

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة امحمد بوقرة بومرداس



كلية الحقوق

دور القضاء في قضايا
التحكيم التجاري الدولي

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق

شعبة: القانون الخاص

تخصص: عقود ومسؤولية

تحت إشراف

د/ يسعد حورية

من إعداد الطالب:

حسان كليبي

لجنة المناقشة:

د/ يوسف أمال، أستاذة محاضرة "أ"، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، رئيسا

د/ يسعد حورية، أستاذة محاضرة "أ"، جامعة مولود معمري تيزي وزو، مقرا ومشرفا

أ.د/ اقلولي محمد، أستاذ، جامعة مولود معمري تيزي وزو، ممتحنا

السنة الدراسية: 2012/ 2013



إهداء

إلى والدي الكريمين أطال الله في عمرهما
إلى زوجتي التي سهرت معي ليالي إعداد هذا العمل
إلى إخوتي وأبنائي

إلى كل من أضاء بعلمه عقل غيره
أو هدى بالجواب الصحيح حيرة سائليه
فأظمر بسماحته تواضع العلماء
وبرحابته سماحة العارفين .

إلى الشموع التي تحترق لتضيء الآخرين
أهدي هذا البحث المتواضع راجياً من المولى
عز وجل أن يجد القبول والنجاح

شكر و عرفان

الحمد لله الذي بنعمه تتم الصالحات ونشكره واقتداءً بقول الحبيب المصطفى:

«لا يشكر الله من لا يشكر الناس» وكثير هم الذين يستحقون الشكر ، فشكر

كبير وتحية وتقدير للأستاذة المشرفة - يسعد حورية -

التي كانت لنا نعم الموجه والمعين طيلة مدة إشرافها ، فكانت سنداً لنا في

كل خطوة

جزاها الله عنا كل خير .

الطالب : حسن كليبي

قائمة أهم المختصرات

أولا – باللغة العربية:

ج ر	الجريدة الرسمية
ق إ م إ	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
د و م ج	الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية

ثانيا – باللغة الفرنسية:

A .C .I	L'arbitrage Commercial International
Cass.com	Cassation Commerciale
Cass.civ	Cassation Civile
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International
J.D.I	Journal Du Droit International
J. O	Journal officiel
L, G, D, J	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LTACI	Loi type sur l'arbitrage Commercial International
Op, cit	Opere citato, (pour faire une référence à un livre du même auteur déjà cité auparavant)
O.P.U	Office Des Publication Universitaires
Proc.civ	Procédures Civiles
Rev.arb	Revue de l'arbitrage

مقدمة:

إن القضاء أصبح من أي وقت مضى مطالبا بالانفتاح على محيطه الخارجي والاطلاع على تجارب قضائية وثقافات قانونية أخرى، رغبة في تطوير واستيعاب آليات العمل التجاري حتى يصبح قادرا على إيجاد الحلول المناسبة لما قد يعرض عليه من نزاعات تجارية تهم مجال الاستثمار ومن ثم يكون فاعلا أساسيا في خلق مناخ سليم يسوده الاطمئنان والثقة والاستقرار ويشكل دعامة قوية لعملية التنمية وتشجيع الاستثمار، وحتى يقوم القضاء التجاري المتخصص بالدور المنوط به لاسيما في التحفيز على الاستثمار والمساهمة في خلق النشاطات الاقتصادية عليه أن يضمن أمن المستثمرين ويصون حقوقهم في ظل سيادة القانون واستقلال القضاء، سواء كانوا وطنيين أو أجنب، إذ لا استثمار بدون ضمانات قضائية واضحة.⁽¹⁾

ولقد أصبحت العديد من الدول النامية ومنها الجزائر تنهج سياسة التشجيع على جلب الاستثمار الأجنبي بتوفير مجموعة من الضمانات القانونية بمقتضى قوانين الاستثمار الداخلية للدولة التي يرغب في التعامل معها، لكن تلك الضمانات تبقى غير كافية في نظره لتأمين استثمار ضد المخاطر الغير التجارية ما لم تقترن بوسيلة قضائية بديلة عن القضاء الرسمي المتمثلة في التحكيم التجاري الدولي التي توفر له بالإضافة إلى الضمانات العامة التي يستفيد منها كل تاجر دولي أو مستثمر أجنبي سواء تعاقد مع الدولة المضيفة للاستثمار أو إحدى المؤسسات التابعة لها أم مع شخص آخر يخضع للقانون الخاص، ضمانات أخرى يستفيد منها المستثمر الأجنبي كلما تعاقد مع الدولة أو إحدى مؤسساتها العامة والمتمثلة في إمكانية مخاصمة الدولة والتمثيل ضدها .

وإذا كان التحكيم التجاري الدولي أصبح يفرض نفسه في قضايا الاستثمار، لم يبق لمختلف الدول بما فيها النامية وخاصة الجزائر إلا أن تقر وتعترف للدولة بأهلية اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي التي تضمن للمستثمر الأجنبي إمكانية مقاضاتها في حالة نشوب نزاع وتنفيذ الحكم التحكيمي الصادر ضدها أمام جهات تحكيمية متخصصة للبت في المنازعات بين الدول المضيفة للاستثمار ورعايا الدول الأخرى .

¹ - إبراهيم الأيسر، القضاء التجاري ضمانة للاستثمار، مجلة دفاتر المجلس الأعلى، المغرب، العدد 02 سنة 2002،

ويعتبر التحكيم التجاري الدولي عنصرا أساسيا في عقود الاستثمار الأجنبية، فجميع هذه العقود لا تكاد تخلو من شرط إحالة جميع منازعاتها إلى التحكيم التجاري، فالمستثمر الأجنبي يصر دائما على إضافة شرط التحكيم نظرا للمزايا التي يوفرها التحكيم إليه، والدولة المضيفة للاستثمارات تجد نفسها دائما ملزمة بقبول شرط التحكيم، فبدون إضافة هذا الشرط، لا تتمكن من جذب عقود الاستثمارات الأجنبية.

ومهما يكن، فإنه تبقى الرقابة القضائية لضمان حسن سير التحكيم في تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمارات قائمة بحيث يمنح الصيغة التنفيذية على الحكم التحكيمي بعد التأكد من سلامة العملية التحكيمية واحترامها للمقتضيات القانونية، لأن عملية منح الصيغة التنفيذية لأحكام التحكيم الدولية تكتسب طابعا خاصا بالنظر إلى كونها تمس بمبدأ السيادة الوطنية وتتأثر بنظرة القاضي الوطني إليها، في حين أن منطق التجارة الدولية الحديث هو نتاج غربي بلوره نظام عالمي جديد يطمح إلى تفادي منطق الحواجز والحدود الاقتصادية بين الدول، كما يسعى إلى أن ترقى فيه مؤسسة التحكيم التجاري الدولي كأداة فاعلة، علما أن سبب الإقبال على الوسائل البديلة لحل المنازعات ذات الارتباط بالاستثمار هو تعقيد الأنظمة القانونية المختلفة لاسيما في ميدان تنازع القوانين، الأمر الذي لم يسمح للقانون الدولي الخاص بالرد على حاجيات التجارة الدولية ويزيد من حدة هذا القصور ثقل وطأة قانون القاضي سواء فيما يتعلق بالإجراءات وتحديد التكيف أو التعسف في استخدام الدفوع المتعلقة بالنظام العام⁽¹⁾.

إلا أن هذا لا يعني مطلقا استقلال القضاء عن التحكيم أو عدم خضوع هذا الأخير لرقابة القضاء، ولكن المشكلة تكمن في مدى استقلال التحكيم أو خضوعه للرقابة من جانب القضاء العادي، وهذا ما سنحاول معالجته في هذا البحث.

فإذا كان مبدأ استقلال التحكيم من أهم المبادئ الأصولية التي تحرص عليها التشريعات الحديثة التي نصت على التحكيم، إلا أن ذلك لا يدعونا إلى القول بوجود فصل تام بين التحكيم وقضاء الدولة، فالتعاون بين القضاء والتحكيم بات ضرورة حتمية لا غنى عنها، ويتحقق ذلك التعاون عن طريق المساعدة التي يقدمها القضاء للتحكيم، سواء بناء

¹ - عبد الرحيم بحار، المساطر البديلة لتسوية المنازعات التجارية - التحكيم التجاري نموذجا - مجلة القصر المغربية،

على طلب أحد الخصوم أو طلب هيئة التحكيم ذاتها. وبالتالي يستطيع القضاء بسط رقابته على عملية التحكيم كلها بدء باتفاق التحكيم الذي يسند سلطة الفصل في النزاع إلى قضاء التحكيم، وانتهاء بصدور حكم التحكيم وتنفيذه، وقد نهج المشرع الفرنسي نهج التشريعات الحديثة التي اتجهت نحو منح قضاء الدولة دورا هاما في رقابة قضاء التحكيم فلم تعد رقابة القضاء قاصرة على الرقابة اللاحقة على صدور الحكم ومرحلة تنفيذه، ولكنها امتدت لتشمل المساعدة منذ الاتفاق على التحكيم.⁽¹⁾

وقد سائر المشرع الجزائري هذا الاتجاه في توسيع رقابة القضاء على عملية التحكيم في القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما سايره المشرع المصري كذلك في القانون رقم 27 لسنة 1994 في شأن التحكيم المواد المدنية والإدارية. والرقابة التي نهضت إليها، هي الرقابة القضائية وحدها والتي تضي بظلالها على عملية التحكيم كلها منذ اتفاق التحكيم إلى صدور الحكم وتنفيذه، وإن كان الغالب الأهم أن الرقابة لا تثار إلا في نهاية الإجراءات عندما يطلب أحد أطراف خصومة التحكيم الحصول على أمر بتنفيذ حكم المحكمين، أو عند طلب إبطال هذا الحكم، مع العلم أنه قد لا تثار هذه الرقابة مطلقا إذا لم يطلب أحد الخصوم أو هيئة التحكيم طلب المساعدة من القضاء أثناء سير الخصومة أو إذا لم يطعن أحد الخصوم في حكم المحكمين بالبطلان أو لم يمانع في تنفيذه في المرحلة اللاحقة لصدوره.

وحتى لا ينحرف التحكيم التجاري الدولي عن أداء وظيفته باعتباره منهجا في أداء العدالة - كقضاء الدولة - تتفق الأنظمة المقارنة على ضرورة أن يخضع المحكم في أدائه لوظيفته كقاعدة للمبادئ التي تحكم سير الخصومة، مع الأخذ في الاعتبار الطابع الخاص والإتفاقي للتحكيم، كما تتفق الأنظمة المقارنة أيضا على ضرورة تنظيم طرق للطعن في حكم المحكمين للكشف من خلال قضاء الدولة عن قانونية وعدالة التحكيم في أدائه لوظيفته⁽²⁾، وبالتالي فالمتفق عليه أنه إذا كان الاتفاق على التحكيم يمنع قضاء الدولة من نظر النزاع موضوع التحكيم، فإنه لا يمنع هذا القضاء من ممارسة سلطته في الرقابة على أعمال المحكمين من خلال مجالين:

1 - عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1990، ص 43-44

2 - آمال أحمد الفزائري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف الإسكندرية، ص 10

أولهما: أن حكم المحكمين لا ينفذ إلا بأمر يصدر بتنفيذه من قضاء الدولة بعد إيداعه **وثانيهما:** أن قضاء الدولة هو المختص بنظر الطعون المقدمة على أحكام المحكمين. وعلى ضوء ما تقدم، وإذا كانت رقابة قضاء الدولة على أعمال المحكمين الهدف منها تدعيم دور التحكيم والتأكد من عدم انحرافه عن أدائه لوظيفته باعتباره منهجا في أداء العدالة كقضاء الدولة، فقد رأيت أن يكون موضوع بحثي هذا، هو الكشف عن حقيقة دور قضاء الدولة في قضايا التحكيم التجاري الدولي، وذلك من خلال تحديد مدى سلطة ورقابة قضاء الدولة على أعمال المحكمين، ومن تأهيل لمدى ملاءمتها كما وكيفا، بصفة خاصة على ضوء الهدف من التحكيم باعتباره قضاء خاصا موازيا لقضاء الدولة وعلى ضوء ما تقتضيه حسن السياسة التشريعية من أن تكون طرق الطعن في حكم المحكمين تتلاءم مع الطبيعة الخاصة لهذا الحكم، كما يجب أن تكون محدودة بالقياس إلى أحكام قضاء الدولة، باعتبار أن التحكيم وسيلة لحل النزاعات تتصف بالسرعة والبعد عن الإسراف في الشكليات.

أهمية البحث:

على الرغم من أن الكثير من موضوعات التحكيم قد حظيت باهتمام فقه الإجراءات إلا أن موضوع دور القضاء في التحكيم بصفة عامة والتحكيم التجاري الدولي بصفة خاصة، لم يحض بالقدر الكاف الذي يستحقه خاصة وأن هذا الموضوع لا يرتبط في رأينا ارتباطا وثيقا بتحقيق هدف الخصوم من الالتجاء إلى التحكيم فقط، بل إنه يرتبط أيضا بغاية المشرع ذاته مع إجازته لنظام التحكيم وتنظيمه، ومن المعروف أن غاية الشيء أبعد من الهدف منه.

إشكالية البحث:

يطرح موضوع البحث العديد من التساؤلات لعل أهمها:

ما مدى سلطة قضاء الدولة في الرقابة على التحكيم التجاري الدولي؟

الجدير بالذكر في هذا المقام، أن موضوع دراستي وإن كان يهدف أساسا بحث دور القضاء في قضايا التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري إلا أنه يستلزم أن يكون تناولني له وفقا لأسلوب الدراسة التأصيلية المقارنة بين المسلمات والمستحدثات في مجال التحكيم التجاري الدولي وذلك بقصد إلقاء الضوء والإفادة من التطورات التشريعية الحديثة التي غيرت من مفاهيم عديدة كانت تعد من مسلمات التحكيم، خاصة بعد التعديلات الجوهرية التي أدخلت على قانون الإجراءات الفرنسي الجديد الذي يتضمن الكتاب الرابع منه والخاص بنصوص المرسوم 500/81 في 12/05/1981 الذي نظم التحكيم الدولي المواد (1492 - 1507) ومن البلدان العربية التي عنيت بالتنظيم التشريعي للتحكيم وأُفردت له حديثا نظاما خاصا به الجزائر، فقد صدر قانون التحكيم التجاري الدولي في القانون رقم 08- 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي أدخل الجزائر ميدان التحكيم التجاري الدولي من بابه الواسع حيث أن الحلول التي تبناها تتجاوز الحلول المعمول بها في الدول الغربية كفرنسا، حيث أدرج ضمن الباب الثاني من الكتاب الخامس في فصل سادس بعنوان: في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، وقد تم تقسيم هذا القانون إلى ثلاثة أقسام: القسم الأول يشمل أحكام عامة (المواد: 1039 - 1040)، والقسم الثاني ينظم التحكيم الدولي (المواد: 1041 - 1050)، أما القسم الثالث ففي الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي وتنفيذها الجبري وطرق الطعن فيها (المواد: 1051 - 1061)، ومن الدول العربية كذلك جمهورية مصر حيث خص المشرع المصري قانونا خاصا للتحكيم بقانون جديد رقم 27 لسنة 1993 ضمنه قانون الإجراءات المصري(المواد من المادة 1 إلى المادة 58).

وارتباطا بكل ما تقدم، وتحقيقا للهدف من الرسالة سوف نقسم دراسة هذا البحث إلى فصلين: فصل أول يتمثل في دور القضاء قبل الفصل في موضوع النزاع أما الفصل الثاني فيتمثل في دور القضاء بعد الفصل في موضوع النزاع.

الفصل الأول

دور القضاء قبل الفصل في موضوع النزاع

يعد اللجوء إلى قضاء الدولة هو الوسيلة الطبيعية والعادية لفض النزاعات التي تنثور في مجال المعاملات الاقتصادية. إلا أن تكس القضايا أمام المحاكم أدى إلى بطء إجراءات التقاضي، الأمر الذي لا يتفق مع طبيعة المعاملات الاقتصادية لاسيما ما يتسم منها بالطبيعة الدولية. وترتبت على ذلك الغالبية العظمى من عقود التجارة الدولية شرط التحكيم كوسيلة لفض النزاعات التي قد تنشأ عنها.⁽¹⁾ وتمتد عملية الرقابة القضائية على أعمال المحكمين إلى نزاعات التحكيم التجاري سوى الوطني أو الدولي. ولغياب وجود قضاء دولي متخصص لممارسة الرقابة على نشاط التحكيم، فإنه لا مناص من قيام القضاء الوطني في مختلف الدول من الاضطلاع بهذا الدور. وتحدد التشريعات الوطنية عادة حالات هذه الرقابة ونطاقها. كما تحرص هذه التشريعات على عدم التوسع في سلطة القضاء الرقابية على التحكيم، بحيث لا تطغى على سلطة المحكم وعلى الأهداف التي يبتغيها أطراف التحكيم من هذا النظام.

وهكذا يظهر لنا أن خصومة التحكيم ليست بمنأى عن ولاية القضاء، في شقها الرقابي على إجراءات خصومة التحكيم، وفي الدور المساعد الذي يكمل من خلاله القاضي، سلطة المحكم المنقوصة. وبدون هذه الولاية يصبح التحكيم نظاما قانونيا بلا فاعلية.

إن الأحكام الصادرة من المحكمين قبل الفصل في الموضوع، تشملها فكرة واحدة وهي أنها تصدر أثناء نظر الدعوى وقبل الحكم في موضوعها، وأنها ليس لها كيان مستقل بذاتها، ولا تحسم النزاع في أصل الحق، والمحكم كالقاضي يمكن أن يصدر أثناء سير الخصومة أحكاما قبل الفصل في الموضوع، وذلك للفصل في مسائل فرعية أو عرضية²، ومن أمثلة ذلك الفصل في صحة وجود اتفاقية التحكيم، أو بعض المسائل التي تتعلق بتشكيل هيئة التحكيم، فضلا عن الفصل في اختصاصهم بنظر النزاع الذي

¹ - صالح جاد عبد الرحمن المنزلاوي، الرقابة القضائية على التحكيم، مجلة القضاة المصرية، السنة الحادية والثلاثون، العدد الأول والثاني، 1999، ص45

² - محمد نور عبد الهادي شحاتة، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1993،

يحتوي على شرط التحكيم.

وسنتعرض لتلك الأمور جميعاً في أربعة مباحث على التوالي، لنلقي الضوء من خلالها على الدور الرقابي لقضاء الدولة على التحكيم قبل الفصل في موضوع النزاع، خاصة ما تعلق بالتجارة الدولية،

المبحث الأول: الأساس القانوني للرقابة القضائية على التحكيم:

إذا كانت الرقابة القضائية على الأحكام التي تصدرها المحاكم الرسمية لا تتحقق إلا عن طريق الطعن في الأحكام أمام درجة أعلى من المحكمة التي أصدرت الحكم⁽¹⁾ وبالتالي فهي رقابة ذات طابع علاجي، تتحقق عن طريق تصحيح الحكم، والتي تهدف إلى الحفاظ على الجوهر السليم للحكم وضمان فاعلية تنفيذه – يقصد بها التحقيق من صحة كافة الإجراءات التي تتخذ في عملية التحكيم، بدءاً من اتفاق الأطراف اللجوء إليه، حتى صدور حكم المحكم وتنفيذه – أي أنها تغطي عملية التحكيم كلها، وبهذه السمة تتميز الرقابة على التحكيم على الرقابة على الأحكام القضائية، فإن كانت هذه الأخيرة ذات طابع موحد – علاجي – لا تتحقق إلا بعد صدور الحكم وطلب تصحيحه، فإن الرقابة القضائية على التحكيم ذات طابع مزدوج فهي من ناحية، رقابة سابقة على صدور حكم التحكيم. وتهدف في هذا الجانب إلى حرص الأطراف على سلامة إجراءات التحكيم لرفض تنفيذ الحكم وحرص المحكم في ذات الوقت على تحري الدقة والتطبيق السليم للقانون، وكذلك حرص المشرع على فاعلية أحكام التحكيم حتى لا يكون التحكيم مجرد مرحلة أولية تسبق اللجوء إلى القضاء.

ومن ناحية أخرى، فهي رقابة لاحقة على صدور حكم التحكيم. وتهدف في هذا الجانب إلى إلغاء الحكم المشوب ورفض تنفيذه عن طريق الطعن فيه بالبطان أمام الهيئات القضائية التابعة للدولة.⁽²⁾

يكمن الأساس القانوني للرقابة على التحكيم في أن المحكمين ليسوا قضاة وإنما

1 _ باستثناء المعارضة في الحكم والتماس إعادة النظر، حيث يتم نظر النزاع أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم وليس أمام محكمة أعلى

2 - صالح جاد عبد الرحمن المنزلاوي , المرجع السابق، ص48

مجرد أشخاص عاديين أنيط بهم الفصل في بعض النزاعات بعيدا عن أحكام القضاة.⁽¹⁾ والمحكم شأنه شأن أي إنسان قد تتعرض أعماله للغلط أو الجهل أو حتى السهو، مما يؤدي إلي عدم عدالة حكمه أو عدم صحته، وبالتالي لا بد من تصحيح حكمه، وهذا يصعب تحقيقه بدون الرقابة على أعماله حيث لا يمكن التسليم بحكم مشوب بالخطأ أو ظاهر عدم عدالته،⁽²⁾ ويؤيد ذلك أن هذه الأحكام شأنها شأن الأحكام التي تصدرها محاكم الدولة، تحوز الحجية هذا ما نصت عليه المادة 55 من قانون التحكيم المصري الحالي رقم 27 لسنة 1994⁽³⁾ فضلا على أنها لا تقبل التنفيذ الجبري إلا إذا خضعت للرقابة ثم التصديق عليها لأنها صادرة ممن لا يملك السلطة، حسب المادة 1035 من القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على: « يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها، ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمله التعجيل » وكذلك المادة 56 من قانون التحكيم المصري التي تنص على: « يختص رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون أو من يندبه من قضاتها بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين ».

أضف إلى ذلك أن القضاء هو صاحب الولاية العامة والأصيل في نظر كافة النزاعات ويتمتع في ذات الوقت بالدوام والاستقرار والحصانة، فهو سلطة عامة من سلطات الدولة لا ينهض بها إلا القاضي الذي يمثل الدولة من خلال الأحكام التي يصدرها. هذا بخلاف التحكيم الذي تقتصر ولايته على النزاع المطروح أمامه.⁽⁴⁾

وتظل تلك الولاية إلى أن ينقضي النزاع انقضاء طبيعيا بالفصل في الموضوع، أو انقضاء مبتسرا لأحد الأسباب التي نص عليها القانون، ونظرا لأن التحكيم طريقا استثنائيا قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية وما تكلفه من ضمانات فهو مقصور على ما تتصرف إرادة المحكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم، فلا يمتد نطاق التحكيم إلى عقد

1 - إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص28. و د. هدى محمد مجدي عبد الرحمان،

دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1997 ص225

2 - محمد نور عبد الهادي شحاتة، المرجع السابق، ص21،

3 - المادة (55): " تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون. "

4 - صالح جاد عبد الرحمن المنزلاوي، المرجع السابق، ص51

لم تتصرف إرادة الأطراف إلى فض النزاع بشأنه عن طريق التحكيم⁽¹⁾، ولا يمكن الاحتجاج بقاعدة قاضي أصل هو قاضي الفرع، وذلك لأن التحكيم قوامه الإرادة. ونظرا لافتقاد المحكم لسلطة الأمر، التي يملكها قضاء الدولة، فهو بحاجة إلى مساندة هذا القضاء لمواجهة ما يعترضه من مشاكل، فهناك أمور عديدة لا غنى لهيئة التحكيم في شأنها عن الاستعانة بالقضاء.

وترتيباً على ما تقدم يمكننا أن نقر أهمية الرقابة على التحكيم، بتلك التي لا تقل في أهميتها عن الرقابة التي يخضع لها الحكم القضائي إن لم تكن أوسع منها،⁽²⁾ وسوف نتأكد تلك الأهمية من خلال استعراض آراء الفقهاء وموقف التشريعات وأحكام القضاء في ثلاث مطالب على التوالي.

المطلب الأول: موقف الفقه من الرقابة القضائية على التحكيم:

اختلف الفقه بين مؤيد ومعارض لفكرة الرقابة القضائية على التحكيم، ولعل مرد ذلك الخلاف هو اختلافهم حول مفهوم الرقابة وطبيعتها، فمنهم من اعتقد بأنها تعوق سير خصومة التحكيم، وتعرقل تنفيذ أحكام المحكمين، أما من رأى طبيعتها أنها تشكل المحرك الرئيسي للدافع لخصومة التحكيم، قال بضرورتها. ويبقى أن نبين حجج كل من الفريقين التي تدعم وجهة نظره وتبين مدى وجاهة حججه.

ولقد أثارت العلاقة بين القضاء والتحكيم جدلاً كبيراً بين الفقه، وأحكام القضاء ونصوص التشريعات، خاصة في الآونة الأخيرة، وكانت مثارا لنقاشات عديدة خاصة فيما يتعلق بأساس هذه الرقابة وطبيعتها القانونية، وهل يغلب عليها طابع المساعدة أم الطابع الرقابي؟ وهل تبدأ بعد صدور الحكم؟ أم أنها تمتد لتشمل عمل المحكم منذ البداية وأثناء سير الإجراءات؟

إلا أن غالبية التشريعات جعلت الدور الرقابي للقضاء شاملاً لكل عملية التحكيم وعلى أن الهدف من تلك الرقابة يتحدد وفقاً للمرحلة التي تمر بها إجراءات التحكيم، وبعد

1 - صالح جاد عبد الرحمن المنزلاوي، ص 51، يشير في الهامش 7 إلى نقض مدني مصري، جلسة 1994/02/27

مجموعة المكتب الفني، الطعن رقم 52 لسنة 60 قضائية، ع2، السنة 45، ص 454

2 - هدى محمد مجدي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 325

صدور الحكم يكون هدفها ضمان فاعلية الحكم ونفاذه مادامت توافرت له عناصر الصحة أو إبطاله إذا كان به ما يشوبه.⁽¹⁾

فإذا كان القضاء والتحكيم نظامان مختلفان، فكلاهما وسيلة معترف بها من قبل الأفراد والمشرع لفض النزاعات بين الخصوم بحكم يحوز الحجية وملزم لأطرافه⁽²⁾ ويسعى كل منهما إلى هدف واحد هو تقديم حكم له عناصر الصحة بما يكفل تنفيذه، ولذا فرضت الرقابة على التحكيم، فليس الهدف منها إفساد نظام التحكيم، بل تأكيد وجوده وضمان فاعليته، واستبعادها ينطوي على مخاطر بحقوق الأطراف، خاصة عندما يكونون ضحية لتلبس المحكم أو إهمال مؤسسات التحكيم.⁽³⁾

وتأكيدا لتلك الأهمية يجب أن يبتعد مفهومها عن التحكم وإنما يكون تابعها تقديم العون والمساعدة التي لا تخلو من نوع سلبيات الرقابة كالمماثلة، التسوية والاستفادة من مزايا التحكيم⁽⁴⁾، وليس الهدف من الرقابة عرقلة عمل المحكم أو الجثم على حرية الخصوم التي كفلها المشرع، كما أنها لا تعني عدم استقلال المحكم أو خضوعه لوصاية القضاء وإنما دعم لخصومة التحكيم.⁽⁵⁾

فالرقابة القضائية على التحكيم سواء كانت سابقة على الحكم أو لاحقة عليه، لها ضوابطها الشكلية والموضوعية التي تنشئ تحقيق الهدف منها وهو دعم خصومة التحكيم. فضوابطها الشكلية تعتمد في المقام الأول على موقف القضاء من التحكيم وتفهمه لطبيعته حتى يكون بمنأى عن التحكيم، أما الضوابط الموضوعية فيحكمها قيدان: الأول: هو عدم تدخل القضاء في تفصيلات النزاع، وإنما يكتفي بمراجعة صحة ما انتهى إليه للمحكم مستهدفا في ذلك أحكام القانون وضوابطه، فليس للقاضي التحقق من عدالة حكم قضائه في الموضوع لأنه لا يعد هيئة إستئنافية في هذا الصدد.

1 - صالح جاد عبد الرحمن المنزلاوي، المرجع السابق، ص 52

2 - عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، الطبعة الثانية، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة مصر، 1998، ص 34 هامش 2

3 - هدى محمد مجدي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 235 .

4 - عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 13 و 14

5 - صالح جاد عبد الرحمن المنزلاوي، المرجع السابق، ص 54، يشير في الهامش 2 إلى نقض مدني مصري، جلسة 1990/07/16 مجموعة المكتب الفني، الطعن رقم 3994 لسنة 57 قضائية، ع2، السنة 41، ص 434

الثاني: فيتمثل في عدم تعرض المحاكم القضائية للأسباب التي تخرج عن رقابتها التلقائية ما لم يثرها الأطراف، وهذا يستلزم أن يكون القائم بهذه الرقابة قاضي تحكيم لا قاضي موضوع من الدرجة الثانية يعيد فحص الوقائع وتقييمها.

الفرع الأول: أسانيد الاتجاه المعارض لفكرة الرقابة القضائية:

دافع فريق من الفقه الغربي - يناصره جانب من الفقه العربي - عن استقلال التحكيم عن القضاء باعتبار أن أهمية التحكيم وازدهاره تتناسب عكسيا مع القضاء،⁽¹⁾ ونادى هذا الاتجاه بغل يد القضاء عن التدخل في خصومة التحكيم. وبرر ذلك بأن الهدف الرئيس من نظام التحكيم يكمن في حل النزاعات بعيدا عن ساحات القضاء، طلبا للسرعة وحسما للنزاعات ووضع حد لها في وقت ملائم. فالتحكيم طريق استثنائي لفض النزاعات، قوامه الخروج على طرق النفاضي العادية،⁽²⁾ وفرض هذه الرقابة يؤدي إلى إطالة أمد النزاعات، وتعقيد الإجراءات، ويصبح اللجوء إلى التحكيم مضيعة للوقت والجهد والمال، ويناهض هذا الرأي إمكانية الطعن على الحكم باعتبارها إحدى صور ممارسة هذه الرقابة.

أضف إلى ذلك أن النزاعات التي تعرض على هيئة التحكيم تحتاج إلى خبرة ودراية بموضوع النزاع، والقاضي الوطني لا تتوفر فيه تلك السمات، بالإضافة إلى عدم إلمامه بالقانون الأجنبي المطبق على النزاع واختلاف المفاهيم لديه، مما يتعذر معه فرض الرقابة.⁽³⁾

هذا بالإضافة إلى أن التحكيم يعد وسيلة هامة لإعاقبة امتيازات الدولة في مواجهة الأفراد العاديين، وفرض هذه الرقابة يساعد الدولة على استخدام تلك الإمكانيات في مواجهة الطرف الآخر الذي يدخل معها في علاقة تحكيم، كأن تدفع في مواجهته بالسيادة أو الحصانة، كما أنها تعني العودة مرة أخرى إلى القضاء، ولا يكون التحكيم سوى مرحلة أو خطوة تمهيدية تسبق عرض النزاع على القضاء مما يفسد نظام التحكيم كلية.

إلى جانب ما تقدم، فإن ما يميز التحكيم هو سرية الجلسات حفاظا على أسرار الخصوم وحرصا على العلاقات فيما بينهم خلافا للقضاء حيث يعد مبدأ علانية الجلسات

1 - إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص3

2 - صالح جاد عبد الرحمن المنزلاوي، المرجع السابق، ص52، يشير في الهامش 3 إلى نقض مدني مصري، جلسة 1994/02/27، مجموعة المكتب الفني، الطعن رقم 52 لسنة 60 قضائية، ع2، السنة 45، ص445

3 - هدى محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص324

من أهم مبادئ التقاضي، وفرض الرقابة يؤدي إلى إعمال هذا المبدأ الأخير، مما ينتج عنه بالضرورة إهدار تلك السرية وإفساد العلاقة بين أطراف التحكيم، إلى جانب أن القضاء يقضي في النزاع وفقا لقواعد العدالة التي تقوم على أساس المساواة بين الخصوم، بينما يفصل المحكم في النزاع وفقا لاعتبارات المواعمة والعدالة الخاصة التي يراعي فيه التوفيق بين الأطراف⁽¹⁾.

أخيرا هناك اعتقاد سائد بأن القضاء في الدول النامية لا يتمتع بالاستقلال التام في مواجهة السلطة السياسية⁽²⁾ وفرض الرقابة على التحكيم، يعد ولا شك عاملا أساسيا للتحكم من قبل المشرع والقضاء، مما ينجم عنه تعديل التشريعات والتمسك بالحصانة القضائية كلما كانت الدولة طرفا في اتفاقية التحكيم. فضلا عن أن القاضي عند فصله في النزاع يتقيد بتشريعات الدولة، خلافا للمحكم الذي يرجح، اعتبارات العدالة والمواعمة.

ولكل ما تقدم، فلا مجال لفرض الرقابة القضائية على التحكيم، فالتحكيم عماده إرادة الأطراف، والرقابة خروج على تلك الإرادة فضلا عن قوام التحكيم الخروج على طرق التقاضي العادية⁽³⁾.

الفرع الثاني: أسانيد الاتجاه نحو تأكيد فكرة الرقابة القضائية:

يقرر بعض الفقهاء أنه من الأهمية بمكان الإبقاء على الرقابة القضائية على التحكيم⁽⁴⁾ وذلك لحسن سير وصحة الإجراءات من ناحية، وضمانا لفاعلية تنفيذ الأحكام وتلاشي السير في إجراءات مصيرها البطلان من ناحية أخرى، فضلا عن حسن إدارة العدالة وتجنبنا لمخاطر التحكيم من ناحية ثالثة.

لذا فالرقابة ضمانة هامة وضرورة لصحة الحكم، ولا يجوز أن تقتصر على مرحلة تنفيذه فحسب، بل تمتد لتشمل مرحلة ما قبل الحكم أيضا، فالتحكيم لا صحة له بدون الرقابة، فالرقابة نفع محض لا ضرر كما يدعى.

والتحكيم بدون رقابة يؤدي إلى حرمان الخصوم من قدر كبير من الضمانات القضائية التي أحاط بها المشرع العمل القضائي، وبالتالي لا بد من الرقابة لتوفير

1 - عاشور مبروك، المرجع السابق، ص 13

2 - عصام الدين القصي، خصوصية التحكيم في مجال نزاعات الاستثمار، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1993، ص4

3 - إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص4

4 - هدى محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص325

الضمانات التي يفرضها مبدأ سيادة القانون، وحتى لا يكون الوصول إلى العدالة الحق أمر صعب المنال.⁽¹⁾

فضلا عن ذلك، فانتهاء سلطة الأمر لدى المحكم يحتم الرقابة القضائية على التحكيم لمعاونة هذا الأخير أثناء سير الإجراءات والإشراف على تنفيذ الأحكام وإلا بات التحكيم مجرد أمر نظري لا طائل من ورائه سواء إضاعة الوقت والجهد والمال.

أخيراً فما يشجع على فرض هذه الرقابة، تردد الدول النامية في الأخذ بنظام التحكيم حيث أن هذه الدول قد رزحت طويلاً تحت نير الاستعمار، تجد في التحكيم عودة أخرى للسيطرة الاستعمارية في ثوب جديد، وخاصة أنه يسود لديهم اعتقاد بأن التحكيم لا يخدم سوى مصالح الدول المتقدمة ويضمن سيطرة اقتصادية مطلقة.⁽²⁾

المطلب الثاني: موقف التشريع من الرقابة القضائية على التحكيم:

تختلف الدول فيما بينها في مدى ما تفسحه من دور للقضاء في إضفاء رقابته على التحكيم وهذا الاختلاف مبعثه في الحقيقة اختلافهم حول استقلال التحكيم أو خضوعه للرقابة القضائية. ومسايرة للاتجاه المناهض لفكرة الرقابة، اتجهت تشريعات بعض الدول لتخصيص جزء منها لتنظيم أوجه معاونة القضاء للتحكيم.

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من الرقابة القضائية على التحكيم:

في ظل نصوص القانون الجزائري رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، حرص المشرع الجزائري على الدور الكبير الذي منحه للقاضي سواء فيما يخص الرقابة السابقة لصدور الحكم أو بعد صدوره، حيث منحه الدور المساعد في تعيين المحكمين في حالة صعوبة تعيينهم من قبل أطراف النزاع وكذلك فيما يخص عزلهم واستبدالهم حسب (م 1041 فقرة 2) إذا كان التحكيم يجري في الجزائر: « وفي غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين وعزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يأتي:

1- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر »، كما بين المشرع إجراءات تدخل القاضي من أجل تكوين محكمة التحكيم إذا كان التحكيم يجري بالخارج وأختار الأطراف تطبيق قانون الإجراءات الجزائري حسب

1 - عاشور مبروك، المرجع السابق، ص34، هامش 02

2 - عصام الدين القصبى، المرجع السابق، ص 13 و 15

نفس المادة (م1041فقرة 2) « رفع الأمر أمام رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر. » وحسب (المادة 1046) « يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف. ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك. إذا لم يقم الطرف المعني بالأمر بتنفيذ هذا التدبير. جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص. ويطبق في هذا الشأن قانون القاضي. يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الطرف الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير. ».

الفرع الثاني: موقف المشرع الفرنسي من الرقابة القضائية على التحكيم:

سار المشرع الفرنسي على نهج التشريعات الحديثة التي منحت القضاء دوراً شاملاً في نطاق التحكيم، لا يقتصر على مرحلة إصدار الأمر بالتنفيذ، وإنما أصبح موجوداً منذ الاتفاق على التحكيم، وعند مواجهة الصعوبات التي تعترض تشكيل هيئة التحكيم، وأثناء سير الإجراءات إلى مرحلة ما بعد صدور الحكم، وهذا يتضح بجلاء من نصوص قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الحالي.⁽¹⁾

الفرع الثالث: موقف المشرع المصري من الرقابة القضائية على التحكيم:

الأمر نفسه كذلك بالنسبة للقانون المصري، فوفق قانون التحكيم الجديد رقم 27 لسنة 1994 حرص المشرع على مسايرة النظم القانونية في التحكيم، فلم يقتصر دور القضاء على الرقابة اللاحقة على أحكام المحكمين، وإنما منحه دوراً مزدوجاً، يشمل الرقابة السابقة، واللاحقة معاً، فمنحه دور المساعدة في تيسير إجراءات التحكيم عندما أنيط به مهمة المساعدة في:

1. تعيين المحكمين ابتداءً، أو تشكيل هيئة التحكيم أثناء سير الإجراءات

حيث تنص المادة (17) على:

« 1 لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم فإذا لم يتفقا اتبع ما يأتي:

(أ) إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكوم واحد تولت المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون اختياره بناءً على طلب أحد الطرفين.

(ب) فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاث محكمين اختار كل طرف محكماً ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تعيين آخرهما تولت المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون اختياره بناءً على طلب أحد الطرفين ويكون للمحكم الذي أختاره المحكمان المعينان أو الذي اختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم وتسري هذه الأحكام في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر هيئة من ثلاثة محكمين.

2- وإذا خالف أحد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها أو لم يتفقا أو لم يتفق المحكمان المعينان على أمر مما يلزم اتفاقهما عليه أو إذا تخلف الغير عن أداء ما عهد به إليه في هذا الشأن وتولت المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون بناءً على طلب أحد الطرفين القيام بالإجراء أو بالعمل المطلوب ما لم ينص في الاتفاق على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو العمل المطلوب.

3- وتراعي المحكمة في المحكم الذي تختاره الشروط التي يتطلبها هذا القانون وتلك التي اتفق عليها الطرفين وتصدر قرارها باختيار المحكم على وجه السرعة ومع عدم الإخلال بأحكام المادتين (18 و19) من هذا القانون لا يقبل هذا القرار الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن. «⁽¹⁾

2. عزل المحكم وإنهاء إجراءات التحكيم

حيث نصت المادة (20) من نفس القانون على: « إذا تعذر على المحكم أداء مهمته أو لم يباشرها أو انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير لا مبرر له في إجراءات التحكيم ولم يتفق الطرفان على عزله جاز للمحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون الأمر بإنهاء مهمته بناءً على طلب أي من الطرفين. » وكذلك المادة (21) من نفس القانون: « إذا انتهت مهمة المحكم بالحكم برده أو عزله أو تنحيه أو بأي سبب آخر وجب تعيين بديل له طبقاً للإجراءات التي تتبع في اختيار المحكم الذي انتهت مهمته. » والفصل في الطعن على الحكم الصادر برفض طلب رد المحكم ويكون حكمه غير قابل للطعن فيه بأي طريق كما نصت عليه المادة 19 فقرة 3: « لطالب الرد أن يطعن في الحكم برفض طلبه خلاله ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانه به أمام المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون ويكون حكمها غير قابل للطعن بأي طريق. » كما منح القضاء دوراً إيجابياً في الرقابة بمناسبة طلب تنفيذ الحكم، فله أن يرفض التنفيذ من تلقاء

¹ - المادة 17 من قانون التحكيم المصري الحالي رقم 27 لسنة 1994

نفسه إذا كان الحكم صادرا في مسألة لا يجوز التحكيم فيها، أو تضمن ما يخالف النظام العام في مصر (م2.1/59 ، م2/58ب).

المطلب الثالث: موقف القضاء من الرقابة القضائية على التحكيم:

تتوقف فاعلية التحكيم في المقام الأول على موقف القضاء منه ومساندته وتدعيمه لعملية التحكيم، والتدخل لتصحيح مسار الإجراءات وضمن التزام المحكمين للحدود القانونية، فالعلاقة بين المحاكم والتحكيم أساسها المشاركة، وهو ما يفترض قدرا من الانسجام والتعاون.⁽¹⁾

وباستقراء أحكام النقض المصرية الصادرة في هذا المجال، نجد أن القضاء المصري يميل إلى تدعيم الرقابة على التحكيم، وإن لم تذكر محكمة النقض ذلك صراحة، وإنما يتضح ذلك من خلال الأحكام التي تنص على تعيين المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع في حالة عدم تعيينهم أو تخلفهم عن أداء مهامهم أو عزلهم،⁽²⁾ وإن كان الغالب أن تلك الرقابة لا تتحقق إلا عن طريق دعوى البطلان أو المعارضة في تنفيذ أحكام المحكمين.

وخلاصة القول أن الرقابة القضائية على التحكيم رقابة ذات طابع وقائي وعلاجي في آن واحد. وهي ليست محلا للطلب القضائي، وإنما تثار أثناء سير الإجراءات عند طلب الخصوم أو هيئة التحكيم المساعدة القضائية، أو بعد صدور الحكم عند اعتراض أحد الخصوم على تنفيذ الحكم والطعن فيه بالبطلان.

المبحث الثاني: دور القضاء في الرقابة على صحة اتفاقية التحكيم:

استنادا إلى أن المحكم يستمد سلطته من اتفاقية التحكيم، وأن القانون يعترف بسُلطان الإرادة في مجال اتفاقية التحكيم، لكنه يحده بحدود تكفل تحقيق التوازن بين الإرادة وما تحققه من مصلحة خاصة، والعدالة وما تحققه من مصلحة عامة⁽³⁾. وفي هذا الاتجاه أيضا، وفي سبيل تحقيق نوع من الرقابة القضائية السابقة عن طريق قضاء الدولة منذ إنشاء

1 - هدى محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص328

2 - صالح جاد عبد الرحمن المنزلاوي، المرجع السابق، ص56، يشير في الهامش 2 إلى نقض مدني مصري، جلسة 1987/11/19، مجموعة المكتب الفني، الطعن رقم 1 لسنة 36 قضائية، ع2، السنة 38، ص1969

3 - أمال أحمد الفزائيري، المرجع السابق، ص61

الاتفاقية على التحكيم لتوقي النزاعات المتعلقة بالبطلان والتي تؤدي عادة إلى إفشال التحكيم، سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب.

المطلب الأول نبين فيه ماهية اتفاقية التحكيم والمطلب الثاني نحدد فيه شروط صحة اتفاقية التحكيم والجهة المختصة بالفصل فيها أما المطلب الثالث فنخصصه لطبيعة الدفع بوجود اتفاقية التحكيم.

المطلب الأول: ماهية اتفاقية التحكيم:

التحكيم طريق استثنائي لفض النزاعات قوامه الخروج على طريق التقاضي العادية، فهو مقصور على ما تتصرف إرادة المحكمتين إلى عرضه على هيئة التحكيم، يستوي في ذلك أن يكون الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة خاصة، أو انصراف إلى جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين، فلا يمتد نطاق التحكيم إلى عقد لم تتصرف إرادة الطرفين إلى فض النزاع بشأنه عن طريق التحكيم، وبالتالي وجب العريف باتفاقية التحكيم في فرع أول ثم التطرق إلى صورها في فرع ثان.

الفرع الأول: تعريف اتفاقية التحكيم:

لقد عرفت المادة 07 الفقرة 02 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي أعدته لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة في 21 يونيو 1985 اتفاقية التحكيم بأنه: « اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو التي قد تنشأ بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية. ويجوز أن تكون اتفاقية التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل»⁽¹⁾، لذا فالإتفاق على التحكيم هو الذي يعقد الاختصاص بنظر النزاع إلى المحكم وبدون هذا الاتفاق، لا محل لوجود التحكيم، لذا فإن أول ما ينبغي على المحكم، أن يمارس اختصاصه بشأن هذا التحكيم⁽²⁾، وهذا المفهوم يستفاد من نصوص اتفاقية نيويورك لسنة 1958⁽³⁾، حيث نصت المادة الثانية الفقرة الثالثة منها « على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول

1- المادة 1/7 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي أعدته لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم

المتحدة في 21 يونيو 1985

2 - صالح جاد عبد الرحمن المنزلاوي، المرجع السابق، ص 59

3 - اتفاقية نيويورك المؤرخة في 10/06/1958 التي انضمت إليها الجزائر في 1988

موضوع كان محلا لاتفاق الأطراف بشأنه على التحكيم أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل و لا اثر له أو غير قابل للتطبيق».

وشرط التحكيم لا يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بإعماله من تلقاء نفسها وإنما يتعين التمسك به أمامها ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمنيا ويسقط الحق فيه لو أثير متأخرا بعد الكلام في الموضوع، إذ يعتبر السكوت في إبدائه قبل نظر الموضوع نزولا ضمنيا عن التمسك به⁽¹⁾.

وعلى النقيض من ذلك ما جاء به المشرع الجزائري في المرسوم التشريعي الملغى رقم 93-09 المؤرخ في 1993/04/25. في المادة 458 مكرر 8 التي نصت على: «تكون دعوى التحكيم معلقة عندما يرفع أحد الأطراف دعوى أمام المحكم أو المحكمين المعنيين في اتفاقية التحكيم، أو عندما يباشر أحد الأطراف إجراء في تأسيس محكمة التحكيم في حالة غياب مثل هذا التعيين». وما يستنتج من هذه المادة أن القاضي يكون غير مختص متى كانت دعوى التحكيم معلقة، ويكون مختصا ما لم يرفع أحد الأطراف دعوى أمام المحاكم أو يباشر إجراء في تأسيس محكمة التحكيم، إن هذا الحل يتناقض مع المادة 2 فقرة 03 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958. على هذا الأساس هناك تعارض واضح بين المادة 458 مكرر 8 من المرسوم التشريعي الملغى 93-09 لسنة 1994، والمادة 2 فقرة 3 من اتفاقية نيويورك، ولا يكمن الحل إلا في المادة 123 لدستور 1989 الجزائري التي تنص على أن « المعاهدة التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون»⁽²⁾.

في هذه الحالة إذا ما ثار نزاع بين شركة أجنبية ومؤسسة عمومية اقتصادية جزائرية، وسارعت المؤسسة الجزائرية إلى رفع دعوى أمام المحاكم الجزائرية فيمكن للشركة الأجنبية أن تدفع بالمادة 2 فقرة 3 من اتفاقية نيويورك والمادة 123 من الدستور الجزائري⁽³⁾.

1 - صالح جاد عبد الرحمن المنزلاوي، المرجع السابق، ص 60، يشير في الهامش 5 إلى نقض مدني مصري، جلسة

1981/03/26 مجموعة المكتب الفني، طعن رقم 698 لسنة 47 قضائية، ص 953

2 - أنظر، المرسوم الرئاسي، الموافق 1989/02/28، المتضمن إصدار الدستور الجزائري، الجريدة الرسمية، عدد 09 أول مارس 1989

3 - عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديون المطبوعات الجامعية، ط3، السنة 2005، ص 47

إن الحل السليم يكمن في أن يؤخذ بعين الاعتبار وجود اتفاقية التحكيم والذي يؤدي إلى عدم اختصاص المحاكم الوطنية في كل الحالات التي يثير بشأنها أحد الأطراف هذه الاتفاقية في غياب هذا الحل، فالآثار سوف تكون وخيمة حيث يمكن للطرف الذي له سوء نية، الإسراع في رفع دعوى أمام المحاكم كلما كان مهتدا بإجراء تحكيمي.⁽¹⁾

هذا ما استدركه المشرع الجزائري في التعديل الجديد لقانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08 - 09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 1045: التي نصت على أن: « يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع ، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف. ».

أما بالنسبة للمشرع المصري الذي سائر اتفاقية نيويورك لسنة 1958 حيث نصت المادة 13 من قانون التحكيم الجديد رقم 27 لسنة 1994 على أنه « يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى. ».

وعلى ضوء القانون المصري الجديد للتحكيم، فالاتفاق على التحكيم يترتب عليه أثر إيجابي يتمثل في عقد الاختصاص لهيئة التحكيم وإلزامها بنظر النزاع، والتزام الخصوم باتخاذ كافة الإجراءات التي تساعد على سير خصومة التحكيم، وآخر سلبي ويتبلور في منع القضاء من نظر النزاع عند الدفع بوجود اتفاقية تحكيم إذا ما تمسك أحد أطراف الخصومة بوجودها و تبين لها صحتها.⁽²⁾

ومما لا شك فيه أن الاعتراف باتفاقية التحكيم وما يتضمنه من ضوابط شكلية وموضوعية يترتب عليه الاعتراف بحكم التحكيم الصادر عن هذه الاتفاقية وقابليتها للنفذ بأي عيب في اتفاقية التحكيم، سواء من حيث الصحة أو البطلان يؤثر حتما على الفصل في النزاع وعلى قابليته للنفذ.⁽³⁾

أما بالنسبة للقضاء الفرنسي جاء على عكس القضاء المصري حيث انقسم على نفسه

1- Issad Mohamed, Le décret législatif algérien du 23 avril 1993 relatif à l'arbitrage international, Revue de l'arbitrage, 1993 n° 3, p.392

2 - حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2001، ص 110

3 - صالح جاد عبد الرحمن المنزلاوي، المرجع السابق، ص 59

في هذا الخصوص، إذ ذهب في بعض أحكامه⁽¹⁾ إلى اعتبار الدفع بوجود اتفاقية على التحكيم من قبيل الدفع بعدم الاختصاص المتعلق بالنظام العام، بينما ذهب في بعض الأحكام الأخرى⁽²⁾ إلى اعتباره دفعا بعدم الاختصاص غير المتعلق بالنظام العام وترددت محكمة النقض أيضا فبعد أن قررت في 1951/01/23 بأن الدفع بالتحكيم دفع بعدم الاختصاص متعلق بالنظام العام. عادت في 1957/06/20 وقررت بوضوح أن الدفع بالتحكيم دفع بعدم الاختصاص غير متعلق بالنظام العام.⁽³⁾

أما بالنسبة للفقهاء فقد ذهب جانب منه إلى الاستناد على الاختصاص النوعي لإضفاء طابع النظام العام على هذا الدفع بالقول بأن القانون الصادر في 1925/12/31 الذي اعترف بشرط التحكيم وأثر بمشروعيته وأدرجه في نص المادة 631 من القانون التجاري المنظم للاختصاص النوعي للمحاكم التجارية وهذه المحاكم باعتبارها مختصة نوعيا طبقا لهذه المادة فإن عدم اختصاصها لا يمكن إلا أن يكون من نفس الطبيعة.⁽⁴⁾ ويتساءل جانب آخر من الفقهاء كيف يمكن إسناد طابع النظام العام لقاعدة ناتجة عن اتفاقية؟ حيث أن سلطات المحكمين تستمد من اتفاقية التحكيم.

فالقول بأن الاختصاص المعني هو اختصاص نوعي ومن ثم يتعلق بالنظام العام هو مفهوم تعسفي للاختصاص النوعي، لأنه ليست كل القواعد المتعلقة بالاختصاص النوعي من النظام العام.⁽⁵⁾

إلا أن هذا الانقسام الذي حدث فيه الفقهاء والقضاء الفرنسيين لم يعد له ما يبرره بعد أن حسم المشرع الفرنسي هذه المشكلة وأزال الغموض المتعلق بفكرة الاختصاص

1 - أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، "دراسة في قضاء التحكيم" رسالة دكتوراه مقدمة في كلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة 1996، يشير في الهامش 1 حكم محكمة النقض الفرنسية التي اعتبر أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفع بعدم الاختصاص متعلق بالنظام العام: , 151 , j.c.p. ;23/11/1951 Cass.com ; iv , p 45

2 - أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 303 يشير في الهامش 1 حكم محكمة النقض الفرنسية التي اعتبر أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفع بعدم الاختصاص غير متعلق بالنظام العام:

Paris, 13/12/1950, G.P, 1951 p 269

Lyon, 20/12/1954, D, 1955, p 142

3 - أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 303 يشير في الهامش 1 حكم محكمة النقض الفرنسية:

Lyon, 11/02/1952 , D , 1952 , 222

4 - محمد نور شحاتة، المرجع السابق ص 103

5 - Joseph - Monestiés , « le moyen d'ordre public » thèse, Toulouse, 1965, tom3, p 952

التحكيمي وطبيعته، حيث أكدت المادة 1458⁽¹⁾ من قانون الإجراءات الجديد على الطبيعة القانونية للدفع بوجود التحكيم وبالتالي منع قضاء الدولة من نظر النزاعات المعروضة على التحكيم، وإن هذا الدفع يتعلق بالمصلحة الخاصة، ومن ثم لا يجب على المحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها.

على ضوء ما تقدم يتضح أن الدفع بوجود اتفاقية التحكيم هو من الدفع غير المتعلقة بالنظام العام في كل من القانون الجزائري، والقانون المصري وكذا القانون الفرنسي.⁽²⁾

الفرع الثاني: صور اتفاقية التحكيم:

تأخذ اتفاقية التحكيم إحدى الصورتين:

أولاً: شرط التحكيم:

عرف المشرع الجزائري شرط التحكيم في المادة 1007 من القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية: « شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم.»، ويحدث عندما يتضمن العقد بندا ينص علي وجوب تسوية النزاعات التي تنشأ بمناسبة هذا العقد عن طريق التحكيم، كما يجب أن يكون شرط التحكيم قاطعا في دلالة ألفاظه إلي اتجاه نية الأطراف لتسوية النزاعات الناشئة أو التي تنشأ بمناسبة العقد عن طريق التحكيم ، لان مجرد النص على جواز اللجوء للتحكيم لتسوية نزاع ما قد ينشأ بمناسبة عقد معين لا يلزم الأطراف باللجوء للتحكيم، لأن التحكيم وكما هو معروف طريق استثنائي لفض النزاعات فعند حدوث أي خلاف قد يتعلق بمناسبة تفسير شرط التحكيم حال كونه غير واضحاً في دلالاته علي إحالة النزاع للتحكيم، ينعقد الاختصاص بنظر النزاعات للقضاء الوطني لأنه المنوط أصلاً بنظرها، أما التحكيم فهو استثناء على هذا الأصل.

ثانياً: اتفاق التحكيم:

قد لا تتضمن بنود العقد الاتفاق على اللجوء للتحكيم فيتم إبرام اتفاقية مستقلة في وقت لاحق علي تاريخ العقد تنص علي الرجوع للتحكيم لتسوية نزاع معين نشأ أو قد ينشأ

1 - أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، ط5، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1998، ص 22

2 - أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 307

بمناسبة تنفيذ هذا العقد، وتسمى هذه الحالة باتفاق التحكيم، كما بينته المادة 1011 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية: «اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم.» و يتميز اتفاق التحكيم بكثرة تفاصيله كونه يتم في اغلب الحالات بعد حدوث النزاع فيتضمن تعيين النزاع علي وجه الدقة كما يتضمن أيضا طريقة تعيين المحكمين ومكان التحكيم ولغته والقانون الواجب التطبيق، وغيرها من التفاصيل والمسائل الخاصة بعمل المحكمين.

وشرط التحكيم أو اتفاق التحكيم يعد من الأعمدة الجوهرية لعملية التحكيم، فلا تبدأ عملية التحكيم إلا بعد التحقق من وجود شرط مكتوب يتفق فيه الأطراف على اللجوء صراحة للتحكيم حال قيام نزاع يتعلق بتنفيذ العقد.

المطلب الثاني: شروط صحة اتفاقية التحكيم والجهة المختصة بالفصل فيها:

نظرا لطبيعة التحكيم الخاصة والتي تترتب علي وجود شرط التحكيم ابتداء أو وجود اتفاق التحكيم وأهمها حجز الاختصاص لهيئة التحكيم بنظر النزاع وسحب الولاية من القضاء أو الجهة المختصة أصلا بنظر النزاع ، أيضا تحرر الأطراف المحكمتين من القيود التي تفرضها نظمهم القانونية في مسائل الإثبات وغيرها، كما يمكنهم من اختيار القانون الذي يروونه الأفضل لحل النزاع، وما يترتب علي ذلك كله من آثار تتعلق بسير الخصومة وانتهاء بقطعية الحكم الصادر عن هيئة التحكيم.⁽¹⁾

الفرع الأول: شروط صحة اتفاقية التحكيم:

اشترط المشرع الجزائري لصحة اتفاق التحكيم عدة شروط تضمنتها نصوص القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية نوجزها فيما يلي :

أولا: كتابة شرط التحكيم:

اشترط المشرع الجزائري أن تكون اتفاقية التحكيم مكتوبة وإلا عدت باطلة، وذلك بالنظر إلي دقة التفاصيل التي تتضمنها اتفاقية التحكيم أو اتفاق التحكيم، وأهميتها في سير

¹ - الياس عجابي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة المنتدى القانوني، جامعة بسكرة، العدد السابع، لسنة 2010 ، ص 193

المهمة التحكيمية، كتعيين المحكمين وتعيين القانون الواجب التطبيق وميعاد التحكيم وكيفية اختيار هيئة التحكيم ومقر التحكيم وغير ذلك من التفاصيل التي قد يتعذر أو يصعب إثباتها بغير طريق الكتابة، لذلك نجد أن المشرع الجزائري قد أصاب في اشتراط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم.

ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة.

فضلا عن ذلك فإن الكتابة ليست وسيلة لإثبات التحكيم كما قد يري البعض ولكنها وسيلة لانعقاد التحكيم ابتداء، وذلك إعمالاً لنص المادة 1040 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية « تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية. يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة.»، وهو ما نصت عليه كذلك المادة 12 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 التي تقضي بأن اتفاق التحكيم يجب أن يكون مكتوباً وإلا كان باطلاً فالكتابة قد تطلبها المشرع هنا لانعقاد وليس لمجرد الإثبات فقط.

ثانياً أهلية أطراف اتفاق التحكيم:

اشترط المشرع الجزائري في الشخص الذي يبرم اتفاق التحكيم سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً أن يكون ممن يملك التصرف في حقوقه حسب نص المادة 1006 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والتجارية « يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي يملك مطلق التصرف فيها. » وذلك لأن عدم توافر أهلية التصرف لدى أطراف اتفاق التحكيم، تجعل حكم التحكيم محلاً لرفع دعوى البطلان لأنه بني على اتفاق باطل.⁽¹⁾

ثالثاً: أن تكون المسألة محل النزاع قابلة للتسوية بطريق التحكيم

كما قرر المشرع الجزائري عدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم، حسب نص المادة 1006 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25

¹ - عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، ط 2، سنة 2008، ص 114

فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية « لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم. »

أما قانون التحكيم المصري شأنه شأن القانون النموذجي للتحكيم " اليونسترال " ، قد وسع من نطاق النزاعات التي من الممكن أن تصبح موضوعا للتسوية عن طريق التحكيم، فقد نص القانون على انه لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، أجاز المشرع بهذا النص التحكيم في كل المسائل والنزاعات التي يجوز فيها الصلح وأرسى قاعدة عامة مفادها انه (يجوز التحكيم حيث يجوز الصلح)، سواء كانت هذا النزاع عقدي أو غير عقدي، تجاري أو مدني عام أو خاص، إلا انه قد غل يد هيئات التحكيم عن الأمور التي تتعلق بالنظام العام والمسؤولية الجنائية كقاعدة عامة،

رابعا: تحديد موضوع النزاع:

لا يمكن تحقيق مدى قابلية الموضوع للتسوية عن طريق التحكيم من عدمه سوى بتعيين موضوع النزاع تعيينا دقيقا يسمح بالنظر في هذه المسألة، كما يضمن تحديد النزاع عدم خروج المحكمين عن اختصاصهم، كذلك لتتم مراقبة صدور حكم التحكيم في مسألة من المسائل القابلة للتسوية بطريق التحكيم وفي حدود ولاية المحكمين. هذا ما نصت عليه المادة 1012 من القانون رقم 08- 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية «... يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم. ».

كما ورد النص في القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 على ما يلي « يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة(30) من هذا القانون كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً. »¹

خامسا: استقلالية شرط التحكيم

جاءت المادة 1040 الفقرة الأخيرة منها من القانون رقم 08- 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية: «...لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة

¹ - المادة 07 من القانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994

اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي. « لتؤكد علي ما جرى عليه العرف التجاري الدولي من استقلال شرط التحكيم عن باقي بنود العقد، الأمر الذي يصبح معه شرط التحكيم ساريا حتى ولو تم إبطال باقي بنود العقد أو فسخها لأي سبب، فيظل شرط التحكيم ساريا ما لم يطل الشرط ذاته أيا من أسباب البطلان - كأن يرد الاتفاق علي مسألة لا يجوز تسويتها بطريق التحكيم - عندها يكون شرط التحكيم باطلا حتى لو صحت كافة بنود العقد الأخرى¹، وهو ما عبرت عليه المادة 23 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 بقولها : « يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الآخر ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته. »

الفرع الثاني: الجهة المختصة بالفصل في اتفاقية التحكيم:

بناء على ما تقدم في المطلب الأول فالاعتراف بحكم التحكيم وقابليته للنفذ يتوقف في المقام الأول على صحة اتفاقية التحكيم وعلى وجودها، فإذا ثار نزاع حول هذه الاتفاقية من حيث الصحة أو البطلان، كان التساؤل عن الجهة المنوط بها الفصل في هذا الاختصاص، وهذه المشكلة لا تثور إلا عند رفع نزاع أمام القضاء يوجد بشأنه اتفاقية على التحكيم أو إذا دفع بوجود هذا الاتفاق بصدد خصومة مرفوعة أمام هذا الأخير سواء كان ذلك أثناء السير في خصومة التحكيم، أو البدء في إجراءاتها بغرض عرقلة سيرها. ولا شك أن هذا الوضع يثير العديد من المشكلات، فمن ناحية لا يملك القضاء عند نظره للخلاف حول صحة أو بطلان اتفاقية التحكيم أن يأمر بوقف إجراءات التحكيم القائمة وقت رفع الدعوى أو التي تم تحريكها في تاريخ لاحق على اللجوء للقضاء، ومن ناحية أخرى يقع عليه واجب الفصل في النزاع الذي طرحه عليه أحد أطراف الخصومة، وإزاء هذا الوضع الذي يتسم بعدم إمكان إعطاء الأولوية لأي من الجهتين، فلا مفر من أن تستمر كل جهة في طريقها لتقرر ما تراه، مما يؤدي إلى إمكانية الوصول إلى حلول متناقضة ويتعذر توقي ذلك.

وفي محاولة من جانب بعض الفقهاء لحل تلك المشكلة، ذهب البعض إلى القول بأن رفع دعوى أمام القضاء تتعلق بوجود اتفاقية على التحكيم وصحتها لا تحول دون هيئة

¹ - سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة ومدى خضوعه للقانون المصري، المرجع السابق، ص 68

التحكيم والسير في إجراءات التحكيم وحتى طول الفترة التي يعرض فيها النزاع أمام القضاء، كما يجب على القضاء أن يتيح الفرصة أمام هيئة التحكيم لتقول كلمتها في هذا الصدد أولاً، كشرط واجب تحققه قبل أن يتصدى لذلك الأمر، فإذا حكمت بالاختصاص أمكن الطعن على ذلك الحكم أمام القضاء، أما إذا قضت بعدم اختصاصها فلا توجد إذا نزاع يمكن طرحه على القضاء.⁽¹⁾

لكن تلك المحاولة بالرغم من وجاهتها لم تسلم من النقد، لما لها من أثر سلبي على نطاق الرقابة القضائية في هذه المرحلة، وذلك لأن القضاء يميل إلى تقرير صحة اتفاقية التحكيم دون التيقن من ذلك، متجنباً التصدي لتلك المسألة، فيكفي التمسك أمامه بوجود اتفاقية على التحكيم حتى يقضي بعدم اختصاصه، أو عدم قبول الدعوى إعمالاً للمادة 1044 من القانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص « يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف. ».

أما وفق القانون الجزائري الملغى فيما يخص التحكيم التجاري الدولي وحسب المادة 458 مكرر 8 فإنه: « تكون دعوى التحكيم معلقة عندما يرفع أحد الأطراف دعوى أمام المحكم أو المحكمين المعنيين في اتفاقية التحكيم، أو عندما يباشر أحد الأطراف إجراء في تأسيس محكمة التحكيم في حالة غياب مثل هذا التعيين. يكون القاضي غير مختص للفصل في الموضوع متى كانت دعوى التحكيم معلقة. » ومعناها يعتبر القاضي نفسه غير مختص للفصل في النزاع:

أ- إذا رفع أحد الأطراف دعوى أمام المحكم أو المحكمين

ب- إذا باشر أحد الأطراف إجراء في تأسيس محكمة التحكيم أما في غياب ذلك فيمكن للقاضي أن يعتبر نفسه مختصاً⁽²⁾، فإذا ثار نزاع ووقع أحد الأطراف دعوى أمام المحاكم الجزائرية فيمكن للمدعي عليه أن يدفع بالمادة 02 فقرة 03 من اتفاقية نيويورك والمادة 123 من الدستور الجزائري لسمو المعاهدات على القانون.

1 - سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقااهرة ومدى خضوعه للقانون المصري، المرجع السابق، ص 71

2 - عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 45

أما بالنسبة للقانون المصري فوفقاً للمادة 13 الفقرة 01 فإنه: « يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى.» مع العلم أن إضفاء الرقابة القضائية على التحكيم في تلك المرحلة يحد من حالات بطلان أحكامه، ويجنب الأطراف مشقة العودة إلى القضاء من جديد وما ينطوي على ذلك من ضياع الوقت وإسراف في النفقات.

وبناء على ذلك يجب على القضاء عند ما يعرض عليه نزاع للفصل في صحة اتفاقية التحكيم سواء عن طريق دعوى مبتدأه بالبطلان، أم في صورة دفع خصومة قائمة بالفعل أن يفصل في صحة الاتفاقية ويستمر في نظر النزاع إذا ما تراءى له بطلان اتفاقية التحكيم، أو عدم قابليتها للنفاذ، تجنباً للسير في إجراءات مصيرها الحتمي إلى البطلان، ورفض الاستمرار في نظره إذا تبين له صحة الاتفاقية⁽¹⁾.

ورأى جانب آخر من الفقه،⁽²⁾ أنه لكي نقف على بيان الجهة المختصة بالفصل في صحة الاتفاقية على التحكيم أو وجوده يجب أن نفرق بين أمرين:

الأول: حالة ما إذا عرض النزاع على هيئة التحكيم، وفي هذه الحالة يجب عليها التصدي لتقرير مدى وجود أو صحة اتفاقية التحكيم أولاً، بوصفها مسألة أولية يجب البت فيها قبل الفصل في الموضوع.

الثاني: وهو في حالة إذا ما عرض النزاع على القضاء ابتداءً، وطلب منه التخلي عن النزاع لهيئة التحكيم، لوجود اتفاقية على التحكيم، هنا يجب عليه أيضاً التعرض لوجود صحة الاتفاقية لبيان بطلانها من عدمه، وذلك استناداً إلى الشق الأخير من الفقرة الثانية من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك لسنة 1958، والتي تعد جزءاً لا يتجزأ من القانون المصري والجزائري لكون الدولتين صادقتا عليها، حيث أوجبت على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق الأطراف بشأنه على التحكيم أن يحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم ما لم يتبين للمحكمة أن هذه الاتفاقية باطلة ولا أثر لها أو غير قابلة للتطبيق.⁽³⁾

1 - محمد نور شحاتة، المرجع السابق، ص 61

2 - هدى محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 347

3 - صالح جاد عبد الرحمن المنزلاوي، المرجع السابق، ص 61

المطلب الثالث: طبيعة الدفع بوجود اتفاقية التحكيم:

اختلف منحنى الفقهاء وأحكام القضاء ونصوص التشريعات حول طبيعة اتفاقية التحكيم، وهل هو دفع بعدم الاختصاص أم دفع بعدم القبول؟

فلقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي يناصره جانب من الفقه المصري إلى القول بأن الدفع بوجود اتفاقية على التحكيم يؤدي إلى عدم اختصاص قضاء الدولة، وأخذ بذلك قضاء النقض الفرنسي وأيدته في ذلك بعض أحكام النقض المصري.⁽¹⁾

ويستند أنصار هذا الرأي، إلى أن اتفاقية التحكيم تعني أنه لا يوجد سوى قضاء واحد هو قضاء التحكيم، وبالتالي ينعقد له الاختصاص وحده دون غيره. وإمعانا من المشرع الفرنسي في حسم الخلاف حول أثر اتفاقية التحكيم، نص في المادة 1/1458 على أن وجود اتفاقية تحكيم مهما كانت صورتها يترتب عليها عدم اختصاص محاكم الدولة بنظر النزاع الذي يوجد بشأنه هذه الاتفاقية، والدفع بتلك الاتفاقية ليس متعلقا بالنظام العام.⁽²⁾

بينما يرى بعض الفقهاء أن الدفع دفع إجرائي يتعلق بالنظام العام، لأنه يتعلق بالاختصاص الوظيفي أو الولاية للمحكم، ومن ثم يجوز إيدأؤه في أي وقت ولو بعد الكلام في الموضوع، ويستطيع المحكم إثارته من تلقاء نفسه تجنباً وتأكيدياً لطابع السرعة الذي يتسم به التحكيم.

بينما ذهب الجانب الآخر من الفقه إلى القول بأنه لا يصح الحديث عن وجود اختصاص للمحكم، لأن توزيع الاختصاص يكون بين محاكم الدولة. فضلا عن أن قواعد الاختصاص تتعلق بالنظام العام، والدفع بالتحكيم ليس متعلقا بالنظام العام.⁽³⁾

ولا شك أن اعتبار الدفع بعدم الاختصاص لوجود اتفاقية على التحكيم دفعا بعدم الاختصاص غير متعلق بالنظام العام يقوم على تشابه مثير للجدل بين الاختصاص التحكيمي، والاختصاص النوعي وهذا أمر مستبعد وغير صحيح، فضلا عن أن ولاية المحكمين مقتصرة على النزاع المطروح عليهم. وهذا مؤداه أن تحديد المحكمة المختصة

1 - صالح جاد عبد الرحمن المنزلاوي، المرجع السابق، ص 62 يشير سيادته في الهامش 5 إلى نقض مدني مصري،

جلسة 1994/02/276 مجموعة المكتب الفني، طعن رقم 52 لسنة 60 قضائية، ع 1 السنة 45، ص 446

2 - صالح جاد عبد الرحمن المنزلاوي، المرجع السابق، ص 62

3 - عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 148 و 156

تتولاه الاتفاقية على التحكيم دون أن تثار فكرة الاختصاص النوعي أو المحلي التي يعرفها القضاء الوطني، وبالتالي فإذا ما طرح نزاع أمام القضاء يوجد بشأنه اتفاقية على التحكيم، فإن الدفع بوجود هذه الاتفاقية هو دفع بعدم القبول، وليس بعدم الاختصاص.⁽¹⁾

الفرع الأول : ضابط التفرقة بين الدفع بعدم الاختصاص والدفع بعدم القبول:

يلاحظ في الحالتين الطلب بعدم الفصل في الدعوى، ولكن في الحالة الأولى ينكر ولاية اختصاص القضاء، خلافا للدفع بعدم القبول يقر له بالاختصاص، وإنما ينكر عليه سماع الدعوى، بمعنى أن الخصم يدفع بالاختصاص إذا تم رفع دعوى مخالفة لقواعد الاختصاص المقررة في التشريع، أما في الثانية فيقر باختصاص المحكمة بنظر الدعوى، ولكن ينكر على الخصم حق الالتجاء إلى القضاء.

فالدفع بعدم الاختصاص مجاله، إذا كانت هناك مخالفة لقواعد الاختصاص الشكلية، كما لو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة أو جهة قضائية أخرى، بينما الدفع بعدم القبول تكون للمحكمة المختصة بنظر الدعوى وفقا لقواعد الاختصاص الشكلية، وإنما تنتفي هذه السلطة لتخلف شرط من شروط قبول الدعوى.⁽²⁾

الفرع الثاني: الرأي الراجح في التفرقة بين الدفع بعدم الاختصاص والدفع بعدم القبول:

أمام هذا الاختلاف، يرى الدكتور صالح جاد عبد الرحمان المنزلاوي في المرجع المشار إليه، أنه في حالة طرح نزاع أمام القضاء يوجد بشأنه اتفاقية تحكيم، فالدفع بوجود هذه الاتفاقية دفع بعدم القبول وليس الاختصاص، ومؤيد صحة ما يقول أن هذا الدفع لا ينزع الاختصاص من المحاكم القضائية، وإنما يمنعها فقط نظر الدعوى لتخلف شرط قبولها، ولا شك أن من شروط قبول الدعوى ألا توجد اتفاقية على التحكيم بشأنها. بالإضافة إلى ذلك، فالدفع بعدم القبول ليس دفعا موضوعيا، وإنما من قبيل الدفع الشكلية التي يلزم إثارتها قبل الكلام في الموضوع. وبهذا الرأي أخذ المشرع الجزائري في المادة 1045 من القانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية: «يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم، على أن تثار من أحد

1 - صالح جاد عبد الرحمن المنزلاوي، المرجع السابق، ص 63

2 - أحمد أبو الوفاء، التحكيم اختياري والتحكيم الإجباري، المرجع السابق، ص 122 و124

الأطراف. « وهو نفسه ما جاء به المشرع المصري في المادة 13 فقرة 01 من قانون التحكيم الحالي: « يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى ».

المبحث الثالث: دور القضاء في الرقابة على هيئة التحكيم:

إن الخصائص التي يمتاز بها التحكيم جعلته الخيار الأمثل للخصوم في حل النزاعات الناشئة بينهم. ولكن ضمان فاعلية التحكيم تستوجب عدم ترك اتفاق الأطراف على ولوج هذا الطريق عرضة للانهياب عند أول فرصة تعصف به، بفعل هوى في نفس أحد المتقاضين أو حيلة بعدم تلبية التحكيم لمصالحه أو لعراض شاب تشكيل هيئة التحكيم، فالاستباق على اتفاقية التحكيم فاعلا، بقدر المستطاع، يقتضي سد كل ثغرة قد يتذرع بها أحد المحكمتين للتخلص من التزامه المسبق بالتحكيم.⁽¹⁾

ويستطيع القضاء القيام بممارسة مهامه الرقابية على هيئة التحكيم عندما ينشد الأطراف مساعدته في تعيين المحكم أو استبداله أو رده أو إنهاء مهمته إذا توافرت الشروط التي تجيز ذلك عن طريق التحكيم، وبالتالي فهي رقابة محتملة، طالما لم ينشد الأطراف تلك المساعدة، بالإضافة إلى أنها يغلب عليها طابع المساعدة.

وسنتعرف على الدور الرقابي للقضاء على هيئة التحكيم من خلال النزاعات التي تثور عند تشكيلها وبصفة خاصة، تعيين المحكم، ورده، وإنهاء مهمته، في ثلاث مطالب يخص المطلب الأول تعيين المحكم، والمطلب الثاني رد المحكم، أما المطلب الثالث فيخص إنهاء مهمة المحكم.

المطلب الأول: دور القضاء في تعيين المحكم:

المحكم هو الشخص الذي يعهد إليه بمقتضى الاتفاقية على التحكيم، أو في اتفاقية مستقلة، بفض النزاع بين طرفين أو أكثر، ويكون له نظر النزاع والاشتراك في المداولة بصوت محدود، وفي إصدار الحكم والتوقيع عليه.⁽²⁾

والأصل أن لطرفي التحكيم، الاتفاق على اختيار المحكمين، وعلى كيفية ووقت اختيارهم. فإذا لم تتم هذه الاتفاقية أصلا، أو شابها بعض العيوب، أو امتنع أحد الأطراف

1 - حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة 2006، دار الكتب القانونية مصر، ص 193

2 - صالح جاد عبد الرحمن المنزلاوي، المرجع السابق، ص 64

عن المشاركة في تعيين المحكم أو تعذر تشكيل هيئة التحكيم بسبب عراقيل تضعها المحاكم أو القوانين في دولة مقر التحكيم المختارة.....الخ. هنا لا مفر من الرجوع إلى حظيرة الجهات القضائية الوطنية تحاشياً لإنكار العدالة⁽¹⁾، هذا ما لم تنص الاتفاقية على إجراءات التعيين أو على وسيلة أخرى لضمان التعيين، وقبل أن نتعرف على دور قضاء الدولة في تعيين المحكمين في قوانين الدول المقارنة، نستعرض أولاً الشروط الواجب توافرها في المحكم في فرع أول ثم في فرع ثان طرق تعيين المحكم أو المحكمين.

الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها في المحكم:

التحكيم قضاء خاص، يختار فيه الخصوم قضاتهم، ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاقية التحكيم بالفصل في نزاع أو نزاعات قائمة - أو يحتمل قيامها - بينهم. ولا يشترط في المحكمين أن تتوافر فيهم جميع الشروط اللازم توافرها في القضاة، سواء في ذلك الذين يختارهم الأطراف، والذين تعينهم جهة أخرى نيابة عنهم، مثل مراكز التحكيم ومؤسساته المختلفة، أو المحاكم التي تعهد القوانين إليها - في حالات معينة - بهذا التعيين.

ومع ذلك فإن هناك شروطاً لا بد من توافرها في المحكمين حتى تصح الأحكام الصادرة عنهم وتستوفي شروطها، كونها أحكاماً قضائية بالمعنى المحدد لذلك في نظم التحكيم المختلفة. وبعض هذه الشروط يتصل بشخص المحكم أو وظيفته (مثل الأهلية وعدم تولي منصب أو وظيفة يمتنع على شاغلها أن يكون محكماً.... الخ) وبعضها يتصل بسلوك المحكم قبل تعيينه أو بعده (أي في أثناء مباشرة إجراءات التحكيم).

أولاً: يجب أن يكون المحكم متمتعاً بالأهلية القانونية:

يقصد بالأهلية القانونية في هذا الصدد، أن لا يكون المحكم قاصراً، أو محجوراً عليه أو مفلساً وأن يكون متمتعاً بحقوقه المدنية، فلا يكون محروماً منها بسبب عقوبة جنائية أو إفلاس ولم يرد له اعتباره.⁽²⁾

بالنسبة للمشرع الجزائري يشترط في المحكم أن يكون متمتعاً بحقوقه المدنية حسب ما نصت عليه المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: « لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي إلا إذا كان متمتعاً بحقوقه المدنية. » .

1 - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 122

2 - حسني المصري، المرجع السابق، ص 180

أما قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لا توجد نصوص صريحة تتطلبها في المحكم ومع ذلك فإنه بالرغم من عدم وجود قيود على حرية الطرفين في اختيار المحكمين فإنه لا يجوز لهما اختيار محكمين ناقصي الأهلية كالقصر، أو المحجوز عليه.⁽¹⁾

أما بالنسبة لشرط الأهلية القانونية في التشريع المصري فان المادة 01/16 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 نصت على أنه « لا يجوز أن يكون المحكم قاصرا أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره »، على أن المشرع الفرنسي يشترط أن يكون المحكم متمتعا بكامل حقوقه المدنية حيث نصت المادة 1/1451 مرافعات فرنسي جديد على أنه: « لا يجوز تخويل مهمة التحكيم.....إلا لشخص يتمتع بكافة حقوقه المدنية. »⁽²⁾

وقد بنا بعض الفقه الفرنسي على ذلك، أنه لا يجوز تخويل مهمة التحكيم إلى الأشخاص الممنوعين من مباشرة مهمة تجارية أو صناعية، لأن هذا المنع يعني حرمانهم من بعض حقوقهم المدنية.⁽³⁾

ثانيا: أن يكون محايدا ومستقلا:

إذا نظرنا إلى أسباب عدم الصلاحية للمحكم، أو إلى أسباب الرد التي تبرر لأحد الخصوم طلب رد المحكم، نجدها ترجع في مجملها إلى خشية هذا الخصم جديا من ميل المحكم بعاطفته وشعوره إلى جانب الخصم الأخر، بعيدا عن وجه الحق فيما قد يبدي في الدعوى من دفاع ودفوع يفقد المحكم شرط الحياد الذي يعد عمادا من أعمدة العدالة. من هذه الأسباب مثلا أن يكون المحكم زوجا لأحد الخصوم، أو قريبا له، أو أن يكون أحد الخصوم عاملا لدى المحكم، أو كان بينهما مودة أو حتى عداوة يرجع معها عدم استطاعته الحكم بغير هوى أو ميل.

ويضيف بعض الفقه إلى هذا الشرط شرطا آخر، هو أن يكون المحكم مستقلا، أي أن لا يكون المحكم تابعا للخصم الذي اختاره أو الذي يمثله.⁽⁴⁾

1 - حسني المصري، المرجع السابق، ص 188

2 - عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 178

3 - حسني المصري، المرجع السابق، ص 181

4 - أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 158

ولعل ذلك ما يفسر ما اتجه إليه المشرع المصري في المادة 01/18 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 من أنه « لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكا جدية حول حيده أو استقلاله. ».

نجد أن معظم أنظمة واتفاقيات التحكيم التجاري الدولي التي عالجت موضوع اختيار المحكمين قد اقتضت هذا الشرط، ومنها اليونسترال فوفقا للمادة 11 الفقرة 05 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على ضرورة مراعاة الاعتبارات التي من شأنها ضمان تعيين محكم مستقل ومحايد.⁽¹⁾

ثالثا: أن يكون المحكم شخصا طبيعيا:

فالشخص الطبيعي، هو الذي يرى ويحس وهو الذي يفكر ويقرر على ضوء ما يحيط به من ظواهر وحقائق، وما من شخص معنوي إلا وله شخص طبيعي يعبر عن إرادته، ويكون لسان حاله. من أجل ذلك نصت المادة 1451 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد على أنه « لا يجوز إسناد مهمة التحكيم إلا لشخص طبيعي ». ⁽²⁾

نجد هذا الشرط، مستفادا ضمنا من مجمل نصوص أنظمة واتفاقيات تحكيم التجاري الدولي، ومنها قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي التي يظهر في نصوص المواد 9 و13 التي تتكلم عن واجب المحكم في الإفصاح عن الظروف التي قد تشكك في حياده، واستقلاله، أنها تخاطب المحكمين كأشخاص طبيعيين.⁽³⁾

رابعا: يجب أن يكون عدد المحكمين وترا:

لا تتور صعوبة في إصدار الحكم التحكيمي، إذا كان المحكم فردا واحدا، أما عند التعدد فيصدر الحكم التحكيمي بعد مداولة بين المحكمين، وهي مداولة قد لا تنتهي بإجماع

1 - تنص المادة 5/11 على أن: " أي قرار مسألة موكلة بموجب الفقرة 3 و4 من هذه المادة إلى المحكمة أو السلطة الأخرى المسماة في المادة 6 يكون قرارا نهائيا غير قابل للطعن. ويتعين على المحكمة أو السلطة الأخرى، لدى قيامها بتعيين محكم، أن تولي الاعتبار الواجب إلى المؤهلات المطلوب توفرها في المحكم وفقا لاتفاق الطرفين والى الاعتبارات التي من شأنها ضمان تعيين محكم مستقل ومحايد، وفي حالة تعيين محكم فرد أو محكم ثالث، يتعين عليها أن تأخذ في الاعتبار كذلك استصواب تعيين محكم من جنسية غير جنسية الطرفين. "

2- Article 1451 « La mission d'arbitre ne peut être confiée qu'à une personne physique ; celle-ci doit avoir le plein exercice de ses droits civils.

Si la convention d'arbitrage désigne une personne morale, celle-ci ne dispose que du pouvoir d'organiser l'arbitrage. »

آرائهم، ومن ثم تثور صعوبة كبيرة إذا انقسم رأي المحكمين ولم يكن إصدار الحكم بالأغلبية، وهو ما يحدث عندما يكون عدد المحكمين زوجيا فينقسم المحكمين إلى جانبين متساويين عددا، إذ يقوم هذا التساوي عقبة كأداء يعرقل صدور الحكم فيعطل الفصل في النزاع وتفشل مهمة التحكيم.⁽¹⁾

من أجل ذلك نصت المادة 1017 من القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أن: «تشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي» كذلك نصت المادة 1453 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد على أن: «تشكل هيئة التحكيم من محكم واحد أو من محكمين عديدين على أن يكون عددهم فرديا».⁽²⁾

كما تبنى المشرع المصري هذه القاعدة فوفقا للمادة 15 من قانون التحكيم المصري رقم 27 سنة 1994 «تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر..... و إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا وإلا كان التحكيم باطلا.»

وهذا الأصل هو الذي نلاحظه في التنظيم الدولي كما هو الشأن في قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي حيث نصت المادة 05 على أنه «إذا لم يتفق الطرفان مسبقا على عدد المحكمين (واحد أو ثلاثة)..... وجب تشكيلها من ثلاثة محكمين»
الفرع الثاني: طرق تعيين المحكمين:

يجري تعيين المحكمين لتشكيل هيئة التحكيم بثلاث طرق، إذ قد يقوم أطراف التحكيم بتعيينهم، وقد تقوم المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع أو إحدى منظمات التحكيم الدائمة أو الغير بتعيين المحكمين أو أحدهم حسب الأحوال:

أولا: تعيين المحكمين عن طريق أطراف التحكيم أنفسهم:

لا ريب في أن قيام أطراف التحكيم بتعيين محكميهم بأنفسهم هو الذي يستقيم مع فكرة الطابع الرضائي المستمد من إرادة أطرافه، لذا يعتبر تعيين أطراف التحكيم

1 - حسني المصري، المرجع السابق، ص186

2- Article 1453 « Le tribunal arbitral est constitué d'un seul arbitre ou de plusieurs en nombre impair »

لمحكمتهم بأنفسهم هو الأصل في تشكيل هيئة التحكيم، وهو ما راعته مختلف القوانين الوطنية، حيث أفسحت مجالا كبيرا لإرادة الأطراف في هذا المجال.

وقد يتفق الطرفان على تعيين المحكمين في اتفاقية التحكيم، وقد يحرصان على تعيينهم بأسمائهم، وقد يكتفيان بأن يبينوا فيها طرق اختيارهم.⁽¹⁾

بالنسبة للتشريع الجزائري فان المادة 1041 من القانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية « يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم » إلا أن المشرع الجزائري لم يرتب بطلان التحكيم إذا لم يتفق الطرفان على تعيين المحكمين إنما خول المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع القيام بهذا التعيين بناء على طلب أحد الطرفين بعد وقوع النزاع حسب نص المادة 1041 السابقة « في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يأتي:

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

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

وفي القانون الفرنسي كانت المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية القديم تتطلب تعيين أسماء المحكمين في اتفاقية التحكيم وإلا كان التحكيم باطلا، وقد قرر القضاء الفرنسي⁽²⁾ أن البطلان الناشئ عن عدم تسمية المحكمين في اتفاقية التحكيم هو بطلان نسبي لا يتعلق بالنظام العام حيث يمكن تغطية هذا البطلان بتسمية المحكمين في اتفاقية لاحقة. وقد قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمين متعاقبين: الأول: صدر في 1930/02/19 والثاني: صدر في 1931/01/27⁽³⁾ قاعدة هامة هي: أنه متى كان العقد مرتبطا بالتجارة الدولية، وتضمن شرط تحكيم فإن الشرط لا يكون باطلا رغم عدم توافر

1 - حسني المصري، المرجع السابق، ص 193

2 - أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 445، يشير في الهامش 1 حكم قضاء فرنسي:

Civ 28/01/1846, dp 1846,

3 - Joseph Monstier , le moyen, d'ordre public, op,cit, p93

الشروط التي تتطلبها المادة 1006 وأساس ذلك أن القاعدة التي أوردتها هذه المادة لا تعد من النظام العام.

في حين أنها كانت تعتبر في مجال العلاقات الوطنية البحتة من القواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، ومن ثم يكون شرط التحكيم باطلا بطلانا مطلقا في مجال العلاقات الوطنية البحتة في حين أنه يعد صحيحا في المعاملات الدولية. يتضح من العرض السابق أن القضاء الفرنسي في ظل نص المادة 1006 من القانون القديم قد اعتبر البطلان الناشئ عن مخالفة أحكام هذه المادة هو بطلان نسبي لا يتعلق بالنظام. وقد استقرت محكمة النقض الفرنسية على اعتبار أن البطلان الناشئ عن مخالفة هذا النص لا يتعلق بالنظام العام.⁽¹⁾

وقد اعتمد قانون التحكيم الفرنسي الجديد الشرط الذي وضعه القانون القديم والذي يقتضي أن يتضمن تعيين أسماء المحكمين في اتفاقية حكيم ولكنه كان أكثر تسامحا بالنسبة للتحكيم، وأضاف إلى النص الذي كان التعبير التالي: (أو تحديد كيفية تعيينهم) وبالتالي فإن القانون الفرنسي يوجب اشتراط اتفاقية التحكيم بالضرورة على بيان أسماء المحكمين أو طرق اختيارهم.⁽²⁾

وجاء قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 معتدا بإرادة الطرفين في تعيين المحكمين، فقد نصت المادة 15 الفقرة 01 عل أن « تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة. » ونصت المادة 01/17 من نفس القانون على أن « لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم. »

وهكذا يأتي اتفاق طرفي التحكيم على تعيين المحكمين في المقام الأول، أي أن المشرعين لا يجعلون من تعذر هذا الاتفاق عقبة تحول دون إخضاعها للتحكيم الذي اتفقوا عليه بموجب اتفاقية التحكيم، وذلك مراعاة لغايات التحكيم وتيسيرا للسير في إجراءاته حتى لا يجد أحد الطرفين في عرقلة تعيين المحكم الذي يمثله فرصة للتخلص من الخضوع للتحكيم.⁽³⁾

1 - أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 447

2 - Matthieu de Boissésou, Michel de Juglart, le droit français de l'arbitrage, avise Joly, Paris, 1983., p180

3 - حسني المصري، المرجع السابق، ص 194

ثانياً: تعيين المحكمين عن طريق المحكمة المختصة:

حسب المادة 1041 من القانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي تنص على أنه: « في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يأتي

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

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

من خلال الفقرة 1 من المادة يتحدد الاختصاص في تعيين المحكم أو المحكمين

إذا كان التحكيم التجاري في الجزائر إلى:

المحكمة المحددة في اتفاقية التحكيم والتي اختارها الخصمان

في حالة التحكيم التجاري في الخارج واختار أطراف النزاع تطبيق قانون الإجراءات الجزائري فقد حسم المشرع الجزائري المحكمة المختصة في التدخل من أجل تكوين محكم التحكيم، وهي محكمة الجزائر، فقد حذا المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي الذي حدد اختصاص محكمة باريس في كل الحالات⁽¹⁾

ووفق القانون المصري فإن قانون التحكيم السابق في مادته 502 فقرة 03 كان يستلزم تعيين أسماء المحكمين في اتفاقية التحكيم، أو في اتفاقية مستقلة، ويترتب على تخلفه البطلان لأنه اعتبر تسمية المحكمين في اتفاقية التحكيم من النظام العام ولا يجوز مخالفته وبالتالي فإن القانون المصري لم يكن يعرف تعيين المحكمين بواسطة المحكمة. ويترتب الجزاء ذاته أيضاً لو انسحب أحد المحكمين المتفق عليهم من العمل، أو كان المحكم غير مفوض بالصلاح.⁽²⁾

1- Article 1493 « Directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, la convention d'arbitrage peut désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation. Si pour les arbitrages se déroulant en France ou pour ceux à l'égard desquels les parties ont prévu l'application de la loi de procédure française, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté, la partie la plus diligente peut, sauf clause contraire, saisir le président du tribunal de grande instance de Paris selon les modalités de l'article 1457. »

2 - حسني المصري، المرجع السابق، ص 193

إلا أن الفقهاء اختلفوا في نوع البطلان في هذه المادة فقد ذهب جانب من الفقه⁽¹⁾ إلى القول بأن نص المادة 502 / 03 من قانون الإجراءات والذي يستلزم تعيين أسماء المحكمين في اتفاقية التحكيم أو في اتفاقية مستقلة يتعلق بالنظام العام في مصر، ولا يزول البطلان بحضور الخصوم أمام المحكمين. وذهب جانب آخر من الفقه⁽²⁾ إلى القول بأن تعيين أسماء المحكمين في اتفاقية التحكيم بوصفه شرط من شروط صحتها في القانون المصري، وهو شرط يترتب على تخلفه بطلان الاتفاقية بطلانا نسبيا، وهو بطلان قابل للتصحيح.

وأيا كان الخلاف الفقهي حول مدى تعلق نص المادة 3/502 من قانون الإجراءات المدنية المصري بالنظام العام، فلم يعد ما يبرره بعد أن حسم المشرع المصري هذه المشكلة في قانون التحكيم الجديد، حيث بين الإجراءات المتبعة في اختيار المحكمين، في حالة عدم اتفاق الأطراف على اختيارهم، وقد نصت المادة 17 من هذا القانون على ما يلي:

« 1 لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم فإذا لم يتفقا اتبع ما يأتي:

(أ) إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكوم واحد تولت المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون اختياره بناءً على طلب أحد الطرفين.

(ب) فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاث محكمين اختار كل طرف محكماً ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث فإذا لم يعين أحد محكمه خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تعيين آخرهما تولت المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون اختياره بناءً على طلب أحد الطرفين ويكون للمحكم الذي أختاره المحكمان المعينان أو الذي اختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم وتسري هذه الأحكام في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر هيئة من ثلاثة محكمين.

2- وإذا خالف أحد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها أو لم يتفقا أو لم يتفق المحكمان المعينان على أمر مما يلزم اتفاقهما عليه أو إذا تخلف الغير عن أداء ما عهد به إليه في هذا الشأن وتولت المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون بناءً على طلب أحد الطرفين

1 - محمود هاشم، قواعد التنفيذ الجبري وإجراءاته في قانون المرافعات، ص 52

2 - هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1995، ص 11

القيام بالإجراء أو بالعمل المطلوب ما لم ينص في الاتفاق على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو العمل.

3- وتراعي المحكمة في المحكم الذي تختاره الشروط التي يتطلبها هذا القانون وتلك التي اتفق عليها الطرفين وتصدر قرارها باختيار المحكم على وجه السرعة ومع عدم الإخلال بأحكام المادتين (18 و19) من هذا القانون لا يقبل هذا القرار الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن. « ولقد أخذ بنفس الحل القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة سنة 1985، فإنه قد توقع عدم حصول هذا الاتفاق وواجه هذا الفرض بمجموعة حلول تضمنتها الفقرتان 3 و4 من المادة 11 من هذا القانون⁽¹⁾.

فوقاً للفقرة 3 « إذا لم يتفق الطرفان على الإجراء الواجب إتباعه في تعيين المحكم الواحد أو المحكمين الثلاثة يتبع الإجراء التالي:

(أ) في حالة التحكيم بثلاثة محكمين يعين كل من الطرفين محكما ويقوم المحكمان المعينان على هذا النحو بتعيين المحكم الثالث، وإذا لم يقم احد الطرفين بتعيين المحكم خلال ثلاثين يوماً من تسلمه طلباً بذلك من الطرف الأخرى، أو إذا لم يتفق المحكمان على المحكم الثالث خلال ثلاثين يوماً من تعيينهما وجب أن تقوم بتعيينه، بناء على طلب احد الطرفين، المحكمة أو السلطة الأخرى المسماة في المادة 6 من هذا القانون.

(ب) فإذا كان التحكيم بمحكم فرد، ولم يستطع الطرفان الاتفاق على المحكم وجب أن تقوم بتعيينه، بناء على طلب احد الطرفين، المحكمة أو السلطة الأخرى المسماة في المادة 6 من هذا القانون. «
ووفقاً للفقرة 4 « إذا وجدت إجراءات تعيين اتفق عليها الطرفين وجب إتباع ما يلي بحسب الأحوال إذا لم يتصرف احد الطرفين وفقاً لما تقتضيه الإجراءات التي اتفقا عليها.
أو إذا لم يتمكن الطرفان أو المحكمان من التوصل إلى اتفاق قد يكون مطلوباً منهما وفقاً لتلك الإجراءات.

(ج) أو إذا لم يقم طرف ثالث (من الغير) بأداء أي مهمة موكولة له في هذه الإجراءات فيجوز لأي من الطرفين أن يطلب من المحكمة أو السلطة الأخرى المسماة في المادة 6 أن تتخذ الإجراء اللازم ما لم ينص اتفاقهما بشأن إجراءات التعيين على وسيلة أخرى لضمان التعيين. «

ويعني ذلك أن المحكمة أو السلطة الأخرى المشار إليهما فيما تقدم لا تتدخل في تعيين المحكم أو المحكمين إلا بناء على طلب احد الطرفين من جهة، كما لا تتدخل - من باب أولاً - إلا عند عدم اتفاقهما على تعيين المحكم أو المحكمين أو عدم اتفاقهما على

تحديد شخص من الغير يقوم بهذا التعيين أو عدم تحديدهما لطريقة التعيين أو عدم احترامهما للإجراءات التي اتفقا عليها بشأن التعيين من جهة أخرى.⁽¹⁾

ثالثا: تعيين المحكمين عن طريق نظام تحكيمي:

تنص المادة 1041 فقرة 01 من القانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على: « يمكن للأطراف..... بالرجوع إلى نظام تحكيمي تعيين المحكم أو المحكمين.» الرجوع إلى نظام تحكيمي مفاده تدخل هيئة دائمة للتحكيم من أجل تعيين المحكمين، وبذلك تكون طرق تعيين المحكمين المحددة في النظام التحكيمي، مقبولة من الأطراف يمكن للأطراف أن تختار أية هيئة تحكيمية دائمة، ما يلاحظ هو أن الجزائر لجأت في أغلب الأحكام إلى نظام تحكيم الغرفة التجارية الدولية.

كما أقر المشرع الفرنسي هذه الطريقة بموجب المادة 1455 إجراءات فرنسي جديد وهي تعالج الغرض الذي يلجأ إليه الطرفان إلى شخص طبيعي أو معنوي لتنظيم عملية التحكيم وإسناده إلى محكم أو أكثر يحضون بموافقة الطرفين. ووفقا لهذه المادة إذا لم يقبل الطرفان المحكم أو المحكمين المختارين من قبل ذلك الشخص الذي غالبا ما يكون غرفة تجارية أو تحكيمية دائمة فإنه يدعو كل طرف لاختيار المحكم الذي يمثله فإذا تخلف أي طرف عن هذا الاختيار تولى ذلك الشخص المكلف بتنظيم التحكيم ويكون له دائما سلطة استكمال العدد الذي يلزم من المحكمين لتشكيل هيئة التحكيم. (فقرة 1 و2).⁽²⁾

1 - حسني المصري، المرجع السابق، ص 196

2 - Article 1455 : « Lorsqu'une personne physique ou morale est chargée d'organiser l'arbitrage, la mission d'arbitrage est confiée à un ou plusieurs arbitres acceptés par toutes les parties.

A défaut d'acceptation, la personne chargée d'organiser l'arbitrage invite chaque partie à désigner un arbitre et procède, le cas échéant, à la désignation de l'arbitre nécessaire pour --- compléter le tribunal arbitral. Faute pour les parties de désigner un arbitre, celui-ci est désigné par la personne chargée d'organiser l'arbitrage.

Le tribunal arbitral peut aussi être directement constitué selon les modalités prévues à l'alinéa précédent. »

La personne chargée d'organiser l'arbitrage peut prévoir que le tribunal arbitral ne rendra qu'un projet de sentence et que si ce projet est contesté par l'une des parties, l'affaire sera soumise à un deuxième tribunal arbitral. Dans ce cas, les membres du deuxième tribunal sont désignés par la personne chargée d'organiser l'arbitrage, chacune des parties ayant la faculté d'obtenir le remplacement d'un des arbitres ainsi désignés. »

المطلب الثاني: عوارض مهمة المحكمين:

ترجع هذه العوارض إلى أسباب إرادية أو إلى أسباب غير إرادية فأما الأسباب الإرادية volontaires فقد ترجع إلى إرادة الخصوم كرد المحكم أو عزله، أو ترجع إلى إرادة المحكم نفسه كالتحدي والاعتزال. أما الأسباب الغير إرادية non volontaire فتتمثل في وفاة المحكم أو فقده لأهليته القانونية. وسواء كانت عوارض مهمة المحكمين إرادية أو غير إرادية فإنها قد تؤثر في تشكيل محكمة وقد تحتاج إلى تعيين محكمين بدلاء للمحكمين الذين ألم بهم سبب من الأسباب الإرادية أو غير الإرادية.

الفرع الأول: عوارض مهمة المحكمين الإرادية:

الأسباب الإرادية volontaires فقد ترجع إلى إرادة الخصوم كرد المحكم أو عزله أو ترجع إلى إرادة المحكم نفسه كالتحدي والاعتزال.
أولاً: رد المحكم:

1. المقصود برد المحكم وأسبابه:

المقصود بالرد: هو طلب إبعاد المحكم عن نظر النزاع والفصل فيه خوفاً من تحيزه وعدم استقلاله، وعرفه بعض الفقهاء⁽¹⁾ على أنه: « دفع ببطان تشكيل هيئة التحكيم إذا كانت شكوك تثار حول نزاهة المحكمين واستقلالهم »، كما يعرف فقه آخر⁽²⁾ بأنه: « تعبير الخصم عن إرادته في حياده، أو استقلاله في خصومة معينة ».

وقد تثار السؤال عما إذا كان يجوز رد المحكم في الخصومة التحكيمية مثلما يجوز رد القاضي في الخصومة القضائية؟ وأجاب البعض على هذا السؤال بالإيجاب، تأسيساً على أن المحكم ليس وكيلاً عن الطرف الذي عينه بل هو قاضي حقيقي، ومن ثم وجب أن يتوافر فيه - طوال مدة التحكيم - شرط الحياد والاستقلال تماماً كالقاضي في الخصومة القضائية.⁽³⁾

يشترط في المحكمين شرطان جوهرياً هما: الاستقلال والحياد، فالاستقلال يعني ألا توجد للمحكم مصلحة ارتباط أو تبعية بأحد الطرفين، بل يستقل لا عن الخصم الآخر فحسب، وإنما عن الطرف الذي عينه أيضاً، ويعني الحياد أن يكون عادلاً بين الطرفين،

1 - منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، بدون ناشر، ص 137

2 - سيد محمود، قانون المرافعات الكويتي، بدون ناشر، ص 132

3 - حسني المصري، المرجع السابق، ص 215

متجردا من كل العوامل الشخصية، ويلتزم فقط باعتبارات العدالة⁽¹⁾، لذا يجب على المحكم الابتعاد عن كل ما يمس استقلاله أو حياده، معلنا للأطراف عن الصلات والروابط التي قد تقدر في استقلاله أو تثير الشكوك حول نزاهته، وليس فقط وقت أو أثناء تعيينه وإنما أيضا طوال سير الإجراءات وحتى صدور الحكم.

فالمشرع وإن كان قد منح المحكّمين الرد كسلاح فعال في مواجهة المحكّمين إلا أن استخدامه قاصرا على الأسباب التي تحدث أو تظهر بعد إبرام عقد وثيقة التحكيم وقبل إصدار الحكم فيها عدا حالة الصلاحية التي تتكشف بعد صدور حكم المحكّمين، فحينئذ يسمح إثارتها في دعوى بطلان هذا الحكم⁽²⁾، ولذلك يجب أن يكون سبب الرد لاحقا على تعيين المحكم لأنه إذا كان قائما وقت الاتفاق أو قبله عد ذلك تنازلا ضمنا عن طلب الرد ما دام كان يعلم بذلك السبب طالب الرد⁽³⁾. كما يجب أن يكون طلب الرد سابقا على صدور الحكم لأنه بعد إصدار الحكم تكون هناك دعوى البطلان، ولا مجال لدعوى الرد.

وللحد من طلبات الرد وعدم اتخاذها وسيلة للتسويف، ولإطالة أمد النزاع، وتعطيل إجراءاته يقترح بعض الفقهاء⁽⁴⁾ «تكليف طالب الرد بإيداع مبلغ معين كإمانة مع طلب الرد، بحيث إذا رفض الطلب خسر المبلغ، وإذا قبل، رد إليه، فهذا ولا شك يساعد على التروي قبل الطعن في المحكم واتهامه بالانحياز وعدم الاستقلال».

وفي سبيل حصر النزاعات المتعلقة برد المحكم في أضيق نطاق ألقى المشرع الفرنسي على المحكم دورا إيجابيا، مفاده أن يعلن عن الأسباب التي يمكن التمسك بها لرده للخصم الذي يمتنع عليه أن يزاول عمله كمحكم إلا باتفاق الخصوم جميعا على مزاولته للعمل رغم قيام سبب الرد من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية الحالي⁽⁵⁾. ولقد أجازت القوانين الوطنية والدولية رد المحكم سواء لأسباب أحاطت به بعد تعيينه أو لأسباب أحاطت به قبل تعيينه ولم يعلم الطرفان.

1 - محي الدين إسماعيل علم الدين، نصوص التحكيم الدولي، الجزء الأول، بدون ناشر، ص 54

2 - صالح جاد عبد الرحمن المنزلاوي، المرجع السابق، ص 66

3 - عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1995، ص 42

4 - محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 54

5 - عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 40

عند التعيين فوفقا للمادة 1463 مرافعات فرنسي جديد « لا يجوز رد المحكم إلا لأحد أسباب الرد التي حدثت بعد تعيينه أو التي لم تكتشف إلا بعد تعيينه ». (1)

كما أجاز المشرع الجزائري رد المحكم وحدد أسباب الرد في المادة 1016 من القانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على أنه « يجوز رد المحكم في الحالات الآتية :

- 1 - عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف،
 - 2 - عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف،
 - 3 - عندما يتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.
- لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه، أو شارك في تعيينه، إلا لسبب علم به بع التعيين. تبلغ محكمة التحكيم والطرف الآخر دون تأخير بسبب الرد.
- في حالة النزاع، إذا لم يتضمن نظام التحكيم كليات تسويته أولم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمله التعجيل. هذا الأمر غير قابل لأي طعن. «
- لقد حددت المادة 1016 فقرة الأولى ثلاثة شروط لرد المحكم وهي:

- أن يكون غير مؤهل
 - أن يكون سبب الرد وارد في نظام التحكيم الذي اعتمده الأطراف
 - أن يتمتع المحكم بالاستقلالية، والتي تتمثل في أن لا توجد علاقات اقتصادية أو علاقات مصالح مباشرة أو بواسطة شخص آخر مع طرف من الأطراف، غير أنه لا يمكن لأحد الأطراف أن يرد حكما قام بتعيينه إلا لأسباب ظهرت بعد تعيينه.
- لقد تأثر المشرع الجزائري بالمادة 180 من قانون السويسري، إلا أن القانون الجزائري قد استخلف عبارة **حياد المحكمين** بعبارة **"استقلاليته"** وهي أكثر وضوحا وموضوعية. (2)

ما نلاحظه هو أن المشرع الجزائري وضع معايير، وترك الحرية للأطراف لتسوية الإجراءات، وهي نفس الحرية التي تركها للأطراف بالنسبة للإجراءات التحكيمية.

1 - حسني المصري، المرجع السابق، ص 216

2 - عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 48

لا يوجد اختلاف ذو شأن بين رد المحكم أو المحكمين في نظام الوطني عنه في النظام الدولي إذ أخذت أنظمة واتفاقيات التحكيم التجاري الدولي بمبدأ جواز الرد وإن اختلفت في تفاصيل الإجراءات الواجب إتباعها في هذا الشأن وذلك مع تحويل الطرفين حرية الاتفاق على تنظيم هذه الإجراءات، كما عرضت لرد المحكمين بنصوص أكثر تفصيلاً من ذلك⁽¹⁾، وهو ما تبناه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 فقد نصت المادة 2/12 من هذا القانون على أنه: « لا يجوز رد محكم إلا إذا وجدت ظروف تثير شكوكاً لها ما يبررها حول حديثه أو استقلاله أو لم يكن حائزاً لمؤهلات اتفق عليها الطرفان ، ولا يجوز لأي من طرفي النزاع رد محكم عينه هو أو اشترك في تعيينه إلا لأسباب تبينها بعد أن تم تعيين هذا المحكم. »، وأياً ما كان الأمر فإن أسباب رد المحكم عديدة، وتختلف باختلاف الخصومة، ويخضع تقريرها للسلطة المعنية للفصل في طلب الرد.

2) إجراءات رد المحكم والمحكمة المختصة في ذلك:

تخضع إجراءات رد المحكم في التحكيم التجاري الدولي لرد المحكم وفق القانون الجزائري وبالرجوع إلى المادة 1016 السابقة الذكر أمام المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع حيث يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمله التعجيل.

أما المشرع المصري فقد خول للمحكم سلطة الفصل في طلب رده حيث نصت المادة 19 الفقرة 1 منها على أن: « يقدم طلب الرد بتشكيل هذه الهيئة أو بالظروف المبررة للرد، فإذا لم يتنح المحكم المطلوب رده، فصلت هيئة التحكيم في الطلب. » وقد اقتبس المشرع المصري هذا الحل من المادة 2/13 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

وانتقد جانب من الفقه منح هيئة التحكيم سلطة الفصل في طلب الرد المقدم ضدها، خاصة إذا كان المحكم فرد، حيث يكون خصماً وحكماً في آن واحد، فالصحيح أن يختص القضاء بالفصل في طلب رد المحكمين وممارسة دوره الرقابي من خلال تقييم مسلك المحكمين بموضوعية وحياد، ولا محل للاعتراض بأن ذلك يعيق الإجراءات، لأن الحكم الذي يصدره المحكم بشأن الرد غالباً ما يكون محلاً للطعن أمام القضاء، إذا رفض المحكم الرد، وبالتالي تتحقق الرقابة في هذه المرحلة أيضاً⁽²⁾، وذلك إعمالاً للمادة 19

1 - حسني المصري، المرجع السابق، ص 216

2 - هدى محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 349

فقرة 03 من قانون التحكيم المصري الحالي حيث نصت على أنه: « لطلب الرد أن يطعن في الحكم الصادر

يرفض طلبه خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلانه أمام المحكمة المشار إليها في المادة 09 من هذا القانون و يكون حكما غير قابل للطعن بأي طريق » ، لذا يقترح هذا الجانب من الفقه (1) " اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة المختص، حتى يفصل في طلب الرد لتفادي صدور حكم معين يجوز الطعن فيه بالإلغاء والتمسك بالامتناع عن تنفيذه "

وأيا كان الأمر، فإن رد المحكم جازر بدون شك سواء كان قد بدأ ممارسة مهامه أم لم يبدأها بعد، أو قبل مهمة التحكيم بالفعل أولم يقبلها بعد، ولا أثر لذلك على خصومة التحكيم فلا يترتب على تقديم طلب الرد أمام هيئة التحكيم ولا الطعن فيه أمام القضاء وقف إجراءات التحكيم حسب قانون التحكيم المصري الذي حددته المادة 04/19 منه .

أما بالنسبة لرد المحكم وفق القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية فيخضع لأحكام المادة 13 منه والتي أخذت بأغلب قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة في شأن شروط الرد تخويل سلطة الفصل في طلب الرد لمحكمة التحكيم ذاتها، كما قررت جواز الطعن في حكمها الصادر برفض طلب الرد أمام المحكمة أو السلطة الأخرى في الطعن، غير قابل للطعن فيه مرة أخرى وقد حرصت المادة 13 المذكورة سابقا على تأكيد مبدأ مقرر في النظام الوطني للتحكيم ولم تعرض له معظم أنظمة واتفاقيات التحكيم التجاري الدولي الأخرى وهو أن تقديم طلب رد المحكم أو الطعن في الحكم الصادر برفضه لا يحول دون استمرار إجراءات التحكيم وإصدار حكم التحكيم حيث لا تقف الإجراءات إلا بصدور حكم نهائي برد المحكم وتستأنف سيرها بتعيين المحكم البديل. (2) حيث نصت المادة 13 على أنه:

«1- للطرفين حرية الاتفاق على إجراءات رد المحكم مع مراعاة أحكام الفقرة 3 من هذه المادة.
2- إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق ، وجب على الطرف الذي يعتزم رد محكم أن يرسل خلال خمسة عشر يوما من تاريخ علمه بتكوين هيئة التحكيم أو من تاريخ علمه بأي ظرف من الظروف المشار إليها في المادة 12 فقرة 2 بيانا مكتوبا بالأسباب التي يستند إليها طلب رد هيئة التحكيم، فإذا لم

1 - هدى محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 138 و 139

2 - حسني المصري، المرجع السابق، ص 223

بتنح المحكم المطلوب رده أو لم يوافق الطرف الآخر على طلب الرد فعلى هيئة التحكيم أن تبت في طلب الرد

3- إذا لم يقبل طلب الرد المقدم وفق الإجراءات المتفق عليها بين الطرفين أو وفقا للإجراءات الواردة في الفقرة 2 جاز للطرف الذي قدم طلب الرد أن يطلب من المحكمة أو السلطة الأخرى المسماة في المادة 6 خلال 30 يوما تسلمه إشعارا بقرار رفض طلب الرد أن تبت في طلب الرد وقرارها في ذلك يكون غير قابل لأي طعن، وريثما يتم الفصل في هذا الطلب يجوز لهيئة التحكيم بما في ذلك المحكم المطلوب رده أن تواصل إجراءات التحكيم و أن تصدر قرار تحكيم. »

ثانيا: عزل المحكم:

يقصد بالعزل Révocation تعبير الطرفين عن إرادتهما في إنهاء مهمة المحكم لمنعه من نظر النزاع لأي سبب من الأسباب، ولو لم يكن سببا لرده ويستند عزل المحكم إلى الإرادة الجماعية أو المشتركة للطرفين، إذ لما كان لتشكيل محكمة التحكيم طابعا رضائيا يتطلب رضا الطرفين معا بهذا التشكيل فإن عزل المحكم يحتاج إلى الموافقة الجماعية لطرفي التحكيم، بحيث يعد هذا الإجماع شرطا لصحة العزل.⁽¹⁾

لقد نصت المادة 1041 فقرة 1 من القانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المتضمن أحكام قانون التحكيم التجاري الدولي الجزائري على أن عزل واستبدال المحكمين يخضع لنفس شروط التعيين « يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم. وفي غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم... »

كما حددت نفس المادة في حالة تعذر أو وجود صعوبة في عزل المحكم المحكمة المختصة لذلك، فأجازت للطرف المعني بالتعجيل

- رفع الأمر أمام رئيس المحكمة المختصة إذا كان التحكيم يجري في الجزائر

- رفع الأمر أمام رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج وقرر

الأطراف بصدده تطبيق قانون الإجراءات الجزائري، كما نصت المادة 1462 مرافعات

فرنسي جديد على أنه « لا يجوز عزل محكم إلا برضاء جميع الأطراف ». ⁽²⁾

1 - Matthieu de Boissésou, Michel de Juglart, op.cit., p262

2 - Article 1462 : « Tout arbitre doit poursuivre sa mission jusqu'au terme de celle-ci. Un arbitre ne peut être révoqué que du consentement unanime des parties »

أما قانون التحكيم المصري، فقد تكلمت المادة 20 منه على عزل المحكم مشيرة إلى الأسباب التي تدعو الطرفين إلى عزله، فقالت: « إذا تعذر على المحكم أداء مهمته أو لم يباشرها، أو انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير ما يبرر له في إجراءات التحكيم و لم ينتج ولم يتفق الطرفان على عزله ، للمحكمة المشار إليها في المادة 09 من هذا القانون الأمر بإنهاء مهمته بناء على طلب أي من الطرفين. ».

وبذلك اتفقت النصوص المذكورة على المبدأ الذي يوجب أن يكون عزل المحكم بموافقة الطرفين.

أما بالنسبة للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي فقد عالجه بصريح نص المادة 01/14 التي وإن لم تستخدم لفظ "العزل" بالذات إلا أنها قد استخدمت العبارة الدالة على معناه وهي عبارة « إنهاء مهمة المحكم » ويظهر ذلك فيما نصت عليه هذه المادة من أنه: « إذا أصبح المحكم غير قادر بحكم القانون أو بحكم الواقع على أداء وظائفه..... تنتهي ولايته.... إذا اتفق الطرفان على إنهاء مهمته....» وقد استطرد نفس النص لبيان الحل الواجب الإلتباع في حالة عدم اتفاق الطرفين على عزل المحكم بالقول من أنه « إذا ظل هناك خلاف حول أي من هذه الأسباب فيجوز لأي من الطرفين أن يطلب إلى المحكمة أو السلطة الأخرى المسماة في المادة 06 من هذا القانون أن تفصل في موضوع إنهاء المحكم و يكون قرارها في ذلك نهائيا. »

الفرع الثاني: عوارض مهمة المحكم غير الإرادية

حددنا في الفرع الأول عوارض مهمة المحكمين الإرادية، ومنها رد المحكمين وعزلهم، وفي هذا الفرع سنتطرق إلى العوارض التي تعيق أو تمنع مهمة المحكمين والخارجة على إرادتهم وإرادة الخصوم، ومنها وفاة المحكمين أو فقدان أهليتهم.

أولاً: وفاة المحكم:

لأشك في أن وفاة المحكم *décès de l'arbitre* تؤدي إلى استحالة استمراره في مهمة التحكيم مطلقة وتؤدي وفاة المحكم إلى انعدام أثر اتفاقية التحكيم كلما تعين اشتمالها على اسم المحكم أو المحكمين الذين تتشكل منهم محكمة التحكيم، وبالتالي يلزم اتفاق الطرفين على تعيين محكم آخر بديلاً للمحكم المتوفى وإلا انقضت محكمة التحكيم، وذلك سواء كان هذا الأخير معيناً من قبل الطرفين أو من قبل أحدهما وحسب.⁽¹⁾

ويرجع انقضاء محكمة التحكيم اثر وفاة أحد المحكمين وعدم تعيين محكما بدلا منه إلى أن اتفاقية التحكيم تنتج علاقات تبادلية بين الطرفين من جهة، والمحكمين من جهة أخرى، فإذا ارتضى الطرفان تعيين المحكم أو المحكمين الذين تتألف منهم محكمة التحكيم فإنهم يقبلون المثل للحكم الذي يصدر من هذه المحكمة، وإذ يقبل المحكم أو المحكمون مهمة التحكيم فإنهم يلتزمون قبل الطرفين بمواصلة مهمتهم إلى نهايتها بإصدار حكم التحكيم، ومن ثم فإن وفاة احد المحكمين تستتبع بانهاية هذه الموازنة العقدية التبادلية مما يبطل كل اثر لاتفاقية التحكيم.

وفي هذا الصدد يجب التفرقة بين التحكيم المنبثق عن اتفاق تحكيم والتحكيم المنبثق من شرط تحكيم. ففي الحالة الأولى يترتب على وفاة المحكم أو أحد المحكمين المعينين في اتفاق التحكيم انعدام أثر هذا الاتفاق، ويلزم إبرام اتفاق جديد طالما كان تعيين المحكم أو المحكمين في الاتفاق عنصرا من عناصرها المنشئة، وحينئذ يجوز لأحد الطرفين اللجوء إلى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع طالما لم يعقد اتفاق تحكيم جديد يتضمن تعيين المحكم أو المحكمين الذين تؤلف منهم محكمة التحكيم.

كما انه لا يجوز إلزام احد الطرفين بإبرام هذا الاتفاق ولو كان هو الطرف الذي قام بتعيين المحكم المتوفى إذ يستطيع هذا الطرف الاحتجاج بأنه لم يوافق على اتفاق التحكيم الأول لاشتماله على المحكم المتوفى بالذات، وانه لا يقبل التحكيم على يد محكم آخر يعين بدلا منه. أما في الحالة الأخرى فإن اتفاقية التحكيم تؤدي مباشرة إلى التحكيم، ويلزم الطرفان بتعيين المحكم أو المحكمين، ومن ثم فإن وفاة أحدهم لا يستتبع إلغاء أثر اتفاقية التحكيم وإنما يقتصر الأمر على تعيين المحكم البديل للمحكم المتوفى، إذ لو لجأ احد الطرفين إلى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع، ورفض هذا التعيين جاز للطرف الآخر الدفع في مواجهته بشرط التحكيم⁽¹⁾.

ثانيا: فقد المحكم أهليته:

ويندرج فقد الأهلية أو عدمها L'incapacité ضمن العوارض القانونية obstacles juridiques التي تحول دون مباشرة المحكم لمهمة التحكيم أو مواصلته لهذه المهمة: كما يندرج ضمن هذه العوارض فقدان المحكم لحقوقه المدنية. لذا لا يسأل المحكم الذي الم به

عارض من هذه العوارض عن تعويض الطرفين عن الضرر الذي يصيبهما من جراء عدم مواصلته لمهمة التحكيم. ويكون الحكم كذلك أيضا إذا عرض للمحكم عارض مادي obstacle matériel كالمرض أو بعد الشقة بينه وبين مكان التحكيم وكل ما يمنعه ماديا من القيام بمهمة التحكيم مما يمكن اعتباره عذرا مقبولا. أما إذا كان امتناع المحكم عن التحكيم بغير عذر مقبول فإنه يسأل عن تعويض الطرفين عما يكون قد لحقهما من ضرر بسبب هذا الامتناع فضلا على قيامه مبررا لعزله.⁽¹⁾

وفي القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، إذا توفي المحكم أو استقال أو قام به مانع قانوني أو مادي وجب تعيين محكم آخر بدلا منه بنفس الطرق التي تم بها تعيين المحكم الذي لحق به العارض وذلك وفقا للمادة 15 من نفس القانون التي نصت على أنه: « عندما تنتهي ولاية أحد المحكمين وفقا للمادتين 13 و14 أو بسبب تنحيته عن وظيفته لأي سبب آخر أو بسبب إلغاء ولايته باتفاق الطرفين أو في أي حالة أخرى من حالات إنهاء الولاية يعين محكم بديل وفقا للقواعد التي كانت واجبة التطبيق على تعيين المحكم الجاري تبديله ».

كما وردت العوارض المشار إليها جميعا في المادة 1464 من قانون الإجراءات الفرنسي الجديد التي اعتبرت هذه العوارض مؤدية لانقضاء خصومة التحكيم ما لم يوجد اتفاقية مغايرة بين طرفي التحكيم.⁽²⁾

وعلى نفس النحو سارت المادة 21 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 حيث نصت على أنه: « إذا انتهت مهمة المحكم بالحكم برده أو عزله أو تنحيه أو بأي سبب آخر وجب تعيين بديل له طبقا للإجراءات التي تتبع في اختيار المحكم الذي انتهت مهمته. »

المبحث الرابع: الرقابة القضائية على سلطات المحكمين وواجباتهم:

عنيت القوانين الوطنية ومعظم أنظمة واتفاقيات التحكيم التجاري الدولي ببيان سلطات محكمة التحكيم، وواجباتها في خصومة التحكيم، ومدى سلطة القضاء الوطني في الرقابة على هذه السلطات، ونقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب، نتكلم في الأول على الرقابة القضائية على سلطة المحكم في الفصل في اختصاصه، وفي المطلب الثاني نخصه

1 - Matthieu de Boissésou, Michel de Juglart, op.cit. p263

2 - حسني المصري، المرجع السابق ص 229

للمراقبة القضائية على سلطة المحكم في اتخاذ تدابير مؤقتة أو إجراءات تحفظية، أما المطلب الثالث فنخصه للمراقبة القضائية على التزام المحكمين بواجباتهم.

المطلب الأول: الرقابة القضائية على سلطة المحكم في الفصل في اختصاصه:

عندما يتم الاتفاق على التحكيم يعرض الأمر على المحكم ويبدأ في نظر النزاع، فإن أول ما يجب عليه عمله هو التحقق من توافر السلطة التي تخوله مكنة الفصل في هذا النزاع المعروف عليه، وذلك لكي يتفادى السير في إجراءات مصيرها البطلان، فقد يستمر المحكم في نظر النزاع ويقطع فيه شوطاً طويلاً، ثم يفاجأ في النهاية بفقدان السلطة التي تخوله الفصل في النزاع الذي تصدى له.⁽¹⁾

الفرع الأول: الجهة المختصة بالفصل في الاختصاص:

لم يثر جدلاً يذكر حول سلطة المحكم في الفصل من تلقاء نفسه في مسألة اختصاصه بالنزاع المطروح عليه إذ انعقد الرأي على المحكم، كالقاضي، يملك سلطة المبادرة في التحقق من اختصاصه بموضوع النزاع *objet du litige* وذلك قبل الخوض في إجراءات التحكيم حتى لا تنتهي هذه الإجراءات بصدور حكم يقضي قضاء الدولة ببطلانه لعدم اختصاص المحكم بموضوع النزاع⁽²⁾، وذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن المحكم ليس من سلطته فقط التحقق من تلقاء نفسه من مسألة اختصاصه قبل التعرض لطلبات الخصوم، بل أن ذلك واجب عليه أيضاً، حيث يلزم تعرف المحكم على النزاع المرفوع أمامه⁽³⁾، وترتيباً على ذلك يجوز للمحكم تفحص اتفاقية التحكيم للوقوف على صحته أو بطلانه بغرض التوصل لاختصاصه أو عدم اختصاصه بموضوع النزاع دون أن يكون له الحكم ببطلان هذه الاتفاقية حيث تختص المحاكم القضائية⁽⁴⁾.

لكن إذا لم يكن الجدل قد ثار حول سلطة المحكم في البت في مسألة اختصاصه *compétence* بغير طلب من أحد الخصوم، فإن الجدل قد احتدم حول اختصاص المحكم بالفصل في النزاع المثار أمامه بشأن صحة ولايته *investiture* أصلاً بالنزاع أو بشأن

1 - صالح جاد عبد الرحمن المنزلاوي، المرجع السابق، ص 68

2 - عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 155

3 - حسني المصري، المرجع السابق ص 232، يشير في الهامش 3 إلى نقض فرنسي:

Cass.com.11/01/1960.j.c.p,1960,2 . 11764

4 - أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 137

حدود هذه الولاية وهي المسألة التي يطلق عليها أحيانا « الاختصاص بالفصل في الاختصاص ».

في هذا الصدد قررت محكمة النقض الفرنسية أنه " لا يجوز " لمحكمة التحكيم الفصل في صحة تكوينها لأنها لا " تتولى " سلطة القضاء بشرط صحة تكوينها فإذا ما ادعى أحد الخصوم أمامها ببطلان اتفاقيات التحكيم فإنها تجد نفسها أمام مسألة أولية لا يملك الفصل فيها إلا المحاكم العادية،⁽¹⁾ ومن ثم يتعين على محكمة التحكيم حينئذ وقف خصومة التحكيم وقفا تعليقيا لحين الفصل في هذه المسألة الأولية من قبل المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع.

وإلى عكس ذلك ذهبت محكمة استئناف باريس فقررت لمحكمة التحكيم سلطة الفصل في صحة ولايتها القضائية أصلا بالنزاع فضلا على الفصل في حدود هذه الولاية، وحجة هذه المحكمة هي أن صحة الولاية وحدودها ليست مسألة أولية وإنما هي مجرد مسألة فرعية *une question préalable* ومن ثم يجوز لها بل يجب عليها النظر في وجود وفي صحة وفي حدود اتفاقية التحكيم المنشئة لسلطتها.⁽²⁾

ولقد تبني المشرع الفرنسي الاتجاه الأخير وشرعه صراحة في قانون الإجراءات المدنية الجديد لعام 1980 فنصت المادة 1466 على أنه: « إذا أثار أحد الطرفين نزاعا أمام المحكم يتعلق بأصل سلطته القضائية أو بنطاق جاز له الفصل في صحة أو في حدود ولايته » وعلى ذلك

لم يعد يجوز للمحكم أن يفصل في حدود ولايته أي في صحة اختصاصه فقط بل أصبح يجوز له الفصل في أصل ولايته أيضا⁽³⁾.

ومسايرة لهذا الاتجاه فلقد حسم المشرع المصري ذلك الخلاف نهائيا مقررًا الحق لهيئة التحكيم بأن تفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على

1 - حسني المصري، المرجع السابق، ص 333، يشير في الهامش 3 إلى نقض فرنسي:

Cass.com.06/11/1957.sirey,1954,1. 149

2 - حسني المصري، المرجع السابق، ص 333، يشير في الهامش 4 إلى حكم استئناف محكمة باريس:

paris.22/01/1957.dalloz,1967. p56

عدم شموله لموضوع النزاع، حيث تضمن قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 نصا صريحا يقابل نص المادة 1466 مرافعات فرنسي جديد هو نص المادة 1/22⁽¹⁾ ونفس الاتجاه أقره القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة 16 الفقرة 01 والتي تنص على أنه: « يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها بما في ذلك البت في اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته ».

لقد انتهج المشرع الجزائري النظرة الليبرالية اتجاه التحكيم حيث أعطى حرية كاملة للمحكم من أجل النظر في صلاحية محتوى ومدى اتفاقية التحكيم التي على أساسها سيفصل في النزاع ومنحه أقصى فعالية إلى هذا النوع من فض النزاعات⁽²⁾، ذلك من خلال المادة 1044 من القانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على: « تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها. ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع. تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع. ».

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد قنن ما انتهت إليه النظم القانونية المتطورة ومنها النظام الفرنسي وبالتالي سد باب التحايل عن طريق عرض النزاعات أمام ساحات القضاء لإعاقة سير خصومة التحكيم وإعمالا لقواعد المنطق القانوني الذي يؤكد على منح الاختصاص للمحكم بناء على اتفاقية التحكيم وسلب اختصاص القضاء في ذات الوقت وعملا بقاعدة أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع.⁽³⁾

والواقع من الأمر أن تكريس هذا المبدأ وإن كان يعد أحدث آثار الاتفاقية على التحكيم إلا أن أساسه لا يكمن في الاتفاقية ذاتها وإنما يستمد هذا الأساس من قانون التحكيم وفي الدول التي يعرض عليها حكم التحكيم للاعتراف به أمام محاكمها. ولقد لقي هذا المبدأ رواجاً كبيراً في العديد من الوثائق الدولية إلى الحد الذي يمكن معه القول بأن هذا المبدأ وهو قدرة المحكم على الفصل في اختصاصه بات من المبادئ

1 - المادة (22) "1- تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبينة على عدم

وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع."

2 - عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 44

3- عاشور مبروك، المرجع السابق، ص 339

الأساسية للنظام العابر للدولة.(1)

وما دما قد سلمنا بأن المحكم له اختصاص أو ولاية فإنه يجب عليه أن يفصل في كافة النزاعات التي تثار حول اختصاصه فالاختصاص، لا يعني صلاحية المحكمة للفصل في الادعاء المثار أمامها، وإنما يمتد نطاق سلطاتها إلى كل جوانب النزاع ومنها الفصل في مسألة اختصاصه.(2)

الفرع الثاني: الرقابة على الاختصاص:

لكن هذا لا يعني أن يترك للمحكم موضوع الرقابة على اختصاصه بل إن هذه الرقابة تتحقق عن طريق الجهات القضائية بمناسبة الطعن بالبطلان على حكم التحكيم أو بإصدار الأمر بتنفيذه، فتقرير هذا المبدأ يقصد به إعطاء الفرصة للمحكم ليقول كلمته أولاً مع خضوعه للرقابة القضائية اللاحقة على حكم التحكيم، وبالتالي يتلاشى تأخير الإجراءات وفي ذات الوقت يتحقق ضمان صحة الأحكام.(3)

إذا كانت معظم قوانين التحكيم التجاري الدولي تعقد الاختصاص لهيئة التحكيم بالبت في مسألة اختصاصها بنظر النزاع من عدمه، فإن التساؤل الذي يثور الآن هو هل تملك هيئة التحكيم من تلقاء نفسها الحكم بعدم اختصاصها أم أن إثارة تلك المسألة تتوقف على طلب الخصوم؟

ما أقرته المادة 1044 من القانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتضمن أحكام قانون التحكيم التجاري الدولي الجزائري بالقول « تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها . ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع. » يتضح أن نظام الدفع بعدم اختصاص المحكم يقترب من النظام القانوني للدفع الشكلية في إطار القضاء الخاص.(4) كذلك بالرجوع إلى المادة 22 فقرة 2 من قانون التحكيم المصري الجديد،(5) والمادة

1 - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 129

2 - صالح جاد عبد الرحمن المنزلاوي، المرجع السابق، ص 69

3 - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 32

4 - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 126

5 - مادة 22 فقرة 1: "تفصل هيئة التحكيم في الدفع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفع المبينة على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع."

16 فقرة 2 من قانون التحكيم النموذجي للتحكيم التجاري الدولي⁽¹⁾ نجد أن للخصوم الحق في إثارة هذا الدفع ولا يجوز منع أي منهم من ممارسة ذلك بحجة أنه عين أحد المحكمين أو شارك في تعيينه، ومع ذلك فليس هناك ما يمنع المحكم من إثارة تلك المسألة من تلقاء نفسه إذا كانت الاتفاقية على التحكيم باطلة مثلا، تجنبنا للسير في إجراءات مصيرها الحتمي البطلان على أن دوره يقتصر على الحكم بعدم الاختصاص دون أن يقضي ببطلان الاتفاقية الذي يظل من اختصاص قاضي الدولة وحده،⁽²⁾ على أن الدفع

بعدم الاختصاص المقدم من الخصوم يجب إيدأؤه فورا وإلا سقط الحق فيه،

ورغم أهمية الفصل في الدفع بعدم الاختصاص قبل بحث موضوع التحكيم إلا أن الفقرة الثالثة من المادة 22 من قانون التحكيم المصري الجديد أجازت لهيئة التحكيم أن تفصل في اختصاصها من عدمه قبل الفصل في الموضوع أو تفصل فيه مع الموضوع بحكم واحد منهي للخصومة»....⁽³⁾ تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة قبل الفصل في الموضوع أو أن تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معا فإذا قضت برفض الدفع فلا يجوز التمسك به إلا بطريق « نفس الأمر جاءت به الفقرة الثانية من المادة 1044 من القانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتضمن أحكام قانون التحكيم التجاري الدولي الجزائري على أن: « تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع. »

ومعنى هذا أن المحكم يفصل في الاختصاص بحكم أولي أو أن يضم الدفع بعد الاختصاص إلى الموضوع ويفصل بحكم تحكيمي واحد إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع.⁽³⁾

1 - المادة 16 فقرة 2: " يقدم الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في موعد أقصاه تقديم بيان الدفاع، ولا يجوز منع أي من الطرفين من تقديم هذا الدفع بحجة أنه عين أحد المحكمين أو أسهم في تعيينه. أما الدفع بتجاوز هيئة التحكيم نطاق سلطتها فيجب إيدأؤه بمجرد أن تثار، أثناء إجراءات التحكيم، المسألة التي يدعي أنها خارج نطاق سلطتها. ولهيئة التحكيم في كلتا الحالتين أن تقبل دفعا يقدم بعد هذا الموعد إذا اعتبرت أن له ما يبرره."

2 - عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 155

3 - عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 45

أما بالنسبة للفرض الثاني: وهو الخاص بقبول هيئة التحكيم الدفع المثار أمامها بعدم اختصاصها وتخليها عن نظر النزاع، فلقد سكت المشرع المصري ولم يعالجه لذا لا مانع من الطعن عليه بالبطلان أيضاً.⁽¹⁾

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على سلطة المحكم في اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية:

يتجلى دور القضاء في مساعدة ومؤازرة التحكيم، وفي الرقابة والإشراف في صلاحيته بإصدار أمر تنفيذ الحكم المستعجل أو الوقي الصادر عن هيئة التحكيم، ذلك أن إصدار الأمر بالتنفيذ هو مساعدة لهيئة التحكيم في تنفيذ حكمها جبراً على الطرف الممتنع واتجاه الغير، قد يكون الغير حارساً أو حائزاً للمال المراد إيقاع الحجز عليه أو جهة حكومية، حيث لا تستجيب تلك الجهات للأحكام الصادرة عن هيئة التحكيم ما لم تكن مكتسبة الصيغة التنفيذية، المتمثلة بالأمر الصادر عن القضاء بتنفيذ هذا الحكم، كذلك يمارس القضاء دوره في الرقابة والإشراف على التحكيم عن طريق إعطاء الأمر بصيغة التنفيذ حيث يقوم القضاء بفحص توافر الشروط الموضوعية والشكلية في الحكم قبل إعطاء هذا الإذن وبالتالي يمارس القضاء الدور الرقابي والإشرافي على التحكيم في مجال إصدار الحكم المستعجل.⁽²⁾

وللبحث في الرقابة القضائية على الأحكام الصادرة عن هيئة التحكيم في الطلب المستعجل أو الوقي يجب استعراض الشروط الشكلية والموضوعية التي يجب أن تتوافر في هيئة التحكيم، وفي الطلب المقدم من أحد طرفي اتفاق التحكيم حتى يصدر أمر من القضاء في تنفيذ هذا الحكم، ثم المحكمة المختصة في نظر الإجراء المستعجل، ثم حجية وانقضاء هذا الحكم.

الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها في حكم هيئة التحكيم:

أولاً : الشروط الموضوعية:

1- يجب أن يكون الحكم المستعجل الصادر عن هيئة التحكيم في نزاع يختص برؤيته بموجب اتفاقية تحكيم، فيجب أن تتوافر الشروط الموضوعية العامة للعقد من رضا وأهلية ومحل فلا يشمل النزاعات التي منع المشرع التحكيم بنظرها كمسائل الأحوال الشخصية

1 - حسني المصري، المرجع السابق، ص 334

2- نريمان عبد القادر، التحكيم، النسر الذهبي للطباعة، 1994، ص 300

والمسؤولية الجزائية وكذلك الشروط الموضوعية الخاصة لاتفاقية التحكيم التي تحدد النزاعات بشكل دقيق، وأن تكون الاتفاقية مكتوبة وأن يكون عدد الهيئة التحكيمية وتراً. فإن لم تتوافر هذه الشروط فللمحكمة رفض إعطاء حكم التحكيم صيغة التنفيذ.

2- يجب أن يكون الحكم المستعجل له علاقة بالحق المراد حمايته أو الحفاظ على دليل له علاقة بالحق موضوع التحكيم، مثال ذلك طلب الحجز التحفظي على أموال وبضائع ضماناً لما قد يحكم به، أو سماع شاهد يخشى سفره، أما إذا كانت البضاعة المراد إثبات حالتها ليست موضوع النزاع وليست من اختصاص هيئة التحكيم فتمتنع المحكمة حينئذ من إعطاء أمر التنفيذ.

3- يجب أن يكون هناك اتفاق بين أطراف التحكيم على تخويل هيئة التحكيم إصدار حكم في الأمور الوقتية أو المستعجلة، فإن لم يكن هناك اتفاق على هذا التخويل فيعد القضاء هو المختص فقط بإعطاء الحكم المستعجل بدلالة المادة 24 فقرة 01 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أنه: « يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون التحكيم، بناء على طلب أحدهما أن تأمر أي منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع و أن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذي تأمر به ».

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أعطى سلطة أوسع لمحكمة التحكيم في اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية اللازمة لحماية الحق أو موضوع النزاع ولو لم تخولها اتفاقية التحكيم، هذه السلطة شريطة ألا تستبعدا اتفاقية التحكيم، ويستند هذا الرأي إلى المادة 1046 من القانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 التي تنص على: « يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك. ».

4- أن لا يكون الحكم المستعجل المراد إعطاء الأمر بتنفيذه فاصلاً في موضوع النزاع أي لا يتضمن مساساً بأصل الحق أو المركز القانوني الموضوعي، فإن مس حكم هيئة التحكيم بأصل النزاع يعد مبطلاً له وعلى المحكمة رفض إعطاء الأمر بالتنفيذ.⁽¹⁾

وفي نطاق الرقابة القضائية على إصدار أمر تنفيذ الحكم المستعجل يرى البعض أن قاضي التنفيذ لا يمارس رقابة قضائية على موضوع النزاع لمراقبة صحة ما يقضى به

¹ - محمود السيد التحيوي، مفهوم الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، لسنة 2003 ،

المحکم من حيث القانون أو العدالة لأنه لا يعد هيئة إستئنافية وتقتصر مهمته على بحث الشروط الشكلية والتصدي للدفع التي يثيرها الخصوم فيما يتعلق باتفاق التحكيم وصحة تمثيل الخصوم، حيث يقتصر دور المحكمة عندئذ على إصدار الأمر بالتنفيذ، فهو لا يراجع سلامة أو صحة الأمر لأنه ليس جهة الاستئناف.⁽¹⁾

وبناء على ما ذكر أعلاه لا يكون للمحكمة المختصة التي تنتظر في منح الأمر، التدقيق في توافر الشروط الموضوعية العامة التي يجب توافرها في أي حكم مستعجل وهذه الشروط هي أولاً : توافر حالة الاستعجال أو الخطر، ثانياً: التحقق من أن المصالح المهددة يحتمل أن يحميها القضاء الموضوعي بعد ذلك أي تستحق الحماية القضائية الوقتية، ثالثاً: التحقق من وجود الحق أو احتمالية وجوده. حيث يترك لهيئة التحكيم وحدها حرية تقدير ذلك ولا معقب عليها من جهة إصدار أمر التنفيذ.

ثانياً: الشروط الشكلية:

يجب حتى يصدر أمر من المحكمة بتنفيذ حكم هيئة التحكيم القاضي بإصدار الأمر المستعجل أو الوقتي توافر شروط شكلية تتمثل في إجراءات ومستندات يجب تقديمها للمحكمة وتتمثل في ما يلي:

أولاً: يجب أن يكون قد صدر حكم من هيئة التحكيم باتخاذ الإجراء الوقتي والتحفطي، ويتم إثبات ذلك بواسطة إبراز المستند الخطي الذي يحتوي على حكم هيئة التحكيم. ثانياً: يجب الحصول على إذن من هيئة التحكيم للطرف طالب الأمر بالتنفيذ باللجوء إلى المحكمة للحصول على أمر التنفيذ، فإن لم يحصل على الإذن لم يمنح أمر التنفيذ.

وعلى هذا انعقد الرأي بالنسبة للقانون الجزائري فقد نصت المادة 1048 من القانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية « 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 للطرف الذي يهمله التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم، أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي. » ، ونص المادة 24 فقرة 02 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 المصري على أنه: « إذا تخلف من صدر إليه الأمر (المتعلق بالتدبير الوقتي أو التحفطي) عن تنفيذه، جاز لهيئة التحكيم بناء على

طلب الطرف الآخر، أن تأذن لهذا الطرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه، و ذلك دون إخلال بحق هذا الطرف في أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة 09 من هذا القانون الأمر بالتنفيذ.»

الفرع الثاني: حجية وانقضاء الحكم المستعجل أو الوقتي الصادر عن هيئة التحكيم:

تقوم الأحكام القضائية المستعجلة على ظروف طارئة، وأسباب عاجلة تتطلب اتخاذ إجراءات أو تدابير وقتية وسريعة لمواجهة هذه الظروف، لذلك تكون مرهونة بوجود الظروف التي صدرت على أساسها، وتحوز حجية قضائية مؤقتة تجيز للقاضي الذي أصدرها أن يعيد النظر فيها، على ضوء الظروف الجديدة، فيجوز للقاضي المستعجل أن يرجع في أحكامه، أو أن يعدل فيها، فإذا كان قد أصدر حكماً بتعيين حارس على المال المتنازع عليه، فإنه يستطيع أن يصدر حكماً بإنهاء الحراسة على هذا المال، إذا زال الخطر الذي يهدده، وينطبق ذلك على الحكم المستعجل الصادر عن هيئة التحكيم، فهو لا يحوز حجية الشيء المحكوم به سواء قبل اكتساب صيغة التنفيذ أو بعده، حيث لا ترتبط الحجية بأمر التنفيذ⁽¹⁾. لكن السؤال الذي يثار هنا من هو صاحب الاختصاص بنظر تعديل أو إلغاء الحكم المستعجل الصادر عن هيئة التحكيم والمقترن بأمر التنفيذ، هل هو هيئة التحكيم أم المحكمة التي أصدرت أمر التنفيذ أم لكليهما معاً؟

لهيئة التحكيم وحدها الحق في تعديل أو إلغاء الحكم الصادر في الأمر المستعجل أو الوقتي ذلك أن هذا الحكم قد صدر عن تلك الهيئة، ووفقاً لقتاعتها هي على ضوء الظروف المحيطة، مثل وجود الخطر المحدق بالحق واحتمال ضياع الدليل، وعلى ضوء ما تستشف فيه من أوراق الدعوى والمستندات، والتي لا معقب عليها من محكمة الاستئناف مصدرة أمر التنفيذ فيما يتعلق بالسلطة التقديرية لاتخاذ هذا القرار. أما بالنسبة لانقضاء الحكم المستعجل سواء الصادر عن الهيئة التحكيمية أو قاضي الأمور المستعجلة في النزاع المعروض على التحكيم، فله حالات عدة نذكر منها:

1- ينقضي الحكم المستعجل والوقتي بالرجوع عنه ممن أصدره سواء أكان قاضي الأمور المستعجلة أم هيئة التحكيم، إذا حدث تغيير في المراكز القانونية للأطراف والظروف التي صدرت على أساسها.

- 2- ينقضي أيضاً برد الدعوى والحكم بعدم وجود الحق أو للإبراء أو لأي سبب من أسباب انقضاء الحق، فينقضي تبعاً له الحكم المستعجل.
- 3- كذلك ينقضي بالتنازل عنه من قبل من طلبه، كذلك لا ينتج الحكم المستعجل الصادر عن هيئة التحكيم أي آثار إن لم يكن قد صدر أمر بتنفيذه ورفض الطرف المتخذ الإجراء ضده تنفيذه. (1)

المطلب الثالث: رقابة القضاء على التزام المحكمين بواجباتهم:

تتمثل أهم الواجبات التي يلتزم بها المحكمون، في أثناء خصومة التحكيم وفي إصداراتهم لحكم التحكيم، في واجب احترام حقوق الدفاع، والمساواة بين الخصوم، فضلاً على احترام مبدأ الوجاهية واحترام النظام العام، وهي واجبات لها أهميتها القصوى باعتبارها تمثل الضمانات الأساسية للطرفين في خصومة التحكيم، وسنخصص لكل واجب من هذه الواجبات فرع خاص به.

الفرع الأول: احترام حقوق الدفاع ومبدأ المساواة بين الخصوم:

بالرغم من الطابع الرضائي للتحكيم التجاري، واعتباره أساساً للقواعد التي تدير على هداها خصومة التحكيم، فإنه يجب على المحكم سواء كان مقيد أو غير مقيد بالقانون، احترام المبادئ العامة للخصومة، ولو كانت خصومة تحكيمية، تماماً كما هو الشأن بالنسبة للقاضي في الخصومة القضائية وذلك أن المحكم يتمتع بسلطة القضاء، ومن أهم هذه المبادئ ضرورة احترام المحكم – كالقاضي – لحقوق الدفاع *droit de la défense*، ومبدأ المساواة بين الخصوم *égalité de parties*.

أولاً: احترام حقوق الدفاع:

ولقد عيّنت المادة 1460 من قانون الإجراءات الفرنسي الجديد بالنص على هذا الواجب بقولها: « المحكمون يحكمون بإجراءات التحكيم دون أن يتبع القواعد التي وضعت للمحاكم، ما لم تتفق الأطراف على خلاف ذلك في اتفاق التحكيم. ومع ذلك، فإن المبادئ التوجيهية للمحاكم المنصوص عليها في المواد 4 و 10 و 11 (الفقرة 1) و 13 و 21 ما زالت تنطبق

¹ - محمود السيد التحيوي، المرجع السابق، ص 295

على التحكيم. إذا كان لطرف على الأدلة، كما يجوز للمحكم الذي.....».(1)

أما القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي – وهو الأحدث والأكثر تطوراً في مجال التحكيم – فقد خصص الفصل الخامس لسير إجراءات التحكيم على نحو عادل وفعال ضمنه المبادئ الأساسية للعدالة. وفي أول مادة من مواد هذا الفصل، وهي المادة 18، جسد القانون النموذجي المبدأ الأساسي الذي يوجب معاملة الطرفين على قدم المساواة وتهيئة فرصة كاملة لكل منهما لعرض قضيته.(2)

ونستشف من ذلك تمكين كل خصم من إبداء دفاعه و دفوعه، ومناقشة وجهة نظر الخصم الآخر، وتقديم الأدلة والمستندات التي يؤيد بها كل طرف إدعاءاته، أو يدحض بها ادعاءات الطرف الآخر(3)، وينبني على ذلك أن حكم التحكيم يبطل كلما كان مشوباً بالإخلال بحقوق الدفاع، ويجوز طلب إبطاله بدعوى البطلان الأصلية.

ثانياً: احترام مبدأ المساواة بين الخصوم:

ومن المبادئ الأساسية التي تسيطر على خصومة التحكيم، كخصومة القضاء، احترام المحكم – كالقاضي – لمبدأ المساواة بين الخصوم *égalité de parties* بمعنى تخويل المحكم للخصوم فرص متكافئة لإبداء وجهة نظرهم واقتناع المحكم بها، وإلا اختل ميزان العدل، ويعتبر هذا المبدأ مسلماً في القانون الفرنسي دون وجود نص خاص بشأنه، كما أن إعماله في الجزائر لا يحتاج إلى نص خاص به.

أما المشرع المصري فقد عني به في قانون التحكيم المصري الجديد رقم 27 لسنة 1994، إذ جسده في المادة 26 منه التي تنص صراحة على: « يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيئ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه »، وعلى ذلك يكون حكم المحكم باطلاً متى صدر دون أن يوفر المحكم المساواة بين الخصوم أثناء خصومة

1- article 157-« Les arbitres règlent la procédure arbitrale sans être tenus de suivre les règles établies pour les tribunaux, sauf si les parties en ont autrement décidé dans la convention d'arbitrage--

--Toutefois, les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, 11 (alinéa 1) et 13 à 21 sont toujours applicables à l'instance arbitrale.

Si une partie détient un élément de preuve, l'arbitre peut aussi lui enjoindre de le produire"

2 - نصت المادة 18 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أنه: " يجب أن يعامل الطرفان على قدم المساواة وأن تهيئ لكل منهما الفرصة الكاملة لعرض قضيته."

3 - عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني الإجرائي والموضوعي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1991، ص 374

التحكيم، كما لو صدر الحكم دون تمكين أحد الطرفين من إبداء دفاعه لأي سبب لا يرجع إليه، ولقد أجازت المادة 53 الفقرة (ج) من نفس القانون على جواز رفع دعوى لبطلان حكم التحكيم « إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته ». (1)

الفرع الثاني: احترام مبدأ الوجاهية والقواعد المتعلقة بالنظام العام:

لاشك في أن القواعد التي توجب على المحكم احترام حقوق الدفاع والمساواة بين الخصوم، وتمكينهم من المواجهة تتعلق جميعها بالنظام العام، لأنها تستهدف تحقيق مصلحة عامة، تتمثل أساساً في المساواة بين الأفراد في المجتمع، وحسن سير الخصومة وتحقيق العدالة، وبالتالي فإن حكم التحكيم وجب إلا يتضمن إخلالاً بهذه المبادئ حتى لا يكون معرضاً للطعن.

أولاً: احترام مبدأ الوجاهية بين الخصوم:

يعتبر مبدأ الوجاهية *principe de la contradiction* من أهم المبادئ المتفرعة على مبدأ احترام حقوق الدفاع والمساواة بين الخصوم، إذ يقصد بمبدأ الوجاهية تمكين كل خصم من العلم بكل ما يبديه الآخر من حجج مؤدية لدفاعه أو دفعه وبكل ما يقدمه من مستندات في الخصومة، فضلاً على تمكين الخصم من الرد على الدفاع أو الدفع، وتقديم مستندات التي تدعم هذا الرد، مع مراعاة المساواة الكاملة بينهما في هذا المجال (2).

بالرغم من خلو قانون الإجراءات المدنية الجزائري من نصوص مبدأ الوجاهية في باب التحكيم التجاري الدولي، فإننا نعتقد أن نصوص هذا الباب تسمح بالقول أن المشرع الجزائري يفترض لصحة حكم التحكيم أن يكون قد بني على إجراءات حصلت فيها المواجهة بين الطرفين، ومن ذلك نص المادة 1056 الحالة السادسة: « لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية: 6....- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية » والذي يعتبر حالة من حالات الطعن بالبطلان.

وجرى القضاء الفرنسي على حكم ببطلان حكم التحكيم في مثل هذه الأحوال باعتبار أن المحكم لم يحترم مبادئ الوجاهية الذي يوجب عليه تمكين الخصمين من مواجهة تعيين

1 - حسني المصري، المرجع السابق، ص 220 و 221

2 - وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، دار الفكر العربي، لسنة 1986، ص 393

الخبير أو التقرير الذي قدمه إلى المحكم قبل إصدار حكم التحكيم⁽¹⁾.
لقد تضمن قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد على مبدأ الوجاهية الذي أحالت إليه المادة 1460 في باب التحكيم المذكور سابقا.
أما المشرع المصري فقد نظم مبدأ الوجاهية في القانون رقم 27 لسنة 1994، تنظيميا كافيا فقد نصت المادة 33 صراحة على أن: « تعقد هيئة التحكيم جلسات مرافعة لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلته ولها الاكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك ».

والذي يظهر لنا من نصوص القوانين الوطنية المتقدمة أن المشرع راع ما استقر عليه الفقه والقضاء من ضرورة توفير المرونة والسرعة لخصومة التحكيم بالرغم من التزام المحكم باحترام مبدأ الوجاهية، لكن إذا يحترم مبدأ الموجهة بهذا المعنى، فإن حكم التحكيم الذي يتضمن إخلالا بهذا المبدأ يتعرض للبطلان، ويمكن للخصم الذي صدر ضده لعدم تمكينه من المواجهة التصدي له بدعوى البطلان الأصلية⁽²⁾.

ثانيا: احترام القواعد المتعلقة بالنظام العام:

بالإضافة إلى القواعد التي توجب على المحكم احترامها كحقوق الدفاع والمساواة بين الخصوم، وتمكينهم من المواجهة تتعلق جميعها بالنظام العام، لأنها تستهدف تحقيق مصلحة عامة وتحقيق العدالة، ومن جهة أخرى يجب على المحكم احترام القواعد المتعلقة بالنظام العام التي لا تجيز التحكيم في بعض النزاعات، وهي النزاعات التي لا يجوز فيها الصلح مثل نزاعات الحالة، الأحوال الشخصية، الجنسية، الإفلاس والمحال التجارية، فضلا على المسائل الجنائية البحتة، حيث أراد المشرع إخضاع هذه النزاعات للقضاء العام للدولة التي يعينها، وأن تسري عليها قواعد عامة موحدة تهدف إلى تحقيق الصالح العام⁽³⁾.

1 - حسني المصري، المرجع السابق، ص 261

2 - حسني المصري، المرجع السابق، ص 263

3- أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 72

ويتقيد المحكم بالقواعد المتعلقة بالنظام العام سواء كان مقيدا أو غير مقيد بالقانون، فإذا صدر حكم التحكيم بالمخالفة لهذه القواعد كان الحكم باطلا، وجازت مواجهته بدعوى البطلان الأصلية، ويظهر ذلك فيما نصت عليه المادة 1484 مرافعات فرنسي جديد من أنه: « يجوز رفع دعوى ببطلان حكم التحكيم ولو وجد اتفاق مخالف إذا خالف المحكم قاعدة متعلقة بالنظام العام »⁽¹⁾، كما نصت المادة 1056 من القانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على جواز رفع دعوى البطلان الأصلية في الفقرة (6) بالقول: « لا يجوز استئناف المر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ إلا في الحالات التالية:.....6- إذا كان مخالفا للنظام العام الدولي. » وتتعلق هذه الحالة بمخالفة النظام العام الدولي، لقد أخذ المشرع الجزائري عبارة النظام الدولي من القانون الفرنسي الذي أدرجها لأول مرة في نص تنظيمي سنة 1981، ويعني هذا أن ما يؤخذ بعين الاعتبار هو النظام العام الدولي فقط.⁽²⁾

كذلك نصت المادة 53 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على جواز رفع دعوى البطلان الأصلية في الحالة الأخيرة فقرة (ز) كما نصت الفقرة (2) من نفس المادة على أن « تقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان - سواء لهذا السبب أو لأي سبب آخر معدود في هذه المادة - من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية ».

لكن تجدر الإشارة إلى أن فكرة النظام العام هي فكرة متغيرة تختلف من دولة لأخرى وبالتالي يتعين على المحكم تحري " النظام العام " السائد وقت إصدار حكم التحكيم بل، وأحيانا قد يضحي القضاء الوطني بفكرة النظام الوطني التقليدي في سبيل تشجيع التجارة الدولية وحل نزاعاتها بطريق التحكيم، وهو ما حدا بالمشرع الجزائري إلى اعتناق فكرة النظام العام الدولي في المادة 1056 من القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقرة الأخيرة (6) « إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.»

1 - حسني المصري، المرجع السابق، ص 264

2 - عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 73

وكذلك المشرع الفرنسي في قانون الصادر بتاريخ 12/05/1981 بشأن التحكيم الدولي، وهو نفس السبب المنصوص عليه في المادة 36 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لرفض هذا الاعتراف والتنفيذ في الفقرة الثانية، وما يلاحظ على أن النصوص الواردة في هذا القانون لا يتعلق فقط بأحكام التحكيم الأجنبية كما هو الحال في اتفاقية نيويورك لعام 1958، بل يتعلق أيضا بجميع أحكام التحكيم الصادرة في نزاعات التجارة الدولية ولو لم تكن هذه الأحكام أجنبية وفقا لقانون الدولة التي يطلب إليها الاعتراف بها وتنفيذها في إقليمها.⁽¹⁾

1 - نصت المادة 2/36 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على: " 2. إذا قدم طلب إلغاء قرار تحكيم أو إيقافه إلى محكمة مشار إليها في الفقرة 1 (أ) '5' من هذه المادة، جاز للمحكمة المقدم إليها طلب الاعتراف أو التنفيذ أن تؤجل قرارها إذا رأت ذلك مناسبا، ويجوز لها أيضا، بناء على طاب الطرف طالب الاعتراف بقرار التحكيم أو تنفيذه، أن تأمر الطرف الآخر بتقديم الضمان المناسب. "

الفصل الثاني

دور القضاء بعد الفصل في موضوع التحكيم

في الأنظمة القضائية المقارنة، الطعن في حكم المحكمين كالطعن في الحكم القضائي يعني التظلم من القضاء الوارد به، وذلك من خلال وسائل فنية محددة على سبيل الحصر يطلق عليها طرق الطعن في الأحكام.

وقد جرى فقه الإجراءات على تقسيم طرق الطعن في الأحكام القضائية الصادرة عن محاكم التنظيم القضائي في الدولة إلى:

1- طرق طعن عادية Voies de recours Ordinaires .

2- طرق طعن غير عادية Voies de recours extraordinaires⁽¹⁾

وكما قيل لا يكمن أساس هذه التفرقة في شيوع طريق العادي وعدم شيوع الطريق غير العادي، وإنما أساسها اختلاف طبيعة الطريق والهدف من تنظيمه، فطرق الطعن العادية لا تنظر إلى عيوب معينة في الحكم، وإنما تهدف إلى طرح النزاع الذي فصل فيه الحكم مرة أخرى على القضاء، وسواء في ذلك أن يكون الحكم المطعون فيه معيباً أم غير معيب، ولذلك للطاعن طريق عادي، أن يطعن في الحكم لمجرد أنه خسر القضية فهو ليس مقيداً بسبب معين يجب عليه أن يبني عليه طعنه في الحكم.

أما طرق الطعن غير العادية فتهدف إلى إعلان عيب معين في الحكم، أي أنها ترمي إلى الطعن بمعناه اللفظي، ولذلك يحصر القانون، حق الطاعن في الطعن غير العادي بحالات محددة على سبيل الحصر تتعلق بعيوب في الحكم.⁽²⁾

ومن المتفق عليه أنه لا يجوز ولوج طريق طعن غير عادي إلا بعد استنفاد طريق الطعن العادي، وذلك ارتباطاً بالقاعدة الأساسية التي تقضي بأنه بعد اللجوء إلى طريق

¹ - أمال الفزائيري، المرجع السابق، ص 144

² - فتحي والي، المرجع السابق، ص 656

الطعن غير العادي لا يجوز الطعن بطريق طعن عادي، ما لم ينص القانون طرحه على غير ذلك.⁽¹⁾

وفي الأنظمة القضائية المقارنة طرق الطعن في الأحكام القضائية الصادرة عن محاكم التنظيم القضائي في الدولة، ترد في القانون على سبيل الحصر. فمن المقرر أنه لا يجوز الطعن في الحكم بطريق لم ينظمه القانون. كما لا يجوز ولوج طريق طعن نظمه القانون إلا في الأحوال التي نص عليها المشرع.

ويترتب على عدم مراعاة ما تقدم عدم قبول الطعن، وعلى المحكمة أن تقضي بعدم قبول الطعن من تلقاء نفسها لتعلقه بالنظام العام.⁽²⁾

والجدير بالذكر أن حكم المحكمين لا يختلف عن الأحكام الصادرة عن محاكم التنظيم القضائي في الدولة فيما نحن بصدده، وإنما تختلف الأنظمة القضائية المقارنة بصدد إجازتها للطعن في حكم المحكمين أو في عدم إجازتها له⁽³⁾

قد كان لازماً على المشرع - وقد أباح اللجوء إلى التحكيم وجعله طريقاً موازياً لقضاء الدولة في قضايا النزاعات المدنية والتجارية - أن يتصدى لتنظيم هذا الطريق تنظيمياً شاملاً يتناسب مع الدور الذي يضطلع به التحكيم التجاري الدولي في مجال فض النزاعات.... وتحقيقاً لهذه الغاية لجأ المشرع - في كل من الجزائر وفرنسا ومصر - إلى التصدي للمشكلات التي أبرزها نظام التحكيم، وعمد إلى حلها بطريقة تشجع الخصوم إلى اللجوء إليه، وتمنع الخصم المشاغب من التحلل منه بإرادته المنفردة، وتضمن للأحكام الصادرة بهذا الطريق نفاذاً سريعاً من خلال تبسيط طرق مراجعته وتسهيل إجراءات إصدار الأمر بتنفيذها، وذلك تماشياً مع الغاية التي من أجلها ترك الخصوم - بإرادتهم - طريق القضاء ولجئوا إلى التحكيم.⁽⁴⁾

1- أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص31

2 - فتحي والي، المرجع السابق، ص667

3 - أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص309

4 - علي بركات، الطعن في أحكام التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص5

وتنفيذا لما سبق أصدر المشرع الجزائري تشريعا جديدا بمقتضى القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية وخص التحكيم التجاري الدولي بفصل سادس من الباب الثاني قنن آخر ما وصلت إليه التشريعات المعاصرة من قواعد خاصة بهذا النظام, كما أصدر المشرع المصري تشريعا جديدا بمقتضى القانون رقم 27 لسنة 1994 عالج المشكلات السابقة على نحو ما كان يرجى منه غالب الأحيان، وذلك بنصوص منفصلة استمد معظمها من قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة عام 1985، حاول بها تفادي النقد الذي وجه لنصوص التحكيم التي كانت واردة في قانون الإجراءات المدنية منذ صدوره عام 1968 وبناء تنظيم جديد قنن فيه كذلك آخر ما وصلت إليه التشريعات المعاصرة. وهو نفس ما سبق إليه المشرع الفرنسي والذي عدل في عام 1981 قواعد التحكيم التي كانت واردة في قانون الإجراءات منذ صدوره سنة 1870 وذلك بنصوص تنظم التحكيم الدولي ضمنها المواد من 1492 إلى 1507 من قانون الإجراءات الحالي.

المبحث الأول: الرقابة القضائية عن طريق الطعن في حكم التحكيم:

لعل من أهم المسائل التي يئنظرها المعنيون بالتحكيم عند إصدار أي تشريع جديد يخص هذا النظام هي طرق الطعن في حكم التحكيم⁽¹⁾، باعتبارها من المسائل التي تبيين مدى القوة التي تتمتع بها أحكام التحكيم، وكذلك من السلطات التي يمنحها القانون للقضاء الوطني للرقابة على أحكام التحكيم، والتي تؤثر بشكل كبير ومباشر على فاعلية هذا النظام ومدى إقبال المتقاضين عليه... فهل تقبل أحكام التحكيم الطعن فيها أمام القضاء؟ وما هي طرق الطعن فيها؟

يحكم الإجابة على هذا التساؤل اعتباران هامين:

الأول: ضرورة فتح باب المراجعة ضد حكم التحكيم التجاري الدولي كونه عمل بشري صادر عن إنسان لا يخلو من السهو والخطأ. لذا كان من الضرورة إخضاع أحكام التحكيم للطعن فيها، بقصد مراجعتها حفاظا لحقوق المتقاضين الذين يتضررون من سهو المحكمين وأخطائهم.

¹ - Marie – Claire Rondeau- Rivier, "L'arbitrage : Le décision arbitrale : Voies de recours" j-cl proc civ. 1986 , p56

الثاني: عدم التوسع في طرق الطعن ضد أحكام التحكيم، مراعاة للطبيعة الخاصة لهذا النظام والغرض من اللجوء إليه، فقد قصد الخصوم بلجوتهم إلى التحكيم، البعد عن القضاء بما يحتويه من تنظيم إجرائي للخصومات التي ترفع أمامه بغية فض النزاع الناشئ بينهم عن طريق محكمين متخصصين في جو من السرية بعيدا عن أجواء المحاكم.

من هنا تبدو المسلمة الأولى في هذا الشأن، وهي أنه وإن كان من الواجب فتح باب الطعن ضد أحكام التحكيم، إلا أنه ينبغي حصر هذه الطرق ما أمكن، مراعاة للطبيعة الخاصة لهذا النظام والغرض من اللجوء إليه، وبهذا يتحقق التوازن بين الاعتبارين السابقين. (1)

وينفرع عن هذه المسلمة نتيجة هامة، وهي أنه لا يجوز أن تخضع أحكام التحكيم وخاصة في مجال التحكيم التجاري الدولي لنفس طرق الطعن التي تخضع لها أحكام القضاء، وإنما ينبغي أن تقرر لحكم التحكيم التجاري الدولي طرق طعن خاصة تتماشى وخصائصه.

لهذا سنقسم هذا المبحث لثلاث مطالب، نخصص مطلقا لطرق الطعن في حكم التحكيم في كل نظام قانوني من الأنظمة المقارنة:

المطلب الأول: الطعن في حكم التحكيم وفق القانون الجزائري:

لقد نص المشرع الجزائري في القانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على إمكانية اللجوء إلى عدة طعون الفرع الأول: الطعن بالاستئناف:

أولاً: ما يجوز استئنافه:

(أ) – الأمر القاضي برفض الاعتراف أو التنفيذ:

نصت المادة 1055 من القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: « يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلاً للاستئناف » ويعني هذا أن الاستئناف يكون موجهاً ضد الأمر لا ضد الحكم التحكيمي.

1 - أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، لسنة 2002، بند 196، ص 217

(ب) - الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ:

نصت المادة 1056 على أنه: « لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في », على هذا الأساس، فالأمر الذي يسمح بالاعتراف أو التنفيذ يكون قابلاً للاستئناف، هنا كذلك لا يخص الاستئناف الحكم التحكيمي ولكن الأمر بالاعتراف أو التنفيذ. يكون الحكم الذي يرفض أو يسمح بالاعتراف أو التنفيذ، قابلاً للاستئناف أمام المجلس الذي يتبعه القاضي الذي فصل في النزاع، مادام الطلب بالاعتراف أو التنفيذ يرفع أمام رئيس المحكمة.⁽¹⁾ أما المهلة فهي شهر ابتداء من التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة، حسب ما جاء في المادة 1057.

الاستئناف الوارد في المادتين 1055 و 1056 يخص أحكام التحكيم الصادرة بالخارج. أما الطعن بالبطلان فيخص الأحكام التحكيمية الصادرة في الجزائر في مجال التحكيم التجاري الدولي.

ثانياً: حالات قبول الاستئناف:

نصت المادة 1056 على أنه: « 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 مخالفاً للقانون،
- 3 - إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها،
- 4 - إذا لم يراع مبدأ الوجاهة،
- 5 - إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمه، أو إذا وجد تناقض في الأسباب،
- 6 - إذا كان حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام الدولي. »

لقد تعددت الحالات التي يمكن على أثرها اللجوء للاستئناف، يكمن ذلك في أن المشرع الجزائري قد أخذ من القانون الفرنسي «المادة 1502 وصفت خمس حالات» والقانون السويسري (المادة 190 التي حددتها بخمس حالات كذلك)

¹ - عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 66

الفرع الثاني: الطعن بالنقض:

نصت المادة 1061 على أنه: « تكون القرارات الصادرة تطبيقاً للمواد 1055 و1056 و1058 أعلاه، قابلة للطعن بالنقض » يكون الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا الجزائرية. وقد نصت المادة 358 من القانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: « لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية :»

السؤال المطروح يكمن في معرفة على أي وجه من الأوجه يؤسس الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، هل يكون ذلك على أساس الأوجه الواردة في المادة 1056 من القانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، أو على أساس الأوجه الواردة في المادة 358 من نفس القانون؟

إن سكوت النص على تعيين الأوجه التي يؤسس عليها الطعن بالنقض، يعني أن الأوجه الواردة في المادة 358 التي سيتم العمل بها ما دام الطعن بالنقض موجه لأحكام قضائية صادرة عن المجالس القضائية الجزائرية.

الفرع الثالث: الآثار المترتبة على هذه الطعون:

نصت المادة 1060 على أنه: « يوقف تقديم الطعون وأجل ممارستها، المنصوص عليه في المواد 1055 و1056 و1058، تنفيذ أحكام التحكيم » يعني هذا، أن الأجل المحدد لتقديم الطعون، يكون موقفاً لتنفيذ الأحكام التحكيمية.

بالنسبة للاستئناف الموجه ضد الأمر بالتنفيذ، فإن رفضه يؤدي إلى إضفاء الصيغة التنفيذية على الحكم التحكيمي، إذا لم يكن موضوع أمر التنفيذ سابقاً، أما إذا كان قد حاز على الأمر بالتنفيذ، فإن الرفض يؤدي إلى إنهاء توقيف التنفيذ.⁽¹⁾

وإذا كان هذا موقف المشرع الجزائري من الطعن في أحكام التحكيم فكيف عالج المشرع الفرنسي هذه المسألة ؟

¹ - عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 66

المطلب الثاني: الطعن في حكم التحكيم وفق القانون الفرنسي:

في تطوير شامل لتنظيم التحكيم ألغى المشرع الفرنسي المواد المتعلقة به في قانون الإجراءات السابق الصادر منذ 1807 واستبدل به تنظيما جديدا في عام 1980 / 81 عالج به كافة مشكلات التحكيم، وبطبيعة الحال مشكلة الطعن في أحكام التحكيم، وأهم ما ميز هذا التعديل الجديد أنه فرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي بخصوص بعض المسائل من بينها، بل وأبرزها مسألة الطعن في حكم التحكيم، فقد عمد المشرع الفرنسي - رغبة منه في دعم استقلال التحكيم التجاري الدولي وتضييق نطاق الرقابة القضائية على الأحكام الصادرة منه - إلى استبعاد كل طرق الطعن إلا فيما يتعلق بدعوى البطلان⁽¹⁾، فاستبعد الطعن بالاستئناف، الطعن بالتماس إعادة النظر، والطعن باعتراض الخارج عن الخصومة بالإضافة إلى طرق الطعن المستبعدة في مجال التحكيم عموما، وهما المعارضة والطعن بالنقض، ولم يبق هناك من سبيل للطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي طبقا للقانون الفرنسي سوى دعوى البطلان، وستناول فيما يلي أسباب استبعاد هذه الطرق وحدود الاستبعاد.

الفرع الأول: استبعاد الاستئناف:

استبعد المشرع الفرنسي الطعن بالاستئناف كطريق لإعادة النظر في أحكام التحكيم التجاري الدولي لعدم توافق هذا الطريق مع طبيعة نظام التحكيم، والغرض منه أن الخصوم قصدوا باتفاقهم على التحكيم البعد عن القضاء بما يتضمنه من إجراءات وعلائية وأحكام تصدر طبقا لنصوص القانون إلى عدالة أخرى أكثر سرعة وتحيطها السرية بعيدا عن أجواء المحاكم. هذه المزايا سوف تقل كثيرا إذا كان النزاع سيجد طريقه في النهاية إلى ساحات القضاء، إذا كان الأمر كذلك في نطاق العلاقات الداخلية فإن الأمر يبدو أكثر وضوحا في مجال العلاقات الخاصة الدولية.⁽²⁾

ويتم استبعاد الاستئناف من نطاق التحكيم التجاري الدولي ولو لم يتفق الخصوم في اتفاقية التحكيم على استبعاد هذا الطريق، وترتيباً عليه لا يملك الخصوم أن يتفقوا في

1 - علي بركات، المرجع السابق، ص 31 و 32

2 - Philippe- Fouchard , Berthold - Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international , n°1597, P 930

اتفاقية التحكيم على الاحتفاظ بالحق في استئناف الحكم أمام القضاء الوطني، وذلك بسبب الطابع الأمر للنصوص المنظمة لطرق الطعن.

ولكن التساؤل يثار حول مصير اتفاقية التحكيم التي تحوي هذا الشرط:

هل يبطل الاتفاقية بأكملها لوجود هذا الشرط، أم يبطل الشرط وحده وتظل الاتفاقية صحيحة؟

الإجابة على هذا التساؤل ليست سهلة، لذا ترددت محكمة استئناف باريس في الإجابة عليه، فقضت في بعض أحكامها أن مثل هذا الشرط يبطل التحكيم بأكمله، وأسست قضاءها على أن الخصوم قصدوا به الاحتفاظ بحقهم في الاستئناف حتى مع اللجوء إلى التحكيم، وهو ما ينبئ عن أهمية هذا الشرط كضمانة هامة لولاها ما لجئوا إلى التحكيم.⁽¹⁾ كما حاولت في أحكام أخرى تفادي الحكم ببطلان الاتفاقية التي احتوت هذا الشرط عن طريق تفسير إرادة الخصوم لتحديد ما إذا كان مثل هذا الشرط قد قصدوا به الاحتفاظ بحقهم في إخضاع حكم التحكيم للمراجعة من قبل محكمة الاستئناف واعتبروه ضمانة لهم ضد شطط المحكمين، أم أن هذا الشرط لم يبلغ في نفوس الأطراف هذا المبلغ⁽²⁾. هذا الاختلاف في موقف القضاء الفرنسي يؤكد صعوبة الإجابة وبالتالي فإن الإجابة تتوقف على نصوص الاتفاقية والبحث عن قصد الخصوم وضع هذا الشرط في كل حالة على حدة.

الفرع الثاني: استبعاد اعتراض الخارج عن الخصومة:

استبعد المشرع الفرنسي أيضا في مجال الطعن في حكم التحكيم الدولي اعتراض الخارج عن الخصومة لنفس الاعتبارات السابق ذكرها، وهي إياحة مثل هذا الطعن سيعود بالخصوم إلى ساحات القضاء والذي سيضطر للتعرض - بناء على طلب الغير - لموضوع النزاع، وهذه النتيجة تتعارض مع إرادة الخصوم الذين اتفقوا على فض نزاعهم بطريق التحكيم.⁽³⁾

1 - علي بركات، المرجع السابق، ص35، يشير في الهامش 02 إلى الحكم محكمة استئناف: Paris 12/12/1989 Rev. arb 1990 .863

2 - علي بركات، المرجع السابق، ص35، يشير في الهامش 02 إلى الحكم محكمة استئناف: Paris 23/05/1991 Rev, arb 661 .

3 - Philippe- Fouchard , Berthold - Goldman, op .cit, P 931

الفرع الثالث: استبعاد التماس إعادة النظر:

رغم أن التماس إعادة النظر كان طريقاً مقبولاً للطعن في أحكام التحكيم الدولي طبقاً لقانون الإجراءات الفرنسي قبل تعديل أحكامه عام 1981 إلا أن التعديل المذكور استبعده، ضمن طرق الطعن الأخرى، وذلك رغم خصوصية الأسباب التي تبيح إلى هذا الطريق، وأهمها اكتشاف غش أو تزوير أو إخفاء مستندات بعد صدور الحكم.

وقد أيد الفقهاء مسلك المشرع الفرنسي استناداً إلى ندرة الحالات التي تبيح اللجوء إلى هذا الطريق، وحتى على فرض حدوثها، فإن هناك وسائل أخرى يمكن للخصوم الاستناد إليها للوصول إلى نفس النتيجة، فيمكنهم الطعن في الحكم على أساس أن اكتشاف مثل هذه الأمور يعد أحياناً إخلالاً بحق الدفاع، وأحياناً أخرى إخلالاً بالنظام العام، في حين انتقده جانب آخر⁽¹⁾ نظراً لخصوصية الأسباب التي تبيح الطعن بهذا الطريق، وخاصة إذا تم اكتشاف أحد هذه الأسباب بعد انتهاء المدة المحدودة للطعن بالبطلان.

وقد حاول القضاء الفرنسي التخفيف من حدة النتائج التي تترتب على إلغاء هذا الطريق، فقضت محكمة النقض في حكم شهير لها بقبول التماس إعادة النظر، على أن يقدم لنفس هيئة التحكيم إذا كانت لا تزال منعقدة أو يمكن لها الاجتماع من جديد، وذلك للإطلاع على الغش أو التزوير الذي تم اكتشافه بعد صدور الحكم والفصل في مدى تأثيره على الحكم الذي أصدره.⁽²⁾

ولكن يعيب على هذا الحل أنه اشترط لقبول الالتماس إمكانية اجتماع نفس هيئة التحكيم التي أصدرت الحكم، مما أثار مشكلاً آخر حول الحل في حالة عدم إمكانية هذا الاجتماع من جديد.

أما محكمة استئناف باريس فقد استتدت - لقبول الطعن بأسباب الالتماس - إلى فكرة النظام العام الدولي الذي يأبى أن يبني المحكمون حكمهم على غش أو تزوير بصورة تؤثر على صحة الحكم، وأجازت الطعن بالبطلان استناداً إلى هذا السبب.⁽³⁾

1 - علي بركات، المرجع السابق، ص 35

2 - علي بركات، المرجع السابق، ص 35، يشير إلى الحكم: Cass . c i v .25 /05/1992 rev, arb 1993 .91

3 - علي بركات، المرجع السابق، ص 35، يشير إلى الحكم: paris .30/09/1993 .rev,arb .1994 359

المطلب الثالث: الطعن في حكم التحكيم وفق القانون المصري:

لقد أقر المشرع المصري اللجوء إلى التحكيم، ونظمه في كل قوانين الإجراءات التي أصدرها منذ عام 1875، وقد عالج في كافة هذه القوانين طرق الطعن في حكم التحكيم. إلا أن القانون الجديد رقم 27 لسنة 1994، قد أحدث ثورة حقيقية في مجال التحكيم، حيث أعاد تنظيم موضوع التحكيم تنظيمًا شاملاً، عالج فيه القصور الذي شاب التنظيمات السابقة، وسائر به أحدث التشريعات المقارنة في هذا المجال وأهمها القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، وظهر هذا التغيير جلياً في مجال الطعن في حكم التحكيم.

الفرع الأول: طرق الطعن العادية:

استبعد القانون المصري الجديد رقم 27 لسنة 1994 في مجال التحكيم كافة طرق الطعن المعمول بها أمام المحاكم، فنصت المادة 1/52 على: «لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية» واستعاض عن هذه الطرق جميعاً بدعوى البطلان الأصلية.

وإذا كان إلغاء الاستئناف أمراً مستحباً في مجال التحكيم للاعتبارات السابق ذكرها، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للإلغاء التماس إعادة النظر، حيث كانت هذه المسألة محلاً لاختلاف الفقه، ما بين مؤيد ومعارض. فاتجه رأي⁽¹⁾ إلى تأييد هذا المسلك على أساس أن أسباب دعوى البطلان من الاتساع بحيث تشمل كافة حالات الالتماس، فإذا حدث وصدر الحكم مبنياً على غش أو ورقة مزورة أو كان الخصم قد احتجز ورقة حاسمة ولم يظهرها إلا بعد صدور الحكم، فإنه يحق للخصم المتضرر أن يرفع دعوى البطلان ويستند إلى أحد أسبابها التي تشمل هذا العيب وهو السبب الوارد في البند (ج) من الفقرة الأولى من المادة 53 التي تبيح رفع دعوى البطلان إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم أي سبب خارج عن إرادته، وهكذا سائر الأسباب التي تبيح رفع الالتماس.

في حين عارض فقه آخر⁽¹⁾ هذا المسلك على أساس أن حالات البطلان التي وردت في قانون التحكيم لا تسع لكل ما يمكن أن يلحق بحكم التحكيم من عيوب التي تؤدي إلى بطلانه، كما لو بني الحكم على غش أو ورقة ثبت تزويرها بعد الحكم. ويبقى المشكل الأساسي يكمن في ظهور هذه الأسباب بعد مرور المدة المقررة لرفع دعوى البطلان.

الفرع الثاني: دعوى البطلان الأصلية:

لقد استعاض المشرع المصري عن طرق الطعن جميعا بدعوى البطلان الأصلية، فنص في المادة 2/52 على: « يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقا لأحكام المبينة في المادتين التاليتين » ويعني هذا النص بفقرتيه أن دعوى البطلان ليست طريقا للطعن في حكم التحكيم، كما أنها ليست درجة ثانية من درجات التقاضي ضد الحكم وإنما هي طريق خاص لمراجعة أحكام التحكيم قصد به المشرع المصري مواجهة ما يعتري الحكم من عيوب تقدر في صحته بوصفه عملا قانونيا بصرف النظر عن قضي به في موضوع النزاع.⁽²⁾

المبحث الثاني: الرقابة القضائية عن طريق دعوى البطلان على حكم المحكمين:

أجازت غالبية الأنظمة المقارنة الطعن في حكم المحكمين بالبطلان عن طريق رفع دعوى البطلان، وذلك في حالة ما إذا كان حكم المحكمين معيبا بعيب من العيوب المنصوص عليها في قوانين هذه الأنظمة على سبيل الحصر.

عرفها بعض الفقهاء⁽³⁾ البطلان "La nullité" جزاء يترتب عليه المشرع أو تقضي به المحكمة إذا افتقد العمل القانوني قيمته القانونية المفترضة. ومن المقرر أن التنازل مقدما عن الطعن في الحكم الصادر في الدعوى أثناء نظرها - أو قبل رفعها من باب أولى - لا يتضمن التنازل عن التمسك بالبطلان.⁽⁴⁾

1 - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 233

2 - فتحي والي، المرجع السابق، ص 1019

3 - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، التمهيد

4 - عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 361

ولقد قررت القوانين الوطنية للطرف الذي صدر ضده حكم التحكيم، الحق في رفع دعوى ببطلانه في حالات محددة، ولو اتفق الطرفان على غير ذلك.⁽¹⁾

وتطبيقاً لذلك نصت المادة 1058 من القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على: « يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه. » كما نصت المادة 1484 مرافعات فرنسي على: « إذا تنازل الطرفان عن استئناف الحكم أو إذا لم يتفقا صراحة على الاحتفاظ بحقهما في الاستئناف في اتفاق التحكيم جاز لأي منهما - مع ذلك - رفع دعوى بطلان حكم التحكيم ولو وجد اتفاق مخالف »، كما نصت المادة 1/54 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على: « لا يحول دون قبول دعوى البطلان نزول مدعى البطلان على حقه في رفعها قبل حكم التحكيم ».

ويظهر من خلال هذه النصوص المتقدمة أن حق ذوي الشأن في رفع دعوى بطلان حكم التحكيم حق أصيل لا ينال التنازل عنه قبل صدور حكم التحكيم وذلك إلى خطورة النتائج التي تترتب على هذا التنازل وأهمها صدور حكم تحكيم تتخذ فيه عيوب جسيمة *Vices grave*، كالإخلال بحقوق الدفاع أو مخالفة قاعدة متعلقة بالنظام العام.⁽²⁾

وتظهر أهمية هذا المبدأ في أن القوانين الوطنية المذكورة تفترض لقبول دعوى بطلان حكم التحكيم أن يكون نهائياً *définitives*، ويكون حكم التحكيم كذلك، إذا كان الاستئناف غير جائز بسبب التنازل عنه أو عدم الاتفاق عليه صراحة في اتفاقية التحكيم، كما في القانون الفرنسي الوطني، أما القانونين الجزائري والمصري اللذين لم يجيزا الطعن في حكم التحكيم بطرق عادية أو غير العادية⁽³⁾ وبالتالي يكون من الخطورة بمكان اعتداد المشرع بتنازل المحكوم عليه عن الطعن في حكم التحكيم بالبطلان قبل صدوره. لكن ليس ما يمنع من تنازل المحكوم عليه عن الطعن في حكم التحكيم بالبطلان بعد صدوره، لأنه يكون قد اختار عدم التمسك بالجزاء الذي يربته القانون على بطلان الحكم.⁽⁴⁾

1 - حسني المصري، المرجع السابق، ص 484

2 - أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 318 و 319

3 - حسني المصري، المرجع السابق، ص 485

4 - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 233

على أنه يشترط لقبول دعوى بطلان حكم التحكيم أن تتحقق حالة من حالات البطلان التي حددها المشرع على سبيل الحصر، ومع مراعاة أوجه الخلاف اليسير بين تلك الأنظمة بصدد المجالات التي تجيز طلب بطلان حكم المحكمين، يبين أن حالات بطلان حكم التحكيم، تتصل أساسا في مجملها إلى مجموعات ثلاث: الأولى حالات البطلان التي تتعلق باتفاقية التحكيم، والثانية تلك التي تتعلق بإجراءات التحكيم، والثالثة تلك تتعلق بحكم التحكيم.

ويجدر بنا - قبل أن نتعرض بالتفصيل لهذه الحالات - أن ننبه إلى أن هناك اعتباران أساسيان يحكمان دعوى البطلان التي ترفع ضد أحكام التحكيم: الأول: أن المشرع قصد بها إغلاق كافة طرق الطعن الأخرى تبسيطا لإجراءات التحكيم ومنعا من تعدد طرق الطعن، الأمر الذي يترتب عليه ظهور مرحلة جديدة من النزاعات، هي مرحلة من بعد صدور الحكم.

الثاني: أن المشرع وقد جعل من هذه الدعوى الطريق الوحيد لإمكان رقابة القضاء على أحكام التحكيم، فإنه يجب أن تحتوي حالات البطلان على كافة المآخذ الحقيقية التي تعتري حكم التحكيم، وإلا سترتب على القول بغير ذلك انغلاق طرق المراجعة بخصوص بعض أوجه البطلان.⁽¹⁾ وقد بينت القوانين المقارنة حالات دعوى البطلان ضد حكم التحكيم.

بالنسبة للقانون الجزائري فقد وردت حالات البطلان في المادة 1056 حيث نصت على: « 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 الوجاهة،

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

6 - إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي. »

يخضع الطعن بالبطلان في الجزائر إلى نفس الحالات التي يخضع لها الاستئناف، لقد تعددت الحالات التي يمكن عن إثرها اللجوء إلى الطعن بالاستئناف والبطلان، ويكمن ذلك في أن المشرع الجزائري قد أخذ من القانون الفرنسي (المادة 1502 وضعت خمس حالات) والقانون السويسري (المادة 190 التي حددتها بخمس حالات كذلك).

وورد النص على الحالات التي يجوز بسببها رفع دعوى البطلان في مصر في المادة 53 من قانون التحكيم الجديد رقم 27 لسنة 1994 والتي جاءت صياغتها على النحو التالي: « 1- لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية:

- (أ) إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بانتهاء مدته.
 - (ب) إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد 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 لاتفاق الطرفين.
 - (و) إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق 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- وتقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية. ».

أما في فرنسا وبخصوص التحكيم الدولي فقد ورد النص على هذه الحالات في المادة 1502 من قانون الإجراءات المدنية⁽¹⁾ وهذه الحالات هي:

1 - Article 1502 « L'appel de la décision qui accorde la reconnaissance ou l'exécution n'est ouvert que dans les cas suivants :

- 1° Si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée ;
- 2° Si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ;
- 3° Si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ;
- 4° Lorsque le principe de la contradiction n'a pas été respecté ;
- 5° Si la reconnaissance ou l'exécution sont contraires à l'ordre public international.»

«1- إذا صدر حكم التحكيم بدون وجود اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية تحكيم باطلة أو منقضية.

2- إذا تشكلت هيئة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد بالمخالفة لأحكام القانون.

3- إذا فصل المحكم دون أن يلتزم بنطاق النزاع كما حدده المحكم.

4- إذا صدر الحكم بالمخالفة لمبدأ الوجاهية.

5- إذا خالف المحكم إحدى القواعد المتعلقة بالنظام العام الدولي. «

أما بالنسبة لحالات بطلان حكم التحكيم في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي تقترب إلى حد كبير من حالات البطلان لأحكام التحكيم في القانون المقارن. ولقد وردت هذه الحالات في المادة 2/34 من القانون النموذجي حيث نصت على أنه: « لا يجوز للمحكمة القضائية الوطنية المختصة بدعوى البطلان أن تقضي ببطلان أي حكم تحكيم (خاضع للقانون المذكور) ما لم يقدم المدعي الدليل على وجود حالة من حالات البطلان الآتي..... »

وتجدر الإشارة إلى أن حالات البطلان المتقدمة، تماثل من حيث الجوهر أسباب رفض الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها المنصوص عليها في المادة 36 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، وهي نفس الأسباب المقررة في المادة 05 من اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن منع الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها⁽¹⁾، ومع ذلك تجب ملاحظة أن ما قرره القانون النموذجي من بطلان حكم التحكيم أو عدم الاعتراف به أو تنفيذه بسبب عدم قابلية موضوع النزاع للتحكيم، قد يخضع لتفسيرات مختلفة أمام المحاكم الوطنية باختلاف مضمون النزاع من دولة لأخرى من الدول التي ترفع أمام محاكمها دعوى البطلان، ومن جهة أخرى وهي الأهم، فإن الحكم ببطلان حكم التحكيم في الدولة التي صدر فيها هذا الحكم يترتب عليه أثر مانع جامع هو أنه يمنع تنفيذ الحكم المذكور في جميع الدول الأخرى.⁽²⁾

من مجموع هذه النصوص يتضح أن حالات رفع دعوى البطلان - وإن اختلفت في عددها بين القوانين المقارنة - إلا أنها تتشابه إلى حد كبير في مضمونها إلا في بعض التفاصيل الصغيرة. لذا ولتسهيل الدراسة يمكننا تقسيم هذه الحالات إلى مجموعات

1 - حسني المصري، المرجع السابق، ص 512

2 - حسني المصري، المرجع السابق، ص 512

ثلاث. حالة بطلان تتعلق باتفاقية التحكيم، حالات بطلان تتعلق بإجراءات التحكيم وحالات بطلان تتعلق بحكم التحكيم، وسنخص كل حالة بمطلب.

المطلب الأول: حالة البطلان تتعلق باتفاقية التحكيم:

في القانون الجزائري نصت عليها المادة 1056 البند (1) من القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " 1- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية، " أما في القانون المصري فتشمل هذه الطائفة الحالتين المنصوص عليهما في البندين أ، ب من الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 وهما: (أ) إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلان أو قابلا للإبطال أو سقط بإنهاء مدته. (ب) إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرمه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقا للقانون الذي يحكم أهليته .

أما في القانون الفرنسي فقد حددتها المادة 1502 البند 1:

(1) إذا صدر حكم التحكيم بدون وجود اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية تحكيم باطلة أو منقضية. من مجموع هذه الفقرات يمكن القول بأن المشرع في كل من هذه الدول حرص على أن تكون أول الحالات التي تبيح رفع دعوى البطلان هي تلك الحالات التي تمس اتفاقية التحكيم، وهو أمر له مبرره، فاتفاقية التحكيم هي أساس سلطات المحكمين بل هي حجر الزاوية في نظام التحكيم بأكمله، ويكون الهدف من دعوى البطلان في هذه الحالات هو التأكد من صحة الأساس الذي يستمد منه المحكمون اختصاصهم، سواء من حيث المبدأ أو من حيث نطاقه.

وإذا كان المشرع قد أقر مبدأ الاختصاص بالاختصاص الذي يسمح للمحكمين بأن يفصلوا في صحة اختصاصهم فإن سلطتهم في هذا الشأن ليست مطلقة، وإنما تخضع لرقابة قضاء الدولة وهذه الرقابة تقوم بها المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان. والحالات التي تبيح رفع دعوى البطلان وتكون متعلقة باتفاقية التحكيم يمكن تقسيمها إلى عدة أسباب وهي: عدم وجود اتفاقية أصلا، أو وجود اتفاقية تحكيم ولكنها باطلة أو منقضية⁽¹⁾.

¹ - علي بركات، المرجع السابق، ص 48

الفرع الأول: عدم وجود اتفاقية تحكيم Convention inexistante:

وهذا الفرض لا يثور كثيرا في الواقع العملي بعدما أجازت التشريعات الحديثة كافة صور الاتفاقية على التحكيم، وبالرغم من ذلك لا يمنع أحيانا من أن يأتي خصم ويشكك في إبرام هذه الاتفاقية أو تجديدها، أو أن يكون المحكم قد استمد ولايته بالنزاع من مستند لا يُعتبر اتفاقية تحكيم، كما لو استمدها من مستندات التفاوض من خطاب نوايا أو مراسلات لا تستخلص منها أركان اتفاقية التحكيم، ففي مثل هذه الأحوال قد يزعم أحد الطرفين أن المستند أو الورقة لها قيمة عقدية، بينما ينكر الآخر هذه القيمة بدعوى أنها نشأت في المرحلة السابقة وينجح في إثبات ذلك⁽¹⁾، إنما يشترط للحكم ببطلان حكم التحكيم لهذا السبب أن يكون المدعي قد دفع أمام المحكم في اختصاصه، أو رفض المشاركة أصلا في إجراءات التحكيم.⁽²⁾

ومن صور ذلك الخلط بين اتفاقية التحكيم الذي بمقتضاها يخول الطرفان شخصاً آخر مهمة الفصل في النزاع، والعقد الذي يوكلان بمقتضاه شخصا آخر في القيام بعمل قانوني، أو العقد الذي يتفقان بمقتضاه على تعيين خبير لتزويدهما برأيه الفني أو القانوني بشأن عمل معين، وبالتالي يكون المحكم قد قضى خطأ بولايته بالنزاع إذا لم يعد كونه وكيلا أو خبيراً عينه الطرفان بهذا العقد أو ذلك⁽³⁾، ويكون الحكم الذي أصدره باطلا طالما لم يستجيب للدفع الذي أبداه أحد الطرفين أمامه بعدم ولايته على نحو ما قدمنا.

الفرع الثاني: اتفاقية التحكيم باطلة أو منتهية:

لما كان المحكم يستمد ولايته بالنزاع من اتفاقية التحكيم، سواء بصورة شرط أو اتفاق، فإنه يشترط لصحة حكم التحكيم أن تكون الاتفاقية على التحكيم صحيحة *valable*.

أولا: اتفاقية التحكيم باطلة Convention nulle :

الفرض هنا أن اتفاقية التحكيم موجودة، ولكنها باطلة سواء كان بطلانا مطلقا *absolue* أو نسبيا *relative*، وتكون الاتفاقية باطلة لأحد سببين:⁽⁴⁾

1 - حسني المصري، المرجع السابق، ص 488

2 - علي بركات، المرجع السابق، ص 50

3 - حسني المصري، المرجع السابق، ص 488، يشير في الهامش 5 إلى نقض فرنسي صادر بتاريخ: 1978/06/07 و 1962/11/19

4 - علي بركات، المرجع السابق، ص 50

الأول: هو تخلف أحد الشروط العامة اللازمة لوجود اتفاقية التحكيم أو لصحتها باعتبارها عقداً *un contrat* ، وهي الرضا والأهلية والمحل والسبب والمشروعية وخلو الرضا من العيوب التي تفسده كالإكراه والغلط والتدليس، مع مراعاة أن الأهلية اللازم توفرها - هنا - هي الأهلية اللازمة لإبرام اتفاقية التحكيم باعتبارها عقداً ملزماً للجانبين⁽¹⁾، فإذا لم تتوافر أحد هذه الشروط كان عقد التحكيم باطلاً أو قابلاً للإبطال.

الثاني: قد يستند أحد الطرفين في دعوى بطلان الحكم، إلى سبب موضوعي آخر يتعلق بصحة هذه الاتفاقية كتعلقها بمسألة لا يجوز فيها التحكيم أو تتعارض مع النظام العام مثل مخالفات قوانين الصرف، أو القوانين الجمركية أو تلك الموضوعات التي لا يجوز فيها الصلح، كمسألة الأحوال الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب جريمة من الجرائم.⁽²⁾ وعندما ينعقد التحكيم بناء على شرط تحكيم، فإن النزاع قد ينصب على صحة الاتفاقية الأصلي الذي أدرج فيه هذا الشرط، مع ملاحظة ما سبق ذكره من أنه يدخل في سلطات المحكمين الفصل في صحة هذه الاتفاقية، ولكن تحت رقابة المحكمة التي تنظر دعوى البطلان فيما بعد.⁽³⁾

ثانياً: اتفاقية التحكيم منتهية *Convention expirée*:

والمقصود بهذا السبب أن المحكمين أصدروا حكمهم بعد المهلة التي حددها الخصوم في اتفاقية التحكيم، أو التي حددها المشرع في قانون التحكيم، هي اثنا عشر شهراً في القانون المصري، من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، وستة أشهر في القانون الفرنسي وهذا البطلان يستمد مبرراته من طبيعة التحكيم كقضاء خاص يحدد الخصوم مدته. وإنما يشترط لقبول دعوى البطلان لهذا السبب، ألا يكون المدعي قد نزل عن مهلة التحكيم الاتفاقية أو القانونية صراحة أو ضمناً أثناء إجراءات التحكيم، فلم يدفع أمام المحكم، قبل صدور الحكم بانتهاء ولايته بانقضاء تلك المهلة، ويستفاد هذا النزول الصريح أو الضمني من قيام رافع دعوى البطلان بإرسال مذكرة دفاعه أو مستنداته إلى المحكم بغير تحفظ بعد

1 - عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 362

2 - عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الإسكندرية، الجزء الأول، 1998، ص 153

3 - علي بركات، المرجع السابق، ص 51

انتهاء مهلة التحكيم، وقبل صدور حكم التحكيم.⁽¹⁾

المطلب الثاني: حالات البطلان التي تتعلق بإجراءات التحكيم:

تشتمل هذه الطائفة، الحاليتين المنصوص عليهما في البندين (2) و(4) من المادة 1056 من القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وهما:

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

4 - إذا لم يراع مبدأ الوجاهة ،

كما تشتمل هذه الطائفة، الحاليتين المنصوص عليهما في البندين ج، هـ من الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الإجراءات المدنية المصري، وهما حسب الترتيب المنطقي لحدوثهما:

هـ - إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين.

ج - إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلانا صحيحا بتعيين أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته .

كما تشتمل الحاليتين المنصوص عليهما في المادة 1502 من قانون الإجراءات الفرنسي لسنة 1981 البند 02 و04 وهما:

02- إذا تشكلت هيئة التحكيم أو تم تعيين المحكم الوحيد بالمخالفة لأحكام القانون

04 - إذا صدر الحكم بالمخالفة لمبدأ الوجاهية.

وسنخص كل سبب بفرع مستقل.

الفرع الأول: تشكيل هيئة التحكيم على وجه مخالف للقانون:

من المعروف أن المشرع - في قوانين الأنظمة المقارنة - أعطى للخصوم حرية كبيرة في اختبار المحكمين الذين سيتولون الفصل في نزاعهم باعتبارهم أن هذه الحرية هي إحدى مزايا التحكيم، لكنه لم يغفل عن إيراد بعض الشروط الواجب توفرها في شخص المحكم كالتي حددها المشرع الجزائري في الفقرة 01 من المادة 1014 من القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية « لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي، إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية » وفي المادة 1/16 من قانون التحكيم المصري «لا يجوز أن يكون المحكم قاصرا أو محجورا

عليه أو محروما من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جنابة أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره». أو في هيئة التحكيم عند تعدد أطرافها الذي يشترط أن يكون عددهم وترا، وهو الحال في كل من القانون الجزائري (المادة 1017) وفي القانون المصري (المادة 2/15).

لذا فإنه من المتصور رفع دعوى البطلان، إذا صدر حكم من محكم غير كامل الأهلية المدنية أو غير محايد، أو من هيئة تحكيم مكونة من عدد زوجي، أو من هيئة تحكيم حكم برد أحد أعضائها أو عزله أو تحيته دون أن يتم تعيين بديلا له بنفس الطريقة التي تعين بها⁽¹⁾، أو تم تعيينهم بالمخالفة لما اشترطه الخصوم في اتفاقية التحكيم، أو لأن أحد الخصوم هو الذي انفرد بتعيين المحكم الوحيد، أو لأن أحد المحكمين المختارين من جانب الخصوم هو الذي عين الرئيس بمفرده دون مشاركة المحكم الآخر، ومن جهة أخرى فإنه لا تكفي أي مخالفة لاتفاق الخصوم في هذا الشأن، وإنما لابد أن تكون المخالفة خطيرة، حتى لا يفتح باب الطعن بالبطلان بدون مخالفات حقيقية.

كل ذلك ما لم تكن المخالفة متعلقة بالنظام العام في التقاضي، كما هو الشأن بالنسبة لشروط وترية العدد، ففي هذه الحالة يمكن الطعن بالبطلان، ولو سكت الخصم طوال الفترة التي استمرت فيها إجراءات التحكيم.⁽²⁾

الفرع الثاني: عدم احترام حقوق الدفاع ومبدأ الوجاهية:

أولاً: المبدأ: مما لا خلاف عليه أن احترام حقوق الدفاع وأهم تطبيقاته مبدأ الوجاهية يعد من المبادئ الأساسية في التقاضي سواء أمام القضاء أو أمام التحكيم. وينطبق هذا المبدأ على التحكيم سواء كان داخليا أم دوليا سواء كان المحكم مقيدا بقواعد القانون أم مفوضا بالفصل طبقا لقواعد العدالة، لأن هذا المبدأ لا غنى عنه لسير أي خصومة وضمان عدالة الحكم الصادر فيها⁽³⁾، وبالتالي فإذا انعقدت الخصومة بالفعل، فإن هيئة التحكيم تلتزم – احتراما لحقوق الدفاع ومبدأ الوجاهية – بأن تمكن كل خصم من عرض دعواه والدفاع عن مصالحه، وذلك بتمكينه من تقديم كل ما يعني له من طلبات ومستندات واطلاعه على كل ما قدمه خصمه من طلبات وأدلة وأوجه دفاع.

1 - فتحي والي، المرجع السابق، ص 1022

2 - أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص 237

3 - علي بركات، المرجع السابق، ص 57

كما لا يحق من جهة ثانية لهيئة التحكيم، أن تثير مسائل واقعية أو قانونية من تلقاء نفسها، ما لم تدع الخصوم إلى مناقشتها، وقضى تطبيقاً لذلك ببطلان حكم التحكيم الذي قضى بالتعويض وبالفوائد دون أن يستمع إلى وجهة نظر الخصوم بخصوص إضافة الفوائد إلى الحكم الصادر بالتعويض الذي أثارته هيئة التحكيم من تلقاء نفسها.⁽¹⁾

ثانياً: ضوابط تطبيقه: تطبيق مبدأ الوجاهية والقضاء بالبطلان كجزء على مخالفته يتم في إطار الضوابط الآتية:

- 1- أنه يكفي لاحترام مبدأ الوجاهية، أن تكون هيئة التحكيم قد أعطت لكل خصم فرصة كافية لعرض دعواه والدفاع عن مصالحه.
- 2- أنه يدخل في سلطة المحكمة الذي تنتظر دعوى البطلان، تقدير ما إذا كانت المدة الممنوحة للخصم كافية للرد على طلبات وأدلة خصمه أو غير كافية.
- 3- أن الخصم يجب أن يتمسك بمخالفة مبدأ الوجاهية في الوقت المناسب.
- 4- أنه لا يكفي للحكم بالبطلان لمخالفة حقوق الدفاع ومبدأ الوجاهية أن يدعي الخصم ذلك، وإنما لا بد أن يقيم الدليل الفعلي لهذه المخالفة.

المطلب الثالث: حالات البطلان المتعلقة بحكم التحكيم:

- تشتمل هذه الطائفة، الحالات المنصوص عليهم في البنود (3) و(5) و(6) من المادة 1056 من القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وهي:
- 3 - إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها ،
 - 5 - إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب،
 - 6 - إذا كان حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام الدولي.

كما تشمل هذه الطائفة الحالات المنصوص عليها في البنود د، و، ز من الفقرة الأولى المادة 53 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 كما تشمل الحالة الوحيدة الواردة في الفقرة الثانية من نفس المادة وهذه الحالات هي:

- 1- إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضع النزاع.
- 2- إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الإنفاق.

1 - علي بركات، المرجع السابق، ص 56، يشير في الهامش I إلى حكم محكمة استئناف محكمة باريس: Paris : 06 avril 1995 , Rev , arb , 1995 , p448

3- إذا وقع بطلان في حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلانا أثر في الحكم.

4- إذا تضمن الحكم ما يخالف النظام العام في مصر.

كما تضمن قانون الإجراءات الفرنسي الجديد لسنة 1981 هذه الحالات في المادة: 1502 في البندين 3 و5 وهذه الحالات هي:

1- إذا فصل المحكم دون أن يلتزم بنطاق النزاع كما حدده المحكم.

2- إذا خالف المحكم إحدى القواعد المتعلقة بالنظام العام الدولي.

في مجموع هذه النصوص، يتضح أن هيئة التحكيم تلتزم بصدد إصدار الحكم الفاصل في النزاع باحترام نطاق هذا النزاع كما حدده الخصوم، كما تلتزم بتطبيق القانون الذي اتفق الخصوم على تطبيقه، وتلتزم أيضا باحترام القواعد المتعلقة بالنظام العام، وتلتزم أخيرا باحترام النصوص الواردة في قانون التحكيم بخصوص صحة الحكم ذاته كعمل قانوني من حيث شروط صحة إصداره، والبيانات الواجبة، وتسببه تسببا كافيا، وإلا أمكن الطعن في حكمها بالبطلان، إذا ثبت أن مخالفة إجراء معين أثر في الحكم.⁽¹⁾ وسنتناول كل مؤثر من هذه المسائل في فرع مستقل.

الفرع الأول: استبعاد القانون الواجب التطبيق أو تجاوز المحكم لحدود مهمته:

من ابرز مزايا التحكيم أنه يتيح للخصوم الحق في اختيار القانون الذي سيحكم موضوع النزاع الناشئ بينهم، وأن اتفاقية التحكيم هي أساس اختصاص المحكمين، ومصدر سلطانهم، والمفروض أن هذه الاتفاقية حددت الإطار العام لسلطات المحكمين واختصاصهم.

أولا: استبعاد القانون الواجب التطبيق:

إذا اختار الخصوم قانونا معيناً لحكم النزاع التزم المحكومون به، ولن يخرج موقف الخصوم عن احد الفروض الآتية: تحديد القانون الواجب التطبيق أو تفويض المحكمين في فض النزاع طبقاً لقواعد العدالة.⁽²⁾

1. تحديد القانون الواجب التطبيق:

وهذا الفرض هو الأكثر وقوعاً في العمل، حيث يحرص الخصوم على تحديد القانون

¹ - علي بركات، المرجع السابق، ص 66

² - علي بركات، المرجع السابق، ص 64

الواجب التطبيق باعتبار أن هذا التحديد هو أحد مزايا اللجوء إلى التحكيم، وبالتالي على المحكم أن يحترم القانون الموضوعي الذي حدده الطرفان في اتفاقية التحكيم للتطبيق على موضوع النزاع⁽¹⁾، فإذا استبعد المحكم تطبيق هذا القانون، فإنه يكون قد جاوز حدود مهمته، حين يبني حكمه على قانون موضوعي آخر، مما يستتبع بطلان هذا الحكم، ويؤسس البعض هذا البطلان على أن المحكم المقيد قد اغتصب سلطة المحكم الطليق بالمخالفة لاتفاقية التحكيم.⁽²⁾

2. تفويض المحكمين في فض النزاع طبقا لقواعد العدالة:

حيث يترتب على شرط التفويض بالصلح حسب نص المادة 1050 من القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، والمادة 4/39 من القانون المصري والمادة 1495 من القانون الفرنسي، إعطاء المحكمة سلطة استبعاد القواعد الموضوعية في القانون والفصل في النزاع طبقا لقواعد العدل والإنصاف، " أو ما سماها المشرع الجزائري قواعد القانون والأعراف ".⁽³⁾

ثانيا: تجاوز المحكم لحدود مهمته كما بينها اتفاقية التحكيم:

يعتبر هذا السبب من الأسباب التي تتسع لكثير من حالات البطلان، وسبب عمومية هذه الحالة أن اتفاقية التحكيم هي أساس اختصاص المحكمين، ومصدر سلطتهم، والمفروض أن هذه الاتفاقية حددت الإطار العام لسلطات المحكمين واختصاصهم، والذي ينبغي عليهم احترامه وإلا اعتبروا متجاوزين لحدود مهمتهم، وتحدث في هذا السبب على حالتين، هما مخالفة التنظيم الإجرائي للخصومة كما حدده الخصوم، ومخالفة موضوع النزاع كما حددته اتفاقية التحكيم.⁽⁴⁾

1: مخالفة التنظيم الإجرائي للخصومة كما حدده الخصوم:

تنص المادة 1043 من القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالقول: « يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم،

1 - فتحي والي، المرجع السابق، ص 05

2 - عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 238

3 - عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 54

4 - علي بركات، المرجع السابق، ص 74

الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم. «
وتنص المادة 25 من القانون المصري على « لطرفي التحكيم الاتفاق عن الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم..... ».

من خلال هذه النصوص يتبين أن المشرع أعطى للخصوم حرية تحديد إجراءات التحكيم بما يتوافق مع ظروف النزاع الناشئ بينهم، فإذا لم يتفقوا على إجراءات معينة تولت هيئة التحكيم نفسها تحديد هذه الإجراءات، غير أن الواقع العملي أثبت أن أطراف التحكيم نادرا ما يستعملون هذه الرخصة تاركين هذا الأمر إلى هيئة التحكيم نفسها.⁽¹⁾
ومع ذلك فإنه لو حدث واتفق الخصوم على إجراءات يسير عليها المحكمون، فإن هؤلاء يلتزمون بها⁽²⁾ وإلا تعرض حكمهم للبطلان لعدم التزامهم بحدود مهمتهم، وينطبق نفس الحل إذا اشترط الخصوم تطبيق القواعد والإجراءات الواردة في إحدى قوانين الإجراءات، ونفس الحل إذا اكتفى الخصوم بالإحالة إلى لائحة غرفة تحكيم معينة، ففي هذه الحالة تندمج نصوص لائحة غرفة التحكيم المختارة في اتفاقية التحكيم وتصبح لها طبيعة تعاقدية.

والواقع أن شرط التفويض بالصلح، يعني أن الخصوم أركنوا إلى ضمائر المحكمين عند الفصل في النزاع، ليفقدوا طبقا لخبراتهم وما استقر في نفوسهم من معاني العدالة. الحل الذي يروونه عادلا ومنصفا بالنظر للظروف المحيطة بهذا النزاع، وهذا يعني تفويضهم بالبحث عن العدالة دون التقيد بأي نص قانوني.

وأعمالا لهذه السلطة يملك المحكمون - وهم بصدد الفصل في النزاع - البحث عن العدالة في أي مصدر من مصادر القانون، لذا استقر الرأي⁽³⁾ على أن سلطة المحكم المفوض بالصلح في استبعاد قواعد ليست سوى رخصة وأنه يملك تطبيق نصوص القانون رغم ذلك إذا وجد أن العدالة التي يبحث عنها تكمن في التطبيق الحرفي لهذه

1 - علي بركات، المرجع السابق، ص 64

2 - عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 341

3 - علي بركات، المرجع السابق، ص 64 يشير في الهامش إلى آراء كل من: فتحي والي، الوسيط في قانون

القضاء المدني، ص 998 وعزمي عبد الفتاح، التحكيم في القانون الكويتي، ص 242

النصوص، وأنه لا يمكن مؤاخذة المحكم المفوض بالصلاح لمجرد أنه طبق قواعد القانون رغم أنه معفى من تطبيقها.

2: تفويض المحكمين في تحديد القانون الواجب التطبيق:

يمكن أن يكون هذا التفويض صريحا، وذلك بالنص عليه صراحة في اتفاقية التحكيم أو في وثيقة تحديد مهمة المحكمين التي تبرم عادة بعد حدوث النزاع، وقد يكون التفويض ضمنيا مستمدا من عدم تحديد الخصوم لقانون معين لحكم نزاعهم، لا في اتفاقية التحكيم ولا في وثيقة تحديد مهمة المحكمين.

ولا يثير هذا الفرض كثير من المشاكل، لأن الخصوم لم يحددوا قانونا معيناً لحكم نزاعهم حتى يمكنهم الادعاء بأن المحكمين استبعدوه، فلا يمكنهم النعي على حكمهم طبقاً لهذا السبب⁽¹⁾، وهو ما قننه بالفعل المشرع الجزائري في المادة 1050 من القانون رقم 09/08 - المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالقول: « تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة ».

واشترط القضاء الفرنسي لإبطال حكم المحكمين طبقاً لادعاء أحد الخصوم أن المحكمين خالفوا أحد الإجراءات التي كان من الواجب إتباعها أن تكون المخالفة من الجسامة بحيث تعد إخلالاً بحق الدفاع، أو تؤثر في الحل الذي سينتهي إليه النزاع، وهو ما قضت به محكمة استئناف باريس⁽²⁾.

3: مخالفة موضوع النزاع كما حدده الخصوم:

يتحدد موضوع النزاع إما في اتفاقية التحكيم، وإما في بيان الدعوى الذي ينبغي أن يرسله المدعي إلى المدعى عليه في حالة التحكيم الناشئ عن شرط التحكيم، وفي الحالتين ينبغي أن يلتزم المحكم بنطاق النزاع كما حدده الخصوم، فلا يفصل في شيء لم يطلبه الخصوم، وفي نفس الوقت عليه أن يفصل في كل ما طلبه الخصوم، وإلا أمكن الطعن على حكمه بالبطلان لتجاوز نطاق النزاع، كما حدده الخصوم استناداً إلى المادة 1056 بند (3) من القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون

1 - إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 242

2 - علي بركات، المرجع السابق، ص 56 يشير في الهامش 1 إلى حكم محكمة استئناف محكمة باريس:

Paris : 28 fév 1980 , rev,arb ,1995 , 448

الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، والمادة 1/53 من قانون التحكيم المصري والمادة 1502 بند (3) من القانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

الفرع الثاني: وقوع بطلان في حكم التحكيم أو مخالفته للنظام العام:

أجاز المشرع في الأنظمة المقارنة الطعن في حكم المحكمين بالبطلان إذا شاب حكم التحكيم عيب من عيوب المنصوص عليها على سبيل الحصر في قوانينها، أو خالف قواعد النظام العام.

أولاً: وقوع بطلان في الإجراءات التي تسبق حكم التحكيم أو في الحكم نفسه:

هذا السبب أيضا يتسم بالعموم، وقد قصد به المشرع المصري تحديد الجزاء على مخالفة القواعد التي حددها لإصدار حكم التحكيم ذاته، كما قصد به أيضا تحديد الجزاء على مخالفة الإجراءات التي تسبق إصدار الحكم إذا كان من شأنها التأثير على صحة الحكم ذاته.

1: بطلان الإجراءات التي تسبق الحكم:

هذا السبب يتسع ليشمل كافة المخالفات التي تحدث أثناء سير إجراءات التحكيم منذ تشكيل هيئة التحكيم حتى اجتماعها للمداولة وإصدار الحكم، العديد من الأسباب تطرقنا إليها في أسباب البطلان السابقة، ولم يتبق إلا مخالفة الإجراءات التي نص عليها المشرع لتطبق على خصومة التحكيم، بشرط أن يترتب على مخالفتها بطلان حكم التحكيم نفسه⁽¹⁾، ومن أمثلتها صدور حكم رغم توافر إحدى حالات انقطاع الخصومة المنصوص عليها في المادة 38 من قانون التحكيم المصري، ومن أمثلتها أيضا القاعدة التي تقضي بضرورة اشتراك جميع المحكمين في اتخاذ جميع الإجراءات لإثبات ما لم يكونوا قد ندبوا أحدهم لاتخاذ إجراء معين التي نص عليها المشرع الفرنسي في المادة 1464 الفقرة 01.

2: وقوع بطلان في حكم التحكيم نفسه:

وقد قصد المشرع بذكر هذه الحالة لمواجهة كافة العيوب التي يمكن أن تلحق بحكم التحكيم كعمل قانوني، سواء في ذلك قواعد إصداره أو البيانات الواجب توافرها فيه. **أ/ البطلان لمخالفة قواعد إصدار الحكم:** تنحصر قواعد إصدار حكم التحكيم في صدوره بالأغلبية بعد مداولة بين جميع المحكمين دون حاجة النطق به، حيث تنص المادة 40 من

¹ - حفيظة السيد الحداد، ص 199

قانون التحكيم المصري على أن « يصدر حكم هيئة التحكيم المشكلة من أكثر من محكم بأغلبية الآراء بعد مداولة تتم على الوجه الذي تحدده هيئة التحكيم ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك »، وبالتالي

لا يجوز أن يصدر الحكم بدون مداولة⁽¹⁾، وإلا حكم على حكم التحكيم بالبطلان.

ب/ البطلان لمخالفة البيانات الواجبة في الحكم:

الواقع أن المشرع قد حدد بيانات خاصة يجب ذكرها في حكم التحكيم، فإنه يكون قد قصد إلزام المحكمين بذكر هذه البيانات وإلا كان الحكم باطلا، إلا أنه إذ أمكن تفادي هذا البطلان بخصوص بعض البيانات وذلك بتكملة النقص أو تصحيح الخطأ الذي شابها من محاضر جلسات التحكيم، فإنه لا يحكم بالبطلان لأن مثل هذه القاعدة معمول بها في القضاء، فتطبق من باب أولى على التحكيم، ويبدو تطبيق هذه القاعدة منطقيا بالنسبة للبيانات الخاصة بالخصوم والمحكمين.⁽²⁾

أما فيما يخص توقيع المحكمين فيجب أن يشتمل الحكم عليها وإلا كان باطلا، وهذه المسألة ليست محل خلاف لأن هذا التوقيع هو الذي يفيد اشتراك المحكم في إجراءات التحكيم وحضوره المداولة وإبداء رأيه، بالإضافة إلى ذلك فإنه يجب:

ب1_ اشتمال الحكم على صورة من اتفاقية التحكيم: وهذا البيان تطلبه المشرع للتحقق من حدود سلطة المحكمين المستمدة من هذه الاتفاقية، لذا وجب البطلان لحكم التحكيم.

ب2_ تسبب أحكام التحكيم: التسبب في القانون الجزائري من حالات البطلان لحكم التحكيم، وهي الحالة (5) من المادة 1056 من القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية « إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب »، لذا يقع باطلا حكم التحكيم الذي صدر بدون تسبب أو إذا كان التسبب غير كاف أو إذا تضاربت الأسباب، كما أوجبت المادة 1/43 من قانون التحكيم المصري على 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.

1 - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 203

2 - أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص 182

ثانياً: مخالفة حكم التحكيم للنظام العام:

إذا كان المشرع يجيز الطعن بالبطلان في حكم التحكيم إذا خالف المحكمون إحدى قواعد التحكيم إذا أضرت هذه المخالفة بحقوق الخصوم، فإنه يجيز - من باب أولى - أن ترفع هذه الدعوى إذا خالف حكم التحكيم النظام العام، فقد أجاز المشرع الجزائري رفع دعوى البطلان في حالة مخالفة حكم التحكيم النظام العام وليس النظام العام الوطني في المادة 1056 البند (6) من القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث وردت هذه العبارة في القانون الفرنسي (الحالة الخامسة) من المادة 1502، كما أن المشرع المصري أفرد هذه الحالة في فقرة خاصة من المادة 53 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 ليس باعتبارها إحدى حالات الطعن بالبطلان في حكم التحكيم فقط، وإنما ألحق بها القاعدة الملازمة لها، وهي حق المحكمة التي تنظر دعوى البطلان في أن تقضي بهذا البطلان من تلقاء نفسها.⁽¹⁾

ولا شك في صعوبة تحديد هذه القواعد، لغموض فكرة النظام العام ذاتها سواء الوطني أو الدولي، واختلافها من دولة إلى أخرى، ولعل تطابقها مع النصوص الآمرة في القانون، الأمر الذي يلقي عبء تحديد هذه القواعد على عاتق القاضي الذي سينظر دعوى البطلان، وتثور هذه الفكرة بصفة خاصة عندما يكون المحكم مفوضاً بالصلح، حيث لا يملك المحكم بتلك الصفة استبعاد القواعد المتعلقة بالنظام العام، ومن أمثلتها القوانين التي تمس الاقتصاد القومي، كتلك التي تتعلق بتنظيم بعض الأسواق المالية⁽²⁾ أو تنظيم كيفية تصفية أموال المفلس أو تحديد سعر الفائدة المحددة قانوناً⁽³⁾، هكذا تتحدد حالات البطلان في القوانين الأنظمة المقارنة فإذا توفرت إحداها حق للخصم صاحب المصلحة أن يرفع دعواه أمام القضاء طالبا بطلان الحكم. فما هي إجراءات رفع دعوى البطلان؟ وما هي قواعد الفصل فيها؟ هذا هو موضوع المطالبين الآخرين.

¹ - أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص 185

² - علي بركات، المرجع السابق، ص 93 يشير في الهامش إلى حكم محكمة استئناف محكمة باريس: Paris : 02/012/1978 , Rev , arb , 1979 , 246

³ - علي بركات، المرجع السابق، ص 93 يشير في الهامش إلى حكم محكمة استئناف محكمة باريس: Paris : 03/11/1977 , Rev , arb , 1978 , 486, Paris : 09/06/1978 , Rev , arb , 1978 , 476

المطلب الرابع: إجراءات دعوى البطلان وقواعد الفصل فيها:

لم يرد في القانون الجزائري ولا المصري تنظيمًا شاملاً لإحكام دعوى البطلان، حيث اقتضت المادة 1059 جزائري والمادة 54 مصري على تحديد ميعاد رفع دعوى البطلان وتحديد المحكمة المختصة بنظرها، كما اقتضت المادتين 1060 من القانون الجزائري و57 مصري من نفس القوانين على ذكر أثر رفع هذه الدعوى على تنفيذ حكم التحكيم. فلم يحدد لا المشرع الجزائري ولا المشرع المصري سلطات المحكمة التي تنتظر دعوى البطلان، وأثر الحكم الصادر ببطلان حكم التحكيم على اتفاقية التحكيم أو على مبدأ اللجوء إلى التحكيم. وسنتناول ذلك في فرعين مستقلين، الفرع الأول نخصه لإجراءات رفع دعوى البطلان والمحكمة المختصة أما الفرع الثاني فنخصه لقواعد نظر دعوى البطلان والفصل فيها.

الفرع الأول: إجراءات رفع دعوى البطلان والمحكمة المختصة:

حتى تقبل دعوى البطلان، لا بد من إتباع الإجراءات القانونية لرفعها، وتحديد المحكمة المختصة بنظر هذه الدعوى.

أولاً: إجراءات رفع دعوى البطلان:

ترفع دعوى البطلان بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، بعريضة مكتوبة موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه أمام المحكمة المختصة، ثم تبلغ للطرف الآخر لشخصه أو في موطنه عن طريق المحضر القضائي، ويجب أن تشمل هذه الدعوى على أسباب البطلان وإلا كانت باطلة⁽¹⁾ ويجب أن ترفع الدعوى في الميعاد الذي حدده المشرع خلال شهر من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر القاضي بالتنفيذ بالنسبة لقانون التحكيم الجزائري حسب المادة 1059 « يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 1058 أعلاه، أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه. ويقبل الطعن ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم. لا يقبل هذا الطعن بعد أجل شهر واحد (1) من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ. » وتسعون يوماً في القانون المصري تبدأ من تاريخ إعلان التحكيم للمحكوم عليه (المادة 1/54) من القانون 27 سنة 1994 « ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال التسعين يوماً التالية لتاريخ

إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه ولا يحول دون قبول دعوى البطلان نزول مدعي البطلان عن حقه في رفعها قبل صدور حكم التحكيم. ».

وقد أثار هذا النص جدلاً بين الفقهاء، سواء من حيث المدة نفسها أو من حيث بداية سريانها، فمن حيث المدة نفسها، رأى البعض⁽¹⁾ أنها طويلة لا تتناسب نظام التحكيم وما يتطلبه من سرعة، في حين رأى البعض الآخر⁽²⁾ أنها مفيدة إذا قورنت بالوضع الذي كانت عليه دعوى البطلان في القوانين السابقة، حيث لم تحدد قوانين الإجراءات التي سبق لها تنظيم هذه الدعوى أي مدة لها.

كما يرى الدكتور علي بركات في مؤلفه الطعن في أحكام التحكيم الصفحة 97، أن المشرع بالغ بعض الشيء في تحديد هذه المدة، صحيح أن دعوى البطلان هي طريق الطعن الوحيد في مجال التحكيم، لكن هذا لا يبرر هذه المدة الطويلة نسبياً والتي لا تتناسب مع فلسفة نظام التحكيم وخصوصاً في مجال التحكيم التجاري الدولي الذي يستلزم السرعة في حسم النزاعات دعماً لاستحکام المعاملات.

ومن ناحية بداية سريان هذه المدة، فإن المشرع الجزائري حددها بشهر من بداية التبليغ الرسمي لأمر القاضي بالتنفيذ، طبعاً هذا التبليغ يكون عن طريق المحضر القضائي لاعتبارين: الأول هو أنه تأكد علم المحكوم عليه بصدور الحكم عليه بتوقيع صادر منه لا يمكنه إنكاره، الثاني أن هذا الحل هو الأكثر توافقاً مع نظام التحكيم وخاصة في مجال التجارة الدولية الذي لجأ إليه الطرفان بإرادتهما، بالإضافة إلى ما يوفره هذا الحل من سرعة وسرية مطلوبة في مجال التحكيم.⁽³⁾

ويتم حساب المدة المذكورة طبقاً للقواعد العامة في حساب المواعيد، على أن يضاف إليها ميعاد المسافة طبقاً لنفس هذه القواعد.

وينقضي حق الخصم في رفع دعوى البطلان بمرور المدة المذكورة، كما يسقط حقه في رفعها بقبول الحكم أو ضمناً طبقاً للقواعد العامة في القبول المسقط للحق في الطعن أمام القضاء، ولا شك أن قيام المحكوم عليه بتنفيذ الحكم الصادر ضده اختياراً يعد قبولاً

1 - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 231 و د. عبد الحكيم مصطفى المرجع السابق، 165

2 - إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 226

3 - مختار بريري، المرجع السابق، ص 255

منه لهذا الحكم، يسقط حقه في الطعن ما لم يكن سبب الطعن هو مخالفة النظام العام.⁽¹⁾ بالنسبة للقانون الجزائري، فإن مجرد رفع الدعوى البطلان واجل تقديمها يرتب وقف تنفيذ حكم التحكيم حسب ما جاء في المادة 1060 من القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية « يوقف تقديم الطعون وأجل ممارستها، المنصوص عليها في المواد 1055 و 1056 و 1058 تنفيذ أحكام التحكيم. » وكذلك بالنسبة للقانون الفرنسي فإنه يرتب على مجرد رفع دعوى البطلان وفق تنفيذ الحكم (حسب المادة 1/1486 من القانون الفرنسي).

أما بالنسبة للقانون المصري، فإنه لا يترتب على مجرد رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم، إنما ينبغي على الخصم - إذا أراد وقف تنفيذ الحكم الصادر ضده - أن يطلب ذلك صراحة في نفس عريضة الدعوى، وأن يستند في طلبه إلى أسباب جديّة، وللمحكمة التي تنظر دعوى البطلان سلطة تقديرية في إجابة هذا الطلب أو رفضه، فإذا أمرت بوقف التنفيذ فإن عليها أن تفصل في دعوى البطلان خلال ستة أشهر من تاريخ الإنشاء صدور هذا الأمر حسب المادة 57 من القانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994. « لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف.... ».

وفقا للمادة 3/34 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي: لا يجوز تقديم طلب بطلان حكم التحكيم بعد انقضاء ثلاثة أشهر من يوم تسلم الطرف صاحب الطلب حكم التحكيم⁽²⁾، أو من اليوم الذي فصلت فيه محكمة التحكيم في الطلب الذي قد قدم بموجب المادة 33 إذا كان قد قدم مثل هذا الطلب. ويقصد به طلب تفسير حكم التحكيم أو تصحيحه أو إصدار حكم إضافي، يفصل فيما اغفل الحكم الأصلي الفصل فيه من طلبات، على أن يكون جديرا بالاعتبار أن «الطعن» في حكم التحكيم بالبطلان. في ظل القانون النموذجي يعني «الهجوم» الشديد هذا الحكم، وليس مجرد التعبير عن

1- إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 116

2 - حسني المصري، المرجع السابق، ص 512

عدم الاقتناع به⁽¹⁾

ثانياً: المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان:

بالنسبة للقانون الجزائري، فقد حددت المادة 1059 المحكمة المختصة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم الصادر في الجزائر بالقول « يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 1058 أعلاه، أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه.....»، أما بالنسبة للمحكمة المختصة بالفصل في دعوى بطلان حكم التحكيم في فرنسا، هي محكمة الاستئناف التي يقع في دائرتها المكان الذي صدر فيه حكم التحكيم حسب المادة 1485 إجراءات فرنسي. كما حددت المادة 2/54 من القانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 المحكمة المختصة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم التجاري الدولي بالقول: « تختص بدعوى البطلان في التحكيم التجاري الدولي المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون وفي غير التحكيم التجاري الدولي يكون الاختصاص لمحكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع.».

وبالعودة للمادة 09 من القانون المصري التي أحالت إليها المادة 54 من نفس القانون، يتبين أنه ينعقد الاختصاص بنظر دعوى البطلان لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى، وذلك سواء جرى التحكيم في مصر أم في الخارج. وبذلك يكون المشرع الجزائري والمشرع المصري قد أخذاً باتجاه المشرع الفرنسي نحو اختصاص محكمة الدرجة الثانية بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم. أم بالنسبة للقانون النموذجي فقد جعلت المادة 2/34 منه الاختصاص بدعوى بطلان حكم التحكيم للمحكمة المنصوص عليها في المادة 06 من نفس القانون، ووفقاً لهذه المادة (السادسة) « تحدد كل دولة تصدر هذا القانون النموذجي المحكمة أو المحاكم أو السلطة الأخرى، عندما يشار إلى تلك السلطة في ذلك القانون، المختصة بأداء هذه الوظائف. » ووفقاً للفقرة 04 من المادة 34 من القانون النموذجي « يجوز لهذه المحكمة، عندما يطلب منها إلغاء قرار تحكيم، أن توقف إجراءات الإلغاء، إذا رأت أن الأمر يقتضي ذلك وطلبه احد الطرفين، لمدة تحددها هي كي تتيح لهيئة التحكيم لاستئناف إجراءات التحكيم أو اتخاذ أي إجراء آخر من شأنه، في رأيها أن يزيل الأسباب التي بني عليها طلب الإلغاء.».

1 - لم يحدد القانون النموذجي شكلاً معيناً لهذا الطلب، لذا ترك تحديد هذا الشكل القانوني للدولة التي يقدم الطلب إلى إحدى محاكمها القضائية المختصة.

وهكذا تجيز المادة 2/34 من القانون النموذجي المذكور للمحكوم عليه في حكم التحكيم أن يطلب إخضاع هذا الحكم لرقابة القضاء، وهي الرقابة التي تتم بلجوهه إلى المحكمة أو السلطة القضائية المختصة التي تدخل ضمن أجهزة النظام القضائي لدولة من الدول. لكن لا يعني ذلك حرمان أي طرف من اللجوء إلى محكمة تحكيم من الدرجة الثانية إذا كان الطرفان قد اتفقا على ذلك في اتفاقية التحكيم، وذلك حسبما يجري عليه العمل في بعض أنواع التجارة الدولية المتعلقة بأنواع خاصة من السلع الأساسية الإستراتيجية.⁽¹⁾

الفرع الثاني: قواعد نظر دعوى البطلان والفصل فيها:

تتظر دعوى البطلان كأى دعوى عادية أمام إحدى دوائر المحكمة المختصة بها، فما هي القواعد التي حددها المشرع لنظر دعوى البطلان، وكيف يتم الفصل فيها؟
أولاً: قواعد نظر دعوى البطلان:

لم يحدد المشرع على أي أساس ستنظر المحكمة هذه الدعوى. وما هي حدود سلطاتها في هذا الصدد؟، بمعنى هل يرفع الطعن إلى المحكمة لتعيد النظر فيه من كافة جوانبه الواقعية والقانونية على نحو الذي تقوم به محكمة الاستئناف عندما تتظر نزاعاً بوصفها محكمة ثاني درجة؟ أم أن دور المحكمة يتشابه مع دور المحكمة التي تتظر التماس إعادة النظر، الذي يقتصر على النظر في السبب الذي رفع بشأنه الالتماس؟
الإجابة على هذا التساؤل تتوقف على تحديد طبيعة دعوى البطلان، هل هي طريق طعن عادي أم طريق طعن غير عادي. أم هي ليست أصلاً من طرق الطعن. وإذا لم تكن من طرق الطعن فما هو تكييفها إذن؟

المشرع سواء الجزائري أو المصري أو حتى الفرنسي، نص صراحة على أن أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لقانون التحكيم لا تقبل الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون الإجراءات سواء في ذلك طرق الطعن العادية أو غير العادية.

¹ - حسني المصري، المرجع السابق، ص 514

ثانياً: الفصل في دعوى البطلان:

إذا انتهت المحكمة من نظر دعوى البطلان طبقاً للقواعد السابقة فإن عليها أن تفصل فيها، ويكون حكمها عن احد فرضين:

الفرض الأول: أن ترفض الدعوى، وهي لن تحكم بذلك إلا إذا تأكدت - بعد فحص ملف الدعوى التحكيمية - من عدم صحة السبب أو الأسباب التي استند إليها الطاعن في طعنه، وفي هذه الحالة تأكد صحة حكم التحكيم، ويحق للمستفيد منه أن يشرع في تنفيذه إذا لم يكن قد بدأ بعد. (1)

الفرض الثاني: أن تقبل الدعوى وتحكم ببطلان حكم التحكيم، وفي هذه الحالة تكون عدة تساؤلات.

التساؤل الأول: هل تكتفي محكمة الاستئناف بإبطال الحكم أم تتعدى لنظر النزاع وتفصل فيه؟

تختلف الإجابة عن هذا التساؤل في القانونين الجزائري والمصري عنه في القانون الفرنسي. ففي القانونين الجزائري والمصري تكتفي المحكمة بإبطال الحكم المطعون فيه، ويعود الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل صدوره، وقيل في تأييد هذا الاتجاه أن إعطاء المحكمة سلطة التصدي للفصل في موضوع النزاع يمثل مصادرة لحرية الأطراف الذين قد يفضلون العودة من جديد للتحكيم أو رفع الدعوى أمام القضاء ولكن أمام محكمة أول درجة حتى يمكنهم بالاستئناف فيما بعد أعمالاً لمبدأ التقاضي على درجتين. (2)

أما في فرنسا: فإن المشرع اخذ بقاعدة مخالفة ضمنها المادة 1458 من قانون الإجراءات، بمقتضاها تستطيع المحكمة إذا قضت بالبطلان أن تفصل في موضوع النزاع في الحدود التي كان يملكها المحكم، إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك، ويمتاز هذا الاتجاه بأنه أعطى الاختيار للخصوم فيستطيعوا الاتفاق على الاستبعاد سلطة القضاء والتمسك بالتحكيم (3)، وهذا يقطع في عدم اعتبار الدعوى بالبطلان طريقاً عادياً أو غير عادي للطعن، وإنما هي طريق طعن خاص بأحكام المحكمين قصد بها المشرع مراجعة

1 - علي بركات، المرجع السابق، ص 105

2 - مختار بريري، المرجع السابق، ص 257

3 - علي بركات، المرجع السابق، ص 105

أحكام المحكمين للتأكد من صحتها أو بطلانها قبل أن تدخل حيز التنفيذ باعتبارها احد السندات التنفيذية التي اقرها المشرع.⁽¹⁾

أما فيها يخص السلطات الممنوحة للمحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان، فيرى بعض الفقهاء⁽²⁾ أن أهم ما يميز دعوى البطلان أنها توجه إلى الحكم كعمل قانوني بصرف النظر عما يتضمنه الحكم من خطأ في التقدير، ولذا فان العيوب التي يجوز التمسك بها بدعوى البطلان، يجب أن تكون أخطاء في الإجراء أو عيوب إجرائية، أما الخطأ في التقدير، أي مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله، فإنه مهما كانت جسامته لا يؤدي إلى بطلان الحكم، وبالتالي لا يجيز رفع دعوى ببطلانه، وبالتالي فان المحكمة التي تنظر دعوى البطلان ليس لها أن تتعرض لموضوع حكم التحكيم حتى لو أخطأ المحكم في تفسير القانون أو في تقدير الأدلة والمستندات التي قدمها الخصوم، ويقتصر دور المحكمة عند فحص الطعن **القضاء** ببطلان الحكم إذا تأكدت من وجود المخالفة التي استند إليها الطاعن أو **رفض البطلان** إذا كان الطعن قد قام على غير أساس، وفي الحالتين لا تتعرض لحكم التحكيم فيما قضى به من حيث الموضوع.

التساؤل الثاني: هل يظلوا الخصوم مرتبطين باتفاقية التحكيم بعد القضاء ببطلان حكم

التحكيم، أم أنهم يتحللوا من هذه الاتفاقية، ويحق لأي منهم أن يلجأ بنزاعه إلى القضاء؟
الإجابة على هذا السؤال تتوقف على سبب الحكم بالبطلان فإذا كان هذا السبب يمس اتفاقية التحكيم بما يبطله، فان الخصوم يتحللون من هذه الاتفاقية، ويحق لأي منهم اللجوء إلى القضاء، أما إذا كان سبب الحكم بالبطلان لا يمس اتفاقية التحكيم فان الخصوم يظلوا ملتزمون بها، ما لم يتفقوا صراحة أو ضمناً على التحلل منها.⁽³⁾

التساؤل الثالث: هل يجوز الطعن في الحكم الصادر في دعوى البطلان؟

يرى جانب من الفقه⁽⁴⁾ أن الحكم الصادر في دعوى البطلان يقبل الطعن فيه بطرق الطعن غير العادية، كالطعن بالنقض، مثله في ذلك مثل أي حكم يصدر من المحكمة التي تنظر دعوى البطلان، وذلك إذا تحققت في هذا الحكم الشروط التي تتيح الطعن فيه بهذا

1 - احمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص 230

2 - فتحي والي، المرجع السابق، ص 1019 و د. مختار بريري، المرجع السابق، ص 241

3- فتحي والي، المرجع السابق، ص 1026

4- حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 246

الطريق. ولا يصح التصدي هنا بنص المادة 52 من قانون التحكيم المصري التي تمنع الطعن في أحكام التحكيم بأي طريق، لأن الطعن هنا لا ينصب على الحكم التحكيم ذاته وإنما على الحكم الصادر في دعوى البطلان التي رفعت ضد هذا الحكم.⁽¹⁾

من خلال ما قدم يظهر أن التشريعات الحديثة قد راعت - وهي بصدد تنظيم طرق الطعن في هذه الأحكام - اعتبارين أساسيين:

الأول: هو ضرورة فتح باب مراجعة حكم التحكيم باعتباره في المقام الأول عملاً بشرياً

الثاني: عدم التوسع في طرق الطعن ضد هذه الأحكام مراعاة للطبيعة الخاصة لنظام التحكيم والغرض منه.

وتماشياً مع هذين الاعتبارين، اتجهت التشريعات الحديثة إلى عدم إخضاع أحكام التحكيم لنفس طرق الطعن التي تخضع لها أحكام القضاء، وقررت لها طرق طعن خاصة تتناسب مع طبيعتها، تمكن الخصم المتضرر منها من مراجعتها بواسطة القضاء دون أن تضحي بالمزايا التي حصل عليها التحكيم.

وقد سلك المشرع الجزائري والمشرع المصري ومن قبلهما المشرع الفرنسي في إخضاع أحكام التحكيم لطريق طعن خاص ووحيد هو دعوى البطلان الأصلية التي نظمت أحكامها المواد 1056 و 1058 و 1059 من القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالنسبة للقانون الجزائري والمادتان 53 و 54 من قانون التحكيم الجديد رقم 27 لسنة 1994 بالنسبة للقانون المصري والمادة 1502 من قانون الإجراءات الفرنسي الجديد لسنة 1981.

كما لا حزننا أن المشرع في كل من هذه الأنظمة حاول حصر كافة المآخذ التي يمكن أن تعتري حكم المحكمين، لأن عدم حصر هذه المآخذ يؤدي إلى انغلاق طرق المراجعة بخصوص بعض أوجه البطلان، وهو مالا يجوز، لكن من المنفق عليه أن الحالات الواردة بخصوص دعوى البطلان قد وردت على سبيل الحصر، إلا أن هذا التحديد لا يحول دون التفسير الموسع للحالات التي ورد النص عليها بالفعل، لأن هذا التفسير هو الذي يتماشى مع قصد المشرع من حصر طرق الطعن ضد أحكام التحكيم في طريق واحد جامع هو دعوى البطلان.

المبحث الثالث: الرقابة القضائية على حكم المحكمين عن طريق الأمر بالتنفيذ:

ليس ما يستفيد قيام المحكوم عليه أمام المحاكم القضائية بتنفيذ الحكم الصادر ضده بمجرد النطق به وقبل تذييله بالصيغة التنفيذية، وهو ما قد يحصل عندما يشعر المحكوم ضده أن هذا الحكم قد جسد وجه الحقيقة في النزاع، مما يستدعي قيامه بتنفيذه بوحى من ضميره حتى لو لم يطلب المحكوم له تنفيذه جبرا، لكن ذلك وإن كان يحصل استثناء مما يجري عليه العمل في الواقع القضائي، الذي غالبا ما يحترم فيه الخصام بين الطرفين في الحكم القضائي إثر صدوره لصالح أحدهما ضد الآخر، ويجعل المحكوم ضده يقف بالمرصاد للمحكوم له ويحاول جاهدا التخلص من تنفيذ الحكم بكل الطرق، فإن الأصل في شرعية نظام التحكيم أن يحصل تنفيذ حكم التحكيم تنفيذا اختياريا أو وديا *exécution amiable* من قبل المحكوم ضده استجابة للطابع التعاقدى.⁽¹⁾

فإذ يسود في التحكيم، المبدأ الذي بمقتضاه تنتهي ولاية المحكمين بالنزاع بمجرد صدور حكم التحكيم، ومن ثم تغل يدهم عن الخصومة، فإن تنفيذه لا يتوقف على إيداعه بل على الموقف الذي يتخذه الطرفان منه، فإما أن يقوموا بتنفيذه تنفيذا وديا متى اتفقا على ذلك، وإما أن لا يحض الحكم بهذا التنفيذ الودي، وحينئذ لا يكون هناك مناص أمام المحكوم له سوى طلب تنفيذه جبرا⁽²⁾، وفي الأنظمة القضائية المقارنة التنفيذ الجبري لحكم المحكمين له متطلب سابق يتمثل في صدور أمر بالتنفيذ من القاضي المختص قانونا.

المطلب الأول: أساس الرقابة القضائية على حكم المحكمين عن طريق الأمر بالتنفيذ:

في صدد التعريف بالأمر بالتنفيذ، قيل أنه الإجراء الذي يصدر من القاضي المختص قانونا ويأمر بمقتضاه بتمتع حكم المحكمين وطنيا أو أجنبيا بالقوة التنفيذية، ومن ثم فهو يمثل نقطة الالتقاء بين القضاء الخاص والقضاء العام.⁽³⁾

في الأنظمة القضائية (المقارنة) يمثل وجوب إصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين قبل تنفيذه أو الطعن فيه قاعدة خاصة بأحكام المحكمين، لا يعمل بها بصدد الأحكام الصادرة عن قضاء الدولة.

1 - عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق ص 340

2 - حسني المصري، المرجع السابق، ص 520

3 - عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 343

وارتباطا بالهدف من هذه الدراسة يكون من المنطقي إثارة التساؤل حول أساس الرقابة القضائية على حكم المحكمين عن طريق الأمر بتنفيذه، وفي هذا الصدد يرى جانب من الفقه⁽¹⁾ أن الرقابة القضائية على حكم المحكمين عن طريق الأمر بتنفيذه هو كون المحكم لا يستمد سلطته إلا من اتفاق الخصوم على التحكيم باعتباره وسيلة اتفاقية للتقاضي بطريق خاص، ومن ثم أراد المشرع أن يرافق عمله، وأوجب قبل تنفيذ حكمه وقبل وضع الصيغة التنفيذية عليه من جانب قلم كتاب المحكمة، أن يخضع لرقابة وإشراف قاضي التنفيذ كإجراء تمهيدي يسبق وضع الصيغة التنفيذية، وذلك لمجرد التحقق من أن الحكم قد صدر بالفعل تنفيذا لاتفاقية التحكيم، وأن المحكم قد راعى الشكل الذي يتطلبه منه القانون.

ويرى جانب آخر من الفقه⁽²⁾ أن استلزام القانون أن يصدر الأمر بتنفيذ حكم المحكمين إلى الولاية القضائية كأصل عام مقرر للقضاء ولذلك جعل المشرع من القضاء جهة رقابة على أعمال المحكمين للتأكد من شرعية أعمالهم بمعنى أن المشرع استلزم تدخل السلطة العامة لجعل حكم المحكمين سندا تنفيذيا عن طريق الأمر بتنفيذه.

كما يرى جانب أخرى من الفقه⁽³⁾ أن القانون قد تطلب استصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين في جميع الحالات، لأن المحكمين ليس لهم سلطة الأمر التي يتمتع بها قضاء الدولة، ومن ثم كان من اللازم تدخل قاضي الدولة ليعطي قوة تنفيذية لحكم المحكم عن طريق الأمر بالتنفيذ.

ومما تقدم يتبين أن فقه الإجراءات المدنية لم يختلف اختلافا جوهريا في صدد بحثه عن أساس الرقابة القضائية على المحكمين عن طريق الأمر بتنفيذه، إذ ارتبط هذا الأساس لديه بكون حكم المحكمين قضاء خاص، يستند إلى الاتفاقية على التحكيم، ولا يستمد أية قوة من السلطة العامة، ومن ثم يفتقد المحكمون سلطة الأمر التي يتمتع بها قضاء الدولة.⁽⁴⁾

1 - أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 293

2 - محمود هاشم، المرجع السابق، ص 218

3 - عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 342

4 - أمال الفزائري، المرجع السابق، ص 109

الفرع الأول: مدى تعلق ثبوت حجية حكم المحكمين بصفة الأمر بالتنفيذ:

وإن لم يثر جدل جدي حول الاعتراف بحجية الأمر المقضي لحكم التحكيم بمجرد صدوره في التحكيم الداخلي، فإن هذا الجدل قد ثار حول الاعتراف بهذه الحجية لأحكام التحكيم الأجنبية والدولية، ولو كانت صادرة في نزاعات التجارة الدولية.

فقد ذهب البعض إلى أنه لا يجوز للقضاء الوطني في دولة ما الاعتراف بحجية حكم التحكيم الأجنبي أو الدولي إلا إذا كان الحكم قد ذيل بالصيغة التنفيذية أو بالأمر بتنفيذه عن طريق قضاء الدولة التي صدر فيها، بحيث إذا لم يتوفر هذا الشرط جاز لقضاء الدولة التي يطلب إليها الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه، إعادة النظر في موضوع النزاع الذي فصل فيه هذا الحكم، لأن منع قضاء هذه الدولة من ذلك يعني إهدار سيادتها الوطنية بخضوع سلطتها القضائية الوطنية لسلطة قضائية أجنبية وهو ما لا يجوز.⁽¹⁾

ولا يخفى أن هذا الاتجاه الذي ينكر على حكم التحكيم الأجنبي والدولي حجية الأمر المقضي في دولة التنفيذ يعوق التجارة الدولية، حيث يلجأ التجار الدوليون إلى التحكيم كونه وسيلة سريعة وفعالة لحل نزاعات التجارة الدولية، بينما يترتب على الاتجاه السابق تعطيلاً لمصالح التجارة الدولية يتوقف على الاعتراف لأحكام التحكيم الأجنبية أو الدولية بحجيتها ليس من تاريخ الأمر بتنفيذها في الدولة التي صدرت فيها أو في الدولة التي يطلب إليها تنفيذها في إقليمها، وإنما من تاريخ صدورها كما هو الشأن بالنسبة لأحكام الوطنية.⁽²⁾

وقد أخذ المشرع الجزائري نفس الاتجاه في القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نصت المادة 1031 على: « تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه. » تتمثل الآثار المترتبة على هذه المادة في أن الحكم التحكيمي عندما يفصل في النزاع، فإنه ينهي مهمة التحكيم، وبذلك يكتسي فور صدوره حجية الشيء المقضي فيه، ويعني هذا أن المسألة التي فصل فيها لا يمكنها أن تطرح من جديد أمام القاضي أو

1 - أحمد عبد الكريم، أصول المرافعات المدنية الدولية، مؤسسة الصباح للنشر والتوزيع، الكويت، 1984، ص 510

2- ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، القاهرة، 1975، ص 162 و 163

أمام المحكم،⁽¹⁾ ولكن الإشكال المطروح هل يتعلق الأمر بأحكام التحكيم الصادرة في الجزائر فقط، أم أن الأمر يتعلق كذلك بأحكام التحكيم الصادرة في الخارج؟

إذا ما أخذنا بعين الاعتبار المادة 1031 نظرا لعموميتها، فيمكننا أن نستنتج أن الأمر يتعلق بأحكام التحكيم بصفة عامة. ولكن، « مادام المشرع الجزائري قد ميز بين أحكام التحكيم الصادرة في الجزائر، وأحكام التحكيم الصادرة في مادة التحكيم الدولي، فإن أحكام التحكيم الأولى هي التي تكتسي حجية الشيء المقضي فيه، وعلى هذا الأساس لا تكتسب أحكام التحكيم الدولي حجية الشيء المقضي فيه إلا بعد الاعتراف بها والأمر بتنفيذها». ⁽²⁾

كما حرص القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 12/05/1981 بشأن التحكيم الدولي على التسوية في المعاملة بين أحكام التحكيم الوطنية وأحكام التحكيم التجاري الدولي ولو لم تكن صادرة في فرنسا، فأعترف لها بحجية الأمر المقضي من تاريخ صدورها. فقد أحالت المادة 1500 مرافعات فرنسي بشأن التحكيم الدولي على أحكام المواد 1476 و1479 التي تعترف لحكم التحكيم بحجية الأمر المقضي من تاريخ صدوره. ⁽³⁾

وقد أخذ بنفس الاتجاه الفرنسي الحديث قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 حيث نصت المادة 55 منه على أن «تحوذ أحكام المحكمين الصادرة طبقا لهذا القانون حجية الأمر المقضي» وهو نص لم يشترط لاكتساب حكم التحكيم لهذه الحجية أن يكون قد حصل على الأمر بتنفيذه. كما أن المشرع المصري قد عامل أحكام التحكيم الصادرة طبقا لهذا القانون - في هذا الخصوص - معاملة واحدة، إذ لم يفرق بين أحكام التحكيم الوطنية التجارية أو المدنية، وأحكام التحكيم التجاري الدولي سواء صدرت الأحكام الأخيرة في داخل مصر أو في خارجها، بشرط واحد هو أن تكون الأحكام التي صدرت خارج مصر مبنية على أحكام القانون المذكور وفقا لاتفاق الطرفين اللذين اختار تطبيقه على خصومة التحكيم التي جرت في الخارج.

أما بالنسبة للتنظيم الدولي، فقد اعتبرت المادة 35 فقرة 01 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 حكم التحكيم الذي يصدر وفقا لهذا القانون نهائيا

1 - David- René , « L'arbitrage dans la commerce international », Economica, Paris, 1981, p 490

2 - عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 62

3 - Article 1500 : « Les dispositions des articles 1476 à 1479 sont applicables »

وملزما لأطرافه،⁽¹⁾ مما يعني عدم جواز تعرض المحكمة التي يطلب إليها الاعتراف به وتنفيذه في إقليم الدولة التي تتبعها لموضوع النزاع الذي فصل فيه الحكم مرة أخرى، ولكن ما يلاحظ أن هذه المادة لا تنطبق فقط على أحكام التحكيم « الأجنبية » التي يطلب الاعتراف بها وتنفيذها في إقليم دولة أخرى غير الدولة التي صدرت فيها، وإنما تنطبق أيضا على جميع أحكام التحكيم الصادرة طبقا لهذا القانون النموذجي أيا كانت الدولة التي صدرت فيها.

ومن المقرر أنه إذا حكم بإلغاء، أمر التنفيذ نتيجة التظلم منه وطبقا للقواعد العامة في التظلم من الأوامر على العرائض، فإن حكم المحكمين يفقد قوته التنفيذية، دون أن يفقد حجيته إذ تستمر له هذه الحجية ولا تزول عنه إلا في حالة صدور حكم بطلانه.⁽²⁾

الفرع الثاني: مدى تعلق الأمر بتنفيذ حكم المحكمين بوضع الصيغة التنفيذية:

رغم تمتع حكم المحكمين بحجية الأمر المقضي بمجرد صدوره ولو قبل شموله بأمر التنفيذ - على ضوء ما قدم - فإن حكم المحكمين لا تكون له قوة تنفيذية، بمعنى أنه لا يعد سندا تنفيذيا إلا بعد صدور الأمر بتنفيذه ووضع الصيغة التنفيذية عليه، بمعنى أن الأمر بتنفيذ حكم المحكمين يعد بمثابة متطلب سابق، لإجراء وضع الصيغة التنفيذية بواسطة قلم كتاب المحكمة، ولا يغني عنها بوضع الصيغة التنفيذية على حكم المحكمين، فإنه يعد سندا تنفيذيا شأنه شأن الأحكام القضائية الصادرة عن قضاء الدولة والأوامر والمحركات الموثقة.

المطلب الثاني: شروط إصدار الأمر بالتنفيذ والجهة المختصة بإصداره:

تختلف القوانين الوطنية في بيان السلطة المختصة بإصدار الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي اختلاف كبيرا.

بالنسبة للقانون الجزائري، فقبل أن نحدد المحكمة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ لابد أن نشير أولا إلى شروط الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية.

الفرع الأول: شروط إصدار الأمر بالتنفيذ:

لكي يدمج الحكم التحكيمي في النظام الجزائري يجب أن يتم الاعتراف به. ولكي

1 - حسني المصري، المرجع السابق، ص 535

2 - محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ، الطبعة الرابعة، القاهرة، 1987، ص 139

يصبح قابلاً للتنفيذ يجب أن تضىف عليه الصيغة التنفيذية، ومفهوم الاعتراف بحكم أجنبي غير معروف في القانون الإجراءات الجزائري، وما نصت عليه المادة 605 من القانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري يتعلق بتنفيذ الأحكام الصادرة عن جهات قضائية أجنبية، والعقود الرسمية المحررة بمعرفة موظفين عموميين أو موظفين قضائيين لا بالاعتراف.

قد يكمن أصل إدماج مفهوم الاعتراف بحكم أجنبي في القانون الجزائري من خلال اتفاقية نيويورك لسنة 1958 التي أنظمت إليها الجزائر والتي تتعلق بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية.⁽¹⁾

وحتى وإن لم ينص القانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ذلك في عنوانه ولم يظهر ذلك في تأشيراته، فإن اتفاقية نيويورك تطبق على الأحكام التحكيمية كما هي معرفة في المادة الأولى منها.⁽²⁾ وعلى هذا الأساس نصت المادة 1051 في الفقرة الأولى « يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي »، ونصت الفقرة الثانية: « وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط... » ويعني هذا أن الاعتراف والتنفيذ يخضعان لنفس الشروط وهي:

(1) إثبات المتمسك بها وجودها (اتفاقية التحكيم)

(2) وأن لا يكون الاعتراف أو التنفيذ مخالفان للنظام العام الدولي

الفرع الثاني: المحكمة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ:

بالنسبة للمحكمة المختصة: بإصدار أمر تنفيذ حكم المحكمين، فقد نصت المادة 1051 في الفقرة الثانية على: « وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجوداً خارج الإقليم الوطني. »

على هذا الأساس فتحدد المحكمة المختصة مرتبط بمقر التحكيم، إذا كان مقر

1 - عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 62

2 - المادة 01 من المرسوم رقم 233/88 لسنة 1988 المتضمن الانضمام، ويحتفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10/06/1958 التي تنص على: " تنظم الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها "

التحكيم في الجزائر، فرئيس المحكمة التي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصها هو المختص، أما إذا كان مقر التحكيم موجودا خارج الجزائر، فرئيس محكمة محل التنفيذ هو المختص بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين.⁽¹⁾

وطبقا للمادة 1035 من القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية « يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها، ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمله التعجيل. ». ويكون الأمر الذي يرفض الاعتراف أو التنفيذ قابلا للطعن بالاستئناف طبقا لنص المادة 1035 نفسها « يمكن للخصوم استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في أجل خمس عشر (15) يوما من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي. »

كذلك أجاز المشرع الجزائري استئناف الأمر الذي يسمح بالاعتراف أو التنفيذ، في حالات على سبيل الحصر وفقا لنص المادة 1056 بالنص على أنه: « 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 الواجهة ،
- 5- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها ، أو إذا وجد تناقض في الأسباب،
- 6- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.» ويكون استئناف الأمر الذي يسمح أو يرفض الاعتراف أو التنفيذ أمام المجلس الذي يتبعه القاضي الذي فصل في النزاع، ما دام الطلب بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين يرفع أمام رئيس المحكمة، وهذا في مهلة خمسة عشر يوما ابتداء من تاريخ الرفض.

أما القانون الفرنسي فجعل الأمر بتنفيذ هذه الأحكام لقاضي التنفيذ Le Juge de L'exécution بالمحكمة الابتدائية التي صدر حكم التحكيم في دائرتها، ويشترط لإصداره أن تكون النسخة الأصلية للحكم قد أودعت إدارة كتاب⁽¹⁾ المحكمة مرفقة بنسخة من اتفاقية

التحكيم، (المادة 1477 من قانون الإجراءات الفرنسي)،⁽²⁾ ويوضع الأمر بالتنفيذ على النسخة الأصلية لحكم التحكيم، فإذا رفض قاضي التنفيذ وضع الأمر بالتنفيذ وجب أن يكون ذلك الرفض بحكم مسبب طبقا (للمادة 1478 إجراءات فرنسي).⁽³⁾

أما في ظل قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 فيتوقف تحديد السلطة القضائية المختصة بإصدار الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم على ما إذا كانت هذه الأحكام صادرة في نزاع من نزاعات التجارة الدولية، أو ما إذا كانت صادرة في نزاع وطني تجاري كان أو مدني⁽⁴⁾، فوفقا لنص المادة 56 من هذا القانون « يختص رئيس المحكمة المشار إليها في المادة(9) من هذا القانون أو من يندبه من قضاتها بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين »، وبالرجوع إلى نص المادة 09 من نفس القانون - المحال إليها - نجدها تفرق بين الطائفتين السابقتين من الأحكام يقولها : « يكون الاختصاص 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 الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة، ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر».

وعلى ذلك يبين جمع نصي المادتين 9 و 56 من قانون التحكيم المصري، أن الاختصاص بإصدار الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي فينقذ لرئيس محكمة استئناف القاهرة أو لمن يندبه من قضاتها أو رئيس أي محكمة استئناف أخرى في مصر يتفق عليها الطرفان أو لمن يندبه من قضاتها.

أما بالنسبة لأنظمة التحكيم التجاري الدولية، ونظرا للاختلاف البين بين القوانين الوطنية، فيما يتعلق بتحديد الجهة المختصة بإصدار الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي والإجراءات الواجبة الإلتباع أمامها من حيث كونها الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، فإنه

1 - فتحي والي، المرجع السابق، ص 11 حيث يشير إلى التعديلات التشريعية التي طرأت على هذا الاختصاص

وانتهت بالتشريع الفرنسي رقم 650 لسنة 1991 الذي جعل الاختصاص بإصدار أمر التنفيذ لقاضي التنفيذ

2 - Article 1477 : « La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exequatur émanant du tribunal de grande instance dans le ressort duquel la sentence a été rendue.

A cet effet, la minute de la sentence accompagnée d'un exemplaire de la convention d'arbitrage est déposée par l'un des arbitres ou par la partie la plus diligente au secrétariat de la juridiction. »

3 - Matthieu de Boisséson, Michel de Juglart, op.cit, p 344 .

4 - فتحي والي، المرجع السابق، ص 11، 12

كان من المتعذر على واضعي اتفاقيات وأنظمة التحكيم التجاري الدولي تضمينها قواعد موحدة تعالج هذه المسائل، وتكون مقبولة من جميع الدول ورعاياها من التجار الدوليين⁽¹⁾ ومن ثم لم يجدوا مناصا من مراعاة القوانين الوطنية في هذا الخصوص.

وتطبيقا لذلك نصت المادة 06 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 على أن تحدد كل دولة تصدر هذا القانون النموذجي المحكمة أو المحاكم أو السلطة الأخرى عندما يشار إلى هذه المحكمة أو السلطة المختصة في ذلك القانون بأداء هذه الوظائف⁽²⁾، ومن بين هذه الوظائف ما أشارت إليه المادة 01/35 من نفس القانون النموذجي من أن « يكون حكم التحكيم ملزما وينفذ بناء على طلب كتابي يقدم إلى محكمة مختصة ».

المطلب الثالث: أهم موانع تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي:

لاشك في أن عدم توافر أي شرط من الشروط اللازمة لصدور الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي بمنع صدور هذا الأمر، إلا أن هناك من موانع التنفيذ ما يكتسب أهمية تستأهل تسليط الضوء عليها، لشيوع التمسك بها كدفع تمنع تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي من جهة ومدى مراقبة القاضي المختص قانونا بإصدار الأمر بالتنفيذ كالشكل الذي يستلزمه القانون لإصدار حكم المحكم، للتأكد من خلوه من موانع التنفيذ الجوهرية، ومن جهة ثانية لأن على القاضي المختص بإصدار الأمر بالتنفيذ أن يراعي مصلحة الخصم الغائب، على أساس أنه لا يتقيد بالقواعد المتبعة بالنسبة للوظيفة القضائية للمحاكم والتي تمنعها من الحكم بالجزاء من تلقاء نفسها ما لم يتعلق بالنظام العام، كما أنه لا يحكم بجزاء ما، وكل ما يقضي به رفض إصدار الأمر وما على صاحب الشأن إلا أن يتظلم من أمره إلى المحكمة المختصة.⁽³⁾

ومن أهم هذه الدفوع، الدفع بعدم التجارية والدفع بعدم القابلية للتحكيم والدفع بالنظام العام، وسوف تخصص لكل دفع فرع خاص.

1 - حسني المصري، المرجع السابق، ص 578

2 - فقد نصت المادة 06 على أنه: يجب على كل دولة عضو أن تخطر الأمين العام بتعيين محكمة مختصة أو جهة رسمية مهمتها تنفيذ أحكام محاكم التحكيم "

3 - حسني المصري، المرجع السابق ص 578

الفرع الأول: الدفع بعدم التجارية:

بالنسبة للمرسوم التشريعي 09 /93 لسنة 1993 الجزائري الملغى، فقد بين المشرع متى يكون التحكيم دوليا في المادة 458 مكرر من التي تنص على أنه: « يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج ». (1)

يتبين من هذه المادة أن المشرع الجزائري قد تبنى معيارين لدولية التحكيم: المعيار الاقتصادي والذي أخذه من القانون الفرنسي (المادة 1492) والمعيار القانوني الذي أخذه من القانون السويسري (المادة 176)(2) وبالتالي عند الدفع بعدم " تجارية النزاع " أمام القاضي المختص الجزائري - حسب (المادة 458 مكررة) - بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين فلا يجب على هذا الأخير اعتبار النزاع تجاري أو مدني وفقا لقانون التجارة الجزائري إنما يجب عليه النظر إلى طبيعة النزاع وفقا للمعيار الاقتصادي الذي حددته المادة 458 مكرر من المرسوم التشريعي 09/93 لسنة 1993 والذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية.

وبعد صدور القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، أحدث المشرع الجزائري تعديلات على التحكيم التجاري الدولي، وأبرز مختلف التعديلات التي أحدثها المشرع الجزائري على هذا الأخير، وضع أحكام خاصة بالتحكيم الدولي تتماشى مع الاتجاهات الحديثة لهذا النظام، وأن الأحكام الجديدة الذي أدرجها المشرع الجزائري، قربت النظام القضائي وكذا قانون التحكيم من التشريعات الأكثر ليبرالية وعصرية في هذا المجال، وكرست الاستقلالية التامة لنظام التحكيم. وأن هذه التعديلات ركزت على تدعيم هذا النظام بتوسيع مجاله بمعيار المصالح الاقتصادية الذي هو أوسع من معيار المصالح التجارية دون اشتراط وجود موطن أو مقر أحد الأطراف في الخارج، حيث نصت المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: « يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل ».

1 - عبد الحميد الأحديب، موسوعة التحكيم الدولي، ج2، دار المعارف مصر، 1998، ص89و90

2 - إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص51و52

ومن الملاحظ أن معيار المصالح الاقتصادية لدولتين معيارا واسعا عاما، ممكن أن يتسع إلى الكثير من العلاقات التجارية وحتى الغير تجارية، وان كان هذا المعيار غير محدد المعالم، إلا أن عدم تحديده يؤدي إلى اتساع نطاقه، مما يفيد أطراف العلاقة التجارية، فلا شك أن جعل علاقتهم التجارية علاقة دولية يضفي عليها كثير من الامتيازات.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد ارتكز في القانون الصادر في 12/05/1981 في تمييزه بين التحكيم في مسائل التجارة الوطنية والتحكيم في مسائل التجارة الدولية على معيار واحد - واضح ومحدد - هو معيار التداول *Critère de circulation*، إذ قصد بعبارة "مصالح التجارة الدولية" كل ما يدخل في نطاق نقل القيم المنقولة وتوزيع البضائع والخدمات عبر الحدود الدولية وعمليات الوساطة فيها، مثل عقود التصدير وبيع السفن ونقل التكنولوجيا والوكالة الدولية بالعمولة ووكالات العقود والتوزيع الدولية والوفاء بديون التجارة الدولية.⁽¹⁾

ويستوي في اعتبار هذه المسائل من مسائل التجارة الدولية التي يعتبر فيها التحكيم دوليا طبقا لقانون 12 مايو 1981 أن يكون القائم بها تاجرا أو غير تاجر، وطنيا أو أجنبيا، طبيعيا أو معنويا، خاصا أو عاما كما يستوي، - وهو هنا الأهم - أن تكون المسألة معتبرة مسألة تجارية أو مدنية في مفهوم القانون التجاري، أو القانون المدني الفرنسي⁽²⁾ وينبني على هذا أنه إذا صدر حكم تحكيم دولي، طبقا للقانون الفرنسي الجديد لسنة 1981، وفصل هذا الحكم في مسألة من المسائل التي تثير مصالح التجارة الدولية بمفهومها المتقدم فإنه لا يجوز للمحكوم عليه أن يدفع طلب الأمر بتنفيذ هذا الحكم في فرنسا بعدم تجارية النزاع، بعكس الحال فيما لو كان الحكم صادرا في نزاع مدني لا يثير مصالح التجارة الدولية. وعلة ذلك أن القاضي الفرنسي المختص بإصدار الأمر بتنفيذ النوع الأول من الأحكام لا يتقيد بفكرة النظام العام الوطني، كما لا يتقيد بالقواعد المطبقة على عقد التحكيم في النزاعات غير المتعلقة بمصالح التجارة الدولية حيث بصدر هذا النوع من الأحكام خارج إطار النظام القانوني الفرنسي الداخلي.⁽³⁾

1 - حسني المصري، المرجع السابق، ص 599

2 - Matthieu de Boissésou, Michel de Juglart, op.cit, p 44

3 - ثروت حبيب، المرجع السابق، ص 156، هامش 02

أما في مصر فيفرق المشرع أيضا بين المسائل التجارية والمسائل المدنية، غير أن هذه التفرقة ولئن كانت لها أهميتها بالنسبة لتطبيق قانون التجارة المصري، حيث لا يسري إلا على الأعمال التجارية والتجار، فإنها تفقد أهميتها في مجال التحكيم، إذ لم يفرق المشرع المصري، في جواز شرط أو مشارطه التحكيم، بين التحكيم في النزاعات التجارية والتحكيم في النزاعات المدنية، سواء في ظل قواعد التحكيم الملغاة التي كان منصوص عليها في المواد 501 إلى 513 من قانون الإجراءات المدنية المصري رقم 13 لسنة 1968، أو في ظل قانون التحكيم المصري الجديد رقم 27 لسنة 1994 الذي ألغى هذه المواد، فقد أجازت المادة 10 من هذا القانون⁽¹⁾ أيًا كانت طبيعة العلاقة، سواء اتخذ صورة شرط تحكيم أو مشارطه تحكيم.

بالنسبة للتحكيم الذي يجري في مصر إذا انتهى هذا التحكيم إلى حكم تحكيم طلب تنفيذه في مصر، فلا يجوز للمحكوم عليه الدفع أمام القاضي المختص بإصدار أمر تنفيذ بعدم تجارية النزاع الذي فصل فيه الحكم، حيث يستوي أن يكون النزاع تجاريا أو مدنيا، أما بالنسبة للتحكيم الذي يجري خارج مصر فقد أخضعه المشرع المصري أيضا لقانون التحكيم الجديد رقم 27 لسنة 1994 بمقتضى المادة الأولى، حيث استطردت بالقول بأن تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم إذا «..كان تحكيما تجاريا دوليا يجري في الخارج وأتفق أطرافه على إخفائه لأحكام هذا القانون»، وبالرغم مما قد يوحي به هذا النص من أنه يشترط في التحكيم الدولي الذي يخضع لهذا القانون أن يكون تحكيما تجاريا، أي متعلقا بنزاع تجاري، مما يستوجب التفرقة بين المسائل التجارية والمسائل المدنية، حيث يفلت التحكيم الدولي من نطاق تطبيق القانون المشار إليه إذا تعلق بنزاع في مسألة مدنية،

1 - مادة(10) « 1- اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية.

2- يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن

كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة(30) من هذا القانون كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً.

3- ويعتبر اتفاق على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة

واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد. »

بالتالي يجوز الدفع بعدم تجارية النزاع، للحيلولة دون صدور أمر تنفيذ الحكم الذي فصل في هذه المسألة.⁽¹⁾

إلا أن مفهوم "تجارية النزاع" لا يستمد - هنا - من نصوص قانونية التجارة المصري لعام 1883 ولا من المعايير التقليدية لتجارية العمل في مصر، وهي معايير المضاربة والتداول والمقاوله أو المشروع والحرفة التجارية، وإنما يستمد من مفهوم تجارية النزاع المنصوص عليه في المادة 02 من قانون التحكيم المصري المذكور⁽²⁾، ووفقاً لهذه المادة « يكون التحكيم تجارياً، في حكم هذا القانون، إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي عقدي كانت أو غير عقدية »، وبالتالي فإن المعيار الذي تقاس به تجارية النزاع في التحكيم الدولي، هو معيار اقتصادي بحت.

ومن يمعن النظر في المسائل التي اعتبرتها المادة 02 المشار إليها سابقاً مسائل تجارية، يجد أن بعضها يعتبر تجارياً فعلاً وفقاً لنصوص قانون التجارة المصرية، وفقاً للمعايير التقليدية للتجارة « كعقود... الخبرة الهندسية أو الفنية... وعمليات التنقيب واستخراج الثروات الطبيعية ومد أنابيب الغاز أو النفط وشق الطرق والأنفاق واستصلاح الأراضي الزراعية.... »، وبالتالي إذا كان يجوز الدفع أمام القاضي المصري المختص بإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم « بعدم تجارية المنازعة » إذا كان التحكيم قد جرى في الخارج، وأتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام قانون المصري رقم 27 لسنة 1994، إلا أنه لا يجب على هذا القاضي اعتبار النزاع تجارياً أو مدني وفقاً لقانون التجارة المصري، أو وفقاً للمعايير التقليدية للتجارة في مصر، وإنما يجب عليه النظر إلى طبيعة النزاع وفقاً للمعيار الاقتصادي الذي أرسته المادة 02 من قانون التحكيم المصري المذكور.⁽³⁾

كذلك بالنسبة للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة عام 1985، فقد توسع في مفهوم التجارية، فطبقاً للمادة

1 - حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 600

2 - مادة (2) " يكون التحكيم تجارياً في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي عقدي كانت أو غير عقدية ويشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات والوكالات التجارية وعقود التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية ومنح التراخيص الصناعية والسياحية وغيرها ونقل التكنولوجيا والاستثمار وعقود التنمية وعمليات البنوك والتأمين والنقل وعمليات تنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط وشق الطرق والأنفاق واستصلاح الأراضي الزراعية وحماية البيئة وإقامة المفاعلات النووية."

3 - حسني المصري، المرجع السابق، ص 603

الأولى (فقرة أولى) من هذا القانون قصرت تطبيقه على التحكيم في النزاعات التجارية حيث نصت على أن « ينطبق هذا القانون على التحكيم التجاري الدولي مع مراعاة أي اتفاق نافذ مبرم بين الدولة وأية دولة أخرى ».

وبالرغم من توسع بعض القوانين الوطنية كالقانون الجزائري والمصري والفرنسي وبعض أنظمة التحكيم التجاري الدولي في مفهوم التجارية، وبالرغم من ظهور أثر هذا التوسع في تطبيقات بعض الدول بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم التجاري الدولي وتنفيذها في أقاليمها، إلا أنه تظل مع ذلك بعض المسائل التجارية لا يجوز فيها التحكيم لتعلقها بالنظام العام الوطني، وبالتالي إذا فصل حكم التحكيم الدولي أو الأجنبي في مسألة من هذه المسائل فإن هذا الحكم لن يتوج بالأمر بتنفيذه في إقليم الدولة التي يطلب إليها ذلك، متى قدر القاضي الوطني أن النزاع الذي فصل فيه الحكم لا يجوز تسويته بطرق التحكيم، أو أنه يتعارض مع النظام العام طبقاً لقانون تلك الدولة.

ذلك أن النظام الاقتصادي في كل دولة، يعتمد على وجود تنظيمات قانونية معينة تستهدف تحقيق الغايات الاقتصادية العامة الجماعية، ومن ثم يضطر المشرع الوطني إلى معالجة هذه التنظيمات بقواعد أمرية في كل دولة *Règles impératives* , يعتبرها من النظام العام، وتهدف هذه القواعد إلى توفير مكنة رقابة الدولة على الأنشطة الاقتصادية في إقليمها من حيث مشروعيتها، ونطاقها وجدواها كما هو الحال في موضوع المحال التجارية، بل وقد تهدف هذه القواعد إلى تنظيم علاقة الدولة بالأفراد فيما يتصلون إليه من اختراعات، وما يبتكرونه من علامات تجارية، وما قد يحصلون عليه من رخص وإجازات تجارية يحتجون على حمايتها من قبل الدولة، كما هو الحال في حقوق مجتمع التجار وتنقيته من التجار المماطلين، وتحقيق المساواة بين الدائنين وفقاً لنظام موحد يحقق المصلحة الاقتصادية العامة، كما هو الحال في نظام الإفلاس.⁽¹⁾

الفرع الثاني: الدفع بعد القابلية للتحكيم أو بالنظام العام الوطني:

من الملاحظ أن ارتباط الدفع بعدم القابلية للتحكيم بالنظام العام أقوى وأشد من ارتباطهما بالدفع بعدم التجارية، إذ من المتصور أن يحصر بعض المشرعين التحكيم في مسائل مدنية يجوز فيها الصلح، في حين أن المسائل التي لا يجوز فيها الصلح تكون قابلة

التحكيم، وغالبا ما لا تتعلق بالنظام العام في معظم الدول، وبالعكس فإن المسائل التي لا يجوز فيها الصلح لا تكون قابلة للتحكيم لتعلقها بالنظام العام حتما، وذلك مبدأ عام استقرت عليه القوانين الوطنية والاتفاقات الدولية، ناهيك عن أن بعض المسائل التجارية لا يجوز فيها التحكيم لتعلقها بالنظام العام كما أشرنا أنفا.

فلما كان التحكيم يفلت بالنزاع من ولاية القضاء العام للدولة، ويخضعه لولاية قضاء خاص، فإن المشرع الوطني الذي يجيز التحكيم، يحدد النطاق الذي يجوز فيه التحكيم. إلا أن فكرة النظام العام فكرة غامضة ومطاطة، يصعب إن لم يتعذر تحديد مضمونها الذي يختلف من دولة الأخرى، كما يختلف في نفس الدولة من عهد لآخر، لذا اختلفت تعريفات " النظام العام " (1).

وترتبيا على ذلك، إذا فصل حكم التحكيم في مسألة لا يجوز فيها الصلح، وبالتالي لا يجوز فيها التحكيم لتعلقها بالنظام العام الوطني للدولة التي يتطلب إليها تنفيذ الحكم في إقليمها، جاز الدفع بعدم قابلية النزاع للتحكيم، مما يحول دون صدور الأمر بتنفيذه، بل يجوز الحيلولة دون صدور هذا الأمر بمجرد التمسك بالدفع بالنظام العام يغني عن الدفع بعدم القابلية للتحكيم.

كما تبنت تشريعات وطنية أخرى مفهوم أوسع للنظام العام، وهو النظام العام الدولي، كالقانون الوطني الفرنسي الصادر في 12 مايو 1981 بشأن التحكيم الدولي الفكرة المتقدمة، فلم يول اعتبارا للنظام العام الوطني بقدر ما أولى اعتبارا للنظام العام الدولي عند الاعتراف بأحكام التحكيم التجاري الدولي، وتنفيذها في فرنسا إذا كانت هذه الأحكام قد صدرت خارج فرنسا، أو كانت تتعلق بمسألة من مسائل التجارة الدولية الخاضعة للتحكيم الدولي الذي ينظمه هذا القانون، ويظهر ذلك مما نصت عليه صراحة المادة 1498 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية الجديد من أن « يعترف في فرنسا بأحكام التحكيم إذا أقام من يتمسك بها في فرنسا الدليل على وجودها ويشترط ألا يتعارض هذا الاعتراف تعارضا صارخا مع النظام العام الدولي ، ويأمر قاضي التنفيذ في فرنسا بنفس هذه الشروط ».

ويعتمد القانون المذكور على معيار اقتصادي دولي بحث للقول بتعليق متى

كانت غير متعارضة مع النظام العام الدولي، وبغض النظر عما إذا كانت متعارضة مع

¹ - حسني المصري، المرجع السابق، ص 617

النظام العام الوطني التقليدي في فرنسا من عدمه.⁽¹⁾
وبنفس النظرة الليبرالية، أخذ المشرع الجزائري فكرة النظام العام الدولي في المادة 1056 الحالة السادسة من القانون رقم 08 – 09 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على: « لا يجوز استئناف الأمر القاضي بلاعتراف أو التنفيذ إلا في الحالات الآتية:..... 6 -إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي. » ويعني هذا أن ما يؤخذ بعين الاعتبار هو النظام العام الدولي فقط.

من الملاحظ أن التمييز بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي غير معروف في القانون الجزائري، وعلى هذا الأساس فالقاضي هو الذي سيجدد معني ومضمون النظام العام الدولي⁽²⁾، وأنه في كل الحالات، فإن النظام العام الدولي، يعني أن تؤخذ بعين الاعتبار الأحكام الآمرة دوليا، والتي تكون لها علاقة وثيقة بالنزاع كما يقول السيد بجاوي تكون الأولوية للأحكام الجزائية، على أن تؤخذ بعين الاعتبار قواعد التجارة الدولية.⁽³⁾
ومما تقدم يجوز القول: بأن تطور التحكيم في النزاعات التجارية الدولية وتقدمه، قد أدى - بوجه عام - إلى تجاوز فكرة النظام العام التقليدية، إلى فكرة النظام العام الدولي الحديث، التي أصبحت تجد لها مكانا واضحا في هذا النوع من النزاعات، وبالتالي أصبح من المقبول أن يتسع نطاق المسائل التي يجوز فيها التحكيم، ذلك أنه قد توجد مسائل غير قابلة للتحكيم لتعارضها مع النظام العام الوطني، بيد أن نفس المسائل قد تكون قابلة للتحكيم لعدم تعارض ذلك مع النظام العام الدولي.

أما فيما يخص الدفع بفكرة عدم القابلية للتحكيم، أو الدفع بالنظام العام في الاتفاقيات والقوانين الدولية، كالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985، فإن واضعيه قد أرادوا تحقيق الاتساق بين هذا القانون واتفاقية نيويورك لعام 1958، فإنهم قد صاغوا نصوصه صياغة تكاد تتطابق مع نصوص هذه الاتفاقية، سواء فيما يتعلق بالدفع بعدم القابلية للتحكيم أو الدفع بالنظام العام، فمن ناحية نصت المادة 36 / 1 (أ) من القانون النموذجي المذكور، على أنه لا يجوز رفض الاعتراف بأي حكم تحكيم أو رفض تنفيذه

1 - حسني المصري، المرجع السابق، ص 602

2 - Jean Robert, Arbitrage civil et commercial en droit interne et international privé ,4ème édition, Dalloz, Paris, 1967, p 350

3 - Bedjaoui Mohamed, Mebroukine Ali, « le nouveau droit de l'arbitrage internationale Algérie », Journal Du Droit International, n°4, 1993, p 905

« إلا إذا كان الاتفاق المذكور غير صحيح بموجب القانون، الذي أخضع الطرفان الاتفاق قانون له أو أنه عند عدم الإشارة إلى هذا القانون، غير صحيح بموجب قانون الدولة التي صدر فيها الحكم » وبالتالي فإنه لو كانت الاتفاقية قد انصبت على موضوع لا يجوز تسويته بطريق التحكيم، فإنها تكون اتفاقية باطلة، مما يجيز الدفع أمام السلطة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ في الدولة التي بطلب إليها ذلك بعدم القابلية للتحكيم.⁽¹⁾

يجمع الفقه المقارن على أن إجراء الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، إجراء شكلي من حيث طبيعته، وسريع من حيث دورته، ولا يتطلب مواجهة الخصوم بعضهم ببعض حتى يتاح لكل منهم مناقشة هذا الأمر، ومن ثم لا يجوز للقاضي المختص بإصداره، التطرق إلى موضوع النزاع الذي فصل فيه الحكم لاسيما بالدراسة المعمقة لهذا الموضوع طالما لا يملك الخصوم مشاركة القاضي في رقابته على الحكم وإبداء ملاحظاتهم بشأنها.⁽²⁾ من أجل ذلك تنحصر رقابة القاضي على حكم التحكيم في الرقابة الشكلية أو الخارجية التي يتحقق من خلالها من صحة الحكم شكلا باشماله على البيانات الجوهرية التي يتطلبها القانون، ومن أنه قد صدر في نطاق اتفاقية التحكيم المرفقة بطلب إصدار أمر التنفيذ، وأنه لا يتضمن ما يخالف أحكام النظام العام الوطني أو الدولي، كصدوره في مسألة لا يجوز فيها التحكيم، إذا لا يجوز إصدار الأمر بالتنفيذ البحث في عدالة حكم التحكيم أو صحة قضائه، لأنه لا يعد هيئة استئناف تملك إلغاءه أو تعديله، بل كل ما عليه أن يراقب صحة الحكم شكلا *régularité formelle*، لاسيما من حيث اشتماله على أسماء الخصوم والمحكمين، وتحديد موضوع النزاع ومطابقته لاتفاقية التحكيم، فضلا على اشتمال الحكم على أسبابه، في الأحوال التي يوجب فيه القانون ذلك، كوضوح منطوقه وتاريخ إصداره، وانقضاء مواعيد الطعن فيه، التي تمنع الأمر بالتنفيذ قبل الفصل في الطعن، وصدوره باللغة التي تطلبها القانون.⁽³⁾

1 - حسني المصري، المرجع السابق، ص 635

2 - أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 292

3 - أمال الفزايري، المرجع السابق، ص 132

خاتمة:

بالرغم من الانتقادات الموجهة للتحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات التجارية الدولية، وفق ما هو مبين فيما سبق، فإن الواقع العملي يدل بشكل واضح على ازدياد اللجوء له في العقود الدولية، حتى يمكن القول أن الأصل في تسوية النزاعات الناشئة عن هذه العقود هو التحكيم، وأن اللجوء للقضاء هو الاستثناء.

وتعتبر الرقابة القضائية على التحكيم، رقابة ذات طابع وقائي وعلاجي في أن واحد. وهي ليست محلاً للطلب القضائي، وإنما تثار أثناء سير الإجراءات عند طلب الخصوم أو هيئة التحكيم المساعدة القضائية، أو بعد صدور الحكم عند اعتراض أحد الخصوم على تنفيذ الحكم والطعن فيه بالبطلان.

ويقوم قضاء الدولة بممارسة مهامه الرقابية على هيئة التحكيم عندما ينشد الأطراف مساعدته في تعيين المحكم، أو استبداله أو رده أو إنهاء مهمته إذا توافرت الشروط التي تجيز ذلك عن طريق التحكيم، وبالتالي فهي رقابة محتملة، طالما لم ينشد الأطراف تلك المساعدة، بالإضافة إلى أنها يغلب عليها طابع المساعدة.

وعند تعرضنا للطعن في أحكام التحكيم قلنا أن التشريعات الحديثة قد راعت - وهي بصدد تنظيم طرق الطعن في هذه الأحكام - اعتبارين أساسيين: الأول: هو ضرورة فتح باب المراجعة ضد حكم التحكيم باعتباره في المقام الأول عملاً بشرياً والثاني: عدم التوسع في طرق الطعن ضد هذه الأحكام مراعاة للطبيعة الخاصة لنظام التحكيم والغرض منه.

وتماشياً مع هذين الاعتبارين اتجهت التشريعات المقارنة إلى عدم إخضاع أحكام التحكيم لنفس طرق الطعن التي تخضع لها أحكام القضاء، وقررت لها طرق طعن خاصة تتناسب مع طبيعتها، تمكن الخصم المتضرر منها من مراجعتها بواسطة القضاء دون أن تضحي بالمزايا التي حصل عليها التحكيم.

فقد سلك المشرع الجزائري والمشرع المصري ومن قبلها المشرع الفرنسي في إخضاع أحكام التحكيم لطريق طعن خاص ووحيد هو دعوى البطلان الأصلية، التي نظمت أحكامها المواد 1056 و1058 و1059 من القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالنسبة للقانون

الجزائري والمادتان 53 و54 من قانون التحكيم الجديد رقم 27 لسنة 1994 بالنسبة للقانون المصري والمادة 1502 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لسنة 1981. فبالنسبة للمشرع الفرنسي فقد ألغى المواد المتعلقة بالتحكيم في قانون الإجراءات السابق الصادر منذ 1807، واستبدل به تنظيمًا جديدًا في عام 1981 عالج به كافة مشكلات التحكيم، وبطبيعة الحال مشكلة الطعن في أحكام التحكيم، وأهم ما ميز هذا التعديل الجديد أنه فرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي ولعل أبرزها مسألة الطعن في حكم التحكيم، فقد عمد المشرع الفرنسي إلى استبعاد كل طرق الطعن إلا فيما يتعلق بدعوى البطلان.

نفس المسلك سلكه المشرع الجزائري في القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث استبعد كل طرق الطعن ضد الحكم التحكيمي، ولم يسمح فيها بالطعن إلا بطريق واحد وهو دعوى البطلان والتي أخصها لأحكام التحكيم الصادرة في الجزائر في مجال التحكيم التجاري الدولي، لكنه أجاز الطعن بالاستئناف في الحكم الذي يرفض أو يسمح بالاعتراف أو التنفيذ، أمام المجلس الذي يتبعه القاضي الذي فصل في النزاع مادام الطلب بالاعتراف أو التنفيذ أمام رئيس المحكمة، وبالتالي فإن رفضه يؤدي إلى إضفاء الصيغة التنفيذية على الحكم التحكيمي، إذا لم يكن موضوع أمر التنفيذ سابقًا، أما إذا كان قد حاز على الأمر بالتنفيذ، فإن الرفض يؤدي إلى إنهاء توقيف التنفيذ.

أما بالنسبة للمشرع المصري فبإصداره القانون الجديد رقم 27 لسنة 1994 الذي عالج فيه القصور الذي شاب التنظيمات السابقة، وظهر هذا التغيير جليًا في مجال الطعن في حكم التحكيم، حيث استبعد هذا القانون في مجال التحكيم كافة طرق الطعن المعمول بها أمام المحاكم، واستعاض عنها جميعًا بدعوى البطلان الأصلية، فاتجه رأي إلى تأييد هذا المسلك على أساس أن أسباب دعوى البطلان من الاتساع بحيث تشمل كافة حالات الطعن، في حين عارض فقه آخر هذا المسلك على أساس أن حالات البطلان التي وردت في قانون التحكيم لا تسع لكل ما يمكن أن يلحق بحكم التحكيم من أخطاء تؤدي إلى بطلانه، كما لو بني الحكم على غش أو ورقة ثبت تزويرها بعد الحكم. ويبقى المشكل الأساسي يكمن في ظهور هذه الأسباب، بعد مرور المدة المقررة لرفع دعوى البطلان.

كما لا حرضا أن المشرع في كل من هذه الأنظمة، حاول حصر كافة المآخذ التي يمكن أن تعتري حكم المحكمين، لأن عدم حصر هذه المآخذ يؤدي إلى انغلاق طرق المراجعة بخصوص بعض أوجه البطلان، وهو مالا يجوز، لكن من المتفق عليه أن الحالات الواردة بخصوص دعوى البطلان، قد وردت على سبيل الحصر، إلا أن هذا التحديد لا يحول دون التفسير الموسع للحالات التي ورد النص عليها بالفعل لأن هذا التفسير هو الذي يتماشى مع قصد المشرع من حصر طرق الطعن ضد أحكام التحكيم في طريق واحد جامع هو دعوى البطلان.

يجمع الفقه في الأنظمة المقارنة، على أن إجراء الأمر بتنفيذ حكم التحكيم إجراء شكلي، تتحصر رقابة القاضي على حكم التحكيم في الرقابة الشكلية أو الخارجية، التي يتحقق من خلالها من صحة الحكم شكلا، باثتماله على البيانات الجوهرية التي يتطلبها القانون، ومن ثم لا يجوز للقاضي المختص بإصدار أمر التنفيذ التطرق إلى موضوع النزاع الذي فصل فيه الحكم، طالما لا يملك الخصوم مشاركة القاضي في رقابته على الحكم وإيداء ملاحظاتهم بشأنها.

كما تبين لنا من خلال البحث عدة نقاط مهمة في دور القضاء في فاعلية التحكيم التجاري الدولي لعل أهمها:

1) فالأنظمة محل المقارنة قد سايرت الاتجاهات التشريعية الحديثة ومنحت قضائها دورا ايجابيا مزدوجا، يسهم من خلال إفساحها المجالات لتدخل القضاء بمساعدة التحكيم والرقابة عليه منذ إنشاء اتفاقية التحكيم، وحتى صدور الحكم ومن نماذج تدخل قضاء الدولة لمساعدة التحكيم، إجازة الالتجاء إلى القضاء لحل المشاكل المتعلقة بتشكيل محكمة التحكيم، وإجازة الالتجاء إلى القضاء لحل المشاكل المتعلقة بامتناع المحكم عن العمل أو رده أو اعتزاله، وإجازة التجاء هيئة التحكيم إلى القضاء لطلب التدخل في إحضار الشهود أو في استصدار أمر بالتحفظ أو تعيين خبير...

2) وبعد صدور حكم المحكمين، وتحت مظلة مساعدة القضاء للتحكيم يكون لقضاء الدولة ممارسة دوره التقليدي وهو الرقابة اللاحقة، ولكن بأسلوب يتخطى العقبات التي تؤدي إلى شل القوة التنفيذية لحكم المحكمين وإفشال نظام التحكيم ذاته.

3) أن الاتجاهات التشريعية الحديثة قد كشفت عن أن رقابة القضاء اللاحقة على التحكيم لا تكفي وحدها لتحقيق فاعليته.

4) بالرغم مما أولاه المشرع في الأنظمة المقارنة من دور في مساعدة التحكيم منذ نشأته، إلا أن هناك عوامل مؤثرة في لعب القضاء هذا الدور على أحسن وجه، وذلك أن جانب من تلك العوامل يرجع إلى أطراف الاتفاقية، في حين أن الجانب الآخر من تلك العوامل يرجع إلى فلسفة المشرع بصدد مسائل التحكيم.

أولا العوامل المؤثرة في فاعلية التحكيم وترجع لأطراف الاتفاقية:

أ) بالرغم من كون الاتفاقية على التحكيم عقد رضائي يتم برضاء أطرافه، إلا أن مدى عنايتهم ودقتهم في صياغة الاتفاقية، يتولد عنها حكم تحكيم صحيح، تفاديا لبطلانه وتفاديا لاحتمال الخلاف بصدد تفسيره وبالتالي إعاقة إجراءات التحكيم، خاصة من جانب الخصم سيء النية، ولتفادي هذه العوائق يفترض وجود نموذج موحد لصياغة بنود الاتفاقية على التحكيم، يرشد أطرافها إلى البنود والموضوعات الجوهرية التي ينبغي أن تتناولها الاتفاقية.

ب) تعنت الخصم السيئ النية بإفshal التحكيم، ومن خلال الاعتماد على أساس حسن نية الخصوم واستعدادهم للتعاون وعدم تدخل القضاء في التحكيم يؤدي إلى عدم فاعلية التحكيم.

ثانيا العوامل المؤثرة في فاعلية التحكيم والتي ترجع للمشرع:

مما لا شك فيه أن فلسفة المشرع التي يعتنقها عند تنظيمه لمسائل التحكيم، قد تؤثر سلبا أو إيجابا في تأكيد فاعلية التحكيم، وفلسفة المشرع تتعلق بمضمون النصوص التي تنظم التحكيم، ومن أمثلة ذلك:

1. وجهة نظر المشرع بصدد طبيعة التحكيم، هل هو ذو طابع تعاقدى بحت أم هو ذو طابع تعاقدى بداءة، وقضائي بعد صدور الأمر بالتنفيذ، أم هو ذو طابع مختلط.
2. وجهة نظر المشرع بصدد دور القضاء في التحكيم، هل هو مجرد دور تقليدي متمثل في الرقابة، أم دوره مساعد ومساند له، فضلا عن الرقابة عليه.
3. وجهة نظر المشرع بصدد دور اختصاص محكمة التحكيم بالفصل في اختصاصها، وبالفصل في النزاعات المتعلقة بتصحيح الحكم أو تفسيره، أو في الطلبات التي أغفلتها.

4. وجهة نظر المشرع بصدد ترتيب جزاء على مخالفة النصوص العامة التي تنظم اتفاقية التحكيم.

5. جهة نظر المشرع بصدد تنظيم طرق الطعن في حكم المحكمين ومدى تسايرها مع الهدف من التحكيم.

ومن أجل ضمان دور فعال لقضاء الدولة في تفعيل التحكيم التجاري الدولي يجب:

بالنسبة للرقابة القضائية السابقة على بدء التحكيم:

يتمثل الهدف من الرقابة القضائية السابقة على بدء التحكيم، اعتماد اتفاقية التحكيم تفاديا للنزاعات المتعلقة بالبطلان لأسباب ترتبط بالاتفاقية على التحكيم، ومن ثم يجب أن تتم الرقابة من خلال مراجعة قاض التنفيذ بالمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع لاتفاقية التحكيم، حيث يتولى أطرافها إيداع اتفاقية التحكيم أمانة ضبط المحكمة، وإسناد مهمة مساعدة قضاء الدولة للتحكيم لقاض يخصص لها، كاختصاص نوعي، تكون له صفة قاضي التحكيم على غرار اختصاصات قاضي التنفيذ.

بالنسبة لدور القضاء أثناء عملية التحكيم وقبل صدور الحكم:

يجب إفساح المجال لتدخل القضاء لمساعدة التحكيم في سد العجز الناجم عن كون المحكم شخصا عاديا لا يتمتع بسلطة الأمر، ومن ثم تتطلب فاعلية التحكيم تدخل القضاء لمساعدة التحكيم بصفة خاصة، لحل المشاكل المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم ومشاكل امتناع المحكم عن أداء مهمته، أو رده أو عزله، بالإضافة إلى حل المشاكل الناجمة عن عدم اتفاق الخصوم على مد مهلة التحكيم.

بالنسبة للرقابة القضائية اللاحقة لصدور الحكم:

الهدف من الرقابة القضائية اللاحقة، في أن يتولى القضاء بصفته صاحب الولاية العامة في القيام بالوظيفة القضائية، مراقبة أحكام المحكمين للتأكد من عدم تجردها من المقومات الأساسية للأحكام.

وجدير بالذكر أنه إذا كانت ممارسة هذه الرقابة التقليدية اللاحقة تستوجب قبل تنفيذ حكم المحكمين، أو الطعن في صدور الأمر بتنفيذه، فإن ممارسة هذه الرقابة بما يحقق فاعلية للتحكيم، يستوجب العناية الفائقة بالكيفية التي تتم بها، من حيث ضرورة منع الطعن في الأمر الصادر بالتنفيذ، وتسبب الأمر برفض تنفيذ الحكم وإجازة الطعن فيه.

قائمة المراجع

أولا - باللغة العربية

(1) الكتب:

1. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، ط2، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1997
2. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981
3. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، ط5، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1998
4. أحمد أبو الوفاء، التحكيم في البلاد العربية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية
5. أحمد حسان، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998
6. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002
7. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية نزاعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001
8. أمال أحمد الفزايري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، دراسة تأصيلية مقارنة بين النظام القضائي المصري - السعودي - الفرنسي - الإيطالي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993
9. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975
10. جابر نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008
11. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية مصر، 2006
12. حسني المصري، القانون التجاري الكويتي، دراسة مقارنة، دار الكتاب الكويتي، 1993

13. حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2001
14. سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة ومدى خضوعه للقانون المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986
15. عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، الطبعة الثانية، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، مصر، 1998
16. عبد الباسط محمد الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، الطبعة الثانية المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2008
17. عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم الدولي، ج2، دار المعارف، مصر، 1998
18. عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995
19. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1990
20. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال نزاعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993
21. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية الجزء الأول، الإسكندرية، 1998
22. علي بركات، الطعن في أحكام التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003
23. عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، الجزائر، 2005
24. محمد نور عبد الهادي شحاتة، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993
25. مصطفى عرجاوي، التحكيم وضوابطه في مجال القانون الخاص، المؤتمر السنوي الخامس للكلية : الاتجاهات الحديثة في التحكيم، جامعة المنصورة، (كلية الحقوق) 29.28 مارس 2000
26. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجاري الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 1997

27. محي الدين إسماعيل علم الدين، نصوص التحكيم الدولي، الجزء الأول، شركة مطابع الطناني، مصر، 1986
28. مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999
29. منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، مصر، 1998
30. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996
31. هشام خالد، أوليات التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004
32. هشام خالد، معيار دولية التحكيم التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006
33. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995
34. هدى محمد مجدي عبد الرحمان، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997
35. أحمد مسلم، أصول المرافعات، أصول المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978
36. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية نقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989
37. أحمد حسيني، عقود إيجار السفينة، دار المعارف، مصر، 1980
38. أحمد عبد الكريم، أصول المرافعات المدنية الدولية، مؤسسة الصباح للنشر والتوزيع، الكويت، 1984
39. إسماعيل إبراهيم البدوي، نظام القضاء الإسلامي، مطبوعات جامعة الكويت، 1989
40. حسني المصري، نظرية المشروع العام وقانون شركات القطاع العام المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979
41. سيد محمود، قانون المرافعات الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الكويت، 1994
42. عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني الإجرائي والموضوعي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991
43. محمود هاشم، قواعد التنفيذ الجبري وإجراءاته في قانون المرافعات، دار أبو المجد، القاهرة، 1990

44. محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987

45. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986

(2) الرسائل والمذكرات:

(أ) الرسائل:

• أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، "دراسة في قضاء التحكيم" رسالة دكتوراه، مقدمة في كلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة 1996

(ب) المذكرات:

• إبراهيم الدسوقي أبو الليل، قواعد وإجراءات التحكيم وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 1، 1993

(3) المقالات:

1. إبراهيم الأيسر، القضاء التجاري ضمانا للاستثمار، مجلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 02، سنة 2002

2. الياس عجابي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة المنتدى القانوني، جامعة بسكرة، العدد السابع، سنة 2010

3. صالح جاد عبد الرحمن المنزلاوي الرقابة القضائية على التحكيم، مجلة القضاة، العدد الأول والثاني، 1999

4. عبد الرحمان نويدر، القضاء المغربي والعولمة، المجلة المغربية للقانون والاقتصاد والتسيير، العدد 51، 2005

5. عبد الرحيم بحار، المساطر البديلة لتسوية المنازعات التجارية - التحكيم التجاري نموذجاً - مجلة القصر المغربية، العدد 14، سنة 2006

6. منى ميمون، التحكيم التجاري الدولي وفقا لتعديلات قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة المنتدى القانوني، جامعة بسكرة، العدد السابع، 2010

(4) القوانين

• مرسوم رئاسي رقم: 88-233 مؤرخ في 05 نوفمبر سنة 1988 المتضمن الانضمام بتحفظ لاتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية

- مرسوم تشريعي رقم 08/93 مؤرخ في 25 أبريل سنة 1993، يعدل ويتمم الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري.
- مرسوم تشريعي رقم 09/93 مؤرخ في 25 أبريل سنة 1993، يعدل ويتمم الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية (الملغى).
- القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(5) نصوص أخرى:

1. القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، 21 جوان 1985
 2. قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994
- ثانيا: قائمة المراجع بالفرنسية

i. OUVRAGES:

1. Mathieu de Boissésou, Michel de Juglart, Le droit français de l'arbitrage, Joly, Paris, 1983
2. Ripert Georges, Traité élémentaire de droit Commercial, L.G .D .J, paris ,1968
3. Jean Robert, Arbitrage civil et commercial en droit interne et international privé ,4ème édition, Dalloz, Paris, 1967
4. David René, L'arbitrage dans la commerce international, Economica, paris, 1981
5. Noureddine Terki, L'arbitrage commercial international En Algérie, Office Des Publications Universitaires, Alger, 1999

ii. Thèses:

1. Joseph Monstier, le moyen, d'ordre public, thèse, Toulouse, 1965

iii. ARTICLES:

- 1- Issad Mohamed, le décret législatif algérien du 23 avril 1993 relatif à l'arbitrage international, Revue de l'arbitrage, 1993
- 2- Bedjaoui Mohamed, Mebroukine Ali, « le nouveau droit de l'arbitrage international Algérie », Journal Du Droit International, n°4, 1993

3- Marie - Claire Rondeau- Rivier "L'arbitrage: La Décision Arbitrale : Voies de Recours" jurisclasseur, proc civ. 1986

4- Philippe- Fouchard , Berthold - Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international , Paris : Litec, P 930- 957

الفهرسة

01.....	مقدمة
06.....	الفصل الأول: دور القضاء قبل الفصل في موضوع التحكيم
07.....	المبحث الأول: الأساس القانوني للرقابة القضائية على التحكيم
09.....	المطلب الأول: موقف الفقه من الرقابة القضائية على التحكيم
11.....	الفرع الأول: أسانيد الاتجاه المعارض لفكرة الرقابة القضائية
12.....	الفرع الثاني: أسانيد الاتجاه نحو تأكيد فكرة الرقابة القضائية
13.....	المطلب الثاني: موقف التشريع من الرقابة القضائية على التحكيم
13.....	الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من الرقابة القضائية على التحكيم
14.....	الفرع الثاني: موقف المشرع الفرنسي من الرقابة القضائية على التحكيم
14.....	الفرع الثالث: موقف المشرع المصري من الرقابة القضائية على التحكيم
16.....	المطلب الثالث: موقف القضاء من الرقابة القضائية على التحكيم
16.....	المبحث الثاني: دور القضاء في الرقابة على صحة اتفاقية التحكيم
17.....	المطلب الأول: ماهية اتفاقية التحكيم
17.....	الفرع الأول: ماهية اتفاقية التحكيم
21.....	الفرع الثاني: صور اتفاقية التحكيم
22.....	المطلب الثاني: شروط صحة اتفاقية التحكيم والجهة المختصة بالفصل فيها
22.....	الفرع الأول: شروط صحة اتفاقية التحكيم
25.....	الفرع الثاني: الجهة المختصة بالفصل في اتفاقية التحكيم
28.....	المطلب الثالث: طبيعة الدفع بوجود اتفاقية على التحكيم
29.....	الفرع الأول: ضابط التفرقة بين الدفع بعدم الاختصاص والدفع بعدم القبول
29.....	الفرع الثاني: الرأي الراجح في التفرقة بين الدفع بعدم الاختصاص والدفع بعدم القبول
30.....	المبحث الثالث: دور القضاء في الرقابة على هيئة التحكيم
30.....	المطلب الأول: دور القضاء في تعيين المحكم
31.....	الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها في المحكم
34.....	الفرع الثاني: طرق تعيين المحكمين
41.....	المطلب الثاني: عوارض مهمة المحكمين

41.....	الفرع الأول : عوارض مهمة المحكمين الإرادية.
47.....	الفرع الثاني: عوارض مهمة المحكمين غير الإرادية.
50.....	المبحث الرابع: الرقابة القضائية على سلطات المحكمين وواجباتهم.
50.....	المطلب الأول: الرقابة القضائية على سلطة المحكم في الفصل في اختصاصه.
50.....	الفرع الأول: الجهة المختصة بالفصل في الاختصاص.
53.....	الفرع الثاني: الرقابة على الاختصاص.
55.....	المطلب الثاني: الرقابة القضائية على سلطة المحكم في اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية.
56.....	الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها في حكم هيئة التحكيم.
58.....	الفرع الثاني: حجية وانقضاء الحكم المستعجل أو الوقي الصادر عن هيئة التحكيم.
59.....	المطلب الثالث: رقابة القضاء على التزام المحكمين بواجباتهم.
59.....	الفرع الأول: احترام حقوق الدفاع ومبدأ المساواة بين الخصوم.
61.....	الفرع الثاني: احترام مبدأ الواجهية والقواعد المتعلقة بالنظام العام.
65.....	الفصل الثاني: دور القضاء بعد الفصل في موضوع التحكيم.
67.....	المبحث الأول: الرقابة القضائية عن طريق الطعن في حكم التحكيم.
68.....	المطلب الأول: الطعن في حكم التحكيم وفق القانون الجزائري.
68.....	الفرع الأول: الطعن بالاستئناف.
69.....	الفرع الثاني: الطعن بالنقض.
70.....	الفرع الثالث: الآثار المترتبة على هذه الطعون.
70.....	المطلب الثاني: الطعن في حكم التحكيم وفق القانون الفرنسي.
71.....	الفرع الأول: استبعاد الاستئناف.
72.....	الفرع الثاني: استبعاد اعتراض الخارج عن الخصومة.
72.....	الفرع الثالث: استبعاد التماس إعادة النظر.
73.....	المطلب الثالث: الطعن في حكم التحكيم وفق القانون المصري.
74.....	الفرع الأول: طرق الطعن العادية.
74.....	الفرع الثاني: دعوى البطلان الأصلية.
75.....	المبحث الثاني: الرقابة القضائية عن طريق دعوى البطلان على حكم المحكمين.
79.....	المطلب الأول: حالة البطلان تتعلق باتفاقية التحكيم.

80.....	الفرع الأول: عدم وجود اتفاقية تحكيم.....
81.....	الفرع الثاني: اتفاقية التحكيم باطلة أو منتهية.....
82.....	المطلب الثاني: حالات البطلان التي تتعلق بإجراءات التحكيم.....
83.....	الفرع الأول: تشكيل هيئة التحكيم على وجه مخالف للقانون.....
84.....	الفرع الثاني: عدم احترام حقوق الدفاع ومبدأ الوجاهية.....
85.....	المطلب الثالث: حالات البطلان المتعلقة بحكم التحكيم.....
86.....	الفرع الأول: استبعاد القانون الواجب التطبيق أو تجاوز المحكم لحدود مهمته.....
89.....	الفرع الثاني: وقوع بطلان في حكم التحكيم أو مخالفته للنظام العام.....
92.....	المطلب الرابع: إجراءات دعوى البطلان وقواعد الفصل فيها.....
92.....	الفرع الأول: إجراءات رفع دعوى البطلان والمحكمة المختصة.....
96.....	الفرع الثاني: قواعد نظر دعوى البطلان و الفصل فيها.....
100.....	المبحث الثالث: الرقابة القضائية على حكم المحكمين عن طريق الأمر بالتنفيذ.....
101.....	المطلب الأول: أساس الرقابة القضائية على حكم المحكمين عن طريق الأمر بالتنفيذ.....
102.....	الفرع الأول: مدى تعلق ثبوت حجية حكم المحكمين بصفة الأمر بالتنفيذ.....
104.....	الفرع الثاني: مدى تعلق الأمر بتنفيذ حكم المحكمين بوضع الصيغة التنفيذية.....
105.....	المطلب الثاني: شروط إصدار الأمر بالتنفيذ والجهة المختصة بإصداره.....
105.....	الفرع الأول: شروط إصدار الأمر بالتنفيذ.....
106.....	الفرع الثاني: المحكمة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ.....
108.....	المطلب الثالث: أهم موانع تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي.....
109.....	الفرع الأول: الدفع بعدم التجارية.....
114.....	الفرع الثاني: الدفع بعد القابلية للتحكيم أو بالنظام العام الوطني.....
118.....	خاتمة.....
123.....	قائمة المراجع.....
129.....	الفهرسة.....

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة أمحمد بوقرة بومرداس



كلية الحقوق

دور القضاء في قضايا التحكيم التجاري الدولي

ملخص

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق

شعبة: القانون الخاص

تخصص: عقود ومسؤولية

تحت إشراف
د/ يسعد حورية

من إعداد الطالب:
حسان كليبي
لجنة المناقشة:

د / يوسف أمال، أستاذة محاضرة " أ"، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، رئيسا

د/ يسعد حورية، أستاذة محاضرة "أ"، جامعة مولود معمري تيزي وزو، مقرر ومشرفا

أ.د / اقلولي محمد، أستاذ، جامعة مولود معمري تيزي وزو، ممتحنا

السنة الدراسية: 2013/2012

ويعتبر التحكيم التجاري الدولي عنصرا أساسيا في عقود الاستثمار الأجنبية، فجميع هذه العقود لا تكاد تخلو من شرط إحالة جميع منازعاتها إلى التحكيم التجاري، فالمستثمر الأجنبي يصر دائما على إضافة شرط التحكيم نظرا للمزايا التي يوفرها التحكيم إليه، والدولة المضيفة للاستثمارات تجد نفسها دائما ملزمة بقبول شرط التحكيم، فبدون إضافة هذا الشرط، لا تتمكن من جذب عقود الاستثمارات الأجنبية.

ومهما يكن، فإنه تبقى الرقابة القضائية لضمان حسن سير التحكيم في تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمارات قائمة بحيث يمنح الصيغة التنفيذية على الحكم التحكيمي بعد التأكد من سلامة العملية التحكيمية واحترامها للمقتضيات القانونية، لأن عملية منح الصيغة التنفيذية لأحكام التحكيم الدولية تكتسب طابعا خاصا بالنظر إلى كونها تمس بمبدأ السيادة الوطنية وتتأثر بنظرة القاضي الوطني إليها، في حين أن منطق التجارة الدولية الحديث هو نتاج غربي بلوره نظام عالمي جديد يطمح إلى تقياد منطق الحواجز والحدود الاقتصادية بين الدول، كما يسعى إلى أن ترقى فيه مؤسسة التحكيم التجاري الدولي كأداة فاعلة، علما أن سبب الإقبال على الوسائل البديلة لحل المنازعات ذات الارتباط بالاستثمار هو تعقيد الأنظمة القانونية المختلفة لاسيما في ميدان تنازع القوانين، الأمر الذي لم يسمح للقانون الدولي الخاص بالرد على حاجيات التجارة الدولية ويزيد من حدة هذا القصور ثقل وطأة قانون القاضي سواء فيما يتعلق بالإجراءات وتحديد التكييف أو التعسف في استخدام الدفوع المتعلقة بالنظام العام .

إلا أن هذا لا يعني مطلقا استقلال القضاء عن التحكيم أو عدم خضوع هذا الأخير لرقابة القضاء، ولكن المشكلة تكمن في مدى استقلال التحكيم أو خضوعه للرقابة من جانب القضاء العادي، وهذا ما تمت معالجته في هذا البحث.

وقد سائر المشرع الجزائري هذا الاتجاه في توسيع رقابة القضاء على عملية التحكيم في القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والتجارية، كما سائره المشرع المصري كذلك في القانون رقم 27 لسنة 1994 في شأن التحكيم المواد المدنية والتجارية. والرقابة التي نهدف إليها، هي الرقابة القضائية وحدها والتي تضي بظلالها على عملية التحكيم كلها منذ اتفاق التحكيم إلى صدور الحكم وتنفيذه، وإن كان الغالب الأهم أن الرقابة لا تثار إلا في نهاية الإجراءات عندما يطلب أحد أطراف خصومة التحكيم الحصول على أمر بتنفيذ حكم المحكمين، أو عند طلب إبطال هذا الحكم، مع العلم أنه قد لا تثار هذه الرقابة مطلقا إذا لم يطلب أحد الخصوم أو هيئة التحكيم طلب المساعدة من القضاء أثناء سير الخصومة أو إذا لم يطعن أحد الخصوم في حكم المحكمين بالبطلان أو لم يمانع في تنفيذه في المرحلة اللاحقة لصدوره.

المتفق عليه أنه إذا كان الاتفاق على التحكيم يمنح قضاء الدولة من نظر النزاع موضوع التحكيم، فإنه لا يمنح هذا القضاء من ممارسة سلطته في الرقابة على أعمال المحكمين من خلال مجالين:

أولهما: أن حكم المحكمين لا ينفذ إلا بأمر يصدر بتنفيذه من قضاء الدولة بعد إيداعه

وثانيهما: أن قضاء الدولة هو المختص بنظر الطعون المقدمة على أحكام المحكمين.

وعلى ضوء ما تقدم، وإذا كانت رقابة قضاء الدولة على أعمال المحكمين الهدف منها تدعيم دور التحكيم والتأكد من عدم انحرافه عن أدائه لوظيفته باعتباره منهجا في أداء العدالة كقضاء الدولة، فقد رأيت أن يكون موضوع بحثي هذا، هو الكشف عن حقيقة دور قضاء الدولة في قضايا التحكيم التجاري الدولي، وذلك من خلال تحديد مدى سلطة

ورقابة قضاء الدولة على أعمال المحكمين، ومن تأهيل لمدى ملاءمتها كما وكيفا، بصفة خاصة على ضوء الهدف من التحكيم باعتباره قضاء خاصا موازيا لقضاء الدولة وعلى ضوء ما تقتضيه حسن السياسة التشريعية من أن تكون طرق الطعن في حكم المحكمين تتلاءم مع الطبيعة الخاصة لهذا الحكم، كما يجب أن تكون محدودة بالقياس إلى أحكام قضاء الدولة، باعتبار أن التحكيم وسيلة لحل النزاعات تتصف بالسرعة والبعد عن الإسراف في الشكليات.

إشكالية البحث:

يطرح موضوع البحث العديد من التساؤلات لعل أهمها:

ما مدى سلطة قضاء الدولة في الإشراف والرقابة على التحكيم التجاري الدولي؟

وارتباطا بكل ما تقدم، وتحقيقا للهدف من الرسالة قسمت دراسة هذا البحث إلى فصلين: فصل أول يتمثل في دور القضاء قبل الفصل في موضوع النزاع أما الفصل الثاني فيتمثل في دور القضاء بعد الفصل في موضوع النزاع.

كلمات مفتاحية:

1. دور
2. القضاء
3. التحكيم
4. التجاري
5. الدولي

Résumé Thèse de magistère en français

Résumé

l'arbitrage commercial international, afin d'assurer à l'investisseur étranger la possibilité de poursuivre en justice l'Etat d'accueil en cas de litige pour exécuter la sentence arbitrale du jugement rendu par des services spécialisés sur les différends et aussi entre les pays d'accueil pour les investissements et les ressortissants d'autres États.

L'International élément commercial clé d'arbitrage dans les contrats d'investissement de l'étranger, l'ensemble de ces contrats sont presque dépourvues de l'obligation de consulter tous les litiges à l'arbitrage commercial, investisseur étranger a toujours insisté sur l'ajout d'une clause d'arbitrage en raison des avantages offerts par l'arbitrage lui-même, et l'hôte des investissements se trouve toujours obligé d'accepter l'exigence de l'arbitrage pour être en mesure d'attirer des contrats d'investissements étrangers.

Quoi qu'il en soit, le contrôle judiciaire reste indispensable afin d'assurer le bon fonctionnement de l'arbitrage pour régler les différends découlant de contrats d'investissement mais cette procédure porte atteinte à la souveraineté des Etats alors que la logique du discours commerce international est un produit de Western cristallisé un nouveau monde aspire à éviter la logique des barrières et des frontières économiques entre les pays, cherche aussi à vivre jusqu'à l'institution de l'arbitrage commercial international comme un outil efficace, notez que la raison demande des moyens alternatifs pour résoudre les différends relatifs aux investissements . La complexité des différents systèmes juridiques, en particulier dans le domaine des conflits de lois, qui ne permettent pas le droit international privé pour répondre aux besoins du commerce international et d'exacerber cette lourdeur dans les instructions ainsi que les décisions que prend le juge pour résoudre un différend commercial qui utilise les défenses relatives à l'ordre public .

Toutefois, cela ne signifie pas l'indépendance absolue du pouvoir judiciaire à l'arbitrage ou celui-ci n'est pas soumis à un contrôle judiciaire, mais le problème réside dans l'indépendance de l'arbitrage, ou sa soumission à la censure par les tribunaux ordinaires , et c'est ce qui a été traité dans cette recherche.

Si le principe de l'indépendance de l'arbitrage des principes les plus importants de l'intégrisme, qui tient à la récente législation qui le prévoit , mais cela ne nous demande pas de dire qu'il y a une séparation stricte entre l'arbitrage et les lois de l'Etat. La coopération entre les autorités judiciaires et d'arbitrage est indispensable et impérative. La coopération à travers l'assistance fournie par les services juridiques à l'arbitrage, soit à la demande d'une des parties en litige ou à la demande du tribunal arbitral lui-même. On ne peut donc éliminer l'extension du contrôle sur le processus d'arbitrage qui attribue le pouvoir de statuer sur le différend à l'autorité judiciaire de l'arbitrage. La mise en œuvre de cette nouvelle législation a été adoptée par le législateur français a permis à la justice de l'Etat de jouer un rôle important dans le contrôle et l'aide de l'arbitrage dans la déclaration du verdict et sa phase de mise en œuvre.

Le législateur algérien a suivi cette tendance pour étendre le contrôle judiciaire sur la procédure d'arbitrage dans la loi n ° 08-09 du 25 Février 2008 portant Code de procédure civile et commerciale, même le législateur égyptien l'a adoptée dans la loi no 27 de 1994 sur les questions d'arbitrage civile et commerciale. Et le contrôle que nous voulons, est un contrôle judiciaire qui donne une ombre sur le processus d'arbitrage du début à la condamnation et à l'exécution. Sachant que le contrôle ne se fait qu'à la demande de l'un des

plaideurs à la fin de la procédure pour obtenir un décret d'application de la règle des arbitres, ou lorsqu'on demande d'abroger cette disposition. Cette étape de contrôle judiciaire ne peut avoir lieu que si l'un des plaideurs ou l'assistance tribunal arbitral demande à partir du banc au cours de la procédure l'aide du tribunal pour la mise en œuvre de la prochaine phase de sa délivrance.

La convention d'arbitrage empêche l'état de l'objet litige à l'arbitrage, cela n'empêche pas cette élimination d'exercer son autorité de contrôle sur le travail des arbitres à travers deux domaines:

Premièrement: la décision des arbitres n'est pas mise en œuvre que par l'ordre mis en place par l'Etat pour passer après le dépôt.

La seconde: l'État est le responsable des recours formés contre les dispositions des arbitres.

À la lumière de ce qui précède, le contrôle de l'Etat sur les arbitres vise à renforcer le rôle de l'arbitrage et assure que son écart par rapport à l'exercice de sa fonction en tant que méthode dans l'exercice de la justice état. J'ai vu que le thème de cette recherche, est de révéler la vérité sur le rôle de l'Etat sur l'arbitrage commercial international, et grâce à l'identification de l'autorité de contrôle de l' état d'arbitres et de réadaptation pour leur aptitude en quantité et en qualité, en particulier à la lumière de l'objectif de l'arbitrage en parallèles avec l'état et à la lumière des exigences de la politique législative ,il est beau d'avoir des façons de contester la décision des arbitres compatible avec la nature particulière de cette disposition qui doit être limitée en ce qui concerne la justice d'État. Etant donné que l'arbitrage est un moyen de résoudre des conflits caractérisés par la vitesse et la distance avec un excès de formalités.

Problématique:

Soulève des questions nombreuses, peut-être les plus importantes peut être sont :

- Quelle est l'autorité de l'Etat à consacrer à la supervision et le contrôle de l'arbitrage commercial international?

Elles sont liées à tout ce qui précède, et afin d'atteindre l'objectif, la lettre de recherche a été divisée en deux chapitres ; le premier chapitre est le rôle du pouvoir judiciaire avant l'adjudication du bien-fondé du litige et Le deuxième chapitre est le rôle de la magistrature après adjudication du bien-fondé de la contestation.

les notes clés:

- 1- Le role
- 2-la gustiest
- 3- arbitrage
- 4- commerciaux
- 5 - international

**Summary Master's
thesis in English**

Summary

commercial international arbitration to ensure the foreign investor the opportunity to pursue justice. State Home in legislation to enforce the award of the judgment with specialized services as well as disputes between the host country for investment and Nationals of Other States.

The International element key commercial arbitration in investment contracts abroad, all of these contracts are almost devoided of the duty to consult all disputes to commercial arbitration, foreign investor has always insisted on adding an arbitration clause because the benefits of arbitration itself, and the host of investment is still obliged to accept the arbitration requirement to be able to attract of foreign investment contracts.

Anyway, judicial review is essential to ensure the proper functioning of arbitration to resolve disputes arising from investment contracts, but this procedure undermines national sovereignty while the logic of discourse in international trade is a product of Western crystallized a new world aspires to avoid the logic gates and economic boundaries between countries, also seeks to live up to the institution international commercial arbitration as an effective tool, note that because demand for alternative ways to resolve investment disputes. The complexity of a different legal systems, particularly in the field of conflict of laws that do not allow private international law to meet the needs of international trade and national exacerbate this heaviness in the instructions and decisions taken by the Judge To solve a trade dispute which uses are grazing on public order.

However, this does not mean the absolute independence of the judiciary to arbitration or it does' not subject to judicial review, but the problem lies in the independence of the arbitration or the Commission submitted to censorship by the ordinary courts, and this is what has been discussed in this research.

If the principle of the independence of the arbitration the most important principles of fundamentalism, which is due to the recent Legislation which provides, but it does not require us to say that there a separation strict between arbitration and the laws of the State. cooperation between judicial and arbitration is necessary and imperative. cooperation through assistance provided by the legal services to arbitration at the request of one of the parties or at the request of the arbitral tribunal itself. We can not eliminate the extension of control sister arbitration process that gives the power to kill the station dispute to judicial arbitration. Implémentations of this new legislation was adopted by the French law allowed the justice of the State to play a role in the control important and using arbitration in the statement of the verdict and the phase of implementation.

The Algerian legislation followed this trend for e tender judicial review of arbitration proceedings in Law No. 08-09 of 25 February 2008 on the Code of Civil and Commercial Procedure, even the Egyptian legislature has adopted Act No. 27 of 1994 on issues of civil and commercial arbitrage. And control we want judicial review which gives a shadow over the process from start to age arbitr conviction and execution. Knowing that the control is done at the request of one of the litigants at the end of the procedure to obtain a decree of application of the rule of arbitrators, or when asked to repeal this provision. This establish pe judicial review can take place only if e one of the litigants or arbitral tribunal request assistance from bench during the procedure using the court for the implementation of the next phase of its issuance.

To make it easier for the parties in conflict and conserve their interests, state systems have made comparisons to organize the international arbitration marketing and make it more

rigorous, in terms of organization and arbitration procedures to ensure the rights . The international arbitration commercial became an independent means of recoverable and parallel to the judicial authorities of the State of dispute resolution is effective, according to the laws in force and the judgment of referees became a juridical working in the technical sense because it has the characteristics of judicial activity, and it rule of exhaustion and strength of execution. A fine not to deviate International Commercial Arbitration important because of its role is considered an approach to performance justice systems and it is necessary that the arbitrator in the exercise of its function shall be subject to the principles governing the conduct of the proceeding, taking into account the special nature and the arbitration agreement, as comparison coherent systems and the need to organize ways to challenge the decision of the arbitrators and detection by means of arbitrage condition and eliminate laws and justice in the exercise of its function and therefore whether the convention arbitration prevents object state dispute to arbitration, it does not preclude the elimination exercise its supervisory authority over the work of the referees through two areas:

First: the arbitrators' decision is not made out by an order established by the State to pass after filing.

The second: the State is responsible for appeals against the provisions of the arbitrators.

In light of the above clarifications, the state control of the referees is to strengthen the role of arbitration and ensures that its deviation from the exercise of its function as a method in the exercise state of justice. I've seen that the theme of this research is to reveal the truth the role of the State in International Commercial Arbitration, and through the identification of the authority control the state of arbitrators and their suitability for rehabilitation quantity and quality, especially in light of the objective of arbitration in parallel with the state and in the light of the requirements of the legislative policy it is nice to have ways to challenge the decision of the arbitrators compatible with the nature of this special provision that should be limited as regards the state justice. because arbitration is a means of resolving conflicts characterized by speed and distance with excess paperwork.

Problems:

many questions arises, perhaps the most important can be :

_ What is the authority of the state to devote to the supervision and control of the international commercial arbitration?

They are related to the foregoing, and in order to achieve the objective, the research letter has been divided into two chapters , The first chapter is the role of the judiciary before the award of the merits of the dispute and the second chapter is the role of the judiciary after adjudication of the merits of the dispute.

les notes clés:

- 1- Le role
- 2-la gustiest
- 3- arbitrage
- 4- commercials
- 5 - international

قائمة المراجع

أولا - باللغة العربية

(1) الكتب:

1. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، ط2، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1997
2. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم الدولي، دار الفكر العربي بالقاهرة، 1981
3. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، ط5، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1998
4. أحمد أبو الوفاء، التحكيم في البلاد العربية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالإسكندرية
5. أحمد حسان، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1998
6. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2002
7. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية نزاعات عقود التجارة الدولية دار النهضة العربية بالقاهرة، 2001
8. أمال أحمد الفزائري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، دراسة تأصيلية مقارنة بين النظام القضائي المصري- السعودي- الفرنسي- الإيطالي، منشأة المعارف بالإسكندرية
9. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، القاهرة، 1975
10. جابر نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية بالقاهرة
11. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة 2006، دار الكتب القانونية مصر
12. حسني المصري، القانون التجاري الكويتي، دراسة مقارنة 1993، دار الكتاب الكويتي
13. حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، 2001
14. سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة ومدى خضوعه للقانون المصري، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1986
15. عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، الطبعة الثانية، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة مصر، 1998
16. عبد الباسط محمد الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، الطبعة الثانية المكتب الجامعي الحديث، 2008
17. عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم الدولي، ج2، دار المعارف مصر، 1998
18. عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1995
19. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1990
20. عصام الدين القسبي، خصوصية التحكيم في مجال نزاعات الاستثمار، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1993

21. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية الجزء الأول، 1998
22. علي بركات، الطعن في أحكام التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2003
23. عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3 لسنة 2005
24. محمد نور عبد الهادي شحاتة، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمن، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1993
25. مصطفى عرجاوي، التحكيم وضوابطه في مجال القانون الخاص ، المؤتمر السنوي الخامس للكلية : الاتجاهات الحديثة في التحكيم، جامعة المنصورة ،(كلية الحقوق) 29.28 مارس 2000
26. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجاري الدولية، دار النهضة العربية، 1997
27. محي الدين إسماعيل علم الدين، نصوص التحكيم الدولي، الجزء الأول، بدون ناشر
28. مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية القاهرة، 1999
29. منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، بدون ناشر
30. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية القاهرة، 1996
31. هشام خالد، أوليات التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، 2004
32. هشام خالد، معيار دولية التحكيم التجاري، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2006
33. هشام صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1995
34. هدى محمد مجدي عبد الرحمان، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1997
35. أحمد مسلم، أصول المرافعات، أصول المرافعات، 1978، دار الفكر العربي القاهرة
36. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي التطبيق بين القانون الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية القاهرة، 1989
37. أحمد حسيني، عقود إيجار السفينة، دار المعارف. 1980
38. أحمد عبد الكريم، أصول المرافعات المدنية الدولية، مؤسسة الصباح للنشر والتوزيع، الكويت، 1984
39. إسماعيل إبراهيم البدوي، نظام القضاء الإسلامي، مطبوعات جامعة الكويت، 1989
40. حسني المصري، نظرية المشروع العام وقانون شركات القطاع العام المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979
41. سيد محمود، قانون المرافعات الكويتي بدون ناشر
42. عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني الإجرائي والموضوعي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1991

43. محمود هاشم، قواعد التنفيذ الجبري وإجراءاته في قانون المرافعات، بدون ناشر

44. محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ، الطبعة الرابعة، القاهرة، 1987

45. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، دار الفكر العربي، 1986

(2) الرسائل والمذكرات:

(أ) الرسائل:

أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، "دراسة في قضاء التحكيم" رسالة دكتوراه مقدمة لحقوق عين شمس، سنة 1996، مطبوعة سنة 1997، دار النهضة القاهرة

(ب) المذكرات:

إبراهيم الدسوقي أبو الليل، قواعد وإجراءات التحكيم وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 17، العدد 1، 1993

(3) المقالات:

1. ابراهيم الأيسر، القضاء التجاري ضمانا للاستثمار، مجلة دفاتر المجلس الأعلى العدد 02 سنة 2002
2. الياس عجابي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة المنتدى القانوني، جامعة بسكرة، العدد السابع، لسنة 2010
3. صالح جاد عبد الرحمن المنزلاوي الرقابة القضائية على التحكيم، مجلة القضاء، السنة الحادية والثلاثون العدد الأول والثاني، 1999
4. عبد الرحمان نويدر، القضاء المغربي والعولمة، المجلة المغربية للقانون والاقتصاد والتسيير العدد 51، سنة 2005
5. عبد الرحيم بحار، المساطر البديلة لتسوية المنازعات التجارية - التحكيم التجاري نموذجاً - مجلة القصر، العدد 14، سنة 2006
6. منى ميمون، التحكيم التجاري الدولي وفقا لتعديلات قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة المنتدى القانوني، جامعة بسكرة، العدد السابع، لسنة 2010

(4) النصوص القانونية:

1. القوانين:
2. مرسوم تشريعي رقم 08/93 مؤرخ في 25 أبريل سنة 1993، يعدل ويتم الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري.
3. مرسوم تشريعي رقم 09/93 مؤرخ في 25 أبريل سنة 1993، يعدل ويتم الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية (الملغى).
4. القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(5) نصوص أخرى:

1. القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي،
21 جوان 1985

2. قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994

ثانيا: قائمة المراجع بالفرنسية

i. OUVRAGES

1. Boissésou de Mathieu, Juglart Michel de, le droit français de l'arbitrage, avise Joly, Paris, 1983.
2. Ripert Georges, Traité élémentaire de droit Commercial, L,G ,D ,J, paris ,1968 .
3. Jean Robert, Arbitrage civil et commercial en droit interne et international privé ,4ème édition, Dalloz, Paris, 1967.
4. David René, L'arbitrage dans la commerce international, Economica, paris, 1981
5. Noureddine Terki, L'arbitrage commercial international En Algérie, Office Des Publication Universitaires, Alger, 1999

ii. THèses

1. Joseph Monstier, le moyen, d'ordre public, thèse, Toulouse, 1965, tom3

iii. ARTICLES

- 1- Issad Mohamed, le décret législatif algérien du 23 avril 1993 relatif à l'arbitrage international, Revue de l'arbitrage, 1993 n° 3, p.377- 400
- 2- Bedjaoui Mohamed, Mebroukine Ali, « le nouveau droit de l'arbitrage internationale Algérie », Journal Du Droit International, n°4, 1993, p.873- 908
- 3- Marie - Claire Rondeau- Rivier "L'arbitrage: La Décision Arbitrale : Voies de Recours" jurisclasseur, proc civ. 1986
- 4- Philippe- Fouchard , Berthold - Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international , n°1597, P 930- 957