جامعة وهران 2

كلية الحقوق و العلوم السياسية المحاضرة 03

ماستر2 : القانون العام الاقتصادي

محاضرات في التحكيم التجاري الدولي

تقدم في إطار اجراءات التباعد الاجتماعي

من قبل :

تراري ثاني مصطفى

أستاذ التعليم العالي

السنة الجامعية 2020-2021

مقدمة

1- التعريف بالتحكيم

التحكيم ((arbitrage – arbitration هو تلك العملية التي بواسطتها يتفق الاطراف في نزاع ما على عرضة على محكم واحد او اكثر ، ثلاثة في معظم الاحيان ، يفصلون فيه و كأنهم قضاة.

فالتحكيم ليس هو الطريقة الوحيدة للفصل في النزاعات خارج اروقة القضاء. لدا كثيرا ما يلتبس مفهوم التحكيم بمفاهيم مجاورة مثل الصلح و المصالحة و الوساطة بوصفها طرق بديلة لحل النزاعات.

أ- <u>التحكيم و الصلح</u>

نص قانون الاجراءات المدنية و الادارية على الصلح في المواد الادارية (المواد من 970 إلى 974(و في مواد القانون الخاص(المواد من 990 إلى 993 (، إما تلقيا او بسعي من القاضي و ينتهي بعقد هو عقد الصلح((Transaction .

نصت المادة 462 من القانون المدني بخصوص الصلح على انه :

" ينهي الصلح النزاعات التي يتناولها.

و يترتب عليه إسقاط الحقوق و الادعاءات التي تنازل عنها الاطراف بصفة نهائية".

يتميز الصلح عن التحكيم في كون التحكيم يتطلب تدخل شخص ثالث او هيئة من الغير و يسمى محكمة التحكيم حتى لو كان محكما فردا ، بينما الصلح هو عملية تفاوضية في حال نجاحها تنتهي بإبرام عقد يسمى عقد الصلح و هو ملزم للطرفين ، إعمالا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين. أما التحكيم فينتهي بحكم تحكيمي ((Une sentence-Award وهو عمل شبيه بالعمل القضائي(acte juridictionnel) يفصل في به المحكم في النزاع و كأنه قاض.

ب- <u>التحكيم و المصالحة / الوساطة</u>

لا تختلف الوساطة ((médiationعن المصالحة (conciliation)من حيث الطبيعة و المتمثلة في تدخل شخص ثالث : المصالح او الوسيط و انما من حيث قوة تدخل هذا الغير .

فالوسيط يسعى من اجل الوصول الى صلح ، بينما المصالح يتلقى عروض الاطراف و يحاول الوصول بها الى صلح. فالمسالة ثقافية بامتياز. فالوساطة شاعت في القانون الاوروبي القاري ، بينما الوساطة يأخذ بها في اوساط الاعمال الانجلوامريكية.

على المستوى الدولي ، بعد فترة ساد فيها مفهوم المصالحة (نظام المصالحة على مستوى غرفة التجارة الدولية بباريس 1998 ، مركز تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول و رعايا الدول الاخرى بواشنطن 1965) ، في الآونة الاخيرة اصبحت الوساطة هي السائدة بفعل العولمة و طغيان نموذج القانون الامريكي على الاقتصاد العالمي.

الوساطة نوعان فهناك الوساطة الاتفاقية اي التي تتم خارج اي منظومة سواء قضائية أو تحت إشراف مركز او مؤسسة . هذه المؤسسة غالبا ما تكون هيئة تحكيمية في نفس الوقت ، كما هو الحال بالنسبة (نظام الوساطة لغرفة التجارة الدولية بباريس 2014 ، نظام الوساطة و التحكيم غرفة التجارة والصناعة الجزائرية). الاطراف في هذه الحالة يوكلون للمحكم او اي شخص او هيئة اخرى مهمة الوساطة و في حالة فشلها يمر الاطراف للعملية التحكيمية التي تنهي النزاع بحكم ملزم.

المشرع الجزائري نص في قانون الاجراءات المدنية و الادارية على الوساطة تحت إشراف القضاء في المواد من 994 إلى 1005. فالقاضي هو الذي يقررها بناء على طلب الاطراف فيعين الوسيط و في حالة نجاحها يصادق عليها القاضي بعد مراقبتها و حال فشلها يأخذ بزمام القضية و يصدر حكمه بصورة عادية.

لم ينظم المشرع الجزائري في مقابل ذلك الوساطة الاتفاقية فهي تخضع لنظام الوساطة في حالة ما إذا كانت نظامية و تخضع للقواعد العامة في القانون الخاص الداخلي و الدولي إذا كانت اتفاقية.

ابرمت اتفاقية سنغفورة للأمم المتحدة بشأن اتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة (نيويورك، 2018) ، لم تنضم لها الجزائر بعد.

2- انواع التحكيم

التحكيم عدة انواع متقابلة :

أ- <u>التحكيم الداخلي و التحكيم الدولي</u>

التشريعات القديمة كانت تنظم التحكيم دون تمييز ، فكانت المحاكم هي التي تجتهد من اجل تكييف قواعد التحكيم المتاحة مع متطلبات التجارة الدولية ، الى ان توفر رصيد من الاجتهادات القضائية يتميز بها التحكيم الدولي عن التحكيم الداخلي ، فنشأت ازدواجية فعلية ، مردها ان التحكيم الداخلي هو استثناء عن اختصاص محاكم الدولة و هذا في حد ذاته يضيق من مفعوله ، اما التحكيم الدولي فهو طريقة عادية في غياب محاكم متخصصة و هو ما يجعله يسبح في منظومة قانونية لبرالية.

في اطار العولمة و المنافسة التشريعية التي افضت لها بين الدول لاستقطاب استثمارات في نذرة متزايدة يوما بعد يوم ، كرست معظم التشريعات هذه الازدواجية في القانون الفرنسي) مرسوم 1980 متعلق بالتحكيم الداخلي و مرسوم 1981 متعلق بالتحكيم الدولي) و القانون السويسري(القانون الدولي الخاص 1987) والا نجليزي (1996) و اخيرا القانون الجزائري (القواعد العامة و القواعد الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي).

ب- <u>التحكيم الجبري و التحكيم الاختياري</u>

في السابق ، في الدول الاشتراكية مثل الاتحاد سوفياتي و الجزائر، كان القانون ينص على عرض بعض انواع النزاعات او نزاعات بعض الاشخاص على لجان للتحكيم بصورة الزامية من اجل فرض ارادة الدولة من خلال المخططات الاقتصادية.

التحكيم السائد اليوم هو التحكيم الاختياري الذي يختار فيه الاطراف التحكيم دون الطرق الاخرى ، بما في ذلك الطريق القضائي، يختار فيه المحكم او المحكمين و اجراءات التحكيم و القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، لغة التحكيم ، مقر التحكيم ...الخ

مع ذلك يجب التفرقة في المعاهدات الدولية التي تبرم في إطار تكتلات اقتصادية عادة و تنشأ هيئة للتحكيم للفصل في المنازعات بين معاهدات تنص على تحكيم هذه الهيئة مع بقائه اختياريا و اخرى نادرة تجعل اختصاص الهيئة التحكيم جبريا.

ج- <u>التحكيم التجاري الدولي و تحكيم الاستثمار</u>

تشمل عبارة التحكيم الدولي نوعان من التحكيم :

- التحكيم التجاري الدولي ، موضوع هذه المحاضرات ، هو ذلك التحكيم الذي يتم بين اشخاص القانون الخاص ، سواء أكانوا اشخاصا طبيعية (مؤسسات فردية) او شركات ، بمناسبة العقود التي يبرموها في إطار استغلال نشاطاتهم الاقتصادية أو دعوى التعويض التي يقومون برفعها على بعضهم البعض جبر للأضرار التي يلحقوها ببعضهم البعض.

- التحكيم الدولي للاستثمار وهو تحكيم يتم بين الدول المضيفة للاستثمار (شخص معنوي عام) و المستثمرين رعايا دول اخرى ، بمناسبة إخلال الدولة بالتزاماتها في ضمان الاستثمار، سواء بسبب عمل تشريعي ا إداري و حتى قضائي تأتيه مخالفة لاتفاقية دولية ثنائية أو متعددة الاطراف لحماية الاستثمار. يعتبر كذلك من قبيل تحكيم الاستثمارالفصل في النزاعات الناتجة عن إخلال المستثمر بالتزاماته تجاه الدولة المضيفة. يعتبر مركز واشنطن نموذجا لمراكز التحكيم في مجال الاستثمار.

- التحكيم المؤسسي و التحكيم بالمناسبة او الخاص ad hoc ، الاول تشرف عليه مراكز متخصصة اهمها مركز CCI التابع لغرفة التجارة الدولية بباريس او مركز CIRDI بواشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول و المستثمرين الخواص. أما التحكيم بالمناسبة يكون خارج اي إطار مؤسساتي ، يتحكم فيه الاطراف و المحكمون المعينون بالمناسبة و تزول محكمة التحكيم بانتهاء مهمتها.

3- مصادر قانون التحكيم الدولي

التحكيم عملية و ممارسة تخضع لقواعد قانونية و هذه القواعد القانونية نجدها في المصادر التقليدية للقانون التي تضعها الدول مثل التشريعات بالمعنى الواسع الوطنية و الاتفاقية الدولية و مصادر فرضتها الممارسة العملية للتحكيم على مستوى منظمات و مراكز للتحكيم و اخرى على مستوى محاكم التحكيم في صورة اجتهاد تحكيمي.

أ- التشريعات و الاجتهاد القضائي الوطني المكمل

في معظم الدول صدرت اليوم تشريعات تتعلق بالتحكيم الدولي على النحو الذي فصلناه سابقا ، يدعمها اجتهاد قضائي وطني يتحرر يوما بعد يوم من القيود الاجرائية التي تخضع لها المحاكم القضائية و التحكيم الداخلي.

هذه التشريعات اخذت مناحي متعددة ، البعض منها اخذ بالنموذج الفرنسي) الجزائر ، لبنان(... ، البعض الآخر اخذ بالنموذج السويسري و هناك اتجاه ثالث اخذ بالقانون النموذجي الذي اقترحته على الدول لجنة الامم المتحدة لقانون التجارة الدولية)تونس وموريتانيا(، لكن معظم الدول لم تلتزم بنموذج معين ، فمزجت بدرجات متفاوتة بين كل هذه النماذج (انجلترا ، مصر(.

ب- الاتفاقيات الدولية

ابرمت العديد من الاتفاقيات الدولية على المستوى العالمي و الاقليمي)عربي خاصة(، إما متعددة الاطراف او ثنائية.

على المستوى العالمي الشامل هناك اتفاقيتان أساسيتان :

- اتفاقية نيويرك المؤرخة في 10 جوان 1958 المتعلقة بالاعتراف و التنفيذ لأحكام التحكيم الاجنبية الجزائر انضمت اليها عام 1989.
- انفاقية واشنطن المؤرخة في 18 مارس 1965 و التي ابرمت تحت راية البنك العالمي و انبثق عنها مركز واشنطن لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى (CIRDI – ICSID) ، انضمت اليها الجزائر عام 1996.

على المستوى الثنائي ، هناك ما يزيد عن 300 اتفاقية تربط مختلف دول العالم بصورة ثنائية (Traités bilatéraux d'investissement - TBI). الجزائر ارتبطت مع اكثر من 20 دولة باتفاقية ثنائية تنص على التحكيم في غالب الاحيان يتعلق الامر بالإحالة على مركز واشنطن.

الاتفاقيات على المستوى العربي كثيرة ، لكن لا تحضى بنفس الاهتمام من الناحية العملية.

ج – القواعد الناجمة عن الممارسة العملية

يتميز التحكيم دون غيره بالاعتماد على مصادر ليس من وضع الدول سواء فرادى او جماعات و انما من تكريس المجتمع الدولي للتجار بطريقتين :

- انظمة التحكيم التي تضعها مراكز التحكيم لضبط الاجراءات : مركز غرفة التجارة الدولية – باريس ، مركز واشنطن المتعلق بتحكيم الاستثمار ، مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم ، مركز غرفة التجارة و الصناعة الجزائرية للتحكيم ، مركز ستوكهولم ، لندن ...الخ.
- الاجتهاد التحكيمي الدولي و يضم القواعد و المبادئ التي يكشف عليها المحكمون بمناسبة فصلهم في القضايا المعروضة عليهم بصورة واقعية.

هذه المبادئ و القواعد يتواتر العمل بها و تحيل احكام المحكمين بصددها على بعضها البعض ، مما يجعلها اشبه بالسوابق القضائية الانجليزية في المجال التحكيمي.

و نظرا للدور الذي اصبحت تلعبه تستفيد على مستوى مراكز التحكيم المذكورة من إمكانية نشرها و التعرف عليها كشرط لسريانها ، في مختلف المجلات المتخصصة و مواقع الانترنيت الخاصة بالمراكز ، كما هو الحال بالنسبة لمركز واشنطن الذي ذهب الى حد نشر الاحكام التحكيمية كاملة.

4- تطور قواعد التحكيم الدولي في الجزائر

مر التحكيم في الجزائر عموما بعدة مراحل حسب التطورات التي مر بها الاقتصاد الوطني :

أ- <u>الاتفاق الجزائري الفرنسي المتعلق بالمحروقات لسنة 1965</u>

اولى القواعد التي التزمت بها الجزائر في مجال التحكيم الدولي كانت على إثر الاتفاق الجزائري الفرنسي لسنة 1965 و المتعلق بالمنازعات التي قد تنجر على الشراكة التعاونية لتثمين بترول الصحراء في إطار تشاركي 50/50 و الذي كان ينص على التحكيم كطريقة لحل المنازعات ، الذي قبلت به الدولة الجزائرية على مضض بقيدين أساسين هما :

- في حال عدم الاتفاق على رئيس محكمة التحكيم ، يقوم الرئيس الاول للمحكمة العليا بتعيينه.
- محكمة التحكيم تفصل طبقا للقانون الجزائري.

ب - <u>قانون الاجراءات المدنية لسنة 1966)الملغى(</u>

هذا القانون اورد احكاما خاصة بالتحكيم في المواد من 442 الى 458 في الوقت الذي التشريعات الوطنية لم تكن تميز بين التحكيم الداخلي و التحكيم الدولي.

كرس هذا القانون وقفا مناهضا للتحكيم ، خاصة الدولي ، لان التحكيمك الدولي لم يتطور الى يومنا هذا. هذه النظرة كانت الجزائر تتقاسمها مع العديد من دول العالم وهي :

- الدول الاشتراكية التي كانت متحفظة على هذه الوسيلة التي يسيطر عليها مراكز في الغرب الرأسمالي.
- الدول العربية التي عانت من تحيز التحكيم الدولي في العقود البترولية مع شركات عالمية حيث رفضت محاكم التحكيم تطبيق القوانين المحلية رغم اتفاق الاطراف عليها لصالح قوانين غربية.
- دول العالم الثالث التي كانت ترى في التحكيم ترجمة في نظام اقتصادي جائر لا يساعد دول العالم الثالث على تحقيق تنميتها.

لهذا اتت احكام هذا القانون متشعبة بهذه النظرة المعادية و المتمثلة فيما يلي :

- أخضعت اتفاقية التحكيم الى شروط قاسية تتمثل في الكتابة تحت طائلة البطلان ، وان يكون مصادق عليها بصورة خاصة ، أي انه لا يكفي التوقيع على العقد ككل لصحتها.
- تمنع الاشخاص المعنوية العامة من التحكيم الاختياري و اخضاعها لتحكيم جبري ،
- طرق الطعن تشبه الى حد كبير طرق الطعن ضد الاحكام القضائية.

ج- <u>الامر المتعلق بالتحكيم الجبري في ظل التسيير الاشتراكي</u>

كرس هذا الامر التحكيم الجبري الذي شهدته الدول الاشتراكية خاصة الاتحاد السوفياتي) تحكيم الدولة (Gosarbitraj- و الذي تشرف عليه لجان ولائية و لجنة وطنية للفصل في المنازعات التي يطرحها تنفيذ الخطط الاقتصادية بين المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي و كدا شركات الاقتصاد المختلط بين هذه المؤسسات و شركات اجنبية التي تحوز فيه المؤسسة الاشتراكية الجزائرية 51% على الاقل)قانون شركات الاقتصاد المختلط لسنة 1982 الملغى(.

د- <u>قانون التنقيب و البحث و انتاج و نقل المحروقات عبر الانابيب لسنة 1986</u>

المادة 63 كرست نظرة العالم الثالث انذاك فأخضعت النزاعات بين الشركات العالمية العاملة في الجزائر و شركة سوناطراك في حدود نسبة لا تزيد عن 49 % على الاكثر للشريك الاجنبي.

نص في مقابل ذلك على جواز المصالحة في هذا النوع من المنازعات التي لم تلق نجاحا كبيرا.

النزاعات بين الدولة الجزائري و الشركة الاجنبية تخضع لاختصاص المحاكم الوطنية و لا يجوز التحكيم فيها.

هذا القانون تم تعديله بموجب قانون 1991 الذي اعترف بالتحكيم في النزاعات بين شركة سوناطراك و الشريك الاجنبي كضمان لاستقطاب استثمارات اصبحت ناذرة منذ 1986.

ه- القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية 1988 الملغي

الغى هذا القانون التحكيم الجبري الذي كانت تخضع له المؤسسات العمومية الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التي تحولت في معظمها الة مؤسسات عمومية اقتصادية يحكمها القانون الخاص التجاري و المدني.

في مقابل ذلك اصبح من الممكن لها ان تلجا الى التحكيم التجاري الداخلي و انه ناذر و الدولي الذي كان موجود من الناحية العملية رغم المعارضة السياسية باسم النظام الاقتصادي العالمي الجديد.

و- الانضمام الى اتفاقية نيويرك لسنة 1958 عام 1989

الانضمام الى اتفاقية نيويرك لسنة 1958 السالفة الذكر اتى في سياق استقلالية المؤسسات التى اتى بها بالقانون التوجيهي من اجل تسهيل تنفيذ احكام التحكيم الصادرة في الخارج ضج المؤسسات العمومية الاقتصادية.

ز- الاعتراف بالتحكيم في قوانين الاستثمار منذ 1993

قوانين تشجيع الاستثمار منذ 1993 (/2016/2003)نصت على إختصاص الجهات القضائية للفصل في منازعات الاستثمار ، أي المحاكم الادارية ، طالما ان الدولة طرف في العلاقة الاستثمارية ، فانه يمكن اللجوء للتحكيم بناء على اتفاق خاص او اتفاقية دولية مثل اتفاقية واشنطن التي انظمت لها الجزائر لاحقا او الاتفاقيات الثنائية.

ح- المرسوم التشريعي لعام 1993 المعدل لقانون الاجراءات المدنية 1966

هذا المرسوم اضاف ال جانب الاحكام التي كانت موجودة في المواد من 442 – 458 من قانون الاجراءات المدنية ، احكاما خاصة بالتحكيم التجاري الدولي في المواد 458 مكرر 1 الى 458 مكرر 24.

ط- الانضمام عام 1996 لاتفاقية واشنطن لعام 1965

في سياق المفاوضات مع صندوق النقد الدولي و البنك العالمي انضمت الجزائر الى اتفاقية ا واشنطن المؤرخة في و الخاصة بالتحكيم في نزاعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الاخرى 1965.

ي- قانون الاجراءات و المدنية و الادارية

صدر هذا القانون عام 2008 و الذ الغى قانون الاجراءات المدنية لسنة 1966 فتضمن :

- قواعد مشتركة للتحكيم)الداخلي ، الدولي والاداري) Åالمواد من الى (،
- قواعد خاصة بالتحكيم التجاري الدولي) المواد من الى (.
- قواعد خاصة بالتحكيم الاداري لأول مرة) المواد من الى .(

خطة الدراسة

ستتمحور الدراسة حسب الخطوات العملية التي تمر بها العملية التحكيمية :

الفصل الاول : اتفاقية التحكيم

الفصل الثاني : محكمة التحكيم

الفصل الثالث : الخصومة التحكيمية

الفصل الرابع : القانون الواجب التطبيق

الفصل الخامس : حكم التحكيم تنفيذه جبريا و طرق الطعن

الفصل الاول : اتفاقية التحكيم

نصت المادة 1040 على انه : " تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة و المستقبلية ". و هو ما يفيد بان هناك نوعان من اتفاقيات التحكيم :

- هناك اتفاقية التحكيم التي يبرمها الاطراف قبل ان ينشأ النزاع و تأخذ مكانها في العقد التجاري الدولي كبند او شرط او مشارطة ، لدا تسمى شرط او بند او مشارطة التحكيم "clause d'arbitrage ou compromissoire".
- هناك الاتفاقية التي يبرمونها بمناسبة نزاع قائم قد يكون تعاقديا و لكن الاطراف لم يضعا فيه شرطا للتحكيم و قد يكون نزاعا متعلقا بالمسؤولية التقصيرية بحثا عن تعويض و اسماها

المشرع اتفاق التحكيم و ليثه استعمل مصطلحا آخر تفاديا للبس و سماه : "عقد التحكيم compromis" ، كما هو الحال في معظم التشريعات العربية.

كأية اتفاقية يبرمها الاطراف و تتميز بالدولية تثور بشأن اتفاقية التحكيم مسألة تنازع للقوانين و الغرض منها هو التحقق من صحتها على ضوء القانون الذي يحكمها) المبحث الاول). هذا القانون هو الذي يحدد شروط انعقادها) المبحث الثاني) لها اثر على مستوى الاختصاص بحيث يمكن محكمين من الفصل في النزاع عوض القضاة المحترفين) المبحث الثالث).

المبحث الاول : القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم

اختلفت الانظمة القانونية في معالجة هذا المسالة بين من اخذ بمنهج التنازع التقليدي و من اخذ بمنهج الاستقلالية الحديث .

1- منهج التنازع في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم

اعتنقت هذا المذهب الانظمة القضائية التي تتخوف من التحكيم ، كما كان الحال سابقا في الجزائر ، بحيث لتكون الاتفاقية صحيحة ، لابد ان تكون طبق لقانون دولة ما. المشرع الجزائري و لو انه اخذ بهذا المنهج ، إلا انه عدل فيه ، بحيث جعل المراجع القانونية التي تحكم اتفاقية التحكيم متعددة ولا تنحصر في معيار واحد يؤدي لاختيار قانون واحد.

فحسب المادة 1040 / ف3 السالفة الذكر :" تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع ، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الاطراف على اختياره او القانون المنظم لموضوع النزاع او القانون الذي يراه المحكم ملائما ." و بذلك يكون قد خرج على القاعدة العامة في المادة 18 من القانون المدني فيما يخص تنازع القوانين في المواد التعاقدية و التي اعطت الاختصاص لقانون محل الابرام ما لم يتفق الاطراف على خلاف ذلك.

2- منهج الاستقلالية في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم

أخذ بهذا النهج القضاء الفرنسي الذي ذهب في قرار مشهور لمحكمة النقض الفرنسية سنة 1993 يدعى قرار داليكو " "Dalico رأى بانه : " ما عدا انظام الدولي العام الفرنسي ، فان شرط التحكيم مستقل على العقد الاساسي و مستقل عن كل القوانين الوطنية."

هذا القرار كان يتعلق بصفقة عمومية ابرمتها بلدية ليبية مع مجمع دنماركي ، من اجل إنشاء منظومة لتصريف المياه و التي كانت تخضع للقانون الليبي و هو من القوانين التي لم تكن تعترف بالتحكيم عموما إلا في حالة الضرورة و الصفقة في حد ذاتها كانت تنص صراحة على اختصاص المحاكم الليبية. فالهدف من وراء هذا الاجتهاد كان واضحا و هو إقصاء القانون الليبي حتى يكون شرط للتحكيم الموجود ضمن وثائق الصفقة دون ان يستجيب لمتطلبات القانون الليبي لأنه لم يكن موقعا.

المبحث الثاني : شروط صحة اتفاقية التحكيم

تطبيقا للمنهج التنازعي الذي اخذ به المشرع الجزائري يتعين ان تستجيب اتفاقية التحكيم لمتطلبات القانون الواجب التطبيق فيما يخص الرضا و المحل و السبب و الشكل.

1- الرضا

لا يثير الرضا في اتفاقية التحكيم اشكالات خاصة ما عدا ان اتفاقية التحكيم كثيرا ما تفرضها الشركات الاجنبية الكبرى و تذعن لها المؤسسات الاقتصادية لدول العالم الثالث ، لكن التحكيم الدولي لا يهتم بهذا النوع من إشكالات ، فهو يفترض بأن الرضا سليم.

2- المحل

محل اتفاقية التحكيم هي اللجوء الى التحكيم و هذا امر غير جائز في كل المنازعات. لدا فيجب ألا تكون اتفاقية التحكيم فيما لا يجوز التحكيم فيه و هو ما يعرف بعدم "القابلية للتحكيم – l'inarbitrabilité".

عدم القابلية يمكن النظر اليه من زاويتين : شخصية و مفادها ان بعض الاشخاص ممنوعون صراحة من اللجوء للتحكيم و مادية اي ان بعض المنازعات لا يجوز فيها التحكيم و على وجه الخصوص حينما يكون الاختصاص القضائي فيها من النظام العام.

في هذا الصدد نصت المادة 1006 في اطار القواعد العامة للتحكيم و تسري على التحكيم الداخلي و الدولي على انه :

" يمكن لكل شخص اللجوء للتحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها .

و لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام او حالة الاشخاص و اهليتهم.

ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة ان تطلب التحكيم ، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية او في إطار الصفقات العمومية".

3- السبب

كذلك الشأن بالنسبة للسبب اي الباعث الذي دفع الاطراف للعدول عن الاختصاص القضائي لصالح محكمين خواص ، فإذا كان السبب هو إخفاء رشوة او استغلال نفوذ في العقد التجاري فيكون مصير اتفاقية التحكيم البطلان و يمتنع القضاء على تعيين المحكم إذا طلب منه ذلك و يبطل القرار التحكيمي اذا طلب منه الاعتراف به او تنفيذه ، لأنه يخالف في هذه احالة النظام العام لدولته.

4- الشكل :

نصت الفقرة 2 من المادة 1040 على انه : " يجب من حيث الشكل و تحت طائلة البطلان ، ان تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأية وسيلة اتصال تجيز الاثبات بالكتابة"

و هو ما يفيد بأن المشرع استبعد منهج التنازع و عوضه بقاعدة مادية مفادها الكتابة كشرط انعقاد و ليس للإثبات فقط. و من جهة اخرى وسع من نطاق الكتابة بحيث اجاز الكتابة الرسمية و العرفية و تبادل الرسائل و حتى اوراق المرافعات امام القضاء و العقود الحاملة لتوقيع الالكتروني.

المبحث الثالث : أثر اتفاق التحكيم

يترتب على اتفاقية التحكيم عند إعمالها أثران : أثر سلبي يتمثل في عدم اختصاص القضاء بالنزاع و اثر ايجابي يخول الاختصاص للمحكمين.

1- عدم اختصاص القضاء بالنزاع

القضاء لا يكون مختصا بالنزاع الذي نشأ إذا كان هذا النزاع تشمله اتفاقية للتحكيم ، لكن طبيعة عدم الاختصاص ليست من النظام العام و هو ما يعني انه في حالة ما احد الطرفين رفع الدعوى للقضاء متجاهلا اتفاق التحكيم ، القاضي لا يحكم بعد اختصاصه ، إلا إذا الطرف الآخر إثارة عدم الاختصاص ، انذاك القاضي ملزم بالحكم بعدم الاختصاص. و هو ما يعني بأن اختصاص المحكم ليس من النظام العام. الفقه اعتبر في هذه الحالة بأن الطرفان تنازلا عن اتفاق التحكيم ضمنيا.

عدم اختصاص القضاء لا يعني انسحابه كلية فاتفاق التحكيم يبقي الاختصاص للقاضي من اجل تعيين المحكم عوض الطرف المتقاعس او المحكم الفرد الذي لم يتفق الاطراف على تحديده ، خاصة في التحكيم "الخاص "ad hoc ، لانه في التحكيم المؤسسي يؤول الاختصاص للمركز التحكيمي (المواد 1041 إلى 1042).

عدم اختصاص القاضي لا يعني أخير عدم إمكانية اللجوء له من اجل اتخاذ التدابير الوقتية و التحفظية اي الاستعجال(المادة 1046)، خاصة إذا كانت محكمة التحكيم لم يتم تنصيبها بعد. كتعيين خبير او بيع بضاعة يهددها التلف او تعيين محضر ...الخ.

2- اختصاص المحكم بالنزاع

المحكم يختص بالنظر في موضوع النزاع .

يختص كذلك بالفصل في اختصاصه إذا كان محل تجريح من طرف هذه الاطراف و لعل مسألة استقلالية شرط التحكيم عن عقد الاساس اتت لكي تجعل المحكم مختصا بالنزاع حتى في حالة ما إذا كان العقد كلية محل طلب بطلان او فسخ .

يختص كذلك المحكم بالتدابير الوقتية و التحفظية إذا كانت محكمة التحكيم قائمة ، إلا إذا اتفق الاطراف على ان الاستعجال يؤول للقاضي دون غيره (المادة 1046).

الفصل الثاني : محكمة التحكيم

محكمة التحكيم تسمى كذلك حتى لو تعلق الامر بمحكم فرد. محكمة التحكيم تتكون إما من محكم فرد او مجموعة عددها ثلاثة محكمين ، محكم عن طرف و يختار المحكمان و الاطراف مباشرة محكا ثالثا كرئيس.

تماشيا مع الطابع الاختياري للتحكيم الدولي المحكمون يختارهم الاطراف ، في هذا السياق نصت المادة 0141 على : " انه يمكن للأطراف مباشرة او بالرجوع الى نظام للتحكيم ، تعيين المحكم او المحكمين او تحديد شروط تعيينهم و شروط عزلهم او استبدالهم ".

لكن قد يحدث ان الاطراف لا يتفقون على المحكم الفرد او ان احد الاطراف يتقاعس في تعيين محكم عنه و ان الاطراف لم يتفقوا على اختيار المحكم الثالث إذا كانوا قد احتفظوا لنفسهم بتعيينه ، ففي هذه الحالة لا يخلو الامر من احد الفرضين :

- إما ان نكون بصدد تحكيم خاص بالمناسبة ad hoc و في هذه الحالة لا مناص من اللجوء الى القضاء الوطني ،إ

- ما ان نكون بصدد تحكيم مؤسسي و في هذه الحالة فالمركز التحكيمي هو الذي يتولى تسوية هذه الصعوبة في تشكيل محكمة التحكيم.

المبحث الاول : صعوبات تشكيل محكمة التحكيم

1- في حالة التحكيم الخاص

نصت المادة 1041 /2 على انه :

"في حالة غياب هذا التعيين و في حالة صعوبة تعيين المحكمين او عزلهم او استبدالهم يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي :

1- رفع الامر الى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم ، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر ،

2- رفع الامر إلى رئيس محكمة الجزائر ، إذا كان التحكيم في الخارج و اختار الاطراف تطبيق قواعد الاجراءات المعمول بها في الجزائر".

2- في حالة التحكيم المؤسسي

يرجع الاختصاص للمركز لتعيين المحكمين و عزلهم و استبدالهم و لا تتدخل محاكم البلد الذي يحتضن موقع التحكيم ، كما هو الحال بالنسبة غرفة التجارة الدولية في باريس و التي ينص نظامها على هذا الاختصاص و القضاء الفرنسي امتنع عن التدخل في هذه المسألة و لو بمناسبة تحكيمات كان موقع التحكيم فيها في باريس.

3- حالة التحكيم شبه المنظم

نظام لجنة الامم المتحدة لقانون التجارة الدولية ينص على ان الاطراف يختارون المحكمين بكل الحرية لان اللجنة ليس مركزا للتحكيم ، إلا انه يمكنهم تحديد سلطة تعيين قد تكون شخصية او غرفة للتجارة او حتى مركزا للتحكيم هو الذس يتولى البث في صعوبات التعيين و العزل و الاستبدال. و في حالة عد تعيين هذه السلطة يمكن الرجوع لرئيس اللجنة الدائمة للتحكيم الدولي و مقرها بقص السلام في لاهاي.

المبحث الثاني : العزل و الاستبدال

محكمة التحكيم يجب ان يتحلى اعضاؤها بالاستقلالية و الحياد بالنظر للأطراف و ان يكونوا في حالة يمكنهم القيام بدورهم احسن قيام من الناحية الصحية و العقلية و لا يطالهم اي عارض يشوب مهمتهم ، لأنهم مثل القضاة.

لدا في حالة ما إذا طرأ عارض فيمكن عزلهم و استبدالهم من قبل نفس الجهات التي بيناها سابقا حسب كل شكل من اشكال التحكيم مؤسسي ، خاص او شبه منظم بأمر غير قابل لأي طعن (المادة 1016).

نصت المادة 1015 ضم القواعد المشتركة بأنه :" لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا إلا إذا قبل المحكمون المهمة المسندة اليهم.

إذا علم المحكم بأنه قابل للرد ، يخبر الاطراف بذلك و لا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم ".

نصت المادة 1016 على انه يجوز رد او عزل المحكم في الحالات الآتية :

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

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

3- عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته ، لاسيما بسبب وجود مصلحة او علاقة اقتصادية او عائلية مع احد الاطراف مباشرة او عن طريق وسيط.

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

الفصل الثالث : الخصومة التحكيمية

الخصومة هي ذلك الرباط القانوني الذي يولد حقوق و التزامات بين اطرافها و هما المختصمون من جهة و محكمة التحكيم من خلال مجموعة من الاجراءات في مواعيد محددة الهدف منها هو استجلاء الحقيقة و الفصل على ضوئها بحكم ينهي النزاع.

المبحث الاول : القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم

الاجراءات اخت العدالة و صنوها و ما دامت التحكيم عدالة فهو يتم عبر حد ادنى من الاجراءات الضرورية لأي عمل يدخل في إطارها. لهذا نصت المادة 1043 على انه :

" يمكن ان تضبط في اتفاقية التحكيم الاجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة او استنادا لنظام تحكيم م ، كما يمكن إخضاع هذه الاجراءات الى قانون الاجراءات الذي يحدده الاطراف في اتفاقية التحكيم.

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

المبحث الثاني : إدارة وسائل الاثبات

هناك خلاف جوهري حول ادلة الإثبات هل تنتمي للموضوع ام مسألة اجرائية ؟ قوانين التحكيم لم تفصل في هذه و نصت فقط على ان محكمة التحكيم تدير ادلة الاثبات حسب القانون الذي يحكمها سواء كان قانون الاجراءات او القانون الموضوعي.

المبحث الثالث : القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

اخيرا تثور اثناء الخصومة التحكيمية القانون الواجب التطبيق عى موضوع النزاع . نصت بشأنه المادة 1050 على انه : " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الاطراف . و في غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون و الاعراف التي تراها ملائمة".

الخصومة التحكيمية تنتهي بحكم تحكيمي ينهي النزاع و يجوز لها اصدا احكام باتفاق الاطراف او احكام جزئية.

الفصل الرابع : الاعتراف بأحكام التحكيم و تنفيذها جبريا و طرق الطعن فيها

تنتهي الخصومة التحكيمية بالحكم التحكيمي الذي ينهي النزاع. بمجرد صدوره يجوز الطعن في الحكم بالبطلان (المبحث الاول). إذا لم يكن محل طعن بالبطلان ، إما ان الحكم التحكيمي ينفذ طوعيا و في هذه الحالة لا حاجة للتنفيذ الجبري ، كلما هنالك و هو انه في حالة ما إذا اثيرت نفس الادعاءات التي صدر بشأنها امام محكمة قضائية ما يمكن الدفع بالتنفيذ امام نفس المحكمة و نفس الشيء إذا تعلق الامر بحكم خسر فيه المدعي دعواه فيكون الدفع بحجية الشيء المقضي به و في كلتا الحالتين يتعين الاعتراف من قبل المحكمة المرفوع اليها النزاع (المبحث الثاني). في حالة عدم تنفيذ الحكم التحكيم الذي قضى ضد احد الاطراف طوعيا ، يجب طلب امر تنفيذ من المحكمة في إطار اجراءات التنفيذ الجبري (المبحث الثالث). سواء اكان الامر بالرفض او بالقبول يمكن ممارسة طرق الطعن ضد القرار (المبحث الرابع).

المبحث الاول : الطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي منذ صدوره

تنص المادة 1058 على انه : " يمكن ان يكون **حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر** موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 ..." . و هي الحالات التي يجوز فيها الاستئناف في الامر بالتنفيذ كما سيأتي.

بالرجوع الى هذه المادة يمكن الطعن بالبطلان في الحالات التالية :

1- إذا فصلا محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم او بناء على اتفاقية باطلة او انقضاء مدة الاتفاقية ،

2- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم او تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون ،

3- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها ،

4- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية ،

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

6- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

يرفع الطعن بالبطلان مباشرة امام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه.

يمكن الطعن من تاريخ النطق بحم التحكيم و يمتد إلى غاية شهر بعد تاريخ التبليغ الرسمي لأمر القاضي بالتنفيذ ففي هذه الحالة يتعين تنفيذ الحكم و لا يبقى ألا الطعن بالنقض الذي لا يوقف التنفيذ.

الطعن يرتب بقوة القانون الطعن في امر التنفيذ (في إطار الاستئناف) او تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ ، إذا لم يتم الفصل فيه.

لا يقبل قرار المجلس القاضي المتضمن امر التنفيذ في هذه الحالة اي طعن.

المبحث الثاني : الاعتراف بالتحكيم

الاعتراف يكون من اختصاص المحكمة التي تم امامها الدفع بوجود الحكم التحكيمي او محتواه في إطار قضية تعيد الامور للقاضي رغم صدور الحكم التحكيمي فيها او تقديم طلبات مرتبطة به ، طبقا لقاعدة قاضي الاصل هو قاضي الفرع.

الشروط الموضوعية للاعتراف هي ذاتها الشروط المطلوبة للقبول للأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي على النحو الذي نبينه ادناه.

المبحث الثالث : الامر بتنفيذ الحكم التحكيمي

1- الاختصاص (المادة 1051)

- الاختصاص النوعي يؤول لرئيس المحكمة.

- الاختصاص الاقليمي لمحكمة موقع التحكيم فيما يخص التحكيم اللدولي الذي يتم في الجزائر و محكمة مكان التنفيذ اي موقع المراد التنفيذ عليه ، فيما يخص التحكيم الذي تم خارج الجزائر.

2- إثبات و جود الحكم التحكيمي بتقديم الاصل مرفقا باتفاقية التحكيم او بنسخ عنهما تستوفي شروط صحتها من قبل من يريد التمسك بها.

3- ألا يكون حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي في الجزائر.

4- الاجراءات

- تودع الوثائق المذكورة بأمانة ضبط المحكمة المختصة من الطرف الذي يريد التنفيذ.

- طبقا للقواعد المشتركة مع التحكيم الداخلي يتحمل الاطراف نفقات ايداع العرائض و الوثائق و اصل حكم التحكيم.
- يسلم رؤساء امناء الضبط نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية لم يطلبها من الاطراف.
- تطبق قواعد النفاذ المعجل لأحكام التحكيم المشمولة بالنفاذ المعجل .

المبحث الرابع : الطعن في اوامر تنفيذ حكم التحكيم

1- المعارضة

لا يجوز الطعن في اوامر التنفيذ بالمعارضة لأنه حسب المادة 1038 لا يحتج بأحكام التحكيم تجاه الغير

2- النقض

يتم طبقا للقواعد العامة ضد قرارات المجالس المتضمنة امر تنفيذ الحكم التحكيمي او رفض الامر طبقا للمادة 1061 سواء بناء على طلب بطلان الحكم التحكيمي او استئناف.

3- الاستئناف

الاستئناف له احكام خاصة ، إذ يختلف حسب الامر الصادر عن رئيس المحكمة :

- الامر بالتنفيذ (رد ايجابي على طلب امر التنفيذ) يكون الاستئناف في الحالات الست التي تم ذكرها فيما يخص الطعن بالبطلان.

- رفض الامر بالتنفيذ او الاعتراف (رد سلبي على طلب الامر بالتنفيذ) طبقا للقواعد العامة اي مهما كان سببه.

انتهى بحول الله