



جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس

كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962

عنوان الأطروحة:

فكرة النظام العام و أثرها على التمكيم

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم

فرع: القانون الخاص الأساسي

تخصص: حقوق

تحت إشراف الأستاذ الدكتور

إعداد الطالب:

أ. د/ بودالي محمد

رمضاني مصطفى

أعضاء لجنة المناقشة

السيد: ميلوى زين	أستاذ التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	رئيسا
السيد: بودالي محمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	مشرفا ومقررا
السيد: حيتالة معمر	أستاذ التعليم العالي	جامعة مستغانم	عضوا مناقشا
السيدة: قدودو جميلة	أستاذة محاضرة " أ "	المركز الجامعي بعين تموشنت	عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2021/2020 م الموافق لـ: 1441/1442هـ



قال الله تعالى:

﴿فَوَرَّبُّكَ لَنَسُؤْكَهُمْ أَجْمَعِينَ (٩٢) نَمَّا كَانُوا يَعْمَلُونَ (٩٣)﴾

صدق الله العظيم

[سورة الحجر: الآيات (92) - (93)]

شكر وتقدير

الشكر والحمد لله ذا الجلال والإكرام المنان بالنعمة

هذا ولا أنسى من أوصى الله سبحانه و تعالى بالإحسان إليهما
وأمر بالبر بهما؛ الوالدين الكريمين أدعو من المولى أن يطيل
في عمرهما ويجعل الجنة جزاءهما.

ثم لا يفوتني بعد ذلك التقدم بجزيل الشكر وصادق العرفان
خاصا بالذكر أستاذي الدكتور محمد بودالي المشرف على
هذا العمل والذي أدين له بكل فضل ما جيت.

والشكر موصول إلى رئيس وأعضاء لجنة المناقشة المحترمين على
تجشهم عناء قراءة هذه الأطروحة و تقويمها و تقييمها.

وإلى جميع من ساهم وساعد في إنجاز هذا العمل وإخراجه إلى
الوجود.

الطالب: رمضان مصطفى

مقدمة

بعض النظر عن مرونتها و صعوبة دراستها كفكرة مجردة، فإن فكرة النظام العام إكتسحت جميع فروع القانون بما في ذلك مجال القانون الخاص، لاسيما مادة التحكيم التجاري و ذلك بنوعيه الداخلي و الدولي، الأمر الذي يزيد في صعوبة دراسة هذه الفكرة و هي مرتبطة بهذه المادة، بما في ذلك أثر الأولى على الثانية .

كما أن اقتران فكرة النظام العام بفرع معين من فروع القانون أو مادة من مواده، يصبح له تأثيرا يختلف باختلاف هذا الفرع أو هذه المادة، لكن فيما يخص مادة التحكيم فزيادة على ذلك، فإن هذا التأثير يتضاعف حسب خصائصه، لاسيما تلك المنبثقة عن طبيعته العقدية و القضائية .

فإذا كان تأثير فكرة النظام العام على نظرية العقد، لإعتبار اتفاق التحكيم عقدا، يتميز

بنوع من الثبات، و ذلك لاستقرار التشريعات المتعلقة بنظرية العقد و المبادئ التي تحكم هذه النظرية، فإن الأمر ليس كذلك عند تعلقه بالطبيعة القضائية للتحكيم، لإعتبار التحكيم قضاء، خاصة أن الأمر يتعلق بمصالح التجارة الدولية و ليس فقط مصالح الدولة النازمة للتحكيم .

كذلك هذا التأثير، أي تأثير فكرة النظام العام على التحكيم، مرتبط بنوعي التحكيم

التجاري، الداخلي و الدولي، فإن كانت هناك بعض النقاط المشتركة بين النوعين، فحتما هناك نقاط

عديدة مختلفة بينهما، أهمها تركيبة النظام العام في مجال التحكيم التجاري الدولي على خلاف

الداخلي، و يقصد بذلك قواعد البوليس، النظام العام الدولي (في مجال القانون الدولي الخاص)

و النظام العام الدولي الحقيقي أو العبر دولي .

أكثر من ذلك، فإنه و نظرا لثلاثية المراحل التي تمر بها عملية التحكيم، فإن تأثير فكرة النظام العام تختلف من مرحلة لأخرى، فإنه لا يمكن أن نتصور أن هذا التأثير يكون نفسه فيما يخص مرحلة الإتفاق، و نفسه فيما يخص مرحلة الإجراءات، ثم نفسه مرة أخرى فيما يخص مرحلة القضاء (الحكم التحكيمي)، و ذلك كله دون غط النظر عن مسألة تعلق الأمر بالتحكيم التجاري الداخلي أو الدولي .

كل هذا من أجل العودة إلى الفكرة التي تم الإشارة إليها من خلال الفقرة الثانية من هذا التقديم، و المتعلقة بمضاعفة تأثير فكرة النظام العام على التحكيم، بحيث يتشكل لنا تصور إمكانية تأثير هذه الفكرة على التحكيم كفكرة مجردة أو كفكرة أصولية، كما يتم تصور التأثير عليها كفكرة مركبة، و بالتالي افتراض وجود نظام عام تحكيمي .

و بالتالي، و إنطلاقا من هذا التصور فإن إشكالية البحث الرئيسية، تتمثل فيما يلي :

- كيف تؤثر فكرة النظام العام على التحكيم ؟ .

يشكل هذا السؤال الإطار الموسع و العام لموضوع البحث، لكن من خلال البحث في مختلف المصادر و المراجع المعتمد عليها في إعداد هذه الرسالة تشكلت عدة تساؤلات فرعية مرتبطة بعدة أفكار ذات أهمية، و التي من دونها لا يمكن الوصول إلى إجابة مناسبة لحجم التساؤل المتعلق بالإشكالية الرئيسية .

تتمثل هذه الأسئلة الفرعية، فيما يلي :

- ماهية فكرة النظام العام كفكرة مجردة (النظام العام الأصولي) ؟ .
- ماهية فكرة النظام العام في مجال التحكيم (النظام العام التحكيمي) ؟ .

- كيف تؤثر كل من الفكرتين على التحكيم؟، و فيما تتمثل مظاهر هذا التأثير عبر كافة مراحل التحكيم؟ .

- كيف يؤثر النظام العام وفقا لهذا التصور على التحكيم بنوعية، الداخلي و التحكيم التجاري الدولي؟ .

لأجل ذلك تم وضع عدة فرضيات خاصة بهذه الأسئلة الفرعية و التي تم تصورها وفقا

للنحو الآتي :

أولا- مدى إمكانية تحديد مفهوم فكرة النظام العام: (كفكرة مجردة)

تعتبر عملية تحديد مفهوم واضح لفكرة النظام العام مغامرة، و ذلك ما للمصطلح من

غموض و إبهام يكتفانه، فهناك من شبه هذه العملية بعملية ركوب حصان جامح و لا ندري أين

يقلنا، و أن هذا الغموض هو سر عظمة فكرة النظام العام، و بالتالي فإن محاولة تعريفه تعد إعناتا

ذهنيا كبيرا¹ .

لكن هل بمجرد الإقتناع بفكرة صعوبة تحديد مفهوم لفكرة النظام العام وفقا لهذا النحو،

يتم الإستسلام؟، أكيد أن ذلك لا يعتبر من شيم الباحث و لا مبدأ من المبادئ التي يقوم عليها البحث

العلمي، حتى و إن تم تسجيل بعض المحاولات من خلال الدراسات السابقة و التي تورد تعاريف

متداولة مع الإشارة إلى صعوبة تعريف النظام العام .

¹ MARK Minasi, ordre public. Concept et application, volume03, Emile Bruylant, 1998, page 08 : « Chercher à définir l'ordre public, c'est s'aventurer sur les sables mouvants, déclarait le conseiller Pilon, dans un célèbre rapport, c'est un vrai supplice pour l'intelligence, s'écriait le marquis de Vareilles-Sommieres ; c'est enfoucher un cheval très fougueux dont on ne sait jamais ou il vous transporte ».

في حالة مماثلة، فإن التحلي بجرأة البحث العلمي لوحدها غير كافية، بل لابد من مجهود كبير يصاحب ذلك، و بالأخص التصور الذي يعتمد عليه من أجل الوصول إلى ذلك، و ليس أي تصور بل لابد أن يكون ذلك مبنيا على درجة معينة من المنطق و الواقعية، و هو ما تم المحاولة بشأنه.

1 الإرتكاز على مرجعية نشأت فكرة النظام العام : (العامل التاريخي)

لكل ظاهرة بداية أو نشأتها الأولى، خاصة الظواهر القانونية من قواعد قانونية، مصطلحات و مبادئ، و بالتالي فإن عملية البحث في نشأة فكرة النظام العام و الظروف و العوامل التي أدت إلى ذلك يتم الإعتقاد أنها ستكون فعالة لو تتم بطريقة جديدة .

هذه الجدية المطلوبة لا يمكن الوصول إليها إلا بالبحث عن أول بادرة من بوادر ظهور فكرة النظام العام مثلا، كيف جاءت للوجود ؟، كذلك، ما هي العلاقة أو ما هو السر وراء تواجدها في مختلف مجالات فروع القانون ؟، أو قبل ذلك كله، أي هذه المجالات التي وجدت فيها أولا و قبل مجالات أخرى ؟، و ذلك و بطبيعة الحال مع رصد طريقة عملها و فهمها .

هي كلها تساؤلات يمكن الإعتماد عليها، و التي من شأنها أن توصلنا إلى تحديد مفهوم لفكرة النظام العام مبني على دعائم قد تخفف من حدة غموض هذه الفكرة، و في حقيقة الأمر، تم مصادفة استعمال نفس المنهج بمناسبة التمييز بين النظام العام الحمائي و النظام العام التوجيهي، مثلا، على أنه من صنع المشرع¹ .

¹ Rémy Cabrillac, manuel de droit des obligations, Dalloz ,14^e.ed, 2020, page 66 : « la notion d'ordre public a connu un développement remarquableOn distingue aujourd'hui

و بالتالي فإن هذا التصنيف للنظام العام كان من صنع المشرع بعدما لم يكن موجودا،

و هو ما سيتم انتهاجه بالنسبة لفكرة النظام بصفة عامة، من أجل محاولة تحديد مفهومها.

1 فصل فكرة النظام العام عن كل ما من شأنه أن يختلط بها : (تمييز فكرة النظام العام عن

المصطلحات المشابهة)

إن الإرتكاز على نشأت فكرة النظام العام ، ليس من شأنه أن يساعد في تحديد مفهومها

فقط، بل قد يسهل كذلك عملية فصلها عن المصطلحات الشبيهة بها، خاصة لو تم الإحتفاظ على نفس

الوتيرة فيما يخص مراقبة نشأت هذه المصطلحات الشبيهة، هي الأخرى .

لكن هذا الفصل بين المصطلحات، لا يمكن أن يتسم بالفائدة إذا ما تم الإكتفاء بهذا الحد،

إذ ما الفائدة من تصنيف و تمييز هذه المصطلحات؟، و بالتالي لا بد من البحث أكثر من أجل تحقيق

الهدف من وراء هذه الدراسة وفقا لهذا المنهج، إذ يعتقد أن الأقرب فائدة لموضوعنا يمكن أن يكون

دراسة الأثر المترتب عن تمييز كل مصطلح شبيه عن فكرة النظام العام، طالما أن موضوعنا متصل

بأثر هذه الأخيرة على التحكيم، على الأقل حتى تحصل القدرة على إرجاع أثر معين على أنه من

آثار النظام العام و ليس أثرا لمصطلح آخر شبيه، لاسيما تلك الأكثر قربا من مصطلح النظام العام .

إذ أنه ليس للأمر علاقة بسلطان الإرادة و القواعد القانونية الأمرة فحسب، بل يتعدى

ذلك و نظرا لأنه و بالإضافة إلى أن الهدف من هذا القدر يتمثل في حماية المصالح العليا للمجتمع

un ordre public de direction et un ordre public de protection tous deux élaborés par le législateur ».

و المحافظة على مختلف المصالح الخاصة، فإن للأمر علاقة كذلك بإستمرار حسن سير وظائف الدولة بما يضمن الحقوق و الحريات الأساسية¹.

و عليه فإنه فيما يخص السؤال الفرعي الأول و المتمثل في ماهية النظام العام كفكرة مجردة، تم إفتراض أن النظام العام كفكرة قانونية ما هو إلا وسيلة تستعملها الدولة كسلطة عامة لفرض إحترام المبادئ الأساسية التي تقوم عليها .

ثانيا - ضرورة تحديد مفهوم خاص بالنظام العام في مجال التحكيم : (النظام العام التحكيمي)

إن اقتران فكرة النظام العام بمادة التحكيم من شأنه أن يتماشى مع خصائص هذه المادة، لاسيما تلك المتعلقة بالطبيعة العقدية و القضائية للتحكيم، و في البداية فإنه لا بد من الإشارة إلى أن فكرة النظام العام في حالة تعلق الأمر بنزاع وطني (التحكيم الداخلي) تختلف عن نفس الفكرة فيما لو تعلق الأمر بنزاع تجاري دولي (التحكيم التجاري الدولي)²، هذا من جهة .

¹ محمد الصالح خراز، المفهوم القانوني العام لفكرة النظام العام، دراسات قانونية (مجلة شهرية متخصصة في

الدراسات و البحوث القانونية)، العدد 06، جانفي 2003، دار القبة للنشر و التوزيع، الوادي، الجزائر، صفحة من 32 الى 49 .

² Vincent Gautrais, Karim Benykhlef et Pierre Trudel, les limites apprivoisées de l'arbitrage cybernétique : l'analyse de ces questions à travers l'exemple du cybertribunal, Revue juridique Thémis, Faculté de droit, Université de Montréal, (1999) 33 R.J.T.537, Edition Thémis, page 560 : « En premier lieu, la notion d'ordre public est interprétée différemment selon que le litige est national ou international... .En effet, une distinction est souvent faite entre ordre public interne et ordre public... » .

من جهة أخرى، فإن فكرة النظام العام ضمن نفس نوع التحكيم، سواء التحكيم الداخلي أو الدولي، تختلف من مرحلة إلى أخرى من المراحل التي تمر بها عملية التحكيم (الإتفاق على التحكيم، خصومة التحكيم و تنفيذ الحكم التحكيمي) .

1 التحكيم الداخلي

من أهم القيود الواردة على حرية الإتفاق على التحكيم تحت غطاء النظام العام، و ذلك زيادة عن الشق المتعلق بنفس الفكرة بإعتبارها فكرة مجردة و في إطار نظرية العقد، تتمثل في قيدي القابلية للتحكيم، القابلية الشخصية و القابلية الموضوعية، لإعتبارهما من شروط صحة اتفاق التحكيم¹.

على هذا الأساس ظهرت الحاجة إلى دراسة ليس فقط العلاقة بين هذه القابليتين للتحكيم (تحكيمية العلاقة القانونية و سلامة التأهيل التحكيمي)²، و إنما كذلك طريقة عمل النظام العام في هذا المستوى من العملية التحكيمية، و ذلك من أجل الوصول إلى تحديد مفهوم فكرة النظام العام التحكيمي .

¹ غني ريسان جادر الساعدي، الجديد في اشكاليات المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر

و التوزيع، الطبعة الأولى، جمهورية مصر العربية، 2020، صفحة 75 و ما يليها .

² بتشيم بوجمعة، العلاقة بين العدالة البديلة و العدالة الدولانية، دراسة في القانون المقارن، مركز الكتاب الأكاديمي،

2021، صفحة 108 .

بالإضافة إلى ذلك، و نظرا لعدم اكتمال عملية تحديد مفهوم أي ظاهرة من دون التطرق إلى خصائصها تم التساؤل كذلك عن خصائص هذه الظاهرة، و التي يقصد بها خصائص فكرة النظام العام التحكيمي .

2 التحكيم التجاري الدولي

بالمحافظة على نفس المنهج و نفس الوثيرة، تم محاولة تصور مفهوم خاص بالنظام العام في مجال التحكيم التجاري الدولي، و بغض النظر عن القابليتين للتحكيم تم الشعور بضرورة التركيز على مختلف الدرجات التي يتركب منها النظام العام في هذا المجال (قواعد البوليس، النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص و النظام العام العبر دولي أو ما يصطلح عليه كذلك بالنظام العام الدولي الحقيقي) .

فقبل البحث في خصائص فكرة النظام العام في مجال التحكيم التجاري الدولي، يتوجب مراعاة طريقة عمل هذه الفكرة على مستوى كل تركيبة من أجل التمكن في الأخير من تقديم مفهوم خاص بكل تركيبة من هذه التركيبات، ثم بعد ذلك و بطبيعة الحال، محاولة تقديم مفهوم شامل لفكرة النظام العام في مجال التحكيم التجاري الدولي .

و إذا كان الأمر يتسم بالإعتياد فيما يخص هذه العملية على مستوى كل من درجتي قواعد البوليس و النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص، فإن الأمر لا يعتبر كذلك فيما يخص النظام العام العبر دولي، و يقصد بذلك مسألة الإختلاف الفقهي المتعلق بإعتباره درجة ثالثة من من درجات النظام العام الدولي، من جهة، و إمكانية إعتباره نظاما عاما من نفس درجة النظام العام

بمفهوم القانون الدولي الخاص إلا أنه خاص بالمحكم في هذه الحالة الأخيرة، من جهة ثانية، أي أنه نظام عام بمفهوم القانون الدولي الخاص، خاص بالمحكم¹.

و بالتالي، و فيما يخص تحديد مفهوم النظام العام التحكيمي فإنه تم وضع فرضية مضمونها أن هذا الأخير يمكن أن يكون فكرة قانونية تستخدم إما لإبطال اتفاق التحكيم حماية لمصلحة معينة، و إما لإستبعاد تطبيق القانون الواجب التطبيق، أو أكثر من ذلك، رفض الإعتراف و الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي .

ثالثاً- كيف تؤثر فكرة النظام العام على التحكيم

بالإضافة إلى مراعاة عملية تناوب مفعول فكرة النظام العام، أو وظيفة هذه الأخيرة، تارة بصفقتها أصولية، و تارة أخرى بصفقتها خصوصية، اتضح أنه يجب كذلك مراعاة تدخل فكرة النظام العام على مستوى جميع المراحل التي تمر بها العملية التحكيمية، كما سبق و أن تمت الإشارة إليه، لكن يجب أن يتم ذلك على مستوى نوعي التحكيم، التحكيم الداخلي و التحكيم التجاري الدولي .

و من أجل تشكيل تصور واضح لهذا الشق من البحث، يجب الأخذ بعين الإعتبار النظام العام الأصولي و الخصوصي في آن واحد، و ذلك سواء تعلق الأمر بالتحكيم الداخلي أو الدولي، لتسهيل في الأخير مهمة تصور كيفية تدخل فكرة النظام العام و تأثيرها على التحكيم ؟ .

¹ Stéphane Essaga, les sources du droit des hydrocarbures en afrique, l'Harmattan, 2018, page 30 : « Pour DELMAS-MARTY. M, la doctrine propose de dégager, en droit de l'arbitrage, une notion d'ordre public, transnational ou anational, mais tel ordre spontané, incertain dans sa définition, risque d'être ineffectif dans ses applications » .

1 كيفية تأثير فكرة النظام العام على اتفاق التحكيم

إذا ما تم سلك نفس المنهج الواضح من خلال العنوان أعلاه، فلا يمكن القول أنه تم التطرق إلى الموضوع الرئيسي و المتمثل في تأثير فكرة النظام العام على التحكيم، بل قد يعتبر ذلك من قبيل موضوع محدد من مواضيع التحكيم في الشق المتعلق بالنظام العام على الأقل، لذلك وجب تناول الموضوع وفقاً لطريقة شاملة و مفصلة في آن واحد، و بالتالي كيف يمكن أن يتحقق ذلك ؟ .

و لعل أبرز، أهم و أطول محور من محاور التحكيم يمكن أن يكون محور اتفاق التحكيم، و ذلك ليس بالمفهوم الضيق و إنما يقصد من ذلك المفهوم الموسع، و ذلك حتى يتم إلحاق أكبر قدر من المواضيع المتعلقة بهذا المحور، بدأً من اتفاق التحكيم نفسه وصولاً إلى خصومة التحكيم، لتعلق ذلك بالنظام العام الإجرائي .

و بالتالي نكون أمام نوعين من النظام العام، النظام العام الموضوعي و النظام العام الإجرائي¹، فكيف يكون أثر هذين النوعين من النظام العام على التحكيم، مع مراعاة و بطبيعة الحال، النظام العام الأصولي و الخصوصي ؟، إلى جانب نوعي التحكيم الداخلي و الدولي ؟ .

2 كيفية تأثير فكرة النظام العام على تنفيذ الحكم التحكيمي و الإعراف به

بمجرد إثارة موضوع فكرة تأثير النظام العام على الإعراف و تنفيذ أحكام التحكيم، يتبادر إلى الذهن المواضيع الشائعة المتعلقة به و المشمولة بالعديد من الدراسات، على غرار مسألة

¹ محمود علي عبد السلام وافي، خصوصية اجراءات التحكيم في كل من مصر و دول الخليج العربي، مكتبة القانون و الإقتصاد، الطبعة الأولى، الرياض، 2016، صفحة 18 .

رقابة القضاء على الحكم التحكيمي، الطعن في هذه الأحكام و الإعتراف و الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم...، و إن كانت هذه المواضيع لا تقل أهمية عن موضع البحث الحالي، فهناك أسئلة أكثر أهمية تروج للبحث فيها .

كذلك عادة ما يتم تناول المسألة في إطار اتفاقية نيويورك لسنة¹ 1958، لكن في حقيقة الأمر هناك من الدول من لم يصادق عليها، و حتى في إطار اتفاقية نيويورك، فإن الأمر لا يقتصر على مسألة تنفيذ الحكم التحكيمي في بلد تنفيذه، و إنما يشمل كذلك هذه المسألة في بلد صدور الحكم التحكيمي، و بالتالي ما هو الحكم سواء فيما تعلق بتنفيذ أحكام التحكيم في الدول الغير مصادقة على هذه الإتفاقية، و ما هي أحكام هذه المسألة في بلد صدور الحكم في حالة افتراض المصادقة عليها؟، ألا يوجد إشكال في حالة تعارض النتيجة فيما يتعلق بمسألة الطعن ببطلان الحكم التحكيمي في بلد التنفيذ من جهة، و بلد صدور الحكم التحكيمي من جهة ثانية ؟ .

من ناحية أخرى، فإن النظام العام العام في مجال تنفيذ أحكام التحكيم ليست فكرة شاملة، و إنما للفكرة كذلك نصيب من التعقيد، لاسيما فيما يخص نوع النظام العام المتدخل، و ذلك حسب البلد الذي يأخذ بنوع معين من هذه الأنواع، أو الذي يأخذ بها مجتمعة في بعض الأحيان، مثل النظام العام الإستقبالي (النظام العام المخفف و النظام العام الجوّاري)، و بالتالي و كما هو ظاهر، هناك مسائل عديدة تتسم بالجديّة يتوجب الوصول إلى إجابة بشأنها .

¹ اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية المعروفة أيضا باسم اتفاقية نيويورك المعتمدة من قبل المؤتمر

الدبلوماسي للأمم المتحدة في 10 يونيو 1958 ودخلت حيز النفاذ في 7 يونيو 1959.

و بالتالي و فيما يخص مسألة تأثير فكرة النظام العام على التحكيم، فتم افتراض أن هذا التأثير الذي كما سبق و أن أشرنا إليه يشمل جميع مراحل التحكيم (اتفاق التحكيم، إجراءات الخصومة و الحكم التحكيمي)، بالإضافة إلى أنه يتم بطريقة مزدوجة، تستند الطريقة الأولى في عملها على خاصية أصولية فكرة النظام العام، فيما تستند الطريقة الثانية على خاصية خصوصية الفكرة، و ذلك عبر مختلف المراحل التي تمر بها العملية التحكيمية .

إن تصور موضوع بحثنا المتمثل في تأثير فكرة النظام العام على التحكيم وفقا لهذا النحو، جاء بهدف دراسة مستجدات موضوع النظام العام بصفة عامة، و دراسة و الإلمام بأحكام هذا الأخير في مجال التحكيم، طالما أن البحوث و الدراسات عادة ما تتناوله من جانب معين من جوانب التحكيم، كقابلية للتحكيم أو تنفيذ الحكم التحكيمي، ... الأمر الذي لا يبقي الموضوع متجزئا فقط و إنما يحجب المسائل التي لها علاقة بمختلف هذه الجوانب فيما بينها، و التي لا تظهر لنا إلا بدراسة هذه الجوانب مجتمعة في شكل نظام، يضم كل مراحل و إجراءاته في وقت واحد كدراسة مشروعية اتفاق التحكيم أو حتى القابلية للتحكيم على مستوى إجراءات التحكيم من طرف المحكم ثم دراستها من طرف القضاء المراقب للتحكيم في سياق الإعراف بالحكم التحكيمي .

كذلك، فإن كانت التشريعات الوطنية المتعلقة بالتحكيم و الإتفاقيات الدولية ثابتة و مستقرة نوعا ما، فإن مبادئ القضاء التحكيمي أو النظام القانوني الخاص بالمحكم في تطور مستمر و متزايد، لذا و جب ليس فقط دراسة هذا التطور و هذه المستجدات، و إنما كذلك مواصلة البحث في الموضوع من النقطة التي انتهت عندها الدراسات السابقة المنتهية عند التطورات الحاصلة في ذلك الوقت .

كما لا يخلو الأمر من استهداف الإلزام بأحكام و قواعد النظام العام التحكيمي، و بطريقة عمله على جميع الأصعدة لأن جميع ما سبق الإشارة إليه ماهو إلا النظام العام الأصولي، الأمر الذي لا يمكن الوصول إليه إلا بدارسة هذه الفكرة ضمن هذا المجال و عبر جميع مراحل مجتمعة، و هو ما لا يتحقق في حالة دراسة فكرة النظام العام في مرحلة معينة من هذه المراحل مفصولة عن باقي المراحل.

من أجل ذلك كله ، تم النظر إلى هذا الموضوع من زاوية تأثير فكرة النظام العام على التحكيم، سواء تعلق الأمر بالتحكيم الداخلي أو الدولي، و هو السبب نفسه من وراء التطرق ليس فقط إلى ماهية النظام العام و إنما كذلك إلى ماهية النظام العام التحكيمي، طالما أن الأمر لا يساعد في دراسة هذه الفكرة بوصفها فكرة خاصة بالتحكيم و ليس فقط فكرة مجردة، و إنما للتطرق إلى الموضوع باعتباره موقع أو نقطة ارتباط المجالين، النظام العام و التحكيم، و هو ما يرتب أثرا خاصا بهذه الظاهرة إلى جانب الأثر الذي ترتبه فكرة النظام العام كفكرة مجردة .

إن الدراسة الحالية لم يتم البدء فيها إلا بعد الوقوف على ما توصلت و انتهت إليه بعض الدراسات المتعلقة بنفس الموضوع، سواء تعلق الأمر بالمراجع و المؤلفات أو سواء تعلق بالبحوث و الدراسات من نفس المرتبة كأطروحات الدكتوراه و التي نذكر منها على سبيل المثال: الأطروحة المتعلقة بالنظام العام و التحكيم التجاري الدولي التي أعدتها الزميلة قريقر فتيحة على مستوى جامعة الجزائر - 1 - بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، لسنة 2016-2017، كذلك الأطروحة الأجنبية المتعلقة بنفس الموضوع، و التي تتمثل في : La notion d'arbitrabilité, d'ordre public et de public policy comme moyens de contrôle de l'arbitrage commercial international au Canada المقدمة من طرف الباحثة Vera Arcangeli على مستوى كلية

الحقوق بجامعة Montréal (1998)، إلى غير ذلك من البحوث الأخرى التي عنت بمواضيع

تعتبر جزئية مقارنة بموضوع البحث الحالي كالبحوث المتعلقة بالقابلية للتحكيم، مثل الأطروحة

المقدمة من طرف الزميل محمد زريفي المقدمة لنيل شهادة الماجستير تحت عنوان :

litiges selon le nouveau code de procédure civile et ،L'arbitrabilité des
administrative Algerien، سنة 2010/2009، إلى غير ذلك من الرسائل و المذكرات .

كما اعتمدنا في إعداد البحث الحالي على تنوع المراجع، مع التركيز على الحديثة منها

و المتعلقة بسنوات إصدار متقدمة مقارنة مع تلك السابقة لها و المعتمنة بنفس الموضوع، بحيث لم

تقل هذه الأخيرة شأنًا في أهميتها كلما ظهرت الحاجة لها، و هو ما لم يكن سهلا لو لا مخالفة الحظ

لنا بواسطة يد المساعدة التي حظينا بها، بما في ذلك المشرفين على مكتبة كلية الحقوق و مكتبة

العلوم السياسية لجامعة وهران، إلى جانب جمعية حقوق المتقاضين الجزائريين التي تزخر بمراجع

قيمة و التي يشرف عليها الأستاذ المحامي و الزميل السابق الأستاذ بن نقعوش محمد الأمين، على

غرار مؤلف الدكتور محمود إياد بردان المتعلق بالتحكيم و النظام العام، و مؤلف الأستاذين مصطفى

محمد الجمال و عكاشة محمد عبد العال المتمثل في التحكيم في العلاقات الخاصة الداخلية

و الدولية،... .

بالإضافة إلى ذلك، فكان للأصدقاء الزملاء الباحثين دور مهم في تبادل بعض المراجع،

و المسجلين لإعداد رسائل الدكتوراه على مستوى مختلف الجامعات في أنحاء العالم، على غرار

فرنسا و كندا و الذين أشكرهم بالمناسبة.

و تم الإستعانة بالمنهج المقارن و ذلك في حدود الحاجة إليه، لاسيما فيما يخص وصف

ظاهرة معينة من الظواهر المحيطة بالمشكلة العلمية، كأن يتم مقارنة نفس الظاهرة ضمن عدة

تشريعات مقارنة، و التي عادة ما تكون أحد التشريعات الغربية و أخرى عربية، و إبراز موقف
مشرعنا مقارنة مع هذه التشريعات، أو مقارنة نفس الظاهرة بين هذه التشريعات و الاتفاقيات الدولية
المتعلقة بالظاهرة المعنية.

تم كذلك الإستعانة بالمنهج التاريخي بصورة ثانوية، خاصة فيما تعلق بتطور فكرة
النظام العام عبر الأزمنة و عبر مختلف فروع القانون، و ذلك من أجل فهم طريقة عملها، الأمر الذي
ساهم بشكل كبير في تقديم محاولة لتعريف فكرة النظام العام و تمييزه عن ما يختلط به من مفاهيم،
و تحديد خصائصه بما يتلاءم و يمهد لنفس الفكرة في مجال التحكيم .

كما لا يفوتنا الإشارة إلى أنه تم استعمال أسلوب التحليل، و ذلك ليس من خلال
النصوص القانونية فقط، من تشريعات وطنية مقارنة و اتفاقيات دولية، بل أكثر من ذلك القرارات
القضائية العادلة و التحكيمية باعتبارها عنصر مهم في تشكيل النظام القانوني الخاص بالمحكم
و مصدر من مصادره، و التي عادة ما حسمت آراء الفقه المتقاربة أو المتضاربة في بعض
الأحيان.

على الرغم من كل ذلك فإن الأمر لم يكن سهلاً، و لا يقصد بذلك صعوبة الموضوع
المعترف بها من طرف جميع القانونيين على مختلف تخصصاتهم، و إنما يقصد بها غير ذلك، بحيث
يمكن الإشارة إلى نوعين من الصعوبات، فئة مرتبطة بالبحث و فئة أخرى مرتبطة بالظروف
الخارجة عنه و المتعلقة بالباحث .

يقصد بالفئة الأولى، الصعوبات التي لها علاقة بالبحث، فترتيب البحث و التنسيق بين مختلف أجزائه كان عملاً شاقاً، خاصة الشق المنهجي الذي كانت تستعصي كل مرة عملية ضبطه، مما كان يتطلب التوقف كل ما تطلب الأمر من أجل تسوية الخلل.

أما الصعوبات المرتبطة بالظروف الخارجة عن البحث، فهي عادة تعترض كل باحث كل حسب ظروفه الخاصة، لكن هذا لا يعني أنها لا تؤثر على معنويات الباحث، فكانت أبرز الصعوبات التي واجهناها تلك المتعلقة بالمسار المهني، خاصة أن الأمر كان متعلقاً بمجال معقد يتطلب من الجهد ما يؤثر على ذلك المخصص للبحث العلمي، بما في ذلك كثرة التنقلات و التكاليف بالمهام عبر الولايات المختلفة .

كما عرفت نفس المرحلة المتعلقة بالبحث تغيراً في الوضعية المهنية، مما زاد في مشقة البحث أكثر، و يتعلق الأمر بتكوين متعلق بمهنة حرة هذه المرة، و الذي تخللته كثرة الإمتحانات و الدروس و التقييمات الدورية، و التي اختتمت في الأخير بتربص ميداني طويل، لكن على الرغم من ذلك انتهى كلا المشروعين اللذان لا يقل أحدهما أهمية عن الآخر، في نفس الفترة و التي نأمل أن تكون نتائجها مرضية.

و عطفاً على ما سبق، تم تقسيم هذا البحث إلى بابين، تم تخصيص الباب الأول إلى الإطار المفاهيمي للنظام العام في مجال التحكيم، و الذي تم تقسيمه بدوره إلى فصلين، تم تخصيص الفصل الأول لمفهوم كل من مصطلحي ” النظام العام ” و التحكيم ” بتخصيص بحث لكل منهما، ثم بعد ذلك تم التطرق في الفصل الثاني لمفهوم النظام العام في مجال التحكيم أو كما يعرف بالنظام

العام التحكيمي، و الذي تم تقسيمه بدوره لمبحثين، مبحث أول خاص بمفهوم النظام العام في مجال التحكيم الداخلي و آخر خاص بمفهوم النظام العام في مجال التحكيم الدولي .

أما الباب الثاني، فتم تخصيصه لأثر النظام العام على التحكيم من أجل الوقوف على

كيفية أو طريقة هذا التأثير، و رصد طريقة عمل النظام العام التحكيمي، بحيث تناولنا من خلال

الفصل الأول أثر النظام العام على إجراءات التحكيم، بينما أثره على الحكم التحكيمي تناولناه من خلا

الفصل الثاني، و بطبيعة الحال تم تقسيم الفصلين إلى مبحثين كل على حدى، بحيث يتمثل كل من

المبحث الأول و الثاني من الفصل الأول في أثر فكرة النظام العام على اتفاق التحكيم و خصومة

التحكيم، حسب الترتيب .

و نفس الشيء بالنسبة للفصل الثاني المتعلق بالحكم التحكيمي، بحيث تم تخصيص

المبحث الأول للأحكام المتعلقة بتنفيذ الحكم التحكيمي نظرا لأهميتها في المبحث الثاني، و الذي يتمثل

في الأحكام المتعلقة بأثر النظام العام على الحكم التحكيمي .

و ذلك كله وفقا لما يلي :

الباب الأول: الإطار المفاهيمي للنظام العام في مجال التحكيم

الفصل الأول: مفهوم النظام العام و التحكيم

الفصل الثاني: مفهوم النظام العام في مجال التحكيم

الباب الثاني: أثر النظام العام على التحكيم

الفصل الأول: أثر النظام العام على إجراءات التحكيم

الفصل الثاني: أثر النظام العام على الحكم التحكيمي

الباب الأول

الإطار المفاهيمي للنظام العام في مجال التحكيم

ظهر مصطلح النظام في الدراسات القانونية كضابط للسلوك الإجتماعي، ينظم العلاقات

بين الأفراد و بين هؤلاء و السلطة العامة، و هو في ذلك كله ذو مفهوم غامض يستعصي على

التعريف بالرغم من أثره البالغ على الحياة الاجتماعية، الاقتصادية و السياسية .

يعتبر النظام العام ذو صلة وثيقة بمصالح الدولة، و الذي يتيح لهذه الأخيرة التدخل

من أجل ضبط سلوك الأفراد في منحي تتحقق معه هذه المصالح وفقا للمبادئ الأساسية التي تقوم

عليها هذه الدولة و التي تعتبرها أساسية و جوهرية .

في الوقت الذي لم يتم فيه تحديد مفهوم النظام العام بدقة، تطور هذا الأخير ليس فقط

على الصعيد الداخلي كبروز النظام العام التوجيهي و الحمائي مثلا، بل كذلك على الصعيد الدولي

كالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص و النظام العام الدولي، الأمر الذي ينجر عنه زيادة حدة

أزمة تحديد مفهوم النظام العام .

من الأمور التي تزيد من هذه الحدة امتداد النظام العام إلى مختلف فروع القانون، بل

أكثر من ذلك اتصاله بمختلف المواد التي تنتمي إلى نفس الفرع، مثل ما هو الحال بالنسبة للنظام

العام في مجال التحكيم الذي أضحي من بين أصعب المواضيع محل الدراسات القانونية الحديثة .

من أجل كل هذا، فإنه من الضروري الإجابة عن بعض الأسئلة الضرورية للوصول

على الأقل إلى محاولة تعريف النظام العام، فما هو إذا مفهوم النظام العام بعد أن طرأت عليه كل

هذه التطورات؟، هل مفهوم النظام العام كفكرة مجردة هو نفسه عند ارتباطه بمادة ما كالتحكيم في هذه الحالة؟ هل تبقى له نفس الخصائص و المميزات؟ أم أن هذا الارتباط من شأنه أن يضيف عليه مفهوم خاص و مميزات أخرى؟ .

الفصل الأول

مفهوم " النظام العام " و " التحكيم "

لتحديد ماهية النظام العام في مجال التحكيم، يتوجب عدم الإكتفاء بتعريف النظام العام، فالى جانب تحديد مفهوم التحكيم فإن الأمر يستلزم الإلمام بجميع المسائل المرتبطة بهذا النوع من النظام العام كمادة مركبة .

و فيما يخص تعريف النظام العام، فالى جانب إلزامية تعريفه لغة و إصطلاحا، الأمر الذي مازال محل محاولات فقهية دون الوصول إلى تعريف ثابت، فإنه يجب أن لا ننسى أن الأمر يتعلق بمصطلح مركب و الذي يتكون من مصطلح " نظام " و " عام " .

من أجل ذلك، استوجب الأمر التطرق إلى تعريف كل مصطلح من ناحية اللغة على حدى، و هو ما لا يصدق فيما يخص تعريف مصطلح " النظام العام " إصطلاحا كمصطلح مركب، و الذي يستوجب إعادة جمع تركيبته و إعطائه تعريفا إصطلاحيا خاصا به .

إن الوصول إلى تعريف النظام العام كفكرة مجردة، ليس الهدف منه التعريف فقط، بل هي مرحلة ضرورية حتى فيما يخص محاولة تقديم تعريف لنفس الفكرة ضمن مجال التحكيم، أو ما يعرف بالنظام العام التحكيمي .

المبحث الأول

مفهوم النظام العام

ورد النص على مصطلح النظام العام بداية من المشرع الفرنسي في المادة 06 من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804، لكن الإشارة إلى بعض عناصره كانت قبل ذلك من خلال المادة خمسون من المرسوم المؤرخ في 14 ديسمبر لسنة 1789 التي توجب على البلدية كسلطة محلية ضمان النظافة، الصحة و الأمن في الشوارع و الأماكن العمومية .

و مهما يكن من أمر، فإن التشريعات المقارنة كلها تجنبت الخوض في تعريف النظام العام و اكتفت بالنص عليه و ذلك لإعتبارات مختلفة، لأن يكون الغرض من ذلك تفادي اتساع فكرة النظام العام و تطورها حسب المكان و الزمان، و مهما تعددت هذه الإعتبارات فإن الفقه غير معني بذلك، فهو إلى يومنا هذا يقدم تعريفات خاصة بالنظام العام تحاول مواكبة هذا الأخير؟ ، فما البال في حالة ارتباطه بمادة التحكيم ؟ .

المطلب الأول

تعريف النظام العام

غالبية البحوث المتعلقة بالنظام العام، تناولت تعريف هذا الأخير لغة مكتفية بالتركيز على تعريف مصطلح "نظام" دون التطرق إلى مصطلح "عام"، الأمر الذي من خلاله نستشعر وكأن مصطلح النظام العام و على الرغم من أنه مصطلح مركب إلا أنه يشكل كتلة واحدة، لكن على الرغم من ذلك فليق هذا لا يكفي لتبرير التطرق إلى مصطلح "نظام" دون مصطلح "عام"، لأن وصف النظام بالعمومية هو الذي يضيف عليه الطابع القانوني الذي يمتاز به، و بتجريده من هذه الصفة يصبح

مشاركاً بين جميع العلوم المختلفة، أي و بطريقة أخرى يؤدي حتماً إلى استحالة الربط بين معنى المصطلح لغة الأقرب إلى معناه الاصطلاحي .

الفرع الأول

تعريف النظام العام لغة

كما سبق و أن تمت الإشارة إليه، فإنه و نظراً لتركيبة مصطلح النظام العام فإنه سيتم التطرق إلى تعريف كل من مصطلح " نظام "، من جهة، و مصطلح " عام "، من جهة ثانية .

الفقرة الأولى

تعريف مصطلح " نظام " لغة

من خلال الإطلاع على مختلف المعاجم و القواميس التي تطرقت لتعريف مصطلح "نظام"، يتضح أن لهذا الأخير عدة معاني، فتارة يكون له معنى مادي و تارة ثانية معنى معنوي، و تارة أخرى يقصد به معنا مغايراً تماماً لا علاقة له بالمعنى الإصطلاحي على الإطلاق .

فالنظام (إسم) جمعه: نُظْمٌ، أَنْظِمَةٌ و أَنْظِيمٌ، و هو مصدر (نَظَمَ)، أما عن المعنى المادي للمصطلح فيتمثل فيما ينظم فيه الشيء من خيط و غيره ¹، كالسلك، فهناك من أشار إلى نظم اللؤلؤ في الخيط كإسماعيل ابن حماد الجوهري ²، و أبو الحسين أحمد بن فارس ابن زكريا القزويني ¹،

¹ معجم لسان العرب لابن منظور المصري، الجزء الأول، دار المعارف، القاهرة، بدون سنة، صفحة 4469 .

² إسماعيل ابن حماد الجوهري، الصحاح في اللغة، الجزء الثالث عشر و الرابع عشر، دار الكتب العربية، 393 هـ،

و منهم من أشار إلى السلك مثل فيروز الأبادي في قاموسه المحيط² إلى جانب ابن منظور في معجمه لسان العرب³.

و خلاصة القول، أن المقصود من كلمة "نظام" في اللغة هو كل ما ينظم فيه الشيء من خيط أو سلك أو نحو ذلك، وهو ما تؤكد الأحاديث النبوية الشريفة الواردة في هذا الشأن، فعن خالد ابن الحويرث عن عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله - صلى الله عليه و سلم - : " الآيات خرزات منظومات في سلك، فإن يقطع السلك يتبع بعضها بعضا " ⁴، و عن هشام ابن حسان عن محمد ابن سيرين عن أبي هريرة عن النبي - صلى الله عليه و سلم - قال : " خروج الآيات بعضها على إثر بعض، يتتابعن تتابع الخرز في النظام " ⁵.

¹ مجمل اللغة لأبي الحسين أحمد ابن فارس ابن زكريا القزويني الرازي، الجزء الأول، مؤسسة الرسالة، 1406 هـ صفحة 873.

² القاموس المحيط، مجد الدين محمد ابن يعقوب الفيروز أبادي، دار الحديث، القاهرة، 1429 هـ، نسخة منقحة، صفحة 1624.

³ معجم لسان العرب لابن منظور المصري، نفس المرجع .

⁴ محمد ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة (و شيء من فقهها و فوائدها)، المجلد الرابع، مكتبة المعارف للنشر و التوزيع، 2000، صفحة 361 .

⁵ محمد ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة (و شيء من فقهها و فوائدها)، المجلد السابع، مكتبة المعارف للنشر و التوزيع، 2002، صفحة 237 .

أما فيما يخص المعنى المعنوي لمصطلح "نظام"، يتجسد في أمر غير محسوس و الذي يقصد به الهدية و السيرة¹، فيقال: ليس لأمرهم نظام بمعنى ليس له استقامة أو طريقة، و هو ما تناوله ابن منظور في معجمه "لسان العرب" أين أورد موعظة من مواعظ الحسن، و التي قال فيها: " يا ابن آدم عليك بنصيبك من الآخرة، فإنه يأتي بك على نصيبك من الدنيا فينتظم ها لك انتظاما ثم يزول معك حيثما زلت"².

حيث أن كما سبق و أن تم الإشارة إليه، فزيادة عن المعنى المادي و المعنوي لمصطلح "نظام" هناك معاني أخرى للمصطلح، على أن يكون التطرق إليها بإيجاز لما لهذه الأخيرة من بعد عن المعنى الإصطلاحي لنفس المصطلح، إلى جانب أن أقرب المعاني اللغوية لمصطلح "نظام" يتمثل في المعنى المعنوي و هو الهدية و السيرة، أكثر منه إلى المعنى المادي الذي يوحى إلى النظم في الخيط و السلك و ما شابههما على النحو الذي سبق و أن تم التطرق إليه .

هذه المعاني اللغوية المختلفة لمصطلح "نظام" تتعدد القواميس و المعاجم التي تناولتها، مع تسجيل تفاوت في إحصائها، فمنها ما تطرق لبعض منها دون الآخر، و منها ما تطرق لنفس ما تطرقت له مثيلاتها من المعاجم و القواميس، مع الإشارة إلى أكثرها إماما بهذا المصطلح معجم لسان العرب لابن منظور³، و التي سنحاول إيرادها كالاتي :

¹ الخليل ابن احمد الفراهيدي، كتاب العين، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، صفحة 238 .

² معجم لسان العرب لابن منظور، مرجع سابق.

³ معجم لسان العرب لابن منظور .

[- تناظمت الصخور: تلاصقت .

و النظامان من الضب : كشيئان منظومتان من جانبي كليتيه طويلتان .

و نظاما الضبة و إنظامها : كشيئاهما، و هما خيطان منتظمان بيضا، بيتدان جانبها

من ذنبها إلى أذنها . و يقال في بطنها إنظامان من بيض، و كذلك إنظاما السمكة ...] .

[ويقال: جاءنا نظم من جراد، و هو الكثير. و نظام الرمل و أنظامته :

ضفرتة، و هي ما تعقد منه .

ونظم الحبل: شكه و عقده، و النظم: شكائك الحبل و خله. و طعنه بالرمح

فانتظمه، أي اختله. و إنتظم ساقيه و جانبيه، كما قالوا اختل فؤاده، أي ضمها بالسنان ...]

[و النظم: الثريا، على التشبيه بالنظم من اللؤلؤ. و يقال لثلاثة كواكب من الجوزاء نظم].

الفقرة الثانية

تعريف مصطلح " عام " لغة

أولا و قيل كل شيء، يجب الإشارة إلى أنه سيتم الإكتفاء بتناول تعريف مصطلح "عام"

في الوقت الراهن من ناحية اللغة، و يرجع الأمر إلى تفادي الإختلال بمنهجية البحث فيما يتعلق

بخاصية العمومية التي يتميز بها النظام العام، أين سيتم التطرق للمعنى الاصطلاحي للمصطلح

بالتفصيل، إلى جانب ذلك، فإن الأمر يعتبر هو الآخر السبب وراء تفادي تناول تعريف مصطلح

"عام" و الإكتفاء بتعريف مصطلح "نظام" على النحو الذي تمت الإشارة إليه قبل حين.

أما عن المعنى اللغوي لمصطلح "عام"، فلين أصل الكلمة في مختلف المعاجم و القواميس "عمّ" بفتح العين و الميم مع تشديد هذه الأخيرة، و جمعها: عمّم، حيث جاء في حديث عروة ابن الزبير حين ذكر أحبحة ابن الجلاح و قول أخواله فيه: "كنا أهل ثمّ و رمّه، حتى استوى على عمّمه"، و المقصود بذلك تمام جسمه و شبابه و ماله¹.

و العام، يأتي في اللغة على عدة معان أخرى:

-الطول :

فيقال إعتمّ النبت اعتمادا إذا طال، و نخلة عميمة، و نخل عمّ إذا كانت طوالا².

-التسويد:

التسويد بمعنى التعميم، فذهب ابن فارس و الأزهري إلى مايلي: عمّ الرجل أي سوّد، و ذلك أن تيجان القوم العمائم كما يقال في العجم "توّج، يقال في العرب: عمّم³".

-الشمول و الإحاطة:

من أقرب المعاني اللغوية إلى المعنى الإصطلاحي لكلمة "عام"، الشمول و الإحاطة، فيقال: عمّ الشيء يعمّ عموما، إذا شمل الجماعة، و عمهم الأمر يعمهم عموما، أي شملهم¹.

¹ الصحاح، تاج اللغة و صحاح العربية، أبي نصر اسماعيل بن حماد الجوهري، دار الحديث، القاهرة، 2009، صفحة 813 .

² أبي محمد ابن الحسن الزبيدي الإشبيلي، السلسلة اللغوية، الجزء الأول، مكتبة الوحدة العربية، المملكة المغربية، بدون سنة نشر، صفحة 20 .

³ عبد الله ابن سهل بن ماضي، النظام العام للدولة المسلمة، دراسة تأصيلية مقارنة، دار كنوز اشبيليا للنشر و التوزيع، الرياض، 2009، صفحة 23

و إنطلاقاً من هذا المعنى اللغوي، عرفه الزركشي بأنه : "اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له من غير حصر"²، و معنى لفظ مستغرق، المستوعب المتناول لما تحته من الأفراد دفعة واحدة، أما " ما يصلح له"، كل ما يصلح له اللفظ كصلاحية " من " للعقل دون من لا يعقل، و أما قوله " من غير حصر" كونه يخرج عن أسماء العدد، ف إن المائة مثلاً وضعت لكثير مستغرق، لكن هذا الكثير محصور بالمائة، على عكس ما هو مستغرق لجميع ما يصلح له و الذي يقصد به الجمع المنكر من دون حصر، فقول الله عز وجل في محكم كتابه ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾³، فيجوز للمعتق تحرير رقبة من شاء من الرقاب، و أي رقبة أعتق يكون ممتثلاً للأمر، ولا يعتق رقبة أخرى إلا لسبب موجب جديد .

الفرع الثاني

تعريف " النظام العام " اصطلاحاً

من بين أهم ما يلفت الإنتباه من خلال البحث في موضوع النظام العام، أن القانونيين أنفسهم يعترفون بصعوبة تقديم تعريف لهذا الأخير، على الرغم من أن أول ظهور لهذا المصطلح تم

¹ سيد الشيخ زرار، صور الرقابة على المال العام و نظم حمايته في الفقه المقارن و القانون الوضعي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016، صفحة 49 .

² عادل أحمد عبد الموجود، التوظيف الأصولي للنحو من خلال مباحث صيغ العموم، دار الكتب العلمية، بيروت، 2011، صفحة 20 .

³ سورة المجادلة، الآية الثالثة .

في مجال علم القانون¹، و يرى هؤلاء القانونيين أن هذا المصطلح يكتفه الغموض و الإبهام اللذان يحولان دون إيجاد تعريف ثابت له، لأجل ذلك تم الإكتفاء بقدر متفق عليه بين عامة القانونيين، مع الأخذ على ذلك بالتباين فيما إذا تعلق الأمر بمختصي القانون العام أو القانون الخاص كل فيما يخصه، فيعرفه الأوائل على أنه: "حالة فعلية مناهضة للفوضى، حالة استقرار مناهضة لحالة الإختلال"²، أما فقهاء القانون الخاص فاتفقوا على أن النظام العام هو مجموعة من المبادئ الجوهرية و الأساسية المتعلقة بكيان الدولة³، و بين هذا و ذاك هناك الإشكال الذي يفرض نفسه و الذي يتمثل في مدى اعتبار البعض أن مصطلح النظام العام في مجال القانون العام يختلف عنه في مجال القانون الخاص أي أن فكرة النظام العام مصطلح لمفهومين مختلفين؟⁴، و بالتالي هناك في المقابل من يعتبره الشيء نفسه؟، و في كلتا الحالتين هل للنظام العام في أحد التخصصين علاقة بالتخصص الثاني ؟ .

¹ ماهر ابن محمد القرشي، فلسفة الاجتماع في الشريعة الإسلامية (دراسة تاصيلية في الموازنة بين حتمية الإختلاف و ضرورة الاجتماع)، مركز نماء للبحوث و الدراسات، بيروت، الطبعة الأولى، 2014، صفحة 161 .

²-MAURICE Hauriou, Précis de droit administratif et de droit public, 5^{eme} édition, librairie de la société du recueil G^{al} des lois et des arrêts, Paris, 1903 : « L'ordre public est l'ordre comme état de fait opposé au désordre, l'état de paix opposé à l'état de trouble » .
<https://books.google.dz>.

³ ماهر بن محمد القرشي، مرجع سابق، صفحة من 151 إلى 165 : تناول المرجع أكثر من عشرة تعاريف اصطلاحية للنظام العام المقدمة من طرف فقهاء القانون الخاص على غرار الأستاذ حسن كبيرة، ممدوح عرموش، هشام القاسم، عبد الناصر العطاش و توفيق فرج .

⁴ ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996، صفحة 476 . إلى جانب

الفقرة الأولى

النظام العام في مجال القانون العام

حتى في مجال القانون العام منفردا، يبقى النظام العام فكرة مستعصية، بحيث نجد للمصطلح وجودا في فرع القانون الإداري و بالضبط يندرج ضمن محور "الضبط الإداري"، كما أن هناك فرع آخر من القانون العام و الذي يهتم بموضوع النظام العام يعرف عند القانونيين الغربيين ب Droit Public Général يهتم بدراسة الحريات العامة، فما هو إذا مفهوم النظام العام في مجال كلا الفرعين؟.

أولا- فكرة النظام العام في المجال العام (La Sphère public)

من بين صلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي بصفته ممثلا للدولة، السهر على حفظ النظام العام و السكنية و النظافة العمومية¹، و له في سبيل ذلك الإعتماد على الشرطة الإدارية مثل

NADINE Dantonel Cor, la politique publiques locales de sécurité intérieure, l'Harmattan, Février 2015, page 31 : « La notion d'ordre public n'a pas le même sens selon le champ -disciplinaire dans le quel elle est utilisée ... ».

¹ المادة 88 من القانون 10-11 المؤرخ في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، جريدة رسمية عدد 37 المؤرخة في 03 جويلية 2011 : "يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي تحت إشراف الوالي بما يأتي:

(-) السهر على النظام و السكنية و النظافة العمومية " .إلى جانب المادة 94: "في إطار احترام حقوق و حريات المواطنين، يكلف رئيس المجلس الشعبي البلدي على الخصوص، بما يأتي: - السهر على المحافظة على النظام العام و أمن الأشخاص و الممتلكات ...".

ما تنص عليه المادة 93 من قانون البلدية 11-10¹ و التي تقابلها المادة 1-2212 من قانون الجماعات الإقليمية الفرنسي².

من هذا المنطلق، و اعتمادا على تاريخ القانون الفرنسي³، فابتداء من فترة الثورة الفرنسية سنة 1789 زالت الشرطة الملكية مع زوال النظام الملكي، و بتاريخ 13 جويلية من نفس السنة و بمناسبة أعمال الشغب تم تشكيل حرس وطني لحماية مدينة باريس، ثم بعد ذلك و في اليوم الموالي أنشأت بلدية باريس لجنة مؤقتة للشرطة لإقامة الأمن و السكينة، و هي الحالة التي تم ترسيمها و تعميمها بموجب قوانين صدرت في شهر أوت و سبتمبر بالنسبة لباقي المقاطعات .

بعد ذلك، تم توجيه عمل هذه الشرطة من أجل القضاء على كل مشتبه فيه ذو نزعة ثورية ليتم إنشاء وزارة للشرطة العامة بموجب القانون الصادر في 02 جانفي 1796، بهدف مكافحة حالة اللأمن بصفة عامة، ليجري نابليون إصلاحات جوهرية في هذا المجال أين أصدر قانون 17 فيفري 1800 و تم تعميم مراكز الشرطة مع تعيين محافظي شرطة .

¹ المادة 93 من نفس القانون: "يعتمد رئيس المجلس الشعبي البلدي، قصد ممارسة صلاحياته في مجال الشرطة الإدارية، على سلك الشرطة البلدية الذي يحدد قانونها الأساسي عن طريق التنظيم. يمكن رئيس المجلس الشعبي البلدي، عند الاقتضاء، تسخير قوات الشرطة أو الدرك الوطني المختصة إقليميا حسب الكيفيات المحددة عن طريق التنظيم " .

²-L.2212-1 du code des collectivités locales français : « Le maire est chargé, sous le contrôle administratif du représentant de l'Etat dans le département de la police municipale, de la police rurale et de l'exécution des actes de l'Etat qui y sont relatifs » .

³ Jean DECLAREUIL, Histoire générale du droit français, des origines à 1789, imprimerie Cadoret, Bordeaux, 1925. <https://books.google.dz> .

أما عن وضع جهاز الشرطة تحت تصرف رئيس المجلس الشعبي البلدي فلم يتم الأمر إلا سنة 1818 في شكل مديرية عامة تحت وصاية وزارة الداخلية، و تلاحقت التطورات إلى غاية صدور قرار في 07 سبتمبر 1870 و الذي بموجبه تم استبدال إسم أفراد الشرطة بحراس السلم.

إن هذا العرض الوجيه لتطور جهاز الشرطة ليس من باب دراسة تاريخ القانون الفرنسي، و إنما من أجل الوقوف على الظروف التي نشأت فيها فكرة حماية النظام العام و ماذا كان يقصد بها في ظل القوانين القديمة التي نظمتها، و بالنتيجة إستخلاص أن ما يسمى بحماية النظام في العصر الحديث ما هي إلا صورة متطورة لمكافحة أعمال الشغب الصادرة عن الإقلابيين في مدينة باريس، و التي تطورت إلى حفظ السلام نظرا للنتيجة المرضية التي حققتها الشرطة آنذاك، ليصبح البوليس الإداري وسيلة لمكافحة حالة الفوضى، و بهذا نستخلص أنه فعلا يقصد بالنظام العام في مجال القانون الإداري المحافظة على السكينة العامة في الشارع العام.

ثانيا- فكرة النظام العام في مجال الحريات العامة (المجال الخاص)

منذ سنة 1903 صنف البروفيسور موريس هوريو الحريات إلى مدنية و أخرى سياسية، بحيث تتعلق الأولى بحياة الفرد داخل المجتمع، فيما تتمثل الثانية في الحقوق التي تعطي هذا الأخير نصيبا في بناء دولته، و هو ما يطلق عليه في مجال الحريات " الشخص القانوني" .

هذه الحريات عادة ما تدخل في وضعية تعارض، مثلا: حرية العمل و التي تنفرع إلى حرية رب العمل مقابل حرية العامل، و بالتالي حدود حرية أحدهما تنتهي عند حدود أخراها، مما

يستوجب القول أن حرية الفرد لا يمكن أن تبلغ ذروتها إلا بالتنسيق بين مختلف الحريات، و هو ما لا يتم إلا بتولي الدولة مهمة ضمان هذا التنسيق¹ .

تستمد هذه الفكرة طريقة التعامل معها من خلال الدولة كنظام، و الذي يشكل المحيط

الذي تمارس فيه الحريات الفردية لجميع أطراف المجتمع، الأمر الذي لا يقاس إلا بالتنسيق بين ثلاثة عناصر: المجتمع، السلطة المهيمنة و دولة القانون، بحيث يبلغ نظام الدولة ذروة نجاعته في الحالة التي تكون فيها مختلف الحريات متكاملة فيما بينها بدلا من أن تتحاز كل حرية بمفردها، الأمر الذي يترتب عليه تحقيق الصالح العام بل أن تنتفع الدولة جراء هذه الوضعية و في المقابل ينتفع الأفراد بدورهم من الدولة²، و عليه يمكن تعريف النظام العام إصطلاحا على أنه: " عملية ضبط الحريات الفردية لصالح حرية الجماعة -المصلحة العامة- بواسطة القانون " .

¹ MAURICE Hauriou, Précis de droit administratif et de droit public- Op.cit- page 40 :

« Il ya cependant une limite à la réglementation des libertés particulières ; il s'agit de ne pas les étouffer. La liberté finale de l'homme ne pouvant être assuré que par une combinaison des libertés particulières, il faut que dans une certaine mesure toutes les libertés puissent s'exercer."

² MAURICE Hauriou, Op.cit, page 36 : « On doit envisager un état supérieur ou les diverses libertés en présence, au lieu de cantonner dans l'isolement de leur indépendance, consentent à se communiquer au point de participer les unes des autres, ou les initiatives particulières travaillent de concert entre elles et de concert aussi avec la puissance public à réaliser toujours d'avantage de bien public ;..... ».

الفقرة الثانية

النظام العام في مجال القانون الخاص

من خلال ما تقدم، توصلنا إلى أن النظام العام في مجال القانون العام يقصد به معنيين مختلفين، بحيث يقصد به في المجال العام: " إستتباب السكينة العمومية في الشارع العام"، فيما يقصد به في إطار الحريات الفردية بأنه: " عملية ضبط الحريات الفردية لصالح المجتمع"، و تنمة لذلك سنحاول الإعتماد على نفس المنهج للوقوف على حقيقة النظام العام في مجال القانون الخاص، هل يقصد به نفس المفهوم لأحد المعنيين في مجال القانون العام، أم يقصد به معنى مغاير؟ و في هذه الحالة الأخيرة هل للنظام العام في مجال القانون العام علاقة به في مجال القانون الخاص؟.

أولاً- تطور فكرة النظام العام في مجال القانون العام

بالعودة إلى القرن السابع عشر، و عقب الثورة الفرنسية لسنة 1789، و بالتحديد إلى سنة 1834 حرر جون فيرتون أحد المعتقلين السياسيين آنذاك، رسالة إلى السلطات نتيجة طلب هذه الأخيرة رأيه في إصدار عفو شامل، و الذي ردا منه على ذلك أشار منذ الوهلة الأولى إلى النظام العام و ضرورة تطوره في ظل فرنسا ما بعد الثورة، أين نبه إلى أنه يعلم علم اليقين أن السلطة تعتبر النظام العام متحققا عندما تكون المدينة كلها هادئة و كل واحد نائم في بيته - و يقصد هنا الحالة الفعلية المناهضة لحالة الفوضى الذي سبق و أن تمت الإشارة إليها -، و أشار كذلك إلى أن النظام العام في الوقت الراهن شيء آخر حسب مقتضيات الجمهورية الفرنسية الجديدة، و صرح بالحرف الواحد:

[...nous allons ; s'il vous plait ; asseoir notre opinion sur ce qu'est et doit être l'ordre public. L'ordre public n'est pas autre chose que l'équilibre social dont la forme gouvernementale est l'expression. Quand une forme de gouvernement s'approprie exactement au but social, l'ordre public existe alors véritablement.]¹

كما صرح في آخر المطاف بما يلي :

[...l'ordre public que désire maintenant la France évidemment la souveraineté national, sans roi ; et toutes les franchises politiques, commerciales, littéraires et industrielles.

L'ordre public existant actuellement est entièrement opposé au premier, attendu qu'il remet le gouvernement de la nation entière entre les mains de la minorité, laquelle exploite à son avantage tous les monopoles et privilèges qui entravent et ruinent la prospérité publique]² .

حقيقة أن الأمر يشكل دليلا قاطعا على تطور فكرة النظام العام، و تجردها من مضمونها الكلاسيكي المتمثل في الحالة الفعلية المناهضة لحالة الفوضى، و أن الأمر يعتبر من قبيل إعتبارها نفس الفكرة فيما إذا تعلق الأمر بمجال القانون العام مقارنة بمجال القانون الخاص، إلا أنه تبقى مسألة إثبات العلاقة بينهما مسألة ضرورية لجعلها نظرية صلبة، و بالتالي ترسيخها على نحو يصعب معه إثبات عكسه .

¹ Ordre public et amnistie, lettre écrite à un juste milieu par JEAN Ferton, détenu politique à la prison de Ferrache, Lyon, imprimerie de M^{elle} Perret, 1834, page 04. <https://books.google.dz>.

² Ibid. page 24.

و في حقيقة الأمر، ظهرت بوادر تطور فكرة النظام العام أو بالأحرى إمتدادها إلى مجال القانون الخاص منذ سنة 1791، الأمر الذي يبدو واضحا من خلال قانون العقوبات الفرنسي لنفس السنة، و الذي جاء يحتوي على مائة و خمسون مخالفة، و التي يمكن تصنيفها إلى أربعة أطياف كل صنف منها له علاقة بمصلحة معينة، و التي من بينها حماية النظام العام، أين نجد مخالقات لها علاقة بالأدبيات المدنية و صنف آخر لحماية ثلاثة أنواع من المصالح:التوازن الاجتماعي - وهو نفس ما أشار إليه جون فيرتون في رسالته المشار إليها أعلاه-، الإنتاج و احترام الممتلكات المشتركة¹.

بعد ذلك وجب الإنتظار إلى غاية سنة 1804 ليصدر قانون جديد يتكلم على النظام العام، لكن هذه المرة في مجال القانون الخاص، و يقصد بذلك القانون المدني من خلال مادته السادسة²، و على العكس من قانون العقوبات لسنة 1791 الذي كان مفعوله محدودا فيما يخص النظام العام فإين مشروع القانون المدني و نظرا لمتطلبات النظام العام الجديد ظل عالقا لمدة طويلة، للسير بخطى ثابتة، أين نلاحظ ظهور النظام العام كضابط لمبدأ حرية التعاقد هذه المرة .

و نظرا لإستحسان إرجاء الحديث عن مسألة أسباب إمتداد فكرة النظام العام إلى القانون المدني و الظروف التي تم فيها ذلك إلى بعد حين، نشير إلى مسألة انتشار فكرة النظام العام في

¹ - JEAN Marie Pontie-police et sécurité- publication des facultés universitaire Saint-Louis, droit et intérêt- volume 03- Bruxelles- 1990.

² - Article.06 du code civile français de 1804: « On ne peut déroger par convention à tout ce qui intéresse l'ordre public et les bonnes mœurs » .

كافة فروع القانون إلى درجة التسليم بالفكرة التي مفادها الانتقال من النظام العام إلى الأنظمة العامة¹.

ما يسعنا قوله في هذا الشأن، هو أنه توجد فكرتين رائدتين و التي بموجبها انتقلت أو إمتدت فكرة النظام العام إلى القانون الخاص، بحيث تتمثل أولاهما في أن الحريات الأساسية تجد مصدرها في القاعدة الدستورية و التي تكفلها بصورة مطلقة أو نسبية، أين لا يسمح في الأولى للمشرع التدخل من أجل تنظيمها أو تقييدها كالمادة 42 من الدستور الجزائري على سبيل المثال لا الحصر التي تنص على عدم جواز المساس بحرمة و حرية المعتقد²، بينما في الصورة المعاكسة يحال الأمر على القانون لتنظيمها ووضع الشروط اللازمة لممارستها، كما هو الحال بالنسبة لمبدأ حرية الاستثمار و التجارة³.

¹ - الملتقى الدولي حول التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ميرة، بجاية، يوم 07 و 08 ماي 2014 .

² المادة 42 من الدستور الجزائري لسنة 1996، ج.ر 76 المؤرخة في 08/12/1996، المعدل بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10/04/2002، ج.ر عدد 25 المؤرخة 14/04/2002 و القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15/11/2008، ج.ر رقم 63 مؤرخة في 16/11/2008 و القانون 16-01 المؤرخ في 06/03/2016، ج.ر رقم 14 المؤرخة في 07/03/2016: " لا مساس بحرمة حرية المعتقد و حرمة حرية الرأي. حرية ممارسة العبادة مضمونة في ظل احترام القانون " .

³ المادة 43 من الدستور الجزائري لسنة 1996: " حرية الاستثمار و التجارة معترف بها، و تمارس في إطار القانون. تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال، و تشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية

أما الفكرة الثانية فتتمثل في تلك التي أشار إليها موريس هوريو و التي مفادها أنه و على الرغم من اعتبار الحق المعني ينتمي إلى مجال القانون الخاص، إلا أنه في مبدئه يظل أصله القانون العام (الحريات الأساسية)¹، و بالتالي يتوجب الوقوف على العلاقة بين النظام العام في المجالين، القانون العام و الخاص، لأنه أضحي في هذه الحالة مقطع لا يمكن الإستغناء عنه من أجل الوصول إلى تعريف دقيق خاص بالنظام العام بصفته فكرة مجردة .

ثانيا- إمتداد فكرة النظام العام إلى مجال القانون الخاص

في حقيقة الأمر، ل لإختلاف في الطريقة التي يمارس بها الضبط الاجتماعي الذي قسم محرري القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 إلى فريقين دور رئيسي في إرساء فكرة النظام العام في مجال القانون المدني كمرحلة أولى، حيث انقسم هؤلاء إلى مؤيدين لفكرة مكارم الأخلاق Bonnes Mœurs و معارضين لها المتمسكين بفكرة النظام العام (كفكرة قانونية) .

نتج عن هذا الموقف اعتراف أنصار فكرة مكارم الأخلاق بالطابع الغير القانوني لهذه الفكرة، على غرار هوجي و بورتاليس و الذين طالما طمحوا إلى إضفاء الطابع القانوني لفكرة مكارم الأخلاق، متأثرين بالنزعة الثورية في كل ذلك، في ذلك الوقت ظهر على لسان هؤلاء

الاقتصادية الوطنية. تكفل الدولة ضبط السوق و يحمي القانون حقوق المستهلكين. يمنع القانون الاحتكار و المنافسة الغير نزيهة " .

¹ MAURICE Hauriou, Op. cit, page 42 : « Ce qu'il faut comprendre, c'est que même dans le cas ou un droit individuel ne s'exerce que dans le cercle privé, il n'en reste pas moins dans son principe un droit public ... ».

المحررين للقانون المدني شيئاً فشيئاً مصطلح جديد يتمثل في *Les bonnes lois*¹، و التي أصبحت في نهاية الأمر مصدراً لمكارم الأخلاق، و كنتيجة لذلك تم تبني نص المادة السادسة من القانون المدني لسنة 1804 و التي تنص على عدم إمكانية الإتفاق على مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام و الآداب العامة بموجب اتفاقات خاصة .

لم يتوقف الأمر عند هذا الحد، بل تطورت فكرة النظام العام في التشريعات المقارنة الحديثة، فبعدما امتدت إلى مجال القانون الخاص ممثلاً في القانون المدني، اتسعت مرة أخرى لتشمل فروع القانون الخاص، و في ذلك ذهب البروفيسور فيليب ديليباك إلى أن هذه الفكرة انتقلت من فكرة النظام العام إلى الأنظمة العامة، فنقول مثلاً: النظام العام في مجال التحكيم ،

يرر هذا الأخير رأيه مبرزاً أن ذلك جاء نتيجة لتوسع مبدأ حرية التعاقد أو كنتيجة لكسب هذا المبدأ لمجالات جديدة، و نظراً لكون فكرة النظام العام مقيدة لمبدأ حرية التعاقد الأمر الذي بموجبه نجد أنفسنا أمام أنظمة عامة² .

للإشارة، فإله و تزامناً مع الإنشغال الذي قد يرتاب فكرة الأنظمة العامة على النحو المشار إليه، فإين هذه الفكرة و على الرغم من جديتها إلا أنها لا تغير شيء من مفهوم النظام العام، بل بالعكس يتولد عليها أن النظام العام هو نفسه مهما تعددت المجالات، فقط أن طريقة عمله تختلف

¹ تسمى هذه الظاهرة في اللغة الفرنسية « *Un leitmotiv* » و التي يقصد بها: عبارة أو فكرة تصبح متداولة ضمن خطاب معين، عمل أدبي ... حتى تصبح مصطلحاً متداولاً .

² الملتقى الدولي حول التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ميرة، بجاية، يوم 07 و 08 ماي 2014 .

باختلاف المجال المراد ضبطه و وفقا لهدف معين، الأمر الذي تطرق له الفقه القضائي الفرنسي ممثلاً في مجلس الدولة الفرنسي و محكمة النقض الفرنسية، الذي يأخذ ب إزدواجية النظام العام : النظام العام الفردي و النظام العام الكلاسيكي (جماعي)، بدلا من الأنظمة العامة، و وفقا لأهداف معينة خاصة بكل زوج منهما على حدا مثل ما تم الإشارة إليه قبل قليل¹ .

أكثر من ذلك، بلغت فكرة النظام العام ذروة التطور إلى أن أصبحت ذات وظيفة شاملة تتمثل في حماية الأنظمة القانونية إلى جانب وظيفتها الكلاسيكية المتمثلة في حماية النظام الاجتماعي²، فنلاحظ أنه في أغلب الأحيان ما تنتهي القواعد القانونية الأمرة بعبارة " من النظام العام"³ . فأصبحت فكرة النظام العام ذات وظيفة تتمثل في حماية الأنظمة القانونية إلى جانب وظيفتها الكلاسيكية المتمثلة في حماية النظام الاجتماعي.

¹ Propos introductif de M.BERTRAND Louvel (Premier président de la Cour de Cassation), Colloque « L'ordre public : regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation, Vendredi 24 Février 2017 , page 03 : « Ainsi, à coté d'un ordre public classique de l'Etat, destiné à sa propre protection, se développe un ordre public de l'individu isolément ou collectivement, qui s'éloigne de la conception traditionnelle attachée à préserver l'ordre établi, pour appréhender la défense des libertés individuelles devenues centrales dans le nouvel ordre public démocratique, ordonné toujours plus autour des droits de la personne face à ceux de l'Etat . ». www.courdecassation.fr

² Rémy SCHWARTZ, Dictionnaire des notions (les dictionnaires d'Universalis), Encyclopédie Universalis, 2015, page 934 : « La notion d'ordre public, qui à été créer par le droit national avant d'être reprise par les droits européen, et au cœur du système juridique français. Elle a, pour l'essentiel, une double signification ayant en commun la protection de l'ordre juridique, soit la protection de l'ordre social ».

³ بغض النظر عن القواعد التي لا تنتهي بعبارة النظام العام، و التي لا يعني على العموم أنها قد لا تكون من النظام العام و إنما يقصد بذلك أنه يجوز مخالفتها في اتجاه معين دون الآخر .

وصولاً إلى هذه المرحلة، و أخذاً بعين الإعتبار التطورات التي شهدتها فكرة النظام العام من دون صرف النظر عن الظروف التي نشأت في كنفها هذه الفكرة و التي بموجبها أصبح لها وجود في المجال القانوني، يمكن تعريف فكرة النظام العام اصطلاحاً بأنه " فكرة قانونية تستخدمها الدولة كتقنية أو تطبيقاً لتفعيل احترام إلزامية المبادئ الأساسية Erga Omnes المكرسة ضمن نظامها القانوني Jus Congens، لضبط الفضاء العام و المجتمع المدني على حد سواء، وفقاً لسياسة: مصلحة، توافقية و تبادلية .

فيقصد بالفكرة القانونية، ما للمصطلح من مفهوم معنوي غير محسوس و الذي كان له أول ظهور عند القانونيين مثل ما سبق و أن تم التطرق له، أما عن تكييف هذه الفكرة بالتقنية أو التطبيقية فهو ما يعزز وصف النظام العام بالشيء المعنوي و الغير المحسوس إلى جانب تبرير إعتبارها من الوسائل الأخرى التي تستعملها الدولة مثل الوسائل البشرية و القانونية لضبط السلوك الإجتماعي داخل الفضاء العام l'espace public الذي يعتبر مجالاً للنظام العام المادي أو الكلاسيكي أو الجماعي، من جهة، و داخل المجتمع المدني للتحكيم بين سلوك الأفراد (و هو النظام العام الفردي) لتحقيق الصالح العام وفقاً للسياسة التي ترسمها الدولة وفقاً لمعيار مصلحة المجتمع السياسي و المدني في نفس الوقت ، بحيث يستفيد الأول و الثاني من بعضهما بصورة تبادلية و في نفس الوقت، و يقصد بحماية النظام القانوني الوظيفة الحديثة للنظام العام طالما أن أغلب القواعد القانونية تتطوي على مصلحة معينة إلى جانب تفرع النظام العام إلى شتى مجالات القانون .

المطلب الثاني

خصائص فكرة النظام العام

فيما يخص مسألة خصائص النظام العام، فسيتم تمييزه و بالضرورة عن أقرب المصطلحات الشبيهة به، و التي سنصادفها حتى في الدراسة الحالية، بحيث سيتم محاولة رسم الحد الفاصل بينه و بين هذه المصطلحات، من جهة، ثم بعد ذلك سيتم الإنفراد بالوقوف على مميزاته الخاصة به، من جهة ثانية .

الفرع الأول

تمييز النظام العام عن المصطلحات الشبيهة

كثيرة هي المصطلحات المتمسك بها على أساس أنها شبيهة أو متصلة بمصطلح النظام العام، و التي عادة ما تتمثل في: الصالح العام، المنفعة العامة، القواعد الآمرة...، و عادة كذلك ما يتم تناولها بصفة موجزة.

و لغرض تمييزها من أجل رسم الحد الفاصل فيما بينها و بين مصطلح النظام العام ظهرت الحاجة إلى ترتيب هذه المصطلحات و ضبطها لما لذلك من آثار قانونية معينة، إذ أن القول بخلاف ذلك يؤدي بنا إلى القول بانعدام الفائدة من تعداد هذه المصطلحات، و عليه ما هي هذه المصطلحات؟، و ما هو الفرق بينها و بين النظام العام؟، ثم ما هي الآثار القانونية التي تترتب عن التمييز بين هذه المصطلحات بما فيها مصطلح النظام العام؟ .

الفقرة الأولى

المصلحة العامة

من أكثر المصطلحات الشبيهة بالنظام العام شيوعاً مصطلح " المصلحة العامة " و مرادفاتها، لاسيما " النفع العام "، " الصالح العام"...، و السبب وراء ذلك يكمن في كون القوانين الوضعية بما فيها القانون الجزائري إلى جانب فقهاء القانون لم يتفقوا على مدلول موحد للنظام العام، بل انصبّت الجهود على إيراد هذه المصطلحات لتقريب فكرة النظام العام إلى الأذهان¹.

أولاً- تعريف المصلحة العامة

المصلحة إسم مصدر الصلاح، أو هي إسم للواحدة من المصالح²، و كل ما فيه نفع سواء بالجنب كتحصيل فائدة أو دفع كإبعاد للضرر، فهو جدير بلقب يسمى مصلحة .

و المصلحة المقصودة هنا، هي المنفعة التي لا تقتصر على شخص معين، و إنما تحقق نفعاً عاماً للناس، بمعنى التي تتناول المجموع لا الأفراد، فإذا كانت تحقق المصلحة لعموم الناس و تضر مجموعة محدودة منهم فلا يؤثر ذلك على التمسك بها على أنها مصلحة عامة، و هذا

¹ عليان عدة، فكرة النظام العام و حرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري و الفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015، صفحة 40، غير منشورة .

² سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، 1973، الطبعة الثانية، القاهرة، 2016، صفحة 23.

معناه إلتقاء الناس من حيث هم أفراد في صالح مشترك، و ليس معناه فائدة يستفيد منها المجموع من حيث هو كل واحد، و هي الفكرة التي تمسك بها العديد من الشراح¹.

أما عن مدلول المصلحة العامة إصطلاحاً، فإنه يتوجب أولاً و قبل كل شيء أن نشير إلى أن فكرة المصلحة العامة هي فكرة أصيلة في الشريعة الإسلامية السمحاء، و أنه لم يتم تناولها كنظرية عند القانونيين إلا في حدود العصر الكلاسيكي (بين القرن السابع و العاشر ميلادي)، أين أدرج المصطلح ضمن المصطلحات القانونية، لينتقل من الجانب النظري المحض إلى الجانب العملي ليكون مصيرها التطور بفعل تبني القانون العام لها عند الغربيين، و بالتالي ف إن ضبط فكرة المصلحة العامة كنظام لم يتم إلا لاحقاً بفضل القانونيين².

¹ عصام بن عبد المحسن الحميدان، أخلاقيات المهنة في الإسلام و تطبيقاتها في أنظمة المملكة العربية السعودية، جامعة الملك فهد للبترول و المعادن، عمادة البحث العلمي، العبيكان، 2010، صفحة 45. سامي السهم، التصوف العقلي في اليهودية و المسيحية و الإسلام، دار الكتاب المصري، القاهرة، 2016، صفحة 259. فؤاد كامل، جلال العشري و عبد الرشيد الصادق، الموسوعة الفلسفية المختصرة، دار القلم للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت/لبنان، 2016، ص76.

² Joseph MAILA, la notion de l'intérêt général dans la pensée musulmane classique, essai historique sur l'intérêt général, Europe, islam et Afrique coloniale, édition Kartal, Paris, 1997, page 143 : « La notion d'intérêt général sera véritablement théorisée par les juriste de l'âge classique qui lui donneront toute sa consistance théorique, l'intégrant dans le corpus jurisprudentiel... » .

و لفكرة المصلحة العامة مدلولان في آن واحد، الأول قانوني و الثاني سياسي¹، فأما مدلولها السياسي فيتمثل في التضحية بمصلحة الفرد لأجل الخير العام و انه بين الجماعات يراعى أكثرها عددا. أما مدلولها القانوني فيتمثل في التحكيم بين المصالح المختلفة، الأمر الذي يمكن معه القول أن المصلحة في هذه الحالة لا تقدر كمًّا و إنما كيفًا، بمعنى انه و على سبيل المثال، لا يشترط أن يكون المرضى أكثر عددا من الأصحاء و لكن قيمة الصحة للفرد و أهمية حياة الإنسان هي المصلحة المقصودة .

ثم بعد ذلك، و أنه لمن بين الإنشغالات المطروحة تتمثل في الفرق بين مختلف المصطلحات التي عادة ما تختلط بالمصلحة العامة، بحيث أول ما يثير الانتباه في هذا الشأن يتمثل في هذا المصطلح باللغة الفرنسية، و التي تحتوي في نفس الوقت على مصطلح *intérêt général* و مصطلح *intérêt public*، إلى جانب *utilité publique* أي المنفعة العامة .

في هذا الصدد، تجدر الإشارة إلى أنه يقصد بمصطلح *intérêt public* مجموع المصالح الفردية، بينما مصطلح *utilité publique* تتجاوز مصالح الأفراد، إلى جانب أن كلا المصطلحين يصبح حاملا لنفس المعنى عند مقابلهما بمصطلح *intérêt général*، فقط أن *l'utilité publique* تستعمل في مجال معين و لها على الرغم من ذلك نفس وظيفة *l'intérêt général*² .

¹ حسن محمد علي حسن البنان، مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير و التطوير، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، 2014، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، صفحة 81 .

² Véronique COQ, nouvelles recherche sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative, logiques juridiques, l'Harmattan, 2015, page 29 : « Dés lors,

interêt général المصلحة العامة يبقى الآن م سألة رسم الحد الفاصل بين المصلحة العامة

و النفع العام intérêt public ، فأما المصلحة العامة فتحدد النتيجة النهائية و التي تتمثل في النظام الأعلى للمجتمع و التي تعلق على مجموع مصالح الأفراد، أما فيما يخص النفع العام فيتعلق الأمر بتفعيل المصلحة العامة عن طريق الإطار القانوني للمجتمع و الذي يحقق أو ينفذ بواسطة مختلف مصالح الدولة¹ .

ثانيا-آثار التمييز بين المصطلحين

من بين العوامل المؤدية إلى التشابه بين مصطلحي النظام العام و المصلحة العامة تتمثل في عدم وقوف كلا الفكرتين عند حد النصوص القانونية، فهناك من المصالح ما تحميها القاعدة القانونية بصيغتها الآمرة أو بنص هذه الأخيرة على اعتبارها من النظام العام صراحة، و هو ما يعرف بالنظام العام النصي .

si les intérêts publics dissimilent les intérêts sectoriels (alliance d'intérêts privés/groupes d'intérêts). Ce n'est pas le cas de l'utilité publique qui procède encore, selon nous, d'une logique transcendantale. Elle dépasse en effet les intérêts particuliers. Comme l'intérêt général, l'utilité publique ne s'assimile jamais totalement à un intérêt particulier ni un intérêt de groupe. ...l'utilité publique est mise sur le même plan que l'intérêt général. Selon les affaires, le juge emploie tantôt l'intérêt général, tantôt l'utilité publique pour les opposés à l'intérêt public. L'utilité publique est donc juste située dans un domaine d'action particulier mais elle a la même fonction que l'intérêt général ici.

¹ Compte rendu du café philo du 26 Octobre 2012 de Bouffement (Val d'Oise), préparé et animé par Catherine Delaunay Haller sur le thème « Qu'est ce que l'intérêt général ؟, publier sur le cite internet : www.cheminphilo.blogspot.com le Dimanche 28 Octobre 2012.

أما المقصود بعدم توقف مصلحة ما عند حد النص القانوني، فيتمثل في القاعدة القانونية التي يعترها الغموض و بالتالي لا يفهم منها إرادة المشرع، بل أكثر من ذلك هناك من المصالح ما يتصف بالطلاق و التي لا يحتويها نص معين، فيأتي دور القضاء في هذه الحالة لتحديد قيمة المصلحة و بالتالي مدى اعتبارها من النظام العام من عدمه، و هو ما يعرف بالنظام العام القضائي .

فإذا كان الأمر واضحاً بالنسبة للقاعدة القانونية الأمرة بصيغتها أو بالنص على اعتبار النص من النظام العام، فإن الأمر ليس كذلك فيما يخص النظام العام القضائي، و بالتالي يطرح التساؤل في هذه الحالة حول الكيفية التي يعمل بها النظام العام في كلتا الحالتين، في حالة غموض النص القانوني و مسألة انعدام هذا الأخير ؟ .

1- حالة غموض النص القانوني

تصدى التشريع لمثل هذه الوضعية ب أن أجاز للقاضي تفسير النص القانوني حسب ضوابط معينة¹، على غرار المشرع الجزائري²، بحيث يبدو في هذه الحالة أن القاضي يُنشأ أحكاماً

¹ محمد الشريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية (دراسة مقارنة بين الفقهين المدني و الإسلامي)، مطبعة وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف، بغداد، 1987، صفحة 26 .

² المادة الأولى من القانون المدني الجزائري: " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها. و إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة" .

جديدة للنظام العام، إلا أنه و في حقيقة الأمر القاضي لا ينشئ هذه الأخيرة، و إنما يثير الظروف التي يتضح من خلالها أن المشرع يعتبر مصلحة ما أنها أساسية¹ .

إلى جانب ذلك، فإن المشرع اعترف للقاضي ب أن النظام العام لا يقف عند حد القاعدة القانونية، فهناك المشرع الفرنسي و من خلال صياغته لنص المادة 1102 في فقرتها الثانية من الأمر 16-131 المتضمن إصلاح قانون العقود، القواعد العامة و إثبات الالتزامات الذي عدل أحكام الكتاب الثالث من القانون المدني الفرنسي²، استعمل عبارة "القواعد المتعلقة بالنظام العام" بدلا من عبارة " القوانين المتعلقة بالنظام العام"، و بالتالي فليق المشرع رخص للقاضي تكييف قاعدة ما على أنها من النظام العام من خلال ممارسته لصلاحياته المتمثلة في تفسير النصوص القانونية³ .

¹ L'illicéité des présentations et ses conséquences (une comparaison entre le droit civil français et allemand), mémoire pour l'obtention du diplôme de science juridique de l'université d'Auvergne, Clermont-Ferrand, par ALEXANDRE Schäfer, année 1994/1995, page 11 : « La doctrine énonce souvent que le juge fait « naître » des dispositions d'ordre public en décidant du caractère incontournable par les volontés individuelles de tel ou tel impératif. Mais au fond, la jurisprudence ne crée par l'ordre public, mais tire, avec plus ou moins de liberté, les conséquences de ce que le législateur lui paraît avoir considéré comme essentiel. Toutefois, il faut que le juge explique pour quoi l'intérêt général a été atteint par l'acte juridique ».

² Article.1102 de l'ordonnance n°2016-131 du 10février2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger au règles qui intéressent l'ordre public ».

³ GOEL Chantepie et MATIHAS Latina, la réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil « hors collection Dalloz », Juin 2016 , page 05 : « La réserve par le seconde alinéa est d'apparence classique qui évoque l'article 06 du

أما فيما يخص المشرع الجزائري، فيظهر من خلال نصوص القانون المدني أنه كان أكثر شمولية مقارنة بنظيره الفرنسي، حيث استعمل لفظ " النظام العام " مجردا من أي وصف كالقواعد أو المبادئ أو نحوها، و ذلك من خلال عدة مواد متفرقة، فابتداء من المحل و السبب، هناك المادة 93 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على بطلان المحل إذا كان مخالفا للنظام العام و الآداب العامة¹، كذلك المادة 97 من نفس القانون التي بدورها تعتبر العقد باطلا إذا كان السبب مخالفا للنظام العام و الآداب العامة²، إلى جانب نصوص قانونية أخرى على غرار نص المادة 24 التي تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي أين لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي إذا كان

code civil. Si cette filiation peut expliquer une formulation jugée parfois imprécise, le texte vise néanmoins un domaine plus large que celui de l'article 6. En effet, les contrats ne peuvent déroger aux « règle » et non aux seules « lois » qui intéressent l'ordre public. Ainsi qu'on l'a souligné, le nouveau texte prend acte de l'existence d'un ordre public qui dépasse les frontières de la loi au sens formel et reconnaît par ce biais l'existence d'un ordre public virtuel ou judiciaire mis en œuvre par la jurisprudence. ...la qualification d'une règle d'ordre public peut cependant être affirmée par le juge dans l'exercice de son pouvoir d'interprétation des textes ».

¹ المادة 93 من القانون المدني الجزائري: " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، كان باطلا بطلانا مطلقا " .

² المادة 97 من القانون المدني الجزائري: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب، كان العقد باطلا " .

مخالفا للنظام العام و الآداب العامة في الجزائر¹، و المادة 344 المتعلقة بالإثبات عن طريق اليمين الحاسمة و التي يمنع المشرع الجزائري توجيهها في واقعة مخالفة للنظام العام² .

و بالتالي، و مقارنة بين المشرع الجزائري و نظيره الفرنسي نلاحظ أن الأول

استعمل مصطلح النظام العام كفكرة عامة و مجردة من دون إلحاقها بوصف معين، مثل ما فعل

المشرع الفرنسي الذي اصطلح على وصف هذه الفكرة بالقواعد المتعلقة بالنظام العام les règles

qui intéressent l'ordre public، و هو موقف مفيد بالنسبة للمشرع الجزائري خاصة في حالة

غياب نص قانوني، و هو ما سيتم التطرق إليه في الحين .

2- حالة غياب النص

من بين أهداف النظام العام حماية المبادئ الأساسية و التي تعتبر حيوية بالنسبة

للمجتمع، و ذلك بموجب مؤشرات تارة عن طريق التشريع، و تارة أخرى عن طريق القضاء³،

و بالمناسبة فيما يخص النظام العام القضائي، فهناك من الحالات ما لا يحتاج فيها القاضي إلى

¹ المادة 24 من القانون المدني الجزائري: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان

مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر...".

² المادة 344 من القانون المدني الجزائري: "لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام...".

³ Michelle CUMYN, les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leurs efficacités, revue juridique Thémis, Faculté de droit, université de Montréal, Québec, (2007) R-J.T, page 19 : « L'ordre public..., est constitué de balises provenant soit de la loi, soit de la jurisprudence ... ».

تفسير نص قانوني معين، بل أكثر من ذلك يمكنه أن لا يستند إلى أي نص قانوني و هو بصدده ممارسته لمهمته المتمثلة في حماية النظام العام .

بالفعل، سبق و أن ذهب إلى ذلك قضاء مجلس الدولة المصري في القضية المقامة ضد وزير الاتصالات و تكنولوجيا المعلومات، و رئيس الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات، و هو الحكم الذي علق عليه المستشار عبد الفتاح أبو الليل نائب رئيس مجلس الدولة و رئيس الدائرة الأولى لفحص الطعون بالمحكمة الإدارية العليا خلال مؤتمر " دور القضاء الإداري في إرساء دولة القانون في مصر و دول الإتحاد الأوروبي " ب أن التشريعات المصرية لم تحدد الحالات التي تستدعي حجب المواقع الالكترونية و أن هذا الفراغ التشريعي لا يخل بحق الحكومة من إلزام مزودي الخدمة بالحجب حينما يكون هناك مساس بالأمن القومي و المصالح العليا للدولة، و ذلك بما تملك الأجهزة من سلطة في مجال الضبط الإداري لحماية النظام العام¹ .

غير أن هذه الصلاحية الممنوحة للقاضي، لا تعني أبدا أن يترك الأمر للتقدير الشخصي للقاضي و إنما يتعين عليه أن يستنبط المبادئ الجوهرية و المصالح العليا السائدة في المجتمع، أي أن يكون تقديره موضوعيا يرتكز أساسا على شعور الجماعة و ليس على الميولات الشخصية، و هو ما يسجل إذا ما تم الرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري التي تشير إلى لزوم تحرر القاضي من إحلال آرائه الخاصة في العدل الاجتماعي و أن الواجب أن

¹ الحكم الصادر بالجلسة المنعقدة يوم 2009/05/12 عن مجلس الدولة المصري (محكمة القضاء الإداري)،

الدائرة الأولى، الدعوى رقم 10355 المقامة من نزار محمود عبد الحميد غراب ضد وزير الاتصالات و تكنولوجيا المعلومات و رئيس الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات، المنشورة ضمن موقع الشبكة العربية لمعلومات حقوق

يطبق مذهباً تدين به الجماعة بأسرها لا مذهباً فردياً خاصاً¹، و هو حيال ذلك خاضع لرقابة المحكمة العليا .

الفقرة الثانية

قواعد البوليس

يعتقد البعض أن التمييز بين قواعد البوليس و النظام العام يهم هذا الأخير في مجال القانون الدولي الخاص فقط، إلا أنه تجدر الإشارة إلى العكس من ذلك لأن هذه الحالة تثار أصلاً عند إعمال فكرة الدفع بالنظام العام *l'exception de l'ordre public*، الذي تسبقه مسألة إعمال قواعد البوليس أين يتم الخلط بينها لما لها من مرجعية وطنية مثلها في ذلك مثل فكرة النظام العام الداخلي، إلى درجة اعتبارهما شيء واحد، و بالتالي يعتبر الظرف الحالي ملائم بامتياز لإثارة مسألة التمييز بين النظام العام و قواعد البوليس، و عليه نطرح التساؤل حول ماهية قواعد البوليس؟ هل هي معرفة بشكل كاف؟ و هل مسألة التمييز بينها و بين النظام العام لها أثر من الناحية العملية؟، و هو ما سيتم محاولة الإجابة عنه فيما يلي .

¹ بوخروبة حمزة، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سطيف 02، السنة الجامعية 2013/2014، غير منشورة، صفحة 22 .

أولاً- تعريف قواعد البوليس و الأمن

قواعد البوليس أو القواعد ذات التطبيق الضروي أو الفوري أو المباشر، فأيا ما

كانت تسميتها يبقى مصدرها واحد و هو نص المادة الثالثة من القانون المدني لنابليون سنة

1804¹، و الذي يقابله نص المادة الخامسة من القانون المدني الجزائري².

و على الرغم من تعدد التعاريف الخاصة بقواعد البوليس، سواء على صعيد الفقه

العربي أو الغربي، إلا أن غالبيتها تنطلق من التعريف المرجعي الشهير للبروفيسور فوسيون

فرانسكاكيس³ :

[Les lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, social ou économique].

على الرغم من كل ذلك، إلا أنه ما يلفت الإنتباه من خلال البحث عن تعريف قواعد

البوليس عند المختصين في شرح القانون المدني لنابليون، نجد هؤلاء يعرفون هذا النوع من القواعد

بطريقة مغايرة تماما، و تؤكد على أن قواعد البوليس و الأمن هي كل القوانين المتعلقة بمادة قانون

¹ Article.3 du code civile français de 1804 : « Les lois de police et de sureté obligent tous ceux qui abritent sur le territoire.

Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française.

Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les français, même résident en pays étrangers ».

² المادة الخامسة من القانون المدني الجزائري: " يخضع كل سكان القطر الجزائري لقوانين الشرطة و الأمن " .

³ مؤلف البروفيسور Phocion Francescakis لسنة 1958 :

« La théorie du renvoi et les conflits du système en droit international privé »

العقوبات¹، و بالتالي فإن أول سؤال يتبادر إلى الأذهان يتمثل في مدى علاقة هذا التعريف الصادر عن معاصري قانون نابليون مع التعاريف الشائعة في عصرنا الحديث؟ .

في بداية الأمر يبدو أن الإجابة على هذا السؤال صعب، إلا أن ذلك سرعان ما يسهل بمجرد الإطلاع على أحد الأعمال الصادرة عن مجلس المداولات الفرنسي لسنة 1804، و الذي تطرق إلى موضوع قواعد البوليس على أنه بالرغم من تعلقها أكثر بمادة القانون العام في مجال الشرطة العامة، إلا أن لها وقع على الشرطة المحلية، و التي تهتم بشكل خاص بالمواطنين²، و هو ما تطرق له أحد الباحثين و لو بشكل عام³ .

بعد ذلك، وطالما أن فكرة النظام العام امتدت إلى مجال القانون الخاص بصفة عامة و القانون المدني بصفة خاصة و يقصد بذلك أول قانون مدني احتضن هذه الفكرة بعد امتدادها، كما

¹ A.Rogran, code civile expliqué par ses motifs, par des exemples, et par la jurisprudence, société belge de librairie, Bruxelles, 1843, page 13 : « Les lois de police et de sureté. Ce sont toutes celles qui font la matière du code pénal, qui réprime les crimes, les délits, les contraventions de police, ect. Protégé par ces lois, l'étranger doit les respecter à son tour » .

² CODE Napoléon, Tome septième, n°100, exposé des motifs de la loi relative à la contrainte par corps en matière civil, par le conseiller d'Etat Bigot, Frimin Didot librairie, 1808, page 379 : « Les lois de police tiennent beaucoup au droit public, la police générale de l'Etat dépend entièrement, la police municipale et rurale intéresse plus particulièrement les citoyens, dont un grand nombre sont destinés ou à la réclamer, ou à l'appliquer » .

<https://books.google.dz>

³ علي الهادي الأسود، العلاقة بين القواعد القانونية ذات التطبيق الضروي (قواعد البوليس و الأمن) و قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية و الشرعية، كلية القانون، جامعة الزاوية، ليبيا، ديسمبر

2015، صفحة 29، منشور ضمن الموقع : www.zu.ly.com

سبق و أن أشرنا، فلين نفس المبدأ الذي كان سائدا فيما يخص مجال القانون العام و المكرس بموجب الفقرة الثانية من المادة 113 من قانون العقوبات الفرنسي لسنة 1810 دائما¹ امتد هو الآخر إلى مجال القانون الخاص في شكل قواعد البوليس و الأمن حرصا على العنصر الوظيفي لفكرة النظام العام، و بالتالي يصبح كل ما يهم النظام العام في مجال القانون الخاص يعتبر في نفس الوقت من قبيل قواعد البوليس²، فور اتصال المسئلة المعتمدة من النظام العام بعنصر أجنبي .

هذه الفكرة سرعان ما يترتب عليها إشكالية عدم القدرة على التمييز بين النظام العام و قواعد البوليس، إلا أنه و بالرجوع إلى المادة الثالثة من القانون الفرنسي، نجدها في الحقيقة تنص على ثلاثة أنواع من القواعد القانونية، فهناك القواعد المتعلقة بحالة الأشخاص و أهليتهم Matière du statut personnel التي تنص عليها الفقرة الثالثة من هذه المادة بقولها:

« Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les français, même résident en pays étrangers » .

إلى جانب القواعد المتعلقة بالعقارات Lois réelles ومنها حتى تلك المملوكة من

طرف الأجانب على الإقليم الفرنسي حسب نص الفقرة الثانية :

1 Article.113/2 du code pénale français de 1810 : « la loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la république... » .

2 Xavier LABBE, introduction générale au droit pour une approche étique, presse universitaire de septentrion, ville neuve d'Ascq, 3eme édition, 2005, page 53 : « En matière civil on dira que tout ce qui concerne l'ordre public, relève des lois de police et de sureté » .

« Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. »

و ما تبقي من قواعد فتعتبر من قبيل قواعد البوليس و الأمن و التي يخضع لها المواطن الأصلي و الأجنبي على حد السواء، عكس النوعين الأولين اللذين يخضعان للقانون الفرنسي وحده¹.

وعليه، يصبح باستطاعتنا تعريف قواعد البوليس على أنها: " قوانين بلد

القاضي المعروض عليه النزاع المتعلق بالنظام العام، باستثناء تلك المتعلقة بحالة الأشخاص و أهليتهم " .

ثانيا- آثار التمييز بين مصطلح النظام العام و قواعد البوليس

الطريقة الأكثر نجاعة لتحديد الآثار القانونية المترتبة على التمييز بين المصطلحين،

تتمثل في حصر هدف كل واحد منهما، الأمر الذي قد يفيد حتى في تجاوز الجدل الفقهي الدائر

حول مسألة اعتبار قواعد البوليس من قبيل النظام العام من عدمه، و طالما أنه سبق و أن تم

التطرق إلى هدف النظام العام من خلال تمييزه عن المصلحة العامة، يبقى فقط أن نحدد هدف

قواعد البوليس .

¹ H.Richolet, principe de droit civil français, tome 1, Vide coq, Paris, 1841, page 56 :

« Nous avons vu qu'indépendamment des lois de police et de sureté, auxquelles l'article.3 soumet les étrangers, la lois française régit aussi leurs immeubles situés en France, tandis que les lois concernant l'état et la capacité des personnes n'obligent que les français.

Ainsi, les lois personnelles, également que les lois réelles, et les lois de police et de sureté, sont obligatoires sans distinction pour les français. L'étranger, au contraire, n'est soumis qu'aux lois de police et de sureté et aux lois réelles établis en France... »

أول انطلاقة تم تسجيلها فيما يخص تحديد هدف قواعد البوليس عند الباحثين الأمريكيين، و السبب الذي لا يختلف فيه اثنان و المتمثل في كون قواعد البوليس تتدخل في مرحلة تحديد القانون الواجب التطبيق خارج مجال تنازع القوانين على عكس النظام العام الذي لا يتدخل إلا لاحقاً، ظهر عند هؤلاء مصطلح جديد يتمثل في " The government Interst " ¹ أو " المصلحة الوطنية " ² .

أما الفقه الفرنسي، فطور هذه النظرية إلى " الهدف الاجتماعي للقانون الوطني " ³، وعليه يتضح جلياً أنه في الوقت الذي يحمي فيه النظام العام مصلحة معينة بالذات، فإن قواعد

¹ Andreas BUCHER, l'ordre public et le but social des lois en droit international privé, recueil des cours, tome 239 de la collection, Académie de droit international de la Haye,, Martinus Nuhoff Publichers, 1993, page 69 : « ...cette considération est comme à la réflexion des plus grand auteur américains, elle a été consacrée de la manière la plus éclatante dans l'expression de "The government Interst ", terme clé..., il faut reconnaitre que leur point de départ, soit l'observation de l'intérêt de l'Etat à l'application ou la non application de ses lois... » .

² حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة مؤتة، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، 1998، صفحة 98. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، سبتمبر 1980، صفحة 144.

³ Andreas BUCHER, Op.cit, page 70 : « Il convient, après avoir identifiée les intérêt étatiques concernés, de comparer les lois en conflit pour déterminer laquelle serait affectée dans sa finalité en cas de non application. Cette approche rappelle la notion de loi du moindre sacrifice, préconisée par Antoine Pillet et combinée avec la règle de la considération du but social de la loi, elle est plus proche, cependant des idées développées par Louis de Winter, qui n'ont pas rencontré l'écho qu'elle aurait mérité » .

البوليس و على العكس من ذلك تحمي مصلحة شاملة و التي تتمثل في " البعد الاجتماعي للقوانين الوطنية"، بمعنى آخر أن هذه القواعد لا تحمي المصلحة المراد تحقيقها من خلال تطبيق نص قانوني من النظام العام، و إنما بحمايتها لهذا النص الذي ينطوي بدوره على مصلحة معينة فهي تحمي البعد الاجتماعي للمنظومة القانونية ككل إنطلاق من هذا النص المعتبر فيما سبق من النظام العام .

الفقرة الثالثة

الآداب العامة

غالبا ما ترد عبارة الآداب العامة جنبا إلى جنب مع مصطلح النظام العام، إلا أنها لم تعرف تعريفا دقيقا يليق بأهميتها، فغالبية المراجع تتفق على بعض التعريفات التي و إن اختلفت في الألفاظ المستعملة فهي تتفق إجمالا على نفس المعنى، فما هي حقيقة الآداب العامة؟، و ما ذا يقصد بهذا المصطلح؟، و ما هي آثار التمييز بينها و بين فكرة النظام العام؟ .

أولا- تعريف الآداب العامة

عرفت الآداب العامة من خلال المراجع العربية على أنها : " الحد الأدنى من القيم الخلقية التي تعارف عليها الناس و التي تعتبر وليدة المعتقدات الموروثة و المتأصلة إلى جانب ما جرى به العرف في مجتمع معين و زمن محدد " ¹، أما عن المراجع الغربية، فعلى الرغم من

¹ هذه المراجع عديدة و متعددة، و عليه سيتم الاكتفاء ببعض منها على سبيل المثال لا الحصر، مع ضرورة تقسيمها

إلى قسمين، يتمثل القسم الأول في المراجع المتعلقة بمجال القانون المدني بصفة عامة و أحكام الالتزام بصفة خاصة، و منها : منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القوانين

تعريفها بصيغة متقاربة إلى حد ما : " العادات و الممارسات الموافقة للأخلاق لمجتمع معين في زمن معين، و التي عادة ما تستمد مما رست عليه الأعراف " ¹، إلا أن نقطة الخلاف بين الفئتين من هذه المراجع تتمثل في اعتماد المراجع العربية على القيم الأخلاقية كمعيار موضوعي، في حين

المدنية العربية و الأجنبية معززة بأراء الفقه و أحكام القضاء، الطبعة الأولى، مكتبة العامة، 2006، صفحة 136 . عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام) ، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، 1981، صفحة 534. محمد بقيق، النظرية العامة للالتزام، التصرف القانوني (نشأة التصرف القانوني - آثار التصرف القانوني)، الطبعة الأولى، مجمع الأطرش للنشر، تونس، 2009، صفحة 56. علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزامات - أحكام الالتزامات) ، الطبعة الأولى، مجمع الأطرش للنشر، تونس، 2015، صفحة 225 اما المراجع العامة، فمنها: حامد سيد محمد حامد، العنف الجنسي ضد المرأة في القانون الدولي (إطلالة موجزة عن مكافحته طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية)، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2016، صفحة 173. فتحي حسين عامر، حرية الإعلام و القانون، الطبعة الأولى، العربي للنشر و التوزيع، القاهرة، مصر، 2012، صفحة 225 . محمد محمود الروبي محمد، الضبط الإداري و دوره في حماية البيئة، دراسة مقارنة، مكتبة القانون و الاقتصاد، الطبعة الأولى، الرياض، 2014. احمد محمد مصطفى نصير، حقوق المرأة وواجباتها (متضمن شرحاً لقانون الأحوال الشخصية للمسلمين و الحقوق المدنية و السياسية للمرأة)، دار النهضة العربية، 2011، صفحة 125 .

¹ أما عن المراجع العربية، فنأخذ منها هي الأخرى على سبيل المثال :

Milingo Ellong Jean Joss, le civisme contractuel en droit de l'OHADA et en droit européen, l'Harmattan, Paris, 2016 page 08 . André STAGUENNEC, le questionnement moral de Nietz she, presses universitaires du Septentrion, Paris, 2005, page 45. Xavier LABBEE, introduction général en droit pour une approche éthique, presses universitaire du Septentrion, 3^{eme} édition, Paris, 2005. ...

المراجع الغربية تعتمد على معيار مادي، و الذي يعرف الآداب العامة، انطلاقا من العادات و نحوها و التي تتطابق مع القيم الأخلاقية و ليس انطلاقا من هذه الأخيرة بحد ذاتها .

إلا أن الأهم في موضوع الآداب العامة يتعدى كل ذلك، فلا يختلف إثنان أن مصطلح Mœurs مستقل بذاته، و أنه بمجرد ارتباطه بمصطلح Bonnes يتصور في الأذهان مباشرة أنه مصطلح قانوني، و بالتالي هل التعريفات المقدمة كافية لتحديد معنى هذا المصطلح؟ أم أنها مجرد تعريفات منهجية خدمة للأبحاث القانونية؟، و في حالة ما إذا كان الجواب بالسلب، فما هو التعريف الذي يخدم المصطلح نفسه و ليس فقط الأبحاث المتخصصة في هذا المجال؟ .

هناك العديد من المراجع التي تفضل إحتواء الأمر في اعتبار الآداب العامة جانبا معنويا للنظام العام، إلا أن حقيقة الأمر تذهب إلى خلاف ذلك و بشهادة محرري المادة السادسة من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804، حيث صرح Portalis¹ بأن كل ما يهم النظام العام لا يشمل الآداب العامة بالضرورة، و العكس من ذلك، كل ما يتعلق بالآداب العامة يهم النظام العام²، و بالتالي يتضح جليا أن هناك دائما ما يتعلق بالآداب العامة و بصورة منفصلة عن النظام العام .

¹ Portalis Jean Etienne Marie, comte, juriste, ministre des cultes, il a été nommé commissaire du gouvernement au conseil des prises et conseiller d'Etat après le coup d'Etat, membre de la commission de rédaction du code civil et c'est lui qui le présente au corps législatif en 1804 . <https://books.google.dz>

² - Esprit du code Napoléon, tiré de la conférence du projet de code civil, dédié à Napoléon Bonaparte, imprimerie Impériale, 1805, Paris, page 114 : «, tout ce qui intéresse l'ordre public ne concerne pas toujours les mœurs, tout ce qui concerne les bonnes mœurs intéresse toujours l'ordre public » . <https://books.google.dz>

إذا ما تم البحث عن تاريخ أول ظهور لمصطلح Bonnes Mœurs، نجد أن بداية الأمر كانت مع استحداث مصطلح rite في اللغة الفرنسية للعصور الوسطى و الذي أصله ritus ، و على يد القانونيين الفرنسيين تم استعمال هذا المصطلح الذي لم يكن مستعملاً إلا من طرف الصينيين آنذاك تحت اسم (li)، و ذلك من أجل التعبير على ما يعرف اليوم باسم Mœurs، إلا أنه و قبل ذلك تم التنازل على مصطلح rite لصالح مصطلح آخر و الذي يتمثل في مصطلح coutume، و كلاهما كان يعتبر مصدراً للقاعدة القانونية و ليس هدفاً لها، لتستقر في النهاية اللغة الفرنسية على المصطلحات الثلاثة مع تدرجها من حيث المرتبة : rite و الذي يقصد به السلوك المعتادة و الأجنبية عن المجتمع، ثم تليه coutume و آخر درجة Bonnes Mœurs و التي أصبح يقصد بها السلوكات المعتادة التي لا ترقى إلى مرتبة مصدر للقاعدة القانونية و المشتق من الكلمة اللاتينية Mores، ثم بعد ذلك تم تصدير مصطلح Mœurs إلى باقي اللغات الأجنبية من دون أن يكون له مرادفاً سوى على مستوى اللغة الألمانية (sitten)¹ .

من خلال ما تقدم، يتضح أن مصطلح الأخلاق الحميدة Bonnes Mœurs مصطلح منفصل بذاته عن مصطلح النظام العام، و الذي يمكن تعريفه الآن على أنه فكرة غير قانونية تتضمن التقاليد القديمة المترسخة في نفس المجتمع و ليس أجنبية عنه (rite) ، ليبقى التطرق إلى مسألة رسم الحد الفاصل بين المصطلحين النظام العام و الأخلاق الحميدة؟ و بالتالي تحديد دور هذه الأخيرة؟.

¹ ROBERT Jacob, la coutume, les mœurs et le rite, regards croisés sur les catégories occidentales de la norme non écrite, extrême- orient extrême- occident, 2001, n°23, la coutume et la norme en Chine et au Japon, pp.145-166 .

ثانيا- آثار التمييز بين المصطلحين

نجح التيار المندد بتكريس فكرة الآداب العامة ضمن المادة السادسة من القانون

المدني لنابليون - و التي لم تتغير إلى يومنا هذا -، على الرغم من اعترافهم أنها لا ترقى إلى

منزلة الفكرة القانونية على غرار Portalis كما سبق و أن تم الإشارة إليه، و كانت حجة هذا

الأخير تتمثل في المحافظة على ما ليس من الضروري إفساده، و الذي كان يقصد العادات و التقاليد

المكتسبة للمجتمع الفرنسي و التي تئاثرت بفعل الثورة الفرنسية¹.

لكن السؤال الذي يطرح حياء ذلك، يكمن في ماهية الجدوى من التمسك بفكرة

الآداب العامة إلى درجة اعتبارها مرادفة للنظام العام، و الأقل مرتبة من الفكرة القانونية، و في هذا

السياق هناك من ذهب إلى أن العبرة من ذلك تكمن في تطبيع الأخلاق الحميدة و درئ السيئة

منها²، و أن هذه الأخلاق تمثل العنصر الشخصي للمتعاقدين و المستقل كلية عن القواعد القانونية

التي تبقى الوسيلة الوحيدة لتنظيم العقد³.

¹ Francois chabas, leçon de droit civil, tome 1/premier volume : introduction à l'étude du droit, édition Delta, Paris, 2000, pp.65-84

² ROBERT Jacob, Op.cit, page 153 : « la correction des mauvaises mœurs, la promotion des bonnes, a son doute été une tache de la pastorale avant de devenir un rouage du droit »

³ Ibid, page 154 : « Les mœurs représentent la partie de soi ou d'autrui qui fonctionne indépendamment de la règle, quoique de manière usuelle ; si elle font norme, ce ne peut être qu'une norme de fréquence, non impératif ; c'est au droit qu'il appartient de les régler » .

أما الآن، فيجب الإجابة عن الإنشغال المتمثل في طبيعة هدف الآداب العامة في الوقت الذي يتمثل فيه هدف النظام العام في حماية المصلحة العامة المتمثلة في عدم الإفراط في مبدأ حرية التعاقد، فما هو هدف الآداب العامة ؟ .

في الحقيقة، كل الجهود المبذولة لم تمكن من الإجابة عن هذا الإنشغال، و هذا مرده نذرة المراجع المتخصصة في مجال النظام العام، إلا أنه ما يمكن قوله في هذا السياق، أنه إذا كان النظام العام يشكل قيدا لمبدأ حرية التعاقد، فإن العقد بنشؤه صحيحا يصبح بمثابة القانون بالنسبة للمتعاقدين¹، فإنه و بعد تجاوز حد النظام العام فهناك مسألة التنفيذ التي تعتبر منفصلة من هذا الأخير، الأمر الذي لا يعقل معه إتمام هذه العملية بدون قيد، التي يجب أن يتسم فيه الأطراف بحسن النية و شرف التعامل²، إلى جانب واجب الصدق و التعاون³ .

¹ كمال عبد الواحد الجوهري، قواعد المسؤولية التأديبية و الجنائية و المدنية في مجال تأدية أعمال المحاماة بسبب مخالفة قانون المهمة و الإخلال بواجباتها و تقاليدها و الحط من قدرها، دراسة تطبيقية في التشريع و القضاء في كل من مصر و دولة قطر، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2015، صفحة 344 . بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري (وفق اخر التعديلات التشريعية، و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2015 .

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004، صفحة 511 .

³ علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد و حدودها، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008/2007، صفحة 19 .

المراد بكل هذا، يتمثل في دور الآداب العامة في هذا المقام الذي يتمثل في ضبط عملية تنفيذ العقد، مثلها في ذلك مثل النظام العام الذي يضبط عملية التعاقد، و بالتالي تقوم الآداب العامة مقام النظام العام و العقد الذي هو قانون المتعاقدين أو شريعتهما يقوم مقام القانون .

إلا أنه، ومن باب الإلتزام بإثراء الموضوع، تجدر الإشارة إلى أنه ثبت و أن ظهرت بوادر التخلي عن الآداب العامة في مجال العقود على الأقل، و بالفعل هو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية ممثلة في غرفتها المدنية بتاريخ 2011/11/04¹، هذا الاتجاه الجديد، لم نجد له تفسيراً سوى الإعتقاد بكفاية مبدأ حسن النية المنصوص عليه بموجب الفقرة الثالثة من المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي²، و التي تقابلها في القانون المدني الجزائري المادة 107³ .

¹ Cass.1^{ere} ch.civ,04 nov.2011 : « Qu'en statuant ainsi alors que le contrat proposé par un professionnel, relatif à l'offre de rencontres en vue de la réalisation d'un mariage ou d'une union stable, qui ne se confond pas avec une telle réalisation, n'est pas nul, comme ayant une cause contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, du fait qu'il est conclu par une personne mariée... » . <http://www.legifrance.gouv.fr>

² Article 1134, alinea .3 du code civile français : « ...elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour des causes que la loi autorise, elles doivent être exécutées de bonne foi. » .

³ المادة 107 من القانون المدني الجزائري: " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه و بحسن نية. و لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه حسب مستلزماته وفقاً للقانون و العرف و العدالة بحسب طبيعة الإلتزام... " .

الفرع الثاني

مميزات النظام العام

فيما يتعلق بخصائص النظام العام كفكرة مجردة، دون اتصالها بمجال معين مثل ما هو

الحال في موضوع النظام العام في مجال التحكيم، نجد تباين واضح في طريقة عرض هذه

الخصائص بالنسبة للمراجع العربية مقارنة بالأجنبية منها .

تم ملاحظة أن المراجع العربية تنطرق إلى هذه الخصائص بصفة عامة دون التفصيل

فيها، و معظمها يركز على خاصية النسبية، المرونة و التطور مع جملها في عنوان واحد و إيراد

أمثلة لشرحها بعد الإشارة إلى أن النظام العام في زمن معين يختلف عنه في زمن آخر، و نفس

الشيء بالنسبة للمكان، إذ يشيرون إلى أن النظام العام في دولة معينة يختلف عنه في دولة أخرى،

إلا القليل من المؤلفين العرب و الذين نجدهم خريجي الجامعات الأوروبية، الأمر الذي يجعلهم

متأثرين بالغرب في تناول هذه المسألة¹ .

أما المراجع الغربية، وجدنا أنها تميز بين هذه الخصائص إلى درجة أنها تتفرع عنها

مبادئ أخرى، و التي سيتم التطرق إليها بعد حين، فتميز مثلا بين النسبية من حيث المكان و من

حيث الزمان مع التفصيل فيها. كذلك بالنسبة للمرونة، فتربطها هي الأخرى بظرفي الزمان

و المكان، فبين هذا و ذاك ظهرت الحاجة إلى إعادة التدقيق في هذه الخصائص كل منها على حدة،

مع ضرورة التفصيل في كل خاصية لرفع اللبس الذي يشوبها خاصة إذا ما تعلق الأمر بعنصر

¹ و منهم الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة في مؤلفه " الأصول في التنازع الدولي للقوانين " الصادر عن دار

النهضة العربية بالقاهرة سنة 2008 .

المكان الذي عادة ما يقمنا في مجال القانون الدولي الخاص و الذي يتميز بخصائص معينة خاصة به، سيتم التطرق إليه لاحقاً .

الفقرة الأولى

النسبية

كما تم الإشارة إليه، فإن النظام العام فكرة نسبية تختلف داخل الدولة الواحدة من زمن لآخر، و تختلف في نفس الوقت بين دولة و أخرى، و عليه و جب تسليط الضوء على النسبية من حيث الزمان، ثم بعد ذلك النسبية من حيث المكان، لتقييم مدى اعتبار النسبية ميزة خاصة بالنظام العام كفكرة وطنية ؟ .

أولاً- نسبية النظام العام من حيث الزمان (المرونة)

هناك من يشبه هذه الخاصية بظاهرة المد و الجزر و التي يردو نها إلى الفكرة التي مؤداها أن النظام العام هو الوضع الطبيعي للمجتمع، و عليه و بالضرورة هو متغير و غير ثابت¹، وهو السر وراء كون فكرة النظام العام تستعصي على التجميد أو التثبيت، فما يكون في زمن من النظام العام لا يكون كذلك في زمن آخر داخل نفس النظام القانوني .

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، صفحة 596 .

كذلك، هناك من يعتبر هذا سببا وراء عدم تحديد التشريعات المقارنة لمعنى النظام العام، حتى لا يتقيد به القاضي في أحكامه¹، و هو المجال الذي يواكب فيه هذا الأخير التطور الطارئ في مجتمعه و في هذه الحالة نجد أن النظام العام يعكس مدى تطور قانون هذا الأخير، أو بصورة أخرى يمكن القول أن المصالح المراد حمايتها بموجب النظام العام تواكب و باستمرار تطور المجتمع، إذ لا يمكن تصور أن نكون مثلا بصدد تفاوت بين المجتمع و القانون الذي يسوده، و كخلاصة يمكن القول أنه لا يوجد فائدة من النظام العام إذا لم يكن مرنا².

إن ما سبق عرضه، ليس فقط من أجل شرح مفهوم خاصية النسبية من حيث الزمان

التي يتميز بها النظام العام، و إنما إلى جانب ذلك لإثبات أن هذه النسبية يقصد بها مرونة هذا الأخير مثل ما تم الإشارة إليه في عنوان هذه الفقرة، إذ حتى و لو كان للأمر أثر على النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص و هو ما يعرف بمبدأ عصرية النظام العام l'actualité de l'ordre public الذي سيتم التطرق له لاحقا في إطار النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص، إلا أنه قبل ذلك فهو أمر نابع من طبيعة النظام العام الداخلي أو الوطني .

¹ حسام مرسي، أصول القانون الإداري (التنظيم الإداري، الضبط الإداري و العقود الإدارية)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012، صفحة 188 .

² -Coline Le CAM-MAYOU, l'exception d'ordre public international dans l'application de la loi étrangère et la réception des jugements étrangers (étude comparative en droit français et droit américain, master 2, institut de droit comparé, Université Panthéon, Assas, Paris2, 2012/2013,page 27 : « L'ordre public n'aurait donc aucun sens s'il était une sorte de notion rigide et figée dans le temps, Une société évolue et les valeurs quelle défend avec» .

بالفعل، هو ما سنحاول التطرق له فيما يلي في سياق العرض لنسبية النظام العام من حيث المكان، أين سيتم ملاحظة أن هذه الأخيرة مرتبطة بفكرة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص، و بدورها سنجد أن هذا النوع من النسبية يقصد به مبدأ حصرية تطبيق النظام العام، على عكس النسبية من حيث الزمان و التي يقصد بها مرونة النظام العام، فكيف يكون ذلك ؟ .

ثانيا- نسبية النظام العام من حيث المكان (الحصرية)

بعض النظر عن أشكال الدولة المعروفة، فإنه لا يمكن تصور تطبيق قاعدة من قواعد النظام العام في مكان معين دون آخر تابع لإقليم دولة واحدة، و هو القول نفسه الذي يقودنا إلى ما تم التطرق إليه في سياق النسبية من حيث الزمان، و الذي يتمثل في أن النظام العام وليد مجتمعه، أو بصيغة أخرى أن النظام العام مرتبط بمجتمع معين .

و عليه، و طالما أن الأمر لا يتعلق بمجتمع واحد بل بمجموعة من المجتمعات و التي

تعتبر كلها حرة في تحديد المبادئ التي تركز عليها تحت غطاء النظام العام، فبالضرورة نكون

أمام نسبية النظام العام من حيث المكان أو ما يعرف بحصرية نطاق تطبيق النظام العام

¹ l'exclusivité du domaine d'application de l'ordre public، و التي يترتب عليها فرز

مجموعة من الأنظمة العامة تحت غطاء النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص .

¹ Andreas Busher, Recueil des cours, collected courses of the Hague Academy of international law, Tome 239 de la collection, Martinus Nuhoff Publishers, London, 1933, page 45 : « Mancini avait également observé que les lois d'ordre public touchant à l'ordre étatique, moral et économique, devait avoir un domaine d'application exclusif sur le territoire de tout Etat souverain ... » <https://books.google.dz>.

أمام هذا الوضع، يصبح لدينا الحاجة إلى الدفاع على ما يعرف بـ "سياسة المشرع الوطني" أو "إرادة المشرع الوطني" ¹ في مواجهة توقعات المتقاضين الأجانب الذين يتمتعون بحقوق مكتسبة، و هنا تتعدّد الأمور، بحيث يصبح للنظام العام بعد آخر يتمثل في محاولة إعادة التكيف لهذه الحقوق المكتسبة خارج بلد القاضي على نحو يمكن معه تقبل هذه الأخيرة ضمن مجال إختصاصه، إلا أنه عادة ما يصدق الأمر في حالة العمل بالأثر المخفف للنظام العام فقط، و ليس في حالة العكس، أي حالة حدة النظام العام، و التي عادة ما تتحقق بالنسبة للظواهر الغريبة على النظام القانوني لبلد القاضي، على سبيل المثال: مسألة تعدد الزوجات بالنسبة للغرب و الزواج المثلي بالنسبة للدول المسلمة .

هذه الحالة الأخيرة، تعتبر و بامتياز صورة لمبدأ حصريّة تطبيق النظام العام (نسبية النظام العام من حيث المكان)، و في نفس الوقت تنأى بنفسها عن التشكيك في مدى اعتبار النسبية من حيث المكان من قبيل خصائص النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص، و التي تمتاز بالعصرية l'actualité التي مفادها أن القاضي يأخذ بفكرة النظام العام وقت الفصل في النزاع أو تنفيذ سند أجنبي، كما سيتم التطرق إليه في باب خصائص النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص²، كما تم الإشارة إليه أعلاه، و التي أنشأت لأول مرة بموجب قرار الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 22 مارس 1944¹ Arrêt Chemins de Fer Portugais .

¹Coline Le CAM-MAYOU, Op.cit, page 29 : « La difficulté est d'arbitrer entre la volonté du législateur de protéger certaines valeurs qu'il juge essentielles et les prévisibilités juridiques des justiciables étrangers, ... »

² -Bertrand Ancel, Yves Lequette, les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5è édition, Dalloz, Paris, 2006, page 533 : « La règle de l'actualité

و خلاصة القول، أن خاصية نسبية النظام العام من حيث المكان تضم مبدأين اثنين،
يتمثل المبدأ الأول في حصرية تطبيق النظام العام في بلد قاضي النزاع في حالة حدة النظام العام،
أما المبدأ الثاني فيتمثل في عصرية النظام العام و الذي يعتبر مبدأ من مبادئ القانون الدولي
الخاص.

conduit alors à privilégier l'exception d'ordre public au détriment du règlement normal du
conflit des lois» .

¹ تم الإتصال بمدير مكتبة محكمة النقض الفرنسية و محافظ المكتبات السيد Philippe Galanopoulos عن
طريق البريد الإلكتروني (biblio.courdecassation@justice.fr) يوم الثلاثاء 16 جانفي على الساعة 16:20
من اجل الحصول على نسخة من هذا القرار الذي لم نجد له تفاصيل في مختلف المراجع، فكان رد هذا الأخير في
نفس اليوم و على الساعة 17:10 كما يلي :

« Cher Monsieur,

Nous ne pouvons malheureusement pas répondre à votre demande. La cour de cassation a
cessé de publier les arrêts des chambres civiles durant les années de guerre ;la publication
du bulletin s'arrête ainsi en 1942 et ne reprend qu'en 1947, par ailleurs, nous avons
consulté les recueil Dalloz et Sirey, mais sans résultat. Votre décision n'y apparait pas.

La seul possibilité pour vous d'avoir accès à cet arrêt consisterait à consulter les dossiers
de la Cour de cassation reversés aux Archives nationales après 1940.

Cela me paraît compliqué, mais vous pouvez toujours interroger nos collègues des
archives. Bien cordialement.

كما تم توجيهي من طرف نفس المدير إلى مصلحة الأرشيف على الموقع
[http://www.archives-](http://www.archives-nationales.culture.go)

[nationales.culture.go](http://www.archives-nationales.culture.go)

الفقرة الثانية

العمومية

قبل الخوض في مسألة العمومية التي يتميز بها النظام العام، يجب الإشارة إلى أن تناول العمومية في هذا الموضوع و خاصة من ناحية الإصطلاح من شأنه أن يبرر مستلزمات المنهجية السليمة، و نقصد بذلك مسألة الإكتفاء بتناول تعريف مصطلح "عام" في باب تعريف النظام العام من الناحية اللغوية فقط، لأنه و من مستلزمات المنهجية كذلك ضرورة التطرق إلى صفة العمومية التي يمتاز بها النظام من حيث خصائصه، الأمر الذي لا يمكن تدارك القدر الأدنى من التنسيق بشأنه إلا بتناول تعريف مصطلح " عام " في باب تعريف النظام العام بصفة عامة و من الناحية اللغوية فقط، مع إرجاء تناول مسألة تعريف نفس المصطلح في الموضوع الحالي، لكي لا يتم الإخلال بمنهجية البحث بتناول الموضوع بصفة متكررة من جهة، و من أجل تناوله بصورة سليمة يتحقق معها الإمام بالموضوع على أحسن وجه، من جهة ثانية .

بعد ذلك، و في الوقت الراهن ف إنه من المؤكد أن القارئ يدور بداخله تساؤل حول

طبيعة العلاقة بين مصطلح " عام" و " العمومية "، و في حقيقة الأمر أن هذا التساؤل مرده إلى ترجمة مصطلح *Ordre public* إلى اللغة العربية و الذي من المفروض و وفقا للترجمة الحرفية يعطينا " النظام العمومي " بدلا من " النظام العام " *Ordre général* ، فما هو الفرق بين المصطلحين " عام " و " عمومي " .

أولاً- التمييز بين مصطلح " عام " و " عمومي "

أولاً و قبل كل شيء، ننطلق من محاولة تسليط الضوء على المصطلحين معا " عمومي public " و " عام général " في مجال العلوم القانونية، أين نجد مصطلح " public " يمكن إستعماله كصفة و يمكن استعماله كإسم مذكر، فيوحي في هذه الحالة الأخيرة إلى كل ما هو جمهوري¹، أما استعمال نفس المصطلح كصفة فمن بين استعمالاته مجال النظام إلى جانب كل ما هو أسمى² و أعلى كالنفع العام، المصلحة العامة...، و هو الأمر الذي تمت الإشارة إليه حتى في مجال اللغة العربية و ليس فقط على مستوى اللغة اللاتينية³، و ما نحاول الوصول إليه و بشكل دقيق، هو أن " عام Général " مرادف لمصطلح " عمومي Public "، فقط أن الأمر يصدق إذا ما تعلق بمجال النظام لوحده أو ما شابهه مثل ما هو أسمى و أعلى بالنسبة للمجتمع مثل ما سبق

¹ ELENORA Diamanti, la rue entre la règle et la triche, Presse de l'Université du Québec, 2011, page 196 : « Le terme (public), étymologiquement, vient du mot latin publicus : du peuple, de la collectivité, qui appartient à l'Etat ou à une personne administrative, il s'oppose à (espace) privé, du latin privatus : d'une seule personne, séparée de l'Etat » .

² Gérard CORNU, Vocabulaire juridique, association Henri Capitant, Presses Universitaires de Paris, 1987, page 649 : « 2. Qui est d'ordre * général et supérieur, ex : intérêt public, salut public, sécurité publique. V.*ordre public. Comp. commun, collectif. Ant. Privé, particulier ».

³ NEOMI Lévy-Aksu, Ordre et désordre dans l'Istanbul Ottomane (1879-1909), de l'Etat au quartier, Karthala, 2013, page 44 : « Reinkowski souligne qu'(emniyet) est un terme qui renvoi à (la production technique de sécurité), soit le domaine privilégié d'intervention des forces de police créés par les réformes des (Tanzimat). Nous pouvons ajouter qu'alors qu'(asayis) disigne le plus souvent l'ordre public comme absence de trouble dans la société, (emniyet) fait le plus particulièrement référence à la sécurité des biens et des personnes..., d'où la nécessité de lui accorder le terme (û mû mye) [général" e"], ... » .

و أن تمت الإشارة إليه، إلى جانب القول بأن استعمال مصطلح " النظام العام " كترجمة لمصطلح " Ordre public " بدلا عن مصطلح " Ordre général " أمر سليم لا يؤخذ عليه بأنه خطأ في الترجمة، كل ما في الأمر أنها ترجمة دقيقة من الناحية اللغوية المحضة .

أما عن الفرق بين العام و العموم في اللغة العربية، فلن " العام " اسم فاعل " عم " و هو مشتق من المصدر " العموم "، و حقيقة الأمر أن الخلاف بين المصطلحين خلاف شكلي، لا غير، إذ يشتركان في الدلالة على أصل المعنى و الذي يتمثل في الإحاطة و الشمول، أما أوجه الاختلاف بينهما تتمثل في طريقة استخدامهما¹، وفي ذلك يمكن إيراد المثال التالي: إن كان الحديث يدور حول العام نقول أننا نعني به اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له، أما بصدد العموم نقول عنه بأنه استغراق جميع ما يصلح له، و بصورة أجل نقول في باب وصف النظام على أنه عام و ليس عمومي لأننا بصدد وصف اللفظ، أما إذا أردنا الحديث على دلالاته، نقول أن النظام العام يتسم بالعمومية .

بقي الآن أن نشير إلى أن هذا العرض ليس من باب البحث في معنى المصطلحين

فحسب، و إنما لإثبات أن وصف النظام بالعام راجع لكونه مرتبط بالدولة في علاقتها مع الجمهور²، و أن لهذه الأخيرة في سبيل ذلك وسائل مادية و أدوات فنية (فكرة النظام العام) تستخدمها في أنشطتها من أجل إشباع حاجات و متطلبات أفراد المجتمع الذي تتولى أموره¹.

¹ عادل أحمد عبد الموجود، التوظيف الأصولي للنحو من خلال مباحث صيغ العموم، مرجع سابق، صفحة 23 .

² GILLES Holder, l'Islam ; nouvel espace public en Afrique, Karthala, 2009, page 44 : « La création ou le renforcement de pouvoirs publics locaux interdisent de réduire la signification de ce qualificatif à l'acception qui a longtemps prévalu, selon laquelle

ثانياً- مظاهر عمومية النظام

في البداية كانت هناك صعوبة في التقديم أو التمهيد بما يتناسب مع موضع هذه الفقرة، و يقصد بذلك تشعب فكرة النظام العام، على الأقل بين هذه الفكرة ضمن مجال القانون العام (النظام العام الجماعي) و بينها في مجال القانون الخاص (النظام العام الفردي)، إذ في المجال الأول تكون ذات مظهر مادي (القوة العمومية) فيما يخص النظام العام الكلاسيكي المتمثل في السكنية كحالة مناهضة للفوضى، كما يمكن أن تكون ذات مظهر قانوني كإصدار القرارات، اللوائح و الحظر أو المنع و الترخيص² فيما يخص النظام العام بعناصره الثلاثة: الأمن، الصحة و السكنية العمومية .

كذلك يمكن أن تتخذ فكرة النظام العام مظهراً فنياً³، و يقصد بهذه الحالة حماية و توجيه المصالح العليا أو كما يعرف بالنظام العام الحمائي و التوجيهي، و عادة ما يتم الأمر في مجال

(public) signifie avant tout est ce qui est relatif à l'Etat ». MICHELE Leclerc-Olive, anthropologie des prédatons foncières, entreprises minières et pouvoirs locaux, Editions des archives contemporaines, 2017, page 105 : « En un premier sens, est public ce qui relève de l'Etat, c'est le sens retenu le plus souvent, notamment par Dardot et Laval » .

¹ أشرف إبراهيم سليمان، مبادئ علم الإدارة و العمل الشرطي: دراسة تطبيقية على أعمال الأمن، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2015، ص 20 .

² عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار ربحانة، بدون سنة نشر، صفحة 206-207 .

³ عبد العزيز ابن محمد الصغير، القانون الإداري بين التشريعين المصري و السعودي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2015، صفحة 79 .

القانون الخاص كقانون العمل، التجارة و المنافسة، التأمين ...، و أبعد من ذلك يمكن أن تتخذ فكرة النظام العام مظهرا قضائيا، و يتعلق الأمر في هذه الحالة بالنظام العام الإفتراضي، و ذلك بموجب السلطة التي يتمتع بها القاضي لمواكبة تطور مجتمعه، على العكس من النصوص القانونية التي تعجز عن التكفل بهذه الحالة الأخيرة .

كل هذا من أجل القول أن النظام العام في جميع الأحوال هو ميزة السلطة العامة منفردة، إذ لا يتصور أن تكون لإرادة الفرد دور في ذلك، بل على العكس ف إن موقف الفرد حيال ذلك هو موقف الخضوع و الإمتثال للنظام، حسب الحالة، و الذي يعتبر خاصية الدولة وفقا لما تمت الإشارة إليه، سواء تعلق الأمر بالسلطة التشريعية (القوانين الآمرة) أو بالسلطة التنفيذية (وطنية كانت كرئيس الجمهورية و الوزراء أم محلية كالوالي و المنتخب المحلي)¹، أو سواء تعلق الأمر بالسلطة القضائية (التي لا تساهم في تحقيق النظام العام و حمايته فحسب، بل حتى أنها تراقب هذه السلطات في مهمة فرض النظام العام) .

أكثر من ذلك، فلن مسألة اعتبار فكرة النظام العام مرتبطة بالدولة أو خاصيتها (صفة العمومية)، تشكل ضمانا لتحقيق النظام العام في حد ذاته، إذ أنه لو يتم افتراض عكس ذلك و لو

¹ لا يمكن في أي حال من الأحوال الاعتقاد أن اختصاص المحافظة على النظام العام ذو طابع محلي (سلطات المنتخب المحلي و الوالي في المحافظة على الأمن و السكينة العامة)، بل هو اختصاص موزع بين الهيئات المحلية و السلطات المركزية، فقط أن تنظيم بعض مظاهر السلطة يجعلها من اختصاص السلطات المحلية، و هو ما تطرق له احد الباحثين (هاشم عبد الرحمن الزرعوني) من خلا مذكرته لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص من جامعة عجمان للعلوم و التكنولوجيا بالإمارات العربية المتحدة و الذي نشر دراسته ضمن إصدارات مركز بحوث شرطة الشارقة، 2014، صفحة 36 .

لبرهنة، فإن أول ما يتبادر إلى الأذهان هو أننا سنكون أمام تنازع بين عدة جهات و المفترض أنه منوط بها مهمة حماية المصالح العليا للمجتمع عن طريق النظام العام، و نكون بالتالي أمام نفس الحالة الابتدائية المتمثلة في تضارب الحقوق و الحريات .

المبحث الثاني

مفهوم التحكيم

كما سبق و أن تمت الإشارة إليه سابقا، فإن تناول التحكيم كموضوع مجرد ومستقل لم تنتهي من الخوض فيه البحوث العديدة و المتعددة، و بناءا عليه و طالما أن الأمر فيما يخص البحث الحالي مختلف لإرتباطه في هذه الحالة بفكرة النظام العام، فإنه سيتم التعرض لموضوع التحكيم بالقدر اللازم و الكافي حفاظا على سلامة المنهجية .

من هذا المنطلق، و نظرا لضرورة دراسة مادة ما لا يتم إلا بموجب التطرق إلى تحديد مفهومها، الأمر الذي يشمل على التعريف كمسألة ضرورية، و هو ما سيتم التطرق إليه فيما يلي، أما فيما يخص باقي الجوانب المتعلقة بتحديد ماهية المادة المدروسة، فسيفتصر الأمر على تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، و ذلك لما للأمر من أهمية و علاقة مباشرة بالموضوع الحالي، و يقصد بذلك بأنه سيتم التطرق لبعض المسائل و التي لا يتسنى التفصيل فيها إلا وفقا لهذا المنوال، و هو ما سيثبت لاحقا .

المطلب الأول

تعريف التحكيم

لم تتعرض أغلب الأنظمة القانونية لتعريف التحكيم ، و منها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الذي لم يعط سوى تعريف شرط التحكيم في مادته¹ 1007، و تعريف اتفاق التحكيم في المادة² 1011، و اكتفت هذه الأنظمة بالإشارة إلى عناصره ، و لعل ذلك يفسر بأن معظم هذه التشريعات استوحي من القانون النموذجي للتحكيم³، و الذي لم يعرف المقصود بالتحكيم ، احتراماً منه للتشريعات الوطنية بشأن تحديد مفهوم التحكيم .

و انتهج المشرع الجزائري نفس المنهج، بحيث لم يعط تعريفاً محدداً للتحكيم، بل استعمل لفظ " اتفاقيات التحكيم " بصفة عامة، على أن أدرج ضمنه " شرط التحكيم " و " اتفاق التحكيم " .

1 المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق مناحة بمفهوم المادة 1006 ، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم " .

2 المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض النزاع سبق نشوؤه على التحكيم " .

3 حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، 2004 ، صفحة 40 .

الفرع الأول

تعريف التحكيم في اللغة و الاصطلاح

كما هو مشار إليه في العنوان، فسيتم التطرق إلى كل من تعريف التحكيم من ناحية اللغة، من جهة، و كذلك من ناحية الإصطلاح، من جهة ثانية .

الفقرة الأولى

تعريف التحكيم لغة

التحكيم في اللغة مصدر (حَكَمَ) بتشديد الكاف مع الفتح، و معناها : رجع ، ويقال رجع: أي أحكمه فحكم بمعنى أرجعه فرجع ، و حكم الفرس بمعنى جعل عليه أي منعه و رده¹ . و من معاني التحكيم أيضا التفويض في الحكم، فهو مأخوذ من حكم ، و أحكم فاستحكم، أي صار محكما في ماله " تحكيما " ، إذ جعل إليه الحكم فيه ، فاحتكم على ذلك² . و يقال حَكَمَ فلان في كذا، إذا جعل أمره إليه³، و يقال " حَكَمَهُ " في ماله " تحكيما " إذا جعل إليه الحكم فيه "فاحتكم عليه في ذلك و " تحاكموا " بمعنى " المحاكمة " أي المخاصمة إلى الحاكم¹ .

¹ المنجد في اللغة و الإعلام، دار المشرق، بيروت، الطبعة التاسعة و العشرون، 1988، ص 146 .

² فخر الدين الرازي، مختار الصحاح، دار الجيل، بيروت، 1407 هـ، ص 79 .

³ أبو الحسين احمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده، الإسكندرية، 1366 هـ، الطبعة الثانية، الجزء الثاني تحقيق و ضبط عبد السلام هارون، كتاب الحاء، باب الحاء، صفحة 71 .

وقال ابن منظور " حكموه بينهم أي أمره أن يحكم بينهم "، و يقال حكما فلان فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا² .

الفقرة الثانية

تعريف التحكيم اصطلاحا

ويقصد بذلك المعنى الضيق للتحكيم ، وأن معناه الواسع هو المعنى اللغوي ، ومعناه أنه: " اتفاق أطراف النزاع اتفاقا يجيزه القانون من أجل اختيار بعض الأشخاص للفصل فيه بدلا من القضاء المختص و قبول قراره بشأنه"³ .

و يعتبر هذا التعريف الأكثر شيوعا، و أنه هو المقصود عند الحديث عن التحكيم ، و أن الآية الكريمة الواردة في الخلافات الزوجية⁴، فلا تمثل التحكيم بالمعنى الإصطلاحي كوسيلة اتفاقية لحل النزاع بين الأطراف، وإنما يتعلق الأمر فيها بالصلح بين الزوجين، و بأنه تحكيم توفيقى غير ملزم للأطراف إلا بموافقتهم .

¹ فيروز الأبادي، القاموس المحيط، دار الكتب العلمية، القاهرة ، 817 هـ، ص 84 .

² أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، مرجع سابق، ص 31 .

³ ماجد راغب الحلو- العقود الإدارية و التحكيم - دار الجامعة الجديدة للنشر و التوزيع- 2004- ص 161 .

⁴ الآية 35 من سورة النساء : " و إن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها إن يريدان إصلاحا يوفق الله بينهما ، إن الله كان عليما خبيرا " .

الفرع الثاني

التعريف الفقهي للتحكيم

أما فيما يخص تعريف التحكيم فقها، فسيتم تناول هذا النوع من التعريف عند فقهاء الشرع، من جهة، و عند فقهاء القانون من جهة ثانية .

الفقرة الأولى

تعريف التحكيم شرعا

على الرغم من تعريف التحكيم بصيغ مختلفة إلا أنها تتفق جميعها في المعنى، و ذلك بالإشارة إلى أن هو : " تولية الخصمين حكم للحكم بينهما"¹ .

و جاء في مجلة الأحكام الشرعية في المادة 2091 ، أن التحكيم : " أن يحكم الخصمان رجلا يرتضيانه ليحكم بينهما فينفذ حكمه في كل ما ينفذ فيه حكم القاضي"² .

ومن التعاريف المعاصرة ، أن التحكيم : " أن يحكم الخصمان شخصا آخر لفض النزاع القائم بينهما على هدى حكم الشرع"¹ .

¹ عرف علماء الحنفية التحكيم بأنه تولية الخصمين حكم يحكم بينهما ، كما عرفه علماء المالكية بأنه تولية

الخصمين حكما يرتضيانه ليحكم بينهما ، أما علماء الشافعية فقد عرفوا التحكيم بأنه تولية خصمين حكما صالحا للقضاء ليحكم بينهما ، و عرفه علماء الحنابلة بأنه تولية شخصين حكما للقضاء يرتضيانه للحكم بينهما .

² أحمد بن عبد الله القاري ، مجلة الأحكام الشرعية ، دراسة و تحقيق د.عبد الوهاب أبو سليمان و دمحم إبراهيم

أحمد، دار تهامة، الطبعة الأولى، 1401 هـ .

الفقرة الثانية

تعريف التحكيم عند فقهاء القانون

يعرف التحكيم عند القانونيين بأنه : " الإتفاق الخطي المتضمن إحالة الخلافات القائمة

أو المقبلة على التحكيم"² .

كما عرف بأنه : " الطريق الإجرائي الخصوصي للفصل في نزاع معين بواسطة الغير

بدلاً عن الطريق القضائي العام"³ .

و تم تعريفه كذلك على أنه : " الإتفاق الذي بموجبه تعتزم الأطراف المعنية عدم

اللجوء إلى القاضي و الممثل أمام محكم واحد أو محكمين يختارونهم للفصل في المنازعات التي

تطراً أو قد تطراً بينهم"⁴ .

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته ، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثالثة، 1405هـ، ص756 .

² مهند عزمي أبو مغلي و أمجد حمدان الجهني ، رقابة القضاء على حكم التحكيم في القانون الأردني ، مجلة " الشريعة و القانون "، كلية الشريعة و القانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، العدد الثامن و الثلاثون ، ابريل 2009، ص 272 .

³ محمود السيد التحيوي، أنواع التحكيم و تمييزه عن غيره، الكتاب العربي الحديث، الإسكندرية، 2009، ص 37.

⁴ مصطفى تراري ثاني ، استقلالية اتفاق التحكيم كمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري الدولي المعاصر ، مجلة " دراسات قانونية "، دار القبة للنشر و التوزيع، الوادي، الجزائر، العدد التاسع، ابريل 2003، ص 09 .

و عرف أيضا بأنه : " طريق تهدف إلى إيجاد حل لقضية تخص العلاقات بين شخصين أو أكثر عن طريق محكم أو محكمين يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص بين الأطراف، و يتخذون قرارهم على أساس الاتفاق المذكور دون أن يكونوا مخولين من قبل الدولة بهذه المهمة"¹ .

أما عند الفقه الغربي، فيعرف التحكيم لدى الفقه الفرنسي بأنه: " الحكم في منازعة بواسطة شخص أو عدة أشخاص يتم اختيارهم كأصل عام بواسطة أشخاص آخرين، و ذلك بموجب اتفاق خاص، و ليس بواسطة سلطات الدولة"².

و عرف الأستاذ BERTRAND MOREAU التحكيم بأنه: " عدالة خاصة تسلب المنازعات من الخضوع لولاية القضاء العام، لكي يتم الفصل فيها بواسطة أفراد عهد إليهم بهذه المهمة في واقعة الحال"³.

¹ فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الطبعة الرابعة، 2009، ص 13 .

² FOUCHARD GAILLARD-GOLDMAN on International Commercial Arbitration, Editer par EMMANUEL GAILLARD et JOHN SAVAGE, Publier par Kluwer international, The Netherlands, 1999, page 09: « In France; arbitration is traditionally definided along the folowing lines: Arbitration is a device wherbey the settlement of a question , witch is of interest for two or more persons, is intrusted to one or more other persons who derive powers from a private agreement . Not from the authorities of a state ... ».

³ Arbitrage en droit interne, Fascicule du répertoire de procédure civile Dalloz, Avril2004, page04 : « ...l'institution d'une justice privée grâce a laquelle les litiges sont soustrait aux juridictions de droit commun, pour les circonstances, de la mission de les juger ».

و عليه يمكن القول أن هناك إجماع على اعتبار التحكيم وسيلة لفض المنازعات بناءً على اتفاق الأطراف، الأمر الذي يستمد منه المحكم ولايته، من أجل إصدار حكم حاسم للنزاع .

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للتحكيم

تخضع مسألة الطبيعة القانونية للتحكيم إلى عدة نظريات، و يمكن إجمالها في فئتين، تتمثل الفئة الأولى في النظريات الأحادية، و تتمثل الفئة الثانية في النظريات الثنائية .

الفرع الأول

النظريات الأحادية

تنطوي النظريات الأحادية على نظرية الطبيعة العقدية و نظرية الطبيعة القضائية، و لكل نظرية منها أسانيد خاصة بها .

الفقرة الأولى

نظرية الطبيعة العقدية للتحكيم

يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية، و أن المحكم أو المحكمون ليسوا قضاة، و إنما أفراد يقومون بتنفيذ هذا العقد الذي يستمدون منه سلطتهم، كما أن حكم التحكيم هو الآخر يستمد حجيتّه من اتفاق التحكيم.

أولاً - أسانيد أنصار الطبيعة العقدية للتحكيم

أساس التحكيم اتفاق الأطراف على اللجوء إليه لفض نزاعاتهما، و أن الحكم التحكيمي ما هو إلا نتيجة لتنفيذ هذا الإتفاق¹.

إن الأطراف هم الذين يختارون هيئة التحكيم و إجراءاته، و بالتالي يجب التركيز على الجهة التي منحت هيئة التحكيم هذه المهمة ، و ليس على المهمة التي تقوم بها هذه الأخيرة.

في الإتفاق على التحكيم تنازل عن اللجوء إلى القضاء، و هو ما يستمد منه المحكم سلطته².

يتطلب التحكيم وجود اتفاق بين أطرافه، على عكس القضاء الذي يعتبر حق عام لكل طرف دون الحاجة إلى الحصول على موافقة خصمه.

وظيفة المحكم ليست وظيفة قضائية، لأن المحكم لا يمتلك سلطة الأمر و لا يتمتع بالضمانات التي يتمتع بها القاضي .

¹ محمود السيد عمر التحيوي ، التحكيم في المواد المدنية و التجارية و جوازه في العقود الإدارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، 1999، ص 24 .

² ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 176 .

ثانياً- الآثار المترتبة على الأخذ بالطبيعة التعاقدية للتحكيم

إن مصدر القوة الإلزامية لحكم التحكيم في حالة الأخذ بهذه النظرية يصبح الاتفاق

على التحكيم، و هو ما يخول المحكم سلطة الحكم بناء على إرادة الأطراف .

كما أن و في نفس السياق، يعتبر الأمر كذلك فيما يخص عدم تدخل السلطة القضائية

إلا لمنع المساس بالنظام العام (المراقبة)، أو لمساعدة التحكيم¹ .

إلا أن تعرضت هذه النظرية إلى النقد من طرف أنصار نظرية الطبيعة القضائية

للتحكيم على أن للإرادة نفس الدور في كل من حالة اللجوء إلى القضاء و التحكيم ، فقط أن في

اللجوء إلى التحكيم اتفاق إرادة الأطراف ، و في اللجوء إلى القضاء إرادة احدهم ، مما لا ينفي

الطبيعة القضائية لنظام التحكيم .

الفقرة الثانية

نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم

يستند أنصار هذه نظرية الطبيعة العقدية للتحكيم على مهمة المحكم، و ليس على اتفاق

التحكيم ذاته، لأن التحكيم يبدأ بعقد و ينتهي بحكم، و أن هذا الحكم هو عمل من عمل القضاء

و ذلك إضافة إلى كيفية حل النزاع و الإجراءات المتبعة في ذلك .

¹ علاء محي الدين مصطفى أبو احمد ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية (دراسة مقارنة) ، دار

الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2008، ص 36 .

أولا - أسانيد أنصار الطبيعة القضائية للتحكيم

العمل الذي يقوم به المحكم هو نفسه العمل الذي يقوم به القاضي، و الذي يتمثل في الفصل في النزاع الأمر الذي ينتهي بحكم وهو ما لا يعتبر أثرا لاتفاق الأطراف و إنما هو نتيجة حتمية للتوظيفة القضائية¹.

كما يستدل أنصار هذه النظرية بلين إجراءات التحكيم هي إجراءات ذات طبيعة قضائية ، فهي تخضع إلى المبادئ الأساسية للتقاضي، مثل احترام حقوق الدفاع، مبدأ الوجاهية، احترام المواعيد تقديم الأدلة، أما عن إمكانية اختيار الأطراف لإجراءات معينة فهذا لا ينفي أبدا الطابع القضائي للتحكيم، و إنما يعتبر الأمر من قبيل ميزات نظام التحكيم² .

يترتب على صدور الحكم التحكيمي حجية الأمر المقضي فيه مثله في ذلك مثل الحكم القضائي، الأمر الذي يترتب عليه عدم إمكانية النظر في نفس النزاع مرة أخرى ، سواء أمام نفس المحكم أو أمام محكم آخر ، أو سواء أمام القضاء .

تنفيذ حكم التحكيم بموجب أمر صادر عن المحكمة المختصة لا ينفي الطبيعة القضائية للتحكيم، و هو في ذلك مثل الأحكام القضائية الأجنبية .

و نقطة القوة بالنسبة لأنصار هذه النظرية عدم وجود قضاء دولي و انتشار العديد من هيئات و مراكز التحكيم، و هو ما يؤكد أن التحكيم قضاء للنزاعات الدولية في غياب قضاء دولي.

¹ نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2002، ص 34 .

² علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 41.

ثانيا - الآثار المترتبة على الأخذ بالطبيعة القضائية للتحكيم

من بين أهم الآثار المترتبة على الأخذ بنظرية الطبيعة القضائية للتحكيم، التشابه بين القضاء و التحكيم، و هو أمر صعب الثبوت، بحيث لا يمكن تصور محدودية سلطات القاضي مثل ما هو الحال بالنسبة للمحكم، لاسيما مسألة الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي، و هو ما لا يمكن تصوره بالنسبة لحكم القاضي .

كما تجد هذه النظرية صعوبة في الإلتحاق بالطابع القضائي فيما يخص عدم قدرة المحكم للفصل في جميع المسائل، لاسيما المتعلقة بالنظام العام العام، على عكس القاضي الذي يملك ولاية عامة و شاملة .

لم تسلم هذه النظرية بدورها من النقد، لأن وجود قواعد مشتركة بين نظام التحكيم و نظام القضاء لا يعني التماثل بينهما، و أن الإختلاف بينهما من حيث الوظيفة و الغاية يؤدي إلى إختلافهما في تفاصيل القواعد المشتركة .

الفرع الثاني

النظريات الثنائية

تتمثل النظريات الثنائية في نظريتين، إحداهما تؤكد الطبيعة المختلطة أو المركبة للتحكيم و التي تجمع بين النظريتين العقدية و القضائية، و الثانية تؤكد الطبيعة المستقلة أو الخاصة له .

الفقرة الأولى

النظرية المختلطة

يرى أنصار هذه النظرية أن العيب المشترك في النظريتين السابقتين - العقدية و القضائية- يتمثل في إضفاء صفة واحدة على نظام التحكيم، في حين أنه نظام مختلط يبدأ باتفاق و ينتهي بقضاء الذي يتمثل في الحكم التحكيمي .

أولاً- أسانيد أنصار الطبيعة المختلطة للتحكيم

يرى أنصار نظرية الطبيعة المختلطة أن كل من النظريتين السابقتين لها نصيب من الصواب إلا أن في الأخذ بأحدهما دون الأخرى يؤدي إلى صعوبات كثيرة¹ .
و منهم من يرى أنه في الوقت الذي يبدأ فيه المحكم بالقيام بمهمته و المتمثلة في الفصل في النزاع أو في الوقت الذي يصدر فيه الحكم المنهي لهذا النزاع يتحول حكم التحكيم إلى الطبيعة القضائية، و ذلك بعد اتفاق الأطراف على التحكيم (عقد) .

ثانياً- الآثار المترتبة على النظرية المختلطة

بمجرد التسليم بسلامة نظرية الطبيعة المختلطة للتحكيم، يطرح التساؤل حول نقطة انتقال التحكيم من اتفاق إلى قضاء، هل بمجرد تسلم المحكم لمهامه؟ أم إلى غاية صدور الحكم ؟ .
فمنهم من يرى أنه بصدور أمر التنفيذ من المحكمة المختصة يتحول التحكيم من طبيعته العقدية إلى الطبيعة القضائية و يتحول حكم التحكيم إلى حكم قضائي، و منهم من يرى أنه

¹ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 44 .

في الوقت الذي يبدأ فيه المحكم بالقيام بمهمته و المتمثلة في الفصل في النزاع أو في الوقت الذي يصدر فيه الحكم المنهي لهذا النزاع يتحول الحكم إلى الطبيعة القضائية .

الفقرة الثانية

النظرية المستقلة

جاءت هذه النظرية نتيجة الانتقادات الموجهة إلى النظرية المختلطة، و يرى أنصارها أن نظام التحكيم ذو طبيعة خاصة، وأنه لا يوجد ما يجبر على ربطه بالعقد أو الحكم القضائي.

أولا - أسانيد النظرية المستقلة

يرى أنصار هذه النظرية أن نظام التحكيم لا يقوم بالضرورة على العقد، و ذلك لوجود التحكيم الإجباري (القانون)، بالإضافة إلى مسألة تعيين المحكمين من قبل المحكمة في حالة عدم تعيينهم من قبل الأطراف .

فاختلاف نظام التحكيم عن نظام القضاء يكمن في تنظيم القضاء بموجب قانون موضوعي و إجرائي عن طريق قواعد قانونية، أما في التحكيم يترك الأمر إلى أطراف النزاع أو المحكمين لتحديد إجراءاته .

كما تختلف أحكام التحكيم عن أحكام القضاء من حيث الآثار خاصة القوة التنفيذية، لأن حكم التحكيم لا يكتسب هذه القوة إلا بعد صدور أمر بذلك من المحكمة المختصة.

ثانيا - الآثار المترتبة على النظرية المستقلة

لا تفسر طبيعة نظام التحكيم بفكرة العقد أو القضاء أو الفكرتين معاً، وإنما للتحكيم طبيعة خاصة به لما يتميز به من خصائص تميزه عن العقد و الحكم القضائي، و أن صدور الحكم مروراً بإجراءات قضائية، يقتضيها طبيعة نظام التحكيم نفسه باعتباره وسيلة لفض المنازعات هو الآخر.

و بين هذا و ذلك فإن التحكيم في حقيقة الأمر ما هو إلا " اتفاق قضائي" بحسب ما إصطلح عليه الدكتوران مصطفى محمد الجمال و عكاشة محمد عبد العال، بمعنى أن الأطراف يتفقون على محكم معين ليخولانه سلطة الفصل في النزاع الناشئ بينهما، و من تم ينتهي عمله بحكم حائز لحجية الأمر المقضي فيه، الأمر الذي لا يتم إلا بالتزام المحكم بالنصوص القانونية المنظمة لعملية التحكيم¹.

¹ مصطفى محمد الجمال و عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، منشورات

الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 1998، ص 49 .

- خلاصة

- لمصطلح نظام في اللغة معنيين، معنى مادي يتمثل في ما ينظم فيه الشيء، و آخر معنوي و يقصد به الهدي و السيرة، و هو ما يعتبر الأقرب إلى المعنى الإصطلاحي .
- أول تطور لفكرة النظام العام يتمثل في انتقال هذه الفكرة من مجال القانون العام إلى مجال القانون الخاص مبدئياً، و بالضبط في مجال الحريات الأساسية، إلى غاية صدور أول تشريع مدني مقنن سنة 1804.
- إن فكرة امتداد النظام العام إلى مجال القانون الخاص حصلت بفضل تطور هذه الفكرة من مفهومها الكلاسيكي المادي إلى فكرة التوازن الإجتماعي.
- يفسر اعتبار القانون المدني كأول مجال وطأته أقدام فكرة النظام العام بالنزعة الثورية التي كانت مغروسة في فكر محرري القانون المدني لنابليون، و التي تجسدت أول مرة لمواجهة مبدأ حرية التعاقد .
- إن فكرة النظام العام في القانون المدني، جاءت نتيجة التيار المناهض لفكرة مكارم الأخلاق التي لا ترقى إلى مستوى الفكرة القانونية، الأمر الذي نتج عنه فرض فكرة النظام العام مقابل ذلك تحت تسمية القوانين الحسنة.
- من بين التطورات التي شهدتها فكرة النظام العام، أنها انتقلت لتشمل مختلف فروع القانون إلى درجة أن هذه الفكرة أصبحت وسيلة لحماية النظام القانوني لمجتمع معين، الأمر الذي أصبح يشكل وظيفة حديثة لفكرة النظام العام إلى جانب الوظيفة الكلاسيكية التي تتمثل في المحافظة على السكينة العامة (النظام العام الجماعي) و تحقيق التوازن الاجتماعي (النظام العام الفردي).

- أكثر المصطلحات الشبيهة بالنظام العام، تتمثل في: المصلحة العامة، الآداب العامة و قواعد البوليس.
- إن تناول فكرة المصلحة العامة لم يتم تناوله عند القانونيين إلا في حدود العصر الكلاسيكي، أي بين القرن السابع و العاشر ميلادي، و أول من تيناها فقهاء القانون العام الغربيين.
- للمصلحة العامة مدلولان، الأول سياسي و يتمثل في التضحية بمصلحة الفرد لأجل النفع العام، أما المدلول القانوني لها فهو التحكيم بين مختلف المصالح.
- من أهم العوامل التي تؤدي إلى التشابه بين مصطلحي النظام و المصلحة العامة، أن كلاهما لا يقف عند حد النصوص القانونية و هو السر وراء اعتماد المشرعين على عبارات أكثر شمولية و اتساعا من عبارة القوانين المتعلقة بالنظام العام، فالمشرع الجزائري اعتمد لفظ " النظام العام " مجردا من اي وصف كالقوانين أو القواعد أو المبادئ و نحو ذلك، أما نظيره الفرنسي فاستعمل عبارة " القواعد المتعلقة بالنظام العام " .
- العلاقة بين المصلحة العامة و النظام العام علاقة تناسبية، و هو السر وراء النظام العام الإفتراضي أو القضائي، و الذي يغطي المصلحة العامة التي لا يحتويها نص قانوني ما، بل أن أسند الأمر للقاضي الذي لا يستند في هذه الحالة على تقديره الشخصي و إنما يستنبط المصالح العليا السائدة في المجتمع مرتكزا على شعور الجماعة بدلا من ميولاته الشخصية.
- على الرغم من تشابه التعريفات المعاصرة لقواعد البوليس، سواء العربية منها أو الغربية، و التي تنطلق من تعريف البروفيسور فوسيون فرانسواكيس، إلا أن محرري القانون المدني لنابليون سنة 1804 (المادة الثالثة منه) عرفوها بشكل مغاير تماما .

- هذه المادة الثالثة تشير في حقيقة الأمر إلى ثلاثة أنواع من القواعد- على عكس المادة الخامسة من القانون المدني الجزائري التي تشير إلى نوع واحد منها فقط و الذي يتمثل في قواعد البوليس- : القواعد المتعلقة بحالة الأشخاص و أهليتهم statut personnel ، القواعد المتعلقة بالعقارات lois réelles و قواعد البوليس و التي تشمل القواعد التي لا تنتمي إلى النوعين السابقين و التي يخضع لها المواطن الفرنسي فقط، على عكس قواعد البوليس التي يخضع لها المواطن الأصلي و الأجنبي على حد سواء .
- في بداية الأمر، ظهرت نظرية " المصلحة الوطنية" كهدف من وراء قواعد البوليس، ثم بعد ذلك تطورت هذه النظرية على يد الفقه الفرنسي إلى نظرية " الهدف أو البعد الإجتماعي للقانون الوطني"، أي و على العكس من النظام العام الذي يحمي مصلحة معينة ينطوي عليها نص قانوني معين، فإن قواعد البوليس تحمي المنظومة القانونية بأكملها، كضمانة لحماية المصالح العليا للمجتمع .
- إن المراجع التي تعتبر الآداب العامة الجانب المعنوي للنظام العام كثيرة و متعددة، إلا أن الواقع خلاف ذلك، و ذلك بشهادة محرري قانون نابوليون، و الذين يعتبرون أنه ليس بالضرورة كل ما يهم النظام العام يشمل الآداب العامة، صف إلى ذلك المرجعية التاريخية لفكرة الآداب العامة التي لا يمكن بناءا على ذلك أن ترتقي إلى مرتبة الفكرة القانونية، و ذلك على الرغم من إتصالها بفكرة النظام العام في العديد من المواضع .
- إذا كان النظام العام، فكرة قانونية وضعت للحد من الإفراط في مبدأ حرية التعاقد، فإن الآداب العامة هي بمثابة نظام عام في إطار مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، أي أن العقد هو القانون و الآداب العامة التي تكفل مسألة حسن التنفيذ هي النظام العام .

- إن أهم خصائص النظام العام كفكرة مجردة عن أي مادة، دون إرتباطها بأي فرع من فروع القانون كالقانون العام و القانون الخاص، تتمثل في : النسبية و العمومية أو الشمولية.
- إن النسبية التي يتميز بها النظام العام يقصد بها مرونة هذا الأخير، و لا يقصد بها عصريته على الرغم من أن كلاهما يندرجان ضمن نفس النوع من النسبية و التي تتمثل في النسبية من حيث الزمان، و أن الأولى تعتبر خاصية النظام العام الداخلي، أما الثانية فتعتبر من خصائص النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص .
- نفس الشيء بالنسبة لنسبية النظام العام الداخلي من حيث المكان، و التي يقصد بها مبدأ حصرية نطاق تطبيق النظام العام و التي تعتبر نابعة عن النظام العام كفكرة وطنية (سياسة المشرع الوطني) ، و التي تقابلها على الصعيد الدولي مبدأ الأثر المخفف للنظام العام الذي يعتبر نابعا من النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص و الذي يمتاز بالعصرية في هذه الحالة .
- فيما يخص صفة العمومية، فإن الفرق الوحيد بين مصطلح "عام" و "عمومي" شكلي، ما عدا ذلك فإنهما يشتركان في الدلالة على أصل المعنى الذي يتمثل في الإحاطة و الشمول، فالعام نعني به اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له، أما العموم فيقصد به استغراق جميع ما يصلح له اللفظ .
- مقتضى ميزة العمومية التي يتصف بها النظام العام، هو ميزة السلطة العامة و ليس للفرد موقف حيال ذلك سوى الخضوع و الإمتثال بدون تمييز، و هو ما يعبر عنه بالشمولية كمقابل لميزة العمومية .

- و بهذا المفهوم صفة العمومية تشكل ضمانة للنظام العام نفسه، فإفترض إرتباط النظام العام بغير الدولة من شأنه أن يؤدي إلى التنازع بين عدة جهات، الأمر الذي يعيدنا إلى حالة الفوضى من جديد .

الفصل الثاني

مفهوم النظام العام في مجال التحكيم

عادة ما يتصل النظام العام من خلال حركته المتمثلة في الإمتداد إلى جل فروع القانون بمادة معينة، و بالتالي لا يمكن أن يتصور أن الأمر يتم من دون أن يكون له أثر، و من بين ذلك اتصاله بمادة التحكيم .

إن تناول ما يجب دراسته في هذه الحالة يتمثل في البحث عن طريقة عمل فكرة النظام العام ضمن مجال التحكيم، الأمر الذي لا يتم إلا بالتطرق إلى تحديد مفهوم دقيق لهذا النوع من النظام العام (النظام العام التحكيمي)، و ذلك حتى يتسنى لنا التطرق إلى تأثير أولاهما على ثانيهما و بشكل دقيق .

إن تناول مفهوم فكرة النظام العام كفكرة مجردة عن أي مادة أو فرع من فروع القانون، ما هي إلا مرحلة ابتدائية، الهدف منها التمكن و التحكم في موضوع النظام العام في مجال التحكيم ، و ذلك بغض النظر عن باقي المجالات .

بالفعل، فبتصور تناول فكرة النظام العام و مفهوم التحكيم، نجد أنه قد تم تناول موضوعين منفصلين في دراسة واحدة، لذا تعتبر مسألة تحديد مفهوم فكرة النظام العام التحكيمي مسألة جوهرية ضمن هذا البحث، بل أكثر من ذلك، تعتبر نقطة الإنعطاف أو التعرّيج إلى موضوعنا الحقيقي .

فبمجرد التساؤل عن ماهية فكرة النظام العام التحكيمي، تعترضنا مجموعة من التساؤلات، أولاهما تتمثل في مسألة مدى احتفاظ فكرة النظام العام بمفهومها المجرد ضمن مجال التحكيم بجميع أنواعه؟، خاصة و أنه كما هو متعارف عليه بأن النظام العام ثلاثة أنواع: نظام عام وطني، في مجال القانون الدولي الخاص و النظام العام عبر الدولي، و بصيغة أخرى، هل فكرة النظام العام تعمل بنفس الطريقة و تلعب نفس الدور الذي تلعبه في حالتها المجردة؟، و هل لها نفس الخصائص و المميزات، كذلك؟ .

قبل الإجابة على كل هذه التساؤلات، يبقى فقط شرح السبب من وراء اختيار الكيفية أو الطريقة التي سيتم اعتمادها في معالجة هذا الشطر من البحث، فبالاختيار بين تقسيم هذا الفصل إلى فكرة النظام العام في مجال التحكيم الداخلي و الدولي، و بين تقسيمه إلى نظام عام و وطني و دولي، يستحسن اختيار التقسيم الأول، و هذا راجع إلى أن التقسيم الثاني يستعصى نوعاً ما على التحكيم فيه.

و يقصد بذلك مسألة اعتبار النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص من قبيل النظام العام الوطني و الدولي في نفس الوقت، ضف إلى ذلك، تفادي مسألة تمييز قواعد البوليس عن قواعد النظام العام الوطني، و هو الموضوع الذي خاضت فيه العديد من المراجع بما في ذلك البحث الحالي على مستوى الباب الأول .

لأجل ذلك، تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، يتمثل أولاهما في تناول مفهوم فكرة النظام العام في مجال التحكيم الداخلي، أما المطلب الثاني فسيخصص لمفهوم فكرة النظام العام في مجال التحكيم الدولي .

المبحث الأول

مفهوم فكرة النظام العام في مجال التحكيم الداخلي

مثل ما رأينا في بداية البحث، سبق و أن تم التطرق إلى تعريف فكرة النظام العام من ناحية اللغة، و من ناحية الإصطلاح، الأمر الذي يترتب عنه الإكتفاء بتناول تعريفها في هذه الحالة من حيث الاصطلاح فقط، و على النحو الذي يحدد لنا الطريقة التي تعمل بها مثل ما هو الحال فيما يخص تحديد تعريفها كمادة مجردة، أي زيادة عن طريقة عمل هذه الفكرة و هي مجردة (كقيد على مبدأ سلطان الإرادة لاعتبار أن التحكيم عقد)، سيتم التطرق إلى وظيفتها في مجال التحكيم .

المطلب الأول

تعريف النظام العام في مجال التحكيم الداخلي

من أجل تكريس المنهج المشار إليه بشأن محاولة تعريف فكرة النظام العام التحكيمي، لاسيما الداخلي، و الذي يتمثل في الإستعانة برصد طريقة عمل هذه الفكرة داخل هذا المجال، فإنه من الضروري التطرق إلى القابلين للتحكيم، الشخصية و الموضوعية .

الفرع الأول

القابلية الشخصية للجوء إلى التحكيم

إن أول مسألة تعترض فكرة النظام العام في مجال التحكيم بصفة عامة، و التحكيم الداخلي بصفة خاصة، تتمثل في مسألة أهلية اللجوء إلى التحكيم أو ما يعرف ب " القابلية الشخصية

للجوء إلى التحكيم " ¹، و مرد ذلك كله مضمون المادتين 1003 و 1004 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم ²، و التي تقابلها المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي الحالي ³، و التي تعتبر أصل القوانين المعاصرة و مرجعها بما في ذلك التشريع الجزائري من خلال المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، أين جمع المشرع الجزائري بين المادتين 1003 و 1004 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم، السالفتي الذكر، ضمن الفقرتين الأولى ⁴.

¹ Hygin Didace AMBOULOU, le droit de l'arbitrage est des institutions de médiation dans l'espace OHADA, l'Harmattan, Paris, 2015, page 34 : « Certain auteur abordent la question de l'aptitude à compromettre sous l'angle de l'arbitrabilité dite (subjective) ».

² Article.1003 de l'ancien code de procédure civil français : « Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition ».

Article. 1004 du même code : « On ne peut compromettre sur les dons et legs d'aliments, logement et vêtement, sur les séparations d'entre mari et femme, divorces, question d'état, ni sur aucune des contestations qui serait sujettes à communication au ministère public » .

³ Article. 2060 du code civil français : « On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivisées locales et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public ».

⁴ المادة 1006 فقرة 01 و 02 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري : " يمكن لكل شخص اللجوء

إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها .

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

الفقرة الأولى

أهلية الأشخاص الطبيعية للجوء إلى التحكيم الداخلي

إن التطرق إلى مسألة أهلية الأشخاص الطبيعية للجوء إلى التحكيم ليس المقصود منها عرض القابلية الشخصية للجوء إلى التحكيم بما للجملة من معنى بقدر ما يقصد منه التطلع للكيفية التي تعمل بها فكرة النظام العام في مجال التحكيم الداخلي، و على وجه الخصوص المقصود من مسألة " حرية التصرف في الحق"، و القضاء على الإزدحام الناجم عن اعتبار ذلك من قبيل أهلية التعاقد، من جهة، أم أهلية التقاضي، من جهة ثانية .

أولا و قبل كل شيء، يجب الإشارة إلى العامل التاريخي، بحيث تعتبر الطبيعة

التعاقدية للتحكيم الأقدم مقارنة بنظيرتها القضائية، بحيث ظهرت إلى الوجود منذ سنة 1812 بموجب القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بباريس في الخامس عشر من شهر جويلية لنفس السنة على لسان وكيل الجمهورية¹ Merlin .

كذلك بالنسبة للفقهاء الحديث، فلن المرجح تغليب الطبيعة التعاقدية للتحكيم على الطبيعة القضائية²، بالإضافة إلى القرينة التي مفادها تبني المادتين المرجع في كل ذلك و المتمثلة في المادة 1003 و 1004 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم بموجب القانون المدني الحالي، هذه

¹ AMOR Zahi, l'Etat et l'arbitrage, OPU, Alger, Publisud, Paris, 1979, page 75 : « C'est la plus ancienne (la thèse de la sentence) puisqu'elle est apparue pour la première fois en 1812 par la voix de Merlin qui s'en en est fait le porte parole devant la cour de cassation ».

² مصطفى ناطق صالح مطلوب، نظام التحكيم التجاري الطارئ، دراسة تأصيلية مقارنة، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر و التوزيع، 2018، صفحة 64 .

المرّة، بموجب تعديلها بالقانون 626-72 المؤرخ في 1972/05/04، و استبدالهما بالمادتين 2059 و 2060.

بالفعل، و كوجهة نظر، ف إن الطبيعة التعاقدية هي المرجحة، و بالتالي المقصود بحرية التصرف في الحق أهلية الأداء و ليس أهلية التقاضي، و يستدل بعدم إمكانية الحديث على قضاء التحكيم من دون الاتفاق عليه¹، و أن المحكم يستمد سلطاته من هذا الاتفاق²، و لا يمكن في هذه الحالة الحديث عن الطبيعة القضائية للتحكيم إلا في وقت لاحق و بعد نشوب النزاع و مباشرة إجراءات التحكيم، أين تخضع أهلية التقاضي لسلطة المحكم³.

¹ هاني أحمد عبد الفتاح، التحكيم في الضمانات المصرفية، دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2018، صفحة 126: حيث يشير الكاتب إلى الطعن رقم 4729 الصادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 2004/06/22، و التي قضت بما يلي : التنظيم القانوني للتحكيم إنما يقوم على رضا الأطراف...فإرادة الأطراف هي التي توجد التحكيم، ... و على ذلك متى تخلف اتفاق التحكيم امتنع القول بقيام التحكيم "... .

² لزهرة بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية و القوانين المقارنة، دار هومه للطباعة و النشر، الجزائر، 2012، صفحة 53 .

³ سلام توفيق حسين منصور، بطلان حكم التحكيم، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، فلسطين، 2010، صفحة 45.

أكثر من ذلك، فإن التحكيم وفقاً للطبيعة التعاقدية يقوم على نفس الأركان التي تقوم عليها سائر العقود، فقط أن المحل في هذه الحالة يتمثل في اتجاه إرادة الأطراف إلى استبعاد طرح النزاع على القضاء و تفويض الأمر للمحكم¹، و التحكيم في ذلك ليس له سوى أن يلزم الأطراف².

و في الأخير، يترتب على هذا الموقف البحث في حالة القصر و عديمي الأهلية

و ناقصوها من جهة، و الحالة الخاصة بإدارة أموال المدين المفلس، من جهة ثانية .

أولاً- القصر، عديمي الأهلية و ناقصوها

تعتبر نقطة الإنطلاق من المادة 78 من القانون المدني فيما يخص المشرع

الجزائري³، و نظيرتها المادة 1145 من القانون المدني الفرنسي⁴، أين يتم الإحالة على قانون

¹ زياد محمد محمود السبعوي، التحكيم التجاري الدولي ما بين الشريعة و القانون، دراسة مقارنة، المرصد القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2014، صفحة 100 .

² Mohamed ZERRIFI, l'arbitrabilité des litiges selon le nouveau code de procédure civile et administrative algérien, mémoire de magistère, université d'Oran, faculté de droit, 2009/2010, page 106 : « La convention d'arbitrage à la différence de l'action en justice, implique un accord de volonté mais, en soi, cet accord, pas plus que l'action, ne modifie pas les droits des parties, il ne fait que les obliger à participer à l'instance »

³ المادة 78 من القانون المدني الجزائري : " كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون "

⁴ Article 1145 du code civil français : « Toutes personnes physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi »

الأسرة الجزائرية فيما يخص التشريع الجزائري¹، و المواد الموالية للمادة 1145 من القانون المدني الفرنسي فيما يخص القانون الفرنسي .

بالفعل، و بمجرد وطأ أرضية قانون الأسرة الجزائري، نجد أن المشرع نظم أحكام النيابة الشرعية من ولاية، وصاية و تقديم²، أما فيما يخص المشرع الفرنسي فتناول أحكام مختلف أنواع النيابة بموجب المواد 435، 465 و الفقرة التاسعة من المادة 494 من قانونه المدني³ .

وهنا تجدر الإشارة إلى الفرق بين النظامين التشريعيين، فيما يخص القاصر المميز، فهي تعتبر نافذة إذا كانت نافعة له، و باطلة إذا كانت ضارة به، و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت دائرة بين النفع و الضرر⁴، أما فيما يخص المشرع الفرنسي، فيجيز هذا

¹ المادة 79 من القانون المدني : " تسري على القصر و على المحجور عليهم و على غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة "

² المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري: " من كان فاقداً للأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانوناً ولي، وصي أو مقدم "

³ Article 1150 du code civil français : « Les actes accomplis par les majeurs protégés sont régis par les articles 435, 465 et 494-9 sans préjudice des articles 1148, 1151, 1352-4 »

⁴ المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري: " من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، و باطلة إذا كانت ضارة به و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت بين النفع و الضرر، و في حالة النزاع يرفع الأمر إلى القاضي "

الأخير التصرفات العادية و البسيطة من طرف القاصر نفسه، شريطة أن تتم وفقا للقواعد المقررة قانوناً¹ .

مما سبق، يتضح أن التحكيم الذي يبرم من طرف القاصر الغير مميز أو فاقد الأهلية بصفة عامة، فهو باطل، إلا في حالة صدوره من طرف من ينوب عنه² ، أما فيما عدا ذلك من مشمولين بالنيابة فيتعلق الأمر بالترخيص أو الإذن من طرف النائب الشرعي أو القضاء، حسب الحالة .

أما بالنسبة للنائب، و يتعلق الأمر في هذه الحالة بناقص الأهلية و عديمها على حد سواء، أين يتعين على هذا الأخير وليا كان، وصيا أم قيما، أن يتمتع بسلطة إبرام اتفاقية التحكيم نيابة عن من يمثله، الأمر الذي يختلف بشأنه التشريعات المقارنة، بحيث تنقسم هذه الأخيرة إلى قسمين، قسم نظم المسألة صراحة و أدرجها ضمن التصرفات التي تستوجب إذن من القاضي، و قسم منها تركها لإذن الولي الشرعي و ترخيصه بعد إدراج الاتفاق على التحكيم ضمن التصرفات الخاضعة لإذن القاضي، على غرار المشرع الجزائري كما سيتبين أدناه .

¹ Article. 1148 du code civil français : « Toutes personnes incapable de contracter peut néanmoins accomplir seule les actes courants autorisés par la loi ou l'usage, prévu qu'ils soient conclus à des conditions normales»

² Hygin Didace AMBOULOU, Op.cit, page 30 : « ..., le mineur non émancipé ne peut à l'évidence conclure lui-même une convention d'arbitrage. Toutefois, sous représentant légal pourra le faire en son nom »

فهناك المشرع المغربي، و الذي يشترط صراحة إذن القاضي فيما يخص إجراء التحكيم في أموال المشمولين بالنيابة، و ذلك بموجب المادة 271 من مدونة الأسرة المغربية¹، و المشرع الإماراتي من خلال المادة 225 من قانونه الخاص بالأحوال الشخصية رقم 98 لسنة 2005².

تجدر الإشارة، إلى أن الإذن المطلوب من القاضي فيما يخص التحكيم المطلوب أو المقبول من النائب الشرعي، يخص فقط الوصي و المقدم دون الولي، بحيث لهذا الأخير اللجوء إلى التحكيم من دون إذن القاضي، و هذا ما أكدته المجلس الأعلى المغربي بموجب قراره الصادر في 1991/05/04 بخصوص المادة 149 من مدونة الأحوال الشخصية، على أنه: " بمقتضى الفصل 149 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية فإن للأب الولاية على شخص القاصر و أمواله، و له التصرف في أموال محجوره و لو بالبيع بالمزاد العلني دون إذن القاضي"، لكن يجب الإشارة كذلك إلى أن الأمر ليس على إطلاقه، فالمادة 241 من نفس المدونة تنص على أنه: " إذا تعدت قيمة أموال المحجور عليه مائتي ألف درهم (200 ألف درهم) أثناء إدارتها، وجب على الولي

¹ المادة 271 من مدونة الأسرة المغربية: " لا يقوم الوصي او المقدم بالتصرفات الآتية، إلا بعد الحصول على

الإذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين:

(3)-تتازل عن حق أو دعوى أو إجراء الصلح أو قبول التحكيم بشأنها .

²- المادة 225 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي: " لا يجوز للوصي القيام بالأعمال التالية، إلا بإذن المحكمة:

(11)-الصلح و التحكيم

إبلاغ القاضي بذلك لفتح ملف النيابة الشرعية، كما يجوز للمحجور أو أمه القيام بنفس الأمر"¹، و هو نفس ما ذهب إليه المشرع العراقي² بموجب المادة 43 في فقرتها الثالثة من قانون رعاية القاصرين رقم 78، في حالة ما قيمته مائة دينار عراقي (100 دينار عراقي)³، و المشرع المصري من خلال المادة 38 من المرسوم رقم 119 لسنة 1952 المتعلق بأحكام الولاية على المال⁴.

¹ تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية، دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة، الجزء الأول، ماهية مصلحة المحضون و ضوابط معاييرها و شروطها، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2008، صفحة 277 .

² أكرم فاضل سعيد قصير، المعين في دراسة التأصيل القانوني لحق الالتجاء إلى الوساطة كحل بديل للنزاعات المدنية و التجارية، المركز العربي للنشر و التوزيع، 2018، صفحة 146 .

³ المادة 43 من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم 78 الصادر بتاريخ 1980/05/05: " لا يجوز للولي أو الوصي أو القيم مباشرة التصرفات التالية إلا بموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة بعد التحقق من مصلحة القاصر في ذلك:

(ثالثاً): الصلح و التحكيم فيما زاد عن 100 دينار عراقي لكل قاصر

⁴ المادة 38 من المرسوم رقم 119 لسنة 1952 المصري المتعلق بأحكام الولاية على المال: " لا يجوز للوصي التبرع بأموال القاصر إلا لأداء واجب إنساني أو عائلي أو إذن من المحكمة بالنسبة للتصرفات التالية :

(2)- الصلح و التحكيم إلا فيما يقل عن 100 جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة

ثانيا-التاجر المفلس

كما هو متعارف عليه، فإن المعاملات التجارية بشكل عام تمتاز بالمرونة التي تتناسب مع طبيعتها بما في ذلك التحفيز على التحكيم، من جهة، كما أنها و في نفس الوقت تتميز بالحزم الملموس من خلال القانون التجاري عادة أو بصفة عامة مجال الأعمال، من جهة ثانية، مثل ما هو الحال فيما يخص تنظيم قواعد الإفلاس و التي قد تشكل عائقا أمام التحكيم .

هذه الوضعية تفنقر إلى الإطار القانوني الذي يمكن معه تحقيق المصالح العامة التي يحملها في طياته كلا النظامين، بحيث نجد سوى القابلية الموضوعية للجوء إلى التحكيم التي تستبعد الإفلاس من مجال التحكيم لإعتباره من المسائل المتعلقة بالنظام العام، و ذلك على غرار المادة 1006 فيما يخص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على سبيل المثال، و المادة 2059 من القانون المدني الفرنسي فيما يخص التشريع الفرنسي، و حتى القوانين التجارية المقارنة و التي لا نجد لها تنظم سوى مسألة أهلية وكيل التفليسة لطلب أو قبول التحكيم بعد فتح الإجراءات الجماعية، و هو ما سيتم التطرق إليه بالتفصيل فيما يلي .

أول مسألة يمكن التطرق إليها تتمثل في منع المفلس من إدارة أمواله و التصرف فيها¹، و حلول وكيل التفليسة محله فيما يخص ممارسة حقوقه و دعاويه مثل ما تنص عليه الفقرة

¹ المادة 244 من القانون التجاري الجزائري : " يترتب بحكم القانون على الحكم بإشهار الإفلاس، و من تاريخه، تخلي المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها، بما فيها الأموال التي قد يكتسبها بأي سبب كان، و مادام في حالة الإفلاس، و يمارس وكيل التفليسة جمع حقوق و دعاوى المفلس المتعلقة بدمته طيلة مدة التفليسة .

على أنه يجوز للمفلس القيام بجميع الأعمال الاحتياطية لصيانة حقوقه و التدخل في الدعاوى التي يخاصم فيها و وكيل التفليسة .

الثانية من ذات المادة 244 المشار إليها في الهامش أدناه، و ذلك بنصها على ما يلي : " و يمارس وكيل التفليسة جميع حقوق و دعاوى المفلس المتعلقة بدمته طيلة مدة التفليسة " و المادة 473 من القانون التجاري الفرنسي :

« Les droits et actions du failli, concernant son patrimoine, sont exercés pendant toute la durée de la faillite par le syndique. »

و في هذا الصدد، تجدر الإشارة إلى القرار الحديث لمحكمة النقض الفرنسية المؤرخ

في 03 ماي 2016 نتيجة الطعن بالنقض المجري من طرف شركة Sony Mobile

Communications ضد شركة Béchret, Thiery, Sénégal, Ghorrias, Société

¹ civile professionnelle، و الذي يقحم في نفس الوقت الحاجزين: القابلية الشخصية و القابلية

و يترتب على الحكم الصادر بالتسوية القضائية اعتبارا من تاريخ أداء المساعدة الجبرية للمدين من طرف وكيل

التفليسة في كافة الأعمال الخاصة بالتصرف في أمواله طبقا للأوضاع المنصوص عليها في المواد 273 إلى 279 "، و المادة 473 من القانون التجاري الفرنسي :

«Le jugement qui prononce la faillite emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le failli de l'administration et de la disposition de ses biens même de ceux qu'il peut acquérir à quelque titre que ce soit, tant qu'il est en état de faillite. Les droits et actions du failli, concernant son patrimoine, sont exercés pendant toute la durée de la faillite par le syndique.

Le jugement qui prononce le règlement judiciaire emporte, à partir de sa date, assistance obligatoire du débiteur par l'administrateur pour tous les actes concernant l'administration et la disposition de ses biens, dans les conditions prévues aux articles 503 à 507 » .

¹ Cass. Ch. com. n°401 F-D, audience publique du 03 mai 2016 :

1/ Alors QU'en vertu du principe compétence- compétence, il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la close compromissoire ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a elle-même constaté que le litige

الموضوعية للجوء إلى التحكيم في مادة الإجراءات الجماعية، الأمر الذي يدفعنا للتساؤل في هذه الحالة عن حدود إمكانية اللجوء إلى التحكيم في هذه المادة، طالما أن هذا القرار وقف على حدود مجال اختصاص المحكم و قاضي الإجراءات الجماعية؟.

لا يمكن الإنطلاق مباشرة في العرض لهذه المسألة إلا بعد الإشارة إلى ضرورة التمييز بين الحالة التي وجد فيها الإتفاق على التحكيم قبل الإفلاس و في تاريخ سابق عن فترة الريبة، الحالة التي يوجد فيها الإتفاق على التحكيم قبل إشهار الإفلاس و أثناء فترة الريبة و حالة وجود إجراءات تحكيمية عند صدور حكم الإفلاس، ووفقا لذلك سيتم التطرق إلى اثر و تأثير الإفلاس باللجوء إلى التحكيم .

opposant les parties découlait du contrat « Général Service Agreement » conclu le 24 mai 2005 et que la clause compromissoire était donc à ce titre susceptible de recevoir application ; qu'en déclarant cependant mal fondé le contredit de compétence formé par la société exposante, la Cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, desquelles découlait l'absence de nullité ou d'inapplicabilité manifeste de la close d'arbitrage, a violé le principe susvisé, ensemble l'article 1448 du code de procédure civil (الاختصاص بالاختصاص) .

2/ ALORS QUE le tribunal de la procédure collective n'a de compétence exclusive que par connaitre des contestations nées de cette procédure ou sur lesquelles celle-ci exerce une influence juridique ; que l'exception de compensation pour dettes connexes, opposée au liquidateur judiciaire qui agit en paiement d'une créance contractuelle née avant le jugement d'ouverture de la procédure collective, les conditions de cette compensation relevant du droit commun des obligations et non du droit spécial des procédure collectives qui est sans influence sur elle ; qu'en retenant cependant en l'espèce que l'appréciation de la régularité de la compensation opérée par la société Sony Mobile Communications AB relevait de la compétence exclusive du tribunal de la procédure collective ? la Cour d'appel a violé, par fausse application, l'article 622-3 du code du commerce ». <https://www.legifrance.gouv.fr>

1- حالة وجود الإتفاق على التحكيم قبل فترة الريبة

يقصد بفترة الريبة، المدة الزمنية الواقعة بين تاريخ توقف التاجر المدين عن الدفع و صدور الحكم بإشهار الإفلاس و الذي يترتب عليه وقف كل دعوى شخصية من طرف أفراد جماعة الدائنين¹، و في هذه الحالة يعتبر اتفاق التحكيم صحيحا و نافذا و يحل وكيل التفليسة محل المدين المفلس، و على الرغم من الرأي المعارض الذي يرى انقضاء اتفاق التحكيم بمجرد صدور حكم الإفلاس² إلا أن هناك القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2015/04/01، و الذي لا يؤكد على صحة المبدأ إيجابيا فقط بل أكثر من ذلك يحدد مجال تدخل المحكم بالضبط، بل أن اعتبر اتفاق التحكيم صحيحا شريطة ألا يمس المحكم بالمبادئ التالية: تساوي الدائنين، إلغاء الإجراءات الفردية و إقحام الأجهزة المختصة، كما أنه يحدد الدين فقط و يحصره³، و هو نفس المبدأ الذي تطرق له الأستاذ مصطفى ناطق مطلوب مستندا على ثلاثة اجتهادات قضائية فرنسية، القرار الصادر في 1982 (Cass.Com.19/07/1982) أين قضت محكمة التمييز الفرنسية بأنه " عندما يستخدم السنديك صلاحية تكملة تنفيذ العقد، يجب أن يقوم بذلك مع كل ما يترتب عليه من حقوق و موجبات ترتبط به، و من بينها البند التحكيمي الملحوظ فيه"، و القرار الصادر في 1984

¹ على سبيل المثال، سنستدل بالمشروع الجزائري و يقصد بذلك نص المادة 225 من القانون التجاري : " لا يترتب إفلاس و لا تسوية قضائية على مجرد التوقف عن الدفع بغير صدور حكم مقرر لذلك " .

² مصطفى ناطق صالح مطلوب، مرجع سابق، صفحة 69.

³ Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile Arrêt du 1/04/2015, N° de pourvoi : 14-14.552 :
« Le fait que le créancier n'ait pas opposé, au moment de la vérification de sa créance, la réalité de la cause compromissaire ne signifie pas qu'il y ait renoncé ».
<http://www.legifrance.gouv.fr>

(Cass.Com.19/07/1982) أين أكدت المحكمة نفس مبدأ وجوب احترام السنديك شروط العقد

و الالتزامات الناشئة عنه و بشكل خاص الالتزام المتعلق بتنفيذ البند التحكيمي¹.

على كل حال هذا المبدأ هو الذي أدى إلى التصالح بين قاعدة إلغاء الدعاوى الفردية المكرسة بموجب القانون التجاري و بين نظام التحكيم، أو ما يعرف بـ *Mutatis Mutandis*²، طالما أن الهدف من منع التقاضي و التحكيم في مادة الإجراءات الجماعية هو توحيد إدارة التفليسة، الأمر الذي يعتبر مضمونا وفقا لهذا النحو .

2- حالة وجود اتفاق تحكيم أبرم قبل شهر الإفلاس و أثناء فترة الريبة

إن هذا الاتفاق في مثل هذه الفترة بالذات لأمر صعب و يثير مشكلة كبيرة، بحيث يعتبر البرزخ بين النظامين: التحكيم و الإجراءات الجماعية، إلى درجة أنه لا يوجد من المؤلفات ما تطرق لهذا الموضوع إلا بالإشارة إلى صعوبة هذه المرحلة .

لذا تجدر الإشارة إلى أنه سيفتقر الأمر في هذه المرحلة إلى الاستدلال بالأحكام القضائية العدلية أو التحكيمية، التي عادة ما نلجأ إليها في إطار الوقوف على التعايش بين النظامين، و أمام وضعية مماثلة لا يسع سوى التركيز جيدا على النصوص القانونية المنظمة لهذه الفترة، عسى أن يستخلص منها ما يفيدنا من الأحكام الخاصة بها .

¹ مصطفى ناطق صالح مطلوب، مرجع سابق، صفحة 70 .

² Ancel Pascal, arbitrage et procédures collectives, Revue d'arbitrage, 1983, page 266, publier sur le site web : www.trans-lex.org: « On applique ici mutatis mutandis les règle qui ont été dégagées à propos des litiges relevant de la compétence d'une juridiction autre que celle chargée de la procédure »

إن التصرفات المنعقدة في مثل هذه المرحلة تنقسم إلى صنفين، التصرفات الباطلة وجوبا و الباطلة جوازا، و هي نقطة تقاطع الموضوعين، التحكيم و الإجراءات الجماعية، و ذلك إذا ما حددنا التصرفات الغير نافذة وجوبا و جوازا مع محاولة تصنيف التحكيم ضمن احدهما، و بالتالي معرفة مدة أحقية المتوقف عن الدفع في إبرام هذا التصرف من عدمه .

أ -التصرفات الغير نافذة وجوبا:

و هي التصرفات الواقعة بين تاريخ التوقف عن الدفع الذي تعينه المحكمة و تاريخ صدور الحكم بالإفلاس أو التسوية القضائية، و يقصد بعدم النفاذ الوجوبي، القضاء بعدم صحة هذه التصرفات من طرف المحكمة دون أن تكون لهذه الأخيرة سلطة تقديرية، و هذه التصرفات عادة ما تكون محددة على سبيل الحصر ضمن التشريعات التجارية المقارنة و الناظمة للإفلاس، فنظمها المشرع الجزائري، على سبيل المثال، ضمن المادة 247 فقرة 101¹ من القانون التجاري، و التي

¹المادة 147 فقرة 01 من القانون التجاري الجزائري: "لا يصح التمسك قبل جماعة الدائنين بما يلي من

التصرفات الصادرة من المدين منذ تاريخ التوقف عن الدفع:

- كافة التصرفات الناقلة للملكية المنقولة أو العقارية بغير عوض .
- كل عقد معاوضة يجاوز فيه التزام المدين بكثير التزام الطرف الآخر .
- كل وفاء مهما كانت كميته لديون غير حالة بتاريخ الحكم المعلن للتوقف عن الدفع .
- كل وفاء لديون حالة بغير الطريق النقدي أو الأوراق التجارية أو بطريق التحويل أو غير ذلك من وسائل الوفاء العادية .
- كل رهن عقاري اتفاقي أو قضائي، و كل حق احتكار أو رهن حيازي يترتب على أموال المدين لديون سبق التعاقد عليه" .

لا يوجد ضمنها اتفاق التحكيم، و بالتالي لا يعتبر هذا الأخير من بين التصرفات الغير نافذة وجوباً، وهي أول ملاحظة يمكن رصدتها إلى غاية هنا، أي أن اتفاق التحكيم الذي يبرمه المتوقف عن الدفع ضمن هذه المرحلة يمكن أن يكون جائزاً، و هو نفس الأمر الحاصل ضمن التشريعات المقارنة عادة¹.

¹ المادة 598 من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 : " لا يجوز التمسك في مواجهة جماعة الدائنين بالتصرفات التالية إذا قام بها المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع و قبل الحكم بإشهار الإفلاس: أ- منع التبرعات أياً كان نوعها ماعدا الهدايا الصغيرة التي يجري عليها العرف . ب- وفاء الديون قبل حلول الأجل أياً كانت كيفية الوفاء، و يعتبر إنشاء مقابلة و فاء ورقة تجارية لم يحل ميعاد استحقاقها في حكم الوفاء قبل حلول الأجل . ج- وفاء الديون الحالة بغير الشيء المنفق عليه، و يعتبر الوفاء بطريق الأوراق التجارية أو النقل المصرفي في حكم الوفاء بالنقود. د- كل رهن أو تامين اتفاقي آخر و كذلك كل اختصاص يقرر على أموال المدين ضماناً لدين سابق على التامين " .

و المادة 477 من القانون التجاري الفرنسي :

« Sont inopposable à la masse, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal, comme étant celle de la cessation de ses paiements, ou dans les quinze jours qui auront précédé cette époque :

- 1-Tous les actes translatifs de propriétés mobilières ou immobilières à titre gratuit ;
- 2-Tous paiements soit en espèce, soit par transport, vente, compensation ou autrement , pour dettes, et, pour dettes échus, tous paiements faits autrement qu'en espèces ou effets de commerces ;
- 3-Toutes hypothèque conventionnelle ou judiciaire et tous droits d'antithèse ou de nantissement constitués sur les biens du débiteur, pour dettes antérieurement contractées »

ب التصرفات الغير نافذة جوازا :

إن القاعدة فيما يخص التصرفات الغير نافذة جوازا، تتمثل في إمكانية الحكم على جميع التصرفات التي يجريها المفسس خلال فترة الريبة، و لا يستثنى من ذلك سوى التصرفات الغير نافذة وجوبا، من جهة، و الأهم من ذلك و من جهة ثانية، الوفاء بالأوراق التجارية و الذي لا يجوز الحكم بعدم نفاذه و لو تم خلال فترة الريبة .

و إن كان هناك متسائل عن السبب من وراء عدم إمكانية الحكم بعدم نفاذ الوفاء بالأوراق التجارية، فإن الأمر على ما يبدو سهل، فبالنسبة للمشرع الجزائري، هناك المادة 250 من خلال فقرتها الأولى و التي تنص على أنه : " إن عدم التمسك المنصوص عليه في المادتين 247 فقرة 03 [المادة 247 فقرة 03: " لا يصح التمسك قبل جماعة الدائنين بما يلي من التصرفات : 3-كل وفاء مهما كانت كفيته لديون غير حالة بتاريخ الحكم المعلن عن التوقف عن الدفع"] و المادة 251 لا يمس صحة وفاء سفتجة أو سند بالأمر أو شيك " .

و إن تمت ارتياب عن المغزى من وراء ذلك، فإن القانون التجاري يجيب على ذلك من خلال مادته 426 بالنسبة للسفتجة، و التي تنص على ما يلي : " يمكن للحامل الرجوع على المظهرين و الساحب و باقي الملزمين:

- في الاستحقاق إذا لم يتم الوفاء .

- و حتى قبل الاستحقاق :

(ب)- في حالة إفلاس المسحوب عليه سواء كان صدر منه قبول أم لا أو توقف عن دفع ديونه و لو لم يثبت بعد بحكم أو بحجز أمواله دون طائل ."

و المادة 467 التي تحيل على الأحكام المتعلقة بالسفينة، لاسيما أحكام الرجوع لعدم الوفاء، بما في ذلك المادة 426 المشار إليها أعلاه¹، أما فيما يخص الشيك، فالأمر راجع لطبيعته، و يقصد بذلك الوفاء به لدى الاطلاع².

و كذلك الأمر بالنسبة للمشرع المصري من خلال المادة 600 من قانون التجارة المصري السالف الذكر، و التي تعتبر الوفاء بالأوراق التجارية صحيحا، فلا يجوز الحكم بعدم نفاذه و لو وقع خلال فترة الرتبة³.

الفقرة الثانية

أهلية الأشخاص المعنوية للجوء إلى التحكيم الداخلي

إن مجال الحديث عن أهلية هذا النوع من الأشخاص للجوء إلى التحكيم الداخلي جد محدود، و ذلك نظرا لعدم ازدهار التحكيم الداخلي بقدر ما هو عليه الحال مقارنة بالتحكيم الدولي

¹ المادة 467 من القانون التجاري الجزائري: " تطبق على السند لأمر الأحكام المتعلقة بالسفينة فيما لا يتعارض مع طبيعته و ذلك في الأحوال التالية:

(4)-الرجوع لعدم الوفاء (المادة 426 إلى 435 و المادة 437 و 438 و 439 و 440)

² المادة 500 فقرة 01 من القانون التجاري: " إن الشيك واجب الوفاء لدى الاطلاع و كل شرط مخالف لذلك يعتبر كأن لم يكن. "

³ المادة 600 من قانون التجارة المصري: " إذا دفعت قيمة ورقة تجارية بعد تاريخ التوقف عن الدفع و قبل الحكم بشهر الإفلاس، فلا يجوز أن يسترد من الحامل ما دفع له، و إنما يلزم الساحب أو من سحب الورقة التجارية لحسابه برد القيمة المدفوعة إذا كان يعلم وقت إنشاء الورقة التجارية بتوقف المفسس عن الدفع، و يقع الالتزام بالرد في حالة السند لأمر على المظهر الأول إذا كان يعلم وقت حصوله على السند بتوقف المفسس عن الدفع .

بصفة عامة، إن لم نقل بانعدام هذه المقارنة، الأمر الذي أدى إلى الشعور بقلّة المراجع و الأبحاث التي تتناول التحكيم الداخلي، و عادة ما يتم الأمر في إطار المقارنة بين النوعين من التحكيم، التحكيم الداخلي و الدولي، و إلفنسبفا و فف إطار القابلفة للتحكيم، مثل ما هو عليه الحال ففما ففص البحث الحالي، و بالتالف سوف لن ففقتصر الأمر على الأحكام المتعلقة بأهلفة الأشخاص المعنوية العامة، و بصفة عامة للجوء إلى التحكيم الداخلي (أولا)، بل سفتم التطرق حتى للأحكام الخاصة بالمؤسسات العمومية الاقتصادية (ثانيا) .

أولا- الأحكام العامة المتعلقة بأهلفة الأشخاص المعنوية العامة للجوء إلى التحكيم

تضمن قانون الإجراءات المدنية الفرنسية القديم الصادر فف 1806/04/14 و الذي دخل ففز التنفيذ فف الفاتح من جانفف من سنة 1807، المادففن اللتان تعتبران الأساس التشريعي لمبدأ حظر التحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام، فنصت المادة 1004 على عدم جواز إبرام اتفاقيات التحكيم فف المنازعات التي ففشترط القانون تبلففها للنبافة العامة¹، أما المادة 83 من نفس القانون فحددت المنازعات التي ففجب إبلاغها للنبافة العامة و هي القضافا التي ففكون أحد أطرافها الدولة أو الدومفن العام أو البلديات أو المؤسسات العامة² .

¹ Article.1004 de l'ancien code de procédure civile français : « On ne peut compromettre ...sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public » .

² Article.83 de l'ancien code de procédure civile français : « Seront communiquées au procureur du roi les causes suivantes : 1°Celles qui concernent l'ordre public, l'état, le domaine, les communes, les établissements publics, les dons et les legs au profit des pauvres ; -2°Celles qui concernent l'état des personnes et les tutelles ; -3°Les déclinatoires sur incompetence.... » .

ثم في وقت لاحق، عدلت المادتين و أدمجتا في نص المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي الحالي الصادر بموجب القانون 1972/626 المؤرخ في 1972/07/05 و المعدل بالقانون 596 الصادر في 1975/07/09، مع الإشارة إلى أن المادتين 1004 و 83 السالفتي الذكر، لم تنص على حظر الأشخاص المعنوية العامة للجوء إلى التحكيم مباشرة و بشكل صريح، و إنما يستشف ذلك من المعنى الإجمالي للمادتين¹.

أما عن السبب وراء هذا الحظر، فيعتبر الفقه أن المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي، تتعلق بالنظام العام و الذي يتدخل في هذه الحالة متمسكا بالسلطة العامة التي تمتاز بها الدولة و الاختصاص الحصري للجهات القضائية الإدارية، و بالتالي الإخلال بمبدأ الفصل بين السلطات².

على الرغم من ذلك، فإن هذه النظريات الفقهية القديمة في فرنسا تم تجاوزها سواء من خلال الواقع القضائي التحكيمي أو التشريعي الوطني، و أن التطور الحديث يوحى إلى خلاف ذلك تماما، و مرد ذلك هو عدم تمتع هذا النوع من الأشخاص المعنوية العامة بحرية التصرف بالحق و الدليل على ذلك هو مبدأ " عدم أهلية الإدارة للجوء إلى التحكيم " و التي تعتبر قاصرة، و حمايتها

¹ قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2009، صفحة 98 .

² Abdul Hamid El Ahdab, l'arbitrage dans les pays arabes, Economica, Paris 1988, page 92 : « Le motif de cette interdiction tient à ce que l'ordre public s'attache actes de la puissance publique et compétence exclusive est attribuée aux tribunaux administratifs pour connaitre du contentieux de l'Etat, des départements et des communes ».

لا تتحقق إلا عبر الوصاية عليها لحماية للصالح العام¹، و هذه الوصايا في مجال التحكيم تمارس عادة بموجب الترخيص بمرسوم، كما هو الحال بالنسبة لبعض المؤسسات العمومية، و موافقة المسؤول المباشر فيما يخص الدولة و الجماعات المحلية، كالوزير، رئيس المجلس الشعبي البلدي، الوالي

إن هذا التحليل، يشكل نقطة البداية للحديث عن إمكانية لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم الداخلي بالنسبة للتشريعات التي لا تجيز ذلك، على غرار المشرع الجزائري، فقط يكفي احترام مبادئ إدارة و التصرف في المال العام الأساسية، و التي تتمثل في الشفافية، المساءلة، القدرة على التنبؤ و المشاركة، إذ على الرغم من أن المواطن هو المصدر الرئيسي لتمويل الإنفاق العام من خلال ما يدفعه من ضرائب، مثلاً، إلا أن ذلك لا يعني عدم اتخاذ القرار المطلوب من طرف السلطة الحاكمة، إذ المطلوب هو الحصول على أكبر قدر ممكن من التوازن بين المصلحة العامة و غالبية مصالح أفراد المجتمع، الأمر الذي يشكل المؤشر الوحيد في اتخاذ القرار المطلوب².

بالفعل، هو الأمر الذي حصل على مستوى بعض التشريعات المقارنة، و التي أجازت للأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم، فهناك المشرع المصري و منذ صدور قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994، و المعدل لاحقاً بالقانون رقم 08 لسنة 2000 و الذي تنص مادته الأولى

¹ جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية و المدنية و التجارية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009، صفحة 91 .

² كمال أمين الوصال، ثقوب و جيوب، دار ابن رشد، القاهرة، 2018، صفحة 73 .

على سريانه على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص و أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية مضيفا بموجب الفقرة الثانية من نفس المادة و المضافة بموجب القانون رقم 09 لسنة 1997 المؤرخ في 13 مايو 1997، بأنه و بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة¹.

كذلك بالنسبة للمشرع اللبناني، أين استدل البعض بالتعديل الجديد الذي أدخل على نص المادة 795 من أصول المحاكمات المدنية لسنة 1985، و نص المادة 28 من نفس المرسوم رقم 4517 في فقرتها التاسعة²، إذ يتضح من تفسير هاتين المادتين أن المشرع اللبناني قد أجاز للدولة و المؤسسات العامة للجوء إلى التحكيم الداخلي بموجبها، و إلا لما كان ثمة داع لبحث كيفية إعطاء الصيغة التنفيذية عندما يكون موضوع التحكيم داخلا في صلاحيات القضاء الإداري و لما كان من داع لتصديق سلطة الوصاية على المقررات المتخذة من قبل المؤسسات العمومية .

ثانيا- الأحكام الخاصة المتعلقة بأهلية المؤسسات العمومية الاقتصادية للجوء إلى

التحكيم الداخلي

أول ما يمكن تسجيله، هو التباين الواضح في تحديد الأشخاص المعنوية العامة المؤهلة للجوء إلى التحكيم فيما بين التشريعات المقارنة، و في الطريقة كذلك، التي بموجبها عالج كل مشرع هذه المسألة.

¹ المادة الأولى من القانون رقم 09 لسنة 1997 المؤرخ في 13 مايو 1997

² جعفر مشيمش، مرجع سابق، صفحة من 52 إلى 53 .

فهناك المشرع الفرنسي مثلاً، و الذي لم يتناول مسألة أهلية لجوء المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري و الصناعي للتحكيم إلا من خلال تعديل المادة 2060 من القانون المدني بموجب القانون الصادر سنة 1975 المشار إليه آنفاً، مستثنياً هذا النوع من المؤسسات من نطاق الحظر بأن نص صراحة هذه المرة على جواز اللجوء إلى التحكيم الداخلي من طرفها، و أقرنها بشرط تمام ذلك بموجب مشاركة تحكيم فقط، دون الشرط.

لكن على الرغم من ذلك، فيأخذ على المشرع الفرنسي بأنه خرق المبدأ الجوهري

المتمثل في:

« SEUL UNE LOI PEUT APPORTER UNE EXCEPTION A CETTE INTERDICTION »¹

أي أن منع الأشخاص المعنوية العامة من اللجوء إلى التحكيم ورد بموجب قانون، و لا يمكن أن يكون هناك استثناء إلا بموجب قانون، لكن و في نفس السياق، و إن كان هذا النقد صائباً، إلا أن المشرع الفرنسي كان من ناحية الواقع العملي ملتزماً بذات المبدأ، فالقوانين التي صدرت بخصوص الترخيص لهذا النوع من المؤسسات للجوء إلى التحكيم، كلها كانت في شكل " قانون"، و نأخذ على سبيل المثال: القانون الصادر في 02 يوليو 1990 الخاص بهيئة البريد و الاتصالات الفرنسية، القانون رقم 660 الصادر في 26 يوليو 1996 فيما يخص شركة فرنسا للاتصالات ...

كذلك هو الشأن بالنسبة للمشرع اللبناني، أجاز للمؤسسات العمومية ذات الطابع

التجاري و الصناعي اللجوء إلى التحكيم الداخلي، فهناك من استدل بقرار مجلس شوري الدولة في لبنان رقم (23) المؤرخ في 1988/2/1 و المادة 762 من قانون أصول المرافعات المدنية

¹ قمر عبد الوهاب، مرجع سابق، صفحة 100 .

البناني¹، على أنه لا يجوز لهذه المؤسسات اللجوء إلى التحكيم الداخلي إلا بموجب نص تشريعي يسمح بذلك، مثل ما هو الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي .

و هناك المشرع التونسي، الذي أجاز بموجب مجلة التحكيم لسنة 1993² اللجوء إلى التحكيم الداخلي من طرف المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري و الصناعي و التي يسميها " المنشآت العمومية "، مميزا إياها عن المؤسسات العمومية التي تكتسي صبغة إدارية، و ذلك باشتراط مصادقة مجلس الإدارة على اتفاق التحكيم بالنسبة للنوع الأول، و ذلك بموجب نص الفصل العاشر من القانون رقم 09 المؤرخ في فيفري 1989 المتعلق بالمساهمات و المنشآت العمومية، أما بالنسبة للنوع الثاني فاشترط بشأنها مصادقة سلطة الإشراف، عملا بالفصل الثالث عشر من نفس القانون³ .

أما فيما يخص المشرع الجزائري، فنجد أن الظاهر من أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية هو اعتماده لتقسيم أهلية الأشخاص المعنوية العامة للجوء إلى التحكيم الداخلي إلى قسمين، القسم الأول و ينص عليه في إطار أحكام الكتاب الرابع المعنون ب " الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية "، الأمر الذي يستنتج منه اعتبار التحكيم قضاء موازي للقضاء

¹ جعفر مشيمش، مرجع سابق، صفحة 56-57 .

² مجلة التحكيم التونسية الصادرة بالقانون رقم 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26/04/1993 .

³ نور الدين الغزواني، بعض الملاحظات حول علاقة أشخاص القانون العام بالتحكيم، الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم، مجلة مركز البحوث و الدراسات، تونس، ديسمبر 1994، الصفحة السادسة .

الإداري، و ذلك بالنسبة للأشخاص المعنوية المنصوص عليها ضمن المادة 800 من نفس القانون، كل هذا في إطار المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية¹ .

إلا انه، و بالإضافة إلى موقف المشرع الجزائري الأخذ بعدم أهلية الأشخاص المعنوية العامة للجوء إلى التحكيم، على خلاف التشريعات المقارنة السالفة الذكر، فان المادة 975 هذه تخص الأشخاص المذكورة ضمن المادة 800 من نفس القانون و على سبيل الحصر، و ليس كل الأشخاص المعنوية العامة .

ينجم على هذا الوضع، التساؤل عن أهلية باقي الأشخاص المعنوية العامة للجوء إلى

التحكيم الداخلي على غرار المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري و الصناعي إلى جانب المؤسسات العمومية الاقتصادية²، لحسن الحظ أنه جاء نص المادة 1006 محتويا الأشخاص المعنوية العامة بصفة عامة و شاملة بما فيه هذا النوع من المؤسسات، و في وضعية مماثلة يحيلنا المشرع الجزائري إلى القوانين المختلفة التي تنظمها، و التي من أهمها المادة 20 من القانون 01-88²، و التي تبيح لهذه المؤسسات التصرف في ممتلكاتها طبقا لقواعد القانون التجاري، و هو

¹ المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه، أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر و في مادة الصفقات العمومية".

² المادة 20 من القانون 01-88 المؤرخ في 12/01/1988، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، المعدل و المتمم : " تكون الممتلكات التابعة لذمة المؤسسة العمومية الاقتصادية قابلة للتنازل عنها و التصرف فيها و حجزها حسب القواعد المعمول بها في التجارة ما عدا جزءا من الأصول الصافية التي تساوي مقابل قيمة الرأسمال التأسيسي للمؤسسة.".

ما يقم الأمر رقم 01-04 المؤرخ في 20/08/2001¹ الذي تنص مادته الرابعة على: " ممتلكات المؤسسات العمومية الاقتصادية قابلة للتنازل عنها و قابلة للتصرف فيها طبقا لقواعد القانون العام و لأحكام هذا الأمر "، و ذلك استثناءا لنص المادة 689 من القانون المدني التي لا تجيز صراحة التصرف في أموال الدولة².

فأهلية المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري و الصناعي للجوء إلى التحكيم الداخلي بالنسبة للمشرع الجزائري، و التي لا تعتبر مؤسسات عمومية اقتصادية EPE بما للكلمة من معنى ضيق³، و هو ما تؤكدته المادة 44 من القانون التوجيهي 88-01 السالف الذكر⁴، و طالما أنها نمط من أنماط المرفقية اللامركزية المصلحية، و التي تقوم بإدارة نشاط أو عدة نشاطات

2 الأمر 01-04 المؤرخ في 20/08/2001 الذي يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييره و خصوصتها، ج.ر عدد47، المتمم بالأمر 08-01 المؤرخ في 28/02/2008، ج.ر عدد 11.

² المادة 689 من القانون المدني الجزائري: " لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم، غير أن القوانين التي تخصص هذه الأموال لإحدى المؤسسات المشار إليها في المادة 688، تحدد شروط إدارتها، و عند الاقتضاء شروط التصرف فيها " .

³ محمد الصغير بعلي، تنظيم القطاع العام في الجزائر و استقلالية المؤسسات، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 1992، صفحة 47 .

⁴ المادة 44 من القانون التوجيهي 88-01: " عندما تتمكن هيئة عمومية من تمويل أعبائها الاستغلالية جزئيا أو كليا عن طريق عائد بيع إنتاج تجاري ينجز طبقا لتعريفه معدة مسبقا و لدفتر الشروط العام الذي يحدد الأعباء و النقييدات التي تعود على عاتق الهيئة و الحقوق و الصلاحيات المرتبطة بها و كذا عند الاقتضاء حقوق و واجبات المستعملين، فإنها تأخذ تسمية " هيئة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري " .

لمرفق عام معين، فلا بد لها من استقلال مالي في تسيير شؤونها، إلا أن هذا الاستقلال غير مطلق، وإنما تقوم بهذا النشاط تحت إشراف و رقابة السلطة المركزية¹، وهو ما يعرف بالوصاية أو الرقابة الإدارية و التي تعتبر عكس الرقابة الرئاسية، أي أنها غير مفترضة بل لابد النص عليها و تمارس في إطار النصوص التي تقرها²، الأمر الذي يشكل السبب الرئيسي وراء اعتماد المشرع الفرنسي اعتماد الترخيص بموجب قانون و في شكل مشاركة تحكيم .

أما فيما يخص المؤسسات العمومية الاقتصادية و التي تعتبر شركات تجارية بحسب مفهوم المادة الثانية من الأمر 04-01 المشار إليه أعلاه³، فيتوجب التطرق إلى الأحكام الخاصة بأهلية الشركات التجارية للجوء إلى التحكيم لاعتبارها إما شركات مساهمة أو شركات ذات مسؤولية محدودة⁴ .

¹ هدى محمد عبد الرحمن السيد، كفاءة الإدارة المحلية في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع، جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، 2018، صفحة 37 .

² سامي حسن نجم الحمداني، الإدارة المحلية و تطبيقاتها و الرقابة عليها، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2014، صفحة 75 .

³ المادة الثانية من الأمر 04-01 : " المؤسسات العمومية الاقتصادية هي شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون للقانون العام، أغلبية رأس المال مباشرة أو غير مباشرة، و هي تخضع للقانون العام" .

⁴ الفقرة الأولى من المادة الخامسة من نفس الأمر: " يخضع انشاء المؤسسات الاقتصادية العمومية و تنظيمها و سيرها لاشكال التي تخضع لها شركة رؤوس الاموال المنصوص عليها في القانون التجاري " .

فمجلس المديرين باعتباره جهاز إدارة شركة المساهمة و على رأسهم المدير الذي له

صلاحية مباشرة التصرفات القانونية باسم و لحساب الشركة، و من تم الحق في إبرام اتفاق

التحكيم¹، إلا أن الأمر يبقى رهين ترخيص صريح من مجلس المراقبة².

أما عن الشركة ذات المسؤولية المحدودة، فيديرها شخص أو عدة أشخاص طبيعيين،

مع امكانية أن يكون المدراء أجنيبين عن الشركة، و هذا كله وفقا لأحكام القانون التجاري، و في

هذا الصدد فإن للمدير اوسع السلطات للتصرف في جميع الظروف باسم الشركة مع مراعاة حدود

سلطات كل مدير على حدى³، شريطة أن يتخذ قرار اللجوء الى التحكيم بموجب انعقاد جمعية من

أحد أو أكثر من الشركاء الذين يمثلون أكثر من نصف رأسمال الشركة، و في حالة عدم اكتمال

¹ Amor Zahi, Op.cit, page 149 : « D'un côté, le gérant d'une société en nom ou d'une société à responsabilité limitée, ainsi que le président directeur général d'une société par action n'est pas propriétaire du patrimoine qu'il gère . C'est un mandataire chargé de gérer...dans cette limite, il a la libre disposition des biens et peut dès lors compromettre au nom de la société. » .

² المادة 654 فقرة 02 من القانون التجاري الجزائري : " غير أن أعمال التصرف كالتنازل عن العقارات و التنازل عن الشركة، و تأسيس الامانات و كذا الكفالات، و الضمانات الاحتياطية أو الضمانات، تكون موضوع ترخيص صريح من مجلس المراقبة...." .

³ المادة 577 فقرة 02 من القانون التجاري: " و في العلاقات مع الغير، للمدير أوسع السلطات للتصرف في جميع الظروف باسم الشركة من دون الإخلال بالسلطات التي يمنحها القانون صراحة للشركاء... " .

النصاب يعاد دعوة الشركاء من جديد، و يصدر القرار باللجوء الى التحكيم في هذه الحالة بأغلبية الأصوات بغض النظر عن مقدار رأس المال¹ .

أخيرا ، تبقى الإشارة إلى مسألة أهلية المؤسسات العمومية الاقتصادية للجوء إلى التحكيم في مجال الصفقات العمومية، أي عندما تكون مكلفة بانجاز عملية ممولة، كليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية، على حسب تعبير نص المادة السادسة المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية² .

¹ المادة 582 من القانون التجاري : "تتخذ القرارات فيس الجمعيات أو خلال الاستشارات الكتابية من واحد أو أكثر من الشركاء الذين يمثلون أكثر من نصف رأس مال الشركة .
و إذا لم تحصل هذه الاغلبية في المداولة الاولى وجب دعوة الشركاء او استشارتهم مرة ثانية حسب الاحوال و تصدر القرارات بأغلبية الاصوات مهما كان مقدار جزء رأس المال الممثل، ما لم ينص القانون الاساسي على شرط يخالف ذلك " .

² المادة الخامسة من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50 الصادرة في 20 سبتمبر 2015: " لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:

-الدولة،

-الجماعات الإقليمية،

-المؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري،

-المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بانجاز عملية ممولة، كليا أو

جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية " .

حيث أن المبدأ الذي يبقى مهيمنا، يتمثل في أحكام المادة 689 من القانون المدني

المشار إليها آنفاً، و الذي يتمثل في عدم جواز التصرف في أموال الدولة، الأمر الذي يعتبر من قبيل النظام العام الداخلي¹، و هو ما يتناسق مع الأحكام المنصوص عليها بموجب قانون الاجراءات المدنية و الادارية، لاسيما المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، السالفة الذكر و التي تنص على مايلي : " لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه، أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر و في مادة الصفقات العمومية " ، إلى جانب المادة 1006 في فقرتها الأخيرة من نفس القانون، و التي تنص على مايلي : " و لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية و في إطار الصفقات العمومية "، أين يتم استنتاج عدم أهلية الأشخاص المعنوية العامة بصفة شاملة، بما في ذلك المؤسسات الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكون " مصالح متعاقدة "، للجوء الى التحكيم، إلا فيما يخص التحكيم الدولي دون الداخلي .

الفرع الثاني

القابلية الموضوعية للجوء إلى التحكيم الداخلي

كما سبق و أن تم التطرق إلى المقصود بأهلية اللجوء إلى التحكيم، فإنه يتوجب كذلك في هذه الحالة ابراز المقصود من العنوان " صلاحية الحق لتسويته بطريق التحكيم "، و التي عادة

¹ على العكس من التحكيم التجاري الدولي أين تعتبر الاشخاص المعنوية العامة مؤهلة للجوء إلى هذا النوع من

التحكيم، و لا تعتبر من قبيل النظام العام الدولي .

ما يصطلح عليها بـ " القابلية الموضوعية للتحكيم"، أو بالصورة المعاكسة لها " عدم القابلية للتحكيم".

لقد تم اختيار هذا العنوان بالضبط، و بهذه الطريقة، لما له من علاقة بالإشكالية التي تعتبر لصيقة ان صح التعبير، بمسألة جواز اللجوء إلى التحكيم لكل من له مطلق التصرف في حقوقه، التي تم تناولها فيما سبق في إطار أهلية اللجوء إلى التحكيم، و التي تعتبر الوجه الثاني لنفس العملة، و يقصد بذلك الحقوق موضوع التصرف فيها .

هذه الإشكالية يمكن طرحها على النحو التالي : " يجوز لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، إذا و بمفهوم المخالفة، فإنه لا يجوز لهؤلاء الأشخاص اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للحقوق التي لا يتمتعون بحق التصرف فيها، و بالتالي، متى تكون هذه الحقوق قابلة للتصرف فيها ؟ .

الفقرة الأولى

حرية التصرف في الحق كميّار للقابلية للتحكيم

إن القدر المتفق عليه في هذه الحالة يتمثل في إمكانية تصرف المؤهل للجوء إلى التحكيم في حقوقه، و ذلك لوجود ارتباط وثيق بين القابلية للتحكيم أو عدم القابلية للتحكيم و بين القابلية للتصرف في الحق، كوجه من أوجه النظام العام¹ .

¹مصطفى جمال و عكاشة عبد العال، مرجع سابق، صفحة 178 .

بحيث، إذا كان النظام العام بمفهوم القواعد القانونية الأمرة، فسيؤدي ذلك حتما إلى منع العديد من الحقوق للجوء إلى التحكيم بشأنها، و ذلك بمجرد النص عليها بموجب قاعدة قانونية أمر، و بالتالي يصبح أمر غير معقول و بمثابة إجحاف بالنسبة لنظام التحكيم، و ما يزيد من حدة الوضع التشريعات الآخذة على المشرع الفرنسي فيما يخص " المسائل المتعلقة بالنظام العام"، بمعنى آخر، تصبح القابلية للتحكيم رهينة القواعد القانونية الأمرة .

أمام هذا الوضع، تحرك الفقه فيما يخص هذه المسألة و سايره في ذلك القضائين العدلي و التحكيمي في ذلك، و تم تجاوز حد النظام العام العام في مرتبته المتدنية و المتمثلة في قواعد النظام العام (القواعد القانونية الأمرة)، و أصبح لا يكفي أن يتعلق الأمر بقواعد النظام العام حتى يتم تقرير عدم القابلية للتحكيم، و ذلك طالما أن للمحكم إمكانية تطبيق هذه القواعد على النزاع المطروح عليه، و القرارات في ذلك عديدة و متعددة، نحاول ان نستدل ببعضها على سبيل المثال لا الحصر، فهناك القرارين الصادرين عن مجلس قضاء باريس المؤرخين في 1989/01/20 و 1989/02/16 التي تؤكد على تجاوز النظام العام كمعيار للقابلية الموضوعية للتحكيم لصالح معيار الإختصاص الحصري لسلطات الدولة¹ .

بالإضافة إلى قرار مجلس قضاء باريس دائما، الصادر بتاريخ 1994/05/20 بقضائها رفض الطعن ببطلان حكم التحكيم الصادر في قضية DANTON DEFENCE الصادر

¹ Mohamed Zerrifi, l'arbitrabilité des litiges selon le nouveau code de procédure civile et administrative algerien, mémoire de magistère, option droit privé, faculté de droit, université d'Oran, 2009/2010, page 16 .

في 1993/11/17 بخصوص صحة عقد في مواجهة قانون الضرائب، و الذي تم القضاء بطلانه من طرف المحكم، أين ذهب مجلس قضاء باريس إلى أن هذا الحكم لم يخرق النظام العام¹ .

كما أنه و في نفس السياق دائماً، تم تطوير هذا المكسب بالنسبة للتحكيم من طرف الفقه، بحيث تم الذهاب إلى أن النظام العام على هذا النحو يصلح لمراقبة تنفيذ أحكام التحكيم فقط² .

لكن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد، و يقصد بذلك الإنتكاسة التي تحدث مباشرة بعد تجاوز النظام العام في الحد المتمثل في " الحقوق القابلة للتصرف فيها "، فالمادة 2060 من القانون المدني الفرنسي استعملت عبارة :

« Dans toutes les matieres qui intéressent l'ordre public » و يقابلها الفقرة الثانية

من المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، أين استعمل المشرع نفس

¹ Ibrahim Fadlalah, les facteurs juridiques de développement de l'arbitrage, recueil des cours, Académie de droit international de la Hay, Martinus Nijhoff Publishers, Tome 249 de la collection (V), 1994, page 411 .

² Martial Koffi Akakpo, la protection de la partie faible dans l'arbitrage OHADA, préface Jean-Batiste Racine, l'Harmattan, Paris, 2018, page 40 : « Au –dela de quelques interventions ciblées, l'ordre public, en raison de la croissance de l'arbitrage, ne joue plus qu'un role résiduel en matiere d'arbitrabilité. Il est davantage utilisé pour le contrôle des sentences, le plus important étant dorénavant que les arbitres n'enfreignent pas une regle fondamentale de la lex arbitri ou de la lex causae .

و في نفس السياق : صبرينة جبايلي، إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية، المنهل، 2018، صفحة 191 .

المبدأ بنصه على : " لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم "، أين يتم الإحالة إلى النظام العام من جديد، فما المقصود بالنظام العام في هذه الحالة ؟¹. تم تفسير هذه الظاهرة التحكيمية، على أنها نتيجة تعلق الأمر بمظاهر السيادة للدولة¹، و هو ما يصطلح عليه عادة بمعيار " الإختصاص الحصري لسلطات الدولة "، لكن من خلال البحث في المراجع العربية أو الغربية منها بخصوص علاقة هذا المعيار بالقابلية الموضوعية للتحكيم، اتضح أن الأمر يفتقر إلى الإطار القانوني الذي ينظم هذه العلاقة .

في البداية و كإجابة مبدئية، فإن تقرير الإختصاص بالنسبة لجهة قضائية معينة، يقصد به اختصاص هذه الجهة في مواجهة جهة قضائية أخرى، و لا يقصد به الجهات القضائية في مواجهة الجهات التحكيمية، أما عن السر من وراء مبدأ الاختصاص الحصري لسلطات الدولة فاتضح أنه يتمثل في حماية ما يعرف ب " القضايا الداخلية " أو « Les affaires domestiques » أو² « Domaines réservé par nature »، كما يصطلح عليه الأنجلوسكسون

¹Paul-Gérard POUGOUE, droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, presse universitaire d'Afrique, 2000, page 69 : « En vérité, les questions sur lesquelles l'exclusion de la compétence de l'arbitre est raisonnable devraient être celles où la souveraineté de l'Etat s'exerce fortement, empêchant qu'on fasse intervenir un juge privé » .

² Pires Céléstin ULIMUBENSHI, l'exception du domaine réservé dans la procédure de la cour internationale, These de doctorat, Université de Genève, I.U.H.E.I, 2003, page 42 : « La notion du domaine réservé est stable et juridique, car elle est fondée sur un critère objectif. En revanche, les clauses en question sont variables, élastiques, sont d'un contenu mouvant, incertain, vague, illimité et ne pouvant offrir de base précise à une exception d'incompétence soulevée par un Etat dans le cadre judiciaire ... Elle sont dès lors difficiles à appréhender juridiquement et ne pouvant être appréciées objectivement par un juge » .

بحيث تركز الأولى على الثانية¹، و عن إيرادها بصيغة " المسائل المتعلقة بالنظام العام العام " فذلك راجع لكون أن هذه المسائل لا يمكن تحديدها على الإطلاق² .

و خلاصة القول، فإن معيار حرية التصرف في الحق يحدد القابلية الموضوعية للتحكيم، وفقا لما سبق و أن تم التطرق إليه أعلاه، أما الحد الأقصى لهذه القابلية فيتمثل في معيار الإختصاص الحصري لسلطات الدولة، أو بالأحرى فإن هذا المعيار و على العكس من سابقه، يشكل معيار لعدم القابلية الموضوعية للتحكيم و هو ما سيتم التطرق إليه بعد حين .

في الأخير، يبقى فقط الإشارة إلى معيار الطابع المالي للنزاع¹ و الذي بمجرد الحديث عليه يتبادر إلى الأذهان المشرع السويسري، هذا الأخير الذي طالما و صف بالليبرالية، إلا أن هذا

¹ N. Politis, le probleme des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits internationaux, Recueil des cours, Académie de droit international, Tome 6, 1, 1925, page 51 : « La détermination du contenu du domaine réservé est une question objective La compétence exclusive des Etat porte sur le fond de leur affaires domestiques Il prétendent (gouvernements) avoir non seulement le droit d'agir à leur guise dans leur domaine réservé, mais encore celui d'être seuls juges de son contenu . » . <https://books.google.dz>

² Pierre Celestin, ULIMUBENSHI, Op.cit, page 42 . ² N. Politis, le probleme des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits internationaux, Recueil des cours, Académie de droit international, Tome 6, 1, 1925, page 51 : « La détermination du contenu du domaine réservé est une question objective La compétence exclusive des Etat porte sur le fond de leurs affaires domestiques Il prétendent (gouvernements) avoir non seulement le droit d'agir à leur guise dans leur domaine réservé, mais encore celui d'être seuls juges de son contenu . » . <https://books.google.dz>

² Pierre Celestin, ULIMUBENSHI, Op.cit, page 42 .

القول يصدق فقط فيما يخص التحكيم الدولي، أما عن التحكيم الداخلي فهو الآخر يأخذ بالمعيارين " حرية التصرف في الحق " و " الاختصاص الحصري لسلطات الدولة "، و الدليل على ذلك القرار الصادر عن المحكمة الفيدرالية السويسرية بتاريخ 2018/04/18 تحت رقم 4A-7/2018.²

بحيث صدر هذا القرار قبيل دخول قانون الإجراءات المدنية السويسري الجديد

- و الذي سيكون في ظله تنفيذ الحكم المتعلق بالقاعدة الاجرائية -، أين كان الامر يخضع للمادة الخامسة من Le concordat sur l'arbitrage³ و الذي أصبح يخضع إلى أحكام المادة 354 من قانون الإجراءات المدنية السويسري الجديد و التي تخضع التحكيم الداخلي و معيار الاختصاص الحصري لسلطات الدولة⁴، على العكس من التحكيم الدولي الذي تخضع القابلية الموضوعية للتحكيم فيه إلى الفقرة الأولى من المادة 177 من القانون الفيدرالي للقانون الدولي الخاص⁵.

¹ يلاحظ أن معيار الطابع المالي للنزاع تم التطرق إليه عرضاً، و ذلك راجع إلى كون أن البحث لا يتعلق بدراسة معايير القابلية الموضوعية للتحكيم بقدر ما يتعلق بدراسة حركة النظام العام ضمن هذا المجال و ما له من علاقة مع القابلية الموضوعية للتحكيم .

² Arrêt du tribunal Federal Suisse, 18/04/2018 , 4A-7/2018 , publier par Simone Schurch sur le site web : www.lawinside.ch .

³ Article.5 du concordat sur l'arbitrage CIA : « L'arbitrage peut porter sur tout droit qui relève de la libre disposition des parties, à moins que la clause ne soit de la compétence exclusive d'une autorité étatique en vertu d'une disposition impérative de la loi »

⁴ Article.354 Code de procédure civile Suisse : « L'arbitrage peut avoir pour objet toute prétention qui relève de la libre disposition des parties » .

⁵ Article.177 al.1 de la loi fédérale Suisse sur le droit international privé: « Toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage » .

أما المشرع الألماني، فيعتبر الأكثر ليبرالية بحق، فيأخذ بمعيار الطابع المالي للنزاع في التحكيم بصفة عامة، سواء تعلق الأمر بالتحكيم الداخلي أم الدولي، و ذلك على حد تعبير المادة 1030 من أصول المرافعات المدنية الألمانية (القانون المؤرخ في 1997/12/22)¹، بأن كل نزاع ذو طبيعة مالية يمكن أن يكون موضوع اتفاق تحكيم، و أن اتفاق التحكيم الذي يتناول نزاعات ذات طابع غير مالي ينتج آثاره القانونية عندما يكون الأطراف أحرارا بالتصالح على موضوع النزاع، أين نلاحظ كذلك، أنه تبنى معيار حرية التصرف في الحق إلى جانب معيار الطابع المالي للنزاع .

الفقرة الثانية

الإختصاص الحصري لسلطات الدولة كمعيار لعدم القابلية للتحكيم

بعد ما سبق و أن تم التعرض له، أصبحنا أمام ما يفيد أن عدم القابلية للتحكيم لمخالفة النظام العام أصبحت تعني نظر المنازعة عن طريق قضاء الدولة وحده، دون أن يكون اختصاصا مشتركا بينه و بين التحكيم، و لا يعني ذلك أبدا أن المقصود بالنظام العام التزام أطراف التحكيم بالقواعد القانونية الأمرة التي تنظم العلاقة القانونية التي تجمعهما .

معنى ذلك، أن أساس كلاهما مختلف بحيث أن هذه المفارقة يمكن التعبير عنها بوجود أساس عدم القابلية للتحكيم خارج القواعد القانونية المنظمة للعلاقة محل النزاع²، بل هو من المبادئ

¹ Dario Moura Vicente, la propriété intellectuelle en droit international privé, Académie de droit international de la Hay, 2009, page 457 .

² مصطفى جمال و عكاشة عبد العال، مرجع سابق، صفحة 161 .

التي تنتمي و بطبيعة الحال إلى النظام القانوني للدولة صاحبة الإختصاص الحصري ككل، بمعنى آخر، أنه ليس لهذه الأخيرة علاقة بالقوانين التي تنظم علاقة الأشخاص .

لم تتعرض المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي لموضوع المسائل المتعلقة بالنظام العام، بل اكتفت بتحديد ثلاثة مسائل، حالة الأشخاص و أهليتهم، الطلاق و الإنفصال الجسماني، ثم يليها المنازعات التي تهم الإدارات و المؤسسات العمومية، منتهية في آخر المطاف بالمسائل التي تهم النظام العام و بصفة عامة. و هو الوضع الذي سايره المشرع الجزائري من خلال المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

في المقابل هناك القرار الصادر عن محكمة استئناف باريس المؤرخ في

1989/01/20 و الذي قضى بأن تدخل النظام العام في مادة التحكيم الداخلي مرتبط إما بالمادة و إما بموضوع النزاع¹، و بالتالي بات واضحا أن هناك حاجة ماسة لرسم الحد الفاصل بين النظام العام في صورته " القواعد الآمرة " و بين هذه الأخيرة عندما يتعلق بالمسائل المتعلقة به، بحيث يكمن الحل في تحديد هذه الأخيرة ؟.

من خلال البحث عن هذه المسألة بالذات، لا توجد امكانية لذلك سوى الرجوع قليلا للوراء، و بالضبط الى الحقبة التي صدرت فيها القوانين المتعلقة بمبدأ " المسائل المتعلقة بالنظام العام"، و بالأخص المادة 83 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم، و التي تنص على المسائل التي يجب أن يخطر بها وكيل الجمهورية و التي من بينها المسائل المتعلقة بالنظام العام، أين تم الوصول إلى : " أن المسائل المتعلقة بالنظام العام، هي تلك المتعلقة بالصالح العام، و طالما

¹ إيداد محمود بردان، مرجع سابق، صفحة 161 .

أن حتى القواعد التي تنظم العلاقات بين الخواص هي من الصالح العام و بالتالي من النظام العام، فإنه بالإضافة إلى ذلك، فعندما يتم تطبيق هذه القواعد من أجل المصلحة الخاصة فلا يمكن القول بأنها من المسائل المتعلقة بالنظام العام¹ .

Mme Copiel كما أن عدم القابلية للتحكيم، و كما ينوه إليه أحد الكتاب

Cordonnier، لها هدف حقيقي وحيد و الذي يتمثل في تحديد مدى امكانية اللجوء الى التحكيم²،

و بهذا الشكل، فإن عدم القابلية للتحكيم لها علاقة أكثر بالنظام العام و بالأثر السلبي للتحكيم³،

¹ Émile DESCAMPS, Traité des fonctions du ministère public, prés les tribunaux de première instance, Bruylant-Christophe et compagnie Éditeur, Bruxelles, 1890, page 249 : « Mai il ne faut pas trop étendre cette disposition (les causes qui intéressent l'ordre public : elles doivent s'entendre de toutes celles dans lesquelles l'intérêt général, l'organisation de la société se trouvent en gages). On a été tenté de prétendre que toutes les contestations sur des lois d'intérêt général sont d'ordre public, et que , comme telles, elles doivent être communiquées au ministère public. Lorsque l'application de ces loi doit être faite à des intérêts privés, on ne peut dire que la cause intéresse l'ordre public » . <https://books.google.dz>

² Eric Loukin, arbitrabilité et protection des parties faibles, travaux du comité français de droit international privé, Edition Pedone, Paris, 2008, page 140 : « L'arbitrabilité, ..., remplit une fonction spécifique, différente des conditions imposées à l'objet d'un contrat substantiel. Elle vise l'arbitrage projeté, car elle a pour rôle unique de déterminer dans quel cas est permis le recours à ce mode de règlement des litiges. » .

³ Martine Behar-Touchais, Revue des affaires européennes, 2005, page 177 : « ...il y a quelques années, les points de contact entre l'arbitrage et l'ordre public se situaient au niveau de l'arbitrabilité, ... ».

و بمدى قابلية نظام قانوني ما الإعراف بعدم اختصاصه في حالة اختيار اللجوء الى التحكيم¹ .

و بالتالي فإن المحكم هو المختص بإقامة الجزاء على خرق عدم القابلية للتحكيم بناء

على مبدأ الإختصاص بالإختصاص و الذي امتد حتى إلى مجال التحكيم الداخلي و ذلك بموجب

قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 09/04/2002²، أما فيما يخص مسألة مبدأ

الإختصاص بالإختصاص على صعيد التشريعات الوطنية فإنه عادة ما يتم النص عليه فقط ضمن

أحكام التحكيم الداخلي³، على غرار المشرع الجزائري بموجب المادة 1044 من قانون الاجراءات

المدنية و الادارية⁴.

مما تقدم نلاحظ أن انفراد المحكم بتقديره للمسائل التي قد تعتبر من النظام العام يؤثر

1 Pierre Mayer, Recueil des cours, 1989-V, tome 217 de la collection, Académie de droit international de la Hay, Martinus Nuhoff Publishers, London, 1990, page 438 : « ...interdisent seulement la clause compromissoire, ou encore excluent l'effet négatif de la convention d'arbitrage ». <https://books.google.dz>

² Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 9 avril 2002, 98-16.829. <https://www.legifrance.gouv.fr>

³ تعولت كريم، التحكيم الداخلي في القانون الجزائري، مقتضياته، تشجيعه و تفعيله، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص 2017، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم قانون الاعمال، جامعة بجاية، الجزائر، صفحة 169 .

⁴ المادة 1044 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية : " تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها.

و يجب اثاره الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع .

تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم اولي الا اذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع " .

سلبا على منظومة التحكيم بطريقة مخيفة، خاصة ان النظام العام في العلاقات الداخلية اوسع منه في اطار العلاقات الدولية الخاصة، و بالتالي يصبح المحكم هو الذي يقدر المسائل المعتبرة من النظام العام في الوقت الذي حتى المشرع لم يحدد هذه المسائل بالتفصيل و ذلك تحت غطاء مبدأ الإختصاص بالإختصاص .

حتى فيما يخص قضاء التنفيذ، فإن دور القاضي عند إصدار الأمر بالتنفيذ مقصور على الرقابة دون مراجعة حكم التحكيم، مثل ما هو الحال، مثلا، فيما يخص المشرع الجزائري¹، لذلك تم مصادفة من يدعو في هذا الشأن إلى المزيد من الدراسات المتعمقة في إطار مساعدة القضاء للمؤسسة التحكيمية عندما يتعلق الأمر بفكرة النظام العام، بشكل عام، من أجل الحد من هذا النوع من التجاوزات².

المطلب الثاني

خصائص فكرة النظام العام في مجال التحكيم الداخلي

إن خصائص فكرة انظام العام في مجال التحكيم الداخلي تظهر جليا إذا ما تم الوقوف على إزدواجية الطريقة التي يعمل بها النظام العام بمجرد ارتباطه بمادة التحكيم، و يقصد بذلك، التمييز بين النظام العام بمفهوم القانون المدني و بين النظام العام الذي يشكل قييدا على حرية ابرام اتفاق التحكيم (القابلية للتحكيم) .

¹ صبرينة جبايلي، مرجع سابق، ص 186 .

² فؤاد علي القهالي، النظام القانوني لتنفيذ أحكام المحكمين الداخلية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة القانون و الاقتصاد، الرياض، 2013، صفحة 230 .

و يتميز هذين النوعين عن بعضهما من حيث المجال الذي تقع ضمنه مخالفة النظام العام العام، و في هذا الشأن فإن النظام العام بمفهوم القواعد العامة يصيب العقد الأساسي، أما بمفهوم التحكيم فإنه يصيب اتفاق التحكيم ذاته .

و بناءً على ما تقدم، سيتم التطرق إلى خصائص النظام العام العام التحكيمي من هذا المنظور، بحيث سيتم و إلى جانب تحديد هذه الخصائص ملاحظة أننا بصدد بناء نظام عام تحكيمي، و هو ما يحدد لنا خاصية الأصولية التي يتميز بها هذا النوع من النظام العام، ثم بعد ذلك و كنتيجة حتمية للخاصية الأولى خاصة إقتصادية هذا النوع من النظام العام و التي تظهر لنا من خلال القابلية للتحكيم، و التي تجعل من هذا النوع من النظام العام وقائياً .

الفرع الأول

النظام العام في مجال التحكيم الداخلي، أصولي

لقد تم فيما سبق، و من خلال ابراز الطريقة التي يعمل بها النظام العام في مجال التحكيم، بأن هذا الأخير يقصد به النظام العام الذي يشكل قيداً على حرية إبرام اتفاق التحكيم من طرف بعض الأشخاص و في بعض المنازعات، و بمفهوم المخالفة، فإن ما عدا هذين القيدين فلا يكون اتفاق تحكيم مخالفاً للنظام العام، و ذلك بغض النظر عن أحكام النظام العام وفقاً لأحكامه العامة مثل ما تم الإشارة إليه أعلاه .

إن أصولية فكرة النظام العام في مجال التحكيم أصبح أمراً مكرساً، شيئاً فشيئاً، و ذلك

من خلال القضاء و هو ما تطرق له أحد الباحثين تحت عنوان La construction d'un ordre

public arbitral مستدلاً بقرارين صادرين عن الهيئات القضائية العليا في إسبانيا، و ذلك في

إطار حياد القاضي في مواجهة مبدأ حرية التعاقد في مجال التحكيم، صدر القرار الأول عن المحكمة الإسبانية العليا تحت رقم 2002/112 بتاريخ 2003/10/07 و يخص التحكيم الدولي، أما القرار الثاني صادر عن المحكمة الدستورية و هو هذه المرة يخص التحكيم الداخلي، صدر بتاريخ 2005/01/17 تحت رقم 2005/9¹.

و من أجل ذلك، فإن الأمر لن يستوي إلا بالتطرق إلى مسألة مخالفة العقد الأصلي للنظام العام، و الذي يكون جزاؤه البطلان إلى جانب ذلك و طالما أن التحكيم قبل كل شيء عقد، و بالتالي فإن اتفاق التحكيم هو الآخر يخضع للقواعد العامة و عليه يكون جزاؤه البطلان .

إن المقصود من كل هذا، ليس الجزاء المترتب على مخالفة النظام العام و الذي يتمثل في البطلان مثل ما تم الإشارة إليه، و إنما المقصود من كل هذا الآثار المترتبة على منظومة التحكيم بصفة عامة، و بالتالي فإن المسائل التي سيتم التطرق إليها تتمثل في مسألة استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، ثم بعد ذلك سيتم التطرق إلى الحالة التي يكون فيها اتفاق التحكيم هو المعني بالبطلان .

الفقرة الأولى

إستقلالية اتفاق التحكيم

يقصد بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عدم ارتباط مصير هذا الأخير بمصير العقد

¹ David Martel, la nullité de la sentence arbitrale : lecture croisée franco-espagnol, Revue internationale de droit comparé, 62-2, Avril 2008, page 493 .

الأصلي¹، و هو ما يجد أساسه ضمن " نظرية انتقاص العقد "، و التي مفادها أنه يمكن إبطال جزء من العقد و الإبقاء على الجزء الصحيح منه²، و يعتر قرار Gosset الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1963/05/07 هو البداية في اقرار استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي³، على أن المبدأ كرس في مجال التحكيم التجاري الدولي دون الداخلي لو لا صدور قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لسنة 1981 بموجب مادته 1447⁴.

تبنت التشريعات المقارنة المبدأ ذاته، على غرار قانون التحكيم السوري رقم 4 لسنة 2008 من خلال المادة الحادية عشر⁵، قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 من خلا المادة

¹ هاني أحمد عبد الفتاح عطاي، مرجع سابق، صفحة 167 .

² مصطفى ناطق صالح مطلوب، مرجع سابق، صفحة 83 .

³ ذهب البعض إلى أن قرار Gosset لا يكرس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، بما للكلمة من معنى، بحيث يفرقون بين مصطلحي Separabilité و l'Autonomie¹، بل أن القرار الذي يكرس استقلالية التحكيم هو قرار Hecht الصادر عن محكمة النقض الفرنسية هو الآخر بتاريخ 1972/07/04 .

⁴ Article.1447 du code procédure civile français, modifié par le décret n°2011-48 du 13/01/2011- art.2 : « La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci .

Lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite » .

⁵ المادة 11 من قانون التحكيم السوري : " يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى و لا يترتب على انتهاء العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم متى كان - هذا الشرط - صحيحا في ذاته ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك.

الثالثة و العشرون¹، و المادة الواحد و ستون من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993 المؤرخ في 1993/04/26 المتعلق بإصدار مجلة التحكيم²، إلى غير ذلك من التشريعات المقارنة .

إلا أنه و فيما يخص المشرع الجزائري، نلاحظ أنه يأخذ بهذا المبدأ فقط في مجال

التحكيم التجاري الدولي، الأمر الواضح من خلال الفقرة الأخيرة من المادة 1040 من قانون

الإجراءات المدنية و الإدارية³، الواردة في إطار الفصل السادس المخصص للأحكام المتعلقة

بالتحكيم التجاري الدولي، متأثرا بالقرار الشهير Dalico، الذي جاء في إحدى حيثياته بأن مبدأ

استقلالية اتفاق التحكيم قاعدة من القواعد المادية للتحكيم التجاري الدولي⁴ .

¹ المادة 23 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994: " يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى و لا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم ... " .

² الفقرة الرابعة من المادة 61 من قانون التحكيم التونسي: " تبث هيئة التحكيم في اختصاصها و في أي اعتراض يتعلق بوجود اتفاقية التحكيم أو بصحتها و لهذا الغرض ينظر إلى الشرط التحكيمي بالعقد كما لو كان مستقلا عن شروطه الأخرى و الحكم ببطلان العقد لا يترتب عنه قانونا بطلان الشرط التحكيمي " .

³ الفقرة الأخيرة من المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: " لا يمكن الإحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي " .

4 Cour de cassation, 1ere ch.civ, 20/12/1993: « Attendu qu'en vertu d'une regle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ... » .
www.legifrance.gouv.fr

إلا أنه، يعتقد أنه يكفي اشتراط تثبيت اتفاق التحكيم بالكتابة، تحت طائلة البطلان¹ فيما يخص مشاركة التحكيم، و نظرية انتقاص العقد المنصوص عليها بموجب المادتين 104 و 105 من القانون المدني الجزائري²، و السبب وراء ذلك راجع إلى نقص، إن لم نقل بانعدام، القضايا التحكيمية الداخلية، و التي من شأنها أن تكرر نفس القاعدة " قاعدة استقلالية اتفاق التحكيم "، لحسن الحظ هناك الفقه الذي رسخ هذا المبدأ في مجال التحكيم الداخلي³.

إذا و كخلاصة أولية، فإن العقد الأصلي المصاب بسبب من الأسباب الموجبة لقيام فكرة النظام العام، يكون هو وحده باطلا دون اتفاق التحكيم، و ذلك بفعل مبدأ استقلالية التحكيم، بمعنى آخر، أنه لو كنا بصدد فكرة النظام العام المجردة، و بعيدا عن التحكيم، لكننا أمام بطلان العقد المخالف لهذه الفكرة و ينتهي الأمر عند هذا الحد أما فيما يخص حالتنا هاته فيرتب اتفاق التحكيم آثاره على الرغم من اصطدام العقد الأصلي بحد النظام العام، أي أن فكرة النظام العام كفكرة

¹ المادة 1008 فقرة أولى من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: " يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الإتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها " .

² المادة 104 من القانون المدني الجزائري : " إذا كان العقد باطلا أ و قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله " .
و المادة 105 من نفس القانون : " إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال و توفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد " .

³ Antoine Kassis, l'autonomie de l'arbitrage commercial international, l'Harmattan, Paris, 2005, page 26 : « Aujourd'hui, la regle de l'autonomie de la convention de l'arbitrage par rapport au contrat principal , qui était considéré, il y a une trentaine d'années, comme une règle matérielle du droit de l'arbitrage commercial international, est devenue un poncif du droit de l'arbitrage interne . »

مجردة غير كافية لابطال اتفاق التحكيم و إلى غاية هذا الحد، ليبقى البحث فيما يلي عن الحالة التي يصطدم بها اتفاق التحكيم نفسه بحد النظام العام كفكرة مجردة دائماً، طالما أن الأمر يتعلق كذلك بعقد، لترجى مسألة البحث في أثر النظام العام التحكيمي الأصولي على التحكيم إلى بعد حين .

الفقرة الثانية

بطلان اتفاق التحكيم

إن الأثر المباشر الذي يترتب على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، في حالة بطلان العقد الأصلي، كما هو معلوم فصل المحكم في اختصاصه، و هو ما يعرف بمبدأ " الإختصاص بالإختصاص "، و الذي مفاده أن المحكم هو الوحيد المخول له بالتصريح باختصاصه من عدمه . و قبل التدقيق في مسألة بطلان اتفاق التحكيم، تجدر الإشارة الى أن مبدأ الإختصاص بالإختصاص تم النص عليه في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية من خلال المادة 1044¹، و ذلك من خلال الفصل السادس المتعلق بالأحكام الخاصة بالتحكيم التداري الدولي، و لا وجود له في مجال التحكيم الداخلي .

و على خلاف الشرع الجزائري، فإن القانون الفرنسي للتحكيم الداخلي ينص صراحة على هذا المبدأ من خلال نص المادة 1465 من قانون الإجراءات المدنية² الخاصة بالتحكيم الداخلي، وتفسير ذلك، مثل ما ذهب إليه البعض، راجع إلى أن هذا المبدأ يعتبر من صميم قانون

¹ المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " تفصل محكمة التحكيم في الإختصاص الخاص بها "

² Article. 1465 du code procédure civil français, codifié par le décret n°75-1123 du 05/12/1975, modifié par le décret n°2011-48 du 13/01/2011- art.2 : « Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel».

التحكيم الداخلي¹ .

أما عن التحكيم التجاري الدولي، فما هو إلا قاعدة مادية تم تقنينها لاحقا، و على سبيل المثال المادة 1/41 من اتفاقية CIRDI²، و المادة 61 من القانون النموذجي CNUDCI³، و هكذا شيئا فشيئا إلى أن تم تكريس هذه القاعدة المادية ضمن التشريعات المقارنة المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي .

أما فيما يخص بطلان اتفاق التحكيم، فيعتبر الأمر معقدا نوعا ما فيما يخص التشريعات المقارنة، بحيث يعتبر الأمر من قبيل الإستثناء للأثر السلبي لمبدأ الإختصاص بالإختصاص، فهناك الفكرة التي مؤداها أن القاضي لا يمكن أن يتنازل عن اختصاصه لصالح المحكم إلا إذا كان اختصاص هذا الأخير قائما⁴، و بعبارة أخرى فإن بطلان اتفاق التحكيم يسقط اختصاص المحكم⁵،

¹ J-F Poudret, mélanges en l'honneur de Bernard Dudoit, librairie Droz, Genève, 2002, page 237 ; « En France, elle (la compétence de la compétence consacrée par l'art.1465 NCPC que pour l'arbitrage interne, sous réserve du renvoi de l'art. 1495 ... » .

² Article.41/1 de la convention et règlement du CIRDI : « Le tribunal est juge de sa compétence » .

³ Article.61 de la loi type de la CNUDCI : « Le tribunal est juge de sa compétence » .

⁴ Magali BOUCARON, épouse NARDETTO, le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit, Université de NICE ANTIPOLIS, faculté de droit et science politique, le 26/11/2011, page 194 : « Le juge étatique n'acceptera de neutraliser le pouvoir de statuer sur sa compétence au profit du tribunal que si l'apparence arbitral n'est pas déteruite par l'apparence contraire de compétence de la justice publique ». Thèse publié sur le site : www.tel.archives-ouvertes.fr

⁵ Paul-Gérard Pougoué, Op. cit, page 232 : « La nullité de la convention d'arbitrage fait tomber le pouvoir de juger qui avait été conféré aux arbitres » .

بالإضافة إلى أنه و في نفس الوقت، صحة اتفاق التحكيم تشكل شرطا لمبدأ استقلاليته¹ .

و بالتالي، فإن ما يترتب على ما تقدم، أن تأثير بطلان اتفاق التحكيم على اختصاص المحكم يتم في إطار إجرائي، هذا الإطار لا يعتبر مشتركا و منتظما بين التشريعات التحكيمية المقارنة إلا فيما يخص الإعلان عن بطلان اتفاقية التحكيم، و التي تتم سوى من طرف القاضي المساعد للمحكم أو من طرف القاضي المراقب للتحكيم .

لكن الإشكال الذي يبقى مطروحا فيما يخص مسألة " بطلان اتفاق التحكيم "، يتمثل في

الحالة التي يمكن أن يكون فيها اتفاق التحكيم باطلا ليس لعدم مشروعية المحل و السبب وفقا للأحكام العامة، لإعتباره عقدا، و إنما لأسباب أخرى خاصة بنظام التحكيم (خاصية الأصولية)، و إن كان الأمر كذلك فما هي هذه الحالات ؟ .

في هذا الصدد، و ما يمكن ملاحظته منذ الوهلة الأولى، أن التشريعات المقارنة تكاد تكون متطابقة فيما يخص المواد التي تنظم هذه الحالات، وكمثال على ذلك سنحاول التطرق الى المشرعين الجزائري و نظيره الفرنسي، و تتمثل بعض هذه المواد المشتركة بين التشريعين فيما يلي :

- نص المادة 1008 من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية فيما يخص المشرع الجزائري²،

¹ رائد أحمد علي أحمد، موسوعة التحكيم في عقود الإستثمارات البترولية، الجزء الثاني، النظام القانوني لاتفاق

التحكيم في عقود الإستثمارات البترولية، الطبعة الأولى، 2018، صفحة 180 .

² المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في

الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها .

فيما يخص تثبيت شرط التحكيم بالكتابة، و المادة 1443 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي¹ .

- نص الفقرة الثانية من المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية²، مقارنة مع نص الفقرة الثالثة من المادة 1444 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي³ .

- نص المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية⁴، مقارنة مع نص الفقرة الأولى من المادة 1448⁵ .

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

¹ Article. 1443 du code de procédure civil français : « La clause compromissoire doit à peine de nullité être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document auquel celle-ci se réfère.

Sous la même sanction, la clause compromissoire doit soit désigner le ou les arbitres, soit prévoir les modalités de leur désignations » .

² الفقرة الثانية من المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " إذا كان شرط التحكيم باطلا أو غير كافٍ لتشكيل محكمة التحكيم، يعاين رئيس المحكمة ذلك و يصرح بأوجه التعيين " .

3 - Article. 1444/3 du code de procédure civil français : « Si la clause compromissoire est soit manifestement nulle, soit insuffisante pour permettre de constituer le tribunal arbitral, le président le constate et déclare n'y avoir lieu à désignation » .

⁴ المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " يحصل الإتفاق على التحكيم كتابيا .

يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع و أسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم .

⁵ Article. 1448 du code de procédure civil français : « Le compromis doit, à peine de nullité déterminer l'objet du litige. Sous la même sanction, il doit soit désigner le ou les arbitres, soit prévoir les modalités de leur désignation » .

الفرع الثاني

النظام العام في مجال التحكيم الداخلي، إقتصادي

ما استقر عليه الفقه الحديث، و كما هو معلوم، ضرورة وجود خرق فعلي للنظام العام حتى يتم استبعاد التحكيم، و إلا لضاق نطاق التحكيم و عزف عن التطور، خاصة أن قواعد النظام العام أصبحت شاملة لكل فروع القانون و بالأخص مجال حرية التعاقد، و هو السب وراء تطور النظام العام الإقتصادي ضمن كل فرع من هذه الفروع .

نتج عن هذا الوضع، بأن لا بطلان للعقد التحكيمي بمجرد تعلق الأمر بقواعد النظام العام، بل يجب أن يكون هناك خرق فعلي، و هو ما تكرر بموجب القرارات الحديثة -حديثة مقارنة بسابقاتها التي كانت تقضي ببطلان اتفاق التحكيم بمجرد وجود علاقة مع هذا النوع من القواعد¹، لكن هذا التوجه، و من جهة أخرى، لا يمكن الأخذ به على إطلاقه، بل هناك مجموعة من التساؤلات و التي يمكن جملها في : ما مدى عدم وقوف النظام العام في وجه التحكيم؟، كذلك

¹ يبدو الأمر واضحاً من خلال القرارات الصادرة عن محكمة استئناف باريس المتعارضة على الرغم من صدورها في نفس الحقبة الزمنية، فهناك القرار الصادر بتاريخ 1954/02/21 بخصوص بيع بضائع مسعرة أين قضت بأن الأحكام القانونية أو التنظيمية المتعلقة بتسعير البضائع تهم النظام العام، و ان أي نزاع يتعلق بتفسير أو تطبيق هذه الأحكام لا يمكن تسويته بطريق التحكيم، إلى جانب القرار الصادر عن محكمة استئناف أورليون بتاريخ 1961/05/15، و التي قررت هي الأخرى نفس المبدأ، كل هذا مقارنة مع القرارين الصادرين عن نفس محكمتي الإستئناف السالفتي الذكر، بحيث قررت محكمة استئناف باريس - فيما يخص التحكيم الداخلي - بموجب قرارها المؤرخ في 1980/05/22 و القرار الصادر بتاريخ 1984/09/23، بأن القابلية للتحكيم أو اختصاص المحكم يتحددان على ضوء موضوع النزاع و ليس وفقاً للطابع الأمر للقواعد التي تحكمه .

هل تخضع المسائل المتعلقة بالقابلية للتحكيم لهذا الطرح طالما هي الأخرى منظمة بموجب قواعد
أمرة؟، و في حالة الإيجاب، كيف للمحكم أن يتقيد بالنظام العام و يطبقه ؟ .

كوجهة نظر، فإن للأمر علاقة بالمنطق أكثر من أي شيء آخر، فبالإضافة إلى المسائل
التي تدرج ضمن " القابلية للتحكيم " بشقيها، الشخصية و الموضوعية، نلاحظ أن التشريعات
المقارنة تقرر منع اللجوء إلى التحكيم بحسب المصلحة المراد حمايتها، فتقيد القابلية للجوء إلى
التحكيم إما حماية للمصلحة الخاصة و إما حماية للمصلحة العامة، بمعنى أنه لا يمكن تحديد معالم
خاصية اقتصادية النظام العام التحكيمي إلا من خلال الوقوف على المصلحة المقرر بشأنها قابلية
الحق للتصرف فيه .

إلا أنه، و قبل الخوض في الموضوع، تجدر الإشارة إلى أن النظام العام المقصود في
هذه الحالة هو النظام العام بشقيه، الحمائي و الوقائي (التوجيهي)، بمعنى آخر فإن الأمر مرتبط
بالخاصية الأولى للنظام العام في مجال التحكيم الداخلي و التي تتمثل في أصولية هذا النوع من
النظام العام، و ليس النظام العام كفكرة مجردة¹، حيث لم تقرر لحماية حد أدنى معين من الحقوق،
بل هي مقررّة لحماية مصلحة عامة بصفة شاملة .

كما أن هذين الشقين من النظام العام لا يعني أنهما شيئين منفصلين، فكثيرة هي
الحالات التي يكون فيها النظام العام حمائي و توجيهي في نفس الوقت، و تتحقق هذه الصورة في

¹ خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، الوسيط في شرح نظام العمل في المملكة العربية السعودية، مركز الدراسات

العربية، الطبعة الأولى، 2015، صفحة 44 .

الحالة التي تؤدي فيها المصلحة العامة إلى حماية الافراد¹ .

الفقرة الأولى

حماية النظام العام التحكيمي للطرف الضعيف

قبل تحديد العلاقة بين المصطلحين، أي " الطرف الضعيف " و " التحكيم "، يتوجب

أولا و قبل كل شيء تحديد مفهوم المصطلح الأول، و في هذا الصدد كل ما يمكن قوله أن هذا المصطلح لم يحظ بأي تعريف قانوني، و لا يوجد إلا بعض المحاولات الفقهية و التي سنأخذ منها على سبيل المثال التعريف التالي: " الحالة التي يكون فيها أحد المتعاقدين ناقص الحق في اللجوء إلى التحكيم و ذلك نظرا لمركزه الغير مساوي مع المتعاقد معه"² .

هذه الحالة التي يكون فيها الطرف الضعيف، بدورها تنقسم إلى حالتين، أو بالأحرى يمكن أن يقع فيها خلال مرحلتين، بحيث أن الأمر لا يتعلق بالعملية التعاقدية أو القابلية للتحكيم، مثل ما هو الحال فيما يخص قانون حماية المستهلك، التأمين، علاقات العمل...، بل كذلك يمكن أن يمتد ليشمل العملية الإجرائية (إجراءات التحكيم) و التي تعتبر كحالة ممتازة حالة الطرف المعسر

¹ لمى علي الظاهري و علي مجيد العيكي، الحماية الدستورية لفكرة النظام العام، المركز العربي للنشر و التوزيع،

2018، صفحة 73 .

² Florian MAUME, essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle, Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit, Université d'Yvry-Val d'Essone, 1/07/2015, Thès publié sur le site : www.biblio.univ-every.fr, page 29 : « ... : il s'agit d'un contractant ne pouvant exercer pleinement son libre arbitre, à cause d'une situation particulière d'inégalité entre celui-ci et son cocontractant » .

(المفلس)، كمثال عن هذه الحالة .

أولاً- حماية الطرف الضعيف أثناء العملية التعاقدية

هناك القرار الشهير PRUNIER الصادر عن محكمة النقض الفرنسية الغرفة الأولى المدنية بتاريخ 1843/07/10، و الذي يعتبر الحجر الأساس لمبدأ " حماية الطرف الضعيف "، و الذي ذهب إلى أن التحكيم هو وسيلة تشكل خطر على المستهلك في مواجهة المحترف، و هو ما كرسه بعض التشريعات المقارنة المتطورة فيما يخص نظامها التحكيمي .

فتنص المادة 2061 من القانون المدني الفرنسي، و التي تؤكد هذا التوجه بنصها على

أن شرط التحكيم المدرج ضمن العقود المبرمة في إطار عقود متعلقة بنشاط محترف صحيح،

شريطة مراعاة الأحكام التشريعية الخاصة¹، بمعنى أنه خارج مجال الإحتراف لا يقبل التحكيم

و هو مجال بطبيعة الحال منظم بموجب قوانين دقيقة و صارمة .

أما عن أمثلة ذلك من الأحكام القضائية الحديثة، فهناك قرار محكمة النقض الفرنسية

الصادر عن غرفتها الثانية بتاريخ 2011/06/16 تحت رقم 10-22780² بمناسبة عقد تأمين

جماعي يتضمن فرض طبيب خبير على المؤمن عليهم، الأمر الذي يضع المتعاقدين في مواجهة

محترف، و هو السبب الذي من أجله تعرض اتفاق التحكيم للبطلان .

¹ Article. 2061/2 du code civil français modifié par l'art. 11 de loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016: « Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée » .

² Cour de cassation, civile, chambre civile 2, 16/06/2011, 10-22.780. <http://www.legifrance.gouv.fr> .

كذلك فيما يخص المشرع الألماني، الذي ينص من خلال المادة 01/1032 من قانون

الإجراءات المدنية¹ على إمكانية التخلي عن إجراء التحكيم إلا بموجب إشعار كتابي من أحد الأطراف المعسرين، و هو ما ذهبت إليه كذلك المحكمة الفيدرالية العليا الألمانية من خلال قرار لها مؤرخ في 2000/09/14².

أما فيما يخص المشرع الجزائري، فلاوجود لنظير المادتين 2061 من القانون المدني

الفرنسي و المادة 1032 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، السالفتي الذكر، لكن هذا لا يمنع

القوانين المختلفة الجزائرية من حماية الطرف الضعيف كل فيما يخصه، فهناك مثلا مسألة حماية

المؤمن له بموجب المادة 622 من القانون المدني من خلال مطتها الرابعة و التي تعتبر باطلا

شرط التحكيم إذا ورد في وثيقة التأمين ضمن الشروط العامة المطبوعة، لا في صورة اتفاق

¹ Article. 1032 du code de procédure civil allemand : « 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 avant le début de l'audience sur le fond du différend, à moins que le tribunal ne constate que ladite convention est caduque, inopérente ou susceptible d'être exécutée » .

² Klaus SACHS, la protection de la partie faible en arbitrage, article issu d'une présentation faite lors du sixième congrès du comité brésilien de l'arbitrage, 05/11/2006, sur le thème : International arbitration and state sovereignty, publier sur la revue Gazette du palais sous le thème : Les cahier de l'arbitrage, n°=2007/2, 127^e année, page 24 : « La Cour fédérale supreme soutient que l'accord d'arbitrage devient " impossible à exécuter " en conformité avec le Sect.1032 (1) du code de procédure civil allemand si l'une des parties manque des moyens financiers nécessaires pour lancer un arbitrage. L'accord d'arbitrage devient donc inexécutable par l'effet de la loi » .

خاص¹ و السبب من وراء ذلك قد يرجع إلى حماية المؤمن له من التفوق الإقتصادي و القانوني الذي يتمتع به المؤمن² .

كذلك فيما يخص حماية المستهلك بصفته الطرف الضعيف و في مواجهة المتعامل الإقتصادي، فتتص المادة 30 من القانون 04-02 المؤرخ في 2004/07/23، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية على تحديد العناصر الأساسية للعقود و منع العمل بالشروط التي تعتبر تعسفية عن طريق التنظيم³، و يقصد بهذا التنظيم المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 2006/09/10 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، لاسيما المادة الثالثة منه⁴ و التي تنص على شرط

¹ المادة 622 من القانون المدني الجزائري : " يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية :

(-) شرط التحكيم، إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل من الشروط العامة " .

² سؤالم سفيان، الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، مركز جيل البحث العلمي، العدد الرابع، جوان 2016، صفحة 128 .

³ المادة 30 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المؤرخ في 2004/07/23، ج.ر عدد 41: " بهدف حماية مصالح المستهلك و حقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، و كذا منع العمل في مختلف أنواع العقود، بعض الشروط التي تعتبر تعسفية " .

⁴ المادة الثالثة من المرسوم رقم 06-306 المؤرخ في 2006/09/10، الذي يحدد العناصر للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، جريدة رسمية عدد 56 : " تتعلق العناصر الأساسية المذكورة في المادة 02 أعلاه، أساسا بما يأتي :

تسوية النزاعات .

ثانيا- حماية الطرف الضعيف أثناء الخصومة التحكيمية

على الرغم من أن التحكيم هو الآخر، بصفته قضاءً، يخضع إلى متطلبات مبدأ المساواة بين الخصوم، إلا أن الأمر ليس كذلك في كل مرة، و هو ما يحصل عادة فيما يخص المدين المعسر الذي يكون طرفا في الخصومة التحكيمية و التي عادة ما تكون مكلفة .

يترتب على هذا الوضع، منع هذا الطرف المعسر من العودة مجددا إلى قضاء الدولة أين يمكن لهذا الأخير أن يستفيد من المساعدة القضائية، و ذلك بفعل الأثر السلبي لمبدأ الإختصاص بالإختصاص، و بالتالي يكون الطرف الضعيف أمام الخوض في إجراءات التحكيم على الرغم من إعساره .

و بغض النظر عن بعض الإتجاهات المنادية مثلا بإنشاء صندوق خاص لمثل هذه الحالات، و هو ما حصل فعلا فيما يخص التحكيم التجاري الدولي بموجب ما يصطلح عليه " Crowdfunding " أو " Des plateformes de financement participatif de litiges "¹،

فإنه و فيما يخص التحكيم الداخلي لا وجود سوى لتقنية استبعاد اتفاقية التحكيم على الرغم من صحتها، وهو ما تم تكريسه فعلا ضمن بعض التشريعات المقارنة على غرار المشرع الفرنسي من

(7) -شروط تسوية النزاعات ."

¹ -مثال عن هذه الأرضيات :

German Crowdfunding Network: (Allemagne), Israël Crowdfunding Association (Israël), National Crowdfunding Association : (Etats-Unis), National Crowdfunding Association of Canada: (Canada), National Crowdfunding Association of India: (India) .

خلال المادة 2061 من القانون المدني في فقرتها الأولى¹، و هو ما لم نلاحظه مثلا فيما يخص
المشرع الجزائري، و هو ما نوصي به من أجل تعزيز و تطوير التشريع المتعلق بالتحكيم، لتحقيق
حماية أكثر للطرف الضعيف و بالتالي للمصلحة العامة .

الفقرة الثانية

حماية النظام العام التحكيمي للمصلحة العامة

كما سبق و أن تمت الإشارة إليه، فإن النظام العام خاصية الدولة للحفاظ على
المصلحة العامة، و طالما أن هذه الأخيرة تنازلت للمحكمن عن مهمة الحرص على تطبيق القواعد
القانونية الآمرة، فمن دون شك فإن هذا التنازل يحمل في طياته كذلك حماية المصلحة العامة² .

و فيما يخص التحكيم الداخلي بالذات، فإن جل التشريعات مبدئيا تمنع اللجوء إلى
التحكيم في بعض المسائل التي تعتبرها متعلقة بالنظام العام، و ذلك إما صراحة بتحديد بعض هذه
المسائل، مثل ما هو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري و الفرنسي – المادة 1006 من قانون
الإجراءات المدنية و الإدارية فيما يخص الأول و المادة 2060 من القانون المدني بالنسبة للثاني،

¹ Article.2061/1 du code civil français : « La clause compromissoire [et n'on pas le compromis] doit avoir été acceptée par la partie à la quelle on l'oppose, à moin que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée » .

² Eric Loukin, l'ordre public et l'arbitrage, conférence association droit et commerce, Tribunal de commerce de Paris, 5 Mars 2018, Revue de jurisprudence commerciale, Thomçon Reuters, 62^{ème} année, Juillet-Août 2018, n° 4, page 1 :

« L'arbitrage est une justice privée et l'on peut concevoir qu'un Etat répugne à confier à des juges privés la charge de veiller au respect de l'ordre public et donc à la sovegarde de l'intérêt général » .

و إما بالإحالة على مادة الصلح و التي بدورها تربطها بهذه المواد، على غرار تشريعات الشرق الأوسط، مثل المشرع اللبناني و المشرع المصري .

و في ذلك و كما هو معلوم، فإن هذه التشريعات مبدئياً تجيز اللجوء إلى التحكيم في

المسائل التي يمكن التصرف فيها، ثم بعد ذلك مباشرة تحيل على المسائل المتعلقة بالنظام العام و التي لا يمكن التصرف فيها، و هو السبب وراء العلاقة الوثيقة بين القابلية للتحكيم و النظام العام، الأمر الذي يترتب عنه انعقاد الإختصاص الحصري لمحاكم الدولة، كل ذلك سبق و أن تم التطرق إليه بالتفصيل .

إلى غاية هنا، يمكن الوصول إلى أنه و كما أن النظام العام التحكيمي يحمي الطرف

الضعيف (المصلحة الخاصة) فإنه كذلك لمحاكم الدولة حماية المصلحة العامة، و بالتالي يصبح

للنظام العام التحكيمي دور مزدوج في علاقته مع القابلية للتحكيم، إلا أن طريقة حمايته لهذه

المصلحة العامة لا تتم بنفس الطريقة التي كان يحمي بها المصلحة الخاصة، و بالتالي ما هي هذه

الطريقة ؟ .

أولاً- حماية النظام العام التحكيمي للمصلحة العامة، ذاتياً

لقد رأينا فيما سبق أن التشريعات المتأثرة بنص المادة 2060 من القانون المدني

الفرنسي، على غرار المشرع الجزائري، لم تحدد بدقة المسائل المتعلقة بالنظام العام، لكنها و في

نفس الوقت ذات دور كبير في تحديد بعض المواد الغير قابلة للتحكيم مثل ما هو الحال لحالة

الأشخاص و أهليتهم، إلى درجة تأثر بعض التشريعات بالحرص على تكريس هذه الحماية ضمن

تشريعاتها، و هذا التأثير لا يقصد به المشرع الفرنسي فحسب، بل كذلك المشرع الجزائري¹ .

لكن الأهم من ذلك، يتمثل في الإشارة إلى مسألة تحديد مفهوم القابلية للتحكيم بواسطة

النظام العام، و أول من ذهب إلى ذلك Jean-Baptist Racine²، لكن هذه المقاربة تعرضت للنقد

على أساس أن الأمر يتعلق بالنظام العام الدولي، من جهة، و أنه مبدأ تم العدول عنه، من جهة

ثانية، طالما أن المحكم له أن يتقيد و يطبق الأحكام المتعلقة بالنظام العام³ .

لكن على الرغم من التسليم بذلك، فإنه و في نفس الوقت يتم التسليم بالمفهوم المخالف،

و بالتالي طالما أن الأمر يتعلق في هذه الحالة بالتحكيم الداخلي، من جهة، و بما يعرف بالمسائل

المتعلقة بالنظام العام، من جهة ثانية، فإن النظام العام في هذه الحالة يبقى دائما قائما لحماية

المصلحة العامة، إذ يتعلق الأمر بالمسائل التي تدرج ضمن الإختصاص الحصري لسلطات الدولة،

و هو ما لا يمكن للنظام العام بمفهوم امكانية تطبيق المحكم للقواعد الأمرة حمايته إلا بموجب

الإعلان عن عدم إختصاصه مقابل، و لحسن الحظ، بطلان اتفاق التحكيم أو عدم الإعتراف أو عدم

¹ Martial Koffi Akakpo, Op. cit, page 42 : « La vigilance commandait donc que le législateur OHADA suive la droite ligne tracée par ses homologues français et algerien » .

² Jean-Baptist Racine, l'arbitrage commercial international et l'ordre public, Op.cit, page 43 : « ...une fois qu'une telle acceptation est rejetée, l'ordre public sert encore à définir l'arbitrabilité » .

³ Lukas A.Mistel, arbitrability : international & comparative perspectives, edited by LOUKAS A.MISTELIS & STAVROS BREKOULAKIS, Wolters Kluwer, the Netherland, 2009, page 59 : « The définition of arbitrability by référence to public policy has, at times, been interepted restrictively. Courts would exclude arbitration every time the dispute involves the application of législation. Witch relates to public policy .

This restrective view has been heavily criticised, and ultimately abandoned ... » .

الأمر بتنفيذه .

يبقى فقط في الأخير الإشارة إلى مسألة الفرق بين حماية النظام العام للمصلحة الخاصة " حماية الطرف الضعيف " و حماية المصلحة العامة "، و التي تتمثل في صفة طالب إبطال اتفاق التحكيم، بحيث لا تثبت في الحالة الأولى إلا لمن تقرررت الحماية لمصلحته، فيما تثبت الصفة لجميع أطراف التحكيم من أجل رفع دعوى بطلان اتفاق التحكيم كما للمحكمة القضاء بذلك من تلقاء نفسها¹.

ثانيا- حماية المصلحة العامة، خارجيا

من المسلم به أن القانون لا يمنح لقضاء الدولة سلطة مراقبة التحكيم فقط، وإنما كذلك يمنحه سلطة مساعدته، و ذلك سواء كان التحكيم داخليا أو دوليا، و تتمثل الغاية من هذه المساعدة في تدعيم فعالية التحكيم .

و من أهم مواطن إلتقاء القضاء بالتحكيم في إطار النظام العام، رقابة قضاء الدولة على التحكيم من خلال امكانية إبطال أحكام المحكمين قبل الأمر بتنفيذها و ذلك على أساس مخالفتها للنظام العام، و الذي يثار في ثلاثة حالات :

¹ حيدر مدلول بدر عبد الله، الرقابة القضائية على التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، دراسة مقارنة،

المركز العربي للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2017، صفحة 201 . و :

Ahmed OUERFELLI, l'arbitrage dans la jurisprudence tunisienne, LGDJ, première édition, 201, page 149 .

1 - إبطال القرار التحكيمي:

و يتضمن الأمر ثلاثة حالات :

- أ - وقوع البطلان ضمن الحكم ذاته، و تتحقق هذه الصورة في حالة عدم احترام الحكم لشروط إصداره الشكلية، و التي تنص عليها مختلف التشريعات المقارنة، مثل المواد 1028¹ و المادة 1029² من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فيما يخص المشرع الجزائري .
- ب - بطلان إجراءات التحكيم، و هي حالة تؤثر فيها حالة عدم احترام الإجراءات في بطلان القرار التحكيمي، كعدم احترام حقوق الدفاع .
- ت - بطلان القرار التحكيمي لمخالفته للنظام العام، بحيث يعتبر مخالفة للنظام العام عيب من العيوب فتبطل القرار التحكيمي، بما فيها الأحكام المتعلقة بعدم القابلية للتحكيم .

¹ المادة 1028 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " يتضمن حكم التحكيم البيانات الآتية :

1 - اسم و لقب المحكم أو المحكمين،

2- تاريخ صدور الحكم،

3- مكان إصداره،

4- أسماء و ألقاب الأطراف و موطن كل منهم و تسمية الأشخاص المعنوية و مقرها الإجتماعي،

5- أسماء و ألقاب المحامين أو من مثل أو من ساعد الأطراف عند الإقتضاء ."

² المادة 1029 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " توقع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين .

وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك، و يرتب الحكم أثره باعتباره موقعا من جميع المحكمين " .

2- عدم الإعراف و الأمر بتنفيذ القرار الحكم أو القرار التحكيمي

و هي هي حالات تؤدي إلى رفض التنفيذ إذا ما تمسك بها المحكوم عليه و أقام الدليل عليها، و هي على كل حال نوعين، يدور النوع الأول حول عيوب معينة كعدم صحة اتفاق التحكيم، الإخلال بحقوق الدفاع، تجاوز الحكم لاتفاق الأطراف، عدم صحة تشكيل محكمة التحكيم و عدم صيرورة الحكم ملزماً...، فيما يتضمن النوع الثاني حالات ترفضها المحكمة من تلقاء نفسها لتعلقها بالنظام العام عن قرب، كعدم القابلية للتحكيم و تعارض تنفيذ الحكم مع النظام العام .

الفرع الثالث

النظام العام في مجال التحكيم الداخلي، عميق (وطني)

من منطلق أن قواعد النظام العام في القانون الدولي الخاص هي نفسها قواعد النظام العام الوطني - و العكس غير صحيح -، فإن الأمر يعتبر كمفترق طرق بالنسبة للنظامين العامين و لهذا تعتبر هذه الفكرة مكسب آخر يجب ضمه إلى موضوع البحث و بالتالي التطرق إليه. لكن الأمر بحاجة إلى توضيح و ذلك قبل التطرق إلى مرجعية هذه الفكرة .

الفقرة الأولى

تأصيل الفكرة

على الرغم من شساعة مصطلح النظام العام، فإن هذا لا يعني عدم القدرة على التفصيل في شيء منه، كلما سمح الأمر بذلك، فعلى سبيل المثال هناك مسألة التمييز بين النظام العام العام

الوطني و النظام العام الدولي و في مجال التحكيم خاصة، و التي يقبلها معظم القانونيين¹.

فنجد لكل التشريعات المقارنة مجموعة من القواعد القانونية التي يخضع لها الأفراد،

دون تمييز بين الوطنيين و الأجانب، و هو ما يعرف بالنظام العام الوطني و في المقابل هناك قواعد أخرى مقصورة على الأجانب نتيجة تواجدهم ضمن إقليم أجنبي بالنسبة لهم، و هو ما يشكل النظام العام في القانون الدولي الخاص.

إلا أن، مجال النظام العام الدولي محصور و محدد مقارنة بالنظام العام الوطني، فلا يمكن لكل دولة أن تفرض النظام العام الخاص بها على باقي الدول، إلا في حالة المساس بنواة مبدأ من المبادئ التي يقوم عليها نظامها العام، لذلك يتوجب القول أن النظام العام الوطني هو نظام عام عميق، و بمفهوم المخالفة فإن ما يوصف به النظام العام الدولي، أنه نظام عام مجاور *Ordre public de proximité*، و ذلك بفعل الأثر المخفف الذي يترتب على الدفع بالنظام العام.

فالأصل في التحكيم الداخلي أن يخضع للقانون الوطني، فإذا اختار الطرفان بدلا منه قانونا أجنبيا للتطبيق فإن أحكام هذا القانون سوف تعتبر بمثابة شروط تعاقدية²، و تتحدد علاقتها بأحكام القانون الوطني وفقا لهذا الاعتبار، و من تم فإن مفهوم النظام العام في القانون الداخلي يتسع لهذه القواعد كلها دون تمييز، أما في التحكيم الدولي فالأمر مختلف، ذلك أن هذا الأخير لا

¹ ناصر محمد الشerman، المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، مركز الدراسات العربية، الطبعة

الأولى، 2015، صفحة 60 و ما يليها .

² شمس الدين قاسم الخراطة، نطاق سلطان الإرادة في قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 21، دراسة مقارنة مع القانون الإنجليزي الجديد لسنة 1996، دار الكتاب الثقافي، الأردن، 2015، صفحة 66 .

يتقيد إلا بمفهومه الدولي وحده، و عليه فالقانون الأجنبي الذي يختاره الطرفان يكون مقدما على القواعد الوطنية الأمرة التي تخص النظام العام الداخلي وحده، و التي يتحرر منها النظام العام الدولي .

أما عن سبب اختلاف نطاق فكرة النظام العام في التحكيم الدولي عن التحكيم الوطني مرده اعتبارات التجارة الدولية و السرعة التي تتطلبها، و التي قد تقف فكرة النظام العام عائقا في سبيل تحقيقه، و حينما يضع المشرع الوطني قواعد النظام العام في داخل دويلته إنما يضعها لتستغرق أحوال التجارة الداخلية، و تستهدف تنظيمها .

الفقرة الثانية

مرجعية الفكرة

يتمثل السبب الرئيسي وراء صعوبة التفرقة بين النظام العام التحكيمي الداخلي و الدولي في وحدة المصدر، فبالنسبة للمشرع الجزائري مثلا هناك المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و التي تقابلها المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي، و اللتان تتصان على عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، و بالتالي فإن الإشكال المطروح يتمثل في إيجاد سبب التمييز بين النظامين العامين .

من أجل تمييز النظام العام الداخلي عن النظام العام الدولي، سوف ننطلق من نص المادة الثالثة في فقرتها الأولى من القانون المدني الفرنسي¹، و التي تقابلها المادة الخامسة من

¹ - Article. 3 alinéa 1 du code civil français : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent sur le territoire » .

القانون المدني الجزائري¹، و ذلك بمحاذاة المادة السادسة من القانون المدني الفرنسي²، و التي تقابلها في التشريع الجزائري المواد المتعلقة بالمحل و السبب³، بحيث تتعلق المادة الثالثة من القانون المدني الفرنسي بالقانون الدولي الخاص، فيما تتعلق المادة السادسة من نفس القانون بالعقود الخاضعة للقانون الفرنسي وحده⁴.

إذا ما تم محاولة إسقاط هذا القول على أرض الواقع، فإنه لا يمكن سوى الإقتناع حقيقة أنه السبب الفعلي وراء استفحال القواعد ذات التطبيق الضروري فيما يخص التحكيم الدولي بعيدا عن منهج التنازع، و كذلك هو السبب نفسه وراء اقتصار النظام العام الوطني على المسائل الداخلية المحضة، و ذلك بفرضه قيودا على مبدأ سلطان الإرادة و حرية التعاقد، و التي يندرج ضمنها التحكيم باعتباره عقدا، أي أنه لا يمكن أن تتجاوز الإرادة في التحكيم الداخلي قيود النظام العام

¹ المادة الخامسة من القانون المدني الجزائري : " يخضع كل سكان القطر الجزائري لقوانين الشرطة و الأمن " .

² - Article. 6 du code civil français : « On ne peut pas déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs » .

³ المادة 93 من القانون المدني الجزائري : " إذا كان محل الإلتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا " . و المادة 97 من نفس القانون : " إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلا " .

⁴ Erik Jayme, Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne, Académie de droit international de la Hay, Martinus Nijhoff Publishers, 3juin 1996, page 223 : « L'alinéa 1 de l'article du code civil concerne le droit international privé, tandis que l'article 6 se réfère aux contrat réjés par le droit français ; il suppose que le droit français est applicable » .

الوطني .

و في الأخير، تجدر الإشارة إلى أن الأمر كله راجع إلى تأثير التشريعات الوطنية بالقانون النموذجي للتحكيم، و الذي لا يميز بين النوعين من النظام العام بغية منح التحكيم الداخلي نفس المرونة التي يتمتع بها التحكيم التجاري الدولي¹ .

كما أنه لا يمكن الإنتقال إلى تحديد مفهوم فكرة النظام العام في مجال التحكيم الدولي، إلا بعد أن نقدم تعريفا لهذه الفكرة في مجال التحكيم الداخلي، و ذلك وفقا لما تم تناوله فيما سبق، على أن يكون التعريف المقترح كالاتي:

” النظام العام في مجال التحكيم الداخلي هو فكرة قانونية تركز على أسباب خاصة تؤدي إلى إبطال اتفاق التحكيم، و ذلك من أجل حماية إما مصلحة خاصة و إما مصلحة عامة، و ذلك بمنع بعض الأشخاص القانونية من تسوية حقوقها، كلها أو بعضها، بطريق التحكيم و ذلك وفقا لمعايير محددة”.

¹- Cartier Stéphanie, l'arbitrage international au Québec : ordre public interne ou ordre public international ?. In. Revue Québécoise de droit international, volume 11-1, 1998, page 242 : « A la base, l'essentiel de loi type a été adopté dans le C.P.C, et on a étendu son application, sans distinction, aux arbitrages internes et internationaux afin d'offrir à l'arbitrage interne la flexibilité généralement réservée aux arbitrages internationaux et à ces derniers, la possibilité de se dérouler dans des conditions très proches de celles retenues par la loi type » .

المبحث الثاني

مفهوم فكرة النظام العام في مجال التحكيم الدولي¹

إن كان النظام العام الدولي، بصفة عامة، يسمح للقاضي أو المحكم باستبعاد القانون الواجب التطبيق من الناحية الوظيفية، و ذلك على جميع الأصعدة : قواعد البوليس، النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص و النظام العام العبر دولي، فإن هذا لا يكفي لتحديد مفهوم فكرة النظام العام في مجال التحكيم الدولي .

ذلك أن لكل هذه الأنواع من النظام العام الدولي المصلحة العامة التي يحميها، فقواعد البوليس تحمي سياسة التشريع الوطنية، و النظام العام الدولي يحمي الأسس و المبادئ الجوهرية في حالة تعارضها مع القانون الأجنبي، أما النظام العام العبر دولي يهدف إلى حماية المبادئ و الأخلاقيات السائدة في المجتمع الدولي .

كما أن، هي عديدة المراجع التي نتناول تعريف كل نوع على حدى من أنواع النظام العام الدولي، لكن ما هذا ما يؤدي إلى عدم إمكانية تقديم تعريف جامع لفكرة النظام العام كفكرة مركبة و ذلك في مجال التحكيم الدولي، و هو ما سيتم تقديم محاولة بشأنه .

¹ من خلال هذا المبحث، سوف لن يتم التطرق إلى القابليتين للتحكيم مثل ما هو الحال بالنسبة لتحديد مفهوم فكرة النظام العام في مجال التحكيم الداخلي، لأن الهدف من ذلك كان يتمثل في رصد تحركات و طريقة عمل هذا النوع من التحكيم، أما فيما يخص تحديد فكرة النظام العام في مجال التحكيم الدولي، و على نفس الأساس، فسيتم رصد طريقة عمل هذه الفكرة ضمن مجال التحكيم الدولي، و ذلك طالما أننا لسنا بصدد دراسة مادة التحكيم و إنما النظام العام التحكيمي و بالتالي سيتم التطرق إلى ما يتناسب مع موضوعنا هذا .

و إذا كان تعريف كل نوع من النظام العام في مجال التحكيم الدولي منفردا متاحا، و عملية سهلة بمجرد الإضطلاع على وظيفة و طريقة عمل كل واحد منها، فإن الأمر ليس بنفس السهولة في حالة التعامل مع هذه الفكرة ككتلة واحدة، و إذا حاولنا اتباع نفس المنهج و ذلك بمحاولة معرفة طريقة عمل هذه الأنواع مجتمعةً سنجد الأمر معقد نوعا ما، لكنه في نفس الوقت يعتبر الطريق الوحيد لتحديد تعريف لفكرة النظام العام في مجال التحكيم الدولي، دون أن يتم الإستغناء عن التطرق لتعريف كل منها و ذلك لمتطلبات منهجية البحث و بالقدر الذي يتطلبه الأمر منا .

المطلب الأول

تعريف فكرة النظام العام في مجال التحكيم الدولي

نظرا لخصوصية هذا النوع من النظام العام المركبة، فلا مفر من التطرق إلى تعريف كل نوع منها على حدى حتى يتسنى في الأخير امكانية الخروج بتعريف جامع، يتسع ليشمل جميع أنواعها و يليق، في نفس الوقت، بفكرة النظام العام التحكيمي الدولي، بصفة عامة .

الفرع الأول

تعريف فكرة النظام العام بمفهوم قواعد البوليس

بعدما تم التطرق فيما مضى إلى مفهوم فكرة النظام العام في مجال التحكيم الداخلي (قواعد النظام العام الوطني)، فسوف يتم التطرق إلى هذه الأخيرة في إطار القانون الدولي الخاص، و إنطلاقا من كونها نفس القواعد فقط أنها تعمل بطريقتها الخاصة في هذا المجال و يجب التطرق لها بمفهوم قواعد البوليس أولا، ثم بمفهوم النظام العام الدولي ثانيا .

قبل التطرق إلى تعريف قواعد البوليس، تجدر الإشارة إلى الإختلاف الفقهي في ما

يخص تعريف قواعد البوليس، فإلى جانب هذا المصطلح يصطلح عليها : القواعد ذات التطبيق

الضروري، ذات التطبيق الفوري أو قواعد النظام العام الوقائي أو التوجيهي .

أيا كان المصطلح المستعمل، فهو يشير إلى نفس الظاهرة فقط أن لكل منها من المزايا

ما لا يتحقق مع تعبير آخر، لكن يبقى دائما مصطلح قواعد البوليس هو المصطلح الكلاسيكي

الأصيل، أما مصطلح " القواعد ذات التطبيق الضروري أو الفوري أو المباشر "، ففي نظر

مستعمليه أنه يساعد القاضي في التفكير في أسبقية تطبيق قواعده القانونية التي ترغب في التطبيق¹.

أما فيما يخص تعريف هذا النوع من القواعد، فكما هو معروف فإن التعريفات المقدمة

عديدة و متعددة²، و لهذا السبب سيتم اقتراح تعريف، و الذي يعتقد أنه معاصر و ملائم لطبيعة

البحث، لاسيما فيما يخص المفهوم الوظيفي لهذا النوع من القواعد، الأمر الذي يجمع بين عملية

التعريف و بين أثر فكرة النظام العام من زاوية قواعد البوليس على التحكيم، و بالتالي يمكن

تعريفها وفقا لما يلي : " هي قواعد تنتمي إلى القانون الوطني، و تطبق على علاقة خاصة دولية،

بعيدا عن قواعد التنازع " .

¹ هايدي عيسى حسن، تنازع القوانين في مسائل الملكية الفكرية، دار النشر و التوزيع و الترجمة، الإصدار الأول

2019، صفحة 389 .

² أشهرها التعريف المقدم من طرف Franscakis، و الذي عرفها كما يلي : " القوانين أو القواعد التي يعتبر

تطبيقها ضروريا للحفاظ على الأسس الساسية، الإجتماعية و الإقتصادية للدولة. و من المؤلفين العرب، عرفها مثلا

الأستاذ محمد صلاح عبد الوهاب على أنها : " مجموعة من القواعد التي يتطلب تطبيقها تطبيقا مباشرا على المسائل

التي تدخل في نطاقتطبيقها المحدد، و بصرف النظر عن تطبيق القانون الأجنبي الذي حددته قواعد الإسناد "

و الآن، وفقا لهذا التصور، الإشكال المطروح في إطار تحديد مفهوم قواعد النظام العام في مجال التحكيم الدولي، بصفة عامة، و قواعد البوليس بصفة خاصة، يتمثل في مدى قابلية تطبيق قواعد البوليس من طرف المحكم الذي لا يملك قانون بلد ينتمي إليه؟، و هل الأمر يعتبر سهلا بمجرد الإعتقاد أن هذا النوع من القواعد كتب لها أن تطبق مبدئيا و بعيدا عن منهج التنازع؟. من أجل كل هذا، سيتم التطرق إلى كيفية تحديد معالم قواعد البوليس الواجبة التطبيق في إطار تنازع هذا النوع من القواعد، ثم بعد ذلك سيتم التطرق إلى أثر هذا النوع من القواعد على التحكيم.

الفقرة الأولى

تنازع قواعد البوليس

في هذا الشق من البحث بالذات، لابد من الإشارة إلى أن الأمر جدي و غاية في التعقيد، لذلك وجب التعاطي معه بشكل يتيح لنا حل هذه العقدة، و في نفس الوقت تسليط الضوء على ماله علاقة مباشرة، ليس فقط بقواعد البوليس، بل بعلاقة هذه الأخيرة مع التحكيم و العلاقة التأثيرية بينهما .

من أجل ذلك، سيتم التطرق إلى شروط تطبيق القاعدة البوليسية، سواء تعلق الأمر بتلك الخاصة بقانون بلد القاضي، من جهة، أو سواء تعلق الأمر بتلك المتعلقة بالقانون الأجنبي، من جهة ثانية، مع تدعيم ذلك بأمثلة كلما سمح الأمر بذلك .

أولاً- شرط الجوارية

إن تدخل قواعد البوليس لا يتم إلا في حالة وجود علاقة ما بين العلاقة الخاصة الدولية و إقليم قانون بلد القاضي و هو ما يعرف بشرط الجوارية *Condition de proximité*، و من أجل ذلك تم العثور على قرارين لمحكمة النقض الفرنسية يعود تاريخهما لسنة 2011 .

بحيث يتمثل أول قرار مبدئي في قرار ¹Agintis، الصادر عن الغرفة المختلطة لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2007/11/30، و التي لم تقض بأسبقية تطبيق أحكام القانون الفرنسي المتعلق بالمناولة الدولية الصادر في 1975/12/31 على الرغم من أن هذا القانون ينص على أن مواده تعتبر قواعد بوليس، لاسيما المواد 12 و 13، و ذلك بمناسبة عقد المناولة المبرم بين الشركة الألمانية SAB و شركة Agintis، في إطار اتفاقية إقامة منشأة صناعية بين الشركة الألمانية و صاحبة المشروع شركة *Maitre de l'ouvrage* شركة Basel، “، أين طالبت شركة Agintis شركة Basel بمستحققاتها بمناسبة إفلاس الشركة الألمانية SAB، الأمر الذي تم الإستجابة له بموجب القرار التحكيمي للمحكمة الدولية للتحكيم، إلا أن محكمة النقض قضت بعكس ذلك لعدم ايجادها لرابط قوي بين قواعد البوليس و بين العلاقة التنازعية، بغض النظر عن تحقق شرط الإقليم، الأمر الذي أثار حفيظة جل القانونيين من هذا الموقف .

و من منطلق أن محكمة النقض الفرنسية اعتبرت العلاقة الأساسية تتمثل في العلاقة بين شركة Basel الفرنسية و الشركة الألمانية SAB، و ليس مباشرة مع الشركة الفرنسية

¹ Andreas Busher, la dimension sociale du droit international privé, Académie de droit international de la Hay, 2011, page 518 .

Agintis التي لم تكن مكلفة إلا بحصتين من المناقصة التي شملت عملية الترخيص، بررت موقفها هذه المرة بواسطة الغرفة التجارية بموجب القرار الصادر في 2011/04/27¹، في قضية مماثلة أين ذهبت إلى أنه و من أجل إعتبار مواد القانون 1975/12/31 من قواعد البوليس يجب أن تكون علاقة وثيقة للعملية بقانون بلد القاضي (فرنسا)، و هو ما يعتبر حماية من التماذي في تطبيق قواعد البوليس المتمسك بها في كل مرة يوجد فيها نزاع في إطار العلاقات الدولية الخاصة .

و كخلاصة، من أجل تطبيق قواعد بوليس بلد القاضي لا يكفي النص عليها بأنها كذلك، و إنما يجب على هذا الأخير أن يجد علاقة وثيقة بين قاعدة البوليس و العلاقة القانونية المتنازع بشأنها².

ثانيا- شرط التعاون الدولي لحماية المصالح الوطنية

يتعلق الأمر هذه المرة بقاعدة البوليس الأجنبية عن تلك الخاصة بقانون بلد القاضي، و لا يجب أن يتبادر إلى الأذهان أن الأمر يتعلق بالتنازع بين النوعين من قاعدتا البوليس – لبلد القاضي و الأجنبية عنه –، و إنما يتعلق الأمر بإزدواجية أو ثنائية وجود هذا النوع من القواعد.

يعود ظهور الحديث عن تطبيق قواعد البوليس الأجنبية للأربعينيات من العقد الماضي (1940)، و ذلك بفضل المؤلفين الألمانين Wengler و Zweigert، و ذلك في سياق نظرية

¹ Monica-Elena Burviana, l'application de la loi étrangère en droit international privé, Université de Bordeaux, Faculté de droit, 2016, page 123.

² الحسين ابن محمود السالمي، منظومة القانون الدولي الخاص التونسي، مجموعة الأطرش للكتاب المختص،

الطبعة الأولى، 2016، صفحة 359 .

" Rattachement spécial " ¹ .

ثم بعد ذلك، و بعد عدة سنوات، تم اعتماد مبدأ تطبيق قواعد البوليس الأجنبية شيئاً فشيئاً، فكانت الإنطلاقة بفضل القضاء هذه المرة، فكان قرار Alnati الإيرلندي الشهير و الصادر في 1966/05/13²، ثم في سنة 1977 صدر قرار عن الغرفة المدنية الثالثة لمحكمة النقض الفرنسية و ذلك بتاريخ 1977/12/14 و المعروف بقرار Garcia³، واستمر الحال على ذلك إلى يومنا هذا .

كذلك ، حتى و إن عرجنا على القضاء التحكيمي، فهناك القرار التحكيمي المطعون فيه أمام محكمة إستئناف باريس تحت رقم 24374/16 بتاريخ 2018/10/23، أين طبق المحكم

¹ G. Van Hecke, problèmes juridiques des empunts internationaux, Bibliotheca Vissiriana dissertationvm ivs internationale illustrantivm, cvra facvftatis ivridicae lvgdvno-batave Edita- Tomvs octo decimvs xxxv, deuxième édition, 1964, page 136 : « La conception classique a été mise en question par une série d'auteur allemand Wengler a été le premier à proposer un rattachement spécial aboutissant à l'application directe de toutes les lois de police qui prétendant influencer le contrat et à l'élimination en ces matières de la lex contractus. Zweigert a repris cette notion mais en la limitant aux lois qui interdisent un mouvement de marchandises ou de devises » . <http://books.google.com> .

² Christian Kohler, l'autonomie de la volonté en droit international privé, Académie de droit international de la Hay, collection de cours de droit en livre de poche, ADI-POCHE, 2013, page 140 .

³ Cour de cassation, chambre civile 3, 14/12/1977, n°76-12282: Garcia était propriétaire à Alger d'un immeuble comportant divers locaux commerciaux donnés à bail à la société financière et technique de construction et d'aménagement, dite Sofiteca, moyennant une faculté de résiliation réservée au preneur et le paiement de loyers en espèces ayant cours en France, au domicile du bailleur à Alger » . <http://www.juricaf.org>

أحكام القانون 1975/12/31 المتعلق بالمناولة المشار إليه أنفاً، مما عرض حكمه للبطلان من طرف محكمة استئناف باريس¹، و لعل السبب من وراء ذلك ربما يكمن في تأثير اتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات العاقدية، لاسيما الفقرة الأولى من المادة السابعة و التي تنص على أنه : " عند تطبيق قانون دولة معينة بموجب هذه الإتفاقية، فإن القواعد الأمرة التي يتضمنها قانون دولة أخرى ترتبط بالعلاقة العقدية برابطة وثيقة، يمكن أن يكون لها أثراً قانونياً، متى كانت هذه القواعد واجبة التطبيق وفقاً لقانون هذه الدولة الأخيرة، و بغض النظر عن القانون الذي يحكم العقد، على أنه عند إعطاء أثراً لهذه القواعد الأمرة يؤخذ بعين الإعتبار طبيعتها و أهدافها و النتائج المترتبة على تطبيقها أو عدم تطبيقها"²، و التي تهدف إلى حماية ما يعرف " بمصالح الدولة " أو " Les intérêts étatiques"، بمفهوم أن كل دولة لها مصلحة

1 Paris Baby Arbitration Diberon, chronique mensuelle de l'arbitrage en français et anglais (Law Review) , octobre 2018, n°17, page 13 : « En troisième lieu, CMO allègue dans son dernier moyen qu'en refusant d'appliquer la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance parce que cette loi ne s'applique que sur le territoire français alors que les travaux de sous-traitance entre CMO et LAVALIN se situent au Maroc, l'arbitre a porté atteinte à l'autorité de la chose jugée de la sentence déclarant le droit français applicable. La Cour estime que le choix de l'application au fond du droit français n'a pas pour effet d'évincer la question du champ d'une loi de police particulière. Pour autant, en mettant en œuvre des règles française de conflit de lois, l'arbitre s'est conformé à sa première sentence, la Cour rejette donc le dernier moyen .

La Cour Annule la sentence finale seulement en ce qu'elle se prononce sur les intérêts qui assortissent la condamnation au paiement des factures » .

² - محمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية، نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة،

دراسة مقارنة، الحامد، 2013، صفحة 75 .

تتمثل في بلوغ القوانين الهدف التي سنتها من أجله.¹

من هذا المنطلق، نستخلص أنه لا بد من تعاون دولي من أجل أن تجد كل دولة مصلحتها، و إلا لكانا أمام عدم إمكانية تطبيق أي قاعدة بوليس لأي دولة كانت، الأمر الذي ينجم عنه عدم تحقيق مصلحة أي دولة من هذه الدول و هو ما يعرف بشرط التعاون الدولي لحماية المصالح الوطنية .

الفقرة الثانية

تطبيق المحكم لقواعد البوليس

في هذه الحالة لا حاجة للتمييز بين قواعد بوليس قانون بلد القاضي و بين قواعد البوليس الأجنبية، لأن كلاهما يعتبران أجنبيتان بالنسبة للمحكم، و ذلك لسبب بسيط يتمثل في عدم حيازة هذا الأخير لقانون بلده، لذلك قد يبدو الأمر صعبا و معقدا، إلا أن هذه الصعوبة و التعقيد ليست بهذا الحجم في حالة ما يُرتب الأمر بشكل يسمح بالوصول إلى نتيجة مرضية في الأخير .

¹ - Mayer Pierre, les lois de polices, In : Droit international privé : travaux du comité français de droit international privé, hors série, 1988. Journée du cinquanteaire, page 110 : « La force de cet argument dépend de la nature des intérêts étatiques .

Il existe en effet une grande variété parmi ceux qui protègent les lois de polices... . D'autre lois de police se bornent à poursuivre un objectif d'intérêt général, auquel l'Etat n'a pas un intérêt direct : loi visant à la protection de l'environnement , par exemple. On ne peut encore parler d'intérêt de l'Etat, mais uniquement dans le sens assez vague ou l'Etat a intérêt à ce que les lois qu'il a édictées atteignent leurs objectifs, qu'ils qu'ils soient. C'est l'intérêt de l'Etat législateur .

بحيث و في المقابل، التنازع بين قواعد البوليس لا يتحقق فقط بين تلك التابعة لقانون

بلد القاضي و قواعد البوليس الأجنبية، أين يستحسن استعمال مصطلح Les lois d police

étrangères، و إنما قد يتحقق ذلك بالنسبة للمحكم و ذلك فيما يخص مختلف القوانين الواجبة

التطبيق، مثل : القانون الواجب التطبيق على العقد و القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع،

أين يستحسن الإصطلاح على Les lois de police tières، فأَي من هذه القواعد يطبق المحكم ؟ .

من ناحية أخرى، و من أجل إبعاد كل الشكوك عن جدية هذا الطرح، من جهة،

و ترسيخه، من جهة ثانية، فهل يعقل أن تتنازل الدول لمؤسسة التحكيم عن وظيفتها القضائية دون

أن تضمن حماية مصالحها الوطنية؟، و هو ما يمكن الإجابة عنه بالإيجاب لاسيما فيما يخص

بطلان الحكم التحكيمي أو الاعتراف به و تنفيذه، فهل للمحكم حرية إختيار أي قاعدة بوليس تحلو

له ؟ .

أولا -مراعاة التوقعات المشروعة للأطراف

من منطلق عدم وجود قانون قاضي بلد النزاع Lex fori ، و عدم وجود قواعد

بوليس خاصة بالمحكم و اعتبار جميع قواعد البوليس أجنبية في نظر هذا الأخير، تم إقتراح

الإصطلاح على Les lois de police tières بدلا من Lois de police étrangère ، الأمر

الذي يترتب عليه إلترام إضافي على عاتق المحكم و الذي يتمثل - و بالإضافة إلى إلترام تحديد

القانون الواجب التطبيق - في تبرير الطريقة التي بموجبها اختار قانون معين، و الذي لا يمكن إلا

أن يكون مطابقا للتوقعات المشروعة للأطراف¹ .

¹-Derain Yves, attentes légitime des parties et droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international, In : Droit international privé : travaux du comité

بحيث لا يعتبر إحترام التوقعات المشروعة للأطراف مخالفا للطابع الإتفاقي (النظرية العقدية) للتحكيم الذي يستمد المحكم سلطته منه، و في المقابل، يفترض من هذا الأخير عدم مفاجأة الأطراف بقواعد بوليس لم يتوقعو تطبيقها¹، و هو ما اتجه إليه القضاء التحكيمي منذ سنة 1971 في قضية رقمها 1971/1512²، و هو مكرس بموجب القضاء التحكيمي إلى يومنا هذا، أين تم اختيار القرارين الصادرين في قضيتي Caribbean Niquel³ و Stolt-Nielson⁴، و اللذان أشار إليهما عدة باحثين⁵.

français de droit international privé, 6^{ème} année, 1984-1985 et 1986. Fichier pdf généré le 01/04/2019. <http://www.presse.fr/doc/tcfdi>. page 88 : « ..., le souci de l'arbitre n'est pas de déterminer le droit applicable. Son souci essentiel est de justifier l'application du droit qu'il retiendra en montrant que cette application ne peut correspondre à l'attente légitime des parties » .

¹ - Nathalie Copiel-Cordonnier, les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé, L.G.D.J, 1999, page 269 : « Sans reprendre tous les éléments de cette discussion, on rappellera que l'arbitre, émanation de l'accord des parties, ne peut appliquer en principe, que les normes qui répondent à la volonté de celles-ci, ou tout au moins à leurs attentes légitimes ... » .

² - إِيَادَ مُحَمَّدَ بَرْدَان، مرجع سابق، صفحة 423 .

³ - Cour de cassation, chambre civil 1, 29/6/2011,10-23.321 . <http://www.legifrance.gouv.fr>

⁴ - Cour Suprême des Etats-Unis, 130.S.CT.1758, 27/4/2010. <http://www.supremecourt.gov>.

⁵ - William W.Parker, Arbitration of international business disputes, second edition, oxford Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2013, page 10 .

للإشارة فإن، مبدأ مراعاة التوقعات المشروعة للأطراف، يندرج ضمن إطار الإلتزام باحترام سلطة المحكم دون تجاوز هذا الأخير لحدود سلطاته، و ذلك بمراعاة مقتضيات مبدأ سلطان الإرادة، من جهة، و النظام العام، من جهة ثانية .

ثانيا- نجاعة حكم التحكيم

إن مبدأ نجاعة حكم التحكيم يقتضي أن يصدر المحكم قرارا يحضى بقابلية تنفيذه في البلد يحتمل أن ينفذ فيه هذا الأخير، لأن القول بخلاف ذلك معناه أن قضاء هذا البلد سيمتنع عن تنفيذه و ذلك كلما كان هذا الحكم مخالفا لقواعد النظام العام لهذا البلد، و الذي تعتبر من ضمنه قواعد البوليس¹.

لكن الإشكال الحقيقي، يتمثل في الإلتزام بنجاعة التحكيم الذي يتميز بالعلاقة التبادلية بين المحكم و قاضي بلد التنفيذ، بحيث لا يمكن إبراء ذمة الأول على حساب الثاني بمجرد الأخذ بعين الإعتبار قواعد البوليس أو النظام العام الدولي بصفة عامة لقاضي بلد التنفيذ، كون أن هذا الأخير و هو بصدد ممارسة رقابته لمطابقة القرار التحكيمي لنظامه العام و المسؤول عن ضمانه، يمكن أن يقضي على نجاعة الحكم التحكيمي، و بالتالي الإشكال الحقيقي يصبح ليتمثل في تحديد مستوى هذه الرقابة بالقدر الذي يمكن معه حماية نجاعة التحكيم الدولي؟ .

من خلال البحث عن حل لهذا الإشكال، تم الوقوف على مبدأ جديد يتمثل في Principe

¹ - Arrêt n° 2018/06, Cour d'appel de Paris (Pôle 1-Ch.1), 16/01/2018, société MK Groupe c/SARL Onix et autre : « L'ordre public international au regard duquel s'effectue le contrôle du juge de l'annulation s'entend de la conception qu'en a l'ordre juridique français, c'est-à-dire des valeurs et des principes dont celui-ci ne saurait souffrir la méconnaissance même dans un contexte international ; que ce n'est que dans cette mesure que les lois de police étrangères peuvent être regardées comme relevant de l'ordre public international ... » .

du Contrôle restreint أو du Minimaliste، و الذي مفاده أن رقابة قاضي بلد التنفيذ تقتصر على البحث فقط في الحل المعتمد من طرف المحكم لحل النزاع¹ .

بالفعل هو ما ذهبت إليه محكمة إستئناف باريس بمناسبة قرار² Thales، و الذي أقر

بأن خرق قاعدة من قواعد البوليس ليس من شأنه المساس بمبدأ عدم مراجعة القرار التحكيمي من حيث الموضوع³ .

و من تم، نلاحظ أنه و حتى لا يعرض المحكم قراره لعدم الفعالية لابد عليه من مراعاة

تنازع قواعد البوليس فيما بينها، مع الحرص على ايجاد العلاقة الوثيقة مع النزاع، حتى ولو اقتضى

الأمر تطبيق قاعدة بوليس أجنبية عن القانون الواجب التطبيق، الأمر الذي لا يتم إلا في إطار

¹ - Train François-Xavier, reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères : le droit français au prisme de la convention de New York, revue internationale de droit comparé, Vol.66 n°2.2014, études de droit contemporain, contribution française au 19^{ème} congrés international de droit comparé (Vienne 20-26 juillet 2014), page 278 : « La Cour de cassation a consacré ce contrôle restreint ou minimaliste de l'ordre public international, qui est encore en vigueur à ce jour ... » .

² - Cour d'appel de Paris, 1^{ère} chambre, section C, 18 novembre 2004 (n°2002/19606), SA Thales Air Défense c/ GIE Euromissile et EADS : rejet du recours en annulation de la société Thales Air Défense contre la sentence CCI 10576/DB/ACS du 23 octobre 2002 .

³ - George A.Bermann, recognition and enforcement of foreign arbitral awards, the international and application of the New York convention by national Courts, springer, New York, USA, 2017, page 311 : « ..., la violation allégué d'une loi de police n'autorisant aucune atteinte à la règle procédurale de l'interdiction d'une révision au fond, comme l'a affirmé la Cour d'appel de Paris dans le motif décisoir final de l'arrêt Thales »

احترام التوقعات المشروعة للأطراف، من جهة، و مراعاة قواعد بوليس بلد التنفيذ - إذا كان تمة وجه لذلك ، من جهة ثانية .

أما فيما يخص قاضي بلد التنفيذ فلا يمكن له التصرف بمجرد عدم تطبيق قواعد البوليس الخاصة به، و ذلك لاستقرار القضاء التحكيمي و العدلي على اكتفاء هذا الأخير بدراسة مدى أحقية اختيار القانون المطبق من طرف المحكم، دون قدرته على فحص النزاع من جديد من حيث الموضوع.

بعد الإنهاء من كل هذا، و مراعاة جميع الجوانب المتعلقة بقواعد البوليس، لاسيما تلك المتعلقة بموضوع بحثنا، يمكن تقديم تعريف النظام العام بمفهوم قواعد البوليس، و ذلك على النحو التالي : " فكرة قانونية، يستخدمها القاضي و/أو المحكم لحماية المصلحة الوطنية المكرسة بموجب قواعد قانونية محددة، سواء لبلد القاضي أو بلد أجنبي، على حد سواء، و ذلك دون الإخلال بالتوقعات المشروعة للأطراف، من جهة، و نجاعة الحكم القضائي أو التحكيمي، من جهة ثانية " .

الفرع الثاني

تعريف فكرة النظام العام بمفهوم تنازع القوانين

من المتعارف عليه، أن أعمال الدفع بالنظام العام يتطلب ثبوت الإختصاص التشريعي للقانون الأجنبي، سواء تعلق الأمر بالقانون المختار من قبل الأطراف أو ذلك الذي أشارت إليه قواعد الإسناد لبلد القاضي المختص بالنظر في النزاع، هذا عن القضاء العدلي، أما فيما يخص القضاء التحكيمي فلا يعتبر الأمر سهلاً، إذ و كما هو معلوم فإن المحكم لا يحوز على قانون خاص به و إنما تعتبر كل القوانين في مركز واحد بالنسبة له و كلها أجنبية عنه، فكيف سيتعامل المحكم

في هذه الحالة مع الدفع بالنظام العام؟، و بعد معرفة كل ذلك يمكن تقديم تعريف لفكرة النظام العام بمفهوم تنازع القوانين بأريحية .

الفقرة الأولى

الدفع بالنظام العام بالنسبة للقاضي

بمجرد استبعاد القاضي للقانون الأجنبي الواجب التطبيق بموجب الدفع بالنظام العام،

فسيجد هذا الأخير نفسه أمام آثار تطبيق هذا الدفع، و الذي يمكن أن يكون سلبيا كما قد يكون إيجابيا.

أولا- الأثر السلبي للدفع بالنظام العام

يقصد بالأثر السلبي للدفع بالنظام العام استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق

لتعارضه مع النظام العام في دولة القاضي، و الذي يمكن أن يكون ذو أثر نسبي¹، أي استبعاد فقط

الأحكام التي تخالف النظام العام دون استبعاد القانون الأجنبي برمته متى كانت لا تخالف النظام

العام لدولة القاضي، و ذلك منذ قرار Patino الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ

1963/05/15².

¹ - فاطمة الزهراء بن محمود و الحسين السالمي، منظومة القانون الدولي الخاص التونسي، منشورات مجمع

الأطرش للكتاب المختص، الطبعة الأولى، 2016، صفحة 345 .

² - Marie-Christine Meyzeaud-Garand, droit international privé, Bréal, 2^{ème} édition, 2008, page 89 : “ Le plus souvent la jurisprudence substitue la loi française aux seuls textes choquants et la loi étrangère reste applicable pour le reste... Ainsi dans l’affaire Patino, ” .

أما إذا كانت الأمور متصلة ببعضها البعض اتصالاً وثيقاً لا يقبل معه الفصل بينهما، فإنه لمن البديهي أن يستبعد القاضي القانون الأجنبي برمته، و يحل محله قانون بلده¹، كما أن استبعاد أحكام القانون الأجنبي كلياً يعتبر عملاً مناقضاً لحكمة التشريع²، و التي يقصد بها قرب القانون الأجنبي الواجب التطبيق أصلاً من المسألة المعروضة مقارنة بالقوانين المزاخرة له .

و حتى يتم التمكن من رصد حركة فكرة النظام العام العام في مجال القانون الدولي الخاص بصفة أدق، فإنه ينبغي التمييز بين هذه الحالة التي تم التطرق إليها و التي تتمثل في " إنشاء حق في بلد القاضي"، و بين الحالة الثانية و التي تتمثل في " التمسك بأثار حق اكتسب في الخارج"، لما لذلك من أهمية ليس فقط في مجال القضاء العدلي و إنما كذلك في مجال القضاء التحكيمي، و لما لهذه الفكرة من آثار متباينة لفكرة النظام العام بين الحالتين و القضاءيين في نفس الوقت .

ففي الحالة الأولى، يتدخل النظام العام و يستبعد القانون الأجنبي مثل ما رأينا قبل حين، أما في الحالة الثانية فيبحث في مدى إمكانية الاحتجاج بهذا الحق الذي أصبح مكتسباً خارج إقليم قاضي بلد التنفيذ، ليتدخل النظام العام من أجل عدم الاعتراف و تنفيذ السند الأجنبي الذي أنشأه .

¹ - محمد عزمي البكري، القانون المدني الجديد، المجلد الأول، المدخل للقانون، دار محمود، 2018، صفحة 494.

² - سلطان عبد الله محمود، الدفع بالنظام العام و أثره، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 43، 2010، صفحة 94 .

ثانياً- الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام

يعتبر الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام الوجه الثاني لعملة النظام العام، و التي يتمثل وجهها الأول في الأثر السلبي، بحيث بعد أن يستبعد القاضي القانون الأجنبي الذي يتعارض مع النظام العام لدولة هذا الأخير، فإنه يحل محله قانون بلده، و هذا هو مؤدى فكرة الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام .

ظاهرة الحلول جاءت لسد الفراغ التشريعي الذي يخلفه الأثر السلبي، و بالتالي و من البديهي أيضاً، أنه إذا تعلق الأمر باستبعاد كلي للقانون الأجنبي فإن احلال قانون بلد القاضي محله يكون كلياً، و العكس صحيح، أي إذا كان الاستبعاد جزئياً فإن الحلول يكون جزئياً هو الآخر .

أما عن التساؤل حول مصدر عملية حلول قانون بلد القاضي محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام، و بطريقة أخرى، موقف الفقه و القضاء من ذلك و حتى التشريعات المقارنة، فقد تم البحث في ذلك بموجب العديد من الدراسات، بحيث تم تقديم عينات على ذلك لكن الأهم من ذلك هو أن الأمر لم يكرسه القضاء مباشرة بل الفقه ثم اعتمده بعد ذلك القضاء، و في آخر المطاف تم ترسيخه من طرف التشريعات المقارنة، وهو ما سيعطينا فرصة لتسليط الضوء على مبدأ الحلول ضمن جميع هذه المصادر.

أول من نادى بمبدأ الحلول كان كل من Haus Lewald،Wilhem Wingler

و¹ Frank Vicher، و بعد أن ترسخ مبدأ الحلول نهائيا عند الفقهاء، اقتبسها القضاء ممثلا في القضاء الألماني²، ثم أخيرا كرستها التشريعات المقارنة .

فليس المشرع الجزائري و حده الذي كرس مبدأ الحلول³، بل جل التشريعات المقارنة كذلك على غرار المشرع البولوني⁴، النمساوي، الروماني، التركي و القانون التونسي و الذي يعتبر من أبرز التشريعات المقارنة التي عننت بهذه المسألة، و ذلك لتطرقه ليس فقط لمسألة إحلال القانون

¹ -أول خطوة لتكريس مبدأ الحلول في مجال القانون الدولي الخاص، كان بفعل مقال Wilhem Wengler الشهير سنة 1934، أين أشار إلى ضرورة وجود تشابه بين الآثار القانونية بين النظامين القانونيين (القانون الواجب التطبيق و قانون بلد القاضي)، ثم بعد ذلك Haus Lewald من سمي هذه الظاهرة باسمها الحالي أي مبدأ الحلول، ليتعمق في الفكرة، أخيرا ، Frank Vischer و من تم تداولت خلال مختلف الدراسات و الكتب التي تعني بالقانون الدولي الخاص .

² - Erik ayme, rapport de l'institut de droit international (annuaire), session de Santiago du Chili, volume 72-2007, page 7 et 8 : « La jurisprudence allemande a appliqué expressément l'instrument de la substitution pour résoudre des problèmes de coordination de différents systèmes de droit civil. Par exemple, la Cour fédérale allemande à dû statuer sur le nom de l'enfant d'une mère allemande et d'un père espagnol... La Cour examina la substitution au nom de famille de la loi allemande des deux noms du droit espag

³ - المادة 24 من القانون المدني الجزائري : " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة ."

⁴ - Article.7 de la loi polonaise du 4 février 2011 : « L'application des dispositions du droit étranger est exclue, si elle conduit à un résultat incompatible avec les règles fondamentales de l'ordre public polonais. » .

التونسي محل القانون الأجنبي الواجب التطبيق المخالف للنظام العام، بل أكثر من ذلك تطرق حتى لمسألة جزئية أو نسبية حلوه¹. و هناك من التشريعات المقارنة من لم ينص صراحة على مبدأ الحل، و من ذلك المشرع المصري²، لكن شراح القانون المدني يذهبون إلى ضرورة إحلال القانون المصري محله³، و يقاس عليه باقي التشريعات المماثلة، مثل المشرع الإماراتي⁴، و القانون المدني السوري⁵.

و في الأخير فإنه ينبثق عن الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص ما يعرف بالأثر المخفف للنظام العام، بحيث هناك فرق بين حالة انشاء الحقوق و المراكز القانونية في

¹ - الفصل 04/36 و 05 من مجلة المرافعات المدنية و التجارية : " و لا يستبعد من القانون الأجنبي عند العمل بالنظام العام سوى أحكامه المخالفة للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي .

و يطبق القاضي أحكام القانون التونسي بدلا عن أحكام القانون الأجنبي التي استبعد تطبيقها .

² - المادة 28 من القانون المدني المصري : " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته الأحكام السابقة إذا كانت مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة في مصر" .

³ - محمد عزمي البكري، مرجع سابق، صفحة 495 .

⁴ - المادة 27 من قانون المعاملات الإماراتية : " لا يجوز تطبيق أحكام قانون عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف الشريعة الإسلامية أو النظام العام و الآداب العامة في دولة الإمارات العربية المتحدة" .

⁵ - المادة 30 من القانون المدني السوري : " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام و الآداب العامة في سورية" .

دولة القاضي و هو ما يعرف بالأثر الكامل للنظام العام ، و بين الحالة التي يتم التمسك فيها بأثار حق اكتسب خارج اقليم القاضي الوطني و هو ما يقصد به الأثر المخفف للنظام العام .

إن الفرق بين الحالتين السالفتي الذكر يكمن في كون، أنه و في الحالة الأولى لا يقبل نشوء الحق في دولة القاضي، في حين يجوز التمسك بالحق الناشئ خارج اقليم دولته، داخلها، و ذلك لعدم تأثر المبادئ العامة للقاضي في هذه الحالة مقارنة بالحالة الأولى، أي في حالة محاولة انشاء الحق داخل دولته¹، و هو ما كرسته محكمة النقض الفرنسية منذ 1953/04/17 في قضية Rivière² .

و عليه، يمكن تعريف فكرة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص بأنه : " الدفع الذي يتمسك به قاضي بلد النزاع أو بلد التنفيذ من أجل استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق كليًا أو في جزء منه، و احلال قانون بلده محله، أو رفض الإعتراف و الأمر بتنفيذ حكم أجنبي، حسب الحالة " .

¹ - Léna Gannagé, les méthodes du droit international privé, collection de cours de droit en livre de poche, Académie de droit international de la Hay, ADI-POCHE , p.p150-153 .

² - Guy Fitoussi, essai comparatif et critique du rôle du juge dans la procédure de divorce entre le système judiciaire français et israélien, édition Editeur Indépendant, Paris, 2007, page 455 .

الفقرة الثانية

الدفع بالنظام العام بالنسبة للمحکم

إن المحکم مثله مثل القاضي ملزم بفحص القانون الواجب التطبيق، بصفة عامة، فيما يخص مخالفته للنظام العام من عدمه، إلا أنه و كما هو معروف ليس لهذا الأخير قانون خاص به، و بالتالي فإن الإشکال الكلاسيكي يتمثل في ماهية القانون الدولي الخاص للمحکم حتى يتمكن من إثارة الدفع بالنظام العام و إحلال القانون الذي يختاره محل القانون الواجب التطبيق ؟ .

قد يؤخذ على هذا الكلام بالتكرار، و يقصد بذلك تشابه هذه الحالة مع حالة تطبيق قواعد البوليس من طرف المحکم أين تم استخلاص أن هذا الأخير يراعي في تطبيقها مبدأ النجاعة و التوقعات المشروعة للأطراف، لكن و على العكس من ذلك، فيما يخص النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص فإن الأمر يتعلق بقانون دولي خاص بالمحکم و كأنه قاضي، فقط أنه في هذه الحالة يختلف عن القاضي في عدم امتلاكه إياه، مبدئياً، فمأهي قواعد القانون الدولي الخاص التي يلجأ إليها المحکم و التي بموجبها يدفع بالنظام العام من أجل إحلال القانون الذي يراه مناسباً بموجبها محل القانون الواجب التطبيق ؟ .

في إطار تحديد القانون الدولي الخاص للمحکم، ظهرت عدة اتجاهات فقهية و التي إن تمكنا من حصرها و عرضها سنبقى مجرد نظريات، و ذلك أمام انعدام ترسخ أي منها بموجب قرارات القضاء سواء العدلي منها أو التحكيمي، و هذا ما يضعنا أما اتساع الفجوة بين العنصر النظري و العنصر التطبيقي، و مما سيبقىنا في وضعية صعبة إن لم نقل مستحيلة لتحديد القانون الدولي الخاص للمحکم، و في مقابل ذلك يبقى التحكيم مستمراً، لذلك و جب رصد تحركاته

في هذا المجال عسى أن نتمكن من إبراز طريقة عمله في حالة مماثلة، و التي على الأقل ستشكل الجانب العملي .

أولاً-التفاوت بين الفقه (الجانب النظري) و الأحكام التحكيمية (الواقع العملي)

في هذا الشأن، يشهد على كثرة الأبحاث النظرية المتعلقة بالتحكيم، و التي لا يوجد ما يجبر على تكريسها في الواقع العملي، أو بتعبير آخر، فإن هذه البحوث و التطورات النظرية تتزايد بعيدا عن تكريسها في الواقع، هذا الكلام يصل إلى درجة أن P.Lalive سبق و أن اقترح منع مثل هذه الدراسات النظرية المتعلقة بالتحكيم لمدة خمس (05)¹، من أجل التمكن من تحقيق ما جاءت به، على الأحرى .

هذه الوضعية، تؤدي إلى حجب التطورات العملية و تشتيت تفكيرها، خاصة أنه من ناحية أخرى فإن نشر الأحكام التحكيمية يشكل نسبة جد ضئيلة مقارنة بهذه الدراسات النظرية إلى درجة أنه خلال العشرينية الأخيرة يتم نشر فقط العشرات منها من أصل مائتين و ذلك كل سنة،

¹ - Daniel Levy, les abus de l'arbitrage commercial international, Logiques juridiques, l'Harmattan, Paris, 2015, page 34 : « Enfin, cette théorisation exagérée de l'arbitrage international, au détriment de son examen plus concret, est justement mise en lumière par le [trop écrire] auquel se réfère P.Lalive. L'auteur réclame même un [embargo] de l'ONU pour interdire toute étude sur l'arbitrage pendant cinq ans ! . La concrétisation matériel de ces discussion philosophiques se multiplie ... » .

و على سبيل المثال: هناك 175 حكم تحكيمي صادر سنة 1991 عن غرفة التجارة الدولية، تم نشر ثمانية (08) منها فقط، 138 صدرت سنة 1992 و نشرت اثني عشر (12) ¹ .

كل هذا من أجل الإشارة إلى ما يسمى "بالسوابق التحكيمية" أو *Précédents*

arbitraux بحيث يصبح دور نشر القرارات التحكيمية و بعيدا عن الدراسات النظرية اللامتناهية يتمثل في تكريس التنسيق بين القرارات التحكيمية السابقة، و هو ما أصبح يدرس حديثا تحت عنوان (النظام العام الدولي أو النظام العام الدولي الحقيقي) ² .

هذه القرارات التحكيمية التي تتصف بالتنسيق فيما بينها تتسم كذلك بعدم ارتباطها بأي

دولة (سيادة) ، بل على العكس من ذلك فهي تساير سلطة المحكمين في اختيار القواعد الأكثر ملاءمة لتطبيقها على النزاع، ووفقا لهذا الطرح فإنه أمام تعدد القرارات التحكيمية التي تعتبر سابقة تحكيمية فإن التنسيق فيما بينها يشكل نوعا من توحيد هذه القرارات و التي تعتبر في المستقبل قواعد تطبق على المنازعات المستقبلية المشابهة³ .

¹ - Eric LOUQUIN, les divergences de jurisprudence, réflexion sur la jurisprudence arbitrale, sa cohérence et ses divergences, publication de l'université de Saint-Etienne, 2003, page 130 ..

² - Emmanuel Guillard, Op. cit, page 140 : « A l'inverse, l'arbitre qui accepte l'existence de règles transnationales de procédure pourra fonder directement sa décision sur les précédents arbitraux qui établissent l'existence d'un principe généralement reconnu ... » .

³ - Eric LOUQUIN, Op. cit, page 137 : « ...c'est l'unité de la méthode qui est à l'origine de la convergence des normes qui en résultent » .

لكن وصولا عند هذا الحد فهناك حتما من يتساءل عن الحالات التي تختلف فيها القرارات التحكيمية، و عن الحل حيال ذلك، و ردا على ذلك يمكن القول أن بعض القرارات التحكيمية المعاكسة و الشاردة عن مجمل القرارات المتأثرة ببعضها البعض و التي عادة ما تنتهي بإنشاء قواعد مادية – إن لم يتم تكريسها بموجب التشريعات المقارنة المتعلقة بالتحكيم –، ليس من شأنها أن تؤثر على العملية التسيقية فيما بين القرارات السابقة و المستقبلية، و ما يثبت ذلك هو التطور المتزايد للتشريعات المقارنة المتعلقة بالتحكيم و التي تعتبر في الحقيقة تكريسا للمبادئ الناجمة عن المنظومة التحكيمية¹.

حتى و لو تم الإستعانة بلغة الأرقام، فهناك من أجرى دراسة إحصائية فيما يخص الطعن بالبطلان في القرارات التحكيمية، فتم الوصول إلى أنه قليلا ما يتم اللجوء إلى الطعن، و تم استخلاص ذلك عن طريق صبر آراء فكانت النتيجة 75% من المحامين الذين تم استشارتهم صرحوا أنه أنه قليلا ما يتم اللجوء إلى هذا الطعن، إلى جانب أربع (04) مؤسسات من أصل خمسة (05) كانت إجابتهم مماثلة، أكثر من ذلك، ستة (06) مراكز تحكيم من أصل عشرة (10) أكدت نفس الشيء².

¹ - Nora Seddiki-El Houdaiqui, arbitrage commercial international au Maghreb: droit et pratique, l'Harmattan, Paris, 2012, page 46 : “ ..., les pays du Maghreb ont traditionnellement eu recours aux modes de règlement des différends privés. Ils sont aussi enrichi leur droit de l'arbitrage de sources de droit internationalesdonnent lieu à une harmonisation de leur droit et à l'unification progressive du droit commercial international et du droit de l'arbitrage”

² - Philippe Gérard, Michel Van de Kerchove et François Ost, fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformations et déolacement, publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1983, page 436 .

خلاصة القول، أنه من بين معوقات إيجاد حل لإشكال تحديد قانون دولي خاص بالمحكم يتمثل في كثرة الدراسات النظرية التي إبتعدت كل البعد عن الواقع العملي التحكيمي، على الرغم من أن هذا الأخير يرتكز على دعامة جد مهمة، و التي كما سبق و أن تم التطرق إليه أعلاه، تتمثل في التنسيق بين هذه القرارات التحكيمية، السابقة منها مع الحديثة، و بالتالي لم يبق الآن سوى تركيز هذا البحث الذي يندرج ضمن الجانب النظري و إرجاعه إلى حد يتناسب مع التطبيقات التحكيمية فيما يخص مسألة تحديد القانون الدولي الخاص بالمحكم، بمعنى آخر، أنه تم الإنقاص أو حصر الدراسات النظرية التحكيمية بالقدر الذي يتماشى مع مستوى الواقع العملي و التطبيقي التحكيمي، و هو ما سيتم التطرق له في الحين.

ثانيا- التقليل من الجانب النظري بما يتناسب مع الجانب العملي

إذا تم الإتفاق على هذا العنوان بهذه الصيغة، فمعناه تقديم قرارات تحكيمية يتم استعمالها كإثبات لفرضيات معينة، و على كل قبل هذا يتوجب الإشارة إلى أن مجال هذه المرحلة من البحث ينحصر في القانون الدولي الخاص للمحكم كما سبق و أن تمت الإشارة إليه، بمعنى تحديد القانون الذي يعتبر كمرجع للمحكم و الذي يستند عليه - أو بالأحرى على نظامه العام - من أجل تفعيل الدفع بالنظام العام في مواجهة القانون الواجب التطبيق، مثله في ذلك مثل القاضي المختص أصلا في حالة عدم وجود تحكيم .

هناك بعض القرارات التحكيمية التي توحى بحقيقة تمتع المحكم بقانون دولي خاص به،

و التي سنختار أهمها :

-القرار التحكيمي الصادر في قضية Dow Chemical عن غرفة التجارة الدولية تحت رقم 4131 ضد Isover St Gobain سنة 1982¹، بحيث اتفقت شركتان تابعتان للمجمع الأمريكي Dow Chemical بموجب عقدين بتوزيع منتج Roofmate، ثار نزاع بين هذا المجمع و بين شركة Isover St Gobain نتيجة عدة احتجاجات ضد المنتج فقام المجمع باللجوء إلى التحكيم، و نتيجة لذلك انضم إلى الخصومة أربع شركات أخرى بصفتها مدعية، شركة Isover دفعت بأن اتفاق التحكيم لا يخص هذه الشركات الأربعة، و انتهى الأمر بالفصل في النزاع و اشتمل على عدة جوانب، من بينها قبول إدعاءات هذه الشركات التي لم تكن طرفا في اتفاق التحكيم على أساس أن تجمع الشركات يدخل ضمن قواعد التجارة الدولية، و ذلك دون أدنى محاولة من محكمة التحكيم من التأكد بأن الأمر له علاقة بالقانون الدولي الخاص الفرنسي باعتبار أن هذا الأخير هو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع².

-القرار التحكيمي الصادر سنة 1986 بين شركتين فرنسية و أخرى إيرانية عن غرفة التجارة الدولية أيضا تحت رقم 4381، أين جمع الشركتين مشروع صناعي هو الثاني من نوعه بين الدولتين، لكن هذه المرة قبل توقيع اتفاق شراكة قام الرئيس المدير العام للشركة الإيرانية بتوجيه

¹ -Michael Bode, le groupe international de sociétés, le système de conflit de lois en droit comparé français et allemand, peter Lang, Bern, 2010, page 188 .

² - Pierre Mayer, l'autonomie de l'arbitre international par rapport aux règles étatiques, Recueil des cours, académie de droit international, 1989, V, tome 217 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, London, 1990, page 377 : « le tribunal arbitral se déclare en conséquence compétent à l'égard de toutes les sociétés demanderesse, non sans avoir vérifier que, ce faisant, il ne méconnaît aucune règle d'ordre public international, en particulier du système juridique français, ... » . <http://google.books.com>

نسخة من رسالة قام بتوجيهها إلى الجهات الوصية لبلده إلى الطرف الفرنسي و التي مفادها امتداد الاتفاق الأول إلى المشروع الثاني ، و نتيجة لخلاف بين الشركتين إتجأت الشركة الفرنسية للتحكيم فدفعت بعدم صحة الإرسال الموجه من طرف الشركة الإيرانية إلى الجهات الوصية عنها، فإنتهى الأمر بنفس ما ذهبت إليه غرفة التجارة و الصناعة الدولية في قضية Dow Chemical المشار إليها أعلاه، مستندة على النظام العام الدولي الحقيقي¹، و هو نفس ما ذهبت إليه الغرفة من قبل منذ سنة 1971 في القضية رقم 1939² .

هذا النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص التحكيمي - خاص بالمحكم -، جعلته الأحكام التحكيمية و العدلية يتمتع بنظام قانوني خاص به و بالتحكيم التجاري الدولي بصفة عامة، و ذلك منذ القرار التحكيمي الصادر عن غرفة التجارة الدولية بتاريخ 1979³/10/26، و التي تعرض لها عدد كبير من المراجع، أين قضت بشأنه محكمة النقض الفرنسية بإقصاء كل القوانين

¹ - Pierre Mayer, Ibid, page 379 : « Il a été reconnu dans la jurisprudence arbitral que l'ordre public international s'opposerait avec force à ce qu'un organe de l'Etat, traitant avec des personnes étrangères au pays, ... »

² - Ibrahim Fadlallah, Recueil des cours, académie d droit international de la Hay, 1994, V, tome 249 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, London, 1996,, page 406 : « Finalement, c'est encore une fois l'ordre public qui a fourni la solution dans une sentence de 1971 l'on peut dire [: « L'ordre public international s'opposerait avec force à ce qu'un organe étatique, ... »] » . <http://www.google.books.com>

³ - Cristel Diloy, le contrat d'agence commercial en droit international, L.G.D.J, 2000, page 421. Emmanuel Gaillard, Op.cit, page 192. Mohammad-Ali Bahamaie, l'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage : droit français, anglais et suisse, L.G.D.J, 2002, page 340. ...

الوطنية لصالح الطابع الدولي للعقد¹، و تعاقبت بعد ذلك القرارات التي تحمل نفس التوجه فرسخت نفس المبدأ، و من أمثلة ذلك، قرار محكمة النقض الفرنسية في قضية Valenciana بتاريخ 1991/10/22²، و حتى الحديثة منها، مثل : القرار الصادر عن نفس محكمة النقض في قضية Rayanair³ أين ذهبت إلى ما يلي :

[Qu'en statuant aussi, alors que la convention de New-York du 10 juin 1958, applicable à l'équateur en France d'une sentence rendue à Londres, interdit toute discrimination entre les sentences étrangères et les sentences nationales ainsi que toute révision au fond, la Cour d'appel a violé les textes susvisés constitutifs de l'ordre arbitral international].

كما أن هذا القرار الأخير Rayanair، لا يستدل به فقط، و إنما يستخلص منه ما هو أكثر من ذلك، بأن قواعد و مبادئ التجارة الدولية تصبح النظام القانوني الخاص بالمحكم و ذلك بفعل هذه الأحكام التحكيمية التي تصدر كل يوم، أو بالأحرى أصبح التحكيم التجاري الدولي

¹ - Cour de cassation, chambre civile 1, 9/10/1984, 83-11.355 : « Que dans leur sentence rendu le 26 Octobre 1979, les arbitres..., il convenait, eu égard au caractère international du contrat, d'écarter toute référence à une législation spécifique... et d'appliquer la lex Mercatoria... » .

² - Martine Behar-Touchais, Georges J. Virassamy, les contrats de la distribution, L.G.D.J, 1999, page 438. Jean-Michel Jacquet, Philippe Delebecque, Sabine Corneloup, droit du commerce international, Dalloz, 2007, page 60 .

³ - Cour de cassation, Ch. Civ 1, 8/7/2015, n°13-25.846 . <http://www.legifrance.gouv.fr>

وسيلة لإضفاء الطابع القانوني لهذا النوع من القواعد على المستوى الدولي، و أن نشر هذه الأحكام التحكيمية هو الوسيلة في ذلك، و هو ما تم التركيز عليه منذ البداية¹ .

كذلك، يمكن أن نستخلص من كل هذا أن القانون الدولي الخاص للمحكم يعمل بالموازاة مع ذلك الخاص بالدول المكونة للمجتمع الدولي و يقع ضمن قواعد و مبادئ التجارة الدولية، التي تقنن لتكون النظام القانوني الخاص بالتحكيم التجاري الدولي، بفعل نشر الأحكام و القرارات الصادرة في هذا الشأن، و التي تحوي النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص التحكيمي و هو ما يشكل النظام العام الدولي الحقيقي .

و بالتالي، و بعد ما تم تحديد معالم النظام العام الحقيقي بالمفهوم الدولي و رسم الحد الفاصل بينه و بين النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص، الأمر الذي يعتبر السبب وراء تناوله ضمن القانون الدولي الخاص، الخاص بالمحكم و ليس تحت طائلة درجة أخرى من النظام العام الدولي مثل ما هو الحال فيما يخص الدراسات المتعلقة بهذا المجال، و عليه سيتم التطرق فيما يلي إلى خصائص النظام العام في مجال التحكيم الدولي، و هذا بعد ايراد تعريف خاص بالنظام العام بمفهوم الدفع بالنظام العام :

" هو فكرة قانونية، مفادها استبعاد تطبيق القانون الواجب التطبيق أو رفض الاعتراف أو رفض الأمر بتنفيذ حكم أجنبي من طرف القاضي المختص بالنظر في النزاع أو قاضي بلد التنفيذ، مع

1 - Daniel Levy, les abus de l'arbitrage commercial international, l'Harmattan, Paris, 2015, page 90 : « Ici dira-t-on, c'est cette dernière [Lex Mercatoria] qui par le prononcé des tribunaux, attribue leur juridicité aux rapports commerciaux factuels. L'arbitrage devient un mode d'insertion des normes de la lex-mercatoria dans l'ordre juridique. La jurisprudence, par la publication des décisions, constitue l'un de ses éléments centraux » .

إحلال قانون الأول محل القانون الواجب التطبيق و رفض الإعتراف و الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي من طرف الثاني، من جهة، و استبعاد تطبيق القانون الأجنبي من طرف المحكم لتعارضه مع نظامه القانوني و الذي يتكون من مبادئ و أعراف التجارة الدولية " .

المطلب الثاني

خصائص فكرة النظام العام في مجال التحكيم الدولي

إن المقصود هنا ليس خصائص كل نوع من النظام العام التحكيمي على حدى، و ذلك مثل ما هو مشمول بالدراسة من خلال مختلف الدراسات و البحوث، و إنما المقصود هو خصائص هذا النوع من النظام العام ككتلة واحدة على الرغم من تركيبها من الأنواع الثلاثة: قواعد البيوليس، النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص و النظام العام الدولي الحقيقي .

هذه الخصائص تستمد وجودها من طريقة عمل هذه الأنواع الثلاثة في مجال التحكيم، أو بطريقة أخرى، فهي تستمد مميزاتهما من خلال أعمال المحكم و التعامل مع هذه الأنواع الثلاثة نتيجة إلتزام هذا الأخير بإصدار حكم تحكيمي يتميز بالنجاعة و الذي يجب أن يكون قابلاً للتنفيذ و الإعتراف به، و بالتالي فما هي هذه الخصائص؟، و ما هو مضمونها؟ .

الفرع الأول

النظام العام في مجال التحكيم التجاري الدولي، مركب

كذلك فإنه بمجرد الحديث عن تركيبة هذا النوع من النظام العام، فسيتبادر إلى الأذهان أن الأمر نفسه بالنسبة للقضاء العدلي، بأن النظام العام الدولي أمام القاضي كذلك يتم الحديث عنه

بنفس الطريقة و المضمون، إلا أن الرد يكمن ببساطة في ذاتية خاصية التركيبية للنظام العام الدولي في مجال التحكيم و انفرادها بأحكامها الخاصة بها، فما هي هذه الأحكام ؟ .

الفقرة الأولى

التسلسلية

إن من أبرز السمات المنبثقة عن خاصية تركيبية النظام العام الدولي في التحكيم تتمثل في تسلسلية الأجزاء المركبة له، فإذا كانت التسلسلية بين مختلف الأنظمة العامة الدولية في إطار القانون الدولي الخاص غير مقبولة و ذلك نظرا لتساويها في المركز إلا ما خالف منها مبدأ نجاعة التحكيم و قابلية الحكم التحكيمي للتنفيذ، فإن هذه التسلسلية في مجال النظام العام الدولي التحكيمي أمر مسلم به، و ذلك بصدد التناقض بين النظام العام الدولي بمفهوم القانون الدولي الخاص و النظام العام الدولي الحقيقي، و خير دليل على ذلك يتمثل في رضوخ التشريعات الوطنية المقارنة للمحكم فيما يخص مسألة أهلية الدولة و الأشخاص المعنوية العامة للجوء إلى التحكيم، و ذلك باستبعادها .

لا يتوقف الأمر عند هذا الحد، بل يشمل حتى قواعد البوليس، بحيث للمحكم سلطة

مراعاة عدم مخالفة هذه الأخيرة للنظام العام الدولي الحقيقي، و مثال ذلك القوانين المتعلقة بالحصار الإقتصادي من دولة ضد دولة أخرى، و أشهر القرارات الحديثة ذلك الصادر عن la Cour d'appel de Québec بتاريخ 2003/03/31 في قضية Air France ضد Libian Arab

Airlines و التي قضت باعتبار اجراءات الحصار الإقتصادي من ضمن قواعد النظام العام العبر دولي¹ .

أكثر من ذلك، و حتى فيما يخص مسألة فعالية تنفيذ الحكم التحكيمي في مواجهة النظام العام العبر دولي، أين يتعلق الأمر بالمفاضلة بين النوعين من النظامين العامين، النظام العام الداخلي لبلد تنفيذ القرار التحكيمي و النظام العام بمفهومه الدولي المحض، فيقتضي الأمر تغليب هذا الأخير².

الفقرة الثانية

التدرج

بمجرد إحالة النزاع على المحكم، يجد هذا الأخير نفسه أمام عدة درجات من النظام العام، بحيث يقع على عاتقه التعامل معها بدقة من أجل الوصول إلى حكم تحكيمي سليم و فعال، و هذا التعامل لا يكون مع النظام العام في مجال التحكيم ككتلة واحدة فحسب، و إنما مع التدرج فيما بين مركباته .

تتقدم هذه الأطياف من النظام العام التحكيمي الدولي قواعد البوليس، و التي تعرف بدورها المتمثل في إقصاء منهج التنازع، و على هذا الأساس تفرض بعض القواعد نفسها على

¹ - Gabriella Venturini & Stéfania Bariatti, nouveaux instruments du droit international privé, Liber Fausto Pocar, Giuffré Editor, 2009, page 603 : « Le 31 mars 2003, la Cour d'Appel de Québec, dans l'affaire Air France v. Libian Arab Air lines, a jugé que la résolution 883 du conseil de sécurité (interdisant aux Etats d'admettre les réclamations de parties libyennes) appartenait à " l'ordre public transnational " » .

² - محمود إياد بردان، مرجع سابق، صفحة 597 .

القاضي أو المحكم قبل أن يحدد القانون الواجب التطبيق، أو كما ذكر سابقاً، قبل إعمال منهج التنازع و ذلك بغض النظر عن تنازع هذا النوع من القواعد فيما بينها .

و بالتالي، فإن منهج قواعد البوليس أو القواعد ذات التطبيق الضرووري أو حتى الفوري، يتقدم على منهج التنازع في التطبيق، فهو منهج مستقل يقتضي التطبيق المباشر من دون أن ترد عليه تخفيفات، ثم بعد ذلك ينتقل القاضي أو المحكم إلى تحديد القانون الواجب التطبيق بإعماله لمنهج التنازع كمرحلة ثانية .

بعد أن يتم تحديد قواعد البوليس الواجبة التطبيق، و تحديد القانون الواجب التطبيق، على المحكم تقدير مشروعية ذلك في ضوء قواعد النظام العام العبر دولي، و الذي يشكل نظاماً عاماً مستقلاً عن أي نظام قانوني داخلي في تطبيقه .

هذا الأخير، أي النظام العام الدولي الحقيقي،، هو بمثابة النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص للمحكم، يقوم هذا الأخير بإعماله في حالة ما إذا كان القانون الواجب التطبيق وفقاً لمنهج التنازع مخالفاً لهذا النوع من النظام العام التحكيمي، كنظام قانوني مستقل خاص بالمحكم، و كذلك في حالة مخالفة قواعد البوليس لهذا النوع من النظام العام .

أما عن النظام العام فيما يخص تنفيذ الحكم التحكيمي، فيتعلق الأمر بقاضي بلد التنفيذ و ليس المحكم، لذلك يستحسن استثناء الحديث عن هذه الخاصية خلال هذه المرحلة، أصلاً أن الحديث على ذلك يرجعنا إلى مراعاة المحكم لهذه التدرجية أثناء تحديده للقانون الواجب التطبيق، أين يراعي مبدأى التوقعات المشروعة و نجاعة الحكم التحكيمي، مثل ما سبق و تم التطرق إليه، خاصة فيما يخص التنازع بين قواعد البوليس، و التي من بينها قواعد البوليس لبلد التنفيذ، من جهة.

من جهة ثانية، فإن الحديث على النظام العام الدولي الحقيقي في بلد التنفيذ صعب نوعاً ما، ذلك أنه في مجال التنفيذ عند الدول النامية فإن المقصود بالنظام العام هو مجال القانون الدولي الخاص و ليس النظام العام الدولي الحقيقي الذي وضعته الدول المتقدمة نفسها¹ .

يبقى في الأخير الإشارة إلى أن هذه الخاصية، في حقيقة الأمر، هي خلاصة أو نتيجة لما تم التوصل إليه من خلال ما تقدم و له علاقة بمفهوم النظام العام في مجال التحكيم، لاسيما الأصولي منه، و حتى النظام العام كفكرة مجردة في حالة تطابقها مع النوع الأول .

الفرع الثاني

النظام العام في مجال التحكيم الدولي، مختلط

يقصد بهذه الخاصية، ما للنظام العام التحكيمي من طابع مزدوج، فهو ثارة ذو مصدر وطني، و يقصد بذلك: قواعد البوليس و الدفع بالنظام العام أو ما يعرف بالنظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص، و ثارة أخرى هو ذو مصدر دولي، و يقصد بذلك حتماً النظام العام العبر دولي أو النظام العام الدولي الحقيقي .

¹ صفاء فتوح جمعة، العقد الإلكتروني، دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع، 2014، الطبعة الأولى، المنصورة،

الفقرة الأولى

النظام العام في مجال التحكيم الدولي، وطني

مما لا شك فيه، فإن مظاهر وطنية النظام العام الدولي لا تتجلى بصفته ككتلة واحدة، أي باعتبارها الفكرة القانونية، و إنما تظهر جليا حين النظر إليها كفكرة مركبة من عدة مستويات متدرجة، مثل ما سبق و أن تم التطرق إليه فيما يخص خاصية تركيبية النظام العام التحكيمي الدولي، من قواعد البوليس و الدفع بالنظام العام و النظام العام عبر دولي .

إنطلاقا من هذه الفكرة يمكن الانتقال إلى الفكرة الموالية و التي تتمثل في أن وطنية النظام العام الدولي التحكيمي تقتصر على شق معين من هذا النوع من النظام العام، بحيث سيتم ترك شق معين للحدوث عنه على مستوى خاصية دولية هذا النوع من النظام العام، أما في هذا المقام سيتم تسليط الضوء على الشق الأول و الذي يخص قواعد البوليس و جانب من النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص، أو بالأحرى المصدر الوطني لهذين الدرجتين من النظام العام التحكيمي الدولي .

و لعل السبب من وراء ذلك، هو أن هذا الشق من النظام العام العام على النحو المشار إليه في الفقرتين السابقتين، يسعى إلى حماية النظام القانوني للدولة و مبادئها الأساسية¹، و يترتب على ذلك القاعدة الشهيرة التي تتمثل في كون أن كل ما يدخل ضمن فكرة النظام العام الدولي هو

¹ محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية

الموحدة، دراسة مقارنة، الحامد، 2013، صفحة 145 .

من النظام العام الداخلي، و العكس غير صحيح، أي أن كل ما يدخل ضمن فكرة النظام العام في القانون الداخلي لا يعتبر بالضرورة من النظام العام الدولي .

و بالتالي فإن هذا الشق من النظام العام يتحدد وفقا للأسس المستمدة من المجتمع الداخلي، أي أنه يصدر عن دولة معينة و ليس سلطة أخرى أو مصدر آخر مثل ما هو الحال بالنسبة للشق الثاني من النظام العام الدولي الذي يتميز بدولية مصادره، و هو كذلك السبب وراء اختلاف النظام العام من دولة إلى أخرى .

و في الأخير، تجدر الإشارة إلى أن الاختلاف الوحيد بين درجتي النظام العام التحكيمي الدولي (قواعد البوليس و الدفع بالنظام العام) التي تشكل الشق المتعلق بميزة وطنيته، يتمثل في كون أن قواعد البوليس تهدف إلى حماية السياسة التشريعية للدولة مثل ما سبق و أن تم التطرق إليه بالتفصيل فيما سبق، في حين يهدف النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص إلى حماية المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع.

الفقرة الثانية

النظام العام في مجال التحكيم الدولي، دولي

يتعلق الأمر في هذه المرة بالشق الثاني من مركبات هذا النوع من النظام العام، و التي تم الإشارة إليه قبل قليل، و هو يشمل الجانب الثاني للنظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص، إلى جانب النظام العام العبر دولي و الذي يتميز بدوليته بإمتياز .

فإذا كان الجانب المتعلق بالنظام العام العبر دولي أو ما يسمى النظام العام الدولي الحقيقي واضحا فيما يخص دولية مصدره، فإن هذه الخاصية لا تظهر بنفس السهولة فيما يخص النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص إلا بالنظر إلى المعاهدات و الإتفاقيات الدولية التي تبرمها الدول بغرض توحيد القانون الدولي الخاص فيما بينها، كذلك المبادئ المشتركة بين مجموعة معينة من الدول المرتبطة بحقوق الإنسان، أين تصبح هذه المبادئ جزء من النظام العام الداخلي للدولة على الرغم من مصدرها الدولي .

أما النظام العام الدولي الحقيقي فهو ينأى بنفسه عن أي اختلاط بنوع آخر من أنواع النظام العام الأخرى المركبة للنظام العام التحكيمي الدولي، وذلك لتعلقه بقواعد عبر دولية معترف بها لا ترتبط بأي نظام قانوني داخلي، بل تستمد كيائها من مصادر محض دولية، كالمعاهدات و الإتفاقيات الدولية، العادات و الأعراف التجارية و مدونات السلوك المهنية...، و على هذا النحو فهي تشكل نظام قانوني مستقل عن الأنظمة القانونية الداخلية .

خلاصة

- إن للنظام العام في مجال التحكيم مفهوم خاص به، و له علاقة بنوع النظام العام (قواعد البوليس، النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص و النظام العام الدولي الحقيقي)، من جهة، و له علاقة أيضا بنوع التحكيم، من جهة ثانية (التحكيم الداخلي و التحكيم الدولي) .
- إن مفهوم النظام العام في مجال التحكيم الداخلي له علاقة بالقابلتين للتحكيم، القابلية الشخصية (أهلية اللجوء إلى التحكيم) و القابلية الموضوعية للتحكيم .
- فيما يخص أهلية اللجوء إلى التحكيم من طرف الأشخاص الطبيعية نجد أن التحكيم المبرم من طرف القاصر الغير مميز و فاقد الأهلية باطل، إلا في حالة وقوعه من نائبهما الشرعي، أين يتعين أن يتمتع هذا الأخير بسلطة إبرام اتفاقية التحكيم نيابة عن من يمثله، و هو ما اختلفت فيه التشريعات المقارنة، تشريعات تستوجب صراحة إذن القاضي و تشريعات أخرى منها من أدرج الإتفاق على التحكيم ضمن التصرفات الجائزة للنائب الشرعي الإقدام عليها .
- كذلك يشمل الأمر أهلية المفلس في اللجوء إلى التحكيم، و ذلك بالتمييز بين مختلف مراحل التفليسة، بداية من مرحلة ما قبل فترة الريبة أين يعتبر اتفاق التحكيم نافذا لكن في مواجهة وكيل التفليسة و هو السبب وراء التصالح بين قاعدة إلغاء الدعاوى الفردية و بين نظام التحكيم .
- تلي المرحلة الأولى، مرحلة وجود اتفاق تحكيم أبرم قبل شهر الإفلاس و أثناء فترة الريبة، أين يتوقف الأمر على تصنيف الإتفاق على التحكيم ضمن التصرفات الممنوعة وجوبا أو

جوازا حسب نوع التشريع المقارن، على غرار مشرعنا الذي جعله أمرا جوازيا وفقا لمقتضيات القانون التجاري .

- فيما يخص أهلية الأشخاص المعنوية العامة للجوء إلى التحكيم، فيجب التمييز بين الأشخاص المعنوية و الخاصة، أين تنقسم التشريعات الوطنية المقارنة فيما يخص الأشخاص المعنوية العامة بين مجيز لهذه الأخيرة للجوء إلى التحكيم الداخلي على غرار المشرع المصري و اللبناني، و بين غير مجيز لذلك .
- أما الهيئات العمومية الاقتصادية، فإن الأمر يتسم بنوع من المرونة، و ذلك بقصر الأمر على شرط الترخيص بذلك، مهما اختلف نوع الترخيص، بالإضافة إلى قصر الأمر كذلك على مشاركة التحكيم دون الشرط .
- و إلى جانب القابلية الشخصية للجوء إلى التحكيم، هناك القابلية الموضوعية و التي تقوم على مبدأ " قابلية الحق للتصرف فيه "، و هو مبدأ يخضع لمعايير معينة .
- يتمثل المعيار الأول في معيار حرية التصرف في الحق، فيما يتمثل المعيار الثاني في الإختصاص الحصري لسلطات الدولة، و يعتبر هذان المعيارين حداً القابلية الموضوعية للتحكيم الأدنى و الأقصى، حسب الترتيب، أما فيما يخص الطابع المالي للنزاع فهو إما ينصهر ضمن أحد المعيارين، و إما هو معيار مقصور على بعض التشريعات الوطنية المقارنة، إلى جانب أن الأمر لا يتعلق بدراسة القابلية للتحكيم بقدر تعلقها برصد حركة النظام العام و ما له من علاقة بالقابلية الموضوعية للتحكيم .
- من خصائص النظام العام في مجال التحكيم الداخلي أنه نظام عام أصولي، و نتيجة لأصوليته فهو يتميز بأنه إقتصادي .

- يتميز النظام العام في التحكيم بأنه أصولي، و ذلك نظرا لأنه و بالإضافة إلى خضوعه للقواعد العامة للنظام العام كفكرة مجردة، فهو يخضع لقيود أخرى مرجعها قانون التحكيم، و هي التي تتمثل في النظام العام الذي يشكل قيودا على حرية إبرام اتفاق التحكيم من طرف بعض الأشخاص و في بعض المنازعات، و هو ما أدى إلى وجود نظام عام تحكيمي.
- أما خاصية إقتصادية النظام العام العام التحكيمي، فمرددها حمايته للطرف الضعيف، سواء أثناء العملية التعاقدية أو الخصومة التحكيمية، و هو ما يعزز من جديد فكرة النظام العام التحكيمي، بالإضافة إلى حمايته للمصلحة العامة .
- كذلك من خصائص النظام العام التحكيمي الداخلي أنه وطني، و هي خاصية ناجمة عن الفصل بين مضمون هذا النوع من النظام العام مقارنة بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص الذي يتميز بالجوارية عكس النظام العام الوطني المحض في مجال التحكيم الداخلي.
- كما أن أهم ما يترتب على هذه الخاصية الأخيرة، أنه إذا اختار الأطراف قانونا أجنبيا في التحكيم الداخلي فإن أحكامه سوف تعتبر بمثابة شروطا تعاقدية، بينما في التحكيم الدولي فإن القانون الأجنبي يكون مقدما على القواعد الوطنية .
- يمكن تعريف النظام العام في مجال التحكيم الداخلي على أنه : ” فكرة قانونية تركز على أسباب خاصة تؤدي إلى ابطال اتفاق التحكيم، و ذلك من أجل حماية إما مصلحة خاصة و إما مصلحة عامة، و ذلك بمنع بعض الأشخاص القانونية من تسوية حقوقها بطريق التحكيم وفقا لمعايير محددة ” .

- أما تحديد مفهوم النظام العام في مجال التحكيم الدولي، فله علاقة بتعريف كل نوع من أنواع النظام العام في هذا المجال على حدى، النظام العام بمفهوم قواعد البوليس، النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص (الدفع النظام العام) و النظام العام الدولي الحقيقي .
- يمكن تعريف النظام العام التحكيمي بمفهوم قواعد البوليس، على أنه : ” فكرة قانونية، يستخدمها القاضي و/ أو المحكم لحماية المصلحة الوطنية المكرسة بموجب قواعد قانونية محددة، سواء لبلد القاضي أو لبلد أجنبي، على حد سواء، و ذلك دون الإخلال بالتوقعات المشروعة للأطراف، من جهة، و نجاعة الحكم القضائي أو التحكيمي، من جهة ثانية .
- أما النظام العام التحكيمي بمفهوم القانون الدولي الخاص، فيمكن تعريفه على أنه : ” فكرة قانونية مفادها استبعاد تطبيق القانون الواجب التطبيق أو رفض الإعراف و الأمر بتنفيذ حكم أجنبي من طرف القاضي المختص بالنزاع أو قاضي بلد التنفيذ، مع إحلال قانون الأول محل القانون الواجب التطبيق و رفض الإعراف و الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي من طرف الثاني، من جهة، و استبعاد تطبيق القانون الأجنبي من طرف المحكم لتعارضه مع نظامه القانوني و الذي يتكون من مبادئ و أعراف التجارة الدولية .
- كما يتم الإستخلاص فيما يخص النظام العام الدولي الحقيقي، أن ما هذا الأخير إلا نظام عام تحكيمي بمفهوم القانون الدولي الخاص، و الذي يستعمله المحكم من أجل استبعاد القانون الواجب التطبيق، و بأنه يتكون من مبادئ التجارة الدولية، و ذلك بفعل أحكام التحكيم التي تشكل الطابع القانوني لهذا النظام الخاص بالمحكم، و الذي يعمل بالموازاة مع ذلك الخاص بالقاضي في مجال القانون الدولي الخاص .

- و في الأخير، يمكن تعريف النظام العام التحكيمي بصفة عامة على أنه : " فكرة قانونية مركبة تركز على أسباب خاصة، قواعد محددة و مبادئ جوهرية حماية لمصلحة معينة، حسب نوع التحكيم، و ذلك إما بإبطال اتفاق التحكيم (التحكيم الداخلي) أو باستبعاد القانون الواجب التطبيق أو رفض الإعتراف و الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي الدولي (التحكيم الدولي).

الباب الثاني

أثر النظام العام على التحكيم

لقد تم تناول مسألة أثر فكرة النظام العام على التحكيم من عدة زوايا، فهناك من تناولها مفرقا بين النظام العام الموضوعي و الإجرائي، و هناك من تناولها عبر مختلف المراحل التي يمر بها التحكيم، كما أن هناك من تناولها بطريقة عفوية يتطرق فيها لأثر فكرة النظام العام على المحاور التي تعتبر جوهرية في مجال التحكيم، كأثر النظام العام على القانون الواجب التطبيق، أثر النظام العام على الخصومة التحكيمية و أثر النظام العام على الحكم التحكيمي و تنفيذه، و على اختلاف هذه الزوايا و الرؤا لمسألة أثر فكرة النظام العام على التحكيم، و الطريقة التي تم بموجبها تناول الموضوع، فإن لكل غايته من ذلك، كمحاولة التركيز على أهم المواطن و المحطات التي يشع فيه هذا الأثر، أو تركيز البحث على جانب معين و محدد من هذه المحطات، إلى غير ذلك .

و على غرار باقي البحوث التي تعني بهذا الموضوع، فسيتم محاولة التوفيق بين الطريقة المعتادة لتناوله، من جهة، و الأخذ بعين الإعتبار الطريقة التي تحقق انسجاما أكثر مع البحث الحالي، من جهة ثانية، كمراعاة المواضيع التي تم التطرق إليها، مثلا، كمسألة القانون الواجب التطبيق، و التي تم تناولها خلال أواخر الباب الأول، و هو ما افترضه تصور الموضوع وفقا لمنهجية معينة .

و بالتالي، فما هو أثر النظام العام على التحكيم وفقا لهذا التصور ؟ .

الفصل الأول

أثر النظام العام على إجراءات التحكيم

بعيدا عن كل هذا، تم الشعور أن محور " اتفاق التحكيم " يشكل قاطبا لمختلف المحاور

التي تعني بمسألة ارتباط فكرة النظام العام بالتحكيم، فله علاقة بالقابليتين للتحكيم، و له علاقة بشروط صحة اتفاق التحكيم، كما له علاقة بإجراءات التحكيم، بالإضافة إلى كونه الأصلح لإحتواء مختلف المواضيع التي يمكن أن تندرج ضمن مرحلة ما قبل صدور الحكم التحكيمي و تنفيذه، لذلك تم اختيار التركيز على أثر النظام العام على اتفاق التحكيم، و إلحاق باقي المواضيع الواجب إثارتها به .

و حتى لا يتم إغفال أي مسألة، تم تخصيص جزء من هذا الفصل إلى أثر النظام العام

على إختصاص المحكم لما له من علاقة بالمبادئ التي تقوم عليها مختلف التشريعات المقارنة، و التي لا يمكن إدراجها ضمن الطائفة الأولى من المواضيع المشار إليها أعلاه .

المبحث الأول

أثر فكرة النظام العام على اتفاق التحكيم

من المنطقي وجوب التساؤل حول مخالفة النظام العام في كل ما يتعلق باتفاق التحكيم،

سواء تعلق الأمر بطريقة عمل فكرة النظام العام وفقا للأحكام العامة كفكرة مجردة ؟، أم تعلق الأمر بطريقة عمل هذه الفكرة في مجال التحكيم، أو ما يعرف بالنظام العام التحكيمي ؟، و ذلك حتى لا يتم إغفال أية مسألة لها علاقة بهذا الشطر من البحث .

بعد ذلك، و من البديهي أيضا، يمكن التطرق بكل سهولة إلى ما يترتب على أعمال

فكرة النظام العام على التحكيم وفقا للحالتين السالفتي الذكر .

المطلب الأول

الأحكام العامة المتعلقة بمخالفة اتفاق التحكيم للنظام العام

كما سبق و أن تمت الإشارة إليه، فإن فكرة النظام العام في مجال العقود بصفة عامة لها أثرها على اتفاق التحكيم باعتباره عقداً أولاً و قبل كل شيء، فكيف يتم ذلك؟، إلى جانب ذلك و نظراً لخصوصية مادة التحكيم، فإن للنظام العام طريقته الخاصة التي يعمل بها في هذا المجال وفقاً لهذه الخصوصية، فكيف يتم ذلك، كذلك؟ .

الفرع الأول

مخالفة إتفاق التحكيم للنظام العام من حيث الشكل

إلى جانب الشروط الموضوعية اللازمة لقيام اتفاق التحكيم صحيحاً و التي سيتم التطرق لها فيما بعد، هناك شرط الشكلية لقيام اتفاق التحكيم صحيحاً و الذي يعتبر الشرط الوحيد من هذه الناحية، و إنطلاقاً من مجال القانون الخاص، لاسيما النظرية العامة للعقود، فإن أثر النظام العام له أثر مزدوج¹ و الذي يتمثل أولاًهما في الأثر المانع كقيد على مبدأ حرية التعاقد و ذلك في طور التكوين، كمخالفة المحل و السبب للنظام العام، فيما يتمثل ثانيهما في الأثر الرادع و الذي عادة ما يتمثل في نظرية البطلان كجزاء على مخالفة النظام العام في حالة التعاقد دون احترام حد النظام العام، و التي من بينها تخلف شرط الكتابة في حالة اشتراطها² .

¹ عبد المجيد سليمان، النظرية العامة للقواعد الأمرة في النظام القانوني الدولي، دار النهضة العربية، 1981، صفحة 350 .

² محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، مكتبة الوحدة، ليبيا، 2018، صفحة 162 .

بالفعل و من خلال الإضطلاع على مختلف التشريعات المقارنة المتعلقة باتفاق التحكيم، نجد أن معظمها ينص على ضرورة كتابة اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان، و لأجل ذلك وجب البحث في الإشكال المتمثل في مدى اعتبار الكتابة شرط لصحة اتفاق التحكيم أم أنها شرط للإثبات¹، لكي يتسنى فيما بعد التطرق إلى جزاء تخلف شرط الكتابة²، و هو ما يشكل الأهمية من معرفة هل الكتابة شرط صحة أم شرط إثبات ؟ .

الفقرة الأولى

شرط الكتابة

إلى جانب الخوض في مسألة تحديد الطبيعة القانونية للكتابة المشترطة لقيام اتفاق التحكيم، هناك مسألة النص على اتفاق التحكيم بصفة مباشرة، كأن يرد الإتفاق ضمن العقد الأصلي نفسه في حالة اشتراط التحكيم، أو في حالة عقد اتفاق لاحق للنزاع كحالة مشاركة التحكيم، كما أن هناك مسألة الإشارة أو الإحالة على التحكيم بموجب عقد أو وثيقة مختلفة عن الحالتين السابقتين، أي الشرط و المشاركة .

أولاً- كتابة اتفاق التحكيم

في هذه الحالة، سيتم التطرق ليس فقط إلى التشريعات الوطنية المقارنة و التي كما سنلاحظ أنها عادة ما تنص على شرط الكتابة في مجال التحكيم الداخلي، و إنما سيتم كذلك تسليط الضوء على أحكام الإتفاقيات الدولية المتعلقة بشرط الكتابة .

¹ طالما أن هناك من التشريعات ما لا تشترط الكتابة في اتفاق التحكيم كالدانمارك، و هناك من يجعلها شرطاً للإثبات على غرار القانون الإيطالي.

1- شرط الكتابة في التشريعات المقارنة

كما تمت الإشارة إليه أعلاه، فإن معظم التشريعات ذهبت إلى اشتراط كتابة اتفاق التحكيم و إلا كان باطلا، و ذلك على غرار المشرع الفرنسي من خلال المادة 1443 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي¹، و الذي و خلافا لذلك، لم يشترط هذه الشكلية في مجال التحكيم الدولي، و ذلك إرتكازا على نص المادة 1507 من نفس القانون²، المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي .

وعلى غرار المشرع الفرنسي، هناك المشرع الجزائري الذي حدا حدوه باشتراط الكتابة فيما يخص شرط التحكيم تحت طائلة البطلان فيما يخص التحكيم الداخلي، بحيث نص على ذلك من خلال نص المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية صراحة³، و هنا يفتح قوس فيما يخص عبارة " يثبت " التي استهل بها مشرعنا المادة 1008، بحيث أنه بالصدفة يتطابق هذا اللفظ مع مصطلح " يثبت " من الإثبات، وهو ما قد يضلل القارئ لهذه المادة كأن يعتبر المقصود منها أن الكتابة للإثبات و ليس شرط صحة، لو لا النص باللغة الفرنسية لنفس المادة و الذي استعمل عبارة :

¹ Article. 1443 du code de procédure civile français : « La clause compromissoire doit à peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document auquel celle-ci se réfère .

Sous la même sanction, la clause compromissoire doit, soit désigner le ou les arbitres, soit prévoir les modalités de leur désignation » .

² Article. 1507 du code de procédure civile français : « La convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme » .

³ المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في

الإنفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها " .

« La clause compromissoire doit, à peine de nullité, être stipulée » .

و في نفس الإتجاه، توجه المشرع المصري نحو إلزامية كتابة اتفاق التحكيم تحت

طائلة البطلان¹، و المشرع الإماراتي من خلال المادة السابعة من القانون الاتحادي رقم 6 لسنة

2018 بشأن التحكيم²، و المشرع اللبناني³، إلى غير ذلك من التشريعات المقارنة .

أما التشريعات التي اكتفت باعتبار الكتابة كشرط للإثبات فيستحسن تناولها فيما بعد،

و ذلك لإمكانية المساعدة على استنباط الجزاء المترتب على تخلف كتابة شرط التحكيم .

2- شرط الكتابة في الإتفاقيات الدولية

إن بروتوكول جنيف المتعلق باتفاقيات التحكيم لسنة 1923 لم ينص على مسألة

اشتراط الكتابة فيما يخص إتفاق التحكيم⁴، بل اكتفت باشتراط صحة اتفاق التحكيم، الأمر الذي يفهم

¹ المادة 12 من قانون المرافعات المصري رقم 27 لسنة 1994 : " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه

محرر وقعه الطرفان، أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الإتصال

المكتوبة" .

² المادة السابعة من القانون الاتحادي رقم 6 لسنة 2018 : " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً و إلا كان باطلاً ... " .

³ المادة 763 من أصول المحاكمات المدنية اللبناني : " لا يصح البند التحكيمي إلا إذا كان مكتوباً في العقد

الأساسي أو في وثيقة يحيل إليها هذا العقد.

و يجب أن يشتمل تحت طائلة بطلانه، على تعيين المحكم أو المحكمين بأشخاصهم أو صفاتهم أو على بيان الطريقة

التي يعين بها هؤلاء " .

⁴ Protocole de Genève de 1923 relatif aux clause d'arbitrage, 24/9/1923, entrée en vigueur le 28/07/1924 par l'effet de l'art.6 .

منه إتاحة الحرية للدول في تنظيم المسألة كل حسب ما يراه وفقا لتشريعاتها الداخلية، وهو ما يؤكد البروتوكول من خلال مادته الأولى، و ذلك بالنص على ما يلي :

[1. Chacun des Etats contractants reconnait la validité, entre parties soumises respectivement à la juridiction d'Etats contractants différents, du compromis ainsi que de la clause compromissoire par laquelle les parties à un contrat s'obligent, en matière commerciale ou en toute autre matière susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage...].

أما اتفاقية نيويورك لسنة 1985 و على العكس من بروتوكول جنيف لسنة 1923،

قدمت تعريفا لشرط كتابة اتفاقية التحكيم، و ذلك من خلال نص الفقرة الثانية من مادتها الأولى و ذلك بالنص صراحة على ما يلي:

[On entend par " convention écrit " une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou télégrammes].

أما الإتفاقية الأوروبية لسنة 1961، فاتخذت حلا وسطا بين بروتوكول جنيف و اتفاقية

نيويورك، و ذلك باعترافها بصحة اتفاقات التحكيم في العلاقات التجارية الدولية إذا كانت هذه الدول

لا تشترط كتابتها، و ذلك من خلال نص الفقرة الثانية من المادة الأولى، بنصها صراحة على ما يلي :

[2. Aux fins de la présente convention, on entend par :

a) " convention d'arbitrage ", soit une clause compromissoire insérée dans un contrat, soit un 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 ;] .

ثانياً- التحكيم بالإحالة

يقصد بالتحكيم بالإحالة، التحكيم الحاصل بموجب وثيقة أو مستند يتضمن شرط تحكيم

على أن لا تكون هذه المستندات هي نفسها مصدر النزاع، و إنما تم الإحالة إليها بموجب هذه

الأخيرة ضمن العقد الأصلي الذي يثير النزاع بشأنه، و التطرق إلى موضوع الإحالة كجزء من

شرط كتابة اتفاق التحكيم، يتم دائما في نفس الإطار، و ذلك للتأكد من مدى العمل بالإحالة شفاهة أم

يشترط النص عليها صراحة؟، و بصفة عامة تحديد الضوابط التي تحكم التحكيم بالإحالة حتى لا

يكون مصير التحكيم عدم المشروعية، سواء على مستوى العملية الإجرائية أو على مستوى الدفع

ببطلان الحكم التحكيمي لاحقا، و هذا بفعل النظام العام التحكيمي .

1- التحكيم بالإحالة في التشريعات المقارنة

تطرق المشرع الفرنسي للتحكيم بالإحالة بمقتضى المادة 1443 من قانونه المتعلق

بالإجراءات المدنية الخاص بالتحكيم الداخلي¹، طالما أن هذا الأخير لا يشترط الكتابة في مجال

التحكيم التجاري الدولي بموجب المادة 1507 السالفة الذكر .

¹ Article. 1443 du code de procédure civil français : « La clause compromissoire doit à peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document auquell celle-ci se réfère »

كما أخذ المشرع المصري بالتحكيم بالإحالة هو الآخر، و هو الأمر الظاهر من خلال المادة السادسة من قانون التحكيم المصري لسنة 1994¹، كذلك من خلال نص المادة العاشرة في فقرتها الثالثة و التي تنص على التحكيم بالإحالة هي الأخرى².

و بعد أن تم التطرق إلى التشريع الفرنسي كنموذج للتشريعات الغربية و المشرع المصري فيما يخص التشريعات العربية، فلا يمكن الانتقال إلى مرحلة أخرى من دون التطرق إلى مشرعنا، و الذي يعتبر موقفه غير متمسك بالأهمية التي تضاهي هذا النوع من التحكيم بالإحالة، بحيث لا نجد له أثرا سوى فيما يخص نص المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية من خلال فقرتها الثانية³، و ذلك في سياق التطرق لشرط الكتابة و ليس بوصفه مبدأ مستقلا على غرار نظيره الفرنسي و المصري، لذلك ندعو مشرعنا للإعتناء أكثر بهذه المسألة⁴.

¹ المادة السادسة من قانون التحكيم المصري : " إذا اتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة القانونية بينهما إلى

أحكام عقد أو قانون نموذجي أو اتفاقية دولية و جب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة "

² المادة 03/10 من نفس القانون : " يعد اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم

إذا كانت الإحالة واضحة باعتبار هذا الشرط جزءا من العقد . "

³ المادة 02/1008 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " يجب أن يتضمن شرط التحكيم، تحت طائلة

البطلان، بالكتابة في الإتفاقية الصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها . "

⁴ تامر عبد الجبار عبد العباس السعيد، تسوية منازعات عقد ترخيص الهاتف اللاسلكي بالإتفاق على التحكيم،

دراسة تحليلية، المركز العربي للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2018، صفحة 88 .

2- شروط الإتفاق على التحكيم بالإحالة

بعد أن تم التطرق إلى تقديم المقصود من الإتفاق على التحكيم بالإحالة، و ذلك بإلقاء نظرة عامة على التشريعات المقارنة الآخذة به، يمكن الآن التطرق إلى شروط العمل بالإحالة، أو بالأحرى، شروط صحة اتفاق التحكيم بالإحالة، و بالتالي فهل لهذا النوع من الإتفاق على التحكيم شروط خاصة به لصحته؟، و في حالة الإيجاب، فما هي هذه الشروط؟.

إذا ما تم الوقوف على الظروف التي يتم التعاقد فيها وفقا لهذا النوع على التحكيم، فسيتجلى لنا خطورة الإتفاق بموجب عقد لا يتضمن شرط تحكيم، الأمر الذي قد يؤدي بنا إلى الإقدام على التعاقد من دون مناقشة شرط التحكيم، و ذلك لاحتوائه عن طريق عقد آخر غير ذلك المقصود بعملية التعاقد هاته و سابق لها .

و بالتالي، و طالما أن الإتفاق على التحكيم بالإحالة يعد عملية تعاقدية فهي لا يمكن لها أن تتخلص من النظرية العامة للعقود، و بالأخص حد النظام العام و إلا كان مصير هذا النوع من الإتفاقات جزاؤه البطلان¹ .

من هذا المنطلق، يعد العائق الوحيد أمام الإتفاق على التحكيم بالإحالة مسألة التراضي، و لذلك نجد بعض المؤلفات² تلخص شروط صحة هذه الإتفاقات في : أن يتضمن العقد الأصلي إشارة مكتوبة لشرط التحكيم المحال إليه، العلم بمضمون العقد المحال إليه، القبول، ...، لكن في

¹ Martial Koffi Akakpo, Op. cit, page 22 : « ..., le régime juridique des clauses compromissoires par référence est tributaire de la place accordée à l'autonomie de la volonté... » .

² رائد أحمد علي رائد، مرجع سابق، صفحة 56 .

الحقيقة ما هذه الشروط سوى ترجمة لنص المادة 1443 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي،
السالفة الذكر .

فإن كانت الكتابة الشرط المبدئي، فإن باقي الشروط نجد القضاء الفرنسي هو من
يكرسها، على غرار العلم بالإحالة مثل ما هو الحال في القرار الصادر عم محكمة النقض الفرنسية
بتاريخ 2018/02/28، و الذي يكرس شرط علم الطرف المعني بالأمر بالإحالة وقت التعاقد¹،
و كذلك شرط القبول، و لو في حالة سكوت الطرف المعني، كقرار نفس المحكمة المؤرخ في
2011/10/26² .

الفقرة الثانية

الطبيعة القانونية لشرط الكتابة

هناك من الآراء الفقهية ما يلزم الحجة، و ذلك فيما يخص اشتراط كتابة اتفاق التحكيم
تحت طائلة البطلان، مرجعا الأمر إلى خطورة تنازل الدول لحل المنازعات بين الأفراد عن طريق

¹ Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 28/02/2018, 16-27.823: « Alors qu'en matière internationale, la clause compromissoire par référence à un document qui la contient n'est valable, à défaut de mention dans la convention principale, que lorsque la partie à laquelle cette clause est opposée a en connaissance de la teneur de ce document au moment de la conclusion du contrat, ... ». www.legifrance.gouv.fr .

² Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 26/10/2011, 10-17.708: « Alors que la clause compromissoire par référence à un document qui la stipule est valable lorsque la partie à laquelle on l'oppose en a eu connaissance au moment de la conclusion du contrat et qu'elle a, fût-ce par son silence, accepté cette référence ... ». www.legifrance.gouv.fr

قضاياها لصالح أشخاص عاديين، لذلك أوجبت التشريعات المقارنة كتابة اتفاق التحكيم¹، لكن لا يوجد منها من حدد الطبيعة القانونية لشرط الكتابة، هل هي شرط صحة أم مجرد شرط للإثبات؟، وذلك من أجل امكانية تحديد الطبيعة القانونية لتخلف هذا الشرط، كما أنه و في المقابل، يفتقد الأمر لتحديد المقصود من الكتابة؟، هل المقصود منها الكتابة بالمعنى الضيق أم أنه يقصد بها الكتابة بالمفهوم الواسع، و بالتالي لها أشكال متعددة؟، و عليه فما هي هذه الأشكال ؟ .

أولاً- تحديد الطبيعة القانونية لشرط كتابة اتفاق التحكيم

من خلال الإضطلاع على مختلف التشريعات المقارنة المتعلقة بالتحكيم، نجد أنه من الصعب الجزم أن شرط الكتابة لاتفاق التحكيم أهو شرط صحة أم شرط اثبات، فمن يراهن على واحدة منها يعتبر مخطئاً بالنسبة لطائفة أخرى من التشريعات المقارنة، و بالتالي فإن ذلك لا يتحقق بمقارنة تشريع معين مع آخر، بل، كذلك، قد يختلف الأمر حتى ضمن نفس التشريع في التحكيم الداخلي عنه في التحكيم الدولي و هو ما سيتم التطرق إليه كله .

1- إنقسام التشريعات الوطنية المقارنة بشأن الطبيعة القانونية لشرط كتابة اتفاق

التحكيم

لقد سبق و أن تم التطرق إلى مختلف التشريعات الوطنية المقارنة المتعلقة بالتحكيم و الناظمة لمسألة كتابة اتفاق التحكيم و الصيغة المستعملة في ذلك، و التي يمكن أن نستخلص منها

¹ الخزايلة شمس الدين قاسم محمد، نطاق سلطان الإرادة في قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2000: دراسة مقارنة مع القانون الإنجليزي الجديد لسنة 1996، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مؤتة، الأردن، 2003، صفحة 65. رسالة منشورة في قاعدة المنظومة للرسائل الجامعية - المنظومة -، على الموقع

أنها شرط للإعقاد، و ذلك على غرار المشرع الجزائري، الفرنسي، اللبناني...، لكن بالإضطلاع كذلك على بعض التشريعات الأخرى نجد أنها تعتبره شرطاً للإثبات، و ذلك على غرار المشرع الكويتي و ذلك من خلال قانون التحكيم الخاص به رقم 38 لسنة 1980، لاسيما المادة 173 منه و التي تنص على ذلك¹، و قانون التحكيم العراقي رقم 83 لسنة 1969 من خلال المادة 252²، إلى غير ذلك من التشريعات .

و بذلك يظهر جليا أنه مبدئياً، و على صعيد التشريعات المقارنة المتعلقة بالتحكيم الداخلي، فإنه يمكن تقسيم هذه الأخيرة إلى صنفين، الصنف الأول يعتبر الكتابة كشرط للإعقاد تحت طائلة البطلان، و صنف آخر يعتبرها شرطاً للإثبات و بالتالي عدم بطلان اتفاق التحكيم في هذه الحالة الأخيرة، و عليه لا يمكن الجزم بشأن الطبيعة القانونية لشرط كتابة اتفاق التحكيم .

كذلك فيما يخص التحكيم التجاري الدولي، فهناك مثلاً المشرع الفرنسي الذي حسم الأمر صراحة بأن تنازل عن شرط كتابة اتفاق التحكيم في مجال التجارة الدولية، و ذلك من خلال نص المادة 1507 من قانون الإجراءات المدنية³، بعدما كان يشترطها لصحة اتفاق التحكيم من خلال المادة 1443 من نفس القانون، أما المشرع الجزائري فيسجل لبس بشأن موقفه، حيث بالرجوع إلى نص المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نجدها تنص على ما يلي :

” يجب من حيث الشكل، و تحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأي وسيلة

¹ المادة 173 فقرة 02 من قانون التحكيم الكويتي : ” و لا يثبت التحكيم إلا بالكتابة ” .

² المادة 252 من قانون المرافعات العراقي : ” لا يثبت الإتفاق على التحكيم إلا بالكتابة أو إذا أقرت اتفاق الأطراف عليه أثناء المرافعة فتقرر اعتبار الدعوى مستأخرة، إلى أن يصدر قرار التحكيم ” .

³ Article. 1507 du code de procedure civile français : « la convention d'arbitrage n'est pas soumise à aucune condition de forme » .

اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة"، و بالتالي نلاحظ أنه موقف غير واضح، إذ استعمل القرينتين معا، قرينة شرط الصحة و قرينة شرط الإثبات، إلا إذا اعتبرنا أنه ساير موقف المشرع الفرنسي و بالتالي جعل من الكتابة شرطا للإثبات في مجال التحكيم التجاري الدولي .

و بصفة عامة و شاملة، فإن التشريعات ذات الأصل اللاتيني فعادة ما تجعل من شرط

الكتابة شرطا لوجود اتفاق التحكيم في مجال التحكيم الداخلي، و شرطا للإثبات في مجال التحكيم التجاري الدولي، في حين أن التشريعات ذات الأصل الأنجلوساكسوني تشترط الكتابة مع التوسع في مفهومها¹، ليبقى القدر المتفق عليه بين جميع هذه الأنظمة هو ضرورة كتابة اتفاق التحكيم .

كما يستخلص من هذا الوضع، أن الكتابة المشترطة يكفي أن تكون عرفية و ليست رسمية، و ذلك بدليل أن معظم التشريعات تنص على أشكال مختلفة للكتابة أو ما يصطلح عليه عادة في هذه التشريعات بـ "بأي وسيلة أخرى"، و التي يمكن أن تكون : التوقيع على مستندات من قبل الأطراف تتضمن اتفاق التحكيم، تبادل الرسائل و البرقيات أو الفاكس و غيرها من وسائل الإتصال، كذلك الإتفاق على التحكيم الكترونيا،

و في هذه الحالة الأخيرة، تجدر الإشارة إلى أن اثبات اتفاق التحكيم لا يعد مستوفيا بل

يعتبر من قبيل مبدأ الثبوت بالكتابة²، و بالتالي على من يتمسك به الإستعانة بوسائل الإثبات

¹ عبد الصبور عبد القوي علي مصري، التنظيم القانوني للتحكيم الإلكتروني، مكتبة القانون و الإقتصاد، الطبعة الأولى، 201، صفحة 120 .

² مصطفى محمد الجمال و عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، صفحة 385 .

الأخرى و في هذه الحالة فقط يمكن استيفاء الشكل المطلوب، و بمفهوم المخالفة، فإنه في حال عدم توفر مبدأ الثبوت بالكتابة فإنه لا يمكن الحديث على وسائل الإثبات المكتملة لهذا المبدأ .

2- أثر انقسام التشريعات الوطنية المقارنة فيما يخص القانون الواجب التطبيق على

اتفاق التحكيم

إن إنقسام التشريعات الوطنية المقارنة بخصوص مسألة شرط الكتابة، من الناحية التقنية، يؤدي حتما إلى التأثير على القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، لا سيما فيما يخص مسألة شرط الكتابة، لذلك وجب رصد الجانب العملي لهذه المسألة .

للإشارة فإن مبدأ الاستقلال القانوني لاتفاق التحكيم الذي تم الإشارة إليه فيما سبق، و الذي يهدف بالدرجة الأولى إلى تحقيق الأمن القانوني لهذا الإتفاق، يحمل في طياته مسألة صحة اتفاق التحكيم و التي لا تشمل الجانب الموضوعي، بل كذلك الجانب الشكلي و الذي يتمثل، بطبيعة الحال، في شرط الكتابة، هذا الأخير الذي يعتبر على صعيد بعض الأنظمة شرط للإنعقاد، و على صعيد البعض الآخر شرطا للإثبات .

كذلك، فلقد سبق و أن تمت الإشارة إلى أن تقدير صحة اتفاق التحكيم الدولي يتم في إطار النظام العام الدولي، و بمجرد تفعيل هذه القاعدة المادية نجد أنفسنا أمام- أو بالأحرى المحكم الدولي الذي لا ينتمي لأي قانون لأي دولة كانت- تطبيق منهج التنازع على صحة اتفاق التحكيم في مواجهة القواعد المادية المنتمية للنظام العام العبر دولي، و هو المقصود من اثاره هذه المسألة .

و في هذا السياق، ودون الخوض في المسألة بتفاصيلها حتى لا يتم الخروج عن

موضوع دراستنا لصالح موضوع آخر من مواضيع التحكيم، سيتم الإشارة مباشرة إلى التطور

الحاصل فيما يخص هذه المسألة، و يقصد به الجمع بين كل من منهج التنازع و القواعد المادية من أجل تقرير صحة اتفاق التحكيم .

إلى غاية هنا، يمكن أن يكون هناك من يثير الملاحظة التي مفادها أن هذا التوجه يخص صحة اتفاق التحكيم من الناحية الموضوعية، وهذا الأمر يرد عليه أن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من الناحية الإجرائية يمكن أن يكون هو نفسه القانون الواجب التطبيق على الموضوع، و ذلك في حالتين: في حالة اختياره من قبل الأطراف، و في حالة عدم تحديد القانون الواجب التطبيق، أين يمكن أن يكون هو نفسه وفقا لمنهج التنازع أو باعتباره القانون الملازم بصفته الأكثر ارتباطا بالعلاقة القانونية، و التي تعتبر تقدير صحة اتفاق التحكيم من حيث الشكلي (الكتابة)، في حالتنا هاته .

الآن، و بعد هذا العرض لهذه المسألة، يمكن القول بأن من بين أهم التشريعات التي مزجت بين منهج التنازع و القواعد المادية تتمثل في في المشرع السويسري، و ذلك من خلال المادة 178 من القانون الدولي الخاص، و التي تجعل اتفاق التحكيم صحيحا إذا ما كان متطابقا مع الشروط المتطلبة من طرف القانون المختار من قبل الأطراف، أو القانون الذي يحكم موضوع النزاع، أو وفقا للقانون السويسري¹ .

و بالتالي، و طالما أنه تم اتخاذ التشريع السويسري كمثال، فإن مسألة تكييف شرط كتابة اتفاق التحكيم- شرط انعقاد أم شرط صحة- و بالتالي إعتبار اتفاق التحكيم صحيحا أم باطلا في حالة إعتبار الكتابة شرط انعقاد وفقا لمضمون نص المادة 178 من القانون السويسري السالفة

¹ Article. 178. 2 du droit international privé suisse : « Quant au fond, elle est valable si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit regissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat, soit encore le droit suisse. »

الذكر، أو اعتباره صحيحا مهما يكن كونه لا يعدو دليل لإقامة الدليل على الإتفاق على التحكيم في الحالة المعاكسة.

و من بين هذه التشريعات أيضا، بل أكثرها تشجيعا للتحكيم التجاري الدولي، مشرعنا الجزائري، بحيث أخضع الأمر ليس فقط للقانون الذي يختاره الأطراف و القانون المنظم لموضوع النزاع على غرار المشرع السويسري، بل أكثر من ذلك أخضعه ثالثا إلى القانون الذي يراه المحكم ملائما¹، خلافا للمشرع السويسري الذي أخضعه ثالثا إلى قانونه .

أما فيما يخص المشرع الفرنسي و الإنجليزي، فإن المشرع الفرنسي و على الرغم من تمسكه بمنهج القواعد المادية² التي تركز اتفاقية التحكيم على القانون المختار من قبل الأطراف شريطة عدم مخالفة القواعد القانونية الآمرة (قواعد البوليس في مجال التحكيم التجاري الدولي) و النظام العام الدولي الفرنسي، و المشرع الإنجليزي الذي يركز على منهج تنازع القوانين، إلا أنه حدث و أن تم العدول على هذا المبدأ (منهج التنازع) مثلا، لصالح اتفاق التحكيم نظرا لأن الأمر أفضى إلى تطبيق قانون يؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم .

¹ المادة 1040 فقرة 03 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " 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 " .

² Arrêt Dalico, Cass.Civ, 1^{ère} chambre, 20/12/1993 .

بالفعل، هناك القرار الصادر عن المحكمة الإنجليزية التجارية في قضية Sulamerica

بتاريخ 2012/01/19¹، أين ذهبت المحكمة إلى أن تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم يتمثل في القانون الإنجليزي خلافا للقانون الواجب التطبيق وفقا لمنهج التنازع مثل ما ينص عليه القانون الإنجليزي، و الذي يفضي إلى تطبيق القانون البرازيلي و الذي يؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم، و بالتالي نلاحظ أن القضاء الإنجليزي حدا حدو المشرع السويسري (المادة 178 من القانون الدولي الخاص السالفة الذكر)، و التي تحدد إخضاع مسألة القانون الواجب التطبيق إلى القانون السويسري ثالثا، و بالتالي تخلى عن منهج التنازع و ذلك ليس لشيء إلا لصالح فعالية اتفاق التحكيم .

ثانيا- الكتابة، الشرط الوحيد لإثبات اتفاق التحكيم

إذا ما تم الوقوف على التطور التاريخي لكتابة اتفاق التحكيم، سيتم استيعاب الطبيعة القانونية لشرط كتابته بكل سهولة، بل و أكثر من ذلك تحديد جزاء تخلف هذا الشرط كذلك، و لأجل ذلك سيتم التطرق إلى ما كان عليه الحال فيما يخص هذه المسألة من أجل معرفة روح التشريعات المقارنة، لاسيما تلك التي كان لها دور فعال فيما يخص هذا الشأن، ثم بعد ذلك، و بغية حسم المسألة كليتا، سيتم التطرق لجزاء تخلف شرط الكتابة .

¹ Arrêt Sulamerica, Cour commerciale Anglaise, 19/01/2012 . <http://blogs.parisnanterre.fr> par Laura Brincourt .

1- التطور التاريخي لشرط الكتابة

نستهل الحديث عن هذا الموضوع، بنص المادة 1005 من قانون المرافعات الفرنسي

القديم¹، و التي تنص على الأشكال التي يتم بموجبها الإتفاق على التحكيم، و التي تتمثل في:
محضر أمام المحكمين، عقد أمام الموثق و العقد العرفي مع الإشارة إلى أن الأمر كان يقتصر على
مشاركة التحكيم دون الشرط لعدم الإعتراف به آنذاك².

و في ظل هذا الوضع السائد آنذاك، كان القضاء مستقرا على أن هذه الكتابة كانت
مشرطة فقط للإثبات، و أن الأوجه الثلاثة تشكل أوجها على سبيل المثال و ليس الحصر، و عليه
يمكن اثبات مشاركة التحكيم بالإقرار و اليمين الحاسمة لتساويها من حيث المركز مع الكتابة،
باستثناء الإثبات بالقرائن³، و أن هذا الحكم بقي مقصورا على مشاركة التحكيم على الرغم من
إجازة شرط التحكيم فيما بعد في مجال التجارة، بل أكثر من ذلك عدم تطلب الكتابة حتى فيما
يخص الإثبات بالنسبة لشرط التحكيم، و ذلك بفعل المادة 109 من القانون التجاري الفرنسي⁴.

¹ Article. 1005 de l'ancien code de procédure civil français : « Le compromis pourra être fait par procès-verbal devant les arbitres choisis, ou par acte devant notaire, ou sous signature privée » .

² Louis Marquis, l'influence du modèle juridique français sur le droit québécois de l'arbitrage conventionnel, Revue internationale de droit comparé, année 1993, 45-3, page 593 : « Or le compromis constitue la seule forme valable de convention d'arbitrage sur le plan juridique » .

³ مصطفى محمد الجمال و عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، صفحة 374 .

⁴ Article. 109 du code de commerce français : « A l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous les moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi » .

1443 لم يتم إشتراط عنصر الكتابة فيما يخص شرط التحكيم إلا بعد صدور المادة

من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المعدل، و التي تم الحديث عنها سابقا، و بالتالي صار الموقف الحالي للمشرع الفرنسي منحصرا بين المادتين 1443 فيما يخص اتفاق التحكيم و الذي صار اتفاقا شكليا و المادة 1449 من نفس القانون و التي تنص على أن الكتابة لإثبات مشاركة التحكيم، و هو ما ذهب نحوه معظم التشريعات المقارنة المعاصرة ذات المرجعية اللاتينية، بشكل عام، مثل المشرع المصري الذي كان ينص على اعتبار عنصر الكتابة للإثبات، و ذلك من خلال المادة 501 من قانون المرافعات قبل إلغائها بموجب قانون التحكيم الجديد¹.

حتى فيما يخص الإتفاقيات الدولية، فنستدل باستحداث المادة الثانية من اتفاقية نيويورك

لسنة 1958 التي وضعت للقضاء على التباين في مواقف تشريعات الدول المشاركة نتيجة ترك بروتوكول و اتفاقية جنيف لسنتي 1923 و 1927 لهذه الدول الحرية في تنظيم المسألة، و هكذا جاء نص المادة الثانية² ينص على عنصر الكتابة دون النص على الجزاء جراء تخلفه .

¹ المادة 501 من قانون المرافعات المصري : " و لا يثبت التحكيم إلا بالكتابة" .

² المادة الثانية من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 :

- 1- Chacun des Etats contractants reconnait la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage .
- 2- On entend par " convention écrite " une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou télégrammes.

و بالتالي نصبح أمام عنصرين اثنين، يتمثل العنصر الأول في قطعية اعتبار الكتابة للإثبات، و العنصر الثاني المتمثل في توحيد اتفاقية نيويورك لسنة 1958 باقرارها للكتابة فيما يخص اتفاق التحكيم، و بالتالي يمكن أن نستخلص ما يلي : ” شرط الكتابة في اتفاق التحكيم، هو شرط للإثبات و ليس شرط صحة و لكنه دليل الإثبات الوحيد لاتفاق التحكيم، بما في ذلك ما يندرج ضمن مصطلح الكتابة كالبرقيات و الرسائل...، سواء تعلق الأمر بشرط التحكيم أو مشاركة التحكيم، ليبقى التساؤل الوحيد ينحصر في تفسير ترتيب جزاء البطلان عند تخلف هذا الشرط، المعد للإثبات ؟ .

2- شرط الكتابة، من النظام العام التحكيمي الإجرائي

من أجل توضيح الصورة أكثر، فإن الأمر لا يتعلق بالكتابة المقصودة في باقي العقود الخاضعة للقانون المدني عادة، و إنما يقصد بها تلك اللازمة لاتفاق التحكيم و التي و إن اجتمعتا في وظيفة الإثبات، إلا أنه عندما يتعلق الأمر بالتحكيم فإنها تختلف عن الكتابة في إطار القواعد العامة في كونها دليل الإثبات الوحيد لاتفاق التحكيم، فإذا تم الإقتناع بذلك مما سبق عرضه، فإن التساؤل يطرح حول السر من اشتراط عنصر الكتابة لإثبات اتفاق التحكيم إلى درجة الإعتقاد أنه شرط انعقاد أو شرط صحة ؟ .

إن الإجابة على هذا التساؤل تسهل في حالة الإضطلاع على مختلف التشريعات الوطنية المقارنة المنظمة للمسألة، و التي عادة ما نجدتها تنص على ضرورة ادراج بعض المسائل ضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان، سواء التشريعات التي تنص على التشديد على الكتابة و إقرانها بالبطلان، أو سواء تلك التي تنص على أن الكتابة للإثبات فقط .

من بين هذه المسائل، مسألة وجوب تعيين المحكمين ضمن اتفاق التحكيم و تحديد موضوع النزاع مثلا، فكيف نتصور تعيين هذه المسائل دون كتابتها؟، لذلك يتم الحرص على الكتابة وفقا لهذا النحو، بحيث يمكن التمسك بالصورة العكسية في هذا السياق و التي تتمثل في الإكتفاء بضرورة تعيين أسماء المحكمين أو موضوع النزاع أو كذلك تحديد الإجراءات الواجبة الإلتباع دون الحاجة إلى النص على عنصر الكتابة، و ذلك حتى يتم الفهم أن الكتابة ضرورية لاتفاق التحكيم على الرغم من اعتبارها للإثبات، و هو ما يفسر التشديد عليها من خلال مختلف التشريعات المقارنة .

و إلى جانب ذلك، هناك مسائل بالغة الأهمية، لاسيما مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق و التي تخضع لمبدأ سلطان الإرادة¹، بل أكثر من ذلك هناك جمع كل هذه المسائل الجوهرية الواجبة التحديد في اتفاق التحكيم، و جعلها العناصر المكونة لتعريفه² .

و عليه يمكن القول، أن الكتابة في الإلتفاق على التحكيم قاعدة شكلية إجرائية تستوجب انعقاد إجراء التحكيم وفقا للطبيعة التعاقدية لهذا الأخير، و غياب هذا الإلتفاق يقابله بطلان إجراء التحكيم من أصله، و هو السر وراء الإستدلال بأن هذه القاعدة هي قاعدة إجرائية من قواعد النظام العام و التي تركز بدورها مفهوم كون شرط الكتابة شرطا للإثبات و ذلك دون مزاحمة من وسائل

¹ سيد عبد النبي محمد، التحكيم وسيلة لفض النزاعات في التجارة الدولية و الإستثمار، النظرية و التطبيق، وكالة الصحافة العربية، جمهورية مصر العربية، 2019، صفحة 115 .

² ثامر عبد الجبار عبد العباس السعيد، مرجع سابق، صفحة 84 : " هو [اتفاق التحكيم] اتفاق خاص تبرمه الأطراف، و بمقتضاه يتم تحديد موضوع النزاع، و أسماء المحكمين، و مكان إجراء التحكيم، و قد يتم تحديد القانون الذي يطبقه المحكمون " .

الإثبات الأخرى، لأن القول بأنها وسيلة للإثبات إلى جانب وسائل الإثبات الأخرى لا يوحى إلى سبب التشديد على هذا الشرط الذي لا يعتبر في الحالات العادية سوى شرطا للإثبات دون أن يرقى إلى مرتبة حمايته بموجب تطبيقه النظام العام .

كذلك، فإنه من أجل تمتيع شرط الكتابة في اتفاق التحكيم بمكانته المتمثل في كونه وسيلة للإثبات الوحيدة، تم تعزيزه بجزء البطلان و من تم اعتباره من النظام العام، و كل ذلك نظرا لمقتضيات نظام التحكيم .

الفرع الثاني

مخالفة اتفاق التحكيم للنظام العام من حيث الموضوع

من منطلق بعض القرارات، كذلك الصادر عن المحكمة العليا الكندية، و التي أكدت على خضوع اتفاق التحكيم إلى الأحكام الخاصة بالنظام العام و الأداب العامة المتعلقة بمادة العقود وفقا للقانون المدني¹، و جب الرجوع إلى البحث عن تطبيق هذه الحكام العامة على مادة التحكيم، لكن قبل ذلك تجب الإشارة إلى التفاوت المسجل بين التشريعات المقارنة في طريقة النص عليها، فمنها من بلغت ذروة قصوى في طريقة النص عليها و يقصد بذلك المشرع الفرنسي²، و هناك من

¹ Décision de la Cour suprême de Canada n° 19660 du 24/03/1988. Sport Mask /c. Zitter : Base de données de la Cour suprême de Canada (<http://www.scc-csc.ca>) :

« ...sauf les dispositions impératives de la loi, en toute matière concernant l'arbitrage, il faut s'en remettre à la convention des parties. La convention d'arbitrage est soumise aux règles générales régissant tous les contrats ».

² Article. 6 du code civil français : « On ne peut déroger, par les conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

نص عليها بطريقة مختلفة كالمشرع الجزائري الذي نص على النظام العام في مادة العقود في المحل و السبب¹ .

سواء تعلق الأمر بالمشرع الفرنسي أو المشرع الجزائري أو غيرهما من التشريعات المقارنة، فإن كل منها يعتني بمسألة تنظيم مادة العقود، و باعتبار أن اتفاق التحكيم عقد، فإن كلها تتفق على أن المحل و السبب في هذا العقد يجب أن يكونا مشروعين و غير مخالفين للنظام العام .

لكن ما لم تتضمنه هذه التشريعات المقارنة هو تحديد مضمون المحل و السبب إذا ما تعلق الأمر بعقد التحكيم، و الذي زيادة عن الأحكام العامة للعقود له خصوصياته، و بالتالي يتولد السؤال حول مفهوم هذين العنصرين في مجال التحكيم؟، ثم بعد ذلك، التساؤل عن الطريقة التي يعمل بها كل من المحل و السبب ضمن نظام التحكيم ؟ .

الفقرة الأولى

مخالفة محل اتفاق التحكيم لقواعد النظام العام

إذا كان تحديد مفهوم المحل، و حتى السبب، ضمن النظرية العامة للعقود يتسم بالسهولة، فإن الأمر ليس كذلك إذا تعلق باتفاق التحكيم، بحيث يتم الشعور بذلك بمجرد الإضطلاع على المراجع التي تتطرق لهذا الموضوع، و التي زيادة على تناولهما بصورة وجيزة ضمن أركان اتفاق التحكيم، فهي متباينة في تحديد مفهومها، فما هو مفهوم محل اتفاق التحكيم ؟ .

¹ المادة 93 من القانون المدني الجزائري : " إذا كان محل الإلتزام مستحيلا أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، كان باطلا بطلانا مطلقا " . و المادة 97 : " إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلا " .

أولاً- تحديد محل إتفاق التحكيم

كما هو متعارف عليه، فإن المحل هو الإلتزام المتولد عن عملية التعاقد، بحيث تناول هذه الصيغة مقصود و الهدف منه تفادي الحديث عن مسألة التمييز بين محل العقد و محل الإلتزام، لأنه لا يندرج ضمن مجال إختصاص الموضوع الحالي، لكن و على الرغم من ذلك فإن الأمر يعتبر السبب وراء خلط الدراسات المتعلقة بمفهوم اتفاق التحكيم، فهذه التعريفات جاءت مختلفة مثل ما سيتم الوقوف عليه بعد حين، فالمضطلع عليها يلاحظ أنها نتيجة لعدم التفرقة بين محل العقد و محل الإلتزام في إطار نظرية العقود بصفة عامة، لذلك وجب التدخل و تسوية الأمر و بالتالي تحديد محل الإتفاق على التحكيم و محل الإلتزام باللجوء إلى التحكيم .

و لعل أقرب التعريفات المقدمة لمحل اتفاق التحكيم إلى الصواب، التعريف التالي : ” هو موضوع النزاع الذي ينص الإتفاق على تسويته من خلال التحكيم ”¹، و الذي نلاحظ أنه أخذ بعين الإعتبار مسألة التمييز بين محل إتفاق التحكيم كعقد و محل الإلتزام، و على الرغم من ذلك فإن الأمر مازال بحاجة إلى مزيد من التفصيل .

تجدر الإشارة إلى أن الأمر يعتبر من قبيل أثر النظرية العامة للعقود على اتفاق التحكيم لإعتباره عقداً، أما فيما يخص التمييز بين محل العقد و محل الإلتزام فلا بد من الإنطلاق من أحكام

¹ زياد محمد محمود عبد الله السبعوي، التحكيم التجاري الدولي ما بين الشريعة و القانون، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2014، صفحة 97 .

هذه النظرية و تطبيقاتها على اتفاق التحكيم، إذ أن محل العقد هو الإلتزام المترتب عليه¹، كما أن الإلتزام لا يخلو أن يكون إما إلتزاما بإعطاء أو أداء عمل أو الإمتناع عنه .

من هذا المنطلق، نلاحظ أن الإلتزام المتولد على اتفاق التحكيم مباشرة يتمثل في ضرورة اللجوء إلى التحكيم و الإمتناع عن اللجوء إلى القضاء بشأن المنازعات التي تثار بمناسبة تنفيذ العقد الأصلي، و في الحقيقة ما هو إلا صورة من صورة مبدأ ” القوة الملزمة ”، و هو مبدأ معترف به حتى في مجال التحكيم الدولي² .

ليس هذا فحسب، فحتى المعاهدات الدولية أقرت مبدأ القوة الملزم لإتفاق التحكيم، فمنها برتocol جنيف بشأن شروط التحكيم الذي أقره منذ 1923، كذلك معاهدة نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالإعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية من خلال الفقرة الولي من مادتها الثانية³، و هنالك معاهدة جنيف الموقعة في 21 أبريل 1961، و التي حتى و إن لم تشير إلى مبدأ القوة الملزمة للعقد إلا أنه يستشف حرصها عليه من خلال الإعتراف بمسألة تعيين المحكمين في حالة نكوص أحد الأطراف⁴ .

¹ علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر افلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، 2003، صفحة 69 .

² رائد أحمد علي أحمد، مرجع سابق، صفحة 76 .

³ Deuxième article alinea 2 : « Chacun des Etats contractants reconnait la convention écrite par laquelle les parties s’obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s’élever entre elles au sujet d’un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d’être réglée par voie d’arbitrage .

⁴ حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، صفحة 217 .

أما فيما يخص محل الإلتزام، و كما سبق و أن تم الإشارة إليه، فإنه إلتزام بقيام بعمل يتيح لأحد الأطراف اللجوء إلى التنفيذ العيني الجبري لإتفاق التحكيم في حالة امتناع أحد الأطراف باتخاذ الإجراءات اللازمة لإجراء التحكيم و امتناعه عن اللجوء إلى القضاء، و بذلك فهو يشكل إلتزاما بتحقيق نتيجة و ليس إلتزاما ببذل عناية¹، و إمتناع أحد الأطراف عن ذلك تم مواجهته على صعيد كل التشريعات الوطنية المقارنة من خلال تحديد كل تشريع لطريقة تعيين المحكمين أشهرها اللجوء إلى المحكمة المختصة بذلك .

كذلك فإن ما يترتب على التمييز بين محل اتفاق التحكيم و محل الإلتزام، يتمثل في إعتبار الأول أمر ثابت لا يمكن أن يتخذ صورة متغيرة و متعددة، بمعنى أن محل الإتفاق يفترض أنه يكون دائما مشروعا و غير مخالف للنظام العام² و يتصور ذلك في حالة الإلتزام باللجوء إلى التحكيم بشأن منازعة غير قابلة للتحكيم مما يترتب عليه بطلان اتفاق التحكيم .

ثانيا- آثار مخالفة محل إتفاق التحكيم للنظام العام

إذا كان المتفق عليه أن شرط مشروعية المحل مضمون بقوة القانون فيما يخص محل اتفاق التحكيم، و بموجب تقرير شرط عدم القابلية للتحكيم فيما يخص محل الإلتزام، على النحو الذي سبق و أن تم الإشارة إليه أعلاه، فإن هذا لا يكفي و ذلك لتعلق الأمر بمسألة سلطة المحكم في التعاطي مع بطلان الإتفاق، و أن الأمر يخضع لشرط ثالث يتمثل في علاقة التلازم أو العلاقة

¹ راند أحمد علي أحمد، مرجع سابق، صفحة 76 .

² لزهري بن سعيد، مرجع سابق، صفحة 64 .

السببية Lien de connexité أو de causalité و التي تقتضي أن يكون موضوع التحكيم لا يتعارض مع أحكام النظام العام تحت طائلة بطلان اتفاق التحكيم¹ .

هذا الشرط، أي شرط رابطة التلازم، من شأنه أن يرتب آثارا معينة فيما يخص تطبيق

أحكام النظام العام على محل اتفاق التحكيم، فما هي هذه الآثار ؟ .

إذا كان المبدأ يتمثل في استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، و الذي ينتج عنه

صلاحية اتفاق التحكيم على الرغم من بطلان العقد الأصلي، فإن الأمر في حالتنا هذه يشكل

الاستثناء، و بصورة أدق فهو يؤثر على سلطة المحكمين، فإن كان في الصورة الأولى يبقى المحكم

مختصا بالفصل في المسائل التي تنور بمناسبة بطلان العقد الأصلي كالمنازعات المتعلقة

بالمسؤولية و التعويض مثلا، فإنه في حالة بطلان اتفاق التحكيم بناء على عدم مشروعية موضوع

النزاع فإن سلطة المحكم تمتد إلى فحص مشروعية العقد التحكيمي، و من ثم الإعلان عن عدم

اختصاصه² .

كما أنه يترتب على هذا القول أن المحكم لما يقضي بالبطلان، فهو لا يعتبر أنه قد

قضى بما لم يطلب منه، و ذلك لتعلق الأمر بالنظام العام، فهو لا يحتاج إلى طلب في ذلك بل هو

أمر مخول له للقضاء به من تلقاء نفسه، و هو جوهر امكانية تطبيق المحكم لأحكام النظام العام

¹ Walid Abdelgawad, arbitrage et droit de la concurrence : contribution à l'étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé, L.G.D.J, 2001, page 236 : « ...soustrait d'une manière générale le litige à la compétence des tribunaux pour tout ce qui est en relation causale ou connexe avec son objet ; lorsque la clause se réfère à l'exécution du contrat, elle est applicable au litige mettant en cause la caducité du contrat “ .

² محمود إياذ بردان، مرجع سابق، صفحة 479 .

و سلطته في المعاقبة على مخالفته، و هو المعترف به و بصفة عامة سواء على مستوى الفقه أو القضاء أو حتى التشريع .

يترتب كذلك عن هذا القول، أن النظام العام في هذه الحالة يقصد به ذلك الذي يشكل قيذا على حرية التعاقد " ابرام اتفاق التحكيم "، و ليس النظام العام الذي وصفناه بالأصولي فيما سبق في سياق خصائص النظام العام في مجال التحكيم الداخلي، طالما أن الأمر لا يتعلق بالمنازعات التي لا يجوز عرضها على المحكم أو ما يعرف بعدم القابلية للتحكيم، و إنما للأمر علاقة بعدم جواز ابرام اتفاق تحكيم إذا كانت هذه المسائل بصفتها محلا لهذا الأخير و كانت مخالفة للنظام العام، و بمعنى آخر فإن مخالفة النظام العام وقعت ضمن اتفاق التحكيم ووقعت ضمن اتفاق التحكيم بصفته عقدا خاضعا لنظرية العقود .

الفقرة الثانية

مخالفة السبب في اتفاق التحكيم للنظام العام

يعتبر السبب شرطا لصحة أي اتفاق (عقد) بصفة عامة¹، و يجب أن يكون هذا السبب مشروعاً و غير مخالف للنظام العام، و اتفاق التحكيم باعتباره عقدا لا بد من قيامه على سبب وفقاً لهذا النحو، فما هو سبب اتفاق التحكيم؟، و كيف تؤثر مخالفة هذا الركن للنظام العام على اتفاق الحكيم ؟ .

¹ بغض النظر عن المشرع الفرنسي الذي عدل عن شرط السبب بموجب التعديل الأخير للقانون المدني بموجب

الأمر 16-131، المشار إليه في الباب الأول .

أولاً- تحديد السبب في اتفاق التحكيم

تشتت النظرية العامة للعقود السبب إلى جانب الرضا و المحل، بالإضافة إلى أن اتفاق التحكيم عقداً، و بالتالي لابد له من سبب و الذي يعتبر الدافع إلى لجوء الأطراف إليه، فإذا انعدم أي تصرف قانوني عن توافره لركن السبب اعتبر باطلاً، و قياساً عليه اتفاق التحكيم .

و من منطلق أن السبب هو الغرض أو الباعث من وراء عملية التعاقد، فإن السبب في اتفاق التحكيم هو اللجوء إلى هذا الأخير لإعتباره قضاءً خاصاً لما له من مميزات، كسرعة الفصل في المنازعة، سرية التحكيم ...¹، و ذلك جواباً على السؤال الذي يتحدد به السبب في أي نوع من العقود : لماذا يلتزم المتعاقدان؟، و لماذا لجأ الأطراف إلى التحكيم² ؟ .

نتيجة لذلك، فإن سبب العقد يعتبر هو السبب الحقيقي وراء عملية التعاقد حتى يثبت العكس، و هي الحالة التي تعرف بصورية العقد في النظرية العامة للعقود، و سبب اتفاق التحكيم وفقاً للنحو الذي أسلفناه يفترض أنه كذلك، و هو بذلك يعتبر دائماً مشروع، إلا في حالة إثبات أحد المتعاقدين أن الهدف من اتفاق التحكيم شيء آخر، كالتهرب من أحكام القانون الذي من المفترض

¹ نبيهة بومعزة، الطبيعة القانونية لإتفاقية التحكيم في القانون الجزائري، مجلة التواصل في الإقتصاد و الإدارة و القانون، جامعة عنابة، كلية الحقوق، عدد 35، سبتمبر 2013، صفحة 226 .

² شعران فاطمة، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للحقوق و العلوم السياسية، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي، تيسميسلت، العدد الثاني، ديسمبر 2016، صفحة 18 .

تطبيقه على النزاع في حالة عرضه على قضاء الدولة، فيصبح في هذه الحالة اتفاق التحكيم غير مشروع¹.

و ترتيباً على ذلك، فإن كل ما تقدم يعتبر الإختلاف الجوهرى بين المحل و السبب في اتفاق التحكيم²، فإذا كان محله ضرورة اللجوء إلى التحكيم و الإمتناع عن اللجوء إلى القضاء، فإن السبب يتمثل في الدافع من وراء ترتيب هذا الإلتزام، و الذي كما سبق و أن عهدناه، يتمثل في استحباب اللجوء إلى هذا النوع من الطرق البديلة لحل المنازعات لما له من مزايا، لكن في إختلاف التشريعات الوطنية المقارنة لتنظيمها نظرية العقود سبب للتساؤل حول مدى اعتبار السبب وفقاً لهذا النحو، ثابتاً لا يتغير ؟ .

فالتشريعات الآخذة بالنظرية التقليدية للسبب، فإن إلتزام كل من الطرفين هو إلتزام

للطرف الآخر، و عند إسقاط ذلك على اتفاق التحكيم يصبح الإلتزام هو امتناع كل طرف عن اللجوء إلى القضاء و الإلتزام بعرض النزاع على على هيئة التحكيم، الأمر الذي يترتب عليه بأن يكون السبب بموجب النظرية التقليدية في مجال اتفاق التحكيم هو نفسه في كل الحالات .

أما في إطار النظرية الحديثة للسبب، و من منطلق اعتبار أنه الباعث الدافع من وراء التعاقد، فهو أمر نفسي و هو بوصفه كذلك قد يتغير من شخص إلى آخر، فيمكن أن يكون السرعة في حسم النزاع كما قد يكون الحفاظ على السرية بما يتحقق معه الحفاظ على السمعة التجارية التي لا تتحقق بمبدأ علنية الجلسات مثلاً .

¹ لزهر بن سعيد، مرجع سابق، صفحة 64 .

² هاني أحمد عبد الفتاح عطاي، مرجع سابق، صفحة 171 .

ثانياً- آثار مخالفة السبب في اتفاق التحكيم للنظام العام

أولاً و قبل كل شيء، يجب الإشارة إلى أن مخالفة النظام العام على مستوى اتفاق

التحكيم في حالة عدم مشروعية السبب، و حتى فيما يخص المحل، تخص التحكيم الداخلي و

الدولي، كما أنها كذلك هي السبب من وراء إعلان المحكم عن عدم اختصاصه مثل ما سبق و أن

تمت الإشارة إليه، و ذلك على مستوى النوعين السالف ذكرهما، أي التحكيم الداخلي و الدولي¹.

كما أنه، يجب الإشارة إلى استعمال "عدم مشروعية اتفاق التحكيم" في حالة مخالفته

للنظام العام في شكل عدم مشروعية السبب، و حتى المحل، لأنه حتى و إن كانت عدم مشروعيته

بسبب "عدم صحة اتفاق التحكيم"، إلا أنه في هذه الحالة الأخيرة يمكن أن تكون عدم صحتها

قائمة على أسباب أخرى²، كإعدام الرضا مثلاً.

كما أن، و رجوعاً إلى مسألة اعتبار السبب هو الباعث الدافع من وراء اللجوء إلى

التحكيم، فهل الأمر يستوي في حالة مشاركة التحكيم مثل ما هو الحال بالنسبة لشرط التحكيم؟،

بمعنى آخر، فإنه في حالة مشاركة التحكيم فإن الأمر مستقبلي و بالتالي بمجرد قيام نزاع فهناك

امكانية للجوء إلى التحكيم، طالما أن السبب في هذه الحالة قابل للتعيين و غير مستحيل مع افتراض

¹ Jean-Batiste Racine, Op. cit, page 142 : « ..., la violation de l'ordre public dans la convention d'arbitrage elle-même fait obstacle à la compétence de l'arbitre. Il y a violation de l'ordre public dans la convention d'arbitrage lorsque la mission de l'arbitre est illicite. Cette condition s'applique tant à l'arbitrage interne qu'à l'arbitrage international » .

² Antoine Kassis, Op. cit, page 38 : « Sans doute l'illicéité est un cas d'invalidité de la convention d'arbitrage. Mais la convention d'arbitrage peut être invalide d'autre causes que l'illicéité ... » .

مشروعيتها، بل هناك بعض التشريعات المقارنة ما يجيز الذهاب إلى مشاركة التحكيم حتى في حالة وجود نزاع على مستوى قضاء الدولة، فما هي الآثار في هذه الحالة ؟ .

من بين التشريعات الوطنية المقارنة الآخذة بهذا التوجه، هناك المشرع الجزائري¹، و المشرع الفرنسي²، و هو ما ذهبت إليه محكمة إستئناف Angers الفرنسية بموجب قرارها الصادر في 1972/09/25 في القضية S.A Sialy ضد Société Seffinco company و Société Grasso stacon³ أين تركت المحكمة للأطراف أن يختاروا بين اللجوء إلى التحكيم أو القضاء لتسوية النزاع، بحيث يلاحظ أن المحكمة في هذه الحالة لم تعتبر أن السبب غير موجود بل أكثر من ذلك لم تعتبره غشا نحو القانون أو تهربا للأطراف من القانون الواجب التطبيق، الأمر الذي يقع على عاتق من يدفع به .

و خلاصة القول، أن التباين بين أثر فكرة النظام العام في إطار النظرية العامة للعقود، فيما يخص محل اتفاق التحكيم، من جهة، و سببه من جهة ثانية، يكمن في أحادية الصورة التي يمكن أن يتخذها محل اتفاق التحكيم و التي تتمثل في اللجوء إلى التحكيم و الإمتناع عن اللجوء إلى القضاء، في حين، و على العكس من ذلك، فيما يخص السبب، فإن صورته متعددة حسب نفسية الأطراف و التي كما سبق و أن تم الإشارة إليها يمكن أن تكون تفضيل السرعة و السرية التي

¹ المادة 1013 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " يجوز للأطراف اتفاقا على التحكيم، حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية " .

² Article. 1446 du code de procédure civile français : « Les parties peuvent compromettre même au cours d'une instance déjà engagée devant une juridiction » .

³ Cour d'appel d'Angers, chambre civile. 1, 25/09/1972. Publier sur le site : <http://www.legifrance.gouv.fr>

يتميز بها التحكيم، كما قد تكون بساطة الإجراءات و بصفة عامة محاسن التحكيم، بالإضافة إلى أن الأمر يصدق حتى بالنسبة لمشاركة التحكيم التي تبرم لاحقا عن النزاع الناشئ قبلها .

المطلب الثاني

الأحكام الخاصة المتعلقة بمخالفة إتفاق التحكيم للنظام العام

إذا كان المنطلق في الفرع الأول من ثنائية طريقة عمل فكرة النظام العام في مجال التحكيم، و بالتحديد من عمل فكرة النظام العام في مجال العقود بصفة عامة، الأمر الذي ترتب عليه عدم مشروعية اتفاق التحكيم في حالة مخالفة المحل و السبب لهذا الأخير لقواعد النظام العام، فإن المنطلق الآن يتمثل في الآثار المترتبة على مخالفة أحكام النظام العام التحكيمي بعيدا عن الأحكام العامة لهذا الأخير في إطار النظرية العامة للعقود، أو كما يمكن القول الأحكام الخاصة لتأثير النظام العام التحكيمي على اتفاق التحكيم، و بالتالي فما هي هذه الأحكام ؟ .

الفرع الأول

إستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

لا يتعلق الأمر الأمر بالتطرق إلى ماهو متعارف عليه فيما يخص دراسة مبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، و ذلك طالما أنه تم التطرق لهذه المسألة من حيث هي خلال الباب الأول، و إنما الغرض من كل ذلك هو محاولة تسليط الضوء على بعض جوانبه و التي لا يمكن الإستغناء عنها من أجل تحديد آثار النظام العام التحكيمي على اتفاق التحكيم، و بالتالي فما هي هذه الجوانب ؟ .

الفقرة الأولى

عدم مشروعية اتفاق التحكيم

من النتائج المهمة لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، فصل المحكم أو الهيئة التحكيمية في مسألة اختصاصها و هو مبدأ الاختصاص بالإختصاص، و ذلك عند انعقاد الإختصاص له وحده دون أن يشركه أحد في ذلك، كبطلان اتفاق التحكيم لتجاوز المسألة محل النزاع لقواعد النظام العام لاعتبار ذلك شرطاً من الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم، و على العكس من ذلك، حالة بطلان اتفاق التحكيم الظاهرة، أين ينعقد الإختصاص للقضاء للفصل في مسألة بطلان اتفاق التحكيم بناء على الدفع بذلك حتى قبل البدء في إجراءات التحكيم .

أولاً-إختصاص المحكم بالفصل في عدم مشروعية اتفاق التحكيم: (مبدأ الإختصاص بالإختصاص كأصل)

تتمتع هيئة التحكيم دون سواها بسلطة الفصل في الدفع بعدم اختصاصها، و بالنتيجة عدم جواز اللجوء إلى القضاء من أجل ذلك، إلا بعد صدور الحكم التحكيمي و في إطار دعوى بطلان الحكم التحكيمي لاحقاً، أين يفصل القضاء في مسألة تجاوز المحكم لصلاحياته من عدمه . و يتعلق إختصاص هيئة التحكيم بالفصل في مسألة إختصاصها فيما يخص صحة اتفاق التحكيم أولاً و فقط، من أجل تقرير اختصاصه من عدمه، باستثناء الحالة التي يخولها بذلك اتفاق الأطراف صراحة ضمن اتفاق التحكيم ذاته¹ .

¹ صبرينة جبالي، مرجع سابق، صفحة 132 .

و إذا كان أثر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يتمثل في الإختصاص الحصري للمحکم بصدد تحديد مشروعية اتفاق التحكيم، فماذا عن ذلك فيما يخص التحكيم التجاري الدولي؟، و يقصد بذلك استحالة فحص مشروعية اتفاق التحكيم الدولي في إطار نظام عام وطني، و بالنتيجة فهل فحص هذه المشروعية يتم في إطار النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص وفقاً لمنهج التنازع؟، أم أن الأمر يخضع للنظام العام بمفهومه الدولي الحقيقي؟ .

من أهم المسائل التي تعترض المحكم الدولي، مسألة فحص اتفاقية التحكيم سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع، كمسألة عدم القابلية للتحكيم و التي من المؤكد لن تتم في إطار النظام العام الداخلي إلا إذا كانت في شكل قاعدة بوليس أو في إطار النظام العام الدولي .

من هذا المنطلق، يصبح بالإمكان البحث عن المسألة في إطار الجانب التطبيقي التحكيمي، بحيث لا نجد أفضل من قرار Gatoil المؤرخ في 17/12/1991¹ الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 17/12/1991، و الذي جاء فيه ما يلي :

[...en matière d'arbitrage international, le principe de l'autonomie de la clause compromissoire est d'application générale, en tant que règle matérielle internationale consacrant la licéité de la convention d'arbitrage, hors de toute référence à un système de conflits de lois, la validité de la convention devant être contrôlée au regard des seuls exigences de l'ordre public international] .

و بالتالي يمكن الإصطلاح على أن الأمر من قبيل " الإستقلال القانوني " على العقد

الأصلي في مجال التحكيم الدولي، و هو ما أشار إليه أحد الباحثين في هذا المجال¹ .

¹ Cour de cassation, chambre commerciale, 17/12/1991, 89-21.607, publier sur le site internet : <http://www.legifrance.gouv.fr> .

و عليه يمكن استخلاص أن الأمر يتعلق بقاعدة مادية مفادها أن فحص مشروعية اتفاق التحكيم يتم بعيدا عن منهج التنازع، و ذلك في إطار النظام العام الدولي دون سواه، و بذلك يكون هذا الأخير قد حرر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم من قبضة القوانين الوطنية التي قد يكون أحدها القانون الواجب التطبيق، و ذلك فيما يخص أسباب بطلان اتفاق التحكيم من حيث هو، و الذي يتعدد النظام العام فيه .

ليس هذا فحسب، بل أن هذه القاعدة المادية لم تعد حصرا على التحكيم التجاري الدولي، فهناك بعض التشريعات الوطنية المقارنة التي أصبحت تأخذ بها حتى في مجال التحكيم الداخلي، و من أمثلة ذلك القانون الهولندي للإجراءات المدنية و ذلك من خلال المادة 1053² .

ثانيا- اختصاص القاضي بالفصل في عدم مشروعية اتفاق التحكيم: (الإختصاص

المشترك للقاضي و المحكم كإستثناء)

يتعلق الأمر في هذه الحالة بإمكانية الدفع ببطلان اتفاق التحكيم أو عدم مشروعيته أمام القضاء، و لا يقصد بذلك في إطار دعوى بطلان الحكم التحكيمي، و إنما في شكل دفع أثناء البدء في إجراءات التحكيم أو حتى قبل البدء فيها، المهم قبل تحديد المحكم لإختصاصه بناء على مبدأ

¹ M.Jean- Pierre Ancel, l'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire, travaux du comité français de droit international privé, 1994, Ed. PEDONE, Paris, 1994, page 90 ; « ...en matière d'arbitrage international, la clause compromissoire possède une complète autonomie juridique, à l'égard de la convention principale, dont l'inexistence ou la nullité n'ont aucun effet sur elle, que de loi interne applicable à cette convention, sous la seule réserve de l'ordre public ».

² Antoine Kassis, Op.cit, page 26.

الإختصاص بالإختصاص، و في هذا انقسمت التشريعات الوطنية المقارنة، فمنها من نظم المسألة صراحة و منها ما لم يورد نص بشأنها .

من أبرز الأمثلة عن التشريعات التي لم تنص على حالة امكانية اللجوء إلى القضاء من أجل الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في حالة عدم مشروعية اتفاق التحكيم، يتمثل في المشرع الجزائري، و الذي لم ينص في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فيما يخص التحكيم الداخلي ما يفيد على ذلك، و في المقابل حسم الأمر فيما يخص التحكيم التجاري الدولي بأن جعل الأمر حكرا على المحكم دون القضاء، و ذلك بالنص صراحة على ذلك من خلال المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية¹ .

و الظاهر من ذلك، أن المشرع الجزائري و على عكس التشريعات الآخذة بالإختصاص المشترك بين القاضي و المحكم، متأثر بالإتجاه الفقهي الذي ينطلق من فكرة الإكتفاء بالإعتراف بالإختصاص المطلق لهيئة التحكيم للفصل في مسألة اختصاصها في حالة عدم مشروعية اتفاق التحكيم، هذا الإتجاه يستند على وجود دعوى البطلان التي ترفع لاحقا أمام القضاء في حالة ارتكاز المحكم على اتفاق تحكيم باطل، غير مشروع أو غير موجود .

أما الإتجاه الفقهي الثاني، و الذي تبنته فئة ثانية من التشريعات الوطنية المقارنة على غرار المشرع الفرنسي، يستند على الفكرة التي مؤداها أن الإعتراف للمحكم بسلطة النظر في

¹ المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من الأطراف " .

مسألة اختصاصه يتم بتناول مسألة صحة اتفاق التحكيم كمسألة أولية فقط، الأمر الذي يترتب عليه الإكتفاء بالنطق بعدم اختصاصه دون التطرق إلى مسألة عدم مشروعية اتفاق التحكيم¹.

و كما سبق و أن تمت الإشارة إليه، فإن من التشريعات الرائدة في هذا الإتجاه، يتمثل في المشرع الفرنسي، هذا الأخير أورد استثناءا لمسألة عدم جواز تعرض القضاء لفحص مشروعية اتفاق التحكيم، و ذلك في الحالات التي يكون فيها هذا الأخير "ظاهر البطلان"، حسب مفهوم نص المادة 1448 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي².

بالإضافة إلى المشرع الفرنسي، فإن معظم التشريعات الأوروبية تحذو حذو المشرع الفرنسي مع تسجيل بعض الاختلافات الطفيفة، و منها وثيقة التحكيم الإنجليزي، التشريع الألماني، السويدي³... و من التشريعات العربية هناك المشرع التونسي و الذي تبنى نفس الموقف من

¹ حيدر مدلول عبد الله، مرجع سابق، صفحة 92-93.

² Article 1448 du code de procédure civile français : « 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 » .

³ Jean-François Poudret, l'originalité du droit français de l'arbitrage au regard du droit comparé, Revue internationale de droit comparé, 56-1, Année 2004, page 142 : « Ce contrôle direct est admis notamment en Angleterre (section 32 et 72 Arbitration Act), mais à des conditions très restrictives, en Allemagne jusqu'à la constitution du tribunal (1032 al.2 ZPO) et en Suède aussi longtemps que le tribunal n'a pas rendu une sentence à ce sujet (art.2 et 34) » .

خلال المادة 52 من القانون رقم 42 لسنة 1993¹، هذا الأخير الذي ينبه موقفه إلى أمر جد مهم و الذي يتمثل في ماهية المقصود من "البطلان الظاهر" لاتفاقية التحكيم"، و ذلك من خلال نصه على مصطلح "الإتفاقية الباطلة" دون أن يشترط أن يكون ذلك ظاهرا على غرار المشرع الفرنسي، مما يترتب عنه الإكتفاء بالبطلان العادي لاتفاقية التحكيم إذا ما تعلق الأمر بقانون التحكيم التجاري الدولي التونسي².

و بالرجوع إلى التشريع، لاسيما الفرنسي الذي لم يعط أي تعريف لمصطلح "البطلان

الظاهر"، بل حتى المراجع التي تعني بهذا النوع من الدراسات لم تتطرق إلى المسألة، و بالتالي و كما هو معتاد فإن الدور دور القضاء، و بالفعل تم مصادفة قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 2009/07/01 و الذي تطرق إلى المسألة بدقة، بحيث نص بالحرف الواحد على ما يلي :

[5- En dehors de l'inexistence manifeste ou de l'innapplicabilité manifeste, seule la nullité manifeste de la clause permet au juge de retenir sa compétence ; que si les juges du fond ont constaté que l'action engagée par le liquidateur relevait de la compétence exclusive du tribunal de commerce, ...il n'ont pas relevé, dans les motifs, qu'ils étaient en présence d'une nullité manifeste ; que, de ce point de vue, l'arrêt attaqué est entaché d'un défaut de

¹ المادة 52 من مجلة التحكيم التونسية : " على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرمت بشأنها اتفاقية تحكيم أن تحيل الأطراف إلى التحكيم إذا طلب منها ذلك أحدهم في موعد أقصاه تاريخ تقديم ملحوظاته الكتابية في أصل النزاع ما لم يتضح لها أن الإتفاقية باطلة أو عديمة الأثر أو لا يمكن تنفيذها " .

² Ahmed Ouerfeli, Op. cit, page 376 : « Il faut ajouter que le pouvoir d'appréciation du juge quant à la nullité de la convention d'arbitrage est valable selon que l'arbitrage est interne ou international ; s'il est interne, la nullité doit être manifeste, et s'il est international, une nullité non manifeste suffit ».

base légale au regard de l'article 1458 du code de procédure civile et du principe compétence-compétence ;] .

و عليه، يكون المشرع الفرنسي ومن حذا حدوده مثل المشرع التونسي، قد أخذ بالإختصاص المشترك بين المحكم و القاضي بنظر الدفوع المتعلقة بعدم مشروعية اتفاق التحكيم، أما عن المشرع الجزائري فإنه لم يتناول المسألة في مجال التحكيم الداخلي، أما فيما يخص التحكيم الدولي فأخذ بأحادية الإختصاص للمحكم دون القضاء، و هو الظاهر من نص المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية¹ .

الفقرة الثانية

عدم مشروعية العقد الأصلي

إذا كان الأمر يتعلق بالإستقلال القانوني لإتفاقية التحكيم، كما تم الإشارة إليه أعلاه قبل قليل في سياق اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه لما يتعلق الأمر بفحص مشروعية اتفاق التحكيم، فإنه و في هذه الحالة، أي حالة عدم مشروعية العقد الأصلي، فإن الأمر يتعلق بالإستقلال المادي هذه المرة *L'autonomie matérielle* ، و الذي يعتبر في حقيقة الأمر من مفرزات الإنتقال من فكرة استقلالية التحكيم إلى فكرة فصل إتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي *La séparabilité* ، و التي من بين الإستثناءات الخاصة بها : أسباب البطلان التي تشمل العقدين معاً، أي العقد الأصلي و اتفاق التحكيم، فما هي الإستثناءات إذا ؟، و كيف يتم ؟ .

¹ المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع

إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود إتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف " .

أولاً- تبعية الفرع (اتفاق التحكيم) للأصل (العقد الأصلي)

في حقيقة الأمر، يعتبر هذا الموضوع من بين المواضيع التي تترتب كأثر لنظرية العقود على مؤسسة التحكيم و التي يعتبر النظام العام عنصراً منها، بحيث يتضح ذلك جلياً ليس بالإطلاق من الحديث عن نظرية العقود تجاه اتفاق التحكيم، أين يصطدم اتفاق التحكيم باستقلاليته أو انفصاله بالعقد و يندمج معه بسهولة و هو ما يصطلح عليه بالفرع، و هو بذلك متعلق بالأصل (العقد)¹.

كما سبق و أن تم التطرق له من خلال الباب الأول، فإن الفصل في ترسيخ مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم أو انفصاله تم تكريسه بفضل قرارى Gosset و Hecht لمحكمة النقض الفرنسية، و ذلك فيما يخص التحكيم التجاري الدولي، لكن الإشكال في هذه الحالة ليس له علاقة بعدم مشروعية اتفاق التحكيم نفسه، أين يكون مصيره البطلان مثله في ذلك مثل أي عقد، لكن الإشكال يطرح لما نكون بصدد سبب من أسباب البطلان التي تشمل العقدين معاً، أي العقد الأصلي و اتفاق التحكيم، أين يطال البطلان العقدين معاً .

و في حالة مماثلة، فإن بطلان العقد الأصلي يؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم، الأمر الذي يترتب عنه زوال اختصاص المحكم و ذلك نظراً لكون أن مصدر سلطته باطل، و بالتالي فإن

¹ Céline DUQUENNE, l'autonomie de la clause compromissoire en droit du commerce international, Mc Gill University, Montreal, novembre 2000, page 26 : « Le concept d'accessoire permet de faire de la clause compromissoire un élément du contrat principal, mais un élément séparable de ce ce contrat, inversement, le recours à la la notion de contrat fait de clause un élément en en principe autonome, mais dans une certaine mesure " rattaché " au contrat principal, puisqu'il est généralement admis que l'existence du contrat principal est un préalable nécessaire à la validité de la clause » .

ما بني على باطل فهو باطل، بل أكثر من ذلك أنه على المحكم أن يعلن عدم اختصاصه، وهي وضعية هناك من قال عنها أنها مضرّة بالتحكيم¹، على أن يتمتع المحكم بسلطة الفصل في مسألة وجود صحة العقد المتضمن شرط التحكيم، وذلك على مستوى التحكيم التجاري الدولي على الأقل بدليل ما ذهبت إليه المعاهدات الدولية، لاسيما معاهدة جونييف لسنة 1961².

إلى غاية هنا، لم يبق ضرورة للحديث سوى على أمرين إثنين، فقبل أن نشير إلى ولاهما و الذي يتمثل في مدى وجود حلول لهذه الوضعية و على كل المستويات - تشريع، قضاء و فقه -، يجب على الأقل الإشارة إلى الحالات التي يمكن أن يتأثر فيها اتفاق التحكيم ببطلان العقد الأصلي و أسبابه، ثم بعد ذلك يتم الانتقال إلى المسألة الأولى، على أن يتم ذلك تحت عنوان خاص.

من أهم الأمثلة على حالات بطلان العقد الأصلي التي تؤثر على اتفاق التحكيم و جعله هو الآخر باطلا، عيوب الإرادة، لكن كذلك يجب الإشارة إلى أن هذا القول لا يصدق في كل الحالات، بل يمكن أن تكون حالات معينة متعلقة بعيوب الإرادة و لا تمتد إلى اتفاق التحكيم، و يتعلق الأمر بالغلط، التدليس، الإستغلال، الإكراه و الغبن .

¹ Hygin Didace Amboulou, Op. cit, page 19: «Cependant, une telle solution [la clause compromissoire affectée par la nullité du contrat principal] serait particulièrement préjudiciable au bon fonctionnement de l'arbitrage. Il y aurait plutôt intérêt à retenir, pour assurer l'efficacité de l'arbitrage » .

² محمد إبراهيم خيري الوكيل و علاء محي الدين مصطفى، اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية في النظام السعودي و الأنظمة المقارنة، مكتبة القانون و الإقتصاد، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 2014، صفحة

فلا يقصد بالغلط، مثلا، الذي يقع على محل العقد الأصلي و الذي لا يمكن أن يمتد إلى اتفاق التحكيم الذي يتمثل محله في إحالة النزاع على التحكيم، بل الغلط المقصود هو الذي يشمل أطراف العقد أو صفة من صفاتهم، لذلك يشكل الأمر استثناء لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم و عليه يعتبر هذا الأخير باطلا بدورته، و في نفس السياق كذلك التدليس، طالما أن النتيجة واحدة و هي الوقوع في الغلط بفعل مناورات أحد المتعاقدين، لذلك فإن التدليس يأخذ حكم الغلط¹.

كذلك فيما يخص الإستغلال و الغبن، فالإستغلال يقوم في الحالة التي يستغل فيها أحد المتعاقدين ضعف في الطرف الثاني و الذي يتمثل عادة في الطيش البين و الهوى الجامح، و هو ما لا يمكن تصور تفاديه في اتفاق التحكيم، بل يتحقق هذا الوضع بالنسبة للعقدين معا (العقد الأصلي و اتفاق التحكيم)، و في نفس السياق كذلك الغبن الذي يكفي فيه اثبات عدم التكافؤ بين التزامات الطرفين.

ثانيا- العقد المنعدم، استثناء لمبدأ استقلالية التحكيم

إن إيراد الأمثلة السابقة التي تعطل مفعول مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، كعيوب الإرادة التي تصيب العقد الأصلي، ستؤدي إلى حالة عدم وجود العقد برمته بما في ذلك شرط التحكيم، شأنه في ذلك شأن باقي البنود، و هي حالة إذا لم يغطيها مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم فعلى الأقل لا بد لها من تغطية تقوم على أساس مغاير، و بالتالي فيما تتمثل هذه التغطية؟، و على أي أساس؟.

و في هذا الصدد، أضحى القضاء الفرنسي يفرق بين البطلان و عدم وجود العقد الأصلي، و في ذلك نستدل بقراري محكمة النقض الفرنسية، بحيث ينسب الأول إلى غرفتها المدنية

¹ مصطفى محمد الجمال و عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، صفحة 404 .

الثانية الصادر بتاريخ 2002/04/04¹، أما الثاني فهو صادر عن غرفتها التجارية بتاريخ

2002 /04/09²، بحيث استعمل كلاهما مصطلح "عدم فعالية العقد الأصلي" أو

L'innéficacité de la convention principale، و بالتالي عدم فعالية اتفاق التحكيم .

و يقصد بعدم فعالية العقد الأصلي، عدم وجوده و ليس بطلانه أين يظل اتفاق التحكيم

صحيحا لفعالية مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ليشمل المنازعات التي تترتب على البطلان كالتعويض

أو المسؤولية التقصيرية، و هو ما وصل إليه قضاء محكمة النقض الفرنسية دائما، و ذلك من خلال

قرار لها حديثا و الذي يتمثل في قرار Omenex³، و هو مبدأ لا يوجد ما يمنع تطبيقه حتى في

مجال التحكيم الداخلي⁴، على الرغم من أن هناك من يرى عكس ذلك⁵.

¹ Cour de cassation, chambre civile 2, arrêt du 04/04/2002, 00-18.009. Publier sur le site internet : <http://www.legifrance.gouv.fr> .

² Cour de cassation, chambre commerciale, arrêt du 09/04/2002, 98-16.829. Publier sur le site internet : <http://www.legifrance.gouv.fr> .

³ Cour de cassation, première chambre civile , arrêt du 25/01/2005, 02-13.252. Publier sur le site internet : <http://www.legifrance.gouv.fr>: « ...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 ne l'affectent ».

⁴ Hygin Didace Amboulou, Op. Cit, page 22 : « Cette solution, énoncée en matière d'arbitrage international, devait probablement être applicable à l'arbitrage interne malgré la justification proprement internationale donnée par la cour de cassation à sa décision : d'une part, la clause compromissoire bénéficie aujourd'hui également, en matière interne, du principe d'autonomie et, au moins partiellement, d'un principe de validité énoncé à l'article 2061 du code civil, ... ».

⁵ هناك Yvon Loussouarn الذي ذهب من خلال محاضرات جامعة أكاديمية القانون الدولي الخاص، إلى أن الأمر مخالف في مادة التحكيم الداخلي، و استدل بقرار Gosset الصادر عن الغرفة الأولى المدنية لمحكمة النقض

ليس هذا فحسب، فهناك قضاء الولايات المتحدة الأمريكية الذي ذهب إلى ذلك ممثلاً

في محكمة النقض، بحيث ذهب القضاء الفيدرالي و ذلك بمناسبة قرار¹ Prima Paint، إلى

تكريس مبدأ La séparabilité de la convention d'arbitrage ، لكن لم يميز بين العقد الباطل

و العقد المنعدم إلا بفضل القرار² Three Valleys، و ذلك بتقرير أن قضاء Prima Paint جاء

في إطار عقد باطل و الذي يبقى مبدأ استقلالية التحكيم بخصوصه صحيحاً، و لم يتكلم عن العقد

المنعدم، الأمر الذي لم يكرس إلا بموجب القرار³ Three Valleys .

الفرنسية بتاريخ 1963/05/07، مستنداً بتحديد القرار أن الأمر تم ضمناً و بمفهوم المخالفة، و ذلك بنصه على

التحكيم التجاري الدولي، و ذلك حرفياً :

« 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 qui ne sont pas allées en la cause, une complète autonomie juridique excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte » .

¹ Prima Paint Corporation v. Floud and Conklin, MFG.ch.9, 388US 395, 12/6/1967

² United States Court of Appeals, Ninth circuit, nos.89-55138,89-55664, Feb 5, 1991 .

³ تم الحصول على القرار في شكل PDF عبر الموقع : <http://www.casztext.com>، عن طريق إرسال نسخة منه إلى الإيميل الشخصي بتاريخ 2019/12/21 على الساعة 20:01. بحيث جاء في حيثيات القرار ما يلي :

« The majority seeks to distinguish Prima Paint on the grounds that the present case involves the question in whether any agreement was ever reached, while Prima Paint involved the question whether an agreement was voidable due to fraude in the inducement to contract. As stated by the distinct court below:

. Notwithstanding common law distinctions between " void " and " voidable" contracts, it is hard to see a difference between severing under federal law a facially applicable arbitration clause from an allegedly nonexistent contract and severing it from an allegedly fraudulently induced one .

.In either case, no independent challenge is made to the arbitration clause it self. In both cases the contract is unenforceable “.

بحيث كرس هذا القرار الأخير فعالية مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم فيما يخص العقد الباطل، و تعطيل هذا المفعول في حالة العقد المنعدم، أو الغير الموجود، و في حقيقة الأمر يعتبر ذلك من صميم أثر نظرية العقود على التحكيم، و النظام العام كفكرة مجردة، طالما أنه بدون وجود عقد لتنفيذه لا يمكن الحديث كذلك عن منازعات و بالتالي لا معنى لوجود اتفاقية تحكيم .

الفرع الثاني

عدم القابلية للتحكيم

أولا و قبل كل شيء، تجدر الإشارة إلى أن الموضوع المتعلق بعدم القابلية للتحكيم سوف لن يتم تناوله وفقا للأحكام العامة، أكثر من ذلك لا يمكن تصور تكرار ما تم تناوله من خلال الباب الأول من هذا البحث، بل سيتم التركيز على تناول هذا الموضوع من زاوية تأثير فكرة النظام العام على اتفاق التحكيم، و بصفة أدق على عدم القابلية للتحكيم باعتبارها عنصرا من عناصره التي تندرج ضمن الشروط الموضوعية لهذا الإتفاق .

بالإضافة إلى ذلك، فإن موضوع القابلية الشخصية للتحكيم هو الآخر مستثنى من هذه المرحلة و ذلك لكون أنه تم تناوله ضمن الباب الأول، و ذلك على نحو لم يبق معه ما يمكن إيراده في هذه المرحلة، على عكس عدم القابلية للتحكيم الموضوعية و التي بقي فيها ما يقال فيما يخص أثر فكرة النظام العام على اتفاق التحكيم، و يقصد التساؤل المطروح حول كيفية تأثير فكرة النظام العام على القابلية الموضوعية للتحكيم، و ذلك في سياق قابلية موضوع ما للتحكيم من عدمه كشرط لصحة اتفاق التحكيم .

نتيجة لذلك، و من الأنسب التعرض للمواضيع الغير قابلة للتحكيم على أن يتم ذلك وفقا لمعايير القابلية للتحكيم، وحتى يتم ذلك بشكل منظم و مضبوط، و تفاديا للعرض العشوائي لهذه المسألة، و الذي من شأنه إخفاء أسلوب الإنسجام بين عناصر موضوع البحث، و ذلك تحت ضغط تشعبه و تعقيده كما هو معروف، لأنه مهما تم التقدم في البحث إلا أنه لا يجب أن ننسى أن الأمر يتعلق بالنظام العام و ليس بموضوع القابلية للتحكيم .

كما أن الأمر سيقنصر على معياري حرية التصرف في الحق و معيار الإختصاص الحصري لسلطات الدولة، و ذلك كون أن معيار الطابع المالي للنزاع يتماشى مع أحدهما مثل ما تم الوصول إليه سابقا من خلال الباب الأول، و مثل ما أشار إليه أحد الباحثين في هذا المجال¹ .

الفقرة الأولى

عدم القابلية للتحكيم وفقا لمعيار حرية التصرف في الحق

إن عدم القابلية للتحكيم (النظام العام) وفقا لمعيار حرية التصرف في الحق سيتم تناوله من حيث المصلحة المراد حمايتها من تفعيل النظام العام، و التي لا تخلو أن تكون إما حماية للمصلحة الخاصة و إما لحماية المصلحة العامة، و في نفس الوقت مراعاة التحكيم الداخلي و التحكيم الدولي .

أولا- حماية المصلحة الخاصة (الطرف الضعيف)

إن النص على حرية التصرف في الحق، يتخذ عادة شكل مبدأ عام من خلال التشريعات المقارنة المتعلقة بالتحكيم، و ذلك على غرار المشرع الجزائري من خلال نص المادة

¹ إياد محمود بردان، مرجع سابق، صفحة 225 .

1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية السالفة الذكر مثل ما سبق و أن رأينا، لكن التفصيل في الحقوق الغير قابلة للتصرف فيها، لاسيما تلك المخصصة لحماية الطرف الضعيف يتم بموجب قوانين خاصة ذات صلة بالمصلحة المراد حمايتها، و التي تتمثل عادة في التحكيم في مجال منازعات العمل و التمثيل التجاري .

1- التحكيم في منازعات العمل

كما سبق و أن تمت الإشارة إليه، فإن الأمر يتعلق بكل من التحكيم الداخلي و التحكيم الدولي، و هو ما سيتم التطرق إليه بالفعل، مع التمييز بين منازعات العمل الفردية، من جهة، و منازعات العمل الجماعية، من جهة ثانية، و ذلك فيما يخص التحكيم الداخلي أو الدولي حسب الحالة.

أ - التحكيم الداخلي في منازعات العمل

كذلك، فإن الأمر يحتاج إلى تقسيم التحكيم الداخلي في منازعات العمل إلى المنازعات الفردية، من جهة، و المنازعات الجماعية، من جهة ثانية .

❖ التحكيم الداخلي في منازعات العمل الفردية

تتفق أغلب التشريعات المقارنة على إسناد مهمة الفصل في منازعات العمل الفردية إلى محاكم متخصصة و مخصصة لمثل هذا النوع من المنازعات، الأمر الذي قد يعتبر من الأسباب الضمنية التي تمنع اللجوء إلى التحكيم بشأن هذا النوع من المنازعات، و ذلك بغض النظر عن التشريعات التي تنص على ذلك صراحة، و مرد ذلك إلى حماية مصلحة العامل بإعتباره

الطرف الضعيف في علاقة العمل، أو باستثناء التشريعات التي تجيز ذلك صراحة، كالمشرع السعودي¹.

إن الموقعين المشار إليهما في الفقرة السابقة، قد يستنتج منهما أن الأمر يتعلق بالإختصاص الحصري لسلطات الدولة، لكن الأمر مردود عليه بموجب المبدأ الشهير الذي حرر بعض المسائل الغير قابلة للتحكيم بحجة النظام العام، على أن للمحكم سلطة توقيع جزاء مخالفته، و هو ما دافع عليه² Motulsky و ذلك منذ سنة 1956، و هو ما إعتمده القانون الموحد الأوروبي³، الأمر الذي دفع العديد من التشريعات لإجازة اللجوء إلى التحكيم في منازعات العمل الفردية و ذلك شريطة أن يحصل الأمر بعد إنتهاء علاقة العمل، و منها المشرع الفرنسي⁴.

¹ المادة 224 من قانون العمل السعودي الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم م / 51 بتاريخ 1426/8/23 هـ :
” يجوز لطرفي عقد العمل تضمينه نصا يقضي بتسوية الخلافات بطريقة التحكيم، كما يمكن لهما الإتفاق على ذلك بعد نشوء النزاع، و في جميع الأحوال تطبق أحكام نظام التحكيم النافذة في المملكة و لائحته التنفيذية.”

² Bénédicte Fauvarque-Casson, libre disponibilité des droits et conflits de lois, L.G.D.G, page 451 : « ...Motulsky écrivait déjà que celui-ci n'est pas congénitalement réfractaire à l'arbitrage : ni la contestation en elle même ni la compétence prud'homme ne présentant ... ».

³ Le règlement n°44/2001 du 22/12/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale .

⁴ Article. 2061 du code de procédure civile français (modifié par la loi n°2016-1547 du 18/11/2016- art.11) :

« La clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée.

Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée » .

❖ التحكيم الداخلي في منازعات العمل الجماعية

من بين أهم الاختلافات بين التحكيم الداخلي فيما يخص علاقات العمل الفردية، من جهة، و علاقات العمل الجماعية، من جهة ثانية، تتمثل في عدم جعل الأمر حكرا على هيئة عمومية فيما يخص النوع من علاقات العمل، و التي قد تتخذ أشكالا مختلفة بإختلاف التشريع المقارن المنظم للمسألة، على غرار اختصاص مكاتب المصالحة و الأقسام الإجتماعية فيما يخص المشرع الجزائري .

بل يصبح التحكيم وسيلة من الوسائل المقررة لحل منازعات العمل الجماعية و على خلاف التحكيم في منازعات العمل الفردية، ليس فقط أنها تقبل التحكيم بالنسبة للمنازعات الخاصة بها و إنما تقبل نوعين من التحكيم، التحكيم الإلزامي و التحكيم الإختياري¹، فيخص التحكيم الإلزامي جميع المؤسسات بنوعيتها العمومية و الخاصة بنظرها من طرف لجان تحكيم خاصة معدة لهذا الغرض، و ذلك فيما يخص المنازعات المتعلقة بالإضراب عادة، على غرار المشرع الجزائري الذي نظم المسألة من خلال المادة 49 من القانون 90-02 المتعلق بالوقاية من المنازعات الجماعية في العمل و تسويتها و ممارسة حق الإضراب²، و المشرع التونسي الذي يعمل بموجب المجالس الجهوية للتحكيم و المجلس المركزي للتحكيم¹.

¹ Michelle Thériault, la résolution des conflits et le droit, une mentalité à changer, Collection problèmes sociaux et intervention sociales, Tome III, théories et méthodologies de la recherche, presse de l'Université du Québec, 2007, page 223 : « Il faut distinguer l'arbitrage de griefs en droit du travail de l'arbitrage conventionnel choisi par les parties... » .

² المادة 49 من القانون 90-02 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل و تسويتها و ممارسة حق

الإضراب : " تختص اللجنة الوطنية للتحكيم بالخلافات الجماعية في العمل الآتية :

أما التحكيم الإختياري، فهو يخضع للأحكام العامة المنظمة للتحكيم، لاسيما الطابع الإتفاقي، إلا أن هذا النوع يحتاج إلى تفصيل أكثر، الأمر الذي يتطلب دراسة خاصة به، و ما يمكن قوله بشأنه أنه يصدق فيما يخص علاقات العمل في إطار المؤسسات الخاصة و ليس المؤسسات ذات الوصاية العامة، نظرا لعدم أهلية الأشخاص المعنوية العامة للجوء إلى التحكيم، و نأخذ على سبيل المثال المشرع الجزائري²، و كذلك المشرع الفرنسي³.

ب-التحكيم الدولي في منازعات العمل

من منطلق الإشارة إلى عدم حدوث تحكيم في نزاع عمل جماعي ذو طابع دولي⁴، فإنه لا يمكن سوى التطرق إلى التحكيم الدولي فيما يخص منازعات العمل الفردية، دون أن يعني

- الخلافات التي تعني المستخدمين الذين يمنعون للجوء إلى الإضراب،

- الخلافات التي تعرض عليها حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 48 من هذا القانون .”

¹ المنظمة بموجب المرسوم 95-539 المؤرخ في 01/04/1995 .

² الفقرة الأولى من المادة الثالثة عشر من القانون 90-02، السالف الذكر : ” في حالة اتفاق الطرفين على عرض

خلافهما على التحكيم، تطبق المواد من 442 إلى 454 من قانون الإجراءات المدنية، مع مراعاة الأحكام الخاصة في هذا القانون ” .

³ Article. L.2524-1 du code de travail français (ordonnance n°2007-329 du 12/03/2007) : « La convention ou l'accord collectif de travail peut prévoir une procédure contractuelle d'arbitrage et l'établissement d'une liste d'arbitres dressé d'un commun accord entre les parties “ .

⁴ إيباد محمود بردان، مرجع سابق، صفحة 233 .

ذلك أنه لا توجد محاولات لإبرام اتفاقيات دولية من أجل إحالة المنازعات العمالية الجماعية للطرق البديلة لحل المنازعات¹.

فيما يخص علاقات العمل الفردية الدولية، تطرق الدكتور إياد محمد بردان من خلال مؤلفه " التحكيم و النظام العام " إلى المسألة و أشار إلى بعض القرارات القضائية الصادرة عن القضاء الفرنسي، و التي تعتبر قديمة نوعا ما من حيث تاريخ صدورها²، مشيرا إلى موقف القضاء الفرنسي بخصوص المسألة و ذلك في المرحلة التي كان القانون و القضاء الفرنسيين ينتهجان منهج التنازع في تقدير صحة اتفاق التحكيم آنذاك، أين كان القانون الواجب التطبيق يتمثل في القانون الفرنسي، ثم بعد ذلك تطرق إلى موقف الفقه بعد ما صار موقف القضاء متأرجحا و يقصد بها حالة اعتماد النظام العام الدولي .

في هذا الصدد، تم مواصلة البحث في ظل القرارات الصادرة عن القضاء الفرنسي الحديثة نوعا ما، من أجل رصد تطور المسألة، إلى جانب ذلك تم ملاحظة أن الدكتور محمود إياد بردان اعتمد على النظام العام الدولي الفرنسي أي في إطار القانون الدولي الخاص، دون قواعد

¹ Alain DEPPE, les modes alternatifs de prévention et de règlement des conflits collectifs de travail, essai de droit du travail comparé : Alger, Belgique, France, Maroc, Tunisie, Colloque international (Alger 06 et 07 mai 2014), les modes alternatifs de règlement des conflits, les annales de l'université d'Alger 1, série spéciale colloques et séminaires, n°3/2014, page 380 : « Cet aperçu de la situation de la concertation sociale et des négociations professionnelles dans l'Union Européenne, malgré leur développement considérable se stuent dans un environnement juridique aléatoire et, disent d'aucuns, précaire et incertain. La commission européenne s'intéresse cependant de plus en plus aux méthodes alternatives de résolution de conflits et l'éventualité d'un dispositif de médiation européen fai l'objet d'enquêtes et de travaux d'étude depuis ene quinzaine d'années » .

² القرار الأول صادر بتاريخ 1960/12/9، و القرار الثاني صادر بتاريخ 1985/02/12 .

البوليس و النظام العام عبر دولي، لذلك سيتم عرض هذه القرارات مع مراعاة هذه التوسعة في النظام العام .

أول قرار تم انقاؤه، يتم في القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2001/10/09¹، و الذي تخلص عن منهج التنازع في تحديد صحة اتفاق التحكيم و استعمل منهج القواعد المادية شأنه في ذلك شأن المشرع السويسري، كما سبق و أن تم التطرق له، و ذلك بأن اتخذت المحكمة القواعد الآمرة و النظام العام الدولي الفرنسي، بحيث جاء في حيثيات القرار، و بالحرف الواحد ما يلي :

[1° En vertu...et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit et de l'ordre public international ...] .

و انتهى القرار في آخر المطاف إلى عدم الإعتداد بشرط التحكيم المدرج في عقد

العمل الدولي في مواجهة الأجير، و هو ما عبر عنه القرار بما يلي :

[2° Mais attendu que la clause compromissoire insérée dans un contrat de travail international n'est pas opposable au salarié ...] .

أما عن القرار الذي استدل به الدكتور محمود إياد بردان الصادر عن محكمة النقض

الفرنسية المؤرخ في 1985/02/12، السالف الذكر، من باب بطلان البند التحكيمي في علاقات

العمل الفردية الدولية في ظل تبني منهج التنازع²، فإنه و من خلال القرار الذي تم الإشارة إليه

أعلاه فإنه يوحى عكس ذلك، ذلك أن القضاء الفرنسي يفضل أعمال القاعدة المادية المتمثلة في

تطبيق القواعد الآمرة للقانون الفرنسي و النظام العام الدولي الفرنسي .

¹ Cour de cassation, chambre sociale, 9 octobre 2001, 99-43.288, publier sur le site internet : www.legifrance.gouv.fr .

² محمود إياد بردان، مرجع سابق، صفحة 234 .

كما يستخلص كذلك، أن موقف القضاء الفرنسي وفقاً لهذا التوجه لن يضمن مواكبة التطور الذي لم يلتفت إليه مشرعه فيما يخص مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على صحة اتفاق التحكيم فقط، لاسيما البند التحكيمي المتعلق بعلاقة عمل فردية ذات طابع دولي، و إنما يكون بذلك حماية مصلحة الطرف الضعيف (المُستخدَم) في إطار العلاقات الدولية الخاصة، و ذلك بتفعيل قواعد البوليس (القواعد الأمرة في فرنسا، على حد تعبير قرار سنة 2001 المشار إليه أعلاه)، و بالتالي لا يتعلق الأمر بتفعيل النظام العام الدولي الفرنسي لوحده، بل كذلك قواعد البوليس .

بالفعل، هناك قرار ثاني صادر عن نفس المحكمة بتاريخ 2013/01/29¹، و الذي ذهب إلى تكريس قواعد البوليس التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في ظل علاقة العمل الدولية، و ليس في إطار القانون الواجب التطبيق هذه المرة، بل على أساس مكان تنفيذ العقد² .

2- التحكيم في العقود المتعلقة بالتوزيع

عادة ما يتم التطرق إلى الموضوع بالإقتصار على عقد التمثيل التجاري أو عقد البيع الحصري، إلا أن الأمر سيان بالنسبة لجميع عقود التوزيع، و قد يبدو أن الأمر وفقاً لهذه الطريقة لا

¹ حتى و لو أن القرار صادر في سياق نزاع قضائي عدلي و ليس تحكيمي، إلا أنه تم إيراد من باب إبراز تفعيل القضاء الفرنسي لقواعد البوليس الخاصة به في إطار تقدير صحة اتفاق التحكيم المدرج ضمن عقد العمل الفردي الدولي .

² Cour de cassation, chambre sociale, 29 janvier 2013, 11-28.041, publier sur le site internet : www.legifrance.gouv.fr : « 3°/ Que même si le droit étranger trouve application, il ne peut avoir pour effet de priver le salarié de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du lien d'exécution du contrat » .

يندرج ضمن حماية النظام العام للمصلحة الخاصة (الطرف الضعيف)، و إنما يندرج ضمن النظام العام في مجال فرع قانون المنافسة و بالتالي حمايته للمصلحة العامة، لكنه مردود عليه بأن المقصود من كل ذلك ليس النظام الإقتصادي للدولة (حماية إقتصاد السوق)، و إنما يتعلق بشق معين من هذا النظام، و الذي يتمثل في عقود التوزيع و التي يكون فيها التعاقد مع المستثمر الأجنبي في مركز ضعف، و ذلك حسب نوع عقد التوزيع، من : عقد الفرانشيز، الإمتياز، البيع الحصري، التمثيل التجاري، ...

و إن تطلب الأمر استصاغة هذا الطرح بطريقة أخرى أكثر تقنية، فإنه يمكن القول أن الأمر يتمثل في خضوع مجال التوزيع للنظام العام، و يندرج ضمن النظام العام الإقتصادي في شقه الحمائي (حماية الطرف الضعيف - المصلحة الخاصة)، أما الشق الثاني منه (النظام العام التوجيهي) يخص توجيه الإقتصاد الوطني (إقتصاد السوق - مصلحة عامة) .

فيما يخص الأنظمة القانونية الوطنية المقارنة، فمعظمها يسند إختصاص النظر في

المنازعات التعاقدية الناجمة عن التوزيع عادة إلى الإختصاص الحصري للمحاكم، و ذلك على غرار المشرع الفرنسي¹، المشرع البلجيكي² و المشرع اللبناني¹، أما فيما يخص المشرع الجزائري

¹ Article. L442-4/1 du code du commerce français : « Pour l'application des articles L.442-1, L.442-2, L.442-3, L.442-7 et L.442-8, l'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée aux articles précités » .

² Article. 4 de la loi belge de 1961 portant sur les contrats de concession exclusive : En cas de résiliation unilatérale du contrat de concession produisant ses effets dans tout ou en

فالأمر مخالف تماما، و الذي تطرق إلى تعريف التمثيل التجاري فقط من خلال أحكام القانون التجاري²، إلا أنه و في المقابل تطرق إلى مثل هذه المخالفات ضمن القانون المتعلق بالشروط المطبقة على الممارسات التجارية³، و بالتالي يتعلق الأمر إما بالإختصاص الحصري للقسم التجاري فيما يخص المنازعات المتعلقة بعقد التمثيل⁴، و إما لإختصاص المحاكم الجزائية لإعتبار أن المخالفات المتعلقة بهذه المادة تتضمنها محاضر محررة من طرف أعوان مديرية التجارة، و التي تتدرج ضمن مباشرة الدعوى العمومية ضد المخالفين .

partie sur le territoire belge, les juridictions belges sont compétentes et chargées d'appliquer exclusivement le droit belge, nonobstant toute clause contraire » .

¹ المادة الخامسة من المرسوم الإشتراعي 67/34 الصادر بتاريخ 1967/5/8، المعدل و المتمم : ” بالرغم من كل اتفاق مخالف تعتبر محاكم المحل الذي يمارس فيه الممثل التجاري نشاطه صالحة للنظر في النزاعات الناشئة عن عقد التمثيل التجاري ” .

² المادة 34 من القانون التجاري الجزائري : ” يعتبر عقد الوكالة التجارية اتفاقية يلتزم بواسطتها الشخص عادة بإعداد أو إبرام البيوع أو الشراءات و بوجه عام جميع العمليات التجارية بإسم و لحساب تاجر، و القيام عند الإقتضاء بعمليات تجارية لحسابه الخاص و لكن دون أن يكون مرتبطا بعقد إجارة الخدمات ” .

³ المادة 18 من القانون 02-04 المتعلق بالممارسات التجارية: ” يمنع على أي عون إقتصادي أن يمارس نفوذا على أي عون إقتصادي آخر، أو يحض منه على أسعار أو آجال دفع أو شروط بيع أو كفيات بيع أو شراء تمييزي لا يبرره مقابل حقيقي يتلاءم مع ما تقتضيه المعاملات التجارية النزيهة أو الشريفة ” .

⁴ الفقرة الثانية من المادة 34 من القانون التجاري : ” إذا كان عقد الوكالة التجارية غير محدد بمدة معينة فلا يجوز لكلا الطرفين فسخه دون إخبار مسبق و مطابق للأعراف، إلا في حالة صدور خطأ من أحد الطرفين ” .

على الرغم من كل ذلك، إلا أن الآراء الفقهية متضاربة إلى يومنا هذا، فيما يخص المنازعات المتعلقة بعقود التوزيع بصفة عامة للتحكيم الداخلي، و لكل فريق رأيه الخاص به¹، و دون الخوض في هذا الجدل، فإن الطريقة الكلاسيكية في مثل هذه الأحوال تتمثل في الرجوع إلى الأحكام و القرارات التحكيمية أو العدلية، و طالما أن الأمر يتعلق بالتحكيم الداخلي فإن الأمر صعب إذا ما تم محاولة إيجاد قرار فيما يخص هذا الشأن، لذلك تم انتقاء بعض القرارات المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي التي تم مصادفتها .

من بين الأحكام التي تم العثور عليها، تم إختيار القرار الصادر عن المحكمة الإستئنافية المدنية اللبنانية الصادر بتاريخ 2013/01/31، و التي ذهبت إلى إعتبار أن نص المادة الخامسة من المرسوم الإشتراعي اللبناني رقم 67/34 السالف الذكر نص إلزامي متعلق بالنظام العام، لا يجوز اللجوء إلى التحكيم بخصوص المنازعات التي تندرج ضمنه، و ينعقد الإختصاص الحصري للمحاكم الوطنية على الرغم من وجود بند تحكيمي²، و بالتالي نلاحظ أن الأمر يتجاوز الجدل الفقهي المشار إليه أعلاه.

¹ ترى الفئة الرافضة لقابلية هذا النوع من المنازعات للتحكيم، أن الأمر يتعلق بالنظام العام الحمائي، و هو المقصود من النصوص التشريعية التي تمنح الإختصاص الحصري لمحاكم الدولة، و الذي يتمثل في حماية الطرف الضعيف، في حين يرى الفريق الثاني أنه لا وجود لمبررات منع اللجوء إلى التحكيم في مثل هذه المنازعات استنادا لهذا النوع من القواعد القانونية التي تمنح الإختصاص لنوع معين من المحاكم، مستنديين في ذلك إلى أن هذه القواعد وضعت لتحديد إختصاص المحاكم بالنسبة لبعضها البعض لا غير، و استبعاد التحكيم بشأنها يتطلب النص الصريح على ذلك ” .

² محكمة الإستئناف المدنية، لبنان الشمالي، رقم 75 بتاريخ 2013/01/31، مجلة العدل، رقم 03، سنة 2013، صفحة من 1442 إلى 1438 .

أما فيما يخص التحكيم الدولي، فلا يمكن أبداً تجاهل قرار ¹Tissot و الذي

قضى بأنه لا يكفي لبطلان اتفاق التحكيم أن يتعلق الأمر بعملية منظمة بموجب قوانين متعلقة بالنظام العام، كذلك قرار ²Labinal و الذي قضى بأن قابلية نزاع ما للتحكيم لا تتحدد بمجرد تعلق القانون المطبق على العلاقة التنافسية بالنظام العام، الأمر الذي يترتب عنه، و كنتيجة حتمية، امكانية نظر المحكم في المنازعات المتعلقة بعقود التوزيع بصفة عامة على الرغم من تعلقها بالنظام العام، و ذلك لإمكانية هذا الأخير تطبيق قواعد النظام العام و معاقبة مخالفتها، و بالفعل هو ما تم الأخذ به فيما يخص التحكيم في مجال المنافسة، الأمر الظاهر من خلال قرار محكمة العدل للجنة الأوروبية (CJCE) Eco Suisse الذي يستنتج منه بطريقة غير مباشرة قابلية المنازعات المتعلقة بالمنافسة - Contrat de licence -³ للتحكيم.

ثانياً- حماية المصلحة العامة

على عكس ما سبق، فإن الأمر يتعلق في هذه الحالة بتأمين المصلحة العامة، فما هي

المواد المعنية بعدم القابلية للتحكيم لحماية للمصلحة العامة؟، و كيف يتم ذلك؟ .

1- المنازعات المتعلقة بالشركات

مثل أي مادة، فإن مادة الشركات منظمة بموجب قواعد أمر (لاسيما النظرية اللاتينية

و التي مفادها أن الشركة التجارية نظام أكثر منها عقداً)، و هي كذلك كأي مادة منظمة أحكامها

بموجب القواعد الأمرة، الأمر الذي يترتب عليه أنه لا يمكن الحكم باعتبارها مادة غير قابلة للتحكيم

¹ Cass.com, 29/11/1950 . <https://www.sedlex.fr>

² CA.Paris, 19/05/1993 . <https://dimitriphilopoulos.com>

³ CJCE, n°c-126/97, Arrêt de la Cour Eco Suisse, 1/6/1999. <http://www.doctrine.fr>

بمجرد كونها كذلك، لكن في نفس الوقت فإذا كانت بعض منازعات الشركات تقبل التحكيم¹ فإن هناك من المنازعات ما لا يقبله، فما هي هذه المنازعات ؟ .

أ- المنازعات المتعلقة باختصاصات أجهزة الشركة

تعد قابلية هذا النوع من النزاعات للتحكيم من بين تلك التي لم تعرف استقرارا ، فهناك من القرارات ما يوحي إلى عدم قابليتها للتحكيم كما هناك من القرارات ما يوحي إلى عكس ذلك، الأمر الذي يجعل الأمر صعبا نوعا ما في الوهلة الأولى، لكن بمواصلة البحث في مثل هذه القرارات يتضح أن للأمر علاقة بنوع التشريع المقارن، لذلك سيتم تناول مختلف القرارات التي سيتم أخذها كمثال، ثم بعد ذلك سيتم محاولة استخلاص الفرق بينها عسى أن يشكل ذلك قرينة على معيار معين، يكون فاصلا في المسألة .

بداية هناك القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1979/01/09،

و الذي قضى ببطلان قرار تحكيمي بخصوص اتفاق ثلاثة أشخاص من المساهمين يملكون معظم الأسهم على تقاسم أموال شركاتهم و اتفقوا على حل نزاعاتهم عن طريق التحكيم، ذلك أن هذه الصلاحيات داخلة ضمن أجهزة الشركة² .

¹ من بين المنازعات التي تقبل التحكيم في مادة الشركات : المنازعات المتعلقة بالشركاء كحق البقاء في الشركة، حق التصويت و المشاركة في الأرباح و الخسائر، إلى جانب المنازعات المتعلقة بحل الشركات .

² Cour de cassation, chambre commerciale, 09 janvier 1979, 76-14.963, publier sur le site internet : www.legifrance.gouv.fr : « ...que les arbitres avaient procédé à l'apurement des comptes entre les sociétés et dispose des éléments d'actif et de passif de celles-ci en violation des pouvoirs de l'assemblée générale des actionnaires de chacune d'elle, ... » .

و مثل هذه القرارات تواجهها قرينة إمكانية تطبيق المحكم للقواعد الأمرة، و ذلك فيما

يخص هذا النوع من المنازعات مثله في ذلك مثل باقي المواد المتنازع في إطارها عن طريق

التحكيم، و فيما يخص هذا الإشكال سنتخذ القضاء الإيطالي كنموذج، و بصفة أدق القرار الصادر

عن المحكمة العليا الإيطالية بخصوص القرارات المتعلقة بالمصادقة على الحسابات الإجتماعية

بتاريخ 2014/06/10 (C.S. 6^{ème} chambre civile, 10/06/2014, affaire n°13031)،

و قرار ثانٍ لها صادر بتاريخ 2015/09/10 (C.S. 6^{ème} chambre civile, 10/09/2015)

،(affaire n°17950)، أين يمكن أن نلاحظ أن القضاء الإيطالي لم يعتمد بخصوص هذا النوع من

المنازعات على معيار القابلية للتحكيم الذي قد يمكن المحكم من إمكانية تطبيق النصوص الأمرة،

و إنما إلى جانب ذلك يتعلق الأمر بمعيار حرية التصرف في الحق، و يعتبر مجال قانون الشركات

محتويا على النوعين من القواعد، و هو السر وراء احتجاج نوع معين من النزاعات تحت طائلة

عدم القابلية للتحكيم¹ .

و بالتالي، و فيما يخص المنازعات المتعلقة بقرارات الأجهزة الإجتماعية للشركات

و قابليتها للتحكيم فإن المنازعات التي لها علاقة بالقواعد الأمرة و عدم الحق في التصرف فهي

تبقى دائما غير قابلة للتحكيم، على عكس التي لها علاقة فقط بالقواعد الأمرة أين يمكن للمحكم

تطبيق هذه القواعد الأمرة و بالتالي الإلتزام منه بالحرص على النظام العام، و كمثال على ذلك

¹ Lidia Sokotowska, l'arbitrabilité des litiges de droit privé, perspective comparatiste, Universytet Jagielloriski w. Krakowie, biblioteka Jagiellonska, 2020, page 243 : « L'impérativité des normes ne doit pas être confondue avec la nature indisponible des règles découlant de ces normes, bien qu'en droit des sociétés il existe également des normes à la fois impératives et indisponibles,... » .

نأخذ القرار الصادر في قضية Center¹Flamengo، أين يتعلق الأمر بمطالبة أحد الشركاء مسير الشركة بإرجاع الحصص التي تصرف فيها خلال عهده، و عليه قرر المحكم عزل هذا المسير مع إلزامه بإرجاع المبلغ، و هو مطابق مع ما استقر عليه الفقه².

ب- المنازعات المتعلقة ببطلان الشركة

من بين أهم المنازعات التي بقيت جامدة فيما يخص مسألة القابلية للتحكيم، المنازعات

المتعلقة ببطلان عقد الشركة، فهذا النوع من العقود كما هو معني بالأركان العامة للعقود وفقا لنظرية العقد (الرضا، المحل و السبب) و ما يقابله فيما يخص النظام العام كمشروعية أحد هذه العناصر، فإن عقد الشركة كذلك يخضع لأركان خاصة به (تعدد الشركاء، تقديم الحصص، نية الإشتراك...)، و هو ما يتقاطع مع النظام العام الخاص بهذه المادة l'ordre public sociétaire.

كذلك، فإنه من خلال البحث في مسألة فصل النظام العام الأصولي المتعلق بهذه المادة

عن النظام العام التحكيمي، فإنه لم يتسن العثور إلا على قرار تحكيمي واحد (حديث)، لكن في المقابل تم ملاحظة أن هذا القرار تناولته و عولت عليه عدة مراجع، و قبل التطرق إلى ذلك فإنه

¹ Cass.3^{ème} chambre civile, 28/05/2009, affaire n°26338. Journal of arab arbitration (Liban), oct.2009, n°4, page 234 .

² Guy Hormans, le dialogue sociétaire, les conflits sociétaires, droit des affaires, actualités et perspectives, ECCI, Belgique, 2006, page 127 : « D'autre part, il est indéniable que tous les arguments, qui paraissaient restreindre la compétence et le pouvoir des arbitres dans les conflits sociétaires, n'ont plus cours et que la jurisprudence et la doctrine reconnaissent actuellement que l'arbitre peut statuer sur l'ensemble des litiges sociétaires et notamment ceux qui intéressent l'ordre public sociétaire » .

لابد من الإشارة إلى أن هذا النوع من النظام العام l'ordre public sociétaire الذي يعتبر أصولي، يتطابق في هذه الحالة مع النظام العام التحكيمي .

يتمثل هذا القرار في ذلك الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2002/4/9¹، بحيث قام شخص بإبرام شركة أسهم مع الشركة Philam و كان هذا العقد يتضمن شرط تحكيم، و جراء ذلك طالب أحد الأطراف ببطان عقد الشركة أمام المحكمة التجارية على أساس عدم إيداع الحصص و التي عقت عليها محكمة الإستئناف بأنها لم تصيب طالما أن عقد الشركة يتضمن شرط تحكيم و بالتالي كان عليها أن تقضي بعدم الإختصاص، و نتيجة لذلك قضت المحكمة بنقض القرار متمسكة بعدة أوجه و التي من بينها :

[2° Qu'on ne peut compromettre sur les matières qui intéresse l'ordre public ; que la Cour d'appel qui, pour écarter le moyen tiré de la nullité de la clause compromissoire, a retenue qu'il n'était pas rapporté que l'ordre public aurait été violé en l'espèce, tout en constatant qu'il invoquait la nullité de la société en participation, a violé les articles 1832 et 2060 du code civil ;].

2- المنازعات المتعلقة بصحة براءة الإختراع

تلعب الحقوق الفكرية بصفة عامة دورا حساسا في مجال التجارة لما يترتب على ذلك من آثار قانونية، سياسية، إقتصادية و إجتماعية²، و هو السبب من وراء تناول براءة الإختراع

¹ Cour de cassation, chambre commerciale, 9/04/2002, 98-16.829. www.legifrance.gouv.fr.

² فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الحقوق الفكرية، حقوق الملكية الصناعية و التجارية، حقوق الملكية الأدبية و الفنية، سلسلة قانون الأعمال، ابن خلدون للنشر و التوزيع، 2006، صفحة 5 .

(الحقوق الفكرية) تحت غطاء حماية النظام العام للمصلحة العامة على الرغم من تعلقها بالذمة المالية للتاجر.

الدفع بعدم صحة براءة الإختراع عادة ما يتم في إطار التقليد و إما في حالة عدم تنفيذ

العقد، و ذلك فيما يخص التحكيم الداخلي و الدولي، لذلك سيتم تناول المسألة في المجالين :

أ -عدم قابلية المنازعات المتعلقة بصحة براءة الإختراع للتحكيم الداخلي

إن جوهر عدم قابلية هذا النوع من المنازعات يرتبط بعنصرين، يتمثل العنصر الأول

في اعتبارها من المسائل المتعلقة بالنظام العام، من جهة، و إعتبار صلاحية الفصل في مسألة

صحة براءة الإختراع من صميم الإختصاص الحصري لسلطات الدولة، من جهة ثانية .

أولا فيما يخص ارتباط هذا النوع من المنازعات بالنظام العام، لا يتمثل في ظهور

بعض القرارات التي يستتبط منها قابلية بعض المنازعات الناجمة عن براءة الإختراع خاصة ذات

الطابع التعاقدية، لاسيما الترخيص باستغلال هذه الأخيرة (التنازل) و هو ما يعكس صورة من

صور معيار الحق في التصرف في الحق، إلا أن الأمر لا يتعلق بهذا الشق من المنازعات و إنما

يتمثل جوهر فكرة النظام العام في هذا النوع من المنازعات في ” تشجيع التطور التكنولوجي ”

بحمايته، و هو ما يفسر في نفس الوقت إدراج هذا النوع من المنازعات ضمن الإختصاص

الحصري لسلطات الدولة¹ .

¹ Lidia Sokotowska, Op. Cit, page 271 : « En effet, le but de la société d’octroyer un droit exclusif à l’inventeur repose sur l’encouragement au progrès technologique par la diffusion de son résultat... . Si, par conséquent, le caractère privé de l’arbitrage impliquant le manque d’effet erga omnes de la décision de retrait du droit de l’exclusivité indument

و الإختصاص الحصري لسلطات الدولة للنظر في المنازعات المتعلقة بصحة براءة

الإختراع منصوص عليها ضمن مختلف التشريعات الوطنية المقارن، فهناك نص المادة L.615-

17 من قانون الملكية الفكرية الفرنسي مثلا¹، و هو نفس ما ذهب إليه المشرع الجزائري، الأمر

الملموس من خلال الفقرة الأولى من المادة 53 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الإختراع².

أ - عدم قابلية المنازعات المتعلقة بصحة براءة الإختراع للتحكيم الدولي

إن حكم عدم قابلية المنازعات المتعلقة بصحة براءة الإختراع فيما يخص التحكيم

الدولي هو نفسه في مجال التحكيم الداخلي، لكن الأساس في ذلك مختلف بينهما و ليس القوانين

الوطنية على كل حال، فالأمر بعيد كل البعد عن تنازع الإختصاص، بل هو منظم صراحة بموجب

نظام بروكسل 1 مكرر، و الذي تنص مادته الثانية و العشرون صراحة على استثناء التحكيم في

octroyée, la thèse relative à l'ordre public protègent l'intérêt général par l'attribution en l'espèce de la compétence exclusive à la juridiction étatique... » .

¹ Article. L615-17 du code français de propriété intellectuelle : « Les actions civiles et demandes relatives aux brevets d'invention, y compris lorsqu'elle portent également sur une question connexe de concurrence déloyale, sont exclusivement portées devant des tribunaux de grande instance, déterminés par voie règlementaire, ... » .

² الفقرة الأولى من المادة 53 من الأمر رقم 03-07 المؤرخ في 19/07/2003، يتعلق ببراءة الإختراع، ج.ر عدد 44 المؤرخ في 23 جويلية 2003 : " تعلن الجهة القضائية المختصة البطلان الكلي أو الجزئي لمطلب أو لعدة مطالب تتعلق ببراءة الإختراع بناء على طلب أي شخص معني، في الحالات الآتية : " .

مثل هذه المنازعات لصالح محكمة مقر تسجيل البراءة، و أمام محكمة مقر المدعى عليه في حالة الإعتداء على العلامة خارج الدولة التي تم فيها تسجيل البراءة¹ .

إلا أنه و على الرغم من كل ذلك، فإن فقهاء القانون على غرار Robrt ذهبوا منذ مدة إلى أنه لا يوجد ما يمنع المحكم للتطرق إلى صحة براءة الاختراع في حدودها و ليس في أساسها²، فإذا اتضح صحة البراءة يعلن المحكم اختصاصه و يفصل في أساس النزاع، و الإكتفاء بعدم الإختصاص دون التصريح ببطلان براءة الاختراع، في الحالة العكسية .

بالفعل تم مصادفة قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بخصوص قرار تحكيمي يتعلق بهذه الحالة، و ذلك بتاريخ 2013/06/12³، و الذي كرس نفس الإتجاه، و ذلك بالتصريح حرفيا بما يلي :

[..., le tribunal, qui n'a pas prononcé à titre principal sur la validité des brevets de Benteler, n'a méconnu ni l'étendue de sa mission , ni le principe de la contradiction, ni l'ordre public international ; ...] .

¹ Article. 24, point 4 du règlement Bruxelles 1 bis : « Sont seules compétentes les juridictions ci-après d'un Etat membre, sans considération de domicile des parties : ...en matière d'inscription ou de validité des brevets, marques, dessins et modèles, et autres international » droits analogues donnant lieu à dépôt ou à un enregistrement, que la question soit soulevée par voie d'action ou d'exception, les juridictions de l'Etat membre sur le territoire duquel le dépôt ou l'enregistrement a été demandé, a été effectué on est réputé avoir été effectué aux termes d'un instrument de l'union ou d'une convention.

² محمود إياد بردان، مرجع سابق، صفحة 285 .

³ Cour de cassation, chambre civile 1, 12/06/2013, 12-16.864. www.ledifrance.gouv.fr

الفقرة الثانية

عدم القابلية للتحكيم وفقا لمعيار الإختصاص الحصري لسلطات الدولة

إذا سبق و أن تم تكريس المبدأ، و الذي يتمثل في عدم حظر اللجوء إلى التحكيم بمجرد تعلق الأمر بقاعدة قانونية أمره أين يمكن للمحكم تطبيق هذه الأخيرة مع توقيع الجزاء في حالة مخالفتها، فإن هذا لا يعقل إذا تم التوقف عند هذا الحد، بحيث لا يصبح لفكرة النظام العام في مجال التحكيم أي معنى، بحيث تبقى دائما مجموعة من المواد حبيسة النظام العام و التي لا يمكن اللجوء إلى التحكيم بخصوص منازعاتها، إلى درجة عدم الحاجة إلى نص قانوني يقرر ذلك، فما هي هذه المواد ؟ .

أولاً- المسائل المتعلقة بأعمال السلطة العامة

يقصد بالمسائل المتعلقة بأعمال السلطة العامة، تقرير بطلان هذا النوع من الأعمال، فلا يمكن للمحكم النظر في صحتها و ذلك نظرا لخصوصيتها، فبالإضافة إلى رقابة أحد السلطات على الأخرى هناك وسائل أخرى من الرقابة حسب العمل الصادر عن هذه السلطات .

فالسلطة التشريعية تراقب أعمال السلطة التنفيذية، و السلطة القضائية تراقبها معا، و هذه الأخيرة تتمتع برقابة ذاتية و التي عادة ما تتمثل في مبدأ التقاضي على درجتين، و كل هذه المسائل تندرج ضمن نظام الدولة، إذ من غير الممكن اللجوء إلى التحكيم فيما يخص دستورية قانون، أو مشروعية قرار إداري، أو حتى مراجعة حكم عن طريق التحكيم، إلا من طرف أجهزة الدولة وفقا لفكرة سيادة الدولة .

لكن، و نظرا للمبدأ القانوني الشهير المتمثل في وجود استثناء لكل أصل، فيترتب على ذلك أن هذا النوع من المنازعات يمكن و أن يحدث حملة لمسائل فرعية في طبيعته، و نظرا لعامل التطور التدريجي في هذا المجال، أصبح هناك درجتين من المسائل المتعلقة بالنظام العام، مسألة جامدة لا يمكن اللجوء إلى التحكيم بشأنها و مسائل أخرى من الدرجة الثانية يمكن اللجوء إلى التحكيم بخصوص نوع معين من المنازعات المتعلقة بها حسب النظام القانوني لدولة ما، لاسيما فيما يخص التحكيم الدولي، و هو ما يستدعي النص عليه صراحة بموجب قوانين هذه الدولة، بل ينادي الفقه بمعالجة هذه المسائل حالة بحالة و التي قد يصل عددها إلى ما يقارب أربعة عشر مادة، على غرار العقود الإدارية¹ .

ثانيا- المسائل المتعلقة بالتجريم و العقاب

إنطلاقا من فكرة سيادة الدولة، فإن هذا النوع من المسائل يندرج ضمن سلطة الإتهام و الذي لا يمكن أن تمارسه إلا الدولة بواسطة السلطات المختصة، إذ لا يعقل للمحكم أن يمارسها، إذ في حالة افتراض امكانية اللجوء إلى التحكيم بخصوص دعوى عمومية فإنه سيعترض ممارسة المحكم لسلطات النيابة العامة في مباشرة اجراءاتها و التي عادة ما ترتبط بأجهزة الدولة كالضبطية القضائية من شرطة و درك وطني، و هو أمر غير مقبول، بالإضافة إلى أن هذه الإجراءات قد تمس بالحريات الفردية للأفراد كالحبس، و هو أمر غير مقبول كذلك .

¹ MOSTEFA Trari Tani, arbitrage international dans le nouveau code Algerien, ASA Bulletin, Walters Kluwer Law and Business, 2009, page 75 : « la notion d'ordre public doit inéluctablement s'entendre ici au sens international, concernant les matières citées à titre d'exemple, elles le sont certainement, mais pour les autres matières, c'est une question qui doit être réglée au cas par cas, par les tribunaux » .

لكن ما يمكن إضافته إلى هذا الموضوع الذي عادة ما يتم تناوله وفقاً لنحو مماثل في مختلف المراجع، فإنه على الرغم من إعتبار مسائل التجريم و العقاب من المسائل الداخلة ضمن الإختصاص الحصري لسلطات الدولة حسب الطبيعة، إلا أنه يجب أن نلفت الإنتباه إلى أن الفقه عرف حركة حديثة لمحاولة تكييف هذا النوع من المسائل مع مؤسسة التحكيم حسب خصوصياته، و ذلك بغية إخضاعها للتحكيم مستقبلاً .

يقصد بذلك الدورة التدريبية المنعقدة بمركز جمعية المحامين الكويتية، المنعقدة خلال الفترة من 30 أبريل إلى 01 مايو 2019، حول " مدى جواز التحكيم في المواد الجنائية بين ضيق النصوص و رحابة الواقع العلمي "، و التي حاضر فيها المستشار الدكتور مصطفى أبو الحسن المدرب المعتمد للجهات الحكومية لجمهورية مصر العربية، و التي حاول فيها الفاعلين نشر ثقافة التحكيم و بيان المقصود بالتحكيم الجنائي و بحث مدى قابلية نظام التحكيم على المسائل الجنائية¹ .

ثالثاً- مسائل الأحوال الشخصية

و تتدرج ضمن مسائل الأحوال الشخصية العديد من المسائل، كحالة الأشخاص و أهليتهم ، الزواج و الطلاق ، الحضانة ، النسب ، النفقة و الميراث ، و هي في الدول العربية مسائل مرتبطة بالدين ، و هو السر وراء حفظها ضمن الإختصاص الحصري لسلطات الدولة و ذلك عن طريق وجوب عرضها على ممثل النيابة العامة الى درجة جعل هذا الأخير طرفاً أصلياً في الدعاوى المتعلقة بهذه المسائل .

أما فيما يخص الدول الغربية ، فهي صاحبة ميكانيزم عرض هذه المسائل على النيابة العامة les causes communicables au ministère public و ذلك لإعتبار هذه الدول هذه

¹ <http://youtu.be/zvj7vMhdi4>

المسائل من صميم النظام العام ، الأمر الذي بقي غامضا من ناحية عدم تحديد القوانين، سواء العربية أم الغربية منها لهذه المسائل التي يجب عرضها على النيابة العامة .

و في هذا الصدد ، بقيت معظم التشريعات المقارنة تحت وطئة هذا الغموض و ذلك في ظل الصراع المحتدم بين الفقه و القضاء ، إذ هناك من القرارات القضائية التي فسرت مسألة اتصال نزاع ما بشأن عدم قابليته للتحكيم بالنيابة العامة بأنه يقصد به أن تكون هذه الأخيرة طرفا أصيلا على غرار القرار الصادر عن محكمة استئناف بيروت بتاريخ 1959/04/28¹، و هو الوقت نفسه الذي بقي الفقه رافضا لهذا التوجه على أساس أنه طالما ان القانون لم يحدد شروط مسألة علاقة النيابة العامة بالنزاع ، الأمر الذي يترتب عنه إمكانية أن تكون هذه الأخيرة طرفا في النزاع كما يمكن الإكتفاء بعرض الملف عليها في بعض المسائل، و في ظل هذا الوضع هناك من التشريعات ما سارع على الأقل إلى جعل النيابة العامة طرفا أصيلا في مسائل الأحوال الشخصية، ضمانا للقدر المشترك المنفق عليه بين الفقه و القضاء ، و على رأسهم المشرع الجزائري² .

¹ Amor Zahi, Op. Cit, page 104

² المادة 3 من قانون الأسرة الجزائري : " تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون " .

- إن للنظام العام أثرا على اتفاق التحكيم، و ذلك ما يمكن تصنيفه إلى شقين، الشق الأول يتمثل في تأثير هذه الفكرة على هذا الإتفاق باعتباره عقدا مثل سائر العقود، أما الشق الثاني فيتمثل في تأثير النظام العام التحكيمي على اتفاق التحكيم، و ذلك لإعتبار هذا النوع من النظام العام خاص بهذا النوع من فروع القانون .
- يؤثر النظام العام كفكرة مجردة على اتفاق التحكيم باعتباره عقدا من حيث الشكل (الكتابة (و من حيث الموضوع (المحل و السبب) .
- يبطل النظام العام اتفاق التحكيم الغير مكتوب، و ذلك لضرورة اثبات العناصر التي يتكون منها الإتفاق، كموضوع النزاع، أسماء المحكمين و القانون الواجب التطبيق...، و هو السبب نفسه الذي جعل من شرط الكتابة الدليل الوحيد لإثباته، مما يستخلص منه أن شرط الكتابة من النظام العام التحكيمي الإجرائي .
- إن محل اتفاق التحكيم يختلف عن محل الإلتزام المتولد عنه و الذي يتمثل في الإلتزام بالقيام بعمل، و الذي يتيح للأطراف اللجوء إلى التنفيذ العيني الجبري، و بذلك فهو إلتزام بتحقيق نتيجة و ليس ببذل عناية، في حين أن محل اتفاق التحكيم يتمثل في ضرورة اللجوء إلى التحكيم و الإمتناع عن اللجوء إلى القضاء بشأن المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد .
- يتجلى أثر النظام العام على اتفاق التحكيم في بطلان هذا الأخير في حالة مخالفته للنظام العام، و بغض النظر عن مسألة القابلية الموضوعية للتحكيم، فإن مخالفة المحل للنظام العام يؤثر بصورة خاصة على سلطة المحكم، فإن كان هذا الأخير يبقى محتفظا بإختصاصه في حالة بطلان العقد الأصلي نتيجة مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، فإن سلطة المحكم في حالة

مخالفة محل اتفاق التحكيم للنظام العام تبقى محصورة على فحص مشروعية الإتفاق و من تم تقرير عدم مشروعيته .

- يتمثل السبب في اتفاق التحكيم في اللجوء إلى هذا الطريق البديل لحل المنازعات لإعتباره قضاءً خاصاً يتميز بعدة خصائص ايجابية، و هو الباعث الدافع من اللجوء إليه .
- يتمثل أثر النظام العام على السبب في الطعن في اتفاق التحكيم بدعوى الصورية إذا كان الباعث مخالفاً للتصور النفسي لأحد الأطراف من لجوئه إلى التحكيم، كما يمكن أن يكون السبب مشروعاً في حالة مشاركة التحكيم على الرغم من اعتباره أمراً مستقبلياً، و هو في الواقع من أثر نظرية العقد على مؤسسة التحكيم .
- أما فيما يخص الشق الخاص بتأثير فكرة النظام العام التحكيمي بعيداً عن نظرية العقد، فيشمل الأمر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم من جهة، و حالة بطلان العقد الأصلي، من من جهة ثانية .
- يترتب على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم اختصاص المحكم للفصل في مسألة اختصاصه وفقاً لمبدأ الإختصاص بالإختصاص في حالة بطلان العقد الأصلي لمخالفته للنظام العام أصلاً، و اختصاص القاضي إلى جانب المحكم من أجل فحص مشروعية اتفاق التحكيم في شكل دفع بعيداً عن دعوى البطلان و ذلك استثناءً في حالة ” البطلان الظاهر ” لإتفاق التحكيم .
- أما حالة بطلان العقد الأصلي، فيقصد بها الإستثناء الوارد عن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، أين يعتبر اتفاق التحكيم فرعاً تابعاً لأصله (العقد الأصلي)، الأمر الذي يترتب عنه بطلان اتفاق التحكيم كذلك، كبطلان العقد الأصلي في حالة عيب في الإرادة، لاسيما في حالة الغلط، الإكراه، التدليس و الغبن .

- هذه الحالة يترتب عنها كذلك زوال إختصاص المحكم و ذلك لزوال مصدر سلطته، على أن هذه العيوب المقصود بها ليس الأحكام العامة، و إنما المقصود منها الأحكام الخاصة المتعلقة باتفاق التحكيم كعقد، كالغلط في صفة الطرف أو حتى المحكم... .
- كذلك من بين الإستثناءات الواردة على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم تتمثل في نظرية العقد المنعدم، و هي حالة تتميز عن سابقتها، في كونها حالة عدم وجود العقد الأصلي و ليس بطلانه، أو عدم فعاليته .
- من بين الشروط الخاصة لاتفاق التحكيم القابلية للتحكيم، و ذلك لتعلقها بالنظام العام، هذه الأخيرة مبدئياً تتحدد بموجب المعيارين : معيار حرية التصرف في الحق و الإختصاص الحصري لسلطات الدولة، طالما أن المعيار المالي ينصهر في أحدهما .
- فيما يخص معيار حرية التصرف في الحق، فإن فكرة النظام العام تقوم لحماية إما المصلحة الخاصة و هي تشمل منازعات العمل الفردية و الجماعية، إلى جانب الطرف الضعيف في عقود التوزيع، و أما حماية المصلحة العامة و التي تشمل المنازعات المتعلقة بالشركات (اختصاصات أجهزة الشركة و بطلان عقد الشركة)، إلى جانب المنازعات المتعلقة بصحة براءة الإختراع .
- أما فيما يخص الإختصاص الحصري لسلطات الدولة، فإن الأمر يتعلق بالمسائل المشهورة، و التي تتمثل في : المسائل المتعلقة بأعمال السلطة العامة، المسائل المتعلقة بالتجريم و العقاب، و مسائل الأحوال الشخصية .

المبحث الثاني

أثر النظام العام على خصوصية التحكيم

(النظام العام الإجرائي)

تعد الإجراءات التي تتخلل خصوصية التحكيم المجال العملي الذي تظهر فيه أهمية نظام

التحكيم و مزاياه ، و ذلك من حيث سهولة هذه الإجراءات بعيدا عن التعقيدات التي من شأنها عرقلة سرعة البث في النزاع .

و من مزايا الطبيعة الإنفاقية للتحكيم كذلك ، حرية الأطراف في تحديد إجراءات

خصوصية التحكيم وفقا لمبدأ سلطان الإرادة ، و نفس المزية تبقى قائمة في حالة عدم تحديد الأطراف

للإجراءات الواجب إتباعها أين تقوم هيئة التحكيم أو المحكم الفرد بتحديد هذه الإجراءات ، و هو ما

ذهبت إليه أغلب التشريعات المقارنة ، فهناك على سبيل المثال المشرع الفرنسي¹ ، المشرع

المصري²، أما المشرع الجزائري فنلاحظ أنه انتهج نفس المنهج في تكريس مبدأ سلطان الإرادة

¹ Article.1464/1 du code de procédure civile français : « Amoind que les parties n'en soient convenues antrement , le tribunal arbitral détermine la procédure arbitral détermine la procédure arbitral saus être tenu de suivre les règles établier pour les tribunaux étatiques » .

² المادة 25 من القانون رقم 27 لسنة 1994 المعدل و المتمم : "لطرفي النجكم الإتفاق على الإجراءات التي تتبعتها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة".

متأثراً بنظائره من التشريعات المقارنة ، لاسيما المشرع الفرنسي¹ و ذلك من خلال المادة 1043 فيما يخص التحكيم التجاري الدولي² ، و المادة 1019 فيما يخص التحكيم الداخلي³ .

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

كما يستخلص من موقف هذه التشريعات المقارنة ، أن هذه الأخيرة لم تفيد عملية اختيار الإجراءات المتبعة في خصومة التحكيم بقانون أي دولة ، لا مكان إجراء التحكيم و لا مكان تنفيذ الحكم الناتج عن عملية التحكيم ، و بالتالي فهل يعقل أن تتم هذه العملية بدون قيود ؟ ، بصفة أخرى ، هل لفكرة النظام العام دورها الذي تلعبه في هذا المجال ؟ و كيف ذلك ؟ ، و لكن قبل أن نتطرق إلى الإجابة عن هذه التساؤلات ، لا بد من التطرق إلى بعض المفاهيم الأولية .

¹ عبد العزيز خنفوسي ، مرجع سابق ، ص 112 .

² المادة 1043 من ق.إ.م.إ : " يمكن أن تضبط في إتفاقية التحكيم ، الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام التحكيم ، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في إتفاقية التحكيم " .

³ المادة 1019 من ق.إ.م.إ : " تطبق على الخصومة التحكيمية الأجال و الأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك " .

المطلب الأول

تحديد إجراءات التحكيم

إن التطرق لإجراءات التحكيم أهمية بالغة لما لذلك من علاقة مع النظام العام، أو ما يعرف بالنظام العام الإجرائي، لذا وجب التساؤل عن كيفية تحديد هذه الإجراءات؟، ثم بعد ذلك يتم الانتقال إلى مسألة تأثير هذا النوع من النظام العام على هذه الإجراءات؟ .

الفرع الأول

سلطة تحديد إجراءات التحكيم

تفاديا لطول إجراءات الخصومة أمام قضاء الدولة و إضاعة الوقت و الجهد ، ترك مجالاً واسعاً في تنظيم عملية التحكيم ، الأمر الواضح من خلال التنازل بخصوص هذه المسألة إما لاختيار الأطراف، و إما يفتح المجال لهيئة التحكيم في حالة عدم ممارسة الأطراف لهذه المزية .

الفقرة الأولى

تحديد الأطراف لإجراءات التحكيم

كذلك فإن مسألة تحديد الأطراف لإجراءات التحكيم منظمة بموجب القوانين الوطنية، كما هي أيضاً منظمة بموجب الإتفاقيات الدولية، فما هي أحكام هذه المسألة ضمن كل منهما؟ .

أولاً- تحديد الأطراف لإجراءات التحكيم في القوانين الوطنية

الأصل أن لأطراف التحكيم الإتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم الناظرة في النزاع، حيث يتمكن الأطراف من إختيار اجراءات بسيطة، الأمر الذي يسمح بانتهاء عملية

التحكيم في وقت قصير، و بطبيعة الحال فإن الأمر يصدق بالنسبة لإتفاق التحكيم و في حالة المشاركة .

كما أن للأطراف في هذا الشأن الحرية الكاملة دون التقيد بالإجراءات التي ينص عليها نظام تحكيم معين، و ذلك باستثناء حد النظام العام كما سيتم التطرق إليه بعد قليل، و يقصد بذلك أن لطرفي النزاع الحق في اخضاع إجراءات التحكيم للقواعد المقررة في أي قانون أو المزمج بين القواعد لمختلف الأنظمة و ذلك حسب رغبتهم .

كذلك يقصد من هذا، إكتفاء الأطراف بالإتفاق على اخضاع التحكيم دون تحديد دقيق لهذه الإجراءات، بل بمجرد الإشارة إلى النظام القانوني المناسب لهما، و يدخل في السياق ذاته امكانية اختيار الأطراف لنظام اجرائي لمنظمة أو هيئة تحكيم معينة، كنظام التحكيم الخاص بغرفة التجارة الدولية بباريس أو مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، و هذا فيما يخص التحكيم التجاري الدولي .

كما أن هناك من ذهب إلى امكانية اتفاق الأطراف على إجراءات التحكيم ضمناً¹، و ذلك بالإكتفاء باتفاقهما على أن يجري التحكيم في دولة معينة دون اختيار صريح للإجراءات التي ينص عليها قانون الدولة التي إختار إجراءات التحكيم على أراضيها .

و يترتب على هذا الإتفاق بين الأطراف إحترام المحكمين لهذا الإختيار، شريطة

- بطبيعة الحال - أن لا يتعارض هذا الإتفاق و هذا الإختيار مع النظام العام الإجرائي .

¹ محمد إبراهيم خيرى الوكيل، التعليق على نصوص نظام التحكيم السعودي، مكتبة القانون و الإقتصاد، الرياض،

السعودية، الطبعة الأولى، 2014، صفحة 47 .

و أكثر من ذلك، فإن هناك من ذهب إلى أنه و طالما أن القانون أجاز لطرفي التحكيم اختيار الإجراءات الواجب اتباعها في خصومة التحكيم، فإن هذا يعطي لهما كذلك الحق في الإذن للغير للقيام بهذا الاختيار، و يقصد بالغير حسب هذا الرأي كل شخص لم يكن طرفاً في اتفاق التحكيم¹.

ثانياً- تحديد الأطراف لإجراءات التحكيم في الإتفاقيات الدولية

إذا كان المبدأ راسخاً فيما يخص النص على حرية الأطراف في الإتفاق على تحديد الإجراءات الواجب اتباعها بخصوص الخصومة التحكيمية في إطار التشريعات الوطنية، فإن المبدأ نفسه كرسته الإتفاقيات الدولية، و التي منها اتفاقية نيويورك لسنة 1958 على الرغم من أن هذه الأخيرة أشارت إلى الموضوع بصورة غير مباشرة و ذلك طالما أنها تتعلق بتنفيذ و الإعتراف بالأحكام التحكيمية، و هو الأمر الواضح من خلال نص المادة² v-1-d .

و هناك أيضاً اتفاقية واشنطن المتعلقة بمركز التحكيم الدولي CIRDI ، و التي تشير من خلال المادة 44 منها على امكانية اختيار الأطراف للإجراءات التي يرونها مناسبة في حالة

¹ رشدان محمود علي شرح قانون التحكيم الأردني، شرح تأسيلي و تحليلي لنصوص القانون مدعماً بالمبادئ

القانونية لمحكمة التمييز الأردنية، دار اليازوري العلمية، الأردن، الطبعة الأولى، 2016، صفحة 39 .

² Art. v-1-d de la convention de New York 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères : « d) Que la constitution du tribunal ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou, à défaut de convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays ou l'arbitrage a eu lieu » .

عدم إرتضاؤها بالنظام التحكيمي الساري المفعول في التاريخ الذي اتفق فيه الأطراف على اللجوء إلى التحكيم¹.

بالإضافة إلى ذلك، اعتمد نظام غرفة التجارة الدولية CCI مبدأ سلطان الإرادة في تحديد الإجراءات الواجب اتباعها في خصومة التحكيم، و ذلك على الرغم من أن هذا الحل يكون في حالة سكوت هذا النظام على بعض المسائل، و هو ما نجده من خلال الإضطلاع على نص المادة 19 من نظام غرفة التجارة الدولية².

الفقرة الثانية

تحديد هيئة التحكيم لإجراءات التحكيم

تعتبر هيئة التحكيم مخولة لتحديد اجراءات التحكيم شأنها في ذلك شأن الأطراف، و تتحقق هذه الحالة إما عند توكيل هؤلاء لها بموجب اتفاقهم باختيارها لهذه الإجراءات، و إما عند السكوت كلياً للأطراف عن تحديد هذه المسألة، لكن ما عسى هيئة التحكيم أن تطبق من اجراءات في هذه الحالة ؟ .

¹ Article. 44 de la convention et règlement du CIRDI : « Toute procédure d'arbitrage est conduite conformément aux dispositions de la présente section et, sauf accord contraire des parties, au règlement d'arbitrage en vigueur à la date à la quelle elles ont consenti à l'arbitrage. Si une question de procédure non prévue par la présente section ou le Règlement d'arbitrage ou tout autre règlement adopté par les parties se pose, elle est tranchée par le tribunal ».

² Article. 19 du règlement de la CCI : « La procédure devant le tribunal est régie par le règlement, et dans le silence de ce dernier par les règle que les parties, ou à défaut le tribunal arbitral, déterminent en se référant ou non à une loi nationale de procédure applicable à l'arbitrage ».

أولاً- تطبيق أحكام قانون و طني

من منطلق صعوبة إفتراض أن المحكم في الخصومة التحكيمية ذات طابع داخلي يختار اجراءات من مصادر دولية، بل الأقرب أن هذا الأخير يختار الإجراءات المنصوص عليها في القانون الداخلي للدولة، فيبقى الآن الإنفراد بالحديث على مادة التحكيم التجاري الدولي.

و أمام الإعتقاد بأن المحكم الدولي عادة ما يميل إلى المصادر الدولية في هذا الشأن لتناسبها مع دولية التحكيم، إلا أن هذا لا يمنع من البحث في مدى اختيار المحكم الدولي لإجراءات مستوحاة من قانون وطني، و في هذه الحالة ما هو هذا القانون الوطني ؟

1- تطبيق قانون دولة مقر التحكيم

إن تقرير تشريع وطني مقارن ما لحرية هيئة التحكيم في اختيار اجراءات التحكيم كإمكانية ثانية في حالة عدم اختيار الأطراف لهذه الإجراءات أو سكوتهم عن ذلك، لا يعني أبداً و بالضرورة أن هذه الإجراءات تخضع لقانون مقر التحكيم، و لكن بالرجوع إلى التطبيقات التحكيمية نجد من القضايا التي تم اختيار تطبيق اجراءات قانون هذا اللبلد، و حتى الفقه .

فنظراً لكثرة القرارات في هذا الشأن، تم اختيار قرار حديث نوعاً ما مقارنة بتاريخ المراجع و المؤلفات التي تتطرق للمسألة، و يتمثل هذا القرار في ذلك الصادر في دبي بتاريخ 20/02/2002 في قضية الشركة الأمريكية Bechtel Company ضد دولة دبي ممثلة في Civil Aviation Departement of أين تم الإتفاق على تطبيق نظام cnudci، و كان مكان التحكيم إمارة دبي، أين استمعت محكمة التحكيم إلى عدد معتبر من الشهود و خبراء و ذلك بناء على اتفاق ممضي بين الأطراف و محكمة التحكيم، لكن و على الرغم من ذلك فإن المدعى عليها

دفعت أمام القضاء بأن الشهود لم يؤدوا اليمين وفقا للأشكال المقررة و وفقا لقانون إمارة دبي، و ذلك من أجل إبطال القرار التحكيمي و هو ما استجابت إليه هيئتا القضاء الابتدائية و الإستئنافية بقراريهما في 2002/11/16 و 2003/06/08 حسب الترتيب¹.

لكن الإشكال المطروح، يتمثل في البحث عن سبب تمسك القضاء العدلي و التحكيمي بقانون مقر التحكيم فيما يخص اجراءات التحكيم، في الوقت الذي لم تنص عليه التشريعات الوطنية المقارنة كحتمية مفروضة على المحكمين، و في نفس الإتجاه الفقه².

يمكن أن تكون الإجابة على هذا التساؤل مرتبطة بعنصرين اثنين، تتمثل الأولى في حرص الإتفاقيات الدولية على النقيذ بقانون دولة مقر التحكيم في حالة عدم الإتفاق على تحديد اجراءات التحكيم أو نقصها، و ذلك مثل ما تم الإشارة إليه بخصوص هذه المسألة في إطار الإتفاقيات الدولية، لاسيما اتفاقية نيويورك لسنة 1958 و CIRD، في حين يتمثل العنصر الثاني في نص بعض التشريعات الوطنية المقارنة في باب دعم القضاء لمؤسسة التحكيم فيما يخص بعض المسائل المتعلقة بالإجراءات، على غرار المشرع الفرنسي³، المشرع الجزائري¹، و الذي كان أكثر

¹ Emmanuel Gaillard, Op. Cit, page 46 et 47.

² Paul-Gérard Pougoué, Op. cit, page 114 : « Le siège arbitral peut être à cet égard un indice sérieux. Mais, il ne faut pas lui accorder une importance excessive » .

³ Article. 1505 du code de procédure civile français : « En matière d'arbitrage international, le juge d'appui de la procedure arbitrale est, sauf clause contraire, le président du tribunal de grande instance de Paris lorsque :

(1-) L'arbitrage se déroule en France

وضوحاً في هذا الشأن، أين يتم الأمر في إطار العلاقة التكاملية بين مؤسسة التحكيم و القاضي المساعد لها².

2- تطبيق القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

حتى و إن لم يتم الإشارة إلى إمكانية تطابق القانون الإجرائي مع القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في حالة سكوت الأطراف من طرف الفقه³، فإن الأمر جد محتمل و ذلك عند الاعتقاد بأن في اختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع و السكوت على الإجراءات، قد يستشف منه أن الأمر يعتبر من قبيل الإرادة الضمنية، من جهة، و امكانية اختيار هذا الأخير من طرف هيئة التحكيم بناء على الحرية التي تتمتع بها في هذا الشأن، من جهة ثانية .

¹ المادة 1048 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة، أو الطرف الذي يهمه التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم، أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص، و يطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي " .

² أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، الأمر بتنفيذ أحكام المحكمين الوطنية و الأجنبية في ضوء قانون المرافعات و قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 و اتفاقية نيويورك، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، الإسكندرية، 2001، صفحة 49 .

³ هدى محمد مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم و حدود سلطاته، دار النهضة العربية، سنة 2001، صفحة 279 .

المراد من كل هذا، أنه لا يوجد مانع من اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع

النزاع على إجراءاته كذلك، لكن تجدر الإشارة إلى الأمر ليس بهذه البساطة، إذ لا طالما تعلق الأمر بالإجراءات، فإن مسألة تحديد ما هو من قبيل الإجراءات و ما هو من قبيل الموضوع أمر صعب، و بالتالي فإن هذه المسألة ستقحم في فلك منهج تنازع القوانين خاصة أن القانون المختار وفقا لهذا القانون و كما هو معلوم يطبق كليتا، بما في ذلك قواعد الإسناد، و بالتالي يمكن أن نتصور التعقيدات التي قد تواجهنا في هذه الحالة .

من أجل ذلك، فإنه طالما أن الأمر ليس ضروريا، أي إعتبار قانون ما واجب التطبيق على موضوع النزاع لا يعني و لا يوجد ما يلزم تطبيقه على كل إجراءات التحكيم، كما يعتقد أنه من المستحسن تفادي هذه الوضعية، سواء من باب الإتفاق عليه من قبل الأطراف أو وقوع الإختيار عليه من طرف هيئة التحكيم، و ذلك تفاديا لما سبق ذكره .

أكثر من ذلك، فإنه يبقى قانون دولة مقر التحكيم هو القانون الأكثر ملاءمة لإجراءات التحكيم، و ذلك على الرغم من أن هذا الإختيار غير ملزم كذلك، لا بالنسبة للأطراف و لا بالنسبة لهيئة التحكيم، لكنه كذلك من حيث هو لأنه كما سبق و أن تمت الإشارة إليه، أن معظم الدول تشير إلى ضرورة تطبيق قانون إجراءات بلدها على التحكيم المجرى على إقليمها، الأمر الذي يمكن من إتاحة الفرصة لمساعدة القضاء لمؤسسة التحكيم، و بالتالي عدم مصادفة أي اشكالات أو صعوبات، من جهة، و أن الأمر يحدث تفاديا لعوائق النظام العام المعتادة، و الذي حتى و إن كان كذلك فله - أي النظام العام - ما يقال بشأنه فيما يخص مسألة الإجراءات، من جهة ثانية، و هو ما سيتم التطرق إليه بعد قليل.

ثانيا- تطبيق القواعد الإجرائية الواردة في لوائح مراكز التحكيم الدائمة

ينبغي الإشارة إلى أن هذه الحالة تخص التحكيم الحر و ليس المؤسساتي، طالما أن هذه الحالة الأخيرة تعتمد اجراءات خاصة بها و في حالة نقصها تكمل باختيار الإجراءات الناقصة وفقا للطريقة السابقة، و التي قد تكون إما إختيار إجراءات قانون بلد مقر التحكيم أو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع .

كما أن امكانية تطبيق اجراءات تحكيم خاصة بمركز معين من مراكز التحكيم الدائمة و التي قد يصل عددها إلى ما يفوق 220 مركز دائم عبر العالم، مبدأ منصوص عليه بموجب معظم التشريعات الوطنية المقارنة، على غرار المشرع الجزائري¹، المشرع المصري² و كذلك المشرع الفرنسي³ .

¹ المادة 1043 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " إذا لم تنص الإتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم " .

² المادة 25 من قانون التحكيم المصري : " لطرفي التحكيم الإتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها، فإذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق، كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة " .

³ Article. 1494 al. 02 du code de procédure civile français : « Dans le silence de la convention, l'arbitre règle la procédure, autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à une loi ou à un règlement d'arbitrage » .

و فيما يخص اختيار الإجراءات المنصوص عليها ضمن لوائح مراكز التحكيم الدائمة، فإنه يعتقد أنها تبقى إجراءات التحكيم المفضلة وفقاً للمذهب الحديث، بحيث وإن لم يكن هناك من يكرس ذلك، إلا أن الأمر يتضح إذا ما تم القيام بعملية تحليلية بسيطة .

فإذا كان احتمال تطبيق هذا النوع من الإجراءات ذو نسبة عالية، و ذلك من خلال افتراض امكانية اختيار الأطراف لذلك صراحة، أو اختياره من طرف هيئة التحكيم في حالة سكوتهم، إلى جانب إحالة معظم القوانين و التشريعات المقارنة إلى هذا النوع من الإجراءات، بالإضافة إلى تطبيقها بمجرد اختيار التحكيم المؤسساتي، فإنه يتم الشعور بأن هناك رغبة في تشجيع تطبيق إجراءات هذه المراكز الدائمة .

هذا التحليل قد يتوافق مع ما قد يتحقق من فائدة عملية من اختيار لوائح و أنظمة مراكز التحكيم الدائمة، فمما لا شك فيه أن هذه الأخيرة من شأنها أن تسهل العملية التحكيمية و تيسرها على الأطراف و تضبطها بطريقة مفصلة و منتظمة، كما أنها أنظمة دائمة من شأنها كذلك أن تخلق نوعاً من الاستقرار خاصة بعد مرور الزمن، و هو عامل كذلك يبعث الثقة في نفوس المقبلين عليها كون أنها قواعد معروفة سلفاً¹ .

و تختلف القواعد الإجرائية بين مؤسسة تحكيم و أخرى، غير أن قواعدها عموماً تعالج مواضيع و مسائل مشتركة بينها، و التي قد تتمثل في: طلب التحكيم، تعيين المحكمين و شروطه، مكان التحكيم، لغة التحكيم، تبادل المستندات و المعلومات، تقديم الأدلة ...، و من أمثلة أنظمة مراكز التحكيم الذائعة الصوت على المستوى الدولي: لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري

¹ ولاء رفعت، التحكيم التجاري الوطني و الدولي في المملكة العربية السعودية، الغرفة التجارية الصناعية بجدة،

الدولي UNISITRAL، مركز سنغفورة للتحكيم الدولي SIAC، محكمة لندن للتحكيم الدولي LCIA، غرفة التجارة الدولية بباريس ICC، محكمة التحكيم الدائمة بلاهاي PCA، مركز دبي للتحكيم الدولي DIAC، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري، مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي

الفرع الثاني

مجال النظام العام التحكيمي الإجرائي

قبل الخوض في مسألة أثر التنازل للوظيفة القضائية للمحكمن، و تفعيل النظرية العقدية للتحكيم، الأمر الذي يترتب عليه التساؤل حول مدى التنازل كذلك للمحكمن لمراعاة الضمانات الكلاسيكية للخصومة، توجب أولا و قبل كل شيء التأكد من قابلية تفعيل هذه الأخيرة في مجال الخصومة التحكيمية.

الفقرة الأولى

تقلص دور النظام العام الإجرائي في مجال التحكيم

من خلال العنوان، يتضح جليا أن دور النظام العام في خصومة التحكيم لا يتميز بنفس الفعالية مقارنة به في المجالات السابقة الخاصة بالتحكيم، على غرار اتفاق التحكيم، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، القابلية للتحكيم...، لذا وجب التوضيح أولا هذا الدور الذي تتميز به هذه الفكرة في هذه المرحلة بالذات، ثم بعد ذلك يمكن التطرق إلى القدر الذي يمكنها أن تلعبه بموجب هذا الدور.

أولاً - عدم إلزام المحكم بمراعاة مبادئ المحاكمة العادلة

حتى يتسم الأمر بالموضوعية، تم اختيار قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية،
و يتمثل هذا الأخير في قرار Cubic الصادر بتاريخ 20/02/2001 و الذي من خلاله سيظهر أن
مبادئ المحاكمة العادلة لا تخص خصومة التحكيم، بل تخص الخصومة القضائية لوحدها¹، بحيث
جاء ضمن حيثيات القرار ما يلي :

[3° La garantie d'un procès équitable, au sens de l'article 6.1 de la convention européenne des droits de l'homme est pleinement assurée par les règles applicables à l'arbitrage international. Et cette convention qui engage les Etats, est sans application en matière d'arbitrage] .

ثم بعد ذلك، ذهب الفقه ممثلاً في Jarrosson إلى أن الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان
يمكن اعتبارها مصدراً للمحكم ليستوحي منها مبادئها، لاسيما الفقرة الأولى من المادة السادسة²،
الأمر الذي ترك أثره بأن أصبح من الممكن فعلاً تطبيق المحكم لمبادئ المحاكمة العادلة على
خصومة التحكيم، لكن الأمر ليس مثل ما يتوقع منذ الوهلة الأولى، أو كما أعيد على تناوله في
الأبحاث المتعلقة بهذا المجال، بأن تحصر النظام العام الإجرائي في خصومة التحكيم في المبادئ
الثلاثة : مبدأ المساواة بين الأطراف، حق الدفاع و مبدأ الوجاهية، و إنما تم الأمر بطريقة مختلفة
تلائم الطبيعة العقدية للتحكيم عكس قضاء الدولة، مثل ما سبق و أن تمت الإشارة إليه .

¹ Cour de cassation, chambre civil 1, du 20/02/2001, 99-12.574. publier sur le site internet :
www.legifrance.gouv.fr

² Laure Milano, convention européenne des droits de l'homme et droit de l'entreprise, Nemisis, 2016, page 275 : « Au demeurant, cette réflexion était déjà suggérée par Charles Jarosson lorsqu'il soulignait que l'article 6.1 peut constituer une source d'inspiration pour l'arbitre, tout à fait libre de décider de les appliquer, de sa propre autorité » .

و حتى على المستوى التشريعي، و في زمن غير بعيد، هناك قانون التنظيم البلجيكي

قبل تعديل سنة 2013 و الذي لم يكن يشترط تأثير خرق حق الدفاع على الحكم التحكيمي¹ .

لكن فيما بعد، اتضح أن الأمر عرف تطورا شيئاً فشيئاً، بحيث صدر عن المحكمة

الأوروبية قرار بتاريخ 2008/04/03 في القضية رقم 773/03 بين Regent company

و أوكرانيا² مخالف تماماً لما ذهب إليه محكمة النقض الفرنسية في قضية Cubic السالفة الذكر،

و تمسكت بنص المادة 6.1 من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان و التي كانت تعتبر غير معنية

بالتحكيم التجاري الدولي فيما يخص احترام مبادئ المحاكمة العادلة التي تنص عليها³ .

¹ Bronkaers Laurent, l'arbitre doit-il rouvrir les débats lorsqu'il fait évoluer les moyens des parties ?, Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires, Faculté de droit, de science politique et de criminologie, 2015/2016, page 18 : « Avant la réforme de 2013, c'était l'ancien article 1704, alinéa 2 du code judiciaire qui s'appliquait. Cette article n'exigeait pas de démontrer que la violation des droits de la défense avait en une incidence sur la sentence arbitrale » . <http://hdl.handle.net/2268.2/1163>

² Rapport sur l'exécution dans les pays africains membres de l'UIHJ données 2015, efficacité de l'exécution des décisions de justice en matière civile et commercial en Afrique, Directeur de la publication : Yves-Pierre Mootont, responsable d'édition : Mathieu Chardon, UIHJ Publishing, 2016, page 09 .

³ Article. 6.1 de la convention européenne des droits de l'homme : « Toute personne a droit à que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendamment et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations de caractère civil, soit du bien fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ... » .

و بموجب القرار Regent company ، ذهب الفقه إلى أنه القرار الذي أزال الشك فيما يخص تطبيق المحكم لمبادئ المحاكمة العادلة من وجهة و شفافية و بالأخص حقوق الدفاع¹ .

ثانيا- مبادئ المحاكمة العادلة من النظام العام الإجرائي الأوروبي، فقط

إن النظام العام الإجرائي في خصومة التحكيم وفقا للإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، لاسيما الفقرة الأولى من المادة السادسة السالفة الذكر، من شأنه أن يحصر النظام العام الإجرائي في خصومة التحكيم الممثل في مبدأ المحاكمة العادلة في منطقة جغرافية محددة و التي تتمثل في المجموعة الأوروبية .

قد يخطر على بال أي كان أن هذا الطرح يخص الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، و هو ما يوحي إلى ضرورة التطرق إلى باقي الإتفاقيات الدولية و حتى التشريعات الوطنية المتعلقة بأحكام النظام العام الإجرائي .

1- النظام العام الإجرائي خارج مجال الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (حقوق

الدفاع)

إذا ما تم الرجوع إلى الإتفاقيات الدولية عدا الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، نجد أنها تركز مبدأ حق الدفاع بدلا من مبدأ المحاكمة العادلة، فهناك المادة 7 من إتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالإعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، و التي تنص على ما يلي :

¹ Laure Milano, Op.cit, page 286 : « Comme l'écrit Sébastien Van Drooghenbroeck, avec l'arrêt Regent Company, la Cour a définitivement dissipé toute incertitude quant à l'applicabilité de la garantie du procès équitable à ce mode de résolution des litiges typiquement économiques que constitue l'arbitrage ».

[1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée,... :

(b) Que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou qu'il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens ; ou] .

و هناك كذلك المادة 18 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي CNUDCI ،

و التي تنص هي الاخرى على مايلي :

[Les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits] .

هذا المبدأ، تم تكريسه بالنتيجة ضمن التشريعات الوطنية المقارنة، فهناك المشرع

الفرنسي¹ ، و المشرع السويسري² ، و حتى المشرع الجزائري من خلال المادة 1056 من قانون

الاجراءات المدنية و الإدارية فيما يخص استئناف الأمر القاضي بالإعتراف او تنفيذ الحكم

¹ Article .1520 du code de procédure civile français : " Le recours en annulation n'est ouvert que si :

(4)- Le principe de la contradiction n'a pas été respecté , ou " .

² Article .190 de la loi fédérale sur le droit international privé : " La sentence est définitive dès sa communication .

Elle ne peut être attaquée que :

(-)-lorsque l'égalité des parties ou leur droit d'être entendues en procédure contradictoire ; "

التحكيمي الأجنبي¹ ، و نفس المبدأ أخذ به فيما يخص الطعن بالبطلان في حكم التحكيم بالإحالة على نفس المادة 1056 السالفة الذكر² .

و بالتالي نستخلص مما تقدم أن حق الدفاع مبدأ عالمي ، معترف به في الاتفاقيات الدولية و التشريعات الوطنية المقارنة ، لكن لا يجب أن ننسى أنه لم يتم التطرق إليه من هذا الباب ، و إنما تم التطرق إليه في مواجهة مبدأ المحاكمة العادلة المنصوص عليه في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان، و بالتالي يتضح أن القاسم المشترك بين المجالين هو ” مبدأ حق الدفاع ”، لكن إلى غاية هنا يبقى السؤال مطروحا حول الاثر المترتب على ذلك فيما يخص الخصومة التحكيمية ؟، أي أثر النظام العام الإجرائي على الخصومة التحكيمية ؟ .

2- الفصل بين ” مبدأ المحاكمة العادلة ” و ” مبدأ حق الدفاع ”

من أجل رسم الحد الفاصل بين مبدأ المحاكمة العادلة المنصوص عليه ضمن الإتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان و التي تخص اجراءات الخصومة بصفة عامة، قضائية كانت أم تحكيمية، و مبدأ حق الدفاع الذي يعني بخصومة التحكيم فقط سواء من خلال الإتفاقيات الدولية أو التشريعات

¹ المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : ” لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالإعتراف او بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية :

(4) - اذا لم يراع مبدأ الوجاهية .”

² المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : ” يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 اعلاه .”

الوطنية، وفقا لما تم التطرق إليه أعلاه، تم انتقاء قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2017/12/13¹.

إنثناء هذا القرار جاء على أساس استناده على مبدأ حرية اختيار اللجوء إلى التحكيم الذي يعتبر من أحد المبادئ المتفرعة على المحاكمة العادلة، و الذي مصدره المادة السادسة من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، من جهة، و استناده على خرق حق الدفاع المنصوص عليه ضمن قانون الإجراءات المدنية الفرنسي بموجب المادة 1520 السالفة الذكر، من جهة ثانية، مع الإشارة إلى أنه لم يكتف بالإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، لاسيما المادة السادسة، بالإضافة إلى أنه استند على هذه الأخيرة فقط فيما يخص حرية الوصول إلى التحكيم دون مبدأ حق الدفاع أين رجع إلى قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، و ذلك بنصه على ما يلي :

[1/° Que l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge arbitral, chargé de statuer sur sa prétention, à l'exclusion de toute juridiction étatique, et d'exercer ainsi un droit qui relève de l'ordre public international consacré par les principes de l'arbitrage international et l'article 6/1 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme...] .

ثم يواصل القرار بالنص على ما يلي :

[2/° ...qu'en jugeant que le juge d'appui aurait violé le principe du contradictoire en appelant pas à l'instance l'Etat du Cameroune,..., la Cour d'appel a violé les articles 1505 du code de procédure civile et 6/1 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales].

¹ Cour de cassation, chambre civile 1, 13/12/2017, 16-22.131. <http://www.legifrance.gouv.fr>.

و بالتالي نلاحظ أن القرار فيما يخص حرية الإلتجاء إلى التحكيم استند على الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، في حين و فيما يخص مبدأ المحاكمة العادلة استند على هذه الإتفاقية إلى جانب قانون الإجراءات المدنية الفرنسية، و هذا ما ذكرنا بما تم التطرق إليه قبل قليل فيما يخص اعتبار حق الدفاع الذي مصدره الإتفاقيات الدولية و التشريعات الوطنية المقارنة على أنه القاسم المشترك بين مبادئ المحاكمة العادلة فيما يخص الخصومة القضائية و الخصومة التحكيمية .

قبل الإنتقال إلى العنصر الموالي، قد يتساءل أي شخص عن السبب وراء حصر ضمانات المحاكمة العادلة في مبدأ حق الدفاع فيما يخص التحكيم، أين يمكن الإجابة بأن للأمر علاقة بحق الدفاع و الذي يشكل الحد الأدنى الذي يوفق بين مراعاة المحاكمة العادلة (الطبيعة القضائية للتحكيم) و سرعة إجراءات التحكيم وفقا للطبيعة التعاقدية للتحكيم .

الفقرة الثانية

مضمون حق الدفاع

لا يمكن التطرق مباشرة إلى مضمون حق الدفاع بالمعنى الضيق للكلمة، بل يجب على الأقل التطرق إلى طبيعته القانونية لما لذلك من علاقة و أهمية بمضمونه، من جهة، و نظرا لإعتباره الحد الذي يمثل النظام العام التحكيمي فيما يخص إجراءات التحكيم كما سيتم التطرق إليه لاحقا .

أولا- الطبيعة القانونية لحق الدفاع

إن الخاصية الفلسفية التي يتميز بها حق الدفاع، قد تجعل منه ليس فقط حقا طبيعيا، و إنما كذلك حقا عالميا.

1- حق الدفاع، حق طبيعي

إن أصل حق الدفاع عبر الأزمنة هو الذي يجعل منه حقا طبيعيا، و ذلك نظرا لخصائصه الفلسفية التي يتميز بها¹، بحيث ذهب الفقه إلى أن الدليل على اعتبار حق الدفاع حقا طبيعيا يتمثل في عدم امكانية الحكم على شخص إلا بعد استدعائه و تمكينه من الدفاع عن نفسه². و حتى القضاء الذي كرس المبدأ قبل النص عليه ضمن القوانين الوطنية، و ذلك عن طريق القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1828/05/07³.

و طبيعة حق الدفاع المتمثلة في اعتباره حقا طبيعيا، محتلا بذلك صدارة الحقوق الفردية العامة، راجع إلى أنه لم ينقرر لمصلحة الفرد فقط و إنما لمصلحة المجتمع كذلك، و التي

¹ Jean-François Van Drooghenbroeck, le nouveau droit judiciaire en principe, le droit judiciaire en mutation, Commission Université-Palais, Université de Liège, volume 95, septembre 2007, Anthémis, page 221 : « Ces vertus philosophiques qu'on lui prête valent au principe du contradictoire d'être hissé au rang de droit naturel. L'hommage est parfaitement légitime » .

² فاطمة الزهراء ليرانتني، حق الدفاع في خصومة التحكيم في البيوع التجارية، مجلة الباحث في العلوم القانونية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة محمد الشريف مساعدي، سوق أهراس، العدد الأول، جوان 2019، صفحة 187.

<http://www.univ.soukahrass.dz>

³ Cédric Tahri, procédure civile, Lexifac droit, Licence-Master, Bréal, 2007, page 108 : « Elle est consacrée par la Cour de cassation depuis le XIX^e siècle : la défense étant un droit naturel, personne ne doit être condamné sans avoir été interpellé et mis en demeure de se défendre » .

تتمثل في تحقيق العدالة¹، و لذات السبب يعتبر حقاً ثابتاً و مكفولاً سواء تم التنصيص عليه أم لا، فإذا تم التنصيص عليه اعتبر الأمر تأكيداً، و إذا لم يتم النص عليه فلا يجوز إنكاره و إهداره².

و على الرغم من أن بعض الدول التي كرسته بموجب دساتيرها، على غرار الدستور الألماني و الدستور الفرنسي، إلا أن الفقه بصدد هذا التدوين لم يتوقف على وصفه بأنه حق ينبثق من حرية المواطن و كرامته و أن الحرية تثبت للإنسان منذ ولادته³.

كما أنه عادة ما يتم تناول حق الدفاع على أنه مبدأ دستوري إلى جانب كونه حقاً طبيعياً، لكن يمكن القول أنه تم تعمد تناول الإشارة إلى هذه الفكرة ضمن هذه الفقرة المتعلقة باعتباره حقاً طبيعياً، و ذلك من أجل الوقوف على اعتباره ضماناً أساسية يوفر الدستور من خلالها الفعالية لأحكامه، و ذلك على الصعيد الموضوعي و الإجرائي⁴.

¹ كمال عبد الواحد جوهرى، ضوابط حرية القاضي الجنائي في تكوين اقتناعه و المحاكمة الجنائية العادلة و أوجه و أسباب الطعن في الأحكام الصادرة بالإدانة وفق أحكام القانونين المصري و الكويتي و قضاء محكمتي النقض و التمييز، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2015، صفحة 398 .

² علي شميران حميد الشمري، تسبيب الأعمال القضائية في الدعوى المدنية، دراسة مقارنة، دار الفكر و القانون، مصر، الطبعة الأولى، 2015، صفحة 71 .

³ فاطمة الزهراء ليرانتى، مرجع سابق .

⁴ وليد محمد الشناوي، مفهوم الكرامة الإنسانية في القضاء الدستوري، دراسة تحليلية مقارنة، دار الفكر و القانون، المنصورة، الطبعة الأولى، 2014، صفحة 151 .

2- حق الدفاع، ذو طابع عالمي

دولية حق الدفاع تعتبر كنتيجة حتمية لاعتباره حقا طبيعيا، و ذلك طالما أن حق الدفاع يشكل حقا عاما و ليس خاصا، بمعنى أنه يخص جميع أنواع الخصومات، المدنية منها أو الجزائية، أو إدارية كانت و حتى التأديبية، و سواء كانت منظورة من طرف محاكم الدولة أو الهيئات التحكيمية¹.

بحيث بالإضطلاع على مختلف التشريعات المقارنة و القوانين الدولية، لاسيما الإتفاقيات و المعاهدات، نلاحظ أن لحق الدفاع بعد دولي، بل أكثر من ذلك فإن هذه القوانين الداخلية المكرسة لحق الدفاع جاءت كنتيجة لإلتزام الدول بالمبادئ الدولية المتعلقة بهذا الحق .

فهناك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 10/12/1948، و الذي يعتبر مجموعة من المبادئ المعترف بها عالميا و الذي يعتبر من بينها المحاكمة العادلة، و الذي يعترف به على أوسع نطاق باعتباره من المبادئ العامة للقانون في معظم الدول² .

كما أشارت إلى هذا المبدأ الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة 1950، و الإتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لسنة 1969، بحيث نصت جميعها على حق الشخص في خصومة لائقة

¹ أيمن ممدوح محمد الفاعوري، أسباب انقضاء الخصومة، دار زهران للنشر و التوزيع، عمان، 2012، صفحة 47.

² يوسف حسن يوسف، الشرعية الإجرائية الدولية للقانون الإنساني، مركز الكتاب الأكاديمي، 2017، صفحة 14.

للثبث في محاكمته أو دعواه للثبث في الحقوق و الإلتزامات الخاصة به ذات الصفة المدنية، و ذلك من طرف محكمة مستقلة غير منحازة¹.

و هو نفس المبدأ الذي تطرق إليه العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية، و الذي عنى بحق الدفاع مثله مثل سائر المعاهدات و الإتفاقيات الدولية الخاصة بهذا الشأن، لاسيما من خلال مادته 14 و التي كرست مبدأ حق الدفاع بنفس الأهمية المشار إليها بالنسبة للمواثيق و المعاهدات السالفة الذكر²، واضعا كل ما يشترط توافره في المحاكمة العادلة³.

و كذلك على الصعيدين العربي و الإفريقي، حرص الميثاق العربي لحقوق الإنسان الذي تم اعداده في اطار جامعة الدول العربية و مشروع ميثاق حقوق الإنسان في الوطن العربي على تكريس حق الدفاع، و كذلك الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان و الشعوب 1981 و الذي كفل بدوره حق الدفاع⁴.

¹ ورده الطيب، مقتضيات العدالة أمام المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2015، صفحة 188.

² محمد محمود منطاوي، حقوق المتهم وفق معايير القانون الدولي و الفقه الإسلامي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2015، صفحة 27.

³ هشام بناجه، حقوق الإنسان بين الشرائع القديمة و المواثيق الدولية المعاصرة، أوراق للنشر و التوزيع، القاهرة، 2017، صفحة 26.

⁴ أحمد محروس علي ناجي، شادية ابراهيم مصطفى المحروفي، الضمانات الدستورية لحقوق الإنسان في مرحلة المحاكمة، مكتبة القانون و الإقتصاد، الرياض، 2012، صفحة 113.

ثانياً- مركبات حق الدفاع

لا يمكن التطرق إلى أثر خرق حق الدفاع على التحكيم من دون معرفة مشتملاته،

طالما أنه يصطلح عليه بمسميات مغايرة في البحوث و الدراسات كالجاهية .

1-مبدأ المواجهة

يعتبر مبدأ المواجهة حق أساسي ينفرد عن حق الدفاع، فلا وجود لحق الدفاع من دون

إحترام مبدأ المواجهة، بل أكثر من ذلك هناك من يعتبره الضمانة الأساسية لإحترام حق الدفاع¹،

و بذلك فهو يقتضي حضور الخصم في اجراءات التحكيم، إلا أنه و على الرغم من ذلك يمكن أن

يحدث و أن يتغيب أحد الخصوم أو كلاهما، الأمر الذي قد يحدث لسبب مشروع كما قد يحدث قصد

عرقلة سير العملية التحكيمية، لكن هذا لا يحول دون امكانية الفصل في الخصومة، بل أكثر من

ذلك لا يترتب على ذلك الطعن في الحكم التحكيمي المستقبلي كالمعارضة في الخصومة القضائية،

و هي الحالة الناجمة عن الطبيعة التعاقدية للتحكيم و التي من دونها قد تتلاشى ثوابت التحكيم،

كالسرعة .

و بالتالي، فإن مفهوم هذا المبدأ ينصرف إلى دعوة الأطراف للدفاع عن مصالحهم

بحيث ينتهي الأمر بتفاعل وجهات النظر بين الخصوم، و في ذلك فإن الأمر لا يتعلق بالخصوم فيما

بينهم، و إنما يخص الأمر حتى المحكم، بحيث لا يسوغ لهذا الأخير أن يستند في حكمه إلى وقائع،

¹أجباد ثامر نايف الدليمي، الأساس القانوني لجزاء إبطال عريضة الدعوى المدنية، دراسة تأصيلية تحليلية تطبيقية

مقارنة، المركز العربي للنشر و التوزيع، 2018، صفحة 90 .

أدلة إثبات، مذكرات و مستندات يقدمها أحد الأطراف تحت طائلة بطلان الحكم التحكيمي لمخالفته للنظام العام الإجرائي¹ .

و هذا المبدأ يجد تكريسه في عدة حقوق تنفرع بدورها عن مبدأ المواجهة، و تتمثل في حق الدفع، حق الإثبات و حق المرافعة. فحق الدفع يتمثل في ممارسة الخصوم للدفع الإجرائية و الموضوعية من أجل إنكار أو تأكيد واقعة معينة من أجل اجتناب الحكم على أحدهما وفقاً لإدعاءات ثانيهما، أما حق الإثبات فيتمثل في حق الخصم في تقديم الدليل أمام هيئة التحكيم من أجل تثبيت ادعاءاته أو دفعه، في حين يتمثل حق المرافعة في مخاطبة هيئة التحكيم بدفوعه و اثباتاته .

2- حق الخصم في العلم بإجراءات الخصومة

يقصد بالحق في العلم بالإجراءات تمكين الخصم من العلم بالإجراءات التي تتخذ في مواجهته في الخصومة، و عليه فإن المحكم ملزم أن يضع الأطراف في وضع يستطيعون بموجبه مناقشة الوقائع و مناقشة أوجه القانون² .

بحيث يعتبر علم الخصم بإجراءات الخصومة ضمان لحق الدفاع ، و ذلك للإمكانية المتاحة لكل طرف لمناقشة إدعاء خصمه ، و بذلك تتحقق المساواة و تكافؤ الفرص بين الخصوم³ ،

¹ عبد الصبور عبد القوي علي مصري، التنظيم القانوني للتحكيم الإلكتروني، مكتبة القانون و الإقتصاد، 2013، صفحة 68 .

² أجياد ثامر نايف الدليمي، مرجع سابق، صفحة 89 .

³ شريف أحمد بلوشة ن إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري ، دراسة تحليلية ، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع ، جمهورية مصر العربية ، 2018 .

فحق أحد الأطراف في اللجوء إلى التحكيم كمدعي يقابله حق المدعى عليه في الدفاع ، و لكي يتمكن من ممارسة هذا الحق وجب تمكنه من العلم بأوجه دفاع خصمه من عناصر واقعية و قانونية.

إذ الغاية من كل ذلك كله ، حصول المحكم - و مثله في ذلك مثل القاضي - على الأدلة من مصدرها الأصلي (الأطراف) ، سواء أدلة الإثبات أو أدلة النفي و ليس اعتماده على أدلة يستقيها بذاته مما يعتبر عملاً شخصياً ، و هو ما من شأنه أن يتحقق معه المساواة في المراكز الإجرائية لأطراف الخصومة¹.

كما أن حق الخصوم في العلم بالإجراءات لا يقصد به المواجهة بين الأطراف فيما بينهم ، بل هو ملزم للمحكم في تسبيب حكمه ، إذ يتفرع عليه هذا الحق لبلوغ احترام حقوق الدفاع ، ذلك أنه وسيلة لإقناع الخصوم بعدالة الحكم مما يؤدي إلى ثقة الخصوم في التحكيم² ، أما عن القضاء التحكيمي فتم اختيار القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 2017/06/01، و الذي جاء فيه:

[Aux motifs que la société EGPC,demanderesse à la saisine, sollicite l'infirmité de l'ordonnance ayant accordé l'exéquature en faisant grief à la sentence arbitrale d'avoir violé le principe de la contradiction...

¹ أيمن ممدوح أحمد القاعوري ، أسباب انقضاء الخصومة ، دار زهوان للنشر و التوزيع ، المملكة الهاشمية الأردنية ، الطبعة الأولى ، 2012 ، ص 49 .

² خالد منصور اسماعيل ، تسبيب أحكام التحكيم التجاري، دراسة معمقة وفق التشريعات الوطنية و الإنفاقيات الدولية و أحكام التحكيم الدولي، مكتبة القانون و الإقتصاد، الرياض، الطبعة الأولى، 2015، صفحة 33 .

1°) Alors que rien de ce qui sert à fonder la décision de l'arbitre ne doit échapper au débat contradictoire... . Considérant que le principe de la contradiction exige que les parties aient pu faire connaître leurs prétentions de fait et de droit et discuter celles de leur adversaire de sorte que rien de ce qui a servi à fonder la décision du tribunal n'ait échappé à leur débat contradictoire ; les arbitres doivent, en toutes circonstances, faire observer et observer eux-mêmes ce principe]¹ .

المطلب الثاني

أثر خرق حق الدفاع على التحكيم

إذا كانت التشريعات المقارنة في مجملها تترك الحرية لهيئة التحكيم و الأطراف على النحو الذي سبق و أن تم التطرق إليه في ما يخص تحديد اجراءات التحكيم، إلا أنه و في المقابل فإن الأمر لا يمكن أن يتم من دون مراعاة النظام العام الإجرائي، لاسيما حق الدفاع، لكن السؤال المطروح يتمثل في كيفية مراعاة هيئة التحكيم للنظام العام الإجرائي ممثلا في حق الدفاع؟، و إن كان قاضي البطلان مخول له القضاء ببطلان الحكم التحكيمي في حالة خرق حق الدفاع فكيف تتم مراقبته لذلك؟ .

¹ Cour de cassation, chambre civil 1, 01/06/2017, 16-13.729 .

الفرع الأول

تطبيق المحكم لحق الدفاع

إذا كان التحكيم قضاءً، و بغض النظر عن كونه قضاءً من نوع خاص، فهذا لا يعني أن المحكم ملزم بجميع ما هو ملزم به القاضي كعدم إلزامية عقد جلسة للمرافعات و الإكتفاء بالمذكرات الكتابية، إلا إذا اشترط ذلك في اتفاق التحكيم، و هو ما يتوافق مع خاصية السرية التي يتميز بها التحكيم، لذلك وجب تحديد الإجراءات التي يجب على المحكم مراعاتها بدقة .

الفقرة الأولى

الوقائع المادية

إذا تم التطرق إلى المبادئ الأساسية التي يجب على المحكم الإلتزام بها من أجل محاكمة عادلة، فإن الأمر يبقى ناقصاً في حالة عدم معرفة كيفية تطبيق هذه المبادئ أو كيفية تفعيلها؟

أولاً- الوقائع المادية البحثية (التي يتمسك بها المحكّمين)

يصدق الأمر في حالة إكتفاء الأطراف بتقديم وقائع دون الإستناد على أي أساس قانوني أو أي تكليف لإدعاءاتهم، و في ذلك يتضح أن الرد على هذا الإنشغال سلبي، بمعنى أن الأطراف غير ملزمين بتكليف الوقائع قانوناً، و هو الأمر الثابت من خلال أحد القرارات الشهيرة الصادرة عن محكمة النقض البلجيكية و المتمثل في قرار Bunge الصادر بتاريخ 1978¹/11/24 .

¹ Alcide Darras, Albert Geouffre de Lapardelle, Jean Paulin Niboyer, Revue critique de droit international privé, volume 89, 1996, page 310 .

و إذا كان القرار بعيد نوعا ما من حيث الزمن، فهناك من أشار إلى قرارات أخرى حديثة على أنها حدثت حذو قرار Bunge، و التي من بينها قرار صادر عن نفس محكمة النقض بتاريخ 2007/02/16، مؤكدا أن المحكم في هذه الحالة غير ملزم بوضع التكييف القانوني للمناقشة شريطة عدم التغيير في موضوع الطلب¹، أما و من الناحية الشخصية، فإنه و بمفهوم المخالفة، فإنه في الحالة العكسية يتوجب على المحكم إخضاع التكييف من جديد لمبدأ المواجهة حفاظا على حق الدفاع.

كما يوجد قلق حيال الإجراء المركب، اين يتم الجمع بين الوساطة و التحكيم، فالمحكم و قبل أن يصبح كذلك يكون وسيطا و هو ما يعرف بنظام Med-Arb .
بصورة أدق، فإن الوساطة ليست مثل التحكيم فيما يخص الطبيعة القضائية، و بالتالي فهي غير معنية بنفس المبادئ التي يقوم عليها التحكيم على غرار حق الدفاع، و من ثم فهناك من ذهب إلى أنه و من هذا المنطلق بأنه بمجرد علم أطراف النزاع بأن الوسيط يمكن أن يكون في المستقبل محكما في حالة عدم جدوى الوساطة .

¹ Laurent BRONCKAERS, l'arbitre doit-il rouvrir les débat lorsqu'il fait évoluer les moyen des parties ?, travail de fin d'études Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires, année académique 2015-2016, Faculté de droit de science politique et de criminologie, département de droit, Université de Liège, page 21 : « Un deuxième arrêt de la Cour de cassation du 16 février 2007 vient confirmer de manière implicite cet enseignement,...doit rechercher les qualifications juridiques et les fondements légaux qui s'appliquent aux faits. La question qui surgit dès lors est de savoir si le juge [arbitre] qui d'office qualifie juridiquement les prétentions du demandeur constituées uniquement de faits, doit respecter les droits de la défense et donc rouvrir les débats? . La Cour dans son arrêt du 16 février 2007 répond que non mais le juge devra veiller à ne pas modifier ni l'objet ni la cause de la demande » .

و بالتالي، فإن الأمر يشكل علما مسبقا لدى الأطراف بإمكانية استعمال الوسيط لوقائع في مجال التحكيم تلقاها في إطار الوساطة، و بالتالي قد يستعملها المحكم في حكمه باعتباره وسيطا سابقا من دون خضوعها لمبدأ الوجاهية، لإعتبار ذلك من مميزات الوساطة¹ .

و يجد المبدأ نفس التفسير إذا ما تعلق الأمر بعمل الخبير في إطار خصومة التحكيم، إذ و على الرغم من أنه ملزم بمتطلبات مبدأ الوجاهية احتراماً لحق الدفاع، إلا أنه يمكن أن ينكتم عن بعض الوقائع التي تندرج ضمن التزامات مهامه كالطبيب في حالة فحص الضحية، و لا يعتبر ذلك من قبيل خرق حق الدفاع² .

ثانيا- الوقائع المادية المستوحاة من الملف (الغير متمسك بها من طرف المحكمتين)

مثل ما هو واضح من خلال العنوان، فإن الأمر في هذه الحالة يتعلق بالوقائع التي يستند عليها المحكم بطريقة غير مباشرة، أي أن الأطراف لم يؤسسا دفوعاتهم القانونية عليها و إنما تم ذكرها بصفة عارضة و ارتأى المحكم الإستناد عليها لتأسيس وجهة نظره .

¹ Olivier Caprasse, la médiation en matière commerciale, Actes du colloque du 26 mai 2008, la médiation, voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes ?, Athemis, 2008, page 88 : « ... , le principe du caucus [الجنسات مع أحد الأطراف] n'est pas contesté, pour autant qu'il y ait en accord des parties sur celui-ci. Quant aux informations obtenues dans le cadre des apartés, elles restent en principe non contradictoires, ... » .

² Recueil des décisions de procédure dans l'arbitrage CCI, 1933-1996, Dominique Hasher, Icci Publishing SA, page 147 : « Les experts sont soumis à toute une sairie d'obligations en vue d'assurer le respect du contradictoire,... . L'expert peut avoir une démarche de caractère non contradictoire et agir donc de manière unilatérale en cas d'impossibilité matérielle » .

ما يمكن قوله في هذا الصدد، أن التزام المحكم باحترام حق الدفاع لا يعني بأي حال من الأحوال تقييده في هذه الحالة مما يجعل الأمر يتناقض مع مبدأ فعالية الحكم التحكيمي، بحيث لا يمنع المحكم من اثناء حكمه المستقبلي بهذا النوع من الوقائع شريطة عدم الإبتعاد عن الإطار الذي يتمسك به الأطراف من خلال دفوعاتهم .

و في هذا الصدد، تم رصد قرار صادر عن محكمة باريس بتاريخ 26/03/2019¹، و الذي يتجل من خلاله أن المحكم في حالة عدم إخضاعه هذا النوع من الوقائع إلى المواجهة فلا يعتبر الأمر خرقاً لحق الدفاع، و هو ما يمكن اعتباره من مستلزمات التوازن بين هذا المبدأ مع اصدار قرار تحكيمي ناجع .

حقيقة و بالرجوع إلى حيثيات هذا القرار نجده ينص بالحرف الواحد على ما يلي :

[Le principe de la contradiction exige seulement que les parties aient pu faire connaître leurs prétentions de fait et de droit et discuter celles de leur adversaire de telle sorte que rien de ce qui a servi à fonder la décision des arbitres n'ait échappé à leur débat contradictoire. Les arbitres n'ont aucune obligation de soumettre au préalable leur motivation à une discussion contradictoire des parties].

و أمام الإلتزام بضرورة البحث عن الأسباب التي من شأنها أن أدت إلى عدم إعتبار ما تقدم خرقاً لمبدأ حق الدفاع، فإن الأمر راجع إلى كون أن هذا المبدأ له امتداد من ناحية حمايته

¹ Cour d'appel de Paris, Pôle 1, chambre 1, arrêt du 26/03/2019, n°RG17/03739.
www.dalloz-actualite.fr

إلى ما بعد صدور الحكم التحكيمي، و ذلك بموجب آلية مخصصة لذلك و التي تتمثل في التزام المحكم بتسبيب قراره التحكيمي¹ .

الفقرة الثانية

الأساس القانوني

إذا كان الأمر بدون إشكال ملاحظ، و ذلك فيما يخص الأسانيد القانونية التي يركز عليها الأطراف في دفوعاتهم، بحيث تتمثل صلاحيات المحكم، مثله في ذلك مثل القاضي، في البحث مدى سلامة القواعد القانونية المتعلقة بالمسألة المتنازع فيها، و من تم تطبيقها أو رفضها دون أن يكون لذلك أثرا فيما يخص المساس بمبدأ المواجهة و بالتالي بحق الدفاع .

لكن الحالة التي تستحق أن نسلط عليها الضوء، تكمن في الحالة التي يستبعد فيها المحكم الأسس التي يتمسك بها الأطراف، و يلجأ إلى الأساس القانوني الذي يراه هو مناسبا، أو بالأحرى تلك المتعلقة بالوقائع التي ينتقيها هذا الأخير من الملف .

ففيما يخص هذا الشأن نجد أنه يجب التمييز بين حالتين، بين ما إذا تعلق الأمر بإثارة المحكم لأسس قانونية خاصة به لكنها مرتبطة بوقائع تم إنتقاؤها من الملف أو تمسك بها الأطراف و آثارها دون الإستناد على أساس قانوني، و بين ما إذا كان الأمر متعلقا بالأساس القانوني الذي

¹ Romain Dupeyré, les limites de l'obligation de motivation : de la concision des sentences arbitrales, Revue québécoise de droit international, année 2006, 19-1, page 45 : « La motivation de la sentence permet aussi aux parties de s'assurer à postériori que le principe du contradictoire a bien été respecté lors des débats ».

أورده المحكم و المغاير للأساس القانوني الذي يتمسك به الأطراف بعيدا عن مسألة ارتباطه بالوقائع .

فيما يخص الحالة الأولى فإن الأمر بديهي، و بالتالي يحال الأمر على ما سبق و أن تم التطرق إليه في الحالات السابقة، أما فيما يخص الحالة الثانية، فإن الأمر يخضع لضابطين اثنين، يتمثل الضابط الأول في التزام المحكم بحق الدفاع في شكله الوجاهي، من جهة، و مراعاة ضابط تطبيق القواعد المتعلقة بالنظام العام، من جهة ثانية .

فيما يخص ضابط التزام المحكم بحق الدفاع، فإنه لا يخول لهذا الأخير مباحثة الأطراف بإيراد أساس قانوني غير متوقع، خاصة إذا لم يتم إخضاعه لمبدأ المواجهة و هو ما استقر عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية بموجب القرار الصادر بتاريخ 2006/03/14، و التي نقضت و أبطلت القرار التحكيمي الصادر في 2003/09/18 على أساس أنه و على الرغم من عدم الزامية المحكم بإبداء وجهة نظره للأطراف قبل إصدار حكمه، الأمر الذي لا يعد مخالف لمبدأ الوجاهية، إلا أن المحكمين بتمسكهم بنص المادة 1843 من القانون المدني الفرنسي و التي لم تخضع للوجاهية من قبل الأطراف أخلوا بمبدأ حق الدفاع¹ .

¹ Cour de cassation, chambre civile 1, 14/03/2006K 03-19.764 : « Attendu que si le tribunal arbitral n'a pas l'obligation de soumettre au préalable l'argumentation juridique qui étaye sa motivation à la discussion des parties, il doit cependant respecter le principe de la contradiction ;

Attendu que, pour rejeter le moyen d'annulation tiré de la violation du principe de la contradiction, l'arrêt retient qu les arbitres ont motivé leur sentenc en droit n appliquant leur raisonnement aux éléments de fait et de droit débattus par les parties et qu'ils en ont déduit les conséquences juridiques qu'ils estimaient fondées ;

أما فيما يخص الضابط الثاني و المتعلق بتطبيق القواعد المتعلقة بالنظام العام، فإن الأمر يعتبر تحصيل حاصل لما سبق و أن تم التطرق إليه في الدراسة الحالية من خلال ما سبق، بحيث لا يمكن أن ننسى أنه و في حالة مخالفة القانون الذي يتمسك به الأطراف، فإنه يمكن للمحكم إلغاء هذا القانون و إحلال محله القانون الملائم في نظره على أن يحترم التوقعات المشروعة للأطراف و نجاعة الحكم التحكيمي .

الفرع الثاني

تطبيق القاضي لحق الدفاع

كما سبق و أن تم التطرق إليه، فإن الأنظمة القانونية المقارنة كرست البطلان جزاءا لخرق مبدأ الوجاهية أو حق الدفاع، سواء تعلق الأمر بالتحكيم الداخلي أو الدولي، و بناءا على ذلك فإن القضاء بصفته مراقب للتحكيم، فإنه يتحقق من فعالية خرق حق الدفاع، و هو أمر لا يختلف فيه اثنان، لكن كيف يتم ذلك ؟ .

الفقرة الأولى

الإلتزام بالنزاهة

يعتبر الإلتزام بالنزاهة من المكانيزمات التي يضعها القانون في يد القضاء المراقب لمؤسسة التحكيم بصفة عامة و مراقبة حسن استعمال مبدأ حق الدفاع بصفة خاصة، بحيث إن كان هذا الأخير هو حق في يد المتمسك به فهذا لا يعني أنه يستعمله كيف ما شاء، و إنما يجب ضبط

Qu'en statuant ainsi alors que le tribunal arbitral avait, sans débat contradictoire, fondé sa décision sur les dispositions non invoquées de l'article 1843 de code civil, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ; ».

هذا الحق بما لا يضر الطرف المتمسك به ضده، لكن ماهو الإلتزام بالنزاهة؟، و ماهي تطبيقاته في مجال التحكيم؟.

أولاً- الخلل بين الإلتزام بالنزاهة و مبدأ الإستوبل

معظم التشريعات الوطنية المقارنة المتعلقة بالتحكيم، لاسيما التحكيم التجاري الدولي، تنص على مرونة تحديد أو اختيار الإجراءات المتعلقة بخصوصية التحكيم، لكن إذا كانت هذه المرونة تتماشى مع طبيعة التحكيم و تصنف ضمن إيجابياته، فهذا يشكل خطراً على حق الدفاع من ناحية أخرى، و هو ما لم تنصدى له إلا القلة من التشريعات الوطنية .

حتى يتضح الأمر جلياً، نورد مثالا يتمثل في الحالة التي يتعمد فيها أحد طرفي خصومة التحكيم عدم التطرق إلى أحد النقاط التي يمكن أن تتدرج في إطار ممارسة حق الدفاع، و ذلك من أجل استعمالها كدفع في حالة انتهاء الأمر بحكم في غير صالحه، أين يستعمل هذا الدفع من أجل طلب إبطال الحكم التحكيمي على أساس خرق حق الدفاع أمام قاضي البطلان .

من بين أهم التشريعات التي تصدت لهذه الوضعية المشرع الفرنسي، و ذلك في إطار التحكيم الداخلي من خلال المادة 1464 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي¹، و التي أحال عليها

¹ Article. 1464 A1.3 du code de procédure civile français : « Les parties et les arbitres agissant avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure » .

بشأن التحكيم التجاري الدولي من خلال المادة 1506 من نفس القانون¹ و المتعلقة بالالتزام الشرف.

هذه الوضعية هناك من اعتبرها من قبيل مبدأ الإستوبل، لاسيما في مجال خصومة التحكيم، و بصفة أدق فيما يخص أثر هذه الوضعية على مرحلة الإعراف و الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي، بحيث هناك حكم صادر عن محكمة القاهرة بخصوص توقف مجموعة شركات مساهمة عن دفع ديون، و بموجب اتفاق تحكيم لجأ أحد المسيريين إلى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بخصوص نزاع متعلق ببطلان عقد يخص شراء حصص أين انتهى الأمر برفض الطلب أحد المحكمتين، و نتيجة لذلك تم اللجوء إلى الدائرة التجارية لمحكمة استئناف القاهرة من أجل بطلان الحكم التحكيمي على أساس عدم صحة التمثيل القانوني، أين استعانت هذه الجهة بمبدأ الإستوبل².

كما أن الأمثلة في مجال التحكيم التجاري الدولي عديدة فيما يخص مبدأ الإستوبل، و التي نأخذ من بينها أحد القرارات الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2018/02/28، بخصوص نزاع تحكيمي بناء على اتفاق تحكيم وارد في عقد بين Sct.Cosfibel premium

¹ Article. 1506 : « A moins que les parties en soient convenus autrement et sous réserve des dispositions du présent titre, s'applique à l'arbitrage international les articles : (3°) 1462, 1463 (alinéa 2), 1464 (alinéa 3), 1465 à 1470 et 1472 relifs à l'instance arbitrale » .

² مجاجي سعاد، الإستوبل أو ما يعرف بمبدأ عدم التناقض اضراراً بالغير في القانون الإجرائي، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عمار تليجي، العدد الثالث، المجلد 2، مارس

و شركة Fang's Bag التايوانية من أجل التزويد بحقائب تحمل العلامة Armani، أين ذهبت

محكمة النقض الفرنسية إلى ما يلي :

[Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses propres constatations que la société Cofibel Premium avait adopté un comportement contradictoire au détriment des sociétés First Smart Asia et Fang's Bag, la Cour d'appel a violé le principe survisé ;]¹

و بالتالي يتضح أن من أهم الإشكالات التي تواجه التحكيم، لاسيما التحكيم التجاري

الدولي، خلو التشريعات الوطنية المقارنة المتعلقة بالتحكيم، لاسيما في حالة اختيار هذه الأخيرة

كمراجع لإجراءات التحكيم، من تنظيم و أخلفت الخصومة التحكيمية بصفة عامة و تكريس حق

الدفاع بصفة خاصة، على الأقل باعتماد المبدأ المنصوص عليه في القانون الفرنسي المتعلق

بالتحكيم، و المتمثل في مبدأ الشرف و حسن النية السالف الذكر .

لكن أمام هذا كله، فإن الواقع القضائي، سواء العدلي أو التحكيمي، يشهد عدم وضوحه

تجاه مسألة جزاء مخالفة مبدأ خرق حق الدفاع مثل ما تم التطرق له قبل قليل، و إن تم اجراء

محاولة تشخيص الإشكال بدقة لإتضح أن الأمر يتعلق بتكريس مبدأ الإلتزام بالنزاهة و حسن النية

في مجال التشريع (التشريع الفرنسي على الأقل) في مواجهة القضاء الذي اعتمد مبدأ الإستويل،

و بالتالي هل الأمر يتعلق بالمبدأ الأول أم ثانيهما ؟، و ذلك فيما يخص التحكيم التجاري الدولي ؟ .

¹ Cour de cassation, chambre civile 1, 28/02/2018, 16-27.823.

<http://www.legifrance.gouv.fr>

ثانياً- الإلتزام بالنزاهة كأساس لمبدأ الإستوبل في مجال التحكيم التجاري الدولي

كما هو معلوم، فإن مبدأ الإستوبل من صنع القضاء الإنجليزي و ذلك منذ سنة 1921 في قضية¹ Macline V Gatty، و الذي مفاده منع التغيير الغير مبرر للإفادات أثناء الخصومة . كما أن تأثير و تأثر الأنظمة الوطنية بالأنظمة الدولية، و العكس صحيح أمر وارد، و بالفعل هو الأمر الحاصل بشأن القضاء و التشريع الفرنسيين فيما يخص أحدهما بمبدأ الإستوبل، لاسيما في مجال التحكيم التجاري الدولي، الأمر الذي تم على مر السنين و تعاقب القرارات إلى أن استقر الوضع و اتضح جليا .

فكانت البداية باستعمال القضاء الفرنسي لعبارة: interdiction de se contredire

و ذلك من طرف محكمة استئناف باريس من خلال قرارها الصادر بتاريخ 2002/01/17 في قضية² ITM Logistique International c. Gavaud، ليتم تكريسه

¹ علي حسن عبد الأمير، كشف و ابتكار المبادئ العامة في القانون و القضاء الإداري، المركز العربي للنشر و التوزيع، جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، 2019، صفحة 2014 .

² CA Paris , 1^{ère} chambre, section C, arrêt du 17/01/2002, n° : 2000/18700 :

تم الحصول على نسخة من القرار في شكل PDF ، عن طريق الإيميل من طرف السيد PHILIPPE AMMIMER AHCEN محافظ المكتبات، مدير مكتبة محكمة النقض الفرنسي بواسطة السيد المسؤول عن المكتبة و الدراسات لمحكمة استئناف باريس، بموجب إيميل وارد إلى البريد الإلكتروني الشخصي و ذلك بتوقيت 09:01 من يوم 2020/07/20 و الذي جاء فيه ما يلي :

« Bonjour Monsieur,

Vous trouverez en pièce jointe l'arrêt souhaité.

Bien à vous.

في نهاية المطاف صراحة من طرف محكمة النقض الفرنسية و ذلك في مجال التحكيم بموجب قرارها الصادر بتاريخ 2005/07/06 في القضية بين الطرفين الأمريكي و الإيراني أو قضية Golshani¹.

إذا كان هذا التقدم ملحوظا، فإن التساؤل حول الأساس القانوني الذي يمكن الإستناد عليه من أجل قبول الدفع بالإستويل في مجال التحكيم التجاري الدولي، طالما أن هذا الأخير يعتبر من قبيل الدفع بعدم القبول و ليس دفعا يبطلان حكم التحكيم في حد ذاته و هذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 2012/12/19².

بالرجوع إلى القرار المشار إليه أعلاه و المتمثل في Golshani، و طالما أن الأمر تم تبنيه من طرف القضاء الفرنسي بخصوص عدم قبول الطعن بالبطلان في حكم التحكيم التجاري الدولي، فإن الأمر لا يمكن أن يخلو من الأساس القانوني المتمثل في ” الإلتزام بالشرف و النزاهة ”، لأنه لا يمكن أن نتصور سكوت أحد الأطراف عن سبب من أسباب البطلان لاسيما أمام القضاء

و ذلك بعد التوجه بطلب من أجل الحصول على نسخة من القرار عن طريق الإيميل بتاريخ 2020/07/17 المصادف لعطلة نهاية الأسبوع، و الذي تضمن ما يلي :

“ Monsieur le Conservateur,

Je viens très respectueusement de vous demander de m'aider pour avoir une copie de l'arrêt : CA Paris, 17/01/2002, SA ITM Logistique International c. Gavaud.

Ou bien m'orienter vers le lien qui correspond.

Touts mes respects Monsieur le Conservateur ».

¹ Cour de cassationK chambre civile 1, 06/07/2005, 01-15.912. <http://www.legifrance.gouv.fr>

² Cass. ^{1ère} civ, 19/12/2012, n°11-13269. <http://www.juricaf.org/arrêt/FANCE-COURDECASSATION-20121219-1113269>.

قبل اللجوء إلى التحكيم مثل ما هو عليه الحال في مجال القانون الفرنسي، ثم بعد ذلك يدفع بالبطلان في إطار مراقبة القضاء للحكم التحكيمي في إطار دعوى البطلان، طالما أن هذا القضاء لا يمكن النظر في الحلول من جديد.

و في نهاية المطاف، نجد المشرع الفرنسي يعزز مبدأ الإستوبل في مجال التحكيم، لاسيما المادة 1466 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، بموجب المرسوم رقم 11-48 المؤرخ في 2011/01/13 و الذي يعتبر أنه متخلا عنه الدفع الذي كان يعلم به صاحبه و لم يثره في وقته¹.

الفقرة الثانية

الطعن ببطلان الحكم التحكيمي خرقا لحق الدفاع

من بين حالات البطلان و التي لها أثر على الحكم التحكيمي، بل و أكثرها شيوعا، مخافة مبدأ حق الدفاع و خرقه، سواء تعلق الأمر بالفصل في النزاع طبقا للقانون أو بالصلح، فإذا تم اجراء ما دون علم أحد الخصوم أو في غيابه فلن يتمكن من تقديم دفاعه بشأنه، فإن هذا الإجراء يكون باطلا، و بالتالي فإنه ما يبنى على بطلان الإجراءات الأساسية يؤدي إلى بطلان الحكم التحكيمي، بل أكثر من ذلك، فإنه للمحكمة أن تقضي ببطلان الحكم التحكيمي من تلقاء نفسها حتى و لو لم يتمسك الأطراف بخرق حق الدفاع، لاعتباره من صميم النظام العام الإجرائي التحكيمي².

¹ Article. 1466 du code de procédure civile français : « La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitrale est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir ».

² محمود علي الرشدان، شرح قانون التحكيم الأردني، شرح تأسيلي و تحليلي لنصوص القانون مدعما بالمبادئ القانونية لمحكمة التمييز الأردنية، دار اليازوري العلمية، 2014، صفحة 154 .

إلا أن مبدأ حق الدفاع في مجال التحكيم يتسم بنوع من المرونة بما يتلاءم معه خلافاً لنفس المبدأ في إطار القضاء العدلي، بحيث يجب أن يكون في خرقه أثر على الحكم التحكيمي وذلك من أجل ضمان أكثر لأحكام التحكيم، و على سبيل المثال هناك قانون التنظيم القضائي البلجيكي القديم الذي لم يكن يأخذ بهذا الإتجاه، لكن تدارك الأمر و عالجه بموجب القانون الجديد من أجل تجاوز الحالات المحض شكلية¹، و ذلك من خلال المادة 1717-3-A-ii² .

كما أنه، على من يتمسك بخرق حق الدفاع بمناسبة الدفع ببطلان الحكم التحكيمي أن يثبت ذلك، و هذا على الرغم من عدم النص على ذلك صراحة من خلال التشريعات المقارنة المتعلقة بالتحكيم، و هو ما ذهب إليه قضاء محكمة النقض الفرنسية من خلال القرار الصادر بتاريخ 2014/11/05، بحيث ذهبت بالحرف الواحد إلى ما يلي :

[Attendu qu'il incombe à la partie qui invoque la violation par l'arbitre du principe de la contradiction d'en apporter la preuve ;

Attendu que, pour débouté la société Yukos de sa demande d'exequatur pour non respect du principe de la contradiction, après avoir relevé, que, nonobstant les mentions portées dans la sentence, il n'était apporté aucun élément justificatif de la réception,...

Qu'en sratuant ainsi, alors que la sentence énonce qu'il ressort des bons de remise de l'opérateur postal privé que l'ensemble des communications de

¹ Bronckaers Laurent, Op.cit, page 182 : « La loi du 24/06/2013 a modifier le régime d'annulation des sentences arbitrales Le législateur a voulu supprimer les cas d'annulation pour vice purement formels » .

² Article. 1717-3-a-ii du code judiciaire belge : « qu'elle n'a pas été dûment informée de la désignation d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits ; dans ce cas, il peut toutefois y avoir annulation s'il est établi que l'irrégularité n'a pas eu d'incidence sur la sentence arbitrale » .

l'arbitre ont été directement reçues par la défenderesse, la Cour d'appel, qui a inversé la charge de la preuve, a violé les textes susvisés, (1520,4...)]¹ .

كما أنه، و فيما يخص دعوى بطلان الحكم التحكيمي على أساس خرق حق الدفاع دائما، فلا بد من الإشارة إلى أنه قد يتعلّق الأمر بخرقه على مستوى خصومة التحكيم في شكله المعروف بمبدأ المواجهة² و على النحو الذي سبق و أن تم التطرق إليه، كما أنه قد يتخذ وجهها آخرا و ذلك على مستوى الحكم التحكيمي، و هو ما يعرف بعدم تسبب حكم التحكيم أو التناقض في الأسباب³ .

و إذا تم التطرق إلى حق الدفاع في صورته المتمثلة في مبدأ المواجهة، فإن صورته المتمثلة في انعدام تسبب الحكم الهدف منها معرفة النتيجة التي توصل إليها المحكم من خلال حكمه بناء على الأدلة الواقعية و الحجج القانونية، و هو ما سبق و أن تم التطرق له سابقا من باب تطبيق المحكم لمبدأ حق الدفاع، أما وجه تناقض الأسباب فيتمثل في استخلاص وقائع تختلف عن ما تم الإنهاء إليه في موضع آخر من الحكم، و هو ما يعتبر حالة مماثلة لانعدام التسبب⁴ .

¹ Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 5/11/2014, 13-11.745. <http://ww.legifrance-gouv.fr>

² غريبة سمية و نسيغة فيصل، الرقابة القضائية على حكم التحكيم عن طريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم التجاري الدولي، مجلة المفكر، العدد السابع عشر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خضير، بسكرة، جوان 2018، صفحة 244 . <http://www.asjp.cerist.dz> .

³ بلغازي نور الدين، الطعن بالبطلان تكريس لرقابة القاضي على أعمال المحكمين البحريين، المجلة الجزائرية للقانون البحري و النقل، المجلد الخامس، العدد الأول، جامعة أبي بكر بقايد، تلمسان، مارس 2018، صفحة 141. <http://www.asjp.cerist.dz>

⁴ غريبة سمية و نسيغة فيصل، صفحة 246 .

و فيما يخص مسألة الوقائع المادية و الحجج القانونية، فإنه قد يحدث و أن يتدخل الغير في الخصومة التحكيمية لصالح أحد أطراف النزاع بموجب مذكرة كتابية، لكن هذا لا يعني أنه يستفيد من مبدأ حق الدفاع و إنما هي مسائل حصرية على أطراف الخصومة الأصليين، و تنتهي حدود التدخل عند توضيح نقطة معينة مرتبطة بالصالح العام، و لا يتعدى الأمر ذلك، دون إمكانية حضور الجلسات أو المرافعة أو الإضطلاع على ملف، و بالتالي فإن الطرف المتدخل غير معني بدعوى البطلان¹ .

و بما أن مبدأ حق الدفاع ورد على عموميته ضمن مختلف التشريعات الوطنية المقارنة كسبب من أسباب الطعن ببطلان أحكام التحكيم، فإن ذلك يعطي للقاضي المختص صلاحيات واسعة في تقدير السبب الذي يستند عليه لطلب الإبطال .

¹ قبائلي طيب، نظام الطرف الغير مخاصم في التحكيم الإستثماري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد

الخامس، العدد الأول، كلية الحقوق و العلوم السياسية، بجاية، جوان 2014، صفحة 06 إلى صفحة 22 .

- من أهم المزايا التي تترتب على اتفاق التحكيم حرية الأطراف في تحديد إجراءات خصومة التحكيم، و نفس المزية متاحة في حالة عزوفهم عن ذلك و التي تبقى مقررة لهيئة التحكيم، و هو ما ذهب إليه التشريعات المقارنة و الاتفاقيات الدولية .
- في حالة عزوف الأطراف عن تحديد إجراءات التحكيم، فإن هيئة التحكيم هي التي تتولى هذه المهمة، و ذلك إما باختيارها الإجراءات المنصوص عليها ضمن قانون وطني ما، و إما تطبيق الإجراءات المنصوص عليها في لوائح مراكز التحكيم الدائمة .
- في حالة تطبيق هيئة التحكيم لأحد القوانين الوطنية، فقد يكون قانون دولة مقر التحكيم و إما القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع .
- إن هذه الحرية المتاحة للأطراف أو هيئة التحكيم في تحديد إجراءات التحكيم، لا تمثل مبدأ مطلقاً، بل هناك قيد النظام العام الإجرائي الذي يؤثر على هذه الإجراءات .
- إن النظام العام الإجرائي يؤثر على خصومة التحكيم بصورة جد فعالة فيما يخص مجال مبدأ المحاكمة العادلة، لما للتحكيم من مزايا يتمتع بها جراء طبيعته التعاقدية .
- إن مراعاة مبدأ المحاكمة العادلة، هو الآخر، لا يعمل به على إطلاقه إلا من طرف المجموعة الأوروبية تحت غطاء النظام العام الأوروبي و ذلك تحت تأثير الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان و الحريات العامة .
- أما باقي الدول فتركز على مبدأ حق الدفاع، و حتى الدول الأوروبية نفسها تتمسك بهذه الاتفاقية فيما يخص المحاكمة العادلة و المبادئ المنبثقة عنه، و تتمسك بتشريعاتها الداخلية عندما يتعلق الأمر بحق الدفاع .

- يتضمن مبدأ حق الدفاع عدة حقوق فرعية، يتمثل أهمها في مبدأ المواجهة و حق الخصم في العلم بإجراءات الخصومة، و ما يترتب عنهما .
- إن الإلتزام بالتقيد بمبدأ حق الدفاع كوجه من أوجه تقييد النظام العام الإجرائي على خصومة التحكيم، يتعدى المحكم إلى القاضي المراقب للتحكيم .
- فيما يخص المحكم، فإن هذا الأخير ملزم بمراعاة حق الدفاع و ذلك خاصة فيما يخص الوقائع المادية و الأسانيد القانونية، فالوقائع المادية تتمثل في تلك المثارة بصفة عرضية من الأطراف دون التمسك بها، أما الأسانيد القانونية فعلى المحكم التقيد بتأسيس الأطراف دون مباغتتهم بأساس قانوني غير متوقع منهم .
- أما فيما يخص القاضي المراقب لحق الدفاع، فإنه يمارس صلاحيته المتعلقة بهذا المبدأ، إما في إطار دعوى البطلان و إما في إطار طلب الإعتراف و الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي .
- من بين التشريعات الوطنية المتقدمة في ما يخص مراقبة القضاء لمدى إحترام المحكم لمبدأ حق الدفاع، التشريع الفرنسي الذي كرس مبدأ النزاهة ضد الطرف الذي يعتمد عدم تفعيل مبدأ المواجهة أثناء الخصومة التحكيمية، و ذلك من أجل تأسيس طلبه لبطلان الحكم التحكيمي في حالة ما إذا لم يكن في صالحه .

الفصل الثاني

أثر النظام العام على الحكم التحكيمي

بعد التطرق إلى مسألة أثر فكرة النظام العام على اتفاق التحكيم، و الذي ينطوي تحته

جميع المسائل المتعلقة بالنظام العام فيما يخص التحكيم كإجراء، بداية من أثر الأول على الثاني

على مستوى اتفاق التحكيم، و الذي كما رأينا أنه يشمل بدوره عدة جوانب، تتمثل أساسا في الجانب

الشكلي لهذا الإتفاق و الجانب الموضوعي، هذا الأخير يتدخل النظام العام بشأنه كفكرة عامة

و مجردة، إلى جانب خصائصه من ناحية ارتباطه بهذه المادة أي مادة التحكيم أو النظام العام

التحكيمي، فلم يتبق في هذه المرحلة سوى التطرق إلى أثر فكرة النظام العام على الحكم التحكيمي .

إن المقصود بأثر فكرة النظام العام على الحكم التحكيمي، يتمثل في التطرق إلى كل

الجوانب المتعلقة بهذا الموضوع، فيتعلق الأمر بطبيعة الحال بمسألة الإعراف و تنفيذ هذا الحكم،

بطلانه و طرق الطعن فيه، لكن العرض في هذه المسائل لا يتم إلا من زاوية النظام العام مع ترك

الجوانب الأخرى للبحوث و الدراسات المتعلقة بهذا المجال .

كما أنه بمجرد إثارة مسألة تنفيذ الحكم التحكيمي يتبادر إلى الأذهان إتفاقية نيويورك

لسنة 1958، و هو أمر غير صحيح، فبغض النظر عن علاقة حكم التحكيم بالتشريعات الوطنية،

فإن هذا المجال مرتبط بعدة اتفاقيات دولية أخرى، على غرار إتفاقية واشنطن، كما لا يخلو الأمر

من التساؤل حول الأحكام المراد تنفيذها على إقليم دولة غير موقعة على أحد هذه الإتفاقيات،

و الإحتمالات في هذا الشأن عديدة، و باتالي سيتم محاولة التطرق لكل هذه المسائل.

كذلك تجدر الإشارة إلى مسألة مهمة، لما لها من أثر على الجانب المنهجي، بحيث من

الصعب الفصل بين التحكيم الداخلي و التحكيم الدولي، و ذلك لتعلق الأمر بالتشريع الداخلي لكل دولة على حدى، و التي عادة ما تكتفي سوى بشرط عدم مخالفة النظام العام، بل منها ما لا ينص حتى على هذا الشرط على غرار المشرع الجزائري، لذلك فإن تخصيص مبحث خاص بالتحكيم الداخلي و آخر بالتحكيم الدولي سيصعب معه احتواء الموضوع، لذلك سيتم الإكتفاء بإشارة إلى هذه الفكرة ضمن التحكيم الداخلي في كل مرة يسمح الأمر بذلك من دون الفصل بينه و بين التحكيم الدولي .

و بالتالي، ما هي الأحكام المتعلقة بتأثير فكرة النظام العام على الحكم التحكيمي، و

ذلك من منطلق المسائل المشار إليها أعلاه ؟ .

المبحث الأول

الأحكام المتعلقة بتنفيذ الحكم التحكيمي

إن التطرق إلى مسألة أثر النظام العام المباشر على حكم التحكيم، و المتمثل في رفض

الأعتراف و الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي، من جهة، و الإعتراف و الأمر بتنفيذه على الرغم من مخالفته للنظام العام، من جهة ثانية، من شأنه أن يقصي عدة جوانب أخرى لها علاقة بالنظام العام، من بعيد أو من قريب، و هو ما يجعل البحث ناقصا فيما يتعلق الأمر بمرحلة جد مهمة من مراحل التحكيم، لذا وجب التطرق لكل ما من شأنه أن يكمل ما هو ناقص، أو على الأقل تدعيم ما له صلة عن قرب بالموضوع كل ما تم السير في تناوله من مرحلة إلى أخرى .

إن هذا التحليل جاء في حقيقة الأمر نتيجة التساؤل حول مدى قابلية حكم التحكيم لأن يكون محلاً لطلب الإعراف به و تنفيذه؟، و من تم قبول هذا الطلب أو رفضه، و بالتالي ضرورة البحث في علاقة هذه المرحلة السابقة للأثر المباشر لفكرة النظام العام على الحكم التحكيمي، لذلك و قبل التطرق إلى هذا الأثر سيتم تناول هذه المسائل السابقة لمرحلة السعي من أجل تنفيذ الحكم التحكيمي بطلب الإعراف و الأمر بتنفيذه، و يتعلق الأمر بشروط صحة الحكم التحكيمي .

المطلب الأول

شروط صحة الحكم التحكيمي

هل بمجرد صدور حكم التحكيم يصبح قابلاً لطلب الإعراف و تنفيذه؟، أم أن هناك شروطاً يجب أن تتوفر فيه لكي يصبح كذلك؟، و في حالة الإيجاب فما هو مصدر هذه الشروط؟، هي أسئلة يجب الإجابة عليها و ذلك بالتطرق إلى مختلف التشريعات الوطنية المقارنة، من جهة، بالإضافة إلى الإتفاقيات الدولية، من جهة ثانية، و ذلك من أجل الجزم بفعالية وجود حقيقي لهذه الشروط من عدمه .

الفرع الأول

الشروط الشكلية لصحة الحكم التحكيمي

هي شروط أوردتها معظم التشريعات الوطنية المقارنة و الإتفاقيات الدولية على حد سواء، من أجل أن يصبح الحكم التحكيمي نافذاً و منتجاً لآثاره مكملاً في جميع جوانبه، و عليه فإنه قبل التطرق إلى هذه الشروط سيتم التطرق إلى الإطار التنظيمي لها، على صعيد كل من التشريعات الوطنية المقارنة و الإتفاقيات الدولية .

الفقرة الأولى

الشروط الشكلية لصحة الحكم التحكيمي في التشريعات الوطنية المقارنة

أولاً و قبل كل شيء، من المؤكد أن هناك فرق بين أحكام المحكمين و أحكام القضاة، هذه الفئة الأخيرة لها من الخبرة في كتابة الأحكام ما يمكنها الإعتناء بها بشكل لائق، و على العكس من ذلك، فإن المحكم لا يتمتع بنفس الدراية، خاصة في التحكيم الداخلي¹، لذلك فإن هذه الشروط عادة ما تكون مخففة فيما يخص التحكيم مقارنة مع الأحكام القضائية، فما هي هذه الشروط ؟ .

أولاً- الإطار القانوني للشروط الشكلية لصحة الحكم التحكيمي في التشريعات الوطنية المقارنة

بداية هناك المشرع الجزائري الذي نظم هذه المسألة على غرار باقي التشريعات ، و ذلك سواء تعلق الأمر بحكم التحكيم الداخلي أو الدولي ، بحيث نص على الأولى في المواد من 1025 إلى 1029 من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية ، و هو ما لم يحدده بالنسبة للنوع الثاني، أي التحكيم الدولي، و السبب من وراء ذلك يعتقد أنه راجع لتفادي التصادم مع النظام الإجرائي المختار و إلا مع الإتفاقيات الدولية المنظمة لهذه المسألة .

كذلك المشرع الفرنسي، و الذي جاءت أحكام قانونه الخاص بالتحكيم الداخلي مطابقة للنهج الذي اعتمده المشرع الجزائري، بحيث يوجد ضمن هذا القانون مماثلات المواد 1025 إلى

¹ خالد منصور اسماعيل، تسبب أحكام التحكيم التجاري، دراسة معمقة و فق التشريعات الوطنية و الإتفاقيات

الدولية و أحكام التحكيم الدولي، الطبعة الأولى، مكتبة القانون و الإقتصاد، الرياض، 2015، صفحة 36 .

1029 السالفة الذكر، و التي تتمثل في 1480 إلى 1483 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، و هو نفس الموقف فيما يخص أحكام التحكيم الدولي .

و هو نفس الأسلوب المتداول بين مختلف هذه التشريعات المقارنة عل كل حال، فزيادة على ذلك مثلا، نجد المشرع المصري الذي ذهب إلى نفس الشيء من خلال المادة 43 من قانون التحكيم الخاص به، و التي احتوت جميع المواد المذكورة أعلاه مجتمعة بالنسبة لكل مشرع، سواء الجزائري أو الفرنسي¹ .

ثانيا- تحديد الشروط الشكلية لصحة الحكم التحكيمي في التشريعات الوطنية

المقارنة، و الجزاء المترتب عن تخلفها

من خلال الإضطلاع على مختلف القوانين الداخلية المقارنة المتعلقة بمسألة الشروط

الشكلية لصحة الحكم التحكيمي، نجد أنه يمكن اجمالها فيما يلي :

¹ المادة 43 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994: " يصدر حكم التحكيم كتابة و يوقعه المحكمون، و في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد يكتفي بتوقيعات أغلبية المحكمين بشرط أن تثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية .

يجب أن يكون حكم التحكيم مسببا إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم .

يجب أن يشتمل حكم التحكيم على أسماء الخصوم و عناوينهم و أسماء المحكمين و عناوينهم و جنسياتهم و صفاتهم و صورة من اتفاق التحكيم و ملخص لطلبات الخصوم و أقوالهم و مستنداتهم و منطوق الحكم و تاريخ و مكان إصداره و أسبابه إذا كان ذكرها واجبا " .

1- تحديد الشروط الشكلية :

أ - الكتابة :

كان من الضروري التطرق إلى شرط كتابة حكم التحكيم في آخر المطاف، و ذلك باستنتاجها من خلال إلزامية ذكر مجموعة من البيانات الإلزامية بموجب مجموع المواد القانونية التي تنص على هذه الشروط، كأسماء الأطراف و عناوينهم، أسماء المحكمين و عناوينهم، و توقيع هؤلاء الآخرين، ...، لولا أن المشرع المصري تطرق لها صراحة من خلال نص الفقرة الأولى من المادة 43 من قانون التحكيم رقم 43 لسنة 1994، السانفة الذكر .

إلا أن الأمر، كما سبق و أن تم الإشارة إليه في الفقرة السابقة يعتبر من قبيل تحصيل الحاصل، فلا يمكن تصور حكم شفوي الذي يمكن وصفه بالمنعدم¹ .

• التوقيع

نصت على توقيع المحكمين على الحكم الصادر عنهم معظم التشريعات المقارنة، لاسيما التشريعات التي رأيناها سالفاً، كل حسب طريقته، فنص المشرع الجزائري على هذا الشرط من خلال نص المادة 1029 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية² .

¹ لزهر بن سعيد، مرجع سابق، صفحة 342 .

² المادة 1029 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " توقع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين و في حالة امتناع الأقلية على التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك، و يرتب الحكم أثره باعتباره موقعا من جميع المحكمين ."

أما المشرع الفرنسي، فنص عليه من خلال المادة 1480 من قانون الإجراءات المدنية السالفة الذكر¹، وكذلك المشرع المصري من خلال المادة 43 من قانون التحكيم المصري السالفة الذكر.

فقط تجدر الإشارة فيما يخص شرط التوقيع من قبل المحكمين، وذلك حتى ولو لم يتعلق الأمر بالتحكيم المؤسسي، إذ لا يقصد بهذا الشرط تولي هيئة التحكيم الدائمة كشخص معنوي مهمة التوقيع، وإنما يبقى التوقيع للمحكمين المصدرين له و وضع ختم أو شعار من طرف الهيئات الدائمة².

• التسبيب :

يقصد بالتسبيب، تضمين الحكم الأسباب الضرورية التي أدت إلى وجوده³، وهو يعتبر من أهم الضمانات في الخصومة التحكيمية لما له من علاقة مباشرة مع حق الدفاع، و التسبيب على غرار باقي الشروط السالفة الذكر، أخذت به معظم التشريعات المقارنة، فأخذ به المشرع الجزائري من خلال المادة 1027 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في فقرتها

¹ Article. 1480 du code de procédure civile français : « La sentence arbitrale est rendu à la majorité des voix.

Elle est signée par tous les arbitres.

Si une minorité d'entre eux refuse de la signer, la sentence en fait mention et celle-ci produit le même effet que si elle avait été signée par tous les arbitres ».

² لزهري بن سعيد، مرجع سابق، صفحة 343 .

³ خالد منصور اسماعيل، مرجع سابق، صفحة 30 .

الثانية¹، و المشرع الفرنسي من خلال المادة 1482 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي السالفة الذكر²، و كذلك المشرع المصري من خلال المادة 43 من قانون التحكيم المصري، السالفة الذكر .

• بيانات الحكم :

و هي بيانات يرى كل مشرع ضرورة ذكرها حسب تشريعه، و التي تتمثل عادة في

أسماء المحكمين، أسماء أطراف النزاع، عرض موجز للوقائع و الإدعاءات...، فنص على ذلك المشرع الجزائري من خلال المادة 1027 السالفة الذكر³، إلى جانب المادة 1028 من نفس القانون⁴، أما المشرع الفرنسي فتناول ذلك من خلال المادة 1481 من قانون الإجراءات المدنية

¹ المادة 02/1027 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية "يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة " .

² Article. 1482 du code de procédure civile français : « La sentence arbitrale expose succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens » .

³ المادة 01/1027 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " يجب أن تتضمن أحكام التحكيم عرضا موجزا لإدعاءات الأطراف و أوجه دفاعهم " .

⁴ المادة 1028 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " يتضمن حكم التحكيم البيانات الآتية :

1 - اسم و لقب المحكم أو المحكمين

2 - تاريخ صدور الحكم

3 - مكان إصداره

4 - أسماء و ألقاب الأطراف و موطن كل منهم و تسمية الأشخاص المعنوية و مقرها الإجتماعي

5 - أسماء و ألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف، عند الإقتضاء " .

الفرنسي¹، و كذلك المشرع المصري، من خلال المادة 43 من قانون التحكيم الخاص به و السالفة الذكر .

ب- الجزاء المترتب على تخلف الشروط الشكلية لصحة الحكم التحكيمي

الشيء الملاحظ هنا، و على الرغم من اتفاق جل التشريعات المقارنة بخصوص تكريس

الشروط الشكلية نفسها لصحة الحكم التحكيمي، لاسيما كل من المشرع الجزائري، الفرنسي

و المصري، و التي تم التطرق لها كمثال، إلا أنها تختلف فيما يخص مسألة الجزاء المترتب على

تخلف هذه الشروط و البيانات .

ففي الوقت الذي اكتفى فيه المشرع الجزائري بوجوب ذكر جميع هذه البيانات،

مستعملا صيغة " يجب " في بداية المواد المعنية بذلك، لاسيما المواد 1027 و 1028 من قانون

الإجراءات المدنية و الإدارية السالفتي الذكر، و كذلك نفس الملاحظة فيما يخص المشرع المصري

فيما يخص المادة 43 من قانون التحكيم المصري، نجد المشرع الفرنسي من التشريعات التي

تنص صراحة على الجزاء المترتب على وجوب ذكر هذه البيانات .

¹ Article. 1481 du code de procédure civile français : « Les sentences arbitrales contient l'indication :

- 1- Les noms, prénoms ou dénominations des parties ainsi que de leur domicile ou siège social ;
- 2- Le cas échéant, du nom des avocats ou de toute personne ayant représenté ou assisté les parties ;
- 3- Du nom des arbitres qui l'int rendu ;
- 4- De sa date ;
- 5- De lieu ou la sentence a été rendu » .

نعم، فالأمر تم ليس فقط بوجوب ذكر بيان، و إنما خصص مادة قانونية بهذا الجراء، على أنها تشمل كل المواد التي لها علاقة بهذه البيانات، و تتمثل هذه المادة في المادة 1483 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي¹، و هو ما كرسه القضاء الفرنسي كذلك، و ذلك، و كمثال طالما أن القرارات في هذا الشأن عديدة و متعددة، من خلال قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 2015/04/01²، و ذلك بالتصريح حرفيا بما يلي :

[1°/ qu'aux termes des articles 1480 et 1492/6 du code de procédure civile la sentence est rendue à la majorité des voix, à peine de nullité ;...les juges de fond ont violé l'article 1492/6 du code de procédure civile, ensemble les articles 1479 et 1480 du même code.

2°/Qu'il importe peu que la sentence ait été signée par les trois arbitres..., l'arrêt attaqué a été rendu en violation de l'article 1492/6 du code de procédure civile, ensemble les articles 1479 et 1480 du même code ;]

و ذلك باعتمادها على المادة 6/1492 من نفس القانون و المتعلقة بالطعن بالبطلان³.

¹ Article. 1483 al. 1 du code de procédure civile français : « Les dispositions de l'article 1483, celles de l'article 1481 relatives au nom des arbitres et à la date de la sentence et celles de l'article 1482 concernant la motivation de la sentence sont prescrites à peine de nullité de celle-ci ».

² Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, arrêt du 01/04/2015, 14-13.908. <http://www.legifrance.gouv.fr>

³ Article. 1492 al. 6 du code de procédure civile français : « Le recours en annulation n'est ouvert que si :

(6)- La sentence n'est pas motivée ou n'indique pas la date à laquelle elle a été rendue ou des arbitres qui l'ont rendu ou comporte pas la ou les signatures requises ou n'a pas été rendue à la majorité des voix ».

لذلك يمكن أن نستخلص، سواء فيما يخص الإكتفاء بالنص على مجرد وجوب توفر الشروط الشكلية للحكم التحكيمي على غرار المشرع الجزائري و المصري، أو بالنص صراحة على بطلان الحكم التحكيمي الذي لا يتوافر على هذه البيانات، على غرار المشرع الفرنسي، أن الشروط الشكلية للحكم التحكيمي هي شروط صحة و بالتالي تعتبر من النظام العام التحكيمي .

الفقرة الثانية

الشروط الشكلية لصحة الحكم التحكيمي في الإتفاقيات الدولية

لقد تم تسجيل تباين فيما بين الإتفاقيات و المعاهدات الدولية فيما يخص نص هذه الأخيرة على الشروط الشكلية لصحة الحكم التحكيمي، و ذلك ليس فقط مقارنة اتفاقية بأخرى فحسب، و إنما يقصد للاختلاف الملحوظ مقارنة بين الإتفاقيات الدولية الغربية و بين العربية منها .

أولاً- الشروط الشكلية لصحة الحكم التحكيمي في الإتفاقيات الدولية العربية

لقد تم انتقاء أهم الإتفاقيات الدولية العربية، و التي تتمثل في :

1- اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي¹

تضمنت اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي، و إلى جانب الأحكام القضائية، أحكام المحكمين، بحيث لم تنص هذه الأخيرة على الشروط الشكلية لصحة حكم التحكيم صراحة

¹ اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي، وافق عليها مجلس وزراء العدل بموجب قراره رقم 01 المؤرخ في 1983/04/06، و وقعت من طرف الدول الأعضاء و دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 1985/10/30، و صادقت عليها الجزائر بتاريخ 2001/05/20 .

على النحو الذي عهدناه فيما يخص التشريعات المقارنة، و إنما يمكن القول أنه تم الإشارة إلى هذه التشريعات، الأمر الذي يمكن أن يفهم منه الرجوع إلى هذه الأخيرة فيما يخص هذه الشروط اللازمة لصحة الحكم التحكيمي، و يأتي هذا مراعاة لإرادة الدولة المراد التنفيذ على إقليمها¹.

2- اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي²

تلت اتفاقية عمان الرياضية العربية للتعاون القضائي، و جاءت خاصة بالتحكيم التجاري الدولي، بحيث تكلمت على شروط صحة الحكم التحكيمي الشكلية من خلال الفصل الخاص بالقرار التحكيمي، لاسيما الفقرة الأولى من المادة 32، و التي تنص على ما يلي : ” يجب أن يكون القرار مسببا و أن يتضمن أسماء المحكمين و الطرفين و تاريخ القرار و مكان صدوره و عرضا مجملا لوقائع الدعوى و طلبات الخصوم و خلاصة موجزة لدفعوهم و دفاعهم و الرد عليها و الطرف الذي يتحمل المصاريف و الأتعاب كليا أو جزئيا ” .

كما تجدر الإشارة إلى أن الجزائر و على الرغم من التوقيع على هذه الإتفاقية إلا أنها لم تصادق عليها و بالتالي فهي غير ملزمة لها، و لعل من بين الأسباب المفسرة لذلك و الأقرب

¹ المادة 37 من اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي : ” مع عدم الإخلال بنص المادتين 28 و 30 من هذه

الإتفاقية يعترف بأحكام المحكمين و تنفذ لدى أي من الأطراف المتعاقدة بنفس الكيفية المنصوص عليها في هذا الباب مع مراعاة القواعد القانونية لدى الطرف المتعاقد المطلوب التنفيذ لديه، و لا يجوز... ” .

² اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي، وافق عليها مجلس وزراء العدل العرب بقراره رقم 08 المؤرخ في 14/04/1987، وقعت بتاريخ 14/04/1987 بمدينة عمان، دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 27/06/1992 .

لذلك، تتمثل في منح المحكمة العليا لكل دولة صلاحية إضفاء الصيغة التنفيذية لأحكام التحكيم، إلى جانب قصر أسباب رفض الأمر بالتنفيذ على مخالفة النظام العام فقط¹.

3- اتفاقية تسوية منازعات الإستثمار في الدول العربية²

- نصت اتفاقية تسوية منازعات الإستثمار في الدول العربية هي الأخرى على بعض الشروط المتعلقة بصحة الحكم التحكيمي، لاسيما : كتابة حكم التحكيم، توقيع المحكمين، تسبيب الحكم، و ذلك من خلال نص المادة 15، و التي تنص على ما يلي :
- ” أ- يعتبر انعقاد المحكمة صحيحا بحضور ثلثي أعضائها.
- ب- تصدر أحكام المحكمة بالأكثرية و عند تساوي الأصوات يرجح الجانب الذي فيه الرئيس .
- ج- يجب أن يكون حكم المحكمة تحريريا و أن يوقعه أعضاء المحكمة المؤيدون له. كما يدون المعارضين رأيهم على هامش الحكم .
- د- يجب أن يتناول الحكم كافة المسائل المطروحة على المحكمة و أن يكون مسببا .
- ه- لا يجوز للأمانة العامة أن تنشر الحكم غيلا بموافقة أطراف النزاع ” .

¹ المادة 35 من اتفاقية عمان للتحكيم التجاري : ” تختص المحكمة العليا لدى كل دولة متعاقدة بإضفاء الصيغة

التنفيذية على قرارات هيئة التحكيم و لا يجوز رفض الأمر بالتنفيذ إلا إذا مخالفا للنظام العام ” .

² اتفاقية تسوية منازعات الإستثمار في الدول العربية، وافق عليها مجلس الوحدة العربية بقراره رقم 1138/72

بتاريخ 2000/12/06.

كذلك فيما يخص هذه الإتفاقية، فإن الجزائر لم توقع و لم تصدق عليها، أكثر من ذلك فإنه لم يصادق عليها سوى خمس دول عربية، هي : الأردن، سوريا، العراق، ليبيا و مصر، و ذلك من أصل عشر دول.

ثانيا- الشروط الشكلية لصحة الحكم التحكيمي في الإتفاقيات الدولية الغربية

أما فيما يخص الإتفاقيات الدولية الغربية، فإنه من البديهي أن الأمر يتعلق بأهمها،

و هي :

1- القانون النموذجي CNUDCI للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، المعدل

و المتمم

في حقيقة الأمر إذا كان القانون النموذجي ليس إتفاقية دولية بآتم معنى الكلمة، إلا أنه تم التطرق إليه طالما أنه تم استخدامه لمعالجة المسائل التي كان من المفروض تناولها بموجب تعديل إتفاقية نيويورك لسنة 1958 و هو ما لم يحصل، بالإضافة إلى أنه تم استخدامه من أجل مرافقة التشريعات الوطنية المتعلقة بالتحكيم الحديثة، و ذلك مثل ما سوف يتم التطرق إليه لاحقا من خلال الأحكام المتعلقة بتأثير النظام العام على الحكم التحكيمي .

نص هذا القانون على الشروط الشكلية لصحة حكم التحكيم، و ذلك من خلال نص المادة 34، بحيث اشترط هو الآخر الكتابة، التسبيب، التاريخ و مكان التحكيم و توقيع المحكمين، و هو السبب وراء تأثر معظم التشريعات الوطنية المقارنة المتعلقة بالتحكيم فيما يخص النص على هذه الشروط، مثل ما تم الإشارة إليه في الفقرة السابقة¹ .

¹ Article. 31 de la loi type : Forme et contenu de la sentence :

2- اتفاقية CIRDI لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين دول و رعايا دول

أخرى (1965)

مثل ما هو الحال بالنسبة للقانون النموذجي CNUDI، فإن إتفاقية واشنطن CIRDI

هي الأخرى تطرقت إلى الشروط الشكلية لصحة الحكم التحكيمي، و هو الأمر الواضح من خلال

نص المادة 48 من الإتفاقية، كالكتابة، توقيع المحكمين، التسبيب....¹.

1- La sentence est rendue par écrit et signée par l'arbitre ou les arbitres .

Dans la procédure arbitrale comprenant plusieurs arbitres, les signatures de la majorité des membres du tribunal arbitral suffisent, pourvu que soit mentionnée la raison de l'omission des autres.

2- La sentence est motivée, sauf si les parties sont convenus que tel ne doit pas être le cas ou s'il s'agit d'une sentence rendue par accord des parties conformément à l'article 30.

3- La sentence mentionne la date à laquelle elle est rendue, ainsi que le lieu de l'arbitrage déterminé conformément à l'article 20-1.

La sentence est réputée avoir été rendue audit lieu. ...

¹Article .48 de convention CIRDI :"

1- Le tribunal statue sur toute question à la majorité des voix de tous ses membres.

2- La sentence est rendue par écrit ; elle est signée par les membres du tribunal qui se sont prononcés en sa faveur.

3- La sentence doit répondre à tous les chefs de conclusions soumises au tribunal et doit être motivée.

4- Tout membre du tribunal

الفرع الثاني

الشروط الموضوعية لصحة الحكم التحكيمي

فيما يخص الشروط الموضوعية لصحة الحكم التحكيمي ، فإنه عادة ما يتم تناولها

بصفة وجيزة ، بل أكثر من ذلك يتم تناولها بصفة عامة و مجملة، بحيث يبقى للباحث دائما مهمة

البحث عن مدى تطبيقها على مجال التحكيم، لاسيما فيما يتعلق الأمر بالنظام العام التحكيمي .

الفقرة الأولى

حجية الشيء المقضي فيه¹

ما يعزز الطبيعة التعاقدية للتحكيم مرة أخرى، و على الرغم من اعتبار مرحلة التنفيذ

متصلة أكثر بالطبيعة القضائية، يتمثل في مبدأ حجية الشيء المقضي فيه، بحيث يصبح القرار

التحكيمي قابلا لتنفيذه بمجرد صدوره و تخلي هيئة التحكيم عن النزاع بموجب هذا الحكم، لكن هل

يعتبر هذا الشرط مطلوب بالنسبة لكلا نوعي التحكيم، الداخلي و الدولي ؟.

¹ في حالة تنازل الأطراف عن طرق الطعن ضمن إتفاقية التحكيم، أو عدم الإعراف بها ضمن القانون الوطني

و ذلك على غرار المشرع الجزائري الذي لا يعترف بالإستئناف، على أن الأخير رهن إتفاق الأطراف بموجب

إتفاق التحكيم، و ذلك وفقا لنص المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و المشرع المصري الذي

لا يعترف سوى بالطعن بالبطلان (لا إستئناف و لا معارضة)، على أن لا يوقف هذا الأخير تنفيذ الحكم

التحكيمي وفقا للمادتين 52 57 من قانون التحكيم المصري ، و ذلك كله على خلاف المشرع الفرنسي الذي يعترف

بالإستئناف كطعن موقف للتنفيذ في حالة إتفاق الأطراف على ذلك و ذلك وفقا للمادة 1489 من قانون الإجراءات

المدنية الفرنسي .

إن مبدأ حجية الشيء المقضي فيه مقرون بالتنفيذ الطوعي لقرار التحكيم، هذا النوع

من التنفيذ الذي يعتبر الصورة العكسية للتنفيذ الجبري، و عادة ما نتناول البحوث المهمة بهذا الشأن على أن مبدأ حجية الشيء المقضي فيه يقتصر على التنفيذ الطوعي لقرار التحكيم دون التنفيذ الجبري لهذا الأخير، و الذي خصص له نظام الإعراف و الأمر بتنفيذ القرار التحكيمي، وفقا لما تعرفه معظم الدول.

لكن، الأمر في الحقيقة يقصد به شيء آخر، فنظام الأمر بالتنفيذ يؤخذ به حتى في حالة

التنفيذ الطوعي و ذلك لمراقبة مراعاة النظام العام، على غرار المشرع الجزائري من خلال نص الفقرة الأولى من نص المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تتعلق بالتحكيم الداخلي¹، و المشرع الفرنسي² و حتى المشرع المصري³.

أو بشكل آخر، إذا كان يقصد بحجية الشيء المقضي فيه أن تنفيذ القرار التحكيمي

يكون طواعية، أي مباشرة، فماذا عن القرارات التحكيمية المخالفة للنظام العام في بلد التنفيذ؟، و عليه فلا مناص من استصدار الأمر بالتنفيذ حتى يتم مراقبة عدم مخالفة القرار التحكيمي للنظام

¹ المادة 01/1035 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو

التحصيلي قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها، و يودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة ... " .

² Article. 1487 al. 01 du code de procédure civile français : « La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'exéquature émanant du tribunal judiciaire dans le ressort duquel cette sentence a été rendue » .

³ المادة 55 من قانون التحكيم المصري : " تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقا لهذا القانون حجية الأمر المقضي و تكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون " .

العام، لكن من جهة أخرى و إن كان الأمر كذلك، فماهي العبرة من الإعتراف بحجية الشيء المقضي فيه للقرارات التحكيمية بمجرد الفصل في النزاع؟¹.

إذا المعنى الحقيقي لتمتع القرار التحكيمي بحجية الشيء المقضي فيه، يتمثل في اعتباره قابلاً للتنفيذ بمجرد صدوره، على الرغم من طرق الطعن فيه المقررة قانوناً، الأمر الذي يوجد من يعتبره أكثر من هذا المبدأ، على أنه من قبيل "قوة الشيء المقضي فيه"¹، و عليه و بغض النظر عن صحة هذا الرأي فإن حجية الشيء المقضي فيه تثبت للقرار التحكيمي بمجرد صدوره .

أما فيما يخص التحكيم التجاري الدولي، فإنه و على الرغم من عدم نص التشريعات الوطنية المقارنة على مبدأ حجية الشيء المقضي فيه، إلا أنه يعتبر مجالاً بامتياز لوضوح الصورة المتعلقة بشمول معنى هذا المبدأ مسألة قابلية القرار التحكيمي للتنفيذ بمجرد صدوره، و ذلك على الرغم من طرق الطعن المقررة قانوناً .

قبل أن نوضح ذلك، و من أجل أن نزيل الغموض عن هذا الكلام، أي مسألة الأخذ بمبدأ حجية الشيء المقضي فيه في مجال التحكيم التجاري الدولي على الرغم من عدم النص عليها ضمن التشريعات الوطنية المقارنة، و ذلك وفقاً لما يلي :

1 - القضاء :

هناك القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2007/06/29، و الذي

ذهبت فيه الأخيرة صراحة إلى ما يلي :

¹ لزهر بن سعيد، مرجع سابق، صفحة 362 .

[Mais attendu que l'autorité de la chose jugée attachée à l'arrêt du 31 mars 2005, qui avait déclaré la société Rena Holding recevable et fondé à obtenir l'exécution en France ...]¹ .

2 - الفقه :

هناك من يرى أن تمتع القرار التحكيمي بحجية الشيء المقضي فيه ليس من شأنه أن يوقف تنفيذ هذا الأخير - و ذلك في مجال التحكيم التجاري الدولي -، إلا في الحالات المنصوص عليها في المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك لسنة 1958²، و هو ما سيتم التطرق له لاحقاً بالتفصيل.

و بالتالي نلاحظ أن حجية الشيء المقضي فيه أمر معترف به فقها و قضاء، و أنه من النظام العام في مجال التحكيم التجاري الدولي .

الفقرة الثانية

حيازة الحكم لقوة الشيء المقضي فيه

إن كان هناك نوع من الإنسجام و التوافق فيما بين التشريعات الوطنية المقارنة، و فيما بين هذه الأخيرة و بين الإتفاقيات الدولية، و ذلك فيما يخص مسألة حيازة النزاع المفصول فيه

¹ Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 29/06/2007, 06-13.293. <http://www.legifrance.gouv.fr>

² Filali Osman , une lex mediterranea arab de l'arbitrage, faisabilité et pertinence , conférence internationale Euro-arabe , les Etats arabes face à l'arbitrage international , Bilan et perspectives , Sousse les 14 et 15 avril 2016 , مجمع الأطرش , Tunis , 2017 , page 132 : « ...lorsque la sentence arbitrale objet de la procédure d'exéquature , a l'autorité de la chose jugée , les griefs retenus par les droits internes en matière d'arbitrage international , pour le refus d'exécution d'une sentence , s'articulent aisément avec les dispositions de l'article V de la convention de New York » .

بموجب الحكم التحكيمي لحجية الشيء المقضي فيه، فإنه لا يبدو كذلك فيما يخص حالة حيازة الحكم لقوة الشيء المقضي فيه .

قبل التطرق إلى هذه المسألة، فلا بد أن نوضح الحالة التي تصبح فيها هذه القوة أو هذا المبدأ شرطا من الشروط الموضوعية لحكم التحكيم و ذلك بدلا من شرط الحجية .

ما يمكن قوله هو أنه يمكن التمسك بهذا الشرط في حالتين، تتمثل الحالة الأولى في حالة التمسك بحق الإستئناف و نص التشريع المعني بوقف هذا الأخير لتنفيذ الحكم التحكيمي، أما الحالة الثانية فتتمثل في حالة الطعن في الحكم التحكيمي بطريق آخر كالطعن بالبطلان، و هو كله ما سيتم التطرق له .

تباينت التشريعات الوطنية المقارنة فيما يخص مسألة الإستئناف في الحكم التحكيمي و الطعن فيه بالبطلان، فمثلا المشرع الجزائري و على الرغم من أخذه بقرينة حجية الشيء المقضي فيه، إلا أنه و في نفس الوقت يأخذ بمبدأ قوة الشيء المقضي فيه، و ذلك سواء تعلق الأمر بالتحكيم الداخلي أو الدولي، بحيث نجده ينص صراحة على الحكم التحكيمي النهائي من خلال

المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية¹، و التي تحيل عليها المادة 1045 من نفس القانون و المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي² .

إذا نلاحظ أن المشرع الجزائري يأخذ بشرط قوة الشيء المقضي فيه وفقا للنحو المشار إليه أعلاه، و ذلك في الحالة التي لم يتنازل فيها الأطراف عن حق الإستئناف حسب ما تنص عليه المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية³ .

لكن نلاحظ كذلك أن المشرع الجزائري ليس فقط أنه لم ينص على الطعن بالبطلان فيما يخص حكم التحكيم الداخلي، و إنما لم ينص على أحكام رقف التنفيذ في حالة الطعن بالإستئناف سوى بإعتماده عبارة " حكم التحكيم النهائي " من خلال المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية السالفة الذكر ، و هذا مقارنة مع التحكيم الدولي أين نص صراحة على وقف تنفيذ الحكم التحكيمي سواء في حالة الطعن فيه بالإستئناف (الأمر القاضي بالإعتراف

¹ الفقرة الأولى من المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية " يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها، و يودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمة التعجيل يتحمل الأطراف نفقات ايداع العرائض و الوثائق و أصل حكم التحكيم".

² المادة 1054 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية " تطبق أحكام المواد من 1035 إلى 1038 أعلاه [المتعلقة بالتحكيم الداخلي]، فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي " .

³ المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " يرفع الإستئناف في أحكام التحكيم في أجل شهر واحد (01) من تاريخ النطق بها، أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة إختصاصه حكم التحكيم، ما لم يتنازل الأطراف عن حق الاستئناف في إتقافية التحكيم " .

و التنفيذ) أو في حالة الطعن ببطلانه، و ذلك من خلال المادتين 1058 من خلال فقرتها الثانية¹ ،
و المادة 1060 من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية² .

أما المشرع المصري، فكان أكثر وضوحاً مقارنة بمشرعنا الجزائري، و ذلك من
حيث أنه يأخذ بمبدأ قوة الشيء المقضي فيه مباشرة بمجرد صدور الحكم التحكيمي خلافاً للمشرع
الجزائري و الذي يأخذ بالمقضييين فيهما، الحجية و القوة، و هو الأمر الواضح من خلال نص
المادة 52 من قانون التحكيم المصري³ ، و لا يعترف سوى بالطعن في الحكم التحكيمي عن طريق
دعوى البطلان .

¹ الفقرة الثانية من المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم
التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أي طعن، غير أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر
التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طاب التنفيذ، اذا لم يفصل فيه " .

² المادة 1060 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " يوقف تقديم الطعون و أجل ممارستها، المنصوص
عليها في المواد 1055 [إستئناف الأمر القاضي برفض الإعتراف و التنفيذ] و المادة 1056 [إستئناف الأمر
القاضي بالإعتراف أو بالتنفيذ (عكس الحالة الأولى) و المادة 1058 [الطعن بالبطلان] تنفيذ أحكام التحكيم " .

³ المادة 01/52 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994: "1- لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا
القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية و التجاري " .

و حتى فيما يخص هذا النوع من الدعاوى، أي دعوى البطلان، فموقفه إسم بالوضوح دائما، طالما أنه ينص صراحة أنه لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ الحكم التحكيمي¹. إلا أنه، إتمام قانون التحكيم المصري بالوضوح لا يعني أنه خال من أي عيب، ذلك أنه و على الرغم من عدم إترافه بقبول أي طعن منصوص في قانون المرافعات على حسب تعبير المادة 52 السالفة الذكر، إلا أنه لم يصرح بقوة الشيء المقضي فيه للحكم التحكيمي، بل يأخذ هو الآخر بمبدأ الحجية و ذلك من خلال المادة 55 من قانون التحكيم ، و ربما يرجع السبب في ذلك لإشتراطه عدم قبول طلب تنفيذ الحكم التحكيمي إلا بعد إنقضاء ميعاد رفع دعوى البطلان²، بحيث إعتبر هذا النوع من الطعن مثله مثل الطعون المقررة في قوانين الإجراءات من معارضة و إستئناف، و يؤخذ على ذلك أن النوعين من الطعون ليسا من نفس الطبيعة³.

أما المشرع الفرنسي فكان أكثرهم تنظيما للمسألة، بحيث ميز أولا و قبل كل شيء بين التحكيم الداخلي و التحكيم الدولي، و ذلك من حيث أنه لم يعترف بالطعن بطريق الإستئناف سوى

¹ المادة 57 من نفس القانون: " لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم، و مع ذلك يجوز

للمحكمة أن تأمر بوقف التنفيذ إذا طلب المدعي ذلك في صحيفة الدعوى و كان الطلب مبنيا على أسباب جدية".

² المادة 1/58 من قانون التحكيم المصري: " لا يقبل طلب تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى".

³ نظرا لكون أن الطعن بالبطلان لا يتقرر فيما يخص الأحكام القضائية لعدم إعتبرها عقودا .

بالنسبة للتحكيم الداخلي و بناءا على إتفاق الأطراف هو الآخر¹، أما الطعن بالبطلان فلكل نوع من التحكيم خصه بأحكامه الخاصة به .

و بالفعل، نص على الطعن بالبطلان فيما يخص الحكم التحكيمي الداخلي على أنه يوقف التنفيذ من خلال المادة 1496 من قانون الإجراءات المدنية²، و على العكس من ذلك فيما يخص الطعن بالبطلان في مادة التحكيم التجاري الدولي³.

المطلب الثاني

الإجراءات المتعلقة بتنفيذ الحكم التحكيمي

لا يمكن الحديث على أثر فكرة النظام العام على تنفيذ الحكم التحكيمي من دون التطرق إلى إجراءات تنفيذه، و يتعلق الأمر بالإعتراف و الأمر بتنفيذه من جهة، و هذا لما له من علاقة بالنظام العام، كذلك فإن للأمر علاقة بطرق الطعن في الحكم التحكيمي من جهة ثانية، و هذا للعلاقة الحساسة كذلك بالنظام العام، لذلك سيتم تناول كل هذا في فرعين إثنين .

¹ Article . 1489 du code de procédure civile français : « la sentence n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties ».

² Article.1496 du code de procédure civile français : « le délai pour exercer l'appel ou le recours en annulation ainsi que l'appel ou le recours exercée dans ce délai suspendent l'exécution de la sentence arbitrale à moins qu'elle soit assortie de l'exécution provisoire ».

³ Article. 1526 : « le recours en annulation formé contre la sentence et l'appel de l'ordonnance ayant accordé l'exequatur ne sont pas suspensifs ».

الفرع الأول

الإعتراف و الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي

بعد إستيفاء الحكم التحكيمي للشروط الشكلية و الموضوعية السالفة الذكر، يصبح قابلا

للتنفيذ، لكن لا يمكن أن يتم الأمر مباشرة، بل لابد من فحصه من طرف القاضي المخول له هذه السلطة، و بعد ذلك يمكن أن ينفذ الحكم التحكيمي¹.

الفقرة الأولى

الإعتراف بالحكم التحكيمي الدولي

تتمة للفكرة السابقة، و المتعلقة بالتفريق بين التنفيذ الطوعي و التنفيذ الجبري، فإن تقديم طلب الإعتراف و الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي، قد لا يعني بالضرورة إلتماس الحصول على الأمر بتنفيذه جبرا، بل يمكن أن يشمل مجرد الإعتراف به في حالة استعداد المدعى عليه بتنفيذه

¹ هناك من يقصر الأمر على التنفيذ الجبري فقط، لكن في حقيقة الأمر فإن لذلك علاقة حتى بالتنفيذ الطوعي، و ذلك راجع لما للتنفيذ الطوعي من امكانية خرق النظام العام في حالة عدم تقديم الحكم التحكيمي لطلب الإعتراف و الأمر بالتنفيذ و لعل من بين الأدلة القاطعة هو توجه المشرع الجزائري نحو هذا الإتجاه في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الحالي أين لم يفرق بين التنفيذ الطوعي و التنفيذ الجبري في هذا الصدد، بعدما كان كذلك في ظل القانون المدني القديم، و ذلك بالنص صراحة على ذلك من خلال المادة 458 مكرر 02/16 منه، و التي تنص على ما يلي : ” يؤمر بالتنفيذ الجبري حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 458 مكرر 02/17 و ذلك في غياب التنفيذ الطوعي للقرار التحكيمي ” .

طوعاً، و نظراً لمتطلبات النظام العام يقدم الحكم للإعتراف به لغرض فحص الشروط الضرورية لذلك¹.

و إذا كان اقتران الإعتراف بالتنفيذ أمر مألوف، لا من ناحية التشريعات الوطنية المقارنة و لا من ناحية الإتفاقيات الدولية، و ذلك دون تمييز بين الإعتراف و الأمر بالتنفيذ للحكم التحكيمي، و من دون حتى تعريف كل واحد منهما على حدى لاسيما مسألة الإعتراف، فإن الدور دور الفقه بحيث قد سبق و أن تم تعريفه مثلاً على أنه : " المكمل الطبيعي للطابع الإلزامي لأي اتفاق تحكيم"².

¹ يمكن تقديم كمثل على التنفيذ الطوعي للأحكام التحكيمية، الإتفاق الجزائري الفرنسي سنة 1983، و بالتحديد من خلال المادة 07/17، و التي تنص على ما يلي :

[La sentence arbitrale est définitive et en acceptant le recours à l'arbitrage, les parties s'engagent à exécuter la sentence dont le délai fixé par le collège arbitral conformément aux dispositions du paragraphe 17/04 du présent règlement et à renoncer à tout recours] .

² Annuaire de la commission du droit international 1989, volume II, première partie, document de la 41^{ème} session, Nations Unies, New York, 1993, page 78 : « Par contre, si, en distinguant la reconnaissance d'une sentence de son exécution, l'on considère que la reconnaissance est le complément naturel du caractère obligatoire de tout accord d'arbitrage... » .

أولاً- شروط الإعتراف بالحكم التحكيمي الدولي¹

قبل التطرق إلى شروط الإعتراف بالحكم التحكيمي، و من أجل الإلمام بهذه الشروط بالطريقة المستحسنة، لا بد من الإشارة إلى أن الهدف من الإعتراف بالحكم التحكيمي هو الكنتابه لحجية الشيء المقضي فيه، و هو الأمر الذي يفصل بين مسألة الإعتراف و مسألة الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي، و هو ما لم تقف عنده معظم البحوث في هذا المجال²، و ذلك على الرغم من وضوح المادة الثالثة من اتفاقية نيويورك لسنة 1958³، و هو ما تم الإشارة إليه في القرار الصادر عن محكمة نقض Luxembourg بتاريخ 2018/06/28¹.

¹ ورد عنوان هذه الفقرة على هذا النحو، و يقصد بذلك " التحكيم الدولي " و ذلك نظراً لعدم تصور اعتراف بالحكم التحكيمي الوطني، الذي لا يتطلب سوى الأمر بتنفيذه من أجل مراقبة عدم مخالفته للنظام العام، و إنما يقتصر الإعتراف على أحكام التحكيم الدولية فقط .

² Octavian CAPITANA, la circulation transnationale des sentences arbitrales, Séminaire multilatéral " L'exécution des décisions de justice en matière civile ", organisé par le Conseil de l'Europe en coopération avec la fondation du Japon, 15-17 octobre 1997, Edition du conseil de l'Europe, Strasbourg, 1998, page 40 : « La reconnaissance a pour objet " l'autorité d'une sentence arbitrale (étrangère) " Le texte [art. 3 de la convention de New York 1958] se réfère principalement au pouvoir de la chose jugée, l'autorité rei judicatae, notion utilisable aussi en matière arbitrale, sans qu'elle soit pourtant tout à fait idoine ».

³ Article. III de la convention de New York 1958 : « Chacun des Etats contractants reconnaîtra **l'autorité d'une sentence arbitrale** et accordera l'exécution de cette sentence conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée, aux conditions établies dans les articles suivants. Il ne sera pas imposé, pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales auxquelles s'applique la présente Convention, de conditions sensiblement plus rigoureuses, ni de frais de justice

1- الشروط الشكلية

عادة ما تنطرق البحوث المتعلقة بهذا المجال إلى الشروط، أو الشرط الشكلي، المتمثل

في اثبات وجود الحكم التحكيمي من طرف من يتمسك به، و هو موقف جل التشريعات الوطنية المقارنة على غرار المشرع الجزائري² و المشرع الفرنسي³، و هو ما تقره أحكام اتفاقية نيويورك لسنة 1958، لاسيما نص المادة الرابعة و التي تتمثل في تقديم أصل الحكم أو نسخة منها، إرفاقه باتفاقية التحكيم أو بنسخة منها مترجمة إلى اللغة الرسمية لبلد التنفيذ إن لم تكن كذلك، و هي الفئة الأولى من الشروط الشكلية⁴.

sensiblement plus élevés, que ceux qui sont imposés pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales nationales. » .

¹ Cour de cassation (LUX)- grosse – arrêt n° 70-2018 du 28.06.18. www.italaw.com :

« La parties qui ne dispose pas d'une sentence arbitrale obligatoire agit loyalement en s'abstenant de soumettre cette sentence dans le but de lui faire attribuer une force exécutoire qu'elle n'a pas » .

² المادة 01/1050 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر

إذا أثبت من تمسك بها وجودها، و كان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي " .

³ Article. 1514 du code de procédure civile français : « Les sentences arbitrales sont reconnues ou exécutées en France si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance ou cette exécution n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international » .

⁴ Article. IV de la convention de New York 1958 :

1. Pour obtenir la reconnaissance et l'exécution visées à l'article précédent, la partie qui demande la reconnaissance et l'exécution doit fournir, en même temps que la demande:

a.L'original dûment authentifié de la sentence ou une copie de cet original réunissant les conditions requises pour son authenticité;

لكن من خلال الإضطلاع على ما له علاقة بالموضوع، من قريب أو بعيد، اتضح أن هناك شروط أخرى تملّي نفسها فيما يخص الشروط الشكلية للإعتراف بالحكم التحكيمي الدولي، فما هي هذه الشروط؟ .

أ - شروط تملّيها اتفاقية نيويورك لسنة 1958 مباشرة

بالإضافة إلى الشروط الشكلية للإعتراف بالحكم التحكيمي التي اعتمدها الدول المصادقة على اتفاقية نيويورك لسنة 1958 من خلال تشريعاتها الوطنية، فإن هناك شروط أخرى تملّيها نفس الاتفاقية و لم تنص عليها هذه التشريعات .

و في الحقيقة، فإن الأمر يعتبر كأثر لاتفاقية نيويورك لسنة 1958 و التي هناك من يعتبرها جزءا من التشريعات الوطنية¹ مستدلا بنص المادة الثالثة و السابعة من الاتفاقية، مفسرا معنى كلمة conditions الواردة في الفقرة الأولى من المادة الثالثة، و الذي يختلف عنها في الفقرة من نفس المادة، مفسرا أنها تعني في الحالة الثانية الشروط الإجرائية، أي أنها استعملت مفهوم "شروط" و ليس إجراءات.

b.L'original de la convention visée à l'article II, ou une copie réunissant les conditions requises pour son authenticité.

2. Si ladite sentence ou ladite convention n'est pas rédigée dans une langue officielle du pays où la sentence est invoquée, la partie qui demande la reconnaissance et l'exécution de la sentence aura à produire une traduction de ces pièces dans cette langue. La traduction devra être certifiée par un traducteur officiel ou un traducteur juré ou par un agent diplomatique ou consulaire.

¹ أحمد بن سليمان بن محمد البوصافي، إشكال تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وفقا للنظام القانوني في سلطنة عمان، مجلة التحكيم العالمية، العدد التاسع و العشرون، يناير 2016، بيروت، صفحة 134 .

انطلاقاً من هذا الرأي فإن الشروط التي تملئها اتفاقية نيويورك لسنة 1958 باعتبارها

كجزء من تشريعات الدول المصادقة على هذه الاتفاقية، تتمثل في تلك التي تملئها فقرتي المادة

الخامسة من الاتفاقية¹، و بمفهوم المخالفة، و التي يمكن استنتاجها على النحو التالي :

¹ Article. V de la convention de New York 1958 :

1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve:

a. Que les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue; ou

b. Que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou qu'il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens; ou

c. Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières pourront être reconnues et exécutées; ou

d. Que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou, à défaut de convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu; ou

e. Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue.

2. La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate:

a. Que, d'après la loi de ces pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage; ou

- صحة اتفاق التحكيم و إبرامه من طرف فرقاء كاملي الأهلية وفقا للقانون الواجب التطبيق .
- أن يكون الطرف المنفذ ضده تم اعلامه باختيار المحكم و الإجراءات .
- أن يفصل الحكم التحكيمي في نزاع متفق عليه، و في الأجل المتفق عليه .
- أن تكون اجراءات التحكيم، تلك المتفق عليها أو تلك الخاصة ببلد اجراء التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق .
- أن يكون الحكم ملزما و لم يتم ابطاله .

ب شروط تتعلق بإرادة الدول المصادقة على اتفاقية نيويورك لسنة 1958

هذه الشروط تملئها الظروف التي صادقت بموجبها كل دولة على اتفاقية نيويورك لسنة 1958، و التي تستمد من الحالة المنشورة من طرف أمانة هيئة الأمم المتحدة (état) المتعلقة باتفاقية نيويورك المعتمدة و المحينة بتاريخ 2020/04/19 .

هذه الشروط تختلف من دولة إلى أخرى حسب موقفها من الإتفاقية، لذلك لا يمكن التطرق لهذه المواقف لجميع الدول المصادقة على الإتفاقية و التي يتجاوز عددها الـ 163 دولة، لذلك سنأخذ كمثال أو نموذج الجزائر، و التي صادقت على الإتفاقية مع الإحتفاظ بتحفظين اثنين .

يتمثل التحفظ الأول في عدم إلزامها بتطبيق الإتفاقية بشأن الإعتراف بالحكم التحكيمي الصادر في أراضي دولة أخرى غير متعاقدة، فيما يتمثل التحفظ الثاني في تطبيق هذه الإتفاقية فقط على الخلافات الناشئة عن العلاقات القانونية، تعاقدية كانت أم غير تعاقدية، و التي تعتبر علاقات تجارية بحكم القانون الجزائري .

b. Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays.

و بالتالي هما شرطان شكليان للإعتراف بالحكم التحكيمي الأجنبي، و عليه يمكن استخلاص أن الشروط الشكلية تكون حسب الحالة، فإذا كان الحكم التحكيمي صادر في دولة غير مصادقة على الإتفاقية فإن الأمر يتعلق بالشروط المنصوص عليها ضمن المادة 1051 و 1052 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، السالفتي الذكر، أما إذا كان الأمر يتعلق بحكم صادر في دولة مصادقة على الإتفاقية فإنه يتم التقيد بالشروط المنصوص عليها ضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بالإضافة إلى تلك المنصوص عليها ضمن المادة الخامسة من الإتفاقية، و كل ذلك شريطة تعلق الأمر بالعلاقات القانونية التعاقدية و الغير التعاقدية المعتبرة علاقات تجارية بحكم القانون الجزائري.

2- الشروط الموضوعية

أما فيما يخص الشروط الموضوعية، فإن نفس المبدأ يأخذ به، و المتعلق بحالة صدور الحكم التحكيمي، فإن صدر من دولة غير مصادقة على اتفاقية نيويورك لسنة 1958 فإن الشروط الموضوعية للإعتراف بحكم التحكيم الدولي هي تلك المنصوص عليها ضمن قانون بلد التنفيذ، و إن أردنا الإستدلال بمثال، فلنلجأ دائما إلى المشرع الجزائري، أين نجد هذا الأخير يشترط لذلك عدم مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي، و هو أول الشروط الموضوعية للإعتراف بالحكم التحكيمي الدولي في كل الأحوال، سواء أصدر هذا الأخير عن بلد مصادق على اتفاقية نيويورك أم لا، و هذا وفقا لنص المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية السالفة الذكر، و هو ما سيتم التطرق إليه لاحقا بنوع من التفصيل من خلال الفصل الثاني لهذا الباب .

أما إذا تعلق الأمر ببلد مصادق على اتفاقية نيويورك، فإنه و بالإضافة إلى الشرط الأول المتمثل في عدم مخالفة الحكم التحكيمي الدولي للنظام العام الدولي، هناك الشرط الثاني الذي

تمليه الفقرة الثانية من المادة الرابعة من اتفاقية نيويورك لسنة 1958، و الذي يتمثل في ضرورة قابلية النزاع للنظر فيه بطريق التحكيم¹ .

و في الأخير، و من خلال ما تقدم يمكن استخلاص ملاحظتين مهمتين، تتمثل أولاهما في كون أن شكل المادة الرابعة من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 يستخلص منه و بكل سهولة أنها خصصت الفقرة الأولى للشروط الشكلية فيما خصصت الفقرة الثانية للشروط الموضوعية للإعتراف بالحكم التحكيمي الدولي .

كذلك فإن الملاحظة الثانية تتمثل في اعتبار المادة الرابعة من اتفاقية نيويورك من صميم النظام العام فيما يخص مسألة الإعتراف بالحكم التحكيمي الدولي، لاسيما فيما بين الدول المصادقة عليها.

ثانيا- إجراءات الإعتراف بحكم التحكيم الدولي

عادة ما تكون التشريعات الوطنية المقارنة متطابقة مع المادة الرابعة من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 فيما يخص إجراءات الإعتراف بأحكام التحكيم الدولي السالفة الذكر، و حتى مع اتفاقية واشنطن فيما يخص التحكيم الدولي في مجال الإستثمار، لاسيما المادة الرابعة

¹ Article. v/02 de la convention de New York 1958 :

2. La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate:

a. Que, d'après la loi de ces pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage; ou

b. Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays.

و الخمسون منه¹، و منها المشرع الجزائري، لاسيما من خلال المواد من 1051 إلى 1053 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المشار إليها سابقا، إلى جانب المشرع الفرنسي لاسيما المواد 1514 و 1515 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المقابلة لمواد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية السابقة، و حتى المشرع المصري من خلال المادة 47 من قانونه الخاص بالتحكيم².

و تتمثل هذه الإجراءات فيما يلي :

1- إثبات صحة وجود الحكم التحكيمي الدولي

و يتمثل هذا الإجراء في ضرورة قيام المتمسك بالحكم التحكيمي الدولي بإثبات صحة وجوده، وفقا للاتفاقيات و التشريعات الوطنية المقارنة التي تنص على ذلك، و ذلك بتقديم أصل الحكم مرفوقا باتفاقية التحكيم أو نسخة من كليهما إلى الجهة القضائية المختصة، و ذلك من الطرف الذي يهمله الأمر .

¹ Article. 54/02 de la Convention pour le Règlement des Différends relatifs au Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats :

Pour obtenir la reconnaissance et l'exécution d'une sentence sur le territoire d'un Etat contractant, la partie intéressée doit en présenter copie certifiée conforme par le Secrétaire Général au tribunal national compétent ou à toute autre autorité que ledit Etat contractant aura désigné à cet effet. Chaque Etat contractant fait savoir au Secrétaire Général le tribunal compétent ou les autorités qu'il désigne à cet effet et le tient informé des changements éventuels.

² بالإضافة إلى تنظيم هذه الإجراءات بموجب قرار وزير العدل رقم 8310 لسنة 2008 بتاريخ 12 سبتمبر 2008، و القرار رقم 2570 لسنة 2009 بتاريخ 07 يوليو 2009 .

بالإضافة إلى ترجمة الحكم التحكيمي و اتفاقية التحكيم إلى اللغة الرسمية لبلد التنفيذ إذا لم تكن كذلك، و هو ما لم ينص عليه المشرع الجزائري، مما يجعل موقفه غامضا من هذه المسألة إلا إذا تم الرجوع إلى المبادئ العامة للإجراءات التي أقرها صراحة من خلال قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، لاسيما إلزامية إتمام الإجراءات و تقديم الوثائق و المستندات باللغة العربية¹.

2- تقديم الطلب إلى الجهة القضائية المختصة

و هو شرط نصت عليه، فيما يخص الإتفاقيات الدولية و بالإضافة إلى المادة الرابعة و الخمسون من اتفاقية واشنطن، الفقرة الأولى من المادة الخامسة و الثلاثون من قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1958 المعدل في 2006².

ففيما يخص المشرع الجزائري، فإن المحكمة المختصة في هذه الحالة تختلف حسب الحالة، فقد تكون نفس المحكمة التي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصها، و قد تكون محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر التحكيم خارج الجزائر¹.

¹ المادة الثامنة من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " يجب أن تتم الإجراءات و العقود القضائية من عرائض و مذكرات باللغة العربية، تحت طائلة عدم القبول .

يجب أن تقدم الوثائق و المستندات باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة، تحت طائلة عدم القبول.

تتم المناقشات و المرافعات باللغة العربية " .

² Article. 35/01 de la loi type :

1. La sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, est reconnue comme ayant force obligatoire et, sur requête adressée par écrit au tribunal compétent, est exécutée sous réserve des dispositions du présent article et de l'article 36.

أما فيما يخص المشرع الفرنسي و المصري، كمثال عن تنوع التشريعات الوطنية المقارنة، فنجد أن موقفها جاء مغايرا مقارنة مع المشرع الجزائري فيما يخص الجهة القضائية المختصة لتقديم طلب الإعتراف بالحكم التحكيمي الدولي .

فبالنسبة للمشرع الفرنسي، فإنه ذهب لنفس ما ذهب إليه المشرع الجزائري في الحالة التي تخص اختصاص المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها الحكم، و اختلف معه في الحالة التي يصدر فيها التحكيم الدولي خارج فرنسا، و الذي جعله يتمثل في اختصاص محكمة باريس، و هذا كله وفقا للمادة 1516 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي² .

أما المشرع المصري، فبالنسبة له الأمر سواء أصدر حكم التحكيم الدولي داخل مصر أو خارجها، فإن الإختصاص مقرر لمحكمة استئناف القاهرة، و ذلك في حالة ما إذا لم يتفق

¹ المادة 02/1051 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " و تعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر و بنفس

الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني" .

² Article. 1516/01 du code de procédure civile français : « La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'exequatur émanant du tribunal judiciaire dans le ressort duquel elle été rendue ou du tribunal judiciaire de Paris lorsqu'elle a été rendue à l'étranger.

الطرفان على خلاف ذلك، و ذلك بموجب المادة التاسعة من قانون التحكيم المصري السالف الذكر التي تحيل عليها المادة 47 منه¹، و التي تحيل على المادة التاسعة من نفس القانون² .

و في الأخير، و قبل الانتقال إلى مسألة تنفيذ الحكم التحكيمي، يجب الإشارة إلى أمر

بالغ الأهمية و الذي يتمثل في ظاهرة التصاق مسألة الإعراف بالحكم التحكيمي الدولي بمسألة

تنفيذه إلى درجة لا يمكن معها حتى التصور أنهما أمران منفصلان، و هو ما يجعل مسألة

الإعراف - و على حد تعبير أحد الزميلات الباحثين في نفس المجال - في الواقع تمر من دون

الشعور بها، مضيئة أنها تشبه حجية الشيء المقضي فيه في آثارها و في نفس الوقت تشبه الأمر

بالتنفيذ في إجراءاته³ .

¹ المادة 47 من قانون التحكيم المصري : " يجب على من صدر حكم التحكيم لصالحه إيداع أصل الحكم أو صورة موقعة منه باللغة التي صدر بها، أو ترجمة باللغة العربية مصدقا عليها من جهة معتمدة إذا كان صادرا بلغة أجنبية، و ذلك في فلم كتاب المحكمة المشار إليها في المادة { 9 } من هذا القانون " .

² المادة التاسعة : " يكون الإختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع أما إذا كان التحكيم تجاريا دوليا سواء جرى في مصر أو في الخارج فيكون الإختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر . "

³ HOCINE Farida, l'influence de l'accueil de la sentence arbitrale par le juge algerien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international, Thèse pour le Doctorat en droit, Université Mouloud MAMMARI de Tizi-Ouzou, Faculté de droit et sciences politiques, 20 juin 2012, page 185 .

الفقرة الثانية

الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي الداخلي

كما سبق و أن تم الإشارة إليه أعلاه قبل قليل، فإن الأمر بالتنفيذ مسألة شبيهة بالإعتراف بالحكم التحكيمي الدولي، لذلك سوف يتم التطرق إلى نفس الشروط من جديد، لكن و كما أن مسألة الإعتراف تخص فقط الحكم التحكيمي الدولي فإن مسألة الأمر بالتنفيذ تشمل النوعين من التحكيم معاً، لذلك سيتم التطرق لمسألة الأمر بتنفيذ الحكم الداخلي فقط، طالما أن شروطه تعتبر شروط الإعتراف فيما يخص التحكيم التجاري الدولي، مثل ما ذهب إليه المشرع الجزائري¹.

أولاً- شروط إصدار الأمر بالتنفيذ

طالما أن الأمر يتعلق بالحكم الصادر في مجال التحكيم الداخلي، فلا يمكن التصور رصد شروط إصدار الأمر لتنفيذه في مجال الإتفاقيات الدولية، و إنما يقتصر الأمر على أهم الشروط التي تملئها التشريعات المقارنة المتعلقة بالتحكيم الداخلي .

1 - الشروط الشكلية

لقد نصت التشريعات الوطنية المقارنة كالعادة، على الشروط الشكلية لإصدار أمر تنفيذ الحكم التحكيمي الداخلي، و المصطلح على أهمها يجد أنه يمكن جمعها في عدد من الشروط، مع تسجيل

¹ المادة 02/1051 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " و تعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر و بنفس

الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة إختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجوداً خارج الإقليم الوطني ."

تفاوت طفيف في بعض منها لا يغير من طبيعة الشروط¹.

أ - إيداع الحكم التحكيمي

يعتبر شرط إيداع الحكم التحكيمي شرطا مشتركا بين معظم التشريعات الوطنية المقارنة، فهناك المشرع الفرنسي الذي يقره بموجب المادة 1487 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي²، وكذلك المشرع المصري من خلال المادة السابعة والأربعون من قانون التحكيم السالفة الذكر، والمشرع المغربي من خلال المادة 320 من قانون التحكيم³، الكويتي⁴، الإماراتي¹.

¹ كالمشرع الجزائري الذي تطرق من خلال المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على قوة الشيء المقضي فيه لإعتباره الحكم التحكيمي قابلا للتنفيذ، الداخلي أو الدولي، طالما أن المادة 1054 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بحكم التحكيم الدولي، والتي تحيل على المادة 1035، وقد سبق وأن تم التطرق إلى أن الأمر جاء نتيجة اعتراف المشرع الجزائري للأطراف بتمسكهم بحق الاستئناف، ويصدر الحكم التحكيمي بعد الاستئناف، أو في حالة العكس، أين يتم التنازل على حق الاستئناف فيصدر الحكم كذلك في هذه الحالة نهائيا .

² Article. 1487/3 du code de procédure civile français : « la requête est déposée par la partie la plus diligente au greffe de la juridiction accompagnée de l'original de la sentence et d'un exemplaire de la convention d'arbitrage ou de leurs copie réunissant les conditions requiérés pour leur authenticité » .

³ المادة 02/320 من قانون التحكيم المغربي: "يودع أحد المحكمين لهذا الغرض أصل الحكم بكتابة ضبط هذه المحكمة خلال ثلاثة أيام من صدوره إذا تعلق".

⁴ المادة 185 من قانون التحكيم الكويتي: "لا يكون حكم المحكم قابلا للتنفيذ إلا بأمر يصدره رئيس المحكمة التي أودع الحكم إدارة كتابتها".

و المشرع الجزائري لا يختلف عن نظرائه فيما يخص هذه المسألة ، الأمر الواضح من خلال المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية² ، فقط يمكن تسجيل اختلاف فيما بين هذه التسريعات الوطنية المقارنة، و ذلك فيما يخص مسألة إيداع أصل الحكم أ إمكانية إيداع نسخة منه، كذلك فيما يخص إيداع حكم التحكيم لوحده أو إرفاقه باتفاق التحكيم، و المضطلع على هذه التشريعات يمكن له أن يميز هذه الاختلافات بسهولة .

ب- إرفاق نسخة من إتفاق التحكيم

هو شرط تناولته بعض التشريعات، بمعنى أن ليس كل التشريعات تأخذ به، و من التشريعات التي أخذت به مثلا، المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 1487 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي السالفة الذكر، و كذلك المشرع الإماراتي،....، أما فيما يخص المشرع الجزائري، فإنه و على الرغم من عدم نصه على إتفاق التحكيم بصدد إستصدار أمر تنفيذ الحكم التحكيمي، إلا أنه أشار في نهاية الفقرة الأولى من المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المشار إليها أنفا إلى كل ما من شأنه أن يودع مرفقا بالحكم التحكيمي، و الذي يمكن أن يكون من بين هذه الوثائق إتفاق التحكيم، لاسيما إذا طلب من الجهة المختصة بالأمر بالتنفيذ .

¹ المادة 215 من قانون التحكيم الإماراتي : " لا ينفذ حكم المحكمين إلا إذا صادقت عليه المحكمة التي أودع الحكم قلم كتابها و ذلك بعد الإطلاع على الحكم و وثيقة التحكيم" .

² المادة 1/1035 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: " يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة إختصاصها، و يودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهيمه التعجيل يتحمل الأطراف نفقات إيداع العرائض و الوثائق و أصل حكم التحكيم " .

2 - الشروط الموضوعية

إن الحكم التحكيمي الداخلي، مثله مثل الدولي، يجب أن لا يكون مخالفا للنظام العام، و هو أمر بديهي ذهبت إليه مختل التشريعات الوطنية المقارنة، و للأسف، يستثنى من هذه التشريعات المشرع الجزائري و الذي لم ينص على مثل الشرط الذي يقوم عليه التحكيم منذ كونه إتفاقا إلى أن يصبح حكما، مثل ما فعل فيما يخص التحكيم الدولي .

فمثلا نص المشرع الفرنسي على هذا الشرط ضمن الأحكام المتعلقة بالتحكيم الداخلي من خلال نص المادة 1488 من قانون الإجراءات المدنية¹، و كذلك المشرع المصري من خلال المادة 58 من قانون التحكيم المصري²، فيما أغفله المشرع الجزائري من خلال عدم النص عليه بموجب الأحكام المتعلقة بالتحكيم الداخلي .

لكن مهما يكن فإن الأمر بالتنفيذ أداة للرقابة القضائية للحكم التحكيمي، كما أنه لا يمكن أن يخلو الأمر من دون مراعاة حد النظام العام، و لذلك تم ايجاد مقارنة غير مباشرة يتم الإستخلاص منها أن النظام العام شرط لتنفيذ الحكم التحكيمي الداخلي³، و ذلك بمقارنة اثبات الوجود المادي للحكم التحكيمي فيما بين التحكيم الدولي و قياس ذلك على التحكيم الداخلي، لاسيما ضرورة توفر الشروط الشكلية للحكم التحكيمي في هذين النوعين الأخيرين من التحكيم، و التي

¹ Article. 1488/01 du code de procédure civile français : « L'exéquature ne peut être accordé si la sentence est manifestement contraire à l'ordre public » .

² المادة 58 /02-ب من قانون التحكيم المصري: " لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقا لهذا القانون إلا بعد

التحقق مما يأتي:

(ب) أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية .

³ عبد العزيز خنفسوي، مرجع سابق، صفحة 68-69 .

تهدف كلاهما إلى ايداع ملف لدى أمانة ضبط المحكمة المختصة بالأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي (المادة 1035 المتعلقة بالتحكيم الداخلي، و المادة 1051 و ما يليها بالتحكيم الدولي)، مع الإشارة إلى ضرورة الربط بين المادة 1051 التي تشير إلى أن الاعتراف (و كذا التنفيذ على حد تعبير نفس المادة) متعلقان باثبات وجود الحكم التحكيمي بعدم مخالفته للنظام العام (الدولي)، و بين الإحالة على المواد 1035 و ما يليها المتعلقة بتنفيذ الحكم التحكيمي الداخلي بموجب المادة 1054، و التي (أي المادة 1035) سبق و أن تم التسليم بأنها تهدف هي الأخرى (مثلها في ذلك مثل المادة 1051) إلى اثبات وجود الحكم التحكيمي الذي لا يجب أن يكون مخالفا للنظام العام، و بالتالي لا يجب مخالفته حتى في إطار المادة 1035 .

ثانيا- إجراءات الحصول على الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي الداخلي

يجب صدور أمر يقضي بتنفيذ الحكم التحكيمي، الداخلي أو الدولي، فهذا الأخير لا يكون نافذا و لا يتمتع بالقوة التنفيذية إلا بعد الأمر بتنفيذه، و هو ما تعمل به أغلب التشريعات المقارنة، على غرار المشرع الجزائري من خلال المواد من 1035-1037 التي تقابلها المواد من 56 إلى 58 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 مثلا، و كذلك القانون الفرنسي من خلال المادتين 1487 و 1488 السالفتي الذكر، و التي يمكن أن نستخلص أن أهم الإجراءات للحصول على الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي، تتمثل فيما يلي :

1- تقديم طلب إلى الجهة القضائية المختصة

تتفق التشريعات المقارنة على أن طلب استصدار الأمر بالتنفيذ يتم عن طريق طلب (عريضة)، و هو ما يطلبه المشرع الجزائري من خلال المادة 1035 من قانون الإجراءات

المدنية و الإدارية، و تقابلها المادة 52 من قانون التحكيم المصري و المادة 1487 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، و التي سبق و أن تمت الإشارة إليها كلها .

و الطلب يقدم ممن له مصلحة، سواء المحكوم له أو المنفذ ضده، كون أن التشريعات المنظمة لهذه المسألة جاءت عامة و شاملة، على غرار المشرع الجزائري من خلال المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و هو نفس موقف المشرع الفرنسي و اللذان لم يحصرا حق الطلب في المحكوم له فقط بل تركا الحق لكلاهما في تقديم طلب استصدار أمر تنفيذ الحكم التحكيمي¹ .

و يرفع طلب استصدار أمر تنفيذ الحكم التحكيمي وفقا لطريقتين، طريق أصلي و طريق فرعي أو عرضي، فيكون الطريق الأصلي وفقا لإجراءات الطلبات القضائية عموما، أما الطريق الفرعي فيكون الطلب طلبا بما للكلمة من معنى قانوني وسط دعوى أصلية تعني بنزاع معين و طلب الأمر بالتنفيذ يكون طلبا مقابلا (فرعيا)، على العكس من الحالة الأولى² .

¹ دمانة محمد و معنصري مريم، إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مجلة الدراسات

القانونية و السياسية، العدد 04، جوان 2016، صفحة 159، مقال منشور على : <http://www.asjp.cerist.dz>

² ليلى بن حليمة، تنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مجلة آفاق العلوم، جامعة زيان عاشور، الجلفة،

جوان 2018، صفحة 237، مقال منشور على : <http://www.asjp.cerist.dz>

2- الفصل في طلب إستصدار أمر تنفيذ الحكم التحكيمي

بعد تقديم طلب استصدار أمر بتنفيذ الحكم التحكيمي إلى كتابة ضبط الجهة القضائية المختصة، حسب الحالة، و ارفاقه بالوثائق اللازمة و ايداع النفقات الخاصة بذلك، و بعد فحص الحكم التحكيمي، يتم إما الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي و إما رفض ذلك .

إذا توافرت الشروط السالفة الذكر، فإن أمانة ضبط الجهة القضائية المودع لديها طلب إستصدار الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي تسلم نسخة من هذا الأخير ممهورة بالصيغة التنفيذية بعد صدور الأمر بالإعتراف و التنفيذ أو الأمر بالتنفيذ، و هو معظم ما ذهب إليه التشريعات المقارنة، لاسيما المشرع الجزائري و التشريعين المصري و الفرنسي، بحيث يتم الأمر في التشريع الجزائري بموجب أمر على ذيل أصل الحكم التحكيمي أو بهامشه، و يتضمن الإذن لكاتب الضبط بتسليم نسخة منه ممهورة بالصيغة التنفيذية¹ .

أما في حالة تخلف الشروط المطلوبة، فإن الجهة القضائية المختصة تصدر أمرا برفض تنفيذ أو الإعتراف و التنفيذ الحكم التحكيمي، حسب الحالة، و ذلك دون المساس بالحكم التحكيمي، لكن مع امكانية الطعن أو التظلم من أمر الرفض حسب التشريع المعني² .

¹ عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، صفحة 590 .

² أجاز المشرع المصري التظلم من أمر رفض طلبي تنفيذ الحكم التحكيمي وفقا لأحكام الفقرة الثالثة من المادة 58 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994، كما مكن المشرع الجزائري للأطراف حق استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ، و ذلك من خلال الفقرة الثانية من نص المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

الفرع الثاني

طرق الطعن في أحكام التحكيم

إن من أهم طرق الطعن في الحكم التحكيمي، الطعن فيه بالإستئناف، البطلان و النقض، سواء تعلق الأمر بالحكم التحكيمي الداخلي أو الدولي، لذلك سيتم تناول الطعن بالإستئناف أولاً، ثم بعد ذلك سيتم تخصيص البند الثاني للطعن ببطلان الحكم التحكيمي و الطعن فيه بالنقض، لما لهما من تشابه فيما يخص أسبابهما .

الفقرة الأولى

الطعن بالإستئناف

إن الطعن بالإستئناف أمر وارد فيما يخص كلا النوعين من الأحكام التحكيمية، الداخلي و الدولي، لذلك سيتم التطرق على كل نوع على حدى .

أولاً- الطعن بالإستئناف في الحكم التحكيمي الداخلي و الإجراءات المتعلقة به

لقد تم التطرق لهذا العنوان بهذه الصيغة، و ذلك لإمكانية التمييز أو التطرق إلى كل من مسألة إستئناف الحكم التحكيمي الداخلي نفسه، بالإضافة إلى إستئناف الأمر القاضي برفض تنفيذه.

1 - الطعن بالإستئناف في الحكم التحكيمي الداخلي

حقيقة تعتبر مسألة الحكم التحكيمي الداخلي من بين النقاط التي لا تشكل توافقاً بين

التشريعات الوطنية المقارنة المتعلقة بالتحكيم، و ذلك ما يترجم نظرة كل دولة إلى هذا النوع من

طرق الطعن في الحكم التحكيمي الداخلي، لذلك فلا يمكن أن تتطرق إلى كل التشريعات المقارنة، لذلك سيتم التطرق إلى التشريع الجزائري، الفرنسي و المصري، كأتمثلة مثل ما سبق و أن عهدناه .

فبالنسبة للمشرع الجزائري، فإنه جعل حق الإستئناف تحت تصرف الأطراف، فإن رغب في التنازل عن هذا الحق وجب عليهم الإتفاق عليه في إتفاقية التحكيم¹، و هو نفس ما ذهب إليه المشرع الفرنسي²، لكن بميوله إلى عدم اللجوء إليه مقارنة بالمشرع الجزائري الذي يستشف ميوله إلى اللجوء إليه من خلال المادة 1033 السالفة الذكر، أما المشرع المصري فكان أكثر جرأة من نظرائه، بحيث نص صراحة على عدم قبول الطعن بالإستئناف في الحكم التحكيمي بصفة عامة، و ذلك من خلال المادة 52 من قانون التحكيم المصري³، و عليه يمكن أن نستخلص أن الطعن بالإستئناف في مجال التحكيم ليس من النظام العام .

هذا الموقف من شأنه أن يؤثر في مبدأ عدم إمكانية ممارسة الطعن بالإستئناف و الطعن بالبطلان في آن واحد، فإذا كان المشرع المصري فصل في الأمر، فإن لكل التشريعين الجزائري و الفرنسي موقف خاص حيال هذا المبدأ، ففي الوقت الذي إختار فيه المشرع الجزائري عدم

¹ المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: "يرفع الإستئناف في أحكام التحكيم في أجل شهر واحد من تاريخ النطق بها، أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة إختصاصه حكم التحكيم، ما لم يتنازل الأطراف عن حق الإستئناف في إتفاقية التحكيم " .

² Article .1489 du code de procédure civile français: « la sentence n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des paries ».

³ المادة 52 من قانون التحكيم المصري: " لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية و التجارية .
يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً للأحكام المبينة في المادتين التاليتين " .

قبول الطعن فيها بالبطلان إنتهج المشرع الفرنسي موقفا مغايرا، بحيث أنه إعترف بقبول الطعن بالبطلان لكن شريطة الإختيار بنيه و الطعن بالإستئناف¹.

2 - إستئناف أمر رفض تنفيذ الحكم التحكيمي الداخلي

كذلك فإن الإستئناف أمر جائز حيا ل أمر رفض تنفيذ الحكم التحكيمي الداخلي بصفة عامة، و تطرقت إلى ذلك معظم التشريعات الوطنية المقارنة المتعلقة بالتحكيم الداخلي، و ذلك على غرار و بطبيعة الحال مشرعنا، إلى جانب المشرع الفرنسي و المصري، إلا أن لكل منهم طريقته الخاصة به في النص على المبدأ و فروعه .

كما أن هذه التشريعات عادة ما تعترف بإستئناف الأمر القاضي برفض تنفيذ الحكم التحكيمي دون الأمر القاضي بتنفيذه، و الذي عادة ما يتم مخاصمته في إطار دعوى إستئناف الحكم التحكيمي ذاته أو دعوى البطلان²، و لعل السبب من وراء ذلك يتمثل في حرص هذه التشريعات على عدم ترك الأحكام التحكيمية دون تنفيذها³.

¹ Article .1491/1 du code de procédure civile français:“ la sentence peut toujours faire l’objet d’un recours en annulation à moins que la voie de l’appel soit ouverte conformément est à l’accord des parties “.

² تجدر الإشارة إلى صدور حكم من المحكمة الدستورية العليا في الطعن رقم 52 لسنة 2001 جلسة 06 يناير 2001، و الذي قضى بعدم دستورية الفقرة الثالثة من المادة 58 من قانون التحكيم المصري، فيما يخص مسألة عدم جواز التظلم من أمر تنفيذ الحكم التحكيمي، و الذي نشر في الجريدة الرسمية بتاريخ 2001/01/18 .

³ قبايلي محمد، طرق الطعن في الحكم التحكيمي التجاري، مجلة الدراسات و البحوث القانونية، كلية الحقوق، جامعة

الجزائر 01، الحجم 02، عدد 01، صفحة 181، مقال منشور على : <http://www.asjp.cerist.dz>

فأجاز المشرع الجزائري ذلك من خلال نص المادة 1035 السالفة الذكر، و هو نفس موقف المشرع الفرنسي، الأمر الظاهر من خلال نص المادة 1500 من قنون الإجراءات المدنية الفرنسي¹، أما المشرع المصري فأجاز التظلم من الأمر الصادر برفض التنفيذ أمام المحكمة المختصة، و هذا وفقا للمادة 58 من قانون التحكيم المصري².

ثانيا- الطعن بالإستئناف في أمر رفض التنفيذ و الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي الدولي

كما سبق و أن تمت الإشارة إليه، فإنه يودع ملف طلب الإعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي للجهة القضائية المختصة حسب البلد المراد تنفيذ الحكم التحكيمي على اقليمه، فإذا استوفى الطلب الشروط الشكلية و الموضوعية السالفة الذكر، فإنه يتم الإعتراف و الأمر بتنفيذ هذا الحكم، و في حالة عدم توافر هذه الشروط، لاسيما مخالفة النظام العام الدولي، فإنه يتم رفض الطلب، و في كلتا الحالتين يمكن استئناف هذه الأوامر، لكن لا يتم ذلك إلا وفقا لأحكام خاصة .

كما أنه و فيما يخص التشريعات المقارنة (الجزائر، مصر و فرنسا مثلا)، فإنه تبين من خلال الإضطلاع على الأحكام الخاصة بالإستئناف، أن الأمر يمكن أن يختلف فيما يخص حكم

¹ Article. 1500 du code de procédure civile français : « L'ordonnance qui refuse l'exécution peut être frappée d'appel dans le délai d'un mois à compter de sa signification.

Dans ce cas, la Cour d'appel connaît, à la demande d'une partie, de l'appel ou du recours en annulation formé à l'encontre de la sentence arbitrale, si le délai pour l'exercer n'est pas expiré ».

² المادة 03/58 من قانون التحكيم المصري: " و لا يجوز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم أما الأمر الصادر برفض التنفيذ فيجوز التظلم منه إلى المحكمة المختصة وفقا لحكم المادة (9) من هذا القانون خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره " .

التحكيم التجاري الدولي (أي الصادر في نفس بلد التنفيذ) عنه في حالة صدوره خارج إقليم بلد التنفيذ، مع الإشارة إلى أن الأمر لا يخص سوى المشرع الجزائري و الفرنسي دون المصري¹ .

1- إستئناف الأمر المتعلق بحكم التحكيم الدولي، الصادر خارج بلد التنفيذ

و في هذه الحالة كذلك، نميز بين الحالتين، الأمر القاضي بتنفيذ الحكم التحكيمي الدولي و الأمر القاضي برفض تنفيذه .

أ- إستئناف الأمر القاضي بالإعتراف أو الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي الصادر خارج بلد التنفيذ

فيما يخص المشرع الجزائري، فيبدو أنه كرس استئناف الأمر القاضي بالإعتراف أو بتنفيذ الحكم التحكيمي الدولي الصادر خارج الجزائر، لكن قيد الأمر بحالات نص عليها على سبيل الحصر، و ذلك من خلال نص المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية²، بما فيها

¹ فيما يخص المشرع المصري فإنه سبق و ان تمت الإشارة إلى أنه لا يفرق بين التحكيم الداخلي و التحكيم الدولي، هذا من جهة، كما أنه لا يعترف بطرق الطعن كالإستئناف في أحكام التحكيم، إلا الطعن بالبطلان، أما فيما يخص الأوامر المتعلقة بقبول أو رفض التنفيذ فخصص لها الإجراء المتمثل في التظلم على حد تعبير المادة 03/58 من قانونه الخاص بالتحكيم لسنة 1994، و هو أمر أقرب للصواب طالما أن الأمر يتعلق بطلب استصدار أمر و الذي عادة لا يخضع لإجراءات المواجهة، و ليس خصومة بالمعنى الحقيقي .

² المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : "لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية :

1 - إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية،

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

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

4 - إذا لم يراع مبدأ الوجاهية،

مخالفة النظام العام الدولي، و هو نفس ما ذهب إليه المشرع الفرنسي من خلال المادة 1520 من قانون الإجراءات المدنية و التي تحيل عليها المادة 1525 من نفس القانون¹، فقط أن هذا الأخير جعل من هذه الحالات سببا لرفض الجهة المختصة طلب رفض الإعراف و الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي الدولي بقوة القانون بدلا من أن يجعلها حالات استثناء لذلك، مثل ما فعل المشرع الجزائري.

ب- إستئناف الأمر القاضي برفض الإعراف أو تنفيذ الحكم الصادر خارج بلد التنفيذ

أما فيما يخص هذه الحالة، فهي تدرج ضمن نص المادة 1055 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فيما يخص المشرع الجزائري، و التي تنص على أن يكون الأمر القاضي برفض الإعراف أو برفض التنفيذ قابلا للإستئناف، و التي نلاحظ أنها لم تضع أي شروط مثل ما هو الأمر بالنسبة لإستئناف الأمر القاضي بالإعراف و تنفيذ هذا الحكم، و حسب ما نصت عليه المادة 1056 المشار إليها أعلاه لم يضع لها أي شروط أو قيود، و ذلك راجع لكون أن الأصل يتمثل في الموافقة و الإستثناء هو الرفض²، و هو نفس موقف المشرع الفرنسي، الأمر الظاهر من خلال نص الفقرة الرابعة من المادة 1525 السالفة الذكر.

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

6 - إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

¹ Article. 1525/04 du code de procédure civile français : « La cour d'appel ne peut refuser la reconnaissance ou l'exequatur de la sentence arbitrale que dans les cas prévus à l'article 1520 ».

² محمد قبائلي، مرجع سابق، صفحة 183 .

2- الطعن في حكم التحكيم الدولي، الصادر داخل بلد التنفيذ

تخص هذه الحالة أمر الإعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي، أو و على العكس من ذلك، رفض الإعتراف و الأمر بتنفيذه، و ذلك بالنسبة للحكم التحكيمي الدولي الصادر داخل بلد التنفيذ، أو ما يعرف بأحكام التحكيم التجاري الدولي .

كما أنه، و كما هو ملاحظ من خلال العنوان، فإن هذا النوع من الأحكام التحكيمية لا يقبل الطعن فيه بالإستئناف، و إنما يقبل الطعن فيه بالبطلان، و هو موقف معظم التشريعات المقارنة كالمشروع الجزائري من خلال المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية¹، و المشروع الفرنسي²، و هو ما يذكرنا بموقف المشروع المصري الذي ينتهج هذا المنهج مبدئياً، أي أنه لا يعترف سوى بالطعن بالبطلان في جميع أنواع التحكيم، داخلية كانت أم دولية، و هو كما سبق و أن تم التطرق إليه .

و بالتالي و بغض النظر عن المشروع المصري، نلاحظ أن التشريعات المقارنة المعاصرة و التي حذت حذو المشروع الجزائري و الفرنسي تفرق بين التحكيم الداخلي و الدولي، فتقر الطعن بالإستئناف في أحكام التحكيم الداخلية و أوامر تنفيذها، و لا تقره بالنسبة لأحكام التحكيم الدولية إلا بالنسبة لأوامر الإعتراف و التنفيذ المتعلقة بهذه الأخيرة و ليس الأحكام بنفسها، كما أن الأمر يخص أوامر الإعتراف و التنفيذ أو رفضها فيما يخص أحكام التحكيم الدولية الصادرة خارج

¹ المادة 01/1058 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في

الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه .

² Article. 1518 du code de procédure civile français : « La sentence rendue en France en matière d'arbitrage international ne peut faire l'objet que d'un recours en annulation » .

بلد التنفيذ و ليس تلك الصادرة داخله، مثل ما تم الإشارة إليه أعلاه و التي تجيز الطعن بالبطلان في هذه الأخيرة كوسيلة وحيدة لمراجعتها و هو ما سيتم تناوله بعد حين .

الفقرة الثانية

الطعن بالبطلان في حكم التحكيم التجاري الدولي المحلي

في هذه المرحلة بالذات، تتفق أغلب التشريعات المقارنة المعاصرة على غرار المشرع الجزائري، الفرنسي و المصري، فيما يخص مسألة عدم قبول الأحكام التحكيمية لأي طعن ما عدا الطعن بالبطلان، و يقصد بذلك أحكام التحكيم الدولي الصادرة داخل بلد التنفيذ، أو كما تم الإشارة إليه أحكام التحكيم التجاري الدولي و كما اصطلح عليه المشرع الفرنسي .

ليس هذا فحسب، فحتى اتفاقية نيويورك لسنة لسنة 1958 المتعلقة بالإعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، تعتبر من بين أسباب رفض تنفيذ حكم التحكيم أن يكون قد تم ابطاله في الدولة التي صدر فيها.

أولاً- الطعن بالبطلان في التشريعات الوطنية المقارنة

تأثرت معظم التشريعات المقارنة ببعضها البعض فيما يخص أوجه الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي الدولي المحلي، و بالتالي فإن المصطلح على هذه الأسباب يجدها متشابهة بين تشريع و آخر، مع امكانية الاختلاف في وجه واحد أو اثنان على الأكثر من هذه الأسباب¹، أما

¹ مثل الوجه المتعلق بعدم تسبب محكمة التحكيم لحكمها أو وجود تناقض في الأسباب، المنصوص عليه بموجب

المطلة الخامسة من المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و التي لم ينص عليها المشرع الفرنسي

القدر المتفق عليه فيتمثل في عدم تعلق هذه الأسباب بما يتجاوز الحدود المشروعة للعملية التحكيمية على نحو يهدر الضمانات الأساسية للتحكيم¹، فما هي هذه الأسباب ؟ .

1- أسباب البطلان المتعلقة بإجراءات التحكيم

هذه الأسباب تتمثل، حسب التشريع الآخذ بها، فيما يلي :

أ- أسباب متعلقة باتفاقية التحكيم

و قد تكون هذه الأسباب متمثلة في حالة التحكيم بدون اتفاقية، مثل ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المتعلقة بأوجه الاستئناف، و التي تعتبر نفس أوجه الطعن بالنقض بالنسبة للحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر كبلد منظم للتحكيم²، أو التحكيم بناء على اتفاقية باطلة أو انقضت مدة صلاحيتها، و هي أسباب نص عليها كذلك المشرع المصري من خلال المادة 53 من قانون التحكيم المصري³، أما

من خلال نص المادة 1520 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، و يرجع السبب في ذلك إلى اعتبار عدم التسبب من قبيل مظاهر مبدأ عدم المواجهة .

¹ علاء النجار حسنين أحمد، نطاق الإلتزام بالسرية في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار التعليم الجامعي للطباعة و النشر و التوزيع، 2018، صفحة 85 .

² المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه " .

³ المادة 53 من قانون التحكيم المصري : "1- لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية:

(أ) إذا لم يوجد إتفاق تحكيم أو كان هذا الإتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بإنتهاء مدته.

المشرع الفرنسي لم ينص على مثل هذه الحالة، أو بالأحرى لا يمكن أن تكون هذه الحالة ضمن الحالات التي أوردها المشرع الفرنسي كحالات بطلان و ذلك لعدم اشتراطه لعنصر الكتابة فيما يخص التحكيم التجاري الدولي¹.

ب - أسباب متعلقة بهيئة التحكيم

و في حقيقة الأمر، أن هذه الفئة من الأسباب تختلف من مشرع إلى آخر، لكن تتفق في كونها تتعلق بهيئة التحكيم، كالسبب المتمثل في مخالفة تشكيل محكمة التحكيم للقانون الذي يأخذ به

-
- (ب) إذا كان أحد طرفي إتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقداً الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته.
- (ج) إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته.
- (د) إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.
- (هـ) إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لإتفاق الطرفين.
- (و) إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها إتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الإتفاق ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها.
- (ز) إذا وقع بطلان في حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم.

2- ونقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية.

¹ Article. 1507 du code de procédure civile : « La convention d'arbitrage n'est pas soumise à aucune condition de forme ».

كل من المشرع الجزائري و الفرنسي و حتى المصري، و ذلك من خلال المواد السالفة الذكر، و كذلك حالة فصل هيئة التحكيم مخالفة للمهمة المسندة إليها... إلى غير ذلك من الأسباب .

ج - أسباب متعلقة بمبدأ الوجاهية

2- أسباب البطلان المتعلقة بالحكم ذاته

كإنعدام التسبيب أو التناقض في ذلك، و مخالفة الحكم للنظام العام الدولي .

أ-إنعدام التسبيب أو تناقض الأسباب

بحيث تنقسم التشريعات الوطنية المقارنة فيما يخص تسبيب الأحكام، فهناك من يشدد

على الزاميتها كالمشرع الجزائري، الفرنسي و المصري و هناك ما لا يلزم بذلك كالقانون

الإنجليزي و الأمريكي¹.

ب-مخالفة الحكم للنظام العام الدولي

تعتبر مخالفة النظام العام الدولي من الحالات المؤدية لبطلان الحكم التحكيمي الدولي

و أهمها، و التي سيتم التطرق لها من خلال المبحث الثاني بالتفصيل .

ثانيا- الطعن بالبطلان في الإتفاقيات الدولية

نقد تم النص كذلك على الطعن بالبطلان من خلال الإتفاقيات الدولية¹، و ذلك و فقا لما

يلي :

¹ قبائلي محمد، مرجع سابق، صفحة 190 .

لم تتعرض اتفاقية نيويورك بشأن الإعراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية على طرق الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي بطريقة مباشرة²، بل تطرقت إليه من خلال المادة الخامسة، بحيث تشترط هذه المادة كما سلف ذكره عدة شروط للإعراف و تنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي، و التي من بينها الشرط المضمن بموجب الفقرة (e) التي تشير إلى بطلان هذا الحكم من طرف السلطة المختصة في البلد الذي صدر فيه³.

و بالتالي يستنتج من هذه الفقرة أنه يمكن الطعن بالبطلان في حكم التحكيم التجاري الدولي في حالتين، تتمثل الحالة الأولى في البلد الذي صدرت فيه، فيما تتمثل الحالة الثانية في البلد الذي صدر الحكم بموجب قانونها .

¹ يستنتج من هذه الإتفاقيات اتفاقية واشنطن لسنة 1965 لتسوية منازعات الإستثمار، و هذا لكون أن الطعن بالبطلان في إطار هذه الإتفاقية لا يمارس أمام القضاء، و إنما أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار .

² معمر حينالة و سي فضيل الحاج، طرق الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية و السياسية، جامعة الوادي، 2017/01/01، صفحة 99. مقال منشور على :

<http://www.asjp.cerist.dz>

³ Article. v-1-e de la convention de Ney York 1958 : « 1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve:

e. Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue.

2- الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي

من خلال الإطلاع على الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961،

لاسيما المادة التاسعة منها، نجدها ذهبت إلى نفس ما ذهبت إليه اتفاقية نيويورك لسنة 1958¹، كما

¹ Article. IX de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international de 1961 :

« 1. L'annulation dans un Etat contractant d'une sentence arbitrale régie par la présente Convention ne constituera une cause de refus de reconnaissance ou d'exécution dans un autre Etat contractant que si cette annulation a été prononcée dans l'Etat dans lequel ou d'après la loi duquel la sentence a été rendue et ce pour une des raisons suivantes : (a) les parties à la convention d'arbitrage étaient, en vertu de la loi qui leur est applicable, frappées d'une incapacité, ou ladite convention n'est pas valable en vertu

de la loi à laquelle les parties l'ont soumise ou, à défaut d'indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue; ou (b) la partie qui demande l'annulation n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens ; ou (c) la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire ; ou contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de clause compromissoire ; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage, les premières pourront ne pas être annulées ; ou (d) la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties ou, à défaut de convention, aux dispositions de l'article 4 de la présente Convention. 2. Dans les rapports entre Etats contractants également Parties à la Convention de New York du 10 juin 1958 sur la Reconnaissance et l'Exécution des Sentences arbitrales étrangères, le paragraphe 1 du présent article a pour effet de limiter aux seuls causes d'annulation qu'il énumère l'application de l'article 5, paragraphe 1, e) de la Convention de New York. »

يستخلص أن هذه الإتفاقية أضافت شرطا آخرًا مقارنة باتفاقية نيويورك، و الذي يتمثل في وجوب أن يكون الإبطال قد صدر في دولة متعاقدة¹.

المبحث الثاني

الأحكام الخاصة بأثر النظام العام على الحكم التحكيمي²

¹ معمر حيتالة و سي فضيل الحاج، مرجع سابق، صفحة 100 .

² إن تطبيق أحكام النظام العام في مجال تنفيذ أحكام التحكيم الداخلية أو الوطنية تعتبر نفسها المطبقة على تنفيذ أحكام التحكيم الدولية، ما عدا فيما يتعلق بدولية التحكيم أو وطنيته في ما يخص نفس المسألة، و التي لا تعرف تشعب و تعقد مثل ما هو عليه الحال في مجال التحكيم التجاري الدولي، كما أنه و إن تم البحث عن النظام العام بالنسبة للحكم التحكيمي الداخلي في مختلف المراجع و البحوث، فإنه و إن وجد له أثر، فإنه يتم بطريقة عرضية بالإشارة إلى عدم مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام، و هو ما لم يشر إليه المشرع الجزائري على كل حال، مثل ما فعل المشرعين المصري و الفرنسي .

كما أنه يستشف ذلك من خلال البحوث المتعلقة بمراقبة مطابقة أحكام التحكيم الدولي للنظام العام، و ذلك بالإستدلال بقرارات قضائية صادرة في مجال التحكيم الداخلي فيما يخص مراقبة مطابقة الأحكام التحكيمية للنظام العام، على غرار: قرار Sica Veradour الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1991/02/20 الذي جاء في سياق مراقبة تكييف المحكم للعلاقة التنزاعية، و الذي ذهب إلى أن القاضي لا يراقب مطابقة تكييف المحكم للنظام العام و إنما الحل النهائي الذي اعتمده هذا الأخير في حكمه، و هو ما تم الإستدلال به في غطار التحكيم التجاري الدولي، على غرار مجلة التحكيم لسنة 2001 التابعة ل Comité Français de l'arbitrage، و هو المبدأ المعمول به في القرارات الصادرة في مجال التحكيم الدولي، على غرار قرار Thales الصادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 2004/11/18 و قرار Société CYTEC الصادر عن محكمة النقض الفرنسية 2004/06/04، و هي قرارات كلها تحصر رقابة الأحكام التحكيمية في الخرق الفعلي للنظام العام و ليس مجرد اهمال قاعدة قانونية متعلقة بالنظام العام، و المنتبغ لهذا الشأن يلاحظ أن هذه المراقبة لمطابقة النظام العام التي تصلح للتحكيم الداخلي كما

فيما يخص مسألة تأثير فكرة النظام العام على الحكم التحكيمي، فإن الدراسات التي عنت بها من قبل عديدة و متعددة، سواء بطريقة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة و التي تنطوي تحت موضوع مراقبة القضاء لتنفيذ الحكم التحكيمي و طرق الطعن فيه .

لكن يبقى الموضوع دائما في حاجة لدراسته، و ذلك بمجرد طرح السؤال التالي: " هل تتمثل آثار النظام العام على الحكم التحكيمي في مجرد منع تنفيذ هذا الأخير ؟"، فإذا كان الجواب بالإيجاب فإن البحث في المسألة يعتبر مدروسا، أما إذا كان الجواب بالنسب، أي في حالة تصور تعدي تأثير النظام العام على الحكم التحكيمي لمنع تنفيذه، فإن الأمر يتسم بالجدية .

بالفعل، فإن الإنشغال الذي يطرح يتمثل في: " هل النظام العام بأنواعه يؤثر على تنفيذ الحكم التحكيمي في بلد التنفيذ فقط؟، أم أنه يؤثر عليه كذلك في جهات أخرى؟، بالإضافة إلى الكيفية التي يتم بها في كلتا الحالتين؟ .

تصلح للتحكيم الدولي كرسب بصفة رسمية بعد تكريسها من طرف القضاء منذ تعديل قانون الإجراءات المدنية الفرنسي و استبدال المادة 6/1484 من القانون القديم : [Si l'arbitre a violé une règle d'ordre public] بالمادة 5/1492 : [..., si la sentence est contraire à l'ordre public] ، بحيث لا يعتبر الأمر مجرد تعديل شكلي، و إنما يقصد منه ما سبق قوله أعلاه .

لهذا لو تم التطرق إلى الأحكام التحكيمية الداخلية في فرع خاص أو فقرة محددة، و بغض النظر عن ندرة المراجع المتكلمة في هذا المجال، فإنه سيتم الوصول في نهاية المطاف إلى نفس الحديث بالنسبة للنوعين من الأحكام، الداخلية و الدولية، خاصة فيما يتعلق بحدود رقابة القاضي لمطابقة النظام العام، أما فيما يخص ما يتعلق بالنظام العام الدولي هو ما سيتم تخصيصه بما يلي من فقرات .

المطلب الأول

عدم القابلية للتحكيم

كما هو معروف فإن تصدي قاضي بلد التنفيذ للحكم التحكيمي بقدر ما هو غير ملزم لفحص مضمون هذا الحكم من الناحية الموضوعية، فهو من جهة أخرى ملزم بالتصدي لهذا الحكم وفقا لنظامه العام، أي النظام العام لقاضي بلد التنفيذ و في نفس السياق فحص القابلية للتحكيم وفقا لقانونه، و هو ما تتمسك به معظم التشريعات الوطنية المقارنة متأثرة في ذلك باتفاقية نيويورك لسنة 1958¹.

الفرع الأول

على مستوى بلد التنفيذ

نقر المادة 2/5-أ من اتفاقية نيويورك السالف ذكرها فيما سبق، أن السلطة المختصة في بلد التنفيذ لها أن ترفض الاعتراف و الأمر بتنفيذ حكم التحكيم إذا تبين لها أن قانون ذلك البلد لا

¹ عادة ما ما تخضع الدول الغير منظمة لاتفاقية نيويورك لسنة 1958 أحكام التحكيم الدولي إلى نفس أحكام تنفيذ

الأحكام القضائية الأجنبية، كما أنه عادة ما تتمسك هذه الدول بشرط المعاملة بالممثل بجانب النظام العام، كتابوان التي لايمكنها الانضمام إلى الإتفاقية لعد عضويتها في هيئة الأمم المتحدة، بل هناك من الدول أكثر تشددا، فإذا كانت دولاً مثل تايبوان و هونج كونج كيفية نوعاً ما لقوانينها المتعلقة بالتحكيم باتفاقية نيويورك، فهناك من الدول ما هي بعدة كل البعد عن هذه الوضعية مكثفية بنظام وحدة التنفيذ مثل العراق، ليبيا .

يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم¹، و يترتب على هذا الوضع أن مراقبة القابلية للتحكيم ستتم بموجب قواعد القانون الوطني و ليس في إطار النظام العام الدولي، و هذا فيما يخص بلد التنفيذ .

يقصد من الفقرة السابقة، أن مسألة القابلية للتحكيم لا تثار مباشرة في مرحلة الإعراف و تنفيذ الحكم التحكيمي، و إنما تثار أوليا في إطار المادة الثانية من نفس الإتفاقية²، باعتبارها شرطا لصحة اتفاقية التحكيم، أين تخضع لمنهج التنازع بصفة عامة و ذلك من أجل تفادي القول بخضوعها إلى القانون الواجب التطبيق، و الذي يستلزم تحديد بحث خاص به .

إذن أصبحنا أما الوضعية التالية : ” تخضع القابلية الموضوعية للتحكيم باعتبارها

شرطا لإتفاق التحكيم إلى منهج تنازع القوانين، و تخضع باعتبارها شرطا للإعراف و قبول الحكم التحكيمي إلى قانون بلد التنفيذ ”، و بالتالي فما هو الحل ؟ .

¹ Article. V/2-a de la convention de New York 1958 :

« 1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve:

a. Que les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue; ou » .

² Article. II de la convention de New York 1958 :

« 1. Chacun des Etats contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage » .

الفقرة الأولى

تقدير القابلية للتحكيم وفقا لمنهج القواعد المادية ذات الطابع الدولي

في هذه الحالة لا غنى من الرجوع إلى التخصص القانوني المتمثل في القانون الدولي

الخاص المادي، و الذي يهتم بالقواعد المادية أو ما يعرف بالقانون الموحد¹ Droit Uniform

و الذي له علاقة بمصالح الدول في مجال القانون الدولي الخاص، على عكس القانون الدولي

الخاص الكلاسيكي و الذي يهتم بالمصالح الشخصية لأطراف النزاع ذات العنصر الأجنبي، و هو

ما له علاقة مباشرة بالنظام العام².

و الفائدة التي يمكن أن يدرها هذا التخصص القانوني تتمثل في إحداث تقارب بين

التشريعات الوطنية، و ذلك بإحلال القواعد المادية محل القوانين الوطنية، لكن من دون المساس

بمضمونها³، و هو ما يعتقد أنه حصل فعلا بشأن إعتبار فحص القابلية للتحكيم .

¹ Edoardo Vitt, cours général de droit international privé, recueil des cours, Académie de droit international, 1979, 1, Tome 162 de la collection, SIJTHOFF, The Netherlands, 1980, page 137 : « Pour ce qui touche au procédé matériel, on a dit qu'il rentrerait dans le domaine du droit international privé au sens large du mot. Cela découlerait de la distinction entre droit international privé stricto sensus, qui comprendrait le seul procédé des règles de conflits ; et lato sensus, qui comprendrait les les procédés pour résoudre les conflits de lois y compris, donc le procédé matériel. Cela explique l'expression généralement employée par la doctrine française, droit international privé matériel » .

² Andréas Busher, Op. cit, page 65 : « La prise en compte, du droit matériel et des intérêts de l'Etat à l'application de sa loi, est traditionnellement réservée exclusivement à l'ordre public, ... ».

³ Andreas Busher, la dimension sociale du droit international privé, cours général, Académie de droit international de la Haye, 2011, page 170 : « Le droit uniforme est la branche sœur du droit international privé. Il est, comme de celui-ci, fondé sur une politique

في الحقيقة تم الإشارة إلى هذه المسألة سابقا ضمن البحث، و ذلك في سياق مبدأ
استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، أين تم الإشارة إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على
هذه المسألة، و تم الوصول إلى ريادة المشرع السويسري في هذا المجال بتكريسه القاعدة المادية
بموجب المادة 178 من القانون الدولي الخاص الفيدرالي السويسري، إلى جانب تكريس القضاء
الفرنسي لنفس القاعدة المادية.

هذا التوجه (Tendence)، حقيقة له فائدة عملية فيما يخص حل إشكالية القانون
الواجب التطبيق بين اتفاقية نيويورك (المادتين II و V) و بين قانون بلد التنفيذ، لكن مجرد التطرق
لهذا الإتجاه كما هو، يجعلنا نشعر بفجوة بين هذه الوضعية (على مستوى تنفيذ الحكم التحكيمي)
و بين الحل المتبنى (الذي أوجد على مستوى فحص مشروعية اتفاق التحكيم و التي من بين
عناصره القابلية للتحكيم)، و بالتالي يجب البحث عن العلاقة بين الوضعتين على الأقل من
أجل القضاء على هذه الفجوة، و إن أمكن تقديم أو نقل هذا الحل من مجال فحص مشروعية اتفاق
التحكيم إلى مجال مشروعية الحكم التحكيمي، المشتركان في مسألة القابلية للتحكيم .

de rapprochement des législations. Cependant, le droit uniforme va plus loin, puisqu'il offre
des règles de droit matériel qui se substituent aux droits nationaux, ... » .

الفقرة الثانية

تقدير القابلية للتحكيم على مستوى مرحلة فحص مشروعية اتفاق التحكيم

لو يتم الإنطلاق من القاعدة المادية السالفة الذكر، و من المادة 178 من القانون السويسري كنموذج¹، أو حتى القضاء الفرنسي في هذا الشأن، و اكتفاء بذلك، فإن الأمر يبدو أنه يفتقد إلى حلقة تربطه بالقابلية الموضوعية للتحكيم في ظل قانون بلد تنفيذ الحكم التحكيمي، و عليه بمجرد ايجاد أو الوصول إلى هذه الحلقة المفقودة يتم الوصول إلى حل لهذه الإشكالية .

بحيث بتطبيق هذه القاعدة المادية لوحدها قد يفضي الأمر إلى تقدير مسألة القابلية للتحكيم وفقا لأحد القوانين الثلاثة: القانون المختار من قبل الأطراف، أو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أو القانون السويسري أو الفرنسي أو القانون الملأئم وفقا لقانون التحكيم الجزائري²، و هو ما قد يجعل هذه القابلية للتحكيم تتنافى مع قانون بلد التنفيذ .

نرجع للقانون السويسري دائما، و بالتحديد إلى المادة التاسعة عشر من نفس القانون الفيدرالي المتعلق بالقانون الدولي الخاص، و التي مفادها أن القانون المطبق على القابلية للتحكيم

¹ Article. 178/02 de la loi fédérale suisse sur le droit international privé : « 2. Quand au fond, elle est valable si elle répond aux conditions que pose, soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit Suisse ».

² المادة 03/ 1040 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " 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 " .

وفقا للفقرة الثانية من المادة 178 السالفة الذكر المتضمنة للقاعدة المادية، تفتح لنا نافذة على قانون بلد التنفيذ فيما يخص تنفيذه¹.

و بالتالي نلاحظ أن القانون الفيدرالي السويسري، كمل إن صح التعبير، القاعدة المادية المنصوص عليها بموجب المادة 178 بالمادة التاسعة عشر السالفة الذكر، و التي تعتبر قاعدة بوليس و التي قد تكون القوانين المتعلقة بالقابلية للتحكيم في قانون بلد التنفيذ، لغرض تمكين نفاذ الحكم التحكيمي على إقليمه من دون أي صعوبة².

في حقيقة الأمر، فإن المشرع الجزائري، و على خلاف المشرع الفرنسي الذي أخذ فقط بالقاعدة المادية المنصوص عليها ضمن المادة 178 من القانون السويسري المتعلق بالقانون الدولي الخاص، أخذ بهذا التوجه ضمنا و ذلك بنصه ضمن المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في إطار القاعدة المادية، و ليس ضمن القانون الدولي الخاص (القانون المدني) مثل ما

¹ Article. 19 de la loi fédérale suisse sur le droit international privé : « 1. Lorsque des intérêts et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent, une disposition impérative d'un droit autre que celui désigné par la présente loi [art. 177 et 178] peut être prise en considération, si la situation visée présente un lien étroit avec ce droit .

2. pour juger si une telle disposition doit être prise en considération, on tiendra compte du but qu'elle vise et des conséquences qu'aurait son application pour arriver à une décision adéquate au regard de la conception suisse du droit ».

² Martial Akakpo, Op. Cit, page 44 : « ..., l'évocation des règles impératives en matière d'arbitrabilité sans la mention d'ordre public est opportune. Pour cette raison, il a été estimé, à juste titre que, les règles impératives peuvent être restreintes aux lois dites de police » .

فعل المشرع السويسري، و ذلك بنصه على " القانون الذي يراه المحكم ملائما"، لكن من الأفضل نقل مضمون هذه المادة و ترتيبها ضمن الأحكام المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي داخل الجزائر.

الفرع الثاني

على مستوى بلد صدور الحكم

إذا ما تم التسليم بفعالية التقنية المنصوص عليها في القانون السويسري بموجب المادة التاسعة عشر من القانون الفيدرالي المتعلق بالقانون الدولي الخاص، و على أنها جسر يربط مرحلة تنفيذ الحكم التحكيمي في البلد المعني بمرحلة معالجة القابلية للتحكيم في سياق مشروعية اتفاق التحكيم، فهل يعني ذلك أن مسألة تنفيذ الحكم التحكيمي تخلصت من كل العوائق التي من شأنها أن تحول دون ذلك؟، حتى و لو تعلق الأمر بعدم القابلية للتحكيم في بلد صدور الحكم؟، الأمر الذي قد يترتب عنه بطلان الحكم التحكيمي في هذا البلد و صدور حكم تحكيمي ثاني .

الفقرة الأولى

على مستوى اتفاقية نيويورك لسنة 1958

إذا كان هذا هو الواقع فيما يخص التشريعات الوطنية المقارنة القاعدة المادية المتعلقة بفحص مشروعية القابلية للتحكيم، و هذا هو الواقع العملي سواء من جهة القضاء العدلي أو القضاء التحكيمي، أفلا يجدر أن نتساءل عن السبب وراء الغموض الذي يشوب اتفاقية نيويورك لسنة 1958؟ و ذلك بفعل المطمة (e) من الفقرة الأولى من المادة ٧، في مواجهة نص المادة III من نفس الاتفاقية؟.

ما يزيد الأمر غرابة، أن القانون النموذجي CNUDCI نفسه فصل في هذه المسألة،
و ذلك بالحرص هذه المرة على التأكيد و إضافة عبارة ” مهما كان بلد إصدار الحكم التحكيمي ”
من خلال المادة¹36 و التي تعتبر نقل حرفي للمادة ٧ من ذات اتفاقية نيويورك لسنة 1958،
و بالتالي يتولد الشعور للتساؤل حول السبب من وراء اضافة هذه العبارة ضمن القانون النموذجي ؟،
على الأرجح من أجل تدارك أمر ما؟ .

إذا ما تم الرجوع إلى الوراثة قليلا، إلى سنة 1927، نجد أن إتفاقية جونييف المبرمة
في هذه السنة، كانت تعطي أهمية قصوى لبلد التحكيم lex fori و الواضح من نص الفقرة الثانية
من المادة الأولى (مطمة d)² ، و ذلك بجعل حكم التحكيم غير قابل للتنفيذ إلا بعد أن يصير نهائيا
تقاديا لصدور حكمين .

¹ Article .36 de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international :“ la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale , quel que soit le pays ou elle a été rendu , ne peut être refusée que :b)- i) l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi du présent Etat ;.....“

² Article. 1/ 2 de la convention de Genève pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1927 : « Pour obtenir cette reconnaissance ou cette exécution, il sera nécessaire, en outre :

d-que la sentence soit devenu définitive dans le pays ou elle a été rendu, en ce sens qu'elle ne sera pas considérée comme si elle est susceptible d'opposition, d'appel ou de pourvoi en cassation (dans les les pays ou ces procédures existent), ou s'il est prouvé qu'une procédure tendant à contester la validité de la sentence est en cours ; ».

في حين جاءت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 لتقلل من الأهمية التي كانت تعطى لبلد إجراء التحكيم، و التي لم تعد تشترط نهائية الحكم التحكيمي حتى يمكن تنفيذه، بل يصبح بموجب اتفاقية نيويورك قابلاً للتنفيذ في بلد التنفيذ بمجرد صدوره - مبدأ حجية الحكم التحكيمي¹.

و تعتبر هذه الحركة ما بين الإتفاقية الأوروبية (حنيف 1927) و بين ما جاءت به إتفاقية نيويورك لسنة 1958 - و التي أدت إلى إفراز هذه الإشكالية المتعلقة بالقابلية للتحكيم -، و هي نفسها التي حدثت سابقاً ما بين إتفاق Montéovideo لسنة 1889 الخاص بتنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي فيما بين الدول اللاتينوأمرىكية و بين إتفاقية بنما التي حلت محله و دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 1976/06/16.

و تمثلت هذه الحركة بالضبط في تجاوز العراقيل التي كانت معروفة في ظل اتفاق Montéovideo كشرط المعاملة بالمثل و أصبحت إتفاقية بنما تركز على حجية الحكم التحكيمي فيما يخص مسألة تنفيذه²، و ذلك بفعل نص المادة الرابعة من ذات الإتفاقية¹.

¹ Vera Arcangeli, les notions d'arbitrabilité, ordre public et de public policy comme moyen de contrôle de l'arbitrage commercial international, Thèse présentée à la Faculté des études supérieures en vue l'obtention du grade de Docteur en droit, novembre 1999, page 90 : « Le poids attribué au siège de l'arbitrage est considérablement moindre dans la convention de New York de 1958. On exige plus que la sentence soit reconnue dans le pays d'origine pour en demander l'exécution dans un autre pays signataire » .

² Claudia Frutos-Peterson, l'émergence de l'arbitrage commercial international en Amérique Latine : L'efficacité de son droit, l'Harmattan, Paris, 2003, page 57 : « R. Santos précise que l'article 4 de la convention de Panama reconnaît trois principes fondamentaux. Premièrement il reconnaît la force d'exécution de la sentence arbitral. Grâce à ce principe, les pays membres de la convention s'engagent à reconnaître les sentences arbitrales étrangères... . Troisièmement, le juge de l'exéquatur ne doit procéder à l'examen d'aucune condition de réciprocité » .

و بالتالي، نستخلص أن اتفاقية نيويورك لسنة 1958 و على الرغم من تكريسها لمبدأ حجية الحكم التحكيمي و قوته الملزمة بمجرد صدوره، إلا أنه تولد عنها الإشكال المتعلق بفحص القابلية للتحكيم فيما بين مرحلة اتفاق التحكيم و بين تنفيذ الحكم التحكيمي و هو ما حاولت تداركه بصورة محتشمة من خلال نص المادة 36 من القانون النموذجي CNUDCI، الذي سبق و أن تمت الإشارة إليه أعلاه، أو بصيغة أخرى فإن اللجنة المختصة حاولت القضاء على هذا الإشكال بطريقة غير مباشرة، أين أصبح الحكم التحكيمي يتميز بقوته التنفيذية مهما كان بلد إصداره وفقاً لهذه المادة، أي المادة 36 .

و هناك المشرع الفرنسي الذي تعامل مع هذه الوضعية حيال المادة الثانية من اتفاقية نيويورك، و التي تجاوزها بتكريسه للإختصاص المشترك بين القاضي و المحكم في حالة البطلان الظاهر لاتفاقية التحكيم، بحيث يمكن للقاضي و كاستثناء على مبدأ الإختصاص بالإختصاص، أن يفحص مشروعية اتفاق التحكيم و هو ما تم الإشارة إليه سابقاً في سياق المادة 1448 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، و هي وضعية من شأنها التخلص من مسألة عدم القابلية للتحكيم لاعتبارها ركناً من أركان اتفاق التحكيم قبل الوصول إلى مرحلة التنفيذ .

الفقرة الثانية

على مستوى التشريعات الوطنية المقارنة (تنازع قواعد البوليس)

لا يتعلق الأمر بموضوع بطلان الحكم التحكيمي في بلد صدوره، الأمر الذي سيتم التطرق إليه بالتفصيل في حينه، بل سيتم التركيز على مسألة مراقبة القابلية للتحكيم من طرف

¹ Article. 4 de la convention de Panama de 1976 : « Les sentences arbitrales qui , aux termes de la loi ou selon la procédure en vigueur, sont sans appel, ont la force de chose définitivement jugée. L'exécution ... » .

قاضي البطلان في هذا النوع من البطلان، و هي وضعية من شأنها أن تضعنا أمام حكم تحكيمي ثاني بعد بطلان الحكم الأول .

هذه الوضعية، قد تتولد عن نفس النصوص التي استوحينا منها الحل فيما يخص نفس المسألة في بلد التنفيذ، و التي كرست القاعدة المادية السالفة الذكر و التي لها تأثير حتى على اتفاقية نيويورك لسنة 1958، و ذلك من خلال نص المطمة (e) من الفقرة الأولى للمادة الخامسة السالفة الذكر .

بحيث بالرجوع إلى نص هذه المادة نجد أنه من بين أسباب عدم تنفيذ و الإعراف بالحكم التحكيمي: ” أن الحكم التحكيمي لم يكتسب صفة الإلزامية بالنسبة للأطراف أو تم إلغاؤه من طرف سلطة الدولة التي صدر فيها ”، و هو موقف بالفعل قد يؤدي إلى عدم فعالية و نجاعة الحكم التحكيمي .

و حتى فيما يخص المحكم، و إنطلاقاً من إلتزامه بمراعاة التوقعات المشروعة للأطراف بإصداره حكماً قابلاً للتنفيذ، يجب عليه مراعاة La Lex Loci، و ذلك لغرض تفادي احتمال بطلان هذا الحكم في بلد صدوره . لحسن الحظ أن الواقع العملي يوحى إلى تنفيذ الحكم التحكيمي على الرغم من ذلك و فور صدوره¹ و²، و ذلك قد يكون بفعل المادة الثالثة من اتفاقية نيويورك.

¹ فؤاد علي القهالي، مرجع سابق، صفحة 160 .

² باستثناء المشرع المصري الذي جعل من بين أسباب بطلان الحكم التحكيمي وفقاً لقانونه أن بطلان هذا الأخير يكون مقبولاً في حالة إذا وقع فيه بطلان، أي إذا وقع البطلان في بلد صدوره و طعن فيه بالبطلان في مصر

فمعظم الدول تسمح بتنفيذ أحكام التحكيم المطعون فيها بالبطلان في بلد إصدارها،
و ذلك لصالح قاعدة حجية الحكم التحكيمي المنصوص عليها ضمن نص المادة الثالثة اتفاقية
نيويورك¹، و على الرغم من كل ذلك، فإنه لا يسعنا إلا القول بضرورة مراعاة الحكم للقواعد
المنظمة للقابلية للتحكيم باعتبارها قواعد بوليس، و ذلك بموجب مراعاة تلك المتعلقة بالقانون
الواجب التطبيق lex loci و قواعد بلد التحكيم lex fori و قواعد بلد التنفيذ، و ذلك كله في إطار
تنازع قواعد البوليس من أجل الوصول في الأخير إلى حكم تحكيمي ناجع، و هو ما سبق التطرق
إليه بالتفصيل من خلال الباب الأول في سياق تطبيق المحكم لقواعد البوليس .

و حتى نختم الموضوع، نورد كمثال على هذا الموقع تطبيق القانون الفيديريالي

الأمريكي RICO كقواعد بوليس في القضية² (sentence CCI n°6320 de 1992)، بحيث
يتعلق الأمر بتسوية نزاع متعلق ببناء مصنع، أين كان القانون الواجب التطبيق القانون البرازيلي،
أين دفع أحد الأطراف بتطبيق القانون RICO باعتباره قانون بوليس، و ذلك من أجل الحصول

بصفحتها بلدا مستقبلا للحكم (المادة 1/53.ز من قانون التحكيم المصري)، كذلك امكانية وقف تنفيذ الحكم في حالة
رفع دعوى البطلان (المادة 57 من نفس القانون).

¹ Article. III de la convention de New York 1958 :

« Chacun des Etats contractants reconnaîtra l'autorité d'une sentence arbitrale et accordera l'exécution de cette sentence conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée, aux conditions établies dans les articles suivants. Il ne sera pas imposé, pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales auxquelles s'applique la présente Convention, de conditions sensiblement plus rigoureuses, ni de frais de justice sensiblement plus élevés, que ceux qui sont imposés pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales nationales. »

² Jean-Jaques Arnaldez, Yves Derains et Dominique Hasher, Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1996-2000, ICC Publishing S.A.Paris-New York, page 476 .

على تعويض جراء تصرفات الطرف الآخر، فقام المحكم بطرح القانون RICO للتنازع، و انتهى في آخر المطاف إلى اقصائه بعد أن قام بعملية تقدير طبيعة هذا القانون و ذلك بدراسة علاقة التلازم مع موضوع النزاع .

المطلب الثاني

مخالفة النظام العام

على العكس من القابلية للتحكيم كشرط للإعتراف و الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، و التي تتم مراعاة لقانون بلد تنفيذه مثل ما سبق و أن تم التطرق إليه، و التي تعتبر مسألة لا تحتاج إلى السعي وراء الحفاظ على خصوصيات التحكيم التجاري الدولي بشأنها، طالما أنها مسألة غير مشتركة بين نظام التحكيم و نظام القضاء، فإن شرط عدم مخالفة النظام العام الدولي لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية يمر بالضرورة عبر مجال القانون الدولي الخاص¹ .

ينتج عن ذلك، أن النظام العام الدولي التحكيمي في مجال التحكيم التجاري الدولي هو نظام عام يركز على القانون الدولي الخاص، و ذلك وفقا لما يتناسب مع خصائص التحكيم، و بالتالي ما هي هذه المرتكزات ؟ و التي تتماشى وفقا لخصائص التحكيم ؟ .

¹ Gerardo Brogini, le contrôle des sentences arbitrales par le juge du siège et par le juge de l'exécution, Private law in the International Arena, from national conflict rules towards harmonisation and unification, Liber Amicrum Kurt Siehr, Edited by Jurgen Basedow, 2000, page 106 : « L'approche à l'ordre public dans l'arbitrage international passe nécessairement par l'ordre public en droit international privé. L'encadrement est le même » .

الفرع الأول

على مستوى بلد التنفيذ (النظام العام الإستقبالي)

إن النظام العام الدولي التحكيمي يركز على كلا النوعين من النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص، أي النظام العام المخفف و النظام العام الجوارى، و ذلك حسب الحالة و التي تختلف حسب البلد و/أو حسب المصلحة المعنية داخل نفس البلد .

الفقرة الأولى

النظام العام المخفف

تم تكريس مبدأ الأثر المخفف للنظام العام لأول مرة عن طريق قرار محكمة النقض الفرنسية Rivère الصادر بتاريخ 1953/04/17، أين ذهبت إلى التمييز بين حالة اكتساب حق داخل فرنسا و ترتيب حق ما، تم اكتسابه بالخارج و أثره داخل فرنسا، أين يكون تأثير النظام العام أقل حدة¹، لكن هل نفس الشيء يمكن تطبيقه في مجال التحكيم التجاري الدولي ؟ .

¹ Marie-Christine Meyzeaud-Garaud, Op. cit, page 89 : « Dans l'arrêt Rivière du 17 avril 1953, la Cour de cassation a affirmé que la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit aquis... » .

أولاً- الأسس التي يقوم عليها مبدأ الأثر المخفف للنظام العام

عموماً فإن الأسس التي يقوم عليها هذا المنهج من أجل تنفيذ الأحكام الأجنبية بصفة عامة، تتمثل في أساسين اثنين، يتمثل الأول في الأمن القانوني بينما يتمثل ثانيهما في تفادي الآثار الوخيمة المترتبة على عدم الاعتراف بالحق الناشئ في الخارج مقارنة مع الاعتراف به .

1- الأمن القانوني

من منطلق نشوء الحق خارج بلد الاعتراف به وفقاً لمبادئ و قوانين لا تخالف النظام العام، لذلك يتطلب الأمر منحها فرصة أو مجالاً إن صح التعبير لتنفيذها و ترتيب آثارها، و ذلك على غرار الحقوق الناشئة في إطار القوانين المتعلقة بالأسرة، ففي حالة التشدد في التعامل معها سيؤدي ذلك إلى المساس بكيانها، و هو ما يشكل مصلحة يمكن أن تتصالح مع النظام العام في بلد التنفيذ من زاوية أخرى¹ .

في نفس السياق دائماً، فإنه في حالة عدم التخفيف من حدة النظام العام فيما يخص ترتيب الحقوق أو تنفيذ الأحكام الأجنبية في بلد التنفيذ من شأنه أن يؤدي إلى وصف الوضعيات القانونية المعنية بالمنعقدة، و هو ما سيؤثر حتماً على العلاقات الدولية الخاصة² .

¹ Léna Gannagé, les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures, collection de cours de droit, Académie de droit international de la Hay, ADI-POCHE, 2013, page 158 : « Dans le domaine du droit de la famille en particulier, le sacrifice des valeurs du for est alors justifié par la nécessité de respecter la stabilité l'état des personnes ».

² Andreas Bucher, Op. cit [l'ordre public et le but social des lois], page 47 : « Le fait que des droits subjectifs jouissent d'une certaine effectivité à l'étranger notamment dans l'Etat d'origine de la décision, est de nature à limiter l'appel à l'ordre public, étant donné que,

لكن هناك من يرى أن عنصر خلق وضعية قانونية منعدمة ليس سببا كافيا لتبرير

تخفيف أثر حدة النظام العام، و إنما يتعلق الأمر بمبدأ حماية الوضعية المكتسبة و التي تعتبر من

صميم النظام القانوني للدولة المستقبلية « principe de protection de situations acquises »¹.

هذا المبدأ المتمثل في حماية الأمن القانوني كسند يرتكز عليه مبدأ الأثر المخفف للنظام

العام، لم يتمسك به الفقه مثل ما تم الإشارة إليه أعلاه، بل أكثر من ذلك الإرادة السياسية، ممثلة في

البرلمان الأوروبي ، و الذي تمسك به في إحدى الجلسات ذاهبا إلى أن النظام العام بأثره الحاد من

شأنه أن يمس بالتوقعات المشروعة للأطراف أصحاب الحقوق المكتسبة و الأمن القانوني، بحيث لا

يمكن رفض الإعراف بهذا النوع من الحقوق المكتسبة في الخارج بمجرد عبورها لحدود بلد

إنشائها².

même sous cet angle, il convient d'éviter, autant que faire se peut, des situations juridiques boiteuses » .

¹ Andreas Bucher, Op. cit [la dimension sociale du droit international privé], page 394 : « Le seul risque de créer une situation boiteuse n'est donc pas suffisant pour justifier une telle réaction différenciée de l'ordre public... . Car la décision peut faire entrer la situation dans le champ des principes de protection de situations acquises... » .

² Assemblée parlementaire, documents de séance , session ordinaire de 2007 (deuxième partie), 16-20 avril 2007, volume 3, Edition du conseil de l'Europe, page 59 : « Ce constat se double de celui que ces situations ont parfois déjà déployé leurs effets à l'étranger, et que leur refuser toute validité en Europe porte atteinte aux prévisions des intéressés et à la sécurité juridique, ...le principe de la sécurité juridique exige que la situation juridique des particuliers ne soit pas - dans la mesure du possible - remise en cause du seul fait d'un passage de frontière « » .

أبعد من ذلك، فإن الأمن القانوني أضحى مبدأ عالمياً يستجيب لتطلعات المجتمع الدولي بصفة عامة، لاسيما فيما يخص التحكيم التجاري الدولي، وهو ما يعتبر كذلك من مرتكزاته، على غرار نظام CNUDCI الذي أخذ بخصوص وضعه الأمن القانوني بعين الاعتبار¹.

و خلاصة القول فإن مبدأ الأمن القانوني في مجال التحكيم أضحى يشكل إلتراما على عائق القوانين الوطنية، و الذي يتم تكريسه على مستوى عدة أصعدة فيما يخص التحكيم التجاري الدولي و التي تبدأ منذ لحظة الإترافق على التحكيم و تمتد إلى مرحلة تنفيذ الحكم التحكيمي، أين يلتزم القاضي بوضع المستثمر الأجنبي في وضع أمن قانونا تجاه قضائه².

2- الهوية الثقافية

إن البحث عن التقارب الإقتصادي ما بين الدول في إطار السوق العالمية من أجل تحقيق الرفاهية للمجتمعات، هي السبب الرئيسي وراء ضعف النظام العام و التقليل من هذه الآثار

¹ Manuel Eynard, la Cour permanente d'arbitrage : vers une reconquête de sa place originelle ?, Edition Connaissance et savoir, 2016, page 119 : « Suite à de longues séances de travail, la commission des Nations Unies pour le droit commercial international a adopté un règlement d'arbitrage modèle le 28 avril 1976. Initialement, le règlement a été créé pour permettre à des parties en conflits de bénéficier d'une certaine sécurité juridique. ... , la codification des règles de procédure dans le règlement a permis de construire un régime juridique qui répondait aux attentes de la société internationale » .

² Najet BRAHIMI Zouaoui, les Etats arabe face à l'arbitrage international : Bilan et perspectives, Op. Cit, page 224 : « L'arbitrage est en soi source de sécurité dans la mesure ou il est gouverné par le principe de l'autonomie de la volenté. Ce principe sous-jacent à la forme et au fond de l'arbitrage, marque et accompagne les différentes phases de l'arbitrage partant de sa convention et venant à ses déroulement et exécature. L'investisseur est à l'abri des risque de la justice étatique dont notamment l'application du juge saisi de la lex fori ».

إن لم نقل بإعدامها، أو كما تم تشبيهه بإبقاء الضوء في درجة قريبة من إنطفائه (mettre en veilleuse)¹، و هو ما تقوم عليه القوى الإيديولوجية².

و في الحقيقة، يتعلق الأمر بالتوافق الدولي للحلول، و هو مبدأ تم تكريسه منذ اتفاق روما لسنة 1957 إذ نجد المادة الثانية منه تنص عليه صراحة بالتقارب بين السياسات الاقتصادية و التنسيق فيما يخص النشاطات الاقتصادية³، إلى درجة الحد على توحيد القوانين الوطنية⁴.

¹ Léna Gannagé, Op. cit, page 143 : « Cela [les exigences de l'ordre public international] supposait néanmoins de s'orienter vers un changement radical de perspective, en acceptant de mettre en veilleuse les principes fondamentaux de l'ordre public » .

² Erik Jayme, identité culturelle et intégration : le droit international privé poste moderne, recueil des cours, Académie de droit international de la Haye, Tome 251, Martinus Nijhoff Publishers, the Hague/Boston/London, 1996, page 33 : « Les forces idéologiques actuelles sont ainsi constituées par des idées radicalement divergentes : une volonté d'intégration économique, d'une part, et la prise en compte de l'identité culturelle... » .

³ Article. 2 du traité de Rome du 25 mars 1957, entrée en vigueur le 1 er janvier 1958 : « La communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun et par le rapprochement progressif des politiques économiques des États membre, de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie et des relations plus étroites entre les États qu'elle réunit.

⁴ Article. 3 du même traité : « Aux fins énoncées à l'article précédent, l'action de la Communauté comporte, dans les conditions et selon les rythmes prévus par le présent traité:

(h) le rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché commun, » .

أما فيما يخص التحكيم، فيبدون الأمر أكثر وضوحاً، طالما أن التحكيم الدولي يتميز بدوليته مما يلزم الدول الأخذ بعين الاعتبار معايير و مقاييس دولية حيال مراقبة أحكام التحكيم الدولية، و ذلك بالإستناد على مراقبة متجانسة ثقافياً، و هو ما يمثل محلاً للمطالبة الدائمة على المستوى الدولي¹.

ثانياً- طريقة عمل النظام العام المخفف

في الحقيقة يتعلق الأمر بالتصالح بين المصلحتين السالفة الذكر - الأمن القانوني و الهوية الثقافية - و بين هوية الدولة أو المجتمع المستقبل للحكم أو الحق الأجنبي، و عليه من هذا المنطلق يتم التساؤل حول الآليات التي يعمل وفقها النظام العام المخفف حتى يتم تحقيق هذه المصلحة؟ .

1- النظام العام المخفف، استثناء لمنهج التنازع في مجال الأحكام الأجنبية

في بداية الأمر كان منهج تنازع القوانين هو المهيمن من دون منازع، بمعنى أنه في حالة مخالفة القانون الأجنبي لقانون بلد القاضي يستبعد مباشرة بفعل النظام العام و يحل محله قانون

¹ Fatima Sara WEHBE, composantes multidimensionnelles de l'arbitrage : de la considération locale à l'interculturalité internationale, Thèse pour le Doctorat en droit, Université du Havre, 2016, page 322 : « La notion de l'arbitrage est variable et insaisissable en présence d'une diversité d'opinion sur l'identité de l'arbitrage¹²¹¹. Cette diversité d'opinion a poussé des ONG dans l'objectif de protéger l'identité des peuples et de sauvegarder leurs cultures, à faire pression sur la banque mondiale pour qu'elle prenne en considération des facteurs culturels et environnementaux et non strictement des facteurs économiques».

https://tel.archivesouvertes.fr/tel01668478/file/Wehbe_Fatima_Sara_2016.pdf

بلد هذا القاضي بناء على مبدأ السيادة، ثم و بفضل الفقه تم التمييز بين الحالة الكلاسيكية المشار إليها و الحالة المتمثلة في الإعراف بالحق المكتسب في الخارج و المراد الإعراف به في بلد القاضي كواقعة و ليس كقانون .

لكن بموجب نظرية الحقوق المكتسبة تم تجاوز هذا الإشكال، و ذلك بالعمل بعيدا عن القوانين المتنازعة مع إبقاء مفعولها داخل إقليمها المرتبطة به، طالما أن الوضعية القانونية انفصلت حتى عن القانون الذي أنشأها داخل إقليم اختصاصه، و بالتالي يسهل على بلد التنفيذ استقبال هذا الحق المكتسب دون الحاجة منه إلى التنازل على سيادته¹ .

و بعض النظر عن مختلف الإتجاهات الفقهية النازرة إلى نظرية الحقوق المكتسبة، فإن هذه الأخيرة تجد تطبيقها في النظام القانوني الفرنسي بواسطة فكرة الأثر المخفف للنظام العام في هذا المجال - تنفيذ القرارات الأجنبية -، و الذي يعني أن العلاقة مع النظام العام في هذه الحالة ذو علاقة متدنية مقارنة بحالة تطبيق القانون الأجنبي - منهج تنازع القوانين - .

كذلك فيما يخص تنفيذ قرارات التحكيم، فإن الإتجاه الحديث يتجه نحو أضييق حدود النظام العام لإنفاذ هذه القرارات، و هذا ما يتماشى مع نظرية الحقوق المكتسبة من جهة، و ضمان

¹ Daria Solenik, la loi étrangère dans le contentieux judiciaire européen, Asian Edition Ltd, 2015, page 15 : « ..., la délimitation de compétences opérée par le mécanisme des droits acquis exclut tout conflit de lois M chacune de lois en question est exclusivement compétente dans les limites de son champ territorial. Il n'est possible d'envisager un rayonnement extraterritorial d'une loi que si la situation juridique constituée sous son empire quitte elle-même son assise territoriale d'origine. ... Le souverain peut, toutefois, par courtoisie, reconnaître dans le for les effets des lois étrangères, en maintenant des situations constituées dans le champ territorial de ces lois » .

أهداف التحكيم التي يمتاز بها، من جهة ثانية، الأمر الذي يتحقق معه التخلص من طغيان النظام العام على النمو الإقتصادي و الإستثمار¹.

و خلاصة القول، و فيما يخص الأخذ بنظرية الأثر المخفف للنظام العام في مجال التحكيم التجاري الدولي، فإنه يمكن القول أنه يخدم حالة التحكيم الأجنبي فقط، أما فيما يخص التحكيم الدولي فإن الشك يحوم حيال أعمال تقنية الحقوق المكتسبة و التي تعتبر في هذه الحالة الأخيرة ناشئة و مكتسبة في نفس الوقت داخل بلد اجراء التحكيم و الذي يعتبر في نفس الوقت بلد تنفيذه، و هو ما تطرقت له احد البحوث بخصوص القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 19/11/1991 و الذي ارتكزت فيه على مبدأ الأثر المخفف للنظام العام على أساس الحق مكتسب خارج فرنسا وفقا لنص المادة 01/1502 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي²، على أن مبدأ الأثر المتفق للنظام العام في مجال التحكيم التجاري الدولي يقود إلى التمييز بين التحكيم الأجنبي و التحكيم التجاري الدولي، على النحو المشار إليه أعلاه³.

¹ إبراهيم خالد يحي، نحو تضيق نطاق النظام العام لمصلحة القانون الأجنبي في سياق القانون الدولي الخاص،

دراسة مقارنة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 16، العدد 2، ديسمبر 2019، صفحة 168.

² Cour de cassation , chambre civile 1, du 19 novembre 1991, 89-22.042 : “ attendu que la société des Grands Moulins de Strasbourg reproche à cet arrêt d’avoir rejeté son appel fondé sur l’article 1502.5, du nouveau code de procédure civil , alors selon le moyen et d’une part , que la cour d’appel n’a pas , sans méconnaître la nature de la sentence , décider, pour apprécier moins rigoureusement l’ordre public que , par le seul fait que , la sentence était étrangère, il s’agissait non pas de l’acquisition d’un droit en France mais de laisser se produire en France les effets d’un droit acquis régulièrement à l’étranger,..., la Cour d’appel à violé les articles 1492, 1498, 1505.5, ... » . <http://legifrance.gouv.fr>

³ Vera Arcangeli, OP.cit, page 131 : “ Nous sommes alors d’accord avec avec Mme Idot, qui critique cet arrêt [القرار المشار إليه أعلاه] comme suit : La transposition de cette notion

2- الدور الإنعكاسي للنظام العام المخفف

إذا كان دور النظام العام في حالة امتحان القانون الواجب التطبيق ذو أثر مشدد، فإن الأمر ليس كذلك في حالة الإعراف بالأحكام الأجنبية، لاسيما أحكام التحكيم الدولي، بحيث تعكس حركة النظام العام و تصبح متجهة في اتجاه أو لصالح الحكم الأجنبي، و هذا ما يفسر الفرق بين حركة النظام العام في مجال تنازع القوانين و بين استقبال الأحكام الأجنبية¹.

كما أنه و من منطلق أن النظام العام في مجال التحكيم الدولي يتسم بنفس التأطير الخاص بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص²، فإنه لا مفر من معالجة المسألة في هذا المجال أي مجال النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص .

لكن بالرجوع إلى هذا المجال و الإطار المتعلق به، فسرعان ما نتواجد أمام إشكال حقيقي مرتبط بطبيعة التحكيم، و يقصد بذلك أن الأثر المخفف للنظام العام يستند على فكرتين، تتمثل أولاهما في كون الحق الذي يتضمنه الحكم أو أي سند أجنبي لم ينشأ في بلد التنفيذ و إنما نشأ خارجه على أن يرتب آثاره فيه، فيما تتمثل الفكرة الثانية في حدوث ضرر أكبر في حالة عدم

en matière d'arbitrage international est pour le moins inattendue, et il n'est pas certain qu'elle soit opportune. Elle conduit en effet à opérer une distinction entre les arbitrages étrangers et les arbitrages internationaux se déroulant en France. Admissible pour les premiers, l'effets atténué ne pourrait pas intervenir pour les seconds » .

¹ Andreas Bucher, Op. cit, page 339 : « Il [l'ordre public atténué] opère ainsi en mode inversé de l'ordre public des règles de conflits..., » .

² Gerardo Brogini, le contrôle des sentences arbitrales internationales, private law in the international Arena, Liber Amicrom, Kurt Siehr, T.M.C Asser Institut, T.M.C Asser Press, 2000, page 106 : « L'approche à l'ordre public dans l'arbitrage international passe nécessairement par l'ordre public en droit international privé » .

الإعتراف بهذا السند الأجنبي عنه في حالة الإعتراف به و ترتيب آثاره داخل هذا البلد، الأمر الذي يتطلب عدم الإعتراف به إلا في حالة المساس بالمبادئ الأساسية بصورة فادحة .

فإذا كانت الفكرة الثانية تتسم بالإنسجام مع طبيعة التحكيم، فإن الفكرة الأولى و على العكس من ذلك لا تتسم بنفس الإنسجام، بل لا يمكن ذلك طالما أن الحكم التحكيمي الصادر في بلد اجراء التحكيم لا ينسب لهذا البلد، و حتى فيما يخص المحكم فهو غير معني بأنظمة كلا البلدين، و بالتالي إن كان هناك ما يمكن استخلاصه، فإن النظام العام التحكيمي الإستقبالي لا يقوم سوى على الفكرة الثانية المشار إليها أعلاه، و المتمثلة في المصلحة المحصلة في الإعتراف بالسند الأجنبي مقارنة بعدم الإعتراف به¹ .

كما تجدر الإشارة إلى أن فكرة النظام العام العام الإستقبالي وفقا للنحو المشار إليه أعلاه، تتكيف و تتسجم مع النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص بموجب طريقة الاعتراف بالأحكام الأجنبية بالتحديد *méthde de la reconnaissance*، مقارنة بباقي الطرق المعروفة في هذا المجال على غرار طريقة تنازع القوانين، بحيث تقوم هذه الطريقة على فكرة مؤداها أنه لا يتم

¹ Léna Gannagé, l'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs, droit privé international : travaux du Comité français de droit international privé, 18^e année, 206-208, 2009, page 212 : « Le sacrifice des valeurs du for est alors justifié par la nécessité de respecter la stabilité des situations juridique. L'argument permet ainsi d'offrir une réponse satisfaisante à l'objection de Bartin puisque si le juge du for collabore à la mise en œuvre des solutions qui sont attentatoire aux valeurs fondamentales de son ordre juridique, c'est pour éviter des inconvénients plus graves que ceux qui résulteraient de la méconnaissance de celle-ci » . <http://www.presse.fr/doc/tcfdi-1158-3428-2009-num18-2006-1977>.

النظر إلى الأحكام الأجنبية كمصدر لحقوق مكتسبة في الخارج و إنما إعتبارا لقيمتها القضائية التي تتمتع بها¹ .

كما يجب الإشارة إلى شيء مهم للغاية، و الذي يعتبر من قبيل تطور هذه الفكرة، من جهة، و الفصل بين الحقوق المكتسبة و نظرية الإعتراف بالأحكام الأجنبية السالفة الذكر، و ذلك لصالح هذه الأخيرة، من جهة ثانية. بحيث يتمثل الأمر في الإنتقال من فكرة " الإعتراف " إلى فكرة " بلورة الأحكام الأجنبية " و التي أصبح الفقه الحديث يناهز بها، و التي تتمثل في الميكانيزم الذي بموجبه يقوم النظام القانوني الإستقبالي بالإعتراف بالحكم الأجنبي على أساس أن هذا الأخير شكل توقعات مشروعة لدى الأطراف، و هو ما يتناسب و ينسجم مع جميع الأنظمة القانونية، لاسيما في مجال التحكيم التجاري الدولي² .

¹ Paolo Picone, les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé, cours général de droit international privé, Recueil des cours, collected cours of the Hague academy of international law, Tome 276 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, Boston/London , 2000 page 134 : « ..., la reconnaissance des décisions étrangères concernées non pas en tant que sources de situations juridiques de droit privé, mais en vertu de leur valeur formellement d'actes juridictionnelles (c'est-à-dire susceptible de jouir de l'efficacité de la chose jugée et de la force exécutoire dans le for) » .

² Pataut Etienne, le renouveau de la théorie des droits acquis , droit international privé ; travaux du comité français de droit international privé, 182 année , 2006-2008,2009 , page 80 : « plus fondamentalement , il paraît aujourd'hui possible de plaider pour un amenuisement de la distinction entre reconnaissance des décisions et reconnaissance des situations. Il faut pour ce faire s'appuyer sur une notion récemment proposée. La cristallisation est le mécanisme par lequel l'ordre juridique d'origine de la situation a adopté un point de vue concret, sur la base duquel les parties ont formé des prévisions légitimes et qu'il est demandé à l'ordre juridique d'accueil de reconnaître » .

الفقرة الثانية

النظام العام الجوّاري

إلى جانب نظرية النظام العام المخفف هناك نظرية النظام العام الجوّاري أو ما يعرف عند الفرنسيين بـ l'ordre public de proximité أو عند الألمان بصفتهم أصحاب هذه النظرية بـ Inlandsberziehung، و التي يؤخذ بها ليس فقط على مستوى النظام العام الدولي للدول المعروفة الآخذة به على غرار ألمانيا، سويسرا و بلجيكا، و إنما كذلك حتى الدول التي تميل لنظرية الأثر المخفف للنظام العام، على غرار فرنسا¹.

أولاً- الأساس الذي تقوم عليه فكرة النظام العام الجوّاري

حتى نتمكن من استيعاب معرفة الأساس المتمثل في حماية الحقوق الأساسية و الذي يقوم عليه النظام العام الجوّاري، يجب الوقوف على الحقيقة المشار إليها أعلاه، و التي تتمثل إمكانية الأخذ بفكرة النظام العام الجوّاري في نفس الوقت و إلى جانب فكرة النظام العام المخفف، على الأقل على مستوى النظام الفرنسي .

بحيث تساعد هذه الفكرة على استيعاب أن نظرية الحقوق المكتسبة التي تقوم عليها فكرة النظام العام المخفف، و في نفس المركز كذلك حماية التوقعات المشروعة، لا يمكنها الإختباء

¹ Marie Christine Meyzeaud-Garaud, droit international privé, 2^{ème} édition, Bréal, 2008, page 88 : « Toutefois, la Cour de cassation, d'ans un arrêt dattant du 10février 1993, a jugé qu'il en est autrement lorsque ces lois pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation. ..., la Cour de cassation, pour refuser de donner effet en France au répudiation musulmanes au principe européen d'égalité entre époux, se réfèrent aussi à l'ordre public de proximité. »

وراء تقنية تنفيذ القرارات الأجنبية المعروفة في مجال القانون الدولي الخاص بمجرد كونها كذلك، أي إلى درجة الاعتقاد أن نظام بلد التنفيذ لا يحرك ساكنا، بل يتعلق الأمر بأن هذه الحركة لا يمكن لها أن تتم في بعض الحالات أو المجالات إلا بإرادة هذا الأخير و مرافقته ضمانا للحقوق الأساسية¹.

في هذا المقام، يمكن الإستعانة بمثال قد يخدم عدة فرضيات تم تقديمها ضمن هذا البحث، بما فيها حماية الحقوق و المبادئ الأساسية كأساس للنظام العام الجوارى، و يتمثل هذا المثال فيما سبق و أن تم التطرق إليه بخصوص النظام العام الإجرائى، و بالضبط مسألة اعتبار مبدأ المحاكمة العادلة من النظام العام الإجرائى الأوروبى و أن حق الدفاع هو الذى يدور حوله النظام العام التحكىمى الإجرائى .

بحيث لو افترضنا أن الحكم الأجنبى صدر خرقا لمبدأ المحاكمة العادلة المنصوص عليه ضمن المادة السادسة من الإتفاقية الأروبية لحقوق الإنسان و الحريات الأساسية، التى سبق و أن تم التطرق لها، و بالتالى يكون الحكم صادر فى بلد غير معنى بهذه الإتفاقية، فى حالة افتراض تنفيذه على الإقليم الفرنسى بناء على النظام العام التقليدى أو ما يعرف بالنظام العام

¹ Hammje Petra, l'ordre public de rattachement, droit international privé : travaux du comité français de droit international privé, 18^e année, 2066-2008, 2009, page 162 : « Le respect des prétentions normatives de l'ordre juridique étranger est remis en cause par la volonté du for de reprendre la main pour régir la situation ». <http://www.presse.fr/doc/tcfdi-1158-3428-2009-num18-2006-1973>.

المخفف وفقا لنظرية الحق المكتسب، فإن هذا يكون غير ممكنا و غير متوقعا، لذلك فإن دولة مثل فرنسا تتصدى لهذا النوع من الوضعيات باستعمال تقنية النظام العام الجوارى¹ .

كما أنه في نفس الوقت، تعتبر فكرة حماية الحقوق الأساسية من المآخذ على النظام

العام الجوارى، طالما أن هذه الحماية مقرونة بعنصر الارتباط Rattachement و الذي عادة ما يتمثل في جنسية أو إقامة أحد الأطراف، و هو ما لا يتماشى مع فلسفة النظام العام بصفة عامة² ، على الرغم من أن هذا ما يحركه³ .

¹ Mélanges Raymond GOY, du droit interne au droit international, le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme, publication de l'Université de Rouen, 1998, page 338 : « Il faut reconnaître cependant que le premier accueil réservé par la Cour de cassation à cette notion [procès équitable], a été réfrigérant. Ayant à connaître dans un arrêt du 10 juillet 1990 de l'exéquatour d'un jugement gabonais, la Haute juridiction avait affirmé de manière péremptoire que la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne crée d'obligations qu'a l'égard des Etats qui y sont parties. Dès lors, le juge de l'exéquatour n'est pas tenu de répondre aux conclusions inopérantes invoquant la violation de cette convention au Gabon, Etat qui n'est pas partie. Cette décision avait, à juste titre, subi le feu de la doctrine » .

² Sami Bostanji, rapport introductif, le droit international privé de la famille à la croisée des chemins, actualité du droit international privé de la famille en Tunisie et à l'étranger, deuxième journées , organisées par l'Unité de recherche RIPCAM, relation internationales privées, commerce arbitrage, et migration, les 07 et 8 février 2014, sous la direction de Souhayma BENACHOUR et Lotfi CHEDLY, Latrach éditions, 2015, page 38 : « Ainsi, au regard de la conception de l'ordre public de proximité, cette défense n'est assurée que si des personnes qui ont les faveurs de for se trouvent impliquées au rapport de droit [ressortissants de l'Etat du for ou personnes résidentes sur le territoire national] » .

³ Léna Gannagé, Op. cit, page 169 : « Les avantages que présente le mécanisme [ordre public de proximité]... . La politique qui l'anime repose en effet sur une protection mesurée des droits fondamentaux... »

ثانياً- طريقة عمل النظام العام الجوّاري

بداية تجدر الإشارة إلى أنه و كما لنظرية الأثر المخفف للنظام العام القرار الذي يعتبر

الحجر الأساس لها، و الذي يتمثل في قرار Rivière و الذ سبق التطرق له، فإن لنظرية النظام

العام الجوّاري كذلك القرار الذي يعتبر الحجر الأساس بالنسبة له، و الذي يتمثل في قرار De

. Pedro¹

و تقوم نظرية النظام العام الجوّاري على أن المساس بالنظام العام الدولي لدولة ما لا

يتم قياسه إلا بعلاقة هذه الأخيرة مع الأطراف و موضوع النزاع²، بحيث إذا كان النظام العام

المخفف يستهدف النزاع في زمن سابق، و هو ما تطرقنا إليه تحت غطاء نظرية الحقوق المكتسبة،

فإن النظام العام الجوّاري يستهدفه في الحاضر و المستقبل حيال أثر هذه الوضعية في البلد المعني³

¹ Cour de cassation , chambre civile 1, du 01 avril 1981, 79-13.959.
<http://www.legifrance.gouv.fr>

² Sabine CORNELOUP , de la difficulté d'appréhender la violence faite aux femmes en droit international privé , mélanges en l'honneur de Cathrine Philippe, genre famille, vulnérabilité, sous la coordination de Anne Brobel Dorsman, Béatrice Lapérou-Schneider, Laurent Kondratuk, l'Harmattan, Paris, 2017, page 33 : « C'est la théorie de l'ordre public de proximité selon laquelle le niveau d'exigence de l'ordre public varie avec l'intensité des liens que la situation entretient avec le for . »

³ Jean-Michel Jacquet, fonction supranationale de la règle de conflit de lois, Recueil des cours 292, l'Académie de droit international de la Hay, Kluwer Law International, the Netherland, 2001 : « L'ordre public de proximité intègre aussi bien la considération des liens présents et même futurs, prévisibles, de la situation avec le for » .

ووفقاً لهذا النحو، يمكن القول بأن النظام العام الجوّاري مكملٍ لذي الأثر المخفف، بحيث أنه و كما سبق و أن تم التطرق إليه في الفقرة السابقة، فإن هذا الأخير إذا كان يستهدف الحق الذي سبق و أن تم اكتسابه، فإن الأول تبدأ أثاره من حيث ينتهي أثار النظام العام المخفف. وفيما يخص التحكيم التجاري الدولي، فإنه يعتقد بأن هذا النوع من النظام العام، أي النظام العام الجوّاري، ينسجم مع مؤسسة التحكيم خاصة فيما يتعلق بإشتراط إحترام النظام العام الدولي للإعتراف و تنفيذ حكم التحكيم الدولي، لاسيما المادة الخامسة فقرة 02 مطة ب، من اتفاقية نيويورك، و في نفس السياق التشريعات الوطنية المقارنة التي تخضع الأمر للنظام العام الدولي، و ذلك طالما أن النظام العام المجاور تربطه بمسألة التنفيذ علاقة طردية، أي كلما كان الحكم التحكيمي له علاقة بالنظام العام لبلد التنفيذ كلما زادت حدته، و على العكس من ذلك، كلما قلت هذه العلاقة كلما كانت نسبة قابلية الحكم للتنفيذ مرتفعة .

المطلب الثاني

أثر النظام العام على الحكم التحكيمي في بلد صدوره

مثل ما سبق و أن تم التطرق إليه، فإن أغلب التشريعات المقارنة المتعلقة بالتحكيم تعتمد مبدأ حيّزة أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها، بمعنى أنها تكون قابلة للتنفيذ على الرغم من الطعن فيها، كما أنه يمكن الطعن ببطلاتها - كون أن الطعن بالبطلان يشتمل على أغلب التكييفات المتصلة بالنظام العام - في حالتين إثنين، أولها يتمثل في الطعن بصفة غير مباشرة في الحكم التحكيمي في إطار استئناف الأمر القاضي بالإعتراف أو بتنفيذه، أو الطعن ببطلانه، و هو ما سبق و أن تم التطرق له خلال المطلب الأول المتعلق بأثر النظام العام على

الحكم التحكيمي في بلد تنفيذه، أما ثانيهما فيتمثل في الطعن بالبطلان مباشرة في الحكم التحكيمي في بلد صدوره لمخالفة الحالات المنصوص عليها ضمن قانونه، و التي من بينها النظام العام .

لا يتعلق الإشكال بالحالة الأولى إلى حد ما، بل يتعلق بالحالة الثانية حتما، إذ أهم ما

يترتب عن هذه الحالة هو التواجد أمام ثلاثة أحكام، الحكم الأول المطعون فيه بالبطلان، قرار

البطلان و الحكم التحكيمي الثاني الصادر بعد الطعن بالبطلان، فما هو الإطار التنظيمي الذي

يحكم هذه الوضعية؟، و ما هي الحلول المكرسة لها ؟ ، لاسيما التطبيقات القضائية و التحكيمية .

الفرع الأول

الإطار التنظيمي لبطلان الحكم التحكيمي في بلد صدوره

أولا تجدر الإشارة إلى أن الأمر لا يتعلق فقط ببطلان الحكم التحكيمي الدولي بل

كذلك يندرج ضمن هذه الوضعية بطلانه وفقا للقانون الذي اختاره الأطراف¹، و هي وضعية من

شأنها أن تضاعف آثار هذه الحالة مما يجعل ثلاثة دول مختصة ببطلان الحكم التحكيمي: بلد

التنفيذ، بلد صدور الحكم و بلد القانون الواجب التطبيق و الذي صدر الحكم التحكيمي بموجبه .

¹ Article. V de la convention de New York 1958: « 1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve:

(e).Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue. »

من جهة ثانية، فإن الإطار التنظيمي لبطلان الحكم التحكيمي خارج بلد تنفيذه يقتصر على النصوص الدولية التي تولد عنها، كما يشمل أيضا النصوص من نفس الطبيعة التي حاولت استدراك الأمر، فما هي هذه النصوص في كلتا الحالتين ؟ .

الفقرة الأولى

النصوص المتعلقة ببطلان الحكم التحكيمي في بلد صدوره

في هذه الحالة يتعلق الأمر بكل من اتفاقية جنيف المؤرخة في 1927/09/26 المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية و اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالإعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية .

أولا- اتفاقية جنيف لسنة 1927

فيما يخص اتفاقية جنيف لسنة 1927 فإن الأمر واضح، و ذلك من خلال نص المادة (d-2-1)، و التي وضعت ضمن شروط الإعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية أن تكون نهائية في بلد صدورها، و أن لا يكون قد تم الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن¹ .

و بالتالي نلاحظ من خلال هذه المادة أنه يجب أن يكون حكم التحكيم الأجنبي نهائيا حتى يمكن منحه الصيغة التنفيذية، أو بمعنى أقرب، أنه يجب أن يكون نهائيا في بلد صدوره حتى

¹ Article. 1-2-d de la convention de Genève de 1927 : « Pour obtenir cette reconnaissance ou cette exécution, il sera nécessaire, en outre:

« Que la sentence soit devenue définitive dans le pays où elle a été rendue, en ce sens qu'elle ne sera pas considérée comme telle si elle est susceptible d'opposition, d'appel ou de pourvoi en cassation (dans les pays où ces procédures existent), ou s'il est prouvé qu'une procédure tendant à contester la validité de la sentence est en cours; » .

يمكن منحه الصيغة التنفيذية في بلد أجنبي عن صدوره، و بالتالي سينتهي الأمر بصيغتين تنفيذيتين¹.

لكن مهما كان الحديث عن هذا الموضوع، أو أي موضوع ضمن هذا البحث، فلا بد أن لا يحدد عن موضوع النظام العام، و يقصد بالذكر في هذا الموضوع مخرجات المقارنة بين الإتفاقية الحالية أي اتفاقية جونييف لسنة 1927 و بين اتفاقية جونييف لسنة 1961، و ذلك بغض النظر عن علاقة هذه الأخيرة باتفاقية نيويورك لسنة 1958 و التي سيتم التطرق لها بعد قليل .

و بصفة أدق، يقصد بالذكر نص المادة التاسعة من اتفاقية جونييف لسنة 1961²

مقارنة بنص المادة (1-2-d) السالفة الذكر، بحيث يستخلص من هذه الوضعية، لاسيما فيما يخص

¹ Emmanuel Gaillard, Op. cit, page 54 : « La convention de 1927 était ainsi tout entière axée sur l'idée ancienne que la juridicité de la sentence procède de l'autorisation de régler de cette manière les litiges données par le souverain local [le modèle westphalien] » .

² Article IX de la convention de Genève de 1961 :

« 1. L'annulation dans un Etat contractant d'une sentence arbitrale régie par la présente Convention ne constituera une cause de refus de reconnaissance ou d'exécution dans un autre Etat contractant que si cette annulation a été prononcée dans l'Etat dans lequel ou d'après la loi duquel la sentence a été rendue et ce pour une des raisons suivantes : (a) les parties à la convention d'arbitrage étaient, en vertu de la loi qui leur est applicable, frappées d'une incapacité, ou ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont soumise ou, à défaut d'indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue; ou (b) la partie qui demande l'annulation n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens ; ou (c) la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire ; ou contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de clause compromissoire ; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de la sentence qui ont trait à des

مسألة مخالفة النظام العام، بحيث قلصت اتفاقية جونييف لسنة 1961 شروط تنفيذ الحكم الأجنبي حاذفة بعضا منها بما في ذلك شرط النظام العام¹، و ذلك مقارنة بنص الفقرة الثانية من المادة (d-1) التي تتمسك بهذا الشرط و هي وضعية تسمح بمراقبة هذا الشرط في بلد التنفيذ فقط، و ذلك فيما يخص الدول المصادقة على اتفاقية نيويورك، أما فيما يخص الشروط الكلاسيكية المنصوص عليها ضمن اتفاقية جونييف لسنة 1927 فتبقى قائمة على الأقل بين سويسرا و الدول المصادقة على ذات الإتفاقية و الغير المنظمة إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958².

ثانيا- اتفاقية نيويورك لسنة 1958

يتمثل الإطار التنظيمي لمسألة بطلان الحكم التحكيمي في بلد صدوره لاتفاقية نيويورك لسنة 1958 في نص المادة v-1-e السالفة الذكر، و التي تشترط للإعتراف و تنفيذ حكم التحكيم

questions soumises à l'arbitrage, les premières pourront ne pas être annulées ; ou (d) la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties ou, à défaut de convention, aux dispositions de l'article 4 de la présente Convention.

2. Dans les rapports entre Etats contractants également Parties à la Convention de New York du 10 juin 1958 sur la Reconnaissance et l'Exécution des Sentences arbitrales étrangères, le paragraphe 1 du présent article a pour effet de limiter aux seuls causes d'annulation qu'il énumère l'application de l'article 5, paragraphe 1, e) de la Convention de New York. »

¹ Octavian CAPATINA, la circulation transnationale des sentences arbitrales, Op.cit, page 43 : « Du caractère limitatif de cette énumération on a déduit que l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine, pour cause de violation de l'ordre public de ladite législation n'est pas de nature à faire obstacle à sa reconnaissance et son exécution dans l'Etat d'accueil. »

² انظر الهامش رقم 01 من اتفاقية جونييف لسنة 1927، على مستوى الصفحة الأولى .

الأجنبي في بلد التنفيذ مجموعة من الشروط و التي من بينها أن يكون الحكم قد أصبح نهائيا و أن لا يكون قد تم إبطاله أو إلغاؤه من طرف سلطة بلد صدوره أو بموجب القانون الذي صدر بموجبه الحكم التحكيمي .

كما يوجد نص المادة IV من نفس الإتفاقية، و التي تشير إلى أنه في حالة طلب إبطال

الحكم التحكيمي في بلد صدوره، فإن السلطة المختصة إما أن ترجئ البث في تنفيذ القرار و إما الأمر بتقديم ضمانات كافية¹ .

و بالتالي فإن زيادة على تكريس هاتين المادتين للإطار التنظيمي لمسألة بطلان الحكم

التحكيمي الأجنبي في بلد صدوره، فإنه يمكن كذلك استخلاص أن هذا النوع من البطلان يفرض على قضاة بلد التنفيذ و بالتالي فهو بطلان ذو أثر دولي² .

كما أنه فيما يخص اتفاقية نيويورك دائما، فإن الفصل يعود لاتفاقية جونيف لسنة

1961 في خلق التوازن بين هذا البطلان الدولي لحكم التحكيم الأجنبي و بين مسألة تنفيذه في بلد تنفيذه، بحيث استتنت شرطا القابلية للتحكيم و النظام العام من سلطة قاضي البطلان لبلد صدور

¹ Article. VI de la convention de New York 1958 : « Si l'annulation ou la suspension de la sentence est demandée à l'autorité compétente visée à l'article V, paragraphe 1 e, l'autorité devant qui la sentence est invoquée peut, si elle l'estime appropriée, surseoir à statuer sur l'exécution de la sentence; elle peut aussi, à la requête de la partie qui demande l'exécution de la sentence, ordonner à l'autre partie de fournir des sûretés convenables. »

² وديان خالد عوده العبيدي، التحكيم في منازعات الإستثمار في ضوء أحكام مركز واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر و التوزيع، 2020، صفحة 195 .

الحكم التحكيمي و احتفظت بها ضمن سلطة قاضي بلد التنفيذ، مثل ما تم الإشارة إليه سابقاً، و ذلك بتقليص حالات البطلان¹ .

الفقرة الثانية

النصوص التنظيمية التي تحد من مفعول دولية بطلان الحكم التحكيمي في بلد صدوره

سيقتصر الأمر في هذه الحالة على اتفاقية جونييف لسنة 1961، من جهة، و قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، من جهة ثانية .

أولاً- اتفاقية جونييف لسنة 1961

في حقيقة الأمر، أن لإتفاقية جونييف لسنة 1961 فضل كبير في تطور التحكيم التجاري الدولي، لاسيما في مجال تنفيذ أحكام التحكيم، كيف لا و هي اتفاقية جاءت نتيجة الدفاع عن مصالح رقعة جيو اقتصادية معينة فأضحت تؤثر على جل دول العالم و ذلك بفرضها لمقتضياتها على اتفاقية نيويورك .

ف نجد نص المادة XI من الإتفاقية تحصر أسباب بطلان الحكم التحكيمي الأجنبي في بلد صدوره و التي تؤدي إلى بطلانه في بلد صدوره و التي تؤدي إلى بطلانه في بلد تنفيذه، و التي تشكل في حقيقة الأمر نفس الأسباب الأربعة الأولى المنصوص عليها ضمن المادة ٧ من اتفاقية نيويورك، و ذلك بنصها على ما يلي :

¹ Octavian CAPATINA, la circulation transnationale des sentences arbitrales, Op.cit, page 42 : « L'exigence que la sentence arbitrale étrangère soit revêtu de la forme exécutoire dans le pays d'origine n'est pas, non plus, nécessaire... . Acet égard, la convention de Genève de 1961 a modifié par l'article IX (1) le régime évoqué en réduisant les causes d'annulation à celles qu'elle énumère . »

[art. IX -2 de la convention de Genève 1961 : « Dans les rapports entre Etats contractants également parties à la convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, le paragraphe 1 du présent article a pour effet de limiter aux seules causes d'annulation qu'il énumère l'application de l'article 5, paragraphe 1 (e) de la convention de New York] .

يترتب على ما تقدم، أن بطلان الحكم التحكيمي الأجنبي في بلد تنفيذه نتيجة الطعن فيه في بلد صدوره، في الحالات التالية فقط : انعدام الأهلية وفقا للقانون المطبق، عدم الإعلام بتعيين المحكم أو عدم التمكين من حق الدفاع، فصل الحكم محل الطعن في مسألة غير متفق عليها في اتفاق التحكيم و مخالفة تشكيل محكمة التحكيم و إجراءاته لإتفاق أطراف النزاع كذلك .

أما فيما يخص موضوع البحث، المتمثل في أثر النظام العام على تنفيذ الحكم التحكيمي في بلد صدوره، فإنه تستثنى حالي عدم القابلية للتحكيم و مخالفة النظام العام و التي تبقى من الحالات الخاصة ببطلان الحكم التحكيمي في بلد تنفيذه، أو، و بمفهوم المخالفة، امكانية تنفيذ هذا الحكم في حالة الطعن فيه بموجب هذين الوجهين في بلد صدوره .

و من باب ضرورة الإلمام بالأحكام المتعلقة بأثر النظام العام على الحكم التحكيمي، فإنه و كما سبق و أن تم التطرق إليه إلى مختلف المسائل و الجوانب المتعلقة بالنظام العام، فإن هذا الأخير ووفقا لوجهي عدم القابلية للتحكيم و مخالفة النظام العام، فهما يشكلان النظام العام الموضوعي فقط، أما فيما يخص النظام العام الإجرائي فتبقى دائما ضمن حالات البطلان الدولي، لاسيما حق الدفاع، و هو الأمر الواضح من نفس نص المادة IX من اتفاقية جونييف لسنة 1961 المشار إليها أعلاه .

ثانياً- قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي

من بين أهم الأهداف و المستجدات التي ينطوي عليها القانون النموذجي، تتمثل في

توحيد المعاملة بشأن جميع قرارات التحكيم بغض النظر عن بلد المنشأ أو بلد صدور القرار التحكيمي، بل أكثر من ذلك، جاء في المذكرة الإيضاحية من أمانة الأونيسترال بشأن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 بصيغته المعدلة في عام 2006، بأن صياغة القواعد المتعلقة بالتنفيذ و الإعراف في نفس اتجاه اتفاقية نيويورك لسنة 1958، و أن قواعد القانون النموذجي تكمل هذه الإتفاقية الناجحة، كما تم وصفها في ترجمة المذكرة الإيضاحية المشار إليها أعلاه¹.

لكن هذا الوصف المفاجئ الذي جاءت به المذكرة الإيضاحية، و ما جاءت به من توضيحات بخصوص اتفاقية نيويورك لسنة 1958، لاسيما مسألة الإعراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ليس واضحاً بنفس الوضوح - المشار إليه في عدة مناسبات من هذا البحث - مقارنة بما جاءت به هذه المذكرة التوضيحية، خاصة أنه لا يجب أن ننسى أن ما وضحته هذه المذكرة التوضيحية، خاصة أنه لا يجب أن ما وضحته هذه المذكرة بشأن اتفاقية نيويورك لسنة 1958 هو نفس ما تضمنته اتفاقية جونييف لسنة 1961، و التي جاءت تعطي ديناميكية أكثر فيما يخص

¹ المذكرة الإيضاحية من أمانة الأونيسترال بشأن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 بصيغته المعدلة في عام 2006، المنشورة على موقع الأمم المتحدة باللغة العربية: <http://www.uncitral.un.org>

صفحة 36] 8- الإعراف بقرارات التحكيم و إنفاذها، أ- نحو معاملة موحدة لجميع قرارات التحكيم بغض النظر عن بلد المنشأ، فقرة رقم 51 : ” و بصوغ قواعد الإعراف و الإنفاذ على غرار الأحكام ذات الصلة من اتفاقية نيويورك، يكمل القانون النموذجي نظام الإعراف و التنفيذ الذي أوجدته تلك الإتفاقية الناجحة، دون أن يتضارب معه ” . [

التحكيم التجاري الدولي على مستوى الدول الأوروبية، لاسيما فيما بين دول أوروبا الشرقية و أوروبا الغربية .

ومن بين ما يثير الإنتباه، سواء فيما يتعلق باتفاقية نيويورك لسنة 1958 و ما يرتبط

بها، على غرار المذكرة الإيضاحية للقانون النموذجي، أو سواء ما تعلق باتفاقية جنيف لسنة 1961، بحيث على الرغم من أن هذه الأخيرة جاءت لتسوية وضع معين في رقعة جغرافية معينة (أوروبا)، إلا أنها في نهاية المطاف جرت معها باقي الدول و ذلك فيما يخص الحد من مفعول المادة 5-1-هـ من اتفاقية نيويورك لسنة 1958، و قصر المر على الأربع حالات المذكورة على سبيل الحصر ضمن نص المادة IX من اتفاقية جنيف، لتصبح ليس فقط المادتين متطابقتين و إنما كذلك أصبحت اتفاقيتين مرتبطتين فيما يخص مسألة الإعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية .

أما فيما يخص القانون النموذجي، و حسب هذا الأخير، بالإضافة إلى المذكرة الإيضاحية، فإن هذا القانون و بالإضافة إلى اتجاهه إلى نفس ما تم الذهاب إليه بخصوص المادتين e-1-v و ix من الإتفاقيتين، فإنه جاء بنقطة لا تقل أهمية عن مسألة توحيد شروط الإعتراف بالحكم التحكيمي الأجنبي .

تتمثل هذه النقطة، في الفصل بين شروط إلغاء الحكم التحكيمي و شروط رفض الإعتراف به و تنفيذه، بحيث جاءت هذه الشروط مؤكدة نفس الشروط المنصوص عليها في المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك، أما السبب الوجيه لهذا التمييز فيعتقد أنه يكمن في مسألة التأكيد على الإعتراف و تنفيذ الحكم الأجنبي بصرف النظر عن البلد الذي صدر فيه ¹ . لتبقى المسألة الشائكة مسألة بقاء مخالفة القابلية للتحكيم و النظام العام، من شروط بطلان الحكم التحكيمي الدولي في كل

¹ حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الإستثمار، دار هومه، 2010، صفحة 201 .

من بلد صدور الحكم و بلد الإعراف به، و ذلك نظرا لإختلاف السياسة العامة من حيث المضمون حسب القانون الذي تطبقه المحكمة (محكمة دولة الإلغاء أو محكمة دولة النفاذ)، و بالتالي يمكن أن نستخلص انتهاء هيمنة قاضي بلد صدور الحكم على قاضي بلد التنفيذ، و هو ما سنحاول التطرق إليه من خلال ما تبقي من البحث .

الفرع الثاني

تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي الملغى في بلد صدوره

إنطلاقا مما تم التوصل إليه من خلال حصر الإطار التنظيمي لمسألة تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي المطعون فيه بالبطلان أو الإلغاء، و الذي تم من خلاله افسخلائص بأن كل من اتفاقية جنيف لسنة 1961 و اتفاقية نيويورك لسنة 1958 (بطريقة غير مباشرة عن طريق تعديل القانون النموذجي) قلصت من شروط تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، و التي و كما لاحظنا لا يوجد ضمنها شرطي عدم القابلية للتحكيم و مخالفة النظام العام، و بالتالي يبقى التساؤل يطرح عن مصدر الحكم الذي يخالف هذه الشروط و التي تؤدي إلى بطلانه في بلد التنفيذ؟، و كنيحة حتمية، التساؤل كذلك عن الحكم التحكيمي الثاني و الصادر نتيجة بطلان الأول ؟ .

الفقرة الأولى

القاعدة الأصلح

إن شرط القاعدة الأصلح أو الأكثر نجاعة، لا يمكن استخلاصه مباشرة، بل بالتطرق إلى المراحل التي مر بها الوضع حتى استقر على هذه القاعدة، و بالتالي فما هي هذه المراحل ؟ .

أولاً- المرحلة الأولى: إمكانية الإرتكاز على القانون الوطني لبلد التنفيذ (القاعدة الأصلح)

في هذا السياق، فإنه سيتم التطرق إلى القرار الشهير Norsolor، و ذلك من خلال عرض الوقائع الخاصة به، ثم بعد ذلك سيتم التطرق إلى التعليق عن هذا القرار من أجل استخلاص ما يمكن استخلاصه .

1-قرار¹ Norsolor

تعود وقائع القضية إلى تعليق عقد تمثيل تجاري و الذي كان يجمع الشركة الفرنسية Ugilor و التي أصبحت لاحقا شركة Norsolor بالشركة التركية Pabalk، أين تم اجراء تحكيم بخصوص النزاع الناجم عن هذه الوضعية في Vienne، و تم القضاء ضد شركة Norsolor بمبالغ مالية .

في بداية الأمر تم الإعتراف بالحكم التحكيمي في كل من النمسا و فرنسا، و على الرغم من ذلك تم إلغؤه جزئيا من طرف مجلس قضاء Vienne، و في نفس الوقت تم الطعن في قرار الإعتراف الصادر عن القضاء الفرنسي، و الذي رفض الإعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي بناء على المادة e-1-v من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 طالما أنه تم إلغاء الحكم التحكيمي في بلد صدوره، و لو جزئيا .

نتيجة لذلك صدر قرار عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1984/10/09، نقض

القرار الصادر عن مجلس قضاء باريس و القاضي برفض الإعتراف بالحكم التحكيمي، و استندت

¹ Cour de cassation, chambre civil 1, 09 octobre 1984, 83-11.355.

<http://www.legifrance.gouv.fr>

محكمة النقض هذه المرة على أساس المادة السابعة من اتفاقية نيويورك¹، و التي حسب مضمونها أنه لا يمكن استقبال الحكم التحكيمي بناء على القانون الوطني الفرنسي، و ذلك على الرغم من الطعن فيه في بلد المنشأ .

2-التعليق على قرار Norsolor

أول ما يمكن التطرق إليه بخصوص قرار Norsolor، يتمثل في عدم وقوفه على شروط استقبال الحكم التحكيمي الأجنبي في القانون الفرنسي، و الملغى في بلد صدوره، و ذلك لكون أن القرار الصادر عن مجلس قضاء Vienne تم إلغاؤه من طرف المجلس الأعلى النمساوي بتاريخ 1982/11/18² .

¹ Article.VII de la convention de New York 1958 : « 1. Les dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par les Etats contractants en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales et ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admise par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée.

2. Le Protocole de Genève de 1923 relatif aux clauses d'arbitrage et la Convention de Genève de 1927 pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères cesseront de produire leurs effets entre les Etats contractants du jour, et dans la mesure, où ceux-ci deviendront liés par la présente Convention. »

² Emmanuel Gaillard, l'exécution des sentences annulée dans leur pays d'origine, Journal du droit international, 125^e année (1998), n°3, juillet-aout-septembre, Editions du Juris-classeur, Paris, page 650 : « ..., cette décision n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la question des conditions de l'accueil, en droit commun français, d'une sentence annulée dans son pays d'origine. La discussion de cette question, qui aurait dû s'opérer devant la Cour de renvoi, n'a pas pu intervenir dans cette affaire, l'arrêt de la Cour d'appel de Vienne ayant entre temps été annulé par la Cour suprême autrichienne » .

كما أنه و في نفس الوقت، أن قرار Norsolor كرس للمرة الأولى مبدأ القاعدة

الأصلح la Règle de l'efficacité maximale أو principe de Règle la plus favorable

أو كذلك¹ la Loi favorable à l'accueil de la sentence، و هي قاعدة من صنع القضاء

الفرنسي، و هو القضاء الوحيد إلى حد ما، الذي أخذ بهذا المبدأ من أجل استبعاد أحكام التحكيم

الأجنبية الباطلة في بلد صدورها².

إن مصدر القاعدة الأصلح المشار إليها أعلاه و الذي استند عليه قرار Norsolor،

يتمثل في نص المادة السابعة من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 السالفة الذكر، كما ورد في قرار

النقض :

[...que le juge ne peut refuser l'exéquatur lorsque son droit national l'autorise]

و التي تعتبر كما ذهب إليه البعض " الفكرة العبقريّة " التي تضمن لإتفاقية نيويورك الإستمرارية

بمرونة رغم مرور الزمن³ .

¹ Jean –Batiste, Op. cit, page 559 : « C'est l'article VII de la convention qui conduit à cette solution. Selon cette disposition, le droit du for s'applique à l'exécution de la convention si celui-ci est plus favorable à l'accueil de la sentence » .

² Philippe FOUCHARD, la portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine, Revue de l'arbitrage, 1997-n°3, page 337 : « Cette clause de règle la plus favorable a été normalement appliquée par les tribunaux de divers pays, comme l'Allemagne ou les pays-Bas. Mais seuls les tribunaux français, jusqu'à une époque récente, l'ont invoquée pour écarter les effets de l'annulation de la sentence dans son pays d'origine ».

³ أحمد هندي، مرجع سابق، صفحة 73 .

فإذًا، و كما رأينا سابقًا، أن اتفاقية جونييف لسنة 1961 و في نفس السياق القانون النموذجي، كان لهما دور مهم في تقليص شروط الإعتراف و الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي الأجنبي إلى أربعة شروط، فإن هذه الأخيرة تعتبر الحد الأقصى المفروض و أن المادة السابعة تسمح بتخفيض هذه الشروط إذا سمح بذلك اتفاقية دولية أو قانون وطني (قانون بلد التنفيذ)، و لا يعتبر ذلك مخالفًا لاتفاقية نيويورك لسنة 1958 بحد ذاتها .

ثانيا- المرحلة الثانية: (إعتبار " القاعدة الأصلح " من النظام العام)

كذلك فيما يخص هذه الفقرة، فإنه سيتم اعتماد نفس المنهج أو الأسلوب، بحيث سيتم عرض وقائع القرار الشهير الذي كرس فكرة إعتبار القاعدة الأصلح من النظام العام و المتمثل في قرار Hilmarton، ثم بعد ذلك سيتم التعليق على أهم ما جاء به هذا القرار بما يتناسب مع موضوع البحث .

1- قرار¹ Hilmarton

يتعلق النزاع بعمولة طلبتها الشركة الإنجليزية Hilmarton من الشركة الفرنسية OTV من أجل المساعدة لإقتناء صفقة في الجزائر، أين صدر حكم تحكيمي يقضي برفض هذه العمولة على أساس أن القانون الجزائري يحظر مثل هذه المعاملات .

تم الإعتراف بهذا الحكم في فرنسا بتاريخ 1990/02/27، و في نفس الوقت تم الطعن في الحكم التحكيمي بالبطلان في بلد صدوره " سويسرا " بطلب من شركة Hilmarton،

¹ Cour de cassation, chambre civil 1, 23 mars 1994, 92-15.137.
<http://www.legifrance.gouv.fr>

و بالفعل تم ابطاله من طرف مجلس قضاء Canton بجونيف بتاريخ 1989/11/17، و تم تأييد هذا القرار بتاريخ 1990/04/17 من طرف المحكمة الفيدرالية .

على إثر ذلك، تم الطعن في قرار الاعتراف بالحكم التحكيمي أمام محكمة استئناف باريس، و بالتالي و خلاف قرار Norsolor وجد القضاء الفرنسي نفسه هذه المرة أمام قرار تم ابطاله في بلد صدوره .

بموجب قرار صادر في 1991/12/19 قضت محكمة استئناف باريس باستبعاد أحكام

نص المادة e-1-v بفعل المادة السابعة، من اتفاقية نيويورك، لكن إلى جانب ذلك استندت على المادة 1502 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي و التي لا يوجد بين الشروط التي تتضمنها شرط بطلان الحكم التحكيمي في بلد صدوره و أيدتها في ذلك محكمة النقض الفرنسية بموجب قرارها الصادر في 1994/03/23، مصرحة بما يلي :

[Attendu enfin, que la sentence rendue en Suisse était une sentence internationale qui n'était pas intégrée dans l'ordre juridique de cet Etat, de sorte que son existence demerait établie malgré son annulation et que sa reconnaissance en France n'était pas contraire à l'ordre public international,...] .

أما عن مصير الحكم التحكيمي الأول بعد إلغائه، فإنه تم إصدار حكم تحكيمي ثاني يمكن شركة Hilmarton من العمولة التي طالبت بها و ذلك بتاريخ 1992/04/10، و تم منح هذا الحكم الصيغة التنفيذية في سويسرا بتاريخ 1993/02/25، و إلى جانب ذلك تحصلت شركة Hilmarton على الاعتراف بالقرار الذي ألغى الحكم التحكيمي الأول و ذلك بتاريخ 1993/09/22.

و في النهاية، نقضت محكمة استئناف باريس هذين الحكمين الأخيرين بدون إحالة،
و ذلك على أساس حيازة الحكم الأول حجية الشيء المقضي فيه بناء على القانون المدني الفرنسي،
لاسيما المادة 1351 .

2-التعليق على قرار Hilmarton

أول شيء يمكن الحديث عنه فيما يخص قرار Hilmarton، هو الفكرة التي تعتبر
المرحلة الثانية من تطور القضاء الفرنسي في تعامله مع المادتين v-1-e و المادة السابعة من
اتفاقية نيويورك لسنة 1958، فإن كانت البداية بقرار Norsolor أين كرس مبدأ " القاعدة الأصلح
"، فإنه و كمرحلة ثانية و بموجب قرار Hilmarton طور من وضعيته ازاء ذلك بأن ذهب إلى
أن حكم التحكيم التجاري الدولي الأجنبي هو حكم ليس مدغما في النظام القانوني لبلد نشوئه¹ .

إلى جانب ذلك، و بالإضافة إلى إشارة القضاء الفرنسي بمناسبة قرار Hilmarton
إلى إعتبار حكم التحكيم الأجنبي لا ينتمي بالضرورة إلى النظام القانوني لبلد انشائه، فإنه يعتبر
كذلك هذا الحكم غير مخالف للنظام العام الدولي الفرنسي، و ذلك لعدم نص المادة 1502 من قانون

¹ Emmanuel Gaillard, aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international, Op. cit, page 95 : « On songe ensuite à la jurisprudence, plus significative, reconnaissant que la sentence n'est pas intégré dans l'ordre juridique de l'Etat du siège de l'arbitrage. La formule à été utilisée dans la jurisprudence française de manière constante depuis 1994. La Cour de cassation a affirmé, pour la première fois dans l'arrêt Hilmarton, qu'une : sentence rendu en Suisse... » .

الإجراءات المدنية الفرنسي على حالة بطلان حكم التحكيم في بلد صدوره، و هو على كل حال نفس الوضع فيما يخص التشريع الجزائري¹.

كما يمكن أن نستخلص كذلك لحد الآن، أن اعتبار حكم التحكيم التجاري الدولي الأجنبي غير منتم لبلد نشوئه ناجم عن الإكتفاء الذاتي لمؤسسة التحكيم، لاسيما حكم التحكيم الدولي، و بالتالي فهو لا يحتاج للنظام القانوني لبلد صدوره من أجل وجوده، و بالنتيجة أن قرار إلغاء هذا الحكم لا يكون له أثرا في بلد إغائه أو ابطاله²، و أكثر من ذلك فحكم التحكيم هو حكم دولي غير مرتبط بأي نظام قانوني و ليس فقط النظام القانوني لبلد صدوره³.

¹ Ahmed OUERFELLI, l'arbitrage dans la jurisprudence tunisienne, Op. Cit, page 444 : « ..., le code tunisien prévoit explicitement dans son article 81 que l'exéquature est refusé s'il est établi que la sentence a été annulée ou suspendue dans son pays d'origine. Il s'attache ainsi à la conception territorialiste. Le droit algerien, par contre, a opté pour la solution moderniste, puisque la nouvelle loi algerienne sur l'arbitrage de 2008 ne cite pas ce cas parmi les motifs de rejet de la demande d'exéquature. »

² George A. Bermann, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts, Springer, 2017, page 305: « Le caractère à la fois a-national et transnational (flottant ?) de la sentence arbitrale international est ainsi affirmé. La sentence en tant qu'acte juridictionnel privé se suffit à elle-même, ...»

³ Chiraz Abid, l'établissement du contenu du droit applicable en matière d'arbitrage international, préface de Chahira Boutayeb et Nèji Baccouche, l'Harmattan, 2019, page 27 : « De plus, le fait que l'arbitre n'est intégré dans aucun ordre juridique et que la sentence arbitrale (qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est ... »

في الأخير، تجدر الإشارة إلى أن الأمر لم يتوقف عند هذا الحد فيما يخص مسألة تنفيذ أحكام التحكيم الدولي الأجنبية، بل واصل التطور إلى أكثر من هذا، لكن ذلك في ظل ظروف و ملابسات أخرى، سيتم تناولها بعد حين .

الفقرة الثانية

دولية حكم التحكيم الدولي الأجنبي

بدأ الأمر بالتمسك بالقاعدة الأصلح و التي مصدرها المادة السابعة من اتفاقية نيويورك و ذلك على النحو الذي رأيناه، ثم بعد ذلك تم الانتقال من المادة السابعة إلى اضافة المادة 1502 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي السالفة الذكر، على اعتبار أن هذه المادة لا تتضمن شرط بطلان الحكم التحكيمي الأجنبي في بلد صدوره ضمن شروط الاعتراف بهذا الأخير .

لم يتوقف الأمر عند هذا الحد، و إنما واصل التطور إلى أن استقر على مبدأ " دولية حكم التحكيم الدولي"، و هذا و كما سيتم ملاحظته، ليس فقط على مستوى القضاء و إنما حتى على مستوى التشريعات الوطنية، و بالتالي فهو مضمون مبدأ دولية حكم التحكيم الدولي الأجنبي؟، و كيف تم تكريسه ؟ .

يقصد في هذه الحالة القضاء الذي كرس لأول مرة مبدأ دولية حكم التحكيم الأجنبي،

على غرار قرار² Putrabali، و القرارات التي أخذت أو أكدت على نفس المبدأ، على غرار

¹ يوجد مجموعة لا بأس بها من القرارات القضائية المتعلقة بمسألة تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في بلد اجراء التحكيم بعد ابطال الأولى، على غرار تلك الصادرة عن القضاء الفرنسي، مثل: قضية Polish ocean line et Jolarsy، قضية Chromaloy و Bechtel، أو الصادرة عن القضاء الأمريكي، أين يجب اغتنام الفرصة من أجل التوضيح أن الأمر لا يتعلق بسرد هذه القرارات و إنما يتعلق بتطور هذه المسألة، لذلك وجب انتقاء القرارات ما يخدم هذا التوجه، و ذلك خلافاً للمراجع و البحوث التي تناولت جميع هذه القرارات، مقسمة إياها إلى الصادرة عن القضاء الفرنسي و القضاء الأمريكي، أو المشتركة بينهما و يقصد بذلك قرار Cromaloy .
فبالإضافة إلى ما تقدم، فإنه لا يعتمد بالضرورة نفس المنهج و بالتالي تناول جميع هذه القرارات، نظراً كذلك إلى أن جميع هذه القرارات، لا تختلف من حيث النتيجة على الرغم من اختلاف الأسباب المؤدية إلى ذلك مثل ما ذهب إليه القاضي علي ناصر محمد الأحبابي في مؤلفه: بطلان أحكام التحكيم الأجنبية الصادر عن دار القضاء سنة 2012، هذا من جهة .

من جهة ثانية، فإن باقي القرارات، على غرار القرار الصادر في قضية Baker marine, Martin spier و قضية Termorio S.A.E.S.P، لو يتم التدقيق فيها نجدها تتعلق بالحالات الأربعة التي تم الإشارة إليها في سياق الحديث عن المادة السابعة من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 و اتفاقية جنيف لسنة 1961 إلى جانب القانون النموذجي، و هو نفس ما ذهبت إليه القرارات المعروضة، قرار Hilmarton بالأخص .

² Cour de cassation, chambre civil 1, 29 juin 2007, 05-18.053.
<http://www.legifrance.gouv.fr>

القرار الصادر عن محكمة استئناف باريس في قضية Société ivoirienne de raffinage ضد Société Teekay Chipping Norways et autre¹ بتاريخ 2008/01/31 .

1-قرار Putrabali

يتعلق الأمر في هذه القضية بنزاع يجمع بين الشركة الفرنسية Est Epices و التي أصبحت فيما بعد Rena Holding، و بين الشركة الأندونيسية Putrabali، بمناسبة طلبية تتعلق بالفلفل الأبيض أين تم هلاك الطلبية نتيجة حادث تعرضت له السفينة، الأمر الذي ترتب عنه رفض تسليم الثمن من الطرف الفرنسي .

على إثر ذلك فعلت الشركة Putrabali شرط التحكيم المدرج في العقد، و هو ما جرى فعلا في إنجلترا أين إنتهى الأمر بحكم أول في غير صالح الشركة الأندونيسية و التي طعنت في الحكم و استفادت من إلغاء جزئي و إعادة النظر في النزاع من جديد، و تم إصدار حكم ثاني يلزم الشركة الفرنسية بمبلغ مالي يقدر ب 163 068 أورو لفائدة شركة Putrabali .

لكن خلال ذلك، تحصلت الشركة الفرنسية على أمر تنفيذ الحكم الأول في فرنسا و الذي كان في صالحها، و الأدهى من ذلك، أنه حتى شركة Putrabali تحصلت على أمر الإعتراف بالحكم الثاني الصادر نتيجة دعوى إلغاء الحكم الأول في بلد صدوره (إنجلترا)، و أمام هذا الوضع تم الطعن في أوامر التنفيذ بالنسبة للمحكمن في أن واحد أمام محكمة استئناف باريس و التي أيدت أولاهما .

¹ Emmanuel Gaillard, aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international, Op. cit, page 96 .

نتيجة لذلك طعن Putrabali بالنقض في الحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس،

و التي جاء في حكمها ما يلي :

[La sentence arbitrale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays ou sa reconnaissance et son exécution sont demandée] .

2-التعليق على قرار Putrabali

بعدما كان القضاء الفرنسي، سواء عن طريق محكمة النقض أو محاكم الإستئناف،

يرتكز على عدم إدغام حكم التحكيم الدولي الأجنبي في بلد صدوره، و ذلك مثل ما تم التطرق له

بمناسبة القرارات السابقة على قرار Putrabali، فإن القضاء الفرنسي طور و قوى موقفه ازاء

ترسيخ رفض الإعتراف بالحكم التحكيمي الملغى أو الباطل في بلد صدوره و الحكم التحكيمي

الصادر بناءا على ذلك، و ذلك بانتقاله من فرضية عدم ادغام هذا الحكم في النظام القانوني لبلد

صدوره إلى فرضية دوليتهو بالتالي عدم انتمائه لأي نظام قانوني .

هذا الإنتقال تم التأكيد عليه حتى في القرارات الصادرة بعد 2007، و ذلك كما تم

اسلافه بمناسبة القرار الصادر عن محكمة استئناف باريس في قضية Société ivoirienne de

raffinage الصادر بتاريخ 31 جانفي 2008، و الذي ذهب إلى ما يلي :

[Mais considérant que, quelle que soit la compétence de la Cour d'appel d'Abidjan pour connaître d'un recours dirigé contre une sentence..., la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique..., est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays ou sa reconnaissance et son exécution sont demandée...] .

كما أنه، هذا التطور الذي لحظه القضاء الفرنسي، لا يخص فقط دولية حكم التحكيم الأجنبي، بل يشمل كذلك النتيجة المباشرة عن ذلك، و التي تتمثل في ضرورة فحص مشروعية هذا الحكم تتم بموجب القواعد المطبقة في بلد تنفيذه، و ذلك بعدما كان يستند على نفس القانون (المادة 1502 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي) بعدما كان يستند عليه باعتباره لا يتضمن شرط بطلان الحكم التحكيمي الباطل في بلد صدوره .

كذلك من خلال كل هذا، نسجل أن القضاء الفرنسي، لاسبما من خلال القرارين السالفي الذكر، يستند على وجهة نظره المتمثلة في اعتبار المحكم قاضٍ دولي و الإعراف بوجود نظام قانوني تحكيمي دولي مستقل، مثله في ذلك مثل النظام القانوني القضائي الدولي¹ .

ثانيا- على مستوى التشريعات الوطنية المقارنة

هناك من التشريعات ما كرس ما تم تطويره فيما يخص مسألة الإعراف بأحكام التحكيم الأجنبية الباطلة في بلد صدورها، من طرف القضاء الفرنسي، و بالتالي و كما لاحظته Emmanuel Gaillard فإن الأنظمة القانونية بدأت تتخلى شيئا فشيئا عن فكرة أن أحكام التحكيم الأجنبية مرتبطة من حيث المصدر ببلد صدورها²، و بالتالي توجب معرفة الكيفية التي بموجبها تبنت بعض التشريعات هذا المبدأ ؟ .

¹ Emmanuel Gaillard, l'ordre juridique arbitral : réalité, utilité et spécificité, McGill Law Journal/Revue de droit de McGill, 2010, 55 (4), page 906 : « Pour la Cour de cassation française, l'existence d'un ordre juridique arbitral autonome est une réalité, la sentence étant considérée comme une décision de justice international au même titre que peut l'être la décision d'une juridiction permanente créée par la communauté internationale »

² Ibid, page 905 : « On constate ainsi que, par petites touches, les ordres juridiques étatiques abandonnent progressivement l'idée selon laquelle une sentence puiserait nécessairement sa source dans l'ordre juridique du siège, conçu comme un for, voire dans

فهناك المشرع السويسري الذي جعل الأمر رهن اتفاق طرفي النزاع و ذلك من خلال

أحكام المادة 192 من خلال فقرتها الأولى من القانون الفيدرالي المتعلق بالقانون الدولي الخاص¹، و بالتالي نلاحظ أن النظام القانوني السويسري فيما يخص هذا الشأن جعل من شروط بطلان أحكام التحكيم الأجنبية شروط ذات طابع تكميلي و ليس ذات طابع أمر²، و من جهة أخرى، و حد بين أحكام التحكيم التجاري الدولي المحلية و الأجنبية بموجب هذه المادة³.

un ordre juridique étatique quelconque, pour se rapprocher de celle qui admet l'existence d'un ordre juridique arbitral. »

¹ Article 192 alinéa 1 de la loi fédérale sur le droit international privé : « Si deux parties n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse, elles peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou un accord écrit ultérieur, exclure tout recours contre les sentences d'un tribunal arbitral ; elle peuvent aussi n'exclure le recours que pour l'un ou l'autre des motifs énumérés à l'art.190, al.2 »

² Cathrine Yannaca-Smalle, améliorer le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et Etats : vue d'ensemble, perspectives d'investissement international, OCDE, Edition OCDE, 2006, page 214 : « Dans la plus part des pays, les motifs d'annulation des sentences arbitrales ont un caractère impératif : les parties ne peuvent pas les contourner par leurs conventions. Toutefois, dans certains pays, les motifs d'annulation des sentences arbitrales internationales ont valeur de règles supplétives, du moins por les affaires mettant en cause des parties étrangères » .

³ Gérardo Broggin, le contrôle des sentence arbitrales internationales par le juge du siège et par le juge de l'exécution, T.M.C Asser Institut, Private Law in International Arena, From National Conflict Rules Towards Harmonisation and Unification, T.M.C Asser Press, 2000, page 102 : « A mon avis le législateur suisse a voulu faire état d'une situation particulière à savoir d'un arbitrage dont le siège a été prévu en Suisse (ni domicile ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse de deux parties). Il a donc rapproché la sentence arbitrale prononcée en Suisse à une sentence arbitrale étrangère, en la soumettant au même contrôle ».

كما هناك أيضا المشرع السويدي، و الذي حذا حذو المشرع السويسري هو الآخر، و ذلك من خلال نص المادة 51 من قانون التحكيم السويدي لسنة 1999 و التي تنص على إمكانية إنفاق الأطراف إلغاء حق التمسك بشروط بطلان حكم التحكيم بموجب اتفاق في حالة عدم اقامة أي طرف في السويد أو تمتعه بمقر مستقر بها¹.

و المشرع البلجيكي، و ذلك من خلال قانون التنظيم القضائي، أين جاءت المادة 1718 من نفس القانون بنفس المبدأ، بل أكثر من ذلك جعلت الأمر يشمل حتى الأشخاص المعنوية العامة و ليس فقط الأشخاص الطبيعية²، بالإضافة إلى بعض الأنظمة القانونية الأخرى على غرار المشرع التونسي مثلا .

¹ Article 51 de la loi suédoise sur l'arbitrage 1999.116 : « Lorsqu'aucune des parties n'est domiciliée ou n'a un établissement stable en Suède, lesdites parties sont autorisées, en matière commerciale, à exclure ou limiter expressement par un accord écrit, l'applicabilité des motifs d'annulation d'une sentence prévues à l'article 34 »

² Article 1718 du code judiciaire belge de 2013 : « Les parties peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou par une convention ultérieure, exclure tout recours en annulation d'une sentence arbitrale lorsqu'aucune d'elles n'est soit une personne physique ayant la nationalité belge ou son domicile ou sa résidence habituelle en Belgique, soit une personne morale ayant en Belgique son principal établissement ou une succursale ».

- للحكم التحكيمي شروط صحة منصوص عليها ضمن التشريعات الوطنية المقارنة و الإتفاقيات الدولية، و هي تتمثل في الشروط الشكلية و الشروط الموضوعية .
- تتمثل الشروط الشكلية في : الكتابة، التسبيب و بيانات الحكم، و التي قد يترتب على تخلفها بطلان الحكم التحكيمي، و بالتالي فهي شروط صحة تعتبر من النظام العام التحكيمي .
- الشروط الموضوعية لصحة الحكم التحكيمي تتمثل في كونه قابلا للتنفيذ بحيازته لحجية الشيء المقضي فيه في حالة عدم وجود استئناف، أو بحيازته لقوة الشيء المقضي فيه في حالة الطعن فيه .
- كما أن للحكم التحكيمي شروط خاصة به، و له كذلك إجراءات خاصة به و التي تختلف باختلاف نوع التحكيم، من تحكيم داخلي و دولي .
- يتطلب الحكم التحكيمي الدولي الإعراف به و الأمر بتنفيذه، و ذلك وفقا لشروط شكلية و أخرى موضوعية .
- تتمثل الشروط الشكلية في ثلاثة فئات من الشروط، فئة يمكن استخلاصها من التشريع الوطني المقارن المعني، أما الفئة الثانية فيتم استخلاصها من الإتفاقيات الدولية، لاسيما اتفاقية نيويورك لسنة 1958، فيما تتمثل الفئة الثالثة من هذه الشروط في الشروط التي تملئها الظروف التي صادقت بموجبها كل دولة على اتفاقية نيويورك .
- أما الشروط الموضوعية الخاصة بإجراء الإعراف و الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي، فتتمثل في الشروط ذات الصبغة الموضوعية المستوحاة بنفس الطريقة المشار إليها في الفقرة السابقة أعلاه، بالإضافة إلى شرط عدم مخالفة النظام العام و القابلية للتحكيم، و ذلك تحت

تأثير المادة الرابعة من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 التي خصصت الفقرة الأولى للشروط الشكلية فيما خصصت الفقرة الثانية للشروط الموضوعية .

- تتمثل اجراءات الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي، في اثبات صحة و جود الحكم التحكيمي، بالإضافة إلى التقدم بطلب إلى الجهة القضائية المختصة، و التي تختلف من بلد إلى آخر حسب نوع التشريع الوطني المعني .
- فيما يخص الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي، و طالما أن شروط الاعتراف بالحكم التحكيمي هي نفسها شروط الأمر بالتنفيذ، و ذلك فيما يخص التحكيم التجاري الدولي، أما شروط الحكم التحكيمي الداخلي فهي الأخرى تنقسم إلى شروط شكلية و شروط موضوعية .
- تتمثل الشروط الشكلية للأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي الداخلي في ايداع الحكم، و ارفاق نسخة من اتفاق التحكيم، أما الشروط الموضوعية فتتمثل بطبيعة الحال في عدم مخالفة هذا الحكم للنظام العام .
- إن اجراءات الحصول على الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي الداخلي، تتمثل في تقديم طلب إلى الجهة القضائية المختصة، ثم صدور الأمر بتذييله بالصيغة التنفيذية و تسليمه من قبل كتابة الضبط .
- سواء تعلق الأمر بالاعتراف بالحكم التحكيمي أو برفضه، فإنه يمكن الطعن في هذا الأمر الصادر بالقبول أو بالرفض، كما يمكن الطعن في الحكم التحكيمي في بعض الحالات، و ذلك وفقا للطرق المقررة قانونا .
- فيما يخص الطعن بالإستئناف، فإن هذا الطعن مقرر فيما يخص التحكيم الداخلي بالنسبة للحكم ذاته، كما هو مقرر للأمر القاضي برفض تنفيذه، أما فيما يخص التحكيم الدولي فإن

الطعن بالإستئناف مقصور على أمر الإعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي، أو العكس و بالتالي رفضهما، و ذلك سواء في حالة صدور الحكم داخل بلد التنفيذ أو خارجه .

- كذلك يمكن الطعن في الحكم التحكيمي الدولي ذاته مقابل عدم قبوله للطعن فيه بالإستئناف، و ذلك عن طريق الطعن بالبطلان و بنفس الأوجه المقررة للطعن بالإستئناف، و هو طعن منصوص عليه ليس فقط ضمن التشريعات الوطنية المقارنة و إنما حتى في الإتفاقيات الدولية.

- يمكن جمع هذه الأوجه، و التي تعتبر أوجهها للطعن في أوامر الإعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي، و في نفس الوقت أوجهها للطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي ذاته، في أسباب متعلقة باتفاقية التحكيم و أسباب البطلان المتعلقة بالحكم ذاته، كمخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام .

- ليس للنظام العام أثراً على الحكم التحكيمي في بلد تنفيذه فقط، و إنما هذا الأثر يترتب حتى في بلد صدور الحكم التحكيمي .

- تخضع هذه الحالة لكل من اتفاقية جونييف لسنة 1961 و اتفاقية نيويورك لسنة 1958، و التي بواسطتها قلصت من شروط تنفيذ الحكم التحكيمي الأجنبي، مبقية على شرطي النظام العام و القابلية للتحكيم، الأمر الذي يترتب ابقاء هذا النوع من الرقابة تحت سلطة بلد التنفيذ .

- هذه الوضعية خلقت مشكلا كبيرا في مجال تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، بحيث تؤدي إلى ثلاثة أنواع من القرارات، الحكم التحكيمي نفسه، قرار ابطاله و الحكم التحكيمي الجديد الصادر بعد الطعن ببطلان الحكم الأول .

- إن تنفيذ الحكم التحكيمي الأجنبي - الحائز لحجية الشيء المقضي فيه -، على الرغم من الطعن فيه بالبطلان في بلد صدوره يخضع هو الآخر لإطار قانوني خاص به .
- هذا الإطار القانوني مر بعدة مراحل كلها من صنع القضاء، ابتداء من مبدأ القاعدة الأصلح، بما في ذلك تكريسها لتصبح من النظام العام التحكيمي، إلى مبدأ دولية حكم التحكيم الدولي الأجنبي، و هو ما استقر عليه القضاء العدلي المتعلق بالتحكيم، و من بعده بعض التشريعات الوطنية المقارنة .

الخاتمة

و في نهاية البحث، و الذي تناول موضوع من الموضوعات الهامة المتعلقة بالتحكيم، و الذي يتمثل في " فكرة النظام العام و أثرها على التحكيم "، نرجو أن نكون قد وفقنا لبلوغ الهدف منه و الذي يتمثل في دراسة مستجدات موضوع النظام العام، لاسيما في مجال التحكيم، بغية الإلمام بأحكام هذه المادة العلمية المركبة، و بالتالي تجميع أجزائه و تفصيل عمومياته، و ذلك عبر كل المراحل التي تمر بها عملية التحكيم، و ذلك كله بالبداية من النقطة التي إنتهت عندها البحوث المهمة بنفس موضوع البحث.

هدفت كذلك الدراسة الحالية إلى الوقوف على طريقة عمل فكرة النظام العام على جميع الأصعدة، سواء تعلق الأمر بالتحكيم الداخلي أم الدولي، و سواء تعلق الأمر بجميع مراحل النوع الواحد من هذه الأنواع، مرحلة الإتفاق على التحكيم، إجراءاته و الحكم التحكيمي، و هي أسباب كلها طرحت من أجلها الإشكالية المتمثلة في : " كيفية تأثير فكرة النظام العام على التحكيم؟.

إن رحلة البحث للتعرف على ملامح الإشكالية المتعلقة بالبحث كانت شاقة، لذلك حاولنا قدر المستطاع التحلي بالهمة، من أجل الوصول إلى مجموعة من الخلاصات و التي سنعرض أهمها، هذه الأخير ستساعد في حصر النتائج التي تشكل إجابةً عن إشكالية البحث المشار إليها في الفرة السابقة.

إذ تم في البداية التوصل إلى تعريف النظام العام، و الذي تم مراعاة بمناسبته أهم المستجدات الطارئة على دراسة هذا الموضوع، بحيث تم التوصل إلى إمكانية تعريفه على أنه : " فكرة قانونية تستخدم كتقنية أو تطبيقاً لتفعيل إحترام إلزامية المبادئ الأساسية ضمن النظام القانوني

للدولة، لضبط الفضاء العام و المجتمع المدني على حد سواء، و فقا لسياسة مصلحة، توافقية و تبادلية ” .

كما تم التوصل إلى أن للنظام العام في مجال التحكيم مفهوم خاص به يختلف حسب نوع التحكيم، فيما إذا كان تحكيميا داخليا أو دوليا، و يختلف كذلك في هذا النوع الأخير حسب فئاته أو درجاته المركب منها، و الذي يمكن أن نوردده كما يلي : ” النظام العام التحكيمي، هو فكرة قانونية مركبة تركز على أسباب خاصة، قواعد محددة و مبادئ جوهرية حماية لمصلحة معينة حسب نوع التحكيم، و ذلك إما بإبطال اتفاق التحكيم أو بإستبعاد القانون الواجب التطبيق أو رفض الإعتراف و الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي ” .

أما فيما يخص أثر فكرة النظام العام العام على التحكيم، فإن هذا الأثر يتجلى على مستوى صعيدين، فتؤثر فكرة النظام العام على التحكيم باعتبارها فكرة مجردة، كما تؤثر عليه كفكرة أصولية (النظام العام التحكيمي)، بحيث تتجلى مظاهر تأثير هذا الدور المزدوج لفكرة النظام العام على عدة أصعدة، اجراءات التحكيم بصفة عامة، من الإتفاق على التحكيم و خصومة التحكيم، كما تشمل أيضا تنفيذ الحكم التحكيمي .

للإشارة، فإنه تم تقديم وضعية شاملة لما تم التوصل إليه من خلاصات، و هذا لا يعني أن ما تم التعااضي عنه من خلاصات أكثر دقة لا يتميز بنفس الأهمية التي تتميز بها تلك المشار إليها أعلاه بإيجاز، و إنما المقصود من ذلك هو عدم الوصول بالقارئ الكريم إلى نوع من الملل، من جهة، دون اغفال صياغة الخلاصات وفقا لنحو يتحقق معه الإجابة على إشكالية البحث، من جهة ثانية، و هو الهدف المنشود في هذا الموضع و في هذه المرحلة من البحث .

و عليه فإن الإجابة على إشكالية البحث، المتمثلة في " كيفية تأثير فكرة النظام العام

على التحكيم؟"، يمكن إجمالها فيما يلي :

يؤثر النظام العام على التحكيم حسب نوع هذا الأخير، حسب ما إذا كان داخليا أو

دوليا، و ذلك عبر مختلف مراحل العملية التحكيمية كما أن هذا التأثير فيما يخص التحكيم الدولي

يختلف حسب نوع النظام العام، من قواعد بوليس، الدفع بالنظام العام و النظام العام العبر دولي،

و هذا على مستوى كل من إجراءات التحكيم و تنفيذ الحكم التحكيمي .

و في السياق ذاته، فإن ما تقدم يمكن أن يندرج ضمن فكرة النظام العام كفكرة مجردة،

كما قد يندرج ضمن فكرة النظام العام التحكيمي أو الأصولي، بحيث تشكل الفكرة الأولى تأثيرها

وفقا لقواعدها العامة، أما الفكرة الثانية فهي تؤثر على التحكيم وفقا للأحكام الخاصة به المتعلقة بهذه

المادة.

إن الإجابة على إشكالية البحث و إن كانت تشكل الهدف من هذه الدراسة، إلا أن

الفائدة من ذلك لن تكتمل إلا بتقديم بعض النتائج التي تم التوصل إليها خلال مسار البحث .

على الرغم من الجهود المبذولة من طرف مختلف الدول لتطوير تشريعاتها المتعلقة

بالتحكيم، على غرار المشرع الجزائري، إلا أنه و من خلال ما تم التوصل إليه من خلال البحث،

اتضح أن هذه التشريعات مازالت ناقصة من ناحية أنها إهتمت بمسألة تطوير تشريعاتها لجذب

الإستثمار، لكن للأسف أن هذا لن يتحقق إلا في حالة اختيار قانونها كقانون واجب التطبيق على

موضوع النزاع أو إجراءات التحكيم .

هذه الوضعية تجعل من التشريعات تخدم مصالح التجارة الدولية أكثر مما تخدم

مصالحها، و إن بدأت الفكرة المراد الوصول إليها تتضح - التركيز على تقنين التفاصيل المتعلقة

بأحكام النظام العام -، إلا أن ذلك لن يفيد كثيراً، ذلك أن التحكيم مفتوح على مصير مجهول يمتلكه المحكم وحده، و النص على النظام العام كمبدأ لا يفيد بالعرض من أجل مواجهة ذلك .

هذه الوضعية لا يمكن في نظرنا مواجهتها إلا بوسيلتين، تتمثل الوسيلة الأولى في تعديل القانون المتعلق بالتحكيم مع التركيز على التفصيل في أحكام النظام العام في هذا المجال بما يساير و يواكب آخر التطورات على مستوى الواقع التحكيمي العملي، كون أن النظام العام وفقاً لهذا النحو يشكل الضمانة الوحيدة في يد هذه الدول في مواجهة التحكيم .

أما الوسيلة الثانية فتتمثل في التركيز أو استهداف تطوير الإتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم في الشق المتعلق بالنظام العام، و الذي قد يعود بالفائدة ليس فقط على تحقيق التوازن بين المستثمر و الدول المستضيفة، و إنما كذلك يفيد تكريس القواعد القانونية ضمن تشريعاتها الوطنية وفقاً لما يتناسب مع المبادئ الجديدة المكتسبة في إطار إصلاح الإتفاقيات الدولية، و هو ما يعتبر تأثيراً حتى في النظام القانوني الخاص بالمحكم الدولي .

لم نكن بكل هذا مبتدئين، و لا من الآخرين، فهناك العديد من الزملاء المهتمين بدراسة هذا الموضوع، و الذين ننتظر منهم التفوق و التألق، الأمر الذي سنكون سعداء من أجله، على الأقل هذا ما يشكل روح التعاون من أجل تخطي كل العقبات و تسهيلها من أجل الوصول في الأخير إلى الهدف المنشود من البحث العلمي .

و في الأخير، نؤكد أننا قدمنا كل ما أوتينا من عزيمة من أجل إعداد هذا البحث، و الذي نعتقد و بكل ثقة أننا مهما أخطئنا فإن الأجر الواحد المخصص للمخطئ من نصيبنا إن شاء الله، أما الأجر الثاني المخصص للمصيب فلن نناله إلا في حالة التكرم علينا بذلك، و نظير ذلك

نكون ممتنين كل الإمتنان و الشكر، لاسيما تجاه أساتذتي الكرام و بالأخص أستاذي و رفيقي
المشرف على البحث الحالي .

قائمة المصادر و المراجع

-كتب الحديث:

- محمد ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة (و شيء من فقهها و فوائدها)،
المجلد الرابع، مكتبة المعارف للنشر و التوزيع، 2000 .
- محمد ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة (و شيء من فقهها و فوائدها)،
المجلد السابع، مكتبة المعارف للنشر و التوزيع، 2002 .

أولاً- المراجع باللغة العربية

أ-القواميس و المعاجم

1-القواميس

- أبو الحسين احمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي
و أولاده، الإسكندرية، 1366 هـ، الطبعة الثانية، الجزء الثاني تحقيق و ضبط عبد السلام
هارون، كتاب الحاء ، باب الحاء .
- فيروز أبادي، القاموس المحيط، دار الكتب العلمية، القاهرة ، 817 هـ .
- القاموس المحيط، مجد الدين محمد ابن يعقوب الفيروز أبادي، دار الحديث، القاهرة، 1429
هـ، نسخة منقحة .
- المنجد في اللغة و الإعلام - دار المشرق - بيروت - الطبعة التاسعة و العشرون -
1988.

2- المعاجم

- أبو الفضل جمال الدين بن منظور- لسان العرب - دار المعارف - القاهرة .

- أبي محمد ابن الحسن الزبيدي الاشيلي، السلسلة اللغوية، الجزء الاول، مكتبة الوحدة العربية، المملكة المغربية، بدون سنة نشر .
- إسماعيل ابن حماد الجوهري، الصحاح في اللغة، الجزء الثالث عشر و الرابع عشر، دار الكتب العربية، 393 هـ .
- الخليل ابن احمد الفراهيدي، كتاب العين، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003 .
- الصحاح، تاج اللغة و صحاح العربية، أبي نصر اسماعيل بن حماد الجوهري، دار الحديث، القاهرة، 2009 .
- فخر الدين الرازي - مختار الصحاح - دار الجيل - بيروت - 1407 هـ .
- مجمل اللغة لأبي الحسين احمد ابن فارس ابن زكريا القزويني الرازي، الجزء الأول، مؤسسة الرسالة، 1406 هـ .
- معجم لسان العرب لابن منظور المصري، الجزء الأول، دار المعارف، القاهرة، بدون سنة.

ب- المراجع العامة

1-الكتب الفقهية

- سامي السهم، التصوف العقلي في اليهودية و المسيحية و الإسلام، دار الكتاب المصري، القاهرة، 2016 .
- سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، 1973، الطبعة الثانية، القاهرة، 2016 .

- عصام بن عبد المحسن الحميدان، أخلاقيات المهنة في الإسلام و تطبيقاتها في أنظمة المملكة العربية السعودية، جامعة الملك فهد للبترول و المعادن، عمادة البحث العلمي، العبيكان، 2010 .

- محمد الشريف احمد، نظرية تفسير النصوص المدنية (دراسة مقارنة بين الفقهاء المدني و الإسلامي)، مطبعة وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف، بغداد، 1987 .

- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته ، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثالثة، 1405هـ .

2-الكتب القانونية

- أجياد ثامر نايف الدليمي، الأساس القانوني لجزاء إبطال عريضة الدعوى المدنية، دراسة تأصيلية تحليلية تطبيقية مقارنة، المركز العربي للنشر و التوزيع، 2018 .

- أحمد محروس علي ناجي، شادية ابراهيم مصطفى المحروقي، الضمانات الدستورية لحقوق الإنسان في مرحلة المحاكمة، مكتبة القانون و الإقتصاد، الرياض، 2012 .

- أحمد محمد مصطفى نصير، حقوق المرأة و واجباتها (متضمن شرحا لقانون الأحوال الشخصية للمسلمين و الحقوق المدنية و السياسية للمرأة)، دار النهضة العربية، 2011 .

- أيمن ممدوح أحمد ال فلعوري، أسباب انقضاء الخصومة، دار زهوان للنشر و التوزيع، المملكة الهاشمية الأردنية، الطبعة الأولى، 2012 .

- تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية، دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة، الجزء الأول، ماهية مصلحة المحضون و ضوابط معاييرها و شروطها، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2008.

- حامد سيد محمد حامد، العنف الجنسي ضد المرأة في القانون الدولي (إطلالة موجزة عن مكافحته طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية)، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى.

- حسام مرسي، أصول القانون الإداري (التنظيم الإداري، الضبط الإداري و العقود الإدارية)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012.

- حسن محمد علي حسن البنان، مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير و التطوير، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014.

- خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، الوسيط في شرح نظام العمل في المملكة العربية السعودية، مركز الدراسات العربية، الطبعة الأولى، 2015 .

- سامي حسن نجم الحمداني، الإدارة المحلية و تطبيقاتها و الرقابة عليها، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2014.

- سيد الشيخ زرار، صور الرقابة على المال العام و نظم حمايته في الفقه المقارن و القانون الوضعي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016.

- شريف أحمد بعلوشة ن إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري ، دراسة تحليلية ، مركز الدراسات الغربية للنشر و التوزيع ، جمهورية مصر العربية ، 2018

- عادل أحمد عبد الموجود، التوظيف الأصولي للنحو من خلال مباحث صيغ العموم، دار الكتب العلمية، بيروت، 2011.

- عبد العزيز ابن محمد الصغير، القانون الإداري بين التشريعين المصري و السعودي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2015.
- علي حسن عبد الأمير، كشف و ابتكار المبادئ العامة في القانون و القضاء الإداري، المركز العربي للنشر و التوزيع، جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، 2019 .
- علي شمran حميد الشمري، تسبيب الأعمال القضائية في الدعوى المدنية، دراسة مقارنة، دار الفكر و القانون، مصر، الطبعة الأولى، 2015 .
- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار ريحانة، بدون سنة نشر.
- غني ريسان جادر الساعدي، الجديد في اشكاليات المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، جمهورية مصر العربية، 2020 .
- فتحي حسين عامر، حرية الإعلام و القانون، الطبعة الأولى، العربي للنشر و التوزيع، القاهرة، مصر، 2012 .
- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الحقوق الفكرية، حقوق الملكية الصناعية و التجارية، حقوق الملكية الأدبية و الفنية، سلسلة قانون الأعمال، ابن خلدون للنشر و التوزيع، 2006 .
- فؤاد كامل، جلال العشري و عبد الرشيد الصادق، الموسوعة الفلسفية المختصرة، دار القلم للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت/لبنان، 2016.
- كمال أمين الوصال، تقوب و جيوب، دار ابن رشد، القاهرة، 2018.

- كمال عبد الواحد الجوهري، قواعد المسؤولية التأديبية و الجنائية و المدنية في مجال تأدية أعمال المحاماة بسبب مخالفة قانون المهمة و الإخلال بواجباتها و تقاليدھا و الحط من قدرھا، دراسة تطبيقية في التشريع و القضاء في كل من مصر و دولة قطر، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2015 .
- كمال عبد الواحد جوهري، ضوابط حرية القاضي الجنائي في تكوين اقتناعه و المحاكمة الجنائية العادلة و أوجه و أسباب الطعن في الأحكام الصادرة بالإدانة وفق أحكام القانونين المصري و الكويتي و قضاء محكمتي النقض و التمييز، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2015 .
- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996.
- محمد الصغير بعلي، تنظيم القطاع العام في الجزائر و استقلالية المؤسسات، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 1992.
- محمد محمود الروبي محمد، الضبط الإداري و دوره في حماية البيئة، دراسة مقارنة، مكتبة القانون و الاقتصاد، الطبعة الأولى، الرياض، 2014 .
- محمد محمود منطاوي، حقوق المتهم وفق معايير القانون الدولي و الفقه الإسلامي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2015.
- هدى محمد عبد الرحمن السيد، كفاءة الإدارة المحلية في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع، جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، 2018.

- هشام بناجه، حقوق الإنسان بين الشرائع القديمة و المواثيق الدولية المعاصرة، أوراق للنشر و التوزيع، القاهرة، 2017

- وردة الطيب، مقتضيات العدالة أمام المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2015 .

- وليد محمد الشناوي، مفهوم الكرامة الإنسانية في القضاء الدستوري، دراسة تحليلية مقارنة، دار الفكر و القانون، المنصورة، الطبعة الأولى، 2014 .

- يوسف حسن يوسف، الشرعية الإجرائية الدولية للقانون الإنساني، مركز الكتاب الأكاديمي، 2017 .

ج-المراجع المتخصصة

- أحمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2008 .

- أشرف إبراهيم سليمان، مبادئ علم الإدارة و العمل الشرطي: دراسة تطبيقية على أعمال الأمن)، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2015.

- بتشيم بوجمعة، العلاقة بين العدالة البديلة و العدالة الدولائية، دراسة في القانون المقارن، مركز الكتاب الأكاديمي، 2021 .

- بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري (وفق اخر التعديلات التشريعية، و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، دراسة مقارنة، ديوان

المطبوعات الجامعية، 2015 .

- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة و الحلول
الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع،
1998.
- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات
الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2004 .
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام
بوجه عام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.
- عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام) ، المجلد الأول،
الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، 1981 .
- عبد الله ابن سهل بن ماضي، النظام العام للدولة المسلمة، دراسة تأصيلية مقارنة، دار
كنوز اشبيليا للنشر و التوزيع، الرياض، 2009
- علاء محي الدين مصطفى أبو احمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية
(دراسة مقارنة) ، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2008.
- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة الخامسة، ديوان
المطبوعات الجامعية، سبتمبر 1980 .
- علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزامات - أحكام الالتزامات)،

الطبعة الأولى، مجمع الأطرش للنشر، تونس، 2015 .

- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري

الدولي، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الطبعة الرابعة، 2009 .

- ماجد راغب الحلوي، العقود الإدارية و التحكيم ، دار الجامعة الجديدة للنشر و التوزيع،

2004 .

- ماهر ابن محمد القرشي، فلسفة الاجتماع في الشريعة الإسلامية (دراسة تاصيلية في

الموازنة بين حتمية الاختلاف و ضرورة الاجتماع)، مركز نماء للبحوث و الدراسات،

بيروت، الطبعة الأولى، 2014 .

- محمد بقبوق، النظرية العامة للالتزام، التصرف القانوني (نشأة التصرف القانوني - آثار

التصرف القانوني)، الطبعة الأولى، مجمع الأطرش للنشر، تونس، 2009 .

- محمود السيد التحيوي، أنواع التحكيم و تمييزه عن غيره، الكتاب العربي الحديث،

الإسكندرية، 2009.

- محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم في المواد المدنية و التجارية و جوازه في العقود

الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، 1999.

- محمود علي عبد السلام وافي، خصوصية اجراءات التحكيم في كل من مصر و دول

الخليج العربي، مكتبة القانون و الإقتصاد، الطبعة الأولى، الرياض، 2016 .

- مصطفى محمد الجمال و عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية

- و الداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 1998.
- مصطفى ناطق صالح مطلوب، نظام التحكيم التجاري الطارىء، دراسة تأصيلية مقارنة، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر و التوزيع، 2018 .
- هاني احمد عبد الفتاح، التحكيم في الضمانات المصرفية، دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2018 .
- لزهرة بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية و القوانين المقارنة، دار هومه للطباعة و النشر، الجزائر، 2012 .
- زياد محمد محمود السبعراوي، التحكيم التجاري الدولي ما بين الشريعة و القانون، دراسة مقارنة، المرصد القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2014.
- أكرم فاضل سعيد قصير، المعين في دراسة التأصيل القانوني لحق الالتجاء إلى الوساطة كحل بديل للنزاعات المدنية و التجارية، المركز العربي للنشر و التوزيع، 2018.
- قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2009.
- جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية و المدنية و التجارية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009.
- صبرينة جبايلي، اجراءات التحكيم في منازعات العقود الادارية، المنهل، 2018.
- فؤاد علي الفهالي، النظام القانوني لتنفيذ أحكام المحكمين الداخلية، دراسة مقارنة،

- الطبعة الأولى، مكتبة القانون و الاقتصاد، الرياض، 2013.
- رائد أحمد علي أحمد، موسوعة التحكيم في عقود الإستثمارات البترولية، الجزء الثاني، النظام القانوني لاتفاق التحكيم في عقود الإستثمارات البترولية، الطبعة الأولى، 2018.
- لمى علي الظاهري و علي مجيد العيكي، الحماية الدستورية لفكرة النظام العام، المركز العربي للنشر و التوزيع، 2018.
- حيدر مدلول بدر عبد الله، الرقابة القضائية على التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2017.
- ناصر محمد الشرمان، المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، مركز الدراسات العربية، الطبعة الأولى، 2015.
- شمس الدين قاسم الخراطة، نطاق سلطان الإرادة في قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 21، دراسة مقارنة مع القانون الإنجليزي الجديد لسنة 1996، دار الكتاب الثقافي، الأردن، 2015.
- هايدي عيسى حسن، تنازع القوانين في مسائل الملكية الفكرية، دار النشر و التوزيع و الترجمة، الإصدار الأول 2019.
- الحسين ابن محمود السالمي، منظومة القانون الدولي الخاص التونسي، مجموعة الأطرش للكتاب المختص، الطبعة الأولى، 2016.
- محمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية، نحو ايجاد منظومة للقواعد

الموضوعية الموحدة، دراسة مقارنة، الحامد، 2013.

- فاطمة الزهراء بن محمود و الحسين السالمي، منظومة القانون الدولي الخاص

التونسي، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، الطبعة الأولى، 2016.

- محمد عزمي البكري، القانون المدني الجديد، المجلد الأول، المدخل للقانون، دار

محمود، 2018.

- صفاء فتوح جمعة، العقد الإلكتروني، دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع، الطبعة

الأولى، المنصورة، 2014 .

- محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية نحو إيجاد منظومة

للقواعد الموضوعية الموحدة، دراسة مقارنة، الحامد، 2013.

- عبد المجيد سليمان، النظرية العامة للقواعد الأمرة في النظام القانوني الدولي، دار

النهضة العربية، 1981.

- محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام،

مكتبة الوحدة، ليبيا، 2018.

- تامر عبد الجبار عبد العباس السعيدى، تسوية منازعات عقد ترخيص الهاتف اللاسلكي

بالإتفاق على التحكيم، دراسة تحليلية، المركز العربي للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى،

2018.

- عبد الصبور عبد القوي علي مصري، التنظيم القانوني للتحكيم الإلكتروني، مكتبة

القانون و الإقتصاد، الطبعة الأولى، 2013.

- سيد عبد النبي محمد، التحكيم وسيلة لفض النزاعات في التجارة الدولية و الإستثمار،

- النظرية و التطبيق، وكالة الصحافة العربية، جمهورية مصر العربية، 2019.
- زياد محمد محمود عبد الله السبعواوي، التحكيم التجاري الدولي ما بين الشريعة و القانون، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2014.
- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، 2003.
- محمد إبراهيم خيرى الوكيل و علاء محي الدين مصطفى، اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية في النظام السعودي و الأنظمة المقارنة، مكتبة القانون و الإقتصاد، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 2014.
- محمد إبراهيم خيرى الوكيل، التعليق على نصوص نظام التحكيم السعودي، مكتبة القانون و الإقتصاد، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، 2014.
- رشان محمود علي شرح قانون التحكيم الأردني، شرح تأصيلي و تحليلي لنصوص القانون مدعما بالمبادئ القانونية لمحكمة التمييز الأردنية، دار اليازوري العلمية، الأردن، الطبعة الأولى، 2016.
- أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، الأمر بتنفيذ أحكام المحكمين الوطنية و الأجنبية في ضوء قانون المرافعات و قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 و اتفاقية نيويورك، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، الإسكندرية، 2001.
- هدى محمد مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم و حدود سلطاته، دار النهضة العربية، سنة 2001.

- ولاء رفعت، التحكيم التجاري الوطني و الدولي في المملكة العربية السعودية، الغرفة التجارية الصناعية بجدة، 1999.
- عبد الصبور عبد القوي علي مصري، التنظيم القانوني للتحكيم الإلكتروني، مكتبة القانون و الإقتصاد، 2013.
- خالد منصور اسماعيل ، تسبيب أحكام التحكيم التجاري، دراسة معمقة وفق التشريعات الوطنية و الإتفاقيات الدولية و أحكام التحكيم الدولي، مكتبة القانون و الإقتصاد، الرياض، الطبعة الأولى، 2015.
- محمود علي الرشدان، شرح قانون التحكيم الأردني، شرح تأصيلي و تحليلي لنصوص القانون مدعما بالمبادئ القانونية لمحكمة التمييز الأردنية، دار اليازوري العلمية، 2014.
- علاء النجار حسانين أحمد، نطاق الإلتزام بالسرية في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار التعليم الجامعي للطباعة و النشر و التوزيع، 2018.
- وديان خالد عوده العبيدي، التحكيم في منازعات الإستثمار في ضوء أحكام مركز واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر و التوزيع، 2020.
- حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الإستثمار، دار هومه، 2010.
- منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القوانين المدنية العربية و الأجنبية معززة بأراء الفقه و أحكام القضاء، الطبعة الأولى، مكتبة العامة، 2006 .

- نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2002 .

د- المذكرات و الأطروحات

- عليان عدة، فكرة النظام العام و حرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري و الفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015، غير منشورة .
- بوخروبة حمزة، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سطيف 02، السنة الجامعية 2014/2013.
- علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد و حدودها، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008/2007.
- سلام توفيق حسين منصور، بطلان حكم التحكيم، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، فلسطين، 2010.
- الخزاعلة شمس الدين قاسم محمد، نطاق سلطان الإرادة في قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2000: دراسة مقارنة مع القانون الإنجليزي الجديد لسنة 1996، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مؤتة، الأردن، 2003.

ه-الملتقيات و الأيام الدراسية

- الملتقى الدولي حول التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ميرة، بجاية، يوم 07 و 08 ماي 2014 .

د-المجلات و الدوريات

- أحمد بن سليمان بن محمد البوصافي، إشكال تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وفقا للنظام القانوني في سلطنة عمان، مجلة التحكيم العالمية، العدد التاسع و العشرون، يناير 2016، بيروت .
- محمد الصالح خراز ، المفهوم القانوني العام لفكرة النظام العام ، دراسات قانونية (مجلة شهرية متخصصة في الدراسات و البحوث القانونية) ، العدد 06 ، جانفي 2003 ، دار القبة للنشر و التوزيع ، الوادي ، الجزائر .
- بلغازي نور الدين، الطعن بالبطلان تكريس لرقابة القاضي على أعمال المحكمين البحريين، المجلة الجزائرية للقانون البحري و النقل، المجلد الخامس، العدد الأول، جامعة أبي بكر بقايد، تلمسان، مارس 2018 .
- تعوليت كريم، التحكيم الداخلي في القانون الجزائري، مقتضياته، تشجييعه و تفعيله، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم قانون الأعمال، جامعة بجاية، الجزائر عدد خاص، 2017 .

- دمانة محمد و معنصري مريم، إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مجلة الدراسات القانونية و السياسية، العدد 04، جوان 2016.
- سلطان عبد الله محمود، الدفع بالنظام العام و أثره، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 43، 2010.
- سولم سفيان، الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، مركز جيل البحث العلمي، العدد الرابع، جوان 2016 .
- شعران فاطمة، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للحقوق و العلوم السياسية، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي، تيسمسيلت، العدد الثاني، ديسمبر 2016 .
- علي الهادي الأسود، العلاقة بين القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري (قواعد البوليس و الأمن) و قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية و الشرعية، كلية القانون، جامعة الزاوية، ليبيا، ديسمبر 2015 .
- غربية سمية و نسيغة فيصل، الرقابة القضائية على حكم التحكيم عن طريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم التجاري الدولي، مجلة المفكر، العدد السابع عشر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خضير، بسكرة، جوان 2018.

- فاطمة الزهراء ليرانتتي، حق الدفاع في خصومة التحكيم في البيوع التجارية، مجلة الباحث في العلوم القانونية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة محمد الشريف مساعديّة، سوق أهراس، العدد الأول، جوان 2019.
- قبايلي طيب، نظام الطرف الغير مخاصم في التحكيم الإستثماري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد الخامس، العدد الأول، كلية الحقوق و العلوم السياسية، بجاية، جوان 2014.
- قبايلي محمد، طرق الطعن في الحكم التحكيمي التجاري، مجلة الدراسات و البحوث القانونية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الحجم 02، عدد 01.
- ليلى بن حليلة، تنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مجلة آفاق العلوم، جامعة زيان عاشور، الجلفة، جوان 2018.
- مجاجي سعاد، الإستوبل أو ما يعرف بمبدأ عدم التناقض اضراراً بالغير في القانون الإجرائي، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عمار تليجي، العدد الثالث، المجلد 2، مارس 2018.
- مصطفى تراري ثاني، استقلالية اتفاق التحكيم كمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري الدولي المعاصر، مجلة "دراسات قانونية"، دار القبة للنشر و التوزيع، الوادي، الجزائر، العدد التاسع، ابريل 2003.
- معمر حيتالة و سي فضيل الحاج، طرق الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية و السياسية، جامعة الوادي، 2017/01/01.

- مهند عزمي أبو مغلي و أمجد حمدان الجهني، رقابة القضاء على حكم التحكيم في

القانون الأردني، مجلة " الشريعة و القانون "، كلية الشريعة و القانون، جامعة

الإمارات العربية المتحدة ، العدد الثامن و الثلاثون، ابريل 2009.

- نبيهة بومعزة، الطبيعة القانونية لإتفاقية التحكيم في القانون الجزائري، مجلة التواصل

في الإقتصاد و الإدارة و القانون، جامعة عنابة، كلية الحقوق، عدد 35، سبتمبر

2013.

- نور الدين الغزواني، بعض الملاحظات حول علاقة أشخاص القانون العام بالتحكيم،

الشروط الموضوعية لإتفاق التحكيم، مجلة مركز البحوث و الدراسات، تونس، ديسمبر

1994 .

- إبراهيم خالد يحي، نحو تضييق نطاق النظام العام لمصلحة القانون الأجنبي في سياق

القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد

16، العدد 2، ديسمبر 2019 .

ن-النصوص القانونية

1-الإتفاقيات و المعاهدات الدولية

• العربية

- إتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي، وافق عليها مجلس وزراء العدل بموجب قراره

رقم 01 المؤرخ في 1983/04/06، و وقعت من طرف الدول الأعضاء و دخلت حيز

التنفيذ بتاريخ 1985/10/30، و صادقت عليها الجزائر بتاريخ 2001/05/20 .

- اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي، وافق عليها مجلس وزراء العدل العرب بقراره رقم 08 المؤرخ في 14/04/1987، وقعت بتاريخ 14/04/1987 بمدينة عمان، دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 27/06/1992 .
- اتفاقية تسوية منازعات الإستثمار في الدول العربية، وافق عليها مجلس الوحدة العربية بقراره رقم 1138/72 بتاريخ 06/12/2000 .

• الغربية

- بروتوكول جنيف لسنة 1923 المتعلقة باتاقات التحكيم .
- اتفاقية جنيف لسنة 1927 المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية .
- الإتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان و الحريات الأساسية لسنة 1950 .
- معاهدة روما لسنة 1957 المؤسسة للمجموعة الإقتصادية الأوروبية .
- اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالإعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الموقعة في 10 يونيو 1958 .
- الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 (جنيف) .
- اتفاقية واشنطن لسنة 1965 لتسوية منازعات الإستثمار (أكسيد) .
- اتفاقية بنما للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1997 .
- قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 المعدل .
- المذكرة الإيضاحية من أمانة الأونسيترال بشأن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 بصيغته المعدلة في عام 2006 .

- لائحة المجلس (المفوضية الأوروبية) رقم 2001/44 المؤرخة 22 كانون الأول / ديسمبر 2000 بشأن الاختصاص القضائي والاعتراف بالأحكام وإنفاذها في المسائل المدنية والتجارية.

- لائحة بروكسل الأولى مكرر (لائحة الاتحاد الأوروبي) رقم 2012/1215 للبرلمان الأوروبي والمجلس الأوروبي المؤرخة 12 ديسمبر 2012 بشأن الاختصاص القضائي والاعتراف بالأحكام وإنفاذها في المسائل المدنية والتجارية .

2-القوانين

• الجزائرية

- الدستور الجزائري لسنة 1996، ج.ر عدد 76 المؤرخة في 08/12/1996، المعدل بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10/04/2002، ج.ر عدد 25 المؤرخة 14/04/2002 و القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15/11/2008، ج.ر رقم 63 مؤرخة في 16/11/2008 و القانون 16-01 المؤرخ في 06/03/2016، ج.ر رقم 14 المؤرخة في 07/03/2016 .

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، .الجريدة الرسمية عدد 78 المؤرخة في 30/09/1975، المعدل و المتمم .

- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري، .الجريدة الرسمية عدد 101 المؤرخة في 19/12/1975، المعدل و المتمم .

- الأمر 01-04 المؤرخ في 20/08/2001 الذي يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييره او خصصتها، ج.ر عدد 47 المؤرخة في 22/08/2001، المتمم بالأمر 08-01 المؤرخ في 28/02/2008، ج.ر عدد 11 المؤرخة في 02/03/2008.
- الأمر رقم 03-07 المؤرخ في 19/07/2003، يتعلق ببراءة الاختراع، ج.ر عدد 44 المؤرخة في 23 جويلية 2003 .
- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 24 المؤرخة في 12 يونيو 1984 .
- القانون 88-01 المؤرخ في 12/01/1988، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، الجريدة الرسمية عدد 02 المؤرخة في 13 يناير 1988 .
- القانون 90-02 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل و تسويتها و ممارسة حق الإضراب، الجريدة الرسمية عدد 6 المؤرخة في 07 فبراير 1990 .
- القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المؤرخ في 23/07/2004، ج.ر عدد 41 الجريدة الرسمية عدد 41 المؤرخة في 27 يونيو 2004 .
- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21 المؤرخة في 23 أبريل 2008.
- القانون 11-10 المؤرخ في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، جريدة رسمية عدد 37 المؤرخة في 03 جويلية 2011 .
- المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج.ر عدد 50 المؤرخة في 20 سبتمبر 2015 .

-
- المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10/09/2006، الذي يحدد العناصر للعقود
 - المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، جريدة رسمية عدد 56، المؤرخة في 11 سبتمبر 2006 .

ب-المقارنة

- مدونة الأسرة المغربية
- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي
- قانون رعاية القاصرين العراقي رقم 78 الصادر بتاريخ 05/05/1980
- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي
- قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999
- مجلة التحكيم التونسية الصادرة بالقانون رقم 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26/04/1993
- قانون التحكيم السوري
- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994
- مجلة المرافعات المدنية و التجارية التونسية
- قانون المعاملات الإماراتية
- القانون المدني السوري
- قانون المرافعات المصري رقم 27 لسنة 1994
- القانون الاتحادي الإماراتي رقم 6 لسنة 2018
- أصول المحاكمات المدنية اللبناني
- قانون التحكيم الكويتي
- قانون المرافعات العراقي

- قانون المرافعات المصري

- قانون العمل السعودي الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم م/51 بتاريخ 1426/8/23 هـ

- قانون التحكيم المغربي

- قانون التحكيم الكويتي

- قانون التحكيم الإماراتي

- المرسوم اللبناني الإشتراعي 67/34 الصادر بتاريخ 1967/5/8، المعدل و المتمم

- المرسوم رقم 119 لسنة 1952 المصري المتعلق بأحكام الولاية على المال

- المرسوم 95-539 المؤرخ في 1995/04/01 التونسي .

ثانيا-المراجع باللغة الفرنسية

A-Ouvrages généraux

- A.Rogran, code civile expliqué par ses motifs, par des exemples, et par la jurisprudence, société belge de librairie, Bruxelles, 1843.
- André STAGUENNEC, le questionnement moral de Nietz she, presses universitaires du Septentrion, Paris, 2005.
- Cristel Diloy, le contrat d'agence commercial en droit international, L.G.D.J, 2000.
- Dario Moura Vicente, la propriété intéléctuelle en droit international privé, Académie de droit international de la Hay, 2009.
- ELENORA Diamanti, la rue entre la règle et la triche, Presse de l'Université du Québec, 2011.

- Émile DESCAMPS, Traité des fonctions du ministère public, prés les tribunaux de première instance, Bruylant-Christophe et compagnie Éditeur, Bruxelles, 1890.
- Gérard CORNU, Vocabulaire juridique, association Henri Capitant, Presses Universitaires de Paris, 1987.
- GILLES Holder, l’Islam ; nouvel espace public en Afrique, Karthala, 2009.
- Guy Fitoussi, essai comparatif et critique du rôle du juge dans la procédure de divorce entre le système judiciaire français et israélien, édition Editeur Indépendant, Paris, 2007.
- Guy Hormans, le dialogue sociétaire, les conflits sociétaires, droit des affaires, actualités et perspectives, ECCI, Belgique, 2006.
- H.Richolet, principe de droit civil français, tome 1, Vide coq, Paris, 1841.
- Jean DECLAREUIL, Histoire générale du droit français, des origines à 1789, imprimerie Cadoret, Bordeaux, 1925 .
- JEAN Marie Pontie, police et sécurité, publication des facultés universitaire Saint-Louis, droit et intérêt, volume 03, Bruxelles, 1990 .
- Jean-François Van Drooghenbroeck, le nouveau droit judiciaire en principe, le droit judiciaire en mutation, Commission Université-Palais, Université de Liège, volume 95, septembre 2007.

- Joseph MAILA , la notion de l'intérêt général dans la pensée musulmane classique, essai historique sur l'intérêt général, Europe, islam et Afrique coloniale, édition Kartal, Paris, 1997.
- Laure Milano, convention européenne des droits de l'homme et droit de l'entreprise, Nemesis, 2016.
- Martine Behar-Touchais, Georges J.Virassamy, les contrats de la distribution, L.G.D.J, 1999.
- Mélanges Raymond GOY, du droit interne au droit international, le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme, publication de l'Université de Rouen, 1998.
- Michelle Thériault, la résolution des conflits et le droit, une mentalité à changer, Collection problèmes sociaux et intervention sociales, Tome III, théories et méthodologies de la recherche, presse de l'Université du Québec, 2007.
- Milingo Ellong Jean Joss, le civisme contractuel en droit de l'OHADA et en droit européen, l'Harmattan, Paris, 2016.
- Philippe Gérard, Michel Van de Kerchove et François Ost, fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformations et déplacement, publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1983.
- Rémy cabrillac, manuel de droit des obligations, Dalloz ,14e.ed, 2020.
- Sabine CORNELOUP , de la difficulté d'appréhender la violence faite aux femmes en droit international privé , mélanges en l'honneur de Cathrine Philippe, genre famille, vulnérabilité, sous la coordination de

Anne Brobel Dorsman, Béatrice Lapérou-Schneider, Laurent Kondratuk, l'Harmattan, Paris, 2017.

- Stéphane Essaga, les sources du droit des hydrocarbures en afrique, l'Harmattan, 2018.
- Véronique COQ, nouvelles recherche sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative, logiques juridiques, l'Harmattan, 2015.
- Xavier LABBE, introduction générale au droit pour une approche étique, presse universitaire de septentrion, ville neuve d'Ascq, 3eme édition, 2005.

B-Ouvrages spéciaux

- Abdul Hamid El Ahdab, l'arbitrage dans les pays arabes, Economica, Paris 1988.
- Ahmed OUERFELLI, l'arbitrage dans la jurisprudence tunisienne, LGDJ, première édition, 2010.
- AMOR Zahi, l'Etat et l'arbitrage, OPU, Alger, Publisud, Paris, 1979.
- Andreas Buser, la dimension sociale du droit international privé, Académie de droit international de la Hay, 2011.
- Antoine Kassis, l'autonomie de l'arbitrage commercial international, l'Harmattan, Paris, 2005.
- Bénédicte Fauvarque-Casson, libre disponibilité des droits et conflits de lois, L.G.D.G, 1996.

- Bertrand Ancel, Yves Lequette, les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Dalloz, 5è édition, 2006.
- Cathrine Yannaca-Smalle, améliorer le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et Etats : vue d'ensemble, perspectives d'investissement international, OCDE, Edition OCDE, 2006.
- Céline DUQUENNE, l'autonomie de la clause compromissoire en droit du commerce international, Mc Gill University, Montreal, novembre 2000.
- Chiraz Abid, l'établissement du contenu du droit applicable en matière d'arbitrage international, préface de Chahira Boutayeb et Nèji Baccouche, l'Harmattan, 2019.
- Claudia Frutos-Peterson, l'émergence de l'arbitrage commercial international en Amérique Latine : L'efficacité de son droit, l'Harmattan, Paris, 2003.
- Daniel Levy, les abus de l'arbitrage commercial international, l'Harmattan, Paris, 2015.
- Daria Solenik, la loi étrangère dans le contentieux judiciaire européen, Asian Edition Ltd, 2015.
- Emmanuel Gaillard, l'exécution des sentences annulée dans leur pays d'origine, Journal du droit international, 125^e année (1998), n°3, juillet-aout-septembre, Editions du Juris-classeur, Paris.
- Eric Loukin, arbitrabilité et protection des parties faibles, travaux du comité français de droit international privé, Edition Pedone, Paris, 2008.

- Eric LOUQUIN, les divergences de jurisprudence, réflexion sur la jurisprudence arbitrale, sa cohérence et ses divergences, publication de l'université de Saint-Etienne, 2003.
- Filali Osman , une lex méditerranée arabe de l'arbitrage, faisabilité et pertinence , conférence internationale Euro-arabe , les Etats arabes face à l'arbitrage international , Bilan et perspectives , Sousse les 14 et 15 avril 2016 , مجمع الأطرش , Tunis , 2017.
- FOUCHARD GAILLARD-GOLDMAN on International Commercial Arbitration, Editer par EMMANUEL GAILLARD et JOHN SAVAGE, Publier par Kluwer international, The Netherlands, 1999.
- Gabriella Venturini & Stéfania Bariatti, nouveaux instruments du droit international privé, Liber Fausto Pocar, Giuffré Editor, 2009.
- George A. Bermann, recognition and enforcement of foreign arbitral awards, the international and application of the New York convention by national Courts, springer, New York, USA, 2017.
- Gérardo Brogini, le contrôle des sentences arbitrales internationales par le juge du siège et par le juge de l'exécution, T.M.C Asser Institut, Private Law in International Arena, From National Conflict Rules Towards Harmonisation and Unification, T.M.C Asser Press, 2000.
- Hygin Didace AMBOULOU, le droit de l'arbitrage est des institutions de médiation dans l'espace OHADA, l'Harmattan, Paris, 2015.
- Jean-Michel Jacquet, Philippe Delebecque, Sabine Corneloup, droit du commerce international, Dalloz, 2007.

- J-F Poudret, mélanges en l'honneur de Bernard Dudoit, librairie Droz, Genève, 2002.
- Léna Gannagé, l'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs, droit privé international : travaux du Comité français de droit international privé, 18^e année, 2006-2008, 2009.
- Lidia Sokotowska, l'arbitrabilité des litiges de droit privé, perspective comparatiste, Uniwersytet Jagiellorski w. Krakowie, biblioteka Jagiellonska, 2020.
- Marie-Christine Meyzeaud-Garand, droit international privé, Bréal, 2^{ème} édition, 2008.
- MARK Minasi, ordre public. Concept et application, volume 03, Emile Bruylant, 1998 .
- Martial Koffi Akakpo, la protection de la partie faible dans l'arbitrage OHADA, préface Jean-Batiste Racine, l'Harmattan, Paris, 2018.
- NADINE Dantonel Cor, la politique publiques locales de sécurité intérieure, l'Harmattan, 2015.
- Nathalie Copiel-Cordonnier, les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé, L .G.D.J, 1999.
- NEOMI Lévy-Aksu, Ordre et désordre dans l'Istanbul Ottomane (1879-1909), de l'Etat au quartier, Karthala, 2013.
- Nora Seddiki-El Houdaiqui, arbitrage commercial international au Maghreb: droit et pratique, l'Harmattan, Paris, 2012.

- Paul-Gérard POUGOUE, droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, presse universitaire d'Afrique, 2000.
- Walid Abdelgawad, arbitrage et droit de la concurrence : contribution à l'étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé, L.G.D.J, 2001.

D-REVUES

- Alcide Darras, Albert Geouffre de Lapradelle, Jean Paulin Niboyer, Revue critique de droit international privé, volume 89, 1996.
- Ancel Pascal, arbitrage et procédures collectives, Revue d'arbitrage, 1983.
- Cartier Stéphanie, l'arbitrage international au Québec : ordre public interne ou ordre public international ?. In. Revue Québécoise de droit international, volume 11-1, 1998.
- David Martel, la nullité de la sentence arbitrale : lecture croisée franco-espagnol, Revue internationale de droit comparé, 62-2, Avril 2008.
- Emmanuel Gaillard, l'ordre juridique arbitral : réalité, utilité et spécificité, McGill Law Journal/Revue de droit de McGill, 2010, 55 (4).
- Eric Loukin, l'ordre public et l'arbitrage, conférence association droit et commerce, Tribunal de commerce de Paris, 5 Mars 2018, Revue de jurisprudence commerciale, Thomson Reuters, 62^{ème} année, Juillet-Août 2018, n° 4.
- Jean-François Poudret, l'originalité du droit français de l'arbitrage au regard du droit comparé, Revue internationale de droit comparé, 56-1, Année 2004.
- Journal of arbitration (Liban), oct.2009, n°4.

-
- Louis Marquis, l'influence du modèle juridique français sur le droit québécois de l'arbitrage conventionnel, Revue internationale de droit comparé, année 1993.

 - Martine Behar-Touchais, Revue des affaires européennes, 2005.

 - Michelle CUMYN, les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leurs efficacités, revue juridique Thémis, Faculté de droit, université de Montréal, Québec, (2007) R-J.T.

 - MOSTEFA Trari Tani, arbitrage international dans le nouveau code Algerien, ASA Bulletin, Walters Kluwer Law and Buisiness, 2009.

 - Pataut Etienne, le renouveau de la théorie des droits aquis , droit international privé ; travaux du comité francais de droit international privé, 182 année , 2006-2008,2009.

 - Philippe FOUCHARD, la portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine, Revue de l'arbitrage, 1997-n°3.

 - Romain Dupeyré, les limites de l'obligation de motivation : de la concission des sentences arbitrales, Revue québécoise de droit international, année 2006.

 - Train François-Xavier, reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères : le droit français au prisme de la convention de New York, revue internationale de droit comparé, Vol.66 n°2.2014, études de droit contemporain, contribution française au 19^{ème} congrées international a de droit comparé (Vienne 20-26 juillet 2014).

 - Vincent Gautrais, Karim Benyekhlef et Pierre Trudel, les limites apprivoisées de l'arbitrage cybernétique : l'analyse de ces questions à travers l'exemple du cybertribunal, Revue juridique Thémis, Faculté de droit, Université de Montréal, (1999) 33 R.J.T.537, Edition Thémi.

E- Travaux : (Colloques, conférences, séminaires et rapports)

- Paris Baby Arbitration Diberon, chronique mensuelle de l'arbitrage en français et anglais, octobre 2018, n°17.

-Hammje Petra, l'ordre public de rattachement, droit international privé : travaux du comité français de droit international privé, 18^e année, 2066-2008, 2009.

- Propos introductif de M.BERTRAND Louvel (Premier président de la Cour de Cassation), Colloque « L'ordre public :regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation, Vendredi 24 Février 2017 .

- Rapport sur l'exécution dans les pays africains membres de l'UIHJ données 2015, efficacité de l'exécution des décisions de justice en matière civile et commercial en Afrique, Directeur de la publication : Yves-Pierre Mootont, responsable d'édition : Mathieu Chardon, UIHJ Publishing, 2016.

- Sami Bostanji, rapport introductif, le droit international privé de la famille à la croisée des chemins, actualité du droit international privé de la famille en Tunisie et à l'étranger, deuxième journées, organisées par l'Unité de recherche RIPCAM, relation internationales privées, commerce arbitrage, et migration, les 07 et 8 février 2014, sous la direction de Souhayma BENACHOUR et Lotfi CHEDLY, Latrach éditions, 2015.

- Alain DEPPE, les modes alternatifs de prévention et de règlement des conflits collectifs de travail, essai de droit du travail comparé : Algerie, Belgique, France, Maroc, Tunisie, Colloque international (Alger 06 et 07 mai 2014), les modes alternatifs de règlement des conflits, les annales de l'université d'Alger 1, série spéciale colloques et séminaires, n°3/2014.

-
- Compte rendu du café philo du 26 Octobre 2012 de Bouffement (Val d'Oise), préparé et animé par Catherine Delaunay Haller sur le thème « Qu'est ce que l'intérêt général », le Dimanche 28 Octobre 2012.

 - Olivier Caprasse, la médiation en matière commerciale, Actes du colloque du 26 mai 2008, la médiation, voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes ?, Athemis, 2008.

 - Klaus SACHS, la protection de la partie faible en arbitrage, article issu d'une présentation faite lors du sixième congrès du comité brésilien de l'arbitrage, 05/11/2006, sur le thème : International arbitration and state sovereignty, publier sur la revue Gazette du palais sous le thème : Les cahier de l'arbitrage, n°=2007/2, 127^e année.

 - Erik ayme, rapport de l'institut de droit international (annuaire), session de Santiago du Chili, volume 72-2007 .

 - Assemblée parlementaire, documents de séance, session ordinaire de 2007 (deuxième partie), 16-20 avril 2007, volume 3, Edition du conseil de l'Europe.

 - Octavian CAPITANA, la circulation transnationale des sentences arbitrales, Séminaire multilatéral " L'exécution des décisions de justice en matière civile ", organisé par le Conseil de l'Europe en coopération avec la fondation du Japon, 15-17 octobre 1997, Edition du conseil de l'Europe, Strasbourg, 1998 .

 - M.Jean- Pierre Ancel, l'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire, travaux du comité français de droit international privé, 1994, Ed. PEDONE, Paris, 1994.

 - Mayer Pierre, les lois de polices, In : Droit international privé : travaux du comité français de droit international privé, hors série, 1988. Journée du cinquanteenaire.

- Derain Yves, attentes légitime des parties et droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international, In : Droit international privé : travaux du comité français de droit international privé, 6^{ème} année, 1984-1985 et 1986 .

- Esprit du code Napoléon, tiré de la conférence du projet de code civil, dédié à Napoléon Bonaparte, imprimerie Impériale, 1805.

F-Thèses et mémoires

- Bronkaers Laurent, l'arbitre doit-il rouvrir les débats lorsqu'il fait évoluer les moyens des parties ?, Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires, Faculté de droit, de science politique et de criminologie, 2015/2016.

- Coline Le CAM-MAYOU, l'exception d'ordre public international dans l'application de la loi étrangère et la réception des jugements étrangers (étude comparative en droit français et droit américain, master 2, institut de droit comparé, Université Panthéon, Assas, Paris2, 2012/2013.

- Fatima Sara WEHBE, composantes multidimensionnelles de l'arbitrage : de la considération locale à l'interculturalité internationale, Thèse pour le Doctorat en droit, Université du Havre, 2016.

- Florian MAUME, essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle, Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit, Université d'Yvry-Val d'Essone, 1/07/2015.

- Magali BOUCARON, épouse NARDETTO, le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit, Université de NICE ANTIPOLIS, faculté de droit et science politique, le 26/11/2011.

- Mohamed ZERRIFI, l'arbitrabilité des litiges selon le nouveau code de procédure civile et administrative algérien, mémoire de magistère, université d'Oran, faculté de droit, 2009/2010.

- Pires Céléstin ULIMUBENSHI , l'exemption du domaine réservé dans la procédure de la cour internationale, Thèse de doctorat, Université de Genève, I.U.H.E.I, 2003.

- vera Arcangeli, les notions d'arbitrabilité, ordre public et de public policy comme moyen de contrôle de l'arbitrage commercial international, Thèse présentée à la Faculté des études supérieures en vue l'obtention du grade de Docteur en droit, novembre 1999.

-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, Université Mouloud MAMMERY de Tizi-Ouzou, Faculté de droit et sciences politiques, 20 juin 2012.

-L'illicéité des présentations et ses conséquences (une comparaison entre le droit civil français et allemand), mémoire pour l'obtention du diplôme de science juridique de l'université d'Auvergne, Clermont-Ferrand, par ALEXANDRE Schäfer, année 1994/1995.

G- Recueils des cours

- Andreas BUCHER, l'ordre public et le but social des lois en droit international privé, recueil des cours, tome 239 de la collection, Académie de droit international de la Haye,, Martinus Nuhoff Publishers, 1993.

- Andreas Busher, la dimension sociale du droit international privé, cours général, Académie de droit international de la Haye, 2011.

- Andreas Buser, Recueil des cours, collected courses of the Hague Academy of international law, Tome 239 de la collection, Martinus Nuhoff Publishers, London, 1933.
- Cédric Tahri, procédure civile, Lexifac droit, Licence-Master, Bréal, 2007.
- Christian Kohler, l'autonomie de la volonté en droit international privé, Académie de droit international de la Hay, collection de cours de droit en livre de poche, ADI-POCHE, 2013.
- Erik Jayme, Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne, Académie de droit international de la Hay, Martinus Nijhoff Publishers, 3juin 1996.
- Erik Jayme, identité culturelle et intégration : le droit international privé poste moderne, recueil des cours, Académie de droit international de la Haye, Tome 251, Martinus Nijhoff Publishers, the Hague/Bostone/London, 1996.
- Francois chabas, leçon de droit civil, tome 1/premier volume : introduction à l'étude du droit, édition Delta, Paris, 2000.
- G. Van Hecke, problèmes juridiques des empunts internationaux, Bibliotheca Vissiriana dissertations internationale illustrantivm, cvra facvftatis ivridicae lvgdvno-batave Edita- Tomvs octo decimvs xxxv, deuxième édition, 1964.
- Ibrahim Fadlallah, les facteurs juridiques de développement de l'arbitrage, recueil des cours, Académie de droit international de la Hay, Martinus Nijhoff Publishers, Tome 249 de la collection (V), 1994.
- Ibrahim Fadlallah, Recueil des cours, académie d droit international de la Hay, 1994, V, tome 249 de la collection, Martinus Nijohff Publishers, London, 1996.

-
- Jean-Michel Jacquet, fonction supranationale de la règle de conflit de lois, Recueil des cours 292, l'Académie de droit international de la Hay, Kluwer Law International, the Netherland, 2001 .

 - Léna Gannagé, les méthodes du droit international privé, collection de cours de droit en livre de poche, Académie de droit international de la Hay, ADI-POCHE , 2013.

 - Marie Christine Meyzeaud-Garaud, droit international privé, 2^{ème} édition, Bréal, 2008.

 - Monica-Elena Burviana, l'application de la loi étrangère en droit international privé, Université de Bordeaux, Faculté de droit, 2016.

 - Paolo Picone, les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé, cours général de droit international privé, Recueil des cours, collected cours of the Hague academy of international law, Tome 276 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, Boston/London , 2000.

 - Pierre Mayer, l'autonomie de l'arbitre international par rapport aux règles étatiques, Recueil des cours, académie de droit international, 1989, V, tome 217 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, London, 1990.

 - Pierre Mayer, Recueil des cours, 1989-V, tome 217 de la collection, Académie de droit international de la Hay, Martinus Nuhoff Publishers, London, 1990.

 - N. Politis, le probleme des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits internationaux, Recueil des cours, Académie de droir international, Tome 6, 1, 1925.

H-Textes juridiques

- L'ordonnance n°2016-131 du 10février2016 portant réforme du droit (français) des contrats, du régime général et de la preuve des obligations
- Code des collectivités locales français
- Code civile français de 1804
- Code pénale français de 1810
- L'ancien code de procédure civil français
- Code civil français
- Code de commerce français
- Code de travail français
- Code français de propriété intellectuelle
- Concordat suisse sur l'arbitrage CIA
- Code de procédure civile Suisse
- Droit de de procédure civil allemand
- Droit international privé suisse
- Le règlement (القانون الموحد الأروبي) n°44/2001 du 22/12/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale .
- Loi belge de 1961 portant sur les contrats de concession exclusive
- Code judiciaire belge

K-Sites Web

- www.courdecassation.fr
- www.cheminphilo.blogspot.com
- www.quadya.net
- www.zu.ly.com
- www.legifrance.gouv.fr
- www.books.google.com
- www.academia.edu
- www.trans-lex.org
- www.lawinside.ch
- www.biblio.univ-every.fr
- www.tel.archives-ouvertes.fr
- www.presse.fr
- www.mandumah.com
- www.scc-csc.ca
- www.sedlex.fr
- www.univ.soukahrass.dz
- www.dalloz-actualite.fr
- www.asjp.cerist.dz
- www.italaw.com

-Lukas A.Mistelis, arbitrability : international & comparative perspectives, edited by LOUKAS A.MISTELIS & STAVROS BREKOULAKIS, Wolters Kluwer, the Netherland, 2009.

-William W.Parker, Arbitration of international business disputes, second edition, oxford Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2013.

الفهرس

01	مقدمة
17	الباب الأول : الإطار المفاهيمي للنظام العام في مجال التحكيم
18	الفصل الأول : مفهوم *النظام العام* و * التحكيم *
19	المبحث الأول : مفهوم النظام العام
19	المطلب الأول : تعريف النظام العام
20	الفرع الأول : تعريف النظام العام لغة
20	الفقرة الأولى : تعريف مصطلح *نظام* لغة
23	الفقرة الثانية : تعريف مصطلح *عام* لغة
25	الفرع الثاني : تعريف *النظام العام* اصطلاحا
26	الفقرة الأولى : النظام العام في مجال القانون العام
30	الفقرة الثانية : النظام العام في مجال القانون الخاص
37	المطلب الثاني : خصائص فكرة النظام العام
37	الفرع الأول : تمييز النظام العام عن المصطلحات الشبيهة
38	الفقرة الأولى : المصلحة العامة
46	الفقرة الثانية : قواعد البوليس
52	الفقرة الثالثة : الآداب العامة
58	الفرع الثاني : مميزات النظام العام
59	الفقرة الأولى : النسبية
63	الفقرة الثانية : العمومية

68.....	المبحث الثاني : مفهوم التحكيم
68.....	المطلب الأول : تعريف التحكيم
69.....	الفرع الأول: تعريف التحكيم في اللغة و الاصطلاح
69.....	الفقرة الأولى : تعريف التحكيم لغة
70.....	الفقرة الثانية : تعريف التحكيم اصطلاحا
71.....	الفرع الثاني : التعريف الفقهي للتحكيم
71.....	الفقرة الأولى : تعريف التحكيم شرعا
72.....	الفقرة الثانية: تعريف التحكيم عند فقهاء القانون
74.....	المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للتحكيم
74.....	الفرع الأول : النظريات الأحادية
74.....	الفقرة الأولى : نظرية الطبيعة العقدية للتحكيم
76.....	الفقرة الثانية: نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم
78.....	الفرع الثاني: النظريات الثنائية
78.....	الفقرة الأولى : النظرية المختلطة
79.....	الفقرة الثانية : النظرية المستقلة
85.....	الفصل الثاني : مفهوم النظام العام في مجال التحكيم
86.....	المبحث الأول : مفهوم فكرة النظام العام في مجال التحكيم الداخلي
87.....	المطلب الأول: تعريف النظام العام في مجال التحكيم الداخلي
87.....	الفرع الأول: القابلية الشخصية للجوء إلى التحكيم
88.....	الفقرة الأولى : أهلية الأشخاص الطبيعية للجوء إلى التحكيم الداخلي

103.....	الفقرة الثانية: أهلية الأشخاص المعنوية للجوء إلى التحكيم الداخلي
114.....	الفرع الثاني : القابلية الموضوعية للجوء إلى التحكيم الداخلي
114.....	الفقرة الأولى : حرية التصرف في الحق كميّار للقابلية للتحكيم
120.....	الفقرة الثانية : الاختصاص الحصري لسلطات الدولة كميّار لعدم القابلية للتحكيم
124.....	المطلب الثاني : خصائص فكرة النظام العام في مجال التحكيم الداخلي
125.....	الفرع الأول : النظام العام في مجال التحكيم الداخلي ، أصولي
126.....	الفقرة الأولى : استقلالية اتفاق التحكيم
129.....	الفقرة الثانية : بطلان اتفاق التحكيم
133.....	الفرع الثاني : النظام العام في مجال التحكيم الداخلي ، اقتصادي
135.....	الفقرة الأولى : حماية النظام العام التحكيمي للطرف الضعيف
139.....	الفقرة الثانية : حماية النظام العام التحكيمي للمصلحة العامة
144.....	الفرع الثالث: النظام العام في مجال التحكيم الداخلي ، عميق(وطني)
144.....	الفقرة الأولى : تأصيل الفكرة
145.....	الفقرة الثانية : مرجعية الفكرة
148.....	المبحث الثاني: مفهوم فكرة النظام العام في مجال التحكيم الدولي
149.....	المطلب الأول : تعريف فكرة النظام العام في مجال التحكيم الدولي
149.....	الفرع الأول : تعريف فكرة النظام العام بمفهوم قواعد البوليس
151.....	الفقرة الأولى : تنازع قواعد البوليس
156.....	الفقرة الثانية : تطبيق المحكم لقواعد البوليس
160.....	الفرع الثاني : تعريف فكرة النظام العام بمفهوم تنازع القوانين (الدفع بالنظام العام)

161.....	الفقرة الأولى : الدفع بالنظام العام بالنسبة للقاضي
166.....	الفقرة الثانية : الدفع بالنظام العام بالنسبة للمحكم
174.....	المطلب الثاني: خصائص فكرة النظام العام في مجال التحكيم الدولي
175.....	الفرع الأول : النظام العام في مجال التحكيم التجاري الدولي ، مركب
175.....	الفقرة الأولى : التسلسلية
176.....	الفقرة الثانية : التدرج
178.....	الفرع الثاني : النظام العام في مجال التحكيم الدولي ، مختلط
178.....	الفقرة الأولى : النظام العام في مجال الدولي ، وطني
180.....	الفقرة الثانية : النظام العام في مجال التحكيم الدولي ، دولي
186.....	الباب الثاني : أثر النظام العام على التحكيم
187.....	الفصل الأول : أثر النظام العام على إجراءات التحكيم
187.....	المبحث الأول : أثر فكرة النظام العام على اتفاق التحكيم
188.....	المطلب الأول : الأحكام العامة المتعلقة بمخالفة اتفاق التحكيم للنظام العام
188.....	الفرع الأول : مخالفة اتفاق التحكيم للنظام العام من حيث الشكل
189.....	الفقرة الأولى : شرط الكتابة
196.....	الفقرة الثانية : الطبيعة القانونية لشرط الكتابة
207.....	الفرع الثاني : مخالفة اتفاق التحكيم للنظام العام من حيث الموضوع
208.....	الفقرة الأولى : مخالفة محل اتفاق التحكيم لقواعد النظام العام
212.....	الفقرة الثانية : مخالفة السبب في اتفاق التحكيم للنظام العام
217.....	المطلب الثاني: الأحكام الخاصة المتعلقة بمخالفة اتفاق التحكيم للنظام العام

217.....	الفرع الأول : استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي
217.....	الفقرة الأولى : عدم مشروعية اتفاق التحكيم
224.....	الفقرة الثانية : عدم مشروعية العقد الأصلي
229.....	الفرع الثاني : عدم القابلية للتحكيم
231.....	الفقرة الأولى : عدم القابلية للتحكيم وفقا لمعيار حرية التصرف في الحق
248.....	الفقرة الثانية : عدم القابلية للتحكيم وفقا لمعيار الاختصاص الحصري لسلطات الدولة
256.....	المبحث الثاني : أثر النظام العام على خصومة التحكيم (النظام العام الإجرائي)
258.....	المطلب الأول : تحديد إجراءات التحكيم
258.....	الفرع الأول : سلطة تحديد إجراءات التحكيم
258.....	الفقرة الأولى : تحديد الأطراف لإجراءات التحكيم
261.....	الفقرة الثانية : تحديد هيئة التحكيم لإجراءات التحكيم
268.....	الفرع الثاني : مجال النظام العام التحكيمي الإجرائي
268.....	الفقرة الأولى : تقلص دور النظام العام الإجرائي في مجال التحكيم
274.....	الفقرة الثانية : مضمون حق الدفاع
282.....	المطلب الثاني: أثر خرق حق الدفاع على التحكيم
282.....	الفرع الأول: تطبيق المحكم لحق الدفاع
283.....	الفقرة الأولى: الوقائع المادية
286.....	الفقرة الثانية : الأساس القانوني
288.....	الفرع الثاني: تطبيق القاضي لحق الدفاع
289.....	الفقرة الأولى : الالتزام بالنزاهة

294.....	الفقرة الثانية : الطعن ببطلان الحكم التحكيمي خرقا لحق الدفاع
300.....	الفصل الثاني: أثر النظام العام على الحكم التحكيمي
301.....	المبحث الأول: الأحكام المتعلقة بتنفيذ الحكم التحكيمي
302.....	المطلب الاول : شروط الحكم التحكيمي.....
302.....	الفرع الأول: الشروط الشكلية لصحة الحكم التحكيمي.....
302.....	الفقرة الأولى: الشروط الشكلية لصحة الحكم التحكيمي في التشريعات الوطنية المقارنة.....
309.....	الفقرة الثانية : الشروط الشكلية لصحة الحكم التحكيمي في الاتفاقيات الدولية
313.....	الفرع الثاني : الشروط الموضوعية لصحة الحكم التحكيمي.....
314.....	الفقرة الأولى : حجية الشيء المقضي فيه
317.....	الفقرة الثانية : حيازة الحكم لقوة الشيء المقضي فيه
321.....	المطلب الثاني: الإجراءات المتعلقة بتنفيذ الحكم التحكيمي
321.....	الفرع الأول : الاعتراف و الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي
322.....	الفقرة الأولى : الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي
334.....	الفقرة الثانية : الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي الداخلي
340.....	الفرع الثاني : طرق الطعن في أحكام التحكيم
340.....	الفقرة الأولى : الطعن بالاستئناف
347.....	الفقرة الثانية : الطعن بالبطلان في حكم التحكيم التجاري الدولي المحلي
353.....	المبحث الثاني: الأحكام الخاصة بأثر النظام العام على الحكم التحكيمي
355.....	المطلب الأول : عدم القابلية للتحكيم.....
355.....	الفرع الأول : على مستوى بلد التنفيذ.....

357.....	الفقرة الأولى : تقدير القابلية للتحكيم وفقا لمنهج القواعد المادية ذات الطابع الدولي
359.....	الفقرة الثانية : تقدير القابلية للتحكيم على مستوى مرحلة فحص مشروعية اتفاق التحكيم
361.....	الفرع الثاني : على مستوى بلد صدور الحكم
361.....	الفقرة الأولى : على مستوى اتفاقية نيويورك لسنة 1958
364.....	الفقرة الثانية : على مستوى التشريعات الوطنية المقارنة (تنازع قواعد البوليس)
366.....	المطلب الثاني: مخالفة النظام العام
367.....	الفرع الأول : على مستوى بلد التنفيذ (النظام العام الاستقبالي)
367.....	الفقرة الأولى : النظام العام المخفف
378.....	الفقرة الثانية : النظام العام الجوّاري
382.....	المطلب الثاني: اثر النظام العام على الحكم التحكيمي في بلد صدوره
383.....	الفرع الأول : الإطار التنظيمي لبطلان الحكم التحكيمي في بلد صدوره
384.....	الفقرة الأولى : النصوص المتعلقة ببطلان الحكم التحكيمي في بلد صدوره
	الفقرة الثانية : النصوص التنظيمية التي تحد من مفعول دولية بطلان الحكم التحكيمي في بلد صدوره
388.....	صدوره
392.....	الفرع الثاني : تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي الملغى في بلد صدوره
392.....	الفقرة الأولى : القاعدة الأصلح
399.....	الفقرة الثانية : دولية حكم التحكيم الأجنبي
410.....	الخاتمة :
414.....	قائمة المصادر و المراجع
454.....	الفهرس

ولجت فكرة النظام العام مختلف فروع القانون و ارتبطت بمختلف المواد المكونة للفرع الواحد، و التي

تعتبر مادة التحكيم واحدة منها .

و دراسة هذه الظاهرة، لاسيما فيما يتعلق بتأثير الأول على الثاني، لا يمكن بلوغها إلا برصد هذه الحركة على مستوى كل نوع من التحكيم، الداخلي و التجاري الدولي، من جهة، و على مستوى جميع المراحل التي يمر بها كلا النوعين، من جهة ثانية، و ذلك وفقا لطريقة عمل فكرة النظام العام المزدوجة (النظام العام الأصولي و الخصوصي) .

الكلمات المفتاحية

النظام العام – التحكيم – القابلية للتحكيم – قابلية الحق للتصرف فيه – أهلية التصرف في الحق – اتفاق التحكيم – خصومة التحكيم – الإعراف و الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي .

ABSTRACT

The idea of public order penetrated various branches of law and was linked to the various articles that make up the same branch, of which the arbitration article is one of them.

And the study of this phenomenon, especially with regard to the effect of the first on the second, can only be achieved by studying this movement at the level of each type of arbitration, internal and international commercial arbitration, on the other hand. This is in accordance with the way the idea of public order fundamentalist and respective public order .

Key words

Public order – arbitration – arbitration ability – capability to dispose of the right – eligibility to dispose of the right – arbitration agreement – arbitration dispute – recognition and order to implement the arbitration award .

Résumé

L'idée d'ordre public imprégnait les différentes branches du droit, et était liée aux différentes branches, dont l'arbitrage fait partie .

L'étude de ce phénomène, notamment en ce qui concerne l'effet du premier sur le second, ne peut se faire qu'en étudiant ce mouvement au niveau de chaque type d'arbitrage, arbitrage interne et commercial international d'une part, et au niveau de toutes les étapes des deux types d'autre part, et ceux conformément au fonctionnement de la dualité de la notion d'ordre public (fondamental et respectif) .

Les mots clés

Ordre public – arbitrage – capacité d'arbitrer – capacité de disposer du droit – convention d'arbitrage – contentieux arbitral – reconnaissance et ordonnance d'exécution de la sentence arbitrale .