquelle il pourrait emprunter des règles de de conflit de lois « 39

وعلى أية حال، فان تحديد القانون الواجب التطبيق، سواء على الإجراءات، أو على موضوع النزاع أصبح مكرسا ومنصوصا عليه صراحة في معظم الاتفاقيات الدولية التي تخص العقود التجارية الدولية، وليس بمقدور الدول الحد من إرادة

الأطراف المتعاقدة في هذه المسألة، إلا ما تعارض منها مع القواعد الآمرة أو النظام العام في هذه الدولة.

وقد وجد الأفراد ضالهم في هذا عن طريق محاولتهم عزل القانون الذي يختارونه عن العقد الذي يجب أن يحكمه بتجميده زمنيا، بحيث لا يسري إلا على القانون الذي يتم اختياره من طرفهم، حتى يكونون بمنأى عن أي تعديل تقوم به الدولة مستقبلا.

وهذا ما يطلق عليه الفقه " بالتجميد التشريعي للقانون الواجب التطبيق على العقد "

ويتحقق تجميد القانون الذي يخضع له العقد كما يقول الدكتور "مظفر ناصر حسين" بوسيلتين: الوسيلة الأولى اتفاقية، بأن يقوم أطراف العقد بوضع شروط معينة تنص صراحة على العقد عند إثارة النزاع يطبق قانون الإرادة بإحكامه وقواعده النافذة وقت إبرام العقد.

والوسيلة الثانية تشريعية وبمقتضاها تتعهد الدولة التي ستدخل كطرف في عقد أو اتفاق دولي في مواجهة الطرف المتعاقد المستقبلي، بأن لا يكون للتعديل أو الإلغاء أثر على العقود والاتفاقات التي تعد في الواقع أحد أطرافها. 40

ويعرف البعض شرط الثبات التشريعي بأنه " ذلك الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع الشركة الأجنبية". 41

كما يعرفه فريق آخر بأنه " تلك الشروط التي تهدف الى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد وفي نفس الوقت نفسه من منعها تغيير القواعد النافذة وقت إبرامها، إذ تتعهد بمقتضاه بعدم اصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها على نحو يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد ويترتب عليه الاضرار بالطرف الأجنبي المتعاقد معها". 42

ويعرف أيضا بأنه " الأداة القانونية التي تتم من خلالها حماية المستثمر من مخاطر التشريع التي تهدف الى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية، وطرف في العقد

في نفس الوقت، ذلك من خلال منعها من تغيير القواعد القانونية النافذة أي بمعنى آخر تطبيق القانون الواجب التطبيق على العقد وقت إبرامه⁴³.

ويرى الأستاذ هشام علي صادق بان "رجوع المتعاقدين لقانون دولة معينة لا يعني أن قانون هذه الدولة قد أصبح القانون الواجب التطبيق على العقد، وإنما تندمج أحكام هذا القانون في العقد لتصبح جزءاً من شروطه التعاقدية، وهو ما يقتضي التجميد الزمني لهذه الأحكام في لحظة إبرام العقد، بحيث لا يعتد بما عسى أن يطرأ على القانون المختار من تعديلات تشريعية لاحقة".⁴⁴

ويقصد بشرط الثبات "الشرط الذي تتعهد بمقتضاه الدولة بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو أي أنظمة جديدة على العقد الذي تبرمه مع المستثمر الاجنبي"⁴⁵ وعليه فإن التجميد أو الثبات التشريعي⁴⁶ clause de stabilité législative يؤدي الى تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد، أو القانون المختار، ويبقى هذا القانون على الحالة التي عليها وقت إبرام العقد، ويتحقق هذا التجميد عادة في عقود الاستثمار والتنمية الاقتصادية خوفاً من تعديل القوانين بصفة مفاجئة⁴⁷.
يصنف البعض التجميد أو الثبات التشريعي للقانون الواجب التطبيق على العقد في نوعين من التجميد:

النوع الأول: شرط الثبات التشريعي.

وهو ذلك الشرط الذي يرد ضمن بنود أو شروط العقد الدولي ذاته، وتنص صراحة على ان القانون الذي يسري على العقد عند المنازعة، هو القانون بأحكامه وقواعده، النافذة فقط وقت الإبرام مع استبعاد أي تعديل لاحق يطرأ عليها⁴⁸. وتتعهد الدولة بموجب هذا الشرط الذي يدرج في العقد التي تبرمه مع المستثمر الأجنبي عدم إصدار أي تشريع جديد أو تعديل للتشريع القديم الذي منح امتيازات أو حوافز للمستثمر في الدولة المضيفة.

وعرف "شرط الثبات التشريعي" كذلك بأنه "ذلك الشرط الذي يمنع الدولة من التغيير لمصلحتها من الوضع القانوني".⁴⁹

ويعطي الدكتور "محمد عبد المجيد اسماعيل امثلة على شروط الثبات التشريعي في عقد الاشغال الدولية، ويذكر بان عقود الدولة الشهيرة في مصر لم تخل من

شروط الثبات، ويدلل على ذلك بمثال بقوله، فقد تضمن عقد "قناطر اسنا" وهو احد عقود الاشغال الدولية الكبرى في مصر في مادته الثلاثين شرطا للثبات التشريعي، وذلك بصدد قوانين الضرائب والتأمين الاجتماعي، وكذا تثبيت الاسعار الرسمية للإسمت للالزام لتنفيذ الاعمال والحديد والاخشاب والزيوت والكهرباء اللازمة حماية للمتعاقد مع الدولة من تغير الاسعار الذي قد يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد.

ونصت في المادة المذكورة المتعلقة بالتجميد على ان الاسعار ورسم الضرائب والتأمينات الاضافية تعاد للمقاوول بفاترة منفصلة أو تخصم منه في حالة النقصان، وذلك بالخصم من مدفوعاته وذلك بعد فحص، والموافقة على المستندات المناسبة خلال ستين يوما من تقديم المستندات اللازمة.

الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي.

الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي تعني أن أحكام المحكمين أصبحت حائزة لقوة الشيء المقضي فيه، وتكون واجبة التنفيذ بصرف النظر عن الدولة التي صدر فيها. ولا يختلف الأمر بالنسبة للاعتراف بالأحكام الأجنبية، لأن الحكم التحكيمي في حد ذاته يصنف في تنفيذه من الأحكام الأجنبية إذا شابه عنصر أجنبي في تنفيذه إلى اكسائه بالصيغة التنفيذية المطلوبة في جميع الأحكام الأجنبية.

وهذا يقتضي بادئ ذي بدء التعرض إلى انعقاد الخصومة التحكيمية في المبحث الأول واجراءات استصدار الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي والمحكمة المختصة في القانون الجزائري في المبحث الثاني.

انعقاد الخصومة التحكيمية

يقصد بعبارة خصومة التحكيم وفقا لقواعد التحكيم المعمول بها لدى مركز التحكيم التجاري لمجلس تعاون دول الخليج العربي إجراءات تحريك الدعوى التحكيمية وتقديم الطلبات والدفع والبيانات والمرافعات أمام هيئة التحكيم وتسيير هذه الإجراءات من قبل الهيئة من حيث تنظيم للجلسات. ومكانها ولغة التحكيم الى أن يتم قفل باب المرافعة وتهيئة القضية لإصدار الحكم المنهي للخصومة 50.

ويستتبع البحث في خصومة التحكيم طبقا للنظام المعمول به في هذا المركز التعرض لإحالة النزاع الى التحكيم من خلال تقديم طلب تحكيم من قبل أحد الأطراف، ومن ثم تشكيل هيئة التحكيم وما يكتنف الخصومة من ضمانات اجرائية للخصوم.

ويستخلص من التعريف السابق جملة من العناصر تتكون منها الخصومة التحكيمية، والتي تعمل بها معظم التشريعات المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي.

ونلخص الأحكام المتعلقة بإجراءات التحكيم الدولي في المطلب الموالي:

المطلب الأول:

تحريك خصومة التحكيم.

يتعين قبل تحريك خصومة التحكيم أن يقدم الطرف الراغب في التحكيم طلب التحكيم يحدد فيه المدعى عليه أو المطلوب التحكيم ضده، تمهيدا الى احالة القضية الى هيئة التحكيم ويوضع الطلب لدى الأمانة العامة لمركز التحكيم التجاري، ويتولى الأمين العام لمركز التحكيم إذا احيل النزاع الى احد مراكز التحكيم المتخصصة مهمة التحقق من استكمال طلب التحكيم للعناصر التي حددها المادة التاسعة من لائحة اجراءات التحكيم.

ويتضمن هذا الطلب جملة من العناصر وهي:

أ- اسم كل من طالب التحكيم (أو طالبي التحكيم إذا تعدد المدعون) والمطلوب التحكيم ضده (أو المحتكم ضدهم إذا تعدد المدعى عليهم). ولقبه وصفته وجنسيته وعنوانه. وبيان النزاع ووقائعه وأدلته مع تحديد الطلبات. اسم المحكم المختار إن وجد. ونسخة من اتفاق التحكيم والوثائق المتعلقة بالنزاع

ب- فحص طلب التحكيم من قبل الأمين العام

يتولى الأمين العام دراسة طلب التحكيم للتأكد من أنه مستوفي لكافة الشروط المطلوبة، لا سيما وجود وثيقة الاتفاق.

ج- اخطار المطلوب التحكيم ضده (المدعى عليه) وتقديم مذكرة جوابية

د- احالة القضية الى التحكيم

بعد أن تتلقى الأمانة العامة للمركز طلب التحكيم يتم تشكيل هيئة التحكيم.

وتشكيل هيئة التحكيم تبدأ فعليا اجراءات التحكيم.

المطلب الثاني:

تشكيل هيئة التحكيم.

من اهم المسائل الاجرائية للتحكيم، تشكيل هيئة التحكيم، بمعنى تعيين اعضاء التحكيم، الذين يتولون تسوية النزاع وإصدار الحكم التحكيمي، لإنهاء خصومة التحكيم .

وتشكيل هيئة التحكيم يتم عادة بإحدى طريقتين: إما ان يتم عن طريق الاتفاق، وإما عن طريق ما يعرف ب التشكيل النظامي لهيئة التحكيم.

الفرع الأول:

التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم

التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم يدخل ضمن الارادة الحرة لأطراف العقد، وهو نتيجة طبيعية لاختيار الأطراف اللجوء الى التحكيم.

وقد قن القانون النمطي للتحكيم التجاري الدولي للجنة القانون التجاري الدولي للأمم المتحدة الصادر سنة 1985 في المادة 1/10 منه " للطرفين حرية تحديد عدد المحكمين ». ونصت المادة 2/11 " للطرفين حرية الاتفاق على الاجراء الواجب اتباعه في تعيين المحكم أو المحكمين..."

ويستخلص من هذين النصين، أن النص الأول تكلم عن الحق في " تحديد عدد المحكمين" بينما تكلم النص الثاني عن الحق في تحديد " الإجراء الواجب إتباعها في تعيينهم.

ويرى الدكتور احمد عبد الكريم سلامة "فالحق في تحديد عدد المحكمين، يفترض الاعتراف الأولي لأطراف بحق اختيار من يتم تحديد عددهم أو تحديد الاجراء الواجب اتباعه لتعيين أشخاص ذلك العدد "51

الفرع الثاني:

التشكيل النظامي لهيئة التحكيم.

إذا لم يتفق الطرفان على تشكيل هيئة التحكيم أو تقاعس أحدهما على تعيين المحكم الوتر أو لم يتفق المعنيان عن تعيين المحكم المرجح، فإن الأمر يتطلب اتخاذ التدابير اللازمة لأجل أن تقوم هيئة التحكيم بالمهمة المسندة إليها. ومن بين ما يتخذ في هذا الشأن، هو اللجوء إلى الجهة أو السلطة النظامية التي اتفق عليها الأطراف أو القانون لحسم الأمر.

والجهة النظامية المقصود بها هنا قد تكون إحدى محاكم قضاء الدولة وقد تكون الجهة النظامية المختصة سلطة يتفق عليها الأطراف، كمرکز أو هيئة تحكيم دائمة.

وبالنسبة للوضع في الجزائر، فقد نصت المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم.

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

اقترح إجراء تعديل على الفقرة الأخيرة لهذه المادة، وذلك باستعاضة " محكمة التحكيم " بـ "هيئة التحكيم" حتى لا يبدو للأطراف أن المحكمة هي التي تتدخل لضبط الإجراءات، والحال في هذه الحالة أن هيئة التحكيم هي من تتولى ذلك.

والأصل أن الإجراءات تخضع للقانون المحلي، أي قانون الدولة التي تباشر فيها الإجراءات تأسيسا على قاعدة locus التي أتى بها الفقيه "بار تول" في القرن الثاني عشر، ولا زال العمل بهذه القاعدة إلى يومنا هذا في التشريعات المعاصرة. غير أن الأمر في مجال التحكيم يختلف، بمعنى أن المحكم لا يخضع لقانون القاضي، فالمحكّمون لا يعملون باسم سيادة دولة معينة، فهم مختارون من قبل الخصوم أنفسهم، وبالتالي ليس هناك قانونا إجرائيا معيناً يفرض على المحكمين إتباعه بشأن الخصومة التحكيمية، إلا ما اتفق عليه الخصوم.

وبالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة السالفة الذكر، فإنه يفترض في الخصوم اختيار القانون الإجرائي الذي يحكم سير الخصومة، ويكون لهم هذا الاختيار، إما

بوضع القواعد الإجرائية التي تحكم سير التحكيم بمعرفتهم، وإما يتفقون على اختيار قواعد إجرائية معمول بها في دولة أو في مركز من مراكز التحكيم المشهود لها بالكفاءة، وإما يفوضون الأمر إلى هيئة التحكيم لتقوم باختيار القانون الإجرائي الملائم.

وفي هذا المعنى نصت المادة 1/19 من القانون النموذجي للأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الصادر في سنة 1985 على أنه "مع مراعاة أحكام هذا القانون يتعين على هيئة التحكيم إتباعها لدى السير في التحكيم". وهو النص الذي استمدت منه القوانين الدولية المعاصرة، ومنها قانون التحكيم الجزائري.

وتتمثل القواعد الإجرائية، بدءا من تقديم طلب التحكيم، مرورا بكيفية تشكيل هيئة التحكيم، وتحديد وقت مكان التحكيم ولغته، وكيفية إخطار الطرف الآخر في التحكيم إلى غير ذلك من الإجراءات الأخرى.

كما نصت المادة 1/1508 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية الجديد «أن للأطراف أن يحددوا في اتفاقية التحكيم الإجراءات التي يتعين إتباعها، أو يحيلوا، بشأن الإجراءات إلى لائحة تحكيم، أو يخضعوا تلك الإجراءات لقانون إجرائي يحدده».

La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles, de procédure désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation.

كما نصت المادة 1/182 من قانون التحكيم السويسري (مجموعة القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987) على أنه "يمكن للأطراف تنظيم إجراءات التحكيم ... بالإحالة إلى لائحة تحكيم، كما يمكنهم أيضا إخضاعها لقانون إجراءات الذي يختارونه".

وفيما يتعلق بالمادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد السالفة الذكر، فإننا نلاحظ بحق أن المشرع الجزائري قد واكب فعلا جل التشريعات المعاصرة التي تعترف لطرفي التحكيم بالاتفاق على وضع القواعد الإجرائية بأنفسهم مباشرة في اتفاقية التحكيم، أو اختيار نظام تحكيم معين

يطبقونه على سير إجراءات التحكيم. مما يؤكد تكريس إرادة أطراف التحكيم في وضع أو اختيار القانون الإجرائي الذي يروونه ملائماً لسير الخصومة التحكيمية. وفي حالة غياب إرادة الأطراف في اختيار القانون الإجرائي لسير خصومة التحكيم، فإن الفقرة الأخيرة من المادة 1044 السالفة الذكر، قد أشارت بوضوح لا لبس فيه، أنه " إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات، عند الحاجة، مباشرة أو استناداً إلى قانون أو نظام تحكيم".

يستشف من هذه الفقرة وعلى خلاف معظم القوانين وقضاء التحكيم والاتفاقيات الدولية التي تلجأ إلى تطبيق قانون مقر الدولة التي يجرى فيها التحكيم loi du siège arbitral، عندما لا يختار طرفي التحكيم في اتفاقيتهم، أو يقومون بأنفسهم بتحديد قانون الإجراءات الواجب التطبيق على التحكيم، فإن المشرع الجزائري وفي غياب إرادة الأطراف في هذا الاختيار، فقد أسند هذه المهمة، بدلا من تطبيق قانون مقر التحكيم إلى محكمة التحكيم لتتولى ضبط الإجراءات التي يتعين إتباعها أو تقوم هذه المحكمة بتعيين قانون إجرائي أو نظام تحكيم معين لضبط سير التحكيم، بالرغم من المزايا التي يحققها القانون الإجرائي لمقر التحكيم أو المكان الذي تباشر فيه الخصومة، عندما يحجم طرفي التحكيم عن تعيين قانون الإجراءات التي يحكم عملية سير التحكيم.

وقد خالف المشرع الجزائري ذلك، حتى نص اتفاقية نيويورك لسنة 1958 التي انضمت إليها الجزائر، والتي نصت صراحة في الفقرة "د" من المادة 1/5 أنه يمكن رفض الاعتراف أو الأمر بتنفيذ حكم التحكيم أو إجراءات التحكيم إذا أثبت المحكوم ضده " أن تشكيل محكمة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق".

ولعل المشرع الجزائري بهذا قد قدر لهيئات التحكيم بما لها من سلطة تقديرية واسعة في اتخاذ ما تراه مناسباً للوصول إلى ضبط القواعد الإجرائية اللازمة والملائمة لتأمين سير خصومة التحكيم.

وقد اعترف بالسلطة التقديرية لهيئة التحكيم القانون النمطي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، حيث نصت المادة 2/19 منه على أنه "فإن لم يكن ثمة

مثل هذا الاتفاق بين الأطراف كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تسير في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة...."

تشكيل هيئة التحكيم أو المحكمة التحكيمية.

.Configuration du tribunal arbitral

لقد تجسدت إرادة الأطراف في تعيين القانون الواجب التطبيق في معظم التشريعات الدولية، وبرز ذلك على مستوى التشريعات الوطنية، والاتفاقيات الدولية.

وظهر ذلك جليا في الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم، من ذلك على سبيل المثال:

القانون النموذجي للأمم المتحدة art11 , loi – type CNUDCI ، والاتفاقية الأوروبية لسنة 1961، المادة الرابعة منها . واتفاقية نيويورك لسنة 1958، المادة 5 ولم يشذ المشرع الجزائري عن هذه التشريعات، فلم يحرم الأطراف من القيام بأنفسهم ووفقا لأرادتهم من تعيين المحكمين، فنصت المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم . وفي غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يأتي:

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

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

يستفاد من هذه المادة أن هناك ثلاثة طرق لتعيين المحكمين، وهذه الطرق هي: الطريقة الأولى، أن التعيين يتم من طرف الأطراف مباشرة، لكون أن تشكيل هيئة التحكيم يدخل في صميم إجراءات التحكيم الأولية، ويضطلع بهذه المهمة في الأصل أطراف التحكيم أنفسهم باعتبار أن التحكيم يعد نظام قضائي خاص، يكون بمقتضى اتفاق خاص مكتوب، كما سلف الذكر.

وفي هذا المعنى نص المشرع التونسي في الفصل 55 المتعلق بتشكيل هيئة التحكيم

1 للأطراف حرية تحديد عدد المحكمين لكن يجب أن يكون العدد وترا.

2 فان لم يفعلوا يكون عدد المحكمين ثلاثة."

ونص الفصل (327 / 2) من قانون التحكيم المغربي. قانون المسطرة المدنية المعدل.

قانون رقم 08 / 05 لعام 2007 يقضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية.

"تشكل الهيئة التحكيمية من محكم واحد او عدة محكمين، تكون للأطراف حرية تحديد اجراءات تعيينهم وعددهم، إما في الاتفاق التحكيمي، وإما بالاستناد إلى نظام التحكيم الموضوع للمؤسسة المختارة.

فان لم يتفق الاطراف على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة.

إذا تعدد المحكمون وجب ان يكون العدد وترا والا كان التحكيم باطلا."

ونص الفصل (5/327) من نفس القانون

" اذا لم يتم تعيين الهيئة التحكيمية مسبقا وكيفية وتاريخ تعيين المحكمين او لم يتفق الاطراف على ذلك، تتبع الاجراءات التالية:

1 اذا كانت هيئة التحكيم تتكون من محكم واحد يتولى رئيس المحكمة المختصة تعيين المحكم بناء على طلب احد الطرفين،

2 إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين يعين كل طرف محكما ويتفق المحكمان المعينان على تعيين المحكم الثالث، فاذا لم يعين احد الطرفين محكمه خلال 15 يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الاخر أو اذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال 15 يوما التالية لتاريخ تعيين اخرهما تولى رئيس المحكمة الخاصة بتعيينه بطلب أي من الطرفين، وتكون رئاسة هيئة التحكيم للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان او الذي عينه رئيس المحكمة.

3 تتبع الاجراءات المذكورة في الفقرة 2 اعلاه من هذه المادة إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من ثلاثة محكمين.

2 يجب ان يراعي رئيس المحكمة المختصة في الحكم الذي يختاره الشروط التي يتطلبها هذا القانون وتلك التي اتفق عليها الطرفان ويصدر قراره بعد استدعاء الاطراف ولا يكون هذا القرار قابلا للطعن فيه باي طريق من طرق الطعن.

3 تطبق نفس المقتضيات كلما اعترض تشكيل الهيئة التحكيمية صعوبة بسبب أحد الأطراف او صعوبة في تطبيق اجراءات التعيين."

إلا أنه رغم إسناد مهمة تعيين المحكمين لأطراف التحكيم، فإن قيام الأطراف بهذا الاختيار ليس بمهمة سهلة في جميع الحالات، وفي كل الفروض، فقد لا يستطيع الأطراف تعيين المحكم، أو يتقاعس أحد الطرفين في تعيين أحد المحكمين، أو البحث عن بديل لأحد المحكمين في حالة تنحيته أو عزله أو رده أو وفاته الخ...من المشاكل التي قد تبرز فجأة أو قد تطفو على السطح.

وبالرجوع إلى المادة 1041 أعلاه نجد أنها قد عالجت بعض هذه الفروض، وحافظت في نفس الوقت على احترام مبدأ التشكيل ألاتفاقي الذي قننه القانون النمطي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 الذي نص في المادة 1/10 بقوله " للطرفين حرية تحديد عدد المحكمين "

ويلاحظ على هذه المادة أنها جاءت خالية من أية إشارة إلى الشروط التي يجب مراعاتها في المحكم. ونرى أن إغفال هذا الشرط يفتح الباب على مصراعيه لكل من هب ودب أن يتولى التحكيم، مع العلم أن المحكم يجب أن تتوفر فيه على الأقل الحد الأدنى من الشروط، وهي:

1 أن يكون المحكم من بين المحكمين المعتمدين والمقيدين في قائمة المحكمين.

2 أن يكون كامل الأهلية.

3 ألا يكون قد أدين بحكم نهائي في جنائية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة.

4 أن يكون حسن السيرة.

كما نص في المادة 2/11 " للطرفين حرية الاتفاق على الإجراء الواجب إتباعه في

تعيين المحكم أو المحكمين..."

ونصت المادة 1/5 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 أن رفض الاعتراف بحكم التحكيم والأمر بتنفيذه يكون واجبا إذا تبين " أن تشكيل هيئة التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق ". ويستفاد من الفقرة الأولى من المادة 1041 أن اختيار المحكمين يتم بالاتفاق بين الأطراف سواء ورد هذا الاختيار في اتفاق التحكيم، أو في اتفاق مستقل. ومما سبق يبدو جليا أن موقف المشرع الجزائري جاء منسجما مع الاتفاقيات الدولية الحديثة التي تسمح للأطراف بكل حرية وبمحض إرادتهم الحرة في اختيار المحكمين الذين يشكلون محكمة التحكيم في تصدهم لحل النزاع. غير أن المشرع الجزائري لم يحدد في هذه الفقرة تحديد وقت تعيين كل طرف للمحكم الذي يرغب في تعيينه، ولا طريقة التعيين، ولا تحديد الشروط المطلوبة في المحكم، مع أن مقتضيات التحكيم، ومن أجل تفادي مماثلة أحد الطرفين في تعيين محكمه، توجب وضع حد زمني لكل طرف القيام بتعيين المحكم الذي يرغب فيه. ونرى أن عدم تحديد هذه المدة بدقة من شأنه أن يعطل إتمام إجراءات التحكيم الذي يتسم بالسرعة في قضائه بالفصل في المنازعة. وتجدر الإشارة أن معظم التشريعات المعاصرة قد نصت على تحديد مدة تعيين المحكم، وإن اختلفت في تلك المدة.

كما تناولت الاتفاقيات الدولية، كيفية تعيين المحكمين، ومدة تعيين المحكم. فعلى سبيل المثال نصت المادة الرابعة من ملحق تسوية المنازعات في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار أنه «تبدأ اجراءات التحكيم عن طريق اخطار يتقدم به الطرف الراغب في التحكيم الى الطرف أو الأطراف الاخرى في المنازعة ويوضح هذا الاخطار.. اسم المحكم المعين من قبله، ويجب على الطرف الاخر خلال ثلاثين يوما من تاريخ تقديم الاخطار أن يخطر طالب التحكيم باسم المحكم الذي عينه، ويختار المحكمون خلال ثلاثين يوما من تاريخ تعيين آخرهم حكما مرجحا يكون رئيسا لمحكمة التحكيم ويكون له صوت مرجح عند انقسام الآراء بالتساوي في المحكمة. وإذا لم يعين الطرف الاخر محكما خلال ثلاثين يوما من تاريخ تقديم الاخطار أو لم يتفق المحكمون على تعيين المحكم المرجح خلال ستين يوما من التاريخ المذكور،

تتكون محكمة التحكيم من محكم واحد أو عدد فردي من المحكمين بينهم محكم مرجح ويكون لكل طرف ان يطلب تعيينهم من جانب رئيس محكمة العدل العربية والى ان تنشأ هذه المحكمة يوجه الطلب الى أمين عام جامعة الدول العربية".

الطريقة الثانية، وإما أن يتم التحكيم بالرجوع الى نظام تحكيم مؤسساتي، أي اختيار مركز تحكيمي دائم، كغرفة التحكيم الدولية ب باريس، أو محكمة تحكيم "لندن"، أو مركز " لا هاي"، أو مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي الخ...

ومعلوم أن هذه المراكز تعطي الحرية للأطراف في اختيار المحكمين والعدد الذي يتفقون عليه، ولا تتدخل هذه المراكز الا عند عدم الاتفاق.

غير أن الجدير بالملاحظة في هذا الصدد أن المشرع الجزائري، رغم إعطائه للأطراف حرية اختيار المحكمين، لم يشر إلى الشروط التي يجب أن تتوفر في المحكم الذي يتم تعيينه، سواء جرى التعيين من الأطراف أنفسهم، أو من رئيس المحكمة المختصة، في حالة عدم قيام الأطراف بالتعيين أو تعذر عليهم ذلك، وهي مسألة نراها في غاية الأهمية، ذلك أن معظم التشريعات الدولية تشترط الحد الأدنى من بعض الصفات التي يجب أن يتمتع بها المحكم، مثل تمتعه بالحقوق المدنية، وخبرته، وجنسيته، ومعرفته للغة الأطراف الخ...

وإن كان المشرع الجزائري قد أشار الى بعض هذه الشروط بشكل غير مباشر في أوجه الطعن بالاستئناف في المادة 1056/2 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، إلا أنه لم يذكر الصفات التي يجب أن تتوفر في المحكم، مما يعد نقصا يتعين على المشرع الجزائري تداركه، حتى يجري في ذلك التشريعات الحديثة التي فصلت في هذه الصفات التي يتعين توفرها في المحكم.

ومن بين التشريعات التي أشارت الى هذه الصفات، التشريع الفرنسي الذي اشترط في المحكم أن يكون شخص طبيعي ومتمتعاً بجميع حقوقه المدنية. وهو ما ورد صراحة في المادة 1450 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية الجديد التي نصت:

«la mission d'arbitrage ne peut être exécutée que par une personne physique jouissant du plein exercice de ses droits.»

ومن الصفات التي تؤخذ بعين الاعتبار في تعيين المحكم كذلك، جنسيته، ومكان إقامته، ومعرفته لغة الأطراف وعلاقته مع دول الأطراف. وهو ما نصت عليه لائحة تحكيم الغرفة الدولية للتحكيم التجاري الكائن مقرها بباريس CCI، حيث جاء في المادة 1/9 من لائحته التنظيمية:

«Lors de la nomination ou confirmation d'un arbitre, la Cour tient compte de sa nationalité, de son lieu de résidence et de tout lien avec les pays auxquels ressortissent les parties et les autres arbitres ainsi que de la disponibilité et de l'aptitude de l'arbitre à conduire l'arbitrage conformément au présent Règlement. ... ». 0

ونص قانون التحكيم العماني الصادر بتاريخ 28 يونيو 1997 في المادة 16 منه " على شروط تعيين المحكم

1 "لا يجوز أن يكون المحكم قاصرا أو محجورا أو محروما من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة أو بسبب شهر افلاسه مالم يرد اليه اعتباره.

2 لا يشترط أن يكون المحكم من جنس أو جنسية معينة، إلا إذا اتفق طرفا التحكيم أو نص القانون على غير ذلك.

3 يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيده، وعلى المحكم إذا استجدت مثل هذه الظروف بعد تعيينه أو خلال اجراءات التحكيم المبادرة الى التصريح بها لطرفي التحكيم والمحكمين الآخرين."

وفي هذا الصدد نص الفصل الثامن من قانون عدد 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26 ابريل 1993 المتعلق بإصدار مجلة التحكيم التونسي " يجب أن تتوفر في أطراف اتفاقية التحكيم اهلية التصرف في حقوقهم ".

ونص الفصل العاشر من نفس القانون " يجب أن يكون المحكم شخصا طبيعيا رشيدا كفؤا متمتعا بكامل حقوقه المدنية وبالاستقلالية والحياد ازاء الأطراف"

كل هذه الشروط والصفات التي يتعين بها المحكم اغفلها المشرع الجزائري ولم يأخذها بعين الاعتبار، الشيء الذي يبين بوضوح النقص الفادح الذي اعتري طريقة وشروط تعيين المحكمين مما تدعو الحاجة الى إعادة صياغة المادة 1041 السالفة الذكر، وتحديد شروط تعيين المحكم وعدم انفراد القضاء بهذه الشروط، دون علم الأطراف بها مسبقا.

لذا نقترح أن يعاد صياغة المادة 1041 لتدارك النقص الملحوظ في التحكيم التجاري الدولي كما هو معمول به في أحدث تقنيات التحكيم المتطورة والمنسجمة مع الاتفاقيات الدولية وتحرر على النحو التالي:

1 يتولى مهمة التحكيم شخص طبيعي، وإذا كانت الجهة التي تتولى التحكيم شخصا اعتباريا فان مهمتها تقتصر على عملية تنظيم التحكيم.

2 تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر، فاذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة.

3 إذا تعدد المحكمون وجب ان يكون عددهم وترا والا كان التحكيم باطلا.

4 لا يجوز أن يكون المحكم قاصرا أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة أو بسبب اشهار افلاسه، وذلك ما لم يرد اليه اعتباره.

5 يكون قبول المحكم لمهمته كتابة وإفصاحه لطرفي التحكيم وللمحكمين الآخرين عن أية ظروف من شأنها إثارة الشكوك حول استقلاله أو حيده شرطاً لصحة التحكيم، سواء كانت هذه الظروف قائمة عند قبوله للمهمة أو استجدت اثناء اجراءات التحكيم.

6 إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد تولت المحكمة المختصة اختياره بناء على طلب أحد الطرفين.

7 إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين اختار كل طرف محكما، ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث، فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمة خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر تولت المحكمة المختصة تعيينه بناء على طلب ذلك الطرف .

- 8 تراعي المحكمة المختصة أو سلطة التعيين حسب الأحوال في المحكم المختار الشروط التي يطلبها القانون وتلك التي اتفق عليها الطرفان.
 - 9 لا يجوز رد المحكم الا إذا قامت ظروف تثير شكوكا لها ما يبررها حول حيده أو استقلاله. أو إذا ثبت افتقاره لمؤهلاته سبق ان اتفق طرفا التحكيم على استلزامها.
 - 10 لا يجوز لأي من طرفي التحكيم رد المحكم الذي عينه أو الذي اشترك في تعيينه الا لسبب جدي واضح.
 - 11 يقدم طلب الرد كتابة لهيئة التحكيم مبينا فيه اسباب الرد خلال 15 يوما من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هذه الهيئة.
 - 12 إذا تعذر على المحكم أداء مهامه أو لم يباشرها أو انقطع عن اداؤها بما يؤدي الى تأخير لا مبرر له في اجراءات التحكيم جاز للمحكمة أو مركز التحكيم حسب الأحوال انهاء مهمته.
 - 13 إذا انتهت مهمة المحكم برده أو عزله أو بأي سبب آخر وجب تعيين بديل له وفقا للإجراءات التي تتبع في اختيار المحكم الذي انتهت مهمته.
- وإذا لم يحصل الاتفاق على اختيار المحكمين، يتعين اتباع ما يلي:
- الطريقة الثالثة، اللجوء للقضاء لتعيين هيئة التحكيم.
- في حالة عدم قيام أحد الطرفين بتعيين محكمه، لوجود صعوبة في تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، فإن الفقرة الثانية من المادة 1041 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري نصت على حلين:
- الأول، هو رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر من طرف الطرف المستعجل أو الذي يهمه التعجيل، حسب تعبير هذه المادة
- الثاني، رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.
- وهكذا حصر المشرع الجزائري نطاق الاختصاص لأحدى محاكم الدولة في غياب أو تعذر اتفاق الأطراف على تعيين أو عزل أو استبدال المحكمين، دون اللجوء

الى حلول أخرى كمركز من مراكز التحكيم، أو مؤسسة تحكيم دائمة. وحصر اختصاص محاكم الدولة في الجزائر في هذا الفرض لا يعني هيمنة القضاء الجزائري على مجريات التحكيم، أو التدخل في شؤون الخصومة التحكيمية، وإنما الأمر يتعلق فقط بإبداء التعاون والمساعدة لهيئة التحكيم في تشكيل أعضائها والفصل في النزاع العالق بين الطرفين وتنفيذ اتفاق التحكيم بين الأطراف

كما أن تدخل المحاكم الجزائرية جاء في إطار ضيق ومشروط بعدم قيام الأطراف أو تعذر عليهم القيام بهذا الإجراء. فدور الدولة هنا، هو دور احتياطي، ليس إلا.

لكنه لم يحدد بدقة ووضوح مهمة المحكمة المختصة في حالة عدم الاتفاق.

لذا نقترح ما يلي:

أ- إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد تولت المحكمة المختصة اختياره.

ب- إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين اختار كل طرف محكما عنه، ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث، فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمة خلال خمسة عشر يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال خمسة عشر يوما التالية لتاريخ تعيين آخرهما، تولت المحكمة المختصة اختياره بناء على طلب من يهيمه الأمر، وذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تقديم الطلب، ويكون للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان، أو الذي اختارته المحكمة المختصة رئاسة هيئة التحكيم .

والجدير بالذكر أن تدخل الدولة يستلزم وجود صلة بين عملية التحكيم والدولة المطلوب من محاكمها النهوض بهذه المساعدة في تشكيل هيئة التحكيم، كأن يجري التحكيم في الخارج ويتفق الأطراف على اختيار قواعد الإجراءات المطبقة في الجزائر، ويكون هذا التدخل بناء على رغبة الطرف الذي يهيمه التعجيل، ويكون إعلان الرغبة من الطرف المستعجل بتقديم طلب إلى الجهة القضائية المختصة لتعيين محكم أحد الطرفين، وهذا الطلب، إما أن يوجه إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرتها التحكيم، أو يوجه إلى محكمة الجزائر العاصمة، إذا اختار الأطراف تطبيق

القانون الجزائري . وقد أخذ المشرع الجزائري بنظام الأوامر، بمعنى يقوم رئيس المحكمة بمجرد تلقيه الطلب من المعني بالأمر ودراسته بإصدار أمر بتعيين المحكم للطرف الذي لم يسع في تعيينه، وفقا لنظام الأوامر على العرائض الذي نصت عليه المادة 310 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بهدف الإسراع في تشكيل هيئة التحكيم.

الاختصاص القضائي في مسائل التحكيم.

الاختصاص القضائي في مجال التحكيم التجاري الدولي لا يختلف في مفهومه عن الاختصاص القضائي في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية بشكل عام، وهو ثبوت الاختصاص لجهة قضائية معينة.

وقد اختلف الفقه حول تحديد هذا المصطلح، فهناك من يرى، انه يوجد الى جانب من الاختصاص التشريعي، يوجد نوعا آخر يسمى الاختصاص القضائي الدولي.

وقد فصلنا هذا الموضوع بما فيه الكفاية في الجزء الأول من هذا الكتاب. وما أريد الإشارة اليه هنا، أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي، هي قواعد موضوعية، وظيفتها تحديد الجهة القضائية المختصة. بخلاف الاختصاص التشريعي الذي عادة ما تحدده قواعد الاسناد في دولة القاضي.

وتحديد الجهة القضائية المختصة يتم تعيينها عادة في اتفاقية التحكيم. وإذا لم يتم ذلك، فإن الاختصاص يؤول الى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ابرام العقد أو مكان التنفيذ

وفي هذا المعنى نصت المادة 1042 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري " إذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم، يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ "

واضح من هذه المادة أن مسألة الاختصاص يفترض أن تدرج أصلا في اتفاقية التحكيم، وإذا أغفل الأطراف الإشارة إلى الاختصاص، ففي هذه الحالة يؤول

الاختصاص مباشرة الى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان إجراء التنفيذ.

وبهذا حسم المشرع الجزائري مسألة الاختصاص، ولم يترك أي تأويل بشأنها، وتجنب بذلك أي خلاف من شأنه أن يؤدي إلى تعطيل الفصل في النزاع، ويطيل أمد النزاع.

وفيما يتعلق بالدفع بعدم الاختصاص، والوقت الذي يجب إثارته أمام المحكمة، فقد أجابت عنه المادة من ق.ا.م. وادارية 1044 بقولها " تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفع في الموضوع.

تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع ".

يتضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري اعتبر إثارة الدفع بعدم الاختصاص مسألة أولية، يجب ابدائها أمام محكمة التحكيم قبل اللجوء في الموضوع . ونرى أنه يجب إضافة فقرة ثالثة لهذه المادة وتصاص على النحو التالي:

"وفي جميع الحالات، يجوز لهيئة التحكيم (محكمة التحكيم) ان تقبل دفعا اخر تأخر ابداءه إذا رأت أن هذا التأخير له أهميته وله ما يبرره ".

وتتولي محكمة التحكيم بنفسها الفصل في الاختصاص، متى كان الدفع موجها إلى اتفاق التحكيم سواء كان الأمر يتعلق بعدم وجود اتفاق التحكيم أو بسقوطه، كما لو حدد الطرفان مدة له وانتهت دون الفصل في النزاع، أو بطلانه، لعدم توافر أحد شروطه الموضوعية أو الشكلية الخ... ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه وإنهائه أثر على شرط التحكيم الذي تضمنه، طالما كان هذا الشرط صحيحا في حد ذاته. وهذا يعد تكريسا لمبدأ " استقلال التحكيم " بمعنى أن المحكم مختص بتقرير اختصاصه. وفي هذا الصدد نصت المادة 16 من القانون النموذجي للأنسترا المعديل سنة 2006 أنه " يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته."

وتفصل المحكمة التحكيمية في الاختصاص المثار من أحد الطرفين بموجب حكم أولي، إلا إذا رأت أن مسألة الاختصاص لا يمكن فصلها عن موضوع النزاع. ويلاحظ في هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يربط الدفع بعدم الاختصاص بأي مدة زمنية محددة، خلافا لمعظم التشريعات التي نصت صراحة على تحديد ميعاد تقديم الدفع بعدم الاختصاص.

كما بينت المادة 1045 حالة عدم الاختصاص التلقائي في موضوع النزاع، بمجرد أن يصل إلى علم القاضي المنوط به الفصل في النزاع، أن الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية التحكيم بهذا الخصوص. على أن إثارة وجود اتفاقية من عدمها لا يثيرها القاضي من تلقاء نفسه، وإنما يكون ذلك بناء على طلب أحد الأطراف، لأن الأمر هنا في هذه الحالة لا يتعلق بالنظام العام، حتى يثيره القاضي من تلقاء نفسه. فالقاضي هنا يتقيد بالمصلحة الخاصة لأطراف النزاع. وبعبارة أدق لا يجوز للقاضي إثارة اختصاصه في المسألة محل النزاع من عدم ذلك، لأن هذا الحق مخول آثاره للأطراف أنفسهم وليس للقاضي، وهذا الحق نابع من إرادة الأطراف في حل النزاع. فالأمر هنا يختلف مثلا عن عدم الاختصاص النوعي أو انعدام الصفة الذي يثيره القاضي من تلقاء نفسه، لأن مثل هذه المسائل تتعلق بالنظام العام، بخلاف الاختصاص القضائي في مادة التحكيم التجاري الدولي، كما سلف الذكر.

وعليه فإن إثارة القاضي لعدم الاختصاص مقرون بدفع أحد الأطراف، وهو عادة الطرف الذي له مصلحة في ذلك، لأن من شروط رفع الدعوى توفر الصفة والمصلحة.

غير أن الدفع بعدم الاختصاص يكتنفه بعض الغموض في طبيعته القانونية، هل يصنف من الدفوع الشكلية أم من الدفوع الموضوعية، أم أنه يدخل في صنف الدفوع بعدم القبول؟

باستقراء النصوص المتعلقة بإجراءات التحكيم لا نلمس بشكل واضح طبيعة الدفع المتعلق بعدم الاختصاص في التحكيم التجاري، باستثناء الإشارة التي وردت لهذا الدفع في المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت " يكون

القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، اذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، او اذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على ان تثار من احد الأطراف". وفي جميع الحالات، فان القاضي يحظر عليه اثاره هذا الدفع من تلقاء نفسه، بل يجب اثارته من له مصلحة في ذلك من أحد الأطراف. وعلى العكس من ذلك وبالرجوع الى الاتفاقيات الدولية، ولا سيما اتفاقية نيويورك لسنة 1958 واتفاقية الأمم المتحدة "اليونسترال" والتي انضمت إليهما الجزائر، فإنهما ينصان على ضرورة تقديم الدفع قبل الولوج في الموضوع. وبما أن الاتفاقية تسمو على التشريع الداخلي (المادة 21 من القانون المدني، والمادة 132 من الدستور) والأمر يتعلق بالتحكيم التجاري الدولي، فان هذا الدفع يعد من الدفوع الشكلية ومن ثم وجب ابداء الدفع المتعلق بالاختصاص القضائي قبل الموضوع، أو الدفع بعدم القبول. الا أنه جدير بالذكر، أن المحكمة العليا قد ذهبت في قرارها الصادر بتاريخ 2007/12/05 الى أن أساس الدفع بقاعدة الاختصاص لا يتعلق بدفع شكلي، بل يتعلق بتطبيق بند من بنود العقد، فهو دفع في الموضوع، ولا يستوجب تقديمه قبل الخوض في الموضوع، ولم تبرر المحكمة العليا ما توصلت اليه في قرارها. غير أن هناك استثناءات وردت على قاعدة عدم الاختصاص القضائي نجمها فيما يلي:

أولاً: بطلان أو انعدام اتفاق التحكيم أو عدم قابليته للتطبيق

ورد هذا الشرط في المادة 02 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 52

من خلال ما ورد في نص هذه المادة، أنه إذا تبين أن هذه الاتفاقية يشوبها البطلان، أو انعدام الاتفاق، أصلاً فإن هذه الاتفاقية تصبح غير قابلة للتطبيق، وتصبح كسائر العقود التي تنشأ باطلاً، عندما لا تتوفر على الشروط الشكلية والموضوعية، كتخلف شرط الكتابة مثلاً، سواء كانت رسمية أو عرفية أو الكترونية، أو واردة في أية وسيلة اتصال أخرى. أو افتقار هذه الاتفاقية للشروط الموضوعية، مما يستجوبه القانون الذي اختاره الأطراف، أو القانون الذي يحكم النزاع أو

القانون الذي يراه المحكم ملائما لحل النزاع، أو حصل بعد إبرام الاتفاقية وفاة أحد الأطراف أو فقد أهليته.

ونقترح في هذا الصدد إضافة مادة تحرر كالتالي:

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.

يجب التمسك بهذه الدفوع في ميعاد لا يتعدى ميعاد تقديم دفاع المدعي عليه.

2 يجب ابداء الدفوع بعدم اختصاص هيئة التحكيم قبل الولوج في الموضوع.

تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المشار إليها أعلاه، باعتبارها مسألة أولية، قبل الفصل في الموضوع، أو تقرر ضمها للموضوع لتفصل فيهما معا.

ثانيا: تنازل الأطراف عن التحكيم.

إذا كان اللجوء إلى التحكيم أساسه إرادة الأطراف في حل منازعاتهم، فإنه يمكن لهم بالمقابل التنازل عنه، سواء كان هذا التنازل صريحا أو ضمنيا. ولا يهم أن تم ذلك قبل عرض النزاع على القضاء، أو جرى ذلك أثناء سريان الدعوى، كأن يثير المدعي مثلا دفع يتعلق بوجود اتفاقية تتعلق بعرض النزاع على التحكيم، ثم يقرر بمحض إرادته التنازل لا حقا عن هذا الدفع، وفي المقابل لا يتمسك به الطرف الآخر. ولا يجوز للقاضي في هذه الحالة البحث في مدى جدية هذا الدفع، بل عليه الاستجابة لإرادة الأطراف ويشرع في مباشرة إجراءات الفصل في النزاع، وإلا اعتبر منكرا للعدالة، إن هو رفض الفصل في القضية، بالرغم من تنازل الطرفين أو أحدهما ولم يعترض الطرف الآخر.

الحكم التحكيمي la sentence arbitrale

لم يتفق الفقه على إعطاء تعريف محدد للحكم التحكيمي، بل جاءت جل التعاريف الفقهية متضاربة، ويرجع هذا الخلاف إلى الزاوية التي يعتمد عليها كل فقيه في تعريفه للحكم التحكيمي.

كما أن التشريعات والاتفاقيات الدولية لم تتعرض هي الأخرى إلى تعريف الحكم التحكيمي، رغم أنها قد أولت اهتماما كبيرا للتحكيم التجاري الدولي على وجه

الخصوص، باستثناء اتفاقية نيويورك لسنة 1958 التي نصت على المقصود بالحكم التحكيمي. إذ نصت في المادة 1/2 " يقصد بالحكم التحكيمي ليس فقط الأحكام الصادرة من محكمين معينين للفصل في حالات محددة، بل أيضا الأحكام الصادرة من هيأت تحكيمية دائمة يحتكم إليها الأطراف " 53.

وبخصوص التعاريف الفقهية، فإنه يمكن تصنيفها في اتجاهين رئيسين: الاتجاه الفقهي الموسع، والاتجاه الفقهي الضيق.

أولاً: الاتجاه الفقهي الموسع.

يرى هذا الاتجاه أن الحكم التحكيمي، هو الذي يفصل في النزاع، وفقاً لاتفاقية التحكيم، سواء انصب هذا الحكم على النزاع كله، أو اقتصر على جزء من النزاع، دون باقي الأجزاء الأخرى وقد يكون هذا الحكم تمهيدي sentence preparatoire، بغرض إعطاء مزيداً من المعلومات حول هذه المسألة. وهناك الحكم التحكيمي المؤقت sentence provisoire الذي يهدف إلى البت بصفة مؤقتة في مسائل معينة قبل صدور الحكم النهائي.

وقد عرف الفقيه E. Gaillard الذي يتزعم الاتجاه الموسع حكم التحكيم بأنه " تصرف المحكمين الذي يفصل بشكل قطعي، وبصورة كلية أو جزئية في النزاع المعروف عليهم، سواء تعلق بموضوع النزاع أو الاختصاص أو بمسائل الاجراءات، وأدى الى انتهاء الخصومة" 54

ثانياً: الاتجاه الضيق. يتزعم هذا الاتجاه الأساتذة: alalive، poudret، reymond، ويقتصرون في تعريفهم لحكم التحكيم " بأنه ذلك الذي ينصب على موضوع النزاع ويفصل بصفة نهائية في النزاع بشكل كلي أو جزئي. 55

وبمفهوم المخالفة، وفقاً لهذا التعريف، فإن كل قرار تحكيمي لا يفصل في النزاع لا يعد من وجهة نظرهم حكماً تحكيمياً، فتخرج بذلك من تعريف الحكم التحكيمي، الأحكام التمهيدية والأحكام المؤقتة، والمسائل الاجرائية، وبشكل عام كل القرارات التحكيمية الصادرة عن محكمة التحكيم والتي لا تفصل بشكل قاطع وواضح في الطلب المقدم لها لا تعد احكاماً تحكيمية بالمعنى الدقيق للحكم التحكيمي.

الا ان الفقه والقضاء في معظمه لا يؤيد هذا الرأي، ويأخذ بالاتجاه الموسع. ومن الفقهاء الذين سايروا الاتجاه الموسع للأحكام التحكيمية الأستاذة "حفيظة السيد الحداد" التي عرفت الأحكام التحكيمية بقولها " بأن أحكام التحكيم تشمل جميع القرارات الصادرة عن المحكم والتي تفصل بشكل قطعي في المنازعة المعروضة على المحكم، سواء كانت أحكام كلية تفصل في موضوع المنازعة ككل أم أحكاما جزئية تفصل في شق منها، سواء تعلقت هذه القرارات بموضوع المنازعة ذاتها أو بالاختصاص أو بمسألة تتعلق بالإجراءات أدت بالمحكم الى الحكم بإنهاء الخصومة⁵⁶"

كما أخذ بهذا الاتجاه الأستاذ "عيد محمد القصاص" الذي عرف حكم التحكيم بأنه "القرار الصادر عن هيئة التحكيم في الخصومة المنعقدة أمامها، سواء كان صادرا في موضوع هذه الخصومة كله، أو في جزء منه، أو في مسألة من المسائل الاجرائية".⁵⁷

وقد سائر هذا الاتجاه القضاء الفرنسي، وهو ما ذهبت اليه محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ 05 ما رس 1994، والتي عرفت من خلاله الحكم التحكيمي بأنه " أعمال المحكمين التي تفصل بشكل حاسم ونهائي كليا أو جزئيا في النزاع الذي عرض عليهم، سواء تعلق هذا الحكم بالموضوع أم بالاختصاص، أو تعلق الأمر بمسألة اجرائية والتي تؤدي بهم الى انتهاء النزاع.⁵⁸

ومهما كانت الاختلافات الفقهية في شأن الحكم التحكيمي، فان الحكم التحكيمي، باعتباره يعد عملا قضائيا لا يختلف عن الأحكام القضائية الرسمية، يتطلب توفره على شروط شكلية وشروط موضوعية.

أولا: الشروط الشكلية المطلوب توفرها في الحكم التحكيمي. les conditions de forms

من الشروط الشكلية التي يجب توفرها في الحكم التحكيمي أن يكون مكتوبا، وأن يحتوي على بيانات معينة.

أ يجب أن يكون حكم التحكيم مكتوبا، ومن ثم لا يعترف بالأحكام التي تتم شفاهة، وبالمقابل لم تشترط معظم التشريعات شكل هذه الكتابة ولا اللغة التي تحرر بها. وقد تركت هذه المسألة الى حرية الأطراف المتعاقدة.

ب : بيانات حكم التحكيم.

نصت المادة 1028 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري " يتضمن حكم التحكيم البيانات الآتية:

1 اسم ولقب المحكم أو المحكمين.

2 تاريخ صدور الحكم.

3 مكان اصداره.

4 اسماء والقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي.

5 اسماء والقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الاطراف عند الاقتضاء.

وهذه البيانات يجب توفرها مجتمعة، وإلا تعرض الحكم التحكيمي للإبطال.

وأضافت المادة 1029 من قانون الاجراءات المدنية والادارية بيان آخر بنصها " توقيع أحكام التحكيم من جميع المحكمين.

وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين الى ذلك.

ويرتب الحكم أثره باعتباره موقعا من جميع المحكمين.

ثانيا: الشروط الموضوعية: les conditions de fond

الحكم التحكيمي لا يختلف من حيث الشروط الموضوعية التي يجب ان تتوفر

فيه عن تنفيذ الاحكام الأجنبية الاخرى.

وشروط تنفيذ الاحكام الاجنبية منصوص عليها في المادة 605 من قانون

الاجراءات المدنية والادارية وهي: ألا يتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص، وان يكون

حائزا لقوة الشئ المقضي به طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه، الا يتعارض مع امر

او حكم او قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية، واثير من المدعي عليه، والا

يتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر.

وبالإضافة الى هذه الشروط، هناك شروط اخرى وهي:

1- ان يصدر حكم التحكيم بعد اجراء المداولة يشارك فيها جميع المحكمين يناقشون من خلال هذه المداولة جميع الدفع التي صدرت من الاطراف. وهذا الاجراء ضروري يترتب على تخلفه بطلان الحكم التحكيمي. كما يجب ان تتم المداولة في سرية تامة، بهدف ضمان استقلال كل محكم فيما يبديه من اراء، دون ان يتأثر في ذلك بوجهة نظر الخصم الذي عينه، لان المحكم هنا يختلف دوره عن دور المحامي الذي قد يلجا اليه الخصم اذا ما اضطر هذا الاخير اللجوء الى القضاء.

2- ان يتضمن حكم التحكيم عرضا موجزا للنزاع.
نصت المادة 1027 من قانون الاجراءات المدنية والادارية " يجب ان تتضمن احكام التحكيم عرضا موجزا لادعاءات الاطراف واوجه دفاعهم.
يجب ان تكون احكام التحكيم مسببة ".

يستخلص من هذه المادة، أن المحكمين مطالبون أن يضمنوا حكمهم ملخص ادعاءات الأطراف وطلباتهم، ومستنداتهم التي اعتمدوا عليها في ادعاءاتهم، أو الاشارة اليها عن طريق الاحالة الى هذه التفاصيل المذكورة في مستنداتهم أو في مذكرة دفاعهم.

كما يجب أن يكون حكم التحكيم مسببا.
لم يحصل اجماع في الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي من بيان اسباب حكم التحكيم. فطبقا للمادة 48/ 3 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 يجب ان يكون حكم التحكيم مسببا⁶⁰، في حين ان المادة 32/ 3 من قواعد تحكيم لجنة الامم المتحدة لم تشترط تسبيب الحكم، إذ نصت على ان " يبين في حكم التحكيم الاسباب التي بني عليها ما لم يكن الطرفان قد اتفقا على عدم بيان الاسباب التي بني عليها او ما لم يكن حكم التحكيم قد صدر بشروط متفق عليها بموجب المادة 30".

ووفقا لنظام التحكيم المعمول به في الغرفة التجارية الدولية الكائن مقرها ب باريس "يجب ان يصدر الحكم متضمنا لأسبابه وحيثياته ما لم يعبر الطرفان عن رغبتهما في عكس ذلك. كما عالجت الاتفاقية الاوروبية للتحكيم التجاري الدولي في المادة الثامنة منها اسباب حكم التحكيم معالجة خاصة، فقد ارسى هذه الاتفاقية

مبدأ عاما بمقتضاه يفترض ان الطرفين يتطلبان ان يكون الحكم مسببا، ثم اعفت المحكم من ذكر أسباب الحكم إذا أعلن الطرفان صراحة عدم ذكر الاسباب، او اذا كانت اجراءات التحكيم التي اتبعت قد انبثقت من نظام قانوني معين لم تجر فيه العادة على تسبیب الحكم ولم يطلب الطرفان او احدهما صراحة تسبیه قبل انتهاء الاجراءات، وهو ما يعني عدم وجوب تسبیب الحكم اذا كان القانون الواجب التطبيق على الاجراءات لا يتطلب تسبیه ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك 61.

واقترح أن يضاف إلى هذه المادة فقرة أخرى وتصاغ على النحو التالي:
يتعين أن يتضمن الحكم مقدار تكاليف التحكيم من إتعاب ومصاريف، والطرف الملزم بسدادها ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك. وبدون ذكر ذلك لا يمكن تنفيذ الحكم التحكيمي في هذا الشق، ونتيجة لهذا الإغفال قد يدعو الأمر إلى رفع دعوى مستقلة للمطالبة بهذه المصاريف أو الأتعاب، وهذا من شأنه أن يفتح الباب للمقاضاة في نفس القضية بعد غلقها بموجب حكم تحكيمي نهائي، مما يطيل أمد النزاع بين الأطراف.

إجراءات استصدار الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي والمحكمة المختصة بالتدابير
والاجراءات في القانون الجزائي.

بالرجوع الى المادة 1046 من قانون الاجراءات المدنية والادارية التي نصت " يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على ذلك..."
يتضح أن المشرع الجزائري قد اكتفى بالإشارة الى المحكمة المختصة بطلب الأمر بالتنفيذ للتدابير المؤقتة أو التحفظية الى محكمة التحكيم.

ونصت المادة 1053 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " تودع الوثائق المذكورة في المادة 1052 أعلاه، بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل "

يستفاد من هذه المادة، أنه قبل استصدار الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي إيداع الوثائق المذكورة في المادة 1052، وهي أصل حكم التحكيم مرفقا باتفاقية التحكيم أو

بنسخ منها، تستوفي شروط صحتها، تمهيدا لإجراء الرقابة على الحكم التحكيمي، والتأكد من جميع الشروط المطلوبة في تنفيذ الأحكام التحكيمية. وفي جميع الأحوال يجب إيداع أصل حكم التحكيم لدى أمانة ضبط الجهة المختصة.

أما أحكام التحكيم التحفظية أو المؤقتة التي أشارت إليها المادة 1046 المتعلقة بإجراءات تحفظية، والتي تكون عادة أثناء سير التحكيم، فلم تنص المادة 1053 بضرورة إيداعها لدى أمانة ضبط الجهة المختصة.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يشر إلى إلزام من صدر إلى صالحه الحكم التحكيمي بتقديم ترجمة باللغة العربية لحكم التحكيم الصادر بلغة أجنبية. ونعتقد أن إغفال هذا الإجراء يمس بالسيادة الوطنية.

كما لم يحدد المشرع الجزائري ميعادا لإيداع الحكم التحكيمي بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة، إذ لم تتضمن المادة 1053 التي تعالج إيداع حكم التحكيم لدى أمانة ضبط المحكمة تحديد ميعاد لهذا الإيداع.

ويقدم طلب تنفيذ حكم التحكيم بناء على عريضة ترفع إلى رئيس المحكمة التي تباشر في دائرة اختصاصها إجراءات التنفيذ، وقد أحالت المادة 1054 إلى المواد من 1035 إلى 1038 فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي.

ويكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها.

فالحكم التحكيمي النهائي، هو الحكم الذي يفصل في الخصومة بشكل نهائي، أو ما يسعى بالحكم المنهي للخصومة.

أما الحكم الجزئي، فهو الذي يفصل في أحد أو بعض الطلبات الموضوعية في الدعوى التحكيمية، بناء على طلب أحد الأطراف، أو تفصل فيه هيئة التحكيم من تلقاء نفسها، قبل أن تفصل في النزاع. 62

أو تقوم هيئة التحكيم بتحديد ما إذا كان المدعي أو المدعى عليه قد خرق الاتفاق المبرم بين طرفي النزاع دون الفصل في مقدار التعويض المستحق في تلك المرحلة. ومتى أصدرت قرارا جزئيا في مسألة ما، فإنها ترفع يدها عن تلك المسألة. 63

وفي جميع الحالات، فإن الحكم التحكيمي الجزئي، يقتصر على الفصل في جزء من المسألة اثناء السير في القضية بشكل نهائي.

والملاحظ أن الحكم الجزئي يحسم الخصومة في الجزء الذي فصل فيه، وتستمر الخصومة قائمة لباقي الطلبات التي لم يفصل فيها الحكم الجزئي.

أما بالنسبة للحكم التمهيدي أو التحضيري، فإنه لا يفصل في النزاع كليا أو جزئيا، وإنما يهدف الى التمهيد لإصدار حكم موضوعي أو وقتي، فهو إذن ليس حكما منهيًا للخصومة كما أنه ليس حكما وقتيا، لأنه لا يفصل في طلب مؤقت أو مستعجل. ومن أمثلة الأحكام التمهيدية التي تصدرها هيئة التحكيم الدفع بعدم قبول الدعوى، أو في عدم اختصاص الهيئة التحكيمية، أو الحكم الصادر بتعيين خبير.

كما يجوز لمحكمة التحكيم أن تصدر أحكاما وقتية، عملا بالمادة 1046 التي نصت " يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك.

إذا لم يقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي".

ويتضح من هذه المادة أن لهيئة التحكيم سلطة إصدار أحكام وقتية أو مستعجلة، قبل أن تصدر حكمها النهائي في الموضوع، بناء على طلب أحد الأطراف. لكن سلطتها هذه مقيدة بعدم وجود اتفاق يقضي بغير ذلك.

وتستطيع محكمة التحكيم إجبار الطرف الآخر على التنفيذ، إذا لم يقم بالتنفيذ بمحض إرادته عن طريق تقديم طلب للمحكمة المختصة لتتولى بنفسها إجبار الطرف الذي رفض التنفيذ، ويطبق في هذه القضية قانون دولة القاضي الواقع في دائرتها التنفيذ.

ويلاحظ على هذه المادة أنها جاءت متفقة مع المادة 26 / 2 وما بعدها من القانون النمطي للأمم المتحدة Mode_ Law الصادر في سنة 1985 التي نصت: " يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر أيا من الطرفين، بناء على طلب أحدهما، باتخاذ أي تدبير وقائي مؤقت تراه ضروريا بالنسبة الى موضوع النزاع ما لم يتفق الطرفان على

خلاف ذلك. ولهيئة التحكيم أن تطلب من أي من الطرفين تقديم ضمان مناسب فيما يتصل بهذا التدبير*."

ومعلوم أن التدابير الوقائية أو الاستعجالية يتطلب اتخاذها توفر حالة الاستعجال والخشية من فوات الوقت، وأن يطلب أحد الطرفين من هيئة التحكيم اتخاذ التدبير الوقائي أو التحفظي.

وبمعنى أوضح فإن هيئة التحكيم لا تقضي بإصدار الأمر الوقائي أو التحفظي من تلقاء نفسها.

كما أن لهيئة التحكيم أن تقدر مدى توفر حالة الاستعجال من عدمها، لأن هيئة التحكيم سيدة في قراراتها، ومن صلاحيتها كذلك ألا تستجيب لطلب الخصم إن كانت الظروف لا تبرر تدخله بإصدار الأمر الاستعجالي أو التحفظي.

وأخيرا نتساءل متى يصير الحكم التحكيمي قابلا للتنفيذ الجبري؟

مما لا شك فيه أن الحكم التحكيمي، إذا وصل إلى مرحلة التنفيذ الجبري، ولم يتم التنفيذ وديا ففي هذه الحالة لن يكون هذا الحكم صالحا بذاته للتنفيذ، وإنما يحتاج الأمر إلى اكسائه بالصيغة التنفيذية من المحكمة المختصة، بعد خضوعه للتحقق من شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية المنصوص عليها في المادة 605 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

ومعلوم أن بعض التشريعات أوصدت الباب أمام الأطراف باتباع أي طريق من طرق الاستئناف العادية أو غير العادية بالنسبة للحكم التحكيمي، وأبقت فقط على الطعن بالبطلان، إذا توفرت شروطه.

ومن التشريعات التي ألغت الطعن بالاستئناف والطعن بالنقض في الحكم التحكيمي، قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي الصادر بمرسوم القانون رقم 38 لسنة 1980، إذ نصت المادة 186 منه " لا يجوز استئناف حكم المحكم إلا إذا اتفق الخصوم قبل صدوره على خلاف ذلك، ويرفع الاستئناف عندئذ أمام المحكمة الكلية بهيئة استئنافية ويخضع للقواعد المقررة لاستئناف الأحكام الصادرة من المحاكم، ويبدأ مياعده من تاريخ إيداع أصل الحكم لدى إدارة الكتاب وفقا للمادة 184."

ومع ذلك لا يكون الحكم قابلا للاستئناف إذا كان الحكم مفوضا بالصلح أو كان محكما في الاستئناف أو كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز ألف دينار، أو كان الحكم صادرا من الهيئة المنصوص عليها في المادة 177.

ويجوز لكل ذي شأن أن يطلب بطلان حكم المحكم الصادر نهائيا وذلك في الأحوال التالية:

أ " إذا صدر بغير اتفاق تحكيم أو بناء على اتفاق تحكيم باطل أو سقط بتجاوزه الميعاد أو إذا كان الحكم قد خرج عن حدود الاتفاق على التحكيم.

ب إذا تحقق سبب من الأسباب التي يجوز من أجلها التماس إعادة النظر.

ج إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثرت في الحكم "

ونصت المادة 125 من نفس القانون السالف الذكر " لا يكون حكم المحكم قابلا للتنفيذ الا بأمر يصدره رئيس المحكمة التي أودع الحكم إدارتها كتابها بناء على طلب أحد ذوي الشأن، وذلك بعد الاطلاع على الحكم وعلى اتفاق التحكيم وبعد التثبت من انتفاء موانع تنفيذه، وانقضاء ميعاد الاستئناف إذا كان الحكم قابلا له وغير مشمول بالنفاذ المعجل، ويوص عامر التنفيذ بذيّل أصل الحكم "64.

وقانون المرافعات المصري رقم 27 الصادر سنة 1994 والذي نص في المادة 1/52 على أنه " لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقا لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية".

وفي هذه الفقرة يقول الدكتور "ممدوح عبد الحميد عبد المطلب والأستاذة إنعام السيد الدسوقي"

أوصد المشرع (المصري) الباب وأقام نوعا من الحصانة المتميزة لأحكام التحكيم، فهي تسمو حتى على أحكام القضاء التي تخضع للمراجعة موضوعا وشكلا في الاستئناف. فضلا عن إمكان الطعن فيها بالتماس إعادة النظر.

ويضيف الدكتور " ممدوح عبد الحميد عبد المطلب " والأستاذة "إنعام السيد الدسوقي" وتتمتع بهذه الحصانة كل أحكام التحكيم التي تصدر وفقا لأحكام

التحكيم التي تصدر طبقا لهذا القانون 65. وبالتالي تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقا لهذا القانون حجية الأمر المقضي فيه.

والحجية معناها هنا أنها تغل يد أطراف هذا الحكم الذي صدر من إعادة طرحه مرة أخرى أمام القضاء فيما فصل فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجة ويصبح ساريا فيما قضى به في مواجهة جميع الأطراف، ولا يجوز إثارة النزاع بشأن هذه المسألة مرة أخرى، لسبق الفصل في الدعوى، ويصبح الحكم التحكيمي محصنا باتحاد السبب والموضوع والصفة، ولكل طرف ان يتمسك بهذه الحجية في مواجهة الطرف الآخر.

فالحجية تنسب للأحكام التي تفصل في الحقوق المدعى بها أو المتنازع عليها، أو تلك التي تثبت هذه الحقوق، وتتخذ من هذه الحقوق معيارا لضبط وتحديد نطاق حجية هذه الاحكام 66.

غير ان القضاء الفرنسي، ممثلا في احكام محكمة النقض الفرنسية ذهب الى عدم الاعتراف بأحكام المحكمين واشترط لكي تتمتع بالحجية الحصول على امر التنفيذ، فقبل صدور الحكم بتنفيذها، فان حكم المحكمين لا تكون له طبيعة الاحكام القضائية.

وتأكيدا على ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية سنة 1959 بعدم جواز الطعن بالاستئناف في حكم المحكمين قبل الأمر بتنفيذه. وفي تطور لاحق قضت الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في سنة 1972 بأنه " ليس هناك قاعدة من قواعد النظام العام تتعارض مع استئناف حكم المحكمين قبل صدور الأمر بتنفيذه".

لكن بعد صدور حكم الدائرة التجارية في 03 فبراير 1981 والذي صدر في ظل القانون السابق على التعديل والذي ادخل على نصوص التحكيم الواردة في قانون المرافعات الفرنسي.

وبدأ من هذا التاريخ سلم القضاء الفرنسي وبدون تحفظ بحجية الحكم المقضي لحكم المحكمين.

نص المشرع الفرنسي في المادة 1/1484 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد «أن حكم المحكمين يحوز حجية الشيء المقضي بمجرد صدوره بالنسبة للمنازعة التي حسمها».*

** يتبع في العدد القادم من المجلة :

المحور الرابع والأخير: "طرق الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي"

الهوامش:

(35) د. هشام علي صادق . المرجع السابق . ص. 90
(36) انظر الإشارة الى هذه القضية في مؤلف الدكتور هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. ط. 2014، دار الفكر الجامعي. الاسكندرية . ص. 89
* Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international.

(37) د. هشام علي صادق . المرجع السابق . ص. 90
(38) (www.mamadoukounate.com)
(39) Nadège KAMARIYAGWE = www.memoireonline.com
(40) د. محمد ابراهيم موسى . انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية . ط. 2007. دار الجامعة الجديدة . ص. 57.

(41) مشار اليه في مؤلف: Antoine KASSIS المرجع السابق . ص. 295
(42) انظر نفس المؤلف. المرجع السابق. ص. 305
(43) l'article 13 du règlement d'arbitrage de la CCI dispose que « A défaut d'indication par les parties du droit applicable, l'arbitre appliquera la loi désignée par la règle de conflit qu'il jugera appropriée »
(44) يعلق البروفسور فايز الحاج شاهين على قرار محكمة الاستئناف المدنية اللبنانية في بيروت الغرفة الثالثة. قرار صدر بتاريخ 2007 /10/16
أولاً: في الشكل:

حيث أن الطعن مقدم ضمن المهلة القانونية مستوفيا الشروط الشكلية كافة فيكون مقبولا شكلا لهذه الجهة
وحيث أن المطلوب الإبطال بوجهه اثار مسالة مدى قابلية القرار التحكيمي للطعن على حدة وفق نص المادة 804 م.م (اصول محاكمات مدنية) معطوفة على المادة 615 م.م لصدوره قبل صدور قرار تحكيمي نهائي يعين مصفي الشركة ويحدد مهمته،

وحيث وان كان واضحا من نص المادة 615 م.م عدم جواز الطعن في الأحكام الصادرة أثناء المحاكمة إلا مع الحكم النهائي، إلا أن القرار المطعون فيه، وان قضى بفتح المحاكمة للسير بإجراءات تصفية الشركة، إلا انه قرار فصل كافة نقاط النزاع المثارة وأعطى كل نقطة الحل الذي وجده المحكمون مناسبا، بحيث يمكن وصفه بأنه قرار نهائي انتهت به المحكمة ولم يبق أمام الهيئة التحكيمية إلا الانتقال إلى المرحلة التنفيذية لقرارها القاصي بإعلان انتهاء مدة الشركة، أي السير بإجراءات التصفية، فلا تنطبق بالتالي أحكام المادة 615 م.م . المذكورة على هذا الوضع، فيقتضي رد ما أثاره المطلوب بوجهه، وقبول الطعن شكلا لهذه الجهة كذلك.
ثانياً: في الأساس:

حيث ان طالبي الإبطال يطعنون في القرار استنادا إلى أسباب ستبحثها المحكمة بالقدر المفيد لحسم القضية.
1 في السبب الأول:

حيث أن طالبي الإبطال يدلون تحت هذا السبب بان إبطال او انتهاء العقد المتضمن بندا تحكيميا يؤدي إلى بطلان او زوال البند التحكيمي لان مصير هذا الأخير يتبع حتما مصير العقد انطلاقا من قاعدة الفرع يتبع الأصل، و قاعدة عدم استقلالية البند التحكيمي، وان خصمهم يطالب بإنهاء عقد الشركة مما يحتم سقوط البند التحكيمي،

وحيث أن من المسلم به فقها واجتهادا لا يخفي على الملمين بشؤون التحكيم، كما ان اجتهاد هذه المحكمة مستقر على تكريس استقلال البند التحكيمي عن العقد الذي يتضمنه بحيث يبقى البند التحكيمي نافذا بالرغم من بطلان

العقد، ومبرر ذلك ان طرح مسألة بطلان العقد من قبل الفرقاء لا يمكن أن يجد حلا إلا من خلال إعمال البند التحكيمي الذي يعطي المحكم الاختصاص للبحث في المسألة المذكورة، بحيث البند التحكيمي متمتعاً بكيان قانوني مستقل عن العقد ولو حواهما صك واحد، فيقتضي رد ما ورد تحت السبب المذكور.

2 في مجموعة الأسباب المتصلة بعدم تطبيق مبادئ الإنصاف (الأسباب 3،4،6،7،8) حيث أن طالبي الإبطال يدلون بجملة أسباب يأخذون فيها على القرار التحكيمي عدم اعتماد مبادئ الإنصاف لحل النزاع بين الفريقين مكتفياً بتطبيق القانون ومعتمداً بعض الاجتهاد الفرنسي دون أن يتبين مدى توافق ذلك مع الإنصاف، فأعلن مدة الشركة بالاستناد إلى نصوص قانونية أخطأ في تفسيرها، مفترضا أنه حتى ولو تعسف أحد الشركاء في حقه بالانسحاب من الشركة فإن هذا التعسف يؤدي حصرا إلى الحق بالمطالبة بالاعطال والضرر كما أخطأ القرار إذ جزم بعدم حق المحكمين بالحلول محل إرادة الفرقاء في أمور مصيرية كمدة الشركة ن وهو في ذلك لم يتوصل إلى حل تهنئة،

وحيث أن المطلوب الإبطال بوجهه يرد مدليا بأن الحل الذي توصل إليه القرار ينطبق على الشركة والقواعد الإلزامية التي ترعى شركات الأشخاص وأيضا على قواعد الإنصاف ن وأنه يحق للمحكم تطبيق قواعد القانون، خاصة إذا كانت منصفة، وأن القرار المطعون فيه اعتمد مبادئ الإنصاف، إذ اعتبر أنه لا يستطيع الحلول، حتى في التحكيم المطلق محل إرادة الفرقاء في أمور مصيرية كمدة الشركة.

وحيث يستنتج مما تقدم أن جوهر ما أدلى به الطرفان يطرح أمام هذه المحكمة مسألة معرفة ما إذا كانت الهيئة التحكيمية المطعون بقرارها والمكلفة بتحكيم مطلق خرجت أم لا عن حدود المهمة المحددة لها في البند التحكيمي لجهة عدم اعتمادها مبادئ الإنصاف في حسم النزاع.

وحيث يتبين من القرار المطعون فيه أنه توصل إلى عدم تمديد مدة الشركة استنادا إلى نظامها وإلى رغبة أحد الشركاء، معتبرا أنه لا يجوز للهيئة التحكيمية، وإن كان التحكيم مطلقا أن تحل محل إرادة الفرقاء باستنباط شروط جوهرية تتعلق بمدة الشركة غير واردة في نص النظام التأسيسي، وإن تحل محل إرادة الشركاء في أمور مصيرية كمدة الشركة، وإن تعسف أحد الشركاء في حال ثبوته، لا يمكن أن يؤدي إلى إعطاء الهيئة التحكيمية صلاحية تمديد مدة الشركة، بل منح الشركاء المطلوب التحكيم بوجههم حق المطالبة بالاعطال والضرر.

وحيث من المسلم به في الفقه والاجتهاد الحديثين أن المحكم المطلق له أن يختار بين اثنين: إما أن يطبق قواعد القانون أو العقد على أن يتبين في تعليقه مدى توافق هذه القواعد مع مبادئ الإنصاف، وهذا ما أخذ به اجتهاد هذه المحكمة في مناسبات عديدة، وإما أن يعتمد مبادئ الإنصاف متجاوزا ما ورد في العقد من بنود لا تبدو له عادلة أو منصفة، فيعدل المسار الذي رسمه الفرقاء لعلاقتهم التعاقدية كي يأتي حله للنزاع متسما بمسحة من الإنصاف فيكون بذلك قد قام تليين ما ورد في العقد من بنود جامدة وقاسية لا تخدم بالنتيجة روح العقد ومصلحة الفرقاء المتنازعين:

بهذا المعنى يضيف البروفسور فايز الحاج شاهين مدعما تعليقه بعدة مصادر. ويقول:

حيث أن تجاوز المحكم لما ورد في العقد من بنود لا تبدو له منصفة يجد تبريره في أن النصوص التعاقدية، طالما لا تتعلق بالنظام العام، هي ذات طابع مكمل caractère supplétif مما يعطي المحكم المطلق مجالا لتعديلها وتلطيفها :

Il ya un pouvoir modérateur ou un pouvoir de modification

وحيث يعزز ما تقدم أنه من طبيعة التحكيم المطلق الذي توافق عليه المتنازعون أن يكون باستطاعة المحكمين إضفاء الطابع المنصف على الحل الذي يقررونه للنزاع المطروح عليهم، ولو تعارض الحل أحيانا مع ما ورد في العقد من نصوص، فيكون من واجبهم، وهم محكمون مطلقون، أن يستتيروا في سبيل ذلك بمبادئ الإنصاف، حتى لو اضطروا إلى تجاوز واستبعاد ما قد تضمنه العقد من بنود لا تتسم بالعدالة، مهما تنوعت هذه البنود أو تعددت، أو حتى مهما اتسمت هذه البنود بطابع هام أو " مصيري " وفق تعبير القرار المطعون فيه، فالمهم فقط بالنسبة للمحكمين، وهذا أمر أساسي أن يتصدوا للمسألة المطروحة عليهم وتحديد ما إذا كانت مبادئ الإنصاف تبرر لجوئهم إلى تلطيف البنود التعاقدية لتأتي منسجمة مع حلول منصفة لا يمكن أن تضر بمصلحة أي من الفرقاء المتنازعين، فلا يمكنهم بالتالي أن يتصلوا من هذه المهمة بحجة عدم تمكنهم من مخالفة بنود العقد الصريحة .

وحيث أن متابعة الاجتهاد الفرنسي الحديث تدل على أنه أصبح يميل بشكل واضح إلى تكريس سلطة المحكم المطلق في التدخل في العقد وتعديل بعض بنوده لمصلحة تطبيق مبادئ الإنصاف، وهذا يدخل مباشرة في صلب مهمته

وحيث أن المحكمة تعتبر أن مبادرة المحكم المطلق إلى تطبيق مبادئ الإنصاف لا يعني أبدا هدا لعودة العقد الملزمة للفرقاء، إذ أن هؤلاء يتضمنهم العقد أو النظام بندا تحكيميا مطلقا، وهو بند أساسي غير منفصل عن

العقد، يعني قبولهم المسبق بمفاعيل هذا البند من حيث إعطاء المحكم إمكانية تطبيق مبادئ الإنصاف ولو اقتضى الأمر إلى ذلك تعديل أو تلطيف أو حتى الخروج عن بعض البنود التعاقدية، طالما لا تتعلق هذه البنود بالنظام العام، فلا يمكنهم بالتالي أن يستبعدوا مبادئ الإنصاف بحجة تعارضها مع بعض بنود العقد، مهما كانت هذه البنود،

وحيث أن التعليل المتقدم يقود إلى القول أن المحكمين في هذه القضية إذ اعتبروا أنه لا يجوز لهم وإن كان التحكيم مطلقاً أن يحلوا محل إرادة الشركاء في أمور مصيرية كمدة الشركة، يكونون قد خرجوا عن المهمة التي أولاهم إياها الفرقاء، وذلك بغض النظر عن الحل الذي كانوا سيعتمدونه فيما لو طبقوا مبادئ الإنصاف خاصة وإن البند المتعلق بمدة الشركة مهما كان مهماً، ليس نصاً إلزامياً ومتعلقاً بالنظام العام ليمنع اللجوء إلى مبادئ الإنصاف حتى ولو جاء حلهم مستنداً إلى قواعد القانون أو بنود العقد، فيكونون فيما ذهبوا إليه باعتبارهم أنه لا يجوز لهم تطبيق قواعد الإنصاف في أمور مصيرية كمدة الشركة والحلول محل إرادة الفرقاء قد عرضوا قرارهم للإبطال لخروجهم عن المهمة المحددة لهم وفق البند 3 من المادة 800 م.م،

وحيث يقتضي بنتيجة كل ما تقدم إبطال القرار المطعون فيه وعدم البحث في سائر أسباب الإبطال لعدم الفائدة من ذلك.

وحيث يقتضي بعد هذه النتيجة وعملاً بنص المادة 801 م.. فتح المحاكمة ونشر الدعوى في الأساس وتكليف الفريقين بتقديم دفاعهم على أساس النزاع .

لذلك تقرر بإجماع:

1 قبول الطعن شكلاً.

2 إبطال القرار التحكيمي المطعون فيه.

3 فتح المحكمة وتكليف الفريقين بتقديم ما لديهم من دفاع في الأساس وإرجاء الجلسة إلى يوم الخميس الواقع في 2008/1/31 (مجلة التحكيم. العدد الرابع. (أكتوبر) 2009 ص.364 وما بعدها.

C.C.I n° 5717 qui a déclaré que « l'article 13 du règlement CCI donne à l'arbitre (45 le pouvoir discrétionnaire de choisir la loi applicable au contrat en l'absence de choix effectué par les parties ...Celui-ci est libre de se référer à tout système de conflit de la loi auquel il a accès et n'est aucunement obligé de donner préférence à l'un des systèmes sur un autre ».sentence CCI N° 5717 .RENDUE en 1988 .Bulletin de la CCI 1990. 22 VOIR. Mme Besma ARFAOUI. L'INTERPRETATION ARBITRALE DU CONTRAT DE COMMERCE INTERNATIONAL.THESE DE DOCTORAT EN DROIT PRIVÉ.2007 8 2008. UNIVERSITE DE LIMOGES.P.54

(46) أ.م.د.مظفر ناصر حسين . المرجع السابق.ص.17

(47) شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول، بحث مقدم من طرف الأستاذ المدرس المساعد غسان محمد عبيد المعموري. كلية الحقوق. جامعة كربلاء. بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق.. المجلد الأول، العدد الثاني..2009. ص.172.

<https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&id=19142>

(48) شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول، بحث مقدم من طرف الأستاذ المدرس المساعد غسان محمد عبيد المعموري. كلية الحقوق. جامعة كربلاء. بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق.. المجلد الأول، العدد الثاني..2009. ص.172.

<https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&id=19142>

(49) أميرة المرضي عوض كلية الحقوق، جامعة الكويت، الكويت. النظام القانوني لشرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الأجنبي. المجلة العربية للبحوث في القانون والاقتصاد. المجلد الأول، العدد الأول، أغسطس 2020. ص. 8 دار الراصد للنشر. https://www.alraafid.com/ajrle/vol1_issue1/1-26.pdf

(50) أ. هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. ط. 2014. دار الفكر الجامعي. ص 134

(51) مشار إلى ذات التعريف في مؤلف ازاد شكور صالح. الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود الاستثمار الدولية. دراسة مقارنة. ط. 1. 2016. ص.0. 75. المؤسسة الحديثة للكتاب. لبنان.

(52) ويقصد بشرط التجميد أو الثبات في " قانون العقد" كما ورد في تعريف wikipédia "أنه لا يمكن تعديل العقد أو المساس بحد عناصره أو كل عناصره أثناء التنفيذ ". En droit des contrats, une clause de stabilisation désigne une clause contractuelle rendant intangible la nature ou l'exécution d'un ou plusieurs éléments du contrat

Author: Jean-Marc LONCLE et Damien PHILIBERT-POLLE. Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement

Type : Article : Les clauses de stabilisation dans les accords de développement économique ou dans les contrats d'État constituent l'instrument le plus efficace à la disposition de l'investisseur étranger souhaitant se prémunir contre le risque de change in law. Ces clauses sont d'autant plus efficaces qu'elles sont souscrites par l'État d'accueil lui-même ou avec son accord : leur objet n'est donc pas d'attribuer à une partie la charge d'un éventuel changement législatif pénalisant pour l'investisseur ou d'en effacer les conséquences dommageables, mais de créer au bénéfice de ce dernier un cadre juridique ad hoc, régime exceptionnel que seul peut lui accorder un cocontractant bénéficiant de la personnalité juridique internationale. Les parties sont libres, en fonction de l'étendue de la protection recherchée, d'avoir recours à des clauses plus ou moins larges, figeant seulement une partie de la législation de l'État d'accueil ou alors l'intégralité de celle-ci. Elles peuvent également compléter ce type de dispositif par des clauses d'intangibilité destinées, entre autres chose, à empêcher la modification unilatérale du contrat par ce même État.

L'efficacité de ce type de clause dépend naturellement de la faculté des États à pouvoir en écarter l'application. Une fois n'est pas coutume, c'est dans le droit des nationalisations d'investissements étrangers, aléas que les clauses de stabilisation se proposent pourtant de limiter, qu'il convient de rechercher la principale faiblesse de ce type de protection. [https : www.iblj.com](https://www.iblj.com)

(54) د. احمد عبد الكريم سلامة. مدونة ابحاث في القانون الدولي الخاص. ط1. بدون تاريخ. دار النهضة العربية. القاهرة. ص. 665.

(55) د. محمد عبد المجيد اسماعيل. عقود الاشغال الدولية ط. 2000. القاهرة .

(56) خصوصية التحكيم وفقا لقواعد التحكيم لدى مركز التحكيم التجاري لمجلس التعاون لدى الخليج العربية. Microsoft word

(57) د. احمد عبد الكريم سلامة. المرجع السابق 0. ص. 617.

(58) المادة الثانية من اتفاقية نيويورك لسنة 1958

(1) تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم.

(2) يقصد " باتفاق مكتوب " شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة – أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق.

(3) على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق.

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales (59) (étrangères (New York, 1958

Article : 2/1 « On entend par "sentences arbitrales" non seulement les sentences rendues par des arbitres nommés pour des cas déterminés, mais également celles qui sont rendues par des organes d'arbitrage permanents auxquels les parties se sont soumises.

E. Gaillard. Arbitrage commercial international, sentence arbitral, (60

procedur, J.C.I.D.R.inter., fasc586.9.2.n.7 انظر هذا التعريف في رسالة دكتوراه، للدكتورة زروق نوال. الرقابة على اعمال المحكمين في ظل التحكيم التجاري الدولي. كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة سطيف 2. 2014. ص. 56.

Lalive, Pierre . Poudret, Jean-François, Prof. Dr.Reymond Claude (le droit de)61
l'arbitrage interne et international en suisse (la loi fédérale du 18/12.1987.

<http://www.helbing.ch>

(62) أد. حفيظة السيد الحداد. الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي. منشورات الحلبي
الحقوقية، بيروت ط. 2007. ص. 300

(63) عيد محمد القصاص. حكم التحكيم. دار النهضة العربية، القاهرة. ط. 2003. ص. 70

Cass. civ. 1re, 12 oct. 2011, Rev. arb., 2012.86, note F.-X. TRAIN. Cette (64
définition a été introduite par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt Sardisud du 25
mars 1994 (Rev. arb., 1994.391, note Ch. JARROSSON. Voir aussi François-Xavier
TRAIN. RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION DES SENTENCES
ARBITRALES ÉTRANGÈRES : LE DROIT FRANÇAIS AU PRISME DE LA
. CONVENTION DE NEW YORK

https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2014_num_66_2_20387

Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre (65
Etats et Ressortissants d'autres Etats Conclue à Washington le 18 mars 1965 Signée
par la Suisse le 22 septembre 1967 Approuvée par l'Assemblée fédérale le 12 mars
1968 Instrument de ratification déposé par la Suisse le 15 mai 1968 Entrée en
(vigueur pour la Suisse le 14 juin 1968 (Etat le 18 mai 2007

Le Tribunal statue sur toute question à la majorité des voix de tous ses (1) 66
membres. (2) La sentence est rendue par écrit ; elle est signée par les membres du
Tribunal qui se sont prononcés en sa faveur. Protection des investissements 14
0.975.2 (3) La sentence doit répondre à tous les chefs de conclusions soumises au
Tribunal et doit être motivée. (4) Tout membre du Tribunal peut faire joindre à la
sentence soit son opinion particulière – qu'il partage ou non l'avis de la majorité –
soit la mention de son dissentiment. (5) Le Centre ne publie aucune sentence sans le
.consentement des parties