جامعـة مولـود معمـري– تيــزي وزو

كليــة الحقــوق والعلوم السياسية

فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي

أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم

تخصص: القانون

إعداد الطالب

تعويلت كريم

إشــراف

أ. د. معاشو عمار

لجنــة المناقشــة

أ. د. إقلولي محمد، أستاذ، جامعة مولود معمري – تيزي وزو ---------- رئيساً.

أ. د. معاشو عمار، أستاذ، جامعة مولود معمري – تيزي وزو– ---------- مشرفاً ومقرراً.

أ. د. زوايمية رشيد، أستاذ، جامعة عبد الرحمن ميرة– بجاية ----------ممتحناً.

د. حسين فريدة، أستاذة محاضرة "أ"، جامعة مولود معمري– تيزي وزو ----------ممتحنةً.

د. قبايلي طيّب، أستاذ محاضر "أ"، جامعة عبد الرحمن ميرة– بجاية ----------ممتحناً.

د. عيساوي محمد، أستاذ محاضر "أ"، جامعة أكلي محند أولحاج– البويرة ----------ممتحناً.

تاريخ المناقشة: 17 / 05 / 2017


بسم الله الرحمن الرحيم
MRTsoft

شكر وعرفان

أتقدم بجزيل الشكر وخالص الامتنان إلى أستاذي الفاضل

الأستاذ الدكتور معاشو عمار

على قبوله الإشراف على هذه الأطروحة وعلى كل ما قدمه لي من توجيهات وملاحظات قيمة أنارت لي طريق استكمال هذا العمل

فجزاه الله عني كل خير وحفظه الله لنا وللجامعة الجزائرية عامة.

كما أتقدم بشكري إلى الأساتذة الأجلاء رئيس وأعضاء اللجنة على قبولهم المشاركة في مناقشة وإثراء موضوع هذه الأطروحة.

أتوجه بشكري أيضا إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد في إعداد هذه الأطروحة، وأخص بالذكر زميلي وصديقي الدكتور تريكي فريد.

الطالب الباحث

إهداء

إلى روح والدي الطاهرة رحمة الله عليه

إلى أمي الغالية أطال الله في عمرها

إلى زوجتي وأولادي سامي وصوفية

إلى جميع أفراد عائلتي

إلى كل أساتذتي الأجلاء وإلى كل زملائي الأعزاء

إلى كل من أعانني في إنجاز هذه الأطروحة

إليهم جميعاً أهدي هذا العمل المتواضع.

كريم تعويلت

قائمة بأهم المختصرات

1- باللّغة العربية:

- ق إ م ف ج: قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد.

- م.ا.ج.ع.د.ب.ق: مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية.

م. ج.ع.ق.إ.س:المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية.

ج.ر.ج.ج.د.ش: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

2- باللغة الأجنبية:

- **AHJUCAF** : Association de hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français.
- **Bull. ASA**: Bulletin de l'association suisse de l'arbitrage.
- **C. A.** : Cour d'appel.
- **CACI :** Chambre algérienne de commerce et d'industrie.
- **Cass. Civ**. : Cassation civile.
- **Cass. Com**. : cassation commerciale.
- **CCI**: Chambre de commerce internationale.
- **CIRDI**: Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements.
- **CNUDCI** : commission des nations unies pour le droit commercial international.
- **Gaz. Pal**. : Gazette du palais
- **J. C. D** international : juris-classeurs droit international.
- **JADA** : Journal africain du droit des affaires.
- **JDI**: Journal du droit international
- **JORF** : Journal officiel de la république française.
- **OHADA** : Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique.
- **PUAM**: Presses universitaires d'AIX-MARSEILLE.
- **PUF**: Presses universitaires de France.
- **R.D. McGill** : Revue de droit de McGill.
- **RASJEP** : Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques.
- **RDAI** : Revue de droit des affaires internationales.
- **RDUS**: Revue de droit de l'université de Sherbrooke
- **Rev. arb**. : Revue de l'arbitrage.
- **Rev. crit. DIP** : Revue critique de droit international privé.
- **RTD Com** : Revue Trimestrielle de droit commercial.

مقدمـــــــــة

فرض التحكيم التجاري الدولي نفسه بعد الحرب العالمية الثانية كوسيلة لحل النزاعات الناتجة عن العلاقات التجارية الدولية، وقد عرف بالتالي تطوراً لم يسبق له مثيل، سواءً على مستوى نطاق انتشاره أو على مستوى نظامه القانوني. هذا التطور والازدهار متلازم مع العولمة الاقتصادية، لأنّ هذه الأخيرة بحاجة ماسة إليه، لذلك فالاتجاه السائد هو تفضيل التحكيم لتمكين الفاعلين (les acteurs) في إطار العولمة من عدالة مستقلة وفعلية، هذا ما يفسر الاتجاه السائد حاليا نحو تكريس استقلالية التحكيم التجاري الدولي أكثر فأكثر.

أدت العولمة إذن إلى تحول الوظيفة القضائية على المستوى التجاري الدولي إلى سوق خدمات لفض النزاعات، وذلك من خلال تكريس آليات عن طريق القانون الدولي الخاص، الذي يتطور بدوره بنفس الوتيرة التي سمحت بتوسع نطاق إرادة الأطراف في تنظيم علاقاتهم على المستوى الدولي، حيث أصبح وجود التشريعات الآمرة لا يمس عادة نزعة "القضاة الخواص" إلى حل النزاعات، خاصة بعد تقبل الدولة التوسيع الكبير من نطاق المسائل القابلة للتحكيم، وتأجيلها لرقابة مسائل النظام العام إلى ما بعد صدور حكم التحكيم، حيث تمارس عادة بمناسبة طلب الاعتراف بالحكم أو تنفيذه، لأنّ هذه الرقابة تعتبر كافية- في نظر هذه الدول حاليا- لصون مصالح المجتمع المحمية.

تطور التحكيم في هذه الظروف المواتية له، وانتشر بشكل لم يسبق له مثيل دون أن يعرقله التطور الموازي للضبط الاقتصادي، الذي تتصف قواعده بالطابع الآمر ، حيث تتجه جل الدول إلى تشجيع التحكيم التجاري الدولي، بعدما كانت تنظر إليه كمنافس لعدالتها، بل وكمساس بسيادتها القضائية في الكثير من الدول،وسارعت إلى إعادة النظر في منظومتها القانونية المنظمة للتحكيم من أجل تجسيد فلسفتها الجديدة، كما لعب القضاء في بعض الدول- على غرار القضاء الفرنسي- دوراً محورياً في إعداد نظام يضمن استقلالية اتفاق التحكيم، وأسبقيته على أي إجراء قضائي وطني متّخذ، وبتطوير إجراءات ملموسة موجهة لإلزام الأطراف باحترام القوة الإلزامية لتعهدهم باللجوء إلى التحكيم.

بهذا أصبح التحكيم في نظر الكثيرين، بمثابة "عدالة دولية" مرنة وفعالة، وتستجيب لمتطلبات وضرورات التجارة الدولية والفاعلين فيها وتتماشى مع العولمة الاقتصادية، حيث تتجه

الثقافة التحكيمية نحو توحيد القواعد المنظمة له، ويظهر ذلك جلياً في الصدى الذي وجدته اتفاقية نيويورك لعام 1958 والخاصة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية[1]، وكذا اتفاقية واشنطن لعام 1965[2].

انتشرت وتطورت إلى جانب الاتفاقيتين السابقتين، الاتفاقيات الثنائية للتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، والتي تنص عادة على التحكيم كوسيلة لفض النزاعات الخاصة بها، وذلك لكونه يمثل ضمانة قانونية أساسية توفرها البلدان المضيفة للاستثمارات الأجنبية لهذه الأخيرة، هذا ما يجعل التحكيم وسيلة بيد الدولة لتشجيع التجارة الدولية بوجه عام، وتشجيع المؤسسات التابعة لها في علاقاتها في مجال التجارة الدولية، أو على حد تعبير المشرّع الجزائري" في علاقاتها الاقتصادية الدولية".

على صعيد القوانين الوضعية، كان للقانون الفرنسي الفضل في فتح حملة إعادة النظر في القواعد القانونية الداخلية المنظمة للتحكيم، خاصة في شقها المتعلق بالتجارة الدولية، لجعلها تتماشى وسياسة التشجيع التي أرادتها الحكومة الفرنسية، لجعل باريس أهم موقع عالمي يجرى فيه التحكيم، وقد كان ذلك بتعديل قانون الإجراءات المدنية في عامي1980 و1981، بعد ذلك، انضمت أغلبية الدول إلى هذا المسعى وأصدرت قوانيناً لتنظيم التحكيم تنظيماً ليبرالياً في مجمله، على الأقل في مجال التحكيم التجاري الدولي، رغم الاختلاف في درجة هذه الليبرالية.

على الصعيد العربي، كانت الدول العربية بما فيها الجزائر ترفض التحكيم أو على الأقل تتخوف منه، ويرجع ذلك لعدة أسباب تاريخية واقتصادية وقانونية.

تتمثل الأسباب التاريخية، في التقليص من السلطة القضائية في دول المشرق بسبب نظام الامتيازات الذي عرفته هذه الدول، والحماية والاستعمار الذي عرفته دول المغرب الكبير؛

---

[1]- انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية بموجب المرسوم رقم 88- 233 المؤرخ في 1988/11/05 ، المتضمن انضمام الجزائر بتحفظ للاتفاقية الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها الموقع عليها في نيويورك بتاريخ 1958/06/10. ج. ر.ج.ج.د. ش، عدد 48 ، الصادر بتاريخ 1988/11/23.

[2]- صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95- 346، المؤرخ في 1995/10/30، ج. ر. ج. ج. د.ش، عدد66، الصادر بتاريخ 11/5/ 1995.

تتمثل الأسباب الاقتصادية، في كون الدول العربية بصفة عامة والجزائر بصفة خاصة، قد شيّدت اقتصادياتها على التدخل والتوجيه المركزي، فأصبحت الدولة بذلك تاجرًا، مستثمرًا، صناعيًا، مقاولاً، ناقلاً ومؤمّنًا.

على الصعيد القانوني، كان لصدور بعض أحكام التحكيم عن محاكم تحكيمية مشكّلة من محكمين غربيين، أثر كبير على الموقف الذي تبنّته هذه الدول من التحكيم، لأنّها قضت باستبعاد تطبيق القوانين الداخلية لهذه الدول، بسبب كونها تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية، وبداعي عدم صلاحيتها لحكم العقود الاقتصادية الدولية المركبة، نذكر بالخصوص الحكم الصادر في قضية شيخ أبو ظبي.

تغيرت نظرة هذه الدول تجاه التحكيم، وانخرطت - مرغمة أو بمحض إرادتها - في التوجه الجديد الذي يجعل من التحكيم الوسيلة المفضلة لفض النزاعات، خاصة في مجال التجارة الدولية. فبالإضافة إلى انضمام معظم الدول العربية إلى الاتفاقيات الدولية المعنية بتنظيم التحكيم، وبالتحديد كل من اتفاقية نيويورك الموقع عليها في 10 جوان 1958، المتضمنة الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، واتفاقية واشنطن الموقع عليها في 18 مارس 1965 تحت مظلة البنك الدولي للإنشاء والتعمير، والمنشِئة للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات، فقد أعادت النظر في تشريعاتها الداخلية لتعيد الاعتبار للتحكيم، خاصة في مجال التجارة الدولية.

بدأت تظهر ملامح انفتاح الجزائر على التحكيم التجاري الدولي في بداية ثمانينيات القرن الماضي، وقد كان نظام التحكيم الجزائري الفرنسي الذي تم التوقيع عليه في عام 1983، الخطوة العملاقة التي خطاها النظام الجزائري في اتجاه تقبل التحكيم، رغم انحصاره في العلاقات الثنائية الجزائرية الفرنسية، ثم تلتها خطوات أخرى على الصعيد الإقليمي، بإبرامها للاتفاقية العربية للتحكيم التجاري الدولي إلى جانب ثلاثة عشر دولة عربية في عمان عاصمة

المملكة الهاشمية الأردنية عام 1987، والتي أنشئ بموجبها المركز العربي للتحكيم. وبتاريخ 23 يوليو 1990، أبرمت بالجزائر اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمارات بين دول اتحاد المغرب الكبير[3].

جاء التحول التام في موقف الجزائر من التحكيم التجاري الدولي في سنة 1988، وذلك بانضمامها إلى أهم اتفاقية دولية في مجال التحكيم، ألا وهي الاتفاقية الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، الموقعة في نيويورك بتاريخ 10 جوان 1958. وقد رحب الفقه الغربي المؤيد لفكرة تحرير نظام التحكيم وتعميمه بهذا الانضمام، ووصفه بالمؤشر الهام لتطور التحكيم وانتشاره[4]، والسبب في ذلك هو أنّ الجزائر كانت من بين الدول الأكثر معارضة له، كونها تعتبره من الشروط التي تريد البلدان المصنعة فرضها على الدول حديثة العهد بالاستقلال، ويتعارض مع سيادتها الاقتصادية وطالما أنّها لم تشارك في وضع قواعده.

بعد ذلك، وفي خضم السياسة الانفتاحية التي انتهجتها الجزائر بعد الأزمة الخانقة التي أصابت اقتصادها، وأحداث 5 أكتوبر 1988 التي نتجت عنها، أعادت النظر في موقفها من الاستثمارات الأجنبية المباشرة، وأبرمت على الصعيد الثنائي عدة اتفاقيات لتشجيعها وحمايتها مع عدة دول، نذكر منها تلك التي أبرمت قبل صدور المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 1993/04/25، المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية[5] وهي :

الولايات المتحدة الأمريكية[6]؛ الاتحاد البلجيكي-اللّكسمبورغي[7]؛إيطاليا[8]...إلخ.

---

[3]- صادقت الجزائر على هذا الاتفاق بموجب المرسوم الرئاسي رقم 90- 420 المؤرخ في 22 ديسمبر 1990، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 6 ، الصادر بتاريخ6/2/ 1991.

[4]- من بين هؤلاء، نذكر الأستاذ "FOUCHARD"، انظر:

Philippe FOUCHARD, « Où va l'arbitrage international? », *Revue de droit de Mc Gill*, vol.34, 1989, p. 443.

[5]- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 27، الصادر بتاريخ 1993/04/27.

[6]- مرسوم رئاسي رقم 90-319 مؤرخ في 17 أكتوبر 1990، يتضمن المصادقة على الاتفاق الرامي إلى تشجيع الاستثمارات الموقع عليه في واشنطن يوم 22 يونيو 1990 بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 45، الصادر بتاريخ 10/24/ 1990.

[7]- مرسوم رئاسي رقم 91- 345 مؤرخ في 05 أكتوبر 1991، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللّكسمبورغي المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع بالجزائر بتاريخ 24 أبريل 1991، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 46، الصادر بتاريخ 10/6/ 1991.

تعميقا للتحول الكبير في موقف الجزائر من التحكيم التجاري الدولي، وفي إطار إعادة النظر في التشريعات الوطنية التي لها علاقة بالحياة الاقتصادية بوجه عام، وبالاستثمارات والتجارة الدولية على وجه الخصوص، لتتماشى مع المعطيات الجديدة، قام المشرّع الجزائري بإعادة النظر في القواعد القانونية المنظمة للتحكيم الواردة في قانون الإجراءات المدنية، وذلك بموجب المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 23 أبريل 1993، الذي عدّل مضمون نص المادة 442 من هذا القانون، كما تمّمه بفصل كامل يتكون من تسعة وعشرون مادة مخصص للقواعد المنظمة للتحكيم التجاري الدولي.

لقد وُصِفَتْ نصوص المرسوم التشريعي رقم 09/93 المذكور أعلاه، بأنّها ليبرالية ومشجّعة للتحكيم، لأنّها جاءت في خضم الإصلاحات الاقتصادية التي شرعت فيها الجزائر بداية من أواخر الثمانينيات من القرن الماضي، والتي جسّدت فكرة الانفتاح الاقتصادي والخوصصة وتحرير المبادرة الفردية. وقد دخلت الجزائر، بموجب نص هذا المرسوم التشريعي، إلى قائمة الدول التي سنّت أكثر التشريعات تشجيعا للتحكيم التجاري الدولي، حيث استلهمت نصوص هذا المرسوم من كل من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والقانون الدولي الخاص السويسري

من خلال الإطلاع على نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية[9]، وبالتحديد النصوص المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، تتبلور لدينا فكرة مفادها أنّ المشرّع الجزائري غيّر نهائياً النظرة السلبية التي لازمت موقفه من هذه الوسيلة من وسائل فض النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية بمفهومها الواسع، إذ تنبثق من هذه النصوص نظرة المشرّع الجديدة المشجّعة للتحكيم معتبراً إيّاه لبنة أساسية من لبنات السياسة الاقتصادية الجديدة، التي تتميّز بالانفتاح الاقتصادي وانسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي، فهو ذا أهمية كبيرة، نظرًا لإسهامه في إصلاح اقتصادي يهدف لتهيئة المناخ الاستثماري وجذب رؤوس الأموال الأجنبية، وذلك بإعطائه للمستثمر الثقة والاطمئنان.

---

[8]- مرسوم رئاسي رقم 91-346 المؤرخ في 5 أكتوبر 1991، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 46، الصادر بتاريخ1991/10/6.

[9]- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 2008/02/25، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 21، صادر بتاريخ 2008/04/23.

يعتبر التحكيم إذن، أسلوباً فريداً في تسوية النزاعات، حيث يختار أطرافه قضاتهم، ويمكن لهم أن يتفقوا على إجراءات التحكيم الحرّ ومدته، كما يمكنهم تحديد القواعد التي يفصل المحكم بناءً عليها، سواءً على مستوى الإجراءات أو موضوع النزاع، أو على مستوى النزاعات المتعلقة باتفاق التحكيم بحد ذاته، فنظام التحكيم يرتكز في أصله على إرادة الأطراف، إذ لا يمكن أن يتم إلا بوجود اتفاق سابق بين الأطراف على حل النزاعات القائمة بينهم(مشارطة تحكيم) أو المستقبلية(شرط تحكيم).

للإشارة، سوف أعتمد في هذا البحث المصطلحات الشائعة في التحكيم في الدول العربية، سواء على المستوى الفقهي أو على المستوى التشريعي أو على المستوى القضائي، فإذا كان المشرّع الجزائري قد استعمل مصطلح "اتفاقية التحكيم" للدلالة على ذلك الاتفاق الذي يبرم بين أطراف النزاع، والذي بمقتضاه يلتزمان باللجوء إلى التحكيم لحل ذلك النزاع المتفق عليه بدلا من القضاء، واستعمل مصطلح "اتفاق التحكيم" للدلالة على مشارطة التحكيم، فإنّي سأستعمل مصطلح اتفاق التحكيم للدلالة على الصورتين معاً، وشرط التحكيم عندما يبرم هذا الاتفاق قبل نشأة النزاع، ومشارطة التحكيم عندما يبرم هذا الاتفاق بعد نشأة النزاع.

للتذكير، لم يَعُد هناك تمييز في المعاملة القانونية بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم في مجال التجارة الدولية، نظراً لكون هذا التمييز بين الصورتين لا تستنتج منه أية نتيجة عملية، رغم أنّ بعض القوانين الداخلية لا تزال تحافظ على هذا التمييز بصدد التحكيم الداخلي، كما هو الشأن بالنسبة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية في الجزائر.

يبقى أنّ ليبرالية نصوص التحكيم يجب أن تتماشى وضرورة تحقيق فعالية نظام التحكيم، سواء على مستوى اتفاق التحكيم أو على مستوى الخصومة التحكيمية، أو على مستوى حكم التحكيم، فتشجيع هذا النظام كبديل للقضاء، يقتضي تعزيز وتدعيم فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، ومحاربة كل التصرفات التي تهدف إلى المماطلة.

من أجل تحقيق ذلك، نص المشرّع على قواعد توصف على المستوى الدولي بأنّها مبادئ التحكيم التجاري الدولي، نظرًا لاعتمادها سواءً على مستوى القوانين الداخلية المعاصرة، أو على

مستوى الاتفاقيات الدولية، أو على صعيد الاجتهاد التحكيمي والقضائي، ومن هذه القواعد نذكر على الخصوص: مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ومبدأ اختصاص محكمة التحكيم بالفصل في مسألة اختصاصها.

إنّ تكريس وتشجيع التحكيم لا يتجسد من خلال النص على عمومياته، بل من خلال الاعتناء بالجزئيات التي تسمح بترتيب المبادئ المشار إليها أعلاه لآثارها بصفة كاملة.

يتمتع التحكيم إذن بمجموعة من الخصائص، تجعل منه الوسيلة المفضلة لحل النزاعات بين المتعاملين في مجال التجارة الدولية، غير أنّ ضمان فاعليته يستوجب عدم ترك اتفاق الأطراف عليه- شرطا كان أم مشارطة- عرضة للانهيار عند أول فرصة تعصف به، بفعل هوىً في نفس أحد هؤلاء الأطراف، الذي يتصور أنّ التحكيم لن يلبي مصالحه، أو بسبب عارض شاب تشكيل محكمة التحكيم، فمن الضروري سدّ كل ثغرة قد يستغلها أحد المحتكمين للتملص من التزامه المسبق بالتحكيم، لأنه إذا كانت قوة التحكيم تكمن في ارتكازه على إرادة الأطراف، فإنّ هذه الإرادة يمكن لها كذلك أن تكون مصدراً لضعفه، إذا ما استعمل أحد هؤلاء الأطراف سوء النية لعرقلة التحكيم.

يتوقف تحقيق التحكيم لفعاليته إذن، على مدى فعالية اتفاق التحكيم بحد ذاته، ومدى حمايته من كل الأسباب التي من شأنها أن تؤدي إلى إهدار المزايا التي تجعل منه وسيلة مفضلة لفض النزعات التجارية الدولية مقارنة بالقضاء الوطني، إذ بيّنت التجربة العملية أنّ فعالية التحكيم قد اصطدمت في الكثير من الحالات والمناسبات بالعراقيل والمماطلة التي يتسبب في إحداثها الطرف السيئ النّية، الذي يهدف من ورائها إلى تعطيل إجراءات التحكيم أو محاولة الانفلات من الخضوع لها، كلما رأى فيها تهديدًا لمصالحه.

من أجل ذلك، قد يلجأ الطرف السيّئ النية إلى إنكار اختصاص محكمة التحكيم، استناداً على خروج النزاع المطروح عن موضوع اتفاق التحكيم، أو قد يتمسك ببطلان أو انقضاء هذا الاتفاق، مما يسمح له باللجوء إلى القضاء الوطني، هذا ما يطرح مسألة الفعالية الإجرائية لاتفاق التحكيم، التي تستوجب السماح لمحكمة التحكيم بالنظر في مدى اختصاصها و استبعاد

تدخل القضاء الوطني للفصل في هذه المسألة قبل صدور حكم التحكيم، وذلك دون المساس بمصالح الطرف الذي يحق له التمسك ببطلان أو عدم وجود اتفاق التحكيم، طالما أنّ هذا البطلان أو الانعدام يمكن التحقق منه بواسطة السلطات القضائية المختصة في اللحظة المناسبة.

كما قد تتأثر فعالية التحكيم، بما قد يثيره أحد الأطراف من بطلان أو انقضاء اتفاق التحكيم لإنكار اختصاص محكمة التحكيم، استناداً على تمسكه ببطلان أو انقضاء العقد الأصلي الذي يرد فيه أو يتعلق به، والنظر بالتالي في القانون الذي يحدد لنا شروط صحته وفعاليته. وتفاديا لمثل هذه العراقيل وتحقيقا للفعالية الموضوعية لهذا الاتفاق، ظهرت الحاجة إلى دراسة مسألة العلاقة التي تربطه بالعقد الأصلي الذي يرد فيه أو يتعلق به، و ظهر بذلك مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم.

لقد اقتصرت بعض التشريعات المقارنة على تجسيد هذه الاستقلالية بالمفهوم الذي توصلت إليه محكمة النقض الفرنسية بمناسبة الفصل في قضية "GOSSET" في1963/05/07، و المتمثل في فصل اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي يرد فيه أو يتعلق به، بشكل يسمح بتقدير صحته ووجوده بصفة منفصلة عن تقدير مدى صحة العقد الأصلي(الموضوعي)، حيث أنّ بطلان أو انقضاء هذا الأخير لا يؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم.

بينما ذهبت بعض الأنظمة القانونية الأخرى إلى أبعد من ذلك، حيث توصلت إلى مفهوم جديد لهذه الاستقلالية و ساندها في ذلك جانب من الفقه، مفاده فصل اتفاق التحكيم ليس فقط عن العقد الأصلي، بل فصله أيضا عن كل قانون وطني، و تقدير وجوده و صحته بناء على إرادة الأطراف فقط و في حدود النظام العام الدولي.

يتحقق هذا المفهوم الجديد، باستبعاد منهج تنازع القوانين وإحلال محله منهج القواعد المادية لتحديد القواعد التي تحكم الاتفاق التحكيمي، وهو الأمر الذي يؤدي إلى إطلاق هذا الأخير، وإدخاله في فكرة العقد بلا قانون التي تعرضت للكثير من الانتقادات، بالنظر لضرورة أن

يستمد العقد قوته الإلزامية من قانون معين يسمح له بترتيب آثاره. أكثر من ذلك، فإنّ هذا المفهوم الجديد يسمح بحماية وحصانة اتفاق التحكيم الباطل.

يرجع **اختياري لهذا الموضوع إلى أسباب متعددة**، فبالرغم من تناول الكثير من الرسائل والمذكرات الجامعية والمقالات العلمية لموضوع التحكيم في الجزائر ، إلا أنّ أغلب هذه الدراسات تعتبر في نظري بحوثاً عامة لم تتناول بالتفصيل الكثير من الجزئيات التي تعتبر محل التطورات الراهنة في مجال التحكيم التجاري الدولي، خاصة مسألة فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي بجانبيها الإجرائي والموضوعي، وأنّ هذه التطورات تحركها المصلحة الاقتصادية، وتضرب عرض الحائط الكثير من المبادئ القانونية المتجذّرة والمعروفة عند القانونيين.

ستسمح دراسة هذه التطورات والحلول المستحدثة، إلى جانب ذلك، بتحديد موقف المشرّع والقضاء الجزائريان منها، وبالتالي مساعدة المهتمين بموضوع التحكيم التجاري الدولي من فهم التحديات الجديدة التي تحملها هذه التطورات، كما آمل أن تكون هذه الدراسة إسهاماً متواضعاً مني في إثراء المكتبة الجامعية في هذا الموضوع، ومساهمة في نشر ثقافة التحكيم بصفة خاصة وثقافة الطرق البديلة لحل النزاعات بصفة عامة، تماشياً والسياسة الجديدة للسلطات العامة في هذا المجال.

تطفو إلى السطح إذن، فكرة فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي كلّما ظهر حل جديد للمسائل القانونية التي تثيرها الممارسة العملية، نتيجة انتشار اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، فبالإضافة إلى كونها غاية أيّ حل مستحدث لمسألة من المسائل المطروحة من الناحيتين الإجرائية والموضوعية، إذ يفترض أن يكون ذلك الحل منسجماً مع ما يقتضيه التحكيم من سرعة وفعالية، فعادة ما يلجأ إلى هذه الفكرة لتأسيس الكثير من تلك الحلول، كلما عجزت المبادئ القانونية التقليدية عن تفسيرها، نتيجة تغليب هذه الحلول –في الكثير من الأحيان- للاعتبارات الاقتصادية على الاعتبارات القانونية، هذا ما يدفعني إلى طرح الإشكالية التالية: **كيف يمكن تحقيق فعالية اتفاق التحكيم من الناحيتين الإجرائية والموضوعية دون الخروج عن طابعه الإرادي وفي حدود القانون الواجب التطبيق عليه؟**

للإجابة على هذه الإشكالية ارتأيت اعتماد كل من المنهج التحليلي النقدي والمنهج المقارن، واعتمدت تقسيماً ثنائيا لتكون الدراسة في بابين كما يلي:

- **الباب الأول**: يتناول مسألة الفعالية الإجرائية لاتفاق التحكيم، من حيث دور مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" في تحقيق فعالية اتفاق التحكيم، والإشكاليات القانونية والعملية المترتبة عنه والحلول القانونية والعملية لمعالجتها.

- **الباب الثاني**: يتناول بالبحث الفعالية الموضوعية لاتفاق التحكيم والوسائل الكفيلة بتحقيقها، وذلك من خلال التطرق إلى كل من مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، ثم استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للقوانين الوطنية، وصولاً إلى ما يسمى بالفعالية الذاتية لاتفاق التحكيم في مجال التجارة الدولية، وما تفرزها هذه المسائل من إشكالات قانونية نظرية وعملية واستعراض الحلول المعتمدة لها.

الباب الأول

الفعالية الإجرائية لاتفاق التحكيم التجاري الدولي: مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"

يعتبر التحكيم عدالة مرنة لكونه يرتكز على إرادة أطرافه، وهو ما يسمح لهؤلاء بتحقيق عدالة حسب تطلعاتهم وتستجيب لمقتضيات التجارة الدولية، غير أنّه إذا كان ارتكاز التحكيم على إرادة الأطراف له فائدة من هذه الجهة، فإنّه في المقابل يمكن لهذه الإرادة أن تكون مصدراً لعدم فعالية هذا النظام، إذا كان أحد هؤلاء الأطراف لا يرغب في سير إجراءات التحكيم بصفة عادية، وبالتالي فضعف التحكيم يكمن في أنّ جلّ القواعد التي تحكم إجراءاته يمكن أن تكون محلاً للتأويل من قبل الخصوم، ويمكن أن تستعمل من قبل الطرف سيئ النية للتعسف بغرض تجنب صدور الحكم، أو على الأقل تعطيله بشتى الوسائل إذا رأى أنّه سوف لن يكون في مصلحته.

تلجأ الأطراف التي لا ترغب في السير العادي لإجراءات التحكيم- وفقا لما سبق- إلى استهداف الفعالية الإجرائية لاتفاق التحكيم، وذلك عن طريق إنكار اختصاص محكمة التحكيم أو على الأقل التشكيك فيه، وبالتالي منع وضع اتفاق التحكيم موضع التنفيذ، ومنه إرجاع الفصل في النزاع إلى ولاية القضاء الذي اتفق الأطراف على استبعاده، بما يحمله ذلك من طول الإجراءات وتعقيداتها.

فبما أنّ محكمة التحكيم تستمد اختصاصها من اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم، فإنّ مجرّد الدفع بعدم صحة هذا الاتفاق مثلاً، يهدم أساس اختصاص هذه المحكمة، لأنّه إذا غاب هذا الاتفاق، فلا مجال للحديث عن اختصاص محكمة التحكيم بالنظر في النزاع الموضوعي، الذي يدخل لا محال في ولاية واختصاص القضاء الوطني.

تطرح حالة دفع أحد الأطراف بعدم اختصاص محكمة التحكيم التساؤل حول الجهة التي تحدّد مدى اختصاص هذه الأخيرة في نظر النزاع الموضوعي، وهل يمكن لمحكمة التحكيم أن تفصل في هذه المسألة؟ وإذا كان بإمكانها ذلك، ما هي الإجراءات التي يجب عليها أن تتبعها في ذلك؟ وهل بالعكس من ذلك يعود الفصل في اختصاص محكمة التحكيم للقاضي؟ أم أنّ الجهتين مختصتين في الوقت نفسه ؟

لقد عملت جلّ الأنظمة القانونية، في سبيل الإجابة على هذه الأسئلة ومواجهة الإجراءات المعطّلة للتحكيم والسالفة الذكر، على منح محكمة التحكيم سلطة البت في مسألة اختصاصها مباشرة، وكرّست ما يطلق عليه مبدأ "الاختصاص- بالاختصاص" **(الفصل الأول)**.

غير أنّ انتشار تكريس هذا المبدأ في مختلف الأنظمة القانونية، صاحبه اختلاف كبير في ما يتعلق بالآثار التي يحدثها في كل منها، فإذا كان الأثر المتعلق بمنح محكمة التحكيم سلطة الفصل في اختصاصها، عندما يثار الدفع بعدم الاختصاص أمامها معترف به عالمياً تقريباً، فإنّ أثره المتعلق بمنع القضاء الوطني من النظر في نفس المسألة، عندما تثار أمامه قبل الفصل فيها من قبل محكمة التحكيم، يبقى إلى اليوم خصوصية يتميز بها النظام القانوني الفرنسي، نظراً لما يطرحه من إشكالات قانونية ونظرية**(الفصل الثاني)**.

الفصل الأول
إعمال مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" أمام المحكم

جاء مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" في بداية إعماله في مجال التحكيم، من أجل معالجة المسألة التي أفرزتها الممارسة العملية، والمتعلقة بإثارة بعض الأطراف عدم اختصاص محكمة التحكيم بالفصل في النزاع أمام هذه الأخيرة، وذلك نظراً لاستعمال هذا الدفع بغرض عرقلة وضع اتفاق التحكيم موضع التنفيذ أو عرقلة إجراءات التحكيم، كما سبقت الإشارة إليه.

تتمثل الغاية الأولى لهذا المبدأ، والتي تصورها من فكّر في معالجة هذه المسألة، في تمكين محكمة التحكيم من سلطة الفصل في اختصاصها، وذلك تفادياً لإرجائها الفصل في النزاع إلى غاية حسم مسألة اختصاصها من طرف المحكمة القضائية المختصة، وذلك لما ينجر عن هذا الإرجاء من آثار وخيمة على التحكيم، والذي اختاره الأطراف بالدرجة الأولى، لما يتميّز به من سرعة الفصل في النزاعات وفقا لما تقتضيه المعاملات التجارية الدولية.

لكن رغم أهمية الغاية التي يصبو إلى تحقيقها، فإنّه لقي انتقادات شديدة من المعارضين لتكريسه، تتعلق أساساً بانعدام الأساس القانوني الذي يؤسّسه، ذلك لأنّ مجرّد التشكيك في صحة اتفاق التحكيم، يؤدي إلى التشكيك في اكتساب المحكم للصفة التي تسمح له باتخاذ حكم ملزم للأطراف، سواءً في اختصاصه أو في موضوع النزاع، وهذا راجع للمصدر الاتفاقي لسلطاته القضائية(**المبحث الأول**).

رغم انتشار الأخذ بمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"، بسبب ما يحقّقه من فوائد عملية تساعد على تحقيق فعالية نظام التحكيم، يبقى مفهومه غير واضح، على الأقل في بعض جوانبه المتعددة، ويكمن اللبس الذي يكتنفه من جهة، في اختلاف مضمونه مع المفهوم الألماني الذي استلهم منه. من جهة أخرى، وحتى في جوانبه الأخرى، يبقى اللبس سيد الموقف على اعتبار أنّه لا يوجد إجماع حول كيفية إعماله ولا حول وقت إعماله، ويصعب استنتاج نظرية عامة له من خلال دراسة القانون المقارن، كما أنّه يفرز إشكالات جديدة لا تستوعبها المبادئ القانونية التقليدية، ونذكر منها على وجه الخصوص الإشكالات التي يطرحها حكم محكمة التحكيم بعدم اختصاصها(**المبحث الثاني**).

المبحث الأول
فكرة "الاختصاص- بالاختصاص"

يقتضي فهم وتحديد مضمون مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"، التطرّق لكل التطورات التي عرفها منذ نشأته إلى أن وصل إلى ما هو عليه الآن، خاصة إذا علمنا أنّ المصطلح المستخدم للتعبير عنه في مجال التحكيم ظهر لأول مرة في مجال آخر، وأنّ مفهومه الحالي يختلف تماماً عن مفهومه الأصلي.

إنّ ما يزيد من صعوبة تحديد مضمون هذا المبدأ في مفهومه الحديث، هو الاختلاف الكبير في درجات تجسيده في مختلف الأنظمة القانونية، وحول الآثار القانونية التي يحدثها، يضاف إلى ذلك الاختلاف الكبير في الفقه حول مسألة الأساس النظري الذي يتأسس عليه.

أمام صعوبة الإجابة على المسائل النظرية التي يطرحها هذا المبدأ، اعتمد مؤيدوه من الفقه والقضاء على تسليط الضوء على الفوائد العملية التي يُحققها، والتي تقتضي تجاوز تلك الإشكالات النظرية، وذلك بالاعتماد على نظرية فعالية التحكيم التي تعتمد على المقاربة البرغماتية.

فبعد التطرق للتحولات التي عرفها هذا المبدأ(المطلب الأول) ومكانته في الأنظمة القانونية المقارنة (المطلب الثاني)، يقتضي الأمر البحث في أساسه النظري(المطلب الثالث).

المطلب الأول
التحولات التي عرفها مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"

تعود البذور الأولى لظهور مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"، كمبدأ من مبادئ التحكيم، إلى بداية القرن التاسع عشر، عندما أثيرت مسألة اختصاص محكمة التحكيم بتحديد اختصاصها، بمناسبة بعض القضايا التي تخص منازعات العلاقات الدولية العامة، قبل أن يتطور مفهومه في مجال التحكيم التجاري الدولي(**الفرع الثاني**)، وتكرّسه صراحة القوانين الحديثة رغم اختلافها في تحديد محتواه ونطاق تطبيقه، غير أنّ مصطلح "الاختصاص-

بالاختصاص" بحد ذاته، أُخذ من الفقه الألماني الذي استعمله في مجال القانون العام والعلوم السياسية(**الفرع الأول**).

الفرع الأول
نشأة مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"

رغم الرواج الذي اكتسبه المصطلح المستخدم للتعبير على هذا المبدأ في مجال التحكيم بصفة عامة، وفي مجال التحكيم في منازعات التجارة الدولية بصفة خاصة[10](**ثانيا**)، إلا أنّ أصله ظهر بعيداً عن هذا المجال وبدأ استعماله في فروع قانونية أخرى(**أولا**).

أولا: أصل المصطلح خارج مجال التحكيم

يعتبر مصطلح "الاختصاص-بالاختصاص" ترجمة للمصطلح الفرنسي "Compétence-compétence"، الذي يعتبر بدوره ترجمة للمصطلح الألماني "kompetenz-kompetenz"[11]، فإذا ما سلمنا بما وصلت إليه بعض البحوث، فإنّ أصل مصطلح "الاختصاص-بالاختصاص" ظهر لأول مرة في القانون الدستوري والعلوم السياسية، حيث استعمل من قبل بعض الفقهاء الألمان في تحديد المقصود من فكرة سيادة الدولة، وذلك بصدد النقاش الذي دار حول الدولة الفدرالية الألمانية في القرن التاسع عشر، قبل أن يعود للواجهة مؤخرًا بمناسبة النقاش الذي صاحب بناءً الاتحاد الأوربي حول تحديد طبيعته القانونية[12].

---

[10]- لم تتردد محكمة النقض الفرنسية في تكييفه على أنّه مبدأ من مبادئ التحكيم وتطبقه دون الإشارة إلى أي نص قانوني داخليا كان أم اتفاقياً (رغم النص عليه في المادة 1466 من قانون الإجراءات المدنية). لقد حاول الأستاذ "FOUCHARD" تفسير ذلك بالقول أنّ رجوع محكمة النقض إلى المبدأ يسمح لها بتجنب مسألة ازدواجية التنظيم القانوني للتحكيم في القانون الفرنسي(تحكيم داخلي وتحكيم دولي)، وبالتالي تقديمه في صورة مبسطة وموحدة ويمكن الاطلاع عليها بسهولة من طرف الممارسين والمتتبعين الأجانب. انظر:

Philippe FOUCHARD, Note sous Cass. Civ., 1re ch. 1décembre 1999, Société Métu Système France et autres c/ société Sulzer Infra; cass. Civ. 1re ch, société Exportles c/ société Rubois, *Rev. Arb.*, n°1/2000, p.99.

[11]- أنظر:

Caixia YANG, *La validité de la convention d'arbitrage dans le commerce international (étude comparative)*, thèse de Doctorat en droit, université Panthéon-Assas (Paris II), 2008, p.250 .

[12]- حيث يرى هؤلاء أنّ من له السيادة هو من يتمتع بالاختصاص بالاختصاص، أي من له السيادة هي السلطة التي تستطيع أن تحدد بكل حرية نطاق اختصاصها الخاص، أي من يملك الاختصاص المطلق. =

على صعيد آخر، انتشر استعمـال مصطلح "Kompetenz-kompetenz " في ألمانيا دائما، وذلك في مجال الإجراءات المدنية للدلالة على سلطة الجهات القضائية الألمانية بالنظر في اختصاصها، وأنّ السلطات الأخرى التشريعية والتنفيذية لا يمكن لها أن تتدخل في تحديد هذا الاختصاص، وهو ما يحقق استقلالية السلطة القضائية[13].

ثانيا: دخول المصطلح إلى مجال التحكيم

رغم اختلاف مضمون مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" في التحكيم عن المضمون الذي عرفه في القانون والفقه الألمانيين، سواء بمفهومه الدستوري السياسي أو بمفهومه الإجرائي، إلا أنّ الفقه[14] يتفق على كونه مستلهم منه، فهو صورة مخففة للمفهوم الإجرائي الألماني ومبني على فلسفته، رغم تفضيل استبعاد المصطلح الألماني والاعتماد على المصطلح الفرنسي تحت تأثير الفقه السويسري، الذي عاين ونبه إلى الفرق بينهما من حيث المضمون[15].

يكمن الاختلاف الموجود بينهما، في أنّ مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" في مجال التحكيم المتعارف عليه إلى غاية اليوم، لم يصل إلى حد الاختصاص المطلق كما هو الشأن بالنسبة للمبدأ الإجرائي الألماني، فإن كان المحكم له سلطة الفصل في اختصاصه، فإنّه لا يوجد

= للإشارة، لم تحسم مسألة من هو الفقيه الذي استعمله لأول مرة، حيث أنّ الفقيه "Georg Jellinek"يقول بأنّه صاحب هذا المصطلح والفقيه"Hermann Böhlou " يقول من جهته أنّه أول من استعمله.

لتفاصيل أكثر حول هذا الموضوع راجع:

Magali BOUCARON-NARDETTO, *Le principe compétence- compétence en droit de l'arbitrage*, PUAM, AIX-EN-PROVENCE, 2013, p.22 et 23.

[13]- Magali BOUCARON-NARDETTO, op. cit., p.23

[14]- انظر: **أنور علي أحمد الطشي**، مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة،2009،ص 42.

Antonias DIMOLITSA, « Autonomie et « Kompetenz-kompetenz » », *Rev. Arb.*, n°2/1998, p.321 ; Magali BOUCARON-NARDETTO, op. cit., p.22 et 23 ; Julie CLAVEL, *Le déni de justice économique dans l'arbitrage international : l'effet négatif du principe de compétence- compétence*, Thèse de doctorat en droit, université Paris II –Panthéon- Assas, 2011, p.115 ;Mostefa TRARI TANI, *Droit algérien de l'arbitrage commercial international*, Berti Editions, Alger, 2007, p105 ; Nour-Eddine TERKI, *L'arbitrage commercial international en Algérie*, OPU, Alger, 1999, p.58 ; Emmanuel GAILLARD, « Arbitrage commercial international, convention d'arbitrage, effets, Droit commun et droit conventionnel », *J. Cl. Droit international*, Fasc.586-5, n°29.

[15]- لقد أشار إلى ذلك:

Emmanuel GAILLARD, « Arbitrage commercial international, convention d'arbitrage, effets, Droit commun et droit conventionnel » op. cit., n°29.

نظام قانوني - حسب معلومات الباحث- يستبعد تماما الرقابة القضائية على الحكم التحكيمي المتعلق بالاختصاص.

على عكس ما يراه البعض[16]، فإنّ القانون الألماني للتحكيم لم يكن يعترف، قبل سنة 1997، بمبدأ "الاختصاص- بالاختصاص" لا بمفهومه الألماني ولا بمفهومه الفرنسي ثم الدولي[17]، وأنّ تكريسه في القانون الجديد اكتفى بالاعتراف بأثره الإيجابي فقط، حيث سمح للقاضي بالنظر في مسألة وجود وصحة اتفاق التحكيم، حتى في إطار دعوى أصلية قبل اتصال محكمة التحكيم بالنزاع، أما إذا كانت دعوى التحكيم معلقة، فإنّ القاضي يقضي بإحالة الأطراف على التحكيم، إلا إذا تبيّن له أنّ اتفاق التحكيم باطل أو غير فعال أو غير قابل للتطبيق، وذلك إعمالاً للمادة 1032 من قانون الإجراءات المدنية الألماني[18].

لقد ارتبطت نشأة مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" بمجموعة من السوابق القضائية الدولية، قبل أن تنص عليه بعض الاتفاقيات الدولية في إطار التحكيم الدولي العام، ثم تطور وازدهر ليصل إلى ما هو عليه في العصر الحالي في مجال التحكيم التجاري الدولي.

من بين السوابق التي أشار إليها الفقه[19]، تلك المتعلقة بالنزاع الذي ثار بين الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا العظمى حول مصادرة السلطات البريطانية لمركب أحد الرعايا الأمريكيين، والذي طرح على لجنة قضائية أسست وفقا لمعاهدة أبرمت بين الجانبين بتاريخ

---

[16]- **أنور علي أحمد الطشي**، مرجع سابق، 2009، ص 42؛ **أحمد صالح علي مخلوف**، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سبتمبر 2000، ص 153.

[17]- في هذا المعنى:

Emmanuel GAILLARD, « L'effet négatif de la compétence-compétence », op. cit., p.389

[18]- جاءت هذه المادة في صياغتها المترجمة إلى اللغة الفرنسية كما يلي :

"(1) Le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si le défendeur le demande au plus tard lorsqu'il soumet ses premières conclusions sur le fond du différend, à moins que le tribunal ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.
(2) Avant la constitution du tribunal arbitral, le tribunal peut être saisi d'une action afin de voir constater l'admissibilité ou l'inadmissibilité du règlement du litige par voie d'arbitrage.
(3) Lorsque le tribunal est saisi d'une action visée à l'alinéa 1 ou 2, la procédure arbitrale peut néanmoins être engagée ou poursuivie et une sentence peut être rendue."

هذا النص منشور على الموقع الالكتروني:

http://www.dis-arb.de/en/51/materials/loi-allemande-sur-l'arbitrage-98-id4

[19]- انظر في هذه السوابق: **أنور علي أحمد الطشي**، مرجع سابق، ص 45.

1794/11/19، وانتهى إلى صدور حكم بأغلبية الأصوات لصالح الولايات المتحدة الأمريكية في 1804/02/24، رغم إنكار الحكومة البريطانية سلطة اللجنة في البت في اختصاصها الخاص. وقد أكد أغلبية أعضاء هذه اللجنة حقها في البت في اختصاصها، على أساس أنّه إذا كان من حق هذه الأغلبية إعلان عدم اختصاصها، فإنّه من حقها الطبيعي والمنطقي أن تملك الحق في إعلان اختصاصها.

إضافة إلى القضية السابقة، ارتبطت نشأة مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" أيضا مع ما صرّح به وزير الخارجية الأمريكية، عندما طلب منه إبداء رأيه في تحديد اختصاص اللجنة المكونة من مندوبين من الولايات المتحدة الأمريكية والمكسيك، وفقا للمعاهدة المبرمة بين الدولتين في1839/04/11 لفحص شكاوى رعايا الولايات المتحدة الأمريكية لما أصابهم من أضرار في المكسيك، حيث قال بأنّ اللجنة وحدها هي التي تملك تحديد اختصاصها الخاص، وأنّ اللجنة كأية هيئة قضائية أخرى تملك حق تحديد طبيعة ومدى اختصاصها الخاص، بل واجب عليها أن تحدده من تلقاء نفسها.

تعود السابقة الثالثة إلى قضية الألباما بين الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا، والتي عرضت على محكمة تحكيم مشكلة وفقا لاتفاق التحكيم المبرم بين الطرفين في واشنطن بتاريخ 1971/5/8. من بين ما أثير أمام محكمة التحكيم في هذه القضية، هو طلب الولايات المتحدة الأمريكية الرامي إلى الحصول على تعويض عن الأضرار غير المباشرة، والتي سببتها سفينة الألباما، والذي واجهته بريطانيا بالتمسك بعدم شمول الدعوى على هذا الطلب، ذلك لأنّ الولايات المتحدة الأمريكية سبق وأن تنازلت عن المطالبة بتعويض الأضرار غير المباشرة.

لقد توصلت محكمة التحكيم الفاصلة في هذه القضية، إلى أنّها غير مختصة بتقدير الأضرار غير المباشرة بناءً على أنّ القانون الدولي لا يقبل بها، وهو ما يعني بما لا يدع مجالا للشك، أن تحكم باختصاصها في الأضرار المباشرة، وهذا يعتبر تأكيداً وتقريراً لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" في هذه القضية[20].

[20]- **أنور علي أحمد الطشي**، مرجع سابق، ص47.

الفرع الثاني
تطور مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" في مجال التحكيم

عرف مبدأ "الاختصاص- بالاختصاص" في بعض الأنظمة القانونية تطورًا كبيراً في مضمونه، فقد تحول من مجرد الاعتراف لمحكمة التحكيم بالاختصاص، بالنظر في اختصاصها قياساً على اختصاص المحكمة القضائية بالنظر في اختصاصها، ليصبح آلية حقيقية لتسوية تنازع الاختصاص بين قضاء الدولة وقضاء التحكم في تحديد اختصاصهم[21].

انطلاق مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" من الفكرة التي مفادها أنّ المهمة القضائية الموكلة إلى المحكم، تؤدي إلى الاعتراف له بالاختصاص الأساسي لأية جهة قضائية، وهو الاختصاص بالفصل في مسألة الاختصاص[22]، ليصل إلى حد حصر هذا الاختصاص في جهة محكمة التحكيم، واستبعاد القضاء الوطني من نظر هذه المسألة، وإعطائه فقط سلطة الرقابة البعدية في إطار الطعن بالبطلان، أو بمناسبة النظر في تنفيذ حكم التحكيم.

فمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" هو إسقاط للمبدأ الإجرائي العام، الذي مفاده أنّ القاضي هو صاحب الاختصاص بالفصل في اختصاصه على التحكيم في شكل مخفف[23]، ويعني أن يكون للمحكم – محكمة التحكيم- سلطة الفصل في ما إذا كان مختصا بالفصل في النزاع أم لا، وتحديد نطاق اختصاصه من حيث الأشخاص والموضوع. في مقابل ذلك يمتنع القاضي عن قبول أي دفع أو النظر في المنازعة، حتى ينتهي المحكمون من الفصل في مسألة اختصاصهم، سواء كان الدفع بعدم الاختصاص مبنياً على عدم وجود العقد الأصلي أو بطلانه أو عدم وجود

---

[21]- انظر: Magali BOUCARON-NARDETTO, op. cit., p.20

[22]- إذ يرى البعض أنّ:

« La mission juridictionnelle dont sont investis les arbitres conduit à leur reconnaître cet attribut essentiel à toute juridiction qu'est l'appréciation de la compétence ».

Voir : Jean-Michel JACQUET, Philippe BELEBECQUE, Sabine CORNELOUP, *Droit du commerce international,* Dalloz, Paris, 3ème éd., 2015, p. 838.

[23]- في هذا الرأي:

Antonias DIMOLITSA, op. cit., p.320.

اتفاق التحكيم بحد ذاته أو بطلانه، أو كان موضوع النزاع لا يشمله هذا الاتفاق[24]، بهذا وتحول إلى قاعدة أصلية لحل تنازع الاختصاص في الموضوع بين القضاء العام والقضاء الخاص[25].

لم يكن هذا التطور الذي عرفه المبدأ بنفس الوتيرة في الأنظمة القانونية، مما أدى إلى اختلاف مضمونه ومفهومه من دولة إلى أخرى ومن نظام تحكيمي إلى آخر، أو حتى من اتفاقية دولية إلى أخرى، هذا الوضع جعل البعض يصفه بأنّه "موضوع قانوني غير محدد"" Un objet juridique non identifié" أو بالمبدأ "الحرباء" « Principe *caméléon* »[26].

لقد استغلت معظم الدول حملة إعادة النظر في قوانينها المنظمة للتحكيم في العقود الأخيرة، من أجل تكريس هذا المبدأ استجابة لضرورة تشجيع التحكيم كوسيلة لفض النزاعات خاصة في مجال التجارة الدولية، وقد استلهمت ذلك، وبنسب متفاوتة، من مبادرة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي التي أعدت قانونها النموذجي في سنة 1985.

سمح التوجه الليبرالي للنظام القانوني الفرنسي في مجال التحكيم، بتشكيل أرضية خصبة لتطور مفهوم مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" ومضمونه، ليصل في رحابه إلى المفهوم المطلق، والذي تم تكريسه صراحة في قانون الإجراءات المدنية في صيغته المعدلة في 13جانفي 2011. ولعّل هذا التطور يدخل في نطاق التطور العام الذي عرفه نظام التحكيم،خاصة في مجال التجارة الدولية، نتيجة للسياسة التشجيعية التي انتهجتها فرنسا في هذا المجال، والتي شرعت فيها محكمة النقض منذ بداية ستينيان القرن الماضي[27]، وذلك تحت تأثير أسماء معروفة في الفقه الفرنسي[28].

---

[24]- **سامي محسن حسين السرى**، بعض الجوانب في القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي "دراسة مقارنة"، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 2004، ص265.

[25]- سيتم التفصيل في هذا العنصر لاحقا في الصفحة 92 وما بعدها من هذه الأطروحة.

[26]- في هذا الوصف:

Magali BOUCARON-NARDETTO, op. cit., p. 20.

[27]- ونذكر بالخصوص القرار الصادر بتاريخ 7 ماي 1963 والذي كرّس في صيغة تشريعية مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم.

[28]- من بينهم نذكر خاصة الأساتذة « FOUCHARD »و « GAILLARD » و « GOLDMAN »، راجع في مظاهر هذا التأثير:

Dominique HASCHER, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence française en matière d'arbitrage », *Rev. Arb.*, n°2/2005, pp. 391-419

للتذكير، كان النظام القانوني الفرنسي قبل ذلك، من أشدّ المعارضين لفكرة تخويل محكمة التحكيم سلطة الفصل في اختصاصها، حيث كان المحكم ملزما بإرجاء الفصل في الموضوع إلى غاية الفصل في مسألة اختصاصه من طرف القاضي الوطني، في حالة الطعن في صحة الاتفاق الذي يخول له سلطة الفصل في النزاع، هذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 6 أكتوبر 1953[29]، حيث يعكس هذا القرار المكانة التي كان يحظى بها التحكيم في فرنسا في تلك الحقبة، إذ كان يُنظر إليه كاستثناء عن الولاية العامة التي يتمتع بها القضاء. أي أنّه طريق استثنائي لحل النزاعات ويطرح في بعض الأحيان مسألة مدى الاعتراف به أصلا[30].

بعد انتهاج سياسة الانفتاح على التحكيم وتشجيعه في فرنسا، عملت محكمة النقض الفرنسية على إرساء مجموعة من القواعد والمبادئ ذات النزعة الليبرالية، التي تطبّق على التحكيم التجاري الدولي، حيث تهدف من ورائها إلى توسيع نطاق الإرادة في نظام التحكيم وتدعيم استقلاليته، سواء من حيث الاتفاق عليه أو من حيث إجراءاته أو من حيث القانون الواجب التطبيق عليه، هذا من جهة. ومن جهة أخرى،ضمان الفعالية القصوى له، هذا ما يفسّر أنّ معظم هذه القواعد والمبادئ لها نشأة قضائية قبل أن تجد سبيلها نحو التقنين، كما هو الوضع بالنسبة لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص".

فقبل أن يقنّن هذا المبدأ في جانبه الإيجابي في المادة 1466 من قانون الإجراءات المدنية بموجب التعديل الذي أدخل عليه في سنة 1980، كان القضاء الفرنسي قد قرّره، ويرجع أول تطبيق لهذا المبدأ في مفهومه التقليدي الذي جاء لحل مسألة اختصاص المحكم أمام هذا الأخير، إلى القرار الصادر عن محكمة استئناف «Colmar» بتاريخ 29 نوفمبر 1968 في قضية «Impex»، حيث توصلت في قضائها إلى أنّ "**المبدأ هو أنّ القاضي الذي ترفع إليه الدعوى مختص بالفصل في الاختصاص الخاص به، وهو ما يستتبع بالضرورة أنّه عندما يكون هذا القاضي محكم تُستمد سلطاته من اتفاق الأطراف لفحص وجود وصحة هذا الاتفاق**"[31]. هذا

---

[29]- وقد صاغت ذلك في العبارات التالية:

« [L]e litige mettant en cause la validité de la clause compromissoire devait être soumis aux juridictions de droit commun, seules compétentes pour en connaître »

Cass. Com., 6oct 1953, cité par : Caixia YANG, op. cit., p.252.

[30]- راجع: **أنور علي أحمد الطشي**، مرجع سابق، ص224 و225

[31]- وقد جاء التعبير الأصلي كما يلي: =

القرار أيدته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 18 ماي 1971، ومنذ ذلك التاريخ أصبح يطبّق بانتظام.

ونظراً لكون مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" يتحدى المنطق القانوني، لجأ القضاء الفرنسي إلى استعمال عدة وسائل لمساعدته حتى يصل إلى ما هو عليه من انتشار واعتراف به، فقد عمل القضاء الفرنسي على تقريره ولفترة طويلة تحت غطاء مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، ليستفيد من القوة التي كان هذا الأخير يتمتع بها قبل أن يستقل عنه وتُوضّح الاختلافات التي تُفرّق بينهما، كما استفاد مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" من قوة العبارة المستمدة من القانون الألماني والمتمثلة في "kompetenz-kompetenz" رغم الاختلاف الكبير الذي يوجد بينهما[32].

في سنة 1980، أُدخلت تعديلات جوهرية على قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في شقه المنظم للتحكيم الداخلي وأصبحت المادة 1466 تنص على أنّه:

« Si, devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe ou son étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture ».

يتضح من خلال نص هذه المادة، أنّه إذا نازع أحد الأطراف أمام المحكم في أساس أو في نطاق سلطته القضائية، فإنّ لهذا المحكم سلطة الفصل في صحة وحدود ولايته، إلا أنّ ما جاء في هذا النص، يقتصر على معالجة الحالة التي يكون فيها النزاع حول اختصاص المحكم أمام هذا الأخير فقط، دون الحالة التي تطرح نفس المسألة أمام القاضي، أي أنّه لا يمكن أن نستنتج منه الجانب السلبي لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"[33].

=« *Et de principe que le juge saisi est compétent pour statuer sur sa propre compétence, ce qui implique nécessairement, lorsque le juge est un arbitre dont les pouvoirs tirent leur origine d'une convention des parties, la vérification de l'existence et de la validité de cette convention* »
Voir : CA Colmar, 29 novembre 1968, Sté Impex c/sté P.A.Z…, *Rev. arb.*, 1968, p.149

[32]- وهذا باعتراف أشد المدافعين عن هذا المبدأ، راجع خاصة :
Emmanuel GAILLARD, « L'effet négatif de la compétence-compétence », op. cit., p.388 et 389.

[33]- استعمل تعبير الأثر السلبي لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"من طرف الفقيه الفرنسي الأستاذ " Emmanuel GAILLARD" في سنة 1994 قبل أن ينتشر استعماله في الفقه وفي الاجتهاد القضائي في بعض الدول.
Voir : Emmanuel GAILLARD, « La jurisprudence de la cour de cassation en matière d'arbitrage international », Rev. arb., n°4/2007, p. 697.

يرى البعض[34]، أن الأثر السلبي لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"، كرّسه القانون الفرنسي حتى قبل التعديل الذي طال أحكام قانون الإجراءات المدنية المتعلقة بالتحكيم سنتي 1980و1981، مستدلا على سبيل المثال بما قضت به محكمة استئناف باريس بتاريخ 9 مارس 1972 في إطار التحكيم الداخلي، والتي أيدت الحكم الصادر عن المحكمة التجارية لباريس الذي قضى بعدم اختصاصه بتاريخ 19 نوفمبر 1971، رافضا الطلب الذي تقدم به أحد الأطراف، والذي يرمي إلى الفصل في قضية تتعلق بتوريد مواد بترولية يوجد بشأنه شرط تحكيم، بداعي أنّ هذا الشرط أصبح باطلاً، حيث صاغت المبدأ في عبارات واضحة، فقد جاء في قرارها أنّه "**كأية جهة قضائية، فإنّ المحكمون هم قضاة اختصاصهم ولهم أن يفصلوا في وجود أو صحة شرط التحكيم الذي يعينهم...**"

إنّ استنتاج الأثر السلبي لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" من هذا القرار مبالغ فيه، لأنّ الاعتراف بسلطة المحكمين في الفصل في اختصاصهم، وفي وجود وصحة شرط التحكيم، لا يعني بالضرورة استبعاد اختصاص المحكمة القضائية للنظر في نفس المسألة، ذلك لأنّ إثارة مسألة اختصاص المحكم هو إثارة لمسألة اختصاص القاضي أيضا، وأنّ عدم اختصاص القاضي يتوقف على اختصاص المحكم، أي على وجود اتفاق التحكيم وصحته، وبالتالي إذا أثيرت مسألة عدم اختصاص القاضي بسبب وجود اتفاق التحكيم، فلهذا الأخير سلطة الفصل في اختصاصه إعمالا للمبدأ الذي اعتمدت عليه محكمة استئناف باريس لتقرير اختصاص المحكم.

يظهر جلياً في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، بعد التعديل الذي أدخل عليه في سنة 2013، تكريس الأثر السلبي لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" إلى جانب أثره الإيجابي، فقد نص هذا القانون على أنّ محكمة التحكيم هي وحدها المختصة بالفصل في الاعتراضات المتعلقة بسلطاتها القضائية[35]، و أنّه عندما يرفع نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أمام محكمة الدولة،

---

[34]- راجع: Emmanuel GAILLARD, « L'effet négatif de la compétence-compétence »,op. cit., p.392

[35]- تنص المادة 1465 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الساري المفعول على أن:

« Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel ».

فإنّه على هذه الأخيرة أن تعلن عدم اختصاصها، إلا إذا لم تكن محكمة التحكيم قد أخطرت بعد، وإذا كان اتفاق التحكيم باطل بطلانا ظاهرا أو غير قابل للتطبيق بصفة ظاهرة[36].

يتّضح من خلال نشأة مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" والتحولات التي عرفها إلى أن وصل إلى ما هو عليه اليوم، خاصة في القانون الفرنسي، أنّ هذا المبدأ نشأ وتطور مضمونه استجابة لدوافع ومبررات عملية، أملتها ضرورة تحصين المعاملات التجارية الدولية وحماية المتعاملين فيها من سوء نية بعض الأطراف، التي تحاول بشتى الوسائل التحلل من التزاماتها التعاقدية الموضوعية منها والتحكيمية.

الفرع الثالث
مبرّرات تبنّي مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"

فرض مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"نفسه نتيجة للتطور الذي عرفه الاجتهاد القضائي خاصة في فرنسا، لكونه جاء لتدعيم العدالة التحكيمية، لذلك يعتبر البعض أنّ تكريسه يعدّ مؤشراً حقيقياً يقاس عليه نضج قانون التحكيم في دولة معينة[37]، كونه يعكس مدى استعداد النظام القانوني في هذه الدولة للتنازل عن الرقابة على اختصاص المحكم، ولو مؤقتا، إلى حين صدور حكم التحكيم وفقا للمفهوم الذي أخذه هذا المبدأ في بعض الدول التي تطبقه تطبيقا شبه مطلق[38].

اعتمد الاتجاه المدافع عن مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"، في تأكيده على ضرورة تبنّيه في القوانين المنظمة للتحكيم، وعلى اعتباره مبدأ من المبادئ التي يقوم عليها التحكيم الحديث، على

---

[36] إذ جاءت المادة 1448 من هذا القانون كما يلي :

Art 1448 : « Lorsqu' un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celui-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle au manifestement inapplicable.
La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence.
[…] ».

[37]- انظر في هذا الرأي:

Emmanuel GAILLARD, « La jurisprudence de la cour de cassation en matière d'arbitrage international », op. cit., p.709.

[38]- في نفس المعنى:

Julie CLAVEL, op. cit., p. 115

مجموعة من المبررات العملية منها ما يتعلق بتحصين المعاملات التجارية الدولية(**أولا**) ومنها ما يتعلق بضمان الفعالية للتحكيم التجاري الدولي (**ثانيا**).

أولا: تحصين المعاملات التجارية الدولية من الغش والتحايل:

يكتسي تبني مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" –حسب المدافعين عنه- أهمية بالغة، كونه يساعد على سدّ طريق الغش والتحايل، ويساهم في محاربة سوء النية التي استفحلت في المعاملات التجارية الدولية[39]، وذلك من خلال ضمان فعالية التحكيم ومنه تجنب سوء النية في المعاملات التجارية الدولية[40]، وهو ما يساعد على تحقيق العدالة التي ينتظرها الأطراف من اللجوء إلى التحكيم، وهي "عدالة على المقاس"[41].

يعيد نفي سلطة المحكم في البت في مسألة اختصاصه الأطراف للتقاضي أمام القاضي الذي أرادوا استبعاده من خلال الاتفاق على التحكيم، والعودة إلى القاضي الوطني يعني الدخول من جديد في خصومة قضائية طويلة ومعقدة لا تتماشى مع ما تفرضه مقتضيات التجارة الدولية، خاصة في مجال تحديد المحكمة القضائية المختصة والقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم وعلى موضوع النزاع[42].

---

[39]- هذا الوضع جعل البعض يتحدث عن تردي الأخلاق في إطار التجارة الدولية:

Le principe de compétence- compétence « constitue l'une des règles matérielles les plus en vogue actuellement dans l'arbitrage international. Cela est dû là aussi à cette « dégradation des mœurs », tout décriée en ce qui concerne la constitution du tribunal arbitral et qui, généralement, ne cesse pas avec l'intervention d'une autorité pour aider à ladite constitution ».

Voir : Mostefa TRARI TANI, op. cit., p.105.

[40]- حيث يرى البعض أنّ التحكيم وسيلة لضمان الفعالية والأخلاق في حل النزاعات:

« [l]'arbitrage comme instrument de garantie de l'efficacité et de l'éthique des solutions pour dissoudre le conflit, engendrer la coopération, entretenir ou restaurer l'harmonie ».

Voir : Arnold WALD, « L'arbitrage : entre efficacité et éthique », *in Etudes offertes au professeur Philippe MALNIVAUD*, LITEC, Paris, 2007, p.719.

[41]- يرى البعض أنّه:

« Un des intérêts traditionnellement vantés de l'arbitrage est de permettre aux parties de faire prévaloir le sur-mesure sur le prêt à porter ».

Voir : Olivier CAPRASSE, « Le nouveau droit belge de l'arbitrage », Rev. arb., n° 4/2013, p.958.

[42]- راجع على سبيل المثال:

Emmanuel GAILLARD, « Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international », *Rev. Arb.*, n°4/1990, p.759.

= José Carlos FERNADEZ ROZAS, « Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international », in *recueil de cours de l'académie de la Haye*, Vol 290 (2001), martinus Nijhoff Publishers, 2001, p.98.

يرى مؤيدو هذا المبدأ، أنّ إعمال هذا الأخير من شأنه أن يضمن إحداث اتفاق التحكيم لآثاره، بغض النظر عن الإجراءات المعطِّلة والتسويفية التي يلجأ إليها أحد الأطراف، خاصة و أنّ الطرف الذي يدفع بعدم اختصاص محكمة التحكيم، أو يرفع الدعوى أمام القاضي، يتحرك غالباً بسوء النية ويحاول بكل الطرق كسب الوقت لا غير[43].

ثانيا: ضمان أكبر قدر من الفعالية للتحكيم التجاري الدولي:

من بين الأهداف التي يصبو مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" إلى تحقيقها، منح أقصى فعالية إلى التحكيم كوسيلة لفض النزاعات، حيث يسمح بإعطاء حرية كاملة للمحكم من أجل النظر في صلاحية محتوى ومدى اتفاق التحكيم التي على أساسها سيفصل في النزاع[44].

يتحقق ذلك بتركيز كل المنازعات أمام المحكم، وتفادي وقف إجراءات التحكيم وإرجاء الفصل إلى غاية صدور حكم قضائي عن الجهة القضائية المختصة، أو تجنب الإجراءات الموازية التي ترفع أمام القضاء[45]، وذلك بغرض التوصل إلى حل النزاع وإصدار حكم تحكيمي في أقصر مدة ممكنة[46]، فالقول بغير ذلك يعني إهدار الميزة الأساسية التي يتمتع بها التحكيم، وهي ميزة

---

[43]- راجع في هذه الفكرة على سبيل المثال: **أحمد عبد الكريم سلامة**، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة 2006، ص 300، **أنور علي أحمد الطشي**، مرجع سابق، ص51؛ **عمر نوري عبد الله عبابنه**، شرط التحكيم التجاري من حيث صحته واستقلاله(دراسة مقارنة بين القانون الأردني والاتفاقيات الدولية)، أطروحة الدكتوراه، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، 2006، ص 290. انظر أيضا:

Antonias DIMOLITSA, op. cit., p. 325 ; Laurence RAVILLON, op. cit., p.90 ; Magali BOUCARON-NARDETTO, op.cit., p.27.

[44]- في نفس المعنى: **عليوش قربوع كمال**، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص40.

[45]- لأنّ نقطة ضعف نظام التحكيم تكمن في كونه يرتكز على إرادة أطرافه ويكفي أن يكون أحد الأطراف سيئ النية لكي يفتح الباب أمامه لاستعمال مجموعة من المناورات والإجراءات التي ستؤدي إل إهدار فعالية اتفاق التحكيم. هذا جعل البعض يقول:

« Les manœuvres dilatoires sont la plaie de l'arbitrage ».

Voir : Jean Pierre ANCEL, « La cour de cassation et les principes fondateurs de l'arbitrage international », *in Le juge entre deux millénaires, Mélange Pierre Drai*, Dalloz, Paris, 2000, p. 166.

[46]- في نفس المعنى:

Thomas CLAY,« « Liberté, Egalité, Efficacité » : la devise du nouveau droit français de l'arbitrage. Commentaire article par article », (*Première partie*), *JDI*, n°2/2012, p.494.

سرعة الفصل في النزاعات واقتصاد الوقت والإجراءات، لأنّ ذلك يفتح باب التعطيل بمجرد التشكيك في اختصاص محكمة التحكيم[47].

تساهم سلطة المحكم بالفصل في اختصاصه في تحقيق العدالة، وتساعد على تجنّب تعطيل إجراءات التحكيم حتى صدور قرار بشأن الاختصاص، كما تخفّف من حجم القضايا المعروضة على القضاء[48]، كل هذه المبررات جعلت من مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" مبدأً عالميا، كرّسته جل التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ولوائح وأنظمة التحكيم السارية لدى مراكز التحكيم الدائمة كما سيتبيّن من خلال المطلب الموالي.

المطلب الثاني
القبول العالمي بالمبدأ في مفهومه الأصلي

حظي مبدأ"الاختصاص- بالاختصاص" في مفهومه الأصلي، الذي يخول محكمة التحكيم سلطة الفصل في اختصاصها إذا أثيرت أمامها، بقبول واسع في الأنظمة القانونية الدولية منها والداخلية، فقد نصت عليه عدة اتفاقيات دولية منظمة للتحكيم(**الفرع الأول**)، وكرّسته جل الأنظمة القانونية الوطنية الحديثة(**الفرع الثاني**) وتعمل به أهم مراكز التحكيم الدائمة(**الفرع الثالث**).

الفرع الأول
مكانة المبدأ في أهم الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم

اهتمت الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم بمسألة محاربة الإجراءات التي تعيق فعالية مؤسسة التحكيم، نظراً للمكانة التي يحتلها كوسيلة من وسائل فض النزاعات بصفة

---

[47]- إذ يرى الأستاذ "**عليوش قربوع**" أنّ:

« La rapidité et le secret qui sont les qualités de l'arbitrage perdent tout leur sens lorsque le juge étatique s'en mêle ».

Kamel ALLIOUCH-KERBOUA, « Le contrôle post-arbitral de la sentence internationale en droit algérien », *in Le juge et l'arbitre*, sous direc. Sami BOUSTANJI et autres, Editions A. PEDONE, Paris, 2014, p.285.

[48]- انظر في ذلك:

Mirèze PHILIPPE, « Les pouvoirs de l'arbitre et de la cour d'arbitrage de la CCI relatifs à leur compétence », *Rev. Arb.*, n°3/2006, p. 612.

عامة، والنزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية بصفة خاصة. وبما أنّ مبدأ"الاختصاص-بالاختصاص" جاء لسد الباب أمام جانب من الإجراءات التي تعرقل هذا النظام في بدايته، أي الإجراءات التي تهدف إلى التشكيك في اختصاص محكمة التحكيم، ومحاولة أحد الأطراف الرجوع إلى القضاء الذي استبعده باتفاقه مع خصمه. لقد خولت بعض هذه الاتفاقيات الدولية محكمة التحكيم سلطة الفصل في اختصاصها بموجب نصوص صريحة(**ثانيا**)، بينما لا نجد مثل هذه النصوص في اتفاقيات أخرى(**أولا**)، رغم اتفاق الفقه على أنّه لا يوجد فيها ما يمنع من الأخذ به.

أولا: عدم تكريس المبدأ في اتفاقية نيويورك لعام 1958

لم تتعرض اتفاقية نيويورك لسنة 1958م الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لمسألة اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه، ويرجع السبب في ذلك إلى أنّ الموضوع الرئيسي لها يتعلق بجانب من جوانب نظام التحكيم، وهو تنظيم شروط الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية[49]. رغم ذلك، فإنّ عدم نصها على هذا المبدأ لم يحل دون ظهوره وتكريسه في التشريعات الداخلية، شأنه في ذلك شأن الكثير من القواعد المادية الدولية المنظمة للتحكيم[50].

غير أنّه إذا كانت هذه الاتفاقية لا يوجد بها ما يحول دون إعمال مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" في جانبه الإيجابي، فإنّ نص الفقرة الثالثة من المادة الثانية (3/2) منها لا يشجع – كما لاحظه الفقه وبحق- على إعمال هذا المبدأ في جانبه السلبي، وفقا للمفهوم الفرنسي الذي يكرّس فكرة أولوية محكمة التحكيم في الفصل في مسألة اختصاصها على القاضي الوطني، ذلك أنّ هذه المادة تعطي صلاحية مطلقة للقاضي الذي يدفع أمامه بوجود اتفاق التحكيم، لفحصه والتأكد من وجوده وصحته وفعاليته قبل الحكم بعدم اختصاصه في نظر النزاع الموضوعي[51].

أمام هذا الوضع، يبقى إعمال الجانب السلبي لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" مرهون بتقبله من طرف القضاة المدعوين لتطبيق نص هذه الاتفاقية، سواء بإعمال القوانين الوطنية التي تأخذ بحلول أكثر ليبرالية منها، على غرار ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بمناسبة

---

[49]- **سامي محسن حسين السرى**، مرجع سابق، ص 270.

[50]- على غرار مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في مجال التجارة الدولية، راجع:

Antonias DIMOLITSA, op. cit., p. 357

[51]- Ibid, p.342

الفصل في قضية الملكية البحرية المشتركة «Copropriété maritime Jules Verne» بتاريخ 7جوان2006[52]، أو بتخليهم عن صلاحياتهم التقليدية المكرّسة في القوانين الإجرائية في بلدانهم، وهذا غير وارد بالنظر إلى تردد الأنظمة القانونية المقارنة في الأخذ بالمفهوم الفرنسي لهذا المبدأ[53].

ثانيا: الاتفاقيات التي كرّست صراحة مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"

لقد نصت العديد من الاتفاقيات الدولية التي لها علاقة بتنظيم التحكيم التجاري الدولي على مبدأ "الاختصاص- بالاختصاص" صراحة، وهو ما يدل على أنّ هذه الاتفاقيات تولي اهتماماً كبيراً لهذا المبدأ، نظراً لما يمكن أن يحققه من مناعة لنظام التحكيم ضد الإجراءات المعرقلة له تدعيما لفعاليته[54]. من بين تلك الاتفاقيات التي نصت عليه نجد: اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961؛ اتفاقية واشنطن لعام 1965 المنشئة للمركز الدولي لتسوية المنازعات بين الدول ورعايا الدول الأخرى وكذا اتفاقية عمان لعام 1987 الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي.

1- تكريس المبدأ في اتفاقية جنيف لعام 1961

لقد نصت الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي التي أبرمت في جنيف عام 1961 على مبدأ الاختصاص في الفقرة الثالثة من المادة الخامسة منها بشكل واضح[55]، واعتبرت أنّه " **لا يلتزم المحكم الذي ينكر الأطراف عليه الاختصاص أن يتخلى عن نظر المنازعة وله أن يفصل في مسألة اختصاصه و في وجود وصحة اتفاق التحكيم أو في وجود وصحة العقد الذي يعدّ الاتفاق جزءا منه، وذلك دون الإخلال بالرقابة القضائية اللاحقة المنصوص عليها في قانون القاضي**"[56].

---

[52]- وقد سبّبت قضاءها كما يلي:

« Mais attendu que l'arrêt retient, d'abord, à bon droit, que la convention de New York, ratifiée par les Etats-Unis et la France, réserve l'application d'un droit interne plus favorable pour la reconnaissance de la validité de la convention d'arbitrage […] ».

Voir : Cass. Civ.1re, 7 juin 2006, n°03-12.034, FS-P+B+I.- Copropriété maritime Jules Verne et autres, note Alexis MOURRE, *JDI* n°4/2006, p.1384 et s.

[53]- سيتم التفصيل في هذا العنصر لاحقا في ص 121 وما بعدها من هذه الأطروحة.

[54]- **أنور علي أحمد الطشي**، مرجع سابق، ص247

[55]- **سامى محسن حسين السرى**، مرجع سابق، ص 271؛ **سراج حسين محمد أبو زيد**، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 371.

[56]- يتعلق الأمر بترجمتي، وقد جاء النص الأصلي باللغة الفرنسية كما يلي: =

يؤكد هذا النص بوضوح، رغبة واضعي هذه الاتفاقية في تذليل العقبات التي تحول دون تطور المبادلات التجارية بين الدول الأوربية ذات التوجهات الاقتصادية المختلفة في ذلك الوقت[57]، ووضع قواعد للتحكيم التجاري الدولي تضمن فعاليته، ذلك أنّ النص السابق قرر بشكل لا يدع مجالاً للشّك مبدأ اختصاص محكمة التحكيم بالفصل في مسألة اختصاصها، سواء كان سبب المنازعة في هذا الاختصاص هو عدم وجود اتفاق التحكيم، أو عدم صحته، أو العدول عنه أو عدم وجود العقد الأصلي الذي ورد فيه أو يتعلق به أو عدم صحة هذا العقد.

يلاحظ على هذه الاتفاقية، أنّها لم تقرر اختصاص محكمة التحكيم بالفصل في اختصاصها بصفة مطلقة ونهائية، بل اعترفت للمحكمة القضائية بسلطة ممارسة الرقابة اللاحقة على اختصاص محكمة التحكيم، وهو ما يبيّن أنّ هذه الاتفاقية تكرّس أولوية زمنية لمحكمة التحكيم على حساب المحكمة القضائية[58]، كما أنّ هذه الاتفاقية لم تكرّس المفهوم المطلق لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" ، لذلك يرى البعض أنّ استنتاج ذلك ما هو إلا مخادعة لجأ إليها الفقه المدعم للمفهوم الفرنسي لهذا المبدأ، الذي يبتعد كثيراً على المفهوم المكرّس في هذه الاتفاقية[59].

2-تكريس المبدأ في اتفاقية واشنطن لعام 1965

تكمن أهمية هذه الاتفاقية في عالميتها، إذ تعتبر من الاتفاقيات التي صادقت عليها أغلبية الدول، حيث وقعت عليها مائة وستون دولة (160) إلى غاية أواخر سنة2015[60]، من بينها

=«*Sous réserve des contrôles ultérieurs prévus par la loi du for, l'arbitre dont la compétence est contestée, ne doit pas se dessaisir de l'affaire ; il a le pouvoir de statuer sur sa propre compétence et sur l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage ou du contrat dont cette convention fait partie*».

[57]- **أنور علي أحمد الطشي**، مرجع سابق، ص 249

[58]- في نفس المعنى: **عمر نوري عبد الله عبابنه**، شرط التحكيم التجاري من حيث صحته واستقلاله (دراسة مقارنة بين القانون الأردني والاتفاقيات الدولية)، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، 2006، ص274

[59]- إذ ترى الأستاذة "Laurence RAVILLON" أنّ:

« De manière Trompeuse, on considère que cet effet négatif a été consacré par certains textes internationaux, comme la convention de Genève […] mais cette consécration de l'effet négatif du principe compétence-compétence est un trompe l'œil et est éloignée de la conception française ».
Voir : Laurence RAVILLON, op. cit., p.91.

[60]- أخذت المعلومة من الموقع الالكتروني للمركز: https://icsid.worldbank.org

أغلبية الدول العربية[61]. أبرمت هذه الاتفاقية تحت مظلة البنك الدولي للإنشاء والتعمير بهدف إنشاء جهاز لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات، بين الدول ورعايا الدول الأخرى ووضع القواعد الخاصة به[62].

لقد تبنت هذه الاتفاقية مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"، حيث نصت في المادة 41 منها على أنّ " المحكمة هي التي تحدد اختصاصها"، وهو ما يؤدي إلى القول أنّ هذه الاتفاقية كرّست هذا المبدأ بعبارات مطلقة، وأعطت لمحكمة التحكيم الحق في البت في مسألة اختصاصها مهما كانت طبيعة السبب الذي تمسك به أحد الخصوم ومصدره، سواء كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطاً بالعقد الأصلي من حيث وجوده أو صحته، أو كان متعلقا باتفاق التحكيم بحدّ ذاته كبطلانه أو انقضائه...إلخ.

تعلن المحكمة، بمجرد إثارة الدفع والذي يكون في أقرب وقت ممكن، وقف الإجراءات من حيث الموضوع، وتحدد أجلاً للأطراف لتقديم ملاحظاتهم حوله إذا قرّرت معاملته كمسألة إجرائية، أما إذا قرّرت رفضه أو ضمّه للموضوع فإنّها تحدد ميعاداً لاستئناف إجراءات التحكيم، وإذا قدرت أخيراً أنّ الدفع مؤسّس فإنّها تصدر قرارها بإنهاء الإجراءات[63].

للإشارة، لا يخضع الحكم الذي تصدره محكمة التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار(CIRDI) في مجال اختصاصها لرقابة القاضي، نظراً لكون التحكيم أمام هذا المركز مستقل عن الأنظمة القضائية الداخلية للدول المتعاقدة، كما أنّ جميع طرق

---

[61]- وهي: الجزائر، البحرين، مصر، العراق، الأردن، الكويت، لبنان، موريتانيا، المغرب، عمان، قطر، العربية السعودية، سوريا، تونس، الإمارات العربية المتحدة، اليمن والصومال.

[62]- لقد كان لهذه الاتفاقية دور كبير في توسيع التوافق الذي أحاط نظام التحكيم إلى أن أصبح النظام المفضل لتسوية النزاعات المتصلة بالتجارة الدولية بما فيها خاصة منازعات الاستثمار ويظهر ذلك أيضا الدور الذي لعبته الأمم المتحدة في تشجيع تكريس التحكيم في التشريعات الداخلية. انظر في الدور الذي لعبته الأمم المتحدة في هذا المجال:
Louis-Yves FORTIER et Annie LESPERANCE, « La contribution des nations unies à l'arbitrage international », *Revue de règlement des différends de McGill*, Vol115, 2014, spéc. p.65.

[63]- راجع المادة 41 من لائحة تحكيم مركز تسوية النزاعات (CIRDI).

الطعن الممكنة ترفع أمام المركز ذاته عملا بأحكام القسم الخامس من الفصل الرابع من اتفاقية واشنطن المنشئة لهذا المركز[64].

3-تكريس المبدأ في اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي:

أبرمت الدول العربية، بمناسبة انعقاد الاجتماع الخامس لمجلس وزراء العدل بتاريخ 14 أبريل 1987 بمدينة عمان عاصمة المملكة الهاشمية الأردنية، اتفاقية لتنظيم التحكيم التجاري الدولي وإنشاء مركز دائم للتحكيم[65]، وقد كرّست هذه الاتفاقية صراحة مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"، إذ نصت المادة 24 منها على أنّه " **يجب إبداء الدفع بعدم الاختصاص والدفوع الشكلية الأخرى قبل الجلسة الأولى، وعلى الهيئة أن تفصل فيها قبل الدخول في الموضوع ويكون قرارها بهذا الشأن نهائيا** ".

الفرع الثاني
تكريس المبدأ في الأنظمة القانونية الوطنية

حظي مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"بتكريس واسع في الأنظمة القانونية الوطنية[66]، إذ نادراً ما نجد قانون دولة لا يعترف بهذا المبدأ[67]. بالرغم من ذلك، ما يزال هذا المبدأ يفرز اختلافات جوهرية بين الأنظمة القانونية التي تكرّسه، سواء من حيث تحديد مضمونه أو من حيث تحديد نطاق تطبيقه، أو من حيث الآثار التي يرتّبها[68]، لذلك يصعب استنتاج نظرية عامة له من خلال دراسة القانون المقارن[69].

---

[64]- لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع، انظر: **قبايلي طيّب**، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2012، ص 313 وما يليها.

[65]- يمكن الاطلاع على نصوص هذه الاتفاقية على الموقع التالي: www.lasportal.org

[66]- لقد ساعد تكريس مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" في المادة 3/16 من القانون النموذجي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على انتشار الاعتراف به في جانبه الإيجابي في عدد كبير من الدول وهو ما رفعه إلى مصف المبادئ العامة للتحكيم التجاري الدولي.

[67]- أنظر: Caixia YANG, op. cit.,p. 251

[68]- حيث هناك اختلاف كبير في ما يتعلق بالآثار التي يحدثها، راجع:

Emmanuel GAILLARD**,** « L'effet négatif de la compétence-compétence »**,** *in Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François POUDRET*, Faculté de droit de l'université de Lausanne, Lausanne, 1999, p387 (consultable sur le site : www.shearman.com).

[69]- وهو ما دفع بالأستاذ "GAILLARD" إلى اعتباره في نفس الوقت من المبادئ الهامة والصعبة في التحكيم الدولي ".راجع: =

تكرّس بعض الأنظمة مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" في جانبه الإيجابي فقط، بإعطاء محكمة التحكيم سلطة الفصل في اختصاصها في حالة إثارة الدفع بعدم الاختصاص أمامها(**أولا**)، بينما هناك من الأنظمة من تذهب إلى تكريس مفهومه المطلق، حيث تجسده في جانبيه الإيجابي والسلبي، ويتم إعماله فيها بمفهوم الأولوية الزمنية التي تُعطَى لمحكمة التحكيم على حساب القضاء الوطني، حين النظر في مسألة الاختصاص، سواء طُرحت هذه المسألة أمام القاضي أو أمام المحكم، ولا يختص القاضي بالنظر فيها إلا من باب الرقابة التي يمارسها بمناسبة الطعن بالبطلان أو بمناسبة طلب التنفيذ(**ثانيا**).

بين هذا وذاك، هناك من الأنظمة القانونية من حاولت أن تجد حلاً وسطاً، مفاده إعمال المبدأ أساسا في جانبه الإيجابي مع توسيعه في حالات استثنائية لجانبه السلبي(**ثالثا**)، هذا ما يدفع للبحث عن موقف المشرع الجزائري (**رابعا**).

أولا: الأنظمة القانونية التي تأخذ بالمبدأ في جانبه الإيجابي

اقتصر تكريس مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" في معظم قوانين الدول المستوحاة من القانون النموذجي للأمم المتحدة على جانبه الإيجابي. فعلى سبيل المثال،كرّس المشرّع التونسي مبدأ "الاختصاص- بالاختصاص" في جانبه الإيجابي مع مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم من خلال نص الفصل رقم 61 من مجلة التحكيم، حيث تنص الفقرة الأولى من هذا الفصل على أنّه" **تَبُتُ هيئة التحكيم في اختصاصها وفي أي اعتراض يتعلق بوجود اتفاقية التحكيم أو بصحتها. ولهذا الغرض يُنظر إلى الشرط التحكيمي بالعقد كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شروطه الأخرى. والحكم ببطلان العقد لا يترتب عنه قانونا بطلان الشرط التحكيمي**".

رغم ترحيب الفقه التونسي بتكريس هذا المبدأ في قانون التحكيم واعتباره مكسباً، إلاّ أنّ البعض يرى أنّه تشوبه بعض النقائص، ويحتاج إلى تعميق ليتماشى وضرورة المحافظة على استقلالية إجراءات التحكيم وتجنب التدخل المفرط للجهات القضائية.

=Emmanuel GAILLARD, « Arbitrage commercial international, convention d'arbitrage, effets, Droit commun et droit conventionnel », *J. Cl. Droit international*, Fasc.586-5, n°28.

يرى الأستاذ "لطفي الشادلي" في هذا الخصوص أنّ مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" يسمح من المفروض لمحكمة التحكيم بالفصل بالأولوية في مسالة الاختصاص، و أنّه إذا منحنا كامل الثقة للمحكم، ومن أجل قفل باب المناورات التسويفية والتدخلات المفرطة للجهات القضائية، فإنّه من المهم أن يخول المحكم ليس فقط سلطة الفصل بالأولوية في مسألة اختصاصه، بل يجب أكثر من ذلك منع الطعن في قرار المحكم المتعلق باختصاصه إلى غاية صدور الحكم الفاصل في النزاع، أو على الأقل، إذا سمح بالطعن في هذا القرار بمجرد صدوره،جعل هذا الطعن غير موقف لسير إجراءات التحكيم[70].

يعلق قانون التحكيم التونسي الحالي استمرار إجراءات التحكيم على نتيجة الطعن في قرار المحكم في مسألة اختصاصه، فحسب نص الفقرة الثالثة من الفصل 61 "**إذا بثت هيئة التحكيم في أي دفع من الدفوع المشار إليها في الفقرة 2 من هذا الفصل، بحكم جزئي يجوز لأي طرف في بحر ثلاثين يوما من تاريخ إعلامه به أن يطلب من محكمة الاستئناف بتونس أن تفصل في الأمر طبقا لأحكام الفصل 78 من هذه المجلة.**

ويجب البت في الموضوع في أسرع وقت وعلى كل حال في ظرف لا يتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم الطلب.

وتتوقف مواصلة الإجراءات على نتيجة الحكم في الطعن".

فبالرغم من تحديد المشرّع التونسي للمدة التي تلتزم فيها محكمة استئناف تونس بالفصل في موضوع الطعن ضد قرار محكمة التحكيم الفاصل في اختصاصها، إلا أنّ الفقه التونسي يرى في هذه المادة فتحاً لباب المناورات للأطراف سيئة النّية، كما لا يتوقع البعض احترام هذه المدة في كل الحالات[71].

ثانيا: الأنظمة القانونية التي تأخذ بالمبدأ في مفهومه المطلق

عرف مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"- كما سبقت الإشارة إليه- معظم مراحل تطوره في القانون الفرنسي، الذي يعتبر واحداً من بين أكثر الأنظمة القانونية تطوراً في مجال التحكيم

---

[70]- راجع:

Lotfi CHEDLY, « L'arbitrage international en droit tunisien : Quatorze ans après le code », *JDI*, n°2/2008, p.804.

[71]- من بين الذين يرون ذلك نذكر الأستاذين "علي مزغني" و "كلثوم مزيو". مشار إليهما في مقال الأستاذ "لطفي الشادلي" السالف الذكر، ص804.

بصفة عامة، والتحكيم التجاري الدولي على وجه الخصوص. وأنّ القضاء الفرنسي ساهم بشكل فعال في تقرير جانبه الإيجابي قبل أن يتم تقنينه في قانون الإجراءات المدنية بموجب تعديل سنة 1980، ثم بعد ذلك عمل القضاء الفرنسي على توسيع مفهوم هذا المبدأ ونطاق تطبيقه، ليمتد لأثره السلبي الذي يلزم القاضي بانتظار فصل محكمة التحكيم في مسألة اختصاصها ليمارس سلطته الرقابية عليها، وجاء أخيرا تعديل قانون الإجراءات المدنية في سنة 2011 ليقنن هذا المفهوم الجديد الذي وضعته محكمة النقض منذ 5 جانفي 1999 بمناسبة الفصل في قضية « Zanzi »، الذي توصلت فيه إلى استنتاج عدم اختصاص القاضي الوطني بالنظر بصفة أصلية في صحة اتفاق التحكيم انطلاقا من مبدأ "الاختصاص بالاختصاص "[72].

للتذكير، لم تشر محكمة النقض الفرنسية، في القرار الذي أصدرته بمناسبة الفصل في قضية « Zanzi » بتاريخ 5 جانفي 1999، إلى المادة 1466 من قانون الإجراءات المدنية، ويعود ذلك –حسب البعض- إلى أنّ النص المذكور لا ينظم إلا الحالة التي تطرح فيها مسألة السلطات القضائية للمحكم أمام هذا الأخير، ويكرّس فقط الجانب الإيجابي لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" الذي يمنح للمحكم سلطة الفصل في اختصاصه[73].

إذن وبما أنّ قرار « Zanzi » يتعلق بالحالة التي تطرح فيها مسألة السلطات القضائية للمحكم، فإنّه أكّد بكل وضوح أنّ القانون الفرنسي لا يتوقف فقط عند تخويل محكمة التحكيم سلطة الفصل في اختصاصها، بل أعطى لها أيضا الفصل في مسألة اختصاصها بالأولوية عن القاضي، وهذا يستنتج منه أنّ القانون الفرنسي يمنع القاضي من:

- قبول دعوى أصلية من أجل إبطال اتفاق التحكيم (قاعدة غير مكتوبة) وذلك في كل الحالات.

---

[72]- وقد جاء في القرار ما يلي:

« Vu le principe de validité de la clause d'arbitrage international, sans condition de commercialité, et celui selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence ;
Attendu qu'il en résulte que la juridiction étatique est incompétente pour statuer, à titre principal, sur la validité de la clause d'arbitrage […] ».
Voir : Cass. Civ.1re ch., 5 janvier 1999, M. zanzi c/ j. de Coninck et autre », *Rev. Arb*. n°2/1999, p.261, note Philippe FOUCHARD.

[73]- يتعلق الأمر برأي الأستاذ "FOUCHARD"، راجع:

Philippe FOUCHARD, « Note sous Cass. Civ.1re ch., 5 janvier 1999, M. zanzi c/ j. de Coninck et autre », *Rev. Arb*. n°2/1999, p.261.

- النظر في النزاعات التي اتفق الأطراف على حلها عن طريق التحكيم إلاّ في حالتين استثنائيتين إعمالاً للمادة 1458 من قانون الإجراءات المدنية[74].

ثالثا: الأنظمة التي تأخذ بالمبدأ في مفهومه المطلق في حالات استثنائية فقط

يميّز القضاء الأمريكي في إعمال مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه، بين الحالة التي يؤسّس فيها الدفع بعدم اختصاص محكمة التحكيم على عدم صحة اتفاق التحكيم بحدّ ذاته، والحالة التي يؤسس فيها على بطلان العقد الأصلي، حيث أنّ إعمال هذا المبدأ لا يكون إلا في الحالة الثانية، وقد سمحت حتى للقاضي الوطني بإصدار أمر لمحكمة التحكيم لوقف السير في خصومة التحكيم[75].

لقد سبق للمحكمة العليا الأمريكية أن قضت في قرارها الصادر في سنة 2002 في قضية « Hawsam v. Dean Witter Reynolds »[76]، بأنّ القاضي له سلطة تحديد قابلية النزاع للحل عن طريق التحكيم، و لا يحوّل هذا الاختصاص لمحكمة التحكيم، إلا إذا تبين له بشكل واضح أنّ الأطراف قد اتفقوا بما لا يدع مجالا للشّك أو النقاش على اللجوء إلى التحكيم، وهو ما يقتضي رقابة قضائية مسبّقة على اتفاق التحكيم من قبله، وله أن يتصدى لموضوع النزاع ويفصل فيه في الحالة العكسية.

يرى منتقدو الحل الذي توصلت إليه المحكمة العليا الأمريكية، أنّ هذه الأخيرة قد اعتمدت مقاربة خاطئة تقلص من مجال تطبيق مبدأ "الاختصاص- بالاختصاص" سواء من جانبه السلبي أو من جانبه الإيجابي، حيث أنّ المحكم لا يفصل في الدفوع المتعلقة بوجود اتفاق

---

[74]- ويتعلق الأمر بحالتي البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم وعدم قابليته للتطبيق بصفة ظاهرة.

[75]- وهو ما قضت به المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية بتاريخ 21 سبتمبر 1995 في قضية:

" *Buckeye Check Cashing Inc. C. Cardegna*: "

« Dans la mesure où la partie défenderesse oppose la nullité du contrat, et ce, sans viser en particulier les clauses relatives à l'arbitrage, ces clauses sont susceptibles d'exécution en dehors du reste du contrat. Le sort de l'action doit dès lors être décidé par un arbitre et non pas par un juge».

Cité par : Francisco Gonzalez DE COSSIO, «compétence-compétence a la mexicaine et a l´américaine: une évolution douteuse », *Gaz. Pal*. n°198, p. 27.

[76]-رغم أنّ هذا القرار جاء في إطار تحكيم داخلي، إلا أنّ متتبعي الاجتهاد القضائي الأمريكي يجزمون بتطبيقه في مجال التحكيم التجاري الدولي. راجع في ذلك:

Alexandre BERTUZZI, « A propos de la ''compétence-compétence'' en droit français et américain de l'arbitrage », *http://m2bde.u-paris10.fr* (14/04/2008).

التحكيم أو صحته، بل يمكن له فقط أن يفصل في الدفوع المتعلقة بالعقد الذي يرد فيه هذا الاتفاق أو يتعلق به، وهو ما يحوّل – حسبهم- الاستثناء إلى قاعدة عامة نتيجة الخلط بينها[77].

يضيف آخر أنّ القضاء الأمريكي انطلق من الطبيعة الاتفاقية لاتفاق التحكيم للوصول إلى هذا الحل، وأنّ اختصاص محكمة التحكيم يجب أن ينبثق من اتفاق الأطراف، ومن أجل ذلك، خرج عن القواعد العامة في تفسير العقود، وتوصل إلى أنّ إرادة الأطراف بعرض النزاع على محكمة التحكيم غير مفترضة، بل يجب أن تكون واضحة وغير قابلة للنقاش. نتيجةً لذلك، اعتبر أنّ التفسير الوحيد للحل الذي وضعته المحكمة العليا الأمريكية، هو رغبتها في سد الفراغ الذي تركه القانون الأمريكي، من خلال عدم نصه على عدم وجود اتفاق تحكيم صحيح كسبب من أسباب بطلان حكم التحكيم، فبما أنّ القاضي الأمريكي لا يمكن له أن يبطل حكم التحكيم، على أساس أنّ المحكم فصل في النزاع دون وجود اتفاق تحكيم صحيح في إطار الرقابة الضيقة التي يمارسها بعد صدور الحكم، فإنّ القضاء عَكَسَ القرينة المعتادة المشجعة للتحكيم، لكي يتمكن القاضي من الحكم بعدم خضوع نزاع معين للتحكيم[78].

رابعا: المفهوم الذي اعتمده القانون الجزائري

عرف مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" أول تكريس له على مستوى التشريع الداخلي في الجزائر بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-09، المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية(الملغى)، حيث جاء من ضمن الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، وبالتحديد في المادة 458 مكرر 7 من هذا القانون والتي نصت بصيغة صريحة وواضحة على أنّه " **تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع. تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بقرار أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع**".

يُبيّن مضمون نص هذه المادة وصياغتها، أنّ المشرّع الجزائري لم يعتمد في تكريسه لهذا المبدأ على الطريقة التي اعتمدها القانون النموذجي للجنة الأممية للقانون التجاري الدولي، التي

---

[77]- للمزيد من التفصيل في هذه المقاربة في القضاء الأمريكي والقضاء المكسيكي وانتقاداتها راجع:
Francisco Gonzalez DE COSSIO, op. cit., p. 27et s.

[78]- راجع: Alexandre BERTUZZI, op. cit., p. 3.

جمعت بين مبدأ "الاختصاص- بالاختصاص" ومبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، حيث أنّ هذا الأخير نصت عليه المادة 458 مكرر1 في فقرتها الرابعة والأخيرة، وبالتالي يمكن أن يستنتج منه أنّ المشرّع الجزائري لم يأخذ بالرأي الذي مفاده أن مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" ذو طبيعة عقدية يتأسس على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم.

يضاف إلى ذلك أنّ نص المادة 458 مكرر7 من قانون الإجراءات المدنية لم يربط إعمال مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" بما ينص عليه القانون واجب التطبيق، سواء كان ذلك القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم أو على الإجراءات، بل كرّس قاعدة مادية من قواعد التحكيم التجاري الدولي تطبق بصفة مباشرة، بغض النظر عن القانون واجب التطبيق[79].

ينطبق الوضع المتقدم تماما على ما جاء به قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصادر بموجب القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فيفري 2008، الذي أبقى على نفس الصياغة الواردة في المادة 458 مكرر7 أعلاه، والتي جاءت في المادة 1044 من القانون الجديد. إنّ التغيير الوحيد الذي أدخله عليها المشرّع هو استبدال مصطلح "قرار" الوارد في النص القديم بمصطلح "حكم" ، وذلك لا يغير شيئا من المضمون –حسب رأيي- خاصة إذا علمنا أنّ نص المادة لم يتغير في صياغته باللغة الفرنسية حيث استعمل مصطلح "Décision"[80].

للإشارة، فإنّه حتى قبل صدور المرسوم التشريعي رقم 93-09 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية، وفي إطار إعمال هذا المبدأ، قامت عدة محاكم تحكيمية باستبعاد الدفوع لعدم الاختصاص، التي تمسكت بها بعض الأشخاص المعنوية العامة استناداً إلى المادة 3/442

---

[79]- في نفس المعنى:

Mostefa TRARI TANI, « L'arbitrage international dans le nouveau code algérien de procédure civile et administrative », *Bull. ASA*, Vol. 27, n°1/2009, p.80.

[80]- إذ جاء نصا المادتان 458 مكرر 7 من قانون الإجراءات المدنية و1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية متطابقان تماماً على الشكل التالي:

« Le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence. L'exception d'incompétence doit être soulevée préalablement à toute défense au fond. Le tribunal arbitral statue sur sa compétence par une décision préliminaire sauf si l'exception d'incompétence est liée au fond du litige ».

من قانون الإجراءات المدنية الساري المفعول في ذلك الوقت، أو استناداً إلى فسخ العقد الأصلي واتفاق التحكيم[81].

إلى جانب ذلك، طبّق القضاء الجزائري هذا المبدأ بطريقة غير مباشرة في قضيتين تخصان ولايتين جزائريتين(ولاية قسنطينة وولاية وهران)، حيث رفض الفصل في النزاعين بسبب وجود اتفاق في العقدين المعنيين، والذي ينتج عنه عدم اختصاص القضاء الوطني في صحة الاتفاق في القضيتين، وهو ما يفيد أنّ القضاء الجزائري قرر ضمنيا مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"[82].

لقد جاءت هذه الممارسة تطبيقا لما جاء في النظام الجزائري الفرنسي للتحكيم المؤرخ في 27 مارس 1983، الذي جسّد هذا المبدأ بصيغة صريحة في الفقرة الثانية من المادة التاسعة منه والتي نصت على أنّه:

« Le collège arbitral statue sur les exceptions invoquées quant à sa compétence, y compris toute exception relative à l'existence ou à la validité de la clause compromissoire ou de la convention distincte d'arbitrage »[83].

ربطت هذه المادة مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" في جانبه الإيجابي بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، بغرض تمكين المحكم من النظر في وجود وصحة العقد الأصلي الذي يرد فيه اتفاق التحكيم أو يتعلق به، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة السابقة على أنّه:

«Le collège arbitral a compétence pour se prononcer sur l'existence ou la validité du contrat dont la clause compromissoire qui fait partie. Aux fins du présent article 9, une clause compromissoire qui fait partie d'un contrat et qui prévoit l'arbitrage en vertu du présent règlement sera considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat.

---

[81]- راجع في ذلك: Nour-Eddine TERKI, op. cit., p.58

[82]- يتعلق الأمر بكل من قرار الغرفة الإدارية بمجلس قضاء قسنطينة الصادر بتاريخ 31 أكتوبر 1984، وقرار الغرفة الإدارية بمجلس قضاء وهران الصادر بتاريخ 6 جانفي 1990. أشار إليهما:

Mostefa TRARI TANI, *Droit algérien de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p.109.

[83]- النص الكامل لهذا النظام باللغة الفرنسية ورد كملحق ثاني في المرجع التالي:

Nour-Eddine TERKI, op. cit., pp.155-165.

La constatation de la nullité du contrat par le collège arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire ».

الفرع الثالث

موقف أهم لوائح التحكيم من مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"

أدى الاهتمام المتزايد بالتحكيم كوسيلة لحل النزاعات إلى انتشار كبير للمراكز التي تعرض خدمة التحكيم على أطراف هذه النزاعات. وهو ما ساهم بدوره في زيادة اللجوء إلى هذه الوسيلة نظراً للسياسات الترويجية التي تتبناها، والحملات الإعلامية التي تقوم بها والملتقيات التي تنظمها في مختلف دول العالم.

نتج عن الانتشار الكبير لهذه المراكز منافسة شرسة بينها من أجل استقطاب أكبر حصة ممكنة من النزاعات، التي يلجأ بشأنها الأطراف إلى التحكيم، هذا ما جعل هذه المراكز تضع لوائح وأنظمة تكرّس آخر المبادئ التي وصل إليه التطور الذي يعرفه التحكيم، خاصة في مجال نزاعات التجارة الدولية.

عملت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي من جهتها، على إعداد نظام تحكيم بهدف توحيد القواعد المنظمة للتحكيم التجاري الدولي على المستوى الدولي، حيث جاء هذا النظام بصيغة توافقية ليحظى بقبول كل الدول مهما كان نظامها القانوني[84]، واستعماله في إجراءات التحكيم الحر، ولقد أثبتت الممارسة بعد ذلك أنّه تعدى إلى التحكيم المؤسساتي حيث تستعمله عدة مراكز[85]. ومن أجل نفس الغرض، قامت كذلك هذه اللجنة بإعداد قانون نموذجي موجه للدول لتكريس قواعده في تشريعاتها الداخلية.

لا تتمتع أنظمة ولوائح التحكيم، سواء وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي أو المراكز المتخصصة، أية قوة إلزامية مقارنة بالقوانين الداخلية للدول والاتفاقيات الدولية، ولا يضيف تكريسها لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" أية قيمة من الناحية القانونية

[84]-راجع توصية الأمم المتحدة رقم 98/31 المصادق عليها بتاريخ 15 ديسمبر 1976. منشور في موقع اللجنة: www.uncitral.org

[85]- راجع في ذلك :

Tjaco T. VANDENHOUT, « Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI », *www.cedroma.usj.edu.lb* (29/12/2012), p.1

البحتة لهذا الأخير، بالنظر للطبيعة الاتفاقية لهذه الأنظمة، والتي تستمد قوتها الإلزامية من إرادة الأطراف على تطبيق أحكامها. وعليه فإنّ دراسة موقف هذه الأنظمة من مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"، تهدف إلى إظهار الاتجاه العام السائد بخصوص هذا المبدأ.

لقد تضمنت النصوص التي أعدتها اللجنة الأممية للقانون التجاري الدولي نصوصا صريحة تكرّس مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" في جانبه الإيجابي، حيث نصت المادة 1/23 من نظام التحكيم لسنة 1976 والمادة 16 من القانون النموذجي الذي أعدته نفس اللجنة في سنة 1985في صيغتهما السارية المفعول على أنّه " **يجوز لمحكمة التحكيم الفصل في اختصاصها وفي كل دفع يتعلق بوجود أو صحة اتفاق التحكيم. ولهذا الغرض ينظر إلى الشرط التحكيمي بالعقد كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شروطه الأخرى. والحكم ببطلان العقد لا يترتب عنه قانونا بطلان الشرط التحكيمي**"[86].

لم تخرج أهم مراكز التحكيم الدولية والوطنية عن التوجه العام في تكريس مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" في الأنظمة المعمول بها لديها، إذ كرّست محكمة التحكيم بلندن، التي تعتبر من أقدم مراكز التحكيم في العالم[87]، مبدأ "الاختصاص بالاختصاص"، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 23 من نظامها الساري المفعول على أنّه "**يجوز للمحكمة التحكيمية البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أية اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم وصحته**".

أعطى نظام التحكيم المعمول به لدى محكمة التحكيم الدولية، التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس من جهته للمحكم سلطة الفصل في اختصاصه[88]، وذلك بنصه في المادة 3/6 على

---

[86]- يتعلق الأمر بترجمتي، حيث جاءت صياغة المادتين باللغة الفرنسية على الشكل التالي:

"1. Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. À cette fin, une clause compromissoire= =faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat.

La constatation de la nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire".

[87]- حيث تأسست عام 1893 تحت أسم"غرفة لندن للتحكيم" بمبادرة من هيئة مدينة لندن. راجع في ذلك:

أنور علي أحمد الطشي، مرجع سابق، ص273 وما يليها.

[88]- تعتبر محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية السباقة إلى تكريس هذا المبدأ في نظام التحكيم الساري المفعول لديها، حيث نص عليه هذا النظام منذ سنة 1955. راجع:

Mirèze PHILIPPE, op. cit., p.612.

أنّه " إذا لم يقدم أي طرف مقام ضَده طلب ردًا عليه أو إذا أثار دفعا أو أكثر بشأن وجود أو صحة أو نطاق اتفاق التحكيم،أو بخصوص مدى إمكانية الفصل في كل الطلبات المقامة في التحكيم في إطار ذات الدعوى التحكيمية، يستمر التحكيم وتفصل هيئة التحكيم مباشرة في أي مسألة تتعلق بالاختصاص أو أي مسألة بخصوص مدى إمكانية الفصل في كل الطلبات المقامة في التحكيم في إطار ذات الدعوى التحكيمية، وذلك ما لم يُحِل الأمين العام الأمر إلى المحكمة لاتخاذ قرار بشأنه وفقا للمادة 6(4)"[89].

إضافة إلى أنظمة التحكيم السابقة، كرّس بدوره النظام المتعلق بالتحكيم المعمول به لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم، المبدأ محل الدراسة وذلك في صياغة مماثلة للصياغة التي اعتمدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، حيث نصت المادة 15 من هذا النظام على أنّه " 1- **لمحكمة التحكيم الاختصاص بالفصل في اختصاصها، بما في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود أو صحة اتفاق التحكيم. 2- لمحكمة التحكيم الاختصاص بالفصل في وجود أو صحة العقد الأصلي المتضمن شرط التحكيم"**[90].

لم يقتصر تكريس مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" على المراكز ذات النشاط الكبير والعالمي السابقة الذكر، بل كرّسته أيضا أنظمة مراكز التحكيم الجهوية والوطنية ومراكز التحكيم المتخصصة، نذكر من بينها : نظام مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي[91]؛ نظام المحكمة الموحدة للقضاء والتحكيم التابعة لمنظمة توحيد قانون الأعمال في إفريقيا (OHADA)[92]؛ نظام التحكيم لدى المحكمة الأوربية للتحكيم[93]؛ نظام التحكيم لغرفة التحكيم البحري لباريس[94]؛ نظام التحكيم لدى مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول

---

[89]- يمكن الاطلاع على نصوص هذا النظام على الموقع الإلكتروني للغرفة: www.iccwbo.org

[90]- الترجمة منقولة عن: **عمر نوري عبد الله عبابنه**، مرجع سابق، ص276 و277.

[91]- راجع نص المادة 1.23 من هذا النظام. نصوص هذا النظام منشورة على الموقع الالكتروني للمركز: www.crcica.org

[92]- راجع المادة 3.10 من هذا النظام. في التعليق على نصوص هذا النظام، راجع:
Gaston KENFACK DOUAJNI, « Analyse comparée du droit de l'arbitrage OHADA et du droit international », *JADA*, n°1/2011, p.58et 59 ; Félix ONANA ETOUNDI, « L'arbitrage de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA », *JADA*, n°1/2011, p.68 ; Christophe IMHOOS, Gaston KENFACK DOUAJNI, « Le règlement d'arbitrage de la cour commune de justice et d'arbitrage OHADA »,

[93]- راجع المادة 13 من هذا النظام المنشور على موقع المحكمة: www.cour-europe-arbitrage.org

[94]-راجع المادة 11 من هذا النظام المنشور على موقع الغرفة: www.arbitrage-maritime.org

الخليج[95]؛ نظام التحكيم لمركز المصالحة والوساطة والتحكيم للغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة (CACI)[96]...إلخ.

المطلب الثالث
في أساس مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه

رغم الانتشار الكبير لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" على المستويين الداخلي والدولي، يبقى الأساس الذي يقوم عليه محل خلاف كبير في الفقه والقضاء، ويستمد هذا الخلاف جذوره في جانب منه من الاختلاف حول الطبيعة القانونية للتحكيم بحد ذاته، أي هل التحكيم ذو طبيعة عقدية أم ذو طبيعة قضائية؟

لقد اقترح الفقه عدة أسس لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"، إذ هناك من يعتبره ذو أساس عقدي(**الفرع الأول**) ومنهم من يؤسسه على أساس فني (**الفرع الثاني**)، ومنهم من يرجع أساسه إلى النص القانوني الذي يكرسه(**الفرع الثالث**).

الفرع الأول
مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" ذو أساس عقدي

ثار جدل فقهي واسع[97] حول طبيعة التحكيم وظهرت بشأنها عدة نظريات، ففي الوقت الذي يركز فيه جانب من الفقه على البداية الاتفاقية له، لتكييفه على أنّه ذو طبيعة عقدية وأنّ أساسه مستمد من إرادة الأطراف ولا يختلف عن غيره من العقود، وأنّه يهدف إلى تحقيق

---

[95]- راجع المادة 18 من هذا النظام. للاطلاع على نصوص هذا النظام والتعليق عليه راجع: **محمد عبد العزيز بكر**، مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي، د. د. ن، القاهرة، 2001، ص104.

[96]- تنص المادة 41 من هذا النظام على أنّه "تفصل المحكمة في الاختصاص الخاص بها وكذا في صحة رفع طلب التحكيم أمام المركز".

يمكن الاطلاع على نصوص هذا النظام عبر موقع الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة: www.caci.dz

[97]- راجع في هذا الجدل: **إبراهيم جوهر إبراهيم**، الدفع باتفاق التحكيم في الدعوى المدنية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، المحلة الكبرى، مصر، 2009، ص ص81-84؛ **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص40 وما يليها؛ **عاطف شهاب**، اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي، د.د.ن، د.س.ن، ص37 وما يليها؛ **حسن المصري**، التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والقانون المقارن، مطبعة عباد الرحمن، الكويت، 1996، ص11 وما يليها؛ **عمر نوري عبد الله عبابنة**، مرجع سابق، ص41 وما يليها.

مصالح خاصة بأطرافه، فإنّ جانباً آخر من الفقه يرى أنّ التحكيم ذو طبيعة قضائية، مركزين على المهمة القضائية التي يؤديها المحكم الذي يصدر حكما حقيقيًا وملزمًا للأطراف بكل استقلالية، وأنّ هذا الحكم يحوز حجية الأمر المقضي فيه بمجرد صدوره.

بين هذا الرأي وذاك، ونظرًا للانتقادات الموجهة لهما انطلاقا من كون التحكيم عملية مركبة تمر بثلاثة مراحل، تبدأ باتفاق بين الأطراف ثم تتبعه إجراءات، ثم تنتهي بحكم ملزم له نفس المواصفات التي يتصف بها الحكم القضائي، ظهر الرأي القائل بالطابع المختلط للتحكيم الذي لم يصمد بدوره أمام الانتقادات التي وجهت إليه، من منطلق أنّه لم يتصدى لجوهر المسألة المطروحة، بل انتهج أصحابه أسهل الحلول وهو الجمع بين الرأيين السابقين، وهو ما دفع في اتجاه ظهور الرأي القائل باستقلال التحكيم بطبيعته الخاصة[98].

حاول جانب من الفقه المتأثر بالطبيعة العقدية للتحكيم، أن يؤسس مبدأ "الاختصاص- بالاختصاص" على إرادة الأطراف المعبر عنها في اتفاقهم على تخويل محكمة التحكيم سلطة الفصل في النزاع المطروح بينهم، بما فيه ما يتعلق بمدى اختصاصها، إذ يرى هذا الجانب من الفقه أنّ اتفاق التحكيم بين الأطراف، الذي بموجبه يلجأ هؤلاء إلى التحكيم، هو المصدر الذي يستمد منه المحكم سلطته بالفصل في اختصاصه، وأنّ اختصاص المحكم يجد أساسه في اتفاق الأطراف، كما أنّ نطاق هذا الاختصاص يتحدد بالمهمة المسندة إليه من قبلهم، والمعبر عنها في وثيقة المهمة التي يوافق عليها المحكم[99].

يستمد المحكم سلطته- وفقاً لهذا الرأي- من العقد الذي تم الاتفاق فيه على التحكيم، وأي خلاف بين الخصوم حول صحته لا يسمح للمحكم بالنظر فيه، لأنّه لا يملك الحكم بنفسه في شأن توافر صفته كمحكم أو عدم توافرها، أو في شأن جواز طرح التحكيم عليه أو عدم جوازه، ولا يجوز القول في هذه الحالة أنّ قاضي الأصل هو قاضي الفرع[100].

---

[98]- **وجدي راغب فهمي**، "هل التحكيم نوع من القضاء؟ دراسة انتقادية لنظرية الطبيعة القضائية للتحكيم"، مجلة الحقوق الكويتية، السنة 17، عدد 1- 4، 1993، ص ص 170-172؛ **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص 45 وما يليها.

[99]- راجع في هذا الطرح على سبيل المثال: Mirèze PHILIPPE, op. cit., p.612

[100]- **محمد نور عبد الهادي شحاته**، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 194.

لا يمكن التسليم بالطرح السابق، لأنّ أغلب الحالات التي تثار فيها مسألة اختصاص محكمة التحكيم تبنى على أساس بطلان أو انقضاء اتفاق الأطراف[101]، فكيف تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها إذا كان أساس ذلك الاختصاص ذاته، وهو اتفاق التحكيم، باطلاً أو مفسوخاً أو تم إنهاؤه؟

لقد تبيّن في الكثير من الحالات، أنّ الطرف الذي يطعن في قرار المحكم باختصاصه، يطعن في نفس الوقت في صحة شرط التحكيم، وبالتالي فلا يمكن القول بأنّ المحكم يستمد سلطته في الفصل في اختصاصه من اتفاق التحكيم[102].

حاول بعض أصحاب الرأي السابق تفادي هذه الانتقادات، خاصة تلك المتعلقة بكون مسألة اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه، تثار عادة في نفس الوقت مع مسألة إثارة بطلان اتفاق التحكيم بالتبعية لبطلان العقد الذي يرد فيه هذا الاتفاق في صورة شرط، حيث كثيراً ما يؤسس عدم اختصاص محكمة التحكيم على أساس بطلان اتفاق التحكيم أو انقضائه نتيجة بطلان أو انقضاء العقد الأصلي[103]، وقالوا بتأسيس مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي[104]، خاصة وأنّ بعض الأنظمة القانونية ربطت بينهما بشكل يوحي بصحة هذا الرأي"[105].

---

[101]- انظر:

Ebru AY, *La validité de la convention d'arbitrage en droit turc et comparé de l'arbitrage international,* thèse de doctorat, faculté de droit et des sciences économiques, université de Paris I Panthéon-Sorbonne, 2009, p.169.

[102]- راجع:

Pierre Mayer, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *in recueil des cours de l'académie de La Haye,* 1989, tome217, p.340

[103]- في نفس المعنى: **محمد نور عبد الهادي شحاته**، مرجع سابق، ص193.

[104]- منهم: الأستاذان "Poudret"و"Besson"، مشار إليهما في:

Ebru AY, op. cit., p.170.

[105]- خصوصاً المادة 16 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي. حيث جاءت صياغتها بشكل يوحي بأنّ تكريس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم جاء لضمان مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه. فقد جاء هذا النص في فقرته الأولى بالصيغة التالية:

"1- يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته. **ولهذا الغرض**، ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءا من عقد كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى. وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم."

يؤخذ على الرأي القائل بالأساس العقدي لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"، كونه لا يستوعب الآثار التي تنتج عن هذا المبدأ، فلا مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، و لا مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي يستطيعان تأسيسه نظراً لما يلي:

- من بين النتائج التي تتمخض عن مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"، مواصلة محكمة التحكيم لمهمتها، حتى في الحالة التي يتمسك فيها أحد الأطراف بأسباب البطلان الخاصة باتفاق التحكيم بحد ذاته وبصفة مباشرة، وليس فقط في الحالة التي يطعن فيها بالبطلان ضد العقد الأصلي، الذي يرد فيه هذا الاتفاق تأسيسا على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي. أكثر من ذلك، يسمح مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" لمحكمة التحكيم بالبحث في صحة اتفاق التحكيم والحكم بعدم اختصاصها، في الحالة التي يتبيّن لها فيها بطلان هذا الاتفاق أو عدم وجوده من الأساس[106].

- لا يستطيع مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم تبرير سلطة المحكم في الفصل في نطاق سلطته أيضا وليس في أساسها فقط، أي في الاعتراض الجزئي على الاختصاص، وذلك عند اعتراض أحد الأطراف على شمول اتفاق التحكيم على موضوع النزاع[107].

- تعتبر أغلبية الفقه الحديث أنّ مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" يدخل ضمن المسائل الإجرائية، وليس في المسائل الموضوعية كما هو الشأن بالنسبة لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم الذي يعالج مسألة صحة هذا الأخير[108].

- يضاف إلى هذا الاختلاف من حيث الطبيعة، اختلاف آخر من حيث النطاق الموضوعي والزمني، ففي الوقت الذي يجد فيه مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم نطاق تطبيقه أثناء تقدير صحة هذا الاتفاق، فإنّ مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" يأتي في مرحلة سابقة، حيث يتم إعماله

---

[106]- انظر:

Emmanuel GAILLARD, « Arbitrage commercial international, convention d'arbitrage, Effets, Droit commun et droit conventionnel », op. cit., n°36

[107]- **هدى محمد مجدى عبد الرحمن**، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص63

[108] انظر: **محمد نور عبد الهادى شحاته**، مرجع سابق، ص 193 و194؛ **أحمد صالح علي مخلوف**، مرجع سابق، ص 147 و148؛ **أنور علي أحمد الطشي**، مرجع سابق، ص71.

René DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, 2éme édition, LGDJ, Paris, 1982,p.265 ; Antonias DIMOLITSA, op. cit.,p.307.

في بداية الإجراءات، لذلك ليس من المنطق اعتبار المبدأ الثاني نتيجة للأول، كما أنّ مبدأ الاستقلالية لا يمكن أن يفسر الحالة التي يبقى فيها المحكم مختصا بالنظر في اختصاصه، رغم تمسك أحد الأطراف بأحد أسباب البطلان أو الانقضاء الخاصة باتفاق التحكيم بحد ذاته وليس بالعقد الأصلي. في المقابل لا يستطيع مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" أن يفسر لوحده سلطة محكمة التحكيم بالتمسك باختصاصها، والوصول في الأخير إلى تقرير عدم فعالية العقد الأصلي[109].

يتبيّن مما سبق أنّ المبدأين مختلفين، رغم كونهما يلتقيان في الكثير من الحالات بغرض ضمان أقصى فعالية لاتفاق التحكيم، هذا ما يفسّر اتجاه محكمة النقض الفرنسية إلى الاستناد إليهما معا في الكثير من قراراتها، رغم أنّ القضايا التي أثيرت أمامها لا تتعلق إلا بأحدهما[110].

الفرع الثاني
مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" ذو أساس فني

على خلاف الرأي السابق، يرى جانب آخر من الفقه المتأثر بنظرية الطبيعة القضائية للتحكيم، أنّ وجود مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" مستقل عن إرادة الأطراف، وأنّ هذه السلطة موجودة دون تدخلها، لأنّ أطراف اتفاق التحكيم لا يمكن لهم استبعادها لكونها مرتبطة بأي قاضٍ، وأنّ سلطة المحكم في الفصل في اختصاصه تعتبر أثراً للطبيعة القضائية لمهمته[111].

فالمحكم الدولي هو القاضي العادي -حسب البعض[112]- بل القاضي الوحيد -حسب البعض الآخر[113]- في مجال التجارة الدولية. فمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" هو مبدأ عام في

---

[109]- راجع:

Emmanuel GAILLARD, « Arbitrage commercial international, convention d'arbitrage, Autonomie et principe de validité, Droit applicable », 1994, fasc. 586-1, n°28.

[110]- راجع على سبيل المثال قرار محكمة النقض في قضية "Zanzi" المشار إليها أعلاه.

[111]- **هدى محمد مجدى عبد الرحمن**، مرجع سابق، ص 60.

[112]- انظر : Pierre Mayer, op. cit., p.327

Voir aussi : Sébastien MANCIAUX, « L'arbitre est un juge », *in le juge et l'arbitre, sous direct. Sami BOSTANJI et autres*, Editions A. PEDONE, Paris, 2014, p.43

[113]-انظر: =

القانون الإجرائي يطبق على قضاء الدولة وعلى القضاء الخاص، كما أنّه قاعدة عبر دولية تحكيمية أو إجرائية بصفة عامة.

مفاد مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" في التحكيم- حسب هذا الاتجاه- هو أنّ المحكم هو قاضي اختصاصه، فهو تطبيق للمبدأ العام الذي مفاده أنّ "كل قاضٍ هو قاضي اختصاصه" على القضاء الخاص، أي قضاء التحكيم[114]، على اعتبار أنّ الدفوع المتعلقة باختصاص المحكمة، أية محكمة، سواء تعلق الأمر بعدم الاختصاص المحلي، أو بعدم الاختصاص لانتفاء الولاية أو بسبب نوع الدعوى، أو قيمتها، تفصل فيها المحكمة ذاتها التي يتمسك بالدفع أمامها[115].

يضيف البعض بالقول أنّه بالنظر للطابع القضائي لوظيفة المحكم، فإنّه لا يوجد ما يبرّر عدم الاعتراف له بسلطة الفصل في اختصاصه أسوة بأي قاضٍ[116]، وأنّ عدم الاعتراف له بهذه السلطة هو إهدار لصفته كقاضي، كما أنّ إلزامه بإرجاء الفصل كلما أثيرت شكوك حول اختصاصه هو تشكيك غير مبرّر فيه، خاصة إذا كان الدفع بعدم اختصاصه نابعاً عن سوء نية الطرف الذي يثيره بغرض تعطيل التحكيم[117].

فلا يوجد- حسب هذا الجانب من الفقه- ما يبرّر التشكيك سلفا بقدرات المحكمين، وبأنّه ليس في استطاعتهم التوصل إلى قرار يكون في نفس الوقت عادلاً وحامياً للمجتمع، خاصة أنّ القضاء يبقى مختصاً في ممارسة الرقابة اللاحقة على ما يصدرونه من قرارات وأحكام، وذلك تفاديا لأي انحراف أو تعسف في استخدام المحكمين لهذه السلطة الممنوحة لهم[118].

= Jean-Pierre ANCEL, « La lecture de la jurisprudence française en matière d'arbitrage international », *in L'arbitrage commercial interne et international, colloque organisé par le Ministère de la justice et la CGEM en collaboration avec la cour suprême, cour suprême du Maroc les 3-4 Mars 2004, cahier de la cour, n°6/2005, p. 182*

[114]- راجع في ذلك :

Magali BOUCARON-NARDETTO, op. cit., p.371 et 372 ; Laurence RAVILLON, op. cit., p.90

[115]- **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص299

[116]- إذ هناك من يرى أنّ السلطات المخولة من طرف بعض التشريعات للمحكم تقترب أكثر من المتصور عادة من السلطات المخولة للقاضي. راجع: Sébastien MANCIAUX, op. cit., p.37

[117]- انظر: Pierre MAYER, op. cit., p.339

[118]- **سامي محسن حسين السرى**، مرجع سابق، ص266.

يضيف جانب من الفقه أنّ مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" لا يحتاج إلى إذن خاص يسمح به الأطراف، لأنّه داخل في عموم الإذن العام بالفصل في موضوع النزاع تطبيقا لقاعدة الإذن في الشيء، إذن فيما يقتضي ذلك الشيء إيجابه، وكذا القاعدة التي مفادها أنّ الرضا بالشيء رضا بما يتولد عنه واعتراف بصحته، فالمحكم يأخذ نفس حكم القاضي بناءً على الطبيعة القضائية لمهمة المحكم، وأنّ الأطراف صدر منهم رضا باللجوء إلى التحكيم الذي ينتج عنه القضاء في الاختصاص، إذ يجب على الأطراف الرضا بهذا النتاج والاعتراف بصحته[119].

يؤخذ على هذا الرأي أنّ المحكم لا يستمد ولايته من القانون كما هو الحال بالنسبة إلى قضاة المحاكم، وإنّما يستمدها من اتفاق الخصوم على تحكيمه، وبالتالي فإنّ التحكيم يكون مقصورًا على ما تنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم، وأنّه لا يصح القول في خصوصه بأنّ قاضي الأصل هو قاضي الدفع، لأنّ القاضي له ولاية عامة على كافة النزاعات، بينما المحكم له ولاية خاصة على النزاع المتفق عليه من قبل الأطراف فقط[120].

يضيف منتقدو الأساس الفني لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" أنّ بحث الدفع المتعلق بعدم اختصاص المحكم مسألة أولية، ينعقد الاختصاص في نظرها للقضاء العادي صاحب الولاية العامة بالفصل في المنازعات مهما كانت، ويتعين معه على هيئة التحكيم أن توقف الفصل في الخصومة لحين صدور حكم نهائي فيه من المحكمة المختصة.

يؤخذ على هذا التأسيس أيضاً- حسب رأيي- أنّ مسألة التشكيك في قدرة المحكم غير مطروحة على هذا المستوى، لأنّ المحكم حتى وإن قضى بعدم اختصاصه، يبقى المشكل قائماً بالنسبة للتكييف القانوني للقرار الذي يصدره بعدم اختصاصه، ومن أين يستمد سلطة إصدار مثل هذا القرار، بما أنّه اعترف شخصيا بعدم اتفاق الأطراف على تخويله صفة القاضي التي يعتمد عليها أصحاب هذا الرأي، فإثارة مسألة التشكيك في عدالة وكفاءة المحكم من قبلهم ما هي إلا محاولة للتهرب من المطلوب، وهو البحث عن الأساس الذي ترتكز عليه سلطة المحكم بالفصل في اختصاصه، سواءً تمسك بعد ذلك باختصاصه أو قرّر استبعاده.

---

[119]- راجع في ذلك: **أنور علي أحمد الطشي**، مرجع سابق، ص64 و65.

[120]- **محمد التويجري**، تعليق على قرار محكمة دائرة التمييز (الكويت)، الدائرة المدنية- الطعن رقم 511، جلسة 2006/2/13، مجلة التحكيم، العدد السابع، 2010، ص 342.

يذهب البعض إلى أكثر من ذلك، حيث هناك من يرى أنّ مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" هو الذي يضفي على المحكم صفة القاضي وليس العكس، أي أنّ المحكم يستمد سلطاته القضائية من تكريس المشرّع لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"، وذلك في الحالة التي يشكّك أحد الأطراف في الأساس الاتفاقي لسلطات المحكم القضائية[121].

الفرع الثالث
مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" ذو أساس تشريعي

نظراً للانتقادات الموجهة لكل من الأساس العقدي والأساس القضائي لاتفاق التحكيم، استقر رأي الفقه المدافع عن مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" على تأسيسه على النص القانوني الذي يكرّسه في قانون التحكيم في دولة المقر، وبصفة عامة في قوانين الدول التي من المحتمل أن تمنح المحكم سلطة الفصل في مسألة اختصاصه، والتي من المحتمل أن تعترف بحكم صدر عن محكم حول اختصاصه[122].

يعتبر نص القانون على اختصاص محكمة التحكيم بالنظر في مسألة اختصاصها، ولو كان الدفع مبنياً على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه- حسب أصحاب هذا التأسيس، تعبيراً عن إرادة المشرّع الصريحة في استبعاد قيام محكمة التحكيم بوقف الخصومة، إلى حين الفصل في مسألة وجود أو صحة اتفاق التحكيم من المحكمة القضائية المختصة[123].

---

[121]- حيث يرى صاحب هذا الرأي أنّ:

« Le principe [compétence- compétence] donne ainsi à l'arbitre une « étincelle » de compétence, une « compétence juridictionnelle minimum », lui permettant de statuer le temps de s'estimer incompétent. L'arbitre est donc un juge qui ne tient pas l'intégralité de ses pouvoirs de la volonté des parties, mais également de sa qualité intrinsèque de juge que lui donne le principe de compétence-compétence. »

Voir : Jean-Baptiste RACINE, « La sentence d'incompétence », Rev. arb., n°4/2010, p.734.

[122]- راجع على سبيل المثال: **بشار محمد الأسعد**، الفعالية الدولية للتحكيم في عقود الاستثمار الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص87؛ **سامي محسن حسين السرى**، مرجع سابق، ص270.

Emmanuel GAILLARD, « Arbitrage commercial international, convention d'arbitrage, Effets, Droit commun et droit conventionnel » op. cit., n°36, Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec-Delta, Paris, 1996, p.414 ; Antonias DIMOLITSA, op. cit., p.325.

[123]- **فتحي والي**، مرجع سابق، ص76.

انتقد الرأي القائل بأنّ النص القانوني هو أساس مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"، نظراً لكونه يؤدي إلى إنشاء شيء لم يكن موجوداً وهذا غير صحيح، لأنّ هذا المبدأ موجود في كونه قاعدة عرفية تعتبر الآن في مصف القواعد عبر الدولية، سواءً نص عليه التشريع المقارن أم لم ينص عليه. كما أنّ هذا الأساس مخالف لمنطق القانون، لأنّ المحكم عندما يشرع في تسوية النزاعات يطبق عدة قوانين، ويتوقف إعمال مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" في هذه الحالة على مدى نص هذه القوانين عليه، وهذا لا يتماشى مع فكرة الأساس الذي يكون ثابتاً دائماً[124].

إلى جانب ذلك، يعتبر هذا الموقف- حسب رأيي- اعترافاً من المدافعين عن مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"بالطابع الاصطناعي لهذا الأخير، وإقراراً منهم بصعوبة تأسيسه وتبرير قيامه وأصله وتحديد المصدر الذي ينبع منه خارج النص القانوني الذي يكرّسه، هذا ما يفسّر الاختلاف بين مختلف الأنظمة القانونية حول نطاقه القانوني.

يجعل تبني الأساس التشريعي لمبدأ "الاختصاص- بالاختصاص" من هذا الأخير قاعدة إجرائية داخلية وقانونية، تهدف إلى توزيع الاختصاص بالنظر إلى النزاعات وتمنح سلطة قضائية للمحكم. هذا ما جعل الفقه المدافع عنه في تناقض تام، حيث يعتبر اعترافاً بعدم استقلالية الخصومة التحكيمية التي لطالما دافعوا عنها، وأنّ التحكيم ليس مؤسسة منفصلة عن الأنظمة القانونية، لأنّ هذه الأنظمة وحدها لها أن تعترف للمحكم بالسلطة القضائية وسلطة الفصل في اختصاصه، وأنّ المحكم يجب عليه أن يستند على الأنظمة القانونية التي من المحتمل أن تستقبل حكم التحكيم وينفذ في إطارها، وإلا كان هذا الحكم عديم الفعالية والجدوى[125].

[124]- **أنور علي أحمد الطشي**، مرجع سابق، ص 74 و75.

[125]- في نفس المعنى : Julie CLAVEL, op. cit., p.115.

المبحث الثاني
كيفية إعمال مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"أمام المحكم ونتائجه

نظراً لما يمكن أن يؤدي إليه تمسك أحد الأطراف بعدم اختصاص محكمة التحكيم، استلزم الأمر تأطير هذا الدفع وإلزام من يتمسك به، باحترام بعض الشروط والإجراءات التي تسمح بإعمال مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" في التوقيت المناسب، تفادياً لاستعماله كوسيلة للمماطلة وتعطيل الإجراءات.

يؤدي إعمال مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" أمام المحكم إلى نتائج، أقل ما يقال عنها أنّها تتعارض مع المنطق القانوني المتعارف عليه، إذ يفصل المحكم في اختصاصه ويصدر عنه قرار يصعب تكييفه من الناحية القانونية، فهل يتعلق الأمر بحكم يستجيب لنفس المواصفات التي تتعلق بالحكم الصادر في موضوع النزاع، الذي يعتبر بدوره حكماً بذات المواصفات التي يتمتع بها أي حكم قضائي؟ أم أنّه مجرد رأي لا يرقى إلى درجة الحكم ولا يلزم إلا المحكم الذي أصدره؟

مهما كانت الإجابة على السؤال السابق، فإنّ السؤال يبقى مطروحاً أيضا حول إمكانية الطعن في هذا القرار، وما هو الأساس القانوني للطعن إن وجد؟ وما هي إجراءاته؟ هذه الأسئلة لم تلق نفس المعالجة في الفقه والقانون المقارن.

فبعد تحديد إجراءات إعمال مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" أمام المحكم (**المطلب الأول**)، تظهر الحاجة إلى معالجة الإشكالات القانونية الناتجة عنه (**المطلب الثاني**)

المطلب الأول
إجراءات إعمال مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" أمام المحكم

لقد أطرت القوانين المنظمة للتحكيم التجاري الدولي إعمال مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" بمجموعة من القواعد التي تسمح بتحقيق الغرض من تكريسه، وهي تحقيق الفعالية الإجرائية لاتفاق التحكيم ولعملية التحكيم ككل، وقد حدّدت على وجه الخصوص

التوقيت الذي ينبغي فيه إثارة الدفع بعدم الاختصاص، تجنباً لاستعمال الحق في التمسك به بسوء نية بغرض تعطيل الإجراءات.

تتصدى محكمة التحكيم لمسألة اختصاصها أساساً، بناءً على الدفع بعدم الاختصاص الذي يتمسك به الطرف الذي يشكّك في اختصاصها(**الفرع الأول**)، لكن هناك حالات تكون فيها محكمة التحكيم ملزمة بالتصدي لمسألة اختصاصها تلقائيا(الفرع **الثاني**)، وفي جميع الحالات تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها كمسألة أولية، قبل التصدي لموضوع النزاع أو تضم مسألة الاختصاص للموضوع، لتفصل فيهما معا وفي نفس الوقت في حكم منهي للخصومة التحكيمية(**الفرع الثالث**).

الفرع الأول

حالة الدفع بعدم اختصاص محكمة التحكيم

جاء مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" في أساسه لمعالجة الحالة التي يثار فيها الشك حول اختصاص المحكم، وعادة ما يكون ذلك بواسطة تصرف إيجابي يقوم به أحد الأطراف، عن طريق إبداء دفعا بعدم اختصاص محكمة التحكيم. يمكن أن يبنى هذا الدفع على عدة أسباب منها: إنكار وجود اتفاق التحكيم من أساسه، أو سقوطه، أو انقضائه، أو بطلانه، أو عدم شموله لموضوع النزاع.

يتفق الفقه على أنّ الدفع بعدم اختصاص محكمة التحكيم يمكن إثارته من قبل المدعي، كما يمكن إثارته من قبل المدعى عليه، فإذا كان الأصل مفاده أنّ المدعى عليه هو الذي يثير عدم اختصاص محكمة التحكيم للنظر في الطلبات التي يتقدم بها المدعي، سواء لكونها لم تكن موضوع اتفاق تحكيم أصلا، أو لأنّها لا يشملها اتفاق التحكيم، أو لكونها تتعارض مع النظام العام، فإنّ المدعي يمكن له كذلك، أن يدفع بعدم اختصاص محكمة التحكيم بالنظر في الطلبات المقابلة التي يتقدم بها المدعى عليه في مذكراته.

بما أنّ إثارة هذا الدفع، سواء من المدعى عليه أو من المدعي، يمكن أن تشكل بابا من أبواب الإجراءات المعطلة التي تتعارض مع أهداف التحكيم، فإنّ إعطاء المحكم سلطة الفصل في

مسألة اختصاصه أمر في غاية الأهمية، بل ولابد أن تخضع إجراءات إثارة هذا الدفع لقواعد تضمن عدم تأثيره على وضع اتفاق التحكيم موضع التنفيذ وتحقيق فعاليته.

أولا: توقيت إثارة الدفع بعدم اختصاص المحكم

لقد ثار جدل فقهي[126] حول مسألة تحديد توقيت تقديم الدفع بعدم اختصاص محكمة التحكيم، ففي الوقت الذي يعتبر فيه الفقه التقليدي أنّ هذا الدفع يدخل ضمن الدفوع الشكلية التي ينبغي إثارتها قبل البحث والمناقشة في الموضوع، ذهب جانب من الفقه إلى اعتباره دفعاً من الدفوع الإجرائية المتعلقة بالنظام العام، التي يجوز إبداؤها حتى بعد البحث والمناقشة في موضوع النزاع. لقد استند هذا الرأي الأخير على القول بأنّه من الأفضل التصدي لمسألة الاختصاص، حتى في وقت متأخر، من أن يصدر المحكم حكماً في الموضوع يكون مصيره البطلان لعدم الاختصاص، وذلك توفيراً للوقت وتأكيداً لميزة السرعة التي يتميّز بها نظام التحكيم.

يضيف أصحاب الرأي الثاني بالقول، أنّ الطابع الاستثنائي والمؤقت لاختصاص محكمة التحكيم لا يتلاءم مع مبدأ سقوط الحق في إبدائه، وأنّ عدم اختصاص محكمة التحكيم لا يمكن تصحيحه بالتأخير في التمسك بهذا الدفع لأنّه غير موجود أصلا[127]، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، يرى هؤلاء أنّ قرار المحكم في اختصاصه لن يطعن فيه أصلا إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة، ورقابة المحكمة المختصة لن تعمل إلا بصدور هذا الأخير، لذلك فلا جدوى من عدم قبول الدفع بعدم اختصاص المحكم الذي يقدم في وقت متأخر، بل من الأجدر منح الفرصة للمحكم لبحث مدى اختصاصه، بدلاً من الانتظار لحين الطعن في الحكم الفاصل في النزاع[128].

إنّ مثل هذه الحجج مردود عليها، فالقول بأنّ تأخير إثارة الدفع بعدم اختصاص محكمة التحكيم قد يستعمل كوسيلة للمماطلة، أو على الأقل كوسيلة للتأكد من الاتجاه الذي تأخذه القضية، فإذا رأى الطرف السيئ النية بأنّ القضية تسير في صالحه تغاضى عن إثارة هذا

[126]- لمزيد من التفاصيل حول هذا الجدل، راجع: **أنور علي أحمد الطشي**، مرجع سابق، ص210 وما يليها.

[127]- **محمد نور عبد الهادي شحاته**، مرجع سابق،ص 204.

[128]- **أنور علي أحمد الطشي**، المرجع السابق، ص 211.

الدفع، أما إذا وجد أنّ القضية تسير ضد مصلحته، استعمل الدفع بعدم الاختصاص لوقف عملية التحكيم أو تعطيل إجراءاتها على الأقل.

أما القول بأنّ اختصاص المحكم استثنائي ومؤقت، فإنّ الاتجاه الحديث يجعل منه اختصاصاً أصلياً في مجال التجارة الدولية، حيث نادراً ما نجد عقداً في هذا المجال لا ينص على اختصاص التحكيم، كما أنّ الطابع الاستثنائي لاختصاص المحكم مرتبط بإرادة الأطراف، فإذا ما تنازلوا عن الدفع بعدم اختصاص محكمة التحكيم، فإنّ إرادتهم متجهة إلى قبول اختصاص محكمة التحكيم ولا يلجأ أحدهم بالضرورة إلى الطعن بالبطلان ضد حكم التحكيم الموضوعي.

كما أنّ القول بأنّ قرار المحكم في اختصاصه لن يطعن فيه أصلاً، إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة يعارضه الاتجاه العام في القانون المقارن، حيث أنّ معظم القوانين المقارنة تسمح بالطعن مباشرة في قرار المحكم الصادر في اختصاصه، أو على الأقل في القرار الذي يعلن فيه عدم اختصاصه.

بين الرأي الأول والثاني، هناك رأي يقول بضرورة تقسيم حالات الدفع بعدم الاختصاص إلى قسمين، بالنظر للأسباب التي تبرر عدم اختصاص محكمة التحكيم، حيث يتعلق القسم الأول بحالات الدفع المتعلقة بالنظام العام، والتي يجوز إثارتها في أي وقت ولو بعد الحديث في الموضوع. بينما يتعلق القسم الثاني بحالات الدفع الأخرى التي لا تمس بالنظام العام، وفي هذه الحالات ينبغي تقديم الدفع قبل الحديث في الموضوع تحت طائلة سقوطه[129].

يتبيّن من خلال الاطلاع على القوانين الحديثة المنظمة للتحكيم، أنّها لا تكترث كثيراً للجوانب النظرية بقدر ما تهتم بتحقيق فعالية التحكيم، عن طريق تجسيد الحلول العملية التي تحارب كل الإجراءات التي تضعفه وتفقده الميزات الأساسية، التي جعلت منه وسيلة مفضلة من وسائل فض النزاعات خاصة في مجال التجارة الدولية.

[129]- انظر في هذا الرأي: **محمد نور عبد الهادي شحاته**، مرجع سابق، ص 206.

أدى إذن السعي وراء تحقيق فعالية التحكيم إلى إجماع جميع مصادر قانون التحكيم الوطنية منها(القوانين الوطنية) والدولية(الاتفاقيات الدولية)، العامة منها والخاصة (أنظمة مراكز التحكيم)، شرط إثارة الدفع بعدم اختصاص محكمة التحكيم، قبل الحديث في موضوع النزاع، وهو ما رفعه إلى قاعدة مادية عبر دولية للتحكيم[130].

يرتكز هذا الإجماع الذي تحقق حول اشتراط إثارة الدفع بعدم اختصاص محكمة التحكيم، قبل الحديث في موضوع النزاع على الاعتبارات التالية :

- يهدف تقييد أطراف النزاع بإثارة عدم اختصاص محكمة التحكيم قبل الشروع في مناقشة موضوع النزاع كأقصى تقدير ، إلى محاربة سوء نية الأطراف وجعل الباب مغلقا في وجه الطرف الذي يستهدف تعطيل إجراءات التحكيم عن طريق إثارة هذا الدفع، خاصة إذا رأى أنّ العناصر الموضوعية التي تقدم بها خصمه في غير صالحه وستؤدي إلى خسارته للدعوى.

- بني هذا الحل على اعتبار أنّه من الأفضل أن يتصدى المحكمون لمسألة اختصاصهم في أسرع وقت ممكن، لتجنب السير في إجراءات التحكيم وإصدار حكم في الموضوع يكون مصيره البطلان أو عدم التنفيذ.

- يرتكز هذا الحل على الطابع الإرادي للتحكيم، فالشروع في مناقشة الطلبات والدفوع الموضوعية، يفسر على أنّه قبول ضمني بالتحكيم واعتراف باختصاص محكمة التحكيم بالنظر في موضوع النزاع، لأنّ التراضي على التحكيم في هذه الحالة يتكون بتبادل العرائض بين أطراف النزاع، حيث يكون طلب التحكيم إيجاباً من المدعي، وتكون مذكرة المدعى عليه التي لا تشمل إلاّ على دفوع موضوعية، قبولاً باختصاص محكمة التحكيم بالنظر في النزاع الذي يربطه بالمدعي[131].

---

[130]- راجع في هذه الفكرة:

Magali BOUCARON-NARDETTO, op. cit., p.432 et s.

[131]- هذا ما نص عليه صراحة الخيار الأول من المادة السابعة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في فقرتها الخامسة التي جاءت كما يلي: " علاوة على ذلك، يكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا كان واردا في تبادل لبياني ادعاء ودفاع يزعم فيهما أحد الطرفين وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر".

أشير في الأخير إلى أنّ هناك من التشريعات من يسمح بإبداء الدفع بعدم الاختصاص في وقت متأخر، بشرط أن تقبله محكمة التحكيم، حيث أعطت هذه التشريعات سلطة تقديرية واسعة لهذه المحكمة في قبول أو رفض هذا الدفع اعتماداً على دراسة سبب التأخر، إذ تقبله إذا كان السبب مقبولاً في نظرها[132].

ثانيا: تأثير المشاركة في تشكيل محكمة التحكيم على الحق في الدفع بعدم اختصاصها:

لا يترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكمة التحكيم أو الاشتراك في تعيينها، سقوط حقه في تقديم الدفع بعدم الاختصاص[133]، فالقول بعكس ذلك هو بمثابة تشجيع للأطراف على عدم المشاركة في تشكيل محكمة التحكيم، وبالتالي في إجراءات التحكيم، مما يفتح باب المماطلة وتعطيل الفصل في النزاع.

جاء مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" لإعطاء اختصاص حقيقي لمحكمة التحكيم للفصل في اختصاصها، بما يضمن للأطراف احترام إرادتهم، إذ في الحالة التي تغيب فيها هذه الإرادة، سيكون لمحكمة التحكيم سلطة إعلان عدم اختصاصها، دون أن يكون الطرف الذي يشكّك في اختصاص هذه المحكمة مضطراً لعدم المشاركة في تشكيل هذه المحكمة، ومقاطعة إجراءات الخصومة التحكيمية.

لا شكّ أنّ عدم مثول أحد الأطراف أمام محكمة التحكيم، يستوجب على هذه الأخيرة أن تعلن عن مدى اختصاصها لأنّ هناك عنصراً غائباً عن النزاع، وهذا الغياب يؤثر بلا شك على سير عملية التحكيم، حيث يتطلب الأمر من محكمة التحكيم في هذه الحالة أن تبذل جهداً أكبر، وحرصاً أكثر لكي تستطيع أن تصل إلى الحل العادل، نتيجة غياب العناصر التي من الممكن أن يقدمها الطرف الغائب، والتي من شأنها أن توضح لها الرؤى وتساعدها على فهم النزاع[134].

---

[132]- وهو ما أخذ به مثلا القانون المصري، راجع المادة 2/22 من القانون رقم 27 لسنة 1994.

[133]- **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص 302.

[134]- في نفس المعنى انظر: **أنور علي أحمد الطشي**، مرجع سابق، ص 191.

الفرع الثاني
تصدي المحكم لمسألة اختصاصه تلقائيا

تفرض المهمة القضائية التي يقوم بها المحكم على هذا الأخير بعض الالتزامات، منها ما ينبثق من القانون ومنها ما يمليه عليه اتفاق الأطراف، فالمحكم ملزم بالتقيّد بالمهمة المسندة إليه، ومن ثمة إعمال اختصاصه فيما يصح واستبعاد اختصاصه فيما لا يصح[135]، إذ لا جدوى من تمسكه باختصاصه تعسفيا لكي يصدر حكماً في موضوع النزاع، يكون مصيره البطلان أو عدم التنفيذ، لأنّ هذا الحكم معرض للرقابة القضائية البعدية، سواء في بلد الصدور أو في البلد الذي يطلب فيه الاعتراف به أو تنفيذه.

يظهر التزام محكمة التحكيم بالتصدي لمسألة اختصاصها بصفة جلية، عندما يثير أحد الأطراف الشك في اختصاصها سواء أمامها مباشرة أو أمام إدارة مركز التحكيم، أي أنّ محكمة التحكيم ملزمة في هذه الحالة بالفصل في اختصاصها، و لا يجوز لها إحالة هذه المسألة للقاضي، كما ليس لها رفض الفصل فيها مهما كان السبب، لأنّه من غير الملائم -حسب البعض- أن تُلزم محكمة التحكيم بعرض مسألة اختصاصها على القضاء الوطني في الدولة مقر التحكيم للنظر فيها، لأنّ ذلك يعبر بطريقة غير مباشرة –حسب هؤلاء- على الحذر الذي يطبع بعض التشريعات من العدالة التحكيمية، بل حتى مجرد جعل المسألة جوازية بالنسبة لمحكمة التحكيم، تعرض التحكيم لنفس المخاطر التي من شأنها أن تفتح باب التدخل في إجراءات التحكيم من قبل الجهات القضائية الوطنية عبر الدفوع المتعلقة بالاختصاص[136].

للإشارة، لا يمكن تشبيه الاختصاص التحكيمي بالاختصاص النوعي[137]، وعليه فإنّه لا يمكن إسقاط على التحكيم القاعدة المستقرة في القوانين الإجرائية، والتي مفادها أنّ للقاضي

---

[135]- **أنور علي أحمد الطشي**، مرجع سابق، ص 181.

[136]- راجع في هذا التحليل:

Magali BOUCARON-NARDETTO, op. cit., p.439 et 440.

[137]- إذ لا يمكن القول بأنّ الاختصاص التحكيمي هو اختصاص نوعي، ومن ثمة يتعلق بالنظام العام، لأنّه من المستحيل التسليم بأنّ القاعدة الاتفاقية التي تسلب الاختصاص من المحاكم المختصة طبيعيا بالفصل في النزاع وتخويله لمحكمة التحكيم يمكن أن تصبح قاعدة متعلقة بالنظام العام، فالنشأة الاتفاقية للتحكيم لا يمكن أن تخلق اختصاص للمحكمين متعلقا بالنظام العام. =

سلطة الفصل في اختصاصه تلقائياً في الحالة التي يكون فيها عدم الاختصاص متعلقاً بالنظام العام، كما هو الحال بالنسبة للاختصاص النوعي[138]. بالرغم من ذلك، فإنّه ليس هناك ما يحول دون إمكانية إثارة المحكمين لعدم اختصاصهم تلقائيا في بعض الحالات.

نظراً لخصوصية الاختصاص التحكيمي، فإنّه يميّز عادة بين الحالات التي يكون فيها عدم اختصاص محكمة التحكيم مرتبطاً بالنظام العام، والحالات التي لا يكون فيها كذلك، فإذا كانت محكمة التحكيم ملزمة بإثارة مسألة اختصاصها إذا كان سبب عدم الاختصاص متعلقاً بالنوع الأول من الحالات، فإنّها في المقابل غير ملزمة بالتصدي تلقائياً لمسألة اختصاصها في الحالات الأخرى.

ففي الحالة التي يكون فيها اتفاق التحكيم غير مشروع أو مخالف للنظام العام على سبيل المثال، فإنّه على المحكم أن يقضي تلقائيا بعدم اختصاصه بسبب بطلان اتفاق التحكيم مصدر ولايته بطلاناً مطلقاً، لتعارضه مع النظام العام الذي يفرض عليه احترامه[139]، حتى وإن كانت فكرة النظام العام في مجال التحكيم التجاري الدولي ذات محتوى أضيق من النظام العام في القانون الداخلي[140].

= راجع في هذا المعنى: **أشرف عبد العليم الرفاعي**، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 323؛ كذلك: **محمد نور عبد الهادي شحاته**، مرجع سابق، ص207.

[138]- حيث تنص المادة 36 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنّ " عدم الاختصاص النوعي من النظام العام، تقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أية مرحلة تكون عليها الدعوى".

نشير أيضا إلى أنّ المشرّع الجزائري يعتبر نوعي الاختصاص من النظام العام في المواد الإدارية، حيث تنصت المادة 807 من نفس القانون على أنّ " الاختصاص النوعي والاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية من النظام.

يجوز إثارة الدفع بعدم الاختصاص من أحد الخصوم في أية مرحلة كانت عليها الدعوى.

يجب إثارته تلقائيا من طرف القاضي".

[139]- يرى الأستاذ "RACINE" أنّ المحكم لا يقتصر دوره على الفصل في النزاعات، بل له دور أيضا في تكوين وبناء نظام عام عبر دولي لحماية القيم العليا في مجال التجارة الدولية، وقد اعتبر أنّ:

« Les arbitres ont donc une responsabilité sociale, en tant que juge de droit commun du commerce international, dans la construction de l'ordre public transnational de manière à ne pas faire de l'arbitrage une justice purement utilitariste mais au contraire une justice porteuse de valeurs « non marchandes » ou humanistes. Le droit du commerce international ne se réduit pas aux seuls besoins du commerce international ».

Jean-Baptiste RACINE, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international, *Rev. Arb.*, n°2/2005, p.327.

[140]- سيتم التفصيل حول فكرة النظام العام بمفهوم التحكيم التجاري الدولي في الصفحة 272 وما يليها من هذه الأطروحة.

فإذا تبيّن لمحكمة التحكيم أنّ هناك خرقاً للنظام العام، من خلال الاتفاق الذي يربط بين الأطراف قصد اللجوء إلى التحكيم، فيجب عليها التخلي مباشرة عن مهمتها عن طريق تقرير عدم اختصاصها بالنظر في موضوع النزاع تلقائياً، حتى ولو لم يتمسك أحد الأطراف بعدم اختصاصها.

يتحقق هذا الوضع مثلا، إذا كان النزاع المتفق على حلّه عن طريق التحكيم متعلقاً بالنزاعات التي لا يمكن فيها اللجوء إلى التحكيم (القابلية الموضوعية للتحكيم) وفقا للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم. غير أنّ مخالفة العقد الأصلي للنظام العام، لا يمكن أن يؤسّس عليه عدم اختصاص محكمة التحكيم إعمالاً لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، والذي تكرّسه الكثير من الأنظمة القانونية، مثلما سيتبين من خلال الباب الثاني من هذه الدراسة.

أما إذا تعلق الأمر مثلاً بالحالة التي تطرح فيها مسألة نطاق اتفاق التحكيم، وبالتالي نطاق اختصاص المحكم وليس بصحة ولايته من الأساس، فإنّ الطبيعة العقدية للتحكيم تسمح بتجاوزه وعدم إثارته تلقائياً من طرف المحكم، نزولاً عند إمكانية توسيع الخصوم لنطاق اختصاص المحكمين أثناء سير الخصومة، إذ يكفي تبادل الأطراف للطلبات والدفوع الموضوعية وقبولهم صراحةً أو ضمنياً بالمدّ أو التوسّع في نطاق النزاع المطروح على المحكمين للقول بوجود مشارطة تحكيم جديدة، ومنه يصعب تصور رفض المحكم الفصل في النزاع تلقائياً، وإنّما يجب إثارة أحد الأطراف عدم اختصاص المحكمين في النظر في هذا الطلب، وفقا لما تمت الإشارة إليه أعلاه[141].

تجدر الإشارة إلى أنّ عملية تصدي المحكم لمسألة اختصاصه، تختلف تمام الاختلاف عن تصدي إدارة مراكز التحكيم الدائمة لاختصاصها، فإذا كانت سلطة المحكم في التصدي لمسألة اختصاصه، تدخل في السلطات القضائية التي يتمتع بها هذا المحكم، إعمالاً للطابع القضائي للعمل الذي يقوم به حسب ما اتضح أعلاه، فإنّ تصدي إدارة مركز التحكيم لمسألة

[141]- في نفس المعنى: **محمد نور عبد الهادي شحاته**، مرجع سابق، ص207.

اختصاصه، يدخل في إطار الدور الإداري الذي يتمتع به في تحريك إجراءات التحكيم تحت مظلته وإدارته لهذه الإجراءات[142].

فإذا ما توصلت إدارة المركز إلى اختصاص هذا الأخير، فإنّ ذلك لا يؤثر بشيء في سلطة المحكم في التأكد من اختصاصه بالنظر في موضوع النزاع، ويبقى مستقلاً في قراره الذي يجب أن يسببه بوصفه قراراً قضائياً[143]، بل وعليه التصدي تلقائيا لمسألة اختصاصه في هذه الحالة ولو من باب التأكيد على اختصاصه، بغرض إقناع الأطراف وتفسيره لهم أساس اختصاصه لحملهم على فهم حكم التحكيم وبالتالي الوصول إلى تنفيذ هذا الحكم تلقائياً[144].

نشير في الأخير إلى أنّ القوانين الوضعية لم تتطرق بالنص إلى حالة إثارة محكمة التحكيم لمسألة اختصاصها تلقائياً، بل نظمت فقط الحالة التي تثار فيها هذه المسألة من قبل أطراف خصومة التحكيم، وبيّنت -كما سبقت الإشارة إليه - توقيت إثارة هذه الحالة. إلى جانب ذلك، تطرقت هذه القوانين إلى توقيت تصدي محكمة التحكيم لمسألة اختصاصها للفصل فيه.

الفرع الثالث
توقيت تصدي المحكم لمسألة اختصاصه

يتمتع التوقيت الذي يتولى فيه المحكم الفصل في مسألة اختصاصه أهمية كبيرة في تحقيق سرعة الفصل في النزاع، خاصة إذا كان الدفع بعدم الاختصاص صادراً من أحد الأطراف بسوء النية قاصداً به تعطيل إجراءات التحكيم.

عالجت أغلب الأنظمة القانونية هذه المسألة، من خلال إعطاء الحرية الكاملة لمحكمة التحكيم في اختيار التوقيت الذي تراه ملائماً للفصل في مسألة اختصاصها، اقتداءً بالحل الذي أوصت به لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في إطار القانون النموذجي للتحكيم الذي

---

[142]- لأكثر تفاصيل حول هذه الفكرة راجع: Mirèze PHILIPPE, op. cit., p.606

[143]- المرجع نفسه، ص 611.

[144]- يتعلق الأمر في هذا المجال –حسب البعض- بالأثر البيداغوجي الذي عادة ما يلجأ إليه المحكم:
« [i]l arrive que les tribunaux arbitraux l'exercent par précaution, par souci pédagogique car une sentence comprise est une sentence exécutée de manière spontanée ».
Voir : Magali BOUCARON-NARDETTO, op. cit., p.442.

أعدته في سنة 1985[145]، إذ لمحكمة التحكيم أن تفصل في هذه المسألة قبل الفصل في الموضوع، أو أن تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معاً وفي نفس الوقت.

على سبيل المثال، نص القانون المصري للتحكيم على أنّه "**تفصل محكمة التحكيم في الدفوع المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة قبل الفصل في الموضوع أو أن تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معا**"[146].

وفي نفس السياق، وبطريقة غير مباشرة، أعطى المشرع التونسي لمحكمة التحكيم هذه الحرية من خلال الفصل رقم 61 من المجلة التونسية للتحكيم في الفقرة 3 على أنّه "**إذا بتت هيئة التحكيم في أي دفع من الدفوع المشار إليها في الفقرة 2 من هذا الفصل، بحكم جزئي يجوز لأي طرف في بحر ثلاثين يوما من تاريخ إعلامه به أن يطلب من محكمة الاستئناف بتونس أن تفصل في الأمر طبقا لأحكام الفصل 78 من هذه المجلة**".

يتجلى من خلال هذا النص، أنّ المشرّع التونسي ترك الحرية كاملةً لمحكمة التحكيم للفصل في مسألة اختصاصها بحكم جزئي قبل الفصل في الموضوع، أو الفصل فيها بموجب الحكم الفاصل في موضوع النزاع.

في فرنسا، وبالرغم من عدم النص على هذه الإمكانية صراحة، إلا أنّ الفقه والقضاء يميلان نحو الاعتراف لمحكمة التحكيم بالسلطة التقديرية الواسعة، والحرية الكاملة في تحديد التوقيت الملائم للفصل في مسالة اختصاصها[147].

على خلاف القوانين المشار إليها أعلاه، نص المشرّع الجزائري من خلال الفقرة الثانية من المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنّه "**تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع**".

---

[145]- حيث جاءت الفقرة 3 من المادة 16 من هذا القانون كما يلي:

"3- يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في أي دفع من الدفوع المشار غليها في الفقرة (2) من هذه المادة، إما كمسألة أولية وإما في قرار تحكيم موضوعي...".

[146]- راجع المادة 3/22 من القانون المصري رقم 27 لسنة 1994.

[147]- راجع في ذلك: Magali BOIUCARON-NARDETTO, op. cit., p.445 et s.

يبيّن هذا النص بأنّ المشرّع الجزائري قد وضع مبدأ، مفاده أنّ محكمة التحكيم تفصل في الاختصاص الخاص بها بموجب حكم أولي قبل التصدي لموضوع النزاع، وذلك سعيا منه لتمكين الأطراف من إفراغ النزاع المتعلق بالاختصاص في أقرب وقت ممكن، ربحاً للوقت وتدعيماً لفعالية التحكيم، غير أنّ هذا المبدأ يرد عليه استثناء يتعلق بالحالة التي يكون فيها الدفع بعدم الاختصاص مرتبطاً بموضوع النزاع، أي في الحالة التي يكون فيها الفصل في مسألة الاختصاص يقتضي النظر في موضوع النزاع، ففي هذه الحالة يكون من الأجدر الفصل في الاختصاص وفي الموضوع في الوقت نفسه.

يلاحظ على نص المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والنصوص التي تقابلها في القوانين المقارنة[148]، أنّها ليست لها صفة القاعدة الآمرة ولم يرتّب المشرّع أية آثار قانونية على مخالفتها، بما يجعلها مجرد توصية وتسمح لمحكمة التحكيم باختيار توقيت الفصل في اختصاصها بكل حرية.

يبقى أن نشير إلى أنّ تحديد محكمة التحكيم لتوقيت الفصل في مسألة اختصاصها، حتى إذا اعترفنا لها بحرية اختياره، توجّهه أسباب عملية تتعلق بالظروف المحيطة بالقضية المطروحة عليها، ومسألة ملاءمة الحل المعتمد مع هذه الظروف والأسباب، فهذه الأخيرة هي التي تحدد ما إذا كان ملائما الفصل في مسألة الاختصاص كمسألة أولية، أم أنّه بالعكس يقتضي الأمر تأجيل النظر فيها إلى غاية الفصل في موضوع النزاع.

على سبيل المثال، إذا كان الدفع بعدم الاختصاص غير مؤسس على أسباب جدية ويرجح أنّه أثير من باب تعطيل الإجراءات، فمن الأجدر تأجيل الفصل فيه إلى غاية توقيت الفصل في موضوع النزاع. وعلى العكس من ذلك، إذا كان الدفع جدياً يكون من الملائم الفصل فيه حالاً قبل الشروع في نظر النزاع الموضوعي، وذلك تجنباً للسير في التحكيم وتضييع الوقت والمال لتصل المحكمة التحكيمية في الأخير إلى عدم اختصاصها[149].

[148]- على غرار المادة 3/186 من القانون الدولي الخاص السويسري.

[149]- في نفس المعنى انظر: Magali BOIUCARON-NARDETTO, op. cit., p.445 et s.

تقتضي الإشارة في الأخير، إلى أنّ الأطراف يمكن لهم الاتفاق على توقيت تصدي محكمة التحكيم لمسألة اختصاصها بكل حرية، لأنّ المسألة إجرائية وتدخل في إطار الحرية التي يتمتع بها الأطراف في اختيار القواعد القانونية التي تخضع لها إجراءات التحكيم[150].

المطلب الثاني

الإشكالات النظرية والقانونية
الناتجة عن إعمال المبدأ أمام المحكم

يؤدي الاعتراف بمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" وإعماله في جانبه الإيجابي إلى وضع المحكم أمام حتمية التصدي لمسألة اختصاصه كمسألة أولية، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على الدفع بعدم الاختصاص الذي يقدمه أحد الأطراف وفقا لما سبق ذكره. فمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" يسمح للمحكم بالتمتع بسلطة القضاء خارج اتفاق الأطراف، بما أنّ هذا الأخير موضع الشك.

يثير القرار الذي يصدره المحكم في مسألة اختصاصه مجموعة من الإشكالات النظرية والقانونية، بعضها يتعلق بطبيعته القانونية، خاصة في الحالة التي يتوصل فيها المحكم إلى عدم اختصاصه(**الفرع الأول**)، و البعض الآخر يتعلق بالإشكالات التي يثيرها الطعن في هذا القرار وما ينجر عنه من نتائج(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول
في صعوبة التكييف القانوني لقرار المحكم في مسألة اختصاصه

نجد من بين العقبات التي واجهها ولا يزال يواجهها مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"، صعوبة تكييف القرار الذي يتخذه المحكم في مسألة اختصاصه، على اعتبار أنّ اعتراض أحد

[150]- إذ تنص المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على سبيل المثال على أنّه: "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".

الأطراف على اختصاص المحكم، سيمس لا محال بالأساس الذي يتدخل وفقا له هذا المحكم، أو الذي من المفروض أن يتدخل وفقه[151].

لقد ثار جدل كبير ولا يزال حول الطبيعة القانونية لهذا القرار، وهل يمكن اعتباره حكماً تحكيمياً له نفس مواصفات الحكم الذي يصدره عند الفصل في موضوع النزاع، أم أنه مجرد رأي لا يتوفر على مقومات حكم التحكيم؟

اختلفت الإجابات على هذا السؤال، حيث هناك من يُنكر الطبيعة القضائية له ويجرّده من صفة الحكم التي يتمتع بها حكم التحكيم الفاصل في موضوع النزاع(**أولا**)، بينما يذهب آخرون إلى اعتباره حكما بما يحمله من مميزات، تجعل منه عملا قضائيا يحوز الحجية التي يتمتع بها أي حكم آخر(**ثانيا**).

أولا: القرار الصادر عن المحكم في مسألة اختصاصه لا يتمتع بالطبيعة القضائية

لقد عارض جانب من الفقه بشدة تكييف قرار المحكم الصادر بمناسبة النظر في اختصاصه بحكم التحكيم، ووجد هذا الرفض صدى على مستوى بعض الأنظمة القانونية التي تفادت حتى استعمال مصطلح "حكم"، للدلالة على العمل الذي يصدره المحكم بصدد هذه المسألة، سواء تمسك من خلاله باختصاصه أو رفضه.

1-الرأي الفقهي المعارض للتكييف القضائي لقرار المحكم في مسألة اختصاصه

يطرح مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" – حسب الفقه المعارض له- إشكالاً نظرياً يتعلق بالتكييف القانوني للعمل الذي يقوم به المحكم بمناسبة النظر في مسألة اختصاصه، خاصة في الحالة التي يعلن فيها هذا الأخير بعدم اختصاصه ويرفض الفصل في النزاع.

فقد اعتبرت الأستاذة "RUBELLIN-DEVICHI" في كتابها الصادر عام 1965، أنّ المحكمين لا يلتزمون بإصدار قرار بعدم اختصاصهم لأنّه عديم القيمة، كونه صادر عن شخص

[151] - إذ يرى البعض أن:

« [l]a contestation du principe même du pouvoir juridictionnel de l'arbitre met en cause tout le fondement à partir duquel le tribunal arbitral intervient ou est censé intervenir ».

Alain REDFERN, Martin HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international,* traduction Eric ROBINE, 2ème édition, L.G.D.J, Paris, 1991, p.221.

عادي، بل لهم فقط رفض الفصل في النزاع، وما يصدر عنهم في هذه الحالة ما هو إلاّ وسيلة لمعاينة هذا الرفض تمهيداً لرفع النزاع أمام المحاكم الوطنية المختصة، ولا يقترب من حكم التحكيم إلا من حيث الإسم[152].

في موقف مماثل، يرى الأستاذ "MAYER"، الذي يعتبر أشد المعارضين لتكييف قرار المحكم الذي يتخذه بشأن اختصاصه بالحكم في المرحلة الأخيرة، أنّ قرار المحكم باختصاصه سواءً كان كلياً أو جزئياً، ما هو إلاّ مجرّد رأي بالنظر لطابعه المؤقت، ولأنّ الكلمة الأخيرة في المسألة التي يفصل فيها تعود للقاضي الوطني، وأنّ رأي المحكم ما هو إلاّ معاينة لا تلزمه إلا هو شخصياً[153].

يرتكز تحليل الأستاذ "MAYER" على اعتبار أنّ مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" في جانبه الإيجابي، ما هو إلاّ قاعدة تكرّس إمكانية استمرار محكمة التحكيم في إجراءات التحكيم والنظر في النزاع، وأنّها غير ملزمة بإرجاء الفصل في انتظار الرقابة البعدية التي ستمارسها الجهات القضائية الوطنية على مسألة الاختصاص، حيث تتخذ هذه الأخيرة بشأنها قراراً حاسماً وفعلياً، يعلو على القرار الذي اتخذته محكمة التحكيم، ويضيف إلى جانب ذلك، أنّ اتخاذ مثل هذا القرار من طرف المحكم لا يفترض لا سلطة ولا اختصاص[154].

لا يعدّ القرار الذي يصدره المحكم في مجال اختصاصه - وفقا للرأي السابق- عملاً قضائياً، وإنّما إعلاناً منه عن رأيه كفرد عادي بقبوله أو رفضه الفصل في النزاع، وكل ما يملكه في هذا المجال هو قبول أو رفض المهمة المعهودة إليه، وهو الرأي الذي جسّدته بعض الأنظمة القانونية.

2- تطبيقات هذا الرأي في الأنظمة القانونية

لقد عارضت الكثير من الأنظمة القانونية تكييف قرار المحكم باختصاصه أو بعدم اختصاصه كحكم تحكيم، أسوة بالحكم الذي يصدره للفصل في موضوع النزاع، وقد كان لهذه

---

[152]- انظر:

J. RUBELLIN-DEVICHI, *Essai sur la nature de l'arbitrage*, LGDJ, Paris, 1965, p.234, cité par Jean-Baptiste RACINE, « La sentence d'incompétence », op. cit., p.736.

[153]- راجع: Pierre MAYER, op. cit., p. 339

[154]- Ibid, p. 334.

المعارضة أثرها الواضح في رفض هذه الدول إدراج ما يسمح باعتبار قرار المحكم برفض اختصاصه بمثابة حكم تحكيمي، وذلك في القانون النموذجي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وهو ما استنتج منه البعض أنّ قرار المحكم بعدم اختصاصه ليس حكماً من منظور هذا القانون[155].

أثّر عدم ورود نص في القانون النموذجي حول مسألة تكييف حكم التحكيم في الاختصاص على بعض التشريعات التي استُلهمت منه، فعلى سبيل المثال نصت المادة 3/22 من القانون المصري للتحكيم على أنّ "**لهيئة التحكيم أن تفصل في الدفوع المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة قبل الفصل في الموضوع أو أن تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معا. فإذا قضت برفض الدفع فلا يجوز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقا للمادة "53" من هذا القانون**".

للإشارة، فقد تضمن مشروع هذا القانون في المادة 3/21 منه إجازة الطعن على الحكم الصادر من هيئة التحكيم قبل الفصل في الموضوع برفض الدفوع المتعلقة باختصاصها، غير أنّه لم يأخذ به في الصياغة النهائية، وهو ما يمكن تفسيره بعدم الاعتراف بالطبيعة القضائية له[156].

نص القانون المغربي من جهته، في الفصل 9-327 من قانون المسطرة المدنية بعد تعديله في سنة 2008، على أنّه "**على الهيئة التحكيمية، قبل النظر في الموضوع أن تبت، إما تلقائيا أو بطلب من أحد الأطراف، في صحة أو حدود اختصاصاتها أو في صحة اتفاق التحكيم وذلك بأمر غير قابل للطعن إلا وفق نفس شروط النظر في الموضوع وفي نفس الوقت**".

يتّضح من خلال هذا النص، أنّ المشرّع المغربي استعمل مصطلح الأمر للدلالة على ما يصدره المحكم في مسألة اختصاصه، وميّز بينه وبين ما يصدره في الموضوع الذي يعبر عنه بمصطلح "حكم التحكيم" للتعبير عنه، كما أنّ هذا النص لا ينص على الحالة التي يتوصل فيها

[155]- لقد بني هذا الاستنتاج على كون المسألة عُرضت للنقاش ولم يحصل عليها اتفاق بين ممثلي الدول. راجع في هذا الرأي:
Jean-Baptiste RACINE, « La sentence d'incompétence », op. cit., p. 738

[156]- راجع في ذلك: **هدى محمد مجدى عبد الرحمن**، مرجع سابق، ص 75.

المحكم إلى عدم اختصاصه، وأنّ اشتراط الطعن في الأمر بنفس الشروط وفي نفس الوقت، يؤدي لا محال إلى استبعاد أمر المحكم بعدم اختصاصه من الطبيعة القضائية، لأنّه يصدر بطبيعته في الحالة التي لا يصدر فيها حكم التحكيم في الموضوع، وذلك باستثناء الحالة التي يكون فيها عدم الاختصاص جزئياً[157].

في فرنسا، لقد سبق للقضاء أنّ اعتبر أن حكم المحكم الصادر في مسألة اختصاصه لا يحوز الصفة القضائية، وتأسيساً على ذلك، رفض قبول الطعن الموجه ضده[158]، غير أنّه سرعان ما استقر الرأي في فرنسا على الرأي القائل بالطبيعة القضائية للقرار الذي يصدره المحكم أثناء الفصل في اختصاصه.

تجدر الإشارة في الأخير إلى أنّ اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار، لا تعتبر القرارات الصادرة عن المحكمين بمناسبة الفصل في مسألة اختصاصهم أحكاما تحكيمية، ولا يمكن الطعن فيها بالبطلان مباشرة أمام اللجنة الخاصة المشكلة لهذا الغرض، على اعتبار أنّ المادة 1/52 من الاتفاقية حصرت الأحكام القابلة للطعن في الأحكام الفاصلة في موضوع المنازعة فقط. فتطبيقا لهذا النص، رفضت السكرتارية العامة للمركز الدولي قيد الطلب الذي تقدمت به دولة مصر، للطعن في الحكم التمهيدي المتعلق بالاختصاص في المنازعة التي جمعتها مع الشركة الأمريكية (SPP)، مؤسسةً رفضها على اعتبار أنّ القرار الصادر بهذا الخصوص لا يعدّ حكماً تحكيمياً في مفهوم المادة 52 السالفة الذكر[159].

رغم وضوح موقف السكرتارية العامة للمركز من قرار المحكم الصادر في الاختصاص، إلا أنّ البعض يرى أنّ المادة 52 من الاتفاقية لا تنكر الطبيعة القضائية لهذا القرار، بقدر ما تهدف

---

[157]- هناك من يرى عكس ذلك ويعتبر أنّ الأوامر الصادرة عن المحكم في اختصاصه وفقا للفصل 9-327 أحكاما تحكيمية جزئية. راجع في ذلك: **رضوان الحسوسي**، "الحكم التحكيمي: مشتملاته وتقنياته"، مجلة المحاكم المغربية، عدد 117، 2008، ص107.

[158]- حكم محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ 7مارس ريخ1961 وكذا حكمها الصادر بتاريخ 19 ماي 1961، مشار إليهما في المرجع السابق، ص76.

[159]- انظر: **حفيظة السيد الحداد**، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997، ص267.

إلى منع ممارسة الطعن المباشر عليها، وبالتالي انتظار صدور حكم التحكيم الفاصل في موضوع النزاع للطعن فيه[160].

ثانيا: القرار الصادر عن المحكم في مسألة اختصاصه حكم كسائر الأحكام التحكيمية

يذهب الاتجاه الغالب في الفقه والأنظمة القانونية الحديثة، إلى اعتبار قرار المحكم بمناسبة النظر في مسألة اختصاصه حكماً تحكيمياً، يتوفر على كل مقومات حكم التحكيم الذي يصدره المحكم بمناسبة الفصل في موضوع النزاع، والذي يعتبر بدوره بمثابة حكم قضائي، ويستند هذا الاتجاه على عدة أسانيد وحجج يبدو أنّها أثرت على الاجتهاد القضائي في بعض الدول حيث استقر الأخذ بهذا التكييف على غرار القضاء الفرنسي.

1-حجج أصحاب الرأي المدافع عن الطبيعة القضائية لقرار المحكم في اختصاصه

استند أصحاب هذا الرأي في تكييفهم للقرار الصادر عن المحكم في مسألة اختصاصه - سواء تمسك به أو رفضه- على أنّه حكم تحكيمي له مقومات الحكم القضائي، إلى عدة حجج وأسانيد نجملها فيما يلي:

- اختصاص المحكم ووجهه الآخر(عدم اختصاصه) يُكوّنان موضوع نزاع قائم بذاته ومن شأنه أن يفضي إلى عمل قضائي حقيقي[161]، وتدخل في التعريف العام الموسع للحكم التحكيمي الذي يرى فيه ذلك " العمل الصادر عن المحكم والذي يفصل بشكل قطعي، كلياً أو جزئياً، في النزاع المعروض عليه، سواء تعلق القرار بموضوع هذا النزاع ذاته أو بالاختصاص أو بمسألة تتعلق بالإجراءات، أدت بالمحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة"[162].

---

[160]- راجع في هذا الرأي: Magali BOUCARON-NARDETTO, op. cit., p.474.

[161]- في هذا المعنى: Jean-Baptiste RACINE, « La sentence d'incompétence », op. cit., p.742 et 743.

[162]- يتعلق الأمر بترجمتي، حيث جاء باللغة الفرنسية كما يلي:

« L'acte des arbitres qui tranche de manière définitive, en tout ou en partie, le litige qui leur a été soumis, que ce soit sur le fond, sur la compétence ou sur un motif de procédure qui les conduit à mettre fin à l'instance ».

Voir : Emmanuel GAILLARD, « Arbitrage commercial international. Sentence arbitrale. Procédure », op. cit., n°5 ; Voir aussi : Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, op. cit., p.750.

يعتبر القرار الذي يُصدره المحكم بشأن اختصاصه وفقا لهذا المفهوم، حكماً تحكيمياً لأنّه يفصل بصفة قطعية في جزء من المنازعة، مما يؤهله لأن يكون محلاً للطعن بالبطلان بصفة مباشرة.

- يرى البعض، أنّ عدم اعتبار قرار المحكم الصادر في مسألة اختصاصه حكماً سوف يؤدي إلى الحيلولة دون رقابته[163]. في نفس السياق، تساءل البعض عن كيفية إعمال اتفاق التحكيم، الذي يبقى صحيحاً ولا يبطله قرار المحكم بانتفاء اختصاصه، في حالة ما إذا كان تقدير المحكم في هذا الصدد خاطئاً، أو كان نفي اختصاصه قد صدر بسوء نية من جانبه تحيزاً للمدعى عليه، أو لعدم رغبته في الفصل في النزاع المعروض عليه[164].

من خلال ما سبق، يمكن القول أنّ الحجج المقدمة لا تؤسّس الحل المقترح من الناحيتين النظرية والقانونية، ولا تفسّر الطبيعة القضائية لقرار التحكيم الصادر في مجال الاختصاص، بقدر ما تُظهر الحاجة العملية إلى هذا التكييف، الذي يهدف إلى ضمان فعالية اتفاق التحكيم بصفة خاصة وعملية التحكيم بصفة عامة، فالتعريف الموسّع لحكم التحكيم جاء بغرض احتواء قرار المحكم في اختصاصه والقرارات الأخرى التي تؤدي إلى وقف خصومة التحكيم وليس العكس، أي أنّ التعريف الموسع جاء كنتيجة أو على الأقل كوسيلة لاحتواء القرار الصادر في مجال الاختصاص، الذي يفرزه الجانب الإيجابي لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص".

ثم إنّ تركيز القائلين بهذا الاتجاه على الرقابة وإمكانية الطعن ضد قرار الاختصاص مردود عليه –حسب رأيي -، ذلك أنّ مسألة الطعن وإن كانت تستهدف الأعمال القضائية كما ذهب إليه هؤلاء، إلا أنّ ذلك لا يعني بالضرورة أنّ كل حكم قضائي قابل للطعن، فهناك من الأحكام القضائية ما لا يقبل الطعن بالطرق العادية بنص القانون، سواء كان ذلك بالنظر إلى طبيعة النزاع الذي يفصل فيه(المعيار الموضوعي)[165] أو بالنظر إلى قيمة هذا النزاع(المعيار

---

[163]- **بليغ حمدي محمود**، الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص68.

[164]- **هدى محمد مجدى عبد الرحمن**، مرجع سابق، ص 77، هامش رقم 1.

[165]- كما هو الحال بالنسبة للأحكام الصادرة في موضوع الطلاق التي لا تقبل الاستئناف عملا بالمادة 57 من قانون الأسرة الجزائري.

القيمي)[166]، فمنع الطعن على قرار المحكم باختصاصه أو بعدم اختصاصه لا يعني بالضرورة أن هذا القرار ليس حكما تحكيميا.

إنّ التفسير الوحيد الذي يمكن أن يؤسس تبني التعريف الموسع لحكم التحكيم من أجل استيعاب قرار المحكم المتعلق باختصاصه، هو التفسير الذي يقوم على معيار غائي، مفاده ضرورة تحقيق الغاية من اللجوء إلى التحكيم كقضاء خاص، بهدف تحقيق سرعة الفصل في النزاعات الناشئة.

فالاستمرار في المنازعة أمام المحكم في حالة قضائه مثلا باختصاصه، على الرغم من أنّ هذا الحكم التحكيمي لو طعن فيه بالبطلان أمام محاكم الدولة، التي صدر حكم التحكيم على إقليمها لا تنهي الأمر بالقضاء ببطلانه، وفقد المحكم لاختصاصه بالفصل في موضوع النزاع[167]. فتحقيق فعالية هذا النظام هو الغاية وراء كل الحلول التي توضع للمسائل العملية التي يواجهها التحكيم. هذا ما يظهر من خلال ما تتجه إليه الأنظمة القانونية.

2-تطبيقات هذا الرأي في الأنظمة القانونية المقارنة

لم يتول المشرّعون في الدول محل هذه الدراسة تحديد المقصود من حكم التحكيم، كما لم تعرفه الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم. وعلى غرار القوانين الداخلية والاتفاقات الدولية، اكتفت اللوائح التحكيمية المعمول بها لدى مراكز التحكيم الدائمة بتحديد كيفية صدور هذا الحكم وما يتضمنه من أحكام.

لقد سبقت الإشارة إلى أنّ القانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لم يتضمن بدوره تحديداً للمقصود بحكم التحكيم، بعدما استبعد النص

[166]- وهو الوضع في الجزائر بالنسبة للأحكام الصادرة في النزاعات التي لا تتعدى قيمتها مائتي ألف دينار جزائري(200000,00دج)، راجع المادة 33 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[167]- في نفس المعنى انظر: **حفيظة السيد الحداد**، مرجع سابق، ص 23.

المقترح في مشروعه، نظراً للخلاف الذي دار بين ممثلي الدول حول مضمونه، خاصة اعتباره قرار المحكم الفاصل في اختصاصه حكماً تحكيمياً[168].

يعتبر النظام القانوني الفرنسي من بين الأنظمة القانونية التي تعترف بالطبيعة القضائية للحكم الذي يصدره المحكم بشأن اختصاصه، وذلك تجسيداً للمفهوم الموسع لحكم التحكيم، فلما كانت فعالية التحكيم هي المحرك الوحيد لتوجه هذا النظام، فقد استقر القضاء في فرنسا على تقرير المفهوم الموسع لحكم التحكيم، وذلك بعد تعديل قانون الإجراءات المدنية في سنة 1980 و1981، وتقنين مبدأ حجية أحكام التحكيم بمجرد صدورها في المادة 1476 منه[169]. فقد قررته كل من محكمة استئناف باريس[170] و محكمة النقض[171].

ثالثا: تكييف قرار المحكم في مسألة اختصاصه في القانون الجزائري.

لم تحظ مسألة تحديد الطبيعة القانونية لقرار المحكم الخاص باختصاصه، لاستنتاج الآثار القانونية التي يفضي إليها، باهتمام الفقه الجزائري رغم أهميتها، حيث لم يتطرق إليها بالدراسة علماً أنّ المشرّع لم يحسم المسألة بصفة صريحة وواضحة، لا في إطار قانون الإجراءات المدنية الملغى، ولا في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الساري المفعول.

ففي إطار القانون الملغى، لم يتول المشرّع الجزائري –على غرار التشريعات المقارنة- تحديد المقصود بحكم التحكيم سواءً كان داخلياً أو دولياً، وقد أحدث نص هذا القانون - بعد

---

[168]- وقد جاء النص المقترح في صياغته باللغة الفرنسية كما يلي:

Le mot sentence doit s'entendre d'une sentence définitive qui tranche toutes les questions soumises au tribunal arbitral et de toute autre décision du tribunal qui règle définitivement une question de fond quelconque ou la question de sa compétence ou toute autre question de procédure, mais dans le dernier cas, seulement si le tribunal arbitral qualifie sa décision de sentence ».

Cité par : Emmanuel GAILLARD, « Arbitrage commercial international. Sentence arbitrale. Procédure », op. cit., n°5.

[169]- تقابلها المادة 1484 من قانون الإجراءات الساري المفعول بعد تعديل 2011.

[170]- على سبيل المثال قرارها الصادر بتاريخ 25 مارس 1994:

Jean-Baptiste RACINE, « La sentence d'incompétence », op. cit., p.739.

[171]- راجع القرار الصادر عن الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 12 أكتوبر 2011 والذي جاء فيه:

« Après avoir énoncé à bon droit que seules peuvent faire l'objet d'un recours en annulation les véritables sentences arbitrales, c'est-à-dire les actes qui tranchent de manière, en tout ou partie, le litige qui leur est soumis, que ce soit sur le fond, sur la compétence ou sur un moyen de procédure qui les conduit à mettre fin à l'instance […] ».

Cass. Civ, 1re, 12 octobre 2011, Groupe Antoine Tabet c. République du Congo, n° 09-72439. *Bull.* 2011, I, n°164, disponible sur : www.légifrance.gouv.fr

صدور المرسوم التشريعي رقم 93-09 المعدل والمتمم له- لبسًا في مسألة تحديد طبيعة حكم التحكيم الدولي، على اعتبار أنّه أبقى على مصطلح "حكم" للتعبير على حكم التحكيم الداخلي، بينما استعمل مصطلح "قرار" للتعبير عن حكم التحكيم الدولي.

يعود هذا اللبس -حسب رأيي - إلى اعتماد الترجمة العربية لاتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها[172]، والتي استعمل فيها مصطلح "قرار" بدلاً من مصطلح "حكم". وما يؤكد هذا الرأي، هو أنّ النص باللغة الفرنسية، سواءً في إطار اتفاقية نيويورك أو في إطار قانون الإجراءات المدنية الملغى، استعمل مصطلح " Sentence"[173]، وبالتالي فإنّه يمكن الجزم أنّ المشرّع لم تكن له أية نية في التمييز بين الطبيعة القانونية للحكمين.

يرى البعض بخصوص تحديد الطبيعة القانونية للحكم، واستناداً إلى المادة 458 مكرر 16، أنّ حكم التحكيم الدولي هو الحكم الذي يحظى بحجية الأمر المقضي فيه، أي القطعي وأنّه تخرج من نطاقه الأحكام التي تصدر قبل الفصل في الموضوع والتي تتعلق بتنظيم سير التحكيم، منها الأحكام التمهيدية والأحكام الوقتية والتحضيرية والتي تصدر في جزئيات يتطلب الحكم في الموضوع الرئيسي، الحكم والفصل فيها قبل التطرق إلى النزاع الأصلي، كفصل هيئة التحكيم في الاختصاص الخاص بها تطبيقا للمادة 458 مكرر 7 ق. إ. م، أو الحكم الذي تتخذه عند تحديدها للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، عند عدم تحديده في اتفاقية التحكيم عملاً بنص المادة 458 مكرر 14 ق. إ. م[174].

يستند هذا التحليل كما سبقت الإشارة إليه، إلى نص المادة 458 مكرر 16 الذي يعتبر أنّ "**القرار التحكيمي الذي يفصل في المنازعة ينهي مهمة محكمة التحكيم. ويكتسي القرار التحكيمي فور صدوره حجية الشيء المقضي فيه والمتعلق بالنزاع الذي فصل فيه**"، فهذا الرأي اعتمد على مقومات العمل القضائي واعتبر أنّ حكم التحكيم الوحيد الذي يحوز حجية

[172]- راجع نص الاتفاقية المنشور في الجريدة الرسمية، عدد 48 لسنة 1988.

[173]- راجع نص الاتفاقية السابقة باللغة الفرنسية وكذا الترجمة الفرنسية للمواد 458 مكرر 12 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية الملغى.

[174]- **حسين فريدة**، التنفيذ الجبري لأحكام التحكيم الدولي الصادرة في المجال الاستثماري بالجزائر، بحث لنيل درجة الماجستير في قانون التنمية الوطنية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2000، ص34 و35.

الشيء المقضي فيه والذي ينهي مهمة محكمة التحكيم، وفقا لنص هذه المادة، هو حكم التحكيم الفاصل في المنازعة كاملةً، أي الحكم المنهي للنزاع فقط.

أرى أن مثل هذا التحليل يجانب الصواب، وأنه ناتج عن عدم البحث المعمق في مدلول المادة المذكورة، خاصة أنّ الفقرة الأولى منها جاءت بصياغة مبهمة نتيجة الترجمة غير الدقيقة للنص الأصلي الذي نقلت منه[175]، وما صياغة نص هذه الفقرة باللغة الفرنسية إلاّ دليلاً على ذلك[176]، حيث كان من المفروض أن تكون صياغتها باللغة العربية كمايلي: "ينهي قرار التحكيم مهمة محكمة التحكيم بالنسبة للنزاع الذي فصل فيه."

بناءً على ما سبق، فإنّه لا يمكن التسليم بالفكرة التي مفادها أنّ حكم المحكم المتعلق باختصاصه لا يتمتع بالطبيعة القضائية، ولا يدخل في التعريف الذي اعتمده المشرّع الجزائري للحكم في قانون الإجراءات المدنية الملغى، وما يؤكد ذلك أنّ المادة 458 مكرر7 من هذا القانون يسمح لمحكمة التحكيم بالفصل في اختصاصها بقرار أولي، وأنّ المادة 458 مكرر 12 من نفس القانون تسمح لمحكمة التحكيم بإصدار أحكام (قرارات) جزئية، كما أنّ المادة 458 مكرر23/أ من نفس القانون أيضاً نصت على حالة تمسك محكمة التحكيم خطأ باختصاصها، أو بعدم اختصاصها كسبب من أسباب إبطال الحكم أو استئناف الأمر القاضي بالاعتراف به أو تنفيذه، فإذا كان حكم محكمة التحكيم باختصاصها يمكن أن يكون بنفس الحكم الصادر في موضوع النزاع، فإنّ حكمها بعدم اختصاصها يصدر بطبيعته دون الفصل في موضوع النزاع، والاعتراف بإمكانية الطعن فيه هو بمثابة اعتراف بطبيعته القضائية.

---

[175]- خاصة وأنّ الكل يؤكد على أنّ المرسوم التشريعي رقم 93-09 هو مزيج من القواعد المأخوذة من القانون الفرنسي والقانون السويسري. راجع:

Nour-eddine TERKI, op. cit, p.20 ; Mostefa TRARI TANI, *Droit algérien de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p.32 ; Houria YESSAD, L'arbitrage commercial international, *Revue El-Mouhamat*, Barreau de Tizi –Ouzou, n° 5/2007, p.42 ; Ali MEBROUKINE, « L'arbitrage commercial international en Algérie », *in Le Débat juridique au Maghreb. De l'étatisme à l'Etat de droit*, études en l'honneur de Ahmed Mahiou, Editions Publisud- Iremam, Paris, 2009, p.119 ; Yacoute AKROUN, « l'arbitrage commercial international en Algérie », *in L'Algérie en mutation : Les instruments juridiques de passage à l'économie de marché*, s. dir. Robert CHARVIN et Ammar GUESMI, L'Harmattan, Paris 2001, p.281.

[176]- حيث جاء نص هذه الفقرة باللغة الفرنسية كما يلي:

« La sentence dessaisit le tribunal arbitral de la contestation qu'elle a tranché ».

لقد استغل المشرّع صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية في سنة 2008، ليعيد النظر في بعض القواعد المنظمة للتحكيم بصفة عامة والتحكيم الدولي بصفة خاصة. إنّ ما يميّز القانون الجديد بخصوص حكم التحكيم، هو توحيد التسمية بين حكم التحكيم الداخلي وحكم التحكيم الدولي، حيث استغنى المشرّع عن مصطلح "القرار "الذي استعمله قبل ذلك للدلالة على حكم التحكيم الدولي، وهو ما يؤكد ما سبق قوله بخصوص مصدر ذلك التمييز.

أما بخصوص مسألة الطبيعة القضائية لحكم التحكيم الصادر في مسألة الاختصاص، فإنّ القانون الجديد لا يختلف كثيراً عن سابقه، كونه لم ينص صراحة على ذلك، بل اكتفى بالنص على إمكانية إصدار محكمة التحكيم لحكم أولي يفصل في اختصاصها، إذا كان الدفع بعدم الاختصاص ليس مرتبطا بموضوع النزاع، وذلك في المادة 1045 منه، كما أنّ المشرّع لم يميّز بين أنواع أحكام التحكيم بصدد تنظيمه لطرق الطعن.

غير أنّ الملاحظ في القانون الجديد، هو أنّه استغنى على حالة الطعن بسبب تمسك محكمة التحكيم خطأً بعدم اختصاصها(الحكم بعدم الاختصاص) واكتفى بالنص على البطلان في حالة تمسكها خطأً باختصاصها(الحكم بالاختصاص)، وهو ما يمكن أن يؤدي إلى طرح التساؤل التالي: هل أراد المشرّع من خلال ذلك إنكار الطبيعة القضائية لحكم محكمة التحكيم بعدم اختصاصها مما يحول دون إمكانية الطعن فيه؟

أمام غياب الاجتهاد القضائي الجزائري لرفع هذا اللبس، أرى أنّ الإجابة على هذا السؤال تكون بالسّلب، وأنّ ذلك ناتج عن تخلي المشرّع الجزائري عن القواعد التي أخذها من القانون الدولي الخاص السويسري الذي نقل عنه نص المادة 458 مكرر23 السالفة الذكر ، واتجاهه للأخذ بالحلول التي كرّسها القانون الفرنسي وبالتحديد المادة 1502 في صياغته السابقة لتعديل 2011[177]، علماً أنّ القضاء الفرنسي يعترف لحكم التحكيم بعدم الاختصاص بكامل

[177]- لأنّ الصياغة الجديدة الواردة في المادة 1520 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي استلهم من نص المادة 190 من القانون الدولي الخاص السويسري حيث أضاف إلى حالات الطعن بالبطلان حالة تمسك محكمة التحكيم خطأ بعدم اختصاصها، وقد جاء النص الجديد للمادة في فقرته(1) كما يلي:

"Le recours en annulation n'est ouvert que si :
1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ou"

طبيعته القضائية رغم الاختلاف الذي نشأ حول تأسيس الطعن ضده كما سيظهر من خلال الفرع الموالي.

فالتوجه العام الليبرالي الذي يميّز قواعد التحكيم الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا يسمح باستنتاج تراجع المشرّع الجزائري عن الطبيعة القضائية لحكم التحكيم الذي يفصل في الاختصاص، سواء كان حكماً بالاختصاص أو حكماً بعدم الاختصاص، ويبقى فقط أن نبحث في الأساس الذي يتأسس عليه الطعن بالبطلان ضده في هذه الحالة الأخيرة.

الفرع الثاني
إشكالات الطعن
في قرار المحكم في شأن اختصاصه

لم تتفق الأنظمة القانونية حول مسألة خضوع قرار المحكم الصادر في مسألة اختصاصه للطعن، فهناك من الأنظمة من كرّس إمكانية الطعن في هذا القرار بصفته حكماً قضائياً كحكم المحكم الفاصل في موضوع النزاع، بينما لا ترى أنظمة قانونية أخرى جدوى في السماح بالطعن فيه، بل وهناك من ربط الطعن فيه بالطعن في الحكم الصادر في موضوع النزاع (**أولا**).

إضافة إلى ذلك، اختلفت الأنظمة التي تكرّس إمكانية الطعن في قرار المحكم المتعلق باختصاصه فيما بينها حول الأساس الذي يتأسس عليه الطعن إذا رفض المحكم اختصاصه. كما أنّها لم تتفق أيضا حول نطاق الرقابة التي يمارسها القاضي بمناسبة الطعن في هذا القرار(**ثانيا**).

أولا : اختلاف الأنظمة القانونية حول قابلية القرار للطعن وحول توقيته

لم يقتصر الاختلاف بين النظم القانونية على مسألة اعتبار حكم التحكيم الصادر في مسألة الاختصاص ذو طبيعة قضائية من عدمه، بل ظهر اختلاف حتى بين الأنظمة القانونية التي تعترف له هذه الصفة حول مدى قبوله للطعن، و حول التوقيت المناسب لممارسة هذا الطعن.

1- الاختلاف حول مسألة قابلية القرار للطعن:

هناك من يرى أنّ إتاحة إمكانية الطعن ضد القرار الصادر عن المحكم باختصاصه يعدّ أمراً منطقياً، وتساءل عن جدوى استمرار المحكم في إجراءات محكوم عليها بالبطلان لعدم اختصاص المحكم لسبب أو لآخر، فاختصاص المحكم هو أساس توليه مهمة حسم النزاع، فإذا كان هذا الأساس محل نزاع بين الأطراف والمحكم فيتعين حسمه في أقرب وقت، تجنبا لإضاعة الوقت والمصروفات في إصدار حكم باطل من البداية لانتفاء اختصاص المحكم بنظره[178].

سبق للقضاء الفرنسي، قبل تعديل قانون الإجراءات المدنية في سنتي 1980 و1981، أن رفض قبول الطعن على حكم المحكم الصادر بالفصل في اختصاصه، وقد أسّس ذلك على اعتبار أنّ هذا الحكم لا يحوز الصفة القضائية وفقا لما سبق ذكره في الفرع السابق. أما بعد ذلك، فقد استقر ت الممارسة القضائية الفرنسية على قبول الطعن في هذا الحكم، سواء تمسك المحكم بموجبه باختصاصه أو رفضه، وذلك بمجرد صدوره وبنفس الشروط والإجراءات التي يخضع لها الطعن في أحكام التحكيم الفاصلة في موضوع النزاع.

لقد ساعد ما جاء في نص المادة 1476 من قانون الإجراءات المدنية بعد التعديل المذكور أعلاه على هذا التحول القضائي، حيث اعتبر أنّ أحكام التحكيم تحوز حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها. عليه أسّست المحاكم الفرنسية هذه الإمكانية على كون حكم التحكيم الصادر في مسألة الاختصاص يحسم هذا الشق من النزاع بصفة نهائية، ويستنفد ولاية المحكم بشأنه باعتباره حكم جزئي.

2- الاختلاف حول توقيت الطعن في الأنظمة التي تعمل به

يخضع كل قرار يصدر عن محكمة التحكيم في مسألة سلطاتها القضائية، من حيث المبدأ، لرقابة المحاكم الوطنية التي يكون لها الكلمة الأخيرة في هذا المجال[179]، ويكمن الاختلاف الموجود في الأنظمة القانونية في مسألة توقيت ممارسة هذه الرقابة.

---

[178]- **هدى محمد مجدى عبد الرحمن**، مرجع سابق، ص 75.

[179]- راجع في هذه الفكرة: Alain REDFERN, Martin HUNTER, op. cit, p. 228.

لقد منعت بعض الأنظمة القانونية لأطراف خصومة التحكيم القيام بتحريك هذه الرقابة، إلاّ بعد صدور الحكم الفاصل في موضوع النزاع، حيث لا تسمح برفع الطعن ببطلان حكم محكمة التحكيم الصادر برفض الدفع بعدم الاختصاص، المبني على عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو عدم شموله موضوع النزاع استقلالاً، بل يطعن فيه مع الحكم الصادر في موضوع النزاع، ويكون ذلك برفع دعوى البطلان ضد الحكم المنهي للخصومة كلّها.

على سبيل المثال، لقد نصت الفقرة الثالثة من المادة 22 من القانون المصري للتحكيم على أنّه"**تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة قبل الفصل في الموضوع أو أنّ تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معا. فإذا قضت برفض الدفع، فلا يجوز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقا للمادة (53) من هذا القانون**".

يكون الطعن ضد حكم التحكيم الذي يتمسك فيه المحكم باختصاصه- وفقا لهذا النص- بعد انتهاء خصومة التحكيم، أي بعد صدور الحكم الموضوعي الفاصل في النزاع، بينما يستنتج بمفهوم المخالفة أن الحكم الذي يرفض بموجبه المحكم اختصاصه يكون قابلا للطعن فيه بالبطلان بمجرد صدوره[180].

في مقابل ذلك، نجد أنّ الكثير من الأنظمة القانونية تسمح لمن له مصلحة بممارسة الطعن ضد الحكم الذي تصدره محكمة التحكيم عند النظر في اختصاصها، بمجرد صدوره حتى وإن كان حكماً أولياً، وسواءً تمسكت فيه باختصاصها أو رفضته[181]. هذا النظام الذي يسمح بالطعن ضد حكم التحكيم الصادر في مسألة الاختصاص بمجرد صدوره أمام القاضي يسمى بنظام "الرقابة المنافسة""Contrôle concurrent"[182].

---

[180]- لقد أورد الفقه المصري أن مشروع قانون التحكيم جاء بنص المادة 2/21 التي تسمح بالطعن ضد حكم التحكيم بالاختصاص بمجرد صدوره، غير أنه أعيدت صياغتها في المادة 22 من الصيغة النهائية للقانون. راجع: **هدى محمد مجدى عبد الرحمن**، مرجع سابق، ص75

[181]- وهو الوضع مثلا في كل من القانون السويسري (المادة 190 من القانون الدولي الخاص) والقانون الإسباني (المادة 3/22 من القانون رقم60-2003)

[182]- أنظر في ذلك: Alain REDFERN, Martin HUNTER, op. cit., p.228

تهدف الأنظمة القانونية التي اختارت هذا التوقيت للطعن في حكم المحكم الصادر بشأن اختصاصه، إلى تمكين الأطراف من معرفة حقيقة هذا الاختصاص في أقرب وقت ممكن، وبالتالي تفادي إهدار الوقت والمال في إجراءات تحكيمية لا جدوى منها إذا غاب أساسها[183].

بالرغم من هذه الميزة، تواجه الرقابة المنافسة بهذا المفهوم انتقادين أساسيين: فهي تشجع من جهة اللجوء إلى المحاكم الوطنية أثناء سريان إجراءات التحكيم، في حين أنّ خصومة التحكيم تتطلب أن تسير قدر المستطاع دون تداخل مع القضاء ضماناً لفعاليتها. من جهة أخرى، تفتح هذه الرقابة باب المماطلة وتشجّع الطرف المدعى عليه، الذي يشارك في إجراءات التحكيم دون اقتناع، على إتباع الإجراءات التسويفية[184].

في فرنسا، وبالرغم من عدم النص صراحة على إمكانية الطعن على حكم المحكم باختصاصه أو بعدم اختصاصه، إلا أنّ القضاء الفرنسي استقر – كما سبقت الإشارة إليه- على قبوله بمجرد صدور الحكم، وسواءً تمسك المحكم باختصاصه أو رفضه، باعتبارها أحكاماً قضائية ذات حجية، بل وسبق وأن أعاد تكييف ما اعتبره المحكم أمراً على أساس أنّه حكم وليس أمر[185].

على غرار القانون الفرنسي، لم يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ولا قانون الإجراءات المدنية الملغى أيّة إشارة صريحة إلى مسألة قابلية حكم التحكيم، الذي يفصل في الاختصاص للطعن، وهو ما يفسر عدم إشارته كذلك إلى توقيت هذا الطعن.

رغم ذلك، وفي انتظار التأكيد من طرف القضاء الجزائري، يمكن الجزم أنّه لا يمكن القول بأنّ المشرّع لا يسمح بممارسة الطعن ضد هذا الحكم، سواء كان حكماً بالاختصاص أو حكماً بعدم الاختصاص، فقد تبيّن أعلاه أنّ المشرّع الجزائري اعتبر أنّ حكم التحكيم الصادر في

---

[183]- حيث يرى البعض أنّه لا يوجد، من حيث الملاءمة، ما يبرّر إرجاء إمكانية الطعن بالبطلان الممنوحة للأطراف إلى ما بعد صدور الحكم الموضوعي، لأنّ المحكمين قد فصلوا في الاختصاص بموجب قرار نهائي وملزم للأطراف. راجع:
Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, op. cit., p.752.

[184]- Ibid, p. 228.

[185]- راجع قرار محكمة استئناف باريس:
CA Paris, 9 juillet 1992, Société industrial export-import c. société GECI et GFC, *Rev. Arb.*, n°1/1993, note Ch. JARROSSON.

مجال الاختصاص له نفس طبيعة الحكم الفاصل في النزاع الموضوعي، وأنّه لم يميّز بين هذه الأحكام عند تنظيمه لطرق الطعن، حيث نص على حكم التحكيم دون التمييز بين مختلف أنواعه.

يمكن القول إذن أنّ حكم التحكيم الصادر في مسألة الاختصاص، يكون قابلا للطعن بالبطلان بصفة مباشرة وبمجرد صدوره إذا أخذ صورة حكم أولي[186]، أما إذا صدر مع الحكم الفاصل في النزاع، فلا جدوى من الطعن ضده بطعن مستقل لأنّه يمكن الطعن مباشرة في الحكم الفاصل في الموضوع.

تبقى الإشارة إلى أنّه، وعلى عكس قانون الإجراءات المدنية الملغى، فإنّ قانون الإجراءات المدنية والإدارية يثير إشكالية الأساس الذي يتأسس عليه الطعن ضد الحكم، الذي ترفض بموجبه محكمة التحكيم اختصاصها.

ثانيا: اختلاف الأنظمة القانونية حول تأسيس الطعن ونطاقه

إذا كانت أغلب التشريعات الداخلية قد نصت على بطلان حكم التحكيم الذي يصدر دون وجود اتفاق التحكيم أو بناءً على اتفاق باطل، وهي الحالات التي ينعدم فيها اختصاص محكمة التحكيم، والتي يمكن أن يتأسس عليها الطعن بالبطلان ضد حكم محكمة التحكيم باختصاصها، فإنّ القليل من التشريعات والقوانين فقط نص على حالة رفض محكمة التحكيم لاختصاصها خطأ، كسبب من أسباب الطعن بالبطلان ضد حكم محكمة التحكيم بعدم اختصاصها.

1- تأسيس الطعن ضد قرار المحكم باختصاصه

تنبثق السلطة القضائية للمحكم واختصاصه بالنظر في موضوع النزاع من اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم فقط[187]، هذا ما يفسر أنّ كل الأنظمة القانونية تفتح باب الطعن بالبطلان ضد حكم التحكيم الذي يصدر في الموضوع، في غياب مصدر السلطة القضائية للمحكم الذي يتمثل في اتفاق تحكيم صحيح ومنتج لآثاره.

---

[186]- وهي الصورة المبدئية لأنّ المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تلزم محكمة التحكيم بالفصل في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع.

[187]- راجع في نفس المعنى: Alain REDFERN, Martin HUNTER, op. cit., p. 220.

إذا كان بإمكان الأطراف الطعن بالبطلان ضد حكم التحكيم الصادر في موضوع النزاع في هذه الحالة، فمن الأولى القول بأنّ الأطراف لهم أن يطعنوا ضد الحكم الذي يتمسك من خلاله المحكم باختصاصه خطأً أو تعسفاً، أي في غياب اتفاق الأطراف أو بطلانه أو انقضائه لأي سبب كان.

على سبيل المثال، نصت الفقرة الأولى من المادة 1520 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الساري المفعول، وبصياغة شاملة، على إمكانية الطعن ضد حكم المحكم الذي يتمسك باختصاصه خطأً، وهو ما ينطبق في نفس الوقت على الحكم الموضوعي المنهي للنزاع والحكم المتعلق بالاختصاص على حد سواء، وهي نفس الصياغة التي استعملها المشرّع السويسري في المادة b/190 من القانون الدولي الخاص[188].

في المقابل، فضلت تشريعات أخرى أن تقتدي بطريقة كل من اتفاقية نيويورك والقانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي[189]، وفصّلت حالات بطلان حكم التحكيم التي تثير عدم اختصاص محكمة التحكيم، على غرار حالة افتقار أحد الأطراف إلى الأهلية، وحالة عدم صحة اتفاق التحكيم في نظر القانون الواجب التطبيق عليه، أو حالة عدم شمول

---

[188]- راجع نصوص هذا القانون في: www.admin.ch

[189]- حيث جاء نص المادة 2/34 منه كما يلي:

"2- لا يجوز للمحكمة المسماة في المادة 6 أن تلغي أي قرار تحكيم إلا إذا:

(أ) قدم الطرف طالب الإلغاء دليلا يثبت:

"1" أنّ أحد طرفي اتفاق التحكيم المشار إليه في المادة (7) يفتقر إلى الأهلية؛ أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح بموجب القانون الذي أخضع الطرفان الاتفاق له، أو بموجب قانون هذه الدولة في حالة عدم وجود ما يدل على أنهما فعلا ذلك؛ أو =

= "2" أنّ الطرف طالب الإلغاء لم يبلغ على وجه صحيح بتعيين أحد المحكمين أو بإجراءات التحكيم أو أنّه لم يستطع لسبب آخر أن يعرض قضيته؛ أو

"3" أنّ قرار التحكيم يتناول نزاعا لا يقصده أو لا يشمله اتفاق العرض على التحكيم، أو أنّه يشمل على قرارات بشأن مسائل خارجة عن نطاق هذا الاتفاق، على أنّه إذا كان من الممكن فصل القرارات المتعلقة بالمسائل المعروضة على التحكيم عن القرارات غير المعروضة على التحكيم، فلا يجوز أن يلغى من قرار التحكيم سوى الجزء الذي يشمل على القرارات المتعلقة بالمسائل غير المعروضة على التحكيم؛ أو

"4" أنّ تشكيل هيئة التحكيم أو الإجراء المتبع في التحكيم كان مخالفا لاتفاق الطرفين، ما لم يكن هذا الاتفاق منافيا لحكم من أحكام هذا القانون التي لا يجوز للطرفين مخالفتها، أو، في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق، مخالفا لهذا القانون؛ أو

(ب) وجدت المحكمة:

"1" أنّ موضوع النزاع لا يقبل التسوية بالتحكيم وفق القانون هذه الدولة؛ أو

"2" أن قرار التحكيم يتعارض مع السياسة العامة لهذه الدولة."

اتفاق التحكيم على النزاع المعروض على محكمة التحكيم، أو عدم قابليته للحل عن طريق التحكيم[190].

في الجزائر، كان قانون الإجراءات المدنية الملغى ينص صراحة على حالة تمسك المحكم باختصاصه خطأً، وذلك في المادة 458 مكرر 23/أ التي نقلها المشرّع عن القانون السويسري، بينما اكتفى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر في سنة 2008 بالنص على الحالات المتعلقة بالاختصاص، على الطريقة الفرنسية قبل التعديل الذي مسّ قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في سنة 2011، والذي كرّس بموجبه القانون الفرنسي الصياغة السويسرية الصريحة.

ففي الوقت الذي تخلى فيه المشرّع الجزائري عن الصياغة التي نقلها عن المادة 190 من القانون الدولي الخاص السويسري في سنة 2008، قام المشرّع الفرنسي بتكريسها نظراً لبساطتها ودقتها وخاصة لشمولها لجميع الحالات المذكورة، و كذا الحالات الممكنة لعدم اختصاص محكمة التحكيم، بالإضافة إلى كون الشطر الثاني من الفقرة (ب) من المادة 190 من القانون الدولي الخاص السويسري يأخذ في الحسبان حالة الطعن في حكم التحكيم الذي يرفض بموجبه المحكم اختصاصه خطأً[191].

2- تأسيس الطعن ضد قرار المحكم بعدم اختصاصه

لقد أثارت مسألة الطبيعة القضائية لحكم التحكيم بعدم الاختصاص، وبالتالي قابليته للطعن، جدلاً واسعاً في الفقه الفرنسي على وجه الخصوص، رغم قلة هذا النوع من الأحكام إلى درجة وصفها "بالعصفور النادر"[192].

لم يتصور أغلب المشرّعين مسألة الطعن فيها بالبطلان نتيجة ندرة هذا النوع من الأحكام، فإذا ما استثنينا القانون الدولي الخاص السويسري وبعض التشريعات التي نقلت منه،

---

[190]- راجع على سبيل المثال: المادة 53 من القانون المصري للتحكيم، الفصل 78 من مجلة التحكيم التونسية، المادة41 من القانون الإسباني للتحكيم، الفصل49- 327 من قانون المسطرة المدنية المغربي.

[191]- وهو ما لاحظه البعض. راجع مثلا:

Maria KOSTYTSKA, Le contrôle post-arbitral de la sentence internationale : regards croisés sur les droits Français, Suisse et Tunisien », *in Le juge et l'arbitrage*, sous direc. Sami BOSTANJI, Editions A. PEDONE, Paris, 2014, p.332.

[192]- يرجع السبب في قلة أحكام التحكيم بعدم الاختصاص إلى التشجيع الذي يعرفه التحكيم في الوقت الراهن وإلى اتجاه المحكمين إلى التمسك باختصاصهم في أغلب الحالات. راجع:

Jean-Baptiste RACINE, « La sentence d'incompétence », op. cit., p.730 et 731.

الذين تضمنوا نصاً صريحاً مفاده إمكانية الطعن بسبب تمسك محكمة التحكيم بعدم اختصاصها خطأً[193]، لم تتضمن الأغلبية الساحقة من التشريعات نصاً خاصاً وصريحاً يتأسس عليه الطعن في هذا الحكم، وقد تركت بالتالي فراغاً قانونياً جعل البعض يصفه "بالزاوية الميتة للتفكير حول الاختصاص التحكيمي" «Angle mort de la réflexion sur la compétence» [194].

لقد سبقت الإشارة إلى أنّ الرأي الفقهي مستقر على قبول إصدار المحكم حكماً بعدم اختصاصه بسبب بطلان اتفاق التحكيم، وذلك استناداً إلى تأسيس مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" ليس على اتفاق الأطراف، وإنّما على الرخصة القانونية العامة الموجودة في كل الأنظمة القانونية[195].

لقد أثيرت هذه المسألة أمام القضاء الفرنسي قبل تعديل قانون الإجراءات المدنية في جانفي 2011، وذلك في عدة مناسبات، وقد استقر اجتهاده على تأسيس الطعن بالبطلان ضد حكم التحكيم بعدم الاختصاص، على الوجه الثالث من الأوجه المحددة في نص المادة 1502 من قانون الإجراءات المدنية، والذي يتعلق بحالة عدم احترام المحكم للمهمة المسندة إليه من قبل الأطراف[196]، ذلك أنّ الوجه الأول يتعلق فقط بالحالة العكسية، أي حالة الطعن ضد الحكم الذي يتمسك فيه المحكم باختصاصه خطأً، وهي الحالة التي يكون فيها اتفاق التحكيم غير موجود أو باطل أو انتهت مدته.

بمناسبة تعديل قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في سنة 2011، ومن أجل توحيد الأساس القانوني للطعن بالبطلان ضد حكم التحكيم الفاصل في الاختصاص، وباقتراح من

---

[193]- حيث جاءت المادة 190/ب من القانون الدولي الخاص السويسري كما يلي:

« Elle ne peut être attaquée que :

a. (…).

b. Lorsque le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; ».

[194]- أنظر: Jean-Baptiste RACINE, « La sentence d'incompétence », op. cit., p. 731

[195]- راجع في هذا الخصوص : Antonias DIMOLITSA, op. cit., p. 305 et s.

[196]- وهو التأسيس الذي أخذت به مثلا محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر بتاريخ 22 ماي 2008 في قضية "Abela"، راجع:

Jean-Baptiste RACINE, « L'affaire Abela ou les vicissitudes du contrôle de la compétence arbitrale », *Les cahiers de l'arbitrage*, vol. V, 2010, p.189 et 190.

اللجنة الفرنسية للتحكيم[197]، أُدرج نص مماثل لنص المادة 190/ب من القانون الدولي الخاص في المادة 1520 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في صيغتها الجديدة، وقد وضع بذلك حداً للفراغ القانوني الموجود في هذا القانون[198].

لم يكن مثل هذا الفراغ موجوداً في الجزائر في ظل المرسوم التشريعي رقم 93-09 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية، الذي نقل حرفياً نص الفقرة الثانية من المادة 190 من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987، حيث نصت الفقرة (أ) من المادة 458 مكرر23 على إمكانية الطعن بالبطلان ضد حكم التحكيم "**إذا تمسكت محكمة التحكيم خطأ باختصاصها أو بعدم اختصاصها**".

غير أنّ قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر في سنة 2008 أدخلنا في نفس الفراغ القانوني الذي عرفه القانون الفرنسي قبل تعديل سنة 2011، حيث أسقط الفقرة المذكورة في الفقرة (أ) من المادة 458 مكرر23 المذكورة أعلاه. إنّ هذا الوضع الجديد يمكن أن يوحي بأنّ المشرّع الجزائري تراجع عن موقفه الذي يسمح بالطعن بالبطلان ضد حكم التحكيم بعدم الاختصاص، وهو ما من شأنه أن يثير الجدل حول الطبيعة القضائية لهذا الحكم كما سبقت الإشارة إليه.

ينبغي استبعاد مثل هذا التصور، لأنّ إسقاط النص يُرجح أن يكون ناتجاً عن ميل المشرّع الجزائري أثناء إعداد قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلى الأخذ بالحلول المكرّسة في القانون الفرنسي قبل تعديل قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في سنة 2011، وتخليه عن الحلول الواردة في القانون السويسري.

---

[197]- ورد ذلك بالتحديد في المادة 1518 من النص المقترح. راجع هذا النص وتقديمه في:
Jean-Louis DELVOLVE, « Présentation du texte proposé par le comité français de l'arbitrage pour une réforme du droit de l'arbitrage », *Rev. Arb.*, n°2/2006, pp.491-517.

[198]- إذ تنص المادة 1502 في فقرتها الأولى:
« Le recours en annulation n'est ouvert que si :
1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ou ».

أمام هذا الوضع، يبقى الحل الوحيد لملء هذا الفراغ القانوني هو لجوء الجهات القضائية الجزائرية التي يطعن أمامها ضد حكم التحكيم بعدم الاختصاص، إلى اعتماد الحل الذي استقر عليه القضاء الفرنسي قبل سنة 2011، وتأسيس قبول هذا الطعن على الفقرة الثالثة من المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الخاصة بحالة فصل محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.

3- نطاق الرقابة القضائية على قرار المحكم الفاصل في اختصاصه

رغم تحديد الأنظمة القانونية للأسباب التي يفتح على أساسها الطعن بالبطلان ضد حكم التحكيم بصفة عامة، وعلى حكم التحكيم بشأن الاختصاص بصفة خاصة، تحديداً حصرياً، إلا أنّ هذه الأنظمة تسمح للقاضي بممارسة رقابة مطلقة بمناسبة البحث في توفر هذه الأسباب، خاصة إذا تعلق الأمر بمسألة الاختصاص.

حتى القوانين الأكثر ليبرالية في هذا المجال، نجد أنّها قد كرّست فكرة الرقابة القضائية المطلقة، إذ تسمح للقاضي بالبحث في توفر أسباب البطلان المثارة من حيث الواقع والقانون. على سبيل المثال، قررت محكمة النقض الفرنسية بمناسبة فصلها في الطعن المرفوع إليها في إطار قضية هضبة الأهرام بين جمهورية مصر و الديوان المصري للسياحة والأسفار ضد الشركة الأمريكية (SPP) أنّه " **إذا كانت مهمة محكمة الاستئناف، المرفوع إليها الطعن وفقا للمادتين 1502 و 1504 من قانون الإجراءات المدنية الجديد، محددة بالنظر في العيوب المعددة في هاتين المادتين، فإنه لا يوجد أي تحديد لسلطة هذه الجهة القضائية في البحث من حيث القانون والواقع على كل العناصر المتعلقة بالعيوب المعنية؛ ولها على وجه الخصوص تفسير العقد لتقدير ما إذا فصل المحكم دون اتفاق تحكيم**"[199].

[199]- يتعلق الأمر بترجمتي، فقد جاء النص باللغة الفرنسية كما يلي:

« [s]i la mission de la cour d'appel, saisie en vertu des articles 1502 et 1504 du nouveau code de procédure civile, est limitée à l'examen des vices énumérés par ces textes, aucune limitation n'est apportée au pouvoir de cette juridiction de rechercher en droit et en fait tous les éléments concernant les vices en question ; qu'en particulier, il lui appartient d'interpréter le contrat pour apprécier par elle-même si l'arbitre a statuer sans convention d'arbitrage ».

Cass. Civ., 1re, 6 janvier 1987, n°84-17274, *bull.* n°2/1987, p.1, consultable sur : www.legifrance.gouv.fr

يبدو أنّ القضاء الفرنسي استقر على العمل بهذا الحل، فقد طبقته محكمة استئناف باريس في الحالة الخاصة بالرقابة القضائية على حكم التحكيم الفاصل في اختصاص محكمة التحكيم، وذلك بتاريخ 22 ماي 2008 بمناسبة الطعن المرفوع إليها في القضية المشهورة باسم "Abela"، حيث قررت أنّ " **قاضي البطلان يراقب قرار محكمة التحكيم الفاصل في اختصاصه بالبحث عن جميع العناصر القانونية والواقعية وفق ما يظهر من الملف والتي تسمح بتقدير مدى الاتفاق على التحكيم واستنباط النتائج الخاصة باحترام المهمة المسندة للمحكمون**"[200].

يُظهر هذا التوجه، الاختلاف الموجود بين الرقابة التي تمارس على أحكام التحكيم الفاصلة في الموضوع وأحكام التحكيم الفاصلة في مسألة الاختصاص. فإذا كانت الأحكام الفاصلة في الموضوع لا تسمح بالرقابة المطلقة، لكون هذا النوع من الرقابة يؤدي إلى إعادة النظر في ما قضى به، ويخضع بالتالي عدالة التحكيم إلى وصاية الجهات القضائية الرسمية ، فإنّ الأحكام الفاصلة في الاختصاص لا يوجد ما يمنع من ممارسة الرقابة المطلقة عليها، خاصة إذا كان حكم التحكيم موضوع الرقابة حكمًا بعدم الاختصاص، لأن الرقابة تكون لمصلحة التحكيم وليس العكس[201].

للإشارة، لا يوجد ما يمنع من ممارسة الرقابة القضائية المطلقة من حيث القانون والواقع في الأنظمة القانونية الأخرى، خاصة في الحالة التي لم يخضع فيها اتفاق التحكيم للرقابة المسبقة بمناسبة الدفع بوجود اتفاق التحكيم أمام القضاء الوطني في الدول التي تسمح بهذا النوع من الرقابة، على غرار القوانين المستوحاة من القانون النموذجي للأمم المتحدة[202].

---

[200]- وقد جاء القرار باللغة الفرنسية:

« [l]e juge de l'annulation contrôle la décision du tribunal arbitral sur sa compétence en recherchant tous les éléments de droit et de fait tels qu'ils résultent du dossier permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage et d'en déduire les conséquences sur le respect de la mission confiée aux arbitres ».

Pour un commentaire de cet Arrêt voir : Jean-Baptiste RACINE, « L'affaire Abela ou les vicissitudes du contrôle de la compétence arbitrale », op. cit., pp. 187-197.

[201]- انظر في هذا المعنى:

Jean-Baptiste RACINE, « L'affaire Abela ou les vicissitudes du contrôle de la compétence arbitrale », op. cit., p. 192 et 193.

[202]- سيتم التفصيل في هذا العنصر في الصفحة 121 وما يليها من هذه الأطروحة.

الوضع في القانون الجزائري قريب من الوضع في القانون الفرنسي الذي نقلت عنه معظم قواعد التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهو ما يسمح بالقول، رغم عدم وجود –إلى حد علمي- للاجتهاد القضائي الجزائري في هذه المسألة، أنّ القاضي الجزائري سيمارس رقابة مطلقة على حكم التحكيم الصادر في مسألة الاختصاص، وذلك قياساً على ما يعمل به القاضي الفرنسي.

الفصل الثاني

حول دور مبدأ "الاختصاص–بالاختصاص" في تحقيق فعالية التحكيم أمام القاضي

تكتسي مسألة الاختصاص أهمية بالغة في مجال التحكيم، فيتحدد بها ما إذا كان النزاع سيفصل فيه القضاء الوطني أم قضاء التحكيم، لذلك تكرّس جل النظم القانونية فكرة الرقابة القضائية على اختصاص المحكم، وتبتعد بذلك عن المفهوم الأصلي الألماني لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"، الذي بموجبه يمكن للقاضي أن يفصل في اختصاصه بحكم نهائي غير قابل لأي طريق من طرق الطعن، إلا أنّ هذه الأنظمة تختلف حول توقيت ممارسة الرقابة القضائية على اختصاص المحكم.

لا يقتصر مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" في مضمونه، على الاعتراف لمحكمة التحكيم بالاختصاص بالنظر في اختصاصها قياساً على اختصاص المحكمة القضائية بالنظر في اختصاصها - كما تبيّن أعلاه-، بل تطور في مضمونه في بعض الأنظمة القانونية ليصبح آلية لتسوية تنازع الاختصاص بين قضاء الدولة وقضاء التحكم في تحديد اختصاصهم .

يعتبر القانون الفرنسي القانون الوحيد الذي وصل إلى حدّ تكريس أولوية زمنية تسمح لمحكمة التحكيم بالفصل في اختصاصها قبل القاضي، حيث أنّ هذا الأخير لا يسترجع اختصاصه إلا بعد صدور حكم التحكيم، وبالتحديد أثناء ممارسة رقابة البطلان أو رقابة التنفيذ، هذا المفهوم الجديد الذي يهدف حسب مؤيديه إلى تحقيق فعالية أكثر لاتفاق التحكيم، بقي إلى حد الآن خصوصية فرنسية ولم يعرف طريق الانتشار الذي عرفه المفهوم التقليدي لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" في القانون المقارن.

إنّ عدم وضوح مضمون هذا المفهوم الجديد لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"(**المبحث الأول**)، وعدم ارتكازه على المنطق القانوني وكثرة المسائل القانونية النظرية والعملية التي يثيرها، جعلت جلّ الأنظمة القانونية تتردّد-إن لم نقل ترفض- الأخذ به(**المبحث الثاني**).

المبحث الأول

المفهوم الفرنسي لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص: استبعاد الرقابة القضائية المسبقة على اختصاص المحكم

منح القانون الفرنسي للمحكم سلطة الفصل في اختصاصه بصفة مؤقتة وبالأولوية على المحكمة القضائية، حيث منع القاضي الذي تعرض عليه، بأي شكل من الأشكال، مسألة صحة ووجود اتفاق التحكيم أو قابليته للتطبيق من النظر فيها إلا في حالات استثنائية، واكتفى بجعل الحكم الذي يتخذه المحكم في مسألة اختصاصه خاضعاً للرقابة اللاحقة التي تمارسها هذه الأخيرة من خلال دعوى البطلان، أو أثناء إجراءات طلب الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم المنهي للنزاع.

تعتبر الأولوية التي منحها القانون الفرنسي لمحكمة التحكيم أولوية زمنية فقط، لأنّ القاضي ستكون له الكلمة الأخيرة حول مسألة وجود وصحة اتفاق التحكيم وعلى اختصاص محكمة التحكيم، حيث يتمتع بسلطة ممارسة الرقابة على حكم التحكيم، وذلك بمناسبة الطعن بالبطلان أو بمناسبة طلب الاعتراف بحكم التحكيم أو طلب استصدار الأمر بتنفيذه.

بعد تحديد الحالات التي تطرح فيها مسألة الرقابة القضائية على اختصاص المحكم(**المطلب الأول**)، ينبغي تحديد كيفية تطبيق قاعدة أولوية الاختصاص التحكيمي(**المطلب الثاني**) والحالات التي يتم فيها استبعادها(**المطلب الثالث**).

المطلب الأول

الحالات التي تعرض فيها مسألة اختصاص محكمة التحكيم أمام القاضي

تطرح فكرة الرقابة القضائية على اختصاص المحكم من خلال الرقابة التي من الممكن أن يمارسها القاضي على اتفاق التحكيم، وتطرح هذه الرقابة إما بمناسبة رفع أحد الأطراف لدعوى بصفة مباشرة أمام القاضي من أجل الفصل في وجود اتفاق التحكيم، أو صحته، أو قابليته للتطبيق(**الفرع الأول**)، وإما بمناسبة طلب الطرف الذي يهمه التعجيل تدخل القاضي

للمساعدة على تعيين المحكمين، وتشكيل محكمة التحكيم في حالة وجود عقبات أمام التعيين الاتفاقي(الفرع الثاني)، وإما أخيراً بمناسبة رفع أحد الأطراف النزاع أمام القضاء، بغض النظر عن اتفاقه مع خصمه على حل ذلك النزاع عن طريق التحكيم، ويدفع هذا الخصم الأخير بوجود اتفاق التحكيم(**الفرع الثالث**).

الفرع الأول
رفع دعوى مباشرة أمام القضاء تستهدف اتفاق التحكيم

لقد سبقت الإشارة إلى أنّ القضاء الفرنسي يطبق مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" في مفهومه المطلق، حيث أنّ القاضي الوطني لا يكون مختصاً إلاّ إذا كان اتفاق التحكيم ظاهر البطلان، أو لا يمكن تطبيقه بصفة واضحة، لذلك لا يوجد في النظام الفرنسي دعوى قضائية مباشرة وأصلية تهدف إلى الفصل في وجود اتفاق التحكيم أو صحته أو قابليته للتطبيق، وأنّ هذه المسألة يلتزم الأطراف بعرضها على محكمة التحكيم.

يمكن لمن يهمه الأمر من الأطراف، بعد الفصل فيها من طرف محكمة التحكيم، أن يطعن في الحكم الذي تصدره بشأن اختصاصها أمام القاضي في إطار رقابة البطلان أو رقابة التنفيذ[203]. من هذا المنطلق، قضت محكمة النقض الفرنسية، بمناسبة قرارها الصادر بتاريخ 5 جانفي 1999 في قضية " Zanzi" السالف الذّكر، بأنّ المحكمة القضائية ليست مختصة بالفصل في صحة شرط التحكيم بصفة أصلية وجسّدت بذلك، وبصفة نهائية، التوجه الذي انتهجته المحاكم الفرنسية، خصوصاً محكمة استئناف باريس، التي سبق وأن قضت بتاريخ 4 ماي 1988 في قضية جمهورية غينيا، بتأييد حكم محكمة الدرجة الأولى الذي رفض الفصل في طلب إبطال اتفاق التحكيم على أساس احتوائه على خطأ في تعيين مركز التحكيم[204].

---

[203]- راجع:

Jean-Pierre ANCEL, « La lecture de la jurisprudence française en matière d'arbitrage international »,op. cit., p. 186.

[204]- راجع:

Philippe FOUCHARD, Note sous cass. Civ., 1re ch., 5 janvier 1999, M. Zanzi c/ J. de Coninck et autres, op. cit., p. 269 et 270.

إذا كان القانون الفرنسي لا يسمح برفع دعوى تستهدف اتفاق التحكيم مباشرة أمام القاضي، فإنّ هناك من التشريعات الداخلية من سمح بذلك في حالات معينة، فالمشرّع الألماني مثلا نص صراحة على حق الأطراف في رفع دعوى قضائية أصلية من أجل الفصل في صحة اتفاق التحكيم وقابليته للتطبيق، في حالة ما إذا كانت محكمة التحكيم لم تشكل بعد، وذلك عملا بالفقرة الثانية من المادة 1032 من قانون الإجراءات المدنية[205].

من جهته، لم يتضمن قانون التحكيم المصري الصادر في سنة 1994 نصاً صريحاً يبيّن موقف المشرّع من الدعوى التي تستهدف بصفة مباشرة اتفاق التحكيم بغرض الفصل في وجوده وصحته ومشتملاته، وهو ما جعل الفقه المصري يرى أنّ المحاكم القضائية مختصة بالنظر في المنازعات المتعلقة باتفاق التحكيم، قبل بدء خصومة التحكيم وتشكيل هيئة التحكيم، حيث يرى البعض أنّ القول عكس ذلك يؤدي إلى فراغ في الاختصاص، وبالتالي مخالفة لحق الالتجاء إلى القضاء[206].

يضيف هذا الجانب من الفقه، بالقول أنّ الدعوى التي ترفع قبل بدء خصومة التحكيم هي دعوى وقائية ويجب لقبولها أن تتوافر فيها المصلحة وفقا للقواعد العامة[207]، وهذه المصلحة تتوافر إذا كان النزاع قد نشأ بالفعل وليس احتمالياً، وتستند هذه الدعوى الوقائية على فكرة أنّ مصلحة المتقاضين تستلزم السماح لهم بالعمل لدرء المخاطر والتهديدات التي تحدق بهم، شريطة أن تكون ملموسة فقط بما فيه الكفاية، وأنّها أيضا مبررة بوجود مصلحة قانونية تتمثل في التحقق من وجود أو عدم وجود مركز قانوني[208].

كما يرى الدكتور "فتحي والي" أنّه لا يوجد ما يمنع من رفع دعوى إبطال أو بطلان شرط التحكيم كدعوى تقريرية قبل نشأة النزاع، إذا توافرت المصلحة في ذلك وفقا للقواعد العامة،

---

[205]- وذلك بنصها على أنّ:

"(2) Avant la constitution du tribunal arbitral, le tribunal peut être saisi d'une action afin de pouvoir constater l'admissibilité ou l'inadmissibilité du règlement du litige par voie d'arbitrage".

يمكن الاطلاع على نصوص هذا القانون على الموقع التالي: www. Bijus.eu

[206]- **فتحي والي**، مرجع سابق، ص79.

[207]- المرجع نفسه، ص79.

[208]- **محمد نور عبد الهادي شحاته**، مرجع سابق، ص 222 وما يليها.

وأنّ" هذه المصلحة موجودة في حالة إبطال شرط تحكيم قبل نشأة أي نزاع، لمنع عرض النزاع على هيئة تحكيم في المستقبل بموجب شرط تحكيم باطل لمنعها من إصدار حكم باطل، وأنّ هذه المصلحة متوفرة منذ انعقاد العقد المتضمن للشرط الباطل، إذ تتوافر للطرف في هذا العقد مصلحة حالة في عدم تحمل إجراءات تحكيم، بما تتضمنه من ضياع الوقت والنفقات تنتهي بصدور حكم باطل لبطلان شرط التحكيم، ولو كانت هذه الإجراءات لم تبدأ بعد"[209].

على غرار القانون المصري للتحكيم، لم يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية نص صريح يبيّن موقف المشرّع الجزائري بشكل قطعي من اختصاص القاضي بالنظر في الدعاوى التي تستهدف اتفاق التحكيم بصفة مباشرة، كما أنّه لم يسبق وأن طرحت المسألة–حسب علمي - على القضاء الجزائري، غير أنّ تأثر المشرّع الجزائري بالكثير من الحلول القانونية والقضائية الفرنسية أثناء إعداد قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قد يدفع بالقضاء الجزائري إلى استبعاد اختصاص القاضي من النظر في الدعاوى المرفوعة أمامه، والمتعلقة باتفاق التحكيم بصفة مباشرة.

الفرع الثاني
حالة طلب تدخل القاضي
للمساعدة على تشكيل محكمة التحكيم

يرتكز اختيار المحكم أو المحكمين المكونين لمحكمة التحكيم على ثقة الأطراف في عدالتهم ونزاهتهم وكفاءتهم[210]، لذلك تُكرّس قوانين التحكيم الحديثة[211] حرية الأطراف في تشكيل

[209]- كما لا يرى "الدكتور فتحي والي" ما يمنع –ولو قبل بدء خصومة التحكيم- من رفع دعوى استعجالية بعدم الاعتداد بشرط التحكيم إذا توافرت شروطها وفقا للقواعد العامة. راجع: **فتحي والي**، مرجع سابق، ص 80.

[210]- انظر: **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص350 و351؛ **د. حسن المصري**، مرجع سابق، ص193 و194؛ **سراج حسين محمد أبو زيد**، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 400. انظر كذلك باللغة الفرنسية:

Nour-Eddine TERKI, *L'arbitrage commercial international en Algérie*, op. cit., p. 72 et s. ; Mostefa TRARI TANI, *Droit algérien de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p.84 et s ; Naïma ALLIOUCH-KERBOUA-MEZIANI, *L'arbitrage commercial international en Algérie*, OPU, Alger, 2010, p.32 et s.

[211]- وهو ما كرّسه المشرّع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. راجع كذلك في القانون المقارن على سبيل المثال: المادة 17 من القانون المصري للتحكيم؛ المادة 1508 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، الفصل 56 من مجلة التحكيم التونسية.

محكمة التحكيم وتعيين المحكمين وعزلهم واستبدالهم أو تحديد شروط ذلك، سواء مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيم معيّن، خاصة إذا اختار هؤلاء الأطراف اللجوء إلى التحكيم المؤسساتي.

إذا كان هذا هو الأصل، فإنّ تجسيده على أرض الواقع قد يصطدم في بعض الحالات بعقبات تحول دون تمكن الأطراف من تعيين المحكمين. ففي مثل هذه الحالات تقتضي فعالية التحكيم تدخل جهة معينة للقيام بهذا التعيين، والغالب في القانون المقارن أنّ سلطة التعيين تؤول إلى مركز التحكيم إذا كان التحكيم في إطار مركز دائم للتحكيم، وتؤول إلى القاضي الوطني[212] (**أولا**)، وفقا لإجراءات محددة(**ثانيا**)، عندما يكون تحكيما للحالات الخاصة (التحكيم الحر).

أولا: حالات تدخل القاضي في تعيين المحكمين:

قد لا يتحقق اختيار المحتكمين لأعضاء محكمة التحكيم في كل الفروض، إذ يمكن أن لا يتفق هؤلاء على تعيين المحكم الفرد، وقد يتقاعس أحد الطرفين في تعيين محكم من جهته أو استبداله لأي سبب كان، وقد لا يتوصل المحكمون المعينين إلى تعيين المحكم المرجح، في كافة هذه الفروض يقتضي وضع اتفاق التحكيم موضع التنفيذ وتحقيق فعاليته، تدخل الجهة القضائية لتشكيل محكمة التحكيم التي ستتولى الفصل في النزاع، الذي اتفق الأطراف على حلّه عن طريق التحكيم[213].

[212]- دون مساعدة القاضي في مثل هذه الحالات، إرادة الأطراف بطرح نزاعهم على التحكيم لا تسمح لوحدها بتحقيق ذلك، فاتفاق التحكيم يلزم الأطراف بالقيام بعمل، وهذا الالتزام لا يمكن أن تطبق عليه الأحكام العامة لتنفيذ العقد بمقابل لأنها ستؤدي إلى نتائج وخيمة على التحكيم وبالتالي يقتضي الأمر اللّجوء إلى التنفيذ الجبري لهذا الالتزام عيناً . راجع في ذلك:
Jean-Louis DELVOLVE, "La convention d'arbitrage (Ses condition, son formalisme, ses effets…), *in L'arbitrage commercial interne et international*, colloque organisé par le ministère de la justice et la CGEM en collaboration avec la cour suprême, les 3-4 Mars 2004, Rabat, Maroc, *Cahier de la cour*, n°6/2005, p. 160.

[213]- راجع في هذا الصدد:
Ali BENCHENEB, « L'arbitrage et le rôle du juge d'appui en droits algérien et français », *RDAI*, n°1/2012, p. 23; Noureddine GARA, « Les difficultés de constitution du tribunal arbitral », *in Le juge et l'arbitre*, sous direc. Sami BOUSTANJI &autres, Editions A. PEDONE, Paris 2014, p.63 à67

لا يثور اختصاص المحكمة القضائية في تشكيل محكمة التحكيم- وفقا لما سبق- إلا إذا اختلف المحتكمون في اختيار المحكمين وتعيينهم أو تحديد وقت اختيارهم[214]، أو عجزوا عن ذلك لأي سبب كان، ونظراً للطبيعة الإجرائية الخاصة لاتفاق التحكيم، والتي لا تتماشى مع فكرة تنفيذ هذا الاتفاق بمقابل، ومن أجل تحقيق فعالية هذا الأخير، جاءت القوانين المنظمة للتحكيم في مختلف الدول بنصوص تكرّس فكرة مساعدة القضاء للتحكيم في مثل هذه الحالات التي تكون فيها فعالية اتفاق التحكيم على المحك، حيث منحت هذه القوانين للقاضي سلطة التدخل من أجل حل أيّ إشكال يحول دون تشكيل محكمة التحكيم.

لقد قنّن المشرّع الفرنسي المصطلح الفقهي الذي يعبر عن العلاقة الجديدة التي تربط بين القاضي ومحكمة التحكيم بعدما انتشر استعماله في الفقه ثم في القضاء، ألا وهو القاضي المساعد "Le juge d'appui"[215]، الذي أعطيت له مهمة التدخل لحل أيّ إشكال من شأنه أن يعيق السير العادي لعملية التحكيم ويهدّد فعاليتها، خاصة ما يتعلق بتشكيل محكمة التحكيم[216].

ثانيا: إجراءات تدخل القاضي لتعيين المحكمين

باستثناء مسألة تحديد القاضي المساعد المختص، التي وضع فيها قانون الإجراءات المدنية الفرنسي نصاً خاصاً في الأحكام المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، فإنّ المسائل الإجرائية

---

[214]- **محمود مصطفى يونس**، المرجع في قانون التحكيم المصري والمقارن، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة 2015-2016، ص 285.

[215]- حيث دخل هذا المصطلح لقانون الإجراءات المدنية الفرنسي بموجب التعديل الذي أدخل على قانون الإجراءات المدنية في 13 جانفي 2013. راجع لمزيد من التفاصيل:

Thomas CLAY, « L'appui du juge à l'arbitrage », *Cahiers de l'arbitrage*, n° 2/2011, p. 331

[216]- فضمان فعالية التحكيم واحترام الآثار المترتبة عليه يقتضي تعاوناً وثيقاً بين القضاء ومحكمة التحكيم، على اعتبار أنّ التحكيم لم يعد نظاماً رضائياً يتوقف نجاحه على حسن نية المحتكمين ومدى مساعدتهم للمحكم في أدائه للمهمة المسندة إليه.

راجع في نفس المعنى: **محمد أحمد البديرات**، "مدى سلطة القاضي في التدخل في إجراءات التحكيم: دراسة في قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001"،أعمال المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أيام 28-30 أفريل 2008 ، ص 711 ، منشور على الرابط التالي:

http://slconf.uaeu.ac.ae/arabic_prev_conf.asp

الأخرى أحال فيها بموجب الفقرة الثانية من المادة 1506 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على تطبيق القواعد المعمول بها في إطار التحكيم الداخلي.

فمن حيث الاختصاص، فضل المشرّع الفرنسي تركيز المنازعات المتعلقة بالتحكيم في جهة قضائية واحدة وهو رئيس محكمة الدعاوى الكبرى بباريس، غير أنّه سمح للأطراف بالاتفاق على اختصاص محكمة أخرى في مجال المساعدة على تشكيل محكمة التحكيم، وضمان قيام هذه الأخيرة بمهمتها بصفة فعالة[217]، ولا شك أنّ إفراد محكمة واحدة لمنازعات التحكيم غرضه توفير التخصص والكفاءة، وتوحيد الحلول القضائية المعتمدة بغية جلب أكبر عدد ممكن من المنازعات التحكيمية إلى فرنسا، تدعيماً لمركزها الريادي في هذا المجال وحفاظاً على المصالح الاقتصادية التي تنجر عنها.

أما من حيث إجراءات تدخل رئيس محكمة باريس لتشكيل محكمة التحكيم، فإنّ الإحالة الواردة في المادة 2/1506° من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، تجعل الإجراءات المنصوص عليها في المواد 1452 و1453 و1454 من نفس القانون والمتعلقة بالتحكيم الداخلي واجبة التطبيق. وإعمالاً لهذه المواد، نجد أنّ تدخل القاضي يكون بناءً على طلب أحد الأطراف، أو بناءً على طلب محكمة التحكيم أو أحد أعضائها في إطار إجراءات الاستعجال، ويفصل رئيس المحكمة في هذا الطلب بموجب أمر غير قابل لأي طريق من طرق الطعن، إلا في حالة الأمر الذي يعاين فيه القاضي أنّه لا وجه للتعيين في حالتي البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم وعدم قابليته للتطبيق بصفة ظاهرة، ففي هذه الحالة يكون الأمر قابلاً للاستئناف[218].

على سبيل المقارنة مع ما هو معمول به في القانون الجزائري، وبالرغم من أنّ المشرّع الجزائري لم يستعمل مصطلح القاضي المساعد "Le juge d'appui" مثلما جاء في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، إلاّ أنّ القاضي الجزائري يضطلع بدور المساعد للتحكيم في الكثير من الحالات[219]، ويعطيه القانون سلطة التدخل لضمان فعالية التحكيم ورفع الصعوبات التي

---

[217]- راجع المادة 1505 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الساري المفعول.

[218]- راجع المادة 1460 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد.

[219]- نجد هذا الدور في قانون الإجراءات المدنية والإدارية كما في قانون الإجراءات المدنية الملغى. حول هذا الدور، راجع:
Ali BENCHENEB, « L'arbitrage et le rôle du juge d'appui en droits algérien et français », op. cit., pp. 19-33 ; Jalal ELAHDAB, « Le nouveau droit algérien de l'arbitrage : approche comparée franco-

تحول دون السير العادي لعملية التحكيم، على غرار الصعوبات التي تعوق تشكيل محكمة التحكيم[220].

لقد حدّدت المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجهة القضائية المختصة للتدخل في مجال تشكيل محكمة التحكيم التجاري الدولي بناءً على طلب الطرف الذي يهمه التعجيل، وقد ميّزت في ذلك بين حالتين:

- إذا كان التحكيم يجري في الخارج، فإنّ القاضي يتدخل في مجال تعيين محكمة التحكيم فقط إذا اتفق الأطراف على تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر، وفي هذه الحالة يؤول الاختصاص لرئيس محكمة الجزائر.

- إذا كان التحكيم يجري على القطر الجزائري، فإنّ الاختصاص يؤول لرئيس المحكمة التي يجري التحكيم في دائرة اختصاصها.

لكن، وبالنظر لكون مسألة تعيين المحكمين وتشكيل محكمة التحكيم تطرح بطبيعتها قبل الشروع الفعلي في عملية التحكيم، فإنّه من الممكن أن لا يكون مكان إجراء التحكيم معلوماً مسبقاً بسبب عدم تحديده من قبل الأطراف. من أجل مواجهة هذا الفرض، وضعت المادة 1042 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قاعدة احتياطية جسّدت من خلالها معياراً موضوعياً يتحدّد وفقا له الاختصاص، بالنظر إلى مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه، أي أنّ الاختصاص في هذا المجال يؤول لرئيس المحكمة التي أبرم العقد في دائرة اختصاصها، أو لرئيس المحكمة التي ينفذ هذا العقد في دائرة اختصاصها.

---

algérienne », *Gaz. Pal.*, recueil mars-avril 2009, p.978 ; Gérard PLUYETTE, « Le juge d'appui : l'expérience française », *in Le juge et l'arbitrage*, sous direc. Sami Bostanji & autres, Editions A. PEDONE, Paris, 2014, p.135 ; Thomas CLAY, « L'appui du juge à l'arbitrage », *Cahiers de l'arbitrage*, n° 2/2011, p. 331.

[220]- ويتعلق الأمر بالتدخل لاتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية (المادة 1046 ق إ م إ)، أو تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو في أية حالة أخرى تقتضي تدخله (المادة 1048 ق إ م إ).

هناك من اعتبر أنّ المادة 1042 أعلاه غير مفهومة[221]، وهناك من انتقدها على أساس أنّها لم تحدّد كيفية الاختيار بين محكمة مكان إبرام العقد ومحكمة مكان تنفيذه، وهل مسألة الاختيار تدخل في نطاق إرادة الأطراف؟ هذا من جهة. ومن جهة أخرى، يؤخذ على هذه المادة أيضا تعارضها مع أحكام المادة 1041 من نفس القانون، حيث أنّ هذه الأخيرة تترك المبادرة للطرف الذي يهمه التعجيل، برفع الطلب لرئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج واتفق الأطراف على تطبيق القانون الجزائري، أو رفع الطلب إلى رئيس المحكمة التي يجري التحكيم في دائرة اختصاصها إذا كان التحكيم يجري في الإقليم الجزائري، فالمادة 1042 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاءت – حسب هذا الرأي- لحل نفس المسألة التي عالجتها المادة 1041 من نفس القانون وأنّ الحلين متناقضين[222].

لعل هذا الانتقاد نابع من سوء صياغة المادة 1042 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ذلك أنّ المشرّع قصد من خلال هذه المادة –كما سبقت الإشارة إليه- سدّ الفراغ الذي من الممكن أن يتركه عدم تحديد الأطراف لمكان إجراء التحكيم، كأن يترك تحديده لمحكمة التحكيم، وبحكم أنّ تشكيل محكمة التحكيم مسألة سابقة على تحديد هذه المحكمة لمقرها، فإنّه من غير الممكن في هذه الحالة تحديد الاختصاص في تعيين المحكمين وتشكيل محكمة التحكيم وفقا للمادة 1041، التي تطبق فقط على الحالة التي يكون فيها مكان التحكيم معلوماً مسبقاً، وبالتالي استلزم على المشرّع إيجاد ضابط أو ضوابط لمواجهة الحالة التي لا يكون فيها مكان التحكيم معلوماً قبل تشكيل محكمة التحكيم، وهو الفرض الذي تصدى له بالضابطين الواردين في المادة 1042 السالفة الذكر، وهما ضابط مكان إبرام العقد وضابط مكان تنفيذه.

إذا كان هذا هو المنتظر من وضع المادة 1042، فإنّ الصياغة التي اعتمدها المشرّع شوهت الحل الذي وضعته، فبدلاً من النص على الحالة التي لا يتفق فيها الأطراف على مكان إجراء التحكيم، استعملت عبارة "إذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم"،

---

[221]- انظر:

Mostefa TRARI TANI, « L'arbitrage international dans le nouveau code algérien de procédure civile et administrative », *ASA Bull.*, n°1/2009, p.78.

[222]- أنظر: Naïma ALLIOUCH-KERBOUA-MEZIANI, op.cit., p.36 et 37

فهذه العبارة يمكن أن تكون مصدر لبس، إذ يمكن أن لا يتفق الأطراف على المحكمة المختصة لكن يتفقون على مكان إجراء التحكيم، وفي هذه الحالة تطبق المادة 1041 السابقة الذكر وليس المادة 1042، فكان على المشرّع صياغة النص بالشكل التالي : " إذا لم يحدد مكان إجراء التحكيم في اتفاقية التحكيم، يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ".

أما بخصوص كيفية الاختيار بين الضابطين ومدى دخوله في نطاق إرادة الأطراف، فإنّ الأمر لا يستدعي أي نقاش أو جدل ويكفي لتوضيحه التمييز بين ثلاثة فروض:

الفرض الأول: ويتعلق الأمر بالفرض الذي يكون فيه إبرام العقد وتنفيذه في القطر الجزائري، ففي هذه الحالة يؤول الاختيار بين ضابط مكان الإبرام وضابط مكان التنفيذ للطرف المبادر برفع الأمر لرئيس المحكمة.

الفرض الثاني: ويتعلق بالفرض الذي يكون فيه إبرام العقد في الجزائر وتنفيذه في الخارج أو العكس، فإنّ الأمر محسوم لأنّ الطرف الذي يهمه التعجيل ليس له إلا ضابط واحد لتحديد القاضي المختص، وهو الضابط المرتبط بالإقليم الجزائري، لأنّ هذا الضابط هو الوحيد الذي يركز العلاقة التعاقدية في النظام القانون الجزائري.

الفرض الثالث: وهو الفرض الذي يمكن أن يثير بعض اللبس حيث يكون فيه العقد مبرماً ومنفذاً في الخارج، فإنّ القاضي الجزائري-حسب رأيي - لا علاقة له بعملية التحكيم[223] وليس له أية سلطة للتدخل في تعيين المحكمين وتشكيل محكمة التحكيم حتى وإن كان الأطراف قد اختاروا تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر، لأنّ تطبيق المادة 1042 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في هذه الحالة يؤدي إلى تخويل الاختصاص لمحكمة أجنبية، وهو ما سيجعل من هذه المادة قاعدة تنازع، وهو أمر مستبعد لأنّ الاتجاه الغالب في مجال التحكيم

[223]- وذلك حتى في الحالة التي يكون فيها طرفيها من جنسية جزائرية، لأن المشرّع الجزائري اعتمد في تحديد دولية التحكيم على المعيار الاقتصادي فقط حيث نصت المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه"يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

التجاري الدولي حاليا هو استبعاد إعمال قواعد تنازع القوانين واستبدالها بالقواعد المادية التي تعطي الحلول بصفة مباشرة[224].

من خلال ما سبق، يمكن القول أنّ القاضي، الذي هو رئيس المحكمة المختصة وفقا لما تمت الإشارة إليه أعلاه، يمكن له أن يتدخل لتعيين المحكمين وعزلهم واستبدالهم بطلب من الطرف الذي يهمه التعجيل، وذلك عن طريق إصدار أمر على عريضة، غير أنّ ذلك يثير –على غرار الحالة السابقة- مسألة الرقابة التي يمارسها على اتفاق التحكيم قبل التدخل لتعيين المحكمين أو استبدالهم أو عزلهم، وبالتالي على اختصاص محكمة التحكيم وتأثير هذه الرقابة على مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" وكيفية إعماله. بعبارة أخرى، هل لرئيس المحكمة المختصة سلطة البحث في وجود وصحة اتفاق التحكيم وقابليته للتطبيق؟ وإذا كان الجواب إيجابي، ما هو نطاق رقابته لهذا الاتفاق؟ وهل بالإمكان التوفيق بين هذه الرقابة ومبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" الذي اقتضته فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي؟

تُطرح كل هذه الأسئلة، لأنّه من غير المنطقي أن يتدخل القاضي من أجل تشكيل محكمة التحكيم على أساس اتفاق باطل، أو غير قابل للتطبيق ثم تنتهي محكمة التحكيم المشكّلة إلى عدم اختصاصها، وحتى وإن حكمت هذه الأخيرة باختصاصها تعسفياً، فإنّ الحكم الذي ستصدره سيخضع لرقابة البطلان ورقابة التنفيذ، وهو ما يعدم أيّة فائدة من تشكيل المحكمة وكل الإجراءات التي تتبع هذا التشكيل، بما يجعل من التحكيم في هذه الحالة وسيلة لإطالة أمد النزاع وليس العكس المفترض فيه.

للإشارة، لم يتناول المشرّع الجزائري مسألة الرقابة التي من الممكن أن يمارسها القاضي في هذه الحالة على اتفاق التحكيم، في إطار الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي المنصوص عليها في الفصل السادس من الباب الثاني من الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية

---

[224]- حتى في مجال قواعد التنازع التقليدية، تتجه الأنظمة القانونية الحديثة إلى استبعاد قواعد التنازع في مجال تحديد القواعد الإجرائية في القانون المختار لحكم الإجراءات. أنظر : **أبو العلا على أبو العلا النمر**، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، د. س. ن، ص 44 وما يليها.

- للإشارة، نص المشرّع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 23 مكرر1 على أنه "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان".

والإدارية، ولم يُعِدْ صياغة ما جاء في المادة 458 مكرر4 من قانون الإجراءات المدنية الملغى، والذي سمح للقاضي المطلوب منه التدخل لتشكيل محكمة التحكيم أن يرفض التدخل إذا بيَّنت دراسة موجزة عدم وجود أية اتفاقية تحكيم بين الأطراف[225].

أمام هذا الفراغ القانوني في النصوص الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، فإنّه من الضروري –حسب رأيي- العودة إلى ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي جاءت ضمن القواعد العامة المنظمة لشرط التحكيم، حيث تنص هذه المادة الأخيرة على أنّه "**إذا كان شرط التحكيم باطلاً أو غير كافٍ لتشكيل محكمة التحكيم، يعاين رئيس المحكمة ذلك ويصرح بألا وجه للتعيين**".

فإذا ما تم التسليم بهذا الحل[226]، يكون لرئيس المحكمة كل السلطة في فحص اتفاق التحكيم من حيث وجوده وصحته وقابليته للتطبيق، وهو ما يعتبر بطريقة غير مباشرة رقابة مسبّقة على اختصاص محكمة التحكيم، تقي من إهدار الوقت والمال في تشكيل محكمة تحكيم لا طائل ولا جدوى منها.

---

[225]- إذ جاءت صياغة نص الفقرة الأولى من المادة 458 مكرر 4 من قانون الإجراءات المدنية الملغى كما يلي: "إذا دعي قاض إلى تعيين محكم حسب الشروط المذكورة في المواد السابقة، فإنه يستجيب لطلب التعيين بموجب أمر يصدر على مجرد عريضة، إلا إذا بيّنت دراسة موجزة عدم وجود أية اتفاقية تحكيم بين الأطراف".

[226]- هناك من يرى أنّ الأحكام الواردة في الباب الثاني من الكتاب الخامس تحت عنوان "في التحكيم"، فيما عدا الفصل السادس، أحكاما منظمة للتحكيم الداخلي، إنّ مثل هذا الرأي غير مبرّر من عدة جوانب أذكر منها:

- من حيث البناء القانوني للباب الثاني: لقد جاء الباب الثاني من الكتاب الخامس تحت عنوان "في التحكيم" في ستة فصول ولم ينص أي فصل منها على التحكيم الداخلي بصفة صريحة بل اكتفى المشرّع بعنونة الفصل السادس "في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي" وهو ما يدل على أنّ المشرّع أراد أن يعتبر أحكام الفصول الخمسة الأولى أحكاما عامة تطبق كلما غاب نص خاص في الفصل السادس.

- من حيث موضوع تلك الأحكام: نجد أنّ الفصل الأول من هذا الباب يتضمن أحكاما عامة تطبق على التحكيم التجاري الدولي دون أية إحالة صريحة، وباعتراف حتى أصحاب الرأي محل التعليق الحالي، من بينها أحكام المادة 1006 المحددة للقابلية الموضوعية والشخصية للتحكيم.

راجع في الرأي محل النقد الحالي: **عبد الحميد الأحدب**، "قانون التحكيم الجزائري الجديد"، مداخلة ألقاها في اليومين الدراسيين حول الطرق البديلة لحل النزاعات، المحكمة العليا، الجزائر، يومي 15و 16 جوان 2008، ص1. (غير منشورة).

الفرع الثالث
حالة الدفع باتفاق التحكيم أمام القاضي

يُحدِث اتفاق التحكيم أثراً مزدوجاً على الاختصاص، فهو من جهة يمنح الاختصاص بالفصل في النزاعات محل اتفاق التحكيم لمحكمة التحكيم المحددة بإرادة الأطراف (الأثر الإيجابي)، ومن جهة أخرى، يقوم بسلب اختصاص المحاكم القضائية المختصة أصلا من النظر في نفس النزاعات(الأثر السلبي)[227]، فوجود اتفاق التحكيم له نتيجة مباشرة وآنية على الاختصاص، حيث يؤدي إلى عدم اختصاص محاكم الدولة، وذلك سواء كانت محكمة التحكيم مشكلة أم لا[228]، وإذا تجاهل أحد الطرفين اتفاق التحكيم ورفع النزاع إلى المحاكم القضائية، فإنه ينبغي على الطرف الآخر تنبيه هذه الأخيرة إلى إعمال الأثر السلبي لاتفاق التحكيم.

للإشارة، لقد نصت كل التشريعات الحديثة المنظمة للتحكيم صراحة على الأثر السلبي لاتفاق التحكيم، وحددت شروط إعماله، اقتناعا منها بأنّه إذا كانت فكرة أثره الإيجابي مسلما بها، ولا تحتاج إلى نص صريح، فإنّ فكرة أثره السلبي ليست كذلك، ويبدو النص عليها أمراً ضرورياً لتأكيد فعالية الالتجاء إلى التحكيم، ودحضاً لتمسك قضاء الدولة بفكرة السيادة والمنازعات التي تمس المصلحة العامة والنظام العام[229].

بيّنت الممارسة العملية أنّه كثيراً ما يرفع أحد أطراف اتفاق التحكيم دعوى قضائية ضد خصمه بشأن نزاع، كان من المفروض أن يحل عن طريق التحكيم إعمالاً لهذا الاتفاق، سواءً كان ذلك بنية تعطيل إجراءات التحكيم، أو اقتناعاً من هذا الطرف بعدم وجود اتفاق التحكيم أصلاً، أو بطلانه أو عدم شموله على موضوع النزاع، ففي مثل هذه الحالات، تبقى الوسيلة الفنية المستعملة لدفع الطرف رافع الدعوى على احترام اتفاق التحكيم في جانبه

---

[227]- لتفاصيل أكثر حول آثار اتفاق التحكيم على الاختصاص راجع:
René DAVID, op. cit., p.290 ; Mostefa TRARI TANI, *Droit algérien de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p.73 et s. ; Nour-Eddine TERKI, *L'arbitrage commercial international en Algérie*, op. cit., p57 et s.

كذلك: **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص283.

[228]- لذلك يقول البعض أنّ هذه النتيجة هي ترجمة قانونية لسلطان الإرادة الملازمة لفعالية كل اتفاق. انظر:
Freddy MULAMBA SENENE, « Exception d'arbitrage : L'incompétence du juge étatique est-elle d'ordre public en droit congolais ? », *Revue camerounaise d'arbitrage*, n°41/2008, p.4.

[229]- **محمد عبد العزيز بكر**، مرجع سابق، ص23

السلبي، هو تمسك الطرف الآخر بالدفع بوجود اتفاق التحكيم أمام الجهة القضائية التي رفع إليها النزاع، كي تمتنع عن الفصل فيه تحقيقاً لفعالية اتفاق التحكيم[230].

في الوقت الذي يوجد فيه إجماع على أنّ الجهة القضائية التي يرفع إليها النزاع بهذه الطريقة، ليس لها سلطة الامتناع عن الفصل فيه من تلقاء نفسها[231]، واعتبار أنّ الدفع بالتحكيم ليس من النظام العام، بل يتعلق بالمصلحة الخاصة للأطراف فقط يجب أن يتمسكوا به[232]، فإنّ القوانين المنظمة للتحكيم اختلفت في تحديد طبيعة هذا الدفع، فهناك من يعتبره دفعاً بعدم الاختصاص وهناك من يعتبره دفعاً بعدم القبول، وهناك آخرون يعتبرونه دفعاً ببطلان المطالبة القضائية وهناك من يعتبرونه دفعاً مستقلاً قائماً بذاته.

يذهب الاتجاه الأول إلى اعتبار الدفع بالتحكيم دفعاً بعدم الاختصاص، وهو ما يجعل منه دفعاً شكلياً لا يتعلق بالنظام العام ويجب إبداؤه على عتبة الخصومة(In limine litis)، أي قبل إبداء أي دفع في الموضوع، وعدم إبدائه قبل ذلك يفسّر على أنّه تنازل من الأطراف ويؤدي

---

[230]- في نفس المعنى: **محمود السيد عمر التحيوي**، مرجع سابق، خاصة ص199 و ما يليها.

[231]- راجع على سبيل المثال: المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛ المادة 1448 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي؛ المادة 13 من القانون المصري للتحكيم؛ الفصل 327 من قانون المسطرة المدنية المغربي؛ الفصلين 19 و52 من قانون التحكيم التونسي، المادة II(3) من اتفاقية نيويورك 1958، المادة VI(1) من اتفاقية جنيف 1961 ...

[232]- يعتبر الدفع بوجود اتفاق التحكيم في نظر البعض أثراً خاصاً لاتفاق التحكيم لأنه يعد خروجا على القواعد العامة، لأن حق اللجوء إلى القضاء حق دستوري لا يجوز التنازل عنه أو الاتفاق على مخالفته. راجع: **محمود مصطفى يونس**، مرجع سابق، ص 201.

في الجزائر، سبق وأن قضت محكمة بئر مراد رايس بتاريخ 2008/07/15، في القضية رقم 316/08 التي ثارت بين ديوان المركب الأولمبي محمد بوضياف والشركة التجارية ذ م م للأشغال(ر،ك)، باستبعاد الدفع بوجود شرط التحكيم الوارد في البند رقم 13 من الاتفاقية المبرمة بين الطرفين وذلك على أساس أن التقاضي حق دستوري لكل شخص وأن عدم اللجوء إلى التحكيم لا يحرمها من هذا الحق.

لقد ضرب هذا الحكم الأثر الملزم لاتفاق التحكيم عرض الحائط، وفي الاستئناف الذي فصل فيه مجلس قضاء الجزائر ، استبعد هذا التأسيس رغم تأييده للحكم مبدئياً وأسس ذلك على أساس كون المستأنف ضدها قد أرسلت للعارض إعذار في غضون 2005 أين التمست تسديد مبلغ الأشغال وأن هذه الإرسالية ترقى إلى إجراء تحكيمي.

لقد نقضت المحكمة العليا قرار مجلس قضاء الجزائر لمخالفة المادتين 106 و107 على أساس أنّ المطعون ضدها ملزمة بتطبيق ما جاء بالعقد الرابط بينها والطاعن ولا يجوز تعديله أو نقضه إلا باتفاقهما، وأنّ مجرد إرسالية للمطالبة باستلام الأشغال والمطالبة بقيمتها لا تفيد أنّ النزاع خضع للحل الودي.

راجع: قرار المحكمة العليا رقم 626204 بتاريخ 2010/06/03، قضية ديوان المركب الأولمبي محمد بوضياف ضد الشركة التجارية ذ م م للأشغال(ر،ك)، منشور على موقع المحكمة العليا: www.coursupreme.dz

إلى سقوط الحق في التمسك به[233]. لقد أخذت بهذا التكييف عدة أنظمة قانونية من بينها نجد: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[234]، قانون الإجراءات المدنية الفرنسي[235]...إلخ.

يرى الاتجاه الثاني من جهته، أنّ الدفع بالتحكيم دفع بعدم القبول يتعلق بالحق في الدعوى، أي الوسيلة القانونية لطلب الحماية القضائية، ويرمي إلى إنكاره[236]، ويدخل بالتالي ضمن الدفوع الموضوعية، ويهدف إلى إنكار حق الخصم في اللجوء إلى القضاء للفصل في النزاع الذي يرد بصدده اتفاق التحكيم، فالمحكمة القضائية تختص أصلا بالنظر في النزاع، غير أنّها تفقد سلطتها في الفصل فيه بسبب وجود ذلك الاتفاق الذي تنازل الأطراف بموجبه عن استعمال حقهم في اللجوء إلى القضاء، هذا ما جعل البعض[237] يقول أنّ الدفع بالتحكيم ليس دفعا بعدم الاختصاص، بل دفع بعدم قبول الدعوى المتعلقة بالإجراءات، وهو دفع لا يتعلق بالنظام العام ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمنا ويسقط بالكلام في الموضوع، وأنّ القول بأنّه دفع بعدم الاختصاص يجعل منه دفعاً من النظام العام، وهو ما يعطي للمحكمة سلطة إثارته من تلقاء نفسها، وهذا يتعارض مع الطابع الاتفاقي للتحكيم الذي يسمح للأطراف بالتنازل عنه وعدم إثارته صراحةً أو ضمنياً[238].

يؤخذ على الاتجاه الذي يعتبر أنّ الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفعاً بعدم قبول الدعوى عدم دقته، نظراً لاختلاف الآثار القانونية الناتجة عنهما، فالدفع بعدم قبول الدعوى – حسب الفقه الراجح- هو دفع ذو طبيعة خاصة، فلا هو دفع موضوعي لأنّه لا يوجه إلى موضوع الحق المطالب به، ولا هو دفع شكلي لأنّه لا يوجه إلى إجراءات الخصومة القضائية وإنّما يوجه

---

[233]- **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص283.

[234]-راجع المادة 1045 منه.

[235]- راجع المادة 1448 منه.

[236]- **محمد عبد العزيز بكر**، مرجع سابق، ص23 و24.

[237]- انظر على سبيل المثال: **محمود سمير الشرقاوي**، "الدور الخلاق للقضاء في مجال التحكيم التجاري الدولي"، أعمال المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أيام 28-30 أبريل 2008،ص691 و692، منشور على الرابط التالي:

http://slconf.uaeu.ac.ae/arabic_prev_conf.asp

[238]- **محمود مصطفى يونس**، "النظام العام والتحكيم في قضاء محكمة تمييز دبي ومدى توافقه مع الاتجاهات القضائية الحديثة"، مجلة الأمن والقانون، السنة الثالثة عشرة، العدد الثاني، 2005، ص202 و203.

إلى الحق في اللجوء إلى القضاء واستعمال الدعوى، وهو ما يجعل الدفع بعدم القبول يحتل مركزاً وسطاً بين الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية.

يفسِّر هذا المركز الوسط للدفع بعد القبول، خضوعه في بعض جوانبه لأحكام الدفوع الموضوعية والبعض الآخر لأحكام الدفوع الشكلية، فالدفع بعدم القبول يجوز إبدائه على أي حال تكون عليه الدعوى، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، والحكم الصادر بشأنه لا يستنفد ولاية المحكمة بالنسبة للموضوع ولا يحوز حجية الأمر المقضي فيه [239].

في المقابل، تبيّن الدراسة المقارنة لقوانين التحكيم بوضوح أنّ الدفع بوجود اتفاق التحكيم يجب إبداؤه قبل الحديث في الموضوع، وأنّ عدم إثارته في هذه المرحلة يعدّ –كما سبق بيانه- تنازلاً ضمنياً عن التمسك به، وهو ما يسمح للمحكمة بالتصدي لموضوع الدعوى والفصل في النزاع الموضوعي، هذا ما يقرّب الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفع بعدم الاختصاص غير المتعلق بالنظام العام.

بالرغم ممّا يؤخذ على تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنّه دفع بعدم القبول، إلا أنّ هذا التكييف جسّدته العديد من الأنظمة القانونية، ومن بينها نجد: القانون المصري للتحكيم[240]، القانون السوري للتحكيم[241]، قانون المسطرة المدنية المغربي[242]...إلخ.

إلى جانب ما سبق، هناك من يعتبر الدفع باتفاق التحكيم دفعا إجرائيا ببطلان المطالبة القضائية بسبب عيب موضوعي، وهو عدم قابلية المطلوب فيها لأن يكون محلا لها، وذلك على

---

[239]- في الجدل الذي دار حول طبيعة الدفع بعدم القبول، راجع: **إبراهيم جوهر إبراهيم**، مرجع سابق، ص ص 59- 70؛ **محمود السيد عمر التحيوي**، مرجع سابق، ص 202 وما يليها.

[240]- راجع المادة 13 منه.

[241]- راجع المادة 10 منه.

[242]- راجع الفصل 327 منه.

للإشارة، سبق للمجلس الأعلى المغربي أن قضى بما يلي: " لكن، حيث لئن كان الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط تحكيمي، يعد دفعا من نوع خاص، فإنّه بلجوء المطلوبين لقضاء الدولة الرسمي ومناقشة الطالبين لموضوع الدعوى أمامه، يعدّ ذلك تنازلاً ضمنياً من طرفهما على اللجوء للتحكيم لفض النزاع الناشب بينهما، ما دام الأصل هو التقاضي أمام القضاء، والاستثناء هو المثول أمام جهة تحكيمية..."

قرار المجلس الأعلى عدد 1003 مؤرخ في 2008/7/9 قضية عدد 2005/1/3/59، منشور في مجلة المحاكم المغربية، عدد 117، 2008، ص170

أساس أنّ هذا الدفع لا صلة له بموضوع الدعوى القضائية، ولكنه دفعا موجها إلى إجراءات الخصومة القضائية، والتمسك بتخلف عنصر موضوعي في الإجراء الخاص برفع الدعوى[243].

نظراً لما سبق ونظراً لصعوبة إلحاقه بإحدى طوائف الدفوع دون أن تكون استثناءات في بعض آثاره، فمن الأنسب الأخذ بالرأي القائل بالطابع المستقل للدفع باتفاق التحكيم، استنادا لنصوص الاتفاقيات الدولية، التي تخول المحكمة التي يدفع أمامها باتفاق التحكيم القيام بعملين في نفس الوقت، أحدهما سلبي مفاده وهو الامتناع عن نظر النزاع الموضوعي والثاني إيجابي وهو إحالة الأطراف أو توجيههم إلى قضاء التحكيم، فالعمل السلبي يجسد احترام اتفاق التحكيم والعمل الإيجابي يدعم فعالية ذلك الاتفاق[244].

للتذكير، تنص الفقرة الثالثة من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك لعام 1958 مثلا على ما يلي: "3- **على المحكمة في أية دولة متعاقدة، عندما يُعرض عليها نزاع في مسألة أبرم الطرفان بشأنها اتفاقا بالمعنى المستخدم في هذه المادة، أن تحيل الطرفين إلى التحكيم بناءً على طلب أيهما، ما لم يتبيّن أن هذا الاتفاق لاغ وباطل، أو غير منفذ أو غير قابل للتنفيذ**".

نجد مثل هذا النص وبنفس الصياغة تقريباً في المادة الثامنة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة[245]، هذا وقد تأثرت بعض التشريعات الداخلية بهذا التوجه نتيجة استلهامها لنصوصها من القانون النموذجي المذكور على غرار التشريع التونسي[246].

---

[243]- انظر في هذا الرأي: **محمود السيد عمر التحيوي**، مرجع سابق، ص 287وما يليها.

[244]- راجع في هذا الرأي: **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص 286 و287

[245]- حيث جاء نص الفقرة الأولى من هذه المادة كما يلي: "1- على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها تحكيم أن تحيل الطرفين إلى التحكيم، إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول في موضوع النزاع، ما لم يتضح لها أن الاتفاق باطل ولاغ أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه.

[246]- راجع الفصل 52 من المجلة التونسية للتحكيم.

يمكن القول في الأخير أنّه مهما كان التكييف المعتمد للدفع بوجود اتفاق التحكيم، فإنّ هذا الدفع يطرح مسألة الرقابة التي يمارسها القاضي على اختصاص محكمة التحكيم إذا أثاره المدعى عليه أمامه، لأنّ النظر في صحة أو وجود اتفاق التحكيم أو قابليته للتطبيق هو الذي يحدد مدى ولاية القاضي للنظر في النزاع، وكل بحث يتولاه القاضي حول اختصاصه هو بحث في مدى اختصاص محكمة التحكيم، وهذا يثير مسألة تأثير ذلك على مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" وفعالية اتفاق التحكيم.

المطلب الثاني
قاعدة أولوية الاختصاص التحكيمي في القانون الفرنسي

لم يَكتفِ القانون الفرنسي بتجسيد وتكريس سلطة المحكم بالفصل في اختصاصه، عندما يدفع أمامه بعدم اختصاصه إعمالا لما يسمى بالأثر الإيجابي لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"، بل ذهب إلى حد تقرير أولوية زمنية لمصلحة المحكم على حساب القاضي، وذلك من خلال منع هذا الأخير من النظر في اختصاص الأول قبل مرحلة الرقابة على الحكم التحكيمي في مسألة اختصاصه.

ومن أجل الوصول إلى ذلك، ألزم القانون الفرنسي القاضي بالاعتماد على فكرة الظاهر التحكيمي(**الفرع الأول**)، وتفسير أي شك في وجود أو صحة اتفاق التحكيم أو شموله على موضوع النزاع لمصلحة الاختصاص التحكيمي، حيث لا يتصدى للفصل في النزاع الموضوعي إلا في حالات استثنائية، يكون فيها اتفاق التحكيم ظاهر البطلان أو غير قابل للتطبيق بصفة ظاهرة، وقد أسست هذه الأولوية التحكيمية على عدة اعتبارات أهمها تدعيم فعالية اتفاق التحكيم(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول
اعتماد القاضي الفرنسي على فكرة الظاهر التحكيمي

يعتمد القضاء الفرنسي في تجسيد الأثر السلبي لمبدأ "الاختصاص- بالاختصاص" على فكرة الظاهر التحكيمي[247]، حيث لا يحكم القاضي بعدم الاختصاص إلا في الفرض الذي يتبيّن له الاختصاص التحكيمي من حيث الظاهر[248]، ويتحقق هذا الأخير من خلال عنصرين أساسيين أحدها شخصي يرتبط بإرادة الأطراف ويتعلق بتمسك أحدهم باللجوء إلى التحكيم(**أولا**)، الآخر موضوعي يتعلق بمسائل مادية تجعل مسألة وجود الاختصاص التحكيمي ظاهراً للعيان(**ثانيا**).

أولا: العنصر الشخصي في الظاهر التحكيمي

تعتبر مسألة منع القاضي من إثارة عدم اختصاصه للفصل في النزاع الذي يوجد بشأنه اتفاق التحكيم تلقائياً من بين المسائل القليلة في التحكيم التي حظيت بالإجماع على المستوى التشريعي والقضائي والفقهي، فالطابع الاتفاقي لهذه الوسيلة يجعل للأطراف حق التنازل ولو ضمنياً على اتفاقهم، لذلك يشترط لمنع القاضي من النظر في النزاع تمسك أحد الأطراف باللجوء إلى التحكيم، ويكون التعبير عن ذلك بعدة طرق تختلف باختلاف القاضي الذي عرضت عليه المسألة.

1- الحالة التي تعرض فيها المسألة أمام القاضي عند طلب تشكيل محكمة التحكيم

يتوفر العنصر الشخصي في الظاهر التحكيمي في هذه الحالة، بمجرد رفع أحد الأطراف لطلب تدخل القاضي المختص للمساعدة على تشكيل محكمة التحكيم، في الحالات التي لم تتشكل فيها محكمة التحكيم باتفاق الأطراف نتيجة وجود صعوبات تحول دون ذلك، سواء تعلق الأمر بتعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، إذ يُفسّر الطلب الذي يقدمه الطرف الذي يهمه

---

[247]- راجع في هذه الفكرة: Magali BOUCARON-NARDETTO, op. cit., p.199 et s

[248]- لأنّ اختصاص المحكم للفصل في اختصاصه – حسب البعض- هو أثر من آثار اتفاق التحكيم أو حتى لظاهر الاتفاق التحكيمي:

« Le pouvoir des arbitres de statuer sur leur propre compétence est un des effets de la convention d'arbitrage-et même de l'apparence d'une convention d'arbitrage- puisqu'à défaut d'une telle apparence, la question ne se poserait pas ».

Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, op. cit., p.413.

التعجيل في هذه الحالة، على أنّه تمسك باللجوء إلى التحكيم وهو ما يؤسّس الظاهر التحكيمي من حيث العنصر الشخصي[249].

2- الحالة التي تعرض فيها المسألة أمام قاضي الموضوع:

يأخذ التعبير عن الظاهر التحكيمي في هذه الحالة شكل دفع بوجود التحكيم، إذا كانت محكمة التحكيم قد شرعت في مهمة النظر في دعوى التحكيم، أو على حد تعبير المشرّع الجزائري "كانت خصومة التحكيم قائمة"[250]، أو دفع بوجود اتفاق التحكيم إذا لم تكن محكمة التحكيم قد اتصلت بالنزاع.

فيكفي لكي يكون هناك ظاهر تحكيمي يؤسّس عدم اختصاص القاضي بالنظر في موضوع النزاع كأثر سلبي لاتفاق التحكيم، وعدم اختصاصه بالنظر في صحة اتفاق التحكيم كأثر سلبي لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"، أن يثير أحد الأطراف سير إجراءات التحكيم أمام محكمة التحكيم، أو أن يثير على الأقل وجود اتفاق التحكيم حتى وإن لم تتصل محكمة التحكيم بالنزاع بعد.

ينبغي في كلتا الحالتين على من يثير الاختصاص التحكيمي أو الدفع بالتحكيم –الذي هو دفع بعدم الاختصاص في كل من القانون الفرنسي والقانون الجزائري كما تبيّن سابقاً- قبل الحديث في الموضوع أو تقديم دفعاً بعدم القبول، لأنّ أي تأخر في إبدائه سيؤخذ على أنّه تنازل ضمني عن التمسك به مما يجعل القاضي مختصاً بالفصل في موضوع النزاع[251].

ثانيا: العنصر الموضوعي في الظاهر التحكيمي

يرتكز الظاهر التحكيمي في إعمال مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" أمام القاضي على الوجود الظاهر لاختصاص محكمة التحكيم، حيث أنّ هذا الظاهر يتجلى من العناصر الموضوعية التي تتوفر في كل قضية على حدا، فالقاضي عندما يثار أمامه الاختصاص التحكيمي،

---

[249]- راجع على سبيل المثال المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[250]- راجع المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[251]- راجع في ذلك: Magali BOUCARON-NARDETTO, op. cit., p. 206

يتأكد من وجود هذه العناصر الموضوعية أو المادية بصفة سطحية (Prima facie) وتسمح له بافتراض عدم اختصاصه وبالتالي اختصاص محكمة التحكيم[252]، وذلك في حالتين:

1- الوجود الظاهر لاتفاق التحكيم

يقضي القاضي بعدم اختصاصه بمجرد إثارة اتفاق تحكيم وإثبات وجوده مادياً، حيث يكفي للطرف الذي يثيره تقديم العقد الأصلي الذي يرد فيه هذا الاتفاق لتحقق العنصر المادي للظاهر التحكيمي في هذه الحالة، ذلك لأنّ اتفاق التحكيم هو مصدر اختصاص محكمة التحكيم، وعدم وجوده يؤدي إلى اختصاص القاضي بالنظر في موضوع النزاع.

غير أنّه يجب التأكيد هنا على أنّ المفهوم الفرنسي لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" يعتمد على الوجود المادي لاتفاق التحكيم وليس على الوجود القانوني، فالقاضي لا يبحث في توفر أركان صحة اتفاق التحكيم بل يكتفي بمعاينة وجوده من الناحية المادية، وذلك رغم الصعوبات التي من الممكن أن يواجهها في حالة الاتفاق الشفهي الذي يعترف به القانون الفرنسي[253]، أو في الحالات التي يثار فيها اتفاق التحكيم ولو كان مكتوب في مواجهة أطراف من الغير[254]، فالبحث في مدى التزام هؤلاء، يتطلب رقابة أعمق من مجرد الرقابة السطحية التي يفرضها الظاهر التحكيمي بمفهوم القانون الفرنسي.

لقد خلق هذا المفهوم الفرنسي الكثير من الجدل من الناحية الفقهية والكثير من المنازعات من الناحية العملية أمام القضاء الفرنسي[255]، لأنّ الحل المجسّد يفترض الاختصاص التحكيمي بمجرد توفر العنصر المادي المتمثل في الوجود المادي لاتفاق التحكيم، حتى ولو تطلب

---

[252]- نفس المرجع السابق، ص210.

[253]- إذ تنص المادة 1507 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في صياغته الجديدة:

"La convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme »

[254]- راجع في الصعوبات التي تنتج في هذه الحالة:

Eric LOQUIN, « Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », *Les cahiers de l'arbitrage*, Vol. II, Juillet 2004, p.61.

[255]- راجع :

Marie-Laure NIBOYET, "La transmission automatique de la clause d'arbitrage: ultime conséquence du principe de l'autonomie de l'accord compromissoire?, *Les cahiers de l'arbitrage*, vol. II, juillet 2004, p72 et 73 ; Eric LOQUIN, op. cit., p.49.

الأمر تشكيل محكمة تحكيم وإصدار حكم، وما ينتجه ذلك من نفقات ووقت لكي يتأكد القاضي بعد ذلك من غياب الاختصاص التحكيمي بمناسبة الرقابة التي يمارسها على حكم التحكيم.

2- معاينة سير إجراءات التحكيم

اعتبر القانون الفرنسي أنّ القاضي غير مختص بصفة مطلقة بالفصل في النزاع في الحالة التي يكون فيها الأطراف قد شرعوا في إجراءات التحكيم، وذلك من يوم إخطار محكمة التحكيم بموضوع النزاع[256]، فيكفي في هذه الحالة أن يتأكد القاضي من سير إجراءات التحكيم الخاصة بالنزاع المعروض عليه، لكي يتحقق العنصر المادي للظاهر التحكيمي الذي يمنعه من النظر في كل من موضوع النزاع، ومسألة وجود أو صحة اتفاق التحكيم أو قابليته للتطبيق.

يمكن للطرف الذي يثير سير إجراءات التحكيم، إثبات ذلك بأية وسيلة تسمح للقاضي من التأكد من وجودها ليبني عليها فكرة الظاهر التحكيمي، فعلى سبيل المثال يمكن أن تثبت هذه الإجراءات بتقديم الأمر بالمهمة الذي يحدد مهام محكمة التحكيم، أو تقديم أيّ أمر اتخذته هذه الأخيرة في إطار تسييرها لإجراءات التحكيم أو تقديم حكم أولي أو حكم جزئي...إلخ.

فإذا ما أثبت الطرف الذي يهمه الأمر سير إجراءات التحكيم بالشكل المتقدم، فإنّ القاضي يحكم بعدم اختصاصه دون النظر في مسألة صحة اتفاق التحكيم ولا في قابليته للتطبيق، سواء كان ذلك بصفة سطحية أو بصفة معمقة، لأنّ الاستثناءات التي وضعتها المادة 1448 في فقرتها الأولى لا تطبق إلا في الحالة التي لم تتصل فيها محكمة التحكيم بالنزاع، هذا ما جعل البعض يرى أنّ الظاهر التحكيمي المبني على عنصر وجود إجراءات التحكيم، لا يمكن دحضه إذا اقترن بإثارته من قبل الطرف الذي يرغب في اللجوء إلى التحكيم[257].

---

[256]- حيث نصت المادة 1448 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والتي تطبق على التحكيم الدولي بموجب الإحالة الواردة في المادة 1506 من نفس القانون على أنّ:

« Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable ».

[257]-

«L'existence d'une procédure arbitrale en cours, combinée à la caractérisation de l'élément subjectif – une allégation - , produit alors un effet particulier : l'apparence de la compétence arbitrale devient irréfragable et ne peut plus être détruite par la caractérisation de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage ». =

الفرع الثاني
أساس أولوية الاختصاص التحكيمي في القانون الفرنسي

رغم أنّ التحكيم الفعال لا يمكن أن يكون دون تدخل القضاء لتقديم مساعدته لمحكمة التحكيم في حالات معينة، ومراقبة مدى التزامها بالمبادئ والضمانات الإجرائية التي تقتضيها المحاكمة العادلة[258]، فإنّ البعض يرى أنّ تنازع الاختصاص بين المحكم والقاضي غير ملائم، وأنّ هذا التنازع لا يجب أن يمس بمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"، فالعلاقة بين المحكم والقاضي – حسب هذا الجانب من الفقه- هي علاقة منافسة. فإذا كان المحكم باستطاعته فحص الاختصاص الخاص به بغرض تجنب التأخر أو الانقطاع في سير عملية التحكيم، فإنّ القاضي من جهته ملزم بفحص السبب المحتمل في عدم اختصاصه[259].

أمام التكافؤ الموضوعي بين الجهة القضائية الوطنية والجهة القضائية التحكيمية، فإنّ إحداهما تستبعد الأخرى. لذلك، يرى البعض أنّ التعاون الجيد بينهما يقتضي أنّ لا تتدخل الجهة القضائية الوطنية إلا بعد صدور حكم التحكيم، وفي حدود أسباب بطلان هذا الأخير أو أسباب عدم تنفيذه، وأي تدخل قبل ذلك يجب أن يكون استثنائيا في إطار الحد الأدنى الضروري[260].

هناك أيضا من يقول أنّ تأجيل الرقابة على اختصاص المحكم إلى ما بعد صدور حكم التحكيم، يقوم على فكرة أنّه ليس هناك مبرر للتشكيك سلفاً في قدرات المحكمين، وفي استطاعتهم التوصل إلى حكم يكون في نفس الوقت عادلاً وحامياً للمجتمع، خاصة وأن القضاء له سلطة الرقابة اللاحقة على هذا الحكم، بمناسبة الطعن بالبطلان أو بمناسبة طلب الاعتراف بالحكم أو تنفيذه، ويمكن من خلال هذه الرقابة اللاحقة تفادي كل تعسف أو انحراف في استخدام المحكمين لهذه السلطة الممنوحة لهم[261].

= voir : Magali BOUCARON-NARDETTO, op. cit., p.212.

[258]- في نفس المعنى: José Carlos FERNADEZ ROZAS, op. cit., p.60et 61.

[259]- نفس المرجع، ص 97

[260]- راجع في ذلك: Antonias DIMOLITSA, op. cit., p.320.

[261]- **سامي محسن حسين السرى**، مرجع سابق، ص266.

ويضيف البعض أنّه لا يستقيم، في ظل سياسة التشجيع والمكانة التي يحظى بها التحكيم، أن نفترض أنّ المحكم الذي نترك له الاختصاص بالفصل في اختصاصه بالأولوية سيتعسف في استعمال هذه السلطة[262].

المطلب الثالث

سلطة القاضي في استبعاد
اختصاص المحكم في حالات استثنائية

وضع القضاء الفرنسي في البداية استثناءً واحداً على اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه عندما تطرح المسألة أمام القاضي ويتعلق الأمر بحالة البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم وتم تقنينه بموجب تعديل سنة 1980 في المادة 1458 من قانون الإجراءات المدنية (**الفرع الأول**)، ثم بعد ذلك، ومع تطبيق النص، ظهرت الحاجة إلى تكملته باستثناء ثاني يسمح للقاضي بفحص قابلية اتفاق التحكيم للتطبيق بصفة ظاهرة (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول
حالة البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم

لقد نص قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم (La nullité manifeste) كاستثناء على عدم اختصاص القاضي بالنظر في مسألة اختصاص محكمة التحكيم، وذلك منذ التعديلين الصادرين في عامي 1980-1981، حيث جاءت به الفقرة الثانية من المادة 1458 بنصها:

« Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ».

---

[262]- انظر :

Alexandre BERTUZZI, « A propos de la ''compétence-compétence'' en droits français et américain de l'arbitrage », *in* http://m2bde.u-paris10.fr (14/04/2008).

هذا وقد أبقى قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على هذا الاستثناء في التعديل الذي عرفه في سنة 2011، و نص عليه في المادة 1448 الذي يطبق على التحكيم الداخلي والدولي في نفس الوقت .

إنّ ما يميّز مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" في النظام القانوني الفرنسي هو اعتماده على فكرة الاختصاص الظاهر- كما سبقت الإشارة إليه، ذلك أنّ القاضي عندما يدفع أمامه بوجود اتفاق التحكيم، فإنّه سيتولى دراسة الدفع دراسة سطحية تعتمد على العوامل الخارجية فقط، ويعتمد في ذلك على عنصرين أحدهما شخصي وآخر موضوعي[263].

يتمثل العنصر الشخصي الذي يعتمد عليه القاضي لإعمال مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"، في تمسك أحد الأطراف بوجود اتفاق التحكيم أو قيام خصومة التحكيم، حيث يشترط القانون الفرنسي لحكم القاضي بعدم اختصاصه، أن يتمسك أحد الأطراف أمامه بوجود اتفاق التحكيم أو بوجود خصومة تحكيم قائمة.

لا يمكن للقاضي الفرنسي إذن أن يقضي بعدم اختصاصه من تلقاء نفسه، إعمالا لنص الفقرة الثانية من المادة 1448 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الساري المفعول[264]، إذ يُفسَّر عدم تمسك الأطراف بوجود اتفاق التحكيم أو خصومة التحكيم، تنازلا ضمنيا عن اللجوء إلى هذا الطريق لفض النزاع الذي نشب بينهم واستبعاد الأثر السلبي لاتفاق التحكيم.

يرى البعض أنّ اشتراط تمسك أحد الأطراف باتفاق التحكيم منطقي، لأنّ هؤلاء لهم الحق في التنازل عنه،سواء صراحة أو ضمنيا،بقبول الدفاع في الموضوع وعدم إثارته، وأنّ القاضي لا يمكن له أن يقضي بعدم اختصاصه من تلقاء نفسه،بل يجب على الأطراف إثارة عدم اختصاصه[265].

---

[263]- انظر: Magali BOUCARON-NARDETTO, op. cit., p.199 et 200

[264]- حيث جاء النص كما يلي:

« La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence ».

[265]- راجع في هذا الرأي:

Nour-Eddine TERKI, *L'Arbitrage commercial international en Algérie*, op.cit., p.63 ; Magali BOUCARON-NARDETTO, op. cit., p. 200et 201

أما العنصر الموضوعي، فهو يتمثل في ضرورة ظهور الاختصاص التحكيمي للقاضي دون الحاجة إلى أي دراسة معمقة، أي أن يكون القاضي أمام مجموعة من العناصر المادية التي تجعله يفكر في احتمال اختصاص محكمة التحكيم بالفصل في النزاع[266]، ويتحقق ذلك بتقديم من يهمه الأمر من الأطراف الدليل الموضوعي على احتمال اختصاص محكمة التحكيم، وبالتالي عدم اختصاص القاضي المعروض عليه النزاع.

يتحقق الاختصاص الظاهر لمحكمة التحكيم وعدم الاختصاص الظاهر للمحكمة القضائية، سواء بتقديم اتفاق تحكيم صحيح- على الأقل بصفة ظاهرية- أو إثبات قيام خصومة التحكيم، فالبطلان الظاهر يجب أن تتوفر فيه- حسب الأستاذ "FOUCHARD" ثلاثة شروط وهي أن يكون بطلاناً بديهياً وغير قابل للمنازعة فيه ويمكن اكتشافه من ظاهر الأوراق[267]، لذلك لا يطبق القضاء الفرنسي هذا الاستثناء إلاّ في حدود ضيقة جداً، كالحالة التي ينصب فيها اتفاق التحكيم على حقوق غير متاحة مثل النسب أو الطلاق[268] ، ففي مثل هذه الحالات يكون البطلان واضحا لدرجة تقطع إمكانية أي اعتراض قانوني، أي ألا يكون فيه مجال لأي جدل[269].

الفرع الثاني
حالة عدم قابلية اتفاق التحكيم للتطبيق بصفة ظاهرة

يرجع الفضل في ظهور هذا الاستثناء المتعلق بعدم قابلية اتفاق التحكيم للتطبيق بصفة ظاهرة (*Inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage*)، إلى القضاء الفرنسي[270] الذي أضافه إلى الاستثناء السابق والمكرّس في المادة 1458 من قانون الإجراءات

---

[266]- Magali BOUCARON-NARDETTO, op. cit., p.200

[267]- وقد كتب الأستاذ "FOUCHARD":

« Une nullité manifeste est une nullité évidente, incontestable, décelable prima facie ».
Voir : Philippe FOUCHARD, Note sous cass. Civ., 1re ch., 5 janvier 1999, M. Zanzi c/ J. de Coninck et autres, *Rev. arb*., n° 2/1999, p. 271.

[268]- راجع:

Jean-Pierre ANCEL, « La lecture de la jurisprudence française en matière d'arbitrage international », op. cit., p. 186.

[269]- **عبد الحميد الأحدب**، "قانون التحكيم الجزائري الجديد"، مرجع سابق، ص15.

[270]- راجع في ذلك:

Eric LOQUIN, « Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », *RTD Com*, 2006, p.764.

المدنية قبل تعديل 2011، وذلك قبل أن يقنّن في هذا القانون في صياغته الجديدة وبالتحديد في المادة 1448 منه[271].

لقد كان القضاء الفرنسي، قبل تقرير هذا الاستثناء الثاني، يحصر اختصاص القاضي الوطني بالنظر في اختصاص المحكم في الحالة التي يكون فيها اتفاق التحكيم باطلاً بطلانا ظاهراً مثلما تبيّن أعلاه، وقد اعتمد في ذلك على مقاربة مفادها، أنّه يجب على القاضي الوطني عندما يدفع أمامه بوجود اتفاق التحكيم، أن يكتفي بالتأكد من وجود اتفاق ومن إمكانية تطبيقه من الناحية النظرية، فإذا وجد أدنى احتمال لاختصاص المحكم، فعليه أن يحيل الأطراف على التحكيم للسماح لهذا المحكم بالنظر في اختصاصه.

انتقد جانب من الفقه هذه المقاربة، على أساس أنّها وإن كانت مبرّرة بالنسبة للأطراف الموقعة على اتفاق التحكيم، إذا لم يقدم أحدهم ادعاءات جدية حول وجود علاقة بين اتفاق التحكيم والنزاع المطروح، فإنّ تطبيقها في ظل التطورات التي عرفها التحكيم في فرنسا وبطريقة جامدة، ستؤدي لا محالة بالقاضي إلى إحالة الأطراف إلى التحكيم في كل الحالات، وتزداد المسألة حدة عندما يتعلق الأمر بامتداد آثار اتفاق التحكيم إلى الغير، بالنظر للحلول الليبرالية التي وضعها القضاء الفرنسي بصدد تقرير هذا الامتداد[272].

من أجل التخفيف من النتائج السلبية المحتملة للمقاربة السابقة، خاصة منها إمكانية إلزام أطراف من غير الموقعين على اتفاق التحكيم وبعيدين كل البعد عنه، بالمشاركة في التحكيم إلى حين إعلان محكمة التحكيم عدم اختصاصها، فقد استبعدت محكمة النقض الفرنسية إعمال مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" تأسيساً على عدم قابلية اتفاق التحكيم للتطبيق بصفة ظاهرة، وذلك بمناسبة الفصل في الطعن المرفوع أمامها في قضية "*Quarto Children's Book*"

---

[271]- أصبحت هذه المادة تنص بعد التعديل على أنّه:

« Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle, ou manifestement inapplicable.
La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence.
Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite ».

[272]- انظر في ذلك:

Alexis MOURRE, Note sous Cass. Civ.1re, 7 juin 2006, n°03-12.034, FS-P+B+I ;6 Copropriété maritime Jules Verne et autres, *JDI*, n°4/2006, p.1399 .

بتاريخ 16 أكتوبر 2001[273]، حيث قررت للقاضي الاختصاص بالفصل في النزاع عندما يتبيّن له وبصفة جلية أنّ اتفاق التحكيم غير قابل للتطبيق.

يرى البعض أنّ هذا الاستثناء شامل ويغطي كل الحالات التي تكون فيها فعالية اتفاق التحكيم محل نظر، فكل دفع يتعلق باتفاق التحكيم يمكن رقابته وفقا لفكرة عدم القابلية للتطبيق، سواء تعلق الأمر بوجود اتفاق التحكيم أو مدى شموله على النزاع المطروح، أو أي سبب آخر من الأسباب التي تتعلق بفعالية هذا الاتفاق[274].

لقد كان لتقرير محكمة النقض الفرنسية لهذا الاستثناء، أثر كبير على عدد القضايا التي أثيرت فيها مسألة قابلية اتفاق التحكيم للتطبيق، وانتشرت بكثرة إلى درجة اعتبار النزاعات المتعلقة بهذه المسألة نزاعات العصر (*Litiges à la mode*)، غير أنّ تطبيق محكمة النقض الفرنسية لهذا الاستثناء بمفهومه الضيق جعل عدد القضايا التي استبعد فيها مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" بناءً عليه قليلاً جداً لا يتعدى إلى -غاية جانفي 2016- ثمانية قضايا[275].

نجد من بين الأسباب التي بني عليها الاستثناء المتعلق بعدم القابلية الظاهرة للتطبيق، ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من أنّ تأسيس الطلب القضائي على المسئولية التقصيرية وليس لطلب تنفيذ العقد الذي يرد فيه اتفاق التحكيم، والذي يعتبر المدعي فيه من الغير، يكفي لاستبعاد اختصاص المحكم بناءً على عدم قابلية هذا الاتفاق للتطبيق بصفة ظاهرة [276] ،

---

[273]- هذا الحكم أشار إليه الأستاذ "LOQUIN" ، راجع:

Eric LOQUIN, « Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », op. cit., p.764

[274]- في نفس المعنى: Magali BOUCARON-NARDETTO, op. cit., p. 215 et 216

[275]- ويتعلق الأمر بالقرارات التالية:

Cass. Civ., 1re , 27 Avril 2004, n° 01-13831, n°01-15975, *Bull*. 2004, I, n°112, p.91 ; Cass. Com., 13 juin 2006, n°03 16695 (Inédit) ; Cass. Civ., 1re, 4 juillet 2006, n° 05-11591, *Bull*. 2006, I, n°337, p.291 ; Cass. Civ., 1re, 11 juillet 2006, n° 03-19838, *Bull*. 2006, I, n° 366, p.314 ; Cass. Civ., 1re, 1 juillet 2009,n° 08-12494(Inédit) ; Cass. Civ., 1re, 8 décembre 2009, n°09-11117 (Inédit) ; Cass. Civ., 1re, 6 novembre 2013, n°11-18709, *Bull*. 2013, I, n° 211 ; Cass. Civ., 1re, 18 mars 2015, 14-11571 (Inédit).

[276]- على سبيل المثال قضت محكمة النقض بما يلي:

« Attendu que pour dire que la convention d'arbitrage contenue dans le contrat de réassurance n'était pas manifestement inapplicable au litige l'opposant à la société Carraig, l'arrêt retient que la société Bayer ne peut prétendre être étrangère à l'application de ce contrat qui forme avec la transaction et=

وقد قضت محكمة النقض مؤخراً مثلا بأنّ اتفاق التحكيم الوارد في عقد أبرم في فترة الرّيبة لا تمتد آثاره إلى المصفي، ويستبعد في هذه الحالة مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" على أساس عدم قابلية اتفاق التحكيم للتطبيق بصفة ظاهرة[277].

رغم ذلك، فإنّ محكمة النقض الفرنسية تستبعد إعمال هذا الاستثناء في حالات عديدة، فقد قضت في إحدى القضايا التي عرضت عليها في الآونة الأخيرة، أنّ مجرد إنكار صفة الطرف في اتفاق التحكيم من أحد أطراف الخصومة المرفوعة أمام القاضي لا يؤدي إلى استبعاد مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"، لأنّ هذا السبب لا يصلح لتأسيس عدم القابلية للتطبيق بصفة ظاهرة لاتفاق التحكيم[278].

= le contrat d'assurance un ensemble contractuel et que la société Bayer a eu nécessairement connaissance de la clause compromissoire ;
Qu'en statuant ainsi, alors que la société Bayer ayant poursuivi la société Carraig, sur un fondement délictuel, pour avoir contribué à la violation par la société Sanofi Aventis de la transaction, et non pour réclamer l'exécution du contrat de réassurance auquel la première était étrangère, la convention d'arbitrage n'était pas, en l'absence de liens entre ces contrats, applicable au litige, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; ».
Voir : Cass. Civ., 1re ch., 9 juillet 2014, Sté Bayer *c*/ Sté Sanofi Aventis et Carraig, *Bull*.2014, I, n°126.

[277]- راجع قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 17 نوفمبر 2015:
Cass. Com., 17 novembre 2015, n°14-16012, publié sur : www.legifrance.gov.fr/

[278]- حيث جاء قرار محكمة النقض الفرنسية كما يلي:
"Attendu que, pour déclarer le tribunal de commerce de Toulon compétent pour connaître de la demande dirigée contre la société Sedes Holding, l'arrêt retient que, selon l'article 1442, alinéas 1 et 2, du code de procédure civile, la convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire qui est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou ces contrats, que le bon de commande signé par la société Sedes Holding ne contient aucune clause compromissoire et que la demande d'intervention de celle-ci dans la procédure d'arbitrage initiée par la société Sedes Marine Malta a été rejetée ;
Qu'en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à établir le caractère manifestement inapplicable de la convention d'arbitrage du contrat de construction aux bons de commande entre la société Sedes Holding et la société Chantier Naval Couach, seul de nature à faire obstacle à la compétence de l'arbitre pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de cette convention, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;"
Voir : cass. Civ., 1re ch., 23 septembre2015, Sté Sedes Holding c/ Chantier Naval Couach, (Inédit)

المبحث الثاني
استبعاد المفهوم الفرنسي للمبدأ في أغلب الأنظمة القانونية المقارنة

لقد تبيّن مما سبق من هذه الدراسة، أنّ مبدأ "الاختصاص- بالاختصاص" جاء لمواجهة الإجراءات الموازية أمام القضاء والتي من الممكن أن تعرقل السير العادي لنظام التحكيم، بل ويمكن أن يؤدي رفع الدعوى أمام القضاء إلى التحلل الكامل من الالتزام باتفاق التحكيم، بحيث يحاول الطرف السيّئ النّية أن يتشبث بكل ما من شأنه التشكيك في اختصاص محكمة التحكيم قصد تعطيل الفصل في النزاع.

بالرغم من ذلك، لم ينتشر الأخذ بهذا المبدأ بشكل كبير خارج القانون الفرنسي، إذ فضلت الأنظمة القانونية المقارنة في معظمها الاكتفاء بتكريس الأثر الإيجابي لمبدأ "الاختصاص – بالاختصاص"، بينما بقي الأخذ بالأثر السلبي لهذا المبدأ خصوصية فرنسية.

يرجع عدم انتشار المفهوم الفرنسي لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" حسب رأيي- إلى عدة أسباب، بعضها يتعلق بعدم فعلية القيود المتعلقة بالرقابة السطحية بالمفهوم الفرنسي، خاصة عندما تطرح مسألة انتقال اتفاق التحكيم إلى الغير، أو مسألة تمديد آثاره إلى غير الموقعين عليه، أو عندما تطرح مسألة تمديد آثار هذا الاتفاق في مجموعات العقود، والبعض الآخر من الأسباب يتعلق بمسألة كتابة اتفاق التحكيم كشرط لصحته، حيث أنّ تحرير هذا الاتفاق من شرط الكتابة في القانون الفرنسي، يساعد على تجسيد المفهوم الفرنسي لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"، تضاف إلى هذه الأسباب إمكانية تحقيق هذا المبدأ بهذا المفهوم لنتائج عكسية لتلك المنتظرة من تكريسه، كما أنّه يتعارض مع بعض المبادئ المعروفة في القانون.

فبعد التحري عن أسباب عدم شيوع المفهوم الفرنسي لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" في القانون المقارن(**المطلب الأول**)، يتعين البحث في الحلول التي اعتمدها المشرّع الجزائري في مجال الرقابة على اختصاص المحكم (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول
أسباب عدم شيوع المفهوم الفرنسي

لم يعرف الحل الذي اعتمده القانون الفرنسي حول مسألة الرقابة القضائية على اختصاص المحكم، والذي مفاده أنّ القاضي الفرنسي لا يمارس الرقابة على اختصاص محكمة التحكيم كأصل إلا بعد صدور حكم التحكيم، وأنّ المحكم له أولوية زمنية في النظر في مسألة اختصاصه تحت طائلة الرقابة اللاحقة للقضاء، شيوعاً على مستوى التشريعات الداخلية ولا على مستوى الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم.

كما أنّ الاجتهاد القضائي للجهات القضائية الداخلية، يبيّن بوضوح أنّ القضاة في أغلب الدول يمارسون رقابة مطلقة على وجود اتفاق التحكيم وصحته قبل الحكم بعدم اختصاصهم، وذلك بغض النظر عن كون محكمة التحكيم قد شرعت في إجراءات التحكيم أو لم تشرع فيها بعد[279]، ويرجع ذلك إلى عدة أسباب بضعها يتعلق بعدم فعلية القيود التي وضعها القانون الفرنسي(الفرع الأول)، بعضها يتعلق بالقيود الشكلية لاتفاق التحكيم في بعض الأنظمة القانونية (الفرع الثاني)، وبعضها مرتبط بالنتائج التي يمكن أن تنتج عن هذا المبدأ (الفرع الثالث).

الفرع الأول
عدم فعلية القيود المتعلقة بالرقابة السطحية بالمفهوم الفرنسي

إذا كانت جلّ الأنظمة القانونية التي لا تأخذ بالجانب السلبي لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"، وتترك للقضاء سلطة فحص كل الدفوع المتعلقة بوجود وصحة اتفاق التحكيم، فإنّ النظام القانوني الفرنسي كرّس عدم اختصاص القضاء الوطني بالنظر في اختصاص محكمة التحكيم من حيث المبدأ، ولم يسمح له إلاّ بممارسة رقابة سطحية(Un contrôle *prima facie*) وبشرط أن لا تكون محكمة التحكيم قد شكّلت بعد[280]، وذلك من خلال تكريس استثناءين:

---

[279]- راجع في ذلك: Antonias DIMOLITSA, op. cit., p. 329

[280]- راجع:

Michel DASSULE, *Le contrôle de la compétence arbitrale par le juge anglais après la loi de 1996*, mémoire de DEA de Droit international, université Paris II, 2001/2002, p.9.

حالة البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم وحالة عدم قابليته الظاهرة للتطبيق، غير أنّ الممارسة أفرزت حالات عديدة يصعب فيها الاكتفاء بالرقابة السطحية وفقا للمفهوم الفرنسي، وهو ما جعل انتشار الحل الفرنسي في الأنظمة القانونية المقارنة محدود جداً.

يثير تحديد نطاق الرقابة التي يمكن للقاضي أن يمارسها على صحة اتفاق التحكيم وقابليته للتطبيق وفقا للقانون الفرنسي صعوبات في العديد من الحالات، فقد لاحظ البعض وبحق، أنّ الممارسة العملية للقضاء الفرنسي، بيّنت أنّ الرقابة السطحية ليست مفهوماً محدداً بدقة كما يمكن تصوره، فقد اعتمدت المحاكم الفرنسية في البداية على مقاربة مفادها، أنّ القاضي يجب أن يكتفي بالتأكد من وجود اتفاق التحكيم يمكن من الناحية النظرية أن يطبق (Théoriquement susceptible d'être appliqué)، فإذا وجد أدنى إمكانية لاختصاص المحكم، يحيل الأطراف على التحكيم للسماح للأول بالنظر فيه، وقد استدل في ذلك بما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس في القرار الذي أصدرته بتاريخ 14ديسمبر 2002 بمناسبة القضية المعروفة ب(ABS)، حيث توصلت إلى "**أنّ اختصاص المحكمة الوطنية لا يمكن أن يعقد إلا إذا كان عدم اختصاص المحكم لا يسمح بحل عكسي**"[281].

إذا كانت هذه المقاربة مبررة، في الحالة التي تطرح فيها مسألة اختصاص محكمة التحكيم بين أطراف موقعة على اتفاق التحكيم، كأن تثار مسألة خروج النزاع عن نطاق هذا الاتفاق دون أن تبنى الادعاءات على أسباب جدية، فإنّ تطبيق هذه المقاربة في الحالات المعقدة قد تعدم فكرة الرقابة تماماً، خاصة إذا تعلق الأمر بإلزام الغير باتفاق التحكيم(**أولا**) أو مجموعات العقود(**ثانيا**).

ففي مثل هذه الحالات المعقدة، سيؤدي الاكتفاء بالاحتمال النظري لاختصاص المحكم إلى إحالة الأطراف إلى التحكيم في كل الحالات، خاصة إذا ما أخذنا بعين الاعتبار الليبرالية التي تتميز بها الحلول التي وضعها القضاء الفرنسي في مجال انتقال اتفاق التحكيم، وتمديد آثاره إلى

[281]- وقد جاء ذلك بالعبارة التالية:

« La compétence de la juridiction étatique ne pourrait être retenue qu'à la condition que l'incompétence de l'arbitre ne puisse laisser place à une solution contraire ».

Voir : Alexis MOURRE, Note sous Cass. Civ.1re, 7 juin 2006, n°03-12.034, FS-P+B+I;6 Copropriété maritime Jules Verne et autres, *JDI*, n°4/2006, p.1399

غير الموقعين وامتدادها في مجموعات العقود، هذا ما يفسر العدد الكبير من القضايا التي طرحت فيها مسألة الاختصاص الظاهر، و يؤكّد كثرة المنازعات التي خلقها هذا المفهوم[282].

أولا: الصعوبات التي تطرح عند انتقال اتفاق التحكيم أو عند تمديد آثاره إلى الغير

بما أنّ الرقابة السطحية التي يمارسها القاضي على اتفاق التحكيم قبل صدور حكم التحكيم، عبارة عن رقابة لظاهر هذا الاتفاق فقط، فإنّه يصعب تحديد مضمون هذه الرقابة، عندما تطرح مسألة انتقال أو امتداد آثار هذا الاتفاق إلى الغير، ففي مثل هذه الحالات، من المفروض أنّ القاضي لا يكتفي بمعاينة وجود اتفاق التحكيم وتمسك أحد الأطراف به، بل يجب عليه أن يتأكد كذلك من مدى انتقال هذا الاتفاق أو مدى توسيع آثاره، لأنّ الرقابة في هذه الحالة لا يكون لها أي معنى إذا لم تأخذ بعين الاعتبار عناصر موضوعية، تدعم ادعاء الطرف المتمسك باتفاق التحكيم، ومن شأنها أن تبرّر اختصاص محكمة التحكيم[283].

إلى جانب ذلك، وإذا كان تكريس القيد المتعلق بعدم القابلية الظاهرة للتطبيق الذي جاء لإعادة الاختصاص للقاضي الذي فقده إعمالاً لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"مرحباً به، بالنظر لكونه يسمح باستبعاد اختصاص محكمة التحكيم، وبالتالي تجنب اتخاذ إجراءات تحكيمية لا جدوى منها، فإنّ إعماله على أرض الواقع جدّ صعب، خاصة في الحالات المعقدة كتلك التي تطرح فيها مسألة تمديد آثار اتفاق التحكيم إلى غير الموقعين عليه، خصوصاً إذا علمنا أنّ تمديد آثار هذا الاتفاق إلى الغير معترف به في النظام القانوني الفرنسي، لكنه يتوقف على شروط واعتبارات اقتصادية[284].

---

[282]- وهو ما لاحظه الأستاذ "LOQUIN" الذي كتب يقول في هذا الصدد:

« La notion d'inapplicabilité de la clause compromissoire est à la mode. Un impressionnant contentieux se développe sur son contenu ».

Eric LOQUIN, « Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », op. cit., p.764

[283]- Ibid, p.62

[284]- يساند جانب كبير من الفقه تمديد آثار اتفاق التحكيم في هذه الحالات بل وهناك من يرى أنّه لا يمكن الحديث أصلاً عن الغير (Tiers)في مثل هذه العقود، وإنّما عن أطراف خارجية عنها أثناء إبرامها(sujets initialement étrangers à la souscription d'une clause d'arbitrage) وتتحول إلى أطراف حقيقية بعد ذلك إعمالاً لقواعد القانون المادي (القواعد الموضوعية) التي تتماشى وفعالية التحكيم في مجال العلاقات التجارية الدولية في إطار العولمة الاقتصادية وظهور العقود المركبة، وهذا كله من أجل حل العديد من المسائل المتعلقة بتنازع الاختصاص القضائي الدولي. انظر: =

إذا ما سلمنا بما وصلت إليه محكمة النقض الفرنسية في هذا المجال، فإنّ القيد المتعلق بعدم القابلية الظاهرة للتطبيق، ما هو إلا واجهة للتقليل من الانتقادات الموجهة لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"بالمفهوم الفرنسي، ولا يطبق في كل الحالات التي تطرح فيها مسألة امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير أو انتقاله، فقد قضت هذه المحكمة بتاريخ 11 جويلية 2006 بأنّ كون أحد أطراف الخصومة من الغير بالنسبة للعقد الذي ورد فيه اتفاق التحكيم لا يكفي في حد ذاته لوصف اتفاق التحكيم بأنّه غير قابل للتطبيق بصفة ظاهرة[285]، وأكدت ذلك مؤخراً في القرار الذي أصدرته بتاريخ 24 جوان 2015[286].

هذا التوجه في مجال التحكيم التجاري الدولي يقابله تذبذب- إن لم نقل تردد- في تطبيق هذا الاستثناء في مجال التحكيم البحري، حيث تثار بكثرة مسألة انتقال اتفاق التحكيم الوارد في سند الشحن أو عقد إيجار سفينة إلى الغير، فهناك تضارب بين القرارات الصادرة عن الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية، وبين تلك الصادرة عن الغرفة المدنية حول كيفية انتقال اتفاق التحكيم إلى الغير.

ففي الوقت الذي تشترط فيه الغرفة التجارية في المجال البحري رضا خاص باتفاق التحكيم من قبل المرسل إليه، تعتبر الغرفة المدنية رضا هذا الأخير مفترضا. نتيجة لذلك، تتقبل الغرفة التجارية رقابة القاضي على نطاق اتفاق التحكيم ومدى التزام المرسل إليه به، بينما تعتبر الغرفة المدنية أنّ ذلك يدخل في اختصاص محكمة التحكيم، إعمالاً للأثر السلبي لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"[287].

=Jean Paul CORREA DELCASSO, « L'extension de la convention d'arbitrage aux parties non signataires : Analyse de la doctrine de la cour internationale d'arbitrage de la CCI au regard de la jurisprudence française et espagnole », *Civil Procedure Review*, V.2, n°2/2011, pp.3-27, spéc., p.24 et 25, consultable sur :www.civilprocedurereview.com

Voir aussi : Amissi MANIRABONA, « Extension de la convention d'arbitrage aux non-signataire en arbitrage impliquant les sociétés en groupement, *RDUS*,V.38, n° 2/2008, pp.541-576. Consultable sur : www.usherbrooke.ca/droit/recherche/revue/rdus/archives/

[285] - انظر على سبيل المثال:

Cass. Civ., 1re ch., 11 juillet 2006, n°03-11768, *Bull*. 2006 I, n°367, p.314 ; Cass. Civ., 1re ch., 11 juillet 2006, n° 03-11983, *Bull*. I n° 36, p.315

[286] - راجع: Cass. Civ., 1re ch., 24 juin 2015, n°14-14448(Inédit)

[287] - راجع في ذلك: =

ثانيا: الصعوبات التي تطرح في حالة تمديد أثار اتفاق التحكيم في مجموعات العقود

أفرز التطور الذي عرفته التجارة الدولية في عصر العولمة الذي نعيش فيه نماذجاً وأشكالاً متعددة من العقود، حيث كثيراً ما تتم نفس العملية التجارية وبين نفس الأطراف، باستعمال عدة عقود يكون لها غرض واحد، ونكون في هذه الحالة أمام ما يسمى بمجموعة العقود، إذ يصوغ أحدها الالتزامات المحققة لهذا الغرض، وتساهم الأخرى في تنفيذ هذه الالتزامات أو تساعد على تنفيذها أو تقدم الضمان اللازم لإتمام تنفيذها[288].

لقد بيّنت الممارسة أنّ هذه العقود كثيراً ما تختلف فيما بينها من حيث البنود المتعلقة بحل النزاعات، إذ قد نجد عقوداً من نفس المجموعة تحيل إلى التحكيم، وأخرى تحيل إلى القضاء أو إلى وسائل أخرى من وسائل حل النزاعات[289]، وفي بعض الأحيان نجدها تحيل كلها إلى التحكيم، لكنها تختلف من حيث جهة التحكيم التي تعيّنها.

تثير مثل هذه الحالات، مسألة اختصاص محكمة التحكيم بالتبعية لإثارة مسألة امتداد أثار اتفاق التحكيم في نطاق هذه العقود، سواء بسبب إثارة عدم وجود اتفاق التحكيم أو عدم قابليته للتطبيق، وما يزيد هذا الموضوع تعقيداً هو أنّ بعض الأنظمة القانونية، على غرار القضاء الفرنسي، تجاوز الاعتبارات القانونية ليعتمد على الاعتبارات النفسية والاقتصادية، لتحديد مدى تمديد أثار اتفاق التحكيم الوارد في أحد عقود المجموعة إلى العقود الأخرى المكونة لهذه المجموعة[290].

=Emmanuel Gaillard, « La jurisprudence de la cour de cassation en matière d'arbitrage international », op. cit., p. 708; Marina PAPADATOU, *La convention d'arbitrage dans le contrat de transport maritime de marchandises : étude comparée des droits français, hellénique et anglais*, Thèse de doctorat en droit, université Panthéon-Assas, 2014, p.128 et s.

[288]- **مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال**، التحكيم في العلاقات الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 1998، ص494 .

[289]- بل وفي بعض الحالات نجد العقد الواحد يتضمن أكثر من وسيلة لحل النزاعات وهو ما يطرح مسألة القابلية للتطبيق. راجع حول تأثير تعدد وسائل حل النزاعات في العقد على الاختصاص التحكيمي:

Philippe PINSOLLE, « Difficultés liées à la définition conventionnelle de la compétence arbitrale », *RDAI*, n°2/2002, pp.238-244.

[290]- راجع:

Philippe FOUCHARD, Note sous cass. Civ., 1re ch. 1décembre 1999, Société Métu Système France et autres c/ société Sulzer Infra; cass. Civ. 1re ch, société Exportles c/ société Rubois, *Rev. Arb.*, n°1/2000, p.105.

تعتبر ممارسة الرقابة السطحية التي جسّدها القضاء الفرنسي في مثل هذه الوضعيات أمراً صعباً جداً، ذلك أنّ القاضي ينبغي عليه أن ينظر في وجود اتفاق التحكيم وقابليته للتطبيق من حيث القانون ومن حيث الواقع، لأنّ مسألة اختصاص محكمة التحكيم مرتبطة بموضوع النزاع، عليه يقول البعض وبحق بضرورة الاعتراف للقاضي بسلطة فحص صحة ووجود اتفاق التحكيم بنوع من التعمق[291].

إنّ ما يبرّر مثل هذا الرأي في نظري، هو أنّ القوانين الحديثة تعطي لمحكمة التحكيم سلطة الفصل في اختصاصها في نفس الحكم الفاصل في الموضوع، إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطاً بموضوع النزاع[292]، فإذا ما افترضنا أنّ المحكم حكم باختصاصه تعسفياً، فإنّ الطرف الذي دفع بعدم اختصاصه ملزم بانتظار الحكم الفاصل في الموضوع للطعن ببطلانه، وإذا ما ثبت بعد ذلك عدم اختصاص المحكم، فنكون أمام إهدار للوقت والمال والجهد قبل الرجوع إلى القضاء من جديد للفصل في النزاع، وهو ما يتعارض مع فكرة اقتصاد الوسائل التي تأخذ بها أغلب الأنظمة القانونية المقارنة.

سيزيد حتما تفسير الشّك في مصلحة التحكيم في مثل هذه الحالات من حالات إلغاء أحكام التحكيم، وهو ما يهدّد فعالية التحكيم ولا يحميها، أضف إلى ذلك أنّها تخلق الكثير من المنازعات التي يمكن احتواؤها بتوسيع سلطة القاضي في الرقابة السابقة، والقول بعكس ذلك، يعدم أي أثر للاستثناءات المتعلقة ببطلان وعدم قابلية اتفاق التحكيم للتطبيق في مثل هذه الحالات، لأنه يصعب فيها إثباتهما.

الفرع الثاني

الأسباب المتعلقة بمسألة تحرير اتفاق التحكيم من شرط الكتابة

تعتبر ليبرالية التحكيم التجاري الدولي ظاهرة حقيقية في الآونة الأخيرة، إلاّ أنّ الإشكال يطرح حول مسألة معرفة حدود هذه الليبرالية عندما يتعلق الأمر بشكل التعبير عن إرادة الالتزام باتفاق التحكيم، وكيفية التوفيق بين الليبرالية اللازمة لتحقيق فعالية اتفاق التحكيم بوجه

[291]- راجع في هذا الرأي: Alexis MOURRE, Note sous Cass. Civ.,1re, 7 juin 2006, op. cit., p. 1399.

[292]- راجع مثلا المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

خاص ونظام التحكيم بوجه عام، والشكلية التي يفرضها الأمن القانوني، بالنظر إلى الآثار المهمة والخطيرة التي تتمخض عن إبرام هذا الاتفاق، خاصة ما يتعلق منها باستبعاد اختصاص القضاء الوطني المختص أصلاً، وعقد اختصاص أشخاص عاديين يختارهم الأطراف بكل حرية.

لقد كان ولا يزال هذا الموضوع محل اختلاف مواقف الأنظمة القانونية، حيث تبنّت هذه الأخيرة حلولاً متباينة، وقد انعكس هذا التباين في المواقف، حتى على الاتفاقيات الدولية التي لم تحسم هذه المسألة وتركت فراغاً نتجت عنه تأويلات متعددة في الفقه[293].

يرى البعض أنّ اتفاق التحكيم عقد رضائي يبُرم بمجرد تطابق إرادة أطرافه، بينما يرى آخرون أنّ توافق إرادتين أو أكثر لا يكفي لقيام اتفاق التحكيم، بل يستلزم، فوق ذلك، مراعاة شكل خاص بدونه لا يكون له وجود، ولا ينتج آثاره، وعادة ما تشترط الأنظمة القانونية أن يكون شكل اتفاق التحكيم، سواء ورد في صورة شرط أو في صورة مشارطة، هو تدوينه في ورقة مكتوبة عادية، لا يلزم أن يحرّرها ضابط عمومي مكلف قانوناً، وذلك يهدف إلى حماية أطراف الاتفاق أنفسهم.

أولا: تحرير اتفاق التحكيم التجاري الدولي من شرط الكتابة في القانون الفرنسي

اتجه القانون الفرنسي في تعديله الأخير للأحكام المنظمة للتحكيم الدولي في قانون الإجراءات المدنية إلى أبعد ممّا تقره قوانين الدول التي تتبع التقاليد الأنجلوسكسونية، والتي لا ترى مبرراً لإخضاع اتفاق التحكيم لشكل معين يميزه عن سائر التصرفات القانونية الأخرى الخاضعة لمبدأ الرضائية، حيث تكون الكتابة فيها مجرد وسيلة إثبات اتجاه إرادة الأطراف إلى اللجوء إلى التحكيم. ويعكس موقف هذه الدول نظرتها إلى التحكيم باعتباره نظاماً للتقاضي يوازي قضاء الدولة و ليس مجرد استثناء له[294].

كان القانون الفرنسي ذو التقاليد اللاتينية يشترط الكتابة في اتفاق التحكيم من خلال المادة 1443 من قانون الإجراءات المدنية في صيغته المعدلة في سنتي 1980 و1981 التي تنص

[293] - في نفس الفكرة: **أحمد صدقي محمود**، مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص22 وما يليها.

[294] - **مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال**، مرجع سابق، ص373

على " **بطلان شرط التحكيم إذا لم يكن مكتوبا، إمّا في ورقة العقد الأصلي، وإما في ورقة أخرى يشير إليها هذا العقد**"، بذلك اعتبر المشرّع الفرنسي شرط التحكيم اتفاقاً شكلياً تلزم الكتابة لوجوده ولا يمكن إثباته بغير الكتابة. أما بالنسبة لمشارطة التحكيم، فقد نصت المادة 1449 من نفس القانون على أنّ "**إثبات مشارطة التحكيم يكون بالكتابة، كما يمكن أن يتم في محضر موقع من الأطراف المحتكمين والمحكمين**".

تعتبر المادة 1449 السالفة الذكر أنّ الكتابة وسيلة لإثبات مشارطة التحكيم وليس شرطا لصحتها، غير أنّ هذا الحكم منصوص عليه في القانون الداخلي ولا يسري على التحكيم الدولي إلا في حالة اتفاق الأطراف على خضوع اتفاقهم التحكيمي للقانون الفرنسي[295]، أي أنّ الأطراف يمكن لهم الاتفاق على عدم الالتزام بالكتابة كشرط لوجود اتفاق التحكيم[296].

على كل حال، فإنّ كتابة اتفاق التحكيم لازمة لإثباته عند تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في فرنسا، إذ أنّ المادة 1499 تتطلب تقديم اتفاق التحكيم لإثبات وجوده.

لا يشترط قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، بعد تعديله في 13 جانفي 2011، الكتابة في اتفاق التحكيم الدولي، إذ نص صراحة في المادة 1507 منه على أنّ اتفاق التحكيم التجاري الدولي لا يخضع لأي شرط شكلي[297]، ليكرّس بذلك ما قرّرته محكمة النقض الفرنسية منذ مدة[298].

---

[295]- انظر في نفس المعنى:

Emmanuel GAILLARD, « Le nouveau droit Français de l'arbitrage interne et international », *Recueil Dalloz*, n°03 du 20 janvier 2011, p.184

[296]- حيث أنّ المادة 1495 ق إ م ف ج تجعل القواعد المتعلقة بالشّكل في القانون الفرنسي اختيارية عند اتفاق أطراف التحكيم على تطبيق هذا القانون. انظر في ذلك:

Berthold GOLDMAN, « Arbitrage commercial international : convention d'arbitrage, forme et preuve », *J.C.D International*, fasc586-4 Paris1989, p.6 ; Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, op. cit.,p.385.

[297]- إذ تنص هذه المادة على أنّ:

« La convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme ».

[298]- يبقى أنّ النص صراحة على عدم خضوع اتفاق التحكيم لأي شرط شكلي أمر أدهش البعض على أساس أنّ المادة 1507 وضعت قاعدة لتبيّن أنّه لا توجد قاعدة وهذا مرفوض من الناحية التشريعية:

« *[c]ette disposition est étonnante, car voici une règle qui vient indiquer…qu'il n'y a pas de règle* »

في نفس اتجاه القانون الفرنسي، عدّل القانون البلجيكي من موقفه بخصوص شرط كتابة اتفاق التحكيم، وأخذ بالخيار الثاني الذي أورده القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بالنسبة للمادة السابعة منه في صيغته المعدلة في سنة 2006 [299]، حيث لم يَعُد نص المادة 1681 من قانون الإجراءات البلجيكي يتطلب الكتابة في اتفاق التحكيم كشرط لإثباته، وذلك بعد التعديل الذي أدخله عليه المشرّع البلجيكي في 28 جوان 2013، وهو ما يعني إمكانية إثباته بكل الوسائل القانونية وإمكانية إبرام هذا الاتفاق شفاهةً[300].

ثانيا: شرط الكتابة في الأنظمة القانونية الأخرى: شرط للصحة أم شرط للإثبات؟

يتميّز اتفاق التحكيم عن سائر العقود الأخرى بكون أطرافه يلتزمون مسبقاً بالخضوع لحكم التحكيم الذي يصدره الغير، هذا ما يفسّر تنظيمه القانوني الدقيق، لأنّه من الطبيعي أن يلتزم الأطراف بالتعبير عن إرادتهم بصفة واضحة لا تدع مجالا للشّك، هذا ما دفع ببعض الأنظمة القانونية إلى فرض بعض الشروط الصارمة على شكل وإثبات اتفاق التحكيم[301].

تلعب التقاليد القانونية في الدولة دوراً كبيراً في تحديد مدى اشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم، وما إن كانت شرط وجود هذا الاتفاق من أساسه أو أنّه شرط لإثباته فقط، فإلى وقت ليس بالبعيد، كانت الدول ذات التقاليد اللاّتينية- بصفة عامة- تحيط اتفاق التحكيم بضمانات معينة، أهمها وأكثرها شيوعاً، إخراجه من دائرة التصرفات الرضائية وجعله تصرفاً شكلياً.

يهدف إخراج اتفاق التحكيم من دائرة التصرفات الرضائية في هذه الدول إلى التحقق من اتجاه إرادة الأطراف فعلاً إلى التحكيم، وهذا يرجع بتقدير جانب من الفقه[302] إلى الآثار الخطيرة و الهامة في نفس الوقت، التي تنتج عن هذا الاتفاق على قوانين دول أطرافه في حالة

= وقد أعتبر أنّ الأهمية العملية لهذه المادة ليس السماح باتفاق التحكيم الشفهي بل تجنيب اتفاق التحكيم المكتوب الدفوع المتعلقة بشكله أو للسماح بقبول بأكثر سهولة اتفاقات التحكيم بالإحالة. راجع في ذلك:

Charles JARROSSON, Jacques PELLERIN, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. arb.*, n°1/2011., p.64

[299]- ينص الخيار الثاني للمادة السابعة على أنّ:"اتفاق التحكيم" هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض ما نشأ أو ما قد ينشأ بينهما من نزاعات بشأن علاقة قانونية محدّدة، سواء أكانت تعاقدية أم غير تعاقدية"

[300]- انظر في ذلك:

Olivier CAPRASSE, « Le nouveau droit belge de l'arbitrage », op. cit., p.959.

[301]- في نفس المعنى: René DAVID, op. cit., p.270.

[302]- **مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال**،مرجع سابق، ص372.

الاعتراف بصحته، خاصة منها سلب الاختصاص من المحاكم الوطنية المختصة أصلا بفض النزاع[303]، لذلك ربطت هذه التشريعات وجود اتفاق التحكيم- إضافةً إلى توافر إرادة الأطراف- بوجود الكتابة، و قرّرت بطلان الاتفاق غير المكتوب، فالكتابة وفقاً لهذا الاتجاه ليست مجرد وسيلة إثبات لوجود اتفاق التحكيم.

في هذا الاتجاه، نص قانون التحكيم المصري الجديد لسنة 1994 على أنّه "**يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا...**"[304]، ويعني هذا النص أنّ الكتابة شرط لصحة اتفاق التحكيم وليس مجرد وسيلة لإثباته، كما كان الحال وفقا للمادة 1/501 من قانون المرافعات التي كانت تقضي بأنّه لا يثبت التحكيم إلا بالكتابة[305].

في نفس السياق، ينص الفصل 313 من قانون المسطرة المدنية المغربي بعد تعديل 2008 على أنّه" **يجب أن يبرم اتفاق التحكيم كتابة إما بعقد رسمي أو عرفي أو بمحضر يحرر أمام الهيئة التحكيمية المختارة، يعتبر اتفاق التحكيم مبرما كتابة إذا ورد في وثيقة موقعة من الأطراف أو في رسائل متبادلة أو برقيات أو أي وسيلة أخرى من وسائل الاتصال والتي تعدّ بمثابة اتفاق تثبت وجوده، أو حتى بتبادل مذكرات الطلب أو الدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين بوجود اتفاق تحكيم دون أن ينازعه الطرف الآخر في ذلك.**

ويعدّ في حكم اتفاق التحكيم المبرم كتابة كذلك كل إحالة في عقد مكتوب إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو إلى أي وثيقة أخرى تتضمن شرطا تحكيميا إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزء من العقد".

لقد أثار الفقه المغربي تساؤلاً حول ما إذا كانت الكتابة المطلوبة في النص هي شرط لانعقاد اتفاق التحكيم أم مجرد شرط لإثبات وجوده، وفي إجابتهم على هذا التساؤل، هناك من اعتبر أنّ مقتضيات الفصل المذكور أعلاه تفيد اتجاه إرادة المشرّع المغربي نحو اعتبار الكتابة شكلية للإثبات بالدرجة الأولى، وذلك تأسيساً على "حرية الإثبات الحاضرة بقوة في المادة

[303]- راجع: Nour-EddineTERKI, *L'arbitrage commercial international en Algérie*, op. Cit., p.52.

[304]- المادة 12 من القانون رقم 27 لسنة 1994 في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية.

[305]- انظر: **محمود سمير الشرقاوي**، " التطورات الحديثة في قانون التحكيم المصري"، م.ا.ج.ع.د.ب.ق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة،عدد 5 لسنة 1997، ص 15.

التجارية فضلاً عن السرعة التي تجري بها المعاملات والصفقات التجارية عبر الحدود، وبين غائبين في المكان، بحيث تكون وسائل الاتصال غير المكتوبة حاضرة بقوة، ثم إنّ التحكيم يقوم على الرضائية والإرادة، التي هي المحور الذي تدور حوله الفلسفة التحكيمية أو فلسفة التسوية التوافقية في مساطرها المختلفة"[306].

في مقابل ذلك، يرى آخرون أنّ الكتابة متطلبة لانعقاد شرط التحكيم استناداً إلى مقتضيات الفصلين 315 و 317 من ق.م.م، حيث ينص هذا الأخير على ضرورة كتابة شرط التحكيم تحت طائلة البطلان، في حين ينص الفصل 315 على إلزامية تحديد موضوع الالتزام، الأمر الذي يفيد ضمنياً ضرورة كتابة عقد التحكيم[307].

انعكس الاختلاف السابق في القوانين الداخلية بشكل واضح على الاتفاقيات الدولية، فقد تبنّت اتفاقية نيويورك لعام 1958 موقفاً وسطاً سعت من خلاله التوفيق بين الموقف اللاّتيني المتشدّد من جهة، واللبرالية الكاملة للدول الأنجلوسكسونية من جهة أخرى، واستطاعت بذلك أن تقضي على التضارب السابق وعدم الاستقرار في نتائج التحكيم في العلاقات الدولية[308]، حيث وضعت هذه الاتفاقية ضوابط عامة التطبيق في مختلف الدول الأعضاء وتكفل التحقّق من وجود اتفاق التحكيم، وأعادت بذلك تقييم موقف بروتوكول واتفاقية جنيف على التوالي لعامي 1923و1927، اللّذين عمدا إلى ترك الحرية لكل دولة لتحديد الضمانات التي تراها ضرورية للتأكد من وجود اتفاق التحكيم[309].

---

[306]- **سلطان بن سالم البلوشي**، "طرق تسوية منازعات العقود الدولية في التجارة الإلكترونية"، في الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، جمع وتنسيق **زكريا العماري**، منشورات مجلة القضاء المدني، دار الآفاق المغربية، الدار البيضاء، المغرب 2013، ص150.

[307]- **إبراهيم العسري**،" دراسة تحليلية لبعض مقتضيات القانون رقم 05-08 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية"، في الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، جمع وتنسيق **زكريا العماري**، منشورات مجلة القضاء المدني، دار الآفاق المغربية، الدار البيضاء، المغرب 2013، ص61.

[308]- انظر: **سامية راشد**، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 1984. ص 235.

[309]- **مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال**، مرجع سابق، ص377.

يظهر الموقف التوفيقي لاتفاقية نيويورك جليا من خلال ما جاء به نص المادة الثانية والتي صيغت كما يلي:

(1-تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يتعهد الأطراف بمقتضاه أن يخضعوا للتحكيم كافة أو أية خلافات نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم[...]

2- وتعبير"اتفاق مكتوب" يشمل شرط التحكيم الوارد في عقد أو اتفاق التحكيم، موقع عليه من الأطراف أو متضمن في تبادل للخطابات أو البرقيات).

رغم أنّ النص يبدو واضحاً، إلا أنّ الفقه اختلف في تفسيره وفي مدى اعتبار الكتابة شرط وجود اتفاق التحكيم أو مجرد وسيلة لإثباته، حيث ذهب رأي أول إلى القول أنّ شرط الكتابة المنصوص عليه في المادة الثانية من هذه الاتفاقية، يعتبر شرطاً لصحة اتفاق التحكيم ووجوده وليس مجرّد وسيلة لإثباته، وبالتالي فإنّ غيابه يرتّب البطلان[310].

يضيف البعض أنّ شرط الكتابة الوارد في اتفاقية نيويورك يعدّ قاعدة دولية تسمو على القواعد الواردة في التشريعات الداخلية، عند التعرض لمسألة الكتابة الواجب توافرها لاتفاق التحكيم باعتبار أن هذا الشرط شرط صحة، وحسب هذا الموقف، فإنّ الطبيعة الدولية لتلك القاعدة التي أتت بها اتفاقية نيويورك ترتب عدة نتائج، من أهمها أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وفق المفهوم الوارد بالمادة الثانية من الاتفاقية، وذلك حتى ولو لم يكن شرط التحكيم متطلباً وفقاً للتشريع الوطني في الدولة المعنية، كما أنّه على العكس فإنّ اتفاق التحكيم يعتبر مستوفيا للشكل المطلوب بتوافر شرط الكتابة حسب المفهوم الوارد بالاتفاقية، وذلك بغض النظر عن القيود الأكثر تشدّداً في هذا الخصوص، والتي قد تتطلبها النصوص التشريعية في الدولة المعنية، لأنّه بمجرد انضمام هذه الدول إلى الاتفاقية، يستنتج من ذلك إلغاء ضمني لأية متطلبات قانونية زائدة عن الحد الأدنى الذي تقتضيه المادة الثانية من الاتفاقية[311].

---

[310]- انظر كذلك في نفس المعنى: **عاطف شهاب**، مرجع سابق،ص225 و226؛ **أحمد السيد صاوي**، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، ط2، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة، مصر 2004، ص47 ؛ **مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال**، مرجع سابق، ص 378.

[311]- انظر: **راشد سامية**، ، مرجع سابق، ص 307.

بينما اعتبر الرأي الثاني الكتابة في مفهوم هذا النص كوسيلة إثبات فقط، ويرى أنّ غيابها لا يؤدي حتما إلى بطلان اتفاق التحكيم، و يستند في ذلك إلى غياب عبارة "بطلان" في هذه المادة[312]. يبدو أنّ أصحاب هذا الرأي متأثرون بدعاة التفسير الليبرالي للمادة 2 من هذه الاتفاقية، لكن التفسير الليبرالي الذي دعوا إليه يخص فقط إمكانية تطبيقها خارج إجراءات التنفيذ والاعتراف[313].

من جهتها، قدمت اتفاقية جنيف لعام 1961 الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، والمبرمة بين الدول الأوربية، تيسيراً كبيراً بالنسبة لشكل اتفاق التحكيم، حيث تجيز الاعتراف باتفاق التحكيم غير المكتوب في شأن المعاملات التي تتم في إطار الدول التي لا تتطلب قوانينها كتابة اتفاق التحكيم، وذلك وفقا للفقرة الثانية من مادتها الأولى، فإذا كان قانون دولة من الدول الأعضاء في الاتفاقية لا يستلزم كتابة اتفاق التحكيم، فإنّ الاتفاقية تقر هذا الاتفاق و لو لم يكن مكتوبا، كما أنّها تقر أيضاً الاتفاق الذي يرد في خطابات أو برقيات أو فاكسات متبادلة بين الأطراف[314].

تتطلب اتفاقية جنيف، من حيث المبدأ حسب هذا النص، أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً دون أن تشترط شكلاً معيناً على غرار اتفاقية نيويورك، إلا أنّ ما تتميّز به الاتفاقية الأوربية، أنّها تجيز اتفاق التحكيم المبرم في الأشكال التي تقرّها القوانين الأكثر تحرراً، وذلك في العلاقات التي تتم في إطار الدول التي لا تتطلب قوانينها كتابة اتفاق التحكيم[315].

---

[312]- **إبراهيم أحمد إبراهيم**، التحكيم الدولي الخاص،الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، مصر 2000، ص82 و83؛ **أحمد صالح علي مخلوف**، مرجع سابق، ص109.

[313]- انظر على سبيل المثال:

Berthold GOLDMAN, op . cit., fasc. 586-4, p.12.

[314]- جاء نص الفقرة أ من المادة الأولى من هذه الاتفاقية كما يلي:

« Aux fins de la présente convention, on entend par :

a) « convention d'arbitrage », soit une clause compromissoire insérée dans un contrat, soit un compromis, contrat ou compromis signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres, de télégrammes ou de communications par téléscripteur, et, dans les rapports entre pays dont les lois n'imposent pas la forme écrite à la convention d'arbitrage, toute convention conclue dans les formes permises par ces lois ».

[315]- راجع: **إبراهيم أحمد إبراهيم**، مرجع سابق، ص 82.

إلى جانب الاتفاقيتان السابقتان، توجب اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار والمنشئة للمركز الدولي لتسوية المنازعات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، الكتابة في اتفاق التحكيم في نص المادة 1/25 منها، وتؤكّده المادة 3/2 من الملحق الثاني لهذه الاتفاقية، والتي تنص على أنّ تاريخ التراضي هو التاريخ الذي أفرغ فيه طرفا النزاع تراضيهما في وثيقة مكتوبة لطرح نزاعهما أمام المركز[316].

ثالثا:موقف المشرّع الجزائري من شرط كتابة اتفاق التحكيم.

أوجب المشرّع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتحت طائلة البطلان، أن يبرم اتفاق التحكيم بموجب عقد كتابي[317]، واشترط تقديمه مع أصل القرار التحكيمي لإثبات وجود هذا الأخير وتنفيذه وفقا لما جاء في المادة 1052 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فالكتابة وفقا لهذه النصوص شرط لانعقاد اتفاق التحكيم وإثباته.

رغم أنّ هذا النص الجديد أبقى على شرط الكتابة ليس فقط لإثبات اتفاق التحكيم بل كركن من أركان وجوده من الأساس، إلا أنّه وسّع من مفهوم الكتابة ليشمل كل الوسائل الحديثة للاتصال، كالرسائل الإلكترونية والفاكس والتلكس أو أية وسيلة أخرى تجيز الإثبات بالكتابة[318]، ويكون القانون الجزائري بذلك من بين القوانين الأكثر ليبرالية في هذا المجال وتبنى بذلك التوصية التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في سنة 2006 بخصوص

---

[316]- تنص المادة 1/25 من هذه الاتفاقية على أنّه "يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة متعاقدة أخرى، والتي تتصل اتصالاً مباشراً بأحد الاستثمارات، بشرط أن يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحها على المركز ومتى أبدى طرفي النزاع موافقتهما المشتركة فإنه لا يجوز لأيّ منهما أن يسحبها بمفرده".
هذه الاتفاقية منشورة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 346/95 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، المتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، الجريدة الرسمية عدد 66.

[317]- تنص هذه المادة على أنّه "يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة".

[318]- حيث اكتفى نص المادة 458 مكرر 1 من قانون الإجراءات المدنية الملغى باشتراط الكتابة تحت طائلة البطلان دون تحديد مفهوم الكتابة المقصودة وقد نصت هذه المادة في فقرتها الثانية على أنّه" يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم بموجب عقد كتابي".
هذا ما جعل الفقه الجزائري ينادي بضرورة التوسيع في مفهوم الكتابة الوارد في هذه المادة لكي يستوعب الوسائل الحديثة في الاتصال بما يتماشى على الأقل مع ما نصت عليه اتفاقية نيويورك لعام 1958 والسالفة الذكر، من بينهم:
عليوش قربوع كمال،مرجع سابق، ص33و34.

تفسير نص المادة الثانية من اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها[319].

لقد تخطى القانون الجديد اتفاقية نيويورك بقبوله الفاكس والبريد الالكتروني إلى جانب البرقيات التي تشير إليها هذه الاتفاقية، والفقه يعتبر أنّ المراسلات تشمل البرقيات والتلكسات[320]، وفي كل الأحوال، فإن العبارة الواردة في القانون الجديد في التحكيم الدولي " **[...] أو بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة**" تحمل معنى واسع جداً للإثبات الكتابي[321].

من هنا تظهر وجاهة الموقف الذي كرّسه المشرّع في المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث اشترط كتابة اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان[322]، لكنه اعتبر أنّ إبرام هذا الاتفاق بالوسائل الحديثة للاتصال التي تجيز الإثبات بالكتابة تقوم مقام الكتابة وتُحقق المبتغى المتمثل في التأكد من اتجاه إرادة الأطراف إلى التحكيم، والتأكد من مجال هذا الاتفاق ونطاقه بشكل يضمن التصدي لكل محاولة تهدف إلى التملص منه بعد إبرامه من جهة، كما أنّها تغلق الباب أمام من يريد فرض اتفاق التحكيم على أطراف لم يرتضوا إليه من جهة أخرى، لذا أرى مع الأستاذ "تركي نورالدين"[323] أنّ الحل الأنسب لمسألة كتابة اتفاق التحكيم في مجال التجارة الدولية، هو ذلك الحل الذي يوفّق بين الليبرالية التي يتميّز بها التحكيم التجاري الدولي والشكلية الضرورية لضمان الأمن القانوني.

---

[319]- اعتمدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في ٧تموز/يوليه 2006 أ ثناء دورتها التاسعة والثلاثين.

[320]- راجع في ذلك:

Jean ROBERT, *L'Arbitrage : droit interne, droit international privé*, 5ème édition, *Dalloz*, Paris 1983. p. 69

[321]- **عبد الحميد الأحدب**، "قانون التحكيم الجزائري الجديد"، مرجع سابق، ص 6 و7.

[322]- لأنّ هذا الشرط مبني على معطيات واقعية ومنطقية، حتى ولو أنّ العديد من الاتفاقيات الدولية تجيز الاتفاق الشفهي. راجع: **معاشو عمار**، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح والإنتاج في اليد)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 1998، ص334 و335.

[323]- انظر: Nour-Eddine TERKI, *L'arbitrage commercial international en Algérie*, op. cit., p.56.

فالكتابة إذن "لازمة بالنسبة إلى كل عنصر من العناصر المكونة لاتفاق التحكيم، ذلك أنّ الهدف منها هو تفادي النزاع مستقبلاً بين الأطراف حول محتويات اتفاق التحكيم"[324]، بيد أنّ الكتابة المقصودة ليست تلك الكتابة الكلاسيكية التي تسجّل على ورقة ممهورة بتوقيع الأطراف مثل ما كان الوضع من قبل، وإنّما الكتابة بالمفهوم الحديث الذي يستوعب كل أشكال الكتابة بما فيها تلك الناتجة عن التطورات الراهنة في وسائل الاتصال الحديثة، كالفاكس والتلكس والبريد الالكتروني، أو عن طريق الرسائل عبر الهاتف "SMS" أو عبر الإنترنيت"E-MAIL" لأنّ هذه الوسائل تجيز الإثبات بالكتابة.

ينبغي التأكيد على أنّه إذا كانت الاتفاقات التحكيمية المكتوبة أثيرت من ورائها عدة نزاعات تتعلق بتحديد نطاق تطبيقها ومجال اختصاص المحكمة التحكيمية، فإنّ الشروط التحكيمية الرضائية أو الشفوية سيكون لها أثر سلبي على فعالية التحكيم، لأنّها ستثير نزاعات أكثر، وذلك يؤدي إلى إطالة أمد المنازعات ويصعبها، لكونها وبدلاً من أن تكون وسيلة لحل النزاعات الموضوعية، فإذا بها تدخلنا في نزاعات إجرائية وشكلية تتعلق بالتحكيم بحدّ ذاته.

تجدر الإشارة في هذا الخصوص، إلى أنّ مشارطة التحكيم التي تبرم بعد إثارة النزاع تكون أكثر دقة في تحديد المسائل محل النزاع بين الطرفين، وذلك مقارنة بشرط التحكيم الذي قد يكون أكثر عمومية، الأمر الذي قد يؤدي إلى تعذر حل النزاع بالتحكيم، إن لم يكن هذا البند قد قصد به توفير وقت المتقاضين وجهدهم، فإنّه كثيراً ما يكون مصدر قلقهم إذا فشل واضطر الخصوم إلى الالتجاء بعدئذٍ إلى القضاء، ويكون كذلك عند ورود ثغرات في شرط التحكيم تسمح لأحد الخصوم بالمشاحنة وإثارة الشك في تفسير عبارات هذا الاتفاق[325].

لا يخدم تحرير اتفاق التحكيم من أي قيد شكلي - في اعتقادي- نظام التحكيم، ذلك لأنّ مثل هذا التحرير سيؤدي إلى خلق نزاعات حول وجود اتفاق التحكيم ومضمونه وأطرافه، بدلاً من أن يكون وسيلة فعالة للفصل في النزاعات الموضوعية القائمة، وهذا يؤدي حتما إلى

---

[324]- يرى البعض في هذا الصدد أنّ الكتابة هي الشكل الوحيد الذي يؤكد بصفة جلية تطابق إرادة الأطراف على اللجوء إلى التحكيم بشأن النزاع الذي يربطهم. راجع:
Jean-Louis DELVOLVE, « La convention d'arbitrage (Ses conditions, son formalisme, ses effets…) », op. cit., p. 155.

[325]- **أحمد صدقي محمود**، مرجع سابق، ص19.

انعدام الأمن القانوني بالنسبة للأطراف، لهذا يبدو لي من الضروري الإبقاء على شرط كتابة اتفاق التحكيم، سواء كان في صورة شرط تحكيم أو في صورة مشارطة تحكيم، على أن تفسّر هذه الكتابة بالمفهوم الواسع، لكي تشمل كل الوسائل الحديثة للاتصالات التي تسمح بإثبات اتفاق التحكيم كتابياً كلّما اقتضت الضرورة ذلك[326].

فإذا كان تحرير اتفاق التحكيم من القيود الشكلية يهدف إلى ضمان فعالية هذا الاتفاق ومسايرته لما تتطلبه التجارة الدولية، خاصة مع التطور الكبير الذي عرفته وسائل الاتصال الحديثة، فإنّ التحرير الكامل والليبرالية المطلقة يمكن أن يؤديان إلى المساس بالأمن القانوني، من خلال توسيع أثار اتفاق التحكيم إلى أطراف لم تلتزم به، لأنّ التعبير عن إرادة الالتزام به غير مقيدة بشكل معيّن، كما يمكن أن يجسّد اللجوء الانفرادي للتحكيم مما يفقده طبيعته الاتفاقية، وما ينتج عن ذلك من اعتداء على إرادة الأطراف وهي نتيجة عكسية للفعالية المنشودة والتي تهدف إلى حماية إرادة الأطراف.

نشير في الأخير ، إلى أنّ الحل الذي اعتمده المشرّع الجزائري يعتبر أكثر ليبرالية من الحل الذي اعتمدته اتفاقية نيويورك لعام 1958، ذلك أنّه نص صراحة على توفر الكتابة إذا أبرم اتفاق التحكيم عن طريق الوسائل الحديثة للاتصال، والتي تجيز الإثبات بالكتابة بينما اكتفت اتفاقية نيويورك بالنص على الخطابات والبرقيات.

الفرع الثالث
إمكانية تحقيق المبدأ لنتائج عكسية لتلك المنتظرة من تكريسه

يمكن أن يؤدي إعمال مبدأ "الاختصاص- بالاختصاص" إلى تحقيق نتائج عكسية ومتعارضة مع الأهداف التي جاء من أجل تحقيقها، وذلك في الحالة التي يكون فيها الدفع بعدم اختصاص محكمة التحكيم مبني على أسباب جدّية، لأنّ الغاية من تكريسه هو الوصول إلى حل النزاع في أقصر مدة ممكنة، بينما منح محكمة التحكيم سلطة الفصل في اختصاصها بالأولوية

[326]- يرى الأستاذان "**بجاوي**" و"**مبروكين**" وبحق أنّ شهادة الشهود والقرائن والإقرار هي وسائل لا تصلح لإثبات اتفاق التحكيم بالنظر لطبيعته وبالنظر خاصة للنتائج الهامة التي تترتب عن الاعتراف بصحته على حقوق أطرافه. راجع:
Mohamed BEDJAOUI, Ali MEBROUKINE, « Le nouveau droit de l'arbitrage international en Algérie », *JDI*, n°4/1993, p.883.

عن القضاء، في الحالات التي من الممكن على القاضي أن يتيقّن من عدم اختصاص محكمة التحكيم بمجرد النظر فيه بصفة سطحية، سيؤدي إلى خلق نزاع خيالي أمام محكمة التحكيم، وسينتهي لا محال بإصدار هذه الأخيرة لحكم بعدم اختصاصها، وإذا لم تحكم بذلك فإنّ القضاء سوف يلغي الحكم الذي ستصدره في الموضوع وتوجه الأطراف للتقاضي من جديد أمام القضاء، ويعود الأطراف بالتالي إلى نقطة البداية وتكون كل الإجراءات السابقة ضياعاً للوقت وإطالةً غير مبرّرة لأمد النزاع[327].

إضافة إلى كون إعمال مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" في مفهومه المطلق المكرّس في القانون الفرنسي يصطدم بعدة عقبات، جعلت الأنظمة القانونية المقارنة مترددة حياله، لأنّه يؤدي إلى نتائج عكسية للنتائج المنتظرة في تكريسه[328]، فإنّه يمكن له أيضا في بعض الحالات أن يتعارض مع فكرة اقتصاد الوسائل التي يهدف إلى تجسيدها(**أولا**)، كما يتعارض مع الأساس النظري الذي يؤسّسه عليه أغلب الفقه المؤيد له والذي مفاده أنّ المحكم ككل قاضي هو صاحب الاختصاص بالفصل في اختصاصه(**ثانيا**)، يضاف إلى ذلك أنّ الأثر السلبي لهذا المبدأ يتعارض مع مبدأ افتراض حسن النية(**ثالثا**).

أولا: إمكانية تعارضه مع فكرة اقتصاد الوسائل ومع السرعة في حل النزاع الموضوعي.

من بين أهم الحجج التي استند إليها المنادون بتكريس مبدأ "الاختصاص- الاختصاص" في جانبه السلبي (أي أمام القاضي)، نجد حجة تحقيق فعالية اتفاق التحكيم من خلال اقتصاد الوسائل التي تسمح بحل النزاع الموضوعي، إذ يرى أصحاب هذه الحجة أنّ عرض النزاع أولا أمام

---

[327]- لقد كتب الأستاذ « Alexis MOURRE » في هذا الخصوص، معلقا على قرار الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 7 جوان 2006 :

« Le principe de validité de la convention d'arbitrage et celui de priorité de l'arbitre pour statuer sur sa compétence ne signifient cependant pas que l'arbitre soit compétent pour connaitre de sa compétence sur n'importe quelle demande d'arbitrage. Il serait évidemment très choquant qu'il suffise à une partie d'invoquer, dans n'importe quelles conditions, l'existence d'une prétendue clause compromissoire pour contraindre un défendeur à se soumettre à l'arbitrage. Les juridictions étatiques doivent donc exercer un filtrage pour éviter la constitution de tribunaux arbitraux lorsqu'il n'existe manifestement pas de consentement à l'arbitrage ».

Alexis MOURRE, Note sous Cass. Civ.1re, 7 juin 2006, n°03-12.034, FS-P+B+I ;6 Copropriété maritime Jules Verne et autres, *JDI*, n°4/2006, p.1398 et1399

[328]- راجع في نفس الفكرة : Michel DASSULE, op. cit., p. 16 et 17

القضاء الذي تتميز أحكامه بقابليتها للطعن بعدة طرق، سيكون له أثر وخيم على فعالية التحكيم في الحالة التي ينتهي فيها القضاء في النهاية إلى صحة اتفاق التحكيم، وبالتالي اختصاص محكمة التحكيم[329]. فمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" يسمح –حسب هؤلاء- بتجنّب تعطيل إجراءات التحكيم أو وقفها، كما أنّ الاختصاص المزدوج القضائي والتحكيمي في مسألة الرقابة على صحة اتفاق التحكيم على هذا المستوى تعرقل التحكيم أكثر مما تساعده.

يرى أصحاب الرأي السابق تدعيماً لموقف القانون الفرنسي في هذا المجال، أنّ قبول اختصاص المحكم رغم بطلان اتفاق التحكيم في هذه المرحلة، والتراجع عن ذلك بعد بضعة أشهر أو بضع سنوات بمناسبة الرقابة البعدية أثناء الطعن بالبطلان ضد حكم التحكيم أو أثناء الطعن بالاستئناف ضد الأمر الذي يسمح بالاعتراف أو بتنفيذ هذا الحكم، أقل خطراً من إعطاء الفرصة للأطراف السيئة النية للّجوء إلى الإجراءات والمنازعات الطفيلية المتعلقة بالاختصاص، سواءً أمام القاضي أو أمام المحكم بهدف التشويش على سير التحكيم[330].

إذا كانت فكرة اقتصاد الوسائل حجة من الحجج التي تدعم الأخذ بمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" بالمفهوم الفرنسي، وأنّ الإحصائيات في فرنسا تؤيد الرأي السابق[331]، فإنّ معارضي الأثر السلبي لهذا المبدأ يرون فيها - وعلى عكس الرأي السابق- حجة لاستبعاده، ذلك أنّ هذا الأثر يمس بالسرعة التي يتطلبها الفصل في النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية على وجه الخصوص، حيث أنّه يؤدي في حالات معينة إلى إتباع إجراءات تحكيمية دون جدوى بالإضافة إلى الإجراءات القضائية التي يريد الرأي السابق استبعادها بصفة شبه مطلقة[332]، وأنّ مثل هذا الحل يكرّس الأفضلية التحكيمية على حساب الفعالية المطلوبة في حل النزاع الموضوعي.

---

[329]- انظر على سبيل المثال:
Emmanuel GAILLARD, "L'effet négatif de la compétence-compétence », op. cit., p. 398.

[330]- في هذا المعنى: Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, op. cit., p.424

[331]- إذ تشير هذه الإحصائيات إلى أنه من بين أحكام التحكيم التي لم تعرف طريقها للتنفيذ الطوعي التلقائي والتي عرضت على القضاء الفرنسي، القليل منها فقط (ما يقارب 1 بالمائة) أبطلت بسبب عدم اختصاص محكمة التحكيم. راجع:
Laurence RAVILLON, op. cit., p. 92 ; Magali BOUCARON-NARDETTO, op. cit., p.157.

[332]-المرجع نفسه.

يرى الأستاذ "MAYER" في هذا الخصوص، أنّه يجب أن ننطلق من فكرة أنّ تقدير القاضي هو الذي يؤخذ بعين الاعتبار في النهاية، لذلك فإنّ السؤال الذي يطرح نفسه هو: هل من المعقول أن نلزم القاضي الوطني، الذي عرض عليه النزاع الموضوعي من أحد الأطراف، بغض النظر عن وجود اتفاق التحكيم، أن يحكم بعدم اختصاصه دون أن يكون في استطاعته معاينة بطلان اتفاق التحكيم إلا إذا كان هذا البطلان واضحاً « Manifeste » ؟

ويضيف الأستاذ "MAYER" أنّ مثل هذا الحل يلزم الطرف الذي رفع النزاع أمام القاضي بالبدء في إجراءات تحكيمية، ومن ثمة الدفع بعدم اختصاص محكمة التحكيم، ليصل في الأخير إلى الطعن بالبطلان في الحكم الذي تصدره محكمة التحكيم أمام القضاء إذا تمسكت باختصاصها، وفي هذه المرحلة يسترجع القاضي اختصاصه في ممارسة الرقابة على صحة اتفاق التحكيم، وإذا توصل إلى إبطال ذلك الحكم سيسترجع اختصاصه للفصل في موضوع النزاع[333].

أرى من جهتي، أنّ مبدأ " الاختصاص-بالاختصاص" بمفهومه المكرّس في القانون الفرنسي، يؤدي إلى تحقيق فعالية اللجوء إلى التحكيم على حساب فعالية حل النزاع المتفق بشأنه على التحكيم، وأنّ الحل الأنسب لتحقيق فعالية اتفاق التحكيم من خلال اقتصاد الوسائل واختصار الوقت الذي يتطلبه حل النزاع الموضوعي، هو ذلك الحل المكرّس في القانون النموذجي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، حيث أنّ المادة الثامنة من هذا الأخير تنص على أنّه:

" 1- على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تحيل الطرفين إلى التحكيم، إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول في موضوع النزاع، ما لم يتضح لها أنّ الاتفاق باطل أو لاغ أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه.

[333]- Pierre MAYER, « L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence », *in Recueil des cours de l'académie de droit international de la Haye,* vol. 217(1989) V, p.346.

2- إذا رفعت دعوى من النوع المشار إليه في الفقرة (1) من هذه المادة، يظل من الجائز البدء أو الاستمرار في إجراءات التحكيم، ويجوز أن يصدر قرار تحكيم والدعوى لا تزال عالقة أمام المحكمة"[334].

يسمح نص هذه المادة بتحقيق نوع من التوازن بين ضرورة تحقيق فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، وذلك من خلال إعطاء سلطة الفصل في اختصاصه ومنع القاضي من النظر في موضوع النزاع كأصل عام، هذا من جهة. ومن جهة أخرى يسمح للقاضي بممارسة الرقابة القضائية المعمّقة على اختصاص المحكم، من خلال فحص صحة اتفاق التحكيم وقابليته للتطبيق تفادياً للشروع في إجراءات تحكيمية لا فائدة ولا طائل منها، إذا كانت مبنية على اتفاق تحكيم باطل أو لاغ أو غير قابل للتطبيق، أي تفادي إهدار المال والوقت في إجراءات يعرف مصير الحكم الصادر وفقا لها مسبقا وهو البطلان.

غير أنّ الرقابة التي يمارسها القاضي على اتفاق التحكيم، وبالتالي على اختصاص المحكم في هذه المرحلة وفقا لهذا النص، لا تحول دون إمكانية رفع النزاع أمام محكمة التحكيم أو الاستمرار في إجراءات التحكيم، إذا بدأت هذه الإجراءات قبل رفع النزاع أمام القاضي.

يتحقق هذا الحل إذن، بإعطاء اختصاص في نفس الوقت وبالتوازي لكل من المحكم والقاضي لمواجهة وإبطال مفعول المناورات التسويفية والمماطلة، التي من الممكن أن يلجأ إليها أحد الأطراف لعرقلة وضع اتفاق التحكيم حيز التنفيذ، وذلك من خلال تمكين القاضي من ممارسة رقابة مسبقة على صحة اتفاق التحكيم، وجعل هذه الرقابة لتحقيق اقتصاد الوسائل في الحالة التي يكون فيها اتفاق التحكيم غير صحيح، وفي المقابل، تحقيق اقتصاد الوسائل من خلال السماح لمحكمة التحكيم بالنظر في اختصاصها والاستمرار في إجراءات التحكيم وإصدار حكم منهي للنزاع، في الحالة التي يكون فيها الادعاء ببطلان أو بعدم صحة اتفاق التحكيم مبني على سوء نية.

[334]- النص باللغة العربية مأخوذ من الترجمة التي أعدتها اللجنة والمنشور على موقعها الرسمي على الانترنت:
www.uncitral.org

تجدر الإشارة إلى أنّ الحالة التي يرفع فيها النزاع أمام محكمة التحكيم بعد القاضي أو يطلب من محكمة التحكيم الاستمرار في إجراءات التحكيم رغم عرض النزاع على القاضي، فإنّ محكمة التحكيم ستأخذ لا محالة ما سيصدر عن القاضي بعين الاعتبار، لأنّها من المفروض أن تعمل على أن يكون الحكم الصادر عنها قابلا للتنفيذ.

ثانيا: الخروج عن مبدأ اختصاص القاضي بالنظر في اختصاصه

تبيّن من خلال دارسة الأساس الذي يقوم عليه مبدأ "الاختصاص- بالاختصاص"، أنّ هناك جانب كبير من الفقه الذي يؤيد فكرة تخويل محكمة التحكيم سلطة الفصل في اختصاصها، لأنّ أطراف اتفاق التحكيم لا يمكن لهم استبعاد هذه السلطة لكونها مرتبطة بأي قاضٍ، وأنّ سلطة المحكم في الفصل في اختصاصه تعتبر أثراً للطبيعة القضائية لمهمته، باعتباره القاضي العادي إن لم نقل الوحيد في مجال التجارة الدولية[335].

وبما أنّ المبدأ الذي مفاده أنّ "كل قاضٍ هو قاضي اختصاصه" مبدأ عام في القانون الإجرائي، فإنّه يطبق على قضاء الدولة وعلى القضاء الخاص (قضاء التحكيم). فالمحكم هو قاضي اختصاصه، على اعتبار أنّ الدفوع المتعلقة باختصاص المحكمة، أية محكمة، سواء تعلق الأمر بعدم الاختصاص المحلي، أو بعدم الاختصاص لانتفاء الولاية أو بسبب نوع الدعوى، أو قيمتها، تفصل فيها المحكمة ذاتها التي يتمسك بالدفع أمامها[336].

يجعل مثل هذا التبرير اختصاص القاضي بالنظر في وجود وصحة اتفاق التحكيم أقوى، على اعتبار أنّ القاضي أولى بالنظر في اختصاصه الأصلي تطبيقاً لهذا المبدأ بالذات، فبالإضافة إلى ما تمت الإشارة إليه من انتقادات لهذا التأسيس بالنسبة للأثر الإيجابي لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"، كون المحكم لا يستمد ولايته من القانون كما هو الحال بالنسبة إلى قضاة المحاكم الذين لهم ولاية عامة على كافة النزاعات، وأنّ بحث الدفع المتعلق بعدم اختصاص المحكم مسألة أولية، ينعقد الاختصاص في نظرها للقضاء العادي صاحب الولاية

---

[335]- انظر: Pierre MAYER, op. cit., p.327 .

Voir aussi : Sébastien MANCIAUX, « L'arbitre est un juge », *in le juge et l'arbitre*, sous direct. Sami BOSTANJI et autres, Editions A. PEDONE, Paris, 2014, p.43.

[336]- **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص299.

العامة بالفصل في المنازعات مهما كانت[337]، فإنّ هذا التأسيس يمكن أن يستبعد تماماً إعمال مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" أمام القاضي الوطني. إلى جانب ذلك، فهناك من الأنظمة القانونية من تمنح لأطراف اتفاق التحكيم حرية استبعاد إعمال مبدأ الاختصاص حتى أمام المحكم، فالمادة 30 من القانون الإنجليزي للتحكيم مثلاً تسمح لهؤلاء بالاتفاق على استبعاد إعمال مبدأ "الاختصاص بالاختصاص"[338].

أكثر من ذلك، فحتى القانون الفرنسي في صيغته الأخيرة يمنح مثل هذه الإمكانية للأطراف، حيث أنّ الفقرة الأخيرة من المادة 1448 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، التي اعتبرت المبدأ من النظام العام والتي جعلت أي اتفاق يخالف ما ورد في الفقرتين الأولى والثانية من نفس المادة لاغيا[339]، هذه الفقرة لا تطبق في مجال التحكيم الدولي إعمالاً للإحالة الواردة في المادة 1506 من نفس القانون، كما أنّ هذه الإحالة إلى المادة 1448 في فقرتيها الأولى والثانية لا تطبق إلا في حالة غياب اتفاق مخالف[340].

يمكن القول بناءً على ما سبق، أنّ تطبيق مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" في أثره السلبي الذي يستهدف استبعاد اختصاص القاضي الوطني من النظر في اختصاص محكمة التحكيم، الذي يعتبر الوجه الآخر لمسألة اختصاصه هو مساس بالمبدأ القائل بأنّ " أي قاضي هو قاضي اختصاصه"، إذ يبدو من غير المنطق تأسيس اختصاص المحكم عليه، من أجل استبعاد سلطة القاضي التي جاء من أجلها هذا المبدأ في أصله.

يؤكّد هذا التحليل مرة أخرى، أنّ إعمال مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" بالمفهوم الفرنسي أمام القاضي، لا يوجد ما يبرّره من الناحية النظرية بل يستجيب لفلسفة تعتمد على البرغماتية والاعتبارات العملية، كون استبعاده- حسب المدافعين عنه- سيكرّس فكرة إرجاء

---

[337]- للتفصيل في ذلك، راجع الصفحة 49 وما يليها من هذه الأطروحة.

[338]- راجع في ذلك: Michel DASULE, op. cit., p. 7 .

[339]- حيث تنص هذه الفقرة على مايلي:

« Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite ».

[340]- حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 1506 على أنّه:

« A moins que les parties en soient convenues autrement et sous réserve des dispositions du présent titre, s'applique à l'arbitrage international les articles :
1° 1446, 1447, 1448 (alinéas 1 et 2) et 1449, relatifs à la convention d'arbitrage ; ».

الفصل كلّما أثيرت شكوك حول اختصاص محكمة التحكيم ولو كان هذا التشكيك غير مبرّر، خاصة إذا كان الدفع بعدم اختصاصه نابعاً عن سوء نية الطرف الذي يثيره بغرض تعطيل التحكيم[341].

ثالثا: تعارض الأثر السلبي لمبدأ الاختصاص مع مبدأ افتراض حسن النية

إنّ الأصل في الإنسان حسن النية، لذلك لا يطلب من المرء إثبات الأصل فيه تطبيقا لنظرية الظاهر، وإنّما يطلب إثبات ما يناقض هذا الأصل، لذلك نقصد من إثبات حسن النية إثبات نقيضه وهو سوء النية، فمن يتمسك بالظاهر أصلا لا يُكلَّف بالإثبات وإنّما يقع عبء الإثبات على عاتق من يدعي خلافه، لأنّ خلاف الظاهر أصلا يمكن إقامة الدليل عليه، وبالتالي من يدعي خلاف حسن النية – أي يدعي سوء النية- عليه أن يثبته لأنه يدعي خلاف الظاهر أصلا، أما المدعى عليه بسوء النية فلا يقع عليه شيء، ولكن يقتصر دوره على إنكار ما يدعى به عليه دون أن يكلف بتقديم دليلا على إنكاره[342].

تطبيقاً لما سبق، تكرّس القوانين الوضعية عادة قرينة حسن النية كمبدأ من المبادئ التي تقوم عليها التصرفات القانونية[343]، حيث يفترض حسن النية في الشخص إلى غاية إثبات العكس، ويقع عبء الإثبات على المدعي. من تطبيقات هذا المبدأ في القانون المدني الجزائري ما ورد في المادة 824 منه، التي تفترض حسن النية في من يحوز حقاً وهو يجهل أنّه يتعدى عل حق الغير إلا إذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم، وأنّه يفترض حسن النية حتى يقوم الدليل على العكس[344].

---

[341]- انظر: Pierre Mayer, op. cit., p.339

[342]- راجع في ذلك: **بن يوب هدى**، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، السنة الجامعية 2013/2012، ص166.

[343]- على غرار قرينة البراءة المكرسة في القانون الجنائي والتي تقضي بأنّ المتهم بريء إلى أن تثبت إدانته وأنّ الشك يفسر لمصلحة المتهم.

[344]- راجع المادة 824 من القانون المدني الجزائري.

رغم ورود نص هذه المادة في خصوص التقادم المكسب، إلا أنّ الصيغة العامة التي جاء بها الفقرة الثالثة منها جعلت البعض يرى أنّه من الأجدر جعلها مادة مستقلة عن أحكام الحيازة حتى يمكن أن تنطبق على كل التصرفات صراحة.

في هذا الرأي: **بن يوب هدى**، مرجع سابق، ص 166.

على خلاف ما سبق، يكرّس القانون الفرنسي في مجال التحكيم قرينة مفادها أنّ التحكيم مفترض بمجرد تحقق الظاهر التحكيمي بعنصريه الشخصي والمادي، وفق ما تبيّن سابقاً، ويبرّر مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" بهذا المفهوم – حسب الفقه المؤيد له- بكون أغلب الدفوع بعدم اختصاص محكمة التحكيم وأغلب الإجراءات التي تهدف إلى رفع النزاع المتفق بشأنه على التحكيم مبنية على سوء نية الأطراف التي تباشرها[345]، هذا يعني أنّ هذا الجانب من الفقه الذي يؤيد الحلول التي وصل إليها القضاء الفرنسي، يفترض سوء النية في أيّ طرف يثير مسألة عدم وجود أو عدم صحة اتفاق التحكيم أو عدم قابليته للتطبيق، سواء أثيرت أمام محكمة التحكيم أو أمام القاضي، أي أنّه يعتمد على نظرية الظاهر في تقرير الاختصاص التحكيمي، لكنه يستبعدها عندما يتعلق الأمر بافتراض حسن النية في من ينكر هذا الاختصاص.

تبعا لذلك، فإنّ الطرف الذي يثير مسألة وجود أو صحة اتفاق التحكيم أو قابليته للتطبيق، ليس ملزماً فقط بانتظار مصير الخصومة التحكيمية والطعن في حكم التحكيم في الحالة التي لا يستجاب لادعائه، بل يقع عليه كذلك عبء إثبات حسن نيته عن طريق إثبات صحة ادعائه أمام محكمة التحكيم.

المطلب الثاني

الرقابة القضائية على اختصاص المحكم في القانون الجزائري

لقد خطى المشرّع الجزائري، بموجب القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، خطوة عملاقة في اتجاه الاعتراف بالأثر الكامل لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"، فإذا كان القانون السابق قد كرّس هذا المبدأ في أثره الإيجابي فقط، والذي بموجبه تختص محكمة التحكيم بالفصل في اختصاصها، فإنّ القانون الجديد كرّس أثره السلبي ولو بصفة غير مباشرة عن طريق منع القاضي الوطني من النظر في صحة اتفاق التحكيم

[345]- يرى الأستاذ "GAILLARD" في هذا الخصوص أنّ مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" جاء من أجل إبطال مفعول الإجراءات التسويفية حيث كتب:

« L'argument tiré du souci de déjouer les manœuvres dilatoires se situ dans le prolongement du précédent [l'argument de l'économie des moyens]. Il justifie de manière plus nette l'effet négatif de la compétence-compétence ».

Emmanuel GAILLARD, « L'effet négatif de la compétence-compétence », op. cit, p. 399et 400.

قبل صدور حكم التحكيم في الاختصاص، حيث استبعد أية رقابة على صحة هذا الاتفاق، وبالتالي على اختصاص محكمة التحكيم، إذا كانت خصومة التحكيم قائمة(**الفرع الأول**).

أما إذا كانت خصومة التحكيم غير قائمة، فقد كرّس المبدأ المعمول به في القانون الفرنسي الذي يمنع القاضي من ممارسة الرقابة القضائية المسبقة على اختصاص محكمة التحكيم كأصل، غير أنّه أورد عليه بعض الاستثناءات(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول
استبعاد الرقابة على اختصاص
المحكم عندما تكون خصومة التحكيم قائمة

إذا ما أخذنا برأي الفقه الفرنسي الذي يعتبر أنّ آثار مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" هي امتداد لآثار اتفاق التحكيم بحد ذاته[346]، فإنّه يمكن الاستعانة بما هو منصوص عليه فيما يخص عدم اختصاص القاضي الوطني بالنظر في موضوع النزاع الذي يوجد بشأنه اتفاق تحكيم تجاري دولي، وذلك بغرض استنتاج موقف المشرّع الجزائري من الأثر السلبي لمبدأ "الاختصاص بالاختصاص".

لقد ميّز المشرّع الجزائري في المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على غرار ما هو معمول به في القانون الفرنسي، بصدد تحديد شروط عدم اختصاص القاضي الوطني بالنظر في النزاع الذي يوجد بشأنه اتفاق تحكيم تجاري دولي بين حالتين: الحالة التي تكون فيها خصومة التحكيم قائمة والحالة التي تسبق ذلك.

إذا كان هذا التمييز معمولاً به حتى في إطار المرسوم رقم 93-09 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية الملغى، فإنّ المصطلحات المستخدمة والآثار القانونية التي رتّبها على الحالتين مختلفة في ظلّ النصين، فتحديد الآثار القانونية لكل حالة(**ثانيا**) يستدعي تحديد المقصود بدعوى التحكيم القائمة(**أولا**).

---

[346]- راجع على سبيل المثال:
Emmanuel GAILLARD, « L'effet négatif de la compétence-compétence », op. cit., p. 390.

أولا: المقصود بالخصومة التحكيمية القائمة

اعتبر المشرّع الجزائري أنّ القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع بصفة مطلقة إذا كانت خصومة التحكيم قائمة، حيث نصت المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنّه "**يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة[...]**"

واضح من خلال نص هذه المادة، أنّ القاضي يحكم بعدم اختصاصه بمجرد دفع أحد الأطراف بقيام الخصومة التحكيمية بغض النظر عن انعقاد الاختصاص لمحكمة التحكيم وما إذا كان اتفاق التحكيم موجوداً أو غير موجود، صحيحاً أو باطلاً، قابلاً للتطبيق أو غير قابل للتطبيق، ويترك في هذه الحالة تقدير اختصاص محكمة التحكيم لهذه الأخيرة تجسيداً لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص".

إذا كان نص هذه المادة يُظهر بصفة جلية نية المشرّع في تشجيع اللجوء إلى التحكيم ويعكس الثقة التي أصبح يتمتع بها التحكيم في مجال التجارة الدولية في الجزائر، إلا أنّه يمكن أن يكون مصدر قلق للمتعاملين في هذا المجال، بسبب عدم تحديد المشرّع للمقصود بخصومة التحكيم القائمة، وما هو الوقت الذي تتحقق فيه هذه الخصومة؟

إذا ما اعتبرنا أنّ وقت انعقاد خصومة التحكيم هو الوقت الذي يجب فيه مراعاة المبادئ الأساسية للتقاضي، كمبدأ احترام حقوق الدفاع، ومبدأ المواجهة بين الخصوم وغيرها[347]، فإنّه بهذا المفهوم ينبغي أن نميّزها عن إجراءات التحكيم بحدّ ذاتها، لأنّ هذه الأخيرة لا يرتبط بدؤها بانعقاد خصومة التحكيم بالمعنى المذكور، فإجراءات التحكيم تبدأ من اليوم الذي يُتخذ فيه أيّ إجراء على طريق عملية التحكيم، ابتداءً من قيام أحد الطرفين بإخطار الطرف الآخر برغبته في اللجوء إلى التحكيم، ومروراً بإخطاره باسم محكمه، وطلبه من الطرف

[347]- الخصومة القضائية تنشأ وترتب كافة آثارها القانونية بمجرد إيداع عريضة افتتاح الدعوى لدى كتابة ضبط المحكمة المختصة، غير أنّها لا تسري في مواجهة المدعى عليه إلا بعد إعلانه بها على الوجه المطلوب قانونا.
راجع في نفس المعنى: **عاشور مبروك**، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، الطبعة الثانية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، 1998، ص 140.

الآخر تعيين محكمه، أو توجيهه بياناً بادعاءاته...الخ[348]، بينما تنعقد خصومة التحكيم بتشكيل محكمة التحكيم واتصالها بدعوى الخصوم[349].

يجعل مثل هذا التحليل الإجراءات التي تتخذ قبل بدء خصومة التحكيم غير معنية بعدم الاختصاص المطلق للقاضي، وتدخل بالتالي في الحالة الثانية التي يكون فيها القاضي غير مختص كأصل فقط، ويمكن أن يكون مختصا في حالات استثنائية -كما سيتضح من خلال الفرع الثاني- وهو ما يجعله متمتعاً بسلطة الرقابة السطحية المسبقة على اتفاق التحكيم، وبالتالي على اختصاص المحكم.

للإشارة، استعمل المشرّع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية الملغى مصطلح "دعوى التحكيم معلقة"، وحدد المقصود بها في الفقرة الأولى من المادة 458 مكرر 8 منه، حيث نصت هذه الأخيرة على أنّه "**تكون دعوى التحكيم معلقة عندما يرفع أحد الأطراف دعوى أمام المحكم أو المحكمين المعينين في اتفاقية التحكيم، أو عندما يباشر أحد الأطراف إجراء في تأسيس محكمة التحكيم في حالة غياب مثل هذا التعيين**".

لقد جعلت الفقرة الثانية من نفس المادة القاضي غير مختص بالنظر في موضوع النزاع بصفة مطلقة، إذا كانت دعوى التحكيم معلقة بالمفهوم السابق.

إنّ ما يلاحظ على نص المادة 458 مكرر 8 من قانون الإجراءات المدنية الملغى، هو أنّ المشرّع وسّع من مجال تطبيق مبدأ عدم اختصاص القاضي الوطني،حيث يكون هذا الأخير غير مختص عندما تكون خصومة التحكيم قائمة، كما يكون أيضا غير مختص قبل انعقاد خصومة التحكيم، وذلك من وقت اتخاذ أحد الأطراف أيّ إجراء من إجراءات تأسيس محكمة التحكيم، وذلك في الحالة التي يغيب فيها تعيين المحكم أو المحكمين، أو في الحالة التي تواجه فيها عملية

[348]- راجع في هذا المعنى: **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص 458؛ **عاشور مبروك**، مرجع سابق، ص181.
[349]- **حسن المصري**، مرجع سابق، ص284.

التعيين صعوبات تستدعي تدخل جهة معينة[350] لمباشرة عملية التعيين لاستكمال تشكيل محكمة التحكيم.

لقد تأثر البعض بهذا التوسيع من مجال منع القاضي الوطني من النظر في موضوع النزاع، في تحديدهم للمقصود بالخصومة التحكيمية باعتبارها" تلك العلاقة الثلاثية التي يقيمها رفع النزاع إلى المحكم، وتترتب عليها حقوق والتزامات على كل الأطراف بما فيهم المحكم، والتي قد تمتد اعتباراً من لحظة مباشرة تعيين المحكم أو المحكمين في حال عدم تعيينهم بصورة مباشرة أو وجود إشكالات تحول دون ذلك، فيتعين اللجوء إلى سلطة قضائية أو تحكيمية لتشكيل محكمة التحكيم"[351].

يخلط التعريف السابق بين خصومة التحكيم وإجراءات التحكيم، فالخصومة التحكيمية التي تبدأ بطبيعتها بعد قبول محكمة التحكيم لمهمتها وتبليغ المدعى عليه بعريضة افتتاح الدعوى إذا لم يتفق الأطراف على وقت آخر، لا تشمل الإجراءات التي تهدف إلى تشكيل محكمة التحكيم والتي تعتبر إجراءات سابقة لهذه الخصومة[352]. بالرغم من ذلك، فإنّه لا يوجد ما يمنع من تمديد عدم اختصاص القاضي الوطني إلى وقت سابق لانعقاد خصومة التحكيم بغرض تجسيد الأثر السلبي لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"، وذلك ضماناً لفعالية اتفاق التحكيم.

على سبيل المقارنة، اعتمد القانون الفرنسي على وقت إخطار محكمة التحكيم كمعيار للتمييز بين الحالة التي يكون فيها القاضي غير مختص بنظر النزاع بصفة مطلقة، والحالة التي

---

[350]- يمكن أن تكون الجهة المتفق عليها من قبل الأطراف أو الجهة الإدارية لمركز التحكيم الدائم أو الجهة القضائية المختصة في تحكيم الحالات الخاصة كما هو منصوص عليه في المادة 458 مكرر2 من قانون الإجراءات المدنية الملغى والتي تقابلها المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية ولإدارية.

[351]- **مصطفى تراري الثاني**، "التحكيم التجاري الدولي في الجزائر إثر صدور المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية"، مجلة دراسات قانونية، عدد 1، 2002، ص41.

[352]- راجع في هذا المعنى: **عاشور مبروك**، مرجع سابق، ص181.

يمكن فيها أن يكون مختصاً إذا تحققت إحدى الحالتين الاستثنائيتين المنصوص عليهما في المادة 1448 من قانون الإجراءات المدنية[353].

ثانيا: تأجيل رقابة القاضي إلى ما بعد صدور حكم التحكيم في الاختصاص

تبيَّن من خلال ما سبق أنّ القاضي يحكم بعدم اختصاصه بالنظر في موضوع النزاع بمجرد دفع أحد الأطراف بقيام الخصومة التحكيمية، بغض النظر عن انعقاد الاختصاص لمحكمة التحكيم وما إذا كان اتفاق التحكيم موجوداً أو غير موجود، صحيحاً أو باطلاً، قابلاً للتطبيق أو غير قابل للتطبيق، ويترك في هذه الحالة تقدير اختصاص محكمة التحكيم لهذه الأخيرة تجسيداً لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص".

انطلاقا من ذلك، يمكن القول أنّ القاضي الوطني لا ينظر في اختصاصه بالفصل في موضوع النزاع الذي سبق عرضه على محكمة التحكيم، وأنّه حتى وإن تبيّن له أنّ اتفاق التحكيم غير موجود أو غير فعال أو غير قابل للتطبيق، فإنّه ملزم بإحالة الأطراف على الاستمرار في إجراءات التحكيم. وبما أنّ القاضي يحكم بعدم اختصاصه دون التأكد من ذلك في هذه الحالة، فهو لا يتأكد كذلك من اختصاص محكمة التحكيم لأنّ اختصاص القاضي واختصاص محكمة التحكيم هما وجهان لمسألة واحدة، فاختصاص محكمة التحكيم يستتبع بالضرورة عدم اختصاص القاضي والعكس صحيح.

يعني استبعاد اختصاص القاضي بالنظر في موضوع النزاع بصفة مطلقة في هذه الحالة، استبعاد أية رقابة مسبّقة على وجود وصحة اتفاق التحكيم، وبالتالي على اختصاص محكمة التحكيم، غير أنّ ذلك لا يعني استبعاد رقابة القضاء على اختصاص محكمة التحكيم بصفة مطلقة، وإنّما يعني فقط تأجيل هذه الرقابة إلى ما بعد صدور حكم التحكيم الفاصل في الاختصاص إذا نظرت محكمة التحكيم في مسألة اختصاصها كمسألة أولية، أو إلى ما بعد

[353]- تطبق الفقرة الأولى من المادة 1448 من قانون الإجراءات المدنية في مجال التحكيم التجاري الدولي تطبيقا للإحالة الواردة في المادة 1506 من نفس القانون.

تنص الفقرة الأولى من المادة 1448 على أنّه:

« Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable ».

صدور الحكم الفاصل في موضوع النزاع إذا رأت محكمة التحكيم أنّ الدفع بعدم الاختصاص مرتبط بموضوع النزاع[354].

تمارس الرقابة القضائية على اختصاص محكمة التحكيم في هذه الحالة إذن، سواء بمناسبة الطعن بالبطلان في الحكم الأولي الصادر عن محكمة التحكيم في مسألة اختصاصها، أو بمناسبة الطعن بالبطلان الموجه ضد حكم التحكيم الفاصل في موضوع النزاع، سواء بمناسبة النظر في طلبات الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم وفقا لما هو منصوص عليه في المواد من 1056 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، هذا ما يجعل الحل الجزائري لهذه المسألة قريبا جداً من الحل الذي اعتمده القانون الفرنسي، وهو حل نابع من الفلسفة الجديدة التي تبناها المشرّع الجزائري، والتي ترتكز على تشجيع اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، وهو ما يتأكد أيضا في الحل الذي اعتمده في معالجة الحالة التي لا تكون فيها خصومة التحكيم قائمة.

الفرع الثاني
تكريس الرقابة السطحية المسبقة قبل قيام خصومة التحكيم

كان للقاضي الوطني، في ظل قانون الإجراءات المدنية الملغى، الاختصاص المطلق للنظر في موضوع النزاع المتفق على حلّه عن طريق التحكيم التجاري الدولي، قبل المرحلة التي تصبح فيها دعوى التحكيم معلقة. بصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الساري المفعول، كرّس المشرع الجزائري مبدأ عدم اختصاص القاضي الوطني كأصل في هذه الحالة (**أولا**) ولم يستثني إلا الحالة التي لا يثبت فيها الطرف الذي يتمسك به وجود اتفاق التحكيم (ثانيا).

أولا: تكريس عدم اختصاص القاضي كمبدأ حتى قبل قيام خصومة التحكيم

تظهر الخطوة العملاقة التي خطاها المشرّع الجزائري في اتجاه تشجيع التحكيم التجاري الدولي بصفة واضحة، وذلك من خلال تراجعه عن الحل الذي اعتمده في ظل المرسوم التشريعي رقم93-09، المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية الملغى، والخاص بالحالة التي لا تكون فيها

[354]- جعلت المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الأصل هو فصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي، بينما منحت لها إمكانية ضم الدفع بعدم الاختصاص إلى موضوع النزاع والفصل فيه بحكم التحكيم الفاصل في الموضوع إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطاً بموضوع النزاع.

دعوى التحكيم معلقة بالمفهوم الذي حددته المادة 458 مكرر 8 من هذا القانون، والتي تقرّر عدم اختصاص القاضي الوطني بنظر النزاع فقط إذا كانت دعوى التحكيم معلقة، بينما يحتفظ باختصاصه قبل ذلك حتى في حالة وجود اتفاق تحكيم صحيح وساري المفعول ومنتج لآثاره.

للتذكير، لقد نصت المادة 458 مكرر 8 السالفة الذكر على أنّه " **تكون محكمة التحكيم معلقة عندما يرفع أحد الأطراف دعوى أمام المحكم أو المحكمين المعينين في اتفاقية التحكيم، أو عندما يباشر أحد الأطراف إجراء في تأسيس محكمة التحكيم في حالة غياب مثل هذا التعيين.**

يكون القاضي غير مختص للفصل في الموضوع متى كانت دعوى التحكيم معلقة".

لقد واجه نص هذه المادة انتقادات حادة من قبل الفقه الجزائري[355]، الذي يرى فيه تقييداً غير مبرراً للتحكيم التجاري الدولي، حيث يجعل- وعلى عكس ما هو معمول به في القوانين المقارنة- وجود وصحة اتفاق التحكيم غير كافيان لإلزام الأطراف على ولوج طريق التحكيم، ولا يصبح هذا الاتفاق ملزماً لأطرافه إلاّ من اليوم الذي يرفع فيه النزاع إلى محكمة التحكيم، أو على الأقل من اليوم الذي يتخذ أحد الأطراف أول إجراء في سبيل تشكيل محكمة التحكيم.

ثانيا: اختصاص القاضي بالرقابة السطحية للتأكد من وجود اتفاق التحكيم

تُطرح مسألة الرقابة على اختصاص المحكم في المرحلة السابقة لقيام خصومة التحكيم، فقط في الحالة التي يثار فيها اتفاق التحكيم من قبل أحد أطراف النزاع، لأنّ عدم إثارة

[355]- راجع على سبيل المثال: **عليوش قربوع كمال**، مرجع سابق، ص 46 و47. انظر كذلك:

Nour- Eddine TERKI, *L'arbitrage commercial international en Algérie*, op. cit., p. 61 et 62 ; Nour-Eddine TERKI, «Limites du décret législatif du 27 Avril 1993 relatif à l'arbitrage commercial international », communication présentée au séminaire organisé par la Chambre algérienne du commerce et d'industrie sur l'arbitrage commercial international, Alger les 31mars &1er avril 2001, p. 5et 6(inédite) ; Mohand ISSAD, « Le décret législatif algérien du 23avril 1993 relatif à l'arbitrage international », *Rev. arb.*, n°3/1993, p.392.

اتفاق التحكيم يفسّر على أنّه تنازل من الأطراف على اللجوء إلى التحكيم، فالقاضي لا يمكن له إثارة هذا الاتفاق من تلقاء نفسه حتى ولو وصل إلى علمه وجوده.

في الحالة التي يثار فيها اتفاق التحكيم من قبل أحد أطراف النزاع، خوّل المشرّع الجزائري للقاضي سلطة الرقابة على اختصاص محكمة التحكيم، من خلال السلطة التي منحها إيّاه للتأكد من وجود اتفاق التحكيم، وهذا يطرح مسألة نطاق الرقابة التي سيمارسها.

1- ربط الرقابة السطحية على اختصاص المحكم بإثارة الدفع بعدم الاختصاص

تسمح الطبيعة الاتفاقية للتحكيم للأطراف بالتنازل بإرادتهم الصريحة أو الضمنية عن اتفاقهم التحكيمي، هذا ما يُفسّر منع القاضي الوطني الذي يعرض عليه النزاع من القضاء بعدم اختصاصه من تلقاء نفسه، بل يشترط لكي يحكم بذلك أن يثيره أحد الأطراف (المدعى عليه) قبل أيّ دفاع في الموضوع، هذا ما نصت عليه جل التشريعات الوطنية الحديثة[356] والاتفاقيات الدولية[357].

على خلاف هذه التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، لم ينص قانون الإجراءات المدنية الملغى على هذا الشرط. رغم ذلك يرى بعض المعلقين على هذا القانون أنّه شرط منطقي لكون الأطراف في النزاع يمكن لهم التنازل عن اتفاقهم، سواء صراحة أو ضمنيا، بقبول الدفاع في الموضوع وعدم إثارة اتفاقهم على التحكيم. فالقاضي الجزائري لا يمكن له أن يقضي بعدم اختصاصه من تلقاء نفسه، بل يجب على الأطراف إثارة اتفاق التحكيم[358].

تماشياً مع هذا التفسير ومع ما نصت عليه التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، استغل المشرّع الجزائري صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية في سنة 2008 ليقنن هذا الشرط صراحة في المادة 1045 منه .

---

[356]– انظر على سبيل المثال: المادة 2/1448 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد، المادة 1/13 من القانون المصري الجديد الخاص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية، المادة 1/7 من القانون الدولي الخاص السويسري الجديد...

[357]- تنص المادة 3/2 من اتفاقية نيويورك 1958 مثلا:(على محكمة الدولة المتعاقدة المطروح عليها نزاع بصدد مسألة أبرم الأطراف بشأنها اتفاق تحكيم ... أن تحيل الأطراف للتحكيم وذلك بناء على طلب أحدهم...).

[358]- راجع: Nour-EddineTERKI, *Arbitrage commercial international en Algérie*, op. cit., p . 63

تجدر الإشارة إلى أنّ إثارة وجود اتفاق التحكيم من الطرف الذي يهمه الأمر، ينبغي أن يكون قبل إثارة أي دفع بعدم القبول أو دفع في الموضوع، ذلك لأنّ المشرّع الجزائري كيّف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنّه دفع بعدم الاختصاص الذي يعتبر من الدفوع الشكلية التي تسقط بالحديث في الموضوع[359]، وهذا يتماشى وطبيعة التحكيم الاتفاقية من جهة، وضروري لتجنب استعماله كوسيلة مماطلة من الطرف سيئ النية، الذي يريد إفقاد التحكيم فعاليته من جهة أخرى[360].

2- وجود اتفاق التحكيم كمعيار لإعمال الأثر السلبي لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"

اعتمد المشرّع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على فكرة وجود اتفاق التحكيم كمعيار لإعمال الأثر السلبي لهذا الاتفاق، وبالتالي لإعمال الأثر السلبي لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"، حيث نصت المادة 1045 منه على أنّه " **يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية التحكيم على أن تثار من أحد الأطراف**".

يكون المشرّع الجزائري بذلك قد أخذ بالرأي الذي مفاده أنّ " الحل السليم يكمن في أن يؤخذ بعين الاعتبار وجود اتفاق التحكيم، والذي يؤدي إلى عدم اختصاص المحاكم الوطنية في كل الحالات التي يثير بشأنها أحد الأطراف هذا الاتفاق. وفي غياب هذا الحل، فإنّ الآثار سوف تكون وخيمة، حيث يمكن للطرف الذي له سوء نية، التسرّع لرفع دعوى أمام المحاكم الوطنية كلما كان مهدداً بإجراء تحكيمي"[361].

لقد نص القانون الجديد إذن على عدم اختصاص القاضي الوطني حتى قبل الشروع في إجراءات تشكيل محكمة التحكيم، إذا أثبت من أثاره وجود اتفاق التحكيم، غير أنّ نص

---

[359]- تنص المادة 50 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنّه " يجب إثارة الدفوع الشكلية في آن واحد قبل إبداء أي دفاع في الموضوع، أو دفع بعدم القبول، وذلك تحت طائلة عدم القبول".

[360]- للإشارة، حتى التشريعات التي اعتبرت الدفع باتفاق التحكيم دفعاً بعدم القبول اشترطت أن يثار قبل الحديث في الموضوع. راجع على سبيل المثال المادة 13 من قانون التحكيم المصري.

[361]- **عليوش قربوع كمال**، مرجع سابق، ص 47.

المادة 1045 المذكور أعلاه لم يبين طبيعة هذا الوجود[362]، وهل يتعلق الأمر بالوجود الشكلي المادي أو الوجود القانوني؟

تتوقف الإجابة على هذا التساؤل على التفسير الذي سيعتمده القضاء الجزائري، لكن وبالنظر لتأثر المشرّع الجزائري بالحلول المعمول بها في القانون الفرنسي، فإنّه من المنتظر اعتماد فكرة "الوجود الشكلي" فقط تماشيا مع مقتضيات المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي تشترط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم- حسب ما هو مبيّن أعلاه- ودون البحث في مدى توفر الأركان المادية لهذا الاتفاق، لأنّ ذلك سيتعارض مع مبدأ "الاختصاص–بالاختصاص" المكرّس بموجب المادة 1044 من نفس القانون.

يمكن القول انطلاقاً من ذلك، أنّ المشرّع الجزائري أخذ بالاتجاه الذي أخذ به المشرّع الفرنسي، لكنه لم يعتمد على فكرة البطلان الظاهر وفكرة عدم قابلية اتفاق التحكيم للتطبيق بصفة ظاهرة لاستبعاد اختصاص محكمة التحكيم، بل اعتمد على فكرة أخرى وهي فكرة "الوجود الشكلي" لاتفاق التحكيم، من أجل استبعاد اختصاص القاضي في نظر النزاع لصالح المحكمة التحكيمية.

وبما أنّ القاضي له سلطة التأكد من وجود اتفاق التحكيم إذا تمسك به أحد الأطراف أمامه، فإنّه يمارس بذلك رقابة على اختصاص محكمة التحكيم، غير أنّ هذه الرقابة تكون هامشية وسطحية لأنّها تتعلق فقط بالتأكد من الوجود الشكلي لاتفاق التحكيم، وأنّ الرقابة المعمقة والشاملة مؤجّلة إلى ما بعد صدور حكم التحكيم الأولي الفاصل في الاختصاص، أو حكم التحكيم الفاصل في الموضوع إذا رأت محكمة التحكيم أن مسألة اختصاصها مرتبطة بموضوع النزاع.

[362]- العقد الباطل ليس عملاً قانونياً، إذ هو كعقد لا وجود له، ولكنه عمل مادي أو واقعة مادية. وهو بهذه المثابة قد ينتج أثراً قانونيا، ليس هو الأثر الأصلي الذي يترتب على العمل القانوني باعتباره عقداً، بل هو أثر عرضي يترتب على العمل المادي باعتباره واقعة قانونية. على أنّ العقد الباطل قد ينتج آثاره في حالات استثنائية باعتباره عقد، وهذا شذوذ تقتضيه تارة ضرورة استقرار التعامل، وطورا وجوب حماية حسن النية.راجع: **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول: مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، 1981، ص 401.

يتضح جلياً مما سبق، أنّ المشرّع الجزائري يقترب أكثر من التوجه الفرنسي في مسألة الرقابة على اختصاص المحكمة التحكيمية قبل صدور حكم التحكيم، حيث اعتبرها استثنائية تمارس بصفة سطحية للتأكد من الوجود المادي لاتفاق التحكيم باعتباره أساس اختصاص المحكمة التحكيمية، فهي بذلك رقابة حمائية لإرادة الأطراف، غير أنّ المشرّع حصر ممارسة هذه الرقابة في المرحلة التي تسبق بداية الخصومة التحكيمية. أما إذا اتصلت محكمة التحكيم بالنزاع، فإنّ القاضي لا يمكن له النظر في مسألة اختصاص المحكم إلا بعد صدور حكم التحكيم، سواء كان حكماً أولياً فاصلاً في الاختصاص أو كان حكماً منهيًا للنزاع إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطًا بالموضوع.

فبالرغم من أنّ المشرّع الجزائري لم يصل إلى حد تقرير الأثر السلبي لمبدأ "الاختصاص–بالاختصاص"، إلا أنّ القضاء يمكن أن يصل إلى هذه النتيجة من خلال التفسير الليبرالي للمادتين 1044 و1045، أي باعتبار أنّ الأثر السلبي لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" امتدادٌ للأثر السلبي لاتفاق التحكيم بحد ذاته.

خلاصة الباب الأول:

يمكن القول في نهاية هذا الباب أنّه إذا كان مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" مكرّساً مبدئيا في جل الأنظمة القانونية، يبقى تطبيقه ونطاقه يختلفان من نظام إلى نظام آخر، ويعبّر القانون الفرنسي عن أقصى درجات تكريسه بما يتماشى مع النظرة التشجيعية الليبرالية التي يحظى بها التحكيم في هذا القانون.

فبالرغم من محاولات توحيد القانون الواجب التطبيق عن طريق كل من اتفاقية نيويورك لعام 1958 والقانون النموذجي للأمم المتحدة الصادر في سنة 1985، إلا أنّ فوارق جوهرية ما زالت قائمة إلى غاية اليوم بين مختلف هذه الأنظمة القانونية، خاصة ما يتعلق بتحديد الجهة المختصة بالنظر في مسألة اختصاص محكمة التحكيم، والوقت الذي تتم فيه الرقابة القضائية على هذا الاختصاص ونطاق هذه الأخيرة.

إنّ البراغماتية التي أسّس عليها القانون الفرنسي في تنظيم التحكيم التجاري الدولي، والتي اعتمد فيها على فلسفة تغليب الواقع الاقتصادي وفعالية اتفاق التحكيم على الاعتبارات

القانونية البحتة[363]، جعلت الحلول التي يجسدها القضاء الفرنسي- كما تبيّن أعلاه- بعيدة عن المنطق القانوني و يصعب احتواء الآثار الناتجة عنها، لأنّها تعتمد على "ماكيافيلية قانونية" مفادها الوصول إلى فعالية التحكيم من الناحية الإجرائية مهما كانت الوسائل المستخدمة لذلك.

فإذا ما ألزمنا القاضي بإعلان عدم اختصاصه لمصلحة المحكم رغم بطلان اتفاق التحكيم مثلا، فإننا أرغمناه على إصدار حكم دون أساس لأنّ أساس حكمه بعدم الاختصاص هو وجود اتفاق تحكيم صحيح ومنتج لآثاره، إلى جانب ذلك وحتى وإن قلنا أنّ حكم التحكيم الصادر في مسألة الاختصاص سيخضع للرقابة القضائية اللاحقة، فإنّ ذلك سيؤدي بنا إلى القول بأنّ القاضي سيعود عن حكمه برفض اختصاصه لأنّ اتفاق التحكيم باطل.

لهذه الأسباب يجب أن ينحصر أثر مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" في جانبه الإيجابي فقط، أي عندما تطرح مسألة الاختصاص أمام المحكم نفسه ويستبعد عندما تطرح مسألة الاختصاص أمام القاضي كما جسده القانون النموذجي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

إذا كان هذا هو الوضع بالنسبة للحلول المكرّسة لتحقيق الفعالية الإجرائية لاتفاق التحكيم، فما هو الوضع بالنسبة للحول المقدمة لتحقيق فعاليته الموضوعية؟

[363]- وهو ما اعترف به أكبر المدافعين على هذه الحلول من بينهم« Jean-Pierre ANCEL » رئيس الغرفة المدنية الثانية بمحكمة النقض الفرنسية و« Philippe FOUCHARD » ، أنظر:

Jean-Pierre ANCEL, « La lecture de la jurisprudence française en matière d'arbitrage international »,op. cit., p. 1 79; Philippe FOUCHARD, Note sous cass. Civ., 1re ch. 1décembre 1999, Société Métu Système France et autres c/ société Sulzer Infra; cass. Civ. 1re ch, société Exportles c/ société Rubois, op. cit., p.105.

الباب الثاني

الفعالية الموضوعية لاتفاق التحكيم التجاري الدولي: بين ضرورة تحقيق فعاليته ومفارقات استقلاليته

تتجه الأنظمة القانونية حاليا نحو تكريس استقلالية التحكيم التجاري الدولي عبر مراحله الثلاث: اتفاق التحكيم، خصومة التحكيم، حكم التحكيم، هذا التوجه أملته– حسب مؤيديه - ضرورة تمكين الفاعلين في إطار العولمة(المتعاملين الاقتصاديين) من عدالة مستقلة وفعلية، فالنصوص المنظمة للتحكيم-حسب هؤلاء- يجب أن توضع بشكل يسمح بتحقيق الفعالية التامة لعملية التحكيم، ويبدأ ذلك حتما من وضع اتفاق التحكيم موضع التنفيذ وتمكينه من تحقيق كامل آثاره، الإيجابية منها والسلبية.

أثار مفهوم استقلالية التحكيم بصفة عامة واستقلالية اتفاق التحكيم بصفة خاصة، جدلاً كبيراً في الفقه المهتم بمجال التحكيم التجاري الدولي، وكان محلاً لتطبيقات قضائية مختلفة حتى في النظام القانوني الواحد، وذلك سواءً من حيث تحديد نطاقه أو من حيث المصطلح المستخدم للدلالة عليه، هذا ما جعل منه مفهوما معقداً يحتمل تفسيرات متعددة وألصقت به نتائج مختلفة كأنه مصطلح يستوعب كل ما يراد إلحاقه بمضمونه، شأنه في ذلك شأن "البيوت الإسبانية" التي يكون فيها عدد أبوابها كبيراً مما يسمح بالدخول إليها من عدة جهات.

جاءت استقلالية اتفاق التحكيم في مفهومها التقليدي، أي استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، لتنظيم العلاقة بين هذا الاتفاق والعقد الذي يتضمنه أو يتعلق به، لذلك هناك من يفضل الحديث عن مبدأ الفصل بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، وبالرغم من كون هذا المفهوم حظي بقبول واسع إلا أنّه واجه وما يزال يواجه انتقادات شديدة تتعلق أساساً بعدم استناده إلى أساس نظري سليم، وإفرازه لنتائج أقل ما يقال عنها أنّها نتائج خطيرة ومتناقضة ومخالفة للكثير من المسلمات القانونية.

إنّ الوضع المتقدم جعل النقاش الفقهي الذي صاحب هذا المبدأ مستمراً رغم طوله ويتجدد باستمرار، لأنّ المبدأ نفسه يتطور بسرعة كبيرة ويتوسع مضمونه ليستوعب نتائج كثيرة لم تكن لتستنتج لو أخذ بالمفهوم التقليدي، ففكرة الاستقلالية التقليدية لاتفاق التحكيم تهدف إلى حماية اتفاق التحكيم من سوء نية الأطراف وتحصينه منها، وذلك عن طريق فصل مصير

اتفاق التحكيم عن مصير العقد الأصلي، وبالتالي تحقيق فعاليته بغض النظر عما يشوب العقد الأصلي من أسباب البطلان والانقضاء(**الفصل الأول**).

أما فكرة الاستقلالية بالمفهوم الحديث الذي توصلت إليه الممارسة، والذي جسدته بعض الأنظمة القانونية على رأسها النظام القانوني الفرنسي، فهي تهدف إلى تحقيق فعالية اتفاق التحكيم في مجال التجارة الدولية بغض النظر عن القيود والشروط التي يمكن أن تضعها القوانين الوضعية الداخلية للدول، وذلك عن طريق استبعاد منهج تنازع القوانين في تحديد القانون الواجب التطبيق وإحلال محله منهج القواعد المادية الذي يوصلنا إلى تطبيق قواعد التجارة الدولية على صحة اتفاق التحكيم، وهذا ما جعل الأنظمة القانونية تتردد إن لم نقل ترفض الأخذ بهذا المفهوم(**الفصل الثاني**).

الفصل الأول
استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي:
تطهير اتفاق التحكيم من عيوب العقد الأصلي

نشير منذ البداية إلى أنّ المعنى المقصود من فكرة استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي هو المعنى القانوني وليس المعنى المادي، فهذه الاستقلالية لا تعني إطلاقا أنّ اتفاق التحكيم يجب أن يكون دائما منفصلا من الناحية المادية عن العقد الأصلي أو أن يكون دائما محلاً لرضاء وقبول مستقلين عن الرضاء والقبول المتعلقين بالعقد الأصلي، كما أنّ هذه الاستقلالية لا تعني أنّ اتفاق التحكيم لا يمكن أن يلقى ذات المصير الذي يلقاه العقد الأصلي في حالة انتقال الحقوق الناجمة عن هذا العقد كما سنراه لاحقا.

تعدّ فكرة استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي من الأفكار المستقرة في التحكيم التجاري الدولي، وقد تجسد هذا الاستقرار في تكريس هذه الاستقلالية في معظم النصوص القانونية المنظمة للتحكيم سواءً على مستوى التشريعات الداخلية الحديثة أو على صعيد لوائح مراكز التحكيم الدائمة، بالرغم من عدم النص عليها صراحة على صعيد الاتفاقيات الدولية.

لقد صاحب هذا التكريس على مستوى النصوص تطبيقه في جل القضايا التي طرحت فيها مسألة العلاقة بين العقد الأصلي واتفاق التحكيم، سواءً كان ذلك أمام محاكم التحكيم أو المحاكم القضائية الوطنية ولو بطرق مختلفة.

يستمد الاختلاف التشريعي والقضائي والفقهي في تبنّي فكرة استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في اختلاف درجات تكريسها والمصطلحات المستعملة في ذلك وصعوبة تحديد مضمونها، وكذا من خلال النتائج التي تتمخض عن تجسيدها في مختلف الأنظمة القانونية، لأنّ هذه النتائج يتوقف مداها ونطاقها على درجة التشجيع والليبرالية التي يحظى بها نظام التحكيم بصفة عامة، ونظام التحكيم التجاري الدولي بصفة خاصة في تلك الأنظمة القانونية.

قبل الحديث عن اختلاف الأنظمة القانونية حول نطاق تطبيق المبدأ ونتائجه (**المبحث الثاني**)، يتعين تحديد مضمون هذا المبدأ ومكانته في هذه الأنظمة (**المبحث الأول**)

المبحث الأول
فكرة استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي

يصطدم تحديد مضمون مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، بالاختلاف الموجود على مستوى الفقه والنظم القانونية بخصوص المصطلح الذي يعبر عن حقيقة العلاقة الموجودة بين اتفاق التحكيم –خاصة إذا جاء في صورة شرط- والعقد الأصلي أو الموضوعي(**المطلب الأول**).

كما يصطدم مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي أيضا، بصعوبة إيجاد الأساس القانوني الذي يمكّننا من تفسير هذه الاستقلالية لأنها تتناقض مع بعض المبادئ القانونية التقليدية، وهو ما يحول دون إمكانية إعمال النظريات العامة المعروفة في الفقه المدني في تحديد الأساس النظري الذي يتأسس عليه مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي(**المطلب الثاني**).

ففي هذا الخصوص، لم يستطع الفقه حسم النقاش المتعلق بتأسيس هذا المبدأ إلى حدّ الآن، إذ هناك من يقترح إعمال نظرية انتقاص العقد أو كما تسمى أيضا نظرية البطلان الجزئي للتصرفات القانونية، وهناك من يرى أنّ أساس هذه الاستقلالية هي نظرية ازدواج العقد، وهناك أخيرا من يقترح تأسيسها على نظرية تحول العقد.

المطلب الأول
استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة
للعقد الأصلي ومكانتها في النظم القانونية

يواجه تحديد المقصود بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي عدة صعوبات، بعضها يتعلق باختلاف الفقه في تحديد المصطلح الذي يصلح للتعبير عن حقيقة العلاقة بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، حيث ورغم شيوع استعمال مصطلح الإستقلالية، إلا أنّ هناك الكثير من الفقهاء الذين يرون أنّ هذا المصطلح لا يتماشى مع النتائج التي تتمخض

عن تطبيق هذا المبدأ، والتطورات التي وصلت إليها الممارسة التحكيمية في هذا المجال (**الفرع الأول**).

لم يحسم هذا الاختلاف الاصطلاحي لا على مستوى التشريع الاتفاقي(**الفرع الثالث**)، لأنّ الاتفاقيات الدولية لم تتطرق- على الأقل بصفة مباشرة- لهذا المبدأ بالتنظيم، ولا على مستوى النصوص المكرّسة لهذا المبدأ في التشريعات الداخلية للدول(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول
موقف الفقه من مصطلح "استقلالية"
اتفاق التحكيم التجاري الدولي

أثار مفهوم الاستقلالية الشّك لدى الكثير من الفقهاء والكتّاب المختصين في مجال التحكيم التجاري الدولي، بداية بمصطلح الاستقلالية بحد ذاته الذي يعتبر مصطلح "كبير" والمصطلحات الكبيرة -حسب الأستاذ "Pierre MAYER" - وهي إن لم تُحدِث سراباً فهي تؤدي عادة إلى تحريف الحقائق التي تطبق عليها[364]، فمفهوم هذه الاستقلالية في هذا المجال مفهوم معقّد بحيث أعطيت له عدة تفسيرات من قبل الفقه واستنتجت منه عدة نتائج من قبل الجهات القضائية التي طبقته [365].

يدور هذا الجدل الواسع في أحد جوانبه حول تحديد المصطلح الأقرب للتعبير عن حقيقة العلاقة بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، ففي الوقت الذي يستعمل فيه الفقه الغالب مصطلح استقلالية اتفاق التحكيم « Autonomie de la convention d'arbitrage »

---

[364]- وقد عبّر عن ذلك كما يلي:

« Même lorsqu'ils ne créent pas un mirage, les grands mots tendent au moins à déformer les réalités auxquelles ils s'appliquent. Ainsi le mot « autonomie », utilisé à propos des rapports entre la convention d'arbitrage et le contrat auquel elle se rapporte, donne à penser que ce sont deux entités dont les sorts ne sont en aucune façon liés ».

Pierre MAYER, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », *Rev. arb.*, n°2/1998, p.359 et 360.

[365]- انظر في نفس المعنى:

Jean-Baptiste RACINE, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.*, n°2/2005, p. 312

للتعبير عن العلاقة الموجودة بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، نجد أنّ هذا المصطلح لم يلق إجماعًا على المستوى الفقهي، ولا شك أنّ هذا الاختلاف نابع من اختلافهم العميق حول تحديد مضمون هذا المبدأ والآثار المترتبة عنه، كونه يتميّز بديناميكية ذاتية تجعل الإحاطة بمضمونه بصفة نهائية أمراً في غاية الصعوبة[366]، بذلك يتعدى هذا الاختلاف مجرّد الاختلاف اللفظي.

يستعمل أغلب الفقه الفرنسي مصطلح « Autonomie de la convention d'arbitrage » أي "استقلالية اتفاق التحكيم " للتعبير عن العلاقة الرابطة بين هذا الاتفاق والعقد الأصلي أو الأساسي الذي يتضمنه أو الذي يتعلق به، وذلك منذ أن استعملته محكمة النقض الفرنسية في الحكم الذي أصدرته بمناسبة قضية "Gosset" الشهيرة بتاريخ 7 ماي 1963 [367]، حيث قضت، في صياغة تشريعية أكثر منها قضائية[368]، بأنّه:

« En matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles, une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de l'acte »

من الناحية اللغوية، الكلمة الفرنسية "Autonomie" مشتقة من اللغة الإغريقية وهي كلمة مركبة من كلمتين: "Autos" وتعني ذاتية أي "Soi-même" باللّغة الفرنسية؛ وكلمة" Nomos" وتعني قاعدة أي " Norme" أو "Loi" باللّغة الفرنسية[369].

اصطلاحًا، تستعمل كلمة " Autonomie" للدلالة – حسب قاموس "Le petit Robert" على " الحق في الخضوع للقواعد التي يضعها المخاطب بها شخصيا"[370]، أو كما عرفتها موسوعة

---

[366]- حيث كتبت:

« Le principe d'autonomie de la clause compromissoire se caractérise par un dynamisme propre qui rend difficile le brossage d'un tableau définitif de son contenu ».

Catherine BLANCHIN, *l'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction ?*, L.G.D.J, E.J.A, Paris, 1995, p38.

[367]- انظر: Cass. Civ. 1re, 7 mai 1963, *Rev. Crit. DIP*, 1963, p .615, note Motulsky.

[368]- وذلك على حد تعبير الأستاذ "FRANCESCAKIS"، انظر:

Philippe FRANCESCAKIS, « Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt HECHT de la cour de cassation », *Rev. arb.*, 1974, p69.

[369]- انظر: Caixia YANG, op. cit., p. 200

[370]- جاء التعريف باللّغة الفرنسية: *« Droit de se gouverner par ses propre lois »*

"Universalis" بأنّها "الوصول إلى خلق وحدات قائمة بحد ذاتها ولا تخضع لآي تأثير من الخارج ولا لأي رقابة من الدولة المركزية"[371].

الملاحظ أنّ هذا المصطلح -حسب التعريفات السابقة- لها صبغة القانون العام وتتعلق بتنظيم علاقة الدولة المركزية بأقاليمها،وينبغي التذكير هنا بأنّه يختلف مدلول أو مضمون "مبدأ أو قاعدة الاستقلالية" في إطار القانون الخاص، فإذا كان مبدأ استقلالية الإرادة أو ما يسمى باللغة العربية "مبدأ سلطان الإرادة" المعروف في القانون المدني يعني الحرية التعاقدية التي يتمتع بها أطراف العقد في إبرامه وتحديد مضمونه[372]، فإنّ مبدأ الاستقلالية في إطار القانون الدولي الخاص يعبر – حسب الأستاذ الدكتور هشام صادق- عن "قدرة المتعاقدين على اختيار القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهم في مجال المعاملات الدولية الخاصة"[373]، أي أنّ مضمون قاعدة العقد شريعة المتعاقدين يتسع ليصبح المقصود منها ليس تنظيم العلاقة بين المتعاقدين فحسب بل وأيضا تأسيس هذه العلاقة وإضفاء الصفة القانونية عليها[374].

هذا ويعتبر فقهاء القانون الدولي الخاص أول من استخدموا اصطلاح " سلطان الإرادة " أو "الاستقلال الذاتي للإرادة" بعد ما كانوا يعبّرون عن هذه الفكرة في البداية بمسميات

---

[371]- يتعلق الأمر كذلك بترجمتي، إذ جاء التعريف الأصلي بالصيغة التالية:
« Par l'autonomie parviendraient à se créer des unités subsistant en soi et par soi, soustraites à toute sanction de l'extérieur et à tout contrôle de l'Etat central ».

[372]- هذا المفهوم عرف تطوراً كبيراً، فبعد ما كان في ظل الظروف التي ظهر فيها يعبرّ عن حرية الإنسان واعتبار ها المصدر الوحيد للالتزام وأنّ الحرية التعاقدية تخدم الصالح العام والعدالة عن طريق المنافسة، أصبحت اليوم مقيدة وظهر أنّه في الكثير من الحالات هناك عدم توازن أطراف العقد، مما استوجب إعلاء القاعدة القانونية الموضوعية عليها حماية للأطراف وبالتالي حماية الصالح العام، فإرادة الأطراف لا يمكن أن تخرج عن الحدود التي رسمها القانون ولا يرتب العقد آثاره إلا إذا سمح له القانون ذلك، انظر في هذا التطور:
Antoine KASSIS, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international (Le droit français en question)*, L'harmattan, Paris, 2005, p. 4 et 5
لقد جسّد المشرّع الجزائري هذا المفهوم الجديد في المادة 106 من القانون المدني الجزائري التي تنص" العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

[373]- **هشام صادق**، عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 23 و24؛ انظر في نفس المعنى: **محمد عبد الله محمد المؤيد**، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي"دراسة تأصيلية"، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997، ص267، انظر كذلك:
Antoine KASSIS, op-cit, p.5.

[374]- **محمود محمد ياقوت**، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 246 و247.

واصطلاحات مغايرة مثل "سلطان الأطراف" أو "سلطان المتعاقدين"(Autonomie des contractants)[375]. هذه الاستقلالية مكرّسة في المادة 18 من القانون المدني الجزائري على غرار التشريعات الداخلية للدول.

يستعمل هذا المصطلح من قبل الفقه الفرنسي المؤيد لليبرالية التحكيم ، وذلك منذ صدور حكم "Gosset" السابق الذكر بالرغم من تطور المضمون الذي يلصق به،كما سنراه طيلة الدراسة الحالية، ومن بين هؤلاء نذكـــــر الثلاثي" Ph. FOUCHARD" و"E. GAILLARD" و"B. GOLDMAN" في كتابهم المشترك حول التحكيم التجاري الدولي[376] وفي كل كتاباتهم الأخرى[377]، بل وصل بأحدهم الأمر إلى حدّ القول بأنّه لا يجب زعزعة استخدام هذا المصطلح بداعي التوضيح، لأنّه يستعمل بشكل واسع وثابت للتعبير عن قاعدة فصل مصير اتفاق التحكيم عن مصير العقد الموضوعي[378].

وسّع هؤلاء من مضمون مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم إلى أبعد الحدود، وقد أثّروا بكتاباتهم حتى على التطور الذي عرفه في القضاء الفرنسي[379]، هذا الأخير الذي ذهب في عدة اتجاهات بصدد تطبيق هذه الاستقلالية، حيث استنتجت منه عدة نتائج تعدت بكثير تنظيم العلاقة بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي لتصل إلى حد تقرير استبعاد حكم القوانين الداخلية

---

[375]- **هشام صادق**، مرجع سابق، ص 22.

[376]- ويتعلق الأمر ب:

Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec-Delta, Paris 1996.

[377]- انظر على سبيل المثال:

Emmanuel GAILLARD, « La jurisprudence de la cour de cassation en matière d'arbitrage international », op. cit., p. 707 et 708.

[378]- إذ يرى الأستاذ "GAILLARD" أنّه:

« …/l'usage est si fermement établi de se référer à la règle qui dissocie le sort de la convention d'arbitrage et celui du contrat de fond sous les termes de principe d'autonomie qu'il ne parait pas utile de bouleverser une terminologie acquise dans un hypothétique souci de clarification ».

Emmanuel GAILLARD, « Arbitrage commercial international : Convention d'arbitrage- Autonomie et principe de validité- Droit applicable », op-cit., p.4

[379]- في تأثير الفقه الفرنسي على القضاء الفرنسي في مجال تطور التحكيم و المبادئ التي تحكمه راجع:

Dominique HASCHER, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence française en matière d'arbitrage », *Rev. Arb*., n°2, 2005, spécialement pp.396 – 403.

من تحديد صحة هذا الاتفاق وفعاليته- كما سنراه في الفصل الثاني من هذا الباب- ليعبّر عنه في الأخير بمبدأ الصّحة والفعالية الذاتية لاتفاق التحكيم[380].

من جهته، يفضل الفقه الفرنسي الأقل اقتناعا بالمضمون الذي أراد أصحاب الرأي الفقهي السابق إعطائه لفكرة استقلالية اتفاق التحكيم، الحديث عن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم "Principe de l'indépendance de la convention d'arbitrage" ، وذلك من أجل حصر نتائج هذا الاستقلال على تنظيم العلاقة بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي الذي يرد فيه أو يتعلق به، وصولاً إلى سدّ الطريق أمام الأطراف الذين يؤسّسون رفضهم بالمشاركة في إجراءات التحكيم على ما قد يشوب العقد الأصلي من أسباب البطلان. هذا المعنى ينطبق على المفهوم الأول الذي وضعته محكمة النقض الفرنسية في قرارها بمناسبة الفصل في قضية " Gosset" في عام 1963، رغم أنّ هذا القرار استعمل مصطلح "Autonomie" لأنّه لم يهدف – حسب الأستاذ "Motulsky"- إلى إمكانية اختيار اتفاق التحكيم لقاعدة خاصة به بل إلى استقلاله بالنسبة للعقد الأصلي[381].

يبدو أنّ الرأي السابق أثر على جانب من الفقه الفرنسي، حيث يفضل الكثير منهم استعمال مصطلح"Indépendance"، ويمكن أن نذكر من بين هؤلاء كل من الأساتـذة: "Jacquet" و"Delebecque" و"Corneloup" في كتابهم الموسوم "قانون التجارة الدولية"[382]، وهو نفس موقف كل من الأستاذ "Jarrosson" والدكتور"Pellerin" اللذان رحبا باستعمال نص المادة 1447 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي بعد تعديل 2011 لهذا المصطلح واعتبراه أدق من مصطلح "Autonomie"[383].

---

[380]- وهو ما جعل الأستاذ "RACINE" يقول :

« [i]l *y a une fausse simplicité derrière le terme d'autonomie de la clause d'arbitrage* ».
Voir : Jean-Baptiste RACINE, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *Rev. Arb*., n°2/2005, p312

[381]- راجع تعليق الأستاذ "Motulsky" على قرار "Gosset":

Cass. Civ. 1re, 7 mai 1963, *Rev. Crit. DIP*, 1963, p .615, note Motulsky

[382]- انظر:

Jean-Michel JACQUET, Philippe DELEBECQUE, Sabine CORNELOUP, op.cit., p865et s.

[383]- انظر: Charles JARROSSON, Jacques PELLERIN, op. cit., p.12 et 13

اعتبر الأستاذ "Kassis" من جهته أنّ استعمال مصطلح الاستقلالية لتفسير علاقة اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي خطأ في التعبير أو تعبير غير ملائم" Impropriété du langage"، ويرى أنّ المصطلح الأصلح للتعبير عن هذه العلاقة هو الفصل "Séparabilité"، أي الفصل بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي بغرض الإبقاء على اتفاق التحكيم قائماً حتى تتمكن محكمة التحكيم من النظر في صحة العقد الأصلي، واستنتاج نتائج البطلان المحتمل على حقوق وادعاءات الأطراف[384]، وهو نفس الاقتراح الذي سبق وأن تقدم به الأستاذ"Mayer"، والذي انتقد بشدّة استعمال مصطلح الاستقلالية لكونه يوحي - حسبه- بأنّ كل من اتفاق التحكيم والعقد الذي يتعلق به وحدتين ذات مصير ين مختلفين ولا يتقاطعان بأيّ حال وذلك غير صحيح، لذلك اعتبر الأستاذ" Mayer" أنّ مصطلح "الفصل بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي" هو الأصلح للتعبير على حقيقة العلاقة بينهما لأنّ الأمر ليس مجرّد مسألة تسمية أو مدلول" Pur question sémantique"، بقدر ما يتعلق بالنتائج الهامة المتصلة بتحليل العلاقات بين كل من العقد واتفاق التحكيم[385].

يضيف صاحب الرأي السابق، أنّه لا يعقل ولا يمكن أن نتصور قيام شرط التحكيم دون باقي شروط العقد الأخرى، ولا يمكن أن نتوقع اللّجوء إلى التحكيم بصدد عقد غير موجود، فمحل اتفاق التحكيم هو حل النّزاعات التي تنتج عن الشروط أو البنود التي تكوّن العقد الأصلي، لأن شرط التحكيم هو في الحقيقة شرط من بين الشروط الأخرى للعقد، شأنها في ذلك شأن شرط منح الاختصاص أو شرط تحديد القانون واجب التطبيق.

---

[384]- انظر: Antoine KASIS, op. cit., p. 27.

[385]- راجع:

Pierre MAYER, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », op-cit., p. 360.

يضيف الأستاذ "Mayer" ، المتأثر بالفقه الأنجلو-أمريكي الذي يفضل استعمال مصطلح " Separability" أو "Severability"، أنّه بالرغم من وصف هذا الشرط الأخير بـ " عقد الاختيار" "Contrat de choix"، إلا أنّه لا يتمتع بأية استقلالية بل هو تابع لباقي العقد و يساهم كشرط التحكيم في تحديد نظامه القانوني[386].

في الفقه العربي، نجد مثلاً الأستاذ" شادلي لطفي" [387] من تونس يستعمل مصطلح "استقلالية اتفاق التحكيم"، من جهته، يستعمل الفقه الجزائري مصطلح استقلالية اتفاق التحكيم، على غرار المرحوم الأستاذ "إسعاد" والأستاذ "تركي" والأستاذ "تراري الثاني"، وذلك رغم أن المشرّع الجزائري لم يستعمل هذا المصطلح لأنّه لم ينص بصريح العبارة على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي كما سنراه لاحقا[388].

على غرار الفقه الجزائري، يستعمل الفقه المغربي[389] أيضا مصطلح "استقلالية اتفاق التحكيم" رغم أنّ المشرّع المغربي فضّل مصطلح "استقلال اتفاق التحكيم"" Indépendance de la convention d'arbitrage"، وذلك في نص الفصل 318 من قانون المسطرة المدنية.

---

[386]- Pierre MAYER, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », op-cit., p.361

[387]- انظر: Lotfi CHEDLY, op. cit., p. 786

[388]- انظر على سبيل المثال:

Mohand ISSAD, « La nouvelle loi algérienne relative à l'arbitrage international », *Rev. arb*., n°3/2008, p.423, Nour-Eddine TERKI, *L'arbitrage commercial international en Algérie*, op. cit., p.38 et s. ; Mostefa TRARI TANI, *Droit algérien de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p.37 et s. ; Naïma ALLIOUCH-KERBOUA-MEZIANI, op. cit., p.25 et 26 ; Dahmane Ben ABDERRAHMANE, « La réforme du droit algérien de l'arbitrage », *Gaz. Pal*.,n° 101-103, 1999, p.28.

ويستعمل باللغة العربية مصطلح "استقلالية"، انظر مثلا:

تراري الثاني مصطفى، "التحكيم التجاري الدولي في الجزائر إثر صدور المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية"، مجلة دراسات قانونية، عدد 1، جوان 2002، ص38 و39؛ **تراري الثاني مصطفى**، "استقلالية اتفاق التحكيم كمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري الدولي المعاصر"، مجلة دراسات قانونية، عدد 9، أفريل2003،ص ص9-18؛ **عليوش قربوع كمال**، مرجع سابق، ص36 وما يليها.

[389]- انظر على سبيل المثال:

Khalid ZAHER, « Le nouveau droit marocain de l'arbitrage interne et international », *Rev. arb*., n°1/2009, p. 84.

في الفقه المصري خاصة وفي فقه دول المشرق عامة، يستعمل عادة مصطلح " استقلال اتفاق التحكيم"[390] رغم وجود بعض الكتاب[391] الذين يستعملون مصطلح " الاستقلالية" متأثرين في ذلك بالفقه الفرنسي الغالب.

الفرع الثاني

مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في القوانين الداخلية

كرّست جل القوانين الوضعية الحديثة للدول،بما فيها الدول العربية التي كانت تعادي التحكيم، مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، سواء كان ذلك بموجب النصوص التشريعية أو عن طريق الاجتهاد الذي توصل إليه قضائها، إلاّ أنّ ما يلاحظ على هذه القوانين أنّها استعملت مصطلحات مختلفة.

عندما يتكلم بعض الفقه[392] عن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، ينسبه عادة إلى القضاء الفرنسي الذي طبقه عن طريق محكمة النقض الفرنسية في عام 1963، غير أنّ بزوغ هذا المبدأ قد جاء من القضاء الهولندي في حكم صدر بتاريخ 27 ديسمبر من عام 1935، حيث قضى بأنّه "**في حالة تنازع الأطراف حول صحة أو بطلان العقد، فإنّ ذلك لا يمنع المحكم من الفصل في**

---

[390]- راجع على سبيل المثال: **محسن شفيق**، التحكيم التجاري الدولي (دراسة في قانون التجارة الدولية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 194 وما يليها؛ **سميحة القليوبي**، "دور القضاء المصري في تفعيل اتفاق التحكيم"، مجلة التحكيم، العدد الثامن، 2010، ص 105 و106؛ **فتحي والي**، مرجع سابق، ص 82؛ **أحمد مخلوف**، " استقلال شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية"، في دراسات قانونية في التحكيم التجاري الدولي، أعمال مهداة إلى روح الأستاذ الدكتور محسن شفيق، إعداد وتقديم **أحمد مخلوف**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 209 إلى 252؛ **أشرف وفا محمد**، حوالة الحق في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص217 وما يليها؛ **أحمد السيد صاوي**، مرجع سابق، ص61 وما يليها؛ **سراج حسين محمد أبوزيد**، مرجع سابق، ص194 وما يليها؛ **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص 264 وما يليها، **حسني المصري**، مرجع سابق، ص124 وما يليها.

[391]- ومنهم: **حفيظة السيد الحداد**، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق ؛ **عاطف شهاب**، مرجع سابق، ص282 وما يليها.

[392]- انظر من بينهم مثلاً: **تراري ثاني مصطفى**، " استقلالية اتفاق التحكيم كمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري الدولي المعاصر"، مرجع سابق، ص 10؛ **أحمد بلقاسم**، مرجع سابق، ص72 و73.

Nour-Eddine TERKI, *L'arbitrage commercial international en Algérie*, op-cit., p.40 ; Gaston KENFACK DOUAJNI, op. cit., p. 57 et 58.

النزاع رغم احتمال عدم صحة العقد الوارد به شرط التحكيم"[393]، كما أصدر كل من القضاء الألماني و القضاء الإيطالي أحكاماً تقضي بأنّ مصير شرط التحكيم ينفصل عن مصير العقد الذي يتضمنه، وقد كان ذلك على التوالي في 14 ماي 1952 و12 جانفي 1959[394].

أولا: مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي في فرنسا

تجسّدت فكرة استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي في فرنسا قضائياً، حيث أصدرت محكمة النقض الفرنسية في السابع من ماي 1963 ، بمناسبة النقض المرفوع في القضية التي باتت تعرف بقضية "Gosset "، حكماً مكرّساً، بصيغة أقرب إلى الصياغة التشريعية منه إلى صياغة الأحكام القضائية[395]، مبدأ الاستقلالية بالمفهوم السابق، وقد جاء هذا الحكم كما يلي: " **في مجال التحكيم الدولي، اتفاق التحكيم سواء أبرم منفصلا أو ورد في التصرف القانوني المتعلق به، فإنّه يتمتع دائماً، إلاّ في بعض الظروف الاستثنائية، باستقلالية قانونية كاملة، حيث لا يتأثر بما قد يلحق هذا التصرف من بطلان**"[396].

منذ صدور حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية " Gosset"، توالت الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الفرنسي، والتي أكدت على هذا المبدأ بعبارة مماثلة لتلك الواردة في الحكم المذكور، كما حذف تحفّظ الحالات الاستثنائية الذي جاء به نظراً لعدم استنتاج أي نتيجة عملية منها، إذ قضت محكمة النقض الفرنسية في قضية " Impex" بأنّه " **يكون اتفاق التحكيم مستقلاً قانونا في القانون الدولي الخاص الفرنسي**"[397]، كما أكدته في كل من قضية "Hecht"[398] و قضية " Droga"[399].

---

[393]- نقلا عن: **أحمد مخلوف**، " استقلال شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية"، مرجع سابق، ص 212.

[394]- مشار إليهما من قبل: Catherine BLANCHIN, op. cit., p.10.

[395]- راجع في ذلك:

Philippe FRANCESCAKIS, op-cit., Rev. arb., 1974, p. 69.

[396]- يتعلق الأمر بترجمتي، وقد جاء الحكم باللّغة الفرنسية كما يلي:

« En matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles, une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte ».

[397]- راجع: Cass. civ. 1re, 18 mai 1971, Société Impex, *Bull. civ.* I, n° 161

[398]- صدر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 04 جويلية 1972، ومشار إليه في: =

جاء مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي أساسا من أجل إعطاء اتفاق التحكيم كل مفهومه ومنه تشجيع اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض النزاعات[400]، حيث يرجع له الفضل في إنقاذ العملية التحكيمية من المناورات التسويفية التي قد يعمد إليها أحد الأطراف للإيقاع بها، وذلك على النحو الذي يساعد اتفاق التحكيم على ترتيب آثاره[401]، لذلك اعتبره الفقه المؤيد له منذ صدور حكم " Gosset" من القواعد المادية للتحكيم التجاري الدولي وأنّه مبدأ عام من مبادئ التحكيم التجاري الدولي[402]، إلاّ أنّ هذا الوصف لا يجد أساسه حاليا كما لاحظه الأستاذ "Kassis" لأنّ الكثير من التشريعات الحديثة كرّسته حتى بالنسبة للتحكيم الداخلي[403].

هذا الجدل ليس له معنى اليوم، لأنّ القانون الفرنسي الحالي يتضمن نصاً صريحا يكرّس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، إذ تم تقنين هذا المبدأ لأول مرة بمناسبة تعديل قانون الإجراءات المدنية الفرنسي بموجب المرسوم الصادر بتاريخ 13 جانفي

=Jean ROBERT, *L'arbitrage ; droit interne, droit international privé*, 5ème édition, Dalloz, Paris 1983, p247.

[399] - وهو الحكم الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 14 ديسمبر 1983:

Cass. civ., 14 Décembre 1983, *Rev. arb.*, 1984 .

[400] - في نفس المعنى:

Nour-Eddine TERKI, *L'arbitrage commercial international en Algérie*, op. cit., p39.

[401] - **تراري الثاني مصطفى**، "استقلالية اتفاق التحكيم كمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري الدولي المعاصر"، مرجع سابق، ص10.

[402] - من بينهم :

Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, op. cit., p ; Eric LOQUIN, note sous cass. Civ. 1re ch.Civ., 9 Novembre 1993, *JDI,* n° 2, 1994, p690 ;Alain REDFERN , Martin HUNTER, op. cit. p.143

انظر على سبيل المثال في الفقه العربي:

حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص20؛ **منير عبد المجيد**، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص 102.

[403] - انظر:

Antoine KASSIS, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international, le droit français en question*, op. cit., p26.

2011، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 1447 في صيغتها الجديدة " **اتفاق التحكيم مستقل عن العقد الذي يتعلق به، فهو لا يتأثر بعدم فعالية هذا الأخير**"[404].

يعكس تقنين هذا المبدأ وتكريسه في القانون الفرنسي تغيّر موقف الحكومة الفرنسية في هذا المجال، فبعد ما تركت هذه المسألة لقضاء محكمة النقض الفرنسية بصيغة صريحة في تقارير الوزير الأول بمناسبة تعديلي 1980 و1981، تدخلت اليوم وأدخلت هذا المبدأ في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، ويعود السبب في ذلك -حسب جانب من الفقه الفرنسي الذي رحب بالموقف الجديد- إلى زوال التردد الذي صاحب تكييف هذا المبدأ، وهل يتعلق الأمر بقاعدة ذات طبيعة تشريعية ينبغي أن تصدر في شكل قانون بمفهوم المادة 34 من الدستور الفرنسي أو ذات طبيعة تنظيمية يمكن أن تصدر من خلال مرسوم تنفيذي كما هو الحال بالنسبة لقانون الإجراءات المدنية[405]؟

انتقد جانب من الفقه الفرنسي الموقف المكرّس في الصياغة الجديدة للمادة 1447 من قانون الإجراءات المدنية. فمنهم من انتقد استعمال معدّي النص الجديد لمصطلح " استقلال اتفاق التحكيم" "Indépendance de la convention d'arbitrage" الذي يعتبر مصطلحاً قوياً جداً لا يعبر عن حقيقة العلاقة بين العقد والاتفاق، بل واقترح أن يخفف هذا المصطلح عن طريق تهذيبه ببعض الاستثناءات، ولتكن – على الأقل- تلك التي سبق للقضاء أن وضعها في مجال انتقال اتفاق التحكيم خاصة[406]، بينما اعتبر البعض الآخر أنّ المرسوم رقم 2011-48 فوّت فرصة التكريس التام لما توصل إليه قضاء كل من محكمة استئناف باريس ومحكمة النقض اللّتان استعملتا مصطلح استقلالية " Autonomie" بدلاً من " استقلال" "

---

[404]- يتعلق الأمر بترجمتي، فقد جاء النص الأصلي كما يلي:

« La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci».

V. Décret n°2011-48 du 13 Janvier 2011, portant réforme de l'arbitrage, J.O.R.F du 14 Janvier 2011.

[405]- انظر: Charles JARROSSON, Jacques PELLERIN, op.cit., p.13

[406]- انظر: =

= Sylvain BOLLEE, « Le droit français de l'arbitrage international après le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 555.

Indépendance"، وجاء هذا المرسوم بالتالي-حسبهم- عكس التطور العام للحلول القضائية في معالجة هذه المسألة[407].

للإشارة فإنّ استعمال المرسوم السالف الذكر لمصطلح " Indépendance"، هو تبني للاقتراح الذي تقدمت به اللّجنة الفرنسية للتحكيم برئاسة الأستاذ "DELVOLVE"في النصين المقترحين في كل من المادة 1444 بالنسبة للتحكيم الداخلي والمادة 1494 بالنسبة للتحكيم الدولي[408]، غير أنّ النص المعتمد في المرسوم اكتفى بتجسيد المبدأ في المادة 1447 من قانون الإجراءات المدنية الجديد المتعلقة بالتحكيم الداخلي، ونص على إحالة صريحة على تطبيقه في مجال التحكيم التجاري الدولي بموجب المادة 1506 من نفس القانون.

يبدو أنّ عدم استخدام مصطلح "Autonomie" في النص الجديد، لا يغيّر شيئاً في الحلول التي جسّدها القضاء الفرنسي في مسألة استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، وأنّ الغرض من استعمال مصطلح "Indépendance" هو تخفيف نتائج مبدأ الاستقلالية على مستوى التحكيم الداخلي، خاصة منها النتيجة المتعلقة باستقلالية اتفاق التحكيم عن القانون الداخلي حسب ما سيظهر في الفصل الثاني من هذا الباب، فمبدأ الاستقلالية على مستوى التحكيم التجاري الدولي استنتجت منه نتائج كثيرة وخطيرة يصعب، إن لم نقل يستحيل، قبول تطبيقها على التحكيم الداخلي، وهو ما جعل النظام القانوني الفرنسي يستبقي على التمييز الذي أقرّه بين قواعد التحكيم الداخلي وقواعد التحكيم التجاري الدولي، رغم أنّ الكثير من الدول لا تميّز في المعاملة بين النوعين وأخذت بموقف القانون النموذجي للأمم المتحدة.

---

[407]- انظر في هذا الموقف:

Damien CHENU, « L'autonomie de la clause compromissoire après le décret du 13 janvier 2011 », *petites affiches*, n°79, 21 avril 2011, p.3.

[408]- انظر نص التعديل الذي اقترحته اللّجنة الفرنسية للتحكيم في سنة 2006 وتقديمه في:

Jean-Louis DELVOLVE, « Présentation du texte proposé par le comité français de l'arbitrage pour une réforme du droit de l'arbitrage », op. cit., pp. 491-517.

ثانيا: استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي في بعض القوانين العربية

لقد انضمت جل الدول العربية إلى السياسة التشجيعية والليبرالية التي يحظى بها التحكيم على المستوى الدولي في الآونة الأخيرة، وغيّرت بالتالي من موقفها المتردد بالنسبة للبعض والرافض للتحكيم بالنسبة للبعض الآخر، فقد انضمت هذه الدول إلى الاتفاقيات الدولية الخاصة بهذه الوسيلة من وسائل حل النزاعات، وأصدرت قوانين جديدة تتماشى والتوجهات الحالية بشأن المبادئ الجديدة، وعلى رأسها مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي الذي يرد فيه أو يتعلق به.

ففي مصر مثلاً، استحدث القانون الجديد الخاص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر في سنة 1994[409] نصاً لم يكن موجوداً في قانون المرافعات، وكرّس بموجبه مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، حيث نصت المادة 23 من هذا القانون على أنّه " **يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته**".

بذلك يكون المشرّع المصري قد نص بصفة واضحة لا تدع مجالاً للشّك على مبدأ الاستقلالية بالنّسبة للعقد الأصلي[410]، ولم يفرّق بين التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي، ووضع من خلال هذا النص حداً للخلاف الفقهي الذي كان سائداً في مصر حول هذه المسألة قبل صدور القانون المذكور، رغم أنّ الأغلبية كانت ترى الأخذ بالمبدأ في مجال التحكيم التجاري الدولي[411].

---

[409]- يتعلق الأمر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، منشور في : وزارة العدل لجمهورية مصر العربية، إدارة التشريع، قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية والمذكرات الإيضاحية وجميع الأعمال التحضيرية المتعلقة به، 1995، ص 16 وما يليها.

[410]- في نفس المعنى : **إبراهيم أحمد إبراهيم**، مرجع سابق، ص94 و 95؛ **سراج حسين محمد أبو زيد**، مرجع سابق، ص 198؛ **أحمد السيّد صاوى**، مرجع سابق، ص62.

Borhan ATALLAH, « Dix ans d'application de la loi égyptienne de 1994 relative à l'arbitrage », *bulletin de la cour internationale d'arbitrage de la CCI*, Vol.14, n°2, 2003, p. 15.

[411]- **سامية راشد**، مرجع سابق، ص 107 وما يليها، كذلك: **خالد أحمد حسن**، بطلان حكم التحكيم (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2006، ص 222 وما يليها.

في المغرب، رغم أنّ المشرّع لم يتطرق على مستوى النصوص الواردة في قانون المسطرة المدنية المنظمة للتحكيم قبل صدور القانون رقم 08-05، القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية[412]، إلى مسألة استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، إلاّ أنّ الفقه المغربي قال بالأخذ به لكنه اختلف في تفسير ذلك، فقد فسّر البعض[413] صمت المشرّع بقبوله لأحد المبادئ الراسخة على مستوى الممارسة العملية الدولية، كما رأى آخرون أن غياب النّص على هذا المبدأ يعتبر بمثابة تحويل مسؤولية تكريسه للقضاء المغربي الذي طبقه في عدة مناسبات[414].

من جهته، اعتبر جانب آخر من الفقه المغربي[415] أنّ الأخذ بهذا المبدأ يمكن استنتاجه استناداً إلى منطوق الفصل 308 من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي يقضي بأنّ "**بطلان جزء من الالتزام يبطل الالتزام في الجزء الذي لحقه ذلك البطلان فيما أنّ الجزء الذي لم يلحقه البطلان يمكن اعتباره عقدا مميزا عن العقد الأصلي**".

بعد صدور القانون رقم 08-05، نص المشرع المغربي صراحة في الفصل 318 على هذا المبدأ عندما اعتبر شرط التحكيم مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته[416].

---

[412]- صدر بموجب الظهير الشريف رقم 169.07.1 بتاريخ 30 نوفمبر 2007، منشور في : سلسلة " دراسات وأبحاث"، الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، جمع وتنسيق **زكرياء العماري**، منشورات مجلة القضاء المدني، الرباط، 2013، ص267.

[413]- انظر في ذلك:

Mohammed BEJAOUI, Driss EL-KARKOURI,« L'arbitrage commercial international en droit marocain », *JDI*, n°1, 2001, p 72.

[414]- راجع في هذا الرأي:

Ahmed Alaâ TOUMLILT, *La dualité de l'arbitrage : Analyse critique de la loi 08-05*, Tome I, thèse pour le doctorat en droit, université Pierre Mendes, Grenoble, France, 2010, p130.

[415]- **حارث عبد العالي**، مرجع سابق، ص65.

[416]- **محمد رافع**،"اتفاق التحكيم في ظل القانون المغربي والاتفاقيات الدولية"،مجلة المحاكم المغربية، عدد 117، 2008،ص42.

من جهته، كرّس المشرّع التونسي مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي على طريقة القانون النموذجي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي[417]، والذي أُخذت منه معظم أحكام القانون التونسي[418]، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 61 من قانون التحكيم الصادر في 26 أفريل 1993 أنّه" **تبت هيئة التحكيم في اختصاصها وفي أي اعتراض يتعلق بوجود اتفاقية التحكيم أو بصحتها ولهذا الغرض ينظر إلى الشرط التحكيمي بالعقد كما لو كان اتفاقا مستقلاً عن شروطه الأخرى. والحكم ببطلان العقد لا يترتب عنه قانونا بطلان الشرط التحكيمي**".

ثالثا: مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي في القانون الجزائري

لقد كرّس المشرّع الجزائري مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي منذ صدور المرسوم التشريعي رقم 93-09 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية الملغى، واقتصر الأخذ به فقط على التحكيم التجاري الدولي، إذ نص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة 458 مكرر1 من هذا القانون والتي جاءت كما يلي: " **لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب أنّ العقد الأساسي قد يكون غير صحيح**"، وقد احتفظ المشرّع الجزائري بنفس الصياغة تقريبا في إطار قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر في سنة 2008، حيث نصت الفقرة الأخيرة من المادة 1040 على أنّه " **لايمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي**".

إنّ ما يلاحظ على النصين هو أنّ المشرّع الجزائري اعتمد الصياغة المستعملة في القانون السويسري[419]، إذ لم يرد فيهما مصطلح استقلالية، وإنّما اكتفى المشرّع بالنص على أحد

---

[417]- انظر:

Lotfi CHEDLY, « L'arbitrage international en droit tunisien : quatorze ans après le code », op-cit., p397 et 398 ; Mohamed AMMAR, « L'arbitrage en Tunisie depuis l'édiction du code de l'arbitrage », *Rev. Arb*, N°2, 2000, p.251

[418]- انظر:

Kalthoum MEZIOU, « Le droit de l'arbitrage international en Tunisie », *in* www.courdecassation.fr/ime/file/pdf_2007/13-06-2007/13-06-2007-meziou-pdf, p.1.

[419]- حيث تنص الفقرة المادة 178 من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في سنة 1987 على ما يلي: =

الآثار الأساسية التي يرتبها مبدأ الاستقلالية، وهو عدم تأثر اتفاق التحكيم بما قد يصيب العقد الأصلي من بطلان[420].

الفرع الثالث
مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة
للعقد الأصلي في الاتفاقيات الدولية وأهم لوائح التحكيم

على عكس أهم الاتفاقيات الدولية التي لم تتطرق لمسألة تنظيم علاقة اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي(**أولا**)، فإنّ أهم اللوائح المنظمة للتحكيم لدى مراكز التحكيم الدائمة والنظام الذي أصدرته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي(**ثانيا**)، جسدوا بصفة صريحة مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي.

أولاً: مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي في الاتفاقيات الدولية

لم تتطرق أهم الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم، على الأقل بصفة مباشرة، لمسألة استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، هذا ما جعل الفقه يختلف في استنتاج مدى تكريس هذا المبدأ في هذه الاتفاقيات، على غرار اتفاقية نيويورك لعام 1958 واتفاقية جنيف لعام 1961 واتفاقية واشنطن لعام 1965.

1- اتفاقية نيويورك لعام 1958

جاءت اتفاقية نيويورك لعام 1958 في الأساس لتنظيم إجراءات الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، لذلك لم تجد مبرراً لتنظيم إجراءات التحكيم بحدّ ذاته لأنّ ذلك من شأنه أن يخرجها عن موضوعها والهدف من وضعها، غير أنّه بعد النقاش الحاد الذي صاحب صياغتها

=« *3- La validité d'une convention d'arbitrage ne peut pas être contestée pour le motif que le contrat principal ne serait pas valable ou que la convention d'arbitrage concernerait un litige non encore né*».

[420]- رغم ذلك، يرى الأستاذ "**بن عبد الرحمان**" أنّ المشرّع الجزائري كرّس بشكل كامل مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في المرسوم التشريعي رقم 93-09 السالف الذكر. راجع: Dahmane Ben ABDERRAHMANE, op. cit., p. 28.

النهائية[421]، اتفقت الدول المجتمعة لتوقيعها على إدراج مادة فيها تخص معالجة اتفاقات التحكيم بوصفها أساس صدور أحكام التحكيم ، وصيغت هذه المادة على النحو التالي:

(1- تعتمد كل دولة من الدول المتعاقدة الاتفاقية المكتوبة التي يلتزم فيها الأطراف بأن تعرض على التحكيم جميع الخلافات التي قامت أو يمكن أن تقوم بينها بخصوص علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أم غير تعاقدية تتضمن قضية من شأنها أن تسوى عن طريق التحكيم.

2- المراد " بالاتفاقية المكتوبة" هو الشرط التحكيمي المدرج في العقد أو في اتفاق التحكيم الموقع عليه من أطراف أو المتضمن في رسائل أو برقيات متبادلة.

3- تقوم محكمة أية دولة متعاقدة، يرفع إليها نزاع بشأن قضية أبرم الأطراف بخصوصها اتفاقية حسب مفهوم هذه المادة بإحالة الأطراف على التحكيم، بناء على طلب أحد الأطراف، إلا إذا لاحظ أنّ الاتفاقية المذكورة باطلة، أو عديمة الأثر، أو لا يمكن تطبيقها[...])[422] .

حاول جانب من الفقه التوسّع في تفسير المادة الثانية من الاتفاقية المذكورة، وقد ذهب إلى حدّ القول بأنّ هذه الاتفاقية قنّنت مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، حيث أسس رأيه على ما تضمنته المادة الثانية من قواعد تقضي بإلزام الدول الأعضاء بالاعتراف باتفاق التحكيم المكتوب، ومنع محاكمها من نظر النزاعات التي اتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لحلها.

تعرض هذا الرأي لانتقادات شديدة لأنه اعتمد على تفسير يحمّل نص المادة الثانية من الاتفاقية ما لا تحتمله صياغته[423]، حيث وصف" بالتفسير المغالى فيه"[424]، كونه لم يتضمن أيّة إشارة إلى أن الاعتراف والتنفيذ يمكن أن يتحققا في حالة بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو

---

[421]- راجع حول هذا النقاش: **سامية راشد**، مرجع سابق، 148 وما يليها.

[422]- يتعلق الأمر بالمادة الثانية من هذه الاتفاقية.

[423]- في نفس المعنى: **عمر نوري عبد الله عبابنه**، مرجع سابق، ص199،

[424]- **سراج حسين محمد أبو زيد**، مرجع سابق، ص 194.

انقضائه، فهذا النص لم يتضمن أيّة إشارة إلى مسألة استقلالية اتفاق التحكيم عن العلاقة الأصلية، وعدم تأثره بما قد يلحق هذا الأخير من أسباب البطلان أو الفسخ أو الانقضاء[425].

ذهب جانب آخر من الفقه إلى استخلاص أنّ اتفاقية نيويورك تكرّس بصفة ضمنية مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، بل وأنّ هذا المبدأ "اكتسب الصفة الدولية بعد المصادقة على هذه الاتفاقية"[426]، وذلك من خلال الفقرة الأولى من المادة الخامسة التي اعترفت بأحد النتائج الأساسية له، وهي إمكانية إخضاع اتفاق التحكيم لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي[427]، حيث تنص هذه الفقرة على أنّه:

(لا يرفض اعتماد القرار وتنفيذه بناء على طلب من طرف المستشهد به ضده إلاّ إذا قدم هذا الطرف إلى السلطة المختصة في البلد المطلوب الاعتماد والتنفيذ فيه الدليل على ما يأتي: أ- أنّ الأطراف في الاتفاقية المذكورة في المادة 2 كانت بموجب القانون المطبّق عليها محكوما عليها بعدم الأهلية، أو أنّ الاتفاقية المذكورة غير صالحة بموجب القانون الذي أخضعها الأطراف إليه، أو أن لم توجد الإشارة إلى هذا الصدد، بموجب قانون البلد الذي صدر فيه القرار أو[...]).

بيد أنّه، وإن كان نص المادة (1/5. أ) قد تعرض لمسألة القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وهذا أمر طبيعي لأن اتفاق التحكيم هو مصدر سلطة المحكم بالفصل في النزاع، وبالتالي أساس حكم التحكيم نفسه، إلاّ أنّ هذا النص لم يتطرق إلى القانون الذي يحكم العقد

---

[425]- اعتبر الدكتور **إبراهيم أحمد إبراهيم** أنّ الفقه المصري القائل بتقنين مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي في اتفاقية نيويورك يرغبون من وراء ذلك التمسّك بتطبيقه في مصر التي انضمت إلى هذه الاتفاقية، حيث كان المشرّع المصري آنذاك لا يعترف بهذا المبدأ. أما القانون الجديد، كما سنرى في حينه، فإنّه نص عليه صراحة.
انظر: إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص99.

[426]- **عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص335.

[427]-**منير عبد المجيد**، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 2000، ص144.

الأصلي، حتى يمكن لنا استخلاص أنّ الاتفاقية قد أقرّت مسألة استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي فيما يتعلق بالنظام القانوني الذي يحكمه[428].

أرى من جهتي أنّ اتفاقية نيويورك لم تتضمن ما يفيد أنها كرّست مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، فالفقرة الثالثة من المادة الثانية تعرضت بالنص إلى الحالات التي لا يمكن معها تطبيق قاعدة عدم اختصاص القضاء الوطني، لكنها لم تبيّن علاقة اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي، أما المادة الخامسة في فقرتها الأولى(أ)، فإنّها تطرقت إلى القانون الذي يحكم صحة اتفاق التحكيم، لكن ذلك ليس مقارنة بالقانون الذي يحكم العقد الأصلي، أي أنّها لم تنص على إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون غير ذلك الذي يحكم العقد الأصلي.

إنّ عدم وجود نص في اتفاقية نيويورك لا يحول دون الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وأعتُبِر أنّ هذه الاتفاقية تركت" تنظيم هذه المسألة إلى القوانين المحتمل تطبيقها على هذا الاتفاق"[429].

2- اتفاقية جنيف لعام 1961

لم تتضمن الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي الموقع عليها في جنيف بتاريخ 21 أفريل1961، على غرار الاتفاقية السابقة، نصاً يقرِّر صراحة استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، رغم اتخاذها موقفاً صريحاً فيما يتعلق بمسألة اختصاص المحكمين بالفصل في اختصاصهم، وذلك في الفقرة الثالثة من المادة الخامسة.

رغم ذلك، ذهب جانب من الفقه[430] إلى الاستناد على نص هذه المادة للقول بأنّ اتفاقية جنيف كرّست بشكل صريح مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، ذلك لأنّها

---

[428]- **سراج حسين محمد أبو زيد**، مرجع سابق، ص 196.

[429]- انظر في ذلك:

Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, op. cit., p. 219.

[430]- إذ يرى الأستاذ "GOLDMAN" أنّه:

« …[c]ette disposition ne consacre pas l'autonomie de la convention d'arbitrage de manière seulement implicite, par la consécration expresse de la kompétenz- kompétenz ; on peut penser qu'elle la confirme aussi en prévoyant que l'arbitre a le pouvoir de statuer sur l'existence ou la validité de =

لم تقتصر فقط على تكريس مبدأ " الاختصاص-بالاختصاص"، بل ذهبت إلى أبعد من ذلك، حيث أنّ نص المادة يقضي بسلطة المحكم بالفصل في مدى وجود وصحة اتفاق التحكيم أو العقد الأصلي الذي يتضمنه، مما يعني أنّ وجود وصحة كلا منهما يقدّران على نحو منفصل.

غير أنّ جانب كبير من الفقه[431] يرى أنّ اتفاقية جنيف لم تتضمن ما يفيد أنّها كرّست مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، فرغم أنّها نصت صراحة على مبدأ "الاختصاص- بالاختصاص"، وهذا الأخير يتصل بشكل وثيق بموضوع استقلالية اتفاق التحكيم، إلا أنّهما مبدأين مختلفين ولا يمكن استخلاص هذا الأخير من الأول، ويمكن القول فقط بأنّ المادة (3/5) من هذه الاتفاقية تعترف ضمنياً بالاستقلالية، خاصة وأنّنا لا نجد نصاً يحول دون الاعتراف بهذا المبدأ في هذه الاتفاقية.

هذا ويرى الدكتور" سراج حسين محمد أبو زيد"أنّه «من غير الممكن أن نستخلص من نص المادة (3/5) اختصاص المحكم بالفصل في مسألة وجود أو صحة العقد أنّه يقرّر في نفس الوقت مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، فلو أنّ واضعي النص يريدون الوصول إلى هذه النتيجة لكان عليهم أن يضيفوا إلى نص المادة ما يفيد بأنّ المحكم، إلى جانب أنّ له سلطة الفصل في مسألة وجود أو صحة العقد الأصلي، يظل مختصاً حتى إذا ثبت لديه عدم صحة العقد الأصلي أو بطلانه على نحو ما فعلت قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية. ففي هذا الفرض فقط كان من الممكن القول بأنّ النص يقرر استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي»[432].

3- اتفاقية واشنطن لعام 1965

جاءت اتفاقية واشنطن المنِشئَة للمركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات، والموقع عليها بتاريخ 18 مارس 1965، خالية من أيّ نصٍّ يتناول- بصفة مباشرة- تنظيم مسألة

=la convention d'arbitrage ou du contrat principal, ce qui signifie que l'existence ou la validité sont appréciées séparément pour ces deux contrat».

Berthold GOLDMAN, «Arbitrage commercial international : convention d'arbitrage- généralités- autonomie et principe de validité- loi applicable », *J.C.D International*, fasc. 586-1, N°23, 1989.

[431]- انظر على سبيل المثال: **حفيظة السيد الحداد**، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 29. **سراج حسين محمد أبو زيد**، مرجع سابق، ص 196 وما يليها، **حارث عبد العالي**، شرط التحكيم في المادة التجارية على ضوء العقود النموذجية والاتفاقيات الدولية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، المغرب 2006، ص77.

[432]- **سراج حسين محمد أبو زيد**، مرجع سابق، ص 197.

العلاقة بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، إلاّ أنّ بعض الفقه[433] استنتج تكريساً ضمنياً لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنّسبة للعقد الأصلي، وذلك من خلال المادة 41 من هذه الاتفاقية والتي نصت صراحة على اختصاص محكمة التحكيم بالفصل في اختصاصها[434].

إنّ هذا الاستنتاج مبالغ فيه لأنّ مبدأ "الاختصاص– بالاختصاص" لا يلتقي مع مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي إلاّ بشكل جزئي[435]، لذا لا يمكن استنتاج تكريس الاتفاقية لهذا المبدأ رغم أنّها لم تنص على ما يحول دون إعماله.

ثانيا: في القانون النموذجي وأهم لوائح التحكيم

في بادئ الأمر، تجدر الإشارة إلى أنّ لوائح التحكيم ذات الطابع الدولي ليست لها أيّة قوة إلزامية ذاتية، فمن الناحية القانونية البحتة تكريس هذه اللوائح لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي لا يضيف أية قيمة، ولا تستمد هذه اللوائح إلزاميتها إلاّ من إرادة الأطراف على تطبيق أحكامها. غير أنّ المبادئ التي تجسدها تعكس لا محال الإجماع الدولي على الأخذ بها[436]، وينطبق الأمر كذلك على القانون النموذجي للتحكيم.

1- في القانون النموذجي للتحكيم

جاء القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في سنة 1985، بهدف الإسهام في وضع إطار قانوني موحّد لتسوية النزاعات الناجمة عن العلاقات التجارية بصورة منصفة وفعالة، لهذا أوصت الجمعية العامة لهذه اللجنة جميع الدول بأن تعطي الاعتبار الواجب لهذا القانون بالنظر إلى أنّه من المرغوب فيه

---

[433]- من بينهم: **عاطف شهاب**، مرجع سابق، ص 290. **عمر نوري عبد الله عبابنه**، مرجع سابق، ص200.

[434]- جاء نص هذه المادة كما يلي: (1- إن المحكمة محكومة باختصاصها.

2- إذا أثير دفع بعدم الاختصاص، من قبل أحد الأطراف يقوم على الإدعاء بعدم دخول النزاع في نطاق اختصاص المركز، أو من أجل أيّ سبب آخر يتعلق باللّجنة، فإنّ اللّجنة تقوم بفحصه وعلها أن تقرّر ما إذا كان يجب أن يعامل باعتباره مسألة شكلية أو أنّ فحصه يجب أن يلحق بفحص النقاط الموضوعية).

[435]- في الاختلاف بين المبدأين:

Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, op-cit., p. 229; Antonias DIMOLITSA, op. cit., p. 305 ; Emmanuel GAILLARD, « Arbitrage commercial international, convention d'arbitrage, Autonomie et principe de validité, Droit applicable », op-cit., n°28.

[436]- في نفس المعنى: Catherine BLANCHIN, op-cit, p17

أن يكون قانون الإجراءات التحكيمية موحداً، وبالنظر إلى الاحتياجات المحدّدة لممارسات التحكيم التجاري الدولي[437].

من هذا المنطلق، كرّس هذا القانون مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي بصفة صريحة، وذلك من خلال المادة 16 منه حيث تنص"**[...] ولهذا الغرض، ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكّل جزءا من عقد كما لو كان اتفاقا مستقلاً عن شروط العقد الأخرى. و أي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم**"[438].

2- في أهم لوائح التحكيم

إنّ تكريس هذه اللوائح لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يتعين تفسيره- كما ذهب إليه جانب من الفقه الفرنسي[439] - على أنّه تعبير عن إرادة الأطراف في أن يعامل اتفاق التحكيم على نحو مستقل عن المعاملة التي يتلقاها العقد الأصلي، واعتبرت هذه القاعدة من هذا الجانب من الفقه بمثابة قرينة، إذ أنّ للأطراف دائماً مخالفة النصوص التي تتضمنها لائحة التحكيم التي يتبنوها.

تتمتع هذه القرينة بفائدة عملية بالنسبة للمحكمين الذين يرون ضرورة تطبيق قانون مختلف على اتفاق التحكيم، إذا كان هذا القانون يجهل هذه التفرقة، وذلك على الرغم من إشارة الأطراف لهذه اللائحة، ففي هذا الفرض يكفي لهؤلاء الأطراف ملاحظة أنّ هذا القانون لا يكرّسها صراحة، ويستندون على مبدأ سلطان الإرادة من أجل الفصل بين مصير اتفاق التحكيم ومصير العقد الأصلي.

---

[437]- قرار الجمعية العامة رقم 72/40 المؤرخ في 11 ديسمبر 1985، هذا القرار منشور على موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي التالي: www.uncitral.org

[438]-نص القانون منشور على موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (CNUDCI) التالي:
www.uncitral.org

[439]- راجع: Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, op. cit., p.216

على سبيل المثال، كرّست اللائحة التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في صيغتها المعدلة في عام 2010، في المادة 23 منها مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، بصفة واضحة لا تدع مجالاً لأيّ جدل فقهي[440].

كرّس نظام غرفة التجارة الدولية بباريس لسنة 1998 من جهته هذا المبدأ، حيث نصت الفقرة الرابعة من المادة السادسة منه على أنّه "**ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، فإنّ الإدعاء ببطلان العقد أو انعدامه لا يؤدي لعدم اختصاص المحكم إذا قدّر صحة اتفاق التحكيم. ويظل المحكم مختصا حتى في حالة انعدام العقد أو بطلانه، وذلك لتحديد الحقوق المتبادلة للأطراف والفصل في طلباتهم واستنتاجاتهم**"[441].

لقد كرّس هذا المبدأ حتى في اللوائح النافذة لدى مراكز التحكيم الموجودة في البلدان الأنجلوسكسونية، المعروفة بترددها تجاهه، فنجده مثلا في المادة 1/14 من قواعد محكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، كما نجده في المادة 2/15 من قواعد الجمعية الأمريكية للتحكيم الصادرة في عام 1997...إلخ.

---

[440]- وقد جاء نص المادة 23 (يقابله نص المادة 21 من صياغة 1976) بصياغة مماثلة لتلك التي استعملت فيما بعد في المادة 16 من القانون النموذجي لنفس اللجنة، حيث نصت(ولهذا الغرض، ينظر إلى بند التحكيم الذي يشكّل جزءا من عقد كما لو كان اتفاقا مستقلاً عن بنود العقد الأخرى. ولا يترتب تلقائياً علي أي قرار لهيئة التحكيم ببطلان العقد بطلان بند التحكيم).
هذه اللائحة منشورة على موقع اللجنة: www.uncitral.org

[441]- يتعلق الأمر بترجمتي، بينما جاء النص الأصلي كما يلي:
« Sauf stipulation contraire, la prétendue nullité ou inexistence alléguée du contrat n'entraîne pas l'incompétence de l'arbitre s'il retient la validité de la convention d'arbitrage. Il reste compétent, même en cas d'inexistence ou de nullité du contrat, pour déterminer les droits respectifs des parties et statuer sur leurs demandes et conclusions ».
هذا النظام منشور على موقع المركز: www.iccbo.org

المطلب الثاني

صعوبة تأسيس مبدأ استقلالية
اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي

تعتبر فكرة استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي حاليا، من المبادئ المستقرة في التحكيم التجاري الدولي، وقد تجلى ذلك بوضوح من موقف الأنظمة القانونية المقارنة، لكن رغم ذلك، تبقى بعض الأمور الغامضة التي مازال الجدل قائماً بشأنها، بالرغم من كونها لم تحظ بالاهتمام الكافي لكونها من المسائل القانونية البحتة التي ناد الفقه إلى تجاوزها.

نجد من بين المسائل التي عجز الفقه في حسمها إلى حد الآن، مسألة تفسير وتأسيس بقاء اتفاق التحكيم نافذاً وفعالاً، عندما يكون العقد الذي يرد فيه أو يتعلق به باطلاً أو منقضياً، ففي حين يرى البعض إعمال نظرية البطلان الجزئي للتصرفات القانونية (**الفرع الأول**)، يفضل البعض الآخر إعمال نظرية تحول العقد (**الفرع الثاني**)، غير أن ا أغلبية تؤسس المبدأ على نظرية ازدواجية العقد (**الفرع الثالث**)

الفرع الأول
إعمال نظرية البطلان الجزئي للتصرفات القانونية

تبدو فكرة استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي متعارضة-كما لاحظه جانب من الفقه - مع المبادئ العامة التي تقضي بأنّ " الجزء يتبع الكل" وأنّ " ما بني على باطل فهو باطل"، إلا أنّ الأخذ بهذه الفكرة(الاستقلالية)- حسب الفقه المؤيّد لها- كان من مقتضيات التجارة الدولية وما تستتبع من ضرورة تحقيق فعالية التحكيم وتشجيع اللجوء إليه وتطويره[442].

حاول جانب من الفقه تأسيس استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي على نظرية البطلان الجزئي للتصرفات القانونية، أو كما تسمى أيضا نظرية انتقاص العقد، التي تعتبر

[442]- انظر في ذلك: **إبراهيم أحمد إبراهيم**، مرجع سابق، ص89 و90؛ **ماهر محمد صالح عبد الفتاح**، اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004، ص178.

من بين النظريات المستقرة في القانون المدني، ومفادها أنّ التصرف القانوني يمكن أن يكون صحيحاً رغم بطلان أحد شروطه أو أجزائه.

يرى هذا الجانب من الفقه المؤيّد لاستقلالية اتفاق التحكيم، أنّه يمكن للعقد أن يكون باطلاً في جزء منه وصحيحاً في جزء آخر تطبيقاً للنظرية السابقة، و هو ما ينطبق على عقد التجارة الدولية، فلو افترضنا - حسب هذا الجانب من الفقه- أنّ الأطراف أبرموا عقداً دولياً ورد فيه شرطٌ للتحكيم ووقع هذا الأخير باطلا، فإنّ ذلك لا يحول دون صحة العقد الأصلي الذي ورد فيه أو يتعلق به، ويبقى ساري المفعول ويرتب آثاره[443].

لقد حاول هؤلاء الفقهاء الاستناد إلى النصوص المكرّسة لهذه النظرية في قوانين الالتزامات، من أجل استنتاج تكريس استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي في الأنظمة القانونية للدول، التي لم تتبّن هذا المبدأ الأخير صراحة في القوانين الخاصة بالتحكيم[444]، وهو ما حاول الأستاذ القدير "أحمد محيو" الوصول إليه قبل صدور المرسوم التشريعي رقم 09/93 الذي عدّل وتمّم قانون الإجراءات المدنية الملغى، والذي أدخل فصلاً كاملاً يُعنى بتحديد القواعد المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، ومن بينها قاعدة عدم تأثر اتفاق التحكيم بعدم صحة العقد الأصلي[445].

يقتضي تطبيق هذه النظرية في القواعد العامة، توافر شروط معيّنة، لعّل أهمها أن يكون الجزء الباطل قليل الأهمية مقارنة بالشروط العقدية الأخرى الواردة في نفس العقد[446]. بعبارة أخرى، تعتمد هذه النظرية أساساً على معيار أهمية الشّق أو الشرط الباطل أو القابل للإبطال بالنسبة للعقد، فإذا كان له دور كبير في الدفع إلى تعاقد الأطراف يبطل العقد بكامله،

---

[443]- انظر في ذلك: Philippe FRANCESCAKIS, op- cit., p.74 et 75

و كذلك: **سراج حسين محمد أبو زيد**، مرجع سابق، ص 192 ؛ **مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال**، مرجع سابق، ص 350؛ **أشرف وفا محمد**، مرجع سابق، ص 220.

[444]- انظر على سبيل المثال: **فوزي محمد سامي**، التحكيم التجاري الدولي، الجزء الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص214 و215

[445]- راجع: Ahmed MAHIOU, « L'arbitrage en Algérie », *RASJEP*, N°4, Alger 1989, p714

[446]- تنص المادة 104 من القانون المدني الجزائري على أنّه: (إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبيّن أنّ العقد ما كان ليتم بغير الشّق الذي وقع باطلاً، أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كلّه).

أما إذا كانت أهميته ثانوية و لم يكن الدافع إلى التعاقد فيبطل الشرط وحده ويبقى العقد صحيحا[447].

يبدو أنّ هذه النظرية لا تصلح كأساس لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، فإذا ما استثنينا القانون المدني المغربي الذي كرّس نظرية انتقاص العقد أو البطلان الجزئي للتصرفات القانونية بصياغة تسمح بتطبيقه على حالة اتفاق التحكيم[448]، حيث نص الفصل 308 من قانون الالتزامات والعقود على أنّ "**بطلان جزء من الالتزام لا يبطل الالتزام في مجموعه إلا إذا أمكن لهذا الالتزام أن يبقى قائما بدون الجزء الذي لحقه البطلان، وفي هذه الحالة الأخيرة، يبقى الالتزام قائماً باعتباره عقداً مميزا عن العقد الأصلي**"، فإنّ القوانين الأخرى لا تسمح بتطبيقها لتأسيس المبدأ محل الدراسة، وذلك نظراً للاعتبارات التالية:

- إذا كانت نظرية البطلان الجزئي للتصرفات القانونية تفسّر لنا عدم تأثر العقد الأصلي بما قد يصيب اتفاق التحكيم من بطلان أو انقضاء لأيّ سبب كان[449]، فهي تعجز عن تفسير بقاء الاتفاق قائماً رغم بطلان أو انقضاء العقد الأصلي الذي يرد فيه أو يتعلق به، خاصة إذا علمنا أنّ هذه الحالة الأخيرة هي التي تطرح بشدّة في مجال التحكيم التجاري الدولي، ومن أجلها تم الأخذ بفكرة الاستقلالية لتفادي ما يمكن أن ينتج عنها من تعطيل للإجراءات وعرقلة سير التحكيم[450].

---

[447]- انظر: **عبد الرزاق السنهوري**، مرجع سابق، ص405؛ **علي علي سليمان**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص79

[448]- وهذا هو التحليل الذي لجأ إليه البعض قبل صدور القانون رقم 08-05 المعدل لقانون المسطرة المدنية المغربية والذي نص صراحة على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم. انظر على سبيل المثال: **حارث عبد العالي**، مرجع سابق، ص64 و65؛ **فوزي محمد سامي**، مرجع سابق، ص215

[449]- يبدو الأمر في هذه الحالة مجرّد تطبيق للقواعد العامة المتعلقة بالبطلان الجزئي أو انتقاص العقد، لذلك لم يكن من الصعب منذ البداية التسليم بإمكانية فصل شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي تضمنه في الحالة التي يكون فيها شرط التحكيم باطلا والعقد الأصلي صحيحا، وهو ما يعيد الاختصاص بالنظر في النزاع للقضاء.

انظر: **مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال**، مرجع سابق، ص 350

[450]- انظر في نفس المعنى:

Pierre MAYER, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », op. cit., p.361 et 362.

- حتى وإن كانت نظرية البطلان الجزئي للتصرفات القانونية تستطيع أن تفسّر مسألة عدم تأثر العقد الأصلي ببطلان أو انقضاء أو فسخ اتفاق التحكيم الوارد فيه أو المتعلق به، فإنّ إعمالها وتجسيدها من الناحية العملية يمكن أن تواجهه صعوبات تتعلق بتحديد أهمية الشّق الباطل مقارنة مع العقد(الشروط الموضوعية للعقد)، لأنّ معيار أهمية الشّق أو الشرط الباطل أو القابل لإبطال بالنسبة للعقد معيار غير دقيق.

- تظهر صعوبة إعمال هذه النظرية بوضوح في مجال العقود التجارية الدولية التي ترد فيها اتفاقات تحكيم، حيث يكون اللّجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض النزاعات في مثل هذه العقود- كما سبقت إليه- من الضمانات التي تساعد على إبرامها(العقود الدولية)، فتكون بالتالي لهذه الاتفاقات وزن كبير في العقد الدولي، وقد يؤدي غيابها أو عدم قبولها من أحد الأطراف إلى عدم إبرام العقد بكامله، هذا من جهة. من جهة أخرى، يكون إثبات أهمية هذا الشرط أمر في غاية الصعوبة، ويرجع ذلك إلى اختلاف موضوع اتفاق التحكيم عن موضوع العقد الأصلي، فبينما يتعلق الأول بإجراءات تسوية النزاعات، يتعلق الثاني بالالتزامات الموضوعية بين الأطراف.

الفرع الثاني
إعمال نظرية تحول العقد

يرى الدكتور "عادل محمد خير"[451] أنّه يجب استبدال نظرية استقلالية اتفاق التحكيم بنظرية تحول العقد، هذه النظرية الأخيرة التي صاغها الفقهاء الألمان في القرن التاسع عشر قبل أن يأخذ بها القانون الألماني كقاعدة عامة بنص صريح ورد في المادة 140 من التقنين المدني الألماني قبل أن تستقر في القانون المدني المقارن[452].

[451]- **عادل محمد خير**، بطلان اتفاق التحكيم في القانون البحري المصري واتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع (قواعد هامبورج 1978)، د.د .ن، د. م. ن، 2001، ص 95- 101.

[452]- **عبد الرزاق السنهوري**، مرجع سابق، ص403.

حسب صاحب هذا الرأي، فإنّ التصرف الباطل لا ينتج آثار لأنه يعتبر معدوما أمام القانون، لأنّ البطلان يجعل العقد عديم الأثر، فإذا اكتُشِفَ البطلان قبل تنفيذ العقد فَقَدَ التنفيذ موضوعه، وإذا كان العقد قد نُفِّذَ وجب إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد.

غير أنّ القانون يقضي في بعض الحالات بترتيب الآثار التي توخاها المتعاقدان من العقد الباطل بشكل استثنائي نزولا عن اعتبارات جديرة بالعناية، كما هو الحال بالنسبة للشركة الفعلية[453]، كما يضيف هذا الكاتب أنّه " إذا كان العقد الباطل لا ينتج أي أثر من آثاره الأصلية باعتباره (عملاً قانونياً)، فإنّ ذلك لا ينفي أنّ إبرامه يعدّ (واقعة مادية)، وكذلك تنفيذ كل أداء من الأداءات التي أشتمل عليها يكون واقعة مادية، يمكن أن يرتب عليها القانون أثرًا معيناً، فيعتبر واقعة قانونية"[454]، ترتيباً على ذلك، فإنّ العقد الباطل إذا تضمن – رغم بطلانه – أركان عقد آخر، فإنّ العقد الذي توافرت أركانه، متى تبيّن أنّ نيّة المتعاقدين، لو علم بذلك البطلان، كانت تنصرف إلى إبرامه.

يسمح استقرار نظرية تحول العقد في القانون المدني المصري- حسب صاحب هذا الرأي- بتطبيقها في مجال التحكيم الداخلي والدولي[455]، " فبدلاً من استصدار حكم ببطلان العقد الأصلي أو أن يقرر المحكم –أو هيئة التحكيم- الاستمرار في التحكيم على الرغم من بطلان العقد الأصلي بمقولة استقلال شرط التحكيم، فعليه أولاً التحقق من توافر الشروط الثلاثة لمبدأ التحول وهي:(1) وجود عقد باطل، (2) وتضمن ذلك العقد الباطل جميع عناصر عقد غيره، (3) وانصراف نية المتعاقدين المحتملة إلى إبرام هذا العقد الأخير لو علما ببطلان العقد الذي أبرماه فعلاً"[456].

---

[453]- راجع مثلا المادة 418 من القانون المدني الجزائري.

[454]- **عادل محمد خير**، المرجع السابق، ص99.

[455]-المادة 144 من القانون المدني المصري التي تقابلها المادة 105 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنّه: (إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإنّ العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه إذا تبيّن أنّ نيّة المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد.)

[456]- **عادل محمد خير**، مرجع سابق، ص 100 و101.

فإذا تمسك أحد الطرفين ببطلان العقد الأصلي، فيؤول الأمر إلى المحكم الذي يملك سلطة التحقق من توافر الشروط الثلاثة السابقة[457]، ثم يقضي بإحلال العقد الآخر محل العقد الأصلي الذي وقع باطلاً، أي أنّ المحكم يحل محل الطرفين ويبدلهما من عقدهما الباطل جديداً يقيمه لهما، إذا توافرت شروط التحول.

يبقى هذا الرأي معزول رغم تأييده من قبل بعض الكتاب المغاربة[458]، وذلك لصعوبة العمل به لعدة اعتبارات نجملها في ما يلي:

- لا يمكن أن يستفاد من هذه النظرية في مجال تطبيق مبدأ استقلالية اتفاق الحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، لأنّ العقد لا يتحول إلى عقد آخر، إلا إذا كان التصرف باطلاً بأكمله، أما إذا كان جزء منه باطلاً وكان التصرف قابلاً للانقسام، فلا يكون هناك محل لتحويل التصرف بل لانتقاصه أو بطلانه الجزئي للإبقاء على الجزء الصحيح[459].

- تُبرم العقود التجارية الدولية بين محترفين، وعادة ما يساعدهم في ذلك مستشارين متخصصين في النواحي التجارية والقانونية، مما يحول دون إمكانية اتجاه إرادة الأطراف إلى غير العقد الباطل.

- تشترط فكرة تحول العقد الأصلي -كما ذكر سابقا- توفر ثلاثة شروط ولا يمكن إعمالها في حالة تخلف أحدها، في هذه الحالة تطرح من جديد مسألة علاقة اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي الباطل، فهذه النظرية تعجز عن معالجة هذه الحالة.

- يشمل نطاق إعمال مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، إلى جانب حالة البطلان، حالات أخرى لا يمكن أن تطبق عليها نظرية تحول العقد، فيمكن للطرف الذي يتمسك ببطلان اتفاق التحكيم أن يؤسّس هذا البطلان على فسخ العقد الأصلي، أو انفساخه،

---

[457]- في تفصيل هذه الشروط: **عبد الرزاق السنهوري**، مرجع سابق، ص404-407.

[458]- انظر: **حارث عبد العالي**، مرجع سابق، ص 65.

[459]- راجع: **فوزي محمد سامي**، مرجع سابق، ص215.

أو تنفيذه التام، أو تجديده، أو انعدامه من أساسه. ففي هذه الحالات لا يمكن لنظرية تحول العقد أن تفسّر بقاء اتفاق التحكيم وعدم تأثره بمصير العقد الأصلي.

الفرع الثالث

إعمال نظرية ازدواجية العقد

يرى معظم الفقه المؤيّد لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، أنّ هذا الأخير يجد أساسه المنطقي في كون اتفاق التحكيم عقد قائم بذاته[460]، وأنّ شرط التحكيم الوارد في العقد الموضوعي ليس مجرّد شرط، بل هو عبارة عن عقد آخر من طبيعة مختلفة، فالعقد الذي يرد فيه شرط تحكيم يتكوّن من عقدين مختلفين، يتعلق الأول بالعقد الإجرائي الذي يهدف إلى حل النزاعات الناتجة عن الشروط الموضوعية المكونة للعقد الثاني، والذي يسمى عادة بالعقد الأصلي أو العقد الموضوعي[461]، فاتفاق التحكيم يعدّ تصرفاً قانونياً قائماً بذاته و له كيانه المستقل عن كيان العقد الأصلي[462].

قدّم أصحاب هذا الرأي حججاً عديدة لتبرير موقفهم، فهم يعتبرون أنّ العقد الثانوي المتمثل في اتفاق التحكيم من المحتمل أن لا ينفذ أصلا، وأنّه في حالة تنفيذه سيشكّل أساس تعيين محكمة التحكيم التي تحدد حقوق والتزامات الأطراف في ضوء العقد الأصلي، فعند إبرام

---

[460]- يرى الأستاذ " LOQUIN" أن:

« La séparabilité de la clause compromissoire à l'égard de la convention trouve son fondement logique dans l'objet différent des deux convention. La clause compromissoire est un contrat de procédure qui vise à préciser les droits et les obligations des parties, mais entend régler les litiges relatifs aux clauses substantielles du contrat principal. Il en résulte qu'elle est autre chose qu'une stipulation faisant partie de cette convention, elle est par nature, un second contrat, qui est matériellement inséré dans un autre ».

Voir : Eric LOQUIN, note sous Cass .Civ. (1ère ch –civ), 9 Novembre 1993, *JDI*, N°2, 1994, p .690.

- في نفس المعنى: **ماهر محمد صالح عبد الفتاح** ، المرجع السابق، ص 177.

[461]- في نفس المعنى كتب كل من "REDFERN" و" HUNTER" :

« Un contrat qui contient une clause d'arbitrage se compose de deux contrats distincts, le contrat principal ou contrat de base concerne les obligations commerciales des parties, tandis que le contrat secondaire ou collatéral contient l'obligation de résoudre tout litige découlant des obligations contractuelles par l'arbitrage. Ce contrat secondaire peut n'être jamais mis en œuvre, s'il l'est, il forme la base de la désignation d'un tribunal arbitral, lequel déterminera alors les droits et les obligations des parties en vertu du contrat principal ».

Alan REDFERN, Martin HUNTER, op. cit., p.143.

[462]- **منير عبد المجيد**، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص102.

العقد- حسبهم- لا يكون الأطراف على علم هل سيطبّق شرط التحكيم أم لا؟. وإذا نُفِّذَ، مَن سيكون من الأطراف مدعياً ومن سيكون مدعى عليه بناءً على هذا الشرط في النزاعات التي سيطبق عليها؟

في هذا السياق، يرى الأستاذ "LOQUIN" أنّ طبيعة اتفاق التحكيم –خاصة إذا أخذ صورة شرط التحكيم- تفسّر استقلاليته عن العقد الأصلي الذي يتضمنها، فهو يتعلق بالحق في رفع الدعوى"Le droit d'action"، أي أنّ محل اتفاق التحكيم هو الحق في رفع الدعوى، بينما العقد الأصلي يتعلق بالحقوق الموضوعية التي ينشئها[463]، كما أنّ قبول الدعوى مسألة قبلية ومستقلة عن تكريس الحق الموضوعي موضوع هذه الدعوى، لهذا لا يمكن اعتبار شرط التحكيم داخل في نفس الوحدة المتفاوض عليها مع العقد الأصلي الذي يتضمنه (Même negocium)، هذا من جهة، ويرى هذا الجانب من الفقه من جهة أخرى، أنّ الالتزام الذي يتضمّنه اتفاق التحكيم يمكن أن لا يجد تطبيقاً له على الإطلاق، فقد لا يثور أيّ نزاع بين الأطراف أصلاً، وقد يثور نزاع يفضّل الأطراف حلّه بطريق آخر غير طريق التحكيم، كأن يلجأ الأطراف إلى الصّلح مثلاً. هذه الاعتبارات تجعل اتفاق التحكيم– حسب هذا الجانب من الفقه- مستقلاً عن الالتزامات التعاقدية الموضوعية التي تشكّل العقد الأصلي.

يضيف هؤلاء إلى جانب الاعتبارات السابقة، اعتبار عملي يتعلق بفعالية اتفاق التحكيم، خاصة إذا جاء في صورة شرط تحكيم، حيث يرون أنّ عدم الأخذ بمبدأ الاستقلالية سيؤدي إلى إهدار محل الاتفاق على التحكيم، لأنّ ذلك سيسمح للطرف السيّئ النية بإثارة انعدام هذا الأخير أو عدم فعاليته، استناداً إلى انعدام العقد الأصلي أو انقضائه لأي سبب من أسباب الانقضاء[464].

---

[463]- راجع :

Eric LOQUIN, « La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage (Commentaire du décret n° 2011-48 du 13 Janvier 2011) », *RTD Com.*, 2011, p.258.

[464]– انظر: Alain REDFERN, Martin HUNTER, op . cit., p.144

يبدو أنّ هذا الأساس اصطناعي والهدف منه هو تحقيق فعالية اتفاق التحكيم، فالحديث عن قيام اتفاق التحكيم بذاته رغم وروده في شكل شرط داخل العقد، لا يوجد ما يبرّره، وإذا ما تم الأخذ بالمبرّرات السابقة، فإنّه لا يوجد ما يمنع من إعمال نفس المبدأ بالنسبة للشروط العقدية الأخرى، خاصة منها شرط تحديد الاختصاص القضائي أو شرط تحديد القانون الواجب التطبيق...الخ، وأنّ قول البعض بأنّ "الخروج عن القواعد العامة التي تجعل شرط التحكيم يدور وجوداً وعدماً مع العقد الذي ورد فيه، ما هي إلا تلبية لاعتبارات التجارة الدولية"[465] لا مبرّر لها حالياً، كون مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي مكرّس في بعض الدول حتى بالنسبة للعلاقات الداخلية البحتة[466].

إنّ ما يؤكد الطابع الاصطناعي لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد هو الصياغة التي جاء بها النص المكرّس له في القانون النموذجي، الذي أعدّته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وكذا في بعض القوانين الداخلية التي استلهمت نصوصها من هذا القانون[467]، حيث استعملت عبارة "... ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكّل جزءاً من عقد **كما لو كان اتفاقا مستقلا** عن شروط العقد الأخرى..."، فهذه العبارة تبيّن بوضوح أنّ معدّي هذا القانون لا يعتبرون اتفاق التحكيم(شرط التحكيم) مستقلاً إلاّ افتراضاً لتأسيس اختصاص المحكم للنظر في بطلان العقد الأصلي الذي يرد فيه هذا الشرط، فهذه الاستقلالية لا يمكن أن تتأسس –حسب رأيي– على فكرة ازدواجية العقد.

---

[465]- **ناصر عثمان محمد عثمان**، الدفع بالحصانة القضائية في مجال التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص122.

في نفس المعنى: **إبراهيم أحمد إبراهيم**، مرجع سابق، ص 90.

[466]- وهو الوضع في بعض القوانين التي لا تميّز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي كالقانون المصري، وهو الوضع أيضا حتى في بعض الدول التي تميّز بين النوعين على غرار القانون الفرنسي الذي نص عليه صراحة في تعديل قانون الإجراءات المدنية في سنة 2011، بعدما اعتُمِدَ قضائياً في عدة مناسبات.

[467]- وهو الحال بالنسبة للقانون الإسباني للتحكيم لسنة 2003 (المادة 22) وكذا القانون التونسي للتحكيم لسنة 1993، حيث جاء نص الفصل 1/61 منه كما يلي:" " تبت هيئة التحكيم في اختصاصها وفي أي اعتراض يتعلق بوجود اتفاقية التحكيم أو بصحتها ولهذا الغرض ينظر إلى الشرط التحكيمي بالعقد كما لو كان اتفاقا مستقلاً عن شروطه الأخرى. والحكم ببطلان العقد لا يترتب عنه قانونا بطلان الشرط التحكيمي".

من خلال ما سبق، يتأكد الطابع الاصطناعي لهذا المبدأ، حيث اصطنعه الفقه الغربي مع بداية حركات الاستقلال لحماية مصالح الشركات الغربية في البلدان الحديثة العهد بالاستقلال، ومواجهة الحملة التي شرعت فيها هذه الدول لمراجعة العقود المتعلقة باستغلال ثرواتها نظراً لما كان يشوبها من غبن واضح، وكذا إصدارها لقوانين التأميم، فهذه النظرية عبارة عن استجابة لما نادى إليه الفقيه "René David" في سنة 1958، الذي يرى أنّه لا يمكن التوصل إلى توحيد قانون التحكيم إن لم يُخلّص التحكيم من النظرة القانونية التي تدخله في المفاهيم القانونية البحتة للقوانين الوطنية، وأنّه يجب وضع قواعد خاصة جديدة تنظمه تكون متماشية مع طبيعته الخاصة[468].

هذا ما يفسّر أيضا المقاومة الشديدة التي لقاها التحكيم بصفة عامة، ومبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بصفة خاصة من قبل بلدان العالم الثالث، لأنّه يؤدي إلى انعقاد محاكم التحكيم حتى دون رغبة تلك الدول المستقلة وينتج عنها صدور أحكام تحكيم في حقها لمصلحة الشركات الغربية، لذلك اعتبر البعض[469] هذه المقاومة بمثابة رد فعل طبيعي "للنشأة الاستعمارية" لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم.

---

[468]- حيث كتب الأستاذ "David" يقول:

« On n'arrivera à une unification du droit de l'arbitrage que si l'on s'efforce de« déjuridiser » l'arbitrage, en renonçant à le faire rentrer dans le cadre des concepts proprement juridiques des droits nationaux, et en élaborant pour lui, de façon résolue, des règles nouvelles spécialement adaptées à la nature originale qui lui est propre ».

Cité par : Arnaud RAYNOUARD, « Le développement de l'arbitrage international », *in l'arbitrage en France et en Amérique Latine à l'aube du XXI siècle, aspects de droit comparé*, s.Direc. Bénédicte FAUVARQUE-COSSON et Arnoldo WALD, Société de Législation Comparée, Paris 2008, p.211.

[469]-**محمد عبد العزيز بكر**، مرجع سابق، ص 26.

المبحث لثاني

اختلاف الأنظمة القانونية حول نطاق تطبيق المبدأ ونتائجه

تبيّن جلياً مما سبق، أنّ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي أصبحت مبدأ عام من مبادئ التحكيم التجاري الدولي، وما يؤكد ذلك هو تقريره في جلّ القوانين الوضعية الحديثة، بما فيها القانون الجزائري، وتطبيقه الواسع من طرف المحاكم التحكيمية عندما تطرح عليها مسألة العلاقة الرابطة بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي الذي يرد فيه أو يتعلق به، فضلا عن تكريسه في كل اللوائح الدولية وأنظمة التحكيم المعتمدة لدى المراكز الدائمة عبر العالم، كما أنّ الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم، وإن لم تنص عليه بصفة صريحة، فإنّها لا تتضمن ما يستفاد منه عدم قبولها بهذا المبدأ.

يبقى أنّ هذا الإجماع في تبني فكرة الاستقلالية على مستوى الأنظمة المقارنة لم يتبعها إجماع حول كيفية تطبيقه، فالأنظمة القانونية اختلفت في تحديد مجال تطبيقه من حيث تحديد الحالات التي تدخل في نطاقه والحالات التي يستوجب معها استبعاده(**المطلب الأول**)، كما أنّها اختلفت كذلك، في حالة تطبيقه، حول النتائج التي من الممكن أن تتمخض عنه(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

الاختلاف في تحديد نطاق تطبيق المبدأ

يهدف مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي إلى ضمان فعالية هذا الاتفاق وتحصينه من العدوى، التي من الممكن أن تنتقل إليه من جراء بعض الحالات التي تتسبب في عدم فعالية العقد الأصلي، غير أنّ المسألة المطروحة تتعلق بتحديد تلك الحالات التي تقتضي إعمال هذا المبدأ(**الفرع الأول**)، والحالات التي تستوجب ربط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي، واستبعاد إعمال مبدأ الاستقلالية(**الفرع الثاني**)، هذه المسألة ليس مسألة نظرية فقط بل طرحت في العديد من المناسبات على القضاء في عدة دول، وأثارت اهتمام الفقه الذي أجمع على بعض الحالات واختلف على حالات أخرى، هذا ما يستوجب البحث في موقف القانون الجزائري (**الفرع الثالث**).

الفرع الأول
الحالات التي حصل بشأنها شبه إجماع على إعمال المبدأ

عرفت مسألة تحديد مجال إعمال مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي تطوراً كبيراً في الأنظمة القانونية المقارنة، فإذا كان قرار محكمة النقض الفرنسية، بمناسبة الفصل في قضية " Gosset" ، قد جاء لقرير استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي بالنسبة للعقد الأصلي في حالة عدم صحة هذا الأخير، فإنّ هناك من الأنظمة القانونية في الوقت الراهن التي وسّعت من مجال تطبيقه إلى كل الحالات التي تعرقل فعالية اتفاق التحكيم، وهو ما أدى إلى اقتصار الإجماع على بعض هذه الحالات فقط، بينما لا تزال الحالات الأخرى محل اختلاف جوهري صاحبه جدلٌ فقهي كبير.

لقد سبقت الإشارة إلى أنّ الفقه الغالب يعتبر أنّ مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي يجد أساسه وفقا لنظرية ازدواجية العقد، في أنّ الأطراف عندما يبرمون عقداً يتضمن اتفاق تحكيم، إنّما يبرمون في الحقيقة عقدين مختلفين، يتعلق العقد الأول بالالتزامات الموضوعية (العقد الأصلي)، ويتعلق الثاني باتفاق التحكيم (عقد إجرائي).

يُحصِّن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم هذا الأخير من مصير العقد الأصلي ويطهره من كل الدفوع المستمدة من هذا الأخير، سواءً كان ذلك في حالة البطلان، أو حالة الفسخ، أو الانفساخ أو تجديد العقد، أو التنفيذ الكلي للعقد، ولقد وصل البعض إلى القول بأنّ "الصلح الذي قد يتم بشأن العقد لا ينطلي على اتفاق التحكيم" [470]، فهذه الحالات نجدها مكرّسة في الأنظمة القانونية المقارنة.

عرف مجال إعمال مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في النظام القانون الفرنسي ، الذي كان له الفضل في التطور الذي عرفه التحكيم بصفة عامة، وهذا المبدأ بصفة خاصة، توسيعاً كبيراً، حيث وصل إلى حدّ تقريره في كل الحالات التي يكون فيها العقد "غير فعّال"، فقد نصت

[470]- **تراري الثاني مصطفى**، "استقلالية اتفاق التحكيم كمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري الدولي المعاصر"، مرجع سابق، ص11.

الفقرة الأولى من المادة 1447 من قانون الإجراءات المدنية الجديد،التي تطبق على التحكيم التجاري الدولي عملاً بالإحالة الوردة في المادة 1506 من نفس القانون، على أنّه:

« La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci ».

أُدخل هذا النص –كما ذكر أعلاه – بموجب المرسوم 2011- 48، المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والذي قنّن مبدأ الاستقلالية بعدما ترك قبل ذلك للاجتهاد القضائي الذي جسّده وطوره، ولقد أخذ نص هذه المادة بالعبارة التي استعملتها محكمة النقض الفرنسية في القرارين الصادرين على التوالي في 4 و 9 أبريل 2002[471].

لقي استعمال قانون الإجراءات المدنية الجديد لعبارة " غير فعال" "Inefficacité" ترحيباً كبيراً من قبل جانب من الفقه، لكون هذه العبارة واسعة جداً تسمح بتحقيق استقلالية بلا حدود تقريبا" Quasi-illimitée"، وقد اعتبر هذا الجانب من الفقه أنّ استعمال النص الجديد لهذه العبارة جاء متعمداً والغرض منه هو إعطائه تكييفاً جديداً لم يكن معروفاً في التصنيفات القانونية التقليدية، بحيث يسمح بتغطية كل ما يمكن أن يثار ضد العقد الأصلي، كالانعدام والبطلان والفسخ والانفساخ ...إلخ[472].

يوسع القانون الفرنسي إذن بشكل مفرط من مجال إعمال مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، ويذهب بالتالي أبعد من ما جاء به القانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الذي اكتفى بالنّص على إعمال هذا المبدأ في حالة إثارة بطلان العقد الأصلي فقط، وذلك في نص المادة 1/16 منه بنصها على أنّه " **يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أيّ اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق**

---

[471] - للاطلاع على القرارين انظر:

Cass. Civ. 2e, 4avril 2002 et Cass. Com., 9 avril 2002, *Rev. arb*., n°1/2003, p. 103, note P. DIDIER

[472] - وقد كتب الأستاذ " CLAY" في هذا الصدد:

« D'autre part, en utilisant le terme « inefficacité » du contrat principal, le nouvel article 1447 choisit volontairement une qualification balai, qui n'appartient pas aux catégories juridiques traditionnelles, pour englober tout ce qui pourrait être invoqué à l'encontre du contrat principal : inexistence, annulation, rescision, caducité, résolution, résiliation, opposition, etc. ».

Thomas Clay, op. cit., p.472. Voir dans le même sens : Charles JARROSSON, Jacques PELLERIN, op. cit., p. 13.

التحكيم أو بصحته. ولهذا الغرض، ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشّكل جزءا من عقد كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، وأيّ قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم".

استعملت الصياغة التي جاءت في هذا النص في جل التشريعات التي استمدت نصوصها من هذا القانون النموذجي، ومن بين هذه التشريعات نذكر: إسبانيا[473]، تونـــس[474]، البحرين[475]، اليمن[476]..إلخ، بينما نجد في المقابل بعض التشريعات الأخرى التي حدّدت بشكل أوسع حالات إعمال مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، وذلك بالرغم من أنّها استلهمت نصوص قوانينها من القانون النموذجي، ونذكر على وجه الخصوص التشريع المصري الذي يعتبر من بين التشريعات الأكثر وضوحا في تكريس هذا المبدأ وتحديد الحالات التي تدخل في نطاق تطبيقه[477].

لقد نصت المادة 23 من قانون التحكيم المصري الصادر في سنة 1994 على أنّه" **يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته**"، وهي نفس الصياغة التي استعملها بعد ذلك المشرّع العمّاني في قانون التحكيم لسنة 1997[478].

---

[473]- تنص المادة 1/22 من القانون الإسباني رقم 60-2003 على أنّه:

« Les arbitres seront autorisés à se prononcer sur leur propre compétence, y compris sur les exceptions concernant l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage ou sur n'importe quelle autre exception dont la prise en considération empêcherait d'examiner le fond du différend. À cet effet, la convention d'arbitrage qui fait partie d'un contrat sera considérée comme un accord indépendant des autres stipulations de ce dernier. La décision des arbitres de déclarer la nullité du contrat n'entraînera pas en soi la nullité de la convention d'arbitrage. »

[474]- ينص الفصل 61 /1 من مجلة التحكيم التونسية على أنّه: "تبت هيئة التحكيم في اختصاصها وفي أي اعتراض يتعلق بوجود اتفاقية التحكيم أو بصحتها. ولهذا الغرض ينظر إلى الشرط التحكيمي بالعقد كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شروطه أخرى. والحكم ببطلان العقد لا يترتب عنه قانونا بطلان الشرط التحكيمي".

[475]- المادة 16 من القانون البحريني للتحكيم.

[476]- راجع المادة 16 من القانون اليمني للتحكيم.

[477]- نظر في نفس المعنى: **ناصر عثمان محمد عثمان**، مرجع سابق، ص123.

[478]- راجع المادة 23 من هذا القانون.

نفس الصياغة السابقة كذلك استعملها المشرّع الأردني في القانون الذي أصدره في سنة 2001[479]، والمشرّع المغربي في الفصل 318 من قانون المسطرة المدنية بعد تعديله في سنة 2008[480].

يتجلى من الصياغة السابقة، أنّ التشريعات في كل من مصر والأردن وعمان والمغرب وسّعت من مجال إعمال مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، فهذا المبدأ لا يطبّق فقط، كما نص عليه القانون النموذجي، في حالة بطلان العقد الأصلي، بل يمتد تطبيقه كذلك إلى حالة فسخه و حالة إنهائه.

من جهته، جسّد القضاء الإماراتي أيضا نفس الحل، حيث قضى بأنّ "**[...]بطلان العقد الأصلي، المبرم بين الطرفين والمتضمن شرط التحكيم أو فسخه أو إنهائه لا يمنع من أن يظل شرط التحكيم ساريا ومنتجا لأثره، ما لم يمتد البطلان إلى شرط التحكيم ذاته فيكون في هذه الحالة لا أثر له وذلك باعتبار أنّ شرط التحكيم له استقلالية وموضوع خاص به، وكذلك الحال بالنسبة لثبوت صحة العقد الأصلي وتنفيذه من قبل المتعاقدين أو أحدهما، فإنّه لا يمتد إلى شرط التحكيم متى ثبت أنّه تم الاتفاق عليه ممن لا يملك أهلية التصرف في الحق محل التحكيم قانونا أو اتفاقا بصرف النظر عن موضوع العقد**"[481].

كما قضى أيضا بأنّ "الاتفاق على التحكيم بتلاقي إرادة أطرافه على طرح نزاعهم بشأن تنفيذ عقد معيّن على محكمين بدلاً من القضاء العادي هو عقد قائم بذاته له كيانه القانوني

---

[479]- راجع المادة 22 من القانون رقم 31 لسنة 2001.

[480]- من التطبيقات القضائية لهذا الفصل، القرار رقم 242 الصادر بتاريخ 2009/02/11 عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس، والذي قضى بأنّه " [...] ولما كان من الثابت قانونا من الباب الثامن من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية بعد تعديله بموجب الظهير الشريف رقم 169. 07. 1 بتاريخ 30 نوفمبر 2007 أنّه يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب عن بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته[...]".

هذا القرار منشور في : سلسلة دراسات وأبحاث 3، الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، جمع وتنسيق **زكريا العموري**، منشورات مجلة القضاء المدني، 2013، ص254 و255.

[481]- تمييز دبي- الطعن رقم 164 لسنة 2008، بتاريخ 12 أكتوبر2008، منشور في مجلة التحكيم، العدد الرابع 2009، ص179- 181.

المستقل عن العقد الأصلي محل النزاع سواءً ورد ضمن المحرّر المثبت لهذا العقد في صورة شرط من شروطه أو ورد في وثيقة خاصة منفصلة، فلا يتأثر مصيره بمصير ذلك العقد بطلاناً أو فسخاً طالما وجد النزاع الناشئ عن تنفيذه وهو محل عقد التحكيم"[482].

على العكس من ذلك، نجد أنّ القضاء العُمّاني، ورغم نص المشرّع صراحة في المادة 23 من قانون التحكيم [483]على هذه الحالات بنفس صياغة كل من القانون المصري والقانون الأردني، إلا أنّ محكمة استئناف مسقط ربطت مصير اتفاق التحكيم بانتهاء مدة العقد الأصلي ورفضت ما توصلت إليه محكمة الدرجة الأولى.

ففي القضية رقم 2005/221 بتاريخ 2005/10/17، قضت هذه المحكمة بأنّ" **[...] ما أشارت إليه محكمة الموضوع في حكمها إلى أنّ شرط التحكيم يبقى أثره نافذا أثناء فترة سريان الاتفاقية أو بعد انتهائها طالما نص البند (20) من الاتفاقية والخاص بالتحكيم جاء خاليا من أي قيد زمني لإعمال الاتفاقية هو فهم خاطئ لشرط التحكيم في مجمله بوصفه شرطاً يرد في العقد مثله مثل الشروط الأخرى التي تنصرف إليها نية المتعاقدين ويرتبط وجوده بوجود الاتفاقية في حد ذاتها، ولا يمكن أن يفهم أنّ شرط التحكيم وجد لحكم العلاقة بين الطرفين إلى الأبد أو أن لا يكون مقيداً بالقيد الزمني للاتفاقية، فالغرض والهدف من نص التحكيم هو تطبيق وتنفيذ العقد وليس الهدف منه التجاوز والسمو فوق العقد.**

وحيث يتبّين مما سلف، ودون التطرق إلى باقي أسباب الاستئناف، أنّ الحكم المستأنف قد أخطأ لما اعتبر شرط التحكيم وقضى بعدم قبول الدعوى رغم انتهاء مدة الاتفاقية بين الطرفين في 2003/6/30م، والمعلوم أنّه بانتهائها تنتهي كافة الآثار القانونية الناتجة عنها، إذ لا يمكن أن يفهم أن شرط التحكيم وجد لحكم العلاقة بين الطرفين إلى

[482]- محكمة التمييز، طعن رقم 254 لسنة 2002 بتاريخ 19 ماي 2005، منشور في مجلة التحكيم، العدد الرابع، 2009، ص206 و207.

[483]- تنص المادة 23 من القانون العماني للحكيم على أنّه "يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته".

الأبد...مما يتعين معه إلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به". هذا الحكم أيّدته المحكمة العليا العُمّانية[484].

تبيّن كل هذه الأحكام بصفة جلية الاختلاف الكبير في تفسير مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، وفي تحديد مضمونه وحصر نطاقه بتعداد الحالات التي يطبق فيها والحالات التي تستدعي استبعاده، فالاجتهاد القضائي يلعب دوراً لا يستهان به في تحديد موقف نظام قانوني معيّن من مبدأ الاستقلالية، من خلال تفسير القوانين الداخلية المتعلقة بتنظيم العلاقة بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي.

الفرع الثاني

حالات استبعاد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي

رغم وجود اعتراف شبه كامل، على الصعيدين الدولي والداخلي، بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، إلاّ أنّ ذلك لم يقضي على اختلاف كل من النظم القانونية الداخلية والفقه في تحديد نطاق تطبيقه، فهناك من يرى بأنّ هذا المبدأ مطلق ويطبّق في كل الحالات دون استثناء، وهناك من يرى بأنّه وإن كان يطبق في الكثير من الحالات، إلا أنّ ذلك لا يعني أنه لا يستبعد في حالات معينة، فهو بذلك مبدأ نسبي ويجب الاعتراف له ببعض الحدود والاستثناءات، لاسيما في الحالات التالية:

أولا: حالة استبعاد إعمال المبدأ باتفاق الأطراف

يستند التحكيم بطبيعته على إرادة الأطراف في وجوده، وتتجسّد هذه الإرادة في اتفاق التحكيم المؤسّس لولاية محكمة التحكيم[485]، وبما أنّ اتفاق التحكيم عقد كسائر العقود

---

[484]- وقائع القضية والأحكام القضائية الصادرة فيها منشورة في: مجلة التحكيم، العدد الرابع، 2009، ص 395 وما يلها، تعليق **الدكتور عبد الله السعيدي**.

[485]- انظر: **أحمد السمدان:** " القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي"، مجلة الحقوق الكويتية، السنة 17، عدد 1- 4، 1993، ص 174.

الأخرى، فإنّه يخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين المنصوص عليه في القانون المدني[486]، والذي مفاده أنّ العقد المبرم بين الأطراف لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاقهم أو للأسباب التي يقرها القانون.

علماً أنّ إرادة الأطراف في التحكيم التجاري الدولي لا يحدها إلاّ النظام العام الدولي[487]، فمن الطبيعي أن يكون لهؤلاء الأطراف الحرية الكاملة في إبرام اتفاق التحكيم بشكل يجعله مستقلاً عن العقد الأصلي[488]، فإذا اتفق الأطراف صراحة في اتفاق التحكيم مثلاً على تطبيقه على النزاعات المتعلقة ببطلان العقد الأصلي أو بفسخه، أو في حالة إحالة تنظيمه إلى نظام يعترف بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، ففي هذه الأحوال يكون اتفاق التحكيم مستقلاً عن العقد.

في المقابل، يكون أيضا لهؤلاء الأطراف الحرية في إبرام اتفاق التحكيم بشكل يكون مصيره تابعاً لمصير العقد الأصلي الذي يرد فيه أو يتعلق به، أي أنّ الأطراف يتفقون صراحة على أن بطلان العقد الأصلي أو انقضائه لأحد أسباب الانقضاء، يؤدي إلى بطلان أو انقضاء اتفاق التحكيم، أكثر من ذلك، يرى البعض أنّه من المفروض لا استقلالية دون اتفاق الأطراف، أي أنّ المبدأ هو تبعية اتفاق التحكيم للعقد الأصلي والاستثناء هو استقلاليته[489].

إذا أخذنا بالفكرة السابقة، وإذا افترضنا أنّ الأطراف اتفقوا على فسخ العقد وما يحتوي عليه من بنود وشروط، بما فيها شرط التحكيم، فالمنطق يقضي بتفسير هذا الفسخ على أن الأطراف أرادوا استبعاد مبدأ الاستقلالية، غير أن محاكم التحكيم توصلت إلى عكس ذلك حتى في هذه الحالة، وذلك من خلال إعمال مبدأ الاستقلالية.

---

[486]- تنص المادة 106 ق م ج مثلا على أن: (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون).

[487]- انظر : Nour-Eddine TERKI, *L'Arbitrage commercial international en Algérie*, op. cit., p.44

[488]- انظر في ذلك: René DAVID , op .cit., p. 266.

[489]- حيث كتب الأستاذ "MAYER":

«*Il faudrait donc que l'unité formelle soit démentie par une volonté manifeste de séparation intellectuelle, ce n'est pas inconcevable* ».
Pierre MAYER, " les limites de la séparabilité de la clause compromissoire", op. cit., p. 360.

ففي الحكم التمهيدي الصادر في القضية رقم 5651 بين الشركة الوطنية "سوناطراك" وإحدى الشركات الأجنبية، قضت محكمة التحكيم المشكّلة وفقاً لنظام غرفة التجارة الدولية باختصاصها بالفصل في النزاع بناءً على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، بالرغم من أنّ الطرفين اتفقا على فسخ العقد[490]، بما فيه شرط التحكيم، وذلك بعبارات واضحة لا تحتمل التأويل.

لذا يرى البعض وبحق، أنّ هذا الحكم جاء عكس إرادة الأطراف، وهو ما يفرغه من أساسه (أي اتفاق التحكيم الذي هو مصدر ولاية محكمة التحكيم)، وقد وصف التفسير الذي اعتمدته المحكمة في هذا الحكم بالتعسفي، حيث أدى إلى الخروج عن المعنى الصحيح لمبدأ الاستقلالية[491].

من خلال كل هذا، يمكن لنا القول بأنّ إرادة الأطراف واتجاهها إلى ربط اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي، يمثل قيداً أو استثناءً على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، ويجب استبعاد إعمال هذا الأخير كلّما تبيّن أنّ إرادة الأطراف- سواء كانت صريحة أو ضمنية- متجهة إلى ذلك، فاستقلالية اتفاق التحكيم إذن ليست من النظام العام ولا شيء يمنع الأطراف من الاتفاق على ربط اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي بصفة يكون باطلاً أو لاغياً إذا كان هذا الأخير باطلاً أو لاغياً، وأنّ القول بعكس ذلك غير مقبول لأنّ مؤسسة التحكيم التي تستمد وجودها من إرادة الطرفين لا يمكن أن تكون أقوى من هذه الإرادة[492].

نشير هنا إلى أنّ تعديل قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في سنة 2011 أحدث لبساً في هذه المسألة، فقد نص على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي في المادة

---

[490]- سأعود لتفاصيل هذه القضية عند الحديث عن موقف المشرّع الجزائري، هذه القضية غير منشورة وأشار إليها الأستاذ **تركي نور الدين**. انظر:

Nour-Eddine TERKI**,** *L'Arbitrage commercial international en Algérie,* op. cit., p.40.

[491]- راجع في هذا الرأي:

ALLIOUCHE KERBOUA- MEZIANI Naîma, op. cit., p. 26 ; *Nour-Eddine TERKI, L'Arbitrage commercial international en Algérie, op. cit.,* p. 44.

[492]- انظر في نفس المعنى تعليق **فايز الحاج شاهين** على قرار محكمة استئناف لبنان رقم 2008/192 الصادر بتاريخ 2008/2/5، مجلة التحكيم، العدد الأول، 2009، ص120.

1447 منه المتعلقة بالتحكيم الداخلي بصفة واضحة ودون ربطه بإرادة الأطراف، بينما نص في الإحالة التي أوردها في المادة 1506 على تطبيق المادة 1447 على التحكيم الدولي بشرط عدم استبعاد تطبيقها من قبل الأطراف، ومع مراعاة القواعد المنصوص عليها في الفصل المتعلق بالتحكيم الدولي، فقد جاء نص الإحالة في المادة 1506 كما يلي:

«A moins que les parties en soient convenues autrement et sous réserve des dispositions du présent titre, s'applique à l'arbitrage international les articles :
1° 1446,1447, 1448(alinéas 1 et 2) et 1449, relatifs à la convention d'arbitrage ;
2° [...]»

تسمح هذه المادة للأطراف – حسب تقديري- باستبعاد إعمال مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، وهو ما من شأنه أن يُجرّد هذا المبدأ من صفته كقاعدة مادية تطبق في كل الحالات، حسب ما توصلت إليه محكمة النقض الفرنسية في القرار الذي أصدرته بمناسبة الفصل في قضية « Unikod » ضد « Ouralkali » بتاريخ 30 مارس 2004[493]، وهو القرار الذي رحب به الفقه المؤيد للاستقلالية التامة لاتفاق التحكيم.

نشير إلى أنّ القانون الفرنسي ليس القانون الأول الذي اعترف صراحة للأطراف بإمكانية ربط اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي وتوحيد مصيرهما، وبالتالي استبعاد إعمال مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، فقد نصت مثلا المادة السابعة من قانون التحكيم الإنجليزي الصادر في سنة 1996 على أن إعمال مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يكون فقط في حالة اتفاق الأطراف على غير ذلك[494].

يرى بعض الكتاب تعليقاً على نص المادة السابقة، أنّ إعطاء الأطراف حرية استبعاد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، وبالتالي ربط مصير هذا الاتفاق بمصير العقد الأصلي، يشكّل

---

[493]- منشور في : *Rev. arb.*, n°4/ 2005, p. 959, note Seraglini.

[494]- تنص المادة 7 من قانون التحكيم الإنجليزي على ما يلي:
« Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement which forms or was intended to form part of another agreement (whether or not in writing) shall not be regarded as invalid, non-existent or ineffective because that other agreement is invalid, or did not come into existence or has become ineffective, and it shall for that purpose be treated as a distinct agreement ».

عقبة كبيرة أمام نظام التحكيم الإنجليزي الذي قطع شوطاً كبيراً من التردّد قبل تبنّي هذا المبدأ[495].

في نفس السياق، يعتبر البعض الآخر أنّ ذلك يشكّل تقويضاً خطيراً لمبدأ الاستقلالية الذي أصبح من المبادئ المعترف بها عالمياً، سواءً في الاتفاقيات الدولية، أو في أحكام ومؤسسات ومراكز التحكيم التجاري الدولي، وقد وصل الأمر بصاحب هذا الرأي إلى حدّ اعتبار مبدأ الاستقلالية قاعدة آمرة في التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي، لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها، وإلاّ وقع هذا الاتفاق باطلاً، واعتبر أنّ القول عكس ذلك ضرب من العبث، ويرى ضرورة إعمال مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم مادام قد ورد هذا الاتفاق صحيحا في ذاته، وهو ما يجعل اتفاق التحكيم الدولي كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية يتمتع بميزة كبيرة، تجعله قادراً على حكم المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود دون أن يتأثر بالعيوب التي قد تلحقها[496].

يجانب هذا الرأي الصواب من وجهة نظري، وذلك نظراً لعدة اعتبارات يمكن إجمالها في ما يلي:

– إنّ إقرار مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي ليس غاية في ذاته، بل جاء بغرض إقفال باب المماطلة وتعطيل إجراءات التحكيم من أحد أطرافه، أو حتى التحلّل التام من التزامه بهذا الاتفاق بعد إبرامه إذا رأى فيه تهديداً على مصالحه، فهو بالتالي بمثابة وسيلة لتحقيق فعالية التحكيم التي تعني حماية إرادة أطرافه، وتمكين هذه الإرادة من إحداث آثارها القانونية وفقاً لما اتجهت إليه أثناء إبرام ذلك الاتفاق.

ففي حالة توافق إرادة الأطراف على استبعاد إعمال مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم وربط مصير هذا الأخير بمصير العقد الأصلي، فإنّ المنطق السابق يقضي باحترام إرادة الأطراف،

[495]- **خالد أحمد حسن**، مرجع سابق، ص220.

[496]- **أحمد صالح علي مخلوف**، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ص 123 – 125.

بل وحمايتها وتفعيلها بغرض إحداث آثارها، لأنّه لا مجال للحديث في هذه الحالة عن الإجراءات التسويفية أو المماطلة من الطرف السّيئ النّية، لأنّه هناك تطابق إرادتي الطرفين على ذلك.

– على عكس ما قاله صاحب هذا الرأي، لم تنص أهم الاتفاقيات الدولية على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي- على الأقل بصفة صريحة- وإن كانت نصوصها لا تمنع من إعمال هذا المبدأ كما سبق وأن رأينا بالتفصيل[497].

– إنّ اعتبار مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي قاعدة آمرة في التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي، أمرٌ لا أساس له من الصحة، وذلك لكونه يتعلق باتفاق التحكيم، الذي هو اتفاق خاص وللأطراف العدول عنه، أو التنازل عنه في أي وقت ولو كان تنازلاً ضمنياً، كأن لا يدفع بوجوده أمام القاضي في حالة رفع الدعوى أمامه بشأن النزاع الموضوعي، الذي يستهدف هذا الاتفاق حله عن طريق التحكيم.

– لا يوجد- إلى حد علمي – قانون داخلي يعتبر استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي قاعدة آمرة لا يجوز للأطراف مخالفتها، بل كل ما في الأمر أنّها لم تتولى بالتنظيم هذه المسألة بحكم أن التحكيم يعطي الأولية دائما لإرادة الأطراف في جلّ المسائل، بما فيها تحديد القواعد القانونية التي تحكم اتفاقهم على التحكيم[498].

– لا يعتبر القانون الإنجليزي القانون الوحيد الذي يقيد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بإرادة الإطراف، فحتى القانون الفرنسي، الذي يعتبر – حسب إجماع الفقه- القانون الأكثر تشجيعا للتحكيم، بل والأكثر "اندفاعا" نحو تكريس الاستقلالية التامة للتحكيم بصفة عامة، واتفاق التحكيم بصفة خاصة، كرّس هذا الاستثناء- كما رأينا- في التعديل الأخير لقانون الإجراءات

---

[497]- راجع ما سبق من هذه الأطروحة، ص ص178-183.

[498]- لذلك نصت القوانين الحديثة للتحكيم على مبدأ مفاده أنّ الدفع باتفاق التحكيم أمام القاضي ليس من النظام العام، بل يستوجب التمسك به من قبل أحد الأطراف و لا يجوز للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه، وهو ما نصت عليه جل التشريعات المقارنة، راجع على سبيل المثال : المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛ المادة 1/13 من القانون المصري للتحكيم رقم 27 لسنة 1994؛ المادة 11 من القانون الإسباني رقم 60 لسنة 2003، المادة 1448 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي؛ الفصل 52 من مجلة التحكيم التونسية؛ الفصل 327 من قانون المسطرة المدنية المغربي ...إلخ.

المدنية لسنة 2011، حيث أوقف إعمال مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم الوارد في المادة 1447، المتعلقة بالتحكيم الداخلي، في مجال التحكيم الدولي على عدم اتفاق الأطراف على خلاف ذلك عملاً بالإحالة الواردة في المادة 1506 من نفس القانون.

على صعيد التشريعات العربية، لم تنص أغلب التشريعات العربية بصفة صريحة على تقييد إعمال مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي بما فيها القانون الجزائري، والتشريع العربي الوحيد الذي نص عليه صراحة هو القانون السوري للتحكيم الصادر في عام 2008، حيث نصت المادة 11 منه على أنّه "**يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على انتهاء العقد أو بطلانه أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم متى كان- هذا الشرط- صحيحا في ذاته، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك**"[499].

تجدر الإشارة كذلك إلى أنّ الكثير من مراكز التحكيم تكرّس إمكانية استبعاد إعمال هذا المبدأ إذا ما اتفق الأطراف على ذلك، فنظام التحكيم الساري المفعول لدى غرفة التجارة الدولية، والتي تعتبر من بين أنشط مراكز التحكيم على المستوى العالمي، يكرّس هذا القيد في الفقرة التاسعة من المادة السادسة(9/6) التي تنص على أنّه "**ما لم يُتفق على غير ذلك، لا يترتب على الادعاء بانعدام العقد أو بطلانه عدم اختصاص هيئة التحكيم، شرط أن تقرر هيئة التحكيم صحة اتفاق التحكيم. وتظل هيئة التحكيم مختصة بتحديد حقوق الأطراف والفصل في طلباتهم ودفوعاتهم حتى في الحالة التي يحتمل فيها أن يكون العقد ذاته منعدما أو باطلا**"[500].

هذا ما ذهب إليه أيضا نظام التحكيم الذي أعدّته المحكمة الموحدة التابعة لمنظمة توحيد قانون الأعمال في إفريقيا "OHADA"[501]، كما نجد هذا الاستثناء مكرّساً أيضا في لائحة

---

[499]- أحكام هذا القانون منشورة على الموقع الإلكتروني لنقابة المحامين السوريين: www.syrianbar.org

[500]- يتعلق الأمر بترجمة رسمية لغرفة التجارة الدولية منشورة على موقعها: www.iccwbo.org

[501]- تنص المادة 10. 4 من هذا النظام على ما يلي:

« Sauf stipulation contraire, si l'arbitre considère que la convention d'arbitrage est valable et que le contrat liant les parties est nul ou inexistant, l'arbitre est compétent pour déterminer les droit respectifs des parties et statuer sur leurs demandes et conclusions ».

Pour un commentaire de cet article voir : Gaston KENFACK DOUAJNI, op. cit., p.58.

إجراءات التحكيم المعمول بها لدى مركز التحكيم التجاري الدولي لدول مجلس التعاون الخليجي[502].

ثانيا :حالة استبعاد المبدأ لانعدام العقد الأصلي

أثارت مسألة انعدام العقد الأصلي، ومدى تأثير هذا الانعدام على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي جدلاً فقهياً واسعاً، واختلافاً على مستوى التشريعات والاجتهادات القضائية، فإذا كانت حالة بطلان أو انقضاء العقد الأصلي لا تستتبع بالضرورة بطلان أو انقضاء اتفاق التحكيم- كما رأينا، وكما أجمعت عليه التشريعات الداخلية للدول المنظمة للتحكيم- فإنّ حالة انعدام العقد الأصلي من أساسه قد قسّمت الأنظمة القانونية والفقه إلى اتجاهين:

يرى أنصار الاتجاه الأول أنّ انعدام العقد الأصلي يؤدي بالضرورة إلى انعدام اتفاق التحكيم، وهو ما يستتبع عدم إعمال مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي؛ بينما يرى أنصار الاتجاه الثاني أنّ هذا المبدأ يتم إعماله حتى في حالة إثارة مسألة انعدام العقد الأصلي الذي يتضمن شرطاً للتحكيم، وبذلك يكون اتفاق التحكيم بمنأى عن أيّ أثر يترتب على انعدام العقد الأصلي، وفيما يلي أهم الحجج التي يستند إليها كل جانب:

1- حجج أنصار فكرة تأثر اتفاق التحكيم بانعدام العقد الأصلي

يتزعم هذا الاتجاه الفقيه "SANDERS"، حيث يرى أنّه إذا كان اتفاق التحكيم لا يتأثر ببطلان العقد، فإنّه مع ذلك يتأثر بمصير هذا الأخير في حالة عدم وجوده من الأساس، أي انعدامه، بمعنى أنّ مبدأ استقلالية شرط التحكيم لا يمكن التمسّك به إلاّ في حالة بطلان العقد دون حالة انعدامه، وبذلك يرى هذا الجانب من الفقه بأنّ انعدام العقد هو استثناء من مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي.

[502]- حيث تنص المادة 18 من هذه اللائحة على أنّه "ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك صراحة يعتبر الاتفاق على التحكيم اتفاقا مستقلا عن العقد موضوع النزاع فإذا بطل العقد أو انقضى لأي سبب يبقى اتفاق التحكيم نافذاً"
انظر في التعليق على هذه المادة: **محمد عبد العزيز بكر**، مرجع سابق، ص28.

برّر الأستاذ "SANDERS" موقفه بالقول أنّه "في حالة إثارة مسألة إبرام العقد من قبل الأطراف ويرد فيه شرط التحكيم، فإنّ ذلك يستتبع بالضرورة إثارة مسألة اختصاص المحكمة التحكيمية، ففي حالة عدم وجود العقد، فإنّ الأساس القانوني لولاية وسلطة هذه المحكمة في الفصل في النزاع، والتي تستمد من الاتفاق التحكيمي الوارد في العقد، تنعدم مع هذا الأخير، وعليه فإنّه يجب التفرقة بين بطلان العقد(مع اتفاق التحكيم) وعدم وجود العقد(مع اتفاق التحكيم)[503].

يظهر جلياً من خلال هذا التحليل أنّه فرّق بين بطلان العقد وانعدامه من أساسه، ويرى أنّه لا يمكن تصور اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم من أجل حل النّزاعات الناتجة عن عقد لم يتم التراضي عليه، وليس له لا وجود فعلي موضوعي ولا وجود قانوني. فانعدام التراضي يؤدي حتماً إلى عدم وجود العقد وكذلك اتفاق التحكيم الذي يتضمنه[504].

أما في الحالة العكسية، أي الحالة التي يكون فيها العقد مشوبا بعيب يؤدي إلى بطلانه، فإنّه يمكن لاتفاق التحكيم أن يكون بمنأى من هذا البطلان، أي أنّ بطلان العقد الأصلي لا يؤدي حتماً إلى بطلان اتفاق التحكيم، وفي هذا الفرض يمكن التمسك بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي وإعماله.

---

[503]- وقد جاء تعبيره عن هذا الموقف باللغة الفرنسية كما يلي:

« Il y a pourtant une exception importante à ce principe, c'est le cas ou l'existence même du contrat est contestée, si la question se pose de savoir si les parties ont vraiment conclu un contrat comportant une clause compromissoire, la compétence des arbitres est alors en cause, s'il n'y a pas de contrat du tout, le fondement juridique des pouvoirs de l'arbitre qui réside dans la clause compromissoire insérée au contrat, fait également.

Il s'agit donc, selon moi, de bien distinguer la nullité du contrat (avec clause compromissoire) et absence totale (inexistence) d'un tel contrat (avec clause compromissoire) ».

P. SANDERS, op . cit., p. 34.

[504]- تأكيداً وتبريراً لهذا الموقف تساءلت الأستاذة "CAMARA":

« Comment la commune volonté des parties peut elle servir de norme lorsque c'est justement l'existence même d'une telle volonté commune qui est en cause; si l'une des parties invoque par exemple le dol, le vice de violence ou son statut d'incapable ? »

Fatou CAMARA, "Le nouveau droit de l'arbitrage au Sénégal: Du libéral et de l'éphémère", *Rev. arb.*, n°1, 1999, p.49.

نجد لهذا الموقف تطبيقات في القضاء في عدة دول، فقد توصلت محكمة النقض في فرنسا، في حكمها الصادر بتاريخ 10 جويلية 1990 بمناسبة الفصل في قضية شركة"Cassia" ضد "Pia"، إلى أنّه " **في إطار التحكيم الدولي، فإنّ مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يتقيد بوجود الاتفاق الأصلي الذي يتضمن شرط التحكيم المتمسك به من حيث الشكل، ويتم تقدير هذا الوجود بالضرورة وفقا للقانون الذي تحدده قواعد القانون الدولي الخاص التي تطبق على شكل العقد الأصلي**"[505].

نجد من خلال هذا الحكم، أنّ محكمة النقض الفرنسية قد فرّقت بين البطلان والانعدام، لكن ومن أجل التخفيف من آثار هذه التفرقة، ذهبت محكمة النقض أيضا إلى التفرقة بين الانعدام من حيث الشكل والانعدام الموضوعي(الوجود الشكلي والوجود الموضوعي)، وهذا منطقي لأنّ الوجود الشكلي للعقد الأصلي يفترض وجود اتفاق(شرط) التحكيم في مجال التجارة الدولية، وفي هذه الحالة يمكن تطبيق مبدأ الاستقلالية. أما انعدام العقد من حيث الشكل، ونظراً لورود شرط التحكيم فيه، فإنّ ذلك يؤدي لا محالة إلى انعدام هذا الأخير، فهذا الحكم يضع قيداً على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، لأنّه يخرج حالة انعدام العقد الأصلي من نطاق إعماله، ويجعله غير قادر على تطهير اتفاق التحكيم وتحصينه نتيجة عيب الانعدام الذي يشوب العقد الأصلي.

انتقد الفقه المدافع عن الاستقلالية المطلقة لاتفاق التحكيم هذا القرار بشدة، ووصل إلى حد وصفه بأنّه " قرار تعس" "Décision malheureuse"، وأنّه كان على المحكمة أن تبحث عما إذا كان اتفاق التحكيم قد أُبرم أم لا، وعن القواعد التي تنظم صحته، فإذا كان الاتفاق منعدماً في ذاته قرّرت المحكمة بطلانه، أما إذا توصلت إلى وجود هذا الاتفاق وسلامته القانونية، فإنّ

[505]- و قد جاء الحكم بالفرنسية كما يلي:

« En matière internationale, l'autonomie de la clause compromissoire trouve sa limite, en la forme, de la convention principale qui contient la clause invoquée et cette existence doit nécessairement s'apprécier d'après la loi qui, selon les principes du droit international privé, régit la forme ».
Cass. civ.,10 juillet 1990, *Rev. arb.*, n°1/1990, p. 85, Note MOITRY(J.H) et VERNE(C).

الفصل في مدى وجود وصحة العقد الأصلي من اختصاص محكمة التحكيم، إعمالاً للمبدأ الملازم لمبدأ الاستقلالية، ألا وهو مبدأ "الاختصاص –بالاختصاص"[506].

يبدو أنّ هذه الانتقادات أثّرت في موقف محكمة النقض التي تراجعت عن الحل السابق في قراراتها اللاّحقة، حيث قضت في 25 أكتوبر 2005 بأنّه " تطبيقاً لمبدأ صحة اتفاق التحكيم واستقلاله في المجال الدولي، فإنّ بطلان أو حتى انعدام العقد الأصلي لا يؤثّران فيه"[507]، وهي نفس الصياغة تقريبا التي استعملتها في قرار آخر أصدرته بتاريخ 11 جويلية 2006 [508].

في تركيا، قضت محكمة النقض بأنّ " [...]**غياب تبادل التراضي على هذه المسألة(بعض الشروط الأساسية في العقد)، فإنّ العقد لم يوجد أبدا وبالنتيجة فإنّ شرط التحكيم لا يمكن أن يحدث آثاره**"[509]، فاعتمدت محكمة النقض التركية إذن الموقف الذي يستبعد إعمال مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في حالة انعدام العقد الأصلي، وذلك يتماشى – حسب البعض - مع القانون التركي للتحكيم الدولي الذي صدر بعد هذا الحكم، حيث تنص الفقرة الرابعة من المادة 4 منه على أنّه " **لا يمكن الاحتجاج ضد اتفاق التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي أو أنّ اتفاق التحكيم يتعلق بنزاع لم ينشأ بعد**"[510] ، فهذا النص يقرّر إعمال مبدأ استقلالية في حالة الدفع بعدم صحة العقد الأصلي فقط ولا ينص على حالة انعدامه من الأساس.

---

[506]- انظر: Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, op. cit., p. 376.

[507]- يتعلق الأمر بترجمتي، الصياغة الأصلية جاءت كما يلي:

« En application du principe de validité de la convention d'arbitrage et de son autonomie en matière internationale, la nullité non plus que l'inexistence du contrat qui la contient l'affectent ».
Cass. civ.1re, 25 octobre 2005, Société Omenex c/ M. Hugon, *Rev. arb.*, n°1/2006, p.103, note J. B. Racine.

[508]- انظر:

Cass. civ. 1re, 11 juillet 2006, Société National Broad casting Co. c/ Bernadeaux et autres, *Rev. arb.*, n°4/2006, p.981.

[509]- يتعلق الأمر بترجمتي، نص هذا القرار باللغة الفرنسية أشار إليه: Ebru AY, op. cit., p.159

[510]- نقلا عن المرجع نفسه، ص .146

« Il ne peut pas être objecté à l'encontre de la convention d'arbitrage que le contrat principal n'est pas valable ni que la convention d'arbitrage concerne un différend non encore né ».

2- حجج أنصار فكرة عدم تأثر اتفاق التحكيم بانعدام العقد الأصلي

رغم وجاهة الرأي الذي تقدم به أصحاب الاتجاه السابق ومنطقيته، إلاّ أنه لقي انتقاداً شديداً من طرف الفقه الذي ينادي بضرورة حماية اتفاق التحكيم وإعطاء أكثر فعالية له، وللتحكيم بصفة عامة.

يرى أصحاب هذا الاتجاه[511]، وهم المنادون بالاستقلالية المطلقة لاتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي،أنّ انعدام العقد الأصلي شأنه شأن بطلانه أو انقضائه، لا يؤثر على بقاء وصحة اتفاق التحكيم، وأنّ بطلان أو انعدام هذا الأخير يجب أن ينظر فيه بصفة مستقلة عن العقد الأصلي، وفي حالة تقرير بطلان هذا الأخير أو عدم وجوده من الأساس، فلا يكون ذلك نتيجة لبطلان أو انعدام العقد الأصلي.

يضيف هذا الجانب من الفقه، أنّ التفرقة بين بطلان العقد وانعدامه، إضافة إلى صعوبة تجسيدها فهي غير مبرّرة، خاصة وأنّها تفتح الباب للطرف سيئ النيّة على الوسائل الاحتيالية التي يستهدف المبدأ محاربتها، لأنّ استبعاد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي بحجة إدعاء أحد الأطراف بعدم وجود العقد الأصلي، يؤدي إلى رفض الاعتراف للمحكم بسلطة الفصل في مسألة اختصاصه.

لا يكفي مجرد الادعاء بعدم وجود العقد الأصلي - حسب رأي أصحاب هذا الاتجاه- لاستبعاد اختصاص المحكم، فلهذا الأخير أن يفحص الأساس الصحيح لهذا الادعاء، وإذا ما أثبت بالفعل أنّ العقد الأصلي لا وجود له لعدم توافر ركن من أركانه (كالرضا مثلا)، فيجب عليه دون شكّ أن يقضي بعدم اختصاصه، إذا ما ظهر له أنّ الانعدام لا يقتصر فقط على العقد بل يلحق أيضا باتفاق التحكيم، أي أنّ انعدام اتفاق التحكيم في هذه الحالة ليس كمجرد نتيجة مترتبة على انعدام العقد الأصلي، بل لأنّ سبب الانعدام لحق العقد والاتفاق معاً[512].

---

[511]- ويتعلق الأمر خاصة بـ:

Berthold GOLDMAN, op. cit., fasc. 586-1, n°10, 1989 ; Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, op. cit., p. 226.

- انظر أيضا: **حفيظة السيد الحداد**، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 4.

[512]- فقد كتب الأستاذ "GOLDMAN" قائلاً: =

يستند أصحاب هذا الاتجاه في تبرير هذا الموقف كذلك، إلى كون هذه التفرقة وضعها القضاء الإنجليزي المعادي لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي[513]، كما برّر جانب من الفقه[514] هذا الموقف بالاستناد إلى ما جاءت به الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي، حيث تنص على أنّه "**لمحكمة التحكيم أن تفصل في مسألة وجود وصحة العقد الذي يشكل اتفاق التحكيم جزءا منه**"، فهذا النص يرفض وبشكل واضح وصريح - حسبهم - التفرقة بين مسألتي بطلان العقد وانعدامه، وهو الحل الذي اتجهت إليه أيضا- حسب هؤلاء – لائحة التحكيم التي أعدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في المادة 2/21 منها وكذا القانون النموذجي للتحكيم الصادر عن نفس اللجنة، حيث جاء نص المادة 1/16 منه على الشكل التالي: " **تقرير محكمة التحكيم لبطلان العقد الأصلي لا يؤدي بقوة القانون إلى بطلان شرط التحكيم**".

إلى جانب ذلك، ذهبت غرفة التجارة الدولية بباريس، في الفقرة التاسعة من المادة السادسة من لائحة التحكيم الخاصة بها، إلى أنّ البطلان أو الانعدام المدعى بهما في شأن العقد لا يؤديان إلى عدم اختصاص المحكم.

من جهتي أميل إلى الرأي الأول، الذي يميّز بين حالة انعدام العقد وحالة بطلانه، لأنّه من غير المعقول أن نتصور اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم للفصل في المنازعات الناتجة عن عقد لم يتم إبرامه أصلا أو لم يتم التراضي عليه، وأرى أن الحجج التي استند إليها الفقه المنادي بالاستقلالية المطلقة لاتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، تقوم أساساً على الربط التام بين

=«Nous ne pensons pas que pareille distinction – dont on ne trouve pas d'application dans la jurisprudence française – soit justifiée. Ecarter l'autonomie de la convention d'arbitrage au motif que l'une des parties allègue l'inexistence du contrat principal(alors que la distinction entre nullité et inexistence est souvent malaisée, et que la notion même d'inexistence est difficile à cerner, et en tout cas d'application exceptionnelle), et partant, refuser à l'arbitre le pouvoir de juger, en pareil cas, de sa propre investiture, serait prendre le risque de rouvrir la porte aux manœuvres dilatoires que la consécration du principe d'autonomie a eu pour but d'empêcher. La simple allégation de l'inexistence ne suffit donc pas pour faire disparaître le pouvoir de juger de l'arbitre, il appartient à celui- ci d'en vérifier le bien fondé, et s'il constate effectivement que le contrat principal est inexistant, il devra sans doute s'abstenir d'aller plus loin[…]».
Berthold GOLDMAN, op. cit., fasc. 586-1, 1989, n°10.

[513]- انظر: **حفيظة السيد الحداد**، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 45.

[514]- من بينهم: Berthold GOLDMAN, op. cit., fasc. 586-1, 1989, n°10.

كل من مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ومبدأ " الاختصاص- بالاختصاص"، رغم اعتراف هذا الجانب من الفقه باختلافهما وضرورة تمييزهما بإحكام، لأنّهما يشتركان من حيث الغاية من وجودهما، لكنهما يختلفان من حيث الطبيعة ومن حيث نطاق التطبيق.

أما القول بأنّ التفرقة بين حالة انعدام العقد وحالة بطلانه قد رفضتها صراحة اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي، والقانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، ولائحة التحكيم الصادرة عن نفس اللجنة، فهو قول يستحق المناقشة، إذ لم تتعرض الاتفاقية الأوروبية لعام 1961 - على الأقل بصفة صريحة- لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، ولا لنطاق تطبيقه باعتراف أصحاب هذا الرأي، حتى يمكن القول بأنّ هذه الاتفاقية ترفض أو تقر التفرقة بين انعدام العقد وحالة بطلانه.

من جهتهما، أشارا صراحة كل من لائحة التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والقانون النموذجي الصادر عن نفس اللجنة، إلى عدم تأثر اتفاق التحكيم ببطلان العقد الأصلي، ولم يتضمنا ما يفيد الإشارة إلى حالة انعدام العقد من أساسه، لذا يمكن تفسير ذلك عكس ما ذهب إليه أصحاب هذا الرأي، هذا ما يدفعني إلى تأييد رأي الدكتور "سراج حسين محمد أبو زيد"[515] في هذا المجال، حيث يقول أنّه" إذا كان من غير الممكن أن نستخلص من إغفال كل من اللائحة و القانون النموذجي الإشارة إلى حالة انعدام العقد أنّهما لا يأخذان باستقلالية اتفاق التحكيم في هذه الحالة، فعلى الأقل من غير الممكن القول بأنّهما قد رفضا الأخذ بالتفرقة بين حالة انعدام العقد و حالة بطلانه".

تجدر الإشارة في الأخير إلى أنّ هذه التفرقة تتماشى والقواعد العامة المعمول بها في القانون الجزائري، ذلك أنّ القانون المدني الجزائري يميز صراحةً بين البطلان المطلق والبطلان النسبي للعقود، حيث يمكن للقاضي في الحالة الأولى أن يقضي به القاضي من تلقاء نفسه ويمكن أن يتمسك به أي شخص له مصلحة في البطلان، والحكم به يؤدي إلى إعادة المتعاقدين

[515]- **سراج حسين محمد أبو زيد**، مرجع سابق، ص 197

إلى ما كانا عليه قبل التعاقد ولا يزول البطلان بالإجازة، بينما يتوقف البطلان النسبي على تمسك من له مصلحة في إبطال العقد به[516].

الفرع الثالث
نطاق تطبيق المبدأ في القانون الجزائري

كرّس المشرّع الجزائري مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي في المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بصفة ضمنية، غير أنّ هذه المادة يؤخذ عليها عدم دقتها في تحديد نطاق تطبيق هذا المبدأ، حيث نصت على أنّه "**لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاق التحكيم، بسبب أنّ العقد الأساسي قد يكون غير صحيح**".

يتوقف تحديد نطاق إعمال مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في القانون الجزائري على تفسير عبارة "بسبب أنّ العقد الأساسي قد يكون غير صحيح"، إذ أنّ التقيّد بالتفسير الحرفي للعبارة السابقة يؤدي إلى القول بأنّ المشرّع الجزائري قد جسّد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي في حالة بطلان العقد الأساسي دون حالات الانقضاء الأخرى، كالفسخ أو التنفيذ ...إلخ، مما يطرح التساؤل التالي: ما هي الحالات التي يتم فيها إعمال هذا المبدأ والحالات التي يستبعد فيها؟ وهل يستبعد هذا المبدأ مثلا باتفاق الأطراف أو بسبب انعدام العقد الأصلي؟

أولا: بالنسبة لحالة اتفاق الأطراف على استبعاده

لا يعتبر التساؤل السابق مجرّد تصور نظري، فقد طرحت مثلا حالة الفسخ الاتفاقي للعقد الأساسي بما فيه شرط التحكيم الذي ورد فيه، وهي حالة لا علاقة لها بصحة أو بطلان العقد، وذلك في القضية التي سبق وأن تمت الإشارة إليها، وكان أحد أطرافها الشركة الوطنية "سوناطراك"، وطُرحت أمام هيئة تحكيم تحت مظلة غرفة التجارة الدولية بزوريخ ومسجلة تحت رقم 5651.

[516]- راجع المواد من 99 إلى 105 من القانون المدني الجزائري.

تتمثل أهم وقائع هذه القضية في أنّه بتاريخ 12 أبريل 1974، قامت الشركة الوطنية "سوناطراك" بإبرام عقد تنقيب مع شركة أجنبية، وقد جاء في المادة 24 من هذا العقد أنّه "في حالة خلاف حول تنفيذ هذا العقد، وإذا لم يتوصل الطرفان إلى أية تسوية ودية، يلتزمان بعرض النزاع على تحكيم غرفة التجارة الدولية بزوريخ".

بعد تعديل هذا العقد عدة مرات، وبتاريخ 25 جوان 1978، وقّع الطرفان على ملحق يحمل رقم 5 ، جاءت مادته الأولى كما يلي :" **بموجب هذا الملحق، "سوناطراك" والشركة [(أ) (الشركة الأجنبية)] اتفقتا ودّيا على إنهاء العقد المؤرخ في 74/04/12، وكذا الملاحق: رقم 1 المؤرخ في 74/07/16، ورقم 2 المؤرخ في 75/01/06، ورقم 03 المؤرخ في 75/09/3، ورقم 4 المؤرخ في 76/10/13**".

كما أضافت المادة الثانية من نفس الملحق أنّه"**تم الاتفاق أيضا بأنّه لا يتخذ أيّ من الطرفين، بموجب المادة الأولى أعلاه، ضد الطرف الآخر إجراء لأيّة مطالبة مهما كانت، مهما كان شكلها ومهما كان أساسها، سواء عقدية أو غير عقدية**".

بعد ثمان سنوات من التوقيع على الملحق رقم 5، ورغم البنود التي تضمنها حسب ما تمت الإشارة إليه أعلاه، قامت الشركة الأجنبية بتاريخ 02 جوان 1986، بتحريك إجراءات التحكيم ضد الشركة الوطنية "سوناطراك"، أمام غرفة التجارة الدولية، وفقا لشرط التحكيم الذي تضمنه العقد الأصلي المبرم بين الطرفين بتاريخ 12 أبريل 1974، مؤسسةً دعواها على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم.

لقد دفعت الشركة الوطنية في مذكرتها الجوابية بعدم اختصاص محكمة التحكيم، تأسيساً على فسخ العقد الرابط بينها وبين الشركة المدعية بالإرادة المشتركة، بما فيه شرط التحكيم، وطلبت احتياطياً عدم قبول الدعوى بالنظر لتنازل الأطراف صراحة عن أية دعوى أو أية مطالبة تتعلق بالعقد المبرم بين الطرفين وكل الملاحق المتعلقة به، عملاً بالمادة الثانية من الملحق رقم 5 السابق الذكر.

أصدرت محكمة التحكيم حكماً تمهيدياً بأغلبية الأصوات وبرأي واحد مخالف، أعلنت بموجبه اختصاصها بالنظر في الطلبات التي تقدمت بها الشركة الأجنبية، فبعد تذكيرها بسلطتها في الفصل في اختصاصها، بدأت محكمة التحكيم بتحديد القانون الموضوعي الذي يحكم تعديل المادة 24 من العقد المبرم في 12 أبريل 1974، وتوصلت إلى أنّ القانون الجزائري هو الواجب التطبيق، نظراً لاختياره الصريح من قبل الأطراف.

تطبيقا لهذا القانون، وبالرجوع إلى المادة 111 من القانون المدني الجزائري، توصل المحكمون إلى القول بأنّ المادة الأولى من الملحق الخامس لم تكن واضحة، لذا يجب تفسيرها بحثاً عن إرادة الأطراف، وتستنتج بعد ذلك أنّ أحكام هذا النص تقتصر فقط على الفسخ الاتفاقي لبنود العقد الموضوعية، غير أنّها لا تمس وجود اتفاق التحكيم الوارد في نص المادة 24 من العقد بسبب استقلاليته.

تعرض هذا الحكم لانتقادات شديدة من الفقه الجزائري، ويطرح بشدة مسألة الحالات التي يستبعد فيها إعمال مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، فبالرغم من أنّ المشرّع الجزائري، وعلى غرار الكثير من التشريعات الداخلية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي[517]، لم ينص في قانون الإجراءات المدنية الساري المفعول آنذاك على هذا الاستثناء صراحة، إلا أنّه يمكن استنتاج ذلك من روح نصوص هذا القانون.

تجدر الإشارة إلى أنّ المشرّع الجزائري نص في المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الساري المفعول مثلاً، على إمكانية تنازل الأطراف عن التمسك بعدم اختصاص القضاء العادي عند وجود اتفاق تحكيم متعلق بالمنازعة المثارة[518]، فهذه المادة تكرس قرينة قانونية مفادها أنّ عدم إثارة وجود اتفاق التحكيم أمام القاضي يعتبر تنازلاً عن التمسك به، وإذا كان كذلك، فمن الأولى – حسب الأستاذ تركي- أن يستبعد إعمال مبدأ استقلالية اتفاق

[517]- وهو الوضع مثلا في القانون المصري، انظر: **خالد أحمد حسن**، مرجع سابق، ص 210.

[518]- وتقابل نص المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المادة 1448 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد في صيغته المعدّلة في سنة 2011؛ المادة 1/13 من القانون المصري للتحكيم الصادر في سنة 1994 ؛ نص المادة 1/7 من القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987...إلخ.

التحكيم، وبالتالي استبعاد هذا الاتفاق في حالة اتفاق الأطراف على ذلك صراحة، وهو ما تم في الملحق رقم 5 في القضية رقم 5651 المشار إليها أعلاه[519].

ثانيا: بالنسبة لحالة انعدام العقد الأصلي

لم يُشِر المشرّع الجزائري، من خلال نص الفقرة الأخيرة من المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلى حالة انعدام العقد الأصلي ومدى تأثير هذا الانعدام على اتفاق التحكيم، فقد نصت هذه المادة على أنّه "**لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي**"[520]، رغم ذلك، أرى أنّ تحقّق حالة الانعدام الشكلي على الأقل،يستوجب استبعاد تطبيق مبدأ الاستقلالية، ذلك لأنّ الشكل ركن من أركان اتفاق التحكيم وفقا للقانون الجزائري، حيث سبقت الإشارة إلى أنّ نص الفقرة الثانية من المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تتطلب، وتحت طائلة البطلان، كتابة اتفاق التحكيم، وغياب هذا الركن الشكلي يؤدي إلى انعدام هذا الاتفاق من أساسه. إضافةً إلى ذلك، لا يمكن تبرير إلزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم بالاستناد فقط إلى الرغبة في حماية اتفاق التحكيم من المماطلة والوسائل الاحتيالية.

يجب إذن أن يتقيد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بوجود العقد الأصلي من حيث الشكل، حيث أنّه في حالة الانعدام الشكلي لهذا الأخير، ينبغي استبعاد تطبيق هذا المبدأ إذا ادعى طالب التحكيم أنّ اتفاق التحكيم ورد في العقد الأصلي، أما إذا ادعى أنّ الاتفاق جاء في وثيقة منفصلة فعليه أن يثبت تطابق إرادته مع إرادة المطالب ضده بالتحكيم لأنه لا يمكن – كما يقول أحد الكتاب[521]- أن يؤدي اللجوء الى التحكيم، الذي أصبح تقريبا قاعدة عرفية، إلى القضاء على إرادة الأطراف، لأن مبدأ الاستقلالية جاء لحماية هذه الإرادة وليس لإزاحتها أو استبعادها.

---

[519]- راجع: Nour-Eddine TERKI ,*L'arbitrage commercial international en Algérie*, op. cit., pp.40- 44

[520]- للتذكير فإنّ المشرّع كرّس نفس الموقف وبصياغة مماثلة في قانون الإجراءات المدنية الملغى، حيث نصت المادة 458 مكرّر1 منه في فقرتها الأخيرة على أنّه (لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب أنّ العقد الأساسي قد يكون غير صحيح).

[521]- انظر: Caixia YANG, op. cit.., p.220.

يبقى أنّ القضاء الجزائري، الذي لم تتح له الفرصة بعد -حسب علمي- للفصل في هذه المسألة، يمكن له أن يكرّس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي إذا ما أراد ذلك، باللجوء إلى التفسير الواسع لعبارة "عدم صحة العقد الأصلي"، إذ تكفي الإشارة إلى أنّ صياغة نص هذه المادة باللغة الفرنسية تختلف عن الصياغة باللغة العربية، فإذا كانت هذه الأخيرة قد استعملت عبارة "عدم صحة العقد الأصلي"، فإنّ الصياغة باللغة الفرنسية استعملت عبارة "Le contrat principal ne serait pas valable"، وترجمة مصطلح "Valable" إلى اللغة العربية هي" مقبول". فرغم أنّ النص العربي هو النص الرسمي، إلا أنّ هذا الاختلاف في الصياغة يدل على إمكانية الإختلاف في تفسير نص المادة وتأويله من طرف القضاء[522].

أمّا فيما يخص أثر بطلان اتفاق التحكيم (خاصة شرط التحكيم) على العقد الأصلي، وعلى خلاف القانون الفرنسي الذي نص صراحة على عدم تأثير بطلان شرط التحكيم على العقد الأصلي الذي يتضمنه، حيث اعتبر أنّه إذا كان شرط التحكيم باطلاً، فهو كأنّه غير مكتوب[523]، فإنّ المشرّع الجزائري اكتفى بالنص على عدم تأثير صحة العقد الأصلي على اتفاق التحكيم فقط، وهو ما يثير التساؤل حول موقف المشرّع الجزائري من هذه المسألة خاصة إذا علمنا أنّه لم يستخدم مصطلح الاستقلالية بصدد تكريس هذا المبدأ في المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أمام هذا الوضع، يبقى الرجوع إلى القواعد العامة لا مفر منه، حيث أنّ القانون المدني الجزائري نظّم مسألة تأثير بطلان الشرط على العقد، من خلال تكريس ما يعرف بنظرية انتقاص العقد أو نظرية البطلان الجزئي للتصرفات القانونية، وذلك في نص المادة 104 منه، بيد أنّ اعتماد هذه النظرية على معيار أهمية الشرط الباطل بالنسبة إلى العقد ككل، وما إذا كان هو الدافع إلى التعاقد، يجعل تطبيق هذه النظرية على اتفاق التحكيم أمراً في غاية الصعوبة[524].

---

[522]- وقد جاء النص الكامل للفقرة الأخيرة من المادة 1040 باللغة الفرنسية كما يلي:

«La validité d'une convention d'arbitrage ne peut être contestée au motif que le contrat principal ne serait pas valable ».

[523]- تنص الفقرة الثانية من المادة 1447 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد على :

«Lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite ».

[524]- راجع ما سبق من الصفحة 186 إلى الصفحة 189من هذه الأطروحة.

المطلب الثاني

آثار مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي

يميّز الفقه عادة، عند الحديث عن آثار مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، بين الآثار المباشرة والآثار غير المباشرة، إذ يعتبرون أنّ مبدأ " الاختصاص- بالاختصاص" من النتائج غير المباشرة، غير أنّ المبدأين لا يلتقيان إلا بشكل جزئي، كما تبين سابقاً، حيث يمكن أن تطرح أمام المحكم مسألة مدى اختصاصه بالفصل في الاختصاص الخاص به، دون أن تطرح مسألة علاقة اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي، وبما أنّه كذلك، فإنّني لا أعتبر مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" كنتيجة، ولو غير مباشرة، لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، وعليه سأبيّن هنا النتائج المباشرة فقط.

يؤدي إعمال مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي إلى نتيجتين مباشرتين استنتجهما القضاء الفرنسي بصفة تدريجية، فقد طبّق المبدأ في البداية بمناسبة صدور حكم "Gosset" بغرض تحصين اتفاق التحكيم من عدوى أسباب البطلان المتعلقة بالعلاقة الأصلية(**الفرع الأول**). بعد ذلك، ذهب في مناسبات أخرى، إلى الاستناد إلى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، للحكم بإمكانية خضوع الأول لقانون مختلف عن القانون الذي يخضع له الثاني(**الفرع الثاني**)، رغم أنّ هذا الاختلاف قليل الحدوث من الناحية العملية، وفي الحالات التي يتحقق فيها تكون نتائجه غير واقعية في بعض الأحيان، إلى جانب ذلك، فإن مبدأ الاستقلالية يمكن أن يؤثر على انتقال اتفاق التحكيم إلى الغير(**الفرع الثالث**).

الفرع الأول

الأثر المطهّر لاتفاق التحكيم من عيوب العقد الأصلي

إنّ أكثر العقبات تأثيراً على فعالية نظام التحكيم بصفة عامة، وإعمال اتفاق التحكيم بصفة خاصة، هي عقبة أو مشكل تعطيل إجراءاته عن طريق المماطلة أو رفض المشاركة فيها من الطرف سيئ النية، حيث يستند هذا الأخير في ذلك على عدة أسباب أهمها: بطلان أو انقضاء

العقد الأصلي الذي يرد فيه اتفاق التحكيم أو يتعلق به، فبطلان اتفاق التحكيم بالتبعية لبطلان العقد الأصلي يمكن أن يؤدي إلى تقييد نظام التحكيم، لذلك ظهر الاتجاه قوياً نحو إنفاذ نظام التحكيم عن طريق الأخذ بمبدأ استقلالية شرط التحكيم[525]، وذلك بهدف تفادي مثل هذه الحالات بالدرجة الأولى، لذلك يعتبر عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي من أهم الآثار التي تترتب على هذا المبدأ.

تطبيقا لهذا المبدأ يستمر اتفاق التحكيم " في ترتيب آثاره حتى في حالة كون العقد الدولي الذي يرد فيه قد شابه البطلان، بسبب مخالفة قاعدة موضوعية أو شكلية"[526]، أوحتى في حالة انقضاء هذا الأخير لأحد أسباب الانقضاء، كالتنفيذ التام للالتزامات التعاقدية التي نشأت عنه أو الفسخ أو الانفساخ ...الخ، نظراً لكون حاجة الأطراف إلى التحكيم تزيد في حالة عدم صحة اتفاقهم أو وجود سبب من أسباب بطلانه، وأنّ في تقرير مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ما يساعد الأطراف على الوصول إلى حل سريع لخلافاتهم[527].

لا يترتب على بطلان أو انقضاء العقد الأصلي، لأحد أسباب البطلان أو الانقضاء، بطلان أو انقضاء اتفاق التحكيم[528]، ويمكن لهذا الأخير أن يبقى ساري المفعول ومنتجاً لكل آثاره حتى بعد انقضاء العقد الذي يرد فيه أو يتعلق به، ويكفي لتحقّق ذلك أن يكون اتفاق التحكيم صحيحا في ذاته، لأنّه إذا كان العيب الذي يمس العقد الأصلي من شأنه أن يمس أيضا اتفاق التحكيم وبصفة مباشرة(كعيوب الرضا مثلا)، فإنّ كلاّ منهما يعدّ باطلاً ولا يكون لمبدأ الاستقلالية أيّ أثر في هذه الحالة[529]، لأن تقرير بطلان كل واحد منهما يكون بشكل منفصل.

---

[525]- **إبراهيم أحمد إبراهيم**، مرجع سابق،ص 89.

[526]- انظر في ذلك:

Nour-Eddine TERKI, *L'Arbitrage commercial international en Algérie*, op.cit., p.39.

[527]- في نفس المعنى: **إبراهيم أحمد إبراهيم**، المرجع السابق،ص 89.

[528]- في نفس المعنى: Berthold GOLDMAN, op. cit., fasc. 586-1, n°9, *1989*

HOCINE Farida, *L'influence de l'accueil de la sentence arbitrale par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international*, thèse pour le doctorat en droit, faculté de droit et des sciences politiques, université Mouloud MAMMERI de Tizi Ouzou, 2012, p.85 et 86.

[529]- **سراج حسين محمد أبو زيد**، مرجع سابق، ص 219.

في المقابل، لا يتأثر العقد الأصلي ببطلان اتفاق التحكيم[530]، فإذا كان العقد الأصلي صحيحاً وكان اتفاق التحكيم باطلاً، ففي هذه الحالة يتم تنفيذ العقد بصفة عادية، وفي حالة قيام النزاع حول هذا العقد يكون القضاء الوطني هو المختص للفصل فيه[531]، واتفاق التحكيم الباطل يعتبر كأنّه غير موجود وغير مكتوب على حدّ تعبير قانون الإجراءات المدنية الفرنسي[532].

للإشارة، يمكن الوصول إلى هذه النتيجة الأخيرة حتى في ظل الأنظمة القانونية التي لم تنص عليها بنص خاص في القوانين المنظمة للتحكيم، كما هو الحال في القانون الجزائري، فهي مكرّسة في القواعد العامة بالنسبة لجميع الشروط العقدية، بشرط أن تكون قليلة الأهمية بالمقارنة مع البنود العقدية التي تكوّن معها العقد، وذلك تطبيقاً لنظرية انتقاص العقد أو البطلان الجزئي للتصرفات القانونية، غير أنّ هذه النظرية تثير مسألة تحديد أهمية شرط التحكيم ودوره في إبرام العقد الذي يرد فيه، لأنّ المعيار المحدّد لمدى تأثير بطلان هذا الشرط على العقد ككل يتوقف على تحديد هذه الأهمية[533].

الفرع الثاني
إمكانية خضوع اتفاق التحكيم والعقد الأصلي لقانونين مختلفين

يرى البعض أنّ مسألة صحة واستقلالية اتفاق التحكيم تخضع للقانون واجب التطبيق على العقد الأصلي، لأنّ شرط التحكيم ما هو إلا جزء من ذلك العقد وبند من بنوده، فإذا كان العقد الأصلي يخضع لقانون دولة معنية، وكان هذا القانون يعتبر شرط التحكيم صحيحا عُدّ كذلك وأنتج آثاره في نزع اختصاص الجهة القضائية الرسمية وعقده لمحكمة

---

[530]- لأنّ الاستقلالية يجب أن تكرّس في الاتجاهين أي استقلالية اتفاق التحكيم (شرط التحكيم) بالنسبة للعقد الأصلي واستقلالية العقد الأصلي بالنسبة لاتفاق التحكيم، لذلك أعتبرهما البعض نتيجتين متناظرتين "Symétrique"، انظر:
Charles JARROSSON, Jacques PELLERIN, op-cit., p.13.

[531]- **أحمد بلقاسم**، مرجع سابق، ص 91 و92.

[532]- حيث نصت الفقرة الأخيرة من المادة 1447 منه على ما يلي:
« Lorsqu'elle est nulle, la convention d'arbitrage est réputée non écrite ».

[533]- راجع ما سبق حول تأسيس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي على نظرية انتقاص العقد، ص ص186- 189 من هذه الأطروحة.

التحكيم، يجد هذا الرأي أساسه في كون الرابطة الموجودة بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي تبرّر مدّ اختصاص قانون العقد إلى كافة مشتملاته، ومنها شرط أو اتفاق التحكيم[534].

في مقابل ذلك، يرى الفقه الغالب[535] أنّ التسليم بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، تترتب عليه إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لنظام قانوني يختلف عن ذلك الذي يحكم العقد الوارد فيه أو المتعلق به، فبالرّغم من أنّ الواقع العملي يبيّن أنّه كثيراً ما يخضع كل من الاتفاق على التحكيم والعقد الأصلي لنفس القانون، أو بصفة عامة لنفس القواعد القانونية من نفس المصدر ومن نفس الطبيعة، إلاّ أنّ ذلك لا يعتبر نتيجة لتبعية اتفاق التحكيم للعقد الأصلي، أي عدم استقلاليته، وإنّما نتيجة الاختيار الصريح لهذه القواعد من قبل الأطراف، أو نتيجة لنفس التركيز القانوني لكل من العقد والاتفاق[536].

بالرّغم من ذلك، لاحظ الفقه أنّ هذه الإمكانية لم تصادف أي تردد في الأنظمة القانونية وجُسّدت في كل القوانين التي كرّست مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم[537]، كما عرفت هذه النتيجة تطبيقات عديدة سواء على مستوى القضاء الوطني أو على مستوى محاكم التحكيم.

أولاً: تطبيقات هذا الأثر في الاجتهاد القضائي

لقد توصلت العديد من الأحكام القضائية في فرنسا إلى تبني فكرة الفصل بين القانون المحدّد لآثار اتفاق التحكيم عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي، حيث قضت محكمة استئناف باريس في الحكم الذي أصدرته بتاريخ 21 أكتوبر 1983 بأنّ "القانون **واجب التطبيق لتحديد نطاق وآثار اتفاق التحكيم المؤسس للتحكيم الدولي، لا يكون بالضرورة ذلك القانون الواجب التطبيق على العقد موضوع النزاع**"[538].

---

[534]- انظر مثلا: **محمد عبد العزيز بكر**، مرجع سابق، ص 26.

[535]- من بينهم: **حفيظة السيد الحداد**، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم،مرجع سابق، ص 48 و 49؛ **سامية راشد**، مرجع سابق، ص 80؛ وكذلك:
Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, op. cit., p. 227.

[536]- في ذلك: Berthold GOLDMAN, op . cit., fasc. 586-1, n°12, 1989

[537]- انظر في ذلك: Antonias DIMOLITSA, op. cit., p.309.

[538]- و قد جاء الحكم باللغة الفرنسية على الشكل التالي: =

هذا الأثر جسّدته أيضا محكمة النقض الفرنسية حين ذهبت في حكمها الصادر بتاريخ 14 جوان 1983 إلى تأييد حكم محكمة استئناف باريس، الذي قضى بعدم تطبيق القانون الذي يحكم العقد الأصلي بصدد تفسير شرط التحكيم المدرج به على نحو ما تمسك به الطاعن، وتوصلت إلى أنّ "**شرط التحكيم في مسائل التحكيم الدولي يتمتع باستقلالية قانونية كاملة تجاه العقد الوارد فيه**"[539].

هذا وقد أتيحت الفرصة لمحكمة النقض الفرنسية لتأكيد هذه النتيجة بمناسبة الطعن الموجه ضد حكم محكمة استئناف باريس، والذي قضى بأنّه "**في مجال التحكيم الدولي، فإنّ مبدأ صحة واستقلالية شرط التحكيم [...] يكرّس استقلالية اتفاق التحكيم تجاه الأحكام الموضوعية للعقد المتعلق به، وكذلك القانون الداخلي واجب التطبيق على هذا العقد**".

لقد أيدت محكمة النقض هذا الحكم حيث قضت بأنّه "**ليس لمحكمة الاستئناف أن تفصل فيما يتعلق بشكل هذه الشروط وإثباتها وفقا لقانون قد لا ينطبق عليها وذلك نظراً لاستقلالية هذه الشروط عن العقد في مسائل التحكيم الدولي**"[540].

ثانيا: تطبيقات هذا الأثر في الاجتهاد التحكيمي

لقد توصلت العديد من أحكام التحكيم، إلى أنّه يترتّب على استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي إمكانية إخضاع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير ذلك الذي يحكم العقد الأصلي، فقد جاء في حكم التحكيم الصادر تحت مضلة غرفة التجارة الدولية في القضية رقم

=« *La loi applicable pour la détermination de la portée et des effets de la clause compromissoire instituant un arbitrage international ne se confondait pas nécessairement avec le droit applicable au fond du litige* ».
Cour d'appel de Paris, 21 octobre 1983, *rev. arb*., 1984. P.98, note CHAPPELLE (A).

[539]- وهو الحكم الصادر في 14 ديسمبر 1983:
Cass. Civ., 1re, 14 décembre 1983, *Rev. Arb*., 1984, p.483, note RONDEAU-RIVIER.

[540]- وقد جاء الحكم باللغة الفرنسية بالصيغة التالية:
« *La cour d'appel n'avait pas à statuer, quant a la forme et la preuve de ces clauses, en fonction d'une loi qui, en raison de leur autonomie en cas d'arbitrage international pouvait, d'ailleurs, ne pas leur être applicable* ».
Cass. Civ., 3 mars 1992, *Rev. arb*., 1993, p.273. note MAYER (P).

1507 لعام 1970 بأنّ" **شرط التحكيم الوارد في عقد دولي يمكن أن يخضع لقانون مختلف عن ذلك الذي يحكم العقد الأصلي. بناءً عليه فإنّ اتفاق الأطراف على أنّ موضوع النزاع يخضع للقانون الألماني، لا يستخلص منه أنّ صحة شرط التحكيم يتم تقديرها طبقا للشروط الشكلية في القانون الألماني**"[541].

جاء حكم التحكيم التمهيدي الصادر في القضية رقم 4131 لعام 1982 في نفس السياق، حيث توصل إلى أنّ "**القواعد القانونية الواجبة التطبيق لتحديد نطاق وآثار شرط التحكيم المنشئ لتحكيم دولي لا تختلط بالضرورة مع القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المحال إلى هذا التحكيم. وإذا كان هذا القانون أو هذه القواعد القانونية من الممكن، في بعض الأحيان، أن تتعلق بموضوع النزاع وكذلك شرط التحكيم، إلا أنّه من الممكن في أحوال أخرى أن تخضع شرط التحكيم، بالنظر إلى استقلاليته التي تتعلق ليس فقط بصحته بل أيضا بنطاقه وآثاره، لقواعد خاصة به ومتميزة عن تلك التي تحكم موضوع النزاع**"[542].

من خلال هذه العيّنات من الأحكام[543]، يتّضح لنا أنّ القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم لتقرير صحته أو نطاقه أو حتى آثاره، يمكن أن يختلف عن ذلك واجب التطبيق على العقد الأصلي، فتحديد قانون وطني معين ليحكم العقد الأصلي لا يطبّق بالضرورة على اتفاق التحكيم، بل يوقّف تطبيقه على الاتفاق الصريح بين الأطراف.

ثالثا: موقف القانون الجزائري

تنص الفقرة الثالثة من المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنّه"**تعتبر [اتفاقية التحكيم] صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي**

---

[541]- Sentence rendue dans l'affaire n° 1705 en 1970

[542]- مشار إليه في مجلة التحكيم الفرنسية لسنة 1984، ص137

[543]- إذ هناك الكثير من الأحكام في هذا المجال ويمكن الإشارة إلى:

Sentence préliminaire rendue dans l'affaire n° 4504 en 1985- 1986, *JDI*, 1986, p. 1118, obs. JARVIN (S) ; Sentence préliminaire rendue dans l'affaire n° 5065 en 1986, *JDI* 1987, p.1039, obs. DERAINS (Y).

يضعها إما القانون الذي اتفقت الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع،أو القانون الذي يراه المحكم ملائماً".

منح المشرّع الجزائري بموجب نص هذه المادة، الحرية الكاملة للمحكم في سبيل البحث عن القانون الذي ينظر وفقا له مسألة صحة اتفاق التحكيم، وفتح له الباب لتطبيق القانون[544]، أو بالأحرى القواعد القانونية، التي يراها ملائمة ولو كانت مختلفة عن تلك التي يطبقها على العقد الأصلي، وهذا يعتبر خطوة عملاقة في اتجاه تحرير اتفاق التحكيم وتكريس استقلاليته المطلقة بالنسبة للعقد الأصلي، بذلك نقول بأنّ القانون الجزائري مشى على درب القانون الفرنسي في هذا المجال، وتخلّى عن الموقف الذي كرّسه في المرسوم التشريعي رقم 09/93 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية الملغى.

ففي ظل القانون الملغى، نصت المادة 458 مكرر1 في فقرتها الثالثة على أنّه "**تعتبر[اتفاقية التحكيم] صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفقت الأطراف على اختياره وإما القانون المنظم لموضوع النزاع، لاسيما القانون المطبق على العقد الأساسي، وإما القانون الجزائري**".

يتبيّن من خلال نص هذه المادة، أنّ الحالة الوحيدة التي يمكن معها تطبيق قانون مختلف عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي على اتفاق التحكيم، هي حالة اتفاق الأطراف

---

[544]- لقد استعمل المشرّع مصطلح "القانون" بمفهومه الموضوعي وليس بمفهومه الشكلي، وقد أراد من خلال ذلك التأكيد على إمكانية خضوع اتفاق التحكيم للقواعد القانونية التي يختارها الأطراف أو المحكم بغض النظر عن مصدرها وهو يبتعد بذلك عن قاعدة التنازع الواردة في المادة 18 من القانون المدني التي تشترط دائما أن يكون القانون واجب التطبيق من مصدر تشريعي داخلي، وما يؤكد هذا القول هو أنّ نص المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية باللغة الفرنسية استعمل مصطلح "Droit" وليس "loi" كما جاء في المادة 18 من القانون المدني باللغة الفرنسية. فقد جاء نص الفقرة الثالثة من المادة 1040 باللغة الفرنسية على النحو التالي:

« Quand au fond, elle est valable si elle répond aux conditions que posent, soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige, soit le droit que l'arbitre estime approprié ».

على ذلك صراحة، حيث أنه في غياب هذا الاختيار، فإنّ المحكم أو المحكمة التحكيمية- حسب الأحوال- يطبّقان القانون المنظّم لموضوع النزاع بما فيه القانون الذي يحكم العقد الأصلي أو الأساسي، وفي حالة غياب هذا الأخير يطبّق القانون الجزائري.

لقد حاول البعض[545] تبرير موقف المشرّع الجزائري آنذاك، بالقول أنّ تطبيق القانون المنظم لموضوع النزاع، بما فيه القانون المطبق على العقد الأساسي، يعدّ بمثابة تطبيق للإرادة الضمنية للأطراف، أي أنّ اختيار الأطراف لقانون أو بالأحرى لقواعد قانونية تحكم العقد الأصلي، هو تعبير عن إرادتهم في تطبيقها كذلك على اتفاق التحكيم.

أرى من جهتي أنّ تغيير موقف المشرّع الجزائري مرحّب به، لأنّ الحل الذي اعتمده في السابق يقيّد بشكل كبير من مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، لكونه ينكر أحد النتائج الأساسية التي تترتب عنه، وهذا لا يخدم تطور التحكيم التجاري الدولي في الجزائر[546].

الفرع الثالث

أثر الاستقلالية بالنسبة للعقد الأصلي على انتقال اتفاق التحكيم

تعتبر إرادة الأطراف حجر الزاوية في نظام التحكيم داخلياً كان أو دولياً. وعليه، فإنّ التزام طرف معين بالتحكيم يفترض أن يكون قد عبّر عن إرادته بالالتزام به[547]، وبما أنّ اتفاق

---

[545]- وذلك رغم اعترافه بإمكانية تطبيق محكمة التحكيم لمصادر أخرى دون القانون المطبق على العقد الأصلي كاللجوء إلى المبادئ العامة للقانون والعادات التجارية الدولية، بالرغم من عدم النص عليها في هذه المادة، وبالتالي فهو بمثابة اعتراف بعدم جدوى الحل الذي أتى به المشرّع الجزائري لمواجهة هذه المسألة.

انظر في ذلك: **كولا محمد**، التحكيم في إطار قانون الاستثمار الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري- تيزي وزو 2002. ص 139 .

[546]- حيث أنّ تطور قانون التحكيم في دولة معينة يقاس على أساس مدى اعترافه بلجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم، ومدى اعترافه بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم.

انظر في هذا المعنى:

Nour- Eddine TERKI, " Décret de 1993, changement de cap", *Revue LICCAL*, n°120, Editions C.A.C.I, mars 2001,p.6 ; Fatou CAMARA, op. cit., p. 49.

[547]- لأنّ الرضا بالتحكيم لا يفترض وإنّما لابدّ من وجود الدليل عليه والتعبير عنه يكون صراحة. راجع في ذلك: **محمود السيد عمر التحيوي**، الرضا بالتحكيم لا يفترض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص128 وما يليها.

التحكيم قائم بذاته ومستقل عن العقد الذي يرد فيه أو يتعلق به، فذلك يعني منطقياً أنّ انتقال العقد الأصلي أو الحقوق والالتزامات الموضوعية التي يحتويها لا يؤدي بالضرورة إلى انتقال اتفاق التحكيم بل يقتضي قبول من انتقلت إليه تلك الالتزامات و/أو الحقوق بانتقال الالتزام باتفاق التحكيم[548]، على هذا الأساس قضت محكمة النقض الإيطالية بتاريخ 19 سبتمبر 2003، بأنّ المحال إليه في الحوالة لا يصبح طرفا في اتفاق التحكيم إلا إذا قبله صراحة كون اتفاق التحكيم مستقل عن العقد الأصلي[549].

إذا كان منطق مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يؤدي إلى هذه النتيجة التي وصلت إليها محكمة النقض الإيطالية، فإنّ الكثير من الأنظمة القانونية المقارنة تقرّر انتقال اتفاق التحكيم في هذه الحالات دون اشتراط قبول الطرف الذي انتقل إليه، وذلك بمجرد انتقال الحقوق و/أو الالتزامات الموضوعية، وإذا كانت أغلبية هذه الأنظمة القانونية كرّست قاعدة انتقال اتفاق التحكيم قضائياً[550]، فإنّ هناك من الدول من كرّست هذه القاعدة تشريعياً على غرار انجلترا[551] والبيرو[552].

لقد اختلف الفقه والقضاء في تفسير أساس هذا الانتقال ونطاقه، فهناك من قال بانتقال اتفاق التحكيم باعتباره جزءاً من اقتصاديات العقد، وهناك من أسّسه على كونه تابعاً

---

[548]- يمكن أن تثار هذه المسألة في كل العلاقات التي تثير انتقال الحقوق والالتزامات الموضوعية من الطرف الأصلي إلى الغير ومن بينها: حوالة الحق، حوالة الالتزام، حوالة العقد، الحلول (القانوني والاتفاقي)، عقد تحويل الفاتورة، عقد الاعتماد الإيجاري، صك دايلي...إلخ.

[549]- مشار إليه في :

Pierre MAYER, « La « circulation » des conventions d'arbitrage », *JDI*, n°2/2005, p.253.

[550]- وهو الوضع في فرنسا وبلجيكا وسويسرا...إلخ.

[551]- فقد نصت المادة 2/82 من قانون التحكيم الإنجليزي على أنّه:

« References in this part to a party to an arbitration agreement include any person claming under or throuth a party to the agreement"

[552]- وهو ما نصت عليه المادة 2/9 من القانون العام للتحكيم البيروفي والتي جاءت على الشكل التالي:

« La convention d'arbitrage requiert des parties et de leurs successeurs, selon le cas, de faire tout ce qui est nécessaire pour la conduite de la procédure arbitrale, pour obtenir que l'arbitrage soit pleinement efficace et que la sentence arbitrale soit respectée ».

Ce texte est cité par : Pierre MAYER, « La « circulation » des conventions d'arbitrage », op.cit., p.253.

للحق المنتقل بالحوالة أو الحلول، فيما ذهب آخرون إلى تأسيس ذلك الانتقال على أساس مبدأي الاستقلالية والصحة الذاتية لاتفاق التحكيم.

لقد استندت مجموعة من الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الفرنسي على كون اتفاق التحكيم جزءاً لا يتجزأ من اقتصاديات العقد محل الحوالة، أو من العقد الذي نشأ عنه الحق المحال به لتقرير انتقاله من المحيل إلى المحال له. من بين هذه الأحكام، نجد حكم صادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 25 نوفمبر 1999 وجاء فيه أنّ "**حوالة الحق أو العقد تستلزم حتما أن ينتقل من المحيل إلى المحال إليه الاستفادة من شرط التحكيم وهو شرط لا ينفصل عن اقتصاديات العقد**"[553].

انتقد الفقه هذا الحكم والأساس الذي اعتمده في تبرير انتقال اتفاق التحكيم من المحيل إلى المحال له، حيث يرى أغلب الفقه أنّ شرط التحكيم، شأنه شأن الشروط الإجرائية الأخرى المتعلقة بتسوية النزاعات عموماً، ليس جزءاً من اقتصاديات العقد، وإنّما هو من عناصره الثانوية، وذلك ما لم تتجه إرادة الأطراف إلى اعتباره من عناصر العقد الرئيسية[554]، وهو ما يستلزم رضا المحال له بشرط التحكيم للقول بانتقاله.

ذهب القضاء الفرنسي كذلك في العديد من المناسبات إلى تأسيس انتقال شرط التحكيم على كونه من توابع الحق المحال به، فقد اعتبرت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ 10 سبتمبر 2003 أنّ "**شرط التحكيم ينتقل إلى المحال إليه مع الحق المحال به، على النحو الذي كان عليه هذا الحق في العلاقة بين المحيل والمدين المحال عليه**"، وقد أسس

---

[553]- وتتلخص وقائع هذه القضية في أنه بتاريخ 23 مارس 1988 أبرم عقد بين شركة تشيكية وشركة إسمنت بوركنا فاسو (Cimat)، بموجبه التزمت الشركة التشيكية ببناء وحدة إسمنت في واغادوغو، وقد تضمن هذا العقد شرطا للتحكيم . قامت الشركة التشيكية بحوالة حقوقها الناشئة عن العقد إلى شركة أسمنت أبيجان، والتي رفعت دعوى تحكيم ضد شركة (Cimat) أمام غرفة التجارة الدولية استناداً إلى شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي المبرم بين الشركة التشيكية (المحيلة) وشركة(Cimat) (المحال عليها). دفعت هذه الأخيرة بعدم اختصاص محكمة التحكيم تأسيساً على كون المحال لها ليست طرفاً في العقد المبرم بتاريخ 23 مارس 1988 والمتضمن شرط التحكيم. رفضت محكمة التحكيم هذا الدفع وأصدرت حكماً كان محل طعن بالبطلان أمام محكمة استئناف باريس. لأكثر تفاصيل، راجع:
Cass. Civ., 1re, 28 mai 2002, *Bull*. n°146/2002, p.112. Consultable sur : http://www.legifrance.gouv.fr/

[554]- في استعراض هذا الرأي انظر: **داليا عبد المعطي حسين علي**، مرجع سابق، ص255.

الحكم هذا الحل على الطبيعة التبعية لشرط التحكيم، لكونه شرطاً ضمن شروط العقد، وأنّ هذا الشرط لا يمكن فصله عن بقية بنود العقد التي تنظم الحق المحال به، كما فسّر قابليته للانفصال أو استقلاليته في ما يتعلق بصحته ووجوده بطبيعته القضائية، وذلك بهدف ضمان فعاليته[555].

يبيّن هذا الحكم بوضوح اتجاه القضاء في فرنسا إلى تكريس الانتقال التلقائي لاتفاق التحكيم، خاصة إذا علمنا أنّه صدر بناءً على إحالة محكمة النقض الفرنسية التي قضت بنقض الحكم الصادر في النزاع عن محكمة استئناف روان بتاريخ 25 نوفمبر 1999، الذي رفض انتقال شرط التحكيم الوارد في العقد الذي نشأ عنه الحق المحال به تأسيساً على استقلالية شرط التحكيم.

أيد أغلب الفقه هذا الحكم لكونه فرق بين الزوايا المختلفة لاتفاق التحكيم (طبيعته العقدية وطبيعته القضائية وتبعيته للعقد الأصلي لكونه لا يمكن تصوره دونه)، غير أنّ هناك من يرى أنّ هذا الحكم تجاهل دور إرادة الأطراف وتجاهل أنّ شرط التحكيم يرد في عقد ما لتسوية كافة النزاعات التي تنشأ عنه، فهو لا ينتقل مع أحد الحقوق التي نشأت عن هذا العقد، وانتقلت إلى شخص آخر من الغير الذي لا يصبح طرفا في هذا العقد لمجرد انتقال الحق إليه[556].

إذا كان هذا الحل، يمكن أن يصطدم باستقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي في قانون التحكيم التجاري الدولي في الجزائر وما يمكن أن يقدم له من انتقادات، فإنّه يتماشى تماما مع قواعد التحكيم الداخلي، لأنّ المشرّع الجزائري لم يعترف فيها بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم.

---

[555]- راجع:

C.A. Paris, 10 septembre 2003, Société Quille c/ SA CEE Euro Isolation, *Rev. Arb.*, 2004, p.623, note L. Aynès.

[556]- انظر في ذلك: **داليا عبد المعطي حسين علي**، مرجع سابق، ص264.

إلى جانب الحل المتقدم، قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 06 فيفري 2001 بأنّ "**شرط التحكيم الدولي ينتقل مع الدعوى الناتجة عن العقد، إلا إذا وجد إثبات مقبول على عدم العلم بوجود هذا الشرط**"[557].

لقد رأى جانب من الفقه في هذا القرار تأكيداً على نظرة القضاء الفرنسي إلى التحكيم، باعتباره الوسيلة العادية لتسوية نزاعات التجارة الدولية وتكريساً لقرينة قضائية حقيقية، مفادها انتقال اتفاق التحكيم بانتقال العقد وما على المحال إليه والمحال منه إلا إثبات عكس ذلك[558].

تؤكد الأحكام والقرارات السابقة إذن، أنّ القضاء الفرنسي ذهب في عدة اتجاهات لتفسير انتقال اتفاق التحكيم، وأغرب ما أسّس عليه هذا الانتقال هو مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، فقد قرّرت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 28 ماي 2002 "**أنّ شرط التحكيم، المستقل قانونا عن العقد الأصلي،ينتقل مع هذا الأخير بصرف النظر عن صحة انتقال الحقوق الموضوعية**"[559]، مؤيدة بذلك الحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 25 نوفمبر 1999.

تعرض هذا الحكم إلى انتقادات شديدة لأنّه "أشار دون جدوى إلى مبدأ استقلالية شرط التحكيم للقول بانتقاله"[560]، وهو ما جعل البعض يصف هذه الخطوة بغير السديدة «Maladroite» لأنّها أدت إلى نتيجة غير مقبولة، وهي انتقال الشرط ولو لم ينتقل الحق أو

---

[557]- للاطلاع على محتوى هذا القرار:

Cass. Civ. 1re, 6 février 2001, Peavey Company c. Organisme général des fourrages et autres, *bull.* civil 1, n°22, p.15. Consultable sur : http://www.legifrance.gouv.fr/

[558]- انظر في ذلك:

Emmanuel GAILLARD, « La jurisprudence de la cour de cassation en matière d'arbitrage international », op-cit., p.706.

[559]- وقد جاء القرار بالصيغة التالية:

« Mais attendu qu'en matière internationale, la clause d'arbitrage, juridiquement indépendante du contrat principal, est transmise avec lui, quelle que soit la validité de la transmission des droits substantiels[…] ».

Cass. Civ., 1re, 28 mai 2002, *Bull.* n°146/2002, p.112. Consultable sur :http://www.legifrance.gouv.fr/

[560]- **داليا عبد المعطي حسين علي**، مرجع سابق ، ص 256.

العقد الأصلي لعدم صحة الحوالة، وهو ما يترتب عنه سريان شرط التحكيم فيما بين المحال عليه والمحال له على الرغم من عدم وجود الحوالة[561].

يبيّن هذا الحل بوضوح كما ذهب إليه البعض، أنّ مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم لا يفسر في غير صالح هذا الاتفاق بل بالعكس من ذلك، فمضمون هذا المبدأ يجب أن يفسّر بشكل يضمن صحته وفعاليته وفقاً لشروطه الخاصة المنبثقة من المبادئ العامة للتحكيم الدولي، وبالاستقلال عن الشروط الخاصة ببنود العقد الأخرى[562].

هذا الوضع جعل البعض يرى أنّ مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في فرنسا له مفهوم وظيفي هدفه المعلن هو تفضيل وتشجيع التحكيم، خاصة في مجال التجارة الدولية التي تمتاز علاقاتها التعاقدية بالتعقيد، والتي من شأنها أن تخلق صعوبة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، كما أنّ هذا المبدأ يغطي تردد قوانين الإجراءات التي كثيراً ما تكون جد مقيّدة لاتفاقات التحكيم[563].

في القانون الجزائري، إذا كان بالإمكان الأخذ بهذا الحل في إطار عقود التجارة الدولية، تأسيساً على ما كرّسته الفقرة الأخيرة من المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، فإنّه يصعب إن لم نقل يستحيل، تأسيس انتقال شرط التحكيم الداخلي على استقلاليته، لأن المشرّع الجزائري لا يعترف له أصلا بهذه الاستقلالية بالنسبة للعقد الأصلي[564].

إضافة إلى الأسس السابقة، أسّس القضاء الفرنسي انتقال اتفاق التحكيم من المحيل إلى المحال له على مبدأ الصحة والفعالية الذاتية لاتفاق التحكيم في مجال التحكيم التجاري الدولي، فقد قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ 20 أبريل 1988 بأنّ "**شرط**

---

[561]- انظر في ذلك:

Cass. Civ., 1re, 28 mai 2002(Cimat), Rev. crit. DIP, n°4/2002, p.769, note N. Copiel-Cordonnier.

[562]- انظر في هذه الفكرة : Marina PAPADATOU, op. cit., p. 279

[563]- انظر: Caixia YANG, op-cit., p.202 et 203

[564]- فالمشرّع الجزائري كرّس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي في إطار الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي فقط، حينما نص في الفقرة الأخيرة من المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنّه " لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي".

التحكيم الوارد في عقد دولي له صحة وفعالية تحتم امتداد تطبيقه إلى الطرف الذي يخلف أحد المتعاقدين في حقوقه، ولو بشكل جزئي، شريطة أن يكون النزاع داخلاً في نطاق اتفاق التحكيم"[565].

في نفس السياق، حكمت محكمة النقض الفرنسية بنفس الصيغة والألفاظ في حكمين لها صادرين على التوالي بتاريخ 5 جانفي 1999 و 19 أكتوبر 1999، وكان أحد أطراف القضيتين الشركة الوطنية للنقل البحري(SNTM)، بأنّه "**ينتقل شرط التحكيم الدولي الصحيح بمجرد أثر إرادة الأطراف، إلى المحال له مع الحق المحال به، مثلما كان هذا الحق موجوداً في علاقات المحيل بالمحال عليه**"[566].

للإشارة، فقد أرست محكمة النقض الفرنسية مبدأ "الصحة الذاتية لاتفاق التحكيم" بمناسبة الحكم في القضية المعروفة باسم «Zanzi» بتاريخ 5 جانفي 1999، أين قرّرت أنّ اتفاق التحكيم في المعاملات الدولية صحيح بمجرد اتفاق الأطراف ودن الرجوع إلى قانون وطني محدّد ودون إعمال قواعد الإسناد. غير أنّ هذا المبدأ انفرد في تكريسه القضاء الفرنسي، ولم يلق قبولا في الأنظمة القانونية الأخرى، نظراً للمفارقات التي يؤدي إليها كما سيتبين من خلال الفصل الموالي.

---

[565]- نقلا عن: **داليا عبد المعطي حسين علي**، مرجع سابق، ص258 .

[566]- صدر الحكم الأول في قضية طرحت بين البنك العام للتجارة (BGC) والشركة الجزائرية للنقل البحري (SNTM)، وتتلخص وقائع هذه القضية في قيام شركة «Sud Marine» بحوالة حق لها في ذمة الشركة الجزائرية للنقل البحري إلى البنك العام للتجارة بموجب صك محرر وفقا لقانون Dailly لسنة 1981. فتقدم البنك المذكور بطلب للقضاء الفرنسي ووصلت القضية إلى محكمة استئناف "إكْس أُن بروفنس" بعدم الاختصاص لوجود اتفاق التحكيم في العقد الأصلي يحيل على تحكيم غرفة التجارة الدولية. طعن البنك في هذا الحكم أمام محكمة النقض الفرنسية مؤسّساً طعنه على أنّ محكمة الاستئناف لم تستخلص رضائه باتفاق التحكيم كمحال له. غير أنّ محكمة النقض رفضت الطعن وقضت بانتقال شرط التحكيم تبعاً لحوالة الحق كما أسلفنا. في هذا الحكم انظر:
Cass. civ.,1re, 19Octobre1999, Banque générale de commerce c/ SNTM, *Rev. arb.*, n°1/2000, p.85, note D. Cohen.

الفصل الثاني

الفعالية الذاتية لاتفاق التحكيم:
تحريره من قبضة القوانين الوطنية

لم تتوقف بعض الأنظمة القانونية، على رأسها النظام القانوني الفرنسي، عند توسيع مجال حرية إرادة أطراف التحكيم التجاري الدولي في كل المراحل التي تمر عبرها عملية التحكيم، سواء تعلق الأمر بحرية اللّجوء إلى هذه الوسيلة أو تعيين المحكم أو تشكيل محكمة التحكيم، أو اختيار قواعد القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم أو ذلك الذي يحكم إجراءاته أو القانون المنظم لموضوع النزاع، بل عملت ومازالت تعمل على تقرير استقلالية التحكيم عن القوانين الوطنية المحتملة التطبيق التي تحدّدها قواعد تنازع القوانين، ممّا يحرّره كليةً من قبضة القوانين الداخلية ومن ما يمكن أن تفرضه من قيود.

في سبيل الوصول إلى هذه النتيجة، ومن أجل وضع فلسفة تشجيع التحكيم خاصة في مجال التجارة الدولية حيز التنفيذ، عمل القضاء الفرنسي على استبعاد منهج تنازع القوانين ولجأ في كل مرة إلى تطبيق منهج القواعد المادية للتحكيم التجاري الدولي، وبما أنّ اتفاق التحكيم هو نقطة بداية التحكيم وأساسه عملت هذه الأنظمة القانونية على تحصينه بشكل يضمن فعاليته.

يبقى أنّ هذا الاتجاه لم يجد إلى حدّ الآن صدى كبير على مستوى الأنظمة القانونية المقارنة، ويبقى خصوصية يتميز بها النظام القانوني الفرنسي، رغم أنّ الكثير من الدول أعادت النظر في قوانينها المنظمة للتحكيم في السنوات الأخيرة، على غرار القانون الجزائري، نظراً لما ينطوي عليه التوجه الفرنسي من غموض ومفارقات تتعلق أساساً بصعوبة تحديد مضمون القواعد المادية المكونة لقانون التجارة الدولية "Lex Mercatoria" وعدم استطاعتها تنظيم كل المسائل التي يثيرها اتفاق التحكيم.

يضاف إلى ذلك، أنّ منهج القواعد المادية الذي بواسطته تتقرر صحة وفعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، يدخل هذا الاتفاق في فكرة العقد الطليق أو العقد بلا قانون والذي لا يخضع إلاّ لإرادة أطرافه، مما يجعله صحيحاً دائماً، وهو ما يطرح أيضا مسألة القيود التي يجب

أن تَحُدّ هذه الإرادة، والمقصود بالنظام العام الدولي الذي لجأ إليه القانون والقضاء في فرنسا وبعض الدول منها الجزائر.

فتبني مبدأ الصحة والفعالية الذاتية لاتفاق التحكيم في مجال التجارة الدولية يبقى خصوصية فرنسية(**المبحث الأول**)، ومنهج القواعد المادية الذي يعتمد القانون الفرنسي لم ينتشر الأخذ به في الأنظمة القانونية المقارنة (**المبحث الثاني**).

المبحث الأول
تبني مبدأ الصحة والفعالية الذاتية لاتفاق التحكيم:
الخصوصية الفرنسية

عمل النظام القانوني الفرنسي على تكريس مبدأ الصحة والفعالية الذاتية لاتفاق التحكيم التجاري الدولي، وذلك من خلال القضاء الذي اتّبع خطة ممنهجة تدريجية، بدأها بتحرير هذا الاتفاق من قبضة القانون الذي ينظم العقد الأصلي، مروراً بتكريس استقلاليته عن كل القوانين الوضعية (**المطلب الأول**).

من أجل الوصول إلى هذه النتيجة، وجد القضاء الفرنسي نفسه مضطراً بالتخلي عن منهج التنازع التقليدي، الذي يتحدد وفقا له القانون واجب التطبيق على العقد الذي تتوفر فيه معايير الدولية، وقد أحلّ محلّه منهج جديد وهو منهج القواعد المادية(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول
تطور مبدأ صحة وفعالية
اتفاق التحكيم في القضاء الفرنسي

اعتمد القضاء الفرنسي على التكريس التدريجي لمبدأ الصحة والفعالية الذاتية لاتفاق التحكيم، فقد قضى في مرحلة أولى وبمناسبة الفصل في القضية التي باتت تعرف بقضية "Hecht" باستقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن القانون الفرنسي واجب التطبيق(**الفرع الأول**)، قبل أن يقرر استقلالية هذا الاتفاق بالنسبة لكل القوانين الوطنية بمناسبة الفصل في قضية "Dalico" في مرحلة ثانية(**الفرع الثاني**)، ليصل في مرحلة أخيرة إلى وضع مبدأ صحة

وفعالية هذا الاتفاق الذاتية، وذلك في القرار الذي أصدرته في القضية المعروفة بـ"Zanzi" في سنة 1999(**الفرع الثالث**).

الفرع الأول
مرحلة تكريس الاستقلالية بالنسبة للقانون الداخلي الفرنسي

بدأ القضاء الفرنسي حملة تقريره لمبدأ الاستقلالية التامة لاتفاق التحكيم، بتقرير هذه الاستقلالية بالنسبة لأحكام القانون الداخلي الفرنسي[567]، إذ تعود جذور مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي بهذا المفهوم -حسب أغلب الآراء الفقهية[568]- إلى القرار الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية بتارخ 04 جويلية 1972، بمناسبة الفصل في القضية التي نشأت بين الشركة الهولندية "Buisman's" وأحد المواطنين الفرنسيين المسمى "Hecht".

لقد تضمن هذا القرار عبارة تم تفسيرها على أنّ محكمة النقض أرادت من خلالها تكريس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة لكل قانون وطني، وهي عبارة " Complète autonomie"، أي استقلالية تامة[569].

تتمثل وقائع هذه القضية في أنّه بتاريخ 7 ديسمبر 1967، قامت الشركة الهولندية بإبرام عقد وكالة خاصة "Mandat exlusif" مع مواطن فرنسي مقيم بفرنسا يدعى "Hecht"، وذلك وفقا للشروط التي حدّدها المرسوم الفرنسي الصادر بتاريخ 23 ديسمبر 1958، والمتعلق

---

[567]- انظر:

Jean-Baptiste RACINE, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », op-cit., p.312.

[568]- منهم على سبيل المثال:

Emmanuel GAILLARD, « Arbitrage commercial international : convention d'arbitrage- autonomie et principe de validité- droit applicable», op-cit., p.10 ; Catherine BLANCHIN, op.cit., p.26 ; Philippe FRANCESCAKIS, op-cit., p.82; Antonias DIMOLITSA, op. cit., p. 315.

- في المقابل يرى الأستاذ "**تراري ثاني**" أنّ هذا المبدأ كرّسه القضاء الفرنسي لأول مرة بمناسبة القرار الصادر في قضية "Dalico" بتاريخ 20 ديسمبر 1993.

راجع: **تراري ثاني مصطفى**، "استقلالية اتفاق التحكيم كمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري الدولي المعاصر"، مرجع سابق، ص13.

[569]- انظر في ذلك: Catherine BLANCHIN, op-cit., p.26

بالوكلاء التجاريين، وقد اتفق بموجب هذا العقد بأن يقوم الطرف الفرنسي ببيع منتج "Aroma" الذي تنتجه الشركة "Buisman's"، باسمه الخاص ولحسابه على الإقليم الفرنسي.

بتاريخ 06 فيفري 1969، قام "Hecht" برفع دعو ى قضائية ضد الشركة المتعاقدة معه أمام المحكمة التجارية بالسين"Seine" طالب فيها بفسخ العقد الذي أبرمه مع هذه الشركة، وإلزام هذه الأخيرة بتمكينه من المبالغ المتبقية في ذمتها، مع تعويضه عن الأضرار التي أصابته من جرّاء تقاعسها وإخلالها بالتزاماتها التعاقدية، وهو ما استجابت له المحكمة.

شكّلت الشركة الهولندية طعناً بالاستئناف أمام محكمة استئناف باريس وتمسكت بعدم اختصاص محكمة السين التجارية، وقد أسّست ذلك على شرط التحكيم الذي ورد في العقد الذي يربطها بالمستأنف عليه(Hecht)، والذي يعطي الاختصاص بالفصل في النزاعات المحتملة بينهم والمتعلقة بالعقد المذكور لغرفة التجارة الدولية بباريس.

وقد دفع المواطن الفرنسي من جهته بأنّ شرط التحكيم الذي تمسكت به المستأنفة باطل تطبيقاً للمرسوم المتعلق بالوكلاء التجاريين الصادر بتاريخ 23 ديسمبر 1958، والذي يمنع مثل هذا الشرط في المعاملات بين التجار وغير التجار.

بموجب القرار الذي أصدرته بتاريخ 19 جوان 1970، رفضت محكمة استئناف باريس الدفع الذي قدمه المستأنف عليه "Hecht"، حيث اعتبرت أنّ الأطراف المتعاقدة تبنّت شرط التحكيم خارج الفروض التي لا يسمح بها القانون الفرنسي، مستندة في قرارها على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، حيث صاغت قرارها بصياغة مماثلة لتلك التي جاء بها قرار محكمة النقض في قضية "Gosset" السالف الذكر، لكنها ذهبت إلى مدى أبعد من مجرّد استنتاج النتائج التي تترتب منطقياً عن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بمفهوم قرار "Gosset"، أي استقلاليته بالنسبة للعقد الأصلي مثلما تبين من خلال الفصل السابق من هذه الدراسة،

وتوصلت إلى استخلاص صحة اتفاق التحكيم من مجرد اتفاق إرادة الأطراف على قبول اتفاق التحكيم، دون إسناد هذا الاتفاق إلى أيّ قانون وضعي لدولة معينة[570].

رفضت محكمة النقض الطعن الذي أقامه "Hecht" ضد قرار محكمة استئناف باريس، ومن بين الأسباب التي بنت عليها قرار الرفض الصادر بتاريخ 04 جوان 1972 [571] ما يلي:

« Mais attendu qu'ayant relevé le caractère international du contrat qui liait les parties et rappelé qu'en matière d'arbitrage international l'accord compromissoire présente une complète autonomie, l'arrêt attaqué en a justement déduit que la clause litigieuse devait en l'espèce recevoir application ».

يتجلى بوضوح من خلال هذا القرار أنّ محكمة النقض الفرنسية أرادت أن تفتح باب الاستقلالية التامة لاتفاق التحكيم في مجال التجارة الدولية، ذلك أنّها لم تكتف بالتذكير بما كرّسته بمناسبة قرار "Gosset"، بل سلكت مسلك تحرير اتفاق التحكيم من قبضة القوانين الوطنية المحتملة التطبيق عليه، ولم تميّز بين القانون الداخلي الفرنسي والقوانين الداخلية الأجنبية[572]، وقرّرت أنّه في مجال التحكيم الدولي يتمتع شرط التحكيم "باستقلالية تامة" وهو ما يعني أنّ تقدير صحته لا يخضع إلاّ لإرادة أطرافه.

جاء قرار محكمة النقض الفرنسية إذاً لتحصين اتفاق التحكيم، من خلال وضع قاعدة موضوعية صريحة في مجال المعاملات الخاصة الدولية مفادها استقلالية اتفاق التحكيم، وهي قاعدة واجبة التطبيق على عقود التجارة الدولية، بغض النظر عمّا يقضي به القانون الداخلي واجب التطبيق، الذي يتحدّد بمقتضى قواعد تنازع القوانين[573]، وبذلك يأخذ مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم مفهوماً جديداً، ويتحول جذرياً ليصبح يعبّر ليس فقط على

---

[570]- راجع:

Emmanuel GAILLARD, « Arbitrage commercial international : convention d'arbitrage- autonomie et principe de validité- droit applicable », op. cit., p.10.

[571]- راجع هذا القرار في: Cass. Civ. 4 juillet 1972, *Rev. arb.*, 1974, p.89

[572]- انظر في ذلك: Philippe FRANCESCAKIS, op. cit., p.82

[573]- راجع في نفس المعنى: **محمد عبد الله محمد المؤيد**، مرجع سابق، ص236.

استقلالية الاتفاق بالنسبة للعقد الأصلي، بل أصبح تقدير وجود وصحة هذا الاتفاق يكون وفقاً لقواعد مادية[574].

يرى جانب من الفقه، أنّ لجوء محكمة النقض الفرنسية إلى تأسيس استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة لكل قانون داخلي على مبدأ قرار" Gosset" لا يستند إلى أي أساس سليم، وأنّه لا توجد بين المبدأين أية علاقة منطقية، وكيَّفه بالاستنتاج الذي لا أساس له، وبأنّه "شذوذ" للقانون الفرنسي للتحكيم التجاري الدولي[575].

تجدر الإشارة إلى أنّ محكمة استئناف باريس لم تنتظر حتى صدور قرار محكمة النقض في قضية "Hecht" لتؤكد هذا المبدأ، حيث وبتاريخ 25 جانفي 1972، وبمناسبة الفصل في قضية "Menicucci"، قرّرت أنّ اتفاق التحكيم لا يخضع للقانون الذي يحكم العقد الأصلي، كما قرّرت صحته استناداً إلى إرادة الأطراف ولائحة مركز التحكيم الذي ارتضى الأطراف الخضوع لها، وذلك دون أن تستند إلى قانون وطني معيّن.

للتذكير، فقد أصدرت محكمة الدرجة الأولى حكما قضى ببطلان شرط التحكيم الذي أدرج في العقد الذي أبرمه "Menicucci" مع المتعاقد معه والمتعلق بالتوكيل بالبيع في كندا والولايات المتحدة الأمريكية لأشياء مصنّعة في فرنسا، واعتبرت أنّ العقد الرابط بين الطرفين عملاً مختلطاً مبرماً بين تاجر وغير تاجر، وأنّ العقد محل المنازعة يفتقد للطابع الدولي[576].

---

[574]- انظر:

Emmanuel GAILLARD, « Arbitrage commercial international : convention d'arbitrage- autonomie et principe de validité- droit applicable », op-cit., p.10.

[575]- وقد كتب الأستاذ " Kassis":

« …l'autonomie des arrêts HECHT-MENUCUCCI est une extrapolation sans fondement et une anomalie du droit français de l'arbitrage commercial international ».

Antoine KASSIS, L'autonomie de l'arbitrage commercial international(le droit français en question), op. cit., p.92.

[576]- أشار إليه:

Emmanuel GAILLARD, « Arbitrage commercial international : convention d'arbitrage- autonomie et principe de validité- droit applicable", op. cit., p.10.

إنّ ما يلاحظ على القرارات السابقة الصادرة عن كل من محكمة استئناف باريس ومحكمة النقض الفرنسية، أنّها جاءت لضمان فعالية اتفاق التحكيم المدرج في العقود المختلطة، التي كان القانون الفرنسي ينص على عدم جوازها، وبالتالي تقدير وجودها وصحتها دون الاستناد إلى القانون الداخلي الفرنسي.

الفرع الثاني
مرحلة تكريس استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة لكل قانون وطني

في مرحلة ثانية، توصلت محكمة النقض الفرنسية إلى تقرير مبدأ مفاده استقلالية اتفاق التحكيم عن كل قانون وطني بصفة صريحة، وجعلت تقدير وجود وصحة هذا الاتفاق بناءً على إرادة الأطراف دون ما حاجة إلى إعمال منهج تنازع القوانين.

لقد لعب القرار الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية في قضية "Dalico" دوراً محورياً في التوجه نحو تكريس منهج القواعد المادية واستبعاد منهج قواعد التنازع في تقدير صحة ووجود اتفاق التحكيم في مجال التجارة الدولية، حيث قرّرت بتاريخ 20 ديسمبر 1993 بأنّه" **وفقاً لقاعدة مادية من قواعد القانون الدولي للتحكيم، يعدّ شرط التحكيم مستقلاً من الناحية القانونية عن العقد الدولي الذي يتضمنه، سواءً بطريق مباشر أو عن طريق الإشارة، فوجود اتفاق التحكيم وصحته يتقرّران وفقاً للإرادة المشتركة للأطراف دون حاجة للإشارة إلى قانون وطني وضعي، باستثناء التقيّد بالقواعد الآمرة في القانون الفرنسي والنظام العام الدولي**"[577].

[577]- جاءت الصياغة الأصلية باللغة الفرنسية كما يلي:

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

Voir : cass. Civ. 1re, 20 décembre 1993, *Rev. arb*., 1994, p. 116, note H. GAUDEMET-TALLON.

تتلخص وقائع هذه القضية في أنه بتاريخ 15 جوان1981، قامت إحدى الوحدات المحلية التابعة للدولة الليبية (بلدية خمس)، بإبرام عقد مع شركة دنمركية"Dalico" خاضع من حيث الموضوع للقانون الليبي، ومن حيث الاختصاص القضائي إلى المحاكم الليبية،بموجبه التزمت الشركة الدنماركية بالقيام بالأعمال اللازمة لصرف المياه.

تضمن العقد المذكور بنداً يعتبر الوثائق الخاصة بالمناقصة والشروط النموذجية والمعدّلة في الملحق، جزءاً لا يتجزأ من العقد نفسه، وقد تضمّنت الشروط النموذجية الموقعة شرطاً يمنح الاختصاص للمحاكم الليبية، بينما عدّل الملحق غير الموقع عليه هذا الشرط عن طريق الإحالة إلى شرط التحكيم الوارد في إحدى الوثائق المتعلقة بالمناقصات.

نظراً لنشأة خلافات بين طرفي العقد وعجزهما على إيجاد حل ودي لها، تقدمت الشركة الدنمركية "Dalico " بعرض هذه النزاعات على التحكيم تحت مظلة غرفة التجارة الدولية بباريس، إعمالاً لشرط التحكيم الوارد في الوثائق الخاصة بالمناقصة.

بعد نظر محكمة التحكيم المنعقدة وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية بباريس في النزاع، توصلت إلى تقرير اختصاصها بالنظر في النزاعات المعروضة أمامها، وحكمت قبل الفصل في الموضوع بتعيين خبير، ثم انتهت في الأخير إلى تقرير مسؤولية الطرف الليبي عن فسخ العقد وألزمته بدفع مبالغ متنوعة لصالح الطرف الدنماركي.

تمسك الطرف الليبي، في طعونه الموجهة ضد قرارات محكمة التحكيم أمام محكمة استئناف باريس، بعدم اختصاص محكمة التحكيم بنظر النزاع استناداً إلى عدم وجود شرط التحكيم، وتأسيساً على أنّ القانون الليبي المنصوص عليه في العقد يقتضي أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وموقعاً عليه من قبل الأطراف، ومبرما بعد إذنٍ خاص من السلطات الحكومية.

بتاريخ 26 مارس 1991، أصدرت محكمة استئناف باريس قراراً برفض الطعن بالبطلان الموجه ضد حكم التحكيم الصادر ضد الطرف الليبي مسبّبة هذا الرفض كما يلي: "**في التحكيم التجاري الدولي، فإنّ مبدأ صحة واستقلالية شرط التحكيم يكرّس استقلالية اتفاق التحكيم في مواجهة النصوص المادية للعقد الذي يشير إليه وأيضا في مواجهة القانون**

الداخلي واجب التطبيق على هذا الاتفاق، بشرط عدم مخالفة النظام العام الدولي،لاسيما ما تعلق منه بقابلية المنازعة للفصل فيها بواسطة التحكيم".

رفع الطرف الليبي طعناً بالنقض أمام محكمة النقض الفرنسية، نظرت فيه الغرفة المدنية الأولى التي أصدرت بتاريخ 20 ديسمبر 1993 قرار " Dalico" المشار إليه أعلاه.

لقد لاحظ الفقه وبحق أنّ محكمة النقض الفرنسية كرّست بصفة واضحة تمييزاً بين مبدأ الاستقلالية بمفهومه التقليدي، أي الفصل بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، ومبدأ الاستقلالية التامة بما في ذلك استقلاليته عن كل قانون داخلي، مما يجعل اتفاق التحكيم بمنأى عن كل الأسباب التي تؤدي إلى عدم فعاليته، ويجعل تقدير صحته يستند فقط على إرادة الأطراف، ولا يحد من هذه الإرادة إلاّ قيد وحيد، مفاده مراعاة اتفاق التحكيم لمقتضيات القواعد الآمرة في القانون الفرنسي والنظام العام الدولي[578].

جدير بالذكر أنّ هذا التوجه سلكته محكمة استئناف باريس قبل صدور قرار "Dalico" في عدة مناسبات، ففي قرارها الصادر بمناسبة النظر في قضية "Gatoil" بتاريخ 17 ديسمبر 1991، قضت بأنّه "**في إطار التحكيم الدولي، يعدّ مبدأ استقلالية شرط التحكيم ذو تطبيق عام، يكرّس باعتباره قاعدة مادية دولية صحة اتفاق التحكيم، دون الإشارة إلى أي نظام لتنازع القوانين، فصحة اتفاق التحكيم لا تخضع إلاّ لمقتضيات النظام العام الدولي**"[579].

---

[578]- لقد انتقد حكم محكمة النقض الفرنسية استناداً إلى عدم دقة مفهوم ومضمون فكرة النظام العام الدولي، حيث يرى البعض بأنّ الأخذ بالمفهوم الليبرالي الفرنسي يؤدي لا محال إلى توسيع مفرط لمجال صحة اتفاق التحكيم. كما يرى البعض الآخر أنّ فكرة النظام العام الواردة في الحكم لا تتعلق بالنظام العام الدولي الذي يتم معه استبعاد القانون الداخلي المختص تطبيقا لقواعد التنازع في القانون الدولي الخاص، بل يقصد به الحد الأدنى للعدالة والتي تتمثل في هذا المجال في ضرورات التجارة الدولية بالمفهوم الفرنسي. أنظر في تفصيل ذلك:

Antonias DIMOLISTA, op. cit., p.317 ; Sylvain BOLLEE, « Quelques remarques sur la pérennité (relative) de la jurisprudence Dalico et la portée de l'article IX de la Convention européenne de Genève », *JDI*, n°1/2006, p.130.

[579]- للإطلاع على القرار: C. A. Paris, 17 décembre 1991, Gatoil, *Rev. arb.*,1993, note SYNVET

الفرع الثالث
مرحلة تكريس مبدأ الصحة والفعالية الذاتية لاتفاق التحكيم

رغم الانتقادات الكثيرة التي طالت توجه القضاء الفرنسي نحو استبعاد القوانين الداخلية من حكم اتفاق التحكيم، وما ينتج عنه من تكريس لمنهج القواعد المادية وهجر منهج تنازع القوانين، إلا أنّ محكمة النقض الفرنسية، وبدلاً من أن تحاول التدقيق في محتوى مبدأ الاستقلالية التامة لاتفاق التحكيم ورسم الحدود التي تهذّبه، ذهبت إلى الأمام وجعلت لاتفاق التحكيم صحة وفعالية ذاتية تفرضان إعمال هذا الاتفاق في كل الأحوال بمجرد تطابق إرادة أطرافه، وهو المفهوم الذي أعاد إلى الأذهان فكرة العقد بلا قانون (العقد الطليق) التي أثارت جدلاً فقهياً واسعاً بين مؤيدٍ ومعارض.

لقد توصلت محكمة النقض الفرنسية، في طريق تحريرها لاتفاق التحكيم في مجال التجارة الدولية من كل ما يمكن أن يقيّده، إلى تقرير مبدأ استقلالية هذا الاتفاق دون الإشارة إلى أيّ قيد، ففي القرار الذي أصدرته بتاريخ 05 جانفي 1999، بمناسبة الفصل في الطعن بالنقض المرفوع ضد قرار محكمة استئناف بوردو في قضية "Zanzi"، قرّرت أنّه" **بمقتضى مبدأ صحة شرط التحكيم دون شرط التجارية، والمبدأ الذي بموجبه يؤول للمحكم الفصل في اختصاصه؛ حيث أنّه ينتج عن ذلك أنّ المحكمة الوطنية غير مختصة بالنظر، بصفة أصلية، في صحة شرط التحكيم، وأن المادة 2061 من القانون المدني ليس لها تطبيق في النظام الدولي**"[580].

بهذا القرار تكون محكمة النقض الفرنسية قد أوصلت إلى حدِّها حركة الاجتهاد القضائي التي بدأتها بمناسبة الفصل في الطعن المرفوع أمامها في قضية " Hecht" المشار إليها

[580]- وقد جاءت الصياغة الأصلية للقرار كما يلي:
« Vu le principe de validité de la clause d'arbitrage international, sans condition de commercialité, et celui selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence ;
Attendu qu'il en résulte que la juridiction étatique est incompétente pour statuer, à titre principal, sur la validité de la clause d'arbitrage, et que l'article 2061 du Code civil est sans application dans l'ordre international ».
Voir : Cass.civ, 1re, 05 janvier1999, *Bull*. 1999/n°2, p.1, ou sur le site : www.legifrance.gouv.fr/

أعلاه، وأكدت رسمياً على مبدأ صحة اتفاق التحكيم الدولي رغم عدم استناد هذا المبدأ على أي نص قانوني في القانون الفرنسي، فهو بالتالي مبدأ قضائي بحت[581].

للإشارة، فإنّ الوجه الذي بَنَتْ عليه محكمة النقض قرارها لم يثره الأطراف بل أثارته تلقائياً رغم أنّها يمكن لها أن تنقض قرار محكمة الاستئناف بناءً على ما أثاره الطرف الطاعن، وهو ما يبيّن إصرارها على تجسيد هذا المبدأ لتأكيد الأهمية التي توليها للخصوصيات المتعلقة بالتحكيم الدولي، لذا يرى البعض أنّ اختيار محكمة النقض لهذا المبدأ مع مبدأ "الاختصاص بالاختصاص " له دلالة قوية ويعبّر عن السياسة الاجتهادية التي انتهجتها منذ قرار "Hecht" في مجال التحكيم التجاري الدولي[582]، فهي تسعى بالتالي – حسب جانب كبير من الفقه- وراء تكريس هذه القاعدة الحمائية لنظام التحكيم ووضعه في منأى عن أي منازعة تشوّش عليه بشأن صحة اتفاق اللجوء إليه[583].

إلى جانب ذلك، ولأول مرة، فضّلت محكمة النقض الفرنسية استعمال مصطلح "مبدأ صحة اتفاق التحكيم في النظام الدولي" بدلاً من "مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم " الذي تعوزه الدقة باعتراف حتى المدافعين عن مضمونه[584].

يلاحظ على هذه القرارات أنّها تدل دون أدنى شكّ على أنّ القضاء الفرنسي مصمّم على منح اتفاق التحكيم أقصى درجات الفعالية، غير أنّها تدل في المقابل على عدم وجود استقرار اجتهادي في تحديد القيود التي يجب إعمالها في مواجهة بعض الآثار السلبية التي يفرزها هذا المبدأ[585].

---

[581]- انظر تعليق الأستاذ "FOUCHARD" على قرار محكمة النقض في قضية "Zanzi":
Cass. Civ. 1re, 5janvier 1999, M. Zanzi c/ J. de Coninck et autres, *Rev. arb*., n°2, 1999, note Philippe FOUCHARD, p.266.

[582]- راجع تعليق الأستاذ "FOUCHARD " السابق، ص 263.

[583]- انظر في ذلك:
Jean-Pierre ANCEL, « La lecture de la jurisprudence française en matière d'arbitrage international », op. cit., p. 182.

[584]- المرجع نفسه، ص268

[585]- في نفس المعنى: **فايز الحاج شاهين**، "تعليق على قرار محكمة استئناف بيروت- الغرفة الثالثة رقم 2008/192، الصادر بتاريخ 2008/2/5"، مجلة التحكيم، العدد الأول، 2009، ص112.

المطلب الثاني
الطريقة التي اعتمدها القضاء الفرنسي في تكريس المبدأ

تجسيداً لفلسفة تشجيع التحكيم التي تبنّاها منذ بداية ستينيات القرن الماضي، عمل القضاء الفرنسي على خلق عدة مبادئ، من بينها مبدأ الصحة والفعالية الذاتية لاتفاق التحكيم الدولي، وقد اعتمد في سبيل تطبيق هذه المبادئ بوجه عام، ومبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للقوانين الداخلية، الذي عبّر عنه أخيراً بمبدأ الصحة والفعالية الذّاتية، على وجه الخصوص، على إعمال منهج القواعد المادية(**الفرع الثالث**)، مستبعداً منهج تنازع القوانين الذي أظهر عجزاً كبيراً –على الأقل من وجهة نظر القضاء والفقه الغالب في فرنسا- في مسايرة مقتضيات التجارة الدولية خاصة، ويرج هذا الاستبعاد إلى أسباب ذاتية (**الفرع الأول**) وأخرى مرتبطة بخصوصيات التحكيم(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول
الأسباب الذاتية لاستبعاد منهج تنازع القوانين

يعتبر منهج تنازع القوانين لتحديد القانون واجب التطبيق في العلاقات ذات العنصر الأجنبي جدّ معقّد، وذلك بالنّظر إلى المراحل العديدة التي يمر بها، يثير وهذا التعقيد عدة إشكالات خصوصاً إذا تعلق الأمر بإعماله في مجال التجارة الدولية التي تسوى نزاعاتها عادة عن طريق التحكيم، هذا ما أدى إلى ارتفاع الأصوات التي تنادي باستبعاد إعماله في هذا المجال وتؤيد توجه القضاء الفرنسي الذي كان منهج التنازع ضحيةً له[586]، وبالتالي إعمال منهج القواعد المادية[587].

[586]- إذ يرى الأستاذ "BOLLEE" أن هذا المنهج راح ضحية التوجهات التي سطرتها محكمة النقض. انظر:
Sylvain BOLLEE, « Quelques remarques sur la pérennité (Relative) de la jurisprudence Dalico et la porté de l'article IX de la Convention européenne de Genève », op-cit., p.133

[587]- راجع :
Emmanuel GAILLARD, «La jurisprudence de la cour de cassation en matière d'arbitrage international », op. cit., spéc. p.706 .

يتمثل منهج تنازع القوانين في أنّه كلما وجد القاضي نفسه أمام نزاع يتوفر على عنصر أجنبي ومرتبط بدولتين أو أكثر، فإنّه يلجأ إلى البحث في نظام تنازع القوانين المكرّس في القانون الدولي الخاص في دولته لتحديد القانون واجب التطبيق للفصل في هذا النزاع، ويتوقف إعمال هذا المنهج على تحديد طبيعة المسألة المتنازع عليها وإدراجها في أحد الأفكار المسندة، وذلك تمهيداً لتطبيق القانون الذي يشير إليه ضابط الإسناد في قاعدة التنازع التي تم إدراجها فيها[588].

يعتبر هذا المنهج الحل الأقدم ظهوراً والأكثر انتشاراً في القانون المقارن، في مجال تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم[589]، وفي كل النزعات التي تثور بصدد العلاقات الخاصة الدولية، فقد فرض نفسه وساد إعماله إلى درجة أن الفقه لم يتصور أنه سيأتي يوما يعاد النظر في إعماله أو تُنازعُه مناهج أخرى وتزاحمه في التطبيق[590]، وقد استقر الأخذ بهذا الحل سواءً على مستوى القضاء الوطني أو على مستوى القضاء الدولي[591].

لقد أفرز التطور الذي عرفته العقود التجارية الدولية، من ناحية الكم والنوع والتعقيد نتيجة العولمة الاقتصادية، إلى ظهور مسائل وإشكالات عجز منهج التنازع التقليدي عن إيجاد الحلول المناسبة لها، بالنظر إلى كونه لا يستجيب لطبيعة هذه العقود. هذا الوضع جعل جانب من الفقه المعاصر ينادي بضرورة استبعاده في مجال التجارة الدولية، وبالتالي تحرير هذه العقود، بما فيها اتفاق التحكيم، من قبضة القوانين الداخلية التي يؤدي إعمال منهج التنازع إلى تطبيقها رغم كونها أُعدّت لحكم العلاقات والمبادلات الداخلية البحتة[592]، لذلك يعتبر تفادي

---

[588]- في نفس المعنى: **حفيظة السيد الحداد**، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 54 و55؛
Voir aussi : Jean Gabriel CASTEL, « Les approches des systèmes de droit international privé et les conventions internationales », *in* actes du 3ème congrès de l'AHJUCAF sur le thème: « *Internationalisation du droit, internationalisation de la justice* », cour suprême du Canada, 21-23 juin 2010, p.67. Consultable sur : http://www.ahjucaf.org/

[589]- انظر في ذلك:
Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, op.cit., p235.

[590]- لقد جسّدت المقاربة التنازعية لحل هذا النوع من النزاعات في التشريعات والاجتهادات القضائية في معظم الدول بغض النظر عن ثقافتها القانونية وسواءً كانت تابعة للثقافة اللاتينية التي تعتمد على القانون المدني "civil law" أو كانت تابعة للثقافة القانونية الأنجلوسكسونية "Common law". راجع: Jean Gabriel CASTEL, op. cit., p.66

[591]- راجع: **الطيب زروتي**، "مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد1، 1997، ص 70.

[592]- في نفس المعنى: **محمود محمد ياقوت**، مرجع سابق، 2000، ص346.

مشكلة تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي من الأهداف التي جاء التحكيم لتحقيقها.

يرى جانب كبير من الفقه أنّ طبيعة منهج تنازع القوانين التقليدي والخصائص التي يتمتع بها تجعل منه منهجاً لا يصلح لتحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية بصفة عامة، وعلى اتفاق التحكيم بصفة خاصة، ذلك ما جعله اليوم محل انتقادات لاذعة من قبل هذا الجانب من الفقه، الذي يرى أنّ المميزات الخاصة بهذا المنهج تفقده صلاحيته وفعاليته في مواكبة التطورات التي عرفتها العلاقات التجارية الدولية، ويمكن تلخيص هذه المميّزات فيما يلي:

أولا: منهج التنازع منهج شديد التعقيد

يؤخذ على منهج تنازع القوانين أنّه منهج معقّد جداً، وتظهر تعقيداته من خلال مراحل إعماله، بداية من عملية تكييف طبيعة النزاع لإدراجه ضمن أحد الأفكار المسندة حتى يتبيّن ضابط الإسناد الذي يتم إعماله لتحديد القانون واجب التطبيق.

بعد تحديد القانون المختص، تطرح صعوبات أخرى تتمثل في البحث عما إذا كان هذا القانون يقبل الاختصاص أو يرفض ذلك، وفي الحالة الأولى تطرح أمام القاضي مسألة البحث عن مضمون القانون الأجنبي وتفسيره، كما يجب عليه أيضا أن يتأكد من عدم سلوك الأطراف طريق الغش للوصول إلى تطبيقه، إضافة إلى ذلك، ينبغي عليه أن يتأكد من عدم تعارض هذا القانون مع النظام العام في قانون القاضي.

هذا التعقيد الشديد يجعل فهمه وتحليله صعباً على غير المختصين من القضاة، وما عسى أن يكون بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين أطراف العلاقات ذات الطابع الدولي، الذين لا يكون لهم بالضرورة تكوين قانوني[593].

[593]- في نفس المعنى: **محمد عبد الله محمد المؤيد**، مرجع سابق، ص150.

ثانيا: منهج التنازع لا يسمح بتوقع الحلول وتحقيق الأمن القانوني

يمنح منهج تنازع القوانين للقاضي سلطات واسعة ومتعدّدة الجوانب تشكّل في مجموعها عقبة أمام توقعات الأطراف من حيث العلم المسبّق بالقانون واجب التطبيق، فعلى سبيل المثال، يتمتع القاضي بسلطة استبعاد قانون الإرادة إذا لم تتوفر في اختياره الشروط التي يضعها قانون القاضي[594]، ويكون ذلك عن طريق تركيز العقد في إحدى الأنظمة القانونية وفقاً لضوابط الإسناد الاحتياطية، نفس الشيء بالنسبة للحالات التي لا يختار فيها الأطراف صراحة القانون الذي يحكم عقدهم الدولي،حيث يتولى القاضي بنفسه البحث عن الإرادة الضمنية أو الإرادة المفترضة، ويكون ذلك وفقا لقناعته الشخصية [595].

تُبيّن كل الحالات السابقة، أنّه ليس من السهل على الأطراف توقع الحلول القانونية مسبقاً، وهو ما يهدّد الأمن القانوني الذي تتطلبه المعاملات التجارية الدولية، والذي عمل المجتمع التجاري على تكريسه عن طريق القواعد التي يضعها التجار لحكم هذه المعاملات.

ثالثا: منهج التنازع يمتاز بالإفراط في التجريد والحياد

يعتمد منهج تنازع القوانين على قواعد اختيار القانون واجب التطبيق مختلفة من دولة إلى أخرى[596]، فقاعدة الإسناد هي قاعدة توزيع الاختصاص التشريعي بين الدول التي يحتمل تطبيق قانونها، فهي تؤدي إلى تطبيق قانون داخلي لدولة معينة، وهذا القانون الداخلي يتكون من قواعد قانونية ذات مفاهيم كلاسيكية لا تصلح ولا تواكب الإطار المنظم للمعاملات التجارية الدولية التي عرفت تطوراً كبيراً، فالقوانين الداخلية تبقى صالحة فقط لحكم العلاقات

---

[594]- إذ تشترط المادة 18 من القانون المدني الجزائري مثلاً أن يكون القانون المختار ذو صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وذلك بعد التعديلات التي أدخلت بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم،ج. ر.ج.ج.د.ش، عدد 44، الصادر بتاريخ 26 يونيو 2005.

[595]- **زروتي الطيب**،«مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية » ، م. ج.ع.ق.إ.س، الجزء 35 ، العدد الأول، 1997 ، ص 80 و81 .

[596]- انظر: Philippe FRANCESCAKIS, op. cit.., p.79

الخاصة الدولية التي لها ارتباطاً بفكرة النظام العام، كما هو حال المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية ونظام العقارات.

بناءً على ذلك، وبما أنّ القاضي يختار القانون واجب التطبيق بحياد وبصفة مجردة دون أن يبحث في المضمون الذاتي للقوانين الوطنية المعروضة عليه، بل ومن المفروض أنّه يجب عليه أن يجهل من حيث المبدأ وطوال مرحلة تحديد القانون واجب التطبيق هذا المضمون، فإنّه من غير المتوقع قدرته على اختيار القانون واجب التطبيق بالنظر لملائمة أحكامه لموضوع النزاع المطروح[597]، بينما الملاحظ في القوانين الحديثة أنّها تعطي أهمية كبيرة لفكرة ملاءمة القاعدة القانونية واجبة التطبيق مع الظروف المحيطة بالنزاع المطروح[598].

في هذا السياق، وانتقاداً لمنهج التنازع الذي كرّسته اتفاقية نيويورك لعام 1958، يرى الأستاذ "Fouchard" بأنّ قواعد التنازع قد تؤدي إلى حلول غير ملائمة إذا استمدها المحكم أو القاضي- حسب الأحوال- من تشريع غير متطور "Archaïque" أو من تشريع لا يأخذ بعين الاعتبار الضرورات الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي[599]، لأنّه من الممكن أن نكون أمام احتمال تطبيق عدة قوانين وهي تكون في بعض الحالات مختلفة جذرياً حول الطبيعة القانونية للتحكيم[600].

الفرع الثاني

تأثير خصوصيات التحكيم على استبعاد منهج التنازع

تتميّز عملية التحكيم بكونها عملية مركبة تجمع بين العقد والإجراءات، فهي تبدأ باتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم وتنتهي بعمل قضائي يتمثل في حكم التحكيم الذي له نفس

---

[597]- في نفس المعنى: **محمد عبد الله محمد المؤيد**، المرجع السابق، ص 144 و 145.

[19]- وذلك خاصة في غياب الاختيار الصريح للأطراف، انظر مثلا الفقرة الثالثة من المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بالنسبة للقانون واجب التطبيق على صحة اتفاق التحكيم من حيث الموضوع، والمادة 1050 من نفس القانون بالنسبة للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع.

[599]- انظر:

Philippe FOUCHARD, « Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales », *Rev. arb.*, n°4/1998, p.659.

[600]- راجع: Philippe FRANCESCAKIS, op-cit., Rev. arb., 1974, p.79

مواصفات الحكم القضائي، هذا ما يجعل إعمال منهج تنازع القوانين تواجهه صعوبات وعقبات بعضها ناتج عن طبيعة عمل المحكم وبعضها يتعلّق بالطبيعة الخاصة لاتفاق التحكيم.

أولا: الصعوبات الناتجة عن طبيعة عمل المحكم

من بين الانتقادات التي طالت منهج تنازع القوانين عدم تكيّفه مع الخصوصيات التي يتميّز بها التحكيم الدولي، نظراً لكونه نظام أُعدّ خصيصاً للجهات القضائية ويجيب على حتميات لا نجد لها مكاناً في التحكيم الدولي، كون هذا الأخير لا يسير في نفس المسار الذي يسير عليه القضاء الوطني، فعكس القاضي الذي يعمل باسم الدولة التي عيّنته، والذي يكون ملزماً بتطبيق قانونها، المحكم الدولي غير مرتبط مباشرة بأيّ نظام قانوني محدّد وليس له قانون خاص "Lex fori"[601]، فهو مختار من قبل الخصوم أنفسهم، ويستمد سلطاته من اتفاقهم ويفصل في منازعة خاصة تحقيقاً للسلام الخاص بين هؤلاء الخصوم"[602].

إن الوضع المتقدم يضع المحكم على مسافة واحدة من القوانين الداخلية التي لها علاقة باتفاق التحكيم، وذلك نتيجة العناصر الأجنبية التي يشملها، وضوابط الإسناد المختلفة التي تعتمدها القوانين الداخلية في تحديد القانون واجب التطبيق، وبما أنّ المحكم غير مرتبط بأيّ منها مباشرة، فإنّه ليس لديه ما يدفعه نحو هذا أو ذاك إذا لم يحدّده الأطراف بأنفسهم، تطبيقاً لمبدأ حرية الأطراف في اختيار قانون العقد الذي كرّسته قواعد القانون الدولي الخاص[603]، لأنّه يجد نفسه إلى حدّ ما متحرراً من أية إشارة محدّدة إلى نظام قانوني، يفرض عليه الحل الذي سيتخذه.

---

[601]- انظر في ذلك :

Jean-Baptiste RACINE, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », op.cit., p.336.

[602]- **أحمد عبد الكريم سلامة**،" القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم: محاذير وتوجهات"، مجلة الأمن والقانون، السنة السادسة عشرة، العدد الأول، 2008، ص15.

[603]- راجع مثلا نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري.

فالمحكم مستقل حسب الفقه المؤيد لاستقلالية التحكيم والمدافع عن فكرة وجود نظام قانوني للتحكيم قائم بذاته[604]، وهذه الاستقلالية تظهر ليس فقط بالنسبة لقواعد التنازع بل حتى بالنسبة للقواعد الموضوعية واجبة التطبيق[605].

نتيجة لذلك، كرّست القوانين الحديثة المنظمة للتحكيم التجاري الدولي حرية المحكم في اختيار القواعد القانونية التي يراها ملائمة لحكم صحة اتفاق التحكيم من حيث الموضوع، إذا تخلف الأطراف عن تحديدها في اتفاقهم أو في العقد الذي يرد فيه[606].

يبقى أنّ المحكم، ولو أنّه يتمتع بحرية واسعة في تحديد هذا القانون، إلاّ أنّه عادة ما يعمل بحذر شديد[607]، ويأخذ بعين الاعتبار القوانين المحتملة التطبيق على هذا الاتفاق، منها خاصة قانون الدولة التي يجري التحكيم على إقليمها، وقانون الدولة التي سيطلب فيها الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الفاصل في النزاع الموضوعي، وذلك تحقيقاً لفعاليته وتفادياً لإبطاله من قضاء دولة المقر بمناسبة النظر في دعوى البطلان، أو رفض الاعتراف بالحكم أو رفض تنفيذه من طرف قضاء الدولة المطلوب الاعتراف بالحكم أو تنفيذه على إقليمها، فلا جدوى من إصدار حكم تحكيم يعلم المحكم مسبقاً أنّه سوف لن يعرف طريقه للتنفيذ.

---

[604]- إذ يرى الأستاذ "GAILLARD"، أنّ المحكم الدولي هو جهاز للنظام القانوني للتحكيم، فقد كتب يقول:

« Dire, comme on le fait couramment, que l'arbitrage est devenu le mode normal de règlement des différends des affaires internationales, c'est tendre à ériger l'arbitre en organe d'un ordre juridique propre aux transactions internationales ».

Emmanuel GAILLARD, « L'ordre juridique arbitral : Réalité, utilité et spécificité », *R.D. McGill*, n°55/2010, p.898.

Voir dans le même sens :Jean-Baptiste RACINE, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », op-cit., p.336.

[605]- انظر على سبيل المثال:

Jean-Baptiste RACINE, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international »,op. cit., p.320.

[606]- على سبيل المثال، تنص الفقرة الثالثة من المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنّه: " تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما".

[607]- في نفس المعنى انظر: José Carlos FERNANEZ ROZAS, op. cit., p.46

ثانيا: صعوبات إعمال منهج التنازع الناتجة عن الطبيعة الخاصة لاتفاق التحكيم:

لقد ساد في الفقه[608] جدلٌ كبير حول تحديد طبيعة اتفاق التحكيم بصفة خاصة، والتحكيم بصفة عامة، فهناك من اعتبره ذو طبيعة عقدية ناتج عن إرادة الأطراف الذين عيّنوا أشخاصاً عاديين للفصل في منازعاتهم، حيث يكون اتفاق التحكيم وفقاً لهذا الرأي عقداً من عقود القانون الخاص. في المقابل هناك من يرى أنّه رغم كون التحكيم يستمد أساسه من اتفاق الأطراف، إلا أنّه يخرج من إرادتهم بمجرد توافق إرادتهم، ويصبح عملاً قضائياً شأنه شأن العمل القضائي للجهات القضائية، لما لحكم التحكيم من إلزامية لكونه يكتسب الحجية بمجرد صدوره.

إلى جانب الرأيين السابقين، ونظراً للانتقادات الموجهة لهما، ظهر رأي ثالث مفاده أنّ اتفاق التحكيم ذو طبيعة مختلطة، يجمع بين الطابع التعاقدي والجانب القضائي، كونه يبدأ بالاتفاق وينتهي بحكم له جميع مواصفات الحكم القضائي.

يصطدم إعمال منهج تنازع القوانين في تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، بهذا الجدل الذي ساد في الفقه حول تحديد طبيعة هذا الاتفاق[609]، حيث سيخضع هذا الأخير للقانون الذي يحكم الإجراءات، إذا نظرنا إليه على أنّه مسألة تتعلق بالإجراءات وفقا للتكييف الإجرائي القضائي للتحكيم، في حين سيخضع للقانون واجب التطبيق الذي اختاره الأطراف وفقا لقانون الإرادة المستقلة، إذا نظرنا إليه بأنّه عقد مستقل عن الإجراءات التي يعدّ مصدرها وأساسها[610].

---

[608]- حول هذا الجدل وحجج كل جانب، انظر: **عمر نوري عبد الله عبابنه**، مرجع سابق، ص41 وما يليها؛ **وجدي راغب فهمي**، مرجع سابق، ص 133 إلى 139.

[609]- في نفس المعنى انظر: Caixia YANG, op. cit., p.230

[610]- يعتبر قانون الإرادة المستقلة من القواعد المستقرة والمعمول بها في مسألة العقود الدولية الخاصة بصفة عامة، باستثناء المسائل المتعلقة بأهلية الأشخاص وحالتهم، وكذا العقارات التي تخضع لقانون موقعها.

1- التكييف القضائي لاتفاق التحكيم: إخضاعه للقانون الذي يحكم الإجراءات

يرى أصحاب هذا الرأي أنّ المحكم يعتبر قاضياً بحكم وظيفته، وهي الفصل في المنازعات، وهو يصدر حكماً حقيقياً في المنازعة، أي أنّه يؤدي عملاً قضائياً يحوز حجية الأمر المقضي فيه بمجرد صدوره، وهو لا يستمد سلطته من اتفاق التحكيم وحده، وإنّما من إرادة المشرّع التي تعترف به وتجعل لحكمه هذه الحجية[611].

تأسيساً على هذا التكييف، لا يمكن للمحكم أن يؤدي مهمته إلاّ إذا سمحت له الدولة بذلك، ووفقاً للشروط التي تحدّدها، كونه كأيّ شخص مخاطب بالقانون، وهذا على أساس السلطة التي تتمتع بها على جميع النشاطات التي تتم فوق إقليمها، هذا ما يؤكد وجود سلطة الأمر التي تتمتع بفعالية نتيجة للقدرة على توقيع الجزاء المصاحب لها عن مخالفة الأمر في دولة المقر، لأنّ ممارسة التحكيم على إقليمها لا يتم – على الأقل بشكل علني- إلا إذا سمحت به[612].

يرى أصحاب هذا الرأي، أنّ اتفاق التحكيم يجب أن يخضع لقانون دولة المقر التي تتم إجراءات التحكيم على إقليمها، وذلك عملاً بالمبدأ الذي مفاده أنّ الإجراءات تخضع بالضرورة لقانون الدولة التي تتم فيها. هذا الموقف أخذ به مجمع القانون الدولي في التوصية التي تبنّاها عام 1957 وأكّدها عام 1959، بناءً على التقرير الذي أعدّه"Sauser HALL"، حيث اعتبر أنّ صحة اتفاق التحكيم يتم الفصل فيها وفقا لقانون الدولة التي يوجد بها مقر محكمة التحكيم[613].

لقد عرف هذا التكييف عدة تطبيقات على مستوى الممارسة التحكيمية، فعلى سبيل المثال، اعتبرت محكمة التحكيم المشكّلة وفقاً لنظام غرفة التجارة الدولية بباريس، بمناسبة الفصل في القضية رقم 4504 لعام 1985، أنّه من "**الملائم من أجل تحديد مضمونه(شرط التحكيم) أن يتم تكييف هذا الأخير وتحديد القانون الذي يحكم هذا التكييف، ونظرا لغياب**

---

[611]- راجع في ذلك :

Sébastien MANCIAUX, op. cit., p.43 ; Jean-Pierre ANCEL, « La lecture de la jurisprudence française en matière d'arbitrage international », op.cit., p. 182.

[612]- في نفس المعنى: **حفيظة السيد الحداد**، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 59.

[613]- أشار إليها: Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, op. cit., 237

أي تحديد من الأطراف في هذا الصدد، فإنّ هيئة التحكيم ترى أنّ شرط التحكيم لا يمكن أن يتم إلا بتطبيق قواعد قانون القاضي، وهو في قضية الحال، القانون السويسري.

حيث أنّه ووفقاً لعمل المحاكم السويسرية، لاسيما المحكمة الفيدرالية، فإنّ شروط التحكيم ليست شروطا متعلقة بالقانون الخاص، ولكنّها عقود تتعلق بالإجراءات وتخضع للقانون العام. فترتيبا على ذلك، تخضع صحة اتفاق التحكيم للقانون الذي يسري على الإجراءات في دولة مقر التحكيم"[614].

لم يقتصر الأخذ بهذا التكييف على أحكام التحكيم بل نجد له تجسيداً كذلك على مستوى الأحكام القضائية الداخلية، فقد قضت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 1983/06/13 بأنّه "**لما كان من الثابت أنّ شرط التحكيم المدرج في سند الشحن قد نص على أن يحال أي نزاع ينشأ عن هذا السند إلى ثلاثة محكمين في مرسيليا وكان المشرّع قد أقرّ الاتفاق على إجراء التحكيم في الخارج، ولم يرد في ذلك ما يمس النظام العام، فإنّه يرجع في شأن تقرير صحة شرط التحكيم وترتيب آثاره إلى قواعد القانون الفرنسي باعتباره قانون البلد الذي اتفق على إجراء التحكيم فيه طبقاً لما تقضي به المادة 22 من القانون المدني، بشرط عدم مخالفة تلك القواعد للنظام العام"**[615].

لقد تعرّض التكييف القضائي لاتفاق التحكيم لانتقادات شديدة، أدّت إلى تراجعه ليتبلور ويستقر الرأي على الطبيعة الخاصة للتحكيم، فقد اعتبر الأستاذ"DERAINS" أنّ قضاء

---

[614]- يتعلق الأمر بترجمتي، حيث جاء الحكم باللغة الفرنسية على الشكل التالي:

«Pour déterminer la portée de la clause, il convient en premier lieu de qualifier celle-ci et partant, de déterminer la loi applicable à cette qualification. En l'absence de toute détermination des parties à cet égard, le tribunal arbitral est d'avis que la qualification de la clause compromissoire ne peut être faite qu'en application de la lex fori, à savoir le droit suisse .

La pratique judiciaire suisse, et notamment le tribunal fédéral, considérant que les clauses arbitrales ne sont pas de nature privé mais des contrats de procédure soumis au droit public. En tant que telle, la convention d'arbitrage est soumise à la loi de procédure du siège du tribunal arbitral ».

CCI N° 4504 de l'année 1985, *JDI*, n°4/1986, p.1118.

[615]- هذا الحكم مشار إليه في: **مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال**،مرجع سابق،ص305.

التحكيم الذي يميل إلى التكييف الإجرائي لاتفاق التحكيم، والذي يستجيب لخصوصيات قانون دول المقر، يعدّ اتجاها مصيره الزوال[616].

يؤخذ على هذا الاتجاه أساساً، أنّ إجراءات التحكيم التجاري الدولي لا تخضع بالضرورة لقانون دولة المقر، تطبيقاً للمبدأ العام في القانون الدولي الخاص الذي يُخضع الإجراءات لقانون القاضي[617]، فأطراف اتفاق التحكيم يستطيعون الاتفاق على إخضاعها للقانون، أو بالأحرى للقواعد القانونية التي يرونها مناسبة لحكم هذه الإجراءات، إضافةً إلى أن المحكم غير مقيّد، في غياب اختيار الأطراف، بتطبيق قواعد الإجراءات في قانون دولة مقر التحكيم[618].

كذلك، فإنّ هذا الرأي تجاهل أنّ الأطراف، في الغالبية العظمى من الحالات، يخضعون العقد الأصلي واتفاق التحكيم لقانون واحد، وفي حالة غياب الاختيار الصريح، فإنّ ضوابط الإسناد تعيّن بالتساوي نفس القانون، لأنّ الاتجاه الأصح هو أنّ الأطراف عندما يعتمدون قانوناً معيناً ليحكم العقد الأصلي، فإنّهم قد ارتضوا بذلك لإخضاع اتفاق التحكيم لنفس القانون.

يصطدم تطبيق قانون دولة المقر من ناحية أخرى، بالكثير من الصعوبات العملية الجادة، سواءً بسبب عدم تحديد الأطراف لمكان التحكيم، أو أنّ المكان لا يمكن تحديده على

---

[616]- انظر:

Yves DERAINS, " Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale", *JDI*, n° 2/ 1993, p.834.

[617]- انظر: PhilippeFOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, op. cit., p237

[618]- تعترف جلّ التشريعات الداخلية للدول، إن لم نقل كلها، بحرية الأطراف في اختيار القانون الإجرائي الذي يحكم إجراءات التحكيم، وفي حالة غياب مثل هذا الاختيار، يتولى المحكم تعيينه. ففي القانون الجزائري مثلا، تنص المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:

" يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استناداً 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 التحكيم".

وجه الدقة، كما في حالة التحكيم الإلكتروني[619]، أو قد يتم اختيار وتحديد مقر التحكيم لاعتبارات الملاءمة المحضة أو لاعتبارات أجنبية عن العقد وعن النزاع[620].

2- التكييف العقدي لاتفاق التحكيم: إخضاعه لقانون الإرادة المستقلة

هناك من الفقه، من يرى بضرورة الاعتراف بالقيام الذاتي لعقد التحكيم، بناءً على اعتبار التحكيم معاملة من ضمن المعاملات الخاصة للأفراد، والتي لها مصدر عقدي وهو عقد التحكيم[621]، وعليه فإنّ المحكمين ليسوا بقضاة، وإنّما أفراد عاديين يعهد لهم بتنفيذ هذا العقد، ويستمدون سلطاتهم منه، و يستمد حكمهم حجيته بالنسبة للأطراف من عقد التحكيم الذي يلتزمون فيه بالخضوع لهذا الحكم، أمّا الأمر بتنفيذ هذا الحكم الذي يتولى القاضي إصداره بعد ذلك، فإنّه يأتي لإصباغه بقوة السلطة العامة ويرفعه إلى مرتبة أحكام القضاء، فالتحكيم في ذاته- حسب هذا الرأي- هو عقد مسمى يخضع للقواعد الخاصة لعقد التحكيم والنظرية العامة للعقد[622].

---

[619]- حيث تطرح فيه بشدّة الصعوبات المتعلقة بالتركيز المكاني للتحكيم. انظر في تفصيل ذلك: **محمد إبراهيم موسى**، "التحكيم الإلكتروني"، أعمال المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أيام 28- 30 أبريل 2008،ص 1082، منشور على الرابط التالي:
http://slconf.uaeu.ac.ae/arabic_prev_conf.asp

[620]- حيث يثور التساؤل في هذه الحالات عن المكان الذي يعدّ مقراً للتحكيم، وهل هو موطن المحكم الثالث (المرجح) أو المكان الذي تنعقد فيه أول جلسة أو مكان صدور حكم التحكيم؟ كما يثور التساؤل أيضا عن دواعي تفضيل أحد هذه الأماكن على غيره من الأماكن الأخرى. هذا بالإضافة إلى الحالات التي يكون فيها اختيار مقر التحكيم قد تم بمحض الصدفة أو لبواعث سياحية أو لأن هذا المكان يقيم فيه هذا المحكم أو ذاك أو لسهولة الاتصالات بين الأطراف أو لحياده السياسي، ففي مثل هذه الحالات، يكون من غير الممكن التأكيد على أنّ قانون دولة مقر التحكيم له أسانيد جادة لكي يحكم إجراءات التحكيم.راجع: **سراج حسين محمد أبو زيد**، مرجع سابق، ص 462 ؛ وكذلك:
Berthold GOLDMAN, op. cit., fasc. 586-1, n° 44, 1989.

[621]-إذ يرى الأستاذ "GOLDMAN" :
« A notre sens, la convention d'arbitrage, bien qu'elle ait pour objectif l'institution d'une procédure, doit être considérée comme un contrat créateur d'obligations à l'égal de tout autre contrat : elle précède en effet la procédure et ne constitue pas une phase de son déroulement ».
Berthold GOLDMAN, op. cit., fasc. 586-1, n°42.

[622]- انظر: **وجدي راغب فهمي**، مرجع سابق، ص133؛ **منير عبد المجيد**،الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 118.

يثير هذا التكييف العقدي لاتفاق التحكيم وإعمال النظرية العامة في القانون الدولي الخاص لتحديد القانون الواجب التطبيق عليه، مسألة تحديد هذا القانون عند غياب التعبير عن إرادة الأطراف المجسِّدة لمبدأ سلطان الإرادة[623]، فالقانون الذي يحكم اتفاق التحكيم من حيث المبدأ، هو ذلك القانون الذي اختاره الأطراف أنفسهم، أي قانون الإرادة المستقلة، حيث تخضع العقود الخاصة ذات الطابع الدولي في تشريعات مختلف الدول لقاعدة سلطان الإرادة[624]، وعلى المحكم أو القاضي في حالة رقابته على حكم التحكيم بمناسبة النظر في الطعن بالبطلان، أو في طلب الاعتراف والتنفيذ أو أثناء نظره في الاستئناف ضد الأمر بالتنفيذ حكم التحكيم، أن يحترم هذا الاختيار[625].

أما عند غياب تعبير صريح صادر عن الأطراف وسكوتهم عن تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاقهم، فإنّه يثور التساؤل عن القانون الذي يلجأ إليه المحكم أو القاضي -حسب الأحوال- للفصل في مسألة صحة اتفاق التحكيم.

لقد اختلف كلّ من الفقه والقضاء والمحكمين بشأن الحل الذي يمكن أن يواجه هذه المسألة، ومن بين الحلول المقترحة نجد:

أ- **إخضاع اتفاق التحكيم لقانون دولة المقر:** هناك من يرى إخضاع اتفاق التحكيم لقانون دولة المقر، بحجة أنّ اتجاه إرادة الأطراف إلى اختيار دولة معينة لتكون مقراً لإجراءات التحكيم، هو تعبير عن اختيارهم الضمني لقانون تلك الدولة كقانون واجب التطبيق على اتفاق

---

[623]- لقد جسّد المشرّع الجزائري - وعلى غرار التشريعات المقارنة المتعلقة بالقانون الدولي الخاص- مبدأ سلطان الإرادة في نص الفقرة الأولى من المادة 18 من القانون المدني والتي أصبحت تنص بعد تعديل 2005 على أنّه" يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد".

[624]- استقرت هذه القاعدة وأصبحت قاعدة تقليدية في الوقت الحاضر حيث تبناها الفقه منذ القرن التاسع عشر، و كذلك حين أخذت بها التشريعات المختلفة وتبناها القضاء في معظم دول العالم، وذلك في مجال العقود الدولية الخاصة. فأصبح للمتعاقدين في هذه العقود الحرية في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم.انظر: **أحمد السمدان**، مرجع سابق، ص176 .

[625]- انظر: Berthold GOLDMAN, op. cit., fasc. 586-1, n° 42.

التحكيم الرابط بينهم[626]، خاصة في الحالةالتي يكون فيها مقر التحكيم مركزاً دائماً، لأنّ ذلك يعدّ سنداً إضافياً لتطبيق قانون بلد هذا المركز التحكيمي[627].

يعتمد أصحاب هذا الرأي على فكرة الاختيار الضمني للأطراف، بناءً على تفسير اختيارهم للبلد مقر التحكيم كاختيار ضمني لقانونه لحكم صحة اتفاق التحكيم، هذا ما يميّز هذا الرأي عن الرأي الذي خرج به مجمع القانون الدولي في التوصيات التي أصدرها في عامي 1957 و1959، والذي اعتبر بأنّ هذا القانون يفرض نفسه بشكل موضوعي، وفي كل الحالات بناءً على التكييف الإجرائي لاتفاق التحكيم، ووفقا للمبدأ الذي مفاده أنّ إجراءات التحكيم تخضع بالضرورة إلى قانون دولة المقر[628].

يبدو أنّ اتفاقية نيويورك لعام 1958 أخذت بهذا الحل، حيث نصت المادة (1/5 – أ) منها على أنّه إذا طلب من يراد التنفيذ ضده رفض الاعتراف بالحكم وتنفيذه، فلا يستجاب لطلبه إلا إذا قدم إلى السلطة المختصة في البلد المطلوب الاعتماد والتنفيذ فيه، الدليل على عدم صحة اتفاق التحكيم، وفقا لقانون إرادة الأطراف أو لقانون مكان صدور حكم التحكيم في حالة عدم اتفاقهما على قانون يحكم الاتفاق.

نصت الفقرة الثانية من المادة السادسة من اتفاقية جنيف لعام 1961، وذلك في عبارات مشابهة لتلك الواردة في المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك، على أنّه " **تفصل محاكم**

---

[626]- حيث يرى هذا الجانب من الفقه أن القاعدة العامة هي وجوب البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين إزاء هذه المسألة، وأنه يتعين على المحكم(محكمة التحكيم) المختص أن يبحث في الظروف والملابسات المحيطة حتى يقف على الإرادة الضمنية لأطراف العقد بخصوص هذه المسألة،ويمكن الاسترشاد في هذا الصدد بمقر التحكيم، فاختيار الأطراف لمقر التحكيم دون تعيين القانون واجب التطبيق صراحة، يمكن أن يعد تعبيراً ضمنياً عن اختيارهم قانون هذا المقر ليكون هو الواجب التطبيق، غير أنّ أصحاب هذا الرأي أنفسهم اعترفوا بوجود صعوبة في الاعتداد بهذه القرينة عندما تتوزع عملية التحكيم بين أكثر من بلد.

انظر في ذلك: **هشام خالد**، عقد ضمان الاستثمار (القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي تثور بشأنه)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2000، ص 471 و472.

[627]- انظر: **سراج حسين محمد أبو زيد**، مرجع سابق، ص 241.

[628]- انظر في ذلك: Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, op. cit., p.244

الدول المتعاقدة في وجود أو صحة اتفاق التحكيم فيما يتعلق بأهلية الأطراف وفقا للقانون الواجب التطبيق عليهم، وفي المسائل الأخرى:

أ- وفقا للقانون الذي أخضع له الأطراف اتفاق التحكيم.

ب- وفي حالة عدم اتفاق الأطراف، وفقا لقانون البلد الذي يجب أن يصدر فيه حكم التحكيم.

ج- وفي حالة عدم اتفاق الأطراف، وكان من غير الممكن معرفة البلد المحتمل أن يصدر فيه حكم التحكيم في اللحظة التي يكون فيها الأمر معروضا على المحكمة القضائية، تفصل المحكمة وفقا للقانون الذي تعينه قواعد التنازع في دولته".

و تضيف الفقرة الأولى من المادة التاسعة من نفس الاتفاقية أنّه "**يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه إذا كان اتفاق التحكيم غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضع له الأطراف اتفاق التحكيم أو قانون البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم في حالة عدم اتفاق الأطراف**".

من خلال هذين النّصين، يتّضح أنّ الاتفاقية الأوروبية للتحكيم كرّست –على غرار اتفاقية نيويورك- قانون الإرادة المستقلة ليحكم اتفاق التحكيم بصفة أصلية، وفي غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف، نلجأ إلى قاعدة إسناد احتياطية مفادها تطبيق قانون البلد الذي سيصدر فيه حكم التحكيم[629].

تجدر الإشارة إلى أنّ اتفاقية جنيف أتت بجديد مقارنة باتفاقية نيويورك، حيث عالجت الحالة التي تثور فيها مشكلة القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم أمام القاضي الوطني قبل صدور حكم التحكيم، حيث ميّزت بين احتمالين:

[629]- رغم أنّ اتفاقية نيويورك نصت على قانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم يرى الأستاذ "GOLDMAN" وبحق أنّ المقصود هو قانون الدولة التي يجب أن يصدر فيها حكم التحكيم وليس قانون الدولة التي صدر فيها هذا الحكم، طالما أنّ الأمر يتعلق بحالة المحكمة التي كان النزاع مطروحاً عليها الدفع بعدم الاختصاص استناداً إلى قيام اتفاق التحكيم أمامها، وهو ما يكون متحققاً قبل صدور الحكم. انظر:

Berthold GOLDMAN, op-cit., fascicule 586-1, n° 65, 1989.

- إذا كان من الممكن توقع البلد الذي سيصدر فيه حكم التحكيم، حيث قرّرت تطبيق قانون البلد المتوقع صدور الحكم فيه.
- إذا كان من غير الممكن معرفة البلد المحتمل صدور حكم التحكيم فيه، حيث قرّرت خضوع اتفاق التحكيم للقانون الذي تحدّده قواعد التنازع في المحكمة المعروض عليها النزاع، أي قواعد التنازع في قانون القاضي.

يبقى أنّ هذه الاتفاقية لم تواجه هذه المشكلة في حالة إثارتها أمام محكمة التحكيم، وفي الحالة التي لا يمكن معها معرفة البلد الذي سيصدر فيه حكم التحكيم، وتبقى المشكلة قائمة لأنّه من الصعب تطبيق ما قررته بالنسبة للقاضي الوطني، لكون المحكم ليس له قانون اختصاص أو قواعد إسناد يمكن أن يلجأ إليها كما هو الحال بالنسبة للقاضي الوطني[630].

لمواجهة هذه المسألة، يرى الأستاذ" GOLDMAN" أنّ الحل هو السماح للمحكم باللّجوء إلى قاعدة التنازع التي يراها مناسبة"Appropriée"، أو السماح له بتحديد القانون واجب التطبيق مباشرة ودون اللجوء إلى أيّة قاعدة تنازع[631]، وهو ما تجسّده الكثير من التشريعات الحديثة[632].

لم يحظ الحل السابق بإجماع الفقه، حيث يرى البعض أنّ الحل واجب الإتباع في هذه الحالة، هو إخضاع اتفاق التحكيم لقانون الدولة مكان التحكيم، إذا كان هذا المكان محدداً في الاتفاق، أو اللّجوء إلى القانون المختار من قبل الأطراف ليحكم العقد موضوع النزاع[633].

يبدو أنّ هذا الرأي الأخير يجهل الحالة التي لا يتفق فيها الأطراف على القانون الذي يحكم العقد الأصلي، لذلك فإنّه يتعين على المحكم تطبيق قانون الدولة محل التحكيم إذا كان هذا الأخير معلوماً، وإلاّ تعيّن اللّجوء إلى إخضاع اتفاق التحكيم للقانون واجب التطبيق على العقد الأصلي، أخيراً وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على هذا الأخير، يترك الأمر للمحكم الذي يلجأ إلى تطبيق القانون الذي يراه مناسباً.

---

[630]- في نفس المعنى: **إبراهيم أحمد إبراهيم**، مرجع سابق، ص73.

[631]- انظر: Berthold GOLDMAN, op. cit., fasc. 586-1, n°68.

[632]- راجع على سبيل المثال نص المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[633]- **سراج حسين محمد أبو زيد**، مرجع سابق، ص 247.

تجدر الإشارة إلى أنّ الرأي القائل بإخضاع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة المستقلة، لم يتوقف عند تكريسه في أهم الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم، بل لقي تطبيقاً واسعاً على صعيد أحكام التحكيم، خاصة منها تلك الصادرة في إطار غرفة التجارة الدولية، إذ نجد أنّها تأخذ بالدرجة الأولى بالقانون المختار من قبل الأطراف ليطبق على اتفاق التحكيم، وفي حالة غياب الاختيار الصريح للأطراف، يلجأ المحكمون إلى تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم[634].

يبقى تطبيق قانون دولة المقر على صحة اتفاق التحكيم حلاً قابلاً للمناقشة –حسب البعض- لأنّ الواقع يبيّن أنّ اختيار مكان التحكيم من قبل الأطراف عادة ما يكون لأسباب لا علاقة لها بالنظام القانوني للاتفاق، وإنّما يتحدد عادة بناءً على اعتبارات عملية وبهدف تحقيق الحياد، بل وفي بعض الأحيان لأسباب سياحية بحتة. هذا وتنقص القيمة التركيزية لضابط مقر التحكيم في حالة سكوت الأطراف حول مسألة تعيين مقر التحكيم، وتولي مركز التحكيم أو محكمة التحكيم تحديد هذا المكان الذي ستقام فيه إجراءات التحكيم[635].

ب- **إخضاع اتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم العقد الأصلي:** تبيّن من خلال الفصل السابق من هذه الدراسة أنّ تجسيد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي يفضي إلى إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لنظام قانوني، يختلف عن ذلك الذي يحكم العقد الأصلي، فسكوت الأطراف بشأن القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، لا يلزم المحكمين بتطبيق القانون المختار من قبل الأطراف ليحكم العقد الأصلي موضوع النزاع على هذا الاتفاق[636]، غير أنّ المحكم أو القاضي- حسب الأحوال- الذي يرى ضرورة تحديد قانون وطني ليفصل وفقا له في المسائل المتنازع عليها والمتصلة باتفاق التحكيم، يلجأ إلى اختيار القانون الذي يحكم العقد الأصلي عادة، إلاّ إذا استبعد الأطراف تطبيقه بشكل صريح وواضح[637].

---

[634]- راجع على سبيل المثال:

-Sentence rendue dans l'affaire n° 1507 en 1970, *JDI* , 1974 , OBS : DERAINS (Y).

-Sentence rendue à Genève en 1986 dans l'affaire n° 4504, *JDI*, 1986, p.1118.

[635]- انظر: Caixia YANG, op. cit., p.232

[636]- راجع ما سبق تناوله في هذه الأطروحة، ص ص 223-228.

[637]- راجع في هذا المعنى: **حفيظة السيد الحداد**، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 65.

يهدف هذا الحل الأخير إلى توحيد النظام القانوني لعلاقات الأطراف ويَحُد بالتالي من إمكانية حدوث تنازع القوانين وتعقيداتها[638]، كما أنّ هذا الحل يبدو منطقياً حيث توجد صلة حقيقية بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، لأنّ اتفاق التحكيم ينصب هدفه على حل النزاعات الناشئة أو المحتملة والناجمة عن العقد الأصلي، بيد أنّ الأخذ بهذا الحل لا يجب أن يمس بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي أو يؤثر عليه[639]، فتطبيق القانون الذي يحكم العقد الأصلي على اتفاق التحكيم ينبغي أن يؤخذ على أنّه ضابط إسناد لا أكثر ولا أقل.

لقد عرف هذا الحل تطبيقاً له في القضية رقم 2626 لعام 1978 تحت مظلة غرفة التجارة الدولية بباريس، حيث توصل المحكمون في حكمهم إلى أنّ القانون المختار من قبل الأطراف والمنظّم للعقد الأساسي، ينظّم أيضا وبصفة ضمنية اتفاق التحكيم في غياب أحكام خاصة[640].

الفرع الثالث

إعمال منهج القواعد المادية
في تقدير فعـــــالية اتفاق التحكيـــــم

يُظهِر انتشار وتطور التحكيم بصفة عامة، والتحكيم التجاري الدولي على وجه الخصوص، وبشكل جليّ، تراجع دور الدولة وانسحابها من مساحات كبيرة كانت تحتكرها وتنظمها بقواعد آمرة كما هو الحال بالنسبة لتحقيق العدالة، وتنازلت عنها اليوم لصالح

---

[638]- **سراج حسين محمد أبو زيد**، مرجع سابق، ص 242.

[639]- حيث عبّر الأستاذ "GOLDMAN" عن ذلك بما يلي:

« Le lien ainsi établi, en dehors de ces circonstances, entre la loi applicable à la convention d'arbitrage et celle qui gouverne le contrat principal se justifie aisément, car il ne fait que traduire le lien étroit qui existe, en fait, entre la première et le second, dès lors que la première a pour objectif le règlement des litiges éventuels ou actuels issus du second ; mais on soulignera à nouveau que ce lien, est la conséquence que l'on déduit quant à la loi normalement applicable à la convention d'arbitrage, ne doit en rien affecter le principe d'autonomie[…] ».

Berthold GOLDMAN, op. cit., fasc. 586-1, n°50.

[640]- لقد جاء في هذا الحكم ما يلي:

« Il est communément admis que le choix du droit applicable au contrat principal règle aussi tacitement la situation de la clause d'arbitrage, en l'absence de dispositions particulières ».

CCI n° 2626, 1978, citée par Nour-Eddine TERKI, *L'arbitrage commercial international en Algérie*, op. cit., p. 30.

التحكيم، الذي ما فتئ يكتسب مساحات جديدة من الحرية بالنسبة للنظم القانونية ليتمشى والضرورات التي تفرضها تسوية النزاعات الناتجة عن العلاقات التجارية الدولية[641]، هذا الانسحاب صاحبه تطور مجموعة من القواعد التي تهدف إلى تجسيد الليبرالية والحرية في المعاملات التجارية الدولية، والتي تنبثق مباشرة من الممارسة لأنّ أغلبها يضعها المتعاملين أنفسهم، وهو ما ساعد على ظهور منهج جديد يعتمد على هذه القواعد وهو منهج القواعد المادية.

يرجع ظهور القواعد المادية للقانون الدولي الخاص- حسب الفقه- إلى القرار الذي أصدرته محكمة استئناف باريس بتاريخ 24 أبريل 1940، والذي قضت من خلاله بصحة شرط الذهب رغم بطلانه وفقاً للقانون الكندي بوصفه القانون واجب التطبيق، بحجة أنّ العقد لا يسند بالضرورة إلى دولة معينة، وقد لقي هذا القرار انتقادات شديدة من الفقه كونه قضى بصحة العقد دون قانون (Contrat sans loi)[642].

بينما بدأت تتبلور فكرة تطبيق هذه القواعد في مجال التحكيم منذ بداية ستينيات القرن الماضي، حيث دافع جانب من الفقه آنذاك على الفكرة التي مفادها ضرورة الاعتراف بنظام التحكيم كنظام قائم بذاته ومستقل عن النظم القانونية الوطنية. فعلى سبيل المثال، اعتبر الأستاذ "GOLDMAN"، في المحاضرة التي ألقاها على مستوى أكاديمية لاهاي للقانون الدولي في سنة 1963، بأنّ أيّ بحث عن نظام الإسناد الذي يتلاءم مع طبيعة التحكيم الدولي، يؤدي إلى نتيجة واحدة لا مفر منها وهي ضرورة الأخذ بنظام مستقل وليس وطني[643].

---

[641]- راجع في هذه الفكرة :

Luca G. RADICATI DI BROZOLO, « Arbitrage commercial international et lois de police, considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international », *in collection des cours de l'académie de droit international de la Haye*, Tome 315, 2005, p.282.

[642]- انظر في ذلك:

Jean-Paul BERAUDO, « Faut-il avoir peur du contrat sans loi ? », *in le droit international privé : esprit et méthodes*, Mélanges en l'honneur de Paul LAGARDE, Dalloz, Paris, 2005, p.93.

[643]- وقد كتب يقول في ذلك:

« Toute recherche d'un système de rattachement correspondant à la nature de l'arbitrage international débouche sur l'inéluctable nécessité d'un système autonome, et non national ».
Cité par Emmanuel GAILLARD, Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international, *in Recueil des cours de l'académie de droit international de La Haye*, Vol. 329, p.74.

في نفس السياق، اعتبر الأستاذ "FOUCHARD" أنّ التحكيم في مجال التجارة الدولية يمكن أن تكون له أهمية كبيرة، إذا استطاع تجنّب الصعوبات الناتجة عن تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي[644].

أولا: التعريف بمنهج القواعد المادية بالمفهوم الفرنسي

رغم هذه الانتقادات التي طالت القاعدة التي وضعتها محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر بتاريخ 24 أبريل1940 والمتعلقة بصحة شرط الذهب، من منطلق تقضي بصحة عقد دون قانون، والجدل الذي صاحبه هذا القرار لفترة طويلة، إلا أنّ القضاء الفرنسي، ممثّلاً من نفس المحكمة خصوصا، مدعومة بقرارات محكمة النقض، سارت في طريق بناء تنظيم نظري وعملي "للعقد دون قانون وطني"[645]، ووجدت في التحكيم المجال الأنسب لتكريس منهج جديد هو منهج القواعد المادية، وذلك من خلال تحرير اتفاق التحكيم من قبضة القوانين الوطنية، والتخلي عن منهج تنازع القوانين على النحو المبيّن أعلاه، حيث عملت على تكريس منهج القواعد المادية للوصول إلى حلول مباشرة للمسائل التي تطرح في مجال التجارة الدولية.

لقد اعتمدت محكمة النقض الفرنسية على منهج القواعد المادية لتجسيد الحلول الليبرالية، التي كرّستها في مجال تفعيل اتفاق التحكيم التجاري الدولي، وقد ذكرت ذلك صراحة في عدة قرارات لها في مجال صحة اتفاق التحكيم وفعاليته، مؤكدة أنّه "**وفقا لقاعدة مادية من قواعد القانون الدولي للتحكيم، يعدّ شرط التحكيم مستقلا من الناحية القانونية عن العقد الدولي الذي يتضمنه،سواءً بطريق مباشر أو عن طريق الإشارة،فوجود اتفاق التحكيم وصحته يتقرر وفقا للإرادة المشتركة للأطراف دون حاجة إلى الإشارة إلى قانون وطني وضعي، باستثناء التقيد بالقواعد الآمرة في القانون الفرنسي والنظام العام الدولي**"[646].

---

[644]- انظر:

Philippe FOUCHARD, « L'autonomie de l'arbitrage commercial international », *travaux du comité français de l'arbitrage, séance du 30Juin 1965*, p. 101.

[645]- **محمد عبد الله محمد المؤيد**، مرجع سابق، ص240

[646]- وهي الصياغة التي أتى بها قرار " Dalico" السابق الإشارة إليه، وهي نفسها التي نجدها كذلك في القرار الصادر في قضية "Uni-Kod" بتاريخ 30 مارس 2004. انظر:

Cass. Civ. 1re, 30 Mars 2004,Sté Uni-Kod c/ sté Ouralkadi, *Bull. civ.* I, n° 95. =

وقد اعتبرت في القرار الذي أصدرته بتاريخ 7 جوان 2006، بمناسبة الطعن بالنقض المرفوع في قضية "Jules Verne" وبصيغة صريحة أنّ "**مبدئي صحة اتفاق التحكيم والاختصاص- بالاختصاص هما قاعدتان ماديتان من القانون الفرنسي للتحكيم الدولي**"[647]، فماذا نقصد بهذه القواعد المادية؟ وما هو مصدرها؟

تعتبر القواعد المادية للتحكيم التجاري الدولي التي لجأ إليها القضاء الفرنسي، من أجل الوصول إلى تكريس بعض المبادئ المنظمة للتحكيم التجاري الدولي الحديث، جزء من ما يسمى بالقواعد المادية للتجارة الدولية[648]، أو القواعد عبر الدولية للتجارة الدولية[649] أو قانون التجارة الدولية[650].

تعرّف القواعد المادية أو الموضوعية بأنّها "مجموعة من القواعد الموضوعية أو المادية ذات المضمون الدولي أو العالمي، الموجودة أصلاً أو المُعِدّة خصيصاً لتعطي حلاً مباشراً ينهي النزاع أو يتفاداه في علاقة خاصة ذات طابع دولي"[651].

= في التعليق على هذا القرار انظر:

Sylvain BOLLEE, « Quelques remarques sur la pérennité (relative) de la jurisprudence Dalico et la portée de l'article IX de la Convention de Genève (À propos de l'arrêt Sté Uni-Kod c/ Sté Ouralkadi*), JDI*, n°1/2006, p.127.

[647]- راجع :

« Le principe de validité de la convention d'arbitrage et celui de compétence-compétence sont de règles matérielles du droit français de l'arbitrage international […] ».

Cass. Civ. 1re, 7 juin 2006, Copropriété maritime Jules Verne c/ Sté américain bureau of shipping et autres, *Bull.civ*., I, n°287.

[648]- وهي التسمية التي اعتمدها الأستاذ "LOQUIN". راجع:

Eric LOQUIN, « Les règles matérielles du commerce international », *Rev. arb*., n° 2/2005, p. 243.

[649]- وهي التسمية التي يفضلها جانب كبير من الفقه من بينهم الأستاذ "PAMBOUKIS". راجع:

Charalambos PAMBOUKIS, « La lex mercatoria reconsidérée », *in Le droit international privé : esprit et méthodes*, mélanges en l'honneur de Paul LAGARDE, Dalloz, Paris, 2005, *spéc*. p.645.

[650]- أبرز مستعملي هذه التسمية نجد:

Jean-Baptiste RACINE, « réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », op. cit., *spéc*. p.335 et ss ; Philipe KAHN, « La lex mercatoria : Point de vue français après quarante ans de controverses », *R. D. McGill*, (1992)37. p.413 ; Jacques BEGNIN, « Le développement de la lex mercatoria menace- t-il l'ordre international », *R.D. McGill*, (1985)30. p.478.

[651]- **محمد عبد الله محمد المؤيد**، مرجع سابق، ص481.

وقد اعتبر الأستاذ " LOQUIN" بأنّ القواعد المادية للتجارة الدولية هي "قواعد وضعت خصّيصا لتنظيم التجارة الدولية وتطبّق على العلاقات التجارية الدولية فقط[...]ومن إيجابياتها أنّها تلبي حاجات أو مصالح التجارة الدولية"[652].

فالقواعد المادية للتجارة الدولية، هي قواعد وضعت خصيصاً لتلبية ضرورات التجارة الدولية واستجابةً لمتطلبات ظاهرة عولمة الأسواق، وبالنظر لغياب مشرّع على المستوى الدولي يتولى وضع مثل هذه القواعد المادية، فإنّ هذه الأخيرة تنبثق من مصادر متعددة ومتنوعة، فالبعض منها يجد مصدره في النظم القانونية الداخلية الموضوعة من قبل الدول، والبعض الآخر يجد مصدره في النظم التي يضعها المتعاملون في مجال التجارة الدولية أو حتى في ممارساتهم التي تتحول بعد مدة زمنية إلى أعراف ملزمة[653]، لذلك تتميز هذه القواعد بكونها جاءت استجابة للوضع الراهن الذي أنتجته الأنظمة الوطنية، حيث أنّ هذه الأخيرة عجزت عن تنظيم العلاقات الاقتصادية الدولية، نظراً لكونها وضعت لتنظيم العلاقات الداخلية البحتة[654].

تأسيساً على ما سبق، يرى البعض أنّ المبادئ التي تمليها النظرية العامة لتنازع القوانين، التي كانت تقرر هيمنة وسلطان قانون العقد على كافة شروطه، بما فيها شرط التحكيم، قد بدأت في التراجع أمام الصحة والفعالية الذاتية لاتفاق التحكيم، والتي تجعل هذا النظام ذا حساسية مُفرطة ضد استخدام النظام التقليدي لتنازع القوانين، وأنه يعدّ الأداة التي تسمح بنزع عقود التجارة الدولية من سلطان القوانين الوطنية[655].

ثانيا: كيفية إعمال منهج القواعد المادية بالمفهوم الفرنسي:

لقد كان للسياسة القضائية الفرنسية المشجّعة للتحكيم أثر فوري على المنهج المستعمل في مجال تقدير صحة اتفاق التحكيم التجاري الدولي ووجوده، حيث وجد في منهج

---

[652]- انظر : Eric LOQUIN, « Les règles matérielles du commerce international », op.cit., p.444.

[653]- في نفس المعنى :**فايز الحاج شاهين**، "القانون الواجب التطبيق على أساس النزاع"، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 14 و15، ص33. أنظر كذلك:

Eric LOQUIN, « Les règles matérielles du commerce international », op.cit., p.443

[654]- راجع:

Irineu STRENGER, "La notion de lex mercatoria en droit du commerce international", *Recueil de cours de l'académie du droit international de La Haye*, vol. 227(1991), p.337.

[655]- **عمر نوري عبد الله عبابنه**،مرجع سابق، ص260.

القواعد المادية الوسيلة التي تتلاءم أكثر مع الفلسفة التشجيعية، مقارنةً بقواعد التنازع التقليدية، فهذا المنهج يسمح بضمان ليبرالية التحكيم التي تعتبر ضمان لفعاليته، وأنّه يسمح ببلورة نظام خاص بالتحكيم الدولي بالمقارنة مع التحكيم الداخلي[656].

لقد عبّر السيّد "J. P. ANCEL"، الذي شغل منصب رئيس الغرفة المدنية الثانية لدى محكمة النقض الفرنسية، عن هذا التوجه صراحة، إذ يرى أنّ التحكيم الدولي أصبح الوسيلة العادية – والوسيلة الوحيدة لحل النزاعات الاقتصادية الدولية، وأنّه ينبغي، من أجل ضمان الأمن القانوني لهذه المبادلات، أن نضع نظاماً خاصاً يطبّق على اتفاق التحكيم الوارد في العقود الدولية، يهدف إلى إحالة كل نزاع محتمل الوقوع إلى التحكيم[657]، كما يرى أنّ الحلول التي وضعها القضاء الفرنسي، نجد فيها البراغماتية التي تسيطر على نظرية التحكيم الدولي، لأنّ ما يهم -حسبه- هو الواقع الاقتصادي وفعالية اتفاق التحكيم[658].

85- انظر في نفس المعنى:

Jean-Baptiste RACINE, « Réflexion sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », op. cit., p.355.

[657]- انظر:

Jean-Pierre ANCEL, « La lecture de la jurisprudence française en matière d'arbitrage commercial international », op. cit., p.182.

[658]- *Ibid*, p. 185

المبحث الثاني
عن عدم انتشار الأخذ
بمنهج القواعد المادية بالمفهوم الفرنسي

لم يعرف منهج القواعد المادية بالمفهوم الفرنسي انتشاراً ونجاحاً خارج فرنسا، بل ورفضه حتى جانب من الفقه الفرنسي، بالنظر لكونه يكرّس فكرة مفادها أنّ صحة ونطاق اتفاق التحكيم في المجال الدولي، يتم تقديرهما وفقاً لإرادة الأطراف التي ينظر إليها بدورها وفقاً للسلطة التقديرية للقاضي، وأنّ كل قاعدة خاصة وواضحة توجّه هذا الأخير، تجد نفسها مستبعدة لتترك مكانها لقواعد غامضة الصياغة، ومصدراً لجدلٍ كبير خاص بمدلولها وحتى التسمية الكفيلة بالتعبير عن محتواها ومضمونها، كما أنّ هذا المنهج يعتمد في تقييد إرادة الأطراف على فكرة غامضة، ويصعب تحديد مضمونها وهي فكرة النظام العام الدولي (**المطلب الأول**).

نظراً للاعتبارات السابقة، فضّل المشرّع الجزائري تبني المنهج الذي كرّسه القانون السويسري ، وهو منهج يعتمد على تمكين القاضي أو المحكم - حسب الأحوال- من اختيار القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم التجاري الدولي، من بين القوانين التي تسمح بتطبيقها قاعدة التنازع الخاصة، والتي تؤدي في النهاية إلى تفضيل القانون الذي يضمن فعالية هذا الاتفاق، يبقى أنّ القيد المتعلق بالنظام العام الدولي الذي كرسه لم تتبلور بعد معالمه، وهذا من شأنه أن يكون عائقاً أمام تطور التحكيم التجاري الدولي في الجزائر(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول
عن أسباب تردّد الأنظمة القانونية في الأخذ بهذا المنهج

على غرار أهم الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي والقانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، لم تتبن أغلب التشريعات الداخلية للدول منهج القواعد المادية في تحديد القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم.

إلى جانب ذلك، لم تتبن أيضا جل الاتفاقيات الدولية و أغلب التشريعات الوطنية فكرة النظام العام الدولي بالمفهوم الفرنسي، الذي يقيد إرادة الأطراف بوصفها أساس منهج القواعد المادية، ويرجع ذلك إلى عدة أسباب منها ما يتعلق بصعوبة تحديد مضمون القواعد المادية(**الفرع الأول**)، ومنها ما يتعلق بغموض فكرة النظام العام الدولي الذي يحد من إرادة الأطراف (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول
صعوبة تحديد مضمون القواعد المادية

اعتبر البعض أنّ المنهج الذي اعتمدته محكمة النقض الفرنسية منهج "عجيب"[659]، ويرجع ذلك إلى غموضه و عدم تحديد مضمون القواعد التي يستند إليها، فإذا ما توقفنا عند التسمية التي اعتمدها الفقه الفرنسي، الذي كان له تأثير في الحلول التي وضعها القضاء الفرنسي، وإلى المضمون الذي أنيط بهذه القواعد، والتي نسبت إلى ما يسمى قانون التجار" Lex mercatoria"، نجد أنّ الفقه اختلف في تحديد مضمونها نتيجة اختلاف المقاربة التي يعتمد عليها كل جانب، ففي دراسة أعدّها الأستاذ "PAMBOUKIS"، توصل إلى التمييز بين ثلاث مقاربات: المقاربة البرغماتية (**أولا**)؛ المقاربة الدغماتية (**ثانيا**)؛ المقاربة الوظيفية (**ثالثا**)، وكل مقاربة من هذه المقاربات تعطي مضموناً مختلفاً لهذه القواعد المادية على النحو التالي[660]:

أولا: المقاربة البرغماتية (Approche pragmatique)

تعتبر قواعد "Lex mercatoria" وفقا لهذه المقاربة التي يأخذ بها الفقه الأنجلوسكسوني، مجموعة من القواعد متعدّدة الأشكال، والتي لها هدف خاص هو التنظيم الموضوعي للعلاقات الدولية، فوفقاً لهذا المنظور، يدخل في مضمون هذا المفهوم كل القواعد التي تنظم العلاقات الاقتصادية الدولية، والقواعد المستقاة من المصادر الدولية الهادفة إلى توحيد قانون الأعمال الدولي.

---

[659]- وقد عبّر عن ذلك بعبارة "Curieuse méthode"

Sylvain BOLLEE, « Quelques remarques sur la pérennité (relative) de la jurisprudence Dalico et la portée de l'article IX de la Convention européenne de Genève », op-cit., p.130.

[660]- لمزيد من التفصيل حول هذه المقاربات، انظر:

Charalambos PAMBOUKIS, op. cit., pp. 635-645.

ثانيا: المقاربة الدغماتية(Approche dogmatique)

هذه المقاربة تبناها الأستاذ " GOLDMAN" الذي يعتبر من أبرز المدافعين عن هذه القواعد، وهي مقاربة جدّ جريئة بُنيت على فرضية تعدد الأنظمة القانونية، حيث اعتبرت أنّ القواعد المادية الممثلة في "Lex mercatoria"، نظام قانوني مستقل يلعب دور القانون واجب التطبيق في مجال النزعات المتعلقة بالتجارة الدولية، وأنّ هذا النظام يتميّز بكونه نظاماً عفوياً وغير وطني، يشمل كل من الأعراف وقواعد السلوك والعقود وأحكام التحكيم.

وفقاً لهذه المقاربة، تعتبر قواعد " Lex mercatoria" مجموعة من القواعد المادية النابعة من مصادر متنوعة، موجهة للتنظيم الموضوعي للصفقات الدولية عن طريق إرادة الأطراف وعبر القوانين الوطنية التي تدخل مصادرها وتثريها، هذا ما جعل البعض ينتقد هذه المقاربة، ويعتبر أنّ القواعد المكونة للنظام القانوني الذي ينتج عنها لا يعهد لها لعب دور أو مهمّة، فهي تساهم فقط في توحيد القانون و يفضل تسميتها بقواعد غير وطنية أو عبر دولية، لذلك لم تعرف هذه المقاربة نجاحا يذكر خارج فرنسا، بل بالعكس واجهتها انتقادات لا ذعة - حتى من جانب من الفقه الفرنسي- لكونها ليس لها علاقة مع الواقع ولا فائدة من وجودها[661].

ثالثا: المقاربة الوظيفية (Approche fonctionnelle)

هذه المقاربة الوظيفية والقضائية مؤسّسة على منهج استقرائي، تعتبر وفقا لها قواعد "Lex mercatoria" نتاج الوظيفة القضائية الخاصة للمحكم الدولي، لكون هذا الأخير لا يطبّق فقط هذه القواعد بل يقوم بخلقها، لذلك يرى الأستاذ "PAMBOUKIS" أنّ هذه المقاربة هي الوحيدة التي تسمح بتحديد الوظيفة الحقيقية لظاهرة القواعد المادية(Lex mercatoria) وإعطائها الأهمية التي تستحقها[662].

---

[661]- يرى الأستاذ "BOLLEE" أنّ:

« Il y'a là la manifestation d'un dogmatisme exagéré, d'autant plus contestable dans son principe qu'une telle attitude comporte toujours le risque de laisser en l'état les vrais problèmes ».

Sylvain BOLLEE, « Quelques remarques sur la pérennité (relative) de la jurisprudence Dalico et la portée de l'article IX de la Convention européenne de Genève », op-cit., p.132.

[662]- إذ كتب يقول: =

لقد رافع الأستاذ "MAYER" من أجل هذه المقاربة من منطلق الاستقلالية القضائية للتحكيم بالنسبة للقوانين الوطنية، مما يسمح للمحكم ليس فقط بتطبيق قواعد " Lex Mercatoria"، بل يقوم بخلقها أيضا ويساهم في وضع قانون للتحكيم الدولي ينظم بعض المسائل، على غرار فصل وصحة شرط التحكيم وشرط الكتابة فيه..إلخ، وذلك بتفضيل الحلول الليبرالية من بين تلك التي وضعتها القوانين الداخلية للدول والاتفاقيات الدولية[663].

من جانبي، أرى مع الأستاذ "PELLET"[664] أنّ هذه القواعد جاءت في بداية وجودها، كوسيلة لتحرير عمليات استغلال الثروات الطبيعية في الدول حديثة العهد بالاستقلال من قبضة النظم القانونية الوطنية لهذه الدول، بينما أصبحت الآن وسيلة من الوسائل الأساسية للعولمة، بالمفهوم الذي يهدف إلى توحيد العالم وجعله كسوق كبيرة منظمة بقواعد موحدة ذات روح مستوحاة من الإيديولوجية الرأسمالية الليبرالية، وذلك من أجل تمكين المؤسسات الخاصة من تحقيق أكبر قدر من الأرباح.

الفرع الثاني
غموض فكرة النظام العام
الدولي كقيد على فعالية اتفاق التحكيم

أدى اعتماد منهج القواعد المادية في مجال تقدير صحة اتفاق التحكيم التجاري الدولي إلى توسيع غير مسبوق لمجال إرادة الأطراف، فقد وصل إلى حدّ جعل هذه الأخيرة المصدر الوحيد لصحة وفعالية هذا الاتفاق. غير أنّ الانتقادات التي طالت هذا المنهج والحلول التي يفضي إليها،

= « Notons d'emblée que c'est une voie qui nous semble prometteuse : seule cette approche permet en fait de circonscrire la véritable fonction du phénomène et par conséquent de lui attribuer sa dimension pertinente »
Charalambos PAMBOUKIS, op.cit.,p. 645.

[663]- راجع:
Pierre MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », op. cit., p.374 et s.

[664]- انظر:
Alain PELLET, « La lex mercatoria, « tiers ordre juridique »? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public », *in souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle*, mélange en l'honneur de Philippe Kahn, Litec, Paris, 2000, p.54.

خاصة إدخال اتفاق التحكيم في فكرة العقد الطليق (العقد دون قانون)، جعلت القضاء والفقه، بما فيه الفقه المؤيد لهذا المنهج الذي يحمل في طياته روح الليبرالية، يقبل بتقييد هذه الإرادة بقيد النظام العام.

فالدفع بالنظام العام قيد تقبّله حتى الفقه الذي يدافع عن توسيع مجال تطبيق مبدأ الاستقلالية، حيث يجعل منه جزءاً لا يتجزأ ممّا يسميه بقانون التجار (Lex mercatoria)[665]، فالنظام العام يضع قيداً لا نقاش فيه من حيث المبدأ على سلطان إرادة الأطراف وعلى استقلالية المحكم في اختيار القانون واجب التطبيق، ليس فقط على العقد الأصلي بل أيضا على اتفاق التحكيم.

لذلك، لا جدل وسط الممارسين والكتاب حول وجود النظام العام الدولي، بل يتعلق النقاش أكثر بتحديد مضمونه، فالمسألة التي يطرحها البعض تتعلق بمعرفة هل يجب على المحكم، بصدد تحديد مضمون فكرة النظام العام، أن يأخذ بعين الاعتبار المعايير المستمدة من نظام قانوني أو من عدة نظم قانونية، أم بالعكس مصادر استلهامه مصادر عالمية؟

هناك اختلاف كبير في الفقه وعلى مستوى الأنظمة القانونية حول تحديد معالم هذا القيد، وهل يتعلق الأمر بالنظام العام الداخلي أو النظام العام الدولي الحقيقي أو نظام عام جديد من نوع خاص، يستقل به نظام التحكيم التجاري الدولي. يبدو أنّ الاختلاف قائم ويستدعي توضيحه وتحديد موقف المشرّع الجزائري منه.

إذا كانت أغلبية الأنظمة القانونية تقيّد اتفاق التحكيم التجاري الدولي بصفة خاصة، ونظام التحكيم التجاري الدولي بصفة عامة، بقيد النظام العام بمفهوم القانون الداخلي أو بمفهوم القانون الدولي الخاص على الأقل، فإنّ النظام القانوني الفرنسي وبعض الأنظمة القانونية التي تأثرت به، خرجت عن هذا المفهوم وجاءت بمفهوم جديد يعبّر عنه بمصطلح "النظام العام الدولي".

---

[665]- انظر:
Mostefa TRARI TANI, *Droit de l'arbitrage commercial international en Algérie*, op- cit., p.149.

أولا: النظام العام الداخلي كقيد على فعالية اتفاق التحكيم:

لقد عرّف العلامة الدكتور السنهوري النظام العام بصفة عامة بقوله أنّ "القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد، فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها، و لايجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم، حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية، فإنّ المصلحة الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة"[666].

تهدف فكرة النظام العام إذن، إلى تحقيق الحد الأدنى من المصالح العامة التي لا يمكن الاستغناء عنها في مجتمع معيّن، هذا ما يجعل مضمونها مضموناً مرناً يتأثر بالاتجاه الفكري السائد في ذلك المجتمع[667]، فدائرة النظام العام تضيق إذا تغلبت نزعة المذاهب الفردية، حيث أنّ هذه المذاهب تطلق الحرية للفرد، فلا تتدخل الدولة في شؤونه إلا في حالات استثنائية. أما إذا تغلبت النزعة الاشتراكية ومذاهب التضامن الاجتماعي اتسعت دائرة النظام العام، وأصبحت الدولة تقوم بشؤون كانت تتركها للفرد، وتتولى حماية الضعيف ضد القوي، بل هي تحمي الضعيف ضد نفسه[668].

فمفهوم النظام العام هو في الأصل مفهوم وطني بحت، يهدف تبنّيه إلى حماية النظام الداخلي من أي تهديد أو تعارض مع مصالح الدولة العليا السياسية والاجتماعية والاقتصادية والقانونية[669]، وهذه المصالح تتغير بتغير ظروف المكان والزمان، مما يجعل من تحديد مضمونه أمراً في غاية الصعوبة لأنّه من المفاهيم ذات التغيير المطرد[670].

---

[666]- **السنهوري عبد الرزاق**، مرجع سابق، ص 326.

[667]- **محمود مصطفى يونس**، "النظام العام والتحكيم في قضاء محكمة تمييز دبي ومدى توافقه مع الاتجاهات القضائية الحديثة"، مرجع سابق، ص138 و139.

[668]- **السنهوري عبد الرزاق**، المرجع السابق، ص 327.

[669]- راجع: **رضوان إبراهيم عبيدات وجورج حزبون حزبون**، "النظام القانوني لدعوى البطلان لحكم التحكيم وفق أحكام القانون الأردني والمقارن"، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 33، العدد 2، 2006، ص 513.

[670]- في نفس المعنى، راجع: **محمود مصطفى يونس**،"النظام العام والتحكيم في قضاء محكمة تمييز دبي ومدى توافقه مع الاتجاهات القضائية الحديثة"، المرجع السابق، ص328.

هذه الصعوبة في تحديد مضمون فكرة النظام العام جعلت التشريعات المقارنة تتحاشى إعطاء تعريف له، بل تترك القاضي ليفسّره التفسير الذي يتماشى وروح عصره، "فالقاضي يكاد إذن يكون مشرّعاً في هذه الدائرة المرنة، بل هو مشرّع يتقيد بآداب عصره ونظم أمته الأساسية ومصالحها العامة"[671]. بيد أنّ هذه السلطة التي يمارسها القاضي ينبغي أن تبنى على معيار موضوعي عام، هو المصلحة العامة وفقا لما تعارف عليه الناس وصار جزءاً من أخلاقهم ولا يفسّره وفقاً لطريقته الخاصة على هواه ووفق المذهب الشخصي الذي يعتنقه[672].

لا تميّز أغلب الأنظمة القانونية بين فكرة النظام العام الداخلي وفكرة النظام العام الدولي في مجال التحكيم التجاري الدولي، حيث اعتمدت في نصوصها مصطلح النظام العام كما فعلت اتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد قرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، حيث نصت على أنّه يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبيّن لها أنّ ذلك يخالف النظام العام في هذا البلد[673].

فبالرغم من أنّ هذه الاتفاقية تتعلق بالاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم، إلا أنّ ذلك لا يمنع من إسقاطها على صحة اتفاق التحكيم، لأنّه يمكن أن يتعلق الأمر برفض الاعتراف والتنفيذ بسبب تعارض اتفاق التحكيم مع النظام العام في الدولة المطلوب إليها هذا الاعتراف أو هذا التنفيذ.

إلى جانب هذه الاتفاقية، كرّس القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي نفس الاتجاه، حيث نص على أنّه إذا تبيّن للمحكمة القضائية أنّ حكم التحكيم يتعارض مع النظام العام للدولة المعنية، فإنّه يمكن لها أن تحكم ببطلانه[674].

---

[671]- **السنهوري عبد الرزاق** ، المرجع السابق، ص328

[672]- **ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، إنعام السيد الدسوقي**، " تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم وتنفيذه(دراسة مقارنة)، مجلة الأمن والقانون، السنة الحادية عشر، العدد الأول، 2003، ص 476.

[673]- راجع نص المادة (2/5-ب) من هذه الاتفاقية.

[674]- راجع نص المادة 34/ب/II من هذا القانون.

في نفس السياق نصت المادة 35 من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي على أنّه" **تختص المحكمة العليا لدى كل دولة متعاقدة بإضفاء الصيغة التنفيذية على قرارات هيئة التحكيم ولا يجوز رفض الأمر بالتنفيذ إلاّ إذا كان القرار مخالفاً للنظام العام**"[675].

يبدو أنّ هذه النصوص الاتفاقية أثرت في أغلبية الأنظمة القانونية الوطنية التي اعتمدت بدورها فكرة النظام العام الداخلي، سواءً كقيد على اتفاق التحكيم، أو كسبب من أسباب رفض الاعتراف والتنفيذ، أو كسبب لبطلان حكم التحكيم. حيث جسّدت أغلبية التشريعات هذه الفكرة في مجال تقييد التحكيم عبر مختلف مراحله.

على سبيل المثال، لقد نصت الفقرة الثانية من المادة 53 من القانون المصري للتحكيم رقم 27 لسنة 1994 على أنّه "**تقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية**".

من جهته، وفي صياغة مماثلة، نص المشرّع الأردني في الفقرة (ب) من المادة 49 من قانون التحكيم على أنّه " تقضي المحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان التحكيم فيما تضمن ما يخالف النظام العام في المملكة". رغم أنّ هذه المادة نصت فقط على حالة الطعن بالبطلان، إلاّ أنّ الفقه في الأردن يرى أنّ القاضي يمكن أن يطبّق القيد المتعلق بالنظام العام في أيّة مرحلة من مراحل التقاضي، بما في ذلك مرحلة تنفيذ الحكم[676].

إلى جانب التشريعات السابقة،اعتبر كذلك كل من القانون الدولي الخاص السويسري[677] والقانون الإسباني للتحكيم[678] النظام العام كسبب من أسباب بطلان حكم

---

[675]- يمكن الاطلاع على نصوص هذه الاتفاقية على موقع الجامعة العربية التالي: www.lasportal.org

[676]- راجع في ذلك: **رضوان إبراهيم عبيدات، جورج حزبون حزبون**، مرجع سابق، ص 514.

[677]- حيث تنص الأخيرة من المادة 190 من هذا القانون على ما يلي:

« La sentence est définitive dès sa communication.
Elle ne peut être attaquée que:
a) […]
e) lorsque la sentence est incompatible avec l'ordre public ».

[678]- تنص المادة 41 من القانون الاسباني للتحكيم رقم 60 لسنة 2003:

***« 1.** La sentence ne pourra être annulée que si la partie qui demande l'annulation allègue et prouve:=*

التحكيم دون أن يوضحا المقصود منه، وهل يتعلق الأمر بالنظام العام بمفهوم القانون الداخلي أو بمفهوم القانون الدولي الخاص أو أنّه يتعلق الأمر بالنظام العام الدولي بالمفهوم الفرنسي؟، وأرى أنّ المفهوم الأول هو المقصود على اعتبار أنّ ذلك يتماشى مع ما جاءت به اتفاقية نيويورك لعام 1958 التي تعتبر نافذة في كل من سويسرا و إسبانيا[679].

ثانيا: النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص كقيد على فعالية اتفاق التحكيم

يعتبر مفهوم النظام العام في الأصل مفهوماً وطنياً بحتاً، يهدف إلى حماية النظام الداخلي من كل ما من شأنه أن يمس المصالح العليا للدولة أو يتعارض معها، سواءً كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو قانونية، فبذلك المفهوم يقع حاجزاً مانعاً في وجه حكم التحكيم سواءً بمناسبة الطعن بالبطلان أو بمناسبة طلب الاعتراف بهذا الحكم أو تنفيذه[680].

إذا كان العقد الداخلي الذي ينشأ في ظل قانون معيّن يخضع لأحكام النظام العام الوارد فيه، فإنّ العقد الدولي، الذي يرتبط بنظامين قانونيين أو أكثر، قد يسعى إلى حكمه أكثر من نظام عام وطني واحد[681]، فتطبيق فكرة النظام العام بمفهومها الداخلي يجعل من تطبيق القانون الأجنبي الذي تعيّنه قاعدة التنازع أمراً مستبعداً كلّما اختلف عن قانون القاضي، وهو ما يؤدي لا محال إلى تعطيل قاعدة التنازع وإفقادها فعاليتها في معالجة النزاعات التي تطرحها العلاقات ذات العنصر الأجنبي .

= a) (...)

f) Que la sentence est contraire à l'ordre public.

***2.** Les motifs indiqués dans les points b) e) et f) de l'alinéa précédent pourront être appréciés par le tribunal qui connaîtra de l'action en annulation d'office ou à la demande du Ministère public au sujet des intérêts dont la défense lui aura été légalement attribuée ».*

[679]- صادقت إسبانيا على هذه الاتفاقية بتاريخ 1977/05/12، معلومات منشورة على موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي: www. uncitral.org

[680]- انظر في نفس المعنى: **رضوان إبراهيم عبيدات ، جورج حزبون حزبون**، مرجع سابق، ص513.

[681]- راجع: **نرمين محمد محمود صبح**، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2003، ص199.

من أجل تفادي ذلك، سار الفقه والقضاء على التمييز بين النظام العام بمفهوم القانون الداخلي والنظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص، وذلك من خلال التركيز على اختلاف مضمونهما والدور المنوط بكل واحد منهما على النحو التالي:

1- من حيث المضمون:

يشترك النظام العام الداخلي مع النظام العام الدولي بمفهوم القانون الدولي الخاص من حيث الهدف الذي يصبوان إلى تحقيقه، والمتمثل في حماية المبادئ الجوهرية والأساسية التي يقوم عليها المجتمع.

رغم ذلك، فإنّهما يختلفان من حيث مضمون كل منهما، فنطاق النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص أضيق من نطاق النظام العام بمفهوم القانون الداخلي، لأنّ إعمال الدفع بالأول، لا يكون إلاّ إذا وصلت درجة التعارض الجوهري مع السياسة التشريعية والمبادئ السياسية والاجتماعية والاقتصادية للدولة، وهو ما يؤدي إلى استبعاد القانون الأجنبي من التطبيق[682].

2- من حيث الدور الذي يلعبه كل منهما:

من المتعارف عليه أنّ النظام العام على الصعيد الداخلي يقتصر دوره على الحدّ من مبدأ سلطان الإرادة وتقييده، حيث يتدخل لمنع الأفراد من الاتفاق على ما يخالف القواعد الآمرة تحت طائلة بطلان اتفاقهم، بينما يتمتع النظام العام الدولي بمفهوم القانون الدولي الخاص بدور استبعادي، ويسمح إعماله باستبعاد القاضي تطبيق القانون الأجنبي الذي حدّدته قاعدة التنازع بسبب تعارضه مع النظام العام في قانونه(قانون القاضي) وبالنتيجة تطبيق هذا الأخير.

[682]- راجع: **محمد وليد هاشم المصري**، "محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص"، مجلة الحقوق الكويتية، العدد 4، السنة 27، ديسمبر 2003، ص155.

فإعمال النظام العام في إطار القانون الدولي الخاص لا يؤدي إلى إبطال التصرفات القانونية التي نشأت في ظل نظام قانوني آخر، بل يقتصر دوره على استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على المسألة المطروحة وإحلال محله القانون الوطني للقاضي[683].

يتفق أغلب الفقه على أنّ النظام العام الدولي بمفهوم التحكيم التجاري الدولي يختلف عن النظام العام الدولي بمفهوم القانون الدولي الخاص، ومبرّر ذلك يكمن في أنّ هذا الأخير يتطلب إعماله المرور على منهج تنازع القوانين لتحديد القانون واجب التطبيق على صحة وفعالية اتفاق التحكيم، بينما جاءت فكرة النظام العام الدولي في هذا المجال بهدف استبعاد هذا المنهج لصالح منهج القواعد المادية[684].

رغم هذا الاختلاف، نجد أنّ هناك من التشريعات من أخذت صراحة بالنظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص في مجال التحكيم التجاري الدولي، نذكر من بينها مجلة التحكيم التونسية الصادرة بتاريخ 26 أبريل 1993، حيث اعتبرت أنّه "**لا يجوز رفض الاعتراف بأي حكم تحكيم أو رفض تنفيذه بقطع النظر عن البلد الذي صدر فيه، إلا في الحالتين التاليتين:**

- **أولا(...).**

---

[683]- في نفس المعنى:

Henri ROLIN, « Vers un ordre public réellement international », *in hommage d'une génération de juristes au professeur BASDEVANT*, Pedone, Paris, 1960, p.442. Consultable sur : www.sfdi.org

[684]- انظر في ذلك: **فايز الحاج شاهين**، "القانون الواجب التطبيق على أساس النزاع"، مرجع سابق، ص34؛ و كذلك:

Emmanuel GAILLARD, « Arbitrage commercial international, convention d'arbitrage, Autonomie et principe de validité, Droit applicable », op. cit., p.17 ; Céline DUQUENNE, *L'autonomie de la clause compromissoire en droit du commercial international*, thèse LL.M. Faculté de Droit, université McGill, Montréal, 2000, p .54.

- في رأي مخالف، ترى الدكتورة **حفيظة السيد الحداد** أنّ "ففكرة النظام العام الدولي المشار إليها في قضاء Dalico من أجل تعيين القواعد المادية الواجبة التطبيق في النظام القانوني الفرنسي من أجل تقدير وجود وصحة اتفاق التحكيم تتطابق بشكل كامل مع فكرة النظام العام كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي المختص وهي الوظيفة التقليدية المقررة لهذه الفكرة في إطار النظرية العامة لتنازع القوانين.

بعبارة أخرى، فإنّ القواعد المادية للقانون الفرنسي تشكل دون أدنى شك وفي آن واحد، الحد الأدنى والأقصى للطابع التحرري الذي وضعه القانون الفرنسي بشأن اتفاق التحكيم الدولي".

انظر: حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص105.

- **ثانيا: إذا رأت المحكمة أنّ الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه يخالف النظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص"**[685].

يبيّن هذا النص بوضوح أنّ المشرّع التونسي استبعد بصفة مطلقة فكرة النظام العام الدولي الحقيقي في القانون التونسي للتحكيم، وكرّس فكرة النظام العام للدولة التونسية[686].

ثالثا: النظام العام الدولي كقيد على فعالية اتفاق التحكيم

ارتبط ظهور فكرة النظام العام الدولي في التحكيم التجاري الدولي، بظهور وتطور فكرة وجود نظام قانوني دولي يختلف عن النظام القانوني داخل الدولة ومستقل عنه، ودون أن يتكون من مجموع الأنظمة القانونية للدول[687]، هذا النظام خاص بمجال التجارة الدولية واصطلح عليه –حسب ما تم بيانه- القانون الدولي للتجار "Lex Mercatoria".

لقد تطلبت استقلالية هذا النظام القانوني الجديد عن النظم القانونية الوطنية، اعتماد مفهوم جديد للنظام العام يكون مستقلاً بدوره عن النظام العام الوطني، وهو النظام العام الدولي أو عبر الدولي كما يصطلح عليه البعض[688]، خاص بالتحكيم الدولي يختلف عن النظام الدولي الحقيقي الذي تحدث عنه الأستاذ "ROLIN"[689]، وقد تم تقنين هذا المصطلح في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي بموجب تعديل 1981، كما جسّده القضاء الفرنسي في العديد من المناسبات، أشهرها القرار الذي أصدرته محكمة النقض بمناسبة الفصل في الطعن المرفوع أمامها في قضية "Dalico" المشار إليها أعلاه.

---

[685]- وهو نص الفصل رقم 81 منها.

[686]- **عبد المنعم كيوة**، "حدود فعالية اختيار الأطراف للقانون المنطبق على العقد في التحكيم التجاري الدولي"، مجلة القضاء والتشريع، السنة 44، العدد 4، أفريل 2002، ص 57.

[687]- انظر:

Jean-Baptiste RACINE, « Les normes porteuses d'ordre public dans l'arbitrage commercial international », *in L'ordre public et l'arbitrage*, s. direc. Eric LOUIN et Sébastien MANCIAUX, LexisNexis, vol. 42, 2014, p.30.

[688]- انظر على سبيل المثال:

Jean-Baptiste RACINE, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », op.cit., p.326.

[689]- راجع: Henri ROLIN, op.cit., pp.441-462

يرى جانب من الفقه الفرنسي، الذي يدافع عن استعمال فكرة النظام العام الدولي، أنّ الهدف منها هو تجنيب اتفاق التحكيم الخصوصيات المحلية (الوطنية)، و أنّ المقصود هنا ليس النظام العام الاستبعادي(Ordre public d'éviction)، بل تلك الإحالة إلى المفاهيم المادية التي يأخذ بها النظام القانوني الفرنسي كمقتضيات أساسية للعدالة، والمطبّقة على الحالات ذات الطابع الدولي[690].

فالنظام العام بهذا المفهوم، يتحدد وفقه مدى احترام اتفاق التحكيم التجاري الدولي للمفاهيم الأساسية التي يتطلبها القانون الفرنسي في مجال المعاملات الدولية، و يعبَّر عن الحدّ الأدنى من القواعد المادية التي يجب احترامها، للسماح لاتفاق التحكيم بإنتاج آثاره وفقا للمفهوم الفرنسي للتحكيم الدولي[691].

تجدر الإشارة إلى أنّه لم يقتصر الأخذ بفكرة النظام العام الدولي كقيد للتحكيم على النظام القانوني الفرنسي فحسب، بل استلهم هذا الأخير العديد من الأنظمة القانونية الاتفاقية والداخلية، فقد كرّس القانون الموحّد للتحكيم التجاري الدولي لمنظمة توحيد قانون الأعمال في أفريقيا (OHADA)، حيث اعتبرت المادة 26 منه، والمحدّدة للحالات التي يفتح فيها طريق الطعن بالبطلان ضد حكم التحكيم، أنّ النظام العام الذي يبطل هذا الحكم هو النظام العام الدولي للدول المتعاقدة، أي أنّ هذا القانون أخذ بالمفهوم الفرنسي لقيد النظام العام، وهو نفس القيد الذي يقيد الاعتراف بحكم التحكيم التجاري الدولي وتنفيذه عملاً بنص المادة 31 من نفس

---

[690] _ راجع :

Emmanuel GAILLARD, « Arbitrage commercial international, convention d'arbitrage, Autonomie et principe de validité, Droit applicable », op. cit., fasc. 586-1, p.17.

[691]- يرى البعض أن الحالة الخامسة الواردة في المادة 1502 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي بعد تعديل 1981 التي تقابلها المادة 1520 من نفس القانون بعد تعديل 2011، ينبغي أن تفسّر وفقا لهذا المفهوم:

« L'ordre public international visé au cinquième cas de l'article 1502 NCPC doit donc s'entendre que de la conception française de l'ordre public international, c'est-à-dire de l'ensemble des valeurs dont l'ordre juridique français ne peut souffrir la méconnaissance, même dans des situations à caractère international ».

Sophie CREPIN, *Les sentences arbitrales devant le juge français*, LGDJ, Paris, 1995, p.122.

القانون[692]، وقد أكد هذا التوجه النظام الخاص بالتحكيم لدى المحكمة الموحدة للقضاء والتحكيم لنفس المنظمة، وذلك في نص المادة 30 . 6 منه.

من بين الدول العربية التي تأثرت بالتوجه الفرنسي في تكريس قيد النظام العام الدولي في مجال التحكيم التجاري الدولي نجد القانون اللبناني، فقد نصت المادة 1/814 من قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد على أنّه "**يعترف بالقرارات التحكيمية وتعطى الصيغة التنفيذية إذا اثبت الشخص الذي يتذرع بها وجودها ولم تكن مخالفة بصورة واضحة للنظام العام الدولي**"، كما اعتبرت المادة 5/817 من نفس القانون أنّ مخالفة النظام العام الدولي سبب من أسباب إبطال حكم التحكيم.

هذا وقد كان للقضاء اللّبناني فرصة لتقرير هذا المفهوم حيث قضت محكمة استئناف بيروت بتاريخ 2008/2/21، بمراجعة إبطال قرار تحكيمي دولي صادر في لبنان حيث قررت:

"**وحيث في مجال الطعن بقرار تحكيمي دولي عن طريق مراجعة الإبطال، فإنّه يقتضي التحقق سندا للمادة 819 معطوفة على المادة 817 أ.م.م، من مدى مخالفة القرار المذكور لقاعدة تتعلق بالنظام العام الدولي علماً بأنّ نطاق النظام العام الدولي أضيق من نطاق النظام العام الداخلي، فمخالفة قاعدة قانونية معينة يمكن أن تشكّل مخالفة للنظام العام اللبناني، ولكنها تبقى في كثير من الحالات، غير مخالفة لقاعدة تتعلق بالنظام العام الدولي.**

---

[692] - تنص المادة26 من هذا القانون على ما يلي:

« Le recours en annulation n'est recevable que dans les cas suivants :
• si le Tribunal arbitral a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée;
• si le Tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ;
• si le Tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui a été confiée ;
• si le principe du contradictoire n'a pas été respecté;
• si le Tribunal arbitral a violé une règle d'ordre public international des Etats signataires du Traité ».

من جهتها تنص المادة 31 من نفس القانون:.*(…)* »

La reconnaissance et l'exequatur sont refusés si la sentence est manifestement contraire à une règle d'ordre public international des Etats-parties ».

وحيث أنّ الحل الذي اعتمده القرار التحكيمي لجهة استحالة تسجيل الاسم التجاري ولجهة مخالفة أحكام المادة 233 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، وبغض النظر عن صحة أو عدم صحة الحل الذي اعتمده المحكم لحل هذه المسألة، لا يشكّل في الحقيقة مخالفة للنظام العام الدولي، ولا حتى للنظام العام الداخلي الأوسع نطاقا، فيقتضي رد ما ورد تحت هذا السبب"[693].

يرى البروفسور "**ميشال سمراني**" في تعليقه على هذا القرار، أنّ المحكمة تعرضت إلى موضوع معرفة مضمون النظام العام الدولي الذي تؤدي مخالفته من قبل القرار التحكيمي إلى رفض إعطاء الصيغة التنفيذية، وبما أنّ نطاق النظام العام الدولي أضيق من نطاق النظام العام الداخلي كما ورد بحيثية القرار المذكور أعلاه، فتكون المسألة المطروحة على القاضي، تكمن في معرفة ما إذا كان سيمنح الصيغة التنفيذية لقرار تحكيمي لا يخالف النظام العام الدولي بل يخالف النظام العام الداخلي.

كما أنّ القرار المذكور أراد، بعد عرضه تقاطع النظام العام الدولي مع النظام العام الداخلي، أن يؤكد بالفقرة الثانية من الحيثية العائدة لهذا الموضوع، بأنّ القرار التحكيمي موضوع مراجعة الإبطال لم يخالف النظام العام الداخلي.

ويضيف صاحب هذا التعليق أنّ هذا الموقف، رغم أنّه لم يتعرض إلى طبيعة النظام العام الداخلي بالقضية المعروضة أمام المحكمة، يدل على حرص القضاء اللبناني عندما يقضي بعدم مخالفة القرار التحكيمي للنظام العام الدولي، على التأكد من أنّه لا يخالف أيضا النظام العام الداخلي ليحتاط ضمنا لإمكانية تطبيق النظام العام الدولي، عندما يكون القرار التحكيمي مخالفاً للقواعد التي تتعلق بحماية المبادئ الأساسية للمجتمع اللبناني.

[693]- قضية خالد الفارس ومجموعة التسويق العالمي الكويتية/ La maison du café najjar، محكمة الاستئناف في بيروت- الغرفة الثالثة)، تعليق **ميشال سمراني**، مجلة التحكيم،العدد الأول، 2009، ص 124 و125 .

ويخلص في تعليقه إلى أنّ مفهوم النظام العام الدولي، عندما تطرح مسألة إعطاء الصيغة التنفيذية لقرار دولي في لبنان، هو المفهوم اللبناني لهذا النظام وليس فقط مفهوم النظام العام الدولي الحقيقي(L'ordre public réellement international)[694].

تجدر الإشارة في الأخير إلى الموقف المنعزل وغير المفهوم للمشرّع المغربي[695]، والذي جمع بين قيد النظام العام الوطني وقيد النظام العام الدولي، كسبب من أسباب عدم الاعتراف بحكم التحكيم التجاري الدولي أو رفض تنفيذه، وكسبب لبطلان حكم التحكيم التجاري الدولي[696].

المطلب الثاني

تقدير فعالية اتفاق التحكيم في القانون الجزائري

لقد اهتم المشرّع الجزائري بمسألة القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، حيث تنص الفقرة الثالثة من المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنّه" **تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما**".

إذا كانت هذه المادة تحدّد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم بكل وضوح، بالاعتماد على الجمع بين منهج تنازع القوانين ومنهج القواعد المادية(**الفرع الأول**)، فإنّها تطرح بشدة مسألة تأثير فكرة النظام العام على فعالية هذا الاتفاق، نظراً لعدم وضوح معالم فكرة

---

[694]- راجع تعليق **ميشال سمراني** السابق الذكر، ص 125.

[695]- حيث يرى البعض أنّ مسايرة المشرع المغربي سيؤدي إلى إخضاع حكم التحكيم الدولي لكل نظام عام لأي دولة، وهو ما سيفقده لخصوصيته وفعاليته، لأنّ فكرة النظام العام الدولي يجب أن تكون- حسبه- فكرة مرنة انسجاما مع واقع المعاملات التجارية الدولية ورغبة في تنميتها وتنشيطها. راجع: **بو العلف عبد اللطيف**، الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي (دراسة في القانون المغربي والمقارن)، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، المغرب، 2011 ، ص 98 و99.

[696]- راجع مقتضيات الفصول 46-327 و 49-327 و51-327 من قانون المسطرة المدنية المغربي.

النظام العام الدولي التي أدخلها المشرّع إلى القانون الجزائري في مجال التحكيم الدولي(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول
تحديد القانون الذي يحكم فعالية اتفاق التحكيم

نجد من خلال نص المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أنّ المشرّع الجزائري قد أخذ بازدواجية الإرادة، حيث ترك للأطراف حرية اختيار القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم صراحة(**أولا**)، أو ضمنياً عن طريق اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع(**ثانيا**)، وفي غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية تقدّر صحة وفعالية هذا الاتفاق وفقاً لإرادة المحكم(**ثالثا**)، وبذلك يكون قد جمع بين منهج التنازع ومنهج القواعد المادية، وكرّس ثلاثة حلول تطبّق بالتناوب وتهدف كلّها إلى توسيع مجال صحة اتفاق التحكيم في مجال التجارة الدولية.

يعتبر هذا الحل الذي اعتمده المشرّع، تجسيداً لتراجع الجزائر عن حرصها التقليدي على تطبيق القانون الوطني ضماناً لسيادتها السياسية والاقتصادية، ويسمح بتحقيق أهدافها ومصالحها[697].

أولا: تقدير صحة اتفاق التحكيم وفقا للقانون الذي اختاره الأطراف

يسمح تطبيق نص المادة 1040 في فقرتها الثالثة[698]، بأن يقوم الأطراف باختيار أيّ قانون ليحكم الاتفاق على التحكيم الذي أبرموه، حيث كرّس المشرّع الجزائري بموجب نص هذه المادة مبدأ الإرادة المستقلة المعترف به عالمياً، أكثر من ذلك، فإنّ هذه المادة تسمح ليس فقط بإعطاء الحرية للأطراف في اختيار تطبيق أي قانون وطني، مثل ما هو معمول به في إطار قواعد

[697]- وقد لاحظ أستاذنا الدكتور **معاشو عمار** أنّ جل العقود التي أبرمت مع المؤسسات الأجنبية تتضمن في غالبيتها شرط تطبيق القانون الوطني، انظر: **معاشو عمار**، مرجع سابق، ص 340.

[698]- ويقابلها نص المادة 458 مكرر 1 من قانون الإجراءات المدنية الملغى.

التنازع في القانون الدولي الخاص[699]، وإنّما تمكّنهم من اللجوء إلى إخضاع اتفاقهم لأيّة قاعدة قانونية مهما كان مصدرها.

إنّ ما يؤسّس هذا التفسير هو نص المادة السالفة الذكر في صياغته باللغة الفرنسية[700]، حيث أنّ المشرّع الجزائري استعمل مصطلح "Droit" بدلاً من مصطلح "Loi" الذي استعمله في إطار المادة 18 من القانون المدني الجزائري[701]، فمصطلح" Droit" يعني القانون بمفهومه الموضوعي وليس بمفهومه الشكلي ولا يقصد به القاعدة القانونية ذات المصدر التشريعي فحسب، بل يشمل كل القواعد القانونية مهما كان مصدرها بما في ذلك قانون التجار الدولي[702].

يمكن لأطراف اتفاق التحكيم، أن يتفقوا إذن على خضوع هذا الاتفاق لنظام التحكيم الساري المفعول لدى مركز تحكيم معين أو هيئة معينة، مثل ذلك المعمول به لدى مركز "CIRDI"، أو لدى غرفة التجارة الدولية أو القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي"CNUDCI" أو لائحة التحكيم لنفس اللّجنة، كما يمكن إخضاعه لحكم المبادئ العامة للقانون، أو لقواعد يحددونها مباشرة في نفس الاتفاق أو في اتفاق لاحق.

تجدر الإشارة إلى أنّه إذا كان هذا الحل يتماشى مع ماهو مقرر في المادة (1/5-أ) من اتفاقية نيويورك لعام 1958، المتعلقة باعتماد أحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، فإنّها تعتبر أكثر ليبرالية من مبدأ استقلالية الإرادة المكرّس في التعديل الأخير للمادة 18 من القانون المدني

---

[699]- راجع المادة 18 من القانون المدني الجزائري مثلا.

[700]- بالرّغم من كون النص الأصلي هو النص العربي من الناحية القانونية، إلا أنّ النص الفرنسي هو الأصل من الناحية الواقعية، وذلك لكون معظم نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بالتحكيم نقلت عن القانون الفرنسي.

[701]- تنص الفقرة الأولى من المادة 18 من القانون المدني باللغة الفرنسية على ما يلي:

" Les obligations contractuelles sont régies par la loi d'autonomie dès lors qu'elle a une relation avec les contractants ou le contrat".

بينما تنص الفقرة الثالثة من المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي:

"Quant au fond, elle [la convention] est valable si elle répond aux conditions que posent, soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige, soit le droit que l'arbitre estime approprié".

[702]- راجع في نفس المعنى: Yacoute AKROUN, op. cit., p.286

المحدّد للقانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية[703]، ذلك أنّ المشرّع الجزائري قيّد في هذا الأخير الأطراف عند اختيار قانون دولة معينة، واشترط أن تكون هناك علاقة حقيقية بين القانون المختار وبين الأطراف أو العقد.

يرى الأستاذ "مبروكين" أنّ تكريس المشرّع الجزائري لشرط وجود علاقة موضوعية بين القانون المختار و العقد في المادة 18 من القانون المدني بعد التعديل الذي طاله في سنة 2005 بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو2005 ، يمثل مفارقة على أساس أنّه لا يتماشى مع التوجه المعتمد في المادة 458 مكرر 14 من قانون الإجراءات المدنية الملغى، والتي تقابلها المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الساري المفعول، وأن هذا التقييد التشريعي يحمل في طياته تقييداً لسلطة المحكم في الفصل في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يراها ملائمة[704]، وأنّ هذا الوضع ينطبق أيضاً على مسألة القانون واجب التطبيق[705].

من جهتي، أستبعد تماماً تطبيق نص المادة 18 من القانون المدني في مجال التحكيم التجاري الدولي، ذلك أنّ المشرّع الجزائري وضع حلولاً خاصة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث حدّد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم في نص المادة 1040 منه وحدّد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في المادة 1050 من نفس القانون.

فإذا كان القيد الذي وضعه المشرّع على إرادة الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق، يشكّل دون أدنى شك تراجعاً عن ليبرالية نص المادة 18 من القانون المدني قبل التعديل[706]، فإنّه لا يمس بليبرالية الحلول المكرّسة في مجال التحكيم التجاري الدولي في القانون

---

[703]- يتعلق الأمر بتعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 44، الصادر بتاريخ 26 جوان 2005.

[704]- انظر:

Ali MEBROUKINE, « L'arbitrage commercial international en Algérie », op. cit., p.122 et 123.

[705]- المرجع نفسه، ص 125.

[706]- لم تتضمن المادة 18 من القانون المدني قبل التعديل مثل هذا التقييد، حيث جاءت بالصيغة التالية:

"يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون المكان الذي ينبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر.

غير أن العقود المتعلقة بالعقار يسري عليها قانون موقعه".

الجزائري، حيث أراد المشرّع من خلالها استبعاد منهج التنازع التقليدي في مجال عقود التجارة الدولية.

ثانيا: إخضاع اتفاق التحكيم للقانون المنظم لموضوع النزاع

لقد نص المشرّع الجزائري في المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على خيار تطبيق القانون المنظم لموضوع النزاع لتقدير صحة اتفاق التحكيم التجاري الدولي، غير أنّ هذا الخيار لا يجب أن يفهم كأنّه نتيجة عن عدم استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي، استناداً لصريح عبارة الفقرة الأخيرة من نفس المادة –كما تم بيانه أعلاه- وإنّما نتيجة اختياره من قبل الأطراف، أو نتيجة لنفس التركيز القانوني لهما[707].

هذا ما دفع بالمشرّع الجزائري إلى النص على تطبيق القانون المنظم لموضوع النزاع على اتفاق التحكيم في حالة تخلّف الأطراف على تعيين القانون واجب التطبيق، وهو الحل الذي اعتبر بمثابة اختيار ضمني للأطراف.

للتذكير، لقد أثار نص المادة 458 مكرر1 من قانون الإجراءات المدنية الملغى[708] التساؤل حول الحالة التي لا يختار فيها الأطراف القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم، ولا ذلك الذي يحكم العقد الأصلي، فهل يطبّق المحكم مباشرة الحل الثالث الذي يحيل على تطبيق القانون الجزائري، أم أنّ المحكم يطبق نص المادة 458 مكرر 14 من نفس القانون[709]، التي تسمح له باللجوء إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون وعادات التجارة الدولية على موضوع النزاع وتطبيقها على اتفاق التحكيم؟

---

[707]- راجع ما سبق تناوله في هذه الأطروحة، ص 263 و264.

[708]- إنّ نص هذه المادة مأخوذ حرفيا من نص المادة 2/178 من القانون الدولي الخاص السويسري الجديد مع استبدال عبارة القانون السويسري بعبارة القانون الجزائري.

انظر في تحليل هذا النص:

Pierre LALIVE, Emmanuel GAILLARD, « Le nouveau droit de l'arbitrage international en suisse », *JDI*, n°4/1989, p.928.

[709]- تنص هذه المادة على أنّه " تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب ذلك، تفصل محكمة التحكيم وفقا لقواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

هذه المادة تقابلها المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

إنّ مثل هذا الحل لا يمكن التسليم به، لأنّه يؤدي إلى البحث عن القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، قبل الفصل في مسألة أولية تتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم لتقرير صحته ووجوده، والذي يتحدد بناءً عليه مدى اختصاص محكمة التحكيم.

إنّ الوضع المتقدم لم يعد قائماً في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الساري المفعول، ذلك أنّ المشرّع الجزائري استبدل الخيار المتعلق بالقانون الجزائري المنصوص عليه في نص المادة 458 مكرر1 من القانون الملغى، بخيار جديد يعطي الاختصاص مباشرة للمحكم في اختيار القانون الذي يراه ملائماً لحكم اتفاق التحكيم.

ثالثا: تقدير صحة اتفاق التحكيم وفقا للقانون الذي يراه المحكم ملائما

استغل المشرّع الجزائري صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية في سنة 2008 ليعيد النظر في مسألة القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم التجاري الدولي، والجديد الذي أتى به في هذا الشأن هو استبدال الإحالة على تطبيق القانون الجزائري في العبارة الأخيرة من الفقرة الثالثة من المادة 458 مكرر 1 من قانون الإجراءات المدنية الملغى، وتكريس سلطة المحكم في تطبيق القانون الذي يراه ملائما لتقدير صحة اتفاق التحكيم من حيث الموضوع.

بالرغم من أنّ الحل السابق يتماشى مع ما هو مقرر في اتفاقية نيويورك النافذة في الجزائر، إلا أنّه يتناقض– في رأي الكثيرين[710]– مع أحكام المادة 458 مكرر 14 السالفة الذكر، والتي تجعل للمحكم سلطة اللجوء مباشرة لتطبيق المبادئ العامة للقانون وأعراف التجارة الدولية.

لذلك يبدو أنّ المشرّع الجزائري أخذ بالحل الذي اقترحه الفقه، والمتمثل في توحيد المعاملة التي يعامل بها كل من اتفاق التحكيم والعقد الأصلي بتعويض " القانون الجزائري"

[710]- من بينهم:
Nour- Eddine TERKI, « Les limites du décret législatif du 27 avril 1993 relatif à l'arbitrage commercial international », op. cit., p.4.
Ali MEBROUKINE, « L'arbitrage commercial international en Algérie », op. cit., pp.122-124.

بمبادئ القانون والأعراف التجارية الدولية[711]، بل وترك للمحكم سلطة تقديرية واسعة في سبيل تحديد القانون الذي يراه ملائما لتقدير صحة اتفاق التحكيم[712].

فالمشرّع الجزائري كرّس حلاً ليبرالياً بامتياز في مجال تحديد القانون الذي يخضع له تقدير صحة اتفاق التحكيم في مجال التجارة الدولية، حيث ذهب إلى أبعد مما ذهبت إليه اتفاقية نيويورك لعام 1958، بل وأبعد من القانون السويسري الذي استلهمه في سنة 1993، لكنه لم يصل إلى حدّ تكريس استقلالية اتفاق التحكيم التامة عن القوانين الوطنية على الطريقة الفرنسية[713].

بناءً على ما سبق، فإنّ الحل الذي جسّده المشرّع الجزائري يوسع من احتمالات صحّة هذا الاتفاق، من خلال تقرير ثلاثة حلول تطبق بالتناوب وتهدف إلى تقرير فعالية اتفاق التحكيم في أكبر عدد ممكن من الحالات، دون فصله تماماً عن القانون الوطني واجب التطبيق عليه.

الفرع الثاني
موقف القانون
الجزائري من النظام العام الدولي

رغم مرور ما يفوق عن 23 سنة على دخول فكرة النظام العام الدولي إلى القانون الجزائري، يبقى نطاقها ومضمونها غير محددين سواءً على المستوى التشريعي، أو على مستوى

---

[711]- انظر:

Nour- Eddine TERKI, « Les limites du décret législatif du 27 avril 1993 relatif à l'arbitrage commercial international », op. cit.,p.4.

[712]- هذا الوضع الجديد أملته اعتبارات سياسية واقتصادية تتمثل على وجه الخصوص في تغير الخريطة الجيوسياسية ودخول الجزائر اقتصاد السوق وشدة المنافسة الدولية بين الدول المستقبلة للاستثمارات الأجنبية. انظر أستاذنا: **معاشو عمار**، مرجع سابق، ص347.

[713]- في رأي مخالف، ترى الأستاذة **أكرون ياقوت** في تعليقها على المادة 458 مكرر 1 من قانون الإجراءات المدنية الملغى، أنّ المشرّع الجزائري قد كرّس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة لكل قانون وطني، بما يحمله من صعوبات. انظر:

Yacoute AKROUN, "L'arbitrage commercial international en Algérie",, op. cit., p.286.

بينما توقع المرحوم "**محند إسعد**" في تعليقه على نص القانون الجديد أنّ المشرّع الجزائري سيأخذ بالحل المعمول به في فرنسا بمناسبة التعديل المقبل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية. انظر:

Mohand ISSAD, « La nouvelle loi algérienne relative à l'arbitrage international », op. cit., p. 423.

الاجتهاد القضائي، حيث أنّ المحكمة العليا وحتى الجهات القضائية الدنيا-حسب علمي- لم تتح لها الفرصة بعد لتحديد المقصود منها(**أولا**)، هذا ما يتطلب محاولة رسم معالمه(**ثانيا**).

أولا: غموض فكرة النظام العام الدولي في القانون الجزائري:

لقد تأثر المشرّع الجزائري بفكرة النظام العام الدولي التي أقرها القانون الفرنسي، حيث أُدخل هذا المصطلح لأول مرة إلى التشريع الجزائري في سنة 1993، وذلك بمناسبة إصدار المرسوم التشريعي رقم 09/93 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154، المتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى. وعلى غرار قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، لم يعرّف قانون الإجراءات المدنية الجزائري المقصود بالنظام العام الدولي، بل اكتفى بجعله كقيد على الاعتراف بحكم التحكيم التجاري الدولي وتنفيذه في الجزائر، وذلك في المادة 458 مكرر 17، وكسبب من أسباب بطلان هذا الحكم ووجه من أو جه استئناف الأمر الصادر عن المحكمة المختصة والقاضي بالاعتراف به أو تنفيذه وذلك في المادة 458 مكرر 23.

لم يتغير الوضع السابق بصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي ألغي بموجه قانون الإجراءات المدنية في سنة 2008، وأبقي على فكرة النظام العام الدولي دون تحديد مضمونها في كل من المادتين 1051 و 1056، التي تقابلهما على التوالي المادتين 458 مكرر 17 و458 مكرر 23 من قانون الإجراءات المدنية الملغى.

أمام هذا الوضع، وفي انتظار التفسير الذي ستحظى به فكرة النظام العام الدولي في القضاء الجزائري، يرى الأستاذ "**علي مبروكين**" أنّه من الممكن لهذه الفكرة أن تختلط بفكرة النظام العام بالمفهوم التقليدي في القواعد العامة في القانون المدني، مادام أنّ المحكمة العليا لم تُتح لها الفرصة بعد لتعريفها وتحديد مضمونها، رغم مرور أكثر من عقدين على أول تكريس لها في المنظومة القانونية الجزائرية[714].

وما يزيد الوضع تعقيداً في مسألة تقدير صحة اتفاق التحكيم بالنظر للنظام العام، هو عدم وضع المشرّع الجزائري نصاً خاصاً لتحديد المسائل المتعلقة بالقابلية الموضوعية للتحكيم

[714]- راجع:
Ali MEBROUKINE, « L'arbitrage commercial international en Algérie », op-cit., p119

ضمن الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، هذا ما يجعل العودة إلى نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أمراً محتوماً، خاصة أنّ هذه المادة تطبق في فقرتها الأولى المتعلقة باللجوء إلى التحكيم بشرط أن يكون للشخص مطلق التصرف في الحقوق محل اتفاق التحكيم، وفي فقرتها الثالثة على مسألة القابلية الشخصية للتحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة.

بالعودة إلى نص المادة 1006 من هذا القانون إذن ، نجد أنّ المشرّع استعمل مصطلح النظام العام دون تمييز بين حالة التحكيم الداخلي وحالة التحكيم التجاري الدولي، واعتبر أنّ المسائل المتعلقة به لا يمكن حلّها عن طريق هذه الوسيلة من وسائل حل النزاعات[715].

فالنظام العام المقصود في هذه المادة هو النظام العام الداخلي، وتطبيقه في مجال العقود الاقتصادية الدولية يصطدم بما نصت عليه كل من المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمتعلقة بشروط الاعتراف بحكم التحكيم التجاري الدولي وتنفيذه في الجزائر، والمادة 1056 من نفس القانون والمحددة لأسباب بطلان هذا الحكم وأجه الطعن بالاستئناف في الأمر الصادر عن القضاء بالاعتراف به أو تنفيذه، فالمادتين الأخيرتين استعمل فيهما المشرّع مصطلح النظام العام الدولي.

يصطدم التمييز بين النظامين بكون تحديد معالم النظام العام الداخلي أصلا في غاية الصعوبة لأنّه مرتبط باعتبارات المصلحة العامة في زمن ومكان معيّنين، وبالمفهوم الذي يضعه القاضي في غياب التحديد التشريعي، فكلا المفهومين يشتركان في كون مضمونهما يتوقف على النطاق الذي يحدده القاضي لهما وفقا لما سبق ذكره، هذا ما جعل البعض يصف الخوض في هذا التمييز بالخوض في "الجحيم"[716].

---

[715]- تنص المادة 1006 على أنّه "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.
لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.
ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

[716]- **محمود مصطفى يونس**،"النظام العام والتحكيم في قضاء محكمة تمييز دبي ومدى توافقه مع الاتجاهات القضائية الحديثة"،مرجع سابق، ص 143.

لكن رغم هذه الصعوبة، وبما أنّ المشرّع الجزائري أدخل مصطلح النظام العام الدولي إلى المنظومة التشريعية الوطنية من باب النصوص المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، فإنه بذلك يريد دون أدنى شك أن يدفع بالقاضي ومعه الفقه إلى الخوض في هذا التمييز رغم صعوبته[717].

هذا الأمر يجعل من الموقف الذي سيعتمده القاضي في تحديده لنطاق النظام العام الدولي معياراً يتحدّد بناءً عليه مدى تشجيع التحكيم التجاري الدولي وتحريره، والذي يتوقف بدوره على كيفية استقبال أحكام التحكيم الدولية من طرف القاضي الوطني بمناسبة إجراءات الاعتراف والتنفيذ أو بمناسبة الطعن ببطلان هذه الأحكام[718]. فلا جدوى من استبعاد فكرة النظام العام الداخلي وتعويضها بفكرة النظام العام الدولي، إذا كان القاضي يعطي لها نفس المضمون[719].

ومادام أنّ الوضع على هذا الحال، فإنّه يمكن أن يكون مصدر قلق وعدم توقع النتائج سواءً بالنسبة للأطراف أو للمحكم الذي يسعى دائما إلى حل النزاع بناءً على القانون المختص تمهيدًا للاعتراف بحكمه وتنفيذه[720]، فالنظام العام يمكن أن يقف حجر عثرة في سبيل تحقيق التحكيم لفعاليته، لأنّ التدخل التعسفي بهذه الفكرة كافٍ ليس فقط لهدم اتفاق التحكيم،

---

[717]- في نفس المعنى:

Yacoute AKROUN, "L'arbitrage commercial international en Algérie », *in L'Algérie en mutation : Les instruments juridiques de passage à l'économie de marché*, s. direc. Robert CHARVIN et Ammar GUESMI, l'Harmattan, Paris, 2001, p .300.

[718]- راجع: HOCINE Farida, op. cit., pp.212-221

[719]- ذلك لأنّ القاضي هو من سيتولى تحديد معنى ومضمون النظام العام الدولي. راجع: **عليوش قربوع كمال**، مرجع سابق، ص73.

[720]- إذ هناك من الفقه الغربي من يرى أنّه :

«Même si formellement les droits de l'arbitrage international de certains pays émergents comme l'Algérie contiennent les mêmes dispositions que ceux des pays développés, il n'est pas certain que celles-ci soient appliquées de la même manière par les juges nationaux. L'application et l'interprétation jurisprudentielles des textes jouent en effet un grand rôle dans l'effectivité de la règle de droit. Une interprétation restrictive d'un texte libéral à l'égard de l'arbitrage international est susceptible de remettre en cause la portée du texte».

Jean-Baptiste RACINE, « Les raisons de la libéralisation de l'arbitrage international dans les pays émergents(Le cas particulier de l'Algérie*), in l'Algérie en mutation : Les instruments juridiques de passage à l'économie de marché*, s. direc. Robert CHARVIN et Ammar GUESMI, l'Harmattan, Paris, 2001, p. 276.

وإنّما أيضا للقضاء على نظام التحكيم ذاته، حيث يمكن للقاضي الوطني أن يلجأ إلى هذه الفكرة المرنة لإبطال مفعول اتفاق التحكيم إذا كانت تُحركه نيته السيئة أو نزعته المُناهضة لنظام التحكيم[721].

ما هو مؤكد أنّ إدخال هذا المفهوم الجديد للقانون الجزائري جاء في سياق عام يميّزه التوجه نحو تحرير المبادرة الفردية وتكريس اقتصاد السوق، وأنّ النص الخاص الذي كرّسه جاءت جل أحكامه ذات روح ليبرالية مستوحاة من قانونين من أكثر القوانين المقارنة ليبرالية في هذا المجال ألا وهما القانونين الفرنسي والسويسري[722].

ثانيا: في محاولة لرسم معالم فكرة النظام العام الدولي في القانون الجزائري

من منطلق السياق الذي دخلت فيه فكرة النظام العام الدولي إلى القانون الجزائري[723]، أرى مع الأستاذ "تراري الثاني" أنّ تطبيق فكرة النظام العام الواردة في المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في مجال التحكيم التجاري الدولي، ينبغي أن يقتصر على النظام العام الدولي وهو ما يستدعي دراسة القاضي لنطاقه حالة بحالة[724].

من باب التمييز بين المفهومين، اعتبر صاحب الرأي السابق، وهو متأثر بالتوجه الغالب في فرنسا، أنّ المقصود بالنظام العام الدولي المنصوص عليه في المرسوم التشريعي رقم 09/93 الملغى[725] "ليس النظام العام الوطني الذي لا يتم إعماله إلا في الحالات التي يكون فيها التحكيم وطنياً بحتاً لا تتوفر له معايير الدولية [...]، ولا ما عرف لدى بعض الفقهاء بالنظام العام الدولي الحقيقي الذي يضّم القواعد المشتركة بين كل التجمعات دولا وشعوبا، كما هو الحال بالنسبة

---

[721]- في نفس المعنى: **بليغ حمدي محمود**، مرجع سابق،ص 500.

[722]- في نفس المعنى:

Ali MEBROUKINE, « L'arbitrage commercial international en Algérie », op-cit., p.134

[723]- في أسباب توجه الجزائر نحو تحرير نظام التحكيم التجاري الدولي والسياق العام الذي صاحبه راجع:

Jean-Baptiste RACINE, « Les raisons de la libéralisation de l'arbitrage international dans les pays émergents(Le cas particulier de l'Algérie),op. cit., pp.267-276, *spéc*. p.271.

[724]- راجع :

Mostefa TRARI-TANI, " L'arbitrage international dans le nouveau code algérien de procédure civile et administrative", op. cit., p.75.

[725]- وهو ما ينطبق على الوضع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الساري المفعول.

لتجريم تجارة الرقيق الأبيض والأسود والمخدرات وخرق الحصار والرشوة واستغلال النفوذ في المعاملات التجارية الدولية، وإنّما المقصود هي تلك الصورة المخفّفة من النظام العام الجزائري التي تتماشى مع مقتضيات المرونة التي تتسم بها التجارة الدولية، سواءً أتعلق الأمر بالقواعد الموضوعية أو الإجرائية"[726].

ينبغي التوضيح أنّ النظام العام بالمفهوم العالمي يتقاطع مع معظم المفاهيم الداخلية للدول حول فكرة النظام العام الدولي، ويظهر ذلك جلياً في الحالات المتعلقة بمنع بعض أنواع التمييز (الأبارتايد، التمييز على أساس الدين أو العرق أو الجنس)، أو منع بعض التصرفات غير الأخلاقية (استغلال النفوذ، الرشوة)، أو حتى بعض الصفقات كتلك المتعلقة بالمتاجرة بالمخدرات مثلا، فكل هذه الحالات كثيراً ما تكيّف على أنّها تتعلق بالنظام العام الدولي الحقيقي[727].

غير أنّه كلما تعلق الأمر بقواعد تترجم السياسات الاقتصادية والتجارية للدول، وهي الحالات التي تطرح عادة في التحكيم التجاري الدولي، فإنّ الاختلاف قائم وكبير، مما يجعل فعالية حكم التحكيم على المحك[728]، وتحت رحمة المفهوم الذي يُحظى به النظام العام الدولي في الدولة مقر التحكيم إذا رفع أمام قضائها طعن بالبطلان، أو في الدولة التي يطلب فيها الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه[729]. فعلى سبيل المثال، نجد أنّ المسائل المتعلقة بالتصدير و الاستيراد وكذا تلك المتعلقة بحرية المنافسة تتعلق بالنظام العام الداخلي الاقتصادي وليس

---

[726]-**تراري الثاني مصطفى**، "التحكيم التجاري الدولي في الجزائر إثر صدور المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية"، مرجع سابق، ص 52 و53.

[727]- انظر في نفس المعنى: **سامي عون**، "مدى رقابة القضاء للقرار التحكيمي الدولي"، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العددان 14 و15، ص31.

[728]- ذلك لأنّ فعالية التحكيم تتناسب طردا مع المرونة التي تعتمدها قوانين كل دولة في تعاملها مع مفهوم النظام العام. راجع: **عيساوي محمد**، "إشكالية القابلية للتحكيم في بعض المنازعات المرتبطة بالنظام العام"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 01، 2011، ص197 مكرر 1.

[729]- انظر:

Mostefa TRARI TANI, *Droit de l'arbitrage commercial international en Algérie*, op. cit., p.154.

بالنظام العام الدولي[730]، حيث أدى التطور في العلاقات الاقتصادية والتجارية الدولية إلى تراجع الكثير من الدول عن الصرامة في تطبيق النصوص الجامدة، وفتح مجال المنازعات المتعلقة بالمنافسة أمام التحكيم[731].

إذا كان موقف الفقه السابق يستند إلى السياق القانوني والاقتصادي والسياسي الذي ساد الفترة التي صدر فيها المرسوم التشريعي رقم 09/93، والتي تميزت بقيام الدولة الجزائرية بأهم الإصلاحات الاقتصادية في اتجاه تكريس اقتصاد السوق وتحرير المبادرة الفردية، وقد جسدّت هذه الإصلاحات بإصدار أكثر النصوص ليبرالية في تاريخ الجزائر المستقلة، فإنّ هذا الموقف يصعب تبريره حاليا في ظل ظهور بوادر العودة إلى ما قبل الإصلاحات المذكورة.

فقد لاحظ أستاذنا الجليل "زوايمية رشيد" وبحق، أنّ سنة 2009 كانت منعرجاً واضحاً في اتجاه المشرّع الجزائري نحو تطبيق سياسة جديدة تتمثل في العودة إلى الدولة المتدخلة القادرة على كل شيء(Etat interventionniste et omnipotent)، وقد استدل بنصين تشريعيين تجلت مظاهر هذه السياسة فيهما خاصة في مجال تنظيم الاستثمار الأجنبي، ويتعلق الأمر بكل من قانوني المالية التكميليين لسنتي 2009 و2010 اللذان غيّرا بشكل عميق النظام المطبّق على الاستثمار الأجنبي، وكرّسا من جديد المعاملة التمييزية بينه وبين الاستثمار الوطني[732].

فمن خلال نص قانون المالية التكميلي لسنة 2009، أعاد المشرّع الجزائري تكريس قاعد 49/51 في حيازة الرأسمال الاستثماري، حيث أنّ هذه القاعدة تستلزم أن تكون أغلبية 51

---

[730]- **سامي عون**، المرجع السابق، ص 31.

[731]- وذلك بالرّغم من كون قواعد المنافسة تمتاز بطابع النظام العام وأنّه من الضروري إبقاء رقابة الدولة على السير الحسن للمنافسة في السوق.

راجع في ذلك: **عيساوي محمد**، مرجع سابق،، ص197 مكرر 2 وما يليها.

[732]- وقد لخص الأستاذ "**زوايمية**"هذا التراجع عن السياسة الانفتاحية في مجال الاستثمار الأجنبي كما يلي:

« En un mot, le nouveau dispositif consacre un régime dissuasif tant en ce qui concerne la constitution que le traitement de l'investissement étranger comme il révèle un net recul des pouvoir publics en matière de gouvernance dans le domaine des investissements étrangers ».

Rachid ZOUAÏMIA, « Le régime des investissements étrangers à l'épreuve de la résurgence de l'Etat dirigiste en Algérie », *RASJEP*, n°2/2011, p.7.

من المائة من الرأسمال لدى المساهم أو المساهمين الوطنيين[733]، هذه القاعدة كرّسها المشرّع الجزائري في عدة نصوص أخرى، نذكر من بينها قانون النقد والقرض[734]، النص المنظم لصناعة التبغ[735]...الخ.

تتجلى مظاهر التراجع عن تحرير الاقتصاد الوطني أيضا، من خلال التعديلات التي أُدخلت على القانون المتعلق بخوصصة المؤسسات العامة الاقتصادية[736]، حيث أصبحت هذه الأخيرة غير قابلة للخوصصة لصالح المستثمرين الأجانب إلا جزئيا، وفي حدود النسب المنصوص عليها في قانون المالية التكميلي لسنة 2009 المشار إليه أعلاه.

هذه القيود وأخرى، لا تسمح هذه الدراسة التطرق إليها[737]، تثير من جديد مخاوف المستثمرين الأجانب وتضع موضع الشّك اتجاه الاقتصاد الجزائري نحو اقتصاد السوق، وهو ما سينعكس حتما على التفسير القضائي للنصوص القانونية، بما فيها قانون الإجراءات المدنية والإدارية في شقه المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي.

نظراً لما سبق، ورغم محاولات التمييز إذن، أرى وجاهة ما ذهب إليه الذين يعتبرون أنّ النظام العام الدولي مجرّد محاولة افتعال تفرقة مصطنعة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي في مجال المعاملات الاقتصادية، فالنظام العام –كما سبق توضيحه – يتميّز دائما بصبغة وطنية لا يصح تجاهلها تحت ستار فكرة غامضة[738]، فالغرض من اللجوء إلى هذه الفكرة

---

[733]- وهو ما نصت عليه كل من المادة 4 مكرر من الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، المعدل والمتمم، والتي أدخلت بموجب الأمر رقم01/09 المؤرخ في 22 جويلية 2009، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 44 الصادر بتاريخ 26 جويلية 2009.

[734]- أمر رقم 03-11 مؤرخ في 2003/08/26، يتعلق بالنقد والقرض، معدل ومتمم.

[735]- مرسوم تنفيذي رقم 04-331 مؤرخ في 2004/10/18، يتضمن تنظيم نشاطات صنع المواد التبغية واستيرادها وتوزيعها، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 66 الصادر في 2004/10/20.

[736]- أمر رقم 01-04 مؤرخ في 2001/10/20 يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخوصصتها، متمم بالقانون رقم 08-01 المؤرخ في 2008/02/28.

[737]- للمزيد من التفصيل في هذه القيود الجديدة راجع: Rachid ZOUAÏMIA, op. cit., pp.5-38.

[738]- **مختار أحمد بريري**، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995 ، ص147.

هو السعي لاستبعاد القيود التي تضعها القوانين الداخلية بنصوص آمرة، وهو توجه يخدم الاتجاه نحو تحرير نظام التحكيم من قبضة هذه القوانين وتدعيم استقلاليته.

غير أنّ تحرير نظام التحكيم التجاري الدولي واستقلاليته بهذا الشكل، لا يمكن أن يصل إلى حد تلاشي فكرة النظام العام الداخلي التي تحدد هوية وكيان الدولة، وإنّما الأنجع هو التوفيق بين الفكرتين في إطار يغلّب فكرة النظام العام الداخلي عند اللزوم[739]، فإذا كان تطبيق المحكم للنظام العام الدولي يستجيب للصبغة عبر الدولية للتحكيم الدولي، فإنّ احترامه للنظام العام الوطني أمر يفرضه خضوع أحكامه لرقابة القضاء الوطني[740].

للإشارة، اعتبرت الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا(المجلس الأعلى سابقا) في أكثر من مناسبة، وفي إطار القواعد الخاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية في الجزائر مثلا، أنّ منع الفائدة في القروض بين الأفراد من النظام العام وسبّبت قرارها كما يلي: "**حيث أنّ الحكم بدفع الفائدة المتفق عليها، المقدرة ب12 % المحكوم بها في نفس الحكم الصادر عن محكمة بوفييه (فرنسا) المؤرخ في 20 جوان 1972 م، متعارض مع مقتضيات المادة 454 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنّ القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك وأنّه كان على المجلس القضائي بتيزي وزو الامتناع عن منح الصيغة التنفيذية بهذا الجانب مما هو محكوم به عليه**"[741].

كما أكدت ذلك نفس الغرفة بتاريخ 1988/11/13، مقرّرة أنّه "**حيث يعتبر المشرّع الجزائري أنّ فكرة الفوائد القانونية هي مخالفة للنظام العام ويستخلص من عناصر الملف أن القرار الصادر حكم على المؤسسة المدعية في الطعن ليس فقط بدفع المبلغ الأصلي المقدر ب458.000 فرنك فرنسي بل أداء الفوائد القانونية أيضا.**

---

[739] - **ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، إنعام السيد الدسوقي**، مرجع سابق، ص 479.

[740] - **عبد المنعم كيوة**، مرجع سابق، ص 45.

[741] - قرار المجلس الأعلى(الغرفة التجارية والبحرية) رقم 32463 الصادر بتاريخ 1984/06/23 في القضية بين (د ر) ضد (ب س) وزوجته، منشور في المجلة القضائية، العدد 1، 1989، ص149.

حيث أنّ القرار الصادر يكرّس صحة قرار أجنبي حتى في أحكامه التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري وعليه فالقرار كان صادراً خرقا للقانون ممّا يعرضه للنقض من هذه الوجهة"[742].

تجدر الملاحظة أنّ هذه القرارات صدرت قبل تكريس المشرّع الجزائري لفكرة النظام العام الدولي في التحكيم التجاري الدولي بموجب المرسوم التشريعي رقم 09/93 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية الملغى، وبالتالي فمن المستبعد إدخال مثل هذه القاعدة في نطاق تطبيق قيد النظام العام الدولي الجزائري في إطار التحكيم التجاري.

خلاصة الباب الثاني

تبيّن من خلال ما سبق، أنّ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي ليست غاية بذاتها، بل لجأت إليها الأنظمة القانونية بغرض الوصول إلى المزايا والفوائد التي تحققها، ومنها خاصة تحقيق فعالية اتفاق التحكيم وتدعيمه، باعتباره أداة تنصيب قضاء ذاتي خاص ملائم للحاجات المتطورة للتجارة عموما والتجارة الدولية على وجه الخصوص، والتي لا تجد أحسن الظروف لتلبيتها إلا إذا وضعت في مأمن من الدفوع التي يلجأ إليها الطرف الذي يقبل التحكيم فقط لإبرام العقد ثم يتهرب من الالتزام به بشتى الوسائل، منها تلك المنبثقة من العقد الأصلي.

وتتحقق تلك الفعالية إذن بالفصل بين مصير اتفاق التحكيم ومصير العقد الأصلي، وعدم تأثر الأول بالآفات القانونية والواقعية التي قد تلحق بالثاني، كالبطلان أو الفسخ والانقضاء، فقد أثبت الواقع أنّ الربط بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي يعود بمنازعات التجارة الدولية على الأقل، إلى حظيرة النظم الداخلية إذا زال اتفاق التحكيم بزوال العقد الأصلي أو بطلانه أو انحلاله، لأنّ ذلك سيعطي الاختصاص من جديد للمحاكم القضائية الوطنية وما سيطرحه ذلك من تنازع في الاختصاص القضائي الدولي.

---

[742]- قرار المجلس الأعلى(الغرفة التجارية والبحرية) رقم 51066 الصادر بتاريخ 1988/11/13 في القضية بين المقاولة العمومية للأشغال ضد ش.ف.أ، منشور في المجلة القضائية، العدد 3، 1990، ص95.

إذا كانت الاستقلالية بالمفهوم السابق، قد انتشر الأخذ بها في مختلف الأنظمة القانونية وينظر إليها على أنّها مبدأ عالمي من مبادئ التحكيم التجاري الدولي، وذلك بالرغم من الاختلاف الموجود حول مسألة تحديد نطاق إعمالها، إلا أنّ الاستقلالية المطلقة بالمفهوم الفرنسي المعبّر عنها بالصحة والفعالية الذاتية، والتي تهدف إلى تقرير استقلالية اتفاق التحكيم ليس فقط بالنسبة للعقد الأصلي، بل استقلاليته أيضا بالنسبة لكل القوانين الوطنية، وهو ما جعل هذا المفهوم يقتصر الأخذ به على القانون الفرنسي، فهو يؤدي إلى توسيع غير مبرر للجوء إلى التحكيم ويرتب مجموعة من النتائج أقل ما يقال عنها أنّها تتعارض مع المنطق القانوني، وهو ما من شأنه أن يهدّد الأمن القانوني للمعاملات الدولية.

فالاستقلالية في القانون الفرنسي لها مفهوم وظيفي ويتوقف إعمالها على تقدير النتيجة التي ستتمخض عنها، فإذا كانت هذه النتيجة ستساعد على تحقيق فعالية اتفاق التحكيم ونظام التحكيم بصفة عامة، فيتم إعمالها، أما إذا كان إعمالها سيهدر الغاية من وجودها ويؤدي إلى فشل نظام التحكيم، فلا محال من استبعادها، كما هو الشأن في المسائل المتعلقة بانتقال اتفاق التحكيم إلى الغير مثلاً، رغم أنّ ذلك يتعارض مع الأسس التي بنيت عليها فكرة الاستقلالية.

هذا التوجه مبني على فلسفة تشجيع التحكيم وتبنيه كنظام مفضل للفصل في النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية، وبما أنّ الدول تختلف في درجة تبني هذه الفلسفة، ظهرت هناك اختلافات كبيرة في كيفية إعمال فكرة استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، سواء كان ذلك من حيث النطاق أو من حيث الآثار التي ترتبها في الأنظمة القانونية المختلفة، بل وحتى من حيث التسمية المعتمدة، لكون هذه التسمية مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالآثار التي تعترف بها هذه الأنظمة القانونية.

إذا كانت استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي أثارت كل هذا الاختلاف، فإنّ مبدأ فعاليته الذاتية المبني على تقدير صحته بالرجوع فقط إلى إرادة الأطراف، والذي بلوره القضاء الفرنسي، لم يحظ بقبول القوانين الداخلية وبقي خصوصية فرنسية نظراً لعدم وضوح المنهج الذي يعتمد عليه، حيث أنّ القواعد المادية التي يؤدي هذا المنهج إلى تطبيقها ليست

محدّدة، وأنّ النظام القانوني الذي تنتمي إليه والمعبّر عنه بمصطلح "Lex mercatoria" لم يكتمل بعد، كما أنّ النظام العام الدولي الخاص به، والذي يمثل القيد الوحيد على فعالية اتفاق التحكيم، لم تتحدّد بعد معالمه بشكل واضح.

في القانون الجزائري، تبيّن من خلال دراسة هذا الباب أنّ المشرّع قد تبنى فكرة استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي بطريقة غير مباشرة، وذلك من خلال النص على أثرين لها في المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويتعلق الأمر بعدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي وإمكانية خضوعه لقانون غير القانون الذي يخضع له هذا الأخير، بذلك يكون المشرّع الجزائري قد تفادى الاختلاف الاصطلاحي بين من يعتمد مصطلح "الاستقلالية" "Autonomie" ومن يعتمد مصطلح "الاستقلال" "Indépendance"، ومن يستعمل مصطلح "الفصل" "Séparabilité"، وأخذ في ذلك بما جسّده المشرّع السويسري في القانون الدولي الخاص الصادر في عام 1987.

أما بخصوص تقدير صحة وفعالية اتفاق التحكيم، فقد اعتمد المشرّع على المنهج السويسري في تحديد القانون واجب التطبيق، حيث كرّس ثلاثة حلول تطبق بالتناوب من أجل تقرير صحة أكبر قدر ممكن من اتفاقات التحكيم، وتتمثل في القانون المختار من قبل الأطراف والقانون المنظم لموضوع النزاع والقانون الذي يراه المحكم ملائماً، لكن لم يصل إلى حدّ تقرير الاستقلالية التامة على الطريقة الفرنسية رغم اعتماده على فكرة النظام العام الدولي التي يعتمد عليها القانون الفرنسي.

خاتمـــــــــــة

تبيّن من خلال هذه الدراسة أنّ الأنظمة القانونية المقارنة لم تتبنّ موقفاً موحداً من عدة مسائل خاصة بفعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، سواءً تعلق الأمر بالفعالية الإجرائية ممثلة في العلاقة الوظيفية بين المحكم والقاضي، خاصة في مسألة "الاختصاص-بالاختصاص"، أو بالفعالية الموضوعية المرتبطة أساساً بمسألة تكريس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي بكل مفاهيمه، أي استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي بالنسبة للعقد الأصلي واستقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للقانون الداخلي أو مبدأ الفعالية الصحة والفعالية الذاتية لهذا الاتفاق.

فبالرغم من كل المحاولات، على غرار ما قامت به لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، التي أعدت القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، من أجل توحيد القواعد المنظمة للتحكيم على الصعيد العالمي، وتقليص الفجوة بين الأنظمة اللاتينية والأنظمة الأنجلوسكسونية، فإنّ هذا الاختلاف يبقى قائماً بين الأنظمة القانونية الوطنية.

وإذا كانت الفعالية غاية يسعى المشرّع والقضاء إلى تحقيقها خدمة للعدالة، فإنّ فعالية اتفاق التحكيم أصبحت وسيلة يلجأ إليها الفقه والقضاء في الدول التي تتبنّى فلسفة تشجيعية وتنتهج سياسة ليبرالية في مجال التحكيم، خاصة عندما يتعلق بنزاعات التجارة الدولية، وذلك بغرض تبرير الحلول التي يقدمونها للمسائل المطروحة والتي لا تستوعبها المبادئ القانونية التقليدية، كونها مبنية على تغليب الاعتبارات الاقتصادية على حساب الاعتبارات القانونية.

إنّ الفعالية في حل النزاعات بصفة عامة، وفعالية اتفاق التحكيم بصفة خاصة، لا تعني نقل هذه النزاعات من القضاء المختص أصلاً وعرضها على التحكيم في كل الأحوال، حتى وإن كان أساس اللجوء إليه، والذي يتمثل في اتفاق الأطراف، غير موجود أو غير صحيح، لأنّ الغرض في النهاية هو حل تلك النزاعات بالسرعة التي تتطلبها مقتضيات التجارة عموما، والتجارة الدولية على وجه الخصوص.

فالفعالية التي ينبغي أن تتحقق هي فعالية فض النزاع، وليس فعالية اللجوء إلى التحكيم لأسباب اقتصادية اعتماداً على "نظرة ماكيافيلية"، مفادها أنّ حل النزاع يكون عن

طريق التحكيم مهما كانت الوسائل المستعملة للوصول إلى ذلك، مع العلم أنّ الإجراءات القضائية التي كان من المفروض أن نتفاداها باللجوء إلى التحكيم، تفرض نفسها في الكثير من الحالات التي تطبق فيها الحلول المبتكرة والمبنية على الاعتبارات الاقتصادية البحتة، وما كثرة القضايا المعروضة على القضاء الفرنسي بمناسبة رقابة التنفيذ ورقابة البطلان– كما تبيّن أعلاه- إلاّ دليلاً على ذلك.

إلى جانب ذلك، فإنّ المصطلحات المستخدمة للتعبير عن هذه المبادئ غير مضبوطة وغير محددة يلصق بها ما يراد من النتائج وفقا للظروف، شأنها في ذلك شأن البيوت الإسبانية " Les auberges espagnoles"، وهو ما يفسّر عدم تقنين هذه المبادئ في الدول التي تذهب بعيداً في ليبرالية التحكيم خاصة في إطار علاقات التجارة الدولية، على غرار القانون الفرنسي الذي تركها للقضاء الذي يطبقها وفقا لظروف كل قضية، فاللجوء إلى مصطلح الاستقلالية والفعالية من شأنهما أن يستوعبا كل الحلول التي لا تستند بالضرورة إلى أساس قانوني أو نظري.

إذا كان السعي وراء تحقيق أمنية المتعاملين وأعوان التجارة الدولية، والمتمثلة في تقليص مجال الإجراءات المعرقلة وتجنب الحيل التي من شأنها أن تعطل وتعرقل مسار التحكيم أمراً ايجابياً، خاصة وأنّ التحكيم يشكّل في الوقت الراهن الوسيلة المثلى لحل النزاعات المتصلة بالتجارة الدولية، فإنّ استبعاد كل المبادئ القانونية وتعويضها بهذه القواعد غير الدقيقة، على غرار القواعد المادية والنظام العام الدولي، والتركيز على الفعالية المطلقة على حساب الاعتبارات القانونية، قد يؤدي إلى إهدار الأمن القانوني الذي هو أساس استقرار الحقوق وحمايتها، لأنّ كل ما تعدى حدّه انقلب إلى ضده، وقد أثبتت التجربة ذلك في عدة مجالات، على غرار ما حدث مع القروض العقارية في الولايات المتحدة الأمريكية في سنة 2008.

فتدخل الدولة عن طريق القانون لتنظيم التجارة الدولية بما يضمن استقرار المعاملات والمصالح العليا الاقتصادية، أكثر من ضروري، لأنّ السعي وراء الاعتبارات الاقتصادية المبنية على فكرة تحقيق أكبر قدر ممكن من الربح يفتح باب التعسّف، إذا ما تركنا مهمة التنظيم لذوي المصالح الاقتصادية.

أكثر من كل هذا، ولو سلمنا بأنّ هذه الحلول لا تمس بالمصالح العليا للدولة والمجتمع، فإنّها من شأنها أن تمس بالمصالح الخاصة للأطراف الذين يجدون أنفسهم ملزمين باتفاقات التحكيم التي لم يبرموها ولم يعبّروا عن إرادة الالتزام بها، وذلك وفقا لمنطق الفعالية الذاتية لهذا الاتفاق، الذي أُسّس عليه ما يسمى بمبدأ الانتقال الأوتوماتيكي لاتفاق التحكيم الذي توصلت إليه محكمة النقض الفرنسية.

لا شك أنّ منطق "الكل التحكيمي" الذي يهدف إلى تحقيقه القانون الفرنسي من خلال اللجوء إلى فكرة فعالية اتفاق التحكيم، مبني على فلسفة التشجيع التي تحظى بها هذه الوسيلة من وسائل فض النزاعات، على أساس أنها تعتبر خدمة تسعى فرنسا أن تبقى رائدة في تقديمها لما تدره منها، وما تشكيل لجنة على أعلى مستوى في الدولة لبحث سبل إقناع ومساعدة غرفة التجارة الدولية على الإبقاء على مقرها في باريس إلاّ دليلاً على ذلك[302].

إن التطور الذي وصل إليه التحكيم التجاري الدولي من خلال المبادئ التي أرساها القضاء الفرنسي يمكن أن يؤدي إلى تجسيد فكرة التحكيم بقوة القانون(Arbitrage de plein droit) في مجال علاقات التجارة الدولية، أو التحكيم الأوتوماتيكي(Arbitrage automatique)، وذلك على أساس أنّ التحكيم لم يعد كما في السابق طريقاً استثنائياً، بل أنّ القضاء هو الذي أضحى كذلك في مجال التجارة الدولية، فمنطق استقلالية التحكيم يدفع نحو التحليل الذي مفاده أنّ التحكيم يسير ويتطور في اتجاه التحكيم دون اتفاق وهو ما يعتبر اعتداءً على إرادة الأطراف وليس حمايةً لها كما روّج له مؤيدو هذا التوجه.

لقد تبيّن من خلال هذه الدراسة أنّ المدافعين عن فعالية اتفاق التحكيم يستندون على الطبيعة القضائية للتحكيم من أجل تبرير مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"، ويعتمدون على الطبيعة العقدية للتحكيم لتبرير مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، وهو ما يؤكد "الماكيافيلية

[302]- ويتعلق الأمر بلجنة "Prada"، ولقد عبر الوزير الأول صراحة في التقرير الذي صاحب عرض التعديل الذي أدخل على قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في سنة 2011، على أنّ هذا التعديل يهدف إلى الإبقاء على باريس أول مكان رائد عالميا في مجال التحكيم.

راجع التقرير المرفق بتعديل هذا القانون على الموقع التالي: www.légifrance.gouv.fr

القانونية" التي ينتهجها هؤلاء **لأنّ المهم بالنسبة لهم** هو تحقيق النتيجة وهي تحقيق فعالية اتفاق التحكيم بكل الوسائل ولو كانت مخالفة لأبسط المبادئ القانونية والمنطق القانوني، هذا ما يفسّر عدم انتشار الأخذ بتلك الحلول في الأنظمة القانونية المقارنة، حيث تفضّل أغلبية هذه الأنظمة الحلول التي أوصت بها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في القانون النموذجي الذي أعدته في سنة 1985.

في الجزائر، يميل المشرّع إلى الأخذ بما وصل إليه القانون الفرنسي، لكنه لم يصل إلى حد تكريس- على الأقل بصفة صريحة- الحلول المطلقة محل الجدل الكبير، حيث بدأ بالتخلي عن القواعد التي استلهمها من القانون السويسري القريب جداً من القانون النموذجي، على غرار التخلي عن المعيار المزدوج القانوني/ الاقتصادي في تحديد دولية التحكيم، إذ أصبح يأخذ بالمعيار الاقتصادي الفرنسي فقط، كما حرّر إرادة المحكم في اختيار القانون واجب التطبيق على صحة اتفاق التحكيم.

يبقى أنّ التوجه نحو الأخذ بالحلول المعمول بها في فرنسا من عدمه ستحدّده الجهات القضائية التي ستتولى تطبيق نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإذا فسّرت هذه النصوص تفسيراً ليبرالياً، فيمكن لها أن تصل إلى حد تقرير مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" بمفهومه المطلق، وذلك عن طريق التفسير الضيق لعبارة "وجود اتفاقية التحكيم" الواردة في المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما يمكن الوصول إلى تقرير استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي بالنسبة للقوانين الوطنية بالتفسير الواسع للمادة 1040 من نفس القانون.

أشير في الأخير إلى أنّ قانون الإجراءات المدنية والإدارية تشوبه بعض الثغرات والنقائص التي لها علاقة بموضوع هذه الدراسة أوصي بتداركها ويتعلق الأمر بما يلي:

- ضرورة تعديل المادة 1056 من هذا القانون في فقرتها الأولى بما يسمح بالعودة إلى الصياغة التي جاءت بها المادة 458 مكرر 23 من قانون الإجراءات المدنية الملغى، وذلك لإدراج وجه من

أوجه الطعن الخاص بحكم التحكيم بعدم الاختصاص، لتصبح صياغة الفقرة 1 من المادة 1056على الشكل التالي:

"1- إذا تمسكت محكمة التحكيم خطأً باختصاصها أو **بعدم اختصاصها**".

- تعديل المادة 1040 من نفس القانون في فقرتها الأخيرة بشكل يسمح بتحديد نطاق إعمال مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي بشكل دقيق. أي تحديد حالات انقضاء اتفاق التحكيم التي تدخل في نطاق تطبيق مبدأ الاستقلالية.

- تعديل صياغة المادة 1042 من نفس القانون بشكل يسمح بإزالة اللّبس الوارد في الصياغة الحالية وكذا تداخلها مع المادة 1041، وأقترح صياغتها كما يلي:

"إذا لم يحدد مكان إجراء التحكيم في اتفاقية التحكيم يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ".

تمت بحمد الله.

قائمـــة المراجـــــع

المراجع باللّغة العربية

أولا– الكتب:

1- **أبو العلا على أبو العلا النمر**،القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، [د.س. ن].

2- **إبراهيم أحمد إبراهيم**، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

3- **إبراهيم جوهر إبراهيم، الدفع باتفاق التحكيم في الدعوى المدنية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، المحلة الكبرى، القاهرة، 2009.**

4- **أحمد السيد صاوي**، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، الطبعة الثانية، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة 2004.

5- **أحمد عبد الكريم سلامة**، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

6- **أحمد صدقي محمود**، مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

7- أنور **علي أحمد الطشي**، مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.

8- **أشرف وفا محمد**، حوالة الحق في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

9- **أشرف عبد العليم الرفاعي**، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.

10- **بو العلف عبد اللطيف**، الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي (دراسة في القانون المغربي والمقارن)، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، 2011.

11- بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، 2007.

12- **بشار محمد الأسعد**، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار (دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية)"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.

13- **هدى محمد مجدى عبد الرحمن**، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1997.

14- هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار(القانون الواجب التطبيق عليه و تسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000.

15- هشام صادق، عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.

16- **حسن المصري**، التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والقانون المقارن، مطبعة عباد الرحمن، الكويت، 1996.

17- **حفيظة السيد الحداد**، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997.

18- **حفيظة السيد الحداد**، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

19- **محمد القليوبي**، نظم التحكيم المقارنة في منازعات العلاقات الاقتصادية الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

20- **محمد نور عبد الهادي شحاته**، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.

21- **محمد عبد العزيز بكر، مركز التحكيم التجاري الدولي لدول مجلس التعاون الخليجي، د. د. ن، القاهرة 2001** .

22- **محمود السيد عمر التحيوي**، الرضا بالتحكيم لا يفترض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.

23- **محمود السيد عمر التحيوي**، الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي لاتفاق التحكيم ونطاقه، منشأة المعارف، الإسكندرية 2003.

24- **محمود محمد ياقوت**، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.

25- **محمود مصطفى يونس**، المرجع في قانون التحكيم المصري والمقارن، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015-2016.

26- **محسن شفيق**، التحكيم التجاري الدولي (دراسة في قانون التجارة الدولية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.

27- **منير عبد المجيد**، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995.

28- منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي والداخلي، في القانون الخاص في ضوء الفقه و قضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.

29- **مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال**، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- 1998.

30- **مختار أحمد بريري**، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

31- **ناصر عثمان محمد عثمان**، الدفع بالحصانة القضائية في مجال التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

32- **سراج حسين محمد أبو زيد**، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

33- **عادل محمد خير**، بطلان اتفاق التحكيم في القانون البحري المصري واتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

34- **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول: مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، 1981.

35- **عاطف شهاب**، اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

36- **عاشور مبروك**، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، ط2، مكتبة الجلاء الجديدة، القاهرة 1998.

37- **علي علي سليمان**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1998.

38- **عليوش قربوع كمال**، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2001.

39- **فوزي محمد سامي**، التحكيم التجاري الدولي، الجزء الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.

40- **راشد سامية**، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984.

ثانيا: الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ- رسائل الدكتوراه:

1- **أحمد صالح علي مخلوف**، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، 2000.

2- **حارث عبد العالي**، شرط التحكيم في المادة التجارية على ضوء العقود النموذجية والاتفاقيات الدولية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، 2006.

3- **ماهر محمد صالح عبد الفتاح**، اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004.

4- **محمد عبد الله محمد المؤيد**، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي (دراسة تأصيلية)، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997.

5- **معاشو عمار**، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية في عقود المفتاح والإنتاج في اليد،رسالة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1998.

6- **سامي محسن حسين السرى**، بعض الجوانب في القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي(دراسة مقارنة)، رسالة لنيل درجة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2004.

7- **عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري- تيزي وزو 2006/2005.

8- **عمر نوري عبد الله عبابنه**، شرط التحكيم التجاري من حيث صحته واستقلاليته (دراسة مقارنة بين القانون الأردني والاتفاقيات الدولية)، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان، 2006.

9- **قبايلي طيّب**، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

10- **خالد أحمد حسن**، بطلان حكم التحكيم (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2006.

ب- مذكرات الماجستير:

1- **بن يوب هدى**، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ، تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، السنة الجامعية 2013/2012.

2- حسين **فريدة**، التنفيذ الجبري لأحكام التحكيم الدولي الصادرة في المجال الاستثماري بالجزائر، بحث لنيل درجة الماجستير في قانون التنمية الوطنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2000.

3- **كولا** محمد، التحكيم في إطار قانون الاستثمار الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري- تيزي وزو 2002.

ثالثا: المقالات والمداخلات:

1- **إبراهيم العسري**، " دراسة تحليلية لبعض مقتضيات القانون رقم 05-08 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية"، في الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، جمع وتنسيق زكريا العماري، منشورات مجلة القضاء المدني، دار الآفاق المغربية، الدار البيضاء، المغرب 2013، ص ص56-70.

2- **أحمد السمدان**، "القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي"، مجلة الحقوق الكويتية، الكويت، السنة 17، العدد 1-4، 1993.ص ص173- 211.

3- **أحمد بلقاسم**، "استقلالية شرط التحكيم"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، الجزء 41، عدد 02، 2004، ص ص 61-102.

4- **أحمد مخلوف**، " استقلال شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية"، في دراسات قانونية في التحكيم التجاري الدولي، أعمال مهداة إلى روح الأستاذ الدكتور محسن شفيق، إعداد وتقديم د. **أحمد مخلوف**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص ص 209 - 252.

5- **أحمد عبد الكريم سلامة**، " القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم: محاذير وتوجيهات"، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، السنة السادسة عشر، العدد الأول، 2008، ص ص 9-56.

6- **والي فتحي**، " الرقابة القضائية على صحة اتفاق التحكيم أثناء إجراءات التحكيم"، مجلة التحكيم، لبنان، العدد الثامن، 2010، ص ص 75- 83.

7- **وجدي راغب فهمي**، "هل التحكيم نوع من القضاء؟ دراسة انتقادية لنظرية القضائية للتحكيم"، مجلة الحقوق الكويتية، الكويت، السنة 17، عدد 1-4، 1993. ص ص 131 – 172.

8- **زروتي الطيب**، " مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، عدد1، 1997، ص ص 64 - 107.

9- **محمد إبراهيم موسى**، "التحكيم الإلكتروني"، أعمال المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أيام 28- 30 أبريل 2008،ص ص 1069-1088، منشور على الرابط التالي:

http://slconf.uaeu.ac.ae/arabic_prev_conf.asp

10- **محمد أحمد البديرات**،"مدى سلطة القاضي في التدخل في إجراءات التحكيم: دراسة في قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001"،أعمال المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أيام 28-30 أفريل 2008 ، ص 711 -737، منشور على الرابط التالي:
http://slconf.uaeu.ac.ae/arabic_prev_conf.asp

11- **محمد التويجري**، تعليق على قرار محكمة دائرة التمييز (الكويت)، الدائرة المدنية- الطعن رقم 511، جلسة 2006/2/13، مجلة التحكيم، لبنان، العدد السابع، 2010، ص ص 341-348.

12- **محمد وليد هاشم المصري**، "محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص"، مجلة الحقوق الكويتية، الكويت، العدد 4، السنة 27، ديسمبر 2003، ص ص 143-175.

13- **محمد رافع**، "اتفاق التحكيم في ظل القانون المغربي والاتفاقيات الدولية"، مجلة المحاكم المغربية، المغرب، عدد 117، 2008، ص ص19-55.

14- **محمود مصطفى يونس**، "النظام العام والتحكيم في قضاء محكمة تمييز دبي ومدى توافقه مع الاتجاهات القضائية الحديثة"، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، العدد 2، السنة الثالثة عشرة، 2005، ص ص138-174.

15- **محمود سمير الشرقاوي**،" التطورات الحديثة في قانون التحكيم المصري"، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات و البحوث القانونية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، عدد 5، سنة 1997، ص 5 - 33.

16- **محمود سمير الشرقاوي**، "الدور الخلاق للقضاء في مجال التحكيم التجاري الدولي"، **أعمال** المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أيام 28- 30 أفريل 2008،ص ص683 – 709، منشور على الرابط التالي:
http://slconf.uaeu.ac.ae/arabic_prev_conf.asp

17- ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، أ. إنعام السيد الدسوقي، " تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم وتنفيذه(دراسة مقارنة)، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، السنة الحادية عشر، العدد الأول، 2003، ص ص458-516 .

18- **مصطفى** تراري **ثاني**، "التحكيم التجاري الدولي في الجزائر إثر صدور المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية"، مجلة دراسات قانونية، الجزائر ، عدد 1، 2002، ص ص35-56.

19- **مصطفى تراري ثاني**،" استقلالية اتفاق التحكيم كمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري الدولي المعاصر"، مجلة دراسات قانونية، الجزائر، عدد 9، أبريل 2003، ص ص9-18.

20- سامي عون، "مدى رقابة القضاء للقرار التحكيمي الدولي"، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، لبنان، العددان 14 و15، ص ص27- 31.

21- **سلطان بن سالم البلوشي**، "طرق تسوية منازعات العقود الدولية في التجارة الإلكترونية"، في الوسائل البديلة لتسوية اللمنازعات، جمع وتنسيق زكريا العماري، منشورات مجلة القضاء المدني، دار الآفاق المغربية، الدار البيضاء، المغرب 2013، ص ص 142-162.

22- **سميحة** القليوبي، "دور القضاء في تفعيل اتفاق التحكيم"، مجلة التحكيم، لبنان،العدد الثامن، 2010، ص ص 102-114.

23- **رضوان إبراهيم عبيدات وجورج حزبون حزبون**، "النظام القانوني لدعوى البطلان لحكم التحكيم وفق أحكام القانون الأردني والمقارن"، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية،المجلّد 33، العدد 2، 2006، ص ص 496-521.

24- **عبد الحميد الأحدب**،"قانون التحكيم الجزائري الجديد"، مداخلة في إطار اليومان الدراسيان حول الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح، الوساطة والتحكيم، المحكمة العليا، يومي 15-16 جوان 2008 (غير منشورة).

25- **عبد المنعم كيوة**، "حدود فعالية اختيار الأطراف للقانون المنطبق على العقد في التحكيم التجاري الدولي"، مجلة القضاء والتشريع،مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، السنة 44، العدد 4، أبريل 2002، ص ص 29-61.

26- **عيساوي محمد**، "إشكالية القابلية للتحكيم في بعض المنازعات المرتبطة بالنظام العام"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد 01، 2011، ص ص 197-215.

27- فايز الحاج شاهين، "تعليق على قرار محكمة استئناف لبنان رقم 2008/192 الصادر بتاريخ 2008/2/5"، مجلة التحكيم، لبنان، العدد الأول، 2009، ص ص 97-121.

28- **فايز الحاج شاهين**،"القانون الواجب التطبيق على أساس النزاع"، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، لبنان، العدد 14 و15، ص ص32-37.

29- **رضوان الحسوسي**، "الحكم التحكيمي: مشتملاته وتقنياته"، مجلة المحاكم المغربية، المغرب، عدد 117، 2008، ص ص 102-120.

رابعا: النصوص القانونية:

أ- الاتفاقيات الدولية السارية المفعول في الجزائر

1. اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمارات بين دول اتحاد المغرب الكبير، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 90-420 المؤرخ في 22 ديسمبر 1990، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 6 ، الصادر بتاريخ6/2/ 1991.

2. الاتفاقية الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها الموقع عليها في نيويورك بتاريخ 1958/06/10،انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية بموجب المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 1988/11/05 المتضمن انضمام الجزائر بتحفظ. ج. ر.ج.ج.د. ش، عدد 48 ، الصادر بتاريخ 1988/11/23.

3. الاتفاق الرامي إلى تشجيع الاستثمارات الموقع عليه في واشنطن يوم 22 يونيو 1990 بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية، صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 90-319 المؤرخ في 17 أكتوبر 1990، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 45، الصادر بتاريخ 10/24/ 1990.

4. الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والاتحاد الاقتصادي البلجيكي-اللّكسمبورغي المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع بالجزائر بتاريخ 24 أبريل 1991، صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 345/91 المؤرخ في 05 أكتوبر 1991، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 46، الصادر بتاريخ 10/6/ 1991.

5. الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 91-346 المؤرخ في 5 أكتوبر 1991، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 46، الصادر بتاريخ1991/10/6.

6. اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، الموقع عليها بواشنطن بتاريخ 1965/03/18، المصادق عليها من قبل الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 346/95، المؤرخ في 1995/10/30، ج. ر. ج. ج. د.ش، عدد66، الصادر بتاريخ 11/5/ 1995.

ب- النصوص التشريعية:

1- أمر 66-154 مؤرخ في 1966/06/08، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، معدل ومتمم (ملغى).

2- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم. منشور على الموقع: www.joradp.dz

3- مرسوم تشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 1993/04/25، يعدل ويتمم الأمر رقم 154 المؤرخ في 1966/06/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 27، الصادر بتاريخ 1993/04/27 (ملغى).

4- أمر رقم 03/01 المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، المعدل والمتمم، والتي أدخلت بموجب الأمر رقم01/09 المؤرخ في 22 جويلية 2009، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 44 الصادر بتاريخ 26 جويلية 2009.

5- أمر رقم 01-04 مؤرخ في 2001/10/20 يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخوصصتها، متمم بالقانون رقم 08-01 المؤرخ في 2008/02/28، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 11 الصادر بتاريخ 2008/03/02.

6- أمر رقم 03-11 مؤرخ في 2003/08/26، يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 52، الصادر بتاريخ 2003/08/27، معدل ومتمم بالأمر رقم 09-01 المؤرخ في 2009/07/22، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد44، الصادر بتاريخ 2009/07/26، وبالأمر رقم 10-04 المؤرخ في 2010/08/26، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 50، الصادر بتاريخ 2010/09/1.

7- قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 44 الصادر بتاريخ 26 جوان 2005.

8- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 2008/02/25، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج.د.ش ، عدد 21، الصادر بتاريخ 23 أبريل 2008.

ج- النصوص التنظيمية

- مرسوم تنفيذي رقم 04-331 مؤرخ في 2004/10/18، يتضمن تنظيم نشاطات صنع المواد التبغية واستيرادها وتوزيعها، ج.ر.ج.ج.د.ش ، عدد66، الصادر بتاريخ 2004/10/20.

د- النصوص القانونية لبعض البلدان العربية:

1- مجلة التحكيم التونسية الصادرة بموجب القانون رقم 93-42، المؤرخ في 1993/04/26، الجريدة الرسمية للجمهورية التونسية، عدد 33 الصادر بتاريخ 1993/05/4.

2- قانون المسطرة المدنية المغربي المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 08-05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى الظهير الشريف رقم 169. 07. 1 بتاريخ 30 نوفمبر 2007.منشور على الموقع التالي: www. Adala.justice.gov.ma

3- قانون التحكيم السوري رقم 4 لسنة 2008، منشور على الموقع: www.damascusbar.org

4- قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001، منشور على الموقع: www.moj.gov.jo

خامسا: الاجتهاد القضائي

أ- الاجتهاد القضائي الجزائري:

1-قرار المجلس الأعلى(الغرفة التجارية والبحرية) رقم 32463 الصادر بتاريخ 1984/06/23 في القضية بين (د ر) ضد (ب س) وزوجته، منشور في المجلة القضائية، العدد 1، 1989، ص149.

2-قرار المجلس الأعلى(الغرفة التجارية والبحرية) رقم 51066 الصادر بتاريخ 1988/11/13 في القضية بين المقاولة العمومية للأشغال ضد ش.ف.أ، منشور في المجلة القضائية، العدد 3، 1990، ص95.

3- قرار المحكمة العليا رقم 626204 بتاريخ 2010/06/03، قضية ديوان المركب الأولمبي محمد بوضياف ضد الشركة التجارية ذ م م للأشغال(ر،ك)، منشور على موقع المحكمة العليا: www.coursupreme.dz

ب- <u>الاجتهاد القضائي في بعض الدول العربية:</u>

1- قرار محكمة استئناف لبنان رقم 2008/192 الصادر بتاريخ 2008/2/5، مجلة التحكيم، العدد الأول، 2009، تعليق البروفسور فايز الحاج شاهين، ص ص 97-121.

2- محكمة استئناف بيروت – الغرفة الثالثة بتاريخ 2008/2/21 ، قضية خالد الفارس ومجموعة التسويق العالمي الكويتية/ La maison du café najjar، تعليق البروفسور ميشال سمراني، مجلة التحكيم،العدد الأول، 2009، ص 124 و125.

3- تمييز دبي- الطعن رقم 164 لسنة 2008، بتاريخ 12 أكتوبر2008، منشور في مجلة التحكيم، العدد الرابع 2009، ص179 -181.

4- محكمة التمييز(البحرين)، طعن رقم 254 لسنة 2002 بتاريخ 19 ماي 2005، منشور في مجلة التحكيم، العدد الرابع، 2009، ص206 و207.

5- القرار رقم 242 الصادر بتاريخ 2009/02/11 عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس، سلسلة دراسات وأبحاث 3، الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، جمع وتنسيق **زكريا العموري**، منشورات مجلة القضاء المدني، 2013، ص254 و255.

<u>سادسا: الوثـــــائق:</u>

1- اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي، منشورة على موقع الجامعة العربية: www.lasportal.org

2- نظام التحكيم لدى مركز التحكيم التجاري الدولي لمجلس التعاون لدول الخليج، منشور على موقع المركز: www.gcccac.org.

3- القانون النموذجي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، منشور على موقع اللجنة: www.uncitral.org

4- نظام التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، منشور على موقع اللجنة: www.uncitral.org

5- توصية الأمم المتحدة رقم 98/31 المصادق عليها بتاريخ 15 ديسمبر 1976. منشور في موقع اللجنة: www.uncitral.org

6- نظام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، منشور على موقع المركز: www.crcica.org

7- وزارة العدل لجمهورية مصر العربية(إدارة التشريع)، قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية والمذكرات الإيضاحية وجميع الأعمال التحضيرية المتعلقة به، القاهرة، 1995.

المراجع باللغة الفرنسية:

I- Ouvrages

1- ALLIOUCH-KERBOUA-MEZIANI Naima, *L'arbitrage commercial international en Algérie*, O.P.U., Alger 2010.

2- BLANCHIN Catherine, *L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction ?*, L.G.D.J- E.J.A, Paris, 1995.

3- BOUCARON-NARDETTO Magali, *Le principe compétence- compétence en droit de l'arbitrage*, PUAM, AIX-EN-PROVENCE, 2013.

4- CREPIN Sophie, *Les sentences arbitrales devant le juge français*, LGDJ, Paris, 1995.

5- DAVID René, *L'arbitrage dans le commerce international*, 2eme édition, LGDJ, Paris, 1982.

6- FOUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel, GOLDMAN Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec-Delta, Paris1996.

7- JACQUET Jean-Michel, Philippe DELEBECQUE, Sabine CORNELOUP, *Droit du commerce international*, 3e édition, Dalloz, 2015.

8- KASSIS Antoine, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international (le droit français en question)*, L'Harmattan, Paris 2007.

9- REDFERN Alain, HUNTER Martin, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, traduction ROBINE Eric, 2eme édition L.G.D.J, Paris1991.

10- ROBERT Jean, *L'arbitrage ; droit interne, droit international privé*, 5ème édition, Dalloz, Paris, 1983.

11- TERKI Nour-Eddine, *L'arbitrage commercial international en Algérie*, O.P.U., Alger1999.

12- TRARI TANI Mostefa, *Droit algérien de l'arbitrage commercial international*, Berti éditions, Alger, 2007.

II- Thèses et mémoires :

A- Thèses :

1- AY Ebru, *la validité de la convention d'arbitrage en droits Turc et comparé de l'arbitrage international*, thèse de doctorat, faculté de droit, université de Paris I Panthéon-Sorbonne, 15 décembre 2009.

2- CLAVEL Julie, *Le déni de justice économique dans l'arbitrage international : l'effet négatif du principe de compétence-compétence*, thèse de doctorat en droit, université Paris II Panthéon-Assas, 2011.

3- DUQUENNE Céline, *L'autonomie de la clause compromissoire en droit du commercial international*, thèse LL.M. Faculté de Droit, université McGill, Montréal, 2000.

4- HOCINE Farida, *L'influence de l'accueil de la sentence arbitrale par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international*, thèse pour le doctorat en droit, faculté de droit et des sciences politiques, université Mouloud MAMMERI de Tizi Ouzou, 2012

5- PAPADATOU Marina, *La convention d'arbitrage dans le contrat de transport maritime de marchandises : étude comparée des droits français, hellénique et anglais*, thèse de doctorat en Droit, université Panthéon-Assas, Paris II, 2014.

6- TOUMLILT Ahmed Alaâ, *La dualité de l'arbitrage : analyse critique de la loi 08-05*, Tome I, Thèse pour le doctorat en droit, université pierre Mandes, faculté de droit de Grenoble, France, juillet 2010.

7- YANG Caixia, *la validité de la convention d'arbitrage dans le commerce international (étude comparative)*, thèse de doctorat, université Panthéon- Assas (Paris II), 2008.

B-Mémoires:

1- DASSULE Michel, *Le contrôle de la compétence arbitrale par le juge anglais après la loi de 1996*, mémoire de DEA de Droit international, université Paris II, 2001/2002.

II- Articles et communications:

1- AKROUN Yacoute, « L'arbitrage commercial international en Algérie », *in L'Algérie en mutation : Les instruments juridiques de passage à l'économie de marché*, s. dir. CHARVIN Robert et GUESMI Ammar, L'Harmattan, Paris 2001, pp. 277- 306.

2- ALLIOUCH-KERBOUA Kamel, « Le contrôle post-arbitral de la sentence internationale en droit algérien », *in Le juge et l'arbitre*, sous direc. BOUSTANJI Sami, HORCHANI Ferhat, MANCIAUX Sébastien, Editions A. PEDONE, Paris, 2014, pp.269-285.

3- AMMAR Mohamed, « L'arbitrage en Tunisie depuis l'édiction du code de l'arbitrage », *Rev. arb*., n°2/2000, pp . 247-266.

4- ANCEL Jean Pierre, « La cour de cassation et les principes fondateurs de l'arbitrage international », *in Le juge entre deux millénaires, Mélange Pierre Drai*, Dalloz, Paris, 2000, pp. 161-170.

5- ANCEL Jean-Pierre, « La lecture de la jurisprudence française en matière d'arbitrage international », *in L'arbitrage commercial interne et international*, colloque organisé par le Ministère de la justice et la CGEM en collaboration avec la cour suprême, cour suprême du Maroc les 3-4 Mars 2004, cahier de la cour, n°6/2005, pp. 179-191.

6- ATALLAH Borhan, « Dix ans d'application de la loi égyptienne de 1994 relative à l'arbitrage », *bulletin de la cour internationale d'arbitrage de la CCI*, vol. 14, n°2/2003, pp. 13-22.

7- BEDJAOUI Mohamed, EL-KARKOURI Driss, « L'arbitrage commercial international en droit marocain. », *JDI* , n°1/2001, pp.71-79

8- BEDJAOUI Mohamed, MEBROUKINE Ali, « Le nouveau droit de l'arbitrage international en Algérie », *JDI*, n°4/1993, pp.873- 909.

9- BEGNIN Jacques, « Le développement de la lex mercatoria menace- t-il l'ordre international », *R.D. McGill*, vol. 30, 1985. pp.478-538.

10- BEN ABDERRAHMANE Dahmane, « La réforme du droit algérien de l'arbitrage », *Gaz. Pal*.,n° 101-103, 1999, pp.27-34.

11- BENCHENEB Ali, « L'arbitrage et le rôle du juge d'appui en droits algérien et français », *RDAI,* n°1/2012, pp. 19-33.

12- BERAUDO Jean-Paul, « Faut- il avoir peur du contrat sans loi ? », *in Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul LAGARDE*, DALLOZ, Paris, 2005, pp.93-112.

13- BERTUZZI Alexandre, « A propos de la « compétence-compétence » en droit français et américain de l'arbitrage », http://m2bde.u-paris10.fr (14/04/2008).

14- BOLLEE Sylvain, « Quelques remarques sur la pérennité (relative) de la jurisprudence Dalico et la portée de l'article XI de la Convention européenne de Genève », *JDI*, n°1/2006, pp. 127-139.

15- BOLLEE Sylvain, « Le droit français de l'arbitrage international après le décret n°2011- 48 du 13 janvier 2011 », *Rev. crit. DIP*, 2011, pp.553-561.

16- CAMARA Fatou, "Le nouveau droit de l'arbitrage au Sénégal: Du libéral et de l'éphémère", *Rev. arb*., n°1, 1999, pp. 45-55.

17- CAPRASSE Olivier, « Le nouveau droit belge de l'arbitrage », *Rev. arb*., n°4/2013, pp. 953-978.

18- CHEDLY Lotfi, « L'arbitrage international en droit Tunisien, quatorze ans après le code », *JDI*, n° 2 /2008, pp. 389-440.

19- CHENU Damien, « L'autonomie de la clause compromissoire après le décret du 13 janvier 2011 », *petites affiches*, n°79, 21 avril 2011, pp.3-6.

20- CORREA DELCASSO Jean Paul, « l'extension de la convention d'arbitrage aux parties non signataires : Analyse de la doctrine de la cour internationale d'arbitrage de la CCI au regard de la jurisprudence française et espagnole », *Civil Procedure Review*, V.2, n°2/2011, pp.3-27. Consultable sur: www.civilprocedurereview.com.

21- CLAY Thomas, « L'appui du juge à l'arbitrage », *Cahiers de l'arbitrage*, n° 2/2011, p. 331.

22- CLAY Thomas, « « Liberté, Egalité, Efficacité » : la devise du nouveau droit français de l'arbitrage. Commentaire article par article », (première partie), *JDI*, n°2/2012, pp.443-532 ; (Deuxième partie), *JDI*, n°3/2012, pp.815-858.

23- DELVOLVE Jean-Louis, « La convention d'arbitrage (Ses condition, son formalisme, ses effets…) », *in L'arbitrage commercial interne et international*, colloque organisé par le ministère de la justice et la CGEM en collaboration avec la cour suprême, les 3-4 Mars 2004, Rabat, Maroc, *Cahier de la cour*, n°6/2005, pp. 149-162.

24- DELVOLVE Jean- Louis, « Présentation du texte proposé par le comité français de l'arbitrage pour une réforme du droit de l'arbitrage », *Rev. arb*., n°2/ 2006, pp. 491-517.

25- DERAINS Yves, " Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale", *JDI*, n° 2/ 1993, pp. 829-855.

26- DE COSSIO Francisco Gonzalez, «compétence-compétence a la mexicaine et a l´américaine: une évolution douteuse », *Gaz. Pal*. n°198, p. 27-36.

27- DIMOLITSA Antonias, « Autonomie et « kompétenz-kompétenz » », *Rev. arb*., n° 2/1998, pp.305-357

28- EL AHDAB Jalal, « Le nouveau droit algérien de l'arbitrage : Approche comparée franco- Algérienne », *Gaz. Pal*., recueil mars-avril 2009, pp.972-988.

29- FOUCHARD Philippe, « Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales », *Rev. arb*., n°4/1998, pp.653-672.

30- FOUCHARD Philippe, Note sous Cass. Civ.1re ch., 5 janvier 1999, M. zanzi c/ j. de Coninck et autre », *Rev. arb*. n°2/1999, pp.260-271.

31- FOUCHARD Philippe, Note sous cass. Civ., 1re ch. 1er décembre 1999, Société Métu Système France et autres c/ société Sulzer Infra; cass. Civ. 1re ch, 1er décembre 1999 société Exportles c/ société Rubois, *Rev. arb*., n°1/2000, pp.96-105.

32- FORTIER Louis-Yves, LESPERANCE Annie, « La contribution des nations unies à l'arbitrage international », *Revue de règlement de différends de McGill*, Vol.115, 2014, pp.56-65.

33- FRANCESCAKIS Philippe, « Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt HECHT de la cour de cassation », *Rev. arb*., 1974, pp.67-87

34- GAILLARD Emmanuel, « Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international », *Rev. Arb*., n°4/1990, p.759.

35- GAILLARD Emmanuel, « Arbitrage commercial international, convention d'arbitrage, Autonomie et principe de validité, Droit applicable », *J.C.D international*, 1994, fasc. 586-1.

36- GAILLARD Emmanuel, « Arbitrage commercial international, convention d'arbitrage, effets, Droit commun et droit conventionnel », *J.C.D international*, 1994, fasc. 586-5.

37- GAILLARD Emmanuel, « Arbitrage commercial international. Sentence arbitrale. Procédure », *J. C. D. international*, 1994, Fasc. 586-9-2.

38- GAILLARD Emmanuel, « L'effet négatif de la compétence-compétence », *in Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François POUDRET*, Faculté de droit de l'université de Lausanne, Lausanne, 1999, pp387- 402 (consultable sur le site : www.shearman.com)

39- GAILLARD Emmanuel, « La jurisprudence de la cour de cassation en matière d'arbitrage international », *Rev. arb*., n°4/2007, pp.697-720.

40- GAILLARD Emmanuel, « L'ordre juridique arbitral : Réalité, utilité et spécificité », *R.D. McGill*, n°55/2010, pp. 891-907.

41- GAILLARD Emmanuel, « Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international », », *in Recueil des cours de l'académie de droit international de La Haye*, Vol. 329, pp 49-216.

42- GAILLARD Emmanuel, « Le nouveau droit Français de l'arbitrage interne et international », *Recueil Dalloz*, n°03 du 20 janvier 2011, pp.175-192.

43- GARA Noureddine, « Les difficultés de constitution du tribunal arbitral », *in Le juge et l'arbitre*, sous direc. BOUSTANJI Sami HORCHANI Ferhat, MANCIAUX Sébastien, Editions A. PEDONE, Paris 2014, p.63-67.

44- GOLDMAN Berthold, « arbitrage commercial international : convention d'arbitrage : forme et preuve », *J.C.D international*, fasc. 586-4, 1989.

45- GOLDMAN Berthold, «Arbitrage commercial international : convention d'arbitrage, généralités, autonomie et principe de validité, loi applicable », *J.C.D international*, fasc. 586-1, 1989.

46- HASCHER Dominique, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence française en matière d'arbitrage », *Rev. Arb*., n°2/2005, pp. 391-419.

47- IMHOOS Christophe, KENFACK DOUAJNI Gaston, « Le règlement d'arbitrage de la cour commune de justice et d'arbitrage OHADA », *in* http://45.gs/edfe&index=1

48- ISSAD Mohand, « Le décret législatif algérien du 23avril 1993 relatif à l'arbitrage international », *Rev. arb*., n°3/1993, pp.377-400.

49- ISSAD Mohand, « La nouvelle loi algérienne relative à l'arbitrage international », *Rev. arb*., n°3/ 2008, pp. 419-427.

50- JARROSSON Charles, PELLERIN Jacques, «Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. arb*. n°1/ 2011, pp. 5-86.

51- KAHN Philippe, « La lex mercatoria : Point de vue français après quarante ans de controverses », *R. D. McGill*, vol. 37, 1992, pp.413-427.

52- KENFACK DOUAJNI Gaston, « Analyse comparée du droit de l'arbitrage OHADA et du droit international », *JADA*, n°1/2011, pp. 57-62.

53- KOSTYTSKA Maria, « Le contrôle post-arbitral de la sentence internationale : regards croisés sur les droits Français, Suisse et Tunisien », *in Le juge et l'arbitrage*, sous direc. BOSTANJI Sami, HORCHANI Ferhat, MANCIAUX Sébastien, Editions A. PEDONE, Paris, 2014, pp. 331-338.

54- LALIVE Pierre, GAILLARD Emmanuel, « Le nouveau droit de l'arbitrage international en suisse », *JDI*, n°4/1989, pp.905-963.

55- LOQUIN Eric, « Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », *les cahiers de l'arbitrage*, Volume II, Juillet 2004, pp.49-64.

56- LOQUIN Eric, « Les règles matérielles du commerce international », *Rev. arb*., n°2/2005, pp.443-464.

57- LOQUIN Eric, « Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », *RTD Com*, 2006, pp.764-767.

58- LOQUIN Eric, « La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage (Commentaire du décret n° 2011-48 du 13 Janvier 2011) », *RTD Com*., 2011, pp.255-288.

59- MANCIAUX Sébastien, « L'arbitre est un juge », *in Le juge et l'arbitre*, sous direct. BOSTANJI Sami, HORCHANI Ferhat, MANCIAUX Sébastien, Editions A. PEDONE, Paris, 2014, pp.31-43.

60- MANIRABONA Amissi, « Extension de la convention d'arbitrage aux non-signataire en arbitrage impliquant les sociétés en groupement, *RDUS*, vol.38, n° 2/2008, pp.541-576. Consultable sur : www.usherbrooke.ca/droit/recherche/revue/rdus/archives/

61- Mayer Pierre, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa compétence », *in Recueil des cours de l'académie de droit international de La Haye*, 1989, vol. 217, pp.319-454.

62- MAYER Pierre, « La « circulation » des conventions d'arbitrage », *JDI*, n°2/2005, pp. 251-262.

63- MAYER Pierre, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », *Rev. rab*., n°2/ 1998, pp.359-368.

64- MEBROUKINE Ali, « L'arbitrage commercial international en Algérie », *In Le débat juridique au Maghreb : de l'étatisme à l'Etat de droit, Etudes en l'honneur de Ahmed MAHIOU*, Editions Publisud-Iremam, Paris 2009, pp.119-141.

65- PHILIPPE Mirèze, « Les pouvoirs de l'arbitre et de la cour d'arbitrage de la CCI relatifs à leur compétence », *Rev. arb*., n°3/2006, pp.591-616.

66- MULAMBA SENENE Freddy, « Exception d'arbitrage : L'incompétence du juge étatique est-elle d'ordre public en droit congolais ? », *Revue camerounaise d'arbitrage*, n°41/2008, pp.3-6.

67- NIBOYET Marie-Laure, « La transmission automatique de la clause d'arbitrage : ultime conséquence du principe de l'autonomie de l'accord compromissoire ? », *Les cahiers de l'arbitrage*, Vol. II, Juillet 2004, pp. 72-73.

68- ONANA ETOUNDI Félix, « L'arbitrage de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA », *JADA*, n°1/2011, pp.63-79.

69- PAMBOUKIS Charalambos, « La lex mercatoria reconsidérée », *in Le droit international privé : Esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul LAGARDE*, DALLOZ, PARIS, 2005. Pp. 635-659.

70- PELLET Alain, « La lex mercatoria, « tiers ordre juridique »? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public », *in Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle, mélange en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, Paris, 2000, pp.53-74.

71- PINSOLLE Philippe, « Difficultés liées à la définition conventionnelle de la compétence arbitrale », *RDAI*, n°2/2002, pp.238-244.

72- PLUYETTE Gerard, « Le juge d'appui : l'expérience française », *in Le juge et l'arbitrage*, sous direc. Sami Bostanji & autre, Editions A. PEDONE, Paris, 2014, pp.131-145.

73- G. RADICATI DI BROZOLO Luca, « Arbitrage commercial international et lois de police, considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international », *in Collection des cours de l'académie de droit international de la Haye*, Tome 315, 2005, pp.265- 502.

74- RACINE Jean-Baptiste, « Les raisons de la libéralisation de l'arbitrage international dans les pays émergents (le cas particulier de l'Algérie) », *in L'Algérie en mutation : Les instruments juridiques de passage à l'économie de marché*, s. direc. Robert CHARVIN et Ammar GUESMI, L'Harmattan, Paris 2001, pp. 267-276.

75- RACINE Jean-Baptiste, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *Rev. arb*., n°2/2005, pp. 305- 360.

76- RACINE Jean-Baptiste, « L'affaire Abela ou les vicissitudes du contrôle de la compétence arbitrale », *Les cahiers de l'arbitrage*, Vol. V, 2010, pp.187- 197.

77- RACINE Jean-Baptiste, « La sentence d'incompétence », *Rev. arb*., n°4/2010, pp. 727-781.

78- RACINE Jean-Baptiste, « Les normes porteuses d'ordre public dans l'arbitrage commercial international », *in L'ordre public et l'arbitrage*, s. direc. Eric LOUIN et Sébastien MANCIAUX, Lexis Nexis, vol. 42, 2014. Pp.7-35.

79- RAVILLON Laurence, « Retour sur le principe « compétence-compétence » », *in Le juge et l'arbitre*, s. direc. BOSTANJI Sami, HORCHANI Ferhat, MANCIAUX Sébastien, Editions A. PEDONE, Paris, 2014, pp. 87-101.

80- RAYNOUARD Arnaud, « Le développement de l'arbitrage international », *in L'arbitrage en France et en Amérique Latine à l'aube du XXI siècle, aspects de droit comparé*, s. direc. FAUVARQUE-COSSON Bénédicte et WALD Arnoldo, Société de Législation Comparée, Paris 2008, pp.197-211.

81- ROLIN Henri, « Vers un ordre public réellement international », *in Hommage d'une génération de juristes au professeur BASDEVANT*, Pedone, Paris, 1960, pp.441-462. Consultable sur : www.sfdi.org

82- STRENGER Irineu, « La notion de lex mercatoria en droit du commerce international », *in Recueil de cours de l'académie du droit international de La Haye*, vol. 227(1991), p.207-356.

83- TERKI Nour- Eddine, " Décret de 1993, changement de cap", *Revue LICCAL*, n°120, Editions C.A.C.I, mars 2001, p.6.

84- TERKI Nour-Eddine, « Les limites du décret législatif du 27 avril 1993 relatif à l'arbitrage commercial international », séminaire sur L'arbitrage commercial international, La Chambre nationale du commerce, Alger, le 31mars &1er avril 2001.

85- TRARI TANI Mostefa, « L'arbitrage international dans le nouveau code algérien de procédure civile et administrative », *bull. ASA*, Vol. 27, n°1/2009, pp. 72-85.

86- VANDENHOUT Tjaco T., « Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI », www.cedroma.usj.edu.lb (29/12/2012).

87- WALD Arnold, « L'arbitrage : entre efficacité et éthique », *in Etudes offertes au professeur Philippe MALNIVAUD*, LITEC, Paris, 2007, pp.715-728.

88- YESSAD Houria, L'arbitrage commercial international, *Revue El-Mouhamat*, Barreau de Tizi Ouzou, n° 5/2007, pp.34-55 .

89- ZAHER Khalid, « Le nouveau droit marocain de l'arbitrage interne et international », *Rev. arb*., n°1/ 2009, pp. 71-144.

90- ZOUAÏMIA Rachid, « Le régime des investissements étrangers à l'épreuve de la résurgence de l'Etat dirigiste en Algérie », *RASJEP*, n°2/2011, pp. 5-38.

IV-Jurisprudence étrangère :

1- Cass. Civ. 1re, 7 mai 1963, *Rev. Crit. DIP*, 1963, p .615, note Motulsky.

2- Cass. Civ. 4 juillet 1972, *Rev. arb*., 1974, p.89.

3- Cass. Civ., 1re, 14 décembre 1983, *Rev. Arb*., 1984, p.483, note RONDEAU-RIVIER.

4- Cass. Civ., 1re, 6 janvier 1987, n°84-17274, *bull*. n°2/1987, p.1, consultable sur : www.legifrance.gouv.fr

5- Cass. civ.,10 juillet 1990, *Rev. arb*., n°1/1990, p. 85, Note MOITRY(J.H) et VERNE(C).

6- Cass. Civ., 3 mars 1992, *Rev. arb*., 1993, p.273. note MAYER (P).

7- Cass. Civ. 1re, 20 décembre 1993, *Rev. arb*., 1994, p. 116, note H. Gaudemet-Tallon.

8- Cass. Civ.1re ch., 5 janvier 1999, M. zanzi c/ j. de Coninck et autre », *Rev. Arb*. n°2/1999, p.261, note Philippe FOUCHARD.

9- Cass. civ.,1re, 19Octobre1999, Banque générale de commerce c/ SNTM, *Rev. arb*., n°1/2000, p.85, note d. Cohen.

10- Cass. Civ., 1re ch. 1décembre 1999, Société Métu Système France et autres c/ société Sulzer Infra; cass. Civ. 1re ch, société Exportles c/ société Rubois, *Rev. Arb*., n°1/2000, p.105 , Note Philippe FOUCHARD.

11- Cass. Civ. 1re, 6 février 2001, Peavey Company c. Organisme général des fourrages et autres, *Bull*.2001 I, n°22, p.15. Consultable sur :http://www.legifrance.gouv.fr/

12- Cass. Civ. 2e, 4avril 2002 et Cass. Com., 9 avril 2002, *Rev. arb*., n°1/2003, p. 103, note P. DIDIER.

13- Cass. Civ., 1re, 28 mai 2002, *Bull*. 2002, n°146, p.112. Consultable sur : http://www.legifrance.gouv.fr/; *Rev. crit. DIP*, n°4/2002, p.769, note N. Copiel-Cordonnier.

14- Cass. Civ. 1re, 30 Mars2004,Sté Uni-Kod c/ sté Ouralkadi, *Bull*. 2004 I, n°95

15- Cass. Civ., 1re , 27 Avril 2004, n° 01-13831, n°01-15975, *Bull*. 2004, I, n°112, p.91.

16- Cass. civ.1re, 25 octobre 2005, Société Omenex c/ M. Hugon, *Rev. arb*., n°1/2006, p.103, note J. B. Racine.

17- Cass. Civ.1re, 7 juin 2006, n°03-12.034, FS-P+B+I;6 Copropriété maritime Jules Verne et autres, *JDI*, n°4/2006.Note Alexis MOURRE.

18- Cass. Civ. 1re, 7 juin 2006, Copropriété maritime Jules Verne c/ Sté américain bureau of shipping et autres, *Bull*. 2006 I, n°287.

19- Cass. Com., 13 juin 2006, n°03- 16695 (Inédit).

20- Cass. Civ., 1re, 4 juillet 2006, n° 05-11591, *Bull*. 2006, I, n°337, p.291.

21- Cass. Civ., 1re, 11 juillet 2006, n° 03-19838, *Bull*. 2006, I, n° 366, p.314.

22- Cass. Civ., 1re ch., 11 juillet 2006, n°03-11768, *Bull*. 2006 I, n°367, p.314.

23- Cass. Civ., 1re ch., 11 juillet 2006, n° 03-11983, *Bull*. I n° 368, p.315.

24- Cass. civ. 1re, 11 juillet 2006, Société National Broad Casting Co. c/ Bernadeaux et autres, *Rev. arb*., n°4/2006, p.981.

25- Cass. Civ., 1re, 1 juillet 2009,n° 08-12494(Inédit).

26- Cass. Civ., 1re, 8 décembre 2009, n°09-11117 (Inédit).

27- Cass. Civ, 1re, 12 octobre 2011, Groupe Antoine Tabet c. République du Congo, n° 09-72439. *Bull*. 2011, I, n°164, disponible sur : www.légifrance.gouv.fr

28- Cass. Civ., 1re, 6 novembre 2013, n°11-18709, *Bull*.2013, I, n° 211.

29- Cass. Civ., 1re, 18 mars 2015, 14-11571 (Inédit).

30- Cass. Civ., 1re ch., 24 juin 2015, n°14-14448(Inédit).

31- C. A. Paris, 21 octobre 1983, *Rev. arb*., n°1/1984. p.98, note CHAPPELLE (A).

32- C. A. Paris, 17 décembre 1991, Gatoil, *Rev. arb*.,1993, note SYNVET.

33- C. A. Paris, 9 juillet 1992, Société industrial export-import c. société GECI et GFC, *Rev. Arb*., n°1/1993, note Ch. JARROSSON.

34- C .A. Paris, 10 septembre 2003, Société Quille c/ SA CEE Euro Isolation, *Rev. arb*., n°3/2004, p.623, note L. Aynès.

V- Jurisprudence arbitrale

1- Sentence rendue dans l'affaire n° 1507 en 1970, JDI, 1974 , OBS : DERAINS (Y).

2- Sentence rendue à Genève en 1986 dans l'affaire n° 4504, JDI, n°4/1986, p.1118.

3- Sentence préliminaire rendue dans l'affaire n° 5065 en 1986, JDI 1987, p.1039, obs. DERAINS (Y).

4- Sentence CCI n° 2626, 1978, citée par Nour-Eddine TERKI, L'arbitrage commercial international en Algérie, op. cit., p. 30.

VI- Documents :

1- Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (convention de Genève 1961), consultable sur : www.uncitral.org

1- L'acte uniforme de l'OHADA sur le droit de l'arbitrage. Consultable sur : www.ohada.com

2- Loi fédérale suisse sur le droit international privé (LDIP 1987), consultable sur : www.admin.ch/

3- Code de procédure civile français. Consultable sur : www.légifrance.gouv.fr.

4- Loi espagnole n° 60/2003 du 23 décembre 2003, relative à l'arbitrage. Consultable sur : www.mjusticia.gob.es/

5- Règlement d'arbitrage de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA. Consultable sur : www.ohada.org.

6- Règlement d’arbitrage de la chambre de commerce international de Paris. Consultable sur : www.iccbo.org .

7- Règlement d’arbitrage de la cour européenne d’arbitrage. Consultable sur : www.cour-europe-arbitrage.org .

8- Règlement d’arbitrage de la chambre arbitrale maritime de paris. Consultable sur : www.arbitrage-maritime.org.

9- Règlement d’arbitrage du centre de conciliation, de médiation et d’arbitrage de la CACI. Consultable sur : www.caci.dz

10- Michel PRADA & Autres, Rapport sur certains facteurs de renforcement de la compétitivité de la place de Paris, mars 2011, publié sur : www.textes.justice.gouv.fr

فهرس المحتويات

مقدمـــــــــــة	1
الباب الأول:الفعالية الإجرائية لاتفاق التحكيم التجاري الدولي: مبدأ"الاختصاص- الاختصاص"	12
الفصل الأول: إعمال مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" أمام المحكم	15
المبحث الأول: فكرة "الاختصاص-بالاختصاص"	16
المطلب الأول: التحولات التي عرفها مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"	16
الفرع الأول: نشأة مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"	17
أولا: أصل المصطلح خارج مجال التحكيم	17
ثانيا: دخول المصطلح إلى مجال التحكيم	18
الفرع الثاني: تطور مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" في مجال التحكيم	21
الفرع الثالث: مبررات تبني مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"	26
أولا: تحصين المعاملات التجارية الدولية من الغش والتحايل	27
ثانيا: ضمان أكبر قدر من الفعالية للتحكيم التجاري الدولي	28
المطلب الثاني: القبول العالمي بالمبدأ في مفهومه الأصلي	29
الفرع الأول: مكانة المبدأ في أهم الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم	29
أولا: عدم تكريس المبدأ في اتفاقية نيويورك لعام 1958	30
ثانيا: الاتفاقيات التي كرّست صراحة مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"	31
1- تكريس المبدأ في اتفاقية جنيف لعام 1961	31
2- تكريس المبدأ في اتفاقية واشنطن لعام 1965	32
3- تكريس المبدأ في اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي	34
الفرع الثاني: تكريس المبدأ في الأنظمة القانونية الوطنية	34
أولا: الأنظمة القانونية التي تأخذ بالمبدأ في جانبه الإيجابي	35
ثانيا: الأنظمة القانونية التي تأخذ بالمبدأ في مفهومه المطلق	36
ثالثا: الأنظمة القانونية التي تأخذ بالمبدأ في مفهومه المطلق في حالات استثنائية فقط	38
رابعا: المفهوم الذي اعتمده القانون الجزائري	39
الفرع الثالث: موقف أهم لوائح التحكيم من مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"	42

المطلب الثالث: في أساس مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه	**45**
الفرع الأول: مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" ذات أساس عقدي	**45**
الفرع الثاني: مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" ذات أساس فني	**49**
الفرع الثالث: مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" ذات أساس تشريعي	**52**
المبحث الثاني: كيفية إعمال مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" أمام المحكم ونتائجه	**54**
المطلب الأول: إجراءات إعمال مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" أمام المحكم	**54**
الفرع الأول: حالة الدفع بعدم اختصاص محكمة التحكيم	**55**
أولا: توقيت إثارة الدفع بعدم اختصاص محكمة التحكيم	**56**
ثانيا: تأثير المشاركة في تشكيل محكمة التحكيم على الحق في الدفع بعدم اختصاصها	**59**
الفرع الثاني: تصدي المحكم لمسألة اختصاصه تلقائيا	**60**
الفرع الثالث: توقيت تصدي المحكم لمسألة اختصاصه	**63**
المطلب الثاني: الإشكالات النظرية والقانونية الناتجة عن إعمال المبدأ أمام المحكم	**66**
الفرع الأول: في صعوبة التكييف القانوني لقرار المحكم في مسألة اختصاصه	**66**
أولا: القرار الصادر عن المحكم في مسالة اختصاصه لا يتمتع بالطبيعة القضائية	**67**
1- الرأي الفقهي المعارض للتكييف القضائي لقرار المحكم في مسألة اختصاصه	**67**
2- تطبيقات هذا الرأي في الأنظمة القانونية	**68**
ثانيا: القرار الصادر عن المحكم في مسألة اختصاصه حكم كسائر الأحكام القضائية	**71**
1- حجج أصحاب الرأي المدافع عن الطبيعة القضائية لقرار المحكم في اختصاصه	**71**
2-تطبيقات هذا الرأي في الأنظمة القانونية المقارنة	**73**
ثالثا: تكييف قرار المحكم في مسألة اختصاصه في القانون الجزائري	**74**
الفرع الثاني: إشكالات الطعن في قرار المحكم في شأن اختصاصه	**78**
أولا: اختلاف الأنظمة القانونية حول قابلية هذا القرار للطعن وتوقيته	**78**
1- الاختلاف حول قابلية هذا القرار للطعن	**79**
2- الاختلاف حول توقيت الطعن في الأنظمة التي تعمل به	**79**

ثانيا: اختلاف الأنظمة القانونية حول تأسيس الطعن ونطاقه	**82**
1- تأسيس الطعن ضد قرار المحكم باختصاصه	**82**
2-تأسيس الطعن ضد قرار المحكم بعدم اختصاصه	**84**
3-نطاق الرقابة القضائية على قرار المحكم الفاصل في اختصاصه	**87**
الفصل الثاني: اختلاف الأنظمة القانونية حول دور مبدأ "الاختصاص–بالاختصاص" في تحقيق فعالية التحكيم أمام القاضي	**90**
المبحث الأول: المفهوم الفرنسي لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص: استبعاد الرقابة القضائية المسبقة على اختصاص المحكم	**91**
المطلب الأول: الحالات التي تعرض فيها مسألة اختصاص محكمة التحكيم أمام القاضي	**91**
الفرع الأول: رفع دعوى مباشرة أمام القضاء تستهدف اتفاق التحكيم	**92**
الفرع الثاني:حالة طلب تدخل القاضي للمساعدة على تشكيل محكمة التحكيم	**94**
أولا: حالات تدخل القاضي في تعيين المحكمين	**95**
ثانيا: إجراءات تدخل القاضي لتعيين المحكمين	**96**
الفرع الثالث: حالة الدفع باتفاق التحكيم أمام القاضي	**103**
المطلب الثاني: قاعدة أولوية الاختصاص التحكيمي في القانون الفرنسي	**108**
الفرع الأول: اعتماد القاضي الفرنسي على فكرة الظاهر التحكيمي	**109**
أولا: العنصر الشخصي في الظاهر التحكيمي	**109**
1- الحالة التي تعرض فيها المسألة أمام القاضي عند طلب تشكيل محكمة التحكيم	**109**
2- الحالة التي تعرض فيها المسألة أمام قاضي الموضوع	**110**
ثانيا: العنصر الموضوعي في الظاهر التحكيمي	**110**
1- الوجود الظاهر لاتفاق التحكيم	**111**
2- معاينة سير إجراءات التحكيم	**112**
الفرع الثاني: أساس أولوية الاختصاص التحكيمي في القانون الفرنسي	**113**
المطلب الثالث: سلطة القاضي في استبعاد اختصاص المحكم في حالات استثنائية	**114**
الفرع الأول: حالة البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم	**114**

الفرع الثاني: حالة عدم قابلية اتفاق التحكيم للتطبيق بصفة ظاهرة	**116**
المبحث الثاني: استبعاد المفهوم الفرنسي للمبدأ في أغلب الأنظمة القانونية	**120**
المطلب الأول: أسباب عدم شيوع المفهوم الفرنسي للمبدأ	**121**
الفرع الأول: عدم فعلية القيود المتعلقة بالرقابة السطحية بالمفهوم الفرنسي	**121**
أولا: الصعوبات التي تطرح عند انتقال اتفاق التحكيم أوعند تمديد آثاره إلى الغير	**123**
ثانيا: الصعوبات التي تطرح في حالة تمديد أثار اتفاق التحكيم في مجموعات العقود	**125**
الفرع الثاني: الأسباب المتعلقة بمسألة تحرير اتفاق التحكيم من شرط الكتابة	**126**
أولا: تحرير اتفاق التحكيم التجاري الدولي من شرط الكتابة في القانون الفرنسي	**127**
ثانيا: شرط الكتابة في الأنظمة القانونية الأخرى: شرط للصحة أم للإثبات؟	**129**
ثالثا:موقف المشرّع الجزائري من شرط كتابة اتفاق التحكيم	**134**
الفرع الثالث: إمكانية تحقيق المبدأ لنتائج عكسية لتلك المنتظرة من تكريسه	**137**
أولا: إمكانية تعارضه مع فكرة اقتصاد الوسائل ومع السرعة في حل النزاع الموضوعي	**138**
ثانيا: الخروج عن مبدأ اختصاص القاضي بالنظر في اختصاصه	**142**
ثالثا: تعارض الأثر السلبي لمبدأ الاختصاص مع مبدأ افتراض حسن النية	**144**
المطلب الثاني:الرقابة القضائية على اختصاص المحكم في القانون الجزائري	**145**
الفرع الأول: استبعاد الرقابة على اختصاص المحكم عندما تكون خصومة التحكيم قائمة	**146**
أولا: المقصود بالخصومة التحكيمية القائمة	**147**
ثانيا: تأجيل رقابة القاضي إلى ما بعد صدور حكم التحكيم في الاختصاص	**150**
الفرع الثاني: تكريس الرقابة السطحية المسبقة قبل قيام خصومة التحكيم	**151**
أولا: تكريس عدم اختصاص القاضي كمبدأ حتى قبل قيام خصومة التحكيم	**151**
ثانيا: اختصاص القاضي بالرقابة السطحية للتأكد من وجود اتفاق التحكيم	**152**
1- ربط الرقابة السطحية على اختصاص المحكم بإثارة الدفع بعدم الاختصاص	**153**
2- وجود اتفاق التحكيم كمعيار لإعمال الأثر السلبي لمبدأ "الاختصاص--الاختصاص"	**154**
خلاصة الباب الأول	**156**

الباب الثاني:الفعالية الموضوعية لاتفاق التحكيم التجاري الدولي: بين ضرورة تحقيق فعاليته ومفارقات استقلاليته	158
الفصل الأول:استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي: تطهير اتفاق التحكيم من عيوب العقد الأصلي	161
المبحث الأول: فكرة استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي	162
المطلب الأول: استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي ومكانتها في النظم القانونية	162
الفرع الأول: موقف الفقه من مصطلح "استقلالية" اتفاق التحكيم التجاري الدولي	163
الفرع الثاني: مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في القوانين الداخلية	170
أولا: مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي في فرنسا	171
ثانيا:مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي في بعض القوانين العربية	175
ثالثا: مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي في القانون الجزائري	177
الفرع الثالث: مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي في الاتفاقيات الدولية وأهم لوائح التحكيم	178
أولا: مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي في الاتفاقيات الدولية	178
1- اتفاقية نيويورك لعام 1958	178
2- اتفاقية جنيف لعام 1961	181
3- اتفاقية واشنطن لعام 1965	182
ثانيا: في القانون النموذجي وأهم لوائح التحكيم	183
1- في القانون النموذجي للتحكيم	183
2- في أهم لوائح التحكيم	184
المطلب الثاني: صعوبة تأسيس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي	186
الفرع الأول: إعمال نظرية البطلان الجزئي للتصرفات القانونية	186
الفرع الثاني: إعمال نظرية تحول العقد	189
الفرع الثالث: إعمال نظرية ازدواجية العقد	192
المبحث الثاني: اختلاف الأنظمة القانونية حول نطاق تطبيق المبدأ ونتائجه	196
المطلب الأول: الاختلاف في تحديد نطاق تطبيق المبدأ	196
الفرع الأول: الحالات التي حصل بشأنها شبه إجماع على إعمال المبدأ	197

الفرع الثاني: حالات استبعاد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي	202
أولا: حالة استبعاد إعمال المبدأ باتفاق الأطراف	202
ثانيا: حالة استبعاد المبدأ لانعدام العقد الأصلي	209
1- حجج أنصار فكرة تأثر اتفاق التحكيم بانعدام العقد الأصلي	209
2- حجج أنصار فكرة عدم تأثر اتفاق التحكيم بانعدام العقد الأصلي	213
الفرع الثالث: نطاق تطبيق المبدأ في القانون الجزائري	216
أولا: بالنسبة لحالة اتفاق الأطراف على استبعاده	216
ثانيا: بالنسبة لحالة انعدام العقد الأصلي	219
المطلب الثاني: آثار مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي	221
الفرع الأول: الأثر المطهّر لاتفاق التحكيم من عيوب العقد الأصلي	221
الفرع الثاني: إمكانية خضوع اتفاق التحكيم والعقد الأصلي لقانونين مختلفين	223
أولا: تطبيقات هذا الأثر في الاجتهاد القضائي	224
ثانيا: تطبيقات هذا الأثر في الاجتهاد التحكيمي	225
ثالثا: موقف القانون الجزائري	226
الفرع الثالث: أثر الاستقلالية بالنسبة للعقد الأصلي على انتقال اتفاق التحكيم	228
الفصل الثاني: الفعالية الذاتية لاتفاق التحكيم: تحريره من قبضة القوانين الوطنية	235
المبحث الأول: تبني مبدأ الصحة والفعالية الذاتية لاتفاق التحكيم: الخصوصية الفرنسية	236
المطلب الأول: تطور مبدأ صحة وفعالية اتفاق التحكيم في القضاء الفرنسي	236
الفرع الأول: مرحلة تكريس الاستقلالية بالنسبة للقانون الداخلي الفرنسي	237
الفرع الثاني: مرحلة تكريس استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة لكل قانون وطني	241
الفرع الثالث: مرحلة تكريس مبدأ الصحة والفعالية الذاتية لاتفاق التحكيم	244
المطلب الثاني: الطريقة التي اعتمدها القضاء الفرنسي في تكريس المبدأ	246
الفرع الأول: الأسباب الذاتية لاستبعاد منهج تنازع القوانين	246
أولا: منهج التنازع منهج شديد التعقيد	248
ثانيا: منهج التنازع لا يسمح بتوقع الحلول وتحقيق الأمن القانوني	249
ثالثا: منهج التنازع يمتاز بالإفراط في التجريد والحياد	249
الفرع الثاني: تأثير خصوصيات لتحكيم على استبعاد منهج التنازع	250

أولا: الصعوبات الناتجة عن طبيعة عمل المحكم	251
ثانيا: صعوبات إعمال منهج التنازع الناتجة عن الطبيعة الخاصة لاتفاق التحكيم	253
1- التكييف القضائي لاتفاق التحكيم: إخضاعه للقانون الذي يحكم الإجراءات	254
2- التكييف العقدي لاتفاق التحكيم: إخضاعه لقانون الإرادة المستقلة	257
أ- إخضاع اتفاق التحكيم لقانون دولة المقر	258
ب- إخضاع اتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم العقد الأصلي	262
الفرع الثالث: إعمال منهج القواعد المادية في تقدير فعالية اتفاق التحكيم	263
أولا: التعريف بمنهج القواعد المادية بالمفهوم الفرنسي	265
ثانيا: كيفية إعمال منهج القواعد المادية بالمفهوم الفرنسي	267
المبحث الثاني: عن عدم انتشار الأخذ بمنهج القواعد المادية بالمفهوم الفرنسي	269
المطلب الأول: عن أسباب تردد الأنظمة القانونية في الأخذ بهذا المنهج	269
الفرع الأول: في صعوبة تحديد مضمون القواعد المادية	270
أولا: المقاربة البرغماتية (Approche pragmatique)	270
ثانيا: المقاربة الدغماتية(Approche dogmatique)	271
ثالثا: المقاربة الوظيفية(Approche fonctionnelle)	271
الفرع الثاني: غموض فكرة النظام العام الدولي كقيد على فعالية اتفاق التحكيم	272
أولا: النظام العام الداخلي كقيد على فعالية اتفاق التحكيم	274
ثانيا: النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص كقيد على فعالية اتفاق التحكيم	277
1- من حيث المضمون	278
2- من حيث الدور الذي يلعبه	278
ثالثا: النظام العام الدولي كقيد على فعالية اتفاق التحكيم	280
المطلب الثاني: تقدير فعالية اتفاق التحكيم في القانون الجزائري	284
الفرع الأول: تحديد القانون الذي يحكم فعالية اتفاق التحكيم	285
أولا: تقدير صحة اتفاق التحكيم وفقا للقانون الذي اختاره الأطراف	285
ثانيا: إخضاع اتفاق التحكيم للقانون المنظم لموضوع النزاع	288
ثالثا: تقدير صحة اتفاق التحكيم وفقا للقانون الذي يراه المحكم ملائما	289
الفرع الثاني: موقف القانون الجزائري من النظام العام الدولي	290
أولا: غموض فكرة النظام العام الدولي في القانون الجزائري	291
ثانيا: في محاولة لرسم معالم فكرة النظام العام الدولي في القانون الجزائري	294

خلاصة الباب الثاني	**299**
خاتمة	**302**
قائمة المراجع	**308**
فهرس المحتويات	**333**

ملخص الرسالة باللغة العربية

استند الفقه والقضاء على فكرة فعالية اتفاق التحكيم في مجال التجارة الدولية، لتبرير الأخذ ببعض القواعد، كاستقلالية هذا الاتفاق ومبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"، التي كيّفت على أنها قواعد مادية و مبادئ راسخة في قانون التحكيم التجاري الدولي.

غير أنّ اللجوء إلى هذه المبادئ في مفهومها الليبرالي الحالي، الذي وصل إليه خاصة القانون الفرنسي، يسمح من الناحية العملية بانفلات هذا الاتفاق ليس فقط من حكم القانون الوطني، بل أيضا من إرادة الأطراف، التي جاءت هذه المبادئ لحمايتها، لذا نرى أنّه من الأجدر الأخذ بالحلول التي وضعها القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الذي سنّته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في سنة 1985.

Résumé de la thèse en langue française

L’efficacité de la convention d’arbitrage en matière de commerce international a été évoquée pour justifier le recours à certaines règles telles que l’autonomie de ladite convention et la « compétence-compétence ». Ces dernières sont qualifiées de règles matérielles et de principes indiscutables du droit de l’arbitrage international.

Toutefois, le recours à ces principes dans leur sens actuel permet en pratique, et selon la conception du droit français notamment, de soustraire la convention d’arbitrage non seulement à toute loi étatique, mais aussi à la volonté des parties que ces principes sont sensés préserver. Par conséquent, nous pensons qu’il est préférable de recourir aux solutions consacrées par la loi type sur l’arbitrage commercial international de la CNUDCI de 1985.