# القواعد التي توجب
# إعمال التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري

عبد العزيز خنفوسي
أستاذ مساعد قسم –أ-
أستاذ جامعي دائم
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور "مولاي الطاهر" بسعيدة

**مقدمة:**

لقد ارتبط التحكيم بالمواضيع التجارية ارتباطا وثيقا نظرا لأهميته المتزايدة كأداة لتسوية النزاعات؛ حيث فرضته المعاملات التجارية المتشابهة، فأصبح بالتالي يشغل مكانا بارزا في الفكر القانوني والاقتصادي على المستوى العالمي؛ حيث أصبح معتمَدا عند أغلب الدول في قوانينها الداخلية بل أنشئت له هيئات ومنظمات متخصصة فيه وحدت أحكامه فأصبح التحكيم في مجال التجارة الدولية نظاما عالميا وإذ كان في الحقيقة موجودا لدى الأقوام البدائية يمارس بعادات وطقوس مختلفة[1].

ونظرا لهذه الأهمية؛ ولارتباطه بالتجارة الدولية، ولازدهاره بازدهارها لكون هذه الأخيرة المجال الخصب لانتمائه وتطوير قواعده، ولكونه أصبح ضرورة يفرضها واقع هذه التجارة. جاءت الضرورة الملحة للاهتمام به أكثر من طرف الفقه والقضاء خاصة في تعريفه وضبط قواعده كنظام قضائي يعلو فوق النظم القضائية الوطنية؛ حيث أعطيت له تعريفات اعتمادا على معايير معينة بهدف تمييزه عن التحكيم الداخلي من جهة وتبيين نوع المنازعات التي يختص بها من جهة أخرى؛ فعرف بأنه:" نظام قضاء عادي يحيل النظر في النزاعات بين

[1] أنظر: كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991، ص: 67 وما بعدها.

الأطراف إلى أشخاص عاديين بدلا من إعطاء الاختصاص للمحاكم الوطنية للدولة وهذا بالاختيار الإداري للأطراف المتنازعة"[2].

ومن التعريفات التي جاء بها الفقه للتحكيم التجاري الدولي كونه:" هو وسيلة فض نزاع قائم أو مستقبلي ويتمثل في العزوف عن الالتجاء للقضاء المختص بشأنه وطرحه أمام فرد أو لأفراد وهم المحكمون أنيطت لهم مهمة النظر والفصل فيه، وذلك بناء على اتفاق قائم بين المتنازعين"[1].

كما عرف كذلك بأنه:" وسيلة للفصل في المنازعات حيث يتفق الخصوم على عرض تلك المنازعات على أشخاص يختارونهم ويحددون لهم مهمة التحكيم متضمنة القواعد القانونية والإجراءات التي تتبع"[2].

ومن هنا يظهر بأن التحكيم عمل قضائي يجري خارج الجهات القضائية لكن دون الفصل المطلق بينهما نظرا لحاجة التحكيم إلى تدخل القضاء خاصة في مجال التنفيذ ومن هنا يختلف التحكيم عن بعض المفاهيم الأخرى كالخبرة، الصلح، الوكالة والتوقيف[3].

ومنه يمكن القول بأن بدء إجراءات التحكيم يفترض نشوء نزاع بين أطراف يربطها اتفاق أو شرط التحكيم اتفقت مسبقا أو بعد ظهور النزاع على اللجوء إلى نوع من التحكيم، وبعد إخطار أحد الطرفين الطرف الآخر بنيته في تحريك مراحل التحكيم يبدأ أول إجراء والمتمثل في تشكيل المحكمة التحكيمية أو اختيار المحكمين، وعليه سوف نتطرق في المحور الأول إلى الكيفيات المختلفة لاختيار المحكمين في التحكيم الاتفاقي (AD-Hoc) ثم إلى التحكيم المتخصص أي إلى الهيئات التحكيمية الدولية (Institutionnel) حيث نتطرق في كل مرة إلى موقف القانون الاتفاقي الدولي، وكذا قضاء التحكيم التجاري الدولي والقضاء المقارن وأخيرا موقف المشرع الجزائري من تنظيمه لهذه الإجراءات.

---

[2]voir: Bedjaoui Mohamed, l'évolution des conceptions et de la pratique algérien en matière d'arbitrage international (nécessité ou fatalité) revue mutation N° 03, Alger, 1994, P: 60.

[1] أنظر: كمال إبراهيم، المرجع نفسه، ص: 72.

[2] أنظر: منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص: 01.

[3]voir: Mantalachta Mohamed, l'arbitrage commercial en droit algérien, 2ème édition, opu, Alger, 1986, P: 27- 31.

بعد ذلك وعند تشكيل المحكمة التحكيمية حسب الأشكال، وحسب نظام التحكيم المختار من الأطراف نتحول إلى تحليل الإجراءات المتبعة أمام هذه الهيئة التحكيمية، أي المراحل التي تمر بها المنازعة إلى غاية صدور الحكم التحكيمي، وانتهاء دور المحكمة، ويكون ذلك في المحور الثاني حيث نبين كل النقاط الأساسية على ضوء القانون التجاري الدولي والقضاء المقارن، وكذا موقف المشرع الجزائري من ذلك.

**المحور الأول: القواعد التي تحكم تشكيل الهيئة التحكيمية:**

إن تكوين الهيئة التحكيمية يتخذ عدة أشكال حسب ما يتفق عليه أطراف النزاع وفقا للاتفاق القائم بينهما، وبالرجوع إلى نظام التحكيم التجاري الدولي نجد عدة أشكال تتخذها الهيئة وإن شاعت التركيبة الكلاسيكية المعروفة، وهي التشكيل الثلاثي عن طريق اختيار كل طرف محكمه في مدة معينة على أن يختار المحكمان محكما ثالثا[1]، إلا أن هناك أشكالا أخرى تتخذها الهيئة التحكمية، ويستوي في ذلك التحكيم المتفق عليه (اتفاقي أو نظامي) كما تختلف الكيفية أو طرق هذا التعيين.

ومهما يكن فإن الأصل أن يتم الاختيار دون صعوبة وفقا لإرادة الأطراف ودون تدخل من جهة أخرى، لكن قد تعترض هذا الإجراء بعض الصعوبات تحول دون تشكيل الهيئة التحكيمية سواء بسبب تقاعس أو سوء نية أحد أطراف النزاع، أو بحسن النية، فيتم الاستنجاد بجهة أخرى تم النص عليها في العقد الأصلي أو في اتفاق التحكيم توكل لها مهمة استكمال هذا الإجراء، وهذا تدعيما لمصداقية إجراء التحكيم، وحماية لمصالحة الأطراف خاصة الطرف حسن النية.

**أولا: اتخاذ الهيئة التحكيمية شكل المحكم الفرد:**

تعد هيئة التحكيم المشكلة من فرد واحد من بين التشكيلات الهامة في القانون المقارن إذ يمكن لأطراف النزاع الاكتفاء بمحكم لتسويته، وقد عرف عدة تطبيقات خاصة في التحكيم الإتفاقي، لذلك نبين في البداية موقف بعض القوانين المقارنة منه وكذا الاتفاقيات

[1] أنظر: أمال أحمد الفريزي، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، دراسة تأصيلية مقارنة بين النظام القضائي المصري، السعودي، الفرنسي، الإيطالي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993، ص: 20- 25.

الدولية ثم موقف المشرع الجزائري من هذا الشكل، ثم محاسن ومساوئ هذا الشكل حيث نتعرض للمبررات الداعية إلى الأخذ به عند البعض وعدم الأخذ به عند البعض الآخر.

**01- موقف بعض القوانين المقارنة من هذا الشكل**: اعتمد المشرع الفرنسي هذا الشكل في قانون الإجراءات المدنية حيث نصت المادة 1453 من ق.إ.م.ف على أنه:

"le tribunal arbitral est constitué d'un seul arbitre…"

كما قد يفهم من نص المادة 1496 و1497 بأن الهيئة التحكيمية تأخذ شكل المحكم الفرد عندما أدرج في المادتين لفظ "l'Arbitre Tranche" وكذلك "l'Arbitre Statue".

ويشترط في الأخذ بهذا الشكل عادة قبول الطرفين لهذا الحكم، وهذا وفقا لشرط التحكيم أو اتفاق التحكيم، حيث يتم اشتراط كذلك بعض الشروط مثل شرط تخصص هذا المحكم في القانون، أو القضاء أو في تجارة معينة أو اشتراط انتمائه أو عدم انتمائه لدولة معينة أو إقامته في موطن معين أو ينتمي لهيئة معينة...الخ.

ومن تطبيقات هذا الشكل النزاع الذي قام بين شركتين فرنسيتين وشركة بلجيكية، حيث تم اختيار محكم فرد من سويسرا ودار موضوع النزاع حول القانون الواجب التطبيق، وبالرغم من أهمية القضية اكتفى الأطراف بمحكم فرد[1].

كما أخذ القانون المصري بشكل المحكم الفرد، وقد نصت المادة 15 منه على ما يلي:" تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة، وإذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا، وإلا كان التحكيم باطلا".

يظهر بأن المشرع المصري قد اقتدى بالتشريعات الأخرى في الأخذ بالمحكم الفرد، وهذا إما بالاتفاق على تشكيل محكمة تحكيمية خاصة حيث يتم تحديد مهام هذا المحكم في اتفاق التحكيم أو الإحالة إلى نظام تحكيم معين.

---

[1] voir: Derains Yves, observations sur l'affaire N° 4434 année .1983, journal de droit international N° 04, Paris, 1983, P: 893 et S.

وعلى المستوى الاتفاقي الدولي نصت بعض الاتفاقيات على المحكم الفرد من ذلك المادة 01/37أ من اتفاقية إنشاء المركز (CIRDI) التي نصت على أنه:" تتكون المحكمة من محكم واحد أو عدد فردي من الحكام الذين يعينون باتفاق الطرفين". كما نصت المادة 02/ب من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على أنه:" هيئة التحكيم تعني محكما فردا أو فريقا من المحكمين".

كما نصت على هذا التشكيل المادة 03/11/ب من نفس الاتفاقية. ونصت كذلك المادة 03/02 من نظام التحكيم للغرفة التجارية الدولية (CCI) على حرية الأطراف في اختيار التشكيل المناسب سواء كان محكما فردا أو متعددا.

من هنا يظهر بأن الأخذ بشكل المحكم الفرد هو تكريس لمبدأ سلطان الإرادة المجسد في اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم، حيث يستوي أن يكون ذلك في التحكيم الاتفاقي أو النظامي[1].

أما في الجزائر ولحداثة نظام التحكيم التجاري الدولي، فإن المشرع الجزائري يكون قد تأثر بالاتفاقيات الدولية وكذا القوانين الوطنية المقارنة عندما أكد على إمكانية تشكيل المحكمة التحكيمية من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي دون أن يضع حدا أقصى للعدد.

وفي هذا الصدد نصت المادة 1015 من ق. إ. م و إ. د الجديد على ما يلي: "لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا، إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المستندة إليهم.

إذا علم المحكم أنه قابل للرد، يخبر الأطراف بذلك، ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم".

أما المادة 1017 من نفس القانون فتنص على ما يلي:" تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي".

إذا يمكن للطرفين المتنازعين تعيين محكم فرد سواء بوضع إجراءات التحكيم أو بالإحالة على نظام معين مثل الغرفة التجارية الدولية (CCI)، وفي هذه الحالة مثلا تقوم الغرفة

---

[1] أنظر: أحمد أبو الوفاء، التحكيم في القوانين العربية، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 1998، ص: 25.

بتأكيد هذا التعين نزولا عند إرادة الطرفين، ما عدا حالة تقاعس أحد الطرفين في موافقته على المحكم فهنا تتدخل الغرفة التجارية لتعيين المحكم احتراما لإرادة الطرف الحسن النية وكذلك للمواعيد المحددة لذلك الإجراء.

02- **دوافع الأخذ أو عدم الأخذ بهذا الشكل**: من الإيجابيات التي يوصف بها التشكيل الفردي للهيئة التحكيمية نذكر ما يلي:

إن الاتفاق على تعيين محكم فرد يكون أسرع وأسهل في تشكيل الهيئة التحكيمية[2]، كما أن المحكم الفرد باعتباره الشخص الذي يقع على عاتقه النظر في النزاع ينبغي أن يتحلى بالجدية والإسراع في إيجاد الحلول رغم ثقل المسؤولية، وذلك عكس التشكيل الثلاثي الذي يؤدي إلى صعوبة تحديد المواعيد نظرا لتباعد موطن كل محكم عن الآخر في الغالب، مما ينجم عنه تماطل في الإجراءات وكذلك تطويل مدة النزاع[1].

وتأكيدا على جدية التحكيم والسرعة اللازمين في إعماله، نصت الاتفاقية المبرمة بين السعودية وشركة جيتي سنة 1949 على إمكانية النظر في النزاع بمحكم واحد إذا تقاعس الطرف الثاني في تعيين محكمه، ولو أن في هذه الحالة يصبح أحد الطرفين حكما وخصما في آن واحد، وهذا أمر شاذ ونادر الوقوع[2].

ومن الإيجابيات كذلك نجد الاقتصاد في النفقات إذ نجد أن أتعاب المحكم الفرد تكون أقل من أتعاب التشكيل المتعدد للهيئة التحكيمية، لكن بالنظر إلى مصالح التجارة الدولية وقيمة النزاع فإن تحديد أتعاب المحكم قد تساوي أو تفوق أتعاب المحكمين، وذلك نظرا لأهمية النزاع الذي ينظر فيه، وعليه فإن مسألة الاقتصاد في النفقات وكلفة النزاع مسألة نسبية.

رغم هذه الإيجابيات إلا أنه من النادر اللجوء إلى التشكيل الفردي للمحكمة التحكيمية إذ في الغالب سواء في التحكيم الاتفاقي أو بالإحالة إلى هيئة معينة نجد المتنازعين يختارون التشكيل الثلاثي نظرا للسلبيات التي يحتويها المحكم الفرد.

---

[2]voir: Cohen Daniel, arbitrage et société, librairie générale de droit et juris prudence (LGDJ), Paris, 1993, P-P: 276- 280.

[1]voir: Terki Noureddine, l'arbitrage commercial international en Algérie, opu, Alger, 1991, P: 73.

[2] أنظر: أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، دراسة مقارنة، مؤسسة شهاب الجامعة، القاهرة، 1990، ص: 66.

مقابل الإيجابيات المذكورة سابقا هناك سلبيات لا يخلو منها تشكيل المحكمة من محكم فرد من بينها:

- عدم الإلمام بموضوع النزاع كما ينبغي، إذ بسبب النسيان أو عدم الإحاطة بجزئيات النزاع يؤدي إلى عدم الإنصاف في الحكم لأن المحكم الفرد لا يجد من يساعده أو يذكره لذلك يفضل تشكيل المحكمة من مجموعة من المحكمين حتى يكون الإلمام وفهم النزاع أكثر ضمانا[3].

لهذا وحتى لا يكون الحكم جزئيا، فإنه ينبغي أن يوضع تحت تصرف المحكم الفرد خبراء ومختصون يرضاهم الطرفان لتقديم المعونة حتى تكون نتيجة الحكم مرضية، بالإضافة إلى صعوبة إيجاد شخص محكم يرضاه الطرفين خاصة في النزاعات بين المؤسسات، فعلى سبيل المثال نجد المؤسسات الجزائرية يصعب عليها معرفة المحكمين الأجانب وتعيينهم، كما يصعب قبول المحكم الفرد الذي يختاره طرف أجنبي في نزاع مع شركة أو مؤسسة جزائرية نظرا لإمكانية عدم توفر النية في قبول هذا المحكم الفرد.

- إن تعقيد النزاعات في مجال التجارة الدولية يؤدي إلى صعوبة حسم النزاع من طرف المحكم الفرد، وبالتالي يؤدي إلى قصور النتائج مهما كانت، ومن ثم تحديد المسؤولية بالتضامن بين عدد من المحكمين يكون أكثر ضمانة في رعاية حقوق الأطراف ومصالحها.

- إن اختيار المحكم الفرد للنظر في النزاع قد يشكل خطورة على مصالح المؤسسات الوطنية بسبب انحياز المحكم إلى الطرف الأجنبي، ومن السوابق المؤثرة سلبا على دول العالم الثالث بصفة عامة نجد قضية تكساكو كلاساتيك ضد الحكومة الليبية عندما تم اختيار محكم فرد وهو الأستاذ "Dupry" الذي تم تعيينه من طرف الشركتين لكونه يخدم مصالحهما أكثر من مصالح دولة ليبيا.

وفي تقديرنا أنه وإن كان تعيين المحكم الفرد للنظر في النزاع يخضع لإرادة الأطراف، إلا أن مسألة الحياد واستقلالية هذا المحكم تبقى نسبية، وعليه يكون من الأفضل بالنسبة للجزائر أن تختار التشكيل الثلاثي لأنه فيه تكون الحظوظ أكثر لحماية مصالح المؤسسات

[3] voir: Alain Redfern, Martin Hunter, traduit de l'anglais par Eric Robin, droit et pratique de l'arbitrage commercial international, 2ème édition, librairie générale de droit et de juris prudence, Paris, 1994, P: 165.

الجزائرية، كما يكون الحظ في تدخل القضاء الوطني في إجراء بعض التعيينات كلما دعت الضرورة لذلك أكثر وفرة.

**ثانيا: التشكيل التعددي للمحكمة التحكيمية:**

يظهر أن التشكيل الثلاثي أكثر انتشارا من غيره، وهذا ما سوف نوضحه على النحو التالي:

**01- التشكيل الثنائي للمحكمة التحكيمية:** تخضع المعاملات التجارية وفي بعض العقود الخاصة إلى محكمين اثنين مع اللجوء لاحقا إلى محكم آخر إذا لم يصل المحكمان إلى تسوية النزاع، وهنا يكون هدف المتعاقدين هو إضفاء الصيغة الودية على النزاع والتحكيم، إلا أنه في الغالب لا يكون هذا التحكيم جديا بسبب تمسك كل طرف لمصالح الجهة التي عينته ولذلك فإن اللجوء إلى التشكيل الثلاثي بوجود محكم مرجح يعطي أكثر جدية[1].

وغالبا ما يستبعد هذا التشكيل المحكمين الذين لهم صفة القضاة، إذ يتم الرجوع غالبا إلى أشخاص عاديين لهم خبرة في صياغة معينة أو تجارة معينة، وهذا ما يسمى بـ: "l'Arbitrage de Qualité" ولو أن أغلب القوانين في مختلف الدول تشترط في الهيئة التحكيمية أن تتكون من عدد فردي "Impair" وهذا تحت طائلة البطلان، وعليه الأشخاص المعتمد عليهم ليسوا بالضرورة ذوي خبرة في القانون أو في التحكيم بل ذوي خبرة تقنية في صناعات معينة مثل النزاعات المتعلقة بتجارة مادة السكر التي تشترط في المحكم أن تكون له خبرة في هذه الصناعة كأن يكون عاملا متخصصا في مصنع السكر[1].

**02- التشكيل الثلاثي للمحكمة التحكيمية:** إن هذا التشكيل هو الأكثر انتشارا سواء في القوانين المقارنة أو الاتفاقيات الدولية الثنائية أو المتعددة، إذ مقتضاه أن يقوم كل طرف بتعيين محكما يرضاه على أن يقوم المحكمان بتعيين محكم ثالث رئيسي يشترط فيه أن يكون من جنسية مخالفة لجنسية الأطراف أو المحكمين، وقد أكد القانون الفرنسي على هذا التشكيل في المادة 1453 و1454 من ق. إ. م. ف.

---

[1] voir: Alain Redfern, Martin Hunter, traduit de l'anglais par Eric Robin, op-cit, P: 166

[1] voir: Alain Redfern, Martin Hunter, traduit de l'anglais par Eric Robin, op-cit, P: 43, 44 et 162.

كما أن المادة 1493 من نفس القانون جاءت عامة لتؤكد بأن تعيين المحكم أو المحكمين مصدره اتفاق التحكيم المبرم بين الطرفين، وهذا في حالة خضوع التحكيم للقانون الفرنسي سواء كان التعيين باتفاق الأطراف أو بالإحالة إلى نظام تحكيمي معين، كما يمكن إعطاء سلطة التعيين للغير[2].

ونص القانون المصري الجديد الصادر سنة 1994 على هذا التشكيل في المادة 15 التي جاء فيها:" تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة، وإذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا، وإلا كان التحكيم باطلا".

ولا يشترط في محكم كل طرف أن يكون من جنسيته، إذ يمكن أن يكون المحكم من جنسية أجنبية عن جنسية الطرف الذي عينه، فالجنسية تشترط غالبا في المحكم المرجح. فقد تبين أن الهيئة التحكيمية التي نظرت في قضية شركة أرامكو والدولة السعودية تكونت من محكم مصري وهو الدكتور "حلمي بهجت بدوي" عن الطرف السعودي، وبعد وفاته استبدل بالسيد "محمود حسين" وهو سفير مصر سابق، أما عن الطرف أرامكو فقد عين كذلك الدكتور "سابا حبشي"، وقد اختار المحكمان السيد "جورج سوزن هول" وهو محكم سويسري.

أما في القانون الجزائري نجد أن محكمة التحكيم تتشكل من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي دون أن يضع المشرع حدا أقصى للعدد. أما اشتراط العدد الفردي حينما تكون التشكيلة جماعية، فذلك لأن أحكام التحكيم تصدر بأغلبية الأصوات ولا يمكن الحصول على الأغلبية دون أن يكون العدد فرديا. ولا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا، إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المستندة إليهم.

وإذا علم المحكم أنه قابل للرد يخبر الأطراف بذلك، ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم. ولا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه أو شارك في تعيينه، إلا لسبب علم به بعد التعيين، وفي حالة النزاع حول الرد، ولم يكن نظام التحكيم يتضمن

[2] أنظر: أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص: 61.

كيفيات تسوية أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمه التعجيل، وهذا الأمر غير قابل لأي طعن.

وبالرجوع إلى الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع بعض الدول، نجدها كلها تأخذ بالتشكيل الثلاثي للهيئة التحكيمية، حيث يوجد الاختلاف بينها بصدد المواعيد وكذا الجهة التي يمكن أن تتدخل لإجراء التعيينات اللازمة، إلا أنه توجد الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية والتي تخضع النزاعات ككل إلى محكمة الاستثمار العربي في انتظار إنشاء محكمة العدل العربية حيث تتكون محكمة الاستثمار العربي من خمسة قضاة على الأقل، وعدد من الأعضاء الاحتياطيين ينتمي كل عضو إلى جنسية دولة عربية معينة (المادة 28).

وعلى مستوى القانون الدولي فإن الاتفاقيات الدولية قد سبق لها وأن أخذت بالتشكيل الثلاثي للهيئة التحكيمية، فالمادة 2/10 من القانون النموذجي لسنة 1985 تنص على أنه: "...فإن لم يفعلا ذلك كان عدد المحكمين ثلاثة".

كما تنص المادة 137 ب من الاتفاقية المتضمنة إنشاء المركز الدولي لتسوية النزاعات المبرمة بواشنطن سنة 1965 على أنه: "وفي حالة عدم اتفاق الطرفين على عدد المحكمين وطريقة تعيينهم تشكل المحكمة من ثلاثة محكمين، يقوم كل طرف بتعيين محكم واحد أما المحكم الثالث وهو رئيس المحكمة فيتم تعيينه بموافقة الطرفين".

**ثالثا: الجهات المخول لها التدخل لتعيين المحكمين:**

الأصل أن يقوم الأطراف بتعيين أعضاء الهيئة التحكيمية تجسيدا لإرادتها، وكذا تنفيذا لاتفاق التحكيم أو شرط التحكيم المبرم بينهما خاصة عندما يتعلق الأمر بالتشكيل الكلاسيكي المعروف، وهو التشكيل الثلاثي، لكن قد يتقاعس أحد الأطراف في تعيين محكمه، أو قد يقع الاختلاف في تعيين المحكم المرجح، فما هي الحلول القانونية التي اعتمدتها القوانين المقارنة وكذا تطبيقاتها العقدية والاتفاقيات الدولية؟ وما هو موقف المشرع الجزائري من ذلك؟

يكاد يكون إجماع على دور القضاء وكذا الهيئات الدولية في التقليل من الصعوبات الحائلة دون تشكيل الهيئة التحكيمية.

**1- سلطات القضاء في تعيين المحكمين**: عند اتفاق الأطراف على قيام كل واحد بتعيين محكمه في مدة معينة، فإن امتناع أو تقاعس أحد الأطراف عن القيام بذلك لا يعني فشل إجراء التحكيم، بل نزولا عند إرادة الأطراف وحماية للطرف حسن النية وحفاظا على مصداقية هذا الإجراء تعمد القوانين إلى إخطار الجهات القضائية خاصة عند سكوت الأطراف على ذلك للقيام بهذه التعيينات خصوصا عندما تستنفذ المدة المحددة في اتفاق التحكيم أو في العقد الأصلي للقيام بذلك[1].

**أ- دور القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار**: قد تتدخل الدولة المضيفة لإجراء التعيينات اللازمة، وهذا من طرف قضائها الوطني إذ تنص المادة 1041 ف 02 من ق. إ. م. وإ. د الجزائري الجديد على أنه:" ... في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي:

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

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

إن إدراج دور القضاء الوطني في إجراء بعض التعيينات طبقا لمواد قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد، وكذا المرسوم التشريعي 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 لهو أمر إيجابي من شأنه حماية مصالح الطرف الجزائري. إذ أن إعطاء سلطة التعيين لرئيس محكمة الجزائر أو المحكمة المحددة في اتفاق التحكيم أو أي محكمة أخرى من شأنه أن يؤدي إلى تعيين محكم ليس بالغريب عن الطرف الجزائري، كما يستبعد تدخل أي قضاء أجنبي في ذلك.

أما في حالة عدم تحديد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم، فإنه حسب نص المادة 1042 من ق. إ. م وإ. د الجزائري الجديد يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ.

---

[1] تبدأ المدة ابتداء من تاريخ الإخطار الكتابي الموجه من أحد الأطراف للطرف الآخر حول موضوع النزاع ودعوة هذا الأخير إلى المثول أمام الهيئة التحكيمية بعد تسمية محكمة، اذ تتراوح المدة عادة بين خمسة عشر (15) وثلاثة (03) أشهر حسب الاتفاق.

ويظهر تدعيم المشرع الجزائري لدور القضاء الوطني سكوت النصوص القانونية عن مدى إمكانية الطعن في الأمر الصادر بصدد تعيين المحكمين أو المحكم الرئيس، حيث يتمتع القاضي بحرية كبيرة في اختيار المحكمين ما عدا في حالة ما إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون طبقا لنص المادة 1056 ف 02 من ق. إ. م وإ. د الجزائري الجديد.

ويذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن مسألة تعيين المحكمين في التحكيم الاتفاقي لا تطرح ما دام الأطراف يربطهم اتفاق التحكيم الذي من المفروض أن تحدد في محتواه أسماء المحكمين، وإلا كان اتفاق التحكيم باطلا مستندا إلى نص المادة 1012 ف 02 من ق. إ. م وإ. د الجزائري الجديد:"... يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم".

كما أنه في حالة ما إذا اختارت الأطراف المتعاقدة شرط التحكيم، عليها أن تحترم الآتي تحت طائلة البطلان:

- أن يرد الشرط بالكتابة في صلب الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها (ف 01 من م 1008 ق. إ. م وإ. د الجزائري).

- أن يتضمن شرط التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفيات تعيينهم (ف 02 من م 1008 ق. إ. م وإ. د الجزائري).

وفي القانون وردت نفس الإجراءات، فالقانون المصري الجديد نص على دور محكمة استئناف القاهرة على إجراء التعيينات اللازمة عندما يكون التحكيم تجاريا دوليا سواء جرى في مصر أو خارجها، غير أنه يجوز اتفاق الأطراف على إعطاء الاختصاص لمحكمة استئناف أخرى في مصر (المادة 09).

أما بصدد التخلف عن إجراء التعيينات في المدة المحددة فقد نصت المادة 17 على الأصل وهو دور طرفي التحكيم في عملية اختيار المحكمين، وفي غياب ذلك يمكن تدخل الجهة

القضائية المحددة في المادة 09 سواء في حالة تعيين المحكم الفرد أو اختيار هيئة تحكيمية تأخذ التشكيل الثلاثي أو أكثر[1].

ويظهر أن كل من المشرع الجزائري والمصري قد ساير الحكم الوارد في القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة بصدد عدم قابلية الأمر أو القرار الصادر من الجهات القضائية والخاص بإجراء التعيينات اللازمة لأي طعن وهذا في نص المادة 05/11 التي تنص على أنه:" أي قرار في مسألة موكولة بموجب الفقرة 03 و04 من هذه المادة إلى المحكمة أو السلطة الأخرى المسماة في المادة 06 يكون قرارا نهائيا غير قابل للطعن..."[2].

وعلى نفس المنهاج ذهب المشرع الفرنسي إلى إعطاء اختصاص إجراء التعيينات اللازمة للقضاء الفرنسي إذ نجد أن المادة 02/1493 تعطي الاختصاص لرئيس محكمة باريس للقيام بالتعيينات حسب الحالات المنصوص عليها في المادة 1457 بشرط أن يتم التحكيم في فرنسا وبتطبيق قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

**ب- دور القضاء الأجنبي في إجراء التعيينات**: في التطبيقات العقدية في بعض الدول يتم الاستعانة بجهة قضائية أجنبية لإجراء التعيينات اللازمة مثل ما تنص عليه المادة 02/24 من عقد مقاولة العراق وشركة إيران 1967 على أنه:" إذ تخلف أحد الطرفين في تعيين المحكم فلأي من الطرفين أن يطلب من رئيس المحكمة الفيدرالية في لوزان (سويسرا) أو عند غيابه من أعلى حاكم رتبة في المحكمة المذكورة تعيين هذا المحكم".

وفي الجزائر أشارت بعض العقود التي أبرمتها شركة سوناطراك مع الشركات الأجنبية في ظل العداء لنظام التحكيم الدولي إلى دور القضاء الوطني أو القضاء الأجنبي في القيام بتعيين المحكم الثالث عند تعذر تعيينه باتفاق الأطراف، أو من طرف المحكمان المعينان ومثال ذلك: الاتفاقية بين الجزائر وإيطاليا بتاريخ 1963/07/03 التي بموجبها تم إنشاء شركة مختلطة خاصة بالمحروقات حيث نصت المادة 15 من الاتفاقية على تسوية النزاعات عن طريق

---

[1] أنظر: سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة ومدى خضوعه للقانون المصري، مطبعة أطلس، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1982، ص: 111 وما بعدها.

[2] إن نظام التحكيم لدى القانون النموذجي هو الوحيد في إطار التحكيم المؤسساتي الذي يحيل إلى دور القضاء الوطني للدول المتعاقدة أو المنظمة لهذا القانون لإجراء التعيينات في تشكيل الهيئة التحكيمية وفقا للمادة 06 مما يجعل هذا النظام ينفرد بهذه الخصوصية في إطار التحكيم لدى الهيئات المتخصصة.

التحكيم، حيث يعين كل طرف محكما على أن يعين المحكمان محكما ثالثا رئيسا، وفي حالة التوصل إلى ذلك يمكن للطرف المعني بالتعجيل بتقديم طلب إلى رئيس المحكمة العليا بالجزائر الذي يعين رئيسا للهيئة التحكيمية من بين أعضاء محكمة التحكيم الدائمة التي يوجد مقرها بلاهاي "هولاندا" شرط أن لا يحمل جنسية أحد المتعاقدين، كما يمكن كذلك لرئيس المحكمة العليا تعيين محكم الطرف المتقاعس من بين أعضاء المحكمة التحكيمية الدائمة مع مراعاة شرط الجنسية، وفي حالة عدم قيام رئيس المحكمة بالتعيينات المذكورة سابقا يعود الاختصاص في ذلك إما لرئيس المحكمة الفيدرالية السويسرية أو رئيس المحكمة العليا السويدية أو رئيس المحكمة العليا بالدنمارك حسب هذا الترتيب[1].

2- **دور بعض الهيئات الدولية في تعيين المحكمين**: رغم أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد قد تعرض فقط لدور القضاء الوطني الجزائري في إجراء بعض التعيينات، واستبعد تدخل القضاء الأجنبي لإجراء هذه التعيينات إلا أنه قد يتفق الأطراف على سلطة تعيين المحكمين بما فيه رئيس الهيئة التحكيمية إلى هيئات دولية، أو أشخاص دوليين وهذا ما يظهر في اتفاقات التحكيم أو شرط التحكيم وكذلك في العقود أو الاتفاقيات المتعلقة بالاستثمارات.

أ- **دور المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار (CIRDI)**: قد يرد في بعض العقود الإحالة إلى المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار سواء لإجراء التحكيم ككل، أو للقيام بالتعيينات اللازمة سواء بالنسبة للمحكمين أو المحكم الرئيسي، وهذا يظهر من المادة 01/06 ب- ج من الاتفاقية التي تعطي اختصاص تنظيم التحكيم ووضع قواعده للمجلس الإداري، حيث تؤكد بعد ذلك دور المركز في إجراء التعيينات اللازمة وفقا للمادة 38 من الاتفاقية، إذ في حالة عدم اتفاق الأطراف على تعيين المحكمين بما فيهم الرئيس وفقا للمادة 37 وفي مدة 90 يوما من تاريخ الإخطار بتسجيل الدعوى المرسل إلى السكرتير العام،

[1] voir: Bouzana Belkacem, le contentieux des hydrocarbures entre l'Algérie et les sociétés étrangères, opu, édition publisud, Paris, 1985, P: 401- 402.

يقوم الرئيس تلبية لرغبة أي من الطرفين وبعد التشاور معهما بقدر الإمكان بتعيين المحكم أو المحكمين الذين لم يعينوا بعد مراعاة شرط الجنسية طبقا للمادة 39 من الإتفاقية[1].

**ب- دور الغرفة التجارية الدولية بباريس**: يمكن الاستعانة بهذه الهيئة المتخصصة لإجراء التعيينات اللازمة نظرا لمكانة هذه الهيئة دوليا ولخبرتها في تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار، فقد تلجأ إلى تعيين المحكم أو المحكمين في حالة تقاعس الأطراف في القيام بهذا الإجراء طبقا للمادة 4/3/2 من النظام القديم المقابلة للمادة 418 من النظام الجديد ومن التطبيقات العقدية لذلك نجد العقد المبرم بين مصر وشركة "بان أمريكان" سنة 1964 حيث نصت المادة 142 ب منه على:" ... وإذا لم يقم الطرف الثاني بتعيين محكم له كما ذكرنا آنفا، فإن للطرف الأول الحق في أن يتقدم إلى محكمة التحكيم التابعة للغرفة التجارية الدولية طالبا تعيين محكم ثاني...".

ويمكن القول بأن دور الغرفة التجارية ذو شقين، حيث أنه في حالة ما إذا اتفق الأطراف على اختيار المحكمين وكان التحكيم يجري على مستوى هذه الغرفة فما على هذه الأخيرة سوى تأكيد هذا الاختيار، أما في حالة الخلاف بين الأطراف تقوم الغرفة بإجراء هذا التعيين حسب الحالة.

**ج- دور الغرفة التجارية بأستوكهولم**: كما أدرجت بعض الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر دور الغرفة التجارية بأستوكهولم لإجراءات التعيينات بالنسبة للمحكمين الأعضاء أو الرئيس، نجد أن الرجوع إلى هذه الهيئة أقوى من الرجوع إلى الغرفة التجارية الدولية بباريس (CCI) وهذا يتجلى واضحا في الاتفاقيات التالية:

فالاتفاقية الجزائرية الأردنية تحيل على رئيس هيئة التحكيم للغرفة التجارية بأستوكهولم إذ تنص المادة 02/07/ ج على أنه:" ... وفي حالة عدم احترام الآجال المشار إليها أعلاه، فإنه يمكن لكل طرف في الخلاف الطلب من رئيس هيئة التحكيم للغرفة التجارية بأستوكهولم القيام بالتعيينات اللازمة".

---

[1] أنظر: جلال وفاء محمدين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1995، ص. ص: 39. 40.

وقد نصت المادة 03/08/ج على نفس الإجراءات في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، وكذا المادة 03/09/ب من الاتفاقية الجزائرية المالية، والمادة 02/07/ ب من الاتفاقية الجزائرية المصرية.

**د- دور الأمين العام للأمم المتحدة**: أشارت الاتفاقية الجزائرية الإيطالية إلى دور الأمين العام للأمم المتحدة لإجراء التعيينات اللازمة استثناءا وهي الوحيدة من بين الاتفاقيات المذكورة والتي أخذت بهذا الاختبار، إذ تنص المادة 02/08/ ج على أنه: "إن لم تكن تسوية الخلاف بتراضي الطرفين ممكنة في مدى ستة أشهر من تاريخ رفع طلب كتابي بهذا الصدد، فيمكن للمستثمر المعني رفع الخلاف لإحدى الهيئات المشار إليها فيما يلي دون سواها... محكمة تحكيمية أنشأت لهذا الغرض طبقا لأحكام المادة 09 من هذا الاتفاق".

نلاحظ إحالة المادة 02/08/ ج إلى إجراءات تشكيل المحكمة التحكيمية بصدد النزاعات المتعلقة بتفسير أو تطبيق الاتفاقية بين الدولتين المتعاقدتين، وهذا يجد مجاله في القانون الدولي العام بينما النزاعات الناجمة عن التجارة الخارجية فتخضع للقانون الدولي الخاص عندما يكون المستثمر شخصا طبيعيا أو معنويا طرفا في النزاع، أما المادة 04/09 من الاتفاق فتنص بصدد التعيينات اللازمة على دور الأمين للأمم المتحدة بقولها: وفي حالة ما إذا لم تحترم الآجال المحددة في الفقرة الثالثة أعلاه، فإنه وفي غياب كل اتفاق قابل للتطبيق تقوم إحدى الدولتين المتعاقدتين باستدعاء الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة للقيام بالتعيينات اللازمة أو الأمين العام المساعد مع مراعاة شرط الجنسية".

**هـ- دور الجامعة العربية في إجراء التعيينات اللازمة**: نصت المادة 03/02 من الملحق الخاص بالتوفيق والتحكيم الوارد في الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية على دور الأمين العام لجامعة الدول العربية في تعيين المحكمين إذ تنص في هذا الصدد على أنه:

"إذا لم يعين الطرف الآخر محكما أو لم يتفق المحكمان على تعيين المحكم المرجح خلال الآجال المقررة لذلك تتكون هيئة التحكيم من محكم واحد أو من عدد فردي من المحكمين بينهم حكم مرجح، ويكون لكل طرف أن يطلب تعيينهم من جانب الأمين العام لجامعة الدول العربية".

أما الاتفاقية الجزائرية السورية فتحيل النظر في النزاع المتعلق بالاستثمار إلى نظام التوفيق أو التحكيم أو إلى محكمة الاستثمار العربية وفقا للأحكام الواردة في الاتفاقية الموحدة السالفة الذكر حيث تتخذ مقرها في المقر الدائم لجامعة الدول العربية.

**المحور الثاني: الإجراءات المتبعة أمام الهيئة التحكيمية:**

عندما يخطر أحد أطراف النزاع الطرف الآخر برغبته في اللجوء إلى التحكيم، ويتم تشكيل الهيئة التحكيمية حسب النظام المتبع يكون الطرفان قد بدأ إجراءات التحكيم[1]، ومواصلة في إعمال إدارة الأطراف وفقا لاتفاق التحكيم المبرم بينهما تبدأ الهيئة التحكيمية أصلا في تجسيد إرادتها تطبيقا لهذا الاتفاق ، وذلك بإعمال الإجراءات المختلفة حتى صدور الحكم التحكيمي وتسوية النزاع، فما هي الإجراءات، وكيف نظمتها القوانين الوطنية المقارنة، وكذا القوانين الاتفاقية؟ وما هو موقف كل من الفقه والقضاء من ذلك؟

**أولا: تحديد القانون الواجب التطبيق:**

بعد تشكيل الهيئة التحكيمية، وقبولها نظر النزاع يقع على الهيئة التحكيمية واجب تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، وهنا ينبغي البحث عن القانون الذي تطبقه على المسائل المتعلقة بالإجراءات، ثم بعد ذلك تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

1- **تحديد القانون المطبق على مسائل الإجراءات**: تتفق أغلب القوانين الداخلية للدول على إخضاع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة أي حرية الأطراف في تحديد قواعد الإجراءات أو الإحالة على قانون أو نظام معين، ولهذا سوف نبين الأصل وهو دور قانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، ثم في غياب قانون الإرادة نبين الضوابط الأخرى المعتمدة وهذا كله على ضوء القوانين الداخلية وكذا الاتفاقيات أو القانون الدولي.

أ- **خضوع القانون الإجرائي لاختيار الأطراف**: يعتبر خضوع القانون الإجرائي لاختيار الأطراف هو الأصل المعتمد لدى القوانين الوطنية للدول، إذ يستوي أن يكون في ذلك التحكيم الاتفاقي أو في التحكيم لدى الهيئات المتخصصة، ومقتضى هذا الأصل أن تخضع

[1] أنظر: عبد الهادي عباس جهاد هواش، التحكيم- التحكيم الاختياري- التحكيم الإلزامي- التحكيم في المنازعات الدولية- التحكيم في التجارة الدولية، دار الأنوار للطباعة، دمشق، 1982، ص: 423.

إجراءات التحكيم للقانون الذي يختاره الأطراف في اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم، كأن تحال على قانون معين بصريح النص، وذلك مثل المادة 01/1494 من ق. إ. م. ف التي تكرس مبدأ سلطان الإرادة، أي أنها تعطي للأطراف الثلاثة خيارات وهي وضع قواعد الإجراءات مباشرة دون الاستناد إلى أي قانون وطني كان، أو بالإحالة إلى نظام تحكيمي معين، حيث يتم إعمال الإجراءات الموجودة فيه، وأخيرا حالة غياب الخيارين السابقين يمكن إخضاع الإجراءات لقانون وطني[1].

وأما المشرع المصري فيظهر بأن المادة 25 من القانون رقم 27 لسنة 1994 الخاصة بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية قد كرست مبدأ سلطة وإرادة طرفي النزاع في تحديد إجراءات التحكيم التي تتبعها الهيئة، وهذا هو الأصل الذي تسير عليه قوانين الدول حيث يتجسد دور الأطراف هنا إما بوضع القواعد الإجرائية المادية مباشرة، أو بالإحالة على نظام تحكيم متخصص، واستثناءا أو احتياطيا تقوم الهيئة التحكيمية لتحديد القانون أو الإجراءات التي تتبعها حسب ما تراه مناسبا.

من خلال ما سبق، يمكن أن نتساءل عن موقف المشرع الجزائري من مبدأ قانون الإرادة؟ جاء في المادة 1043 من ق. إ. م وإ. د الجزائري الجديد أنه:" يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم.

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

نلاحظ بأن المشرع الجزائري قد سار على منهج المشرع الفرنسي في تكريس مبدأ سلطان الإرادة، ويتجلى ذلك من خلال أن تحديد الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة يتم أساسا من قبل الأطراف أنفسهم، وفي غياب ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات. وتضبط الإجراءات في صلب اتفاقية التحكيم مباشرة أو استنادا إلى نظام تحكيم.

كما يمكن أن تتضمن الاتفاقية الإحالة إلى نص إجرائي معين، بحيث يتم إخضاع الإجراءات الواجب إتباعها إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم.

---

[1]Voir: Terki Noureddine, l'arbitrage commercial international en Algérie, opu, Alger, P: 94.

فإذا لم تنص الاتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم.

ويجد مبدأ سلطان الإرادة تطبيقا واسعا في الاتفاقيات الدولية في مجال التحكيم، إذ تنص المادة 01/08 من النظام القديم للغرفة التجارية الدولية على أنه: "إذا اتفق الأطراف على اللجوء إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية، فإنها تخضع لهذا النظام".

**ب- دور الهيئة التحكيمية في اختيار القانون المطبق على الإجراءات**: جاء هذا الحل استثناءا واحتياطيا في حالة غياب دور إرادة الأطراف أو عدم الإشارة إلى ذلك سواء بوضع الإجراءات مباشرة دون الاستناد إلى قانون معين، أو بالإحالة على قانون أو نظام تحكيمي معين وحتى لا يفقد التحكيم فعاليته وجديته وتفاديا لأي فراغ قانوني، حيث نصت أغلب القوانين الوطنية المقارنة وكذا الاتفاقيات الدولية على دور الهيئة التحكيمية في وضع القواعد الإجرائية التي تراها مناسبة سواء بالإحالة على قانون وطني معين، أو على نظام تحكيمي معين.

فنجد أن القانونان الفرنسي في المادة 02/1494 من ق. إ. م. ف، والقانون المصري في المادة 25 من القانون الجديد لسنة 1994 قد وفقا في تغطية الفراغ القانوني المحتمل عند عدم النص في اتفاق التحكيم على القانون الواجب التطبيق، وذلك بإعطاء نفس الحرية للمحكمين في تحديد هذا القانون سواء بتحديد قانون وطني لدولة أحد الأطراف ومن الغير، أو الإحالة على نظام تحكيمي معين أو تطبيق المبادئ العامة للقانون. وأما المشرع الجزائري فقد ساير نفس الاتجاه في ف 02 من المادة 1043 من ق. إ. م و إ. د الجزائري الجديد بقولها:"... إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم"، والمادة 1050 من نفس القانون بقولها:" تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

كما نصت العقود الدولية في مجال الاستثمارات على دور الهيئة التحكيمية في تحديد القواعد الإجرائية في النزاع، وذلك سواء من طرف المحكم الفرد أو المحكم الثالث[1] أو حتى الإحالة على نظام (CIRDI)، وهذا وفقا للمادة 43 و44 منه.

**02- تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع**: إن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لا يقل أهمية عن تحديد القانون المطبق على الإجراءات، وليس واجبا على الأطراف تحديد قانون موحد أي يحكم الإجراءات والموضوع في آن واحد، بل قد يختلف القانون الذي يحكم موضوع النزاع عن ذلك الذي يحكم مسائل الإجراءات، واختيار القانون المطبق على موضوع النزاع له أهمية بالغة في العقود الدولية، إذ على أساسه يتم التأكد من مدى صحة بنود العقد، وفي حالة غموضها أو عدم كفايتها يتم الاستناد إلى هذا القانون الموضوعي لتكملة ذلك.

فكيف عالجت القوانين الوضعية المقارنة مسألة القانون المطبق على موضوع النزاع؟ وما هو موقف المشرع الجزائري من ذلك؟

**أ- خضوع موضوع النزاع لقانون الإرادة**: قد يتفق الأطراف صراحة في اتفاق التحكيم، أو في شرط التحكيم على إخضاع موضوع النزاع إلى قانون موضوعي معين مع مراعاة القواعد الآمرة، وقد قررت غالبية التشريعات المقارنة إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية لاختيار هذا القانون[1].

وبالتالي تكون القوانين الوضعية المقارنة في مجال التحكيم التجاري الدولي قد كرست إرادة الخصوم في تحديد هذا الاختيار، فالمادة 01/1496 من ق. إ. م. ف فرضت مسبقا على الأطراف تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع فما على المحكمين إلا تطبيقه، أي أن المشرع يشير إلى قواعد القانون أي "les Règles de Droit" ولذلك يمكن للأطراف أن يخضعوا النزاع إلى قانون وطني معين سواء كان قانون أحد الأطراف أو قانونا أجنبيا آخر، وبالتالي تعبير قواعد القانون يعطي الحرية الكاملة للأطراف لتحديد نوع هذه القواعد التي قد تكون

[1] أنظر: عبد الهادي عباس جهاد هواش، المرجع السابق، ص: 430.

[1] أنظر: كمال إبراهيم، المرجع السابق، ص: 141.

وطنية أو دولية ما لم تكن مخالفة لقواعد النظام العام بالمفهوم الدولي[2]، كما قد يكون القانون المحدد هو القواعد الخاصة بتنازع القوانين.

أما المشرع المصري فقد أعطى الأولوية للأطراف لتحديد القانون المطبق على النزاع وعند اختيار قانون موضوعي معين، فإنه يتم استبعاد قواعد التنازع لذلك القانون، وهذا حسب إرادة الأطراف فالمادة 01/39 من القانون المصري الجديد تنص على أنه:" تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة أجنبية اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك".

أمام تأكيد المشرعين الفرنسي والمصري لدور الأطراف في تحديد القانون الموضوعي بالمفهوم الواسع أي القواعد القانونية، فإنه لنا أن نتساءل عن موقف المشرع الجزائري؟

نصت المادة 1050 من ق. إ. م. وإ. د الجزائري الجديد على أنه:" تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف..."، وبالتالي يظهر بأن المشرع أخذ هذه المادة من المادة 1496 من القانون الفرنسي، وبالتالي يكون قد كرس مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يطبقه المحكمون على النزاع مع مراعاة النظام العام الدولي وأدرج المشرع الجزائري مصطلح "قواعد القانون" التي تفيد التفسير الواسع أي احتمال أن يكون قانونا وطنيا معينا بما فيه قواعد تنازع القوانين وقد يكون اختيار الأطراف منصبا على المبادئ العامة للقانون أو حتى العادات التجارية الدولية[1].

**ب- دور المحكمين في البحث عن القانون الواجب التطبيق**: في غياب الإرادة الصريحة أو الضمينة للخصوم في اختيار القانون المطبق يتمتع المحكمين بسلطة تقديرية واسعة في البحث عن هذا القانون، حيث تأكدت هذه السلطة في القوانين الوطنية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، وكذا الاتفاقيات الدولية بالإضافة إلى تدعيم هذه السلطة من طرف الفقه والقضاء.

فبالنسبة لتأكيد القوانين على دور المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق نصت المادة 02/1496 من ق. إ. م. ف على أنه:

---

[2] أنظر: عمار معاشو، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح والإنتاج في اليد)- رسالة دكتوراه، معهد العلوم القانونية والإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1998، ص: 132 وما بعدها.

[1] voir: Terki Noureddine, l'arbitrage commercial international en Algérie, op-cit, P: 101. 102.

"… à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées, il tient compte, dans tous les cas des usages du commerce".

فهذه الفقرة تعطي للهيئة التحكيمية سلطة واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق في غياب اختيار الأطراف، وهذا طبقا لقواعد القانون التي تراها مناسبة، فتعبير: "conformément à celle" تعني قواعد القانون، لكن يبقى دور المحكمين محدد بالمقارنة بدور الأطراف وفقا لما سبق بيانه، وهذا يستشف من تعبير "appropriées" بمعنى يجب أن يبحث عن القانون الذي تكون له علاقة أو رابطة مع النزاع، وتضيف في آخر المادة أن المحكمين في كل الأحوال ملزمين بالنظر في النزاع آخذين بعين الاعتبار العادات التجارية لكن دون أن تكون لهذه العادات سوى الصفة التكميلية، وليس معناه أن تحل محل النصوص القانونية أي القانون الذي يخضع له النزاع[2].

أما المشرع المصري فقد أكد هو كذلك على دور الهيئة التحكيمية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع، إذ تنص المادة 03/39 من القانون رقم 09 لسنة 1997 على أنه:" وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع.

يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة".

أما المشرع الجزائري فقد كان قريبا من موقف المشرع الفرنسي، عندما نص في المادة 1050 ف 02 من ق. إ. م وإ. د. ج الجديد على:"... وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

من خلال ما سبق يمكن أن نقول بأن المشرع الجزائري على غرار المشرعين الفرنسي والمصري أعطى الحرية للمحكمين لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد، وهذا في غياب قانون إرادة الأطراف، ومن ثم يمكن إعمال عدة خيارات من الرجوع إلى المبادئ العامة للقانون وقواعد التجارة الدولية "Lexmercatoria"، وكذا العادات والأعراف التجارية إلى الأخذ بأي قانون

[2]voir: Emmanuel Gaillard, trente ans de lex mercatoria pour une application sélective des principes généraux du droit, journal du droit international N° 01, Paris, 1995, P: 05 et S.

لدولة ما يكون أكثر ملائمة للنزاع، وسواء كان قانون موضوعي مثل ما ذهب إليه المشرع المصري أو قواعد التنازع مثل ما بيناه بالنسبة للمشرع الفرنسي، وذلك لأن تطبيق مفهوم قواعد القانون "Règle de Droit" يشمل كذلك قواعد تنازع القوانين لأي دولة.

**ثانيا: الإجراءات الأساسية المتبعة أمام الهيئة التحكيمية:**

إذا اتفقت الأطراف في اتفاق التحكيم على الإجراءات المتبعة في حل النزاع، فعلى الهيئة التحكيمية العمل بذلك، وفي حالة غياب النص على مراحل التحكيم أي إجراءات الخصومة أمامها تقوم هي بنفسها بتحديد الإجراءات، ويكون هذا في التحكيم النظامي فإن الأطراف يخضعون تلقائيا للإجراءات التي تحددها تلك الهيئات المتخصصة إلا إذا نصت صراحة على إتباع إجراءات أخرى.

فبعد إخطار كل الأطراف باللجوء إلى التحكيم واختيار المحكمين وتحديد القانون الواجب التطبيق إجرائيا وموضوعيا، تستمر الهيئة التحكيمية في النظر في جزئيات النزاع مما يستدعي استكمال مراحله في شكل إجراءات، فما هي هذه الإجراءات؟

1- **الإجراءات المتبعة أثناء النظر في النزاع**: يجب أن تتأكد الهيئة التحكيمية من اختصاصها للنظر في النزاع وهذا وفقا للمادة 1044 من ق. إ. م. وإ. د. ج الجديد التي تنص على أنه:" تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها. ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع.

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

فقد يعارض أحد الأطراف اختصاص الهيئة أو الشك فيه لذلك تنظر الهيئة في مدى اختصاصها قبل أن تدخل في مناقشة موضوع النزاع[1]، وبعد ذلك تواصل الهيئة التحكيمية الإجراءات التالية:

**أ- تقديم الأدلة**: تقوم الهيئة التحكيمية بنفسها بتقديم الأدلة حيث نصت المادة 1047 من ق. إ. م وإ. د. الجزائري الجديد على أنه:" تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة".

خولت هذه المادة للهيئة التحكيمية الحرية الكاملة في تقديم أو البحث عن الأدلة المرتبطة بالنزاع، ونشير في البداية إلى أن هذه الحرية مستمدة من القانون السويسري، حيث أخذ المشرع الجزائري هذا النص حرفيا من المادة 01/180 من القانون الدولي الخاص السويسري المحدد لتطبيقه على النزاع[2]، حيث قد يقدم الدليل كتابة أو باللجوء إلى الخبرة حسب نوع النزاع، أو حتى سماع الشهود مع الإشارة إلى أن المادة 1047 جاءت تكملة لنص 1043 التي تتحدث عن تحديد الإجراءات المتبعة في اتفاق التحكيم.

وفي فرنسا يمكن إخضاع مسألة الإثبات سواء من حيث من يقع عليه عبء ذلك، أو من حيث طرق الإثبات وكذا القوة الإثباتية بالنسبة للكتابة وغيرها من الطرق إلى القانون المطبق على الموضوع أو قانون مكان الإجراء أو قانون القاضي.

أما المشرع المصري فقد جعل تقديم الأدلة على عاتق الأطراف إذ تنص المادة 33 من القانون المصري الجديد على أنه:" تعقد هيئة التحكيم جلسات المرافعة لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوى وحجته وأدلته، ولها الاكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك... ويكون سماع الشهود والخبراء بدون أداء اليمين".

ومهما كانت إجراءات الإثبات ورغم اختلاف القوانين في النظر إلى الكيفيات المتعلقة بها، فإنه يمكن للمحكمين سماع الشهود أو معاينة الأماكن أو سماع تقارير الخبراء

---

[1] اختصاص المحكمة التحكيمية في النظر في اختصاصها معترف به في الاتفاقيات الدولية مثل المادة 16 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

[2] voir: Terki Noureddine, l'arbitrage commercial international en Algérie, op-cit, , P: 85 à 90 et 113.

واستجواب الخصوم، وهذا ما نصت عليه المادة 15 من نظام (CNUDCI)، وكذلك المادة 03/16 و03/24 و04/27 و01/29[1].

**ب- اتخاذ الإجراءات المؤقتة والتحفظية**: من الإجراءات الأساسية أمام الهيئة التحكيمية إمكانية اتخاذ الإجراءات المؤقتة أو التحفظية، وهذا حسب طبيعة النزاع حيث نصت المادة 1046 ف. 01 من ق. إ. م. وإ. د. ج الجديد على أنه:" يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناءا على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك".

كما تخضع عملية اتخاذ هذه الإجراءات لإمكانية تقديم ضمانات مناسبة، وهذا بطلب من الهيئة وفقا للمادة 1046 ف. 03 من نفس القانون التي تنص على أنه:" يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية إلى تقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير".

تظهر أهمية هذا الإجراء في حالة النزاعات التي يكون موضوعها مصالح تجارية لا تقبل التعطيل سواء بسبب طبيعة إنتاجها (قابلة للهلاك أو المرتبطة بمدة معينة)، إلا أنه ليس للمحكمين إرغام الطرف المعني بهذا الإجراء، ولذلك يتم الاستعانة بقضاء الدولة الذي يطبق في هذا الشأن قانونه.

ويلاحظ بأن الطرف المعني لا يمكن له اللجوء مباشرة إلى القضاء الوطني لطلب هذه الإجراءات، بل ينبغي طلبها من الهيئة التحكيمية التي تكون مختصة أصلا، أما دور القضاء فهو احتياطي يرجع إليه المحكمين عند رفض الامتثال لهذه الإجراءات.

أما في فرنسا فلم يبين قانون التحكيم التجاري الدولي إذا كان اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية من اختصاص المحكم أو القضاء، وعليه بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية الفرنسي نجد اتخاذ هذه الإجراءات من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة دون أن يعارض ذلك شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم، وبالتالي فالرجوع إلى هذا القضاء يكون من المحكمين أو من الأطراف مباشرة بشرط توفر حالة الاستعجال بالنسبة للإجراءات

[1] أنظر: سامية راشد، المرجع السابق، ص. ص: 136. 137.

التحفظية، حتى ولو كان ذلك خلال إجراءات التحكيم، وكذلك شرط عدم اختصاص هيئة التحكيم بالإجراء الوقتي أو التحفظي المطلوب.

أما المشرع المصري فلم يبين في القانون الجديد لسنة 1994 المعدل سنة 1997 ما إذا كانت الإجراءات التحفظية والوقتية ترجع إلى اختصاص القضاء المحلي، فالأصل أنه يمكن للمحكمين اتخاذ ما يرونه مناسبا من إجراءات مؤقتة أو تحفظية متى طلب أحد الأطراف، وكان الإجراء متعلقا بنزاع يدخل في اختصاص هيئة التحكيم مثل المحافظة على السلع أو بيعها، أما المادة 09 من القانون المصري فقد أعطت لحكمة استئناف القاهرة اختصاص النظر في بعض المسائل، إلا إذا اتفق الطرفان على اختصاص جهة أخرى[1].

**2- استكمال الإجراءات وصدور الحكم التحكيمي**: بعد استكمال كل الإجراءات سواء وفقا لما اتفق عليه الأطراف، أو وفقا لنظام تحكيمي معين ينتهي النزاع بعد أن تقوم هيئة التحكيم بالمداولة وإصدار الحكم.

ومن آثار صدور الحكم التحكيمي انتهاء مهمة الهيئة التحكيمية حيث لا يمكن للهيئة النظر مرة أخرى في النزاع الذي أصدرت بشأنه هذا الحكم، إلا إذا سمح نظام التحكيم بإمكانية تفسير الحكم التحكيمي كما هو الحال في المادة 01/35 من نظام (CNUDCI)، أو تصحيح الأخطاء المادية مثل ما نصت عليه المادة1475 ق. إ. م. ف بشأن التحكيم الداخلي، وكذلك ما نصت عليه المادة 50 من النظام (CIRDI). وهذا بالإضافة إلى حالة بطلان الحكم التحكيمي وفقا لنظام التحكيم (CIRDI) طبقا للمادة 02/52[2].

أما بالنسبة للجزائر يخضع الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية إلى مدى توفر مجموعة شروط هي:

- إذا أثبت من تمسك بأحكام التحكيم الدولية بأن هذه الأحكام موجودة، وذلك كأن يقدم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما تستوفي شروط صحتها ويتم إيداعها بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل، وفي هذه الحالة يقع على الخصم إثبات العكس.

---

[1] أنظر: سامية راشد، المرجع السابق، ص- ص: 140- 144.

[2] voir: Terki Noureddine, l'arbitrage commercial international en Algérie, op-cit, , P: 90, 91 et 123, 124.

- إذا كان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي.

وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني.

**خاتمة:**

إن اتجاه الجزائر نحو التحكيم التجاري الدولي أملته الضرورة العالمية المتميزة بعولمة شاملة للآليات الاقتصادية حتى أدوات ووسائل تسوية النزاعات.

وإذا كان الانضمام إلى اتفاقية نيويورك سنة 1988، وإصدار المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 بالإضافة إلى الترسانة الكبيرة من التعديلات في القوانين الوطنية، وكذلك صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08/09 المؤرخ في 23 أفريل سنة 2008، وإبرام اتفاقيات ثنائية خاصة بتشجيع الاستثمارات والانضمام إلى اتفاقيات متعددة الأطراف التي تمثل المرآة الجديدة للنظام القانوني الجزائري الجديد الذي أعطى الأولوية للتحكيم التجاري الدولي على حساب القضاء والقانون الوطنيين، إلا أن هذا التحول لا يخلو من النقائص والسلبيات التي نوردها في الملاحظات التالية:

**1.** عدم دقة المشرع الجزائري في صياغة النصوص القانونية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، إذ لم يوفق في الكثير من المناسبات، وذلك لأنه يأخذ تارة بالقوانين الأجنبية حرفيا وتارة أخرى ببعض الأحكام الواردة في الاتفاقيات الدولية خاصة القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي دون مراعاة المعنى.

**2.** وجود فراغات قانونية في النصوص القانونية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي أدت إلى القول بقصورها في الاستجابة لكل الإشكاليات التي يمكن أن تطرح أمام المحكم أو المتقاضي.

**3.** تبني المشرع الجزائري لنظام التحكيم التجاري الدولي في شكل فسيفساء قانوني إذ مزج بين القانون الفرنسي والسويسري بشكل كبير، ثم بالقوانين الأخرى بدرجة متفاوتة كالقانون المصري، بالإضافة إلى الاتفاقيات المتعددة الأطراف كاتفاقية نيويورك لسنة 1958، وواشنطن لسنة 1965، وكذلك اتفاقية جنيف لسنة 1927 والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985.

وأمام هذه السلبيات وغيرها نورد بعض الاقتراحات كما يلي:

1. يجب إعادة النظر في كل النصوص القانونية شكلا ومضمونا.

2. وضع مصطلحات قانونية دقيقة تؤدي المعنى بكل وضوح لتجنب كثرة التأويلات وتضاربها.

3. إضافة بعض المواد التي تخص الإجراءات خاصة إجراءات رد المحكمين والإجراءات التي تتبعها الهيئة التحكيمية كما فعل المشرع المصري.

4. مصير نجاح التحكيم التجاري الدولي في الجزائر مرهون بتدفق الأموال من الخارج واستثمارها في الجزائر.