



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة مصطفى اسطنبولي معسكر

كلية الحقوق و العلوم السياسية

مطبوعة بعنوان:

محاضرات في مادة الطرق البديلة لحل المنازعات الاقتصادية .

دروس موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر قانون أعمال .

من إعداد الأستاذة : بودالي خديجة

أستاذة محاضرة قسم "أ" .

السنة الجامعية 2021/2020

مقدمة :

إن ظاهرة الانفتاح على التحكيم و الطرق البديلة الأخرى كالصلح و الوساطة و التوفيق و اتساع أفاقها أضحت من أهم الظواهر القانونية المعاصرة سواء على المستوى الإقليمي أو المستوى الموضوعي. فعلى المستوى الإقليمي شمل الاعتراف بالنظم البديلة لفض المنازعات كافة أفراد الجماعة الدولية على اختلاف أنظمتها القانونية و أوضاعها الاقتصادية . بل نجد أن كافة دول العالم و بالرغم من اختلاف أنظمتها السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية قد رأت فيها النظم التي تحقق العدالة .

أما على المستوى الموضوعي فنجد أنه بعد تغيير دور الدولة والتي أصبحت الدولة الشاحنة أو الناقلة أو المجهزة، فقد ازداد تدخل الدولة و أشخاصها المعنوية في مجال التجارة الدولية الأمر الذي أدى إلى نشأة الكثير و العديد من المنازعات في المجال التجاري .

و حرصا من كل دولة على عدم مثلها أمام القضاء الأجنبي نظرا لاعتبارات سياسية و سيادية ، فقد كانت الوسائل البديلة هي القضاء البديل لحل مثل هذه المنازعات .

كما نجد أن التحكيم و الوساطة في الوقت الحالي قد اقترنا بنمو العلاقات الاقتصادية بين الدول وبين الأفراد ، حتى يمكننا القول أن التحكيم الاقتصادي الدولي قد أصبح القضاء الطبيعي للمنازعات الاقتصادية الدولية ذات المعاملات المالية الضخمة و المعقدة .

و بالرغم من أن ارادة الدولة موجودة في التحكيم الاقتصادي الدولي الا أن الواقع يؤكد سيطرة ارادة الأطراف على حساب ارادة الدولة في هذا المجال ، الأمر الذي انعكس على حرية الأطراف في تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق سواء من الناحية الاجرائية أو الموضوعية .

و نظرا لازدهار التجارة الدولية و تطور النظام القانوني لها، ونظرا للعمليات المتشابكة و المعقدة التي تتم فيها و بين أطرافها أو الغير ، فإننا نجد أنه أصبح للتحكيم مكانة كبيرة كوسيلة لحل المنازعات

التجارية الدولية ، وقد تجلى ذلك أكثر في إنشاء مراكز للتحكيم متخصصة في هذا المجال عبر كل أقطار العالم .

أما عن الجزائر فقد اعترفت بالتحكيم تدريجيا من رفض إلى قبول ضمني و محتشم في المنازعات البترولية إلى القبول الصريح عن طريق الانضمام إلى اتفاقيات دولية خاصة بالتحكيم ثم اعتماد المرسوم التشريعي 09/93 الخاص بقانون التحكيم التجاري الدولي في الجزائر ، ثم جاء قانون 09/08 و الخاص بقانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري والذي عالج التحكيم الداخلي والدولي و قد نظم هذا الأخير بطريقة أكثر تحرر خاصة في مجال التحكيم التجاري الدولي .

و بالتالي التساؤل الذي يطرح في هذا المجال : كيف نظم المشرع الجزائري مختلف الطرق البديلة لحل المنازعات الاقتصادية ؟.

للإجابة على هذه الإشكالية قسمنا هذه المحاضرات إلى عدة فصول كالآتي:

الفصل التمهيدي : نبذة عن ظهور الطرق البديلة في النظم القانونية و التفرقة بينها.

الفصل الأول : مدخل إلى التحكيم عموما .

الفصل الثاني : التحكيم كوسيلة بديلة لحل المنازعات الاقتصادية في القانون الجزائري.

الفصل الرابع : النظام القانوني لاتفاق التحكيم .

الفصل الخامس : الوساطة كطريق بديل لحل المنازعات الاقتصادية .

الفصل السادس : الصلح كطريق بديل لحل المنازعات .

الفصل التمهيدي : نبذة عن ظهور الطرق البديلة في النظم القانونية و التفرقة بينها .

إن الوسائل البديلة لحل المنازعات قديمة قدم البشرية و سبق ظهورها وجود القضاء ، فقبل أن تظهر الدولة بمعناها الحديث كانت تحل النزاعات بين الأفراد و الجماعات بواسطة هذه الوسائل ، وقد تطور اللجوء إليها بتطور البشرية ، ففي بداية الأمر لم تكن هناك حدود فاصلة بين الوسائل المختلفة لحل المنازعات إلى أن تعقدت العلاقات و تطورت بدأت الاختلافات و الخصوصية تظهر لكل وسيلة على حدى و هذا ما سوف نبينه في هذا الفصل .

المبحث الأول : ظهور الوسائل البديلة لحل المنازعات .

كرست الشريعة الإسلامية الصلح بين الأفراد بموجب القرآن الكريم و لقول الله تعالى : " إنما المؤمنون إخوة فأصلحوا بين أخويكم و اتقوا الله لعلكم ترحمون " صدق الله العظيم¹.

و قد روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله - صلى الله عليه و سلم قال : " الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلال أو أحل حراما "².

و قد لا يختلف الصلح عن الوساطة في هذا المعنى لأن كليهما يهدفان إلى إنهاء الخلاف بحل ودي و بالتالي فالوساطة جائزة شرعا فيما هو حلال . و قد كانت للوساطة أثر كبير أيضا في الحضارات السابقة و تطور معناها و العمل بها بتطور الفكر القانوني و العلمي للشعوب .

و من أهم الوسائل البديلة لحل المنازعات نجد أيضا التحكيم و الذي كان معروفا في الشرائع القديمة و متعارف عليه و معمول به، وكان عرفا و شريعة لدى العرب قبل الإسلام و تعود نشأة التحكيم إلى بداية البشرية ، وهو قديم قدمها، فقد عرفته البشرية قبل أن تعرف القضاء العام و اعترفت به كافة الأنظمة السياسية التي كانت سائدة آنذاك ، كالحضارات اليونانية و الرومانية و الإسلامية وغيرها.

¹ الآية 10 من سورة الحجرات .

² و كانت تأخذ الوساطة بهذا معنى الصلح أيضا لأنه نوع من إيجاد حل ودي و تصالح بين الناس .

والتحكيم كنظام قانوني لحل المنازعات التجارية معروف منذ القدم بحيث يمتد وجوده إلى عصور روما القديمة في القرن السابع قبل الميلاد وازدهار القانون التجاري لجزيرة رودس "The Sea Law of Rhodes" ثم تبوأ التحكيم مكانه اللائق كوسيلة لحل المنازعات في العصور الوسطى نظرا لازدهار التجارة بين الشعوب المختلفة، ونشوء موانئ هامة على بحر الشمال وبحر البلطيق وتدوين أعظم قانونين بحريين عرفيين "Lex Maritima" وهما قنصلية البحر "Consulato del Mare" وهي مدونة برشلونة في القرن الحادي عشر للميلاد، ومجموعة أوليرون "The Role of Oleron" التي وضعت عام 1200 للميلاد تضم أحكام القضاة الصادر في الموانئ الفرنسية الواقعة على المحيط الأطلسي. أما عن التحكيم في عصرنا الحاضر فإنه قد لاقى رواجاً وازدهاراً لا مثيل لهما نظراً لازدهار التجارة الدولية، وتفضيل أغلب المتعاملين المتخصصين التحكيم كوسيلة لحل منازعاتهم .

المبحث الثاني : التمييز بين التحكيم و الطرق الأخرى لفض المنازعات الاقتصادية .

من المعروف أن التحكيم هو طريق بديل لحل المنازعات ذات الطبيعة الاقتصادية ، و لكن الكثير يجهل الفرق بينه و بين الطرق البديلة الأخرى لحل هذا النوع من المنازعات فهو يختلف عن هته الوسائل و التي تتمثل أساسا في الصلح ، الوساطة و الخبرة . و حتى يكون مفهوم التحكيم التجاري الدولي واضحا في الأذهان، فمن الواجب علينا أن نميز بينه وبين النظم الأخرى .

المطلب الأول: تمييز التحكيم عن التوفيق، المصالحة والوساطة.

يختلف التحكيم عن سواه من طرق تسوية منازعات التجارة الدولية والمتمثلة في الصلح والتوفيق والوساطة³ فالميزة الأساسية للتحكيم أنه نظام قضائي من نوع خاص ، و أن أحكامه تفرض على أطراف النزاع عكس التوفيق والوساطة، والتي فيهما يقوم كل من الموفق والوسيط بتقديم مقترحات

³أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار الكتب القانونية، بدون طبعة سنة 2006، ص 05.

للأطراف محاولين بذلك إجراء تسوية ودية بينهم⁴، والتي يضل أمرها معلقا على قبولها من أطراف النزاع التجاري الدولي.

أما عن اللجوء إلى التحكيم فهو يعني قبول الأطراف المتنازعين لقرار المحكم الذي يفصل في النزاع التجاري الدولي، فالتحكيم اختيار نهائي لطريق التحكيم كبديل عن الالتجاء للقضاء⁵.
أما عن الصلح والوساطة ففيهما يسعى المصلح والوسيط التوفيق بين الأطراف والبحث عن حل للنزاع المطروح أمامهما عن طريق تنازل كل طرف من الأطراف على جزء من ادعاءاته⁶، وفي غالب الأحيان مراكز التحكيم التجاري الدولي تجعل المصالحة مرحلة سابقة على التحكيم ونفس الهيئة التي تتولى المصالحة هي نفسها تتولى التحكيم، فإذا انتهت مدة المصالحة تنتقل إلى التحكيم.

و الصلح هو: عقد ينظمه القانون المدني وهو عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا و ذلك بأن يتنازل كل منهما عن جزء من ادعاءاته⁷. والصلح هو أقدم الوسائل البديلة لحل النزاعات فهو يرتكز على حكمة الشعوب و تقاليدها، وقد قال الرسول صلى الله عليه و سلم "الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما" و لذلك يجوز الصلح فيما جاز التعاقد فيه⁸.

إن نتيجة المصالحة هي عقد صلح إذا اتفق عليها الأطراف فهي لها طبيعة تعاقدية، أما الآن هناك تطور في قانون الإجراءات المدنية بدأ في فرنسا بحيث أن الصلح ليس عقد كباقي العقود، فهناك توجه إلى جعله يتمتع بالطبيعة القضائية وذلك حينما ينص القانون على أن يصادق عليه القاضي و يمهره بالصيغة التنفيذية، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في تعديله الجديد في ق.ا.م.ا.ج . و بالتالي فشرط اكتساب الصلح الصفة القضائية هو حضور أطراف النزاع أمام المحكمة و إقرارهما بالصلح

⁴ François Arradon, l'Arbitrage Maritime en France, la revue Maritime n° 470, octobre 2004, p 01

⁵ أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 19.

⁶ نبيل صقر، نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى الجزائر ، ص 542.

⁷ عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي ، النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، الطبعة الاولى، سنة 2005، المكتب الجامعي الحديث، ص 30.

⁸ عامر بورورو ، الطرق البديلة لحل النزاعات في القانون التونسي ، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص ، الطرق البديلة لحل نزاعات: الصلح و الوساطة و التحكيم 15-14 جوان 2008، ص 326.

و بمضمونه و تصديق القاضي على ذلك الصلح⁹، أما عن المحكم فهو يصدر قرارا ملزم ذو طبيعة قضائية .

كما أن التحكيم يختلف عن الصلح في عدة أمور فالصلح هو ثمرة تفاوض مباشر بين أطراف العقد عن طريق تقديم تنازلات بينهم عن جزء من الحق الموضوعي، بينما يقف دورهم في التحكيم عند تحويل المحكم سلطة حسم النزاع بحكم تحكيمي و الذي يمكن أن يجاب لطرف واحد بكل طلباته دون الطرف الأخر

و بالتالي فان اتفاق الصلح يحل النزاع حول الحق الموضوعي بشكل مباشر ، أما اتفاق التحكيم فهو يتضمن فقط وسيلة حل النزاع حول هذا الحق الموضوعي ، حيث لا يوجد تنازل عن الحق الموضوعي وإنما تنازل عن الحق في حسم هذا النزاع أمام قضاء الدولة و حله أمام قضاء خاص¹⁰ ألا و هو التحكيم.

أما عن التوفيق (La conciliation) : فهو اتفاق الأطراف على محاولة إجراء تسوية ودية عن طريق الموفق أو الموفقين الذين يقع عليهم اختيار الأطراف¹¹. و يتمثل في اعتماد الحوار و المناقشة بتدخل طرف ثالث ليسط نقاط الخلاف ومساعدة المتنازعين على حل خلافهما و إيجاد طريقة مرضية لهما معا ، فيقترح عليهم الحل الذي يراه ، ولكن مآل المساعي التوفيقية تركز على رضاء الفرقاء بالحل ، كما أن دور الموفق أكثر تأثير من دور الوسيط لأنه يشجع الطرفين على الحوار والصلح وهو يقدم الحلول معتمدا في ذلك على كفاءته في إدارة الحوار و فهم النزاع لإدراكه الفني به وثقة الأطراف في نزاهته وحياده و سرية.

و الوساطة (Mediation) هي نوع من التوفيق أو شكل من الأشكال التي يتم بها التوفيق بين الخصوم فيتدخل شخص يسمى الوسيط ليقرب و جهات النظر بعد سماعها و لا تخضع الوساطة

⁹عامر بورورو ،المرجع السابق، ص 326.

¹⁰عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق، ص 32.

¹¹عامر بورورو ،المرجع السابق ، ص 336.

لأي شكل في إجراءاتها و تتحكم فيها إرادة الأطراف في كافة مراحلها ، لأن الوسيط لا يقترح حلا ولا سلطة له لإلزامهم بأي رأي ، و لا تكون الوساطة جائزة عندما لا يكون الصلح جائزا.

المطلب الثاني: التحكيم والخبرة.

الخبرة يقصد بها ذلك الإجراء الذي يتعهد بمقتضاه القاضي أو المحكم أو الخصوم إلى شخص ما مهمة إبداء رأيه في بعض المسائل ذات الطابع الفني التي يكون على دراية بها دون إلزام القاضي أو المحكم بهذا الرأي¹². إن وجه الشبه بين الخبرة و التحكيم هو تدخل شخص من الغير أي أن الخبير و المحكم ليسوا من أعضاء الجهاز القضائي للدولة ، مع الإشارة إلى أن كل من الخبير و المحكم قد يبدي رأيه أو يباشر عمله في نقطة قانونية أو واقعة بمناسبة نزاع معروض على القضاء.

و نظرا لخصوصية التحكيم التجاري الدولي فمن الناحية العملية يختلط التحكيم بالخبرة فكثيرا ما يكون المحكم البحري قد اختير لخبرته في موضوع معين، كذلك هناك بعض مراكز التحكيم تضم إلى نشاطها في مجال التحكيم نشاطات متعلقة بالخبرة، والإشكال الذي يثور هو أنه من الناحية العملية قد تختلط الأمور إذا اخترنا خبير محكما، فكيف نفرق بين التحكيم والخبرة؟.

إن الفارق بين الخبير و المحكم يتعلق بكيفية أداء كل منهما للمهمة المناطة به ، فالمحكم يصدر قراره بناء على ما يقدم له الأطراف من مستندات و مرافعات أما الخبير فانه يعتمد على معلوماته وخبراته الذاتية.

إن الخبير لا يفصل في النزاع ولا يطبق القانون، فعمل الخبير هو تقديم وسائل للإثبات عن طريق تحقيق تقني باستعمال وسائل علمية ويقدم تقريرا عنه، هذا التقرير غير ملزم لا للأطراف ولا للقاضي¹³ و لا للمحكم.

وقد يتم اللجوء في الحياة العملية إلى شخص تقني عمله هو الخبرة أو مركز للتحكيم ويتفق الأطراف على أن التقرير ملزم لهم، هنا نكون أمام تحكيم يسمى التحكيم بالخبرة، هذا الخلط بين

¹² عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق، ص35.

¹³ Philippe Fouchard, E.Gaiyard.B.Goldman. Traité de l'arbitrage commercial international Litek 1996, p 22

التحكيم والخبرة وصل أوجه في الوقت الراهن بحيث يجري الحديث اليوم على الطرق التناوبية للفصل في المنازعات .

و بعد التفرقة بين التحكيم و الطرق الأخرى لفض المنازعات سوف نتطرق إلى المعايير الحديثة و المعتمدة لتدويل التحكيم في الجزائر .

الفصل الأول : مدخل إلى التحكيم عموما .

قبل الخوض في جزئيات موضوع التحكيم التجاري الدولي سوف نتطرق إلى مفهوم التحكيم عموما كما سنتطرق إلى طبيعته .

المبحث الأول: مفهوم التحكيم .

للتحكيم عدة تعاريف ، فتنعدد معانيه في أصل اللغة(4) ¹⁴ و له معناه الاصطلاحي و الفقهي .

المطلب الأول: التعريف الفقهي للتحكيم.

قد عرف علماء الفقه الاسلامي التحكيم بأنه "تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما " و يقصد بالحاكم في هذا التعريف " ما يعم الواحد والمتعدد" ¹⁵ .

¹⁴ تنعدد معاني التحكيم في أصل اللغة فقال حاكمه الى الحاكم :دعاه و خاصمه ،وحكمه في الأمر تحكيما :أمره في أن يحكم ، و الحكم : "من أسماء الله تعالى " . كما للتحكيم لغة معنى التفويض في الحكم فيقال فوضت فلاني في مالي تحكيما ، إذا فوضت إليه فأنتحك عليه في ذلك .

عن : الأستاذ نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى الجزائر، ص 546.

و رجل محكم :مجرى منسوب الى الحكمة ،والحكمة هي العدل، ورجل حكيم عدل حكيم، واحكم الامر أتقنه.

عن : مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل المنازعات، دار الهدى، بدون طبعة ،ص15.

وكلمة تحكيم Arbitrage في اللغة الفرنسية: من فعل حكم Arbitrer وهي من الأصل اللاتيني من كلمة Arbitrate وتعني التدخل والحكم بصفته حكم و التحكيم في خلاف أوزاع والفصل فيه.

أما عن المعنى الاصطلاحي للتحكيم الذي ذهب اليه فقهاء الشريعة الاسلامية الغراء وهو يفيد اطلاق اليد في الشيء، أو تفويض الأمر للغير، فقد ذهب الماوردي في أدب القاضي الى أن التحكيم هو أن يتخذ الخصمان رجلا من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعا".

المطلب الثاني: التعريف الاصطلاحي للتحكيم.

رغم كثرة المنازعات المعروضة على التحكيم إلا أنه لا يوجد له أي تعريف تشريعي، فقد عرفه الأستاذ فوشار Ph. Fouchard بأنه : "وسيلة لحل الخلافات الناجمة بين الأشخاص العاديين من شخص أو عدة أشخاص يتم اختيارهم من قبل أطراف النزاع وهو الوسيلة الممكنة لتنظيم العلاقات التجارية الدولية"¹⁶.

و قد عرفه الأستاذ أحمد أبو الوفا بأنه: "الاتفاق على طرح النزاع على أشخاص يسمون محكمين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به، ويكون هذا الاتفاق تبعا لعقد معين يذكر في صلبه و يسمى شرط التحكيم و قد يكون بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم و يسمى في هذه الحالة مشاركة التحكيم."¹⁷

كما يمكن تعريف التحكيم على أنه اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية، على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل، أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين ويتولى الأطراف تحديد أشخاص محكمين أو على الأقل يضمنون اتفاقهم على التحكيم أحيانا لكيفية اختيار المحكمين، أو أن يعهدوا لهيئة أو مركز من الهيئات أو مراكز التحكيم الدائمة لتتولى تنظيم عملية التحكيم وفقا لقواعد أو اللوائح الخاصة بهذه الهيئات أو المراكز⁽⁴⁾¹⁸.

¹⁵ هشام خالد، أوليات التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، ص48

¹⁶ محمود مسعود، أساليب و تقنيات إبرام العقود الدولية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بدون طبعة ، سنة 2006، ص 234.

¹⁷ هشام خالد، المرجع السابق ذكره، ص45.

¹⁸ محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 2004، ص 01.

وعلى الرغم من أن مصطلح التحكيم التجاري الدولي استخدم لأول مرة في مؤتمر الأمم المتحدة
للتحكيم التجاري الدولي الذي انعقد بنيويورك سنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم
الأجنبي، فإن نظام التحكيم قد اتجه ليصبح نظاما قضائيا عالميا يعلو فوق النظم القضائية الوطنية،
وتعددت الهيئات والمنظمات التي تمارس عملية التحكيم، كما تعددت الاتفاقيات الدولية التي تضمن
للتحكيم وقراراته ذات الاحترام الواجب لأحكام القضاء الوطني.

و بالإضافة لما تقدم يعرف بعض الفقه التحكيم التجاري الدولي على أنه: "اتفاق الأطراف في منازعة
تجارية ذات طبيعة دولية على احالة منازعاتهم القائمة أو التي ستنشأ في المستقبل إما الى هيئة التحكيم
الخاصة أو الى محكمة تحكيم دائمة لفض هذه المنازعات طبقا للقواعد و الاجراءات القانونية المتفق
عليها فيما بينهم .

و في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق فيترك لهيئة التحكيم فض المنازعات على أساس القواعد و
الأعراف الدولية المتعلقة بالتجارة الدولية، شريطة استيفاء المقتضيات الأساسية للعدالة و الحياد و
النزاهة و استصدار قرار التحكيم النافذ وحائز لقوة الأمر المقضي فيه، يعرض على المحاكم الدولية
المعنية لوضع الصيغة التنفيذية عليه ضمن ضوابط يحددها النظام العام الدولي".¹⁹

و ارتبط نظام التحكيم في السنوات الأخيرة بفكرة التنمية الاقتصادية وجذب الاستثمارات الأجنبية
ونادى كثير من الفقه بضرورة استقلاله عن فروع القانون التقليدية وإدخاله تحت اسم القانون
الاقتصادي²⁰.

¹⁹ Guy KEUTGEN ,Georges-Albert DAL ,L'ARBITRAGE EN DROIT BELGE ET
INTERNATIONAL ,TOME 1 ,2eme édition ,BRUYLANT 2006 , p 8-9.

²⁰ محمود السيد عمر التحيوي، مفهوم التحكيم لاختياري والتحكيم الإجباري، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون طبعة، سنة
2002، ص 75.

وأصبح التحكيم هو القضاء الطبيعي الذي يفضله المتعاملون في إطار العلاقات التجارية الدولية²¹، ونظرا لهذه الأهمية للتحكيم و لارتباطه بالتجارة الدولية ولازدهاره بازدهارها، لكون هذه الأخيرة المجال الخصب لانمائه وتطوير قواعده، ولكونه أصبح ضرورة يفرضها واقع التجارة العالمية بدأ الفقه والقضاء يهتم به ويحاول ضبط تعريفه و قواعده كنظام قضائي خاص يعلو فوق النظم القضائية الوطنية، بحيث أعطيت له تعريفات اعتمادا على معايير معينة "المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي" بهدف تمييزه عن التحكيم الداخلي من جهة و تبيان المنازعات التي يختص بها.

المبحث الثاني: طبيعة التحكيم .

لم يقتصر فقهاء التحكيم على تعريفه، وإنما تعددت آراءهم أيضا حول تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، والغاية من ذلك تحديد الوصف القانوني لحكم التحكيم عند ارادة تنفيذه.

و لقد تعددت النظريات حول الطبيعة القانونية للتحكيم كالتالي :

المطلب الأول: النظرية التعاقدية للتحكيم (النظرية الشخصية).

رجح بعض الفقه التكييف التعاقدي لنظام التحكيم لأنه يتم بإرادة الأطراف المحتكمين²² بل لقد وصل الأمر بأنصار النظرية التعاقدية الى القول أن نظام التحكيم ليس فقط نظام تعاقدي، بل وأيضا حتى حكم التحكيم ذاته لا يعدوا أن يكون كسائر العقود يتم الالتزام به وتنفيذه كما يتم تنفيذ العقود وهذا ما وجد له صدى في القضاء المقارن²³.

²¹المرجع السابق ذكره، ص 104

²²محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 2003، ص 21.

²³د. أحمد عبدالكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ص 42.

ونجد أنصار هذه النظرية خاصة في فرنسا ومصر ، وقد دعم هذا الاتجاه في محكمة النقض الفرنسية بحيث اعتبرت أن "قرارات التحكيم الصادرة على أساس مشاركة تحكيم تكون وحدة واحدة مع هذه المشاركة وتسحب عليها صفتها التعاقدية".

المطلب الثاني: النظرية القضائية لنظام التحكيم (النظرية الموضوعية).

ذهب الفريق الثاني من الفقه الى تغليب الطابع القضائي لنظام التحكيم ، باعتبار أنه يخضع لقواعد قانون الاجراءات المدنية من حيث آثاره ونفاذه واجراءاته والظعن فيه كما أن تنفيذه يتم كما تنفذ الأحكام القضائية. كما قضت بعض المحاكم " التحكيم طريق قضائي يتمتع فيه المحكم بسلطات ذاتية و مستقلة للفصل في الخصومات التي يطرحها عليه الخصوم " . فالتحكيم طريق مواز تعترف به الدولة لأداء العدالة وحماية الحقوق و المراكز القانونية ، وهو يؤدي ما تؤديه محاكمها من وظيفة قضائية وهذا ما يؤيده القانون الدولي الخاص والقانون الاجرائي على حد سواء (3)24.

المطلب الثالث : الطبيعة المختلطة لنظام التحكيم.

تبنى بعض الفقه موقفا وسطا باعتبار نظام التحكيم في مجموعه مزيجا بين عنصرين ومن ثم فانه يتسم بطبيعة مختلطة بين التعاقد والقضاء أي أنه يجمع بين الطابعين القضائي و الرضائي، في كون القرار الذي يصدر من هيئة التحكيم هو ملزم لأطراف النزاع كما هو الحال بالنسبة للأحكام القضائية، أما الطابع الرضائي للتحكيم كونه يتم بموجب تلاقي ارادة الأطراف على حسم النزاع بواسطته(4)25. الا أن هذا الوصف قد انتقد اذ أن القول بالطبيعة المختلطة للتحكيم يؤدي الى الخلط

²⁴المرجع السابق ذكره، ص43.

²⁵بن سهلة ثاني بن علي، الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم وأثره على تسوية المنازعات التجارية الدولية، دراسات قانونية، جامعة

أبوبكر بلقايد، تلمسان، العدد 04-2007، ص180

بين حجية حكم التحكيم وبين قوته التنفيذية، فحجية الأمر المقضي فيه تثبت لحكم التحكيم بمجرد صدوره وهي غير القوة التنفيذية التي لا يحوزها حكم التحكيم الا بصدور أمر قضائي بصدوره.

المطلب الرابع: الطبيعة المستقلة لنظام التحكيم.

انتهى البعض من الفقه الى القول باستقلالية نظام التحكيم، وأصالته في الفصل في المنازعات التي تدخل أصلا في الولاية القضائية المقررة للقضاء العام في الدولة، وأنه يجب النظر اليه نظرة مستقلة ولا يمكن تفسيره في ضوء المبادئ التقليدية لمحاولة ربطه بالعقد أو الحكم القضائي الصادر من القضاء .

وقد ذهب الدكتور محمود السيد عمر التحيوي في كتابه الطبيعة القانونية لنظام التحكيم الى القول بأن التحكيم نظام قضائي من نوع خاص ، بحيث أن أحكامه تعد أعمالا قضائية بالمعنى الفني ويعتبر التحكيم من حيث الاجراءات و الحكم قضاء خاص و ما يعرف بالقضاء الخاص فهو قضاء عام ، ذلك أن المشرع قد أقر نظام التحكيم التزاما لارادة الأطراف المتحكمن ومتى وضحت هذه الارادة وفقا الشكل الذي يتطلبه القانون التزم الأطراف المتحكمون بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم .

الفصل الثاني : التحكيم كوسيلة بديلة لحل المنازعات الاقتصادية في القانون الجزائري .

يشغل التحكيم مكانا بارزا على الصعيدين الدولي والوطني، بحيث أصبح الآن يفرض نفسه كوسيلة فعالة وسريعة لحل المنازعات التجارية الدولية²⁶، وهو يختلف عن سواه من طرق تسوية المنازعات والمتمثلة في الصلح ، التوفيق والوساطة²⁷.

إن الميزة الأساسية في التحكيم أنه نظام قضائي من نوع خاص وأن أحكامه تفرض على أطراف النزاع عكس التوفيق والوساطة²⁸ والتي فيهما يقوم كل من الموفق والوسيط بتقديم مقترحات للأطراف محاولين بذلك إجراء تسوية ودية بينهم، والتي يضل أمرها معلقا على قبولها من أطراف النزاع . وبالتالي فالاتفاق على اللجوء للتحكيم يعني قبول الأطراف المتنازعين لقرار المحكم الذي يفصل في النزاع فالتحكيم اختيار نهائي لطريق التحكيم كبديل عن الالتجاء للقضاء²⁹.

إن انتشار التحكيم في مجال التجارة الدولية، أوجد مراكز للتحكيم ومؤسسات متخصصة بالتحكيم التجاري الدولي والتي أصبحت لها مكانة دولية ونشاط واسع في تسوية مئات من القضايا التي تعرض على التحكيم سنويا، وقد ساهمت المنظمات الدولية والمؤسسات المعنية بالتحكيم بوضع قواعد خاصة بالإجراءات التي تتبع في سير العملية التحكيمية كما أصدرت عدة دول قوانين تعالج مسائل التحكيم الدولي و تبني العديد من المفاهيم والمبادئ القانونية بشأن اتفاق التحكيم ذاته باعتباره المصدر الأصيل الذي يستمد منه المحكم اختصاصه³⁰.

²⁶ Z.Mehdaoui, Arbitrage commercial la nécessité de s'adapter à la "Mondialisation", le quotidien d'oran, publié le 07/05/2007, p01

²⁷أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية دار الكتب القانونية، بدون طبعة، سنة 2006، ص 05
²⁸François Arradan, l'arbitrage Maritime en France, la Revue Maritime n° 470, octobre 2004, p01.

²⁹أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 19
³⁰أ. حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعية، بدون طبعة، ص 08

أما عن نطاق التجارة الدولية فهو يغطي كل نشاط اقتصادي دولي، بحيث أن صفة الدولية تنشأ عند ما يحصل على الصعيد الاقتصادي انتقال أموال وخدمات ما بين بلد وآخر، أو يكون الأطراف من جنسيات مختلفة أو مقيمين في بلدان مختلفة وهذا يتطلب أن ينتج العقد عملية مد و جزر عبر الحدود، هذا ما يتوفر في أغلبية النشاطات التجارية و الاقتصادية.

إن ازدياد المنازعات التجارية الدولية كما وتعقيدا أدى إلى ازدياد اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي للفصل في مثل هذه المنازعات. ويكثر في مجال عقود التجارة الدولية الاتفاق على حل المنازعات الناشئة عن تفسيرها أو تنفيذها عن طريق التحكيم ، حتى يفصل فيها أشخاص متخصصين وفي مدة قصيرة، ويتمثل هذا الاتفاق سواء في شرط يرد في العقد "شرط التحكيم" أو في عقد لاحق "عقد التحكيم" أو "مشاركة التحكيم".

كما أن التطور الهائل الذي طرأ على التجارة والاستثمار ، أدى إلى انتشار التحكيم الدولي بصفة عامة والذي أصبح ظاهرة من ظواهر العصر الحديث بعدما كان في بداية الأمر نظام مرفوض في بعض الدول كالجائر، و بعد تبنيها لهذا النظام أعطت الجزائر أولوية للتحكيم التجاري الدولي على القضاء الوطني في ظل الإصلاحات الاقتصادية التي قامت بها (المبحث الأول) ، إن التحكيم لا يعد نظاما حديثا لفض النزعات فهو نظام قديم في نشأته ووجوده³¹ ولكنه حديث في مادته ودراسته وأحكامه، بحيث فرضته الضرورة وساعد على وجوده المصالح العامة والخاصة على حد سواء حتى أصبح يوصف بالقضاء الطبيعي الذي يفضله أغلبية المتعاملون في إطار العلاقات التجارية الدولية³². و هكذا أصبح التحكيم الدولي المرجع الأساسي لحسم خلافات التجارة الدولية، بل أكثر من ذلك أصبحت كافة هته المعاملات لا تخطو عبر الحدود إلا إذا كان التحكيم معها مقبولا شرطا أساسيا في العقود الدولية التي تبرم ، و قد حاولت الجزائر مسايرة كل التطورات الحاصلة في مجال التحكيم الدولي و التجارة الدولية ، وهذا ما دفعها إلى تبني المعيار الاقتصادي و التخلي عن المعيار

³¹ محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري ، دار الجامعة الجديدة ، ص 335.

³² حفيفة السيد حداد، المرجع السابق، ص 07

القانوني لتدويل التحكيم (المبحث الثاني)، ان نظام التحكيم لا يمكن اللجوء إليه إلا بإبرام اتفاق التحكيم و الذي يعد عقدا قائم بذاته له استقلالته و آثاره (المبحث الثالث) .

المبحث الأول: تطور موقف الجزائر من نظام التحكيم التجاري الدولي .

ليس هناك من ريب في أن التحكيم كأداة لفض النزاعات بين الناس يضرب بجذوره في عمق تاريخ البشرية البعيد حتى يمكن القول أنه أصل القضاء³³، فقد كان نظام التحكيم يعتبر هو القاعدة في الفصل في المنازعات بين الأفراد و الجماعات في المجتمعات القديمة، حيث كانت هته المجتمعات البدائية تخطو خطواتها الأولى في سلم المدنية و الحضارة ، و كان نفاذ القانون الوضعي وكفالة احترامه متروكا لمشئمة الأفراد يعتمد على قوتهم الخاصة و يعول على وسائلهم الذاتية وهو ما كان يعرف بنظام القضاء الخاص³⁴. ولم يكن ذلك يسمح باستقرار المجتمعات و لا يكفل الأمن والعدل فيها ولم يكن ممكنا تجاوز هذه الأزمة إلا بإيجاد عضو محايد تكون وظيفته السهر على حماية القانون الوضعي و ضمان تطبيقه في الواقع العملي .

وفي البداية ظهر هذا العضو في إطار ما يسمى بنظام التحكيم والذي كان اختياريا ثم صار إجباريا في مرحلة لاحقة³⁵ ، و لم يكن نظام التحكيم وبالصورة التي كان عليها في المجتمعات القديمة ليستمر بعد أن انتظمت المجتمعات في هيئة دول. وبالتالي فان مناهضة نظام التحكيم كانت له أسباب عامة تخص كل الدول ، و لقد تطور موقف الجزائر من التحكيم التجاري الدولي وهذا ما سوف نتطرق له في مطلب أول أما المطلب الثاني فسوف يكون عن تفضيل الجزائر لنظام التحكيم التجاري الدولي في مجال التجارة الدولية و منازعات الاستثمار .

³³د.أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى، ص 05 .

³⁴محمود السيد عمر التحيوي، مفهوم التحكيم الاختياري والتحكيم الجبري، منشأة المعارف بالسكندرية ،سنة 2002، ص 8.

³⁵المرجع السابق ذكره، ص 10.

المطلب الأول : من المناهضة لنظام التحكيم إلى القبول .

لقد مر موقف الجزائر و الدول العربية من التحكيم التجاري الدولي بعدة مراحل حتى و صل إلى ما هو عليه الآن ، فمن نظام منتقد و مرفوض إلى نظام مقبول بموجب قوانين خاصة إلى أن أصبح هذا النظام الوسيلة الطبيعية و الفعالة لفض منازعات التجارة الدولية .

الفرع الأول: أسباب رفض التحكيم الخاصة بكل الدول .

لقد صار القضاء من واجبات الدولة الحديثة وإحدى وظائفها الأساسية وهو في الوقت ذاته مظهرا لسيادتها ولم يعد يتفق على أن يمارس القضاء غير أعضاء الدولة الحديثة والذين تعينهم لهذا الغرض وتزودهم بالسلطة وهكذا انتهى الأمر إلى حلول القضاء العام في الدولة محل القضاء الخاص وقضاء التحكيم.

وفي ظل هذا المظهر الأخير لسيادة الدولة تقلص دور التحكيم تاركا أرضه لقضاء الدولة وأصبح الأصل في النظر في المنازعات من اختصاص القضاء العام في الدول ، إلا أنه وبمرور الوقت فإن النظم القانونية الوضعية أجازت للأفراد والجماعات إخراج بعض المنازعات من ولاية الهيئات القضائية المخصصة للفصل فيها وأن يعهدوا بها إلى نظام التحكيم ، وهكذا أصبح يتردد القول بأن نظام التحكيم هو نظام استثنائي عن الأصل العام .

إن اعتراف النظم القانونية بالتحكيم لم يأتي دفعة واحدة فلم يكن هذا النظام مرغوب فيه بصفة عامة وقد لقي مناهضة من طرف غالبية الدول وذلك لأسباب سياسية ،اقتصادية و اديولوجية وقد كانت الدول ترفض التحكيم بصفة عامة لإحساسها بأن نظام التحكيم يمس بسيادتها الداخلية والخارجية على حد سواء³⁶.

و لكن سرعان ما غيرت الدول آرائها فيما يخص التحكيم التجاري الدولي ونصت على أحكامه في قوانينها الداخلية وذلك لما فرضه واقع التجارة العالمية.

³⁶ Ali Mzghani, Le droit Musulment de l'arbitrage, Revue de l'arbitrage
2008, N°2, p213

الفرع الثاني: موقف الجزائر من التحكيم الدولي

مر الموقف الجزائري من التحكيم التجاري الدولي بمرحلتين أساسيتين :

المرحلة الأولى : منذ الاستقلال إلى أواخر الثمانينات.

منذ الشهور الأولى للاستقلال كان أول احتكاك للدولة الجزائرية بالتحكيم التجاري الدولي من خلال المنازعات المتعلقة بالمحروقات الشيء الذي جعل الجزائر تتخذ موقفا سياسيا للتحكيم الدولي لا يختلف عن موقف باقي الدول العربية الأخرى وهو موقف مناهض³⁷.

هذا الموقف المناهض ترجمته عدة مواقف قانونية كالتالي:

- نصوص قانون الإجراءات المدنية المتعلقة بالتحكيم كانت معطلة نظرا لعدم تفتح المواطنين بما في ذلك التجار على التحكيم .
- عدم الانضمام لاتفاقيات دولية فاعلة مثل اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف و تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية لسنة 1958.
- موقف سياسي من التحكيم التجاري الدولي و يتمثل في انتقادات وجهت للنظام التحكيمي الدولي في إطار الخطاب التاريخي الذي ألقاه الرئيس الراحل هواري بومدين أمام الجمعية العامة للأمم المتحدة والقاضي بإقامة نظام اقتصادي عالمي جديد.
- مجموعة التدابير التي أخذت لمنع التحكيم في مجال المحروقات³⁸، فبعد صدور قرار 24 أبريل 1971 المتعلق بتأميم البترول و المحروقات ، أدى إلى مطالبة الشركات الفرنسية الحكومة الجزائرية باللجوء إلى التحكيم تطبيقا لاتفاقية 1965 ، غير أن الحكومة الجزائرية رفضت اللجوء إلى التحكيم بحجة أن إجراءات التأميم تعتبر من أعمال السيادة لا يجوز إخضاعها إلى الإجراءات المنصوص عليها لتسوية المنازعات بين الشركات البترولية و الإدارة الجزائرية ، ولذا لم يبقى أمامها

³⁷عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، سنة 2005، ص22.

³⁸د.مصطفى تراري ثاني، محاضرات قانون التحكيم التجاري الدولي ، قسم الماجستير القانون الخاص الأساسي ، جامعة

معسكر، السنة الجامعية 2006/2007.

إلا قبول الأمر الواقع و ذلك في 30/06/1971³⁹، وبذلك تم إخضاع كل المنازعات للقانون الوطني⁴⁰.

المرحلة الثانية: منذ سنة 1988 إلى يومنا هذا.

- بدأت هته المرحلة في إطار ما عرف بقوانين استقلالية المؤسسات⁴¹ سنة 1988 ، هذا القانون الذي حول المؤسسات الاشتراكية سابقا إلى مؤسسات عمومية اقتصادية تخضع لمبدأ التجارة كأصل عاما إلا إذا وجد نص يقضي بخلاف ذلك .
إن قانون 01/88 الذي منح الاستقلالية للمؤسسات الاقتصادية تضمن عدة أحكام تسمح لها باللجوء إلى إدراج شرط التحكيم في علاقاتها ، منها المادة 4/20 التي تنص على أنه : " تكون الممتلكات التابعة لذمة المؤسسة العمومية الاقتصادية قابلة للتنازل عنها و التصرف فيها وحجزها ... كما يمكن أن تكون موضوع مصالح حسب مفهوم الفقرة الأولى من المادة 442 من الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8/6/1966".
و قد كانت المادة 1/442 من ق.ا.م.ج تنص على أنه: " يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها " ⁴² ، هذا النص يؤكد حرية توجه المؤسسات الاقتصادية إلى التحكيم .
أما نص المادة 62 من قانون 04/88 الصادر بتاريخ 12/01/1988 التي تنص على أنه :
"تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون " . و بالتالي فكل الإجراءات التي نص عليها القانون السابق الذكر تدخل في مجال الإلغاءات و قبل التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في النظام القانوني الجزائري .

³⁹قانون رقم 01/88 بتاريخ 12/01/1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 02 السنة الخامسة والعشرون بتاريخ 13/01/1988 .

⁴⁰الاتفاق المبرم بين سونطراك و الشركات الفرنسية المبرم في 30/06/1971 المتعلق بكيفية تسوية المنازعات المتعلقة بالشركات البترولية الفرنسية المؤممة.

⁴¹معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية ، دكتوراه دولة ، جامعة الجزائر ، سنة ، 1998 ، ص328

⁴²و هو ما يتطابق نوعا ما و نص الفقرة الأولى من المادة 1006 من ق.ا.م.ج الحالي .

- في نفس السياق انضمت الجزائر إلى اتفاقية نيويورك⁴³ و جاء انضمام الجزائر لهذه الاتفاقية مع إبداء رأيها بالتحفظ طبقا لما تنص عليه الفقرة الثالثة من المادة الأولى من الاتفاقية ،حيث أقرت بأنها لن تطبق أحكام هذه الاتفاقية إلا بشأن الأحكام الصادرة في دولة أخرى تكون طرفا فيها و على النزاعات المتعلقة بالقانون التجاري الدولي كما يقضي بذلك القانون الجزائري⁴⁴.
- صدور المرسوم التشريعي سنة 1993(20) المنظم لأحكام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر هذا المرسوم الذي اقتبس أحكامه من القانون الفرنسي و القانون السويسري⁴⁵.
- سنة 1995 انضمت الجزائر بموجب الأمر 05-95 المؤرخ في 21-01-1995 إلى اتفاقية واشنطن الصادرة في 18-03-1965 و الخاصة بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار⁴⁶.
- التعديل الذي طرأ على أحكام التحكيم التجاري الدولي بموجب قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد و الذي حاول مسايرة مستجدات التجارة الدولية⁴⁷ خاصة و أن الجزائر تحاول الدخول في المنظمة العالمية للتجارة وملفها ما يزال قيد الدراسة .
- إن ما يمكن قوله فيما يخص مناهضة نظام التحكيم ، فغالبية دول العالم التي لم تكن تقبل التحكيم كوسيلة لفض منازعاتها الدولية لم تستطع تطبيق هته المناهضة كليا وكانت ترضخ من الحين إلى الأخر لهذا النظام ، وذلك لطبيعة المنازعات التجارية الدولية وأيضا واقع السوق التجارية الدولية والتي تفرض فيها القوى الاقتصادية العالمية الكبرى شروطها وما على الدول الضعيفة إلى القبول والطاعة .

⁴³المرسوم الرئاسي رقم 233/88 المؤرخ في 05/11/1988 المتضمن انضمام الجزائر بتحفظ للاتفاقية الاعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية المتحدة من مؤتمر الأمم المتحدة بنيويورك المؤرخ في 10/06/1958 .

⁴⁴ بن سهلة ثاني بن علي ،الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم وأثره على تسوية المنازعات التجارية الدولية ،دراسات قانونية ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،العدد 04-2007 ،ص189

⁴⁵المرسوم التشريعي رقم 09/93 مؤرخ في 3ذي القعدة عام 1413الموافق 25ابريل سنة1993يعدل ويتمم الامر رقم66-154المؤرخ في 8 يونيو والمتضمن قانون الاجراءات المدنية ، الجريدة الرسمية العدد27الموافق27ابريل1993ص58

⁴⁶عليوش قريوع كمال،المرجع السابق ،ص25

⁴⁷محموظ لشعب ، المنظمة العالمية للتجارة ، سلسلة القانون الاقتصادي ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثانية ، ص

وهذا ما حدث للجزائر والتي شيئا فشيئا تقبلت نظام التحكيم التجاري الدولي و تبنته في منظومتها التشريعية ، حتى أصبح له الأولوية في فض منازعات الاستثمار و التجارة الدولية .

المطلب الثاني : أولوية التحكيم التجاري الدولي في الجزائر على القضاء الوطني في ظل الإصلاحات الاقتصادية .

نظرا للتطور الذي عرفه نظام التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الدولية و بالخصوص منازعات الاستثمار ، فإن الجزائر لم تبق في معزل عن هذا النظام و التطور الذي عرفه ، إذ تبنته على حساب قضاءها الوطني ، وهذا لم يكن بالصدفة و إنما يدخل في إطار الإصلاحات الاقتصادية الواسعة التي شرعت فيها الجزائر منذ نهاية الثمانينات . هذا بالإضافة إلى تأثير الجزائر بالعوامل الخارجية و التي أنتجت ما يسمى بالعملة الاقتصادية و حتى القانونية ، هذه الأسباب و غيرها فرضت على الجزائر انتهاج سياسة جديدة مبنية أساسا على مسار إصلاحية جذري في مختلف القطاعات⁴⁸ .

و أمام هذه المعطيات الاقتصادية الجديدة ، فتحت الجزائر المجال للاستثمار الأجنبي كضرورة ملحة لتحريك الآليات الجديدة للاقتصاد ، و المبنية على حرية السوق من أجل دفع الحركة الاقتصادية و تطويرها ، كما تبنت الجزائر نظام التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لتسوية النزاعات الناجمة عن عمليات الاستثمار .

و قد تكرر ذلك كله بانضمام الجزائر لعدة اتفاقيات دولية و كذا إبرامها لعدة اتفاقيات سواء كانت ثنائية أو متعددة الأطراف كما دعمت الجزائر موقفها من التحكيم عن طريق وضع نظام قانوني خاص به بموجب المرسوم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 المعدل للأمر رقم 184/66 المؤرخ في 1966/07/08 ،

⁴⁸ محمد كولا ، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغداددي ، سنة 2008، ص73.

و المتضمن قانون الإجراءات المدنية ثم عدلت القواعد الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي عن طريق تبني قواعد أكثر لبرالية و تحرر و ذلك في التعديل الجديد لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري . و بذلك أعدت الجزائر المحيط الملائم لإعمال التحكيم و مسايرة الأنظمة القانونية المقارنة التي تتجه نحو تكريس شبه كلي للتحكيم في قوانينها و الاتفاقيات نزولا عند رغبة المستثمر و ضمانا لحقوقه ، لكونه يرى في التحكيم وسيلة لضمان أمواله في دولة الاستثمار من أي سبب من أسباب الضياع .

الفرع الأول : تسوية النزاعات في إطار الاتفاقيات الدولية .

صادقت الجزائر في نهاية الثمانينات على اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، و ذلك بموجب القانون رقم 18/88 المؤرخ في 12/07/1988 ، الذي يسمح بالمصادقة على هذه الاتفاقية ، ثم الانضمام إليها بتحفظ بموجب المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 05/11/1988.

إن الانضمام المبكر لهذه الاتفاقية ، رغم عدم الاعتراف الرسمي بالتحكيم التجاري الدولي له علاقة بنظام التحكيم الجزائري الفرنسي لسنة 1983 ، إذ يشكل مرسوم 233/88 امتداد و تدعيم لاتفاق 27/11/1988.

كما انضمت الجزائر إلى بعض الاتفاقيات المتعددة الأطراف التي تركز نظام التحكيم التجاري الدولي خاصة اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المنشأة للمركز الدولي لتسوية النزاعات بين الدول و رعايا الدول الأخرى⁴⁹.

و في بداية التسعينات أبرمت الجزائر مجموعة من الاتفاقيات من أجل حماية الاستثمارات و تشجيعها مع بعض الدول الأجنبية ، خاصة الولايات المتحدة ، إيطاليا ، فرنسا ، اسبانيا ، الاتحاد البلجيكي ،

⁴⁹المرسوم 346/95 المؤرخ في 30/10/1995 المتضمن المصادقة على اتفاقية واشنطن المؤرخة في 08/03/1965 المتضمنة

انشاء المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول و رعايا الدول ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 66 بتاريخ 05/11/1995 ص 24.

قطر ، سوريا ، المالي ، وكذا الاتفاقية المبرمة بين دول المغرب العربي⁵⁰ ، وذلك بإدراج نظام التحكيم كوسيلة مفضلة لتسوية النزاعات الناشئة بين الطرفين و حماية الاستثمارات بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية و تدعيمها .

كل هذه الاتفاقيات تعالج نوعين من النزاعات ، النزاعات المتعلقة بتفسير أو تطبيق الاتفاقية بين الدولتين المتعاقدين ، و النزاعات بين المستثمر الأجنبي و الدولة أو بين المستثمرين فيما يتعلق بمنازعات عقود الاستثمار .

الفرع الثاني : التحكيم في ظل الاتفاقيات الدولية الثنائية .

أحالت كل الاتفاقيات الدولية الثنائية ، من أجل تسوية منازعات الاستثمار إلى التحكيم حيث أدرجت في بنودها شرط التحكيم ، رغم أنها تسمح في البداية باستعمال كل الطرق الودية و الدبلوماسية ، و تحيل بعض الاتفاقيات بخصوص تسوية منازعات الاستثمار وفقاً لنظام المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى (CIRDI) ، كما تحيل كذلك إلى القضاء الوطني لدولة الاستثمار أو القضاء الوطني للطرف المعني بالنزاع ، أما الاتفاقيات الأخرى فتعطي الخيار للمستثمر للجوء إلى عدة جهات حسب ما يراه أصح له⁵¹.

و قد استبعدت الاتفاقية الجزائرية السورية أنظمة التحكيم الغربية و أحالت إلى نظام التوفيق أو التحكيم أو محكمة الاستثمار العربية ، و بهذا انفردت هذه الاتفاقية بنظام التوفيق من جهة و نظام

⁵⁰المرسوم الرئاسي رقم 420/90 المؤرخ في 1990/12/22 المتضمن المصادقة على الاتفاقية لتشجيع و ضمان الاستثمار بين دول المغرب العربي الموقعة في الجزائر بتاريخ 1990/07/23 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 59 بتاريخ 1958/10/11 ص 04 .

-المرسوم رقم 306/95 المؤرخ في 1995/10/07 المتضمن المصادقة على الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 59 بتاريخ 1958/10/11 ص 04 .

⁵¹فالاتفاقية الجزائرية الاسبانية تعطي الخيار للمستثمر لأن يلجأ : إلى المحكمة التحكيمية طبقاً لتنظيم مؤسسة التحكيم للغرفة التجارية بستوكهولم ، أو لتحكيم الغرفة التجارية الدولية بباريس أو للمحكمة التحكيمية تنشأ لغرض النظر في النزاع وفقاً لتنظيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي أو لنظام التحكيم لدى المركز الدولي لتسوية النزاعات (CIRDI المادة 11).

التحكيم الذي اعتمده الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية و التي تستبعد دور الهيئات التحكيمية المتخصصة غير العربية من جهة أخرى⁵².

الفرع الثالث : تكريس التحكيم في القانون الجزائري .

رغم إبرام مجموعة من الاتفاقيات الثنائية ، و الانضمام إلى بعض الاتفاقيات متعددة الأطراف و رغم التحول الجذري في النظام الاقتصادي الذي صاحبه تعديل جذري في النصوص القانونية، و التي أصبحت تشكل النظام القانوني المتبني للنظام الرأس مالي ، إلا انه نظام غير كامل بالنسبة لوسائل تسوية النزاعات ، إذ لا يمكن الاعتماد فقط على الاتفاقيات الثنائية الخاصة بالاستثمار لتسوية المنازعات الناشئة عنها . و بالتالي كان هناك فراغا قانونيا قد يعطل عجلة الاقتصاد ، كما قد يحجم المتعامل الأجنبي على الاستثمار بالجزائر .

و أمام هذه الوضعية ، جاءت الضرورة الملحة لوضع قانون إجرائي خاص بالتحكيم يحتوي على كل الإجراءات التي توضح مراحلها ، و قد حصل ذلك بفضل المرسوم التشريعي رقم 09/93 الذي كرس التحكيم التجاري الدولي باستكمال قواعده ، فأصبح بمثابة شهادة ميلاد لنظام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر .

و بقي الحال على هذا المنوال إلى أن صدر في 25 فبراير 2008 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ليحل محل القانون القديم متضمنا فصلا خاصا ليس عن التحكيم فحسب ، بل عن "الطرق البديلة لحل المنازعات " من الصلح إلى الوساطة إلى التحكيم⁵³.

⁵² محمد كولا ، المرجع السابق ، ص 87.

⁵³ عبد الحميد الأحذب ، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا - الطرق البديلة لحل المنازعات ، عدد خاص 1، السنة 2009، ص 23.

إن القانون الجديد صدر متأثراً بالقانون الفرنسي للتحكيم و هو الاتجاه الذي سلكته بعض الدول العربية كالمغرب وتونس و لبنان ، بينما سلك اتجاه اليونسترال (لجنة قانون التجارة الدولية للأمم المتحدة) باقي الدول العربية كمصر و سلطنة عمان ثم سوريا و الأردن .
و لكن متى يكون التحكيم دولياً في قانون التحكيم الجزائري ؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه في المبحث الموالي

المبحث الثاني : ذاتية التحكيم التجاري الدولي في الجزائر.

يتمتع التحكيم التجاري الدولي بذاتيته بسبب الطابع الخاص للمنازعات الدولية والتي يغلب عليها الطابع الفني، فله أعرافه ومؤسساته الخاصة و كذا إجراءاته .
و رغم كثرة المنازعات المعروضة على التحكيم إلا أنه لا يوجد له أي تعريف تشريعي، فقد عرفه الأستاذ فوشار بأنه : "وسيلة لحل الخلافات الناجمة بين الأشخاص العاديين ،من قبل شخص أو عدة أشخاص يتم اختيارهم أطراف النزاع وهو الوسيلة الممكنة لتنظيم العلاقات التجارية الدولية"⁵⁴
و قد عرفه الأستاذ أحمد أبو الوفا بأنه:"الاتفاق على طرح النزاع على أشخاص يسمون محكمين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به . و يكون هذا الاتفاق تبعاً لعقد معين يذكر في صلبه و يسمى شرط التحكيم .

و قد يكون بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم ، و يسمى في هذه الحالة مشاركة التحكيم⁵⁵ ."

كما يمكن تعريف التحكيم على أنه اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية، على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل، أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين ويتولى الأطراف تحديد أشخاص محكمين أو على الأقل يضمنون اتفاقهم على

⁵⁴محمودي مسعود، المرجع السابق، ص 234.

⁵⁵ هشام خالد، أوليات التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، ص45.

التحكيم أحيانا لكيفية اختيار المحكمين، أو أن يعهدوا لهيئة أو مركز من الهيئات أو مراكز التحكيم الدائمة لتتولى تنظيم عملية التحكيم وفقا لقواعد أو اللوائح الخاصة بهذه الهيئات أو المراكز⁵⁶. وعلى الرغم من أن مصطلح التحكيم التجاري الدولي استخدم لأول مرة في مؤتمر الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي الذي انعقد بنيويورك سنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبي، فإن نظام التحكيم قد اتجه ليصبح نظاما قضائيا عالميا يعلو فوق النظم القضائية الوطنية، وتعددت الهيئات والمنظمات التي تمارس عملية التحكيم، كما تعددت الاتفاقيات الدولية التي تضمن للتحكيم وقراراته ذات الاحترام الواجب لأحكام القضاء الوطني.

و بالإضافة لما تقدم يعرف بعض الفقه التحكيم التجاري الدولي على أنه: "اتفاق الأطراف في منازعة تجارية ذات طبيعة دولية على إحالة منازعاتهم القائمة أو التي تنشأ في المستقبل إما إلى هيئة التحكيم الخاصة أو إلى محكمة تحكيم دائمة لفض هذه المنازعات طبقا للقواعد و الإجراءات القانونية المتفق عليها فيما بينهم .

و في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق فيترك لهيئة التحكيم فض المنازعات على أساس القواعد و الأعراف الدولية المتعلقة بالتجارة الدولية شريطة استيفاء المقترضات الأساسية للعدالة و الحياد والنزاهة و استصدار قرار التحكيم النافذ وحائز لقوة الأمر المقضي فيه يعرض على المحاكم الدولية المعنية لوضع الصيغة التنفيذية عليه ضمن ضوابط يحددها النظام العام الدولي⁵⁷.

ولارتبط نظام التحكيم في السنوات الأخيرة بفكرة التنمية الاقتصادية وجذب الاستثمارات الأجنبية ، نادى كثير من الفقه بضرورة استقلاله عن فروع القانون التقليدية وإدخاله تحت اسم القانون الاقتصادي⁵⁸.

⁵⁶ محمود مختار أحمد بري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 2004، ص 01.

⁵⁷ هشام خالد، المرجع السابق، ص 57.

⁵⁸ أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، سنة 1981، ص 04

وأصبح التحكيم هو القضاء الطبيعي الذي يفضله المتعاملون في إطار العلاقات التجارية الدولية⁵⁹. ونظرا لهذه الأهمية للتحكيم ، و لارتباطه بالتجارة الدولية و لازدهاره بازدهارها⁶⁰، لكون هذه الأخيرة المجال الخصب لإنمائها وتطوير قواعده ، ولكونه أصبح ضرورة يفرضها واقع التجارة العالمية ،بدأ الفقه والقضاء يهتم به ويحاول ضبط تعريفه و قواعده كنظام قضائي خاص يعلو فوق النظم القضائية الوطنية (المطلب الأول)، بحيث أعطيت له تعريفات اعتمادا على معايير معينة "المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي" بهدف تمييزه عن التحكيم الداخلي من جهة و تبيان المنازعات التي يختص بها من جهة أخرى، و قد تبنت الجزائر معيار وحيد لتدويل التحكيم في قانونها الجديد بعدما كانت تعتمد على معيار مزدوج لذلك (المطلب الثاني) .

المطلب الأول : خصوصية التحكيم التجاري الدولي .

لم تكن هناك قواعد خاصة بالتحكيم الدولي في كل دول العالم، فكان في قانون الإجراءات المدنية نصوص تتعلق فقط بالتحكيم دون الإشارة إن كانت تتعلق بالتحكيم الداخلي أو الدولي، وبالتالي كانت تطبق هذه النصوص في العلاقات الوطنية والتجارية الدولية على حد سواء، عن طريق أعمال منهج تنازع القوانين، ولكن شيئا فشيئا كان القضاء يخرج عن مقتضيات هته القوانين تماشيا مع المرونة التي تطبع المعاملات التجارية الدولية، والتي تمس التحكيم الدولي⁶¹.

ولما أصبح هذا القانون الداخلي لا يساير المستجدات التي تطرأ على التجارة الدولية، قام المشرع الفرنسي بعد تعديله للنصوص القانونية المتعلقة بالتحكيم الداخلي عن طريق مرسوم سنة 1980، بوضع مرسوم جديد سنة 1981 يتعلق بالتحكيم التجاري الدولي في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي وبالتالي كرس في فرنسا ازدواجية تشريعية وأصبحت فرنسا متنافسة مع إنجلترا في مجال التحكيم .

⁵⁹أ. حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 07

⁶⁰أ.محمد كولا، المرجع السابق ، ص 01.

⁶¹محاضرات الأستاذ مصطفى تراري ثاني، قانون التحكيم التجاري الدولي، قسم الماجستير القانون الخاص الأساسي، جامعة معسكر السنة الجامعية 2006-2007، غير منشورة .

وانضمت أغلب الدول إلى هذه المنافسة في مجال التحكيم التجاري الدولي ووضعت له تشريعا خاصا به.

الفرع الأول: التمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي.

قد وضعت معايير التمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي.

أولا : من حيث الجهة المختصة بالتحكيم .

التحكيم الداخلي له جهة خاصة به، وأي مساس بقواعد التحكيم الداخلي يعتبر مساس باختصاص جهة قضائية، أما التحكيم التجاري الدولي لا توجد أي جهة قضائية خاصة به.

ثانيا : من حيث مناخ كل تحكيم.

التحكيم الداخلي له مناخ متشدد و ذيق يخضع لقواعد القانون الوطني.

أما التحكيم التجاري الدولي فهو مناخ تفاضلي يخضع إلى القانون الذي يوفر أكثر تحررية لاتفاق التحكيم .

ثالثا: من حيث التأثير

فالتحكيم التجاري الدولي وفي إطار العولمة يسحب التحكيم الداخلي وخاصة إذا ما انعدم نص يحدد اختصاص التحكيم الداخلي لأن في هذه الحالة لا اجتهاد مع وجود هذا النص، أي أن الاختصاص يكون قائما للتحكيم الداخلي.

رابعا: من حيث محل اتفاق التحكيم .

فما يصح أن يحتكم فيه في التحكيم التجاري الدولي قد لا يصح في التحكيم الداخلي⁶².

الفرع الثاني : أنواع التحكيم التجاري الدولي و خصائصه .

يأخذ التحكيم التجاري الدولي أشكال متعددة ، كما له خصائص كثيرة نذكر منها :

⁶²محاضرات الأستاذ مصطفى تراري ثاني، قانون التحكيم التجاري الدولي، قسم الماجستير القانون الخاص الأساسي، جامعة معسكر السنة الجامعية 2006-2007، غير منشورة .

أولاً : أنواع التحكيم التجاري الدولي .

الأصل في التحكيم الدولي أنه تحكيم اختياري يلجأ إليه أطراف النزاع التجاري الدولي بإرادتهم عن طريق اتفاق خاص والذي يخضع للقواعد العامة في النظرية العامة للعقد بصفة عامة، فضلاً عن القواعد الخاصة المنصوص عليها في القوانين الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي⁶³. فنظام التحكيم يكون اختياريًا، إذا لم يكن الالتجاء إليه أمراً مفروضاً على أطراف النزاع التجاري وهذا بالطبع أمر مستبعد في العلاقات التجارية الدولية.

إلا أنه يرى جانب من فقه القانون الوضعي أن التحكيم في منازعات التجارة الدولية والتي تعد التجارة ، ليس عملاً من طبيعة إرادية خالصة إذ أن واقع التجارة الدولية كثيراً ما ينبئ عن أن حرية الخصوم في اختيار نظام التحكيم أصبحت وهماً لأنه كثيراً ما يفرض نظام التحكيم جبراً على أطراف التجارة الدولية، كما هو الحال في العقود الدولية ذات الشكل النموذجي⁶⁴.

إن التحكيم التجاري الدولي و الذي هو تحكيم اختياري يأخذ صورتين معروفتين ، فإما أن يكون تحكيميا مؤسسياً و إما أن يكون تحكيميا حراً ، وهذا حسب اختيار الأطراف له .
إن معيار التفرقة بين التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر يكمن في شقين مجتمعين أحدهما وجود مؤسسة تحكيم دائمة ذات هيكل عضوي وإداري، والثاني تدخل هذه المؤسسة في العملية التحكيمية تنظيمياً وإدارة وإشرافاً⁶⁵.

ويقصد بالتحكيم المؤسسي الاتفاق على إحالة المنازعات التي تنشأ أو التي نشأت بالفعل على التحكيم أمام إحدى مؤسسات التحكيم الدائمة والتي تتولى تنظيم وإدارة العملية التحكيمية منذ

⁶³محمود السيد عمر التحيوي، مفهوم التحكيم لاختياري والتحكيم الإلزامي، المرجع السابق، ص 75.

⁶⁴محمود السيد عمر التحيوي، مفهوم التحكيم لاختياري والتحكيم الإلزامي، المرجع السابق، ص 104.

⁶⁵عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية ، مجموعة رسائل الدكتوراه كلية الحقوق جامعة المنقوية، سنة 1996، ص91.

تلقي طلب التحكيم وحتى إصدار حكم التحكيم وذلك عن طريق الأجهزة الإدارية التابعة للمؤسسة التحكيمية، وعلى ضوء لائحتها التحكيمية.

أما التحكيم الحر فهو ذلك النوع من التحكيم الذي يتفق الأطراف من خلال اتفاق التحكيم على إدارة وتنظيم عملية التحكيم ، وبالتالي يقوم الأطراف بتشكيل هيئة التحكيم والاتفاق على تحديد كافة القواعد المطبقة على الإجراءات التحكيمية واختيار مكان التحكيم والقانون المطبق على موضوع النزاع.

ثانيا : خصائص التحكيم التجاري الدولي .

للتحكيم التجاري الدولي مجموعة من الخصائص تجعله مختلف عن أي نظام آخر :

أ) التحكيم التجاري الدولي نظام قضائي ذاتي : و تظهر ذاتيته في أنه نظام قضائي إرادي و قد تلعب إرادة الأطراف دورا كبيرا أو صغيرا في تحديد القواعد الموضوعية والإجرائية التي تنظم العملية التحكيمية ، كما أنه نظام قضائي خاص حيث يتولى الفصل في المنازعة شخص خاص و هو المحكم أو هيئات التحكيم سواء الحرة أو المؤسسية، كما أنه نظام قضائي غائي لأنه يهدف لإدراك عدة غايات و أهمها مراعاة خصوصية المنازعات التجارية الدولية .

ب) التحكيم التجاري الدولي نظام قضائي مؤقت: ويعني أن المحكمين يتم اختيارهم لأداء مهمة مؤقتة وهي الفصل في خصومة دولية محددة، بعدها تزول تلك الهيئة.

ج) التحكيم التجاري الدولي ليس قضاء استثنائيا : يذهب اتجاه في الفقه والقضاء إلى أن التحكيم نظام قضائي استثنائي الا أنه في وقتنا الراهن فإن التحكيم التجاري الدولي أصبح هو الأصل لفض المنازعات التجارية الدولية.

المطلب الثاني: المعايير المعتمدة في القانون الجزائري لتدويل التحكيم .

هناك فرق شاسع بين التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي قد يتراوح بين الصحة والبطلان، أما عن التحكيم الداخلي فلا يوجد له أي تعريف تشريعي، ولكن عندما قام المشرع

الجزائري بإصدار المرسوم التشريعي رقم 09/93 والمتعلق بقانون التحكيم الدولي السابق⁶⁶ فقد جاء بالمادة 458 مكرر 01 بتعريف ما هو التحكيم الدولي: "يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل ، أي الفصل المتعلق بالتحكيم، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية والتي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج".

يتبين من هذا النص أن المشرع الجزائري كان يأخذ بمعياريين لتحديد دولية التحكيم المعيار الاقتصادي و القانوني .

الفرع الأول: شروط التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري السابق .

يتبين مما سبق أن قانون التحكيم التجاري الدولي الجزائري السابق كان يعتمد على معيار مزدوج لتدويل التحكيم هذه الشروط كانت الآتية .

أولاً- المعيار الاقتصادي : والمتمثل في أن يتعلق النزاع بمصالح التجارة الدولية، و لكن هل يمكن توقع وجود لمصالح التجارة الدولية ؟

اذ ترجم كلمة الواقع أن المشرع الجزائري أخذ هذه الجزء من المادة من نظيره الفرنسي (مرسوم 1981) ، على أساس المصالح، و المقصود بها في الحقيقة " تتعلق ب " Mise en jeu de l'intérêt و بالتالي فالترجمة الصحيحة هي أن الأمر يتعلق بالتجارة الدولية .

ثانياً- المعيار القانوني: و قد أخذ المشرع الجزائري هذا المعيار من المشرع السويسري المتمثل في أن يكون موطن أحد الأطراف على الأقل في الخارج، فالموطن معيار قانوني وبذلك فالمشرع الجزائري على عكس نظيره الفرنسي لم يكتفي بالمعيار الاقتصادي بل أضاف له المعيار القانوني و هو الموطن أو المقر (و هو لا يتعلق بالجنسية)، وهذا المعيار كان من شأنه أن يذيق بعض الشيء من دائرة التعامل في مجال التحكيم التجاري الدولي.

⁶⁶مرسوم 09/93 المؤرخ في 25 أبريل 1993 والمتعلق بالتحكيم التجاري الدولي، الجريدة الرسمية لسنة 1993، العدد رقم

ثالثاً- كيفية تطبيق المعيارين (الاقتصادي و القانوني) :

كان قانون التحكيم في الجزائر يستلزم توافر المعيارين الاقتصادي و القانوني معا لتدويل التحكيم في الجزائر و بالتالي كانا يطبقان بطريقة تطابقية ((cumulative) و ليس بصفة تناوبية (Alternative)(أي وجود المعيار الاقتصادي أو المعيار القانوني فقط) .

الفرع الثاني : المعيار الاقتصادي كأساس لتدويل التحكيم في الجزائر .

أما عن التعديل الأخير لقانون التحكيم التجاري الدولي الجزائري و الذي جاء به قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد(53)⁶⁷ فوجد أن المشرع الجزائري نص في المادة 1038 من ق.ا.م.ا. ج على أنه " يعتبر التحكيم دولياً، بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل". إن المشرع الجزائري أخذ في تعديله الجديد بمعيار واحد فقط، والذي يتقارب بشكل لا يمكن إنكاره بالمعيار الاقتصادي الفرنسي⁶⁸.

أما عن المعيار الاقتصادي و المعتمد لتدويل التحكيم في الجزائر فهو مرتبط بالتجارة الدولية، فالتجارة تصبح دولية حين تخرج من اقتصاد بلد ما وحين تنتقل الأموال والخدمات والسلع وغيرها عبر حدود الدول، ويعتبر العقد دولياً إعمالاً للمعيار الاقتصادي ، إذا كان هذا العقد يتصل بمصالح التجارة الدولية حتى و إن تعلق الأمر بعقد بين جزائريين فقط ، وقد أوضحت محكمة النقض الفرنسية معيار مصالح التجارة الدولية في العديد من أحكامها وذلك من خلال الإشارة إلى أن يكون العقد منطويًا على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة بمعنى وجود حركة ذهاب وإياب للبضائع عبر الحدود⁶⁹.

⁶⁷ هذا القانون دخل حيز التنفيذ في 23 أبريل 2009 بعد سنة من إصداره في المجلة الرسمية يعدل الأمر رقم 145.66 في 8 جوان 1966 والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية .

⁶⁸ Mostefa Trari Tani, Kluwer law international, 1/2009(Mars), p72.

⁶⁹ محمد عبد الفتاح ترك، المرجع السابق، ص 359.

ومن ثم فإن التحكيم التجاري الدولي بهذا المفهوم لا يتعلق ولا يرتبط بدولة واحدة، سواء كان ذلك من حيث طبيعة النزاع، ومن حيث أشخاص النزاع أو المحكمين أو من حيث مكانه وإجراءاته، وقد أورد المشرع الفرنسي في المادة 1504 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على أنه " يعتبر دوليا التحكيم الذي يضع في الميزان مصالح التجارة الدولية " وبالتالي فهته المادة تأخذ بصفة صريحة بالمعيار الاقتصادي لدولية التحكيم.

والجدير بالذكر أن هذا المعيار قد لقي نجاحا ملموسا في إطار المعاهدات الدولية و الأنظمة القانونية الوضعية المعاصرة للتحكيم ومن بينها القانون المصري و القانون الجزائري الحالي للتحكيم .

خلاصة الفصل :

إن التحكيم التجاري الدولي قد وضع ليحل منازعات التجارة الدولية، فالتحكيم الدولي ازدهر حاليا فهو كظاهرة يتجلى بوضوح في التحكيم الدولي عن التحكيم الداخلي، و لما أصبح التحكيم الدولي هو المرجع الأساسي لحسم خلافات التجارة الدولية حاولت الجزائر التماشي مع هذه المعطيات و تغيير موقفها حول تدويل التحكيم، و الذي انتقل من تبني المعيار المزدوج (القانوني و التجاري) و الذي كان يعتمد أولا على أن يتعلق النزاع بمصالح التجارة الدولية و هو المعيار التجاري، و ثانيا المعيار القانوني المتمثل في أن يكون موطن أحد الأطراف على الأقل في الخارج، إلى تبني معيار أبسط يجمع بين المعيارين بطريقة جديدة وفذة و هو المعيار الاقتصادي بحيث نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد في مادته 1039 على أنه : " يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون ، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل " فيكون القانون الجديد قد تخلى عن المعيار الاقتصادي الذي هو " النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية" إلى تعدد الاستثمارات الدولية ، بحيث يكون التحكيم دوليا حين يكون أحد طرفيه منتم إلى المصالح الاقتصادية لدولة معينة بينما الطرف الآخر منتم إلى مصالح دولة أخرى ، و هذا التعريف يتجاوز المعيار الاقتصادي (مصالح التجارة الدولية) و المعيار القانوني (تعدد أماكن الإقامة أو تعدد

الجنسيات) إلى مقياس فيه معيار اقتصادي يتعلق بمصالح التجارة الدولية و فيه معيار قانوني يتعلق بتعدد الدول و الجنسيات و الإقامات .

الفصل الثالث: النظام القانوني لاتفاق التحكيم .

نادرة اليوم المنازعات التجارة الدولية التي تفلت من التحكيم التجاري الدولي⁷⁰ هذه المنازعات التي تتمتع بالطابع الدولي والتجاري أيضا.

و حتى يكون التحكيم وسيلة بديلة لحل منازعات التجارة الدولية يجب اتفاق أطراف عقد التجارة الدولية اللجوء الى التحكيم لحل منازعاتهم ، و هذا ما يطلق عليه اسم اتفاق التحكيم و الذي يعد عصب التحكيم في هذا العقد فهو منشؤه ، ورأسه خطه ، ومحدد منتهاه.

يعتبر التحكيم نظام قضائي اتفاقي⁷¹ ويقصد به في الاصطلاح القانوني اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية، على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل، أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين. ويتولى الأطراف تحديد أشخاص محكمين أو على الأقل يضمنون اتفاقهم على التحكيم، بيانا لكيفية اختيار المحكمين، أو أن يعهدوا لهيئة أو مركز من الهيئات أو مراكز التحكيم الدائمة لتتولى تنظيم عملية التحكيم وفقا للقواعد أو اللوائح الخاصة بهذه الهيئات أو المراكز⁷².

وبالتالي فإرادة الأطراف لاختيار التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لحل النزاع يعبر عنها اتفاق التحكيم الدولي وهو اتفاق يقوم عن طريقه طرفان أو أكثر بتعيين محكم أو أكثر يحل المنازعات التي قد تنشأ بينهم أو التي نشأت والمتعلقة بمصالح التجارة الدولية⁷³.

⁷⁰ مصطفى تراري ثاني، ذاتية التحكيم البحري، الملتقى الدولي حول " المنازعات البحرية" مخبر قانون النقل والنشاطات المرفقية، جامعة وهران 2 و 3 ماي 2009 .

⁷¹ د. احمد عبد الكرم سلامة ، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي ، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ، ص 233.

⁷² أحمد بري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 2004 ، ص 01.

⁷³ Fouchard PH., E. Gaillard, B. Goldman, traité de l'arbitrage commercial international, litec 1996, p209.

ويشمل تعبير اتفاق التحكيم الصورتين التقليديتين المعروفتين وهما عقد التحكيم *compromis* وشرط التحكيم *Clause compromissoire* . فعقد التحكيم هو اتفاق أطراف عقد التجارة الدولية على عرض المنازعات التي نشأت بينهم بالفعل بمناسبة هذا العقد على التحكيم . أما شرط التحكيم فهو اتفاق أطراف عقد التجارة الدولية بناء على نص واضح وصريح في العقد المبرم بينهم على عرض المنازعات التي قد تنشأ مستقبلا عن هذا العقد على التحكيم . و اتفاق التحكيم بصفة عامة هو تصرف قانوني بالمعنى الفني ، فلا وجود له الا بتوافر أركانه الأساسية و اللازمة لأي تصرف قانوني ، فله أطرافه الذين يبرمونه ، وموضوعه الذي ينصب عليه و آثاره التي يترتبها وان كانت تختلف عن الآثار المعتادة للتصرفات القانونية المعروفة في نظم القانون الخاص ⁷⁴ . كما يعد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم مصدرا لفعاليته وقوته ⁷⁵ ، فأصبح من المألوف أن يبرم اتفاق التحكيم بشأن أغلب منازعات عقود التجارة الدولية، فأصبحت أغلب عقود التجارة الدولية تحوي اتفاقا للتحكيم لحل المنازعات الناشئة بسبب هذا العقد . ونظرا لأهمية اتفاق التحكيم في عقد التجارة الدولية كونه العصب الأساسي للتحكيم ⁷⁶ التجاري الدولي و مدى أهمية إرادة الأطراف في إبرامه و تحديد الآثار القانونية المترتبة عنه ، وكذا المزايا التي تترتب على حرية أطرافه في اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وموضوع النزاع المترتب على عقد التجارة الدولية . إلا أن كل هذه الحرية التي يؤمنها اتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية للأطراف في حل النزاعات المترتبة عنها تقابلها قيود تنبع من طبيعة هذا الاتفاق أو متعلقة بالنظام القانوني الذي يحكمه سواء كان قانون وطني أو لائحة تحكيم دولية . و سوف نتطرق في هذا البحث إلى المبادئ الضامنة لحرية الأطراف في اتفاقات التحكيم الدولية في المبحث الأول ، أما المبحث الثاني هو عن القيود الواردة على حرية الأطراف في اتفاقات التحكيم الدولية .

⁷⁴ د. احمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 234.

⁷⁵ أ. نور الدين بكلي، دور وأهمية اتفاق التحكيم في العقود التجارية الدولية (في القانون الجزائري والقوانين العربية)، مجلة الحكمة العليا، عدد خاص ، الجزء الأول، الطرق البديلة لحل النزاعات: الوساطة و الصلح والتحكيم، سنة 2009، ص 261.

⁷⁶ بودالي خديجة ، اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري "دراسة مقارنة" ، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، السنة الجامعية 2016/2015 ، ص 116.

المبحث الأول: حرية الأطراف في إبرام اتفاق التحكيم .

يعد اتفاق التحكيم هو المحرك الأساسي لعملية التحكيم فهو الحجر الأساس أو مركز الثقل في بناء التحكيم كنظام لحل نزاعات التجارة الدولية ، بدونه لا يمكن اللجوء إلى هذه الوسيلة البديلة لحل المنازعات المرتبطة بالعقود الدولية ، و يقصد باتفاق التحكيم بصفة عامة الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاها الأطراف بإخضاع النزاع للتحكيم و الذي يأخذ شكلين ، سواء صورة شرط التحكيم أو صورة عقد التحكيم .

إن اتفاق التحكيم في عقد التجارة الدولية أصبحت تحكمه مبادئ وقواعد قانونية مهمة وخطيرة ليس على اتفاق التحكيم فحسب و إنما على الآثار التي تترتب عليه وعلى واقع التجارة الدولية ، والإشكالية التي تنور هنا كيف تؤثر طبيعة اتفاق التحكيم على مبدأ الرضاية الموجودة في عقود التجارة الدولية و ما هي المبادئ الضامنة لهذه الرضاية ؟

للإجابة على هذا الإشكال قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين : المطلب الأول هو عن ماهية اتفاق التحكيم و تأثيرها على مبدأ الرضاية و المطلب الثاني هو عن مضمون اتفاق التحكيم في عقد التجارة الدولية و تأثيره على مبدأ الرضاية .

المطلب الأول: ماهية اتفاق التحكيم .

تكمن أهمية تحديد طبيعة اتفاق التحكيم في عقد التجارة الدولية أنها تؤثر في مدى رضاية هذا العقد الى القيود التي يمكن أن تطرأ عليه و هذا يختلف من دولة لأخرى و من فكر قانوني الى آخر عن طريق التطرق الى مختلف المفاهيم التي جاءت بشأنه و كذا التطرق الى صوره .

الفرع الأول: مفهوم اتفاق التحكيم .

حضي اتفاق التحكيم باهتمام كبير لدى الفقه والقضاء وكذا القوانين المقارنة والقانون الدولي حيث أعطيت له عدة تعريفات كانت في مجملها تصب في مفهوم واحد⁷⁷ .

⁷⁷ محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص93.

و قبل البدء بتعريف اتفاق التحكيم _ أو عقد التحكيم كما يسمى أحيانا ⁷⁸ فتجدر الإشارة الى أن سبب الاختلاف في التعبير عن اتفاق التحكيم بمصطلح الاتفاق أو العقد مرده الى التفرقة عند بعض الفقه بين الاتفاق و العقد ⁷⁹ .

و يرى أكثر الفقهاء أنه لا جدوى من التمييز بين الاتفاق و العقد ، و هذا الرأي هو الأصوب و مع ذلك يستحسن من التعبير عن اتفاق التحكيم بالاتفاق ليشمل التعبير عن الصورتين التي يتخذها هذا الاتفاق ألا وهي شرط التحكيم و مشاركة التحكيم أو كما تسمى في بعض القوانين بعقد التحكيم .

يعرف بعض الفقه اتفاق التحكيم بأنه ذلك الاتفاق الذي يجره الخصوم فيما بينهم على عرض ما نشأ أو ما قد ينشأ من نزاع بخصوص عقد معين على التحكيم .

ومن تعريفات اتفاق التحكيم أنه ذلك العقد الذي يتفق الأطراف بمقتضاه على عرض النزاع القائم فعلا أو النزاع الذي سينشأ في المستقبل بمناسبة تنفيذ عقد معين على محكمين بدلا من عرضه على قضاء الدولة ⁸⁰ .

و يعرف الفقيه جولدمان اتفاق التحكيم على أنه: " هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف على أن يخضعوا للتحكيم سواء النزاعات التي يمكن أن تنشأ بينهما و المتعلقة بالعقد أو النزاعات التي نشأت و المتعلقة في كلتا الحالتين بالتجارة الدولية" ⁸¹ .

أما الأستاذ فيليب فوشار وقولدمان وقايار فقد أوردوا أنه اتفاق يقوم عن طريقه طرفان أو أكثر بتعيين محكم أو أكثر يحل المنازعات التي قد تنشأ بينهم أو التي نشأت و المتعلقة بمصالح التجارة الدولية ⁸² .

⁷⁸ عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، الطبعة الأولى ، سنة 2005 ، المكتب الجامعي

الحديث ، ص 62.

⁷⁹ د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصادر الالتزام ، المجلد الاول ، منشورات الحلبي الحقوقية ،

المرجع السابق، بيروت 1998.

⁸⁰ عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق ، ص 63

⁸¹ نورالدين بكلي، المرجع السابق ، ص 262-149.

⁸² Philippe Fouchard ,E.Gaiyard.B.Goldman. op cit , p209

كما أوردت الأستاذة حفيظة السيد حداد بأن اتفاق التحكيم هو ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه تتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو المحتمل نشوؤها من خلال التحكيم ، وذلك اذا كانت تتعلق بمصالح التجارة الدولية.

وقد اتفقت جميع التعريفات التي أوردتها الفقه لاتفاق التحكيم على أنه يشمل ما يسمى بشرط التحكيم و هو بند من بنود العقد كما يشمل كذلك عقد التحكيم أو كما يسميها البعض مشاركة التحكيم و هو الاتفاق المبرم استقلالا عن العقد . كما أظهر الاتجاه القضائي و التحكيمي أشكالا أخرى لهذا الاتفاق كامتداد شرط التحكيم أو شرط التحكيم بالإحالة ، وهذا من أهم اتفاقات التحكيم التي تكون مدرجة في عقود التجارة الدولية.

الفرع الثاني : اتفاقات التحكيم في عقود التجارة الدولية و التقسيمات الكبرى للعقود .

تقسم العقود بصفة عامة من حيث الموضوع و التكوين و الأثر، و موقع اتفاق التحكيم في عقد التجارة الدولية من بين هذه التقسيمات كالتالي:

أولا :اتفاق التحكيم في عقد التجارة الدولي و تقسيم العقود من حيث الموضوع.

إن اتفاق التحكيم عموما قد وضع له المشرع قواعد قانونية خاصة به (قانون التحكيم) مدرجة في قانون الإجراءات المدنية كونه نظام إجرائي يختص بحل المنازعات بين الأفراد . وما دام أن اتفاق التحكيم في عقد التجارة الدولي تنطبق عليه الأحكام العامة بما فيها الأحكام الخاصة التي أشارت إليها بعض التشريعات الوضعية و الاتفاقيات الدولية فيعد اتفاق التحكيم في هذا النوع من العقود من ضمن العقود المسماة⁸³، وتسري عليه القواعد الموجودة في قانون التحكيم أو

⁸³تقسم العقود من حيث الموضوع الى عقود مسماة و عقود غير مسماة ، فالعقد المسمى هو ما خصه القانون باسم معين و تولى تنظيمه لشيوعه بين الناس في تعاملهم.

والعقد الغير المسمى هو ما لم يخصصه المشرع باسم معين ولم يتولى تنظيمه، كونه أقل شيوعا من العقود المسماة ، و مناط التمييز بين العقد المسمى والغير المسمى هو وجود تنظيم تشريعي خاص من عدم وجوده.

و لمزيد من التفاصيل في هذا الصدد أنظر :عبد الرزاق السنهوري ، الجزء الأول، المرجع السابق،ص167 ، عبد الباسط محمد عبد الواسع الضرسى، المرجع السابق،ص66.

قانون المرافعات للدول بصفة عامة أو ما يسمى في القانون الجزائري بقانون الإجراءات المدنية والإدارية .

فإذا لم توجد القاعدة القانونية المراد تطبيقها يرجع إلى التنظيم العام للعقود في القانون المدني ، فالتنظيم العام للعقود يكون بمثابة المرجعية و المكمل للتنظيم الخاص ، بخلاف العقود الغير المسماة والتي يطبق عليها التنظيم العام للعقود.

ثانيا: اتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية و تقسيم العقود من حيث التكوين .

تنقسم العقود من حيث تكوينها إلى عقود رضائية وعقود شكلية و عقود عينية ، و يعرف العقد الرضائي إلى كونه العقد الذي يكفي لانعقاده تراضي المتعاقدين أي اقتران الإيجاب بالقبول⁸⁴. و يعرف العقد الشكلي بأنه العقد الذي لا يكفي لانعقاده مجرد التراضي بل لابد من أن يتخذ فيه التعبير عن الإرادة شكلا معيناً يحدده القانون⁸⁵ و من ثم إذا ما تم إسقاط هذه التعريفات على اتفاق التحكيم في عقد التجارة الدولية نجد أن اتفاق التحكيم كونه عقد رضائي أو شكلي يختلف من نظام قانوني إلى آخر فإذا كان القانون يتطلب الكتابة لانعقاده بحيث تصبح ركن من أركانه فهو عقد شكلي ، أما إذا كان القانون يتطلب الكتابة للاثبات فقط فهو من العقود الرضائية و نجد أن هناك تباين بين التشريعات الوطنية فيما يخص هذا الموضوع . فمن التشريعات المقارنة ما تجعل الكتابة الرسمية شرط ضروري لانعقاد اتفاق التحكيم مثل اسبانيا و البرتغال⁸⁶ و منها ما يكفي بالكتابة فقط دون ذكر شرط الرسمية كالقانون الجزائري ومنها ما يقبل حتى باتفاق التحكيم الشفوي في إطار التجارة الدولية كالقانون الفرنسي .

⁸⁴ رضائية العقود Le consensualisme هي القاعدة في القانون الحديث بخلاف القانون الروماني فقد كانت الشكلية هي القاعدة ، و العقد الرضائي هو الذي يتم بمجرد التراضي ، بينما العقد الشكلي فيجب لتمامه شكل معين ، والشكل الوحيد اليوم هو الكتابة .

عن : محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية الجزائر، طبعة 1981، ص 14.

⁸⁵ و قد نصت كافة القوانين المدنية المقارنة على كيفية التعبير عن هته الارادة .

⁸⁶ عبد الباسط محمد عبد الواسع الضرسى، المرجع السابق، ص 67

أما النظم الأنجلوساكسونية فلم تجعل من الكتابة شرط لصحة اتفاق التحكيم و لا حتى وسيلة لإثباته و إنما تركت ذلك للقاضي ولتقديره⁸⁷ .

ثالثا: اتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية و تقسيم العقود من حيث الأثر.

تقسم العقود من حيث أثرها إلى عقود ملزمة لجانبين ، و عقود ملزمة لجانب واحد و تنقسم أيضا إلى عقود معاوضة و عقود تبرع.

فالعقد الملزم لجانبين هو العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين ، أما العقد الملزم لجانب واحد فهو الذي لا ينشئ التزامات الا في جانب أحد المتعاقدين . وبالتالي فاتفاق التحكيم في عقد التجارة الدولي هو من العقود الملزمة لجانبين لأنه ينشأ التزامات تقع على عاتق طرفيه ، فكلاهما يلتزم بعدم طرح النزاع على القضاء و طرحه على هيئة التحكيم⁸⁸ ، و ما يميز اتفاق التحكيم في عقد التجارة الدولي هو أنه ينشئ التزاما واحدا يقع على عاتق كل من طرفيه على سبيل التبادل ، وليس التزامات مختلفة بخلاف العقود الأخرى مثل عقد البيع حيث يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع ويلتزم المشتري بدفع الثمن .

و بالتالي فأحادية الالتزام هذه الواقعة على كل من طرفيه من شأنها أن تلغي الآثار المألوفة لتقابل الالتزامات المترتبة على العقود الملزمة لجانبين ، كالدفع بعدم التنفيذ أو الفسخ لعدم التنفيذ، فإذا رفع أحد الطرفين نزاعه إلى هيئة التحكيم فلا يتصور أن يدفع الطرف الأخر أمام هيئة التحكيم بعدم التنفيذ أو أن يطالب بفسخ اتفاق التحكيم لعدم قيام خصمه بتنفيذ التزامه لأن الالتزام واحد للطرفين و هو الالتزام باللجوء إلى هيئة التحكيم وعدم اللجوء إلى القضاء .

المطلب الثاني: مضمون اتفاق التحكيم و تأثيره على مبدأ الرضاية .

تقوم عملية التحكيم بصفة عامة على مجموعة من المبادئ و النقاط القانونية و التي يحددها القانون سلفا أو التي يحددها الأطراف في اتفاق التحكيم ، و بالتالي فإن إرادة أطراف عقد التجارة الدولية تظهر

⁸⁷ و على هذا الأساس يكون مبدأ الشكلية ضابطا لحرية الأطراف حسب ما يأخذ به كل قانون وطني أو دولي ، فبعض القوانين تجعل من الشكلية شرطا لوجود اتفاق التحكيم و البعض الآخر تجعل منها شرطا للإثبات فقط ، و الفئة الأخيرة تأخذ بمبدأ الرضاية على اطلاقه و تعتد باتفاق التحكيم الشفوي .

⁸⁸ بودالي خديجة، المرجع السابق ، ص 66.

جليا في تحديد عدة مواضيع عند إبرام اتفاق التحكيم في عقد التجارة الدولية و ذلك لتفادي أي شك أو لبس في اختيار التحكيم كوسيلة لحل منازعاتهم⁸⁹.

الفرع الأول: مبدأ الاتفاق على التحكيم في عقد التجارة الدولية .

كما رأينا سابقا فان اتفاق التحكيم في عقد التجارة الدولية هو الاتفاق الذي بواسطته يتم اختيار التحكيم كطريق بديل لحل منازعات عقد التجارة الدولي ، وكون التحكيم هو استثناء من المبدأ العام ألا و هو اللجوء إلى القضاء ، فذلك يقتضي على أطراف النزاع الناشئ عن عقد التجارة الدولية أن تعبر بشكل صحيح عن رغبتها باللجوء إليه ، فلا يجب الاكتفاء بكلمات عامة لا تقطع الشك برغبة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم و إنما يجب الاتفاق على هذا المبدأ بشكل صريح وواضح لأنه يرتب عليه سحب يد القضاء من هذا النزاع و إحالته إلى هيئة التحكيم المتفق عليها .

و هو ما يلاحظ في العديد من الصيغ التي ترد في عقود التجارة الدولية فهي تقول مثلا : "كل النزاعات التي تنشأ عن هذه المشاركة ستحال إلى التحكيم"⁹⁰، فالاتفاق على هذا المبدأ واضح الدلالة ولا يترك أي مجال للشك باللجوء للتحكيم لحل منازعات هذه العقود التجارية الدولية. كما يوجد صيغ ولكن ليست واضحة الدلالة فان ورد في مشاركة إيجار للنقل الدولي للبضائع مثلا : " يحل هذا النزاع بواسطة لجنة التحكيم والعرف و العادة في غرفة تجارة باريس " ، فهذه الصيغة لا تكفي للدلالة على اختيار التحكيم كوسيلة لحل النزاع لأنه وفقا لهذه اللجنة يمكن أن يحل هذا النزاع بالتوفيق أو المصالحة⁹¹ هذا ما يسمى باتفاق التحكيم المعتل .

⁸⁹بودالي خديجة ، المرجع السابق ، ص 67.

⁹⁰ و صيغتها باللغة الانجليزية كالتالي :

« All DISPUTE ARISING OUT OF THIS CHARTER PARTY SHALL BE
REFERRD TO ARBITRA »

⁹¹ علي طاهر البياتي ، التحكيم التجاري البحري، دراسة قانونية مقارنة، دار الثقافة، الاردن ، بدون طبعة، سنة 2006

الفرع الثاني : وقت و مكان الاتفاق على التحكيم في عقد التجارة الدولية.

كما رأينا سابقا فالأصل أن التحكيم هو نظام قضائي اتفاقي ، يتم التراضي عنه من قبل الأطراف الراغبين في تسوية منازعاتهم عن طريقه ، فهم المخاطبون بالقواعد القانونية الواردة في قانون التحكيم و التي تمنحهم كل الحق في اتخاذ التحكيم وسيلة لحل منازعاتهم و التي في دراستنا هذه يخص اللجوء الى التحكيم لحل المنازعات الناشئة عن عقد التجارة الدولية ، و بالتالي أطراف هذا العقد لهم الحرية في أن اختاروا التحكيم كوسيلة بديلة لحل منازعاتهم برغبتهم دون أن يساقوا إليه رغما عنهم ، و بالتالي فالأطراف وحدهم يحددون وقت اللجوء إلى التحكيم إما لحظة إبرام عقد التجارة الدولية وبدأ التعامل بينهم عن طريق النص في عقدهم على شرط التحكيم و إما يختارون اللجوء إلى التحكيم بعد نشأة النزاع بينهم عن طريق مشاركة أو عقد التحكيم .

فالتشريعات و لوائح هيئات التحكيم تأخذ من ذلك المعيار الزمني " *criteria temporis* " أي القائم على لحظة و وقت الاتفاق على التحكيم بالنسبة لوقت نشوء النزاع ، للتفرقة بين ما يسمى بشرط التحكيم و مشاركة التحكيم⁹².

كما يستطيع الأطراف الاتفاق على تحديد المكان الذي سيجري فيه التحكيم و الاتفاق على هذا المكان له آثار مهمة فالتشريعات المختلفة لا تسوي بين الحكم الصادر على أراضيها و ذلك الصادر على أراضي أجنبية فتشدد غالبا في إجراءات تنفيذ هذا الأخير و معيار المكان قد اعتمده أيضا اتفاقية نيويورك لتحديد أجنبية الحكم من وطنيته⁹³

⁹² احمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي، المرجع السابق، ص246

⁹³ المادة 1 من اتفاقية نيويورك لعام 1958 الخاصة بالاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية .

الفرع الثالث : مدى حرية أطراف عقد التجارة الدولية في إدارة النزاع .

قد يتفق أطراف اتفاق التحكيم في عقد التجارة الدولية على اختيار قانون معين ليتم تطبيقه على موضوع النزاع، و في حالة عدم اتفاق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع تتصدى هيئة التحكيم الدولية لتحديد القانون الذي سيطبق على موضوع النزاع، طبقا لما تراه مناسبا للفصل في موضوع النزاع⁹⁴.

أولا : اختيار قانون إرادة الأطراف

غالبا ما تطبق هيئة التحكيم على موضوع نزاع عقد التجارة الدولية القواعد الذي يتفق عليها أطرافه و على ذلك نصت المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري⁹⁵ ، و التي تقضي بأن فصل محكمة التحكيم يتم عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف ، و في غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها مناسبة.

كما نصت المادة 39 فقرة 1 من قانون التحكيم المصري على أنه: "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع، القواعد التي يتفق عليها الطرفان. وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة ، اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على خلاف ذلك " ، و هناك تطابق

⁹⁴ المادة 25 مصري، و المادة 1494 فرنسي ، و تنص المادة 1043 من القانون الجزائري على :

"يمكن أن تضبط اتفاقية التحكيم ، الاجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا الى نظام تحكيم ، كما يمكن اخضاع هذه الاجراءات الى قانون الاجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم

إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك ، تتولى محكمة التحكيم ضبط الاجراءات عند الحاجة ، مباشرة او استنادا الى قانون أو نظام تحكيم ."

⁹⁵ تنص المادة 1050 من ق.م.ا.ج : " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الاطراف ، و في غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة" .

بين أحكام هذه المادة وما تضمنته المادة 28 فقرة 1 من القانون النموذجي الا أن هناك اختلافا بسيطا في الصياغة⁹⁶.

و الجدير بالذكر بأن القانون الجزائري ذكر فقط القواعد القانونية التي على الأطراف الاتفاق عليها والتي تطبق على موضوع النزاع و بالتالي هو يقصد هنا اختيار قواعد موضوعية محددة خلافا لنظيره المصري ، الذي فرق عند تحديده للقانون الذي يطبق على موضوع النزاع بين كل من القواعد التي يتفق عليها الطرفان و الاتفاق على تطبيق قانون دولة معينة من جهة أخرى .

فبالنسبة للحالة الأولى الخاصة بالقواعد التي يتفق عليها الطرفان و التي نص عليها كل من القانون الجزائري والمصري فمن المتصور أن يضع الأطراف تنظيما خاصا و قواعد مختارة و محددة لمواجهة ما قد ينشأ من منازعات بينهم و ما يلائمها من حلول لا توجد عادة في قانون معين . أو قد يلجأ الأطراف الى المزج بين عدة مصادر بحيث يقوموا بإنشاء أو تكوين قانون مستخلص من مجموعة من القواعد و التشريعات التي قد تكون وطنية أو أجنبية مع إدخال العادات و الأعراف⁹⁷ المتعلقة بالتجارة الدولية . أما عن الحالة الثانية حيث نجد إرادة الأطراف قد تتجه إلى اختيار تطبيق قانون دولة معينة بحيث يكون الفصل في النزاع طبقا لما تضمنه هذا القانون من قواعد موضوعية دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين⁹⁸ .

⁹⁶ حيث تنص المادة 28 فقرة 1 من القانون النموذجي على أن: " تحسم محكمة التحكيم الخلاف وفقا لقواعد القانون المختارة بواسطة الأطراف باعتبارها الواجبة التطبيق على موضوع الخلاف ، كل تحديد للقانون أو لنظام قانوني لدولة معينة يعتبر - عدا وجود ايضاح عكسي صريح - بمثابة تحديد مباشر للقواعد القانونية الموضوعية لهذه الدولة و ليس قواعد المتعلقة بتنازع القوانين "

⁹⁷ محمد عبد الفتاح ترك ، التحكيم البحري، دار الجامعة الجديدة، بدون طبعة، سنة 2005، ص 433.

⁹⁸ الا اذا عبر أطراف عقد النقل البحري بالزام هيئة التحكيم باختيار القانون الذي تشير اليه قواعد التنازع الواردة في القانون الذي وقع عليهم اختياره .

و بالرغم من أن الأطراف لهم الحرية المطلقة في اختيار القانون الذي يحكم موضوع العلاقة بينهما و ما يثور من شأنه من منازعات ، إلا أن هذه الحرية محدودة في بعض التشريعات بضرورة مراعاة القواعد و القوانين الآمرة و التي يجب التقيد بها لأنها تعد من النظام العام لعدة اعتبارات سواء من الناحية الاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسية⁹⁹.

و هناك قيود أخرى تقيد من حرية الأطراف في اتفاقات التحكيم عقود التجارة الدولية و التي سوف نتطرق إليها تبعا .

المبحث الثاني : أركان اتفاق التحكيم .

اتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية هو تراضي أطراف عقد التجارة الدولية إلى اللجوء للتحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات الناشئة عن هذا العقد ، أو التي يمكن أن تنشأ عنه بحكم ملزم لهم بدلا من قضاء الدولة . و بالتالي يجب أن يصاغ اتفاق التحكيم فيها سواء كان شرطا أو مشاركة بشكل سليم و واضح و إذا صيغ بشكل يتسبب ذلك في تقييد أو إلغاء العمل به .

كما للأطراف و بإرادتهم تحديد نطاق هذا الاتفاق ، زيادة على الأحكام التي يحكمها النظام العام والتي تقيد التعامل باتفاقات التحكيم في عقود التجارة الدولية خاصة في ما يتعلق بأهلية الأشخاص لإبرامها و لدراسة هذه الحالات سنتطرق في المطلب الأول إلى : تقييد أطراف العقد على اتفاقات التحكيم الدولية أما المطلب الثاني هو عن الأهلية ضابط من النظام العام في اتفاقات التحكيم في عقود التجارة الدولية.

و قد تبنى المشرع الفرنسي هذا الاتجاه أي احترام مبدأ سلطان الإرادة في نصوصه المنظمة للتحكيم التجاري الدولي حيث نصت المادة 1496 مرافعات فرنسي على أن : "يفصل المحكم في النزاع وفقا لقواعد التي يراها مناسبة . و يأخذ بعين الاعتبار الأعراف التجارية في جميع الأحوال "

⁹⁹ محمد عبد الفتاح ترك ، المرجع السابق، ص443.

المطلب الأول : إبرام و صياغة اتفاق التحكيم .

إن طريقة إبرام الأطراف لاتفاقات التحكيم في عقود التجارة الدولية قد تكون لوحده سبب في تقييده و الحد من نطاقه أو تعطيله و هذا ما سوف نتطرق اليه .

الفرع الأول: الصياغة و أثرها على المفهوم .

إن الواقع العملي أظهر أن اتفاقات التحكيم في عقود التجارة الدولية تصاغ بنحو رديء

و غامض ، إلى درجة استحالة أعمال اتفاق التحكيم¹⁰⁰ ، و يعود ذلك إلى عدة عوامل :

__ تمون أطراف عقود التجارة الدولية في اختيار من يقوم بصياغة هذه العقود و اتفاقات التحكيم، فغالبا ما يقوم بصياغته أشخاص غير مؤهلين، والذين لا يدركون المعاني الخفية والبعد القانوني الكامن وراء هذا لفظ أو تلك العبارة.

__ عقود التجارة الدولية هي عقود معقدة ومتشابكة ، تتداخل فيها جوانب اقتصادية ، قانونية ، تقنية و مالية ، ويجب أن يشارك المتخصصين في هذا المجال في كل هذه الجوانب ، وكما هو موجود في أوروبا أصبح المتخصصون في الجانب القانوني هم أصحاب الريادة في المجال التجاري و حل مشاكله¹⁰¹.

و من هنا تظهر أهمية الحيطة والحذر في تحرير عقود التجارة الدولية والانتباه إلى صياغة اتفاقات التحكيم فيها و قد أدت الصياغات المختلفة لاتفاقات التحكيم إلى ظهور أنواع أهمها:

أولا :اتفاق التحكيم المعتل : **la convention d'arbitrage**

« **pathologique** »

¹⁰⁰احمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ذكره،ص266

¹⁰¹ Bruce Hannis, l'avenir de l'arbitrage maritime, arbitre maritime (LMAA e CAMP), Gazette de la chambre maritime de paris n°17, automne 2008, p 04

قد تم اعتماد تسمية اتفاقات التحكيم بالمعتلة لاتفاقات التحكيم وعلى وجه الخصوص _ شروط التحكيم _ تلك الاتفاقات على التحكيم التي تقوم بإحداث اضطراب للسير العادي للعملية التحكيمية¹⁰².

فاعتلال شروط التحكيم ظاهرة موجودة منذ القدم¹⁰³، و من الأمور الشائعة في صياغة اتفاقات التحكيم ورودها مضطربة وغامضة، بل ومتناقضة أحيانا، لا يتفق مضمونها مع حقيقة الألفاظ و العبارات المستخدمة في الصياغة ومع ما يرغب فيه الأطراف، كما يظهر الاعتلال أيضا في عدم تحديد الجهة التي تتولى التحكيم أو حتى عدم الوضوح في مبدأ اللجوء إلى التحكيم¹⁰⁴.

كما يكون اتفاق التحكيم معتلا اذا تم تعيين هيئة تحكيم ترفض هذه المهمة أو تعين محكم قد توفي قبل نشوب النزاع، كما يكون اتفاق التحكيم معتلا اذا تم تعيين هيئة تحكيم غير موجودة أو غير معينة تعينا كافيا¹⁰⁵. و تكثر هذه الأخطاء في المجال الدولي فمثلا تعين "غرفة التجارة الدولية في جنيف" و نحن نعلم أن مقرها في باريس، فقضت غرفة التجارة الدولية في باريس بأن الإرادة المشتركة للأطراف كانت تتجه نحو إعطاء الاختصاص بالتحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس مع رغبتهم في عقد الجلسات في جنيف¹⁰⁶.

¹⁰² Fouchard, Gallaird, Goldman, op cit, 283

¹⁰³Emmanuel JOLIVET, la clause compromissoire pathologique, les cahiers de l'arbitrage, 2010-1, p81

¹⁰⁴ د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي، المرجع السابق، ص 268

¹⁰⁵ مثال: " يمكن للأطراف أن يلجؤوا الى التحكيم "

Exp : « les parties peuvent recourir à l'arbitrage ... »

¹⁰⁶ V. par ex .à propos de termes « chambre de commerce internationale siégeant à Genève » la sentnce CCI n° 3460 (1980)

كما يقع أحيانا أن ينص الأطراف اتفاق التحكيم على اسم خاطئ لمركز تحكيم معين¹⁰⁷، وبالتالي تتجه الممارسة العملية في أغلب الأحيان إلى إنفاذ أكبر عدد ممكن مما يعرف باتفاقات التحكيم المعتلة حتى أن القضاء أخذ بهذا الاتجاه و هذا ما أظهرته العديد من أحكام مجلس استئناف باريس¹⁰⁸.

ثانيا: اتفاق التحكيم الأبيض: *clause d'arbitrage blanche*

يعد اتفاق التحكيم الأبيض نوعا من اتفاقات التحكيم البسيطة ، التي لا تحتوي إلا على مبدأ اللجوء للتحكيم فقط ، دون أي تحديد للمنازعات التي يمكن أن تسوى عن طريقه مستقبلا¹⁰⁹، كالمنازعات الناشئة عن تفسير عقد التجارة الدولي أو تنفيذه ، أو مثلا تحديد حل المنازعات الخاصة بمسؤولية البائع بواسطة التحكيم إذا أخل أحد أطراف عقد البيع الدولي بالتزاماته التعاقدية . كما يخلو اتفاق التحكيم الأبيض في عقد التجارة الدولية من تحديد الجهة التي ستتولى النهوض بعملية التحكيم هل هي مركز تحكيم دائم كغرفة التحكيم بباريس أم هي هيئة تحكيم حرة .

كما يخلو اتفاق التحكيم الأبيض من بيان عدد المحكمين أو الجهة التي تتولى تعيينهم ، و يكون اتفاق التحكيم الأبيض عديم الأثر في القانون الداخلي¹¹⁰، حيث تستلزم بعض التشريعات¹¹¹ و

¹⁰⁷ ففي قضية عرضت علي غرفة التجارة الدولية بباريس ورد النص في اتفاق التحكيم على أن النزاع بين الاطراف يتم تسويته عن طريق " الغرفة الرسمية للتجارة بباريس و لما كان لا يوجد في فرنسا غرفة تجارية رسمية ، بل غرفة التجارة الدولية الشهيرة ، فقد فسر القضاء الفرنسي النص على أنه يقصد تلك الأخيرة .راجع:

Trib.gr inst .paris .13 décembre 1988.Rev.arb.1990,p521.

¹⁰⁸ cour de cassation (jére ch .civ.)13mars2007,Rev d'arb 2007 ,N°3

د.احمد عبد الكرم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي، المرجع السابق، ص273. ¹⁰⁹

¹¹⁰ Fouchard, Gaillard, Goldman, op cit, p286

¹¹¹ نص المادة 1443فقرة 2 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي الجديد:

منها القانون الجزائري أن يحدد شرط التحكيم عدد المحكمين ، أو الطريقة التي يتم بها تحديدهم و إلا كان الشرط باطلا¹¹². إلا أن الأمر يختلف في المعاملات التجارية الدولية ، فاتفاق التحكيم الأيضا صحيح¹¹³ ولا يمنع أي نص تشريعي خاص بالتحكيم¹¹⁴ ، و ذلك بتفسير أن أطرافه قد قصدوا تحكيما حرا ، و أنهم سيتفقون عند نشأة النزاع على كيفية تشكيل هيئة التحكيم .

ثالثا: اتفاقات التحكيم المترابطة **les clauses d'arbitrages combinées**

قد تصل سوء صياغة اتفاق التحكيم على أن يتراكب ذلك الاتفاق مع الاتفاق بين الأطراف على جعل الاختصاص لقضاء دولة معينة ، بحيث يتم النص في عبارة واحدة على اختصاص التحكيم و قضاء الدولة كلاهما بتسوية النزاع . و يأخذ هذا التراكب عدة صور:

- الصورة الأولى : تعارض شرط التحكيم مع شرط اختصاص الدولة¹¹⁵ أي أن العقد ينص على حل منازعاته بواسطة التحكيم و القضاء معا¹¹⁶. و هذا التعارض لا يفسر الا بأحد الأمرين ، إما عدم

« sous la meme sanction (la nullité) , la clause compromissoire doit, soit désigner le ou les arbitres, soit prévoir les modalités de leur désignation »

¹¹²تنص المادة 1008فقرة 2من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري:

" يجب أن يتضمن شرط التحكيم ، تحت طائلة البطلان ، تعيين المحكم أو المحكمين ، أو تحديد كيفية تعيينهم "

¹¹³Fouchard, Gaillard, Goldman, op cit, p287

¹¹⁴ و يؤكد الاجتهاد القضائي بصفة مستمرة بان المادة 1443 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي الجديد لا تنطبق بأي حال من الأحوال على التحكيم التجاري الدولي .

¹¹⁵كأن يرد ضمن نص أو بند واحد في عقد دولي معين ما يلي : "اتفق الطرفان على أن تتم تسوية المنازعات الناشئة عن تفسير او تنفيذ هذا العقد بطريق التحكيم وفق القواعد و الاجراءات المعمول بها لدى مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، كما تختص المحاكم المصرية بنظر النزاع".

¹¹⁶Fouchard, Gaillard, Goldman, op cit, p289

خبرة المستشار القانوني الذي حرر ذلك العقد و عدم إدراكه حقيقة ومضمون كل من شرط التحكيم و شرط الاختصاص القضائي لصالح المحاكم الوطنية و أن وجود أحدهما يغني عن الآخر، و إما وجود نية تعطيل شرط التحكيم¹¹⁷. و في كل الأحوال قد سار القضاء المقارن على عقد الاختصاص للتحكيم أولاً، فاذا فشل هذا الأخير في مهمته ، أو تعرقلت اجراءاته يحال النزاع الى قضاء الدولة¹¹⁸. أو أن التحكيم هو القضاء المختص بالنزاع الرئيسي و لا يرجع الى قضاء الدولة الا للبت في المسائل الفرعية التي يمكن أن تساعد التحكيم على أداء مهمته كالأمر بحضور شاهد ، أو اجراء وقي أو تحفظي ، أو التدخل في النهاية لتنفيذ حكم التحكيم بعد صدوره .

- الصورة الثانية : في حالة ما اذا أقر الأطراف لهيئة التحكيم الفصل في المنازعات مع اعطاء الحق للأطراف الطعن بالاستئناف في الحكم التحكيمي أمام القضاء ، فقد صدر حديثا عن مجلس القضاء بباريس¹¹⁹ أنه في المجال الدولي شروط التحكيم التي تعطي حق الاستئناف أمام الهيئات القضائية هي شروط باطللة و ذلك لاستقلالية كل من نظام التحكيم عن نظام القضاء¹²⁰.

- الصورة الثالثة : هي تجاوز شرط التحكيم مع شرط الاختصاص القضائي « Juxtaposition »¹²¹ أي ترك الخيار بين طريق التحكيم و طريق القضاء الوطني ، في هذه الحالة يثار السؤال أي الشرطين يجب إعماله ؟

¹¹⁷د.احمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي،المرجع السابق، ص 276.

¹¹⁸و قد تم تفضيل شرط التحكيم على شرط الاختصاص القضائي بلاستناد الى ان شرط التحكيم خاص و شرط الاختصاص القضائي شرط عام و الخاص يقيد العام و يتقدم عليه عند التعارض ، كما ان التحكيم هو القضاء المفضل في نطاق العقود الدولية .

¹¹⁹ paris ,27oct 1994,Rev.arb.1995;263 ;note p .level.sur l'ensemble de la question , v infra,n° 1595

¹²⁰ Fouchard, Gaillard, Goldman, op cit, p289

¹²¹تكون الصياغة مثلا : " عند حدوث نزاع بين الطرفين حول تفسير أو تطبيق هذا العقد يكون الاختصاص بالفصل فيه لهيئة التحكيم أو لمحكمة وهران الابتدائية " .

قد يمكن القول أن قضاء الدولة هو الأصل، و قضاء التحكيم هو الاستثناء. وقد يمكن القول أنه بالنسبة لعقود التجارة الدولية على الأقل يجب إهمال شرط الاختصاص لقضاء الدولة و تكون الأولية لقضاء التحكيم و ذلك خدمة لمصالح التجارة الدولية و الابتعاد عن تعقيدات القضاء الوطني¹²².

الفرع الثاني : تحديد نطاق سريان اتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية .

يحق لأطراف عقد التجارة الدولية وضع الحدود التي يسري عليها اتفاق التحكيم المنصوص عليه في هذا العقد و لكنها لا تستطيع توسيع نطاق سريان هذا العقد ليشمل النزاعات التي لا يجوز فيها الصلح و لكن يجوز لهم التضييق في النزاعات التي يشملها الاتفاق¹²³.

و تحديد نطاق الاتفاق على التحكيم في عقد التجارة الدولية قد يكون مثلاً على أساس مكاني كأن يقتصر سريان الاتفاق على النزاعات التي تنشأ في بلد معين و مثال هذه الصيغة التي وردت في

مشاركة القمح الأسترالية في عام 1990 و التي تسمى اختصاراً (WHEAT1990 AUS)، فتحدد هذه المشاركة في صيغتها نطاق اتفاق التحكيم في هذا العقد بالمنازعات التي تحدث في أستراليا .

وقد يتم الاتفاق على التحكيم في عقد التجارة الدولية على أساس زمني كأن يقصر طرفي هذا العقد سريان العقد على النزاعات التي تنشأ خلال مدة معينة لتحسب اعتباراً من تاريخ معين تتفق عليه الأطراف و المثال على ذلك الصيغة التي وردت في مشاركة نقل الفحم البولوندي 1997 و التي تسمى اختصاراً (polcoal voy) و التي تنص أنه اذا تنازع أطراف عقد النقل التجاري الدولي بشأن حق ناتج عن مشاركة الايجار هذه يجب أن يقدم كتابياً خلال سنتين ، و اذا كان الحق المتنازع عليه ناتج عن حق ناشئ عن سند الشحن فيجب أن يقدم الادعاء خلال سنة واحدة و تحتسب هذه المدة ابتداء من انتهاء عملية التفريغ.

¹²²د.احمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ذكره، ص289.

¹²³د.علي الطاهر البيتاني، المرجع السابق، ص110.

إن مثل هذه الاتفاقات صحيحة ولا يجوز التحكيم من قبل هيئة التحكيم على نزاعات عقد التجارة الدولية والتي قررت أطراف هذا العقد باستبعادها إما بتحديد المنازعات التي يحكم فيها، إما بتحديد إطار زمني معين.

المطلب الثاني : استقلالية اتفاقات التحكيم في عقود التجارة الدولية .

ان استقلالية اتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية عن العقد الأساسي من المبادئ الأساسية والراسخة ، و يؤدي مبدأ الاستقلالية إلى كون اتفاق التحكيم هو عقد منفصل تماما عن عقد التجارة الدولية ، ويتم باتفاق الأفراد والجماعات ويعتبر مظهر سلطات إرادتهم واستعمالا منهم لحقهم في الالتجاء إلى نظام التحكيم من أجل الفصل في منازعات عقد التجارة الدولية سواء كانت قائمة أو التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل ، إلا أن هذه الاستقلالية تطرأ عليها بعض العوارض أو الضوابط و التي تآطرها من الناحية القانونية مع الأخذ بعين الاعتبار ضابط النظام العام .

الفرع الأول: شروط إبرام اتفاق التحكيم .

يعتبر اتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية عقدا من العقود التي تنظمها النظرية العامة للعقد شأنه في ذلك شأن أي عقد آخر¹²⁴ بالإضافة إلى خضوعه للأحكام الخاصة الواردة بشأنه¹²⁵ ، سواء وردت في قانون الإجراءات المدنية أو الإدارية الجزائري ضمن النصوص القانونية المنظمة للتحكيم وقواعد الاتفاق عليه بالنسبة للجزائر ، أو وردت في شكل قانوني خاص لقوانين التحكيم الوطنية التي في بعض النظم القانونية.

¹²⁴ محمود السيد عمر التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته ، بدون طبعة ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، سنة 2001، ص129.

¹²⁵ Christian Gavalda, Claude Lucas de Leyssac, l'arbitrage, Dalloz, 1993 p20

و حتى يكون اتفاق التحكيم صحيحا ينبغي النظر إلى القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من ناحية الموضوع ، فبالنسبة للقانون المطبق على اتفاق التحكيم ، فإذا رجعنا إلى بعض الاتفاقيات الدولية و منها اتفاقية نيويورك فقد نصت المادة الخامسة أنه لا يجوز رفض الاعتراف و تنفيذ الحكم إلا إذا قدم الخصم الدليل على أن أطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية ، أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعت له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم .

فمن خلال هذا النص يظهر بأن اتفاق التحكيم صحيح و الذي تتوفر فيه الشروط الموضوعية مثل حالة صحة التراضي ، و خلوه من أي عيب يخضع لقاعدة أصلية هي قانون الإرادة و هي القاعدة التي مجالها في العقود الدولية ، و قاعدة احتياطية و هي قانون مكان صدور حكم التحكيم¹²⁶ .

فيكون القانون الذي اختاره الأطراف إما وطنيا باللجوء إلى قانون جنسية المتعاقد أو مكان إبرام العقد الأصلي ، كما قد يكون قانونا دوليا مستمدا من معاهدة دولية أو من الأعراف الدولية ، فقانون الإرادة يعني الإرادة الصريحة للمتعاقدين تجنباً للتأويلات المتناقضة التي قد تنتج عن الإرادة الضمنية.

أما القاعدة الثانية ، فتجد أساسها في أن مكان صدور حكم التحكيم هو القانون الذي يتحدد على أساسه ما إذا كان حكم التحكيم الصادر بناء على اتفاق التحكيم قد أصبح نهائيا أم لم يصبح كذلك و بيان ما إذا كانت السلطة المختصة في مكان التحكيم قد أوقفته أو ألغته ، مما يكون له أثره على اتفاق التحكيم و بالتالي على تنفيذ الحكم.

أما القانون الفرنسي فهو يأخذ بقانون الإرادة كأصل عام على أركان اتفاق التحكيم و في حالة غيابه يطبق المحكم القانون الملائم بما فيه العادات التجارية الدولية ، و هذا ما نصت عليه المادة 1511 من

¹²⁶ محمد كولا ، المرجع السابق ، ص122

قانون الإجراءات المدنية الفرنسي¹²⁷. و قد تماشى القانون الجزائري مع هذا الفكر و أخذ في المادة 1040¹²⁸ منه بتطبيق قانون الإرادة على شروط اتفاق التحكيم كأصل عام، و إما القانون المنظم لموضوع النزاع و إما القانون الذي يراه المحكم ملائما وهذا الاتجاه كان منسجما نوعا ما مع الموقف الدولي، بل و كان أكثر مرونة مما كان قد نص عليه القانون الجزائري في المادة 458 مكرر 1فقرة 3 من المرسوم التنفيذي 09/93 و التي كانت قد أخضعت اتفاق التحكيم لثلاث مصادر وهي قانون الإرادة و إما القانون المنظم لموضوع النزاع لاسيما القانون المطبق على العقد الأساس و إما القانون الجزائري . و بالتالي فقد أعطى المشرع الجزائري في التعديل الجديد أكثر حرية للمحكم في اختيار القانون الأكثر ملاءمة لحل النزاع بدلا من تطبيق القانون الجزائري، و هذا ما يبين و يؤكد سياسة الانفتاح التي تبناها المشرع الجزائري في هذا الصدد .

إن الاتفاق على التحكيم في عقد التجارة الدولية شرطا كان أم عقدا تنطبق عليه القواعد العامة في العقد فهو يستلزم وجود أركان والتي يتعين توافرها في الاتفاقات عموما فهو يستوجب ركن التراضي، المحل والسبب، كما أن اتفاق التحكيم في عقد التجارة الدولية هو عقد ذو طبيعة خاصة¹²⁹، فهو اتفاق إجرائي يختلف عن باقي الاتفاقات الأخرى.

¹²⁷ L'art 1511 du code civil français : « Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées.

Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce

¹²⁸ فقد نصت الفقرة الانية من المادة 1040: "...تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا إستجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي إتفق الأطراف عليه أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما"

¹²⁹ محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف بالاسكندرية، بدون طبعة، 2003، ص 56.

وبالتالي فخصوصية اتفاق التحكيم في عقد التجارة الدولية تؤدي بنا الى التساؤل عن الأهلية الواجبة لإبرامه لأنها تعتبر من الأمور المتعلقة بالنظام العام .

الفرع الثاني : الأهلية كقيد لإبرام اتفاقات التحكيم الدولية .

أبدت القوانين الوطنية وحدة كبيرة فيما يتعلق بأهلية الأطراف للجوء للتحكيم فلم تقرر أي دولة شروطا خاصة بالأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم ، ففي كل الأحوال تطبق هنا القواعد العامة المتعلقة بأهلية الأشخاص الطبيعية و المعنوية لإبرام العقود بوجه عام ¹³⁰ .
و الأهلية هنا هي صلاحية طرفي النزاع و الناشئ بمناسبة عقد التجارة الدولية في إحالة هذا النزاع (قائما أو محتمل القيام) للتحكيم . فما هي الأهلية المطلوبة لمباشرة مثل هذا التصرف القانوني؟ .
اشتطت القوانين المختلفة توافر أهلية التصرف لإبرام اتفاق التحكيم ¹³¹، أما الصبي المميز ومن في حكمه فلا يستطيع مباشرة عقد اتفاق التحكيم لوحده و لا يجوز لمن ينوب عنه إبرام اتفاق التحكيم عنه إلا بإذن من المحكمة المختصة بذلك مراعاة لمصلحة الصغير في ذلك ¹³²، و هذا الحكم ينطبق أيضا على الصبي غير المميز و من يلحق بهما أما الصبي المأذون بالتجارة إذا ما استوفى الشروط الأربعة المنصوص عليها في المادة الخامسة من القانون التجاري الجزائري ¹³³ فيستطيع إبرام اتفاق التحكيم في عقد التجارة الدولية مباشرة، لاعتباره أكمل سن الرشد بحكم القانون و أنه كما رأينا أن منازعات عقد التجارة الدولية لها طبيعة تجارية و بالتالي يجوز له الاتفاق على فضها بواسطة التحكيم .

¹³⁰عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، مجموعة رسائل الدكتوراه كلية الحقوق جامعة المنقوية، سنة 1995، ص 167.

¹³¹أنظر المادة 40 من ق.ا.م فيما يخص أهلية الشخص الطبيعي و المادة 50 و 51 من ق.م.ج فيما يخص أهلية الشخص المعنوي.

¹³²علي الطاهر البيتاني، المرجع السابق، ص 86.

¹³³فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، النشر الثاني، نشر وتوزيع ابن خلدون، سنة 2003، ص 340.

و إجمالاً فإن شرط الأهلية لا يثير أي اشكال فيما نحن بصدده حيث يتوافر هذا الشرط غالباً في أطراف عقد التجارة الدولية. و قد أقر القانون الجزائري صراحة حق أي شخص طبيعي له أهلية كاملة باللجوء الى التحكيم في الفقرة الأولى من المادة 1006 من ق.ا.م.ا.ج¹³⁴

الفرع الثالث: أهلية الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة لإبرام اتفاق التحكيم .

ازداد تدخل الدولة و أشخاصها المعنوية العامة في عصرنا الحاضر في الحياة التجارية الدولية حيث تلاشت فكرة الدولة الحارسة ، وحلت محلها فكرة الدولة التاجرة ، و الدولة الناقلة ، و الدولة الشاحنة . حيث تملك الدولة و أشخاصها المعنوية العامة شركات تجارية كبرى و أساطيل السفن التجارية و شركات النقل الدولية ، و حيث إحتلت دول أخرى دور الشاحن عن طريق ابرامها لعقود نقل متضمنة اتفاقات على حل منازعاتها بواسطة التحكيم.

و هنا يثور التساؤل عن أهلية الدولة و أشخاصها المعنوية العامة لإبرام هذا الاتفاق التحكيمي الخاص بعقود التجارة الدولية ، و بما قد يجره من تداعيات خاصة بالحصانة القضائية لهذه الدولة أو تلك ؟ للإجابة على هذا الإشكال و بالرجوع الى المعاهدات الدولية في هذا الشأن فإنه لا يوجد أي نص خاص حول أهلية الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة لابرام اتفاقات التحكيم ، فقد قررت الاتفاقيات الدولية في مجملها الى عدم مساسها بالقواعد القانونية أو القضائية للدولة التي تتبنى هذه الاتفاقيات فيما يتعلق بمسألة أو سلطة الدولة او الأشخاص المعنوية العامة لابرام اتفاقات التحكيم. ومن هذه الاتفاقيات نذكر القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 1985 فقد نص في مادته الأولى في فقرتها الخامسة : " لا يمس هذا القانون أي قانون للدولة التي تتبناه لا يجوز بمقتضاه تسوية منازعات معينة بطريق التحكيم أو لا يجوز عرض منازعات معينة على التحكيم الا طبقاً لأحكام غير أحكام هذا القانون"¹³⁵. أما بالنسبة للقوانين الوطنية للدول و أحكامها القضائية فقد ظهر موقفها فيما يخص مسألة سلطة أو أهلية الدولة أو

¹³⁴نص المادة 1006 فقرة1: "يمكن لكل شخص اللجوء الى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها .لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم ...".

¹³⁵ و قد أخذت بنفس الحكم كل من اتفاقية نيويورك 1958 و الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي 1961 .

الأشخاص المعنوية العامة لإبرام اتفاق التحكيم في عقد التجارة الدولية فقد انتقلت أغلبها من الرفض الى القبول .

الفرع الرابع : سبب و محل اتفاق التحكيم .

إن سبب التحكيم يتمثل في ارادة الطرفين في حل النزاع الناشئ بينهما عن طريق التحكيم و على هذا فإن الفرض الأغلب الأعم يتمثل في أن السبب يكون دائما مشروعاً¹³⁶ ، و السبب في اتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية يعتبر أحد عناصر الشروط الموضوعية لهذا الاتفاق . و تتمثل مشروعية السبب في أن اتفاق أطراف عقد التجارة الدولي على التحكيم يجد سببه في أن ارادة الأطراف قد اتفقت على استبعاد طرح النزاع على القضاء ، وتفويض الأمر للمحكمن و هذا سبب مشروع دائماً¹³⁷ .

أما عن ركن المحل في اتفاق التحكيم في عقد التجارة الدولية، فهو لا يختلف عن غيره من العقود في هذا الشأن ، حيث يعد محل العقد ركناً أساسياً من أركانه و الذي لا ينعقد بدونه ويشترط في هذا المحل فضلاً عن وجوده ، أن يكون مشروعاً تطبيقاً للنظرية العامة للعقد¹³⁸ .

إلا أنه بالنسبة لاتفاق التحكيم في عقد التجارة الدولية شرطاً كان أو مشاركة فإنه يجب أن يتضمن شيئاً آخر و هو تحديد النزاع و المراد الفصل فيه عن طريق التحكيم و هذا هو الجانب الموضوعي في محل اتفاق التحكيم في عقد التجارة الدولية ، هذا النزاع هو الذي سيحدد اختصاص المحكم و الذي لا يمكنه الفصل الا في النزاع أو المنازعات التي اتفق الأطراف على أن يعهدوا بها اليه و تفرض القوانين المقارنة مبدأين في هذا الشأن : الأول وهو أن يكون موضوع اتفاق التحكيم في عقد التجارة

¹³⁶ معوض عبد التواب ، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، ص 161.

¹³⁷ محمد عبد الفتاح ترك ، التحكيم البحري ، المرجع السابق ، ص 401

¹³⁸ محمود السيد عمر التحيوي ، أركان اتفاق التحكيم ، المرجع السابق ، ص 342

الدولية محددا بما فيه الكفاية و الثاني هو قابلية محل اتفاق التحكيم في عقد التجارة الدولية للتحكيم أي عدم مخالفة موضوعه للنظام العام¹³⁹.

و سوف نتطرق الى هذه المبادئ تبعا بنوع من التفصيل :

أولا : شرط ركن المحل في اتفاق التحكيم .

نطبق الشروط العامة في المحل كركن من أركان العقود بصفة عامة على اتفاقات التحكيم في عقود التجارة الدولية تبعا لخصوصيتها .

فمحل اتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية هو ما ينعقد رضا الطرفين عليه و هو عبارة عن نزاع قائم أو محتمل وقوعه و هو حق متنازع فيه أو مشكوك في مصيره .

1- أن يكون موجودا أو محتمل الوجود.

إن النزاع في اتفاق التحكيم قد يكون موجودا فعلا بمناسبة عقد تجارة دولية، كأن يختلف البائع مع المشتري على مواصفات بضاعة في عقد بيع دولي ، ثم يتفقا بعد قيام النزاع على إحالته للتحكيم وفقا لعقد يثبتان فيه أبعاد النزاع و يختاران المحكم و تسمى هذه الصورة بمشاركة التحكيم أو كما يطلق عليها بعض فقهاء القانون عقد التحكيم .

أو أن الاتفاق على التحكيم يرد ضمن بنود عقد تجارة دولية معين يتفق فيه الطرفان على إحالة نزاع محتمل الوجود إلى التحكيم، و هذه الصورة تأخذ اسم مشاركة التحكيم .

2- أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعين .

و قد أكدت أغلب التشريعات في القوانين المقارنة على هذا المبدأ و بذلك ضرورة تحديد موضوع النزاع في اتفاق التحكيم ، فطرفا عقد التجارة الدولية يتوجب عليهم أن يعينا بشكل واضح أبعاد

¹³⁹عاطف الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 190

نزاعهم في اتفاق التحكيم ، و هنا يجب التفرقة بين مشاركة التحكيم التي تعقد بصورة مستقلة بعد قيام النزاع و في هذه الحالة تعيين النزاع ليس أمرا صعبا لان النزاع ببساطة قائم و كل طرف يعرف ما يريد من الطرف الآخر و تضارب الرغبات و المصلح هي التي خلقت النزاع ،¹⁴⁰ فيستطيع هذان تحديد هذا النزاع في مشاركة أو عقد التحكيم .

غير أن الأمر يأخذ صورة مختلفة اذا ما نظرنا الى شرط التحكيم الذي يعقد قبل قيام النزاع ، فالإشكال المطروح عن إمكانية تحديد النزاع ؟

إن التشريعات تركت امكانية وجود هذه لحالة و اكتفت فقط بكون النزاع قابلا للتعيين ، فمثلا نص اتفاق التحكيم ضمن مشاركة ninyozai الذي أصدرتها لجنة بورصة الشحن اليابانية و الصادرة عام 1997 و الذي ينص على : " أي نزاع ينشأ ن هذه المشاركة يخضع للتحكيم الذي يعقد في طوكيو من قبل لجن التحكيم البحري في طوكيو في برصة الشحن اليابانية طبقا لقواعد تلك اللجنة و الحكم الصادر من قبل المحكمين سيكون نهائيا بوجه الطرفين "141.

فالملاحظ أن النزاع في هذا الاتفاق قابل للتعيين فهو معين بالنسبة إلى المشاركة المذكورة .

3- أن يكون المحل في اتفاق التحكيم مما يجوز التعامل فيه .

إن معظم القوانين قد اتفقت على جواز التحكيم على جواز التحكيم في كل ما يجوز الصلح . و يجوز أن يكون محلا للتحكيم رفع نزاع قائم أو محتمل القيام ز هو حق متنازع عليه .

و لا يجوز أن يتعلق محل اتفاق التحكيم بمسائل تتعلق بالنظام العام أو الأداب العامة .

¹⁴⁰ علي طاهر البياتي ، المرجع السابق ، ص 93 .

¹⁴¹ Arbitration :

« any dispute arising from this charter party shall be submitted to arbitration held in Tokyo by maritime arbitration comission of the Japan shiping exchang. Inc in accordance with the rules of (tomac)and the award given by the arbitration shall be final and biding on both parties » .

ثانيا : تكريس جوازية التحكيم كأصل عام .

نصت المادة 1006 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري على أنه : "يمكن لكل

شخص اللجوء الى التحكيم في الحقوق التي مطلق التصرف فيها .

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم

و لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ، ما عدا في علاقتها الاقتصادية الدولية أو في اطار الصفقات العمومية "

و يجب الاشارة بأن المادة أعلاه لا تعني بأن اللجوء الى التحكيم يكون بمجرد توافر ارادة أحد الأطراف بإختياره كطريق بديل لحل النزاعات ، و لكن يفهم من هذا النص أن الأطراف لهم مطلق الحرية في اللجوء الى التحكيم لحل النزاعات التي تثور بينهم ، و اختلف الفقهاء حول طبيعة المنازعات التي يلجأ فيها للتحكيم فمنهم من ذهب الى أن المنازعات المقصودة هي المتعلقة بتنفيذ العقود دون تلك المتعلقة بتفسيره أو تأكيد صحته ، و يرى البعض الآخر الى أن المنازعات تشمل كل المنازعات التي يمكن أن تثور من تنفيذ العقد الى غاية تفسيره وكل ما يتعلق به ¹⁴².

فسمح المشرع الجزائري لكل شخص اللجوء الى التحكيم في جميع المنازعات التي تتمحور حول الحقوق التي له مطلق الحرية في التصرف فيها و استثنى من مجال التحكيم المنازعات التي تتعلق بالنظام العام و حالة الأشخاص و أهليتهم ، و إن كان المشرع لم يعرف النظام العام و هذا ما سوف نتطرق اليه تبعا لمعرفة حدود ايراد التحكيم كطريق بديل لحل المنازعات .

ثانيا: تقييد موضوع التحكيم بضابط النظام العام .

¹⁴²بوضياف عادل ، الوجيز في شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، الجزء 2 ، الطبعة الأولى 2012، دار كليك للنشر، ص375 .

يعتبر تحديد فكرة النظام العام من أكثر المسائل تعقيدا ، فهي فكرة مطاطة تتغير بتغير المكان و الزمان لتعكس وجهة نظر مجتمع ما فقد قيل لتحديدها بأنها : " النظام الأعلى للمجتمع و الذي يتحتم على الجميع عدم الخروج عليه "143 هو مجموعة القواعد القانونية التي تهدف إلى المحافظة على الكيان السياسي و الاقتصادي و الأخلاقي للدولة و تضع في الاعتبار سمو المصلحة العامة على المصلحة الفردية دون اغفال أو تجاهل المصلحة الفردية .144

و يمكن تقديم أمثلة عن القواعد التي تتعلق بالنظام العام تلك القواعد القانونية التي ينص المشرع على البطلان كجزاء موضوعي أو اجرائي جراء اغفالها و القواعد القانونية التي تتعلق بالأسس الاقتصادية للدولة كسعر الصرف و الذهب و غير ذلك .

فاعتبر المشرع أن من النظام العام الأموال الشخصية و الأهلية و الميراث و كذلك الأحكام المتعلقة بالانتقال و الاجراءات اللازمة للتصرف في الوقف و في العقار و التصرف في مال المحجوز و مال الوقف و مال الدولة و قوانين التسعير الجبري و سائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية ، و لا يجوز التحكيم في الجرائم ، و لا يجوز التحكيم في النزاعات الناتجة عن المقامرة و لا عن الخلافات التي تتنافى مع الآداب كالتي تحصل عن العلاقات غير الشرعية145 .

و اضافة الى تلك القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام ، تكون الأشخاص المعنوية العامة دون التمييز بين ذات الطبيعة الادارية أو الاقتصادية أو التجارية أو الصناعية ممنوعة من اللجوء الى التحكيم في منازعاتها مع غيرها مهما كانت طبيعته القانونية إلا في حالة كانت المنازعة تتعلق بأمرين ،

¹⁴³ علي الطاهر البياتي ، المرجع السابق ، ص 95

أشرف عبد العليم الرفاعي ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية ، دراسة في قضاء التحكيم ، دار الكتب القانونية ، ص

144 16

¹⁴⁵ علي الطاهر البياتي ، المرجع السابق ، ص 95

و يتعلق الأمر الأول بالمنازعات الخاصة بالعلاقات الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية دون اشتراط أن تكون هذه الصفقات ذات طابع دولي¹⁴⁶.

الفرع الخامس : استقلالية اتفاق التحكيم .

يعد مبدأ استقلال اتفاق التحكيم من المبادئ المستقرة سواء في إطار القوانين الوضعية أو المعاهدات الدولية ولوائح التحكيم على أساس أن هذه الاستقلالية تستمد من الوضع المختلف لكل من العقدين أي العقد الأصلي و الاتفاق على التحكيم ، فهذا الأخير هو عقد يرد على الإجراءات وينصب محله على الفصل في المنازعات الناشئة عن الشروط الموضوعية التي يتضمنها العقد الأصلي¹⁴⁷ ، ويترتب على هذا 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 مندمجا من الناحية المادية في العقد الأصلي¹⁴⁸.

و تتحدد الصور التي تثور فيها مسألة العلاقة بين الاتفاق على التحكيم والعقد الأصلي، فقد تثور هذه المسألة عند التمسك ببطلان العقد الأصلي، أو انقضائه لأحد أسباب الانقضاء ومدى تأثير ذلك على اتفاق التحكيم و إمكانية اللجوء إلى هيئة تحكيم رغم ذلك، من جهة أخرى يمكن أن يكون العقد الأصلي صحيحا والاتفاق باطل ، فما هو تأثير بطلانه على العقد الأصلي ؟

أنه في حالة التسليم بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي فإننا نصل إلى نتائج هي أن بطلان العقد الأصلي أو بطلان شرط التحكيم لا يؤثر على صحة أو بطلان الآخر، فإذا أبطل العقد الأصلي، فعندئذ يمكن التمسك بصحة شرط التحكيم وبالتالي السير في إجراءات التحكيم وحسم النزاع من قبل المحكم وليس من قبل المحكمة.

¹⁴⁶ بوضياف عادل ، المرجع السابق ، ص 377.

¹⁴⁷ عبد الفتاح ترك: المرجع السابق، ص 442 .

¹⁴⁸ حفيفة السيد حداد : المرجع السابق ، ص 20.

كما أن تقرير استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يؤدي إلى قبول إخضاع العقد الأصلي لنظام قانوني يختلف عن ذلك الذي يحكم اتفاق التحكيم، وبالتالي ليس بالضرورة أن يكون القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي هو الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم¹⁴⁹، أما القول بعدم استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يعني إخضاع كل من العقد الأصلي واتفاق التحكيم إلى ذات النظام القانوني¹⁵⁰.

إن مبدأ الاستقلالية لاتفاق التحكيم يعطي المحكم سلطة النظر في اختصاصه وهو ما يسمى بالفرنسية "Compétence de la compétence" أو الاختصاص - بالاختصاص ومعنى هذا أن المحكم يستمر في إجراءات التحكيم وهو الذي يقرر كونه مختصا بالنظر في الموضوع أم لا وان كان جرى الطعن بصحة العقد الأصلي .

وخلاصة القول فان مبدأ الاستقلالية له أثران هامان على شرط التحكيم وهما :

الأثر الأول يتمثل هو ما في مبدأ الفصل *séparabilité*¹⁵¹ بين اتفاق التحكيم والعقد الأساسي أو الأصلي وهذا ما كرسته محكمة النقض الفرنسية في 7 ماي 1963 في قرار Gosset حيث ذهبت إلى أنه في إطار التحكيم التجاري الدولي فإن اتفاق التحكيم سواء تم هذا الاتفاق على نحو منفصل ومستقل عن التصرف القانوني الأصلي أو تم إدراجه فيه ، فإنه يتمتع دائما باستقلال قانوني كامل، يستبعد معه أن يتأثر اتفاق التحكيم بأي بطلان محتمل يلحق بهذا التصرف.

¹⁴⁹ عبد الحميد الاحدب: موسوعة التحكيم الدولي ، الجزء الثاني، دار المعارف، بدون طبعة، ص102.

¹⁵⁰ حفيظة السيد حداد : المرجع السابق ، ص 21

¹⁵¹ Mostefa Trari Tari – op cit – p 37.

الأثر الثاني لمبدأ الاستقلالية وهو أن اتفاق التحكيم مستقل عن كل قانون وطني وقد كرس هذا المبدأ عن طريق محكمة النقض الفرنسية في 20 ديسمبر 1993 في القضية Dalico¹⁵² .

أولاً: استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي .

إن أول وأقدم معنى للاستقلالية بالنسبة لاتفاق التحكيم هو استقلاله عن العقد الأصلي والذي من أجله تم الاتفاق على التحكيم ، و إن مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي تأخذ به أغلب القوانين الوطنية المقارنة ولوائح وأحكام التحكيم الدولية ، وقد تبني المشرع الجزائري مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في المرسوم التشريعي 09/93 في المادة 458 مكرر 1 فقرة 4 : " لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح " ، متأثراً بذلك بالقانون السويسري في المادة 178 فقرة 3¹⁵³ وأكد هذا المبدأ في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد في المادة 1040 الفقرة 4 بأنه لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي.

كما نص قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 صراحة على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي من خلال نص المادة الثالثة والعشرين والتي تنص على أنه: " يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهاؤه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته."

و قد نصت المادة 21 فقرة 2 من لائحة التحكيم للإنسترا ل 1976 على أنه " يكون لمحكمة التحكيم سلطة الفصل في وجود أو صحة العقد الذي يشكل شرط التحكيم جزءاً منه "

¹⁵² cass. 1 _re , 7 mai 1963, jc p 1963 II. 13405

¹⁵³ عليوش قربوع: التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة 2005، ص 36

وهذا يعني أن هذه اللائحة تزود المحكم بسلطة الفصل حول وجود أو صحة العقد الأصلي وذلك باستقلال شرط التحكيم عنه، وبالتالي تعطي المحكم سلطة الاستمرار في نظر النزاع حتى لو ثبت عدم وجود أو بطلان العقد الأصلي.

هكذا يمكن القول أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يعد من المبادئ المستقرة حالياً سواء في إطار القوانين الوضعية أو المعاهدات الدولية ولوائح التحكيم، وأساس هذه الاستقلالية هو اختلاف موضوع كل من العقد الأصلي والاتفاق على التحكيم، حيث نجد أن الاتفاق على التحكيم ليس مجرد شرط وارد في العقد الأصلي، بل هو عقد ثان من طبيعة مختلفة وإن كان مندمجا من الناحية المادية في العقد الأصلي.

إلا أن موضوع الاستقلالية كان محلا للجدل والنقاش بين أنصار استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي والمنادين بعدم الاستقلالية والجدير بالذكر أن تقرير استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يكون أيضا بنظام قانوني يختلف عن ذلك الذي يحكم اتفاق التحكيم.

ثانيا: استقلالية اتفاق التحكيم عن كل قانون وطني.

على الرغم من أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمن هذا الاتفاق أو الذي يشير إليه، نشأ من أجل عزل اتفاق التحكيم عن متاهات العقد الأصلي ومشاكله¹⁵⁴، وضع مفهوم آخر لمعنى استقلالية وهو أن القانون الذي يحكم العقد الأصلي يختلف عن ذلك القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم، وقد وضعت عدة مناهج عن طريق الفقه والقانون والقضاء لتحديد مدى صحة اتفاق التحكيم، هته الطرق الثلاثة هي: منهج تنازع القوانين، منهج القواعد المادية والمنهج المختلط الذي يمزج بينهما¹⁵⁵.

¹⁵⁴ حفيظة السيد حداد: المرجع السابق، ص 54.

¹⁵⁵ Ph fouchard. E.Gaiyard, B Goldman, op cit, p 234

أ) تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال منهج تنازع القوانين.

وفقا للمبادئ التقليدية السائدة في النظرية العامة في القانون الدولي الخاص يتوقف تحديد القانون الواجب التطبيق على المسألة المتنازع عليها، على تحديد طبيعة هذه المسألة وإدراجها في أحد الأفكار المسندة وذلك تمهيدا لإعمال القانون الذي يشير إليه ضابط الإسناد في قاعدة التنازع التي تم إدراج هذه المسألة في الفكرة المسندة فيها، و أعمال هذه المبادئ المتقدمة على اتفاق التحكيم يؤدي إلى تنازع في التكييفات بشأن تحديد طبيعة اتفاق التحكيم وبالتالي إمكانية خضوعه إما للقانون الذي يحكم الإجراءات أو قانون الإرادة، فالنظر إلى اتفاق التحكيم على أنه القانون الذي يحكم الإجراءات يؤدي إلى خضوعه إلى القانون الذي يحكم هذه الأخيرة، بينما النظر إلى اتفاق التحكيم على أنه عقد مستقل عن الإجراءات التي يعد مصدرها و أساسها، يؤدي إلى إخضاع اتفاق التحكيم إلى القانون الواجب التطبيق الذي تختاره الأطراف وفقا للقواعد المستقرة والمعمول بها بشأن العقود الدولية بصفة عامة سواء كان عقد تحكيم أو عقد آخر.

ولقد ذهب جانب من الفقه إلى تبني التكييف الإجرائي لاتفاق التحكيم، بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى تبني التكييف العقدي لاتفاق التحكيم¹⁵⁶. فمنهج تنازع القوانين يعد الأقدم والمستعمل أكثر في القانون المقارن¹⁵⁷.

وقد أخذت بهذا المنهج اتفاقية نيويورك في المادة 5 فقرة د: " لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ والدليل على أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو القانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق "

¹⁵⁶ حفيظة السيد حداد: المرجع السابق، ص 55.

¹⁵⁷ Ph fouchard. E.Gaiyard, B Goldman , op cit, p 235.

وبالتالي ما يلاحظ على هذه المادة أن القاضي يرفض الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم إذا لم تكن اتفاقية التحكيم صحيحة بالنسبة للقانون الذي اختاره الأطراف وبالتالي اتفاقية نيويورك هنا تطبق مبدأ الاستقلالية¹⁵⁸. و ذلك بإعطاء الأطراف حرية كبيرة في اختيار القانون الذي يحكم اتفاهم، كما أن هذه الاتفاقية تجعل قانون البلد الذي تم التحكيم فيه إذا لم يتم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق.

فكما ذكرنا فإن منهج تنازع القوانين هو قانون إرادي ولكن الإشكال يثور عندما لا ينص الأطراف على القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم، هنا الأنظمة القانونية اختلفت، فمثلا القانون الانجليزي أخذ بالنظرية التقليدية حتى يخضع كل التحكيمات التي تجري في لندن إلى القانون الانجليزي خاصة المجال البحري¹⁵⁹.

ب) تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من خلال أعمال منهج القواعد المادية.

كرست الأحكام الصادرة من كل من محكمة استئناف باريس أولا ثم بعد ذلك محكمة النقض الفرنسية منهجا يسمح بتقدير وجود وصحة اتفاق التحكيم من خلال أعمال القواعد المادية استقلالا عن البحث عن القانون الواجب التطبيق¹⁶⁰.

فاتجه القضاء الفرنسي الذي استخلص في بداية الستينات مبدأ صحة اتفاق التحكيم من مبدأ استقلالية هذا الاتفاق إلى بلورة هذه النتيجة في نهاية الثمانينيات وبداية التسعينات في العديد من

¹⁵⁸Trari Tani Mostefa, op cit, p 43.

¹⁵⁹ حفيفة السيد حداد: المرجع السابق، ص 89

¹⁶⁰ محاضرات الأستاذ تراري: التحكيم التجاري الدولي. قسم الماجستير القانون لخاص. جامعة معسكر. السنة الجامعية

2007/2006.

الأحكام الصادرة عن محكمة استئناف باريس، والتي أكدت بشكل حاسم على أنه في المسائل الدولية يتمتع شرط التحكيم بصحة وفعالية ذاتية¹⁶¹.

ويؤكد الفقه الفرنسي في مجموعه على أن ذلك القضاء ليس إلا مجرد طريقة أخرى لفرض مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن كل نظام قانوني وضعي يحكم هذا الاتفاق ، فاتفاق التحكيم يتضمن في ذاته صحته وفعاليتها.

وقد أتى المظهر الثالث للاستقلالية بمقتضى قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية يدعى بقرار Dalico في 20 ديسمبر 1993 وقد كان منطوق قرار Dalico بأنه ماعدا مقتضيات النظام العام الدولي الفرنسي شرط التحكيم ليس مستقلا عن عقد الأساس فحسب و إنما مستقل عن كل القوانين الوطنية¹⁶².

والواقع أن ما ذهب إليه محكمة النقض الفرنسية ومن قبلها محكمة استئناف باريس وإن كان محلا لتأييد جانب من الفقه الفرنسي، فإنه كان محلا أيضا لانتقاد جانب آخر من الفقه ، فقد ثار جدل فقهي كبير في هذا الصدد- حيث ذهب جانب من الفقه بزعمه بزعامة الفقيه Pierre Mayer إلى القول بأن هناك تكريس لنظرية العقد بدون قانون، ومن بين الانتقادات التي وجهها لهذا القرار :

هل معنى الاستقلال بأن اتفاق التحكيم لا يكون باطلا حتى لفقدان الأهلية ؟ وذلك لأن الأهلية تخضع لقانون الدولة،

وبالتالي فما هي طبيعة قاعدة القانون الدولي للتحكيم التي تقول بها محكمة النقض ؟ هل تنتهي هذه القاعدة بالضرورة إلى قانون أعلى من القوانين الوطنية، إذ أن محكمة النقض ذاتها أشارت إلى أنه من

¹⁶¹ Ph fouchard. E.Gaiyard, B Goldman, op cit ; p 245.

¹⁶² كتابة منطوق الحكم بالفرنسية حفيظة حداد:المرجع السابق، ص 86 .

غير الضروري من أجل القول بصحة اتفاق التحكيم الإشارة إلى قانون وطني أم أن القضاء الفرنسي لم يقصد بإشارته السابقة استخلاص قاعدة فوق القوانين الوطنية¹⁶³. "

أما عن التيار الثاني وهو المسيطر على القضاء والفقهاء في فرنسا وتزعمه الأستاذ " Phillipe Fouchard ، يجيب على هته الانتقادات بقوله بأن محكمة النقض الفرنسية حينما تذهب إلى أن شرط التحكيم مستقل عن القوانين الوطنية فإنها لا تستند بذلك إلى نظرية العقد بدون قانون ، وإنما تقصد بذلك العقد بدون تنازع القوانين أي أن شرط التحكيم يخضع إلى قواعد مادية¹⁶⁴ ، وهذه القواعد المادية ما هي في الحقيقة إلا أعراف وعادات التجارة الدولية أو ما يسمى بالقوانين العابرة للدول . Loi transnationale .

وقد قام المحكمين عند تعرضهم للفصل في مسألة وجود اتفاق التحكيم وصحته من أجل تأسيس اختصاصهم بتطبيق منهج القواعد العابرة للدول ، مفضلين بذلك المنهج المادي على منهج التنازع التقليدي والذي يتطلب أن يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على وجود اتفاق التحكيم وصحته من خلال إعمال قواعد تنازع القوانين.

فالمحكم لا ينتمي إلى أي نظام قانوني وطني، وبالتالي لا يوجد لديه سبب يدفعه إلى ترجيح قواعد الإسناد لأحد الأنظمة القانونية المتمثلة بالمنازعة المعروضة عليه للفصل فيها، و لا إلى ترجيح النصوص المادية لهذه القوانين، وفي حالة عدم إفصاح الأطراف لإرادتها عن القانون الواجب التطبيق على المنازعة، فإن تطبيق المحكمين للقواعد التي يقدرّون أنها تتماشى مع المقتضيات الضرورية للجماعة الدولية المستخلصة من الدراسات المقارنة والمستمدة من أحكام التحكيم الدولي، استقلالاً عن التأثير بالذاتية الخاصة بكل نظام وطني تعد دون شك حل يتمشى مع طبيعة عمل المحكم ووظيفته .

¹⁶³ حفيفة السيد حداد : المرجع السابق، ص 87

¹⁶⁴Ph fouchard. E.Gaiyard, B Goldman op.cit , p 234.

فعلى الصعيد العملي، فإن اللجوء إلى إعمال القواعد المادية العابرة للدول، يعد دون أدنى شك أقل احتمالية، من إعمال المنهج الآخر الذي يوقف الفصل في مسألة صحة اتفاق التحكيم على تطبيق أحد القوانين المتنازعة. ولذلك يرى الأستاذ E. Gaillard أنه من الأفضل أن يدفع الفكر القائم على الطابع العابر للدول سلطات المحكمين إلى مداها، وذلك بغرض السماح لهم بأنه لا يتم تقدير وجود وصحة اتفاق التحكيم إلا في ظل المفاهيم العابرة للدولة، والتي استهدفها القضاء الفرنسي من خلال استخدامه لفكرة النظام العام الدولي. وإذا كان كل من الاتجاهين السابقين يقرر إما إعمال منهج التنازع من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على وجود اتفاق التحكيم وصحته، وإما إعمال المنهج المادي أي تطبيق القواعد المادية، فإن بعض القوانين الحديثة الصادرة بشأن التحكيم ذهبت إلى مدى أبعد من ذلك وسمحت بالمزج بين القواعد المادية وقواعد تنازع القوانين من أجل تقرير صحة اتفاق التحكيم وهذا المنهج هو المنهج المختلط.

ج) المنهج المختلط من أجل تقرير صحة اتفاق التحكيم .

يعتبر المشرع السويسري أول مشرع قبل إمكانية تطبيق كل من القواعد المادية وقواعد التنازع من أجل تقرير صحة اتفاق التحكيم¹⁶⁵، فالمادة 178 من القانون الدولي الخاص السويسري والتي تعالج اتفاق التحكيم تسمح بالاعتراف بصحة اتفاق التحكيم من الناحية الموضوعية إذا كان هذا الاتفاق يتماشى مع الشروط التي يتطلبها القانون المختار من قبل الأطراف أو القانون الذي يحكم موضوع النزاع ولا سيما القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي أو وفقا للقانون السويسري¹⁶⁶.

إن الموقف الذي انتهجه المشرع السويسري ليس موقفا منفردا إذ تبعه فيه العديد من الأنظمة القانونية الأخرى، كالقانون الجزائري الصادر في 25 أبريل 1993 في المادة 458 مكرر 1 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية تضمن نصا مماثلا لنص المادة 178 فقرة 2 من القانون الدولي الخاص السويسري

¹⁶⁵ Ibid, p 255.

¹⁶⁶ حفيظة السيد حداد: المرجع السابق، ص 101.

الجديد ، إلا أن التعديل الجديد الذي أتى به قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري غير من الموقف السابق بموقف أكثر تقدم ، إذ أعطى الحرية للمحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق بدلا من إخضاعه للقانون الجزائري وهذا ما جاءت به المادة 1040 منه¹⁶⁷.

الفرع السادس : المبادئ القانونية المنبثقة عن استقلالية اتفاق التحكيم.

إن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم أصبح يشكل النظام القانوني لاتفاق التحكيم¹⁶⁸، و يترتب عن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عدة آثار سواء مباشرة أو غير مباشرة تمنح اتفاق التحكيم حصانة فيما يصيب العقد الأصلي من بطلان ، كما يمنح لاتفاق التحكيم أيضا ذاتيته الخاصة فيما يخص القانون الواجب التطبيق عليه و كذا مواجهة أي قانون وطني ، و تفادي قواعد تنازع القوانين وهذه هي الآثار المباشرة لمبدأ الاستقلالية وقد تم التطرق إليها في الفرع السابق.

كما يترتب أيضا على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم آثار غير مباشرة لها أهمية كبيرة لفعالية هذا المبدأ و هي استقلال المحكم باختصاصه بالفصل في مسألة الاختصاص و فعالية اتفاق التحكيم كمصدر فعالية المحكمة التحكيمية.

أولا: اتفاق التحكيم مصدر استقلالية هيئة التحكيم.

أ) اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه _ مبدأ الاختصاص بالاختصاص _

إن مبدأ الاختصاص بالاختصاص هو الذي يمنح للمحكمة التحكيمية سلطة الفصل في مدى اختصاصها في النزاع المتعلق بالعقد الأصلي ، ويعتبر هذا المبدأ من القواعد الأساسية في قانون

¹⁶⁷ المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري: "تعتبر صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفقت الأطراف على اختياره و إما القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما"

¹⁶⁸ Ph fouchard. E.Gaiyard, B Goldman, op cit, p229

التحكيم¹⁶⁹. كما يرى بعض الفقه أن هذا المبدأ هو المبدأ الملازم لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم¹⁷⁰، لأن منح اتفاق التحكيم استقلالية في مواجهة العقد الأصلي و القانون الواجب التطبيق عليه تبقى غير كافية إذا منحنا للجهات القضائية صلاحية الفصل في اختصاص الهيئة التحكيمية فتبقى هذه الاستقلالية ناقصة و غير كاملة.

و بالتالي فإن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يعطى للمحكم صلاحية الفصل في مدى اختصاصه في الفصل في النزاع المعروض عليه، و هو يتمتع بهذه الصلاحية استنادا إلى اتفاق التحكيم المنصوص عليه في العقد الأصلي، فاتفاق التحكيم هو الذي يعطي للمحكم السلطات الواسعة للبحث في موضوع النزاع وفي مدى صحة هذه الاتفاقية.

ويكون المحكم تبعا لمبدأ "الاختصاص -الاختصاص" مختصا إما بمواصلة إجراءات المحاكمة و إما يضع حدا لها و هذا ما يسمى بالصورة الايجابية لمبدأ "الاختصاص _الاختصاص"، بالمقابل تكون الهيئات القضائية غير مختصة للنظر في مدى صحة اختصاص المحكمة التحكيمية و هذه الصورة السلبية لمبدأ "الاختصاص _الاختصاص"¹⁷¹. و قد تم التأكيد على مبدأ "الاختصاص -الاختصاص"¹⁷² بصورة مستمرة، و أول من أقره القضاء الفرنسي سنة 1949¹⁷³ بعد ذلك تبناه المحكمون في سلطة الفصل في مدى اختصاصهم من عدمه.

¹⁶⁹ أ. نور الدين بكلي: دور وأهمية اتفاق التحكيم في العقود التجارية الدولية (في القانون الجزائري والقوانين العربية)، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء الأول، الطرق البديلة لحل النزاعات: الوساطة و الصلح والتحكيم، سنة 2009، ص300.

¹⁷⁰ Marie niviere, le principe "compétence-compétence", dans le contentieux maritime, université Paul Cézanne, Aix Marseille, promotion 2007, p8 .

¹⁷¹ Marie niviere, op cit , p9

¹⁷² Le principe « compétence_ compétence »

¹⁷³ Cass.civ ;22 février 1949.

كما كرس أغلب التشريعات هذا المبدأ منها القانون الفرنسي، القانون السويسري، القانون المكسيكي، كما قد تم تكريسه مؤخرا في القانون الأنجلوساكسوني¹⁷⁴، أما القوانين العربية فقد تبنت هذا المبدأ أيضا في تشريعاتها الحديثة و جاءت أغلب هذه القوانين بصياغة متطابقة، فمثلا كرس المشرع الجزائري هذا المبدأ في المادة 458 مكرر 07 من قانون الإجراءات المدنية القديم: " تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص، قبل أي دفع يتعلق بالموضوع"¹⁷⁵. وتتطابق مع المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد¹⁷⁶، كما أقرت هذا المبدأ المادة 22 من قانون التحكيم المصري و المادة 61 من قانون التحكيم التونسي.

ب) اتفاق التحكيم مصدر استقلالية المحكم في اتخاذ كل الإجراءات.

إن المحكم الفاصل في نزاع نشأ بمناسبة عقد تجاري دولي بمختلف أشكاله يستمد سلطته و اختصاصه من اتفاق التحكيم سواء كان شرطا أو مشارطة، فهو يقوم بعمله على أساس وجود هذا الاتفاق، كما أن الهيئة التحكيمية ملزمة بكل ما اتفق عليه الأطراف، سواء في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات أو على الموضوع¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Marie niviere ,op cit,p09.

¹⁷⁵ المرسوم التشريعي رقم 09/93 مؤرخ في 3 ذي القعدة عام 1413 الموافق 25 ابريل سنة 1993 يعدل ويتم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية العدد 27، ص 58.

¹⁷⁶ قانون صادر في 23 أبريل 2008، جريدة الرسمية العدد: 21 لسنة 2008، إذ نصت المادة 1044 منه على: " تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها. و يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع. تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبط بموضوع النزاع"

¹⁷⁷ تنص المادة 1043 فقرة 1 من نفس المرسوم على: "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..."

وكما رأينا سابقا أنه في غياب مثل هذا الاتفاق تمنح أغلب التشريعات الدولية الحديثة و منها القوانين العربية بما فيها القانون الجزائري للمحكم السلطة والحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات¹⁷⁸ و كذلك على موضوع النزاع دون اللجوء إلى قانون مقر التحكيم¹⁷⁹ .

فالمحكم له وضع يختلف عن وضع القاضي الذي له قانون ملزم به و هو قانون الواجب التطبيق في دولة ما ، بينما المحكم مقيد فقط بما اتفق عليه الأطراف ، وسكوت الأطراف يعني منح المحكم الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق.

ثانيا: استقلالية اتفاق التحكيم في اختيار نوع التحكيم .

يستطيع أطراف العقد الدولي في اتفاق التحكيم الذي عقده مباشرة تسمية المحكمين الذين يتولون عملية التحكيم إذا حدث نزاع بينهم أو أن يقوم أطراف هذا العقد الاتفاق على جهة معينة يتم التحكيم وفقا لقواعدها و بالتالي فالأطراف لهم الحرية و الاستقلالية وفقا لاتفاق التحكيم على اختيار إما التحكيم الحر و إما التحكيم المؤسسي .

و يقصد بالتحكيم المؤسسي الاتفاق على إحالة المنازعات التي تنشأ أو التي نشأت بالفعل على التحكيم أمام إحدى مؤسسات التحكيم التجاري الدولي الدائمة والتي تتولى تنظيم وإدارة العملية التحكيمية منذ تلقي طلب التحكيم وحتى إصدار حكم التحكيم وذلك عن طريق الأجهزة الإدارية التابعة للمؤسسة التحكيمية، وعلى ضوء لائحتها التحكيمية .

كما تنص المادة 1050 من المرسوم السابق ذكره على: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف..."

¹⁷⁸ وقد نصت المادة 1043 في فقرتها الثانية: "...إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك ، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات ، عند الحاجة ، مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام التحكيم

¹⁷⁹ كما نصت المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف ، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة".

أما التحكيم الحر فهو ذلك النوع من التحكيم الذي يتفق الأطراف من خلال اتفاق التحكيم على إدارة وتنظيم عملية التحكيم ، وبالتالي يقوم الأطراف بتشكيل هيئة التحكيم والاتفاق على تحديد كافة القواعد المطبقة على الإجراءات التحكيمية واختيار مكان التحكيم والقانون المطبق على موضوع النزاع.

الفرع السابع: من مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم إلى مبدأ صحته.

يعتبر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأساسي كما بينا سابقا أنه صمام الأمان لصحة اتفاق التحكيم ، سواء جاء على شكل شرط تحكيمي أو عقد تحكيمي (مشاركة تحكيم).
و عليه فإن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يشكل النظام القانوني لاتفاق التحكيم لما يترتب من آثار تشكل الركائز الأساسية لهذا الاتفاق لتجعله فعالا وغير قابل للبطلان، ليضع اتفاق التحكيم نظاما مصدره إرادة الأطراف و منه يستمد المحكم سلطته ، كما يبين القانون الذي يسري على الإجراءات و القانون الذي يسري على موضوع النزاع¹⁸⁰.

إن إقرار الفعالية المطلقة لاتفاق التحكيم يجرنا إلى دراسة مجال أعمال هذا المبدأ و متى ينتفي تطبيقه على اتفاق التحكيم ؟ و قد تكون الإجابة على أنه ينتفي العمل بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأساس ، إذا ورد اتفاق التحكيم باطلا أي كان الاتفاق نابعا من ذاته أي تخلفت شروط صحة هذا الاتفاق (سواء الموضوعية أو الشكلية).

إن إقرار مبدأ الاستقلالية لا يعني جعل اتفاق التحكيم الباطل اتفاقا صحيحا و إنما حماية اتفاق التحكيم الصحيح من الإبطال بسبب بطلان العقد الأصلي .

¹⁸⁰ نور الدين بكلي: المرجع السابق، ص306.

أولا: عدم قابلية اتفاق التحكيم للإبطال.

لقد رأينا كيف تطور مبدأ استقلال اتفاق التحكيم وأصبحت صحة اتفاق التحكيم تتدعم كلما استقل اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ، تأكيداً على استقلالية اتفاق التحكيم الكاملة حتى عن القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي و قد تطرقنا إلى مختلف القرارات القضائية التي أقرت هذه المبادئ المهمة بصفة عامة ، ووصل التطور في هذا المجال في قرار zanzi لسنة 1999¹⁸¹ .

و الذي وضع مبدأ صحة اتفاق التحكيم في المجال الدولي عقداً صحيحاً في كل الأحوال و الشرط الوحيد و هو وجود تراضي بين الطرفين على هذا الاتفاق¹⁸² ، و حتى أن هذا الشرط يتم فحصه بجرية كاملة من قبل المحكمين.

هذا ما أدى ببعض الفقهاء للقول بأن اتفاق التحكيم أصبح فعالاً لدرجة أنه أصبح غير قابل للإبطال¹⁸³.

ثانياً: استقلالية اتفاق التحكيم مصدر فعالية المحكمة التحكيمية و الحكم التحكيمي.

إن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يشكل النظام القانوني لاتفاق التحكيم لما ينتج عنه من قواعد تنظم هذا الاتفاق ، كما أن اتفاق التحكيم بدوره يشكل النظام القانوني للتحكيم ، باعتبار أن اللجوء لهذا النظام البديل لحل المنازعات يتم بموجب اتفاق التحكيم (المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري)¹⁸⁴ ، و أن هذا الاتفاق يحدد موضوع النزاع

¹⁸¹ . 1999, p26 . Rev. arb . » zanzi » , 05 janvier 1999 . cass . 1^{ère} . civ .

¹⁸² Marie niviere, op cit, p08.

¹⁸³ نور الدين بكلي: المرجع السابق ، ص 309.

¹⁸⁴ المادة من 1040 : "يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم ، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم و شروط عزلهم أو استبدالهم..."

و الهيئة التحكيمية و القانون الواجب التطبيق على الإجراءات و على موضوع النزاع ، و أحيانا كيفية تشكيل الهيئة التحكيمية وتحديد مهمة المحكمين (1041 المادة من ق.ا.م.ا.ج)¹⁸⁵ ، إلى جانب أنه بموجب آثار استقلالية اتفاق التحكيم يختص المحكم بالنظر في مدى اختصاصه¹⁸⁶.

أ) تعيين اتفاق التحكيم للمحكمة التحكيمية و اختصاصاتها.

تظهر فعالية اتفاق التحكيم في تعيين المحكمة التحكيمية من خلال التشريعات الداخلية و الاتفاقيات الدولية و أصبح من الآثار المهمة لهذا الاتفاق و هو الأثر الايجابي الذي يتمثل في التزام الأطراف بموجب اتفاق التحكيم إسناد المنازعات الناشئة بمناسبة عقد الأساس و المتفق عليها بموجب هذا الاتفاق على التحكيم ، إذ أن تعيين المحكمة التحكيمية ما هو إلا تنفيذا لالتزام تعاقدي وتنفيذا لاتفاق التحكيم ، ويعتبر تطبيقا لمبدأ القوة الملزمة للعقود و تكريسا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين و هي من المبادئ المستقر عليها في القانون الدولي للعقود¹⁸⁷.

إن فعالية اتفاق التحكيم تظهر في التنفيذ الجبري لاتفاق التحكيم فيما يخص تعيين الهيئة التحكيمية و ذلك بالنسبة للشخص الذي يبرم اتفاق التحكيم ثم يماطل في اتخاذ الإجراءات أو يمتنع عن المشاركة في إجراءاته ، ففي هذه الحالة يتم إعمال الآليات القانونية لنظام التحكيم عن طريق اتخاذ التدابير رغم امتناع هذا المتعاقد المشاركة في إجراءاته ، سواء بامتناعه عن تعيين المحكم أو رئيس هيئة التحكيم .

ب) اتفاق التحكيم أساس الاعتراف والتنفيذ و الطعن في الحكم التحكيمي.

¹⁸⁵ المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري

¹⁸⁶ Mohand Issad, La nouvelle loi Algérienne Relative à l'arbitrage International, revue de l'arbitrage 2008-n°3,p.424

¹⁸⁷ نور الدين بكلي :المرجع السابق،ص311.

يقول الأستاذ فيلب فوشار أنه في مجال التحكيم التجاري الدولي أصبح قاضي التنفيذ كموزع آلي للصيغة التنفيذية¹⁸⁸، فمن خلال الأحكام التحكيمية العديدة نجد أن قضاة التنفيذ لا يعارضون الاعتراف بهذه الأحكام أو بتنفيذها إلا بصفة استثنائية

و من بين أسباب بطلان أو عدم الاعتراف بالحكم التحكيمي حسب الاجتهاد القضائي هو تناقض الأسباب.

و يخضع الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية في الجزائر إلى مدى توافر مجموعة من الشروط:

__ إذا أثبت من تمسك بأحكام التحكيم الدولية ، بأن هذه الأحكام موجودة¹⁸⁹ كأن يقدم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما تستوفي شروط صحتها¹⁹⁰ ، و يتم إيداعها بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني

بالتعجيل¹⁹¹ ، في هذه الحالة يقع على الخصم إثبات العكس .

__ إذا كانت أحكام التحكيم غير مخالفة للنظام العام الدولي¹⁹² . فتكون قابلة للتنفيذ و بنفس الشروط ، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ اذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني¹⁹³ .

كما أن أغلب حالات الطعن في الحكم التحكيمي مرتبطة باتفاق التحكيم سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة و عليه فإن أغلب التشريعات العربية تقر ببطلان الحكم التحكيمي ببطلان اتفاق

188 المرجع السابق ذكره ،ص 313

189 و هذا ما نصت عليه المادة 1051 في فقرتها الأولى من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري

190 وهذا ما جاءت به المادة 1052 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري

191 وهذا ما نصت عليه المادة 1053 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري

هذا ما نصت عليه أيضا المادة 1051 في فقرتها الأولى من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.¹⁹²

193 وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

التحكيم، و هذا ما أخذ به القانون الجزائري أيضا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في المادة 1056 منه و التي نصت على حالات استئناف القرار الذي سمح بالاعتراف و التنفيذ أو أسباب دعوى الطعن بالبطلان فيما يخص القرارات التحكيمية الصادرة بالجزائر و هي كالتالي:

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

— إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون،

— إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها،

— إذا لم يراع مبدأ الوجاهية ،

— إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها ، أو إذا وجد تناقض في الأسباب،

— إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي¹⁹⁴

و استنادا إلى هذه المواد يمكن القول بأن اتفاق التحكيم في العقد التجاري الدولي يعتبر الحجر الأساس لفعالية و صحة الحكم التحكيمي الصادر عن هيئة التحكيم، أي أن صحة الحكم التحكيمي لحل النزاع الناشئ عن عقد تجاري دولي تتوقف على صحة اتفاق التحكيم المنصوص عليه في هذا العقد ، و هذا ما تأكده أيضا المادة 5 من اتفاقية نيويورك فقد نصت على انه : " لا يجوز رفض الاعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف و التنفيذ الدليل على :

أ— أن أطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية و أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو عند عدم النص

¹⁹⁴ وهذا ما نصت عليه المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري و ما تقابل المادة 458 مكرر 20 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري السابق.

على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم " ، كما نصت الفقرة ج على "أن الحكم فصل في نزاع غير وارد في مشاركة التحكيم أو في عقد التحكيم أو تجاوز حدودها فيما قضى به ...".
و نصت الفقرة د أن : " تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو قانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق "
و بالتالي يظهر جليا الأهمية التي أولتها اتفاقية نيويورك و التشريعات العربية لاتفاق التحكيم وصحته والاعتراف وتنفيذ الحكم حيث يرفض هذا الاعتراف و تنفيذ الحكم بمجرد إثبات أن اتفاق التحكيم غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.
الفصل الرابع: الوساطة كطريق بديل لحل المنازعات الاقتصادية .

لقد شهدت الجزائر بحكم انفتاحها على العلم ، تطورا سريعا في مختلف مناحي الحياة ، إذ كثرت المعاملات التجارية و ازداد حجم الاستثمار الوطني و الأجنبي و نتج عن ذلك نزاعات أكثر مما كانت عليه من قبل ، و قد أثقلت كاهل المحاكم ، لذا كان من الضروري التفكير في آليات جديدة بديلة لحلها و من هنا كان الصلح و الوساطة و التحكيم ، والذي جاء بها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد .

و قبل أن تصبح الوساطة قانونا كانت و لا تزال سلوكا متجذرا و مرسخا في مجتمعنا الجزائري ، كما تشغل الوساطة مكانا بارزا على الصعيدين الدولي والوطني، بحيث أصبحت الآن تفرض نفسها كوسيلة فعالة وسريعة لحل المنازعات الدولية و الداخلية ، وهي تختلف عن سواها من طرق تسوية المنازعات والمتمثلة في الصلح ، التوفيق والتحكيم.

فالوساطة كطريق بديل لحل النزاعات تختلف عن الصلح الذي يبادر به القاضي ، و التحكيم الذي يقوم به المحكم باتفاق مسبق و بطلب من الأطراف ، فهي تتوقف على إرادة الخصوم وحدهم و قد استحدثها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد مسaire لما يجري في بلدان العالم المتقدمة ،

المعتمدة لاقتصاد حر يتطلب الإسراع في الفصل في المنازعات و تفادي الخوض في دعاوي قضائية قد يطول أمدها¹⁹⁵ . و هي أيضا من الحلول التي تقلل من الاكتظاظ الذي تعرفه الجهات القضائية .

فالوساطة تخضع لحرية الخصوم في اللجوء إليها و لسريتها و لكفاءة الوسيط الذي يعمل حسب الأخلاقيات المعمول بها ، فما المقصود بالوساطة كوسيلة لفض المنازعات و ما أنواعها ؟ و ما هي الأحكام الجديدة التي جاء بها القانون الجزائري بشأنها ؟ .

للإجابة على هذه الأسئلة سوف نقسم هذه الدراسة إلى مبحثين : الوساطة و أنواعها في القانون الجزائري في مبحث أول ، أما المبحث الثاني سوف يتضمن إجراءات الوساطة القضائية في القانون الجزائري .

المبحث الأول : الوساطة و أنواعها في القانون الجزائري.

إن تطور المجتمع الجزائري في مختلف الميادين و لاسيما في التجارة و الخدمات، و مدى تعقد هذه المجالات و الحاجة فيها إلى السرعة و الفعالية في بث المنازعات الناشئة عنها ، و بالتالي كان من اللازم إيجاد آليات قانونية يمكن للأطراف من خلالها حل خلافاتهم بشكل سريع و عادل مع منح مرونة و حرية لا تتوفر عادة في الجهات القضائية¹⁹⁶ ، و من هذه الآليات الوساطة كوسيلة بديلة لحل المنازعات المختلفة خاصة و أن المشرع الجزائري أولها بعناية خاصة و ذلك من خلال إدراجها في عديد من المجالات سواء في إطار القانون العام (قانون الإجراءات الجزائية) أو في إطار القانون الخاص (قانون الإجراءات المدنية و الإدارية) .

¹⁹⁵ أ.عبد السلام ذيب ، الوساطة في قانون الإجراءات المدنية الجديد ، مجلة المحكمة العليا : عدد خاص -الطرق البديلة لحل المنازعات : الصلح و الوساطة و التحكيم -15 و 16 جوان 2008 ، ص 548.

¹⁹⁶ فنيش كمال ، الوساطة ، مجلة المحكمة العليا : عدد خاص -الطرق البديلة لحل المنازعات : الصلح و الوساطة و التحكيم -15 و 16 جوان 2008 ، ص 569 .

و من هنا سوف نحاول معرفة معنى الوساطة و تأصيلها التاريخي في مطلب أول و كذا أنواعها المختلفة في مطلب ثاني .

المطلب الأول : الوساطة و تأصيلها التاريخي .

كرست الشريعة الإسلامية الصلح بين الأفراد بموجب القرآن الكريم و لقول الله تعالى : " إنما المؤمنون إخوة فأصلحوا بين أخويكم و اتقوا الله لعلكم ترحمون " صدق الله العظيم¹⁹⁷.

و قد روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله - صلى الله عليه و سلم قال : " الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلال أو أحل حراما"¹⁹⁸.

و قد لا يختلف الصلح عن الوساطة في هذا المعنى لأن كليهما يهدفان إلى إنهاء الخلاف بحل ودي و بالتالي فالوساطة جائزة شرعا فيما هو حلال .

و قد كانت للوساطة أثر كبير أيضا في الحضارات السابقة و تطور معناها و العمل بها بتطور الفكر القانوني و العلمي للشعوب .

الفرع الأول : تعريف الوساطة .

الوساطة هي مهمة التوسط يقوم بها طرف ثالث يسمى الوسيط محايد يهدف إلى مساعدة أطراف النزاع للتوصل إلى حل النزاع القائم بينهم تتمثل مهمته في إقامة مفاوضات من خلال جلسات من كل الأطراف للاستماع لوجهات نظرهم و إيجاد نقاط التقريب بينهما من خلال إتباع

¹⁹⁷ الآية 10 من سورة الحجرات .

¹⁹⁸ و كانت تأخذ الوساطة بهذا معنى الصلح أيضا لأنه نوع من إيجاد حل ودي و تصالح بين الناس .

واستخدام فنون مستحدثة في الحوار لتقريب وجهات النظر و تقييم المراكز القانونية لطرفي النزاع تحت غطاء من السرية¹⁹⁹ و الوساطة غير ملزمة عكس التحكيم الذي يكون حكمه ملزم .

كما يمكن تعريف الوساطة أيضا بأنها آلية تقوم على أساس تدخل شخص ثالث محايد في المفاوضات بين طرفين متخصصين بحيث يعمل هذا المحايد على تقريب وجهات النظر بين طرفين متخصصين و تسهيل التواصل بينهما و بالتالي مساعدتهما على إيجاد تسوية مناسبة لحكم النزاع²⁰⁰.

أما عن المشرع الجزائري فانه لم يعرف الوساطة ، و قد نصت المادة 994 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد باستثناء قضايا شؤون الأسرة و القضايا العمالية و كل ما من شأنه يمس بالنظام العام و كما هو معلوم أن المشرع لم يعرف النظام العام و هو مفهوم متغير و متطور حسب ظروف المجتمع .

الفرع الثاني : التطور التاريخي للوساطة .

كانت تتم الوساطة في القديم بشكل بسيط قائم على الإصلاح و نابع من العادات و التقاليد السائدة في المجتمعات ، فقد كانت مطبقة في العهد القديم بمفهوم المصالحة²⁰¹ . و قد ظهرت الوساطة في الحضارة اليونانية تأسيسا على فلسفة أرسطو إبان تلك الحقبة التي تبنت مصالح أفراد المجتمع²⁰² ، و لم تغب الفكرة في الشريعة الإسلامية و في التقاليد الراسخة في بعض البلدان العربية²⁰³ .

¹⁹⁹ و هذا ما أكدته المادة 1005 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري .

²⁰⁰ فنيش كمال ، المرجع السابق ، ص 572.

²⁰¹ فنيش كمال ، المرجع السابق ، ص 569.

²⁰² درديدي شنيقي ، المرجع السابق ، ص 70.

²⁰³ عبد السلام ذيب ، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، طبعة ثالثة منقحة ، موفم للنشر ، ص 509 .

أما كفكرة جديدة في العصر الحديث ظهرت الوساطة في الولايات المتحدة الأمريكية في الستينات ، و ظهرت في السبعينيات في أوروبا و تحديدا في فرنسا بمبادرة القضاة الفرنسيين بالخصوص في القضايا العمالية ، و ذلك بعد أن لاحظ هؤلاء أن أحكامهم ترتب آثار خطيرة و أنه يصعب تنفيذها لأنها تقطع الحوار بين الخصوم و لذلك صدر قانون 8فيفري 1995 لتكريس هذا الحل البديل²⁰⁴.

أما في الجزائر فقد استحدثها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد و ذلك لإنقاص نوعا ما من الإكتضاخ الذي تعرفه المحاكم اليوم ، و كذا مساندة لما يجري في بلدان العالم المتقدمة ذات الاقتصاد الحر و الذي يتطلب السرعة في فض منازعاته ، و لهذا قامت الدول بإنشاء العديد من المراكز المتخصصة لفض هذه المنازعات بطرق بديلة عن القضاء و الذي يأخذ وقتا أطول .

المطلب الثاني : أنواع الوساطة .

تنقسم الوساطة إلى قسمين أساسيين : وساطة اتفافية و وساطة قضائية .

الفرع الأول : الوساطة الاتفافية .

تتم من خلال الوسيط المتفق عليه من قبل أطراف النزاع²⁰⁵ و تأخذ أشكالا عديدة فهناك الوساطة البسيطة و هي التي تقترب من نظام التوفيق (المصالحة) في وجود شخص يسعى إلى تقريب وجهات نظر المتنازعين .

و هناك الوساطة الاستشارية و هي التي يطلب فيها أطراف النزاع من محام أو خبير استشارته أولا في موضوع النزاع ثم يطلبون منه بعد ذلك تدخله كوسيط لحل النزاع .

²⁰⁴ المرجع السابق ذكره .

²⁰⁵ درديدي شنيبي ، المرجع السابق ، ص71.

و هناك وساطة تحكيم و هي التي يتفق فيها الأطراف على قيام الوسيط بمهمة التحكيم إذا فشلت مهمته في الوساطة²⁰⁶ .

الفرع الثاني : الوساطة القضائية .

تعد الوساطة القضائية من الأساليب البديلة لحل المنازعات القضائية ، تقوم على محاولة تقريب وجهات النظر و التفاوض بين الأطراف المتنازعة ، إضافة إلى تسهيل إجراءات التقاضي لتوفير الجهد والوقت على القضاء و المتقاضين و هي عملية منظمة داخل جهاز القضاء ، تتم من خلال اجتماعات و جلسات خاصة و سرية بين أطراف النزاع و دفاعهم بقيادة شخص مؤهل يقوم بخلق الحوار بين المتخاصمين ، و إيصالهم إلى اتفاق مقبول بينهما .

فالوساطة القضائية هي عبارة عن مفاوضات في قلب الهيئة القضائية ، و هي غير ملزمة يقوم بها طرف ثالث محايد يهدف إلى مساعدة أطراف النزاع للتوصل إلى حل النزاع القائم بينهم و ذلك من خلال استخدام فنون مستحدثة في الحوار لتقريب وجهات النظر و تقييم المراكز القانونية لطرفي النزاع في غطاء من السرية .

و يتدخل الطرف الثالث المحايد من خلال تعيين بموجب أمر قضائي من بين قائمة الوسطاء القضائيين المعتمدين لدى المجالس القضائية ، و تتحدد مهمته فقط بتقريب وجهات نظر المتنازعين واقتراح حلول ودية بينهم دون فرض لأي حل ، بل يبقى لأطراف النزاع وحدهم الحرية في صنع القرار و تكون النتيجة التي توصلوا إليها بمحض إرادتهم و لم تفرض عليهم²⁰⁷ .

²⁰⁶ فنيش كمال ، المرجع السابق ، ص573.

²⁰⁷ درديدي شنيبي ، المرجع السابق ، ص72.

و قد فضل المشرع الجزائري هذا النوع من الوساطة و هو الوساطة القضائية حيث تقوم المحاكم حسب المادة 994²⁰⁸ من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية قبل الفصل بالنزاع اقتراح اللجوء إلى الوساطة ، باستثناء القضايا الأسرية و القضايا العمالية .

الفرع الثالث : الوساطة في القضايا الجنائية .

ترجع الوساطة الجنائية في أصلها إلى قوانين الدول الأنجلوساكسونية و خاصة الولايات المتحدة الأمريكية . و يقصد بالوساطة الجنائية ذلك الإجراء بموجبه يحاول شخص من الغير بناء على اتفاق الأطراف بوضع حد للنزاع الذي أحدثته الجريمة عن طريق حصول المجني عليه على تعويض كاف عن الضرر الذي تعرض له . و تكون هذه الوساطة بناء على اقتراح من النيابة العامة في بعض القضايا الجزائية ، و قد اعتبرها بعض الفقه نوعا من التصالح المدني، وقد اقترح الكثير منهم في الدول العربية صراحة بتبني هذا النظام البديل لحل المنازعات خاصة في علاج القضايا العائلية²⁰⁹ .

هذا ما أخذ به المشرع الجزائري في تعديله الأخير لقانون الإجراءات الجزائية بموجب الأمر رقم 02-15 المعدل و المتمم للأمر رقم 66-155 و المتضمن قانون الإجراءات الجزائية²¹⁰ ، و قد وضع المشرع في الكتاب الأول في مباشرة الدعوى العمومية و إجراء التحقيق و المتضمن الباب الأول في البحث و التحري عن الجرائم فصلا ثاني مكرر عن الوساطة و عالجها في عشر مواد ، من المادة 37 مكرر إلى المادة 37 مكرر 9 .

²⁰⁸ تنص المادة 994 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الجديد على أنه : "يجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد باستثناء قضايا شؤون الأسرة و القضايا العمالية و كل من شأنه يمس بالنظام العام . إذا قبل الخصوم هذا الإجراء يعين القاضي وسيطا لتلقي وجهة نظر كل واحد منهم و محاولة التوفيق بينهم ، لتمكينهم من إيجاد حل للنزاع ."

²⁰⁹ فنيش كمال ، المرجع السابق ، ص 574.

²¹⁰ أمر رقم 02-15 المؤرخ في 7 شوال عام 1439 الموافق 23 يوليو سنة 2015 ، يعدل و يتمم الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1389 الموافق 8 يونيو سنة 1966 و المتضمن قانون الإجراءات الجزائية .

و قد أجاز القانون بموجب المادة 37 مكرر لوكيل الجمهورية ، قبل أي متابعة جزائية أن يقرر بمبادرة منه أو بناء على طلب الضحية أو المشتكى منه ، إجراء وساطة عندما يكون من شأنها وضع حد للإخلال الناتج عن الجريمة أو جبر الضرر المترتب عليها .

و تتم الوساطة بموجب اتفاق مكتوب بين مرتكب الأفعال المجرمة و الضحية ، و بهذه الوسيلة البديلة لفض النزاع يمكن تخفيف العبء بشكل كبير على الجهات القضائية الجزائرية .

و قد عاجلت المواد الموالية 37 مكرر 1 و ما بعدها طريقة التسوية عن طريق الوساطة ، مع الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قام بحصر الجرائم التي يمكن أن تتم فيهم الوساطة في المادة 37 مكرر 2 فقد نصت هذه المادة على أنه : " يمكن أن تطبق الوساطة في مواد الجنح على جرائم السب و القذف والاعتداء و التهديد و الوشاية الكاذبة و ترك الأسرة و الامتناع العمدي عن تقديم النفقة و عدم تسليم طفل و الاستيلاء بطريق الغش على أموال الإرث قبل قسمتها أو أشياء مشتركة أو أموال الشركة و إصدار شيك بدون رصيد و التخريب و الإلتلاف العمدي لأموال الغير و جنح الضرب و الجروح غير العمدية و العمدية المرتكبة بدون سبق الإصرار و التردد أو استعمال السلاح ، و جرائم التعدي على الملكية العقارية و المحاصيل الزراعية و الرعي في ملك الغير و استهلاك مأكولات أو مشروبات أو الاستفادة من خدمات أخرى عن طريق التحاليل . كما يمكن أن تطبق الوساطة في المخالفات " . و بهذه المادة قد حاول المشرع إدراج الكثير من الجرائم في مجال الوساطة و هكذا تظهر لنا أهميتها العملية لاحقا بعد التطبيق .

المبحث الثاني : إجراءات الوساطة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري .

إن تكريس الوساطة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد يعد ابتكارا إيجابيا جاء به المشرع الجزائري ، و من خلال المواد الخاصة بالوساطة و التي عددها 12 مادة بالمقارنة مع الصلح 4 مواد فقط . يتبين أن المشرع أعطى أهمية معتبرة لهذه الطريقة للفصل في المنازعات في كافة الميادين باستثناء

قضايا شؤون الأسرة و القضايا العمالية و كل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام (المادة 994 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية).

و للقاضي صلاحية تتبع الإجراءات من البداية إلى النهاية منذ تعيين الوسيط القضائي²¹¹ إلى غاية التوصل إلى اتفاق بين الأطراف الذي يضع حدا للنزاع و الذي يكون موقعا من قبل الأطراف والوسيط²¹²، و مثبتا بموجب أمر القاضي ، و يكون الاتفاق غير قابل للطعن و يشكل سندا ذا قوة تنفيذية²¹³. و بهذا يمكن القول بأن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد قد سد فراغا قانونيا في هذا الميدان بما أنه كرس الوساطة كوسيلة للفصل في النزاعات و نظم خطوطها العريضة و إجراءاتها²¹⁴ رغم أنه ترك المجال لنصوص تطبيقية في بعض النقاط كإجراء تعيين الوسيط²¹⁵.

و بالتالي سوف نتطرق في هذا المبحث إلى : الوسيط في مطلب أول أما المطلب الثاني سوف يكون عن عملية الوساطة و تنظيمها .

المطلب الأول : الوسيط .

²¹¹ المادة 994 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الجديد : ".....إذا قبل الخصوم هذا الإجراء يعين القاضي وسيطا لتلقي وجهة نظر كل واحد منهم و محاولة التوفيق بينهم ، لتمكينهم من إيجاد حل للنزاع ."

²¹² المادة 1003 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الجديد : "عند إنهاء الوسيط لمهمته ، يخر القاضي كتابيا بما توصل إليه الخصوم من اتفاق أو عدمه في حالة الاتفاق يجرر الوسيط محضرا يضمه محتوى الاتفاق ، و يوقعه الخصوم"

²¹³ المادة من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الجديد 1004 : "يقوم القاضي بالمصادقة على محضر الاتفاق بموجب أمر غير قابل لأي طعن و يعد محضر الاتفاق سندا تنفيذيا ."

²¹⁴ عمر الزاهي ، الطرق البديلة لحل النزاعات ، مجلة المحكمة العليا : عدد خاص -الطرق البديلة لحل المنازعات : الصلح و الوساطة و التحكيم -15 و 16 جوان 2008، ص590.

²¹⁵ المادة 998 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الجديد : "يجب إن يعين الشخص الطبيعي المكلف بالوساطة من بين الأشخاص3- إن يكون محايدا و مستقلا في ممارسة الوساطة تحدد كفاءات تطبيقات هذه المادة عن طريق التنظيم"

خلافًا للصالح الذي يكون القاضي هو المكلف به و خلافًا للتحكيم و الذي يختار فيه الأطراف المحكم الذي يفصل في النزاع ، فإن القاضي هو الذي يقترح الوسيط و على الخصوم القبول به أو رفضه ²¹⁶ (المادة 999 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية) ، فما هي الشروط الواجب توافرها في الوسيط ؟ و ما هي مهامه ؟ وكيف يتم تعيينه ؟.

الفرع الأول : صفات الوسيط ومهامه .

يقوم بالوساطة شخص طبيعي أو معنوي يتمثل في جمعية ، و في هذه الحالة الأخيرة يقع اختيار الوسيط من طرف رئيس الجمعية الذي يبلغ القاضي بذلك ²¹⁷.
يقع اختيار الوسيط من بين الأشخاص الطبيعيين الذين يتمتعون بأخلاق راقية و سمعة طيبة داخل المجتمع تعطي لهم المصداقية المطلوبة للقيام بمثل هذه المهام ²¹⁸.
على الوسيط أن يلتزم السرية المطلقة حول موافقة الأطراف أثناء مرحلة الوساطة ²¹⁹.

أولاً : صفات الوسيط و أخلاقياته .

لا يشترط أن يتمتع الوسيط بمعارف قانونية ، بل يمكن أن يحضى بتكوين خاص في تقنيات الوساطة ، و التي تمكنه من تسوية النزاع القائم بين الخصوم ، إلا أن و بالرجوع إلى نص المادة 998

²¹⁶ تراري ثاني مصطفى ، الوساطة كطريق لحل الخلافات في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، مجلة المحكمة العليا : عدد خاص -الطرق البديلة لحل المنازعات : الصلح و الوساطة و التحكيم -15 و 16 جوان 2008، ص 559.
²¹⁷ تنص المادة 997 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على : " تستند الوساطة لشخص طبيعي أو جمعية .
عندما يكون الوسيط جمعية ، يقوم رئيسها بتعيين أحد أعضائها لتنفيذ الإجراء ، باسمها و يخطر القاضي بذلك "
²¹⁸ المادة 998 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على : "يجب أن يعين الشخص المكلف بالوساطة من بين الأشخاص المعترف لهم بحسن السلوك و الاستقامة ، و أن تتوفر فيه الشروط الآتية : 1- أن لا يكون قد تعرض إلى عقوبة عن جريمة مخلة بالشرف ، و ألا يكون ممنوعاً من حقوقه المدنية .
2- أن يكون مؤهلاً للنظر في المنازعات المعروضة عليه ،
3- أن يكون محايداً و مستقلاً في ممارسة الوساطة تحدد كفاءات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم "
²¹⁹ عبد السلام ذيب ، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، المرجع السابق ص 512.

السابق ذكره و التي حددت بعض الصفات الواجب توافرها في الوسيط نجد أن المشرع لم يكشف عن كل أسرار هذه المادة فيما يخص شخصية الوسيط²²⁰. على خلاف ما نص عليه القانون الأردني في المادة الثانية منه : " يجوز لوزير العدل تسمية وسطاء خصوصيين ، يختارهم من بين القضاة المتقاعدين و المحامين و المهنيين المشهود لهم بالحيدة و النزاهة ، ويحدد الوزير الشروط الواجب توافرها بالوسطاء الخصوصيين".²²¹

ثانيا : مهام الوسيط .

يجب على الوسيط أن يحاول تسوية النزاع القائم بين الخصوم بالطريقة التي يراها مناسبة دون أن يفرض عليهم تسوية محددة مسبقا²²².

و عليه أن يتقيد في مهمته بضوابط قانونية و أخلاقية أهمها :

- إعلام الأطراف عن إجراءات الوساطة بطريقة واضحة .
- التزام الحياد ، النزاهة و العدل مع عدم الميل لطرف دون الآخر.
- إعلام الأطراف بإمكانية اللجوء إلى محامين في هذه المرحلة .
- عدم ربط علاقات اقتصادية مع أطراف النزاع .

الفرع الثاني : تعيين الوسيط و نهاية مهمته .

²²⁰تراري ثاني مصطفى، المرجع السابق ، ص 560 .

²²¹قانون الوساطة لتسوية النزاعات المدنية المؤقت رقم 37 لسنة المنشور على الصفحة (2016) من عدد الجريدة الرسمية

4595 تاريخ 2003/4/30

²²²عمر الزاهي ، المرجع السابق ، ص 590 .

توجب المادة 994 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على القاضي عرض النزاع على الخصوم كإجراء أولي بداية من أول جلسة ، و لا يمكنه تعيين وسيط قضائي إلا بعد موافقتهم على عملية الوساطة .

أولاً : كيفية تعيين الوسيط القضائي .

لا يمكن للقاضي تعيين وسيط قضائي في القضية إلا بعد عرض هذا الإجراء على أطراف النزاع و بعد التأكد من موافقتهم على الوساطة يتم اختيار الوسيط من ضمن قائمة الوسطاء المعتمدة من طرف وزارة العدل كونهم أدوا اليمين القانونية أمام المجلس بعد صدور قرار الاعتماد²²³ .

و في حالة الضرورة يمكن للقاضي أن يعين وسيطاً غير مسجل في القائمة على أنه يجب أن يؤدي هذا الوسيط اليمين القانونية المنصوص عليها في المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 09-100²²⁴ أمام القاضي ، و يحرر في ذلك محضر يودع الأصل في أمانة الضبط و تودع نسخة منه بملف القضية .

و على القاضي أن يراعي في أمر تعيين أي وسيط قضائي :

- موافقة الخصوم .

- تحديد الآجال الأولى الممنوحة للوسيط للقيام بمهمته على أن تتجاوز مدتها ثلاثة أشهر²²⁵ و تحديد تاريخ رجوع القضية للجلسة²²⁶ .

- تحديد مجال الوساطة هل تخص كل النزاع أو جزء منه²²⁷ .

²²³ دريدي شنيبي ، المرجع السابق ، ص 81.

²²⁴ مرسوم تنفيذي رقم 09-100 مؤرخ في ربيع الأول عام 1430 الموافق 10 مارس 2009 يحدد كليات تعيين الوسيط القضائي .

²²⁵ المادة 996 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

²²⁶ المادة 999 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

-إخطار الوسيط بأمر التعيين و التأكد من قبوله له.

ثانيا : إنهاء الوساطة .

للقاضي واسع النظر في إنهاء عملية الوساطة طبقا للمادة 1002 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في أي مرحلة كانت عليها سواء بطلب من الوسيط أو من الخصوم أو تلقائيا إذا تبين له استحالة السير فيها و هذا بموجب أمر مسبب .
و في جميع الحالات، ترجع القضية إلى الجلسة و يستدعى الوسيط و الخصوم إليها عن طريق أمين الضبط و ذلك لإبداء ملاحظاتهم²²⁸ .
عند نهاية مهمة الوسيط عليه إعلام القاضي بما توصل إليه سواء إيجابا أو سلبا ، أما في حال نجاح مهمة الوسيط فعليه تدوين الاتفاق في محضر يوقع عليه الخصوم ، و إعلام القاضي به²²⁹ ، و يقوم القاضي بالمصادقة على محضر الاتفاق بموجب أمر غير قابل لأي طعن ، و يعد محضر الاتفاق سندا تنفيذيا²³⁰ .

و يخضع تقدير أتعاب الوسيط لتقدير القاضي وفقا لأحكام المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 100/09 . و مبلغ الأتعاب يتحمله الأطراف مناصفة ما لم يتفقوا على خلاف ذلك .

المطلب الثاني : عملية الوساطة .

بمجرد تبليغ الوسيط بأمر الوساطة من طرف أمين ضبط القسم ، يطلع الوسيط على ملف القضية و إذا استلزم الأمر يقوم بنسخ الأوراق المهمة في الملف التي يتركز عليها في فهم النزاع . بعدها يقوم

²²⁷المادة 995 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

²²⁸المادة 1002 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

²²⁹المادة 1003 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

²³⁰المادة 1004 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

الوسيط إلى دعوة الخصوم إلى الوساطة و سماعهم ثم يتولى عملية إقناعهم و تقريب وجهات نظرهم للوصول إلى اتفاق نهائي بينهم يضع حلا لهذا النزاع .

الفرع الأول : الدعوة إلى الوساطة .

يدعو الوسيط الخصوم إلى أول لقاء للوساطة و هذا ما نصت عليه المادة 1000 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية²³¹، و يتلقى وجهة نظر كل واحد من الأطراف المادة 994 من هذا القانون ، و يجوز للوسيط بعد موافقة الخصوم سماع كل شخص يقبل ذلك إذا ما كان سماعه فيه فائدة لتسوية النزاع ، كما عليه إخطار القاضي بكل الصعوبات التي تعترضه في مهمته و هذا ما نصت عليه المادة 1001 من القانون السابق ذكره²³².

و يمكن للوسيط أن ينفرد أحيانا بكل طرف على حدا بهدف التوصل إلى كل المعلومات حول النزاع و محاولة معرفة قابلية كل احتمالات التسوية ، وكذا معرفة عروض و مقترحات كل طرف لحل النزاع²³³.

كما أن هناك إمكانية حضور ممثلي الخصوم و مستشاريهم للاجتماعات ما بين الوسيط و الخصوم بشرط احترام الطابع السري لإجراءات الوساطة²³⁴

الفرع الثاني : إجراءات الوساطة .

يحاول الوسيط التوفيق بين الخصوم لتمكينهم من إيجاد حل للنزاع و هذا ما نصت عليه المادة 994 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و يحاول الوسيط بإيجاد حل توفيقى أو مصالحة بين أطراف النزاع .

²³¹ تنص المادة 1000 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على : " بمجرد النطق بالأمر القاضي بتعيين الوسيط ، يقوم أمين الضبط بتبليغ نسخة منه للخصوم و الوسيط .

يخطر الوسيط القاضي بقبوله مهمة الوساطة دون تأخير ، ويدعو الخصوم إلى أول لقاء للوساطة ."

²³² تنص المادة 1001 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على: " يجوز للوسيط بعد موافقة الخصوم سماع كل شخص يقبل ذلك ، ويرى في سماعه فائدة لتسوية النزاع ، ويخطر القاضي بكل الصعوبات التي تعترضه في مهمته"

²³³ درديري شنيبي ، المرجع السابق ، ص 95 .

²³⁴ عمر الزاهي ، المرجع السابق ، ص 593 .

عند إنهاء الوسيط مهمته ما لم تنتهي بأمر القاضي تلقائياً أو بطلب من الخصوم ، يقوم الوسيط بإخطار القاضي كتابياً بما توصل إليه الأطراف من اتفاق أو عدمه .

فإذا كان الاتفاق إيجابياً يقوم الوسيط بتحرير محضر الصلح يضمه ملخص ادعاءات و دفعات المتنازعين ، و يبين على أساسه نقاط و بنود الاتفاق و آثاره القانونية و عدم إمكانية الرجوع للتقاضي أو تحديد طلبات لكون الاتفاق منهي للنزاع بصفة جذرية و نهائية .

يقراً الوسيط محضر الصلح على مسامع الأطراف و يمضيه رفقة إمضاء الوسيط²³⁵.

في حالة السلب يحرر الوسيط محضر عدم الاتفاق محمداً بدقة نقاط الاختلاف بين الطرفين والصعوبات التي حالت دون الاتفاق ذاكراً للأسباب بكل حيادية و موضوعية .

و في كلتا حالتها نتيجة الوساطة يجب الرجوع إلى المحكمة سواء تم الاتفاق أم لا ، ففي حالة توصل الأطراف إلى نتيجة بدون الوسيط ذلك في محضر اتفاق وفقاً للمادة 1003 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و يقوم القاضي وفقاً لأحكام المادة 1004 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بالمصادقة على محضر الاتفاق بموجب أمر غير قابل لأي طعن و يحفظ الأصل بأمانة الضبط و يصير بذلك محضر الوساطة سنداً تنفيذياً ، و في حالة عدم الاتفاق يقدم المحضر إلى القاضي في أجله القانونية لإتمام السير في القضية قضائياً .

²³⁵ درديري شنيبي ، المرجع السابق ، ص 96.

الفصل الخامس: الصلح كطريق بديل لحل المنازعات .

إن التطور الهائل الذي شهده العالم في شتى المجالات دفع بالتشريعات الدولية المختلفة إلى محاولة إيجاد تنظيمات و قواعد قانونية ، تحكم الكم الهائل من القضايا بسبب النزاعات و الخلافات المترتبة بين الأفراد و التي أصبحت ترهق كاهل القضاء فضلا عن تعقيدات الإجراءات الشكلية و طول المدة التي يستغرقها القضاء .

و هكذا بدأت المطالبة بالعدالة اللينة أو المرنة و قد تسمى العدالة التصالحية المبنية على الاتفاق والتراضي بين أطراف النزاع خارج قاعات الجلسات في المحاكم ، و بالسرعة المطلوبة و بأقل تكلفة عن طريق التراضي و إصلاح ذات البين بين المتقاضين بالتوافق الودي و من بين هذه الأساليب الصلح .

و قد أكدت التجارب العديدة المتعلقة بحل النزاعات بأن العدالة المبنية على أساس الاتفاق والتصالح تكون أكثر ايجابية و لها آثار هامة ، تتعدى العدالة التي يطبقها القاضي اعتمادا على نصوص قانونية جامدة و التي تكون قد لا تتفق في كثير من الأحيان مع الفكر الاجتماعي السائد. إن المصلح في الصلح يتحرى الحياد و العدل بعد فهم القضية بعمق بعد الاستماع إلى كل الأطراف المتنازعة ، و عليه ألا يرضى بإنقاص من حق أي طرف إلا بالقسط و الأمانة مصداقا لقوله تعالى: " فأصلحوا بينهما العدل و أقسطوا إن الله يحب المقسطين ⁹"²³⁶ صدق الله العظيم ، ذلك أن الصلح لا يتم إلا بتقديم تنازلات من الطرفين لكن ليس على حساب طرف واحد .

والصلح هو أقدم الوسائل البديلة لحل النزاعات فهو يرتكز على حكمة الشعوب و تقاليدها ،وقد قال الرسول صلى الله عليه و سلم "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما" و لذلك يجوز الصلح فيما جاز التعاقد فيه.

²³⁶ الآية 9 من سورة الحجرات.

و لأهمية الصلح حاول التشريعات أن تضعه كحل أولي للكثير من القضايا ذات الطبيعة المختلفة كالقضايا الأسرية و القضايا المدنية و الإدارية و حتى القضايا الجزائية ، ولهذا سنحاول التعرف على مدلوله أكثر : فما المقصود بالصلح كوسيلة لفض المنازعات و ما أنواعه ؟ و ما هي طبيعة هذا العقد و ما الأحكام الجديدة التي جاء بها القانون الجزائري بشأنه ؟ .

للإجابة على هذه الأسئلة سوف نقسم هذه الدراسة إلى مبحثين : ماهية الصلح في القانون الجزائري في مبحث أول ، أما المبحث الثاني سوف يتضمن أنواع الصلح في القانون الجزائري

المبحث الأول : ماهية الصلح في القانون الجزائري.

إن الحسم الاتفاقي للنزاع يطلق عليه مصطلح " الصلح " ، و يظهر لنا جليا أن عقد الصلح يتضمن مجموعة من الأحكام المختلطة ، حيث يتولى القانون المدني بيان النظام القانوني لعقد الصلح ، تعريفه و طبيعته أما قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري يبين لنا الإجراءات المتبعة فيه . كما أن القانون الجزائري نص على الصلح كإجراء في مجالات عدة سواء كان الصلح من النظام العام أو ليس من النظام العام و بالتالي الصلح أنواع مختلفة .

وسوف نتعرف على مفهوم الصلح و طبيعته في مطلب أول و ظهوره في مطلب ثاني و أركان الصلح في المطلب الثالث .

المطلب الأول : مفهوم الصلح و طبيعته .

إن الصلح بكل مصطلحاته التي جاء بها وبكل معانيه اللفظية ، فهو يشكل خارج دائرة القضاء طرقا شبه قضائية « para -judiciaire » . ويسمى باوند (pound) "عدالة اجتماعية " ، ويذكرها (Abel) "عدالة لا شكلية" وينعتها سلزنيك "selznik" عدالة تفاوضية ، و كلها في الواقع تصرفات تقع خارج دائرة القانون القضائي وبعيدا عن رسمية الإجراء وبالتالي فهي لا حقوقية (le non droit) ، ويعرفها أورباخ بأنها : "عدالة من دون قانون" ، وعليه لا يمكن تصور مجتمع من دون قانون²³⁷ .

²³⁷ بن صاولة شفيقة ، الصلح في المادة الادارية ، دار الهومة ، الجزائر ، الطبعة الاولى ، 2006 ، ص 24 .

الفرع الأول: التعريف اللغوي للصلح .

يقصد بالصلح لغة: "مسالمة وتوافق وإنهاء الخلاف"، فيقال صالحه وصالحا أو صالحه وصافاه، أي سلك معه مسلك المسالمة في الاتفاق". أما صلح: صلاحا وصلوحا وصلاحية، فيقصد به "زال عنه الفساد". فمصدر صالح قد يعني معينين:

الأول: يقال "صالح فلان فلانا وفلانا على شيء"، ويفيد معنى ذلك أن يأتي التصالح من إرادة أحد الأطراف في النزاع".

الثاني: يقال "صالح فلان فلانا وفلانا على شيء"، ويقصد بذلك قيام شخص خارج النزاع بمهمة "المصالحة"²³⁸.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للصلح

الصلح: الاتفاق على المصالحة بالتراجع عن بعض المتطلبات²³⁹، كما يمكن تعريف المصالحة أو الصلح بوجه عام، بأنها تسوية لنزاع بطريقة ودية²⁴⁰.

ويقصد بالصلح إمكانية تسوية النزاع المعروض أمام الجهة القضائية، مهما كانت طبيعته وفي أية مرحلة يكون عليها النزاع. ويتمثل في إيجاد صيغة توافقية يقبل بها الأطراف تؤدي إلى انتهاء النزاع القائم أمام القضاء، ويتم ذلك إما بسعي من القاضي أو بطلب من أحد الخصوم²⁴¹.

وفي هذا المعنى جاء في قاموس Larousse: «Action d'un juge sur les parties pour arriver les mètres d'accord»

²³⁸ صديق سهام، الطرق البديلة لحل النزاعات الادارية، مذكرة من اجل نيل شهادة الماجستير، جامعة بلبايد، تلمسان، 2012/2013، ص 14.

²³⁹ روجي البعلبكي، القاموس القانوني الثلاثي موسوعي شامل ومفصل، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 2006، ص 1068.

²⁴⁰ أحسن بوسقيعة، المصالحة في المواد الجزائية بوجه عام وفي المادة الجمركية بوجه خاص، دار الهومة، الطبعة 2005، ص 3.

²⁴¹ عبد السلام ذيب، قانون الاجراءات المدنية والاجرائية، موفم للنشر، الجزائر، بدون طبعة، 2009، ص 413.

وقد استعمل المشرع الجزائري في مقابل مصطلح الصلح كطريق بديل لحل النزاعات باللغة الفرنسية مصطلح *la conciliation* ، وذلك بدلا من مصطلح *la transaction* المنصوص عليه في مواد القانون المدني من 459 الى 466²⁴².

الفرع الثالث: التعريف الشرعي للصلح

يعرف الصلح من الناحية الشرعية على أنه : عقد وضع لرفع المنازعة .

وبعبارة أخرى عند الحنابلة: معاهدة يتوصل بها إلى إصلاح بين المختلفين. ولا يقع غالبا إلا بالأقل من المدعى به على سبيل المداراة لبلوغ الغرض. والمقصود من الكلام هنا هو الصلح في المعاملات بين الناس، لا الصلح بين المسلمين والكفار، ولا الصلح بين الإمام والبعثة²⁴³ ، ولا الصلح بين الزوجين عند الشقاق²⁴⁴. أما عن مشروعية الصلح فقد كان في الكتاب و السنة و بالاجماع :

لقوله تعالى : « والصلح خير » النساء 128/4 الوارد عقب ذكر مشروعية الصلح بين الزوجين : قال تعالى ; « وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا²⁴⁵ أو اعراضا ، فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا ، والصلح خير » .

وأما السنة : فهو ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم مرفوعا ، وموقوفا على عمر ، لقوله صلى الله عليه و سلم « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا » . رواه ابن حبان وصححه .

ومثال ما أحل حراما : الصلح على تحليل الخمر ونحوه أو على أكثر من الدراهم المدعاة ، ومثال ما حرم حلالا : الصلح على ألا يطأ الزوج الضرة وهي امرأته الأخرى ، أو يصلح زوجته على ألا يطلقها ونحو ذلك²⁴⁶.

²⁴²صديق سهام ، المرجع السابق ، ص14.

²⁴³البعثة : هم الخارجون على الإمام الحق بغير حق ، الذين يظهرون أنهم محقون وأن الإمام مبطل ، وحاربوه أو عزموا على حربه

²⁴⁴وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته ، دار الفكر ، دمشق - سورية ، الطبعة الرابعة ، 1414-1418هـ - 1997 م ، ص 4330.

²⁴⁵النشوز: الارتفاع والعصيان.

²⁴⁶وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 4331.

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للصلح .

إن نتيجة المصالحة هي عقد صلح إذا اتفق عليها الأطراف فهي لها طبيعة تعاقدية و التالي فهنا الصلح سوف يمس بموضوع النزاع و حقوق المتخاصمين ، و للصلح جانب إجرائي فهو يحسم النزاع القائم أو المستقبلي باتفاق الأطراف و بإجراءات خاصة ، و هو وسيلة من الوسائل البديلة لحل المنازعات حسب القوانين و بهذا يصبح أيضا عقد الصلح له الطبيعة الإجرائية .

و أخيرا حدث تطور في قوانين الإجراءات المدنية و الذي بدأ في فرنسا بحيث لم يصبح الصلح عقد كباقي العقود ، بحيث تدخل القانون و جعله يتمتع بالطبيعة القضائية و ذلك عندما يطلبه القاضي و يصادق عليه و يمهره بالصيغة التنفيذية، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في تعديله الجديد في ق.ا.م.ا.ج . و بالتالي فشرط اكتساب الصلح الصفة القضائية هو حضور أطراف النزاع أمام المحكمة و اقرارهما بالصلح و بمضمونه و تصديق القاضي على ذلك الصلح.

و بهذا نخلص أن لعقد الصلح طبيعة خاصة ، فهو عقد موضوعي لأنه يمس بأصل الحق ، و عقد إجرائي لأنه وسيلة لفض المنازعات و بإجراءات خاصة و هو تنازل عن الحق في حسم هذا النزاع أمام قضاء الدولة و حله أمام قضاء خاص ، كما يمكن أن تكون له طبيعة قضائية إذا ما صادق عليه القاضي و مهر بالصيغة التنفيذية .

المطلب الثاني : ظهور الصلح و نشأته في القوانين الوضعية .

يقول الفيلسوف الألماني أوقستكونت (أنّ أيّ نظام لا يمكن فهمه جيدا إلاّ من تاريخه.)، ولهذا أصبح للصلح أهمية كبيرة عبر العصور :

1/ في العصر البدائي : تميز الإنسان في هذا العصر بطابعه البدائي و سادت شريعة الغاب في هذه الحقبة ، فكان الحكم للقوة عند تعارض المصالح ، و تفاديا للانتفاضات بين القبائل . اهتدى الإنسان بفطرته إلى ايجاد وسائل بديلة لهذه الحروب ، فكان تسليم الجاني إلى المجني عليه أو ذويه منه ليقتصوا

بأنفسهم ليشفي غليلهم ، فكانت القبيلة التي ينتهي إليها المجني عليه تتنازل عن حقها في الانتقام لعدم مقدرتها في ممارسة هذا الحق وتؤثر التنازل حقنا للدماء ، وتقبل الصلح مع المتهم .

2/الشرائع القديمة: عرفت شريعة حمورابي والشريعة الموسوية و الألواح الإثني عشر الرومانية ، نظام القصاص و الدية ، ولكنها اشتهرت أكثر في العصر الوسيط. كما أخذت به بلاد فارس واليونان والتشريعات الجرمانية²⁴⁷.

3/في التشريعات الفرعونية : أجازت مصر الفرعونية الإجراءات الموجزة في الأخطاء الصغيرة المتعلقة بمخالفات النظام والجرائم الخفيفة ، فأنشأت محاكم الشرطة والمحاكم المنزلية التي يترأسها رب الأسرة أو ينيوهم للفصل في الجرائم البسيطة التي تقع من الأتباع أو العبيد وكانت الجزاءات فيها ذات طابع تأديبي.

كما كان الكهنة يطبقون العقوبات المالية المتمثلة في الغرامة ومصادرة الأموال في حكم أمازيس وبطليموس فيلادلف نتيجة مخالفة أوامر الملك . ويرى الشراح أن النظام القانوني الفرعوني لم يعرف مصطلح الصلح الجنائي ، حيث عرف نظام المقاصة المالية كبديل للتنازل عن الحق في العقاب .

4/في الشرائع السماوية: يستند الصلح إلى الدية والقصاص وهو شريعة الأديان السماوية وليس الشريعة الإسلامية لوحدها ، فالشريعة الإسلامية الغراء قد أدركت قبل أربعة عشرة قرنا من الزمان أهمية الصلح فأجازته في طائفة جرائم الدم بقصد وأد الرغبة في الثأر والانتقام .

كما أن السنة النبوية العطرة حملت لنا الكثير في هذا المضمار ، إذ حث رسول الله صلى الله عليه وسلم غل الصلح ، ودعا إلى أن يكون منهاجا للمسلم ، ونذكر ما رواه أنس عن الرسول عليه الصلاة والسلام مخاطبا أبا أيوب الأنصاري : "ألا أدلك على تجارة ؟ فرد" بلى رسول الله " قال " تسعى في الاصلاح بين الناس إذا تفاسدوا وتقارب بينهم : إذا تباعدوا". كما روي عن أبي هريرة

²⁴⁷عدوني عمر ، المصالح في المادة الجرمية ، مذكرة من أجل نيل شهادة الماجستير ، جامعة الجليلي يابس ، سيدي بلعباس

رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم للمصالح قال " تفتح أبواب الجنة يوم الاثنين والخميس فيغفر لكل عبد لا يشرك بالله شيئا إلاّ رجل كانت بينه وبين أخيه شحناء فيقول أنظروا هاذين حتى يصطلحا ".

ونظرا للأهمية البالغة للصلح ، فلقد رخص صلى الله عليه وسلم للمصالح أن يكذب كذبا يساعد على وقوع الصلح وهذا ما ورد في الصحيحين عن لسان أم كلثوم بن عقبة بن أبي معيط رضي الله عنها قالت " سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ليس الكذاب الذي يصلح بين الناس فينمي خيرا ويقول خيرا "248.

ومن أمثلة الصلح في الشريعة الاسلامية صلح الحديبية الذي عقد في شهر ذي القعدة من العام السادس للهجرة (مارس 627) ، بين المسلمين وقريش بمقتضاه عقدت هدنة بين الطرفين مدتها 10 سنوات ، لكنه نقض بسبب اعتداء بنو بكر على بنو خزاعة .

ومن ثم فإن الصلح هو أحد المعالم الرئيسية للنظام الجنائي الاسلامي ، وتحت وطأة أزمة العدالة التي تعاني منها الدول ، اتجهت السياسة المعاصرة نظام الصلح بعد فشل النظام العقابي التقليدي في مكافحة الظاهرة الاجرامية .

5/ تاريخ الصلح في التشريعات الحديثة المقارنة

الصلح ضرورة اجتماعية لإحلال السلام بين الناس فجاء بعد استبدال القانون الروماني واحلال مكانة القانون الكنسي في القرن الخامس عشر نظام قاضي الصلح ، الذي يفصل في القضايا قليلة الأهمية فأخذت به إنجلترا وعرف القاضي باسم قاضي السلام²⁴⁹.

6/ تاريخ الصلح في التشريع الجزائري

²⁴⁸ أحمد بلقاسم ، التحكيم الدولي ، دار الهومة ، الجزائر ، طبعة 2005 ، ص 3.

²⁴⁹ عدوني عمر ، المرجع السابق ، ص 9.

عرفت المنظومة التشريعية الجزائرية المصالحة منذ الاستقلال مع مواصلة العمل بالتشريع الفرنسي، والذي كان مطبق في الجزائر قبل التاريخ الذي استرجعت فيه سيادتها الوطنية. أي في فترة خضوعها تشريعيا للمستعمر الفرنسي²⁵⁰.

المطلب الثالث: أركان الصلح و شروط صحته .

الصلح عقد من العقود المسماة التي نظمها القانون المدني في مواده كأى عقد يجب أن تتوفر فيه ثلاثة أركان ، ركن التراضي ، المحل ، والسبب . كما يجب أن تتوفر عدة شروط لصحة عقد الصلح ، وللصلح مفترضات لا يمكن اعتبار العقد صلحا إلا بتوافرها ، فيجب أن يكون هناك نزاع قائم بين الطرفين و أن يكون لدى الطرفين نية حسم النزاع وأن ينزل كل منهما عن جزء من ادعائه²⁵¹. إن عقد الصلح مثله مثل سائر العقود الأخرى ، يتأسس على أركان عامة وأخرى خاصة يقف عليها حتى يكون صحيحا وقابلا للتطبيق :

الفرع الأول: التراضي

لا يتم الصلح إلا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر ، إما إذا كان هناك عرض للصلح من جانب أحد الطرفين ، ولم يكن هناك قبول من الطرف الآخر ، فلا يوجد صلح في هذه الحالة ، وكذلك إذا كان القبول غير مطابق للإيجاب بالصلح وحدة لا تتجزأ فلا يجوز قبوله جزئيا ، وإذا عرض أحد الطرفين الصلح على الآخر فلم يقبله فإن الشخص الذي عرض الصلح لا يكون مقيدا بإيجابه ، ويجوز له أن يطالب بحقه كله بعد أن كان عارضا الصلح بتنازله عن جزء من حقه²⁵².

²⁵⁰المرجع السابق ذكره ، ص 10.

²⁵¹الأنصاري حسن النيداني ، الصلح القضائي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، بدون طبعة ، 2009 ، ص 58.

²⁵²المرجع السابق ذكره ، ص 73.

ويسري على التراضي في عقد الصلح القواعد العامة المقررة للتراضي في النظرية العامة للعقد ، ومن ذلك طرق التعبير عن الإيجاب والقبول ومدى الاعتداء بالإرادة الظاهرة و الباطنة و الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره ، ومتى يتلاقى الإيجاب والقبول وموت من صدر منه التعبير عن الإرادة وفقده للأهلية والتعاقد بين غائبين وغيرها من أحكام النظرية العامة للعقد²⁵³.

وحتى يكون الرضا صحيحا في عقد الصلح لابد من شروط : شروط الانعقاد وشروط الصحة .

أ) شروط الانعقاد و إثباته:

توافق الإيجاب والقبول كاف في عقد الصلح فهو من عقود التراضي فيكفي لانعقاده توافق الإيجاب والقبول من المتصلحين ، ولكن الصلح لا يتم عادة إلا بعد مفاوضات طويلة ومساومات وأخذ ورد فيجب أن نبين متى تم الاتفاق نهائيا بين الطرفين ، ولا يجوز الوقوف عند أية مرحلة من مراحل التفاوض في الصلح مادام الاتفاق النهائي لم يتم .

وقد يقبل المضرور من المتسبب في الضرر عطية على سبيل الإحسان أو على سبيل التخفيف من مصابه ، فلا يكون هذا صلحا . ذلك أن المتسبب في الضرر لم يرد بهذه العطية أن يقر بمبدأ المسؤولية ، ولم يرد المضرور بقبولها أن يصالح على حقه في التعويض . فيبقى الباب مفتوحا لمساءلة المتسبب في الضرر ، ولا يستطيع هذا أن يحتج بأنه تصالح مع المضرور ، كما لا يستطيع أن يحتج بأن المتسبب في الضرر قد أقر بمسؤوليته²⁵⁴ .

أما عن إثبات عقد الصلح فقد نصت المادة 522 من التقنين المدني الجزائري على ما يأتي: « لا يثبت الصلح إلا بالكتابة أو بحضور رسمي » ، ولم يكن التقنين المدني السابق يشتمل على نص مماثل ، ولكن القضاء المختلط كان قد استقر على وجوب الكتابة للإثبات الصلح لأسباب ترجع إلى أن الصلح يتضمن عادة شروطا واتفاقات معقدة إذ هي ثمرة المساواة الطويلة والأخذ والرد ، فإذا اعتمدنا

²⁵³ الأنصاري حسن النيداني ، المرجع السابق ، 74.

²⁵⁴ عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 522.

في اثباتها على شهادة الشهود ، فإن ذاكرة الشهود قد لا تعي كل ذلك. كما أن الصلح قد شرع لحسم النزاع ، فلا يجوز أن يخلق هو نزاعاً آخر قد ينشأ عن اباحة إثباته بالبينة ، وإلى ان المتصلحين يحرصون عادة على اثبات ما اتفقوا عليه لحسم النزاع في ورقة مكتوبة²⁵⁵

ب) شروط الصحة من عيوب الرضاء :

شروط الصحة في عقد الصلح ، كما في أي عقد آخر ، هي توافر الأهلية في المتصلحين وخلو ارادة كل منهما من العيوب .

1/ الأهلية في عقد الصلح:

نرى من ذلك أن الأهلية الواجب توافرها في كل من المتصلحين هي أهلية التصرف بعوض في الحقوق التي تصالحا عليها ، لأن كلا منهما ينزل عن جزء من ادعاءه في نظير نزول الآخر عن جزء مقابل ، والنزول بمقابل عن حق مدعى به هو تصرف بعوض²⁵⁶.

فإذا بلغ الإنسان الرشد ولم يجبر عليه ، كانت له أهلية كاملة في الصلح على جميع الحقوق . غير أن هناك حالة خاصة لاحظ فيها المشرع حالة من أدرك سن الرشد وتحاسب مع وصيه السابق في شؤون الوصاية ، وصدر منه تعهد أو مخالفة لمصلحة هذا الوصي في خلال سنة من تاريخ تقديم الوصي للحساب . فقد فرض المشرع في هذه الظروف المريبة أن من أدرك سن الرشد في تلهفه على وضع يده على أمواله خضع لتأثير الولي السابق ، وتصلح معه على شؤون الوصاية ، وانتهى إلى إمضاء مخالصة للوصي أو تعهد عليه.

أما عن الصبي المميز فليست له في الأصل أهلية التصرف في أمواله ، فلا يملك الصلح على الحقوق ، ويجوز لوليه إذا كان هو الأب بأن يصلح على حقوقه ، ولكن يجب عليه الحصول على إذن المحكمة ، إذا كان محل الصلح عقاراً أو محلاً تجارياً أو أوراقاً مالية ، أو كان مالا موروثاً إذا كان مورث القاصر

²⁵⁵عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 527.

²⁵⁶المرجع السابق ذكره ، ص 532.

قد أوصى بالألا يتصرف وليه في هذا المال فيجب هنا أيضا الحصول على إذن المحكمة، فإذا كان الولي هو الجد و كان النائب عن القاصر وصيا ، فإنه لا يجوز له الصلح على حقوق القاصر إلا بإذن المحكمة .

والمحجور عليه كالصبي المميز ، و ولاية القيم في الصلح على ماله كولاية الوصي في الصلح على مال القاصر²⁵⁷ . أما الصبي غير المميز فلا يملك الصلح كما لا يملك التعاقد بتاتا لانعدام ارادته . ويجوز للولي أو الوصي أن يصالح على حقوقه في الحدود التي بينها عند الكلام في الصبي المميز²⁵⁸ .

2/ عيوب الرضاء في عقد الصلح :

يجب أن يكون عنصر الرضى خاليا من شوائب عيوب الارادة التي تؤدي به الى ابطال عقد الصلح ، وحتى نتجنب رواسب الارادة لابد من معرفتها :

-**الغلط** : هو عيب يصيب الارادة فيؤدي الى بطلان العقد وقبل معرفته يجب اولا ان نفرق بين الغلط في القانون ، غلط في الحساب ، والغلط في الواقع .

-الغلط في القانون :

تنص المادة 556 من التقنين المدني المصري على انه "لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون . "

فهذا النص يعتبر استثناء من القواعد العامة التي تعتبر الغلط في القانون عيبا يؤدي الى ابطال العقد²⁵⁹ .

²⁵⁷عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق ذكره ، ص 534.

²⁵⁸المرجع السابق ذكره ، ص 535.

²⁵⁹الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق ، ص 76.

وتفريعا على ذلك لا يجوز للمتصالح الطعن في الصلح على أساس أنه وقع في غلط في مدة التقادم أو أنه يجهل أن هناك قاعدة في القانون تقرر اكتساب الملكية بالتقادم أو أنه يجهل أن هناك قاعدة في القانون تقرر اكتساب الملكية بالتقادم ، وتطبيقا لذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه مقاصة لا يجوز للمتصالح أن يطعن في الصلح بسبب غلط في القانون وقع بشأن مقاصة ولو كان هذا الغلط هو الدافع له على الصلح²⁶⁰ .

-الغلط في الحساب :

فإذا وقع في الصلح غلط في الحساب ، وكان هذا الغلط مشتركا بين المتصالحين ، كأن يتفق المتصالحان على الأسس التي يقوم الصلح ، وتطبيقا لهذه الأسس وضعا الأرقام المتفق عليها ، ثم جمعت هذه الأرقام فوق خطأ في الجمع ، فكان المجموع الخاطئ مثلا مائتين وخمسين بدلا من مائتين وثلاثين وهو المجموع الصحيح ، لم يجوز لمن وقع في نصيبه هذا المبلغ أن يحتج بهذا الخطأ و إنما رضي بالصلح على أساس أن نصيبه مائتان وخمسون بل يجب تصحيح الخطأ ، فيكون نصيبه مائتين وثلاثين ولا يبطل الصلح لهذا الخطأ²⁶¹ .

-الغلط في الواقع :

الغلط في الواقع في عقد الصلح يؤدي إلى قابليته للإبطال ، وذلك بالتطبيق للقواعد العامة ، فإذا وقع أحد المتصالحين في غلط جوهري بحيث لو علمه المتعاقد لما أقدم على التصالح مع الطرف الآخر جاز له أن يتمسك بإبطال الصلح للغلط²⁶² .

كما يكون الصلح باطلا إذا أبرم تنفيذا لسند باطل وكان المتعاقد يجهل هذا البطلان بسبب غلط في الواقع ، كما يكون الصلح باطلا أيضا إذا حسم نزاعا سبق أن صدر بشأنه حكم نهائي ، ولكن

²⁶⁰الأنصاري حسن النيداني ، المرجع السابق ، ص 78.

²⁶¹عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص542

²⁶²الأنصاري حسن النيداني ، المرجع السابق ، ص87

الطرفان أو أحدهما يجهل صدور هذا الحكم حيث أن المتعاقد يكون قد وقع في غلط جوهري في الباعث الدافع للصلح لأنه أبرم الصلح لحسم النزاع ، والنزاع سبق حسمه بحكم²⁶³ .

2/إبطال الصلح للتدليس :

إذا شاب الرضاء تدليس ، كان الصلح قابلا للإبطال لمصلحة من دلس عليه وفقا للقواعد العامة. فإذا زور شخص مستندات في نزاع قائم بينه وبين آخر ، فاعتقد الآخر صحة هذه المستندات وصالحه على هذا الأساس ، جاز له أن يطلب إبطال هذا الصلح للتدليس²⁶⁴ . وذلك إذا أثبت أن هناك تحايلا غير مشروع أدى الى ايقاعه في غلط مفسد لإرادته²⁶⁵

3/ ابطال الصلح للاستغلال :

يجوز ابطال الصلح للاستغلال ، فإذا استغل أحد المتصلحين في المتصلح الآخر طيشا بينا أو هوى جامع دفعه الى قبول الصلح بغبن فادح، فإنه يجوز لمن كان ضحية الاستغلال أن يطالب بإبطال الصلح ، أما مجرد الغبن الذي لا يكون مشوبا بالاستغلال فلا يجيز المطالبة بإبطال الصلح. بعد أن قدمنا عناصر عيوب الإرادة ، نأتي الآن الى من تثبت فيه صفة التمسك بإبطال الصلح.

4/صاحب الصفة في التمسك بإبطال الصلح أو بطلانه :

تختلف الصفة في صاحبها بحسب ما إذا كان البطلان نسبي أو مطلق . فبالنسبة للبطلان النسبي فإن الصفة في التمسك بإبطال الصلح لا تثبت إلا للمتصلح صاحب المصلحة في التمسك بالبطلان، ولخلفه العام والخاص فإذا كان التمسك بالإبطال بسبب عيب شاب إرادة أحد أطرافه ، فهذا المتصلح وحده هو الذي يجوز له التمسك بالإبطال .

²⁶³المرجع السابق ذكره ، ص89.

²⁶⁴عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق،ص 536.

²⁶⁵الأنصارى حسن النيداني ، المرجع السابق ،ص89.

أما بالنسبة للبطلان المطلق يجوز لكافة أطراف الصلح التمسك ببطلانه ، فإذا كان محل الصلح غير مشروع أو كان السبب غير مشروع جاز لكافة أطرافه التمسك ببطلانه ، ويجوز للمحكمة إثارة هذا البطلان من تلقاء نفسها.

5/عدم تجزئة الصلح عند إبطاله :

بطلان الصلح غير قابل للتجزئة أي كان سبب البطلان، سواء لنقص أهلية أحد المتصلحين أو لعب في إرادته بأي عيب من عيوب الرضا كالغلط أو التدليس أو الإكراه الاستغلال أو بسبب عدم مشروعية المحل أو السبب... الخ.

وتفريعا على ذلك إذا تصالح شخص مع آخر على أرض ثم تبين أن الأوراق المتعلقة بالأرض مزورة فإن الصلح يبطل بالنسبة للأرض والمنزل معا. وإذا تعدد أطراف عقد الصلح و كان العقد باطلا بالنسبة لأحدهم فإنه يبطل بالنسبة لجميع الأطراف ،فإذا كان أحدهم قاصرا بطل الصلح بالنسبة للجميع بما فيهم غير القصر ،ولكن يجب أن نلاحظ أن التمسك بالبطلان لا يجوز إلا للقاصر نفسه أو من يمثله فإذا تنازل عن التمسك ببطلان الصلح أصبح العقد صحيحا بالنسبة للجميع²⁶⁶ .

الفرع الثاني: المحل في عقد الصلح

محل الصلح هو الحق المتنازع فيه ، ونزول كل من الطرفين عن جزء من حقه و يجب أن تتوافر فيه الشروط الواجب توافرها في المحل بوجه عام . فيجب أن يكون موجودا ،ممكنا ، معين ، أو قابلا للتعين.

ويجب بوجه خاص أن يكون مشروعا وغير مخالف للنظام العام ، إذ تنص المادة 461 من القانون المدني على أنه : "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ولكن يجوز الصلح في المصالح المالية الناجمة عن الحالة الشخصية".

266 الأنصاري حسن النيداني ، المرجع السابق ، ص 92.

يفهم من نص المادة أنه لا يجوز اتخاذ عملية الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية لأنه يعد مساسا بها باعتبار أنها من النظام العام، فليس من حق أي شخص أن يغيرها أو يعدل من أحكامها، كذلك ما يخص الأهلية، فلا يجوز الوقوف عليها بمعنى تعديل أحكامها فهي أيضا تنتمي الى ايطار النظام العام .

لكن في نهاية المادة ذكرت انه "يجوز الصلح في المصالح المالية الناجمة عن الحالة الشخصية" تشير هنا الى أنه يمكن إجراء الصلح في المصالح المالية التي تنجر عن الحالة الشخصية، نلتمس أمثلة عن ذلك كما يلي : فيجوز للمطلقة أن تنزل عن مؤخر صداقها وعن نفقة العدة . ويجوز لمن له حق النفقة غلى غيره أن ينزل عما يستحقه من نفقة مدة معينة ، لا أن ينزل عن حق النفقة ذاته . ايضا يجوز للوارث أن يتخارج مع بقية الورثة على نصيبه في الميراث ، لا أن يصالح على صفته كوارث. إضافة كذلك على المصالح المالية التي تترتب على الأهلية ، فيجوز للقاصر بعد بلوغه سن الرشد أن يصالح من تعاقد معه وهو قاصر على إجازة العقد بشروط معينة²⁶⁷.

نلاحظ أن الدكتور عبد الرزاق السنهوري اثناء تناوله للمادة 551 من التقنين المدني المصري أضاف عنصر آخر لم يتناوله المشرع الجزائري في مادته 461 السابقة الذكر ، يتمثل في المصالح المالية التي تنجم عن إحدى الجرائم على أنه "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم"²⁶⁸.

نرى أن في ذيل المادة جاء بجملة "المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم " .

²⁶⁷عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص563.

²⁶⁸المرجع السابق ذكره ، ص554.

قصدا منه ذلك إذا ارتكب شخص جريمة، فلا يجوز له أن يصالح عليها، لا مع النيابة ولا مع المجني عليه، لأن الدعوى الجنائية من حق المجتمع وهي من النظام العام فلا يجوز الصلح عليها. ولكن يجوز الصلح على الحقوق المالية التي تنشأ من ارتكاب الجريمة، فيجوز الصلح على حق التعويض المدني.

الفرع الثالث: السبب في عقد الصلح

السبب في عقد الصلح هو الباعث الذي يدفع المتصالحين إلى إبرامه وهو يختلف من شخص لآخر، فقد يكون السبب في إبرام الصلح هو خشية المتصالح من خسارة دعواه، أو تجنباً لطول الإجراءات القضائية وكثرة المصاريف، أو ابقاء لصلة الرحم أو المودة بينه وبين المتصالح الآخر.

وللسبب في عقد الصلح معنيين:

أولاً: السبب بالمعنى التقليدي: يذهب انصار النظرية التقليدية في السبب إلى أن السبب في عقد الصلح هو الغرض المباشر الذي من أجله التزم المدين، فيكون سبب التزام كل متصالح هو نزول المتصالح الآخر عن جزء من ادعائه. ومن الفقهاء من يجعل السبب في عقد الصلح هو حسم نزاع قائم أو محتمل، فإذا لم يكن هناك نزاع، فالصلح باطلاً لانعدام السبب. ويعتبر هؤلاء الفقهاء وجود النزاع هو السبب الفني للصلح يميزه عن غيره من العقود، ونحن نرى أن وجود نزاع بين المتصالحين هو من مقومات الصلح وليس سبباً له فالصلح لا يقع إلا على نزاع قائم أو محتمل وإلا لم يكن العقد صلحاً²⁶⁹.

ثانياً: السبب بالمعنى الحديث:

إن السبب في عقد الصلح هو السبب الذي تقول به النظرية الحديثة، وهو الباعث الدافع للمتصالحين على إبرام الصلح. فهناك من يدفعه إلى الصلح خشية أن يخسر دعواه، أو عزوفه عن التقاضي بما

²⁶⁹عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 561، 560.

يستتبع من إجراءات طويلة ومصروفات كثيرة أو هناك من يكون الدافع له على الصلح الإبقاء على صلة الرحم... الخ ، فالصلح الذي يكون سببه باعثا من هذه البواعث يكون مشروعاً .

أما الصلح الذي يكون الدافع إليه سببا غير مشروع ، فإنه يكون باطلاً، مثال إذا صالح شخص امرأة للمحافظة على علاقة بها آثمة، ومتى كان الطرف الآخر على علم بما فإن الصلح يكون باطلاً لعدم مشروعية السبب²⁷⁰ .

المبحث الثاني : أنواع الصلح .

لقد نظم القانون الجزائري إجراء الصلح، باعتباره طريقاً بديلاً لحل المنازعات وكعلاج لإنهاء الخصومة بطرق ودية تسمح للأطراف بحسم النزاع القائم بينهم. وذلك عن طريق اتخاذ أحد الاتجاهات التي يختارها الأطراف سواء الصلح الذي يتم داخل دائرة القضاء أو ما يعرف بالصلح القضائي ، أولاً وقبل كل شيء يجب أن يكون هناك عقد صلح مبرم بين الأطراف وأن تقوم المحكمة بإثبات هذا الصلح ، و الذي يكون تحت رقابة القاضي بحيث تكون السلطة التقديرية له ، أو عن طريق صلح غير قضائي الذي يكون خارج حيز القضاء وخارج حدود القاضي ، ويكون هذا وفقاً للأحكام القانونية . تبعاً لذلك هناك أسلوبين آخرين وهما : الصلح الاتفاقي والصلح غير الاتفاقي كل هذه الاتجاهات أو الأساليب تدخل ضمن ما يدعى بأنواع الصلح ، وذلك بما يتماشى مع طبيعة الأطراف في اتخاذ الوجهة المناسبة لهما .

المطلب الأول : الصلح القضائي

إن الصلح عقد يتم بين الأطراف المتعاقدة وهو أنواع يتم بمحض إرادتهما في اتخاذ الشكل الملائم لتسوية النزاع، تحقيقاً للعدالة والتوازن بين العلاقات .

²⁷⁰عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، ص 562، 561.

إذا كان من أهم المبادئ التي تحكم النظام القضائي التي هو مبدأ العلانية فإن من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق الأطراف حال لجوئهم إلى الاتفاق الودي هو الالتزام بالسرية، كل هذه العوامل الايجابية من شأنها أن تشجع الخصوم على الإقدام على الصلح²⁷¹.

فإذا كان قانون الإجراءات المدنية السابق لم ينص على هذه الحالة واكتفى بالنص على الصلح الذي يتم بتدخل من القضاء ، فإن قانون 09/08 المؤرخ في 2008/20/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والادارية قد نص في المادة 990 منه على أنه " يجوز للأطراف التصالح تلقائيا أو بسعي في جميع مراحل الخصومة " ، ويذهب بعض الفقه إلى أن الصلح القضائي يختلف في مضمونه عن مضمون الصلح في القانون المدني ، فالصلح القضائي يتسع ليشمل الحالات التي يبرم فيها أحد الخصوم اتفاقا مع خصمه يتنازل بمقتضاه عن ادعائه دون أن يتنازل خصمه عن شيء .

فقد يتفق طرفي النزاع على أن يتنازل المدعي عن حقه ، ويتم إفراغ هذا التنازل في صورة عقد او اتفاق ، فيعتبر هذا العقد ملزما لجانب واحد هو المدعي الذي يلتزم بالتنازل عن الحق أو الدعوى دون أن يلتزم خصمه بأي التزام نظير تنازل المدعي عن حقه أو دعواه ، فإذا صدقت المحكمة على هذا الاتفاق فإنه يعتبر عملا قضائيا تصالحيا أو توفيقيا رغم أن الاتفاق لا يتضمن صلحا بالمعني الفني للكلمة²⁷².

المطلب الثاني: الصلح الاتفاقي

هو أن يعمد الخصمان أثناء نظر الدعوى إلى الاتفاق على حسم النزاع ، فإذا كان المدعي يطالب المدعى عليه مثلا بخمسمائة ، ثم اتفقا على أن يطالبه بأربعمائة فيسلم له بما ادعاه ، فإن المدعى عندئذ يعدل طلباته من خمسمائة الى أربعمائة ويسلم المدعى عليه بالطلبات المعدلة ، فلا يسع

²⁷¹ سليمان قدور ، المرجع السابق ، 67.

²⁷² الأنصاري حسن النيداني ، المرجع السابق ، ص 69، 70.

القاضي في هذه الحالة إلا أن يقضي بهذه الطلبات، والحكم الصادر بذلك إنما هو في الواقع نتيجة صلح بين الخصمين واتفاق²⁷³.

(أ) **طبيعة الصلح الاتفاقي** : يعتبر عملاً قضائياً تأكيدياً ، لذلك فهو تخضع له الأعمال التأكيدية من قواعد ، فهو يجوز حجية الأمر المقضي به باتفاق الفقه والقضاء ، وهذه الحجية هي حجية كاملة غير منقوصة ولذلك لا يجوز المساس بها إلا من خلال طرق الطعن المقررة للأحكام ، سواء كانت طرق طعن عادية أم غير عادية ويجوز الطعن فيه سواء بسبب خطأ في التقدير أو خطأ في الإجراء .

كما لا يجوز الطعن فيه بدعوى بطلان أصلية ، إلا إذا كان حكماً منعماً²⁷⁴ ، ويتمتع بذات القوة التنفيذية التي تتمتع بها الأحكام أو الأعمال التأكيدية ، فهو لا يقبل التنفيذ الجبري إلا إذا كان نهائياً أو مشمولاً بالنفذ المعجل²⁷⁵ .

ثالثاً : تمييز الصلح القضائي عن الصلح غير القضائي

تختلف أعمال الصلح القضائي عن الأعمال الاتفاقية أو الفردية التي تحسم المنازعات خارج مجلس القضاء وذلك من حيث الطبيعة القانونية ومن حيث الآثار.

(أ) **من حيث الطبيعة القانونية** : تعتبر الأعمال الاتفاقية أو الفردية التي تتم خارج مجلس القضاء ويترتب عليها انتهاء النزاع تصرفات قانونية وتخضع للقواعد العامة للتصرف القانوني في القانون المدني ، سواء من حيث أركان العمل أو شروط صحته أو بطلانه أو طرق الطعن فيه .

أما أعمال الصلح القضائي فإنها تعتبر عمل قضائي وذلك لأن القاضي يشارك فيها بدور رغم إنه ثانوي إلا أنه ضروري لكي يتمتع بالصفة القضائية ، فهي تخضع لنظام قانوني خاص .

²⁷³ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 526.

²⁷⁴ الأنصاري حسن النيداني ، المرجع السابق ، ص 135.

²⁷⁵ المرجع السابق ذكره ، ص 136.

ب) من حيث الأثر : فإن الأعمال الاتفاقية لا تتمتع بحجية الأمر المقضي به وإن كانت تتمتع بالقوة الملزمة التي تتمتع بها العقود، ولا يجوز الطعن فيها بطرق الطعن المقررة للأحكام ولا تعتبر سنداً تنفيذياً مالم تكن موثقة.

أما الصلح القضائي التصالحي فيتمتع بحجية الأمر المقضي به وإن كانت حجية منقوصة، وتعتبر سنداً تنفيذياً، أما بالنسبة للطعن فيها فإنها لا تقبل الطعن فيها بطرق الطعن المقررة للأحكام مالم تكن قد صدرت في شكل حكم و ارتكب القاضي خطأ في الإجراء²⁷⁶.

²⁷⁶ الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص 140.

الخاتمة :

إن ما توصل إليه المشرع الجزائري في مجال الطرق البديلة لحل المنازعات الاقتصادية من الجانب التشريعي متميز خاصة في مجال التحكيم التجاري الدولي و قد واكب بذلك التطور التشريعي الدولي و المقارن بأخر تحديثاته و تطوراته وتحدياته ، إلا أن وجود قانون بدون مؤسسات خاصة في هذا المجال يبقى دائما حبرا على ورق ، ومع محاولة تغيير النمط الاقتصادي للبلاد و مساندة التشريع لذلك على الجزائر استحداث مؤسسات تحكيمية تساهم في حل منازعات التجارة الدولية للمشاركة في دفع عجلة الاقتصاد الجزائري .

يعد اتفاق التحكيم المنصوص عليه في عقود التجارة الدولية سواء كان شرطا أو مشاركة عصب التحكيم ، وذلك لخصوصيته واستقلالته كما رأينا سابقا، فبواسطته وعن طريقه تكون إمكانية اللجوء إلى التحكيم قائمة ، و يعتبر اتفاق التحكيم عقدا قائما بذاته و يستمد مقوماته بصفة مستقلة عن العقد الأساسي فلا يتأثر بطلانه أو بزواله و هذا المعنى الأول و المباشر لاستقلالية اتفاق التحكيم ، كما أن اتفاق التحكيم يكون مستقل أيضا عن كل قانون وطني بحيث يكون القانون الذي يحكم العقد الأصلي يختلف عن ذلك القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم و هذا هو المعنى الثاني للاستقلالية. وقد نتج عن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي و عن كل قانون وطني آثار جعلت من اتفاق التحكيم مصدر فعالية المحكمة التحكيمية أي اختصاصها بالفصل في اختصاصها ، كما تقررت فعالية و إلزامية الحكم التحكيمي .

أما عن الوساطة إن اهتمام المشرع الجزائري بهذه المؤسسة الجديدة و المساعدة للنظام القضائي الجزائري تنوع النزاعات التي أثقلت كاهل العدالة كما و كيفا ، هذا ما يدعو إلى تطوير عملية الوساطة للتصدي لكل نزاع للتخفيف من إجراءات و نتائج التقاضي و التي تستهلك الجهد و الوقت و المال ، و هذا لا يمكن تحقيقه إلا بالاهتمام بمهنة الوسيط القضائي و من يجب أن يقوم بها و كيف يقوم بها ، خاصة و نحن في عصر الاختصاص لكثرة المجالات القانونية و التقنية و بالتالي إذا تمت الوساطة من ذوي خبرة و اختصاص تكون ذات فعالية و نتائج إيجابية .

زيادة على هذا وجب أن يكون الوسيط على دراية بجوانب الصلح في كل قضية و ما يترتب عليها من نتائج و آثار قانونية في المستقبل ، وذلك لتفادي ظهور منازعات جديدة في القضايا المطروحة خاصة و أن المرسوم 09/100 لا يلزم الوسيط بالتفصيل في كل جوانب القضية و ما على القاضي إلا مهر الصلح بالصيغة التنفيذية لا أكثر ، و هذا يكون ناقصا بحيث يجرّد القضية من إطارها القانوني . كما أن المرسوم أهمل بعض المسائل المهمة و التي ستؤثر سلبا في ديناميكية الوسيط و هي عدم النص على كيفية تسديد أتعاب الوسيط على الأقل إذا لم يكن جمعية خيرية .

أما عن الصلح فقد أكدت التجارب العديدة المتعلقة بحل النزاعات بأن العدالة المبنية على أساس الاتفاق و التصالح تكون أكثر ايجابية و لها آثار هامة ، تتعدى العدالة التي يطبقها القاضي اعتمادا على نصوص قانونية جامدة و التي تكون قد لا تتفق في كثير من الأحيان مع الفكر الاجتماعي السائد.

قائمة المراجع:

• المؤلفات:

- - أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاقية التحكيم، دار الفكر الجامعية، بدون طبعة، سنة 2003.
 - - حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، بدون طبعة.
 - - عاطف محمد الفقي، قانون التجارة البحرية، دار الفكر الجامعي، بدون طبعة، سنة 2007.
 - - د. عبد المنعم محمد داود، القانون الدولي للبحار، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون طبعة.
 - - علي طاهر البياتي، التحكيم التجاري البحري، دراسة قانونية مقارنة، دار الثقافة، الاردن، بدون طبعة، سنة 2006.
 - - د. محمد ابراهيم موسى، سندات الشحن الالكترونية بين الواقع والأمول، دار الجامعة الجديد للنشر، سنة 2005.
 - - محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، دار الجامعة الجديدة، بدون طبعة، سنة 2005.
 - - محمود السيد عمر التحيوي، أركان اتفاق التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، سنة 2001.
 - - وجدي حاطوم، النقل البحري، بدون طبعة، المؤسسة الحديثة للكتاب - لبنان.
- ### • المقالات:
- - الصحابي حسن عبد الحليم، التعليق على قرار قضائي (السودان)، مجلة التحكيم، العدد الثامن، أكتوبر 2010.
 - - أ. بموسى عبد الوهاب، التحكيم التجاري الدولي: قضاء تعاقدية؟، مجلة دراسات قانونية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، العدد 04-2007.
 - - أ. بن سهلة ثاني بن علي، الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم وأثره على تسوية المنازعات التجارية الدولية، دراسات قانونية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، العدد 04-2007.
 - - أتراري ثاني مصطفى، استقلالية اتفاق التحكيم كمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري الدولي المعاصر، مجلة الدراسات قانونية، دار القبة للنشر و التوزيع .

- -أ. حفيظة السيد حداد، دور القضاء في التحكيم اطلالة على الأوامر الصادرة عن محاكم الدولة في شأن التحكيم Anti-suit Injunctions ، مجلة التحكيم ، العدد الثامن ، السنة الثانية ، أكتوبر 2010
- - خليل مشنتف ، اجتهادات قضائية دولية حول التحكيم ، ، مجلة التحكيم ، العدد الثامن ، السنة الثانية ، أكتوبر 2010
- -فتحي والي ، الرقابة القضائية على صحة اتفاق التحكيم أثناء اجراءات التحكيم ، مجلة التحكيم ، العدد الثامن ، السنة الثانية ، أكتوبر 2010
- -عامر بورورو ،الطرق البديلة لحل النزاعات في القانون التونسي ، مجلة المحكمة العليا،عدد خاص ،الطرق البديلة لحل نزاعات :الصلح و الوساطة والتحكيم 15-14 جوان2008.
- -عبد الحميد الأحذب ، قانون التحكيم الجزائري الجديد ، مجلة المحمة العليا ، عدد خاص ، الجزء 1 .
- - محمد وليد منصور،الدور الاستراتيجي و الخلاف للقضاء في تحقيق فعالية التحكيم في التشريع السوري،مجلة التحكيم،العدد الثامن ،أكتوبر2010.
- -مراد الفضيل ،تعليق على قرار المجلس الأعلى للملكة المغربية ، مجلة التحكيم،العدد الثامن ،أكتوبر2010،
- نور الدين بكلي،دور وأهمية اتفاق التحكيم في العقود التجارية الدولية (في القانون الجزائري والقوانين العربية)،مجلة المحكمة العليا،عدد خاص ،الجزء الأول، الطرق البديلة لحل النزاعات:الوساطة و الصلح والتحكيم،سنة 2009 .

● المذكرات :

- -بودالي خديجة ،اتفاق التحكيم البحري(دراسة مقارنة) ، جامعة معسكر ،ماجستير ، السنة الجامعية 2009-2010
- - دهانة محمد ، دفع المسؤولية المدنية للناقل ، دكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، السنة الجامعية 2010-2011 .

- -عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، مجموعة رسائل الدكتوراه كلية الحقوق جامعة المنقوية، سنة 1995.
- معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية ، دكتوراه دولة ، جامعة الجزائر ، سنة ،1998.
- مناني فراح،التحكيم طريق بديل لحل المنازعات،دار الهدى،بدون طبعة .
- هشام خالد،أوليات التحكيم التجاري الدولي،دار الفكر الجامعي .

- **Les ouvrages :**

- Ali Mzghani,Le droit Musulment de l'arbitrage,Revue de l'arbitrage 2008,N°2
- François Arradan, l'arbitrage Maritime en France, la Revue Maritime n° 470, octobre 2004
- Z.Mehdaoui, Arbitrage commercial la nécessité de s'adapter à la "Mondialisation", le quotidien d'oran, publié le 07/05/2007
- Mostefa Trari Tani, Kluwer law international, 1/2009(Mars),
- Philippe Fouchard, E.Gaiyard.B.Goldman. Traité de l'arbitrage commercial international Litek 1996 .

الفهرس

- 01..... مقدمة
- 02..... الفصل التمهيدي : نبذة عن ظهور الطرق البديلة في النظم القانونية و التفرقة بينها
- 03..... المبحث الأول :ظهور الوسائل البديلة لحل المنازعات
- 04..... المبحث الثاني : التمييز بين التحكيم و الطرق الأخرى لفض المنازعات الاقتصادية
- 04..... المطلب الأول : تمييز التحكيم عن التوفيق المصالحة و الوساطة
- 07..... المطلب الثاني : التحكيم و الخبرة
- 08..... الفصل الأول : مدخل الى التحكيم عموما
- 08 المبحث الأول : مفهوم التحكيم
- 08..... المطلب الأول:التعريف الفقهي للتحكيم
- 09..... المطلب الثاني:التعريف الاصطلاحي للتحكيم
- 11..... المبحث الثاني :طبيعة التحكيم
- 11..... المطلب الأول:النظرية التعاقدية للتحكيم
- 12..... المطلب الثاني :النظرية القضائية للتحكيم
- 12..... المطلب الثالث :طبيعة المختطة لنظام التحكيم
- 13..... المطلب الرابع:طبيعة المستقلة لنظام التحكيم
- 14..... الفصل الثاني: التحكيم كوسيلة بديلة لحل المنازعات الاقتصادية
- 16..... المبحث الأول:تطور موقف الجزائر من نظام التحكيم
- 17..... المطلب الأول:من المناهضة لنظام التحكيم الى القبول

21.....	المطلب الثاني:أولوية التحكيم التجاري الدولي
25.....	المبحث الثاني :ذاتية التحكيم التجاري الدولي
27.....	المطلب الأول:خصوصية التحكيم التجاري الدولي
30.....	المطلب الثاني :المعايير المعتمدة في القانون الجزائري لتدويل التحكيم
34.....	الفصل الثالث : النظام القانوني لاتفاق التحكيم
36.....	المبحث الأول:حرية الأطراف في إبرام اتفاق التحكيم
36.....	المطلب الأول:ماهية اتفاق التحكيم
40.....	المطلب الثاني: مضمون اتفاق التحكيم
45.....	المبحث الثاني: أركان اتفاق التحكيم
46.....	المطلب الأول:إبرام و صياغة اتفاق التحكيم
52.....	المطلب الثاني:استقلالية اتفاق التحكيم
80.....	الفصل الرابع : الوساطة كطريق بديل لحل المنازعات الاقتصادية
81.....	المبحث الأول:الوساطة و أنواعها في القانون الجزائري
82.....	المطلب الأول:الوساطة و تأصيلها التاريخي
84.....	المطلب الثاني :أنواع الوساطة
87.....	المبحث الثاني :إجراءات الوساطة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية
88.....	المطلب الأول: الوسيط
92.....	المطلب الثاني :عملية الوساطة
96.....	الفصل الخامس : الصلح كطريق بديل لحل المنازعات

96.....	المبحث الأول: ماهية الصلح في القانون الجزائري
96.....	المطلب الأول: مفهوم الصلح و طبيعته
99	المطلب الثاني: ظهور الصلح و نشأته في القوانين الوضعية
102.....	المطلب الثالث : أركان الصلح و شروط صحته
111.....	المبحث الثاني: أنواع الصلح
111.....	المطلب الأول: الصلح القضائي.....
111.....	المطلب الثاني: الصلح غير القضائي
114	الخاتمة.....
117.....	قائمة المراجع
120.....	الفهرس.....